

Title	フリードリッヒ・ ノヴァコウスキー著 『オーストリア刑法綱要』
Sub Title	Friedrich Nowakowski : Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen (1955)
Author	宮澤, 浩一 (Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1956
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.29, No.5 (1956. 5) ,p.78- 88
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19560515-0078

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

する働きかけを計畫せねばならない。さらに又、財政的基礎からみれば、君主制復活のためには支持政黨の政治資金、その他の資金が相當額必要であり、著者はこの觀點からみても、君主制復活の可能性は見込みがないとする。

生物學的觀點から君主制の復興をみるならば、往時のヨーロッパの各王家では、優生學上の所謂「同族結婚」が續いたため、單調と愚鈍の遺傳が現れている場合がかなりある。

君主制復活は、このような生物學的視野からも再検討され、その是非が論ぜられなければならない。

以上で各章ごとにレーヴェンシュタインの所説の要點を簡単に紹介してみた。

政治學の文献のうちで、この著書のように君主制を多角的視野から、歴史的省察と理論的説明を併行して試みたものは、めずらしいと思う。

政治制度を研究するものにとつて、一讀に價する文献かと思われ

(多田眞勳)

Friedrich Nowakowski:

Das Österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen (1955)

Verlag Styria 255 S.

フリードリッヒ・ノヴァコウスキー著

『オーストリア刑法綱要』

一

ここに紹介するフリードリッヒ・ノヴァコウスキーは、現にオーストリアのインスブルック大學で刑法を講じている中堅の刑法學者である。著者の経歴についての詳細は、筆者のよく知るところではない。その作品も、あまり數は多くないようである。恐らく本書は、體系書としては著者の處女作であろうと想像される。論文は、しかし最近次々と公表されているが、これ等はひとりオーストリアに於てのみならず、ドイツ、スイスの刑法雑誌にも現われている。このことからみても、著者はオーストリアの新進にして有能な刑法學者であろうことは、想像に難くない。公表された論文の中特筆すべきものは、スイス刑法雑誌六五卷(一九五〇年)三二二頁以下の“Das Ausmaß der Schuld”、全刑法雑誌六三卷(一九五一年)二八七頁以下“Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit”及びオース

トリアの法律雜誌 J. Bl. (一九五四年) 一三四頁以下及び一五九頁以下に公表された „Zur Entwicklung der Strafbarkeit in Deutschland nach 1945“ である。この最後の論文は、「目的行爲論の「批判」と題され、齋藤金作教授、西原春夫助手の手で、早稻田法學第三卷二四五頁以下に詳細に紹介された。我々はこの貴重な勞作によつて、オーストリア刑法理論界に於ける一つの傾向に關心を向けしめられたことを、何よりもまず兩氏に感謝しなければならぬ。

著者ノヴァコウスキーの學問上の系譜如何という點についても、筆者は残念ながら詳しい資料を持ち合わせていない。ただ前記早稻田法學に發表された資料から、私がここに紹介しようとする「刑法綱要」の獻皇の辭から、推測出来るのは、著者は、オーストリア刑法學界の長老、フェルディナンド・カデッカの系統に立つ學者ではないかという點及び、序文より読みとれるように、本書は「その獨自の道」をゆくものであり、換言すれば「主觀主義の犯罪觀から出發」(一七頁)している、という點である。しかし、何よりもまず注意しなければならぬことは、ディートリッヒ・オエナーラー教授 (Goldammer's Archiv für Strafrecht, Jahrg. 1955 Heft 11, S. 351) の指摘する如く、本書で用いられる「主觀主義」という言葉は、従来のドイツ刑法理論界で用いられているそれとは内容を著しく異にし、ましていわんや日本刑法學界に於ける收野教授及びその系統の學者の謂わゆる主觀主義と非常な差異のあるという點である。後にも個々の點につき論及するであらうが、ノヴァコウスキーは、未遂につき、正犯と共犯の區別につき、非常に嚴格な客觀的に

志向された犯罪體系を主張し、構成要件論にはペーリングの強い影響が見られる (オエナーラー、前掲三五二頁)。

本書は、著者もどつてゐる如く、本書に先立つて刊行されたリットラーの造論な體系書 (Rittler; Das Österreichische Strafrecht, Wien, Springer Verlag 1954) の體系と競い合うなどというつもりはなく、意識的に、簡潔な敘述を望む學生や實務家の要請に従つたのである。そこで文献などの参照は出来るだけ避けるといふ意味で、各節の冒頭にオーストリアの主たる論者、リットラー、マラニウク、ホロウ等の該當個所の引用がされている (序文・一七頁)。

