

紹介

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ

古稀祝賀論文集の紹介(10)

Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70.
Geburtstag, 1999.

刑法読書会
松宮孝明(編)*

目次

- ギュンター・ヤコブス「客観的帰属論に関する覚え書き」
ハロー・オットー「危険な製品の供給に対する刑法上の責任」
以上2000年1号
- ハインツ・シェッヒ「延命措置の限界に関する未解決の諸問題」
フェリドウン・イエニセイ「トルコの資金洗浄法について」
以上2000年2号
- ミハエル・ケーラー「帰責の概念」
ヴァルター・グロップ「『義務衝突』: 義務の衝突もなければ、
衝突状態にある義務もない」
以上2000年5号
- アルビン・エーザー「比較法的視点における治療行為の規定について」
ディーター・レスナー「過失理論の試金石としての、
スポーツにおける不注意な行態」
以上2001年2号
- クラウス・ロクシン「終了未遂の中止としての既遂の阻止」
ヴィルフリート・キューパー「生命を危殆化する措置」
以上2001年3号
- マンフレート・マイヴァルト「資金洗浄罪の構成要件における解釈問題」
ユルゲン・ザイアー「国選弁護人の任命取消」
以上2001年4号
- クリスチャン・キュール「緊急権における自由と連帯
カント実践哲学に基づく法哲学的考察」
エレン・シュリュヒター「結果犯における故意の原因において自由な行為について」
以上2001年5号

* まつみや・たかあき 立命館大学教授

ことは認められ得ない、と。

このような刑法251条の拡張は、賛同され得ない。犯罪者が銃器を携帯しているかぎり、行為後の逃走の際に射殺される危険は、乗用車で逃走する行為者によって道路交通において轢かれる危険と何ら異なることなく、あらゆる事前行為（詐欺、横領、盗品等関与、密猟など）の際に発生する。窃盗既遂後の加重的な強要手段の使用は、刑法252条が規定している。すなわちそれ以外の事前行為の既遂後には、強要手段の使用は加重事由としては顧慮されていないのである。したがって、逃走のために暴行を使用する行為者が、それにより強盗に特有の生命への危険性を創出しているとされることは、不可解である。加えて刑法251条が予定する強盗、強盗的恐喝、および強盗的窃盗は、領得意図、利得意図、または占有保持意図での暴行または脅迫の使用を要求している。すなわち逃走の意図では十分ではないのである。

したがって第一の限定は次のように述べられる。致命的な強盗行為は刑法251条の時間的要求を、その行為が基本犯の実行段階に属しており、そしてその既遂の構成要件内の行為として用いられる場合にのみ、満たし得る。

1. 死の結果と強盗との機能的結合について検討する。結果的加重犯に対して「基本構成要件と過失結果惹起の単なる結合から際立たせる」ような不法要件を付け加えなければならないということ、そしてこれは「この犯罪類型の客観的認定のための実存的な意義」がある、ということをも最も強調したのは、ヒルシュであった。もしそうでなければ、刑法251条の極端に厳しい法定刑が、責任に応じた刑罰と調和することは困難である、としたのである。行為実行は強盗に特有の生命への危険性を引き起こすものでなければならず、その危険性とは被害者の死において現実化され、そして幸運にも被害者が生き延びた場合には、危殆化の故意がある限りで刑法250条2項3号bの成立へと至るものなのである。一般的な帰属基準による客観的帰属は確かに必要不可欠なものではあるが、しかし死の結果を伴う強盗としての加重的な帰属のためには十分ではないということは「当然の確認事項である」(ヒルシュ)といっていよう。

2. で証明されたように、死の結果という加重的帰属と強盗との結合点として、もっぱら構成要件内の強盗手段が考慮され得る。刑法249条は3つの行為を考慮に入れている。すなわち強取の手段としての暴行、および脅迫、そして強取行為それ自身である。暴行の使用の効果が「直接的に」被害者の死へと至った場合に、刑法

251条が介入することは争いもない。同様のことは脅迫にも当てはまる、例えば精神の例外状況として、脅迫により致死的な心筋梗塞へとになりやすい被害者において。刑法施行法は1975年に、暴行の強盗形式に刑法251条を限定することを、脅迫による死の結果も含ませるために放棄した。

