HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	近世ドイツのポリツァイ条例と刑事司法
Author(s)	田口, 正樹
Description	研究ノート
Citation	北大法学論集, 59(4), 249-265
Issue Date	2008-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/35197
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-4_p249-265.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

近世ドイツのポリツァイ条令と刑事司法*

田口正樹

本稿の標題は、「近世ドイツのポリツァイ条令と刑事司法」であるが、前半で、ポリツァイ条令全般の概要と特徴を述べ、後半で特に刑事司法との関係を扱うこととする。

一　ポリツァイ条令

ポリツァイ条令は、おおよそ一六世紀から一八世紀までの近世ドイツで、[1]ポリツァイを実現するために制定された立法を指す。[2]

ここでポリツァイというのは、警察官や警察組織、あるいは治安維持といった意味ではなく、よき公共の秩序を意味する。またそうした秩序を実現し、維持するための活動も、ポリツァ

イと呼ばれた。具体的には、国家が、人民を幸福にするために、いろいろな分野に介入していくことになるのだが、国家にはそうする権利 ius politiae があるとされた。

ポリツァイ条令は、帝国全体についても出された。一六世紀の三つの大きな帝国ポリツァイ条令（一五三〇年、一五四八年、一五七七年）がその例である。[3] しかし、帝国全体について一律に定められるような条令はその後減少し、ポリツァイ条令は主に個別の領邦や帝国都市で大量に制定されるようになる。[4]

ポリツァイ条令の規定対象は、前述のような広いポリツァイ概念を反映して、ほとんどあらゆる事柄に及んでいた。服装、結婚や葬儀といった儀礼、奢侈、ダンス、賭博、飲酒、呪いと涜神、救貧、度量衡、食品偽装、仲買、高利貸、独占、労賃、物価、市場、同業組合（ツンフト）、公衆衛生、外科医、薬局、消防、建築規制、学校、堤防、森林などなど。今日の大学では行政法の各論で触れられるような分野が多く含まれている。これらの事柄が一つの大規模なポリツァイ条令に盛り込まれることもあったが（例えば上述の帝国ポリツァイ条令）、それぞれ個別の条令で定められることも多く、とりわけ一八世紀にはそうした個別条令が大量に制定された。[5] そうした数多くの条令を集めた法規集も作られるようになっていく。

一六世紀にはまだ、ポリツァイ条令の制定に諸身分が深く関与する事例がかなり見られた。前述の帝国ポリツァイ条令は皇帝と帝国諸身分の間の協約としての性格を持っていたし、[6] 一五一六年に制定され一五二〇年に改訂されたバイエルンのラント条令が領邦諸身分の請願とそれに対する君主の譲歩を基礎にして成立したように、[7] 領邦の条令にもそうした例がある。しかし近世におけるポリツァイ条令の制定は主に君主（帝国都市の場合は都市当局）によって担われていた。[8] よきポリツァイの実現のために配慮するのは、君主の職務と考えられた。それは一六世紀から一七世紀前半の時期には、かなり強く宗教的性格を帯びていた。特に一六世紀は、社会のさまざまな局面で新しい躍動が見られた時代で、旧来の身分秩序が揺さぶられていた。多くの君主は、宗教改革によって刺激されて宗教的使命感に駆られつつ、ポリツァイ条令を制定して、秩序を維持し社会を落ち着かせようとしたのであった。一方、一七世紀後半には、三〇年戦争中に被った損害からいかに国土と臣民を回復させるかという考慮が前面に出てくる。多くの領邦では戦争の惨禍によって諸身分が弱体化し、再建の主導権をとるのは君主以外にはなかった。そのような状況下で、「良き秩序」の内容的空洞化と形式化（何が良き秩序なのか実質的に決まっているのではなく、

君主が良いと認めたものが良き秩序なのだと考えられるようになる)、目的合理性の観点の優越、宗教と公共秩序の漸次的分離、といった傾向が進んでいく。ポリツァイは、当初は、アリストテレスに依拠して、さまざまな勢力と主体がそれぞれあるべき位置を占めて調和を実現するものと理解されていたのだが、次第に君主が介入して既存の秩序を改変するという側面が強く出てくることになった。

このような極めて幅広いポリツァイ条令制定とそれを通じた君主の統制に対して、一八世紀中頃より後になると、理論的な批判が登場する。そうした批判者たちは、ポリツァイを治安維持に限定しようとしたが、彼らの意見はなお長いこと机上の議論にとどまっていたのであり、実務には余り影響を及ぼさなかった。

さて、ポリツァイ条令に関して、我々東アジアの視点から見ると、最も重要で、いささか奇妙にも思われる点は、ポリツァイ条令が西洋の法の歴史においては、新しい現象であったということである。東アジアでは、ポリツァイ条令のような行政法的規制は、律令の令という形で、長い伝統を持っている。そこでは、国家の官庁組織の骨格を定め、官僚機構を統制することに主な重心を置きつつ、詳細な法規が定められていたのであった。

そのようなタイプの法は、西洋の歴史上、近世まで存在しなかったというわけではない。古代末期のローマ帝国の皇帝たちは、多くの勅法を発して、例えば官吏の統制、婚姻規制、宗教統制、職業と物価の統制などを行っていた。しかし、こうした法制定は、その後のゲルマン系の国王たちのもとでは、廃れていく。八世紀から九世紀のカロリング朝フランクの支配者たちは、カピトゥラリア（勅令）と呼ばれる立法を試みたが、これはキリスト教的理念に強く刺激されて、この世の事項をも宗教的観点から秩序づけようとするものであった。しかしこの試みもまた、その後の国王たちのもとで継続されたわけではなかった。近世のポリツァイ条令がはじめて、現代にまで途切れることなく続く、行政法規制定の流れを開始することになったのである。

