

Title	西原春夫著『刑事法研究』第一巻・第二巻、昭和四二年
Sub Title	H. Nishihara, Kriminalrechtliche Untersuchungen
Author	宮沢, 浩一 (Miyazawa, Koichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1968
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.41, No.3 (1968. 3) ,p.140- 147
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=AN00224504-19680315-0140

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

西原春夫著

『刑事法研究』

第一卷・第二卷、昭和四二年

一 昭和四二年の七月、九月に、相ついで公刊された本書には、著者が昭和三四年から昭和四二年にかけて発表された二二編の論稿が収録されている。

刑事法研究という包括的な著書名にふさわしい多彩な内容の論文を収めるに当つて、第一巻には、西ドイツ刑法学に関する論文のうち、特に、実践的課題を対象とするものが集められている。

「第一部刑法改正」においては、刑法改正事業の概観、刑法改正と責任主義、刑法改正と刑罰・処分の制度、死刑廃止論争が扱われ、

「第二部刑法学の実践的諸問題」においては、ドイツ刑法における酪酊犯罪、西ドイツにおける過失交通事故犯、比較刑法学のあゆみの

第三章に分説され、「第三部学会報告」においては、刑事判決の国際的効力、交通事故における過失の諸問題、アルコール酪酊と犯罪につき、著者が西ドイツ滞在中に参加された各種の学会のルポを収めている。

二 そこで、まず、この第一巻から紹介をしてみることにした。

第一部を構成する論稿は、かつて、法律時報三七卷一、二、四号に発表されたものであるが、本書に収録されたものは、旧稿に大幅な加筆がほどこされており、その簡潔な要旨は、座談会「ドイツ刑法学の現状と評価」(ジュリスト三一三号特に四〇頁以下)の発言にまとめられていた。

ドイツにおける刑法改正事業の概観を論じた第一章は、現行ドイツ刑法成立を論ずるに先立つて、ゲルマン慣習法から説き起し、力強いタッチで、その刑法思想の流れを大きくとらえ、一応の概観をした後、現行刑法成立後の部分改正から今日の改正の現況までの部分で、一転して、誠に精密な考証を加えて居られる。西ドイツの刑法改正の実態について、これ程までに神経のゆきとどいた整理をした例を、私は他に知らない。この意味で、西ドイツの刑法改正の動向を知ろうとする人は、本章から、今後、どれだけ多くの恩恵を受けるか、はかり知れないものがある。又、一九六二年案をめぐる改正是非論についての紹介からも、現在、同じように刑法の全面改正をしている我が国の当事者には、いろいろな意味で貴重な刺激が与えられるであらう。

本章及び第三章においては、連邦議会の特別委員会「刑法」にお

ける最近の審議の内容は、発表の時間的關係もあつて比較的簡単にふれられているにすぎないから、その点は内藤謙教授の論稿(ジュリスト三四六、三四九号その他)によつて詳しく検討する必要がある。

なお最近、西ドイツの刑法改正の現状に批判的な論文集 *Die deutsche Strafrechtsreform, 1967* が公刊されており、その中には、マイホーファーの編集になる *Politisches Strafrecht* が、問題の多い、国家に対する罪の部分を批判する論文を登載している筈である。これらは、本書の議論の延長線上にある。勿論、これらの点を検討する余裕が出たのも、本章のような立派な仕事が残されているからこそはじめて可能となるのである。つまり、著者の努力によつて、一九六六年までをしつかりと押えてもらつたことではじめて安心して従事出来る「補充作業」なのである。

第二章刑法改正と責任主義では、一九六二年草案における責任主義をめぐつて算えあげられるべき多くの点をとりあげて、詳細な検討が加えられている。ここでの中心的テーマは、第二次大戦後、イタリー、ベネルルクス、フランス、スイス諸国に支持者の多い「新社会防衛論」の見地から、「責任主義」に固執する西ドイツの刑法改正に対し加えられた批判とそれらの批判にもかかわらず、原則的に「責任主義」を保持しようとする西ドイツの論調の一般的傾向の指摘である。西ドイツの学界の状況を批判的に紹介する論稿であるからして、彼地では比較的支持者の少い「新社会防衛論」、ことに、イタリアのグラマティカのそれについては、余りふれられていない。しかしながら、本章の発表後に、メルゲン等の努力によつて、グラ

