

近代刑法の父としてのパウル・ヨハン・アンゼルス・フォイエルバッハ 過去と今日の刑法上の諸原則

クラウス・ホフマンーホラント
マテイアス・ジモニス
滝沢 誠 訳

I. はじめに

啓蒙主義に特徴付けられた時代から一九世紀に変わる際に、新しい刑法についての問いが投げかけられた。この問いは、パウル・ヨハン・アンゼルス・フォイエルバッハによつて答えられた。すなわち、彼は、一八一三年公布のパウエル・ヨハン・アンゼルス・フォイエルバッハの刑法典を通じて、今日のドイツ刑法典の前身を創造し、また、現在のボン基本法一〇三条二項及び刑法典一

条にも盛り込まれており、絶対的に妥当すべき明確性の原則 (Bestimmtheitsgrundsatz) の最も名高い提唱者 (Wegberiter) の一人としてみなすことができる。とりわけ、このような結論をとったがゆえに、フオイエルバッハは近代刑法の父とみなすことができたことになった。私は、この彼の近代刑法への功績について追うことにする。

その際、まず、フオイエルバッハの基本的な考えと本質的な原則を概観する (Ⅱ)。ここでの対象は、フオイエルバッハによる、刑の目的は何であるかという意味での刑の目的論 (Strafzwecktheorie) について検討を加え、また、そこから派生する明確性の要求 (Bestimmtheitsgebot) 及び、フオイエルバッハが考えていたふさわしい刑罰の観念 (seine Vorstellungen angemessener Strafe) というものも対象となる。そして、最後に、現在のドイツ刑法典へのフオイエルバッハの影響 (Spur) を探ることとする (Ⅲ)。

Ⅱ. 基本的な考えと本質的な諸原則

1. 哲学と法学の関係について

フオイエルバッハの基本的な考えとその活動は、まず、哲学に向けられていた。彼は、息子のアンゼルムに宛てた手紙において、まさしく、次のように述べている。

「少年時代の始めの頃には、私は法学が大嫌いであつたし、また、今なお、学問としては法学には魅力を感じられない。私は、歴史、及び、特に哲学に、大きな関心があつたからである。」

一度、職業と名譽のために、フオイエルバッハは、とりわけ、経済的な困窮から、きつぱりと、現実の生活を受け止める新たな方向への折り合いをつけたのであった。

「そこで私は、すばやくしかし確固とした決意をもつて、嫌いな法律学に取り組むことにした。やがて法律学は私にとつてはあまり苦手なものではなくなってきた。」

刑法学に転向する際に、フオイエルバッハは、哲学に対する情熱をパンとしての学問（生きるための術としての学問。Brotwissenschaft）の法律学と結びつけた。その際、カント哲学の信奉者として、彼にとつては、法と道徳を区別することが、決定的に重要であった。実定法は、簡単には、道徳から導かれるものではない。同様に、法律学にとつての哲学も重要ではないわけではない。哲学がなければ、法律学は愚かなままである、とフオイエルバッハは書いている。哲学的に思慮深く法を教えるものは、それゆえに、国家の立法者に任ぜられる。実定法は優位にある。彼の教科書には、次のように書かれている。

「ドイツ共通刑法の源は、その適用において、哲学が積極的に法的な諸規定によつて制限されない限りにおいては、刑法の哲学である。」

2. 刑の目的論、刑と刑の量定について

a) フォイエルバッハの刑の目的論

フォイエルバッハは、刑法理論において常に現実的な問題である刑の目的について、立ち入って取り組んでいた。国家を法的な状態を築くもの、従って、法の法律により人間の共同生活として理解する立場から、フォイエルバッハは次のように推論する。

「このような方法であつても法を犯すことは、国家の目的に反する…従って、国家は、法違反をそもそも不可能にするような準備を行うことによつて、正当化され、また義務付けられる。」

この目的を実現するために、フォイエルバッハによれば、心理的に「強制する準備」(Zwangsanstalten)が必要となる。けれども、それだけでは十分ではない。なぜなら、一方では、国家は、全て予防的に干渉することはできず、抑圧的な観点では、全ての損害を回復することができない。効果的で行き届いた強制を生み出すためには、これに加え、まずは、犯罪行為を行いうるような市民に心理的な影響（威嚇）を及ぼさなければならぬ。

