

エリック・ウォルフ「刑法改正の危機と再建」

林, 鳳麟
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/16233>

出版情報 : 法政研究. 4 (2), pp.303-314, 1934-03-05. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

エリック・ウォルフ

「刑法改正の危機と再建」

林 鳳 麟

法律思想は孤立した存在ではなく全文化思想の一環であつて、一般文化思想の變遷を反映するものである。刑法思想に就いて見るに十八世紀末の啓蒙思想の影響の下に十九世紀初期の刑法思想が形成せられて、歐洲諸國の刑事立法となつて現れた。その後自然科学の隆盛殊に十九世紀末のイタリー實證學派の勃興するに及んで、刑法の新派理論を生じ二十世紀初頭の歐洲諸國に刑法改正運動を持來した。獨逸に於いては一九〇二年に舊派のカールと新派のリスト等との妥協に依つて改正に着手して以來、一九〇九年の改正要綱及び豫備草案、そして大戰後の一九年、二五年、二七年の諸草案を経て三〇年草案の成立を見るに至つた註(1)。然るに三〇年頃より社會的、政治的動搖の爲に改正事業は停頓し、三二年五月改正委員長カールの死後は各方面より刑法改正の危機が叫ばれる様になつた。三三年三月ナチスが政權を執るに及んで、他の社會思潮と同じく刑法思想も國民社會主義からの強い

影響を受ける事となつた。茲に紹介する Freiburg i. Br. の大學教授ウォルフの小著は此の思想を代表するものである註②。

註(1) 獨乙刑法改正の沿革に關しては小野清一郎『ドイツに於ける刑法改正事業に就いて』法學志林第二五卷第九號以下。

木村龜二『獨乙刑法改正の方向』同上第三三卷第七號參照。

註(2) 本書以前に已に Dahm, Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht?, 1933; Dahm, Autoritäres Strafrecht, Monatsschrift, 24. Jahrg. S. 162 ff.; Wilhelm Gallas, Die Krisis des Strafrechts und ihre Überwindung im Staatsgedanken, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1933, S. 1 ff. 等の同傾向の思想を發表したものがあつた。之に對する獨逸に於ける批評としては G. Radbruch, Autoritäres oder soziales Strafrecht?, Die Gesellschaft X. Jahrg. Nr. 3, S. 217 ff.; H. Marx, Autoritäres Strafrecht oder die Wiederkehr des Gleichen, Die Juristz, VIII. Bd., S. 239 ff.; Henzig, Strafrechtliche Gegenreformation, Monatsschrift, 24. Jahrg. S. 235 ff. 等がある。我國では木村教授が法學志林第三五卷第七號九六頁以下にダームとシャツフスタインの共著を紹介され、同第一・二號に於いて『刑法に於ける國家の理念』の題で詳細な論評が記されて居る。又ダーム等の思想は佐伯教授が改造十二月號に『刑法學の危機—權力主義刑法思想』の下で紹介されて居る。本書はダーム等の書と異り刑法の基礎理論の殆んど總ての點に觸れ、所謂權威主義的刑法理論を比較的學問的に敘述してゐるので、茲に稍詳細な紹介を試みる次第である。

刑法改正は法律理論の問題ではなくして刑事政策の問題であり法律政策の問題である。而も法律政策は一の國

家政策であつて、あらゆる刑法改正の要求は當該國家の政治的・要求に基礎を置くものである。最近に至つて刑法學者達が斯る見解を抱く様になり標語として「自由主義的刑法か權威主義的刑法か」もつと具體的に言へば「從來の刑法改正運動の繼續か中止か」が唱へられる様になつた。今日の獨逸の國家政治的發展は權威主義的刑法の刑事政策を必要とする。併し單に改正を中止して權威主義的刑法形態の舊來の形式に復歸する事は反動と言ふべきである。今日の我々の言葉は「權威主義的、反動的刑法か權威主義的、社會主義的刑法か」(authoritar-reaktionäres oder autoritär-soziales Strafrecht)(註)従つて「刑法の反動的復古か國民社會主義的再建か」に變つた。答は明白に再建あるのみ(S. 56)。斯くして著者は刑法の政治的手段性を明言し、刑法改正事業をナチスの手で完成せんとするものである。その爲に著者は先づ現行刑法の思想的基礎を吟味し、次に改正運動のイデオロギ―を批判して、最後にナチス刑法の形成を試みた。