本書は、かのメツガー・シメンケ・イェニシュタックの手になる外國刑法叢書 (Duncker & Humboldt, Berlin, なおこの第一卷にはアルゼンチン、デンマーク、ニーゴースラビアと並んで、日本刑法の總論、各論が一五八頁にわたつて、これも齋藤教授の手で發表されている。教授にはこの外、日本刑法の獨譯が、外國刑法典集 [Walter de Gruyter 1954] の中にある。時間のかかる地味な仕事に献身されて、日本刑法を海外に紹介された同教授及び協力者たる西原氏等に對して、ここに敬意を表さざるを得ない) の草稿が母胎となつてゐる由(同頁)。それ故に、實質的には約二一〇頁の小冊子であるにも拘らず、總論、各論が一と通り説かれてゐる。しかも著者は反對説を尊重して、出来るだけそれ等をも併せ紹介し批判を加えている。そしてそれ等の多くが、オーストリアの代表的な學説であり、判例である故に、我々の興味を大いにそそるものがある。本書が、通り一べんの概説書であると片付けてしまふわけにゆかない

い所以も又ここに存しよう。

ともあれ、オーストリア刑法界は、ドイツのそれに比較して、餘り紹介されていなかったのは事實である。従つて、近時の一傾向を代表すると思われ、内容的にもドイツ流の考え方にかなり批判的な本體系書は、紹介に價する充分な根據を保有していると考えられよう。

本書は、なるほど本文は實質的には二二〇頁に満たないものであるが、菊版大の大きさであり、學說の批判、判例の動向については、活字を小さくしてかなり詳細に論じているので、内容的にはかなり豊富である。本書はその表題からも、活字の組み方からも、ドイツに於けるハンス・ヴェルツェルの舊著を思わしめるものがあるけれども、理論的には後者のように野心的な作品ではない。

内容にふれる前に目次を一見してみても、本書は極めてオーストリア的な型をとつてゐることが明白であり、齋藤・西原兩氏の前記紹介が教えておられる如く、著者ノヴァコウスキーは、ドイツ刑法理論界の花形「目的行爲論」には追従するどころか、むしろ否定的である。かくてその總論の構成も従來のそれと餘り異なつていない。1、オーストリア刑法史、文獻。2、總論。これは分れて四つになる。A、刑法とその領域、(I) 犯罪とその結果、(II) 法源と法の發見、(III) 刑法の適用領域、B、既遂犯、(I) 犯罪概念の分析、(II) 行爲、(III) 構成要件要素、(IV) 原因性、(V) 違法性、(VI) 構成要件該當性、違法性及び違法阻却、(VII) 個々の違法阻却事由、(VIII) 責任、(IX) 歸責性、(X) 期待可能性、(XI) 性格學的責任要素、(XII) 責任能力、(XIII) 可罰性の附隨的要件、C、犯罪の發現形

式、(I) 原則、(II) 未遂、(III) 共犯、D、犯罪の効果、(I) 刑罰阻却事由、(II) 刑罰、(III) 保安、改善處分、(IV) 競合、(V) 刑の量定、(VI) 刑の執行、(VII) 時効、8、各論。これは個人に對する犯罪と全體に對する犯罪に大別されて、それぞれ七節に分けて論が爲されている。

私はこの中、總論の部分につき、しかもその中の數項目をとりあげるにとどめる。

二

あらゆる體系書がそうであるように、本書もまず犯罪と刑罰の關係から始めている。ここでノヴァコウスキーは、刑罰に關する古來からの説をあげて學說の動向を描出しながら、「少なくとも現行法によれば、刑罰は折衷説の考へているように解されるべきである。

