

## 『クラークシュピーゲル (Klagspiegel)』にみる刑法「総論」 —中近世ドイツ刑事法史の観点から—

永田 千晶

### I はじめに

筆者は修士論文において、中世末期から近世初頭のドイツで著された法的文献の一つ『クラークシュピーゲル (Klagspiegel)』<sup>1)</sup> (以下, Ksp.) に関して、その法制史的、とりわけ刑事実体法史的な意義を検討した。本論文は、修士論文で述べた内容のうち Ksp. における故意／過失、未遂にトピックを絞り、構成し直したものである。

本論文で、Ksp. の刑法「総論」、その中でも故意／過失や未遂を扱うことにした理由としては、以下の2点が挙げられる。

第一には、Ksp. の刑法とは一体どのようなものであるのか、可能な限り明らかにするためである。HRG<sup>2)</sup> の記述では、Ksp. の第二部に“*Allgemeiner Teil*”がある旨や、故意／過失や未遂、そして正当防衛や責任能力についての抽象的な記述がみられる旨が記されている。しかしながら、ドイツ刑事法史の通説的見解によれば、「総論 (*Allgemeiner Teil*)」も抽象的な記述も、この時代の文献にはまだ現れるはずのないものである。刑法総論の成立時期については、アントニウス・マテウス2世 (Antonius Matthaues II, 1601- 1654) が1644年に著した『犯罪について (*De criminibus*)』によって、刑法理論の実効力ある総論がドイツで初めて示されたといわれる<sup>3)</sup>。他方で、ドイツ刑法学における総論の形成は、民法におけるそれが波及してなされたとの見解もみられる<sup>4)</sup>。これらの見解を総合すれば、ドイツ刑法学における総論は早くとも17世紀半ば以降に現れた、と従来は考えられてきたことがわかる。また、帰責性に関していえば、抽象的な理論が現れたのは自然法論の時代であり、特にプーフENDORF (Pufendorf, ?- 1694) に負うところが大きいという<sup>5)</sup>。未遂の問題については、概念として把握されるようになったのは継受期以降だといわれる<sup>6)</sup> が、その際に例示されている「バンベルク刑事裁判令 (*Constitutio Criminalis Bambergensis*)」<sup>7)</sup> (以下, CCB) 204条および「カロリーナ刑事法典 (*Constitutio Criminalis Carolina*)」<sup>8)</sup> (以下, CCC) 178条は、Ksp. よりも70年以上後に成立した刑事法典の条項である。果たして、HRG にいう“*Allgemeiner Teil*”とは刑法「総論」なのであろうか。また、故意／過失や未遂についての記述は、Ksp. において本当に抽象化されていたのであろうか。

加えて、過失犯論等の歴史的な変遷については、我が国では刑法学の見地からもこれまでに研究がなされている<sup>9)</sup> もの、Ksp. の詳細にまで立ち入ったものは殆どない、というのが第二の理由である。そうした歴史色の強い諸研究においては、例えば『ザクセンシュピーゲル (*Sachsenspiegel*)』<sup>10)</sup>、『シュヴァーベンシュピーゲル (*Schwabenspiegel*)』<sup>11)</sup>、そして CCC に関しては、丹念な記述がなされている。しかし一方で、時代的に前二者と後者との間に位置している Ksp. については、我が国では十分に顧みられてきたとは言い難いように思われる。

本論文の目的は、中近世のドイツ刑事法史における Ksp. の位置づけを示すことにある。刑法総論のうち、ここでは特に故意／過失、未遂といった事柄に話を絞り<sup>12)</sup>、Ksp. における記述に光を当てることとしたい。加えて、各概念の記述の「総論」性や抽象性について、限定的ではあるものの考察する。このうち「総論」性に関しては、①各概念の記述に多少なりとも抽象性が見受けられること、②定義的な記述が他の箇所での事例や解説にも妥当するものであること、との2点に着目して評価を行いたい。

以下においては、まず、Ⅱにおいて、Ksp. の故意／過失、未遂の記述における「総論」性・抽象性の有無や度合いについて、第一にそれらの概念を抽象的に記述しているとされる特定の箇所、第二に当該文献全体に着目して論じる。その際、1536年のシュトラースブルク版<sup>13)</sup>を底本としつつ、Andreas Deutsch による先行研究を手掛かりとし、必要に応じて他の法典との比較も行う。次に、Ⅲにおいて、本論文の目的に立ち返りつつこれまでの考察を整理するとともに、今後の課題を挙げる。

なお、法制史的な研究において、現代の概念や尺度を過去の法にそのまま当てはめることは厳に慎まなければならない。しかしながら、本論文の主眼は、故意／過失や未遂に範囲を限ってではあるが、「総論 (Allgemeiner Teil)」のような近代刑法典に固有とされる要素が Ksp. に存在したのか否かを検討することにある。そのため、現代刑法学における故意／過失、未遂の各概念は、あくまでもこの検討を行う上での評価軸として用いることとしたい。

## Ⅱ Ksp. における刑事法——刑法「総論」を中心に——

本章では、Ksp. の刑事法を概観する。ここでは、刑事法のうち故意／過失や未遂といった現代でいえば刑法総論にあたる事柄に関して、どのような記述がみられるのかを主に Deutsch の解説<sup>14)</sup> に則してみていくこととする。

まず次節において、第二部の中でも特に故意／過失、未遂の記述があると考えられている箇所、すなわち第二部第三章 Titel 56 に言及する<sup>15)</sup>。その後、Ksp. の一部分から今度は全体へと目を転じ、それらの概念がどのように扱われているのかを述べていく。加えて、Ksp. の記述に関しても、適宜参照を行う。最後に小括では、Ksp. にみられる故意／過失、未遂の記述に関して、「総論」性・抽象性の有無や度合いを論じる。

### 1. 第二部第三章 Titel 56 について

この節では、第二部第三章に属する Titel のうち、Titel 56にみられる記述の特徴や詳細を、Deutsch の見解に沿って掘り下げていく。前述の通り、Titel 56 では、現代的な意味でも刑法総論らしい事柄、つまり故意／過失、未遂が扱われているといわれている。まずは Titel 56 全体の構成に関して次の項で大まかに眺めたのち、この Titel における故意などの記述の詳細に触れることとする。

#### 1) Titel 56 の構成と内容<sup>16)</sup>

Titel 56 に関して、その構成や内容について述べる前に、まずは典拠となった文献を挙げたい。この Titel はアゾ (Azo) <sup>17)</sup> の『勅法彙纂集成 (Summa codicis)』<sup>18)</sup>、ガンディヌス (Gandinus) <sup>19)</sup> の『犯罪論 (Tractatus de maleficiis)』<sup>20)</sup> とに依拠して著されたといわれている<sup>21)</sup>。すなわち、中世イタリアにおけるローマ法学、その中でも特に刑事法学の成果の上に成

り立ったのがこの Titel だといえる。

Titel 56 において論じられている内容は多岐にわたっており<sup>22)</sup>、故意や過失等の区別に関する記述もそれらのうちの一つにすぎない。Deutsch によれば、Titel 56 で扱われているトピックは次の6つに大別されるという。すなわち、a) 未遂犯、既遂の故意犯、および過失犯の区別 (Abgrenzung von Versuch, vollendetem Vorsatzdelikt und Fahrlässigkeit)、b) 量刑に関して (Ausführungen zum Strafmaß)、c) 刑事訴訟手続における和解 (贖罪契約) (Vergleich im Strafverfahren (Sühnevertrag))、d) 闘争事例 (Konkurrenzfragen)<sup>23)</sup>、e) 医療上の専門家 (Ärztlicher Sachverständiger)、f) 個々の問い (Einzelfragen)、である。

次項では早速、Titel 56 a) での故意／過失、未遂の区別に関する記述の詳細について説明する。なお、第二部第三章における刑法の「総論」性を評価する上では Titel 56 b) の量刑論も興味深いものではあるが、本論文では扱わない。

## 2) Titel 56 a) における故意／過失、未遂

本項では、Titel 56 のうち故意／過失、未遂について論じている箇所を扱う。まずは、Ksp. そのものの記述や Deutsch の見解に依拠しつつ、当該箇所の記述の大まかな特徴や挙げられている具体例に言及した上で、筆者が持った疑問点・不明点を述べていきたい。

### i) 記述の特徴<sup>24)</sup>

Titel 56 a) の記述の特徴として、行為 (Verhalten) を ‘gedenkt’、‘untersteht sich’ そして ‘vollendet’ といった三段階へと分けて論じている点が挙げられる。この段階分けは、中世イタリアの刑法学者ガンディヌスの著作『犯罪論』における三区分である「考えること (cogitare)」、 「行うこと (agere)」 および 「完了すること (perficere)」 に倣っている<sup>25)</sup>。これらのうち、 ‘gedenkt’ はローマ法における「ドルス (dolus)」の訳語としてあてられており<sup>26)</sup>、事実の認識のみならず違法性の意識をも含意しているものと思われる。つまり、 ‘gedenkt’ は現代刑法学における故意よりも狭い概念だといえる。そのため、ここでは前者を「故意」ではなく「熟慮」と訳し、また、後二者を「着手」および「完了」と訳すことにする<sup>27)</sup>。

Titel 56 a) においてはさらに、上述した三段階に則っての場合分けが5つなされている<sup>28)</sup>。この場合分けに関して、Ksp. には以下のように記述されている<sup>29)</sup>。

[...] die peen angelegt werdē oder nit/ merck diß vnderscheyd/ antweder es gedenckt einer oder vndersteht sich zû thûn/ vnd volbringt vnnd volendt die missethat. Er gedenckt vnd vnderstat sich zû thûn/ vñ volbringts doch nit. Er gedenckt vnd vndersteet sich nit zû thûn/ vñ volendt auch nit. Er gedenckt auch nit. Er gedenckt nit vnd vndersteet sichs zû thûn/ vñ volendts. Er gedenckt nit so vñdersteet er sich es nit zû thûn/ vñ volendt auch nit. [...]

