



Title	続瀆職罪(西独)
Author(s)	山口, 林之助
Citation	社会科学論叢, 11, pp.15-24; 1961
Issue Date	1961-05-31
URL	http://hdl.handle.net/10069/33771
Right	

This document is downloaded at: 2019-03-25T06:08:57Z

續
瀆 職 罪 (西独)

山口 林 之 助

目 次
本 論

- 類型 (甲) 没収の宣告 (第三三五条)
" (乙) 法律の曲解 (第三三六条)
" (丙) 職務上の傷害罪 (第三四〇条)
" (丁) 職務上の自由の奪取 (第三四一条)
" (戊) 職務上の住居等侵入 (第三四二条)
" (己) 供述の無理じい (第三四三条)
" (庚) 無実の者の訴追 (第三四四条)
" (辛) 刑または処分の不適法な執行 (第三四五条)
" (壬) 職務上の庇護 (第三四六条)

類型 (甲) 没収の宣告 (第三三五条)

In den Fällen der §§ 231 bis 334 ist im Urteile das Empfangene oder der Wert desselben für dem state verfallen zu erklären.

一 本条に規定された没収の宣告においては、付加刑が問題になる。① 第四〇条の没収と本条との相違は、(イ)本条の没収が必要であるのに、第四〇条のそれは任意的であること。(ロ)第四〇条の没収に属するものに、犯罪行為またはその予備に当てられ、または使用されたもの、もしくは、犯罪行為により造り出されたものに限られ、犯罪行為により取得されたものまたは権利、もしくは、可罰行為の目的物は没収されないの

瀆 職 罪 (西独)

に反し、本条の没収宣告は、そのような物および権利に關しても言渡されること、の二点である。

二 没収の対象は、收受物またはその価格である。

(一) 收受とは、收賄者または贈賄者に、何らかの方法で、事実上、または經濟上役立つた一切のものをいう。それゆえに、公務員自身に譲渡された物、または請求権、さらにたとえ、受託者としての仲介人に、その処分を為さしめるために譲渡された会社の配当もまた收受物である。この場合は、收賄者の、仲介人に対する、配当譲渡の請求権が没収されるものとの宣告を受ける。②当事者間の合意は必要でない。公務員に、その意に反して強いられたもの、たとえば、手中に押しつけられたもの、ポケットに差し込まれたもの、封書、または小包で送られたものもまたこれに属する。③これに反し、要求され、申出でられ、または約束されたが、供与されなかつたものは收受とはいえない。④收受物は、それが所有者の認識と意思なくして、賄賂物として利用されたばあいは、没収の宣告を必要としない。けだし、没収の宣告は、刑罰であるから、犯行に關係のない、当該物件所有者に対しては、これを行なう必要がないからである⑤。

(二) 收受物の没収が実行できないときは、その物の価格を没収することを要する。事実審の裁判時の価格が標準となる。⑥そのばあひ、收受者が賄賂手段の価格を現に保有するか、任意に、または法律上の義務により、それを第三者に譲渡したかは、これを問わない。⑦

(三) 没収の宣告は、その法上の性質によれば、一種の刑罰である。しか

し、没収困難のばあいには、価格の代りに、自由刑を言渡すべきであると結論を出すことはできない。代替的自由刑への変更は許されない。⑧

三 没収の宣告は、賄賂物、またはその価格を手中に有する、あるいは最後に有するに到つた行為者(贈賄者、收賄者)に対してのみ言渡され、⑨事情によつては、幫助者に対してもなされる。⑩⑪

四 没収の宣告は、判決主文において言渡すことを要する。それゆえに、第三三条乃至第三三四条に基づいてなされた有罪判決に結合してのみ許される。⑫言渡は、それによつて、没収の執行が可能で、ある程度に、收受物またはその価格について、明瞭であることを要する。⑬没収の宣告を受けた物件の一層詳細な決定と制限を、執行手続、または爾後の民訴手続に委ねることは許されな。⑭