(註) 茲に社會主義的とは嚴密な意味に於ける Sozialismus ではなく社會改良主義の意味である。

二

最近の研究に依つて一八七一年に施行された現行帝國刑法典の思想史的基礎が明にされた。此法典は一八五一年のプロイセン刑法典に基くものであり、プロイセン刑法典は更に一八一〇年のフランス刑法典に由來するものである。斯る因縁の爲に現行刑法典は全十九世紀の政治法律の理念界や後期啓蒙時代の政治法律の人間像グロビツトを具現し、フォイエエルバツハ、ヘーゲル等の思想やフランス革命の精神と結付いてゐた。

フオイエルバツハ思想の影響としては先づ制定法(Gesetz)を擧げ得る。それは十九世紀前葉の一般の考へでは、國家の専横に對する市民の保護、法律的安全の保證、自由市民の自己拘束の意味を有つものであつた。此の初期自由主義的イデオロギーが概念的に嚴密に規定せられた犯罪構成要件の探求、*nulla poena, nullum crimen sine lege*なる罪刑法定主義の高き評價、形式的抽象的な行爲者概念等となつて現れた。自由で法律の前には平等な市民達は公平に刑事上の責任を負はされてゐた。自由市民なるものは非常に利己的で惻巧で、自己の利害のみを眼中に置いて、自由に(經濟的にも政治的にも干渉を受けない意味で)生活する利己主義者であつた。初期自由主義時代の國家觀や經濟觀は斯る人間像に基くもので、所有權の絶對的無制限や形式的な契約自由が刑法の主たる保護法益となつた。

此のイデオロギーの缺陷は刑法の領域に於いては十九世紀後葉に至つて漸く現れた。その頃には初期自由主義の人道主義的市民的人間像は發達した高度資本主義の特殊なブルジョアタイプに變つてゐた。それは信仰生活や感情の世界には冷淡で現實主義的なものであつた。此の時代の刑法の見解の特徴としては自然主義的心理主義的概念の導入、人間なる集合型^{マッシュタイプ}への轉換、哲學的倫理的要求の弛緩等であつた(S. 6. 7.)。

上述の自由主義的自然主義的な思想の外に現行刑法には古き絶對正義觀念が存在する。それはヘーゲルではなく寧ろスタールの法律哲學に負ふものである。それは保守的プロテスタンチズムの世界觀から生れたもので、社會身分國家に於ける人間像、即ち支配し拘束する國家に於ける奉仕し拘束される人間像を現してゐる。此の人間

像はキリスト教的身分的に組織され、そして國民的浪漫的な感受性を有つ市民タイプ、及び軍人的犧牲的精神に富み古代プロシヤ型の倫理的國家感情を具へた人間から構成されたものである。

斯くの如く現行刑法にはプロシヤ型の權威主義的要素と南ドイツ諸國の自由主義的傳統とが混合して相争つてゐる(S. 8. 9)。

三

現行法に於ける此の對立せる思想は融合されずに寧ろ分業的に作用する様になつた。即ち(イ)刑の執行は、保衛的權威的に行はれ受刑者には法治國の保證が貫かれてゐない。(ロ)反之訴訟手續に於いては自由的權威的立場をとつて、公開主義、口頭主義、直接審理主義の原則が樹立された。(ハ)實體的刑法に於いては此の對立した二つの思想の特殊な妥協が出来上つてゐた。即ち一方では嚴密な構成要件の規定と法文に定型化した適法又は免責の事由とに依つて法律的安全の自由主義的思想を實現せんとした。此點で法律は犯人のマグナカルタである。同時に他方では結果責任を認め、廣汎な刑罰裁量權を裁判官に與へて權威主義的要素を保持してゐた。此の點で法律は國家權力の鬭争武器である(S. 10)。

