

14. 5-54



1200501213162

14.5  
4



始



14.5  
54

# 司 法 資 料

第 二 百 七 十 七 號

伊 太 利 刑 法 典 報 告

〔禁轉載〕（昭和十一年三月）

司 法 省 調 查 課

14-14

伊太利刑法典報告

本號伊太利刑法典報告は曩に配布した伊太利刑法典(司法資料第百九十八號)の理由書に相當す

るものである。譯者は同じく法學博士岡田朝太郎氏である。

茲に筆寫に代へて排印する。



昭和十一年二月

同省 寄贈本



司法大臣官房調査課

14-14

# 伊太利刑法典報告

## 目次

國王陛下への報告……………(一)

一般の考察……………(七)

第一編 一般に罪に就て……………(七)

第一章 刑法に就て……………(七)

第二章 刑に就て……………(一〇)

第三章 罪に就て……………(一〇)

第四章 犯行者に就て及び罪の被害者に就て……………(一〇)

第五章 刑の變更適用及び執行に就て……………(一一)

第六章 罪及び刑の消滅に就て……………(一六)

第七章 民事制裁に就て……………(一三〇)

第八章 保安行政處分に就て……………(一三九)

第二編 各別に犯罪に就て……………(一四〇)

第一章 國家の人格に對する犯罪に就て……………(一四四)



本館發行所 東京市本町三丁目三番地 大塚印刷所

西法大刑官院蔵書



伊太利刑法典報告

11

- 第二章 公の行政に對する犯罪に就て……………(一七)
- 第三章 司法行政に對する犯罪に就て……………(一八)
- 第四章 宗教感情に對し死者崇敬に對する犯罪に就て……………(一八)
- 第五章 公の秩序に對する犯罪に就て……………(一九)
- 第六章 公の安全に對する犯罪に就て……………(一九)
- 第七章 公の信用に對する犯罪に就て……………(一九)
- 第八章 公の經濟、工業及び商業に對する犯罪に就て……………(一九)
- 第九章 公德及び良俗に對する犯罪に就て……………(一九)
- 第一〇章 子孫の保全及び健康に對する犯罪に就て……………(一九)
- 第十一章 家庭に對する犯罪に就て……………(一九)
- 第十二章 身體に對する犯罪に就て……………(一九)
- 第十三章 財産に對する犯罪に就て……………(一九)
- 第三編 各別に違警罪に就て……………(一九)
- 第一章 警察違警罪に就て……………(一九)

目次終 既考典辨告

司法資料 第二百七號 伊太利刑法典報告

刑法典

確定條文の裁可の爲

一九三〇年革命八年一〇月一九日の謁見に奉呈したる

(Rocco ロッソ)

國王陛下への

報告



以て帝王を顯揚するに足る武に剛法に明。Invictus in armis, in legibus sapiens とう至大の讃辭を陛下の爲に史の反覆せんは洵に然るべき所なり

陛下の統治に依り實にも國家と伊國民との生命を復活する如き復讐軍の戦利と立法の改良とは日出度くも組合せられき

此立法の最も顯著なる記念物の中刑事立法の改正は、戦争とファシヨ主義との建設したる新國民意識が常に最も斬新且眞摯なる伊太利の考察に向ひて進みつゝ外國の思想と傳統との一切の影響を駆逐したる、伊太利法律天賦の勢力の壯嚴なる發現として存す

新なる立法の中刑事の改正の優越なるは、常に其内容の大規模に因るのみならず更に又他の立法の改正の總てに面し疑もなく勝れて重要なることに因るなり、處罰の権力は事實上主權の至大なる屬性の一にして爲に我往昔は之を以て帝位 *imperium* の最緊要發現の一と認め且其最も完全なる執行能力に依り之を國家の武力處分權 *Jus gladii* に比照せり、實に此權力たるや同じく國家防衛の一の形式なり、同じく國家及び社會の利益の爲に征服することを要する敵の活動に對する一の戦争なり

外部の敵に對する此勝利も國民との内部の關係に於て國家の存在と保存とを保障する爲最も適當なる方法を用意せざるときは無果の榮譽に止まるべし、其方法の中今日 陛下の尊裁可に服する新刑事立法は之が第一に位す

此ファシヨ政體 *Regime fascista* の八年に完成したる事件は實體法の法典と訴訟法の法典と新刑事法典双方同時に發表せられたるに因り益々盛大且記念すべきものにして我國に於ける新法典には未だ曾て存せざる所なり、佛蘭西に於けるナポレオンの同改正は刑事訴訟法典(一八〇八年)と刑法典(一八一〇年)とに二年の間隔を経たり

兩法典の一齊公布は顯著なる利益に富むべし、斯く同時とすることは其間の完全なる調和を可能と

爲せと新刑法典の需要に充つる爲一九一三年の刑事訴訟法典を殘存せば之を得べからざる所とす

此成效は不動の信念に導かれ且其大部分はファシヨ革新の心底の徳と其首領の先見ある衝動の激勵とに負べる我祖國の新しく且最も多幸なる政治條件の豐饒なる永續に依りて保障せられたる多時且不撓の勤勞の賜物なり

此大改正は即成どころではなく其熱烈なる考究は推蔽の繼續に於ても亦第一位を誇るものなり、事實刑法典及び刑事訴訟法典改正の研究は其根原を代議士院の一九一三年一月一三日の會議に提出したる法律の計畫を伴ふ報告(文第三二六號)の中に、同院に於ける一九二五年五月二七日の臣の演説の中に、代議士院の賛成し而して貴族院の一九二五年六月五日の會議に提出したる法律の計畫に合したる報告の中に、貴族院に於ける一九二五年一月一七日の臣の演説の中に、陛下の内閣に刑事改正を處置する權能を委任したる一九二五年一月二四日法律第二二六〇號に關する議會の報告及び演説の中に、有す、兩豫備草案の完成を以てし、諮問機關の見解の慎重なる審査を以てし、兩確定草案及び大臣の相互の報告の編纂を以てし、專擔委員會及び議會の委員會の討議及び報告を以てし、其會の提案したる變更の實行を以てし、又終に法典の確定條文及び 陛下への報告の作成を以てしたる準備作業は、臣自身の監督の下に繼續したること總てに付き實に六年なりき(註一)

(註一) 刑事改正の爲の主なる作業は『刑法典及び刑事訴訟法典準備作業』と云ふ二十三冊の文書にして、之には兩法典の豫備草案に先ちたる研究及び此草案を確定草案との再閱に關す

る其他のものを計上せず

一八八九年の刑事諸法典の作成に齎したる研究は實に約二十六年に遂行せり、然れども此の時の週期の包有する多少長き間隔に潛み其中に十より尠からざる別異の草案起稿せられ其各個には決して一兩年より多くは捧げられざりき(註二) 此時間たるや今日 陛下の尊裁可に呈する刑法典及び刑事訴訟法典の并行起草に至れる時間より遙に尠き所とす

(註二) 一八八九年の刑法典に先立つ草案の配列は第一章案(未完成)に始まり、De Falco(一八六三—六四)又次に第一委員會の草案(一八六六—六九)、第二委員會案(一八六九—七〇)、大臣 De Falco案(草案一八七三)、大臣 Vigliani案(一八七四)、元老院案(一八七五)、大臣 Mancini案(一八七六—七八)、大臣 Talamo案(一八八六)、大臣 Zanardelli案(草案一八八七—八九)、新刑法典の(未完)草案一九一九年九月一四日勅令第一七四三號を以て任命せられたる委員會之を完成し一九二一年一月尙書大臣に提出するに至り、他之に續かず

此工作には限界として一九二五年一月二四日第二二六〇號の委任法律を、又教導として既に追懐したる兩院に於ける臣の報告及び演説に顯示したる主義及び提案即ち議會の賛成したる主義及び提案を使用せり

一九二五年五月二七日の代議士院の演説に『内閣は立法の委任を受くるときは其宣言及び議會の賛成したる日の順序より他には拘束せられざるべし』と臣は宣言せり、日の順序に付き議會何等の議決する所なかりき、此日を定むる提案撤回せられ(自由裁量の勸告に變形したるを以てなり)議會の委員會は

刑法典及び刑事訴訟法典確定草案編纂の立法委任に付き政府方面の考察に關する何等の注意をも爲すに至らず、次に兩法典の確定條文に付き構成問題の方面のみをも亦或方法に依り暗影を與へ得る何等の革新を加へざりき

議會に於ける報告及び演説の中に臣の注意せし所次の如し、刑法典の改正に付ては一八八九年の法典の規範を廢止し又は根本より變更せんよりは寧ろ該法典の體系及び其他一般の特徴を其儘に残す方法に依り刑事制度の主義及び基礎の性質と共に該法典の規範を保全し且補充すること必要なるべしと、其事の正しく到來せし方法は、伊太利刑法の本體は之に觸るゝことなく存置し、一方に於て、改正が吾人の法律の史上傳統の基礎及び之を鼓舞したる科學の主義を變更せずして重要な限新制度に依り、専門上完備に依り刑事立法政策の最も注意深き主義を適用するに存せしことは是なり、之に因り意志し及び意欲する各人の心理能力の上に及び人類の行爲の知覺及び意欲性の上に基礎を置く刑事法律上の答責の概念が多世紀を支配せし如く今日の吾人の刑事立法の法式を支配することを繼續すべし

前述の報告の中に臣は指摘すらく、戦後の時代に於て勝利を獲たる大戦争の結果に依り個人及び集團に發生したる精神上及び倫理上、經濟上、社會上及び法律上特に増加したる犯罪に對し一層適切なる立法手段を用意すること必要なり、純然たる懲罰及び固有の刑事の手段が取り分け常習の犯罪性、幼年の犯罪性及び危険なる精神病の犯罪性の重大且憂慮す可き現象を討伐するに不充分なるを明にしたることを注意せり、此不足を救済する爲新刑法典は管に主刑及び附加刑の法式を嚴化したるのみならず

す更に尙處罰に非ず豫防の本質を有する限行政の根本性質を保存し而も犯罪に對する闘争に於て刑と共に競合する保安處分の法式を搬入せり此部分の改正は既に準備の進行中に在る豫防及び刑罰の制度の改正の保全を見るべし

新刑事立法の調査したる目的及び主義の實現には自然これ迄採用せられし所には非ざる一層斷乎たる犯罪人の待遇を要求す然れども事實上新法典は寛大たるべき理由の存する一切の場合に於て従前のものより相當に一層溫和なるを致せり裁判官に刑の減輕又同じく除去の一般及び特別の情狀の洞察と共に一般の規範の總ての嚴格を去る爲及び衡平の主義の裁判上の自由適用の爲一層有効にして又同時に保障せられたる手段を供し裁判上刑の對人制標準を適用したるは實際新法典の價值とす法典の確定草案に付ての臣の廣汎なる報告新刑法の制度の一切を説明し又採用したる諮問機關及び政府委員の提案を指示す

法典の條文の作成に付ては議會の委員會の表明したる意見及び申立てたる勸告を斟酌するの要ありき其意見及び勸告たるや新立法工作の中にさる高貴且適切なる權威より助言したる完成を可能なる限差加ふる目的に依り至大且最も謙遜なる注意を以て臣の審査したる所なり此慎重を極めたる審査の主要なる歸結は固より既に一九二五年の法律を以て賛成せられし主義と法式とに變更を齎し得ることなく新なる研究の結果として草案に齎すことを要すと思料し臣の首唱したる變更と共に合せて今や陛下の尊考察の下に備へ奉る

## 一般の考察

一、 擬議會の委員會の注意を尊重し確定草案に齎したる個々の變更の審査に入るに先ち法典の主要なる報告を繞る若干の一般考察を先づ述ぶるを可とす  
何より先づ新刑法典の主義とフアショ主義の社會上政治上及び法律上の一般哲理との間に傳はる關係を定むること宜しきを得ざるに非ざるべし

戰勝後叡慮を以て建設せられたる政體は單純なる内閣の交迭に非ずして却て國家の本體上の深遠なる變形たることは陛下の御鑑に甚だ明なり此變形たるや能くフアショ主義固有の哲理と稱することを得る社會上政治上及び法律上の哲理の新法式一切に依り其歴史上の正當視に到達す之に因れば國家は同時に經濟上及び社會上政治上及び法律上倫理上及び宗教上の一組織體として概念せらる斯る經濟上——社會上の組織體たる國家は最早之を合成する個人の算數上の合計としてに非ず擴張に因り又繼續に因り個人種別及び階級の生命其ものを超え而して過去現在及び未來の總ての世に擴張する所の固有の生命固有の目的固有の需要及び利益を有して之を構成する個人種別及び階級の成績綜合即ち合成として能く表現す故に斯の如く優秀なる目的及び利益即ち國家(staats)の目的と利益とは偶然の衝突の場合には他の總ての一人種別及び階級に固有なる變遷且豫て恆久ならざる



利益は國家の生命に關する利益の如きとは異り、之に服従するに至ることを要す。斯る政治上及び法律上の組織體たる國家は其集合の目的を達し又一時に社會上、政治上及び法律上の別個且自治の人格を獲る爲め全體が一個として意欲し且行動する能力を獲得するなる方法に依り至上の一權力の下に政治性及び法律性に組織したる一特定領域の民衆として概念せらるるに至る。終に斯る倫理上——宗教上の組織體たる國家は單に社會上のみならず更に亦種族、言語、風習、史傳、倫理、宗教の羈絆に依りて結合し又其故に純然たる物質上又は經濟上の需要を以てのみならず更に亦何より先に心理上又は精神上即ち理智上又は倫理上又は宗教上の需要を以て生活する心優しき單一として之に組織したる同一國民として發現す。

新なる政體に固有なる國家の此新なる社會上、政治上、倫理上の概念は自然、陛下の尊裁可に服する刑事立法の改正を鼓吹したる哲學上の主義に顯著なる影響を及ぼさざるを得ざりき。

此新なる立法工作を鼓吹したる刑事法律哲學はフアッシュ主義哲學の一般法律哲學の轉化に外ならず、眞實、佛蘭西の一七八九年の革命、人權及び人民權の宣言、一七九一年及び共和四年二月(II Termnaire 霧月)の刑事法典及び嗣後一世紀以上外國及び一八八九年の刑法を除外せず伊太利を支配したる他の一切の立法の追隨したる模範のナポレオン一世の同刑事立法法典化を鼓吹したる大百科全書編纂者の哲學とは甚だ異なる所なり。

彼と此との哲學を區別する性質は主として一は専ら個人主義たることと、他は又國家制度 II *statut* -

*atua* の過度を避けつつ又國家に對する個人の自由の利益を守護しつつ但其利益は國家の存在及び保存と云ふ至上の利益に従屬せしめ且個人の自由の放縱又は擅斷に過ぐるを阻止する限に於て本體上社會主義即ち集合主義即ち國家主義たることはなり。

佛蘭西の天啓論 II *Illuminismo* に固有なる個人主義の哲學概念に據れば國家の手に存る科刑權は所謂社會契約即ち社會及び國家の構成契約又は之を誘導したる自己本位約款 II *Pactus subjectionis* に於てなしたる割讓又は讓渡に依り國家に移轉したる個人の自然權の轉化として概念せらる。

或者其中の *Filangieri* は思料すらく、國家に讓渡したる此自然權は切迫又は到達したる加害に對する個人の防衛又は復讐の自然權なりしか集合又は社會又は公共の復讐權として國家の科刑權を概念するに至れるなりと。

他の者其中の *Beccaria* は思料すらく、國家の科刑權は人民の自由の自然權の轉化更に詳言すれば正しく之に科刑權を包含したる國家の權力の總和たる主權を構成する爲に廢したる個人自然自由の最少部分の共同寄託に外ならずと。

科刑權の此過邀個人主義の概念は前述の權力の肯定よりも寧ろ多く否定を構成し、自體常に變更可能且取消可能に、少くも廢せざりし部分に於ては個人の自由の自然權の踰越すべからざる障壁を自己の限界に有する、個人の國家に爲したる優しき讓渡と思考す、斯る概念にフアッシュ主義の刑事法律哲學は強烈に且論理上反對なり、其哲學概念に據れば國家の科刑權は自然法學者の思料する如き個人の自

然權の轉化に非ず、自然法學者の概念は多く又は少き注意の上に更に例へば Carrara 及び Pesina 等我刑法學者の若干額の工作を支配す、反之フアショ主義の概念之に明瞭なる誇張を以て罪事人類學派のさ迄屢々繰返したる Romagnosi 及び Carnignani の固有の傳授に再録する所に據れば科刑權は國家自身と共に發生し、個人の防衛權とは類似すれど本質上異り且共同生活の基礎且緊要の條件を安全にし且保障するの目的を有する國家固有の保存及び防衛の權利の外何ものにも非ず

故に實證罪科學派の第三後繼者の如きは曰ふ、單純に社會防衛權なるに非ずして詳言すれば専ら犯人の再犯の危険に對する防衛なり、されば犯罪即ち全體より且全體に對する新犯罪の危険に對する又は社會の現象としての犯罪性の危険に對する社會の防衛權なり、即ち此防衛たるや刑の脅示適用及び執行に依りて實現す、同罪の犠牲を除かざる市民全體方面よりの犯罪の一般即ち社會の豫防の方法として犯人方面よりの新犯罪の特別即ち各人の豫防の方法として、又斯の如く公共一般の威嚇及び満足的手段とし、犯人各自の威嚇、賄賂及び淘汰の手段として了解せらるる

扱次に、伊太利及び外國に於ける罪科學派の所謂抗争に面し新刑法典の位置を定むる方法如何新刑法典は實際他に勝りたる罪科學派の假定に全然 *Il Etio* 左袒することを要すとは信ぜざりき、先づ何となれば立法改正の工作は哲學上及び理論上の抽象爭議の效能及び靜觀に依りてに非ず寧ろ集合生活の實地の需要又は社會の要求並に政治上の機宜及び便宜の見地及び考察に依りて履行す、故に立法者は其改正の工作に於て何等特別の哲學又は學說の信條を公認するの要なく、寧ろ社會の必要と政治

の機宜との理由を鼓舞し、以て其必要と要求とを満足せしむべき立法専門行爲の手段の詮索に努力することを要するを以てなり、第二番に、伊太利に於て學理の主義の範圍内に尙存在すとは雖も、一は古典派又は法律派他は實證派又は人類學派又は社會學派の稱を取る二個の有力なる學派の間の争は爾來實際に立法施行の實地に依り緩和せられたりと思惟せらるるを以てなり、*Il Etio* の主張するも然り也之を以て新刑法典は排他式に甲又は乙の科學派の言辭に専心せざるの意見を最良と思料し、各學派よりは止た之に良且眞の存する所のみを取り、一方に偏し且頗る苦心したる學理の主義の極端且最も無稽なる歸趨に迄論理上細説したる立法法式を立つることを焦慮せず、寧ろ總ての學派を社會と國家との實地の需要と有效の要求とを満足せしむべき一層高尚なる組織單位に構成する法式を作成せんことを思料せり

此科學の導きたる種々の相違を組織したる上の單位に綜合且變遷したる新刑法典の一般法式に付き基礎及び本體の聯絡を簡單に顯示することに勉むべし、*Il Etio* の主張するも然り也

二、——國家の科刑權の目的が一般の社會現象と認むる犯罪性に對し國家自身の存在及び保存を防衛するの必要より生ずることの最早之を否認する能はざるは既に言へり、然れども事實上犯罪の危険に對する國家の内部の防衛は止た刑の方法のみに依りては實現せず同じく犯罪に對する國家の闘争を實現する所以の豫防と懲罰との手段を以てする一般の法式を刑事法式と認むるを適當とす、實地に

於て犯罪性に對する國家の防衛は時に豫防防衛たり、時に懲罰防衛たり、前者は罪の一般又は特別の原因に對する鬭争なり、他は其罪の實害又は危險、直接又は間接の結果に對する鬭争なり、前者は罪性に對する豫防防衛なるの故に因り、或時は史上特定の時期に特定の社會に於て犯す罪の合計に認むるものを總括し、罪性の一般社會上、經濟上及び政治上の原因に對し、或時は之に反し、單獨に認むる特定の罪と云ふに限り個人なるの故に因り、罪の特別の原因に對して進むものとす、刑法典を以て、又其故に本法典を以ては總括して認むる罪性の一般原因に對する國家の豫防防衛手段の組織に完全ならず、其完全はフアシヨ政體の獎勵し、臣の喜んで豫告し、嗣後不朽且不斷たるべき所謂社會立法に寧ろ屬する所とす、母子保護國民工作法、副業(Dopolavore)國民工作法、Ballila(少年保護)國民工作法、社會保險法式保全法其他是なり

然りと雖も刑法典を以ては、又其故に本法典を以ては、單獨に認むる罪の特別又は個人の原因に對する豫防防衛手段の組織完成せられず、輒近一九二六年治安法を以て規律を設けたる所謂治安行政警察の形式を以て之を支持す

然し爰に又罪の個人原因に對する國家の豫防防衛手段あり、そは、本體上治安法の規律すると異らざる行政警察處分に存し、疑も無く刑事立法の注意の對象と成り、歐羅巴及び其他に於て準備するに至れる刑法典最近草案に所謂刑事立法に事實上喚起せられしものとす

保安處分と稱するもの是なり、之に付き、陛下の尊裁可に服するに至れる法典は最近一九二八年五

月羅馬に催されたる刑法國際學會に於て歐羅巴の多くの國の立法家に依り模範と指示せらるることを得たる迄然く廣汎に然く詳細且正確なる規律を提供せり

刑法典に適切なる此保安處分は通常の警察處分と共通の性質を有す、其故は同じく罪の懲罰に非ずして豫防手段に係り、即ち其罪の既然の實害又は危險の結果に對するに非ずして、罪の單に又個人の原因に對する鬭争手段に係るを以てなり、然れども爰に治安法の中に定むる通常の警察處分とは若干の相違あり、此は事の前犯すに先ち、ante factum, prinsquam peccatum est、即ち罪を犯さざる中に救ふに反し、他は事の後犯したるに後れ、post factum, postquam peccatum est、即ち斯く罪の到來したる後に救ふに、斯くして通常の警察處分は罪の到來する前に干與すると其罪の個人原因の上に働き之を阻止を目的とするとの二重の意味の豫防處分たりと雖も、之に反し、刑法典の保安處分は同じく其者の個人且特別の原因の上に働くとは云へ、而も止た罪の到來したる後に干與し、罪を豫防する意味に於ける單一の豫防たり、又其故に仍ほ未だ犯さざる罪の豫防とよりは、新なる罪の豫防、即ち犯罪の再犯、常習性及び職業性の危險に對する豫防の手段たるなり

尙他の方面に於て刑法典の保安處分は治安法の固有の處分と區別あり、實際通常の警察處分は止た罪のみならず尙或一切の不法なる事實又人の工作、自然の力に基く或一切の有害なる事實の一般豫防手段たりと雖も、刑法典の保安處分は之に反して、單に罪の豫防手段なり、但固より罪の歸責及び答責の可能なる者の工作に屬すると否とを分つことなく、罪の豫防と稱するに價す

更に又通常の警察處分と刑法典の保安處分とを分つものあり、此は謂ふ所の刑事制裁と共に存することは何等の關係に於ても必要に非ずと雖も、他は之に反して刑の處分又は附加又は補足なり、此の如くにして單に罪のみならず同じく其爲刑法の設定したる刑の事項として正確に認知せらるるに終りに刑法典の規律したる保安處分を治安法の定めたる處分と區別する性質は前者は同一の刑事司法官憲の管轄なりと雖も他は之に反し行政官憲又詳しくは治安官憲の固有の管轄に入ること是なり。臣に勧めたる理由の就中明白なる様式は實施中又は作成中なる最近の外國の立法の例に基き保安處分の適用及び執行を刑事裁判權の機關に一任したること是なり。

此處分と所謂刑事事項との間に存する密接なる關聯の基く第一の理由たるは前に述べたる如く其原因を既に犯し且其處分又は附加又は補足として刑を認めたる罪の中に見出すこと是なり、官の經濟上の理由たるは話中の處分の適用を刑事裁判官の管轄より除き之を行政官憲の工作に移送する法式より生ずべき時の空費及び勢力の無駄使用の明瞭なること是なり、終りに市民の最大なる保障及び各個の自由の一層確實なる保護の理由たるは一方に於て此處分の適用に專屬する自由の制限の重さが自身屢々刑の適用の知らざる迄に重大なるの明白なること及び他方に於て之を適用する機關の性質に因りても其適用に導く訴訟手續の種類に因りても説述中の處分の裁判上の適用の示す最大の冷靜、客觀性及び不偏の表面に發現することは是なり。

時には刑自身よりも一層有效なる又時には唯一に可能なる、そは保安處分たる犯罪に對する鬭争の時

此新手段に付ては新刑法典は辛うじて此處分の臆病且不確實なる適用を爲す今仍ほ有效なる法典より甚だ別段に大なる且一層廣き使用を爲せり。

陛下の裁可を奏請する刑法典は最初に右の處分の總ての形を定むる一般の主義を設け、次に降りて其個々の種類及び其適用と執行との變化を定め以て其施行の法式を作成せんことを研究せり。

説述中の處分が犯罪に對する國家の防衛に齎したる積分 *integritate* は表面に現はれたる罪の懲罰上、刑事上及び民事上の手段に今日迄殆ど排他的に一任せられたり、其事は先づ以て刑自身が社會防衛の不充分なる機械たる場合を知るの用を爲すべし、其起るは例へば歸責可能の幼年に關するときは幼年の犯罪性に對する鬭争に於て、常習性、職業性及び性癖に因る犯罪性に對する鬭争に於て及び危險なる半精神病の犯罪性に對する鬭争に於てなり、其事は第二番に刑が犯罪性に對する國家の防衛の全然無能 *indefence* の機械たるを暴露する場合を知るの用を爲すべし、其起るは非歸責可能の幼年、社會に危險なる全精神病の犯罪性に對する鬭争に於て及び刑法の豫見する罪に非ずとは云へ仍ほ之を行ふ者の社會上危險の重大徵憑を成す所爲に對する鬭争に於てなり。

之に因て新刑法典の豫見且規定する保安處分に二類あり、一は刑の單純なる附加にして之と共存し且之に追隨するもの、他は刑の直正且固有なる補足にして刑の同時の適用を排斥し且全く之に代ると稱するに該るものなり。

新法典の斯く廣く採用し又嚴に規律したる此處分の手段に因り犯罪に對する社會防衛其傳統上の

限界を擴大し以て或は刑事上或は民事上單なる懲罰防衛なるに非ず更に又犯罪に對する豫防防衛となれり斯の如くして寧ろ犯罪に對する社會の治療、豫防及び衛生として出現し屢々其刑事上の懲罰防衛よりも一層有效なりとす

三、——然れども眞に刑事立法に固有なる分野は新法典に従ひても亦犯罪性に對する懲罰防衛にありて存す之を詳言すれば吾人の罪と呼ぶ反社會又反法律の行爲に付ては社會と法律との同時の反動として法律の準備する公又は私、刑事又は民事の法律に一任せらる、新法典の法式に收受したる此刑事又は民事及び懲戒の制裁に付て基礎の主義を決定するは困難に非ず

罪性に對する直接又は間接、一般又は各別、社會又は個人の豫防手段とは甚だ異り、刑事制裁は新法典の中に罪と呼ぶ不法の所爲の直接又は間接、物質又は精神、個人又は社會、實害又は危險の作用に付ての反動たる其傳統上の性質を保存し、一層格別に其反動を或は犯人の方面より、或は被害者の方面より、或は第三者即ち公衆一般の方面よりの新なる罪の危險を涌出する罪の精神、個人又は社會の作用に連結す、然れども組織性社會の存在に危險なる其精神作用は罪の間接の歸趨に非ずとせずとは云へ之を斷定するに付ては其罪の物質上の歸趨たる作用の考察、之に因り罪の被害者に惹起したる實害又は危險の結果の考察に遡ること必要なり、斯る結果は常に人類の作爲又は不作爲、詳しくは罪を構成する作爲又は不作爲の歸趨として發現す、其故に先づ以て、正しく新法典が初めて爲せし如く、作爲又は不作爲と

事變との間に介在すべき有形即ち物質の原因の關係即ち連絡を規律すること必要なり

然れども罪は實害又は危險の結果が其有形即ち物質の原因として人類の作爲又は不作爲に再結合し得るを以て足れりとせざるが故に更に又其作爲又は不作爲は人類の身體の運動たる無智覺、無考慮及び無意欲の行爲と呼ぶを得ざる所の知覺及び意欲の行爲に係ることを要し、又之に加ふるに人類の意欲の作爲又は不作爲の歸趨たる實害又は危險の該結果は其精神の原因として人類の理智及び意欲の行爲又は少くも止た意欲の行爲に再結合するを得ることを要す、故に罪の心的要素には故意 *Dolo* 過失 *Culpa*、超意志 *Preintenzione* の三重の形式、又違警罪の作爲又は不作爲に付ては少くも單純なる知覺及び意欲の規律あり、此規律に於て新法典は法律の實地の適用に正確なる解釋の教導を遂ぐる爲期待すべき正確且組織性の原則及び觀念を供給せり

罪の心的要素の規律に付ては動作者の歸責 *imputabilia* の規律に於ける挿説簡明且必要なり、罪は若し人類の作爲又は不作爲の知覺及び意欲並に之に追隨する實害又は危險の結果の知覺及び意欲、故意 *Dolo*、若くは少くも之を知覺すること及び之を意欲することの可能過失 *Culpa* の上に非ざるときは決して概念するを得ず、若し意志すること又は理會すること又は辨別することの能力及び知覺して意欲することの能力を有する者に非ざるときは法律より罪の本人と看做すこと能はざること明瞭に表はる、故に吾人の罪と呼ぶ人類の行爲の刑事答責は新法典に於ても依然其者の正規の能力の上に即ち意志すること及び意欲することの自由の上に立つ人類の心理上即ち倫理上の歸責主義に堅く信賴

す、之を以て不偏自斷(自由意思) *arbitrium indifferencie* と稱する超經驗派及びスコラ派の老ひ且儼びたる概念を再提せず、之に従へば人類の意欲は經驗世界の一切の現象の中夫れのみ因果の普遍律の天下より遁れ去り而して人類の意欲することは或遠因の不在に於て原因無き結果として概念せらるべし、新法典は人類の行爲の歸責可能性の主義を堅く法制律に面しても倫理律に面しても答責可能性を基礎として釘附と爲し、専ら人類學派の宣布したる唯物宿命説に制扼を施さんと欲せり、之に因れば人類の行爲は恰も重量の重力律の影響を受くるが如き方途に依り人間の意欲することを支配する必然の盲目且獸類性の所産として概念せらるべし、人間の意欲が *in fact* の如く一切の因果律の外に且上に決定することは偽なり、但其形而下即ち機械的の因果律の單純なる所産たりとすることは同じく偽なり

眞理は中央に在り、眞理は次の如し、人類の意欲することは他の一切の現象に等しく夫れも亦因果律の法則を受く、然りと雖も其因果律たるや形而下即ち物質上に非ず、亦生理上にも非ず、反對に規則を定むる爲に引用する現象の心理上性質に一致し純粹に心理上の因果律なり、即ち形而下又は機械的又は生理上に非ず但純粹に心理上なり

他の語を以てすれば人類の意欲は決定せらるるものとは云へ而も獨自決定のものに非ず其故に動機に因りて決定する性能は各自個人の性質に一致して認めらる、右に述べ且新法典の採用する意味に於ける心理決定論の學説は常に倫理及び法制の律又特別に刑法を破壊せざるのみならず尙又倫理、一

般に於ける法律及び特殊に於ける刑法の存在とを調和する唯一のものなり、實に刑事制裁が、尙他の總ての法律上及び倫理上の制裁の如く、犯罪するの動機を刑の脅示及び適用及び執行に由來する心理上の動機に對立することを正しく其標的と爲す以上、刑法は知覺したる動機に因り獨自決定する人類の能力の豫想無くしては之を概念すること能はず

人類の獨自決定する自由能力を否認する法典は背徳を高叫する法典たるべし、其故は、自由意欲の上基礎を置く人類行爲答責の主義を破壊し、罪と刑とは個人と國家とに二重の兇事 *infelicia facti* として爰に現はれ善と惡と功蹟と失態と美德と瑕疵と、冤と咎と又其故に賞と罰と、褒と刑との一切の概念を破壊するの結果と成るべき不幸なる組織の法律に支配せらるるに過ぎざるべし

#### 四、——新法典の採用したる刑の體系に付き述べべきものあり

刑の階梯の頂上に極刑置かれたり、伊太利に於ける此刑の復活は議會の兩支條の可決し既に陛下の尊裁可を賜ふことを嘉納せしませし法律の首唱に基けり、然れども是新法典の輸入したる立法の新規なることに非ず、新規なることは専ら適用の範圍を政治犯罪より、此法律に従ひ一層重大且兇暴なる普通犯罪に擴張したることに存す、此は彼に比し一層疑無く又一層廣く輿論の一致する所なり、洵に國家の防衛に關する處分譯者註、例、國事犯處罰を含む法律は暫時及び例外の性質を有するに反し、刑法典は他の諸法典の如く恆久且普通の法律なり、此故に新刑法典の刑の體系に於ける死刑の復活は極刑の

採用を不動と爲せり、されど又洵に、死刑は一八九〇年に行はれたる立法上の廢止後と雖も亦常に普通  
に非ずとは云へ、持別の吾人の刑事立法の體系の中に殘存し、今日有效なる軍刑法典中に戦時の如く平  
時にも支持せられ又更に吾人の殖民地刑法中に保存せらる、而して若し戦時に於て軍刑法が普通刑法  
と爲り又總ての人民に共通と爲ると看做さんか死刑は眞實決して排他的に軍の刑罰と看做されず又  
専ら軍人のみに限られず、而も普通刑法典中よりの廢止後と雖も仍ほ常に戦時には普通の刑とし又總  
ての人民に適用可能たりしを確むることを得、又歐羅巴の國民中最初に此種の刑を廢したる伊太利が  
今日之を復活するに至れるを奇怪と爲すを得ず(譯者註、死刑廢止、トスカニア一七八六年復活一八五  
五年、サンマリノ一八四八年、伊太利全體一八九〇年)、伊太利の立法者に何等の矛盾を非難するを得ず先づ  
以て一八九〇年前後の伊太利の條件と今日の伊太利の條件との間に對照を設くることは可能に非ず  
四十年前刑事上の無用且過剰なる嚴格と見え得たるもの今日能く最早斯く見えざることを得、死刑の  
問題は他の總ての立法問題の通り専ら哲學又或は科學の問題には非ず、そは主として社會政策の問題  
なり、而して國民の生活狀態の變化が約半世紀を隔て若し社會生活の必要、並に政治上の機宜及び適宜  
の變化を現はさば前に廢したる刑の復活を齎すことは好く了解せらる

極刑の立法史は歐羅巴の最も文化したる國民(例瑞西連想)に於て繼て廢し又繼て復活する順次記列  
に外ならず此事項に於ける實地の必要を定むること次の如し、政策及び理想派の體系が支配し論理上  
廢止に導く筈の國に於ても同く之其必要を免れざるなり、爰に自由主義及び民主主義の搖籃でありし

所又ある所の數國民あり其立法に於て死刑の常に又嚴格に維持せられしに拘らず代表者院の意思に  
對立し、不斷に、之を廢止すること又は亦止だ適用を制限することを志す總ての新しき試行促進せらる  
るなり