このことを裏から言うと、西洋では、このタイプの行政法規とは違う、別のタイプの法が存在していたということになる。それは形式としては、特権、法書、慣習法などとして存在していた。特権の保持者は、特定の家門、さまざまな職業団体、都市、地方全体などであった。また慣習法も、団体、都市、地方のレベルで存在し、私人や公的権力によって文書化されている場合もあった。このタイプの法の私人による文書化として、例

えば一三世紀前半に成立した法書ザクセンシュピーゲルは、最も有名で影響力も大きかったものである。中世中期以後まず教会組織と聖職者を通じて、そして一五世紀後半以後には世俗分野にもますます影響を広げていった学識法（教会法とローマ法）も、このタイプの法と緊密にからみあうことになった。近世ドイツの法学者たちが展開した、いわゆる「パンデクテンの現代的慣用」は、この関係をよく示すものであった。

そして、近世ドイツにおいては、この後者のタイプの法こそが本来の法であり、ポリツァイ条令はそれとは区別される規範である、というとらえ方が存在していた。用語の面でも、法という言葉はそうした本来の法に限定して使われることがあったのである。(9)

ここから、そうした別のタイプの法と、ポリツァイ条令との関係はどうなるのか、という問題が出くる。（法の主要な存在形態が行政法規であるような所――例えば前近代の東アジア――では、この点はそもそもあまり問題にならない。）一例をあげれば、ポリツァイのための国家の活動によって侵害を受けたと考える者が、いかにして救済されるかという場面で、そのことが問題になる。一つのルートは、行政に携わる官吏やその上級官庁に対して苦情を訴えるというものであった。それに対して、裁判所に訴えを提起して判決を出してもらうというルートが存在した。これは上述の別のタイプの法に対応する、伝統的な救済方法と言える。申し立てをする側はどちらのルートを採るべきなのか、二つのルートの関係をどのように考えるべきなのか。これは、ポリツァイ事項と司法事項の区別と関係の問題として、近世および現代の学者たちが論じているものである。(10)

近世の学者たちの中には、ポリツァイ事項に関しては、行政官庁の決定に対して裁判所へ上訴することはできないのだと主張する者もいたが、上訴を肯定する学者たちもおり、実際、帝国の裁判所であった帝国最高法院 Reichskammergericht は、領邦君主が定めたポリツァイ条令に関する領邦臣民からの上訴を数多く扱っている。ポリツァイ事項と司法事項は、そもそも二者択一の排他的概念ではなく、ポリツァイ事項も一定の要件を満たせば司法事項として扱われた。すなわち、ポリツァイ条令の規定や行政の活動が、契約・特権・取得時効によって獲得された諸権利、いわゆる既得権 Wohlerworbenes Recht を侵害する場合には、それは司法事項と見なされたのである。ちなみに、現代の日本で「既得権」と言えば、正当な根拠もなくただ昔から維持されているだけの状態として、否定的に評価されるが、近世ドイツでは、裁判で救済を求めうる正当な権利であり、む

しろ既得権こそが伝統的には法の本体をなすものなのであった。西洋と東アジアとで、法の存在形態が根本的に違っていることが、こうした点にも現れていると思われる。

西洋において、行政法規とは別の所に法が存在するという状況が長く続いたこと、それに対してポリツァイ条令のようなタイプの法はむしろ比較的新しい法であったということ、このことを十分理解するには、そもそも西洋、特にドイツの国家の場合、近世になってはじめて行政活動を幅広く展開するようになり、そのための組織やスタッフが発達していった、という事実にも注意する必要がある。これも、我々東アジアの目から見ると奇妙な話だが、西洋においては、行政とか官僚組織というものの自体が、比較的新しいのである。共和政から元首政の時期のローマは、地中海世界全体を支配するに至ったにもかかわらず、せいぜい数百人の行政スタッフですませていた。その後、古代末期のローマ帝国では、皇帝の下に多くの官吏が組織されて、租税徴収などにあたっていたが、この体制は七世紀を越えて生き延びることはなかった。カール大帝やルートヴィヒ敬虔帝といったカロリング朝フランクの支配者たちは、各地に伯 Graf, comes というタイトルを持った人間を置いたが、現地の貴族に称号を授けただけというケースも多く、我々がイメージする官僚組織とは同日に論じられないものであった。その後の国王たちは、定まった首都も持たず、国内各地を巡行しながら、そのときどきに宮廷に国内の有力者を集めて必要な決定を下していたのである。

こうした状況は中世後期のうちに徐々に変化していくが、本格的な行政活動が始まるのは、ドイツでは多くの場合、一六世紀に入ってからのことであった。行政の文書化、専門化、学問化 Verwissenschaftlichung、官僚化が進行する。中央政府には、いくつもの合議制行政組織が設けられ、それらが部門毎に官庁に発達していく。宮廷規則、顧問規則、書記局規則といった、今日の表現を使えば行政組織法にあたる法（東アジアの令の中にはこの種の法が数多く含まれていた）が定められる。地方でも特に、租税、財務、軍事関係を中心に、行政組織が拡充される。