(前略) 刑罰が科せられるか否か (については)、次の区別を記憶にとどめておいてほしい。ある者が、悪行の実行を熟慮し、または悪行の実行に着手し、かつそれを成し遂げ完了する (場合)。彼が (悪行の) 実行を熟慮し着手したが、(それを) 成し遂げない (場合)。彼が (悪行の) 実行を熟慮したが着手せず、完了もしない (場合)。彼は熟慮もしない。彼が熟慮せずに (悪行の) 実行に着手し、完了する (場合)。彼が熟慮せず、ゆえに (悪行の) 実行に着手せず、そして完了もしない (場合)。(後略)

このように、Titel 56 a) で論じられている行為 (Verhalten) の段階分けおよび場合分けは、Deutsch によって整理<sup>30)</sup> がなされたがゆえに生じたものではなく、Ksp. の記述の中に既に見受けられるものだと見える。表1は、Deutsch の見解や Ksp. の記述をもとに、筆者が作成したものである。表の中で「○」であれば、その場合分けでは「熟慮」、「着手」そして「完了」といった要素が存在し、「×」であれば存在しない。例えば (ロ) の場合分けでは、熟慮と着手とが存在するものの、完了がない。つまり、現代でいえば未遂犯にあたる事柄が (ロ) で述べられていることがわかる。

表1 Titel 56 a) における、行為 (Verhalten) の場合分け

	熟慮	着手	完了
(イ)	○ (いずれか)		○
(ロ)	○	○	×
(ハ)	○	×	×
(ニ)	×	○	○
(ホ)	×	×	×

これら5つの場合分け毎に、処罰されるか否かについてが具体例とともに述べられている。各場合分けの詳細や挙げられている事例については、後ほど詳述することとしたい。

既にみえてきた通り、Ksp. 第二部第三章 Titel 56 a) では、故意／過失、未遂を論じるにあたって段階分けと場合分けとが駆使されている。そのため、確かに当時の文献としては抽象性の高い記述がなされていた、といっても過言ではないように思われる。とはいえ、「故意 (Vorsatz)」<sup>31)</sup>、「過失 (Fahrlässigkeit)」そして「未遂 (Versuch)」といった用語そのものは本文中に見受けられない点や、「熟慮 (gedenkt)」のように現代刑法学におけるものとは異なった概念が用いられている点には留意する必要があるだろう。

## ii) 各場合分けについて<sup>32)</sup>

ここでは、行為 (Verhalten) の三段階に即してなされている5つの場合分けについて、それぞれの詳細と挙げられている事例とを順に述べることにする。

第一に、「熟慮 (gedenkt)」と「着手 (untersteht sich)」とのいずれかが存在し、かつ行為の「完了 (vollendet)」もある、場合分け (イ) をみる。Deutsch によれば、この場合分けで論じられているのは既遂の故意犯についてである<sup>33)</sup>。そのため本論文においても、(イ) は熟慮・着手・完了のいずれも具備している場合を扱っているものと仮定して話を進めたい。Ksp. によれば、この場合分けに該当する行為は原則的に処罰されるという。例外的に不可罰とされているのは、正当防衛である場合、夫ないし父親が姦通者を殺害する場合、裁判官が法に則って刑罰を執行する場合<sup>34)</sup>、未婚女性を強姦しようとする者を殺害する場合などである。

第二に、場合分け (ロ)、すなわち「熟慮」と「着手」とはあるものの行為が「完了」しなかった場合について述べる<sup>35)</sup>。なお、(ロ) において具体例は挙げられていない。既に述べたように、この場合分けで扱われているのは未遂犯についてである。それだけではなく、行為が未完了となった理由によって、未遂犯を現代刑法学でいうところの中止未遂と障害未遂とに分けて論じている。すなわち、前者は行為の実行は可能であるが実行しようとしなかった場合であり、後者は行為を実行する意思はあるものの実行が不可能な場合である。これらの可罰性に

関して言えば、行為の結果ではなく意思を重視する立場から、現代の用語法でいうところの中止未遂は減軽 (Ablaß) されるが障害未遂は処罰される、との見解を Ksp. は述べている。

第三に、「熟慮」のみが存在している場合分け (ハ) に関してである。この場合分けに属する事例は、Ksp. においては原則的に不可罰とされている。ただし、例外も挙げられており、異端や大逆罪の事例がそれにあたる。

第四に、「熟慮」がないものの「着手」と「完了」とが存在する場合分け (ニ) について述べる。三段階の存在／不存在のみを一見すれば、この場合分けでは過失に関する事例が扱われているように読める。しかし、過失だけではなく責任能力に関しても、(ニ) では叙述されている。これはおそらく、Ksp. における「熟慮」が違法性の意識をも内包しているように見受けられる点を考慮すれば、子供や責任無能力者は行為について「熟慮」しえない、との解釈に至るためであろう。なお、(ニ) で挙げられている事例には次のようなものがある。まず、Ksp. において不可罰だとされている事例は、子供による殺人や、「愚者ないし阿呆 (thore oder narr)」すなわち責任無能力者による殺人である。また、およそ人通りのない場所で木の枝を切っていたのに落ちてきた枝で他の者を負傷させた、という事例も不可罰となる。この木の枝の例に関して言えば、偶然に生じた結果が処罰の対象から外されている点で、偶然責任の克服の表れとみることもできるように思われる。一方で、場合分け (ニ) においては、処罰こそされるものの刑罰は軽減される事例も挙げられている。例えば酩酊状態での犯罪、悪ふざけから (aus Übermüt) なされた犯罪、そして悪しき模範のゆえに (wegen eines schlechten Vorbilds) 行われた犯罪がこれに該当する。ここでいう酩酊状態での犯罪であるが、(ニ) の射程が「熟慮」のない行為であることを顧慮すると、酔った勢いに乗じて実行された犯罪は除外されているとみるべきだろう。

第五に、「熟慮」、「着手」そして「完了」のいずれの基準も満たしていない場合である (ホ) について、その記述をみる。場合分け (ホ) に該当する行為 (Verhalten) は原則的に処罰されない。しかしながら、この場合分けにおいてもいくつかの例外が挙げられている。まず、異端や大逆行為を企てた子供は可罰的である旨が述べられている。子供によるこれらの犯罪が (ロ) ではなく (ホ) で言及されているのは、前述した通り、子供が「熟慮」しえない者として Ksp. で扱われているためであろう。次に、偽の貨幣が鑄造されていた不動産の占有者に関する記述がみられる。この占有者は、偽造が行われていることを知らなかった場合でも処罰される。なお、CCBやCCCにおいても、貨幣偽造と不動産所有者についての規定がなされている。しかしながら、CCB 136条および CCC 111条によれば、不動産の占有者が処罰されるのは、貨幣偽造が行われることを知りながら不動産を貸与した場合であるという<sup>36)</sup>。そのため、Ksp. 第二部 Titel 56 は、これらの法典よりも不動産の占有者に厳しい規定を置いているといえる。更なる具体例として、飼っていた動物が被害を生じさせた飼い主についても Titel 56 a) では言及がなされている。飼い主と動物の例は、現代でいえば民法上の不法行為、その中でも動物の占有者等の責任にあたる。しかし、Ksp. においては、動物による損害も刑事罰の対象とみなされていたようである。

ここまで (イ) から (ホ) までの5つの場合分けを概観した限りでは、具体的な事例が挙げられているのは各場合分けにおいて例外的な扱いがなされるものみのようで、典型例にあたるものは見受けられなかった。Ksp. の著者は、典型例については抽象的な定義で十分に言及し尽している、と考えていたのかもしれない。また、現代で言えば正当行為にあたるものが故意犯論で扱われているなど、現代刑法学とは異なった文脈で挙げられている事例もみられた。

このことから推測すれば、Ksp. は現代とは異なる理論的背景に基づいた文献であると言える。

なお、これらの場合分けに関しては、他にも検討や議論の余地のある箇所が見受けられた。次の項では、そうした疑問点や不明点について論じることとしたい。

### iii) 疑問点および不明点

Ksp. 第二部第三章 Titel 56 a) では、故意／過失、既遂／未遂を論じる上で5つの場合分けがなされていた。しかしながら、それぞれの場合分けにおける記述や具体例をみていく中で疑問が2点生じたため、ここで述べることとする。

まず、(イ)の場合分けに関して、これまで述べてきた中で保留となっていた点が1つあった。すなわち、「ある行為の実行を熟慮しまたは行為に着手し (einer gedenkt oder untersteht sich)」<sup>37)</sup> という表現についてである。ここに挙げたものは Deutsch による表現であるが<sup>38)</sup>、既に述べたように、この記述は Ksp. それ自体に見受けられるものである。先ほどは、場合分け(イ)には熟慮と着手とのいずれもが存在するものと仮定して話を進めた。では、2つの要素を繋ぐのは「および (und)」と「または (oder)」とのどちらが正しいのだろうか。

ここではまだ、二者のうちのどちらが正しいと断言することはできない。しかしながら、場合分け(イ)においては、熟慮と着手とのいずれか一方ではなくいずれもが存在する蓋然性が高いように思われる。というのも、熟慮があつて着手がないのであれば、そもそも行為は完了されないはずである。また、熟慮がなく着手があるのなら、(二)の分類、換言すれば、熟慮がなく着手と完了のある場合と重複してしまうため、場合分けとして成り立たない。勿論、各段階の訳語としてあてた「熟慮」、「着手」そして「完了」が単に不適切で、本来は意味の通った文章である可能性もある。とはいえ、現状では次のように——「熟慮」と「着手」の間には「および (und)」が置かれるはずだったけれども、Ksp. の記述に至るまでのいずれかの段階で、誰かが誤って「または (oder)」と書いてしまった——と解するのが妥当であろう。

では、「熟慮または着手」との記述の由来は一体誰なのだろうか、あるいは何処なのだろうか。可能性としては、次の5つが挙げられるように思う。①中世ローマ法学の諸文献のうち、Titel 56 a) の典拠となったもの。例えばガンディヌスの『犯罪論』など。②1425年版の著者であるコンラート・ハイデン (Conrad Heyden)<sup>39)</sup>。③1425年版の手写本を作成した人物。④1516年版の編者であるゼバステリアン・ブランツ (Sebastian Brant)。⑤1425年版ないし1516年版を実際に植字・印刷した人物。このうち④に関しては、ブランツ自身による Ksp. への追記や修正は付随的なものだとされている<sup>40)</sup> ため、可能性としてはやや低いように思われる。とはいえ、本論文ではあくまで推測を述べるに留め、「または (oder)」との記述になった段階の特定や、この記述のそもそもの正誤に関しては今後の課題としたい。

次に、(二)の場合分けに見られた「悪しき模範のゆえに (wegen eines schlechten Vorbilds; ein böß exempel)」という文言について考察する。ここでは模倣犯であるものと仮定して訳出したが、もしこれが模倣犯を指す記述ならば、その処罰の軽減について典拠となったのは何なのであろうか。というのも、模倣犯に関する規定はザクセンシュピーゲルのラント法にも CCC にも見受けられず<sup>41)</sup>、Ksp. のみにこれが現れるというのはやや奇妙な印象を受けたためである。

Deutsch による過失の解説<sup>42)</sup> では、「悪ふざけ (geylheit)」と「悪しき模範 (böß exempel) のゆえに」との2つの語句が、「気まぐれによって (per lasciviam)」という表現を言い換えた