然れども最も奇異にして又興味ある現象は夫れより自由主義及び民主主義の流れ出でし個人主義  
の哲學の最も權威ある後繼者の中にある著述者自身より死刑の必要と思想せられしこと是なり、*Her-*  
*Langier*, *Rousseau*, *Montesquieu*, *Kant*を追想す、*Beccaria*に付ては其場合特異なり、渠は一般に最初且最も  
著名なる死刑反對者として認められ、*Beccaria*が伊太利たるに因り多數の者より、廢止説を伊太利の  
光榮とし、死刑再設に傾く草案之を暗黒に導くものと看做さる、*Cesare Beccaria*の書『罪と刑』は十八世紀の後半に仍ほ刑法の分野を支配  
したる中世の法律及び傳説に對する反動として歴史上最高のものと看做さるるに至れり、*ロンバルヂ*  
*ア*に於ては刑事法制は仍ほ一五三二年のカルロ五世譯者註(原名 *Constitutio criminalis carolina* 略符 *c. c.*)  
及び一五三九年のフランチェス一世の條例を以て規定せられたりと言ふを以て足る、伊太利に於ける  
法自然主義 *iusnaturalistica* 哲學の稀世の後繼者の一人たるベツカリアがアルプス以北に凱旋し其  
成效の大部分祕密にありし個人主義思想を刑事立法の分野にも亦適用せん傾向なりしことは眞實な  
り、ベツカリアの書は事實直に佛蘭西語に翻譯せられ、*D'Alembert*より賞揚せられ、*Voltaire*の眼に入り  
又終に *Berna* 協會より褒賞を與へられたり、然れども其個人主義の傾向に拘らずベツカリアは決して

一般且絶對の方法に依りては死刑反對を唱道せざりき

其書『罪と刑』の中に書く所次の如し『人民の死は二の理由に因るに非ざれば必要と信ずることを得ず、先づ自由を剝奪せられても仍ほ其者が國民の治安に利害を及ぼす如きさる關係とさる勢力とを有するとき……及び其死が罪を犯すことより他人を轉向せしむる眞且唯一の轉なるとき』

此概念は嗣後の印刷物、一七八九年 *Pasquier* の發行第二卷に挿入したる『罪と刑の書に關する註及び考察と題する文の答辯』と云ふに尙一層明白なり、其辯解に於てベツカリアは死刑決定權を主權に拒否するものなりとて渠に向けたる彈劾を辯明し、而して仍ほ死刑は有用且必要なるときに非ざれば之を科すべからずと云ふ根本の概念を固執して附言すらく、次に死を以て罰する理由は犯罪と現する二種類に對し正當且必要たるべく、又之を正當且必要なる權力和稱すべし、其然る所以は若し一人の死が公衆の利福に有用且必要にありとせんか國民救済と云ふ至上法が死に處する權力を與ふること、並に此權力たるや戰爭の權力の發生する如く發生し而して一人に對する國民の戰爭たるべきこと、是なり』と論理上死刑廢止に導く原理を据え、而も多年の間理論上將た實際上此刑の維持を擁護したる個人主義哲學の此奇しき運命は遂に哲學上個人主義の原理と人權及び人民權宣言の宣傳者たる佛蘭西革命刑事立法の變遷に發現せり、死刑廢止説の唱道者たる *Marat* と *Robespierre* とは幾千の人間を斷頭臺に送ることを要し、又、共和四年霧月三日の法典と一八一〇年のナポレオン法典との兩法典は廣く死刑を保存せり

斯の如き理論と實地との間の矛盾は死刑が政治と社會との分離すべからざる要求に應答することの最好の證據なり、而も卑見に依れば、そは亦、個人主義哲學の斷言する所に非ざる個人と國家との間の關係の正確なる概念に、應答す

事實、個人が社會の全生命及び全活動の目的なりとするは眞に非ず、眞なるは之に反し、生殖の無限の記列の縮少模型たる組織體と看做さるる社會と其法律上の構成たる國家とは固有の目的を有し而して其爲に生活することは是なり、之と異り個人は社會組織の極小にして變遷する要素に外ならず、其社會組織の目的には自個の行爲と自己の生存とを從屬せしむることを要す、社會及び國家に付ての此最も正當なる概念はカント派の、個人は目的なるを以て手段價値に充つるを得ず、とする斷言の誤謬を明瞭に表現す、否、個人は正しく遂に自己の生命を超越する社會の手段なり、されば、若し必要ならんか個人の目的を社會の恆久の目的に犠牲とすることは何等の不思議無し、又其故に社會及び國家防衛の至上の理由に因り公示の警戒の例を示すこと及び慘酷なる復讐と重大なる混亂とを避け以て國民の良心の正當なる忿怒を慰藉することは死刑を適用して以て個人に最高の犠牲を科するも、完然に正當なり、斯る犠牲に付き人ありて感ずる所の嫌惡は國家が人民に課する一層甚だ廣く又一層甚だ重き他の犠牲即ち祖國の爲に戰つて死する犠牲の正當なることを疑ふ者無き限は洵に正當視すべきものに非ず、若し斯る犠牲が幾百幾千の良民に課せらるるとせば到底何が故に一層厭忌すべき犯罪者に同様の犠牲を課することの法律上將た倫理上の可能を疑ふことを得るか？



右は亦加特力教會の教義なり、事は Tommaso d'Aquino が神學全書 *Summa theologiae* に述ぶる所を記すを以て足る、曰く『悪人の生命を奪ふことは正法なりや？』總て部分は其全體に整理せらる、是恰も僅に完全なるものは最も完全なるものに整理せらるるが如し、而も部分固より其全體の爲に存するを以てなり、故に吾人は思惟す、全體が人間を合成する身體を救ふ爲他の肢體を糜爛し又は腐敗すべきものと成れる或肢體を切斷することを有効と決し之を爲すは賞すべく又敬ふべきものなりと、抑々各人民が政治上組合に在るは部分が全體に在るが如し、故に若し何人が其或犯罪に因り社會に危害と成り且其腐敗者と成れるとき手段を以て之を除外するは共同の利福を救ふに至るの故に因り賞すべく又敬ふべきものなり』と

されば抽象且哲學の見地より死刑其必要を表はすときは全然に之を正當と看做し得ることは何等の疑無し

爰に問題の中心點存り、死刑は必要なきときは正當なり、最も深く輿論を動かし且社會の平和を危険に陥るる最重犯罪に對し極刑の最も有效なるに止らず却て唯一に有效なることは固より之を疑ふことを得ず

刑の果す種々の作用の中、主要なるは確に一般豫防の作用なり、そは脅示と實例とより來る威嚇に依りて行はる、又所謂満足的作用なり、そは公衆の感情が刑の適用に因りて受くる満足は新なる犯罪の混亂と機會との最大原因たる復讐と報復とを避けしめ同じく正確なる意味に於ける一般豫防の作用な

り、此見地の下に於ては脅示の時機に際しても執行の時機に際しても何等の刑も死刑の効果を有せず、何等の刑もより一層威嚇せず、何等も犠牲者の親族朋友の被害感情をより一層慰藉せず、又忿怒したる輿論をより一層完全に満足せしめず、されど疑無く刑の果す個人豫防の作用も亦何等の刑も之より一層完全なる淘汰性に非ざる略完全と言ふべき器具を極刑の中に發見す

死刑が犯人の矯正及び訓育を不可能と成すことは洵に眞實なり、然れどもそは刑の本質の作用に非ずと信ず、寧ろ第二又は附屬の目的に關し、他の一面、矯正及び訓育を語ることに明に無益なる最も殘忍なる犯罪及び最も邪惡なる犯人に適する極刑に留保したる分野には其適用を見出すを得ざるべし、更に死刑の必要は専ら其效果に付てのみならず尙又公衆の良心が歴史の特定時期に之を必要として要求する事實に付て歸結せらる、その事の起るときは止だ極刑のみ公衆の感情を満足せしめ又犯罪に對する法外の反動を避くるに堪能なり

尙又立法者は高級の刑制事項を決斷すべくあるとき、或は死せしめずして苦しませんか、或は苦しませずして死せしめんか、と云ふ恐るべく且困難なる、而も何れにか解決するを適當とする、又輿論法を自己の正面に有す、新法典の支持する問題の第二解決が第一よりも衡平且人情少しとは言はれず、斯く問題を觀來り、廢止論者の提出し且一八八九年の刑法典草案に於ける Zanardelli の報告中に明瞭且鋭敏なる方法に採集しある駁論一切を加ふ

駁論次の如し

一、死刑は野蠻の刑にして文明の良心に嫌惡せらる、而も威赫の徳無し、極刑の執行は戰慄すべき壯嚴及び畏敬の實例たるよりは遠く常に有害なる好奇心を以て到場する群衆に慘酷なる本能を喚起するに足る不徳義にして且不快極まる觀覽を果すに終るなり

二、死刑は必要に非ず、何となれば犯人を除去すれど犯罪を除去せざるが故なり、此ツアナルデリ報告中に存る議論は後再び Enrico Ferri の採る所となり、渠は總ての國、取分け我國に於て最も重き血の罪の犯罪性が漸減するに直面し死刑の無用なることを斷言せり

三、死刑は結果として單に犯人を除去するのみならず更に又恐く矯正の可能なる人間の實體を絶滅す是即ち刑の教化の目的に矛盾する所以なり

四、死刑は補償不能なり、されど補償不能性は斷じて誤り易き裁判の宣告に伴はるべきに非ず、斯の如き駁論は孰も決定のものに非ず、洵に

一、死刑の所謂野蠻の問題に付ては先づ以て國家の防衛之を要求するときは個人の見地より殘酷に該るとの故を以て遠さけ得る手段又は處分存在せずと答ふるを得べし、臣は戰爭の例を述べたり、抑此事項に於て優越視することを要するは個人の見地に非ず寧ろ社會の見地なり、尙又個人としても徒役無期及び繼續獨房隔離の如き困難無く仍ほ採用せらる他の刑より一層殘酷なりと云ふは眞に非ず、ベツカリア自身斷言すらく『終身の奴隸は死の如く苦痛なり又其故に同等に殘酷なりと言はん者に余は奴隸の不幸なる時機一切を合算せば苦痛は尙一層大なりと答へん』と、威赫の見地よりする死刑の效

果の問題に付ては最も斷乎たる廢止論者と雖仍ほ其例示の特殊の効果を承認す、諸國に廢止運動を唱道する爲組織せられたる Geneva 協會より褒賞せられたる死刑の書の著者 Lucas 斯の如し、又他の佛蘭西罪法學者 Tardie は罪事統計より涌出したる論證に關し附言すらく『然れども若し其入用なるとき罪人仲間の規約に頗る好く承認せらるゝに付き吾人は統計に質す如何なる要求ありや？ 惡人が組合ふときは其刑制唯一の死たるドラコン流法典に普段服従す、そも其嚴格なるに拘らず如何なる法律と雖渠より一層遵奉せられたるは存らず』と、されば該犯人等は死刑の威赫効果を認容するものなり

二、死刑は犯人を除去すれど犯罪を除去せずとの論證を以て其無用を斷言するときは眞に刑其ものを認めて無用と斷言するより外無し、事實、止だ死刑のみならず尙一切の刑が犯罪を除去せざること洵に眞なり、Hamurabi の法律以來爰に三千年刑罰ありき而も犯罪ありき、されどそは刑の無用を推斷するに充分ならず、刑の効果は犯す所の罪を以て計量せず、刑存せざれば犯す所を、犯さざる所の頗る甚だ夥多なることを以て計量す、故に該論證は刑の本質の作用か一般豫防の作用たることを全然不得要領と爲し且否認するものなり、死刑の廢止が罪性に付き實地に影響無しと云ふは眞に非ず、其事佛蘭西に一九〇二年より一九〇七年迄の時代に存せり、其時代には國の統領が總ての場合に一整に恩典の權利を行使したるを以て實地に於て死刑は除去せられき、扱其時代に於て最も重大なる犯罪印象すべき様に頻繁となれり、一九〇二年中所犯死刑を以て罰すべき罪一四〇より一九〇七年所犯一八一に至

り、又巴里に於て所犯の殺人一九〇〇年中七九五なりし所一九〇七年には一三一四と成れり、他の一方に於て死刑を廢することを試みたる都合共復活する事を要する證據と成り、露西亞に於ては *Enigabeta* に依りて廢止せられたれど之に繼ける *Caterina* に依りて復活せられ、埃太利に於ては廢止家たる皇帝 *Giuseppe II* 再設することを要し、芬蘭土に於ては除去したれど復活し、トスカニアに於ては一七八六年一月三日の法律を以て廢止したる死刑を一七九五年八月三日の法律を以て復活せり、伊太利に於ては死刑の廢止に拘らず血の罪の減少を實現せり、然れども休戰の時代の有せし減少にして又伊太利に於ても亦此種の罪の悲むべき第一位を有したることを妨げず、毫も廢止の有利を證せず、其(減少)は明に社會上及び經濟上の原因に由來し、廢止のこと無くば頗る大なりしに非ざるかを表明し得る要あるべし、而して諸國に行はれたる死刑を廢したる後之を復活したる經驗は吾人の廢止に盡くすことの反對を適當に表明すべし。

三、死刑は人間の人格を除去し犯人の矯正を不可能と爲すとの事實より涌出す論證は訓育及び矯正の作用を刑の本質なりとす、既に先に記せる誤謬の假定より出發す、是個人性の概念に關するものにして刑の明瞭に社會性なる性質を否認し又其故に其威赫及び満足の作用の優越を否認するものなり。

四、恐く最も感動せしむるに適するものたる補償不能の論證殘存す、然れども是亦決定のものに非

ず、誤は人間の本性に餘りにも不可分なり、而して若し矯正不能の恐が行爲を抑止することを要せんか個人及び社會の生命は一切麻痺に止まるべし、患者の死を起す醫師及び外科醫の誤は裁判の誤より相當遙に夥多なりと雖も而も誰人も決して醫術及び外科の廢止を思考したることなし、尙又單に死刑のみならず一切の刑は如何なる賠償も取消すことの價値無き所處の結果なるが故に又補償不能なり、刑の補償不能は單一の結果より搬致せず、執行が特別の保障に從屬する結果より之を搬致す、此事は確に死刑にも亦到來すべし、死刑は證據が明瞭にして且答人の答責を嚴格に確認したるときに非ざれば之を執行すべきに非ず、他の總ての場合に於て、裁判の誤謬と呼ぶに適する場合の最も遠き可能をも之を避くる爲國王の寛仁干與すべし。

尙死刑が史上現代に於て、最も重大なる犯罪に對し最も有效として公衆の意識に承認せられしことは一九二六年一月二五日法律第二〇〇八號を以て定めたる國家防衛の爲の特別裁判所の死刑に付て最近に爲したる適用に對する輿論の態度に依りて表明せられたり、此輿論の一致には何等の否認も起らず却て若干の著者は専ら國家に對する最重犯罪に對してのみ極刑の挿入を適當と推論することに盡力せり。

然れども斯の如き制限は可能に非ず、何となれば先づ第一國家に對する加害を主たる法律上の對象としては有せずとも虐殺、掠奪等の罪の如く同じく國家の安寧の上に重大に反影する犯罪あるを以てなり、第二段に公衆の意識は確に社會生活の安寧に重大に加害する殘忍極まる普通犯を政治の動搖よ

り決心したる同じく重大極まる犯罪よりも大なる寛大を以て待遇するの區別を承諾せざるべし、故に政治犯と普通犯との間に何等の區別を爲すを得ず、彼も此も國家及び國民共存の防衛の極めて簡單なる必要に要求せられたる極めて狭き限界内に於て刑事制裁の威嚇満足及び淘汰の効果一切を自己に最も完然に要約する極刑を以て之を罰することを要す

刑法典に死刑を復活し、新立法毫も悔恨を印象せず、何等伊太利の誇たるべき大傳統を抛擲せず、反對なり、此改正は伊太利民族の更生の精神、我が國民の元氣及び精力の再獲得、我が法律上及び政治上の文化が廢止論の直接に結合する外國の觀念學の影響からの全然の解放の別個喜ふべき印象を構成す

刑の階級に於て死刑に次ぐは犯罪に對する徒役(ergastolo)無期及び懲役(reclusione)有期及び違警罪に對する拘役(arresto)の形式に於ける身體の自由制限の刑なり

極刑と有期收監刑との間を繋ぐ無期收監刑の維持は何等辯明の要あるを信ぜず、但新立法に於ける無期拘禁刑は之に對し、有期拘禁刑に對すると同様、處刑者の先づ精神上贖罪の痴鈍の源泉とし、又其有形の力と共に智能上及び倫理上の力を破毀する疾病の永久の原因として經驗の示したる晝間及び夜間の繼續獨房離隔を原則として廢止し、以て一切の無用なる苦痛と一切の過剰なる悲慘の強度とを除き去れり

止だ夜間の獨房のみは保存せられたり、其必要は夜の休息の時間に惡風と不徳と之に加ふるに犯罪の避くべからざる傳染の疑無き源泉たる囚人間の生活の混雜とを阻止する目的に依り疑を容るる能

はざること是なり

有期收監刑に關する限に於て臣は禁獄(detenzione)刑を廢止することを思付けり、該刑は理論上懲役と無用の重複を表はし、又實地上決して之を區別あらざるなり

破廉耻に非ざる動機に因り決心したる犯罪の本人に對し、優遇監守(custodia honesta)と云ふ特別の形式を留保する必要に付ては、刑法典の規定充分に之を處置す、該規定は處刑者の種々なる條件と並に其賠償上刑務所の異なる區分に於てする罪の種々なる性質とを斟酌することを命じ、又此目的に依り新刑務所例の規範は一層好く處置すべし

新法典に於て罰金と科料との金刑は特別なる取極を迎へたり、最も著しき特性の中指示せんと欲するは金刑を罪の種々なる重大性の外可罰者の種々なる經濟狀態に比例するに付き、裁判官に授與したる權能と及び圖利の動機を以て決心したる犯罪には法律の設くる拘禁刑に同じく法律の設くる限界内に於て金刑を添附するに付き、亦裁判官に讓與したる權能と是なり、此權能たるや彼も此も其正當視を指摘する要存らざる所とす

附加刑に關する限に於て臣は所謂刑事の代換及び補充の廢止を爲すことを思付けり、其或時は刑事或時は民事又は行政の混成性質は眞且固有の刑の補充又は代換の其性質を共通の稱呼の下にする其概念の統一を容さず

之に反し、臣に一層機宜と見え、主刑の體系に附加刑の體系を對立せしめたり、附加刑は疑無き刑の性

質を保存しつつ、其處刑の判決に於て裁判官より科せらるることなしと雖も其刑事效果として當然處刑に追隨し且其爲管に補充及び附加のみならず尙又主刑の追隨たる性質を表現することに因り前者(主刑)と區別せらる

法典に於て刑の適用及び執行の規律を根本より更新せり刑の裁判上の適用に於て又尙一層其行政上の執行に於て同じきは同じ取扱に、同じからざるは異なる取扱に成立することを要すと云ふ正義の主義に照應し大に出来る限りの用意と慎重とを以て刑の裁判上及び行政上の個人化の新主義を臣は搬入せり、是眞に刑の個人化の實地上可能なる唯一の形式にして、そは總てを刑の適用及び執行の目的、更に尙所謂保安處分の夫れの目的に依り既に述べたる犯人の立法上の分類に導き、以て刑の立法上個人化と稱するものと爲すこと、是なり、此刑の裁判上及び行政上の個人化の主義は伊太利法官の品位を保つことを知るに一任し裁判官の專擅權に授與したる最も廣き擴張に依り解決するに非ざれば不能なり、尙刑及び一層として保安處分の行政上執行の検査及び監督の必要を認めつつ、臣は關係權能を刑務行政機關に歸屬すべしと信ぜず、而して却つて監督裁判官と云ふ名稱の下に、此目的の爲裁判機關を設け以て同じく司法官憲に之を委任することを思付けり

刑の個人化主義の過度を避け、眞に形容に於ける矛盾 *contradictio in adiecto* たる不確定刑(譯者註、不定期刑の謂)に同意を與へ得ると思料せざりき、其故は刑は其性質に因り確定たり然らざれば刑に非ざる制度には法典が之に附したる、保安處分の名稱一層好く適するを以てなり、夫れに拘らず其執行に

於けると共に刑の適用に於ける裁判官の權力は之に法定の最高と最低との間に廣まることを含み相互的に脅示したる刑の一種類の選擇を適用すること、一の刑を他に添附すること裁判上免除の讓與に依り總ての刑の適用を除くことの權能を以て、條件附放免の權能を以て又終りに保安處分の適用及び執行に於て裁判官に歸屬したる極めて廣大なる權能を以て著しく擴大せられたり、されば新刑事立法に面し裁判官は最早法律の破綻及び障害に拘束せらるることなく眞に自己の裁判の主宰たるべく又之に最も人情に適ふ衡平主義を之に鼓吹するに付き自由たるべきを斷言することを得

五、——之に古の立法傳統を襲踏し刑事立法の領分に民事制裁の規律を保存したり、罪の民事及び私法の裁判の結果、正しく全部又は若干民事違法の事實に非ず寧ろ止だ一時罪と同時に民事上犯罪即ち准犯罪の性質を帶ぶの故に因るものは明に民事立法の排他管轄に放置することを得ず  
新法典に於ける民事制裁の規律は從來現行法典の狹矮なる規定の供したる所より一層充分に廣大且慎重にして先づ經濟上即ち金錢に依る賠償を金錢と異なる手段を以て實現する純精神上の賠償と區別し以て罪に由來する損害賠償の種類及び形式を精密と爲せり、而して前者を更に現物の返還財産損害の賠償、精神損害の賠償に細別す

精神損害の私法刑罰と經濟賠償との兩面の形式たる金錢回復と稱するものに關する規定を其儘に一九一三年の刑事訴訟法典より轉載することは爲さざりき、所謂金錢回復を精神損害の賠償と同視せ

んか或點迄私法刑罰を概念したる殘骸を公示する必要を生ぜん是爾來史上に消滅したる刑事制度に復歸し私法刑罰を再現するものなり又自然之を現行法典の爲す如く單に犯罪の或部類のみに制限することなく更に又非財産即ち精神の性質の損害を偶然に流出する又常に流出し得る限一切の犯罪に擴張する必要を生ぜん

終りに民事制裁の強制實現を保障するに付ては最も精勵なる注意を捧げ以て或は處刑者の貯蓄の名義に在る囚徒工錢の一部分を罪の犠牲者の利益に歸屬し或は處刑者の財産に於ける國家の法定抵當を被損害者に利用することを可能と爲し就中或は罪に由來する損害賠償の債權者を詐害して爲したる詐僞行爲の取消制度に依り民事債務履行の擔保を強固と爲したり

斯の如く單に本來謂ふ所の刑事事項のみならず更に又民事制裁及び保安行政處分の事項に施したる新規律を以て 陛下の尊裁可に奉呈する新刑法典は我が刑法の真正且深遠なる變更を標榜し今より先づ單に懲罰上なるのみならず同時に懲罰上且豫防上の罪事法たるべく又單に刑事上なるのみならず同時に民事上且行政上の罪事法たるべし

### 第一編

#### 一般に罪に就て

##### 第一章

##### 刑法に就て



六——現報告の進行中に反覆するを避くる爲並に解釋家に安全なる指導を供する爲一般の體系解義及び用語の秩序に付き若干の緒言を序するを便宜とす  
(A) 法典の配列は嚴格に科學の標準を基礎とし又最も進歩したる立法技術に照應して之を行へり罪の總てに共通なる規範は第一編(總則)に包有し個々の罪に關するものは第二編(犯罪)及び第三編(違警罪)を構成す

多く或は少く廣き部類に依る罪の分類章節款は其罪の法律上の對象被害利益即ち専ら他の立法體系の經驗主義を避け得る所以の體系上根本の要素の標準に基きて之を爲せり大なる部類(章)は保護せらるる利益の最も通有の考察に基きて構成す(例身體に對する犯罪)中間の部類(節)は其利益の特有の考

察の上に設立す(例、個人の自由に對する犯罪)而して小なる部類款は同利益の尙一層特別なる考察の標準を以て形成す(例、精神の自由に對する犯罪)

單一要素のもの(條)に至りては總ての種類に命名する其中の利益を最も特有なる方法に依り又斯くして其以上の區別を容さざる方法に依りて考察す

(B) 法典の總ての個條は概括に内容を示す其特有の題目 *rubrica* を先にす、是實地上相當に有益なりと信ぜらるる新機軸なり

此題目は一層一般に互る章及び節の題目の如く一般に法律の又特別に刑法の解釋に付き優良なる概説を以て定めたる範圍内に於て亦同じく解義上の價值を有することを得、而して之を反覆するは過剰なり

議會の委員會此題目の若干(實は極稀)が之に關する個條の内容より一層廣汎なることを注意し而して可能と見ゆるときは臣此不便に救済を施せり(例、草案第一〇九條、法典第一〇六條)然れども其他の場合には其記述に必要な短縮に壓せらる他に然る可き補償無きに因り精確を缺くことあるを免れず斯る場合に於て精確にすることは個條の内容に付き其配列に用ふる章を顧ることなくとも個條の連續に於ける題目の配列を考察して以て之を得べし其事は例へば第一六七條の題目に於て『罪の消滅』と云へるは一般に於ける罪の消滅に關係せず但前數條の述ぶる刑の條件附猶豫の有用なる試験に追隨する特別の消滅に關係すること明白なるが如し

法典の個條は總計七三四にして一八八九年の法典の個條より其數多し特に規定することを必要とする新制度の故なり

(C) 個條の様式構成に關する所に付き述ぶべきことあり、若し一個條が多數の句 *Comma* に細別せらるるときは、法典の用語に據り、第一部 *Prima parte* と一又は多數の分項 *Capoversi* とを以て組立て、其方法をたると第一分項は第一部の直接後に來るものに係り斯く進むものとす(譯者註、伊國法律術語第一分項は我國の第一項、第一分項第二分項は我第二項第三項に相當す)次に各分項が夫れ自體に於て完全且自治に非ざるときは前提の歸結として常に其條の第一部に從屬す、又其故に解釋の目的には第一部は分項全體の共通稱呼の役を務む

稱呼 *richiami* の用語に關する所に付き規定 *disposizione* と云ふ辭は法典に於て或は自治或は他の概念に從屬の概念を指定する爲に又時には單純又は複雑なる個條 *articolo* の内容を指示する此場合に於ける稱呼は『某條の規定』と云ふ措辭に依りて爲す爲に、又同じく複雑なる同一個條の其牽連の間の異數規定(同個條に於て爲す稱呼に『前又は後規定』の文句を用ふるときは爲す)夫れは決して異なる他の個條に關係し得ざる所の設例を指示する爲に之を用ふ

(D) 法典に於て處刑 *condanna* 又は處刑者 *condannato* の措辭を其他は無く且其處刑の効果の關係と共に用ふるときは常に刑事訴訟法典の規範に依り確定と成れる判決を以て又は決定を以て言渡されたる處刑又は處刑せられたる者と了解せらる

(E) 法典の多數の規定に使用せらるる犯したる罪、所犯の罪 *reatus commissus*、罪を犯す *commettere* *reus* と云ふ措辭は時としては理會せらるる如き例第一一一條、必ずしも罪の既遂のみに關するに非ず尙罪の實施過程の總てに關し又其故に未遂にも關する通有の正文なり

七、——新法典は特定の罪の關係に於て異なる規定を含む多數刑法の承繼第二條に於て理の當然として確定判決の言渡されしときを除く外犯人に最も有利と成る法律を適用する所の一般原則を採用す議會の委員會は前掲の留保に關し死刑の處刑の確定判決に付き例外を設けんことを提案せり、是法律的意識が新法の一層寛なる刑を設くる犯罪に因る極刑の執行には堪えざるべしと思惟したるが故なり

然りと雖も其執行に付き不安を感じしめ得るものは確に法律的意識に非ずして寧ろ衡平の感情なり、而して單に死刑に付てのみならず同じく徒役 *ergastolo* (無期) に付ても同様の考察に該ることを得、此事項に於て法典は留保の上に留保例外の上に例外を重ねるを避け一層一般の原則を設くるに止るべきことを注意するを可とす、刑法典に於て宣示する主義を擴張すること並に特別の場合及び細目の要求を考察することは特別刑法の中に包有する經過規定施行法を以て充實す、他の一方に於て、恩典の制度は諸他の目的の間に法律の適用及び刑事判決の執行に於ける過度の峻酷を淘汰する處置を爲す目的をも亦之を有す

前述の委員會は更に刑法の承繼に關する規定は同じく勅令法律の廢滅及び中止批准の場合及び勅令法律が改正を以て法律に變更したる場合に亦之を適用することを法典の中に定むるは過剰なることを注意せり、此規範が一九二六年正月三十一日法律第一〇〇號の文面より推論し得ることは眞實なり、然れども法典に於て確實且争無き方法に依り之を取極め得るときに(常に迂回を受け得る手順を以て)法律の原則を他の法より演繹することを解釋家に強制するの無用なることは亦同じく眞實なり、一九二六年の法律が此事項を規律せりとして其以前に於ても亦爰に論ずる規範は法律一般及び憲法 *Costituzionale* の主義より推斷し得たりしなるべく、又夫れに拘らず比較的近き頃に判例は不時の機宜と云ふ實らしき理由に従ひ該規範を最も顯著なる方法に依り否認するを要したることは否定すべきに非ず、終りに此事の法典化の適當なることは亦政府委員と議會の委員會との中に其生じたる争論に付ても同じく明瞭と成れり、若し規範が眞に過剰なりとせば其争論は到來せざりしなるべし

八、——(第四條) 國家の領域の觀念は議會の委員會に正確と認められず、果して植民地及び其他本國の主權に服せる地が本國家の領域の一部を爲すかは疑問たることを注意せり

臣の所見に依れば植民地及び其他本國家の主權に服する地は本國家に屬す、果して然らば領域なるが故に必然國家の領域(第四條)に包含すべきものたるは争無き所なり、實際國外の領域の中には投降條約等に服したる國の如く我國が主權の或作用を實行することを得ながら其地は仍ほ縱し完全に非ず



とするも其地の國の主權に服し而して本國家の(一元に看做したる)主權に服することなきものあり、而も(夫等は)伊太利の國外の領域なり、若干の反對論無きに非ずと雖も共に科學と實際とに基礎を有せず去りながら若し刑法の目的獲得の爲必要に非ざることには付ては刑法典を以て國際の諸問題を解決することは完然に非ざるか故に、國家の領域の觀念の前に『刑法の效力に於て』と云ふ留保を置くこと該委員會の提案を喜びて採用せり、尙又刑法典の含有する規範に關する事實よりする外に確定草案第四條第一項に述ぶる所より演繹することを得

同委員會は本規定に於て伊太利の船舶及び航空機は商に非ざる船舶又は航空機に關する限何所に在りても本國家の領域と看做す旨を明白ならしめんことを希望せり、然れども是亦草案第四條の『但國際法に従ひ外國領域の法律に服するものは此限に在らず』と云ふに包有し其留保充分なりと臣は思惟せり、若し之に因りて軍の船舶と航空機とは常に又到る所其屬する國家の法律に服すること及び商の船舶と航空機とは之に反し外に在るときは特別の協約の場合を除く外其地の法律に服することを演繹せんか、そは盡く完然に國際法に一致す

九、——國家の領域内に於て犯したる罪の總てに對する伊太利法律の適用(第六條)に付き議會の委員會には『凡そ本國家の領域内に於て罪を犯したる者は伊太利の法律に従ひて罰せらる』と云ふ規定は過剩と思惟せられて該委員會思料すらく、此主義は確定草案第三條に於て『伊太利刑法は本國家の領域内

に在る内國人又は外國人の總てを拘束す』と云へるに依り既に取極められ居るなりと

されど兩規定は根本より異り、一は所爲に關し他は人に關す、所爲が人に依りて犯さるること及び前者に對し適用せらるる法律が必然人に對して適用せらるることは眞なり、然れども本國家の領域内に於て犯したる罪に對し伊太利の法律の排他適用を定むる規範は該法律を以て其領域内に於て犯罪したる人を處罰可能と宣明する目的を有せず寧ろ凡そ所爲の情狀及び犯罪者の一身上の條件又は資格が吾人の領域内に於て犯したる罪に對し専ら吾人の法律のみを適用し得る所の所謂伊太利法律の排他力の原則を定むる目的を有し結局一の規範は法則とし又制裁としての人に對する刑法の拘束力に關し他は法則とし又制裁としての所爲に對する該法の拘束力に關す、兩原則は一が他の適用を受くることなしとする其適用を有し得るが故に必ずしも一致せず、國外に於て内國人又は外國人の犯したる罪の場合に於て若し其者吾人の領域内に在るときは斯る條件を要求せざる特別の場合を別とし罪は伊太利に於て犯されざりしと雖も之に排他的に伊太利の法律を適用すれど吾人の國家の領域内に於て犯したる罪に伊太利の法律の排他的に適用可能を宣明する規定のみを基礎としては斯る適用可能に非ざるべし、尙又審査中の規定は之を包含する個條の第一項を構成し一部分は伊太利に於て又一部分は國外に於て犯したる罪に關する所の第二項の規定の必然の前提たることを考察すべきなり

右最後の規定に關し前述委員會は尙書大臣の請求に於て所謂遠隔犯罪 *reati a distanza* 譯者註、外國に赴き私娼を營むの類の可罰性を或設例に依り從屬せしむるの機宜なるやを取調ぶべく臣を勧誘せ

り、此勸誘たるや『國際活動整理の可能を承諾すること』及び『犯罪懲罰に於ける諸國の一致を鋼化するに寄與すること』の意圖に鼓吹せられ、審判の經濟を獲るの意圖あるに似たり

更に臣は思料す右の國際活動整理は警察の範圍に在りては且可能たり且希望すべきものたりとは云へ同様に夫れが爲刑法の適用追隨すとは云ふを得ず、刑事裁判權は主權の至上且最も微妙なる屬性の一を表現し、又其故に國家の法律秩序が縦し一部分にても罪の實行に依り侵犯せられしときは領域刑法の排他適用可能性に對し限界及び條件を附せらるべきに非ず、遠隔犯罪と云ふ文句は單に思想の對象を速に了解せしむる爲のみに思考したる説述方法たるを否認すべからず、然れども若し之を敘述することなく採用するときは同様の種類の總ての簡略の如く混淆と不適切とを生ず、審査中の設例に於て吾人の内部法律秩序の侵犯を伊太利に招きたる場合に付ては遠隔と稱することを得ず、遠隔に於て犯したる罪とは固有の意味に於ては外國の内部に於て罪を犯しつつ(遂行の後に其結果が同じく伊太利にも亦影響を及ぼす場合のみたるべし、故に最も正しく吾人の判例を適用したる現存の法律を此點に付き改正するは適當に非ず

一〇、——草案は刑法の效力に於ては全部又は一部政治上又は社會上の動機に因り決定したる普通の犯罪は亦之を政治犯と看做し、議會の委員會此後の辭を削除するか或は其概念を明瞭にせんことを提案せり

右の社會上と云ふ辭の削除に臣は快く左袒せり、此辭は舊に餘りに廣漠且無際限の概念を言現はすのみならず更に尙臣には過剰にして且兩意義を喚起するに足るものと思惟せられたり、社會上の動機に因り決定したる普通の犯罪とは一般に政治上の或特定の秩序に加害する以上に因て以て政治上の秩序の成立する所の社會上の秩序其ものに對して向ふもの、其優たるは無政府主義の犯罪と了解す、然るに無政府主義は同様な他の總ての反社會活動の如く法典より國家の人格に對する犯罪と看做され、斯くて無政府主義又は其他の反社會主義の動機に因り決定したる普通の犯罪が主觀及び客觀の政治犯たることは疑ふべきに非ず

更に委員會は犯罪に政治上の性質を歸屬し得る社會上の動機を法典第六二條第一號の規範に依り減輕の情狀を構成する道義上及び社會上特殊の價值ある動機と區別せんことを提案せり、譯者註第六二條第一號には道義上又は社會上とあり、然れども『社會上』と云ふ辭の削除は此要求の存在の理由を盡く除去せり

