慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ゲルト・クラインハイヤー著『近代法の発展における刑法の本質について』
Sub Title	Gerd Kleinheyer : Vom Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung
Author	宮沢, 浩一(Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.1 (1971. 1) ,p.140- 145
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710115-0140

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

紹介と批評

Gerd Kleinheyer,
Vom Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung.
Entwicklungsstufen des Grundsatzes „nulla poena sine lege“ 1968.

ゲルト・クラインハイヤー著
『近代法の発展における刑法の本質について』

一

本書の著者クラインハイヤーは、比較的最近（一九六五年）開設されたレーゲンスブルク大学の法史学の正教授として、一九六八年頃から活躍をしている新進の学者である。担当科目は、民法とドイツ法史学ということになっているが、最近、刑法の論文なども発表している。Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsausgleich. Juristenzeitung 1970, S. 471ff.

この人の経歴について、詳しいことは分らないが、ボン大学の法史学の碩学コンラート教授の門下であり、法史学の業績により、教授資格を取得した（論文名不詳）。その論著には、Staat und Bürger im Recht, 1959. 編著には、C.G. Svarez, Vorträge über Recht und Staat, hrsg. v. H. Conrad u. G. Kleinheyer, 1960. Recht und Verfassung des Reiches in der Zeit Maria Theresias, hrsg. v. H. Conrad, G. Kleinheyer, Th. Buyken, M. Herold, 1964 などがある。

本書は、一九六七年三月一〇日に、ボン大学の法学部で開催された著者の私講師就任講演を採録したものであって、叢書「法と国家」三五八号として公刊された。

二

本書は、その副題の示す通り、罪刑法定主義の発展段階について論述したものであって、刑法史の展開過程のうち、最も興味の深い部分が取り扱われている。

本書は、神聖ローマ帝国の諸段階における主だった刑事立法から説き始め、さらに、一八世紀から一九世紀初頭にかけてのドイツとオーストリアにおける主要な刑事法典を考察の対象としている。すなわち、一四九八年のヴォルムス都市法の改正、一五〇七年のバンベルゲンシス、一五三二年のカロリナ法典に続いて、一七〇七年のヨーゼフ一世の刑事裁判法（Peinliche Halsgerichtsordnung Josephs I）、一七二一年のプロイセン王国ラント法、一七五一年のバイエルン刑事法典（Codex juris Bavarici criminalis）、一七六八年のテレジア刑事法典（Constitutio criminalis Theresiana）、一七八七年と八八年のヨーゼフ皇帝の刑法典と刑事訴訟法典、一七九四年のプロイセン普通ラント法、一八〇三年のオーストリア刑法典、一八〇五年の刑事法典

(Kriminalordnung)、一八一三年のバイエルン刑法典に至る一三の刑事法典について、その立法の流れと罪刑法定主義の基本思想が刑事法典の中に定着してゆく過程を分析したものである。法史学者の手による考証であるだけに、正確な資料に裏つけられた、極めて説得力のある叙述であつて、近世刑法思想をもつて今日の刑法学と刑法理論の出発点として捉えるわれわれ刑法学者にとつて、興味深い作品ということができよう。

もつとも、本書の性格は、各法典に現われた罪刑法定主義の思想の実定法的規定の変遷について記述したものであるから、それぞれの法典の成立に関する時代思潮の解明、法典の背景にある政治的な動向、法典成立に寄与した学者の群像などについては、殆んど語られていない。それらは、ヒスの刑法史、コンラートやシュレーダーのドイツ法史などの詳しい叙述、ラートブルフの論文集 Elegantiae Juris Criminalis, 2. Aufl. 1950. エーリク・ヴォルフの大著 Große Rechtsdenker, 4. Aufl. 1963. さらには、エベルハルト・シュミットの名著 Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965 などから、学ばねばならない。

幸いにして、近時、わが国においても、中世・近代の刑事法典の邦訳が次々に生まれるようになつた。塙浩教授の手になるカルル五世刑事裁判令（カロリナ）、神戸法学雑誌一八巻二号二一〇頁以下 (Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), herausgegeben und erläutert von Dr. Gustav Radbruch, 1962 をテクストとして使用する)、及びバンベルク刑事裁判令（バンベルゲンシス）(一)同誌一九巻一・二号二二七頁以下 (Kohler-Scheel, Die Carolina und ihre Vorgängerinnen. Text, Erläuterungen, Geschichte. II (Die Bambergische Halsgerichtsordnung, 1902 を使用する) と、中川祐夫教授の手になる一八一三年のバイエルン刑法典（I）竜谷法学二巻二・三・四号二二九頁以下がそれである。これらの難解な刑事法典、入手困難な刑法典が、しかも邦語で読めるようになつたことは、誠に慶賀すべき出来事であつて、両教授の御努力を多としたい。