「従つて、そもそも、法に違反しないようすることができないのならば、心理的な強制とともに、法を犯す前に先行している他の最も好ましい強制がなければならぬ。そのような強制は心理的なものでありうる。」

この表現は、フォイエルバッハの心理強制説 (psychologische Zwangstheorie) の核心である。この心理強制説は、全ての法を犯す原因は、感覺性、すなわち、感性的衝動の中に (in einem "similichen Antrieb") 見い出すことができる。このようなフォイエルバッハの認識の結論 (この認識は、後に、ガリー・S・ベッカー (Gary S. Becker) の提唱する合理的な選択アプローチ (合理的選択の理論) (Rational Choice Approach (Theorie der rationalen Wahl)) に類似するものを見出すことができる) は、以下の通りである。

「誰もが、満足しない犯罪行為の動機から生じる嫌悪の気持ちよりも、所為の後に不可避的に生じる害悪のほうの方が大きいことを知っているならば、このような感性的衝動を止揚することができる。」

その際、本来の刑罰の目的は、それ自体において根拠付けることはできない。

「法律によつて刑を示して、予め犯罪を行わないように脅しておく目的は、全ての者、すなわち、法を犯すというひよつとしてありうる全ての侮辱者に対する威嚇である。刑罰を加えるという目的は、それがなければ威嚇がない (効果的にはならない) のと同じく、法による威嚇を効果的にする理由付けになる。」

全ての者が受けることのできる相互的な自由 (die wechselseitige Freiheit) を得る必要性から刑罰は科せられるべきである。その流れの中で、フォイエルバッハはこの特徴を明らかにしている。すなわち、①刑罰は特別予防効果を持

つべきではないこと、②刑罰は道徳的な復讐でないこと、③刑罰は道徳的な改善をもたらすものであるべきではないことである。今日の異文(原典批判による異本校合による)によれば、フオイエルバッハは、刑の一般予防効果のアプローチ (Ansatz) を認める擁護者の一人であった。

b) 一八一三年公布のバイエルン刑法典において定められていた刑罰の種類

そこで、次に、私は、一八一三年公布のバイエルン刑法典において定められていた刑罰の種類について、概観することとする。

- 「I. 死刑 (Todesstrafe) ˆ II. 刑務所において終身にわたって鎖で拘束をする刑 (Kettenstrafe) ˆ III. 肉体労働を伴う懲役刑 (Zuchthaus) ˆ IV. 懲役刑 (Strafarbeitshaus) ˆ V. 城砦に閉じ込める禁錮刑 (Festungsstrafe) ˆ VI. 名誉及び侮辱刑 (Ehren- und demütigende Strafen) ˆ VII. 身体刑 (körperliche Züchtigung) ˆ VIII. 刑務所または要塞への隔離 (Gefängniß oder Festungsarrest) ˆ IX. 財産刑 (Vermögensstrafen) ˆ

刑務所において通常は終身にわたって鎖で拘束をする刑 (Kettenstrafe) について、概観する。バイエルン刑法典七条一文は次のように規定している。

「この刑罰を言い渡された者は、その判決に既判力が生じた時点から、民事法上は死亡したものである。」

このことは、刑を言い渡された者にとつては、次のようなことを意味する。すなわち、その財産は、相続人のもとに相続される。その時から、財産を取得あるいは所有することができない。長期にわたり法廷に証人として出廷することができない。婚姻をすることができない、既に婚姻をしている場合には婚姻関係が解消される。さらに、いつでも、重労働（沼地の干拓 (Austrocknen von Sümpfen)、要塞の建築、採石場での労働) に協力させることが許される。それらの場合には、いつでも、思い鉄の玉を付けた長い鎖に繋ぐことが許される。

c) 刑の量定と犯罪不成立の理由 (Strafaufhebungsgründe) についで

aa) 刑の量定、刑の減輕及び加重の理由

刑の量定に関して、フオイエルバッハには、覆すことのできない原則がある。

「裁判官は、法的に承認された刑罰の判決を下すことのみが許される。このことは、新たな刑という害悪を発生するという裁判官の権力の中にあるものではない。」

個人は、ある特定の犯罪行為を行えばどのような刑罰が予定されているのかを知ることができる。けれども、裁判官にはある程度の裁量が残されている。

「法律が絶対的な刑罰を規定していない限り、特別な事件における刑の加重あるいは減輕としての固有の事

由に従って、ふさわしい程度に刑の量を定めることは（バイエルン刑法典九〇条）、裁判官の任務である。可罰性の程度は、法に違反する大きさ（Größe）、被害者の数、場合によっては、国家が自ら侵害されたかどうかという事実、及び、意思の法違反（Gesetzwidrigkeit des Willens）に従って、上昇したり減少したりする（バイエルン刑法典九一条以下）。」