一一、——外國に於ける内國人の普通の犯罪に關する第九條は最終分項に同條の規定は刑事處刑又は行政官憲の處分の結果として伊太利の國籍を失ひたる者に亦之を適用する旨を定めたり、されど新なる考察は臣を此規定を削除することに導けり

國籍を失ひ而して外國に於て普通の罪を犯したる者を固有の内國人の如く看做すことに付伊太利

國は如何なる利益を有するや？、其犯罪を未だ曾て伊太利の國民たらざりし外國人が外國に於て犯したる罪と別異に看做すべき何等の理由無し

之に反し理の當然として異なるは外國に於て本國家の人格に對し犯したる罪に關すときの原則是なり、されば原則の宣明に依り採用したる事項の位置 *Sedes materiae* は其適用せらるべき理由の排他境界内に於て國家の人格に對する罪と云ふ題名なり

一二、——草案第一五條は多數刑法の競合を調節し、數多の刑法又は同一刑法の數多の規定が同時又は順次に同一の事項を定むるとき特別法又は刑法の特別規定は普通法又は刑法の普通規定の效力を失はしむ但反對の規定あるときは此限に在らずと規定し、以て普通は特別に因り廢せらるると云ふ一般原則を堅固に適用せんと欲せり

確定草案の報告三五——三七號の中に臣は充分に此規定の理由及び何故に夫れが法典の總則の多數の規範及び更に一層分則の規範を安全に解釋する爲回轉の合鍵 (*la chiave di volta*) の如く看做すことを要するかを説明せり

さて議會の委員會は主として其過剰と思料したる本條の削除と又從として一層明瞭なる語法の使用とを提案せり

然れども特別刑法の夥多極まり且常に動搖する分量に想到するときは此規定は全然過剰とは見え

ず、委員會は或者の説に従へば數多の法律一の普通と他の一又は數多の特別との法律が同一の事項を定むるは決して可能に非ずとの事を注意せり、然れども此注意は數多の法律が全然同一の對象を有せずとは云へ若し其事が特別法に依り定められざるときは普通法の規律に従ふの意義に於て同一事項を定め得ることの事實を斟酌せざるものなり、例へば若し現行軍諸刑法典が身體に對する罪不柔順及び竊盜の特別に規定したる種類を豫見せざりしときは此等の犯罪は普通刑法典に依り罰せらるべきが如し、果して然らば何人が同様の場合に於て事項は同一なれども而も前述諸法律の法律上の對象は全く同一には非ざることを否認し得るや？

同一の事項と云ふ措辭は完全なる同一の意味に非ずして而も前述の意味に採用すべきものとす、故に若し特別法が其關する事項を明示して除外せざるときは其事項は止だ類似に因るに非ずして完全に普通法の規範の中に入るべし、此意味に於て本質の同一性には關すれども而も亦附屬の同一性には關することなく此措辭は民法典前置規定第五條に亦使用せらる

委員會には審査中の規定の定むる設例が法の競合に付てか又は法の承繼に付てかを明瞭に歸結せずと見らる、然れども法の競合に對する特有の條件は數多の法律が同時に有效なりと云ふことのみ存し其數多の法律が同時に發表せられたる場合に於ても順次に公布せられたる場合に於ても均しく法の競合の存在し得ることは明白なり、何れにしても草案第一五條に用ひたる『同時又は順次に』と云ふ語が錯誤に導き得ることを避けんが爲臣は之を削除せり、時期に於て其先たると後たるとを分たず

均しく特別法が普通法の效力を失はしむることは疑問たることを得ず斯くして種々の法律の其發表の編年の方面より見て存する關係を顧みることなく却て數多の法律が同一事項を定むる設例生ずるとき同時に有效なるを前提とすること明白なるに於て其特有の主義は肯定せられて殘存するなり

## 第二章

### 刑に就て

一三、——議會の委員會には單一の罪に對し脅示したる刑一般に嚴格に過ぎ又其多數に保安處分を添附したるは一層甚だしと見らる

此關係に於ては他の點より法典の改正の理由の一と目的の一とが刑事懲罰の有力化に存するを眼中に保つことを要す議會の賛成したる此終局は若し一層刑を重くするに非ずんば到達し得べからざるべし

然れども既に臣の警告する機會を有せし如く法典は正當なる一切の場合に於て衡平と寛大とを生ぜしむる爲最も有效なる手段を供給す

次に既に臣の指摘せし如く刑とは異なる性質及び目的を有する保安處分に付ての報告は正確とは見

られず

尙此點に付ての委員會の考察は種々の場合に於て後に見る如き草案の刑を増大せんとの同委員會の爲したる提案と調和し難し然し臣の發議を以ても亦正當と見ゆるときには單一の罪に關し草案の設けたる刑を減少せり

一四、——議會の委員會は主刑の規律に於て先づ其述べし如く刑務體系刑罰制度の整理中過失罪に因る處刑者と重大性又は悪性の特殊の性質を有する故意罪の者との間に待遇の差別を設けんことを欲せしなるべし

一八八九年の法典の懲役 *reclusione* と禁獄 *detenzione* との間に爲したる但殆ど止だ名義のみの區別を廢することに臣を導きたる理由は之を反覆せず過失罪に對し及び非不徳義の動機を以て決定したる罪に對し法典は機宜なるときは拘禁刑と擇一に金刑に交換す故に委員會の希望は豫防及び刑罰の制度に對する取極の改正に依りて達せらるべし

一五、——草案は附加刑の中公民權の喪失と處刑者の財産の全部沒收とを更新せしが議會の委員會は其削除を提案せり

此等の刑の重大性は臣決して之を注意せざるに非ざりき此等の刑は止だ刑事政策の理由のみに動

かされ史上或特定の時機に於て正當視せらることを得て又其故に堅く必要を認められたりき而して草案が此等の刑の換科を二個の場合のみに制限したることは眞なり

擬議會の委員會の提案は臣が感情の理由に因るのみならず更に法律上の動機に因り疾に之(提案を)採用することに用意したるを發見せり、一面に於て公民權の喪失及び財産の全部沒收は私權の範圍内に避くるを可とする反響と複雑とを生ぜしめ、他の一面に於て臣は認む恒久且規範の法たる刑法典は寧ろ偶發且一時の懲罰の必要を満足せしむるに充つる此等の刑を缺如せしむることを得、反之其除去は正しくさる需要を補充する爲必要と思料するとき同様の刑を設けて特別法を發表するを妨ぐることは能はず

之に因り公民權の喪失と財産の沒收とに關する確定草案の其規定第一九條第一號第二號第二八條乃至第三一條は法典より消滅せり

一六、——死刑に關し議會の委員會は何等の注意を爲さざりしが但執行の場所選擇に關することに付き其都度司法大臣より指定せらるることを欲せり、豫備草案は其選擇の權能を裁判官に付與し而して刑事訴訟法典確定草案第五八六條其規定に一致したり、然れども確定草案の定むる所次の如し、極刑は原則としては刑務所の内部に於て、又例外としては司法大臣の指示する其他の場所に於て之を執行す、(裁判官の評定する程度に非ざる所の)臨時機宜の理由存在し得るに因り司法大臣公然に又は別異に

監獄と異なる個所に於ての執行を指揮す

何人も法の設けざりし刑を以て之を罰すること能はざる所以の原則の含む所として法は單に刑の抽象の本質に依りてのみならず更に尙其苦痛力を定むるに競合する所又は其例示性に關する所の執行の様式に依りて之を豫見することを要す、此様式たるや公益及び私益保障の爲執行官憲の擅斷に放任する能はざる所なり、されば此理由に因り臣は法典が死刑の刑務所の内部に於ての執行可能の原則を取極むることを正當と思料し又例外の途として司法大臣は前述機宜の理由に因り之を適當と信ずるときは別異の場所を指定し得ることに同意せり、斯く前定し執行の場所の指定を原則として大臣に歸屬するは前述の主義を侵すべく、一面に於て特別の場合に關する利益を擁護する爲例外を設くるを以て充分なりとす

一七、——確定草案は徒役處刑者に六月を降らず又二年を超えざる期間晝間も亦獨居を懲役處刑者に所科の刑の三分の一を降らず又一を超えざる期間晝間獨居を添附する權能を裁判官に付與せり

議會の委員會は犯罪競合の場合を除く外晝間獨居の削除を提案せり

繼續即ち晝間及び夜間の獨房監禁制は誤れる基礎の上に立つ心理上及び倫理上の標準の適用を表現す、事實此主義の一訴求は原則として此制度に矯正の効果を歸屬し夫れ程に普通の犯罪者は獨居に附隨する精神統一の結果渠自身に反省すること、惡行を熟慮すること、諒の刺針を感じて後悔するに堪

ゆと本制度支持者の唱道する如く誤て假定す之を要するに本問題に於て吾人とは甚しく別異に感受し又思考する所の固有の感受及び思考の方法を假定す

此制度は伊太利の司祭者の理想に基き而して暫くの間 Tuscania 大公國に適用せられ亞米利加合衆國に援護を見出し該地に於ては Philadelphia, Auburn 其他の制度の稱呼に於て全部又は一部採用せらるるに至れり次で前世紀の後半に伊太利に於て監獄改良を處置したるとき精神淨化に付き多數拘禁刑の第一期として再び伊太利に輸入せられき然るに實驗の證明したる所は此制度は常に期待したる犯人悔誤の効果を生ぜざりしのみならず却て其反對に身體上及び精神上の積極惡化の原因たりしなり右は曾て一八八九年の法典の刑事體系の完然なる適用に對し十分の分房の數を用意することを處置せざりし理由の一なるか之に反し他方各別に開放したる共同作業の制度譯者註分類雜居制を利するに向へる立法上の處置を缺かさりしなり(一九〇四年法律第二八五號、一九一七年一月二十九日勅令法律第二〇三八號)

然れども縱し此考察が現行法典の刑の體系を拋棄することに歸結するとも監獄制度より繼續獨居を全部排斥するの過度に至るべきに非ず其避くべきものは此制度の必要無き適用なり

確定草案は第二二條及び第二三條に於て徒役及び懲役の處刑者に對し晝間も亦獨居を適用することを許容し司法官の審判に依り其獨居が機宜に非ずと思料し得らるる場合に其適用を避け得ることの爲一八八九年の法典の定めたる義務を裁判官の權能に變更せり然れども抽象には同じく個人の總

ての損害を豫防するに充分と思はるる此規定を再び審査するに當り臣は確信せり實地には其規定は裁判官が處刑の判決を言渡す際に繼續監禁を命ずる具體の機宜を決定するに付き且其期間を設くるに付き必要なる要件の一切を常に其處理に有し得ざる限、最も充分なる保障を付與せず

之に因り裁判官の此權能の徹底したる適用の困難を斟酌し普通の場合に徒役及び懲役の處刑者に繼續獨居を適用するの可能を(第二二條及び第二三條より)削除するを機宜と臣は思料せり

然れども爰に繼續監禁が廢すべからざる必要として現出する所の設例存り  
 『徒役刑を齎す一個の犯罪と有期の拘禁刑を齎す一個又は數個の犯罪との競合に於て無期刑は之を延長する能はざるに付き、又他の一方に於て咎責者に自餘の諸犯罪に對する咎責の重さを感じしむることの必要なるに付き、さもなくば既に徒役を以て罰すべき一罪を犯したる者が爾後罪を犯すことを犯し徳と見るべし繼續獨居に依るの外他に今日の文化に照應する手段存在せず、因て臣は草案の第七六條法典の第七二條の規定を維持せり、之に據り前述の設例に於ては常に六月を降らず又四年を超えざる期間の晝間獨居を添附す譯者註、此場合は第二二條に依り夜間の獨居の適用あり、本條に依り晝夜の獨房監禁と成るなり』

他の必要は刑務所の規律の要求に關するもの是なり、豫防及び刑罰の制度が説話に依る強制手段教誨を廢すること能はざるは明白なり、此手段は同様の效果に付き他の何等の手段を以ても之に換ふることを得ざるべし、然れども懲戒制裁として認むる繼續獨居は監獄の一般規則の處分たるべし

右の方法に依り議會の委員會の意見を満足せしめたりと臣は思料す

一八、——罰金刑に對し定めたる一般の限界は最低に於て五十リール又最高に於て五萬リールなり(第二四條)次に單獨又は擇一に罰金を以て罰すべき單一罪を豫見する特殊の規定は其罪の各個に對する此刑の特別の最低と最高とを特定す然れども慎重なる處置を以て(第二四條は)犯人の經濟状態に因り特定の罪に對し法律の脅示する罰金の最高額を適用するも仍ほ效力無しと推定することを得るときは裁判官は之を三倍迄増大する権能を有する旨を規定す此方法に依り特別最高が罰金の一般最高と同様なる一罪に對し其刑は十五萬リール迄昇ることを得

さりながら確定草案第二四條の編纂に據りては射利の動機に因り決定し而して止だ懲役のみを以て罰すべき犯罪に關し裁判官か同條末項の規範に依り罰金を添附するを機宜と思料したるときに其増大するの権能は適用することを得ざるべし三倍の増大は此場合に於ても仍ほ正當視すべきものと思惟し爲に臣は第二四條の構造を變更して二個の分項に置き換へ斯くして同條の中に認めたる總ての設例に三倍の増大を可能と成らしめたり

一九、——無期官職禁止は新法に依る如く現行法に依りても亦取り分け國家又は其他の公の團體の負擔に係る扶助料恩給及び年金の喪失を齎すなり(第二八條)

議會の委員會は此附加刑の關係する個條の單純化但如何なることに成立すべきかの知られざる單純化を提案するの外扶助料又は年金の喪失の場合に家族の扶養補助金授與の可能を認めんことを欲せり此規範は一八八九年の法典に於ても亦之を缺き該法典の適用中未だ曾て其需要を警告せられざりし所なり是其爲には文官分限恩給其他に關する所の如く特別法之を處置するが故なり

因て臣は果して又如何なる場合に處刑者の家族に扶養補助金を授與し得るかを定むることを全部此等の法律に一任するを選べり

二〇、——權力の濫用を以て又は官職又は公役又は假にても後見人又は保佐人の職務又は其他後見又は保佐に屬する總ての職務の一に附隨する義務の違背を以て若くは職業工業技術商業又は營業の濫用を以て又は此等に附隨する義務の違背を以て犯したる犯罪に對する總ての處刑は官職又は職業工業技術又は商業又は營業の有期禁止を將來す第三一條

議會の委員會は第一段に此禁止を單に任意と爲し而して強制と爲さざらんことを提案せり然れども此提案は附加刑の當然特定の處刑に追隨する體系に反す一八八九年の法典(第三五條の體系も異らざる所なるが之に對し未だ曾て注意すべき抗爭の因を爲さざりき

第二段に委員會は輕微なる違反に對する禁止を除外せんと欲せりされど常に犯罪(Dehitt)譯者註、違警罪に對立する較重犯罪の謂に關することを要するが故に『輕微なる違反』と云ふべき場合に非ず加

之除外は既に三年を降る懲役又は罰金の刑を科するに至れる過失犯罪に對し之を設けたり(第三三條第二項)若し眞に刑事守護強化の目的を達せんと欲せば此除外を重からざる故意犯罪に擴張することは機宜に非ざるべし其他其性質自身に因り爰に論ずる制裁を要求する犯罪に關しては恐く主刑よりも尙一層ならん例へば吏員にして犯罪を以て其職務に不忠實なる證據を與へたる者に如何にして官職の獲得及び執行の能力を放置し得べきか?斯る場合に公益は將來の保障を要求す終に委員會は有期官職禁止に對し草案の定めたる所より一層低き最低限界を設けんことを勸告せり此附加刑に對して指示したる絶對限界は一年の最低と五年の最高とに依りて成立す(第二八條)其最低を降すことは臣には機宜と見えざりき之より下の禁止刑は空想と爲るべし

二一、父權又は夫權の濫用を以て犯したる犯罪の處刑は科せられたる刑の二倍に等しき期間其行使の停止を將來す(第三四條)

議會の委員會は此規定に「但裁判官別異に處分するときは此限に在らず」と云ふ留保を添附せんことを提案せり然れども此提案は附加刑を任意と爲すに該當し既に注解する機會を有せし如く體系に反す(草案第一八八條)草案の註解に「但裁判官別異に處分するときは此限に在らず」と云ふ留保を添附せんことを同委員會は更に「咎責者の法律上の能力の状態を第三者に知らしむる處分」を刑法典の中に設定せんことを欲せり然れども其事は既に刑事訴訟法典確定草案第五九八條に於て之を處分せり

二二、處刑の刑事判決の公示に關する規定中臣は任意に「死刑又は徒役の處刑は其結果として判決の公示を有す云云」草案第四〇條の文句を他の一層正確なる「……の處刑の判決は……之を公示す」法典第三六條に交換せり

議會の委員會は公示の様式を定むる規範を刑事訴訟法典中に移さんことを希望せりされど附加刑に關するに因り臣は刑法典の中に其様式を特定せしめ専ら執行の手續に屬する原則は之を刑事訴訟法典に一任するを適當と思料せり

二三、死刑處刑者の法律上の條件は徒役處刑者の條件なり處刑の執行迄のことたるは言ふを俟たず(第三八條)

議會の委員會明白に之を定めんことを提案せり然れども何人も死刑と徒役との均等が銃殺後仍ほ延長すと推定し得るとは思はれず

### 第三章

### 罪に就て



二四——總ての罪に於て物理上の因果關係(第四〇條)を精神上の因果關係(第四二條)より區別すべきなり、何となれば刑事答責は罪を構成する事實が先づ以て行爲者より物質上に惹起せらるることを要し、又第二段に共者より精神上にも亦惹起せらるることを要することに成立するが故なり

議會の委員會には他の規範の存在に據り過剰なるの故を以て、又其因果關係に非ずして時間關係に關する故を以て物理上の因果關係に關する規定は削除せしむべきものと思惟せられたり

加之委員會は最も正確なる科學上及び實地上の原理の適用に依り分離して殘存する且殘存することを要する二個の法規の間の本質の相異を注意せざりき、一八八九年の法典(第四五條)の爲したる(物質上と心理上との)二個の要素の混淆は罪の構成の明瞭性及び正確なる理解を害せり

(譯者註、一八八九年法典第四五條)第一凡そ犯罪を構成する事實を欲したるに非ざれば其犯罪の故に因り之を罰することを得ず、但法律が他の章に於て其作爲又は不作爲の結果として其負擔に歸したる犯罪は此限に在らず、<sup>第二</sup>違警罪に付ては法律に違反したる事實を犯すを欲したること證明せられずと雖も自己の作爲又は不作爲に付き其責に任ず

物理上の因果關係に關する規定か因果關係に非ずして時間關係を省察すと做すことは肯定する能はず、反之何人と雖も若し罪の存在の繫屬する結果が自己の作爲又は不作爲の歸結に非ざれば之を罰することを得ずと云ふときは止だ先發者の續發者に於ける關係を暗示するのみに非ず尙原因の結果に於ける聯絡をも亦之を暗示す、一の結果は止だ其作爲又は不作爲の成果なるときのみ或者の作爲又

は不作爲の歸結なり、故に若し結果が成果なりせば作爲又は不作爲は結果の原因たらずばあり得ざるなり

次に總ての場合に於て成果 *effetto* の辭を歸結 *conseguenza* に代へんとする提案は兩語が法律上同意義なる以上法律上の重要性無く文學上の優先より他の基礎を有すること能はず、而も一八八九年の法典第四五條に使用したる傳統の語を法律に保存するを可とす

委員會は更に同一の規定に於て、又は正確には防止する義務を有する結果の防止の缺如を之を惹起したる所爲と同視する所の其部分(譯者註第四〇條第二項)の謂に於て法律上の義務に關する旨を正確にせんことを提案せり、然りと雖も一の法律に於て義務と稱するときは専ら法律上の義務のみに關することは明白なり、輒近の國家に在りては若し法律之を設定せざるときは他に爲し又は爲さざる自由の限界存在せず、而して若し法律之を設定することを要すとせば、それは必然爲し又は爲さざる法律上の義務に存す、されど大に精密なることは害は在り得ざるに因り喜んで委員會の提案を臣は採用せり(譯者註第四〇條第二項の義務の辭の上に法律上のと云ふ辭を加へたるの辨明)

二五——原因の競合の場合に於て確定草案は後發の原因が『單獨に結果を確定するに充分なる』*sino* ときは因果關係を排除す』と規定せり

議會の委員會『なる』*sino*』よりも、『なりし』*sino state*』と云ひ以て此規定を明瞭にせんことを提案せ

り(譯者註、第四一條第二項に於て余は sano state をなると譯出したるが故に此一段の報告は余の譯文に付ては無意味なり)

實地上一層安全なる教導を授くる爲に臣は此修正を採用せり第四一條、後發の原因の作爲は審理すべき所爲に關係無く抽象に考察することを得、而して其時は草案の措辭者譯註なるは正確なり、若くは審理の因を爲せる所爲に關係し、即ち具體に考察することを得、而してさる場合には委員會の選びし措辭(譯者註なり)し、一層正確なり、若し單に理論上の規則のみに關せんか、彼の措辭を用ふるも此の措辭を用ふるも無差別なるべし、然れども審理の際裁判官の眼前に保持すべき實地の規則に關する以上、斯くて『なりし』の措辭を用ふる事が一層適當と臣には見えたり、裁判上の精査は後より ex post 行はるることを要す、是結果の惹起せられたる時必然過去に關係を有するなり、此方法に依り經驗少き裁判官が結果を發生する原因の潛勢力に付き寧ろ常に優越なる考察を有すべき具體の場合の特殊性を斟酌することなく單に常に來るもののみを視て問題を解決すべき可能を亦淘汰す、若し果して具體の場合に原因が結果を發生するに充分なりしならんか他の場合に關し時間又は情狀は毫も重要に非ず、そは却て不十分に表現することを

二六、——議會の委員會は第四二條に於て何人と雖も若し故意を以て犯したるに非ざれば(草案の云へるが如き『犯罪』に因り)とよりは『所爲』に因り罰することを得ずと云はんことを選べり、然れども提案

せられたる文例は臣の見る所にては正確に非ず、何となれば故意に非ざる所爲と雖も之に因り罰することを得ればなり、寧ろ臣は別の『法律の犯罪と豫見したる所爲に因り』と云ふを原文に換えたり

一層重要なるは第四二條の第八五條との調整に關し委員會の爲せる注意是なり

先づ最初に意欲 *voluntas* に自由なると云ふ性質を付せんと提案せり、然れども此辭は過剰にして又曖昧に終るべし、過剰なり、何となれば法律上若し自由即ち壓迫せられざる意欲に非ざれば意欲存在せざるが故なり、曖昧なり、何となれば自由なる辭は自由意思 *libero arbitrio* を暗示せんと欲するかを疑はしめ得るが故なり、自由意思は未だ解決せられず又恐く解決し得られざる哲學の問題にして其解決が刑法の道理ある辨明と適用とに全然必要に非ざる限刑法には全く無關係に残るべし

第二段に委員會は説話中の二個條に同様の文例を使用せんことを欲せり、其理由は用語の相違が理會の能力と知覺とは同義たるべきに拘らず理會の能力、意欲する能力及び智覺を必要とすと思料せしむるを得と云ふにあり

審査中の點に關し刑律典確定草案の臣の報告(九九號)の中に披露せし理由を反覆せず、次の事項を記憶せば充分なり、第四二條は所爲に具體なる結果の意欲を考察す、そは通有に能力有り又其爲歸責可能なる個人が特定の所爲に付き刑事上答責すべく求められ得る爲に亦必要なるものなり

反之、第八五條は具體特定の所に涉ることなく刑事範圍に於て行動する通有の能力を定む、そは意欲すること、知覺して動機を辨別及び取捨すること、自制することの個人の能力是なり、換言すれば刑法を

適用し得る正規の者を定義し以て刑法の人格の概念を與ふるものとす。要するに第八五條を第四二條と區別する理由は、抽象に且實際に可歸責(即ち刑法上有能力)の者なれども具體の(即ち特定の所爲に交渉を有する場合に其作爲に付きて刑事上答責せず例へば精神は健全に又年齢は成熟したる者が事實の錯誤に陥るときの如きことある即ち是なり)第八五條理會及び意欲する能力と(第四二條)知覺及び意欲との間には法律上の交渉に於て行動するの能力と單一の交渉に於て考察せられたる意欲との間に介在すると同様の相違ありて存す。

罪の心理上の要素を指示するに關するとき(第四二條)は夫れは作爲又は不作爲の知覺及び意欲に依るを可とし又充分なりとし答責可能の前提即ち刑法に服する通有の能力を確定するに關するときは意欲の能力の外理會の能力を指示するを必要とす。

然し私法が法律上の交渉に於て意欲の能力 *capacità di volere* を結果の意欲 *effettiva volontà* と區別する如く刑法も同じく斯く罪に於て意欲の能力を結果の意欲と區別す、意欲の能力は刑法の範圍に於て自己の所爲に付き刑事上答責すべき通有の適格即ち可歸責 *imputabilità* を生ぜしむ、具體の意欲は刑法の範圍に於て可答責 *responsabilità* を生ぜしむ、是即ち法律が特定の歸責すべき者の計算に其作爲又は不作爲の歸結を置く所以の關係なり。

故に意欲の異りたる二個の位置に關す、刑法の能力即ち可歸責に於ては意欲は可能性の機會に依り考察せられ、結果の刑事答責に於ては意欲は其實行 *attuazione* の具體の機會に依り考察せらる、理會及

び意欲の能力』と云ふ文例を以て法典第八五條は意欲を可能性として考察し、知覺及び意欲を以ての『作爲の遂行』と云ふ文例を以て法典第四二條は意欲を具體の事實として考察す(譯者註、第四二條には作爲の遂行の辭無し)

此二文例は有形上には全等に非ずと雖も内容上には同價なり、其故は可能性としての意欲は第一に理會の能力一切を必要とす理會 *intendere* は認識したる動機 *motivi consci* に因る自己決斷を認容する法律體系に於て意欲することの必要前提たる認識すること會得すること、辨別することの智力としての謂なり、而して具體の意欲は知覺の一切を第一とす、認識したる動機に因る自己決斷の體系に於て知覺は意欲の必要前提なるが故に行爲に於ける理會 *intendimento in atto* より他の何ものにも非ざるを以てなり。

二七、——其心的要素に従ひ罪を區別するに當り(第四三條)意志 *intenzione* (意志に従ふ意志外、意志に反する)と稱することは議會の委員會に機宜と思料せられざりき。

然れども故意の犯罪に於て若し結果が自己の作爲又は不作爲の歸結として本人の豫見し且意欲したることを要すとせんか其犯罪に於て結果を發生せしむる意志を必要とするは明瞭なり、又若し意志が必要ならんか何が故に之を指稱す可らざるかを知らず、故意の犯罪に於ては心的要素を具體化する爲には所爲を知覺したる任意性 *cosciente volontarietà* (第四二條)にては充分に非ず、そは過失犯罪に對し

ても違警罪に對しても亦同じく要求せらるる所なり、更に意欲が結果に向へることを必要とす。次に『意志に従ひ、意志外意志に反する』の辭は故意、超意志及び過失の犯罪の概念、夫れは次に故意、超意志及び過失の觀念を以て識別する所のものの如何なるかを場合を分ち直接且綜合に表示する限り説明上の有用なる役務を有す。

二八、——過失犯罪は作爲者又は不作爲者結果を豫見したりとするも之を意欲せざりしときに存在し、又結果の豫見に拘らず作爲すること又は不作爲することは加重情狀を構成す(第四三條及び第六一條第三號)。

議會の委員會、結果の豫見に拘らず作爲したることは過失に非ず故意の犯罪の形狀と成ることを注意せり。

されど此概念は舊き理論に屬し爾來、臣の知る所に依れば、科學より放棄せられたり、故意の犯罪と過失の犯罪との間の區別を結果の豫見可能性と非豫見可能性との上に立つる學説は爾來最も權威有る學説より放棄せられたりと云ふことを得、又一八八九年の法典にも採用せられざりしと云ふことを得、洵に過失は結果の豫見可能性及び豫見の缺如より非ず、寧ろ其結果は豫見可能なるべしとするも意欲せざる(即ち意志に反する結果を發生したる所の懈怠、疎虞、不熟練又は指導の種別法則の不遵守内容に於て第一八八九年の法典の觀念なり)より構成す、若し豫見したらんか既に述べし如く加重情狀に

充つるなり。

今や豫見を有する過失が如何にして故意に變形し得るかを見ることなく、故意か單に豫見のみならず尙其他に結果の意欲を要求する機會よりせんに、即ち若し豫見が必然結果を發生する意欲を含有するときは夫れのみ眞なるべし、反之疎虞は屢々結果の豫見を有し而も之を惹起する意欲とは全然他の意欲を以て行動することを其特色とす、合法なる活動が引續き其眞實なるの例を供給す、危険極まる實演を伴ふ大膽なる戶外遊戯は生命を擲つことあるを豫見す然れども其者は死とは全く異なるものを意欲す、同様なことは不法なる活動の範圍内に到來す、車を以て慣れたる道を疾走する者は誰かを轉倒し得ることを必ず豫見す、然れども渠の意欲は其目的に向けられず、斯くて若し轉倒實現せば縱し加重せらるるも一般の感情に因り故意に非ずして過失に付き答責す(譯者評、餘りに大膽なる放論)。

二九、——法律は時として確定の所爲の可罰性に付き特定の條件の確立を要求し之無くば處罰の必要を豫約す、是條件の確立の繫屬する結果は縱し行爲者の意欲せざりし所なりとするも作爲者又は不作爲者の答責を將來する可罰性の客觀條件に關するなり(第四四條)。

議會の委員會は、條件の確立の繫屬する結果は縱し其者の意欲せざりし所なりとするも犯人其罪の責に任ずる所以の原則の正確は内容上抗争することなく而も法律が可罰性の條件を定義せざる以上之を宣示するは過剰なりと思料せり。

第四四條は現存する伊太利の科學より一八八九年の法典を推蔽したる限を眼前に保ち後に學說が擴張すべき原則を正確を以て設定す、可罰性の諸條件は一八八九年の法典にも亦存在せり然れども該法典は果して其一條件の確立の繫屬する結果が意欲せられしことを要するや否やの問題を解決するに付き何等の原則を要せざりき、新法律は提案に出てし問題を分割することに處分す、其故に又關係規範は過剰とよりは全然別に思料せらるべきなり

説話中の原則か答責性の一般原則に一の抵觸を置くことは其原則の正確を疑ふ能はず、そは其關する所の條件は曾て作爲又は不作爲の要素に非ずして寧ろ立法者の判斷に依り可罰性を生ぜしむるに付き行爲者の意欲したるを必要とせざる所の罪の要素を描出することの考察を以て辨明せらる

殘す所の議會の委員會が法律が可罰性の條件を定義せずと云へることは之に關する個々の罪に於て法律之を豫見し其條件を特示する爲其條件の觀念は第四四條より明瞭に歸結すと答ふることも容易なり、次に此觀念を敷衍すること及び可罰性の條件と其他の罪の要素との間の區別の性質を正確にすることは法律に非ずして科學之を完成す

三〇、——議會の委員會は偶然の事故又は不可抗力に因り所爲を行ひたる者は罰す可きに非ず(第四五條)と宣示する規定を過剰と思料し其削除を提案せり、委員會は、一の法典に於ける斯の如き必要に非ざる規定は常に疑問の源泉にして又學說紛争の辭柄と成ると注意せり

論ずる所の規範の兩ある如くに左程透明、正確且簡潔なる一の規範が疑問を招き得るとは眞實臣に思はれず

學說紛争の可能に關する委員會の恐怖を解くことを知らざるべけんや、若し委員會之を以て原則の科學上の敷衍を志さんか久しき以前より充分に偶然の事故及び不可抗力に付ての論論存在す、若し之に反して會が詭辯又は障礙の學說の創立を恐るるとせんか其發現は確に委員會が明瞭にして又其爲に過剰と思料する規範の存在には繫屬せざるべし

更に過剰との標準を以てせば法律全體の源泉として用ふる役務を學說に一任しつつ法典の總則に含まるる規範の大部分は之を削除するを得べし、されど夫れは近世の國家の立法作用を律する原則又就中之を缺かば近世の世界に於ける一切の社會生活不可能と成るべき客觀的權利確實の原則に反對なり

夫れを缺くに因り必然主觀にして又變動する學說の源泉に頼るの因を爲すこと程夫れ程迄は確實にして又變動せざる規範は疑義と問題とを涌出し得ず、刑法典に於ては決して當然の原則の宣示を過剰と思料することを得ず何となれば此法典は單に法律家のみで使用せらるるに非ず尙總ての者の素行の教導と成り又其爲に法律家には自明と見られ得べき原則と雖も之を法典と成すことを要すればなり、更に一の法典縦し科學上の構成に非ずとするも確に系統性の工作たることを要し而して其系統は基礎の原則を默過するを容すことなく解釋の途に依り容易に利益を收め得べき完備と調和との要

求を有す

三一、——系統の規律の要求及び意欲の瑕疵に關する事項の完備には亦有形の強制に關する規範(第四六條)之に應答す之に據れば抗拒すること又は如何にしても回避すること能はざる有形の暴行に依り他人に之を強制せられて所爲を行ひたる者は罰すべきに非ず無形の暴行は第五四條に豫見す)議會の委員會は尙又偶然の事故及び不可抗力に關し披瀝したる理由其價值を辨明すべき此原則の宣示をも亦過剰と史料せり

爾く大なる効果を有する理由他無し此原理の宣示は該規定の第二項に含有する歸結の必然の前提を構成するに存り之に據れば歸責可能の所爲(而して偶然の事故及び不可抗力の設例に於ける如くに單純に有形に非ざるもの)に基く強制に關するを以て暴行の本人被強制者の行ひたる所爲に付き刑事上其責に任ず

前述の委員會は此規範を被欺罔者の行ひたる所爲の刑事答責を欺罔を以て之を行ふことに決定せしめたる者に歸する所の第四八條の規範と融合せしめんと欲せり然れども本質上相違する二個の設例に關することは明瞭なり即ち第一の場合に在りては暴行他に在りては欺罔が考察に上り斯くて此等の異質の要素の混淆は確に單純性と明白性とを益すること能はざるべし

被強制者に關する『罰すべきに非ず』(non punibile)と云ふ語法も亦有形の暴行は單純なる可罰性のみ

ならず罪を排除すと做し議會の委員會の喜ぶ所と成らざりきされど『罰す可きに非ず』と云ふ術語は法典に在りては通有の意味を有し而して刑を除く所の原因に限らざることを注意するを可とす此術語は非可歸責(譯者註、歸責可能に非ず、無責任) (non imputabilis) の場合を除く外所爲を罰すること能はざる所以の原因一切を包含す法典は之を別の意味に採用したる一八八九年の法典と異り常に右の意味に使用し而して場合の變化に面し判例の解釋及び學說の推蔽を妨げざる爲個々にする語法を臣は選擇せり故に規定の目的及び實地の必要に完全に適應する文例を變更すべき理由存在せず(譯者註、犯罪不成立の場合に對する、獨 nicht strafbar、佛 non punissable、伊 non punibile、日之を罰せずと云ふ辭例を不當と信じ、余の起草せる清朝刑法には不爲罪とせるを民國改正法は不罰と云ひ歐洲の惡例を復活せり)

三二、——議會の委員會は事實の錯誤に關する個條第四七條の文例を簡單にせんことを提案せり然れども如何なる意味に於て其簡單化を生ぜしむべきかを理會すること容易に非ず或委員には過失に基く錯誤が故意の罪を過失のものとして爲すことが奇異と觀ぜられたり而して若し其考察が正確ならんか眞に奇異たるべし然れども其實故意の犯罪が過失に變化することに關するに非ず何となれば第四七條に在りては單に錯誤か過失に基くときは事實の錯誤に對し故意の名義に依る可罰性を阻却し過失の名義に依る答責性の残り得ることを言ふのみなるを以てなりされば故意が阻却せらるるに至るときは故意の犯罪と稱することを得ず又其故に通俗にして且不適當なる意味に

