

意思の自由と裁判官の恣意

ドイツ近代刑法成立史の再検討のために

高 橋 直 人

- 第1章 序 論
- 第2章 帰責論と「意思の自由」
 - 第1節 クラインの見解
 - 第2節 シュテルツァーの見解
 - 第3節 「意思の自由」の動揺
 - 第4節 クラインシュロートの見解
 - 第5節 グロールマンの見解
 - 第6節 ティットマンの見解
 - 第7節 補説 ティットマンの経歴と業績
 - 第8節 小 括
- 第3章 フォイエルバッハと自由意思論
 - 第1節 フォイエルバッハによる批判
 - 第2節 心理強制説にみられる人間観
 - 第3節 バイエルン王国刑法典（1813年）と帰責論
- 第4章 いわゆる「裁判官の恣意」について
 - 第1節 「裁判官の恣意」に対する批判の背景
 - 第2節 悪法と恣意
- 第5章 「犯罪心理学」に寄せられた期待
- 第6章 ま と め 近代刑法成立過程の重層性と多元性
- 第7章 お わ り に

第1章 序 論

人は、理性的な自然的存在（vernünftiges Naturwesen）である，
すなわち人間（Mensch）なのである¹⁾。

上記は，18世紀末から19世紀前半にかけてドイツで活躍した刑法学者グ

ロールマン (Karl Ludwig Wilhelm von Grolman, 1775-1829) の言葉である。彼によれば、人間は一方で「理性的に行為すること」のできる「理性的存在 (Vernunftwesen)」であり、他方で「変えることのできない自然法則に支配され」ている「自然的存在 (Naturwesen)」つまり「獣 (Thier)」でもある²⁾。このような二面性を併せ持つがゆえに、人間は「理性の要求に応じ、獣性を人間性に従わせるが しかしまだ耐え忍びながら振る舞い、そして獣として感情 (Gefühl) のままに決定されもする」と彼は述べる³⁾。つまり、獣と人間とを分かち理性という固有の力をもちながらも、その理性の要請に常に従って行動できるわけではないという矛盾をはらんだ存在であることに、グロールマンは人間の本質を見いだしている。そのうえで彼は、「理性の要求に応じ、獣性を人間性に従わせる」能力を「人間性〔にとって〕の特徴的なもの」とし、これを「選択意思 (Willkühr)」と呼んでいる⁴⁾。

「人間とは何か」という根源的な問いかけに答えることは、たしかに哲学においては、古代から今日に至るまで永遠の課題となっている。だが刑法学の分野で同様に「人間」の本性に関する議論が活発に行われるようになるのは すなわち刑法の前提となる人間観はいかなるものであるべきかということが、自覚的に論じられるに至るのは 18世紀(特に後半以降)に入ってからであると考えられる。

「啓蒙の時代」と呼ばれる18世紀に、刑法の基礎に置かれるべき人間観についての議論が本格化するのには、偶然ではない。先ほどのグロールマンの例からも見て取れるように、当時の刑法学の人間観においては、一般に「理性 (Vernunft)」のもつ働きが重要な役割を与えられている。「啓蒙は理性への希望によって決定づけられている」⁵⁾とW・シュナイダース氏が述べる通り、人間の理性に対する信頼は啓蒙思想の基本的特徴であると言える。この理性の働きに注目して刑法上の人間観が構築されたということに、同時代の啓蒙思想からの影響が象徴的に示されている。Y・グレーヴェ氏によれば、啓蒙時代において「理性は、あらゆる認識の決定的な源

泉，人間の行為の原理およびあらゆる価値の基準」であるとさえ考えられていた⁶⁾。理性を有する主体としての人間を世界の中心に据える，啓蒙思想のそのような考え方は，刑法家に対しても「人間」のあり方について深く考察することを促した。そして理性を有する自律的主体という啓蒙の人間観そのものが，刑法学全体の基礎として取り入れられていくのである。

「理性」とならんで，当時の刑法学において脚光を浴びているのが，人間の「意思（Wille）」およびその「自由（Freiheit）」である。ここでも具体的にグロールマンの例に即していえば，人間はたしかに「変えることのできない自然法則に支配され」ている一面を持つが，それでも「理性の要求に応じ，獸性を人間性に従わせる」ところの「選択意思」を有しており，この範囲においてやはり自由なのである。選択意思に基づく行為のことを，グロールマンは「固有の人間的な行為」とし，同時に「主体的な（subjectiv）」行為であるとする⁷⁾。それゆえ逆に「選択意思」を欠く状態で行われた行為は，刑法上の帰責の対象とはならない。

理性，意思および自由という概念の意味内容や，それらの概念を相互にどのように関連づけるかについては，当時の刑法家の間でたしかに考え方に違いがみられる。だが少なくとも人間というものを，「理性」を有し「自由」な「意思」に基づいて行為する「主体」として考える発想自体は，18世紀末にはドイツの刑法家の間で基本的に共有されている。18世紀の経過につれて，啓蒙の人間観はドイツの刑法学に着実に根付いたのである⁸⁾。

18世紀の後半以降，近代的な刑法にとって不可欠な原則（中でも責任主義に当たる原則）が発展し，同時に刑事法一般から不平等な身分制的要素が払拭されていくことは，その前提となる人間観の変化なしには考えられない。また人間の尊厳をかかげる啓蒙思想の考え方が，刑事司法において人道性という観点が強く意識される契機を作り出したことも，看過し得ない。その結果，従来の死刑中心の刑罰体系が犯罪と刑罰との均衡の取れたものへと改められ，火刑や車刑などの残虐な刑罰が廃止され，死刑それ自

体の大幅な制限や廃止も実現され、裁判手続においても拷問が廃止されていく。

啓蒙期ドイツの刑法家たちが試みたのは、刑法の領域における「人間のあり方」を理解することに真正面から取り組み、人間性の尊重あるいは人道主義という理念の上に、従来の普通刑事法学⁹⁾を根底から再構築することである。この点を18世紀末の刑法家もしばしば自覚している。ザクセンの刑法家シュテューベル(Christoph Carl Stubel, 1764-1828)が、自分たちは「人間についてまったく無知なカルプツォフ」¹⁰⁾とは違う、と述べるようにである。

啓蒙の新たな人間観の浸透は、以上のごとく刑事法一般に影響を及ぼし、18世紀の末から19世紀初頭にかけてドイツ近代刑法(学)が成立するうえで決定的であった。その際、最も直接的かつ大きな影響を受けたのは、いわゆる帰責(imputatio, Zurechnung)論の領域である。ある犯罪の結果について行為者に責めを帰することが妥当か、(妥当であるとすれば)どの程度の範囲で帰することが可能か、という判定を適切に行うための理論を提供することが、当時の帰責論の基本的な課題である¹¹⁾。プーフENDORF(Samuel Pufendorf, 1632-1694)を創始者とする帰責論¹²⁾が18世紀にさらに発展していく過程で、行為者の「意思の自由」という観点が帰責の判断においてますます重視され、刑法家たちによって盛んに論じられていることについては、前述の啓蒙思想のもたらした人間観に触発された部分が大きい。

その際、「意思の自由」が伴わない場合には行為者に責めを帰することができず、あるいは「意思の自由」が制限されていた場合にはそれに応じて限定的にしか責めを帰することができない、ということが強調された点が特に重要である。こうして「意思の自由」の有無およびその程度いかんという観点から処罰を適切な範囲に限定していく機能を担い、そのための学問的な理論を発展させたことに、帰責論の主要な意義がある。H・ホルツハウアー氏の言葉を借りれば、「帰責論の枠内における自由論は、刑法

の人道化の趨勢の中で重要な法政策的手段となった」のである¹³⁾。

だが「意思の自由」と結びついた帰責論は、刑法の人道化という成果と同時に、当時の刑事司法に深刻な問題をも生じさせたと思われる。フォイエルバッハ（Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775-1833）が批判するよう、当時の帰責論は「意思の自由」の有無とその程度いかんについて適正な判断基準を与えることに必ずしも成功しておらず、それゆえ実際には裁判官が自らの裁量によって専断的・恣意的に判定している可能性も高いからである。

そうであるからこそ、フォイエルバッハは、「意思の自由」という問題を刑事裁判で取り扱うべきではないと主張する。彼の刑法理論は非決定論に立脚していると誤解される場合もあるが、少なくとも刑法の領域においては¹⁴⁾、彼は「意思の自由」を明確に否定しており、後述するように事実上の決定論の立場である。その背景には、純然たる理論上の理由以上に、いわゆる「裁判官の恣意」に対する彼の実践的な警戒感が存在する。つまり「意思の自由」という曖昧なものを刑事裁判に持ち込むならば、「自由」の有無やその程度について判断する裁判官に過度に広範な裁量の余地が認められることになる、と彼は危惧するのである。

以上のような理由により、フォイエルバッハは、非決定論が大勢を占める18世紀末から19世紀初頭のドイツにおいて「意思の自由」に対して異論を唱えるのである。なるほど、その意味において彼は、クライン（Ernst Ferdinand Klein, 1744-1810）をはじめとする当時の有力な刑法家の大半を相手に回して争ったことになる。そして「裁判官の恣意」の排除をかけたフォイエルバッハが勝利し、いわゆる罪刑専断主義が克服されて近代刑法の根本原則である罪刑法定主義が確立されるに至る、という理解が現在も有力である。

しかしながら、一方には暗黒の時代の残滓としての「裁判官の恣意」と、これに象徴される罪刑専断主義があるとして、他方でフォイエルバッハがそれらを乗り越えて罪刑法定主義を確立し近代刑法への道を切り開く、と

いう図式については違和感も残る。そのシェーマは、近代刑法という「光」とそれ以前の刑法という「闇」の対立を、非常に分かりやすく浮き彫りにしている。反面、それだけに、ドイツ近代刑法成立史という現実の複雑な歴史的経緯に対する理解としてはあまりにもできすぎた、ステレオタイプな図式化であるように思われてならない。

「裁判官の恣意」の排除という焦眉の課題に應えるためであるにせよ、フョエルバッハが「意思の自由」を刑法において認めない点を考えると、上記の違和感はいっそう大きくなる。なぜなら当時の状況において「意思の自由」を否定するということは、18世紀の刑法家たちが啓蒙思想の影響下で刑法の世界に導入してきた、人間は自由で自律的な主体であるという理念をこの人間観こそが近代刑法の基礎であるにもかかわらず根底から否定することをも意味しかねないからである。つまり看過してはならないのは、「裁判官の恣意」に対するフョエルバッハの批判は「意思の自由」に対する批判と表裏一体になっている、ということである。ここに問題の悩ましさ、複雑さが存在する。だが、この点については、山口邦夫氏らの研究によってすでに指摘されているとはいえ¹⁵⁾、わが国のドイツ近代刑法成立史研究において必ずしも十分に意識されてきたとは言えないのではなからうか。

勿論、フョエルバッハの主張を多面的に問い直すことによって、彼の功績の歴史的意義そのものが損なわれるわけではない。だが、そのうえで言えば、いわばドイツ近代刑法成立史の焦点ともいえる、フョエルバッハによる「裁判官の恣意」に対する批判と罪刑専断主義の克服ということがらに関し、少なくとも彼個人の見解の卓越性と功績のみを強調するような見方は不正確であり、当時の多様な問題状況を矮小化した理解を生みかねないのである。

「意思の自由」を否定したことと引き替えに、後述のようにフョエルバッハの理論や彼の手になる立法作品に重大な矛盾が生じていることを考慮に入れるならば、彼の主張を全面的に「近代刑法学の父」のそれとして

賞賛するのは楽観的にすぎる。特に刑法の前提となる人間観については、
フョエルバッハの理論には危うい面があることも意識せねばならない。
また、この点は筆者が従来の論稿でも指摘していることであるが、当時
における「裁判官の恣意」という現象自体、同時代の歴史的背景をふまえて
理解するならば、必ずしも「罪刑専断主義」というレッテルを貼って片づ
けられるような単純な問題ではないと考えられる¹⁶⁾。

以上をふまえ、18世紀末から19世紀初頭のドイツにおける「意思の自
由」と「裁判官の恣意」をめぐる議論を、当時の歴史的な文脈の中に位置
づけつつ、複眼的な視点のもとで再検討することが本稿の課題となる。刑
法によって立つ人間観という基礎的・理念的な問題が、ドイツ近代刑法の
成立期である18世紀末から19世紀初頭の刑法理論の発展と深く結びついて
いると同時に、当時の裁判上の実践的課題にも影響を与えているという事
実を示すことにより、ドイツ近代刑法成立史を今後いっそう精密に理解し
ていくための一定の手がかりを提示できれば幸いである。

具体的な作業としては、「意思の自由」を有する自律的主体という人
間観が、18世紀末から19世紀初頭の帰責論にいかんにか反映されているかにつ
いて、同時代の著名な刑法家たちの学説を素材として検討する（第2章）。

そのうえで、「裁判官の恣意」を排除するために「意思の自由」を刑法
において敢えて否定するフョエルバッハの見解を取り上げるとともに
（第3章第1節）、彼の刑法理論に反映されている「意思の自由」をも
たない自然的存在として人間像について、いわゆる心理強制説を具体例
として検討する（第3章第2節）。さらに「裁判官の恣意」の排除のた
めにフョエルバッハの掲げた理論が、その目的の正当性にもかかわらず、
現実には帰責に関連して大きな矛盾をはらむものであるということ、彼
の起草したバイエルン王国刑法典（1813年）の内容や同法典の編纂過程に
おける議論を例として明らかにする（第3章第3節）。以上の理論的考
察に続いて、そもそも当時における「裁判官の恣意」の実態とはいかなる
ものであるのか、なぜ「恣意」的な判決が頻発するのか、ということをお

料に即して具体的に理解する(第4章)。「意思の自由」を認める立場の刑法家たちが、「意思の自由」の有無やその程度に関する適切な判断基準を作り上げるために、刑事法学の補助学としての「犯罪心理学(Criminalpsychologie)」の役割に期待を寄せていることを明らかにする(第5章)。

なお引用箇所において、〔 〕内の言葉は引用者による。同じく引用にあたり、引用者による傍点(例：刑法史)と著者による傍点(例：刑法史)とを使い分けるものとする。

第2章 帰責論と「意思の自由」

啓蒙思想によって確立された自律的主体としての人間像は、18世紀末から19世紀初頭のドイツの刑法理論において、どのように反映されているのであろうか。また自律的主体としての人間像にとって欠くことのできない概念である「意思の自由」は、当時の刑法家にどのような意味で理解され、帰責論との関連では具体的にいかなる役割を与えられているのであろうか。以下、主として1790年代に公刊された刑法文献を例に検討する。

第1節 クラインの見解

まず18世紀後半に活躍した刑法家の中で最も著名な人物の一人であろう、ハレ大学教授のクラインの見解を取り上げる。周知の通りプロイセンのハレ大学は、いわば18世紀のドイツにおける啓蒙思想の発信拠点のひとつであり、トマジウス(Christian Thomasius, 1655-1728)やヴォルフ(Christian Wolff, 1679-1754)も同大学で教鞭を執っている。クライン自身も1763年からハレ大学で学び始め、特にヴォルフの弟子であるネットェルブラット(Daniel Nettelblatt, 1719-1791)の教えに感銘を受けたという¹⁷⁾。法を学ぶ中で、クラインが「モンテスキュー、ダゲッソーおよびベッカリーアを熱心に読んでいた」¹⁸⁾ということも、彼の理論の思想的背景を考

えるうえで興味深い事実である。

一方でクラインは、彼と論争したフォイエルバッハとの対比において、啓蒙絶対主義下のポリツァイ国家的な刑法理論を体現する人物として先行研究の中でしばしば批判的に描かれることがある¹⁹⁾。クラインが編纂に携わったプロイセン一般ラント法（Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, 1794）の刑法部分にしても、たしかにそのような限界を有することは否定できない²⁰⁾。しかし他方で、彼がハレ学派の伝統の中で啓蒙思想を明確に受け継ぎ、その基盤の上に自らの理論を構築していることも確かなのである²¹⁾。また、18世紀に「啓蒙のコミュニケーションに無視し得ない役割を演じたのが、フリーメーソンに代表される秘密結社である」²²⁾ということをつまえば、クラインがベルリンのフリーメーソンのロッジ（支部あるいは集会場）「Royal York」のマスターであったことも、彼の思想的立場や人物像を理解するうえで看過し得ない²³⁾。

さて、クラインは「帰責」について、『ドイツ及びプロイセン普通刑事法の諸原則』（1796年。以下、『原則』）の中で最初に次のように述べている。

犯罪の帰責は、ある一定の主体（Subjekt）の意思から、法律に反する結果が結論として説明され得る〔か否か〕という判断に存する。その際、単に行為の結果が顧慮されるか（事実の帰責（imputatio facti））、あるいはその行為に基づく法的な結果も顧慮される（法的帰責（imputatio juris））、処罰のために行為が被疑者（Angeschuldigte）²⁴⁾に帰責されることとなるならば、そのことは、道義的帰責（moralische Zurechnung）というものを前提とする。この道義的帰責は、法律を遵守して行為すべき行為者の義務およびその義務の大きさを顧慮するのである²⁵⁾。

「事実の帰責」と「法的帰責」という区別は、当時の帰責論にしばしば

登場する。だが両者は、以下のクラインの帰責論においてさらに言及されることもなく、特に重要な役割を果たしてもしない。教科書的な文献としての『原則』の性格から考えて、おそらく帰責の典型的な区分の仕方が予備知識として紹介されているのであろう。

刑法上の帰責にとって実際に重要であるのは、すなわち処罰の前提とされるべき帰責とは、「道義的帰責 (moralische Zurechnung)」である。この moralisch な帰責とは「法律 (Gesetz) を遵守して行為すべき義務」を顧慮する法的な評価であるから、それを単純に「道徳的」あるいは「倫理的」な帰責と訳すことは妥当でない。ただし、この帰責には、法的義務に違反したことに対する道義的非難という意味合いは含まれ得るのであろう。それゆえ、ここでの moralisch については、ひとまず「道義的」と訳すのが適切であるように思われる。当時の刑法学における moralisch という語の意味内容については、次節以降においても、個々の論者の具体的表現に即して改めて論じたい。

さて、先ほどの帰責一般の定義の中で、「主体」および「意思」という言葉が明示的に用いられている点に注目すべきである。この「意思」に関し、クラインの『原則』の「犯罪の前提とされる意思の自由 (Freiheit des Willens) について、および犯罪を実行可能であり刑罰を科せられ得る者について」という箇所において、さらなる言及が行われている。それによれば、「自由な行為のみが行為者に帰責せらるる」²⁶⁾とクラインは強調しており、ゆえに彼の言う行為者の意思というのも、自由な意思であると解される。そして次のように、クラインの理論において「自由」と密接な関連を有するのが、「理性」という概念である。

自由な行為は理性の使用可能性を前提とするため、理性の使用に欠陥のある者や、違法な結果の回避のために理性を使用し得なかった者は、犯罪を実行することが全くできない²⁷⁾。

人間とは自由な意思を有する主体的存在であり、そして意思の自由は理性の働きを前提とするものであるという啓蒙の人間観に、クラインの帰責論は明確に立脚していると言えよう。この人間観に特徴的な、「主体」、「意思」、「自由」および「理性」というキーワードもすべて、彼の文章に盛り込まれている。

以上の考え方を、前述の「道義的帰責」も前提としている。すなわち主体としての行為者が、自らの「理性」によって「自由」に、敢えて「法律を遵守すべき義務」に反する行為を実行したと認められる場合に帰責が行われる、という理論構造となっているのである。その裏返しとして、理性の働きを欠く状態の者には意思の自由がなく、それゆえ道義的に非難することは不能であるから帰責も行い得ない、ということになる。当時の帰責論に即して言えば、帰責の前提としての「帰責能力 (imputabilitas, Zurechnungsfähigkeit)」の問題である²⁸⁾。このように、帰責の前提条件そのものについて「意思の自由」の観点から判断する考え方が発展していくことは、責任主義や責任能力に関する理論の発展にとって決定的な意義を有している。

とりわけクラインは、今日の言葉でいえば責任無能力や限定責任能力に関する理論の構築に、精神的に取り組んだ論者である²⁹⁾。自由な行為の前提となる「理性」の「使用が不可能になり、または阻害される」場合を、彼は次の7つに大別している³⁰⁾。

第一に、正しい「感性的印象」を得ることのできない、「Sinnlosigkeit〔感性喪失〕」による場合。第二に「概念を集め、結びつける能力の欠陥」による場合。この能力が完全に欠如しているのが「Unsinn」であり、同じく能力が減退しているのが「精神薄弱 (Blödsinn)」や「無知 (Einfalt)」である。第三に「記憶力の衰弱 (Schwäche des Gedächtnisses)」による場合。第四に「心的な諸力 (Seelenkräfte) の関係が正常でないこと」による場合、中でも強い思い込みによる場合。この類型はさらに2つに分けられる。「本来的な Täuschung〔錯覚, 混同〕」は無く、

単に特定の表象が非常に強いことによる場合(Thorheit〔情緒錯乱〕,憂鬱(Trübsinn),憂鬱が病的基盤と結びついたものとしてのメランコリー(Melancholie),そして宗教的な表象が強い場合(宗教的妄想))、「Täuschung」による場合(Verrückung〔偏執性錯乱〕,Irre〔精神錯乱〕),第五に「感性的欲求」に対する「理性の弱さ」という場合。その例としては,子供,未成年者,「獣のような感情の持ち主(Thierischgesinnte)」が挙げられている。第六に,理性の使用が一時的に妨げられる状態にある場合。例えば,夢をみている状態(Traum),寝惚けた状態(Schlaftrunkenheit),夢遊病,酩酊,激情や熱情(Leidenschaften)に駆られた状態の場合。第七に,「聾啞者」のように「必要な概念や知識の欠如」に当たる場合,である。

帰責の前提となる能力の有無という観点から,減輕または免責の認められる事由が以上のように類型化されていくことは,同時代の刑事裁判のあり方にも影響を及ぼすことになる。すなわち,個々の事件において行為者が減輕・免責事由に該当するか否かを,裁判官が帰責の際に具体的に判断すべき必要が生ずるのである。その判断を裁判官が首尾よく行えば,当時の現行法の定める広範かつ過酷な処罰を,妥当な範囲に制限できる可能性もたしかに高まると思われる。反面,最大の問題点は,裁判官の判断が実際にはいかなる基準で行われるのか,そもそも判断自体が適正に行われるのか,ということである。仮に適切な判断基準のないまま,減輕・免責事由の「洪水」だけが実務の場に広がっていくならば,それは裁判官の裁量の余地を過剰に拡大させかねず,結果としていわゆる「裁判官の恣意」の蔓延をもたらすことにもつながりかねない。実際,そのような危険性に対し,フォイエルバッハは敏感に反応したのである。この点については,第3章にて本格的に取り上げる。

第2節 シュテルツァーの見解

クラインと同じくハレ大学の教授であるシュテルツァー(Christian

Julius Ludwig Sterzer, 1758-1813) は、「犯罪の帰責とは、犯罪の実質、付随的状況および結果に従い、犯人の自由な行為に犯罪の由来を求めることである」³¹⁾とする。ここで彼のいう自由とは、「moralisch」な自由をさしている³²⁾。ただし、先ほどのクラインの場合と同様に、moralisch という語については慎重に意味を確定せねばならない。法、道徳、自由という三者の関係のあり方は、次章で論ずるように、当時の刑法学において極めて微妙な問題だからである。

