九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

ガンスケ著「刑事訴訟の不利益変更禁止における不利益の概念」

岡部，泰昌

https://doi.org/10.15017/1424

出版情報：法政研究. 28 (3), pp.93-103, 1962-02-28. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

紹介

ガンスケ著

「刑事訴訟の不利益変更禁止における不利益の概念」

——Joachim Ganske, Der Begriff des Nachteils bei den strafprozessualen Verschärfungsverboten (Berlin 1960)——

岡部泰昌

一

我が国の不利益変更禁止の制度に関する労作としては若干のものがあるにすぎず、主として、その存在理由についての研究であって、直接に解釈問題を本格的に論究しているものはもっと少ない（文献として例えば、不破武夫「不利益変更の禁止に就て」刑事法上の諸問題（昭二五）、高田卓爾「不利益変更禁止の研究」刑法雑誌三巻二号、同「刑事訴訟法第四〇二条の解釈」法学雑誌一巻三号、四号、二巻三号）。しかも、刑訴法四〇二条にいう「原判決の刑より重い刑」をいかに解釈するかという問題については、単に、刑法九条及び一〇条「の規定を一応の規準としつつも、実質的に被告人に対して科せられる法益剝奪の大小を比較衡量して決定すべきものであろう」（滝川幸辰編、刑事法学辞典（昭三二）六七九頁）とか、「軽重の比較は、刑法一〇条の精神と、不利益変更禁止の目的とをあわせて、全体として、実質的に考えなければならない（少しでも不利益な部分があってはならないというわけではない）」（平野竜一、刑事訴訟法（昭三三）三二二頁）と説明するだけであって、あとは、判例をその内容にしたがって個別的に分類し、検討しているにすぎない。

かかる現状にあって、法文の表現こそ違え、西ドイツ刑事訴訟の不利益変更禁止における不利益の概念を体系的に考究した標記の著書を紹介することは無用とは言いえないであろう。

本書はケルン大学法学部より出版されている Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen の Heft 15 にあたり、本文一一三頁のものである。

本書の構成は、「緒言と課題」に始まり、第一部「不利益の概念」、第二部「法律の客観的基準（不法効果相互の関係）」、第三部「個々の事例」、それに「結語」からなっている。

全体の構想と各部の関連とをごく大まかに述べると、「緒言と課題」では、判決は刑の種類と量において被告人又は有罪判決を受けた者の不利益に変更されない、という禁止規定（刑訴法三三一条、三五八条二項、三七三条二項）について生じる問題、即ち(1)刑の範囲、特に、保安及び矯正の処分がこの禁止規定の適用を受けるか否か、しかし、判例・学説は刑という言葉の選択に重点を置かないこと、(2)一九五〇年九月一二日の法統一の復活に関する法律（Das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit）によって禁止規定の法文が統一され、有罪判決の不利益な変更に対する問題は解決されたにせよ、激しい見解の対立があったこと、等を掲げ、上訴審裁判所にとって必要な禁止規定における不利益概念の定義を行う試みを正当化する。続いて、不利益概念の定義を第一部においてなし、第二部では、主刑、執行猶予刑（Die zur Bewährung ausgesetzte Strafe）、および、その他の不法効果相互間における法律の客観的基準の探求を行うが、この法律の客観的基準を不利益概念の定義の中でもっと詳細に説明することは望ましいけれども、実際上出来ないという結論に到達する。そして、これらの成果に基づいて、可能な個々の事例に対する解決を求め、また、最近の法律改正によって争われている問題又はまだ解決されていない問題の解決に資しようとするのが第三部である。

本来ならば全体にわたって紹介すべきであろうが、紙幅の関係もあって、本稿では、主題である第一部の紹介に重点を置き、第二部、第三部に関しては、簡単な紹介にとどめたい。