於てするに非ざれば存在せざる所の故意の犯罪が過失に變化すと稱することを得ず、尙法典は此點に付ても亦伊太利の優良なる學說の結論を採用せり、其教ふる所事實の錯誤の故に因り故意を阻却せば其錯誤の原因を審査すべく殘存す、若し之錯誤が偶然に繋がるんか所爲は罰す可きに非ず、若し之に反し過失に繋がるんか固より其名義に依り罰す可き犯罪に關するときは、過失の名義に依る可罰性存在す、確定草案第六二條に付ての臣の報告に説明せし如く故意を阻却する事實の錯誤は作爲者又は不作爲者が事實の錯誤に因り其舉止は犯罪の構成要素を満たさずと思料したる爲客觀に刑事規範に違反したるときに實證す、今や其違反が若し故意に非ざるときは過失たり得ること又其故に法典が其作爲又は不作爲を過失犯罪の中に豫見するとき其名義に依り之を罰す可きことは明瞭なり、自己の物と信じつつ他人の物を取る者は何等の名義に依りても罰す可きに非ず(過失竊盜の犯罪を構成せず、然れども反之誤て承諾ありと思料し推定の承諾者を殺害する者は其錯誤偶然の事故に繋がるすと雖も而も疏虞又は懈怠に繋ることを歸結するときは過失殺人に因り罰す可きものたるべし

他の一委員は 錯誤に陥れる者は故意の名義に依りても過失の名義に依りても刑事上其責に任ぜず但過失に該當する者は過失の名義に依り其責に任ず、と云はんことを欲せり、されど此提案は法典の採用したる原理を確認することは明瞭にして而も曾て一層簡單なる様式に依らず寧ろ一層複雑且正確なり

三三、——草案第五三條は、事實の錯誤に關するとき反對に其罪を構成すとの誤想に因り罪を構成せざる所爲(想像犯)を行ひたる者に、保安處分を適用する權能を裁判官に付與せり

議會の委員會此規定の削除を勸告せり、其故は、想像犯の設例に在りては所爲の本人は法律の許可するが少くも容赦する所のものを罪と看做す程の小膽なる人物に係るを得て其社會上の危險性を阻却すと云ふに在り

洵に其小膽さは縱し錯誤にもせよ犯罪するの意志及び信念とは調和し難し

何れにしても最も稀なる場合に關し若し必要あらば其準備する手段を以て保安官憲有效に干與することを得るに因り、第四九條より前述の規定を除去することに臣は同意せり

三四、——有權者 *avente diritto* の承諾と稱する件(第五〇條)に關し、議會の委員會、其者の承諾が侵害を阻却する場合に在りては適當に被害者と稱することを得ざる旨を、正確に注意せり、次に委員會は正當に *legittimamente* と云ふ語を裁判官が特定の主觀權利の處分可能性を決斷するに足るべき法律慣習其他源泉を指示する方法に依り、他の一層正確なる語を以て換えんことを勸告せり

右の第二の注意には「正當に」と云ふ辭は法律秩序の抱擁に關係し且權利の可能なる源泉一切を含む有することを以て答ふることを得、次で裁判官の採用すべき源泉を場合毎に指示するは不可能なり、是處分し得る權利一切の目次を作ること不可能なるが故なり、尙同一の法律利益、例へば身體の現狀 *legittimo*

tegita が或關係に因りては處分可能に、他の關係例兵役義務に服する者の任意傷害に因りては處分不可能と爲ることを得、第一に在りても亦或一點に非ざれば處分可能と爲ることを得、さりながら此規定に一層概念的に且綜合的なる文例を施すを機宜と思料し、以て、有效に處分することを得る人の承諾を以て權利を侵害し又は危険に陥れたる者は罰す可きに非ず(第五〇條)と規定せり、右は刑法より權利者の不承諾を特定の罪の構成要素として明白に要求する場合の外に在りては同様なること勿論なり

三五、——若し官憲の命令に因り罪を構成する所爲を行ひたる時は單に命令を下したる官吏のみならず尙其外事實の錯誤に因り正當なる命令に服従するものと信じたるときを除く外之を執行したる者も亦其罪の責に任ず(第五一條)

議會の委員會には如何なる法律の錯誤にも無罪 *serminante* とする効果を否定することは過度と思惟せられ之に反して其意見に依れば執行者が善意に行動したることは情狀の中に觀察することを要すべしとなり

されば法律の錯誤は法律が命令の正當性に付き鑑別を認容するときは常に刑法と異なる法律の上に含まれ且罪を構成する事實の上に錯誤を惹起したる場合の外は可罰性を排除すること能はず(第四七條)次に善意に付ては若し錯誤が過失に基かざるときは可罰性排除せらるる

草案の第五五條(法典第五一條相當)を再審査するに當り同草案の第一一六條第三號及び第一一七條(譯者註、法典第一一二條第三號及び第一一七條)の援用を臣は削除せり、臣に此削除を暗示したるは、審査中の個條の中に律したる設例に依り罪を犯すに決定したる通常の設例に對して豫見したる刑の加重及び減輕に關する規定一切を、二様の意味を生ぜしむることなく、適用可能と爲すの機宜是なり、第二項(譯者註、第五一條第二項)に於ける第一一六條第三號の單一援用は不完然たりしなるべし

三六、——正當防衛(第五二條)の關する所に對し、議會の委員會、斯の如き防衛は單に侵害にのみならず尙防衛せんと欲する權利の本質 *essentia* にも亦權衡を保つべきことを注意せり

然れども此概念は贊成すべきものとは臣に見えざりき、防衛は侵害の本質に付き權衡を保つことを要し而も必ずしも防衛せんと欲する利益の重要性に付てに非ず、先づ攻撃が攻撃せられたる利益の僅に顯著なること程夫れ程大なる邪悪性と危険性とを表現すること稀に非ず、屢々防衛すべき利益の重要性が侵害の重大性を判斷する一要素を構成し得ることは否定せられず、然れども夫れは防衛の正當性を評定するに付き決して根本の要素に非ず又決して唯一の要素たることを得ず、侵害の重大性は方法即ち依て侵害する所以の方法情狀及び變化に依る危険の重大性の中に存す

同委員會は『防衛する』と云ふ語を『撃退する』と云ふ語に換へんことを欲せり、夫れは、果して臣の理會する所宜しきを得ば『權利を防衛する必要に強制せられ』と云ふ代りに『不正なる侵害の現在の危険を



撃退する必要に強制せられ」と云ふべしと云ふ意味なり、然れども「権利を防衛する」と云ふ語法は單に防衛の所爲のみならず尙之に加ふるに其對象を指定し一層精確なり

三七、——新法典第五四條は一八八九年の法典に等しく、或者が緊急状態の無罪 *scriminante* を享有し得る爲には法律の罪として豫見したる所爲を以て救助せんとする所の危険に其者が任意に原因を與へざりしことを條件として設けたり

議會の委員會は危険を起したる所爲の本人が危険の惹起したる損害の責に任ずる旨を精確にせんことを提案せり、されば劇場に火災を起したる者は單に火災及び通行を妨ぐる一觀客を乗越えんが爲其犯したる殺人の犯罪に付てのみならず更に之に加ふるに同一の奇禍に於て他の觀客が自己を救はんが爲犯したる殺人に付ても亦其責に任ずることを要すべし、要するに其緊急状態の範圍より脱出するは明なり爰には止だ危険の原因を與へたる者に緊急状態に付ての取消譯者註、無罪の主張を否定することのみを論ず、之に反して其惹起したる危険の結果其者又は其他の者の犯したる他の犯罪に對し刑事答責を承認することは説話中の規範に關係せざる問題に係り且其場合毎に一般の規範に従ひ裁判官より決斷せらるべきものなり

緊急状態は他人の脅迫に基くことを得、但斯の如き設例に於て被脅迫者の行ひたる所爲に付ては之を行ふことを強制したる者其責に任ず

議會の委員會此規定を第四六條第二項の規定と一致せしめんことを勸告す、さりながら第四六條は有形の暴行を注視し、而して有形に強制せられたる者は行ひたる所爲に付き緊急状態に對して法律の欲する條件を集積したると否とを分たず決して其責に任ぜざることを規定す、例へば身體に對する重大なる損害の蓋然性をも亦所爲と危険との間の權衡を保つことを必要とせざるが如き即ち是なり、之に反して脅迫無形の暴行の場合に在りては無罪の爲に緊急状態の總ての條件集積することを必要とす、兩設例の混淆は其爲科學上には誤謬、立法上には不適當又實地上には曖昧の發生者たるべし

更に審査中の規定は本條第一項に關係して解釋することを要す、其所に豫見したる設例は實際に於て或者が他人より身體に對する重大なる損害を以て脅迫せらるるに至り自己又は他人を救助する爲め罪と豫見せらるる所爲を脅迫者に對する其場合には他の條件を合し正當防衛と爲るべき者に非ずして別人に對して行ふことを強制せらるるが如きときに實現す、爰に之を反覆するを可とするものあり、要點に於ては類似の設例たる無形に強制せられたる所爲に關すと雖も(非可罰性に付き必要とする既註の條件に依り)而も有形に強制せられたる所爲の設例とは同一に非ず、第一に在りては強制が常に他に在るよりも低き程度に在り單に緊急状態と成るときに限り無罪と成り、之に反して第二に在りては強制が最高程度に達し真正且本性の緊急状態を惹起せざるときと雖も仍ほ無罪と成る

三八、——第五一條、第五二條、第五三條及び第五四條の豫見したる所爲の一を行ふに當り法律又は官憲の命令の設定し若くは必要の課したる限界を超越するときは法律の過失犯罪として豫見したる所爲に係る場合には過失犯罪に關する規定を適用す(第五五條)

さて議會の委員會は、若し所爲を法律の過失犯罪として豫見せざるときは過失に因り超越したる者に所爲を以て具體表現したる偶然の違警罪の答責を歸屬せしむる目的に依り過失犯罪 *delicta colposi* よりも一般に罪 *reus* と云はんことを欲せり(譯者註、犯罪 *delitto* は違警罪 *contravvenzione* を除く重き罪を謂ひ罪 *reato* と云ふときは兩者を含む、第一七條及び第三九條比較)

さりながら區別するを可とす、若し違警罪が考察する所の所爲と競合したるとき例へば武器の濫なる携帶と正當防衛に因る殺人、譯者註、第六九九條と第五二條は違警罪は其所爲と關係無く罰せらる、若し反之、又委員會の關係すと思はるる其設例(犯罪の施行中、義務の履行中等に行ひたる單一の所爲に關し而して夫れに過失の過剩あらんか止だ法律の過失の名義に依り罰する犯罪を具體表現したるときのみ其所爲罰す可きものとなり、若し法律之を過失犯罪として豫見せざるときは該所爲違警罪として豫見せられたるや(を分つ)に至ることを得、而して違警罪は故意の名義に依ると同様過失の名義に依り罰す可きものなるを以て過失過剩に違警罪の答責を歸屬せしむること可能たるべし

然れども可能なるもの及び理の當然と見得るものの總てが機宜なるには非ず、委員會の假定する場合に違警罪の名義に依る答責を設くるは實際には過當の事行はるべし、所爲が審査中の規範の豫想す

る諸條件に依り行はれたるとき、縱し過剩過失に因る過剩を謂ふ、其故は若し故意のものならば罪の辭柄を與へたる條件とは無關係に故意の名義に依る答責存在するを以てなりとするも法律は關係的寛大の標準を放棄すべきに非ず、若し假令所爲が違警罪を構成すとは雖も、過當ながらも作爲又は不作爲が評價に付き亦恕す可らざるにせよ、謂はば錯誤に基く所の主觀的緊急の狀態に於て犯されたる以上、其不正規なる場合に之を罰するは機宜に非ず

三九、——議會の委員會は未遂の制度第五六條を審査しつつ、缺效犯罪 *delitto mancato* の形態、譯者註、舊法第六二條の廢止を賛成し、又新規律が數多の不精確を淘汰し且社會防衛の有効なる手段を供給することを認知したる後、問題を提出せり『果して草案は實際行爲が夫れ自身に付て即ち他 *altrunde* より發する情狀の競合無くして其一定の罪を犯す意思に在ることを表現するときに成立する嚴格に客觀の意味に解すべき所爲の包括性を要求するや、若くば果して不明瞭に非ざる方法に於て罪を犯す目的の行爲の方向を證明する爲には例へば行爲者の自白の如き別個の情狀も亦競合することを得るや、若し本條の文體を第一の意味に解することを要するときは恐らく草案の文例は現行法典の文例と本質上相違することなしと思料すべきなり、何となれば適當にして且客觀に不明瞭に非ざる行爲は實行行爲なるを以てなり、若し之に反して第二の意味に解することを要するときは恐らく仍ほ未だ法律利益の最初の有效加害にも現出せざる不良の意思の嫌疑に因り國民の損害に於て懲罰の過剩を恐怖せし

むるに至るべし』此理由に基き委員會は『國民の自由に對する危険の不安一切を避くる爲審査中の個條前段の機宜の修正を希望すること』に歸結せり

此懸念は理由を缺くと臣に思惟せらる、『不明瞭に非ざる方法に於て犯罪を行ふことに向へる適當なる行爲を履行する者は……未遂犯罪の責に任ず云云』と云ふときは最も明瞭且精確なる様式に依り次のことを斷言す第一、『不良の意思』活動の現出たる所の行爲の履行を必要とすること第二、其行爲は行爲者の意欲したる結果を發生するに堪へる原因力性を有する所の適當にあるを要すること第三、適當なる行爲は徵象の價値を有する所の不明瞭に非ざる方法に於て犯罪を行ふことに向へるものたるを要すること、即ち甲、犯罪する意志を表現すること、乙、反對に合法又は法律上可不可無き行爲を履行する意志表現の趣旨に關するやの疑義を阻却すること、丙、一定の犯罪を行ふ意志を表示すること

行爲は適當なること即ち結果を發生する能力有るものなることを要し、又客觀に結果に向へること即ち夫れ自身行爲者の意志を表現することを要し、其意志は例へば自白の如き専ら他より發するものなるを得ずと雖も而も同時に行爲及び其他の要素より發することを毫も妨げず、表現の徵象中には行爲も亦存在すべし、行爲は原因(適當)及び徵象(不明瞭ならざる)の價値を有することを要す

故に未遂の此觀念より如何にして『國民の自由に對する危険』を付度し得るかを見ず、實地に於て屢々捕捉し難き豫備行爲と實行行爲との間の區別を好く廢止せんことを欲せり(而して此廢止に付ては委員會に不平ありと見えず)然れども一八八九年の法典施行中豫備に相當する行爲の

一を履行するに至り而して若し其適當犯罪の結果を發生する能力あるもの(を)出現せざるとき、又は若し不明瞭に非ざる方法に於て一定の犯罪を行ふことに向へるに至らざるときは該行爲は未遂として罰す可きに非ず、若し之に反して其行爲に前述原因及び徵象の價値を認知するときは未遂犯罪として之を罰すべし

未遂犯罪の新觀念の中に一面よりは前述の隔たりたる努力の行爲を、又他の一面よりは現行法律の規範に依り缺効犯罪を構成する行爲を含有することを考察し、臣は、裁判官が個々の具體の場合に於て刑を一層行爲の重輕に適應せしめ得ることの様式に依り未遂に對する刑に草案の示す所よりも一層大なる彈力を與ふることを適當と思料し、因て、未遂犯罪に對する刑は法律が其犯罪に對し死刑又は徒役刑を設定せざる場合に於ては草案は止だ三分の二の減少を設定したるに反し、三分の一乃至三分の二減するに至ることを設定せり

終に徒役を以て罰す可き犯罪の未遂に對する最低限を十年より十二年に移し以て之を(臣は)引上げたり

四〇、——加重の情狀は本人が之を識らず又は錯誤に因り不存在と做したるときと雖も仍ほ行爲者の負擔に之を評價す(第五九條)

議會の委員會は、之に反して、欲せざることの責に任ず可らざるに因り若し之を識らず又は之を不存

在と做したるときは其情状を犯人の負擔に付せざることを提案せり

さりながら意欲性の原理は縦し學理上常に加重情状に適用す可きものなりとするも亦其一部廢止は懲罰の效果の要求に依り充分に之を正當視せらるべし此要求は委員會の支持する原理を少くも原則としては其採用したるに拘らず一八八九年の法典の適用に於ては亦同じく之を課したるなり此事は例へば判例が區別留保推定を介し受働主體の年齢贓物收受 *ricettazione* の犯罪其他に關する如き多數の加重に就て客觀答責の原理を本質上採用したるが如き即ち是なり

加重すべき情状の認識を要求することは或は法を避くる記憶すべき工風を採用することに付き新に實地を拘束すべく或は認識の證據は縦し全然不可能に非ざるも殆ど常に法外に困難にして多數の場合に加重は適用不可能と成るべし

意欲性の原理は罪の構成要素に關係し而して加重情状なる單純に偶然の要素に迄之を擴張する理由存在せず

合法なる活動に於て意欲し且知覺し或行爲を履行する者は其行爲の歸結たる總ての災害と總ての答責との危険を冒すことを知悉す此原理は違法の活動に對し一層大なる理由に價すべし古人は不正の事に當る者は事故に付ても責に任することを唱道せり法典は此概念を全部採用はせざれども仍ほ之を適用すべき理由あるときは亦之を排斥するにも非ざるなり

或設例に於て認識せず又は意欲せざる加重情状を答責者の負擔に付することの過剩に現し得るは

否定すべからず然れども一般の原則を變更することなく其等の場合は法典の適當なる考慮の中に之を保持したり

其爲に正しく第五九條は「法律の別異に規定することを除く外」と云ふ留保を以て始められり

四一、——刑を排除する情状譯者註第五九條第三項の關係に於て草案は行爲の非可罰性に拘らず裁判官が保安處分を命じ得る旨を規定せり

右の權能は所謂想像犯 *reus putativo* の場合に對し草案第五三條法典第四九條相當の定めたる對等權能の廢止に臣を導きし所と同様の理由に因り之を削除することを機宜と思料せり譯者註三三比較

四二、——法律又は官憲の禁止したる集會又は會合に關せず且犯人が常習性又は職業性の犯罪又は違警罪の犯人又は性癖に因る犯人に非ざるとき騷擾中の群衆に暗示せられて行動したること之と兩立可能なる總ての罪に共通の減輕情状なり(第六二條第三號)

議會の委員會は禁止したる集會と許可したる集會との間の區別を除去すること及び會合は決して許可したるものに非ざること眼中に保つことを勸告せり

然れども委員會の勸告は眞實臣には正當と見えざりき本條は縦し默示にも許可のことを談せず又

其爲存在せざる區別を除去することを得ず法律は『法律又は官憲の禁止したる』集會及び會同に付き例外を設く然れども夫れは明示に依りても黙示に依りても規則が『許可したる』集會及び會合を考慮することを意味せず近世の國家に於て禁止せざるものは何等許可の要無く自由なり若し許可の必要あらんか是明に許可したるときを除く外は禁止したるものに關するを言はんと欲するなり故に『法律又は官憲の禁止したる集會又は會合』と云ふときは即ち許可せらるることを得て具體の場合に然らざりし會合及び決定に依り爾く許可の可能性を阻却する所に係り其場所に現在する官憲の禁止するに至れる集會に關係す若し夫れ許可したる集會保安法第一七條若くは法律の禁止せず又之に對し保安官憲解散の命令(同法第一九條保安規則第二五條以下)を與へざりし集會又は會合に關せんか其他の諸要求を具備するときは減輕の適用可能なりされば説話中の規定より最も明瞭に歸結する如く集會及び會合は禁止せられざりしことにて充分にして其上に許可せられたりしことの必要無し

騷擾中の群衆の暗示は禁止したる集會又は會合の場合に在りても亦明に實現することを得と雖も之に拘らず斯る場合の刑の減少を拒否するは或は官憲の趣旨に力を與ふることの便宜の中に或は豫防上禁制したる集會に參與し又は其他の集會又は會同の解散命令に服従せざるの不法行爲に刑の減輕の名目を作るを助成することを阻止することの趣意の中に其然るべき理由を發見す

而して常習性又は職業性の犯罪又は違警罪の犯人又は性癖に因る犯罪人と雖も同じく騷擾中の群衆の暗示を受け得ることは亦事實なり然れども此等の者に刑の減少を授與せざることは均しく機宜

なり渠等は偶然群衆の中に在るに至れるときにも亦先づ以て渠等の慣習の通り(混亂水中に漁る意圖に因り犯罪暗示の不斷の状態に生活す又其故に騷擾の群衆が渠等に犯罪する爲に其不良生活の尋常の挿話と索求とを構成する機會の一を與ふる條件を以て他の者等と等分に看做すことは能はざるなり

四三、——議會の委員會草案第六九條法典第六三條に於て同條第四項に包含する第三項の援用を『前項』の援用に換へんことを提案せり

然れども末項の中にも同一の援用を爲すが故に一層の明瞭の爲双方の個所に同一語法の使用を爲すは自然なり

同條に關し委員會は末項に於て『輕き(=meno grave 情狀)』と云ふよりも『一層有利なる(=più favorevole 情狀)』と云はんことを欲せり然れども輕き情狀は犯人に一層有利なる情狀(即ち一層大なる輕少を許容する情狀)の外に在り得ざること明瞭なり

四四、——一の減輕情狀存し而して法律に依り刑の減少が定められざるときは草案第六八條譯者註法典第六五條相當は死又は徒役と異なる刑を『三分の二迄』減少せしむることを規定せり  
さて此語法は例へば三年の刑に關すと爲し情狀の效果に因り其二年迄又は一年迄減少し得るかの疑問を残すとの故に因り議會の委員會には明瞭ならずと思惟せられき

臣は思料せり、又眞を云はば何時も思料す、三の數量を三分の二に非ずして三分の二迄減すと云ふは之を二に非ず最多三分の一減すと云ふより他を意味すること能はず、三の三分の二は二なり、故に三分の二迄減するは二迄減するなり、而して其事は若し最多三分の一の減少は第六四條に豫見する最多三分の一の加重に相應することを考察するときは一層明瞭に歸結す

さり乍ら斯る疑問が最も權威有る委員會に生じ得るを以て、又尙一層明瞭と成ること可能なるを以て、臣は文例を變更し以て、前述の刑は「三分の一を超えざる限度に於て」之を減少すと定めたり(第六五條)

四五、——死刑又は徒役刑を表示するときは双方共法律が所論の犯罪に對し、抽象に脅示したる刑の場合に關係し、之に反して同條第二項に記載したる其他の刑は具體に考慮することを明瞭にする爲め臣は草案第七一條、法典第六七條の文例に輕微なる修正を齎せり

四六、——一の情狀が中に他の情狀を包括するときは理の應に然るべき如く専ら刑の最大増大又は最大減少を將來する情狀のみを評價す(第六八條)

議會の委員會は此原則を贊成し、而も「一の加重情狀が中に他の加重情狀を包括し若くは一の減輕情狀が……を包括するとき云云」の文例に換ふるに「一の事實が多數の加重情狀又は多數の減輕を構成するとき」の文例を以てせんことを欲せり

然れども此提案を採用せんか情狀の單に形式上の競合の概念と立法者の専ら考慮したる所の情狀の結合の概念とを混淆するに至るべし

四七、——一般及び共通の加重及び減輕の情狀の方式を採用し其歸結として、法律より總ての嚴格を除外するに付き、衡平の適用に廣き餘裕を與ふるに付き犯人の種々なる性格に適當なる考慮を施すに付き、現行法典の適用に於て慨嘆せられたる答責と刑罰との測微器的且術學的の細別を阻止するに付き同一情狀の具體評價の爲裁判官に廣大なる獨斷權を一任するに至れり

之に因り加重と減輕との情狀同時に競合し、而して裁判官其一を他に優れりと爲すときは後者を斟酌することなく止た優れるもののみを斟酌して加重又は減輕し、若し之に反して同じく裁判官の意見に依り加重と減輕とが同價なるときは一をも他をも斟酌することなき旨を規定す(第六九條)

此犯罪の枝葉 *ejusmodi* と犯人の性格との全體の評價を許容する所の優越及び同價の方式は裁判官に指導の標準を示すことなく過度の獨斷權を付與すと議會の委員會に思惟せらる

確に獨斷權なり、但過度に非ず、何となれば刑事裁判官の職權の限界内には刑法適用の效果に付き事實情狀及び犯人の性格を評價する權限を包括するを以てなり、一切の過度に對する保障は判決の理由書なり、其中に裁判官は情狀の優越又は同價を心證したる所以の理由を述ぶることを要すべし

此事項に於ける指導の標準は複雑冗長にして且總ての場合に必然不完全なる是非鑑別 *casistica* を

存することなく法律に依り之を取極むること能はず、此標準は裁判官之を法典の複雑なる研究に依り法律の期待する目的に依り、事實の分析に依り、犯人の性格の考察に依り、心目を引くべし、若し司法官に關係要素の一切を斟酌する所の綜合、犯罪の枝葉の法律上及び人情上の廣大なる包擁、全部の審判を要求せんか之に個々の訓示を配置することを得ず、寧ろ其教養、其經驗、其直覺の能力に信頼を有すること必要なり

若し委員會が餘り屢々加重情狀を宣告すに至る可能性を憂慮せんか、經驗は吾人の裁判官は嚴格が正當視せらるる場合に於ても仍ほ嚴格よりは相當多く寛大に傾けることを教示す、尙又増大の弾力性と最低より出發する可能性とは裁判官に加重情狀を優れりと爲すときも仍ほ過度に刑を加重せざることを許容す

同委員會は更に此方式が待遇の不平等を生せしめ得る旨を指摘せり、然れども是正しく犯人の性格を(犯罪の)事實より少からず考察に有する法典の欲する所なり、待遇の平等は止た罪の同一性のみならず尙之に加ふるに性格の同一性を前提とす、異なる性格に依り同罪に面しても亦異なる刑事答責の相應するは理の當然にして且慎重なる用意なり

委員會附加すらく、事件の必要に基き分離したる訴訟手續に於て審理するときは總ての司法官が各自の氣分に從ひ審理する爲多數の者の犯したる同一の事實に因り刑の巨大なる不平均を以て別様に審判せらるることを得べしと

巨大なる不平均の可能性に付ては、夫れは疑無く排除せらるべきものとす、其故は通常の刑と増大又は減少したる刑との間の差は決して巨大に非ざるを以てなり

次に多くの者の犯したる同一の事實が分離して審理せられ異なる裁判官より別様に評價せらるに至るの可能性は今日迄有效なる法律に付ても亦存在せり、夫れ然り、加重及び減輕の競合に關する方式は何れも裁判官の思考方法を統一することに想到せざる以上總ての司法官が各自の氣分に從ひ審判することは自然にして且避く可きに非ず、正しく何れの方式にも隨伴する斯様の不便を可能なる範圍に依り淘汰する爲刑事訴訟法典は前述の場合に於て可能なる限同罪の多數歸責者に對し單一審理の手續を爲す旨を規定す

四八、——同一人各具體に徒役に該る二個の犯罪を行ひたるときは死刑を適用す(第七二條)  
議會の委員會は死刑は罪名が之を許容するときに非ざれば之を科す可らず、又犯罪者の危險性のみを以て正當視する能はずと做し、極刑を除外し且寧ろ繼續獨居に依り徒役の刑を嚴化せんことを提案せり

別々に考察しても仍ほ徒役を以て處罰可能なる二個の最も重き犯罪が死刑を齎し得ざる所以の理由を臣は見ず、若し一の單純なる加重情狀が極刑に迄上らしむることを得ば何が故に罪の競合に依る一層重き場合に斯る効果を否定することを要するや? 審査中の場合に在りては危險性が明に最大

を表示すとは云へ(委員會の前提する如き單に犯人の危険性のみにより死刑を脅示するに非ずして寧ろ之に加ふるに止た主觀のみならず尙亦客觀の要素の基礎に依り犯したる最も重き犯罪の複數の考察を以て之を設定したるなり)

刑は咎責者の示す犯罪活動に平均するを要す、故に又其活動が爾く罪性の最高程度に達したるときは刑は最高程度に上ることを要す、之と異なる標準の適用は或は刑の方式の無勢力或は立法者の不統一を表示す

若し専ら繼續監禁譯者註、晝夜獨房の謂を以て徒役を嚴化する工風のみに依頼せんか刑は少くとも其例示性及び豫防效果に觸るる所に付き固有の目的を達せざる可し

四九、—前述の理由は亦其各自に對し二十四年を降らざる懲役刑を科すべき數個の犯罪競合する場合に於ける徒役の適用を正當視するの用を爲す(第七三條) 草案第八二條法典第七八條の末項を構成したる規定は刑の更換に關し而して刑の併科の制限に關せざるを以て調和の明瞭の理由に依り法典の第七三條草案の第七七條に之を移轉するに至り、又併科の制限の事項は排他に第七八條の對象として残れり

五〇、—二十四年を降らざる懲役と異なる同種の有期拘禁刑の設例に於ては各罪に對し科すべき刑

の合算期間に等しき時間の刑一個を適用す、是即ち刑の有形併科と稱する方法なるか又之に競合する刑の中の最も重きものの五倍と云ふ超ゆ可らざる限界あり(第七三條、第七八條)

議會の委員會は其提案の理由を示すことなく、之に代へ、連續罪に付き定めたと同一の刑の限界(三倍迄の増大第八一條を設けんことを勸告せり、五倍と云ふ限界が委員會には恐く過度と思惟せられしなり)

然れども正しく第七三條及び其他の同様(第四條及び第七五條)の設例に在りては連續罪に非ずして罪の有形競合に關するが故に爰に刑の區別存るを要す

一面に於て連續罪に在りては所犯の違背中最も重き罪に對する刑を三倍迄増大したるものを適用す、故に裁判官は基本刑の三倍の範圍内に於て適當と思料する増大の割合を選択する獨斷權あり、之に反し有形競合の設例に在りては基本刑を増大することに非ずして前述超越すべからざる限界の間に於て種々の刑を合算することに關す、連續罪に在りては犯人に其犯したる數次の法律違背の咎責を感じしむる爲に設けたる加重を除く外、罪を單一と看做すが故に實質に於ては吸收主義を適用す、之に因り或者は不適當ながら罪の連續を加重情狀と看做せり、罪の競合の場合に在りては止たに吸收のみならず尙(一八八九年の法典の採用したる)所謂裁判上併科をも排除したるが之に反し縱し例外なりとするも夫れ自體正當なる原則の生ぜしめ得る誤れる歸結を避くる目的に依り機宜の限界を有する有形併科を規定せり



されば兩制度の性質及び効果は本質上に相異し又其故に其等の取扱の同様を有し得ず又有す可らざるなり

競合刑中最も重き刑の五倍と云ふ最高限界は若し其犯す所の犯罪の甚だ夥多なる場合のみ想到せば過度とは思はれざりき

前述の理由は確定草案第七八條、第七九條及び第八二條法典第七四條、第七五條、第七八條及び第七九條の關係に於て委員會の作成したる同様の提案にも亦十全に照應す

五一、——確定草案第八二條に在りては罪の競合に於ける主刑及び附加刑の増大の限界を設定し以て結局は止た同種數刑の競合關係に於てのみ其限界を取極めたり、之に反して若し異種の有期拘禁刑を齎す數罪に關するときは同草案第七八條の原則有用と成る、之に依れば其刑は何等特殊の限界無く總てを無差別且全體に適用しつつ拘留の執行を最後に留保せり

再び此規定を審査し臣は同種の刑の併科に對し限界の取極を斷定したる所の過當を避くるの理由は異種の刑の併科の場合に亦存在するを以て此場合にも仍ほ同じく限界を設くるを衡平と思惟せり因て臣は之を推廣し前述の規定中に機宜の變更を加へたるが是即ち法典の第七八條主刑増大の限界及び第七九條附加刑の限界に相當するものなり

されば第七八條は第一段に同種の有期拘禁刑を齎す數罪競合の場合を豫見し、而して草案第八二條

第一項の限界の原則を再現せり

第二段に(又夫れは新規定たる)第七八條は異種の有期拘禁刑を齎す罪の競合の設例を省察し、刑の期間は合計三十年を超ゆることを得ず、又此限界を超ゆる刑の部分は總ての拘役の場合に於て之を控除することを要し、拘役は第七四條の規範に依り最後に之を執行すべき旨を設定せり、換言すれば異種の有期拘禁刑は區別し(即ち唯一刑に併合するに至らず)而して順次(即ち最初懲役、而して次に間斷無く拘役の執行に至る)に之を適用す、但拘禁狀態の合計期間三十年より多く繼續せざる方法に於てす、而して懲役と競合する拘役は常に懲役刑の執行を終了したる後之を執行することを要するが故に三十年を超ゆる部分は常に懲役の期間より非ずして拘役の期間より減少を生ぜしむることを要す、即ち、例へば、處刑者懲役の二十六年と拘役の六年とを將來したりと假定し、前述の制限無くは其拘禁狀態の合計期間三十一年に延長せらるべし、されど新規定の歸結に依り同期間は三十年に短縮せられ、而して超過する年は懲役より非ずして拘役より短縮せらるべく、該處刑者は最初懲役刑全部(反對に若し超過の控除を懲役關係に於て生ずるに至るとしての二十五年に非ずして二十六年)而して次に一年減少したる即ち六年より五年に短縮したる拘役を償却することを要すべし、實に特典が最も重き一罪又は數罪の刑の減損に存せざるを正とす

臣の記せし變更を以て處刑者は明に草案の爲したる所より十分優れたる條件に在るに至れり、限界を單に同種の刑に對するのみに非ずして尙又異種の刑に對しても設定したるが故に其制限は同種の

刑を以て罰すべき罪と異種の刑を以て罰すべき罪とを犯したる同一處刑者に關し同じく兩度作用することを得然り斯る場合に在りて裁判官は先づ關係限界を遵守しつつ同種の刑の併科を處置し、而して次に異種の刑の併科を同じく其爲に設けたる限界を遵奉しつつ處置すべし

更に同種の刑の併科に對し取極めたる五倍の限界は異種の刑の併科に對し反覆せられざることを注意すべし、其故は斯る外側の制限は著しき不都合を生じ得ればなり、即ち例へば懲役十五日及び拘役三年に處刑せられたる場合に在りて、夫れに五倍の限界を遵守すべしとせんか償却すべき刑の合計期間僅に懲役七十五日たるべし、又罰金百リール及び科料一萬リールに處せられたる設例に在りて若し五倍の限界存せば、刑は罰金五百リールに減少せらるべし

五二、— 罪の實行方法使用の錯誤に因り又は他の原由に因り侵害を仕向けたる所と異なる人に侵害を惹起したるときは犯人は加重及び減輕の情狀に關する第六〇條の適用を除く外其侵害せんとしたる人の損害に於て罪を犯したると同様の責に任ず(第八二條)

此規定は例へば父を殺さんと欲し却て別人を殺したる者を殺親者と看做さしめ得べしとの故を以て議會の委員會には一般の原則に矛盾すと思惟せられたり、然れども此考察は縦し誤に非ずとするも一の疑義に負ふものなり

第八二條は、其本旨に於て、犯人が存在に置く作爲又は不作爲の主觀的單一形式の假定に於て咎責者

の咎責の單數か複數かの問題を解決す、確定草案に付ての臣の報告(九七號)に説明せし如く、罪の(保護利益たる法律上の對象に付てに非ずして寧ろ單に有形の對象人又は物のみに付て生ずる所の所謂偶性の錯誤に關係す、故に罪は侵害せんと欲したる人の損害に於て存し且犯されしと看做すを理の當然とす、若し之に反して錯誤か偶性に非ず本質の要素に付て生ぜんか解決は別異なり、或者が妙齡の女子に會すと信じ既婚婦と肉交を有したる場合の如き、さる場合に在りては罪は存せざるべし

