



刑罰・法学・歴史性

瀧川幸辰

書肆心水

刑罰
・
法學
・
歷史性

目
次

刑法の歴史 13

罪刑法定主義 19

イエーツスの裁判 34

ローマの死刑 64

死刑問題への一寄与 74

近代的拘禁制度の成立まで——十七、八世紀の発達概観 101

近代的自由刑の誕生 114

啓蒙時代の刑罰思想 127

チエザーレ・ベッカリーアとトマソ・ナタレ——刑法学の先駆者 162

ベッカリーアの銅像 179

ナタレの旧宅 184

実際家フォイエルバッハ 189

アンゼルム・フォイエルバッハとカール・グロルマン——予防主義をめぐる論争 206

チエザーレ・ロムブローゾとエンリコ・フェリ——実証学派の誕生と完成

フランツ・リスト——刑事政策学と刑法理論

いわゆるキール学派の刑法体系

239

231

索引

250

219

刑罰
• 法學
• 歷史性

凡例

一、本書は瀧川幸辰による刑罰・刑法・刑法学の歴史的側面についての著作選集である。テキストの選定と書名は書肆心水による。

一、本書には『刑法史の断層面』（一九六三年、一粒社刊行——一九三三年刊行『刑法史の或る断層面』と一九四八年刊行『刑法史の断面』の増補／改編新版）の最終章「目的的行為概念」を除く本文の全て、および『刑法講話』（初版一九五一年、第二版一九八七年、日本評論社刊行（本書の底本は第二版）から本書の趣旨に適う五つの章を収録した。

一、「アンゼルム・フォイエルバッハとカール・グロルマン」「チャザーレ・ロムブローザとエンリコ・フェリ」「フランツ・リスト」の各章題は書肆心水によるもので、『刑法講話』における章題はそれぞれ「刑法の人と学説（その三）」「刑法の人と学説（その四）」「刑法の人と学説（その五）」である。そのほかの章題は変更していない。

一、挿絵類は本書では省いた。

一、脚注（縦組本文に対してもページ下部に横組で記されているもの）は本文中に「」括りで挿入した。（二つの元の本における注記載の形式の違いを多少統一的に整理した。）

一、漢字は標準字体で表記した。「著眼」「著手」は「着眼」「着手」におきかえた。

一、送り仮名を現代的に加減したところが多少ある。

一、句読点を加減調整したところが多少ある。

一、現在漢字表記が避けられるものは仮名表記におきかえた。

一、西洋人名等の片仮名表記が現代一般的なものと異なる場合が多いが、これはそのまま表記した。

但し二つの元の本において表記が不統一なものはいづれかに統一した。

一、稀に疑問文末尾に「？」が置かれていることがあるが、これは「？」がなくとも疑問文であることが明らかな場合には句点におきかえた。

一、本書刊行所による注記は「」で示した。
一、明らかな間違いはそれと指摘することなく訂正した。

刑法の歴史

一 刑法の普遍性

刑法は法の中で最も古い。法史学者メイン [Henry Maine] は、法律が古ければ古いほど刑法の部分は詳細に完全に規定せられている、という意味のことを書いている。規範に服しないこと、そのために起る闘争、これが法の起源であり、また、その主要な内容であった。正常な関係は始めから正常なものとして固定せられはしない。権利義務の範囲とその内容を確認する必要は、平和が破壊せられるところに発生する。法律は犯罪を作ることによつて法を作る、とベンサム [Jeremy Bentham] がいっているが、この言葉は正しいと思う。

刑法は法の中で民族的色彩の最も濃厚なものである。これが刑法的一面であるが、他の一面は、法の中でも最も普遍的な姿をとる法であるということである。人類の歴史は数千年にさかのぼることができるが、歴史の示す限りでは、諸民族の刑法は類似した経路をとつて発達しており、犯罪と刑罰との形態は諸民族に共通のものが多いため、外国法の継受ということが、民法におけるよりも、刑法において容易に行われるわけは、刑法のこうした普遍性に基くといわねばならない。刑法の普遍性ということから、次に刑法の普遍的な歴史を述べる。

二 刑法と本能

犯罪の実質は利益の（生活上の）侵害であり、刑罰も利益の侵害を実質とする。侵害せられた者が侵害した者に対して更に侵害を加えるところに、犯罪と刑罰との関係が成立する。犯罪と刑罰との関係は動に対する反動の関係である。

動に対し反動を加えることは生物の自己維持の本能、種族保存の本能である。この本能は、ひとり人類に認められるだけではなく、生物界に共通の現象である。人がとつさの攻撃に出あって、反射的に生命を守る姿勢をとることはいうまでもないが、同様のことは、尺取虫が外部の刺戟にあうと、急にからだを丸くちぢめて相手を威嚇する姿勢をとり、相手のひるむ隙に乘じて危険から脱出しようとすること、また、ほうせんかの種子を包んでいる莢に何かが軽く触ると、たちまち破裂して種子を大地に撒き散らすことなど、動物、植物の本能である。かようにして、生物は永遠に存在することができる。本能は合目的的である。何故に本能が合目的的であるかという問題は、カントのいわゆる物自体の問題である。吾々は物自体を理解することはできるが、理由づけることはできない。ここに、吾々の認識の限界がある。この問題に答ええない現在の吾々は、答ええないということを理解することで満足すべきである。「認識の限界を超え、超自然に向って眼を光らし、何物かを求める者は馬鹿である」というゲーテの言葉は味わうべきである。

犯罪と刑罰との関係が動に対する反動の関係であることは、尺取虫やほうせんかが、刺戟に対し反射作用を起す関係と、同じ性質のものである。反射作用があつて、始めて種族を永遠に存続させることができる。刑法の起源は生物に共通する自己維持の本能、種族保存の本能の中に認められる。

三 復讐と贖罪

攻撃に対する無自覚的な反撃は復讐と呼ばれる。復讐は本能の一つである。防禦的であるよりも、むしろ攻撃的であって、攻撃者を倒すか、倒さないまでも、自分が受けた損害以上の損害を相手に加える、という性質のものである。復讐は更に復讐を呼び起し、一つの世代から次の世代へと繰返して行われる間に、敵対する種族のいすれか一方が滅んでしまう。際限なく行われることが復讐の本質である。ところが、知識が進むに従い、人々は、復讐が労力を費す割合に効果が少ないことを痛切に感ずるようになって、ここに、復讐と並行して、または復讐の代りに、贖罪ということが次第に行われるようになつた。加害者が被害者に財産を引渡して復讐から逃れるという行き方である。贖罪は単純な財産の引渡ではなく、相手から財産を取上げることによってその勢力を弱める点に本質がある。生産力の弱い社会では、贖罪のために種族が滅亡した例も少なくないくらいで、外見上、穏やかに見える財産の引渡は、実は復讐以上に相手に苦痛を与えるという目的を達したようである。

四 犯罪と刑罰との均衡

復讐が慣習によつて規律せられつつタリオ（後出の章での表記はタリオン）（目には目を、歯には歯を、という同害復讐）に転化すると、贖罪も均衡の理念に支配せられる。均衡の理念、これは最初の法的理念であるが、その起源は、商品交換の形態の中に認められる。かようにして、犯罪と刑罰との間の比率は交換比率へと導かれ、刑罰は犯罪と均衡を保つところのものとして現れる（グローティウス）〔Hugo Grotius, 1583-1645〕¹⁰。

均衡の理念が客観的に明確に実現せられるのは、この形態が交換における均衡として一般に認められる経済

罪刑法定主義

一 罪刑法定主義の意味

刑法を論ずるには刑法の基本原則としての罪刑法定主義ということを明らかにしておく必要がある。罪刑法定主義といふのは、いかなる行為が犯罪であり、各々の犯罪にいかなる刑罰を科するかということは、あらかじめ法律で規定しておく必要がある、という意味である。裁判所が刑事裁判をするには、常にこうした法律を基礎とせねばならない。このことは、今日では自明のことになっているが、フランス革命までは、罪刑法定主義は認められていなかつた。罪刑法定主義に反対の思想を罪刑専断主義といふことができる。おおまかにいつて、フランス革命までは罪刑専断主義が各国で認められていた。罪刑専断主義といふのは、いかなる行為を犯罪とし、各々の犯罪にいかなる刑罰を科するかについて、法律に特別の定めがあつたわけではなく、官憲が専断的に定めていたという意味である。罪刑専断主義から罪刑法定主義に移行したのは、フランス革命の結果としての人権思想に負うところが多い。

罪刑法定主義は、法律がなければ犯罪なし、法律がなければ刑罰なし、という標語で示されるのが通例となっている。この標語はラテン語「*Nulum crimen sine lege, nulla poena sine lege.*」で表現されているので、ローマの昔からあつ

たかのように考えられるかもしれないが、始めて述べたように、これはフランス革命の産物である。このラテン語は一八〇一年にフォイエルバッハ [Anselm Feuerbach, 1775-1833] の有名な『刑法論』に掲げられたのが最初である。フォイエルバッハは近代的刑法を組織した学者であって、近代刑法の父といわれている。フォイエルバッハについては後に詳しく述べる〔本書後掲の章〕。

罪刑法定主義の根底を形作っている思想、即ち、専断裁判から国民を解放する思想は、いかなる時代にも、いかなる国にも、專制主義に反抗して自由を主張する際には、常に現れている。かように考へると、罪刑法定主義の思想そのものは、古代から近世にわたって一つの系統を形成しているようと思われる。しかし、諸国における罪刑法定主義は、フランス革命によつて起り、その歴史的発展は、フランス革命を中心として考えられなければならない。

二 罪刑法定主義の歴史

罪刑法定主義は三つの異なる思想によつて支持せられている。

第一は、イギリスの自由の礎石であるマグナ・カルタ思想である。ノルマン王朝七代目のジョン王は兄リチャード一世の後をうけて王位についたが、暴政を行い、剣をもつて国民を弾圧し、そのくせ外に対しては、ローマ法王に臣下の礼をとつた。国王の専制のために国民が下積になつた適例である。そこで、国民は国王の専制を根絶することを計画した。カントーベリーの大僧正ラングトンが大衆の先頭に立つて、貴族、僧侶、平民の各階層を含む一つの団結を作り、国民の既得権を擁護することを国王に要求した。国王は国民から見放され、どうすることもできなくなつたので、やむをえず国民の要求を認めた。これが一二一五年の特許状である。この特許状は大憲章と呼ばれている有名なものであつて、その第三九条は後世の罪刑法定主義の淵源となつた。

