Title	「スイス刑法雑誌」七八巻(一九六二年) 七九巻(一九六三年)
Sub Title	Schweizerische zeitschrift für Strafrecht, Bd. 78, 1962. Bd. 79, 1963
Author	宮沢, 浩一(Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1965
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.38, No.3 (1965. 3) ,p.104- 118
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=AN00224504-19650315-0104

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.

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

Bd. 78, 1962. Bd. 79, 1963.

「スイス刑法雑誌」

七八卷 (一九六二年)

七九卷 (一九六三年)

I スイス刑法雑誌については、七七卷(一九六一年)を本誌三五卷一二号七五頁以下で紹介、批評した。その後、引き続きこの仕事を行うつもりであったが、いろいろなテーマを扱っているうちに一年以上もたつてしまった。幸にして、一九六四年四月から半年間ザール大学に招かれ、一切の雑用から解放されたのを機会に、書きためたメモをもとにして、遅ればせながら一九六二年、六三年の二年分をここにまとめて紹介、批判したい。

特に、スイス刑法の論文をとりあげる理由は、すでに前稿にも述べておいたが、これらのスイスの論文は、もっぱら論理的整合性、

体系構成に精力を傾けるドイツの刑法理論と比較すると、実務に適した解決をはかることを第一義に考え、しかも独刑法の理論をも批判的に撰取している。このような研究業績に、比較法的興味を喚起されるからに他ならぬ。

又、これらの論文についても、いまだ批判的にとりあげている論稿は本邦文献中に見られないようであるから、本稿にも何程かの存在理由はあると思う。

なお、一九六二年一号七〇頁以下に登載された、Erwin Frey: Die Gefährdungstatbestände des schweizerischen Atomgesetzes und ihre dogmatische Bedeutung は、本誌三六卷三号九〇頁以下に資料として抄訳し、紹介をしておいた。

一九六二年、六三年度に登載された論文を通読した感じも、やはりスイスの学者、実務家達の作品の実用的性格の明確な投影という従来の印象の通りである。従つて、余りにも特殊スイスの的なテーマを追う論文は意識的に簡単に言及するにとどめる。何故なら、本稿ではあくまでも日本刑法学にとつて何がプラスになるかという観点からの取捨選択が行われてしかるべきであると考えからである。

II 七八卷（一九六二年）は一年四分冊という原則を破り、その二・三合併号には特輯記事を載せている。これらは、同年に創立二〇年を迎えたスイス刑事法協会（Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft）がその記念祝賀の講演会を第一回会議開催地ルツェルンで行つたときに寄せられた講演を再録したものである。

本巻に登載された論説は一三編であるが、このうち、右の講演会

の式辞、協会の創立者で名誉会員のオイグスター（Eugster: Die Jubiläumstagung der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, S. 130 ff.）のもの、及びバーターの論文（K. S. Bader: Kriminelles Vagantentum im Bodenseegebiet um 1800, S. 291 ff.）が前述の理由からして紹介しないことにする。

まず、刑法と判例理論とを論じたもの三編を見てみよう。

①Schultz: Zwanzig Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch, S. 3 ff.

一九六二年度よりゲルマンから編輯責任者の地位をうけつたベルン大学教授のシュルツが施行後二〇年を経過したスイス刑法についてその実際の適用の状況を回顧し（1 刑法と判例）、眺望し（2 スイス刑法典の検証）、展望（3 立法の次の課題）した論文であつて、これは後に紹介する記念講演によつて、刑法と判例の部分について、改めてさらに詳細に論じられている。

自由法運動に端を発する、固有な性質をもつ法源としての判例の承認、つまり、裁判は法律を展開形成し、法を發展せしめるものであつて、解釈とは創造的な仕事であり、その課題と方法の点で法定立に類似し、ただ段階的にこの両者は区別されるにすぎないという考え方が、刑法に於ても貫徹せられうることを指摘する。何故なら、現代刑法の特色は個別具体的に形成された構成要件を除去し、規範的概念に還り、裁判官の量定の範囲を刑罰の広範な枠づけによつて整備することにある。刑法総則の諸問題（共犯の諸型態、結果的加重犯、不真正不作為犯、同意等）についても、又各論の規定の解釈（職

業的窃盜、強要等) を考える場合に、判例によつて具体的な内容を与えられていないものはない。つまり、スイス刑法はその施行後二〇年して、今や裁判官により形成された法 (Rechtsrecht) であることがあきらかである、という。

可罰的未遂と可罰性のない予備行為の區別につき、意図せられた可罰行為の客観的構成要件のメルクマールを自から設定した者のみが共同正犯者であり、主観的要件としては行為の決意、準備及び計画に主たる関与者とみなされる程はつきりと加功したものであり、それと従犯との區別は故意及びその実現過程において現われた罪責 (Verschulden) によつて決定する、という。

刑の条件附宣告を許すか否かという問題につき、泥酔運転手が業務上過失殺人を惹起した事件に於て、「このような運転手は原則的には条件附宣告に必要な」その後の行状」にとつて有利な予後を立てることの出来ないような、他人の身体・生命に対する軽視、不顧慮が示される」とする判例を例示し、この種の規定においては判例によつてはじめて、特別予防的配慮が具体的に明らかにされたのであると指摘する。