若し説話中の規範存在せざらんか其豫見したる設例に於ては數罪競合と成りて罪の單一形式に非ざるやを疑はしめ得べし

次に本條には加重又は減輕の情狀に關する第六〇條の適用に付き明示の留保を爲せり、又其故に委員會の設例に於て父を殺さんと欲しつつ別人を殺したる者は決して殺親と看做すことを得ざるべし、斯る場合に在りては審査中の本條の警告する如く第六〇條の規定を適用す、又別人を殺さんと欲しつつ錯誤に因り却て父を殺したる者も亦殺親の責に任ずることなし

此概念を尙一層明瞭ならしむる爲第六〇條の援用中に加重又は減輕の情狀と云ふ明示の記載を爲し以て前述の留保を強化せり

りし結果の責に任ず、又若し犯人其上に其欲したる結果をも惹起したるときは罪の競合に關する原則を適用す(第八三條)

議會の委員會、故意と過失とは共存することを得ず、行爲が最初に故意のものなれば其欲せざりし結果に付ても亦故意の名義に依り責に任ずべし、思料すとの故を以て此規定を再審査することを臣に勸誘せり

然れども故意と過失との共存に關するに非ず、其者は惹起せんと欲せし結果に付ては故意に在りしと雖も而も有効に惹起したる結果に付ては然らず、損害を加ふる目的に依り窓に向て石を投じ、而して却て通行人を傷けたる者は通行人を傷害することを欲せざりしが故に故意に非ずして過失の傷害の責に任ずることを要す

第八三條の省察したる、犯人の欲したる結果の他を惹起したる、他の設例に在りては之に反し二個の結果存在す、即ち其一は欲したる所にして、之に付ては當然故意の名義に依り其責に任じ、又他は欲せざりし所にして、之に付ては有形競合に於て過失の名義に依り其責に任ず

双方の設例に於て超意志の原則を適用することは不適當たるべし、何となれば超意志は同一法益即ち同種の権利の損害を包含するを

### 第四章

#### 犯行者に就て及び罪の被害者に就て

五四、——第八五條理會及び意欲の能力に關しては第四二條を論ずるに當り臣の説明せし所(二六號)を援用す

五五、——所謂原因に於ては自由なる行爲 *actio libera in causa* (草案第九〇條法典第八七條譯者註、例、酒の力を藉り夢中に罪を犯す)に關し議會の委員會は、理會又は意欲の無能力の状態に於て所爲を犯す者は縱令任意に己を其状態に置きたるときと雖も可歸責と思料する能はざる旨を注意せり、答責は自己の行爲の知覺又は自由無く犯せりと假定する所爲前の時機に遡り之を肯定すべきに非ず、草案の規範は縱し純然たる過失のものにても仍ほ原因に關係せしめたる程迄に最も重大に思料せしなり、さて、例へば若し一科學者が毒瓦斯の實驗に専心し、理會及び意欲する能力を喪失し、而して其状態に於て犯罪を行ひたる時、縱し過失の名義に依りても亦之を罰することは不正たるべし、委員會は更に罪を犯

す爲又は辯疏を準備する爲無能力状態を取得したる場合に對し設けたる加重は豫定の向へる所と異なる罪を犯すに至れるときは之を適用せざることを明瞭にせんと提案せり

委員會の觀察は、要するに亂醉第九二條及び癡醉劑の作用より生じたる状態第九三條の場合に於けるを除く外、過失の振舞及び原因に於ては自由なる行爲の設例に關する所に付ては、臣は其精確なるを認めたり實際、基因する所如何を分たず亂醉の状態に於て行ふ犯罪は餘りに甚だ頻繁且恐惶すべきものたり而して偶然の事故又は不可抗力に由來せざる亂醉には歸責に關する效果(譯者註、減免の效果)を否認し、且亂醉が犯罪を豫定したるときは其答責を加重し、以て犯罪性の此形式に轉を施すを求むるは良刑事政策なり、之に反して酒精の飲用とは異なる原因より生じたる理會及び意欲の不能力の状態に於て行ひたる罪は實際上甚だ稀なり、又其故に豫防—懲罰の利益は爰に斯の如く亂醉に對し設けたる所と類似の規範の採用を勸むべきに非ずと臣は思料せり

爰に於て第八七條を此意味に變更し、罪を犯すこと又は辯疏を準備することの目的に於て理會又は意欲の無能力状態に至りたる者は完全に可歸責たることを専ら規定せり

其爲草案の規定に於て加重を構成したる所の其豫定は今や此原因に於ては自由なる行爲の可罰の爲に要求する所と成り、止だ過失のみに因り取得したる無能力状態の場合は除外せられ、何等の名義に依りても罰すべきものに非ざるに至れり

五六、——一八八九年の法典支配中實地に於て屢々惜む所と成りし容易の混淆を避くる爲法律第九〇條は興奮又は感觸の状態は夫れのみによりては可歸責性に關し何等の效果を有せざることを明白に宣示せり、但特殊の情狀の競合に依る一定の場合に於て興奮又は感觸の或状態は之を刑を減輕する目的に依り特別の考慮に取るなり、例へば第六二條第二號及び第三號の設例に於けるが如し、夫れには忿怒の状態に在りて又は騷擾中の群衆に暗示せられて行動したる情狀を豫見せり

議會の委員會は、前述の状態は之を精神の全部又は一部の缺陷と看做さざる旨を、判然言明せんことを提案せり

然れども若し其可歸責性を排除せず亦減少せざることを宣明せば果して何人か精神の全部又は一部の缺陷と看做し得べきや?、若し委員會の勸告に従はんか、裁判官が精神病に關する規定を具體的に適用すべきものと做さずとも同状態に付き他の名義に依り可歸責性を排除又は減少すべきものと之を評價するに至り得べし

之に反し採用したる文例を以てせば可歸責性に關し何等の名義に依るも興奮又は感觸の状態には一切の效果を否認す、即ち一層精確、完全及び含蓄、且其故に撰擇すべき規定なり

五七、——癡醉劑の作用の下に所爲を行ひたる時若し癡醉の状態が偶然の事故又は不可抗力に由來せざるときは爰に可歸責性を排除もせず亦減輕もせず、加之若し同状態を罪を犯すこと又は辯疏を

準備することの目的に於て豫定したりしときは、亂醉の如く、刑を増大す。此規定に付き議會の委員會は、嘗て『麻酔』の辭に、『又は其他の物質』の語を附加し之を擴張せんことを提案せしより他に再び何等の云ふ所あらざりき。

然れども醫の智識の現狀に在りては、『麻酔』の稱呼の下に包擁するものの外に爰に考察する所の特別の醉態を生じ得る他の物質存在せず、發明せらるる新なる催醉物質が若し酒精の効果を生ずるに適せば必然亂醉の規定中に入るべく、或は其麻酔の効果を惹起するに堪えなば麻酔に關する規定中に入るべし、常に且専ら物質の甲屬又は乙屬の新種類に關係し而して考察する所と異なる本質の精神變性に關係せず。

五八、——酒精又は麻酔品より發生する醉態は中毒に係るものとは云へ、仍ほ其効果は經驗性にして且精神の一時性變性を發生す。但酒精又は麻酔品より惹起したる慢性中毒在るときは精神の全部又は一部の缺陷に關する規定第九五條、第八八條、第八九條を適用す。此結論は議會の委員會を本條の削除に導きしものにして、然迄之に自明と見えし所の爾く精確なるものなり。されど本規定は特殊の取扱を有する尖端 *acuta* の中毒即ち普通醉態を専ら精神病に同視すべき慢

性。の。もの。と區別する趣旨に於て其存在の理由を見るなり、斯くして本條は公正解釋の價值を有し又斯くの如く過剩と思料し得られざるなり。

五九、——議會の委員會は、一八八九年の法典の主義に一致し、十四歳未滿者を總て非可歸責と爲す(第九七條)を過當と感じ、譯者註、舊法典第五三條、九歳未滿者無責任、而して十四歳にては既に智識の發達すること、及び女子は十二歳に於て婚姻を契約し得ることを考察し、著しく此限界を低下せんことを提案せり。

然れども智識の發達したることを以て足れりとせず、何より先づ個人の倫理涵養の過程完成したること、又は少くも大に進歩したることを必要とす、要するに、可歸責性に合理の基礎を與へ得る爲には、人が止だ其爲す所を好く理會することのみならず、更に又意欲の動機、縱し仍ほ未だ法律上の性質ならずとするも、倫常の性質及び所爲の歸結を相當に評價することの程度に在る年齢に達したること必要なり、然るに本論證に關する優良なる研究に従へば、十四歳より前は、生理上、心理上、人種學上及び其他の要件一切を斟酌し、我が民族に屬する個人は指示せし發達の程度に達せりと云ふことを得ず、一八八九年の法典と雖も九歳より十四歳に至る年齢に在りては反對の立證せられざる限、非可歸責性を推定したる以上、實質に於ては此眞理を認知せしなり、該主義は解釋の重大なる困難と實地の著しき不便とを生ぜしめしが故に、不處罰に由來する一切の危險に對しては保安處分之を保證することと爲し、非可歸責

の絶対推定を採用することを臣の選擇せし所以なり

次に女子は十二歳に於て婚姻し得るとの事實より演繹したる論證は價值を失へり、其故は、人の知る如く、原則としては一九二九年五月二七日法律第八四七號に依り民法法典を變更し、女子は十四歳に先ち婚姻を契約することを得ず、但例外として王族に付ては「重大なる理由競合するとき」准して十二歳に婚嫁し得るに至れるを以てなり、教會法同一〇六七號に依りても亦婚姻の有効に對する年齢の限界は男子十六歳にして女子十四歳なり

六〇。——十。四。歳。以。上。十。八。歳。未。滿。の。未。成。年。者。は。刑。は。減。ぜ。ら。る。と。雖。も。可。歸。責。性。存。在。す。理。會。及。び。意。欲。す。る。能。力。を。以。て。行。動。せ。る。が。故。な。り。(第九八條)

議會の委員會は、一八八九年の法典譯者註同第五四條が九歳以上十四歳未滿の年齢に對し採用せし所の主義を納れて能力は推定し而して無能力は立證するを要することを欲せり  
新法典の選擇せし主義は何等の推定を設けず、但理會及び意欲する能力を認定し得る爲幼者が其成熟に達せしことのみを要求す、可歸責性の阻却せらるるに至る様式に付ては單に機質の不備又は其他の精神病(此場合には本規定過剩たるべく)に關するときのみならず尙又正規の發達を獲るに適する者に於ける各自の發達遲滯に因り同年齡の者に寧ろ普通なる所の理會及び意欲の能力を具體的には有せざるときにも關するなり

爰には能力に付ても無能力に付ても其推定存在することなし、然れども各主體の能力又は無能力を心證することは裁判官に屬す、故に司法官は若し無能力立證せられざるときは能力の推定採用せられたる如くに處罰することに強制せられずと雖も而も無能力の證據供給せられざりしとき自己の心證に基き同じく自由に其者の無能力を支持することを得

此主義は完全に實體及び訴訟の刑事法根本の原則に照應す、刑事實體に在りては可歸責性の議事に於て推定を認容すべからず、亦求刑と辯護との間に證據の負擔を分配することを得ず、刑事裁判官は其心證に於ては常に自由にして自己の獨斷權を有し且客觀的權利の應用に必要な總ての確證を渠自身履行することを要す

六一。——議會の委員會に従はば再犯は同一性質の犯罪の間、同一性質の違警罪の間又は同一性質の犯罪と違警罪との間に其實證したるときのみ加重の情狀と認むるを合理とすべきなり、大體に於て、所謂一般の再犯を排除せんと欲するなり

右は確定草案に關する臣の報告第一〇八號以下に汎く披擲せし法典の主義全體に反する提案なり、又若し之を採用せんか不同の様式に依るとは云へ仍ほ一般再犯を加重情狀と認めたる一八八九年の法典に對し一の退歩を意味すべし

此再犯は、特殊再犯の如く、處刑者の大部分を嗣後の再墮落より抑止するの用を爲す處刑に拘らず犯

罪に於ける執拗を表示するのみならず尙屢々特殊再犯より一層大なる犯罪の變通を露見し且其爲微小ならざる社會の危険の一を露見す

然れども第九九條の中に包含する再犯に關する根本原則の適用に於て未必の峻嚴を淘汰する爲次の個條同一性質の罪に關せざるとき裁判官の犯罪と違警罪との間若くは故意又は超意志の犯罪と過失の犯罪との間若くは違警罪の間の再犯を排除する權能を有する旨を規定す

委員會は更に再犯を實證することを得る所以の處刑は確定と成れるものたる旨を明瞭にせんことを提案せり然れども此點に付ては何等の疑義も可能に非ず而して臣は刑事處刑に關する警告を援用す(看第六號D)

六二、——議會の委員會に職業性犯罪者第一〇五條と云ふ語法嘉納せられず該會は職業と云ふは犯罪者の一部類を示定し得る爲には餘りに尊敬の位ありとて他の「仕事」*mestiere*の爲の犯罪者」と云ふを以て交換せんことを提案せり

若し職業に尊敬の位あらんか仕事にも劣らざる位ありされど其實合法なる職業と仕事及び不合法なる職業と仕事あることなり例へば正當に施行する衛生職業あり又犯罪性に施行する衛生職業あり甲の場合に於ても乙の場合に於ても其活動は其職業たる性質を失はず故に若し職業が犯罪性たり得ば乙の關係に對し職業性犯罪と稱するも敢て不安を感すべき場合に非ざるなり

尙又「職業性」と云ふ形容詞を以て一の職業の執行を暗示せんとは思はず職業性施行の目的即ち自己の需要を満足せしむる爲の方法を獲得する目的にあるを暗示せんと思ふなり「職業性犯罪者」と云ふ措辭は又之に關する人物の特殊部類を示定する爲普通に承認せられ而して未だ曾て何人も其實直に施行する職業に對し耻辱を與へ得るものと想像したることはあらず

六三、——議會の委員會は犯罪性癖に關する規定第一〇八條の削除を提案せり但該會に在りて其削除を正當視せしむべき理由に付ては一致あらざりしなり

或者は考察すらく抑壓せらるることなく犯罪に向ふ性癖に因る犯罪者は可答責に非ざるものなりと然れども此の如きは犯罪性癖を精神病と混淆するものなり後者は判然審査中の規定より排除せらるる沒徳痴狂と稱するものは犯罪性癖を指して言ふ今や殆ど拋棄せられたる措辭に外ならずして精神病に非ず更に亦一般に於ける犯罪性に非ず若し然らずとせば性癖に因る犯罪者は確に可歸責に非ざるなり兎も角も臣の述べし如く最も進歩したる科學の贊成せざる所の此標準は新法典より遠ざけられたり又性癖に因る犯罪者は縱し亦精神病の直正且固有の臨床形式に冒されたる人物と看做されずとするも仍ほ無形の意味に於ける變態と思料せられ且斯の如くにして等しく理會し又殊更に意欲するの無能力なるが故に可歸責に非ずとする所の標準は同様に拒否せらる此諸異學派の唱道したる兩原理は犯罪性の最も標式にして且最も危険なる形式を非可歸責の一原因と看做す同一錯誤に集中す

法典の採用したる主義に従はゞ、性癖に因る犯罪者は精神病者にも非ず亦別異に犯罪に定命せられたる者にも非ず、何となれば真正且固有の病理範圍外には犯罪の機質的宿命を認容せざるを以てなり、犯罪性癖は寧ろ犯罪に於ける特別の素因に係り、其原因主體の特別に奸悪なる性質に存すと雖も正しく疾病にも非ず亦抑壓し得ざる機質的宿命にも非ざるが故に、理會又は意欲の能力を破却するにも非ず亦著しく減損するにも非ず、法律家は野獸の如き悪性に因り犯罪する者の可歸責なることを常に認めせり

他の者は科學が性癖に因る犯罪者を定義するに於て一致せざること及び其爲法律の之を定義せんと求むるの機宜に非ざることを指摘せり、科學は性癖に因る犯罪者に付き、之を痴狂と區別する爲に非ずば、果して如何なる人物が精神は健全にてあり乍ら倫理感及び社會感を缺くか、さもなくば何故に抵抗不能に犯罪に向へりと認め得るかに留意せず、右は變態の部類に最も近き正規の部類たるべし、然れども夫れは因て非可歸責を承認すべきことを意味せず、他の一方に於て斯る科學風の分類は充分に抗爭の價值を有するのみならず、更に精神病の最も確實且顯著なる形式の分類の中に毫も一致あらざるが故に一種醫學のものなり、法律は別に性癖に因る犯罪者を『定義』せず、然れども可歸責性を肯定し且之を精神病者と區別する目的に依り之を認めたり

次に法典は性癖に因る犯罪者を形象せず却て特別に野獸の如き行爲を犯す普通犯罪者を形象すと、の注意は何等の價值を有せず、そは法典の採用せんと欲する性癖に因る犯罪者の特殊概念を作したる

者のみ推論することを得、若し先づ性癖に因る犯罪者を定義するに於て科學の一致せざること肯定せば、次に如何にして法典の之を採用せざりしことを歎く程の一般に承諾せらるる該犯罪者の定義の存在することを推定し得るや？、若し科學に於て不一致存するときは、少くも性癖に因る犯罪者に付き、或者に最も適當と見ゆる種々の概念の存し得ることを承認すべきなり、他の一方に於て法典が野獸の如き犯罪を行ふ者を性癖に因る犯罪者と認むと云ふは、精確に非ず、野獸性は個人の特別に奸悪なる性質を露見する情狀の一たることを得、但夫れのみ非ず

尙他の者には個人の奸悪なる性質に其原因の存する所の犯罪素因の存在を定むることは、裁判官に過ぎたる任務なりと思惟せらる、疾病を診察することに關するに非ず、而も其爲充分なる總ての裁判官に必要な教養が心理上の審判と直接の觀察及び訴訟の結果の供給する諸要件の分析とを形成することに關する以上如何にして斯る任務が刑事裁判官の能力を超過すと思料し得るか、臣は見ざるなり、犯罪性癖の宣告に付き草案は、止だ過失のもののみを除外し、種々の犯罪の間を區別せず、又此點に關し何等の注意を爲すに至らざりき、されど其中に於て最も兇惡にして且最も危險なる形式を以て表現する犯罪、即ち生命又は身體保全の法益を排外又は競合の方法に依り害する所の(血の犯罪に犯罪性癖の特殊考察を制限するを以て臣は適當と爲せり、而して此意味に於て草案第一一一條法典第一〇八條)の文例を變更せり、犯罪性癖の他の犯罪表現に付ては最初の犯罪者又は常習性犯罪者に對し設けたる保安處分を利用す



若し性癖に因る犯罪者可歸責たり且若し其者犯罪を以て特別の奸悪性を露見するときは客觀の方面より視ば、刑の加重を設けたる草案の規定理の當然なり、議會の委員會は、此種の犯罪者に適用すべき保安處分充分なるの故に因り、且兇惡にして又野獸の如き犯罪に對し設けたる減輕の排斥と共に刑の夫れ自身最も重き場合に關するの故に因り、ざる加重の過剩と思料する旨の意見を述べたり、刑の加重を廢するの機宜なることを臣は心證せり、何となれば、眞實第一〇八條に豫見したる條件に於て行ひたる犯罪に對し法律の指示する刑は既に充分に重く、又他の方面に於て此特殊部類の犯罪者に由來する社會的危險に對抗する爲には保安處分之を用意するを以てなり、草案第一一一條に設けたる加重を廢し其結果亦同草案第一一二條に豫見したる所のものの廢止を來せり

六四、——犯罪性癖の宣告は、審判の明白なる要求に因り、處刑の判決と共にするに非ざれば之を爲すこと能はず、又此意味に於て他の整理の修正と共に臣は草案第一一二條法典第一〇九條第三項の文例を變更せりと雖も罪の常習性又は職業性の宣告は何時にても縱令刑の執行後に於ても之を言渡すことを得、但處刑の判決後言渡すときは所科の刑は確定に殘留す、議會の委員會、處刑の判決に續く處置を以て常習性又は職業性を斷定し得る諸要素は該處刑に先立つ時期に關係する旨を明瞭にせんことを提案せり

疑義は裁判官方面の獨斷權無く法律の課稅風に一定したる條件の確認を假定する推定常習性第一〇二條の設例に付ては存在の理由を有せず、然れども其他の設例に在りても亦、監督裁判官の精査權能は本案の裁判官の精査が必然に制限する所の其如何なる時の期間に限界せられて理會すべきかとの主要なる考察に因り、消極に解決譯者註、疑義は存在せずと解決すべきなり、換言せば若し監督裁判官が専ら本案の裁判官が必要なる總ての資料を採取及び評價する程度に在らざりし故に因り常習性又は職業性を宣告せざりしときに干與するときは其裁判官の取調は處刑の後に續きたるの故を以て本案の裁判官の眼前に保持する能はざりし資料を含まざるを正當とす、之を要するに或疑義を除くに付ては處刑の判決に續く犯人の素行は之を斟酌せざることを臣は明示確言せり

されば處刑の判決の後に於ても亦常習性又は職業性の宣告を言渡すことを得るは單に、若し罪の裁判官が採取したる資料の評價を脱漏したるに因り、之を知了せざりしに因り又は關係問題の決斷を怠りしに因り其宣告を言渡さざりしときに前述の判決を以て言渡すことを要したりし又は得たりし場合に於てのみなり

六五、——所謂必然共犯(譯者註、行爲共同の謂の場合に於て一八八九年の法典自體より屢々亡名し、且等閑視せられたる正犯及び從犯 *coarcti e compliciti*)の區別を廢し確定草案第一一七條は同一犯罪に於け

る人の共同の或は多く或は少く有効たり得ることを認め、以て、裁判官は罪に共同したる者の中、其重輕を考慮し、草案第一三七條犯罪する能力の輕微を發揮したる者に對する刑を減少する權能を有する旨を規定せり、故に確定草案は供給したる工作の效果如何を分たず専ら主觀要素犯罪する能力の輕微を考察に取れり

之に反して豫備草案は共同加功者の爲したる所行の重要輕微を考察し客觀要素を考慮せり、議會の委員會は豫備草案の規定を再び採用せんことを提案せり、何よりも先づ實地の要求に因り此提案を採用することを臣は機宜と思料せり、犯罪する能力の輕微よりは爲したる所行の重要輕微を確認することは一層容易なり、加之犯罪する能力は客觀要素よりも亦之を歸結す(法典第一三三條)

具體の場合に其爲したる所行如何を分たず第一一四條第二項に明示規定したる如き特別の危險性を發揮したる犯罪者には固より刑の減輕を適用すべきに非ず

六六、——數人の共同は過失犯罪に於ても處罰可能なり、而して之に關し議會の委員會は單に結果に於ける協力に付てのみならず尙他人の行爲に寄與するの認識の必要に付ても亦之を述ぶべきことを注意せり

然れども若し他人の行爲の認識存在せざらんか協力を與ふること能はざるを以て認識の要求は必

然に一般原則の歸結として默示せらる(第四二條)

草案は故意犯罪又は違警罪の共同に對する一般原則を設定したる後種々の共同者に適用すべき加重情狀及び夫れより減輕情狀を豫見せり、次に過失犯罪の協力を規律し、専ら犯罪する能力の輕微を發揮したる共同者に對する刑の減輕を許容せり、此方法に依り故意犯罪の協力を適用すべき規定の大部分は過失犯罪の協力を適用するを得ざるなり

然れども其規定の大部分は過失犯罪の協力の性質に好く調和し得るを以て此除外は臣に過剩なりと思惟せられき

又其故に設定せる所加重に付ては過失犯罪協力の刑を左の者に對して増大す

(A) 非可歸責の者若くは一身上の條件又は資格の故に因り非可罰の者をして罪に協力することに決意せしめたる者に對し

(B) 渠等の權力監督又は監視の施行に於て之に服従する者をして罪を犯すことに決意せしめたる者に對し

(C) 右(A)に豫見したる場合の外十八歳未滿の者又は精神上の疾病又は缺陷の狀態に在る者をして罪を犯すことに決意せしめたる者に對し

次に減輕情狀を考慮し、臣は過失犯罪の協力を對し之を排除すべき何等の理由存らずと看做せり、又其故に此場合にも亦之が適用を可能と爲すことに處置せり、其結果減輕に關する規定を過失犯罪の協

力に關する規定の後に配置せり

其爲今や法典は第一一〇條、第一一一條及び第一一二條に故意犯罪の共同を規定し、第一一三條に第一一一條及び第一一三條第三號及び第四號の加重を援用しつつ過失犯罪の協力を規律し、而して故意犯罪の共同にも過失犯罪の協力にも共通なる減輕を省察す

六七、——第一一五條に法律の別異に規定するを除く外多數人罪を犯す目的に於て協約し、而して之を犯さざりしときは其何人と雖も協約の所爲のみに因りては之を罰せずと定む

議會の委員會は、未遂に關する規範を残すことと爲し、其爲罪を遂ぐるに適する行爲を履行せし場合を除外し、以て此規定を明瞭にせんことを勸告せり

然れども此提案は辭義の混淆 *equivoco* 即ち罪を犯す *commettere* を罪を遂ぐる *consummare* と同視することに由來す、夫れとは異り此措辭犯す<sup>○</sup>が罪の實施の總ての時期を包含し、又從て未遂をも包含すること、臣の先に説明せしが如し(看六號(B))

六八、——仍ほ數人共同の場合に於て、所犯の罪共同者中の或者の欲したる所と異るとき若し結果が共作爲又は不作爲の歸結なるときは亦其責に任す(第一一六條)

議會の委員會、共同者の一人の欲せざりし此異なる罪は正しく欲せざりしが故に其者に歸責する能は

ざるべき旨を注意せり

委員會は此規定に於て一の客觀答責の場合に想到せり、されど少くとも固有の意味に於ては無理なり、本人は罪を犯す爲他人と共同することを欲したるものなるが故に固有且絶對の意味に於ける客觀答責の論に非ず、故に其者の欲したる所と異なる罪犯されしとは云へ犯罪する意欲を有せしなり、此部門に非ずして種類に付ての相異は答責の主觀要素を排斥せず、亦繰返し曰ふ眞正且固有の客觀責任をも建設せず、更に其故に若し所犯の罪其欲したるより一層重きときは輕き罪を欲したる者に關しては其輕少せらるるに至るなり、以上は普通犯罪の活動に認識して共同せしを要することを眼前に保つこと必要なり

されば委員會の考察は共同者が正しく欲せざるが故に欲せざる罪に付き答責すべからずと云ふことを擁護せず、縱し其者は其 *culpae* 罪を欲せざりしとするも仍ほ或 *in* 罪を欲せしなり、而も若し所犯の罪其欲せし所より一層重からんか刑を減ずる以上法律は既に充分寛大なり

更に又罪の活動に共同する者は仲間が自己の欲する所と異なる罪を犯すことの可能を想像するを得又するを要す、豫見を伴ふ此智識は答責の新なる主觀要素を付與し、夫れは縱し純客觀と看做さるるにしても仍ほ總ての様式に於て充分に刑事保護を強くする趣旨を正當視せしむべし

委員會若し結果が作爲又は不作爲の歸結なるときは意見の異なる加功者の答責の從屬する條件の具體確認の困難なることを附加し、*Timo* と云ふ者が若し強取の委任を與へ而して受任者が人を殺したる

ときは委任と殺人との間に因果關係存在するや?と質問せり  
 右は單に證據の問題なり、正確なる原則及び豫防の規定は其適用に於て單に證據の豫見困難なる故  
 のみに因り之を拋棄することを得ず、證據は訴訟に於て採取し且評價し而して實體刑法は其絶對不可  
 能に因り或規定の全く適用不可能と見ゆる場合を除く外之を顧慮すべからず、事實の情狀が裁判官に  
 良く審判する爲の資料を供給す、されば委員會の提起したる問題は理論及び一般の方途に依り解決す  
 るを得ず、傷害又は殺害の禁止を伴ひ又は伴はず其他種々、一般たり又は特殊たり得る委任の態様一切  
 を評價すること必要なり

六九、——若し犯人の一身上の條件又は資格に因り又は犯人と被害者との間の關係に因り共同者中  
 の或者に對する罪の稱號變化するときは其變化を決せし要素を認識せし又はせざりし他の者も亦同  
 罪の責に任ず(第一一七條)

議會の委員會には異なる罪を若し共同者の一人の欲せざりしときは其負擔に存るべからずと思惟せ  
 られき

前の場合の機會に於て臣の披露せし所は一層大なる理由に因り之に相當す爰に論ずる設例に在り  
 ては其行爲は部門に於て且種類に於て常に共同者各自の欲せしものなり、而して其異なるは止だ法律上  
 の稱號のみに係り、そは犯人より非ず寧ろ裁判官より之を定むることを要す、答責は罪として法律の

豫見する行爲作爲又は不作爲の意欲性の上に基礎を置き、而して法律上の實在として認めたる罪の意  
 欲性の上に之を置かず

尙審査中の同條は犯人の一身上の條件又は資格又は犯人と被害者との間の關係の認識、各加功者に  
 對し罪を分つに至るべき認識の精査に關する途を開く事無くしても仍ほ原則の嚴格を減輕す

## 第五章

### 刑の變更、適用及び執行に就て

七〇、——裁判官は法律の設けたる限界内に於て具體的に刑を量定するに當り擅斷權を行使すと雖  
 も仍ほ其行使の理由を判決の理由記載の中に表す義務あり(第一三二條)又法律の定めたる最高と最低  
 との間を上下する權能の行使に付き裁判官は法律の第一三三條に詳細に指示する客觀及び主觀の要  
 素より其重輕を推測し、通常の刑の増大を將來し得る特殊情狀とは無關係に、即ち自身親しく考察する  
 罪の重輕を斟酌すべき旨を定む

茲に於て議會の委員會は斯る列舉は果して確定のものなりや或は單に宣示のものなりやを質し、例

へば『人類學上の憑據』罪に先立つ疾病犯人が其恩を負ふ人に對し犯罪を行ひしこと等の如き他の要素に付きても亦裁判官の斟酌することを妨げざる旨の指示を以て其委員會の優れりと爲すことを表現せり

列擧は二八五九年の刑法典中及び同じく一八八九年の刑法典にも若干の例を有する所の純然たる例示の指示を拋棄したる近世刑事立法術に従ひ確定のものなり、何となれば逐一指示の配列が確定のものならざるときは之に代へて専ら特殊の場合一切を必然包含する一般概念のみを記述するを優れりと爲すを以てなり

他の一方に於て此列擧は罪の重輕を定むる爲の價值ある其所に包含せざる一要素を想像することすら頗る困難なる程迄に廣汎なり、即ち委員會の採用したる例に臣を局限することとし、人類學上の憑據は夫れ自身に因り各人の意欲の上に影響せずと雖も罪の重輕に關する審判の上に影響する程夫れ迄『犯行者の性格』に影響す、先立つ疾病に付き亦同じ恩の責務違反に關する所に付ての場合は犯罪する動機の考察の中に入るべし

七一、——草案は外國の近來の例に一致し未決勾留は刑の期間より控除するを要せざる旨を定め、而して例外として控除を命ずることを裁判官に許容せり

議會の委員會は之に反し未決監守は常に刑の期間中に算入せられんことを提案せり

臣は提案を採用し以て判決の確定と爲るに先ち受けたる勾留は有期拘禁刑の全期間又は金刑の總額より之を控除すと定めたり第一三七條

此變更には嚴密なる法律の理由に依るに非ずして寧ろ今日仍ほ有效なる法典に於ても亦優越なる衡平の理由に依りて臣は誘致せられたり、洵に未決監守が刑に非ざること及び之に固有なる制度が刑の制度より少く嚴格なることは眞實なり、然れども根底に在りては常に收監に依りて實現せられ且罪に付て斷定せられたる身體の自由の制限なり、因て之を刑の期間に添附するに至らざることとは衡平なり、其故は若しさもなくば收監が縦し法律上に非ずとするも少くも事實上増大と成り、其増大は犯人に歸責す可き何等の理由に因りても正當視せしめざるを以てなり

七二、——豫審又は公判の間裁判官は就中父權施行停止の假適用を命ずることを得第一四〇條  
此規定は議會の委員會には過剰と思料せられき、其故は會の意見に依れば草案の採用したる原則の容るる特別法の存在することを認むとは云へ、豫先の斷案を認容し且各責者の伴ふ無罪の推定の原則を破るを以てなり

被歸責者無罪の推定の藉口に反對する理由は他の個所に於て廣く披瀝せり、近世の科學は爾來此原則を拒否し、而して被告人は此の如き者としては正しく無罪とも有咎責とも推定せられず  
父權施行の假停止は罪の推定に由來せず、亦豫先の斷案を構成せず、但専ら被告人に起れる求刑の堅

實に付き未だ確定に審判せられざる者に夫れ迄行使することを得可らざる権力の繼續に由來する危険を一定の場合に避くる必要の上のみに基礎を置く類似の理由に因り、文官分限法、武官分限法、一定職業例辯護士等施行法は、正しく想像するに容易なる危険及び不便を避くる爲所謂職務又は職業の保障停止を規定又は許容す

さて或罪の嫌疑を受けたる者及び多分は未決拘禁に服したる者又は潜伏中の者が甚だ悪しく父權を施行し得ることを數ふることなしとするも父權が極めて微妙なる關係と之に服する幼者の未來を救済不能に妨害し得る權力を含む以上、獨り父權の關係に於てのみ斯る保障停止を過剰と認め得る所以の理由を見ず

他の一方に於て裁判官が罪の種類又は輕重に注意し且所論の附加刑を齎す處刑の科せらるることを得るものと思料するときに採ることを得る任意處分に關係す、此豫見に在りては例へば公判移付の如き斷定より以上に『豫先の斷案』に想到するを得ざるなり

草案は官職、職業、技術、父權又は夫權の施行の假停止の時間を附加刑の期間に算入すべからざる旨を規定せり、然れども未決拘留の時間を拘禁刑の期間より控除する原則を採用したるを以て標準の統一及び主義の聯絡の爲草案の是認したる所と反對の原則を採用すべきものと思料し、又其爲第一四〇條第二項に、公職云云施行假停止の時間は之を附加刑の期間に算入すと規定せり

七三、——議會の委員會は拘禁刑の執行に關する規範及び保護會及び科料金庫に關する規範を刑の制度に對する規則の中に移轉せんことを勸告せり、然れども既に注意する機會を有せし如く、此事項に於ける根本の規範は之を法典の中に取極め、之に反して詳細なる又は何れにしても根本に非ざる規定は之を規則に留保するを可とす

七四、——刑務所に於ける處刑者の作業の報酬第一四五條に關し前述の委員會は被拘禁者の工錢は其債權者の方面より差押ふ可らざるものと爲さんことを提案せり

處刑者の作業に一層の激勵を與ふる爲、且は作業の報酬の所得を以て辨濟すべき債務の支拂は法律の設くる控除を以て既に保障せらるるが故に、臣は喜んで此提案を採用せり

七五、——處刑者に突發したる精神病第一四八條に關する件に付き死刑の執行も亦同じく停止せられ、而して此場合に於ては處刑者の司法精神病院に庇隠せらるべき旨を規定す

議會の委員會は快癒に至れる後極刑を執行することは嫌惡の念を起さしむるが故に此設例に於ては當然死刑を徒役の刑に換へんことを欲せり

然れども精神の健全なる處刑者に對立し發狂が死刑の處刑者に恩惠の名義を與へ得るとは臣に思惟せられず、若し眞の發狂ならんか、其快癒は頗る困難なり、若し假裝ならんか、當然の換刑を以て假裝者