国民は国家の法律によるのでなければ、逮捕せられたり、財産を没収せられたりする心配は絶対にないといふことを保障している。イギリスの国民が生命、身体、自由、名誉、財産について、始めて法律の保護を受けることになったので、後世の人々は大憲章を「イギリス人の自由の礎石」と呼んでいる。

法律としてイギリスに始めて現れたこの思想は、その後に自然法学によつて裏づけられ、ロック [John Locke, 1632-1704.] とブラックストーン [William Blackstone, 1723-80.] によつて理論上の基礎を固めた。ロックとブラックストーンの思想を簡単に述べる。

ロックの自然法学は罪刑法定主義を承認することに帰着するが、それを現行法として説明したのではない。社会契約を論じ、法の発生を説き、所有権保護のために国家権力の発動する範囲、むしろ発動すべき範囲を明らかにしたのにすぎない。彼は次のようにいふ。自然の状態では、人は自由である。ただ、他人の権利を侵害したときに、必要な限度の処罰を受ける、という強制に服するだけである。ところで、自然の状態では、人のわがままを抑えることが困難であるから、互に自発的に約束をして国家を作り、各自の権利の保護を全うすることを考える。この目的を達するために、人々は、自己に属する権利の一部を国家に譲渡し、国家は各人からゆだねられた権利の総和、これを権力といつてもよいが、その権力によつて秩序の維持につとめねばならない。各人が権利を保障するために権利の一部を国家にゆだねたのである以上、国家の法律制定権の範囲は、秩序の維持という目的を達することを限度とし、これを超えることは絶対に許されない。これが自然法である。国家の法律は、各人の権利を保護するために、自然法に加えられた制限であるから、各人はこれを守る義務があり、義務に違反するときは罰せられる。国家には刑罰権が必要となる。しかし、国家の法律制定権および刑罰権は、各人の幸福を増進する手段にほかならないから、これこれの義務違反にはこれこれの刑罰を科する、ということを、あらかじめ明らかにしておく必要があり、抜打的に処罰することは許されない。かようにロックは、現

イエーザスの裁判

一 はじめ

イエーザスの生涯を述べて歴史上確実な事柄だけに限るとしたら、高々、数行でつきてしまう。タチツスの年代記は皇帝ネロによつて行なわれたキリスト教迫害史の第一頁を述べるにあたり、イエーザスに関しては僅かに十数字を費すに過ぎない。

「この宗派の名は開祖クリスツスに由来する、彼はティベリウスの御代に代官ポンティウス・ピラーツスによって死刑に処せられた。」〔*Tacitus, ann. 15, 44.*〕

パウルスの書、ヘブライ人への書、ヨハンネスの默示録など人々の認容する史料によるも、疑いなきもののみを歴史に要求する人々から棒引を免かれる部分は極めて少ない。

彼はガリレアのナーザレットに生まれた。その博愛的、人道的思想は、崇高な人格と魅力ある説教と相まつて人々の心に深き感銘を与え、弟子たちの記憶を通じて不朽の訓言を伝えた。しかし、彼の教義はユダヤア正統派の憎悪を促した。ユダヤア官憲は彼に対して死刑を宣告し、ローマの代官ピラーツスの手を借り十字架刑に処した。その後間もなく人々は彼の復活を信じた。

これが全部である。このほかはことごとく疑いの雲に包まれている。もし吾々が、この世界史上の大事件に、も少し肉をつけてみようと思うなら、どうしても四つの福音書にこれを求めるのはかはない。福音書の歴史的価値については専門家の間に議論があるだろう。ことにヨハンネスの名をもつ第四福音書は純粹の神学論に過ぎないという見解すらある。断るまでもないが、この稿の目的とするところは、福音書の歴史的確実性の詮索や歴史的価値を明白にするのではない。私はただ、福音書の記述を基礎として、イエーズの裁判が当時の法律に照らし、適法であるか否かを研究し、同時にローマの刑法と属領ユデアの刑法の関係を一瞥したいと思うだけである。

二 はしがき 2

イエーズの裁判にはユデアの官憲とローマの官憲とが関係している。ユデアはポムペーイスの遠征以後ローマの属領になつたが、チエーザルはユデアに対し或る程度の租税徴収の自由、内部行政の独立、ことに宗教の自由を保障した。裁判についても旧王国時代の裁判権が広く認められていた。最高裁判官がローマの代官であることはいうをまたないが、パレスティーナのユデア人に対しては、原則としてユデアの官憲が判決、刑の執行などを司つていたのである。

この原則に対する例外の第一は死刑にあたる罪である。死刑判決を言渡す権限はユデアの官憲の手に残されていていたが、判決の効力を生ずるにはローマの代官の承認を必要とし、かつ、ローマの官憲によって執行されねばならなかつた。第二の例外は、死刑にあたる罪以外の罪についても特定の場合にローマの代官自身が裁判に關係し得るし、また事件をローマに移送することも出来ることである。この第二の例外の前者は、すでにアウグスツス時代に一般的になつていたらしい。この場合にもローマの代官は、判決を承認すべきか否かを決定

するだけで、判決言渡までの手続はユデーアの官憲の手で行なわれた。しかし、判決を修正しないで承認せよということと自体、実は無理な要求であった。結局この制度においても、事実上、判決言渡までの手続に代官の干渉が及んでいたとみてよからう [Mönnisen, Römisches Strafrecht, 241.]⁹

それはとにかく、イエーツスの裁判は死刑にあたる罪のそれであって、上述の第一の例外の場合であるから、当然、ユデーアの手続とローマの手続とが問題になつてくる。

イエーツスの裁判については適法説と無権限説の二見解がある。適法説によれば、この裁判は大体においてユデーアおよびローマの手続法に準拠し、また、実体法上も理由ある判決だというのである。もつとも、この説の中にも、形式的適法の裏面に実質的違法を認める論もある。例えば、ルナンは法律自体が苛酷で、かかる死刑の宣告は法律的殺害にほかならないと批難する [Renan, Vie de Jésus (deutsch von Heling bei Reclam) 266, 283.]¹⁰。無権限説はいう、イエーツスは法律によって裁判せられたのではなく、ユデーアの祭司長を首領とする盲目的熱狂者の群と党派的偏見ある優柔不斷のローマの代官の裁判を受けたのであって、全く無秩序的暴動の犠牲になつたのだ、法律的見地からいうなら、これは裁判といえた義理ではない、否、法律的殺害と称する」とするのもつたいたない程度の卑屈な私刑であると批難する [Doerr, De Prozess Jesu, 1908, 14 ann. 5, 6, (Goldammer's Archiv, 55,)]¹¹。

法律的観察を下す前に、私は四つの福音書をたどつて、この裁判に含まれている世界史的ドラマの輪廓を述べることにする。

三 イエーツスの裁判の梗概

ガリレーアの僻地に限られていたイエーツスの名声は、洗礼のヨハンネスの世を去つた頃から、次第にユデーア全国にその波紋を広げはじめた。最初、極めて平静な態度で神の国の福音を説いていた彼の説教も、高ま

ローマの死刑

一 はしがき

「刑法は最も尖っている敏感な神經と血管の結び目、各の感銘と感情とを自ら感じ、また外部から認めさせる結び目である。この法律において、民族の全個性、すなわちその思想とその情緒、その氣風とその情熱、その風俗とその野性が現われる。要するに、その姿においてその精神が反映する。——刑法は民族そのものであり、諸民族の刑法の歴史は人類の心理学の一片である。」

イエーリング [Hering, Schuldphänomen.] のこの言葉は大体において正しい。法律史をみると、民法は民族精神を超越して、社会の基本組織そのものと結びついているが、刑法には民族の風習が、かなり執拗に、後まで残つてゆくことを認め得る。ローマの私法が世界法として各民族の研究対象となつたに拘らず、ローマの刑法の研究が取残された原因は、刑法の特異性と民法の共通性との差異に求むべきである。

ローマ帝国は紀元前数世紀から紀元後数世紀にわたつて、地中海を庭の泉水とした大国家を形成していた。この国家に包含されていた民族は、実に雑多であつた。従つて、民族精神の反映である刑法が様々な内容を包含していたことは当然である。死刑という一観点からみても、ローマの刑法はかなりの種類を認めていた。次

にその概略を述べる。

二 法律上の死刑

ローマの刑法の認めている死刑は、斧によって（斬）、十字架によって（磔）、袋によって（窒息）、火によつて（火炙）、刀によって（斬）、民族祭の形式によつて（猛獸に噛み殺さす）行なわれた。

一 斧をもつて首を斬る刑 これは斬の中で最も古い形態である。この死刑から、後に死刑一般の意味に用いられる表現「*poena capitis*」、また、死刑を意味する「膝を屈折すること」と「*supplicium*」という表現が出て来た。斧は一般的死刑執行としては、チャーチル時代の手続に現われたのである。斧を用いることは都市ローマの完全な支配者の象徴であった。従来は軍隊の統率者が、不従順な兵士に対すると同様に、市民に対しても斧を以て斬首を執行していたが、このとき以後、軍隊の統率者の都市における死刑執行は禁ぜられることになった。勿論、ローマの外では、軍隊の統率者は従前通り、自由人および非自由人に対し死刑を執行していたのである。十二表法は斧の使用について何も書いていないが、帝政時代に、軍隊内で、斧の代りに刀を用いることになったときまで継続した。

斧による死刑執行は、まず受刑者を後手に縛りあげて柱にくくりつけ、裸体にして笞を以て打ち、それから身体を地上に延ばして斧で首を斬るのである。祭壇に捧げる犠牲動物を屠殺する方法に相当する。従つて、この死刑は本来は宗教的性質のものである。

