

研究ノート

犯罪徴表説とカロリーナ

— Art. 176 CCC 管見 —

若曾根 健 治

- 1 はじめに
- 2 Art. 176 CCC がのべるもの
- 3 その理解のために——考察
 - 3-1 行為者の行為をめぐって——具体的なもの抽象的なもの
 - 3-2 カロリーナにみる職業的また営業的非行者をめぐって
 - 3-3 保証と拘禁および拘禁経費について
- 4 おわりに

1 はじめに

[新派刑法学と犯罪徴表説について] もう一世紀近くも前の研究になるが、牧野英一の著作に『現代の文化と法律』（第4版 [1921]）がある。ここに所収の「犯罪の法律的構成」の一編に、次の文章がみえる——「行為は其の人の危険なる性格即ち犯罪性又は社会的危険性…の証拠である、^(ママ)表徴 Sympton である。」またいう——「法律上の問題としての犯罪の観念は出来るだけ簡単なことにして、實際上の事案に付ての刑罰の量定は、犯人の人格（犯罪性）に依ることになる。之は犯罪を以て事実なりと為さず、以て性格の徴表なりとするの主張が勢力を得て来たからである」と⁽¹⁾。いわずとした、刑法学説上新派の理論であり⁽²⁾、なかんずくかの犯罪

研究ノート

徴表説⁽³⁾の表明である。徴表説はその片鱗がかのフォイエルバッハ（アンセルム）の論敵ゲロルマン（カール）の所論にすでにみいだされ、やがてリスト（フランツ・フォン）に繋がっていった⁽⁴⁾。

牧野の所論で目につくのは、古典学派（旧派）の理論は否定せぬうえで新派（表証学派）の理論を積みこむ考察法（排除思考^{ではないこと}）であり、もう1つは、法律上「犯罪の観念は出来るだけ簡単」にするとの所論にあるように裁判官の裁量（酌量）行動の幅を広げる考え方にある。「裁判官を信用する」ということである（ほぼ手放^{しである}）⁽⁵⁾。他方、学派の争いについていえば、「第20世紀の20年代をもって終結した」という⁽⁶⁾。むろん争いそのものは終息しているかも知れぬが、争いにおいて展開した刑法思考は、現今の学問においても考察の対象になっているし⁽⁷⁾、判決の行動にも両派の考え方の一斑が示されている、とみてとれる⁽⁸⁾。

〔リッターの研究〕 牧野が「社会的危険性」とか「徴表 („Sympton“）」とのべたのとちょうど同じことばを使い、カロリーナの一箇条のありようを考察したドイツの研究がある。10年あまり後のこと。ルードルフ・リッターの『カロリーナにおける有害な人間の処遇』（ブレスラウ・1930）である。副題に「1532年カール五世刑事裁判令第176条を同第128条との関連からみる」⁽⁹⁾とあった。「処遇」のことばに、すでに新派風理論が出ている⁽¹⁰⁾。著書刊行の40年ほど前からヨーロッパでは、新派刑法理論も踏まえ1893年スイス刑法草案（いわゆるシュエ^{トース草案}）（ここで「保安処分」^{が初めて提案される}）を皮切りにノルウェー刑法（1902）、イタリア刑法草案（いわゆるフェ^{リー草案}）^[1921]⁽¹¹⁾など次々と刑法制定、改正への動きがあった。ドイツでは1909年から1930年にかけて、矢継ぎ早に各種草案が出る⁽¹²⁾。こういった事情のなかでのリッターの著書刊行であり、時代を色濃く反映していたとみうる。

〔本稿の問題関心〕 筆者はリッターの本著には、Art. 128 CCC がのべる「ラントツヴィンガー」について、バンベルク刑事裁判令（バンベルゲンシス [CCB]）の関係箇条（Art. 153）に遡り論及するおりふれたものの⁽¹³⁾、他方のArt. 176には立ち入りえなかった。そこで本稿では、リッターの著

書から刺激をもらい、同条を考察したい。本条は、新派刑法学風の考えとどんな繋がりがあるのか、新派風の考察をとおしどう理解しうるか、どこまで理解しうるのか。新派の目をもってみると理解がえやすい側面があるからだ。もう1つ、考察のきっかけをなすのが、上口裕のカロリーナ研究が最近あらわれたことにある。そこでは全箇条が翻訳、注釈され、ドイツ普通法学者たちの注解に細心の目が注がれる。わが箇条についても同断であり、かつリッターの研究にもふれている。またバンベルゲンシスの関係箇条 (Art. 202) までもが、全文紹介されていた⁽¹⁴⁾。注目したい。ただ、わが箇条が全体としてなにをのべようとしているのか、にはふれるところがない。

この問題解明のために、まずは、法文で事実として語られていることば(規範のことばは、現実の力(関係の一所産ともみてよい) そのものに向きあわねばならない——それを正しく理解するために。ほんとうはことばの表面に出てこぬものこそ知りたいがやむをえぬ。なお表題の犯罪徴表説は新派理論を端的に表現するとの意味で掲げたままであり、それにこだわるわけではない。また本稿注記において判例を引いたり現代関係の作品を繙くのは、異例とを感じるむきもあろうが、ほかでもない、管見のかぎり、歴史を、現在に関わらせ考える一助とするためである。

2 Art. 176 CCC がのべるもの

〔Art. 176 CCC の位置〕 本条の標題はこうみえる。「提示されたる諸事由から非行または犯行が期待されざるをえぬ者にたいする刑罰、または拘禁監置について。」⁽¹⁵⁾ 邦訳に移る前に、箇条の位置につきふれておきたい。当条は、カロリーナの延々と続く盗みの規定 (Artt. 157 ~ 175) の直後におかれ、かつ、刑法諸箇条全体 (Art. 104 ~ 180) の最終部分に属する(なおArt. 181以下は裁判所書記の業務がこ
れまた長々とのべられる [Art. 191まで])。この点にもう少し立ち入ると——われわれの箇条に続くのは、共犯 (Art. 177) と未遂 (Art. 178)、若年者 (14歳未満)

研究ノート

[Art. 164]が) またおそらく精神に障碍 (gebrechlichkeit) のある者、これら両者 (現今の限定責任能力者) にたいする処罰 (Art. 179)⁽¹⁶⁾ に関しは、(今日でいえば「中世イタリヤ法学由来の」刑法総論風のもの)⁽¹⁷⁾。刑法部分の最終条 (Art. 180) は、牢舎番人による、被收容者の逃亡幫助という、ある種特殊な犯行をあげる。逃亡幫助 (むろん代価をえてであらう) をおかす番人は、逃亡者本人の元来の罪と同等の罪を蒙り本人のものと同じ刑をうけると (タリオ刑の不合理性は、本人(逃亡者)の元来の罪が生命(刑のとき、もう一方(番人)も同じ刑になる冷酷さにある)。前条と直接の繋がりはないが、ただ少年・障碍者など人物のありようを問うという意味では繋がる場所がある。獄吏という職業人 (後述の「通貨製造者」など) の行為を問題とする意味においても。しかも、わが箇条にも拘禁実務に従事する廷吏が知られる (後述)。最後に、本条からArt. 180まですべて「鑑定」が関わるのにも、注目したい。この点は、これら全5条には Art. 177 (死刑あるいは身体刑がある) は別として、具体的な刑の名があがっていないことが関係していよう。

ともあれ、こうみえてくるとわが箇条は、神聖冒瀆罪 (Art. 106) 以下、個々の犯行とその制裁を語る刑法のほぼ掉尾を飾るものといってよい。リッターが当条を追加条文とみた⁽¹⁸⁾のはそうした意味なのであろう。

[箇条の邦訳] いささか前書きが長くなったが、箇条の拙訳⁽¹⁹⁾に移ろう。最初に1点ことわっておく。下線部 (原文のそれとも同様) は、バンベルク刑事裁判令 (CCB) の関係箇条 (Art. 202) にはみいだされず、わが箇条に新たに加えられたもの。

[前段] [1] 同じく、ある者が、(かつて行ないたる) ウァフェーデ (報復断念誓約) を、生命刑に科せられることなき事件のゆえに、不法にかつ故意に破るとき、[2] 同じく、ある者が、かつて犯したる行為で有罪の判決をうけ、(か) 緩和された刑で済ますことのできた犯行があるのに (さうなら) ほかの同様の悪事を (もつ) するごと、ことばによってまたは文書によって (とび) 脅すものの、これ以上の、ほかの面倒なる情況は存しないとき、[3] かつこれら (ウァフェーデ断約や脅迫の行為) が、刑を科され生命を (…) 失うほどではないとき、[4] (にもかかず) いまあげたもろもろの理由から、またほかの十分な理由から、ある者が、人びとにたいしじじさの暴力による加害と悪事をなすのを (みず) 制止し、(よって) 法と公正のうちに留まるのにつき、その者のありよう (からみ) が信頼できぬとか、信じられえぬとか、というばあいがある。

[中段] [5] そのばあい、そうしたことどもが正当に、かつ十分に発見され、かつ、にもかかわらず当該の人物が今後犯すことのありうる不法な加害および悪事を未然に防ぐための、必要なる、保証・担保・保全をなしえぬならば、こうした、信じるに値せぬ、悪性の人物は、拘禁へと判決を被るべし。裁判所の判断に従って、である。保証・保全・担保を、そうした不法なるじっさいのふるまいに代え、設けるまでの期間にかぎって。[6] 拘禁は、^(裁判長)_(期間) 判決人がおこなう判定にもとづき決定なされねばならない。とはいえ、かくのごとき刑罰は、軽率に科せられたり、将来起きる悪事の顕著なる嫌疑なしに科されたりすることは、あってはならぬ。^(そうで) それ^(罰) は、法に通じたる者らの鑑定によって決定されなければならない。

[後段] [7] こうした被拘禁者は、^(本) 告訴をうけ断罪を被る^(裁判) 裁判区の内^(に)に留めおかねばならない。[8] 彼^(被拘禁者) が、そのような拘禁の身にあるとき、彼自身の財産のなかから^(拘禁の) 賄う^(経費を) ことができぬときは、彼の拘禁のためのしかるべき滞留経費は、原告によって廷吏に支払われるべし。経費^(の) 額は、裁判長の裁量によって決められるべし。当該の原告は、それ^(廷吏への) について相応の保証を供するべし。

[9] 他方、原告がそうした経費を支払いえぬときは、司直が経費を負担すべし。[10] 前述の被拘禁者が、彼自身の属する裁判区にであれ、ほかの裁判区にであれ、^(拘禁の) 足る額の財産を所有し、ここから彼の拘禁^(の) 費用^(を) を賄うことができるとき、当該財産は、司直による妨害なく^(つまり没収さ)、経費を賄うのに用いられ^(没収される) 得るべし。^(ことなか)

[本条の中心にあるもの] 本条について考察をおこなう前に、当条の中心となるのはなにか、を考えたい。テキストに [前段] [中段] [後段] のことば^(また[1][2]の番号) を入れたのは全体をみるのに資すると考えたからだが、そのさいバンベルゲンシスの範本条 (Art. 202 CCB) を念頭においた。範本条との関係で判ることは、いくつか語句の出入りはあるものの、(i) 範本条にあったものはほぼすべて後継条 (Art. 176) が取りこんでいた。(ii) 後継条は大きく [前段] [中段] と、[後段] とにわけられうるが、[前段] [中段] は多かれ少なかれ範本条と重なり、たいし [後段] ^(拘禁経費の負担・分担の実務を) は一目瞭然まったく新しい部分である。(iii) [中段] に担保関係の文が入ったのは、[後段] 部分が新たに設けられたことに関係していた。

こうみると、なにが判るであろうか。本条の中心の位置を占めるのは本来 [前段] と、[中段] のうち<拘禁への判決>の部分 ([5]) と ^(つまり範本条と大きく重なる) ではないか、ということ。このところから、バンベルゲンシスの

研究ノート

もつ先駆的な意義が判る⁽²¹⁾。

そうなると、本稿の主たる考察対象は、拘禁<実務>の問題、および被拘禁者の<人物>の問題となるであろう。

3 その理解のために——考察

3-1 行為者の行為をめぐる——具体的なもの抽象的なもの

[はじめに] じつは当条は、カロリーナ全条のなかでほかに類例をみぬ注目すべき箇条のようである。というのは、本条で<犯行>として立法者の頭にあったのはなんでであろうか、これがはっきりしないのである。「拘禁 [5]」という制裁の対象となっているはずの犯行の輪郭(今日のことばでいう犯罪構成要件または犯罪構成事実)が判然とせぬ。箇条にみるのは、あることばを借りていえばほとんど「無形のもの」⁽²²⁾である。ということは、本条があつかうのは、犯行よりはむしろ<犯行者>なのであろうか⁽²³⁾。こう考えざるをえなくなるようなくあいである。あたかもシラーが『犯罪者』でのべた、「われわれにとっては、彼(主人公)の行為(Handlung)よりも彼の思考(Gedanken)のほうが無限に重要」⁽²⁴⁾だ、のことばにみるかのように。類似する側面をもつ「ラントツヴィンガー」(Art. 128)は、Art. 176の<犯行者>に比べ「ラント離脱者」なる意味の明瞭な人物を指していた⁽²⁵⁾。

それはそれとして、しかし当条には、ある者による、ある具体的な行為の名があがっていたのを看過してよいわけではない。具体的行為の1つは、「ウァフェーデの破約」である。そこで以下、まずそれをみていこう。

[ウァフェーデの破約] ウァフェーデの事例はカロリーナの前夜都市司法において盛んにみられ、カロリーナの時代(16世紀)にも例外ではなかった⁽²⁶⁾。ここでは、カロリーナに従いその破約についてみる——ある既往の罪によって生命刑は宣告されず報復断念の誓約を交わした者がいる。つまり<前科者>である。かれが「生命刑に科せられることなき事件のゆえに [1]」新たな罪を得、故意にかつ不法に(つまりウァフェーデの破約になることを知りつつ)、復讐放

棄の誓約に違反する。こうなると<再犯前科者>に陥る。このとき加えられる刑は (a) 生命刑か (b) 身体刑 (手首もしくは指^{〔Art. 107に よれば二指〕}の切断)か、のいずれかとなる。(a) 生命刑をうけるのは、新たに犯す罪の法定刑が生命刑となっているとき。そうでないばあいは (b) 身体刑が宣告される (Art. 108)。たいし、ウァフエーデのさい誓った事項^(たとえば都市追放に処せられ たとき一定期間帰還せぬこと)そのものに違反するときは、どうなるか。おそらくこのばあいも、新たに罪を犯すということになろう。しかも、当該の再犯前科者も、生命刑でなく身体刑の宣告をうける。

要するに、破約者^(再犯前科者である)の生命は保持される。再犯前科者を無害化するのに、生命刑に処したり、または永続して社会から隔離^(Art. 10 および Art. 196 参照)⁽²⁷⁾したり⁽²⁸⁾はせぬ^(永い隔離は実際上当時技術・費用の点で難しかった)。こうした意味の無害化はなさぬからこそ「原告[8]」や司法当路者は、再犯の破約者を今後どう処遇すべきかの対応を迫られる。こうして、保証と拘禁[5]の問題に繋がっていく。

〔脅迫〕 行為者の具体的な行為としてあがっていたもう1つは「脅迫[2]」である。(i) この意味についてカロリーナからは、具体的なところは不明。上口が引くダニエル・クラーク(D. Clasen [1622-1678・ヘルムシュテットの教授])のカロリーナ注解によると脅迫とは「加害の告知(inferendo damno)」に尽き、ほかの行為を要せぬ⁽²⁹⁾。現刑法^(1908年 10月施行)^(222条 1項)は、まさにそれだ。わが箇条にのみみじくも、「脅すものの、これ以上の、ほかの面倒なる情況は存しないとき[2]」とあるように⁽³⁰⁾。関連し、旧刑法^(1882年 1月施行)の脅迫の罪^(326条~ 329条)^(親告罪 [329条])をみるに、加害の動機^(「人ヲ殺サン」とか現住の「家屋ニ放火セン」・「毆打創傷」)の相違によって刑^(重禁錮と罰金)が違った。「兇器ヲ持シテ」の脅迫は罪が加重された。<動機>を重くみる⁽³¹⁾のは新派理論の考え方の1つである。(ii) 脅す者は、だれか。「かつて犯したる行為で有罪の判決をうけ、緩和された刑で済ますことのできた犯行[2]」の主^(初犯の前科者)である。「緩和された刑」とは身体刑^(たとえば鞭打ちとか晒し台繋留)を含め、これ以下の刑^(つまり生命を脅かさない刑)を指す。かれは刑をうけ前科者になったのに懲りず、さらに「ほかの同様の悪事をするぞ[2]」と脅し、これによ

研究ノート

て再犯の前科者に陥る。

(iii) 脅しの手段は、口頭または文書（「ことばによってま
たは文書によって」）である。「じっさ
いの暴力による [4]」のではない。注解によれば、脅迫は「公然」告げる
（Clasen : „palam fateatur“）もの。「公然」の意味は明らかでない。文書を
送りつけることによる脅迫が、それにあたるか⁽³²⁾。(iv) 脅迫の相手
（被脅
迫者）は、主に当該土地の「人びと（die leut）[4]」（あるいは「ラントと
人びと [Art. 195]」）である。
たとえば、村とか町の住民の全体または部分である。言い換えれば、社会・
地域社会⁽³³⁾である。そこに＜恐怖の共同性＞をうかがいうる。(v) 脅迫に
は常習性がありうる。常習性はわが国の改正刑法仮案（1940年・399条）
にもみえ、本稿のテーマにも関わり興味深い⁽³⁴⁾。

