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

Title	スイス刑法雑誌八〇巻 (一九六四年)
Sub Title	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht Bd. 80. 1964
Author	宮沢, 浩一(Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1966
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.39, No.3 (1966. 3) ,p.86- 98
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=AN00224504-19660315-0086

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

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.

Bd. 80. 1964.

スイス刑法雑誌八〇巻(一九六四年)

一　本巻には以下に紹介することく、併せて一三編の論文が登載されている。立法欄、判例欄には見るべきものはない。

論稿をテーマ別に見ると、いわゆる刑法総論についてはノルの正当化事由に関する研究、ヘフリガーの法令及び職業上の義務によつて命じられた行為の適法性、グラバンの安楽死論がもつぱら違法性論に関するものであり、その他シュワンダーの累犯論が寄せられている。各論では、シュトラーテンウェルトの公共危険犯、ファルプのセルフサービス店における窃盗犯逮捕、ロッテンベルクの暴利犯がある。

スイスでは一九六三年一月一日に新道路交通法が全面的に施行されたのであるが、本巻にはそのためもあつてか、ブルックハルト、ヤーベルク、ルスコーニ、モッペルトの四氏がそれ〴〵実務的な観点から新道交法の問題点を究明している。

その他のテーマとしてはV・ヘンティッヒが刑吏の系譜学的研究にその豊かな蘊蓄を傾け、イタリア刑訴法の改正についてヌボローネ教授が小論を寄せている。

いつもながら、実務家の手になる論稿が多い。例によつて、特殊スイス的な問題点については簡単にふれるにとどめ、我国の研究にとつて参考に価する論点を拾い上げることにしたい。紹介の順序は必ずしもスイス刑法雑誌の掲載順によるものではない。

二　まず、刑法総論のテーマを扱う四論文を紹介する。

Noll; Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 160—197.

正当化事由は著者ノルがすでに久しく取り扱つてきたテーマである。ノルはすでに紹介した通りマインツ大学の正教授であるが、スイスの国籍をもつ、若い世代に属する刑法学者の一人である(本誌三八巻八号一二一頁以下)。

正当化事由に関する研究は、彼の教授資格請求論文でもあつたから、本稿は年来のテーマを敷衍したものである(請求論文では被害者の同意に重点が置かれていた)。この小論に於ても、個々の実定法的・超実定法的正当化事由(以下、違法阻却事由と称する)を概観し、価値考量の原則、即ち一方で不法要素の根底にある行為の不法或はその行為反価値と他方で違法性を阻却する根拠としての正当化の要素とを相互に考慮する原則によつて、違法性阻却の理論を統

一的に解明しうるとする年来の主張を再確認する。

犯罪論の構成は構成要件、違法、責任から成るという概念図式は、それ自体長い歴史をもつ刑法理論が最近になつてそこに到達した成果なのであるが、現行の諸国の刑法典はこれらの理論史の現状を反映しているものといえる。

違法阻却に関する規定はスイス刑法典三二条以下の、適法行為の項目の中で列挙されているが、そこでは違法性と責任の区別も明確でなく、適法となる場合であつても、規定上は〃重罪又は軽罪とならない〃〃防禦する権利を有する（berechtigt）〃或は〃罰しない〃というように、その体裁は全くばらばらである。そして、緊急避難に関する三四条は違法阻却と責任阻却の二種の緊急避難規定を併せて規定している（もつともノルはドイツの現行法の解釈論にも、又一九六二年案のように二ヶ条に分ける規定に対しても批判的で、むしろ両者を一条にまとめるスイスの現行法を支持する、一七五頁以下）。この他、各則中の〃公共の利益を擁護する（一七三条）〃とか〃被害者の同意（三二一条）〃のごとき総則的な性質をもつた違法阻却事由をも併せて、右に述べたような〃正当化の一般的原則〃を明確化しようとするのである。

この論文においては、その重点は言うまでもなく〃正当化の原理（一六一頁以下）〃と〃この原理の個々の違法阻却事由への適用（一六九頁以下）〃にある。

著者は構成要件的行為を正当化する原理は形式的に見るならば、原則＝例外関係にあるが、これを実質的にみるならば、財物又は価値の衝突の関係であり、これを決定するものこそが価値考量である、というのである。

勿論、この考え方は、例えば法益均衡を強調する責任阻却的緊急避難については言えるであろうが、正当防衛や違法性阻却的な緊急避難について貫徹しうるであろうか。この点について、著者は正当防衛に関しても、スイス刑法の三三条のように法益の均衡を要請する立法態度の方が正しいし、現行ドイツ刑法やその一九六二年案のようにこの要件を入れない立法例は間違つているという。もつとも、著者も正当防衛の場合の均衡性においては緊急避難と異なり、厳格な均衡性ではなくて、最少限のそれ（minimale Proportionalität）が要求されると限定をつけている。従つて、違法阻却的な緊急避難についても、価値の考量が正当化の原則として作用しうることになる。これらが肯定されゝば、あとは法令又は職業上、職務上の義務によつて命じられる行為においても、例えば秘密を守る義務と証言義務の衝突を解決する場合について対立する価値を考量し、事案において正当化しうるか否かを論じればよいし、公共の利益の擁護、被害者の同意等についても、個人の自由権と公共の利益や、個人の自己決定を自由に拋棄する際の限界づけの問題について、価値の考量が働かなければならないことは明らかである。