二 十字架刑 記録によれば三つの関係について執行された。第一は自由人に対し古代の慣習に従つた一般的の死刑執行の形態として認められた。王政時代の伝説、それと結びついた歴史的出来事には、この執行が現われている。多分、十二表法時代にも認められていた。第二は男子の死刑における宗教的執行であった。第三

は奴隸に対する死刑執行の形態として古くから認められ、ことに後代になつてからは、その通常の執行形態となつたものである。ローマ帝国は奴隸の上に建設された国家であつて、隆盛時代における首都ローマの人口百数十万人中、九十万人以上は奴隸であつたといわれている位で、奴隸に対する死刑は、実は、ローマ刑法史上、重要なわけである。

第一の場合は、受刑者を裸体にして頭を包み、それから腕木を背において両端に結びつけ、さらに腕木と共に身体を、刑場に立ててある柱に立てかけて柱に足を縛りつけ、受刑者を笞で打つという方法で執行する。第二の場合も同様の形態をとつて執行される。近親相姦を犯した男子について、宗教的理由から、この方法がとられたのである。第三の奴隸に対する場合は、受刑者に腕木を背負わせて、これを刑場につれゆき、腕木と共に柱に縛りつけて笞で打つのである。死は饑餓によつて生ずるのが通常であるが、ときには死ぬまで殴打すること、四肢を折つて死を早めることもある。

以上の三者とも十字架刑〔crux〕と呼ばれる通り、ほぼ、同一の形態をとつてゐる。この執行は祖先の慣習に従つたもので、斧による執行よりも古い。また、あらゆる犯罪につき一般的に執行されたのであって、次の「袋の刑」の如く一定の犯罪に制限されていたのではない。斧の廃止後は十字架刑が市民的死刑執行の一般的形態として残つた。しかし、この執行は次第に名譽を欠くものと看做され、身分の高い人に対しては、重罪でない限り、これを行なわないことになつた。

十字架刑はキリスト教の影響のもとに——十字架はキリスト教の象徴である——コンスタンティン〔Constantin〕の時代に廃止せられ、その柱を利用する絞殺がこれに代つたのである。

三 袋の刑 近親殺〔Particidium〕に科せられる死刑である。最初は広く自由人の謀殺に科せられた刑罰であったが、後には近親殺に科せられる特別の刑罰となつたのである。

近代的拘禁制度の成立まで——十七、八世紀の発達概観

現今の刑罰制度の特色は、自由刑が刑罰組織において支配的地位を占めていることである。しかも、応報的のものではなく、一般予防ないしは特別予防という教育的効果をもたらすところの自由刑である。自由刑の隆盛は、教化精神の貫徹に伴う最近三世紀の歴史的産物である。発達の過程は、条件の異なるに従い、また、発現形態の異なるに従い、統一的に説明することは出来ない。しかし、自由刑の歴史、従つて近代の拘禁制度の歴史は、昔の刑罰制度を支配していた生命刑および体刑の衰えたところに、その出発点がある。

一 十七世紀

一 自由刑の発達は十七世紀にはじまる。

いつの時代も、刑罰制度は自由の剥奪を、その本質とする。或るところでは保安処分であったとはいへ、また、或るところでは刑事手続を遂行するために被告人を監視することであつたとはいへ、また、或るところでは生命刑や体刑を執行するがための手段であったとはいへ、拘禁、すなわち自由の剥奪はローマ法の鉱山労働〔metallus, opus metalli〕から出したこと疑いない。これは一生涯鉱山において労働に従事させることを本質とし、性別や年齢などを一切考慮しない。後に現われた極めて重い労役刑の根柢となつてゐる。

しかし、この古代の自由刑と、近世の自由刑の間には何の連絡もない。中世末の刑法、ことに中世末の三世纪の間、中部ヨーロッパに行なわれていたカロリーナ刑法においても、自由刑は極めて微々たる地位を占めていたに過ぎない。カロリーナ刑法において永久刑と称せられたものは、実は死刑であつた。また、短期自由刑は財産刑の徵取不能の場合、ないしは秩序違反に科する軽い刑罰に過ぎなかつた。すなわち、カロリーナ刑法においては、種々の方法によつて執行された死刑、体刑（ことに笞刑）、追放刑が主なものであつた。人間的な温か味が考慮されるようになつてから、ことに刑事政策上、死刑、体刑、追放刑の不合理が認められてから、漸く自由刑の発達する端緒が出来たのである。

二 中部ヨーロッパにおいては、三十年戦争の生んだ失業者、浮浪人、乞食が十六世紀から十七世紀にわかつて著しく犯罪を増加させた。この大波の如く押し寄せて来る犯罪群を従来の方法によつて抑え切ることは、到底、出来ない。例えば、社会に不要な人間のすべてを殺すことは、犯罪防止の立場からいえば、最も効果の多い方法であるが、これは出来ない相談である。従つて追放刑、死刑が頻繁に行なわれたのであるが、両者とも、全くの無能力を暴露したのであつた。すなわち、追放刑は不良分子に対し、場所的変更を試みるだけのことである。また、死刑は不名誉との上もないものであつて、一たび罰せられた者は、二たび以前の正常な生活状態を回復することが出来なかつたのである。「笞刑は死刑の祭壇へ登つて行く最初の儀式である。」当時の残酷な刑事制度から解放せられ、新しい希望に達し得る道が、ぜひとも開かれねばならなかつた。ここにローマ法の義務的労働「opus publicum」の思い出が甦つて来て、追放刑および死刑は、強制労働のために自己の地位を奪われることになつたのである。これが近代的自由刑のはじまりであつて、義務的労働を伴う有罪の言渡〔condemnatio ad operas publicas〕として、後にさかんに適用されるようになつたものが生まれたのである。すでに一五八八年ニュールンベルクでは囚人を道路掃除に使用している。また、一六二六年ウイルテムベルクでは笞刑の代

りに強制労働を科している。一六六一年にザクセンもその例に倣つた。かくて、この新しい刑罰が次第に広がつたのである。その適用範囲、その執行方法は種々であったが、要するにこの新しい制度が、全盛を誇つていった死刑を打破したのである。強制労働は、最初は乞食、怠惰者に適用された。古いところの実例は、まだ刑事処分と警察処分を区別していない。十八世紀（）とに最初の十年）に出来た乞食取締規則は強制労働を以て、これに臨んだ。その種類は種々であった。道路掃除、国境守備隊編入などがこれである。中でも最も多く適用されたのは城塞築造のための拘禁〔Festungsbaugefängenschaft〕であった。これは重い自由刑とされていた。服役者は鉄の鎖につながれながら労働に従事したのである。手車を押す刑〔Karrenstrafe〕といわれているものはこれである。

しかし、刑罰の教化目的ということも看過されていたわけではない。例えば、当時のウイルヘルムベルクの裁判所は、有罪者が有能な鍛冶屋であり、屠牛者であり、その他、或る特殊の職業に熟練していることを考慮したのである。もともと、城塞刑の歴史的意味がこの教化目的という点にあるのでないことは、いうをまたない。城塞築造のために車を押す労働に従事することと、教化目的とは、あまりに隔りがある。城塞刑の眞の意味は、長期にわたって拘禁することが囚人の自由を剥奪するに最も適当である、と考えられた点である。

三 同じ時代に自由刑の第二の形態が現われた。これは主に警察処分として用いられたのであって、教化精神を指導概念としている。懲治場〔Zuchthaus〕がこれである。アムステルダムの一五九五年の男子懲治場および一五九七年の女子繰糸場が模範となつた。懲治場はすでに一五五〇年にロンドンのブライトウェルに設けられてゐるが、これは大陸の制度の発達には影響を与えていない。

アムステルダムの懲治場は強制労働そのものを目的としたのではない。すなわち、それ自身が目的ではなく、教化的効果を目標としたのである。教化精神による強制労働、これが制度の重要な特色であった。事実、労働は苦しいが、規則正しい労働は怠惰者を匡正することが出来たし、病人を健康にすることが出来た。囚人を訓

近代的自由刑の誕生

一 昔の自由刑と今の自由刑

自由刑は、刑事制度の変遷の過程において、種々の形態をとつて現われている。ところが、古代から中世にわたつて行なわれたものと近代的のものとは、自由剥奪という外形を共通にするだけで、その目的、従つて執行の方法は全く違つてゐる。旧式の自由刑と現代式の自由刑の間には、何等の連絡すらないといい得るのである。

古代、中世の自由刑は応報、威嚇、排害の目的を達するために行なわれた。従つて、その執行は、じめじめした薄暗い地下の穴倉とか、城壁の廃墟が使用され、被拘禁者の境遇は陰惨を極めたものであった。しかし、当時は生命刑、体刑が刑罰組織の中心であつたので、拘禁の多くは生命刑、体刑を執行するまでの、一時的のものであつた。ソクラテースはデロスから船が帰るまで牢屋につながれて死刑の執行をまつたのである。一言でいえば、古代、中世の自由刑は被拘禁者を苦しめることに、その本質があつた。例えば、一五三二年のカロリーナ刑法の認めた永久的拘禁は、おもむろに死の苦しみに導くところのものであつた。

近世の自由刑は、その目的、従つて執行の方法において、昔の自由刑と全く別の立場にある。自由剥奪の目

的は、被拘禁者を肉体的、精神的に苦しめるためではなく、秩序正しい生活を強制することによって、労働の慣習を植えつけるためである。強制的秩序の形式をとる自由剥奪は、被拘禁者にとって、たしかに苦痛である。この苦痛は刑罰の応報的要求、威嚇的効果を充たし、併せて犯罪的傾向の最も強い期間内、犯人に対する排害の目的をも達することが出来るのである。

要するに、古代、中世の応報的、威嚇的、排害的な自由刑に対し、近代的自由刑は「秩序と労働への教育」を眼目とする点に特色がある。昔の自由刑が漸次に新しい自由刑に変化したのではない。全然、別の思想から生まれたといろの新しいものが、古いものと戦って、その地位を奪つたのである。