理論的刑法改正運動は斯る複線的な自由主義的權威主義的刑法を取上げて全體の體系的構成や各論の構成要件の再吟味の必要に迫られた。改正運動の思想に於ては、犯人は素質や環境の要素の混合された複雑な形象であつて、(a)自然生物として心理學的醫學的生物学的検査を必要とし(b)社會的存在物として社會的に條件付けられ

た總體の一部で社會學の對象となるものである。斯くの如く犯人を歸責すべからざる素質や環境の所産であると見る時は、絶對應報的な正義や個人道德的責任は無意味になつて現行法は信用を失つて了ふ。その上犯罪殊に累犯少年犯の激増は益々現行法の不備を現し終に刑法の拒否さへ叫ばれる様になつた(9. 11. 12)。

四

如上の状態が改正運動を有効に押進めた。一九〇九年から三〇年までの草案を貫いてゐる改正運動の思想的基礎としては第一に自然主義即ち經驗的自然科學と因果的方法の絶對性の尊崇である。第二に社會的なものの理念の重視である。殊に一九一八年の革命後は社會民主黨に依つてその綱領に合致する改正が試みられた(9. 13-17)。斯る思想の變化は刑法に於ける人間像を變化させた。即ち(一)自然科學的決定論に基き、自然的に條件附けられた社會構成員、強制されて行爲する衝動犯の觀念を認めるのみで、道義的責任を負ふ法律團體員、自由意思を有する犯罪人を認めない様になつて、刑法の問題は福祉行政の範圍へ推移した。(二)一般的な人間像が斯る變化を受けたにも拘らず十九世紀の經濟的な人間像は殆んど影響を受けなかつた。三〇年草案には依然として自由法治國家的經濟觀が嚴存し、經濟的自由主義の強度の保護は餘り制限されてゐない。(三)反之根本的變化を受けた刑法の政治的人間像には次の三種が認められる。(a)市民は民主主義的な支配の構成員で、意識的に社會的見地に立ち、全體の代表者であり完全な市民權を有する。(b)斯る市民の反面として刑法に於いて専ら國家の福祉行政の客體と見るべき服従者の新しいタイプが認められる。刑罰以外に不定期拘禁處分を必要とする衝動犯、危険な職業

犯、精神障碍者、限定能力者、等が之に屬する。(c) 上の二者の中間に通常の機會犯偶然犯を認める。それは教育的威嚇的豫告刑に依つて改善し得る正常な平均市民の觀念である。以上の三種の人間像は草案の實體的法規に於けるよりも最近の刑の執行に於いてより明に表明された。即ち極く狭い範圍に於いて教育不能な確信犯人等に對する鎮壓的執行が維持せられるが、それと共に廣汎な罰金刑や短期自由刑の一般豫防組織が存立する。それを補充するに累進制に依る教育的執行が採用された(S. 18—22)。

五

上述の人間像の變化に依つて現行法と改正運動の思想上の基礎の差異が明にされたと思ふ。併し今や更に新な世界觀、國家觀が形成された。此の新しい立場から從來の改正運動を批判しなければならぬ。先づ第一にそれは國家と人格者(Person)と云ふ刑法の根本價值を社會と個人の觀念によつて置換へ、そして犯人を自然科学的に定型化し、總ての刑法上の現象を一定不變の生物學的基本状態に還元するので、獨逸刑法の民族史的特性は危くされた。此に對しては國民的法治國家に於ける國民的刑法への轉向が必要である(S. 23)。

新刑法理念は新國家理念から生れる。此の新理念に必要な新哲學意識は西南ドイツ學派並びに現象學派に負ふものである。新カント主義は自然科学的實證主義や社會學主義を法律學の分野から驅逐し、法を單なる事實として把握せず、價值として理解した點で大なる功績があつた。それが更にフツサル等の組織的現象學の影響を受けて一段と深められた(註)。