三

以下、本書の内容について、その概略を紹介したい。

上にあげた一四九八年のヴォルムス都市法の改正以後、一八一三年のバイエルン刑法典まで、それぞれ、幾分かアクセントの相違はあれ、実体法と訴訟法とが一つの法典の中で相互に関連し合いながらまとめられて居た。もつとも、その流れの過程において、一七八七年、八八年のヨゼフィーナ法典と一七九四年のプロシア普通ラント法において両者が分離されたことはあつたが、一八〇三年のオーストリア刑法典と一八一三年のバイエルン刑法典は、再び両者をひとまとめにした。このように、立法上の変遷を説明した後、実体法と手続法という二つの法の素材の結合や分離、再結合をどう理解したらよいのか、それは偶然的なことか、単なる外的事情によるものか、それとも内的必然性に基づくものか、一八〇三年と一八一三年の規定は、伝統的なものへの後戻りなのかを問う。

カロリナ研究は、近時、これを現代的な法律と比較して法律とし

て性格づけることには極めて懐疑的となつている。特に、その「序言」をみると、この刑事裁判令は、国王の法をいかにして無教育な裁判官をして適用せしめうるかを目ざして作られたものであることが分る。カロリナは、新らしい刑法を定立し、実体法を包括的に明規したものではなくて、むしろ、罪なき者に不正な裁判が行なわれないように、正しい刑事司法を確立することを狙いとして立法されたものである。その後の「刑事裁判令（Halsgerichtsordnung）」と名づけられた法典の立法趣旨は、まさにこのことにあつた。

一七二一年のプロイセンラント法は、さらに地域的な法の統一という要請をかかげ、これが一七五一年のバイエルン刑事法典、一七六八年のテレジア刑法典にひきつがれ、裁判のための確固とした原則を与え、法の統一をはかることとされた。もつとも、後者の場合、犯罪構成事実に関する規定は第二部に置かれていた。この法典でも、法律の内容は、名宛人として裁判官を予定しており、個々の市民へのよびかけ、つまり、彼等の行為規範ではなかつた。

一七九四年のプロイセン普通ラント法が、手続法を無視し、しかも私法とともに刑法をもとり入れたのは何故か。特に、宗教犯罪を世俗の罪とし、死刑を制限し、自由刑その他の刑事政策的処分を整備している。これまでの伝統的な法律を単に改良する以上に、このプロイセン普通ラント法は、真の法定立の名に価するものであつた。

この普通ラント法の特色を明らかにするために、クラインハイヤーは、スワレスが一七九一年、九二年に、プロイセン皇太子の前で行つた講演の文言をひき、現代の用語とは全く異なる用語法、即ち国家法に対するものとして民事私法と刑事私法に分けて、刑法を私法の中に入れる考え方を紹介している。このような用語例は、Privatusという言葉の持つ意味のうち「個人に関する」という点に求められ、私法とは、国家法が国家に関するものであるのに対して、個々の市民に関する法であることを示す、とする。つまり、私法は、個々の市民の権利と義務の全体であり、このうちの刑法は、警察法や租税法と同じように、国家に対する義務を包含すると考える。かくて、個々の市民の権利と義務に関係する法素材と観念せられたところに、刑法が普通ラント法の構成部分となつた理由があるし、普通ラント法が刑法典に類似した法典となつた理由がある。刑法的な構成要件を明らかにすることでもつて、刑法上の権利と義務とを規律したことは、以前の諸法典とは異なり、市民自体に向けられた法典という性格を帯びる。裁判官に対する法ということを排除するものではないにしても、此の法典の独自の意義は、市民に対する権利義務の基礎づけをし、行為規範を法律へと高めたところにある。訴訟法を排除して、一七八〇年の勅令（Kabinettsorder）にこれをゆずつたのは、訴訟法が市民に対する命令という性格を持たないからである。プロイセンの法思想は、市民に対し命令的・禁止的に向けられた実体法を法律概念の中心に置くという特色を持つていた。実体刑法の確立によつて、はじめて、罪刑法定主義、遡及禁止、法律の公示の必要性が明らかとなる。