マティカの「社会防衛原理」の独訳が出てゐる。F. Grammatica, *Grundlegung der Defense Sociale*, 2 Bde, 1965. さらに、キール大学のヒルデ・カウフマンが、マウホーバー教授の七〇歳祝賀論文集に、Grammatica System der Difesa Sociale und das deutsche Schulstrafrecht という論文を寄せている。私見によれば、我が国では、社会防衛論というと、どうもそれをザツハリッヒに見つめる前に、何か、プリズムを通して屈折した評価をする傾向がありすぎるように思う。それこそが、実は、「責任主義」という名の怪物ではなからうか。われわれは「責任主義」というものを、その根本から検討し直す必要に迫られているのではないか。過去のいきがかりをすて、素直に見つめ直す必要はないか。第二章は、そのような反省を喚起せしめる文章である。

第三章では、主として、刑罰・処分の制度の改正点について語られている。この両制度につき、問題となる点のすべてにわたつて、簡にして要をえた説明が、資料的裏づけを充分にえて、展開されている。殊に、法律時報に公表された旧稿では殆んどふれられていなかった特別委員会「刑法」における審議について、あちこちに挿入・加筆してある。たしかに、著者の苦心は評価すべきであるが、やはり、この部分は、著者が旧稿で展開された一九六二年案周辺についての総括的検討と比べて、準備にかけた時間はそう多くなかつたと思われる。すでに述べたように、この部分は、今一步の慎重な準備をして、その後に見られた資料を分析して後に、「補充」を必要とする個所である。確信犯の問題については、ペーターズがヘルムー

ト・マイヤーの七〇歳祝賀論文集に発表した論稿、全刑法雜誌七八巻四号のハイニッツとノルの論稿なども参照されるべきであろう。罰金刑については、Zipf, Die Geldstrafe, 1966がある。なお、白井滋夫・ヨーロッパ諸国における犯罪者処遇の実情と刑事立法改革の動向(警察研究に連載中)を参照。

保安処分制度については、著者の造詣は深い。単に、西ドイツのみならず、デンマークやイギリスの各種の保安処分施設についても言及がある。

第四章死刑存廃論争は、比較的簡単な章であるが、これは、推測するのに、著者自身必ずしも死刑廃止論に同調する立場をとらないからではあるまいか。最初に発表された雑誌(社会改良)の性質上、存廃論争を客観的に紹介するという体裁がとられている。

三 第二部を構成する三論文のうち、酩酊と交通事犯については、ともに、著者が講師時代に刑法雑誌に発表されたものであつて、著者の重厚な筆力を示す好論文である。いずれも、留学前に我が国で資料を集めて書かれたものであつて、発表された当時、よくこれだけの文献を集め、しかも、特殊なテーマの雑誌論文にまで気を配つて書かれたものであると驚いたものである。

ここでの主たるテーマ、信頼の原則については、マウラツハ、シエンケリッシュ、ウエルツェル等の著書、フレイゲルハルトウングの注釈書から多くを学んでおられたけれども、ライヒ裁判所の判例や大小さまざまな論文を周到に集めたことを、すでに旧稿の注からうかがうことができるのである。そして、旧稿と本書に再録

されたものとを比べてみると、その後、に公刊された文献をぬかりなく集め、補充して居られることに気がつく。特に、第二巻の、信頼の原則についての論文・判例批評の中で、「信頼の原則」の日本における判例法の形成を論じて居られるが、これとともに、第一巻のドイツ法の紹介における詳細な資料の分析は、この分野の研究者にとつて、この上ない贈物といつてよいであろう。この部分を知らないで、「信頼の原則」を云々することは、無謀な試みといつても過言ではない。とにかく、一たん発表された論文に、これだけ文献の追完をするという真面目さは、誠に、見上げた態度であるといわなければならぬ。なお、信頼の原則と密接な関係をもつ「許された危険」については、レーベルクとキーナップルの近業参照。後者には、井上祐司助教授の抄訳的な詳しい紹介がある(法政研究三四・八)。

