

|      |                                  |
|------|----------------------------------|
| 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(三)・完 |
| 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(4): 717-730       |
| 発行日  | 2004-03-31                       |

資 料

# 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 (三)・完

ラインハルト・モース  
吉田 敏雄(訳)

## 目 次

- 一 ベッカリーアのオーストリアとの人的結びつき (第三九卷第二号)
- 二 啓蒙された絶対主義の時代 (第三九卷第二号及び同第三号)
- 三 自由主義的市民階級の時代 (第三九卷第三号及び同第四号)
- 四 現代のベッカリーア・ルネサンス (第三九卷第四号)

社会を保護することが刑法の目的であるとする事で、リストは社会学的刑法学派を樹立したのである。この学派は周

知の通り、とりわけカントの観念論哲学に従う古典学派と対立する。リストはカントの支持者を批判したが、それはカントがすでに一七九七年に明らかにした、一七九四年に逝去したベッカリーア批判に答えるものだった。カントは功利主義を拒否した。カントにとり、法とは万人の外的自由を可能とするための外的、形式的強制秩序(「外的自由の形式的条件」にすぎなかった。法に付着する目的あるいは実質的なものの領域は、カントにとり、専ら個々人の道德性の問題であって、

個々人に特定の目的を自分自身の義務にする内的自由が割与えられていたのである。「幸福理論」はカントにとり道德の領域にしか存在しえなかった。目的被规定的法というものは、常に目的自体であるべき人間を他者の目的のための手段扱いするものだ<sup>(14)</sup>。これこそが、その本質的帰結であったのである。観念論者も現実主義者をも依然として同じく魅了している。それ故刑罰は「犯罪者自身、又は市民社会のためにも一つの善を促進する手段として用いるようなことは決してしてはならない」のだから、刑罰の正当化は、「犯罪者の内的悪意と釣り合いのとれた」反転応報という絶対理念にあった。「一般的、先験的に根拠づけられた諸法則に従うと」、そこ<sup>(15)</sup>にしか正義はあるべきでない。したがって、カントは、法と道德の分離にもかかわらず国に、道德を裁く法を与えたのである、さらに啓蒙にもかかわらず国を実際上は神の場所においてなのである。ベツカリーアの友人、グラザーは、後に、これにつき適切にもそして嘲笑して、キリスト教信仰を当てこすってこう言った、カントは、「生者と死者を裁くために」やって来た<sup>(16)</sup>と。

もとより「ベツカリーア侯爵」の死刑反対の呼びかけはカントを怒らせたのであり、社会的目的思考はカントの立場か

らは正義の没落を意味した。カントが、条件付き社会契約から生命権を技巧的に法理論的に根拠付けるベツカリーアのやり方を論難した、「全くの詭弁、法の曲解」はなお学問的に取り組むべきものの一つといいたい。さらにカントは、これとは別の世界に属することとして、ベツカリーアの論証に表れていた人間尊重を軽蔑して「取り澄ました人道性の共感的感傷」だと言って片づけてしまった。カントは、「刑罰を免除するとか刑の軽減のみであつても、こういった利益を見つけたすために、幸福理論の蛇行線を這って通り抜ける者に災いあれ<sup>(17)</sup>」と言つて、ベツカリーアの相対主義に警告を発せねばならないと考えた。ここに冷たい観念論者と博愛主義の現実主義者が対峙している。前者は、形而上的に絶対的で、抽象的な理論が無条件に貫徹することを必要と考え、後者はこの世の万人に相対的に善なるものの実現可能性を認識したのである。

この両極——目的のない応報と目的のある犯罪防止——は依然として魅力を維持している。またもや、刑法のための目的理論は、効用に価値関係的限界が設定される場合にだけ、実りあるものになることが明らかとなる。このことに、ベツカリーアとリストは、自由主義と人道主義の理念で配慮した。

ベッカリーアもリストも観念論的功利主義者だったのである<sup>(18)</sup>。

社会的そして自由主義の思想の中にあつた政治的爆発物は、リストの場合、ベッカリーアほどには放出されなかった。この二人の新しい水平線の宣言者は上流市民階級に所属し、したがって政治的転覆は考えなかったのである。「革命ではなく、改革が標語である」、このリストの標語はすでにベッカリーアのそれでもあつた。リストも設立者となつて一八八九年に創設された国際刑事学協会（IKV）はその設立総会において明らかに一七六四年の啓蒙の刺激に与していた。ベッカリーアとヴォルテール（Voltaire）の時代は、この両者が言うには、世論はこれらの改革者に従つたが、法律家は「依然として揺るぐことなく過去にしがみついていた」。しかし今や逆に法律家が動揺している、何故なら「権威、規律、警察の数百年」というものが犯罪を減少させることに成功しなかったということに気づかされたからである<sup>(19)</sup>。法律家はベッカリーアの遺言を持ち出し、今一度これを現在に義務的に相続させたのである、つまり応報や抑圧が刑法の任務ではなく、社会防衛がそれである。