【犯行の被害者と「反社会的な品性」の問題】 上述のうち、とくに (ii)
脅迫者（再犯の
前科者）の＜人物＞の問題につき多少立ち入ってみたい。リッターは、
ある可能性を提示する。この可能性というのを、上口はこう紹介する。「以
前に犯罪の被害者となった者が加害者に対し同種の加害を行う旨の脅迫」
である、と⁽³⁵⁾。「被害者」側による脅迫である。リッターによれば「ほかの
同様の [2]」悪事をするぞと脅す者は、ある犯行の、元来の加害者にかぎ
られない、その被害者もありうる⁽³⁶⁾。これによれば「同様の」悪事の「同
様の」とは、加害者がおこなったものと「同様の」悪事を指している。

このところでリッターは、行為者の「反社会的な品性」の問題をとりあげ
る。Art. 176 にみる人物は「反社会的な品性（Gesinnung）」（また「危険なる志向」
（Willensrichtung））
にある者であり、当条はこうした人物を「無害化」する（広義の
意味で）原則を表明している⁽³⁷⁾。行為者の「反社会的な品性」にみる「品性」とは、わ
れわれの箇条でいえば、「こうした、信じるに値せぬ、悪性の人物は、拘
禁へと判決を被るべし [5]」における「悪性の（boßhaffige）人物」の「悪
性」にあたるもの（また後述する
Art. 178, 195）と叫ぶ。

【悪性と未遂の問題】 ちょうど「悪性」ということが出てきたので関連
し、少し横道に逸れる。未遂の箇条（Art. 178）（註）によれば、行為の完
遂に到らなかつた行為者にたいしても「その悪しき意思（solcher böser

will)」が生命刑または身体刑に問われる(ただいずれの刑を科するかは鑑定をまたねばならない)。そこには刑として生命刑か身体刑かのいずれかしかのべられていない。ということは、行為の未遂は既遂と同等にとりあつかうべきことが、暗示されているといえなくはない。かなめ要にあるのは「悪しき意思」の存在である。これが「悪性（社会的危険性）」にあたるのであれば、牧野が現刑法定時「既遂と未遂との間に区別を設ける理由はない」とこだわったさいこう指摘したのが、想起される。たとえば「殺人の意思を以て鉄砲を撃つということがあった以上」たま(弾があたらなくとも)これは(殺人未遂でなく)殺人だ、と⁽³⁸⁾。カロリーナ立法者の考えは、くしくも、後世牧野のそれに重なるところがなくはないか。重なりうるとすれば、当該未遂条(Art. 178)は、新派風理論を先取りしていた格好になるであろう。

〔破約と脅迫の繋がり〕 閑話休題。元来の加害者がすでになんらかの刑(死刑以外の刑)をうけ(前科者となる)事件は決着済みとなったのに今度は、被害者側の方が<オレも「同様の」ことをするぞ>と「人びと」(ここには元来の加害者も含まれているが)を脅す。ここに、脅迫者の「反社会的な品性」があらわれている。事件は解決しているのに蒸し返すからだ、リッターは考えるのであろう。考え方の基になっているのは、ウァフェーデの誓約は、元来の加害者のみがおこなうものにかぎられぬ、被害者も、加害者にたいし報復はせぬと誓う、といった思考にある。双方が誓約を交わす目的は、両者の約束によって加害者、被害者間に「完全、かつ継続した平和が再定立されるはず」⁽³⁹⁾だからである。それなのに、破誓に到る。よりによって被害者側の方が。リッターは、むしろこの方にこそ「悪性」がヨリ顕著であると考えるのであろう。これが相手側(加害者を含む社会)に脅しをかけることに繋がり、こうした事情の脅迫も、申し分なく「社会にとって危険な」人物の行為となる⁽⁴⁰⁾。

こうみえてくると、「脅迫」の問題と「ウァフェーデの破約」のそれとが繋がって1つのものになっている。1つのものになった中心に犯行<被害者>が立つ。このところに、リッターの考察のユニークさがあらわれている。というのは、そうした限定された意味の「脅迫」と「破約」の当事者

研究ノート

(リッターによれば)の事例は、存在しうる可能性の1つ(もう1つの可能性は犯行の加害者が破約し、脅すこと)として提出されていたはずなのに、いつのまにか本事例が本条におけるかけがえのないものになってしまっている⁽⁴¹⁾。そのうえ、犯行の被害者による破約・脅迫にこそ行為者の「反社会的な品性」が反映されている、と捉える。だが、問題はないであろうか。もちろん「被害者」がウァフェーデを誓う事例は知られる⁽⁴²⁾。だが他方、犯行の元来の加害者で、かつ破約に到る者もむしろ「社会にとって危険な」人物に該当しうるであろう。平和をめざしいったん果たした誓約を破るのは、被害者の事例のばあいと事情は同じではないか。むしろ、加害者の問題があつかわれていると読むのが、法文の素直な読み方ではないか。たいし、被害者による破約の方が「品性」がヨリ「悪性[5]」だ、と捉える⁽⁴³⁾のであれば、それなりにリッターは、もう少しいいいな説明が要ったのではないか⁽⁴⁴⁾。

〔「品性」と行為〕じつは関連し、もう1点問題がある。「品性」と具体的な行為との関係である。リッターはフォン・ツァリンガーの「ラントにとって有害な人間」概念を論評するなかで、次の趣旨のことを語る。ツァリンガーのいう有害な人間にたいする闘争は、反社会的品性の者にたいする「無害化」(Art. 176)の戦いとは重なるにせよ、重なるところは一部分すぎぬと⁽⁴⁵⁾。そのわけは、ラントにとって有害な人間は、すでに犯した行為のゆえ刑事刑の宣告をうけうるとともに、その品性が有害であることによっても断罪されるという、双方のばあいを含む⁽⁴⁶⁾。たいし、Art. 176(かつArt. 128)にみる人物は、いまだ(具体的なる)犯行をおかしてなく、たんに、法に敵対的にふるまおうとするだけの、反社会的志向にある者である。犯行をじっさいにおかしている要はなく、その者の社会的危険性じたいが刑法の介入を招くのである⁽⁴⁷⁾。

<犯行をじっさいにおかしている要はなく>の所論は、いささか微妙である。文字とおりにとれば——社会的危険性をおびる者がすでにじっさいに犯行をおかしていてもよい、ということになる。だが、リッターの所論の根幹からみれば、いまだ犯行をおかしていない人物に重きがおかれて

いるのは、疑いない⁽⁴⁸⁾。そこで、これをArt. 176に関わらせ考えてみよう。破約者であれ、脅迫者であれ、すでに再犯者であった。このことはいうまでもなく立法者の頭に入っている。では、そのことと、それらの人物の「社会的危険性」の問題とは、どう関係するのか。この点がリッター所論では明らかでなく、詰めきれていない。当該人物がすでに再犯という前科・前歴（＜行為＞）にあったことを、もっと評価すべきではないか。そして「社会的危険性」がこうした行為に由来することも。

〔フェリー：「社会的危険性」と「犯罪的危険性」〕 ここで、付論を1つのである。イタリア実証学派のフェリー（1929年没）が危険性（pericolosità）ということについて（a）「社会的危険性」と（b）「犯罪的危険性」とにわけ論じていることを、木村亀二が紹介していた点である。（a）は「未だ犯罪を為さざる者の犯罪に至る」危険性であり、（b）は「既に犯罪を為した者の再犯に至る危険性」を指すという⁽⁴⁹⁾。フェリーがこのような二分法を提言するのは、危険性の問題を、保安警察と刑事司法とのあいだでどう分担させるべきかについて必要だったことによる。かくして（a）は警察に、（b）は裁判所にと、役割と対応を振り分けるのである。

それはそれとして、ここでの問題は、こうした二分法にみる危険性をリッターならばどう考えるかであるが、この点について詳細は判らない。かりにこうした二分法に直面しても、かれは、現に牧野英一がそうであったように、その差異について意義をあまり認めなかったかも知れない。たいし、Art. 176の見地からいうと、危険性は、上述のとおり、すでに「犯罪的危険性」の域に到達していたのに注意したい。他方で、にもかかわらず、本条は刑罰ではなく保安処分風の制裁（^{後述}）が下されようとしている。

〔行為の「事例」性について〕 破約、脅迫の二行為は「事例」の1つである、と揚言するところ⁽⁵⁰⁾が、リッターの考察のもう1つのユニークさである。これは、いかなることを指すのか。文字とおりにとれば、事例（「たとえごと」）とは、それら二行為でなくてはならぬのでなくほかの行為であってもいっそうかまわぬということだ。が、それはどうであろうか。

研究ノート

リッターが行為の「事例」性を強調する意味は、どこにあるのか。端的にのべるところはなく、それに答えるのはなかなか難しいが、かれの次の文章が最も近い答えとなろうか。破約のばあいを例に、かれはこのべる。「Art. 176 が求めている（行為者の）社会的危険性の徴表は、破約という犯行（そのもの）には、みいだされない。破約によって、さらに新しい犯行を人が期待せざるをえぬときに初めて、Art. 176によれば、破約が、破約者の危険性を示す徴表となるのである」と⁽⁵¹⁾。

これを立証するのに、リッターは、破約にたいする刑をのべる箇条（Art. 108）をとりだす。当条によれば、破約の因となる事件の情況（生命刑を科せられる事
作か）に応じ、破約者は、生命刑か身体刑（指切）かの宣告をうける（前）。箇条末尾にこうある——「新しい別の犯行をかれ（破約者）がおかすのを、人が恐れ（*sich vor jm besorgen*）⁽⁵²⁾ざるをえぬときは、この後のべるArt. 176にあるとおり、かれにたいし、しかるべき処遇がとられるべし」⁽⁵³⁾と（すでに、拘禁に含
みをもたせている）。リッターによれば、後条Art. 176の趣旨とするのは、刑罰または拘禁の対象となる行為にウェアフェーデの破約および脅迫をあげることにあるのではない。刑罰または拘禁の対象として破約や脅迫をあげることにあるとすると、本条（Art. 108）はムダな規定となってしまう⁽⁵⁴⁾。というのは、破約の例でいえば、Art. 108は破約にたいしすでに死刑または身体刑を科しているから（上）。従い、Art. 176が屋上屋を重ね、破約にたいし刑を定める必要はもはやない。当条が真に問題とするのは、破約（や脅迫）以外の、ほかの新たな行為にたいし、人（「人びと」）が、行為者の人物に恐怖を抱かざるをえぬ事情の存するばあいである。Art. 176にみる破約は、破約者が社会的危険性の持ち主かどうか、を計る「きっかけ」の役目を果たす以上のものではない⁽⁵⁵⁾。

こうしてわが箇条がのべる破約や脅迫の行為にはそれ独自の意義（ぜひ
行為でなくて
はならぬこと）はない。「反社会的品性」の徴表の例証にすぎぬ。しかも、品性とは、行為者の個々の行為にだけでなく「全人格」のなかに潜みうる⁽⁵⁶⁾。では、よりによって破約（また
脅迫）の事例がとりあげられているのは、なぜか。

破約には反社会的品性の「程度 (Maß)」がとくに高い (もしくは、その「量」(Maß)がとくに多い) からである⁽⁵⁷⁾。では、こうした<犯意的意志>の「程度」とか「量」をどう測りうるのか⁽⁵⁸⁾。また、あまたある犯行 (もちろん生命刑に問われない犯行だが) のなかから、例証とはいえ選りに選って、破約や脅迫が選ばれていることについて、リッターはどう説明するのであろうか。

〔抽象的なもの〕ところで、上口は、Art. 176は上述2つの具体的な行為のほかにも、もう1つの行為をあげるとされる論者ら (注解学者をふくむ) の1人にリッターをみていた⁽⁵⁹⁾。もう1つの行為とは、テキストの「いまあげたもろもろの理由から、またほかの十分な理由から [4]」の「ほかの…理由」を指す (このところは文字とおりバンベル)⁽⁶⁰⁾。論者らはここに<ほかの…行為>をみて当条は全3種の行為を語っている、というのである。だが、リッターはじっさいにはそんなことはのべていない。当条にあがる行為というのは例証であると強調するところからいって、なおさらであろう。さらに、破約・脅迫と「ほかの…理由」とでは、そのコンテキストにあまりにも違いがある。「ほかの…理由」といった抽象的な言及を具体的な行為のそれと同列に置き、そこにもう1つの行為をみんとするには、ムリがある。そのことばはむしろ、事情とか状況を示すものであろう。

〔恐怖ということ〕ここで「恐怖」ということを考えよう。(i) このことばは Art. 176自体にはのべられていないが、該条に繋がる箇条 (Art. 108) に語られていたのは、すでに紹介した。「新しい別の犯行をかれ (破約者) がおかすのを、人が恐れ (sich vor jm besorgen) ざるをえぬときは…しかるべき処遇がとられるべし」と。「しかるべき処遇」とはいうまでもなく恐怖を滅殺することであり、これは保証や拘禁の問題に繋がってくる。とにかく、恐怖の問題は、本条にみえた危惧——「ある者が、人びとにたいしじっさいの暴力による加害と悪事をなすのを制止 (す) …るのにつき、その者のありようが信頼できぬとか、信じられえぬ」ことがある [4]」⁽⁶¹⁾とのそれ——に直接結びつく問題だ。そこで要かなめになっているのは「じっさいの暴力」ということばである。カロリーナの立法者が「じっさいの」の

研究ノート

ことばを付加したのは、暴力と人びとの恐怖との、のっぴきならぬ関係を敏感にうけとめたことによっているのであろう⁽⁶²⁾。

<信じられうる>ならば、それに越したことはない。だが、破約者であれ脅迫者であれ、すでに再犯の前科に陥っているからには、その者が「法と公正の裡に留まる」のを信じるのは、容易でない。むしろ「加害と悪事をなす」おそれ(つまり将来三犯者に陥落するおそれ)が大きい。それをおそれさせる再犯前科者こそは、リッターの考える「反社会的品性」の持ち主なのであろう。

〔破約者・脅迫者とラントツヴィンガー〕 (ii) もう1つラントツヴィンガー関係の箇条 (Art. 128) に「恐怖」のことばがみえる。「思い上がった者が人びとを法と衡平に違背し脅し、かつ逃げ回ってラントを離れ」ほかの場所で援助者・支援者をみつけ「こうした脅迫と恐怖と (drohe vnnd forcht) によって」度々人びとを圧迫している、と(ただ、どんな脅迫かは不明)。「暴力をうける恐怖 (forcht eyms gewalts)」が、ここでも問題となっている。「じっさいの暴力 [4]」に到るおそれである⁽⁶³⁾。いわばある<周縁者>の一群にたいし現在抱かれている恐怖であるが、しかしこれは、やがて将来生じること⁽⁶⁴⁾にたいする恐怖に繋がっていくものでもあった。

こうした「ラント離脱者」たるラントツヴィンガー (斬首刑の「刑」つまり他国者・流れ者への恐怖⁽⁶⁴⁾) には、並々ならぬものがあつた、と想像される。もしかすると、かれらは破約者、脅迫者(いづれも再犯の前科者)の後身をなすのであろうか。他所で徒党を組まねば生きられぬということである。ともかくかれらへの恐怖は、破約者、脅迫者にたいするそれに繋がっている。

3-2 カロリーナにみる職業的または営業的犯行者をめぐって

〔はじめに〕 20世紀初葉グスタフ・アシャッフエンブルクが犯罪人を7類型に分類し、そのなかで、「累犯者」「慣習犯人」「職業犯人」の3つを分けていたのはよく知られている⁽⁶⁵⁾。ここに「職業犯人」が「累犯者」・「慣習犯人」(別名常)とは別にあがっているのが、興味深い。それは、営業・営利犯とも称びうる。ただし、職業犯人すべてが常習犯人であるというの

ではないが^(65a)。いずれにせよ、職業犯人は、「犯罪をもって生活の糧としている（カミュ）」⁽⁶⁶⁾者とみておきたい。

牧野英一は、新派刑法学出現の端緒となった事情に「累犯」の著しい増加（かつ少年事件の出現）を強調した⁽⁶⁷⁾。ただこのばあい累犯とは具体的にどんな人物であったのかは、ほとんど語らなかった。その点ツァリンガーは「ラントにとって有害な人間」の中心人物に「常習犯人・職業犯人」（盗犯者や
盜賊騎士）をみたが⁽⁶⁸⁾、具体性に欠ける嫌いがあり、またカロリーナは視野の外にあった。リッターは、「反社会的品性」を、ツァリンガーのいう有害者にはなかなか認めようとはしない⁽⁶⁹⁾。

では、われわれの箇条にみてきた前科者（刑余
人）として、カロリーナの立法者には、どのような人物が念頭を過ぎっていたのであろうか。それとみられる人物をとりだし、あわせて、筆者の関心（歴史犯
罪考察）から⁽⁷⁰⁾そのありように迫ってみたい。

