

フォリエルバッハの刑事司法論 (2-1)

——「嫌疑刑」論を中心として——

福 井 厚

〔目 次〕

- フォリエルバッハの刑事司法論 (1) —序説 (「拷問廃止論」を中心として)
— (以上、前々号)
- フォリエルバッハの刑事司法論 (2-1) —「嫌疑刑」論を中心として— (本号)
- フォリエルバッハの刑事司法論 (2-2) —「法定証拠主義」論— (以下、次号)

〔細目次〕

- フォリエルバッハの刑事司法論 (2-1) —「嫌疑刑」論を中心として— (本号)
- 1 はじめに
 - 2 カロリーナ刑事法典における非正規刑及び嫌疑刑
 - 3 フォリエルバッハの「嫌疑刑」論
 - 4 おわりに

1 はじめに

前稿⁽¹⁾の「5 おわりに」で指摘したように、フォリエルバッハの拷問廃止論は嫌疑刑 (Verdachtsstrafe)⁽²⁾の存在によって補強されるものであった。フォリエルバッハは、「原則として排すべき嫌疑刑」⁽³⁾につき、バイエルンにおいて当時施行されていたババリア刑事法典 (Codex juris Bavarici criminalis [1751年]) において、自白及び二人の目撃証人を欠くために正規刑を適用することが不可能でも、減輕された非正規刑 (außerordentliche

Strafe) としての嫌疑刑の適用が可能であるから、拷問を廃止しても治安上も問題はないというのである。ババリア刑事法典はカロリーナ刑事法典(1532年)と「ほとんどそのまま」⁽⁴⁾といわれているので、ここではカロリーナ刑事法典の最新の研究成果⁽⁵⁾を参照して、法定証拠理論を考察する前提としてまず嫌疑刑について整理しておこう。

2 カロリーナ刑事法典における非正規刑及び嫌疑刑

フォイエルバッハがその拷問廃止論を締め括るにあたって、「原則として排すべき嫌疑刑であっても、現行法によれば可能」⁽⁶⁾として、嫌疑刑の存在を援用して拷問廃止論を補強していることには、当然のことながら疑問が提起されてきている。「[フォイエルバッハの] そのような態度は、啓蒙主義の目的と直接矛盾した。」⁽⁷⁾、というのである。フォイエルバッハが「現行法によれば可能」という「現行法」とは、前述したようにババリア刑事法典(1751年)であるが、同法典の手続構造もカロリーナ刑事法典のそれと「ほとんどそのまま」といわれているので、ここではカロリーナ刑事法典における非正規刑 (außerordentliche Strafe) としての嫌疑刑 (Verdachtsstrafe) について簡単に見ておこう。

非正規刑 (außerordentliche Strafe) としての嫌疑刑 (Verdachtsstrafe) の問題を検討する場合、カロリーナ刑事法典 22 条の存在が重要である。22 条からは、さしあたり①「何びとも、何らかの徴憑、疑惑、指標又は嫌疑に基づき刑事罰の最終有罪判決を受けることがあってはならない」、②「徴憑が(以下に定めるごとく) 十分なる場合においては、専ら拷問のみが許されなければならない」、③「何びとも、刑事罰の最終有罪判決を受けるべきときは、(本裁判令の他の箇所 [=60 条、67 条] において明瞭に定めるごとく)、自白 (bekennen) 又は証人による証明 (beweisung) に基づき有罪とされるべく、推定又は徴憑に基づき有罪とされてはならない」、の 3 点を読み取

ることができる⁽⁸⁾。

カロリーナ刑事法典で法定証拠主義が採用されていたといわれるのは、③から「疑う余地なく確実なるものとして措信される自白」(60条)があるとき⁽⁹⁾、又は「少なくとも2名又は3名の信用すべき証人により〔犯行が〕証明されるとき」⁽¹⁰⁾でなければ(正規刑〔ordentliche Strafe〕を言い渡す)有罪判決は許されなかった、ということが引き出されるからである⁽¹¹⁾。そして、その法定証拠主義は拷問と結びついていたことが、②から引き出される⁽¹²⁾。このような法定証拠主義の下で、拷問が廃止されて自白の獲得が困難となり、また「少なくとも2名の信用すべき〔犯行目撃〕証人」の確保が容易でないとすれば、徴憑(間接証拠ないし情況証拠)による有罪証明の可能性が当然問題となってこよう。現に①に関して「徴憑が十分なるときは、刑事罰を科すべきである」という理解がなされることがある⁽¹³⁾。しかしカロリーナ刑事法典が、③の要件が充足されない場合にも(徴憑〔情況証拠〕のみに基づいて)有罪の完全証明が可能で、正規刑(ordentliche Strafe)の言渡しを認めるものである、という理解はほとんど支持されてきていない⁽¹⁴⁾。

