

翻 訳

フランス刑法典の 200 年

イヴ・ジャンクロ
小 梁 吉 章 訳

紹介

近代フランスの刑法典は 1810 年 2 月 12 日-20 日に公布され、同月 22 日と 3 月 2 日にナポレオンの審署を得た。それから 200 年を経た 2010 年 11 月、フランス・パリで「フランス刑法典 200 年記念シンポジウム」が開催された。このシンポジウムは同月 25 日に破毀院を会場として司法大臣の開会あいさつで始まり、翌日 26 日は上院に会場を移し上院議長のあいさつで閉会となった⁽¹⁾。

両日、多数の研究者と実務家の報告があったが、ストラスブール大学法学部イヴ・ジャンクロ教授 (Professeur Yves Jeanclos) は 25 日に *De 1810 à 2010: Le code de 1810 en mouvement* と題して報告された。本論文は同報告の翻訳であり、旧知の同教授から訳出を了解するとして訳者に届けられた。

本論文は刑事政策、刑罰論に関する論文である。1810 年刑法典はナポレオンの意向を踏まえた峻厳な刑法典であったが、同時にベッカーリアの主張や同法典に先立つ人権宣言の規定を受けて、個人の自由・権利と国家の刑罰権を調整し、罪刑法定主義を採用した⁽²⁾。その後の近代経済社会の変容に対応

(1) このシンポジウムのスケジュールおよび報告者の発言内容は、上院のホームページで閲覧が可能である。

http://www.senat.fr/colloques/actes_bicentenaire_code_penal/actes_bicentenaire_code_penal.html

(2) 以上の記述は、バダンテール名誉教授の「刑法典の審署」(Promulgation du Code pénal, Archives de France. 2010) による。

して刑事政策が変遷し、現代ではマルク・アンセルの新社会防衛論の影響を受けていると説明している。ここまでなら取り立てて目あたらしいとも思えないが、本論文には訳者にとって三点の新鮮な指摘があった。

まず、著者はアンシャン・レジームの時代から立法者は「極刑がかえって犯罪を増加させる」ことを承知し、条文上はともかく、裁判官に刑の緩和を求めたとしている。専制君主の時代には裁判官が死刑を多用し、罪刑専断のだったと考えていたから、この点は虚を突かれた。第二に、フランスの刑罰論の前提は社会契約論であり、刑罰は伝統的に垂直的な公権力の行使であったが、現在、刑事法の私的契約化、交渉司法化、または同意司法化が進んでいるとしている点である。本論文は1983年6月10日法で公益奉仕労働が導入されたことを挙げているが、この刑を課すには受刑者の同意を要する⁽³⁾。また1993年1月4日法⁽⁴⁾は検察官による公訴に代えて当事者の合意による調停を定めている。第三に、著者はフランス刑事政策の変遷を鳥瞰的に示し、刑事法においてもフランス法がアンシャン・レジームから断絶のない歴史を経ていることを教えている。この点は法制史の読み物として面白かった。

以上の諸点から訳出が適当と考えた。ただし訳者は刑事法、刑事政策についてはまったくの門外漢であるから、この判断が妥当かどうかは読者の評価に委ねたい。ただ刑罰の私的契約化については、著者は批判的であり、議論があるものと思われる、その一助になれば幸いである。なお専門外のことゆえ、訳に誤解、勘違い、不適切があることは覚悟しており、それはすべて訳者の責任である。

本論文を読むと反復説明が多いと思われるよう。フランスの法律論文にはよ

(3) 同法により改正された刑法典131-8条2項は、「公益奉仕労働刑は、それを拒否する、または公判に出なかった被疑者には課すことができない(以下略)」と規定する。被疑者の同意を要する。

(4) 刑事訴訟改正に関する1993年1月4日法律第93-2号(Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale)。同6条は現在の刑事訴訟法典41-1条5号。

くあることである。しかし本論文は刑事政策史であり、反復した説明は不可避であろう。単なる条文の分析ではなく、制度を犯罪者、立法者、経済社会など多方面から分析するうえで反復は避けられないからである。反復というより一種の螺旋階段のように異なった次元からの分析と理解すべきであり、本論文は複眼的な視点を提供していると考ええる。

著者のジャンクロ教授は法制史家である。同教授の論文としてすでに本誌第 30 卷第 3 号に「12 世紀から 15 世紀のフランスの仲裁」、同じく第 32 卷第 2 号に「慣習と法律」を掲載し、経歴を紹介した。博士論文はフランス中世の仲裁に関する研究であったが、1996 年にはクセジュ・シリーズからフランス中世近代の刑事法資料を公刊され、また 2008 年にはフランス中世近代の刑事累犯について論文を書かれるなど、関心は民事法から刑事法まできわめて広範であり、こうした視野の広さに訳者は常々感心している。