バイエルン刑法典九三条は、刑を減輕する多くの理由を規定している。犯罪者が自分の行った犯罪行為の違法性を認識できない場合には、可罰性が減少していた。もし、犯罪者が錯覚（Täuschung）あるいは脅迫により、犯罪行為を行うようであったならば、貧困により犯罪行為を行うようであったならば、無理やり犯罪を行うようであったならば、あるいは、犯罪行為が弁解のできる激情に駆られて犯罪を行った（die Tat einer "entschuldigtem Leidenschaft"）とみなすことができたならば、そして、最後に、

「行為者の振る舞いから、所為（犯罪行為）を行った際、あるいは、その後、軽い程度の道徳的な墮落（Verdorbenheit）及び粗暴（Verwilderung）で済むことが出来る程度の以前の生活の変化から、犯罪を行った場合である。」

刑の加重、とりわけ、累犯を理由とするものは、問題となりうる（バイエルン刑法典二二一条以下）。

bb) 犯罪不成立の理由

一八二三年公布のバイエルン刑法典には、犯罪を不成立にさせる多くの理由が規定されていた。そのようなものとしては、八歳以下の子供、また、精神疾患にかかっている者が挙げられる(同法二二〇条)。同様に、克服不能で有責でないことを知らない状態で、許され、また、非難に値しないと考えていて実行行為を行った者、同様に、現在及び避けることのできない生命に対する危険と結びついている抵抗しがたい身体的な暴力、または、脅迫によって、犯罪行為を行うように強いられて者についても、犯罪は成立しないと規定していた(同法二二二条)。

また、公務員(Staatsbeamter)についても、上司の命により、犯罪行為を行うように命じられた場合に、それを断ることで公務上の義務に違反し、犯罪が成立する場合にも、犯罪が成立しない場合もありうる。そのような場合には、ただ命じられた範囲についてのみで責任があるのであって、従った場合には別である(nur der befehlende Theil verantwortlich, nicht der gehorchende) (同法一二二条)。

次に、重要な犯罪不成立の理由として、正当防衛あるいは緊急援助(Notwehr bzw. Nothilfe)がある。しかし、正当防衛は、侵害の時点で国家によって助けを期待することができなかった時にのみ、適法とされていた(同法二二五条)。また、まず、自ら侵害を避けるあるいはそれを無に帰せしめなければならなかった。このような基準に従って適法な正当防衛の行為は、必要な範囲にとどまっていなければならず(同法二二八条)、一定の法益侵害のみが発生することが許されていたにすぎない(同法二一九条)。正当防衛の際に、防衛をする者が、思慮深く考えることができない状態で驚いて過度に恐怖心から、前述の限界を超えた場合には、限界を超えたにもかかわらず、犯罪が成立しなかった(同法一三〇条以下)。

最後に、既にフォイエルバッハが主張していたように、同一の犯罪行為によって再び処罰することが許されないと
いう二重処罰の禁止の原則がある（同法一二七条以下）。

3. 「法律無ければ刑罰なし」及び明確性の原則

フォイエルバッハの影響という点について、中心にあるものとして、刑法の大原則 (höchste [s] Princip des peinl.
Rechts) と記述した表現がある。

「国家における法的な刑罰は全て、法以外の維持にとって基礎づけられる法的な結果であり、また、法に
よって威嚇された感性的害悪を伴う法違反である。」

この基本原則は、啓蒙主義の思想から生じたが、フォイエルバッハによって初めて表現された。また、バイエルン
刑法典一条も以下のように規定していた。

「法律が一定の害悪をもって威嚇している違法な作為または不作為によって責任を負う者は、刑罰としてそ
の法律に規定されている害悪を引き受けなければならない。」

そこから、フォイエルバッハにとっては、次の副次的な諸原則 (untergeordnete Grundsätze) が導き出される。

「Ⅰ 全ての科刑は、刑法を前提とする (Nulla poena sine lege)。なぜなら、ただ、法によって害悪の威嚇が刑の概念と法的な可能性を基礎づけるからである。」