特筆すべきは、一九世紀末葉に、リストのグラーツ時代の

同僚で友人でもあつたユーリウス・ヴァルガ（Julius Vargha）がベッカリーアと社会の目的的保护という国際刑事学協会の思想をさらに発展させたということである。しかしその情熱的訴えはオーストリアでは反響を呼ぶことなく終わった<sup>(20)</sup>。一体なぜ処罰するのがその二巻からなる『刑罰奴隷の廃止』（二八九六／九七）の基調だった。「今までの形而上学的理論」の代わりに自然科学の思考様式、人類学的、社会学的研究を利用するならば、そしてこれを徹底して「倫理的文化」の主張と、これにはキリスト教も対応するのだが、結びつけるならば、つまり「未来の刑罰はいずれにせよ復讐とは全く関係のない、受刑者にも人間の尊厳を尊重する法主張手段」となるべきとの主張と結びつけるならば、不可避免的に「刑法反作用の徹底した倫理化と人道化」に至ると<sup>(21)</sup>。ベッカリーア以上に、ヴァルガは「無条件の人間尊重」と「共感」を「新しいいわゆる自然科学的道德」の核にそして法の基礎に据えた<sup>(22)</sup>。したがって刑罰は「正しい方向を示すこと（Zurechtbringung）」へと変質したことになる<sup>(23)</sup>。ベッカリーアの時代の幼稚な威嚇心理学にはなお重要だった害悪賦課が、効果を達成するのに足りる最小限の負担だけを認めたベッカリーアの程度原則に従い、かなりの程度まで国による「保護・援助・監督・

料 及び後見法」によって代替できた。<sup>(136)</sup> 刑事政策はヴァルガにとり、ベッカリアと似て、「社会政策の最重要な部門」の一つだったのである。<sup>(137)</sup> ヴアルガはそのための諸提案をしたが、ようやくそれに対応できるほどに現代社会が成熟しつつある。<sup>(138)</sup>

国際刑事学協会は、犯罪原因を探究することによって刑法を改正することを目的としていたが、ベッカリアが要求していたように、これによって「社会と個人の被害を最小限にとどめ」社会保護の目的を実現しようとしたのである。<sup>(139)</sup> 原因研究は、ベッカリアとオーストリアの間に内的関係を作り出すより広い領域へ、つまり犯罪学へと移行した。当時のはやりに対応して、ベッカリアは自然科学的思考に魅惑されていた。その作品全体が現実の原因と作用の原則に依拠している。したがってベッカリアは刑法と、作品の中心にあった刑事政策の前提として、本当のところすでに犯罪学を据えていたのである。<sup>(140)</sup> それ故今日ベッカリアは犯罪学の父の一人と見られる。この意味でドイツ犯罪学会はその一九六五年に設けられた、特別に功績のあった犯罪学者に授与される名誉勲章の名称にベッカリアの名前を用いたのである。<sup>(141)</sup> 但し、独自の学問としては、犯罪学は一九世紀末葉の自然主義と発展思想の全盛期に生み出されたのである。オーストリアにお

ける犯罪学の重要な代表的人物はヴァルガでありハンス・グロース (Hans Grob) だった。グロースも自らリストの支持者であると名乗った。ヴァルガの犯罪学に関する著作は注目されないで終わったが、<sup>(142)</sup> 刑事訴訟に役立つ犯罪捜査学を実践的学問にまで高めたグロースは世界的名声を得た。<sup>(143)</sup>

#### 四 現代のベッカリア・ルネサンス

如何に多くのことをベッカリアに負っているか、国の権力と個人の関係において自由主義と人道性を取り戻す必要が依然としてあること、こういった認識を新たにしてくれたのが、人道犯罪を犯した国家社会主義であることには疑いようもない。国家社会主義は功利主義と共同体思想を、自由主義的人間尊重によって限界づけることをせず、ただその権力の貫徹にのみ利用したのだった。権威的法思想からの決別、個人尊重ということによってベッカリア・ルネサンスが生じた。ニーチェの意に反して、<sup>(144)</sup> 「古風な」市民的啓蒙目的論が先導的光 (das wegweisende Licht) であることが明らかとなるが、それは啓蒙 (Aufklärung) の英語訳「enlightenment」に実にうまく言い表されている。後期啓蒙も、理性の根拠からは説得されことのない、そしてベッカリアの意味での「魂