又、判例上、刑法の規定を「法律に内在する評価とその目的思想」に従つて解釈することによつて、保護法益に向けられた解釈をなすべきことが強調されている。これに対し、義務侵害性の問題については、そもそも義務それ自体というものは存在せず、一つの態度への義務づけ、つまり、法益保護の要請によつて決定された義務の素材が存するのであると強調している。

「スイス刑法典の検証」においては、犯罪の増減と新刑法典の適用との間に何等関連はなく、社会関係、殊に経済状態によつて制約されるととき、新刑法典の検証として、新刑法典によつて法の統一が実現されたという意義を強調し、又、ストイスの予備草案が各国刑法に及ぼした影響を指摘することによつて、それを母胎として生れた新刑法の現代性に言及している。

ここでは、新刑法の採用した刑の条件附執行、保護監察につき、具体的数値をあげて、その刑事政策的有効性を論証することに力がつくされている。特に前者の制度においては、秩序が控え目な方法によつても、確固とした方法と同様な効果をあげることが明らかとなるが、刑罰を止揚して執行に余地を残すことは刑罰のもつところの受刑者の心理を傷つけやすい作用を除くことによつて、社会的援助を可能にするという効果も考えられるのである。このようにして、社会的地位の喪失もなく、又有罪者の家族に与えられる損害も生ずることなく社会復帰がなされるという制度が有効に、かつ大幅に用いられている現制度は、人道的な刑事司法であるというべきであつて、スイス刑法の体系、運用が人道的処遇という基準に合格していることこそ、その検証に他ならない、という。

では「立法の次の課題」は何か。

現行スイス刑法典の一九三七年一月二二日という日附は議會を通過したことを意味するにすぎず、実は七〇年も前に起草された一八九三年のストイス草案にその根本思想を負うているのである。

戦後の改正点(一九五〇年の国家の保護に関する部分改正、懲役と

懲罰の區別、総則の諸問題を総括する一九五九年の改正案、刑罰と保安処分を対象とする一九六〇年草案）を簡単に紹介して後、労働教育所に收容する条件としての年齢制限、精神障害者を責任能力の欠如又はその低減によるのではなくて、行為者の異常な精神状態が犯罪行為に現われ、これが監置又は処遇を必要とすると考えるべきではないかとするこの提案、又成年犯罪者につき処分法において既判力の原理をゆるくし、当初に課した処分に効果がなすとされたときは他の処分の要件のある限り、その処分を課する権限を裁判官に与えるべしとする提言、さらには又、犯罪少年に対する特別な訓練施設を整備し、当該少年につき他の処遇では始めから効果がないと思われるときにこの種の教育困難な者を特に收容する場所に送りこむことを考えるべきであると主張している。そして最後に、刑務所の建物の改良についても強い要望を提出している。

③Schultz: Das Schweizerische Strafgesetzbuch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, S. 150 ff. はビローの「法律はただかかデッサンであり、望ましい法秩序の計画であるにすぎない。しかし裁判官の創造的協力なくしては、真に有効な法秩序はない」という言葉から出発し、法律の真の意義に即する解釈を法律に内在する評価と目的思想から論理的に明らかにする判例の展開の中に、スイス刑法の具体的定立を見ていこうとするものであつて、前の論文の第一部を個別具体的に検討していつた論文である。

犯罪の競合、強要罪、赃物罪における主観的構成要件に対する判例法の形成過程を考察して論者は、「可罰性を外見上拡張する判決

とその理由づけを詳細に見ると、解釈方法に従つてなされていることが分る」と指摘する。つまり、価値批判的・規範的な方法として法律上の規制の文言を自己価値としてではなく、一定の意義を表現する手段と解する方法に従つた解釈である。

又、判例によつてはじめて内容が与えられる規範的要素、本来、価値充足を必要とする概念であつて、立法者が意識的に広くとり、不確定なものにしておいた要素に限らず、判例によつてはじめて具体的内容が推論された一連の概念があることを例示しつつ、「裁判官は決して立法者に従属するのではない。なるほど裁判官は、法律に表明された評価に従い、法律上認められた目的を実現するけれども、その使命を充たすに当つて、法律上の規範の意義を明らかにし、個々の事件への適用を可能にするのである。このように裁判官は法を形成し、補充し、法共同体に対する自己の責任を遂行するのである」と結論づけ、ビローの「法律と裁判官階層が国民に法を創造する」という言葉をもつて結んでいる。

七九巻にあるゲルマンの法発見の方法という論稿と併せて、裁判官による法の発見、形成という極めて現代的なテーマ、判決による法の具体化を考える上で（特に罪刑法定主義という枠を与えられている刑法に於てもこの考え方を適用しよう点が示唆されていることに注意）大いに参考となる論稿である。

なお④Perrin: Le Code Penal Suisse dans la jurisprudence du Tribunal Federal, p. 134 ff. も、解釈の方法、違法性の意識、従犯、刑法と特別法との競合の問題を論じている。聯邦判事であるペラン

の、実務家にふさわしい判例を中心とした論文であるが、内容的にはシュルツの論稿と重複するので詳細に紹介する必要はないように思う。ただ、フランス語で書かれたものではあるが、いかにもスイス人の論文であると思わせるのは、ウエルツェルの影響によつて採用された例の「責任説」について、西独聯邦裁判所の一九五二年の判例を引用して説明しているところである。フランスの刑法学者がこのようないわゆる「理論的刑法学」に同情を示さないのとやはり対蹠的である。このような論文を媒介として、独語に強くないフランスの学者達が少しは論争に加わつてくれればよいと思うのであるが。

④H.-H. Jeschek: Schweizerisches Strafrecht und deutsche Strafrechtsreform, S. 172 ff.