その他、責任のみならず、違法性にも段階づけが可能である（一六九頁）とか期待可能性の理論と英米法の刑法的思惟（一六四頁）、親や教師の懲戒権（一八〇頁）、警官の武器行使権（一八一頁以下）の限界づけ等、いろいろな注目をひく議論が散在している。シュト

ラーテンウェルトの論文と同様、理論面、実際面にわたつてよく考えぬかれた論稿である。

Haefliger; Rechtmässigkeit der durch Gesetz oder Berufspflicht gebotenen Tat, S. 27—41.

筆者ヘフリガーはベルン高等裁判所判事であるが、一九六四年末に同大学の員外教授をも兼ねることになつた。本誌の編集協力者でもある。

本論文はスイス刑法三二条にある「法令又は職業上の命令」は適法行為であつて罪とならないとされている文言について分析したものである。こゝにいう「法令」が衝突するとき、例えば民法と刑法とが衝突しあうときは、私法の規定を単に私法的観点のみで考えるのではなくて、問題となる刑法上の構成要件をも考察し、併せて、対立し合う利益の衝突をも考慮しなければならない所以を強調する。

その他、目につく論述としては、三九頁以下で医師の治療行為と職業上の義務との問題を比較的詳しく論じて居り、医師の治療行為は医師が医術の法則上必要な手術を、義務にかなつた注意をもつて行うときは直ちに適法であるとする。この議論の中では、ドイツ流の社会相当性とか構成要件該当性阻却といつた理論構成などはとらない。例えば医師の職務上の秘密に関して、それを明らかにすることを職業上の義務が何時命じるかといつた問題について、対立する利益が良心的に考慮されるときにのみ正しく判断せられるとする立場から問題の解明を試みる。実際的な議論の一つの典型ともいうべきか。

Graven; Le procès de l'euthanasie. Les données et la solution d'un problème《insoluble》pp. 121—159, pp. 233—258.

ジュネーブ大学教授（現在は学長）であり、同地の控訴院長官を兼ね、国際刑法学会々長であるグラバンが、有名なサリドマイド薬禍により奇型児を生んだ母親の要請で、その子供を殺害した有名なリエージュ事件を契機として書いた本論文は、二分冊に分載され総計六五頁に及ぶかなり詳細な論稿である。

第二分冊には序論と第一部が登載されて居る。第一部はオイタナジーの道徳的問題を扱う第二章と、医学の問題を論ずる第三章、従来の解決は不当な前提に立つた法律的問題としてオイタナジーを議論していたと批判する第四章から成る。第三分冊には真の法律問題を論ずる第五章と、正しい法的解決のデッサンと題する第六章から成る第二部と結論とが登載されている。

この詳細な論稿を要約して紹介することは至難のわざであるから、この論稿の基本的な特徴についてふれておこう。

グラバンの多くの論文はその殆んどが実に豊富な材料を用いる長文のものであることが常である。本稿もその例にもれず、今世紀に問題となつたオイタナジーの諸事例を英米、欧州諸国の裁判例について渉猟し、さらにオイタナジーに関する法律学者や医学者の意見を多数引用し、本稿を多彩なものにしている。さらに、その議論も法律家のいわゆる条文に依拠した法律的な解決のあり方（熟慮して殺害するという点で謀殺の事案に当るか否か、刑法の予定したいかなる阻却事由に該当するかといつた面からの検討）とは別に、実定法の根底にある法的な世界の問題と倫理・道徳の面からのアプローチとの

相違点を強調する章を設けるといつた配慮に、これまでのこの種の議論と比べて新しい問題提起があるといえよう。(勿論、人の生命を侵害するというこの問題の根本的なテーマに関しては、キリスト教道徳の強い一線がひかれている。従つて我が国の議論に比べてこの点については、妥協の余地のない態度で貫かれている)

ただ、安楽死というと我々は死期の迫つた者の苦痛をのぞくために生命の短縮を伴う医学的その他の処置と解するのが常であるが、ここではすでに述べたようにあざらし状の奇型児の生命を奪う行為を安楽死の論理を借りて説明しようとする議論を検討した論稿であるだけに、グラバンの強調する立場、即ち、〃医学の進歩を期待しうる今日では、人間の意志によつて死を招来せしめることは許されない〃とする否定的な議論は、いわゆる安楽死の問題一般に直ちに用いることは出来ない。しかし、安楽死に関する国際的な思考の動向を知る上で、貴重な論稿であることは疑いない。

Schwander: Der Rückfall. S. 345—377.

