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』七三巻 (一九六一年)
Sub Title	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 73. Bd. 1961
Author	宮沢, 浩一(Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1963
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.36, No.8 (1963. 8) ,p.96- 105
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=AN00224504-19630815-0096

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.

ヴィチにたいする批判と攻撃が向けられており、そして最後に、反党グループの処分が問題となつた第四の段階が出現しているという。

余波　無論、「六月危機」の落著後反党グループは幹部会から一掃された。新しい幹部会では、委員および委員候補が増員され、しかも委員一五名の内の一一名をまた委員候補九名の内の六名を党アパラチキイが占めるに至つた。すなわち政府を代表する委員もしくは委員候補は僅か五名――閣僚会議議長のブルガーニン、副議長のミコヤン、ジューコフ元帥、閣僚のペルブーヒンとコスイギン――にすぎず、党アパラチキイと政府官僚との比率は「六月危機」以前の幹部会のそれと逆になつた。書記局の幹部会にたいする、したがつてまた政府にたいする統制は保証され、一九五八年三月にはフルシチョフがブルガーニンに代つて閣僚会議議長すなわち首相となり、党アパラチキイの政府にたいする支配が確立した。しかしこのことは、かつての反党グループが政治の次元から完全に一掃されたことを意味してはいない。一九五七年六月の中央委員会総会の決議は反党グループの党からの除名を要求していたが、第二二回党大会の決議にはそのような要求は見当らない。またモロトフは自己の敗北を最終的には認めてないし、一九五八年一二月にブルガーニンが、一九五九年春にペルブーヒンとサブーロフがそれぞれ用心深い告白をなした以外、反党グループのメンバーは一人として自己批判を行つてはいないと。それ故、著者は、フルシチョフと反党グループとのかかる複雑なからみ合いに改めて光を当て、そのことによつて、現実のソヴエト政治への豊かな手懸り・鍵を提供して行く。

（二）三気付いたところであるが、四一頁五行目の and the NVKD.' は and the NKVD.' の、九三頁五行目の the Japanese newspaper Asaki Shimbun, は the Japanese newspaper Asahi Shimbun の誤植であり、また九頁九行目の all members of the Soviet Presidium の Soviet は除かれるべきであろう。）

（中沢精次郎）

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

73. Bd. 1961.

『全刑法雑誌』七三巻（一九六一年）

一　本巻には一〇篇の論文が登載されている。即ち、第一分冊にグリューンワルト「医師の告知義務」、第二分冊にイェシェック「ベーリング以後のドイツにおける犯罪概念の展開――オーストリアの学説と比較して――」、ラング＝ヒンリクセン「責任思想の危機」、第三分冊にアルトゥール・カウフマン「患者の同意によらない治療行為」、ジェローム・ホール「刑法理論」、ルドルフ・シュミット「一九六〇年草案における賄賂罪の構成要件」、ヘルマー「傾向犯と職業犯」、第四分冊にゲルケ「訓令拘束性と基本法」、ファイゲ「自由

刑執行における個別化の思想」、ライグル「刑罰の意義と刑法改正」の名が見える。

以上のうち、ホールの論文は、その著 General Principles of Criminal Law, 2 ed. 1960 の第一章をフライブルク大学国際刑法・比較法研究所のヘルマン助手が翻訳したものである。従つて、この紹介はここではしない。

H. H. Görcke; Weisungsgebundenheit und Grundgesetz. S. 561 ff. は筆者の能力を超える問題であるから論評を控える。Feige; Der Individualisierungsgedanke im Vollzug der Freiheitsstrafe. S. 614 ff. Reigl; Sinn der Strafe und Strafrechtsreform. S. 634 ff. は内容的にさして重要ではないから、これを割愛する。

以下、テーマによつて紹介する。従つて、必ずしも掲載順序にはよらない。

二 Jescheck; Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre. S. 179 ff.

