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

Title	『全刑法雑誌』第七二巻 (一九六〇年)
Sub Title	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 72, 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.4 (1962. 4) ,p.108- 115
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=AN00224504-19620415-0108

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.

紹介と批評

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Bd. 72 1960

『全刑法雑誌』第七二巻（一九六〇年）

一八八〇年に Dochow と v. Liszt によつて創刊せられた本誌は、いわゆる〝刑法学派の争い〟の一端を荷いつつ今日に至るまで、変らぬ推進者の役割を演じている。リスト一派の旗印である新派刑法学こそ、改めて打ち出されているわけではないが、その一派の他の主張にかかる刑法改正運動には、久しきにわたつて多大の貢献をなしてきたし、又、現在もその使命を遂行している。

いわゆる旧派刑法学の牙城であつた有力な雑誌 Der Gerichtssaal が、第二次大戦の末期に忽然として息絶えて今日に及んでいるのに比べて、戦後一時中断したにせよ、ここに齢八〇年を算えている本誌は名実ともに全刑法雑誌の名に価するといえよう。

本誌は二人の創刊者の死後はベルリン大学の刑法ゼミナール及びその出身者、殊に Kohlrausch の門下の手で久しく編輯されていた。

一九四四年第六二巻四分冊で休刊を余儀なくされた本誌が、一九五〇年に第六三巻を世に送つたとき、その冒頭にコールラウシュのための追悼の言葉を用意しなければならなかつた。

これは、まさにドイツ現代刑法学への序曲であつた。その後の本雑誌の形式、内容ともに、もはやそこにはリストの色彩、ベルリン大学刑法研究室の線はさほど鮮明に現われてはいなくて、かえつて、戦争中から抬頭をはじめた目的的行為論とその批判者の群雄割拠の形姿が見られる。もつとも、共同編輯者の中シュミット、ランゲ、ガラス、ボッケルマンは、なんらかの形でベルリン大学の伝統を受けついではいるが、現在の各人の主張はかなり異なつた方向を示している。

その他の編輯者であるエンギッシュ、ウェルツェル、ハイニッツ、イェシェックはなるほど当代のドイツ刑法学をそれぞれ代表する人達であるには違いないが、これらを併せて考えるとき、全刑法雑誌の与える印象はまことに雑然としたものである。ただ、本誌の変らぬ使命は、刑法学に対する豊かな寄与、刑法改正運動に対する指導力と各国刑法学者からの寄稿を主とした比較法研究の一大拠点

であるという点であろう。

一九六〇年第七二巻は復刊以来一年四分冊とする例を破り、第一・第二分冊、第三・第四分冊がそれぞれ合併号となり、前者は創立一〇〇年を迎えたドイツ法曹会議のミュンヘン大会に捧げられている。

本巻の特色を一九五八・五九年の両巻と比べてみよう。周知の通り、西独では、現在刑法改正事業が一九五四年以来、進行中のところ、一九五六年に総則の改正草案、一九五八年に各則をも加えた改正案が公表された。

本誌には、この各草案発表の都度、これらをめぐつてその論議が数多く登載された。一九五九年の七〇巻には八編に上る論文がなんらかの形で改正草案の規定に対する賛否の声を寄せている。

本巻でも、二、三の論稿がこれをテーマとしているが、他の多くは、それぞれが多彩なテーマにつき論及しており、本誌の従来の姿に立ち帰つたと論評しうる。

以下、登載論文につき、我が刑法学会にとつても関心の対象たりうるものを中心として、重点的な紹介、批判をなしたいと考える。

なお、詳しくは別の機会に、論文、資料の中にそれらを取り上げるから、ここでは、極く限られた分析批判しかなさないことを一応おことわりしておく。

A. Zeiler; Zur Frage der Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachenfeststellung S. 4 ff.

削除前のドイツ刑法二条bは、一九三四年のライヒ裁判所聯合部決定が法文化せられたものであつた。

「或る者が数ケの刑法規定の一つに違反したことが明らかで、しかも事実の確定が選択的にのみ行いうる場合には、行為者は最も軽い法律規定によつて処罰せられる」

この規定は、実務上・理論上の混乱に終止符をうつた一応の立法上の解釈を示したものであるが、一九四六年一月三〇日の管理理事会令一一号によつて廃止され、又もや実務に問題を委ねることとなつた。