……刑罰はその本質上應報であり、詳言すれば贖罪である。罰せられた者は、單に何物かが加えられ(報いられ)る客體にとどまらず、刑罰を受けることによつて理想的な償い、贖罪を行う主體でもある。可罰的行爲は、刑罰威嚇を伴う、國家的に承認され、刑の執行によつて満足される應報の必要を喚起するものである。それ故刑罰は、同時に一般豫防と特別豫防の必要性に仕える」(二六頁)「刑罰が持つ非難は、刑罰の應報的性格と贖罪的性格を通じ特別な色を持つてゐる。この特に性格づけられた非難が基礎づけられない場合、その限りでは刑罰は問題とならない。だがこのような場合に特別豫防の必要なことがある。そこで近代刑法は、保安・改善の處分を有している。この處分は、或る人の以前にとつた態度に基づいてその人

格に作用するということの中に存し、その人の権利を制限する。だがこれの目的は、害悪と感じられることでもなければ非難の表明でもない。……ここでその基準となるものは危険性なのであって、責任ではない」(二六・七頁)として、刑罰と保安處分の關係にかなり詳しい説明を行っている。この兩者については後に一一六頁でオーストリアの現行制度との關係で若干の論及がなされているが、理論的な問題は、むしろ前者の方が詳しい。

次いでオーストリア刑法理論界の犯罪に関する客觀說(リットラー)と主觀說(カデツナ)の見解をあげつつ「兩者の」重要度はいろいろな犯罪の種類や問題について異なつて判斷され得る。だが、オーストリア刑法に於ては主觀的成分が有力である。實際、法感情についての今日の發展狀態からみれば、主觀說のみが正義の理想と、犯罪と刑罰との間の合理的關係とにかなうものである」(二八頁)として未遂を例にとる。客觀說は未遂の可罰性はその危険性に依據し、既遂の危険性に一步をゆずらねばならないとする。しかしオーストリア刑法は未遂をすべての故意犯に認め、原則として既遂と同じ刑の範圍で罰する。未遂はそれ自體で犯罪なのである。數人の者が共同して一つの犯罪に働く場合には各人はその責任に應じて罰せられる、ということも彼によれば主觀說の正しさを立證する論據になる。刑罰の本質は可罰的なことをした人間の人格に對する作用の中にある。従つて刑罰が依存するものは、人格の中になければならない。彼自身の犯罪の定義は「犯罪とは人間の行爲である。その人間の行爲から法は或る法益に對する行爲者の反價値的な態度を引き出し、それに對して法はその人格に對する強制處分、特に刑罰を結

びつけるのである」(二九頁)。

三

犯罪概念の分析という節では、犯罪は人の行爲で、しかも常に外部的な所爲(außeres Sich-Verhalten)であり、これは客觀的及び主觀的な行爲面に分けられるとし「所爲は、法的に保護された生活領域、法益、を侵害するが故に違法である。又所爲は、行爲者に對する非難、即ち行爲者が、自分の所爲によつて如何なる法益も侵害しないのだということを通じて如何に顧慮しなかつたという、非難の根據たる、行爲者の態度に起因する故その所爲は有責である」(四〇頁)。著者は、ドイツで通説となつている傾向に反對して、違法を行爲の外部の側面にあるとしている。責任は、専ら行爲者の心理的側面にあるとしているが、客觀化された責任のメルクマールの存在は認められている。その他、違法にも責任にも何等の役割を演ぜず、それ故、行爲の反價値とは關係のない事情の存在及び不存在を前提としているものがある。これが可罰性の附隨的要件であつて、これ等は多様な法政策的考慮に依據し、解釋によつて探求せらるべきものとされている(四〇頁)。これは後に八〇頁で具體的に展開されているが、要するに内國刑法の適用性に關する治外治權の存否、會期中の議員の不可侵權等、消極的な刑罰阻却事由のことである。

今日の刑法は類型刑法であり、犯罪はこの實定法の犯罪類型にかなうものでなければならぬ。この犯罪類型は、違法性、責任を類型化し、可罰性の附隨的要件を記述している。これが謂わゆる構成要件である。かくてベリンググ以來發展し來つた構成要件論に論及