〔通貨等の偽造者〕カロリーナには、ある人物の行為についてそれぞれ、2ないし3箇条をもって語られているものがある。1つに、通貨製造者による（Art. 111）、また度量衡器製造者による、商品の偽造（Art. 113）を含む偽造変造の行為、さらに印章・証書・登録簿など諸文書記録者のおこなう偽造変造の行為（Art. 112）がある⁽⁷¹⁾。わが国の法（公事方御定書下巻
〔百箇条〕1742年）にも「反社会性或いは社会的危険性」思想の行為といわれ、知られていた⁽⁷²⁾。ともかくそれらは、ほかの行為と一緒にあって、一連のまとまりをもつ悪業（全体として<虚
偽・欺罔>の世界）のなかに位置を占める。ほかの行為とは、隣との境石や境標を悪意によって変動させる（Art. 114）、また訴訟（民事・刑事
における）の一方の代言人（弁護士）が、故意に相手当事者に利益になるようふるまうもの（Art. 115）。これらのうち、少なくとも、通貨、度量衡器具の製造、製造者の行為は営業犯（職業犯）のそれとみうる。製造等の生業は、公けから許可されたものにとりうるから。また、度量衡具のおおがかりな偽造が「たびたび（oft）」起きるとき、偽造者は生命刑に処せられる（Art. 113）とあるところからも、営業犯をうかがわせる。もしかすると、文書記録者

研究ノート

の偽造行為や代言人による利敵行為も、営業犯（専門犯）としての側面をまったく否定することはできない（＜倒錯した特権意識＞か）であろう⁽⁷³⁾。

〔情婦周旋者〕 また1つに、利得のため、自己の妻・娘を、なんびとかの不倫の相手として利用させる（売渡す）者の行為（Art. 122）であり、あるいは、他人の妻女・娘を、情婦（もしくは売春婦または高級娼婦）⁽⁷⁴⁾としてなんびとかにおくりこむ周旋者（男・女 [kupler vnd küplerin]）の行為、またそのために宿を提供する者の行為（Art. 123）がある。これらも、ほかの、性関係をめぐる一連の犯行——反自然的性交（獸姦・男色・レスビアン [Art. 116]）・近親姦（Art. 117）・よその女性（妻・娘）を連れ去る（entführen）（Art. 118）・強姦（親告罪である [Art. 119]）・姦通（Art. 120）・重婚（姦通よりも重い罪 [Art. 121]）——のなかの一群である。そのうち、情婦周旋者（取り持ち屋）の仲介の行為（風俗犯罪）は営業犯のそれとみて、もしくはこれを含んでいるみてよい⁽⁷⁵⁾。

〔刑罰の問題〕 ところで、以上通貨等の偽造者、情婦周旋者の双方の事例をとおし、特徴的なこととしていいうるのは、制裁としては生命刑に言及されるのが比較的少ないことである⁽⁷⁶⁾。はっきりそれがのべられているのは、度量衡具の偽造がくりかえされる（上記）ばあい（どんな生命刑かは不明）のほか、通貨鑄造の「特権（freiheit）」をもつ者による偽造行為（職業犯行）のばあい（火刑）、反自然的性交のばあい（火刑）、強姦（略奪 [Art. 126] と同様の行為とみなされる）のばあい（斬首刑）である。これらは別として、たとえば通貨鑄造の特権をもたぬ者の偽造の行為が身体刑、または財産刑（am leib oder gut...gestraft）の対象になる（Art. 111）というように、身体刑（Art. 114）なかならず鞭打ち（Art. 113）・耳削ぎ（Art. 123）⁽⁷⁷⁾・晒し柱への繋留（Art. 115）、またはラント追放（Artt. 113, 123）が刑としてあがっている。これら諸制裁はあわせ用いられることもあるし、選択的に1つが適用されるばあいもある。具体的にどの刑を選ぶかは、裁判長の裁量や、学識者らによる鑑定に従うことになる。

じつは注目すべきことに、最も多いのがとくに刑があがっていない（Artt. 112, 114, 117, 118, 120～122）ばあいなのである。上述 Art. 176～180の全

5条について指摘したところと同様の事情がみられる。これを考えると、現今でも、カロリーナは「残虐な刑罰を多用する威嚇主義の傾向が強かった」⁽⁷⁸⁾とのべられているところは、正されねばならぬことになる。

とにかくそこでも、裁量や鑑定がものをいうのであろう。そのさい事件の「様相 (gestalt)」(Art. 111) や事件と「人物の危険性 (geuerlicheyt...der person)」(Art. 114) が考慮される。むろんその結果生命刑 (死刑) が選ばれることはある。しかし (身体刑とかラント追放など) 別の刑も選ばれうる。しかも、この確率は低くはない。というのは、死刑以外の刑は、数種あるから。

ここで、最後に、総括の意味でのべておきたい。上で「人物の危険性」とあったものは、われわれのテーマ (行為者の「反社会的品性」問題) に関わってくる。もう1つ、Art. 176がのべていた、生命刑ではない刑を宣告されウァフェーデを誓った者 (そして後に破約した者) に、上述の偽造者らのなんびとかが該当しうると。報復断念誓約は、盗犯者も果たすことがあり、次にこれをみていこう。

[盗犯者 I 「最単純盗」] 窃盗の最基本形態は、盗みの諸箇条 (Art. 157 ~ 175) の冒頭条にみえる。これをのべる前に全18箇条を概観するため便宜上いくつかの群にわけると—— (i) 初盗関係 (Art. 157 ~ 160), (ii) 再盗・三盗関係 (Art. 161, 162), (iii) 若年^(14歳未満の男女)盗 (Art. 164 [生命刑は不可]), 親族相盗 (Art. 165), 受託物横領 (Art. 170)^(78a), (iv) 田野作物・樹木・魚類盗 (Art. 167 ~ 169), 教会盗・聖物盗 (Art. 171 ~ 174), (v) 飢餓盗 (Art. 166)⁽⁷⁹⁾、そして (vi) 加重盗 (Art. 163)⁽⁸⁰⁾である。

さて窃盗の最基本形態について——成人の者が5グルテン (これは決して小さな値ではない)⁽⁸¹⁾に満たぬ価値のものを、暴力を伴うことなく (すなわち侵入先の家、宅を壊すことなく)⁽⁸²⁾、また (被害者や隣人などから) 叫び声をあげられたり、ましてや (現行盗として) 捕らえられたりすることなく、盗犯におよぶ (非現行の) 行為 (「最単純盗」[Art. 157])⁽⁸³⁾である。かく「小盗」を初回おかす者 (初盗) の刑は拘禁 (halten)、しかも穴倉 (kercker) へのそれである。ただし、被害者に盗品価値の二倍額の賠償 (geltbuß) をおこなうときは、拘禁を免れる。刑事刑 (Art. 104) に代わって<民事刑> (お上の収入となる<罰金>の刑ではなく盗犯被害者のための賠償の処分)⁽⁸⁴⁾となる。

研究ノート

払いを担保するのは、穴倉（これが当時いかに苛酷な状況にあったかは周知のこと）拘禁の回避である。被拘禁者は留置中の自己の食費（atzung）のみならず獄吏の報酬（gebüre）までも負担せねばならぬので、回避はなおさら望まれる。それでも、貧困のゆえにそれらを負担しえぬ被拘禁者（かつて被告であった者）は居よう^(84a)。このとき、司直が負担するのか。後述 Art. 176 の拘禁のばあいとは違い、拘禁経費の負担者に原告（かつ司直）の名があがっていない。なぜなのだろうか。

さて該条（Art. 157）後段には、こうみえる。盗犯者が二倍額の賠償をなしえぬときは、少なくとも盗品の返還または一倍額の賠償でよい、しかも賠償はお上（司直）へのそれに優先し実行されねばならぬ、と。ここには、判らぬことが少なくない。(a) ドウシテモ賠償はできぬが、さりとて拘禁は勘弁してモライタイということなのか。貧困由来の盗み（Art. 166）に関わっているのか。(b) 盗みが貧困からきていて盗品返還も賠償もできぬとなれば、永久の拘禁留置に到るのか。だが留置は、技術上・経費上永きにわたりえぬとき、とどのつまりはラント追放となるのか。それとも恩赦（Gnade）が関わるか。(c) 二倍額の賠償について、このうちの一倍額（すなわち半額）はお上の収入となるのか。(d) 盗みじたいの罪は、どうなるのか。「公共の平和のため永久のウァフェーデを誓う」（Art. 157）ことで、済むのか。原告や司直らに報復はせぬ、と。なお、こうした誓約は、現今でいえば、〈特別予防〉（当該者に再犯をおかせぬ）風な処置というよりは、むしろ〈一般予防〉（社会の安全のため世人は犯人と交際せぬ）風なそれであった⁽⁸⁵⁾。

このところで、くしくも、われわれの問題と繋がってくる。すなわちわが箇条にみる破約者（初犯の前科者）には、こうして、盗みにたいし報復断念を誓い、しかるに後にこれを破るに到った人物（リッターの強調した盗犯「被害者」ではなく「加害者」である）が含まれうるということである。

〔盗犯者 2 累犯者の問題〕「最単純盗」のほかには、累犯についてみたい。ただ、その前に 1 点ふれておこう。5 グルデン以上の財物を盗むばあい刑は生命刑、身体刑のいずれかである（Art. 160）。いずれかを定める決め手となるのは、第 1 に盗犯者の事情（standt）および品行（wesen）の

ありようであり、第2に被害額高が被害者の今後の生活にもたらす有害性 (schedlich) の、つまり盗犯「被害者 (beschädigten)」の困窮化の程度である。被害者に配慮がなされているのは興味深い。行為者の品性上の事情のみならず、行為そのものの客観的状況が量刑の考慮に入っているのに、注目したい。裁判長と判決人はそれらの状況を探り、探りあてたところに基づき裁量 (ermessung) によって刑種を判定する。極刑が関係するので慎重を期すためか、学識者の鑑定を請わねばならない。

さて、初盗 (Art. 157 ~ 160)、再盗 (Art. 161) にたいし、「いくえにも不名誉なる (merer verleumbter)」者と称ばれているのは、「三盗」(Art. 162) である。再盗が、盗品額の大小にかかわらず、晒し柱への繋留の後、(a) ラント追放、または (b) 犯行の起きた地区 (たぶん裁判区) 内における永久滞留 (この点は後述する)、に処せられる (被害者への賠償の件は不明) のにたいし、三盗は吊るし首 (女囚は溺死刑) に、またはほかの生命刑 (ラントの慣習に応じて) に処せられる⁽⁸⁶⁾。3度 (また2度) の盗犯といった「常習的累犯者」⁽⁸⁷⁾ の事例は、カロリーナ法文上、盗みにのみ知られる。たとえば、殺人 (Art. 130) とか略奪 (Art. 126)、放火 (Art. 125) (これら刑は端から生命刑である) などには、みえぬ。

これはおそらく、古代以来盗犯が、ほかの犯行に比べ圧倒的に大量の現象にあることであろう⁽⁸⁸⁾。若年女性の盗み (Art. 164) の事例があがっていること、飢餓や貧困による盗みがあることから、一斑が判る。盗犯の大量性には、常習犯行性が日常化していることとともに、盗みのありようの多様化が進んでいたことが関係しよう。カロリーナやわが国旧刑法(366条~377条)にみる盗犯条数の多さも、そのことに繋がっている⁽⁸⁹⁾。再盗、三盗のケースがあがるところからみるに、常習犯または職業犯・営業犯風な様相⁽⁹⁰⁾は、明瞭でないものの、まるきり否定することはできない⁽⁹¹⁾。

[兵士たち] カロリーナには、ある具体的な人物、しかも人物群のある具体的な品行が問われている事例がある。徴表理論 (Art. 18 ~ 44)⁽⁹²⁾のなかの一条である (Art. 39)。事例の1つは「戦士または従士」(兵士たち) のばあい、もう1つは「乞食とラントファーラー」のばあいである。これ

研究ノート

ら4人物群は、刑事裁判令のほかの箇条では、姿をみせない。その意味で本条は注目に値しよう。また、盗犯者について必ずしも明瞭とはいえなかった職業犯風のものが見える。

まず兵士たちである。「戦士または従士 (reysig oder fußknecht)」⁽⁹³⁾の「疑わしき (verdechtigen)」ふるまいが、ある状況のもとでは、略奪の徴表となるのは、彼らが、定住者 (なかんずく市民や農民) にたいしくよそ者> (ある周縁者) として宿屋の主人 (下) に映っていたことによつていよう。むろんこれは、かれらが「人間の社会生活に対する異邦人」⁽⁹⁴⁾ということではない。「異邦人」ということでいえば、ジプシー (かつてエジプト人と称され今ではロマと称される) がそれにあたるかも知れぬ。だがかれらも「(敬虔なる) キリスト教徒といつわつて、巡礼にまじ」ることがあった⁽⁹⁵⁾。また関連し、ユダヤ人についていえば、かれらもキリスト教の聖職者や娘・婦人とともに「平和」(国王がザクセン地域に与えた平和) を享受する (ザクセンシュビーゲ_ル 2・66・1; 3・2)。ユダヤ人がキリスト教徒を殺すときは、あたかもキリスト教徒であるかのごとく裁判をうける (同₇・3・2)。よそ者と同様、社会生活のなかで出入りする存在なのである⁽⁹⁶⁾。

では、「戦士もしくは従士」(言い換えれば、騎乗のまたは徒歩のの武人) のどんなふるまいが略奪の徴表となるのであろうか。宿屋 (wirten) に (たぶん) 宿泊し飲食する彼らの費消ぶりに、宿屋の主人は疑念を抱く。かほど仰山消費しうるだけの「勤務や職業」に就いているのか、「給金 (gült)」はキチンと得ているのか、について。神聖帝国の兵士らはそうあるべきであった。これに悖るときは、捕らえられ厳格に処罰されるべきことはArt. 39じしんがのべるようにすでに「永久ラント平和令」(1495) 第7条⁽⁹⁷⁾が定めていた。これを主人は仕事柄識っていたであろうから、おそらく、不審に思いこつ質ねる。<貴殿らは、だれに仕え、どんな用務にあるのか、飲み食いは結構だが、むろん代金はきちんと払ってもらえるネ>と。たいし、かれらが言を左右にし、いっかな明確に応答せぬ、といったことがある (なお、武装にものをいわせ兵士らが暴力的言辭を弄することがあるかも知れぬ)。これが犯行の、なかんずく略奪の徴表(「疑惑と疑い」となる。それが、当条 (Art. 39) の趣意とするところであろう。

このところで驚くのは、宿屋の主人に向けるかれらの応答のありよういかんで「略奪 (raubbery)」が疑われるということである。かれらの応答が、ノラクラしたものだったからである。だが、略奪をめぐる徴表の有無は、応答のありよういかんにのみ依存するものではなからう。ほんとうのところは、戦士、従士という武装者のありよう、また傭兵勤務をはずれている者（「除隊兵士」あい）かも知れぬ、というおそれそのものが関係していたとみざるをえない。一方で宿屋の主人は「兵士たちに危険を知らせたり…かくまったり」して味方ともなるが、他方で「(兵士らは) ウラッハの宿屋での盗みを済ます」といった一例にみるとおりのこともある（無宿傭兵シュトラースブルク出身のヤーコフ・ロートのばい）⁽⁹⁸⁾。そういった応答ぶりがもし街道を往来する商人とか、巡歴職人とかによるものであったなら、よりによって「略奪」（「死刑に値する犯行のひとつ」[Art. 8]）の疑い（徴表）に晒されることはなかったであろうから。

グリンメルスハウゼンが「兵隊と百姓の間にわだかまる憎しみ」を語る背後には、「馬のように食べ牛のように飲み、腹を空かせ渴きに苦し」む兵隊の毎日があった。1625年ころ生まれとされる作者は、傭兵が唄うある歌を紹介する。「飢えも渴きも、暑いも寒いも、苦労も文なしも、／あなたまかせのおいらの世界、／火付け強盗で日を送る、／おいらはけちな傭兵。」^(98a)宿屋の主人は、当該宿泊者を傭兵くずれ（新規の職業集団）⁽⁹⁹⁾とみた（傭兵はつねにく失業を伴っていた）のであろう。

〔乞食と放浪者〕次に「乞食とラントファーラー (betler vnnnd landtferer)」である。かれらが疑わしき人物と形容され、衆人にたえずこうした目でみられていたのは、ここでも、定住者にたいするにくよそ者>と捉えられていたことが大きからう。かれらのうち「ラントファーラー (Landfahrer)」とは、文字とおりにくラントからラントをへめぐる者ら>となろうが、かれらについて、吉益脩夫は、現今のある遺伝生物学的、社会精神医学的事例を紹介する⁽¹⁰⁰⁾。これによれば、かれら（Kärnerともいわれたという）は、ティロール地方に知られ「一群の非定住者」であり、しかも「浮浪者Landstreicher やジブシー」とは異なった。1860年代ころまで、「妻子を二輪の手押車にのせ

研究ノート

て国内を放浪していた」という。「純粹に社会的な事情から定住生活を止め」た者らであった。なぜ止めたのか——その事情は判らない。ともあれ、一家をなして放浪し「非定着的職業と生活様式」をとったというのが、そこにみるラントファーラーのありようであったようだ⁽¹⁰¹⁾。これが、カロリーナの „landtferer“ と同じものかどうかは判らないが、まるきり無縁とはいえないだろう⁽¹⁰²⁾。

