

資料

テュービンゲン大学教授
カール・ペーテルス著 「刑事訴訟の刑法形成力」

早稲田大学教授 内田 一郎 訳

昭和四九年一月二三日ペーテルス教授の満七〇
才の誕生日を祝賀して。テュービンゲンにて。

まえがき

以下に訳出したのは、現在は退職しておられるテュービン
ゲン大学教授カール・ペーテルスが一九六三年六月一日に
テュービンゲン大学で行なった同大学教授就任公開講義、
「刑事訴訟の刑法形成力」に詳細な脚註を付したものである。
すなわち Recht und Staat Heft 276/277に公刊されたもの
に、Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses,
Antrittsvorlesung an der Universität Tübingen gehalten am
11. Juni 1963 von Karl Peters, O. Professor an der Univer-
sität Tübingen, 1963 がこれである。原著の訳出にあたっては、
ペーテルス教授の御快諾をいただいた。ペーテルス教授の御好
意に対して心から感謝する。

刑事訴訟の刑法形成力

内 容	頁
I 刑法における実体法的考察方法の優位	二六〇頁
II 刑事訴訟と刑法との関係	二六二頁
III 刑法に関する一箇の訴訟的考察方法の試み	二六五頁
IV 個々の問題	二六七頁
一、社会的相当性	二七〇頁
二、刑法の断片のおよび例示的性格	二七二頁
三、刑法の限定	二七三頁
四、集中、実践性、簡易化	二七三頁
(a) 競合論	二七三頁
(b) 刑事訴訟法での集中の思想	二七五頁

(c) 共犯論	三五頁
(d) 諸法定犯罪事実 (Tatbestände)	三六頁
五、素人裁判権	三七頁
六、刑の量定	三〇頁
(a) 責任	三〇頁
(b) 制定法上の刑の量定事由	三二頁
(c) 自由剝奪の諸処置の選択	三二頁
V 諸異論に対する態度決定	三〇頁
VI 訴訟的考察方法の目標	三〇頁

I 刑法における実体的考察方法の優位

一人の大学の教員がある大学で一つの講座を担当するにあたって、納得できるのは、彼が新しい活動の場所でいかなる課題を自ら設定し、そしていかなる目標を自ら定めるか、この点について自ら思いめぐらすことであります。その場合に所を得ているのは、彼が将来の活動について一箇のプログラムを展開することであり、このことは聴講者に対して講義と演習とに対する理解を容易にするでしょう。なぜならば講義された諸見解は諸基本観および法政策的諸観念に還元されるからであります。大学生生活に関心のある人はこれによって大学での活動および

がある専門領域での精神的議論について一つの心象を得ることができでありましょう。

私の将来の勤務年の重点を私は全刑法学の内部で刑事訴訟および行刑に置くつもりであります。ドイツ刑法の発展を知る人にとって、刑事訴訟および行刑の側から一箇の刑事政策的プログラムを設定しようとするのは僭越な事としてその上根本において誤っていると思われるかもしれません。というのは全く明白に我々の刑法的思考は、理論および実務において、立法および判例において、専門領域においてまた一般において、実体的刑法的思考により形成されているからであります。我々の諸観念に相当の程度まで全刑法にとって決定的なものとして迫ってくる問題は、何が処罰されるべきであり、それがいかに処罰されるべきであり、いかなる諸目標および諸目的に刑法は奉仕するのかということであり、この問題に対する解答はほとんど例外なく実体法から求められます。実体的刑法は相当の程度まで孤立的に観察されます。稀にだけ学問のまた立法の領域でその必要な関連づけが見出されます。刑事訴訟および行刑はこのような基本観念からすれば、実体法で発見された事柄を実現しさえすればもって足りるのです。それならば、これらの刑法の部門には独立の刑法形成力が帰属することはありません。

(1) 私の刑法講座と並存してチュービンゲン大学法学および

び経済学部にはなお二つの刑法講座（シュロエーダー、パウマン）および一つの刑事学講座（ゲッピンガー）が設置されている。

(2) このことはおそらく、我々の専門領域でもそうであるが、かなりの程度の特殊化と関連がある。以前には、一部では現在もなお外国の刑法において、諸教科書が実体的および訴訟的刑法を包括していたのに反して、我々は今日これらの領域を分離している。僅かになお例外的に同じ著者が一つの刑法および刑事訴訟の教科書を書いている、例えばなおベリング、ビンディング、ゲルラント、フォン・ヒッペルおよびザウエルの如きがこれである。エバハルト・シュミットはワイマール時代にフォン・リストのドイツ刑法教科書を統刊し、一九五二年から一九六〇年にかけて刑事訴訟法に関する大著レーアコンメンタールを公刊した。コールラウシュは並存的に刑法のコンメンタールと刑事訴訟法のコンメンタールを出版させた。フランスの文献からは最近出版されたブーザーおよびピナテルの *Traité de droit pénal et de criminologie*, 3 Bde., 1963 が挙げられる。

(3) このことは、例えば選択的に解される認定のように刑法的性格を有するともに訴訟的性格をもっている諸

刑事訴訟の刑法形成力

問題を取扱う際に奇異な感じを与える。ここでは、双方の部分領域が共通しているにもかかわらず、ほとんど相互に知られていない印象を受ける。

(4) 標準的なのは一九二三年、一九四三年および一九五三年の少年裁判所法であって、これは実体法、訴訟法および執行法を関連させている、そして同時に模範的な *Dallinger-Lackner* 一九五三年の少年裁判所法の註釈がある。この註釈は三箇の部分領域および刑事学の資料を利用し尽してものされている。

II 刑事訴訟と刑法との関係

確かに刑事訴訟法は刑法を支援する機能をも果します。実体法である基本的改正が行なわれずと——例えば一九二三年の一般刑法からの実体的少年刑法の分離、一九三三年の保安および改善の緒処分⁵⁵の導入、一九五三年の成人刑法での保護観察のための刑の執行停止の導入——、刑事訴訟法は付随的諸規定を設定しますし、これらの規定がその刑事訴訟上の実施を確保します。実体的刑法に対する刑事訴訟法の奉仕的立場を何等変更することのない諸事実としてまた、一定の諸法律制度が同時に実体的および訴訟的性格をもつという事実があります（児童であることは、一方で責任または一身の刑罰阻却事由であり、他方

で訴訟障害となります。⁽⁶⁾時効は、一方で刑罰阻却事由であり、他方で訴訟障害となります。⁽⁷⁾告訴は、一方で可罰性の限定であり、他方で訴訟条件となります。⁽⁸⁾既判力は、一方で刑罰請求権の失効であり、他方で訴訟障害となります。⁽⁹⁾また刑法と刑事訴訟の順位関係について何ら述べない事実に、訴訟的性質をもつ一定の諸行為(差押、捜索、取調べ、逮捕その他云々)は訴訟的意義をも、実体的意義と効力をも持ち合わせ、そしてそれぞれの局面で別々にこれを観察する必要があります、という事実があります(いわゆる二重機能的訴訟行為⁽¹⁰⁾)。同様に実体刑法の優先順位に触れるものでない事情に、一定の刑事政策的諸目標が実体刑法の方法でも、形式的刑法の方法でも達成されるという事情があります。その規制のこのような一箇の平行性は、例えば刑の免除による些細な刑事事件の除外(実体的)⁽¹¹⁾および些細性の故による手続停止の場合(訴訟法的)または保護観察のための刑の執行停止による保護観察(実体的)および有罪宣告が行なわれた後の刑の宣告の猶予(訴訟法的)⁽¹²⁾の場合に生じます。これらすべての事柄から実体的刑法と刑事訴訟法との基本的関係について取り出されるものは何もありません。

実体的刑法と刑事訴訟法との間の順位関係は、個々の事実上または法律上の現象から明らかにされるものではなく、もっぱ

ら双方の刑法の部分の諸機能および順位の分配がもたらす諸結果からこれを説明することができるのであります。刑事訴訟法および行刑に対する実体法の優位に関する通説的基本観は私には明確に確保されているものとも、刑事政策的に追求するだけの値うちのあるものとも思われません。このような基本観が導いたものは、刑法改正が一箇の間違った着手を選んだということであり⁽¹³⁾ます。このような基本観は刑事訴訟および行刑上の欠陥を第二等のもののように思わせ、そして一箇の建造物を雲界に建設しようとする危険を包蔵するものであります。わけても重大なのは、上に述べた基本観から、行刑の改革——ここではその欠陥は最も明白であります⁽¹⁴⁾——が必要な強度で着手されていないということであり⁽¹⁵⁾ます。実体的刑法は、そのための執行の諸条件が存在する場合に初めて、これを前進させることができるのであります。一九六二年草案は——その構想の基本的正当性の問題および個々の点⁽¹⁶⁾でのその諸提案の有用性の問題はこれを度外視するとして——従来の諸課題が未だ充足されていないのに、ますます新しい諸課題を執行に課そうとしています⁽¹⁷⁾。少年の行刑でさえも少年刑法の諸理念と歩調を合わせてはいけません、そのために少年刑法の正しい諸萌芽が夢想的であると考えられてしまう危険がさし迫っています、その理由は簡単で、少年行刑において一箇の刑事教育学および一箇の現代的刑事政

策の思想が実現されていないからであります。一箇の異論の余地のない執行が創り出された場合に初めて、一箇の本当の意味での刑法上の進歩が達成されるのであります。同じように刑法の一般の諸觀念およびきわめて繊細に精選された諸区別も、もしそれらの背後に、刑事学的なものであれ、哲學的なものであれ、訴訟的なものであれ、刑法の實在性が存在しないならば、何の役にも立たないのであります。

- (5) 少年裁判所法、ならに一九三三年一月二四日の危険な常習犯人に対するまた保安および改善の諸処分に関する法律または一九五三年八月四日の第三次刑法改正法律参照。

(6) 兒童の刑事未成年の法的意義およびこの点に関して存在する諸意見に関して、Dallinger-Lackner, Jugendgerichtsgesetz (1955), S. 92 f. 参照。

(7) 時効の法的性質に関して、Schönke-Schröder, StGB 10. Aufl. zu § 66 Anm. II, 40 f. 自著 Strafprozess, S. 15, 223 および BGH NWJ 1963, S. 1210 参照。

(8) 通説は告訴をもちばら一箇の訴訟上の制度と考えています。この点については Schönke-Schröder, StGB 10. Aufl. zu § 61 Anm. II. 参照。同じ見方を私は自著刑事訴訟の教科書 S. 223 で主張した。けれどもこの見解は刑法を

び刑事訴訟における制定法上の規制に対立する。ならびそれはなによりも先ず刑法の範圍を顧慮して告訴の遠くまで及ぶ限界づけの機能を正しく評価していない。正当で確信的であるのは、Helimuth Mayer, Strafrecht, S. 350 の叙述である。三〇年前の意見の相違に関しては、Frank, StGB 18. Aufl. zu § 61 Anm. II 参照。

(9) この点に関して私の論文：Die Parallelität von Prozess- und Sachentscheidungen ZStW 68 (1956/57), S. 374 ff. がある。

(10) Eberh. Schmidt, Lehrk. I, S. 35 f., 46, 105 ff., II, S. 226; Werner Niese, Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, 1950. 参照。

(11) 刑の免除を現行刑法は個々の諸法定犯罪事実についてのみならず、もたただ特別の理由から認めようとする。たとえば §§ 82, 89 III, 90 V, 129 III, 129 a II, 139 I, 157, 158 I および 175 II がこれである。これを反して刑事訴訟法第一五三条に相応する一般的刑法規制は欠如してゐる。予備草案から三〇年草案に至るまで特別に輕い場合について規定されたような一般的刑法規制がこれである。この点に関して Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts I, 26. Aufl. (1932), S. 419. 参照。

この問題も将来の刑法で一箇の積極的解答を必要としてゐる。

(12) この点に関して私の論文上述した箇所参照。

(13) この点に関して、Karl Peters-Dietrich Lang-Hinrichsen, Grundfragen der Strafrechtsreform, 1959, S. 21. での私の態度決定がある。

(14) ドイツの行刑上の欠陥は、行刑内部で多くの努力がなされているにもかかわらず、一般に承認されている。しかし苦情をいうだけでは充分ではない。むしろ必要なのは、着手されることである。外国およびドイツの文献は多様な刺戟と提案を含んでいる。少なくとも、犯罪防止および処罰を受ける者の処遇に関する国際連合第一回会議の決議と勧告、Sonderdruck ZfStrafv. Heft 314 1958を実現する試みがなされてしかるべきであると考えられる。しかしここでもまた、命令や規定は、それが同時に一箇の新しい精神および一箇の新しい態度によって担われないかぎり、何の役にもたたない。何よりも大切なのは、私が「精神的改革」と名付けたい事柄である。この点に関して自著 Grundprobleme der Kriminalpädagogik 1960. 参照。

(15) 基本的構想の問題に属するのは、処置の多元性および

一元性の問題、単一刑の問題、執行の段階で初めて行なわれる鑑別の問題（この点に関しては後段本文中で触れる）および自由刑の制限の問題である。

(19) 一箇の新しい刑種、刑事拘留 (Strafhaft) の創設は本當に推奨するに価するものであろうか。これによって短期自由刑を科する傾向が強化されはしないであろうか。一箇の輕懲役刑がその者について適切でないような行為者は、本當に自由刑の執行に属するものであろうか。行刑上の欠陥、その手段と諸力の限界性を顧みて、本當に一箇の新しい刑罰形式は許容されうるものであろうか。刑罰拘留に対する諸疑問を私はすでに Karl Peters-Lang-Hinrichsen, Grundfragen der Strafrechtsreform 1959, S. 31 で提出しようとした。スウェーデン Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1963 も刑罰拘留を脱落させている。注目に値する仕方では、彼は罰金刑を經濟的生活基準を制限する刑へ変容させることを推奨している。この刑は比較的長い期間持続する経過により一箇の執行刑へ変容させられる。この発議は真剣に検討されそして議論されるべきであると考えられる。

