

タイトル	<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(一)
著者	吉田，敏雄(訳)
引用	北海学園大学法学研究，39(2)：351-365
発行日	2003-09-30

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 (一)

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^{*} (一)

ラインハルト・モース
吉田敏雄(訳)

一 ベッカリーアのオーストリアとの人的結びつき

オーストリアはチェザーレ・ベッカリーア(Cesare Beccaria, 一七三八年―一七九四年)と特別な結びつきがある。ベッカリーアはなるほどミラノの人であったが、ミラノの人であると同時に、オーストリアの官吏だったのである。ベッカリーアの時代、ミラノは多民族国ハプスブルク君主国の所領だったのである。⁽¹⁾ オーストリアの大公女(Erzhzogin)であ

り、ミラノ大公女(Herzogin)でもあったマリーア・テレジア(Maria Theresia)は、ベッカリーアを一七六八年にわざわざベッカリーアのために創設されたミラノはパラチネ校国民経済学講座に招聘したのであるが、それは、ロシアの女帝カタリーナ二世(Katharina II.)がベッカリーアを聖ペーターズブルクに招聘することを防ぐためのものだった。⁽²⁾ 一七七一年に、ベッカリーアはロンバルデーの国民経済学教授評議会でもオーストリア行政官吏になり、一七八六年には、ミラ

ノ行政評議会の国民経済学を管轄する参事官局の長に昇進した。⁽³⁾ミラノのオーストリア総督フィルミアン伯爵 (Graf Firmian)、『ヴィーンの帝国宰相カオニッツ侯爵 (Fürst Kaunitz)』とは、ベツカリニアはすでに若い頃から親交があったのである。ちょうどその頃、一七六一年／一七六二年に結婚を禁止した父親との不和のために、この二人の権勢ある人物に信頼を込めて仲介を依頼したのだった。⁽⁴⁾両者は文学素養が極めて豊富であり、とりわけ、カオニッツはベツカリニアとともにフランス啓蒙の榮譽を分かち持ったのである。カオニッツは、一七六〇年にピエトロ・ヴェリ哲学院を認可したのであるが、その精神及び共同研究から一七六四年に、類希なほど世界的に有名となったベツカリニア著『犯罪と刑罰 (Dei delitti e delle pene)』が公刊されることとなった。⁽⁵⁾ベツカリニアがミラノで上述の教授職に就くことに尽力したのもフィルミアンとカオニッツだった。オーストリア側の支援にベツカリニアは欠くことがなかったのである。

当時の精神的風土は、マリーア・テレージアの支配により、伝統と啓蒙の過渡期の時代という特徴を持っていた。敬虔なるカトリック教徒であるマリーア・テレージアは一七六八年一二月にドイツ世襲地に効力を持つテレージア刑事法典を公

布した。それは刑罰の残酷さ、特に、主刑としての死刑及び拷問の完璧さにおいて中世の精神に満ちあふれていた。犯罪者の処遇は依然として暗闇の中にあつたのであるが、それとは対照的に芸術、学問は花開き、モーツァルト (Mozart) の陽気な演奏がヴィーンそしてミラノまでも魅了したのである。しかしマリーア・テレージアは、カウニッツといった開明的政治家そしてマルチャーニ (Martini)、ゾネンフェルス (Sonnenfels) といった理性法の教師にヴィーンで仕事をしてもらうほどには進歩的だったのである。マリーア・テレージアの息子ヨーゼフ二世 (Joseph II.) は、この新しい精神の中で教育を受けたのであり、一七六五年以来、共同統治者としてそしてドイツ皇帝として、絶対君主国において啓蒙が完全に出現するように精魂を傾けた。

ベツカリニアはマリーア・テレージアからかなりの寛容をもつて迎えられたのであるが、四年前の改革書を背景にして成立したテレージア刑事法典は全くの時代錯誤であり、耐え難いほど残酷といわざるを得ないものだった。女帝の官吏は、ベツカリニア著『犯罪と刑罰』のドイツ語訳が早くも一七六七年にプラハの宮廷書籍印刷所で公刊されることを許容し、一七七六年には、この書籍のある編者がドイツ語訳の再

版をあえてマリーア・テレージアに私的に献呈することをも許した。⁽⁷⁾当時オーストリア領だったトスカーナでの検閲は特に緩かったものであり、そのために、ベッカリーアは、その地リヴォルノで、当初は匿名だったにせよ、その著を刊行することができたのである。⁽⁸⁾

本来的攻撃対象である立法者がベッカリーアの敵ではなく、教会がそうであることが明らかとなった。教会は早くも一七六六年にベッカリーアの著を禁書目録に乗せていたのであるが、これは一九六六年の禁書目録廃止まで二百年間続いたのだが、教会は特に一七六七年のプラハ翻訳を刊行一年後に禁止した。カオニッツもフィルミアンに対してベッカリーアの教授招聘に当たって、一つだけ、「聖職者の間で広まっているベッカリーアに対する気まずい雰囲気優勢にならないか」との疑念を表明した。⁽¹⁰⁾それから百年後、ミラノでベッカリーアの死刑廃止をめぐる功績を称えて記念碑が建立されたとき、印刷媒体「オッセルヴァトリコ」(Osservatore Cattolico)はベッカリーアを、「下劣な」、「価値のなさ」、「皮相な」そして「神を畏れぬ」人だと呼び、「もっと分別のある子孫」がこの記念碑を破壊することを望むと記した。⁽¹¹⁾