他方、もう1つの「乞食」とはなんであろうか。むろん、「浮浪者」や放浪者と無縁ではない⁽¹⁰³⁾。とにかく、乞食の地盤には<貧困>・<貧民>問題がひろがっていたであろう。牧野は、現代文明の病弊の第1は「貧乏」、第2のそれは「犯罪」(「正確にいうと犯罪問題」)だ、と揚言する。所有権と契約の尊重、利息の収取の現象が、大工業を中心に「分配の不平均」(「格差ということである」)を生み、貧乏の問題が出てきた、と⁽¹⁰⁴⁾。これと同じような事情が、中世末期・近世初葉のザクセン、バーメン、テューリングェン、またティロールなどにみいだされる。鉱山業・精錬業の出現によって。「鉱山労働者は、その日常において粗悪な住宅、一種の実物賃金制、婦人及び児童使役等によって、生活の困難を嘗め、同盟罷業の拳に出る」と⁽¹⁰⁵⁾。

ともあれ、ラントファーラーらにたいしては「同じく、入念なる監視を怠るべからず」と、司直は注意喚起をうけている。

箇条 (Art. 39) 末尾にのべられていた「乞食とラントファーラー」に関する一文だけは、バンベルゲンシスの、相当する規定 (Art. 47) にはなく、かつ、カロリーナ立法における最終段階 (1529^年~1532^年) の草案で初めてあらわれる。どうしてなのだろうか。詳細は判らない。もしかすると、この間に起きたドイツ農民戦争 (1524^年秋~1525^年夏) による国土荒廢の1つ⁽¹⁰⁶⁾の光景として、乞食とラントファーラー (放浪者) が、立法者の目に看過しえぬ存在として映っていたからであろうか⁽¹⁰⁷⁾。

これはともかく、乞食・放浪者について、いかなる犯行の、どんな徴表が、立法者の頭にあったのかは、のべられていない——略奪はあまり考えられないが。おそらく、盗み (Art. 43, Artt. 157~175) とか、詐欺・詐話、ペテン

(簡条なし) とかが真っ先にあがろう。なお、「同じく (deßgleichen)」監視すべし、とのポリツァイ風の文句からは、上記「兵士たち」にたいしても注意深く見張るよう、旅宿の主人が要請をうけていたようすがみえる。嫌疑者にたいする定住民社会と司直とによる「監視」は、近世初期の考え方を示すものである⁽¹⁰⁸⁾。

以上、カロリーナにみる職業的営業的犯行者の一斑をみてきた。破約者ら前科者 (Art. 176) の候補となりえる者らとしていかなる社会的範疇の人物が考えられるか、の問題関心から。むろんそうした者には「機会犯人」(いわば瞬間性犯行者) がふくまれるであろう。しかし、土地の人びとの恐怖的になるのは、風評などで行状がうわさされている、職業的営業的犯人の方がズットと蓋然性が高いと考えられる。あたかも現今の、常習的、継続的な組織犯罪・秘密結社にみる⁽¹⁰⁹⁾がごとく。

3-3 保証と拘禁および拘禁経費について

〔裁判区内における拘禁：Art. 176 と Art. 161〕さて残る問題は、保証と拘禁および拘禁経費のそれである。Art. 176の〔中段〕〔後段〕にみえたもの。全体として刑法〔前段〕にたいし司法実務とくに(現今)行刑の問題だ。「今後犯すことのありうる不法な加害および悪事を未然に防ぐため」保証の提出を求めるがこれに応じぬといった「信じるに値せぬ、悪性の人物は、拘禁へと判決を被るべし [5]」とあった。注目するのは拘禁が裁判区(通例犯行地裁判区)内におけるそれであること。「こうした被拘禁者は、(本案) 告訴をうけ断罪を被る (裁判所の) 裁判区の内に留めおかれねばならない [7]」と。ウァフェーデを交わした後市外(また、ラントの外)への追放(カロリーナに到る時代の都市に通例のもの)ではない。当該の裁判区(むろん)を越え出てはならぬ(「ラントツヴィン」はこれに違反した者に)のである。

同様の刑は、再盗 (Art. 161) にたいする刑にもみえた⁽¹¹⁰⁾。ただしここでは (イ) 裁判区(条文では「地区」)内の拘禁は、(ロ) 晒し柱への繋留かつラント追放(伝来の科刑である)と選択的な関係にあった(既述)。(イ)(ロ) いずれを科すかは、裁判

研究ノート

長の裁量による(法に通じたる者らによる鑑定の件はのべられていない)。「保証」の提供によって拘禁を免れうる(後述)かどうかは、不詳。再盗条の拘禁が「永久の (ewiglich)」のそれであるのは、保証問題があがっていないことにたぶん関係しよう。兩条 (Art. 176と161) が語る拘禁は、このとおりの事情を異にするのに注意したい。

なぜここ (Art. 161) に伝来の刑に加え、よりによって拘禁、しかも地区内拘禁が顔を出してくる(しかも、カロリーナ)のか(バンベルゲンシスでは拘禁はなしの1529年草案以降)か(く、代わって耳を削ぐ刑が晒し台の繋留とともに科せられ、または——裁判長の裁量によって——ラント追放であった [Art. 187])。またなぜ「最単純盗 (Art. 157)」には出現せぬのか。いずれも不詳である⁽¹¹¹⁾。フォン・シェーンフェルトもまた、拘禁の出現について考察をめぐらす。放浪の(家居無き 郷里なき)盗犯者に追放を宣告するのは、<野獣を野に放つ>類のゆえに効果がなく、立法者には拘禁が望まれた、とか。が、必ずしも説得性のある考察とはおもわれない。とにかく、かれによれば、拘禁は寛刑の措置を意味していた。その趣旨は、犯行の事例に応じ刑種の幅を広げることにあつた、と。あるばあいには厳刑を、ほかの場合には緩刑を施す、というように(「刑罰の」(112) 個別化)。

わが裁判区内拘禁 (Art. 176) とは、都市外、ラント外への追放現象がもたらす弊害(たとえば他邦における非行現象の増加)が懸念されていたことによる代替措置なのか。そうだとすると、補充法(第二次的法律)たる帝国法律が、領邦や都市の法にたいし従来にはない1つの犯行者処遇<改善策>を提示したものの(ある種の実験を試みるもの)と受けとりえようか。他方Art. 176にみる拘禁が、Art. 161のそれとは違い、制裁の唯一のものとして提示されているのは、どんな意味をもつのか。後者の拘禁は再盗というはっきりした行為にたいする刑罰であった。では、Art. 176のそれも<刑罰>と捉えてよいのだろうか。これは、被拘禁者の品性の危険性(反社会性 社会的危険性)の問題と関わってくる。

〔保証と拘禁〕 さて、被拘禁者にたいし裁判区内拘禁が実施されるのは、かれが保証・担保(保証人と 担保物)を提出せぬときであり、かつ提出するまでの間である。「裁判区の内」に留め [7] おくので自由の剥奪でなくその制限といえる。裁判区内のどこか特定場所の「穴倉 (kercker)」(Art. 157また Art. 216参照)に収容はせぬのである。被拘禁者が裁判区の住民ならば家居にそのまま居るこ

とができるし、裁判区の中なら任意に移動できるかも。移動の自由は、保証を提供した後のなしで、保証・担保の未提出が長引けば、牢舎収容⁽¹¹³⁾は続く。「永久の拘禁 (Art. 202 CCB)」(しかしこれ自体文字とおりには難しいが)となるかも知れぬ。また無断で裁判区外に出るとか牢舎逃亡とかにおよべば、保証人は捕囚の身に陥る。担保物は、司直の収入になろう⁽¹¹⁴⁾。これまた貨幣経済浸透の一面をなしていないか。「司法も諸侯にとっては意味のある商品」(エンゲルス) だったことになる⁽¹¹⁵⁾。

土地の人びとを「悪しき心情のある」者から「保全するため」の保証が提出されぬとき、牢舎拘禁(裁判区内拘禁とはのべられてはいないが)に陥るのは、判決文起草に関わる条文 (Art. 195) にもみえ、こうして Art. 108、Art. 176、Art. 195 の3条は互に関係している⁽¹¹⁶⁾。Art. 108(ウァフェーア破約そのものは身体刑)は直接拘禁にはふれていないが、Art. 176との関係で拘禁に含みをもたせているからである(既述)。

では、こうした拘禁はどう称べばよいか。さしあたり「保安拘禁」(または<保安監置>)と称ぼう。わが国の刑事政策の教科書に、珍しくもわれわれの箇条が名指しされ、こうみえる。「カロリーナ刑事法典では、犯罪を犯す顕著な嫌疑のある者に対する不定期の保安監置 (拘禁) が認められ (一七六条)」云云と⁽¹¹⁷⁾。では同条標題(「刑罰、または拘禁監置について」)にいう、また本文(「かくのごときは、軽率に科せられ」)にいう「刑罰」との関係は、どうなるか。条文面からは刑罰(「害悪」という、また「非難」というサンクション)と保安拘禁(詰)の違いは、立法者に認識されていなかったようだ。他方それに囚われず現今の目で解釈すると、どうなるか。カロリーナは刑罰を科す一方で、特定の状況の下では保安拘禁を選ぶことがある⁽¹¹⁸⁾。わが箇条にのべられているのが、これである(現今刑罰と保安処分の二元主義といわれているもの)⁽¹¹⁹⁾。特定の状況とは、すでに前科をもつ者が将来犯行を反復おかす危険性(「犯罪的危険性」)(既述)が期待されるときである。

【拘禁経費の負担 原告の問題】 およそカロリーナにおいてひろく訴訟経費の負担問題——だれが、いかほどを、どう分担するのか(まとまった箇条として Art. 204 参照)——の意義は、小さくはない。このことは、いまさらながら、貨幣経済の浸透振り(つまり金が循環する世の中)に思い到らせるものがある。またそれは、

研究ノート

当事者の〈貧困〉との関係とも繋がる⁽¹²⁰⁾。経費の内容は、被拘禁者が拘禁される場所の番人(特別の職員ではなく
裁判所のスタッフ)の職務費用(被収容者
の食費等)にあてられる。さらに、同時にその報酬ともなろう。経費は、被拘禁者じしん、司直そして原告のあいだで分担すべしとされる。経費負担また分担順序の原則は、こうだ。被拘禁者じしんが第一位に支払いの義務を負う。なにせ、他裁判区に所在するかれの所有財産も経費支払いの引き当てにすべく願ひ出るほどだから。かれが支払えぬとき、または支払い額に足りぬとき、原告（「告訴 [7]」をおこなう者）が第二位に就く。原告が支払えぬとき、司直が負担する、と。じっさいの場面で負担分担の順序、金高をどう決めるかは、裁判長(判決人の判
告を通して)の裁量（[8]）によった。

ここに原告の名があがっているのが、注目される。なぜあがるのか。あたかも、行刑の場からいきなり訴訟の場に引き戻されるかのよう。職権（糺問）手続きの場でも、突如原告の名がみえるばあいがあり、これに似た状況である。「原告の請求にもとづいて、拷問のための一日が告知されるべし（Art. 45）」と⁽¹²¹⁾。われわれの箇条で「原告（ankläger）」が名をみせるからには、訴訟手続きでなんらかの役割を果たしているはずだが、残念ながら本条ではこれが具体的にはよくみえない。原告の役割問題は、およそカロリーナ全体にまたがっている。それはたぶん領邦・都市における、職権手続きに対抗する当事者手続きの浸透ぐあい(もしくは両手続き
の織り重なりぶり)に関わる問題である^(121a)。

とにかく、わが箇条ののべるものが具体的な訴訟の場においてどう働くのかの問題は、今後に残さざるをえない。

4 おわりに

[Art. 176 CCC：新派刑法論を紡ぎ出す] 以上Art. 176は、新派風刑法理論や犯罪徴表説と関わらせてみてみると、どう理解できるのかをのべてきた。新派理論の目でみると理解がしやすいとおもったからである。そ

のきっかけをなしたのは、ルードルフ・リッターが著書で主張していたものと、牧野英一が所論で披瀝していたものとの暗合にあった。

考察の結果判ったのは、当条じしんが、後世（ドイツ刑
法学上の）新派理論を紡ぎ
出しうる側面を、多かれ少なかれもっていたことである。こうした意味で
当条そのものを眺め直しみる必要が出てくる。ここには<行為>⁽¹²²⁾があり
<行為者>がいて、これらを取りまく「人びと」（<生活者>しかも）⁽¹²³⁾の
視線があり、それらに覆いかぶさるように司直の応対（監視）が知られる。
これら三者を、立法者の目で1つの条文にまとめあげ、帝国法律の然るべき
位置に落としこんだものが、われわれの箇条であった。

〔箇条の解剖学〕 ここで、本条の解剖学を試みたい。その前にまず、当
条の中枢にあったのはなにかであるが、これは〔前段〕がのべるものにあっ
た。〔中段〕〔後段〕は、〔前段〕の帰結であり、いわば事後処理とか、実
務にあたる部分。もちろんこれらを軽くみてよいという意味ではない。と
りわけ裁判区内拘禁は、新しい状況をのべるものといううるから。

さて (a) 〔前段〕は、なにをのべるのか。一言でいえば、非「定型刑法」
である⁽¹²⁴⁾。つまり、そこには、現今であれば定型性をもつべき犯罪の姿
がみえない。少なくとも、直前までの諸条にあがっていた窃盗に該当する
ものは、犯行がないのなら、そもそも一条を設ける要はないはずだ。(b)
にもかかわらず本条が設けられたのはなぜか。ある状況が放置できない、
と考えられたから。これがある人物の「品性」であり、これを問わざるを
えなかった。問わざるをえぬ品性とは「人びとにたいしじっさいの暴力
による加害と悪事をなすのを（みず）⁽¹²⁵⁾ 制止し、（これに）⁽¹²⁵⁾ 法と公正の裡に留まる
のにつき、その者のありよう（からみ）⁽¹²⁵⁾ が信頼できぬとか、信じられぬ〔4〕
というもの。(c) そこには「品性」が信頼できぬという「人びと」の不安
がありことばや文書によるにとどまらず「じっさいの暴力」によるなにか
が起きるといふ恐怖がある。(d) 恐怖を感じさせるものを当該の人物は帯
びていた。<前科>である⁽¹²⁵⁾。これは、ある者にとっては、ウァフェー
デを誓うことを余儀なくさせた行為（罪）であり、ある者にとっては、生

研究ノート

命刑の宣告までは到らなかった行為であった。行為は一方で偶発的なものであるかも知れぬが、職業性とか営業性に由来しうることも十分ある。(e)のみならず当該人物は、別に新たにウァフェーデに違反し、または違反にあたる行為をなし、あるいは人を脅迫するといった行為に出た。こうした前科から、また新たな行為、さらに「ほかの十分な理由 [4]」(すなわち^{すなわち}徴表)のゆえに、最後に「将来起きる悪事の顕著なる嫌疑 [6]」から当該の人物に向けられる恐怖には、立法者にとって看過できないものがある。前科や、新たな行為、さらに別の徴表(人物についてであれ、行為についてであれ)など「そうしたこともど が正当に、かつ十分に発見され [5]」るとき、である。「発見」されたか、どうかの判断は判決人(判)と裁判長(判)との評議^(125a)に委ねられる(依然^{依然}中段的^{中段的}事情^{事情}にある) [中段]。(f) 人びとの恐怖を和らげるには、当該者を裁判区内に留まらせ監視を怠らぬことに越したことはない。安易に区域の外、都市の外、ラントの外に放って(遣)しまつては、かれがいつ立ち戻るか、人びとはどんな報復を予期せねばならぬか、当該の人物の品行ゆえに日々恐怖に晒されることになりかねぬから。恐怖を抱かせる更なる行為におよばせぬため、担保を提出させ、提出できぬときは裁判区内拘禁の処遇下におく [7] [下段]。

このところで、1点だけ注意しておきたい。人物の品性が「信じられぬ」との主観的な評価は、これが一人歩きせぬよう、当該人物の嫌疑が「正当に、かつ十分に発見され」る必要があるとの客観的事実的要件と組み合っていないければならぬ、とされている点である。

【解剖を終えて残る問題】 保証の設定を求められる(最終的に自己自身の身柄を保証に立てること^を含^{める})⁽¹²⁶⁾ 理由は、人物の反社会的危険性という「品性」=「悪性」(この結果^{この結果}「^{危険性}」)にあった。では、このような人格はどう形成されるのか、形成に当該人物はどう責任を負うのか——条文の解剖を終え生じる問題である。このうち、責任というのは、箇条からみて端的に、危険性そのもの(危険性の^{危険性の}大小が責任の^{大小}を意味する)にあるようだ⁽¹²⁷⁾。この意味では、リッターがしきりに行為者の「反社会的品性」を語ったのには理由があろう。ただ、あまりにも行

為から独り立ちさせ考察した嫌いはあるが、たいし、当該の品性といった人格がどう形成されるのかの問題⁽¹²⁸⁾は、むろん本箇条からは判らない。ただ、関係人物のありうる類型に、また蓋然性が低くはないと想像されるそれに、職業犯営業犯風の非行者（反社会的人物）、また放浪者・傭兵くずれといった非社会的な人物を想像してみることができる⁽¹²⁹⁾。

ただ、ここで一言のべておきたいのは、危険性のある人物は四六時中危険性の状態にあるのではないこと（これは現今限定責任能力者についても同様である）だ。これが、司直を含め周囲の人びとにやっかいな対応を迫り、この1つとしていわゆる社会内処遇（裁判区内拘禁）が出てくる（いわゆる社会防衛の措置である）。もう1点関わっているのが、法文にあることば——「とはいえ、かくのごとき刑罰は、軽率に科せられたり、将来起きる悪事の顕著なる嫌疑なしに科されたりすることは、あってはならぬ[6]」である。ここには、行為者の「危険性」を一人歩きさせぬ（上記）という、立法者の用心深さ（鑑定処置もこの1つだ）がみいだされる。他方で注意するのは、そこに、徴表理論における徴表（嫌疑）が一枚加わっていることである。つまり「悪性」という＜行為者の徴表＞と＜徴表理論の徴表＞とが結びついている。もしかすると、立法者の考えは、箇条（Art. 176）全体を、いわば＜徴表理論の拡大化＞と捉えんとすることにあるのかも知れない。いわば一種の政治感覚か！とにかくこうなってくると、われわれの箇条は、イタリア法学由来のものとも位置づけえなくはない⁽¹³⁰⁾。