ものであるように見える。なお、これらのうち特に 'lascivia' に関しては、刑事実体法史を扱った邦語論文のうち、内田論文と真鍋論文とにおいて言及がみられた。前者では、「悪ふざけ (lascivia)」との語が「学説彙纂 (Digesta sive Pandectae)」<sup>43)</sup> 48巻8章4法文1文節で用いられている旨が示されていた<sup>44)</sup>。後者では、「さらに結果発生可能な表象がないときでも、その欠缺が Geilheit (放埒、即ちローマ法の lascivia のドイツ語訳であろう) もしくは Unfleiss にもとずくときと、不可罰が悪しき先例となるときは、不可罰でなく可罰である」<sup>45)</sup> との記述がなされている。

この 'ein böß exempel' という表現に関して言えば、少なくとも、Titel 56 a) の場合分け(二)、すなわち熟慮 (gedenkt) のみが欠けた行為において、その可罰性を示す指標の一つであることは確かである。しかしながら、その解釈に関しては以下の2通りが挙げられるように思う。第一には、ローマ法上の 'per lasciviam' の語が、'geylheit' と 'böß exempel' とに分割して独訳されたことが考えられる。もしこれがローマ法由来の表現であるとすれば、ザクセンシュピーゲル・ラント法で類似の規定が見受けられなかったことは納得のいくものである。第二には、真鍋が示しているように、この表現が模倣犯の処罰を意味するものではない可能性もある。この場合には、'ein böß exempel' は、'per lasciviam' とは無関係の語句だといえる。

この問題に関しても、今後さらに検討を行うこととしたい。

## 2. Ksp. における故意／過失、未遂

前節では、Ksp. 第二部の中で特に Titel 56 a) に焦点を絞り、当該箇所のみられる故意／過失、未遂の記述の概要を述べてきた。しかしながら、Deutsch の見解によれば、Ksp. では第二部 Titel 56 a) 以外の箇所においても、故意／過失、未遂が論じられているという<sup>46)</sup>。そこで、本節では Ksp. 全体へと視野を広げ、これらの記述の特徴をみることにするが、詳細に入る前に、まずは Ksp. 以前の刑事法における故意／過失、未遂の扱いに言及したい。

なお、当該文献の故意／過失、未遂の記述がどの程度抽象性や「総論」性を獲得していたかに関しては、後ほど検討を行うこととする。

### 1) 前史<sup>47)</sup>

本項では、Ksp. が著される以前、換言すればゲルマン刑法における故意／過失、未遂の扱いについて、概観を行う。一般的に、中世までのゲルマン刑法は結果責任であったといわれている。すなわち、結果の発生こそが、行為の可罰性を判断する上で重要視されていた。しかしながら、結果責任である度合いには、時代によって若干の相違が見受けられる。そのためここでは、当初のゲルマン刑法の特徴と中世までに生じた変化とを併せて示すこととした。

まず、故意／過失の問題に言及するならば、ゲルマン刑法では、偶然責任の除外は徹底されていなかった。勿論、ゲルマン人も、故意になされた加害行為とあやまって偶然にもたらされた傷害との違いは認識していたようである。しかしながら彼らは、行為に害意が存したか否かを、現代のように心理的事情から推し量るのではなく、犯行自体の外的な形態をもとに推測していた。ここで、'Ungefährwerk'、すなわち「故意無き犯罪」ないし「偶然事件」と呼ばれる行為類型が生じることとなった。この類型にあたる行為の例としては、ある者が仕掛けた動物用の罠に誰かがかかることや、ある者が倒した木によって誰かが打ち殺されること、ある者による治療が失敗したことによって誰かが亡くなることなどが挙げられる。こうした「故意無

き犯罪」の類型に該当する行為は、その事例自体の偶然性とは無関係に、偶然に生じたものとみなされた。なお、「故意無き犯罪」であると認定されたい場合には、行為者は自身の行為の釈明として、害意がなかった旨の宣誓を行う必要があった。故意無き犯罪の類型は、ザクセンシュピーゲルの著された頃、すなわち中世ドイツにおいても消滅しなかったと考えられている。

次に、未遂に関して言えば、具体的な損害が発生しないことから、当初は処罰されなかったといわれる（なお、現行犯に関してはその限りでない）。後に、部族法典に見られるように、未遂犯も処罰の対象となった。とはいえ、そこでの規定のなされ方は現代とは大幅に異なっており、未遂の犯罪で生じうる行為を未遂犯罪として典型的に扱っていた。殺人を例に挙げるならば、中世までのゲルマン刑法では、「殺人罪の未遂」といった形での処罰は行いえなかった。そのため、「剣を抜くこと（Schwertzücken）」や「水中に突き落とすこと（Wassertauche）」といった、人を殺す際になされうる行為それ自体を罰していたとされる<sup>48</sup>。ドイツにおいて未遂が概念として把握されるようになったのは、中世ローマイタリヤ法学の影響が及んだ後、すなわち継受期になってからのことだといわれている。

これまでに述べてきたように、Ksp.における故意／過失、未遂の概念は、現代刑法学におけるそれらに比べれば抽象的なものであるとは言えない。また、現代とは異なる理論的背景に立脚したと思われる記述もなされている。しかしながら、従来のゲルマン刑法との差異は随所に見られる。次項以降ではそうした差異に着目しつつ、Ksp.における故意／過失や未遂の記述の特徴について、詳細を述べたい。

## 2) 各概念についての記述の特徴と事例

本項では、Ksp.における故意、過失および未遂に関して、Deutschの説<sup>49</sup>に依拠しつつ、それぞれの概念ごとに、記述の特徴と挙げられている事例とに言及し、加えて、従来のゲルマン刑法との対比を行うこととしたい。

### i) 故意<sup>50</sup>

Ksp.全体における故意の記述の特徴であるが、第一に、中世のゲルマン系の法とは異なり、有責の行為に対してのみ刑事責任が問われる原則を貫徹している点が挙げられる。中でも特に、偶然に生じた結果に関しては処罰しない点が大きな特徴である。第二の特徴は、前述の通り、「故意（Vorsatz）」というよりは「ドルス（dolus）」について述べている点である。第三に、非故意の行為、すなわち過失犯等が考えられうる犯罪では、行為の可罰性に故意が不可欠であるとの立場をKsp.は採っている。事例でいえば、文書偽造、偽証、誣告がそれにあたる。このことから筆者は、Ksp.における故意の記述には従来のような結果刑法的な色彩が薄い、と考えている。なお、故意の定義に関して中心的な記述がなされているのは、前述したTitel 56である。

次に、Deutschが故意の解説において挙げている主な事例をみよう。なお、半角括弧内にあるのは対応するTitelの番号である（過失、未遂の項についても同様である）。まず、故意のある行為のうち、不可罰であるもの（Titel 56 a）がある。不可罰となる事例の詳細については、前節で既に述べているためここでは割愛する。また、可罰的な文書偽造（Titel 40）、可罰的な偽証（Titel 40, Titel 26）そして可罰的な誣告（Titel 55）の記述がみられる。文書偽造、偽証および誣告の可罰性については、既に述べている通り、Ksp.では行為の故意性を重視する立場が採られている。その他には、死に至らしめる行為（Totschlag）<sup>51</sup>における故意



(Titel 35) や喧嘩における剣の使用に基づく故意の推定 (Titel 35), 加えて闘争事例 (Titel 56 d)) に関しても言及がなされている。ここで、闘争事例について補足することとした。Deutsch によれば, Titel 56 d) では, 「ある者が誰かを襲撃しその後死なせた場合に, 殺害する「意図 (mūt)」でのみ攻撃が行われたのか否か」<sup>52)</sup> が論じられている。例として挙げられているのは, ある者が相手に腹を立てて相手を殺害した場合と, ある者が相手を挑発した後で相手を殺害した場合との 2 パターンである。Ksp. では, 可罰性の立証において主観面が重視されている。そのため, 前者は専ら故殺として扱われるが, 後者はいかなる規定に基づいたとしても責任があるとされる<sup>53)</sup>。

## ii) 過失<sup>54)</sup>

過失に関して, Ksp. 全体における記述にはどのような特徴がみられるだろうか。まず, 第一の特徴としては, 過失を故意でもなく偶然でもないものとして把握している点が挙げられる<sup>55)</sup>。換言すれば, 現代刑法学でいう「過失 (Fahrlässigkeit)」ほどには抽象的な概念として確立してはいなかったものの, 故意や偶然との区別がなされている。この点において, Ksp. にみられる過失の記述は従来 of the German刑法<sup>56)</sup> とは一線を画している, と筆者には思われる。なお, 故意犯からの区別について, 中心的な記述がなされているのは Titel 56 である。また, 程度の重い過失も故意から分離させている。第二に, 損害の原因を惹起した者は損害自体を引き起こしたとみなされる旨を述べている点が挙げられる。加えて, 注意義務違反に対する帰責性の要件をも示唆している点が第三の特徴である。すなわち, Ksp. では, 生じたことを行為者に帰せしめうるのか否かが重視されているといえる。

過失に関する事例として, 以下のものが列挙されている。対応する Titel のうち, 第一部が出典となっているものには (ET) を付している<sup>57)</sup>。特に多くの事例がみられるのは, 第一部の Titel 157<sup>58)</sup> である。まず, 不注意や懈怠ゆえに火を延焼させ, 他人の穀物や葡萄酒に損害を与えた場合 (Titel 157 (ET)) が述べられている。次に, 注意義務違反の存する作為と不作为について, 医者による手術と薬剤の投与 (Titel 157 (ET)) を例に挙げて説明を行っている。木の枝の例 (Titel 56 a), Titel 157 (ET), Titel 35) に関しては, 設例のうち「行為者によって切り落とされた枝が通行人を傷つける」点は共通であるものの, 他の条件を変えることによって幾通りかの記述がなされている。すなわち, Titel 56 a) においておよそ人通りのない場所が想定されている一方で, 第一部 Titel 157 ではそこに道があるケースが考慮されている<sup>59)</sup>。加えて, 第一部 Titel 157 と Titel 35 では, 枝を刈り込む際に行為者が叫ぶか否か, 言い換えれば, 通行人が木の枝によって害を被らないよう注意したか否かについて言及がみられる。屋根ふき職人や左官屋の事例 (Titel 157 (ET)) では, 通常予期されないような時刻に仕事をし, その際ある者を傷つけたならば有責となる。また, 石を馬車や荷車へ粗雑に積んだ者 (Titel 157 (ET)) は, 石が通行の際に荷車から落ちてくるならば責任を問われるという。さらに, CCC にも登場する設例であるところの射手の例や床屋の例<sup>60)</sup> (Titel 157 (ET)) は, Ksp. においても扱われている例である。そのうち射手の例では, ある農奴が射撃練習場を横切った際に射殺されたときは義務違反が相殺される旨と, 他方で, そのようなことを故意に行った射手は処罰される旨とが述べられている。それから, 皇帝に対する軽率な中傷 (Titel 29) の事例に関して言えば, 真に軽率さから生じた中傷ならば処罰されない。最後に, 囚人の脱走に対する看守の責任 (Titel 26) が事例として挙げられている。この事例は, 被拘禁者が脱走した際に, このことが不慮の災難により起こった旨を看守が立証できない限り, 看守は懈怠のゆえに処罰される旨を述べたものである。