没収の宣告は、為すことを要するのであつて、強行規定である。

五 没収の宣告には、客観的手続(第四二条)を許さない。⑮

六 没収宣告の効力は、第四〇条の没収(Einziehung)のそれに等しい。

類型(六) 法律の曲解(第三三六条)

Ein Bedanter oder Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache vrsätzlich zugunsten oder zum Nachtheile einer Partei einer Beugung des Rectes schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

一 本条は法律の曲解を規定する。構成要件は、固有の瀆職罪を含む。多数の特別の場合については、第三三四条乃至第三四六条参照。⑯

二 行為は、訴訟事件の指揮、または裁判にあたり、当事者一方の有利に、または不利に、法律を曲げて解釈することである。

(一) 訴訟事件とは、裁判所によつて裁判されるべき刑事事件、および権利争議のみならず、任意的裁判管轄事件、さらに、解釈の基準を、たとひ、合目的性の考量のみならず法律原則であるとする限り、⑰行政裁

判所、および行政官庁における手続であると解せられる。⑱行政官庁の処刑裁決によつて解決される刑事事件、税額査定手続、または税額確定手続における納税義務の存否に関する裁判、懲戒罰手続もこれに属する。手続を終結させる裁判のみならず、準備手続、中間手続における裁判もまた顧慮される。⑲

(二) 公務員が、法を曲げて解釈することを要する。こゝに法とは、慣習法および成文法規の他に、法的評価における全可能性を意味するものと解せられる。⑳構成要件は、事実の詐称の他に広義における法律規範の詐称をも含む。量刑において、法律の曲解が可能。㉑法の命ずる行為の不作為もまた法の曲解である。たとえば、合目的な質問を提起しないこと。㉒公平な判断を為すべき仲裁人の、公平の要求に対する故意の違背は、構成要件を充たす。明らかに無効な規範の適用によつてもまた、法の曲解が生ずる。㉓

(三) 法の曲解は、当事者一方の利益、または不利益になされることを要する。こゝに当事者とは、技術的意味に解すべきでなく、手続に關係ある各人を意味する。㉔したがつたとえば、民事訴訟における従参加人、刑事訴訟における付帯の訴の原告、および没収物利害關係人もまた当事者に属する。証人および鑑定人は、民事訴訟における中間訴訟のばあいにのみ当事者とみなされる。㉕

三 内部的構成要件には故意を必要とする。㉖故意は、法律規範の違反に關するのみならず、当事者一方の利益、または不利益にも關することを要する。未必の故意では足りない。㉗故意の他に、行為の結果としての利益、または不利益に向けられた特別目的は必要でない。㉘

四 訴訟事件の指揮、または裁判の責任を有する公務員、または仲裁人は、すべて行為者たることを得る。

労働裁判所、または野戦軍法会議の陪席員は、本条に含まれない。参審員、陪審員については学説が対立する。肯定に解する説は、参審員、陪審員が、刑法的意味において公務員であるからという。㉙

五 国家に危害を及ぼす目的を有する場合の刑罰加重については、第九四条参照。

六 収賄が法の曲解に導くときは、第三三四条第一項と実質的競合をなす。

七 処分は、五年以下の重懲役。

八 一九二七年案は、本規定をすべての職務担架者に拡張し、したがって、特に参審員および陪審員を捕捉しようとする(第一一九条)。^⑩

第三三七(一九三七年十一月三日の身分法第六七条によつて代替)

第三三八(一九五三年八月四日の第三次刑事法改正法により削除)

第三三九(一九四三年五月二九日の刑事法調整令第一〇条によつて削除)

類型(七) 職務上の傷害罪(第三四〇条)

Ein Beamter, welcher in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes vorsätzlich eine Körperverletzung begeht oder begehen lässt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Strafe bis auf einen Tag Gefängnis ermässigt oder auf Geldstrafe erkannt werden.