疑問があるのは草案で規定された予防監置である、ことにそれが年若い者に対して規定されているかぎりです。

うである。諸疑問について、私は一九六二年一〇月一日のフランクフルト・アム・マインでの青少年の輔導および青少年保護事業のための研究共同体 (AGJ) の総会での私の報告講演¹⁹⁾ すなわち *Der junge Mensch in der Strafrechtsreform*, Sonderdruck, S. 6 f. に基づく態度決定を行なつてゐる。

(17) 一箇の全面的刑法の改正の前に執行を改善することが推奨されるとしてよいと考えられる。刑法が社会を促進する一箇の機能を果すものであるかどうかは、主として、何が執行で行なわれるかということによつて左右される。

(18) この点に關して、巨著 *Grundprobleme der Kriminalpädagogik 1960* をよむ *Württemberg, Kriminologie und Vollzug der Freiheitsstrafe* (Sammelband der auf dem X. Internationalen Lehrgang in Freiburg/Br. 1960 gehaltenen Referate) 1961, Württemberg, *Der Jugendrichter als Miteziher jugendlicher Rechtsprecher*, in: *Kriminologische Gegenwartstragen* Heft 5 (1962), S. 154 ff. 参照。

III 刑法に関する一箇の訴訟的考察方法の試み

それゆゑ納得できるのは、実体的刑法と刑事訴訟法との關係を一度ドインで普通に考察されているのとは逆にして、執行と訴訟とから考えを出発させてどのような刑法思想がそこから獲得されるかという問題を提出してみることであります。このテーマの設定にふさわしく、私は、言うまでもなく、刑法上の諸基本問題に対して執行の側から詳細に照明をあてようとする誘惑に屈しないようにしなければなりません。むしろ、刑事訴訟は刑法の理解と形成のために寄与することができるのかという問題を投げかけるという控え目な課題をもって満足したいと思ひます。刑事訴訟の奉仕的な役割という觀念に對立して、完全に考へることができるのは、実体的刑法を刑事訴訟上の諸理念および諸可能性の側から考察することであり、完全に考へることができぬのは、刑法を一箇のきわめて狭い枠の中で見て、これを刑法適用法として把握すること、言いかえれば刑事訴訟機關を名宛者とし、とくに裁判所を名宛者として、刑罰法規中に置かれた枠の内部で刑法を実現すべき權利をこれらの者に授ける一箇の法として把握することであり、

実体的刑法は、それ自体としては、直接的作用力をもつものではない²⁰⁾。実体的刑法は司法において初めて眞価を發揮

するのであります。一箇の民法上の命題は、主として、法的に争われることなく関係者により実現されます。このような原則的な民法の執行に対して当事者が争う場合にだけ訴訟になります。刑法はもっぱら訴訟においてそしてそれに続く刑罰および処分⁽²¹⁾の執行において実現されます。刑法は刑事訴訟で二重の方法で実現されます。まず一度、「訴訟なくして刑法の適用なし」という命題が妥当します、次に「刑事訴訟において刑法は初めてそのより詳細な法的形成を見出す」という命題が妥当します。立法者は実体的刑法においてももっぱら枠と多義的な諸公式を与えることができます、それらのうちから判例は初めて具体的法を——言うまでもなく繰り返し繰り返し推移する形式をとって——形成します。それと同時に裁判官はまた一箇の法形成的機能を果すのであります。

このような事態にあつても訴訟と執行とは実体的刑法の形成の上で影響を及ぼさないというのでしょうか。一箇の刑法をもっぱらその理念から形成することは、この理念がもし実現できないとしたならば、有意義なことでしょうか。言うまでもなく一箇のこのような問題提起は、実務の前に降伏することを意味するわけではありませぬ。むしろ次のように問題を提起すべきでありましょう、すなわち、一箇の本当に異論の余地のないそして良く形成された実務を刑法はどのようにすれば展開させる

ことができるであらうか、と。この観点からしても、現在の草案に見合っているものとは別の刑法改正のための糸口が明らかにされるではありません。言うまでもないことですが、あらゆる一面性が避けられなければなりません。訴訟および執行の側からだけでは一箇の有用な刑法が形成されえないのは、実体法の側だけからの場合と同様であります。すべての三箇の部分領域が一箇の統一体をなしています。継続することができるのは、一箇の全体的な考察だけであります。

(19) これに対して Honig, Entwurf eines Strafgesetzbuchs für die USA, ZStrW 75 (1963), S. 73 は、刑法上の諸問題を訴訟法上の観点のもとで見ようとするアメリカの刑事学者の習性について述べている。

(20) 同趣旨のものを Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht (1928), S. 1; Kern, Strafverfahrensrecht 6. Aufl. (1960), S. 1; 著者自著 Strafprozess, S. 9. があつる。Beling に対するのは Eberth, Schmidt, Lehrk. I, S. 31. である。刑法の諸命題中に潜んでいる諸規範が、Eberth, Schmidt の言うように、国家の介入なくしても広く影響を及ぼしていることとは、當つてゐる。けれどもその場合に疑問となるのは、いずれにしても真の刑法は承認された倫理のおよび文化的——法律以外の

(auferrechtlich)——諸規範を基礎としそしてその内容はその限りで言うまでもなく承認されているとすることである。しかしこのことは次のことを排除するものではない、すなわち規範を包含する刑罰法規は、同時に刑の威嚇をも包含するものであり、刑罰法規の直接の目標すなわち処罰を達成するためにはその適用を必要とするということこれである。

(21) 適切にも Spendel, ZStW 67 (1955), S. 556 は、刑法および刑事訴訟を一方とし、民法および民事訴訟を他方とする基本的差異を指摘している、すなわち彼は次のように詳論している、いわく「刑法と刑事訴訟とは——民法および民事訴訟とは異なり——広範にわたって解き放ち難い相互関係にあるということは、しばしば言われるところの、しかし必ずしも充分に応用されていない洞察である」と。

(22) 裁判官によって形成される刑法は、一箇の法的に可能な解釈が問題となるかぎり、制定法の内部にとどまるので、一箇の一度打ち出された判例に対して遡及効禁止の問題は現われてこない。見解を異にするのは、Baumann, Strafrecht Allg. Teil, 2. Aufl., S. 98. unter Hinweis auf das Schrifttum である。

刑事訴訟の刑法形成力

IV 個々の問題

一、社会的相当性

従って、実体法の構成的諸問題がもつばら実体的に、訴訟的諸熟考を参考にすることなく解答されるならば、このことは、一箇の狭隘化であると思われれます。この点についての一箇の実例は、社会的相当性の法的評価であります。この場合に問題となるのは、なるほど一箇の制定法の法定犯罪事実には属するものの、明らかに一箇の社会的に異論の余地のない活動に相応する諸行為を法学的に組み入れることであります。一人の死刑の言渡を受けた者を処刑する死刑執行人は、故意に一人の人間を殺害します。一箇の盲腸を技術的に正しく上首尾に摘出手術する医師は、一箇の出血をとまらぬ手術を行ないます。この種の諸行為がなるほど法定犯罪事実には該当しはするが適法であるのか、それともそれらの行為がすでに法定犯罪事実の外部にあるのであるかという(24)ことが争われています。訴訟の側から見れば、第二番目の意見が正当であることがわかります。その法定犯罪事実には刑事訴訟を顧慮してのみ正しくこれを理解することができません。それは刑事訴訟を受ける諸行為を包含しているのです。あらゆる社会倫理的関心事に相応する諸行為は、あらゆる刑事訴訟の外部にあります。警察官も捜査を行ないませ

んし、検事も介入しません。社会的相当性は訴訟的にこれを見れば「訴追の外部にあること」を意味します、法定犯罪事実該当性は「一箇の訴追が開始されること」を意味します。従って法定犯罪事実は、最初から社会的に明白な諸場合を把握してはいません。正当防衛の場合は事情が違います。ここでは個々の状況の特別の事情のために——すなわちこの場合には他人の権利範囲への一箇の介入が最初から一箇の社会的に価値に満ちた性格を示すものではありません——、その殺害またはその他の行為が正当なものであったかどうか、刑事司法によるコントロールを必要とするのであります。

確かに社会的に相当な諸行為の場合には、たとえどのよう
に判断者が社会的相当性を構成するとしても同一の結果になります。しかしそれにもかかわらず我々の次の世代の法律家の養成のためにとりわけ大事なことであると思われるのは、どのようにすれば彼がその生活上生じてくる刑法の執行に相応することになるのか、その方途を彼等に指し示すことであります。非法律家との議論での社会的諸事象の一箇の正しい把握の意義もまた明らかにされます、非法律家にとっては、我々の構成的な、生活事象から解き離された思考は依然として理解し難いものがあります。一人の外科医が理解し難いものと感ずるのは、一箇の成功した、患者の希望した手術が、刑法の領域へ含められる

ということであり²⁶⁾ます。一箇のそのような法学者の考察方法は、法学者による評価と社会による評価との間に一つの無用な緊張をもたらすでありましよう。

しかし刑事訴訟および刑法の問題でなによりもまず大切なのは、その最終的解決がいづれにしても最初から明白であるところの、もっぱら理論的な論争問題ではありません、きわめて実践的な諸成果を伴う基本的諸問題が大切なのであります。

二、刑法の断片のおよび例示的性格

刑事訴訟の側から若干の一般的な刑事政策的問題が説明され、解明されます。刑事訴追の人的および物的手段をもってしてもできないのは、それ自体当罰的な不法をなにかも処罰させるということであり、それどころか諸法定犯罪事実の中で捕捉されているすべての事実関係をいっさいがっさい処罰させることさえもできないのであります。もし我々が実際にあらゆる犯罪を残すところなく刑事上訴追とするならば、このことは司法の停滞(Stilstand)を意味することになるであります。このことからして刑事訴訟の側から判明する基本原則は、刑法は必至的に断片的で且つ例示的である、ということであり²⁷⁾ます。従って実体法の課題とはなりえないのは、ありとあらゆる当罰的な不法を間隙なく捕えるということであり、このことが意味しているのは、立法者は、事実の側面からして、

やむをえず、その諸法定犯罪事実および一般的諸規制のところ
で、それ自体は刑を科すことのできる不法の一部の切片だけを
刑法へ組み込むこととあります。裁判官が制定法の解釈
の際に意識している必要があるのは、必至的に制定法には間隙
があるに違いないということです。

もろもろの間隙を探索して、立法者に対する要求によりまた
は拡張解釈によってそれを除去しようとする学問および実務の
試みは、原則として、誤っています。我々はもろもろの間隙を
事実に適ったものとして甘受する用意がなければなりません。
このことを意識することは、次の理由からしても一つの訴訟上
の必要事であり、すなわち完全無欠性への傾向は疑わしい
事態での一箇の無罪の言渡を法の敗北と感じさせるようにさ
せ、そして自由心証に基づく一箇の拡張された罪責の認定への
傾向を必至的に伴い、このことは再び誤判の危険を増大させる
からであります。訴訟の側から明白になるのは、刑法が、本質
的に、もろもろの判決により、社会秩序の法倫理的諸基礎およ
びこの秩序に対する社会構成員の答責をはっきりとさせる使命
を有するということとあります。これをはっきりとさせること
は個々の例示的事案について行なわれます。すでにこのことによ
って、刑法は一箇の重要な社会的機能を果すのであります。
これらの思想から重要なもろもろの帰結が判明してまいります。

刑事訴訟の刑法形成力

す。すなわちたとえある犯罪について、暗数および有罪の立証
の行なわれなかつた事案の数が高い数値を示すとしても、法倫
理的秩序の象徴としてのその法定犯罪事実は、その資格を喪失
するものではないのであります。ある制定法上の法定犯罪事実
に対して次のように言うことはできません、それは現実に発生
する事件のうち僅かな断片に適用されるにすぎないではない
(29)と、と。このような抗議は大多数の法定犯罪事実について多
かれ少なかれ同様に提起されるのであります、なかんずく関与者
がその解明に関心をもちたないような諸法定犯罪事実についてそ
のことがいえ、さらに、追求する用意のある犠牲者に関係
のある諸法定犯罪事実についてさえもそのことがあてはまりま
す、例えば窃盗または偽証の場合がこれであり、そのほか
平和、戦争そして自由の各秩序に対する侵犯による人類に対す
る重大な脅威がきわめて稀にしか裁判所で処罰されることにな
いということを考えてみてごらん下さい。

刑法の断片のおよび例示的性格は、刑法をもって直接的に一
箇の無秩序の状態に陥った社会秩序を正常の状態に回復するこ
とができると信じている人々の錯誤を証明するものでありま
す。刑法が寄与することのできるものは、法および道義性に関す
る社会的諸見解を支持することだけであります。このことは立
法によって行なわれます、すなわち立法が前法の諸規範に法的

形態を与えることによって行なわれず、また司法によって行なわれず、すなわち司法が社会倫理的諸規範を法解釈の基礎におくことよって行なわれます。けれども法秩序の守護は決定的に社会の精神およびその法的構成員の道義的および法的なものの観方に依存しているのであります。法秩序の安定性は、決定的に一般人および個人が道義的諸規範に根をはっていることに基づいているのであります。大切なことは、道義的諸規範が法的共同体の諸構成員の精神的資産となり、そしてこのような構成員によって社会生活の当然の基礎として実現されることとあります。このような闘争で刑法の持ちうる意義は、僅かにそれが規則をはっきりさせて法侵犯を行為者にとって一箇の社会的に危険なものとすることであり、そしてこの危険たるや決して過大に評価されることなく、しかも行為者の露見しないであろうというまたは有罪が証明されないであろうという期待によって上塗りされているのであります。

三、刑法の限定

訴訟手続が行為者にとつてのこの危険を増大させるべきものであるならば、この目的のためにも刑法の一箇の限界づけが必要なのであります。それは簡単な計算であります、すなわちその諸力と手段が限定されているのですから——それらは必至的にそのようになるのであります、というのは社会は法侵犯者を