筆者シュワンダーは Das Schweizerische Strafgesetzbuch. 2. Aufl. 1964 という体系書で知られているスイスのフライブルク大学の刑法講座を担当している正教授である。この著書にもその特色がはつきりと現われているけれども、いかにも実際的なスイスの学者らしく、聯邦裁判所の判例を豊富に折りこんで、手堅い議論をする人である。右にあげた著書はスイスの刑法学の在り方、刑法の現実的展開を知るには手頃な本である。他方、いわゆる刑法理論という点での魅力に欠けるきらいはある。

ところで、本稿は右に述べたような傾向のある著者が累犯について詳細に分析した作品であつて、その著書ではわずか二頁で述べられた累犯という項目を詳細に注釈したものである。さらに、その末尾に詳細な文献目録がつけてあることも大へん便利である。

周知の通り、スイス刑法六七条が累犯を規定している。この論文は累犯の概念、累犯と類似した可罰行為の反覆との区別、累犯の種類について論じた後、六七条の諸要件についてスイスの判例、学説を綜合しつつ、刑法解釈学的に説明を加えてゆく。

累犯といいうるためには、前犯、前犯の刑、恩赦等を論定し、さらに累犯行為、累犯の刑、その時効等について吟味し、最後に累犯加重を考えて後、累犯に於ける刑の量定の問題を論じなければならない。

これらの詳しい論述のうち、特に以下の点を指摘しておきたい。即ち、刑の量定に際し、累犯について刑の量定の一般原則を規定する六三条には別段の手がかりがなく、これについては責任理論に解答を求める他ないとしつつ、古典的な個別行為責任、規範的責任論と並べて行状責任論或は生活形成責任 (Lebensgestaltungsschuld) に言及している。生活形成責任では累犯行為が、行為者自身の責任によつて間違つて造り上げた性格の発露ならば、それはより高い責任に問われるという。論者は、この責任論は古典的責任論と規範的責任論の中間にある、と説明している。彼の説明にはいわゆる社会的責任論乃至は性格責任論にふれるところがない。前掲の著書の中では極く簡単にふれているが、ハフターの体系書といい、トールマ

ン＝ヴ・オーバーベックの注釈書といい、責任論においてこれらの説にふれることが非常に少い。これは西独はもとよりオーストリア刑法学とも対蹠的な態度である。

本稿は大へん詳細な叙述をしてはいるのだが、何となく物足りないものを感じさせる。その理由としては累犯現象において、最も興味のある点は、解釈学の中にではなくて、それに関する刑事学、刑事政策学或は行刑の分野にこそある筈なのであり、一九世紀末のヴ・リストの問題提起以来の争点が実はこゝにあるにもかかわらず、本論文ではそれには一切ふれていないという難点にあるように思われる。だが、解釈論としては、これが水準を抜いていることに異論はあるまい。

三　次に、各論に関する三つの論文を簡単に紹介してみよう。

Stratenwerth; Gemeingefährliche Straftaten. S. 8—26.

スイス刑法典においては、公共に対する危険行為の多くは第七章に規定せられているが、さらに第九章の公の交通に関する規定及び最近に立法化がなされた原子法（Atomgesetz）にも、同様の公共危険犯の形での構成要件化がなされている。これらの中で、第七章の最初に位する放火及び失火の罪についてのみ、法律は明文をもつて〝公共の危険を招来し〟と規定しているが、他は〝人の身体及び生命又は他人の財産を危険に陥れる〟という形で規定をしている。この体裁の故にスイスにおける学説・判例上公共危険犯について問題が生じるのであると著者は指摘する。

著者は公共危険犯が同種の法益に対する通常の侵害行為よりも、より重く処罰されることの根拠を自然力の解放の点に求め、この種の犯罪を行うことにより、予測の不可能な、制御不能な出来事の推移に発端を与えるところに求める。

ところで、スイス聯邦裁判所は〝多数の人間が殺され、傷つけられ、財産に損害を加えられる蓋然性が高いときにのみ具体的危険がある〟とし、学説の大多数もこれに従う。

公共危険罪における危険は、結局、スイス刑法二二三条以下の〝人の身体……を危険に陥れる〟という場合の〝危険〟をどう見るかによつて判断しなければならないが、第七章に列挙された行為は〝出来事の推移〟の制御不可能さによつて公共を危険に陥れるからこそ重く処罰されるのである。従つて、公共の人々の中一人が危険にさらされたか、数人がさらされたかは問題とならない。つまり個々の危険の中に、一般の（公共の）危殆化が具体化されていること、つまり〝危険にさらされた個々のものが一般（公共）の代表者であること〟がポイントなのであつて、これを決定するものは〝公共の危険〟である。要するに、一人の人間の生命、身体の危険が問題ではなくて、危険は〝偶然によつて選ばれた人〟に向けられることで肯定しうる。これは一般の公共危険罪ばかりでなく、それらを規定する第七章の各類型に予定された〝自然力の解放〟よりももつと多数の被害者を生む危険のある近代交通手段に於て、さらにいちじるしい。交通規則を無視することと結びついた危険は、行為者との関係では〝一般（若くは公共）〟に対するものであることには疑いない。