Ist die Körperverletzung eine schwere, so ist auf Zutrittsaus nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

一 職務上の傷害は、故意による傷害の加重された場合である。第二一三条の外部のおよび内部的構成要件の標識に、(イ)正犯および共犯が公務員であり、(ロ)加罰行為が、職務の執行中、または執行の機会に行なわれる、という事実が付加されることを要する。本条は、非固有的瀆職罪を含む。

二 本条の行為は、公務員が、その職務の執行中または執行の機会に、傷害を自ら犯し、もしくは犯さしめることである。

(一) 公務員が、その職務執行中に傷害罪を犯すとは、公務員がその職務活動の間に、公務員として登場して本罪を犯す場合である。公務員が制服を着用したか、平服を着用したかは決定的なものではない。^⑪ 職務執行の機会に傷害罪が犯されるとは、行為が、表面的には職務執行の一部を構成するのではないが、職務執行により、認識可能な方法で、誘発された場合である。職務執行と傷害との間には、内的関係が存することを要する。^⑫

(二) 実行を命ずる者のみならず、職務上防止義務を有する者が実行を妨げないときは、傷害を犯させるものである。^⑬

三 公務員に帰属する権限は、専ら公法により決定される。このばあい、被害者の承諾(第二二六条a)は、違法性を阻却しない。

四 内部的構成要件には、未必の故意を以つて足りる。^⑭

五 傷害罪の加重された場合に関するものであるから、告訴に関する第二三二条、相殺に関する第二三三条は適用されない。これに反し、第二三一条は傷害のすべての場合に関するものであるから、贖罪金の認定は、この場合にも許される。

六 第二二三条との間、さらに本条第二項と第二二四条との間には法条競合が成立する。第三四〇条は特別法として優先する。本条と第二二三条と、第二二五条との間には観念的競合が可能である。^⑮

七 処分は、三ヶ月を下らない軽懲役、酌量減輕事情あるときは、一日の軽懲役にまで軽減するか、または罰金。

重い傷害罪であるときは、二年を下らない重懲役。酌量減輕事情あるときは、三ヶ月を下らない軽懲役。

八 一九二七年草案には本第三四〇条乃至第四二条に相当する構成要件は規定されていない。けだし、草案は、右軽罪において、行為者の公務員たる身分に基礎づけられた、加重された科刑価値を顧慮するため

に、裁判官に十分の活動の余地を与えるがゆえである(理由書七三頁)。

類型 (六) 職務上の自由の奪取 (第三四一条)

Ein Beamter, welcher vorsätzlich, ohne hierzu berechtigt zu sein, eine Verhaftung oder vorläufige Ergreifung und Festnahme oder Zwangsgestellung vornimmt oder vornehmen lässt oder die Dauer einer Freiheitsentziehung verlängert, wird nach Vorschrift des § 239, jedoch mindestens mit Gefängnis von drei Monaten bestraft.

- 一 職務上の自由剝奪は、第二三九条の加重的場合である。構成要件は、非固有的瀆職罪に関する。
- 二 外部的構成要件は、一般に、第二三九条に相応する。④相違点は次の如くである。

(一) 行為者たり得るのは公務員のみであつて、公務員として行動したことを必要とする。公務員が、逮捕、仮逮捕、検束または勾引を為す一般的権限を有することを要しない。④公務員の職務上の範囲で為された自由の剝奪は、それだけでは必ずしも第三四一条による自由の剝奪とはならない。④

(二) 行為は、公務員が自由の剝奪を為すことによつてのみならず、それを為さしめることによつても成立する。ゆえに、逮捕を防止する義務を有する行為者が、義務を履行しないことでも足りる。④

(三) 第二三九条と異なり、自由剝奪の方法について、剝奪が、逮捕、仮逮捕、および検束、勾引、または剝奪期間の延長により行なわれることを要する旨が詳細に限定される。

(a) 逮捕とは、権限ある官職の文書による命令に基づいて生ずる自由の剝奪と解せられる。なかんずく、刑事訴訟法第一一二条以下による未決勾留、さらにたとえば、公示宣誓の強制のための勾留が問題になる。④刑事訴訟法第一二六条による仮収容もまた逮捕と見做される。

(d) 仮逮捕および検束とは、逮捕の確保またはその他の目的のために、連邦法および各邦法により、文書による勾留状なしで処分される一時的自由剝奪である。この場合、特に、刑事訴訟法第一二七条による仮逮捕が問題になる。④