の感受性」に相応しない、単にしきたりとなった、押しつけられた、あるいは形式的な權威に執着することに依然として批判的に対応している。<sup>(16)</sup> 後期啓蒙は、形而上学を法理解に持ち込むことに抵抗する。したがって啓蒙は、責任と贖罪の概念で宗教の非合理的深みにまで入り込む刑法において、依然として感情的抵抗にぶつかざるをえないのである。

ベッカリアの刑事政策は、刑罰に依るのである他の処分に依るのである<sup>(17)</sup>、予防による社会防衛にあった。刑罰は人間の「はつきりとした動機」に訴えるべきであり、「人間の魂の中に持続的印象を残すべきである」<sup>(18)</sup>。なるほどベッカリアは、こういったことで、絶対主義の抑圧的考え、特に消極的作用、つまり威嚇を理解した。「印象説」と呼べるベッカリアの方法論からすると、予防目的は、統合的民主主義という今日的視点からすると、積極的方法でずっとうまく実現できる、つまり行為者と一般の人々を法的に保護された価値へ内的に肯定的に結びつけることによって実現できるのである。ベッカリアの主関心事をさらに発展させると、行為者と一般の人々の教育、価値妥当性確認という現代の予防的刑法目的、いわゆる積極的特別予防、積極的一般予防に行き着く。これは広く威嚇に取って代わることができるのであり、それ

は非合理的応報を抑圧するということを論じているのではもはや全くない。<sup>(19)</sup> ベッカリアは社会の損害ということで、損害を生じさせる行為によって惹起される「悪しき例」をも理解したのだが、一般予防はベッカリアの場合すでに不法内容、責任内容及び刑罰の社会的統合との関連を持っていた。というのは、悪しき例に有罪を宣告することによって、すべての者が法に誠実な行動の価値をはつきり悟るからである。

この意味づけからすると、一九七五年のオーストリア刑法における予防的刑罰目的の定義がほぼ言葉通り一七六四年のベッカリアのそれと一致していることは、全く正当に思えるし、同時にびっくり仰天させることもある。ベッカリアが論ずるに、刑罰目的は、「犯罪を犯した者が再度同胞に損害を与えることを阻むこと、他人が同じ事をしないようにすること」にある。<sup>(20)</sup> オーストリア刑法はこう規定している、「行為者にさらなる可罰行為をさせないようにすること、他者による可罰行為を防止すること」(第三七条、第四二条、第四六条第一項、第三項)。

特にベッカリアとオーストリア刑法を結びつけているのが刑罰経済原則の信奉である、これによると万人の安全要求と個人の自由要求の関係は、最大限の自由を保障する観点か

ら、安全のために不可欠である刑罰だけが科せられるようにしなければならぬ<sup>(12)</sup>。オーストリア刑法（第三七条、第四三（条）によると、裁判官は一定の場合中位の犯罪領域に至るまで、本来定められた、責任相応の通常の刑罰に代わってより軽い制裁態様を選択しなければならない、但し、より重い制裁態様が予防の理由から必要なときはこの限りでない（必要性の原則<sup>(13)</sup>）。このようにして罰金刑ができるだけ短期自由刑を排除し、条件付き刑の猶予が行刑に先行する。個別事案において取るに足らない結果、軽い責任として予防上刑罰を要しない軽微犯罪では、それどころか刑の執行猶予に代わってまったく処罰されない（オーストリア刑法第四二条）。

オーストリア刑法はまた、厳しい刑罰は人をかたくなにし、穏和な制裁では刑罰感受性が増大し、したがって一般に法律への忠誠効果がそれほど多くない負担で一層確実に得ることができるというベツカリーアの認識に従っている<sup>(14)</sup>。

罪刑法定の要請、刑法の世俗化そして刑法を国の力の表現として理解することの中に、すでにベツカリーアそしてヨゼフ・フィッシャーは明らかに現代の諸社会学的犯罪化理論を思わせるものがある。これらはオーストリアではすでに一九世紀末葉の第二「ベツカリーア時代」に、ユリウス・ヴァルガ

によって明確に論じてられていた<sup>(15)</sup>。すでにベツカリーアはこう論じていた、「行為を犯罪と呼ぶことに利益がある場合を除いて、如何なる行為も犯罪と呼ぶことはできないし、それを処罰することもできない<sup>(16)</sup>」。ベツカリーアはさらに、行為を犯罪と定義することは時代により国により異なっていることを印象深く指摘した。立法者による評価は「時代の変革とともに変化する」が、「事柄の名称」は生き延びる<sup>(17)</sup>。「徳と悪徳」は「勝手きままに定められ、しかも人々に永遠、不変なものと説かれる<sup>(18)</sup>」。全くこの意味でヨゼフ・フィッシャー刑法典第一編第一章は、「本刑法典により犯罪と宣言される」行為だけが犯罪と「見なされ、扱われうる」と定めている。したがって、悪はもはや宗教や自然法によって絶対的に前もって与えられるものではなく、もっぱら相応の法律によって明定されることになった。ベツカリーアは、「諸法律の大部分は特権以外の何物でもない、つまり少数者の幸福への万人の貢ぎ物<sup>(19)</sup>」であると社会批判的に論ずることで、現在の批判的犯罪学の研究方法を先取りしていたばかりでなく、人々に民主主義的監視を促したのだった。