プロイセン普通ラント法第九条二項二〇に次のような文言が見えている。「法律上禁じられていない作為・不作為は、たとえ何人か

について不利益が生じようとも、固有の犯罪とはみなされえない」。国家の禁止があつてはじめて、違反行為は犯罪となる。

この考え方は、自然法的国家観の帰結であり、市民社会における自然の自由と市民の義務拘束の関係を示すものである。市民は、その義務を法律によつて定める国家の権利と認め、そのような法律が公布されない限り、市民は自由である。実定法によつて禁じられていない行為については、そもそも処罰権を与えないとする。市民は、禁じられた行為は何であるかを知る権利をもつ。ここに、法律を公示する必要性の基礎がある。

これに対して、一七八七年、八八年のオーストリア刑法は実体法と手続法とを分けている。これらの法典も、普通ラント法に似た法律概念を用いたが、ここでは、刑事司法を正しくかつ等しく方向づけるという一定の刑事政策的目的が志向されていた。そして、ここには、ベッカリーアの思想からの影響が、刑法典の体系化のうちの「犯罪と刑罰について」という章名にも現われている、という。

ただ、オーストリアの刑法典の場合には、遡及効の禁止については、すでに勾留された犯罪者に適用すること、つまり、犯行の時点ではなくて、訴追開始の時点でもつて考え、いまだ逮捕されていない犯人は、新法で処罰するという建前であつた。

一八一三年のバイエルン刑法典は、再び、刑法と刑訴法とを結合したが、これは一七五一年のバイエルン刑法にその形式的な範型を求めうる。しかし、この立法形式は、実は、心理強制説に基づくものである、という。犯罪人は、犯罪を犯す快感と処罰を蒙る不快感とを秤にかけて、行動を決定するというその考え方は、刑罰の正当づけを、犯罪を犯すことで処罰をまねく犯罪人の心理過程、つまり、犯罪人自身の同意に求める。従つて、科刑と行刑とは内的な関連を持つ。だから、実体法と訴訟法とを分けることは、意味のないことになる。

このように、一七八七年のオーストリア刑法、一七九四年のプロイセン普通ラント法、一八一三年のバイエルン刑法典の三者を比較考察して、これら三者において、法治国の刑事司法の中心原理である罪刑法定主義が、次第に発展した段階が示される。勿論、一七五一年のバイエルン刑法典、一七六八年のテレジア刑法典にも、裁判官を法律へと厳格に拘束する手がかりが与えられ、犯罪と刑罰を法典中に明規することが、その手がかりとしての役割を演じている。裁判官の恣意からの個人の保護は、裁判官が主権者の意思に拘束されるという帰結からはじめて生じるということになるが、主権者がはたして法律に拘束されていたかどうかの問題は、依然として残るし、遡及効をもつ法律が、裁判官の拘束の原理と矛盾しなかつたかどうかの問題もあろう。これらの法律では、すでに指摘したように、訴追との関連では、新法を適用する余地は残つていた。この問題に一歩を進めたのが、市民の行為規範としての刑法（刑事私法としての刑法）を明規したプロイセン普通ラント法であつた。これは、まさに、法の本質に関する考え方から出たものである。市民に対して向けられた行為規範としての法律であればこそ、市民の自然的な

自由の制限の前提でありえた。現存の法律によつて方向づけられえない行為は、裁判官の判決の対象たりえないのである。かくして、裁判官の拘束は、もはや立法者としての主権者の意思への拘束ではなくて、社会契約と実定法上確立した、国家と市民との間の関係への拘束であり、それは、あらゆる国家権力の拘束の発露として示めされるのである。このようにして、遡及効をもつ法律を公布することが禁止されるにとどまらず、現存の法律を遡及的に適用することも禁止される。法律には拘束されないという主権者の反対の意思も、裁判官の法律への拘束を排除しえないということによつて、「法律なければ犯罪なし」という原則が実定法上完成をみた。

これに対して、「法律なければ刑罰なし」という考え方は、刑罰の要件として、犯罪の遂行を前提とする。裁判官は、立法者から自分を名宛人として出された命令によつて、一定の種類の犯罪につき、一定の刑罰を科すように拘束されている。この拘束により、裁判官の恣意は防がれるが、最高の裁判官としての性格上主権者が命じた刑の加重は、ヨゼフィーナ刑法典ではこれを防ぐことは出来なかつた。