二

著者はこの第一部においていわゆる帰納的論法を用

い、不利益概念の定義に必要な各視点を順次検討しながら、そこから不利益概念の概念要素を一つ一つ確定していき、そして、最後にこれらの概念要素を総括し、不利益の概念規定をなしているのである。

第一章「禁止規定の目的」（四八頁）では、禁止規定の理由に対して歴史的考察を行い、判例の見解を特に参照しつつ、その目的を被告人は上訴権の自由な行使を保障されねばならないという政策的理由に求めた。しかし、刑事訴訟手続においてのみ被告人は禁止規定の保護を受けるのであって、それ故、上訴審裁判官は刑事訴訟の公判手続の外でも被告人に加えうるあらゆる不法効果を科すことは出来ることを指適する。次に、第一章a「禁止の適用範囲」（八一—七一頁）においては、不利益変更禁止の適用範囲は、不利益に関して争われうる可能な事例をも見落すことのないように、少くとも簡潔に限定されねばならぬという問題意識から、刑事訴訟手続中にある殆んどすべての手続形式で、不利益変更禁止の適用範囲に関係しそうなものを個別的に詳細に検討し、その適用範囲を確定しようと努める。しかし、著者はこのように異った種類の手続形式を不利益概念の定義にとり入れる試みは要領を得ないことになろうし、そうすることは適用範囲ではなく禁止の内容を把握しようとするこの著書のテーマに一致しないとして、一応その儘放置した。

第一章で考察した禁止規定の目的は不利益概念の定義の基礎準備であったわけだが、第二章「禁止規定の文言」（一七—二七頁）では愈々不利益概念の概念要素を法文に求めて論議を進める。

まず、日常生活の用語法より、「不利益とは法的並びに生活上の地位の低下（Minderung）である」（一八頁）と規定し、次に、禁止規定の意味における不利益は刑事判決、原則的に刑法判決によって被告人に及ぼされることから、刑事判決はその不法効果によって三つの被告人の法益、即ち、(1)外的活動並びに経済的発展の自由という意味での個人的自由、(2)その支配領域にある被告人の財産、金銭に見積りうる生活上の財産（Lebensgüter）の総計、(3)周囲の世界における名望という意味での被告人の名誉、を侵害すると考え、「不利益変更の意味における不利益とは被告人の個人的自由、財産又は名誉の低下である」（一九頁）と最初の定義を試みた。

この試みから、不利益は実質的性質又は観念的性質のものでありうるということが推断されるとして、「不利益とは……実質的又は観念的低下である」（一九頁）とつけ加える。

続いて、ここに第一章で見い出された限界要素を持ち出して、「不利益とは……被告人が刑事訴訟の公判手続の外では受けるはずのない、被告人の……低下……である」（一九頁）と消極的に規定した。

次に、法文が、判決はその刑の種類及び量において被告人を不利益にすることを許されない、と言っている点に著者は注目する。そして、主刑と附加刑は刑であるが故に問題がないとしても、法律によって明確に保安及び矯正の処分と規定されている不法効果並びにその他の不法効果に関しては、禁止の諸規定が同じ文言で「前項の規定は、療養もしくは看護施設、飲酒者療養施設、又は禁断施設への収容を命ずることを妨げない」（刑訴法三三一条二項、三五八条二項後段、三七三条二項後段）と限定して規定していることから、これらの不法効果にも禁止規定の適用があると考える。即ち、著者は、不利益変更禁止はすべての不法効果につきその法的性質を顧慮することなしに及ぶと結論した。又、被告人に対する訴訟費用判決の不利益な変更に対しても、同じ理由から禁止規定は適用されると考える。これらの考察より、「不利益とは……刑訴法三三一条二項にいわゆる処分を科し、又はこれを加重することを例外とする……低下……である」（二二頁）という第二の消極的概念要素を導く。