国が悪を定義するということを基礎に、ベツカリーアはまたできるだけ少ない行為を法律で犯罪とすること、今日の言

い方をすると、犯罪化することに努力を傾けることができた。というのは些細な行為が犯罪と宣言されればされるほど、ますます新しい犯罪が作り出され、犯罪は防止されなくなるからである、とベッカリーアは論じた。<sup>(100)</sup> それ故犯罪防止の第一手段はベッカリーアの視点からは犯罪定義における立法者の自制だった。この非犯罪化傾向はオーストリア刑法改正の指導要領でもあったのである。

一九七五年のオーストリア刑法典は、全体として、リストと国際刑事学協会の社会防衛に関する様々な要請をようやく実現することを目的とした。オーストリア刑法改正の綱領は、国際刑事学協会の当時の定款から取り出したもののよう<sup>(101)</sup>に読める。この点につきここではこれ以上触れることはできない。オーストリアは刑事政策的にはベッカリーアの遺産を引き継いだのである。

刑事訴訟法では、拷問の廃止、無罪推定の尊重、被告人の「弁護のための十分な時間と適切な手段」及び未決拘禁を科するための理由を「ますます少なくする」といったベッカリーアの要請は、<sup>(102)</sup> 欧州人権条約(第五条、第六条)に表れている。オーストリアはこれらの要請を憲法に定めるべきほどの根本的要請と考えた。拷問はなるほどオーストリアでは一七七六

年から法律上は廃止されているし、一九八四年の国連拷問廃止条約も批准し、一九八九年の欧州拷問防止条約の批准国でもあるが、<sup>(103)</sup> しかしそれでも残念ながら依然としてベッカリーアの次の警告は現実味を持っている、市民が「法律以上に官庁を恐れる」には及ばないために、官庁による法律の正しい執行を監視すべきこと。<sup>(104)</sup>

被疑者・被告人の法的地位の改善、刑罰の先取りとなつてはならない未決拘禁の抑制に、その在任期間の一九年にわたって精魂を傾けたのが、オーストリアの司法大臣クリスチアン・ブローダ(Christian Broda)だった。<sup>(105)</sup> ブローダの刑事訴訟法への要求は、オーストリア刑事訴訟が現行オーストリア刑事訴訟法よりもなお一層欧州人権条約の精神によって改正されねばならないというものだった。<sup>(106)</sup>

ブローダは一九八七年二月一日に他界した。ベッカリーアの話になると、司法大臣ブローダの人柄とその作品を思い出さずにはおれない。ブローダは、第二次世界大戦後のオーストリア刑法の自由主義的出発の時代、オーストリア刑法改正を代表したのであり、しかも政治的駆動力の面でも、精神的次元でもそうなのである。<sup>(107)</sup>

ブローダの努力のかい合つて成立した一九七五年の刑法典

はヨーゼフ二世以来この方オーストリア刑法の最強の手術であり、ブローダの立法行為はヨーゼフ二世に比肩しうるものである。これはオーストリアを一八世紀第二半期と二十世紀におけるベツカリアの啓蒙理念のさらなる発展とを結びつけたのである。すなわち神権政治的あるいは思弁的世界観からのさらなる解放、現実の社会的与件への限定が、人道主義の理想主義及び実践的実現感を伴っていたのである。ベツカリアが一七六四年に書いたことは、今日引き続きオーストリア刑法改正の精神的基礎のように響くのであり、それが正確には二百年後の一九六四年のブローダの司法省草案という具体的形をとったのであり、したがって又ベツカリアの予言を実現したのである、すなわち「風習や法律は……ある国民のそれぞれの啓蒙状態より幾世紀も遅れているのが常である」<sup>(18)</sup>。

ブローダがベツカリアの精神を摂取したのだが、それは、その論文や講演を読むと、特定の文章がブローダ自身のものか、ベツカリア由来のものが問われるほど、徹底したものだ。それ故、ベツカリアを称賛することは、ブローダを引用することを意味したのであり、その逆も言える。したがって、ブローダを現代オーストリアのベツカリアと呼