訴追すること以外の課題をなお履行しなければならぬからであります——、それらは法倫理的にまた社会的に最も重大な犯罪の訴追のために使用されるべきでありましょう。どのような諸法定犯罪事実がなおそれに属するのかわかという点について論争が考えられるとしても、その場合でさえ、このことは議論の出発点の正当性を減少させはしないであります。従つて立法者に対する要求として判明するのは、現行刑法および一九六二年草案中の余分な諸法定犯罪事実をしらみつぶしに捜すこととあります。それらの法定犯罪事実はなかならず特別刑法中에서도見つけ出されますが、まさにそこに限られるわけではありません。他方多くの法定犯罪事実は、窃盗および詐欺のように、同時に重大な事象および軽微な多くは邪魔であるにすぎない諸事象を包括しています。法定犯罪事実に該当するには重要な意義のある諸事案と些細な意義しかない諸事案とを全範囲にわたつて広く区別することはできません。窃盗が飲食物窃盗、貧窮窃盗、作物泥棒および森林窃盗によつて法定犯罪事実に該当的に縮小されうるとしてさえ、依然として大きな余りが残ることにあります。ここに残されているのはただ、実体的には些細な諸所為の無罪宣告の可能性および一定の刑の重さ以下にとどまる諸所為の除外の可能性であり、訴訟的には起訴法定主義の限定の方法であり、なかならずあまりにも適用されることの少い

刑事訴訟法第一五三条においてそのようであります。

さらにまた学問と司法とは限界づけの課題を負っているの
あります。遺憾ながら我々の刑法典の有効期間の経過のう
ち、その文言は依然として同一であるにもかかわらず諸法定犯
罪事実の一箇の恒常的拡張が確認されるのであります。それは
間隙を閉鎖する傾向と関係があります⁽³⁴⁾。財産上の損害および財
産上の処分概念の拡大による詐欺の法定犯罪事実の拡張は刑
法をますます民法の領域へ導き入れました。それと同時に民法
上の社会保護と刑法上の社会保護との間の限界設定が広く乱さ
れました⁽³⁵⁾。事故逃走の法定犯罪事実の拡張の際に、この規定
は、実務上行なわれている逃走の概念そしてそれと同時に不名
誉な者の概念のあまりに思い切った解釈によりますます強く警
察および民法上の課題の容易化のための一箇の規範を定めるこ
とへと変えられてきています⁽³⁶⁾。我々の社会の保護のためにきわ
めて重要な規定、例えば刑法第一七六条第一項第三号⁽³⁷⁾のような
規定の拡大解釈でさえ愉快な気持では賛成することができません。
どれほど児童の保護が必要であるとしても、外部的そして
多く外面的な諸行為へのこの法定犯罪事実の拡張は、それだけ
裁判官の確信形成の困難化を意味するだけでなく、同時にそれ
らの児童を苦痛に満ちたそして多くの初めてそれを呼びます
刑事訴訟へと引き込むことを意味することになるのであります。

刑事訴訟の刑法形成力

⁽³⁸⁾ 一度調査してみる価値があると考えられるのは、刑法が施
行されて以来どれほど拡張解釈と恒常的な諸刑罰規定の新設と
の平行性が確認されるかということであり、学問が立法者
に対して完全主義への傾向を非難するのであれば、学問自体が
その例外とされるわけにはまいりません。

刑法が、立法者によってあれ、学問および司法によってで
あれ、拡張されればされるほど、それだけあまり重大でない事
件による司法の負担は大きくなり、それだけ多くの諸力が重大
な諸事象の訴追から奪われるのであります。このことが意味す
るのは重大な犯罪に対する刑法の有効性の喪失ばかりではあり
ません、非社会性をも意味するのであります⁽³⁹⁾。重大な、広範に
およぶ諸事件は大部分あらゆる諸力を集中した場合に初めて解
決されるのであります。私が実務で体験したところによれば、
捜査手続で停滞していた偽証訴訟手続——その手続の際に手続
停止となっていた——が解明されることができたのは、検事局
の一名の専門家が一年間の長きにわたってそれについて一任さ
れた後のことでありました。その結果は、多数の偽証の陰謀の
発覚であり、一二〇もの意識的な虚偽の供述であり、加えてそ
れは四〇件の民事訴訟および刑事訴訟での文書偽造を伴うもの
でありました⁽⁴⁰⁾。疑問の余地のないことは、我々が過大な法定
犯罪事実を創設するのであれ、我々が社会的に重要でない諸事

象を刑事訴追へ共に含めるのであれ、我々が刑法を拡張すればするほど、それだけますます重大な犯罪に対する闘争が弱体化されるということでもあります。

刑事事件を取り扱う際にくりかえりくりかえし注意をひくことは、どれほど多くの社会のおよび精神的に劣弱な人々が刑事訴訟に帰属しているかということでもあります。けれども我々の関心と呼ぶのは、容易に捕えることのできる無銭飲食者や、あわれな奴として若干のマルクを詐取した商会の取次人というよりはむしろ、大経済領域での詐欺や背任であります。北アメリカの刑事学で印象的にそれについて述べられている「ホワイトカラーの犯罪性」を思い起せばもって足りるであります⁽⁴¹⁾。

しかしまさに大経済犯罪は法律家に大部分欠如している経済的な知識と経験のほかに、落ち着きと時間と忍耐を必要とするのであります。我々が我々の警察および法律家をして比較的軽微な犯罪性および単に社会にとつてやっかいな者の犯罪性と取り組ませれば取り組ませるほど、それだけ我々は重大な、大部分は見透すことの困難な諸所為およびこれを行なうところの、大部分は計画を練って、考え貫ぬいた上で行為する行為者の訴追のための力と時間とを失うことになるのであります。このことからまた判明するのは単なる非社会的な者なかんずく乞食、浮浪者、娼婦および扶養義務違反者を刑法からの切り離すことの

必要性であり⁽⁴²⁾。彼等は社会扶助を受けることになり⁽⁴³⁾。また確かに取柄がなかったのは、精神病者の処遇を刑事裁判管轄権へ含めたことでもあります。それは行政または後見裁判所管轄権の問題なのであります⁽⁴⁴⁾。

四、集中、実践性、簡易化

しかし問題となるのは資料に関する刑事訴訟の負担の軽減だけではありません、法的思考経過の負担の軽減ということも大事なことなのであります。刑事訴訟が感銘深くして有効に形成されるべきであるとするならば、実体的刑法の集中、実践性および簡易化を必要とするのであります。教義的な揚げ足取りを伴うあらゆる遊戯——このことに刑事政策的重要性が帰属することはありません——および刑事政策的に不必要な論議へのあらゆる強要は、刑事訴追の力を弱めそして事実の点でも法的な点でも不当な判決の危険を高めるのであります。刑事訴訟は法的安定性の保障を伴う一箇の社会学的事象であります。刑事訴訟は完全性の保障を伴う一箇の主として法学的な事象ではないのであります。決定的に⁽⁴⁵⁾、判決の宣告が異論の余地なく解明された事実関係に基づいていることそしてまたその判決の宣告の法倫理的な意義も、有罪判決の言渡を受けた者の将来の運命も明瞭に示されていることでもあります。それ以上のことはすべて判決を不明瞭にしそして理解し難いものとし、

刑事訴訟をも支配している経済の原則に矛盾し、不必要に諸力と手段とを奪うのであります。このこともまた広範囲にわたって実体法の構成により左右されるのであります。

(a) 競合論

刑事司法で問題となるものが直接的生活形成に関する一箇の社会学的に判断すべき事象であるということに着目するならば、どれほど多くの空疎な思考上および執筆上の仕事が司法において行なわれているかということに気づかれることでありましょう。その実例の一つが競合論であります。競合論は下級審裁判所と上級審裁判所との間、検事局のところでの下位官庁と上位官庁との間とりわけ学問の領域での多様な議論の原因となつています。想像的競合の際の諸法定犯罪事実の積み重ねは可法に負担をかけるばかりか、判決の効果を減殺するものであります。法条競合の一箇の拡張による諸競合の過多または諸法定犯罪事実を相互に厳格に分離する解釈による諸競合の過多を減らそうとする学問の領域での諸努力にもかかわらず、観念的競合は、理論および実務において、学説および講義において狼藉をはたらえています。制定法の明白な文言を新しく解釈し直した報いを受けているのであります。刑法第七三条を偏見をもたずに読むならば、次のように受け取るべきでありましょう、すなわち一箇の行為が数箇の刑罰法規に触れた場合にただ一箇の

刑罰法規が適用されるということそしてその結果また一箇の刑罰法規から罪責の宣告が行なわれる必要がある、ということがこれでありませう。判例および主として学問は、この規定を解して、あらゆる法定犯罪事実が罪責宣告の場合に適用になり、そしてその刑はもっぱら諸刑罰法規のうちの一箇の刑罰法規から取り出される、但し何らかの諸呪文によりそれにもかかわらず諸刑罰が数箇の制定法から取り出される場合はこの限りではない、としてまいりました。

罪責宣告について適用されるべき法定犯罪事実の数がどれほどの範囲に達しうるものであるか、次の実例でこれを説明してみることに行なう。一人の郵便局員が虚偽の記載をして金銭の入っている一通の書留書簡を着服し、その金銭をポケットにしまい、その書簡は封筒とともに破棄したとします。この郵便局員は單純に刑法第三五一条により重い業務上の横領の故によつて処罰されるのではなく、職務上の虚偽記載(刑法第三四八条第一項)と、職務上の文書破棄(刑法第三四八条第二項)と、郵便局員による信書開披(刑法第三五四条)と、利慾心からの保管文書破棄(刑法第一三三条第二項)とまた背任(刑法第二六六条)と想像的競合の關係にある刑法第三五一条による重い業務上の横領によつて処罰されるのであります。これで全部である、ということに対する保証を誰が引き受けることがで

きるでありましょうか。将来の裁判官となる者が何も見落すことのないようにそれに対して彼等を守護するためには、我々の学生および試補に対して、そのほかに一体なぜ他の諸規定、例えば窃盜、單純横領、單純文書偽造、文書隱匿、信書の秘密の侵害および器物毀棄が問題とならないのか、これを検討することが要求されるでありましょう。法学上の過誤の可能性はそれぞれの規定とともに増大するのであります。このことはまだそれほど大したことではないかもしれませんが、たしかにそれよりはもっと悪い事態であるのは、我々がこのことによつて若い法律家に対して裁判官の使命および意味に満ちた訴訟上の活動について一箇の誤った心象を伝えてしまうことであり、また我々が法の理念からしても社会学的に觀察しても本質的でない事柄を過度に視野の中へ押し出し、そしてこれによつて場合によつては一箇の訴訟の諸課題についての視界を法的側面でも人間的側面でも不明瞭にさせることであります。

諸法定犯罪事実の積み重ねは何を意味しているのでありましょうか。法治国性を確保するためには、それは些細なものであります、というのはすでにただ一箇の法定犯罪事実の適用ということが刑の合法性を保障しているからであります。その刑量について問題となるのはもっぱら相応な刑の枠であり、この刑の枠の内部でその刑はもっぱら当該事実關係に應じて、制定法

に違反することなく、形成されるのであります。⁽⁵⁴⁾たとえ一度他の刑罰法規から一箇の附加刑または附随効果が抜け落ちたりまたより軽い刑罰法規からの一箇の引き上げられた刑の最低限が斟酌されなかつた場合があつたとしてさへも、この損害は本當にそれほど大きなものでありましょうか。⁽⁵⁵⁾我々は刑事訴訟でいずれにしてもただ目盛のあらい尺度で計算をするにすぎません、但し一義的な罪責の確定および疑問の余地のない法定犯罪事実の適用の保障が問題となる場合は、このことは事柄が別であります。自称的にまたは本當に獲得される刑事政策的利得よりも重大なのは、必至的に生じてくる制定法の尊重の受ける損失、そしてそれと同時にまた裁判所および法曹の威信の蒙る損失であります。⁽⁵⁶⁾ここで主張した立場は、制定法の文言に従うものであるのみならず、同時に判決の形式および判決の理由づけの一箇の簡易化を必至的にもたらずものであり、そして判決の明確性によつて有罪判決の言渡を受けた者のところでも一般人のところでも一箇のより大規模な判決の理解を確保し、そしてそれと同時に一箇のより強力な効力を確保するものと私には思われるのであります。觀念的競合の問題の論議によつてただ一箇の、しかし私の考えるところでは競合論で最も不愉快な問題が提出されました。依然としてなお残されているものに、他の、例えばここで主張した見解によつて言うまでもなく解決さ

れる観念的競合と法条競合との関係という問題⁽⁵⁹⁾および観念的競合と実質的競合(併合罪)との限界づけの問題⁽⁶⁰⁾がありますが、これらの問題はこの講演の時間の枠内ではこれを論じることができません。

(b) 刑事訴訟法での集中の思想

刑事訴訟法でくりかえしくりかえし指示されるのは限定と集中の思想であります。この思想は些細な刑事事件の不訴追の原則(刑事訴訟法第一五三条)——この原則は相当に紙上のものにとどまっています⁽⁶¹⁾——および重要でない犯罪を他の判決を下される犯罪のほかに訴追しない原則(刑事訴訟法第一五四条)の中に、一定の犯罪の場合に被害者に対して私訴の方法を指示する可能性(この可能性はなおあまりにも限定されています。すなわち比較的軽い財産犯が欠如しています)の中に、終りに民事訴訟または行政法上の争いで事前の解決がなされるまで手続を延期することを許容する(刑事訴訟法第一五四条a、二六二条)ということの中に見出されます。これらのことはすべて実体的刑法でそれに相応するものを必要とします、というのはそれなくしては刑事訴訟は意味深くそして確実に実施されないからであります。集中の思想は刑事訴訟上の形式的諸規定の中にも示されています。立法者は刑事訴訟法第二六七条で判決理由の必要な内容を限定しました。この規定は注目すべき仕方では判決内容を限定し