【わが箇条と新派刑法理論】われわれの箇条にあらわれる人物は前科（少なくとも二犯行）を含む行為の当事者である。「悪性」＝「危険性」は、行為に由来することに注意したい。新派刑法学もこうみているに違いない⁽¹³¹⁾。破約、脅迫があがるのは「事例」（リッター）としてというよりは、むしろ、生命刑の宣告をうけない行為の代表格としての意味であろう。いずれの行為も日常起きるありふれたもの、また人びとが度々遭遇するもの⁽¹³²⁾として、かつ象徴的なそれとして把握されていたのではないか。

ここで、上記のとおりわが箇条が新派理論を紡ぎ出しうる側面を有していたことを、てもとのメツガーの著書を参考に説明したい。かれは旧派に

研究ノート

たいするに新派理論（かれによればり）をこう解する⁽¹³³⁾。本理論は「行為者刑罰」の思想体系を指すが、この中に「行為原則」が——しかも「異物」として——入りこんでいた。「行為原則」を否定すれば、刑法の終焉を意味するからである。ただこうなると、「犯行は行為者人格の単なる徴候（の意味）にまで薄められて」しまった、と。カロリーナのわが箇条がこうした理論を紡ぎ出したことになる。が、当条について、気をつけねばならぬことがある。すでに二犯の前科の〈行為〉が存在し、しかも将来三犯四犯もありうる〈行為者〉の人格（「悪性」）^(Art. 195も参照)が人びとに^(職業犯営業犯を含め)恐怖を抱かせるという事情があった。「悪性」が生じている事情は、おそらく二犯の前科に由来していよう。この意味で、行為と行為者とは繋がっている状況がみいだされ、社会学派についてメッガーによって問題とされていた「異物」は、そこには入りこんでいないことである。

〔本条の意義〕 行為者とその行為をめぐる事情・情況の各種判断は決定的には、判決人・裁判長の判告・判決の中世的しくみに頼る面があったとともに、近世初葉時代の特徴である鑑定に少なからず委ねられざるをえなかった。それにしても、非定型の行為とその行為者の処遇をどうあつかうべきか、の問題を浮かび上がらせ、解決のための課題にぶつかり、これにとりくみ評議のすえ一箇条にまとめあげたカロリーナ（またバンベルゲンシス）立法者の腐心と尽力は、特筆に値しよう。また、裁判区内拘禁という、^(Art. 161 [再盗]とは違い)ほかの選択肢を許さぬ意味で一義的な処遇法をとるのは、以後の行刑のありよう（とくに）に、ごく一部であるにせよ寄与しうのではないか。ラント追放が周知のとおり、被追放者の運命に苛酷なところがあつたから⁽¹³⁴⁾。この意味で、特定地区内拘禁は、自由の制限はあるにせよ、定住民との交際（相互依存）をともし被拘禁者の改善に繋がる側面はないであろうか。

ここで、最後に注意しておくのは、わが箇条は全体として、刑が身体刑およびこれ以下のもの（財産刑とかラント追放とか）にあたる、いわば軽罪を対象としていること、制裁が裁判区内監置といった保安処分風のもの

となっているのはこのことに密に関係すること、である。刑法の最終部分のなかに位置づけられているのは、この意味でも十分理解できるし、立法者の深い思考が読みとれる。カロリーナの、そうした側面（反・厳刑主義の面）については、＜刑の節約＞の面⁽¹³⁵⁾とともに今後改めて考察を加えていかねばならないであろう。

注

- (1) 牧野英一『現代の文化と法律』（有斐閣〔初版1918〕）197, 212頁。また同『罪刑法定主義と犯罪徴表説』（有斐閣・1924）192頁（「犯罪が悪性の徴表で、而して又悪性を確認するの要件」）、同『刑法改正の諸問題』（良書普及会・1937）150頁（「犯罪人の犯罪性は最も明かにその犯罪に依つて徴表される」）。牧野の所論（社会防衛主義）の紹介は哲学的背景（「エネルギー論」=「エ」を含め竹田直平『犯罪徴表説』（大畑書店・1932）86～93に詳しい。なお関係の発言として団藤重光『刑法綱要総論 改訂版』（創文社・1979）26, 36-37, 92, 240, 351頁、菊田幸一『犯罪学 六訂版』（成文堂・2006）35頁参照。
- (2) 新派（主観主義）の理論を古典学派（客観主義）のそれと対比させ平易にのべるのに植松正『刑法教室1』（大蔵省印刷局・1962）3～25頁、ラートブルフ（碧海純一訳）『法学入門』（東京大学出版会・1966）145～169頁〔Radbruch, Gustav, Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Aufl., Stuttgart 1952, 130～149〕、瀧川幸辰「旧学派より見たる新学派」同『刑法著作集4』（世界思想社・1981）697頁以下がある。また牧野（後注10）103頁以下、正木亮『増訂改版 刑事政策汎論』（有斐閣・1949）108頁以下。古典学派の代表格ビルクマイヤー（Birkmeyer, Karl v.）のミュンヘン講演 Schutzstrafe und Vergeltungsstrafe, in: Der Gerichtssaal, 67, 1906, 401～423も。近時の研究に岩井宜子『刑事政策 第3版』（尚学社・2005）105～108頁、安成訓「刑罰における目的の意味（その1）」『法学研究論集（中京大学大学院）』25（2006）90頁（注21）。たいしノルウェーの犯罪学者クリスティによればロンブローゾ説であれ新派理論であれ、被害者学の視点からいうと「痛ましき誤ち」とされる（Christie, N., Conflicts as Property, in: The British Journal of Criminology, 17（1977）, 11f.）
- (3) モノグラフィに竹田直平『犯罪徴表説』（前注1）がある（ここにリスト、テザー紹介と、同説にたいする批判とがのべられている）。また熊倉武『近代刑法思想の発展』（彰考書院・1952）231頁（「特定の危険性を徴表せる者」）、木村亀二『新刑法読本 全訂版』（法

研究ノート

- 文社・1958) 41頁 (行為を「反社会性の徴表と解する」), 犯罪学研究会編『犯罪学辞典』(成文堂・1982) 437頁 (「犯罪徴表説」) など。
- (4) 瀧川幸辰『刑法講話』(日本評論新社・1953) 106頁 (「犯罪は本質的には認識手段、即ち、将来の犯罪の徴表にすぎない」), ラートブルフ(菊池榮一ほか訳)『一法律家の生涯』(東京大学出版会・1967) 66頁以下 (「刑罰を個々の犯罪者の人格にしたがって段階づけ…それを犯罪者の心情に依拠せしめ」・「行為刑」にたいする「行為者刑」), 瀧川春雄『刑罰と保安処分の限界』(有斐閣・1962) 11頁 (「グロールマンの特別予防理論」) 参照。
- (5) 牧野『現代の文化と法律』(前注1) 237頁 (新派、古典学派の「妥協点」), 238頁 (「之には一先づ譲歩」), 219頁 (「裁判官の権限の拡大」) 参照。旧派の発言は小野清一郎『刑法と法哲学』(有斐閣・1971) 167頁 (「立法上又は解釈上やむを得ない妥協」) 参照。なお後注(38)の植松の発言も参照。さらに瀧川春雄(前注4) 37頁 (「各国の刑法改正事業の多くは…両派の接触の上になり立っている」) 参照。両派の繋がりをいろいろの側面からみると、次のコメントも理解できよう。「学派の争は、あまりにもはなばなしく宣伝された嫌いはない」か、と(莊子邦雄ほか編『刑罰の理論と現実』[岩波書店・1972] 22頁)。スウェーデンの刑事学者チンベリー(オルフ)(Kinberg, Olof)によれば、リストもその宿敵ビルクマイヤーも、古典学派(ベッカーリアなど)、実証主義学派(ロンブローゾなど)の折衷学派だ、という(西村克彦訳『刑事学の根本問題』[(原著は1935年刊)酒井書店・1956] 81頁 [「第三学派、刑事政策学派」])。チンベリーの基本的な考えの1つは「刑罰が必須のものであるというドグマは、廃止されなければならない」(222頁)にあった(同様の考え方について西村[後注67] 105頁参照)。最後に元に戻り裁判官の意義について牧野英一「故ヨゼフ・コーラー教授に就て」『法学協会雑誌』38の11(1920) 26頁にみるコーラーの所論参照。
- (6) 木村『新刑法読本』(前注3) 42頁。たいし岩井(前注2) 108頁 (「現代においても二大潮流として維持」) 参照。
- (7) ごく一例に、上田寛『犯罪学講義』(成文堂・2006) 108頁 (「目的刑論が明らかにしているように、刑罰は…犯罪の予防と犯罪者の矯正・再社会化のための」手段となりうる), 109頁 (「刑罰が単に応報のためにのみ科されるというようなことを承認することはできない」) 参照。また村松常雄『犯罪心理』(日本評論新社・1952) 74頁以下 (刑罰は「報復としてその罪の軽重に応じて決定さるべし、とする立場からすれば、事柄は比較的容易」だが「刑を犯罪者をして二度と…行為を繰返さぬようにする再教育を目標とすべ

- き立場に立つ時は、精神医学の…役割」が大となる), 山口厚『刑法入門』(岩波新書・2013) 46頁(「目的刑論と応報刑論との対立」)以下、参照。また少年事件との関係から柴田守「修復的司法が意味すること(2・完)」『専修法研論集』35(2004) 72頁参照。
- (8) たとえば手元にある、[a] 2001年7月20日付「週刊法律新聞」(1462号)の「判決ダイジェスト」によれば、連続リンチ殺人事件・名古屋地裁判決(同年7月9日)にこうみえる。「罪刑均衡の見地から極刑には、ちゅうちょすべき点が残る」と。「罪刑均衡」の考え方はまさに古典派のそれであった。木村光江『刑事法入門』(東京大学出版会・1996) 85頁(「罪刑均衡」・「国民の正義感」等の応報的要素)参照。また朝日新聞西部本社2023年5月23日「耕論」椎橋隆幸発言「被害者増やさない対処を」(「罪刑の均衡」が原則)も。[b] たいし新派風とくに犯罪徴表説的な考え方にあるとみられるのには「会社代表者の地位を濫用して行われたもので犯情は悪質」(特別背任事件・東京地裁判決 [1515号]), 最高裁第一小法廷(強盗殺人事件)「非社会的人格障害が犯行の一因」・「性格的な偏り」(1480号), さいたま地裁判決(殺人事件)「人格のゆがみは深刻」(1490号), 東京地裁(殺人事件)「みじんの人間性もない」(1494号)を参照。以下、判例(2001年4月6日～2002年11月15日)(週刊法律新聞1448号～1521号)を示すときは上記のとおり、号数のみをあげる。
- (9) Ritter, Rudolf, Die Behandlung schädlicher Leute in der Carolina. Art. 176 in Verbindung mit Art. 128 der PGO. Kaiser Karls V. von 1532, Breslau 1930. XII u. 115 S. 書評としてEngelmann, in: Der Gerichtssaal 101, 1932, 311-316; Schmidt, E., in: Z. f. d. g. Strafwissenschaft., 56, 1937, 447. 本書の6年後 Mannzen, Walter, Historische Fragmente zur Sicherheitsverwahrung (Die Custodia des Art. 176 der Constitutio Criminalis Caroli V.), in: Schweizerische Z. f. Strafrecht 50. Jg., 1936, 82～94が出た(主にドイツ普通法時代をとりあげる)。同じ対象を扱うのに、どうしたわけかりッターの本書について言及はみられない。
- (10) Cf. Allfeld, Philipp, Der Einfluss der Gesinnung des Verbrechens auf die Bestrafung, Leipzig 1909 (Ndr. 1978) 16 („Die,, Behandlung“, die im Strafvollzug durchgeführt werden soll“). また牧野英一『刑法総論 上巻 [全訂版]』(有斐閣・1958) 90頁(「国際連合の被拘禁者処遇最低基準規程(1955年)」)。なお団藤重光「法における主体性」『法学協会雑誌』92の4(1975) 392頁(「本人をただ処遇の対象として扱う」), 上田寛(前注7) 141頁(「犯罪者の処遇(treatment)という概念」)。それはまた<特別予防>風の視点である: R. フッド/R. スパークス(細井洋子訳)『犯罪学入門』(平凡社・1972) 208頁(「犯

研究ノート

罪人の常習犯罪の予防・「犯罪人自身を「処遇し」思いとどまらせる」)、前野育三『刑事政策論 [改訂版]』(法律文化社・2000) 131頁(「受刑者の社会復帰の考え方」)、守山正ほか編著『ビギナーズ刑事政策』(成文堂・2011) 4頁(「犯罪者に対するさまざまな働きかけ(介入)を行い、犯罪原因を除去し…社会復帰」)参照。

- (11) 本草案へのコメントとして、瀧川幸辰「社会防衛と犯人の危険性」『法学論叢』16の4(1926) 8頁以下。また瀧川所論にたいする批判として、牧野英一『刑法における法治国思想の展開』(有斐閣・1931) 360-390頁参照。
- (12) 正木(前注2) 41頁, 熊倉(前注3) 187頁, 森本益之ほか『刑事政策講義 [第2版]』(有斐閣・1996) 101頁参照。
- (13) 拙稿「ラントツヴィンガー(Landzwinger)とはなにか」『熊本法学』122(2011) 4頁(注6), 26頁(注42), 29頁(注46)。
- (14) 上口裕『カロリーナ刑事法典の研究』(成文堂・2019) 421頁以下。なお、バンベルゲンシスの関係箇条はKohler, J. / Scheel, W. (Hg.), Die Bambergische Halsgerichtsordnung, Halle 1902 (Ndr. 1968) 87 (Art. 202) による。
- (15) Art. 176 CCC: Von straff oder versorgung der personen von den man auß ertzeygten vrsachen, übels und missethatt warten muß, in: Schroeder, Friedrich-Christian (Hg.), Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532, Stuttgart (Reclam) 2000, 106 f.
- (16) 両者について刑は定めず、鑑定の結果をまつ。なおチンベリー(前注5) 20頁(注5) および総じて19頁以下(「子供と狂人とは」)参照。
- (17) 瀧川幸辰『刑法史の或る断層面』(政経書院・1933) 167頁(「刑法総論の理論を考の中に入れて居る」)、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』(有斐閣・1964) 218頁(「近世刑法学の発達」)、牧野『現代の文化』(前注1) 287頁参照。
- (18) Ritter, 6 („in einer Art. Anhang“). 本条の位置関係を知ることは、存外その本質に迫る一方法となる。なお上記本文字番のさし絵にMaass(後注99) 145.
- (19) ドイツ普通法学者らのラテン語訳は格別、すでに埴浩訳(『フランス・ドイツ刑事法史』[信山社・1992])・上口裕訳[前注14]があるのに屋上屋を重ねることになるがバンベルゲンシスとの関係を示すためにも必要であった。なおLangbein, John H., Prosecuting Crime in the Renaissance, Harvard University Press 1974 卷末資料編にカロリーナの英訳があるが抄訳のゆえあいにく肝心のArt. 176は(Art. 128も)漏れてしまっている(p. 300, 296)。残念である。
- (20) [前段][1] Item so einer eyn vrphed freuenlich oder fürsetzlich verbrochen, sachen halben, darum er das leben nit verwirckt hat, [2] Item ob eyner über vorgeübte

nachgelassene vnd gericht missethat(*1) mit worten oder schriftten andern dergleichen übels zuthun, doch sunst on weitther beschwerlich vmbstende trohet, [3] Vnnd aber damit nit souil gethan hett, daß jm darumb das leben (...) (*2) genommen werden möcht, [4] vnd auß jetztgemelten oder andern gnugsamen vrsachen (*3), eyner person nit zu vertrauen oder zu (*4) glauben wer, daß sie die leut gewaltsamer thätlicher beschedigung vnd übels verträge, vnd bei recht vnd billicheytt bleiben ließ,

[中段] [5] vnd(*5) sich solchs zu recht gnug erfünde, vnnd dann die selbig person, deßhalb keyn notturfft caution, gewissheytt oder sicherheytt machen kündt, solchen künftigen vnrechtlichen schaden vnd übel zu fürkommen, soll die selbig vnglaubhafftige bößhafftige person inn gefengknuß(*6), [6] als lang biß die nach erkantnuß des selben gericht gnugsame caution sicherung, vnd bestandt für solche vnrechtliche thätliche handlung thut, durch die schöpfen rechtlich erkant werden, jedoch sol solch straff nit leichtuertiglich oder on mergklich verdecktlicheytt künftigs übels (als obsteht) sonder mit radt der rechtuerstendigen beschehen.