著者はこのようにして得られた結論を、放（失）火罪にも、原子

力に関する危険罪にも当てはめ、公共危険罪の特徴を多数の人間の生命等を危険に陥れる罪と考える通説判例に対して、公共に対する危険（危険に陥らしめられた個人は公共の代表）とする自己のテーゼの貫徹を試みている。

なお、スイス原子法における危険構成要件の立法に参画し、多くの寄与をしたフライ教授の論稿について、本誌三六巻三号九〇頁以下に資料として書いた。併せて参照されたい。

ウェルツェルの弟子であつて、穏健なフィナリストとして知られているシュトラーテンウェルトはバーゼル大学に移つて、実務的なスイスの刑法学界で毎年のように精力的な仕事を発表している。本論文もスイス刑法典の各則規定についてそれ〴〵具体的な実例を示し、〃公共危険罪〃として考えてゆく場合の不都合、疑点を明らかにしつゝ、実務にひきづられているスイスの学説を批判している点が面白い。結論的には見るべきものは少いが、伝統的なスイス理論に切り込んでゆく論議は共感をよぶ。

Falb; Das Vorgehen gegen den durch Private in flagranti erwischten Dieb im Selbstbedienungsladen. S. 68—76.

スーパーマーケット方式によるセルフサービス店舗が欧米に発達し、我が国でもこの形式による商店の模様がえが多く見られ、それに個有な商取引の普及はめざましいものがある。しかし、一方において、新らしい現象が現われると、それにつきものの新ら手の犯罪遂行形式も又すぐに生起する。

西ドイツにおけるスーパーマーケットに関する法律上の諸問題について、評者はその刑法上の問題点を発表したことがあつた（本誌三六巻一号四〇頁以下、特に五六頁以下）。

ここに紹介するベルンの地方裁判所長ファルプの所説は、セルフサービス店舗で私人により現行犯として捕えられた窃盗犯人に対する訴訟手続的な面での問題点を、ベルン州刑事訴訟法の緊急逮捕に関する規定と関聯せしめて論じている。

周知の通り、セルフサービス方式によれば、客は備付けの籠その他顧客が携行するバッグ等に、展示してある商品を任意に入れ、それを支払場所（店舗の出口を兼ねる）で提示し、代金を支払うことにより、取引は成立するわけであるが、商品を提示せずにひそかに持ち出す行為を窃盗行為として店員その他の私人が見つけ、現行犯人としてこれを逮捕するには事柄の性質上既遂・未遂の判断、犯意の認定（窃取する意志があつたか、それともうつかりして提示しなかつたのか）等が困難な上に、捕えてから警察官に引渡すまでの間、身柄を拘束しておかなければならず、その間、店舗としては客として取扱わなければならない。又、店の方では客扱いその他の点で悪い評判を立てられたくないという配慮から裁判外の和解のような形で解決をはかろうとする。この種の事犯が増大すれば、それに対する対策について店舗側でも充分に備えるという具合であるから、犯行を見つけるための装置、店員の訓練及び配置に万全を期するようになり、右に述べたような事件が多発する。それに伴い、窃盗犯人とされた者の側で、店舗を相手どつて、強要、脅迫、逮捕監禁等をうつたえるケースも増大してくるのである。

さらに又、犯人が捕つた後に犯行を認め、盗品を返還し、代金を支払い、さらに時間を浪費したことに対し店舗に賠償を支払う事例も多く見られるが、この行為は事件に対する裁判にどのような影響を及ぼすか、捜査段階でこの種の私的な賠償行為を認めうるか等について、ベルン州刑訴の規定を中心にして考察している。前出の私の論稿に欠けている手続法的な面を補充する材料を提供する論稿である。

Rottenberg; Der Wucher gemäss Art. 157 Str GB. S. 259—293.

