

近代初期刑法の基本構造：
オーストリア・プロイセンを素材として

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-07-07 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 足立, 昌勝 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00008957

近代初期刑法の基本構造

—オーストリア・プロイセンを素材として—

足立昌勝

目次

- 一 はじめに
- 二 近代刑法への萌芽
- 三 ヨセフィーナ刑法典の基本構造
- 四 プロイセン一般ラント法の基本構造
- 五 むすび

一 はじめに

暴力団新法や拡声機規制条例にみられるように、警察権限は拡大の一途をたどり、止まるところを知らない。

特に、拡声機規制条例では、現場の警察官に、中止（停止）命令の権限を与え、戦前の行政警察の下で行われていた中止命令の亡霊が、今またうごめきだした観がある。⁽¹⁾

このような警察権限の拡大は、いろいろな行政法規の中で、刑罰規定が乱用されたことにより、可能となるものであるが、⁽²⁾犯罪化やそれに伴う刑罰化の流れに対して、それを憂え、対抗する手段はないのであろうか。

それに対して、国家刑罰権力に対する不信感から出発し、国家刑罰権力を大幅に制限した、近代初期における刑法のあり様が、格好の材料を提供してくれる。近代刑法は、それ以前の絶対主義的刑法の恣意性を排除し、犯罪と刑罰に関する法律主義を明言した。その近代刑法の近代性を示す言葉として用いられている世俗化・人道化・合理化の精神は、現代においても、なお有効であり、それらの言葉の中で、どのような犯罪が、どのような理由によつて非犯罪化がなされたかを説明することは、現代社会や現代刑法の分析にとつて、多大な効用をもたらすであろう。

そこで、本稿では、一八世紀の後半に、オーストリアやプロイセンで制定されたテレシアーナ刑事法典、ヨセフイーナ刑法典及びプロイセン一般ラント法における刑法を素材として、近代初期刑法の基本構造を明らかにする。その際の分析手法としては、まず第一歩として、法典そのものに焦点を当て、それらの基本構造を分析することに限定し、それらの制定過程については、今後検討されるであろう。⁽³⁾

(1) 地方自治法は、地方公共団体に対し、公共事務や国の事務に属しない行政事務に関する条例制定権を認めている（一四条一項）。この行政事務については、二条三項に例示されており、その一号では、「地方公共の秩序を維持し、住民及び滞在者の安全、健康及び福祉を保持すること」と規定していることからみると、拡声機規制条例

は、条例制定権の範囲内の問題であるといえる。

ところで、地方自治体は、首長（この場合は、知事）の下での自治権が認められているものであり、自治体行政の主体は知事であるといえる。このことは、他の条例を見れば顕著である。すなわち、「青少年健全育成条例」や「屋外広告物条例」では、有害図書類等の指定や有害広告物に対する措置については、審議会の意見を聴いたうえで、知事が行うことになっており、又、屋外広告物の地域指定や広告物の許可については、審議会の意見を聴いたうえで、知事が指定・許可することになっており、取締の主体は知事である。又、「迷惑防止条例」では、条例そのものでダフヤや押し売り等の行為を禁止し、その違反に対して刑罰を科している（直罰方式）。これとは趣を異にする「公安条例」では、許可の主体は公安委員会となっており、公安委員会が不許可および許可の取り消しをしたときは、都議会への報告を義務づけている。このことは、その条例の性質上、地方公共団体における警備当局の最高責任機関が許可の主体となっているのであり、警備当局そのものではないことに注意する必要がある。又、警備実施の最高機関である警視總監には、条件等に違反した集会等への参加者に対する警告等の措置を認めているが、その措置の違反に対しては、罰則は設けられていない。

これに対して、「拡声機規制条例」では、取締の主体が、すべて、警察署長又は警察官であり、これは、従来の条例の枠を超えて、新たな類型の条例を制定したものであると考えざるを得ない。このような条例は、地方自治法で予定されているものであろうか。地方自治体をミニ国家と考える地方自治法の精神や罰則の合憲性を認め、最高裁判決からみると、行政の末端にのみ判断権を認め、規制権を認めている本条例は、地方自治法の予定していないものであり、憲法に違反するものであるといえるであろう。

(2) 警察権限を拡大するための正当性を主張するために、しばしば用いられる警察官職務執行法五条は、「警察官は、

犯罪がまさに行われようとするのを認めるときは、その予防のため関係者に必要な警告を発し、又、もしその行為により人の生命若しくは身体に危険が及び、又は財産に重大な損害を受ける虞があつて、急を要する場合においては、その行為を制止することができる」と規定している。この警察権限の発動が正当化されるのは、犯罪がまさに行われようとするときであり、行政法規で刑罰が乱用され、犯罪化が進めば進むほど、警察権限は拡大される仕組みになっている。したがって、行政法規に違反する行為に対し、刑罰以外の有効な手段がもつと採用され、又は新たに考えられることが望まれる。

(3) 本稿は、一九九二年六月二〇日に行われた法制史学会東京部会での報告を骨子とし、それに加筆したものである。

二 近代刑法への萌芽

一 カロリーナ刑事法典は、その効力を一八世紀に至るまで保つていた。⁽¹⁾しかし、ドイツ諸領邦では、絶対主義の高まりとともに、自己の領邦内で通用する統一的な刑法典の制定が試みられるようになった。一七二二年には、フリードリヒ・ヴィルヘルム一世によって、いわゆる修正されたプロイセン・ラント法(Revidiertes Preussisches Landrecht)が、バイエルンでは、一七五一年に、バイエルン刑事法典(Codex Iuris Bavarici)が制定され、オーストリアでは、一七六八年に、テレシアーナ刑事法典(Constitutio criminalis Theresiana)が制定された。しかし、これらの法律は、当時既に主張されていた自然法思想や啓蒙思想の影響をほとんど受けておらず、逆に、ド

イツ普通法の影響を強く受けていたと言われている⁽²⁾。特に、修正プロイセン・ラント法の中には、カロリーナ刑事法典の多くの規定が逐語的に受け継がれているという。

これらの刑事法典は、中世的色彩を色濃く残しているが、それが特徴的に現れているのが、犯罪観念が神学的であるということであり、死刑が刑罰の中心であるということである。

神学的犯罪観の現れは、瀆神罪を第一犯罪としていること（修正プロイセン・ラント法六卷五編一章一条・三条、バイエルン刑事法典一編七章一条・二条、テレシアーナ刑事法典二編五六章一条・九条）や偽証罪を瀆神罪の一種と理解していること（修正プロイセン・ラント法五編二章一条・四条、バイエルン刑事法典一編九章三条、テレシアーナ刑事法典一編五九章一条・三条）⁽³⁾にみられる。また、魔術、魔女及び異端などの宗教犯罪が世俗刑法の中で犯罪として容認されていた（修正プロイセン・ラント法五編四章一条、バイエルン刑事法典一編七章五条・七条、テレシアーナ刑事法典二編五八章一条・四条）。

刑罰の中心は、死刑であり、中世的執行方法がそのまま採用されていた⁽⁴⁾。例えば、バイエルン刑事法典によれば、その執行は、剣（斬首）、ロープ（絞首）又は車輪を用いて行われるか、火又は四つ裂きによって行われた（一編一章五条）。車輪を用いた死刑では、とどめの一撃を加えるかいなかの別を有しており、火又は四つ裂きによる死刑では、生きながらにして行う場合と事前に絞殺又は斬首した後⁽⁵⁾に執行する場合とを分けている。これらは、死へ至る苦しみが長く続けばつづくほど、その死刑は重くなることを示している。さらに、これらの死刑は、処刑場への引き回し、灼熱のペンチによる身体の引っ掻き、革ベルトの切除、手の切断、舌の引き抜き、魂の抜け、死亡骸の車輪上への備え付け・火あぶり・四つ裂き、公道上での四つ裂きの執行によって加重される（一章六条）。このような死刑の執行や加重は、後にみるように、テレシアーナ刑事法典にもみられるものであり、一八世紀の