本稿は本巻の中で理論的な興味を一番ひくものであるといつて過言でない。フライブルク大学の比較法研究所長の職にあるイェシェックがオーストリア刑法・刑事学協会で講演したときの草稿である。従つて、必ずしも詳細な学術論文であるとはいえないが、同じドイツ語民族の理論でありながら、我が国で余り組織的に研究されていない墺刑法学の犯罪論につき、手がかりをつかむ上で非常に参考となるところが多い。比較法といつても、理論的なテーマの相違を比較することは最も困難なこととされているが、学説の展開の諸前提、ことに刑法体系の状況とその基礎をなす精神をさぐり、そこから展開を見つめる論者の見識は高く評価しうる。著者は今日のドイツ刑法体系の課題を学説史的に把握し、新しい説と旧説との対比を通じて、展開の過程を見、不可避的な見解の対立、立場の相違が多様な発展段階に属するという点を明示しようとする。

イェシェックは本論文を①科学的実証主義体系、②目的論体系、③目的的行為論体系に分け、それぞれにつきまず独刑法理論の展開を説明し、ついで墺刑法理論をこれと対比する。

まず、簡単に犯罪概念を構成要件、違法、責任の諸要素に分けて今日のように整理するのに寄与したメルケル（責任論）、ベルナー（行為概念）、v・リスト（構成要件と行為の分離）、ベーリング（構成要件を違法・責任についての関聯点となし、法治国家の保障機能の荷い手とする）等につき説明する。私共に興味のあるのは、一八〇三年に当時としては極めて進歩した刑法を所有したにも拘らず墺理論がこの偉大な立法の陰にかくれてしまつて、Jenull, Hye, Herbst, Lammasch 等の体系書では犯罪の主体と客体に分けるといつたプリミティブな理論に終始し、むしろ重点を現行法の解釈に置いていたという事実である。

墺刑法理論に重大な転機が訪れたのは、ビンディング、メルケル等に影響を受けたヤンカ、フィンガー、シュトース等の努力による。

1 「法原則はすべてその概念と当該全体像から導き出され、説明されうるのであつて、法律外の認識にこれを求めるべきでない」

とする**実証主義**が犯罪概念を整理するのに重大な寄与をした。ここでは体系構成の明確さ、無矛盾性に決定的な価値が置かれた。

古典派刑法理論が目ざしたのは、体系的思考を整備し、自己完結的なものとすることによつて、実務における等しい取り扱いを実現し、確立した解釈を提供することによつて、裁判官の恣意の余地をなくすことにある。その犯罪論の基礎は行為概念であつた。行為は自然主義的に身体運動と考えられ、v・リストにより、〃感覚的に知覚しうる要素としての外界の変動〃が行為と結果の間の因果関係に加えられた。行為論に関しては法実証主義者ベーリングも例外ではない。彼の努力も加わつて、犯罪論体系は次のように説明された。即ち、行為が存在すると次にその外部的メルクマールの記述的要素である構成要件、客観的規範的要素である違法性、主観的心理的要素である責任が順次問われることになると。

右のベーリングの考え方はオーストリアに非常な影響をもたらし、今日ではドイツ以上に強く残つている。法の世界の概念構成を国家の法に限定するという実証主義の根本的態度か、ウイーン学派のケルゼンを生んだ伝統と併せて今日の墺刑法理論にも大きな支柱を与えているのであろう。

その行為論は身体の運動をもつて説明し、不作為については生理学的に筋肉の神経刺激伝達の抑制と説明している。構成要件論には Tatbild という概念を用いるが、これはベーリングの Leitbild から出たものであつて、犯罪の主観面・客観面が合一している Deliktstypus の中、外面的・客観的側面を包括するものを特に Tatbild と称している。ラートブルフが試みたように行為論の問題を構成要件該当性に解消したものとしてはカデッカがいる。

オーストリア刑法理論で主観主義者は、危険なき未遂と目的犯という例外的場合について、これは構成要件にも該当せず、違法でなく、単に有責にすぎない態度であるという特異な理論を主張しているが、この点にわずかに客観主義との相違が認められる。

責任論については、ドイツの旧通説と同じ心理的責任論の退潮の時期はドイツよりも早かつた。それはジョセフィナ刑法典第一条で〃悪しき故意〃が要求され、始めから責任の規範化に親しむ素地があつたからである。心理的責任論はレーフラー・ミジチカ（ミリッカと読むのは誤り）、ランマッシュであつた。

2　第一次大戦後にベーリングの体系を変化せしめた新しい志向は**目的論体系**である。実証主義の狭い範囲内で思考法則上の正合性を求める代りに、刑事政策的目的に関係づけることが基準となる。このような傾向は新カント哲学の認識論に負うところ大であつた。その任務は科学的方法論を法学的思考の正当性の諸条件に限定することであり、素材と価値、存在と当為の対置に限定する。かくして、その独自の基準によつて法の社会理論を貫徹しようと努め、法の本質をより高い理念に方向づけて認識することを可能にした。