カロリーナ刑事法典8条によれば、死刑及び身体刑事件に対してのみ拷問は許容されると解されている⁽¹⁵⁾。非死刑・非身体刑事件において③の要件が充足されない場合、有罪を言い渡すことは①に違反するか。完全証明がなくても強い徴憑ないし嫌疑がある場合が問題となる。非正規刑としての嫌疑刑とは、このような問題に対処しようとするものである⁽¹⁶⁾。なお、裁量刑(poena arbitraria)は、裁判官の裁量によって刑種・刑量が定まる刑をいう。非正規刑(poena extraordinaria)は、正規刑(poena ordinaria)以外の刑を指し、「法律自体が刑罰を定めることなく科刑を裁判官の裁量に委ねている場合、及び、行われた犯罪が特定の名称を有せず、かつ法律・法令に明示的に規定されていない場合」の刑をいう。なお、慣習上確立した刑罰も正規刑とされる⁽¹⁷⁾。

嫌疑刑は、必要とされる完全証明がない(=③の要件が充足されない)場

合に科される刑をいう。したがってカロリーナ刑事法典につき、重罪・軽罪を問わず、有罪判決には完全証明を必要とするという解釈を採用するならば、徴憑に基づき軽罪に刑を科すことは嫌疑刑⁽¹⁸⁾であり、裁量刑として正規刑より軽い刑が科される⁽¹⁹⁾。

なお、カロリーナ刑事法典 176 条は「証明された事由に基づき危害及び犯罪を行うことが危惧される者」に対して保安処分を科すことを認める規定であるが⁽²⁰⁾、その前提は行為の完全証明である⁽²¹⁾。

3 フォイエルバッハの「嫌疑刑」論

(1) フォイエルバッハの刑罰論

フォイエルバッハが嫌疑刑の適用に賛同したと聞くと、誰しも彼の罪刑法定主義論との関係如何を問わざるを得ないであろう。佐伯博士は、フォイエルバッハの心理強制説に基づく罪刑法定主義論を次のようにまとめている：

フォイエルバッハはこのように応報刑論・特別予防論・刑罰執行による一般威嚇論をすべて排斥した後で、そのいずれにも堕しない、しかも自由と平等の要求に応じ、かつ目的論的な構造をもつ理論を提案するのである。これが、有名な彼の「心理強制説」である。この考えによれば、人はすべて快を求め不快を避けて行動するものであって、人が犯罪を犯すのも、要するに、それが一つの快を彼に対して約束するからである。故にもしその犯罪の実行にそれが与える快以上の不快が必然的に結びつけられるならば、人は犯罪を犯すことはないであろう。このような見地からフォイエルバッハは、刑法の第一の作用は「これこれの行為をした者はこれこれの刑罰を科せられる。その行為をした何人もこれを免れることはできない」と予告することによって、一般人をして犯罪から遠ざからせること、すなわち刑罰予告による心理的強制にあると考えた

のである。そして、刑罰予告は、それが真に人民に心理的影響を及ぼすには、犯罪の犯された一切の場合に予告されたとおりの刑罰が間違いなく実現されねばならない。刑罰の執行はこのように法の刑罰予告の真剣なことを示すという二次的な意味をもたされるのである。しかも刑罰執行の正当性は、犯罪者が有意的に犯罪を犯したかぎり、彼は同時に処罰に同意したものであるという同意の推定のなかに求められる。彼によると、この心理強制は、一般の刑罰執行による威嚇と異なり、可能的犯罪者の威嚇にすぎず、したがって犯罪を犯さぬかぎり何人をも他の目的の手段とすることにならないと誇られるのである。このような刑法論が、罪刑法定主義、罪刑の客観的均衡の要求と表裏をなしていることも明らかであろう。彼はまた“Nulla poena sine lege, nullum crimen sine lege”という有名な罪刑法定主義の標語の創始者でもあったのである²²⁾。

フォイエルバッハにとって「刑罰の正統性」とは、「共同体にとっての刑罰の必要性」を意味した²³⁾。応報の絶対性を唱えたカントとは異なり、フォイエルバッハは刑罰の法的根拠を国家目的から導き出すのである。ルソーの社会契約論²⁴⁾を前提とするフォイエルバッハ²⁵⁾によれば、国家は権利を保護しなければならないから、権利侵害を避けるというのは国家の任務であり、国家はそのために必要な手段を使用することを正当化されることになる²⁶⁾。

フォイエルバッハによれば、その際、国家の物理的暴力は具体的な権利侵害行為のみに対して向けられる。したがって、国家が使用して良い手段は、決して物理的暴力ではあり得ず、心理的なものに過ぎなかった。すなわち、市民の自由権を侵害することなしに意思形成自体の過程、すなわち行為への決意に対して決定的に作用するような手段でしかあり得なかったのである²⁷⁾。国家が行使できる強制は、その強制が権利侵害行為の実行前に既に一般的に効果を発揮するような性質（心理的強制）でなければならなかったわ

