

| | |
|------|--------------------------------|
| タイトル | チェザーレ・ベッカリーアのオーストリア刑法に与えた影響(二) |
| 著者 | モース, ラインハルト; 吉田, 敏雄 |
| 引用 | 北海学園大学法学研究, 39(3): 479-492 |
| 発行日 | 2003-12-30 |

資料

チェザーレ・ベッカリアの オーストリア刑法に与えた影響^{*} (二)

ラインハルト・モース
吉田敏雄(訳)

目次

- 一 ベッカリアのオーストリアとの人的結びつき
- 二 啓蒙された絶対主義の時代(以上第三九卷第一号及び本号)
- 三 自由主義的市民階級の時代(本号)

ベッカリアの諸啓蒙理念、それはオーストリアで積極的
反響を呼び、同時に、ベッカリアとは関係なくゾネンフェ
ルスによっても主張されたのだが⁽⁵³⁾、その第三として、**罪刑法**

定主義 (Gesetzlichkeitsprinzip) を挙げることができる。合
法性と道徳の分離から、カントの場合と同様に、法律の解放
が生ずる⁽⁵⁴⁾。ベッカリアの考えでは、法律の任務は、モンテ
スキューの意味での社会契約から生ずる、つまり、誰もが、
万人の安全したがって自分自身の安全をも確保するために自
己の自由の最小限のみを放棄する⁽⁵⁵⁾。個人の最大限の自由とい
う命令を守るために、**刑罰**が許されるのは、**明文化**され、**国**
民に告知された、**普通法**によってのみである⁽⁵⁶⁾。かくしてベッ

料
キャリアは、「不可侵の定理」として「どの市民も知っておくべきことは、法律に違反しないことは、行為それ自体から生ずるかもしれないちょっとしため事以外の他のめ事を恐れることなく、なんでもできる」⁽⁵⁷⁾との市民のマグナ・カルタを宣言した。ベツキャリアは、今日、**包摂** (Subsumtion) と呼ばれ、学生には**法適用の計算可能性** (Berechenbarkeit) のための極めて重要な方法論的道具として贈られる事柄を、模範的明晰さをもって次のように簡潔に表現した、「どの犯罪でも裁判官は完全な三段論法を駆使しなければならない。上位命題となるのが一般法であり、下位命題となるのが法律に一致するか又は一致しない行為である。帰結は無罪か刑罰でなければならぬ」⁽⁵⁸⁾。それどころか、市民をあらゆる官憲の恣意から免れさせるために、ベツキャリアは更にその先を行き、

裁判官には**字義通り**の法律遵守を指図したのであり、法律解釈を立法者自身にのみ委ねようとした。⁽⁵⁹⁾

ベツキャリアの意味で、ヨーゼフ二世は、その一七八七年の刑法典公布勅令の第一文で、本法律の目的が「すべての恣意を排除することにある」ことを明らかにした。刑事犯も違警罪も、この法律において「そういうものとして宣言されている」⁽⁶⁰⁾行為に限定された。包摂を可能とするために、構成要

件は内容的にも言語的にも簡潔且つ精緻に規定された。裁判官は「法律の字義通りの遵守に拘束」されなければならないとのベツキャリアの提言には、ヨーゼフ・イーナ刑法典は、「……刑罰の量と種類が厳格に明文化されているかぎり」でのみ従った。法律の枠内での法律解釈と刑の量定は依然として裁判官に委ねられていたのである。⁽⁶¹⁾これにより皇帝はテレジアーナ刑事法典の類推命令と非正規の刑罰 (poena extraordinaria) を除去したのである。⁽⁶²⁾フオイエルバッハ (Fenerbach) が一八〇一年にその有名な原理「法律無ければ犯罪無し、刑罰無し (nullum crimen et nulla poena sine lege)」を述べたとき、⁽⁶³⁾この原理は、——もとよりベツキャリアとゾネンフェルスの先行業績のおかげで——すでに一四年も無限定にオーストリアで通用していた。ヨーゼフ・イーナ刑法典は、法治国性のこの定式原理を例外なく定めた、欧州大陸で最初の法律であり、フランス人権及び市民権宣言に先立っていたのである。⁽⁶⁴⁾

オーストリアはこの優位性を誇りとすることができるにせよ、絶対君主の動機はまたもやベツキャリアほどには人に優しくはなかった。ベツキャリアは、とりわけ、支配者や裁判官からの臣民の保護を希求した。ベツキャリアは臣民の自由権を同時に自由主義の感情と結びつけたのである、つまり「人