自然主義的に考えられていた行為論の反省、特に不作為犯をどう合理的に説明するかという問題。それもさることながら、最も大きな変化は構成要件と違法性の関係、特に規範的構成要件のメルクマールの発見がベーリンクの体系を動揺させた。又、違法論にも変化

が生じ、法規違反と解した古典派の考え方は、「法益保護に役立ち、従つて社会的侵害性を表わすもの」と解されるようになり、構成要件論もメツガーにより、不法構成要件と説明されるに至つたのである。責任論では周知のように、非難可能性を中核とする規範的責任論が中心的地位についたのであつた。

埴刑法理論でも、犯罪論体系の重点は行為論から違法・責任の問題に移つている。（社会的行為論がレーダーに見られる。）構成要件論では、Tatbild の概念において、ベーリング のように外部的に知覚しうる出来事の没価値的記述ではなくて、ベーリングをはるかに越えているが、規範的メルクマールを認めることで純粋記述的概念に破綻をきたしたその体系と同じ運命をたどつた。しかし、構成要件を違法性徴表的な抽象的不法類型とみなす点ではベーリングと異なる。これに対して、カデッカは「構成要件は行為を可罰的行為にするメルクマールを示すにすぎず、何等かの不法に向けられているにすぎない」と批判する。

構成要件は当罰的不法の類型化であるとする埴の通説は主観的構成要件のメルクマール、規範的構成要件要素を認めるのに消極的である。ドイツの通説に類似した見解の持主のチンマールもこの点では埴の通説と同じである。

ノヴァコウスキーがV・ウェーバーの目的的動詞を論じて、違法性にとつて重要な成分と責任にとつて重要な主観的成分に分けようとしていることも、彼我の相違を示す。このような一致した反対は、埴理論が不法に主観的成分が入り込むことは違法性の本質観に反すると考えているからに他ならない。グラスベルガーの言葉によれば「すべての予防の彼岸にある刑法の使命、即ち社会の利益をそれに帰属する価値に従つて整序する使命」が客観的犯罪論の根拠である。主観的犯罪論者も違法性については、いわゆる人的違法観をとらず、犯罪意思のみが処罰の根拠であるということを違法にではなく責任に関聯づける。

責任論としては規範的責任論が通説となつている。ただ、責任は判断につきるのか（形式的責任）、それとも有害行為はそれ自体の中に反価値的性質を示すのか（実質的責任）が争われている。ホーエンライターは「責任は単に没価値と考えられる内部事態に対する感情の反作用である」とするが、通説はいろいろと責任判断の対象としての反価値のメルクマールを説明しようとする。リットラーは「意思決定の義務違反性」、マラニウクは「行為の社会的侵害性に対する態度」、ノヴァコウスキーは「感情生活の欠陥」、ゼーリッヒは「一定の価値態度によつて動機づけしめる人格の器質的欠陥」、カデッカは「法秩序に対する行為者の敵対的又は投げやりな態度、過失の場合は〝義務感情〟の欠缺」にこれを見出そうとしている。違法性の意識の取り扱いは独理論と全く異なる。埴刑法三条、二三三条により、法律の不知でもつて何人も原則として責任を阻却されないと限定されているからである。

3　最後に残された目的的行為論については、詳細に紹介するまでのことはなかろう。ここで指摘しておくことは、それはオーストリアの行為論に全く何等の影響もしていないということである。目

的的行為論の違法論＝人的違法論も、そこの客観主義者には認められていない。主観主義者は犯罪の価値侵害性を内心的領域に求める。何故なら、決意は犯罪という反価値の意味の荷い手であるから。ただ、彼我の相違は犯罪要素として違法と責任に分配する点にある。この点、ノヴァコウスキーは処罰の根拠として法に敵対する意思という概念を用い、その意思に基礎を置く行為の責任内容を重視し、不法ではなくともよいといい、違法でなくて、有責であるにすぎない行為を犯罪として処罰すると主張する。しかし、適法行為の処罰というのはいかがなものであろうか、法治国の理念に反しないかを著者は疑う。最後に一連のテーゼを列挙して論を終える。

Lang-Hinrichsen; Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht S. 210 ff.