筆者は実務家として久しくこの問題につき論稿を寄せ、本誌に戦後にも（戦前にも二度本誌上に論文を発表）Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlagen, in ZStW. 64 (1952) S. 156 と題する論文を発表した。ここに問題の究明にピリオドをうつべく、再びこのテーマを扱つた本論文を世に問うた。本来、このテーマは刑法でなく、刑訴法の問題であり、事実、刑法改正大委員会においてもこの点につき諮問され、議論があつたが、結局は刑法改正の問題ではないとして、草案中に規定を見ずに終つた。

Aは時計の窃盗につき訴追されたが、Aはそれを未知の人から買

つたものであると主張している。裁判所は賍物罪を構成するものとして有罪判決を言い渡した。その理由中に、「被告人は窃盗の点を争い、時計を未知の人から買つたと主張するが、審理の結果、彼自身窃盗の疑いが濃厚であるが、当法廷はそれについて充分な確信を得ることができない。被告人は三マルクで時計を買つたというが、この値段は時計の実際の価値と比べれば非常に安く、被告人がそれを可罰的行為により取得したものと思料せしめる。よつて、被告人はこの時計を賍物によつて得たこと明らかである云々」

筆者はこの問題につき、有罪宣告をなすための要件、聯邦裁判所の判例の動向、刑の量定、法律的規制、その規制をどこに置くか、立法形式等について論じている。

周知のごとく、我が刑訴においては、被告人の防禦を容易ならしめるため、不意討ちを避けるための配慮として、原告官側の主張立証を予め知らせるために訴因、罰条を明示することを要求している。本問題は、実体形成の途上で訴因変更の必要が生じる場合につき、大陸法的な考え方からなんらかの手がかりをうるための参考となる。

H. Dünnebier; Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den freiheitsentziehenden Massregel im Entwurf 1960 eines Strafgesetzbuchs. S. 32 ff.

一九六〇年草案における刑罰と保安、改善処分等の二元主義について論じた実務家らしい、手堅いが、理論的にはつまらない論文。

労役所での収容者の性格および人格と処分との関係、末尾で行状責任を傾向犯につきふれている個所が目につく程度。

F. Geerds; Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf. S. 42 ff.

筆者は一九六〇年キールで教授資格を取得したH・マイヤーの弟子（vgl. Gnade, Recht und Kriminalpolitik. 1960）。刑法改正資料二の一に違法性阻却、責任阻却を書いている。被害者の同意の問題については、GA一九五四年に発表している。ドクター論文も同じテーマ。同意についてのエキスパート。

同意は日本語では一つの言葉で表わすが、ドイツ語では Einwilligung（違法性阻却）と Einverständnis（構成要件該当性阻却）に使い分けている。筆者は、このような多様な同意規定を法が如何にとり扱うべきかを一九五九年案にてらして批判する。筆者は非常に分析して考察することの好きな人のようである。vgl. Zur kriminellen Prognose, in Mon. f. Krim. StR. 43 Jg. S. 92 ff.