更に、被告人に対する有罪判決の不利益な変更が不利益変更禁止に該当するか否かを考察する。一九五〇年までは禁止規定自体が同一の法文を有していなかったために、この点に関して判例・学説に大きな対立があったことを論じた後に、法統一の復活に関する法律がその三条一四一、一五〇、一五七の各号において禁止規定を新たに規定して、三三一条の法文を三五八条二項、三七三条二項の法文と同一にし、これらを統一して解釈するように命じたので、上訴審裁判官は前の有罪判決を被告人の不利益に変更することを許容されたとする。それ故、第三の制限として、「不利益とは……有罪判決の変更を例外とする……低下……である」（二七頁）ことをつけ加えた。

以下の各章では、上訴審裁判官はどういう態様で、い

かなる方法に従って被告人の法益の低下を探求しなければならぬのか、ということを明らかにしつつ、不利益概念の定義に対して最後の努力を行う。

第三章「抽象的又は具体的考察方法」（二七―二八頁）では、被告人に不利益となるか否かは具体的にもしくは抽象的に確定するのかという問題に対して、上訴審裁判官が前の判決と自分が宣告しようと欲している判決とを比較する場合には、何が被告人にとって負担となるかということを抽象的に探求する可能性は論理的に存在せず、法益の低下は具体的にのみ個々の事例において確定されるべきだとする。そして、著者は、「不利益とは……個々の事例において確定されるべき低下である」（二八頁）という要素を導き出した。

こうした法益の低下は被告人の感情、又は日常生活観念と被告人の特殊な生活事情による理性ある第三者の立場又は法律のいずれによって決定されるかということが第四章「客観的又は主観的考察方法」（二八―三五頁）において検討される。著者は、一九〇七年一二月三日にライヒ裁判所が「二つの……刑のいずれを重いと見るかという問題は、主観的基準もしくは被告人の感情、又は日常の生活観念、又は裁判官の裁量によってではなく、相当な刑又は刑の種類相互の関係に関する刑法の規定によって明確にされる客観的基準によってのみ決定され……うる」と判示して、客観説を採用したことを説明し、更に、この客観説を、個々の事例において生じる事情を考慮せずに、法律によってのみ不利益を決定しようとする一般的＝客観的考察方法と具体的事情をも考慮する具体的＝客観的考察方法の二つに分けた。まず、主観的考察方法を詳細に検討して、そのあいまいさの故にこれをしりぞけ、そして、一般的＝客観的考察方法と具体的＝客観的考察方法とを対比した上で、後者では禁止規定の同一性のない解釈を生ぜしめ、法律解釈に異った道徳をもちこみ、法の統一性が侵害されることになろうという理由によって、前者が優れていると考える。ここで、「不利益とは……一般的に法律の基準によって確定されるべき低下……である」（三五頁）という要素を定義に附加した。

第五章「全体的又は部分的考察方法」（三五―四二頁）では、判決の内容が複数である場合に、上訴審裁判官は両判決を比較する際に「全体的に」又は「部分的に」のいずれ

の方法で検討するのかが論ぜられている。最初に、著者は「全体において」「最後の結論では」という全体的考察方法をとる判例・学説を紹介して、これを採り得ないことを指摘し、裁判官は判決する際にはその内容を個別的に鋭く判断しているし又しなければならぬので、この点については部分的理論による鋭い区別のみが純粋な結論に到達すると言う。しかし、この部分的考察方法も誤解されると大きな不正義をもたらすが、二つの刑における対比可能の見地を定義にもちこめば、誤解は避けうると考える。それ故、「不利益とは……個別的に相互に対応し、対比しうる二つの判決の内容を比較して確定されるべき……低下……である」(四二頁)ということが規定された。