二 アムステルダムの懲治場の建設

一 刑事制度に関する文献に従えば、近代的自由刑は、一六〇〇年頃にヨーロッパの都市に建設された懲治場〔Zuchthaus, Tuchthuis.〕にまで遡るべきであるということに、意見が一致している。ことに懲治場制度の発達に刺戟を与えたのはオランダであつて、通説はアムステルダムの懲治場を以て最初のものとする。通説に根拠を与えたのはヒッペルの研究である。^{*}私の小文は通説の立場に立つて、アムステルダムの懲治場に第一順位を認めるものである。^{**}

*

ヒッペルは、ストラスブルクの大学図書館で、全くの偶然から、『サン・ラスピニの奇蹟』〔Miracoli San Raspini Redivivi, 1612.〕（一六一二年）という書物とアムステルダム懲治場の規程を発見した。ミラクラは匿名のパンフレットである。一六一二年にオランダ語で発表され、同年にフランス語に、一六一三年にドイツ語に翻訳された。一六一九年から一六一七年までに四版を重ねている。ミラクラの著者自身、自分は学問上の研究者ではないと告白している如く、この書物は学問上の研究発表ではない。しかし、ここには、事実の驚くべき正確な記述がある。著者

は、純粹の真実以外は何もいわないと繰返し高調している。その言葉の如く、懲治場の状態については、細い点に至るまで少しの間違もない。この点から推して、著者は懲治場の監督の一人であつたといわれている。新教の理論争闘家であつたらしい著者は、至るところでカトリックの奇蹟を攻撃している。著者は、皮肉を含めて、懲治場の木挽労働に使用する十二重の歯をもつ鋸をサンクストウス・ラスピヌス [Sanctus Raspinus] と名付けた。これが原因になつて、後にはこの名が懲治場の別名に使用されたのである。

ヒッペルは、この書物と懲治場の規程を基礎にして、「自由刑の歴史への寄与」[Hippel, Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe, I 392 (Z. 18)] を書いた。ヒッペルの研究は、近代的自由刑の成立と意味とを明らかにしたところの劃期的研究である。ヒッペル自身、『自由刑の歴史への寄与』という原名よりも、『近代的自由刑の成立と意味』[Entstehung und Bedeutung der modernen Freiheitsstrafe] と名付けていたなら、はるかに正当であつたであろうと感懷している。

** 数年前に発表されたボーネの研究は、通説の立場の根本的変更を試みたものである [Bohne, Freiheitsstrafe, 2Bde. 1922-25]。ボーネは近代的自由刑の起源を、イタリーの諸都市の法律 [stato] に求めている。ボーネは八十一の諸都市の法律を系統的に研究し、「刑罰拘禁の形態における自由剥奪は、一般的には、イタリーのルネッサンス時代に、はじめて刑罰手段として用いられた」と主張する。しかし、イタリーの都市の法律の認めた自由刑は、「秩序と労働への教育」に重きをおかなかつた。ボーネ自身も、イタリーの都市の法律は応報を主目的、威嚇を副目的とするものであったことを認めている。従つて、ボーネの研究によつてヒッペルの研究が破られたことにはない。

二 アムステルダムの懲治場は、この町の黄金時代に建設されたのである。

一五六六年頃からニーデルランデはスペインの旧教的統一政策に反抗し、スペイン王の派遣したアルバの武力的暴政と戦つて勝ちを制した。スペインに対し反旗を掲げた人々は、一五七九年にウィルヘルムのもとに北部七州の「ウトレヒトにおける同盟」を組織して新教同盟の基礎を固めた。オランダが政治的自由を獲得した

啓蒙時代の刑罰思想

一 啓蒙時代の刑罰思想

十六世紀頃のヨーロッパはカトリックという最高権力に支配されていた。教会はショラスティクの神学的哲学思想を武器として、あらゆるものを見向から圧迫した。そこでは、神の意志が最高の原理であって、國家も君主もこれに従わねばならなかつた。犯罪は神の定めた国家の権威に従わないことである。この思想はその当時、宗教上の犯罪を重く罰した点によく現われている。刑罰の基礎に関する研究、法律秩序の維持が刑罰の目的であり、そのためには刑罰を必要とする、などの問題は、ショラスティクの関するところではない。この学派は、犯人を罰することが神の意志である、ということで満足したのである。

上に述べた如く、刑罰を解して、国家が神に代つて行なう応報、犯人に対する威嚇と見る思想は、自然、刑罰を重くし、刑罰の執行方法を惨酷にする。また、必然的に裁判官の専横を伴う。この結果は人の生命の価値が甚だ低くなる。ニュールンベルクの死刑執行人フランツ・シュミット [Franz Schmidt] が在職四十余年の間に、一人の手で三百六十一の死刑を行なつたことを誇つたという話は、当時、人間の生命が如何に軽んぜられていたかを示すものである。とにかく、ショラスティクから生まれた刑法は、法律学と神学とを混同し、犯罪、こ

とに宗教上の犯罪を不当に重く罰した点に不合理があった。啓蒙時代の刑法は、国家と法律学が教会と神学から解放せられ、理性批判の法廷に立つて裁きを求める)ことによつて、新たに生まれねばならない。

一 啓蒙以前のドイツの刑法学はどうであったか。一五三二年にレーベンスブルクの国会は、永年の懸案であつた刑法草案を、確定の法律として宣告した。カロリーナ刑法 [Constitutio criminalis Carolina oder Peinliche Gerichtsordnung Karls V.] といわれてゐるもののがこれである。この法律は一五〇七年のバムベルゲンビス [Bambergensis oder Bamberger Halsgerichtsordnung] を手本として作られたのであって、中世のイタリーに発達した法律思想に、地方色を加えたものである。カロリーナ刑法の出来るまでのドイツの刑法学は極めて憐れなものであった。このでは、刑法はローマ法をも教会法をも知らない人たちによつて、無批判的に述べられていたに過ぎなかつたのである。これに反し、当時のイタリーは、多少、学問的に進歩していた。すでにローマ法の研究は復活し、ローマ法から出て新方面を開いたいわゆるイタリー法律学者が引き続き現われていた。ユリウス・クラーレス [Julius Clanus] (一五七五年に歿す) はその中でも最も有名である。イタリーのこの傾向は、間もなく、アルペンを越えてドイツに及んだ。すなわち、ここでもイタリーの文献を参考にしながら、ドイツ固有の法律を研究することがさかんになつて來た。大学で刑法の講義がはじまつたのも、この頃からである。決議や討論の報告集が出るようになつたことは、研究のさかんになつて來た証拠である。研究の方針はイタリーにおけると同じく、理論と実際との調和を重んずることにあつた。カロリーナ刑法が研究の中心となり、カロリーナ刑法の註釈が裁判の実際に役立つたことは、いうまでもない。

カロリーナ刑法による刑法学は、何といつても十七世紀にザクセンで活動した法律学者の力にまつところが多い。元来この地方は、外国法の影響の少ない固有の法律思想、例えはザクセン・シュピーゲル [Sachsenspiegel] に現われているような法律確信によつて支配されていたが、学者たちは理論と実際の平行をする経験主義に

立ちながら、立法、裁判、学問に指導的影響を与えたのである。その土地が固有の法律思想の研究に適していたというべきであろう。

三 これらの学者中の第一人者はベネディクト・カルプツォ [Benedikt Carpzow] (一六六六年に歿す) である。彼はライプチヒ大学の教授であり、裁判官であった。その豊富な学的才能と実際上の経験とは、一世紀の間、ドイツの刑事裁判に、その精神的印象を残すに十分であった。彼の思想は人道主義や進歩主義とは到底、一致し得ないものであった。彼は惨酷な中世的の刑罰を推奨し実行した。当時の語りつたえによれば、その生涯の間に、自ら宣告した死刑だけでも八万にのぼったということである。オルデンコップ [Oldenkopp]、ブルンネマン [Brunnenman] は極力カルプツォに反対したが、彼の名声をどうする」とも出来なかつた。漸く十八世紀になつてボエーマー [J. S. F. Böhme] が、カルプツォの権威に動搖を与え、次第に彼を刑法学の舞台から引きおろすことには成功したのである。

四 カルプツォの名声は反対者の攻撃によって、とにかく衰えた。が、ドイツの刑事裁判は彼の没落と共に、その拠りどころを失うことになった。裁判と学説とは別れた、ドイツ帝国の立法事業は止つた。ドイツの各国は無数の小法令を出すのが関の山であつた。カロリーナ刑法の学者や裁判官は、カロリーナ刑法と一緒に軽蔑されたのである。

実際、ドイツの刑事裁判は、カロリーナ刑法があつたため、従来の極端な專制裁判から免れていたのである。カロリーナ刑法は、その当時のフランスやイタリーの刑法よりは、はるかに進んでいた。極めて組織的なこと、犯罪の法律要件を明確にしていること、未遂、共犯、正当防衛、責任能力などの刑法総論の理論を考えの中に入れていることは、推奨の価値がある。それ故に、カロリーナ刑法の名声が地に墜ちたとき、裁判官の専横のもたらす不利益や、不確実な法律適用から起る不利益が痛切に感じられたのである。

チエザーレ・ベッカリーアとトマソ・ナタレ——刑法学の先駆者

—

君知るやチトローネンの花咲く国、と北の国の人々が南の國の花にあこがれるイタリーは刑法学の祖國である。チエザーレ・ベッカリーアが一七六四年に公にした『犯罪と刑罰』〔Cesare Beccaria, Dei delitti e delle pene, 1764.〕は、刑法を科学的に組織した最初の著述である。十八世紀の後半はいわゆる啓蒙時代であつて、革新の荒波は、古い文化の建物を根こそぎにしなければやまない勢いを以て、あらゆる方面に押寄せたのであつた。かくの如き時代にあつて、刑事制度のみが、この破壊から免れることが出来たとは、誰が考え得よう。当時の刑事制度は、刑法学史上、威嚇主義の名を以て示されているところのそれであつた。峻烈な刑罰、惨酷な拷問は、專制王権、万能教權の勢力を後楯として、人心を戰慄させたのである。まず、刑事制度が、啓蒙哲學者や改革運動者の攻撃の中心になつたということは、むしろ、当然のことである。