我国では暴利行為については民法九〇条違反或はかつては暴利取締令、現在では物価統制令によつてまかなつていて、刑法上の構成要件の中にとりあげられてはいない。これに対して、例えばドイツ刑法三〇二a条以下、同一九六二年刑法改正草案二六五、六条、オーストリア一九六二年刑法草案一八三、四条（現行法としては一九四九年の暴利法という単行法による）等は、この種の行為を刑法上の問題として取りあげているが、スイス刑法においても一五七条にその構成要件化がなされているのである。

筆者ロッテンベルクは弁護士であるが、規定上非常に複雑な内容をもつ一五七条について詳細な注釈的説明を加えている。

この実務家の手になる一五七条の細かい分析は、実は実践的な要請に由来するものであつて、一九五九年から一九六三年まで、暴利行為に関する刑事事件が数件主としてチューリッヒ州で刑事裁判として争われたのである。その動機といゝ、それに触発された研究といゝ、まさにスイス的な研究の所産であるといつてよいであろう。殊に第二章で、困窮状態、依存関係、無経験、財産上の利益等々に分説し、特に、極めて不明確な構成要件のメルクマールである〝明白に不均衡な関係〟という文言を詳しく究明しているところに、この論文の特徴が示されている。

四　道交法に関する四編に共通な問題であるが、聯邦法としての新道交法を現実に適用する場合、カントン（州）ごとに規定されている警察規則や刑事訴訟手続の複雑さの故に、同種の違反に対する証拠の評価、さらには刑の量定の実務が大幅に異るという現実の中に露呈されている聯邦制度の弱点が訴えられている。独、仏、伊の三つの国民性を州を異にするごとに備えているこの国での統一法典のむづかしさが、道交法のような技術的な法典にも伴うというのであるから、基本法典である刑法改正の困難さは想像に余りある。

Burckhardt; Erste Erfahrungen des Richters mit dem neuen Strassenverkehrsgesetz, S. 42—67.

周知のように、スイスは観光の国である。その交通網の発達、汽車・バスの連絡の有機的なこと、自動車道路が主な観光地を結び縦横に整備され、急な山路、峠も殆んど完全に舗装され、見事に機能していることは驚くべきである。この国際的な観光国の新道交法は、最近、国際的な交通規則を大幅にとり入れ交通技術の整理、統合をはかり、国際的な基準に合わせて道路交通の円滑化をはかつたものである。こゝには、若干の明白かつ合理的な所為を規制し、歩行者を含む全交通関係者を積極的要素として規制の中にくみ入れている。〝ヨーロッパにおける最も近代的な交通法典〟と称揚されてい

るのも、たしかにこの技術的な面の整備の点ではうなづける。

しかし、他方では、新法は裁判官に対し、特に刑罰規定の適用について幾多の困難を残している。道交法中の若干の条項は、すでに一九六〇年から部分的に適用され、一九六三年一月一日に新法は全面的に施行された。ところが、重要な附属法令の中、自動車等の構造及び装備に関する命令と自動車運転手の免許に関する命令はまだ成立していない。従つて、裁判官は一九三二年の動力機附車輛に関する命令（Motorfahrzeugverordnung）や、暫定的な聯邦参議院決定（Bundesratsbeschluss）を適用しなければならないのである。その結果として、判例にも混乱が現われて居り、施行されたばかりの法律がすでに改正の必要に迫られているという事態に直面している。

バーゼルの刑事裁判所長である著者は、新法についての比較的短期間の経験に基づき、これまでに明らかとなつた問題点を選んで、新道交法の現実的適用上考慮すべき問題点を明示しようとする。

主として交通刑法に限定された本論文は、IIで特別法としての交通法とスイス刑法との関係につき論じ、IIIで、特に軽い事例を、IVで経過法を、Vで場所的適用範囲を、VIで個人の刑罰規定に関する若干の解釈問題を、そしてVIIで刑の量定に関する問題点と疑点とを論じている。

論文は大体においてスイス道交法に関する細かい解釈論、特に州の法との関係を扱つているから、我々には余り参考にはならないが、四六頁及び五一頁以下の交通切符制についての簡単な説明は、交通違反についての事件処理を合理化しようと試みている我が国の当局者にとつて参照に価すると思われる。

最後に、注目に価する量刑の問題について見ておく。

著者によれば、新道交法と、聯邦内の諸法律、命令との関係の中に若干の問題は残つているが、全体としてみれば、新法は道路交通上の秩序を改善するための有効な道具である、とする。一番問題なのは、本法を等しく適用すること、殊に具体的な刑の量定に不明なところがある点である。つまり、刑の量定の実務を比較してみると、州ごとに、又審級ごとに不一致が現われているのであつて、これは刑の量定の理論的基礎や厳格かつ一貫した刑罰を志向した本法の傾向を殆んど止揚する考え方の中に現われているのである。かくて、同じような行為に対して、州を異にすることで二〇フランから二〇〇フランの過料を、或は執行猶予付の又はそれのつかない自由刑を課せられるということになる。幸にして、我が国においてはスイスのような悩みはないが、しかし交通違反に対する処理の現状は地域によつてかなり違うことは周知の事実である。勿論、我が国に於てはこの相違は裁判官による刑の量定という段階においてというよりは、捜査の段階に於ける処理の在り方に都市と地方市町村では厳格さの点で相違があるという点にある。勿論、刑の量定の実際に於ても、違反行為のもつ潜在的な危険性の大小に対する評価が異なるからして、恐らくは地域差があるのではないかと推測する。