まず我々は、シュテルツァーのいうモラリテート (Moralität) の概念を理解する必要がある。「行為のモラリテートとは、健全な理性による決定への、行為の従属関係のことである」³³⁾と彼が述べるように、モラリテートとは、ある行為が理性の決定に基づいているという関係性のことを指すのであり、行為自体の属性としての道徳的性質を 例えば行為が道徳律に適っているか否かを 意味するのではない。あるいはカントのいう Moralität, すなわち道徳法則を尊重し、自発的に道徳法則に適用かたちで行われた行為に認められる「道徳性」とも、意味的に異なっている。そのうえでシュテルツァーの見解によれば、行為が行為者の理性による決定に基づいているか否か（前述の従属関係すなわちモラリテートが認められるか否か）ということに依じて、行為は「moralisch-gut」か「moralisch-böse」か、いずれかであり得るとするのである。ゆえに moralisch-gut と moralisch-böse を、単に一般的な訳語を当てて、道徳的・倫理的な意味での善し (gut) 悪し (böse) であると解するのは妥当でない。

そもそも、böse (悪い) という言葉をシュテルツァーがいかなる意味合いで用いているのかについては、以下のように、彼の理論全体の基礎にある犯罪観から明確に見て取れる。

あらゆる犯罪は悪しき行為 (böse Handlung) であるが、しかし、あらゆる悪しき行為が犯罪ではない。悪徳 (Laster) は公のポリツァ

イ (öffentliche Polizey) を害し、罪業 (Sünde) は自然的または内的な宗教規範 (Religionsgesetz) を害するけれども、犯罪とは、公共の福祉 (das allgemeine Wohl) に向けられており、刑事法律において禁止されている自由な行為なのである³⁴⁾。

このように、シュテルツァーが犯罪として問題にする「悪しき行為」とは、公共の福祉に対して向けられた、刑事法律に規定されている自由な行為のみである。その他の社会規範に反するにすぎない行為や、ポリツァイ的な配慮から規制されるべきであるにすぎない行為は、つまり一般的な意味での悪しき (böse) ことがらには、シュテルツァーの見解においては犯罪には当たらず、それゆえ最初から帰責の評価の対象自体になり得ないことになる。以上をふまえたうえで、böse という語のニュアンスを読み取らねばなるまい。

ただしクラインの「道義的帰責」の場合と同様、理性に基づく行為者の決定に対し、moralisch な (= 道義的な) 非難可能性をシュテルツァーが帰責の基礎に置いているということは、理論的には仮定しうるであろう。それゆえ moralisch-böse という語を「道義的に非難されるべき」という意味で理解することには、一定の妥当性がある。

ちなみに、「その欠陥は、moralisch な原因または physisch な原因によるものである」というシュテルツァー自身の用例にもみられるように、当時の moralisch という語は、physisch (肉体的) の対義語として「精神的」という意味でも用いられる³⁵⁾。行為が行為者の理性による決定と結びつくかどうかということは、少なからず精神的な領域におけることがらである。この点からすれば、シュテルツァーが moralisch な自由という場合、そこにはやはり精神的な自由という意味合いも込められているように思われる。現時点での仮訳として、moralisch という語には「精神的・道義的な」という表現をあてるのが適切であろう。

精神的・道義的な自由と、理性は以上のように密接な関係にある。それ

では、両者は帰責の判断においていかに考慮されるのであろうか。シュテルツァーは次のように述べている。

帰責可能な犯罪は、純粹な理性の自由な決定から直接または間接に流れ出ていなければならない、精神的・道義的に自由な行為から生じていなければならない³⁶⁾。

帰責の際には、自由の有無の判断だけではなく、程度に関する判断も重要である。そこでシュテルツァーは、「自由な意思」やその「本質」という点から、「精神的・道義的な自由」の「大きさ」についても言及する。

すべての精神的・道義的に自由な意思の本質は、自由な決定および意図された行為についての見通し（Uebersicht）である。その決定が自由であるほど、その見通しが正確であるほど、精神的・道義的な自由もいっそう大きい³⁷⁾。

「理性」に基づく「自由」な「決定」という図式は、シュテルツァーの理論においても明解なかたちで貫かれている。反面、「理性」や「自由」という概念が、さも自明の前提であるかのごとく、意味内容においてさほど厳密に吟味されないまま用いられている傾向もみられる。

犯罪能力に関しても、「あらゆる犯罪は自由な行為」でなければならない、それゆえ「犯人は自由に行為する能力を有していなければならない」³⁸⁾というシュテルツァーの主張は非常に簡明である。そして「自由に行為する能力」を左右するものとして、やはり理性が全面的にその意義を強調されている。

人は、健全な理性をよりわずかにしか有していないほど、犯罪を実行する能力もいっそうわずかにしか持たない。理性が完全に消滅する

ことによって、犯罪の能力も全く途絶える³⁹⁾。

犯罪の能力が上記のように減退あるいは消滅する場合の例として、シュテルツァーは、まず「何らの犯罪も実行し得ない者」として、憤激している者(Wüthende)、Verrückte〔錯乱者〕、子供、睡眠中の者、高度の酩酊者、極度の興奮で茫然自失の者(vom höchsten Affect Betäubte)、抗拒不能能力によって強制されている者、必然的な錯誤に陥っている者、許容された無知にとらわれている者、をあげている⁴⁰⁾。

理性が失われている程度に応じて免責あるいは減輕される場合のうち、ひときわ興味深いのは、いわゆる「熱情(Leidenschaft)」である。

熱情は、その激しさの程度に応じて、憤激している者(Wüthende)、精神錯乱の者(Wahnsinnige)あるいは精神薄弱の者(Blödsinnige)〔と同様〕の〔減輕あるいは免責される〕権利を人に与える。熱情が人から分別を奪うほど、犯罪を実行する能力はよりわずかにしか維持されない。熱情は、激昂(Zorn)、苦惱(Schmerz)、愛(Liebe)、恐怖(Furcht)その他、あらゆる種類において同様の法的効果を及ぼす。だがしばしば、熱情の激しさは、犯人自身にある責めに由来する。この責めは彼に帰責され、刺激された熱情の結果によって増大する。熱情の沈静化にともない、犯罪を実行する能力は再び回復する⁴¹⁾。

今日感覚からすれば、そもそも、以上のような「熱情」が減輕・免責事由となること自体に疑問が感じられるかもしれない。また「熱情」というカテゴリーは、当時の多くの減輕・免責事由の中でも内容的に広範であり、なおかつ概念規定の点であまりにも漠然としている。「激昂」や「恐怖」はもとより「苦惱」や「愛」ゆえの「熱情」から生じた犯罪もこの類型に含まれるわけであるから、極端にいえば、突発的な殺人や傷害・暴行

等の犯人の多くは、程度はともかく何らかのかたちで「熱情」に該当する可能性があることになるのではなかろうか。裏を返せば、裁判官が減輕の必要を感じた際、「熱情」という減輕事由は極めて都合がよいものであるように思われる。他方、明確な判断基準なしに用いられれば、恣意的な運用につながりかねない恐れもあろう。

第3節 「意思の自由」の動揺

前出のクラインやシュテルツァーは、18世紀後半に学界に登場し、同世紀の末まで活動を続けてきた世代である。活動時期の点からいえば、良くも悪くも典型的な啓蒙期ドイツの刑法家であると言えよう。そして両者の見解においては、人間の理性への希望や信頼が楽観的に前面に出ているかのような印象が拭いきれない。「意思の自由」の肯定に関しても、彼らの確信の動揺を見いだすことは難しいように思われる。

これに対し、クラインやシュテルツァーと同様に18世紀末に活躍している論者であっても、以下に取り上げるようなさらに新しい世代に属する者の立場には、変化がみられる。18世紀の最終段階（実質的には1790年代）に頭角を現し始める比較的若い刑法家たちは、啓蒙思想やその影響を受けた刑法学という18世紀の伝統を受け継ぐと同時に、その範囲にとどまらない思索の跡を示しているのである。一方で彼らは、理性の働きに全幅の信頼を置いたり「意思の自由」を素朴に肯定したりすることに対しては、もはや疑問を覚えていると思われる。だが他方で、それでもやはり刑法の前提たる「意思の自由」を堅持するために、当時なりにいっそう精密な人間理解を彼らは追究している。

この頃のドイツにおける思想的・哲学的な背景が急激に変化していることも、刑法家たちの基本的姿勢に影響を及ぼしていると思われる。ヘンケ（Eduard Henke, 1783-1869）は、「18世紀の最後の10年間に、ようやく刑事法学というものが誕生することができた」背景として、当時における「哲学の再生」を看過することはできないと述べる⁴²⁾。この場合の哲学と

というのは、従来の18世紀の啓蒙哲学にはとどまっておらず、ヘンケによればカントやフィヒテの哲学を指している⁴³⁾。後述のグロールマンやティットマン、フォイエルバッハの理論にみられるように、特にカントの影響は多大である。ただし、新しい哲学の潮流と入れ替わりに啓蒙思想が影響力を失ったとは言い難い。両者の刑法への影響を切り分けて理解することは容易でないにせよ、当時の刑法の思想的背景を、その重層的な全体像という観点から丁寧に分析していく必要があるだろう。

第4節 クラインシュロートの見解

ヴュルツブルク大学の教授で、ヴュルツブルクの宮廷顧問官でもあったクラインシュロート(Gallus Aloys Kleinschrod, 1762-1824)は、『刑事法の基本概念および基本的真理の体系的展開』(1794年。以下、『体系的展開』と略記する)において「帰責」を次のように定義している。

何人かを犯罪者であると示そうとする場合、その者が実際に刑事法律を犯したことを、彼に対して立証せねばならない。ある行為が法律に反すると確定することと、この者が法律に反する行為の惹起者であると確定することを、犯罪の帰責という⁴⁴⁾。

帰責においては「実行された行為への法律の適用」が行われ、「法律に対する行為の〔対立〕関係(Verhältnis)」すなわち法律と行為との結びつきから生ずる「対照〔性〕(Contrast)」が確定される⁴⁵⁾。そして法律と行為との対立関係・対照性を 　つまり行為が法律に対していかように反しているかを 　確定するための考察が、「モラリテート(Moralität)という概念を基礎づける」とクラインシュロートは述べる。

「モラリテート」は、前述のシュテルツァーの理論においても重要な概念であったが、クラインシュロートの帰責論を理解するうえでも看過し得ない。さらにシュテルツァーの場合と同様、モラリテートを単純に「道徳

性」,「倫理性」あるいは「徳性」等々と訳すべきでないことは、クラインシュロートの以下の記述からも明らかである。

モラリテートは、単に行為という点から客観的に言及され得るか、あるいは〔行為の〕惹起者への適用をともなって主観的に言及され得る〔ものである〕。客観的モラリテート (objective Moralität) とは、その属性ゆえに行為が善または悪の作用をもたらし、善きまたは悪しき結果を有し、倫理的および実定的な規範 (sittliche und positive Gesetze) と多かれ少なかれ一致するところの、行為の属性である。ある行為をその惹起者という点から考察するならば、次のような場合に主観的モラリテート (subjective Moralität) が存在する。すなわち惹起者が行為の属性を知っていたか、知らなければならなかったのであって、かつ、自由と自覚 (Freyheit und Bewußtseyn) をともなって行為をもたらした、という場合である⁴⁶⁾。

そして客観的および主観的なモラリテートを併せて検討することで、「犯罪の絶対的なモラリテート (absolute Moralität eines Verbrechens)」が生ずる。

行為が多かれ少なかれ法律に反し、悪しき作用および結果をもたらし、しかも行為の惹起者により、彼が当初の悪しき側面を知っていたかまたは知っていなければならなかったにもかかわらず、行為が自由と自覚をともなって実行されたという特性に、絶対的モラリテートは存する⁴⁷⁾。

以上から、まずクラインシュロートの帰責の基本的枠組みは、行為を対象とする客観的評価と、行為者 (惹起者) を対象とする主観的評価から成り立っている。そして客観的および主観的評価の核心を為すモラリテート

とは、行為および行為者の有する、それが認められれば帰責が可能となるところの一定の特性を意味すると考えられる。

クラインシュロートの見解によれば、客観的モラリテートの存在について判断する際には、「実定的な規範」および「倫理的な規範」への違反の双方が評価の対象に含まれる。仮に倫理的規範に対する違背のみが問題なのであれば、例えば「〔反〕倫理性」あるいは「〔反〕道徳性」といった訳語を *Moralität* に当てることも可能であろうが、実際には実定的規範（法律）に対する違反も含まれるため、そのような訳語は妥当でないであろう。反面、モラリテートが純粹に法的なことがらのみに関わるものであるとも言い難い。法的な問題と倫理的な問題とが必ずしも整然と区別されていないことは、クラインシュロートの理論の難点であるように思われる。

主観的モラリテートが存在するか否かの判断に関し、とりわけ行為者が「自由と自覚をともなって行為をもたらした」ことが挙げられている点は、本稿の趣旨との関連で重要である。クラインシュロートもやはり帰責に際して「自由」を重視しているが、注目すべきは、彼のいう「自由」の意味である。まず彼は次のような疑問を表明する。

自由という言葉がいかなる意味に理解されるかということや、人間の行為の自由が存在するか否かということは、非常に異論のある問題である⁴⁸⁾。

この記述から、すでに1790年代には、少なくとも絶対的な意味での「意思の自由」に依拠することに対しては、ドイツの刑法家の間でも一定の疑問が生じつつあるという状況がうかがえる。しかしながら、クラインシュロートは「意思の自由」を刑法から排除することを目指したわけではなく、むしろ刑法理論の前提としての「意思の自由」の必要性については認めるのである。クラインシュロートは、抽象的・形而上学的な次元での「意思の自由」を刑法において漠然と用いることを批判しつつ、刑法の分野にお

いて前提となる「意思の自由」とはいかなる次元の「自由」であるべきか、という点について問題提起を行っている。とりわけ帰責論との関係から、彼は次のように述べる。

形而上学的な自由が存在するか否かという、ここでは余計な理論上の究明に立ち入ることなしに、我々は、精神的・道義的自由（moralische Freyheit）という理念や、あるいは道徳律（sittliche Gesetze）に応じて行為する能力〔を問題とすること〕で満足しうる。犯罪の帰責の際には、そのような自由というものですでに十分なのである⁴⁹⁾。

それではクラインシュロートの言う「精神的・道義的自由」とは、いかなるものであろうか。「もちろん人間の自由は無制限ではなく、様々な外的および内的諸事情によって、人間の自由には制約がもたらされる」として、彼は「自由」が絶対的ではないとする⁵⁰⁾。そして「自らの行為の動因（Bewegursachen）を吟味し、動機および反対動機（Gründe und Gegengründe）を選択し、あるいは「十分に吟味された善悪の諸原則（Grundsätzen von Gut und Uebel）にしたがって選択しうるという限りでは自らの選択を変更することのできるという「能力」に、まさに「人間の自由」が存すると彼は主張するのである⁵¹⁾。

ただしクラインシュロートは、「自由」に関して行為者自身による「吟味」と「選択」という要素を強調しながらも、次のように述べる。

我々が何らの障害も見いださないならば、事前の吟味にしたがって〔適法な〕行為への動機を十分に維持するならば、我々はその行為へと決定しうる。なぜなら、我々の意思は常に善に向かうからである⁵²⁾。

「障害」がない限り、「吟味」による「選択」の結果として行為者の決

定が常に犯罪ではなく適法な行為の方へと向かう、とは断言できないはずである。熟慮の結果であっても、やはり犯行に及ぶことも考えられよう。それにもかかわらず「我々の意思は常に善に向かう」と述べるクラインシュロートの見解は、法理論としては根拠を欠く一種の思弁的な性善説を思わせ、現実上の妥当性という意味においては限界も感じられる⁵³⁾。

「意思の自由」に関して、クラインシュロートが前出のように「善悪の諸原則」あるいは「道徳律」といった言葉を用いている点については、先ほどの「モラリテート」の場合と同様に、やはり法と倫理・道徳の問題が峻別されていないと言わざるを得ない。クラインシュロートの『体系的展開』には、特に今日の視点からみた場合、法学上の議論としては違和感のある主張も含まれているように思われる。そもそも彼自身、「実定法を一般的・哲学的真理と敢えて結びつけて」論ずることを同書の執筆の趣旨として強調している⁵⁴⁾。彼にとって刑法家のあるべき姿とは「哲学的法学識者 (philosophische Rechtsgelehrte)」なのであって、「実定法を一般的・哲学的真理と敢えて結びつけて」論ずるという上記の試みが得策か否かを「単なる法学識者」が判定するとすれば、それは「不快」であるとすら彼は述べる⁵⁵⁾。法学と哲学・倫理学との相互関係や法学の取り組むべき対象についての意識という点で、彼の立場は今日の法学者とは相当に異なっていると思われる。

ちなみにクラインシュロートは、『体系的展開』のうち「人間の行為の自由という概念」という箇所を、以下の言葉でしめくくっている。彼の理論に対する、同時代の哲学からの強い影響を意識させる記述である。

行為、対象、表象、感情および性向の質料は、我々の自由の中にはない。けれども質料を扱う方式は我々によって決定される。精神的・道義的行為の形式は、我々の自発性 (Selbsttätigkeit) の産物である。このことは、思索的な哲学者たちによって示された人間の自由の像である⁵⁶⁾。

第5節 グロールマンの見解

すでに本稿の冒頭で紹介したように、ギーセン大学教授グロールマンは、「理性的な自然的存在」という人間観を前提にしている。たしかに彼も人間の主体的な意思決定を認め、獣性或感情に対する理性の優位性を認めるが、以下の一節にみられるように、もはや「理性」の働きを全面的に強調してはならず、理性に基づく「意思の自由」を単純なかたちでは持ち出していない。この点は、クラインやシュテルツァーの場合と異なるといえよう。

人は、理性的な自然的存在である、すなわち人間なのである。この結びつきによって人間には、理性の要求に応じ、獣性を人間性に従わせるが、しかしまた耐え忍びながら振る舞い、そして獣として感情のままに決定されもするという、ある種の特別な能力が付与されている。この能力は、人間性〔にとって〕の特徴的なものであり、選択意思という。選択意思は帰責を可能にするものであって、あらゆる行為は、もしその行為が帰責されるべきであるならば、選択意思への関連づけが可能でなければならない⁵⁷⁾。

理性と獣性との間で揺れる人間がそれでもなお主体的に意思決定できるのは、「選択意思（Willkühr）」を有しているからである、とグロールマンは考える。選択意思という能力を想定することは、次のように、まさに彼のいう人間の二面的な姿を反映したものである。

人間の理性的本性からも動物的本性からも説明可能ではなく、両者の一体としての結びつきによってのみ生ずる特有の能力が、人間に備わっているに違いない、ということは確かである⁵⁸⁾。

以上の人間観をふまえ、とりわけ「選択意思」という概念をひとつの鍵

として、グロールマンは自らの帰責論を構築する。その際に彼は、前出の「事実の帰責と法的な帰責 (Imputatio facti et iuris)」という区分を、「無益であり、誤った観念を招く」ものであるとして否定する。帰責の枠組みという基本的な部分においても、彼がクラインらとは異なることが明らかであろう。

グロールマンは、行為は客観的および主観的に考察することができるとし、それに応じて「客観的な反規範性 (objective Illegalität)」と「主観的な反規範性 (subjective Illegalität)」とを区別する⁵⁹⁾。彼によれば illegal と gesetzwidrig とは同義である。そして Gesetz とは「法的 (社会的) な Gesetz (Rechts- (Sozial-) Gesetz)」という意味で用いられており⁶⁰⁾、「法律」よりも「規範」に近い概念であろう。それゆえ Illegalität には、本稿では仮に「反規範性」という訳を当てることとしたい。まず「行為の実体が規範に反する」という判断によって、客観的反規範性が導かれる。そして「客観的に反規範的な行為」が「選択意思によるものであること (Willkürlichkeit)」が明らかになれば、主観的反規範性が基礎づけられる。そのうえで「選択意思によるあらゆる反規範的な行為」について、行為者は「責めを帰せられる (zur Schuld zugerechnet wird)」というのがグロールマンの見解である⁶¹⁾。これをまとめて、彼は次のように述べている。

ここで我々にとって、責めを帰すること (Zurechnung zur Schuld) に関係があるのは、これまでに言われているところに従えば、客観的に規範に反するある行為が主観的にも規範に反するという判断以外の何ものでもない⁶²⁾。

現在において責任を意味する Schuld という言葉が用いられている点にも注目すべきであろう。「帰責 (Zurechnung)」すなわち「責めを帰する (zurechnen) こと」という用語は従来から存在するが、その帰せられるべき「責め」自体を意味するものとしての Schuld という言葉の用法は、

筆者の調べた限り、18世紀末の段階ではそれほど一般的にはみられない。ただし、グロールマンがここで用いている Schuld は、意味内容において現在の刑法学における「責任」とは大きく異なっており、ゆえに「責任」と訳すことすら妥当でない言葉である。

続いて帰責能力が失われる場合について検討しておこう。選択意思と関連づけることができない行為は帰責し得ないとグロールマンは述べていたが、これを詳しく表現しているのが次の箇所である。

人間性と獣性との結びつきが途絶えたり、あるいは両者の結びつきの作用が発現することが妨げられたりするやいなや、人間は人間として行為し得ず、選択意思によって行為し得ない〔ことになる〕。……人間であることによって普段は可能な、獣性への人間性の影響〔力〕を、人間がまったく使用し得ない一定の経験的状態が存在する。この場合、人間は単に獣として行為するにすぎず、あるいは他人の手の中で道具として行為するにすぎないのであって、帰責は考えられない。なぜなら、彼の行為の因果性（Kausalität）を彼の中に発見することが、可能でないからである⁶³⁾。

上記のような場合の例としてグロールマンが挙げているのは、まず「理性を使用し得ない」状態にあるとして、「憤激している者（Wüthende）、狂乱している者（Rasende）、幼い子供、睡眠中の者、夢遊病者、高度の酩酊状態にある者や熱情（Leidenschaft）に駆られている者」である⁶⁴⁾。さらには「行為についての明確な認識を得ることができないか、または行為についての認識を規範のもとへと包摂できない」状態にあるとして、「Sinnlose〔分別を失っている者〕、Verrückte〔錯乱者〕、Verzweifelnde〔絶望している者〕（高度のメランコリーに陥っている者）」が例に出されている⁶⁵⁾。

帰責能力にかかわる以上の減輕・免責事由について、そこにどのような

個別の類型が含まれているかという点でいえば、グロールマンと、クラインやシュテルツァーの間にさほど大きな違いはみられないように思われる。なお、帰責不能な状況をめぐる判断と「経験精神論 (Erfahrungsseelenlehre)」という学問領域との関連性について、グロールマンが言及している点も興味深い⁶⁶⁾。

最後に、理性的存在としての人間と自然的存在としての人間とを区別する二元的発想は、カントの影響によるものと考えられる。グロールマンにしてみれば、もはや理性の万能や「意思の自由」を楽観的に唱えることは難しくなっている。実際、彼は現実の人間を「理性的な自然的存在」であるとしつつも、時にはそれと矛盾するかのようになり、「現象界 (Sinnenwelt)」において人間は単なる「自然的存在以外の何ものでもない」とも述べる⁶⁷⁾。それでもグロールマンは、人間を因果律に支配される獣であるとするよりも、自由な意思決定の可能な主体的存在としての人間像を刑法の前提にすることを選んだのである。そのための彼なりの苦心が、理性と獣性とのいずれのみによるのではなく、まさに両者の「結びつき (Verbindung)」から生じる人間固有の能力として「選択意思」を位置づけた点ではなからうか。このようなグロールマンの姿勢は、次章でフォイエルバッハと対比してみると、非常に興味深いのである。