けである²⁸⁾。こうして、「各人が自己の権利を完全に行使でき、かつ、侮辱から保護されている状態を確保する」という、国家の任務及び目的が達成されることになる²⁹⁾。フォイエルバッハにとって決定的だったのは、刑罰威嚇は人間の権利を侵害するものではない、ということであった。というのも刑罰威嚇は、権利侵害の場合についてのみ妥当するが、誰も権利を侵害するという権利を請求することはできないからなのである³⁰⁾。

結論的にフォイエルバッハは、「実行された権利侵害を理由として、刑罰法規によってあらかじめ威嚇されていた国家によって付加される感性的な苦痛」³¹⁾、という（市民的）刑罰の定義を導き出すのである³²⁾。

(2) 嫌疑刑 (Verdachtsstrafe) としての非正規刑 (außerordentliche Strafe) の拒否

このような「市民的刑罰観」(bürgerliche Strafe)³³⁾に基づいて、フォイエルバッハは嫌疑刑 (Verdachtsstrafe) という形式における非正規刑 (außerordentliche Strafe) に対して次のような批判を加えるのである：

「立法者は、権利侵害及び外部的に認識可能な行為にのみ制限されている。立法者は、間接的にせよ直接的にせよ権利侵害を内に含まないものを、決して刑罰制裁に委ねることはできないし、外部的に認識できず、かつ、その存在が具体的に完全に証明され得ない事実を刑罰制裁に委ねることはできない。」³⁴⁾

心理強制説に基づいて罪刑法定主義を確立したフォイエルバッハ³⁵⁾にとって、刑罰法規上画定されている行為態様の認識可能性と処罰の合法性は、分かち難い関係にあった。刑罰法規は唯一の「犯罪の構成要件についての認識根拠」なのであった³⁶⁾。

したがってフォイエルバッハは、とりわけ不完全証明の際の嫌疑刑

(Verdachtsstrafe) という形式における非正規刑 (außerordentliche Strafe) に対して反駁した。フォイエルバッハの見解によれば、すべての嫌疑刑は違法であり、それゆえに排斥されたのである³⁷⁾。曰く：

「非正規刑ほど馬鹿げたことは他にない。というのも、いかなる刑罰も法律を前提としているからである。」³⁸⁾

「不完全証明の際には、正規刑も非正規刑も生じ得ない」、というのである。なぜなら、「不完全証明の本質とは、法律が完全な確実性 (Gewißheit) のために必要としている全ての特性を必ずしも備えていない理由が、犯罪の存在の理由とされることなのである。ところが、刑罰はどうしても法律に則って科せられなければならない、かつ、刑罰は、その要件が刑罰の法的根拠である当該要件が存在している場合に、法律に従ってのみ科せられ得るにもかかわらず、不完全証明の場合、上記制約条件の存在が確定されていない。かくして、刑罰法規はその前提要件の不完全証明の場合は行われることもできず、従っていかなる刑罰も科せられ得ない、という帰結となる。」³⁹⁾からである。

(3) ライン直属司法委員会による非正規刑の拒否

ライン直属司法委員会は、1805年12月11日公布のプロイセン刑事訴訟法がその405条で、非正規刑 (außerordentliche Strafe) としての嫌疑刑 (Verdachtsstrafe) を認めていたカロリーナ刑事法典を引き継いでいるとして、嫌疑刑を批判する。

(情況証拠による証明)

第405条 1個の事件において、互いに一致する数個の情況証拠が競合し、かつ、これが被告人の悪性格及び同人のこれまでの悪しき行状によって支えられているとき、高度の蓋然性が存在する。この場合、非

正規刑を科しても通例、いかなる懸念もあり得ない。

ナポレオンのドイツ撤退後のライン左岸一帯における陪審裁判所の存続をめぐってフォイエルバッハの陪審制度論を鋭く批判したライン直属司法委員会も、陪審裁判所に関する鑑定意見⁽⁴⁰⁾において非正規刑 (außerordentliche Strafe) としての嫌疑刑 (Verdachtsstrafe) を批判した。嫌疑刑としての非正規刑は、同委員会による「重大な非難」⁽⁴¹⁾に晒されたのである。「プロイセン刑事訴訟法は、非正規刑の維持によって誰であれ単なる嫌疑を理由として処罰され得る、という濫用の余地を与えている」⁽⁴²⁾、というのである。

鑑定意見は、カロリーナ刑事法典における非正規刑 (außerordentliche Strafe) を引き続き維持している (と委員会が見做す) プロイセン刑事訴訟法に異論を唱えたのである。曰く：