「Ⅱ 科刑は、威嚇された行為の存在によって条件づけられる (Nulla poena sine crimine)。なぜなら、法律によって、行為に対して威嚇された刑罰は、法的に必要な前提として結び付けられるからである。」

「Ⅲ 法律によって威嚇された行為 (法的な前提) は、法律によって規定された刑罰 (Nullum crimen sine poena legali) によって条件づけられる。なぜなら、法律によって、必要な法的な効果としての害悪が、一定の法違反と結び付けられるからである。」

この明確性の要求は、フオイエルバッハの刑の目的論と相互関係にある。すなわち、全ての刑罰法規にとって明確性が必要であることは、威嚇効果を發揮するという刑の目的から生じることになる。従って、市民は、市民に一定のある行為にとって一定の刑罰が、その時々で法律で明確に規定されていることを知ることになる。なぜなら、重要な意味において、私は、一定の行為のみをしないことができるからである。

Ⅲ. 今日におけるフオイエルバッハの諸原則

一八一三年公布のバイエルン刑法典は、多くの点においてフオイエルバッハに遡ることになるが、一般に、その後の時代に公布された全ての刑法典の模範とされており、それゆえに、今日のドイツで効力を持っている一八七一年公布の刑法典（一九九八年一月一三日版）にも妥当している。従って、両者の法律を比較することによって、多くの類

似点が見出されることになる。

既にフォイエルバッハの起草したバイエルン刑法典においては、故意及び過失行為についての規定（現行刑法典一五一条に規定されている）、錯誤（現行刑法典一六条及び一七条に規定されている）、犯罪不成立の根拠（現行刑法典一九条及び二〇一条に規定されている）、未遂（現行刑法典の二二一条に規定されている）、正犯及び共犯（現行刑法典二五条以下に規定されている）、正当防衛及び緊急避難（現行刑法典三二条以下に規定されている）等の規定が盛り込まれていた。

そこで、次に、フォイエルバッハの学説のうち、フォイエルバッハが近代刑法の父として引き合いに出すことのできるという点について、特に関心がありまた特に重要な説のいくつかに限って、言及することとする。

1. 刑の目的論

刑法の目的に関して、フォイエルバッハは、全ての者の相互自由の維持の必要性 (Notwendigkeit der Erhaltung der wechselseitigen Freiheit Aller, [...]) を述べていた。今日では、人間の共同体における秩序がありかつ有益な共生が引き合いに出される。ドイツの刑法学においては、今日では、既にフォイエルバッハの時代と同様に、二つの刑の目的についての学説が議論されてきた。その一方は、絶対的応報刑論と言われるものであり、これは、特にカント及びヘーゲルによれば、刑を既に行われた違法法に対する報復として理解するものである。それに対しては、相対主義があり、これは、刑の一般予防及び特別予防を考慮している。前者の考え方は、積極的には、法秩序における全ての者の信頼を強化し、消極的には、犯罪行為が行われる前に威嚇をする。これに反して、特別予防は、積極的に、行為者を良くする、あるいは、その再社会化を導こうとし、消極的には、行為者から社会を防衛するものである。

これらの理論のうち、どの理論が今日の刑法で妥当してきたのか、また、どの程度まで、フォイエルバッハが消極的一般予防を貫こうとしたのかという問いは、刑法を一目見ると、少なくとも部分的には答えることができる。すなわち、現行刑法典四六条一項一文は、次のように規定している。

「(行為者の) 責任は、刑の量定の基礎である。」

従って、行為者の責任が刑の量定にとつての最も最上位の基準点であれば、ドイツ刑法は、とりわけ、カント及びヘーゲルの学説に決定づけられているという考えは自然のものであり、従って、既に行われた違法の報復を基礎としている。行為者は、その犯罪行為によって、自ら、ふさわしい程度に量定された刑によって制裁を科せられるという責任を負うことになる。しかし、さらに読み進めると、同条の二文では同様の規定があることに気づく。

「。」

「刑を科すことによつて、社会における行為者の将来の生活に期待できる効果は、考慮されなければならない。この点については、(連邦) 刑事執行法 (Bundes-) Strafvollzugsgesetz) 二条は、より明確に、以下のように、規定している。