しかし教会勢力に対抗した皇帝ヨーゼフ二世にとり、ベッ

カリーアの著作は母親の死後一七八〇年から単独統治者として実行に移した刑事政策の他ならぬ指導書となった。ヨーゼフ二世が一七八七年一月一日に公布した新しい刑法典は、その標題においても一五三二年の刑事法典に依拠することなく、すでに外見的にしてベッカリーアへの実利的信仰を示していた、つまり冒頭に文字通りベッカリーアの改革書を引き継いだのである、「犯罪と処罰に関する一般法 (Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung)」。⁽¹²⁾マリーア・テレージアの第三子として一七九〇年にヨーゼフ二世の跡を継いだ皇帝レオポルド二世は、ベッカリーアの私的後援者だった。レオポルド一七六五年以来トスカーナの大公 (Großherzog) だったのであり、その地ですでにベッカリーアの意味での改革を実践していた。一七九一年に、レオポルドはベッカリーアをロンバルディ新刑法典作成委員会の報告者に任命し、加えて、特殊刑法的問題の審議のための特別委員会の報告者に任命した。ここで、ベッカリーアは、スコッチ (Scotti) 及びリジ (Risi) とともに一七九二年に死刑反対の意見を表明したのである。⁽¹³⁾

全世界における刑法発展に対して持つベッカリーアの意義は、自然科学における画期的な大発見の意義、例えば、ニュウ

トン (Newton) による万有引力の法則の発見、あるいは、ニュートンと精神的に近い自由主義的国民経済学者、道徳哲学者アダム・スミス (Adam Smith)、それどころかマルティン・ルター (Martin Luther) のそれとも比肩されるのである。⁽¹⁴⁾ ベツカリーアはなるほど闘士ではなかったが、伝統への無思想な追従、非合理的非人道性、自己システム内だけで動き、システムを批判的に外から見ることが不可能にする思惟の非寛容、ベツカリーア自身の表現によれば、「盲目の習慣によって導かれる多くの者の空騒ぎ、叫び声」⁽¹⁵⁾、「数百年の伝統があるという理由で崇められる錯」⁽¹⁶⁾に抗議する雄弁の士だった。今日に至るまで、ベツカリーアは依然として啓蒙の予言者である。イマヌエル・カント (Immanuel Kant) は、啓蒙とは「人が自分に責任のある未成熟から、特に、宗教の事柄において、抜け出ること」と定義していたし、次の標語を用いていた、「自己の悟性を用いる勇氣を持て」、「あらゆる事柄において理性を公に用いよ」⁽¹⁷⁾。同様に、一七七八年にライブチッヒで、ベツカリーアの翻訳者でありともに抗議する者でもあったカール・フェルディナンド・ホメル (Carl Ferdinand Hommel) は、読者に次のように雄弁を振るつたのである、法学者の「屁理屈」に驚嘆して、暗記したことを再述する代わりに、

そろそろ自分で考えよ、「神は吊しと首によって和解する」という「キリスト教、宗教の冒険的概念」とはそろそろ縁を切り、とりわけ、社会にとっての損害だけが犯罪となりうるのだということに思いをいたせと。ホメルはその主要啓蒙原理をこう言い表している、「神の裁判所と人の裁判所は異質であり、水と油のように混ぜることが難しい、何故ならそれらの構成要素及び源が異なっているからである」⁽¹⁸⁾と。

以下では、ベツカリーアの抗議の書『犯罪と刑罰』及びベツカリーアの言う自己の批判理性への訴えがオーストリア刑法にどういう意味を持ったのかについて論ずる。その際三つの歴史的区分をする。第一はベツカリーアが生きていた時代の啓蒙された絶対主義における直接的影響である。ベツカリーアの死去した一七九四年はすでに皇帝フランツ一世 (Franz I) の政治的復古主義の時代だった。一八四八年の革命後が第二の時代区画である。一九世紀後半期の時代に、オーストリアの法政策に影響を及ぼしたのが、政治的に強くなりつつあった自由主義的市民階層だった。第三は現代の自由主義的運動を含むものであり、それは一九世紀末期の芽生えを發展させている。刑法における啓蒙に関するベツカリーアの基本理念が二世紀にわたる三時代区分を貫いている。

二 啓蒙された絶対主義の時代

啓蒙の諸理念の第一位にあるのが死刑の廃止である。ベッカリアは基本的に、国に法共同体の構成員を殲滅する権利を否定した。市民を殺してもどっちみち役立たないし必要でもない。通常は、安全を確保するために、終身の自由剝奪で強制労働させるだけで十分である。「仕える動物になった」犯罪者は、その労働によって社会に償うのであり、他者を最も強力に威嚇する。正義にかなうためには、刑罰は、「人が犯罪を犯すのを妨げるに十分である以上に強烈であってはならない」⁽¹⁹⁾。国の革命の時代にのみ、死刑は必要かもしれない⁽¹⁹⁾。