強盗の強取行為も要求された機能的結合を示すような死の結果をもたらし得るものかは、明らかにされねばならない。この問題は肯定説と否定説の争いがある。実務で過去に問題となったことはないが、理論上問題とされる事例としては、例えば強盗の被害者から行為者が脅迫により寒さの下で衣服を強取したが故にその者が凍死した場合、もしくは、行為者が生存に必要な薬を強奪したが故に死亡した場合が挙げられる。刑法251条の文言は何ら制限を要求していない。しかし、奪取行為に結果を加重する意義を付与することは疑問である。というのは、強盗に特有の生命への危険性はその奪取行為に付随するものではないからである。上記事例において高められた不法内容は、刑法が規定していない「死の結果を伴う窃盗」に相当するものである。奪取された物が行為者のものであった、または行為者がその物を領得の意図なしに奪取し、そしてそれによりその後被害者が死亡した場合には、窃盗の構成要件すら実現されず、単なる過失致死なのである。すなわち奪取行為は強盗に特有の生命への危険性を全くもっていないのである。これは強盗的恐喝における強要された態度にも当てはまる。

このことは第二の明確な要件提示へと至る。すなわち刑法251条は、奪取の目的(刑法249条)、占有保持の目的(刑法252条)、または作為行為、黙認もしくは不作為の強要の目的(刑法255条)での暴行または脅迫の使用によってもたらされた致死の結果を要求しているのである。

3. さらなる問題として、誰が殺害の被害者として考慮されるのかという問題がある。法律の文言は第6次刑法改正法により、「他者(anderen)」ではなくて「他の者(anderen Menschen)」となったが、保護される人物の範囲の限定について何ら指摘していない。刑法251条における制裁の加重的飛躍を説明するためには、使用された強盗手段の生命に対する危険性が致死結果に現れなければならない。この要件は強盗と関連して殺害された人物の範囲を限界づける。刑法251条の殺害の被害者は、まず第一に強盗被害者および強盗的恐喝の被害者、そしてさらに、行為者が基本構成要件に該当する方法で致死の結果を伴って奪取の黙認または引渡しを強要するような、全てのその他の人間である。占有の保護のために準備された第三者、例えば警備従業員、強盗被害者または強盗的恐喝の被害者の護衛の者、強盗被害者

または恐喝被害者に加勢しに駆けつけた通行人や警察官も、それに属する。刑法251条の殺害被害者には、行為者の暴行または脅迫の直接の被害者となったさらなる第三者も含められる。なぜならそれによって占有保持者に獲得物の奪取の黙認または引渡しをするよう強制されたからである(負担を負う第三者への暴行または脅迫)。例えば出納係を強要するために、客を銀行で脅迫し、またはその客に暴行を使用した場合や、強盗被害者の財布の奪取の黙認または引渡しを強要するために、その面前で彼の子供を虐待する場合。人に関する錯誤の結果として「間違った」被害者に対して、もしくは概括的故意により多数の人間に対して(機関銃の一斉射撃)の、加重的な強要手段の致死的な使用でも十分といえる。

被害者とならない場合としてはまず、強盗行為が関与していない人間、すなわち使用された強要手段の対象ではない者を死亡させた場合が挙げられる。すなわち強盗の攻撃の目撃者が興奮の結果として心筋梗塞を起こす場合。また、強盗犯が強盗の機会において故意に、たまたま行為現場にいた宿敵を射殺した場合には、致死的な暴行の使用は強盗手段として使用された暴行とは一致せず、すなわち構成要件外の性質をもつ。故意的ではなく、それ故に刑法249条にとって十分ではない暴行の使用の場合も、刑法251条の被害者とはならない。例えば、脅迫手段としてのみ出納係に対して使用された武器が、神経過敏により故意ではなく暴発し、関与していない客に当たった場合。刑法251条によって保護される人間には、強盗への関与者は含まれない。彼らは、「他の者」に生命の危険をもたらすという禁止が向けられた者なのである。

第三の明確な要件提示は次のとおりである。行為者が暴行または脅迫を奪取の手段として、まさに他者に対して、およびそれに加えて打撃の錯誤の場合の被害者に対して、使用されたことで強盗の関与者以外の他者の死が発生した場合にのみ、結果を加重する方法で「強盗により」死がもたらされたことになる。