ているのであります。刑事訴訟法第二六七条によって設定されたもろもろの限界は上告の判例の中で久しく突破されてまいりました。判決内容についてはますます高度の要求が行なわれてきています⁽⁶²⁾。刑事訴訟法第二六八条の考え方の出発点となっています⁽⁶³⁾のは公判と判決理由の告知との関連というところであります。刑事訴訟法第二七五条が強行的に要求しているのは、判決理由が告知後一週間以内に一件書類へ編綴されるということであり、この規定は、言うまでもなくくりかえしその文言およびここでもまた歴史的發展に反して、一箇の予定規定へと変形されてきたところの一箇の規定であります。判決に関するこれらの規定は、集中事象が実体法の中でも斟酌されないと、必至的にわきへ押しつけられてしまうのであります。

(c) 共犯論

学理的な進歩と見られている多くの事柄が、集中という観点の下ではまさにそうではありません。実例として共犯論の疑問のある発展が指摘されるでありません。共犯の厳格な従属性の原則は、その刑事訴訟手続が主たる所為のところを展開されるという長所をもっていました。諸共犯者の諸所為は主たる所為へ集中していました。従って実際に問題となったのは主たる所為でありました。この原則は簡単であってしかも運用し易いものであります。言うまでもなくこの原則が正しくなかった

のは、責任無能力という純然たる一身的事由から主たる行為者の処罰が脱落する場合でありました。それゆえ正当に刑法は第五〇条（一九四三年）でその限度で少年裁判所に相応して諸共犯者の可罰性を拡大したのであります。この限りではすべて結構なのであります。刑法新第五〇条の成立史の一つに反する

仕方、通説は——BGH 9, 376, 382 はこの問題を未解決のままにしています——この規定を解して、責任無能力の場合だけではなく、一般的な、事実拘束された性質をもつ（例えば刑法第五四条の場合）ところの諸責任阻却事由の場合にも適用されなければならぬものとしています。このことが意味しているのは、いまだではもう共犯は主たる行為の不法を前提とするにすぎないということであり、それと同時に共犯論はときとしてきわめて困難な責任阻却事由、不法阻却事由、刑罰阻却事由の区別に依存させられそしてその訴訟は片隅の問題に押しやられることになってしまいます。草案（一九六二年草案第三〇条、第三一条）は通説の見解をわがものとし、そしてその上不当な有罪判決言渡への道を開いています。訴訟的に気をつけるべきことは、制定法がますます多く諸区別をもたらせばもたらすほど——この草案がそれであり（一九六二年草案第三九条、第四〇条正当化する緊急状態、免責する緊急状態参照）——そしてますます多く制定法の適用において諸区別をさせる

ようにすればするほど、それだけ多く拳証が拡張されなければならず、そして細目の点に、とくに主観的な性質のそれに及んでゆかなければならぬということであり、それと同時に、しかし、再び事実関係の確定が不確かなものになってくるのであります。

同時に諸区別は世界観の見解に基づいているのであります、このことを妊娠中絶に関する論議がはっきりと示しています。一箇の多元論的社會では諸基本的見解はきわめて多様であり、何が不法でありそして何が責任であるかというものは、前法律的な道義的諸概念が問題となっており、諸秩序（倫理的・法的秩序）の調和を乱すことなくまた道義的秩序の危殆化を伴うことなしに、法律、法学または法律実務によってこれを決定することができません。不必要な区別をたてることは判例の統一性に割れ目を生じさせるのであります。刑法にとって標準となる範疇は可罰性の範疇であります。もっぱら可罰性の範疇を、今日なお効力を有している刑法典は、正当にも、目標としています。共犯の場合にもそれで済みますことができるのであります。

(d) 諸法定犯罪事実 (Tatbestände)

刑法の活動範囲が刑事訴訟での法の適用の可能性によって決定されるのであるならば、刑法は実践的なものでなければ

ばなりません。実践性は立法者に対しても法適用者に対しても一箇の要求であります。諸法定犯罪事実は法的安定性のためにも法適用可能性のためにもできるかぎり明確であるべきであります。どれほど評価のおよび主観的な法定犯罪事実の諸要素が不可欠のものであるにせよ——それらの要素は、その上、意識的に法定犯罪事実の限定のために組み込まれることがあります（詐欺の場合の違法な不正領得の意図、事故逃走の場合の逃走）——、主観的および評価的諸事情の一箇の積み重ねは、一箇の法定犯罪事実を正に適用しにくいものがあります。

この点についてのよい例が不当利得行為であります。一箇の法定犯罪事実は——その形成によるであれ、判例での解釈によるのであれ——きわめて多くの証明上の困難をそのうちに含む結果、必要な諸確定が不相当に多くの力を奪うことがあります。

一箇のそのような法定犯罪事実は、刑法第一七〇b条の扶養義務違反であります。扶養義務違反を違警罪から軽罪へ変えたことはこの規定の適用の諸困難の程度を本質的に高めました。今や広く過去にさかのぼって諸事象が解明されなければなりません。有罪判決の言渡を受ける者の労働の可能性、彼の健康状態、例えば補うために必要な支出、または広告に出された仕事の期待可能性に関する諸調査は、異常に多くの骨折りを伴います。私のハム上級裁判所での活動の際に確認できたのは、刑法

第一七〇条bに關係する諸上告の大部分が成功したということであり、実践性という観点が実体法上の法的諸規則の設定に對して決定的なものとなることが稀れではありません。それらの諸考量は一箇の合法的な解釈の標準に相応しますので、學問は判例で設定される法的諸規則を批判する場合に実践性の観点をも一緒に考慮に入れるべきであると考えます。場合によっては、理論的にまず最初に不快に思われる多くの事柄が実は全く正当であるということがわかるであらう。

五、素人裁判権

刑法が刑事訴訟で實現されるのであるならば、実体的刑法と裁判所構成との間にも關係があるはずであります。我々の刑事司法は、明らかに相当の程度まで実体法の視角から當を得たこととありますが、職業裁判官の仕事であるばかりではなく、素人裁判権をも認めているのであります。第一審の簡易裁判所裁判権および連邦裁判所および上級地方裁判所のところでの反逆事件および国家に対する裏切りの事件に関する裁判権ならびに上告裁判権を度外視するならば、ドイツの刑事司法には素人が決定的に關与しているのであります。簡易參審裁判所、地方裁判所刑事小法廷および陪審裁判所のところで素人は職業裁判官に對して二倍の数だけ代表しています、その結果としてここでは素人だけで有罪判決の言渡を招来することさえもできるのだ

あります。⁽⁷²⁾ 拡大された参審裁判所(裁判所構成法第二九条第二項)および地方裁判所刑事大法廷では素人の関与はかなり大きく、その結果として素人は有罪判決の言渡を阻止することができるのであります。

素人裁判権は、しばしば、とくに法律家のところで、拒否に遭遇しています。⁽⁷³⁾ 圧倒的な理由は素人裁判権の保持に賛成しています。素人裁判権は、刑事司法が国民の仕事であって、一職業階級の仕事ではないということを外部的に表現するものであります。素人裁判権は法的考察方法のほかに一般的人間的考察方法を提供することに奉仕するものであります。⁽⁷⁴⁾ 素人裁判権は法律家がその法解釈で純然たる抽象的なそして構成的な事柄に足を滑らすことから彼を守る使命を負っているものであります。素人裁判権は法律家の諸経験のほかに非専門家の諸経験が顧慮されるようにすべきものであります。それぞれの裁判権は、職業裁判官が判決を下すにしても、素人が判決を下すにしても、その固有の危険の原因をもっています。法律家もあまりにも容易に、自己の基本的態度および基本的立場と結びついてある予断を懐きがちであります。従って素人裁判権は、諸観点の一箇の多様性を保証する意味をもっているのであります。我々の訴訟制度は正義のためにも法的安定性のためにも諸緊張とコントロールの組み込みを基礎としているのであります。素人

裁判権はこの点を越えて被告人の弁護のために一箇の重要な機能を果しています。素人裁判権は法律家をして一箇の審理方法をとることを余儀なくするのであります、すなわち込み入った諸事件の場合でさえも一箇の素人にわかるような事実問題および法律問題の伸展を伴う審理方法がこれであります。私は陪審裁判所の手続で、どれほど見事にこのことが行なわれうるものであるかを体験しました。それと同時にさらにまた被告人——彼自身は大概は一人の素人です——が審理についてゆるゆるの状態におかれることになりました。素人裁判権を除去することはおそらく審理のスタイルを変えることになるのであります。もし素人の関与が事実関係の確定の確実性および訴訟手続の結果の正当性を侵害することがあるとするならば、このことは一箇の純然たる職業裁判権に賛成することになるのであります。⁽⁷⁵⁾ しかしこの点に関しては、いずれにしても、職業裁判官と素人裁判官の共同的審理を伴うところの混合的裁判所に対してはあらゆる証明の可能性が欠如してあります。このような方向での諸支持点をチュービンゲンでの刑事訴訟手続における誤謬の諸原因に関する諸調査は明らかにしてはいないのであります。⁽⁷⁶⁾ 刑事司法で素人はずす代わりに、それよりもっと前に考えられるべきであると思われるのは、行刑でも素人の協力をあらかじめ考慮することです。⁽⁷⁷⁾ このことによって今日あらゆる

公開を排除している行刑が新しい刺戟を受けそして何よりも先ず行刑が緊急にその改善を必要としているということが一般の人々に意識されることになると考えられるのであります。

しかし論者がたとえ素人裁判権についてどのような立場にたつとしても、一つのことは確実であります、すなわち我々の裁判所構成が素人裁判権を実現しているということがこれであり、ます。このことは刑法にとって必然的な諸結果を含むものであります。素人が職業裁判官と並んで完全な答責を負って裁判官席に着席すべきであるのであれば、素人によって適用される法は明確にして明晰なものでなければならぬはずであります。

この点から判明するのは、もう一度、刑法の簡易化についての要求であります。このような要求は再び立法者に対しても裁判官に対してもなかならず上告審裁判官に対して向けられるのであります。上告に対する諸判決は種々の審級の職業的裁判官の間の対話であってはならないのであります。諸上告裁判所は一箇の素人裁判権の審級順序の内部で非法律家に固有の思考をも制定法の解釈の際に一緒に斟酌しなければならぬのであります。四〇年前の私の学生時代からこのかた刑法はなんと込み入ったものになってしまったことでありましょう。旧陪審裁判所の廃止が刑法上の諸觀念の変化をどれほど導いたかという問題を究明してみることが興味のあることでありましょう。我々の

今日の刑法上の諸見解の複雑性は、私の考えでは、人格の思想を一層強調すること（常習的犯罪、改善および保安の諸処分、保護観察のための刑の執行停止、刑の量定）によってこれを説明することのできるものではありません。刑罰の問題および反動の問題はそうでなくとも大学の授業では大概は背後に退いています。刑法の複雑性の問題は明白に学理上の諸原因によるのであります。それはとりわけ刑法を社会学のおよび訴訟的基礎から切り離していることに基つているのであります。完全主義への傾向も一役演じております。終りに基本的諸觀念での統一性の喪失も一役演じているのであります。しかし我々は大学の教員として誠実でありましょう。一体誰がなお次の点を考えているのでありましょうか。すなわち刑法は我々の裁判所構成によれば素人法であるということを。実体的刑法が発展するにつれて、実体的刑法はまさに訴訟手続法と対立してきています。素人裁判権を真面目に受けとる者は、立法、判例および学問においてますます強化される「刑法の法律家向きの傾向」を心配せずに見ていることができないのであります。これによって少なくとも一箇の確かに機能的な司法に対する一箇の引き上げられた保証が与えられるのであるといわれています。しかしこのことを信じるのは、私には一箇の錯誤であると考えられるのであります。

六、刑の量定

実体的刑法の形成のために刑事訴訟手続から導いてこられるところの問題は、刑の量定事象にもかかわらずがあるのであります。このことは二箇の争いのある問題について示されるべきでありましょう。すなわちまず、どれほどまで刑事訴訟の側から、刑の量は責任を超えてはならないという命題に対する支持または疑問が導いてこられるかという問題について、次に刑の量定に関する実体法的諸規則が当を得たものであるかという問題についてこのことが示されるべきでありましょう。⁽⁸⁵⁾

(a) 責任

刑罰が人間の自己答責性に対する回答であるべきであるとすれば、その前提条件は責任が現存することであります。このような中心的な概念のところで、我々は言うまでもなくこの概念を多種多様の意味で理解するという危険を冒しているのであります。それですから責任という概念のもとで私が何を意味しているのかということについて手短かに言及しておく必要があるのであります。⁽⁸⁶⁾責任は、この講義では、犯した不法に対する自己答責的な一身の関与として理解されています。後者は、法秩序で表現されている社会倫理的な非難を基礎づけるのであります。責任非難は、道義的非難を刑法の領域へとり込むのであります。責任非難は、不法に対する非難と同じ様に一箇

の前法律的起源をもつものであります。ここでも、諸価値秩序の相互的干渉についてすでに述べたことが妥当なのであります。責任概念は道義に根ざすものでありそして道義とこれを切り離すことができないものであります、それですから一箇の自足的に基礎づけられる法的責任概念というものは存在しないのであります。従って責任が処罰の基礎となるにとどまらず、処罰の程度の基礎ともなるべきものであるとするならば、責任が所為に根ざしていることという一般的前提だけではなく、一身の答責の関与の大きさの調査および確定をも必要とするのであります。この一身の答責の関与がどの程度に及ぶのかということとは、多種多様の事情に依存するのであり、これらの事情は刑事学的領域（素質、環境、発育、ことに病氣や教育の欠如、価値体験の欠如、有為な人々との出会いの欠如による発育上の諸障害）から倫理的および神学的領域（諸悪にさらされていること、愛における拒絶）にまで達するのであります。責任の諸要素の複雑性は口頭による公判での説明を許さないものがあります、それは普通はただ一時間それとも僅か数時間行なわれるにすぎないのであります。従って刑の標準について何事かが作成されたとしても、それは確定しがたいものであります。明確にできる事柄の代わりに一括判断およびもろもろの推測が行なわれます。提起される責任非難は、提起される方法では場合によ