第6節 ティットマンの見解

ザクセンの刑法家ティットマン (Carl August Tittmann, 1775-1834) は、カントの学問観を明確に意識しつつ、今日も用いられる「刑 (事) 法学 (Strafrechtswissenschaft)」という言葉を考案した論者である。その点も含め、彼の業績や経歴については次節で「補説」として詳しく述べることにしたい。ここでは、本題であるティットマンの帰責論について検討することにしよう。

さて、ティットマンの帰責論においてもカントからの影響がみられる。まず広義の帰責とは「何人かが、発生したある結果の惹起者とみなされ

〔るか否か〕、〔みなされるとすれば、それは〕どの程度〔の範囲において〕であるか、という判断」である、とティットマンは述べる⁶⁸⁾。そして広義の帰責は、発生したある結果に対して「法律上の結果がどの程度生ずるか」という決定と結びつくとし、この決定のことを彼は狭義の帰責と呼ぶ⁶⁹⁾。そして狭義の帰責とはカントのいう「法的効力をもつ帰責（die rechtskräftige, imputatio judiciaria s. valida）」であり、同じく広義の帰責とは「判定的帰責（die beurtheilende, imputatio dijudicatoria）」であるとティットマンは注記し、カントの『人倫の形而上学』の「法論の形而上学的基礎論」を引き合いに出している⁷⁰⁾。

以上のようにカントの見解をふまえながらも、そのうえでティットマンは、啓蒙期以来の帰責と「意思の自由」との分かち難い結びつきを、次のように改めて強調する。

意思の自由（Freiheit des Willens）をともなつて結果がもたらされた場合にのみ、帰責は行われ得る。それゆえ自由は（§. 28. Not. a）あらゆる帰責の基礎であり、すなわち自由が存在しなくなるやいなや、帰責は排除される⁷¹⁾。

グロールマンの立場とは異なり、ティットマンの見解においては、例の理性的存在と自然的存在というカントの影響を思わせる二元論的な人間観はみられない。しかしながら、ティットマンの「意思の自由」のとらえ方は、やはりクラインらのいう「自由」とも異なっている。上記の引用箇所では参照が指示されている §. 28. Not. a（パラグラフ28の注 a）において、ティットマンは「自由」を次のように定義する。

意思の自由（Willensfreiheit）とは、複数の行為様式の中から自発的に選択しうる能力を言い、それゆえ 1) 行為全体の認識、その行為のための 2) 熟慮（Überlegung）および 3) 随意的な決定（willkür-

liche Bestimmung)(自己決定 (Selbstbestimmung))を必要とする⁷²⁾。

「意思の自由」が、形而上学的なかたちで絶対的に強調されるのではなく、「複数の行為様式の中から自発的に選択しうる能力」という限定的な表現によって定義されている。また意思決定の過程を、認識 熟慮 決定という具体的な3つの段階に区分したことは、「意思の自由」の有無や程度について判断する際、従来よりもきめ細やかな評価を可能とさせるように思われる。これまでに取り上げた他の論者と比べて、ティットマンの見解には、非常に合理的かつ実践的な色彩が感じられる⁷³⁾。

ティットマンは、「意思の自由」という概念を、意思決定する能力それ自体という意味合いで用いている。この点をふまえて先ほどの帰責の前提に関する箇所を読み解くならば、「意思の自由」すなわち「複数の行為様式の中から自発的に選択しうる能力」を有する状態で実行された行為のみが行為者に帰責され得るのであり、その能力を欠いていた場合には帰責不能であるということになる。つまりティットマンのいう「意思の自由」は、帰責の前提条件となる能力(帰責能力)としての位置づけを与えられているといえよう。

具体的には、どのような場合に帰責能力の減少や欠如によって帰責が影響を受けるのであろうか。ティットマンは「帰責を減少させる事由」を次の3つに大別する。第一に「行為する主体」に存するもの、第二に「行為自体の特性」に存するもの、第三に「法律が科している以上の害悪を被疑者・被告人が耐え忍ぶことになってはならない、という原則」に存するもの(刑が確定する前に当局から不法に苦痛を与えられた場合をさす。例えば無実であるにもかかわらず勾留された場合や、劣悪な条件での勾留により健康を害した場合⁷⁴⁾)である⁷⁵⁾。

それらのうち、本稿の内容との関連で重要となるのは、第一の「行為する主体に存する減輕事由」である。この減輕事由は、ティットマンによれば「必要な認識 (Einsicht) の瑕疵」および「行為者の自己決定の瑕疵」

に由来する⁷⁶⁾。前者の「必要な認識の瑕疵」は、さらに「精神自体の能力の無さ」による場合（精神薄弱、メランコリー、「心的な諸力（Seelenkräfte）」に障害をもたらすその他の同様の病気）のような精神病による場合、少年や「劣悪な育成」のもとで成長した者のように、一般の成人同様には発達していない場合）と、「行為の際における、それに応じて〔しかるべく〕行為する〔ことのできる〕能力の無さ」による場合（「熱情」、「動揺」、「酩酊」、「睡眠」、「高齢」）とに分けられる⁷⁷⁾。後者の「行為者の自己決定の瑕疵」は、「咄嗟に生じた機会（Gelegenheit）」や「高度の緊急（Noth）」によって生じうる⁷⁸⁾。

以上は、帰責の減少ゆえに減輕される場合であった。これに加えてティットマンは、「帰責を打ち消し、刑の完全な免除をもたらす⁷⁹⁾」事由にもふれている。この事由に第一に該当するのは、「幼少」、「睡眠」、「狂乱（Raserei）」、「精神錯乱（Wahnsinn）」および「高度の酩酊」のように、「行為の際に行為者が完全に自覚を欠いている場合⁸⁰⁾」である。第二に、「正当防衛（Nothwehr）」および「Nothrecht」も該当する⁸¹⁾。Nothrecht（jus necessitatis）とは、ティットマンの説明をみる限り、事実上は緊急避難（Notstand）のことをさしている⁸²⁾。

「高度の緊急」による行為が減輕され、「正当防衛」や「緊急避難」が不処罰とされる理由や、これらの緊急行為の体系的な位置づけが、現在の刑法学と比べて異なる点にも注目しておくべきであろう。両者の間で、単に犯罪論の枠組み自体が違うだけでなく、緊急行為というものに対する基本的な評価も相当異なっているのではなからうか。ティットマンの見解をみる限り、少なくとも今日の正当化あるいは違法性阻却に通ずるような要素はあまりみられない。「高度の緊急」の場合には「行為者の自己決定の瑕疵」ゆえに帰責が減少し、さらには「正当防衛」および「緊急避難」が「錯乱」と同様に帰責を打ち消すという理論構成から考えれば、緊急行為の際には行為者の「自由」が制限されるため行為者への非難も減少または消滅する、という考え方に立っていると思われる。つまり緊急行為に関し

ても、行為者の「意思の自由」やそれに基づく主体的決定という主観的な面に重きを置く評価の仕方が その背景にある自由な主体としての人間観を(時には過度に)強調する姿勢が 貫かれているのである。

行為者の主観面へのそのような偏重は、いわば刑法の「主観化」という問題性をはらむものであり、今日のみからみれば疑問の対象ともなる。だが当時の状況においては、行為者の主観面に重きを置く帰責論は、重要な歴史的意義を有している。なぜなら帰責論の発展以前には、「行為の主観的側面、とりわけ帰責能力は、結果責任の原則に適合した刑法においてほとんど議論されなかった」⁸³⁾からである。

第7節 補説 ティットマンの経歴と業績

前節で取り上げたティットマンは、いかにすれば刑事法学は学問(Wissenschaft)たりうるか、刑事法学の学問性(Wissenschaftlichkeit)とは何か、というテーマを自覚的に追究し、ドイツ近代刑事法学の成立にとって重要な役割を演じた刑法家である。それにもかかわらず、わが国のドイツ刑事法史研究においてティットマンに関する言及はわずかなものにとどまっており、今後、彼の果たした歴史的役割に対する適切な評価が必要とされるべきところである。そこで本節では、ひとまず補説としてティットマンの経歴および業績について概観しておきたい。以下の記述のうち、主として歴史的事実に関する部分は、A D B (Allgemeine Deutsche Biographie) に依拠している⁸⁴⁾。

カール・アウグスト・ティットマンは、1775年9月12日にヴィッテンベルクで生まれた。ちなみにフォイエルバッハ、グロールマンも同年の生まれである。19世紀前半のドイツ刑法学を代表する3人が、同じ1775年に生を受けたのは奇遇である。ティットマンの父、カール・クリスティアン(Carl Christian)はプロテスタントの聖職者であり、教区監督(Superintendent)としてドレスデンで1820年に亡くなっている。

1793年の復活祭の日以降、ティットマンはライプツィヒ大学にて法を学

び始める。そして1795年の大天使ミカエルの日（9月29日）から、ゲッティンゲン大学に移って研究を続けた。ちなみにゲッティンゲンにおいては、優れた論文によって表彰も受けている⁸⁵⁾。その後、ティットマンはライプツィヒに戻って修士号（Magister）を取り、司法試験（juristische Prüfung）に合格する。この合格の際にも彼は表彰を受けており、その秀才ぶりがうかがえよう。ティットマンはライプツィヒ大学で講義も担当し、多数の受講者を擁したという。

そして、この頃から彼の刑法家としての活動も本格的に始まり、『刑事法学の学問的取扱いについての試論（Versuch über die wissenschaftliche Behandlung des peinlichen Rechts）』（1798年）、『刑事法学および刑事法律学の体系における哲学の限界について（Ueber die Grenzen des Philosophirens in einem System der Strafrechtswissenschaft und Strafrechtskunde）』（1802年）、『刑事法学の本性について』（Ueber die Natur der Strafrechtswissenschaft）（1804年）を著している。これらの作品の題名にも示されているように、「学問（Wissenschaft）」としての刑事法学をいかにして構築するかという課題にティットマンは集中的に取り組み、その結果、現在も用いられている「刑〔事〕法学（Strafrechtswissenschaft）」という言葉の生みの親となったのである。彼の最初の教科書である『刑事法学およびドイツ刑事法律学綱要』（1800年）の中では、従来の刑事法学の学問としてのあり方に対し、以下の言葉によって根本的な批判が向けられている。

あらゆる学問は特定の対象を有していなければならず、それぞれに固有の専門分野や領域を有していなければならない。この前提のもとで言えば、これまで受け入れられていたような *peinliche Rechtswissenschaft* や *Criminalrechtswissenschaft*〔という名称を持つ刑事法学〕は、学問として全く通用し得ない。なぜなら、それらは特定の対象を欠いており、固有の専門分野を有してもいないからであ

る⁸⁶⁾。

ティットマンの上記の見解を、カントの『プロレゴメナ』にみられる次のような学問観と対比すれば、ティットマンがカントに強く影響されていることが理解される。両者がともに強調しているのは、それぞれの学問に不可欠な「固有性」という問題である。

ひとつの認識を学問として示そうと思うなら、まずその認識がほかのいかなる認識とも共有していない、したがってその認識に固有な相違点を、正確に規定できなければならない。もしそうでなければ、あらゆる学問の境界は互いに入り込み、どの学問もその本性にしたがって根本から取り扱われることはできないであろう。

……可能な学問とその領域は、何よりもまず、その固有性に依存している⁸⁷⁾。

18世紀から19世紀への転換期において、以上のように刑事法学の世界で頭角を現しつつあったティットマンであるが、その後、おそらく1804年から1807年の間に彼はライプツィヒ大学を去り、教会の上級役員会の試補(Supernumerar-Ober-consistorialrath)としてドレスデンに移ることになる。若き大学教員からの進路変更は、彼の両親の願いによるものであるとされている。

だが、それもつかの間、続いてティットマンは、ドレスデンにて官僚としての道を歩むことになる。1807年、彼はザクセンの宮廷・法律顧問官(Hof- und Justizrath)となり、1812年には枢密顧問官試補(der geheime Referendar)に任命される。この頃から著作活動も再開され、彼の主著である『刑事法学およびドイツ刑事法律学ハンドブック』(Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde)(第1版, 1807年)が出版される。ティットマンはザクセンの刑法典の編纂計画にも

携わり、その成果は、1813年に『ザクセン王国刑法典草案』（Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Sachsen）としてまとめられている。

だがティットマンは健康を害し、原因や病名などは不明であるが、療養のために現在のニーダーザクセン州にあるピルモントの温泉保養地（Quellen von Pyrmont）に頻繁に通っていたという。その経験をふまえ、他の湯治客のために『ピルモント』（1825年）という文庫本を執筆したことは、彼の著作家らしいエピソードである⁸⁸⁾。1831年、病状がますます悪化する中、それでもティットマンは、同年に『大学における学問の習得の際の学生の振る舞いについての規則』（Regeln über das Verhalten der Studenten bei Erlernung der Wissenschaft auf der Universität）を公にし、1833年には『ドイツ刑事法律の歴史』（Geschichte der deutschen Strafgesetze）を出版する。そして翌1834年の6月14日、彼はドレスデンにて生涯を終えた。

以上、論文全体の流れが若干損なわれるであろうことを厭わず、敢えて「補説」というかたちでティットマンの経歴および業績を紹介した。なお、彼の刑法家としての大胆かつ独創的な見解については、次章以下でもしばしば言及されることになる。

第8節 小 括

本章での検討から理解されるように、18世紀末の代表的な刑法家たちが帰責論における核心的な問題としているのは、やはり犯罪が行為者自身の自由な決定によるものであるか否かという点である。

「自由」をどのような意味で理解するかについては、たしかに論者によって違いがみられる。人間の「意思の自由」というものを「理性」との結びつきから比較的素朴に描写するクラインやシュテルツァーらと比べて、クラインシュロートやグロールマンらのようにさらに若い刑法家たちにとっては、「意思の自由」はもはや自明であるわけではない。だが、それ

でもなお「意思の自由」は刑法にとってとりわけ当時の刑法理論の中核をなす帰責論にとって不可欠な前提であるという考え方は、新しい世代においても首尾一貫して受け継がれている。

その結果、「自由」についていっそう具体的・実質的に理論を構成するための学問的な努力が、必要となるのである。形而上学的な漠然とした「自由」一般の概念ではなく、刑法という固有の専門領域に見合う範囲での「自由」の概念を独自に求めるというクラインシュロートの発想の転換は、そうした努力の一例である。またグロールマンが、理性と獣性との間で揺れ動く生身の人間のあり方を直視し、単なる「自由な意思」ではない「選択意思」の概念を持ち込んだことも、同様の例である。

行為者の決定が自由であるといえるための前提条件についても、理論上の精緻化が進められていく。特に注目すべきは、ティットマンやクラインシュロートのいう行為者の「熟慮」という要素である。すなわち事前に状況を十分に認識し、慎重に吟味を行い、それでも敢えて犯罪を行ったからこそ初めて、行為者は責めを負うべきだとされるのである。その際、単なる理性の存否や「熟慮」の可能性の存否が形式的に問われるのではなく、さらに踏み込んで、行為の時点で「熟慮」が現にできたか否かということが、当時の理論において非常に実質的な意味で考慮されていると思われる。前述の「熱情」さえも減輕事由に当たるということから、いかに実質的な次元での「熟慮」とそれに基づく「自由」とが要求されているかが理解されよう。

それほど高次の「自由」が帰責のために要求されることは、なるほど帰責を困難にする。実際、行為者の「自由」が制限された場合に当たる減輕事由が、当時の理論の中で極めて広範にわたっていることは、すでにみた通りである。だがティットマンの「自己決定」という表現に象徴されているように、ひとりの人間の人格を尊重し、尊厳ある個人の行った決断の重さに敬意を払っているからこそ、その決断が本当に自由に、十分な前提条件の中で行われたということが帰責の前提として望まれるのである。さも

なければ帰責は認められないという発想は、ティットマンだけでなく他の刑法家にも、多かれ少なかれ共通しているように思われる。

以上から明らかであるように、「意思の自由」が伴わない限りは犯罪の責めを行為者に帰することはできない、という消極的な意味において「自由」に着目したことに当時の帰責論の意義が存在する。この点は、筆者が従来の作品においても強調していることである⁸⁹⁾。本章での検討は、その筆者の主張を、実証的・具体的に補強していると思われる。反対に、自由に犯罪を行ったからには処罰されてしかるべきであるという積極的な意味で「意思の自由」を強調することは、帰責論に期待されていた役割にとって本質的な問題ではない。

なぜなら帰責論というのは、基本的に処罰の範囲を限定するための理論だからである。帰責論の発展の背景には、当時の刑事法の定める過酷で広範な処罰という制度的問題と、その非合理性・非人道性を批判的にとらえる啓蒙思想の普及という情勢が存在する。つまり、犯罪自体の重さに対して極端に重く形態的にも残虐な刑罰が、個々の行為者の犯行時の状態をわずかにしか問わないかたちで適用されるという現行法のあり方を、啓蒙の時代の要請にいかにか適合させるかということが、立法および司法の現場にとって切実な問題となっているのである。

例えば、帝国のカロリーナ刑事法典（Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532, Carolina）の窃盗罪の規定（第157～172条）によると、窃盗ですら犯行の形態いかんでは「両眼の剔出」や腕の切断という身体刑を科され、通常の窃盗でも累犯（3回）の場合には死刑に処せられる⁹⁰⁾。このように旧態依然とした現行法のあり方に対し、プロイセンやオーストリア、バイエルンなどの有力諸邦においては、18世紀の中盤以降、新たな法典編纂による包括的な改善が試みられる⁹¹⁾。その際に帰責論は確固たる理論的基盤となるのである。すでに18世紀半ばの段階でも、1751年のバイエルン刑事法典（Codex Juris Bavarici Criminalis）が、一方ではカロリーナに類似する伝統的な諸規定を残存させつつも、他方で刑法上の一

般原則を豊富に含む独立した「総則」を備え、今日の責任主義の起点となる諸規定を有し、詳細な減輕事由を備えるに至っている⁹²⁾ということは、帰責論の存在なしには成し遂げられなかった成果であると言える。

ただし中規模・小規模の領邦においては、上記のような法典編纂は遅々として進まなかった。実際、多くの中規模諸邦が新たな刑事法典を独自に備えるようになるのは、帝国の崩壊後、ようやく1840年前後のことである⁹³⁾。その一方で、諸邦が分立する当時の状況を考えると、カロリーナに代わる新たな刑事法典を帝国のレベルで編纂する試みは、もはや不可能と**いってよい**⁹⁴⁾。それゆえ特に中小のラントにおいては、さしあたり裁判実務の場で過酷な処罰を緩和すべき必要が生ずる。その際、帰責論は裁判官にとって、減輕に対して説得的な根拠を提供するための武器となり得たはずである。もちろん、前述のような有力諸邦の場合であっても、新たな刑事法典を裁判において解釈・適用するうえで、法典の基礎にある帰責論についての理解は不可欠であると考えられる。

なお、過酷な正規刑を科すことが経験的・常識的にみて酷であると思われる場合において、一種の慣行として裁判官の裁量で減輕するという**こと自体は、帰責論の発展以前にもたしかに実施されていると思われる**。とりわけ非正規刑 (poena extraordinaria) を活用した減輕は、実務上の措置として重要であると思われる⁹⁵⁾。2000年に公にした別稿でも指摘しているように、「非正規刑を駆使した裁判官の裁量は、現行法の定める過酷な処罰を適正な範囲へと緩和するための実践的機能を担っていた」⁹⁶⁾と考えられる。そして非正規刑の適用のための理論の構築も、カルプツォフをはじめ同時代の刑法家によって確かに試みられているであろうし、その結果として打ち立てられた理論も、法技術的な面からみれば一定の水準の高さに達していよう⁹⁷⁾。

しかしながら啓蒙期以降の帰責論との間には、やはり決定的な違いが存在する。端的に言えば、それは「人間」に対する見方の違いである。啓蒙期の帰責論は、「主体」としての尊厳ある個人による自由な自己決定とい

う理念を前面に押し出し、個々人の精神状態を細微に立ち入って理解しようと試み、刑法の世界における人間のあり方を正面から議論するという道を選んだ。反対にそうした丁寧な人間理解に重きを置かなかったことが、先ほどのシュテルツァーの目から見れば、まさに「カルプツォフの多くの謬説の源泉」⁹⁸⁾に他ならないのである。

また、実務上の裁量の積み重ねから生じたであろう諸々の減輕事由を理論的に根拠づけるに際しても、帰責論の役割が大きいのである。つまり帰責論によって「減輕事由は、行為者の意思の自由の有無とその程度という視点から根拠づけられ、整序され、系統立てられていくのである」⁹⁹⁾。W・ゼラート氏の述べる通り、「『裁量刑』の適用範囲は帰責理論によって限定された。すなわち裁判官の裁量的な量刑は、より確固とした原則と結びつけられた」¹⁰⁰⁾と言えよう。

ただし18世紀末に至って、このような帰責論でさえも「裁判官の恣意」を抑制できないとする批判が、フォイエルバッハによって提起されることになる。以下、次章で検討しよう。

第3章 フォイエルバッハと自由意思論

第1節 フォイエルバッハによる批判

以上のように、「意思の自由」の有無およびその程度という観点から処罰を適切な範囲に限定する機能を担い、刑法の人道化に貢献した点に、帰責論の歴史的意義がある。だが「意思の自由」が帰責の際に重視されるに至ったことは、必ずしも良い結果のみをもたらしたわけではない。他方で、当時の刑事法の理論および実務に新たな問題が生じたのである。

この問題点に鋭くメスを入れ、徹底的な批判を行ったのがフォイエルバッハである。『実定的刑事法の原則および根本概念の省察』（1799年。以下、『省察』と略記する）において、彼は、ドイツの刑法家たちの考え方にみられる特徴を次のように指摘する。

我々の法学者は、主体の自由 (Freiheit des Subjects) をあらゆる外的な可罰性の唯一かつ最上位の原理とし、それゆえ彼らは、少なくとも明確には言及していない場合、本来的な道義的帰責 (moralische Zurechnung) は同時に外的な法的帰責 (rechtliche Zurechnung) でもあるという見解なのである。したがって彼らは、外的な可罰的行為を、自らの行為の絶対的な原因としての主体に関連させ、また人間の内にあり、単に決定し・決して決定され得ない能力に関連させる。つまり、他のいかなる原因にも決定されず、それ自体が一連の現象を開始させるけれどもそれ自体は始まりをもたず、それゆえまさしく人間の超感性的 (übersinnlich) で絶対的な力であるところの原因としての、自由に関連させる¹⁰¹⁾。

「主体の自由」が「あらゆる外的な可罰性の唯一かつ最上位の原理」とされているという傾向は、いささか誇張されている面もあるとはいえ、前章で検討したように当時の刑法家たちの中で一般的にみられる。逆に言えば、それは彼らが自覚的に求めたことである。すなわち、まさに「主体の自由」を可罰性の「最上位の原理」とすることに、18世紀の刑法家は力を尽くしてきたからである。