第三章は、フライブルクにある外国・国際刑法研究所の三〇年にわたる歴史を紹介した小論であつて、かつて、「綜合法学」に発表されたものに加筆をほどこされた。私が、同所を訪ねたのは、一九五七年晩秋である。組織的に文献を集めた、大へん能率的な研究所であるという印象をえたが、あれから一五年たつた今では、その充実ぶりは大へんなものである。

著者は、この研究所で、二年、充実した研究生生活を送られたのである。比較法というものが、一体、どういふものであるかということについて、貴重な体験をしてこられたことは、改めて指摘するまでもなく、本書の多くの論文の中にうかがい知ることが出来る。

単に体系書やモノグラフィ、雑誌論文を通じて学説をたずね、判例の動向をさぐることに終るのではなくて、法生活の現実を目を向け、さらにそれを超えて、市民の生活、歴史や風土を自分の肌で感じとる……このような一連のプロセスを経てはじめて、外国の法思想の実態に少しでも近づくことができるのであり、その体験を基礎としつつ、我が国の土壌が、学説や法制度をとり入れるのに適当であるかどうかの判断も生まれてくるというものである。著者の学問的に誠実な態度は、必要もないところで横文字を入れたり、学界の共通財産となつている概念をこと新しく説明したりするペダントリーのない率直さに見られる。これは、自信のある人間にしてはじめてとりうる態度といつてよい。

「わが国自身の問題をわが国なりに解決する」という意図で書かれた第二巻の論文には、ことさら外国文献を引用することは見られないうが、その言葉のはしはしに、私は、著者の豊かな比較法の知識とその方法論を身につけた知恵のあらわれを見出すのである。

ところで、著者の語学力であるが、これが又、非常にすぐれているのである。原典の読書力は勿論のこと、会話能力の抜群であることは、驚くべきである。恐らく、ウェルツェルのもとで研究をしてこられた福田平教授とイェンエック教授のもとで生活された西原教授の会話能力は、我が刑法学会の双璧といつてもよいであらう。

その証拠が、第三部の学会報告である。私は、ひそかに、犯罪生物学協会の年報と著者の学会報告とを比べてみたことがあるが、余りの見事な把握力に目を廻した事実を告白しなければならぬ。耳

で聞いてまとめた報告が、それより、数年後に公刊された年報の内容と比べて、重要な点で間違いなく大筋を伝えているということ、並大低な能力ではない。

四 さて、第二巻では、第一巻とがらりと変つて、我が国の問題が扱われている。

第一部は、「酩酊責任と原因において自由な行為の理論」と題され、酒に酔つて公衆に迷惑をかける行為防止法、判例と原因において自由な行為、改正刑法準備草案と原因において自由な行為（二六条、過失犯と原因において自由な行為の四編から成る）。

第二部は、「交通事故と過失の認定」を扱う。副題に、——判例を中心として——とあるように、我が国の各審級の裁判所の判例を精密に分析しつつ、判例にあらわれた「信頼の原則」、最高裁と信頼の原則、道路標識による規制の効果と刑事責任、設置方法の適切でない道路標識と過失犯の成否なる四編の論文を収める。

第三部は、著者の恩師斎藤金作教授からの学問的影響が、この著者の問題関心に強く出ている。「共犯論」をテーマとする。周知のごとく、西原教授の学位論文は、「間接正犯の理論」（昭和三七年）である。第三部は、共同正犯における犯罪の実行、正犯と共犯との區別、教唆と間接正犯の三編から成る。

そして、第四部は、刑法制定史にあらわれた明治維新の性格を論じる（この論文を批評することは、私の能力を越えることである）。

第一部のテーマは、三で言及した西ドイツの酩酊犯罪研究の成果をふまえ、しかも、原因において自由な行為という、著者の主著

「間接正犯の理論」と密接な関係をもつ問題であつて、そこに述べられた提言は、我が国の刑法改正事業にも、影響を及ぼさずにはいなかつたものである。立法上の寄与の他に、勿論、刑法理論の上でも、これらの研究成果は大きな貢献をしている。