(c) 勾引とは、訴訟法により、引致として表示されている自由の剝奪と解せられる。④

(b) 自由剝奪期間の延長は、刑罰拘留を除いて、あらゆる種類の自由剝奪において可能である。刑罰拘留の延期については、特に第三四五条の規定がある。仮剝奪を受けた者は、二四時間内に裁判官に引渡されるべき旨憲法に規定されるときは、右の期間を敵守するにもかゝわず、刑事訴訟法第二八条(遅滞なく)違反の自由剝奪期間の延長があり得る。④

三 内部的構成要件として故意を必要とする。行為者は、逮捕またはその他の自由剝奪に対して権限を有しないという認識をもたねばならない。

四 第二三九条とは、法条競合が成立する。

五 処分は第二三九条の規定によるが、少なくとも三ヶ月の軽懲役。

六 一九二七年案には相当規定なし。

類型 (九) 職務上の住居等候入 (四三二条)

Ein Beamter, der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes einen Hausfriedensbruch (§123) begeht, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre oder mit Geldstrafe bestraft.

一 職務上の住居侵入は、第一二三条第一項の加重された場合である。構成要件は、非固有的瀆職罪に関する。

二 外部的構成要件としては、先ず、第一二三条第一項の一切の標識が存することを要する。次に、行為者が公務員であること、および職務

の執行に当り、または執行の機会に犯されたことを要する。

三 内部的構成要件には故意が必要。故意は、第一二三条第一項の一般的標識のみならず、第三四二条の加重事由にも及ぼさなければならぬ。

四 第一二三条第二項とは観念的競合をなす。^{④④}

五 この場合、告訴は刑事訴追の要件ではない。

六 処分は、一年以下の軽懲役、または罰金。

七 一九二七年案には相当規定なし。

類型(十) 供述の無理じい(第三四三条)

Ein Beamter, welcher in einer Untersuchung Zwangsmittel anwendet oder anwenden lässt, um Geständnisse oder Aussagen zu erpressen, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

一本条は、供述の強請を規定する。固有的瀆職罪、しかも、強制の特別の場合が問題になる。^{④⑤}

二 外部的構成要件は、公務員が取調を為すに当り、強制手段を使用し、または使用せしめること。

(一) 本条の取調とは、第三四四条におけると同様に、国家的権力手段使用の目的を有する事実調査を対象とする官庁の一切の手續であると解せられる。^{④⑥} 刑事手續に先行する警察、および検察庁の手續のみならず、抑留命令に先行する手續、さらに、懲戒手續も取調の概念に入る。^{④⑦}

(二) 強制手段とは、意思活動を侵害する一切の手段である。たとえば、重罪または軽罪を以つてする脅迫もまた強制手段である。^{④⑧} 許容された警察上の措置もまた、本条の意味における強制手段であり得る。^{④⑨} 目的と手段の間の必要な相当性の原則は、こゝでもまた適用を見る。^{⑤⑩}

(三) 職務上、取調に協力する公務員は何人でも行為者たり得る。それゆえに、裁判官および検察官のみならず、警察および保案事務に従事する公務員もまた問題になる。^{⑤⑪} 公務員は、一般的に取調の任を有すれば

足り、直接に、かゝる取調の権限を有することを要しない。^{⑤⑫}

三 行為は、自白または供述を強請するために為されることを必要とする。

(一) 自白とは、重要な事実の承認を意味する被疑者の言明である。

(二) 供述は、自白を含まず、^{⑤⑬} 証人および鑑定人の一切の言明であると解せられる。

(三) 強請は、強制の意味に解せられる。^{⑤⑭} 供述の完全な停止に対する強請は、供述の強請と同視されるべきである。^{⑤⑮}

(四) 行為者が特定内容の供述を強請することは必要でない。^{⑤⑯}

四 内部的構成要件には、自白または供述を強請する目的の他に、故意を必要とする。故意は、強制手段の違法性に関する行為者の認識を含む。この点においては未必の故意で足りる。^{⑤⑰}