ベッカリアとは関係なく、同時代に、ヨーゼフ・フォン・ゾネンフェルス (*Josef v. Sonnenfels*, 一七三二年—一八一七年) はヴィーンでほぼ同じ規模で死刑の廃止を要請していた。⁽²⁰⁾ ゾネンフェルスも国民経済学教授であり、参事官であり、カオニツ宰相の庇護を受けていた。⁽²¹⁾ ブランデンブルクのユダヤの血統を引くゾネンフェルスは、他人ほどには、その土地の伝統的思考にとらわれていなかった。⁽²²⁾ ゾネンフェルスの啓蒙的思惟が、これには死刑と拷問に反対することも含まれるが、間もなくゾネンフェルスに敵を作ることになった、その

中にとりわけヴィーンの枢機卿ミガッツィ (*Kardinal Migazzi*) がいた。⁽²³⁾ それ故ゾネンフェルスは一七六七年に皇帝妃に叱責された。ゾネンフェルスは、死刑制度を最高度にまで発展させたテレジアーナ刑事法典が公布された後も、死刑反対を止めなかったとき、マリア・テレジアは一七七二年に、ゾネンフェルスに対して、引き続いて現行法制度に公に反対することを禁止したのである。これに対して、ゾネンフェルスは勇気を持って直接女帝に手紙を送り、その中で、ベッカリアの名も挙げて、その著作はモンテスキュー (*Montesquieu*)、その他と並んで、「ほとんど誰の私用戸棚」にもあると述べた。ゾネンフェルス自身はベッカリアに反対して、それどころか基本的には「犯罪者を処刑する統治者の権利」を肯定し、但し、死刑はとうてい「長期のしかも厳しい公共労働」ほどには効果がない、これの方が役に立つと考えていた。「動揺した心」の証明である「感じやすい人間愛」ということをベッカリアは言う。しかしゾネンフェルス自身は、統治者に基本的に、犯罪者に対してさつと剣を抜く権利を与える「公共の安全の防衛」のことを考えている。ただそれは普通の重罪刑事事件では必要がないのだと。⁽²⁵⁾

ゾネンフェルスは、「侯爵ベッカリアの卓越した論文」が

刊行される以前の二七六四年にすでに死刑についての見解を公にしていたことを指摘した。ゾネンフェルスは誇りを持ってこう言う、「刷新であり有害な錯誤であると攻撃された私の見解がベツカリーアの名声によって補強されるのを見ることは」「私の少なからず名譽とするところである」と。⁽²⁶⁾この盟友がいることで、ゾネンフェルスの執拗さが成功を収めた。

一七七六年から、マリニア・テレージアは死刑の廃止又は縮小のための法典改正に着手した。⁽²⁷⁾そこでほとんどの死刑が恩赦で免除された。玉座の革命家であり啓蒙哲学者である皇帝ヨーゼフ二世は、一七八一年と一七八三年に、ミラノにも適用されたのであるが、死刑をもはや執行してはならないとの(秘密)命令を下した。⁽²⁹⁾担当官としてそしてゾネンフェルス自身の影響を受けたゾネンフェルスの弟子フランツ・ゲオルク・フォン・ケース (*Franz Georg von Keel*) によって、一七八七年の「犯罪とその処罰」に関する新しい法典が成立した。⁽³⁰⁾ここではヨーゼフ二世は反乱の場合の軍法会議を除いて死刑を廃止したのである。⁽³¹⁾ヨーゼフ二世の弟レオポルトは死刑をすでにその一年前にトスカーナで廃止していた。⁽³²⁾

ヨーゼフ二世が死刑を終身重懲役や船曳によって代えたのだが、ところが犯罪者はこの刑によって動物以下の扱いをさ

れ、普通は数年内に死ぬほどであったから、この代替は死刑よりも一層残酷だったのである。⁽³³⁾強制労働を伴う自由剝奪は本来的に別の形をとった身体刑だった。犯罪者は直接には生命を奪われないにせよ、苦しみが与えられるべきであると考えたのである。ヨーゼフの意思によると、この自由剝奪は、将来の犯罪者を威嚇するために、「死それ自体よりもはるかに恐怖を呼び起こすことができ、身にこたえるもの」でなければならぬ。⁽³⁴⁾死刑に関するこの部分的勝利はオーストリアでは長く続かなかつた。一七九五年に、フランツ二世の下で、反逆罪に対して死刑が再導入され、一八〇三年には謀殺に対して再導入された。しかしそれでも実務は一八〇三年以後非常に寛大だった。裁判官はおそらく感情的には、威嚇だけに関心を示した啓蒙された絶対主義の弁護士ゾネンフェルスの影響よりも、ベツカリーアの自由主義的人間愛の影響を受けていたのである。⁽³⁵⁾その主要著作は裁判官にも知れ渡っていたのである。