以上のように、近世ドイツでは、中世以来の特権や慣習法として存在していた古い法（ただしそれら自体、はるか昔から不変であったわけではなく、一二世紀ごろから法として確立してきたものなのだが）が、いわば法の本体として存在し、その上にポリツァイ条令という新しい規範が定められていったのである。我々がドイツ、ひいては西洋の法史にアプローチする場合、

こうした基本的配置を認識しておくことが重要であると思われる。

二　ポリツァイ条令と刑事司法

ポリツァイ条令一般についての以上のような確認をふまえて、それではポリツァイ条令と刑事法の分野との関係を、どのように考えることができるであろうか。

従来は、ドイツ近世の刑事法を研究するに際して、ポリツァイ条令はあまり注目されてこなかった[11]。しかし最近では、ポリツァイ条令を検討対象として考慮に入れるべきだという主張がなされてきており[12]、この主張は基本的に正当であると思われる。実際、ポリツァイ条令の多くは、規定に違反した者に対する刑事的制裁を定めていたのである[13]。

古い法と新しいポリツァイ条令の相違と対立については既に指摘したところであるが、この関係は刑事法分野の場合、やや異なっている。つまり、刑事法の場合、刑事法という分野全体が新しい法という性格をかなり強く持っていると考えられるのである。ドイツ全体についての刑事法典として、有名な「カール五世刑事裁判令 Constitutio Criminalis Carolina = CCC」（カロリナ[14]）が成立したのがようやく一五三二年になってからであるという事実が、端的に刑事法の新しさを物語っている。

これも、律という体系的刑事法典の長い伝統を持つ東アジアから見ると、実に奇妙な点であるが、既に古代ローマにおいても、刑事法はむしろ周縁的な存在であった。そこでは強盗や窃盗など、今日では犯罪と見なされ、公の刑罰を科されている行為が、通常の民事訴訟と同じやり方で処理されていた。中世初期の部族法典は、殺人や傷害など、やはり今日犯罪とされているような多くの行為について、加害者側から被害者側への贖罪金支払いによって、つまりやはり民事的な方法によって、解決するための詳細な規定を置いている。殺人、強盗、強姦、放火などを、全体にかかわる重大な犯罪行為と見なして刑罰を科していく動きは、ドイツでは一一世紀末以後、神の平和運動とラントフリーデによって、徐々に進んでいったに過ぎない。しかしその場合でも、当事者が自力救済として行う実力行使（フェーデ Fehde）は、全面的には禁止されないのがむしろ通常で、全面禁止がラントフリーデ規範の中で確立するのはようやく一五世紀末、一四九五年のいわゆる永久ラントフリーデにおいてのことであった。当事者同士が相対して解決を導くというやり方は、中世の全期間を通じて根強く存在していたのであり、それ

が古い法の層を形成していたのであった。

これに対して、ポリツァイ立法が本格的に展開する一六世紀になってはじめて、カロリナのような体系的刑事法典が成立したのであって、このことは繰り返しになるが刑事法自体の新しさを端的に示すものと言える。

このような事情から、ドイツの研究者の中には、近世においてはそもそもカロリナのような刑事立法やそれに基づいて展開される刑事司法全体もまた、ポリツァイの中に含めて理解されていたのだという指摘もある(15)。しかし、刑事立法とポリツァイ条令を完全に同質のものとして扱うのは、行き過ぎであろう。確かに、通常の犯罪とポリツァイ犯罪とが区別され、ポリツァイ刑法というものが観念されてくるのは、一八世紀も後半になってからで、それまではそのような理論的区別はなされなかったし、個々の犯罪と刑罰についてそうした区別をすることも容易ではない。それゆえ、近世の刑事法を考える際に、ポリツァイ条令の規定は行政刑法の問題なのでカッコに入れて考慮しない、という従来しばしば見られた態度が不適切なのはそのとおりである。しかし、例えば、カロリナと帝国ポリツァイ条令を比較してみると、両者にはやはり性格の違いがある。全般的に、カロリナ（およびその影響を受けた領邦の刑事立法）の方は、当事者同士がいわば民事的に解決していた古い状態とのつながりをより多く残しており、それに対して帝国ポリツァイ条令（およびその影響を受けた領邦のポリツァイ立法）の方は、近世に特徴的な新しい面をより多く代表していると言える。以下、四点に分けて指摘してみよう。

（一）ポリツァイ条令は、従来存在しなかったか未発達であった新しい犯罪類型を導入した。例えば、詐欺罪やそれと関連する各種の経済犯罪がその例である。経済犯罪の中には、暴利行為のように既に中世の教会法で繰り返し禁止されていたものもあるが、先買いや独占といった行為にも新しく刑罰が科されることになった。そして、このような新しい犯罪には、殺人、傷害、窃盗といった古くからある犯罪類型と比較して、共通の特徴が存在するように思われる。すなわち、古くからの犯罪類型が、加害者側と被害者側の1対1の対立関係を伴っている（その点で、当事者同士が相対するという古い状態により近い）のに対して、新しく導入された類型はそれからはずれていると見られるのである。

まず、通常の意味での被害者が存在しない場合がある。典型的なのは涜神 Gotteslästerung である。涜神は、一六世紀の帝国ポリツァイ条令以来、ポリツァイ立法の中核的な対象をなし