五 第三三六条との間に観念的競合が可能。^{⑤⑱} 多数者に対する犯罪においては、連続関係は排除される。六処分は、五年以下の重懲役。^{⑤⑲}

七 一九二七年案は、第三四三条、第三四四条および第三四六条の一部とを刑事訴追における重罪の構成要件に総括する(第一三七条)。しかし、刑事手續における共働の権限を有する公職担架者のみが行為者たり得べしとする。

類型(十一) 無実の者の訴追(第三四四条)

Ein Beamter, welcher vorsätzlich zum Nachteile einer Person, deren Unschuld ihm bekannt ist, die Eröffnung oder Fortsetzung einer Untersuchung beantragt oder beschliesst, wird mit Zuchthaus bestraft.

一本条は、無実の者の訴追を規定する。虚偽の訴追とも呼ばれる。それは、法の曲解の特別の場合である。^{⑥⑰} 構成要件は、固有的瀆職罪に関する。

二 外部的構成要件には、無実の者に対する取調を開始または継続す

ることが申立てられ、または決定されることを必要とする。

(一) 取調の概念は、第三四三条におけると、その意味を同じくする。したがって、国家的権力手段の使用の目的を伴う事実を対象とする官庁のすべての手続を指すものと解すべきである。④一説によれば、この場合、正式の取調を必要とするから、本条に属する取調の範囲は制限を受けるべきであり、たとえば、検察庁の捜査手続は除外されるものとする。④申立とは、権限ある公務員が、法律を援用して、そのような取調をなすことに対する請求を意味する。④申立が許容され、またはそのような申立なしに取調が開始されるときは、取調が決定されることになる。開始とは、かゝる取調の導入である。④

(二) 「無実」は、取調開始申立の理由となつた可罰的行為にのみ関する。軽微な犯罪の責を有するにすぎない者、たとえば、強盗でなくて単純窃盗の責を有する者もまた、本条の意味における無実である。

(三) すべての公務員が行為者たり得る。裁判官、検察官のみならず、警察官も。⑤

三 内部的構成要件として故意が必要。行為者は無実を知り、さらに、被疑者の不利益に取り扱われるということの認識を有することを要する。⑥未必の故意では不十分。

四 処分は重懲役。

類型 (五) 刑または処分の不適法な執行 (第三四五条)

Ein Beamter, der vorsätzlich eine Strafe oder eine Massregel der Sicherung und Besserung vollstreckt, der nicht zu vollstrecken ist, wird mit Zuchthaus bestraft.

Ist die Handlung aus Fahrlässigkeit begangen, so tritt Gefängnisstrafe oder Einschliessung bis zu einem Jahre oder Geldstrafe ein.

一本条は、不適法な刑罰執行を規定する。構成要件は、固有的瀆職罪

に関する。

二 外部的構成要件には、一定範囲に属する公務員が、執行すべきでない刑、または保安処分、および矯正処分を執行し、もしくは執行せしめることが必要。

(一) 本条の刑の範囲については、刑罰、懲戒罰、秩序罰をこれに入れるものと、刑罰に限るものとの二説がある。④何れの手続において刑罰が確定されたかは重要でないということについては、見解の一致を見る。行政官庁の行政罰手続により確定された刑もまた、これに属する。

(二) 服刑処分の全体が、刑の執行に属する。したがって、それは、服刑命令のみならず、実行と監視を含む。④保安処分および矯正処分にも、右のことが妥当する。執行に当り、刑の種類または量を、標準的な裁判と異ならしめるときは、執行すべからざる刑または処分を執行するものである。

三 上述の種類の刑または処分の執行に当り、協力の任を有する公務員は行為者たり得る。④あらゆる種類の職務上の協力で足りる。指導的地位に対する協力を条件としない。④

四 内部的構成要件として、故意または過失が問題となる。

(一) 故意は、刑、または保安処分、もしくは矯正処分の執行に関するものであること、およびそれが、不適法であることの認識を必要とする。未必の故意で足りる。

(二) 行為者が有責の錯誤により、その挙動が一般に刑の執行となりうるということ、もしくは、かゝる刑の執行が、その種類または量により不適法であるということを知らないときは、過失が存する。

