慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ハンス=ハインリッヒ・イェシェック著 『現代の人間像と刑法改正』
Sub Title	Hans-Heinrich Jescheck : Das Menschenbild unserer Zeit und Strafrechtsreform
Author	宮澤, 浩一(Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1958
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.31, No.12 (1958. 12) ,p.81- 86
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=AN00224504-19581215-0081

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.

ゆる制度理論の意義を考察したものである。

以上、一通り本書の内容を紹介したが、このような短い紙面をもつてしては、かえつて學殖ゆたかな本書の眞價を誤りつたえることになりはしなかつたか、とおそれている。青山教授の御寛恕を願うとともに、このヒューマニズムの格調高い好著を江湖におすすめして、紹介の筆をおきたいと思う。（有斐閣發行、A5版二五五頁、價四〇〇圓）

（田中　實）

Hans-Heinrich Jescheck: Das Menschenbild unserer Zeit und Strafrechtsreform.

(1957) J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, S. 40

ハンス＝ハインリッヒ・イェシェック著『現代の人間像と形法改正』

I

著者イェシェックについては、齋藤金作教授が、刑法雜誌（五の四、六一頁以下）にその「比較刑法の發展、課題及び方法」を書評された際、ふれておられたように、現にフライブルク大學に刑法および刑事訴訟法の講座を持ち、併せて比較刑法研究所長をも兼ねておられる比較的若い世代に屬する有能な刑法學者である。

一九四九年にチュービンゲン大學の私講師となり、一九五二年にボン大學に再び教授資格請求論文を提出して、そこの私講師を經て現職に就かれたのは一九五四年であると記憶している。

同教授は、ドイツ刑法學會有數のフランス語に造詣の深い學者であつて、フランス語で發表された論文も多い。

フライブルクでお會いした時の感じは、背の高い、何となく鋭い感じの人であつたが、これは左ほほに殘つている若き日の決鬪の刀傷が、右の印象を強めたのかも知れない。こうした教授が、刑法改正委員會の委員として、さきに決鬪に關する諸問に答えて報告をされた事實は、偶然以上のものを考えさせる（J. Z. 1957. Heft. 4, S. 108 ff.）。

ともあれ、國際的視野の廣い同教授が、現に行われ、今年の十月に終るといわれている刑法改正の事業に、委員として關與され、その學識と體驗から流れ出たエッセンスともいえる玉稿が、ここに紹介しようとする小册子である。本書は一九五六年一二月一二日に、フライブルク大學創立記念日に行われた講演をもととして、それに筆を加えたものである。非常に簡潔に書かれてはいるが、行間にあふれるばかりの示唆の多い論述は、それを更に展開せしめるに價する契機を包含している。

素描を行うことによつて、同教授の擧言する方向を一應確認しておきたいと思う次第である。表題でもわかる通り、同教授の指示するものは、現代という大衆的な、機械文明の社會に、一成員として

存在する人間像を適確に把握して、これに即した刑法改正の行われるべきことこれである。古典的自由主義の所産である「自由なる人間像」という考えが今一度反省され、大衆社會（マッセンゲゼルシャフト）に實存する孤獨な人間像をとらえることこそ、二十世紀後半の刑法學の使命であると筆者は考えていたから、本書はその思考方向に對する一つの據點ともなつている。簡略に素描された思索の一つ一つを、更に繼承發展せしめることこそ、筆者の今後の使命でなくてはならない。

II

半世紀にわたつて續けられて來た刑法改正が今や終りを告げようとしている。すなわち一九五六年一二月七日に刑法總則の第一讀會草案が出來、一九五八年末までには各則の審議が終ることになつている。

何故、刑法改正をこうまで大騒ぎをする必要があるのか。一八七一年の古き良き刑法では何故いけないのか、かくも長い期間、しかも特別な〝大〟委員會などというものが何故必要であるのか。

全部とはいえないにしても、法律家は我々の時代に適合した新しい刑法典を必要とし、古い刑法典はたとえ裝いをこらしたとしても現代の要請にはもはや卽さないと考えている。

刑法典は現在の文化狀態の忠實なあらわれであり、現在の國家において支配的な精神を示すものである。刑法典は個人に保護を與えると同時に、限界を設定することによつて直接個人と關係をするのである。刑法典は民族全體の心情と性格とに深く結びつき、民族に法自體として現われる。