4. 最後に、直接性の基準が、死の結果と暴行または脅迫の機能的な結びつきをさらに限定するのに適切であることを明確にする必要がある。ヒルシュは、致死的な危険は作為活動(暴行行為または脅迫行為)からではなくて、行為手段の「実現」、暴行または脅迫の影響との直接性から出発しなければならないと明確に述べた。限界事例としては、被強要者の死の最後の原因が自己危殆化または第三者による生命の危殆化(例えば救助の失敗の結果として)に基づく状況が挙げられる。まず除外されるべきなのは、いわゆる追跡者事例、すなわち強盗の被害者が略奪品をもって逃亡している行為者の後を追う、その際に不運な転倒、交通事故その他の事情によ

り死に至った場合である。なぜならそのような場合には強盗に特有の危険実現が欠けているからである。その危険は、窃盗犯、詐欺犯、密猟犯などの追跡の際の危険と区別されるものではない。しかし、危険な、被害者の死亡に終わった逃走について、さもなければ行為者によって被害者が射殺されていたであろうが故に、被害者がこの危険を引き受けた場合には、どうであろうか？ もしくは被害者に発砲した強盗犯に対して抵抗し、そしてその際に不運にも転倒したら？ そのような場合にもその死に特別な生命への危険性は現れており、その危険性は強盗手段として使用された行為者の暴行または脅迫の具体的な形式に具わっているのである。

よって第四の明確な要件提示は以下のようにまとめられる。強盗手段として使用された暴行または脅迫の具体的な形式が、被害者の危険な自己危殆化（逃走、防衛）または危険な第三者の危殆化（救助未遂）を容易に想定させる場合には、最後の原因としてこの被害者行為または第三者行為により引き起こされた被害者の死も、強盗に特有の生命への危険性を現実化したのである。

強盗と死の結果の間の主観的關係を、刑法251条は1998年4月1日の第6次刑法改正法による新しい規定以降、「少なくとも軽率に」としている。ヒルシュは刑法227条（刑法旧226条）を真正の結果的加重犯とする一方で、立法者は大法廷の見解を引き継ぎ、死の結果を伴う強盗は、故意の殺害も過失による殺害も含めるという不真正な結果的加重犯であることを明確化した。よって故意の場合も予定する以上、過失の場合は無期自由刑の科刑は排除される。

未必の殺害故意により行動した事例においても、さらなる問題は存在しない。その故意が死の結果と並んで生命への危険を根拠づけるような事情もその本質的な傾向の中に含んでいた場合には、その者は刑法251条により可罰的とされる。それとは逆に、強盗犯に過失非難のみが向けられる場合には、限界づけが必要となる。1975年の刑法施行法による刑法251条の新しい規定以降、行為者は強盗に特有の生命への危険を軽率に創出しなければならなかった。その規定の下で、通説的見解によれば、段階的に高められた注意義務違反、基本的な注意義務のとくに重大な侵害、そして認識可能な、または認識された死の発生の高度の蓋然性にもかかわらず行動したことが認められるべきなのである。強盗を開始して必然的に暴行または脅迫を行ったことに注意義務違反性が既にあるのではなくて、軽率性の非難は重大な結果の予見可能性において考慮される。軽率性はむしろその両方の構成要素、すなわち注意義務違反と予見可能性において、行為実行における強盗に特有の生命への危険

性に関連し、そして単純な過失に比べより高い段階を示さねばならないのである。

刑法249条、252条、255条の暴行の形式にとって、このことは刑法250条2項3号bが予定する、生命を危険にする効果を被害者に与える形式での事例に当てはまる。上半身へのナイフの刺し傷または発砲、88歳の女性への長期間の猿ぐつわが、例として挙げられる。それに対して脅迫の形式においては、慎重である。脅迫された被害者が余りに驚愕したために心身の影響により死亡することはほとんど起こらないので、行為者に認識可能な特別な事情が存在する場合、例えば老齢による衰弱した被害者の体質、その他これに類する場合にのみ、軽率なものとされ得るのである。