しかしながら、彼らの見解に潜む問題性をフョエルバッハは指摘する。本来、「意思の自由」という概念は「道徳に属するにすぎず」¹⁰²⁾、これを刑法の世界に持ち込むことは法と道徳とを混同することである、と。それゆえ彼は、「意思の自由」という概念を「我々の〔刑法の〕原理から完全に除外」することを主張する¹⁰³⁾。

「意思の自由」を刑法の領域に持ち込むことを、なぜフョエルバッハは法と道徳の混同であると考えてるのであろうか。この問題について、すでに山口氏が正確な分析を行っている。それによれば、フョエルバッハは、理論理性と実践理性とを峻別するカントの二元論的な考え方から出発し、一方で「感性界」における人間というのは、「理論的判断」からの帰結と

して「不変の因果律に支配」されている「自然的存在者」であり，他方で「叡智界」すなわち「道徳の世界」における人間とは，「実践的判断」からの帰結として「自然の因果律」に支配されない「理性的存在者」であるとす¹⁰⁴⁾。この区別に基づくと，自由を問題にし得るのは，後者の叡智界における因果律に左右されない人間の場合のみなのである。

以上の二元論から出発することについては，グロールマンの場合と類似するが，その前提をふまえてフョエルバッハはグロールマンとは全く異なる選択を行った。前述のように，グロールマンは，自然的存在としての側面と理性的存在としての側面の「結びつき」を強調するモデルを作り上げ，理性と獣性のいずれによるのでもない「選択意思」を概念的な鍵とすることで，自律的な「主体」としての人間像を維持しようと腐心している。

これに対してフョエルバッハは，因果律に支配される「獣」であるところの自然的存在を，刑法の基礎となる人間像として選び取った。なぜなら，山口氏が述べているように，フョエルバッハにとって「学としての刑法学は，理論的研究を為さねばなら」ず，それゆえ刑法の領域における人間についても，理論的に考察可能な「自然的存在者としての側面のみが考察の対象になる」からである¹⁰⁵⁾。このことは，フョエルバッハの以下の主張に明確に現れている。

我々の法学者たちは，自由というものを……絶対的で自然法則（Naturgesetz）に従属しない，現象の原因（Ursache von Erscheinungen）たる能力であると考えたがる。あるいは彼らは，自由を，随意（Willkühr）すなわち熟慮する（überlegen）能力と同義であるとしたがる。だがそのように，彼らは，この〔自由という〕言葉を，行為へと駆り立てる自然法則からの独立性であると考えており，まさにそれゆえに，決して現実にはなり得ない前提というものを想定しているのである。人間が経験の対象（ein Gegenstand der Erfahrung）であり，我々の悟性および理論的探究の対象であるとい

う限りにおいて(またその限りにおいてのみ、人間は裁判官および立法者に考察されることになる)、我々は、人間を常に自然的存在であるとみなさねばならず、したがって、原因と結果の不可避の自然法則(das unabänderliche Naturgesetz von Ursache und Wirkung)に服する存在であるとみなさねばならず、それゆえ、この存在に自然が作用を及ぼし、他のあらゆる現象と同様に確かに、この存在の行為も先行する自然原因(Naturursachen)へと〔その〕結果として関連させられねばならない、と私は告げる。我々は、経験という方法でもって、そして人間を自然の対象(Naturobject)とみなす限りにおいて、人間に何らの自由もまったく発見し得ない。人間が行うことすべては、不可避の自然法則によって予め決定されており、そして人間は、自然が結果をそれによってもたらすところの中間項(Mittelglied)にすぎない¹⁰⁶⁾。

フョイエルバッハにしてみれば、「意思の自由」を有する理性的存在者としての人間はあくまで道徳の対象なのであり、それにもかかわらず、自然的存在者としての人間のみを対象とすべき刑法の世界に理論的に説明しきれない「意思の自由」を持ち込むことは、たしかに法と道徳の領域との混同であろう。このような彼の立場からすれば、『省察』にみられる以下の一節は、当然の帰結なのである。

行為が随意において基礎づけられることや、これにともない主体が熟慮(Ueberlegung)(随意の特徴的なメルクマール)¹⁰⁷⁾をもって自らを行為へと決定することは、刑罰の不可欠な条件ですらない。

多くの法学者たちが同じように自由という名で呼んでいる条件というのは、(ここまでに詳細に明らかにされたであろうように)可罰性の最上位の条件としての自由それ自体と同様に、刑事法律の本姓からほとんど導き出され得ないのであり、むしろ確実かつ逸脱したかたちで

法律に矛盾しているのである。法的な可罰性にとっては、随意も自由も必要ではない。……自由または随意を外的な可罰性の不可欠の条件とするやいなや、我々は、外的な〔ことがらに関する〕法廷の限界を踏み越えることにより、法学者であることをただちにやめて倫理学者となってしまう。

……この批判において私は次のことを示そうと試みるだろう。すなわち、外的・絶対的な可罰性の基礎としての行為の随意性（Willkürlichkeit）は、刑罰の本性にも心理学の正しい原則にも矛盾するという。可罰性の基礎としての自由という概念は、唯一、道徳のみに本来的に属するのであって、法学においては何らの意味ももたないということ。自由を外的なことがらへと引き入れるやいなや、我々は、自由の概念および自由の存在についての我々の確信の根拠と矛盾するという。そして、この原理の適用の際には、我々は法学者として、矛盾と不整合の中に必然的に巻き込まれるに違いないということ¹⁰⁸⁾。

理論的考察の対象たりうる自然的存在のみに刑法の対象を厳しく限定し、法と道徳を峻別しようとするフォイエルバッハの方向性自体は、一定の説得力を有するものである。しかしながら、「法的な可罰性にとっては、随意も自由も必要では」なく、「可罰性の基礎としての自由という概念」は「法学においては何らの意味ももたない」とまで断言されてしまうと、それは極論であるという違和感も禁じ得ない¹⁰⁹⁾。

また、同時代の刑法家たちが法と道徳の問題を混同しているというのは、あくまでも彼らを批判するフォイエルバッハの側の主張であって、批判される側の立場からも再検討していく必要がある。すでに第2章での検討からしても、クライン、シュテルツァー、クラインシュロートは、moralisch や Moralität という言葉を単純に「道徳的」や「道徳性」という意味では用いていないと思われる。もちろん、特にクラインシュロート

の見解にみられるように、当時の刑法家の理論の中で法的問題と道徳的問題との境界が判然としない場合もあるという限りにおいては、フォイエルバッハの批判は適切であるにせよ、である。

さらにティットマンやグロールマンに対しては、法と道徳の問題に関する限り、フォイエルバッハの批判は必ずしも当てはまらない。例えばティットマンの『刑事法学の本性について』(1802年)における以下の一節は、法と道徳との峻別を、当時としては急進的といえるほど明確に示している。

同衾(Hurerei)、ソドミー、近親相姦等の際に、いかなる法が犯されるというのであろうか。これらの行為は道徳律(Sittengesetze)に矛盾するにすぎず、法的規範(Rechtsgesetze)には矛盾しない。国家は、それらの行為を違法な(rechtswidrig)行為として禁ずることはできない……¹¹⁰⁾。

帰責論に関連して、グロールマンも、法と道徳を次のように峻別する。

モラリテート〔道徳性〕やインモラリテート〔反道徳性〕((Moralität und Immoralität)というの、人倫(Sitten)の(すなわち良心(Gewissen)の)法廷にかかる道徳上の功勞(Verdienst)または罪過(Schuld)と同様、道徳(Moral)に属するものであって、我々にとっては全くあずかり知らない言葉である。法学の領域においては、これらの言葉は何らの意味も持たない¹¹¹⁾。

ティットマンとグロールマンは、以上のように法の世界から道徳的な要素を明確に排除する立場を取りながらも、すでにみた通り、刑法において「意思の自由」を認めるのである。つまり彼らにとって「意思の自由」は、まさに刑法上の問題に他ならない。この点から考えても、刑法において

「意思の自由」を否定することを正当化するために、単に法と道徳の区別の徹底のみをその根拠としてかかげることは、当時の刑法家からみても十分に説得的であるとはいえないと思われる。

実は、フォイエルバッハが「意思の自由」を刑法から排除しようとする背景には、法と道徳の峻別を徹底すること以上に重要な目的が存在するのである。この点について正鵠を得ているのが、山口氏の以下の指摘である。

フォイエルバッハが、法の領域から自由を追放するに至った最大の要因は、当時、自由を行為の原理と看做して、犯罪者の可罰性を判断するにあたり、哲学的原理という名で、裁判官の恣意が支配しており、それが全く理論的基礎を欠くものであったことに対する戦いであった。漠然とした自由を基礎とする限り裁判官の恣意を防止することはできないのである¹¹²⁾。

帰責の際、「意思の自由」の有無やその程度を確定するための判断においては、たしかに一定程度、裁判官の個別具体的な裁量の余地が広がらざるをえない。だがこのことは、フォイエルバッハにとっては、恣意の温床以外の何ものでもないと理解されたのである。「意思の自由」をかかげる刑法家たちとの論戦においてフォイエルバッハが最も重視する目的は、人間の自由意思そのものについて理論的に争うこと以上に、むしろ恣意的な裁判のあり方やそれを容認する当時の刑法理論に対する実践的な問題意識からの批判であると言えよう。罪刑法定主義の確立者たるフォイエルバッハからすれば、いわゆる「裁判官の恣意」は、何としてでも刑事司法の場から追放せねばならない悪弊に違いない。「意思の自由」を刑法において敢えて認めないという、啓蒙期ドイツの刑法家たちが確立してきた成果を根底から否定するような決断に至ったことも、その意味では彼にとってやむを得ないのであろう。

いわば、より新しい時代の改革者フォイエルバッハが、18世紀の改革者

たちを乗り越えて、さらに先に進もうとしたのである。このことは、例えば彼が最も厳しく非難するクラインについて考えてみれば、よく理解できる。クライン自身、啓蒙期のドイツを代表する刑法家の1人であり、前述のように当時なりに新しい刑法理論のあり方を追究し、啓蒙思想をかかげて改革の先頭に立ったのである¹¹³⁾。だがそのようなクラインも、フォイエエルバッハの目には、旧時代を象徴する反動的な人間と映っていたと思われる¹¹⁴⁾。

第2節 心理強制説にみられる人間観

フォイエエルバッハの刑法理論が、人間の自然的存在としての側面を前提とし、理性的存在としての側面を敢えて顧慮していないこと　つまりグレーヴェ氏が述べるように、「意思の自由をもって行為する人間を何ら前提としていない」ということは、彼の有名な心理強制説においても貫徹されている。フォイエエルバッハの『ドイツ現行普通刑事法教科書(初版)』(1801年)の次の記述を検討してみよう。

違反(Uebertretung)の[・]実行への[・]行為の[・]快感(Lust)により、人間の欲求能力(Begehrungsvermögen)が[・]駆り立てられるという限りに[・]において、あらゆる違反は[・]感性(Sinnlichkeit)のうちに[・]心理的な[・]発生原因を有している。この[・]感性的衝動(der sinnliche Antrieb)は、もし[・]行為が行われてはならないのであれば、[・]相反する[・]感性的衝動によって[・]打ち消されねばならない。その[・]ような相反する[・]感性的衝動とは、[・]実行された[・]行為の結果としての[・]不快感(Unlust)([・]苦痛(Schmerz)、[・]害悪(Uebel))である。それゆえ、[・]犯行への[・]衝動が[・]満足させられない[・]ことから[・]生ずる[・]不快感よりも[・]大きい[・]害悪が[・]自らの[・]行為に従って[・]生ずる[・]であろうと[・]誰もが[・]知っている[・]ならば、[・]市民の[・]意思(Wille)は、[・]権利[・]侵害を[・]控えるよう[・]心理強制[・]によって(durch psychologischen Zwang)決定される[・]¹¹⁵⁾。

以上より、まず確認しておくべき点は、心理強制というのは犯罪によって得られる「快感」を事前に示された刑罰の「不快感」によって抑えようとする「感性的」な「衝動」の次元における問題であり、人間の理性的な判断や合理的計算に訴えかけるものではないということである。自然的存在としての人間をフイエルバッハは前提にするのであるから、人間の理性に働きかけて犯罪を思いとどまらせるという主張はそもそも理論的に採用することができない。それゆえ、犯罪へと向かう感性的衝動に対して刑罰の威嚇によるいっそう大きい害悪（の表象）という感性的衝動をぶつける、という低次の動物的感覚の世界でのことがらにならざるを得ないのである。実際、『省察』においても次のような記述がみられる。

動物的欲求（*thierisches Begehren*）の状態においても、この欲求がそれへと決定するところの行為を差し控えること、刑罰を表象すること、および行為へと駆り立てる動因を克服することは、刑事法律から現れ出る動因によって可能である¹¹⁶⁾。

心理強制説を説明する際、フイエルバッハも「意思」という言葉を用いている。しかし「法的な可罰性」にとって「自由」は必要でないとい彼自身が『省察』で述べていたように、心理強制説における「意思」というのも自由な意思ではない。「市民の意思」は「心理強制によって……決定される」という前出の表現に、そのことが如実に現れている。つまり心理強制説において、人間は犯罪の「快感」と刑罰の「不快感」とを比較考量したり、そこからの合理的判断として犯罪を思いとどまるよう自ら意思決定したりするのではない。より大きい不快感や害悪があれば必然的にそれを避けようとする衝動によって突き動かされるという、選択の余地のない強制が、心理強制の本質であるように思われる。

そこには「自由」の余地はたしかに存在せず、感性的衝動によって決定される自然的存在としての人間像が徹底して貫かれている。けれども、人

間を「動物的欲求」や「感性的衝動」という低次の動因に支配される存在とみなし 結果的には人間を獣と同じレベルの存在にまで限定し そのような「人間」観の上に刑法理論を構築しようとする彼の発想には、疑問を覚える。ヘーゲルは、フォイエルバッハの心理強制説は「犬に向かって杖をふりあげるようなもの」であり、「人間はその名誉と自由にしたがって取り扱われるのではなく、犬みたいに取り扱われる」と批判した¹¹⁷⁾。この批判の当否については議論が分かれているにせよ、少なくとも理論的には人間を「犬」と同様の存在(=理性をもたず「自由」でない動物)と設定したうえで、心理強制説は組み立てられている。

この種の批判に対しては、第一に、フォイエルバッハは人間の理性的存在としての側面や人間の「自由」そのものを否定してはいない(前述のように、このこと自体は確かである)、という反論がしばしばみられる。だが、人間の「自由」を認めたとうえで刑法の領域においては敢えてこれを否定するのがフォイエルバッハの立場であることを、改めて確認せねばならない。まさに刑法の領域における人間観という点でフォイエルバッハに批判が向けられているときに、彼自身が刑法の領域外へと排除した「自由」を引き合いに出すような論法は、強弁ではなからうか。

第二に、フォイエルバッハは人間の「自由」を尊重するからこそ、敢えて「自由」が問題にはならない感性的次元において(つまり自然的存在としての人間を対象として)心理強制説を展開するのである、という反論を考えることができる。たしかにフォイエルバッハは、「自由」は「人間のうちにある絶対的能力(das unbedingte Vermögen in dem Menschen)」であると認めたとうえで¹¹⁸⁾、次のように述べている。

しかし、この〔自由という〕能力は、国家によって国家の目的のために利用され得ない。なぜならそのことは、自然原因のあらゆる作用から、それゆえあらゆる外的強制からも免れている、というその〔自由という能力の〕概念にすでに内在しているからである。何人も他人

の自由に影響を及ぼし得ず、何人も、自由を用いるよう他人を決定し得ない。何人かが実際に他人への影響を通じてその者を決定づけるならば、このことは、まさにその者が自由によっては自らを決定しなかったという証拠である……。それゆえ、感性（Sinnlichkeit）自体によって感性に働きかけ、そして傾向（Neigung）を反対の傾向によって、行為への感性的な動因を他の感性的動因によって打ち消すという以外の手段は、国家に残されていない¹¹⁹⁾。

もし刑罰の威嚇によって人間の「自由」に影響を及ぼすならば、それは「自由」の本質を否定することになる、というのがフョエルバッハの考えである。しかしながら、彼の言うように、自由が「人間のうちにある絶対的能力」であって「自然原因のあらゆる作用から、それゆえあらゆる外的強制からも免れている」という前提に立つならば、威嚇によって干渉されても自由は影響を受けず、行為者は強制を免れたかたちで主体的に自己決定しうるはずではなからうか。

また、ここでフョエルバッハが言及しているのは、道德の世界におけるような絶対的「自由」である。だが第2章でも検討したように、当時の刑法理論においても、あらゆる外的強制から免れているということに刑法の領域における「自由」の本質があるのではないであろう。むしろ同時代の刑法家たちにとっては、外部からの影響を受けながらもその中で行為者が主体的に自己決定できたかどうか、という点が重要なのである。そうであるからこそ、決定を行う前段階における行為者の「熟慮」ということが、主体的な自己決定に不可欠な要素として、すなわち「自由」の前提として強調されるのである。

個人の自由が国家の目的のために利用されてはならないというフョエルバッハの主張そのものは、正当であろう。だが他方で、主体的な選択の余地のない　つまり「自由」のない　感性的衝動の次元に訴えて人間の行為を一方向的に決定づけるという心理強制説の考え方が、実質的にみて

人間の「自由」を尊重していると言えるのであろうか¹²⁰⁾。個人の自由を国家の干渉から守るために、敢えて個人が自由な主体であることを認めないというフォイエルバッハの判断は、おそらく彼なりの苦渋の選択であろう。しかしながら、そこには根本的な矛盾を見いださざるを得ない。

第三に、フォイエルバッハが実際には理性的存在としての人間にも配慮している、という反論がある。現に心理強制説に関して、犯罪が必ず害悪すなわち刑罰と結び付くという「確信 (Ueberzeugung)」を市民にもたらしするための手段が「一人の〔人格を有する〕個人としての人間の権利 (die Rechten des Menschen, als einer Person) に矛盾しない」¹²¹⁾ものでなければならない、と彼自身も強調している。この点から「フォイエルバッハの学説」が「自然的存在者」の背後に「理性的存在者としての人間を等閑に付していない」¹²²⁾と述べる山口氏の見解は、それ自体、たしかに妥当である。

しかしながら、理性的存在としての人間の尊厳に本当に配慮しようとするのであれば、フォイエルバッハは、そもそも刑法における人間を自然的存在に限定すべきでなかったのではないかと　つまり「意思の自由」を刑法から排除してはならなかったのではないかと　という疑問が残る。理性的存在としての人間を尊重せねばならないと承知しながらも、「裁判官の恣意」を排除するという現実上の目的を優先し、自然的存在としての人間像を刑法において貫く点こそが、フォイエルバッハの苦心の現れであると同時に最大の矛盾でもあるといえよう。

勿論、このような点を意識するからこそ、山口氏は、フォイエルバッハが法と道徳を峻別したことは「今日においてもなお維持される学問的業績である」が、「しかし、問題はその峻別の仕方にある」¹²³⁾と述べ、実践的要請としての「自由」が刑法において不可欠であることを強調するのであろう。山口氏は、「人間は自由意志を持っているというのが、近代法の要請であり前提であり公理でもある」¹²⁴⁾としたうえで、次のように結論する。

フォイエルバハの刑法理論，心理強制説は，法と道徳を峻別した後，自由を法の領域から追放したが，現在ではこの立場を支持することはできない……。フォイエルバハの法と道徳の峻別は，支持されながらも大きく修正されねばならない結果となった。法の領域においても，やはり，実践的判断および実践的要請としての「自由」を問題にしなければならぬのである¹²⁵⁾。

フォイエルバハの理論の歴史的意義については高く評価しつつ，他方でそれを絶対化あるいは美化することなく，彼の理論の限界についても客観的に指摘する山口氏の結論は説得力を有する。

最後に，本節での検討をまとめておこう。一方では，刑法の領域で「意思の自由」を終始一貫して否定する点において，フォイエルバハの獨創性が発揮されている。「裁判官の恣意」を退けて罪刑法定主義を確立することや，あるいは刑罰法規の絶対性を貫徹するという点にとって，彼のそのような獨創的発想が大きく貢献したことは確かである¹²⁶⁾。だが他方，「意思の自由」を否定したうえで心理強制説を採用がゆえに，フォイエルバハの刑法理論は，その前提となる人間像の妥当性という点で一定の犠牲を払わざるを得ない。さらに帰責に関しても，彼の理論は重大な問題を伴うことになる（本章第3節参照）。フォイエルバハの刑法理論のそうした成果と問題点は，いずれも，「意思の自由」に関する裁判官の裁量的判断を徹底して否定しようとする彼の姿勢に由来するのであって，いわば表裏一体のものである。その双方の視点から多面的にフォイエルバハの理論の全体像を浮かび上がらせていく試みこそ，彼の果たした歴史的な役割を正しく理解することにつながると筆者は考える。

そのうえで刑法上の人間観に限っていえば，やはりフォイエルバハの主張には問題が含まれる。いかに彼の本音の人間観とは異なる建前が前面に出されたのであるにせよ，彼が「裁判官の恣意」の排除という目的のために，啓蒙期に打ち立てられた自由な「主体」としての人間像を犠牲にす

るという手段を選択した点は否定できない。そこに、徹底した目的合理主義や現実主義、論理の首尾一貫性、あるいは冷厳な正義を見て取ることは確かにできる。だが人間の尊厳という理想は、いささか霞んでしまっているのではなからうか。この点に十分な注意をはらうことなく、フォイエルバッハの功績のみを華々しく強調することには、筆者は危惧を覚える。勿論、フォイエルバッハは理想よりも現実を取った、あるいは理想のために現実を取った、という考え方もできるにせよである。

これに対してグロールマンやクラインシュロートが、人間の理性の働きや「意思の自由」に懐疑をいだきながらも、それでも自由な主体としての人間像を刑法において堅持したのは、啓蒙思想のもたらした理想に彼らが意義を認めているからであろう。このような気高い理想をともなっているからこそ、18世紀のドイツの刑法思想・刑法理論は、旧態依然とした刑事司法の現実を変えていく役割を果たし得たのである。この点では、フォイエルバッハと争った側の立場にも、当時の歴史的な文脈における正当性が認められてよいであろう。

第3節 バイエルン王国刑法典(1813年)と帰責論

フォイエルバッハが起草したバイエルン王国刑法典(Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, 1813)は、E・シュミットによれば「最初の実際に近代的な刑法典」であり、同法典は「19世紀の全刑事立法作業〔の方向性〕を決定的に規定した」とされている¹²⁷⁾。それゆえ「近代刑法はフォイエルバッハから始まった」¹²⁸⁾(R・ヒッペル)という評価が、現在においても支配的である。同法典の内容は、「近代刑法学の父」ことフォイエルバッハ自身の見解を鮮明に反映したものとなっている。本稿との関連から言えば、「裁判官の恣意」を排除しようとするフォイエルバッハの姿勢は、バイエルン王国刑法典の編纂過程における議論の中でも、以下で検討するように首尾一貫しているのである。

さて、バイエルンの新たな刑法典のための草案作成を命ぜられたのは、

当初はフォイエルバッハではなく、クラインシュロートであった（1800年）。そして2年後に完成した草案は、いわゆるクラインシュロート草案（Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten, 1802）として公刊される。同草案はバイエルン内外の政府機関や大学に送付され、さらには同草案に対する「国内外の思索的な公衆」の意見が懸賞付きで求められた。そして寄せられた多数の意見をもとに新たな草案の起草を命ぜられたのが、フォイエルバッハである¹²⁹⁾。