自由主義的社會秩序から、近代の高度に工業化された大衆社會（マッセンゲゼルシャフト）國家への移行期には、現存の狀況において刑法はいかなる根本觀を代表し、いかなる目的を追及すべきかについて、立法者は特に注意深い、多面的な考慮をする必要がある（三―四頁）。

この度の刑法改正について、資料的な準備はよくできていたが、刑法が適用されるべき人間像について、現代の人間像はいかなるものかについての用意は特にされていない。

これは法律家達が、ひそかに、心理學、醫學、社會學の特別な準備がなくても自分達に判斷する資格があると確信していたからでもある。實際刑法家が日々たずさわつているのはその時代の人間、その良心、負責、有責性、多樣な良き面、惡しき面以外の何物でもない。

この刑法改正の仕事の開拓者と協力者は、本質的には人間の存在に對する問題を拋棄してもできないことはない純粹規範科學として刑法を考えようとしているのだとする結論を單なる法律・技術的な刑法改正の準備から引き出してはならない。規範は常に現實の態度を期待するものであることを意味する（五頁）。

今日、あらゆる分野の研究成果が示すものは、人間存在というものは肉體と精神とが最も深いところで結び合つた統合體であるとする人格觀は通說となつた。

ところで、現在と二十年前との間には第二次大戰という惡が横たわり、特にユダヤ人の虐殺というものが外國におけるドイツに對する道德的顧慮を根底からゆすぶつている。まことに「ナチス第三帝國は數千年も續いた國家ではなかつたが、その十二年間の存在は、

千年かかつて作りあげたドイツ文化を根底から破壊しつくしてしまつた」(Hofer: Nationalsozialismus, S. 367) というなげきの通りである。

このような體驗をしたドイツ國民にとつては、サルトルの「我々の態度を是認する價値も秩序も我々は持つていない」「我々自身が價値を發見する」「自己以外には立法者はいないのである」という言葉が、現實的な内容を持つたものとして我々の耳にひびくのである(六、七頁)。

正しい行爲の原則という問題は、戰後始めのうちは眞劍にとりあげられていたが、生活が安定し、一九四五年と比べると信じられないくらい生活水準が向上するにつれて、背景に押しやられてしまつた。あの十數年における我々の運命を顧慮して特に必要とされるものは、道德的價値を知り、かつ認め、道德的義務の存在と拘束性を前提とし、國民のよりよき自己の形姿を鏡の中における如く眼前に示すような強力な刑法を持つことである。ところで普遍的に認められた價値秩序を定立しうるために必要な道德的權威を國家は有しているのであろうか。あふれるばかりの消費物資を正しく、圓滑に分配し、警察を養い、列車を時間通りに運行させること以外のなんらかの尊敬を、この近代的産業社會國家は有しているか。

國家が新しい、非常に重要な道德的權威をどこから得べきかという問題は、我々のすべての、特に法律家の生涯の仕事である。そしてしかも、現代の價値秩序を決定するものは、國民の中の一部の者であるにすぎない。國家の義務は、秩序をすべてのものに對する示標(Zeichen)に高めることにある(八、九頁)。

新しい刑法は、第一に價値への結合につとめ、合目的性が價値を犧牲にするような場合には合目的性を拋棄しなければならない。例としては危險な風俗犯の去勢の否定、死刑の廢止(人間の生命の不可侵性および重罪犯人といえどもいつでも内心の淨化に對する可能性を持ち、良心のよびかけを死刑執行人の手によつて力でうばうことは許されない)がある。

我々が本質的であると看做す一定の財、價値への歸依が結果するものは、スウェーデンの刑法改正の例とは反對に、墮胎、同性愛、姦通といつた世界觀的に規定された構成要件を判斷するについていかなる原則的變更もなされないということである(九頁)。

ナチス時代のにがい經驗によつて、將來の刑法においても「刑法による犯罪への反撃が裁判官の自由な裁量に委ねた方が合目的な見地から見て有利であろうとも、確固とした範圍は維持さるべき」であり、著者は保安監置に附する刑の執行猶豫の制度、懲役刑の存在に對する疑問を述べている。これは後に(二二、三頁)更に詳しくふれられている。