ともあれ、スイスの新道交法において、運転手のみならず、その背後者、例えば運転手の上司、雇傭主をも規制しようとしている点は注目してよいであろう。ここでも、州の相違によつて量刑の幅を

異にする。不当に低い罰金を課する州では、犯行の反復を招来するおそれが大きいと著書は指摘している。

要するに、本論文は新道交法の内包している重大な、しかも不明確な諸点を明示し、殊に諸州における適用上存在する疑点を洗いざらい出すことが目下の急務であるという見地に立つているのである。自動車の増大、それと直面している現時の危難の増大に際して、新道交法を正しく、かつ、法の前の平等の理念によつて貫徹することが全刑事司法にとつて喫緊の問題であるという認識によつて書かれた論文である。

Jaberg; Zur Ermittlung und strafrechtlichen Behandlung angetrunkener Strassenbenützer, S. 294—320.

著者はベルンの高等裁判所判事であるが、本論文は酩酊運転者に関して、酩酊の概念とそれの証明を論ずるAと、酩酊状態で自動車を運転したことにより宜告された自由刑に対する執行猶予について論じたBとに分れる。

酩酊というのは、アルコールの飲用によつて自動車を安全に運転することが出来ない状態をいい、運転の習熟といえるためには、現在の交通条件を考慮し、明白に危険な状況においても安全な運転を行う能力が要求されている。

ところが、アルコールに対する身体的許容度というのは人によつて異なるから、酩酊を理由として処罰するには、この状態を個々的に充分に証明しえなければならない。その証明は主として鑑定人によつて行われるのであるが、それには血液を採集して血中のアルコール度を調べ、臨床的にこれを検討し、法廷医学の鑑定書の形で、行為の時に容疑者はどの程度、アルコールの影響を受けていたか、安全に運転する能力があつたかについての判断を提出しなければならない。血液の採集とその分析に関する聯邦参議院の決定については二九九頁以下に詳しい。

血中のアルコール濃度は酩酊の一つのきめ手ではあるが、それが〇・〇八—〇・一パーセントであつても、アルコールの影響を推測せしめる事実が欠けていれば、酩酊は根拠がなく、無罪であり、〇・一—〇・一二パーセント以上であつて、アルコールの耐性が平均以上であると思われるときは、被疑者の申請で特別鑑定が行われ、その結果無罪とすることもできるという特別鑑定の制度を提唱している。いずれにせよ、これらの検査は警察の手で事実が調査され、裁判官によつて証拠手続の対象とされるのである。

Bの自由刑についての執行猶予の部分では、聯邦裁判所の判例、さらに、三一二頁、三一八頁に採録した刑事統計に基づいてこの問題を具体的に論じている。

聯邦裁判所の判例は酩酊交通事犯に執行猶予を付することに消極的である。もつとも、拘留刑に当る場合は禁固刑に当る場合よりも、比較的容易に執行猶予を付けて居ることは統計上明らかである。ただ、判例上明らかなことは法的な不平等性、不安定性が、執行猶予に付するか否かの判断において特に目につく点である。猶予をするのにためらう理由は、統計上、激増している交通犯罪に当而し、この種の行為者について、執行猶予を付するのにちゆうちよせざるを

得ない〃特別な危険性〃を認めるからに他ならない。つまり、原則として有利な将来の予測を立てえないような抑制力のなさ、無思慮がこの種の態度の中に見られるからである。勿論、この判例の態度は、それが重大な事例に限定されるならば同意しえようが、特に酩酊犯を悪質なものとみようとする前提に立つ限り、四一条の条件付猶予の規定とは一致しない。

著者の提案は重大な事件においても、行為の事情と行為者のもつ通常のよい評判や自動車運転手としての良い評判とが結合して、その行為を一回限りの逸脱と思わせるときには例外として有利な予測を認めよという点、さらに、行為者に対する威嚇という目的にかなうためには、新聞紙上にあらかじめ通知して後、酩酊運転手を規則通り、組織的に警察の手で取り締り、軽い場合を除き、自由刑を執行するべきであるとする点にある。

勿論、これは人口の割に行刑施設の完備しているスイスにして行いうることではあろうが、我が国でも、例えば習志野等に設置された禁固受刑者の集禁施設で相当な効果をあげているという現実を直視し、我が国の実務においても悪質な交通違反にはきびしい態度で臨むことが望ましいのである。

Rusconi; L'application des art. 90 ss LCR dans le cadre des dispositions du droit pénal général, S. 378—401.