の心に相談すると、そこに支配者の犯罪処罰への真の権利の基本原則を見いだすことになる。というのは、永続的利益が道徳的政策から期待できるのは、それが人の破壊できない気持ちに基礎づけられる場合だけであるからである。⁽⁶⁵⁾ ベッカリーアがその読者に望んだことは、「感受性に富む精神が、人類のために全力を尽くす者に答える」際の「あの優しい戦慄」を引き起こすことであつた。⁽⁶⁶⁾ これに対して、ヨーゼフ二世は、先ず、裁判官を法律に厳格に拘束させることによって自己の権力を強化し、帝国内での法の単一性と法の安定性を実現しようとした。但しそれは、市民の自由、つまり、フランス啓蒙主義が宣言したようなそれを、領邦君主によつて保護することを含むものだった。⁽⁶⁷⁾ いずれにせよ、両者の動機は、法の確かな計算可能性、形式的法治国性という同一の目的において一致したのである。ベッカリーアがこれらを擁護したのは、他の者とは異なり、実質的権利の確保のためだったのである。

第四の複合体として、**刑罰目的と刑罰の均衡**を挙げることができる。ベッカリーアによると、刑罰は「感知できる動機」を通して作用するべきものである。それはベッカリーアにとりなによりも、犯罪が模倣されないために、行為者と他の者

を威嚇する動機であつた。⁽⁶⁸⁾ 時代精神、特にホッブズ(Hobbes)とクリスチアン・ヴォルフ(Christian Wolff)の理論に相応して、すでにテレジアーナ刑事法典は、刑罰目的として他者の威嚇を強調していた(テレジアーナ刑事法典第四款第二条)。この目的をテレジアーナ刑事法典は残酷な刑罰と結びつけた。それはなるほどベッカリーアの基本原則に合致していたが、その量原則には合致していなかった。量原則からは、刑罰は、その目的を達成するために、「できるだけ苦痛を少なくすること」が重要だった。ベッカリーアは、君主たちに、節度のある刑罰の方が、かなり恐ろしい刑罰よりも印象度が大きいことを言い聞かせた。残酷な刑罰は、殺人者の手と同じ野蛮の精神によつて動かされていると。刑罰が厳しいほど、ますます人の心はかたくなに冷たくなる。重要なことはただ、刑罰が科せられ、その害悪が犯罪の利益を上回るということなのである。「したがつてこれを超過するものは余計であり、それ故専制的なのである」。⁽⁶⁹⁾

皇帝ヨーゼフ二世は、その刑法典公布勅令において、刑法典の目的が、刑罰を「その最終目的を単に一過的なものに終わらせないために、ある関係によつて定めること」にあると明記してあるが、ここにベッカリーアとの関連が見いだされ

料。但し、皇帝ヨーゼフ二世は、正しい関係の下に、ベッカリーアの全く考えていない厳しい刑罰を考えたのである。それでも、厳しい刑罰は、テレジアーナ刑事法典の過酷な死刑ほどには血なまぐさくなかった。しかしその代わり厳しい刑罰は苦痛に満ちたものであり、ひどく尊厳を冒瀆するものであり、長期にわたり壊滅的影響を及ぼすものであった。⁽¹¹⁾

それ以前の諸刑法典の厳格さを緩和しようとした一八〇三年の皇帝フランツ(Franz)の刑法典は、ベッカリーアの要求を一般原則にまで高めた、つまり、「有罪を宣告された者には、犯罪をくい止めるために害悪が威嚇、執行されねばならないが、必要以上の害悪が科せられてはならない」(公布勅令)。ベッカリーアがかくも本質的寄与を果たしていた、時代の刑罰文化の高揚は、ベッカリーアの予防原理について、その考えていた量をも得させたのである。

犯罪概念に関しては、ヨーゼフイーネ刑法典はテレジアーナ刑事法典を引き継いだ。「内的悪意(imere Bosheit)」と定義された、道義的判断を表す自然法帰責理論の責任概念が、変化することなく存続した。⁽¹²⁾これに対して、ベッカリーアが、道義的悪意の意味での責任というようなことは全く考えなかったのは、それが神学の章に属するからであり、国にとつ

ては社会的損害だけが問題となるからである。「心の悪意」は探索できないし、「特別の啓示を持たない有限の存在者には認識できない。どのようにして心の悪意から犯罪処罰のための規範を獲得できるのだろうか。⁽¹³⁾尺度はそれ故ベッカリーアにとり所為結果であり、心情ではなかった。⁽¹⁴⁾この点で、ベッカリーアはまたもやフォイエルバッハを先取りしていたのである。フォイエルバッハは、決定論者としてそもそも責任(Schuld)という言葉を避け、「可罰性の主観的根拠(der subjektive Grund der Strafbarkeit)」としか言わなかったのであるが、それは、道徳というものが犯罪法の中に見つけだされるべきものでは全くなく、道徳はカントの意味で内的義務法にのみ属するからというものであった。⁽¹⁵⁾功利主義者のゾネンフェルスも、刑罰が「悪意」から出た「一種の伝達による」という説明からは何も始めることができなかったのであり、辛辣にも、この説明は「正しいと言うよりは機知に富んでい」と論じた。悪意はせいぜい裁判官の量刑と幾分かは関係する。立法者にとり「行為の動機」が役割を果たすのは、法定された刑罰が「思うだけで犯罪を妨げる、感覚される害悪」である限りのことである。⁽¹⁶⁾したがってゾネンフェルスはすでに「フォイエルバッハの誕生に先立つこと十年―この威嚇