んでも、それは誇張ではない。

ブローダは、伝統的、非合理的、感情的慣行に反対する合理的啓蒙という意味でも、寛容という意味でも、一般の人々や司法の意識形成を実現しようと倦むことなく努力したのだが、それはちょうどベツカリアが「学問について」の章で要求していたことなのである、すなわち、「あなた達は犯罪を予防しようと思えますか。もしそうなら、啓蒙が自由と手を取って歩むことに意を払いなさい」<sup>(19)</sup>。ブローダは新たに、ベツカリアがしたように、国際的次元における法思维に目を向けた。ブローダは、人権を求めて戦ったのであるが、しかし革命家としてではなく、執拗な改革者としてであった。人間性は分割できず、犯罪者にも認められなければならないこと、人間性は理性的であること、人間性は、ただ新しい無知と暴力を生み出す無知と暴力の強制から解放されていること、このことを人々に説得することがブローダの関心事だった。

ベツカリアの考えでは、「犯罪を処罰するより予防すること」の方が勝っており、<sup>(20)</sup> 最善の犯罪予防は社会的条件の改善や人道的援助にある<sup>(21)</sup>。

重要な刑事政策の目的は、ブローダの視点からは、制裁手

段を徐々に緩和すること、自由剝奪を順次制限すること、最終的にはできるだけ全く自由刑を科することなく同じ安全効果を<sup>(15)</sup>得ること、安全のために必要な限りでしか市民の自由は制限できないというベッカリーアの比例の原則に忠実であること、この必要性というものは文化が洗練されるとともにますます<sup>(16)</sup>厳しい刑罰を要しなくなるというところにあった。

ブローダの主たる関心事は死刑の廃止にあった。オーストリア刑法では、死刑は第二次世界大戦後、一七八七年のヨゼフ・イナ刑法典がそうであったように、戒厳令手続きに限定されていた。死刑は一九六八年にブローダの働きかけで完全に<sup>(17)</sup>削除された(連邦憲法第八条)。一九七七年のアムネスチー・インターナショナル世界会議ストックホルム宣言に従い、ブローダは一九七八年にコペンハーゲンで開かれた第十回欧州司法大臣会議において欧州における死刑廃止を<sup>(18)</sup>発議した。ブローダの提出した覚え書きは、欧州司法大臣会議の「死刑に関する決議四」となつて結実したのであり、これはさらに、一九八五年三月一日に施行された死刑の廃止に関する欧州人権条約追加議定書第六条に繋がった。これには欧州会議加盟国一五カ国が署名し、一九八九年末までにオーストリア(連邦官報一九八五/一三八)を含めて一四カ国が批准

した。<sup>(19)</sup>ここにベッカリーアの理念とヨーゼフ二世の欧州の偉業が最終的実現を見たのである。

ブローダは、その死刑の世界的廃止に向けての努力が評価されて、一九八七年一月二八日、つまりその他界の四日前に、欧州人権賞を授与された。その謝辞の末尾は今一度その信念を明かしている、「決して忘れないようにしよう、人権は分割できないことを」。これはさらに、啓蒙以来得られたことにとどまることの無いようにと要請し、この意味でベッカリーアを引用している、「暗がり<sup>(20)</sup>を恐れるより、ろうそくに灯をともした方がよい」。

数週間前の一九八六年一月二五日に、ブローダはドイツ刑事政策学会からその法改正活動を評価されてベッカリーア賞金賞を受賞した。<sup>(21)</sup>

これでもつてベッカリーアからオーストリアのブローダに至る弓形曲線がはつきりとした形で閉じることになる。ブローダが刑法改正をも念頭において良く用いた標語は、犯罪と刑罰に関するベッカリーアの基本原則を次のように簡単にまとめている、刑法は理性的、人道的そして効果的であるべきである、「<sup>(22)</sup>理性的であるもの、人道的であるものだけが効果的であることを確信するものである」。ブローダは、この「オー

ストーリー刑法の支柱となる根本思想」は「非可逆的である」とが証明された」という確信を持ってその生涯の仕事を終えることができた。<sup>(124)</sup>それは我が国民の思考と意識の中がっつりと根を下ろした」と。

## 注

- (124) *Kant*, Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1. Aufl (1797) 324, 337f, 347, 453ff; Zweiter Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre (1797) 503, 505, 509f, 517f, 519, 526 zitiert nach der Darmstädter Ausgabe der Werke *Kants von Weischedel*, Bd IV: Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie (1983).
- (125) *Kant* (FN 124), Rechtslehre 453ff. S zum Ganzen auch *Moos*, Positive Generalprävention und Vergeltung, in: *Pallin-FS* (1989) 284ff.
- (126) *Glaser* (FN 2) 5.
- (127) *Kant* (FN 124), Rechtslehre 453, 457. Vgl auch *Kreutziger* (FN 26) 122.
- (128) Vgl *Georgakis*, Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik von Liszts (1940) 7f.
- (129) *Liszt* (FN 14) 46.
- (130) Mitteilungen der IKV 1 (1889) 173; auch 2 (1891) 92ff.