ローザンヌで弁護士を開業しているルスコーニは、道交法の規定を中心として、そこにおける㈠過失の概念、㈡道交法と刑法との競合の問題及び㈢酩酊運転における処罰の三つについて論じた。第二と第三については、前者が特にスイスの法律関係であるからここでは論評しない。後者は、すでにヤーベルクの論文の中で論じられているから、ここではとりあげないことにする。

著者は西ドイツの目的々行為論、スイスのフライの〃技術の時代における刑法の再客観化〃(vgl. Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter der Technik unter besonderer Berücksichtigung des Verkehrsstrafrechts, in: Die Rechtsordnung im technischen Zeitalter, 1961. S. 299 ff.)等の諸見解が過失犯について多くの理論的反省をもたらしたが、交通刑法に於ても実際上多くの問題を提起するとまず指摘する。

刑法上過失については、行為者の罪となるべき無思慮さが必要であり、これは情状上必要な注意とその個人的状況上必要な注意を怠ることに求められ、後者については知能、教育程度、社会的状況がその個人的状況とされている。

しかし、交通事犯において過失を認定する場合には、裁判官は事件について客観的、技術的な面について事後的に分析するのであつて、運転をしている人の教養とかハンドル操作についての物理的・心理的な知識の有無などを考慮して過失の認定を変えることはない。むしろ、この種の事件にあつては、裁判官は交通規則の遵守、交通上の義務を意識している用心深い運転者ならばなしたであろうことを基準として、当該事件において行為者がなさなければならなかつたことを慎重に検討しなければならないのである。

著者は道交法上の過失のことを運転者の不適切な行動、悪い態度、

一時的な過失というような言い方でよんでもよいけれども、それだからといつてそれに〝責任(faute)〟があると言うのをためらつてはならない、と強調する。それというのも、過失の概念に対してきびしい態度をとることのもつ有利な予防的効果を無視は出来ないからである、と。

勿論、このような発想は我が国とは比べものにならないスイスの交通や道路の事情等の現実をふまえての議論であろうが、我が国も道路の整備や労働条件の改善によつて、今日よりもよりきびしい態度で道路交通上の過失に対処する時がくるであろう。その際には、参考に価する見解である。この点からみれば、今日の我が国の刑法学界に見られる、運転者に比較的好意的な過失犯論は、我が国の文化、社会面での発展段階が、欧米の水準にまで至つていないことを反映したものであると言えようか。

Moppert; Die Strafzumessung bei Delikten im Strassenverkehr. S. 402—422.

バーゼルの刑事裁判所長モッペルトの交通犯罪における刑の量定に関する小論は、一方で統一的な量刑の規範を求め、他方では硬直し、現実と法から遊離した図式主義と戦うという一見矛盾した二つの目的を追及した論稿であつて、証拠の採用、法の適用に分説された緒論と量刑に関する本論に分れる。

証拠の採用という問題では、交通事件においても、自由心証主義でまかなうべきであるのに、事案の性質上、〝一人の証人は証人が居ないことである〟という原則によつて、信頼しうるに足る私人からの届出であつても、証拠として採用されにくいこと、運転者の態度にしても、駐車違反やスピード違反と同じように危険な無理な追越しや前車との間隔の不足等は、違反として検挙されることが少いのは、警察官にとつて証明が困難であるからという指摘が目をひく。さらに比較的詳しい酩酊運転に関する論述がある。こゝでは、個人差によるアルコール許容量の相違、事件当時よりも事後の特別検査のときの方が検査の資料の点で被疑者に有利な結果が出る等の理由から、すでに紹介したヤーベルクの提案に反対している。

刑の量定について、等しい事件は等しく量定するという要請は、今日のように交通事犯の数が多く、動機や発現形式について相互に類似して居り、被疑者は大部分、平均的な国民の類型から出ることが多い場合には特に確立していることが望ましい、とする。何故なら、この種の事件に対する裁判は、道路交通に於ける安全と秩序に対する有効な対策であるからである。

こゝにおいて裁判上行われる刑の量定は、決して中央中心主義に陥ることなく、自動車運転者の事故を起した地方の道路事情をも考え併せ、図式主義に陥ることなく適切な量刑を行う必要があり、そのためには量刑のための統一的な規準を見つけださなければならない、とする。

量刑の際の基準について、四一四頁以下に詳論がなされている。

五　その他、刑法史に関するものと刑訴法に関するものを、それぞれ簡単に紹介したい。

v. Hentig; Zur Genealogie des Scharfrichters, S. 198-209.

死刑執行吏（刑吏）—Scharfrichter, Nachrichter—が刑法史上どのような役割を演じてきたかというテーマを扱つたこの小論は、わずか一二頁の短かいものであるけれども、ここに駆使された文献は四〇種に及び、脚註実に七一に及ぶ。その種類も、刑法史の各種の著書は勿論、ドイツ、スイスの郷土史、昔噺に至るまで、まことに多彩であり、いかにも博識をもつてなつているv・ヘンティッヒのものした小品という感が深い。本稿は、すでに公刊されたその著書、刑罰（二巻—紹介、宮沢、本誌三〇巻五号五五頁以下）に叙述した刑吏の個所、特に「治療と魔法を目的とした殺害」の章（第一巻一七三頁以下）を敷衍したものである。