いつの世に限らず、また刑法のみといわず、すべて制度の改革は、現に行なわれている体系の欠点を指摘し、ヨリ合理的な、ヨリ妥当な組織に改めようとする努力の発現である。これは、十八世紀における刑法の啓蒙運動と、二十世紀における刑法の改正事業との間に異なるわけはない。改革者その人は、常に冲天の意氣を以て

これに向うのであって、確信から出る努力に差異があるべき筈はない。吾々は、この人々のすべてに対しても、満腔の敬意を捧げねばならない。しかし、頑迷な政治家や宗教家の圧迫を斥け、一身の危険を冒して囚襲と戦つたところの献身的改革者に対しては、何となく特別の感謝と賞讃を払わねばならない気持がする。

この種類に属する人を、刑法学の範囲において、少なくとも一人挙げることが出来る。その一人は上に述べたチエザーレ・ベッカリーアであり、他の一人はトマソ・ナタレである。十八世紀の前半に生まれ、その後半、すなわち專制政治の断末魔近く、新思想の人々がややもすれば命を奪われる虞れる時代に、改革の必要を呼号した二人に対しては、チエザーレ・ロムブローザ [Cesare Lombroso] ——十九世紀の前半に生まれ、科学が古き迷信、偏見を打破つて、学問の王座を占めた十九世紀の後半から二十世紀の初幕に、刑事学のためにつくした——に対するよりも、ヨリ深き感謝を捧げる理由があると思う。次にベッカリーアとナタレの追想を記すであろう。

II

チエザーレ・ベッカリーアはミラーノの貴族である。一七三八年三月十五日に生まれ、一七九四年十一月二十八日に数え年五十七を以て世を去つた。はじめは法律学を志望しパヴィーア大学に学び、一七八五年に「ドクトル」を得たが、その後、モンテスキューの『ペルシャ人の手紙』を読んで哲学に興味を感じはじめ、さらにはピエットロ・ヴェリ [Pietro Verri] およびアレッサンドウロ・ヴェリ [Alessandro Verri] 兄弟と交を結んでからは、益々その方面に心を傾けた。モンtesキュー [Montesquieu]、ルソー [Rousseau]、ダランベール [D'Alembert]、ベーコン [Bacon]、ロック [Locke]、ヒューム [Hume] 等の諸著書に引きつけられ、また、友人と謀つて『カフェ』という雑誌を発行したのは、その頃のことである。この雑誌は十八世紀のはじめに、アディソン [Addison] 等の発行した

『タトラー』や『スペクテーター』を真似たものであって、学問、美術、名譽、愛などの観念をイタリイ人に喚びさすことを目的とした。ことに当時の刑事裁判に対する手酷い批評は、その眼目の一つであった。これをカフエと名付けたわけは、彼等もこのイギリスの先輩と同じく、日々カフエに集つて、好むところを談じながら、悠々と日を送つていたからである。ベックカリーアの名を不朽にした『犯罪と刑罰』も実はカフエ時代の収穫である。『犯罪と刑罰』の出来た由来については、二つの挿話が残つてゐる。一つは、当時のフランスの社会に大問題を引起したカラーレ事件に関係している。それはこういう事件である。その頃トゥールーズにジャン・カラーレ [Jean Calas] という富裕な商人があつたが、その子のマルク・アンソワヌ [Marc-Antoine] が、或る日自殺をした。ところが、ふとしたことから、これは自殺ではなく、父のジャンが殺したのだ、という噂が立つた。そのわけは、マルク・アンソワヌは、弁護士になるためにカトリックに改宗しようと考えていたが、敬虔なプロテスタンントである父がこれを拒んでいた、という事実が、以前にあつたとかで、かような噂が出たのである。かくて、ジャンは嫌疑者として訊問せられることになった、彼のみならず、妻も子も、その日に彼の家に客として来合させていた人々も、すべて勾留せられた。訊問に際し、ジャン等は極力冤罪を訴えたが、拷問を重ねた末、遂に彼は死刑に処せられ、他の人々は追放せられた。ところが、その後間もなく、ヴォルテールがマルセイユの商人からこの話を聞いて、大いに当局の処置を不当とし、一方ジャンの遺族に再審の訴えを求めると共に、他方その雄健な筆を振つて檄を諸方に飛ばし、社会の覚醒を促した。幸いにもヴォルテールの努力は効を奏し、審理の結果、ジャンは死刑執行後数年、遂に無罪となり、復権ということになったのである。これがカラーレ事件の筋書であるが、この顛末をフランスの百科学者が、カフエ同人にもたらし、今が專制裁判を倒す好機会であると、告げたので、ベックカリーアがカフエ同人を代表して一文を草したのが『犯罪と刑罰』である。——その二つは、やはりその時代のことであるが、或るときベックカリーアは、友人の別荘に病を養つていた妻のテレ

実際家フオイエルバッハ

一 天賦の法律家

フオイエルバッハは、数え年二十五から二十六にかけて、刑法上の基本問題につき自己の立場を明らかにした書物『実定刑法の基本原則及び基本概念の研究』二巻、二十七の時に現代刑法学の体系を建設した劃期的の書物『ドイツ現行普通刑法綱要』を世に送った。既にそれ以前に、カント哲学に基く幾多の法律哲学上の著書、論文、例えは『法律の概念に関する研究』、『反逆罪に関する哲学的・法律的研究』などを発表している。天賦の法学者である。彼の伝記中で最も人を驚かすことは著作が非常に早いことである。覚書でも書くように無造作に容易に研究を書きおろした。その間に何の苦労もなかつたようみえる。一氣呵成という言葉がよくあてはまる。勿論これは皮相な観察であろう。彼の頭のなかで、彼の心のなかで、どんなにか努力し、どんなにか生みの悩みを経験したことであろう。日記や手紙のなかには、机によりかかつてまどろんだとか、仕事の不安が睡眠を妨げたとか、食事の時間を節約して勉強した、等々のことがでている。いかに天才に恵まれた人であつても努力なしに、生みの悩みなしに、あれほどの著述ができようとは思われない。彼は精励し、苦労したに相違ない。それは外部にはわからない。吾々はただ年の若い人が矢つき早に幾多の価値ある研究を発表したと

いう事実から著者の優れた素質を認め、さも易々と業績を示したという想像をめぐらすのみである。

彼の法律学における著作の迅速と多量は恰も同時代の作曲家シューベルトのそれと酷似している。数え年三十二で世を去ったシューベルトは六百以上の歌謡曲、九のジムフォニー、十六の完成せられたゾナーテなど、千に近い作品を残した。業績の性質からくる差異を除けば、法律学の著述におけるフォイエルバッハは作曲におけるシューベルトであるといつてよい。フォイエルバッハの学者としての公生活も数え年三十二の時に終つたのである。彼は一七九九年に数え年二十五でイエナ大学の講師となり、一八〇二年にキール大学の正教授に、一八〇四年にランズフート大学（ミュンヘン大学の前身）の正教授に転じたが、一八〇五年の秋には既に教壇を去つてバイエルン王国司法大臣直属の刑法起草委員になつてゐる。彼の過激な性格、いわゆる火山的激情（友人は彼をヴェズーザと名付けていたという）は大学の同僚と折合うことができなかつたらしい。学者としての経歴はかよう短い。彼は大学を去つた後も八年間（一八〇六—一四）を法典起草者として、残りの全生涯（一八一四—三三）を裁判官として送つたが、職務の性質上、それは理論の研究よりも、むしろ法律政策の計画、法律適用の実際に関するそれである。吾々がフォイエルバッハを心理強制主義刑法理論の創設者として取扱うことは、彼の後世に及ぼした影響からいって正しい見方に相違ないが、それは彼の全部ではなく、却つて彼の生活の一小部分にすぎない。彼の生涯は法律の実際家としての反面を明らかにすることによつて補充せられ、完成せられる。

二 法典起草者としての業績

前述の如くフォイエルバッハは一八〇五年にランズフート大学教授をやめた。その年の九月のある日、ドクトル論文討論会の席で、一学生が彼に個人攻撃をむけた。大学総長であり、刑法の教授であるゲンナーが彼を

追出すために学生を教唆し、計画的に陰謀をめぐらしたのである。憤慨した彼は部屋を出た、得心がゆくまではランズフートに帰らないことを宣言して、翌日、去った。彼が教壇に戻る機会は遂に来なかつた。ランズフート大学との訣別は同時に教授生活との訣別であつた。最初、彼がキールからランズフートに赴任した時は実際に盛大な歓迎をうけたのであつた。彼の講義は噴々たる名声のもとに行なわれた。その数年前に著した刑法の書物によつて、彼は既に「大」刑法学者の地位を獲得していた。しかし事は思うようにはゆかない。ランズフート大学創立当時（一八〇〇年にインゴルスタットから移転）からの有力者、ゲンナーは事毎に同じ専門の彼を苦しめた。教授間の関係は悪魔の関係だ、と彼は述懐している。これは耐えうるとしても、一般市民の彼に対する迫害には困つたらしい。プロイセン出身の新教徒たる彼は、旧教で固まつてゐるバイエルンの人々にとって名実ともに外国人であり、殊にこの国とオーストリアとの紛争は、オーストリアと結んでゐるプロイセンの出身者を敵国人として取扱つた。大学としても彼のような感情の激しい外国人が、熱情的な青年を相手に、教授の地位にあることを迷惑に感じたと想像せられる。ゲンナーが彼の追放を計画した原因は、主として優者に対する劣者の嫉妬心に基くが、その大勢順応的な官僚肌の性格から彼を忌避したことも認めねばならない。

一八〇五年十二月にフォイエルバッハは司法省の顧問に任命せられ、ミュンヘンに移つた。彼は既にランズフート大学に赴任してまもない頃から、司法省の嘱託により刑法編輯に従事していた。キール時代に著した『クライン・シュロット草案』（バイエルン刑法草案）の批評を通じてバイエルン政府は觀察の鋭い批評家としての彼に着眼したのである。ここに彼の実際家としての活動が始まる。