不利益概念はその内容において法的なものか、又は純粋に事実的にその内容は確定されねばならぬものか、という問題が第六章「法的又は事実的不利益」(四二―四八頁)で考察されている。不利益とは被告人の自由、財産又は名誉の低下と考えると、この低下は単に法的に、又は事実的に、又は両方で認定されるかは、如何なる時点で上訴審裁判官は判決の比較を行わねばならぬかということに依拠するとして、結論的に、上訴審裁判官は判決を比較する際にこれらの判決をその既判力の生じうる時点で考慮しなければならぬとする。更に、既判力ある有罪判決の刑事登録簿への記入(Vermerk seiner rechtskräftigen Verurteilung im Strafregister)が不利益変更禁止に如何に関係するかを学説・判例を通して検討し、そこから、禁止規定の意味での不利益は法的にも事実的にも確定されねばならないと結論を導き出した。それ故「不利益とは……法的又は事実的低下……である」(四七頁)という要素を定義につけ加える。

続いて、前に触れられた手続法的見地との関係で、「不利益とは……その既判力の生じうる時点において二つの判決を比較して確定されるべき……低下……である」(四七頁)と言わねばならぬとした。

以上によって、著者は不利益概念の個々の概念要素に対する考究を一応終了する。唯、概念要素について最終的な整序を行い、被告人の法的、事実的、観念的、実質的低下の四つの概念要素を統括して、「あらゆる低下」という言葉で単純化する。

かくして、最後に、「不利益変更の意味における不利益

とは、個別的に相互に対応する、対比しうる二つの判決の内容を個々の事例においてその既判力の生じうる時点で比較して、一般的に法律の基準によって確定されるべき被告人の個人的自由、財産又は名誉のあらゆる低下である。被告人はそれを刑事訴訟の公判手続の外でも受けるはずはないし、しかも、有罪判決の変更、並びに、療養もしくは看護施設、飲酒者療養施設又は禁断施設への収容を科し又は加重することは例外とされる」（四七頁四八頁）と述べ、著者は刑事訴訟の不利益変更禁止における不利益概念の定義を完成した。

三

第二部の初頭で、著者は、「個々の事例において後の判決が前の裁判官の判決に対して被告人に不利益となるか否かは一般的、客観的に法律の基準によって確定されねばならない。

しかしながら、現在、刑法も刑訴法も不利益変更禁止の領域に対して特別な基準を与えていない。それ故、その基準は不法効果相互の関係を取り扱う一般的規範からのみ導き出されうる。

その際、禁止規定の表現形式が出発点でなければならない。それは不法効果を『種類と量』において重くすることを禁じる。不法効果の『量』は被告人に負わされる期間であり、それ故、個々の事例において科される不法効果の純粋に算定される部分である。

ところが、不法効果の『種類』については異る。どういう不法効果がその種類に従って被告人にとってより不利益か、それ故により重いかは刑法の一般的規定から導き出されねばならない」（四九頁）と述べ、問題解決の方向を提示する。

ここでは、順次、著者が到達したところの結論を簡単に紹介しよう。

第七章では「主刑」を取り扱い（四九―六一頁）、刑法一条を出発点として、(1)重懲役、(2)軽懲役、(3)禁錮、(4)拘留、(5)罰金という重さに従ったシェーマを導く。次に、後の判決が軽い刑の種類を選択する場合に、刑法二一条の適用の下で刑期が延長されるか否かを問題とし、重懲役と軽懲役は二対三、軽懲役と禁錮は二対三、重懲役と禁錮は四対九の割合いで相等しいとする。拘留に関しては法律上の根拠はないが、前の裁判官によって宣告された軽懲役又は禁錮の刑期より延長されないと言う。更に、上

訴審裁判官は自由刑の替りに罰金を科すことを許されるが、その場合に完全に自由なのか、それとも客観的な限界があるのかを考究する。そして、刑法二七条、二九条を原則的な限界として提示している。最後に、著者は刑期の系統的分類を執行時効を規定する刑法七〇条と刑罰抹消法（Straftilgungsgesetz）六条、七条を根拠にして行い、(1)重懲役、イ、無期、ロ、一〇年を超える、ハ、十年以下、(2)軽懲役、イ、五年を超える、ロ、二年を超え以上五年以下、ハ、三月と一日以上二年以下、ニ、八日以上三月以下、ホ、一日以上一週間以下、(3)禁錮、イ、一〇年を超える、ロ、五年を超え一〇年以下、ハ、二年を超え五年以下、ニ、三月と一日以上二年以下、ホ、八日以上三月以下、ヘ、一日以上一週間以下、(4)拘留、(5)罰金、イ、一五〇ドイツマルクを超える、ロ、一五〇ドイツマルク以下、というシェーマを設定し、このシェーマの個々の限界線を上訴審裁判官が越える場合に禁止規定に違反すると考える。