し、これを「違法類型」として把握することは喜ばしくないとしている(詳細は五五頁以下にある)。彼は構成要件を「刑罰威嚇によつて把握された不法を示し、従つて不法を犯罪類型の意味で類型化している犯罪のメルクマールの總體」と理解すべきであると言う(四二頁)。ここでも前述の如く主觀的違法要素は否定されている(その詳細は五二頁にある)。著者によれば、この主觀面、客觀面に關係を有するメルクマールにつき用語の整理が必要であるとし「不法を表わす外部的なメルクマールの總體は今後、"Tatbestand"とし、故意過失が關係せざるを得ないような外部的なメルクマールの總體を、"Leitbild"の提案(Die Lehre vom Tatbestand 1966, S. 16)に従つて、"Leitbild"とする。後者は前者よりも廣い場合がある。何故ならこれは不法と關係のないメルクマールをも含むからである。だが不法を類型化しているメルクマール、しかもそこまで責任が擴張する必要のないメルクマールという點では、LeitbildはTatbestandよりも狭いものである。責任によつては包括されてならない外部的な行爲面のすべてのメルクマールを、若し可罰の客觀的條件と名付けるならば、これは或る場合には構成要件のメルクマール(三三五條の「重大な結果」)であり、一部は責任について重要であり(一三九條「出生の際に」、一部は單なる可罰性の附隨的要件(四八六條)の「支拂無能力である場合」)である(四二頁)。「責任は殊に、心理的な關係の性質によつて構成要件該當の不法となり(例えば故意若くは過失)、内容的には指導形相によつて類型化される。そして附隨的な類型要素が加わり得る。これは、個々の意思形成の非難可能性、行爲者の類型的な存在様式、若くはそれの刑

法的な歸責性にとつて(例えば責任能力の程度)意義を持ち得る。かくて彼の犯罪の定義は「犯罪とは……構成要件該當の違法かつそれに相應して類型的に有責な、可罰性の或る程度の附隨的要素を満足する人間の態度である」(四二頁)ということになる。主觀説が遭遇する未遂の問題(これは、外部的な行爲面に基き、そもそも類型性が可罰的行爲の特色であつてはならない)や目的犯(同じく反價值が可罰的行爲の特色であつてはならない)については「これ等の可罰的行爲は類型的に違法ではないが、類型的に有責である。責任はこれ等の場合に於ても何等かの違法なものに向けられて居り、従つて内容的に類型化されている。未遂や目的犯の類型は、責任の目標としての事實關係を記述している。」としてチンマールに従つて擴張的構成要件と名付けている(四三頁)。この節を結ぶに當つて、主觀的な犯罪論は意思刑法に逆轉する危険があるという批判に對しこれは「類型的な責任は如何なる場合にも一つの態度に現われていなければならず、従つて單なる意圖にとどまるものではないということを見て看過している」と強力に反論を行つている(四三頁)。

次の「行爲論」は、態度(廣義の行爲)を作爲と不作爲に分け、しかもそれを自然科学的な現象としてではなく、人間の利益にとつて意味のあるという點で解されるべきだが、それは價值とは無關係な基本概念であつて、行爲に結びつけられる違法、責任という特色によつて、はじめて反價值を有するに至る。刑法理論は通常、あらゆる態度を行爲として解するのではなく、有意的な、即ち意思によつて支配された態度を行爲と解する。……行爲を物理・心理的な意味で解するのではなく、身體的な所作の方法として純粹物理的に解

するのよからう……過失犯にとつては、單に意思によつて支配された態度のみならず、單なる有意的に支配可能な態度も本質的である(四三・四頁)とするが、ここでは目的行爲論を激しく攻撃し、殊にその過失の取扱を鋭く追及している。詳細は前述の齋藤・西原氏の資料を参照されたい。

四

違法論については、これも通説の如く、決定規範と評價規範の機能を如何にみるかということから始まる。彼によれば「法規は實際は命令ではなくて判断である。それは命令とか禁止を、非人格的な「かくあるべし」という意味でのみ保有する。それは如何なる要件の下で如何なる人間の態度が「當爲、つけ」られ、即ち法に適合しているかを言明する。法は一定の生活關係の安靜な存續、確保された經過を、健全にして合目的な共同社會生活の要件とみる。これ等は法にとつて價值である。従つて法規範は價值の宣明を有する(評價規範)。人間の行爲は、それが實定法の見解によれば、實定法によつて保護された價值の安靜な存續若くはその希求された促進とあい容れないものが違法である。このような反價值を表わしている行爲に法秩序は強制效果、特に刑罰を結びつけている(五二頁)。この規範論は、六五・六頁に於て責任と關聯して再び説かれている。「一説によれば責任の反價值はインペラティブに對する違反であり、従つて不服従にある。法規は客觀的な行爲面とは違つた主觀的な面、即ち決定規範に關するものである(リットラー)」とするが、實はこの場合にも法規は評價規範である。法の妥當要求は、命令としての法規