(註) 法律時報第五卷第十號尾高朝雄『現象學と法律學』木村龜二『現代ドイツ法律哲學の傾向—新カント主義からナチス化へ—』参照。

R. Smend は此の見解を國家學に導入して國家の分析的原子化的觀察や有機體論的浪漫的觀察の代りに綜合的現實主義的理解を教へた。我々は此の新哲學意識から從來の改正運動の世界觀的基礎を批判し、それを全體として拒否するものであつて個々の命題に對して争つてゐるのではない(S. 27. 28)。

改正運動の批判は更に政治の領域にまで導くべきである。刑法改正は常に刑事政策的意欲と可能の問題であり、刑事政策の本質は政治であつて國民の政治状態に従ふものである。一九一八年の革命後は權威・自由主義的刑法の殘滓を社會・自由主義的提案に轉換せんとする努力が盛になつた。そして今や更に若き刑法學者達は國民社會主義的刑法の形成に努力してゐる。その實現の爲には刑法に於ける社會的要素と權威的要素の融合の理念をしつかり認識すべきである。それは觀念論の代りに現象學的哲學に於いて、形式的自由的社會觀の代りに身分的社會觀に於いて、殊に又形式的法治國家或は福祉國家の代りに國民的社會國家の觀念に於いて顯れるものである。

(S. 30—32)。

六

以上の批判に次いで茲では將來の刑事政策に對する積極的要求や建設の目標を明にしよう。

(一) 刑法總論の基礎概念の改造は如何にして實現せられるか。

(A) 新刑法の基本價値は社會と個人ではなく國家と人格者である。

(イ) 國家は他の組織體の中の任意偶然の權力組織體としてではなく、國家的結合イソラフクニョウの過程に於いて常に新に實現する國民の現實の意思結合として理解すべきである。國家は抽象的な法益として他の法益と並列すべきではなく、全法益體系に意味を與へる基礎理念とならねばならぬ。國家は支配階級の勝利に由つてもたらされた強制的平和を保障し、個人にその主觀的權利の妨げられざる行使を保護する所の、社會に依つて造出された安全辨として概念すべきではなく、階層的に分化せる構成員の現實の多様性に依つて決定せられた精神生活の有機的全體として理解すべきである。従つて總ての法規の侵害は全體に對する侵害と看做すべきである (S. 33)。

(ロ) 人格者は利己的個人として理解すべきではない。犯罪の防止義務告發義務の規定、過失の規定等は一層擴張さるべきであらう。所有權、個人の私的領域、名譽等の保護に於いても全體に對する侵害を伴ふものは閑却し得ないが、全體の侵害と無關係なものは私訴の範圍に入れるべきである。

(ハ) 犯罪行為者は福祉行政の客體ではなく法律的共同體の責任ある構成員である。唯生物學的・心理學的に責任能力のない者に對しては行政處分が爲されるのみである。行為者は單なる惹起者とは區別さるべきもので不法な情操を有する性格類型 *Gesinnungstypus* である註(1)。

(ニ) 犯罪構成要件の該當に於ける行為の概念に就いては、著者は已に行為者を性格類型とする以上、行為類

型も性格表現の類型となし、犯罪の結果は感覺的に感知し得ない法の價值世界に於いても表現せられ得るとなすのである(S. 34—36)。

註(1) 行爲者の本質に關しては著者の Vom Wesen des Täters, 1932. 參照。

註(2) 著者は犯罪徵表説を主張する者である。著者の Strafrechtliche Schuldlehre, 1928, S. 23 ff. 參照。

(B) 刑法の保護法益は單に計算可能な經濟的財貨のみならず非物質的智的財貨も廣汎な保護を必要とする。今や法益の價值尺度は變つた。個人の生活、所有權、法治國的保證等の代りに國家生活、公務、社會的勞働過程の保全、國家結合の機能の考慮が必要となつた。

(C) 違法性は從來反社會性としてゐたのを反國家性と改め、且主觀的違法性説をとるべきである。此の立場から違法性阻却事由も變化を受け、正當防衛、緊急避難等に於いては主觀的適法性の要素として法律的共同體の職員として行動すると云ふ確信を必要とする。註。同意は元來個人主義思想に由來するものであるから違法阻却の事由とはならぬ(S. 37. 38)。