ヨーゼフ二世には、功利主義と絶対主義が、ベツカリーアの心を動かした人道主義を覆っていたのである。⁽³⁶⁾ベツカリーアが言うには、「死は有用でもないし必要でもない」ということを自分が証明したとき、「人類の事柄に関して勝利をもたら

した」ことになるだろうと。ベッカリーアが刑罰目的として威嚇を正面に押し出したにせよ、ベッカリーアは一層残酷な方法で犯罪者を殲滅することを望んだのでは全くない。ベッカリーアは有用性の観点で満足したのではなく、社会契約という限定された理論に基づき、人間は同胞を殺す権利はそもそも持っていないのだということを法理論的に証明しようとした。⁽³⁷⁾ その背後には、基本的に限定されない生命への自然権という確信があったのである。厳しい言葉でベッカリーアは、国による合法的殺害の非人道性、専制的権力、これに仕える「司法の残酷な形式性」、こういったものに対する嫌悪の情を表した。ベッカリーアは、人道性を動機とする領主権が増加することを啓蒙された市民は望んでいるのだと、「ヨーロッパの国王たち」に断言した。⁽³⁸⁾ 死刑においてベッカリーアの基本的立場が特別にはつきりする、つまり、ベッカリーアが時に恐ろしいほどの厳しきで強調する功利主義が、ベッカリーアにあつては基底としてそして限定としての自由主義的人道性とは切り離せないということである。刑法の効果はベッカリーアにとり合目的、冷静な理性の手段からの帰結である、この手段自体は伝統のそれよりも人道的であり、個人の自由請求権ということからできるだけ限定されるべきであ

る。このようにして人道主義によって限定された刑法は一層受け容れられるのであり、したがって実際にも純粹に功利主義的な刑法よりも効果がある。かくして人道性が目的となる。有用性と人道性がベッカリーアでは常に連携していることを見るべきである。とどのつまり人道性の枠内における有用性だけが理性的でありしかも正しい。⁽³⁹⁾

ベッカリーアが攻撃した「慣習によって神聖化された残酷さ」の第二位にあつたのが、⁽⁴⁰⁾ 予審段階での自由強要のための拷問だった。これとはヴィーンではゾネンフェルスが死刑と同時にそしてこれよりも上手に闘かつたのだった。しかしプロイセンではフリードリッヒ二世(Friedrich II.)がすでに一七四〇年に一掃していたし、すでに宰相カオニッツも、とりわけ、テレジアーナ刑事法典は、「イングラント、その他の文明諸国の例に反して、残酷な拷問の使用を完全には禁止しなかつた」という理由から、大きな疑念を持っていたのである。⁽⁴²⁾ この問題においてもゾネンフェルスはとりわけベッカリーアを引き合いに出した。ただし、ゾネンフェルスはここでもベッカリーアほどには進みたくなかつたのであり、少なくとも、犯罪を犯したことを認めさせられた犯罪者の共犯者を突き止めるための拷問の使用は引き続き許容しようとしたのであ

料⁽⁴³⁾。一七七二年のゾネンフェルスの擁護書及びヴィーン大学

資 医学部の拷問反対意見書のために、マリーア・テレージアは更に拷問の正当化のための意見を求めることにした。マリー

ア・テレージアは一七七三年に数日間にわたる拷問の残酷な使用は禁止するとの秘密命令を下した。⁽⁴⁴⁾間もなく、ゾネンフェルスが、拷問と死刑に基本的に反対する意見書を一七七五年に、検閲を免れるために、チューリッヒで公開していたことが広く知れ渡るところとなった。ゾネンフェルスはこれにより懲戒手続きにかけられ、女帝から厳しく叱責されたのである。⁽⁴⁵⁾同年、拷問に反対したが、その母親から最終的決定を奪われていたヨーゼフ二世は、更に委員会審議を経た後の一七七五年一月二三日に、バナト、ガリシアを含むドイツ世襲領地における拷問による尋問の留保無き廃止に関する歴史的命令を下した。⁽⁴⁶⁾カオニッツ侯爵は一七七六年にロンバルディにおいても命令の執行を委ねられた。⁽⁴⁷⁾

この完全な廃止によって、皇帝は、拷問を部分的に維持しようとしたマルチーニ、ゾネンフェルスに反対して、全くベツカリーアの意味での決断を下したのである。⁽⁴⁸⁾レオポルト大公は一七八六年にトスカナでこの例に従ったのであるが、しかしそこではもはや長いこと拷問は用いられていなかったの

である。⁽⁴⁹⁾

ただし、ヨーゼフにもマリーア・テレージアにも死刑の場合と同じく、人道性や人間の尊厳が問題ではなく、実践的効用の思慮の問題だったのである。つまり犯罪捜査の上で信用ができないということと、拷問がもたらす非自白者の死を含めた医学上の悲惨な結果が問題だった。⁽⁵⁰⁾このことはベツカリーアも指摘した。しかしこれと並んで、拷問はただ「食人種にこそふさわしい」というベツカリーアの判断は強烈だった。さらに、ベツカリーアとゾネンフェルスは、拷問反対の論拠として、今日なおその完全な理解がもとめられているのだが、次の原理を真つ先に挙げている、つまり、人は「裁判官による判決言い渡し前には有罪と見なされることはできない」のであり、無実の者が、捜査方法によって先取りして処罰されてはならないのであり、こういう者としてその自由権は保護されるべきであると。⁽⁵¹⁾