1. 結果的加重未遂は結果的加重犯の未遂と同様に、基本構成要件と加重結果との間の機能的関連と主観的関連についての基準に依拠している。ヒルシュは、刑法旧226条(刑法227条)のように、その加重結果が基本構成要件の結果の特有の危険性から生じる場合には、過失の結果加重の場合には未遂は既に構成上排除されなければならない、と指摘した。そのような未遂は、身体傷害行為による過失殺害においても、真正結果的加重犯として格付けされるが故に故意殺害においても考慮に入れられないとする。同じことが、過失による死の結果において、すなわち刑法252条は窃盗が既に既遂となっているが故に、暴行または脅迫が強要の相手方になお到達しなかったことを要件とする死の結果を伴う強盗的窃盗の未遂に対しても当てはまる。しかし死の結果を伴う強盗未遂および死の結果を伴う強盗的恐喝においては事情が異なる。先行研究から明らかなように、死の結果はその場において既に、被殺者に対して向けられた、強盗手段または恐喝手段として使用された暴行または脅迫の強盗に特有の生命に対する危険性を現実化しているのである。したがって、強盗と死の結果との必要不可欠な時間的・機能的関連性は、刑法249条または刑法255条の既遂を全く要件としないのである。それを越えて、刑法251条においては不真正結果的加重犯が問題となるが故に、結果的加重未遂と並んで、死の結果が現れなかったにも関わらず、殺害故意での結果加重の可罰的な未遂もまたありうるのである。後者は刑法252条に対しても当てはまる。

2. 最後に、基本構成要件と加重結果との間に必要不可欠な時間的・機能的そして主観的関連が、刑法251条の結果的加重未遂(刑法249条、255条の未遂が故意または軽率にもたらされた致死結果によって刑法251条により加重される場合)も刑法251条の未遂(殺害故意はあるが死の結果が現れなかった場合)も認める場合には、

中止の問題が存在する。

刑法249条、255条の結果的加重未遂が問題となる場合には、基本犯はなお未遂段階にあるが、その一方で死の結果は既に発生し、そしてそれが行為との時間的・機能的そして主観的関連を示している。行為者が任意に強盗の既遂または強盗的恐喝の既遂を思い止まった場合には、行為者は被害者を致死させて刑法251条を実現したにも関わらず、なお刑法24条によって有効に中止し得る。というのも、刑法22条以下の意味における「未遂行為」は故意犯だからである。したがって刑法249条、255条の中止未遂は、刑法251条による副次的な結果的加重未遂をも含むのである。もっとも、未遂の強盗的恐喝致死について、行為者が被害者の死を認識している場合について中止をいずれにせよ排除するであろうような失敗未遂は存在しないのかという問題は存在する。というのもその場合には、財産処分はもはや行われ得ないのであり、行為者に何ももはや交付され得ないからである。したがって基本構成要件の既遂は排除されるように思われる。しかしそれに対して、行為者は確かにその財物をもはや死亡した被害者から渡してもらい得ないが、しかしそれを自分のものにすることはできる。すなわちその行為を強盗として継続することはできる。これは本来の行為者の計画と等価値であって、本質的でないズレであると思われる。

上述の熟考が、結果的加重犯によりはっきりとした輪郭を与え、そしてその範囲限界を設定することについての、敬愛する被祝賀者の願望に寄与することを望む。

(野澤 充)

ディートリッヒ・エーラー

「今日的考察におけるベネディクト・カルプツォフの プラクティカ・ノヴァ(1635年刊)」

Dietrich Oehler, Benedict Carpozovs Practica Nova (1635) in
heutiger Betrachtung, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch
zum 70. Geburtstag, 1999, S. 105-113.

〔紹介者はしがき〕

本稿は、ベネディクト・カルプツォフ(Benedict Carpozov, 1595-1666)の著作『Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium(プラクティカ・ノヴァ)』(1635年刊)の歴史的意義について検討するものである。