ここに列挙した事例のうち、床屋の例に関しては、他の法典における記述との比較を後ほど行うこととしたい。また、過失の解説の中で登場する語句である「悪ふざげ (geylheit)」と「過失 (unfleyß)」との異同についても、併せて検討を行う。

### iii) 未遂<sup>61)</sup>

Ksp. 全体における未遂の記述の特徴としては、前述したように、未遂犯を現代刑法学でいうところの中止未遂および障害未遂とに分けて論じている点が第一に挙げられる。うち、前者は行為の実行は可能だが実行しようとしなない場合であり、可罰的であるとされる。一方、後者は行為を実行する意思はあるが実行が不可能な場合である。自発的に犯罪の試みを断念したため、この場合には行為者は減輕されることとなる。また、「着手 (sichs understeeet)」という簡潔だが明瞭な基準を用いている点は第二の特徴だといえる。既に Titel 56 a) 場合分け (ハ) でみてきた通り、着手が欠けているのならば、熟慮があったとしても原則的に罰せられない。未遂の定義を行っているのは Titel 56 である。このように、Ksp. における未遂の記述には抽象性が見受けられ、可罰性についての言及もなされている。すなわち、Ksp. は従来のゲルマン刑法における未遂の扱いを克服し、現代刑法学における未遂犯の理論へと一歩近づいた文献だといえるのではないだろうか。

未遂の記述において挙げられている事例は、故意や過失のそれに比すれば数が少ない。言及がなされていたのは、大逆罪の未遂となる事例 (Titel 30) および貨幣偽造における中止 (Titel 41) の2つであった。貨幣偽造の中止犯に関しては、「しかるべき改悛の情 (rechter reüwe)」からなされた中止であるならば、Ksp. では不可罰だとされる。

### iv) 疑問点および不明点

ここまで、Ksp. 全体における故意／過失と未遂についての記述の特徴や事例を概観してきた。ここでも疑問点や不明点が生じたため、以下に挙げることとしたい。

まず、過失の記述における床屋の例について、他の法典との比較を行いたい。床屋の設例は古くは学説彙纂にみられるものであり、Ksp. よりも少し後に成立した法典である CCB や CCC にも登場している。そのため、ドイツ刑事法史における Ksp. の位置づけを探るうえで、この床屋の例は一つの手掛かりとなるように思われる。今回、これら4つの法典ないし法的文献の比較を行うに際して着目するのは、「ボール」との語が見受けられるか、髭剃りを行う場所に関して場合分けがなされているか、という2点である。

第一に、「ボール」という記述の有無を確認することとする。Ksp. における床屋の例には「ボール」との語が存在しているが、CCB 172条や CCC 146条では見受けられない<sup>62)</sup>。一方で、学説彙纂の9巻2章11法文前文の邦訳<sup>63)</sup>には「球」との記述がなされている。このような差異が生じたのが何故であるのか、現時点でははっきりと断定することはできないが、ここに3つの可能性を挙げたい。まず、記述に「ボール」を登場させてしまうと場面が限定されるため、規定に多少なりとも一般性を持たせようとしてこの語を削除した、という理由が考えられる。また、ボール遊びをする者の数が当時は少なかったため、との理由もありうるだろう。さらには、古代ローマ人と16世紀の神聖ローマ帝国民ではボール遊びのやり方が異なっており、「ボールが投げられる」との記述が当時の帝国民には馴染まなかった、という可能性もある。

第二に、髭剃りを行う場所による場合分けについて検討する。CCB と CCC の床屋の例<sup>64)</sup>では、通常髭剃りが行われるような場と、そうでない場とで場合分けがなされている。また、

前者の場合の行為者は完全に免責されるが、後者では完全には免責されない旨が述べられている。しかしながら、学説彙纂と Ksp. においては、場所に関しての場合分けはみられない。では、このように、場所による場合分けが CCB 以降で生じたのは何故であろうか。真鍋論文によれば、CCC 146条の床屋の規定は、「偶然との区別につき、(中略) 同じく死の結果を ungerverlich に生じたのであっても、目的的には許された行為を相当な場所で行ったのであれば免責される」<sup>65)</sup> (中略は筆者による) 旨を定めるもので、「従って要点は、危険な態様そのもの——人を死なせるに足りる行為を、そのような場所・時間で行なった、ということ」<sup>66)</sup>にあるという。つまり、CCC や CCB では、条文の中で立法者が示そうとした主旨に合わせて、床屋の例が加工されたといえるだろう。

これらの情報から推測すれば、Ksp. の床屋の例は比較的ローマ法学ないし中世ローマ法学に忠実に作られており、CCB でアレンジがなされたと考えられる<sup>67)</sup>。また、CCC における記述は、類似性の度合いを考慮するならば、Ksp. を直接の典拠としているというよりは、CCB の床屋の例を引き継いでいるように思われる。床屋の例に差異がみられる理由に関しては、法文化史的な面にも目を向けつつ、今後も調べていくこととしたい。

次に、「悪ふざけ (geylheit)」と「過失 (unfleyß)」とに関してみていく。Deutsch による記述や用語法を考慮し、本論文では「悪ふざけ」および「過失」と訳出することにした。これらは両者とも過失の解説に登場する語であり、過失に関連する表現だということは明白であろう。とはいえ、わざわざ別の語句が用いられているからには、両者には意味上の差異が多少なりとも存在しているはずである。では、この「悪ふざけ (geylheit)」と「過失 (unfleyß)」の差異とは、一体どのようなものなのだろうか。2つの語句の差異に迫るべく、これらがどのような文脈で用いられているのかを、Deutsch の解説<sup>68)</sup>をもとに整理することとしたい。

まず、「悪ふざけ (geylheit)」の語は、2箇所で見受けられる。第一の箇所は Titel 35 の内容を受けており、悪ふざけ (geylheit) は悪だくみ (argerlist) とは異なるものの、これによってなされた行為は軽い罰とはいえ有罪となる旨が述べられている<sup>69)</sup>。第二に、Titel 56 の記述は、悪ふざけ (geylheit) すなわち若者のやんちゃによる行為が軽く処罰されることを示している<sup>70)</sup>。つまり、Ksp. におけるガイルハイトは、悪だくみほどは悪質ではないけれども処罰される対象である、といえる。

次に、「過失 (unfleyß)」の語が登場する文脈を挙げれば、以下の3箇所である。Titel 157 (ET) からの引用である第一の箇所は、「医者が首尾よく手術を終えたが、その後彼がしかるべき薬剤 (の投与) を行わなかったように、過失 (unfleyß) が行為の後に続いているとき」<sup>71)</sup> というもので、医者者の不作為における義務違反を扱ったものである。第二に、これも Titel 157 (ET) の記述をもとに、過失 (unfleyß) がないだけは免責されず、知っているべきことを知らなかったのであれば罪を負わされう旨が述べられている<sup>72)</sup>。第三の箇所は Titel 35 が出典となっており、大きな過失 (unfleyß) が悪だくみ (argerlist) ではないこと、そして過失 (unfleyß) がもつて木の枝によって誰かを死なせた場合には通常刑 (rechten straff) が科されないことを示している<sup>73)</sup>。以上の3か所の記述を考慮すれば、ウンフライスも悪だくみとは異なる概念であるが、先ほど挙げたガイルハイトとは別の文脈で用いられていることがわかる。

このように、Deutsch による過失の解説の文言を見た限りでは、Ksp. 上での前者は程度が重めの過失、後者は懈怠や注意義務違反に近いニュアンスで用いられているように思われる。なお、邦語の文献や論文においても、ガイルハイトとウンフライスが一体どのようなもので

あるのか、CCC 上でのものではあるが検討や言及がなされていた。しかしながら、両者への定訳は、そうした諸文献や諸論文では特に見受けられなかった。見解もいくつかに分かれており、両者とも過失を意味する用語として捉えるほかない、とするもの<sup>74)</sup>や、ガイルハイトを未必の故意にもまたがるものないし認識ある過失、ウンプライスを認識なき過失とするもの<sup>75)</sup>などがみられた。そのため、現時点で提示することができるのは、次のような——両者は過失を表す語ではあるものの、ニュアンスには多少の違いがあり、どちらかといえばガイルハイトの方がウンプライスよりも重いものである——という雑駁な結論でしかない。「悪ふざけ (geylheit)」と「過失 (unfleyß)」との細かな相違に関しても、今後の課題としたい。

### 3. 小括

本章ではここまで、刑法のうち現代でいえば故意／過失、未遂にあたる事柄に関して、Ksp. の記述にどのような特徴がみられるのか、1536年シュトラースブルク版や Deutsch による先行研究をもとに述べてきた。本節では、刑法総論の中でもごく一部の概念に限定してではあるが、これらの記述の「総論」性に関して、続いて抽象性について存否を論じることとしたい。

#### 1) 「総論」性

現時点での印象を述べるならば、Ksp. の故意／過失、未遂の記述における「総論」性はある程度見受けられるように思われる。ここでは、本論文の I において提示した「総論」性の2つの指標——抽象的な定義を有していること、他の複数のTitelの内容にもこの定義が当てはまること——に沿って、このように評価するに至った根拠を述べることにしたい。

第一に、Titel 56 a) は、現代における各概念との相違も見受けられるものの、故意／過失、未遂に関して、ある程度抽象的な定義を示していたことが挙げられる。なお、抽象性については、次項で詳細に検討を行う。第二に、Titel 56 a) 中の定義は、他の Titel での事例や解説にも妥当するものであった。勿論、他の Titel でも定義的な説明がなされていたことを考慮すれば、Ksp. は各概念の定義を Titel 56 a) へ集約しているわけではなく、したがって総論部と各論部は完全には分化していなかったといえる。とはいえ、Ksp. のうち少なくとも Titel 56 a) における故意／過失、未遂の記述は、現代の刑法総論部の萌芽とも呼びうるものを、既に備えていたのではないだろうか。

#### 2) 抽象性

全体的に言えば、Ksp. における故意／過失、未遂に関する記述は、ある程度の抽象性を獲得しているように思われる。確かに Ksp. では、故意 (Voratz)、過失 (Fahrlässigkeit)、そして未遂 (Versuch) といった用語そのものは登場せず、代わりに熟慮 (gedenkt) など、現代とは異なった概念を用いての説明がなされていた。また、現代刑法学とは異なる理論的背景に立脚したと思われる記述も見受けられた。抽象化の度合いに関しても、現代の観点から見ると、さほど進んでいたとは言えないだろう。しかしながら、例えば Titel 56 a) では行為 (Verhalten) を段階や場合に分けて論じているなど、15世紀に著された文献としては、Ksp. は十分に抽象的な叙述を行っており、従来のゲルマン刑法に比すれば現代の刑法のあり方により近いように思う。加えて、この著作の記述に関しては、単なる翻訳ではないとの指摘もなさ