スイス刑法のドイツ刑法に対する影響についてすでにこの雑誌の七三卷（一九五八年）に特輯されたロゴス教授（Paul Logos）の七〇歳祝賀論文集に寄稿しているイエッエックは、本稿においてはドイツとスイスの刑法における類似点と区別すべき点は何かという観点から問題を論じている。そして考察の焦点は刑法の改正の状況、立法と法の形成の方法にしぼられている。

類似点としては、フランスとかオーストリアの立法のように、近代刑法理論や刑事政策の成立以前に行われ、古い体系の跡を残している刑法典と異なり、近代性をもつものであるが、特にスイス法は基本的な体系に依拠して整序され、高度な刑法理論を反映して居り、体系的な整備の点では一頭地をぬきんであるものがある。又、刑法を形成するに当つて判例に与えられた役割もドイツのそれと類似

していると指摘する。又、比較法の成果をも大胆にとり入れる方法上の弊も見られる。ドイツの諸草案では成功していないが、法治国性と刑事政策的合目的性が見事に統一されている。

スイスの刑法改正の強みは体系的な純粹さは断念しているにせよ、実践的解決を志向する傾向を押しすすめている点にある。これは懲役と禁錮の取り扱い方に現われている。つまり、スイスではこの両者は同じ施設で執行され、有期刑の宣告を受けた者は、刑の種類によつてではなく、社会復帰の可能性によつて分類されるのである。然るに、ドイツの草案では宣告された刑による区別で刑の種類をはじめから分化することから出発してしまふ。

又、慣習犯人に対し、自由刑の代りに保安監置をもつてし、社会復帰が社会にとつて有害となるおそれのある者に対する適切な処置として用いられている点も特色の一つである。

又、この両者の法においては、刑罰が行為者に対して非難に値する内心的態度の現われとして行為が非難されうることを要するとする責任原理を共通にしている。もつとも、少数のスイス学者の中には刑法の基礎としての責任と有罪性とを疾病と治療に立脚した概念として考えようとする者もないわけではない。

ところで、両者の相違点としては累犯の防止に対する考え方の相違がある。スイスでは本来の意味で危険な犯罪人と些細な犯罪行為を反復する軽い犯罪人の区別を考慮しうるために、慣習犯人の監置を開放施設内でも行うのに対して、ドイツでは二つを始めから保安監置にふささないで、重大犯罪への性向は確証しうる筈であるという

考えを押し出している。

又、異常人格に適した処分についても、ドイツの草案では責任能力又は限定責任能力といった概念に固執するのに対して、スイスでは行為者の異常な精神状態がこの種の施設に收容することを必要とさせるか否かという見地からの検討を予定している。

最後に、総論の問題として故意の定義、禁止の錯誤、各論の問題として謀殺と故殺の区別、政治刑法犯の構成要件につきドイツの草案に対してスイスの刑法、同草案を対比して立法上の影響を論じ、又スイス刑法の条項がドイツの改正草案の中に如何に多数採用されているかについて興味のある數値を紹介し、刑事立法における國際協力とその改正に際しての範型としてのスイス刑法の性格、動搖した時代に程を守つて考えられたスイス刑法が、ドイツの刑法改正に對して演じた援助者としての役割を稱揚して論を終つている。

スイス刑事法協會の創立記念日に寄せた講演であるから、スイス刑法のことをほめるのは当然であるが、シュルツの二編の論文と併せて、スイス刑法の現實的、刑事政策的規定の良き点を学ぶ上で参考になる論說であるといえよう。特に、懲役刑と禁錮刑との一本化の点で大に意見の対立を見ている我が国の刑法改正の動きを見るにつけても、もつて他山の石とすべきであらう。

◎Pietro Nuvolone: *Relazioni tra il diritto penale italiano e il diritto penale svizzero*, p. 194 ff.

やはり、祝賀講演として寄せられた論稿である。ヌボローネはイタリアのパビア大学教授である。内容的にそう深くつっ込んだもの

ではなく、この兩法の類似点と相違点について、罪刑法定主義、刑罰と保安処分、有責性と危険性の二元主義、責任と違法性の意識、未成年者に対する制度上の相違、責任の諸原理、錯誤論、犯罪の前・後の態度と危険性、等々のテーマに分説し、略説したものである。勿論、近代派の主張を大幅にとり入れたイタリア刑法の立て前と、伝統的な責任主義の立て前の中に刑事政策的に効果のある制度を漸次的にとり入れようとするスイス刑法の立て前との間には、右のような限度で接点と分離点とが見出されるわけである。従つて、その言つているところには、別段新しいものは見当らない。

◎Hans Dubs: *Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht*, S. 31 ff.

