

Title	『ゴルトダムマー刑法雑誌』(一九六〇年)
Sub Title	Golddammer's Archiv für Strafrecht, 1960
Author	宮沢, 浩一(Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1962
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.35, No.1 (1962. 1) ,p.111- 116
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19620115-0111">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19620115-0111</a>

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.

Goldammer's Archiv für Strafrecht

Jahrgang 1960

『ゴルトダンマー刑法雑誌』(一九六〇年)

本誌は現在ドイツで発行されている刑法関係の専門誌の中で、最も生命の長いものであつて、創刊は遠く一八五三年、当時プロシヤ高等裁判所参事官であつたゴルトダンマーの手で行われた。その編輯はごくわずかの例外を除き実務家の手になつてゐる。

本誌の歴史をたどることは、とりも直さずドイツ近世史をひもどく感がある。

本誌は一八五三年、まずは Goldammer's Archiv für preussisches Strafrecht として発足した。一八七一年(第一九卷)に G. A. f. gemeines deutsches und preussisches Strafrecht と改められたが、ゴルトダンマーはこの巻の一二月号の編集をみずに世を去り、その遺志で Maser が二〇巻の編輯に當つた。二一卷より二七

巻までマーガーの後任者 Hanh が編集し、一八八〇年(二八巻)に Archiv für Strafrecht と改称され、多数の刑法学者により編輯された。一八八七年(三五巻)に Meves が主宰し Dalke, Mugdam が編輯に加つた。第四六巻(一八九八・九九年)からコーラーが編輯者になり、四七巻より Archiv für Strafrecht und Strafprozess と改称された。

六七巻(一九一九年)はコーラーの七〇回誕生日を祝つたが、その八月三日に彼は死去し、六八巻よりクレーが編集者となつた。

一九三三年にナチスがドイツを支配し、次第にナチスの世界観がドイツ刑法学に力を得ていつた。一九三四年に至り、本誌は Deutsches Strafrecht と改称され、クレーが編輯し、一九四五年まで続いた。一九三四年から新第一巻として発足したから、この雑誌は一ニ巻を算えたわけである。この間、行為者刑法を中心として、キール学派、メッガー等の活躍が見られた。

戦後、休刊を余儀なくされていた本誌は、創刊一〇〇週年に當る一九五三年に、創刊者の名を冠し、新たに司法省参事官 Grütznier を編集者として復刊した。巻の表示は発行年度をもつてするようになった。

本誌はその創刊以来の伝統で、実務家の寄稿が多く、実務に資することを第一義とする雑誌であり、論文は比較的短かく、テーマも

具体的な議論が多く、実際問題の処理が関心事のようである。

以下、我が刑法学の研究上に有意義と思われるものを選んで、簡単に紹介したい。

H.-J. Koch : *Sondergesetze, Subsidiaritätsklausel und Sicherungsmassregel*, S. 1 ff.

特別法中の補充条項により、一般法の刑罰が適用せられる場合に、保安処分、改善処分につき基準となるのは、これらの処分がその一般法中ではたとえきびしいものであつても、適用を排除せられた特別法の規定中の保安、改善処分であるという点を、法の統一の見地から論じたもの。

W. Wagner : *Aus der Rechtsprechung im Staatsschutznverfahren — Hochverrat* —, S. 4 ff.

Ders. : — *Organisationsdelikte* — I. S. 193 ff.

Ders. : — *Organisationsdelikte* — II. S. 225 ff.

いわゆる国家の存立に危害を及ぼす犯罪、秘密結社等につき戦後の判例を構成要件の文言に分析して整理したものである。

この国家に対する犯罪に対処した国際的な協力関係につき、犯人引渡しの問題を中心として論じたものが、H. Lütiger : *Internationale Rechtshilfe im Staatsschutznverfahren?* S. 33 ff. v. 49 ff.

Cressfeld : *Die Bestrafung von Handakten des Verteidigers*.

弁護人の手中にある書類を押収することができるかにつき論ずる。弁護人の手続法上の地位、押収の要件、引渡・押収・搜索・閲覧、押収の禁止と利用の禁止、書類の利用と法定主義等につき論じらる。

刑事手続で弁護人の手中にある書類を押収するのは、極く限られた範囲内では司法官憲の介入権としては法政策的に必要であり、その限度は、弁護人自身が犯罪に加担したことにより、或は委任関係に基づきその帰せられていた法的な保護を失う場合とか、罪体或は正当な国家機関により没収又は少くとも保全が必要とされる物がその手中にある場合をいう。但し、後者の場合には、善意の弁護人といえども、職務上の黙秘義務に対し、刑事訴追に関する公の利益の優位から生ずる法的効果を甘受しなければならない。責任を自覚する弁護人は、刑事弁護の範囲内であつても、真実の発見に仕えるという使命に於ては、このような必要性を拒むことはできない、とする。しかし、この点には、刑法法の相違もあろうが、問題はありそうである。あまり一般化されては、我が国の弁護人からは反論がありそうである。

K.-H. Nüse : *Zum Fremdstoffverbot des § 4a LMG*.