約130年もの間ドイツにおいて、実際上、法律のように支配的であったにもかかわらず、である。それは何ら匹敵するものがない、ドイツにおける高度の学問的業績であった。それにより神聖ローマ帝国の広大な領域において、北部イタリアおよびその他の外国の刑法学説を共に用いることにより、ドイツの法源の解釈による統一的な刑法を創出したのである。彼はとりわけ、カール五世の帝国刑事法典(1532年)、すなわちカロリナ刑事法典、ザクセン選帝侯国憲法(1572年)、そしてその他のいくつかのザクセンの法律に関わった。カルプツォフは、その本によってかなり一貫した刑法の構造をドイツにもたらしたので、彼の本はドイツ全域において訴訟の際に使用されたのである。この本が約14版 実際上第1版に対して変更されていないのだが を重ねたこと、そしてすぐれた刑法学者であるペーマー(Johann Samuel Friedrich von Böhmmer)が、1758年の最後の版に「考察」を加えたことは、自然法および啓蒙の時代も含めてまでの、その本の絶大な意義を示している。再版に際しては何ら変更されなかったため、彼の説明による刑法は、ある意味で完結したものとしてどうやら評価されたい。本のまえがきでカルプツォフは、そもそも自らの立場を明らかにせず、現行刑法を記述しようとするのみを強調した。彼はそこにおいて、自分がライプチヒの参審裁判所の参審裁判官であるとしている。

2. カルプツォフの政治的環境

ドイツの秩序が崩れた時代に生きていることが、彼には必然的によくわかっていた。戦争は17年間荒れ狂い、ドイツは既に荒廃していた。ヴァレンシュタインはその多数の軍隊をバルト海にまで進め、ライプチヒは粗野な暴兵によって何度も荒らされた。リュッツェンの決戦はその門前の近くで行われた。ヴァレンシュタインは殺害され、歴史の天秤はある意味でプロテスタントへと傾きつつあった(カルプツォフは筋金入りのプロテスタントであり、新教の教会法についての大きな本を執筆している) 革命的な出来事に関して、その著作においては何の反響も見受けられない。カルプツォフはライプチヒ住民と同様に、しばしば不安と恐怖に襲われていたに違いない それについての表出はどこにも見られず、彼が実際には最後に執筆したまえがきにも見られない。ときどき彼はその世紀を恐ろしいものとし、全てのモラルと秩序が見捨てられた最も残酷な時代であり、そして人間は害悪に結びついた状態にあり、威嚇のための刑罰は厳しくなければならなかった しかしこれが全てでもあった。彼はそれについての個々の結論を特に何も述べていない。既に17年にもなるこの戦争が、人間の犯罪について実社会にどのように影響したの

かについても、彼は述べていない。しかし、とりわけ故殺犯罪に関する部分を読む場合には、その本がドイツの最も平和な真っ只中に書かれたものと感じることができであろう。カルプツォフはかなり頻繁に、選定候が恩赦を出すべきかどうかについて述べている。彼は原則的にそれに対して、とりわけ戦争のどさくさの結果として行われた行為との関連において、反対を表明している。したがって命令に合致して行われた兵士または文民の行為に関しては、これらがやはりかなり頻繁に法に合致せずにも行われるに違いないにも関わらず、彼は何も述べていない。その本は事件の荒れ狂う海の中にある岩盤のように現れているのである。その限りにおいてそれは特異事件(Phänomen)であり、そして当時の政治史の理解のためには実りの乏しいものなのである。当然にもこのことが、なぜその本がそれほど長期間に維持されたのかということの、主たる理由である。刺激的な時代の流れにも関わらず、その本は政治について何も述べることがなく、一方的な政治的見解は何ら主張されず、そしてとりわけ何らの宗教的傾向をも強調されなかったのである。しかしそうだとすると、その本が長期間にわたりそれほどまでに使用に耐えたというのは、我々にはほとんど理解不可能である。なぜならそれはやはり重大な欠点をも持っていたからである。

3. 本の負担となるような欠点

その欠点とはとりわけ、使用された刑罰のひどい残酷さ、および拷問の使用、そして異端審問裁判のうわべだけの学問的根拠づけである。カルプツォフはこの観点において何ら特別な例外を示さなかった。これら全てを、根本的に制限することもなく肯定したことは、彼に対する主たる非難の内容となった。刑罰は中世の末期には、よりいっそう恐ろしいものになり、そして拷問の苦しみもそれに対応していった。なぜなら刑罰はもはや代償としてではなくて、他の潜在的な行為者に対する見せしめとしてののみ考えられたからである。それにより上述の刑罰にとって、限界はもはや存在しなかった。カルプツォフはときおり、流神的な世紀という言葉を用い、その時代においては、刑罰による見せしめのみが唯一意味を持つ、とした。全ての他の刑罰目的を、彼は効果の無いものとして退けた。人間の多くの犯罪行為に関する神の怒りを相応の刑罰によって静めるということは、彼にとっては決して国家の責務などではなく、明らかに見せしめのみが際立たせられていた。カルプツォフ自身は処罰システムを残酷なものと感じており、ときおりこのことについて言及している。しかし拷問に対しても、彼は決して他の方法を見出さなかった。例えば、彼がときおり刑場の傍らを通り過ぎねばならず、その際には公開で執行されている刑