ていた。[16] 神への冒涜行為に加えて、マリアや聖人への冒涜や、神の名による誓いや呪詛などが処罰された。しかしこれらの行為で現世の特定の人間が直接危害を被るわけではない。また、これも帝国ポリツァイ条令以来再三規定された衣服規制[17]も、違反者が過度の浪費によって自らを経済的に破滅させることはあっても、誰か特定の他人を害するわけではなかった。こうしたいわば被害者なき犯罪を処罰する際の根拠としては、神の怒りがしばしば持ち出された。つまり、神が、違反者本人だけに限らず、ある政治体のメンバー全体に罰を下すものと見なされたのである。天候不順、不作、疫病、戦争、特に異教徒トルコ人の侵入と勝利などが神の罰として理解された。帝国ポリツァイ条令の涜神の条項には、このような見方が明示されているが、[18] 衣服規制などについてもやはり同様の解釈がなされたと言われている。こうした見方自体はユスティニアヌス1世の勅法にまでさかのぼる伝統を持つのであるが、それでもポリツァイ条令の中で繰り返し言及されるのは、やはり近世の特徴であると思われる。

第二に、被害者は確かに存在するが、それが広い範囲に散らばっており、一人一人の被害をとれば軽微である、しかし合計すれば大きな被害となる、というタイプがある。ワインなど食品の偽装や、先買い、独占など多くの経済犯罪は、この類型に属するであろう。[19]

第三に、通常の意味での被害者と並んで、君主や当局 Obrigkeit 自身もいわば被害者であるようなタイプで、例えば、行政官、裁判官、裁判所書記、弁護士などの不正行為はそれにあたるであろう。[20] 官吏の不正は、現代世界でもあいかわらず大きな問題であり続けているが、西洋の場合、既に述べたように、本格的な行政組織は近世になってはじめて形成されてきたという事情がある。この種の行為に対する罰則は、東アジアでは古代から律令法の中心的構成要素の一つであったが、西洋では近世になってようやく発達してくるわけである。

これら三つの類型はいずれも、被害者が明確で、その被害者のイニシアティヴと行動によって加害者の追求が行われるという、伝統的な、民事的な処理の仕方ではカバーできないケースである。刑事法そのものが、そうした当事者だけにとどまらない全体の問題に対処するために発達してきたものであるが、ポリツァイ条令にはとりわけこのような関係が色濃く出ていると言えよう。

（二）ポリツァイ条令は刑罰についても新しい面を示した。まず、刑罰の種類の点で、ポリツァイ条令は、従来から存し

た死刑、身体刑、追放刑、罰金刑、名誉刑などにとどまらず、各種の労働刑を規定した。[21] ガレー船のこぎ手としてヴェネツィアなどに「輸出」される（ドイツにはガレー船海軍を擁した領邦や都市はなかったので）、要塞建設などの公共工事に従事させられる、監獄 Zuchthaus で労働させられる、などが労働刑の主な形態であった。最後の監獄での労働は、変容しつつ近代的な自由刑へとつながり、一九世紀以後刑罰の主流となっていく。これら新しい種類の刑罰は、刑事立法の中でも規定されるが、ポリツァイ条令の中で数多く現れるもので、こうした新しい刑罰が発展するのに、ポリツァイ条令が果たした役割は大きいと考えられる。

第二に、刑罰の規定の仕方が特徴的である。つまり、ポリツァイ条令の刑罰規定は、刑罰を一義的に定めるのではなく、行為態様や行為者の身分などを考慮して、裁判官が裁量で柔軟に刑罰を決定することを幅広く認めていたのである。例えばカロリナの規定を見ると、確かに科刑に裁量が認められている場合もあるけれども、多くのケースについて刑罰は死刑と決まっており、それも執行方法まで指定されている。例えば、毒殺は車刑、強盗は剣で斬首、放火や魔法使いは火あぶり、堕胎は溺殺、といった具合である。[22] これに対してポリツァイ条令は、刑罰の種類、例えば身体刑や罰金刑ということのみを規定しておいたり、あるいはそれどころか、ただ然るべき刑罰や厳格な刑罰が科されるとだけ規定しておいて、それ以上の具体化は裁判官にゆだねていた。[23] 科刑における裁判官の幅広い裁量も、やはり近世の刑事司法全体の特徴で、カロリナの規定もそうした裁量によって決められる非正規刑 poena extraordinaria によって運用上修正されていくことになるが、[24] ポリツァイ条令ではこの特徴がとりわけ濃厚に現れていると言えよう。

（三）ポリツァイ条令では、個別の犯罪類型の記述の仕方もまた、新しい展開を見せた。つまり、カロリナなど刑事立法が、特に伝統的な犯罪類型の場合、例えば強盗とか放火とかほとんどその名のみをあげて規定していたのに対して、ポリツァイ条令の方は禁止される行為やなされるべき行為を細かに記述したうえで、それに違反した場合の制裁を定めていたのである。もちろん刑事立法が犯罪行為の態様を詳しく描写する場合もあるので、この対照はやはり相対的なものではあるのだが、それでもポリツァイ条令の重心が行為を細かく記述する方にあるのは明らかで、その意味でポリツァイ条令は行為規範としての性格を示すのである。例えば、カロリナの涜神の条文は、涜神行為を「神に適しないことを神に帰し、神に属するものを言葉でもっ