中葉においても、一般に、苛酷な死刑が公開で行われていたことをうかがい知ることができる。

このような刑罰の本質は、修正プロイセン・ラント法が「犯人は比較的多くの実例や感情のために刑場へと引き回される」と規定している（五章五条）ように、その執行においては、威嚇思想が残っていた。しかし、既に、バイエルン刑事法典においては、刑の執行は「告訴の恐怖や実例のためになされる」と規定する（一章三五条）ように、刑罰の一般予防的機能が考慮されるようになり、さらに、「一回又は二回に、貨幣又は価値において二〇フロリン以上を盗んだ者は、重窃盗とし、ロープで処罰される。その者の性格及び事情を考慮した裁判官の裁量において、拘禁以前に任意の補償がなされ、何らの懲罰も先行せず、又はその他改善のための大きな希望が期待できるときは、ロープに代えて、剣又はより軽い刑罰を科する」と規定して（二章三条）、犯罪類型の中には、具体的に犯人の改善を期待した特別予防も考慮されているものもある⁽⁵⁾。

以上のような特徴を有する刑事法典の内容について、テレシアーナ刑事法典を素材として、以下において具体的に検討することとする。

二 テレシアーナ刑事法典は、一七六八年二月三十一日に、マリア・テレシアーによって制定されたもので、ベームン、ニーダーエスタライヒ、インナーエスタライヒ、オーバーエスタライヒおよびフォウデアエスタライヒから成るオーストリアのドイツ諸領邦に統一的に適用された⁽⁶⁾、最初の刑事立法である。それは、そのドイツ語表記である *peinliche Gerichtsordnung* が示すように、従来の一連の刑事裁判令の流れの中のものであり、⁽⁷⁾ 手続法と実体法の両者を、その内容としている。本法典は、二編一〇四章より成り立っており、第一編は、「刑事手続きについて」規定し、五四章に分かれる。また、第二編は、「特に刑事裁判に適合する犯罪及びその処罰について」と

題し、五〇章に分かれている。第一編と第二編の区別は、手続法と実体法の区別には相応せず、犯罪の定義と刑罰に関する規定は、第一編に含まれている。すなわち、第一編の一章から一六章は、現在の刑法総則に当たるものであり、第二編が刑法各則に当たっている。そこで、以下においては、犯罪に関する諸規定と刑罰に関する諸規定に分けて検討を加えることとする。

この刑事法典は、まず第一に犯罪の定義を掲げている。それによれば、犯罪とは、「人が、知りつつ自由な意思で、法律によつて禁止されたことを企図し、あるいは法律によつて命じられたことをしないこと」とされている（一章一条）。すなわち、犯罪とは、自由意思に基づく作為又は不作為である。この自由意思又は理性の使用が欠けている場合は、犯罪能力がないものとされ、理性のない家畜及び思慮のない理性を奪われた者によつて行われたことや抗拒不能な暴力から生じたことは、なんら犯罪とは見なされない（三章五条）。その結果、責任能力の問題は、減輕事由とされている。

さらに、三章には、責任に関する規定が多く含まれている。その四条では、「悪しき故意又は責任が存在しない場合には、犯罪は存在せず、したがつて刑罰は存在しない。それゆえ、単なる偶然は犯罪に属することはない」といい、偶然に起こった事象について、刑罰から解放し、行為者の主観的側面としての責任が重視されるようになった。また、この故意と責任に関しては、一条で、自由意思に基づく企図又は不作為は、「人に不法、侮辱又は損害を与える悪しき故意から、あるいは単なる責任負担 (Schuldtragung) から行われる」と規定し、故意と責任負担を区別しているが、この責任負担について、テレシアーナ刑事法典の本条に付加された傍注によると、*Delictum dolo, vel culpa committitur.* となっており、過失と同義で用いられていることが分かる。したがつて、この区別は、故意と過失の区別に相応しているのであろう。この区別の帰結として、その法的効果について

は、「犯行が故意及び悪しき意思なしに単なる責任から行われた場合には、行為者は、その行為に対して規定された正規の刑罰 (ordentliche Strafe) では判断されず、責任負担の重さに応じて任意的に (willkürlich) 処罰されるであろう」(二三条)と規定し、責任負担(過失犯)に対しては、裁判官の裁量による処罰を認めており、第二編に規定されている各犯罪については、行為者の故意又は責任負担(過失)によって成立し、その処罰は、故意犯に対しては刑事法典に規定されている正規の刑罰が言い渡され、過失犯に対しては任意・特別刑が科されることになる。⁽⁹⁾

また、一一章には、刑罰の阻却あるいは減輕事由が規定されている。そのさいの一般的基準は、「理性及び意識に欠陥や障害が支配していないかどうか」ということである(二一条)。その基準の下で、法典では、狂気や無意識のような完全な精神異常(三一条)、責任のない完全な酩酊又は意識混乱(五一条)、七歳以下の子供及び一四歳よりも七歳に近い未成年者(六一条)は、刑罰が科せられず、完全には理性喪失のない精神薄弱者及び聾啞者(四一条)、七歳より一四歳に近い未成年者及び高年齢者(六一条)、重病又は虚弱体質者(七一条)、怒り、恐怖又は上官による威嚇的な命令などの情動(八一条)は、減輕事由とされている。

正当防衛については、カロリーナ刑事法典と同様に、総則部分には規定がおかれず、各犯罪を定めている二編の八四章に、独立した章の下に規定されている。それによれば、正当防衛の要件は、①相手方が、殺傷力のある武器又は生命に危険を与える器具を用いて、違法に及び不意に、文句をつけ、押しかけ、攻撃した場合に、防衛のために強制されたものであること、②身体、生命、名誉又は名声が逃亡その他のすばらしい方法では救えず、強制され、かきたてられて、敵(相手方)を、当時手にした小銃で殺し、自己の身体、生命、名誉及び名声を維持されたこと、③争いが生じた場所で、そのときからかなりの時間が経過しないこと、とされている。

犯罪類型については、大別して、次のような九つの類型に分けることができる。

- ① 神、法皇及び宗教に対する犯罪
- ② 君主及び全国家に対する犯罪
- ③ 君主高権を侵害する犯罪
- ④ 善良なる統治及びラント国制に反抗する犯罪
- ⑤ 善良なる風俗及び名誉を侵害する犯罪
- ⑥ 人の身体又は生命を侵害する犯罪
- ⑦ 人の財産又は権利を侵害する犯罪
- ⑧ 人の名誉又は名声を侵害する犯罪
- ⑨ 明文では規定されていないが、公的刑罰に値する行為

これからも分かるように、宗教犯罪が、なお第一犯罪とされており、この宗教犯罪では、瀆神罪（五六章）やキリスト教からの離反（五七章）が犯罪とされ、魔術や魔女など（五八章）が犯罪とされていた。さらに、虚偽の宣誓や偽証罪は、宣誓の対象となる神を侵害する犯罪（五九章）とされ、復讐放棄の破棄も、同様に考えられた（六〇章）。そして、これらに対する刑罰も、後にみるように、非常に苛酷なものであった。