「執行猶予刑」は第八章において言及されている（六一―六八頁）。はじめに、執行猶予刑の法的性質について検討し、執行猶予刑は同名の自由刑以外の刑の種類ではなく、自由刑がその執行においてのみ変更されるものと結論した。続いて「我々は、二つの判決をその個別的に対応する内容において相互に比較するから、上訴審裁判官の判決の中で執行猶予判決を対比する以前に、刑の種類と量による『不利益』があるか否かを既に確定していなければならない」（六七頁）ので、「前章の刑の体系はここで変更される必要はない」（六八頁）と述べている。

第九章「その他の不法効果」（六八―七一頁）では、附加刑、保安及び矯正の処分は比較することが出来ず、それ故取り替え得ないし、訴訟費用判決はそれ自体でのみ考察されるとした。そして、「これらすべての不法効果に関して、部分的考察方法からのみ、その時間的延長が禁止されるということが推断されうる。それらは種類が異るために、三三一条二項の例外が干渉しない限り、相互に取り替えられ得ない」（七一頁）と著者は締めくくった。

四

第三部においては、実務上の法の適用に役立つことになるので、著者は、おおよそ、有名な判例とE・シュミット、レーベ・ローゼンベルク、クラインクネヒト・ミ

ューラー・ライトベルガーの三冊の指導的註釈書を引用するにとどめ、可能な個々の事例を解決しようと試みている。

第一〇章「主刑における禁止」（七二―一〇二頁）では、第七章で展開した主刑に関するシェーマを若干の複雑な問題について検討し、更に、執行猶予刑に対して生じる問題の原則的な解決にもこのシェーマを適用しうるとして、個々の事例につき結論を導き出して行っている。これらの結論の紹介は重要だと思うけれども、紙幅も残り少なくなったので割愛させて戴いて、第一一章「その他の不法効果における禁止」（一〇二―一一二頁）につき、いかなる不法効果にまで不利益変更禁止が及ぶかという限界問題に対する著者の結論のみを述べることにしよう。

はじめに、著者は、「すべての不法効果はその法的性質を顧慮することなしに不利益変更禁止に服し」、「不利益とは被告人が刑事訴訟の公判手続の外でも受けねばならぬものではない」（一〇一頁）という二つの視点を確認する。

まず、刑法第一編第一章の不法効果が検討される。公職就任の無資格（刑法三一条、三五条）、公権の喪失（刑法三二条三、三四条）、警察監視（刑法三八条、三九条）には禁止規定の適用を認めるが、没収については、没収の容体が正犯又は共犯に所属している場合とそうでない場合とを分けて、前者には禁止規定の適用はあるけれども、後者にはないとする。追徴（Wertersatz）に関しても、没収と同じ結論を導いている。ところが、廃棄処分（刑法四一条）は所有関係を顧慮することなく宣告されうるので、禁止規定の適用を否定した。

刑法第一章aの保安及び矯正の処分については、二つのグループに分けた。そして、刑訴法三三一条二項で例外とされている処分には当然禁止規定の適用はないわけであるが、その他の処分、労働所への収容（刑法四二条a3、四二条d）、保安拘禁（刑法四二条a4、四二条e）、職業行使の禁止（刑法四二条a6、四二条l）、自動車運転免許の剝奪（刑法四二条a7、四二条m）に対してはその適用を承認している。