て奪い、神の全能と神の聖なる母たる処女マリアを冒涜する」と表現しているが[25]、一五三〇年の帝国ポリツァイ条令は、それに加えて、神を呪う、不敬な言葉を神自身・マリア・祭壇の秘蹟に対して吐く、マリアと諸聖人を冒涜する、市民・手工業者・農民が神やキリストにかけて不敬な誓いを立て呪いをかける、貴族がそのような誓いや呪詛を行う、傭兵が涜神や不敬な誓いと呪詛を行う、といった行為をあげている[26]。この例でも示されているように、ポリツァイ条令の行為規範は、近世の身分制的社会構造に対応して、身分毎に定められていた。このような行為規範としてのポリツァイ条令は、それゆえ、裁判官や行政官吏だけにとどまらず、身分に分かれた臣民一般にも向けられたものであった。確かに、一六世紀や一七世紀のポリツァイ条令の名宛人は、文字を読むことのできる、官吏や聖職者に事実上限られていたが、それでも、例えば帝国ポリツァイ条令は、特権を与えられた印刷業者によって印刷されて流布した[27]。官吏や聖職者は、そうした印刷物も使いながら、規定内容を臣民に周知するよう命じられたのである。そして一八世紀になって臣民の識字率が向上するのに伴い、ポリツァイ条令はますます臣民を直接名宛人とするようになっていく。

もちろん、行為規範としてのポリツァイ条令によって、実際に臣民の行動がどの程度コントロールされたのかは大いに問題で、ドイツの学界でもこのところずっと争われている。ポリツァイ条令をいわゆる社会的紀律化 Sozialdisziplinierung の重要な手段と見る立場に対して、社会的紀律化の貫徹の度合いを低く見て、お上による紀律化の限界を強調する批判が多くの歴史家によってなされている。しかしそれに対しては、理念的に考えられた近代国家の尺度で評価してポリツァイ条令などを通じて働く紀律化の影響力を軽視するのは適切でない、という反批判も提出されている[28]。例えば、ポリツァイ条令に関して、同じような事柄が間隔をおいて何度も繰り返し規定され命じられるという現象が非常にしばしば見られる。こうした現象は、多くの歴史家によってポリツァイ条令が現実には遵守されなかった（だから何度も繰り返して同じようなことが命じられる）証拠であると解釈されるのだが、そう言ってしまってよいのだろうか、という疑問が出されているのである。この点は、具体的な領邦や行政区域毎に、今後解明が進められていくだろうと予測される。

（四）刑事手続についても、ポリツァイ条令は特徴を示す。つまり、ポリツァイ条令は多くの罰則を規定しているのだが、その罰則が科される際の手続についてはほとんど規定しないと

いうことが、カロリナなどの刑事立法との比較では、大変特徴的なのである。この点は、近世の刑事立法とポリツァイ条令を分かつ最大の相違点であると言えよう。例えばカロリナの多くの部分は刑事手続に関する規定で占められており、ある意味でその部分がこの法典の生命線をなしている。拷問を科したり、最終判決を下したりするためには、どのような要件を満たさなければならないか、そこで訴追者や被告および弁護人はどのようにふるまうべきか、こういった事柄が詳しく規定されている。例えば、有罪判決を下すためには、二人以上の目撃証人による証言か被告人本人の自白が必要とされた[29]。被告人の自白を得るために拷問を用いることも認められていたが、そのためには一定の証拠（徴表 Indiz と呼ばれる）が必要とされた。例えば、犯行現場に自分の物を残した、一人の証人によって犯行を目撃された、謀殺の場合に犯行が行われた頃に血染めの衣服を着て、あるいは武器を携えているのを目撃された、などの徴表があれば、拷問に取りかかってよいとされている[30]。

そしてカロリナの手続規定は、伝統的な弾劾訴訟を正規手続と位置づけるもので、糾問訴訟についても被告や弁護人の防御活動の余地を認めるものであったことが、最近、ドイツの学者によって指摘されている[31]。この点でカロリナの手続法は、当事者のイニシアティヴが決定的であった古い状態とのつながりをなお保っていたわけである。それに対して、ポリツァイ条令が手続についてほとんど規定を持たないということは、もちろん刑事手続に関してはカロリナのような本来の刑事立法にゆずるということではあるのだが、やはりポリツァイ条令が持つ新しさを象徴するものと思われる。実際、ポリツァイ条令違反のケースは、しばしばいわゆる略式手続によって、本来の刑事手続で要求される厳格な要件を免れる形で処理されたと言われている[32]。刑事立法違反者が略式手続で扱われることもやはりありえたわけで、この点もポリツァイ条令に限られた特徴というわけではないのだが、それでも近世刑事手続法の新しい展開の部分がポリツァイ条令に特に色濃くあらわれるとは言えるであろう。

以上四点に分けて述べてきたところから明らかになったように、近世の刑事法と刑事司法全般に見られる新しい展開が、ポリツァイ条令においてはとりわけ強く前面に出てくるのだと評価することができよう。

しかし、ポリツァイ条令の中に、古い要素がまったく姿を見せないかと言えば、そうでもない。例えば、ポリツァイ条令で規定された告発義務の問題がある[33]。官吏や一定の職業に就いている者、さらには臣民全員に、自分が目撃したり知ったりした

犯罪や規則違反の告発が義務づけられ、告発を怠った者には罰が科されることもあった。涜神、奢侈規制違反、浮浪者規制違反、脱税などについて、特にしばしばこうした告発義務が定められた。その際、告発義務の根拠として、義務を負う者たちがした宣誓があげられることがあった。官吏や特定職業の者については就任の際の宣誓、臣民一般については服従宣誓が、彼らの告発義務を根拠付けるとされたのである。こういった規定には、個別の関係者のイニシアティヴと行動を中心にすえる古い法のありかたが、やはり顔を出していると言えるであろう。