さらに特徴的なことは、このテレシアーナ刑事法典の終章（一〇四章）で、次のように規定し、類推による犯罪の創造を裁判官にゆだねていることである。

「この普遍的な刑事裁判令において、最も頻繁に起こる犯罪は、ここでの詳述、あるいは既に存在する他の朕の締約及び命令をはつきりと引き合いに出すことにより論議されていた。しかし、それにもかかわらず、悪

性から判断すれば、恐らく刑事的懲罰及び処罰⁽¹⁰⁾に値すると思われる悪意の行為は、本裁判令において、少しも表現されず、あるいは完全には表現されないとしても、あるいは完全であるとしても、生じた危険、慎重な故意、発生した一般的な迷惑及びいつか、何かによつて惹起された公的又は特別な損害に関するすべての事情が考慮され、処理された重い犯罪の所見においては、その刑事事件は、すべての刑事裁判当局によつて、本裁判令において認められている諸原則の近似性に従い、同じように判断され、その事件は例外的刑事事件と見なされなければならない。また、作成された判決は、通知の前に、高度の理解のために上級裁判所に送付され、その犯行の度重なる発生をいつも心配し、その事件に対しては、朕のすべての領邦に一般的な刑罰裁量が必要であると見なされるために、事件は、上級裁判所によつて宮廷に報告されなければならない。」

このような裁判官による犯罪の創造は、任意・特別刑における裁判官の裁量とあいまつて、裁判官に広範な裁量権を与えている。このようなものは、本法典における裁判官の法律への拘束（七章五条）の精神を逸脱するものであり、いまだ、近代刑法の範疇には入り得ないものである。

三 次いで、刑罰制度を概観しよう。ここで、刑罰として認められているものとしては、生命刑、身体刑、罰金刑及び特別刑がある。その中でも、刑罰の中心は、生命刑すなわち死刑であり、ほとんどの犯罪に死刑が規定されている。また、身体刑には、身体的苦痛を伴う本来の身体刑のほかに、名誉刑や自由刑も分類上は含まれている。

1 本法典では、死刑には、二種類のものが認められている（五章一条）。すなわち、厳格な死刑（die härtere Todesstrafe）と寛大な死刑（die gelindere Todesstrafe）である。これらの区別は、以下に述べる執行方法に

関連し、死に至る苦しみの程度及び執行の残酷性からなされているように思われる。

厳格な死刑に属するものとしては、生きながらの火あぶり(減輕する場合には、斬首後の火あぶり)、四つ裂き及び下から上への又は上から下への車輪切り^(II) (das Radbrechen von untenhinauf, oder von obenherab) があり、その中で特に残酷な生きながらの火あぶりと下から上への車輪切りを言渡す場合には、常に事件は上級裁判所に送付され、減輕すべきか否かの判断を仰がなければならぬとされている(二一条)。これらの厳格な死刑を加重する場合には、刑場への引き回し、灼熱の火鉢による引つ掻き、皮ベルトの切断、舌の切除又は頸の引き抜きが行われる(三一条)。また、刑を加重する場合の厳格な死刑としては、死体に対する火あぶり又は杭打ち、身体が車輪へのからませ、腕の切断、車輪又は杭への頭部及び腕の晒し又は腕のみの晒し、晒し台での腕の係留が存在する(四一条)。しかし、溺死、皮剥、生き埋め及び女性に対する四つ裂き・車輪切りは、明文でもって禁止された(五一条)。

寛大な死刑としては、剣による斬首及び絞首がある。この絞首は、女性に対しては執行されず、それに対しては、剣による斬首が行われる(六一条)。

2 六章は、身体刑について規定している。そこでは、身体刑を、①直接的に身体的苦痛を惹起するもの、②公共労働に従事することにより、間接的に身体を苦しめるもの、③公の恥辱のために、身体を晒されるもの、④滞在の自由が奪われるもの、という四種に分けている。

まず、①に属するものとしては、笞打ち、焼き印、身体の一部の切断、鞭打ち・杖打ちがあり、笞打ち刑は、明文で規定されている正規の刑罰としてだけではなく、裁判官の裁量により、特別刑としても使用される(三一条)。身体の一部の切断は、既に述べた死刑を加重する場合にのみ用いられるもので、その他の場合には使用されては

ならないという（五条）。また、鞭打ち・杖打ちは、多くの場合、裁判官の裁量による特別刑として用いられる懲戒である（六条）。

公共労働は、土木作業のためにハンガリーの国境警備小屋及びドイツ領邦の要塞に收容され、懲役場や掘割に收容される。しかし、船漕ぎや鉱山労働は、本法典に基づくものとしては停止されている。公共労働の期間は、裁判所によつて、一年から一〇年の範囲内で定められ、それに処せられた者は、常時、ベルトと鉄につながれている（七条）。

滞在の自由が奪われるものとしては、期間を限つたものと永続的なものがある。その種類としては、拘禁、一定の場所からの追放、すべての領邦からの追放、一つの領邦からの追放及び一定の場所への追放がある（九条）。拘禁は、終身まで延長することができ、水とパンに食料制限することもできる（一〇条）。

3 任意・特別刑は、減輕・加重事由が存在する場合及び明文での確定した刑罰が存在の場合に、全刑罰体系の範囲内において、裁判官がその任意の裁量で言渡すことのできるものである（七章）。

- (1) ジョージ四世によつて出された「ヒルデスハイム侯国において効力を有する刑事法典について」と題する、一八二三年九月二四日の訓令(Rescript)によつて、「朕は、本訓令によつて、朕の意図するところは、ヒルデスハイム侯国にとつて、カール五世の刑事裁判令は、刑事事件において従うべき唯一の基準であつてはならないということに外ならなかつた旨を言明する」とされ、その当時においても、カロリーナ刑事法典が裁判準則として妥当していたことがうかがえる。なお、バーデンでは、一九世紀の後半においても、その重要な部分は通用していたといふことが出来る。Vgl. Wolfgang Sellert-Hinrich Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der

- deutschen Strafrechtspflege, Band I, Von den Anfängen bis zur Aufklärung, Aalen 1989, S.199, Fußnote 61.
- (2) ヒッペルによれば、これらの法律は、「新しい時代の転換期における既に克服された過去の文化的遺物である」と述べる。Vgl. Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd.1, Allgemeine Grundlagen, Berlin 1925, S.297.
- (3) 修正プロイセン・ラント法は、二章一条で、「人が真実の証言のために神の尊厳に召喚され、嘘と偽りをめぐらし、そのお姿に偽りの宣誓をわざと(geflissentlich)誓うときには、神の名前は、それによって非常に悪用されている。いずれにしても、それによって、神の尊厳は最大限に侵害されるとともに、次の者が再び偽って宣誓し、それによって財産、名誉及び生命を失うことになる。それゆえに、そのような実行された偽証は、同様に厳格に処罰されるという欲求が必要とされる」とし、その四条で、それに対する刑罰として、手足及び両指の切断が科せられている。また、テレシアーナ刑事法典は、より直接的に、「偽証は一種の瀆神である」(五九章二条)といひ、それに対する刑罰として、剣による斬首を原則とし、舌の引き抜き又は宣誓した指の切断の一方又は両者による加重刑を規定している。さらに、肉体的宣誓によって強められたときに、他人の責任を偽証した場合には、法律上の加重された死刑が言い渡される(三条)。このような刑罰には、タリオの思想の残存を指摘することができるであろう。
- (4) その当時における刑罰の種類及びその執行方法については、Justiz in alter Zeit, Band VI der Schriftenreihe des mittelalterlichen Kriminalmuseums Rothenburg ob der Tauber, Rothenburg o.d.T., S.327ff. が詳しく、同書には、多くの凶版が掲載されており、参考になるであろう。
- (5) テレシアーナ刑事法典も、四章二条で、「刑罰の言渡しが主として帰着する最終目的は、犯人が改善され、侵害された国家に弁償がなされ、そのような処罰が臣民に反映し、同種の犯罪への忌む心を呼び起こすことにある。