理論を展開していたのであった。個人道徳を排除することによって、ベッカリーアにとってもゾネンフェルスにとっても応報が刑罰目的たりえなかったことは明らかである。刑罰は予防のみ仕えるのであったが、オーストリアの諸刑法典では引き続き刑罰が伝統的責任概念と結びついたのであった。⁽⁷⁸⁾

ベッカリーアの改革綱領とヨゼフィーナ刑法典の間に多数の特別の関係が見られるが、その一つとしてなおすべての犯罪者の**平等処遇**を挙げておきたい。それまでは犯罪を犯した貴族は多くの特権を享受する一方、テレジアーナ刑事法典の記憶すべき「キリスト教の」言葉を用いると、「ユダヤ人及び軽率、悪徳に染まった者等は……その他の者よりも厳しく処罰される」⁽⁷⁹⁾。ベッカリーアには、自分自身貴族だったが、法律は富める者・権力ある者をもはや優遇してはならないこと、⁽⁸⁰⁾貴族の刑罰は「上流市民や最劣等市民と同じでなければならぬ」ことを主張する勇気があった。⁽⁸¹⁾この勧告を皇帝ヨーゼフ二世は持ち前の厳格な正義感をもって徹底的に従った。法律の前では万人は等しい、刑罰が人によって異なった感じられ方がされようとそうである。そのために、皇帝ヨーゼフ二世は、その諸改革が拒絶され、自分に対する憤懣を生じさせ、

ついに挫折せざるをえなくなった。⁽⁸²⁾

刑罰を国の効用目的に還元することと結びついていたのが、最後になるが、すでに触れた刑法の世俗化という改革複合体であるが、これは他の複合体も包含するものであった。テレジアーナ刑事法典は、なるほどすでに、犯罪によって「公共の福祉 (der gemeine Wohl- und Ruhestand) が侵害される」、そしてそれ故刑罰によって「公共の満足 (eine öffentliche Genugthuung) が必要とされる」と定めていたが、⁽⁸³⁾しかしそれにまさって公然たる主目的は、「わが世襲領地にとりわけ神の名誉が……伝えられる」ことであつた。⁽⁸⁴⁾それ故犯罪の先端に位置したのが、一五三二年のカロリーナ刑法典よりも一層はつきりしているのだが、⁽⁸⁵⁾洗神、キリスト教信仰からの離反、「魔法、魔術、占いなど」及び「一種の洗神」と定義された偽証だったのである。

したがってテレジアーナ刑事法典は、「並でしかない理解力にも近づけ」なければならず、犯罪は「社会に加えられた損害」⁽⁸⁶⁾によってのみ判断されるべきだと、一七六四年に論じていたベッカリーアと著しい対照を為すのである。正義はベッカリーアにとり平和な共同生活を可能にするところにあつた。「各個人の利益を統一するため、この不可避の束縛」を

料 越える刑罰はすべて不正である⁽⁸⁷⁾。現世の、国の正義というものは、ベツカリーアにとり、「神から出立し、来世の罰や報いと直接の関係がある」例の他の「種類の正義」とは全く関係がない⁽⁸⁸⁾。被造物は、「神の正義の代わりに自らをおく」ようなことをあえてしてはならないのであり、さもないと「神が赦す場合に人が処罰し、神が処罰する場合に人が赦す」ということが起こりかねないと⁽⁸⁹⁾。ベツカリーアは宗教それ自体に

反対したのではないが、しかしそれでも宗教を刑罰と結びつけること、そして教会の国への影響に反対したのである。法は権力の修正にすぎないことを、ベツカリーアは全く冷静且つ適切に論述し⁽⁹⁰⁾、そしてそれによって法の超越論的輝きを奪ったのである。

まさにそのように考えたのが、上記の犯罪を一七八七年にあつさりと廃止した皇帝ヨーゼフ二世であった。魔法、魔術等は、マリーア・テレージアをなお非常に手こずらせていたのであり、それは、皇妃が、自ら言ったように、「神の名誉を我々が全力を尽くして維持すること」(テレジアーナ刑事法典第五八款第四条)に「全く当然のごとく熱心」だったからであるが、ヨーゼフ二世の場合、「人のあまり啓蒙されていない精神、人の練れていない宗教観念や先入観念」を、その者に

損害を与えるために、悪用することは、せいぜいなお詐欺として処罰可能だった⁽⁹¹⁾。洗神は、刑事犯の最初の章から、公共道徳の頹廢、露出症、動物とのわいせつ行為等と並んで違警罪の最後の章に移された。洗神は、「理性を否認する」「狂人」の所為と位置づけられた⁽⁹²⁾。中世の文化の残滓からのこの徹底した断絶は、たぶん、ベツカリーアやゾネンフェルスがいなくとも、ヨーゼフ二世によって実現されたことであろう。しかしベツカリーアはこの理性の恩恵を特別の明晰さと力強さをもって要求したのだった。