[後段] [7] Vnd soll solcher gefangen inn dem gericht, darinn er also beklagt vnnd überwunden wirdet, enthalten werden. [8] Vnd wo er sich von seinen selbs gütern, inn solcher gefengknuß zu enthalten nicht vermöcht, so soll alßdann durch den ankläger zu seiner enthaltnuß dem büttel sein gebürlich wartgelt, nach ermessung des richters gegeben werden, vnd er der ankläger derselb zimlichen bestandt thun. [9] Wo nun der ankläger solchen kosten auch nit vermöcht, soll die oberkeytt den selben kosten tragen. [10] So aber der gemelt gefangen inn dem selben oder andern gericht an seinen gütern, als vil hette, dauon obgemelte sein enthaltung vnd verwarung gar oder zum theyl beschehen kündt, die sollen zu derselben vnderhaltung on der oberkeytt verhinderung gebraucht werden.

注記 (*1) „missethat“の後にCCB (Art. 202) では „schlechtlich (單純に)“ の語が置かれていた。(2) (...) として訳を省いた箇所は、<後にのべるArt. 178を看よ>の趣旨の注意書きをのべるもの。当Art. 178は犯行の未遂に関する規定でありArt. 176の当該箇所とは、直接的な繋がりはいみだされ難い。なぜ<Art. 178を看よ>が入りこむのかはよく判らない。ただおもうに、Art. 178には、行為者の「そうした悪しき意志 (solcher böser will)」といったことがしられ、これが関係するのかもしれない。こう捉えうるとすれば、かの注意書きは、むしろ [5]「悪性の (bößhafftige) 人物」をのべるところと繋がる。(3) „vnd auß jetztgemelten oder andern gnugsamen vrsachen“のところはCCBでは „Oder so sunst auss ander dergleychen guten vrsachen (あるいは、ほかの同じような申し分のない理由から)“とあった。(4) „zu“ はCCBにはなかったもの。(5) „vnd“ の直後にCCBでは „auch“ とあった。(6) „inn gefengknuß (拘禁へ)“ は、CCBでは „in ein

研究ノート

ewige gefencknuß (永久の拘禁へ) ”とあった。

- (21) 以上に関係するが、上口(前注14)によればArt. 176 CCCとArt. 202 CCBとは「同趣旨であると解することは困難」という(426頁)。いささか理解し難い。既述のとおり、Art. 176はArt. 202 CCBに拘禁経費関係の文章を新しく入れこんだ([後段])が、箇条の中心は依然[前段]、[中段]にあり「趣旨」はArt. 202と大きくは変わらないから。因みに、[後段]部分は、拘禁経費の分担をめぐるある種の「技術」に関わるものではないか。そしてそれに関連し「刑罰経済」にも。牧野英一『法律学の課題としての神』(有斐閣・1938) 147頁(「技術的発明」)、151頁(「刑罰経済」)参照。
- (22) 朝倉喬司『犯罪風土記』(秀英書房・1982) 174頁(「誠意という無形のもの」)。またラートブルフ(前注2) 162頁(「成形された輪郭をもつ構成要件をともなわない」)参照。
- (23) 平野龍一『死刑』(日本評論社・1951) 11頁(「カロリーナ時代「浮浪自体が、犯罪とされ…かくして、刑罰は行為自体よりも行為者に向けられ、これを無害化する方法とされる」)参照。
- (24) 『シラー(世界文学大系18)』(筑摩書房・1970) 22頁上段、また同30頁下段(関楠生訳)参照。なお、牧野英一『法律における進化的と普遍的』(有斐閣・1948) 178頁(「カノン法の刑罰は…改善的であるばかりでなく、犯罪よりも犯人を目標としている」)参照。
- (25) Art. 128の人物につきRitter, 9 („gleich Verbrechern bestraft“ [あたかも犯罪者かのように刑をうける])。]
- (26) 一例にHummel, Karl-Martin, Die Urfehde des Michel Mohr aus Reutin ob Alpirtsbach, in: Wolfgang Schmierer u.a. (Hg.), Aus südwestdeutscher Geschichte, Stuttgart 1994, 348 ff. (1525年11月16日付ウァフエーデ)。カロリーナにおけるウァフエーデの事例は、拙著『ウァフエーデの研究』(多賀出版・2009) 16頁以下参照(とくにArt. 20について17頁[注39]参照)。なお同著179頁「一例」は正しくは「一例」また326頁「三十戦争」は「三十年戦争」。
- (27) 「刑罰が、死刑または永久の拘禁(ewiger gefencknuß)によっておこなわれることなき」(Art.10)の「永久の拘禁」を搞造は「不定期拘禁」と訳する(文字とおりの意)。不定期刑は教育刑主義をあらわすもの。牧野(前注11) 14頁(「不定期主義」)。たいし(とくに短期)定期刑のばあい、「刑期が教育のために要すべき時間を計算に入れずに何年何ヵ月と決定され…教育効果の如何を問わず満期となれば社会に帰さねばならず」(村松[前注7] 76頁以下)参照。なお前野育三ほか『刑事政策のすすめ[第2版]』(法律文化社・

- 2007) 64頁(「短期自由刑は百害あって」) 参照。
- (28) 荘子邦雄ほか編(前注5) 16頁(「永久に社会から隔離」) 参照。
- (29) 上口(前注14) 423頁(「加害の告知にとどまり」)。原語は筆者が付したもの。また山田晟『ドイツ法概論1』(有斐閣・1974) 238頁(脅迫)。
- (30) Cf. Bayrhammer, Wilhelm, Das Delikt der Bedrohung, Tübingen 1896, 24 („Drohungen an und sich“).
- (31) 牧野英一『刑事学の新思潮と新刑法 第3版』(警眼社・1916) 51頁(「動機を以て量刑の基礎とする」) 参照。なお動機をのべる判例に仙台地裁(現在建遺物等放火未遂事件)「動機について詳細な検討がなく」(1452号)、大阪地裁判決(監禁致死)「動機に酌量の余地」なし(1493号)、福岡地裁(殺人)「動機は短絡的」(1507号)、名古屋地裁(死体遺棄)「身勝手な動機」(1507号)を参照。
- (32) たとえば、フェーデ通告状の送付によるもの(14世紀末期について拙稿「平和形成としての紛争」『熊本法学』113 [2008] 67頁(「フェーデを公然化」) 参照。本文との関係でいえば、通告状を送りつけるぞ、と脅すのである。
- (33) これについて、東京高裁(特別背任事件)「社会に大きな衝撃を与えた」(1452号)・福岡地裁小倉支部(強盗事件)「地域社会に与えた不安」(1453号)・東京高裁(殺人事件)「社会に与えた不安も大きい」(1454号) 参照。なお宮澤浩一『被害者学の基礎理論』(世界書院・1996) 92頁(「潜在的被害者」) 参照。
- (34) 「常習トシテ」の脅迫は刑が加重(我妻栄編『旧法令集』[有斐閣・1968])。木村『刑事政策の基礎理論』(後注65) 179頁。
- (35) 上口(前注14) 423頁。ただし、リッター所論について論評は加えない。
- (36) Ritter, 20 („sondern jemand, gegen den selbst ein Delikt gerichtet war, dessentwegen der Verüber desselben schon vor Gericht stand“), 20 („droht derjenige, gegen den seinerzeit das Delikt gerichtet war, seinem Gegner ähnliches anzutun“).
- (37) Ritter, 13 („antisoziale Gesinnung“), 10 („gefährliche Willensrichtung“), 10 („Grundsatz...der Unschädlichmachung von Leuten antisozialer Willensrichtung nur zum Teil und nicht nur die Bekämpfung von landschädlichen Leuten zum Gegenstand hat“). なお „Gesinnung“などはリスト由来のことば: v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2, Berlin 1905, 17 („Gesinnung des Täters“), Bd. 1, Berlin 1905, 158 („Willensrichtung des Täters“). 牧野は „Gesinnung“を「内部生活」(牧野『罪刑法定主義』[前注1] 135頁)、木村亀二は「情操」と訳す(同『刑事政策の諸問題』[有斐閣・1952] 20頁)。また竹田(前注1) 107頁(「反

研究ノート

社会的情操])も同様(なお107頁 [「情操刑」参照)。

- (38) 牧野『現代の文化と法律』(前注1)328頁。また同200頁。木村光江(前注8)83(「犯人の悪性(社会的危険性)」参照。なお、新旧学派の理論と未遂の事例について、植松(前注2)25頁(「これは勝負にならない」)参照。
- (39) Ritter, 20 („In manchen Fällen mußte deshalb auch der Betroffene, der Beleidigte selbst noch Urfehde schwören, sich an dem Gegner, dem Angreifer nicht zu rächen“), 20 („Der Friede... wieder hergestellt“).
- (40) Ritter, 21 („jede Dronung eines schlechthin sozialgefährlichen Menschen genügt“).
- (41) Ritter, 20 („Diese Drohung will Art. 176 erfassen“).
- (42) Bunge, Friedrich Georg von, Geschichte des Gerichtswesens und Gerichtsverfahrens in Liv-, Est-und Curland, Reval 1874, 150 (Anm. 690).
- (43) 犯罪の「被害者」の日常のありようが量刑問題の1つになっているものに、福岡地裁久留米支部判決(殺人事件)「被害者は[日常]暴力をふるい続けるなど、非難されるべき点多かった」(1469号)を参照。
- (44) シュレーダーによれば、この「加害者」、「被害者」の問題は争われているという(Schroeder [前注15] 187: Art. 176 [16 ff. *Item ob eyner...umstritten*])。詳しくはのべていないが、たぶんリッターの所論も絡んでいるのであろう。
- (45) 前注(37)であげた Ritter, 10 („ nur zum Teil“)にみるかれの発言を参照されたい。また Ritter, 10 („ Diese letztere umfaßt vielmehr nur den Teil der Landschädlichkeit“)も。
- (46) Ritter, 9 f. - 10 (Anm. 18): „alle diejenigen..., die als Verbrecher bestraft, d. h. mit peinlicher Strafe belegt werden, sei es wegen eines schon begangenen Verbrechens, sei es wegen ihrer Gesinnung“).
- (47) Ritter, 11 („Subjekten, die wegen ihrer in antisozialer Willensrichtung, die sich nicht in der Begehung von Verbrechen zu äußern braucht, bestehenden Gemeingefährlichkeit die Reaktion des Strafrechts herausfordern“). 因みに、リッターによれば、Art. 176とArt. 128の違いは、Art. 176は社会的危険性の程度が相対的に低い人物をとりあげていることにある。Ritter, 11 („gegen den geringen Modus der Gemeingefährlichkeit erfolgenden Reaktion des Art. 176“).
- (48) Cf. Ritter, 11 („Denn die antisoziale Willensrichtung, auf deren Unschädlichmachung die beiden Artikel [Artt. 176, 128] abzielen, beschränkt sich eben darauf, daß ihre Symptome nicht begangene Verbrechen sind“).
- (49) 木村『基礎理論』(後注65)187頁。牧野(前注11)342頁以下、熊倉(前注3)202頁、団藤(前注1)27頁。なお関連し、「行為者人格の自己決定性」との

- 関わりから「潜勢力としての行為可能的人格」と「現になしたる行為主体としての人格」との違いをのべるのに、安平正吉「刑事政策に於ける行為者人格」『^{牧野教授}_{還暦祝賀}刑事論集』(有斐閣・1938) 644頁参照。
- (50) Ritter, 11 („exemplifikative“), 13 („als Beispiele der Äußerung der sozialgefährlichen Willensrichtung“), 14 („Es handelt sich also nicht um selbständige Teile des Art. 176 bei den angeführten Handlungen, sondern sie sind nur Beispiele von Symptomen der Gesinnung“), 21 („als Beispiele angeführten Handlungen“).
- (51) Ritter, 13 („Also nicht in der Begehung des Urfehdebruchs erblickt man das Symptom der Gemeingefährlichkeit, die Art. 176 erfordert, sondern nur, wenn man noch weitere Missetat von ihm erwarten muß, trifft ihn Art. 176“).
- (52) cf. Götze, Alfred, Frühneuhochdeutsches Glossar, Berlin 1967, 29:sich besorgen: *für sich fürchten*.
- (53) Art. 108 CCC: Wo man sich aber weither missethatt vor jm besorgen müst, soll es mit jm gehalten werden, als imm hunderten vnd sechs vnd siebentzig artickel hernach daon geschriben steht... Cf. Ritter, 13 („wie es in Art. 176 bestimmt ist“).
- (54) Ritter, 13 („dann wäre ja Art. 108 umsonst!“).
- (55) Ritter, 13 („Urfehdebruch ist also nur der Anlaß, der die sozialgefährliche Gesinnung erkennen läßt“).
- (56) Ritter, 14 („nicht um selbständige Teile..., sondern...nur Beispiele von Symptome der Gesinnung“; „Ja, sogar die Gesamtpersönlichkeit wird mitunter bei der Bestrafung ins Auge gefaßt“ [:Allfeld [前注8] 7) .
- (57) Ritter, 13 („ein besonderes Maß von antisozialer Gesinnung“).
- (58) アシャッフエンブルク (高橋正己訳)『犯罪と刑事政策』([原著は1932] 有斐閣・1953) 310頁(「犯罪的意志」の「強度を測る事は困難」)参照(本書は「リストの思想的線に沿う」た犯罪学研究[小野清一郎序]という)。
- (59) 上口(前注14) 425頁 („Ritter, S. 11 f.“)。上口じしんは、本文後述3種とか2種の行為をどうみるのであろうか。因みにHippel, Robert von, Deutsches Strafrecht, 1, Berlin 1925 (Ndr. 1971) 199 (Anm. 1)は、破約と脅迫のみあげる。
- (60) この、カロリーナ (Art. 176)、バンベルゲンシス (Art. 202) の関係に関し、前注 (21) を参照されたい。
- (61) テザールは行為者の心理状態 (犯意・悪性) を示すものとしてこれに注目する。Tesar, Ottokar, Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens,

研究ノート

- Berlin1907, 27 („als Grund für die Einsperrung dieser unglaublich boshafte Person“). また Bayrhammer (前注30) 24 („Art. 176 besagt insbesondere“); Kollmann, Horst, Die Schuldauffassung der Carolina, in: ZStW 34, 1913, 652 Anm. 174も同様。 Cf. Allfeld (前注12) 7 („im Art. 176 der CCC“).
- (62) 佐瀬稔『金属バット殺人事件』(草思社・1984) 26頁(「実際の恐怖は想像を絶した」) 参照。なお本事例〔^{1980年11月川} 崎市の事件〕はく偶発犯の典型例であり、被害者(親)側が一言でも別のことを発していたら起こりえなかったであろう。こうした事件で、行為者(成人)にたいし教育刑とか目的刑(自由刑)を科すというのは、果たしてどんな意味をもつのか(なお森下忠『刑事政策入門』[成文堂・1996] 18頁〔「誇張された形で目的刑論を唱えた」〕参照)。わが国の似た(むろんまったく類似するわけではないが)事件に上前淳一郎『狂気 ピアノ殺人事件』(文春文庫・1982) がとりあげたもの(1974年 神奈川県)がある。とくにその229頁(「パラノイアの治療を受けさせ」)参照。また朝倉(後注103) 220頁以下(子殺し)も。
- (63) 拙稿(前注13) 27頁(注44 [ここではArt. 153 CCB (= Art. 128 CCC)]) 以下を参照。
- (64) 松本清張『天城越え』同『黒い画集』(新潮文庫・1982) 146頁(「ああいうのは流れ者だから気をつけなければいけない」), 176頁(「他国の恐ろしさ」)参照。
- (65) アシャッフエンブルク(前注58) 313以下(分類は「法的安全にたいする危殆化」の観点からのもの)。Aschaffenburg, Gustav, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, Heidelberg 1903, 170 („Für sie alle ist das Verbrechen Beruf“). なお吉益脩夫『犯罪心理学』(東洋書館・1949) 39頁, 村松(前注7) 12頁, 安平正吉『新刑事政策』(巖松堂書店・1953) 55頁, 吉岡一男『刑事学』(青林書院新社・1980) 76頁(注9)。すでに木村『刑事政策の諸問題』(前注37) 265頁, 同『刑事政策の基礎理論』(岩波書店・1942) 199頁。正木(前注2) 88頁また92頁(＜職業犯は常習犯の1つ＞)。
- (65a) Cf. Bettenhäuser, Hermann, Räuber- und Gaunerbanden in Hessen, in: Zeitschrift des Vereins f. hessische Geschichte und Landeskunde, 75/76, 1964/65, 275 [Anm. 1]。また, 安平(前注65) 206頁(常習犯人は「必ずしも、犯罪を職業的にしている者のみにかぎられない」)も参照。
- (66) カミュ「ギロチン」(後注76) 171頁。アシャッフエンブルク(前注58) 320頁(「犯罪は職業であり、彼等は之により、又之がために生活」)参照。類似の存在が七人による宣誓手続き(原告による 断罪手続き)にみる職業的営業的宣誓補助者(シュワアーベ ン)に知られた)であり、当手続き(この一斑についてSpieß, Pirmin, Rüge und Einung, 1988, 103-107 [„Die Übersiebnung“]を参照)の廃止に繋がり職