を利するは正當に非ざるべし、加之委員會の勸告したる所の一般規定を以て假裝の増加を生ぜば適當に非ず、假裝は巧に秘せらるるときは少くも初期には之を確認すること頗る困難なり、何れにしても若し或場合に處刑者の快癒したるとき死刑の執行を過當と認め得べくば恩典に依りて處置することを得べし

## 第六章

### 罪及び刑の消滅に就て

七六、——議會の委員會は罪を新ヘーゲル派の概念に従ひ純粹なる法的實在と看做すべきに非ずして寧ろ一度到達したる消滅すること能はざる史的事實と看做すべし、と思料し、以て草案の用ふる『罪及び刑の消滅』と云ふ文例を刑事訴訟權及び處刑の消滅と云ふ現行法の文例に交換せんことを提案せり

事實法典は正しく罪を純粹なる法的實在と看做さざることを臣は前言す、罪は確に史的事實なり、然れども亦刑なる法的歸結を生ずる限に於ては法的事實なり、さて若し事實の刑事法的效果を消滅する或原因介入せんか事實は『罪』なることを終熄し、而して縱し其事實は(民法等の)他の法律の歸結に對し法

的事實として且有形若くは夫れを優れりとせば『史的』の事實として殘存すとは云へ、罪は罪としては消滅すと云ふを可とす

されば罪の消滅は國家の處罰の主張を實現する可能性終熄するに至るときに生じ、之に反し刑は既に處刑の確定判決を以て國家に認めたる其執行權限終熄するときに消滅す

刑事訴訟權譯者註、公訴權と云ふに同じ消滅すと云ふことは不適當なるべし、刑事訴訟權は處罰の主張を評價せしむる所以の方法に外ならず、又其故に若し此のもの譯者註、處罰の主張消滅せば彼のもの(同註、刑事訴訟權)も亦必然之を行使することを得ず、然れども精確に或制度の特性を表はすには其諸歸結の從屬する原則に遡ることを必要として此歸結又は彼の歸結に止まるべきに非ず

尙處刑。|| *condanna* の消滅と云ふことも亦精確に非ず、其故は時效、特赦、減刑等の如き、刑の消滅に拘らず他の效果に對し處刑を殘存せしむる原因あるを以てなり

尙又法典の使用したる術語は毫も新規のものに非ず、例へば羅馬人既に『罪は死と共に消滅す || *crimen extinguitur mortalitate*』と云ひ、又大赦を『罪の廢止 || *abolitio criminis*』と示定せり、一八九〇年迄伊太利に施行せられし一八五九年の刑法典は第一編第三章第一三一條以下に『罪及び刑の消滅に就て』を取扱へり

總て此等の理由は此點に關する草案の術語を法典に保存する爲に充分と臣には思惟せられき

七七、——草案に據れば告訴人が申立てたる告訴と相容れざる所爲を履行したるときは告訴の暗示の取下存在す

議會の委員會之に反し「告訴を維持する意思と相容れざる所爲」と述べんことを提案せり

文例を改良することの機宜に同意し、臣「告訴を固執する意思と相容れざる所爲」と云ふ文句を選び「第一五二條是其相容れざることが表示したる意思と反対意思の指摘者たる所爲との間に存することを要する旨を明瞭に致さんが爲なり

前述の委員會は更に取下を被告訴人方面よりの費用支拂に從屬せしむるを許容せんことを勸告せり、其故は其意見に依れば社會上の性質の顯著なる効果を以て取下を容易ならしむべきを以てなり、然れども採用したる主義は同じく現行法の主義にして之を廢することは臣に機宜と見えざりき、私人の意思の表示が財産上の利益に拘束せらるべく、而して縦し裁判官の取極めたる期間内に於てするも、被告訴人が費用を支拂ふ迄は取下は無効力に留まるべく、其事は有害なる訴訟上の複雑を生ぜしむべし

尙刑事訴訟法典は又訴訟費用の常に取下人の負擔なる旨を定め、以て當事者の其間に其費用の全部又は一部を被告訴人より支辨する合意を爲すことを許容す、然れども固より私人間の此約束は直接に取下人より同費用を取立つる國家の權利を妨ぐべきに非ず

七八、——新法典に從へば取下權は罪の被害者の死と共に消滅す(第一五六條)

議會の委員會に此文句は餘りに絶對なりと思惟せられき、其故は其意見に依れば、例へば財産上の性質の犯罪に於ける如く、或場合に在りては被告訴人の犯罪不成立の場合に損害及び費用支拂の義務を帶ぶ相続人に取下の權利を認容することを要するを以てなり

されど取下權は告訴權と交互關係のものに係り、且此の如くにして屬人性の主觀公權なるが故に其名義人の死と共に消滅するものと臣は看做せり

前述の場合に於ける相続人の費用支拂の義務は告訴權に關せず其上に加はる財産上負擔の總てと共に遺産相続承諾の一歸結なり

相続人に取下權を授與するは死者の意思及び記念に負ふ所の尊敬に反すべし、相続人は其死者の意思を遵守すること及び縦し始終賣物に非ずとは云へ、屢々其本人の記念を確に餘り考慮せざる無關心を表現する行爲を以て之に違背せざることを要す

七九、——議會の委員會は罪の消滅時効を死刑又は徒役を以て罰す可き犯罪にも亦擴張するに至らんことを欲せり

されど斯る犯罪の例外重大性に基き之に依り國民中に振起したる印象は決して時の経過と共に完全を缺くに至らざること、豫防の目的の爲する罪は決して消滅せざるを知るを要すること及び總ての



時に於て處刑は例示とし且保障として利益を伴ふことを考慮すべきなり。同委員會は更に他の罪の時効に付き設けたる期限を餘りに廣しと思料し、尙又罪の消滅時効に付ての期限が總ての時に於て公判への召喚の決斷に先ち若くは處刑の決斷に先ち完成することを要する旨の規定に反對なるを表示せり。

制度の規律を再審査するに當り、刑事の力強き保護の要求は、草案の規定を其儘に保存せば到達すべき如くに罪の時効を實際屢々無効ならしむべき點迄進むべきに非ずと臣は看做せり。

されば制度の規律を一層好く採用を勸告したる要求に適合せしむる爲之に本質上の若干改正を加ふることの適當を臣は心證せり。其草案は、何より先づ、時効の效力に付き公判への召喚の決斷後又は處刑の決斷後經過したる時間に其價值を否定せり、然れども此制限は充分に正常化せられたりと思料することを得ず、事實、上訴せられたるとき公判への移付及び處刑の決斷は被告人の咎責確認に先立つ行爲なり、又其故に夫れ自身に依りては罪の消滅時効制度の前提とする其條件には本質の變更を齎す力を有せず、又夫れ等は、公判への移付後時の長き週期經過することが到來し得て且其故に罪の存在及び被告人の咎責の證據缺如又は減損するに至ることを得て必ずしも所謂時の健啖力を妨げざるなり、加之其所爲は専ら刑事懲罰を正常化し得る所の處罰の利益其必要を維持せず、故に吾人の立法傳統に復歸することを臣は選べり、之に従へば罪の時効は處刑の確定判決ある時機

迄實證することを得(第一五七條)

他の一の變更は、時効期限確定の題材に於て其期限が總ての罪に付き法律の設けたる拘禁刑の二倍に均しかる可かりし標準を拋棄せしことに存す。

此點に於ても亦時効の種々なる期限を詳細にして最も重き罪に付ての二十年より最も輕きものに付ての十八月に至る所の現行法典に復歸するを優れりと臣は思料せり(譯者註、一八八九年刑法典第九一條所定最短期限は六月なり)

八〇——他の一の實質上の變更は罪の時効を中斷し得る事實に關係す(第一六〇條)

草案に因れば訴訟手續の行爲は其何たるを分たず、中斷に適すと思料せられたり、然れども訴訟手續の行爲は甚だ夥多なるの故に因り又他の一方に於て、人の知る如く現行法典に關する判例は一八八九年の法典第九三條第三項譯者註、其文に曰く、法律に於て一年より短き時効の期限を定めたるときは訴訟手續に依り其時効の經過を中斷す但第九二條に従ひ時効を開始したる日より一年内に處刑の宣告無きときは公訴は時効を得に基き明白なる誇張を以て、書記の方面の訴訟分冊の有形作成迄を包含する程行爲の輪廓を無際限に擴大したるの故に因り、斯る方法に依らば最も多くの場合に於て時効の實現を阻止すべしと臣は看做せり、故に時効を中斷するに適する刑事訴訟行爲の輪廓を、眞に其訴訟手續の根本のものにして、其客觀性質の考察に依り夫れ自身處罰することの國家の利益の永續を表示する

ものみに臣は制限せり、其利益の繼續する限時効は正當視を缺くものと現す  
此變更は亦有形の微妙なる事案に於て同一意義の適用の精確を付與する利益を供給す

八一、——草案は第一六五條(法典第一六一條)に數罪に對し併合して訴追するとき其何れかに對する時効の停止又は中斷は他のものに對し亦效力を有する旨を規定せり

此效力を生ずる訴訟手續の合併は果して止だ手續上のみのものも爾るか若くは牽連罪に因る合併訴訟手續に關することを要するかを質問せられたり

時効は訴訟法上の制度に非ずして實體法上の制度なるが故に牽連罪に關することを要するは理の當然なり、夫れにしても一切の疑義を淘汰するに付き規定の文例を修正し、以て中斷又は停止の效力の布延は専ら牽連罪のみに關することを明白に宣示せり

八二、——違警罪の納金の規律に若干の變更を臣は加へたり(第一六二條)

先づ納金の認容を單に刑法典の豫見したる違警罪のみに制限することなく(譯者註、舊法典第一〇一條、三百リレを超えざる金刑に處せらるべき違警罪に付き被告人は辯論の開始前訴訟費用の外所犯の違警罪に科すべき刑の最高額に該當する金額を納付するに於ては公訴の進行を終熄せしむることを得但法律に別異の規定を設けたる場合は此限に在らず、之に反し草案の爲したる如くなるを便宜と

臣は思料せり、法典の原則は特別法が明示の方法に依り別異に規定せざるときは其特別法の彈壓する違警罪にも亦擴張するを要しき

第二番に科料の法規上の限界を擴張し六千リレ迄より寧ろ一萬リレ迄○譯者曰、舊法典の三百リレを六千リレに改むる議ありしが、又納金の可納を辯論の開始迄若くは處刑の決定前と爲し、之と共に(刑の前述の限界を除く外、地方裁判所管轄の違警罪に付ても亦納金を認容し、以て有用なる制度の適用を容易ならしむることに臣は處置せり

八三、——刑の條件附猶豫制度適用の限界を若し十八歳に満たざる者又は七十歳に達したる者に關するときは刑の二年迄に到らしむる提案を臣は喜んで採用せり、特に幼者を刑の執行より除くことに又其悔悟を容易にすることに資する所の總ての者は可能なる範圍内に於て憚る所無く採用すべきものと心證したるを以てなり

八四、——裁判上有恕は、草案に據れば、所犯の罪に對し法律の一年を超えざる拘禁刑を設定するとき之を十八歳未満者に付與することを得たり

議會の委員會此限界を二年に到らしめんことを提案せり  
先に臣の記せし所の其慎重なる寛容の標準に照應して提案を採用し、有恕は最高二年を超えざる拘

禁刑又は最高一萬リールを超えざる金刑に關するときは之を付與することを得る旨を規定せり(第一六九條)

八五、——議會の委員會は、刑の消滅時効の死刑又は徒役に亦擴張せられんことを希望せり  
 前述の刑を以て罰す可き罪を時効可能と爲す提案の不同意に關し臣の披擲せし所を援用す  
 右の理由は、刑の時効は犯人の答責の確定的に確認せられしことを前提とするが故に、其時効に付ては尙一層有力なり、一八八九年の法典に據りても亦徒役刑は時効不能なりき、而して、臣の知る所、犯罪者に對する過度の寛大の感情が時の立法及び學說に途を作りたるに拘らず、此賢明なる規定に對し抗爭する何等權威有る聲は揚らざりき

八六、——草案は特赦及び減刑は附加刑及び其他の處刑の刑事效力一切を消滅せざる旨を規定せり  
 されど、縱し『刑』に非ざるの故を以て君主の寛仁固有の對象を形成せざる、所刑の單純なる刑事效力の排除は正常なりとするも、之に反して、附加の性質なりとは云へ、正しく眞正且固有の刑に關するが故に其行爲譯者註、特赦及び減刑に附加刑を消滅する力を否認すべきに非ずと臣は看做せり、果して特赦及び減刑の對象が處刑者に科したる刑ならんか、其等の行爲の效力は一切の刑に、又其故に附加の刑にも亦擴張し得ることを要す

然りと雖も此等の刑(附加刑)の消滅は主刑の免除又は變更より他を問はず推定し得べきには非ず、其故は特赦及び減刑は其自身の性質に因り亦單に部分のものたり得るを以てなり、因て附加刑が至上の赦免の效力に因り消滅すと思料し得る爲には特赦又は減刑の勅令が附加刑をも亦消滅せしむる君主の意思を明白に宣示することを必要とす(第一七四條)

八七、——若し刑事證明書に所處の不記述の特典を付與せられし處刑者一の新なる犯罪を行ふときは前處刑の記述を爲さざるの命令は取消されることを要す(第一七五條)  
 現行立法の不備を補充する此規定議會の委員會を充分満足せしめず、會は所論の命令を取消することに付き裁判官に權能を與へ而して義務を課せざることを提案せり

會の採用したる論證は最も輕き第二の犯罪に付ての所論ならんと雖も而も混淆する所とは全く別のものなり、重き或は輕き新なる犯罪は本人が特典を受けたる後嗣後刑法を侵犯する如き素行を持したるものなる以上特典が事實上其目的を達せざりしことを表示して爭無き所なり、故に第一七五條を變更することは臣に機宜と思惟せられざりき

八八、——處刑者の條件附釋放は若し處刑者一の新なる犯罪若くは同一性質の違警罪を犯し又は監視附自由の義務に違背するときは之を取消すことを要す、此場合に於て條件附自由中に經過したる時

日は刑の期間に算入せず(第一七七條)

議會の委員會思惟すらく、殘る刑全部を償却せしむることは、刑にも非ざる監視附自由が重き自由制限の處分と成る以上、時としては犯したる違背に鈞合はざる制裁を構成すと、因て條件附自由中に經過したる時日は却て刑の期間中に算入すべきに非ざるかの問題を再審査するやう臣を誘致せり

明瞭には歸結せずと雖も、提案は被條件附釋放者が一の新なる(或種の)犯罪若くは同一性質の違警罪を犯したる場合に非ずして寧ろ監視附自由の義務違背の設例に關係すと思惟せらる

抑此義務の違背は罪を構成せざるが故に唯一の制裁は殘る刑償却の論理上及び必然の歸結を有する條件附釋放の取消のみを留む

一八八九年の法典第一七條も亦同一の方法に處理し而して未だ曾て異なる規定の需要を告げざりき條件附自由は監視附にても依然自由なり、又其故に全部にても一部にても之を拘禁刑と同視又は代換することを得ず、之自由を享有して而して無資格を表はしたる者は既に刑の全部を間斷無くは償却せざることの利益を有し、其事は其者に刑の合計償却を少なき重さと爲し又之を其自由の條件に在らざる他の處刑者より一層有利なる位置に置くものなり

八九、——復權(第一七八條以下)の制度に臣は臣の提唱に依り重要な變更を加へたり

此事項に於ても亦、絶えず臣を改良に導きし所の、價值有る者に對する赦免と寛容との標準に依り臣

を鼓舞せんと欲せり、即ち、若し其適格と爲れる者には總ての方法に依り復權を容易にせんことを提案せり、其故は、犯人等の悔悟を促進すること、渠等なる善良なる發心に依り社會救済の希望を以て之が氣力を増さしむること、一次又は多次の従前の處刑より到來する障害を除き、以て處刑者に再び方正に生活するの可能性を與ふることは國家の利益なるを以てなり、過度の嚴格は失望と新罪を犯す使喚とならでは招致する能はざるべし

されば刑を償却したる處刑者の大部分は固有の作業を以て生活する必要を有するに據り復權を請求し得る爲に草案の設けたる十年の期限は過度と臣は思惟せり、因て期限を五年に減縮し、十年の期限は單に之を一層重き再犯者及び常習性、職業性又は性癖に因る犯罪者のみに留保せり(第一七九條)

此期限の短縮に依り、其五年を超ゆる期間を有するとき、官職禁止の如き有期の附加刑たる無資格をも消滅することを得

復權に對する期限を五年に減縮し、又五年を超ゆる有期無資格の消滅を認容し、草案第一八六條に規律したる『記録の效力に於ける復權』は無用と成れり、又其故に臣は同條を削除せり

復權を請求し得る爲の期限は主刑償却せられ又は他の方法に因り消滅したる日より經過す、若し保安處分に服せし者其處分取消され且亦其服從中有效且不斷の善行の證據を與へし者亦同じ、但若し常習性、職業性又は性癖に因る犯罪者に關するときは期限は農事殖民地又は作業所に委附する命令を取消したる日より之を起算す

草案第一八二條法典第一七八條は既に一次之を獲たる者に新なる復権を付與することを禁止せり、此制限も亦事を好く慮り *re melius perpensa* 臣には制度の目的に機宜に非ず且反對すと思惟せられき、眞に此設例に在りても亦個人が遷善し得ることを否むべきに非ず、加之果して眞の悔悟なるや否やを定むるは裁判官の賢明なる擅斷に一任すべきなり、深く人情に關し且社會上の處理たる此事項には絶對の禁止を認容すべきに非ず

九〇——法典は消滅原因の競合に關し、罪の消滅原因と刑の消滅原因と競合せば罪を消滅する原因を優れりとす其嗣後に發生したるとき亦同じと規定す、又罪又は刑の消滅の多數の原因異時に發生するときは前の原因罪又は刑を消滅す而して嗣後のものは何時にても殘存する效力を終熄せしむ(第一八三條)

此規定は之を直覺のものと品評したる議會の委員會には過剩と思惟せられき、然れども之に付て與へたる解決は、從來裁判官が消滅原因競合に關する夥しき問題に没頭すること、を要し判例に矛盾無きに非ざる程夫れ程自明のものに非ざるなり、條件附處刑又は條件附の大赦又は特赦の優越に關する問題を追懷すれば充分なり、因て此の如き問題は法律に依り決定するを機宜とす

九一——併合罪の場合に於て大赦、特赦又は減刑の效力に因り死刑又は徒役刑消滅したるときは併合罪に對し科せられたる有期拘禁刑を全部執行することを要す(第一八四條)

議會の委員會は此刑を執行するに至らざること、又は少くも併合罪の各個に對する夫々の刑を判決の中に特示することを裁判官の義務と爲すことを欲せり

されど至上の寛仁の行爲が此刑を考慮せざる以上他の刑の執行を廢するは臣に理の當然と思惟せられず、至上の意思を以て確定したる所より一層大なる效用を何等の理由無く且明白なる獨斷を以て大赦、特赦又は減刑に定むること成るべし、尙審査中の規定は衡平なる調節を包有す

他の提案に至りては夫れは辭義の曖昧に起因すと臣に見えたり、委員會は死刑又は徒役刑が裁判官に併合罪全部に對する夫々の刑を特示する義務を免除する様式に、併合罪に對する刑を吸收すと思料せしなるべし、若しさる事譯者註、吸收と云ふ事在らんか、實に司法官が併合罪に因り犯人に科したる刑を死刑又は徒役刑を科したる所以の罪と分離すること不可能たるべし

然れどもさる事は在らず

死刑又は徒役刑を齎す犯罪と有期拘禁刑を齎す犯罪との併合の場合に在りては第二のものをも適用することの實際明瞭なる不可能に因り止た第一の刑のみを適用す、然れども夫れは適用可能の刑の判決の中に科せらるべからざることの意味せず、作成すべき判決は各責者所犯の罪及び夫々の制裁全部を斟酌すべきものなり

夫れが爲正しく刑事訴訟法典第四八三條に裁判官同一判決を以て多數の罪に對し處刑を言渡すときは其各個に對し該當する刑を設け之に次ぎ罪及び刑の競合に付ての規範を遵守し適用すべき刑を特定すと規定するに至れり

此義務が若し合併訴訟手續の場合に裁判官に屬せば死刑又は徒役を以て罰せられたる犯罪に因る處刑の後其審判に付せられしとき併合罪に因る刑を定むる義務は一層大なる理由に因り之に屬すべし

其結果大赦特赦又は減刑に因り到來したる死刑又は徒役刑の消滅の後犯人の償却すべき刑の何れなるかを確認する方法を決して缺くことを得ず

之に反し至上の寛仁徒役刑に關せざるときは全部消滅するに至りし併合罪に因る有期拘禁刑の爲には徒役の處刑者には晝間獨居を適用せず而して若し其刑譯者註有期拘禁刑止た短縮せられしのみなるときは晝間獨居の期間は之を三月迄に減することを得之に關し議會の委員會草案の『若し拘禁刑の一部を受くべからざるとき』と云へる文句の代りに『若し拘禁刑の止た一部のみを受くべきとき』と云ふ語法を使用せんことを提案し而して臣は提案を承引せり

## 第七章

### 民事制裁に就て

九二、——議會の委員會は非財産上の損害の議事に於て若干の所殘を作せり

該會は先づ『非財産上』とよりは寧ろ『精神上の損害』債務の單行法典伊佛文草案第八五條所用の術語と云はんことを望めり

然れども法典所用の術語一層精確なり其故は例へば醫師の職業上の眞價を中傷せられしときの如く同時に精神上及び財産上のものたるを精神上の損害と做すを以てなり即ち法律が『精神上の損害』と云ふ語法を用ふるときは精神上損害の賠償可能性の爲には或は其損害が亦財産上の反響を有することを必要と爲すやに付き疑義を生じ得べし之に反し法典の主義に在りては財産上の損失に結合する精神上的の損害は財産上の損害として賠償可能なりと雖も之と異り如何様にも財産に關せざる精神上的の損害は止た其儘即ち『非財産上』の損害として賠償可能なり『精神上の損害』は『非財産上の損害』よりも寧ろ『有形の損害』に對立し而して有形の損害は場合を分ち財産上たり或は非財産上たり得ることを附言す

前述の委員會は更に一九一三年の刑事訴訟法典第七條に示せる設例に於て攻撃の金錢上回復の名義に依り特別の補償を加害者に示定する權能を維持すべきかを審査することを臣に勸誘せり然れども財産上及び非財産上の損害の外他に何等の種類の回復すべき損害存在し得ざるが故に此

點に付ては議會の委員會に追従すべき場合と臣には思惟せられず新法典は此事項に於て一九一三年の刑事訴訟法典よりも充分一層廣く處理す其機會に臣の指摘せし如く若し攻撃が毫も非財産上の損害をも生ぜざりしとせばそれは専ら復讐又は利得を熱望する怨恨のみに關し而して正當に金銭上の回復を要求する損失に關せざることを意味す此怨恨を満足せしむる爲には私刑 *pena privata* に復歸する要有るべきも私刑は數世紀以來廢止せられたる制度にして且復活を欲せられざる事柄なり次に委員會が其提案を支持するに付き主張する金銭に依りて與へたる満足を以て攻撃と相殺する所の金銭上の回復を定むることは容易なりと雖も之に反し純然たる精神上の損害を嚴密なる量定を以て合算することは頗る困難なりとの機宜の論證は決定的のものに非ず何人も此『嚴密なる量定』が行はるとは主張せず正しく非財産上の損害を評價することに關するが故に此量定は就中不可能なり此事項に於ては裁判官が判例及び學說の既に多年定めたる標準を適用すべし終に罪の被害者を其損害賠償取得の希望に於て援助するは正當且衡平なりとは云へ金銭が推賞すべからざる投機 *speculazione* の理由より他の干與の理由を有せざる場合に『金銭より出する満足』の獲得を援助するは不道義たるべきことを附加す

九三、——議會の委員會は處刑の判決公示の制度第一八六條を稱讚しつつも仍ほ斯る公示は『現在不確實なる財産上の損害の未來の増加を免るる用を爲すこと』を得と見ゆればとて『非財産上』の語を削

除せんことを提案せり

然れども財産上の損害及び現在不確實と云ふが仍ほ未だ實現せざること其故に存在せざること法律上には損害に非ざること又同じく財産上のものに非ざること(を語らんと欲せば寧ろ確に損害の危険なり故に夫れは將來増加し得るとは臣に思惟せられず一切の増加は増加し得るものの現在の存在を前提とす他方に於て財産上の損害の純然たる危険の賠償は認容し得べからずアクリウス訴權 *azione aquiliana* (譯者註アクリウス氏法に據り財産上の損害の賠償要求訴權)の行使を以て賠償せらるべき損害は専ら其實現したるときのみなり

他の一方に於て判決の公示は金銭上に非ず又經濟上にも非ざる回復に成立つ賠償の一形式なり之に反し財産上の損害は贖物返還の場合の外吾人の法律に従ひ止た金銭に依る賠償のみを認容す此損害は相當する金銭を介して全部賠償せられ而して實際に處刑の判決公示の中に其爲純粹の精神上又は一層精確に非財産上の損害に對し留保することを要する嗣後の回復を見出すの必要を有せず

九四、——贖物返還及び處刑の判決公示の義務は不可分なり(第一八七條)

議會の委員會は判決公示に關する義務は損害賠償の義務の如く寧ろ連帶たるべく思惟せらるればとて其義務の不可分性を除去せんことを欲せり即ち其公示は非財産上の損害を賠償する爲の手段なるが故なり又支拂の義務なりと雖も行爲の義務に關せず其結果處刑者の相續人分割に依り *per quota*

履行することを要するが故なり

然れども臣は思考す、分割を容れざる行為の義務なりと雖も本質上支拂の義務に關せずと民第一二〇二條譯者註、伊民第一二〇二條分割の可能に非ざる物又は行為を對象に有する義務及び尙其性質は可分なりと雖も契約當事者の考察したる様式に照し斯くあることを終熄したる物又は行為を對象に有する義務は不可分なり、<sup>第二項</sup>他の總ての義務は可分なり、而して此概念の理由は草案に關する臣の報告書中(一九四號)に披瀝せり、公示の費用に關する支拂義務は又公示其ものみに非ず前者は時として存在せざることも存り得べし、公示の義務者が其行はるべき新聞の所有者たるべき如し、義務の不可分性の歸結に依り被害者は處刑者の死亡の場合に其共同相續人の一人のみに對しても轉向する權利あり、是若し義務か止た連帶のみならんには爲すことを得ざる所なり、義務の性質若し斯の如くならんか、公示の爲に要する費用の内金に依る一分割にても支拂を缺くに因り被害者は其受けたる非財産上の損害賠償を棄權することを要することが到達し得べし

九五、——刑務所に於ける自己の給養の爲の費用を國庫に償還する處刑者の義務を設け、渠等は諸民事法律の規範に依り其現在及び將來の動産及び不動産の全部を以て此義務の責に任ずる旨を定む(第一八八條)

議會の委員會には此宣示は既に民法典第一九四八條に宣示せられたる原則の記述中に存在するを

以て過剰なりと思惟せられき譯者註、伊民第一九四八條凡そ自身義務を負ひたる者は其現在及び將來の動産及び不動産の全部を以て契約したる義務を履行する責に任ず

然れども此原則の明示の確言は審査中の場合に於て餘分と思料すべしとは臣に思惟せられず、如何となれば此確言は、特別の關係と及び制度の新規との理由に因り生じ得べき疑義を除き、刑の消滅後も仍ほ、給養費を國庫に償還する義務の永續する性質に關し一切の不確實を除去する目的を有するが故なり

九六、——國家は法典第一八九條に示したる債權の擔保として被告人の財産の上に法定抵當權を有す

議會の委員會は國家が法定抵當權の名義人なりと云ふべきに非ず寧ろ單に『法定抵當權を登記す』とのみ宣示すべしとの意見を述べたり

然れども刑法典の採用したる語法は民法典第一九六九條第五號に使用したる所と一致す、故に又之を變更すべしと臣は思料せざりき譯者註、伊民第一九六九條第一項第五號、法定抵當權を有する者次の如し、第五號、國家は重罪、輕罪及び違警罪の事物に於ける裁判費用の強制の爲處刑者の財産の上に云々、同委員會は法定抵當權を登記すること可能に非ず又は登記したる抵當權不充分なるときに非ざるよりは民事の目的の爲押收に付すること能はざる旨を定めんことを勸告せり、然れども此條件は法典



の規定中に暗示せらる

九七、——今日仍ほ有效なる法律(刑訴第六〇三條第六〇六條第六〇九條)は罪及び刑事訴訟に由來する債權の利益に優先權を設立せり、然れども其債權と他の優先權を付與したる債權との競合の場合を規律せざりき

優先權の順序は専ら法律のみに依り一定すべきものと臣は見做せり、又其故に此事項の近來の科學推敲に照應し第一八九條に一の規定を添附せり、之に依れば、押收の歸結に付き同條に示したる債權は以前優先權を付與せざる一切の債權及び其後に生じたる債權に對し優先權を付與したるものと看做す、但總ての場合に於て租稅支拂の擔保に設定したる優先權は之を除外す

九八、——議會の委員會に、犯行の前又は後犯人の實行したる無償又は有償の名義の行爲の規律(第一九二條第一九三條第一九四條)は、特に廢罷訴權 *azione pauliana* の事項に於て民法の改正を妨げざる爲一切之を此法典に一任すべきものと思惟せられき

此恐は根據有りと臣には見え、民事の立法者は一層機宜と認むる如く一般の途に依り處理すべし、即ち民法典は同じく罪をも構成する其私犯 *forti civili* より生ずる義務の特別事項を規律することに制限す

爰に論ずる所の規定を民法典に差戻すことは急迫の性質を有し且刑事事項と密接に牽連する改正を遅延するを意味すべし

尙刑法典は普通の廢罷訴權の原則よりも一層嚴格なる原則を採用したることを注意するを可とす、廢罷訴權は人も知る如く殆ど常に有用なる效力を缺如す

九九、——議會の委員會は、主たる方法に於て、從屬者に科する料。料。の。民。事。義。務。に關する規定(第一九六條第一九七條)の廢止を、又從として、行爲を監視又は阻止せざりし者に對する真正且適當なる刑の脅示若くは監視の缺如又は代表權の原則に由來する民事連帶義務を提案せり、縱し犯人支拂不可能なればとて渠の爲に支拂ふ者は冤なるが故に此規定は罪は其本人を拘束す *peccata suos tenent anchoras* と云ふ原則と明瞭なる牴觸を包有すと委員會に思惟せられき

然りと雖も所論の規定を以ては罪は其本人を拘束すの原則に牴觸するに至らずと雖も、到底、一八八九年の刑法典第六〇條の採用し、實質に於て委員會の之に復歸するを選ぶべき主義及び恐く間接刑事答責を設くるに至ると稱せしむべき主義とは牴觸す

審査中の諸個條に豫見したる場合に在りては刑事義務履行の擔保として民事義務存在す、斯る民事義務には(委員會の從として提案する如き)連帶義務の性質を認むることを得ず、何となれば連帶性は、現設例中に具備せざる所の、行爲の單數と本人の多數とを前提と爲すが故なり

次に支拂不可能なる處刑者の爲に支拂ふ者は寛なりとの考察は臣には精確なりと思惟せられず、何となれば科料の爲民事上義務を負ふ者は、刑事上には非ずと雖も、自身不法なる且違警罪と異なる所反の規則を遵守せしむべき義務有る行爲の咎責者なるが故なり

科料の爲民事上義務有る者は亦國家、州及び市町村と異なる法人たることを得、然るに此規定は議會の委員會の賛成を獲ざりき、委員會注意すらく、解釋家は之に依り其代表者及び從屬者の實行したる不法行爲に對する、國家及び地方自治團體を除外したる、公共團體 *anti-public* の答責の一般規則と思惟し得べく而も如何なる様式に於ても國家、州及び市町村に關する除外例は正當視せられず、如何となれば其等の職務の重要性は主義の一貫に背反すること能はざるを以てなりと

如何なる解釋家と雖も、一定したる且好く精確にしたる違警罪の設例に對し答責を定むる所の最も特別なる規範よりして、亦同じく代表者及び從屬者に對する、國家及び地方自治團體を除外したる、公共團體の答責の一般規則に關すとの心證を道理に適ひて演繹し得んとは臣に思惟せられず、國家、州及び市町村に關する除外例を不正當視し得るとは臣は信せず、此除外例は實際職務の重要性にも亦同じく一の情狀にも負ふ所とす、情狀と云ふは、從屬者が違反することあり得るが故に所論の除外例無くば、例へば國家は夫れ自身に對し支拂ふに至る方法に依り此等の團體より其規範を發することとなり、同様の順序の一端は同じく州及び市町村も之を有すべし、其故は、人も知る如く、此等の團體は其規則制定の權限に基き違警罪の刑事規範を發することを許容せらるるを以てなり

## 第八章

### 保安行政處分に就て

一〇〇、——何人と雖も之を法律の明白に規定せざる所の且法律の豫見したる場合の外の保安處分に服従せしむることを得ざる旨を定む(第一九九條)

議會の委員會は、一定の處分に明白に豫見したる適用可能の設例の外保安處分に服従せしむることの不法性を一層強剛に斷言する爲次の様式に依り法典の文例を補充せんことを提案せり、即ち「且同法律の各保安處分に付き豫見したる場合の外」云々

然れども其言表さんと欲する所の概念は既に同第一九九條の中に明瞭に宣示せられありて斯る添附を臣は過剰と思惟せり

一〇一、——時領域及び人に關する保安處分の適用(本條の原標題を臣の變更せし所に付き、就中若し保安處分を執行すべき時の法律異るときは執行の時實施に在る法律を適用する旨を規定す(第二〇〇條))

「之に關し議會の委員會は、保安處分執行の時に有效なる法律が一層峻嚴なる處分又は一層峻嚴なる執行方法を定むるときは危險性の新審査を定むること衡平なるべしとの意見を明示せり」然れども前述の規定を以て保安處分に關する法律の繼承事項に於て第二條の主義に追隨せんことは欲せざりき、何となれば亦法律が保安行政處分に關して規定するときは『刑事』事項を規定せざるの故を以てなり、若し委員會の提案を採用せんか嗣後の法律が一層有利なるときも亦危險性の狀態の再審査を求むるの要あるべし

草案は保安處分は國家の領域内に在る、本國人又は外國人、總ての者に對し之を適用する旨を規定せり、保安處分の適用可能性を外國人には國家の領域内に在るときのみを制限することは理の當然たるにもせよ、國家に對する羈絆を解かざる本國人に單に外國に在るの故のみに因り此制限を擴張することは機宜に非ずと臣に思惟せられき、故に臣は此規定を變更し、保安處分は其在る所如何を分たず本國人に及び國家の領域内に在る外國人に之を適用すと規定せり（譯者註、第二〇〇條に外國人のみありて本國人無き理由）

一〇二、——保安處分は處刑又は釋放と同一判決内に於て裁判官之を命ずることを得、處刑の場合に於ては刑の執行中にも處刑者任意に刑の執行を遁れたる期間中にも嗣後の處分を以て之を命ずることを得（第二〇五條）

議會の委員會は、其處分は偶々潛伏を捕捉したる後は之を發することを得れど其潛伏の期間中は無用なりとの故を以て、潛伏の記載を削除することを勧告せり

然れども此命令を無用とするの主張に關しては同意する能はず、此命令は外ならず威嚇の效力を有し、又多時の後捕捉の實行せらるるとき容易に實現し得べき怠慢を避く

草案は裁判官に、處刑者の危險性に付き刑の執行期間中に實行したる確認を考慮し拘禁保安處分を別の非拘禁のものに交換する權能を付與せり

司法官に授くる權能過當に見ゆればとて前述委員會此規定を削除すべきものと思料せり、此提案は採用するを機宜と思惟せられき、何となれば、處刑者の拘禁せらるる時の間は其斯る狀態が危險性に對して保障を爲し、又釋放の後は法律が警察官憲の處置に委する手段を以て處理することを得ればなり