Vgl *Moos*, Die Reformbewegung des Strafrechts in österreich, der Schweiz und Bundesrepublik Deutschland, in: *Festschrift für Walter Wilburg* zum 70. Geburtstag (1975) 253ff, 258f und 256 FN 13, und eingehend *Fischl* (FN 13) 223ff.

- (131) S biographisch *Probst*, Die moderne Kriminologie und Julius Vargha, MschrKrim 1976, 335f; *denselben*, Strafrecht-Strafprozessrecht-Kriminologie, in: Geschichte der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz, Teil 3 (1987) 23ff.
- (132) *Vargha*, Die Abschaffung der Strafknechtschaft. Studien zur Strafrechtsreform. I. Theil (1896) 3ff, 134ff, 208 zur IKV.
- (133) *Vargha* (FN 132) 7, 19, 23, 27; 533, 575ff zum Christentum.
- (134) *Vargha* (FN 132) 533ff, 646, 557; 550 und 552. ヴァールガは死刑と拷問の廃止について注目すべき考察が見られる。『無教養が増大するほど、ますます人物礼賛と權威崇拜が栄え、教養が増大するほど、人類、人間性及び人道主義精神の文化が栄える』。
- (135) *Vargha* (FN 132) 38f.
- (136) *Vargha* (FN 132) 27.
- (137) *Vargha* (FN 132) 195.
- (138) S dazu etwa *Probst*, Bewährungshilfe - Von einer

kriminalpolitischen Utopie im vorigen Jahrhundert zur Realität, SUB 1984, Heft 4ff.

(139) *Prins*, in: Mitteilungen der IKV wie FN 130.

(140) Vgl *Wirtenberger* (FN 14) 203.

(141) S die Festschrift zur ersten Verleihung der Beccaria-Medaille „Zweihundert Jahre später“ (1965), dort bes *Nass* 7ff, 10; *Amelunxen* 13ff, 15; *Mergen* 21ff, 24, 29. S auch *Wirtenberger* (FN 14) 203 mwN und *Künzinger* (FN 2) 770 FN 40. キュルツィンガー自身はベーカリアを犯罪学の開拓者の一人と位置づけることに疑問を呈している。

(142) ヴァルガが犯罪社会学や犯罪生物学と詳しく取り組んだことについては、今日でも殆ど知られていない。 vgl *Vargha* (FN 132) 161-267, 363-484. S aber *Probst* (FN 131) und *Stangl*, Bruchlose und abgebrochene Traditionen der österreichischen Kriminologie, KB Heft 36/37 (1982) 3ff (4), 9ff.

(143) Vgl zu den „Realien des Strafrechts“ *Grob*, Aufgabe und Ziele der Kriminalistik, ZStrR 10 (1897) 269ff, 272; *denselben*, Gesammelte kriminalistische Aufsätze, Bd. 2 (1908) 356ff, 357 (Grazer Antrittsvorlesung 1905), auch 261ff. S auch *Seelig*, Die Grundlegung der modernen Kriminalwissenschaft durch Hans Grob, ZStrR 63 (1948) 1ff, 6, 9; *Probst*, *Schick*, *Suppanz*, Hans Grob, in: Tradition und Herausforderung, 400 Jahre Universität Graz, hrsg. von

*Freisitzer* ua (1985) 211ff, 218ff; *Johnston*, Österreichische Kultur- und Geistesgeschichte (1972) 107f; *Probst*, Gesellschaft (FN 131) 33ff.

(144) S FN 118 bei *Juering*.

(145) Vgl auch *Eb. Schmid* (FN 37) 341ff, 354ff, 358ff. ヘルミットは特に国家権力の濫用の危険を視野に入れてこう論ずる。『他でもなつていった状況の中に、啓蒙の諸理念の魅力からまだ解放されないのであり、ましてや、人がこれらの理念から学ばべきだったし、得るべきだった先人から免れない』。

(146) Vgl *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 151.

(147) Vgl *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 74 (Strafen), 148ff (Vorbeugen statt Strafen). Vgl zu letzterem *Deimling*, Kriminalprävention und Sozialkritik im Werk Cesare Beccaria „Über Verbrechen und Strafen“ (1764), in: Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann (1986) 51ff; *denselben*, Der gesellschaftskritische Ansatz des Präventionsgedankens im Werk Beccarias, in: Cesare Beccaria, hrsg. von *Deimling* (1989) 165ff.