ベツカリーアの啓蒙された刑法への呼びかけが、今日に至るまで同時代人の心に格別訴えるところがあつたのは、ベツカリーアがその最大多数の最大幸福という社会的功利主義⁽⁹³⁾を個々人の―そしてそれ故犯罪者のも―自由をできるだけ守ることへの要求、そして常に思いやりのある感性への要求に従わせたからである。ベツカリーアの大変お気に入りという言葉は感性 (Empfindsamkeit, sensibilita) だった。その言葉でベツカリーアが理解したのは、人の思いやり (menschliches Mitleid⁽⁹⁴⁾) ばかりでなく、「民族の堅くなった魂への」刑罰の印象も含んでいた。感性が増大すると、刑罰の力は減少しなければならぬ⁽⁹⁵⁾。こういう自由主義と感性といった

理念がなければ、「権力の修正としての法(Recht als Modifikation der Macht)」にあの社会的倫理が欠けることになる、つまり法を我々のために人間的に価値あるものにし、しかも法を宗教に対置することを可能にする社会的倫理。

オーストリアの刑事立法は、ベッカリアの存命中、この方向への決定的第一歩を踏み出したのである。刑法を不必要な強制から解放する作業がようやく実現し始めたのだった。まさに玉座の革命家ヨーゼフ二世にとっても一七八四年のカントの言葉が当てはまる、我々は啓蒙された時代に生きているのではない、⁽⁹⁶⁾しかしおそらくは啓蒙の時代に「生きてい

三 自由主義的市民階級の時代

ベッカリアの改革精神は、オーストリアにおいては、一九世紀前半の皇帝フランツ下での政治的復古主義の間はこれ以上の反響を期待できなかった。

転換期は一八四八年三月の市民革命だった。引き続きある点で市民階級の政治的解放過程が、ベッカリアの時代と同じく、繰り返された。ベッカリアの時代には、絶対的君主制へ啓蒙を導入すること、したがってまた市民の自由の保護が問題だった。しかし今や市民は絶対君主から立憲君主制に

よる共同決定権を強引に手に入れたのである。市民の先頭には、現在のオーストリア憲法の構成要素となった、国民の一般的権利保護のための法律があった。⁽⁹⁷⁾

影響力という点で非常に重要な、三月後期のオーストリアの自由主義的刑法学者にユリウス・グラザー(Julius Caser)がいた。今日なお通用している一八七三年の刑事訴訟法はとりわけグラザーに負うところが大きい。ユダヤの出自だったゾネンフェルスと同じく、グラザーはカトリック信仰に改宗したが、カントによれば啓蒙された人間を成す、あの思惟の独自性は保った。外国での研究を通して、グラザーの視野は国内法を越えたのであったが、国内法の注意深い維持が他者には、とりわけ一八四八年の鎮圧された革命後の新絶対主義の十年の間は、なお依然として極めて重要であった。

グラザーは、チューリッヒ大学に一八四九年に提出した哲学学位請求論文『応報と刑罰』において、刑罰をカントやヘーゲルとは異なり道義的な国の必要性ではなく、ベッカリアと同じく、市民の権利保護の必要性から論述した。⁽⁹⁸⁾グラザーの初期の公刊物には、一八五一年に公刊されたベッカリアの詳細且つ導入的前言のついた『犯罪と刑罰』翻訳

料がある。グラウザーは、この翻訳書に記しているところによると、『犯罪と刑罰』を「図書館の片隅の威厳を伴った閑暇 (otium cum dignitate) から」探し出したのだった。⁽⁹⁹⁾ ベツカ

リーアの作品を正確に認識することによって、グラウザーは様々な機会に再三再四ベツカリーアに言及することになった。⁽¹⁰⁰⁾ グラウザーには啓蒙期の人道自由主義的基調と親和性があったのである。⁽¹⁰¹⁾ 但し、グラウザーは当時の革命的志気を共有していなかったが、しかしグラウザー自身が言うには、ベツカリーアがあえてほめかすとしかしなかったが、その間にそれ以上のことをしたと。⁽¹⁰²⁾ グラウザーは、例えば、「死刑がヨーロッパのすべての刑法点から消えてしまう時代がなるほど来るかもしれない」ことを望んだにせよ、しかし死刑の適用を謀殺にのみ限定し、同時に恩赦法の体系的適用を要求し、死刑がいつの日か国民の見解から消えるのを待つ方がよいと考えたのである。⁽¹⁰³⁾ グラウザーはベツカリーアの弱点も克服した。グラウザーは法律への字義通りの遵守を批判したばかりでなく、刑罰の威嚇機能の過剰な強調及び死刑の威嚇機能は十分でないとのベツカリーアの論拠も批判した。⁽¹⁰⁴⁾ グラウザーの成果はその実践的思考と節度のある自由主義に帰せられる。⁽¹⁰⁵⁾ 学者として、法律起草者として、司法大臣としてそし