「実際には、被告人は犯罪を実行したか否か、二者択一しか存在しない。したがって法的にも、正規刑のみが科されてよかったのか、いかなる刑罰も科されてはならなかったのか、ということである。非正規刑 (außerordentliche Strafe) は不正である。というのも、非正規刑は犯罪と法律上結びついている刑罰 (正規刑のこと - 福井) よりも減軽されており、したがって、被告人又は共同体のいずれかを害する」、「このような場合に非正規刑 (außerordentliche Strafe) を許容する者は、被告人又は国家に対して不正を行うことになる。」⁽⁴³⁾

「被告人は犯罪を実行したか否か、いずれかの可能性しか存在しない。かくして法的には、完全な正規刑のみが出来可能か、または刑罰は生じ得ない [かのいずれかである]。」委員会の見解によれば、「裁判官が、法律上の規範によるのであれ、より正しくは自己の主観的な確信によるのであれ、罪ある者と宣言したもののみが有罪である。」⁽⁴⁴⁾ 「したがって非正規刑は、無実かも分からない者を侵害するのみならず、無実の者

にもかならず打撃を与える」⁽⁴⁵⁾。

委員会にとっては、非正規刑 (außerordentliche Strafe) は明らかに「嫌疑の処罰 (eine Strafe des Verdachts)」⁽⁴⁶⁾であった⁽⁴⁷⁾。

なぜなら、「法律が不完全証明について明文で非正規刑を許容していなかった場合、非正規刑を科す裁判官はその権限を踏み越えていることは明らかである」⁽⁴⁸⁾からである。「単に疑わしい状態、non liquet, ただ嫌疑が存在するに過ぎない場合、犯罪についての確信は、したがって犯罪は法的には (juridisch) 全く存在しない。」⁽⁴⁹⁾ 「[我々は、] 単に疑わしいだけの者が刑罰を科せられるあらゆる場合に、刑罰が無実の者に打撃を与え、したがって必然的に不正義だと、まったく正当に主張できる。というのも、裁判官がその責任を宣告した者だけが、国家において罪ある者であり、単なる嫌疑は確信を、すなわち責任の宣言を排除するからである。」⁽⁵⁰⁾

委員会の結論は、「証拠の欠如を理由とする非正規刑は、いかなる場合にも決して行われてはならない。」⁽⁵¹⁾、というものであった。

(4) 保安処分をめぐる

なお、鑑定意見は、非正規刑としての嫌疑刑を批判する際、「[嫌疑刑としての] 非正規刑の代用」としてクラインによって提案されていた保安処分 (Sicherungsmaßregel) をも、「非正規刑それ自体より一層疑問かつ危険」⁽⁵²⁾ だとして、批判した⁽⁵³⁾。法定証拠主義によると、完全証明が存在していない場合には (正規の) 刑罰は生じない。そこでクラインの保安処分の提案は、次のようなものであった：

根拠のある嫌疑が残っている場合には、共同体は、嫌疑のある者から懸念されるべき危険に対して安全を確保する権限がある。恣意を避けるために、裁判官が正規の手續に則って侵害的な一種の保安処分(Sicherungsmaßregel)を科すものとする。ただし、この処分は、犯罪者を共同体の危険なしに解放できると人々が確信できるまで、その限りでのみ継続されるものとする⁵⁴⁾。

鑑定意見によれば、保安処分は、犯罪の不完全証明の際に裁判官によって科される場合、非正規刑と同様に違法である。というのも、本来の刑罰のすべてのメルクマールは所謂保安処分にあてはまる、というのである。そのような害悪の付加は常に犯罪が確実であることが前提なのである⁵⁵⁾。なぜなら、いかなる国家も、その臣民にあらゆる嫌疑を免れるよう求めることはできないし、また誰も、非常にしばしば偶然に大いに根拠のある嫌疑を惹起する事情が重なることについて、責任を負うこともできないからである⁵⁶⁾。

こうして委員会は、陪審裁判所に関する鑑定意見に続いて、「非正規刑と同様に保安処分も不完全証明(責任についての確信の欠如)の際、裁判官により法律上言い渡されてはならない」⁵⁷⁾、という結論に至った。また鑑定意見は、クラインの保安処分論が特に危険な理由を、「権力分立原則を崩壊させる」⁵⁸⁾という点に見い出している。

もともとフォイエルバッハの保安処分反対論は、モンテスキュー流の権力分立論⁵⁹⁾を前提にしていたと思われる。曰く：

「いったい誰が裁判官を警察署長にしたのか？ いったい誰が、刑罰法規のみを適用しなければならない裁判官に、国家の将来の安全のための処分を行う権限を与えたのか？」⁶⁰⁾。