或る意味では、本巻の中で最も問題を含んだ論說であらう。私 が、本誌三六卷八号一〇〇頁で紹介した、ラング・ヒンリクセンの「刑法における責任思想の危機について」という論文と正面から對立する意見を出している。

論者はまず、スイス刑法における過失犯の構成要件をすべて列挙し、判例學說にあらわれた過失犯の構造を①発生した、構成要件的結果、②構成要件に該当する結果と作為又は不作為との間の因果關係、③行為者の因果的態度が過失の非難を如何に正当化するかの三点について分説し、次いで過失犯の理論上の地位と實際的機能というテーマで大体次のように言う。

倫理的に基礎づけられた刑罰は責任を前提とする。この現實的・有責的な行為は原則として故意でなければならぬ。過失犯におい

ては、発生した結果に限定して過失犯の犯罪構成要件を狭く考えるのは不当なのではないか。若し、厳格に結果責任に限定すると、不注意な態度を予防的に防止することは出来ず、「運の悪い」行為者のみを処罰するということになりかねない。結果の発生をもつて過失の処罰を考えるやり方は、責任刑法の中での特異なものであるのみならず、許されざる危険な態度を有効に防止する適切な手段でもない。

そこで、現実には処罰に価する過失行為の中に故意の関与する部分を取り出し、この故意の作為又は不作為を責任非難のための本来の根拠と考えるわけにはゆかないかと提案する。

その仮説を交通刑法によつて実証しようとする。つまり、道路交通における危険の招来、過失傷害や同致死の故意の成分を交通法規の故意の軽視又は無視に求める。

なるほど、交通刑法で妥当と考えられるような解決でも、一般の刑法犯（過失犯）に同じような妥当性を得ることは出来ないかも知れないが、少くとも現代の過失犯の³/₄以上を占める過失交通事故犯について、本来の意味での責任刑法が貫徹されるならば、つまり、発生した結果と結びついた過失責任という形式を廃止し、法規に違反した態度の中に直接の非難の根拠を見出すという立て前をとることによつて、我々の義務感、倫理感に応ずる解決がえられるばかりでなく、これを正しく構成し、適用すれば、技術時代の要請にかなうのではないか。過失犯の根本の問題性は過失の理論的基礎づけでもつて解決されるのではなくて、現実的な解明は、不注意な、思慮のない、許されざる危険な態度に対する保護という立法者の手による。

る再編成の中に求められるべきではないかと提言して論を結ぶ。その問題提起は重大である。過失犯について、その危険犯的性格をもつものとそうでないものとの差異を無視した論理はこの際反省を必要とする。近代の技術革新、大量交通、原子力の利用等を考え併せた構成を試み、又、悲劇的な災害を防止するための防止措置をも考え併せた、過失論の再構成を思案せしめるところに、この論文の意義があろうというものである。

なお、ドゥーブスはバーゼル大学私講師で、この論文は、その就任講義である。著者には最近の論文として、*Analytische Bewertung als Grundlage richterlicher Strafzumessung*, in: *Festschrift für den Schweizerischen Juristentag, 1963, S. 9 ff.* があ⁹。

⑦ Veillard-Gynuski: *De la répression au traitement des délinquants mineurs*, p. 50 ff.

少年犯罪者の抑圧から処遇へというテーマの本論文は、刑法理論の最も顕著な展開の一つである少年法の発展をその歴史的段階に即して解説するという手法で書かれている。

その展開過程を歴史的に概観する第一部と現代少年法の特徴を論述する第二部から成る。

第一部では古代から一七・八世紀末までの少年に対する刑法定規の変遷を眺め、ついで一九世紀から今日までの展開過程を見、主としてヨーロッパ諸国、アメリカにおける少年処遇の概要を語っている。

第二部では少年法の特徴として、処遇の個別化、少年の社会再適

応化に於ける処遇期間の決定という弾力的な方法、裁判官の特殊な役割、つまり単に事件の判断を行うのみならず、刑の執行段階にまで関心をもち責任を負うという使命、又裁判官は少年の心理に通じ、精神病学等の知識をもつて事件に当たるべきことをあげていゝる。最後に、少年犯罪研究における刑事学の寄与につき、簡単にふれている。筆者、ペラール・シュブルスキーはローザンヌ大学講師で、本稿はその就任講演である。

各論の問題については二つの論文がある。

⑨Vidal Schwander: Vermögen, Vermögensschädigung, Bereicherung, S. 334 ff.

スイスのフライブルク大学教授であるシュワンダーは刑法教科書 *Das schweizerische Strafgesetzbuch, 1952* で知られている学者である。

この論稿は標題のごとく、財産犯に共通する「財産」「財産の毀損」「利得」について詳細極りないコンメンタールのような分析的研究を捧げたものである。その内容は、スイスの条文解釈を学説、判例に当つて個別具体的に論じたものであるから、これを紹介してもはじまらないであろうから止める。

しかし、「財産」概念を比較法的に検討しようとするときは、スイス法に関する限り必見の文献であることは記憶にとどめておかねばならない。第一部「財産」の第三、金銭的価値ある財、第四、金銭的価値ある財の個人への帰属性、第五、財産の評価、第六、全体の価値としての財産という具合に細かい議論が展開されている。

⑩François Esseiva: Quelques considérations sur les publications obscènes (Les publications immorales, p. 361 ff.