それらのうち、ここで、特に、日沖教授還暦祝賀論文集に寄稿された第四論文についてふれてみよう。この論文の三の第五節で、第二次大戦後に、次第に有力となりつつある過失犯の構造論、特に、過失犯の違法性(構成要件該当性)を強調する見解に対して鋭い批判を加えている。著者の基本的な考え方は、「注意義務」というものは、……常にある特定の態度との関連において問題となつてくるのである、ある行為者に科せられた数多くの注意義務のうちどの義務に違反したかを決定するには、行為者の注意能力を顧慮しないわけにはゆかない」とする。そこで、客観的注意義務は違法性の問題に、主観的な注意能力は責任の問題に配属されるとする見解(評者もこれに従う)に対して、「過失認定の論理過程として、まず第一に行為者の注意能力を顧慮しない客観的注意義務違反というものを考え、つぎに行爲者個人の注意能力を問題とするという形での折衷説」には体系的欠陥があるとする。設例として、行為者が法定視力に達しない近視で、しかも夜間眼鏡を使用しなかつたために通行人そのものを認識しえず、したがつて通行人とのあいだに安全な間隔を保ちえず、その結果、これに接触して死に致らしめた場合をあげ、「ある注意義務について遵守する能力がなくとも、それに先行する注意義務について能力がある場合をどう解するか」と問われる。「通行人

とのあいだに間隔を保持すべき義務は、運転者たる以上行為者にも妥当するから、この見解では、運転者は明らかにこの注意義務に違反したものであつて、構成要件に該当し、違法となる。ところが、この例の場合、運転者には間隔保持を注意すべき能力がなかつたのであるから、責任がなく、無罪ということになるのであろうか。それとも、責任の判断まで来た上で、無罪の結論では不当だからふたたび別な注意義務違反を求めて構成要件該当性または違法性へ戻る、というのであろうか」と問われる。

たしかに、この点の指摘は鋭いものをもつている。過失犯の構造を考える場合、どうしても、近時の犯罪統計上、増加の一途をたどる業務上過失致死傷のうち、特に、自動車によるそれを念頭に置いて考察する必要があるにもかかわらず、過失事犯の分析について、著者のように、徹底した理論的分析を加えることが従来怠られていたように思われる。その意味で、過失犯について構成要件該当性・違法・責任に分説する見解の残したあいまいな部分は、たしかに、著者のいうような体系的矛盾をはらんだものであるともいえよう。ただ、私としては、近視の者が夜間眼鏡をかけないという事実を単に「客観的注意義務」の問題だけに限定してとらえ、注意能力の問題を単に間隔保持を注意すべき能力にだけ限定するということのように解さなければならぬ必然性が実はよく分らないのである。論者の明晰な理論的分析力は見事であるが、ただ、設例について、余りにも嚴格に図式化して考えることで体系的矛盾を云々しても、批判を受ける側としては納得がゆかないのではないかとおしまれる。勿論、この

点については、私としても、よく考え直してみたいので、直ちに結論を出したという意味ではないことを、特に、ことわつておきたい。

第二部の信頼の原則については、著者の学説が、最高裁判例に影響を及ぼした——若し、それが言い過ぎであるならば、最高裁の昭和四一年一月二〇日の判例よりも二月も以前に、その判例の出現を予示した——という事実を強調したい。即ち、その第一論文は、下級審の判例の積み重ねを分析して、「信頼の原則」が、最高裁判所の判例として出るべきことを予言していたのである。そして、これは、偶然ではなく、この論文の中に認められる著者の「社会の趨勢」に対する洞察力の確かさによつてはじめて可能であると言える。それ故、信頼の原則を検討しようとする者が、西原論文のこの洞察を最高裁判例と比較して認識しえないとすれば、それは無能といつてよいし、それに気がつかないとすれば、それは無知であると評することができる。