「自由刑の執行においては、受刑者には、社会における責任のもとで、将来、再び犯罪をせずに生活することができると期待されるべき能力がなければならない。自由刑の執行は、再犯から一般公衆を守ることに寄与するものである。」

このことは、ここでは、明確に、特別予防、すなわち、積極的な特別予防（同条二文、再社会化）及び消極的な特別予防（社会の保護）が言及されている。それゆえ、ドイツ刑法においては、復讐的な考えとともに、特別予防の観点も考慮されていることが確認されよう。さらに、刑法典四七条もさらなる観点を提供している。

「六月以下の自由刑は、裁判所が、特別な事情：すなわち、自由刑を科すことによつて…法秩序を守るために必要不可欠と考える場合にのみ、言い渡すことができる。」

従つて、フォイエルバッハ及び一般予防に、われわれは到達するのであろうか。自由刑の執行によつて、他の犯罪行為を行おうとしている者が、類似の犯罪行為を行わないように威嚇をすることができるのであれば、法秩序は、自由刑の執行によつて守られることになる。この問いについては、明確にベルリン高等裁判所（Kammergericht）は、一九九二年一〇月二二日判決において、明確に答えている。

「法秩序を守るために短期の自由刑の執行が必要であるかを判断する際には、自由刑が市民の法遵守の態度を維持するために必要であるかが、重大な基準である。刑法典四七条一項を適用する際には、常に、法に忠実

な市民及び判決に対するそのような市民の推測される反応に注目しなければならず、類似の犯罪が行われる傾向にあることに着目すべきではない。将来生じうるであろう行為者の威嚇は、直接は、自由刑を選択することを正当化することができないものである。」

また、ベルリン高等裁判所は、フォイエルバッハとは逆の立場に立つ。同裁判所判決は、明確に威嚇の考えを、少なくとも、この事案においては、退けている。そうすると、フォイエルバッハの心理強制説が今日でも支持を失っているのだろうか。謀殺罪（計画して殺害する）が法に適合するかどうかが問題となった一九九七年六月二一日の有名な判決において、ドイツ連邦憲法裁判所は、自由刑の威嚇効果について、批判的な立場に立っている。すなわち、疑いがあるにもかかわらず、そのような威嚇効果は、完全には除外することができないことを、結局のところ明らかにした（また、直接は、終身刑は、行為者が刑罰を避けるために、他の解決策を探す場合に、影響を与える）。刑についての心理的強制を支持する者は、この立場において、確実に、そう表現するだろう。

b) 刑の減軽理由及び犯罪不成立の理由

aa) 刑の減軽

既に述べたように、刑の量定は、今日では、まず、行為者が自らに責任を負わせるという責任によって定められる（刑法典四六条一項一文）。今日のドイツの刑法典においては、フォイエルバッハが示した刑の減軽事由、すなわち、貧困から自ら犯罪を行うように誘惑すること（das Sich-Verleitenlassen von Armut）、突然あるいは免責される激情により

自己を忘れて犯罪を行う場合 (das Sich-Hinreißlassen durch eine plötzliche Gelegenheit oder eine entschuldigende Leidenschaft) のようなものは承認されていない。刑法典四六条二項二文は、裁判所が行為者の責任の量を認定すべき様々な考慮基準を列挙している。例えば、行為者の動機と目的、その信念、義務違反の程度、実行行為及びその影響の性質、行為者の犯罪前の経歴、並びに、行為者の人的経済的な関係、そして、最後に、犯行後の行為者の態度である。

典型的な刑の減輕事由は、今日では、例えば、刑法典二二条に規定されており、このことは、精神的な理由から、行為者が自己の行為の違法性の認識、あるいは、その認識によって犯罪行為を行う能力がかなりの程度減少されている限りでは、バイエルン刑法典九三条におけるフォイエルバッハの規定に極めて類似している。