仕事の手始めは拷問の廃止であった。当時バイエルンでは拷問が行なわれていた。一七五一年のバイエルン刑法を起草したクライトマイヤー自身「何はともあれ、それ〈拷問〉を採用しているのであり、既に千年以前からバイエルンで行なわれている明瞭な形跡を見出しうるので、この法律手段のもつ利益は経験に矛盾しな

アンゼルム・フォイエルバッハと
カール・グロルマン——予防主義をめぐる論争

一般予防主義と特別予防主義

一般予防主義はフオイエルバッハ [Anselm Feuerbach, 1775-1833.] の、特別予防主義はグロルマン [Karl Grolmann, 1775-1829.] の、名に結びついている。一般予防主義というのは、犯罪人に刑罰を科することによって一般社会を威嚇警戒し、将来に向つて犯罪の行われることを予防するという思想である。これに対して、特別予防主義というのは、特に犯罪人自身に対する刑罰の効果を考え、将来再び犯罪を行わないことを期待する思想である。

一七九八年に数え年二十四の若い刑法学者が『刑法学の根本原則』といふ本を書いた。それはカール・グロルマンである。彼はいう。刑罰の目的とする効果は犯罪人の人物に制限せられる。犯罪人に対する効果だけが、犯罪人を将来の犯罪から防ぐことができる。あらかじめ刑罰をもって法違反の傾向ある者を威嚇することは、犯罪実行を中止させる目的を達するであろうが、これは、刑罰の本質にとつて必要なことではない。かよう

これに対抗して、一七九九年に他の一人の、数え年二十五の若い刑法学者が『実定刑法の根本原則と根本概

念の研究』を発表して、「そうではない」と叫んだ。これがアンゼルム・フォイエルバッハである。彼はいう。犯罪の傾向ある者を威嚇する刑罰法規こそ、全刑法思想の出発点であり、到着点である。個々の犯罪について刑罰を執行することは、ただ、刑罰法規が飾りものでないことを証明するだけの役目をもつにすぎない。かよういう。

刑罰法規は刑法の副現象であるというだけのことで、刑法の真の目的は刑罰の執行において実現せられる、と一人が主張し、他の一人の主張は、刑罰法規が本尊であって、刑罰の執行は刑罰法規のためにあるにすぎない、ということである。

グロルマンもフォイエルバッハも、当時は青年学徒であった（共に一七七五年生れ）。二人は情熱をこめて論争した。疲れることを知らない二人、信念に忠実な二人、この二人の鬭争者は戦いながら、互に相手の態度に感激し、相手に対して魅力をさえ感じた。フォイエルバッハは或る友人に送った手紙（一七九九、一、三〇附）で、こんなことを書いている。「私はすでに前から、この本（上にあげた本）のことを考えております。分厚い本になりそうです。刑法学者たちは大評定をするでしょう。グロルマン教授が急先鋒になつて、私に向つて来ることになるでしょう。」また、この手紙には次の言葉が出て来る。「私は、ただ学者グロルマンを知つてているだけで、人間グロルマンを全く知らないのです。吾々の友情と敵愾心とは、二つながら、ただ書物についてであります。」二人の学問上の結びつきには、まだ人間関係を強くするものがなかつた。しかし、書物の上の関係は次第に人的関係に向つて成長した。一年後の一八〇〇年五月にフォイエルバッハの二男カール（數学者としてフォイエルバッハ軌跡を発見した）が生れたとき、グロルマンは名附親になつて、自分の名をとつて子供にカールという名を附けており、同じ年の一一月に生れたグロルマンの長男（生れて四月目に死んだ）の名附親はフォイエルバッハである。当時の刑法学界は、激しく論争する二人を嘲笑した。二人とも正しいが、

二人の理論は、二者択一ではなく、二者並存であつて、論争は愚かなことである。これが第三者側の批評であった。こうした妥協案が学界に頭を出して來たので、一人は各自の理論の優劣を歴史の判断にまかすことにして、論争を中止し、手を握つて、妥協案に対して共同戦線をひいた。刑法体系が基礎づけられる基本原則の唯一性を守るために、不合理な妥協を排撃するために、一致したのである。後に述べるように、二人の論争の結果はグロルマンの敗北に終つたが、グロルマンは論争それ自体が、論争を無意味と考えた第三者に対し、科学の唯一性のために共同防衛の役目を果したことで、みずから慰めている。グロルマンがフォイエルバッハに送つた手紙には次の言葉がある。「私たちの論争が、あらゆる攻撃に対して、私たちの学問の唯一の可能な基礎づけであつたことは、疑う余地がないと思います。すでにそれだけでも、私たちが論争したことは、最初から手をとつて歩んだよりは、私たち二人にとって、はるかに望ましいことでなければなりません。」フォイエルバッハは二十年後にその著書『司法における公開主義と口頭主義に関する研究』（一八二二）を、當時ダルムシュタットの国務大臣であつたグロルマンに捧げた。その献辞の中で、この論争に美しい結末をつけている。「吾々の最初の会合は、真剣な激しい闘争の端緒であつた。しかも、闘争における強敵が、同時に最も忠実な同志であり、戦友であつた、という特色のある闘争であつた。勝利者が相手に勝つたのと同じ程度において、相手もまた自分自身のためにえたものがあつた。尊敬する友よ、君は、私がいかなる闘争を考えていたかを知つてい。その帷とぼりを取りのけることは未だかつて死すべき者に許されなかつたという、あの莊厳な見えない姿のためにする誠実な平和の闘争がそれである。それ故に、吾々は互に尊敬し合い、勝利か、そうでなければ死か、といふ闘争熱に燃えつゝ、青年の力と青年の希望をもつて、互に試練し合い、最後に友情を心に抱いて、勝負のつかない闘争から離れ、各自の道を歩みつつ、二人は唯一の目標、即ち、真、正、善に到達したのであつた。この論争は刑法学における最もうるわしいものである。闘争は激情の爆発であつたが、それはただ、物に限

チエザーレ・ロムブローザとエンリコ・フェリ——実証学派の誕生と完成

一 実証学派の開拓者ロムブローザ

一八世紀後半の機械の発明による生産方法の改良は、一九世紀になつてますます進歩し、從来の手工業を葬り去つて、機械による大工業時代が現れた。その結果は大量生産の発達、資本の集中、貧富の隔たりを大きくし、一切の生産物はもちろんのこと、労働力まで商品化せられることになった。かようにして資本主義は経済の方面から次第に政治の方面に進出した。この時代に最もめぐまれた学問は自然科学である。自然科学の実証的方法は、機械の発明という功績によつて、学問の王座にすわり、哲学、神学その他の文化諸科学は、反逆者として、学問の星座から追放せられた。刑法における実証学派はこの気運に乗つて頭を持ちあげた。

伝統的の刑法理論は自殺の連続のようなものである。各学者は、自分の学問体系を立てるために先覚者の学問体系をくつがえし、自分もその後に来る者によつてくつがえされる、という歴史を続けて来た。しかし、新しい刑法理論に従うと、一たび確認せられた理論は、いつまでもそのとおりであり、理論を導き出した事実は動かないものとして残る。たとえていうと、煉瓦を積み重ねてゆくようなものである。伝統の刑法理論では、学者の論理的幻想から生れた、融け合わない体系の間に、しばしば絶対的な対立が見受けられるが、実証の方

法に従うと、個人的な見解が部分的に相違するというだけで、共通の基礎は同じであり、観察せられる現象もたつた一つである。刑法の実証学派は犯罪の原因を追及し、社会から犯罪原因を除くことによつて、犯罪から社会を安全にしようというのである。

刑法の実証学派はチエザーレ・ロムブローザ [Cesare Lombroso, 1836-1909] の名と結びつく。彼はヴェロナで生れてトリノで死んだ。母の系統には鋭い頭のインテリゲンチュアの血が流れている。母の遺伝と感化のもとに、幼少の時代から天才の芽ばえが認められていた。四歳のとき、母の膝を枕の代りにしてプルターカの英雄伝を読み、母に荒筋を話した。七歳のときにダンテの神曲を歌つた。十二歳のときにギリシャ語やラテン語を学んだ。十四歳でローマ興亡に関する論文を書いた。十六歳のとき、マルゾーロ [Marzolo] についてヘブライ語やシナ語を学んだ。マルゾーロは医者であり言語学者であつた。マルゾーロとロムブローザとの間には、興味のある逸話が伝えられている。それは一八五〇年に、マルゾーロが言語学に関する或る著述をし、新聞や雑誌はそれぞれ批評をしたが、著者を満足させるようなものは一つもなかつた。ところが、ヴェロナの名もない小雑誌に匿名で掲載せられた批評だけは、深く突込んだもので、著者の意をえたものであつた。これこそ知名の学者の批評に相違ないと信じて、マルゾーロはひそかに執筆者を探した。やつと探しめてたのは十五歳の少年ロムブローザであった。ロムブローザこそ、イタリーでマルゾーロの天才を発見した最初の人である。これが縁になつて師弟の関係を結び、父と子のように互に愛し合つたということである。一八五三年にマルゾーロの勧誘に従つてパドゥア大学の医科に入學し、その後はパヴィア大学、ワイン大学に転学し、一八五八年ワイン大学でドクトルをえた。当時のワイン大学には打診法、聴診法を始めたスコーダ [Schock] がいたので、ロムブローザは興味を抱いて研究をすることができた。ベルリン大学にはフィルヒョウ [Virchow] が細胞病理学を講義しており、従来の体液病理学がくつがえされた時代で、医学に関する新しい研究はドイツの学界から続々と発表せられた。