つては根拠がないのであります。責任非難はその人格に向けられていたので、この責任非難は精神的抵抗を呼び起こし、この抵抗は、再社会化事象がこれによって妨げられるかそれとも全く阻止されるという結果を伴うのであります。

おそらくは、刑は責任の程度に従って確定されるとする見解の主張者の多くは、責任を全く一身的道義的意味において理解しないで、一箇の客観化された意味で、例えば行為者に対し共同社会の構成員となされる諸要求に対する行為者の拒絶という意味で（けれども行為者が現実に行うことができる諸要求という意味においてではなく）理解しているのであります。このことが意味すると考えられるのは、責任の計量が擬制的方法で行なわれるということであり、例えば人々が一人の平均的市民に対して要求する事柄に従ってこれを計量するというように。けれどもこの場合には、もはや問題となつてゐるのは眞の責任非難ではなく、社会的諸尺度をあてて行為に対して下された一箇の無価値判断なのであります。一箇のそのような考量も刑の限定としてのその刑法上の意味をもつてゐます。というのは刑は決して人々が法的共同社会の平均の一員に対して期待できることを超えることはできないからであります。ただ論者は次の点を明確に理解していなければならぬのであります。すなわちこのことによつて個人的答責性としての、自己の人格力に

対する拒絶としての責任の認識のために何ら寄与するところがないのであらう、ということがこれであり、一箇の正しくない解決の糸口の危険性は、この解決の糸口が、一方で共同社会を充分に保護しそして他方で処罰されるべき者に対して必要な助力を与えるために適当した諸尺度を探し求めることを妨げるということにあるのであります。それと同時に刑法の効果が失われる危険性が増大するのであります。

(b) 制定法上の刑の量定事由

刑の量定に関する第二の問題、すなわちどれほどまで刑罰法規は刑の量定に関する諸考量を提供すべきであるか、それともまた刑の量定事象を一般的に学問的透徹にそして具体的には裁判官に委ねるべきであるかという問題はそれほど基本的な問題ではありませんが、それだけに実務では少なからず重要性をもつてゐるのであります。ここでも決定的に問題となるのは、刑事訴訟でまた行刑で何を実現することができるのかということであり、刑の量定の諸観点の採用は、新しい諸上告理由を創設することになり、それと同時にそれだけでなくもすでに長い期間継続する刑事訴訟手続がさらに遅滞することになるであらう、とする異論は、確かに重要なものであります。最も重要な疑問を意味するものではないのであります。本質的なことであると私に思えるのは、刑の量定事象が一箇の総合的判断であ

るということであります。この判断の際に個々の観点が一箇の下属的役割を演じるのであります。所為の諸事象、行為者の人格、行為者の発育、行為者の感受性、影響力に関する諸可能性および再社会化思想が互いに混り合うことになり得ます。刑を量定しようとする者は自分の諸観念および態度をその基礎とします。刑の量定の一様化、均り合いのとれたそとして同種の処遇に對する一箇の要求は、個々の観点からこれを実現することができざるものではなく、刑を量定する者が、人間について、犯罪についてまた犯罪の頻度について一箇の平均的心象を懐くということを前提とするのであります。すなわち彼は人間学的にまた刑事学的に予備教育を受けている必要があるのであります。刑を量定しようとする者は、この点を超えて執行事象を正確に知っている必要があるのであります。すなわち彼は行刑自体で、当該処置の種類で、それどころか特に問題となる制度において一体何が行なわれるのかということを知している必要があるものであります。このことが意味しているのは、裁判官は行刑に關してその個々の点についても精通していなければならぬということであり得ます。しかし刑事裁判官の何人がそれを本當に正確に知っているでありましょうか。くりかえしくりかえし提起される苦情が将来もくりかえされることであつてはならないのであります。終りにその判断者は事実上の刑の量定の基礎を

正確に知っている必要があるのであります。しかし判決を下す人はそれをどのようにして知るべきなのでしようか、確かに被告人自身も自分をめぐる事情がどうなっているのかをしぼしぼ一度も承知してはおりませんし、裁判官自身も彼の人格および彼の世界について大概はほんの僅か承知しているにすぎないのであります。このようにして粗雑なもろもの描き誤りが生じてくるのであります。⁽⁸⁷⁾ 必要な訴訟上の補助手段としてありつたけの力をこめて一箇の裁判所補助に關する一般的制度が要求されなければならぬのであります。⁽⁸⁸⁾

(c) 自由剝奪的諸処置の選択

我々は将来の諸熟考の際にも次の問題に關する論議を避けることはしないでありましょう、すなわち自由を剝奪する諸処置(重懲役または輕懲役、保安監置、禁絶施設、療養または看護)の施設および一九六二年草案の提案によれば予防監置)の正しい選択をおよそ公判で間違ひなく行なうことができるかどうかという問題がこれであり得ます。この決定は一箇の慎重な分類と鑑別とを要求するのであります。このことから生じてくる問題は、事實審裁判所は自由剝奪およびその期間だけをきつぱりと決めるべきものとし、一箇の執行裁判所が、執行の種類と執行の施設とを、すでに行なわれた初期の執行——この段階で一箇の目的的執行形式のための諸基礎を見出すことができるかと考

えられます——の後に決定しなければならぬものとすべきにはあるまいかという点であります。このような手続の部分も法治的に保証されるべきものと考えられます⁽⁸⁸⁾。この問題提起はこれを示唆するにとどめておくべきでありましよう。ここに提起された問題は、多層性のものであってこの場でこれを解決することはできないのであります。しかし論者がたとえ個々の点についてどのような立場をとるとしても、確実なのは、実体的刑法での諸基本原則を有意義に設定することのできるのは、一箇のそれにもなわしい刑事訴訟と行刑とがこれを助ける場合に限られるということでありましよう。そしてこれを逆にいうならば、刑事訴訟および行刑の一箇の形成が、およそ初めて、実体的刑法の一箇の継続を可能なものとするところとなるのであります。

(23) 巨越^{III} Welzel, Deutsches Strafrecht 8. Aufl., S. 76 (ab 3. Aufl.); Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre ZStrW 74 (1963), S. 78 ff.; この問題を詳細に論じたのは Baumann, Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., S. 146 ff., 213 f. 以下。

(24) 巨越^{III} Welzel, Deutsches Strafrecht 2. Aufl., S. 62 ff., 108 ff.; Schaffstein, Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStrW 72 (1960), S. 369 ff.; 巨著

刑事訴訟の刑法形成力

Strafprozess, S. 15; Klug, in Eberh.-Schmidt-Festschrift, S. 262 ff. などの場合に社会適合 (Sozialkongruenz) といっています。

(25) 同様に、交通上正しい運転を行なったにもかかわらず惹起したある交通事故の際に、一箇の社会的相当事象は問題となりえない。この事故はその諸結果を含めて社会的に望まれる事柄に背馳している。それゆえこの事故は訴訟手続法上の検討を必要とする。交通上正しい挙動の事案でその所為が正当化されるのかまたは責任が宥恕されるのかという問題が争われているが、それはやはりこの関心のある問題にかかわりのないものである。道路交通における交通上正しい挙動の問題について Baumann, Schuld und Verantwortung, JZ 1962, S. 46. 参照。

(26) 判例によれば、帝国裁判所の判例によっても、連邦裁判所の判例によっても、技術的に正しく行なわれた成功した治療行為が、傷害の法定犯罪事実を充足する。審意見の状況については Schönke-Schröder zu § 223 Anm. V; Welzel, Deutsches Strafrecht 8 Aufl., S. 251, 以下 Eberh. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht bei Ponsold, Lehrbuch der gerichtl. Medizin 2. Aufl.

1957, S. 34 ff. 参照。

- (27) 巨題『Binding, Lehrb. d. Gemeinen deutschen Strafrechts, Bes. Teil Bd. I 2. Aufl. 1902, S. 20 f.; Würtenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft 1957, S. 68; 40の註釈の Abhandlung in Karl Peters-Lang-Hirnhisen, Grundfragen der Strafrechtsreform, S. 35.

- (28) 暗数という概念のもとで私は刑事訴訟機関に全く知られていない犯罪行為の数を理解している。この意味で暗数という概念を理解しているのは、日本の検事、大場、Unverbesseriche Verbrecher und ihre Behandlung, 1908である。この概念はドイツ由来する。一般的にはこの概念はもっと広く理解されている。Exner, Kriminologie, S. 15, 彼に従って Mezger, Kriminologie, S. 15 は暗数という概念のもとで、現実に犯された犯罪行為であって未だ判決を下されていないものを理解している。暗数は現実に犯された犯罪の数と統計的に明示された犯罪の数との間の緊張を表現する。Seelig, Kriminologie 2. Aufl., S. 166によれば、暗数は属するもの、また少年裁判所法に基づいて依然として処罰されなう少年の犯罪行為の数がある。Bauer, Das Verbrechen und die

Gesellschaft, 1957, S. 14 は暗数として「告発を受けないうまたは有罪判決の言渡に至らなう所為の数」を表示している。フランスの文献は „criminalité réelle“ と „criminalité légale (apparente)“ とを区別する Stefanilevassour, Droit pénal général et criminologie 2. Aufl. 1961, S. 177 参照。

私の議論の出発点からは、暗数と有罪の立証がなされなかった数（解明されない数）とが区別される。有罪の立証がなされなかった数の際に問題となるのは、刑事訴訟官庁の知るところとなった犯罪行為の数であり、ここでは行為者の処罰に至らなかつた理由はそのような所為が立証できなかったからである。このほかになお不処罰の数がある。これはなるほど立証されたが、不処罰のままにとどまる行為者（大赦、児童、少年、精神病にもとづく責任無能力）の数を包括する。

たとえどのように暗数を理解するとしても、露顕しない事件の数は異常に大きなものである。この点に関してなかんずく K. Meyer, Die unbestraften Verbrechen, Kriminalistische Abhandlungen, herausgegeben von Exner, Heft 47 (1941) が注目すべき指摘を行なっている。その際、概念の把握における差異はあまり強くは重

視されていない。Meyer の報告した数によれば、判決の下された数と有罪判決の言渡に至らない数との関係は次の通りである。

故意による殺人の場合	(一六頁)	一対三および一対五の間
墮胎の場合	(三三頁)	一対一〇〇の間
同性愛の場合	(二九頁)	一対一〇〇の間
単純窃盜の場合	(三三頁)	一対二六から一対一〇の間
スリの場合	(三七頁)	一対五の間
百貨店での万引の場合	(三六頁)	一対一〇の間
詐欺の場合	(五頁)	一対一〇の間
放火の場合	(五八頁)	一対八から一対一〇の間
強盜および強盜的恐喝の場合	(三八頁)	一対五から一対五の間

Heindl, Der Berufsverbrecher 3. Aufl. 1927 44 重く危険な職業的犯罪の僅か 1% が判決の言渡を受けるにすぎないという見解を主張している。一人の刑事統計学者は判決の言渡を受ける行為と犯された行為との関係を一対三〇〇と見積っている。この点についての点についでまた Roemer, Polizeistatistik HDK II, 353; ders., Kriminalstatistik HDK II, 32 参照。また Hentig, Zur Psychologie der Einzeldelikte Bd. III, S. 31 が詐欺の場合の暗殺を一分の九とし、Bd. IV, S. 37 が脅喝の場合のきわめ刑事訴訟の刑法形成力

て高い暗数を挙げてゐる点を参照。上段に述べた墮胎の場合の暗数は、Sauer, Kriminalsoziologie, S. 594 に於ては一対二〇〇と、Heindl, aao, S. 287 に於てはその上、一対一〇〇〇とを更に高く決められてゐる。

興味のあるのは、また、偽証に関する数である。一八八五年—一九三四年のドイツ帝国刑事統計は五〇年間（一八八五年—一九三四年）に約三六〇〇〇名の偽証の故により有罪判決の言渡を受けた者を示している。Emminger は毎年行なわれる偽証の数を、一九二八年一月二七日の刑法委員会の会議でおよそ三六〇〇〇とした。

Kloß Eine Zählung der Zeugenmeinende im Strafprozess, Monatschrift Bd. 2 (1906), S. 667 ff. この点の数字は知らざりて高き数にのぼる（六〇〇〇〇—）。これらの数字で行なわれた偽証と証明された偽証との関係が明確になる。この点について自著、Zeugenlüge und Prozessgang (1939) S. 3 参照。このような状態が変つたと考えるべき根拠は何も存在しなご。

有罪の立証に至らなかつた数については、なかななく警察の刑事統計の解明の割合を参照。Hagemann, HDK II, 897 は、ハンブルグ刑事警察の報告（一九二七年）に基づいて一〇〇〇の係属するスリ事件で二七名の取

調べられた行為者が現われるものと計算している。その場合スリはしばしば気付かれず、気付かれた場合でもしばしば告発されない。言うまでもなくスリの場合の解明数はとくに不利なものである。ハンブルクは一九二七年に単純窃盗の場合に、告発された限りで、四五%の解明数を示した。これは誠に高い数字である！当時の解明割合が「*die Polizeiliche Kriminalstatistik, Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben vom Bundeskriminalamt für 1962 (S. 9)*」が重い窃盗の場合の解明の割合を三三・八%とし、そして単純窃盗の場合のそれを三五・二%としていること参照。

- (29) このことは、墮胎罪の法定犯罪事実についても妥当する。墮胎罪の法定犯罪事実が生命の尊重の告白を意味するものでありそしてそれは未だ生れてこない子供の生命を自由にすることはせず、むしろさもなければ保護の与えられない、社会的に弱い子供の生命権を明示しようとする法的共同社会の意思の表現なのである。

(30) この点に關して註二八の諸数字参照。

- (31) 主要戦争責任者に対するニュールンベルグ訴訟および目下連邦共和国で、戦争犯罪および大量犯罪の故により行なわれている刑事訴訟ならびにマイヒマン訴訟は、こ