の構造からではなく、社會學的事實、價值秩序という倫理的妥當要求からひき出される。實定法はこの價值秩序を實現しようと欲するのである」と。

實質的違法性については、「そもそも違法性は、法益侵害、即ち、實質的違法性」としての實質的な意義に於て段階的である。法益の社會的意義の大きさはいろいろと異なつてゐる。」として侵害行爲と法益との關聯に注意が拂われている。ここで主體の側の攻撃手段と客體たる法益の重要性との相關關係で、實質的違法性の程度を論じようとするかなり實證的彈力的な違法論が展開されていることは、注目に價すると言わなければならない(五三・四頁)。

この節で問題となるのは、主觀的違法要素及び目的行爲論を否定する點である。「主觀的違法要素は、違法と責任の分離を、かの外部的な行爲面と内部的な行爲面とを一致せしめるものではなく、行爲者の心理的な事情にも、違法の理由づけ若くは阻却に關する意義を認めている。これによつて違法の中に存する反價值の明白な目標と意義内容は拋棄される。實際、この理論は、如何なるメルクマールが不法にとつて重要であり、如何なるものが責任につき重要であるかについては、常に不確實さを示す」としメツガーの主觀的違法要素論を詳細に攻撃している。更にヴェルツェル一派の、故意を常に不法に屬せしめる立場に對しても「故意が常に不法に屬するということになると、違法性の持つ特殊性は拋棄される。若し故意の不法性を否定し、それにも拘らず主觀主義犯罪論、未遂論にくみするならば、少くとも未遂、未遂犯、目的犯は違法性がない筈であるという結論は避けられない」という。この節を結んで言う「不法を行爲

の外部的側面に限定してはじめて、違法についても責任についても、明白な價値の意味と意味關係を提供し得るのである」と(五五頁)。

五

構成要件該當性を論じた節では、まず「構成要件は」不法を記述しているが、充分ではない。違法ではないが構成要件に該當する行爲も、構成要件に該當しないが明白に違法な行爲もある」「構成要件該當性は、不法の存在根據ではなく、可罰性を基礎づける適合性の根據である」(五五頁)という。そして構成要件は違法性の認識根據であるとするリッター、マラニウクなどの説をあげている。個々の違法性阻却事由については第七節に詳しい。

六

責任は主觀主義犯罪論の中核である。構成要件該當の不法を惹起するということではなく、法的に保護された價値に對する一定の内部的な態度の確證ということに可罰性は依據している。従つて構成要件該當の不法が事實上實現されたということは要件ではない。責任は、行爲者の心的精神的領域(心理)に於ける事實關係である。責任は行爲者に對し、行爲者は構成要件に該當する不法を實現しないように相當な顧慮をしなかつたという非難を理由づける。有責者とは、彼がやめておかねばならない行爲への決意をなしたか、若くは爲すべき決意を怠つたものである。責任は、意思形成に於ける缺陷である。この缺陷は、法が一定の反動を期待している諸表象に對して態度決定をすることである。有責者は法の價値秩序が、何等有

責者に對し、法によつて要求された動機づけの力を持たなかつたが故に、不當に反應し、又は全然反應しなかつたのである。責任とは價値關聯(Wertverbundenheit)を缺くことである。刑法によつては此の場合、特に法益として保護された價値が問題となる。有責者とは、一定の表象に對して、法の價値秩序との關聯を缺いて、その者が反應すべきようには反應せず、それ故に法益のための正しい決意をあやまつている者をいう(六五頁)。

「刑法上の責任非難は、『これとは別に行うことも可能である』という意味での意思の自由とは無關係であらねばならない。この意思の自由は、科學的には證明不能であり、意思の自由は規範的に要求され得ない。何故なら人間は意思の自由を持たないものだとすれば、それを自分に與えることは出来ないからである。意思の自由は、有機的な條件若くはその他の條件によつて、少くとも限定されるということは疑う餘地がない(六六頁)。そして彼はいわゆる「行狀責任」について、これは「行爲者は彼の従前の行狀によつてその性格に責めを負つているものである、とするが、しかしこの『責任』は更に自由の問題を伴う。一體誰が刑事公判廷でこれを説明し得るであろうか」と極めて否定的である(六六頁)。