参考までにフランス革命から 1810 年刑法典までの前史は次のとおりである。1789 年 5 月 5 日に召集された三部会 (*États généraux*) は、6 月 17 日に国民議会 (*Assemblée nationale*) に、さらに 7 月 9 日に憲法制定議会 (*Assemblée nationale constituante*) に名称を変え、同議会は同年 8 月 26 日に人権宣言 (人間と市民の権利に関する宣言) を採択した。同宣言 8 条は「法律は厳に、明らかに必要な刑罰のみ定める」と規定していた。その後、1790 年 8 月 16 日-24 日に司法組織法が制定された。さらに 1791 年 7 月 19 日-22 日に軽犯罪・違警罪法が定められ、同年 9 月 16 日-19 日に刑法典 (1791 年刑法典) が定められた。1792 年 9 月 22 日に共和制が宣され (共和暦の採用は 1793 年 10 月 5 日)、1793 年 4 月 6 日に公安委員会 (*Comité de salut publique*) が設置され、以後、1794 年 7 月 28 日のテルミドール・クーデタまでロベスピエールらの恐怖政治の中心となった。1795 年 10 月 25 日に罪刑法典が、1799 年 12 月 16 日に改正刑法典が定められた。1801 年 3 月 28 日に刑事法典立法委員会が設置され⁽⁵⁾、1801 年 7 月に全文 1169 条におよぶ刑事法典案が完成し、統領府 (*Consulat*) とコンセイユ・デタに提出された。ナポレオン

自らコンセイユ・デタの審議を主宰したとされている。1808年に刑事訴訟法典のみが先に成立し、1810年に刑法典（1810年刑法典）が公布されたことは前記のとおりである。

なお論文の原文には注がなく、注はすべて訳者によるものである。フランスの法令は、原則として原文のタイトルを掲げた。

本文

200年という期間は、1810年に制定され、19世紀と20世紀のあいだに拡大され、21世の今日にいたるまで充実されてきた刑法典の変遷を法律家に理解させるものであり、この200年という期間は、歴史的次元から法を検討し、フランス近代社会の変容を理解するには十分な期間でもある。ただし200年も人類史に比べればきわめて短い。1810年刑法典とその後身である1994年刑法典のあいだを空想上の線で結んでも、2010年までのこの200年に方向性に変化があったとしても、刑事法に根本的な変化はない。この200年間を見ると、21世紀の刑事政策が被害者や国家の満足よりも受刑者の社会復帰、被害者への配慮に転じていることを知ることができる。

過去200年は、ヨーロッパ全体でもフランスでも政治、経済、科学の発展の期間だった。この200年に人間性も進んだが、同時に人間の悪性もあらわになり、多様になった。この200年、国内の治安を守り、公安を維持するために、公権力は厳罰をもってあたってきた。

また過去200年、国家の階層化と国家による政治的、軍事的、行政的および司法的な編成が見られた。1532年の神聖ローマ帝国カロリナ刑事法典⁽⁶⁾に見られるように、この200年、国家は組織のうえで刑事法に中核的、調整的

(5) 刑法典立法委員会のメンバーは、ヴィエヤール (Viellart)、タルジェ (Target)、ウダール (Oudart)、トレヤール (Treilhard) およびブロンデル (Blondel)。当時の司法大臣はアブリアル (Abrial)。

(6) *Constitutio criminalis Carolina*. 神聖ローマ帝国カール5世時代の刑事訴訟規則。

地位を与えたが、こうした動きは 18 世紀末には北米、19 世紀には広くヨーロッパに広がった。

ヨーロッパでは、18 世紀末の 40 年間、刑事法と刑事訴訟法の統合の考え方に立ち、多くの刑事立法があった。1769 年にテレジアーナ法典⁽⁷⁾、1786 年にはトスカナあるいはレオポルド刑法典⁽⁸⁾、1787 年にオーストリアでヨーゼフ 2 世法典⁽⁹⁾が公布されたが、これらはロシアの刑事法のように、罪を犯して苦しむ人間を理解し、寛容をもってあたるといふ新思潮の影響を受けていた。この間には、君主権と国民の基本権の境界を定めるという政治上および司法上の努力があった。告示または威嚇として、一般的かつ明確な刑事法を単一の法典に統合することになった。

フランスの 1810 年刑法典は、1808 年刑事訴訟法典⁽¹⁰⁾に続くもので、刑事法分野では国内治安を担った。これは、犯罪を防止し、少なくともあらかじめ罪刑を示そうという立法者の意思を反映していた。1789 年 8 月 26 日人権宣言の 7 条⁽¹¹⁾にいう罪刑法定主義原則を具体化したのである。また 1788 年 5 月 1 日のルイ 14 世によるヴェルサイユ宣言⁽¹²⁾が被疑者を保護する第一の原則である無罪の推定を定め、人権宣言 9 条がこれを採用した。しかし 1810 年刑法典は、手続に関する 1670 年犯罪王令⁽¹³⁾のほか、1682 年毒殺王令⁽¹⁴⁾、