これは、死刑をもたらない事件における場合であり、死刑においては、最後の二つの意図が実現される」と規定し、死刑は一般予防的観点から、その他の刑は特別予防的観点から言い渡されることを明らかにしている。

(6) その施行勅令は、次のように規定している。「朕のすべてのドイツ諸領邦においては、刑事訴訟の誘因と提起、さらに排除において、並びに犯人の断罪及び刑事判決の執行における刑事事件 (Malefizwesen) は、可能な限り例外なく、同様な法的原則に従い及び等しい手続き方法で、しかるべく取り扱われる。」

(7) オーストリアにおける、カロリーナ刑事法典以降の刑事法典の歴史を概観すれば、次のとおりである。

ティロールのラント令 (一五七三年)、シュタイアーマルクのラント刑事裁判令 (一五七四年)、ケルンテンのラント刑事裁判令 (一五七七年) などのカロリーナ刑事法典を補充する刑事裁判令の時代の後、一六五六年一月三〇日にフェルディナント三世によって制定された「エスタライヒ・ウンターデアエンス (今日のニーダーエスタライヒに相当する) のための新しい刑事ラント裁判令」は、実体的な刑法の部分に新たな体系的試みをなしたことにより、オーストリア刑法史にとつての礎石をなすものと見なされている。それは、一六七五年八月一日にレオポルト一世 (フェルディナント三世の弟) によって制定された「エスタライヒ・オプデアエンス (今日のオーバーエスタライヒに相当する) のためのラント裁判令」に受け継がれた。これは、刑罰の中心となる死刑の執行方法について、詳細に規定し、その残酷さにおいて全盛期であった。その後、ハプスブルク家の領土拡大とともに、統一的刑事司法の導入が急務とされ、一七〇七年七月一六日に、ヨーゼフ一世は、「ベーメン王国、メーレン辺境伯領及びシュレージエン公爵領のための新しい刑事裁判令」を制定し、それらの諸国において、初めて刑事司法の統一がなされた。これは、内容的には、フェルディナント三世の刑事裁判令を受け継いでいる。Vgl. Hugo Hoegel, *Geschichte des Österreichischen Strafrechtes in Verbindung mit einer Erläuterung seiner*

Grundsätzlichen Bestimmungen, Erstes Heft, Wien 1904, S.26ff., besonders S.42ff., über die Constitutio Criminalis Theresiana, S.65ff., über das josephinische Strafgesetzbuch, S.78ff. など、以上の諸法典の内容的分析については、法典原文の入手後、速やかになされるであろう。

(8) これらの章題を示すと以下のとおりである。

- 第一章 犯罪一般について
- 第二章 刑事裁判一般及びその区別について
- 第三章 どのような方法で、誰によって、誰に対して犯行は行われるか
- 第四章 刑罰一般について
- 第五章 生命刑について
- 第六章 身体刑について
- 第七章 特別及び任意刑について
- 第八章 罰金刑について
- 第九章 財産の没収について
- 第一〇章 名誉喪失について
- 第十一章 行為自体を減少させ、それゆえ刑罰を軽減する事情について
- 第十二章 行為を加重する事情について
- 第十三章 行為の未遂の処罰の有無及び方法
- 第十四章 異なった犯行が競合した場合は、いかに扱われるべきか

第一章 刑罰を消滅させ、中止させる事情

第一章 刑罰の時効について

- (9) カロリーナ刑事法典における刑罰は、正規刑と任意・特別刑に分かれている。正規刑は、第二編に刑罰が明文で規定されているばあいのそれであり(七章一条)、これに対して、任意・特別刑は、①法律が何の刑罰も定めておらず、あるいは明文で処罰方法を裁判官の裁量にゆだねている場合、②法律の中に減軽又は加重事由がある場合に、裁判官の裁量で正規刑を減軽又は加重する場合、に言い渡されるものである(一条)。なお、減軽又は加重の方法については、二条参照。

- (10) 本法典では、犯罪に対する法定刑が規定されている場合と、それを示さずに、単に懲罰・処罰を明らかにしている場合とがある。この後者の場合において、どのような刑罰に処するかについては、「裁判官の理性的な裁量」にゆだねられている(四章一条)。

- (11) 車輪切りは、大きな車輪の下に刃物をつけたものを用いて、死刑を執行するものである。その刑は、車輪切りの刑を言渡された者を横たえ、それを両手でもった刑吏が、それを打ち下ろし、その者の骨を打ち砕いて、四肢及び首を切断するものであり、下から上への執行は、まず四肢を切断し、最後に首を切断するものであるが、上から下への執行は、まず首を切断し、生命を奪ったうえで、さらに四肢を切断するものであり、前者に比べて、生から死に至る苦しみが少ないので、軽い刑とされている。

三 ヨセフィーナ刑法典の基本構造

一 ヨセフィーナ刑法典は、その正式名称を「犯罪とその処罰に関する一般法典」といい、一七八七年一月三日に、ヨーセフ2世によって、公布・施行されたもので、二編二六六条より成っている。一編は、「刑事犯及び刑事罰について」の規定であり、二編は「違警罪及びその処罰について」の規定である。この刑法典は、テレシアーナ刑事法典を改正したものであるが、もはや手続法に関する規定は含まれておらず、実体法としての刑法であり、手続法は、一七八八年六月一七日に、刑事裁判令として公布された。このように、ヨーセフ2世は、実体法と手続法とを分離し、従来の立法形式であり、実体法と手続法とを含む刑事法典をなぜ採用しなかったかについては、種々議論のあるところであろう。かつて、村上教授は、近代法における実体法と手続法との分離の問題を、実体法の行為規範性に求め、ヨセフィーナ刑法典における裁判規範性を強調して、近代の意味での分離は成立していないと述べていた。⁽¹⁾これに対して、筆者は、当時の法典編纂委員会での審議に基づき、皇帝の精神の中に、刑法編纂の中に手続法が含まれていないとはいえないが、含むともいえず、「皇帝が、Codex Criminalisという言葉の中に、何を含ませていたかをすることにより、どちらであったかが明らかとなるであろう」と述べた。⁽²⁾この問題は、ヨセフィーナ刑法典が行為規範か裁判規範かに尽きるであろう。それは、この法典の名宛人が国民か裁判官かによって決まることである。では、ヨセフィーナ刑法典の名宛人は誰であろうか。この法典が、一般的に、国民に公布され、国民の行為規準とされているならば、その名宛人は、国民であるといえるであろう。ところで、ヨーセフ2世にとって、臣民は自由の主体であり、すべての法律は臣民に公布されることとされている。⁽³⁾

そのことから考えれば、ヨセフィーナ刑法典は、行為規範としての側面を多くもっていたのではないであろうか。ところで、ヨセフィーナ刑法典は、トスカーナ刑事法典⁽⁴⁾や後述するプロイセン一般ラント法とともに、三大啓蒙主義刑法と呼ぶことができるであろう。これらには、当時主張されていた啓蒙主義刑法理論が色濃く反映されており、後にみるように、それ以前の刑法とは格段の相違があるからである。