フライブルク州裁判所のエセイバ判事の本論文は、その題名が示す通り猥褻出版物及び不道徳出版物に関する刑法上の取締りと言論の自由との関係、特に科学的研究と出版物の入手確保等について的小論である。

猥褻性の認定の問題、ことに作者の著作意図を法律が取締りうる限界はどうひかれるべきか、またこの種出版物の影響から一般市民の性的羞恥心をどのようにして守るか等の問題を列挙している。

刑事学関係としては⑩ v. Henzig: *Tagebücher als Berichtskunden*, S. 281 ff. がある。これは日記というものがもつ証拠力、捜査の資料としての信憑性、或は無罪になつた被告人が社会的に復権するときに用いられる資料、はたまた、筆者の精神状態、その性格傾向の判断資料等に日記というものがどのような役割を演ずるかという問題を、いろいろな実例をあげて説明した小論である。日記というものが報告文書としてどの程度の価値を持つかということをいろいろな角度から見た結論を断片的に並記してあるので、大へん理解しにくい論稿である。結局のところ、日記をつける人の性格とか、日記を書くときの態度、意図にいろいろな差異があるので、盲目的にこれを資料として用いることは危険であり、その記述の内容とか記述の際に作意が認められるか否かを慎重に検討した上で、これを真実発見の手段として用いる必要があることを指摘したものである。いずれにしても、大へんむずかしいままとまりのない論文である。

⑥Noll: Zur gegenwärtigen Stand der deutschen Strafrechtswissenschaft, S. 377 ff.

本論文は一九六一年に七〇歳の誕生を迎えたエーベルハルト・シュミット教授に捧げられた論文集を紹介し、それに非常に適切な短評を加えて、ドイツ刑法学の現況を説明した実に明快な好論文である。

シュミット論文集の紹介は、京都大学の法律論叢に連載されていることでもあるし、ここで数言を用いる必要があるまい。

ノルの簡にして要を得た評言には味わうべきものがあるところ、これを蛇足としてつけ加えておこう。スイスの学者らしく、實際的な思考に恵まれていながら、ノルは理論刑法学にも深い関心を示し、しかも哲学や神学の理解にもかなり深い教養の程をのぞかせる。そして、何よりも若い。一九二六年の生れであるから今年三八歳である。

彼の批評「私見によれば、今日のドイツ刑法学は理論的な諸概念を用いて、本来目指されるべきところの実際的な法的効果を余りにも志向することもなく、又志向しようともせず、機能的に考えることが余りにも過ぎるよう思う。結果から」の構成というのは正しい地位を得ていないように思われる。概念及び概念から形成される体系は手段にすぎないのであつて、自己目的ではないのである。最良の体系とは法の現実を確証しうるものである。法生活の基礎に根を下した出来事との関聯、抽象と具体、理論と実務の間の関聯は常に確固としていなければならないのであつて、殆んどありう

べからざるような設定されたケースを用いたり、自己の理論を基礎づけるために唐突に確証されるにすぎないものであつてはなるまい。このような関聯を欠く理論的な承認などはそもそも追検討を不可能にする」という言葉は我々も心しなければならぬ警告として受けとめておきたい。

Ⅲ 七九卷(一九六三年)には一一編の論文が登載されているが、この中、軍刑法関係の二つの論文(Keller; Zur Revision der Militärgerichtsordnung und des Militärstrafgesetzes, S. 121 ff. Heubinger; Privatrechtliche Ansprüche vor Militärgericht, S. 257 ff.)は、所謂「Voies de recours et prescription de l'action pénale, p. 13 ff.」と Voun; Lois nouvelles et vieille justice, p. 353 ff. とは私の専門外であるからとりあげることには出来ない。

本巻についても、まず基本問題について論ずるものから順次各論のテーマの論文へと紹介してゆくことにする。

①Theodor Ritterl: Die Reform des Strafrechts in Österreich, S. 1 ff.

オーストリアのみならず、恐らく世界の刑法学界にあつて最長老(八八歳)であり、しかも八六歳の高齢であるの浩辯な刑法各論(一九六二年)を世に問うたという碩学リットラーが、長らく自からたずさわり、又現にその委員会の一員として参加して居るオーストリアの刑法改正の過去と現在について回想風に書いた小論である。オーストリアにおける近代の刑事立法史を概観し現在に至るその

改正の経緯をオーストリアの置かれた歴史的運命との相關関係としてとらえていることは勿論、二〇世紀に入ってから刑法改正に指導的役割を演じた人々、現在の改正委員会の構成、その審議の模様など、その渦中に居たものでなければうかがい知ることの出来ない事実の数々が語られている。

オーストリアの刑法草案については、その条文の若干について簡にして要をえた紹介がなされている(平野竜一・犯罪者処遇法の諸問題、昭和三八年、一八八頁)が、本論稿はその立法沿革史について興味をもつもの、刑法改正を比較法的に考察しようとするものには見逃すことの出来ない資料である。

一八五二年五月二七日に成立した現行オーストリア刑法の沿革は、実は一八〇三年九月三日の刑法典を改正したものであるが、すでに一八六一年に改正の議が出ていた。そして一八六三年のハイエ(Hyë)草案、一八七四年のグラザー(Gräzer)草案を経て、一八九三年に現われたスイスのストース草案から多大の影響を受けた。しかし、オーストリアの刑法改正のためにウィーン大学教授として迎えたストースはこと志と違つてランマツシュ(Lammach)やフレーゲル(Flegel)と意見があわなかつたので、改正の仕事から手を引くという事態になる。一九〇九年に改正案が出されたがこれは一九〇八年のスイス予備草案、一九〇九年のドイツ予備草案と同様、ストース草案の影響を強く示していた。一九一四年の第一次大戦は改正事業にストップをかけた。その後の歴史的情况としては、一九二一年の国際刑事学協会の創立、時を同じくして起つたドイツ・オ