ここでフォイエルバッハは、クライン が提案していたような保安処分
 の決定権を裁判官の管轄とすることに対してすら鋭く反対している。フォイ
 エルバッハによれば、裁判官は処罰する権限を持つに過ぎず、国家の将来の安
 全のための措置を執る権限を有していない、というのである⁶¹⁾。既にフォイ
 エルバッハはクラインの特別予防思想を批判して、「改善及び保安は刑罰威
 嚇の付随効果に過ぎない」⁶²⁾としていた。フォイエルバッハによれば、「改
 善は司法事項ではなく、警察事項なのである」⁶³⁾。公共の安全について管轄
 権を有していた警察は、本来保安処分の決定権者であったから、フォイエル
 バッハの言説は異とするに足らない⁶⁴⁾。1813年のバイエルン刑法典におい
 ても、保安処分は規定されていないのである⁶⁵⁾。

ところが奇妙なことに、フォイエルバッハが上記のように保安処分の決定
 権を警察固有の管轄に振り分けているのに、クラインは、保安処分の決定権
 を裁判官の権限にと主張しているのである。クラインが懸念を抱いたのは、
 次のような事態である：

保安処分の決定権が、領主又は警察権力にのみ委ねられるとすれば、
 市民的自由は大きな危険にさらされる。しかし市民の自由は極めて貴重
 なものなので、市民が裁量によってその自由を失ってはならない⁶⁶⁾。

クラインにとっては、「司法こそは『市民的自由の守護神』と思われ
 た」⁶⁷⁾わけである。もっとも他方では、「市民的自由がよく守られている君
 主国に生活している者は共和主義者になろうとする要求をもたない」⁶⁸⁾と語
 るクラインについては、「市民的自由の名において政治的自由を拒否し、民
 主制の長所を承認しつつ絶対政を擁護する点に、プロイセン啓蒙官僚の政治
 的立場がきわめて明瞭に表現されている」⁶⁹⁾ともいわれるのである。

フォイエルバッハは、教科書の初版⁷⁰⁾においては、(非正規刑に反対する
 と同様に) 法律に規定されていなかった保安処分を適用するクラインにも反

対していた⁽⁷¹⁾。ところが、1806年の拷問廃止論ではババリア刑事法典における嫌疑刑（Verdachtsstrafe）の適用可能性に言及し、そしてクラインに対する反対は、教科書の第6版⁽⁷²⁾ではもはや消えている。そして教科書の第9版⁽⁷³⁾では、そのAnmerkungは削除されてしまったのである⁽⁷⁴⁾。

モンテスキューの権力分立論はドイツにおけるすべての刑事法学者によって受容された⁽⁷⁵⁾、といわれる。しかし、フォイエルバッハもクライン⁽⁷⁶⁾も（非正規刑としての）嫌疑刑（Verdachtsstrafe）に反対しながら、非正規刑（außerordentliche Strafe）の「代用」としての保安処分（Sicherungsmaßnahme）の決定権限の管轄に関して、このように意見を異にするのはなぜか。ゲンナーが1818年3月にバイエルン司法省から、バイエルン刑法典の改正草案の作成の委嘱を受け、その草案の第二部として『警察刑法典』が発表された際、フォイエルバッハは同法典に対して「壊滅的な批判」⁽⁷⁷⁾を加えたが、その批判の観点は「近代的法治国家に必要な不可欠な司法と行政の分離」を擁護しようという「法治国家思想」に基づくものであった⁽⁷⁸⁾。その後フォイエルバッハは、フランスの司法を視察した経験から、「司法と行政の厳格な分離が良き裁判制度の根本条件」⁽⁷⁹⁾、と述べていた。バイエルンにおいて1818年5月26日に制定された新憲法によって保障された市民的自由の保護⁽⁸⁰⁾という観点から、「警察に刑罰権を認めるわけには行かない」というのは、フォイエルバッハの権力分立論からの必然的帰結であるが、それは「犯罪予防という警察固有の任務を履行する」⁽⁸¹⁾という観点からも導き出されたものである。

従来、クラインとフォイエルバッハとの対立は、「警察国家的刑法思想」対「法治国家的刑法思想」の対立⁽⁸²⁾として、あるいは「警察国家的刑法思想」対「歴史的刑法思想」⁽⁸³⁾の対立として理解されてきていたが、結論的にはクラインは「家産制的実質的合理主義〔傍点は原文-福井〕の体现〔者〕」と規定された⁽⁸⁴⁾。

そもそも、これまでの権力分立論は、身分などの社会的な集団の態様を反映せず、政府の権力を行政、立法、司法の3つに分けて権力を分類するとい

うモデルが一般であり⁸⁵⁾、モンテスキューの権力分立論もそのモデルを前提に、立法、行政、司法の3権相互の抑制と均衡を図る政治原理と理解されてきた。しかし、最新の研究によれば、モンテスキューの権力分立論にアプローチするには、混合政体論との関係、司法権との関係、抑制均衡との関係、という3点の理論的視角を看過してはならないことが提唱されており⁸⁶⁾、保安処分決定権限の管轄をめぐる上記のドイツの問題状況をも視野に入れて、このような新しい問題意識に基づいてフォイエルバッハと権力分立論との関係を照射すれば、従来のフォイエルバッハ理解の深化に資するかもしれない。それは、「モンテスキューの思想は、18世紀後半における身分制的国制の擁護と再評価を鼓舞し、造形するのに寄与したが、それとともに啓蒙主義社会の政治思想、つまりいわゆる『啓蒙絶対主義』の形成、それに始まりつつあった君主絶対主義から法治国家への移行にも積極的影響を与えた。ただし、後者の側面はより多岐にわたっており、詳細にはまだ十分把握されていない。」⁸⁷⁾、という課題に取り組むことにほかならない。