III

不法の概念に對する草案の立場　犯罪はその本質上、單に現實の損害惹起としてのみでなく、人的義務違反としてもみられる。著者はこの概念から、絕對的不能犯の加罰性をひき出す。また、主觀的不法のメルクマールを說明して次の如くいう。「行爲の人的特徵はすでに違法性において考察せられる」と。人間の義務拘束性から更に、不眞正不作爲犯、特に救助を行わないことという特殊な構成要

件、家族に對する或る種の犯罪における行爲の期待が明らかになる。

現代の刑法は單に財物の保護機能のみをはたすのではなく、同時に同胞のために各人の社會的緊張をも期待している。人間は單に損害を加えてはならないというだけでなく、損害の危險性を避けるために或る程度積極的な行爲をも期待されるのである（後述の集團と犯罪の項と關係している）。

この刑法草案は、ハイデッガーのいう「各人は他者であり、いかなるものも彼自身ではない」という定有の非固有性（"Uneigentlichkeit" des Daseins）と法とを結びつけようとするのではなくて、中道を歩んだのである。すなわち、「その運命の經驗によつて、正しい行爲の原則を認めようと努め、價値を顧慮することを知り、同胞の諸關係をその最も本來的な存在の一斷片として感じるような人間像を導きの星とした。人間に〃社會的意思努力〃を要求するようにしむける、現實志向的な法的良心がこれに當たる。刑法が第一に努めることは治療の効果ではなくて、正義の期待を實施することである。刑罰は〃治療の必要〃がない場合にも、治療しても見込みがないほど重いと分つている場合にも、それを要求しうる。ここに最近主張されている（E・フライ）〃罰する代りに治療を〃という考えに對する著者の立場が見られる。法と醫學とは別種のものである（一三頁）。

このような論述はあまりにも觀念論的であり、カント的人間像を單に繼承したものではないかという疑問に對し、國民の大多數によつて理解される客觀的價値秩序は、明らかに社會的共同生活の維持に必要なものであり、それ故にこそ我々は處罰さるべき者がこの要求を遵守するに必要な洞察と意思力とを現に、いかなる程度持つているかという點を確かめずに、それの充足を要求するのである。責任と良心とは「國家の必要的な擬制」（コールラウシュ）である。

或る者は「規範的な人間像は科學というかくれ蓑の中で行われる惡しき形而上學である」という。「現在の刑法改正の仕事は自然科學の研究によつて、〃下から〃或る程度築きあげられたものであり、すなわち人間は自然的な存在に包入されるのではなくして、その人的自由は彼の肉體・精神的被制約性を超越するのであることが認められている」と著者は反論する（一四頁）。

著者はここで各個別科學の成果を引用して、その人間像を浮き彫りにしようとする。

第一にヴェルテンベルガーの哲學的・人間學的狀況分析が引用される。それぞれを引用するわずらわしさを避けよう。第二にローベルト・ハイス、テオドール・ミュンカーの心理學的人間像、次にパウル・ホフマンの神經生理學、ヘルムート・シェルスキー、ハインリッヒ・ポピッツの社會學的人間像がとりあげられる。

〃法における人間〃存在を說明するという使命が法學にある。法、特に刑法においては正しい當爲の要請が重要である。若し法學が、人間は當爲規範によつて現實に導かれるに適さず、かつその資格がないと看做そうとするならば、これは驚くべきことである。

刑法改正委員會は法的行爲への人間の自由から出發している。この思想は、禁止の錯誤に關する聯邦裁判所の判決に次の如く判示されている。「人間は自由な、道德的自己決定を目ざすものであるが

故に法共同體の一部分として、適法に行爲し不法を避ける責任ある判斷を常に要求される」。これは單なる規範的責任論の保持にとどまらず、草案中に採擇された禁止の錯誤の取扱いを示す。

若し人間がその行爲の實質的内容に責任を負うとするならば、客觀的には全く誤まつていることの明らかな意圖に、主觀的に義務に忠實に從つたのだということだけの理由で免責せしめることはできない。むしろ「先驗的に由來する人間の人的良心」が、いついかなる時にも正しい道を示し、刑法の領域における法的當爲の要請に耳を傾けることが要求される。これと別な例として考えられねばならないもの。行爲者が法秩序の原則的な命令を認識しかつ認めつつも、注意の不足から違法阻却事由の要件を誤まつて認めた場合。