著者によれば、「信頼の原則」というものは、……その認められるべき種々の条件を必要とする」とし、①自動車の高速度かつ円滑な交通の必要性、②交通教育の徹底、③道路その他交通環境の整備をあげ、これらの条件の整わなかつた当時は、信頼の原則が否定されるのが正しく、この条件が次第に整備されてゆく現在の社会では、この原則の確立は、むしろ事理の赴くところと考えていたのである。何と見事な、交通犯罪学的知見ではないか。

信頼の原則は、著者の努力とあいまつて、判例の積み重ねでもつて、やがて確固とした内容をえてゆくであろう。「信頼の原則」を

考える者は、本書二冊の恩恵を受けることはかりしれないものがある。ドイツの学説・判例を云々するものは、第一巻に引用された文献以外のものを用いてはじめて、その人の努力を評価しようといふべきであるし、わが国の学説・判例を云々するものは、第二巻の当該部分よりも新しい見解を打ち出さなければ、見解を發表する学問的意味を疑われてしまうであろう。それ程、著者のこの分野での努力は、輝かしいものであり、その努力を多としたい。ともあれ、今後の多くの人々の努力によつて、信頼の原則はぐくまれ、その適用の可能性の拡張と適用の限界とが明らかにされてゆくことを期待したい。

この問題について、若干、補足したいのは、著者は、歩行者と運転者との間に、信頼の原則の適用上、幾分の抑制を考へて居られる点についてである。車の方が、物理的に力があり、攻撃者であるのに対して、歩行者は弱者であり、防禦者であるという点を考慮された上での抑制であるが、いかがなものであろうか。その限りでは正しい態度であろうが、しかし、被害者学的にこれを考えるとき、道路が整備され、交通信号が完備している場所での歩行者の交通道徳無視の歩行態度にも、重大な問題のあるという点を強調する必要はないであらうか。交通警察の「歩行者優先」という指導の行きすぎが、「歩行者の横暴」という事態を生んでいる。著者は、幼児や老年者に対しては、信頼の原則の適用に限界を置くよう考へて居られ、その限りでは正しいであらうが、しかし、具体的事情によつては、被害を受けた歩行者に対し、むしろ非難を加えてしかるべき場

合もあるであろうし、このような方向に、信頼の原則を認めることに対して、必ずしも抑制する必要はないと思われる。

ついでながら、道交事犯と交通標識規制の問題について、極めて不適切に設置された事案につき、かなり不適当な起訴がなされているという事実を教えられる。私は、かつて、交通反則金制度について、さし当つては適用すべき事例を少くした方がよいと提案したことがあつた（法律時報三九卷四号三七頁以下）。それというのも、現認警察官の認定に余り多くのものをまかせ、しかも、事情上、極めて判定の微妙な事案を任せることは、結局、一万円以下の金ですむなら仕方がないという気持ちにさせて、違反者（と認定された者）に反則金の納付を強制するおそれを感じたからである。事実、一時停止違反とか、優先順位違反などについては、検査能率をあげるため、取締方法としてはかなり行きすぎた、まるで、カシミ網をはつて無意識で飛来する小鳥をつかまえるようなやり方で、違反を摘発する事実が少なからずある。反則行為とされているものについても、警察官が、この制度を手軽に利用して、検挙件数かせぎをするようなことがないよう、望みたいものである。この点で、私の疑念に対し、安西温検事が、現在の手続でも違反者は、「違反事実を認めて争わないのが現状」であるといつておられるが（ジュリスト三七〇号一二六頁）、違反の事実——それも多くは、不運といつてもよいような——をつきつけられて、それを争う時間が無駄であるとして、金ですむことなら仕方あるまいとあきらめている者の心情と必要の限度を越えた取締の現実もあるということに対する洞察を欠く見方であるといひ

たい。

五 書評として与えられた紙幅の関係で、第三部以下については、簡単にふれておく。

共同正犯における犯罪の実行という論文は、通説によつて攻撃の矢面に立たされている「共同意思主体説」を支持するために、通説の考え方自体も、必ずしも個人責任の考え方ではなくて、「共同的な結合」を共同正犯の理念として無意識的に用いていることを鋭く分析している。