以上、見てきたように、西洋において、ポリツァイ条令のような立法は法の存在様式として新しいもので、そこでは古い法とポリツァイ条令という配置が存在していた。刑事法の分野では、刑事法自体が新しい法に属する部分が大きいことから、この配置はやや違った形であらわれるが、それでもポリツァイ条令は、古い法の存在を意識しつつ、新しい展開を色濃く代表していたと言える。我々が、現代の東アジアで西洋法と接触しこれを扱う際には、このような歴史的構造、長い時間の中での様々な層の積み上がりについて、知識と感覚を持つことが、必要ではないかと考える。西洋法を模倣するのであれ、それとは違った方法を採るのであれ、意味のある決定をするためには、長い時間の幅を持った、その意味で深い認識が、前提として求められるのではないだろうか。

＊本稿は、二〇〇八年五月一日に、台湾の国立政治大学法律学系で開かれたワークショップ「グローバル化のもとでの東アジア法学：国家管制の歴史」において行った報告に加筆したものである。ワークショップにご招待いただき、当日はコメンテーターもつとめられた陳恵馨教授、コメンテーターをお引き受けいただいた江玉林副教授、李聖傑助理教授、司会の労をとられた黄源盛教授をはじめ、政治大学のスタッフの方々、そして学生の皆さんに感謝申し上げたい。

（1）近世ヨーロッパの諸国・諸地域における、類似した立法の展開については、Michael Stolleis (hg.), Policey im Europa der Frühen Neuzeit, Frankfurt am Main 1996 所収の諸論文を参照。

（2）以下の叙述について、一般的には、Hans Maier, Art. Polizei, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 3, Berlin 1984, Sp. 1800-1803, Gustaf Klemens Schmelzeisen, Art. Polizeiordnungen, in: Ebenda, Sp. 1803.

1808, Karl Kroeschell, Albrecht Cordes, Karin Nehlsen-von Stryk, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.2, 9.Aufl., Köln u.a. 2008, S.306-309, Karl Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd.3, 5.Aufl., Köln u.a. 2008, S..81-89, Wilhelm Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 2. Aufl., Göttingen 1958, S. 57-77, W. エーベル（西川洋一訳）『ドイツ立法史』（一九八五年　東大出版会）九八―一三五頁，Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd.1, München 1988, S.334-393, Dietmar Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte, 5.Aufl., München 2005, S.158-165, Karl Härter und Michael Stolleis, Einleitung, in: Karl Härter (hg.), Repertorium der Policeyordnungen der Frühen Neuzeit, Bd.1: Deutsches Reich und geistliche Kurfürstentümer, Frankfurt am Main 1996, S.1-36. 日本語文献としては，『久保正幡先生還暦記念　西洋法制史料選　Ⅲ　近世・近代』（一九七九年　創文社）七四頁以下（辻泰一郎執筆），勝田有恒他『概説西洋法制史』（二〇〇四年　ミネルヴァ書房）一二七頁以下（屋敷二郎執筆）。

（3）帝国ポリツァイ条令のテクストについては，長らく一八世紀の古い刊本に頼らざるを得なかったが，Matthias Weber, Die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577. Historische Einführung und Edition, Frankfurt am Main 2002 の公刊によって史料状況が大きく改善された。帝国ポリツァイ条令に関する詳しい研究文献として，Karl Härter, Entwicklung und Funktion der Policeygesetzgebung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation im 16. Jahrhundert, in: Ius Commune 20(1993), S.61-141.

（4）近世ドイツのポリツァイ条令は，フランクフルトのマックス・プランク・ヨーロッパ法史研究所で組織された共同研究によって，Karl Härter und Michael Stolleis (hg.), Repertorium der Policeyordnungen der frühen Neuzeit のシリーズで目録化されている。陳惠馨『德國法制史』（二〇〇七年　元照出版・台北），八〇―八三頁も参照。ポリツァイ条令テクストの史料集成としては，Wolfgang Kunkel, Gustaf Klemens Schmelzeisen und Hans Thieme (hg.), Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, Bd.2: Polizei- und Landesordnungen 2 Halbbde., Köln-Graz 1968-69 が重要である。

（5）ドイツの研究者の中には，大規模で包括的な条令を「ポリツァイ条令 Policeyordnung」と呼び，個別条令などをも含めた全体を「ポリツァイ立法 Policeygesetzgebung」と呼ぶ研究者（Karl Härter など）も存在するが，本稿では大規模なものに限らず，ポリツァイに関係する立法全体をポリツァイ条令と呼んでおく。

(6) K. Härter, Entwicklung, S.88f. 帝国ポリツァイ条令の制定過程について、Ebenda, S.66ff. も参照。制定のイニシアティヴは、おおむね、皇帝側からでなく、帝国諸身分の側から発していた。

(7) Monika Ruth Franz, Die Landesordnungen von 1516/1520. Landesherrliche Gesetzgebung im Herzogtum Bayern in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts, München 2003, S.*44f.,* 179.

(8) もっとも、領邦諸身分、領邦貴族、同業組合などがポリツァイ条令と同様の規範を定立する事例も近世には相当多く見られた。そうした規範は上述の Repertorium には編集上の理由から採録されていないので、注意が必要である。K. Härter und M. Stolleis, Einleitung, in: K. Härter (hg.), Deutsches Reich, S.9f.