ーストリアの併合問題が、それぞれオーストリアにおける刑法改正に影響するところ大であつた。なお、この頃から改正に当る主宰者はカデツカ教授となつた。そして一九二七年にカール教授が調整役となつて、両国の改正委員達によつて作られた改正草案がウィーンとベルリンで審議され、又合同委員会も作られた。しかし、一九三三年のナチの手になる政変で一切が水泡に帰した。

第二次大戦後、一九五三年二月一六日、下院議員チャデク(Chadek)の提案により、改正の議が再び始まつた。一九五四年に行われたアンケートの結果、全面改正に賛成する意見が多数を占めたので、刑法学者と実務家一人より成る委員会が出来、委員長にカデツカ教授が選ばれた。委員会はまず総則の草案作成に着手し、原則論をもて遊ぶことをやめて、各人の持ちよつた仮条文を討論するという形式で審議を進め、その途中で各方面の専門家、精神医学等の医師、国際法、国家学、行政学の専門家を招いて諮問し、一九五六年に総則、一九六〇年に各則の審議を終えた。

第一読会、第二読会での審議が終ると、一九六二年八月から九月にかけて三週間にわたつて委員会を開催し、出来るだけ全員一致の結論を得ようとの努力がなされた。

審議に於ては、これまでで発表された外国の諸草案も参照されたことであつたが、一九三七年のスイス刑法の流れも汲んでいる。

刑については二元主義の立て前をとるが、保安処分と併せて予防処分をも備えている。

最後のところで、総則と各則の規定のごく簡単な説明がなされて

いる。そこには理論上の興味をひくものはない。

②German: Methoden der Rechtsfindung, S. 365 ff.

本稿は一九六二年に公刊された Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch の第一条から第一〇条までの注釈につき、刑法に於ける法の発見という角度から批判的に分析批判したものである。周知のように、ゲルマンには法学方法論、法哲学の諸問題に関する論文集 Methodische Grundfragen, 1946 があり、特に Grundsätze der Gesetzeslegung, S. 11 ff. と Auslegung und freie Rechtsfindung, S. 106 ff. において本稿にみられた論点に対してはすでに態度決定をして居る。本稿に於ては、特に一条と四条を註釈したマイヤー—ハヨス (Meier-Hayoz—特にそのハビリタチオンである Der Richter als Gesetzgeber, 1951 によつて知られてい—) と二条を註釈したメルツ (Merz) の解説に対して、それを刑法解釈の方法という角度から眺め直したものである。大体に於て、自分の過去に述べた説と一致する所以を説いている。本論文は、具体的な判例を示して法律の解釈、補充的な法の発見、裁量的判断、法律規範の訂正という項目によつて分説してゐる。

罪刑法定主義と法律の解釈などというとりわれ方をしないで、裁判官の法創造的役割、法の発見に際しての立法者の機能を強調するところなどは、いかにもスイスの学者の面目躍如たるものがある。

③Jean Graven: La révision des concepts sur les courtes peines privatives de liberté et à peine décennale, p. 401 ff.

ジュネーブ大学総長、ジュネーブ控訴院長、加えて国際刑法学会

会長という要職にあるグラバンが、刑事政策的に多くの問題点をはらんでいる短期自由刑と罰金刑について、その豊富な外国法の知識を折り込んで説明する論稿である。

特に、彼はエチオピアの刑事立法に顧問として参加し(彼の子息フィリップはエチオピア法務省の顧問であり、アジス・アベバ大学教授を兼ねている)、その刑事政策的主張を一國の実定法として結実させている実績をもつているからであろうが、エチオピア法を各所で援用していることが注目に値する。又、北欧諸国の日数罰金制や、ネルククスで最近実用化している半拘禁制度について詳細にふれていたいへん便利な文献である。

私達、ドイツの刑法改正の文献になれている者には、この種の刑事政策的な考慮に重点を置いた、実際の論文を読む機会が余りないだけに、充分参照しなければならないと思われる。たしかに、理論的に深いものは感じられないけれども、刑罰制度の改革に當つて世界的な視野を広めるという意味では、貴重な論稿である。

④Günter Stratenwerth: Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht, S. 233 ff.

本稿は一九六二年冬学期からパーゼル大学の正教授となつたシュトラテンウェルトが同年一月二三日に行なつた教授就任講義に加筆して発表したものである。実際の不法生活に有用な議論を好むスイス刑法学界という風土に、余りにも特殊ドイツ的な目的行為論をひびかせて登場した筆者の今後の思索の展開には注目すべきものがある(チューリッヒ大学のフライはこの理論に同調しているが)。

本論文では、随所にバーゼル大学の前任者ゲルマンに敬意を払いつつ、その学説と目的的行為論のテーゼとの類似点を強調することによつて、この理論のスイスでの橋頭堡を築く配慮がなされているが、このような弾力的な思考は同じフイナリストでもウエルツェルとかアルミン・カウフマンには見られないソフトなムードであつて、筆者の人柄の所産といつてよいであらう。

ウエルツェルの支配から離れたシュトラーターテンウエルトには、次第にウエルツェル・シュレーのたがから解放されようとする意図がうかがわれるが、この論文では、目的的行為論の一つの成果である「人的違法概念」を徹底させようとする反面、ウエルツェルに見られるような「極端な行為反価値」の強調、しかも刑法上の構成要件の多くを占める結果犯に対して目をつぶり、単純挙動犯とか危険犯の事例をもつて、御定りの誇張した論理の助けをかりて「行為反価値」の面を強調する態度はとらず、あれかこれかではなくて、結果反価値と行為反価値の二者の結合を考えているのである。