種の訴訟の取扱いを、国家的に、場所的にまた時間的に限定している。それとともにその権利付与が失われるものでもないし、これらの訴訟がこのことによつてその正義の性格を失うものでもない。「刑事訴訟における歴史のおよび政治的責任の克服についての諸可能性および諸限界」という難問は一九六一年一月一八日および一九日のニュールン(ミッテンヘン)でのカトリックのマカチニーの会合での報告講演の対象であつた。また一箇のきわめて激しい議論の対象であつた——Heft 19 der Studien und Berichte der Katholischen Akademie in Bayern und Würzburg 1962——。この会合の詳細は「*Freiburger Rundbrief Jahrg. XIV Nr. 53/56 (1962)*, S. 82 ff. の私の報告参照。大量犯罪の法的および社会論理的諸問題はマイヒマン訴訟に關する諸論文中心に表現された。Baumann, Gedanken zum Eichmann-Urteil, JZ 1963, S. 110 ff. 及び同「Schuld und Verantwortung, Freiburger Rundbrief Jahrg. XIV Nr. 53/56 (1962), S. 29 ff.; Jäger, Betrachtungen zum Eichmann-Prozess, Monatschrift für Kriminologie 45 (1962), S. 83; 秘の論文「Gedanken eines Juristen zum Eichmann-Prozess, in Eckart-Jahrbuch 1961/62

Witten/Ruhr, S. 229 ff. 参照。全論題について、また Bader, Politische und historische Schuld und die staatliche Rechtsprechung in: Vierteljahresschrift für Zeitgeschichte 10, 2 (1962), S. 113 ff. 参照。戦争犯罪および大量犯罪の重大さとその時として奇異な感じを与える軽い処遇の側から考えれば Baumann, Justiz und Politik JZ 1961, 18 ff. の現代の政治的領域にかかわりのある個々の犯罪の過度に厳格な処罰に対する批判は理解されるであろう。

我々ドイツ人による過去の克服のために過去に眼を向けることがまさにきわめて重要であるとしても、それだからといって現在および将来に眼を向けることを忘れるべきではないであろう。ニュールンベルク軍事裁判所での訴訟手続がまさにドイツ国民にきわめて重大に関係するものであったとしても、それだからといって、それが一箇の国際的刑事裁判権の発端を基礎づけるのに適していたことを看過すべきではないであろう。個々の民族、人種さらにまた全世界の脅かされている状態を顧慮して一箇の民族のおよび人種の保護のための刑法ならびに一箇の国際的刑事裁判所の形成は一箇の緊急の必要事である。

刑事訴訟の刑法形成力

(32) この思想は、刑法がその実現のために刑事訴訟を必要とするという上段で行なった確認に背馳するものではない。それと同時に、このことは、刑法中で把握された諸規範はそれ自体としても Eberh. Schmidt, Lehk, I S. 31 が正しく強調しているように、効果を現わすということを除くものではない。この効果の源が実体的刑法にあるとすべきであるならば、言うまでもなく立法者にとってこの側からもまた次の課題が生じてくる、すなわち刑法典を明晰でないものにしなさいことおよび諸例外(刑罰阻却事由、錯誤の場合)によって明確でないものにしなさいことがこれである。このような観点のもとでも次のような見解がとられることがあるであろう、すなわち立法者は外部的な刑の枠を与えるにすぎないのであって、特別の状況から生じる状態の判断は裁判官に委せる必要がある、とする見解がこれである。この場合に立法者によって必要的に創設された刑法上の諸制限と裁判官に対して委ねられるべき刑法上の諸例外との間に正しい道を発見することは最も困難な立法者の課題の一つである。

(33) そのようなものとして一箇の将来の刑罰法規で問題となりうると考えられるものに、六週間または二ヶ月以下

刑事訴訟の刑法形成力

二八八

の自由剝奪および一〇〇ないし一五〇マルク以下の罰金または三ないし五日の日割罰金がある。

このような提案によって言うまでもなく刑法の範囲のみが限定される。けれども短期自由刑の執行の問題は未解決のままである。この点に関して die Abhandlungen von Gernain und Karl Peters in: Travaux de la Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire: Trois aspects de l'action pénitentiaire Bd. I, S. 182 ff., 189 ff. (1960) 参照。一九六三年五月三一日に行なわれた決議中で der Bund der Strafvollzugs-beamten Deutschlands (ドイツ行刑職員同盟)——Ausschuß für Strafrechts- und Strafvollzugsreform (II, 4)——は、六月までの自由刑の廃止を養成した。Baumann, Entwurf eines Strafgesetzbuchs, 1963 は刑法第二七条の拡大により、代替罰金を一年までの自由刑に拡張することを推奨している (§33I, 37E)。これらのすべての提案から、政府草案では充分に顧慮されていないこの問題の緊急性が判明する。

- (34) 諸間隙を充填する傾向は諸法定犯罪事実の充填に関しても刑の宣告に関しても示される(この点については後段の競合論の問題のところで触れる)。

(35) このような限界設定の乱れによって刑法の補充性の思想が誤認される。同じ問題は行政法および懲戒上の不法についても現われる。詐欺は一箇の実例にすぎない。なかならず横領の場合にも、民法上の不法を刑事訴訟の領域へと入れる傾向が顕著になっている。それと同時に民法上の諸請求権を追求する者に対して民事上の訴を遂行する負担を取り除き、民事被告人に対しては一箇の許容できない圧力がかけられる。同時に当事者は一箇の一層良好な乃至悪劣な訴訟上の立場に立たされることになる(ここでは証人、かしこでは被告人)。

(36) たしかに正当化される民法上の諸必要に対しては、他の方法でもこれに応じることができると考えられる。すなわち、事故逃走の場合は一箇の拳証責任の転換により、現場にとどまった場合(より重い諸行為が問題とならない限りで)、被害者に対し救助をなした場合は、免罪とすることにより、これらの場合の行政的諸結果(運転免許証の剝奪)の放棄によりまたは損害を受けた者に対する充分な保険上の保護によりこれに応じることができであろう。

(37) 発育に関して Schönke-Schröder, StGB 10. Aufl. zu § 176 Anm. 2 cf. 参照。また未遂の領域への一箇の予

備的行為の転位はその法定犯罪事実の一箇の拡大へ導く。すなわち、「風俗犯の場合の未遂の限界を際限なく前に移すこと」を導く。Bockelmann, *Strafrechtliche Untersuchungen* 1957, S. 148 f. 参照。

(39) この点に関して自著 *Strafprozess*, S. 22 f. 参照。

(40) これらの事象は「自著 „Zeugenlüge und Prozessausgang“ (1939) の対象であった。

(41) この点に関して E. Sutherland, *White-Collar Crime* 1949; W. Reckless, *the Crime Problem* 3. Aufl. 1961, S. 207 ff. 参照。

(42) 刑事学的に正しく、一八七一年の刑法は第三六一条第一〇号中の扶養義務違反を他の非社会性の諸場合と関連をもたせた。

(43) 刑事政策的に正当であったのは、また当初刑法典に規定されていた手続、すなわちこれらの非社会的な者が、言うまでもなく余分な拘留のほか、行政官庁へ指示されたことである。勿論、我々の今日の見解によれば、それは警察官庁であってはならないのであり、それは行政裁判所または後見裁判所の裁判官の保証の下での厚生官庁である必要があると考えられる。

(44) 精神病の法侵犯者の療養または看護の施設への収容は

刑事訴訟の刑法形成力

原則としては一箇の刑法の課題ではない。責任刑法とこのことは殆んど一致したいものである。一箇の保安手続を刑事訴訟法中へ組み込むことは、一箇の誤った構成である。公判の進行中に公共の危険は存在するが責任無能力であることが判明した場合には、相応な裁判権への移送が行なわれるべきであると考えられる。後者は所為事象に関する事実関係の確定に拘束される。

(45) 事実関係の異論の余地のない確定に関する理論は、法律の講義ではほとんど活動の余地を全くもたないに等しい。犯罪徴証学および誤判に関する広範に及ぶ文献は依然として全く利用されていない。多数の一件書類が依然として利用されていない。Die Tübinger Forschungsstelle für Strafprozess und Strafvollzug は多数の一件書類資料（一九五一年以降の再審手続）によって刑事訴訟における誤謬の諸原因の問題を調査しようと試みている。それによって一箇の将来の事実関係探究の理論に對して一箇の信頼のおける基礎が与えられる筈である。

(46) このことは文献中でくりかえしくかえし強調されているが、このことから今までのところ諸帰結がひき出されるに至っていない。Eberh. Schmidt, *Lehrk. II zu § 337 Nr. 49* は競合論に関して Jescheck, *ZStrW* 67,

533 に従って、「上告裁判所への不服申立の一箇の恒常的な原因」と述べている。Sarstedt, Die Revision in Strafsachen 4. Aufl. 1962, S. 76 は「諸競合の際の上告に關して」「そのようなことは法の周辺にあるものである。そのようなことは法の理念と何らの関係ももたないに等しい、そして嘆かわしいことに、なんと多くの事件で連邦裁判所の法廷はこのような『ガラス玉遊び』と取り組むことを余儀なくされることか。そのようなまた似たような事柄を理由として破棄されるに至った場合でさえ、このことは被告人に対してはただ例外的に一箇の終局的利益となるのが普通である。……まさに一人の理性的な裁判官は、法律家の技術に關するそれらの理由からして一箇のより軽い刑を宣告することには応じないであらう」と述べている。

(47) ここでも私は検察庁での実務での自身の諸経験を参考にすることができる。

(48) 観念的競合の法律問題がいかなる範囲を占めるものであるかを示しているものに、本主題に關する Geerds の広範に及ぶ労作がある。

(49) 同趣旨 Graf zu Dohna, ZStrW 61 (1941), S. 131 ff.; ならに私の論文 „Einheitsstrafe bei Verbrechen-

mehrheit“ in der Kohlrusch-Festschrift, S. 199 ff.

(50) 実例として挙げられるのは「窃盜と保管違反（刑法第(二四二)条、第一三三)条)または暴行による侮辱と傷害（刑法第一八五)条、第二二三)条)との境界設定である。

(51) そこで、最も重い制定法に基づいてのみ有罪判決の言渡がなされる必要がある、すなわて他の制定法はこれを顧慮する必要がないものとする見解が前世紀の終りから今世紀に入っても、しばしば、たとえ少数意見ではあつても、主張された。Von Liszt は次のように述べている (Lehrbuch 3. Aufl. 1888, S. 231)、「いわく」「……そこでより軽い刑罰法規はいかなる方法でもこれを顧慮すべきではなから」と。12./13. Aufl. 1903, S. 245 f. (14./15. Aufl. 1905, S. 244 f. でも文字通り同様である) は「有罪判決の言渡はしかしもっぱら重い犯罪の故により行なわれそしてより軽い犯罪は刑の量定の際にいかなる方法でも顧慮されるべきではない。」と。以前の第一一版の表現は、その本文第二二五頁および註五の詳論から判明することを述べようとしたものにはかならないであらう。後にはもう僅かに (21./22. Aufl. および以後の諸版においてそのようである) より軽い刑罰法規は刑の量定の際にいかなる方法でも顧慮されるべきではないと

うことが問題とされてゐるべきなう。言うまでもなくこのことによつて従来とは何か別のことが言われようとしてゐるのかどうかは依然として疑問がある。何故なら刑法第七三条に關連して、あらゆる個々の犯罪のとりうで一切の可能な他の犯罪との一箇の観念的競合の可能性を調査することは無益である旨の詳論がなされてゐるからである。判決形式へあらゆる犯罪を取り上げることに反対するものゝまた Hälschner, Die gemeine Strafrecht Bd. I 1881, S. 683; von Schwarze, StGB 5. Aufl. 1884 zu § 73 Anm. 7; von Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1879, S. 110; Merkel in: Holzendorfs Handbuch Bd. IV, S. 229; H. Fr. Habermaas, Die Ideale Konkurrenz, Tübinger Diss. 1892, S. 27. があふ。

Maurach, Deutsches Strafrecht 2. Aufl. zu § 55 II A 1 は刑法第七三条のまぎれよしのない文言に従えば納得できるのは、より軽い制定法の刑を排除することのみならず、より軽い制定法の各有罪判決を言い渡す作用をも排除することであるとしてゐる。あらゆる競合する諸制定法からの罪責宣告へという判例の發展中、マウラッハは制定法の文言に反する一箇の重要な意味の変化を

刑事訴訟の刑法形成力

観取してゐる。Rudolf Schmitt, Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht, ZStW 75 (1963), S. 54 は、明確な判例に反対する法文を指摘してゐる。

(52) 例⁵² Frank, Strafgesetzbuch 18. Aufl. zu § 73 Anm. 5; Schönke-Schröder StGB 10. Aufl. zu § 73 Anm. IV. 参照。一箇の制定法が適用されるべきことは、そのうで定められている刑が宣告されるべきであるという意味で理解される。刑法第七三条は、少年裁判所法が実質的競合について明確にして明瞭に規定してゐるのと同様に解釈される。

(53) 通説および判例は刑およびその他の効果のところでも事實上(再び制定法に反して)確かにより軽い制定法を適用する。そこで刑はより軽い観念的に競合する制定法を下ることは許されない、然り法条競合の制定法を下まわることすら許されない、さらに観念的にまた法条的に競合する制定法からの附加刑および附随的效果が宣告されなければならぬ。中間の制定法からの一箇の第二の主刑さえも現われる。このすべての点に關して、Schönke-Schröder, StGB 10. Aufl. zu § 73 IV 5. 参照。

(54) その結果として上告裁判所は、その判決は原則として不正に認定された想像的競合(法条競合の代わりに)に

基礎をおくものではないので上告裁判所が単に決定主文を正すということをも認めてゐる。BGH in NJW 1963, 1259.