ロムブローザがファイルヒョウの書物を読んだのは、ワインにいた頃のことである。ロムブローザは、当時のイタリーの学風が新時代から立ちおくれていることを認め、イタリーに帰つてからも、ドイツの学説を広めることにつとめた。このことは、ロムブローザが後に大学の教授になつてからも、イタリーの医学者から意地のわるい反対を受けた大きな理由になっている。一八五九年にイタリーとオーストリアとの間に戦争が起り、ロムブローザは軍医として出陣した。戦争中にえた医学上の実験には、注目すべきものが多かつたので、それを基礎として『切斷論』を発表し、ワイン大学の懸賞をえた。一八六二年に軍医の職にありながらパヴィア大学で法医学の講義をした。翌年に軍医をやめて法医学の研究に専念したが、講師の給料が少ないため、一時は生活に苦しみ、夜は内職をしたということである。外国語を理解する才能が豊かであったので、翻訳による収入が生計を助けるのに最も役立つたようである。ダーウィンの進化論を翻訳したという噂はその時代のことであると思う。一八六四年にパヴィア大学教授になることができた。生活に心配する必要がなくなったのは、この時代からである。その就職講演は『天才と狂人』という題であつて、間もなく著書として公刊せられ、好評を博した。後に手を加えて、厚い書物になり、『天才の人』という名で出版せられている。外国語の翻訳も多数ある。一八七〇年にアドリヤ海に面したペザロという町の精神病院の院長として赴任した。この町には大きな監獄があつて、受刑者を研究する材料が豊富にあつた。この年に、偶然にも或る動物に固有な特徴である中央後頭窩を、或る犯罪人の頭蓋骨に発見し、これに力をえて、犯罪（むしろ犯罪人）の本質が何であるか、ということに関する大胆な仮説を立てことになった。ロムブローザはこの感激を語つて、広野をさまよう旅人が、一筋の電光によつて道を発見したように、これまで、もやもやとして要領をえなかつた犯罪人の本質に関する問題に、新しい門を開くことができた、と述べている。中央後頭窩は、人には極めて稀で、猿以下の動物に存在する。狂暴な犯人には、精神上だけでなく、身体的にも、生れながらにして動物的特徴があつて、これは、

フランツ・リスト——刑事政策学と刑法理論

一 刑事政策学派の指導者リスト

エンリコ・フェリと同時代に、同じ方向に、刑法を導いたのがフランツ・リスト [Franz Liszt, 1851-1919.] である。

ワインに生れ、南ドイツのゼイハイムで死んだ。刑事政策に目標を与えた人で、多くの論文が刑事政策に属するばかりでなく、人柄が政治家肌であって、学生時代から政治に興味をもち、大学教授になった後は、その研究室を、世界の各大学の刑法教授の養成所と考えて指導にあたつており、事実において、生涯の最後の十年間は、プロイセンの下院議員として、ドイツ国会の議員として、実際政治に関係した。そうしたことから、刑事政策の学者として高く評価せられ、リストを刑事政策学派の指導者ということが、一般的ならわしになつた。しかし、理論刑法の学者としても第一流であった。刑事政策学者としてのリストがあまりにも大きかつたので、その蔭に刑法理論家がかくされていたまでのことである。

リストの生い立ちを一応述べる。リストはハンガリーの名門の出である。血統はハンガリー人であるが、ドイツ語、ドイツ文化、ドイツ国と運命を共にした。つまり、ドイツ人として生活し、ドイツ人の自覚をもつていた。父はオーストリアの検事総長であった。法律学の最初の教師は父である、とリストみずからがいつてい

る。大音楽家のフランツ・リスト [Franz Liszt, 1811-86.] とは従兄弟になる。音楽家と刑法学者との共通の祖父は、三人の妻から二十五人の子をえていた。音楽家の父は第二子であり、刑法学者の父は末子である。音楽家と刑法学者とは年が四十もちがっていたが、刑法学者の父と音楽家とは特に仲が良かつた関係から、刑法学者は音楽家に可愛がられて大きくなつた。刑法学者が、子供の時代から音楽家に伴われて音楽という国際文化にひたつたことは、その生涯を通じて国際主義者として生きぬいた、その原因であろう。少年時代から、乗馬、撃剣、登山など、様々なスポーツが上手であつたし、成人した後、座談とかビールの会合などでは、いつも話の中心になつて、男をも女をもひきつける社交術を心得るようになつた。リストの研究室は学問上の研究や議論の傍ら、座談の花が咲いていたといふことである。美しい字を書く人でもあつた。私の手許にある『刑法論』の第一版の献辞、それは、

わが尊敬する先生

名誉教授 C・チーバルト博士に

感謝の心をもつて捧げる

著者

一八八〇、一一、一八

[Seinen hochverehrten Lehrer H. Prof. Dr. C. Ziebarth in dankbarer Ergebenheit der Verf. 18 XII. 80.]

という五行であるが、これを見る毎に、その見事な筆跡に感心する。ゆくところ可ならざるゝとなし、という人であったと思われる。政治には始めから興味をもつており、ワイン大学ではドイツ国民党の学生指導者であった。後の話であるが、一八八四年マールブルグ教授時代に、ワイン大学から就任交渉があつたが、ワインに帰ると政治に喰われてしまうという心配から、ついに帰らなかつたといふことである。

リストの学生時代のワイン大学法科には、三つの輝ける星があつた。ヨゼフ・ウンガーパー [Josef Unger]、ユリウス・グラザー [Julius Glaser]、ルドルフ・イエーリング [Rudolf Jhering, 1818-92.] の三人。そのほかにロレンツ・スタイン [Lorenz Stein]、エミール・ワールベルグ [Emil Wahlberg, 1824-1901.]、アドルフ・メルケル [Adolf Merkel, 1836-96.] がいた。刑法はワールベルグに教えられた。リストの刑事政策の基礎になつてゐる個別化主義、特に、慣習犯と偶發犯人の区別は、ワールベルグからの影響である、とみずから述べてゐる。イエーリングからは、その方法論的基礎である目的合理主義をつき込まれた。イエーリング自身は、リストを、刑法部門における自分の代理人と考えていたようである。メルケルからは発展的思想の考え方を受継いだ。リストはワイン大学からゲッティンゲン大学、ハイデルベルグ大学に学んだが、そこでは何の印象をも受けなかつたようである。当時のドイツの諸大学には、ヘーゲル学者のベルナー [Friedrich Berner]（ベルリン）とヘルシュナー [Hugo Hähnel]（ボン）、自由主義者ウェヒター [Karl Wächter]（ライプチヒ）が刑法の講義をしており、若いビンディングもライプチヒ大学で講義を始めていたが、リストはそうした諸学者から直接の指導を受けない。ホルチエンドルフ [Franz Holzendorff]（ミュンヘン）は、後年のリストの手本ともいふべき学者であるが、これも直接の先生ではなかつた。

一八七五年にグラツ大学の講師に、一八七九年にはギーセン大学の教授になつて、オーストリアからドイツに移り、それからは、一八八二年にマールブルグ大学、一八八九年にハッレ大学、一九〇九年にベルリン大学に転じ、一九一七年に隠退するまで、そこにあって、ドイツの刑法学界に君臨した。

リストは自然科学の帰納法を刑事政策に応用した。リストの学生時代は哲学の空白時代であった。個々の科学は自然科学の方法を模範とし、ザインを越えて、ザインから独立したゾルレンの世界を基礎づけることは、形而上学として排斥せられていた。個人の精神的生活の法則としての心理学のほかには、社会の共同生活の法則としての社会学があつただけである。リストは実証主義の先頭に立つて、刑事政策だけではなく、固有の法

いわゆるキール学派の刑法体系

『自由主義刑法か権力主義刑法か』の共同著作以来、ダーム〔Georg Dahn, 1904-63〕及びシャフスタイルン〔Friedrich Schaffstein, 1905-2001〕両教授は協力して幾多の論文を発表し、刑法学の革新に邁進している。既成刑法学に対する批判は、二人において痛烈を極めていたし、現在もそうである。従来の刑法学の考察方法は個別的、抽象的、論理的、形式的であったが、これを棄て、全体的、具体的、直観的、実質的方法により刑法学の新体系を樹立せねばならないと主張する。二人はキール大学の教壇にたつてラレンツ、ジーバート諸教授と共にいわゆるキール学派またはキール法学の旗のもとに花やかな存在を示しつつある。『新法学の基本問題』と題するキール学派の協同著作をまとめた論文集にあるダーム『構成要件と犯罪』及びシャフスタイルン『義務違反としての犯罪』はキール学派の刑法体系の積極的展開として注目に値する。両論文は相互に引用し、表裏から同じ趣旨を強調する。次に簡単に紹介し批評する。

ダームによれば、ドイツの法律思想は今日まで「規範的」思想であつて、存在と当為、価値と実在、規範と事実を鋭く分離することによって特徴づけられた。法は生に結付く規律である。生自体は法ではなく、また何らの秩序をも含まない。生は混沌として、物理的及び心理的出来事の無意味な流出物として現われ、外部からの干渉により始めて秩序づけられる。故に法は生よりも高い精神的領域に由来する。法の威儀は生からの遊離に基く。従つて法は最も純粹に蒸溜せられた概念の形で現われ、純粹価値の領域において形作られ、生及び現実の紛糾の上に聳えておる。最も高い概念は一般的、中立的概念であり、学問的労作の中心に「総論」と「一般法律学」が、あらゆる現実と内容の上に浮彫となつて、普遍妥当的思考形態を展開する。この考察はそれ自身の法則を決定する。思考の秩序は生の内部的秩序ではない。生の内部的秩序はこの考察を否定する。概念は物によって形作られるのではなく、むしろ抽象的概念構成の独立した技術によって形作られる。抽象的概念構成は生の価値を認めないことに基き、共同体、即ち自然的な本質的関係の内部的法則に何等の顧慮を払わない。この考察は刑法をも支配し、十九世紀及び二十世紀当初の刑法学的労作はあらゆる犯罪に共通の要素としての一般的犯罪概念の探究を眼目とした。それは必然的に個々の犯罪を等閑視する結果をもたらす。具体的な犯罪は抽象化の材料として役立つにすぎない。過去の労作は犯罪の一般的概念をその成立部分、特に外部的因素と内部的因素、即ち違法と責任に分解する。これ等の労作は、まず発展の前提となるべき総論において、統一体としての犯罪を把握することを試みた。十九世紀の偉大な刑法体系は、犯罪を一定の観点のもとにおき、そこから個々の部分を説明する。アドルフ・メルケルは責任思想を、ビンディングは違法概念を前景にすえ、それから意味関係を引出し、犯罪の成立部分を意味ある統一体の部分として、共通の名称のもとにもつてくる