罰の結果を見た、これは常に恐ろしいものであった、と彼は述べている。しかし何らの結論をも、彼はそこから導いていない。それに対する何らの言葉も見られない。カルプツォフは処罰体系を公明正大なものとして見なしていたのである。

彼はプロテスタントとして魔女信仰のとりこになり、そしてそれを構成要件上および手続上、確立させた。もっとも、19世紀には明らかに訴訟の数が極端に誇張されていた。カルプツォフがこの種の二つの訴訟にのみ関与したという、最近の研究が出されている。ドイツにおける訴訟の数の評価に対する基礎を固めるために、中世の最盛期から全盛期に至るまでの間の、神聖ローマ帝国の最も大きな都市であるケルンについて、その問題が研究された。その都市はフランス革命まで、一度たりとも他国の軍隊によって征服されず、焼かれることも無かった。そしてその結果として審判制度は完全に存在しており、220年の間に魔女に対する37の死刑宣告が行われた。帝国全体での数が簡単には最終的に算出できないことは当然に明らかである、しかしその数字から、やはり19世紀の極端な数の承認に対して大きく制限すべきことが見てとられるのである。どれほどわずかにしかカルプツォフの本が大多数の学者によって18世紀の中期まで拒絶されなかったのかは、前述のペーマーにより1758年に加えられた「考察」に見てとれる。ペーマーは既に完全に啓蒙された人であったが、その本を原則的には不快なものとはしなかったのである。

4. 将来の展望の不存在

カルプツォフの本は当時の自然法の流れについて何ら言及しなかった。彼は明らかに、フーゴー・グロチウスの1625年の『戦争と平和の法(De Jure Belli ac Pacis)』を知らなかったらしい。ドイツにおける当時の戦争情勢は、どうやらその本を彼の手元に届けさせず、また他の学者によりその本への注意が喚起されることもなかったようである。後の版においても全く見られない。この本が120年の長きにわたりドイツの刑法学説における漂石のように扱われてきたことは不思議といえる。今世紀の我々はカルプツォフを、沈黙または非難に満ちた姿勢によって隅に追いやるべきではない。なぜなら17世紀においてドイツでは30年戦争のため、偉大な業績は多くは生み出されなかったからである。

5. 本の価値判断

その本についての研究の困難さは、当然のことながら、ラテン語にある。その最も重要な最初の部分の私の翻訳により、いくらか障害が取り除かれたことが望まれる。それにより、その本の本質的意義は我々と親密なものになる。なぜなら我々は

やはりラテン語では思考しないからである。しかしその文章に精通すると、カルプツォフがドイツ語で思考し、会話していたことに気づく。彼はキケロ風の美文を書いたわけではなく、その文章はほとんどが短く、そして明快なのである。若干の言語の謎解きに直面するのは、全くまれでしかない。中世の意味で使用される言葉もすぐに理解可能である。カルプツォフがこの本全てを自分自身で書いたのかという問題が浮かび上がる。私は、その記述において差異が見られると思う。膨大すぎる注釈をまず避けるならば、本来参照の指示を伴って行われたであろう典拠なしに、本質的な考え方を幾度も繰り返すことになる。謀殺について述べる際にはほとんど毎回、行為者が直接に故意で、その意思による死の結果を開始したというような謀殺だけがそれに属するのではなくて、故意の違法な行為により惹起されたが、その際に行行為者は死という危険な結果を予見し、そして一般的な経験に従えば認識しなければならなかったような謀殺もまたそれに属するということ（*versari in re illicita*、いわゆるベルサリ原則）を、彼は詳細かつ強く繰り返した。同じ言葉によるものではないが、しかしその意味に従ってこれは何度も強調されている。おそらく彼は彼の助手にも、常に新しい助手に謀殺のこのような範囲に注意を喚起するよう指示したのである。それに対する反対意見も存在したので、それによりその反対意見と戦おうとしたのである。教授になったときに、講義を助手に管理させていた点について、彼はかなり頻繁に非難された。