道徳的な墮落 (Verdorbenheit) 及び粗暴 (Verwilderung) の程度は、これに反して、今日の刑法では、もはや何の役割も持たない。ただ、そのようなカテゴリー分けは、今日の法の理解とは異なるものであろう。しかし、程度の軽い道徳的な墮落、及び、従って、刑の減輕としてのフォイエルバッハにより示された前兆は、全く類のかたちで、今日でも存在している。現行刑法典四六条 a は、行為者が損害回復を努力した場合、行為者がより重い犯罪の解明に寄与したあるいはその発生を阻止した場合に (同四六条 b。王冠証人規定 (Kronzeugenregelung)、刑の減輕あるいは刑の放棄ができる) と規定している。放火の事案において、例えば、かなりの損害が生じる前に、行為者が火を消すといったように (同条三〇六条 e)、行為者が悔悛の情を示した (tätige Reue) 場合のように、さらに他の規定も存在している。

今日の観点から、奇異に思えるものとして、フォイエルバッハによる子どもと少年の可罰性についての規定がある。確かに、ここでは、まず、責任を帰すことができるかが確認されなければならないが、そうであれば、八歳の子供も

刑務所において、処罰することができた。今日では、刑法典一九条は、一四歳以下の子供については、刑事責任がないと規定している。さらに、まずは、教育的考えを指導原理とし、科刑をただ最後の手段としてみなしている少年法の特別な刑罰規定により、一八歳までは刑事責任を課することができず、また、さらに、場合によっては、二一歳まで、刑事責任が免じられている。

bb) 刑の放棄

既に一八一三年公布のバイエルン刑法で示されているように、今日の刑法でも、刑を放棄することとなる様々な状況を承認している。バイエルン刑法典一二〇条と同様に、現行刑法典二〇条では、精神疾患により、自己の行為の是非を弁別することができない、あるいは、その弁別に従って行動をすることのできない者は、処罰されない。避けることのできない無知によって、自己の行為の不可罰性を確信している者も、現行刑法典一七条により、処罰されない。また、バイエルン刑法典一二二条は、相応する規定を設けていた。その相応する規定とは、他のより高い法益の脅迫を目的の当たりにして、行為者が犯罪行為を行った場合には、現行刑法典三四条及び同三五条により、刑罰を科すことができないというものである。

それに反して、公務員についても、今日では、もはや、おいそれと、バイエルン刑法典一二二条が一定の範囲で規定したように、公務員が命令により行った行為を引き合いに出すことはできない。確かに、公務員にとっては、指示に従うという基本的な義務があり（連邦公務員法 (Bundesbeamtenengesetz (BBG)) 五五条二文、このことは、場合によっては、公務員が指示の違法性に疑義を持っている場合には、妥当する（同法五六条二項三文）。けれども、指示に従う

ことは違法あるいは、指示を受けた公務員の行為がまさしく科罰的となる場合には、限界がある（同様に、同法五六条二項三文）。指示に従うことが犯罪となるような指示に公務員が従わないことが自由な場合には、その公務員が、指示の可能性を用いなかった場合には、刑法上は、完全に、刑事責任がある。

また、バイエルン刑法典一二五条以下に規定されていた、フォイエルバッハの起草による正当防衛は、今日の刑法典三二条において、再び見出すことができる。もつとも、詳細に見ると、フォイエルバッハの時代に承認されていた他の諸原則も承認されている。該当する者は、基本的には、侵害を除去することを試みてはならない（正当防衛の権利が制限されていないとみなすことができる限りにおいて）。それに対して、正当防衛の権利は基本的に全ての法益を下回るべきであり、ただ、特に上回ってはならないというフォイエルバッハの正当防衛の解釈は、承認されなければならない。

フォイエルバッハについては、今日でも妥当するものに、二重処罰の禁止がある。この基本原則は、ボン基本法一〇三条三項に明確に定められており（何人も同一の行為により、また、一般刑法を理由として二度処罰されることは許されない）、従って、憲法レベルの原則となっている。

3. 明確性の原則

フォイエルバッハにより特徴づけられた明確性の要請は、今日では、ドイツ刑法典一条及びボン基本法一〇三条二項の二ヶ条においてのみ、規定されている。すなわち、

「犯罪行為が行われる前に、法律によってその可罰性が定められている場合にのみ、その犯罪行為は処罰することができる。」

この表現は、まず、いわゆる法律主義 (Gesetzlichkeitsprinzip, nullum crimen, nulla poena sine lege) として表れる。このことは、刑を科すことが実証される行為態様が、個々人が構成要件の射程範囲を認識する、あるいは、解釈によって探し出すことのできるように具体的に、刑罰規定に書き換えられていることを義務付けている。