フォイエルバッハ自身も1804年に『クラインシュロート草案批判』¹³⁰⁾を著しており、「意思の自由」および「裁判官の恣意」に関する彼の主張は、同書において具体的な立法論として展開されている。クラインシュロート草案の諸規定のうち、とりわけメランコリーによる減輕を定める以下の第241～243条は、「意思の自由」と「裁判官の恣意」に関して興味深い論点となっている。

第241条 メランコリー、つまり生きることへの倦怠（Lebensüberdruſſe）ゆえに実行された犯罪については、とりわけ裁判官が、メランコリーの程度を取り調べなければならない。

第242条 メランコリーが非常に重度な場合には、行為者は罰せられない。むしろその者は、錯乱者（Wahnsinniger）と同様に取り扱われねばならない。

第243条 ただしメランコリーの程度が軽微である場合には、その程度に応じて完全な帰責またはよりわずかな帰責が行われ、それとらんで、鬱病者はしかるべき医師の治療または他の分別ある人間に委ねられねばならない¹³¹⁾。

これらの規定について、フォイエルバッハは、減輕事由に関する一般論も含めて次のように疑問を投げかける。

法典においては、減軽事由を示すことだけでは十分でない。減軽にその限度を定めることも必要であり、少なくともどの程度まで刑が緩和されてよいか、せいぜいどの程度まで刑が下げられてよいかを規定することも必要である。このことを怠れば、減軽事由の存在にともな^らず^なって絶対的な無法がただちにもたらされ、そこにおいては裁判官の恣意がまったく自由にはびこる〔ことになる〕……。個々の減軽事由の効力は一般的に検討されねばならず、これに基づいて裁判官に対する〔減軽の〕限度が固定され、これにより、法律の例外の事例においてすら法律に基づく状態の支配が基礎づけられる。草案においては、そのことに関する〔配慮のための〕いくらかのことが、通例のごとく、半分、三分の一、四分の一〔の程度という基準〕に基づいて……草案が減軽を規定するということにより、時として見て取れる。だがまた裁判官に対し、しばしば次のようにだけ命じられている。君はここで減軽するがいい。どの程度〔減軽すべきなの〕か？ それなら君自身で見守りなさい！ メランコリーによる減軽について、〔草案〕第243条は、メランコリーの程度が最高度の場合（この場合、刑罰すべてが行われない）よりも軽微であるならば、「メランコリーの程度に応じて完全な帰責またはよりわずかな帰責が！」行われる、ということ以上には何も命じていない¹³²⁾。

減軽の下限を法定しておかなければ、ただちに「絶対的な無法」がもたらされ、「裁判官の恣意」が「まったく自由にはびこる」という言葉からは、フォイエルバッハがいかに裁判官の裁量に不信を抱いているかが見て取れる。次章で検討するように、当時の文脈でいう「裁判官の恣意」は違法な減軽と実は密接な関係にあるため、減軽事由における裁判官の裁量の余地を可能な限り封じ込めることは、当然ながら重視されるべき問題である。

前出の草案第243条は、軽微なメランコリーの場合には症状の「程度に

応じて完全な帰責またはよりわずかな帰責が行われ」と規定する。だが、程度に応じた帰責の判断を、基準を明示することなく裁判官に委ねるべきではない、とフォイエルバッハは主張している。ただし第243条に対して、帰責能力の程度を判断するための客観的な基準を設けよという意味合いから、フォイエルバッハが批判を行っているとは限らない。なぜなら彼は、そもそも帰責能力に程度を設けること自体に否定的だからである。つまりフォイエルバッハは、限定帰責能力（verminderte Zurechnungsfähigkeit）を認めない立場なのである。

前述のように、フォイエルバッハは刑法における「意思の自由」を否定し、その前提のもとで心理強制説を展開する。要するに、彼は、事実上の決定論に立ちながら、刑罰の予告による威嚇を通じて一般予防をはかるうとしている。それゆえ浅田和茂氏によれば、フォイエルバッハのいう「帰責能力とは、刑罰予告が効果を現わし得るための人間の内的条件、即ち『威嚇可能性（Abschreckungsmöglichkeit）』とされ、かかる威嚇可能性の欠けることをもってその阻却原因とされ」¹³³）ということになる。したがって、たとえ自由な意思決定のための能力が減少している状態であるとしても（フォイエルバッハ自身はそのような能力を認めないにせよ）、刑罰の予告によって威嚇され得る状態に行為者があれば、帰責能力は否定されない。フォイエルバッハにとって帰責能力は「ある」か「ない」かという二者択一的なものであって、その中間にあたる限定帰責能力は認められないのである。つまり帰責能力の減弱の程度に応じた減輕の判断というのはそれは、フォイエルバッハにとって「裁判官の恣意」の温床に他ならないのだが 彼の理論に立つ限り、そもそも刑事裁判において必用ですらないことになる。

また限定帰責能力の状態にある行為者というのは、フォイエルバッハからすれば、帰責能力を完全に有する者よりも、犯罪への「感性的な動因」にいっそう強く支配されている者であるということになる。そして「衝動の強さは、外的な〔ことさらに関する〕法廷における可罰性を軽減するの

ではなく増大させる」¹³⁴⁾という彼の考え方によれば、限定帰責能力の者は、減輕の対象であるどころかむしろ通常以上に重く罰すべき存在なのである¹³⁵⁾。このことは、『省察』の以下の一節において明確に主張されている。

衝動的な自然原因の大きさによって可罰性は高められる なぜならそれによっていっそう大きな危険が基礎づけられるからである、ということが、ここまで〔の検討〕において示された。また、予防が刑罰の根拠であるとすれば、刑の重さが衝動的な自然原因の大きさによって決定されるということが、さもなければ国家を犯罪者から守るという目的を予防が絶対に達成できないであろうという理由からも、結論として生ずる¹³⁶⁾。

犯罪への衝動が強いほど可罰性が高まるのは、その分だけ危険性も高まっているからである、とフォイエルバッハはいう。そして「国家」を「犯罪者」から守ることが予防の目的であり、この予防が刑罰の根拠なのであるとする。

以上のように、フォイエルバッハによれば、限定帰責能力に当たる者の可罰性が増大する一方で、帰責無能力に当たる者が不処罰とされるのはすでにみた通りである。ゆえにフォイエルバッハの考え方を徹底すると、浅田氏の指摘するように、「精神的能力の低減と共に刑罰は加重され、突然に不処罰と境界を接することに」¹³⁷⁾なるという不当な結果が生じるのである。この点について、同様にグレーヴェ氏も、「最も重い科刑と完全な刑の免除とが、互いに直接に接し合って」¹³⁸⁾いるとする。すでに19世紀初頭においても、例えばクラインなどから、この問題点に対して批判が向けられている¹³⁹⁾。

フォイエルバッハが限定帰責能力を認めないことは、理論の面だけではなく、実践面でも重大な問題につながっている可能性がある。すなわち、

クラインシュロートに代わって彼が起草したバイエルン王国刑法典においても、限定帰責能力を理由とする減軽の規定は、少なくとも明文では存在しないのである。この点にはフォイエルバッハの見解が如実に反映されている。その一方で、「一般に帰責が完全に消滅する者」（帰責無能力）については、同法典の第1編第120条が次のように規定する。

ゆえに¹⁴⁰⁾、特に、すべての刑を免除されるのは： 1) 8歳未満の子供、2) 狂気の者（Rasende）、精神錯乱者（Wahnsinnige）、および総じて、メランコリーその他の重度の精神病（Gemüthskrankheit）によって悟性（Verstand）の使用を完全に失っており、かつ、この状態で犯罪を実行した者、3) 精神薄弱（Blödsinn）によって、行為の結果を正しく判断したり行為の可罰性を認識したりする〔ことができる〕状態では全くなかった者、4) 高齢ゆえの薄弱により、悟性の使用を失っていた者、5)〔当該〕行為が許されないことおよびその行為の市民的可罰性についてしかるべく教えられていない限りにおける、聾啞者。その他、帰責能力に疑問の余地のない場合には、聾啞者は、単に未成年者と同様に第99条にてらして罰せられるものとする¹⁴¹⁾。

バイエルン王国刑法典の以上の内容をふまえて、限定帰責能力にあたる被告人を裁判官が減軽しようとするとき、実際にいかなる結果につながるのかについては二通りの主張がある。一方は、バイエルン王国刑法典の規定が文言通りに厳格に適用される状況を想定し、限定帰責能力の被告人に対して過酷な結果がもたらされていたであろう、という見方である。他方は、実務上の減軽が行われる可能性を想定し、実質的には限定帰責能力がバイエルン王国刑法典に基づく裁判においても認められていたであろう、という見方である。

まず前者によれば、少なくとも形式上は限定帰責能力を対象とする減軽規定が総則に存在しないため、各則の個々の犯罪類型ごとに定められた刑

の範囲内で減軽を行うにとどまらざるを得ない。しかしながら、バイエルン王国刑法典の各則の処罰規定にみられる基本的特徴として、裁判官の裁量の余地を制限するために、刑の上限と下限の幅が比較的狭いことがあげられる。なおかつ、心理強制説に基づく威嚇の効果を十分に発揮できるように、刑の下限が重く設定されている傾向もある。これらのことが、減軽の際には裏目に出ることになる。R・ハイデンロイター氏は以下のように述べる。

〔同法典の〕法律上の厳密なカズイステークと、裁判官の恣意を妨げるものとされた刑罰の範囲への厳格な拘束は、特に行為者が限定帰責能力である場合に過度に厳しい判決をもたらした。というのは、減軽の厳格な下限に裁判官が縛り付けられたからである。このような場合においては、領邦君主の恩赦だけが有効であった¹⁴²⁾。

ちなみに、限定帰責能力による減軽が認められないと考える場合でも、上記のように領邦君主の恩赦を通じた救済の余地は残されている。だが裁判官の裁量による減軽が「裁判官の恣意」であるとして厳しく制限される一方で、司法への君主権力の介入による（それこそ恣意的な）減軽が是認されるというのは、論理的に筋が通らない話ではある¹⁴³⁾。

以上に対し、バイエルン王国刑法典のもとでも実務においては限定帰責能力が認められているという、もう一方の見方もある。当時の実務においてそのような運用が為されているか否かについて、現時点では、筆者には実証的に判断するための材料がない。ただし、実はすでに同法典の公式注釈書¹⁴⁴⁾においても、いわば第120条の趣旨を掘り崩すようなかたちで、限定帰責能力の場合に減軽が可能であることが示唆されているのである。すなわち同条第2号に該当する「悟性の使用を完全に排除する重度の心の病にとらわれており、この状態で違法な行為を実行する者」に関して、次のような場合には減軽し得ることが示されている。

そのような者が、意識のある中間状態（lichte Zwischenraum）を有しており、かつ悟性を操れる時点において、ある犯罪について自らを有責と為したのであれば、その者に対しては、本条の第5項が聾啞者について規定するところに従って、正規刑（ordentliche Strafe）はたしかに行われぬが、その者が完全に不処罰に止まりうることもほとんどわずかである。裁判所は、第98条から第102条の条項の類推（Analogie）によって刑〔の重さ〕を量定し、宣誓した医師の鑑定に応じて刑の種類を決定するであろう¹⁴⁵⁾。

上記のような「中間状態」が容認されれば、帰責能力は「ある」か「ない」かのいずれかであるとするフォイエルバッハの見解は、本質的な点で否定されることになってしまう。かつ、法定されている「正規刑」が科せられるのではなく、裁判官が「類推」によって「量刑」を行い、「医師の鑑定に応じ」て「刑の種類」自体をも決定するということは、フォイエルバッハが徹底的に排除しようとした裁判官の広範な裁量が認められる結果であろう。ただし注釈書の表現は、裁判官が刑の種類や重さを決定すべきであると断定的に述べるのではなく、決定するであろう（werden）という緩やかな書き方となっている。第120条の趣旨やその前提にあるフォイエルバッハの主張を骨抜きにするような内容を露骨にかかげることは、公式注釈書という同書の性格上、ためらわれたのであろうか。

そうした表現の曖昧さを考慮すれば、公式注釈書の記述は、「中間状態」に対する裁量的減軽が実務において行われていると断言するための根拠としてはやや不十分であると思われる。減軽の可能性も高いというレベルの理解にとどめておくのが、現時点では妥当な判断であろう。

だが結局のところ、実務における減軽という事実の存否にかかわらず、帰責能力に関するフォイエルバッハの見解には無理があるということになる。つまり、仮に限定帰責能力が実務において認められていないとすれば、それはハイデンロイター氏の指摘するような過酷な結果に被告人が陥って

いたことを意味する。反対に、仮に実務において限定帰責能力が認められる状況であるにしても、それはフォイエルバッハの理論が実際の裁判においては貫徹し得ないものであったことを意味するのである。

なお、バイエルン王国刑法典は、当時の刑法家が一般に限定帰責能力ゆえに減軽が認められる場合の例として挙げるような諸類型を、減軽事由そのものとしてではなく、実は「刑の量定」に関する箇所において取り上げているのである(第1編第93条)。「理解力(Verstand)の生来的な薄弱さ」、予想外の「機会」によって「欲望(Begierde)」をかき立てられること、偶然かつ許されるかたちでの「熱情(Leidenschaft)」や「情動(Gemüthsbewegung)」などによる場合には、「可罰性は軽減される」¹⁴⁶⁾と同条は規定する。つまり同法典は、限定帰責能力に当たる事例において文字通りに限定帰責能力を理由に減軽を行うことは認めていないにせよ、事実上は量刑の部分で配慮しうよう、制度的な手当を行っていると考えられる¹⁴⁷⁾。この点から考えれば、バイエルン王国刑法典は、フォイエルバッハの理論を建前としては貫きながらも実際にはその矛盾を認めざるを得ず、限定帰責能力による減軽をいわば裏口から導き入れていると言えなくもない。

以上に検討してきた、限定帰責能力にかかわる理論上および実践上の問題点は、フォイエルバッハが、「裁判官の恣意」を排除するために「意思の自由」を否定し、そのうえで威嚇による一般予防の立場を取り、

同じく「裁判官の恣意」を押さえ込むため、バイエルン王国刑法典において裁判官の裁量(減軽)の余地を非常に狭いものにしたがゆえに、生じているのである。「法適用者(裁判官)の『恣意』を排除するためとはいいながら、結局は、硬直化した峻厳な刑罰を是認する態度の強化に役立っていった」¹⁴⁸⁾と内田文昭氏が指摘するフォイエルバッハの理論の問題点が、ここにも現れているように思われる。

第1, 2節で検討した刑法における人間観の場合と同様、フォイエルバッハの姿勢に疑問を感じざるを得ないのは、目的に対する手段の採り方

なのである。「裁判官の恣意」の排除という目的自体は正当なものであるが、その実現のためにフォイエルバッハが取った手段はとりわけ「意思の自由」を否定したうえで心理強制説による一般予防を図ったことは帰責能力や減輕に関連して重大な問題を生み出している。

その点をいかに評価するかが重要である。一方では、そうした「痛み」を伴ってまでも、フォイエルバッハが「裁判官の恣意」を排除することを最優先して理論を構築し、罪刑法定主義の確立という成果をもたらしたことの意義は認められねばなるまい。莊子邦雄氏が述べるように、フォイエルバッハがいわば「形式的合理主義に徹し切った歴史創造の實踐」¹⁴⁹⁾として、「極めて厳密・周到な理論構成のもとに刑罰法規絶対・法律絶対思想を構築」¹⁵⁰⁾したと評価することはたしかに妥当であろう。フォイエルバッハの理論の有するプラスの側面に対して歴史的意義を認めることに、筆者も異議を唱えるものではない。

だが他方で、ドイツ刑法史上の金字塔とも言うべきフォイエルバッハの理論も一定の限界や問題性を内包しており、前節および本節で述べたような「影」の部分の併せ持っている、ということも忘れられてはならないのである。「裁判官の恣意」を排除して刑罰法規の絶対性を確立するという差し迫った課題を解決するためであるにせよ、各々の被告人に対する帰責の個別具体的な妥当性や、刑法の前提となるべき尊厳ある人間の姿よりも、形式的な論理の徹底性や目標達成に向けての方法の合理性を結果的に優先している彼の姿勢には、本末転倒といわざるを得ない部分もみられるように思われる。

そして、次章に向けてさらに重要な問題となるのは、なぜフォイエルバッハがそれほどまでに「裁判官の恣意」を厳重に封じ込めようとするのか、ということである。つまり「裁判官の恣意」の排除という彼の目的の背後にいかなる理由が存在するのか、という点を以下において検討せねばならない。

第4章 いわゆる「裁判官の恣意」について

第1節 「裁判官の恣意」に対する批判の背景

「帰責」、「意思の自由」、「裁判官の恣意」および「罪刑法定主義」という4つの要素は、以上にみてきたように、18世紀末から19世紀初頭において密接に絡まり合っている。その錯綜する状況を、当時の歴史的背景をふまえながら実証的に丁寧に解きほぐしていくことは、ドイツ近代刑法(学)の成立を理解するうえで不可欠な作業である。だがその作業が、これまで必ずしも精確に行われてきたとは言い切れない。極めて複雑な多面体とでもいうべき当時の現状のうち、特定の側面だけがステレオタイプに強調され、そこからドイツ近代刑法(学)成立史についての有力な見方が形成されているのではなからうか。

ここで重要となるのは、「意思の自由」と「裁判官の恣意」の結びつきにかかわる論争が、18世紀末から19世紀初頭のドイツの歴史的な文脈において、いかなる意味を有しているのかということである。その論争をしばしば有力に主張されているように「裁判官の恣意」の横行する罪刑専断主義の司法やそれを支える保守的な刑法家たちと、罪刑法定主義をかけた立ち向かうフォイエルバッハとの戦いである、と一面的に理解してよいであろうか。そのような一種の英雄主義的な図式化によって汲み尽くせるほど、当時の歴史的状況は単純ではない。

たしかに、論争の当事者の一方であるフォイエルバッハは、「恣意が支配するならば、正義はどこにあるというのだろうか」¹¹⁵⁾と確信をもって主張する。件の『クラインシュロート草案批判』の一節にみられるように、旧来の刑事司法に対する「改革」というのは、フォイエルバッハ自身の以下の言葉を借りれば、「闇の帝国」あるいは「暗黒の時代」に対する「光の時代」の側からの戦いであると位置づけられている。

改革のための努力について人類を押しとどめ、偏見の鎖をきつく締め付け、若返った愛着をとまなうこの鎖によって人類を旧習に縛り付けているところの、この諸事件のもとに……失敗した諸改革はおかれている。以前から、人類の進歩に、習慣および怠惰の精神が対置されていた。この精神は、揺らぐ闇の帝国の玉座（Thron seines finstern Reichs）を理性の力から守るという、高度の利害を常に有している。けれども理性の時代においては……その精神の抵抗は、理性との不釣り合いな戦いにおいてそれ自身の武器のみを用い得るにすぎない限り、無駄である。「〔かつて〕そうであった。〔現に〕そうである。〔今後も〕そのままではなければならない」この決まり文句は、暗黒の時代（Tagen der Finsterniß）においては魔法の力を持っていたが、光の時代（Zeiten des Lichts）においては、明るい真昼につばを吐く偽りの幽霊のつばやきに等しい……¹⁵²⁾。

以上のような信念を貫き、フォイエルバッハがもたらした功績は、それ自体としては高く評価されるべきである。ただし、それはいわばコインの片側の面であって、当時の論争のもつ意味をより精確に理解するためには、さらに多様な角度から考察することが必要となる。すなわち、フォイエルバッハと争った相手側の立場や主張が歴史的意義に乏しいかといえ、それは別問題だということなのである。

まずもって、18世紀末から19世紀初めの裁判官たちは、恣意的であると批判されるような判決を、何のために頻繁に行っているのだろうか。その前提として「裁判官の恣意」とは、具体的にはいかなる現象であるのだろうか。これらの、いわば「そもそも論」とも言うべき点について以下で検討することにより、前述のごときステレオタイプな歴史像の矛盾が浮かび上がってくる。

さて、上記の2つの問いに関連して、フォイエルバッハの起草したバイエルン王国刑法典（1813年）の公式注釈書（同じく1813年）に以下のよう

な記述がみられる。バイエルンの新たな刑事立法の際、関係者がいかなる問題意識を有していたのかをうかがうことのできる史料である。

バイエルンだけではなくドイツ全体において、旧来の刑事法律は、過度な厳格さゆえにそれ自体時代遅れとなっていたのであり……発展している学問文化からすれば、軽蔑〔の対象〕へと成り下がっていた。……それらを改善することは、人類の一般的な関心事として、あらゆる国々の学識者たちの心にかかっていたのである。けれども、賞賛すべき彼らの努力によって学問と立法とが得たものを、司法行政は法源の確實性という点において失っていた。なぜならいまや裁判官の無制約の恣意が、非合目的な法律に取って代わったからである。どの裁判官も立法者の職分を果たそうと欲し、多くの裁判官は、哲学的な学識者の新たな見解を法律上の言明と同様に信奉し、相当数の裁判官は、犯罪者に対する誤った同情や思い込みの人道性を、国家に対する正当性および善き市民の公共の安寧よりも優先し、さらには法律をさしおいて詭弁を弄する技能や、正義の手から犯罪者を奪い取る技能をもって、または少なくとも法律を無視した恣意に従って可能な限り軽い刑を科す技能をもって、独自の手柄を〔立てようと〕試みることも希ではなかった¹⁵³⁾。

「哲学的な学識者の新たな見解」を信奉し、「法律を無視した恣意」に従う裁判官という姿が、ここにみられる。裁判官のこのような実態は、前章での検討からもすでに想定されていたものではあるが、こうして史料的にも確認することができる¹⁵⁴⁾。

だが見落としてはならないのは、上記の注釈書が伝えているところの「恣意」の中身であり、裁判官が何のために恣意的な判決に傾いたか、についての同注釈書における理解である。「犯罪者に対する誤った同情」や「思い込みの人道性」が裁判官の恣意を駆り立てていた、と注釈書は批判

的に述べ、これに対して「国家に対する正当性および善き市民の公共の安寧」の優先という観点を強調する。また、裁判官が恣意的な判決によってもたらしていた結果というのは、例えば法定刑を不当に上回る過酷な処罰を行って人々を苦しめるといったことではなく、むしろ「法律を無視した恣意に従って可能な限り軽い刑を科す」こと、つまり伝統的な立法の定める過酷な法定刑を違法に減輕することであるとされている。それは立法当局の側からすれば特に立法者たる君主の意思を貫徹するという観点からすればまさに裁判官が「正義の手から犯罪者を奪い取る」ことに他ならず、不当な「恣意」なのである。

なお、公式注釈書という文書の性格を考えれば、法典の編纂者のフォイエルバッハが個人的にも以上のような見解であったと即断することは妥当でない。だがやはりフォイエルバッハ個人の見解としても、『クラインシュロート草案批判』の中で「犯罪者に対する危険で優柔不断な思いやり」に言及し、これを批判していることを参考までに以下にあげておこう。