特別法である生活物資規制法の一部を改正する法律によつて新たに加えられた条文の解説。

R. Marbach: *Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit*. S. 97 ff.

飲酒して自動車を運転し、交叉点で屈折の合図をせず、近くを走つていた車と衝突し、その車に同乗していた人を脾臓破裂せしめ、被害者が手術一〇日後に死亡したという事件で、過失殺の罪に問われた。聯邦裁判所は被告の上告を認めた。この判決に対する批評である。

その判決理由は、事故の直後に死んだのではなく、その死の直接の原因は脾臓破裂でなく小腸麻痺であつて、これは開腹手術にありがちなことであり、どんな治療でも治らないことが多い等を推考して死の結果について責任を問ふことを否定したことであつた。ここでは、死の結果に対する予見可能性の問題とか、条件関係につき相当立ち入つて論及されている。

マウラツハはこれまでの判例、特に下級審では、過失犯の場合に、構成要件に該当する結果についての予見可能性に過分な要求をすることによつて、行為者が過失でひき起した最初の原因に与えた因果的作用が条件説によつて肯定されるとすぐに過失であると考えがちであるのに対して、この聯邦裁判所判例はこれをチェックする意味で喜ばしいものであるとする。

最初に原因を与えた加害者の過失を肯定するためには、治療に当

つた医師の技術上のミスなど予見可能であるわけもないところから、加害者に問われるべき責任の限界につき、この点を特に慎重に考えなければならないという。

本論文は、ライヒ裁判所以来の判例を通覧し、予見可能性なるものについて、非常に参考となる意見をのべている。

*Fuhrmann: Einzelfragen zu der Rechtsprechung über den „Ermessensbeamten“*. S. 103 ff.

筆者はダルケのコンメンタールの編者としても活躍している。瀆職罪についてのその任にある公務員、裁量の任に当る公務員について、ライヒ裁判所以来の判例につき個々の問題を探求している。

筆者はこの他、*Berechtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichts zu § 332 St.G.B. über den Ermessensbeamten*, in *Z. St. W.*, Bd. 72 (1960) S. 534 ff. による。この問題を扱つてゐる。

*Lütiger: Zur Strafbarkeit der „Verwertung von Kennzeichen ehemaliger nationalsozialistischer Organisationen“ nach § 4 des Versammlungsgesetzes?*

ナチ的機関の徽章をつけることが団体に関する法に与えられるかの問題。特別な関係をもつ者以外には関心はひくまい。

*H.-J. Bruns: Die Grenzen der eidlichen Wahrheitspflicht des*

*Zeuges, insbesondere bei Tonbandaufnahmen über unwichtige Aussagen im Strafprozess.* S. 161 ff.

刑事の公判で記録をとる際にいろいろ障害が多いことは知られている。ことに証人の証言につき完全な記録はとれるものではない。

この点につき、完全な速記による記録或は録音テープを法律上とり入れたらどうかということが論議されてきたが、ベルリンでの第四一回ドイツ法曹大会で討論され、比較法的な考察もなされて、その結論として、録音テープを用いること、しかもその使用につき証言した人の同意を得なくてもよろしいというような建議がなされた。筆者は、録音テープのもつ性質から生ずるいろいろな濫用の危険につき考慮をした上で、そこに録音せられた余り重要でない証言について、若しそれが要点を記録する速記ならば当然はぶかれるはずのところ、忠実に記録する器械のことゆえ、のちのちまでも残るのであるが、このような性質の証言についても、偽証とされるのではたまたまのものではない。このようなことから、真実義務の範囲が尋問の対象によって制限されるべきことを説く。その他、証人の証言義務の限界についての錯誤等につきふれている。

*H. Beckmann: Die fehlerhafte Einziehung von tiersfremdem Eigentum nach § 40 St.G.B. S. 205 ff.*

行為者に属さない財産を誤まつて没収した場合の問題を論ずる。

筆者は司法官試補。

*H.-J. Koch: Gilt § 7, Abs. 1, S. 1 des Weingesetzes auch für Jahrgangs- und Traubenschmitte?* S. 242 ff.

ワイン法に関する特殊なテーマの論文。

*H. Welzel: Der Gewuchersamensbegriff und die Diebstähle in Selbstverwertungsständen.* S. 257 ff.

セルフサービスの商店は、もともとアメリカに発達したものであるが、戦後は、西独にも非常に拡まりつつある。労働力の不足と経済的繁栄の象徴であろうか。評者が西独に滞在していた一九五七・八年頃から、その増加が目についたが、現在は一六、〇〇〇軒を超える(一九六〇年)という。

顧客が品物を手にとりうること、早く引き渡しようといった特徴がこの販売形式にはある一方、買手にはその商品を所定のカゴに入れないで自己の買物カゴ又は着物の下にかくして、支払所で清算しない誘惑の場所でもある。又、被害商品が少量かつ少額の生活物資であることが特徴であり、この点にドイツ刑法では解釈上問題がある。そこには、通常の窃盗を規定する二四二条の他に、「少量又は些細な価値の食料品、嗜好品その他の家庭経済の消費物を、即座に消費するために窃取又は横領する」という三七〇条一項五号の飲食物窃盗(Mundraub)の規定がある。この種の行為に必要なことは、