続いて、「刑法各論の個々の構成要件が科する不法効果に対しても、それらは不利益に命ぜられ、期間を延長され又は取り替えられないという原則は妥当する」

（一〇九頁）と述べ、選挙権、表決権及び被選挙権の喪失並びに公の選挙に由来する権利の喪失（刑法八五条、九八条、一〇一条、一〇九条i2）、財産的価値の没収（刑法八六条一項後段）、可罰行為に対する代償又はそれに対する金銭的没収（刑法八六条三項、一〇八条b三項）、有罪判決を受けた者の費用による有罪判決の公告（例えば刑法一〇四b、一六五条一項後段、二〇〇条一項後段等）、有罪判決を受けた者の費用による被害者に対する判決正本の授与（刑法一六五条二項、二〇〇条三項）、証人又は鑑定人として宣誓の上尋問される無資格の宣告（刑法一六六条）収受した物又はその物の価額を国に没収する旨の判決中の宣告（刑法三三一条乃至三三五条）、等について個別的に検討し、これらは禁止規定の適用を受けるけれども、賠償（刑法一六五条一項、二〇〇条三項の Busse）は、民法的性格の損害賠償であり、刑訴法四〇三条以下に規定された被害者の賠償手続は民法的請求（Anspruch）なのであるから、禁止規定の適用を受けないとした。

最後に、訴訟費用判決の不利益な変更について、ライヒ裁判所の判例（「刑」という言葉に重点はなく、不利益な変更を禁止しているという理由で適用に賛成）と、連邦裁判所の判例（訴訟費用は刑ではないとして適用に反対）、とを紹介した後に、結論的に前者に賛成している。

五

「結語」において、著者は立法論に触れ、不利益変更禁止の規定を「被告人のみが上訴したときは、判決は、その不法効果につき被告人の不利益に変更することが出来ない。

この規定の意味における不利益と、有罪判決の変更、療養もしくは看護施設、飲酒者療養施設又は禁断施設への収容命令は看做されない」（一一三頁）と表現すべきことを提案している。

六

以上で紹介を終わるわけであるけれども、最後に、ガンスケの不利益概念の定義に対して簡単な批評をつけ加えておくことにしよう。

筆者はガンスケの不利益概念の定義には基本的に二つの大きな特徴があると考える。(1)不利益そのものを被告人に対する不法効果としてかなり幅広く把握しているこ

と、(2)不利益を確定する基準を一般的に法律にのみ求めたこと、の二点である。

第一点については、不利益とは不法効果ではあろうが、法的性質を顧慮することなくすべての不法効果に拡大していることに対してもっと検討すべき余地はないだろうか。これは制限して考える方が妥当だと思う。一例をあげると、訴訟費用判決の不利益な変更には禁止規定の適用を承認すべきではない。

第二点に関しては、ガンスケの見解は正当だと言いえよう。けだし、不利益変更禁止の問題に対して法律解釈の統一性を確立し、これを維持するためにはどうしても一般的＝客観的考察方法に依拠する以外にはないと考えるからである。

種々の制約があって、用語の生硬さのみでなく、言葉足らずの不正確な紹介もあるのではないかと恐れるが、今回はこうした紹介にとどめ、ガンスケの見解に対する本格的な批評、更に、我が国の不利益変更禁止の制度に関する考察は改めて別稿において論ずる予定にしている。

本紹介の執筆にあたって、刑事裁判資料第九十号「ドイツ刑法」、同第八十一号「ドイツ刑事訴訟法」、滝川春雄「ドイツにおける保安処分」刑法雑誌八巻二、三、四号「保安処分の研究」四一頁以下「刑罰と保安処分の限界」（昭三七）所収四九頁以下を参照させて載いた。尚、ヘェフリガー（Haefliger）は本書に対して簡潔ではあるが、かなり好意的な紹介を Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 77, S. 106 f. (1961) においておこなっていることを附記しておく。

――一九六二・一・八――