バイエルンの刑法典のための提出された草案は、完全性をもつ〔かのような〕外見によって、あるいは特に、慈悲深い寛大さと、様々な事実、拍手喝采および賛成とによって、一見すると勝利を得ている。〔だが〕同草案に深く立ち入るほど……この拍手喝采は消えていく。さらに同草案が、目的、形式および内容に関して、この草案の目標から取り残されているということが、すぐさま見いだされる……。ある時は、市民の権利に対する恐ろしい軽視によって。この市民は、現にそうである自分のすべてや自分が有しているものすべてについて、裁判官の恣意によるまったくの偶然に、機械仕掛けで投げ出されるのである。ある時は、ある種の寛大さによって。これは寛大さではなく、犯罪者に対する危険で優柔不断な思いやりといってよい。なぜならこの寛大さは、真っ黒な犯罪を些細なことのように取り扱い、合法的市民の安全を犠牲にして犯罪者に特権を与えるからである¹⁵⁵⁾。

一方では市民が「裁判官の恣意」による偶然的な判決に委ねられることについて、フョイエルバッハはこれを批判する。この部分は、市民の自由の保護という観点から「裁判官の恣意」の追放を主張するものである。他方で彼は、公式注釈書と同様に、「合法的な市民の安全を犠牲にして犯罪者に特権を与える」という理由から「裁判官の恣意」の危険性を指摘する。このような彼の言葉を文字通りに理解する限りでは、権利を保護されるべき善良な市民と、その市民や国家にとって危険な犯罪者とを区別する発想も見て取れなくはないように思われる。結局、『クラインシュロート草案批判』においても、犯罪者の手からいかに善き市民や国家を防衛するかという側面が公式注釈書の場合と同様に強調されており、「裁判官の恣意」も、この防衛の目的を妨げるものとして批判されているのである。

公式注釈書による限り、バイエルン王国刑法典において「裁判官の恣意」の排除が要求されているのは、裁かれる者を護るためであるというよりも、まずもって裁く者(裁判官)を国家の厳密な統制下におくためであるという印象が拭いきれない。そもそも、国王の名の下で公式注釈書が出版され、同書以外の注釈の公刊すべてが禁じられたという経緯にも、裁判官の裁量や学者の解釈に影響されることなく君主の立法者意思に忠実に法典を運用させようとする意図が現れている。注釈書の序言は次のように述べる。

神の恩寵によりバイエルン国王たる、余マクシミリアン・ヨーゼフ

余に裁可された法律諸規定の〔制定の〕動機についての文書を、余の枢密参議会の議事録に基づき、完全性および正確性を同時に顧慮しつつ、同書が今後のあらゆる注釈を不要にさせるとともに、法典の諸規定をその真の精神および意味に従い裁判所および余の邦国の大学の教師が理解・適用できるようにする、というかたちで作成させることを、余は刑法典の布告に際して決定した。

……余は汝らに指示する。刑法典の解説、法典の規定の意味や根拠、および規定の適用に関する原則が問題となる全ての点について、この注釈書に立ち戻ることを。また、あらゆる万一の照会報告の際に、注釈書の関連個所に明確に言及すること。これに関して、次のことが余の明白な命令である。余自身により公に示された本書以外に、他の官吏または民間の学識者のいかなる者によっても、刑法典についての注釈が印刷に付されてはならない。さらに、余の王国の全土で刑法典が、等しい精神において、かつ余が指令し解説するのがしかるべきであるとしたことに従って適用され、教えられるよう、裁判所は刑事事件の取り扱いおよび判決の際に、そして余の邦国の大学の教師は講義の際に、注釈書を利用しつつ、もっぱら法典の原文に依拠すること¹⁵⁶⁾。

これまで筆者が、Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern を通例のように「バイエルン刑法典」と訳すのではなく、原語に忠実に「バイエルン王国刑法典」と訳してきたのは、同法典の背景にある絶対的な「神の恩寵による」王の君主権力の存在を看過してはならないという意図からである。同法典の内容自体は、多くの点でたしかにドイツ最初の本格的な近代刑法典という名にふさわしい。ただし、どのようにして、誰の利害を重視してバイエルン王国刑法典が成立したのかという点を考え合わせるならば、同法典の規定そのものにみられる近代の特徴を一面的に賞賛することは危険である。同法典の公布勅令にみられる次の一節は、そうした危険性を我々に教えてくれる。

余は期待する。余の臣民（Unterthanen）には、余の国父〔として〕の（landesväterlich）配慮を自発的な服従および積極的な感謝によって認めることを。余のすべての裁判官には、法律の正確な適用と正義についての厳重で不偏不党な取り扱いとによって、余が委託している高貴な裁判官の職に常にふさわしい態度を表すことを¹⁵⁷⁾。

実務における「個々の刑罰規定の運命」は「立法者の意思にしたがって適用されることになるか、それとも裁判官の恣意にしたがって随意に扱われ、歪曲されることになるか」であるとして、フォイエルバッハは「立法者の意思」と「裁判官の恣意」とを正面から対置し、後者に対する前者の貫徹を主張する¹⁵⁸⁾。だが、君主の命によって官房で編纂され裁可された法典と、国民によって選ばれた議員からなる議会で制定された法典とでは、立法者意思のもつ意味合いが異なると言わざるを得ない。前者に当たるバイエルン王国刑法典の場合、少なくとも形式的には、「裁判官の恣意」から守られるべきは国民の意思ではなく君主の意思に他ならないのである。

第2節 悪法と恣意

前節で検討したように、フォイエルバッハは、立法者の意思の貫徹という見地から「裁判官の恣意」を厳しく批判する。それにしても、なぜ彼がそこまで強く批判せねばならないほどに、「裁判官の恣意」という現象が当時の刑事裁判において頻繁に生ずるのであろうか。その原因を分析しないまま、今日の我々が、ただ単に恣意的な裁判官たちを後世の目線から論難するにとどまるのであれば、当時の刑事法のあり方に対する学問的理解を深めることは難しい。

「裁判官の恣意」が頻発する原因を考えるためには、18世紀末から19世紀初頭にかけてのドイツの刑事司法および立法の状況に目を向ける必要がある。とりわけ1780年代以降、たとえ学問の世界において啓蒙思想が勝利を収め、犯罪と刑罰との均衡、罪刑法定主義、責任主義といった近代刑法の基本原則が貫徹されるに至っても、その輝かしい発展と歩調を同じくして、ドイツのあらゆる地域で現実の刑事法改革が達成されたとは言い難い

端的に言えば、その点に注意せねばならないのである。たしかにオーストリアやプロイセンなどの一部の有力諸邦は、18世紀末の法典編纂を中心に、近代刑法の原点とも呼びうる成果を示すことができている。これに対して、前述のようにドイツの中小諸邦の多くは、時代に見合った新しい

刑事立法の整備という点で遅れを取っていたのである。

また、18世紀に法典編纂を成し遂げたバイエルンの場合ですら、成立した1751年の刑事法典には不十分な点が数多く残る。同法典の総則においては前述のように帰責論の影響が明確にみられつつも、各則においては死刑主体の伝統的な刑罰体系が維持されているのである¹⁵⁹⁾。それゆえ1813年のバイエルン王国刑法典が登場するまでは、バイエルンの刑事司法もまた、過酷な刑罰を啓蒙の時代にいかに調和させ人道的なものにしていくか、という深刻な課題に依然として向き合わねばならない。

以上のような状況のもと、諸邦の裁判官は、時代にそぐわない過酷で伝統的な刑事法律に依拠して実務を行わざるを得ない状況にしばしば直面することになる。残虐な刑罰法規を適用せねばならない職務上の立場と、自らの法的な確信や良心との板挟みになる彼らは¹⁶⁰⁾、「法に適う判決をくだすために法律に反する刑罰を科す、という不可避の状況に、判決者がおかれる場合が有り得るということ」¹⁶¹⁾という、当時出された一論文の題名通りの事態に陥っているのである。

この論文の著者は、前出のティットマンである。彼は冒頭の部分で次のように述べている。

もし暴君が、〔自分に対する〕恭順の念の表明を〔国民が〕ごくわずかにでも怠ることを、死刑によって禁圧したり、あるいは法律が、窃盗犯に対して一切の区別なく絞首刑を規定したりするならば、定められたその死刑はたしかに法律には適っている。だが健全な理解力を有する人間ならば、何人たりとも、その死刑が法に適っていると認めはずがない¹⁶²⁾。

敢えて違法な減輕に向かおうとする裁判官の「恣意」の背景にある思いを、暗に喩えて表現する一節であると言えよう。いかに「法律」が定める刑罰であろうとも、それが犯罪と刑罰との均衡を著しく失した不当なもの

であるならば、その刑罰は「法」に反することになる、とティットマンは述べる。ここで「法律 (Gesetz)」に対置されている「法 (Recht)」とは、同時代の一般的な考え方からすれば、あるいは彼自身の刑事法学の体系から考えても、自然法であると解するのが妥当である¹⁶³⁾。そして罪刑の均衡は、周知のごとく、伝統的な刑事法に対して啓蒙期の刑法家たちが行った主張のうち最も重要なもののひとつである。

罪刑の均衡という根本的な原則に反する刑罰は、たとえ法律によるものであろうと認められない、という点にティットマンの主張の核心がある。「悪法も法である」といった、敢えて今日的な表現でいえば一種の法律実証主義的な考え方に対し、ティットマンは、啓蒙の自然法論に立脚し、処罰のあり方の実質的な妥当性いかんという観点から批判の矛先を向けている。なおかつ前出の論文の題名自体からもうかがえるであろうが、悪法に対して裁判官がどう対処すべきかという実践的問題を、彼は次のように強く意識しているのである。

国家の制度の欠陥性や多くのその他の諸関係は、かつては重い刑罰による威嚇を必要とした。時代や諸関係は変化したが、法律は〔そのままだ〕とどまっている。それゆえ判決者は、ずっと当惑の中におかれている。法律学識者 (Gesetzgelehrte) および法律の下僕としては、判決者は、自らの理性をとらわれたままにせねばならないが、これに対して、法学識者 (Rechtsgelehrte) としては、理性に適合していることばを妥当させようと試みねばならない¹⁶⁴⁾。

実際、ティットマンの論文は、ある強姦事件の被告人に当時の法定刑である死刑を科すことをライプツィヒ参審裁判所 (ザクセン) が違法に回避した判決について、これを擁護する立場で書かれている。「その判決は、たしかに法律にはまったく反していたが、それでもなお法と完全に調和していた」¹⁶⁵⁾と彼は主張する。

いかに過酷な刑罰を定める法律があろうと、それを完全に無視して裁判官が自由裁量で判決を下すことは、形式的には違法であり、その意味では裁判官の「恣意」と言うべき振る舞いである。だがその一方で、犯罪の重さや情状をほとんど考慮されずに生命を奪われかねないような、非人道的な刑罰を科される被告人の人権ということを考慮するならば、当時の裁判官の行動に対しては、悪法に対する実践的不服従という観点からも光が当てられねばならない。立法という合法的な解決策が事実上困難な固有の歴史的条件の中で、残虐な刑罰の適用を避けるために敢えて悪法に従わない道を選ぶという裁判官の判断が、18世紀後半から19世紀初頭における「裁判官の恣意」という現象の背景にあることを忘れてはならない。当時の「法律を無視した裁判慣習」は「それ自体としては異常であるにもかかわらず、しかし必然であった」¹⁶⁶⁾と、後の1842年にルーデン（Heinrich Luden, 1810-1880）が述べていることにも、うなずける面がある。

19世紀に入って以降、中小諸邦での新たな刑法典の編纂という最も望ましい方法で、以上のような司法の欠陥は徐々に解消されていく。その先鞭をつけ、裁判官の「恣意」に抗して、罪刑法定主義の見地から裁判官の裁量を制限する方向で立法を進めるべきだというフォイエルバッハの主張は、それ自体としては全く正論である。「意思の自由」の問題を突破口として裁判官が過度の自由裁量を振るうことは、たしかに罪刑専断主義になりかねず、罪刑法定主義との関連で今日の目から見る場合、批判的にとらえられるべきであろう。

しかし、そうであるからといって、「裁判官の恣意」をめぐる争いが「光の時代」の側からの罪刑法定主義と「暗黒の時代」の残滓たる罪刑専断主義との戦いであるという、紋切り型の対立関係において理解を行うことは妥当でない。そのような対立軸の立て方そのものに、歴史的背景の軽視という問題点が含まれるからである。罪刑法定主義は、何よりも前提として、適用される刑罰法規自体の内容の適正さを必要とする。この大前提が満たされていない時代環境にある裁判官に対し、いわば超歴史的なかた

ちで「罪刑法定主義」を持ち出したうえで、彼らは法律の規定を遵守せず恣意的に判決を下していたと一面的に批判することは、次元のずれた議論である。当時、例えば現行法であるカロリーナ刑事法典に明文で規定されているからといって、もしその文言通りに裁判官が判決を下せば、どのような結果に至るであろうか。前出のように、場合によっては窃盗犯は眼球をえぐり出され、あるいは2度の前科のある窃盗犯が3度目に軽微な事件を起こしただけでも、死刑に処せられかねないのである。これらの不当な結果は、罪刑の均衡という観点からすれば到底認められるものではなく、そもそも罪刑法定主義の根底に流れる人権保障の精神自体とも相容れない。

当時の状況においてかかげられていた「罪刑法定主義」自体の性格についても再検討する必要がある。つまり、何のために罪刑法定主義が主張されていたのかを改めて問う必用があり、それを行わないまま今日の罪刑法定主義の概念を無意識のうちに前提とすることは、誤った歴史的理解につながりかねないということなのである。

一口に「罪刑法定主義」といっても、歴史的にみれば、その目的は様々で有り得る。現場の裁判官の裁量に左右されることなく立法者(君主)の意思を貫徹する、という意味での罪刑法定主義もあれば、「国家刑罰権の絶対性を明確に誇示するため」のそれもある¹⁶⁷⁾。すなわち君主の法律があれば刑罰があり犯罪もあるという、積極的な意味での「罪刑法定主義」である。ティットマンが批判していたのは、そのような誤ったかたちでの「罪刑法定主義」であると思われる。君主の刑罰権や立法権のための罪刑法定主義のもとでも、なるほど外観的には、市民の自由も反射的に保障されるという結果が一定程度は生じるであろう。しかしながら、近代刑事法の前提となる罪刑法定主義は、やはり市民の自由の保障および国家の刑罰権の制限を第一義的な目的とするものでなければならない。

以上の点をふまえると、フョエルバッハの罪刑法定主義には、輝かしい歴史的意義と同時に限界や問題点も感じられる。内田氏が指摘するように、「フョエルバッハの狙いは、国家刑罰権の制限というよりは、『裁判

官の恣意』を封じることにあつたといわざるを得ない¹⁶⁸⁾からである。市民の自由を護るという目的を、たしかにフォイエルバッハが重視していないとは言えない。だがそれ以上に「裁判官の恣意」を封じること自体について、立法者意思の貫徹のために彼が徹底的なまでにこだわっているのは、前節での検討からすでに明らかである。敢えて「意思の自由」を刑法において否定し、帰責論やその前提となる人間像に関して少なからぬ矛盾を理論的に抱え込んでまでも、フォイエルバッハが「裁判官の恣意」から守ろうとしたものは、前章および本章での検討から考えれば、結論としては立法者の意思である。だが当時の状況においては、立法者の意思を貫徹させるということは、君主の立法の趣旨を徹底させることにも他ならず、この点については慎重な評価が必要であると言える。

第5章 「犯罪心理学」に寄せられた期待

フォイエルバッハの批判を受けた同時代の刑法家たちにも、「意思の自由」を刑法の基礎におくことについて譲れない理由がある。すなわち第2章で検討したように、彼らの側からしてみれば、刑法において人間の「意思の自由」を肯定することは、何よりも自由な主体としての啓蒙の人間観を守り抜いていくことを意味するのである。さらには、人間の意思というテーマに自覚的に取り組むことによって刑法の人道化および刑法の一般理論の発展に寄与してきた従来の帰責論の営みを、今後も継承していくことに他ならない。

すでにみたように、フォイエルバッハも人間の主体的存在としての側面をあらゆる文脈において否定するわけではなく、少なくとも道德の世界での人間は自由な存在であるとしている。この点は誤解されてはならない。それにもかかわらず、法と道德の峻別のために、そして何よりも「裁判官の恣意」の排除のために、フォイエルバッハは、因果律に支配される自然的存在という人間観を敢えて刑法の世界では貫徹し、「意思の自由」を排

除するという判断をしたのである。これに対して当時の一般的な刑法家たちは、逆に刑法の領域ではなおのこと、「自由な意思」をもつ「主体」としての人間像を堅持しなければならないという確信を有する。

両者の主張には、それぞれに説得的な側面が認められる。だが「意思の自由」にかかわる判断が「裁判官の恣意」の温床となりかねないというフォイエルバッハの批判に対し、「意思の自由」を支持する当時の論者の側からも、やはり一定の回答が示される必要がある。「裁判官の恣意」が法的安定性を著しく動揺させ、裁判や裁判官への信頼をしばしば失わせ、刑事法律の存在意義をも失わせかねないということは、たしかに放置されてはならない弊害だからである。前述のように、過酷な刑罰規定を実質的に妥当なものにするという実践上の目的が、裁判官の「恣意」の背景に存在するとしてもである。

それでは当時の刑法家たちは、「裁判官の恣意」に関して何の対策もないまま、「自由な意思」をもつ人間という理想を高唱し、裁判官を無批判に信頼しているのであろうか。答えは否である。「意思の自由」の有無とその程度に関して、その時代なりに理論的・説得的な判断が実践的に可能であるという自覚があったからこそ、彼らは刑法から「意思の自由」を排除しなかったと考えられる。理論家であると同時に一般に実務家として現場にも精通する刑法家たち¹⁶⁹⁾が、単に形而上学的な確信のみから、人間の「意思の自由」を主張しているわけではないのである。

「意思の自由」についてより良く判断するために、そこで刑法家たちが注目したのが、刑事法学を支える補助学(Hilfswissenschaften)の役割である¹⁷⁰⁾。具体的には、補助学の中でも1790年代に一応の成立をみたばかりの学問である「犯罪心理学(Criminalpsychologie)」に、多大な期待が寄せられることになる¹⁷¹⁾。シュテューベルは、判決のための「犯罪心理学」の役割について次のように述べる。

犯罪心理学の必要性は、判決起草者および弁護人にとって少なから

ず明らかである。犯罪心理学は……我々を重要な判決理由および免責事由へと導き、また無実の者と責めのある者とを判別することを我々に教える。たしかに法律の中には多くの加重事由および減輕事由が定められている。とはいえ、それらは、最良の立法においても常に何と不十分なままであろうことか。そして被告人に有利・不利な法律的理由も、心理学的知識なしには十分には理解し得ないであろうし、適用もできないであろう¹⁷²⁾。

減輕・加重・免責等の事由に関する判断を適切に行うために、「犯罪心理学」が不可欠である、という点をシュテューベルは強調する。第2章で検討したように、熱情、メランコリー、錯乱、酩酊等、行為者の「意思の自由」の存否と関連する諸類型が、当時における帰責論の発展につれて、洪水のように減輕事由へと流れ込むことになる。しかし、それらの減輕事由に関して的確に判断する手だてがなければ、裁判官による広汎な裁量が登場当たりのに行われるという危険が生ずるのである。有罪が無罪か、いかなる種類の刑がどの程度の重さで科せられるのか、といった判決が、類似の事件の間ですら大きく異なってしまう可能性すらあろう。それでは、まさにフォイエルバッハがクラインシュロート草案に対して批判するように、減輕における自由裁量を通じて「裁判官の恣意」が司法に蔓延し、「絶対的な無法」がもたらされる結果にもなりかねない。行為者の「意思の自由」に注目して減輕を行うことは、一方では旧来の刑法のあり方を人道化するが、他方で「裁判官の恣意」への扉を開き、法的安定性を動揺させる両刃の剣なのである。それゆえに、「意思の自由」に関連する減輕事由について正しく判断しうる手段が、必然的に求められることになる。18世紀末における「犯罪心理学」の登場は、まさに時宜に合っているとさえ言えよう。

ちなみにクラインシュロート草案における、前出のメランコリーに関する諸規定の妥当性いかんという問題も、当時の「犯罪心理学」の役割を意識したうえで改めて検討されねばならない。メランコリーの症状の程度に

応じて減軽を行うという規定の背景には、「犯罪心理学」に依拠することによって減軽の判断の妥当性を高めることが可能であるという考え方が、存在すると思われる。1790年代以降に出された刑事法文献であれば、入門的な教科書においてさえ「補助学」として頻繁に取り上げられるほどに、「犯罪心理学」は当時の刑法家の間に知れ渡っている。ましてや当代一流の研究者・実務家の一人であるクラインシュロートが、メランコリーの程度に関する判断を裁判官の自由裁量に安易に「丸投げ」とするという発想であるとは、考え難いではなからうか。

「犯罪心理学」に対するフォイエルバッハの見方も興味深い。当時の最も定評のある作品のひとつであるシャウマン(J. C. G. Schaumann)の『犯罪心理学の着想』(1792年)¹⁷³⁾を評して、フォイエルバッハは「シャウマンの何とも非常に感傷的な『犯罪心理学の着想』と皮肉っているのである。同時代の見方からすれば、フォイエルバッハ自身も、特に「心理強制説」との関連で「犯罪心理学的な」テーマに取り組んでいることになる¹⁷⁴⁾。しかしながら、当時の「犯罪心理学」が基本的には「意思の自由」を前提にしている点は、やはりフォイエルバッハにとっては支持し難いことであると思われる。

減軽事由について適切に判断するための方法の提供という、刑法家が「犯罪心理学」に期待した役割は、この新たな学問の専門家の側にも自覚されていた。例えば、ハレ大学教授(哲学)のヨハン・クリストフ・ホフバウアー(Johann Christoph Hoffbauer)は、『立法についての一般的視点に応じた司法への、または心理学的部分に応じたいわゆる法医学への、主要な適用〔領域〕における心理学』(1808年)の中で次のように述べている。「法律が一般的に犯罪とみなしており、それゆえ、特別な理由によって可罰性が否定されない限りは常に可罰的である行為」の「可罰性または不可罰性」について判断することは、「それ自体は法的観点において考察される」問題であるにせよ、この問題に対しては「心理学的な根拠のみから答えが引き出され得る」¹⁷⁵⁾。「行為の可罰性」を否定する「特別な理由」

すなわち刑の減免に関わる事由 についての判断は、ホフバウアーにとって、まさに「犯罪心理学」の重要課題なのである。またグレーヴェ氏によれば、「刑法上の答責性の決定に関して、『犯罪心理学者たち』は、ある実行された行為が行為者に帰責されてしかるべき精神的・前提条件に、特に興味をもっていた」¹⁷⁶⁾ という。

「犯罪心理学」の役割が、刑事司法の人道化という要求としばしば結びつけられていることにも注目すべきである。もともと帰責論自体、そのような人道化の要請のもとで発展した理論であるから、これを補助する「犯罪心理学」が人間的な刑事司法の実現という主張と結びつくのは、自然な成り行きである。啓蒙期以前のドイツにおいて最も著名な刑法家であったベネディクト・カルプツォフ（Benedikt Carpzov, 1595-1666）を批判しつつ、シュテューベルは以下のように述べている。