(つづく)

*本論文は、一九八八年一月一五日から同月一七日にかけてミラノで開かれた「国際ベツカリーア生誕二五〇年祭会議」で、オーストリア刑法へのチェザーレ・ベツカリーアの影響

に関する報告論文 (Cesare Beccaria's Influence on the Austrian Criminal Law, in: International Congress Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy, Milano 1990, 264ff.) を補筆したものである。

注

- (1) 一七二三年／一七二四年のウトレクト (Utrecht) とウィグタット (Rastatt) の講和でオーストリアに割り与えスペイン領シラノが帰属した。一七九七年から一八一五年のナポレオン支配の中断期と一八四八年の三月蜂起の数ヶ月を除いて、シラノはロンバルデーの首都として一八五九年までオーストリア領だった。

- (2) Vgl. die Originalkorrespondenz zwischen *Firmian* und *Kamitz* (sieben Schreiben) vom 14. 4. 1767 bis 10. 1. 1769 und die Antrittsvorlesung *Beccarias* vom 9. 1. 1769 im Archivio di Stato in Mailand (C. 146/22 ASM. Autografi) sowie die Ernennungskunde vom 29. 12. 1768 in der Bibliotheca Ambrosiana in Mailand. Die hier (auch in FN 3 und 4) zit. Dokumente wurden im Rahmen des Internationalen Kongresses über "Cesare Beccaria und die moderne Kriminalpolitik" vom 15. bis 17. 12. 1988 in Mailand ausgestellt. - S. näher *Esselborn*, "Beccarias Leben und Werke" in seiner Übersetzung von Beccaria,

Über Verbrechen und Strafen (1905) 39ff; *Alff*, "Zur Einführung in Beccarias Leben und Denken" in seiner Übersetzung von *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen (1966) (Sammlung Insel 22) 26, 162 (die Ausgabe von 1988 als Insel taschenbuch 1068 ist wortgleich); *Künzinger*, Cesare Beccaria, in: Die Großen der Weltgeschichte, Bd VI (1975) 760ff, 766. S. auch *Glaser*, Vorwort zu seiner Übersetzung von *Beccaria*: Über Verbrechen und Strafen. 2. Aufl (1876) 8; *Steinberg*, Die Beccaria-Rezeption in Rußland während der Regierungszeit Katharinas II., in: Cesare Beccaria. Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa, hrsg. von *Deimling* (1989) 127ff (129f).

- (3) 参照' シラノのBibliotheca Ambrosiana所蔵の『リーベ・テレーシエとカオニツンの署名のあゝ一七二一年五月二〇日付けの「Assessore Consigliere di Economia publica」の任命書及び一七六六年'、一七六九年'、一七二二年のカオニツからベッカリーア宛の手紙'、一七二三年'、一七六六年のフィリッポからベッカリーア宛の手紙'。 *Esselborn* (FN 2) 47; *Alff* (FN 2) 30, 162f. ヴルンバッシュはベッカリーアをオーストリア人として扱っている。 *Wurzbach*, Bibliographisches Lexikon des Kaiserthums Oesterreich (1856) Bd I 201ff. など。 (二〇一一) 一七六七年のカオニツからフィリッポ宛の数通の手紙抜粋が掲載されており、ベッカリーアが「天才」であると書かれてあり、国が失ってはならない人物であ