註 著者の此の主張の最も適切な例として國家緊急防衛を擧げ得る。詳細は J. Schubert, Strafnachhilfe, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 311. 參照。

(D) 責任は行爲者に於いて確認せらるべきものではなくて行爲者に就いての判斷である。故に危險性(正犯該當性)の一部で主觀的違法性の問題である)や故意過失(心理的行爲形式である)の概念とは無關係である。

註(1)責任は可責性にしてその本質は義務違反である。免責事由は此の可責性を阻却する限りに於いてのみ認め得る。可責性を阻却するのは事情に就いての錯誤の外に二つの場合がある。即ち法規の錯誤と期待不可能の場合がある 註(2) (S. 39, 40)。

註(1) 通常故意過失を責任条件と解してゐる。著者は客觀的責任論から斯く主張する。詳細は前掲著者の刑事責任論参照。

註(2) 規範的責任論で責任の本質となしてゐる期待可能性に關しては佐伯千仞『規範的責任概念の一考察』法學論叢第二

五卷第四號以下参照。

(E) 刑罰の目的は個人主義的な觀念から出た一般豫防や個人豫防ではなく、社會豫防即ち犯人を國民共同體に順應せしめるか又はそれより淘汰する事である。個人は私的存在としてではなく社會的存在として刑罰を課せられる。刑罰の教育的執行は法律信念即ち國家意識的社會的精神が目覺める様に犯人の精神状態を革新誘發することに依り完全な法的な人格を恢復せしめる事を目的とする。從來の改正運動の要求たる囚人自治制、新受刑者特別收容所、女子少年の特別處遇は更に徹底して行かねばならぬ。應報は一般に刑罰の目的ではなくして、刑罰の理念であり、具體的に決められた刑罰の目的の基礎をなす本質である。威嚇は權利保有に於ける人格の制限と考へられる事に依つて社會豫防の意味を有するであらう。註。最後に職業的犯罪人に對しては峻嚴な保全手段が採られる (S. 41, 42)。

註。著者は人格減等 *capitis deminutio* 等の新手段を採用して刑罰に依る社會的價値の制限を主張してゐるのであるが、

ゲーム等の如く死刑その他の峻厳な刑罰を盛んに適用して國家の權威を示顯すべきであるとの中世紀的な威嚇刑主義は主張しないのである。

(二) 刑法各論に於いては規範的主觀的犯罪構成要件や正犯構成要件の統一を計り、國家價值、國民の體面、民族性、教會、新に成立する共同社會倫理上の價值等の刑法上の保護に注意を拂ふべきである。勞働力、經濟財の社會的需要、職業的地位の名譽、家族的傳統、官位の保有等はその個人性を喪失せしめ、社會的國民國家に對する關係に於いて保護さるべく、總ての犯罪についてその國民的評價を更に一層考慮すべきである(S.43)(S.34-37)。

最後に著者はその主張する權威の窮極の根據を神に求める。法と國家の存在は形而上學的なものであり宗教的領域に根ざすものであつて、科學の妥當限界外にあるものである。國家は此の世の制度として法の最高の價值であるが絶對的なものではなく、宗教上の權威に由來しそれに從屬するものであると結んでゐる(S.44)。

X

X

X

本紹介を終へるに際し著者の主張を概観するに、著者は刑法學に於いては方法論的に自然主義、社會學主義を排斥する。そして個人主義的自由主義的要素を排除して民族國家的權威主義的要素を刑法の根本精神に取入れ、國家(國民社會主義的)と人格者を刑法の基本價值として、總ての刑法上の基礎觀念(違法性、責任、保護法益、刑罰の目的等)を此の二者の關係に於いて觀念すべきであるとなすものである。著者の言ふが如く一九一八年の革命後の刑法改正の方向が社會民主黨の綱領に合致せんとしたものであるとすれば、著者の主張は國民社會黨の綱領を反映するものであると云ふべく、我々は更に廣い立場から著者の思想を批判すべきであらう。