連邦憲法裁判所は、資産刑 (Vermögensstrafe) の違憲判決を言い渡した事案において、次のように、より厳密に明らかにしている。

「もし、刑法及び秩序違反法の諸規定が、説明された方法で規定されていたならば、このことは、明瞭さという特別な程度で裁判官によって必要とされる程度の概念を用いることを除外するものではない。いずれにしても、通常の場合は、名宛人は、法的な規定を手掛かりとして、予め、その態度が可罰的であるかどうかを予測できる。この観点からすれば、刑罰法規の明確性は、まずは、なあえて人に見分けのつくものであり、また、法的な構成要件が理解できる語義で書かれたものであることが基準となる。」

「法の諸規定の解釈の対象は、つねに、ただ、条文だけであるのだから、条文は、指導的な基準を提供する。すなわち、法律のあるいる語義は、許される法的な解釈の最も外れた限界を画するものである。もし、示されたように、ボン基本法一〇三条二項が、刑法と秩序違反の威嚇を認識できるように、また、予め予見できるよ

うに、名宛人に求めていれば、この語義は、市民の立場からすれば、定められているものと意味することができる。」

「ある規定が見分けのつく語義を超えて、法解釈がある態度を処罰できるということになれば、このことは、市民に刑罰を科すという負担を課すことは許されない。従って、ある刑罰法規の規範の語義がもはや理解することができない場合には、裁判所は、無罪判決を言い渡さなければならぬ。」

今日の刑法典が、市民にとって、常に、どの態度が禁止されているかを認識することができる、ふさわしい基礎を意味するかどうかは、疑わしいかもしれない。確かに、連邦憲法裁判所の前述の見解からすれば、一般条項及び補充を必要とする概念は、全く、明確性の要請に反する法規範を導くことから生じる。刑法典の諸規定においては、少なくとも、許容性の程度は守られているかどうかは、疑わしく見える。例えば、現行刑法典一八五条（侮辱）、より新しい規定である同法二三八条（ストーキング）、同法二四〇条（強要）にいう暴力概念、あるいは、同法二六六条（背任）、これらは、ここでは憂慮すべきものと評価できる。

4. 手続上の諸原則

公訴の提起の権限及び有罪判決の権限を二つの組織に委ねるべきとするフォイエルバッハの過去の認識は、今日のドイツの刑事訴訟法においては、不可欠のものとして考えられている。いわゆる糾問手続、すなわち、起訴状及び判決文が同じ組織によって作成されるというような訴追機関と判断機関が分離されていない刑事訴訟手続は、過去のもの

の (passé) である。

また、公判手続は公開でかつ口頭で行われるべきというフォイエルバッハの要求は、今日の基本原則である。このことは、公判手続の公開に關しては、裁判所構成法一六九条一項（判決及び決定の言渡しを含む裁判所における訴訟行爲は、公開で行われる）に規定されている。この基本原則は、他の事件の場合、例えば、少年刑法（少年法四八条）における審理の場合には、例外的に、妥当しない。これに反して、刑事訴訟法は、フォイエルバッハの要求に關して言えば、公開原則は、正當にも、残っている。裁判所の議決は、公開の強制には加えられなかつた。

IV. むすび

以上のことからすると、フォイエルバッハは近代刑法の父であろうか。もし、我々が偉大なスケッチを見れば、彼は、刑法の本質的な土台を作つた。すなわち、彼の起草したバイエルン刑法典は、多くの点で、今日まで同様あるいは類似のかたちで適用される規定が含まれていた。彼の基本原則である、犯罪なければ刑罰なし、という原則は、今日では、最も流行している刑法の諸原則である。彼の学説及び業績は、拷問の廃止、責任能力の調査、及び、一定の人的なグループに属する者に対する刑の減輕、身体のせつかんについての医師による鑑定の必要性、苦痛に満ちた死刑の執行の廃止、場合によっては、屈辱的な死体の切斷といった点では、刑法の人間化のために、寄与している。そして、フォイエルバッハは、今日の刑事訴訟法において自明なもの、それは、彼の時代には未知の領域であつたものであるが、例えば、訴追機関と裁判所の組織的な分離あるいは公判手続の公開原則及び口頭主義を要求していた。