五 処分は、故意によるときは重懲役、過失によるときは、一年以下の軽懲役、もしくは禁錮、または罰金。

六 一九二七案は、刑、または自由の剝奪と結合した保安処分および矯正処分の執行に協力する権限を有する公職担架者のみが行為者たり得ることを明瞭に宣言しようとする(第一三八条)

類型(五) 職務上の庇護(第三四六条)

Ein Beamter, der vermöge seines Amtes zur Mitwirkung bei einem Strafverfahren oder bei der Vollstreckung einer Strafe oder einer Massregel der Sicherung und Besserung berufen ist und wesentlich jemand der im Gesetz vorgesehene Strafe oder Massregel entzieht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter einem Monat ein.

一本条は職務上の庇護を規定する。本条の構成要件は、第二五七条、第二五八条を越える限りにおいてのみ、固有的瀆職罪に関する。㉑

二 外部的構成要件には、公務員が、何人かを、法律に規定された刑または処分から、免れさせることが必要。

(一) 本条の刑は、第三四五条と異なり、刑罰と解すべく、懲戒罰と解すべきでない。㉒

(二) 刑の宣告が、永続的に、そして終局的に無効でないとしても、㉓長期間執行されないままになつていたりとき、もしくは、思赦によつて、後の手続が停止されたり、または無罪の判決が言渡されるときは、すでに、本罪の意味において、処罰を免れさせたことになる。㉔停止は、行為者が、可罰的行為の訴追を中止することによつて可能である。これは行為者が、実行の任を有する刑事手続の開始または遂行に向けられた職務行為を為さない場合である。たとえば、警察官による告発の中止、㉕犯人の人物を知っているにもかかわらず、面識のない者を告発することが問題となる。㉖職務行為に対する義務が存するか否かは、たゞ、個々の場合に従つてのみ決定されるべきであつて、公務員が、職務上または職務外において、可罰行為を認識していたかどうかによつて、一般的に決定することはできない。㉗警察官は、RGst. 70 282 によれば、流説に

瀆 職 (西独)

もつて、刑事訴訟法第一六〇条により手続の開始義務を負う。㉘私的な開知毎に開始を要請するのは、㉙行き過ぎである。BGH NJW 1954 S. 1009 は、行為が特別の程度において公共の利害に係るときは、勤務外の了知によつても、手続開始の義務を認める。例外を許さないか否かについては未決定。さらに、刑または処分を免れさせず行為は、無罪の判決、もしくは法律に相当しない処罰を実現するに適する行為によつても生ずる。たとえば、行為者が、被疑者に不利となり得る告発に當つて、重要な事実を隠蔽するばあいがそれである。さらに、行為者が、宣告された刑の執行を行なわないことによつても可能。しかし、刑の執行のたんなる遅延では足りない。言渡された刑よりも軽い刑を執行することも、刑または処分の侵奪である。たとえば、軽懲役の代りに拘留を執行し、あるいは、無期の期間を短縮するが如きである。㉚上官が下僚の犯罪を告発しないときは、裁量の濫用であり、特に告発義務あるときのみ可罰的侵奪がある。㉛

(三) 公務員が犯罪の庇護を事前に約束するときは、庇護に対する従犯であつて(第二五七条三項)、第三四六条によつて処罰すべきではない。㉜

三 行為者たり得るのは、職務上、刑事手続に、または刑もしくは保安処分および矯正処分の執行に協力する任を有する公務員のみである。公務員は、自己の責任の下に、協力することを要する。刑事手続または刑の執行の遂行に対する処分または決定の準備を、自分だけでしなければならぬ公務員は犯人たり得ない。㉝たとえば、刑法第三四六条第二項により、裁判官の先行処分に応じて、犯罪行為の送達を実行しなければならぬ労働裁判所の登記官吏もまた、自己の責任の下に刑事手続の遂行に協力するものである。記録を適時に提起せねばならない事務局の公務員も刑の執行に協力する任を有する。軌道警察官および財務官も行為者として問題となる。㉞本罪に対しては共犯が可能である。共犯者が人的要件を充たさない限り、第二五七条によつて処罰される、とする見解と、