- 権手続きを導く。拙著『中世ドイツの刑事裁判』（多賀出版・1998）467頁（注12）（拙稿「七人による宣誓手続の廃止と自白」『熊本法学』46, 113）参照。
- (67) 牧野（前注38）117頁以下，307頁以下。また平野（前注23）22頁（「累犯者の激増」），団藤（前注1）25頁，西村克彦『刑罰の心理』（酒井書店・1956）13頁（「累犯の潮を防ぎ止め」えなかった〔グリュック〕）参照。
- (68) Zallinger, Otto von, Das Verfahren gegen die landschädlichen Leute in Süddeutschland, Innsbruck 1895, 2 („die gewerbsmässigen... die Gewohnheitsverbrecher“). Cf. Ritter, 9 (Anm.17) . また拙稿「風評と「嫌疑手続き」」（後注92）8頁（注20）。行為者の有害性をとりあげるツァリンガーの研究は、新派学説の影響を多少うけていたかも知れない。
- (69) Ritter, 10 („nicht eine Bekämpfung der landschädlichen Leute“) f.
- (70) 歴史犯罪考察への筆者の関心は、拙稿「ラントツヴィンガー」（前注13）62頁（「犯罪徴候学的視点」）以下，バーダー（拙訳）「歴史犯罪学の課題、方法および限界」『熊本法学』82（1995）58頁以下（「訳者あとがき」），ラートブルフ（拙訳）「カロリーナにおける略奪」同85（1995）61頁以下（同），拙著（前注26）247頁以下参照。
- (71) R. v. デュルメン（佐藤正樹訳）『近世の文化と日常生活 2』（鳥影社・1995）342頁（「詐欺と偽造も近世の社会では日常茶飯事」），343頁（「文字の書ける詐欺師のしたい放題」・「偽造証明書にもとづいて他人の財産…を横取り」），エンゲルス（後注115）48頁（「文書偽造は…栄職にある人達にとってはふつうの、そして好んでもちいられた詐欺」），ゼーリッヒ（植村秀三訳）『犯罪学』（みすず書房・1962）77, 103, 104頁（「偽名と偽造証明書の使用」が「職業犯罪の典型的表出形式」の1つに、「文書偽造者」・「貨幣偽造者」が「労働嫌忌職業犯罪者」の個別型の1つにあがっている）参照。なお、サザランド（後注78a）27頁（「詐欺的営業行為から生じる財産的損失は（窃盗、強盗による）財産的損失の数倍に上る）参照。公・私文書偽造関係事件判決として「週刊 法律新聞」1464号（さいたま地裁），1469号（東京地裁），1493号（札幌地裁），1514号（東京高裁）参照。宮澤（前注33）224頁（「典型的な関係犯罪」）参照。
- (72) 高柳真三『徳川時代刑法の概観』（司法資料別冊9号・1942）11頁（「反社会性やひは社会的危険性が、反道義性よりも重く取扱われる」・「似せ金銀を拵へた者が引廻之上磔」），同『日本法制史（1）』（有斐閣・1975）343頁（「反社会性やひは社会的危険性」），351頁（「似せ金銀・似秤・似枘をつくり」）参照。なお、「磔」の写真（〔岡田朝太郎入手のものとする〕）が、島田莊司『暗闇坂の人喰いの木』（講談社ノベルス・1993）の巻頭に掲載（被処刑

研究ノート

- 者は「強盗の手引きをして、主人を殺害した質屋の小僧」とされる〔高田・211頁以下〕。高柳のいう主従関係にたいする「反道義性」の犯行だ。なお<反社会性>の問題にたいし西村(前注67)87頁(「この概念に疑いをもつ」)。
- (73) なおわが国における紙幣変造とその流通をめぐる事件(1970年〔東京〕・ただし常習犯ではない)の一例として、小沢信男『定本 犯罪紳士録』(ちくま文庫・1990)206頁(千円札「19枚を切り貼りして1枚分を余計に浮かす手口」)参照。また、代言人の後身、弁護士が被告となった刑事事件の判決として、週刊法律新聞1485号(東京地裁)、1486号(東京高裁)参照。
- (74) バーン&ボニー・ブーロー(香川檀ほか訳)『売春の社会史』(筑摩書房・1991)234頁(「売春婦と高級娼婦を区別」)参照。
- (75) ゼーリッヒ(前注71)80頁以下(職業犯罪者に「売春婦、娼婦の紐Zuhälter, 婦女売買者」)参照。婦女暴行・強姦致傷につき仙台地裁「異常性と常習性は顕著」(1494号)、福岡高裁宮崎支部「被告人の性癖の強さ」(1503号)。
- (76) これに関し、カミュのことばを参照。「死刑は、犯罪をもって生活の糧かてとしているといった種類の犯罪者に発動されるべきだとされているが、すくなくともかれらに恐怖を与えているであろうか?これほど不確実なことはない(山崎庸一郎訳)」。佐藤朔ほか編『カミュ全集 9』(新潮社・1973)171頁。
- (77) なおプレティヒャ、ハインリヒ(関楠生訳)『中世への旅 農民戦争と傭兵』(白水社・1983)23頁(いかさま師は刑罰として「鼻をそぎ落とせ」という命令が出され)参照。日本の関係事例について、清水克行「「耳鼻削ぎ」の中世と近世」黒田弘子ほか編『エスニシティ・ジェンダーからみる日本の歴史』(吉川弘文館・2002)177頁以下(元來婦人・僧侶への刑)。
- (78) 大谷實『刑事政策講義 第四版』(弘文堂・1996)6頁。また牧野(前注37)45頁(「擅断の政治」)、瀧川幸辰(前注4)169頁(「カロリーナ刑法のこの惨酷な性質」)、フェルリ(後注86)394頁(「中世紀の過度厳刑主義」)参照。ただしこういった見解にたいしてはHippel(前注59)199 f.なおカロリーナで厳刑主義を示す1つは反逆(Art.124)(身体四つ裂き:公道に)・謀殺(Art.137)(車輪刑、火拵による肉体の引き裂き、刑場への引き摺り)。つくづく牧野の所論(前注38)327頁(「犯人に必要な限度を越えて刑罰を科するの必要がない」)を思いやるどころ。こうした所論はすでにベッカリーアにもみえる考え方という(藤本哲也「犯罪学原論」〔日本加除出版・2003〕6頁)(「残酷な刑罰は役に立たない。」「小谷沢[17頁]とかか)。なお隈崎渡『改訂 法学概論』(芦書房・1967)141頁。厳刑主義が宗教的なるもの(「神の怒り」といった報復思考など)と関係することはRennefahrt, H., Grausamkeit und Mitleid im Rechtsleben des Mittelalters, in: Berner Zeitschrift f. Geschichte und Heimatkunde, Jg. 1949, 43 („damit 《der gerechte zorn gottes gestillt》“)・最後に牧野英一『法律における理論の論理』

- (有斐閣・1953) 174頁 (「刑事政策は、刑の軽減という消極的なものに止まってはならぬ。…必要なものを充実するという積極的なものにまで発展せねばならぬ」) 参照。
- (78a) Cf. Köstlin, C. Reinhold, Der Diebstahl nach dem deutschen Rechte vor der Karolina, in: Kritische Ueberschau 3, 1856, 339 („die PGO. Art. 170“). 横領についてサザランド, エドウィン H. (団藤重光ほか訳) 『刑事学原論』(朝倉書店・1950) 257頁 (「横領犯人は職業的犯罪者には軽蔑されるが…このうち累犯者となるのは割合が比較的少ない」) を参照。なおかれが、犯罪社会史風の考察において「(富裕な) 階級による詐欺的犯罪」と、数百年来の「直接的な犯罪」(強盗: 侵入窃盗・誘拐: 殺人など) とを分け、前者 (社会的、政治的に (ここでは職業) 強力) なる者の犯罪 (犯も含みうる) が「はるかに有害なもの」と指摘する (84頁) のは、本稿の視点からいっても興味深い。また岩井弘融『現代社会の罪と罰』(NHKブックス・1977) 169頁 (「たとえば、企業の幹部による計画 (的、合法的な未報告収入と脱税」) を参照。cf. Geus (後注79) 94 (Amm. 398).
- (79) 平松義郎「徳川幕府刑法に於ける窃盗罪 (3・完)」『国家学会雑誌』66の5・6・7 (1952) 83頁 (注2) および「破開踰越盗」(Art. 159) (これは「悪心」の行為とされる) につき87頁以下。Oehler, Dietrich, Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung, Münster i. W. 1950, 67 (Anm. 4) f. また Schönfeld (後注110) 51 („die äußerst kasuistische Regelung“); Geus, Elmar, Mörder, Diebe, Räuber. Historische Betrachtung des deutschen Strafrechts von der Carolina bis zum Reichsstrafgesetzbuch, Berlin 2002, 88 (Anm. 363), 92 (Anm. 387). 上記「破開踰越盗」つまり「破開侵入盗者 (Einbrecher)」は専門職業犯であった (ゼーリッヒ [前注71] 87頁 [「作業方法は、特別の専門化と相当長い訓練とを必要」]) 参照。
- (80) ここには、加重原因が複数あるとき刑罰は、最も重い加重原因に基づくべし、とある。わが国刑法では「長期に半数を加えた加重刑」を規定する (47条) が、これは「行為者の反社会性・危険性を考慮したもの [金沢]」とされている (木村亀二編『体系刑事法事典』[青林書院新社・1974] 339頁右段)。なお加重盗について、牧野 (前注37) 190頁 (「加重窃盗の諸種の場合は、営業的犯罪という観念に相当しているものでない」) 参照 (加重盗人は職業犯罪人に)。当たらずとも似ていることか (ラシツクネイト)
- (81) 参考までに、パウマン, ラインハルト (菊池良生訳) 『ドイツ傭兵の文化史』(新評論・2002) 126頁によれば、16世紀初期傭兵一兵卒の給料は月4グルデンが基本だったが、これは「高給」とされる。上口 (前注14) 389頁も参照。
- (82) 盗みの徴表の1つに、盗犯発生の場所を被疑者と目される人物が侵入用の道具 (zeugen) を帯び「徘徊していた (vmbgangen)」ということがある (Art.

研究ノート

- 43 § 2 CCC)。なおカロリーナの徴表理論について後注 (92) を参照。
- (83) Art. 157 (標題:) allerschlechtesten heimlichen diebstahl; (本文:) heimlicher vnd geringer diebstahl. Cf. Seggelke, Günter, Die Entstehung der Freiheitsstrafe, Breslau 1928 (Ndr. 1977) 33 (Anm. 171, 172); Geus (前注79) 93 (Anm. 390); 『西洋法制史料選 3』(創文社・1978) 53頁。
- (84) Schönfeld (後注110) 48 (Anm. 24: bürgerlich zu strafende Diebe), 48 Anm. 21: Art. 142 CCC [正当防衛と原告の立証をめぐるもの]: „zu buß vnd besserung“ : Geldstrafe und Ersatzleistung. 守山正・西村春夫『犯罪学への招待 第2版』(日本評論社・2001) 125頁 (「ローマ時代にも通常の窃盗には、小野(前注17) 378頁 (「ゲルマン法における私法的賠償的な刑法」), 木村(前注49) 336頁参照。牧野は「犯罪の大部分は財産罪殊に窃盗罪」として「刑法も亦賠償問題に対して無関心であってはならぬ」との主張 (イタリヤ学) に注目 (同『刑法改正の諸問題」[前注1] 117頁以下)。なお瀧川幸辰「刑法」恒藤恭監修『法学研究入門』(ミネルヴァ書房・1955) 102頁 (「微罪の多くは財産罪」), フェルリ『犯罪社会学 [下]』(後注86) 361頁 (「国家の機能」として、軽罪の偶発犯人にたいし「隔離刑に代る制裁」) 参照。Cf. Temme, Richard, Ueber den Betrag des Diebstahls, Erlangen 1867, 41 („so ist doch eine actio poenalis private hier durchaus ausgeschlossen durch die Worte: „und wenn solcher Diebstahl nachmals erfahren wird... [Art. 157] ““).
- (84a) ある種司法の格差である。ブラジウス, ディルク (矢野久ほか訳) 『歴史のなかの犯罪』116頁 (「(軽微な) 窃盗は「貧困な民衆(層)」の日常的現実」の1つとってよい) 参照。Blasius, Dirk, Kriminalität und Alltag, Göttingen 1978, 53. また山田 (前注29) 240頁 (「困窮したために」)。
- (85) Cf. Allfeld (前注8) 8 (Anm. 1). これは犯罪徴表説にたいする批判側からの、見解の1つ。牧野すらく暗闇には街燈を>と一般予防論 (社会の改良策) 論を唱え、環境犯罪学を先取りしていた。牧野 (前注31) 88頁 (「街路に点燈を十分ならしむる」)。なお環境犯罪学について守山・西村 (前注84) 51頁以下, 53頁 (「道路の一部を変更」) 参照。また守山編著 (前注10) 55頁 (「従来、犯罪原因論が犯罪者を特定の人種、階層に集中して議論したことに対する反省」として環境犯罪学の提唱) 参照。
- (86) フェルリ, エンリコ (山田吉彦訳) 『犯罪社会学 [上]』(而立社・1923) 214頁 (「犯罪者の矯正不可性を示すもの」) 参照。なお当条Art. 162 (三盗) の規定が後世の累犯対策におよぼした影響について正木亮『刑法と刑事政策』(有斐閣・1966) 52頁 (「三度目の窃盗だからといった一概には改善不能とみることの不当が叫ばれた」) を参照。
- (87) このことばについて藤本哲也『刑事政策概論 [全訂第三版]』(青林書院・

- 2003) 433頁(「危険な常習的累犯者」)参照。また同430頁(「我が国の改正刑法草案は、累犯と常習犯を結合して、「常習累犯」という新しい概念を作り出した)、宮澤浩一ほか『犯罪学』(青林法学双書・1995)201頁(「「常習累犯者」という混同された概念」)参照。岩井弘融『犯罪社会学』(弘文堂・1978)207頁以下に盗みの常習累犯者事例三つがあげられておりいずれも興味深い。
- (88) Cf. Rath, Brigitte, „und wolt das Schwert durch in stossen.“ Zur physischen Gewalt in Südtirol um 1500, in: L'Homme 7, 1996, 60 (Anm. 19): „Die Dominanz von Eigentumsdelikten und ein Überwiegen der Männer“). 守山(前注84)124頁(「[ほとんどの国で] 窃盗の比率が圧倒的に高い」), 木村光江(前注8)2頁(「刑法犯の王様」), フェルリ(前注86)223頁(「窃盗が最大比率の再犯者を有し」)。窃盗犯数は『犯罪白書』[平成11年版]5頁, 同[同18年版]6頁参照。また福島章『犯罪心理学入門』(中公新書・1994)153頁(「罪悪感に乏しく、再犯が多い」), 三田庸子『婦人と犯罪』(日本評論社・1950)66頁(「ついに窃盗を働き」)参照。
- (89) 現刑法がただ1つの箇条(235条)をもったことを牧野は「吾々の主張通り」という(「前注38」212頁)。ただし盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律(1930年⁶月施行)について牧野(前注84)45頁(「煩瑣な犯罪態様が再び認められるに至った」)。なお前注(1)本文牧野の発言(「簡単なこと」)参照。
- (90) 守山・西村(前注84)129頁(「(窃盗)犯行の手口は職業犯と素人では異なる」)参照。山田(前注29)239頁(「常習的に盗んだ場合」)。
- (91) これに関し牧野英一はドイツ刑法草案(1927年)を紹介。『刑法における重点の変遷』(有斐閣・1929)223頁(「すでに2回刑に処せられた者が、(累ねて罪を犯すことにより)慣習的犯罪人と認められるときは、特に刑を加重」)。現行ドイツ刑法の窃盗は山田(前注29)239頁(「細かく分け」)。
- (92) カロリーナの徴表理論については拙稿「風評と「嫌疑訴訟」について」『熊本法学』157(2023)8頁以下, 同「徴表と有罪の理論をめぐる一問題」同130(2014)116頁以下。なお前稿ではベッカリーアがあげていた徴表定理を紹介し損なっていたのでこの場を借りて補いたい。「徴候が徴候同士の間でのみ証明として有効であるにすぎない」ときは、犯罪の徴候をどれだけ多数集めても証明力はない、と(小谷真男訳『犯罪と刑罰』[東京大学出版会・2011]45頁)。つまり、徴表はたしかに複数存在しているが、それぞれが独立したものでなく、たがいに依存しあっていて1つの徴表が効力を失うとおのずとほかのそれも同じ運命をたどるといった徴表は、徴表の名に値せぬということ。また佐藤晴夫訳『ベッカリーヤ「犯罪と刑罰論」』(フランス

研究ノート

新訳 [1966]・矯正協会・1976) 103頁参照。以上は、現今の、とくに物証のない捜査にとって難しい課題を投げかけよう。判例がこうのべるのは、その証左であろうか。「状況証拠を総合すると、被告人が犯人であることについて、合理的な疑いを越えた立証がある (福岡高裁)」(1473号), 「全証拠を総合しても…証明されたとはいえない (京都高裁)」(1490号)。つまり、状況証拠 (あるいは証拠) を「総合して」やっと立証できるということ。捜査に関し「捜査官による誘導が認められる」・「現場検証などもおごなり」(仙台高裁 [現住建造物等放火事件]) (1522号) というのも関係しよう。