問題を Einwilligung と Einverständnis に分け、それぞれ総則の規定、各則の規定に分けて、「同意」の内容を細かく分析し、現行法はもとより草案の規定の方法が不充分であることを指摘しつ

つ、それぞれの規定における不法の内容との相関関係をよく研究することを提案する。筆者の研究は草案理由書がいまだ公刊されてないときになされた故、立法者の真意を離れた批判が見受けられるきらいはある。しかし、全体としてみたときは、大へん詳細かつ着実な研究であるといえよう。

我々もこれまで同意一般を、正当化事由の中で、しかも莫然と考えていたきらいがあるから、その意味では再考させるものをもつている。ただ、筆者の余りにも細かな分析的研究態度は、問題の核心をどこにおくかの点で焦点をぼかすおそれはなかろうか。一体同意の本質は何なのか、私人の同意が刑法上の一般的正当化事由としてとりあげられる根拠は何なのかという問題につき、筆者の究明は余り深くないとの印象を与えるのは何故であろうか。もつとも、各則中の同意の規定が、その法益との関係で複雑な内容をもつているのであつて、総論的問題として一般的に論ずることは不充分であるとする主張ならば、このような印象こそが、まず第一の狙いどころなのかも知れない。ともかく、好論文の一つである。

E. J. Lampe; Ingerenz oder dolus subsequens? S. 93 ff.

不真正不作為犯の場合に、結果発生防止のため介入する義務があるか否かがいわゆる保障人説の一つの根拠として論ぜられる。いわゆる法義務のメルクマールの一つとして、それは不真正不作為犯を論ずる場合に言及される。ここに論ぜられている事後的故意とよばれるものは、先行行為の問題解決の努力の背後に、必ずといつてよい程現われる問題である。

筆者はこの事後的故意につき、Köstlin, Krug, Glaser の主張を紹介した学説史的素描の後、特に目的的行為論と対決する。

なぜなら、人間行為を目的行為と考え、故意は少くとも行為の際にあるものでなければならないとする目的的行為の立場からみれば、実行行為の終了後の故意はその行為に接続する不行為に属するもの、すなわち不作為故意であり、決して作為故意ではないからであるとして、事後的故意の概念を否定してかかるからである。

筆者はこの点につき、目的的行為論に真向うから戦をいどんでいる。

彼は結果を惹起する行為に属するのは目的性であつて、故意ではないとする点から出発し、目的性と故意とを混同することが目的的行為論の欠陥であることを強調する。なぜなら、故意は行為者自身の主体性のみに関する要素だからであり、故意は目的追及的な実質的意思として存在の客体性の中へと移調せられることなく、決意する意思によつて目的的に形成せられた客観的（外部的）自己——objektives (äusseres) Selbst——である。結果は行為者の故意の（目的的）行為によつて惹起されるのではなくて、目的的行為によつ

て故意に惹起されるのである。故意と目的性の間には目的設定と目的実現の関係がある、という。

「目的設定とは主体によつて支配することの可能な、外界の変動の意識であり、意欲である。目的設定は不自由を否定することによつて創り出された積極性――個人の自由から、意志活動に基づいてひき出される積極性（Position）である」ということから、目的実現の自由、実現への決意、存在という現実に移調する自己の可能性への意思の作用等を論じ、ここに目的性とは異なつた故意の意味を求めようとする。

以上のことから、事後的故意は行為の後に生ずる故意ではなくて、身体運動の後に生じ、行為によつて実現された故意であるとされる。非常に抽象的で、難解な論文であるが、ウェルツェル一派が依拠するエコライ・ハルトマンの哲学から、フィナリスムスの誤謬を指摘する点は、今後の我々の研究にも、一つの大きな指針を示すものといえよう。

フィナリスムスに対しては、そろそろハルトマン、シェーラーあたりの哲学との関係、――或はこれは一方的な主観的利用にすぎないかも知れない――を刻明に検討すべきである。

W. Middendorf; Die Prognose im Strafrecht und in der Kriminologie, S. 103 ff.

アメリカで刑事学の研究に従事したことのある筆者はアメリカの学問の成果をも入れて最近多くの作品を出している。Jugendkriminologie (1956). Soziologie des Verbrechens (1959) 等。