心理学者は、〔被糾問者の〕外観が示す非常に嫌悪すべき心情のかわりに、同情に値する弱さを発見し、また犯罪について、精神の力や卓越性というものを示す諸動機を発見するので、〔その結果〕我々は、被糾問者の外見、状態および〔犯罪の嫌疑ゆえに〕拘束〔されているという事実〕が作り出す不利な印象によって、無責任な厳格さや鈍感さへと 人間についてまったく無知なカルプツォフは、この厳格さや鈍感さで際立っていたのだが どれほど誘惑されない〔ようになる〕であろうか¹⁷⁷⁾。

〔ハイフンは訳者による〕

同様にシュテルツァーも、カルプツォフが個々の行為者の精神状態や内面的な事情の考察を軽視しているとし、次のように批判する。

あらゆる個々人は、自由かつ熟慮して行為する精神的能力を、ほとんど〔各人の〕固有の大きさで有している。ゆえに我々は、あらゆる

一般的規則をここでは可能な限り断念して、精神的・道義的自由の程度を常に個々人に応じて探り出さねばならない。そこに我々を導くのは、心理学的研究や、評価を行うべき人間との思弁的な交流に他ならない。

犯罪の評価における、実践的法学識者たちの多大な罪責の真の原因が、ここに存在する。カルプツォフの多くの謬説の源泉が、ここに存在する¹⁷⁸⁾。

さらに「哲学の理論的な諸部門の中で、まさに最も卓越しているのは心理学である」とするシュテューベルが、実務にとっての哲学的補助学一般の重要性に関して述べている、次の発言も興味深い。

……哲学的知識を〔狭義の刑事法学の知識と〕同時に教えられていない場合には、判決起草者、裁判官および弁護人の誰ひとりとして、刑事事件における自らの職務を適切に取り仕切ることができない。この哲学的知識〔を学んだ者〕には、次のような機械〔のごとき状態に陥ること〕がない。すなわち、実定的な諸規定という駆動装置によって大方のところは規則正しく作動するけれども、法律〔による規定〕が不十分な場合や、個々の事例すべてに対して〔法律で〕定めるのが不可能である場合には、非常にしばしば動きが途絶えるよりほかなく、時として目標を達成し損なってしまう機械〔のようになることはないのである〕。いくらかの法学識者に関していえば、この〔=哲学的補助学の〕研究の欠如を、〔彼の〕長い経験というものだけが埋め合わせている。だがそのような経験〔の蓄積に至るまでの過程〕が、いったいどれほどの無実の犠牲者と、いかに多くの正義に対する違背とを必要とすることか！

シュテューベルにとって、「犯罪心理学」をはじめとする哲学的補助学

は、単に帰責の際に不可欠だけでなく、以上のように刑事裁判における職務一般に必須の基礎知識なのである。彼の言葉を借りれば、まさに刑事裁判において「無実の犠牲者」を出さないために、「正義に対する違背」が起こらないために、哲学的補助学は狭義の刑事法学を支える役割を果たすことを期待されている。

啓蒙の時代・哲学の時代である18世紀が終わっても、刑法にとっての哲学的補助学の意義は、低下するどころかいっそう増大する。そして1816年に、G・W・ベーマー（Georg Wilhelm Böhmer）をして「今日、哲学なき刑事法は光のないランタンに等しい」¹⁷⁹⁾とまで言わしめている。啓蒙時代に灯された哲学の「光」は、世紀を超えて刑事法の世界を照らし続ける。その中でもひととき明るく輝くのが、いわゆる「刑事政策」と並んで当時の哲学的補助学の中心である「犯罪心理学」に他ならない。人間とは理性を有する自由な主体であるという啓蒙の人間観を堅持し、行為者の「意思の自由」を重視する帰責論を支える、というその役割も19世紀へと受け継がれていくのである。

以上からも明らかである通り、18世紀末から19世紀前半にかけての帰責論や「意思の自由」をめぐる議論、あるいは刑法における人間観の問題について理解するためには、当時の刑法学の哲学的補助学としての「犯罪心理学」の実態について検討することや、この「犯罪心理学」と狭義の刑事法学との相互の影響関係について具体的に描き出すことが不可欠である。しかしながら、それは本稿の範囲を大きく超える試みであるといわざるを得ない。当時の「犯罪心理学」のあり方に関しては、改めて別稿にて論ずる予定である。

第6章 まとめ 近代刑法成立過程の重層性と多元性

以上、18世紀末から19世紀初頭のドイツにおける「意思の自由」と「裁判官の恣意」をめぐる議論の実態や意義を、当時の歴史的背景に即して検

討してきた。まず本稿から得られた結論については、主要な論点ごとに以下のようにまとめることができる。

- (1) 啓蒙思想の影響下で確立された、理性を有する自由な主体という人間観は、18世紀末のドイツの代表的な刑法家たちの帰責論において明確に意識され、彼らの理論の基礎に据えられている。ただし「意思の自由」というものをいかなる意味で理解するかについては、1790年代に頭角を現す新たな世代の刑法家（クラインシュロート、グロールマン、ティットマン等）の間に、従来の考え方からの大きな変化がみられる。すなわち、「意思の自由」やそれを支える「理性」の働きへの素朴な信頼が、相当に揺らいでいるということである。それにもかかわらず、「意思の自由」を肯定する姿勢自体は一貫して受け継がれている。その結果、刑法という固有の分野において現実に妥当性を持ちうる「意思の自由」とはいかなるものであるべきかという観点から、従来よりも実質的に帰責論を構築する動きが強まる。また、個々の行為者の「意思の自由」の有無やその程度にかかわる判断が当時の帰責論における核心的な問題であることに典型的に示されているように、18世紀末のドイツの刑法理論には主観化の傾向が相当強くみられるように思われる。ただし当時の歴史的状況においては、刑法理論の主観化が、処罰範囲の拡大や重罰化のためではなく処罰の制限や過酷な刑罰の緩和のために必要とされ、刑法の人道化に多大な貢献を成し遂げた、という意義も看過されてはならない。
- (2) それに対し、フォイエルバッハが「意思の自由」を刑法の領域において否定しようとしたのは、とりわけ、個々の事件に際して「意思の自由」の有無やその程度についての判断を裁判官の広範な裁量に委ねることを避けるため、すなわち当時の司法において深刻な問題となっていた「裁判官の恣意」を抑制するため、であると考えられる。

「意思の自由」を終始一貫して刑法から排除するフォイエルバッハの考え方は、一方では、刑法の前提となる人間観や帰責論などの点において、たしかに理論的および実践的な問題をも内包するものである。しかし他方で、そのような犠牲を払ってまでも彼が「裁判官の恣意」を封じ込める姿勢に徹し切った結果として、刑罰法規の絶対性や罪刑法定主義が確立されたということには、相応の歴史的意義を認める必要がある。このような「光」と「影」の両側面を併せ持ったものとして、今後、フォイエルバッハの理論をさらに精密に理解していく必要があるだろう。

- (3) ただし、フォイエルバッハが「裁判官の恣意」の排除に極端なまでにこだわるのは、たしかに罪刑法定主義の確立や、それを通じた市民および被告人の権利の保護というねらいゆえでもあろうが、それ以上に立法者意思の貫徹という目的を最優先する姿勢の現れであると解さざるを得ない。そして当時のドイツにおける（もちろんバイエルンにおいても）立法者とは国民の代表による議会ではなく君主に他ならない、という点を考えれば、彼の姿勢には君主権力への親和性を感じさせる側面もみられる。
- (4) 18世紀末の段階において「裁判官の恣意」と呼ばれている現象は、単なる裁判官の専横にはとどまらない部分を持っている。この現象の本質は、専断により過酷な処罰を行うことではなく、むしろ違法な減輕にある。とりわけ、残虐で旧時代的な刑罰法規が残存する諸邦においては、「裁判官の恣意」による減輕は、罪刑の均衡を超法規的に達成し、被告人を救済するための応急措置という性格を有している。また「裁判官の恣意」という現象を特徴づけるに当たっては、悪法に対する実践的不服従という視点からも光が当てられるべきであろう。

- (5) 「意思の自由」の有無とその程度について、とりわけ実務的な場面で適切に判断するために、18世紀末から19世紀前半にかけての刑法家たちは、当時成立したばかりの学問である「犯罪心理学」に期待を寄せている。他方で「犯罪心理学」の担い手の側も、刑法学から自分たちに提示された課題を十分に意識している。

本稿において筆者が強調したことは、ドイツ近代刑法(学)の成立過程の重層性および成立の担い手の多元性であり、それらを精密に理解するための複眼的考察の必要性である。これらの点が今後のドイツ近代刑法成立史研究においていっそう真摯に自覚されるべきであるということが、本稿での議論から少しでも示せたとすれば幸いである。

18世紀における啓蒙の刑法理論は、かつてカルプツォフらの理論に依拠する伝統的な刑事司法を批判し、これを改革するための主張であった。しかし世紀末に至ると、今度は結果的に伝統を保守する側の理論として、フォイエルバッハに論駁される対象となっている。この点からすれば、フォイエルバッハを単純に啓蒙時代の刑法家であると位置づけることは、必ずしも正確な見方であるとはいえない。むしろ彼は、啓蒙期の刑法学を批判的に継承しながらもこれを克服しようとする論者であり、18世紀の刑法家とは相当に異質な発想に立つ、さらに新しい時代の先駆者である。この意味においてフォイエルバッハが「近代刑法学の父」と呼ばれるのであるならば、それは適切な理解であろう。

しかしながら、本格的な近代刑法(学)の成立への扉が開かれたことをフォイエルバッハ一人の功績と過度に結びつけたり、当時の歴史的背景を離れて何もかも彼個人の思想や学説の卓越性から説明しようとするならば、ドイツ近代刑法成立史の複雑で多様な実像はむしろ覆い隠されてしまいかねないのである。これまで現に覆い隠されていたであろう諸側面の例も、本稿の中で少なからず明らかにされたはずである。

ここで改めて、我々が何のためにドイツ近代刑法成立史の研究に取り組

むのか、そのことの意味を考えねばならない。「啓蒙期刑法学の研究」が「現代刑法の原点に立ち帰る意味で、常に刑法学の重要な研究分野の一つ」¹⁸⁰⁾なのであるとすれば、我々が歴史に学ぶべき原点は、啓蒙の18世紀の刑法学のいかなる部分に存在するといえるであろうか。それはやはり、当時の論者たちが刑法の根底に導き入れた人道主義的な理想像にある。すなわち、一人ひとりの人間の主体的存在としての尊厳や、それに基づく個々人の自由な自己決定の重さを真摯に受け止めようとする人間観にある、と筆者は考える。この点からいえば、フォイエルバッハから批判を受けたクラインやクラインシュロートらの見解にも、とりわけ帰責論やその前提となる人間観については、負の側面とならんで改めて光が当てられるべき側面も存在する。ましてやティットマンやグロールマンの功績は、今後適切に評価されねばならない。

このようにして当時のドイツにおける刑法理論の実際をできる限り幅広い範囲で描き出し、その中に相対的に位置づけて再検討してこそ、フォイエルバッハの功績それ自体もより正しく理解できるはずであり、ドイツ近代刑法成立史研究もさらに深化するといえよう。

第7章 お わ り に

第5章でも述べた通り、18世紀末から19世紀前半にかけての帰責論をいっそう具体的に理解するためには、当時の刑法学の哲学的補助学に分類される「犯罪心理学」の実態を明らかにする必要がある。このことは、本稿における議論の流れを受けて、現在、筆者にとって早急に取り組むべき課題である。とりわけ、当時の学問上の帰責論が裁判実務の場で帰責の判断にどのように取り入れられているのかについては、帰責論を実質化する「犯罪心理学」の役割もふまえて考察しなければ、およそ具体的に把握することはできないであろう。その際、例えば本稿でも取り上げたメランコリーや「熱情」などの帰責能力に関わる減輕事由を、「犯罪心理学」がい

かなる学問的アプローチによって取扱っているのかという問題は、興味深い論点とならと思われる。

ドイツ近代刑事法学の「学問としてのあり方の歴史」という観点¹⁸¹⁾から筆者がこれまで行ってきた研究との関連においても、「犯罪心理学」の発展を狭義の刑事法学の歴史と関連させつつ検討することが不可欠である。なぜなら、18世紀末から19世紀前半における刑事法学の「学問としてのあり方」を考えるうえで、狭義の刑事法学を支える多様な基礎部門としての補助学の役割を明らかにすることは、いわば問題の核心にふれる部分のひとつだからである。その検討のための格好の素材という意味でも、哲学的補助学としての当時の「犯罪心理学」に注目すべき点は多い。

以上、本稿の記述の多くは、必ずしも刑法理論の専門家であるとは言えない筆者が18世紀末における帰責論や自由意思論に取り組んだ結果であり、おそらく誤解も散見される内容であると思われる。また本稿は、「近代刑法学の父」たるフォイエルバッハの理論の批判的再検討にもかかわっており、浅学非才の筆者には扱いかねるスケールの問題も数多く含んでいる。拙い作品であるが、それでも本稿が、ドイツ近代刑法成立史研究にとって何らかの新しい素材を提供できないかと願うものであり、とりわけ法史学と刑事法学との架け橋になり得るような部分を、本稿が示しているならば幸いである。

【付記】

本稿は、平成17年度および18年度科学研究費補助金(若手研究B)・研究課題「18世紀末から19世紀前半のドイツ刑事法学にみられる歴史的・哲学的基礎研究の役割」による研究成果の一部である¹⁸²⁾。当該研究課題に関する資料の調査・収集に際し、ゲッティンゲン大学名誉教授ヴォルフガング・セラート氏から多くのご支援やご教示を賜った。また、第384回法制史学会近畿部会(2005年9月)にて、本稿の基礎にあたる報告「いわゆる『裁判官の恣意』について　パイエルン王国刑法典(1813年)の編纂過程における議論から」を行った際、参加者の方々から貴重なご教示をいただいた。この場を借

りて厚く御礼申し上げたい¹⁸³⁾。

- 1) Karl Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze, Gießen, 1798 (Neudruck, Glashutten im Taunus, 1970), S. 14.
- 2) Ebd., S. 13f. なお、この二元的な図式自体は、カントの影響によるものであろう。本稿・第2章第5節および第3章第1節参照。
- 3) Ebd., S. 14.
- 4) Ebd.
- 5) Werner Schneiders, Hoffnung auf Vernunft: Aufklärungsphilosophie in Deutschland, Hamburg, 1990, S. 20.
- 6) Ylva Greve, Naturrecht und „Criminalpsychologie“ in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, Bd. 22 (2000), S. 71.
- 7) Grolman, a. a. O., S. 16.
- 8) 以上の見解に対しては、なるほど啓蒙思想は「理性」というキーワードと密接に関連し、人間を自由で自律的な主体としてとらえる傾向を有するものの、この傾向をもって啓蒙思想一般の特徴とするのは安易ではないか、という批判もあり得よう。実際の「意思の自由」について懐疑的な啓蒙思想家も存在する。啓蒙の刑法思想家の典型とされるベッカーリアーについても、近年ではむしろ彼の思想にみられる決定論的な側面にも意識が向けられている（ベッカーリアーと自由意思論をめぐる議論については、例えば、石井三記『18世紀フランスの法と正義』（名古屋大学出版会、1999年）110頁を参照）。しかしながら、少なくともドイツについてみた場合、啓蒙期を代表する哲学者のヴォルフ（Christian Wolff, 1679-1754）をはじめ、「意思の自由」を認める非決定論的な傾向が強い。何よりも18世紀のドイツ刑法学において、人間の「意思の自由」を前提として理論が構築されることは、一般的にみられる傾向なのである。ただし、なぜドイツにおいて、人間の意思の自由に信頼をおく傾向が他のヨーロッパ諸国の場合よりも概して強いのかということは、それ自体として思想史・哲学的に興味深い問題であろう。
- 9) その意味においては、啓蒙期以前と以降の刑事法学の間に一定の連続性はもちろん存在する。ゆえに、例えば普通刑事法学が克服されて啓蒙の刑事法学が全く新たに成立するといった見方は、学問的な精密さを欠いている。しかし、それでもなお、単に個々の法技術的な面での連続性をもって啓蒙期以前とそれ以降の刑事法学の結びつきを強調することには、慎重でなければならない。本稿・注（10）参照。なお「普通刑事法学」については、高橋直人「近代ドイツにおける刑法家の実像 18世紀末から19世紀前半を中心に」（『同志社法学』第54巻第5号、2003年）106～116頁、同「18世紀末におけるドイツ刑事法学の展開 Rechtsgelehrsamkeit から Rechtswissenschaftへ」（『同志社法学』第53巻第2号、2001年）9頁も参照。
- 10) Christoph Carl Stübel, System des allgemeinen Peinlichen Rechts mit Anwendung auf die in Chursachsen geltenden Gesetze besonders zum Gebrauche für academische Vorlesungen, Bd. 1, Leipzig, 1795 (Neudruck, Frankfurt am Main, 1986), S. 130. ちなみに

カルプツォフ (Benedikt Carpvov, 1595-1666) は、周知のごとく、啓蒙期以前のドイツにおける最も著名な刑法家である。誤解のないように言えば、彼が刑事法の個々の理論において優れた業績を残していることは、それ自体としては否定されるべきでない。しかしながら本稿の第2章第7節や第5章でも述べるように、その理論の前提となる人間観や人権に対する意識の点で、啓蒙時代の刑法家たちはカルプツォフと一線を画していると思われる。この違いを意識しているからこそ、18世紀末の刑法家たちは、一方ではカルプツォフの刑事法理論上の業績については尊重しながらも、他方で極めて手厳しい調子で彼を批判のやり玉に挙げているのである。

- 11) 高橋, 前掲「18世紀末におけるドイツ刑事法学の展開」85～87頁参照。
- 12) ブーフンドルフの帰責論およびその刑法(学)への影響については, Wolfgang Sellert/Hinrich Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1. Von Anfängen bis zur Aufklärung, Aalen, 1989, S. 352-357 を参照。
- 13) Heinz Holzhauser, Willensfreiheit und Strafe, Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit, Berlin, 1970, S. 26.
- 14) 本稿・第3章第1節参照。
- 15) 山口邦夫『一九世紀ドイツ刑法学研究』(八千代出版, 1979年)の「第一章 フォイエルバハの刑法理論 その理論的基礎の批判的考察」から, 本稿も多くの示唆を受けている。
- 16) 高橋, 前掲「近代ドイツにおける刑法家の実像」92～97頁参照。
- 17) Allgemeine Deutsche Biographie (以下, ADB と略記する), hrsg. von der historischen Commission bei der Königl. [Bayerischen] Akademie der Wissenschaften, 1. Aufl., Bd. 16, Leipzig, 1882 (Neudruck, Berlin, 1969), S. 88.
- 18) Ebd.
- 19) 例えば荘子氏は, クラインの「不確定刑罰法規」を「みずから『刑法の父』と称する, 啓蒙絶対主義刑法思想のクラインの面目躍如たる警察国家刑法思想である」と評している。荘子邦雄『近代刑法思想史研究』(NTT出版, 1994年), 28頁。
- 20) Vgl. Hinrich Rüping/Günter Jerouscheck, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl., München, 2002, S. 82f.
- 21) クラインの刑法思想・理論にはポリツァイ国家的な側面と啓蒙主義的な側面とが併存しており, このことが, 彼に対する評価を容易ならざるものにさせている。まずは彼を取り巻く当時の知的諸環境を精密に理解し, その文脈に位置づけ直した上でクラインの刑法理論を読み解いていく必要があるということを付言しておく。
- 22) 坂井榮八郎「十八世紀ドイツの文化と社会」(成瀬治/山田欣吾/木村靖二編『世界歴史大系 ドイツ史 2』山川出版社, 1996年所収)159頁。
- 23) ADB, Bd. 16, S. 90. クラインは, ロッジの Großmeister であったとされている。ADB には, 彼の属するロッジの名称は Royal York としか書かれていないが, これはベルリンのロッジ Royal York zur Freundschaft のことであると思われる。Vgl. Richard van Dülmen, Die Gesellschaft der Aufklärer, Zur bürgerlichen Emanzipation und

- aufklärerischen Kultur in Deutschland, Frankfurt am Main, 1996, S. 165.
- 24) 原語が Angeschuldigte であるため、さしあたり「被疑者」と訳しておいたが、今日的な観点からいえば、この段階では「被疑者」ではなく「被告人」とすべきであろう。しかしながら、当時の糾問手続には現在のような被疑者と被告人という区別が当てはまり難い。糾問手続にかけられた者は、しいて言えば「被糾問者」と表記されるのが適切である。なお、糾問手続においても裁判がすでに特別糾問の段階に入っている場合には、説明の便宜上、「被糾問者」という分かりにくい言葉よりも「被告人」という言葉を筆者も用いることがある。ただし上述の通り、不正確な表現ではある。
- 25) Ernst Ferdinand Klein, Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts, Halle, 1796 (Neudruck, Goldbach, 1996), S. 71.
- 26) Ebd., S. 94.
- 27) Ebd., S. 95.
- 28) ただし、帰責自体の問題と、その前提となる帰責能力の有無という問題とが、必ずしも明確に区別されていたとは言えない面もある。
- 29) 責任能力に関するクラインの業績については、浅田和茂『刑事責任能力の研究 限定責任能力論を中心として 上巻』（成文堂、1983年）57～58頁を併せて参照のこと。
- 30) Klein, a. a. O., S. 96-98. クラインの分類に含まれる個々の類型については、浅田、前掲 57～58頁に訳語の多くを依拠している。なお、いずれもクラインの作品であるが、浅田氏が例としている Über Gemütsschwäche und Gemütskrankheiten in rechtlicher Hinsicht, 1801 と、筆者が例としている『原則』との間には、分類の仕方に違いもみられる。
- 31) Christian Julius Ludwig Sterzer, Lehrbuch des teutschen Criminalrechts, Halle, 1793 (Neudruck, Goldbach, 1996), S. 49. なおシュテルツァーもクラインと同様に、事実の帰責と法的帰責という区別に言及している。
- 32) Vgl. ebd., S. 50.
- 33) Ebd.
- 34) Ebd., S. 39.
- 35) Ebd., S. 53. ちなみに英語やフランス語の moral には、現在もそのような意味がある。
- 36) Ebd., S. 50.
- 37) Ebd., S. 50f.
- 38) Ebd., S. 53.
- 39) Ebd., S. 53f.
- 40) Ebd., S. 55.
- 41) Ebd., S. 57f.
- 42) Eduard Henke, Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts und der peinlichen Rechtswissenschaft, Bd. 1, Sulzbach, 1809 (Neudruck, Goldbach, 1996), S.XXXf. 当時の思想的背景については、高橋、前掲「18世紀末におけるドイツ刑事法学の展開」60-61頁、同、前掲「近代ドイツにおける刑法家の実像」79-81頁も参照。
- 43) Vgl. Henke, Grundriß einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts und der peinlichen Rechtswissenschaft, Bd. 2, S. 319.