「責任非難は、彼によれば個々の誤まつる判斷それ自體に關係するものではなく、行爲者の人格の中に存する原因と關係する(性格學的責任論)。この原因は不變的である必要はない。行爲者に大いに尊重された價値が、個々の事件の特別な内部的及び外部的な諸關係の下でのみ、しかもその價値にふさわしくなく實現され得るといふことはあり得る。若しこの意思形成が法の要請を充たさなければ、

このことの中にも責任はある。その行爲の瞬間に於て、行爲者と法の價值秩序とが相應に關聯づけられていなかつたということが行爲者には例えば忘却の場合には、その直後ですら不可解であり得る（六六頁）。ここでも性格責任論に批判が加えられている。即ち、純粹特別豫防説から出發しているこの説は、刑罰を單に相對的に恆常的な、ともかく判決の時點になお存在する、人格的缺陷に對して適用し、個々の失敗は、このような缺陷の表徵として評價しようとする。若しも行爲者が、彼に運命として課せられ、それについては何もすることの出来ない性格的缺陷について責任をとるならば、刑罰の應報目的は疑わしい。贖罪の必要が心理學的事實として存在し、このような代替給付を要求する限り、刑罰は理想的な代替給付という意味での贖罪と解され得よう。この要件の下でのみ、刑罰は行爲者自身によつても「自己淨化」として經驗され得る（六六頁）。責任は學問上及び研究技術の上から諸要素に分解される。それ等の各々は特別な機能を有する。歸責性（心理的責任要素）は構成要件該當の不法の表象若くは表象可能性を含み、行爲者の意思形成について有する意義を包含する。他の心理的事實關係も價值的に重要な働きをしない場合には、意思形成が構成要件該當の不法と關係し或は關係が可能であるということによつて、意思形成は一定の價值に關聯して缺陷があつたということがすでに明らかである。期待可能性（規範的責任要素）は歸責性には屬さないが、その價值意義には影響する附加的な心理的事實關係を包含する。だから規範的責任要素は、歸責性で以つて基礎づけられた、意思行爲の瑕疵性に關する假定的な、判斷を修正せしめる。これは、それ自體としてではな

く、行爲者人格の表われとして評價されるべきである。人格の相當性（人格的責任要素）は從つて、意思形成に於て有效となつた事實を、行爲者の個々の存在方法から評價へと關係づける。責任能力（生物學的責任要素）は、可罰性という意味で、特に意思形成に關して有責的な能力に從つて包含し評價する。全體的事實が責任の全體的反價值を生ぜしめる。かくて「行爲者の個々の能力ではなく、一般的な行爲が決定する。肉體的な缺陷若くは悟性的な缺陷は、ともかく行爲者には非難されない。その限りで責任評價は個別化されている。價值關聯の缺陷のみが責任である。」ということになり、行爲者の定義は「法がある人に、現行の價值秩序と正しく結合している場合に、彼の肉體的・精神的・能力上期待している心理的・な經過について責任を負う」者を言うのである（六七頁）。

第一、第二の責任要素は、個々の意思形成を比較して確定され、第三の要素は、行爲者を他の一人の存在方法と比べて確定される。第四は意思形成若くは人格の瑕疵性とは關係せず、その人の有責的である能力と關係する。ここで「法の價值要請にかなう人間」ではなくして「法の前で有責な人間」が基準を交附する。しかし社會人の「理想型」は、その中に二つの特性を結びつけ、行爲者が責任判斷で以つて評價を受ける統一的な、普遍的に義務づける基準を與える（六七・八頁）。

性格學的責任要素は、これ迄規範的責任要素から分離されていた。しかしそれは、責任の類型性もそれに依據し得る特殊な性質の基準要素（Massfaktor）である。故意はしばしば價值と無關係に理解され、全體評價は期待可能性の中に移される。實際、評價の客體は、