て検事総長として、グラウザーは生涯に渡り、ベツカリーアの開放性と人道性をオーストリア刑法に統合するための大きな貢献をしたのだった。

グラウザーの同時代のヴィーン大学同僚にヴィルヘルム・エーミル・ヴァールベルク (Wilhelm Emil Wahlberg) がいた。刑法における人道的且つ啓蒙された精神に関するその偉大な功績は残念ながらもはや一般には十分に知られていない。ヴァールベルクは、自由思想の持ち主であり、その歴史的関心は特にベツカリーアの時代に向けられていた。オーストリアにおける拷問と死刑廃止およびヨゼフィーナ刑法典の立法過程に関する最初の大きな研究はヴァールベルクに負っている。⁽¹⁰⁶⁾ その一八七四年の勇氣のある学長就任講演は、完全にベツカリーアの意味で自由な学問的精神を称賛し、教会と官僚勢力を批判したのであるが、それはヴァールベルクに対する非常に大きな敵意をもたらした。⁽¹⁰⁷⁾ ヴァールベルクは、自分の理念をグラウザーと同程度には実践に移すことができなかったが、それでも刑法理論学への新しい道を、とりわけ不法概念、責任概念によって、刑事政策への新しい道を、特に個別化の原理と処遇指向の行為者群の原理によって切り開いたのである。⁽¹⁰⁸⁾ 不法内容をヴァールベルクは「社会的倫理

(soziale Sittlichkeit)」の中に見た。ヴァールベルクにとり、永遠の正義という理念が不法内容を充足するのではなく、「外面的通用性にまで来る国民の倫理つまり現法秩序の基礎にある国民の法意識、そこに法と道徳の揺れ動く限界があり、そしてこれにより個々の生活強制規則が……定められる」と⁽¹⁰⁾。ヴァールベルクは、社会的損害という功利概念に客観的倫理的内容を与えることにより、ベッカリアの仕事を更に進展させ、⁽¹¹⁾ ヴイーン学派の社会的実証主義を創設したのだった。社会的実証主義は、ゲオルク・イエリネク (Georg Jellinek) が刑法の社会倫理的基礎付けをすることで、その頂点に達し、⁽¹²⁾ 今日なお通用性を主張することが許されている。

社会的実証主義が合理的啓蒙と自由主義の火花を若きヴィーンの学徒フランツ・フォン・リスト (Franz v. List) にかき立てたのは、ヴァールベルクに負うところが極めて大きい⁽¹³⁾。一八六八年から一八七二年までヴィーンの教授だったルードルフ・フォン・イーエリング (Rudolf v. Jhering) は、この火花をついに、リストを第二のベッカリアに仕立て上げる炎となるように煽ったのだった。「目的が法全体の創造者である」というのがイーエリングの標語だったのであり、更に、刑法の目的は「社会の生活条件を確かなものにするこ

ある」と⁽¹⁴⁾。この功利主義がベッカリアの理論を現在の社会学的犯罪観へと移したのである。犯罪は「社会が蒙った損害によって」量られるべきだというベッカリアの要求、⁽¹⁵⁾ そして「刑罰の量定表は社会的財の価値尺度である」とのイーエリングの論述は互換可能だったのである。刑罰の人道性というものはすでにその実践的効用の必要性から生ずるものでなければならぬ、できるだけ少ない刑罰害悪しか科してはならないという命題を根拠づけるために、イーエリングはそれどころか直接にベッカリアを引き合いに出したのである。⁽¹⁶⁾ ニーチェ (Nietzsche) によって「古くさい啓蒙神学者」呼ばわりされたイーエリングは、ベッカリアと同じく、法の目的が、人の自由・人格を保障すること、法の下の平等を保障することにあることを強調した。⁽¹⁷⁾ 個々人の利己主義を万人の福祉のために制御しようとした社会契約という理性法理論に、イーエリングは統合的、現代的意味を与えたのである、つまり、社会に加わることによって個人は有意味な発達を遂げることができる。⁽¹⁸⁾

リストはドイツの大学教授となって初めて名が知られるようになった。その冷静な、実状に即した現実主義、経験主義、及び自由主義的思惟に重要な刺激を与えたのは、オーストリ

料
アでの経験だったのである、たとえ保守勢力に対する反抗からであれ。その有名な一八八二年の、「刑法における目的思想」という標題のマールブルク綱領において、リストはこれらの考えを取り上げ、詳論した。リストは刑法の分野におけるイーエリングの天性の弟子だったのである。⁽⁵³⁾

リストはイーエリングと同じくベッカーリアを信奉することを表明した。カント、ヘーゲル(Hegel)等をそれらの形而上学もろともリストは退けた。⁽⁵⁴⁾正義は、リストにとり、法益を保護し、犯罪を防止する刑法の実践的目的性にあつた。「必要な刑罰だけが正しい」のであり、必要性は「できるだけ節約すること」を要求する。「かくして目的思想が支配することによって」、「言うところの「皮相な合理主義」によって除去された、「前時代の残虐な刑罰に対して、個人の自由を最も確実に保護できる」ことを、リストはベッカーリアをはつきりと援用することで論断できたのである。⁽⁵⁵⁾ベッカーリアと同様に、リストにとっても結局のところ刑事政策は法律の「越えがたい柵」の所で止まるのであり、法律は、リストにとり、万人の自由を保障するものとして、他でもなく「犯罪者のマグナ・カルタ」だったのである。⁽⁵⁶⁾