- 44) Gallus Aloys Kleinschrod, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwarheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung. 1. Aufl., Erlangen, 1794-1796 (Neudruck, Goldbach, 1996), S. 75f.
- 45) Ebd., S. 76.
- 46) Ebd.
- 47) Ebd., S. 77.
- 48) Ebd., S. 78.
- 49) Ebd.
- 50) Ebd., S. 78f.
- 51) Ebd., S. 79.
- 52) Ebd.
- 53) 付言しておくならば、人間に対するそのような気高い信頼感がクラインシュロートをはじめ同時代の刑法家の間にしばしば確信的に存在するというは、担い手の心性という角度から(特に法社会史的に)当時の刑法のあり方に光を当てようとする場合、考慮されるべき点ではなからうか。
- 54) Kleinschrod, a. a. O., Vorrede. 同書の序言の1頁目に当たる(ノンブルは付されていない)。
- 55) Ebd. 同書の序言の2頁目に当たる(ノンブルは付されていない)。クラインシュロートが、哲学と狭義の刑法学との関係がいかにあるべきと考えているかについては、高橋、前掲「近代ドイツにおける刑法家の実像」102~103頁も参照。
- 56) Ebd., S. 79f. なお「哲学者」およびその著作については、クラインシュロート自身が注釈の中で次の例を挙げている。フェーダー(Feder)の『人間の意思についての考察(Unters. über den menschl. Willen)』、シュミット(C. C. Schmid)の『道徳哲学の試み(Versuch einer Moralphilosophie)』、ミハエリス(Michaelis)の『罪と贖罪に関する聖書の理論についての見解(Gedanken über die Lehre der heil. Schrift von der Sünde und Genugthuung)』である。ただし出版年や著者の精確な氏名については不詳である。さらにクラインシュロートは、「意思のいかなる自由が理性の自由から分離されるか」に関して、ラインホルト(Reinhold)の見解を次のように引用している。「利己的な衝動(欲望(Sinnlichkeit))の要求を顧慮しつつ、非利己的な衝動(理性(Vernunft))の要求にあって自らを決定するか、あるいはそれに反して自らを決定するか、という人間の能力を、自然的自由(natürliche Freyheit)という」。Vgl. Kleinschrod, a. a. O., S. 80.
- 57) Grolman, a. a. O., S. 14.
- 58) Ebd.
- 59) Ebd., S. 15.
- 60) Ebd.
- 61) Ebd., S. 16.
- 62) Ebd., S. 17.
- 63) Ebd., S. 30.
- 64) Ebd., S. 30f.

- 65) Ebd., S. 31.
- 66) 19世紀前半の心理学には、大きく分けて理論的なものと経験的なものという2つの潮流があり、「犯罪心理学」(Criminalpsychologie)は前者に属し、これに対して経験精神論は後者に属する。Vgl. Greve, a. a. O., S. 86.
- 67) Grolman, a. a. O., S. 30.
- 68) Carl August Tittmann, Grundlinien der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde, Leipzig, 1800 (Neudruck, Aalen, 1978), S. 56.
- 69) Ebd.
- 70) Ebd., S. 57. なお、カント著、加藤新平／三島淑臣訳「人倫の形而上学」(『世界の名著 39 カント』中央公論社、1979年所収) 351頁を参照。
- 71) Ebd.
- 72) Ebd., S. 21.
- 73) なおティットマンが、「意思の自由」を意味する言葉として今日も使われる Willensfreiheit という表現を採用していることや、「自己決定 (Selbstbestimmung)」という当時の刑法文献ではあまり見かけない表現を正面にかかっていることから、前述の Strafrechtswissenschaft という言葉の考案と同様に、やはりティットマンが言語的なセンスや斬新な発想力に優れているという印象を受ける。
- 74) Vgl. Tittmann, a. a. O., S. 76.
- 75) Vgl. ebd., S. 72.
- 76) Ebd., S. 72.
- 77) Ebd., S. 72f.
- 78) Ebd., S. 74f.
- 79) Ebd., S. 78.
- 80) Ebd., S. 79.
- 81) Ebd., S. 80.
- 82) Vgl. ebd., S. 82.
- 83) Greve, a. a. O., S. 71.
- 84) ADB, Bd. 38, Leipzig, 1894 (Neudruck, Berlin, 1971), S. 388f.
- 85) この論文のタイトルは de ambitu et limitibus juris supremae inspectionis e naturae et principii juris etc. ponendis である。
- 86) Tittmann, a. a. O., S. 8f. Anm. なお、Strafrechtswissenschaft の概念の成立については、高橋、前掲「18世紀末におけるドイツ刑事法学の展開」71-76頁を参照。
- 87) カント著、土岐邦夫／観山雪陽訳「プロレゴメナ」(『世界の名著 39 カント』中央公論社、1979年所収) 99頁。
- 88) ちなみにビルモントが啓蒙時代において文化人たちの社交の場であり、啓蒙家の親交の場でもあったことに関し、坂井、前掲158～159頁参照。19世紀前半のビルモントの状況については不詳であるが、ティットマンが療養の場としてこの地を選んだことは興味深い。
- 89) 高橋、前掲「18世紀末におけるドイツ刑事法学の展開」86-87頁、同「和田卓朗氏のご教示に接して」(『法制史研究』第49号、2000年)を参照。

- 90) 第157～172条のテキストとしては、Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 6. Aufl., hrsg. von Arthur Kaufmann, Stuttgart, 1975, S. 103-110 を参照。
翻訳として、埴浩「カルル5世刑事裁判令(カロリナ)」(『神戸法学雑誌』第18巻第2号, 1968年)275～281頁参照。
- 91) 啓蒙期ドイツの刑法典編纂に関する研究については枚挙にいとまがないが(日独における先行研究の例については、高橋、前掲「18世紀末におけるドイツ刑事法学の展開」111頁・注(6)および111～112頁・注(7)を参照)、当時のドイツ諸邦の法典編纂およびその前提となる理論を俯瞰的に把握できる作品として、足立昌勝「ドイツ・オーストリアの啓蒙主義刑法理論と刑事立法」(東京刑事法研究会編『啓蒙思想と刑事法 風早八十二先生追悼論文集』勁草書房, 1995年所収)を挙げておく。
- 92) 詳しくは、高橋「近代刑法の形成とバイエルン刑事法典(1751年) 啓蒙と伝統との交錯の中で」(『同志社法学』第47巻第6号, 1996年)を参照。
- 93) 中規模の諸邦国において新たな刑法典が編纂された例として、ザクセン(1838年)、ヴュルテンベルク(1839年)、ブラウンシュヴァイク(1840年)、ハノーファー(1840年)、ヘッセン(1841年)、バーデン(1845年)等をあげることができる。これらの立法に関しては、Albert Friedrich Berner, Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart, Leipzig, 1867 (Neudruck, Aalen, 1978)が詳しい。
- 94) 高橋、前掲「18世紀末におけるドイツ刑事法学の展開」105頁参照。
- 95) 高橋、前掲「和田卓朗氏のご教示に接して」329～330頁における筆者の見解および同所に引用されている和田氏の見解を参照。
- 96) 同上, 330頁。
- 97) この観点からいえば、藤本幸二『ドイツ刑事法の啓蒙主義的改革と Poena Extraordinaria』(国際書院, 2006年)は、従来のドイツ刑事法史研究に対して大胆な問題提起を行っている作品である。ただしカルプツォフの考え方と啓蒙主義に基づく刑法改革との間に連続性を見出そうとするうえで、本稿で述べているような、両者の根底にある人間観や人権意識の違いという問題をどのようにとらえておられるのか、興味深いところである。
- 98) Sterzer, a. a. O., S. 50.
- 99) 高橋、前掲「和田卓朗氏のご教示に接して」330頁。
- 100) Sellert/Rüping, a. a. O., S. 357.
- 101) Paul Johann Anselm von Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts (以下、Feuerbach, Revisionと略記する), Teil 2, Chemnitz, 1800 (Neudruck, Aalen, 1966), S. 70f.
- 102) Ebd., S. 71.
- 103) Ebd.
- 104) 山口、前掲12頁。
- 105) 同上, 13頁。なお詳しくは、同上, 14～23頁も参照。
- 106) Feuerbach, Revision, Teil 1, S. 319f.
- 107) 第2章で検討したように、実際、当時の刑法家(特にティットマンやクラインシュロー

ト) たちは、「主体」の「熟慮」をしばしば「意思の自由」(あるいは随意)にとつての不可欠なメルクマールであると考え。このことを十分に意識しているからこそ、フォイエルバッハも敢えて「熟慮」に言及しているのであろう。

- 108) Feuerbach, Revision, Teil 2, S. 71-74.
- 109) そもそも「原因と結果の不可避の自然法則」という観点から「意思の自由」を説明できないことを理由として つまり「意思の自由」の存在を特に自然科学的に実証できないということをもって ただちに「意思の自由」は刑法学の対象ではなく道徳上の問題であるとするフォイエルバッハの主張に対しては、(今日の刑法学のみではなく、また当時の) 刑法学の学問としての特性や課題を考えれば疑問が残る。たとえ「意思の自由」を、それ自体として法学にとっては自ら実証することのできない仮説(あるいはフィクション)であると考える場合でも、その仮説に立脚して説得力ある解釈論や立法論を(18世紀末においては例えば帰責論を)理論的に展開していくこと自体は可能であろうし、実践的にも必要とされるのではなからうか。なお「意思の自由」および他行為可能性をめぐる現在の議論については、安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』(弘文堂、2006年) 1~8頁参照。
- 110) Carl August Tittmann, Ueber die Natur der Strafrechtswissenschaft, Leipzig, 1802., S. 11.
- 111) Grolman, a. a. O., S. 17, Fußn. a).
- 112) 山口, 前掲13頁。
- 113) ちなみにクラインが革命期フランスにおける刑事立法の最新動向に目を配り続け、これに関する多くの研究業績を公にしている点や、アメリカの刑事法についての作品も著しているという点は、彼の研究活動を理解するうえで興味深い。高橋, 前掲「近代ドイツにおける刑法家の実像」101頁および126頁・注(59)~(62)参照。
- 114) この点について、荘子氏は次のように述べている。「『学問上の事柄においては』絶対に権威を認めない、クラインが刑法の守護神だなんて考えることもできない、といったフォイエルバッハのむきだしの反撃の気力は、啓蒙絶対主義の体現者のクラインの権威を否定し、刑法思想における専制主義の怪物を駆逐し、『市民社会』理念を根底に据えた市民的刑罰概念を確立しようとするフォイエルバッハの烈々たる気迫以外に考えることができるか」(荘子, 前掲10頁)。
- 115) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1. Aufl., Giessen, 1801 (Neudruck, Frankfurt am Main, 1985), S. 15f.
- 116) Feuerbach, Revision, Teil 2, S. 162.
- 117) ヘーゲル著, 藤野渉/赤沢正敏訳「法の哲学」(『世界の名著44ヘーゲル』中央公論社, 1978年所収) 300頁。
- 118) Feuerbach, Revision, Teil 1, S. 44.
- 119) Ebd., S. 44f.
- 120) この点から考えても、内田氏の次の見解は的確であろう。「フォイエルバッハは、人間の『自由』を尊重するために、あえて身体的強制に訴えずに心理的威嚇の途を選んだわけであるが、心理的威嚇の射程内では、ヘーゲルが指摘するように、人はやはり犬として扱

われているといわざるをえないものがあるように思われるのである。内田文昭『刑法概要 上巻〔基礎理論・犯罪論(1)〕』(青林書院, 1995年)56頁。

- 121) Feuerbach, Revision, Teil 1, S. 49.
- 122) 山口, 前掲30頁。
- 123) 同上, 50頁。
- 124) 同上, 53頁。
- 125) 同上。
- 126) この面から言えば, 莊子邦雄『近代刑法思想史研究序説』(1983年, 有斐閣), 同・前掲『近代刑法思想史研究』の主張を, 筆者も支持するものである。
- 127) Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen, 1947 (Neudruck, Göttingen, 1983), S. 263.
- 128) Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, Allgemeine Grundlagen, Berlin, 1925 (Neudruck, Aalen, 1971), S. 295.
- 129) バイエルン王国刑法典の編纂過程は以下の通りである。
 - 1800年 クラインシュロート, 草案起草の任務を受ける。
 - 1801年 草案完成。
 - 1802年 修正草案完成。Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten (クラインシュロート草案)として公刊。内外の政府機関や大学に送付。さらに「国内外の思索的な公衆」の意見が懸賞付きで求められる。
 - 1804年 フォイエルバッハ, 新たな草案の作成を命ぜられる。彼の作品 Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten (クラインシュロート草案批判)の公刊。
 - 1807年 フォイエルバッハ, 第1編の草案を完成。特別立法委員会の設置(～1808年)。
 - 1810年 第1編の草案を Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Baiern として公表。第2編(刑法)草案完成。特別枢密顧問委員会の設置(～1812年)。
 - 1813年 枢密参議会による審議, 国王による裁可。Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern (バイエルン王国刑法典)として公布。Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern (公式注釈書)の公刊。
- 130) Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Staaten (以下, Feuerbach, Kritik と略記する), Giessen, 1804, (Neudruck, Frankfurt am Main, 1988).
- 131) Gallus Aloys Kleinschrod, Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfalzbaierischen Staaten, München, 1802 (Neudruck, Frankfurt am Main, 1988), S. 39.
- 132) Feuerbach, Kritik, Teil 2, S. 315-317.
- 133) 浅田, 前掲58頁。
- 134) Feuerbach, Revision, Teil 2, S. 354.

- 135) この点については、Greve, a. a. O., S. 83 も参照。
- 136) Feuerbach, Revision, Teil 2, S. 351f.
- 137) 浅田, 前掲60頁。
- 138) Greve, a. a. O., S. 83.
- 139) クラインの作品として、Ueber die Unmöglichkeit, die Feuerbachische Theorie, so weit sie sich auf die Milderung oder Schärfung der Strafen wegen natürlicher Schwäche und Stumpfheit der Geisteskräfte bezieht, practisch anzuwenden, in: Archiv des Criminalrechts, 1801, 3. Stück がある。ただし同論文については未見である。Vgl. Greve, a. a. O., S. 83, Fußn. (73).
- 140) 先行する第119条の内容を受け、「それゆえ」という意味であろう。ちなみに第119条は以下の通りである。「違法な故意を理由にも過失を理由にも帰責され得ない、法律に反する作為または不作为は、不可罰である」。
- 141) Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, München, 1813 (Neudruck, Goldbach, 2000), S. 51f. なお、同条の翻訳にあたって、中川祐夫訳「一八一三年のバイエルン刑法典（ ）」（『龍谷法学』第2巻第2・3・4号, 1970年）134～135頁の訳文を参照した。
- 142) Reinhard Heydenreuter, Kriminalgeschichte Bayerns, Regensburg, 2003, S. 275.
- 143) 結局のところ、司法への君主の恣意的な介入を含むあらゆる「恣意」を問題とするのではなく、あくまでも裁判官の恣意を排除することが 端的に言えば、君主の立法の趣旨を「裁判官の恣意」による歪曲から守る（後述第4章参照）ということが 重要なのであるという、君主権力との妥協の姿勢が感じられる点である。
- 144) Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Bayern (bearbeitet von Paul Johann Anselm von Feuerbach), München, 1813 (Neudruck, Goldbach, 2002).
- 145) Ebd., S. 301f.
- 146) Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, S. 41.
- 147) これに関連して、安田, 前掲141頁・注(23)参照。
- 148) 内田, 前掲57頁。
- 149) 莊子, 前掲『近代刑法思想史研究』 頁(はしがき)。
- 150) 同上, 18～19頁。
- 151) Feuerbach, Kritik, Teil I, S. IX.
- 152) Ebd., S. IIIf.
- 153) Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Bayern, S. 9f.
- 154) 本稿においては、残虐な刑罰（とりわけ生命刑）を減輕する措置という文脈での「裁判官の恣意」を取り上げているが、「恣意」には他の類型も様々にみられる。例えばマルブランクが1782年に述べているように、不合理な追放刑を懲役刑によって置き換えるための手段として現れる場合もある。「追放刑はドイツの多くのラントにおいて、一部は明確な法律により、一部は暗黙のうちに廃止されているか、あるいは少なくとも外国人のみに制限されている。これに対し、懲役、城塞労働およびその他の公的労働が追放刑に取って代わっている……。この重要な変化から、刑事司法の新たな欠陥が、すなわち、この懲役またはその他の正規の公的労働の刑期についての精確な決定が完全に欠如しているという

欠陥が、我々の時代にとって生じている。多くの場合、カロリーナ刑事法典は死刑以外に追放刑を規定しているの、この追放刑と何年・何ヶ月の懲役または公的労働が置き換えられるべきであるかについては、現在、裁判官の自由裁量にまったく委ねられている。Julius Friedrich Malblank, Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von ihrer Entstehung und ihren weiteren Schicksalen bis auf unsere Zeit, Nürnberg 1782 (Neudruck, Goldbach 1998), S. 228-230.

- 155) Feuerbach, Kritik, Teil I, S. X-XII. 同情や思いやりといった情緒的な判断から犯罪者に対して「寛大」な処罰が主張されがちであるという当時の傾向については、裁判官に対してのみならず、同時代の刑法家一般に対しても批判が向けられている場合がある。例えばヘンケ (Eduard Henke, 1783-1869) は、当時の法的な研究が、いわば『『感情の煮出し汁 (Brühen des Gefühls)』』にどっぷりと浸されて」いたので皮肉っている。そしてドイツの刑法家たちは、「既存の法律の過酷な文言をいかにしてねじ曲げることができるか、という詭弁的な技能」ばかりにこだわり、「法的な根拠」による論証よりも「若干の感傷的な心情を極端に揺り動かすこと」をめざす有り様であった、と彼は述べる。Henke, a. a. O., S. XXIX.
- 156) Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Bayern, S. I-III. なお、解釈の禁止と立法者としての領邦君主の権力との関連については、Ulrich Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 4. Aufl., München, 2004, 372f. を参照。
- 157) Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, S. IX.
- 158) Feuerbach, Einleitungs-Vortrag zum Criminalstrafgesetzbuch für das Königreich Bayern, 1810, in: Historische Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Regierungsakten des Kurfürstentums und Königreichs Bayern 1799-1815, München 1996, S. 309f.
- 159) 高橋, 前掲「近代刑法の形成とバイエルン刑事法典」参照。なお、このように過渡的あるいは不徹底な内容に同法典がとどまっていること背景には、当時のバイエルンにおける、ラントの財政危機を背景とする政治的妥協が存在すると思われる。詳しくは、高橋「マクシミリアン3世ヨーゼフの内政改革 バイエルン刑事法典(1751年)編纂の背景」(『同志社法学』第50巻第1号, 1998年)参照。
- 160) この頃の糾問手続における裁判官はいわば裁判官と検察官の役割を兼ねている、と説明されることが多い。だが、この種の説明が、実は当時の裁判官の実態を表現するには不十分であるという可能性もある。少なくとも当時の考え方としては、裁判官はさらに「弁護人」の視点も取り入れながら職務を行うべきだという見方も有力なのである。例えば自らも裁判官であるクヴィストルプは、次のように述べる。「裁判官の義務 (Pflicht) は、処罰のために役立つ諸事情を探し出したり糾したりすることのみに立ち入るのではなく、被告人の弁護 (Vertheidigung) および刑の減輕を目的とする諸事情の発見をも対象とする。Johann Christian von Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Teil 2, 5. Aufl., Rostock, 1794 (Neudruck, Goldbach, 1996), S. 16. そもそも同一人が裁判官・検察官・弁護人の役割をすべて兼ねること自体が理論的にも実践的にも破綻しているといえればそれまでであるが、現にそのような前提に立って当時の裁判が行われる場合があるとすれ

ば、裁判官が自らの確信にしたがって被告人の側に立った判決の実現を追求することも有り得る。それだけになお、啓蒙の時流に反する残虐な刑罰規定を冷然と適用することは、当時の裁判官にとってしばしば疑問に感じられたのではなからうか。こうした裁判官の意識については、例えば同時代の裁判官の日記等を史料として活用できればより正確に理解できようが、それは現状では筆者にとって容易なことではない。今後の課題である。

- 161) Carl August Tittmann, Daß sich die Urtheilssprecher in der Nothwendigkeit befinden können, eine gesetzwidrige Strafe zu bestimmen, um ein gerechtes Urtheil zu sprechen, in : Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 1, Stück 3, 1817.
- 162) Ebd., S. 352.
- 163) ティットマン自身の体系において、彼が「刑事法 (Strafrecht)」と「刑事法律 (Strafgesetz)」という言葉を使い分け、前者の刑事「法 (Recht)」を自然的な刑事法であるとしていることから考えても、この推定は妥当であろう。高橋、前掲「18世紀末におけるドイツ刑事法学の展開」72頁参照。
- 164) Tittmann, a. a. O., S. 353.
- 165) Ebd., S. 362.
- 166) Heinrich Luden, Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechts, Jena, 1842 (Neudruck, Goldbach, 1996), S. 92f. ルーデンの見解に関しては、高橋、前掲「近代ドイツにおける刑法家の実像」95-96頁も参照。
- 167) 内田、前掲82頁。
- 168) 同上、83頁。
- 169) 高橋、前掲「近代ドイツにおける刑法家の実像」97-106頁参照。
- 170) あるいは、補助知識 (Hilfskenntnisse)、補助手段 (Hilfsmittel)、補助典拠 (Hilfsquellen) とも呼ばれる。なお当時の文献では、Hilfs- ではなく Hülf- と綴られている場合も多い。補助学に含まれる諸分野、補助学と狭義の刑事法学との関係については、高橋、前掲「18世紀末におけるドイツ刑事法学の展開」76-81頁も参照。
- 171) 1790年代の段階では、まだ「犯罪心理学」は萌芽状態の学問であると意識されている面もあるにせよ、である。シュテューベルは、1795年に次のように述べている。「目下のところ、犯罪心理学は、まだ完全なたちでは取り扱われていない。人は、犯罪心理学に属する若干の考察を個別的な著作の中で行ったにすぎず、犯罪心理学のそのような考察のプランを描いたにすぎない」。Stübel, a. a. O., S. 131.
- 172) Ebd., S. 133f.
- 173) J. C. G. Schaumann, Ideen zu einer Kriminal-psychologie, Halle, 1792.
- 174) Greve, a. a. O., S. 82.
- 175) Johann Christoph Hoffbauer, Die Psychologie in ihren Hauptanwendungen auf die Rechtspflege nach den allgemeinen Gesichtspunkten der Gesetzgebung oder die sogenannte gerichtliche Arzneywissenschaft nach ihrem psychologischen Theile, Halle, 1808, S. 9.
- 176) Greve, a. a.O., S. 76.
- 177) Stübel, a. a. O., S. 130.

- 178) Sterzer, a. a. O., S. 50.
- 179) Georg Wilhelm Böhmer, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts in seinen allgemeinen Beziehungen, mit besonderer Rücksicht auf Criminalpolitik nebst wissenschaftlichen Bemerkungen, Göttingen, 1816 (Neudruck, Goldbach, 1996), S. 157.
- 180) 浅田和茂『刑法総論』(成文堂, 2005年) 18頁。
- 181) 「刑事法の学説の歴史ではなく, 刑事法学それ自体の, 学としてのあり方の歴史」という観点である。高橋, 前掲「18世紀末におけるドイツ刑事法学の展開」60~65頁, 同, 前掲「近代ドイツにおける刑法家の実像」75~77頁参照。
- 182) 厳密に言えば, 当時の刑事法学の哲学的補助学の代表例である「犯罪心理学」に関する研究の前提部分として, 位置づけられるべきものであろう。
- 183) さらに, 基礎法および刑事法分野の皆様を中心に, 本学の先生方や院生の方々にも折にふれて筆者の問題意識を聞いていただき, 様々なご意見をいただくことができた。そういった機会がなければ, 本稿の構想がまとまることはなかったと言える。心より謝意を表したい。