でに決定的なものであり得るし、後にでもなお動搖している場合もあり得る。しかし經驗内容を伴つた行爲決意は、明らかな抑制段階を超え、かくて「實行責任」となる。この時に始めて故意は特に非難し得る。即ち規範的な責任の規程が問題となる。行爲者が、基準となる感情の強調を経験しているかどうかが重要なのではなくて、法がそれを行爲者に要求しているかどうかが問題である。」

だから「態度をとる行爲が、行爲者の表象に従つて、構成要件該當の不法と直接かつ明白に關係する——従つて行爲者の表象によつて實行行爲として示される——場合、若くは行爲者の計畫に従つて直接に、これ以上の休止及び考慮の期間を置かず、この態度をとる行爲が、心理學的に一つの統一を形成するような一つの態度に移行する場合がこれである。かくて始めて、行爲者は現實の實行に迄至る行爲を著手したことになる」(九二頁)。この行爲に著手した者は、従つて未遂の段階に入つたものであるが、犯罪の形式的な既遂となるためには、なおそれ以上の行爲がなければならない(九三頁)のである。

共犯についてもいろいろと重要なことが論じられているが、詳細な點は割愛する。ただ正犯と共犯の區別については、オエナー教授も指摘される如く(オエナー「書評前掲三五頁」、主觀主義刑法理論を標榜する著者が、極めて客觀的に志向された考え方を示している(九四頁以下に詳しい)。間接正犯に關する敘述は九七頁以下で詳細に展開されている。ここでは第三の男の「盲目的な道具」として扱われた直接行爲者とその第三の男との關係についてかなり詳細な論述が加えられている。教唆と從犯の關係については九九頁以下

に説明があり、殊に一〇一頁に於ては共犯の主犯に對する從屬性につきオーストリアの學說判例を豊富に驅使して相當なスペースがこれに當てられている。

一〇

論者の論述を詳細に分析批判することは割合に易しいことである。簡単に結論を出して本書の學問的價値を云々することは、簡単に出来るかも知れない。しかしそれをするには餘りにも限られた書評のわくである。批評を加えるだけの目的で都合のいい材料だけを並べることで能事終れりとするのは、筆者のとらなところである。しかも本書は、それ自體のみで著者のすべてを示しているものとは限らない。本書は、このような短兵急な批評に答えるには餘りにも小冊子であり、内容的にかなり無理をして多くの事柄が詰め込んであつて、しかも充分な説明が爲されてはいない。だから論者の體系の有する價値、本書の學問的寄與の度合を結論づけるためには、前記の三論文を併せ讀む必要があるだろう。體系書と單行論文とは、相互にその存在價値を補充し合つてゐるからである。批判はこれ等すべてを理解した上でのことである。しかも我々はこれ等三者を披見して見ないのであるから、輕率な言は目下のところ慎んでおきたい。筆者としては、本書の存在及びその内容の一部に、多くの讀者の目が向けられることを期待するばかりである。

オーストリア刑法の入門書としては手頃な本であり、その學界のアウトラインを端的に示しているという點でも、本書を看過することは出来まい。小さいが特異な體系を持つてゐるだけに充分存在價

値を著しめしつゝなごらふ。

このたびが、本書は Verlag Styria の Rechtswissenschaftliche Abteilung の廿の一冊の第一の巻刊として一九五五年六月に本が雑誌をわづらふてゐる。

Altavilla; Gerichtliche Psychologie.

Erhart; Das Schmutz- und Schundgesetz.

Ernacora; Der Verfassungsgeschichtshof.

Foregger; Die Ehrenbeleidigung.

Holböck; Jurisprudentia novae S. Rotae Romanae.

Mergen; Die Kriminologie der Frau.

Mergem; Ihr Gutachten, bitte!

Ringhofer; Der Verwaltungsgerichtshof.

Seidl-Hohenveldern; Fälle aus dem Völkerrecht.

Sranmer; Das österreichische Gemeinderecht.

Weiler; Das österreichische Pass-, Fremdenpolizei- und Melderecht.

Werner und Kriziek; Das Österreichische Baurecht.

(一九五六・二・二七)

(宮澤浩一)

執筆者紹介

峯村光郎 法學部教授 法哲學、勞働法、經濟法

石川忠雄 法學部教授 中國政治史

多田眞鋤 法學部助教授 政治學

宮澤浩一 法學部助手 刑事學

向井健 法學部副手 日本法制史

利光三津夫 東洋大學 法學部講師 日本法制史