純粹の公務員罪である、とする説とがある。⑤本条の意味における刑事手続は、刑訴法第四二九条 a 以下によれば、保安手続でもある。

四 親族の庇護に関する第二五七条第二項に相応する例外は存在しない。しかし、公務員が、先行行為の共犯者、庇護者もしくは助力者であり、そして自ら処刑を免れるために、先行行為者を庇護するときは、⑥自己庇護と同様な緊急状態類似の葛藤状態が存在するがゆえに、⑦本条においてもまた、自己庇護における第二五七条と同様に無罪が容認されるべきである。しかし、懲戒罰を受けるおそれでは不十分。

RGSt. 581 によれば自己庇護の目的で、公務員に第三四六条の犯罪を教唆対する者は、教唆のことで処罰される。被庇護者の、自己自身の庇護に対する関与が一般に可罰的なものと解されるときは、右の事実は、論理的必然性を有する。これに反し、公務員に非ざる教唆者が第二五七条によらず、第三四六条により処罰されるべきであるとする説は首肯し難い。

六 主観的構成要件には、刑の侵奪に関し、直接故意を必要とする。法律は、「知っていること」を必要とするから、未必の故意では不十分。⑧これに反し、先行行為に関しては、未必の故意で足りる。⑨犯人の動機は、主観的構成要件に取つては何らの役割も演じない。⑩犯罪行為が、処罰を阻止する目的によつて、導かれることは必要でない。⑪

七 公務員が、その行為により、国家の刑罰宣告が少なくとも一定期間実現されない儘でいるという結果を生ぜしめるときは既遂となる。刑罰宣告が最終的に無効になることを要しない。⑫権威ある刑事訴追裁判所の見解によれば、可罰的な構成要件がないときは、未遂が問題となるのみ。⑬

八 第二五七条および第二五七条 a との間には法条競合が成立する。第三四六条は特別法として優先する。⑭

九 処分は、五年以下の重懲役。酌量減輕事情あるときは、一カ月を下らない輕懲役。

一〇 一九二七年草案は、構成要件が、刑事手続における協力による

庇護に関する限り、これを、無実者の訴追と共に、一つの新たな構成要件に総括する。執行における庇護は現行法第三四五条と共に違法な執行に関する規定に総括する(第一三八条)。(未 完)

- 註 ① RG HRR 1940 Nr. 196
- ② Regt. 68 113 mit Anm. Klee JW 1934. S. 1499.
- ③ Regt. 15 348.
- ④ Regt 11 103, RGDR 1944 S. 368.
- ⑤ Frank 111, Olshausen Anm. 4.
- ⑥ BGH Lind Mohr. Nr. 1 zu § 335.
- ⑦ RG HRP 1940 Nr. 196, BayOblGGt. 1S. 485.
- ⑧ RGSt. 22 104, Happe Rpfleger 1951 Sp. 498; Binding Lehrbuch 2S. 735.
- ⑨ RGSt. 68 405, RG JW 1938 S. 2119
- ⑩ RG JW 1938 S. 2199.
- ⑪ RGSt. 58 157.
- ⑫ RGSt. 55 35.
- ⑬ RG JW 1936 S. 1913.
- ⑭ RGSt. 68 406; Binding Lehrbuch 2S. 735.
- ⑮ Weber NJW 1950 S. 272 zu Nr. 17 (損失による曲解について参照)
- ⑯ RGSt. 71 315, OLG Kassel HESt. 2 180
- ⑰ RGSt. 69 213.
- ⑱ OLG Halle NJ 1949S. 96.
- ⑲ E. Schmidt aaOS. 71, Dahn NJW 1949S. 691.
- ⑳ OGHSt. 2 29; BGH Lind Mohr. Nr. 5 zu § 359.
- ㉑ RGSt. 57 35, 69 216
- ㉒ 仲裁人が、実体法および手続法にかなる範囲において拘束されるかについて v. Schönke, Zivilprozessrecht 7 Aufl. 1951 S. 542. 参照。
- ㉓ Radbruch, Göing, V. Hodenberg, Wimmer in SJZ 1946 S. 105, 1947 S. 61, 113ff., Kiesselbach MDR 1947 S. 2, E. Schmidt aaO S. 71, OGHSt. 2 271. v. Weber NJW 1970 S. 272, Güde DRZ