当該商店員がこれを目撃していること、行為者をつかまえるなら、遅くとも店から去る前にとらえることである。ここに犯罪の時をいつとするか(三七〇条には未遂の規定がない)が問題となる。

ウエルツェルはこの新たに現われたセルフサービス店の性質に従い、保管の概念、窃盗の著手、既遂の時期を究明するのであつて、次の如く言う。顧客が備えつけのカゴに入れ、支払所にもつてゆへ商品は、支払所のところで店員の手により顧客に専ら保管する権限を与えるまで、社会的慣例上は店の所有者の排他的保管のもとにある。顧客が衣服の下又は携行したカバン等にひそめた商品は、客の支配領域にとりこんだ故、窃盗の既遂である。顧客から商品を見出し、それをとりかえすためには特別な正当化事由を必要とするが、この法律状態については、行為を目撃していたか否かは問わない。

H. Franckheim: *Zur Strafbarkeit des Komplizen- und Dienerlohnbeitrages. — Ein Beitrag zum Begriff des Vermögensschadens* — S. 269 ff.

AとBとが侵入窃盗を行つた。二人は盗品の山分けを約束していた。獲物を最初に自分一人占めにしたAが後にBに三分の一しか与えず、しかも正直に分けたといつたとする。Cが娼家に行き、売春婦に支払いを約しておきながら、性交を終えてそれを履行しなかつた。AおよびCが詐欺の責めを負うか否かはBおよび売春婦が欺罔

により財産上の損害を蒙つたか否かによる。この二つの問題に聯邦裁の判例がそれぞれある。双方ともに被害者は道徳的に非難される要求権を失つたものでありながら、前者は有罪とされ後者は無罪とされた。筆者はこの点を問題にして、詐欺罪における財産的損害、殊に財物概念の究明に當つてゐる。

W. Stree: *Zur Auslegung der §§ 224, 226 St. G. B. — (Zugleich ein Beitrag zum Versuch erfolgswahrscheinlicher Delikte)* S. 289 ff.  
筆者は一九六〇年に「*Deliktstolze und Grundgesetz*」という著作で教授資格を取得した。チュービンゲン大学のシュレーダーの弟子であつて現同大学講師。

傷害罪につき「その構成要件は過失によつて惹起された加重的結果が意欲せられた行為および傷害に向けられた行為による場合に、これは実現されるが、この結果が行為から直接に生じたか、或はそれと関係のある、それより更にすんだ結果を原因として生じたかを問わない。意欲せられた傷害の結果が事実生じたかどうかは関係がない。傷害未遂は行為者に過失の責めを帰しうる場合に認められる。」とする。余りすべからぬ論文とはいえない。

F. Meyer: *Die Relevanz ausländischer strafrechtlicher Akte im geltenden und künftigen deutschen Strafrecht*. S. 296 ff.  
Kirchbaum u. Schmitz: *Grenzen der Bestechungsstatbestände*.

S. 321 ff.

一九六〇年に公刊された E. Schmidt: Die Bestechungstatbestände in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959. に対し反論を加えたものであり、利益、職務行為、公務員の被売賄性、無理強いされた義務違反を犯すための公務員の内心的傾向、「申し出」、「要求」という構成要件形式における犯罪の既遂に分解されている。その反論は特に一九三三年以後判例が瀆職罪の構成要件を「甚だしく拡張した」こともなく、又罪刑法定主義の原則に對して「概念的に不明確化することによつてこれと衝突した」こともなく、従来判例を「破つた」ことも、また「法治国の路線を去つた」ともいえないこと、「内はシュミットの結論」。聯邦裁判所はライヒ裁判所が確立した判例を引きつぎ、これは現代の法政策および刑事政策の要求にかなうものであるという主張を骨子としているが、シュミットとともに、賄賂罪の構成要件の解釈は注意して吟味されるべきことを強調している。

Kapje: Ist die Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers gemäss § 140 Abs. 2 St.P.O. eine Ermessensentscheidung? S. 357 ff.

M. Lorenz: Die Vorarbeiten für die Grosse Strafrechtsreform zum Thema Verjährung. S. 373 ff.

現在進行中の刑法大改正委員会で、時効の問題につき如何に論議がなされているかについて論じたもの。筆者は Die Verjährung im Strafrecht. Eine dogmatische Untersuchung. 1934 の中で、実体的時効論を主張した人であるが、さき发表された一九六〇年草案を評して、右の学説をその基礎とすべしと提言する。

X X X

本誌には、その地、各ラントの高等裁判所の判例を、裁判所ごとに整理してあつて便利である。巻末にごく簡単な書評が登載されるのを常としている。(一九六一・一一・八・稿)

(宮沢浩一)

桜井庄太郎著

## 『恩と義理』

——社会学的研究——

一 昭和十三年、論文集「日本封建社会意識論」を出版した著者は、このたび、旧著の主要な部分を詳しく論じた新しい著書を公けにした。その意味で本書は、旧著の訂正増補版であり別の著書でもある。