ことを企てた。しかし抽象的考察は、それ自体のうちに分裂の萌芽を含み、世紀の転換期における刑法学はもはや犯罪概念の崩壊を防止する力をもたなかつた。この発展は一般にベーリングの『犯罪の理論』（一九〇六年）及び『構成要件の理論』（一九三〇年）をもつて終末をつけたとみてよい。ベーリングの著作こそはまさに分裂的考察の最後のものである。ダームはかような前置きを述べた後、ベーリングの構成要件を解剖し批判する。

ベーリングによれば、犯罪の客観的方面は行為、構成要件、違法の主要素に分割せられ、おのれのは相互に関係なしと考えられている。行為は無内容な意志表現としての神経と筋肉の運動であり、構成要件と違法は切離された客体と価値の関係である。相互に無関係な三要素の形式論理的な合計により犯罪の客観的方面が成立することになる。構成要件は行為の類型的記述にすぎず、行為が構成要件に該当するという判断は何らの違法判断をも含まない。正当防衛として人を殺すこと、医師が手術をすること、執達吏が住居に入ることは、それが自体としては殺人罪、傷害罪、住居侵入罪の構成要件に該当するが、構成要件に該当する行為のすべてが犯罪となるのではなく、そのために更に違法（及び責任）の評価が加わることを必要とする。また構成要件該当性と違法性の関係は構成要件と違法阻却原因の原則Ⅱ例外の関係であり、かような原則Ⅱ例外は今日の法律学の考察方法においてかくべからざる技術、純理論上の要求である。ベーリングはかように考へた。

ダームによれば、かような伝統的思想の基礎には不当な考察方法が含まれている。構成要件該当性の判断はまだ評価を含まないということが根本的の誤解である。構成要件該当性の判断は常に価値否定の評価を含む。そうであるからこそ違法阻却原因が問題になるのである。戦場で敵を殺す兵士も殺人罪の類型を充たすというが如きは日常の用語例と事物の真相を不當にゆがめた観察であり、適法行為の価値を甚だしく低下させる。かような不合理を理論的と考えていたところに伝統法律学の欠陥がある。法は抽象的秩序ではなく、生の具体的

フィルヒョウ 220-222
フィンガー 89
フェリ 80, 148, 168, 222, 225-227,
229-231, 235
フォイエルバッハ, アンゼルム 20,
26, 29, 86, 87, 89, 134, 135, 147, 156,
160, 161, 172, 189-199, 201-218, 237
スター 158
フェンダルフ 26, 136, 137, 139, 156
ブラックストーン 21-24
フランス革命 19, 20, 90, 99, 136, 209
プランデンブルグ刑事裁判法 28
ブルンネマン 129
ヘーベル 204, 233, 234
ペーコン 163
ペーリング 241, 242
ベッカリー 76-78, 81, 106, 145,
147-151, 153-155, 157-160,
162-171, 173-179, 183, 186-188
ヘムシンク 134
ベンサム 13, 137
保安刑 211
法益侵害 243-245
封建主義 31, 193, 198
法治国 193, 197, 198, 209, 210
法的安全 235-237
ボーマー 129, 138
ボーネ 116
ホップス 135-137, 139, 144
ホムメル 87, 149, 154, 155

ま 行

マイヤー 242
マルゾーロ 220
マレルバ 186
ミッテルステット 235
ミハエリス 155, 156, 160

民族確信 88, 92-95
メイン 13
メツガー 242
メランヒトン 134
メルケル 233, 234, 240
モルハイ 143
モンテスキュー 25, 29, 106, 142-146,
148, 153, 155, 156, 163, 166

や 行

ユーゴー 82
ヨゼフィナ刑法 106, 107

ら 行

ラートブルフ 89
ラーバント 92
ライプニッツ 137, 139, 140, 185
ラマルティン 82
ラレンツ 239
ラングトン 20
リープマン 89, 90, 98
リスト 176, 210, 229, 231-237
ルソー 25, 76, 106, 144-149, 163, 166,
171, 177, 178
ローマ法 16, 27, 28, 52, 101, 102, 128,
131, 140, 157
ロック 21-24, 136, 137, 139, 141, 144,
163, 166
ロマニヨージ 153
ロムブローザ 148, 163, 220-225, 229,
230, 234, 235

わ 行

ワグニッツ 111

ゴールドショミット 244

コシェイ 138

コント 222

さ 行

- 罪刑専断主義 19
罪刑法定主義 19-33, 108
財産刑 93, 102, 130, 143, 151, 157, 158
ザウアー 242
ザクセンシュピーゲル 27, 128
ジーパート 239
自然法 21, 22, 24, 29, 133-140, 154, 160
自然法学 21, 23, 29, 134-136, 140
実証学派 148, 219, 220, 225-227, 229, 230
資本主義 18, 219, 223
社会契約 21, 23, 76, 78, 106, 107, 135, 136, 144, 145, 147, 149, 151, 159, 171, 173, 174
社会防衛 106, 209, 235, 236, 237
シャフスタイル 239-243
自由刑 28, 77, 78, 81, 82, 88, 90, 91, 93, 101-111, 113-116, 124-126, 140, 143, 151, 152, 159, 174, 175, 235, 236
ジュッス 132
シュミット, リハールト 98
シュワルツェンベルグ 28
城塞禁錮 110
城塞刑 103-105, 107-110
情状酌量 107
シルレル〔シラー〕 95
人権 22-26, 30, 31, 193, 197, 209
人権思想 19, 22, 25, 31, 169
人道思想 133, 141
人道主義 129, 136, 141, 149
心理強制 156, 160, 172, 203
心理強制主義 135, 147, 150, 155, 156, 160, 161, 190, 194, 196-198, 204
心理的強制主義 26, 27, 29, 210, 212, 213
スタムラー 234
スチューベル 211
スツレンク 126
政治犯 53, 54, 58, 59, 63, 72, 73, 82-84, 94, 204

- 正当防衛 96, 129, 153, 158, 159, 241
生命刑 101, 104, 106, 114, 117
ソヴェート 32, 33, 229
ゾンネンフェルス 156, 157

た 行

- ダーム 239, 243
体刑 28, 51, 101, 102, 104-106, 114, 117, 130, 158
ダランペール 143, 163, 166
タリオ 15
タリオン 86, 93, 134, 149
笞刑 39, 56, 94, 102, 105, 106, 158, 236
懲治刑 105, 107-111, 113
懲治場 103-105, 108, 109, 111-113, 115-126
追放刑 102, 106, 107, 152, 156-158
テレージア刑法 80
同害復讐 15
トゥサン 143
独裁主義 33
トマジウス 139, 140
トルストイ 98, 99, 223, 224

な 行

- ナチス 32, 33
ナポレオン刑法 30, 82
ナポレオン法典 192, 193

は 行

- ハーワート 125
バイエルン刑法 86, 131, 160, 191, 192, 194, 197, 198, 217
陪審 142, 143, 196, 197, 200
バムベルグ刑事裁判法／バムベルゲンジス 27, 28, 128
犯罪心理学 201, 202, 204
犯罪人類学 204, 223, 230, 235
ヒッペル 115, 116
百科学者 164, 167, 168
百科学派 143, 144
ヒューム 163
ビンディング 26, 233, 240
フィラン杰エリ 150, 151, 153, 160

索引

あ 行

- アルメンディングン 193, 215
イエーリング 64, 233, 235, 236
イエリニック 235
威嚇主義 75, 150, 152, 153, 160, 162, 212
威嚇力 77-79, 81, 91-96, 106, 107, 152, 175, 203
意志決定論 136, 141, 146, 154, 225
一般意志 78
違法阻却原因 241, 243, 244
イムパロメニ 187
ウイリアムス 23
ワインクラー 134
ヴェリ, アレッサンドゥロ 163, 183
ヴェリ, ピエツコ 163, 165
ヴォルテール 25, 106, 131, 145, 146, 148, 149, 152, 164, 168, 182, 183
ウォルフ 137-140, 154, 185
ヴグラン 132
疑わしいときは被告人の利益に 132, 137, 144
応報刑 134, 146
応報思想 67, 92, 93, 106, 137, 141, 160
応報的正義 98
オティス 23, 24
オルデンコップ 129
オルデンドルフ 134

か 行

- カール 89, 95, 98
階級刑法 176
カラ事件 106, 145, 164, 180-183
カララ 225
カルヅォ 28, 75, 129, 132, 138, 140
ガロファロ 222, 225, 230
カロリーナ刑法 25, 27, 28, 86, 102,

- 107, 114, 128-132, 138, 140, 194
カント 14, 86, 87, 149, 160, 161, 174, 189, 194, 212, 217, 234
ギゾ 82
強制労働 79, 80, 102, 103, 105, 106, 109, 110, 132, 152, 236
キルヒマン 100
グアルディオネ 186, 187
クーラース 128
クライン 159, 215
クラインシュロット 159, 160, 191, 192, 194
クレエペリン 235
グローティウス 15, 134-137, 139, 140, 144, 187
グロービック 158, 160
グローマン 193, 196, 206-211, 214-216
警察国 138, 209, 210
刑事政策学派 231, 237
刑罰権 21, 30, 31, 135, 136, 144, 147, 149, 171, 172, 197, 237
刑罰量定 107, 108, 197
啓蒙思想 106, 108, 117, 133, 154, 156, 180
啓蒙精神 202
啓蒙哲学 81, 133, 134, 139-142, 144, 147, 150, 153-156, 160, 162, 167
嫌疑刑 29, 132, 144
ゲンナー 190, 191, 198, 199, 217
拘禁 71, 101, 103, 105, 109-111, 113-126, 156, 236
構成要件 49, 50, 86, 108, 197, 202, 236, 237, 239, 241-245
拷問 31, 72, 80, 93, 100, 107, 117, 132, 143, 144, 148, 150, 156, 162, 164, 165, 168, 170, 176, 177, 181, 183, 186, 187, 191, 192
功利主義 137