(つづく)

注

- (53) S näher *Osterloh* (FN 21) 53ff, 56. *Sonnenfels*, Grundsätze (FN 20) §79 nahm auf *Montesquieu* Bezug.
- (54) S näher *Moos*, Verbrechensbegriff (FN 6) 192ff, 194.
- (55) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 52: 「支配者が臣民のために守る安全が神聖且つ不可侵であるほど、そして自由が大きいほど、刑罰はそれだけ一層正しくなる」。Zum Gesetzlichkeitsprinzip bei *Beccaria* s näher *Wirtenberger* (FN 14) 204ff; *Conrad* (FN 26) 67ff, 73; *Krüper* (FN 37) 549.
- (56) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 52ff. So auch *Sonnenfels*, Grundsätze (FN 20) §7
- (57) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 67; *Sonnenfels*, Grundsätze (FN 20) §79.
- (58) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 56. So auch *Sonnenfels*, Grundsätze (FN 20) §79.
- (59) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 56ff.
- (60) *Josephina*, 1. Teil §§1, 19, 23; 2. Teil §1.
- (61) *Josephina*, 1. Teil §13; 2. Teil §8; zur Strafzumessung vgl 1. Teil §§14, 23; 2. Teil §8. *Sonnenfels*, Grundsätze (FN 20) §78. ソネンフェルスは、立法者の任務は、「いわゆる拡張的説明や縮小的説明」を要しないように、法文を明確に規定することにあるとした。しかしこのような説明が禁止されているわけではなかった。刑罰については、ソネンフェルスはこう主張する(§85)「法律は、「できるだけ正確に」刑罰を

定めるべきだが、しかし「裁判官の自由裁量に必然的に多く
のことを委ねざるをえない」と。

- (62) 参照、テレシアーナ刑事法典第一〇四款第一条(類推命令)
及び第七款第三条、第四条(恣意的刑罰)。類推命令は、刑罰
の法定されていない行為に係属した。正規の刑罰には、テレ
シアーナ刑事法典第四款第五条はすでに「裁判官は法律を「逸
脱することなく」遵守せねばならぬ」と決めていた。ヨゼ
フィーナ刑法典はこの原則を「それまづ「恣意的な」「つまり
非正規の刑罰にも拡大する」として「これはもはや存在しな
くなった。S auch Moos, Verbrechensbegriff (FN 6) 166, 170,
194.
- (63) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland
gültigen peinlichen Rechts, 1. Aufl (1801) §24.
- (64) S näher Moos, Verbrechensbegriff (FN 6) 166 mit FN
18ff. Zur Entwicklung in England, Frankreich und den
USA vgl Schreiber (FN 12) 50ff, 62ff
- (65) Beccaria, Übersetzung *Alff* (FN 2) 52.
- (66) Beccaria, Übersetzung *Alff* (FN 2) 50, ähnlich 74.
- (67) S zur Einschätzung der Motive Josephs: Moos, Verbre-
chensbegriff (FN 6) 167ff, 169 mit FN 27 mwN; Schreiber
(FN 12) 77ff, 80 zu Beccarias Einfluß. シュライナーも「ヨ
ゼフィーナ刑法典には啓蒙的自由理念も認められうる」との結
論に達している (82)。
- (68) Vgl Beccaria, Übersetzung *Alff* (Fn 2) 74 und Ein-
führung *Alff* 35.
- (69) S näher Moos, Verbrechensbegriff (FN 6) 84ff, 134ff.
- (70) Beccaria, Übersetzung *Alff* (FN 2) 74, 107f, 113.
- (71) その一部を成すのがとりわけ鎖刑と烙印だった「両頬に絞
首台の印」。vgl Josephina, 1. Teil, §§24, 25, 27, 28. S näher
bes auch zum Vollzug *Hoff* (FN 33), 126ff, 407ff; auch
Jäger, Kaiser Joseph II. und Leopold II. Reform und
Gegenreform 1780-1792 (1867) 189ff.
- (72) Vgl CCTh Art 3 §16; Josephina, 1. Teil, § 6. S näher
Moos, Verbrechensbegriff (FN 6) 128, 130, 174, 183.
- (73) Beccaria, Übersetzung *Alff* (FN 2) 65, auch 46, 53, 146.
Vgl auch u FN 89.
- (74) Vgl *Wintenberg* (FN 11) 207; *Kilber* (FN 37) 550. ゼン
カリーアの社会有害性という率直且つ堅い概念に批判的な
がナウツケである。Naucke (FN 39) 16f. ナウツケの批判
は、刑罰の絶対的限定としての目的関係性なしの人道性とい
うものがベッカリーアには見あたらないということに向けられ
る。しかしこれは適切でない。ベッカリーアは、常に人道性
を本来的に絶対的な限定として理解していたのであるが、た
だ性急にも、人道性をそれにも目的があるということでは正當
化したのである。死刑や拷問の一見したところ合理的な拒否
にも、ベッカリーアはその論証の「数学的精密さ」さえ引き
合いに出すのだが、何度もそれどころか激烈にその本当は重
要な感情的信念が現れていたのである。「私は人権を擁護する