られている<sup>76)</sup>。つまり、Ksp.における故意などの記述は、中世イタリア法学の成果を素材としつつも、著者自身の理解に基づいて、ある程度独自に組み立てられたものと推測できる。

続いて、各概念の抽象化の度合いに言及する。まず、故意／過失に関しては、通説的見解に反して、それなりの抽象性を有しているように思われる。Ksp.では、行為の可罰性を論じる際に、故意の有無が重視されていた。さらには、従来であれば問答無用で責任を問われたか、あるいは典型的な「故意無き犯罪」ないし「偶然事件」として処理されたであろう事例にも、Ksp.の著者はメスを入れている。「故意無き犯罪」の類型のうち木の枝の例に触れるならば、既に述べたように、設例の条件をいくつか変動させることによって過失と偶然との区別が示されている。また、医師の例に関しても、‘unfleiß’のある場合は答責的であるとの評価をKsp.は下している。このように、複数のTitelを貫く判断基準のようなものが見受けられること、従来のゲルマン刑法にみられるような結果責任や行為類型を克服していること、そして何よりTitel 56 a)の記述の抽象性から、Ksp.の故意／過失概念は、ある程度抽象的なものであったと考えられる。

未遂に関しては、継受期に概念的な把握がなされるようになった、との通説的見解を補強する結果であったといえるだろう。とはいえ、通説が念頭においていたのは、本論文の冒頭部で挙げているように、Ksp.よりも70年以上後に現れたCCBやCCCであった。さらにKsp.は、ローマ法継受の早期に現れた文献でありながら、未遂犯の定義のみならず、障害未遂と中止未遂との区別までも、ある程度の抽象性をもってかつドイツ語で行っている。そのため、ドイツにおける未遂犯論の歴史においても、この文献は少なからず意義を有しているように思われる。

以上のことから、本論文では、Ksp.の刑法、とりわけ故意／過失、未遂の「総論」性と抽象性に関して、部分的にはあるが肯定する立場を採ることとしたい。

### Ⅲ おわりに

本論文を結ぶにあたって、中近世ドイツ刑事法史におけるKsp.の位置づけを提示するという本論文の主旨に立ち返りつつ、総括を述べるとともに今後の課題を提示したい。

#### 1. 総括

本論文では、第二部第三章Titel 56 a)の故意／過失、未遂の記述や第一部Titel 157の床屋の例のように、範囲を大幅に絞ってはいるが、Ksp.における刑法の記述そのものに迫ることができた。これを通じて、我が国における法制史学や刑法学の歴史的研究に、多少なりとも寄与することができたのではないかと考えている。

これまでの検討を踏まえた上で、Ksp.が中近世ドイツ刑事法史においてどのように位置付けられるかをここで論じておきたい。ここで扱うのは、刑事法とりわけ故意／過失、未遂の記述の「総論」性・抽象性、そしてドイツ刑事法史上の意義の2点である。

まず、Ksp.の刑法に「総論」性や抽象性が存在するか否かを考察する。この点については既に検討を行ったため、ここでは概略と補足を述べるに留めたい。Ⅱの小括で述べたように、Ksp.における故意／過失や未遂の記述は、少なくとも萌芽と呼びうる程度の「総論」性

や抽象性を獲得しているように思われる。さらに、故意／過失に関しては、通説的見解に反して、それなりの抽象性を有しており、未遂に関しては、継受期に抽象的な定義が形成されてきたとの通説的見解が補強されることとなった。また、行為 (Verhalten) を段階や場合に分けて論じている点は、15世紀の文献であることを考慮すれば、十分に抽象的なものだといえるだろう。加えて、先行研究の見解に依拠するならば、この抽象性は、中世イタリア法学の成果を受け継ぎつつも、ある程度独自に編み出されたと考えられる。とはいえ、この文献が本当に単なる翻訳に留まらないかに関しては、Ksp. が依拠した諸文献まで遡って調査する必要がある。

次に、中近世ドイツ刑事法史における Ksp. の意義についてであるが、この文献の刑法にある程度抽象的な記述が見受けられることは、既に述べた通りである。それに加えてここでは、中世イタリア法学の成果と、CCB 以降の刑事法典との橋渡しになったことを挙げておきたい。このことは、Ksp. と CCB 以降の床屋の例に、共通点と相違点との両方が見受けられたことから導き出すことができる。

共通点に関して言えば、多少の違いがみられるとはいえ、Ksp. と CCB における床屋の例は、非常に似通ったものであった。そのため、Ksp. が CCB へ及ぼした影響は少ないものではなかったと思われる。CCB の立法に携わったシュヴァルツェンベルク自身はラテン語を読むことができなかつた<sup>77)</sup> 点も考慮すれば、ローマ法についてドイツ語で著された手引書が既に存在していたことは、CCB の編纂においてプラスに働いたはずである。他方で、Ksp. における床屋の例は、CCB・CCC といった両法典よりは寧ろ学説彙纂との類似性が高かった。加えて、前史にも言及すると、「故意無き犯罪」や未遂犯の扱いに関しては、Ksp. の刑法と従来のゲルマン刑法との隔絶は大きなものであった。

これらのことを考慮すれば、Ksp. は、中世ローマ法学やその成果に大幅に依拠した文献であり、ゲルマン刑法の要素は——少なくとも、故意／過失、未遂の扱いに関しては——非常に薄いものであるといえる。また、ゲルマン刑法とローマ-イタリア刑法学との融合は、Ksp. の段階では果たされていなかったと考えられる。すなわち、この融合が成し遂げられたのは通説通り CCB においてであろう。さらには、II で既に述べたように、CCC に対する Ksp. の影響は、CCB を経由しての間接的なものであったと思われる。とはいえ、直接であれ間接であれ、近世ドイツの刑事法典にローマ-イタリア法の資料として役立てられたのだとすれば、Ksp. という文献の意義は、ドイツの刑事実体法史において着目に値するはずである。

## 2. 今後の課題

まず、Ksp. における刑法の「総論」性、抽象性についての検討を、引き続き行うことが課題となる。そのためには、本論文では扱うことのできなかつた正当防衛、責任能力、そして量刑論に関して、記述の詳細に迫ることが必要不可欠である。加えて、故意／過失、未遂に関しては、Titel 56 a) や床屋の例以外の箇所についても Ksp. 自体を調査する必要がある。日本における刑法学の先行研究の分析もさらに行わなくてはならない。また、Titel 56 a) の場合分け (イ) における「または (oder)」の問題など、Ksp. の典拠となった文献にあたらぬことには、解決できない問いも生じている。

また、Ksp. と同時代の他の文献・法典との記述の比較や、学説彙纂の法文との比較をさらに行いたいと筆者は考えている。というのも、本論文で比較することができたのは床屋の例のみであったが、例えば囚人の脱走における看守の過失や医者<sup>78)</sup>の過失など、これらの文献・法典の間には他にも類似の規定がみられるためである。比較を行う範囲を拡大することによっ

て、中近世ドイツ刑事法史における Ksp. の位置づけや意義を、より鮮明に描き出すことができるであろう。

#### 参考文献

- 井田良『講義刑法学・総論』有斐閣, 2008年。
- 内田文昭「過失犯論の史的展開について (一)」『上智法學論集』16巻1号, 1972年, 3~75頁。
- 江南義之『『學說彙纂』の日本語への翻訳 II』大学図書, 1992年。
- 小野清一郎『犯罪構成要件の理論』有斐閣, 1953年。
- 勝田有恒・森征一・山内進編著『概説 西洋法制史』ミネルヴァ書房, 2004年。
- 勝田有恒・山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち——グラーツィアヌスからカール・シュミットまで——』ミネルヴァ書房, 2008年。
- 上口裕訳「カール5世刑事裁判令(1532年)試訳(1)」『南山法学』37巻1・2合併号, 2014年, 149~200頁。
- 上口裕訳「カール5世刑事裁判令(1532年)試訳(2)」『南山法学』37巻3・4合併号, 2014年, 299~348頁。
- 久保正幡・石川武・直井淳訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』創文社, 1977年。
- 『西洋法制史料選 II 中世』創文社, 1978年。
- 野澤充「中止犯論の歴史的展開(4)——日独の比較法的考察——」『立命館法學』2003年2号, 2003年, 148~207頁。
- 埴浩『フランス・ドイツ刑事法史』信山社, 1992年。
- 玄守道「故意に関する一考察(二)——未必の故意と認識ある過失の区別をめぐって——」『立命館法學』2005年4号, 2005年, 96~146頁。
- 福田平・大塚仁『刑法総論I—現代社会と犯罪』有斐閣, 1979年。
- 前田雅英『刑法総論講義 第4版』東京大学出版会, 2006年。
- 真鍋毅「過失犯の歴史的研究——ドイツ十八世紀まで——」『法政研究』(九州大学)33巻1号, 1966年, 27~79頁。
- 米山耕二「カリナ刑事法典について——刑事訴訟における合目的性と正義(二)——」『一橋論叢』71巻4号, 1974年, 519~537頁。
- 若曾根健治「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号, 1994年, 151~230頁。
- F. ヴィーアッカー／鈴木祿弥訳『近世私法史——特にドイツにおける発展を顧慮して——』創文社, 1974年。
- P. スタイン／屋敷二郎監訳／関良徳・藤本幸二訳『ローマ法とヨーロッパ』ミネルヴァ書房, 2003年。
- H. ミッターイス, H. リーベリッヒ／世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説 改訂版』創文社, 1971年。
- Deutsch, Andreas: Der Klagspiegel und sein Autor Conrad Heyden, Köln 2004.
- Deutsch, Andreas: Art. Klagspiegel, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. v. Albrecht Cordes/Heiner Lück, 16. Lfg., 2., völlig überarbeitete und erw. Aufl., Berlin 2012, Sp. 1864-1869.
- Köbler, Gerhard: Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte, München 1997.
- Reitz, Christine: Die Überlieferungsgeschichte des Richterlichen Clagspiegels, in: Sebastian Brant, der richterliche Clagspiegel, Eine Untersuchung, Limburg a. d. Lahn 1993, S. 21-30.
- Schmidt, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Unveränd. Nachdr. d. 3. Aufl., Göttingen 1983.
- Theisen M. A., Frank: Sebastian Brant, der Klagspiegel und ihre Einordnung in der Rezeptionszeit, in: Sebastian Brant, der richterliche Clagspiegel, Eine Untersuchung, Limburg a. d. Lahn 1993, S. 51-54.