犯罪予後の問題は西独でも最近関心を集めて居り、ハイデルベルク大学のレフェレンツ教授が精神医学の成果を用いて研究を発表しておられる。筆者はバージェス、グリュック、レックレス等の主としてアメリカの文献を用いた紹介論文であり、独創性あるものではない。

刑法の展開と犯罪防止の成果、予後研究の展開、予後の諸問題、予後と刑法、将来の課題に分説されている。

一九六〇年草案に予防監置の制度を保安処分として取り入れた西独刑法学は予後をめぐつて、又、エネルギッシュな研究を始めることであろう。問題整理と問題提起の意味では、すつきりとよく書けた論文である。

Ruhrmann; Die Behandlung innerdeutschen (interlokalen) Kollisionsfälle auf dem Gebiet des Staatsschutz-Strafrechts. S. 124 ff.

国家の存立に対する犯罪についての論文。東西ドイツの分裂がここにも見られることはドイツ国民のために悲しむべきことである。

F. Schaffstein; Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre. S.

369 ff.

かつてのナチス刑法学の闘将が本誌に寄稿した復活第一号ともいうべき本格的論文（もつとも著書としては Jugendstrafrecht をすでに公刊している）。内容的には、本巻中、最も注目すべき、好論文である。

理論上の理由から、従来、社会相当行為を構成要件該当性阻却と解していた正しい説を放棄して、それを不法阻却事由と解するに至つたウェルツェルの立場を批判して、旧説の正しさを論証しようとしたもの。一部は私の別稿で紹介した（本誌三四巻一二号六一頁以下）。

社会相当行為は加罰性を制限もしくは否定するものであり、これをとりあげることは行為者に有利なことであるから、立法者の任務たる罪刑法定主義の確立を何等動揺せしめるものではないとする立場に立ち、この理論を肯定し、錯誤論から、根本問題にかえつて実質的違法論によつてその正当性を立証しようとしている。構成要件の規範的メルクマールと関連して、その相違を論じ、禁止の錯誤を社会相当行為についての錯誤に認めている。

J. Hellmer; Rückfallsverbrechertum und Frühkriminalität. S. 397 ff.

ベルリン工科大学の助手時代に Erziehung und Strafe (1957) を公刊し、その後キール大学の犯罪研究所研究員として Kriminalpädagogik (1959) を世に問うた。

早期犯罪と累犯の問題は非常に大きな関心を喚び、一九五七年の第九回犯罪生物学協会会議のテーマになつた程である（Kriminalbiologische Gegenwartsfragen Bd. III. 会議の紹介、本誌三一巻一号）。

筆者はこの両者の関係につき、エクスナー、ゼーリッヒ、ザウアー、近くはフライ（Der Frühkriminalle Rückfallsverbrecher. 1951）の研究成果を用いて説明し、累犯の本質、早期犯罪の本質、早期犯罪者の認識可能性、早期犯罪者の処遇につき論じる。

自己の実務上の体験から出たわけではなく、多くの著書を用いて問題を整理したものにすぎず、特にすぐれた主張も見当らない。

単なる紹介記事に終つている。

Arthur Kaufmann; Zur Frage der Beleidigung von Kollektivpersönlichkeiten. S. 418 ff.

ラートブルッフの死によつて、教授資格取得の道がとざされ、久しくカールスルーエの裁判所で実務につく一方、ハイデルベルク大学で時間講師という不遇な研究生活を送つていたカウフマンが、ガラスに提出した責任論に関する研究（Das Schuldprinzip. Eine rechtsphilosophish-strafrechtliche Untersuchung. 著書として一九六一年晩秋に出版）により、私講師となつて発表した第一声であり、