- (8) Vgl *Esselborn* (FN 2) 16f; *Alff* (FN 2) 15, 161; *Kirtzinger* (FN 2) 762 mit FN 14.
- (9) Dekret vom 3. 2. 1766, vgl Index Librorum Prohibitorum, Typis Polyglottis Vaticanis (1948) 127. S zu den kirchlichen Widerständen bis zum Verbot *Esselborn* (FN 2) 20ff, 25. Zum Ende durch das Dekret vom 15. 11. 1966 s *May*, Die Aufhebung der kirchlichen Bücherverbote, in: *Ecclesia et Ius*, Schermann-FS (1968) 547ff. Vgl auch *Kreutzinger*, Ausstellungskatalog (FN 7) Einleitung 9; *Moos*, Die gesellschaftliche Funktion des Strafrechts und die Strafrechtsreform, RZ 1977, 229ff, 236.-Zum Verbot der Prager Übersetzung s den Ausstellungskatalog (FN 7) 59; *Kreutzinger*, Bibliographie (FN 7) 96.
- (10) S *Esselborn* (FN 2) 39. 教令の攻撃に対つてベッカリーアは後に起草した序文「諸君へ」(一七六五年)で自己防衛している。ベッカリーアはさうして一方で神学、道德の関心事、他方で法、社会としての効用と損害の関心事」を峻別している。 vgl Übersetzung *Alff* (FN 2) 46. それが啓蒙の信仰だったのだから、今でも必要である。
- (11) Vgl *Esselborn* (FN 2) 25 FN 1 (Zeitungsausgabe vom 21. 3. 1871), vgl auch 56f. 言論時が今日でも必要である。
- (12) Darauf weist *Schreiber*, Gesetz und Richter (1976) 80 hin. Auch der Zusatz "Allgemeines" ist Beccaria entnommen, vgl Übersetzung *Alff* (FN 2) 54.
- (13) S näher *Esselborn* (FN 2) 51 und 190ff den Abdruck des Gutachtens; *Alff* (FN 2) 30f: Kaiserliches Handschreiben vom 16. 6. 1791. Vgl auch *Wahlberg*, Gesammelte kleinere Schriften und Bruchstücke über Strafrecht, Strafproceß usw., Bd 2 (1877) 159; Dising, Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe (1952) 18f. S zu *Risi* auch den Ausstellungskatalog (FN 7) 44.-Zur toskanischen Strafgesetzreform von 1786, in der *Beccarias* Ideen Ausdruck fanden, s bes *Fischl*, Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts (1913) 39 (Strafrechtliche Abhandlungen 169) 191f.
- (14) Vgl *Sheldon Glueck*, Beccaria und die Strafjustiz, in: *Mergen*, Zweihundert Jahre später (1965) 39; vgl auch Glaser (FN 2) 5. Zum Vergleich mit *Luther* s *Dising* (FN 13) 14; zum Vergleich mit *Smith* s *Jhering*, Der Zweck im Recht, 1. Bd 4, Aufl (1904) 292; *Liszt*, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883) 1ff, 32; *Würtenberger*, Cesare Beccaria und die Strafrechtsreform, in: Erinnerungsgabe für Max Grünhut (1964) 199ff, 203.
- (15) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 118.
- (16) *Beccaria*, Übersetzung *Glaser* (FN 2) 74 (*Alff* 118).
- (17) *Kant*, Was ist Aufklärung? Mit einer Einleitung von *Jodl* (o.J.) 9, 10, 15 (Hervorhebungen im Original).
- (18) S *Hommels* Vorrede zu seiner Beccaria-Übersetzung,

Ausgabe *Lekschas* (FN 7) 8ff, 15, 16.

(91) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 110ff, 112.

(92) Vgl *Sonnenfels*, Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanzwissenschaft, 1. Theil, 3. Aufl (1770) § 348 mit Hinweis auf die 1. Aufl diese Werkes von 1765, 297. Satz.

(12) Vgl *Osterloh*, Joseph von Sonnenfels und die österreichische Reformbewegung im Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus (1970) 28, 37, 128.

(23) S zu Person und Werke: *Osterloh* (FN 21) 29ff; *Lentze*, Joseph von Sonnenfels, in: Österreich in Geschichte und Literatur, Heft 6 (1972) 298ff; "Joseph von Sonnenfels", in: Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, hrsg von *Kleinheyer-Schröder* (1976) 250ff, 253; *Ogris*, Joseph von Sonnenfels, in: Juristen in Österreich, hrsg von *Brauneder* (1987) 82ff; Hausner, Freimaurei in Österreich, in: *Zeitspiegel*, Magazin für Entscheidungsträger (1989) Nr 2/4. <オスナーは'ベネチアン人'として知られる。'ハンブルクの明'と'フリーメーソン'の両方に関与した。'ハンブルクの明'の政策が国の指導におよぼした影響を及ぼした。> Zum Werk von Sonnenfels, des "deutschen Montesquieu", a auch *Fischl* (FN 13) 94ff.

(23) S näher *Lustkandl*, Sonnenfels und Kudler (1891) 16; *Osterloh* (FN 21) 126ff; *Lentze* (FN 22) 301; *Ogris* (FN 22) 86.

(24) S den Abdruck der Verteidigungsschrift von *Sonnenfels*

gegen Dekret der Kaiserin vom 22. 8. 1772 im Anhang von: Sonnenfels, Ueber die Abschaffung der Tortur (1775) 91ff, 99, 104ff, 106 (Zitate 102, 106); *denselben*, Grundsätze (FN 20) § 348. Vgl auch *Lustkandl* (FN 23) 18f; *Osterloh* (FN 21) 167f; *Lentze* (FN 22) 303f.

(52) *Sonnenfels*, Grundsätze (FN 20) § 348.

(29) *Sonnenfels*, Grundsätze (FN 20) § 348 mit Hinweis auf den 297. Satz der 1. Aufl von 1765. 第五段は'ベネチアン人'と'自分の見解が'シムカーンの著作が刊行される前に'は'「不承不承に'を'知らしめた」と書いている。 (FN 7) 53. S auch *Alff* (FN 2) 21 und Conrad, Zu den geistigen Grundlagen der Strafrechtsreform Joseph II. (1780-1788), in: Festschrift für Helmut Weber (1963) 65; *Osterloh* (FN 21) 58 mit FN 68; *Fischl* (FN 13) 94, 96; *Kreutzinger*, Argumente für und wider die Todesstrafe(n). Ein Beitrag zur Beccaria-Rezeption im deutschsprachigen Raum des 18. Jahrhunderts, in: Cesare Beccaria, hrsg von *Deimling* (1989) 99ff, 115.