- 「ハヤシチノト……」(Alff 74); siehe auch oben den Text bei FN 38 und 51.
- (75) S näher mwN *Moos*, Verbrechensbegriff (FN 6) 195ff, 203f, 216ff.
- (76) *Sonnenfels*, Grundsätze (FN 20) §336.
- (77) Vgl *Beccaria*, Übersetzung Alff (FN 2) 63, 74; *Sonnenfels*, Grundsätze (FN 20) §336.
- (78) プーンエンヨオルン (*Pufendorf*) の道義的責任概念の意味でも、また、ヴォルン (*Wolff*) にも道義的責任を度外視し、ベツカリープヤフォトヘルマンを先取りしてつた一般予防の意味でも、クリスチアン・マオズスト・フォン・ベック (*Christian August v. Beck*) ニハモロコーヤンニ世の教育ニハスルベシ S *Moos*, Verbrechensbegriff (FN 6) 104f.
- (79) CCTh, Art 56 §10. Zur „Sonderbehandlung“ der Juden in der CCTH s zB auch Art 38 §13 (verschärfte Folter gegen „die zum verstockten Leugnen angewöhnte Bösewichten“); auch Art 57; Art 76 §7 Z 7; Art 79 §6; Art 82; Art 95 §§3,7; Art 98 §2.
- (80) Vgl die besonders nachdrücklichen Passagen iVm der Todesstrafe, Übersetzung Alff (FN 2) 115, auch 149.
- (81) *Beccaria*, Übersetzung Alff (FN 2) 97. S aber auch denselben in seinem Gutachten zum 2. Teil der Josephina (*Esselborn*, FN 2, 179ff), wo er sich bei den politischen Verbrechen für eine Differenzierung nach dem Stand des

- Täters einsetzt, um ein Strafmaß zu vermeiden.
- (82) Vgl *Jäger* (FN 71) 190. 特ニ、刑罰とこの公の街路掃除 (坊主頭べつかも鏡ひこながれた状態) は高責な者じよつてカーノ船役刑よりむひなかつた。
- (83) CCTh, Art 1, §3; auch Art 4 §2: „...dem beleidigten Staat Genugthung widerfahre...“ und Art 55 §1 zum Zweck des Besonderen Teils.
- (84) CCTh, Kundmachungspatent, 2. Abs.
- (85) Vgl *Wirtenberger*, Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung (1933) 31ff zur Carolina; *Moos*, Verbrechensbegriff (FN 6) 94ff zur Theresiana.
- (86) *Beccaria*, Übersetzung Alff (FN 2) 65.
- (87) *Beccaria*, Übersetzung Alff (FN 2) 53.
- (88) *Beccaria*, Übersetzung Alff (FN 2) 53, s auch 145f seine Kritik an den besonders blutigen Sündenstrafen.
- (89) *Beccaria*, Übersetzung Alff (FN 2) 65. S auch *Beccarias* Vorrede an den Leser, Übersetzung Alff (FN 2) 46. ズミカリートの読者への前言は、ハヤシチの記述である。「行爲の悪意、善意に関するべからざりべし、正不正の区分を定めるハヤシチ、それヲ神聖法の教田に於て也。」
- (90) *Beccaria*, Übersetzung Alff (FN 2) 53.
- (91) Josephina, 1. Teil, §153. S dazu näher *Maasburg*, Entstehungsgeschichte (FN 42), 16 auch zur entsprechenden