刑吏は斬首等を行なう際、死刑囚の死体を処理するが、この職務行の上で処置する人の血とか脂肪とかのもつ超自然的な魔力によつて、丁度、禁厭師と同じような役割を演じたことは、刑法吏に関する文献の中に散見される。v・ヘンティッヒはこのような事実を各地の年代史から集め、刑吏の役割を説明する。

人間の血、死刑囚の血にそまつた布、その脂肪は神秘的な力を秘めているという素朴な信仰が、現代でももぐりの医師を訪ねる人が跡を断たないように、当時刑吏の力を借りにそのもとへと訪ねさせた。各地の文献は、梅毒・癲癇、癩病等の治療を刑吏に許したという史実を伝えているという。

これらの刑吏の行なつた副業を治療行為というか、それとも魔法というかは問題であるが、いずれにせよ刑吏は禁厭師と同じように魔力のこもつた物質を得ようとしていた。今日では、死刑執行の方法にも技術的な進歩が見られ、ガスや毒物で執行を行なう。従つて、内臓はもはや開かれることはなく、刑吏はてこを押すだけであつて、死体には殆んど近づかない（ここで刑吏とは、いわば執行の直接責任者であつて、死体を片附けたりする作業員は刑吏—Scharfrichter とはいわないことに注意しなければならない）。この種の執行技術者は、ドイツにおいて刑事判決の執行者に長い間見られた禁厭師との関係を断つてしまつた、と著者は結んでいる。勿論、執行方法を改めたについては、単に技術改新だけにとどまらず、刑罰の人道主義化が問題であるわけだが、本論文の主題とは関係がない。いささかグロテスクな内容ではあるが、実に興味深い読物である。

Nuvolone; Problemi concernenti la riforma del processo penale italiano. pp. 1—7.

ミラノ大学において、主として刑事訴訟法を担当しているヌボローネ教授の手になる、イタリア刑事訴訟法の改正に関する小論。

刑事訴訟法について充分な知識をもたない評者の能力を越えるので、紹介をさしひかえるが、ローマ大学のカルネルッティ教授を長とする刑訴法改正委員会の草案が、かなりドイツ法の影響の下に改正の提案を行ない、これにもとづいて一九五五年に刑訴法の改正が行なわれた。これに対し、レオーネ教授をはじめ多くの学者から批判が加えられた。その焦点の一つに検察官、予審判事による「判決前調査（inchiesta preliminare）」がある。ヌボローネはこの手続と被告人の防禦権を中心とし、人権の保障を中核とした論陣を張つている。我が国においても、判決前調査制度の導入について争われて

いるから、この小論は刑訴専門家の一考をわずらわせるものをもつていると思い、ここにその存在を指摘しておく。

× × ×

以上、評者の紹介は論文により必ずしも繁簡よろしきをえず、ことに道交法に関する紹介に少し長くかかずらわりすぎたようであるが、我が国の道路交通網が整備され、高速化してくれば当然起つてくる問題を内包していると考え、特に紹介をしてみた次第である。

（一九六六・一・四・稿了　宮沢　浩一）

Charles J. Tull:
Father Coughlin And The New Deal

Syracuse University Press, 1965. x＋292 pp.

C・J・タル著
『神父コグリンとニュー・ディール』

シラキューズ大学出版局は既に《人と運動》叢書として

Eugene V. Debs: Socialist for President by H. Wayne Morgan. (1962)

Conscience in Politics: Adlai E. Stevenson in the 1950's by Stuart Gerry Brown. (1961)

Norman Thomas: Respectable Rebel by Murray B. Seidler (1961)

Gifford Pinchot: Bull Moose Progressive by Martin L. Fausold (1961)

Henry A. Wallace: Quixotic Crusade 1948 by Karl M. Schmidt (1960)

Oswald Garrison Villard: Liberal of the 1920's by D. Joy Humes (1960)

を世に問うていたが、今度、チャールズ・J・タルによる『神父コグリンとニュー・ディール』が出版された。

一九三〇年代のアメリカ政治史上に現れた最も興味ある人物の一人は、ミシガン州、ローヤル・オークの神父コグリンであろう。天賦の比類なき美声に恵まれた神父コグリンは数百万に達する献身的聴取者を集めるために、この天賦の才能を十分に活用した。最初、神父は政治に介入することを避けてレオ十三世、ピウス十一世の回状のうちに描かれた社会改革に対する一般の支持を獲得しようと試みた。しかし、かれは一九三二年、F・D・ローズヴェルトの熱烈な支持者となり、その後、大統領の中道的政策にあきたらずローズヴェルトと劇的に衝突して、一九三四年十一月、社会正義のための全国連合を組織し一九三六年には自から政党を結成した。一九三六年の選挙戦における屈辱的敗北の後、このラジオ説教者はF・ローズヴェルトに一層激しい攻撃を加え、一層ヒステリックな反共産主