4 おわりに

またそれと並んで重要な検討課題は、法定証拠理論との関係である。鑑定意見は、プロイセン刑事訴訟法をカロリーナ刑事法典の嫌疑刑を引き継いだものと見做して批判したのであるが、プロイセン刑事訴訟法は嫌疑刑を認めるものではない、というのがプロイセン当局の公式見解であった⁸⁸⁾。そして、その後、これを理論的・解釈論的に支持する学説も現れたのである⁸⁹⁾。このような状況を考慮すれば、フォイエルバッハの「嫌疑刑」論は、保安処分論をも視野に入れて検討するだけでは十分ではない。直接証拠たる自白や目撃証人なしでも、徴憑による確信形成が可能か、という法定証拠理論との関係如何も必須の検討課題なのである。次稿では、この課題を正面から取り上げることにしよう。

〔注〕

- (1) 拙稿「フォイエルバッハの刑事司法論(1) —序説(「拷問廃止論」を中心として)—」『京女法学』19号(2020年)74-76頁(以下、本稿では、「拙稿・(1)74-76頁」のごとく略記する)。
- (2) 「嫌疑刑」という用語を拙稿・(1)74-76頁では、「昔の刑事裁判には、嫌疑刑という制度がありました。これは、疑わしいのだけれど犯人であると断定できない者に対して、軽い刑を科すという便法でした。……これはしかし、現在では不合理な制度として廃止されています。」(後藤昭『『疑わしきは被告人の利益に』ということ』一橋論叢117巻4号〔1997年〕55頁注(6))、というような意味で使用していた。
- ところが、「嫌疑刑」のこのような用語法に対しては、西洋法制史の専門家から疑問が提起されている。『『単なる嫌疑』に対する刑罰という Poena Extraordinaria の『嫌疑刑』という用法に対する否定的評価については、仮に理論的には正当なものであったとしても、それはあくまで Poena Extraordinaria の一部分に対する批判に過ぎず、これをもって全体に対する評価を下す材料と見なすことは正当であるとは言い難い』(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〕81-82頁)、というのである。後藤論文に対するこのような疑問は拙稿にも妥当すると思われるので、本連載で法定証拠理論について考察する前提として、まず、非正規刑(Poena Extraordinaria。本稿では「außerordentliche Strafe」又は「非正規刑」と表記する)としての「嫌疑刑(Verdachtsstrafe)」について簡単に整理しておくことにする。
- (3) Vgl. Gustav Radbruch, Paul Johann Anselm Feuerbach Ein Juristenleben, 3. Auflage, herausgegeben von Erik Wolf, Göttingen 1969, S.75. なお、ラートブルッフ著作集第7巻/菊池栄一・宮澤浩一共訳『一法律家の生涯—P.f. アンゼラム・フォイエルバハ伝—』〔東京大学出版会、1963年〕121頁参照(ただし、この共訳は、上記 Wolf 編集の 2. Auflage〔1957〕を底本としている)。
- (4) Carl Röhrer, Zur Abschaffung der Tortur in Bayern (1806), Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 28. Jg., 1932, S. 228, Fn. 3.
- (5) 上口裕『カロリーナ刑事法典の研究』(成文堂、2019年)。
- (6) Radbruch, op. cit., S. 75. フォイエルバッハは、1805年の「バイエルンの刑事立法の現前の改革について」において、バイエルンでは「犯罪の嫌疑があるという犯罪」を理由として20年、40年、60年もの間牢獄に拘禁される事態が生じていると嘆いている(Ludwig Feuerbach, Anselm Ritter v. Feuerbachs Leben und Wirken, aus seinen ungedruckten Briefen veröffentlicht von Ludwig Feuerbach; 2. Auflage unter dem

Titel:A.v.Feuerbachs Biographischer Nachlaß,Leipzig 1853 [; Neudruck der 2. Ausgabe Leipzig 1853,2 Bände in einem Band,Scientia Verlag Aalen,1973], Bd.1,S.129ff (S.136).)。以下、「Feuerbach,Ludwig, Nachlaß」と略記する。