6. 業績の範囲

その業績は、その並外れた厚さのために把握するのが困難であり、理解しにくいように思われるが、しかし実際はそうではない。膨大な注釈は、原文の読解の際には取り除かれるべきものであり、理解のためには不必要である。その際に2つの注釈のグループが区別されるべきである。一方で、イタリア、フランス、およびスペインの業績からの多くの引用が見出され、ドイツの出版物からの引用も見出される。外国文献の引用はときどき間接的である。16世紀のミラノ人ユリウス・クラルス（Julius Clarus）は、カルプツォフが確実な典拠としている。この人は卓越した刑法を標準的な範囲で記述したのであり、私の考えでは16世紀におけるこの種の最も良い本である。ただカルプツォフがその見解においてこの本に同調していたかは疑わしい。他方で、注釈は多くのドイツ判決、法からの要請やその他これに類するものへの回答を含んでおり、ほとんどがドイツ語で、ザクセン選定候国において用いられた法を解説しているのである。カルプツォフは当時の法の描写に関する最も大きな業績を残したのである。

7. 法 源

刑法の特徴づけについては、彼には1532年のカロリナ刑事法典こそが、そのカロリナの欠落部分を補う1572年の上述のザクセン選帝侯国憲法と結びついて、およびごくまれにかつてのザクセンのラント法と結びついて、帝国法として確固とした基礎となるものであった。彼にとって重要であったのは、とりわけ刑罰についての裁判所の運用であった。しかもはじめにこのことについて明文上許容しているように、その裁判所の運用は彼にとってカロリナよりも優先していた。ザクセン選定候国における法適用に関する多くの注釈が、刑法を顧慮した上での、非常に興味深くかつ生きた社会学的な人々の様子を示している。

8. ローマ法とドイツ法との関係

法の描写の際に、カルプツォフは何度もドイツ法を指摘し、基礎におくことを怠らなかつた。カロリナの強いローマ法的特点および北部イタリアの文献の学說的優位にもかかわらず、彼はローマ法に片面的に心を傾けなかつた。彼はもともとのドイツ法のように、身体傷害と侮辱の分離を主張し、そして単独の構成要件としての統一的な侵害罪(injuria)を拒絶した。それによりサヴィニーは後のプロイセンの立法大臣として、この分離を現在の刑法典に保持することに成功した。そもそもカルプツォフは、ドイツ法の裁判所での使用およびドイツ法を、それらがローマ法と対立するや否や、非常に強く強調した。しかし彼はそれらをローマ法に対してより良いもの、またはより大衆的なものとして肯定したわけではなかつた。

9. 法的安定性と正義

カルプツォフが裁判官を正義や法的安定性と結びつける際には、ローマの著述家を引用し、そして自らの考えをほとんど付言しなかつた。法的安定性は彼にとって何よりも大切であり、彼は法の適用の均一性においてそのことが具現化されると評価した。すなわち、身分の違いを顧慮することなき全ての人の同様な評価づけにおいて、全ての可罰的な態度を行なった者の訴追において、そして選定候による恩赦証明の却下において。彼にとっては、正義は確実な法の構成から生じるものであった。したがってその際に彼は非常に詳細になり、そしてしばしば個々の問題に直面した。彼はよく頻繁に、有責な行為者のみが処罰され得ると強調した。責任なしに刑罰が宣告されることは許されないのである。かつてのドイツの結果刑法を彼は否定している。偶然に発生した結果に対しては、決して刑罰が言い渡されるべきではない、たとえ事情により人命金(Wergeld) これは刑罰とは見なされない