二 犯罪に関する規定の総則は、公布勅令と一編一章「刑事犯一般について」の中で述べられている。

それらの中で特に目立つことは、厳格な罪刑法定主義に関する規定である。すなわち、一条では、「本法に刑事犯と規定されている、法律に違反する行為のみが刑事犯とみなされ、扱われるべきである」と規定して、「法律なければ犯罪なし」という犯罪の法律主義を明らかにしている。また、一九条では、「本法に定められた刑罰以外のものは、将来にわたって犯罪に対しては存在してはならない」と規定することにより、「法律なければ刑罰なし」という刑罰の法律主義を鮮明にした。これは、テレシアーナ刑事法典のような、一八世紀中葉ごろまでの刑法では、裁判官の裁量による犯罪の創造や任意・特別刑の言渡しが行われていたことと比べて、犯罪と刑罰の根拠を法律に求めた点において、臣民に対する行為規範性を強め、臣民に対し、犯罪カタログを明示したことは、特筆に値することである。したがって、近代刑法の大原則である罪刑法定主義の原則化が、ここでは既に行われたとみることができるであろう。⁽⁵⁾

さらに、この刑法では、裁判官を「法律の字義通りの執行」に拘束させた(二三条)。これは、後述するように、ヨセフィーナ刑法典の法定刑が非常に広範な幅をもっていること及び定期刑主義を採用している(二三条)ことから判断すれば、ここでの「法律」は「犯罪の要件」と同義であると理解し、裁判官に構成要件の解釈を禁止し

たものであると解することができるであろう。⁽⁶⁾

二条は、「法律に違反する企行または不作為の前またはその際に生ずる害悪を熟慮・決意し、それにもとづいて法律に違反する行為を、もっぱら害悪を生じさせる意思で遂行したとき」には、故意が存在すると規定し、悪い故意は、自由な意思とともに刑事犯の属性とされた。

これは、人間を自由の主体・意思の主体とみなし、そのような人間の平等性から出発して、封建刑法における結果刑法を廃絶し、結果に向けられた意思を故意と規定することにより、近代刑法における責任の礎を築いたといえる。

この故意の存在しない場合には、たとえ自己の責に帰せられるとしても無処罰とされ(四条)、故意の内容を理解する能力は自由な意思として刑事犯の属性とされた(二条)が、この自由な意思を欠く場合を五条に列举し、責任阻却事由としている。そこで列举されているものは、是非弁別能力を欠くとき、行為時における精神錯乱、十二歳未満の刑事未成年、抗拒不能のもとにおける行為・錯誤である。

また、九条では、内心の思想そのものの不処罰とともに、未遂概念を定義づけ、「悪意の者が実際に実行に着手したときおよび企行が外部的徴表または行為により明らかになったとき」は、結果不発生の理由が、不能、他人の阻止または偶然であったとしても未遂として処罰され、その減輕は存在しない。しかし、第二編の違警罪では、未遂は処罰されない。

ついで、犯罪類型について検討する。刑事犯としては、領主・国家に対する罪(三章)、人の生命・身体に対する罪(四章)、人の名誉・自由に対する罪(五章)、人の財産・権利に対する罪(六章)から構成されており、違警罪としては、不特定・多数の生命・健康に対する罪(二編三章)、同胞の財産・権利に対する罪(二編四章)、道徳

に対する罪（二編五章）が存在する。

ここでの分類は、国家に対する罪と人に対する罪が刑事犯として扱われ、社会の安全を守るための罪や被害が軽微な罪は、違警罪として扱われている。この場合、社会的法益に対する罪の取り扱い方に特徴づけられているが、社会の存在を重視せずに、すべて個人に還元できるとするならば、近代刑法の一つの姿を示しているといえよう。

また、ヨーセフ2世の徹底した平等主義の下で、犯罪の身分的構成は一切存在せず、犯罪類型は、人としての平等の下でつくられ、さらに、刑罰の身分による差別も存在しない。しかし、ヨーセフ2世がどのように優れた啓蒙主義者であったとしても、君主であり、主権者であったことを忘れてはいけぬ。したがって、第一の犯罪として扱われているものは、不敬罪である。これは、君主という人間に対する行為を不敬罪とするのではなく、君主の人格に対する行為を不敬罪とし（四一条）、主権者という地位に対する犯罪であることを明確にした。

さらに、異端 (Ketzerrei) や魔術 (Hexerei) の可罰性を否定し、宗教についての問題は、教会にゆだね、世俗権力はそれに加担しないこととしている。

三 刑罰の側面について考察すると、まず目につくことは、死刑の原則的廃止である⁽⁷⁾（二〇条）。テレシアーナ刑事法典においても、なお、刑罰の中心は生命刑であり、身体刑であったことと比較すると、刑罰の人道化への大きな第一歩がこの刑法典によって生まれたことは大いに評価してよいであろう。そして、刑罰制度の中心を拘禁に移し、自由刑を主体に構成されている。しかし、その一方で、身体刑的側面も強く残している——鎖刑、棒打ち、革鞭打ち、笞打ち、さらし台への繋留、烙印の存在——。そのことは、啓蒙主義刑法の特徴であり、刑罰の

威嚇力を承認した上での刑罰制度では、一時にして刑罰の人間化が成し遂げられるものではなく、時間的経過の中で成し遂げられるものである。

さらに、この刑法では、封建的絶対王政下の支配の根幹をなしていた刑罰の共同体的色彩を拭きし、刑罰の一身尊属性を認め(一六条)、没収についても、法律で定められている場合をのぞいて、その家族の生活を侵害してはならないとされた。

このようにして、刑罰制度の中心は、生命刑から拘禁刑へと移行したが、拘禁刑においては、その世俗化・人道化ははかられてはおらず、この刑罰制度の改革の方向は、ヨーゼフ2世の死後、レオポルト2世によって直ちに着手された。

(1) 村上淳「近代法の形成」岩波書店、一九七九年、二二三頁以下。

(2) 拙稿「ヨセフイナ刑法典に関する総合的研究」昭和五七年度科学研究費研究成果報告書一三頁。

(3) ヨーゼフ2世が、一七八六年一月一日に公布し、一七八七年一月一日に施行した民法典では、一章一条で、

「通常の方法で公布されたすべての法律の拘束性は、領邦君主に固有な上級権力に由来する。法律の公布は、すべての領邦において、法律が即座にすべての者の知り得るような方法で行わなければならない」と規定し、すべての法律の公布を義務づけている。また、二章一条では、「ラント諸邦の保護及び指導により、すべての臣民は、例外なく完全な自由を享受する」として、生得の権利としての自由が承認されている。この民法典については、

Vgl. Joseph des Zweyten Römischen Kaisers Gesetz und Verfassungen im Justiz-Fache, Nr.591 / 1786, S.71.