- (7) Josef Cornelissen ,Tätigkeit und Theorien Feuerbachs im Strafprozeßrecht,Bonn 1963,S.14.
- (8) 上口・前掲書 121 頁による。
- (9) 上口・前掲書 199-200 頁による。
- (10) 上口・前掲書 212-214 頁による。
- (11) 上口・前掲書 121-130 頁による。なお、本稿において「完全証明」という場合、③の要件を充足して正規刑を言い渡すべき有罪判決が許されることを意味し、「不完全証明」とは、③の要件を充足せず正規刑の言渡しが許されない場合を意味する (同上。132-133 頁参照)。
- (12) 上口・前掲書 77 頁以下及び 169 頁以下参照。
- (13) 上口・前掲書 520 頁訳注〔第 22 条〕^{*a} (1) 参照。
- (14) 上口・前掲書 520 頁。なお、後 (注) (89) 参照。
- (15) 上口・前掲書 128 頁。なお、85-86 頁参照。
- (16) 上口・前掲書 127-132 頁参照 (「完全証明」については、前注 (11) 参照)。
- (17) 上口・前掲書 130-131 頁。
- (18) Poena Extraordinaria にこのような意味での嫌疑刑が付加されるようになった歴史的経過に関しては、藤本・前掲書 78-79 頁参照。
- (19) 上口・前掲書 132 頁。
- (20) 上口・前掲書 421 頁以下参照。なお、同法典 195 条 (同上・456 頁) 参照。
- (21) Carl Josef Anton Mittermaier,Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens、S.502,501.
- (22) 佐伯千仞『四訂 刑法講義 (総論)』(有斐閣、1981 年) 60-61 頁。なお、佐伯博士の刑法思想研究を分析した論稿として、斎藤豊治「刑法史および刑法思想史研究」『犯罪と刑罰』18 号 (2008 年) 97 頁以下参照。
- (23) Feuerbach,Revision I ,S.39f. 本稿では、Feuerbach,Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts,Bd. I und II ,Neudruck der Ausgabe Erfurt 1799 und Chmnitz 1800,Aalen 1966 の引用は、本注の如く引用する。
- (24) Rousseau,Le Contrat Social,1762. 翻訳として、ルソー / 桑原武夫・前川貞次郎訳『社

会契約論』(岩波文庫、1954年)がある。

- (25) 莊子邦雄『近代刑法思想史序説』(有斐閣、1983年)8頁、102-103頁、121頁、131-138頁、147-154頁及び同『近代刑法思想史研究』(NTT出版、1994年)4頁、39頁注(2)、124頁注(10)、138頁参照。
- (26) Feuerbach, Revision II, S.21f.
- (27) Feuerbach, Revision I, S.40.
- (28) Richard Hartmann, P.J.A. Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen, Berlin 1961, S.115.
- (29) Feuerbach, Revision I, S.39.
- (30) Feuerbach, Revision I, S.49, 53.
- (31) Feuerbach, Revision I, S.56.
- (32) なお、莊子・前掲書『近代刑法思想史序説』33頁参照。
- (33) 莊子・前掲書『近代刑法思想史序説』18-35頁、96-103頁、138頁及び同・前掲書『近代刑法思想史研究』16頁参照。
- (34) Feuerbach, Revision II, S.12f.
- (35) 莊子・前掲書『近代刑法思想史序説』61-64頁及び同・前掲書『近代刑法思想史研究』4頁参照。
- (36) Feuerbach, Revision I, S.210.
- (37) Feuerbach, Revision I, S.63ff., S.334; Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1. Aufl., Gießen 1801, S.70, § 91. 以下、「Feuerbach, Lehrbuch」又は「教科書」として引用する。
- (38) Feuerbach, Rezension von Kleins Hallischen Rechtssprüchen in: Allgemeine Literaturzeitung Nr.181 vom 9. Juni 1798, Sp.611. Brigitte Thäle, Die Verdachtsstrafe in der kriminalwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 1993, S.92, Fn 373による。
- (39) Feuerbach, Revision I, S.64. なお、「不完全証明」については前注(11)参照。
- (40) Ernst Landsberg, Die Gutachten der Rheinischen Immediat-Justiz-Kommission und der Kampf um die rheinische Rechts- und Gerichtsverfassung 1814-1819, Bonn 1914 (Publikationen der Gesellschaft für Rheinische Geschichtskunde; 31), S.119ff. 以下、「Die Gutachten」又は「鑑定意見」と略記する。
- (41) Thäele, op.cit., S.218 (S.164).
- (42) Die Gutachten, S.148.
- (43) Die Gutachten, S.149.