(148) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 51, 74.

(149) S zur Generalprävention bei *Beccaria Wirtenberger* (FN 14) 208f; *Küper* (FN 37) 550f; zur positiven Generalprävention *Moos* (FN 125) bes 300ff, 305ff, 313 und ebendort *Zipf* 479ff.

- (150) Vgl. *Wintemberger* (FN 14) 207 mit dem Hinweis auf *Esselborn* (FN 2) 129 FN 1; auch *Küper* (FN 37) 551.
- (151) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 74.
- (152) *Jhering* (FN 14) 292. この意味で「エリントは具体的比較を用いた」ベッカーが声を挙げなかったとしても「アダム・スミスを経由して刑罰経済」という同じ結論に至るべきである。
- (153) Der Ausdruck geht zurück auf *Nowakowski*, Probleme der österreichischen Strafrechtsreform (1972) 19.
- (154) Vgl. *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 158.
- (155) S. näher *Probst*, Der Labeling-approach, eine österreichische kriminologische Theorie, RZ 1977, 45ff, 50; *denselben*, Die moderne Kriminologie und Julius Vargha, MschrKrim 1976, 335ff.
- (156) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 62 (Hervorhebung am Satzende durch den Verfasser).
- (157) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 63.
- (158) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 149; vgl. auch 117. 死刑との関連で「諸法律は権力の口実以外のなにものでもない」。
- (159) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 149.
- (160) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 29) 149.
- (161) S. dazu eingehend *Fischl* (FN 13) 228ff mit mehrfachen Bezügen zu *Beccaria*; *Moos*, Reformbewegung (FN 130) 259ff; auch *denselben* (FN 9), RZ 1975, 232f; international *Jescheck*, Der Einfluß der IKV und der AIDP auf die internationale Entwicklung der modernen Kriminalpolitik, ZStW 92 (1980) 997ff; *Bungstaller*, Kriminalpolitik nach 100 Jahren IKV/AIDP. Versuch einer Bestandsaufnahme, ZStW 102 (1990), 637ff.
- (162) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 82, 93, 119f, 122.
- (163) S. näher *Ermacora*, Grundriß der Menschenrechte in Österreich (1988) 55ff; *Nowak*, Die UNO-Konvention gegen die Folter vom 10.12.1984, EuGRZ 1985, 109ff; *denselben*, Die Europäische Konvention zur Verhütung der Folter, EuGRZ 1988, 537ff.
- (164) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 154. S. zur Aktualität ua den Bericht von Amnesty International „Folter und Mißhandlung in Österreich“ (1990) (ai-Index EUR 13/01/89); „Prügelnde Polizisten“, hrsg. vom Grünen Klub im Parlament (1988). „憲法上保護をうける身体への身体的自由“に対する「行政府の対応に配慮が欠けている」と「警察官に対する告訴を私人に対する告訴と異なった扱いをし」「十分な捜査をしない」「刑事訴追機関の傾向を国民弁護士が毎年問題として」° Vgl. den 9. Bericht der Volksanwaltschaft an den Nationalrat, Teil I (1985) 173ff, 192 (daran letzteres Zitat); den 10. Bericht, Teil I (1986) 218ff, 243; den 11. Bericht, Teil I (1987) 226ff; den 12. Bericht,

Teil I (1988) 245ff (daraus erstes Zitat), 292f. けれど関連することだが、オーストリアでは警察官に対する告訴は始めから奨められない、何故ならこういった証明ができないことから告訴人が逆に誹謗の嫌で訴追されることになるからである。拷問によって得られた供述の証明使用禁止の導入及び訴追機関の虐待行為に<sup>197</sup> S auch den Ministerialerlaß vom 15.9.1989 (JABl 1989/57).

- (91) S schon Broda, Der Grundsatz der gerechten Behandlung des Beschuldigten im österreichischen Strafprozeß, RZ 1961, 169ff; *denselben*, Die Ausgangslage bei der Reform des Strafprozeßrechts, ÖJZ 1962, 197ff.

- (99) Vgl zuletzt Broda, Diskussionsbeitrag, in: Verhandlungen 9. Öster Juristentag (1985) II/3, 266f; *denselben*, Rede des Preisträgers, in: Organisierte Kriminalität, hrsg von Schwind ua (1987) 143ff, 147f.