(9) 村上淳一『近代法の形成』(一九七九年　岩波書店) 一三七頁以下、Thomas Simon, Recht und Ordnung in der frühen Neuzeit, in: Rechtshistorisches Journal 13(1994), S.372-392, S.386ff. なお、ヴォルフガング・ナウケは、法とポリツァイの対立は一九世紀の経過中に、法の形而上的正当化が失われることによって、法の全面的なポリツァイ化に帰していったと論じているが、この主張に関してはミヒャエル・シュトライスの反論を参照。Wolfgang Naucke, Vom Vordringen des Polizeigedankens im Recht, d.i.: vom Ende der Metaphysik im Recht, in: Gerhard Dilcher und Bernhard Diestelkamp (hg.), Recht, Gericht, Genossenschaft und Policey. Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie. Symposion für Adalbert Erler, Berlin 1986, S.177-187, Michael Stolleis, Anmerkungen zum Verhältnis von echtem Recht und freiheitsbeschränkendem Polizeirecht, in: Ebenda, S.188-196.

(10) Karl Kroeschell, Justizsachen und Polizeisachen, in: Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme, 1983, カール・クレッシェル（石川武監訳）『ゲルマン法の虚像と実像』（一九八九年　創文社）二二九―二六六頁。Th.Simon, a.a.O., S.380ff. 一八世紀の具体的事例を扱った、松本尚子「一八世紀ドイツの同職組合における営業特権と裁判――ツェレ高等上訴裁判所のポリツァイ事項訴訟を手掛かりに――」『法制史研究』五三号（二〇〇三年）一一三―一五三頁も参照。

(11) 例えば、Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3.Aufl., Göttingen 1964, S.144ff. は、主として帝国ポリツァイ条令に簡単に言及するにとどまる。Wolfgang Sellert, Von den Anfängen bis zur Aufklärung (Ders- Hinrich

RÜPING, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd.1), S.201, Anm.68 も帝国ポリツァイ条令がカロリナを補完したことに触れるにすぎない。最近の刑法史概説でも、Hinrich RÜPING und Günter JEROUSCHEK, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5.Aufl., München 2007, S.70. は、ジプシーに対する刑事法的規制に関連して、一五三〇年の帝国ポリツァイ条令をあげるのみである。ポリツァイ条令を対象とした、古い刑法史の個別研究としては、Josef SEGALL, Geschichte und Strafrecht der Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577, Breslau 1914 がある。

(12) ポリツァイ条令と刑事司法との重なり合いについては、K. HÄRTER und M. STOLLEIS, Einleitung, in: K. HÄRTER (hg.), Deutsches Reich, (注2) S.16.

(13) ポリツァイ条令と刑事法・刑事司法との関係を扱った近時の研究としては、Wilhelm BRAUNEDER, Das Strafrecht in den österreichischen Polizeiordnungen des 16. Jahrhunderts, in: Gerhard KÖBLER (hg.), Wege europäischer Rechtsgeschichte. Karl KROESCHELL zum 60. Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen, Frankfurt am Main u.a. 1987, S.1-28, Georg FREUND, Die Reichspolizeiordnungen des 16. Jahrhunderts und das Delikt der Weinfälschung, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 11(1989), S.1-11, Bettina GÜNTHER, Die Behandlung der Sittlichkeitsdelikte in den Policeyordnungen und der Spruchpraxis der Reichsstädte Frankfurt am Main und Nürnberg im 15. bis 17. Jahrhundert, Frankfurt am Main 2004, Karl HÄRTER, Policey und Strafjustiz in Kurmainz, 2 Bde., Frankfurt am Main 2005.

(14) カロリナの手に入りやすいテクストとして、Friedrich-Christian SCHROEDER (hg. und erläutert), Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532 (Carolina), Stuttgart 2000. 日本語訳として、塙浩「カル五世刑事裁判令（カロリナ）」『神戸法学雑誌』一八巻二号（一九六八年）二一〇―二一九頁。（同『フランス・ドイツ刑事法史　塙浩著作集四』（一九九二年　信山社）一四五―二三六頁にも収録。）一九八〇年代初めまでのカロリナに関する代表的な研究論文は、Friedrich-Christian SCHROEDER (hg.), Die Carolina. Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532, (Wege der Froschung Bd.626), Darmstadt 1986 にまとめられている。その後の研究としては、Peter LANDAU und Friedrich-Christian SCHROEDER(hg.), Strafrecht, Strafprozess und Rezeption. Grundlagen, Entwicklung und Wirkung der Constitutio Criminalis Carolina, Frankfurt am Main 1984 に収められた諸論文が重要である。

(15) Karl Härter, Zum Verhältnis von Policey und Strafrecht bei Carpzov, in: Günter Jerouschek u.a.(hg.), Benedict Carpzov, Tübingen 2000, S.181-225, S.183, Ders., Policey und Strafjustiz in Kurmainz, Bd.1, Frankfurt am Main 2005, S.173f. W.Brauneder, a.a.O., (注13) S.8f. も、ポリツァイ条令と刑事法がともに「公共善」を目的としていたこと、実際の立法過程においても両者がしばしば密接な関係を持っていたこと、を指摘するが、そのうえでポリツァイ条令を「動的な刑法」として特徴づける。

(16) 帝国ポリツァイ条令の涜神規定は、M.Weber, Reichspolizeiordnungen, (注3) S.132ff., 169ff., 218ff. これら規定の内容については、J.Segall, a.a.O., (注11) S.144ff., K.Härter, Entwicklung, (注3) S.93ff. 一五三〇年の帝国ポリツァイ条令とカロリナに至る、帝国法レベルでの、涜神に関する法規範の展開については、Siegfried Leutenbauer, Das Delikt der Gotteslästerung in der bayerischen Gesetzgebung, Köln-Wien 1984, S.1ff. 一五一六／一五二〇年のバイエルンのラント条令における涜神規定については、M.R.Franz, a.a.O., (注7) S.*96f., S.56f. 一六世紀オーストリアのポリツァイ条令における涜神規定については、W.Brauneder, a.a.O., (注13) S.21.