そこに見られる議論には健全な常識の線に近い議論の展開があり、しかも、彼の責任と贖罪についての見解が折り込まれて居て、ここ数年のスイス刑法雑誌の中で、一番興味のある論文といえるであらう。

これを讀むに當つて、Schuld und Strafe, Evangelische Theologie, 1958, S. 337 ff. を併せて検討する必要のあることを指摘しておきたい。ウエルツェルは余り評価しないとのことであるが（法学セミナー・一〇〇号二四頁）、教祖化した人が何といおうと、論文と

してすぐれていることには変りはない。

犯罪行為において決定されるものは結果ではなくて、決意である。これはローマのハドリアン帝の勅令にてくる言葉であるような。

爾来、刑法においては意思か結果かという二者択一をめぐつて争われた。刑法上重要な不法は個人又は全体と關聯する一定の法益喪失の中に、つまり結果の中に求められるのか、それとも結果から独立した意思、法的な命令・禁止に対する単なる不服従の中に求められるべきか。例えば、ゲルマン教授の処女作の中に「犯罪の結果の惹起、その可能性の招来が犯罪なのではなくて、招来しようとする、ことがそれである」とあるが、他方、若し刑法にとつて結果が本来的なものでないならば、殺人未遂は同既遂の場合と同様に、無期懲役でのぞまれるということになる。

ところで、不法であるかどうかという客観的判断に対して、主観的な要素をも併せて考えねばならないとメツガーがはつきりと指摘したときから、違法の本質には結果反価値とは異なつた要素、つまり、行為反価値をも考慮する起因が与えられた。もつとも、この種の主観的要素をも併せて不法を考えるということは、犯人の改善ということに国家、社会の任務があるという結論を当然生まねばならないというわけではなく、これは刑法の使命を法益という世界の保護に求め、しかも法秩序に対する本来の危険の根元を意思の中に見出そうとするのであり、行為反価値を刑罰の対象とすることは、法益に対する配慮を確実にすることによつて、法益の保護に役立た

しめようとするにある。論者はここで、不法領得の意思等を例示して、この場合に、刑法上重要な法益侵害はその侵害の依拠するとこの態度と切り離して論じえず、物の他人性という概念も、物が他人に帰属するという事実よりも、他人の物に対する支配を排してこれを行使するという態度の中に求めようとするのである。

かくして、シュトラーター・ウェルトは「態度」を主観的不法要素と客観的不法要素との全体性の中でとらえるべきことを強調し、次いでこの態度に向けられる規範を分析する。

人間態度における行為反価値は決定規範に対する違反と関聯するが、結果反価値はこれに対して評価が決定を越えて把握されるような不法要素の中に見出される。

かくして論者は、不法とは一体、決定規範に対する違反によつてのみ基礎づけられるのか、評価規範というものは立法者の単なる動機づけ、つまりもつぱら基準となる決定規範を公式化するに際して、単なる経過的段階と考えられないかどうかのポイントになるとするのである。

ひるがえつて、刑法の中心点にあるものを考察すると、犯罪において実現された責任に対する贖罪を貫徹する刑罰が求められている。この場合、刑罰を責任に結びつけようとしないうちは、社会防衛とか治療手段とかによつて刑罰に代置する可能性を残すにすぎない。しかし、責任主義の原則による限りでは責任と刑罰との遮断は考えられるべきではなく、この両者の関聯こそが不法を考える場合に併せて考察されなければならない、というのである。

法益侵害という結果のみを志向する不法論は不充分であるが、結果反価値を度外視する不法論も適切さを欠くのである。過度のスピードでもつて人ごみの中をつつ走つたけれども、交叉点を抜ける瞬間に丁度人が居なかつたので無事に走り抜けた運転手も、たまたま通りかかつた車に衝突して、乗つていた人を殺した人と責任を考える上でその態度に相違はあるであろうか。この例をあげつつ、「刑法が不法と責任とを分けて以来、責任に対する間は必然的に不法な態度の非難可能性へと狭められた。つまり、責任能力、行為者の主観的立場、違法行為の期待可能性に限定された。そして、不法自身は責任の外にあり、行為者の意思の中にあつた主観的映像の形でのみ把握された。責任と関聯する刑罰はその種類と程度により、不法とは別の責任要素へと志向しているかのように思われる。

しかし、不法と責任との理論的区別がいかに必然的であつても、刑罰に対する犯罪要素の分離は責任の別の概念、根元的・包括的概念に於て止揚される必要がある。誰かが責任を負うことは一つの態度の非難可能性自身を考えるのではなく、その完全な形態における誤り、責任を負う態度の欠如、他人への侵害と解されるべきである。行為者が責任を認め、それを負担しようとするならば、結果の重大さは贖罪にとつてどうでもよいものではない。贖罪と関聯する刑罰にとつては、行為反価値と結果反価値とは等しく必要である」という重大な発言が見られる。

つまり、責任とは犯された不法が行為者について非難される要件であり、非難しうるやり方で犯した不法を包括し、行為者の責任を

形成するものである。このような責任の原則から、刑法上重要な不法の範囲について判断がなされなければならない。行為反価値も刑法上重要な反価値である。不法を完全な形で基礎づけるため、責任の重大さを刑罰の関聯点とするために、結果反価値と行為反価値とは統合されなければならない。この両者は択一関係にあるものではない、と結論づける。

過失犯の不法について、ウェルツェルの学説自体いまだはつきりした結論がうち出されていない現在、この一派の一つの解決の方向を示すものといえるであろう。

各論の問題については、三編の論文がある。

⑤Felix Bendel: Die fahrlässige Tötung und Körperverletzung beim Bauen, S. 25 ff.