- (91) S zu Person und Werk: Wassermann, Laudatio auf den Preisträger Christian Broda, in: Organisierte Kriminalität (FN 166) 135ff; *denselben*, Ein großer Rechtsreformer: Christian Broda, Recht und Politik 3/1983, 135ff; *denselben*, Einführung, in: Broda, Rechtspolitik, Rechtsreform (1986) VIIIff; *denselben*, In Memoriam Christian Broda, in: Gesamtreform des Strafverfahrens. Internationales Christian-Broda-Symposium 1986, hrsg von Schreiber-Wassermann, (1987) XVff. S ferner in der Festschrift

„Christian Broda zum 70. Geburtstag“, hrsg von Neider (1986) 85ff die 16 Autoren mit Beiträgen „Über Christian Broda“, *Kirschschläger*, Gedenkrede für Christian Broda, in: Justiz und Zeitgeschichte, Bd VII, Symposium „Zur Geschichte der Strafprozeßordnung“ (1989) 1ff und die zahlreichen Gedenkansprüche anlässlich der Beerdigung, AnwBl 1987, 110ff samt den Pressestimmen, ebendort 153ff.

- (91) *Beccaria*, Übersetzung 11ff (FN 2) 120.

- (91) *Beccaria*, Übersetzung 11ff (FN 2) 150. Hierauf nahm Broda in: Organisierte Kriminalität (FN 130) 149 ausdrücklich Bezug.

- (101) S zuletzt Broda, Für die unteilbaren Menschenrechte, AnwBl 1987, 107ff; auch in: Asylrecht ist Menschenrecht. Internationales Symposium in Memoriam Christian Broda (1987) 1ff.

- (11) *Beccaria*, Übersetzung 11ff (FN 2) 148. S dazu Wittenberger (FN 14) 209; eingehend *Deinling* (FN 147). Entsprechend Broda, in: Organisierte Kriminalität (FN 166) 146. 「効果のある刑事政策は、予防と恢復が刑罰よりも重要であることを分かつべし」。

- (12) Brodas Leitprinzip, zuletzt in: Organisierte Kriminalität (FN 166) 146: „Wirksame Kriminalpolitik ist ein Teil der Gesellschaftspolitik“, *denselbe*, Rechtspolitik, Rechtsre-

form (1986) 37ff, 499ff. Vgl auch bei Beccaria, Übersetzung *Alf* 98, 114f. 権力者による人々の物質的抑圧に対する全面的拒否による社会批判的——社会主義的ともいえる言ひである。——顧忌を畏るべき。

- (173) S zuletzt *Broda*, in: Organisierte Kriminalität (FN 166) 145f; und auch *denselben*, Kriminalpolitik in unserer Zeit, SUB (Sozialarbeit und Bewährungshilfe) (1984) Heft 4, 27ff.

- (174) S dazu die Parlamentstede *Brodas* in: Festschrift zum 70. Geburtstag (FN 167) 19ff; ebenso in: *Broda*, Rechtspolitik (FN 172) 19ff.

- (175) S *Broda* (FN 170) 2ff; *denselben*, Über einige Initiativen der Europäischen Justizministerkonferenzen im Strafrechtsbereich (1961-1983), in: Österreich im Europarat-Bilanz einer 30jährigen Mitgliedschaft, hrsg von *Hummer-Wagner* (1988) 376ff; *denselben*, Europas Kampf gegen die Todesstrafe, ZfRV 1986, 1ff; *denselben*, Europäische Menschenrechtskonvention und Todesstrafe, in: Festschrift für Klecatsky, 1. Bd (1980) 75ff. *Niklau*, Ein Schritt voran zur Ächtung der Todesstrafe, Stb 1984, Folge 3, 1 (9f); Die Zurückdrängung der Todesstrafe im internationalen Recht, JBl 1988, 234f; *Möhrenschlager*, Ausländische und internationale Bestrebungen gegen die Todesstrafe, in: Dünnebier-FS (1982) 611ff, 627: 「絶えず」

たらしたのがオーストリア司法大臣クリスチアン・ブローダの発議だった」。*Jeschek*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil. 4. Aufl (19889 685f. - Zur Ratifizierung s die Kundmachungen über den Geltungsbereich in BGBl 1985/138 (S 1206) 1986/615, 1988/445.

- (176) S die Laudatio von *Wassermann* (FN 167) 135ff und ebendort *Broda*, Rede des Preisträgers 143 ff.

- (177) S *Broda*, Zum Geleit. Vorwort zur Dokumentation zum Strafgesetzbuch, hrsg vom BMJ (1974) IV.

- (178) *Broda*, Dankesrede (FN 166) 144.

【訳者付記】 本拙訳は、オーストリアはリンゲン大学教授ラインハルト・モーリス博士の論文、Prof. Dr. Reinhard Moos an der Universität Linz, „Der Einfluß Cesare Beccaria auf das österreichische Strafrecht“, Juristische Blätter 1991, S. 69ff. の翻訳である。連載(一) (二)は、本誌第三九卷第二号 (二〇〇三年) 及び同第三号 (二〇〇三年) に掲載されたものである。