(4) トスカーナ刑事法典は、ヨーゼフ2世の弟であり、トスカーナ公国の大公であったペーター・レオポルト(後

のレオポルト2世)によって、一七八六年一月三〇日に公布・施行されたものである。わが国では、この法典についての本格的な研究は皆無であり、翻訳すらなされていない。このトスカーナ刑事法典の原典については、チェザーレ・ベッカリアの「犯罪と刑罰」のベントゥーリ版 (Cesare Beccaria, *DEI DELITTI E DELLE PENE*, A cura di Franco Venturi, Giulio Einaudi editore, Torino 1978, pp.258-300) において、その付録として、全文が *La legge toscana del 1786* として、掲載されている。

(5) 公布勅令では、新法の効力を規定している。すなわち、新刑法の施行時に逮捕されていたかどうかを規準として、新刑法の効力を認めた。その点では、遡及効の禁止は不十分であったが、この刑法は、テレシアーナ刑事法典よりは、はるかに非犯罪化を進めており、現実的には大差がないであろう。また、既に無罪の言渡しを受けた者に対しての再度の捜査・処罰を禁止し(一一八一条)、二重処罰の禁止を明言している。

(6) 裁判官を「法律の字義通りの執行」に拘束し、解釈を禁止するという思想は、既に、モンテスキューの「法の精神」の中に現れているものであるが、それを法律化したという意味において、この一三条のもつ歴史的意義は非常に大きなものがあるといえるであろう。それ以前の法律(テレシアーナ刑事法典)が、裁判官の裁量(恣意)による犯罪の創造を認めていたことへの反省から、厳格な法律主義を採用したものである。現代では、裁判官の裁量的判断は大幅に認められており、完全な法律への拘束を主張する者は皆無である。しかし、ヨセフィーナ刑法典の生まれて来た背景を考えると、当時において、このような思想が法律の上で現実化したことは、驚愕以外の何物でもない。

(7) 近世・近代刑法で、法典の中から死刑を廃止した最初の国は、イタリアのトスカーナ公国である。前述したトスカーナ刑事法典は、その五一条で、死刑を全面的に廃止した。

四 プロイセン一般ラント法の基本構造

一 プロイセン一般ラント法は、一七九四年二月五日に、フリードリヒ・ヴィルヘルム2世によって公布され、同年六月一日から施行されたものである。これは、プロイセン一般法典に手直しを加えたものである。このプロイセン一般法典は、一七九一年三月二〇日に公布され、翌年の六月一日に施行されるはずであった。しかし、国王は、一七九二年四月一八日の勅令によって、この一般法典の施行の無期延期を決定した。これにより、この法典は日の目を見ることなく葬り去られ、それに代わって編纂されたのが、プロイセン一般ラント法である。

これは、序章、第一編及び第二編からなり、序章では、法典全体に共通することを、一〇八条にわたって規定している。全条文数は、約一九〇〇〇条にも及び、ほぼすべての法領域を網羅した膨大なものである。そのうち、第二編第二〇章が刑法に関する部分である。この刑法部分だけでも、一五七七条もあり、犯罪を細分化して規定している。その点において、前述したヨセフィーナ刑法典とは異なり、犯罪の抽象化は進んではない。しかし、犯罪と刑罰に関する規定においては、当時の刑法理論の進歩とりわけ啓蒙刑法思想の影響の下で、優れた進歩を見せているが、他方で、近代性とは言い切れない側面も残している。そこで、以下においては、犯罪規定と刑罰規定とに分けて、その基本構造を明らかにする。

二 本法では、⁽¹⁾犯罪を定義して、「自由な行為によって、人に対して、違法に損害を加えた者は、犯罪を行い、そ

れにより、被害者及びその者を保護する国家に対して責任があるものとする」と規定し(七条)、「自由になされた、法律が要求することの不作為によつても、犯罪は行われる」として(八条)、その出発点を人の自由におき、犯罪を構成している。また、九条では、「法律で禁止されていない行為及び不作為は、たとえそれが誰かに現実の利益を起こしたとしても、犯罪そのものとは見なされない」として、犯罪に関しての法律主義を明言している。しかし、刑罰に関しては、特別刑(三三条)や任意刑(三五条)を認め、その具体的内容の確定を裁判官の判断に委ねている。また、犯罪に対する刑罰についても、例えば、内乱罪に対する刑罰として、「悪意及び惹起した損害に比例して、最も厳しく恐ろしい身体刑及び生命刑で処罰されなければならない」と規定して(九三条)、身体刑及び生命刑の内容を裁判官の裁量に委ね、さらに、「その違反に相当する厳しい身体刑又はそれに比例した罰金刑に処せられるべきである」として(一二四条)、刑罰の内容を裁判官の判断に委ねている⁽²⁾。このことから判断すると、刑罰に関しては、法律主義が存在せず、したがつて、罪刑法定主義は、未だ確立していなかつたといふことができる。

一六条では、「自由に行為する能力のない者には、犯罪は存在せず、刑罰も存在しない」として、前述した七条及び八条とあいまって、犯罪成立及び処罰の前提として、「自由」を要求している。この「自由」のない場合に相当するものとして、未成年者及び精神薄弱者が考えられるが、それらに対しては、処罰はできないが、再犯防止のために懲戒することができるといふ(一七条)。また、絶対的強制下の行為は、ヨセフィーナ刑法典でも無処罰とされているが、ここでは、「威嚇に対する恐怖は、その危険が国その他の援助で避け得た場合であっても、犯罪者を免責するものではない」として(一九条)、その可罰性を認めている。したがつて、本法では、犯罪や刑罰の前提として、「自由に行為する能力」の存在を原則として確認しているが、その現実的適用においては、規定が

不十分であり、「自由に行爲する能力」があつたか否かは、裁判官の裁量に委ねられている。⁽³⁾

このプロイセン一般ラント法は、偶然的結果の不処罰を明言し(三六条・三七条)、故意と過失の区別を明確にした。すなわち、意図的な行爲又は不作為を故意による犯罪とし(二六条)、故意は証明されないが、「行爲の直接的帰結としての違法な結果」の認識がある場合(三二条)と区別しているが、これも故意の一種としての位置付けをし、法的評価において、前者と区別している。すなわち、故意犯に対しては正規刑(ordentliche Strafe)を言い渡し、違法な結果の認識はあるが、故意のない場合には、正規刑に直近の刑罰(die nächste Strafe nach der ordentlichen)が言い渡される。また、「行爲が、一般的に知られているか又は特に行爲者が知っている物事の自然法則に従い、違法な結果がその行爲から必然的に生ずる性質を有するときは、犯罪は、故意に行われたものと推測される」(二七条)として、行爲と結果との因果関係を認識していた場合は、故意犯と推測されていた。さらに、「行爲の違法な結果を現実には予見しなかったが、相当な注意と熟慮があれば予見することができた」場合を、過失犯としている(二八条)。過失犯は、各本条で定められているが、そこで刑罰が定められていない場合には、裁判官は、特別刑(außerordentliche Strafe)を言い渡すことができる⁽⁴⁾(三三条)。この特別刑の確定は、裁判官の裁量に委ねられているが、その際の基準となるものは、「違法な結果が行爲から生ずる必然性及び通常性、行爲者が行爲と結果との関係を予見することができる容易さ及び意思に反しているとはいへ損害を惹起する行爲自体の危険性及び不法性の程度」である(三三条・二九条)。

正当防衛に関しては、総則規定にはおかれていないが、私的な犯罪に関する諸原則を定めている九節の中で、⁽⁵⁾詳細な規定を設けている。したがって、私益に関する犯罪についてのみ正当防衛が可能となるが、この規定の方法は、すべての犯罪に対する正当防衛の可能性を肯定しているようにも解釈できるわが国の現行刑法にとって、