- (44) Die Gutachten,S.150.
- (45) Die Gutachten,S.150.
- (46) Thäle,op.cit.,S.219.
- (47) 前注 (6) 参照 (Feuerbach,Ludwig, Nachlaß,Bd.1,S.136)。
- (48) Die Gutachten,S.148.
- (49) Die Gutachten,S.148.
- (50) Die Gutachten,S.148.
- (51) Die Gutachten,S.207 sub 13).
- (52) Die Gutachten,S.164.
- (53) 当時の保安処分賛成論の多数については、「人々が擁護しなくなかった非正規刑を、保安処分という名目で密輸入するという秘められた意図が基礎となっていた」(Mittermaier,op.cit.,S.501)、といわれた。
- (54) 以上は、Die Gutachten,S.163 による。
- (55) Die Gutachten,S.165. なお、前注 (21) 参照。
- (56) Die Gutachten,S.165.
- (57) Die Gutachten,S.169.
- (58) Die Gutachten,S.166ff.
- (59) Thäle,op.cit.,S.77,Fn.298.
- (60) Feuerbach,Revision I , S.334 und Fn.
- (61) Vgl.Thäle,op.cit.,S.93,Fn.377.
- (62) Feuerbach,Revision I , S.59ff.
- (63) Feuerbach,Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuchs für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten ,Teil I,Gießen 1804,S.67; Feuerbach,Lehrbuch,11.Aufl.,1832,S.18, § 18. 「(道徳的) 改善は懲戒の目的であり、刑罰の目的ではない」(Vgl.Thäle,op.cit.,S.89,Fn.361)。
- (64) Vgl. Thäle,op.cit.,S.78. なお、当時の「警察」概念については、莊子・前掲書『近代刑法思想史序説』36-37 頁注 (7)、同・前掲書『近代刑法思想史研究』23 頁、25 頁注 (7) 参照。
- (65) Thäle,op.cit.,S.173-174. ただし、バイエルン刑事訴訟法 329 条においては、警察刑典における保安処分の存在が示唆されている (中村義孝=久岡康成共訳「フォイエルバッハ『バイエルン刑事訴訟法』(二)」立命館法学 115 号 [1974 年] 143 頁参照)。
- (66) 以上、Thäle,op.cit.,S.78 による。
- (67) 石部雅亮『啓蒙の絶対主義の法構造—プロイセン一般ラント法の成立—』(有斐閣、

1969年) 113頁。

(68) 同上・112頁。

(69) 同上。ただし、クラインは「家産制的[・]実質的[・]合理主義[・]」〔傍点は原文—福井〕を体现」（[・]莊子・前掲書『近代刑法思想史研究』34-35頁）しているとの理解が示されることがある。

(70) Feuerbach, Lehrbuch, 1. Aufl., Gießen 1801, S.71, § 91, Anmerkung.

(71) Thäle, op.cit., S.96.

(72) Feuerbach, Lehrbuch, 6. Aufl., Gießen 1818, S.84, § 83.

(73) Feuerbach, Lehrbuch, 9. Aufl., Gießen 1826.

(74) Vgl. Thäle, op.cit., S.93, Fn.376. なお、前注(70)参照。

(75) Vgl. Thäle, op.cit., S.77, Fn.298.

(76) Vgl. Thäle, op.cit., S.68ff.

(77) Radbruch, op.cit., S.164.

(78) Feuerbach, Ludwig, Nachlaß, op.cit., Bd.2, S.346ff.

(79) Feuerbach, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Bd.2, Über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs, in besonderer Beziehung auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Gießen 1825, S.16.

(80) Vgl. Cornelissen, op.cit., S.68.

(81) Feuerbach, Ludwig, Nachlaß, op.cit., Bd.2, S.349.

(82) Vgl. Radbruch, op.cit., S.46ff (S.49-50). なお、菊池・宮澤共訳・前掲書『一法律家の生涯—P.f. アンゼラム・フォイエルバハ伝—』64頁以下(71頁)参照。

(83) 莊子・前掲書『近代刑法思想史序説』8頁、10頁注(1)、11頁注(5)、12-13頁、19-20頁、21頁注(4)、22頁注(5)、35頁、45頁注(2)、61頁、95頁、97頁。同・前掲書『近代刑法思想史研究』6-40頁(本書では、ディルタイがクラインを「フリードリッヒ大王の国家の指導的官僚」として称揚していることに「強い疑問」が提起されている〔5頁注(2)〕)。

(84) 前注(68)及び(69)参照。

(85) 上村剛『権力分立論の誕生 プリテン帝国の『法の精神』受容』(岩波書店、2021年)6頁参照。

(86) 同上・5頁。

(87) ルードルフ・フィーアハウス「18世紀のドイツにおけるモンテスキューの影響」F. ハルトゥングほか著・成瀬治編訳『伝統社会と近代国家』(岩波書店、1982年)130頁。

- ⑧ Christian Ludewig Paalow, Kommentar über Criminal=Ordnung für die preussischen Staaten, Zweiter Theil, Berlin 1807 (Vgl. dazu Thäle, op.cit., S.163ff.).
- ⑨ Carl Ernst Jarke, Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise, vornehmlich in Bezug auf die außerordentlichen Strafen. Mit besonderer Rücksicht auf die preußische Criminalordnung, Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 8, 1825, SS.97-144.

(続く)