この後に、ザールブルッケン大学教授の道が開かれた。

本稿では団体が侮辱罪の客体たりうるかの問題につき論じられている。

学説につき周到かつ豊富な検討を加え、筆者の人格のにじみ出ているような重厚な内容である。団体人格についても刑法上の名誉保護が常に拡張せられるという方向にある傾向は現代の特徴であるが、これを法はいかにして承認するか。聯邦裁判所及び多くの著者の目ざす決定的なメルクマールは社会的機能である。筆者は事実的名誉概念によらず、規範的名誉概念によりつつ、これを基礎にして、団体人格の侮辱は考えうるか、その刑法上の規制のあり方如何を問い、今般公表せられた刑法改正草案につき、その結論を吟味している。名誉の保護に価する団体人格に対する侮辱は、刑法上処罰の対象となることが論証せられているのである。

この論文を載せた本号を入手する前に、私は筆者から抜刷を受けとつた。紹介が遅れたので、この誌上を借り、感謝の意を表する。

T. Lenkner; Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter. S. 446 ff.

筆者はチュービンゲン大学の助手。未成年者とその法定代理人の同意を扱つたものである。同意の問題については、ゲールズの詳細な研究があるが、これは同意能力をめぐつて、独民法八二三条以下の問題についての文献をも併せて考察している。構成要件阻却的な同意（Einverständnis）と正当化事由たる同意に分けて説いているが、二つの法分野にまたがつて同意の問題を見ることは興味ある考察方法であると思うが、ただ民法上は取引の相手方である第三者保護の点に重点があり、刑法の場合のような行為者の行為に対する規範的評価とはいささか価値判断の基準を異にしていると考えられる。規定の機能上の差異を適確につかまえてから後の比較でなければ、単なる平面的な考察に終る。

O. Schweling; Der Begriff „rücksichtslos" im Verkehrsrecht. S. 464 ff.

いわゆる〝心情のメルクマール〟の一つに交通法上の〝無謀に〟というものがある点について私は別稿で論じたことであつた（本誌三四巻一一号七八頁）。

本論文はこの〝無謀に〟という概念につき、A問題提起、Bこれまでの解決・その表現と批判、C概念規定に分け、Cで思慮について上部概念と下部概念、〝無謀な〟という概念、その法形式、法文への移行等につき、実に七〇頁に及ぶ解明をしている。

H. Fuhrmann; Berechtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zu § 332 StGB über den Ermessensbeamten. S. 534 ff.

シュミットの „Die Bestechungstatbestände in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959 なる著書にある「ライヒ裁判所はその晩年に六〇年にわたつて確立した、いわゆる裁量の任をまかされた公務員という概念についての判例を何のことわりもなしに破つた」という発言に対して、ライヒ裁判所、聯邦裁判所の判例を追つていつて、その正否を吟味した論文がこれである。実務家の手になるたんねんな、帰納的論証はよみごたえがある。

それにしても、七〇歳に達せられたシュミット教授が、今なお、このように多くの人達に刺戟を与えるような詳細な著書を世に送り出された努力に、改めて敬意を表したい。

なお、一九六一年一二月六日附の私への私信の中で、教授は当分の間は刑訴の研究にかかり切つておられるので、内容的にかなり古くなつたリスト・シュミットの刑法教科書の改訂は、全面的な改訂を必要とするから、今のところは全くこれを行う予定はないとのことであつた。

本誌附録の比較法研究の部で特に注目すべきものは次の通りである。

Grünhut; Moderne Arbeitsmethoden in der Kriminologie. S. 5. *Bettiol; Das Problem des Rechtsgutes in der Gegenwart.* S. 14. *Ancel; Der Einfluss der Rechtsprechung auf die Entwicklung des französischen Strafrechts.* S. 34. *Legros; Für die erweiterte Soziale Verteidigung.* S. 53. *Andenaes・Rippollés・Allen; Grundsätze und Methoden der Beweiserhebung im Strafprozess.* S. 110. *Calvi; Die Entwicklung des materiellen Strafrechts in Italien in den Jahren 1952-1959* S. 181.

（一九六一・一二・一四稿）（宮沢浩一）