一つの指針を提供しているのではないであろうか。

さらに、この法律は、既遂、未遂及び予備という名称を用いていないが、それらを法的効果において区別している。すなわち、「犯罪を現実に完了した者」（既遂犯）にたいしては正規刑が（三九条）、「行為者が犯罪の遂行のためにその者としてはすべてを行ったときで、可罰的行為の本質に必要な効果が単なる偶然によって阻害されたとき」（実行未遂・四〇条）及び「犯罪の実行に必要な最後の行為を単なる偶然によって妨害された者」（着手未遂・四一条）には、正規刑に直近の刑罰が言い渡されるとする。また、中止未遂の形態も認め、「自己の活動で犯罪の実行を中止し、違法な効果が何ら起こらないように準備を行う者……は、恩赦を請求することができる」とし（四三条）、「犯罪者が、所為を完了した後で、その所為の危険な効果の全部又は一部を直ちに自己の力により阻止したときは、特別刑のみが行われる」として（六一条）、中止未遂を障害未遂より軽く処罰している。そして、「単なる偶然が可罰的行為の事前準備を阻止したとき」（予備・四二条）には、「現実の遂行の進み具合に応じて罰せられる」としている（この予備罪の場合、その法定刑については、単に「罰せられる」とのみ規定するに止まり、それがどのように罰せられるのかについては、何らの規定もない）。このように、既遂、未遂及び予備に関する規定を総則規定としたことは、大いなる進歩であるが、すべての犯罪に、それらの成立可能性を認めているために、犯罪、特に未遂と予備の成立範囲が非常に広がることになるであろう。

また、共犯に関して、詳細な規定を設け、刑罰の加重・減輕事由を規定している。その中には、「数人の者が犯罪を共同して実行するために通謀したときは、それぞれの者は、通謀した行為の全部に対して責任を負わなければならない」という「共謀共同正犯」に関する規定（七三条）や「自らを故意又は飲酒その他の方法による重大な過失により、自由に行為する能力を失わせ又は減弱させる状態に陥れた者は、その状態で行った犯罪について、

その責任に比例して、帰責されるものとする」として(二二条)、「原因において自由な行為」の法理を採用している。

三 この法律は、詳細な犯罪類型を規定しているが、それは、詳細というよりも、むしろ、微細なほど、非常に細かな規定をおいている。例えば、官吏の犯罪については(八節)、基本原則として、官職の獲得、職務の執行、上官の義務違反、服従違反、守秘義務違反、汚職、職務上の侮辱及び乱脈な生活様式を一般的な罪とし、さらに、官職を司法官、財務官、警察官、司書官、文書官、軍人及び教会・学校職員に分け、それらの具体的な官職に伴う義務違反を犯罪と規定しており、これと同様に微細な規定は、名誉を侵害する罪(二〇条)や財産を毀損する罪(一四条)についても見られる。また、一四七八条に及ぶ犯罪に関する規定の中には、行政法規や服務規律に関する規定も多く存在し、各則の規定としては、まだ十分には練られていないものとなっている。

第一犯罪の地位を占めたのは、「国又は元首を直接的に侵害する」国事犯である(九一条)。ここでは、既に、臣民を統一する国家概念が登場し、その国家を代表する元首の存在を前提として、「国家の基本体制の暴力的転覆を目指し又はその元首の生命もしくは自由に向けられた企図」を内乱罪としている(九二条)。この元首は、国家を代表する者を人格化したものであり、国王や領主といった身分的なものではない。その意味において、この国事犯に関する規定の位置付けは、非常に近代的なものとなっている。したがって、それに続く犯罪も、国家の外部的安全を害する罪や国家の内部的平穩・安全を害する罪となっている。

国王は、元首と位置付けられ、元首を「その尊厳において個人的に侮辱する」行為を不敬罪とし(一九六条)、その限度において、国王を刑法的保護の対象とし(一九七条～二〇二条)、「女王、皇太子その他の王族の構成員」

も、不敬罪の対象として保護されている（二〇三条〜二〇六条）。

宗教犯罪については、「国内で受容された宗教界を公的な演説もしくは文書での冒瀆又は不名誉な行為及び態度によって侮辱する」とことと定義し（二一四条）、異端、魔術、魔女などは、犯罪とはされなくなった（二一五条〜二二八条）。

四 前述したように、刑罰には、正規刑（ordentliche Strafe）、正規刑に直近の刑（die nächste Strafe nach der ordentlichen）、特別刑（außerordentliche Strafe）及び任意刑（willkürliche Strafe）が規定されている。故意犯に言い渡される正規刑は、「法律で定められた刑罰」であり（三一条）、違法な結果の認識はあるが、故意のない場合には、裁判官の裁量にゆだねられているのである。また、法律で可罰性は認めているが、刑罰が定められていないときに言い渡される特別刑についても、内容については規定されておらず、ただ、「特別刑のみが言い渡されるときは、それは、死刑又は名誉剝奪にまで拡張されてはならない」という特別刑の上限を定める規定（三四条）が存在するだけである。したがって、この特別刑についても、既に述べた二九条の原則に基づいて、裁判官の裁量で言い渡されるのである。任意刑⁽⁸⁾は、その言葉のとおり、裁判官の任意にまかされているものであり、ここでは、その上限が六週間の禁固又は五〇ターレルの科料であることを明らかにしているのみである（三五条）。

では、正規刑には、どのようなものが認められているのであろうか。生命刑、身体刑、名誉刑、自由刑及び財産刑がそれであり、生命刑は、処刑場への引き回し及び死体の公开展示によって加重される（四七条）。

生命刑すなわち死刑は、ここでは、重大な犯罪に対して存置されており、その方法より、下から上への車輪切

り、上から下への車輪切り、剣による斬首、火あぶり、絞首刑、ロープによる絞首刑が規定されている。それらは、すべて公開処刑であり、威嚇刑としての意味合いが強く残っている。当時、既に、ベツカリーアを初めとする啓蒙刑法思想家により、死刑そのものについての批判が強く主張されていたにもかかわらず、中世的色彩を色濃く残した死刑が、重大な犯罪に限定しているとはいえず、多くの条文に存置されていることを解明するためには、プロイセン一般ラント法の成立過程から分析されねばならず、安易に評価を加えることは不可能であろう。

身体刑や名譽刑については、その内容に関する規定は存在せず、どのようなものが行われていたのかは不明である。ただし、身体刑を加重する場合には、「常に処罰される者の体格を考慮しなければならない」とされている（五〇条）。また、身体刑が逃亡や死亡により執行できないときは、その者の肖像に執行するとの規定（九九条・一〇三条）があるが、刑罰の一身専属性や身体刑の特質を考え合わせると、見せしめのためだけのものであり、その奥に何か霊的なものを見過ごす訳には行かない。

自由刑は、追放、要塞刑（Festungsstrafe）、懲役刑（Zuchthausstrafe）及び禁固刑（Gefängnisstrafe）であるが、それらの内容についても、何らの規定も存在せず、それらを加重する場合の規定があるだけである。すなわち、要塞刑及び懲役刑を加重するときは、期間の延長又は身体的懲罰が行われ（四八条）、禁固刑の場合には、期間の延長又は日用品の剝奪が行われる（四九条）。また、期間についても規定はないが、各犯罪に対する法定刑を見ると、長期は終身刑である（例えば、九七条）。

財産刑としては、罰金刑であるが、その金額は定められていないが、無資産者に対する罰金刑の禁止及びそれに代わる刑罰的労働（Straftarbeit）又は禁固刑の言い渡しの規定が存在する（八五条）。

(1) 第一節は、「犯罪及び刑罰一般について」の規定であり、その小見出しによれば、その内容は、以下のとおりである。

(犯罪の定義)