(27) S *Kwiatkowski*, Die Constitution Criminalis Theresiana (1904) 36f; *Wahlberg* (FN 13) 157. 「1776年1月11日の決議はオーストリア刑罰体系の転回点を認識できる。決議は刑法改正の正式の綱領を含んでいる。これは女帝の手になるものであり、政府の必要に応じて、財政学教授ベッカリアと

- ン・エンフェルスの基本原則に依拠している」。*Conrad* (FN 26) 62ff. *Hoegel*, *Geschichte des Österreichischen Strafrechtes*, Heft 1 (1904) 73.
- (28) S *Kwiatkowski* (FN 27) 40ff, 46.
- (29) Vgl *Wahlberg* (FN 13) 139, 158; *Hoegel* (FN 27) 72.
- (30) Vgl *Wahlberg* (FN 13) Bd 3, 5, 13ff; *Hoegel* (FN 27) 77f, 79; *Osterloh* (FN 21) 126, 170ff. ケースはモゼンナー刑法典第一編犯罪を起草し、ベンネンフェルスがこれを文体的に手直しした。第二編「違警罪」は、ケース資料編纂委員会の諸草案を基にベンネンフェルスが起草したのであるから、おおよそのケースに帰せらるゝ。vgl *Osterloh* (FN 21) 172f.
- (31) Josephina, 1. Teil, § 20, 53. Zur Entwicklung dieser Reform s. näher *Wahlberg* (FN 13) Bd 3, 1ff, bes 4 (6) zu *Martini*, der sich ähnlich wie Sonnenfels darauf berief, schon 1760, also vor *Beccaria*, die Abschaffung verlangt zu haben. Vgl auch *Hoegel* (FN 27) 72ff (76 zu *Martini*), 78ff.
- (32) S *Wahlberg* (FN 13) 156f und *Conrad* (FN 26) 65 mit der Wiedergabe des entsprechenden Art 51 des G der Toscana. *Fischl* (FN 13) 191. ヲロイシンガーは正當にもヨーゼフとレオポルトの二人を「ヨーロッパの君主の中でベッカリーアの最も偉大な支持者」だと呼んでいる。*Kreutzinger*, *Todesstrafe* (FN 26) 123. S aber zur selbständigen, persönlichen Leistung *Leopolds Riping*, *Das leopoldinische Strafgesetzbuch und die strafrechtliche Aufklärung in Deutschland*, in: *La "Leopoldina" nel diritto e nella giustizia in Toscana* (Milano 1989) 535ff, 542f.
- (33) Zur grausamen Praxis der Freiheitsstrafe und insb zum berüchtigten Schiffsziehen s. *Hartl*, *Das Wiener Kriminalgericht* (1973) 408, 422ff, 426ff; *Maasburg*, *Die Strafe des Schiffsziehens in Österreich* (1783-1790) (1890) 7ff mit FN 76 ausführlich zur Abschaffung der Todesstrafe. Vgl auch *Fischl* (FN 13) 193.
- (34) Vgl *Hoegel* (FN 27) 79.
- (35) Vgl *Hartl* (FN 33) 407. *Wie Kreutzinger*, *Bibliographie* (FN 7) 97, berichtet, war in Wien ein 1786 bei Tratner erschienener Raubdruck der *Beccaria*-Ausgabe von *Hommel* (1778) verbreitet.
- (36) Vgl auch *Wahlberg* (FN 13) 156 und Bd 3, 9. ヲールベルクの指摘に依ると、ヨーゼフが死刑を廃止したのは威嚇理論の観点からであるが、レオポルトは死刑を改善理論の観点から廃止した。これによりヴァールベルクはヨーゼフにはかなりの厳しさがあったが、レオポルトの方がベッカリーアに近いことを証明している。Vgl *Conrad* (FN 26) 63. コンラートは、ヨーゼフの「情け容赦のない厳しさ」を、他方、レオポルトは皇帝になるや直ちに船曳を廃止したことを指摘する。S auch *Moos*, *Verbrechensbegriff* (FN 6) 165 FN 14 警察国家的絶対主義がヨーゼフ二世(そしてその理論家ベンネンフェルス)には正面に出ていたが、それでもヨーゼフの政

策は自由主義的色彩を持つてゐたのであつて、この点から往々にして否定されるが、この関連でも消されてはならぬ。

S auch u bei FN 67.