草案において、許容規定の現實的基礎に對する錯誤を過失の原則で扱つているのは正しい。非難の程度のみでなく、その種類も異なつている故にこの二つの場合と同じに取扱うことは規範的責任概念からしても間違つている。(この點につきいわゆる責任説をとる學者と消極的構成要件メルクマール説の對立がある。前者は特にヴェルツェル一派がこれを主張し、後者の例としては最近A・カウフマンの論文がある〔J. Z. 1954, Heft 21, S. 653 ff.〕。これに對し福田助教授が前者の立場で反論を加えた〔J. Z. 1958, Heft 5/6, S. 149 ff.〕。本文によればこの論爭に第三の立場からの止揚が行われたことになる。)

禁止規範と許容規定とは別種のものである。筆者もこの説に加擔したい。

IV

著者の根本的立場は以上で大體盡きた感がある。以下の論述は、これ迄得られた現代的人間像が現行および將來の法制度にいかにいかされるかということにある。一應、大要を擧げてみる。

さきにふれた保安監置の問題が二二頁で取りあげられ、それの効果のないこと、および單なる危險性ということで以つて健全なる人間の最高の財である自由を繼續的に奪うことは許されないとし、相對的不定期刑を以つてこれに代えることを主張する。なおこの個所でいわゆる行狀責任(Lebensführungsschuld)につき注目に價する分析がある。

二三頁以下で廣報と贖罪につきE・シュミットの立場を反論して、正しい贖罪こそ必要なものであることを强調するのである。オランダの精神病學者バーンを引用。

二五頁以下で「刑法草案の基礎にある人間觀、犯罪觀、刑罰觀はキリスト教に由來するものである」とするくだりの敍述は、注目に價するといわねばならない。

二六頁以下では、まず機會犯人をいかに取り扱うかが論じられ、矯正所に類似のStafthaft, スカンヂナビアの日掛け贖罪金制度(Tagesbussensystem)等を用いることの根據にふれている。

狀態犯については二八頁以下で、デンマークの制度を入れ、精神病醫を訴訟に關與させ、精神病質人格を特別な施設に收容する立法措置が論じられる。ここで注目をひくのは „arbertstherapie“ „willensschulung“ 等に關する若干の言及である。

三三頁以下に集團（團體）と犯罪につき簡單な敍述がある。著者の立場については他の論著によつてくわしくは知られたい。ただその根本的立場は「刑罰は單なる法益損失を附加することにとどまらず、非難を提起することである。行爲者が、期待せられていたにもかかわらず、法秩序の命令によつて動機づけをしなかつたことによつて非難される。非難は動機づけの過程における不服從と關係する。したがつて個々人の人格に對してのみ意味を持つ。刑罰は結果という點で惡（Übel）と看做されるのみではなく、法に違反する意思決定に基づく非難としてもみられる」。したがつて人的集團に對する刑事罰はこの立場から否定される。

V

新しい刑法草案は、道德的價値の一定の秩序を要件とし、正しい行爲への人間の自由を基礎とし、この根本的立場と合目的的な刑事政策とを結びつけようとする。

しかし新しい刑法によつて、犯罪の增大を防ぐことができるなどと考えてはならない。

「犯罪の減少、增大の根源は、我々に一部分しか分つていない社會學的な底流の深みにあり、立法者の近づき難いものである。」

「立法者は、絕え間ない福祉の增大、消費の增加に多忙を極めている近代產業社會、自分自身からして正しく教育されていない兩親の手に委ねられた缺陷だらけの子弟敎育、苦勞と危險を回避することがその努力の目標である安易な生活態度、考えなしな惡質なマス・コミによる子女の精神的頽廢になすところがない。」

著者は今日最も必要なことは、社會と個人との間の最も嚴格な法治國家性の維持を强調することであるとし、罪刑法定主義の明文化を引用し、不眞正不作爲犯における保障義務、間接正犯の要件が立法化されたことの中にこの原則の明文化をみる。

終りにあたつて、「釋放された犯人を眞の人間愛で迎える」ことをよびかけ、これが結局は草案の刑事政策的目的を助けることになるのであり、これは「我々にとつて責任と運命とは結局解決されないまま、犯罪という現象にはしなくも雜然と混在する」のだという事實を素直に意識することからも認められてしかるべきであり、これはつまるところ隣人愛の精神に歸するという。

〃いかなる人も他の人間に對し我れ獨り正しとするほど高貴なものではありえない〃

――一九五八・八・二〇・バイロイトにて稿了――

（宮澤浩一）