(17) 帝国ポリツァイ条令の衣服規定は、M.Weber, Reichspolizeiordnungen, S.141ff., 180ff., 228ff. 規定の内容については、K.Härter, Entwicklung, S.95ff. 一六世紀オーストリアのポリツァイ条令における衣服規制については、W.Brauneder, a.a.O., S.22. また、近世のポリツァイ条令に先立つ中世後期ドイツ都市における衣服や儀式に関する規制については、相沢隆「奢侈条令と中世都市社会の変容」『史学雑誌』九七巻六号（一九八八年）一―三八頁、を参照。

(18) M.Weber, Reichspolizeiordnungen, S.132f., 169f., 218.

(19) 帝国ポリツァイ条令の関係規定については、J.Segall, a.a.O., S.182f., 192f., K.Härter, Entwicklung, S.121ff. ワインの製造・販売に関するポリツァイ的規制については、辻泰一郎「一五世紀末帝国ワイン条令の成立」渡辺節夫編『ヨーロッパ中世の権力編成と展開』（二〇〇三年　東大出版会）二二九―二六〇頁を参照。

(20) 帝国ポリツァイ条令中の関係規定については、K.Härter, Entwicklung, S.82, 117ff.

(21) Gerhard Schuck, Arbeit als Policeystrafe, in: Karl Härter (hg.), Policey und frühneuzeitliche Gesellschaft, Frankfurt am Main 2000, S.611-625. ゲルハルト・シュック（松本尚子訳）「ドイツ近世におけるポリツァイ労役刑」『一橋論叢』一二四巻一号（二〇〇〇年）六八―八六頁。

(22) CCC Art. 109, 125, 126, 130, 133.

(23) 一六世紀オーストリアのポリツァイ条令におけるそうした規定の仕方について、W. Brauneder, a.a.O., S.5ff.

(24) Poena extraordinaria については、E.Schmidt, a.a.O., (注11) S.166ff., W.Sellert, a.a.O., (注11) S.244ff., 藤本幸二『ドイツ刑事法の啓蒙主義的改革とPoena extraordinaria』(二〇〇六年　国際書院) などを参照。

(25) CCC Art.106.

(26) RPO 1530, Art.1-6.

(27) M. Weber, Reichspolizeiordnungen, S.45ff.

(28) Michael Stolleis, Was bedeutet "Normdurchsetzung" bei Policeyordnungen der frühen Neuzeit?, in: Richard H. Helmholz u.a.(hg.), Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag, Paderborn u.a. 2000, S.739-757. ミヒャエル・シュトライス（和田卓朗訳）「初期近代[＝近世]のポリツァイ条令における「規範の現実的適用」とは何を意味するのか」『法学雑誌』四九巻二号（二〇〇二年）一三四―一六七頁。Karl Härter, Soziale Disziplinierung durch Strafe? Intentionen frühneuzeitlicher Policeyordnungen und staatliche Sanktionspraxis, in: Zeitschrift für Historische Forschung 26(1999), S.365-379. 池田利昭「中世後期・近世ドイツの犯罪史研究と「公的刑法の成立」――近年の動向から――」『史学雑誌』一一四編九号（二〇〇五年）六〇一八四頁、七六頁以下も参照。

(29) CCC Art. 60,67.

(30) CCC Art. 29, 30, 33.

(31) Winfried Trusen, Strafprozess und Rezeption. Zu den Entwicklungen im Spätmittelalter und den Grundlagen der Carolina, in: P. Landau und F.C.Schroeder (hg.), a.a.O. (注14) S.29-118, S.92ff., Alexander Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846, Paderborn u.a. 2001, S.41-144.

(32) Karl Härter, Strafverfahren im frühneuzeitlichen Territorialstaat: Inquisition, Entscheidungsfindung, Supplikation, in: Andreas Blauert u.a.(hg.), Kriminalitätsgeschichte, Konstanz 2000, S.459-480, S.467.

(33) Matthias Weber, "Anzeige" und "Denunciation" in der frühneuzeitlichen Policeygesetzgebung, in: Karl Härter (hg.), Policey, (注21) S.583-609.

Polizeiordnung und Strafjustiz im frühneuzeitlichen Deutschland

Masaki TAGUCHI*

Die erste Hälfte des vorliegenden Aufsatzes behandelt den allgemeinen Charakter der Polizeiordnung. Im Vergleich mit Ostasien ist vor allem darauf hingewiesen, dass die Polizeiordnung eher neue Schicht der Normen darstellte und dass es neben ihr altes eigentliches Recht gab. Die zweite Hälfte erörtert die Verhältnisse der Polizeiordnung mit der Strafjustiz. Es wird dabei gezeigt, dass die Polizeiordnung die neuen Entwicklungen in der frühneuzeitlichen Strafjustiz stärker als die Strafgesetzgebung wie CCC vertrat. Diese Einordnung ist an vier Punkten erläutert: Typen von Verbrechen, Strafart, Bestimmung einzelner Verbrechen und Strafprozess.

*Professor, School of Law, Hokkaido University.