- Einschätzung durch *Kannitz*. Vgl auch *Moos*, Verbrechensbegriff (FN 6) 164 FN 7.
- (62) Josephina, 2. Teil, §61 und §§64, 65, 67, 71. S dazu im übrigen eingehend *Wahlberg* (FN 13), Bd 1, 68ff, 79, 75 zur Wirkung *Beccarias* und Bd 3, 5, 10ff.
- (63) Vgl *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 48, auch 148ff; Einleitung *Alff* 32.
- (64) *Alff* (FN 2), Einführung 34. マルノハ' 感性 (Empfindsamkeit) ヲモ' シツカリニヒトシテ人道性以外の何物をも 意味シナシトシ' 己ノ他者ノ思ヒヤリヲ意味ヤスルヲモ 罪ノトシナク。
- (65) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (Bd 2) 157f.
- (66) *Kant*, Was ist Aufklärung? (FN 17) 14.
- (67) G vom 27.10.1862 zum Schutze der persönlichen Freiheit (Präambel; „... um die Freiheit der Person gegen Übergriffe der Organe der öffentlichen Gewalt zu schützen ...“); G vom 27.10.1862 zum Schutze des Hausrechts; Staatsgrundgesetz vom 21.12.1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger. Diese G waren bisher gem Art 149 B-VG Teil des B-VG. Durch Verfassungsg vom 29.11.1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit (BGBI 1988/684) wurde die Materie teilweise neu geregelt.
- (68) Vgl *Wahlberg*, Julius Glaser als Strafrechtslehrer und Justizminister (1886) 4 (Sonderabdruck aus JBI 1886, 1ff);
- Stinzing-Landsberg* (FN 15) 3. Abteilung, 2. Halbbd. Noten, 399.
- (69) *Glaser* (FN 2) 1f.
- (70) Vgl *Glaser*, Gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht, Civil = und Strafprocess, 1. Aufl, Bd 1 (1868) zB 16, 25, 36, 179, 187.
- (71) Vgl *Stinzing-Landsberg* (FN 45), 3. Abteilung, 2 Halbbd, Text, 954. リンミンズニハベラニガーヤ「合理主義的折衷主義者」と呼んだ。
- (72) *Glaser* (FN 2) 10.
- (73) *Glaser*, Gesammelte Schriften (FN 100) I 187, 191f.
- (74) *Glaser* (FN 2), 10ff; auch *derselbe*, Gesammelte Schriften (FN 100) I 36.
- (75) Vgl *Wahlberg* (FN 98) 39; *Stinzing-Landsberg* (FN 101) 957; *Moos*, Verbrechensbegriff (FN 6) 366.
- (76) Vgl *Wahlberg*, Gesammelte Schriften (FN 13) 2. Bd (1877) 138ff zur Todesstrafe, 265ff zur Folter; 3. Bd (1882) 1ff zur Josephina.
- (77) S *Wahlberg* (FN 13) I 225ff, insb 228, 230, 233, 237 mit der Schlussanmerkung.
- (78) S zu ihm ua *Tschubinsky*, Professor Wilhelm Emil Wahlberg und seine Bedeutung in der Strafrechtswissenschaft, ZStW 23 (1903) 64ff; *Wurzbach*, Biographisches Lexikon des Kaiserthums Oesterreich, 53. Teil (1885)

133ff; *Schild* in: Juristen in Österreich, hrsg von *Brauneder* (1987) 171ff. Eingehend *Moos*, Verbrechensbegriff (FN 6)

- 416-484.
- (80) *Wahlberg*, Das Prinzip der Individualisierung (1869) 127.
- (81) Vgl *Moos*, Verbrechensbegriff (FN 6) 445ff, 447, 480, 519.
- (82) *Jellinek*, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe (1878) bes 17, 19, 22, 24f, 27f, auch zu *Hume*, *Bentham* und *Mill* und 130f zur Gerechtigkeit und Strafe wie *Beccaria*: die auf Abhaltung und Ausgleichung sozialer Störungen gerichtete Tätigkeit. S dazu eingehend *Moos*, Verbrechensbegriff (FN 6) 485ff, 520.
- (83) Vgl *Moos*, Die ethische Grundlagen des Strafrechts, in: Rosenzweig-FS (1988) 399ff, 407ff.
- (84) S *Moos*, Franz v. Liszt als Österreicher, ZStW 81 (1969) 660ff, 666ff; *denselben*, Verbrechensbegriff (FN 6) 423.
- (85) *Jhering* (FN 14) das Motto auf dem Titelblatt, 378, 382 und die Definition des Rechts 399, vgl auch Vorrede zur 1. Aufl V (1877).
- (86) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 65.
- (87) *Jhering* (FN 14) 384.
- (88) *Jhering* (FN 14) 292f.
- (89) S *Behrends*, Rudolf von Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts, in: Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren, hrsg von

Loos (1987) 229ff, 258 mwN; 236 zu dem Nietzschezitat mwN.

- (89) S näher *Behrends* (FN 118) 239, 263; *Moos*, Verbrechensbegriff (FN 6) 419f, 425, 436.
- (90) Vgl *Moos*, ZStW 81 (1969) 665.
- (91) Vgl *Liszt* (FN 14) 24ff, 32 zu *Beccaria*, *Jhering* und *Wahlberg* (= derselbe, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, 1 Bd 126ff), s auch *Wirtenberger* (FN 14), 199.
- (92) *Liszt* (FN 14) 31, 32.
- (93) *Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2. Bd (1905) 80.

〔訳者付記〕 本拙訳は、オーストリアはリンツ大学教授ライムン・ハムル・モーハ博士の論文、Prof. Dr. Reinhard Moos an der Universität Linz, „Der Einfluß Cesare Beccarias auf das österreichische Strafrecht“, Juristische Blätter 1991, S. 69ff. の翻訳である。連載(一)は本誌第三九卷第一号(二〇〇三年)に掲載されている。