- (35) S auch u den Text vor FN 127 zur Kritik *Kants* und näher zur Verneinung dieses staatlichen Rechts und den Bezügen zu *Montesquieu* und *Rousseau*: *Radbruch*, Isaak Iselin über Cwsare Beccaria, in: *Radbruch*, *Elegantiae Juris Criminalis*, 2. Aufl (1950) 184f, 190, 192; *Eb. Schmidt*, Die geistesgeschichtliche Bedeutung der Aufklärung für die Entwicklung der Strafjustiz aus der Sicht des 20. Jahrhunderts, *ZStrR* 73 (1958) 341ff, 346ff; *Wittenberger* (FN 14) 199ff, 210; *derselbe*, Cesare Beccaria, Kriminalistik 1972, 225f, 226; *Küper*, Cesare Beccaria und die kriminalpolitische Aufklärung des 18. Jahrhunderts, *JuS* 1968, 547ff, 552; *Kreutzinger* (FN 26) 109, 117f; ebenso *Deinling*, Cesare Beccaria: Werk und Wirkung 11 FN 2.

- (36) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 110. Vgl auch ebendort 44: "wenn mehr als die Gewalt das Denken über die Menschen vermag und wenn durch Milde und Menschlichkeit die Herrschaft vor aller Augen gerechtfertigt ist" oder 49: Die "Gewalt..., welche bislang ein dauerndes und mit Autorität umkleidetes Beispiel von kalter Grausamkeit gegeben hat".

- (37) この意味におおむねキラーのベシカリーフ解釈を参照せ

ねたい。*Küper* (FN 37) 551: "刑法における人道性は自己目的ではなく、真つ先に理性の命令である"。S *Naucke*, Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria, in: Cesare Beccaria, hrsg von *Deinling* (1989) 37ff, 44, 47ff, 49. ナオツケは、"人道性と合目的刑事司法の絡み合う"という点を言う。ただしナオツケ自身はそこから距離をおく。ナオツケ(五二)によつて、"刑罰の人道性と効果は相互に切り離されざるをえない。人道性というのは、常にそして専ら刑法批判であり、刑罰の受容と効果を高めるものではない"と。この点は賛同せらる。

- (40) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 81.

- (41) Vgl *Sonnenfels*, Grundsätze (FN 20) 81-84.

- (42) S den Abdruck des Gutachtens von Kaunitz bei *Maasburg*, Zur Entstehungsgeschichte der Theresianischen Halsgerichtsordnung (1860) 16, 60 und dazu *Kwiatkowski* (FN 27) 28f.

- (43) Vgl *Sonnenfels*, Tortur (FN 24) 44, 102, 114 die Bezugnahmen auf *Beccaria* und 81 ff die Stellungnahme gegen diesen.

- (44) CCTh Art 38 § 13: sog Interkalartortur; vgl *Sonnenfels*, Tortur (FN 24) 25f; *Wahlberg* (FN 13) 270f; *Lustkand* (FN 23) 20; *Kwiatkowski* (FN 27) 32.

- (45) Vgl *Sonnenfels*, Tortur (FN 24) mit dem "Vorbericht des Herausgebers", eines angeblichen unbekannten Freun-

des, der ohne seinen Willen dieses Gutachten veröffentlicht habe. Dazu näher *Wahlberg* (FN 13) 265ff, dort auch eingehend zur Abschaffung der Folter in österreich überhaupt; *Lustkandl* (FN 23) 21 und dort FN 21; *Lentze* (FN 22) 303; *Kwiatkowski* (FN 27) 33f zu den übrigen Gutachten, die mehrheitlich ablehnend waren. S zur Rolle von Sonnenfels klärend *Stinzing-Landsberg*, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 4. Abteilung, 1. Halbbd, Noten 263.

- (46) Vgl *Kwiatkowski* (FN 27) 33ff (35); *Wahlberg* (FN 13) 270f; *Conrad* (FN 26) 58ff, 59; *Hartl*, Humanität und Strafrecht, ÖJZ 1976, 147ff, 148. S auch *Lustkandl* (FN 23) 20ff, 23. ベネンフェルスは「ベネンフェルスの手紙からインカリーアに対する嫉妬の念とむねを感づいてゐる」。

- (47) S *Kwiatkowski* (FN 27) 35. Wie *Esselborn* (FN 2) 50 berichtet, wurde die Folter in der Lombardei erst 1789 abgeschafft.

- (48) Vgl *Conrad* (FN 26) 60f, 61 insb zu *Martini*.

- (49) S die Wiedergabe des Art 33 des CriminalG von Toskana bei *Conrad* (FN 26) 62 FN 21.

- (50) S *Wahlberg* (FN 13) 270; *Hartl*, ÖJZ 1976, 148f; *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 82.

- (51) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 82.

- (52) *Beccaria*, Übersetzung *Alff* (FN 2) 82. Eindrucksvoll und noch immer aktuell Sonnenfels, Grundsätze (FN 20) § 79ff. ベネンフェルスも未決勾留を刑罰と理解するところを反対した (§ 80)。ベッカリーアも「この結びつきは神明裁判及び宗教的汚辱を清めるといふ「ばかげたこと」に通ずるところで決定的に退けた」。

〔記者付記〕

本拙訳は「オーストリアはリンツ大学教授ラインハルト・モース博士の論文」 Prof. Dr. Reinhard Moos an der Universität Linz, “Der Einfluß Cesare Beccarias auf das österreichische Strafrecht”, Juristische Blätter 1991, S. 69ff. の翻訳である。翻訳に当たっては「同教授の快諾を得た」。