聯邦裁判所判事でケルン大学教授を兼ねている著者が、実務家として、又理論家として、現在西独の判例、学説の中にいろいろな形で現われている、責任刑法の思想に対する危機的な傾向をとりあげ、規範的責任論を強化しようと試みた論文であつて、E・シュミット教授の七〇歳誕生日に捧げられている。全体は六部に分けられて居て、第一部が非常に詳細であるからこれに重点を置き、以下順次簡単に紹介してゆくことにする。

①責任思想を動揺せしめる考え方として、結果に対して故意・過失が関係しないときでも、結果が発生したことで行為者に責任を負わしめるという説が次第に現われてきた。刑の量定の問題に限定してであるが、聯邦裁判所判例集一〇巻二五九頁以下で聯合部は行為者により有責的に惹起された一般的危険状態から、事実上生じた損害の結果は具体的現象形式で、即ち、行為者により惹起された侵害の性質と方向で行為者に予見しえなかつたときにも刑罰加重的に考慮しうるとし、その理由として、不確定な多くの害悪が入りうる可能性の扉を有責的に開いたものは、害悪がそこから侵入した以上は、責任原則にふれずに、刑の量定に当つて責任を負わせうるとするのである。さらに聯邦裁判所は一九五七年一〇月二九日の判決でいわゆる酩酊に対して、酩酊行為については有責でなければならないが、酩酊が有責的に惹起されて居り、行為者にとつて何等かの可罰的な違反をひき起すことが予見されていればそれで充分である、と判示した。それに語をついで「刑法が酩酊により惹起された抽象的危険にして侵害に到らないことに対する刑事責任を飲酒者に負わせるならば、他の犯罪につき展開した責任概念から離れてしまう。もつとも、責任は故意・過失ではなく、これら内心的なものに非難として加えられるものと解されてきたが、この責任概念は故意・過失がいずれもこれと関係しない結果を或る人に責任つけることを排除するものではない」とも言つている。シュワイケルトはこれを論評し、故意・過失という態度形式と並んで、行為者行為と行為事情の間に過失よりもゆるやかな関係があるとし、これを危険な態度(das riskante Verhalten)とよび、法益に対する侵害の危機をいい、これと過失とは注意義務侵犯を必要としない点で異なるとし、酩酊の判決も、刑の量定の問題を越えて、非難可能な態度形式として危険な態度を認めていると解すれば、これを支持しうる、としている。

シュワィケルトはさらに、純粋に偶然的な事情が危険な態度を惹起する場合のあることを考慮して、危険な態度と危険事情との間に相当関係を要求している。

論者は右の二つの判例にも、シュワィケルトにも批判的である。その理由は、これらはいずれも規範的責任論の非難可能性という規範的要素と関係のない責任非難を予定して居る。又、責任と刑罰とが相互に意味的関聯をもつていなければならないことを看過している。結果が生じうるように可能性を開いたからといつて、予見されなかつた損害に責任を認めうるであろうかと反論する。右の立場は結局イタリアの近代刑法ですでに克服された versari in re illicita の理論と同じであり、すでに克服せられたものの復活にすぎない、ときめつける。論者は結果の予見可能性は帰責のための最下限なのであつて、これを無視する議論は、責任刑法の思想と相容れないという。シュワィケルトに対しては、過失における予見可能性と危険な態度の認識可能な相当関係とを区別することは許されないとし、これも既述の Versari 原則修正説としてかつて論じられたものであつて、目新しいものではないと批判する。

②では結果加重犯につき、③では刑の量定につき最近の学説の中で責任の程度を越えて結果を重視するものをあげ、批判している。

④はこれまで構成要件のメルクマールと認められた事情を構成要件から分離する諸説をあげ、a、法義務のメルクマール、b、不真正不作為犯の結果回避への法義務を禁止の素材であるとする説、c、経済刑法違反につき秩序違反を構成要件のメルクマールからはずす試みをそれぞれ批判している。

⑤は故意責任と過失責任の限界を平均化する立場、a、責任説、b、ハルの説（法律が故意・過失の処罰を許しているときは、特に軽卒に犯行したものを故意犯と同じに罰し、未遂の原則により軽減する）の両者を批判する。

⑥では交通事件において、運転者が機能上の機具の故障で事故を生じたときには常に過失を推定するという考え方（ウインマー等）に批判を加える。その他、運転手に対して、法的に非難される失敗を回避出来た筈であると推定することが実務上必要である、とする考え方に対して実務上も間違いであると論難している。