## 資料

## 【資料1】 Titel 56 の一部の書き起こしと試訳

第二部 Titel 56 のうち、故意／過失、既遂／未遂について論じられている箇所までを原典史料より書き起こし、試訳を付した。なお、書き起こしや試訳中の注は、本論文の筆者によるものである。

(1) 書き起こし<sup>78)</sup>

De penis.

¶ Von den penen in einer gemeyn übelthat vnd malefitz.

¶ Wir haben oben geschen von den sunderlichen vnd gemeynen missethatten. Nûn sollen wir sehen von jren penen. Nûn soltu merckē am erstē/ das die peen ist eyn genûg thûn vmb die übelthat vñ malefitz/ das selb genûg thûn würt angelegt vom rechten/ oder von dem diener des rechten vmb die übelthat vnd malefitz/ vnnnd auss das du vollkommenlich verstehest/ wann vmb die missethat sol. die peen angelegt werdē oder nit/ merck diß vnderscheyd/ antweder es gedenckt einer oder vnderstehet sich zû thûn/ vnd volbringt vnnnd volendt die missethat. Er gedenckt vnd vnderstat sich zû thûn/ vñ volbringts doch nit. Er gedenckt vnd vndersteet sich nit zû thûn/ vñ volendt auch nit. Er gedenckt auch nit. Er gedenckt nit vnd vndersteet sichs zû thûn/ vñ volendts. Er gedenckt nit so vndersteet er sich es nit zû thûn/ vñ volendt auch nit. In dē ersten casus diß vnderscheydts so würt er gestrafft/ wann es ist ein gemeyner nutz das die übelthat nit vngestraft sol bleiben. Vnnnd das fâlet wider die feind der Rômer. Vnnnd wann sich eyner seins leibs oder vmb das sein wôren müß.

¶ Item/ fallit. C. quando liceat vni. se sine iu. **viñ.** l. j.

¶ Itē/ vnder weylen zimpt dem eeman oder dem vatter den eebrecher zû ertôdten. Vnd fâlet auch wann der Richter eynen nach dem rechten tódt. Vnnnd auch wañ eyner den ertódt der eyn junckfrawen mit gewalt zerstôren wil. Vnd in vile andern stuckē die du im rechtē geschribē vindest/ wo aber eyner gedenckt vñ sichs vndersteet zû thûn/ vñ volendt es doch nit/ so vnderscheyd es also/ wañ antweder er wolts nit thûn/ vñ môcht es doch thûn/ oder wolts thûn/ vnd môcht es nit volenden/ vnd wañ ers wolt vnd môcht es nit volbringen/ er würt gestrafft/ wañ in malefitzen vnd übelthatten sicht man an den willen vnd nit den außgang. Wañ er s aber nit hat thûn wôllen/ so ist er ablaß würdig. Hat er aber gedacht vnd hat sich es nit vnderstandē zû thûn/ vñ hat es auch nit volendet/ würt dan sôllichs geübt an dem gericht/ so würt er alßdann nit gestrafft. Vnnnd diß fâlt auch in der missethat vnd malefitz lese maiestatis/ als du oben hast in ketzerey. Hat er aber etwas gethon vnd auch vollendet/ vnnnd hat sollichs nit gedacht zû thûn/ als der/ der eyn menschen ertódt/ ist dann derselb ertódtter eyn kind/ infans in Latin/ oder furiosus/ eyn thore oder narr/ so soll dz malefitz vngestraft bleiben. Auch wo einer an eim end auff eym baum este stimmelt vñ<sup>79)</sup> abhauwet/ da kein gemeyner vñ sunderlicher fûß pfað were/ vñ so einer da geschedigt würt/ sollichs bleibt auch vngestraft. Vnd auch in andern casus **&c.** Ist er aber zû seiner verstentnis kômen/ vnd ist gesunds gemûts/ geschicht dann das übelthat in trunckner weiß/ so soll sollichs gütlicher gestrafft werden. Ist das criminaliter die fach geübt würt/ vnd auch wañ sollichs geschehe durch geilheyte/ oder eyn böß exempel brâcht oder mâcht/ so soll auch leichtlicher gestrafft werden. Wo ers aber weder gedenckt/ auch nit vndersteet zû thûn/ vnnnd nit vollendt/ so würt er nit gestrafft regulariter/ wann die missethat sollen allein die binden/ die sie volbracht haben. Diß fâlet in den missethaten/ ketzerey/ vnnnd lese maiestatis/ in denen werden die kind gestrafft/ die weder gedacht/ auch nit volbracht haben.

¶ Item/ es fâlet in dem schlagen eyner falschen müntz/ da verleürt der herr das hauß oder den grundt da die falsch müntz innen geschlagen wordē ist. Auch fâlet solchs wo eyns thier schaden gethan hat/ wañ der herr würt auch gestrafft. Vñ auch in vilen andern puncten die in rechten geschriben steen.

[...]



(2) 試訳<sup>80)</sup>

罰について。

一般的な悪行と犯行とにおける刑罰について。

我々は上述のように、特別な悪行と一般的な悪行とについてみてきた。今、我々はそれら（に科せられる）刑罰についてみていくこととなる。まず第一に、刑罰は悪行や犯行に関する十分な行為であり、法や法の奉仕者によって悪行と犯行とについてなされる十分な行為であることに、あなたは注意を払うべきである。そしてこのことから、どのようなときに悪行について（刑罰が十分であるのか）、あなたは十分に理解する。刑罰が科せられるか否か（については）、次の区別を記憶にとどめておいてほしい。ある者が、悪行の実行を熟慮し、または悪行の実行に着手し、かつそれを成し遂げ完了する（場合）。彼が（悪行の）実行を熟慮し着手したが、（それを）成し遂げない（場合）。彼が（悪行の）実行を熟慮したが着手せず、完了もしない（場合）。彼は熟慮もしない。彼が熟慮せずに（悪行の）実行に着手し、完了する（場合）。彼が熟慮せず、ゆえに（悪行の）実行に着手せず、そして完了もしない（場合）。この区別の最初の場合（分け）では、彼は処罰される。というのは、悪行が処罰されないままとはならないことは、公共の利益だからである。（しかし、）ローマ人の敵に対する行為はこれにあたらぬ。また、ある者が自分の身体や財を守る場合にも（これにはあたらぬ）。

同様に、(中略)<sup>81)</sup>

同じく、夫ないし父は、姦通者を殺害しても構わない場合がある。また、裁判官が法に従ってある者を殺す場合にも妥当しない。ある者が、未婚女性を力づくで犯そうとしている者を殺す場合も（同様である）。他の多くの点において、あなたはこのことが法の中に書かれていることを見出す。しかし、ある者が（悪行の）実行を熟慮し着手したものの完了はしないならば、以下のように区別される。（すなわち、まず、）彼が（悪行を）行おうとはしないがそうする場合、あるいは、彼が（悪行を）行おうとしたがそうしえない場合（とに分けられる）。彼が行おうとしたが成し遂げえないならば、彼は処罰される。というのは、悪行や犯罪においては、結果ではなく意思に着目されるからである。しかし、彼が（悪行を）行おうとしなかったならば、彼は減輕に値する。もし彼が実行を熟慮したものの着手せず完了もしない場合には、このようなことは裁判所へ示され、彼はその後処罰されない。このことは、上述の異端と同様に、大逆罪には妥当しない。しかし、彼があることを行いかつ完了したのにそのことを考えてはいなかった場合には、ある者を殺害した者は子供——ラテン語では ‘infans’ ——ないし精神錯乱者すなわち患者や阿呆であり、犯行は罰せられない。また、およそ公道や（私人に）固有の道がないような外れで、ある者が木の上で枝を刈り込み切り落とし、そこで（他の）ある者が傷つけられる場合には、このことも処罰されない。他の事例においてもそうである。しかし彼が理解力を有しており、健康な気質で、悪行が酩酊した状態で行われたならば、このことはより緩やかに罰せられることとなる。この犯罪が職務の行使で行われた場合には、また、悪ふざけや悪しき模範のゆえにこのことが起こり、壊しあるいはなされた場合にも、より軽く処罰されることとなる。もしも彼が熟慮したわけでもなく着手もせず、そして完了もしないならば、通常彼は罰せられない。なぜならば、悪行が完了したことだけが悪行と関係があるからである。このことは、異端や大逆（罪）において、熟慮したわけでもなく完了もしなかった子供が罰せられる場合には妥当しない。

同様に、偽の貨幣の鑄造において、その贖金が作られていた家屋あるいは土地を、（刑罰によって）その土地の（持ち）主が喪失する場合にも、このことは適用されない。また、彼の動物が害をなして（その動物の飼い）主が処罰される場合にもあてはまらない。他の多くの点についても、法の中で記述がなされている。

(後略)

## 【資料2】床屋の例の一覽

学説彙纂, Ksp., CCB および CCC より、床屋の例が登場する法文ないし条文の一部を引用・抜粋した。うち、Ksp. に関しては、原文を添えて示している。

## (1) 学説彙纂9巻2章11法文前文

以下に、試訳を示す<sup>82)</sup>。全角括弧内は本論文の筆者による追加箇所である。

Ulpianus libro 18 ad edictumメラは次のようにも言っている。（すなわち、）もし、幾人かがボール遊びをしているときに、非常に激しく打たれたボールが、その時に奴隷の髭を剃っていた床屋の手にぶつかり、そのようにして奴隷の喉が剃刀で切断されるならば、不注意の責を負うべき当事者には、アクィリウス法上の責任が

ある（と）。プロクルスは、床屋には責任があると考えている。確かに、ボール遊びすることが通常であるような場や往来の激しい場で髭剃りを行う習慣をもし彼が有していたならば、彼には若干の責がある。しかしながら、誰かが誤ってではなく危険な場所で床屋の椅子に座ったままでは、その者は自身のみを非難すべきである。

(2) Ksp. 第一部 Titel 157 の一部

第一部 Titel 157 のうち、床屋の例が言及されている箇所を原典史料より書き起こし、試訳を付した。

a. 書き起こし

De actione legis aquilie.

¶ Wider den/ der den schaden thût.

[...]

¶ Item wo auch/ so etlich vil des halben spielen<sup>83)</sup> inn eyner gassen oder statt/ wo söllich auß gewonheyt gespielt würt/ vnd einer jm eyn scherer scheren ließ/ vnd so der ball vngestümigklich oder mit gewalt geschlagen/ vnnd in des schereres hand geworffen/ vñ die kåle jm abgeschnitten würd/ vñ das scharsach dem scherer empfallen ist/ es ist weder der schärer/ weder der werffer/ noch der schlager schuldig/ es sei daß sollichs geschehen mit fleiß/ wañ sollichs mag dem zügezelet werden/ der sich so gar an eyn sorgklich oder schädlich statt dem schärer empfolhē hat.