他方で、我々は、さらに詳しく、今日の観点からは受け入れることのできない多くのものについて考察し、発見し

なければならぬ。とりわけ、そのようなものとして、挙げることのできるものとして、死刑、鎖でつなぐ刑罰、市民を単に威嚇するための刑の目的の減少(消極的一般予防)、及び、子供の処罰が許容されていたことである。

けれども、フォイエルバッハは、恣意的な処罰から、必然的に従われる法典に編まれたかたちでの規定のシステムへの道を導いており、その利用者は、法の外に置かれているわけではない。フォイエルバッハは、法の下における全ての者の平等、国家の不当な干渉からの個人の保護、警察国家の全能と常在の限界のために、戦った。そこから、多くを言うことはできないものの、パウエル・ヨハン・アンゼルス(フォン)・フォイエルバッハ (Paul Johann Anselm (von) Feuerbach) は近代刑法の父といえることができよう。とりわけ、彼による明らかな明確性の原則を表現したことは、今日まで存在している、表現の一つである。現代の立法者に、フォイエルバッハの理念と確信をまざまざと思い浮かべることを求めるならば、あまりにも、多くを望むことができないからである。

〔注記〕

本稿は、平成二二(二〇一〇)年一月二日(土)に、日本大学法学部において行われた、クラウス・ホフマン・ホラント (Klaus Hoffmann-Holland) 教授による講演「Paul Johann Anselm Feuerbach als Begründer des modernen Strafrechts. Strafrechtliche Prinzipien gestern und heute」(近代刑法の父としてのパウエル・ヨハン・アンゼルス・フォイエルバッハ 過去と今日の刑法上の諸原則)で用いられた報告原稿を翻訳したものである。

クラウス・ホフマン・ホラント教授は、一九七一年にザールブリュッケン (Saarbrücken) で生まれ、アルトゥール・クロイツァー (Arthur Kreuzer) 教授のもとで、二〇〇〇年には、博士論文 (Dissertation) である「自由でないこ

との限界—刑の執行における処遇理由による拒否の輪郭」(Grenzen der Unfreiheit-Konturen der Versagungen aus Behandlungsgründen im Strafvolzug) を、二〇〇五年には、教授資格論文 (Habilitationsschrift) である「刑法におけるモデル論—犯罪学及び刑法的なモデル論の試みの分析」(Der Modellgedanke im Strafrecht—Eine kriminologische und strafrechtliche Analyse von Modellversuchen) を、それぞれ、ギーセン大学 (Justus-Liebig Universität Gießen) に提出し、二〇〇八年三月より、ベルリン自由大学 (Erie Universität Berlin) 法学部 (Fachbereich Rechtswissenschaft) の正教授である。

本講演原稿では、パウル・ヨハン・アンゼルス・フォイエルバッハの提唱した心理強制説、その起草にかかるバイエルン刑法典の諸規定を概観し、その上で、現行のドイツ刑法典との比較やフォイエルバッハの現在の重要な判例の判文への影響が示されているものである。そのため、本公演原稿は、いわば古典的な刑法理論を対象とするものではないものの、現在のドイツ刑法における新しい流れ、例えば、いくらかは古いものであろうが、連邦憲法裁判所による資産刑の違憲判決、ドイツ刑法典への新たな構成要件の創設やいわゆる王冠証人規定の刑法典への盛込みを内容とする近年の法改正についても、言及されている。バイエルン刑法典の比較によつて、フォイエルバッハの提唱の全ては現在に受け継ぐことはできないとしつつも、フォイエルバッハは近代刑法の父と評価されている。なお、刑法学及び法哲学の領域においては、フォイエルバッハに関する多くの文献があるものの、本講演原稿と同様に、刑法理論につき歴史的な考察の枠組みによるものとして、山口邦夫『帝国崩壊後(二八〇六年)のドイツ刑法学』(尚学社、二〇〇九)、同『一九世紀ドイツ刑法学研究』(尚学社、一九七九)を参照されたい。

なお、本稿は講演原稿を翻訳している手前、注については省略している。本講演のために作成された完全原稿は、

Comparative Law Vol.27 2010 p.17より Paul Johann Anselm Feuerbach als Begründer des modernen Strafrechts
strafrechtliche Prinzipien gestern und heute として掲載されたことになり、それを併せて参照された。