以上、並記した問題は今日、責任思想を何等かの点で限定し、責任論の本質を改変しようとする試みを示している。現代はあらゆる意味でヤヌスの頭をいただいている。純粋に責任論を考えぬいた過去と、ともすれば必ずしも美しいものが期待されない将来にその頭は向いている。法現象は全文化にその根をもつている。刑事責任の洗練化は人間生活の倫理化、人道化への努力により荷われる。しかし、ここに逆行的な潮流が現われているとき、刑法における責任思想の危機を指摘することは充分意味があると言えよう。

三　ドイツ刑法学界では現在刑法と治療行為につき激しく争われている。本巻も次の二篇がこれをテーマとする。ここ数年来、聯邦裁判所はその判決で、ガン等の重症患者に対し、医師は手術前にどの程度の告知をするべきかにつき判示し、その判決をめぐつて法律家、医師の間で賛否両論が激突している。両論文はこの論争に直接

介入したものである。

Grünwald; Die Aufklärungspflicht des Arztes. S. 5 ff.

これから行なおうとする手術の危険性をどの程度患者に告知すべきか。患者に黙つて勝手に行なつた治療行為は、たとえ成功して後遺症を残さなくとも刑法上問題になるのではないか。しかし、技術上適切な処置であれば違法な傷害とはいえず、たかだか患者の判断の自由の侵害ということになり、殆んど無罪となる。そこで、一九六〇年草案一六一条に「治療行為」一六二条に「患者の同意によらない治療行為」を要件化している。しかし、それでも患者に充分処置の危険について知らせたか、彼が熟慮した判断をするにつき必要な知識を医師が知らせたか等については明確な基準にはならないといつてよい。この医師の告知義務は①教えることがどこまで及ぶか②教えて患者をきずつけるときは如何なる要件で告知を断念しうるかの問題に帰属する。そこで「典型的な危険」を教えればよいとする聯邦裁判例を不充分となし、「告知することが患者の健康又は生命に危険をひき起す筈であるという特別な事情のあるとき義務はなくなるか或は限定される」という。しかし、この問題ははたして裁判官の判断に親しむであろうか。論者は聯邦裁判例の中に、裁判官の倫理観が専門職の者の職能倫理から遊離し、それ等よりも優位にあるとの錯覚に陥つているかに思われる例として、人の判断の自由と生命・健康という価値のいずれが貴重かという問題をとりあげる。問題の本当の核心は患者の利益とは何かである。ところが、「告知により患者を驚かし、不安感から彼が治療に反対する」という点に問題点を見ようとする判例は、「治療に同意する患者から治療の機会が奪われないために、告知の断念を必要とする」医師側の階層倫理に根拠をもつた見解を理解していない、と批判する。裁判官といえども、彼等独自の倫理観に立脚して他の階層倫理を一方的に非難しえないと論者は強調する。そこで、「告知の断念は病人の特殊な人柄とその精神的状態の故に、生命・健康に危険が明らかなときのみならず、その危険が病気の種類、重大さにより一般的に存すれば足りる」とする。そこで①不安がる程度②手術の重要度③危険の大きさから個別的に決定される、という。

改正草案一六一、一六二条については、医師に対して、それらは一応その行為の目やすになるように見えて、実はまだ、当該裁判官の倫理観で左右される余地が大であると指摘する。

この問題はしかし、実に根深い問題をはらんでいる。患者と医師の間には、昔のように全く頼り切り、自分に良かれと思うことを処置してくれるものという信頼がなくなつている。殊に大病院における非人格的なつながり、医療過誤の報道、新しい治療、新薬等の宣伝等で、今自分になされているのは、はたして正しい処置かを疑う機会が増大している。さらにナチス時代の医師の非人道行為等。この告知の程度等をめぐつて、医師の側が変化した社会的諸関係ともに対決し、その職能倫理観に反省がなされれば、幸である。そのためにも、判例は少しひかえていることが望ましい、と論結する。

Arthur Kaufmann; Die eigenhändige Heilbehandlung. S. 341 ff.