- (55) いずれにせよ帝國裁判所の比較的古い判例はそのようである。この点に関し Frank, StGB 18. Aufd. zu § 73 Ann. IV, V. は、「制定法の各結合は許されない」としている。一九三九年三月二二日の刑事連合部の決定によつて初めて帝國裁判所(73, 148)はそれまで動かかなかつた判例から離れた。その上疑問があるのは、観念的に競合する犯罪のところでの最低限の引上げを正当化する事情が、刑の量定の場合に原則としていずれにせよ一緒に斟酌されることである。

(56) 最もよく理解できるのは累犯に関する反対の見解である。さらにまたこの結果は法文に忠実である義務を解除するものではない。そのほか私にはこの問題は「最も重い刑」という文言の解釈にあるように思われる。本当にただ問題となるのは刑の程度の高さによる威嚇だけなのだろうか。刑罰効果の作用も問題になることは決しないのだろうか。累犯の場合にはその刑の宣告は一箇のさもなければ存在しない刑罰効果の作用をもっている、すなわち一箇の加重された法定犯罪事実の事後的適用の

理由づけがこれである。この刑罰効果作用は刑事訴訟では、次の場合に「不利益変更禁止 (reformatio in peius) の原則」のところで斟酌されないままになつてゐる、すなわち、宣告された刑が動きさえしなければ、刑事訴訟法第三三一条第一項、第三五八条第二項、第三七三条第二項で、罪責宣告の一箇の変更が全く一般的に許されると考えられてゐることこれである。この場合に看過されているのは、飲食物窃盜を理由とする一箇の罰金または動産物横領を理由とする一箇の輕懲役は窃盜を理由とする相應の刑とは一箇の別の性質をもつてゐることである。窃盜の刑は効果が多いものである、何故ならそれは累犯の性格をもつてゐるからである。將來の法での累犯の廢止とともにここにとり出した諸問題は実務的意義を失うものである。

(57) 法律家は次の場合に一箇の危険な世評を受けることになる、すなわち、彼等が公共において、自分達は制定法の法文にかまわず望ましい結果へ事件をもたらすのであるという見解を主張する場合がこれである。過少評価すべきでないのは、その法文を思うままに取り扱うことが刑法における法的安定性に対してのみならず、我々の全法律生活および社会生活の永續性および安全性に対して

ももたらすところの危険である。まさに過去を顧みて政治的諸要求の最も重要なものの一つが制定法の適用を現に委任されている人々による制定法の正確な厳守ということであると考えられるのである。

(58) 重要な諸帰結が我々の学生による刑法的諸課題の取扱いについても結果として生じてくる。まず着手すべき問題は、いかなる諸法定犯罪事実が問題となるのか、そしていかなる法定犯罪事実が最も重い刑を威嚇しているのか、ということである。この法定犯罪事実が適用されるはそれ以上の諸法定犯罪事実は退く。それと同時に、最も重い犯罪から始められることがまた保証される。あらゆる可能な些細な法定犯罪事実から調査を始めるということは一箇の広く伝播している悪弊である。最も大切なものを最初に明らかにすることは刑事学的にも適切なことである。そのほか立法者もこの点に留意すべきであろう。草案(一九六二年)で故殺が謀殺の前で取り扱われるとき、このことはなるほど理論的諸考量には相応することはあつても、大切なものを最初におくという刑事学的必要および社会倫理的要求に応じるものではない。

(59) ここで生じる諸困難に対する実例として、BGH 15. 345 の判例が参考になるであろう、ここでは墮胎と傷害

刑事訴訟の刑法形成力

致死との間の法条競合が認定されそして過失致死との実質的競合の関係にある刑法第二一八条第三項による墮胎の故により処罰が行なわれている。けれどもBGHが明示的に指示しているのは、刑の量定の際に刑法第二二六条、第二二八条の最低刑を下回することは許されないということである。興味があるのは、刑の比較的軽い過失致死が観念的競合として罪責宣告中に現われているのに反して、それより重い致死の結果を伴う傷害が省略されていることである。それと同時に地方裁判所刑事大法廷または陪審裁判所の管轄権の問題が生じてくる。

実体法的にはここで主張した見解によればもっぱら刑法第二一八条第三項が適用されるべきである。この場合に墮胎が母親の死亡と結合しているので、いずれにせよ一箇のより軽い場合は脱落する、従つて少くとも一年の重懲役が宣告されるべきである、従つてすでにこのことによつていづれにせよ刑法第二二八条の致死の結果を伴う傷害の場合の最低刑は超えられるものと考えられる。管轄権があるのは地方裁判所刑事法廷である。裁判所構成法第八〇条は陪審裁判所の管轄権を定期的に規制してゐる(Eberh. Schmidt, Lehnk. III, zu § 80 GVG Anm. 1)。

(60)

次の問題を指摘すれば足りるのである、すなわち数箇の行為は何時独立のものであるか、ということこれである。この場合に生じてくる問題は、この問題は一般に実体法によって有意義に回答されうるものであるかどうか、その行為の独立性は訴訟的に定められるべきではないのかどうか、歴史的対象の単一性次第なのではないのかどうかである。この解決可能性は真剣な熟慮を要する。きわめて多くの揚げ足とりの諸限界づけをこれによつてともかく閉め出すことができるであろう。

(61)

刑事訴訟法第一五三条第一項によれば、行為者の責任が僅少であり且つその所為の結果が些細なものである場合には、公益上一箇の裁判所の裁判の招来を必要とする場合を除いて、違警罪は訴追されない。一〇万円の違警罪、すなわち交通違警罪がそれにもかかわらず裁判所で判決の言渡を受けている。通説は公益に関する検事局の決定を一箇の裁判所による事後審査のできない裁量的決定であると思倣している、その結果、裁判所は何らの救済手段を講じることができない。違警罪の訴追の範囲は制定法に違反している。些細であることを理由とする刑事訴追の免除または公判手続の停止は、軽罪の場合にも余りにも僅かしか使用されない。制定法は限定および集

(62)

中のための諸可能性を提供しているが、これらの諸可能性は充分に利用されてはいない。

一度刑事訴訟法第二六七条をよく落着いて読んで、その内容を心中に描き出してみてみよう。いかなる上告裁判所も、刑事訴訟法第二六七条が強行的に規定しているものよりも多くのものを判決の詳述について要求することはできない。有罪を言渡す判決の際に原則として挙げられる必要があるのは以下の事柄だけである。すなわち、可罰的行為の制定法上の諸要素がその中で認められるところの、証明された諸事実、言いかえれば法定犯罪事実に関する諸事情と、これに加えて法定犯罪事実を徴憑する諸間接事実がこれである。そのほかに詳述されなければならぬのは、どの程度までこれらの確定した諸事実が当該法定犯罪事実にあたりと考えられるかということである。正当化諸事由、責任阻却諸事由および刑罰阻却諸事由は、その存在が主張されたときのみ論じられる必要がある。量刑については適用される刑罰法規の(言いかえれば一箇の、数箇の)ではない! 刑法第七三条(参照) 挙示のほか刑の量定を決定する(すなわち量刑に決定的な)諸事情に言及することを必要とする。より軽い諸事情が認定されまたはそのほか一箇のより軽い刑

罰法規が適用されたときは(刑法第二七条b)、その判決はこの点について決定的な諸事情を認識させる必要がある。これに反してより軽い諸事情を認定しない場合(言いかえれば刑法第二七条bの不認定の場合も)または保護観察のための刑の執行停止を行わなない場合には、その判決は何らのその理由の挙示を必要としない、但し公判で一箇の相応の申立がなされたときはこの限りではない。従って一箇の判決の範囲は公判で述べられた事実の詳論と訴訟の担い手(この点に関して自著 *Lehrbuch, S. 82* 参照)の行なった諸申立によって左右される、それゆえこれらの事柄はまた調書に記入すべきものである。刑事訴訟は一箇の諸訴訟主体の主導権によって担われた法律上の争いである。

刑事訴訟法第二六八条第二項、第二七五条第一項の諸規定は次の場合に限って実施されうる。すなわち、

(a) 実体法が本質的な事柄に限定されている場合、
(b) 判決内容に関する諸規定が遵守される場合。

言うまでもなくこのことから刑事裁判所の一箇の良好な任の必要性が生じる。立法者が事実審の刑事裁判官に対して信頼を示すのは、立法者が彼に対して一箇の重大な刑罰権力を委任するばかりでなく、一箇の広範囲に及ぶ

刑事訴訟の刑法形成力

理由づけの強制から彼を解放することによるのである。このことを諸上告裁判所も遵守しなければならない!

無罪の言渡をする判決に対する諸要求はなお僅少である。ここで詳述すべきことは、被告人は事実上の諸根拠からその罪責の証明がなかったのかどうかまたはその証明された事実関係がいかなる刑罰法規にも該当しないのかどうかだけである。無罪の言渡をする判決は、何故に被告人について罪責の証明がなかったと史料するのかという点に関してそれより詳細な理由づけを必要としない。ここでも諸上告裁判所は過多なものを要求していない。無罪の言渡をする判決はこの二箇の観点(罪責の証明のないこと、一箇の刑罰法規の欠如)に限定されるべきである。ことに無罪の言渡をする判決の課題でないのは、被告人がほとんど罪責の証明があったことに近い状態にあったことまたは彼が確かに少くとも道德的に無作法に振舞ったことを確定することである。そのような詳述をすることは一箇の刑事判決の課題ではない。言渡す判決のところでの不幸な法律実務はヨーロッパ人権条約(Europ. Menschenrechtskonvention) 第六条第二項と合致し難いところの、証明を欠く無罪の言渡と嫌疑を欠く無罪の言渡の区別を導いた。刑事訴訟法第四七条が

人権条約に反してこのような區別を法律上合法と認めたことは、戦後の立法の一箇の目立った失策である。たしかに再審手続で無罪の言渡を受けた者に対する補償法（一八九八年）および無実で蒙った未決勾留に対する補償法（一九〇四年）はこのような二分を認めている。けれどもこの場合には諸補償決定は別に行なわれそしてそのほか非公開で行なわれる。このような含蓄のある規制も一九五三年の刑事訴訟法第四六七条の新法文化の際に看過されてしまった。論者が刑事訴訟法第四六七条を、それが証明の欠如による無実の言渡または証明された無実またはとにかく認定すべき無実の間に一箇の區別を設けている限りで、一般的にはではなく、人権条約に違反するという理由で無効であると考へたとしても（きわめて困難な問題である）、⁽⁹⁾彼はその有効性の認定の際にいずれにせよ刑事訴訟法第二六七条を無効とすることはできないであろう、すなわち刑事訴訟法第二六七条により要求される判決内容の最低限度は固執されるのである。刑事訴訟法第四六七条の決定は詳細な理由を付することなく行なわれる。従つて言うまでもなく不可能にされてゐるのは、もっぱら費用の裁判を理由として上告を申し立てることである。このことは再び諸補償法規に相応す

る。しかしながら依然として未解決である問題は、過重な負担に関する決定も別にそして非公開でこれを行なうべきではないかどうかということである。法的安定性の保障は、私には、上訴手続におけるよりも被告人の利益をも充分に斟酌する裁判官団体の養成という点に多く存在するように思われる。

(9) BGH 15, 263 が RG (JW 1938, S. 1644 Nr. 5) と反対に一箇の非本質的な部分についても判決理由の口頭による開示を行なうとき、それはこのことを全く看過している。

(64) このような見解に関する理由づけをなしているのは、私の論文 „Die verspätete Absetzung des Urteils im Strafverfahren“ in der demnächst erscheinenden Festschrift für Hellmuth von Weber である。

(9) この点に関してツツツの代わりは Schönke-Schröder, StGB 10. Aufl. Vorb. IX 2 zu § 47 参照。

(69) 理論上の通説は反対するものの次のものである。すなわち Maurach, Allg. Teil 2. Aufl. § 53 III C und D; Baumann, Täterschaft und Teilnahme Jus 1963, 129; 及び私の見解なかにさへ JR 1949, 496; 1950, 742; Schweiz. ZStR 77, 167; 参照。また Karl Peters-

Land-Hirnriehen, Grundfragen der Strafrechtsreform S. 40. 参考。刑法第五〇条第一項では、「彼の責任能力に応じた」自己責任を意味している。

- (67) 例えば超法規的緊急状態を理由づける事実状態は、一箇の法定犯罪事実阻却（それゆえおよそ殺害行為でないこと）、一箇の不法阻却、一箇の責任阻却または一箇の可罰性阻却のいずれを意味するのであろうか。医術的妊娠中絶の際に今日各世界観の方向は無罪に味方している。この特別な緊急状態は刑法の生硬な手段では回答されない。その無罪の一層深い理由づけは各世界観に依って異って行なわれる。さらにそれはもはや一般人を拘束する方法で法秩序および司法によって行なわれえない。唯一必要な無罪の明言でやめることは、(宗教上の)寛容の一箇の戒めである。勿論共犯者も無罪となる、何故なら超法規的緊急状態は純然たる一身の無罪事由ではなく、一般的な、事実と結合した無罪事由だからである。
- (68) 刑法第五一条、第五二条、第五三条、第五四条！参照。「一箇の可罰的行為は現存しない……」という明確な表現は学理上の無能力の結果ではなく、立法上の賢明さの流露である。右の表現に対してそれと異なるこの草案の立場と対比して優位が与えられるべきである。

刑事訴訟の刑法形成力

- (69) 実践性の観点をきわだたせたことは、あまりにも急速に忘却されたところの、Freiherr von Gemmingen の著書「Probleme der Strafrechtsanwendung 1934」の功績である。

- (70) テュービンゲンの刑事訴訟および行刑研究所で実施された刑事訴訟での諸誤謬の源泉に関する諸原因についての諸調査の際にも刑法第一七〇条bはしばしば登場している。比較的多くの事案で問題となっているのは、父性の非調査をめぐる再審手続の調査の際である。

- (71) この点に関して自著 *Strafprozess*, S. 14 ff. およびそこに挙げた帝国裁判所の判例からの諸実例、すなわち主観的未遂論（墮胎未遂の比較的軽い把握の可能性を含めて）、条件説または刑法的小および外刑法的錯誤の形式的な限界づけを参照。

- (72) このことが確かに行なわれるかどうかは、はなはだ疑問である。一箇の確実な確定は、審議の秘密に直面してこれを行なうことができない。陪審裁判所のところで論者は次の問題を投げかけることができるであろう、すなわち各裁判官団体（職業裁判官席、素人裁判官席）が共同の審議の後、別々に投票すべきかどうか、そして両方の団体で三分の二の多数を必要とするものとすべきかど

うかという問題がこれである。

- (73) このことは法律家との会話でくりかえし聞かされる。目立っているのは、Schneitz の著書『Das Kind als klassischer Zeuge bei Sexualdelikten, 1961, S. 18, 23, 35, 71, 91, 129, 153』での素人裁判官に反対する一面的な態度決定である。

- (74) 素人裁判権に賛成するのは、Kern, Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Aufl., S. 122 f.; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 157; 田澤, Strafprozess, S. 97; 控え目な範圍で付加することには賛成するのは、Sauer, Allgemeine Prozessrechtslehre, S. 32 ff.