が支払われるべきであったとしても。多くの適切な見解の一方で、行為者が違法な危険行為を故意に実行し、被害者の死がその行為から生じた場合には、その者はその場合にも故意に殺害したのだということを、彼は激しく強調した。なぜならたとえ行為者はその結果を意図的に引き起こしたのではないとしても、その死を結果として予見しなければならなかったし、かつ予見し得たからである。このことは当時非常に争いがあった。ローマ法はその問題を知らなかった。それはどうやら、かつてのゲルマンの結果刑法の余波のようである。このような構成は確実に多くの犯罪者にとって命取りになった。カルプトゥーフはこのような構成に対して何ら例外を許容しなかった (*versari in re illicita*)。過失殺の処罰に際しては、同様のことを排除していないものの、彼は自制している。彼は、総論の多くの構成を今日と大して異なることなく解決した。正当防衛の場合または錯誤の場合は今日もなお我々の教科書に見られる。武器のない侵害者が被侵害者によって殺害された場合に、彼は断固として正当防衛にはさせようとしなかった。

10. 刑罰制度

カルプトゥーフは残酷な刑罰制度を理由としてもしばしば攻撃されてきた。今日それらを読む際には、身の毛のよだつ思いがする。すなわち剣刑は死刑の中で最も軽いものだったので、厳罰化は恐ろしいものへとのみ増大し得たのである。カルプトゥーフは刑罰を残酷なもの ラテン語で明確に述べている(「おそるべき (*atrox*)」)と見なした。しかしそこにおいて行為と刑罰の間の比例性が与えられると評価していた。彼は、行為者の重大な責任を理由とした刑罰は適切であると述べている。事実に関する疑いによってだけで、裁判官が死刑を科すことは決して許されない。このことを正義が要求している、と。彼は、裁判官がさしあたり実際上あらゆる刑罰を裁量により科し得るが、しかし正義のために事実の確実な立証に際して、通常のそして既存の刑罰制度から逸脱することは許されないと強調している。カルプトゥーフには、刑罰が公的に執行されているにも関わらず、執行制度全体が適切に機能していないということは、どうやら考えとして一度も浮かばなかったようである。彼は、君主または裁判官が神の前にこのような恐ろしい刑罰の責任を負い得るかについても、疑問としていない。

11. 業績の評価

カルプトゥーフの本は、当時の世紀にとって同列に扱われるべきであるような比類のものを持たないものであった。おそらく、この強大な業績を凌駕しようとするあ

らゆる意思が、当初からはね返されたであろう。カルプツォフが既にその時代において時代遅れになった学問的手法で行なっていただけに、そのことはよりいっそう驚くべきことである。その本はスコラ哲学的な方法、分析的な手法というアリストテレス的な様式、すなわちイタリアの方法で構築されたのであり、それはフランス人ペトルス・ラムス(Petrus Ramus, 1515-1572)による近代的な学問的思考手法としての総合的・体系的な手法、フランス的方法によって取って代わられるものであった。ドイツにおいてはそれは新しい思考様式を描き出すものであった。

我々は上位概念を出発点として下位概念へと至り、そして体系をピラミッドのように組み立てるが、その一方でアリストテレス的な手法が個々の概念をさらなる部分に解体することによって、我々はもはや総合的・体系的な手法により思考するに過ぎないにも関わらず、この手法の転換はもはや意識的されるものでもない。カルプツォフはペトルス・ラムスや手法転換について何ら言及していない。それゆえに彼は次の世紀にも激しく攻撃された。しかし彼は、前書きにおいてほのめかしたように、当時の現行法のみをその公正な使用のために、あらゆる点で明らかにしようとしたのである。それを越えて攻撃することや刑法における未来を指し示すような何か、とりわけ恐ろしい処罰制度を新しい方向へと進めるようなことは、彼の念頭には無かったのである。行為と刑罰の比例性が与えられていたことによって、彼は刑法の改革に関して熟考する必要性を見てとらなかつたのである。

カルプツォフはその時代にとって偉大な学者であった。彼は当時の刑法を、学問上卓越した技量で使いこなした。ドイツ人が当時さらなる業績を執筆しようとしたならば、それを行き得たであろう〔が、行われなかつた〕。どうやら学者はかの時代のその本によって満足したようである。指摘された弱点にも関わらず、我々はカルプツォフを尊敬の念によってのみ考察し得る。その他の法領域は、当時そのような完成した記述を手中にしておらず、我々は彼によって、ザクセン選定候国の人々の生活に関する詳細な刑法上・社会学上の印象全体を手に入れるのである。その本は全体に代わる部分としての刑法上の学説と並んで、当時のドイツ全体の犯罪学的な現状の模写を描き出しているのである。

(野澤 充)