- S. 193.
- ⊚ OLG Kassel SJZ 1947 SP. 445.
 - ⊚ Mezger Stuss II S. 283, LK Anm. 4, Olshausen Anm. 5, OLG Kassel HESt 2 180. この区に刑罰を課せられたる Binding Lehrbuch 2S. 571, v. Liszt-Schmidt S. 825.
 - ⊚ OLG Kassel HESt 2 180.
 - ⊚ Binding Lehrbuch 2S. 570, Gerland S. 364; RGSt. 19 345, Frank Anm. IV, LK Anm. 2, Maurach Bes. Teil S. 570, Olshausen Anm. 4, Schwarz Anm. 2, この区に刑罰を課せられたるは、刑の執行に於て、被告人に於ては、公務員がたゞ行爲者たるに過ぎぬ。
 - ⊚ RGSt. 63 176.
 - ⊚ Mezger Stuss II S. 285, LK Anm. 1, Kohlransh-Lange Anm. V Maurach Bes. Teil S. 570 この区に刑罰を課せられたるは、第三四五条の罪を犯すに於て、本条の刑の觀念は第三四五条の意味を解すに於ては、之を以て、
 - ⊚ Binding Lehrbuch 2S. 575 Anm. 5, Olshausen Anm. 2A.
 - ⊚ RGSt. 70 254, RG HRR 1922 Nr. 385, OLG Halle JR 1947 S. 125, OLG Oldenburg HESt. 260.
 - ⊚ BGH LindMöhr Nr. 1 zu *346.
 - ⊚ RGSt. 70 252, RG HRR 1941 Nr. 457, 839, OLG Freiburg DRZ 1947S. 201, OLG Hamm HESt. 2 355.
 - ⊚ RGSt. 63 276.
 - ⊚ Bohne SJZ 1948 SP. 699; OLG Hamburg SJZ 1948 SP. 692.
 - ⊚ RG HRR 1941 Nr. 457.
 - ⊚ OLG Stuttgart NJW 1950 S. 198.
 - ⊚ RGDSTR 1936 S. 368.
 - ⊚ RGSt. 73 266 mit Anm; Llee ZAKDR 1939 S. 651; RGSt 74 180 mit Anm; Klee ZAKDR 1940 S. 272 und Anm.; Mezger DR 1940 S. 1238.
 - ⊚ BGH NJW 1954S. 929.
 - ⊚ RGSt. 76 395.
 - ⊚ RGSt. 73 298, RG HRR 1940 Nr. 650, RGSt. 57 19, RGSt. 58 79.
 - ⊚ RGSt. 5 81.
 - ⊚ RGSt. 63 277, OLG Freiburg DRG 1947 S. 211, Bohne SJZ 1948 SP. 699.
 - ⊚ RGSt. 31 196, 70 252, 73 267, BGHSt. 4 168, OLG Oldenburg NdsRpfl. 1949 S. 61, Weber aO S. 208, RG JW 1925 S. 25m Anm. Kern.
 - ⊚ RGHRR 1937 Nr. 1482, OLG Dresden NJ 1951 S. 381.
 - ⊚ OLG Braunschweig NJW 1949S. 436, BGH Lind Mohr. Nr. 2zu § 346.
 - ⊚ RGSt. 73 297.
 - ⊚ OLG Oldenburg HESt 2 62.
 - ⊚ RGSt 70 254.
 - ⊚ RGHRR 1942 Nr. 385.
 - ⊚ RGSt. 73 298, 181.
 - ⊚ RGSt. 70 253, OLG Hamm HESt. 2 355).
 - ⊚ RGHSt. 4 169 この区に刑罰を課せられたるは、第三四五条の罪を犯すに於て、本条の刑の觀念は第三四五条の意味を解すに於ては、之を以て、