七条〜一五条

犯罪の道義

一六条〜二五条

故意

二六条〜二七条

過失

二八条〜三五条

偶然

三六条〜三八条

企図され、実行された犯罪について

三九条〜四四條

刑罰の加重について

四五条〜五一条

累犯について

五二条〜五三条

数個の犯罪の衝突について

五四条〜五七条

刑罰の減輕

五八条〜六三条

他人の犯罪への関与

六四條〜八四條

刑罰及び刑罰相互の関係についての規定

八五条〜九〇条

(2) 目につくところで同様な規定を若干あげると、以下のものがある。五条、一三〇条、一五二条、一五三条、一五四条、一八三条。

(3) 本法では、原因において自由な行為についての規定を設け、「自らを故意又は飲酒その他の方法による重大な過失により、自由に行爲する能力を失わせ又は減弱させる状態に陥れた者は、その状態で行った犯罪について、そ

の責任に比例して、帰責されるものとする」と規定している。

(4) このプロイセン一般ラント法では、公益に対する罪では、職務執行の際の違反に対する罪(三三四条〜三三六条)、司法官の義務違反罪(三七二条・三八四条・三九〇条・三九一条・四〇〇条)、財務官の義務違反罪(四五条・四一七条)、出納官の義務違反罪(四三三条)及び警察官の義務違反罪(四六〇条)が存在し、個人的犯罪(Privatverbrechen)では、原則として、「人の身体又は生命を侵害する重大な過失に対しても、刑罰が科せられる」として(五一一条)、過失犯を処罰する規定がなくても、生命・身体に対する侵害が重大な過失による場合には、過失犯が成立することを明言している。この場合には、各本条には、過失犯の法定刑は規定されていないので、裁判官の裁量による特別刑が言い渡される。

(5) 正当防衛に関する規定は、以下のとおりである。

五一七条 すべての者は、自己、自己の財産又は同胞に急迫した、違法な毀損の危険を、事実に適した手段によつて避ける権利を有する。

五一八条 しかし、正当防衛は、無権限な暴力に対し、官憲の援助が侵害から守らず、以前の状態に戻すことができないときに限り、行われる。

五一九条 正当防衛は、急迫した害悪を避けるために必要とされる限度を超えて実行されてはならない。

五二〇条 損害を避けるために選ばれた手段は、正当防衛によつて避けられるべき損害そのものと比例していなければならない。

五二一条 攻撃した者の生命を危険にする傷害は、それ以外の方法では侵害に対し攻撃された者の人格を守ることができないときに限り、許される。

五二二条 このことは、それ以外の方法では損害が取り返せないときは、財産の防衛のためにも行われる。

五二三条 攻撃された者は、自己の危険なしに他人の攻撃を避け得た場合に限り、その者の生命を危険にする傷害を行う権利を有しない。

五二四条 正当防衛の状態にあるが、規定されている限界を超えて他人を傷害した者は、過剰に比例した懲罰を受ける。

(6) 犯罪類型の規定については、以下のとおりである。

二節 国事犯一般について、特に内乱罪について 九一条〜 九九条

三節 国の外部的安全に対する罪について 一〇〇条〜 一四八条

四節 国の内部的平穩及び安全に対する罪について 一四九条〜 一九五条

五節 国に対する畏敬の侵害について 一九六条〜 二一三条

六節 宗教社会の侮辱について 二一四条〜 二二八条

七節 国の留保された権利の僭称及び侵害について 二二九条〜 三二二条

八節 国の官吏の犯罪について 三二三条〜 五〇八条

九節 個人的犯罪について 五〇九条〜 五三七条

一〇節 名誉の侮辱について 五三八条〜 六九〇条

一一節 身体的侵害について 六九一条〜 九九一条

一二節 性的犯罪について 九九二条〜 一〇七二条

一三節 自由の侵害について 一〇七三条〜 一一〇四条

一四節 財産一般の毀損について、特に窃盜について

一一〇五条～一二五五条

一五節 可罰的私利及び詐欺による財産の毀損について

一二五六条～一四八七条

一六節 報復、悪意及び悪ふざけによる財産の毀損について

一四八八条～一四九四条

一七節 公共の危険を伴う毀損について

一四九五条～一五七七条

(7) 本法では、犯罪類型を規定している節の中に、その犯罪に関する予防方策(Vorbeugungsmittel)を規定している。例えば、国事犯特に内乱罪に関し、戦時における敵国への旅行に際しての許可申請義務(一二二一条)、敵国との手紙のやり取りに際しては数字その他の暗号の使用禁止(一二二二条)、自宅への他国者の宿泊禁止(一二二三条)、大砲などの戦争備蓄物資の収集禁止(一二二六条)、敵への糧食又は戦時必需品の供給禁止(一二二七条)などがある。

(8) 例えば、近親相姦(一〇四二条)では、「任意的に処罰される」と規定しているが、一〇歳以上の異性のきょうだいが一緒に寝ることは禁止されている(一〇四五条)が、それに違反した場合には、任意的禁固刑が言い渡される(一〇四六条)。

五 むすび

本稿では、一八世紀後半に、オーストリアとプロイセンで公布・施行された三つの刑法典、すなわち、テレシアーナ刑事法典、ヨセフィーナ刑法典及びプロイセン一般ラント法における刑法を素材として、それらにおける犯罪規定と刑罰規定の概要と基本的特徴について、考察を進めてきた。そこでは、それら両方の規定から見て、

テレンシアーナ刑事法典は、前近代の刑法であり、カロリーナ刑事法典以降の一連の刑事立法の流れに位置すべきものであるのに対して、ヨセフィーナ刑法典とプロイセン一般ラント法における刑法は、近代刑法の幕開けを告げ、それ以降の刑法編纂作業に対し多大な影響を与えている。そこで、ヨセフィーナ刑法典とプロイセン一般ラント法における刑法とを横断的に考察し、近代初期における刑法の特徴、特に罪刑法定主義に焦点を当て、その姿を明らかにする。

罪刑法定主義は近代刑法における大原則と言われているが、その萌芽的形態として、既に両刑法の中に見いだすことができる。そこでは、それ以前の社会における国王（領主）絶対主義や教会絶対主義の下での人民弾圧の反省から、犯罪と刑罰に関して法律主義を明確化し、為政者や裁判官の恣意の入る余地を無くし、又はそれへの努力をしている。そのことは、近代刑法のメルクマールとされている世俗化・人道化・合理化などの言葉からも分かるように、近代刑法の原点は国家権力に対する不信にあり、国家刑罰権力を規制することにあることを考えれば、近代刑法へ向けての大いなる進歩を示しているものといえよう。

犯罪と刑罰に関する法律主義が罪刑法定主義であり、慣習刑法の排除、類推の禁止、遡及処罰の禁止及び絶対的不定期刑の禁止という四つの原則は、その罪刑法定主義から派生すると理解されている。しかし、これらの四原則は、刑法典の中に具体的に規定され、それらを集大成するものとしての法律主義が現れてくる。このことを考えれば、四原則は、罪刑法定主義からの派生的原則ではなく、罪刑法定主義の実質的内容を示したものであることができるであろう。

国家権力と人民との対抗関係の中で成立した近代刑法は、国家権力を規制する条項を具体的に規定している。このことは、啓蒙絶対主義社会の中で、国王の下で進められた法典編纂であっても、妥当するであろう。何が、

どのような形で、どの程度規制されたのかを解明することは、その社会の近代性を理解する一助となるであろう。このような理解は、まだ仮説の段階であり、今後、近代初期における刑法をより丹念に検討し、そのことを実証しなければならぬ。

(一九九二・一〇・二六稿)