[...]

b. 試訳<sup>84)</sup>

アクィリウス法の訴権について。

損害を為した者に対して。

(前略)

同様に、慣行で遊びが行われているような、(そして)ある者が床屋に髭を剃らせている路地や場所で数人が遊んでいる場合に、ボールが激しく打たれ、床屋の手へと投げられ、剃刀が床屋の手から落ちてある者の喉が切断されたならば、そのことが意図的に生じたのでない限りは、床屋にも(そのボールを)投げた者にも打った者にも責はない。というのは、懸念や害のあるような場所(で髭を剃ることを)を自ら床屋に勧めた者にのみ、そのようなことは(責を)負わされうるからである。

(後略)

(3) CCB 172条<sup>85)</sup>

第七十二条 正当防衛の場合のほか、行為者の意に反して生ずる、故意なき殺害につきて。

(前略)

ある理髪師が、鬚髯を剃るをつねとせるごとき彼の店にて、ある人の鬚髯を剃りいたるところ、ある他人によりて衝かるるか投げらるるか、このために、彼が、彼が剃りてある人の咽喉を、彼の意に反して切る場合のごとし。(中略)しかして、これら両者は免責せらるるものなり。しかれども、理髪師が、街路にて、またはその他常ならざる場所にて、何びとかを剃るを企行し、(中略)かくて、その理髪師によりまたはその射手によりて、前述のごとくに何びとかが殺害せらるる場合は、その行為者は、完全には免責せらるることなるべし。

(後略)

(4) CCC 146条<sup>86)</sup>

正当防衛に当たらない場合において行為者の意図に反して行われた故意によらない殺人について

第146条 (前略) [すなわち、] 理髪師が、理髪する場所となっている店においてある者の髭を剃っているところを人に突かれ又は押され、髭を剃っていた者の喉をその意図に反し切ったとき、(中略) いずれも責めを免ぜられる。これに対し、理髪師が路地その他〔髭剃りを行うには〕異例の場所において髭を剃り、(中略) 上の例のように、理髪師又は射手により何びとかが殺害されるときは、行為者は責めを免ぜられない。(後略)

- 1) Ksp. については、機会を改めて詳細に論じることとしたい。なお、この文献の通説的理解に関しては、F. ヴィーアッカー／鈴木祿弥訳『近世私法史』175～177頁を参照。
- 2) Deutsch, Andreas: Art. Klagspiegel, in: HRG, 16. Lfg., 2., völlig überarbeitete und erw. Aufl., Sp. 1868.
- 3) Schmidt, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Unveränd. Nachdr. d. 3. Aufl., S. 160.
- 4) Köbler, Gerhard: Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte, S. 15.
- 5) Schmidt, a. a. O., S. 169.
- 6) Schmidt, a. a. O., S. 73, 119 f.
- 7) 「バンベルク刑事裁判令 (Constitutio Criminalis Bambergensis)」は、略称でバンベルゲンシスとも呼ばれる。1507年、神聖ローマ帝国のバンベルク司教領において、ヨハン・フォン・シュヴァルツェンベルク (Johann von Schwarzenberg, 1463- 1528) によって編纂された。この刑事法典では、ローマ法をもとに中世イタリアで発展した刑事法学と従来のゲルマン刑事法との総合がなされた、といわれる (勝田有恒・森征一・山内進編著『概説 西洋法制史』192頁, 若曾根健治「ヨハン・フォン・シュヴァルツェンベルク」『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』所収, 42～63頁, 米山耕二「カロリナ刑事法典について」521頁, ヴィーアッカー／鈴木訳, 前掲, 158頁, H. ミッタイス, H. リーベリッヒ／世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説 改訂版』451頁, Schmidt, a. a. O., S. 108- 110)。
- 8) 「カロリナ刑事法典 (Constitutio Criminalis Carolina)」は、「カルル五世刑事裁判令」とも呼ばれる。略称はカロリーナ。1532年、神聖ローマ帝国全土に通用する刑事法典として制定された。シュヴァルツェンベルクが編纂に参加していたことから、カロリーナの主要な規定にはバンベルゲンシスとの類似点が見受けられるのみならず、バンベルゲンシスからそのまま引き写された条文も存在するという (勝田・森・山内編著, 前掲, 191～194頁, 米山, 前掲, 522頁, ミッタイス, リーベリッヒ／世良訳, 前掲, 451頁, 497～500頁)。
- 9) 真鍋毅「過失犯の歴史的な研究——ドイツ十八世紀まで——」, 内田文昭「過失犯論の史的展開について (一)」, 野澤充「中止犯論の歴史的展開 (4) ——日独の比較法的考察——」, 玄守道「故意に関する一考察 (二) ——未必の故意と認識ある過失の区別をめぐって——」など。
- 10) 『ザクセンシュピーゲル (Sachsenspiegel)』とは、ドイツの代表的な「法書 (Rechtsbuch)」の一つで、アイケ・フォン・レプゴウ (Eike von Repgow, 1180?- 1233?) によって著された。1221～1224年にラテン語草稿が、1224/ 25年に低地ドイツ語版が成立したとされる。ラント法とレーエン法との二部からなるこの文献は、ドイツにおける後発の法書に多大な影響を与えたのみならず、後には普通ザクセン法の基礎ともなった (勝田・森・山内編著, 前掲, 94頁, 久保正幡・石川武・直井淳訳『ザクセンシュピーゲル・ラント法』383～387頁, 『西洋法制史料選 II 中世』188～190頁, ミッタイス, リーベリッヒ／世良訳, 前掲, 414～417頁)。
- 11) 『シュヴァーベンシュピーゲル (Schwabenspiegel)』 (正確には『皇帝ラント法・レーエン法書 (Kaiserliches Land- und Lehnrechtsbuch)』) とは、法書の一つである。1275～1276年にフランチェスコ会修道士によって著された。ザクセンシュピーゲルの更なる改作であるとされ、より多くの法源が援用されている (ミッタイス, リーベリッヒ／世良訳, 前掲, 417～418頁)。
- 12) 責任能力や正当防衛も刑法総論において重要なトピックではあるが、これらを論じているとされる Titel の記述の詳細に関しては、今後の課題としたい。
- 13) 本論文で底本としたのは、1536年のシュトラースブルク版である。この版はハイデルベルク大学附属図書館のホームページにて PDF形式で公開されており、次の URL から2014年1月10日に取得した。  
<http://digi.ub.uni-heidelberg.de/diglit/drwbrant1536>
- 14) Deutsch, Andreas: Der Klagspiegel und sein Autor Conrad Heyden. 本章は特に、Titel 56の一部についての解説 (S. 515 f.)、および Ksp. 全体における故意、過失ならびに未遂についての解説 (S. 531- 537) に依拠している。
- 15) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 515 f., 531- 537. ここで、Ksp. の構成に関して補足を行うこととしたい。まず、この文献の第一部では民事法、第二部では刑事法が述べられている。Deutschによれば、第二部は59の Titel と3つの章から成り立っており、第一章 (Titel 1-28) は刑事訴訟手続 (Strafverfahren)、第二章 (Titel 29- 50) は個別の犯罪類型 (Einzeln Tatbestände)、そして第三章 (Titel 51- 59) は「総論 (Allgemeiner Teil)」である (Deutsch, Der Klagspiegel, S. 439, 473, 492, 511)。ただし、これらのうち第三章については、拷問 (Titel 52) などの刑事手続を扱っているものや誣告 (Titel 55) といった刑法各論に關す

- る Titel も含まれる (Deutsch, Der Klagspiegel, S. 511- 522) ことから, 現代刑法学における「総論 (Allgemeiner Teil)」そのものとは言い難いように思われる。Titel 56 以外の第二部の Titel の内容に関しては, 機会を改めて検討する。
- 16) この項の内容は, 主として Deutsch, Der Klagspiegel, S. 515- 521 に依拠している。
- 17) アゾ (Azo, 1150?- 1230?) とは, 註釈学派に属するローマ法学者の一人で, バッシアース (Bassianus, 12 c.) の弟子にあたる。註釈学派によってそれまで行われてきた詳細な事例の検討を総合することに着手した (P. スタイン/屋敷二郎監訳/関良徳・藤本幸二訳『ローマ法とヨーロッパ』63頁)。
- 18) 『勅法彙纂集成 (Summa codicis)』とは, 1210年頃に著された書物である。「アゾを持たざる者は法廷に赴くべからず (Chi non ha Azzo non vada a Palazzo)」との法諺が残されているほどに, 絶大な影響力を誇った (スタイン/屋敷監訳/関・藤本訳, 同, 63頁, 195頁)。
- 19) アルベルトゥス・ガンディヌス (Albertus Gandinus) はアルベルトゥス・デ・ガンディーノとも呼ばれる。中世イタリアの刑法学者で, 1310年頃に亡くなったといわれる (若曾根健治「徴表と拷問をめぐる中世イタリア法学者の学説・覚書」152~153頁, Schmidt, a. a. O., S. 108)。
- 20) 『犯罪論 (Tractatus de maleficiis)』は, 1298年ないし1299年にシエナで著された文献である (若曾根, 同, 152~153頁, Schmidt, a. a. O., S. 108)。若曾根, 同, 154頁によると, この文献を著した当時, ガンディヌスはシエナで「ボデスタを代理して裁判官職に就いていた」。
- 21) Deutsch, Der Klagspiegel より, S. 515 脚注 452, および S. 536 に基づく。これらのうち, 特にガンディヌスの著作である『犯罪論』は, Ksp. の第二部, そして Titel 56 の記述を読み解くうえで不可欠の文献だといえる。とはいえ, 『犯罪論』の詳細や Ksp. に対する影響の度合いに関しては, 今後検討を行うこととしたい。
- 22) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 439 によれば, Titel 56 の記述は第二部の中でも長い部類である。ちなみに, 1536年シュトラースブルク版Ksp.では, Titel56全体で7頁, Titel 56 のうち, 故意/過失, 未遂が扱われている箇所分量は約1頁である。
- 23) 'Konkurrenzfragen' は, 現代刑法学において「競合論」と訳出される語である。後述するように, Ksp. 第二部 Titel 56 d) では, 挑発行為の後に殺人がなされる事例が論じられている。しかしながら, この事例を競合論とまで言い切つてよいものか現時点では確証が得られなかったため, ここでは争い合いの事例, すなわち「闘争事例」との訳語をあてることにした。Titel 56 d) の内容が果たして競合論にあたるか否かについては, 今後の課題としたい。
- 24) この項の内容は, 主に Deutsch, Der Klagspiegel, S. 515 f. に依拠した。
- 26) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 531.
- 27) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 536 f. によれば, 「熟慮 (gedenkt)」は主観要素, 「着手 (untersteht sich)」は客観要素である。'untersteht sich' は「実行」とも解しうるが, この点については今後の課題としたい。
- 28) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 515 f. における場合分けは1.) ~ 5.) であるが, 記号の混同を避けるため, 本論文では (イ) ~ (ホ) と表記する。
- 29) 第二部 Titel 56 の記述のうち, 上述の場合分けが行われている箇所を抜粋し, 試訳を付した。全角括弧で括られている箇所は, 筆者が追加を行った。
- 30) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 515 f.
- 31) 'Vorsatz' という語の用法の変遷については, 玄, 前掲, 111頁を参照。
- 32) この項の内容は, 主に Deutsch, Der Klagspiegel, S. 515 f. に依拠している。
- 34) 現代刑法学の用語法でいえば, この事例は正当行為にあたる行為であり, 違法性の文脈で論じられる。そのため, Ksp. が正当行為を故意犯論で扱っていることは, 若干奇異に映るかもしれない。しかしながら, 刑法学の犯罪論において, 構成要件該当性, 違法性そして有責性という三分説が登場したのは, 19世紀末から20世紀初頭にかけてのことであった。それゆえ, そうした理論が存在していなかった時代に著された Ksp. において, 故意犯論で「正当行為」的なるものへの言及がなされていても不思議はない。なお, この事例では, 裁判官は刑吏を道具とする間接正犯とみなされているようである。
- 35) 未遂犯, とりわけ中止犯に関して, Ksp. においてどのような記述がみられるかについては, 野澤, 前掲, 155~156頁も参照されたい。
- 36) 上口裕訳「カール5世刑事裁判令 (1532年) 試訳 (2)」309頁, 堀浩『フランス・ドイツ刑事法史』192頁, 283頁。
- 37) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 515 より引用。