- (93) Schroeder (前注13) 155 (Art. 39): *reysig*: berittene Söldner. — *fußknecht* :: Fußsoldaten. Cf. Geus (前注79) 90 (Anm. 375) f. なお兵士身分となるのは、ウェアフェーデ誓約者その後他郷で生きのびうるほとんど唯一の方法であったとされる (Maass [後注99] 197のさし絵)。
- (94) 奥野健男『太宰治論』(新潮文庫・1991) 153頁にみえることば。
- (95) 木内信敬『ジプシーの謎を追って』(筑摩書房・1996) 118頁。水谷驍『ジプシー』(平凡社新書・2006) 52頁 (「地元社会に…」も参照。なおブロック, ジュール (木内信敬訳)『ジプシー』(白水社・1979) 19頁 (「巡礼と偽った連中の評判は…ますます傷ついてゆく」)。他方ゼーリッヒ (前注71) 67頁 (ジプシーは「或る種の仕事 [舞掛け、鉄研ぎ、熊追い、音楽]」にだけ嗜好と熟練を持ち、その外は習慣的な窃盗と詐欺で生活), ダンカー, ウーヴェ (藤川芳朗訳)『盗賊の社会史』(法政大学出版局・2005) 395頁 (近世の通達では「盗賊、ならず者、放浪者、ジプシー、乞食が十把一絡げにあつかわれ」る) 参照。
- (96) 拙文「よそもの都市」『比較都市史研究』40 (2021) 37頁参照。他方、ゼーリッヒ (前注71) 67頁 (「職業犯罪団にはユダヤ人が絶間なく合流した。…(かれらは) 迫害のために保護と生業を失った者」らであった) 参照。
- (97) Zeumer, Karl (Hg.), *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit* 2, Tübingen 1913 (Ndr.1987) p.283 §7.
- (98) バウマン (前注81) 194頁および199頁。なおわが国塵芥集 (1536) に「宿泊人が盗人であることを知らぬ善意の宿主にすら責任を負わしめ」た事例がある (隈崎渡「盗罪重視と恩赦の限界」『法学新報』61の3 [1954] 12頁)。また略奪 (強盗) について大阪地裁 (強盗致傷事件)「犯行は、職業的で常習的」(1481号) を参照。
- (98a) 望月市恵訳『阿呆物語 上』(岩波文庫・1968) 85頁,87頁。Hans Jacob Cristoph von Grimmelshausen, *Der abenteuerliche Simplicissimus*, Stuttgart 1996 (Reclam), 59 („Antipathia, die sich zwischen Soldaten und Bauren enthält“), 60

- („Hunger und Durst“). なお、兵隊・百姓間の憎しみが語られるが、プレティヒヤ（前注77）197頁（「ランツクネヒトも、結局は農民と職人の子弟」）218頁（「同じ身分」）、平野（前注23）10頁（「小君主達は、これらの者を傭兵として」）参照。また朝日新聞西部本社2023年7月4日文化欄「傭兵」（14世紀以降「歩兵は、農民出身者で担う」）参照。
- (99) Rath（前注88）60（„Tätergruppe der Landsknechte bei Gewaltdelikten, Diese „neue“ Berufsgruppe...“）.なおランツクネヒトを描くさし絵にMaass, Max Peter, Halsgericht, Darmstadt, 1968, 103, 113, 181, 193. 厳密にいうと職業人といえるのは、<傭兵隊長>（契約が土台となっていた）ひとりという（下村寅太郎『ルネッサンス的人間像』（岩波新書・1992）180頁）。
- (100) 吉益脩夫『犯罪学概論』（有斐閣・1958）48頁以下。
- (101) ジブシーとの関係についてゼーリッヒ（前注71）67頁（土着住民のなかから「小グループが分離し、ジブシーに倣って馬車や一輪手押車で地方をさまよひ、生物学的にも特殊な人種と化した。」「一部はジブシーの影響のため、一部はジブシーとの混合のためである」）参照。
- (102) Cf. Kunze, Michael, Der Prozeß Pappenheimer, Ebelsbach am Main 1981, 16（„Kesselflicker“）.なお拙稿「近世ドイツ魔女裁判関係史料二題（2・完）『熊本法学』51（1987）169頁上段注（1）以下参照。
- (103) ゼーリッヒ（前注71）78頁（「浮浪者 Landstreicher (Vagabunden...) は乞食か小窃盗で生活し」）、メツガー、エドムンド（吉益脩夫訳）『犯罪学と刑事政策』（朝倉書店・1944）266頁（「特有な集群として乞食と浮浪者」）参照。乞食一家（4人）を描くさし絵としてMaass（前注99）209. なおわが国について朝倉喬司『続・犯罪風土記』（秀英書房・1984）210頁（「乞食というのはやっぱり、神の使いというか」）参照。
- (104) 牧野（前注38）93頁。また木村亀二「刑法に於ける人間」『法学』6の4（1937）10頁（「現代の産業組織の中に於て失業と貧乏とに追いつめられ」）。なお木村亀二「犯罪と社会」田辺壽利編『法律と犯罪』（社会学大系・石泉社・1953）183頁（「経済関係が最も重要な犯罪的環境」）、メツガー（前注103）285頁（「特に経済的な関係からの所産 [リスト]」）、藤本哲也『犯罪学講義』（八千代出版・1995）334頁（「私に言わせれば、本来、経済的理^{きつだい}由によって説明されるべき^{きつだい}元春問題」）参照。
- (105) 高村象平『資本主義の歴史的問題』（泉文堂・1948）85頁。鞭打ち刑、烙印刑などの関係で木村亀二『刑事政策の基礎理論』（前注65）321頁（「農地を追われ…その結果都市になだれ込んだところの浮浪人・乞丐^{きつがい}」）参照。なおドイツ鉱山業・冶金業の展開につきラペール、アンリ（染田秀藤訳）『カール五世』（白水社・1975）129頁以下参照。また拙稿「森林犯罪告発人制度

研究ノート

- 管見（2）」『熊本法学』126（2012）92頁（「（鉱山業）労働者と農民との折り合い」）、126頁（農民団体と鉱業労働者が絡み合う）、同「管見（3・完）同128（2013）53頁（「貧困問題が顔を出して」）参照。
- (106) ルター「農民の殺人・強盗団に抗して[1525年5月]」ルター『ドイツ農民戦争』（ルター著作集分冊 6・聖文舎・1973）97～98頁（「国土に放火し、それを荒廃せしめる大火」・「寡婦と孤児をつくりだし」）参照。農民戦争における殺戮の一シーンとしてMaass（前注99）119のさし絵参照。
- (107) cf. Pfaff, Karl, Die Landstreicher und Bettler in Schwaben, vom sechszehnten bis in das achtzehnte Jahrhundert, in: Zeitschrift f. deutsche Kulturgeschichte, 2. Jg. 1857, 435 („nach dem Bauernkrieg [1525] “).
- (108) 拙稿「弾劾と糾問をめぐって——テロール刑事裁判令（1499年）とカロリーナから」『熊本法学』154（2022）36頁（「精励監視の目」）、53頁注（123）: auff dem Lannd sain trew fleyssig aufsehen auff die absager haben（1496 April 10）、同「風評」（前注92）35頁（「司直の監視」）、37頁（<監視と介入>）。ユーゴー（豊島与志雄訳）『レ・ミゼラブル（2）』（岩波文庫・1989）14頁（「監視違反の者」）、19頁（「警察の監視下」）参照。
- (109) 菊田（前注1）620頁（「密売買、やみ商売、脅迫、ゆすりを業とするもの」）、岩井（前注78a）98頁以下（「マフィアの組織」）参照。
- (110) Art. 161 CCC: darumb mag der selbig dieb inn branger gestelt, vnd das land verbotten, oder inn den selben zirck oder ort, darinn er verwirckt hat, ewiglich zu bleiben verstrickt werden, nach gefallen des Richters, auch nach der besten form ewige vrphede thun. 文中の „verstrickt“ すなわち „verstricken“ はGötze（前注52）80には „verhaften“ とありSchroeder（前注15）には „verstrickt: verpflichtet“ とある。Cf. Grolman, Karl v., Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 4. Aufl., Giessen 1825, 68 („Verstrickungen [confinationes] “)（なお拘禁の場所〔居室内・家屋〕；内などもある〕・期間はさまざま）；Schönfeld, August-Wilhelm von, Die Verstrickung. Eine Strafe des Artikels 161 CCC, Bonn Diss. 1964, 41～51を参照。ただ「地区」内拘禁はカロリーナ箇条上 Art. 161 にのみ存する（S. 50, 51）というのは、正しくなく Art. 176にもみえる（本文後述）。
- (111) 上口（前注14）はArt. 176の裁判区内拘禁にはふれない（この点は、リ）がArt. 161のそれには、クラーセンの注解を紹介する（403頁）。「官憲の監視下で生活しうる場所に留め置くほうが追放より安全」である、と。再盗者に「悪性及び悪意」がうかがいいうるとき、追放は一般人に「危険が伴」うからとみるのが、クラーセンの考えのようである。

- (112) Schönfeld (前注110) 50 („Strafskala erweitert“). 「刑罰の個別化」については木村編(前注80) 338頁以下。なお渥美東洋『罪と罰を考える』(有斐閣・1993) 88頁(「共同体からの追放は犯行の潜在力を他の社会共同体に移し替えるに過ぎない」)参照。
- (113) 細川亀市「近代的自由刑の誕生」『専修大学論集』18(1958) 38頁(「カロリーナにおいて監獄は未決監であり「例外的に保」安施設(Sicherungshaft)であった」)を参照。
- (114) Ritter, 59 („die Ansicht Herkulans als die richtige“).
- (115) 高橋理「16世紀西南ドイツ農村における法と裁判」『東洋女子短期大学紀要』1(1966) 56頁(注25), エンゲルス(大内力訳)『ドイツ農民戦争』(岩波文庫・1968) 45頁。
- (116) 正木(前注86) 80頁(注2)は、これら3条を「不定期刑」(教育刑ならぬいわば「懲報的不定期刑」)を語るものとして紹介する。「将来の犯罪を防ぐ意味において不定期間じゅうぶんなる保安処置をうけるために監獄に拘禁」される、と。
- (117) 森本(前注12) 99頁。ただ、続けて「嫌疑刑、善行保証、矯正的事後拘禁のほか、懲治監、労働所への収容があった」とのべるところは「善行保証」(「供託金を条件に社会内での生活を許可」上田[前注7] 132頁)は格別、本条からは出てこないが。なお、安平(前注65) 375頁も「第一七六条は、一定人にして犯罪的行動が予想される場合は云々と、保安処分登場の関連から、森本と同様言及していた。
- (118) Cf. Ritter, 55f. („das Gefängnis...zur Sicherung und nicht zur Strafe“).
- (119) この点について上口(前注14) 426頁は「保安処分にはかならない」という。「保証の提供によって[刑罰を]免れうる」から、と。保安風処分とはいわずのっけから保安処分とみる。これに関連し、3点問題を出したい。(a) 保証の提供がないとき、どんな刑罰が下るのか。(b) 刑罰と保安処分の二元主義が前提にあるようだが、このばあい保安処分とは、現行ドイツ刑法のそれ(瀧川春雄[前注4] 55頁, 守山・西村[前注84] 177頁以下)が念頭にあるのだろうか。もしそうとするとドイツにおける保安処分の魁がみいだされるということなのか。保安処分は、改正刑法仮案(1940)第15章がのべるとおり重要な法律語の1つであり(加藤久雄『ボーダーレス時代の刑事政策[改訂版]』[有斐閣・1999] 132頁[「刑と処分」の二元制]参照)現今そのことばを使うとき、もう少し説明が要るのでは。(c) 犯人の危険性と保安処分との関係がよく論じられる(一例に安平[前注65] 373頁[「危険性の防止乃至改善への手段」], ラートブルフ[前注2] 161頁, 熊倉[前注3] 195頁, 上田[前注7] 133頁, 藤本[前注87] 193頁, 岩井[前注2] 109頁)が、この辺りのところはどうみるのだろうか。

研究ノート

- (120) 拙稿「カロリーナと弁護の問題」『熊本法学』151 (2021) 15頁 (注50):「貧困のゆえに負担しえぬ [Art. 47§2 CCC]」参照。なおゲレメク、プロニスワフ (早坂真理訳)『憐れみと縛り首』(平凡社・1993) 175頁 (1520年代ニュルンベルク、シュトラースブルク、イーブルにおける「貧民保護」)、デーヴィス (成瀬駒男ほか訳)『愚者の王国 異端の都市』(平凡社・1987) 46頁 (リヨンについて「通りに貧困が押し寄せた」) 参照。
- (121) 拙稿「告訴手続と札問手続」『熊本法学』71 (1992) 73頁 (注1), 74頁 (注2)。
- (121a) 原告の出現は、司直が原告に訴訟を促す事情に基づくというようには、考えられぬか。もしこうした事情に基づくとして、ではなぜ訴訟を促すのか。訴訟の経費 (一部であれ全部であれ) を原告に可能なかぎり負担させるため、とはみてとれないか。以上については、「原告は、それ (延滞への) について相応の保証を供するべし [8]」とあるところが、傍証とはならぬか。
- (122) むろん行為自体にも<危険性>はある: 津地裁 (運転は「無謀…その危険性に照らせば」[1498号]) 参照。
- (123) 別役実『犯罪症候群』(ちくま学芸文庫・1992) 28頁。
- (124) 「定型刑法」は因藤 (前注1) 37頁 („Typenstrafrecht“) のことば。また朝倉 (前注22) の発言 (「無形のもの」) 参照。
- (125) 徴表主義の立場は、戦前京城における累犯窃盗事例で前科に意義を認めていた。「犯人が前科者たるの理由によって相当の重刑が量定せられて」いるのは「徴表主義の刑法理論が殆んど完全に近く実践にうつされている」証拠であると。不破武夫『刑の量定に関する実証的研究 [増訂版]』(巖松堂書店・1943) 127頁。また同128頁 (「悪性の犯罪」), 132頁 (「徴表主義の理論が、甚だ忠実に実践」) も参照。なお徴表説は刑の量定を (たんに「算術的な問題」ではなく) 「犯罪に関する中心問題にまで高めた」とされる (竹田 [前注1] 124頁)。前科にふれる判例に、岐阜地裁高山支部 (強盗事件) 判決「前科、前歴がなく更生の姿勢がうかがえる」(1466号), 広島高裁「過去に犯罪歴がなく」(1492号) 参照。現今前科をめぐる一問題に正木 (前注86) 185頁 (ドイツの一法曹の遺言: 「犯罪人名簿を廃止せよ」) 参照。
- (125a) 拙稿「[モルトアハト (mordtacht)] の裁判」『熊本法学』153 (2021) 71頁 (「なにが論議されている」のか) 参照。
- (126) John, Ueber Landzwang und widerrechtliche Drohungen, Göttingen 1852, 45 („mit seiner eigenen Person“).
- (127) 竹田 (前注1) 124 (徴表説においては「責任と悪性とは同一視」される) 参照。ただし、リスト自身の所論について同83頁 (責任は「行為者の反社会的情操と言うことに尽きる」とまではのべていない) を参照。

- (128) およそ一般に、犯罪者を含めた逸脱者とその集団のありよう、またその由来するところについて、さまざまな理論と、これらの相互関係論は、たとえば、藤本哲也『犯罪学入門〔補訂版〕』（立花書房・1997）55頁（「学説史的展望」）以下、宝月誠『逸脱とコントロールの社会学』（有斐閣アルマ・2004）85（「逸脱行為の生成」）以下参照。
- (129) 反社会的（antisozial）、非社会的（unsozial）な人物群については、ラートブルフ（前注4）160頁以下（ドイツの古い刑法草案は、反社会的な生活様式にある者〔窃盗犯、詐欺犯、暴力犯など〕と、非社会的なそれにある者〔浮浪者、乞食、売春婦など〕とを分ける（これは古来の刑法にはなかった）ことで保安処分や行政処分を導き入れた）参照。なお、岩井（前注78a）196頁（逸脱者の一例に、「職業犯罪者」のような「面従腹背の逸脱者」；「浮浪者や麻薬耽溺者など」の「退行型の孤立者」）を参照。
- (130) Hippel（前注59）199は、一面で、そう捉えるようだ（„anscheinend italienischen Einfluß“）。なお拙稿「徴表と拷問をめぐる中世イタリア法学者の学説・覚書」『熊本法学』79（1994）180頁（「徴表が事実の性格を知らせてくれ」る）。
- (131) 牧野（前注37）209頁、牧野（前注38）215頁、木村（前注49）398頁（「行為は…行為者と切離して意味を持」たぬ）参照。なお瀧川幸辰（前注4）141頁（「行為となって現われない犯罪的意志を罰すること…は許されない」）、小野（前注17）48頁（「明らかな行為を捉へること」）参照。
- (132) Cf. Brahmst, Claus, Das hamburgische Strafrecht im 17. Jahrhundert. Der Übergang vom städtischen zum gemeinen Strafrecht, 1958, 106（„Am häufigsten kam der Einbruch als Bruch der geschworenen Urfehde vor“）。
- (133) メツガー（前注103）340–341頁。
- (134) 前野育三（前注10）126頁（追放は「下層階級の犯人にとっては想像以上に過酷な運命につながる」）参照。
- (135) 牧野英一『法律における具体的妥当性』（有斐閣・1948）221頁（「必要な範囲にまで節約」）参照。なお藤本哲也「日本行刑の特質」『比較法雑誌36巻臨時増刊号 2002』142頁（おれ〔アメリカ人受刑者〕なんか5年くらっても不思議じゃなかったのに、判決は2年だった）、三田（前注88）72頁（提言：「初犯では、女子に限り、執行猶予とする」）参照。施設拘禁によって起きるもの（紀田順一郎『牢獄の思想』〔三一書房・1971〕137頁〔「獄原病」〕、ウィルソン〔関口篤訳〕『現代殺人百科』〔青土社・1988〕131頁〔「長期におよぶ入獄の恐怖」〕）も刑の節約問題に深く関わっている。山田（前注29）172頁（「短期自由刑に代わる罰金刑」）もしかり。