本稿はマインツにおける刑法学会報告に註を補充したものであつ

て、ひとり法解釈に限らず、法哲学的に問題の所在をとらえようと試みたものである。

カウフマンは判決に表われた法律家の考え方とそれを批判する医者の考え方の相違の根元を追及する。まず医者の非難である「法律家は抽象的形式的に考えるが、医者は具体的人間を扱わねばならない」という主張に対し、科学はおよそ形式がなければ無定型になる。科学であればその思考は抽象的であり、判定の尺度のない判断は不可能であり、医者の診断も類型的な症例に照してなされる。問題は医師のなした治療が法的に許されるか否か（裁判官の判断事項）である。たしかに反対者にも正しい核心はある。医師の処置の許容性を判断するに当り、その基礎をなす具体的事情については医学の知識が必要であり、原則として専門の鑑定人を必要とする。

患者がたださえおそれをなしているところに、手術の同意を求めればそれを拒むことが予想されるとき、告知をしないでよいかどうかの問題は、法学の側で判断すべき問題である。もつとも、この解答は決して一義的に決まるものではない。この点で、図式的に考え、単純化するのは、法律家も医者も犯しやすい間違いである。

患者に告知する際には、聯邦裁によると、医師は当該状況に即し、患者を傷つけない程度に説明するよう判断せよという。だが、ここで強調さるべきは「人格的自己決定」と「生命・健康・安寧」という諸価値間の順序である。

筋腫手術に関する判決では「結果の重大な手術を同意なく行なえば、たとえ医学的に正しくとも人間の自由と尊厳を違法に侵害するものである」という。ここで重要な問題は実は、患者が病気の重大さを知らされることでショックを受け、手術に対する同意を拒むときである。医師の考えと法律の考えが対立するとき、裁判官は医師の職能倫理に基礎づけられた見解を充分考慮すべしと前掲のグリューンワルトの主張は言つていた。カウフマンはどの医師の見解を基準とするのかと反論する。判例に反対する医師の声が基準なのか、それとも反対を表明しない医師の大部分は判例に同意したと考えてはいけないか？

聯邦裁判例は医師の見解によるのではなくて、客観的観点により判断せよといつている。窮極の序列は病気の救済にある。ここで著者は「死」と「病」につき生の〝哲学〟に依拠した考察をする。現実の俗化した世界は、しかし、医療の技術化・専門化により精神的でなくなり、病気は営業上の事故であり、医者は健康のエンジニアになつている。しかし、このような時代思潮が、病気（故障したメカニズム）を直すに適したことをすべてなしうるものが医者であるという錯覚に陥らせているのではないか。科学でも救えないものを人間はもつて居り、人間は他人が最良の方法であると思つても手段化されてはならず、あくまでも人間は自分自身の主人である。医師といえども自己に委ねられた他人の人格を尊重し、人間存在の深みを畏敬しなければならない。生物としての人間というよりは、全体としての人間を考慮しなければならない。要するに、技術万能思想で失われた医師のエトスを回復する必要がある。シュミットも言つたように、患者の自己決定権の尊重は医師の沈黙義務と相俟つて、

医師＝患者の人間的・道徳的関係の本質的要素に属し、信頼関係の基礎をなすのである。しかし、告知をすれば患者の健康に重大な危険がある場合には自ずから限界づけられることは勿論である。又、同情的な虚言は同情にならないことも知らねばならない。以上のことから、告知すれば処置を拒むであろうというおそれが告知義務をなくすという見方は間違いであるという結論になる。医師が患者に対して理性高権（Vernunftshoheit）を有しないこと勿論であるが、患者の拒否が真意に出、かつ真面目な表示である必要は勿論ある。

最後に一九六〇年草案に言及し、告知義務は具体的に決せられるべきであるから、立法による解決は不可能であり、重要な問題の解決はひとり法学と裁判所のみの手でなく、常に医学の専門知識を顧慮しなければならないと説く。問題点を刻明に指摘した好論文。

四　最後にヘルマーとシュミットの論文を簡単に紹介する。

Hellmer; Hangtätersehaft und Berufsverbrechertum. S. 441 ff.