現代の建築技術の発展、大型のビルや大規模な土木工業の発達に伴い、大きな災害が発生する危険も又増大している。こうした社会情勢に直面して、学説・判例が発生した事故における過失犯にどのような態度で臨んでいるかについて詳細に検討を加えた論稿である。弁護士である筆者は判例をつぶさに調べて、一般的な過失殺人、過失傷害の規定の適用を受ける建築中の事故の事犯につき詳細な検討を加えている。なるほど、建設業に現われた過失という角度から眺めたものではあるが、過失、殊に業務上過失の概念を非常に実用法的に分析している本稿は、参考となる点を多く内包している。特に行為者を論ずる第二節において、建築に於ける各職制に分けて、過失責任を負う根拠を吟味し、又、構成要件の結果を惹起し

た態度の中に、建築上の技術的規則や災害防止のための規則を侵した点、又建築業者の実務上の経験則を侵したか否かの点に違法性の根拠を求め、さらに「過失」について建築中の災害における「予見可能性」「技術上の過誤」「不注意」「許された危険」「被害者の過失の競合」等について、詳しい分析がなされている。

⑥Otto Fehr: Die Misshandlung und Vernachlässigung eines Kindes nach 134 StGB, S. 149 ff.

チューリッヒ州司法局秘書官であるフェールが一三四条の児童に対する虐待行為について詳細に分析したコンメンタル風の論稿である。

この規定の沿革史を説いた後、細かい解釈論を展開しているが、行為者の範囲を決める要件として「保護・養育」に当る者について「保護・養育」とは「児童の身体的及び精神的福祉と成長とを目的とした、養育的かつ責任を負う活動をいう」と解し、そのためには積極的な行為である必要がある、という。

虐待との関係で親や教師による体罰がかなり詳細に扱われているが、これは体罰の社会的相当性を考える点で参考となろう。

⑦Rudolf Wyss: Zur Frage der Spätschäden bei kindlichen Operationen von Stillehensdelikten, S. 273 ff.

ヘルン郊外のミュンジゲン (Munzingen) にある治療・養護所長をして居る医師ウイスがその体験、多くの精神医の臨床例、性科学者の報告を駆使して、性犯罪の被害者となつた児童にとつて、その経験はどの程度、精神的外傷 (Trauma) となるかを検討した論

文。後発性の傷害といつても、肉体的・外科的なそれではない。

児童の幼児期の体験はその精神・心理的発育にとつて障害にならない例として、空襲その他の戦時体験をあげ、空襲下の都市に生活した子供の方が、不十分な教育、監督の下で疎開生活を送つた子供よりも非行に陥る例が少いことをあげ、正常な児童は家庭その他の教育環境に問題がない限り、精神を傷つけられるような出来事に対して抵抗力が強い。又、性犯罪者には放任等により人格的に発達の方角をあやまつた環境条件により非行に陥つた者が多いこと、子供達が成年者と性的に接触すると、恐怖・不安・責任感を伴う急性の反応を示すけれども、周囲の冷静な態度によつて急速にやむものがある。しかし、動揺したり、非難したり、罰したりするような好ましくない態度とか、警察や法廷での出来事は経験した性犯罪以上に精神的外傷を与えやすい。幼児期に蒙つた性犯罪の外傷は実務上証明されず、稀であるが、不安定な生長期、破瓜期に倒錯的な行為によつて強い刺激を受けると、その影響は顕著に残るものである。性犯罪者は幼児期に性犯罪の犠牲者であつたことはむしろ稀で、悪しき環境、神経症的な障害や精神病的な性格特性をもつという意味でその人格形成の早期に誤つた方向に発達した例が多く見られるといふのである。

このような結論から、我々はいわゆる変質者に対する闘争、その処罰を求めるために、児童を証人として喚問することについて、大いに心しなければならぬ点の多いことを知るのである。

(一九六四・一一・五稿)(宮沢浩一)

Michael Oakeshott:

Rationalism in Politics and Other Essays

London, Methuen & Co., 1962. 333 pp.

マイケル・オークションット著

『政治における合理主義』その他論集』

政治活動についてのわれわれの理解がより一層深くなれば、それだけわれわれはもつともらしいが誤つた類推によつて支配されなくなるし、偽りであるか、もしくは不適切な図型に誘惑されることもなくなる。そしてわれわれが、われわれ自身の政治的伝統というものをより一層徹底して理解して、その全体の資産がよりよくわれわれに利用できるようになればなる程、無知なる者と軽卒なる者とを待ちうけている幻想、つまり政治においてわれわれは伝統なくしてやつて行けるというような幻想、伝統の省略がそれ自体で充分な行動の指針であるといった幻想、政治には何処か、安全な船着き場とか到達される目的地があるとか、見つけられる進歩の筋糸でもあるかのような幻想を抱くことはなくなる。《現実世界はあらゆる可能な世界のうち最善のものであり、そこですべてのものは必要悪なのだ。》(The world is the best of all possible worlds, and everything in it is a necessary evil)