かくして、罪「刑」法定主義の確立という最後の歩みは、心理強制説を犯罪概念の基礎に置いた一八一三年のバイエルン刑法典に留保されたのである。それによれば、犯罪とは、法定の科刑の心理的強制を克服したものとされた。法定の刑がなければ、犯罪はないのである。バイエルン刑法典第一条が、「法律が一定の害悪を科するところの、ある許されない作為もしくは不作為の罪を犯した者は、その者の刑罰として、その法定の害悪に服せしめられる」と規定して、かなめ石がすえられたのである。啓蒙期の立法は、これによつて、法治国家の刑事司法の原則を承認したのであつた。

四

以上が、クラインハイヤーの著書の大要である。私講師就任講演であるから、重要な問題点を大筋について論述したものであつて、細かい点の論証は、今後の研究によつて明らかにされてゆくことであろう。しかし、我々は、これまで、法律なければ犯罪なく、刑罰なしとする近代刑法の大原則を、何となく罪・刑法定主義として一括したものとして考え、実定刑法上の原則に高めたものとしてフォイエルバハの立法作品である一八一三年のバイエルン刑法典にのみ心を奪われ、ドイツ・オーストリアの諸刑事法典における「罪刑法定主義」定立の沿革について正確にこれを知ることがなかつた。

クラインハイヤーの豊富な資料に基づく正確な跡づけと、刑事法典における「実体法」と「手続法」の関連づけ、法典の名宛人は誰なのか、裁判官の法律への拘束の実質的意味は何かなどの多面的な分析を通じて、単に、罪刑法定主義の立法過程が明らかにされたばかりでなく、法制度としての刑事裁判の成立過程、主権者と裁判官と国民との関係について、多くのことを学ぶことができた。

フォイエルバハの刑法典の刑事立法史における位置づけ、特にその「独自性」の意義について、従来の諸説に再考の余地のあること、

を明らかにした点は、重要であると思う。

（宮沢浩一）

ロバート・A・ダール、内山秀夫訳

『民主主義理論の基礎』

一

R・A・ダールについて、ここでことあらためて紹介の労をとる必要はあるまい。一九五〇年代のはじめに、アメリカにおける「現代政治学」はひとつの転機に直面したといわれる。その帰結として、いま政治学の統合的理論化の方向に焦点をあてていくとするならば、かれの政治体系論の展開のうちにその理論的な立場をみてとることができよう。われわれが、政治体系研究のための概念的枠組の設定に、現代アメリカ政治学のあらたな方向性をみていこうとするかぎり、D・イーストンと同時に、ダールのはたした役割を忘れるわけにはいかない。

それは、たんにイーストンとダールが、ほぼ同時期に政治体系論にたいする問題の提起をおこなつたという理由によるだけではない。というよりわれわれが、こんにちの政治体系論の展開をみていくばあい両者を無視しえないというのは、かれらの行動科学的アプローチにたいしてとつた立場と基本的判断が、その後の政治体系の設定に決定的な意味をもつているだけではなく、それがこんにちのアメリカ政治学の理論的要請と深くかかわりあつているところにある。そしてさらに見逃されてはならないことは、ダールの政治体系論にみられる政治的資源の不均等な配分という仮説が、かれの政治理論の特徴をなしているだけではなく、現在のアメリカにおけるデモクラシーの現実認識と深部においてからみ合い、またこれにささえられているということだろう。

そしてそれが、ひとつの「多元主義派」の基本的な主張として、いわゆる権力エリート論にたいする批判をなしていることは、よくしられているとおりである。ニュー・ヘヴンにおいておこなわれた実態調査は、いわばこうした政治的資源配分の不均等性にもとづくかれの政治的勢力の追究を、経験的な分析にゆだねた成果をしめすものということができるが、同時にそれは現代のアメリカにおける政策決定をめぐるリーダーシップとデモクラシーの価値を、ローカル・レベルでの政治体系のうちで検証しようとしたものといえる（*Who Governs?: Democracy and Power in an American City*, 1961）。

こうしてわれわれが、ダールの政治学に接近していこうとするとき、なによりも留意しなければならないことは、それが政治体系をいかに設定するかといつたいわばソフィストケートされた次元であらわれてくるのではなく、むしろその理論モデルの構造じたいが、