一〇三、——保安處分の假適用（第二〇六條）に付き草案は之を『被告人』に關係せしめたり、然れども『被告人』の資格を取得することなく又は持續することなくして之に對し保安處分の適用可能性を終熄するに至らざる者に亦關係し得るが故に此辭を臣は削除せり

草案は未決勾留に付き定めたる所に關聯し保安處分假適用の時日を確定に適用したる該處分の最短期間に算入せざることに規定せり、然れども未決勾留を刑の期間中に算入するを義務のものとして爲す

ことに臣を導きたる所の衡平の理由に因り保安處分假適用の時日を其最短期間中に算入するを要すと規定することを機宜と臣は思料せり

一〇四、——草案は、保安處分は不確定の時日に適用し且之に服したる者の危険性終熄せざる時は取消す能はざる旨を規定せり(法典第二一三條第二〇七條)

議會の委員會が不確定の時日に適用しと云ふ記載の過剰なるべきことの指摘を爲せるは無理に非ず故に臣は之を除去せり

次に臣は亦説明を要せざる様式に依り條文の構造を改良せり

前述委員會希望すらく、保安處分の取消に付き若し『二年を超えざる拘禁刑に續く拘禁保安處分に關し其期間中に危険性終熄の疑無き證據存りしときは命令せられし期限の經過前と雖も仍ほ之を可能ならしめん』と

然し乍ら處刑者が監獄に在る時日の間は果して其危険性の持續するや或は終熄せしやを確實なる様式に定むること可能に非ずと臣は看做せり、保安處分の最短期間は社會防衛の利益の保障に設けられ、而して實地には最短期が屢々其時日内と雖も仍ほ最長期の如き作用を爲すことは否むべきに非ざるなり

然れども保安處分は刑に對し恩赦(Gratia)の制度に依り到來する如く時期の如何を分たす之を終熄

せしむることの衡平且機宜なる場合發現することを得、されど此至上の寛仁の行爲は正しく刑を對象として有し、其中に保安處分も加入する行政處分の終熄に關することなし、故に恩赦の結果刑に到來する所と類似の方法に依り保安處分を終熄せしむるに適する手段を見出すことを要す

斯る手段は總ての場合に於て、且時日の條件無く、保安處分取消の處置を發することを司法大臣に認むる權限内に存在すべきものと思料せり、眞實司法行政の範圍に於ける政府の最高機關が刑に關し國家の元首に留保したる恩赦權に類似したる赦免權を行使し得ることを承認するは何ものも之を禁止せず、次に斯る權限の性質及び目的に據り其行使に對し豫の條件を付す可らざるは當然なり、されど危険狀態終熄の條件は固より大臣が此事項に付ての其斷定の際其要件をも亦斟酌すべしと豫見するは理の當然なり

故に審査中の個條に、總ての場合に於て、且法律の設定したる最短期間に等しき時日の經過する前と雖も、裁判官の適用したる保安處分は司法大臣の命を以て之を取消すことを得、と云ふ一分項を臣は添附せり

時として保安處分主義の嚴格を減輕し得べく、又之に服する者に對する最も大なる保障を解決する所の此規定の實地上の大なる重要を指摘することは殆ど過剰なり

一〇五、——保安處分に付ての罪又は刑の消滅の效力(第二一〇條)に關するものに對し、草案は刑の消

減は法律の何時にても命ずることを得と定めたるものを除く外保安處分の適用を妨ぐ但既に裁判官の命じたる保安處分の執行を妨げずと規定し監視附自由を以て農事殖民地及び作業場に換ふ旨を添附せり

此規定に付き議會の委員會何等の注意を爲さざりしと雖も之が過當の嚴格を引出すものと臣には思惟せられ又其故に次の方法に依り之を變更せり臣は保安處分の新なる *lex nova* 適用と既に適用せられたる處分の執行との二設例を區別し第一設例の關係に於ては刑の消滅は法律の規範に依り何時にても命ずることを得るものに付き例外を設け保安處分の適用を妨ぐる旨を規定し第二設例に對しては刑の消滅は十年を超ゆる懲役の處刑の附加處分として既に裁判官の命じたる保安處分の執行を妨げず之に因り草案の定めたる所と異り一層輕き刑の處刑の附加處分一切の關係に於て其執行を除外する旨を設定せり次に双方の設例に於て若し新に科せられ又は執行すべく残る所の保安處分が農事殖民地又は作業場なるときは單純なる監視附自由を以て之に換ふことを要し斯くて草案に在りては裁判官の權能なりしものを義務のものに變形せり

草案は又若し特赦又は減刑の效力に因り死刑若しくは全部又は一部徒役刑を執行すべからざるときは常に處刑者を三年を降らざる時日の農事殖民地又は作業場若しくは監視附自由への委付を命ずることを要する旨を規定せり

之に關し議會の委員會は最初に『全部又は一部徒役刑』の辭を他の『徒役刑減少せられ』に換へんこと

を勸告せり然れども徒役は無期なり變更するを得れど減少するを得ず次に乃ほ未だ執行の開始せざる場合をも亦考察せんと欲することを認知するを可とす其故に採用したる語法が爾く一層精確なるなり

第二番に前述の委員會審査中の場合に於て保安處分は縦し亦異なる目的に因るにせよ身體の自由剝奪の状態を繼續せしめ以て特赦又は減刑の處分を空しくすと思惟せらるればとて此處分を適用するに至らざらんことの意見を明示せり

此提案は管に争無き衡平の基礎を有するのみならず尙又至上の寛仁の行爲に最も敬意を表し且忠誠なる服従を奉ずる責務に一致すと臣に思惟せられ之を採用し以て監視附自由の處分を三年を降らざる時日に制限せり

一〇六、——種類を示すことなく法律が保安處分を設定するときは裁判官は監視附自由を命ずることを要す但農事殖民地又は作業場への其委付の處分を思料する犯罪に因る處刑者に關するときは此限に在らず(第二一五條)

議會の委員會は裁判官が仍ほ善行保證をも亦適用することを許容せられんことを欲せり

然れども此處分は法典頗る狭く(第二三一條第二三四條及び第七一八條參照)且補充の様式に依り之を利用す委員會の提案の採用は主義全部の變更を將來すべし

一〇七、——確定草案第二二三條の本質を變更することなく、議會の委員會の一提案を容れ第二一七條の表はす如く、臣は文例を改良せり

一〇八、——處刑者を保護治療所内へ庇隠する命令は正規としては拘禁刑を償却し又は別様に消滅したる後之を執行するに至ると雖も例外としては處刑者の精神病の特別なる狀況を斟酌し裁判官は拘禁刑の執行を開始又は終了する前庇隠の到來する處分を爲すことを得(第二二〇條)

議會の委員會には原則として庇隠を刑の執行に先立たしむるを一層機宜と思惟せられき

されど従は主に従はしむるを一層理の當然と臣は看做せり、果して然らば縦し假定を以てしても其刑の執行を抛棄することなく其承認したる特定時日の刑を終了するに先ち處刑者を不特定時日の保安處分に服せしむること能はざるなり、されば刑の執行が處刑者の精神病を重くするを恐れ得る場合に關し裁判官に認知したる前述例外の權能を以て充分なりとす

一〇九、——被釋放者の精神病院内庇隠に付き、議會の委員會は最初に、確定草案法典第二二八條第二二二條は最高二年を超ゆる拘禁刑を以て罰す可き罪の歸責よりの被釋放者の専ら司法精神病院内のみの庇隠を定め、之に反し、同草案に關する大臣の報告書は他の罪に因る被釋放者の普通精神病院に庇隠せらるることの可能性を表示せることを注意せり

右は事實なり、然れども報告書が「危険の推定存せざる場合に於て若し必要あらば被釋放者の普通精神病院への收容に付き行政官憲の行爲を之に代へ得ること」を添附したるは更に事實なり、そは兎もあれ、實地に於ける不確實を避くる爲、違警罪又は過失の犯罪若くは之に對し法律の金刑又は最高二年を超えざる時日の懲役を設定する他の犯罪に關するときは釋放の判決は之を警察官憲に通告すること、を要する旨を臣は設定せり、警察官憲は其場合なるときは固より其管轄の處分を起動すべし

同委員會は更に、最も重き所爲の本人に對し十年と定めたる司法精神病院庇隠の最短期間は十年より以前全快の場合には過當なり、健康なる者を精神病院に留置するは不人情と思惟せらるるが故に、斯る設例に於て寧ろ其者は全快と十年の期間終了との間に介入する時日には他の保安處分に服せしめ得可からんと注意せり

然れども若し最短期間經過前全快の確認同意せらるれば最早危険性は推定せられざるべく、斯くて其組織は變更せらるるに至るべし

更に科學が常には即刻看破し果せざる模倣の容易を考慮すべきなるか、犯罪者が癲狂を模倣すれば十年より少からず司法精神病院に留まるの危険を冒すことを知るときは、恐く多數は假擬を抛棄するの一層適當なるを見出すべし

精神病の全快が往々止た表面又は一時のものたることは否認すべからず、是全快と思料したるが故に精神病院より放たれたる者が犯す稀に非ざる時には無殘極まる犯罪の立證する所の如し

然れども縦令被庇隠者が死刑を以て又は徒役を以て罰すべき所爲を犯したるときは十年の最短期間を減少することを機宜と思料せずとは云へ、而も此限界は一層輕き所爲の設例に在りては過當と成り得ることを認知したるが故に、若し所犯の所爲に對し最低十年を降らざる時日の懲役刑を設定するときは司法精神病院内庇隠の最低期間を五年とする旨を臣は設定したり

草案は前述の規定を十四歳未満に亦適用することを定めたり、議會の委員會刑法の主體たらざる十四歳未満者は精神病に基き釋放せらるることあり得ざればとて一層精確なる文例を勸告せり

右は事實なり、而して該當する場合に在りては十四歳以上十八歳未満の幼者に付き亦同價値あり、因て其明瞭ならんが爲審査中の規定を臣は變更せり、若し年齢の故を以て釋放せられたる十四歳未満又は十四歳以上十八歳未満の幼者精神病なるときは其選ぶべき保安處分は年齢に關係する處分に非ずして却て精神病に相當する處分なりとす

一一〇、——年齢の故に因る非可歸責の幼者は若し最低三年を降らざる懲役を以て又は一層重き刑を以て罰すべき故意の犯罪として法律の豫見したる所爲を犯したるときは之を司法感化院に庇隠することを要す(第二二四條)

議會の委員會懲役の最低を五年に高めんことを勸告せり、此勸告に従ふを要すとは思はれざりき、何となれば法律が或罪に對し最低三年を降らざる懲役刑を

脅示するときは常に重き所爲に關係し、之に因り少年の危険性を推定するを適法とす

一一一、——若し十八歳未満の幼者に關し、單に可歸責なるのみに非ず尙又常習性、職業性又は性癖に因る犯人なるときは所犯の罪如何を分たず三年を降らざる時日に依り司法感化院への庇隠を命ずることを要す、其二十一歳に達したるときは裁判官は農事殖民地又は作業場への委付を命ず(第二二六條) 議會の委員會「其二十一歳に至れるとき」の辭を他の「保安處分の執行中幼者二十一歳に至れるとき」に換へんことを提案せり

さりながら幼者が或は潛伏中なるに因り、或は刑の賠償中なるに因り有効に感化院内への庇隠を受けることなく此年齢に到り得ることを注意すべきなり、故に規定の原文一層精確なることの要求に應ず

一一二、——監視附自由の状態に在る者の監督は之を警察官憲に委任す(第二二八條) 議會の委員會斯る監督は如何なる制限に依り寧ろ保護會に之を委任すべきかを審査するやう臣を勸誘せり

幼者に制限し特別法の豫見する場合の外、此最微妙にして又最困難なる此公職の施行を私人に一任し得るとは信ぜず、喚起することも餘分なる實地整理の理由亦臣に此心を強くせり

同委員會は裁判官に監視附自由の服従を執行する所以の方法検査の監督の権限を付與すること、否  
寧ろ之を其義務と爲すことを提案せり

裁判官が此検査を爲すことは實地上不可能なり、其者が其服従する義務に背かざる爲の有効なる監  
督は必要なる一切の手段を以て處理する警察官憲ならでは之を施行する能はず、次に違背實現せんか  
司法官之を處置すべし、裁判官に警察官憲の活動検査の権限を一任するを得ず、斯の如きは、紛議を起し  
又其他の不便を生じ、該官憲の工作の効果を減少し得べし

警察官憲に於ても他の總ての國家の官憲に於ける如く信任を有することを要す、官憲に對する古の  
不信任は新伊太利國の法律に隠れ家を見出すことを得ず

次に前述の委員會は監視附自由を政治犯罪の咎責者に適用せざらんことを欲せり、其故は、其意見に  
依れば、其處分の最終の目的作業の手段を以てする(社會生活の)再適應に存りて、さるは居留禁止又は整  
居の一層適當なるべきを斟酌し、斯る場合其處分の目的を有せざるべきを以てなり

然れども委員會の提案を採用することは法典が政治犯罪と看做す所以の標準に反すべし、政治犯罪  
が政治上の動機に因り決意せし所爲たるの外普通犯罪と異らざることを得るは之を否認すべからず  
監視附自由の最終目的が(社會生活)再適應に在るは事實なり、然れども政治犯罪が再適應する能はず  
と云ふには非ず、却てさる再適應は此最終の時機に頗る多次現出したる所なり、監視附自由は前述の目  
的と共に新なる罪を豫防する一層直接の目的を有し、且其豫防は政治犯罪に對し普通犯罪に劣らず必

要なり

尙居留禁止は之を政治犯人に適用し得ることを除外せず、却て此保安處分に關する第二三三條一層  
特徴ある政治犯罪を明白に記載す、整居に至りては刑法典の豫見したる保安處分の中に存在せず

草案は第二三六條法典第二三〇條に、監視附自由適用の效力に於て、一人數個の犯罪に因り審判せら  
れし場合に在りては罪の競合に關する規範に従ひ科せられたる結合刑を斟酌すべき旨を規定せり  
此規定は過剰なるを見出したるが故に之を削除せり、事實此場合は第七六條之を規定す、同條に因れ  
ば併科したる刑は若し法律の別異に規定せざるときは法律上の總ての效力に付き之を唯一の刑と看  
做さる、而して此規範は固より種々の刑が唯一の判決を以て科せられたるときにも別個の判決を以て  
適用せられたるときにも其適用あり

一一三、——居留禁止なる此特別保安處分の適用に於て裁判官は其者が其内に居留すべからざる所  
の一又は多數の市町村又は一又は多數の州を指定することを要す(第二三三條)

議會の委員會、被害者の住所の地に於ける居留禁止を添附せんことを提案せり  
然れども居留禁止は國家の人格に對し又は公の秩序に對する犯罪若くは政治上の動機に因りて犯  
し又は一定の場所に存する社會上又は倫理上の特別なる條件を機會としたる犯罪の犯人に適用すべ  
きものなることを考察するを可とす、然るときは同種の設例に在りて何人が委員會の豫想する、即ち害



を被れる個人の意味に於ける『被害者』となるやは困難なり、若し其定められるときは其者の住居する市町村又は州に於ける居留を犯人に禁することは裁判官に何ものも之を禁止せざるべし

一一四、——確定草案は第二四一條法典第二三五條に、裁判官の發したる國家の領域よりの追放命令に違背する外國人は之を一年を降らざる時日に付き農事殖民地又は作業場に委付することを要する旨を規定せり

此規定に關し何等の注意をも加へられざりしと雖も之を變更するを機宜と臣は思料せり、其達せんと欲する治安の目的は行政官憲の發せし追放命令違反の場合に對する治安法 = *legge di pubblica sicurezza* (第一五二條所定の制裁の適用を以て均しく之を達する以上、特別の處分を設くることは實に無用なり、審査中の場合に於て追放命令の裁判官より發せらるるは事實なりと雖も而も其事は他の總ての保安處分の如く其處分が客觀に行政の性質を有することを除去せず、加之追放命令違反の設例は處分の執行、一切の效果に於て警察官憲に委任したる執行に關することを眼前に保つことを要す

一一五、——對財産保安處分の中草案は第二四二條法典第二三六條に於て同じく公の業務閉鎖を豫見せり

之に關し殘す所は存らざれど、臣は罪を犯したる日より多くの月又は年の後其閉鎖は最早何等の效

果をも有する能はずと看做せり、他の一方に於て此事項を特別法に一任するを機宜と信せり、特別法特別の要求を斟酌することを得、其若干は既に適當に有用に處理せられ、理の當然として處分は罪の後直に命令せらるるやう總て規定せらる

故に此保安處分を臣は削除せり

一層精確と爲せし第二〇〇條の規定の採用に關し審査中の個條の文例を更に改良することに臣は處置せり

一一六、——處刑の場合に於ては裁判官は罪を犯すに使用し又は使用するに充てたる物及び罪より生じ又は得たる物の没收を命ずることを得第二四〇條

議會の委員會は利益が奪取物の使用に由來する場合に於ける被害者の權利を除く外と云ふ留保を添附せんことを欲せり

然れども同條に於て其規定は『若し物が罪に關せざる人に屬するとき』は之を適用せざることを明白に述ぶるが故にさる留保は過剰なるべし、さて物は單に犯人側の其使用に由來する加工又は其他の變更を受けたるのみに因りては罪を以て奪はれたる者に屬することを終熄せず、然り而して奪取物の賣渡に依り犯人の取得したる金銭は犯人に非ずして物の所有者に屬す

## 第二編

### 各別に犯罪に就て

#### 第一章

#### 國家の人格に對する犯罪に就て

一一七、——議會の委員會は例へば失敗法 *Disfattismo* 敵國臣民との通商等の如き専ら戰時にのみ犯し得る罪に關する規定を普通刑法典より排除せんとの見解を一般の方法に明示せり、此の如き規定は委員會の判斷にては、或は新軍刑法典中に一層好箇の位置を見出すべく、或は戰の場合に於ける特別法の對象たるべし、特に其等の罪は戰時には軍事裁判管轄權に歸屬する以上普通刑法典が其等の罪に没頭するは更に不便と思料せらるゝ

此提案を好く考察したる後草案の大部分を維持する思慮を爲せり

爰に論ずる所の定罪は戰時を豫想すと雖も總ての者に對して之を爲し、而して單に軍人のみに對するに非ず、軍人には之に反し軍事刑法典を充當す、故に夫等は普通刑法典に包含せらるることは機宜なり

り

此の如きは亦一八八九年の刑法典及び外國の同種草案の主義にして之を變更するに付ての理由を見ず

戰時には確に國家の領域全部又は其一部分に適用すへき特別の法規を發することを得、尙戰鬥手段の變更及び進歩か新定罪の機會を供するを豫見することを得然れども其可能性は普通刑法典を以て戰時の其犯罪形體を處理することを除外せず、其形體は今より刑事立法に依り之を歸一するなり、次に總ての時に於て(且恐く一層のことと成るへき將來に於て)戰爭の状態は國際間の緊張又は戰爭の準備に付き稀有に非ざる甚だ長き一時期の先立つ所と爲り、若し普通刑法之を處分せざるときは其間國家は防禦無きものと成るへし

又説話中の罪か總て且常に戰事には軍事裁判管轄權に歸屬すと云ふは精確に非ず、國家の領域が總て戰爭状態に在りと宣言せられ得るにも非ず、亦所論の罪か専ら戰爭地帯に於てのみ犯さるるにも非ず、因て普通裁判管轄權も亦此等の罪の關係に於て之を行使し得へし

草案の第二四九條、法典の第二四二條に於て軍隊 *esercito* の概念を確定することか臣には機宜と思惟せられき、然れども各規定毎に其都度「軍隊」と云ふ語を「國家の兵力」と云ふ語法に換へたるを以て斯る特定は嗣後過剰と成れり

一一八、——議會の委員會には外國人との内通の可罰性に付き(第二四五條)伊太利國を局外中立の宣言又は維持若くは戰爭の宣言に誘致する爲又は誘致するに向ふ行爲を遂ぐる爲行爲を犯したるを必要とすることは過當ならんと思惟せられき、委員會注意すらく斯る文例を以てせば被告人が國家を誘致し得べき夫程の權威を有するを立證するの要有るやの疑を抱かしむべし、と云ふ語の意義する所の(國家を誘致する目的より他の何ものをも必要とせざることは明瞭なり)

一一九、——今や國民籍の喪失に關する變更(草案第二五三條、法典第二四六條)の理由を述ぶることを要す

國家の人格に對する犯罪(第二編第一章)の大部分に對しては能動主體に伊太利國民の資格を必要と爲さず、又其故に此等の犯罪は内國人よりにては外國人よりにては到る處に於て之を犯すに至るときは處罰可能なり(第六條及び第七條)之に反し、本國家に對し武器を執る(第二四二條)外國人側より内國人への賄賂(第二四六條)之に因りては伊太利に居住する限外國人と雖も亦爲に可罰なる敵との通商(第二五〇條)及び敵國の榮典又は利益の受領(第二七五條)の犯罪に在りては内國人の資格を必要とす

さて、國民籍が此等の犯罪の觀念に必要なを以て若し明白なる規定を處理するに非ざれば國民籍を失ひたる者は之に因り處罰可能に非ざるべし

確定草案は法律が専ら内國人のみより犯し得るものとして豫見したる所の國家の人格に對する其犯罪に因り非國民を可罰と爲す目的に向けたる一は一般の、一は特別の兩規定を包含せり

草案の第二五三條(法典の第二四六條)國家の人格に對する犯罪に關する規定の效力に對しては伊太利國民の稱呼の下に刑事處刑又は行政官憲の處分の效力に因り伊太利國民籍を失ひたる者と雖も仍ほ之を包含する旨を規定す

草案の第二四九條(法典の第二四二條)は之に反して、祖國に對し武器を執る國民の行爲を懲罰し(同刑は犯人或原因の爲伊太利國民籍を失ひたるとき亦之を適用す)と規定せり

されど若し國家に對し武器を執ることが國家の人格に對する最も重き犯罪の一を構成すとせば、先に示せし他の諸犯罪も亦國民籍喪失後に存する本質の責務を侵犯すと臣は看做しき、此事は國家に對する法律上の或義務より來らずとするも、而も同一の性質の課する、且刑法が法律上のものと爲すことを得る又要する所の倫理上の責務たるを終熄せしむることを得ず、故に又其責務は國民籍喪失の後に存し、國民籍を喪失したる原因の甲たり又は乙たるに據りて區別する理由を存せず

其歸結として、本人に國民の資格を必要とする國家の人格に對する一切の犯罪に關し、或原因の爲刑事處刑と行政處分とに關する限界を廢し、國民籍を失ひたる者を國民と同視し、而して一般の性質の此

規定を第二四二條に臣は挿入せり

一二〇。——確定草案第二五九條法典第二五〇條は戰時供給の詐害に關する規定譯者註法典第二五二條の直後に來り、敵との通商を考慮せり、議會の委員會は之に反し、前述の個條を敵を利する種々の形式の傍に置き、以て之に一層適當なる位置を與へんことを勸告せり、而して臣は權威ある勸告に従へり、事實、此罪は亦本質上敵を利する形式のものなり

一二一。——國家に關する情報の收取第二五六條に付き議會の委員會より若干の注意を爲すに至れり

最初に、其情報を取得する所爲は『正當なる動機無く』到來するを要する旨を明白に宣示せんことを提案せり、此添増は臣に無用と思惟せられたり、其故は正當なる動機に因り之を履行する如き正當なる所爲の罪を構成せざることは何人も之を理會するを以てなり、所爲の不正當性は罪の一般概念の前提とし且必要とする所なり之を概括に表示せずと云ふ法典の襲踏したる主義と異なる取極に導く何等不精確の可能又は其他の理由決して存在することを得ず、尙『正當なる動機』は權利の行使又は義務の履行より他に起因するを得ざるべく、是即ち第五一條に明白に豫見したる可罰性除却の原因なり

第二段に委員會、本人が情報の秘密に保つことを要するを知らざりしときは『故意を除去する』*causa*

*in dolo*』旨を明瞭にせんことを勸告せり、本問題は、故意の一般の原則に基き、此犯罪に關しては情報の秘密又は適當の場合に、留保と云ふ性質の意識を以て同情報を收取する意欲に存することを場合々々に因り斷定すべきなり

委員會は更に、本條の文例は主觀的要素を細記せざるを以て、又其故に秘密の性質の屬性を省察せざるを以て廣汎 *conatus* なりと思料せり、然れども主觀的要素の細記は必要に非ず、何となれば故意の犯罪に關するを以て故意の必要なることは默示せられ且確定草案に關する臣の報告書(二五六號以下)に於て既に明言せし如く、間牒の目的よりすると又は其の他の特殊の意圖よりするとに關係無く既に示せる一般の故意を以て充分なるが故なり、秘密の性質を省察せざるに基き斷言せられたる不特定性に付ては眞實不特定性存在すとは臣には思惟せられず、本條に於て秘密と秘密には非ずと雖も仍ほ官憲が留保に保つことを命じたる情報との間の(以下の諸規定に再現する所の)區別を設く、而して此區別は可能なる唯一の特定なり、個々の秘密及び個々の留保情報の如何なるものなるかを細記するは機宜にも且亦可能にも非ず

終に委員會は、刑の效力に於て審査中の個條の第一項と第三項とを整頓譯者註、同等に)することを提案せり、『秘密なる』情報の收取(一層重き所爲)か單に『留保したる』情報の收取(一層輕き所爲)より一層重く罰せらるるは理の當然なるが故に此兩規定の完全なる整頓に付き何等の疑義も偶發することを得ずと臣には思惟せらる

一二二、——政治<sup>上</sup>又は軍事<sup>上</sup>の間諜<sup>罪</sup>第二五七條は確定草案第二六四條に従へば、國家の安寧の利益又は或點に因り國家の内部又は國際の政治上の利益に於て秘密に保つことを要する『文書、證據物又は情報を或方法に依り』取得して之を犯すものたり

されど犯罪の實行に付き特定の方法を要求せざるときは遂行の方法は同犯罪の概念に付き必然無差別なるが故に『或方法に依り』と云ふ明示の記載を過剰と臣は思料せり

同様に『情報』の傍に『文書』及び『證據物』の指示を維持することは無用と臣には思惟せられたり、何となれば此場合に於ける文書は證據物の外に存り得ざるを以てなり、又何となれば『情報』と云ふ辭の中には其情報の含有する證據物を包容するを以てなり

秘密の關係に於ける政治上又は軍事上の間諜に對し、若し所爲が國家の戦争の準備又は效果若くは軍事行動を危殆ならしめたるときは、死刑を適用す

議會の委員會は、或は此所爲は平時に在りても之を犯すことを得るかを明白にせんことを提案し、其場合には會は一層輕き刑を以て懲罰せんことを欲せり

敵を利用する間諜は總ての場合に於て且其惹起し得べかりし結果を考慮することなく死を以て之を罰すと雖も、其他の形式の間諜は之に反し止だ吾人の戦争の準備又は效果若くは軍事行動を危殆ならしめたるよきのみに同刑を以て之を罰す、因て此犯罪は戰時に於けると同様平時に於ても亦之を犯し

得ることを理會すべきなり

此最後の場合に於て一層輕く之を罰する理由存在せず、何となれば國家の戰鬪防衛を準備するは平和の間に在り之を行動に置く必要ある時機に陥罪を設くる間諜の行爲は其效果を減損し得るが故なり、繰返して言ふ、戰時に於ける間諜と平時に於ける夫れとの間の區別は既に前者は無條件に、他は之に反し専ら前述諸條件の競合に於てのみ死を以て罰すべきことに因り存す、若し其事到來せば極刑は所爲の極端に重大なるに付き正當且均衡を保てるものとして發現す

仍ほ注意せられしことあり、又特に草案第二六九條及び第二七〇條、法典第二六二條及び第二六三條に對し、價值ある注意、國家の戦争の準備又は效果又は軍事行動を危殆ならしめたる』と云ふ成句は餘り精確ならざる内容を有すと、然れども此部類に入り得る所の結果一切を指示する能はざるを以て一層の精確は之を獲得することを得ず、若し必要あるときは亦鑑定人の所見及び該管官憲の通報を利用し場合々々に因り裁判官の爲すべき一の確認なり

一二三、——確定草案の第二六五條は單に留保したる情報即ち秘密に非ず該管官憲が其公表を禁止したる情報に關する政治<sup>上</sup>又は軍事<sup>上</sup>の間諜を豫見したる後、亦間諜の目的に於て秘密に保つことを要するもの又は公表を禁止したるものの中に存らざる情報を取得する所爲に對し、其所爲より國家の戦争の準備又は效果若くは軍事行動に害を生じ得るときの制裁を設定せり

同草案第二六九條末項間諜の目的に依る前述情報の漏泄を罰せり

議會の委員會は、秘密にも非ず亦留保もせざる情報の收取又は漏泄よりは何等の害をも生ずることを得ざること、又少くとも所爲の處罰可能に付ては其現實に妨害を有したるを必要とすべきことを注意せり、同委員會には前述の諸規定を以て、何人も自由に有することを得、又其公表の明白に禁止せられざる情報の取得又は通報する所爲は之を客觀的には間諜と思料するを得ざるを以て、純粹の意思を罰するに至るものと思惟せられき

間諜に向けらる活動の可能なる一切の形式に觸るる目的に依り草案の中に挿入したる前述諸規定の非難は本質上精確と臣には思惟せられき、故に軍事上又は政治上の官憲が常に茲に論ずる情報の公表を禁止し、以て間諜に關する刑事規定を適用可能と爲す手段を有する事實をも考察し表示せし諸規則を削除せり

一二四、——議會の委員會國家の安寧に關する情報を代表する證據物、物件又は或物質の不正占有中に逮捕せられたる者の所爲に一層重き刑を脅示せんことの希望を發表せり、右は平時には一年乃至五年戦時には三年乃至十年の懲役を以て罰したる所爲なり、(第二〇六條)譯者註刑法典第二六〇條第一項第二號及び第三號に不正占有に關係す、譯したるは、占有中に逮捕せらるると改め、第一項の初頭、左の所爲を左の事由に改む

されど此刑は最低と最高との間に介入する廣き間隔をも斟酌し毫も輕からず充分なりと臣には思惟せらる

次に第三號中『情報を代表する證據物、物件』の文章を他の一層正確にして且包括のものなる『證據物又は何たるを問はず情報を供給に適當なる他の物云云』に換へ、以て本條の文例を臣は改良せり

一二五、——軍人に宛てたる傳播又は通報を以て若くは外國人との内通の結果に依り犯したる不敗法 *disfatisimo* に對する徒役刑を均衡の理由に因り五年を降らざる懲役に換ふるを機宜と臣は思料せり

議會の委員會、失敗法は尙一層重く、敵との内通の結果に依り犯人の行動したるときは死刑を援用すべき程のものなる旨を注意せり

『外國人』と『敵』との間は區別するを適當と認めたりと雖も、既に較輕き設例に對し刑を減少したるが故に、一層重き所爲には、委員會の提案したる死の夫れよりも寧ろ、徒役刑を相當と思料せり

理由の同一に因り第二六七條に同様の添増を齎らせり

一二六、——議會の委員會、法律に服従せざること、軍人に教唆すること、(第二六六條)は、止だに公然に存するときのみならず尙内密に犯したるときと雖も之を罰すべく、但公然なることは一の加重情狀を

構成すべきことを提案せり、個々の軍人側へ少し宛傳播することは委員會には頗る危険なりと思惟せられき

豫備草案第二七一條に在りては公然性は、正しく委員會の指示したる理由に因り、本犯罪の構成要素と看做されざりき、因て今は大に欣んで提案に左祖し、臣は公然性を罪の構成要素より除去し、而して之を單に加重情状と爲せり、又果して内密に軍人に爲す教唆は法律に服従せざること實現せず及び教唆したる罪を犯さざるときと雖も仍ほ同じく夫れ自身重き危険を構成す、軍人の生活の共同は個々の軍人側への内密の傳播を頗る危険のものと爲らしむ、其故は、此形式の教唆は大多數青年に轉向し、容易に暗示の可能なる青年は教唆の故に因り渠等に起りし思想、印象、感情を自己の同僚に通報することに引誘せられ、斯の如き様式に依り、軍規の維持及び軍務の遵守に頗る危険なる群衆心裡状態の可能を決定するを以てなり

一二七——草案には共產主義=bolseviceo又は無政府主義=anarchicoの性質に於ける破壊的結社の懲罰を豫見すれど、譯者註、法典第二七〇條相當、之に反し國家の安寧に對し右のものと同様には危険に非ずと雖も而も前述安寧に對する重大危険を構成する行爲を施行し、國民的感情を破壊又を減損することに向ふ活動を擴大し又は擴大することを計畫する活動を彈壓するに適當の追加の規定を缺けり、説話中の缺陷を填補する爲其規定の必要明瞭に現はれたるに因り、無政府主義の犯罪を懲罰する規範の

傍に且其完成として臣は追加の一條を編纂せり(譯者註、法典第二七一條制定の経緯)  
次に此最後の新规定の呼應に依り其等に豫見したる所爲を目的に有する宣傳及び同所爲の辯疏を懲罰することに臣は處理せり(譯者註、法典第二七二條の謂)

一二八——國。際。的。性。質。を。有。す。る。結。社。の。不。法。構。成。及。び。之。に。不。法。加。入。の。定。罪。第。二。七。三。條。及。び。第。二。七。四。條に付き議會の委員會は『此事項を民事法に留保し』其削除を提案せり

實際最小部分民事法を利し得る此事項の規則は單に『民事』法に歸屬するのみならず、尙又取分け警察法に歸屬す、又吾人は既に國際的性質を有し又は有せざる結社に専心す此等の法律の多數を有すれども(註)、亦此重要にして且微妙なる事項の一般立法の規律を遅延する能はざるべし

(註) 國家從屬者結社活動其他の規則に關する一九二五年一月二五日法律二〇二九號に代れる警察法第二一四條以下(譯者註、警察法は一九三一年六月一八日裁可二二四條より成る。智力、慈善、運動其他の公の表示取締に關する一九二六年八月六日勅令法律第一四八六號。勞動集合報告の法律、上取締に關する一九二六年四月三日法律第五六三號の第一一條を變更したる一九三〇年一月一三日勅令法律第一三號。シチリア警察法の處分に關する一九二六年七月一五日勅令法律第一二五四號。Criminaliaに於ける集會權及び結社權の行使に關する一九二三年七月二九日勅令法律第一八四八號、其他)

然れども國際的性質の結社に關する特別規範侵犯に對する制裁は、其侵犯が國家の國際人格に利害

關係ある限、刑法典より施さるるを機宜とす、何となれば斯る方法に依り特別立法に刺戟及び指導を供給し、又特別法の屈伏する多少頻繁なる變更に服従せざる一要素を確立するを以てなり

一九二五年一月一九日の元老院に於ける演説に於て、及び確定草案に關する報告書(二七四號)に於て既に臣の註解せし所なるが、吾政治上の秩序は今より最早此事項に於て、客觀權利の確實性の標準及び保障の安全より鼓吹せられざる解決に同意せず、正しく其爲臣は過去の概念及び主義を根本より更新したる説話中の規範を編纂せり

此規定が尠くも一部分立法の状態に適用不可能なるは餘り重大に非ず、繰返して述べ、遠からず或時機に其規定は、政府の爲臣より議會に爲したる、組合の完全なる立法取締を處理する約束履行せられん時には白紙規範たることを終熄すべし、斯くて此點に付ても亦完全なる刑法典の利益を有すべし