- 38) とはいえ、Deutsch, Der Klagspiegel, S. 515 f., 531 f. の記述を見る限りでは、Deutsch も (イ) を「熟慮」, 「着手」および「完了」の全てを備えた場合として扱っているように思われる。
- 39) ここで、Ksp. の版について補足を行う。Ksp. には大別すれば2つの版があるといわれる。一方は1516年にゼバスティアン・ブランド (Sebastian Brant) によって刊行し直された版、他方は1425年に成立したと考えられていた版である。うち、後者に関しては、近年 Deutsch の研究によって著者名やより有力な成立年が提示されている。この文献の基本情報についての詳細な検討は、今後の課題としたい。
- 40) Reitz, Die Überlieferungsgeschichte des Richterlichen Klagspiegels, S. 24 f.; Theisen M. A., Sebastian Brant, der Klagspiegel und ihre Einordnung in der Rezeptionszeit, S. 52.
- 41) 久保・石川・直井訳, 前掲書, 堀浩訳「カルル五世刑事裁判令 (カロリナ)」『フランス・ドイツ刑事法史』, 上口訳, 前掲論文を参照した。
- 42) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 535.
- 43) 「学説彙纂 (Digesta sive Pandectae)」は、「ユスティニアヌス法典」(「ローマ法大全」「市民法大全 (corpus iuris civilis)」とも) の一部である。東ローマ帝国皇帝ユスティニアヌス1世 (在位527~565年) の命令で編纂され、533年に完成した。古代ローマの法曹の著作が全50巻15万行へと圧縮されている。11世紀にその写本が南イタリアで再発見されたことが契機となり、中世イタリアでローマ法学が花開いた (勝田・森・山内編著, 前掲, 60~62頁, 126頁)。
- 44) 内田, 前掲, 20~21頁。
- 45) 真鍋, 前掲, 65頁より引用。
- 46) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 531- 537.
- 47) この項の内容は、真鍋, 前掲, 65頁, ミッタイス, リーベリッヒ/世良訳, 前掲, 62~64頁, 157~158頁, Schmidt, a. a. O., S. 31- 34, 72 f. に依拠している。
- 48) これらの行為は、厳密な意味での殺人の未遂行為というよりは独立した犯罪行為である。そのため、他人を水に突き落としたならば、たとえ殺人の意思がなかったとしても「水中への突き落とし (Wassertauche)」にあたる (ミッタイス, リーベリッヒ/世良訳, 前掲, 64頁)。
- 49) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 531- 537.
- 50) この項の内容は、主として Deutsch, Der Klagspiegel, S. 531 f. に依拠した。
- 51) 'Totschlag' は通常ならば「故殺」と訳される語である。しかし、ここで述べられているのは非故意の行為がありうる犯罪類型についてであるので、故意の存在を前提としている「故殺」とは訳出しない方が適切であろう。
- 52) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 532 より、試訳を行ったうえで引用している。
- 53) 激情にかられて行われた殺人に関して言えば、既にフランク時代から、悪意による殺人よりも寛大に対処されていたといわれる (ミッタイス, リーベリッヒ/世良訳, 前掲, 157頁)。
- 54) この項の内容は、Deutsch, Der Klagspiegel, S. 532- 536 に主として基づいている。
- 55) 真鍋, 前掲, 64頁によれば、Ksp. はドイツで初めて 'culpa' を 'dolus' や 'casus' と対置させた文献であるという。また、Deutsch, Der Klagspiegel, S. 532 にも同様の記述がみられる。
- 56) ザクセンシュピーゲルの責任論にみられる「不注意 (warlose)」の語に関して、Deutsch は偶然との明確な区別がなされていないと指摘している (Deutsch, Der Klagspiegel, S. 532)。なお、'warlose' の語が見受けられる法文として、ザクセンシュピーゲル・ラント法の二・三八が挙げられる。すなわち、「人は、彼の不注意から (van siner warlose) 他の人々に生じた損害を償うべきである、それが火災によるものであるにせよ、また、彼が地上膝の高さに垣をめぐらさなかった泉によるものであるにせよ、あるいはまた、彼が鳥を狙ったのに (誤って) 人もしくは家畜を射もしくは投げ (当て) た場合にせよ。(ただし) このために、たといその人 (被害者) が死亡しても、彼は、判決によって彼の生命をもまた彼の健康をも奪われることはなく、ただ、彼 (被害者) の人命金の額に従って、彼 (被害者) を償わなくてはならない」(久保・石川・直井訳, 前掲, 185頁)。
- 57) Ksp. の第一部で扱われている内容は主に民事法だとされるが、後述する第一部 Titel 157 のように、現代から見れば刑事法に関連した内容の Titel も存在する。このように、Ksp. が著された時代においても、民事と刑事との区別はさほど厳密ではなかったようである。
- 58) 第一部 Titel 157 は、Ksp. における過失を概観する上で不可欠の Titel である。そのため、ここに Titel の表題と出典となった文献とを補足することとしたい。まず、Deutsch, Der Klagspiegel, S. 324 によれば、この Titel の表題は「アクィリウス法の訴権について (De actione legis aquillie)」である。また、同頁脚注

- 577では、第一部 Titel 157 の典拠として、ロッフレドゥス (Roffredus) の “De actione directa legis aquilie”, アゾの “De lege aquilia”, そして学説彙纂 9 卷 2 章 「アクイリウス法について (Ad legem Aquiliam)」が挙げられている。
- 59) Titel 35 の木の枝の例に関しては、現場に道があるか否かは特に明言されていない (Deutsch, Der Klagspiegel, S. 535)。とはいえ、「叫ぶ」との記述がなされていることから、この Titel の木の枝の例では、人通りのあることが前提となっているようである。
- 60) Ksp. が CCC 146 条の設例の直接の出典となった旨は、ビンディングによって指摘がなされているようである (内田, 前掲, 61 頁)。しかしながら、後述するように、CCC における床屋の例は、Ksp. のそれよりも CCB におけるものとの類似性が高い。そのため、床屋の例に関しても、CCC に対する Ksp. の影響はあくまで間接的であったと思われる。
- 61) この項の内容は、主として Deutsch, Der Klagspiegel, S. 536 f. に依拠した。
- 62) 埒, 前掲書, 206~207 頁, 296~297 頁, 上口訳, 前掲, 321~322 頁。
- 63) 江南義之『『学説彙纂』の日本語への翻訳 II』68~69 頁。
- 64) 埒, 前掲書, 206~207 頁, 296~297 頁, 上口訳, 前掲, 321~322 頁。
- 65) 真鍋, 前掲, 66 頁より抜粋。
- 66) 同, 66 頁より引用。
- 67) 既に述べたように、Ksp. の床屋の例は、民事法の部である第一部 Titel 157 で扱われている。Ksp. では民事と刑事との区別が厳密ではなかったことも考慮すれば、床屋の例が刑事事件の設例として明確に提示されたのは、Ksp. においてではなく CCB 以降であるように思われる。とはいえ、Ksp. の床屋の例は、CCB 以降での刑事責任論へ影響を与えた可能性が非常に高く、充分着目に値する設例だといえるだろう。
- 68) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 532- 536.
- 69) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 535.
- 70) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 535.
- 71) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 533 より、試訳を行ったうえで引用。
- 72) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 533.
- 73) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 535.
- 74) 内田, 前掲, 70~71 頁。うち 71 頁では、CCC において、過失を示す意思状態が従来の用法に倣って、あるいはガイルハイト・ウンフライスとして用いられたとみるべき旨、しかしながら、この意思状態をさらに明らかにできるほどの手掛かりが得られない旨も述べられている。
- 75) 真鍋, 前掲, 69 頁。ここではさらに、ガイルハイトはドルスの拡張ないし歪形からきたものであること、他方、ウンフライスはカズスから分離してくるものであることが示されている。
- 76) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 535; Reitz, a. a. O., S. 21.
- 77) 勝田・森・山内編著, 前掲, 192 頁。
- 78) 書き起こしにあたって判読できなかった箇所は、網掛けで示した。
- 79) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 516 の記述では 'oder' となっている。
- 80) 試訳の作成にあたっては、Deutsch, Der Klagspiegel, S. 515 f., 531- 537 を参照した。全角括弧内は本論文の筆者による追加箇所である。
- 81) 現時点では訳出することができなかった。おそらくこの箇所は、勅法彙纂 (Codex) の特定の法文を指す記述であると思われる。
- 82) 試訳する際に依拠したのは、Samuel P. Scott による英訳 (Cincinnati, 1932) である。以下の URL にて 2014 年 12 月 2 日に閲覧した。http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D9\_Scott.htm
- 83) Deutsch, Der Klagspiegel, S. 534 によれば、この箇所は「ボール遊びをする (das ballen sp[ie]llen)」とのことである。
- 84) この試訳の作成に際しては、Deutsch, Der Klagspiegel, S. 326, 534 f. を参照した。全角括弧内は本論文の筆者による追加箇所である。
- 85) 埒, 前掲, 296~297 頁より抜粋。省略は本論文の筆者による。
- 86) 上口訳, 前掲, 321~322 頁より抜粋。省略は本論文の筆者による。