ドイツ刑法の刑に保安監置という処分が規定されている。一体、いかなる行為者のグループがこの処分に服するのか。そもそもこの制度は刑法二〇条aの前身である一九三三年の「危険な慣習犯罪人と保安改善処分に関する法律」により導入されたのであつた。これらの規定の文言から一体危険な慣習犯人とは何かということがはつきりしない。にも拘らず、この制度の導入以来すでに一八〇〇〇人がそれを宣告された。そして宣告数が裁判所により、又、時代により非常に異なつているという事実、保安監置を宣告された者の数値がこれを論じる者によつて異なるという事実を指摘して、論者は慣習犯人の概念を明確にする必要を説く。

まず、刑事学においてもこの概念が不明確であることを摘示する。一九六〇年草案では慣習犯人に代つて傾向犯人（Hangtäter）という名称が用いられている。ライヒ裁判所もこの概念を用い、「性格学的素質によつて存在し、実行により獲得された内的傾向により、反復して法侵害を犯す傾向あるものをいう」と判示し、一九六〇年案の理由書では、「その傾向が何故生じたかを考慮しないで傾向があるかどうか、それが素質的か、習慣、傾向、練習その他の方法で発達したのかどうかが決定的である」といつて居る。しかし、いずれにしても「傾向犯」という概念は不明確であつて、これを用いることは刑事政策的に問題がある。

保安監置は刑罰が役に立たないとき、刑罰を補充し、刑罰に代つて出てくる。ここに刑法の責任原理に抵触する。保安監置を宣告するには人的要件（犯罪行為が累積すること）と物的要件（行為者の特性）をきびしくする必要がある。草案八五条では「重大な犯罪行為への傾向」を要求している。

かくて傾向犯（a）と職業犯（b）の区別が論じられる。即ち、（a）意思薄弱からの慢性犯人と（b）意思方向からの慢性犯人である。aは〝精神構造〟、bは〝悪しき意思〟が区別の基準である。aは自己貫徹出来ない。〝外部からくる悪しき影響に屈し、自己の力で誘惑に対し持続的な対抗をする正しい関係に復帰しえず〟、その人格的欠点は極端に環境制約的であり、誘惑されやすい。

bには傾向がない。傾向ではなくて、はつきりした意思から行為

をする。始めから、犯罪生活への意思にかなつた関係をもつのであつて、その行為は犯罪意思を徴表する。

aは累犯者となるときは各種の犯罪を犯すが、bは同種の犯罪を専門的に犯す。aは瞬間の刺戟で犯すが、bは長いこと計画をする。aは一時の必要から、bは利得慾で行為する。そして、a、bともに上位概念たる慣習犯人に属する。

このようにして、bこそが保安監置を必要とする犯人であり、慣習犯人の中から、この職業犯人を選び出して、社会隔離的な処分をするべきであつて、傾向犯はむしろ彼には社会に同化する必要こそあれ、これを孤立せしめる処分は妥当でない、と説く。保安監置を宣告する要件を厳格にするとき、右の区別は重要であるという。論者には Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945 (1961) がある。

R. Schmitt; Die Bestechungstatbestände im Entwurf 1960 (Übersicht und Kritik) S. 414 ff.

一九六〇年にエベルハルト・シュミット教授が賄賂罪の構成要件に関するモノグラフィーを発表されて以来、実務家と理論家とに大きな反響をまき起した。同書は一八七九年以来のライヒ裁判所判例における構成要件の解釈の展開を跡づけて居り、実務の現実、ことに裁量権限のある官吏 (Ermessensbeamt) の収賄性をめぐる論述には、検察畑から相当に強い反論が出ていたようである。

マインツ大学私講師 Rudolf Schmitt の本論文は、一九六〇年草案の賄賂罪、全七条の条文を批判して、問題の解明に寄与しようとするものであり、シュミット教授の七〇歳誕生日に捧げられている。

一九五九年案と六〇年案の主たる相違点は公務員の裁量行為についての収賄罪の規定が削除されたという点にあり、ここに問題の社会的重要さが見られる。

本論文はA・Bに分れ、Aでは草案の七カ条の概観をし、内容を簡単に説明して後、Bの部分で今後の議会での審議に際して役立つような個別問題を列挙している。必ずしも条文のコメントを目的とするものではない。Ⅰでは公務員の受けとる「対価」とは何かを論じ、Ⅱでは利益 (Vorteil) が職務行為につき (für, dafür, als Gegenleistung) 収受されたという意味の吟味がなされ、Ⅲは利益を受けてか後から得るのか (事前の収賄、事後の収賄)、Ⅳでは管轄官庁の裁可があれば単純収賄は正当化されるのか、暗黙の裁可でもよいかが問われ、最後にⅤで裁量権限のある官吏の収賄性という最も重要な問題を論じ、一九六〇年草案の文言が、まだ徹底しない多くの不明確さを残した不完全なものであることを認めつつも、なお、この種の立法的解決は何もないよりはよい、と結んでいる。

(一九六三・六・一六) (宮沢浩一)