第二巻の各論文は、その多くが比較的最近に書かれたものを含むことから、第一巻のそれほどには手が加えられていないが、しかし、細かく読んでみると、注の中に、そしてわずかではあるが本文中にも、加筆・修正がなされ、発表後の学説・判例の動きを見事に反映している。この点、論文集をまとめる者の心しなければならぬ心構えが、しつかりとうち出されている。

最後に、この論文集をも含めて、この種の企画のもつ意義をまとめると次の通りである。

(1) 一〇年近くの間、いろいろなところで発表された論文は、たとえ、その所在が分つていたとしても、まとめて読むことは困難であるから、一書にまとめられることは便利であり、加えて、その後の学説・判例の動きをもとり入れてまとめられれば、読者としてはこの上ない恩恵を受けることができる。

(2) 論文集の著者は、各論文について、関連性を意識しないで、ばらばらに発表したから統一性がないと言うのが常である。本書の著

者もそのように謙遜している。しかし、こうして全体を通読すると、太い一本、二本の線が、共通の問題意識として貫流していることに気づかざるをえない。

(3) 著者のはしがきによると、本書のほかにも、やがて、理論的なテーマをまとめた論文集が出るという。まことに、期して待つべきものがある。私は、常に、学者が研究業績を発表する場合のあるべき姿は、まずモノグラフィ、次に、論文集、最後に体系書を書くべきであると考えていた。残念ながら私は、右の理想型といささかはずれたことをやっている。西原教授は、しかし、まさに、私の理想にあつたゆき方を示しているのである。やがて、西原刑法学の体系が世に問われる日がくるであろう。それまで、私共は、モノグラフィと論文集からその形姿を推測するわけであり、又、多分、その体系書は、個別問題に関連してこれらの論文集の個々の個所を引用し、当該問題点を指示するであろう。

著者は、私よりも二年早く生れ、学会での活躍においても常に二年の差を保持して進んで居られる。私は、同年輩者の中にこのような先行者をもつていることを幸福と考えるものである。潜在的に、対抗意識を持つていられると言われれば、それまでの話であるが、西原教授の重厚な学風、単なる思いつきではなくて、納得のゆくまで学説史的裏づけを求め、慎重に議論を展開してゆくその多くの業績から、私は学者としてのあるべき研究態度を学びたいと思つてゐる。

今、この二著を手にして、日頃、とりとめもない、バラバラなテーマを脈絡もなしに追いつづけている自分の研究態度に、反省を迫

られたような思いがする。

第一巻のはしがきから、西原教授が、学内の雑事、殊に、学園紛争によつて、研究上、かなりの支障に遭遇して居られることがうかがわれる。私は、私学の研究者として共通の悩みを背負いつつも、レツテル詐欺を犯さないように、歯をくいしばつて研究生生活を続ける仲間を見出して、はげまされる思いである。

しかし、西原教授の身近には、私と比べて格段の良い研究体制がある。齊藤金作教授の御指導によつて成長した研究グループがそれである。これで、若し江家教授の後継者が居れば、早稲田には恐ろしい研究体制が出来上つたことであろうが、世の中は、うまくゆかないものである。ともあれ、私達のような若い世代の研究者には、年齢的に一〇年前後のところに、能力を同じくする研究仲間の存在をもつことが是非必要である。さもなければ、いい気になつて、学問的に墮落する。身近に、自戒を迫るような学問仲間がない私には、殆んど同世代といつて良い本書の著者のような人が、たとえ他大学ではあるにせよ、近くに居てくれるということは、大きな喜びであるといわなければならない。早晚、私達は、それぞれの大学の刑法学の伝統を担うべく運命づけられている。いつの日か、机をはさんで研究を共同になしうる日のおとづれることを期待して、筆をおく。(昭和四二年七月、成文堂、二二〇〇円)

(一九六七・二一・一〇稿) (宮沢 浩 一)