- (75) このような一般的な人間的考察方法は法律問題の解決をも実り豊かなものとすることができる。望ましいことと考えられるのは、素人裁判官がときどき一度勇氣を出して、学理的に失したまたは結果において理解しがたい法的諸見解に対して反対の投票をすることである。最近新聞 (Schwäbisches Tagblatt, 25. Juni 1963) の報じたところによれば、ある業務災害のためある工場へ呼ばれた医師が、その前になお一人の緊急を要する患者を訪問しなければならなかった、そしてその工場へ行く途中で他車と軽い接触をした (他車の損害三六 DM) 。

の医師は自分の住所と車のナンバーを後に書き残していたにもかかわらず、二箇の審級で事故逃走の故により一〇〇 DM の有罪判決の言渡を受けた。もしも彼が警察を待っていたためにその工場へ来るのが遅すぎて、助けることができたかもしれない負傷者がその間に死亡してしまつたとするならば、そのためにこそこの医師は責任を問われなければならないのではなからうか。たとえ一箇のそのような事案ですでに法律家がその法定犯罪事実の理性的解釈または刑罰阻却事由の斟酌によって無罪を決心することができなかったとしても、その参審員は必要なコントロールを行なつて無罪の意味での独自の判決へ自己の意見を貫ぬくべきであつたのではなからうか。上告審での一箇の破棄の可能性への言及も、参審員がそれをすることを妨げるものではないであらう。

- (76) 刑事訴訟での諸緊張に関して、私の Lehrbuch S. 66 ff.; 詳細には、近々公刊される Tübingen Diss. von Jürgen Meyer, Dialektik im Strafprozess. 参照。

- (77) Schneitz は彼のすでに挙げた著書の中でこれらの疑問を提出している。彼の見解によれば、風俗犯の訴訟の際に、素人はあまりにも精神病医および心理学者の諸鑑定によって被告人に有利に影響を受けすぎる傾向がある

とする(S. 153 参照)。しかしこの場合に未解決のままとなっている問題は、それでもやはり素人裁判官が追隨するところの鑑定人がまさに正当であるのかどうかということがある。いずれにしても、一人の鑑定人が真摯な疑問を表明して裁判官の一部がこのような表明された疑問に従って無罪判決を決心するところで、一箇の無罪判決が誤判であると仮定することはできない。

(78) 素人裁判官によってだけ下される罪責宣告を伴う一四二四年以前の旧陪審裁判所が誤判に対する一箇の増大した危険を意味するものであったかどうかという問題はここでは未解決のままにしておいてよいであろう。

(79) むしろこれまでの諸調査が明らかにしたところによれば、単独裁判官としての区裁判所判事の諸判決ならびに主として職業裁判官をもって占められている地方裁判所刑事大法廷の諸判決は、主に素人によって占められている裁判所の諸判決に劣らず誤謬のあるものである。いずれにしても、ここから素人の関与に反対する論議を導いてくることはできない。

(80) イギリスの刑務所委員会の実務は、まったくたどることの可能な諸方途を指し示している。

(81) 一箇の課題であると思われるのは、一度その観点から

刑事訴訟の刑法形成力

判例集を通読してみることである。ここに言ったことの一箇の実例となるのは、BGH 17, 210 である。ここでは傷害の故意が確実には証明可能でないが、少くとも過失が存在する場合にどのように裁判すべきかという問題に關して長文の詳論がなされている。BGH 4, 340 が、偽証か過失による虚偽の宣誓かという問題のところで、全く不必要に選択的認定という竊地におもむいた後に、今度は、故意の傷害の法定犯罪事実と過失の傷害の法定犯罪事実との間に法倫理的および心理学的等価値性は存在しないのではないかという連邦検事総長の疑問を充分に検討しなければならなかった、このことは無罪判決の端緒とならなければならなかったと考えられる！ 言うまでもなくBGHは無罪判決を決心しなかった。一九五六年一月一日(BGH 9, 390 ff.)の刑事事件についての連合部決定——これは泥酔が現存するか否かという疑問の際にまさにまたあまり簡単ではない一箇の思考を行なうことで、刑法第三三〇条の受けとめの法定犯罪事実のアイデアに到達した——に従って、BGE 17, 210 は傷害の場合を同様に「受けとめの觀念」を超えて解決した。このような関係で大切なことは、その受けとめの法定犯罪事実の思想に対して理論上の諸疑問が提起されること、選

- 択的認定を議論の出発点とする場合(故意の傷害および過失の傷害が一箇の異なる法定犯罪事実なのか、異なる責任形式を伴う同一の法定犯罪事実なのか、それとも総論の問題の際の選択的認定なのか?)に、その基本問題がまったく誤って提起されているということではない。決定的なこととはむしろ BGH がまったく曲りくねった小道をたどって、判例が以前に「疑わしきは被告人の利益に (in dubio pro reo)」の原則に従って、言いかえれば不法行為の統一的総括のもとでそれに達したところの一箇の結論に到達したことである。選択的認定と「疑わしきは被告人の利益に」という原則の問題について私の Lehrbuch, S. 283f. 参照。
- (82) その廃止はまったく正当であった。ただ問題となるのは、その廃止からどのような望ましくない諸付随効果が生じてきたかという論題である。
- (83) この草案に対して好んで完全主義という非難が加えられる。このことはおそらく事実あつているのであろう。けれども顧慮すべきであると考えられるのは、この草案の傾向は、学問および判例において生起していることの反映にすぎないということである。
- (84) この草案の以前の文言がそのようである、今日では
- (85) (E 62) 責任は刑の量定の基礎として考えられているにすぎない (§ 60 I)。以前の文言に賛成するのは、Baumann, Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1963, S. 40. ハウマンの対案第二条では、「……刑は所為責任に対する贖罪である。その量は所為責任の程度を超えてはならない」としてゐる。
- (85) この点に関して § 60 E62, § 42 Gegenentwurf Baumann 参照。
- (86) 詳細は私の論文 Schuld und Sühne. Ein Beitrag zur Strafrechtsreform, Hochland 54 (1961/62) 193 ff.; 40 以下私の項目 Schuld, Staatslexikon Bd. 6 (1961), Sp. 1150.
- (87) 目立つことは、チュービンゲンの研究所に現存する諸再審手続のうちに事後的な精神病的認定がどれほどひんばんであるかということである。これらの事象はこれまでに徹底的に調査した諸一件書類のほぼ二〇%に達している。責任無能力の看過がその人格の認識の完全な欠如に基づくことも稀れではない。
- (88) この点に関して、Stewerts, Zur Notwendigkeit und Gestaltung der Gerichtshilfe im allgemeinen Strafverfahren, Monatsschrift für Kriminologie 36 (1953)

S. 129 ff. ; 自著 Strafprozess, S. 148 ff. および自著 Grundproblem der Kriminalpädagogik, S. 71, 185.

(68) ここでも素人裁判官が協力すべきであると考えられ
る。

V 諸異論に対する態度決定

刑事訴訟の側からの刑法の形成という主題に対しては言うまでもなく諸異論が提起されることでありましょう。予想されるのは、このような見解は刑法で、そしてわけても民法で久しく時代遅れとなつてゐる「アクチオの考え方」に立ち戻るものである、とか訴訟による法の把握という原始的觀念を導くものであると言われることであります。このような異論は重要な意味をもつものではありません。何故なら法の發展は、たとえそれが全くもつて一箇の眞の関心事に相應するものであるとしても、これを積極的のみに評価しなければならぬものではないからであります。諸發展は、しばしば波動的に、すなわち彼方に行きつ此方に戻りつして行なわれます、というのは諸發展は目標を超えてしまふからで、またしばしば事柄の一面面を顧慮するにとどまるからであります。發展の経過のうゑで生じてくることがあるのは、事柄の他の側面もまさにその發展の継続のためにその承認を要求するということであります。このよ

刑事訴訟の刑法形成力

うにして全く次のような時代が到来してることがありうるの
であります、すなわち実体的刑法をばその訴追にあうように、
裁判的であつてしかも執行にふさわしいように所与のものもろ
の可能性に應じて形成するという必要性がまさに証明されてい
はしないだろうかという問題を、いづれにしても、刑法に対し
て提起すべき時代がこれであります。確かにまさに問題である
のは、現行のおよび将来の実体的刑法を専門の人々および一般
の人々の批判にさらしてゐる事柄のうち、その多くの事柄の原
因が刑事訴訟および行刑上の諸所与の見落しということにある
のではあるまいか、ということでもあります。

もっと重要なのは確かに一層広く考えられる異論でありま
す、すなわちプラグマティズムであるとか、無定見であるとか
する異論がこれであります。しかしこの異論的をはずれたも
のであります。刑事訴訟の側から刑法を考えようとする者もそ
の理念に即した立場として倫理的な立場をもつてゐるのであり
ます。彼は全く刑事事象と道義的諸基本觀念との関連を承認す
るものであります。しかしその考え方の出発点のところ、刑
事訴訟の側からみて大切なことは、刑法および刑事訴訟手続を
あらゆる不必要で阻害的な余分のものから解き放つて、実務に
おいて、一箇の有効な共同社会の保護を意味し、しかもそれと
同時に有罪判決の言渡を受ける者に対する人間的な援助と促進

とを意味するところの一箇の刑法を形成するというところであります。確かにこれによって特別予防的、もっと良く個人に向けられた諸観点が挿入されることとなります。さらにまたこれらの観点は社会的および倫理的諸観念を基礎とするものであります。その共同社会の保護ならびに人間的な援助と促進とを要求する者は、保護すべき共同社会の倫理的基礎を、そしてそれと同時に個々の人間の価値を確信しているものでなければならぬのであります。彼は、どのような諸価値を保護しようと欲するのか、そしてどのような諸価値へ導こうと欲するのかを承知していなければならぬのであります。ここに人間的な責任がその活動の余地をもっているのであります。いったい責任を知らずしてどのようにして刑事教育学を實行すべきなのでありましょうか。

(9) Hans Julius Wolff, *Prozessrechtliches und materielrechtliches Denken in rechtsgeschichtlicher Bedeutung* in: *1. Europa e il diritto Romano, Gedächtnisschrift für Paul Koschaker, Mailand 1954, Bd. II, S. 1954*
参照。

(91) 刑事教育学および責任の問題に関して、自著 *Grundprobleme der Kriminalpädagogik* の多数の個所 (Register, S. 351) 参照。

IV 訴訟的考察方法の目標

訴訟の側からの一箇の考察方法のところであつても大切なことは、刑法に対する非現実的な諸要求を免除し、刑法に対して充足できないようなまたは事実的に無関係な諸機能を割り当てようとせず、このようにして刑法を明晰なものとし、そして機能できるものとして保持することであります。訴訟の側からする考察方法は、さらになお一層広範囲におよぶ一箇の目的に奉仕します。すなわちこの考察方法は刑法が訴訟を實施する人々の掌中にあることをはっきりとさせるべきものであります。刑法は、一箇の、人間によって適用される法であります。抽象的な理念的考察から人間へという推移がはっきりさせたのは、刑法の展開は刑法が託される人間によって左右されるということであります。それでありますから最も奥底で問題となるのは人間の教育とということであります。このようにして刑法の運用は一箇の哲学的教養、一箇の倫理的教養として一箇の政治的教養を必要とするのであります。政治的 (politisch) という言葉を使用することは容易に疑惑を招きがちです、というのはあまりにも容易に「政党政策的」または「政治教育」をこれによって連想しがちだからであります。政治的教養という場合に問題となるのは、我々の国家制度および国際共同社会を担っている基

本的秩序の精神的受容ということであります。人間が訴訟を形成するということの指摘は、十分な専門的養成に対する要求をはつきりとさせます、さらにこの養成は一部分だけ——それでも私の考えでは今日あまりにも拡大されすぎています——本来の刑法を實質とするものであって、かえって刑事学および犯罪徴証学を包含すべきものであると考えられるのであります。我々の刑事司法の諸困難はそれほど法的な間違いを實體とするものではないのであります。何故ならそれだけでなくも諸制定法は多義的なものでありますし、その結果として刑罰法規は一箇の裁判官による解釈に委ねられる危険地帯を包含しているのでありますし、その内部では一箇の異った法の適用が可能でありますので、実際には制定法の外部に出た諸解釈というものは比較的稀れだからであります。刑事司法の諸困難は他の側面、すなわち事実関係の諸確定の正しさが残念なことにあまりにもしばしば見落されるところを實體としているのであります。ここに本来の諸困難があるのであります。私が疑問を懐いているのは、我々が本当に我々の法律家を総合大学から試補時代へ、次に試補時代から裁判官としての活動へ充分に準備教育を施して送り出し、これによって彼等が訴訟の側から、ことに事実関係の確定に関して生じてくる諸困難に対して主人となることができるようになっているのかどうかということであります。いず

れにしても、刑法の訴訟的考察は、見通しきれないほどの緊急性をともなう必要があるのであります。おおよびこれを行なうことができることを示しているのであります。そのために一箇の寄与をなすこと、このことが当地（テュービンゲン）の大学の私の使命であると考えられるのであります。