一二九、——議會の委員會には敵國の榮典又は利益の受領に對する罰金千乃至一萬リールの刑は十分と思惟せられき

此注意は正當と臣は認めたり、其故は、吾に非難すべき虚榮の一表示たるのみならず尙且祖國が他國と戰爭中なる時機に其祖國との感情上及び政治上の連帶を缺くの頗る重大なるものにして、一層嚴格なる制裁の價值ある無形反逆の一種たるを以てなり

因て一層適當なる、而も疑無く過當に非ざる一年迄の懲役を以て前述の金刑に臣は更換せり(第二七

## 五條

一三〇、——草案の第二八三條以下に付て議會の委員會方面よりは提案を爲すに至らざりき

されど若干の根本區別を設くるを適當と認め此點に付き草案を變更するを機宜と臣は思料せり

最初の個條に國王、攝政、王后又は皇太子若くは其他の親王の生命、身體の保全又は自由の加害に對する制裁を定め(第二七六條)、新規則に在りては身體の自由を害するものとは異なる自由の加害の較輕き定罪之に次ぐ(第二七七條)

草案の第二八四條は國王及び前記各位の無形自由に對する攻撃と名譽及び尊嚴に對する凌辱とを合一に定罪せりと雖も其凌辱は明白に無形自由に對する攻撃よりは較輕し、此(無形)自由は縦し身體の自由より下級に位すと云へ、而も名譽及び尊嚴よりは社會上及び政治上、一層重要なる個人利益なり、名譽又は尊嚴に對する凌辱の最も重き場合と無形自由に對する攻撃の最も輕き場合の在り得ること、は事實なり、然れども名譽又は尊嚴に對す凌辱の最も重き場合は決して自由に對する攻撃の最も輕き場合の重度に達することを得ず

國王及び前述各位の名譽又は尊嚴に對する凌辱の定罪は比較的輕き刑を將來し自由に對する攻撃に關する規定に繼ぐ規定(第二七八條)の中に包含せらるるに對する加害(攻撃)及び凌辱に付ての規範(第二八〇條、第二八一條、第二八二



條に施せり、故に又(a)政府の首領の生命、身體の保全又は自由に對する加害、(b)無形自由に對する攻撃、(c)其名譽又は其威嚴に對する凌辱を、今は各別の規定に、所爲の異なる重輕に均衡し、死刑より一年乃至五年の懲役に至る遞減の刑を以て處分せり

同じく國家の領域内に於て犯したる外國の首領に對する加害、攻撃及び凌辱に付き、草案にては合一して考察せられし、無形自由に對する攻撃を名譽又は尊嚴に對する凌辱より分離して處分せり(第二九五條、第二九六條、第二九七條)

斯の如き方法に依り各種犯罪の客觀評價の方面に於て及び立法組織の方面に於て注意すべき完成を遂げたりと思料す

一三一、——仍ほ有效なる法典の第二五二條に、公の秩序に對する罪と云ふ表題の下に、内亂を煽動すること又は王國の或部分に荒廢、掠奪又は虐殺を生ずることに向ふ所爲を犯す者の所爲を懲罰せり。前述の個條には各異る法律上の客觀性を有する所爲を混一に處分せり、其故は、内亂は國家の政治上利益を害するに反し、虐殺の所爲は公の安全を危險に置き又荒廢及び掠奪の所爲は公の秩序の維持に結合する利益を的確に害するを以てなり

故に内亂、荒廢及び掠奪及び虐殺の所爲を夫れ々々本編第一章第五章及び第六章に豫見し以て組織順序の斯の如き不正確を除去することに臣は處置せり

然るに荒廢、掠奪及び虐殺の所爲に關する問題の嗣後の審査は臣をして、斯の如き所爲が國家の安寧に加害する目的に依り犯し得ることを認めしむるに至り、扱此場合に於ける説話中の所爲は極端なる重度を表はすが故に同じく之を、最も重き制裁を有する、國家の人格に對する犯罪中に豫見すること必要となれり

是即ち第二八五條を編纂するに當り臣を、國家の安寧譯者註、刑法譯曰安全、爰に安寧と改むに加害する目的に依り國家の領域又は其一部分に荒廢、掠奪又は虐殺を生ずることに向ふ所爲を犯す者は死を以て罰せらる、と定むるに到らしめたる所以なり

一三二、——草案に在りては内亂を起すことに向ふ總ての所爲煽動を懲罰する爲五年を降らざる懲役を設け、又若し内亂實現したるときに徒役を設けたり(第一八六條)國家の存在其ものに對し回復すべからざる損害を生じ得る極端なる重度の所爲に關するが故に前述の所爲は場合を分ち徒役及び死を以て懲罰することを必要と臣は思料せり

一三三、——第二七八條に關し一の變更を記すことを要す、其理由は法典の第二八二條、第二九二條、第二九七條、第三四一條、第三四二條、第三四三條、第四〇二條、第四〇三條、第四〇四條、第五九四條及び第五九五條に付ても亦同價値あり

草案は、言語又は行爲を以て國王及び其他の特別に保護したる各位の名譽又は尊嚴を凌辱する者の所爲を豫見せり

茲に於て凌辱を實行したる所以の手段の記載は臣には過剰にして且不適當と思惟せられき、臣は既に之を警告するの機會を有せり(一二二號参照、罪の一般性に關して起る如く法律が犯罪を實行する所以の手段に付き明示の考察を施さざるときは如何なる手段にても同罪の概念の中に入る、故に凌辱を豫見するに當り、適當なる手段一切其凌辱を生ずるに堪え、之を遂行する所以の手段を示すは無用なり他の一方に於て其語法は、『行爲』の辭を以て或は止だ積極行爲のみを指稱せんと欲するかと思料せしめ得べきも而も凌辱は其他不作爲に依りても之を惹起し得ることは明瞭なりされば立法の文例は一層綜合且一般のものなる程増々完全なる術語なりと看做して右の無用且不完全なる細記を臣は削除せり

總體の順位の残る所の中議會の委員會は、フアツシヨ黨の最高評議會が常に他の憲法上の機關に對し同一の順位に來ることを注意したる(其に付き臣の處理せし草案第六九八條の關係に於てのみ然るべき理由ある注意の後該最高評議會を國家の最大團體の品位及び聲價を保護する規定の中に包含せしめんことを勸告せり

然れども委員會の希望は憲法上の制度に對する侮辱を罰する草案第二九五條法典第二九〇條を以て既に之を満たされたり

一三四、——伊太利國民に對する侮辱第二九一條は議會の委員會の判斷にては憲法上の制度に對する侮辱より一層輕きものに非ず、故に又一層輕き制裁を以て罰すべきに非ざるなり

倫理の方面よりすれば兩侮辱の間に差違無きことも亦之を是認することを得、然れども法律の側よりすれば單に所爲の嫌惡のみならず尙亦被害利益の重要性をも考察せざる可らず、憲法上の制度を侮辱する者は國家の具體的機關に背反し尠くも實際には其威嚴を減損し且引續き權威の原則を妨害するの結果を有す、之に反し國民を侮辱するの所爲は非難すべきものなりとは云へ、國家に其集合組織體に於ても亦其憲法上の制度に於ても觸ることなく、但其憲法及び其政治組織と無關係に伊太利國民を攻撃するものなり、何よりも思想を攻撃し恰も國旗を攻撃する如く象徴を攻撃す(又其故に此兩侮辱は刑に付き同等たるものなり、此等の所爲は國家の人格に對しても亦能く有害なる結果を生ずることを得と雖も單に間接にして且憲法上の制度の侮辱よりは低き程度に於てなり、故に又其加害能力に比例したる刑を以て罰するを正當とす

一三五、——公然の教唆及び辯疏第三〇三條の犯罪に於て『凡そ……を犯すことを公衆に教唆する者』と云ふ文章を、第二六六條に與へたる公然の概念に一層好く調整する爲、他の『凡そ……を犯すことを公然教唆する者』と云ふに更換せり

一三六、——戰時の概念を與ふる第三一〇條に於て、『伊太利國に對し戰爭中の國家』に付き第二四二條に定めたる所と相關係し、此概念は草案の規定せし所と異り、單に刑法典に付てのみならず刑法譯者註、原文複數諸刑事法の謂の效力に於て有價値なる旨を臣は定めたり、故に若し特別法に於て明示の方法に依り別異に規定せざるときは此概念は其特別法の規定したる事項に付ても亦有效たるべし

一三七、——訴訟手續の請求(第三一三條)に關し請求の必要を専ら外國の首領に對する第二九六條、第二九七條、外國の代表者に對する第二九八條及び外國の國旗又は其他の國章に對する第二九九條、攻撃(凌辱、侮辱)に臣は制限せり

此制限の理由の存する所は即ち處罰可能性の一條件たる請求無くしては現行犯に於ける逮捕も勾留囑託狀の發行も認容せられずと雖も之に反し許可を必要とする場合譯者註、第三一三條第一項乃至第三項には可能たるなり

### 第二章

## 公の行政に對する犯罪に就て

一三八、——之に關し何等の注意を爲されざりしと雖も公の職務、役務又は作業の個人拋棄の犯罪の構造を臣は改良せり

草案は單に職務、役務又は作業の現實なる拋棄のみの場合に於て、而して所謂妨害主義及び同盟罷業の場合に於ては然らず、公の損害を生ずることに係る加重を設けたり、臣思へらく、罪は管に一層輕からざるのみならず尙且僞善の故に一層の嫌惡及び陰險を、又時には所爲の挑發的不誠意を表はす場合に在りては同じく損害の實現に因り加重されたりと思料する理由ありと、因て双方の設例に其加重の適用を可能ならしむやう本條を變更せり

一三九、——公の行政に對する私人の犯罪に關する確定草案の若干の規定を修正せり  
其草案の第三四三條法典の第三三九條は若し暴行又は脅迫を武器を以て……犯すときは第三四一條及び第三四二條法典第三三六條及び第三三七條に設けたる刑を加重し、而して亦第三四四條法典第三三八條は『前條』に豫見したる情狀に因り加重を設けたり、臣は加重情狀に關する規定は其適用可能なる總ての定罪に追隨せしむるを以て一層理の當然と爲し、正しく其如く施行せり

同じく武器の加重情狀の題材に於て、取り分け、其暴行又は脅迫を合同したる五人より多數に依り犯したるとき之(加重)を行ふ旨を規定せり、此點に付き何等の注意も行はれざりしか、果して其武器は合同したる總ての者が使用したることを要するや又は止だ或者にて足るかを不確實に放任したるが如き

規定の内容は之を明白にするを適當と臣は思惟せり、故に情狀の存在に付ては、武器が合同したる者の止だ一人のみ之を使用したるを以て足る旨を細記せり、而して其事は「數人合同して犯罪を行ふに當り若し其尠くも三人顯はに武器を携帶したるときは武器を以て犯せりと看做す」とせる一八八九年の法典第一五五條と異なる所とす

草案第三四四條(法典第三三八條)政治司法又は行政の團體に對する暴行又は脅迫(法典第三三八條)の罪は活動を阻止又は攪亂する爲斯る手段を用ふる者も對象が役務の組織又は施行に存る所の公の役務又は公の必要上の役務を施行する請負の合議體の議事に影響せしむる爲所爲を犯す者も之を犯す旨を定めたり、此最後の設例の關係に於て議會の委員會(草案の使用したる)『所の』と云ふ代名詞が請負に非ずして議事に關聯する旨を明白にせんことを勸告せり、其代名詞が合議體の議事に關聯することには臣に疑問とは思惟せられず、夫れ然り、單に請負の議事のみが不法の影響を受くるに堪ゆる役務の組織及び施行を對象として有し得るが故に、其代名詞が請負に關聯すと做さば規定の意味を缺くに至るべし、然れども決して明瞭に越したることなきが故に、臣は原語法に換ふるに次の文章を以てせり、曰く『其議事の對象が……に存るとき』

一四〇。——侮辱は、他の諸條件の競合に於て、名譽又は威嚴の攻撃に存す(第三四一條、第三四二條、第三四三條及び第三四四條)

議會の委員會は一八八九年の法典の命名法に忠實にして『威嚴』を名聲及び品位に換へんと欲せり、會の觀る所にては威嚴と云ふ語法は精確なる意義を有せず、又哲學上其使用せらるる意味に的確に非ず、公務を施行する者の特別の態様たるなり

言語學の爭議に入る場合なりとは臣に思惟せられず、此辭が言語學上餘り純粹に非ざること立證せられたり(而も然には非ず)とするも仍ほ極めて伊太利式のものなり、而して普通の用例に在りては形容の意味に於て、辭義學者の言へる如く、之を帶有する者の權威及び格式に付き他人より認知したる人格に由來する特別の勢力又は影響を指示す

尙諸の辭は思想を言表はす爲の手段にして、一の辭が普通の用例に従ひ言表はさんと欲する思想を的確と爲し且吾人の國語に屬するときは止だ些細なる言語學上の理由のみに因り之を排斥すべき場合に非ず、此初校意義(Translator)譯者註、直覺辭義が辭の普通用例に其純然たる言語學上の意味の上に優越を認知す、若し規範の言表はさんと欲する概念を一層好くする語法あらば『威嚴』と云ふ措辭の排除正當視せらるべし、然れどもさる語法存在せず

委員會の勸告したる語は事實臣には所論の概念を言表はすに適當と思惟せられず、名聲と云ふ辭の使用せらるる能はざる所以は此辭は誹謗(眼前の外の侮辱)の事項に特種なる意味を有する爲なり、之に反し侮辱に付き常に被害者の眼前たるを要する所以は威嚴と云ふは『名聲』の關聯する官吏の職務上の能力の尊敬とは或點の異なる爲なり、同様に品位と云ふ辭も使用せらるる能はず、何となれば餘りに廣

汎なる意味を有し之に反して威嚴と云ふは前に述べし如く一定且特種の意義を有するを以てなり。次に前述委員會は公の行政に一層廣汎なる保護を供する目的に依り印刷物の手段を以て犯したる攻撃も亦之を誹謗として非ず侮辱として罰せんことを欲せり。茲に若し攻撃の印刷物を官吏に其職務の故に因りて宛てたるときは法律の明白なる宣示に因り確に侮辱存在す然れども其他の總ての場合に在りては公吏の眼前と云ふ要求を除去する能はず是侮辱を誹謗と區別する所以なり此兩犯罪間の相違する性質は採用したる手段の内に非ずして却て犯人の欲せし如き被害者への其手段の方向の内に之を求むべし。さも無くば第二六六條に依り與へられたる概念に従ひ之に公然たるの要素競合したるときは官吏の非眼前なる他の總ての攻撃を侮辱の定罪より除外する理由存らざるべし。斯くては此犯罪の科學上及び傳統上の特殊の性質を喪失せしむべし。

一四一、——揭示の損傷に依る官憲の凌辱を彈壓する規定の中に草案は其官憲の命令に因り公衆に揭示又は展示したる印刷物『手書』又は圖畫を損傷する所爲を豫見せり。

議會の委員會如何なる種類の文書印刷物其他をも之に包有する目的に依り差押に服する印刷物の販賣に關する規定第三五二條に於ける如く『手書』の語を文書の語に換へんことを注意せり。

此注意を正當と認め臣は更換の處置を爲せり(第三四五條)

一四二、——官吏と云ふ概念第三五七條は其重要性に因り議會の委員會の注意を生ぜしめざるを得ざりき。

最初に該會は『國家又は其公の公團體ente publico』の語を一八八九年の刑法典第二〇七條の文例に従ひ他の『國州市町村又は法律に依り國州又は市町村の監督に服する施設の吏員』に換へんことを提案し委員會は團體が果して公なるか私なるかを精確にするの困難なること及び若し官吏の概念の中に國州又は市町村の監督に非ず寧ろ單に監視に服する施設の吏員も亦之を包含せしめんと欲せば『其他の公團體』と一般に述ぶることなく明白に之を言ふを一層好しとすることを注意せり。

然れども一八八九年の法典の採用したる監督の標準は草案及び新法典の提案之を拋棄せり公團體の總ては監督と監視とに服し而して其等の間の限界は縦し存在するとしても亦常に不確實なり他の一方に於て公團體の概念は監督に服することを以て之を推斷するを得ず之に反して團體が公なるときは之に因り監督に服することを推斷す『其他の公團體』の概念は刑法典より之を要求するを得ず刑法典が此點に付き必然他の法律上の規則又特に行政法の供給する觀念を受く此等の源泉に溯らば實地に起る總ての問題を解決すること判例及び學說には困難に非ざるべし。

議會の委員會は總ての效力に付き代議士及び元老院議員が官吏の中に包含せらるることを悦ばず故に又『立法の官職』と云ふ記載を削除し之に換へて『本章の終に元老院議員代議士及びファシヨ黨最高評議會の會員は之を官吏に準ず』と述べんことを提案せり委員會は元老院議員及び代議士を官吏の

職務の外且上に在り、其故に又特別の規定の對象たることを要し、其職務は本質上政治のものにして官吏に特別なる罪に關する刑事取締に服するを得ずと看做せり

此點に付ての委員會の提案は一八八九年の法典の形成に於て優越したる標準よりも進歩を表現したることを認む、此法典の爲には、實際代議士及び元老院議員は之に對し遂行したる犯罪に關し法律の同官吏に付與する所より一層大なる保護の效力のみに於て官吏と看做され、此方法に依り官吏の行ひたる犯罪に對し法律の設くる所より特殊なる又は一層重き制裁に服することなかりき、即ち例へば代議士又は元老院議員は此法典施行中賄賂、不正強要、監守自盜其他に因り之を罰するを得ざりき、之と異り委員會は此奇怪背徳及び非政策の特典に反對なり、故に公の行政に對する罪名一切の效力に於て國會議員の同一視を欲せり

然れども官吏の資格が構成要素又は加重情狀たる他の犯罪を除外する提案には同意することを得ず

事實委員會の提案は排斥すべき議會制度の概念より出發す、今を餘り多く隔てざる年迄流布したる概念は國會を國家の外に、又時としては國家の反對に置けり、斯る概念は法律上には錯誤にして又政治上には承認不能なり、國會は國家の一機關に外ならず、又國家又は公共の職務を施行する國會議員は官吏に外ならず又外なることを得ず、官吏は確に最も高き階級にして又最も大なる權威あれど而も其職務は國家の境界の中に入り而して専ら其利益の爲に施行せらる

更に元老院議員及び代議士に總ての效力に付き官吏の資格を付與する概念は最も價值あり且最近の公法學說の採用する所と爲れり、本質上の政治の性質及び其職務の高尙なることは國會議員に官吏の資格を認むるに因るに非ず寧ろ先づ優れて官吏を認むるに因るとの論證を供す

終に議會の委員會は、一八八九年の法典第二〇七條の爲せる如く、公證人、證人、鑑定人及び通譯を明に官吏の數に加へんことを提案せり、委員會には、公證人が常に且總ての場合に公の行政職務を行ふや否やを疑ひ得るもの、又官職の中には同じく證人、鑑定人及び通譯の陳述をも含むを明瞭にするを可とするものと思惟せられき

公證人は確に「其他行政の……官職を……施行する者」の中に入る、之に委任したる證明書の職務は斯の如きものなり、渠等は同じく裁判所附屬吏の管轄の行爲を履行するときの如く、時には混合の性質の職業を施行することを得然れども斯る場合に於ても亦常に行政職務の一要素なるを以て説話中の觀念の中に入る

次に證人、鑑定人及び通譯も一時司法の官職を施行するを以て夫等も同じ第三五七條第二號の規定中に含まる

されば其必要に非ざるとき準則を設くることは無用なり

## 第三章

## 司法行政に對する犯罪に就て

一四三、——本章第一節の『司法活動に對する犯罪に就て』と云ふ命題は推賞すべきものと思惟せられず議會の委員會裁判管轄機關の活動に對する犯罪に就て』と云ふ標題を以て之に換へんことを提案せり

されど本節の中には單に裁判管轄機關の活動に對するのみならず尙亦(檢事局の如く)同じく司法なれども裁判管轄を有せざる限裁判管轄に非ざる他の機關の活動に對する犯罪をも豫見す

然し『司法』を委員會の示定した『裁判管轄』に換ふるも仍ほ提案は承認すべきものと成らざるべし、其故は機關の活動は必然職務の活動に係り法典の採用したる措辭に依り取極めたる同一概念を較較き綜合方法に依り言表はすに至るべければなり

委員會は『司法活動』と云ふ語法の中に特別又取分け仲裁の裁判管轄の活動を含むや否やの疑義に因り此提案を爲すことに決意せり

草案の用語に於て『司法官憲』と云ふは特別司法官憲も普通司法官憲の如く意味することは確定草案に關する報告書中(四〇五號)に既に臣の説明せし如くなり、司法官憲の概念は或者より正當に施行せら

れし司法職務に關聯す、故に(特に委員會の注意を喚起したる所の)裁判の虚偽に關する規定が特別裁判管轄の前に展開したる裁判にも亦關聯するかを疑ふの理由は存在せず

仲裁に付ては區別するを要す、若し義務仲裁に關するときは、正しく義務なるの故に因り、それは確に特別裁判管轄の中に包含せらる、任意(arbitrato)又譯曰獨斷と義務とは對立の術語なり、『任意』の特徴に付ては之に依頼すると又は依頼せざるとの自由なるに存り、『義務仲裁』とは不適當且不精確なる語法なり、何となれば所謂義務仲裁は仲裁に非ず寧ろ裁判なるを以てなり、法律は之に特別裁判權の行使を委任し其裁判權は管轄の限界内に於て當事者に強制且變更不能の力を以て之を課すものとす、若し之に反し自由仲裁に關するときは、それは固有の意味に於ける仲裁にして結論別異なり、何となれば此場合に在りては裁判權を行使せざること臣の前述報告書四〇八號に説明せし如くなるを以てなり、自由仲裁人は伊太利訴訟法に在りては常に國家の官吏に非ざるのみならず亦其國家より一時裁判權を行使の任を負ひたる者にも非ず、故に渠等は固有にも委任にも裁判權を有せず、事實其權能は當事者の意思に由來し、又當事者の意思に因り確定となる其斷案は若し國家の管轄司法機關干與せざるときは執行すべきものと成らず、斯の如く自由仲裁の活動は官職の私行使とも認むる能はざること立證せらる、其故は官職を執る私人は國家より之に附屬する權限を收受するを以てなり、故に吾人の現在の司法順位譯者註、伊刑訴第一八五條參照に在りては自由仲裁人の活動は刑法典の意味に於ける『司法活動』に非ず、止だ若し新民事訴訟法典が總ての仲裁人に裁判權の機關たる性質を示す方法に依り仲裁裁判の順位を

改良したるときには斯くと成るを得べし

同委員會は更に草案第三七六條法典第三七一條民事事件に於ける偽證の關係に於て『法律に因り定めたる裁判管轄の性質を有する總ての特別裁判權の前に於て及び仲裁訴訟手續に於ての偽證を罰すること』を提案したることに據り此區別に同意することを思考せり

一四四、——訴訟手續上の詐欺の可罰性に付き民事又は行政の訴訟手續中に之を犯すときは同訴訟手續の進行中に所爲の到來することを必要とす(第三七四條)

議會の委員會原則として刑事訴訟手續の關係に於て生ずる如く、訴訟手前の以前に犯すときも亦同じく所爲を罰することに同意する爲此條件の削除を提案せり、委員會注意すらく、詐欺の所爲が民事又は行政の訴訟手續開始前に且其目的に依り到來したるときは亦同じく詐欺を罰するを可とすとす然れども民事又は行政の訴訟手續は原告の意思に因るに非ざれば開始する能はず、故に又其請求前果して其開始せらるかを知る能はず

刑事事項に付ては之に反し、職權訴追可能の罪に對する訴訟手續の開始は當事者の意思に繫屬せず比較的確實なるに因りても、正しく其時機に於て罪證を保障又は保存することに向ふ司法警察の行爲履行せらるることに因りても、訴訟手續前に犯したるときと雖も詐欺を罰することを要す、之と同一の理由に因り罪の假裝表示の犯罪(譯者註、法典第三六七條、一種の誣告)は犯すに至れる時機如何を分たす

之を罰すべきなり

一四五、——救護又は商議に於て不誠實は司法官憲譯者註、刑第三八〇條及び第三八一條の裁判所を斯く改譯す)の前に於て辯護、立會又は代理する當事者の損害に於て行ふときは之を罰すべきものとす(第三八〇條)

議會の委員會は茲に『司法』と云ふ術語を『裁判管轄』の辭を以て換ふることの提案を繰返せり此提案に付き既に述べたる所を援用し止だ是こそ正しく裁判管轄官憲裁判所)の前に於けるのみならず尙又、略式刑事豫審の設例に於ける如く、司法官憲なれども裁判管轄官憲に非ざる、檢事局の前に於ける罪も罰すべき場合の一なることのみを注意す

一四六、——裁判官の處分の執行故意缺陷の犯罪法典第三八八條に付き、草案第三九三條は『未成年者……の信託に關する裁判官の總ての他の處分の執行を通る者には刑を適用す』と規定せり

議會の委員會處分の對象が規定の中に細記せらるるが故に『總ての他の』と云ふ辭の過剰なることを的確に注意せり

故に規定の文例を此意味に臣は修正せり



一四七、——決闘の挑求の傳達者は金刑を以て罰せらる(第三九五條)

臣は此刑の最低を五百リールより二百に到らしめ以て之を低下し而して最高を不變化(一萬リール)に差置きたり

議會の委員會は之に反して『感知すべき反覆を恐るる所』の決闘に一層實效の有る彈壓を獲る目的に依り拘禁刑を以て罰せんことを布望せり

されど若し此種の罪の特殊にして且中庸を得たる定罪を認容するを正當と認めなば顯著なる矛盾無くしては騎士風習譯者註猶曰武士氣質の義務と思料せらるる事務を果す者に對し他の方面より特別の嚴格を要求すること能はざるべし

一八八九年の法典第二四一條も亦挑求の傳達者を單に金刑譯者註五百リール以下罰金を以て罰せりされば又新法典が挑求の傳達者に對し先法典と同一の刑を維持することのみに因り決闘の感知すべき反覆を恐るる理由存らざることは之を否認すべからず

次に經驗は所論の犯罪に關し如何に刑が甚だ狹少なる效力を有せしかを實證す斯くて臣は之を信ぜざれど果して決闘が反覆を有すべくばそは確に右の罪に對し脅示す刑が單に金刑なるのみの故に非ざるべし

一四八、——直接の利害關係を有する者に代り決闘に於て戰ふ者は決闘の犯罪に對し設定したる刑

の増大を受く但近親なるとき若くは不在なる本人に代りて戰ひたる證人又は介添人の一人なるときは此限に在らず(第三九九條)

議會の委員會本人自身の現在に於ても亦之が爲に證人又は介添人の戰ふこと生じ得るを考察し而して其故に『不在なる』と云ふ語の削除を提案せり

此規定の文例は委員會の指摘したる點に付ても一八八九年の法典第二四二條の文例と異らず該條は決して權威ある非難を生ぜしめざりき『本人』の不在と云ふ條件は何等鑑賞すべき代換の理由存せざる場合に加重の除外を擴大せざる爲に之を設けたり證人又は介添人が其現在なる本人の爲に戰ふことは騎士の規範を守る者の方面より到來する能はず若し其事到來せば普通の犯罪として罰すべき不規則なる決闘に係るべし『本人』決闘場に来り戰ふことを厭ひ斯くて渠の爲に證人又は介添人の戰ふを餘儀無くすることは在り得べしと雖も斯る場合に在りては騎士風習の規範に依り其臆病を確認したる者等が之を證人又は介添人の渠の爲に果す名譽の負債に立會ふ儘安穩に差置かんとは想像し得ざるが故に小膽者は即時に且耻かしくも遠ざけらるべし

一四九、——確定草案第四〇七條は決闘の。話。頭。|| verbatim 又は情報の流布を罰せり

議會の委員會は決闘より一層重きものすら他の總ての罪に關する情報の流布を罰せざる以上斯る流布を罰するは正當に非ずと看做せり

此注意精確なり、印刷法有用に處理することを得、亦警察官憲も法律を同意せり、故に本規定は削除せられたり

## 第四章

### 宗教感情に對し及び死者崇敬に對する犯罪に就て

一五〇、——國教及び認容宗教に對する犯罪(第四〇二條以下)に關し、議會の委員會は國教と認容宗教との間に刑事上保護の差別を爲さざらんことを欲せり、會思へらく、此等の犯罪は常に且均しく其宗教の奉仕する神=Divinoの思想を凌辱し、認容宗教の信徒は自個の宗教に對する凌辱を加特力に劣らず遺憾に感ず、認容宗教に對する凌辱は亦宗教迫害よりも到來することを得て其爲最も危険なり、終に認容宗教が何れも微々たる少數者より奉ぜらるるの事實は、就中少數者が正しく其奉仕の故に因り保護を必要とするを以て國教に付與すると同様なる保護を此等の宗教に付與せんことを忠告すと、此事項は臣が久しく且深く之を考慮したること、及び問題の解決に付き一切の論證を提出し、前述の會の採用したることを述ぶるは殆ど無用ならん

吾憲法及び國內法と成れる Lateran 協定が伊太利國民の殆ど全部の特性たる使徒羅馬加特力教に諸宗教の上の優越を定むる以上、刑法典は基礎の法と相反する等價値を設くる能はず、此に宣言したる原則是擴張すべく又適用すべく刑法典に依り變更すべからず

一八八九年の刑法典(第一四〇條以下)が使徒羅馬加特力教と他の國內公認諸宗教との中に區別を爲さざりし如き、是即ち使徒羅馬加特力教を國教と宣言したる憲法第一條を暗黙に廢止せられしものとせる其頃優勢なりし憲法學說及び實地に基くものなり、然れども此類の意見は最早支持すべくも非ず、前述の原則を忠實且不斷に適用すること肝要なり

少數者の利益が、縱し多數者の夫れより低き低度に於てするにせよ、法律の考慮に入り且保護せらるる以上、充分に保護せられずとは稱することを得ず、不同の二項は論理上一等式を構成する能はず、而して國教を保護する公益は同國內に單に認容せられたる諸宗教を保護する公益よりは明に大なり

前述の委員會は冒瀆の罪(第七二四條)の關係に於て、法典は殖民地にも亦適用せらるべく其地に優勢なる使徒羅馬加特力に非ざるを眼中に保つべき事を注意せり

されど縱し此宗教が殖民地に於て優勢に非ずとするも之が爲(而も單に母國の領域のみに非ざるの)國教たる性質を失はず、又其故に他の諸宗教より優越の格式を減ずるには至らざるなり

一五一、——國教の攻撃(第四〇四條)又は墳墓の侮辱(第四〇八條)は物の侮辱の結果として到來すると

きも同じく犯罪を構成す

議會の委員會は禮拜の場所に存する記念建造物、彫像、繪畫、墓碑及び碑銘等、夫等は常に禮拜の對象に非ず、禮拜に奉獻せられず又は必ずしも禮拜に充てられず、又縱し墓地に存するも常に死者の崇敬若くは墓地の防衛又は裝飾には充てられず、斯くして此等の物は常に夫れ々々第四〇四條及び第四〇八條の保護に會ふには非ずと考察し、因て委員會は前述の物の侮辱を損害として豫見する一規定職權を以て訴追すべき加重損害を第六三五條に挿入せんことを發議せり

委員會の觀察は一八八九年の刑法典第一四三條の規定に關聯す、該條は其配置せられたる節の法律上客觀性に據れば明白なる不適當を以て、『禮拜の自由』を攻撃する所とは異なる目的に依りても亦犯し得る『損害を禮拜の自由に對する犯罪の間に挿入せり』

新法典は之に反し此事項に一層科學的にして且一層聯絡有る組織を與へたる價值を有す、新法典は物の侮辱に依る宗教の感情又は死者の崇敬に對する攻撃の犯罪を、該委員會の認知する如く視るべきに非ざる損害の犯罪より區別せり、侮辱することの爲に同じく損害することは必然に非ずと雖も若し物が侮辱することの外に同じく損害せられたるときは宗教の感情又は死者の崇敬に對する攻撃及び損害の犯罪とは其等の間有形に競合することを得

加之委員會の指示したる事項は既に第六三五條第二項第三號が明白に第六二條第七號を援用するが故に職權を以て訴追すべき損害の中に包含せらる、第六二五條第七號は就中『必要に因り又は習慣に

因り又は公の信用に於ける用途に因りて曝示し又は公の使役又は公の有用防衛又は尊敬に充てたる物』に付したる損害の設例を省察す

### 第五章

#### 公の秩序に對する犯罪に就て

一五二、——本章に包含せられたる犯罪に付ては何等の注意をもせらるるに至らざりき  
元來は公の秩序の法律に對する犯罪と保安警察に對する犯罪との二章に區別してありしが今は常に法律上同一の客體に關するの故に據り斯る區別を必要に非ずと思料し、之を削除せり

一五三、——犯罪することの教唆第四一四條及び法律不遵守の教唆第四一五條の罪の觀念に於て、第三〇三條に關し披露したる理由に因り『凡そ……公衆を教唆したる者』と云ふ文句を『凡そ……公然教唆したる者』と云ふに變更せり

一五四、——爆發物の手段を以てする公衆の威嚇の犯罪第四二〇條の關係に於て、草案の脅示したる

制裁を再審査し、最低懲役十五日が臣には餘りに輕微と思惟せられ、且は惹起し得る所の危險及び犯人の提示する奸惡に據り決して一層輕く表現し得ざる犯罪に係るを以ての故に其限界を六月に高めたり(六月乃至三年)

### 第六章

#### 公の安全に對する犯罪に就て

一五五、——過失災禍の場合第四四九條に於て、草案は單に鐵道の災禍のみに對し刑の加重を豫見し、斯くして他の總ての災禍を加重より除外せり、斯の如き制限は明に過度なり、何となれば近代の生活に於て鐵道の手段の外、他の輸送手段が技術の發達に因り常なる擴張を企て又は企つるに充てたるを以てなり、此考察に於て臣は單に過失に因る鐵道の災禍を惹起する所爲のみならず、尙且人の輸送に充てたる船舶の難破又は沈没又は人の輸送に充てたる航空機の墜落を惹起する所爲を加重と豫見せり

一五六、——確定草案は第四五六條に於て、豫備草案の認容したる速力過度の犯罪の代換に、車<sup>の</sup>操縱<sup>に</sup>依り危險を惹起したる所爲を一般危險の過失犯罪として罰せり

議會の委員會より注意せられたる所に、個々の場合に於て果して公衆の安全に對する危險が現實に實證したるかを確定することは頗る困難なり、而して司法警察又は交通警察の吏員の口頭<sup>Verbal</sup>又は一層適當に報告に絶對の信認を歸すること必要と成るべし、而も該口頭は始終危險の到達したることを證明し得るには非ず、又縦し之を證明したるときと雖も其渠等の肯定は實事と云ふよりも寧ろ主觀的の不實の印象に繋屬し得べし、其危險を生ぜしめ得る諸所爲は既に違警罪として豫見及び處罰せらる、次に此事項に於ける過度の嚴格は自動車又は漫遊の業を害す可しと、因て委員會は斷然所述第四五六條の削除を提案せり

委員會の論證は臣を納得せしめたり、其故は、此種の罪に固有なる重大の性質を表現せず、寧ろ過失の所爲に關係し、且法典の襲踏したる組織に因り犯罪は一層重き所爲に關するに限り純然たる過失の名義を以て罰すべきものたる所爲を犯罪と看做すことは適當に非ざるを以てなり

所論の所爲の懲罰は既に處理したる特別立法に之を一任することを得、但し餘り實效あるを證せざる制裁を以てしたるが、此缺點は既に其研究を開始したる新交通警察法に依り補充し得べし

### 第七章

#### 公の信用に對する犯罪に就て