-
- (7) *Constitutio criminalis Theresiana*. 神聖ローマ帝国マリア・テレジア時代の刑事訴訟規則。
- (8) *Riforma della legislazione criminal toscana*. トスカナ大公国レオポルド大公時代の刑事規則。
- (9) *Allgemeine Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung*.
- (10) *Code d'instruction criminelle*. 同法典は、1958 年の刑事訴訟法典 (*Code de procédure pénale*) により廃止。
- (11) 「だれも法律が定める場合を除いて告発され、拘留されることはなく、しかもこの場合も法律に定める方式による。恣意的な命令を求め、処理し、遂行しまたは遂行させる者は、罰せられる。ただし法律によって召喚され、捕捉された者は、直ちに従わなければならない。抵抗すれば有罪となる」(私訳)。

1724年窃盜勅令⁽¹⁵⁾などの一定の行為を犯罪とし、刑罰を課すとした16世紀以降の王令、勅令や宣言など、1789年以前のアンシアン・レジームの規定を継承するものである。1810年刑法典には、長く等閑視され、過小評価されていた1791年9月16日-19日刑法典⁽¹⁶⁾という得難いモデルがあった。1810年刑法典は、1760年から1810年までの50年⁽¹⁷⁾の司法当局、裁判所、議会における実務家や法律家の集中的な作業の成果である。

権力闘争と不安定な司法制度が長く続いたあとの立法の例にもれず、1810年刑法典も立法の到達点でありながら、刑罰が犯罪に優先するという新刑事政策の出発点となった。公布されるとすぐに研究の対象になり、批判され、改正提案があったことも驚くにあたらない。刑法典は、市民社会の経済的、社会的、技術的進化に対応し続けなければ社会の調整弁にならないのである。罪刑の一般威嚇という役目に合うように立法者は必要な法律の修正をすべく注視している。

印象派風になんどもタッチを加えられ、1810年刑法典も当初の色を失った。行動様式、経済、技術が変化して、ほぼ200年が経過した1994年には、大

(12) Déclaration du Roi Louis XVI faite à Versailles le 1er mai 1788. 「ただし執行の当日、朕の命令が定める方式で、主任裁判官は死刑を宣告された者を訊問する。受刑者は、審理において否認を続け、犯罪の性質および証拠から、いかなる共犯も明らかにされないときは、尋問される」(私訳)。人権宣言9条は、「すべての者は、有罪を宣告されるまで、無罪を推定され、逮捕が不可欠であると判断される場合も、同人の自衛のために、無用に過酷な扱いを法律で厳に抑制しなければならない」(私訳)。

(13) Ordonnance criminelle d'août 1670.

(14) Édit pour la punition des empoisonneurs, devins et autres, Versailles juillet 1682.

(15) Déclaration de Versailles du 4 mars 1724 concernant la punition des voleurs.

(16) Code pénal du 25 septembre - 6 octobre 1791.

(17) アンシアン・レジーム下の1760年に司法制度改革が課題として取り上げられた。ベッカーリアの犯罪刑罰論がフランスで翻訳出版されたのは1766年。この部分は、森本益之『行刑の現代的課題-監獄法改正と行刑の社会化』(成文堂、1985) 6頁を参照。

幅な見直し、改革、修正が必要になった。1994 年刑法典⁽¹⁸⁾は、従来の犯罪と刑罰の定義を踏襲したが、これに別の次元を与えた。あたらしい社会政策の場となったのであり、現代の刑事政策、すなわち新社会防衛論の影響を受けている。1994 年刑法典は、個人の解放と個人の身体・精神を保護する 1950 年欧州人権条約（人権及び基本的自由の保護のための条約）に規定され、2000 年欧州連合基本権憲章に踏襲された人権思想に配慮しているのである。

21 世紀の立法者は、また国内と国際両面にわたって、刑事政策を犯罪の変化に適合させている。国内治安と国外治安のあいだに刑事法の国境はない。たとえばテロや人身売買、大規模犯罪による核廃棄物の売買を禁じる。21 世紀の今は平和時にも紛争があり、戦争の脅威があるから、戦時と平時で刑罰を区別することもやめている。あらたな犯罪源となりかねない医学、生物学、遺伝学、化学、物理学、宇宙工学、コンピューターの技術に注意を払い、あらたな犯罪を防止するため毅然として厳しく対応している。

19 世紀にも、刑法典には政治、経済、技術における進歩に対応したあたらしい規定を加えてきたが、20 世紀、とくに第二次大戦後、罪刑の分野は大きく変化した。20 世紀には犯罪が多様化し、立法者は犯罪の定義を改めてきた。また社会学理論や医学理論に押されて、受刑者の処遇を考慮するようになり、ときにはおかしなことに被害者扱いすることにもなった。21 世紀には受刑者の社会復帰や社会内処遇が広がっている。受刑者を社会のなかで処遇することと緩慢な更生を目指している。最近の司法は、裁判官と犯罪者の合意、ときには被害者の承諾を得た刑罰の契約化というあたらしい方向に向いている。君主や民主権者から託された司法権力が受刑者に刑罰を課すという伝統的な考えに異論の余地はなかったが、これが居心地が悪くなっている。強

(18) 刑法典の一般規定の改正に関する 1992 年 7 月 22 日法律第 92-683 号 (Loi n° 92-683 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions générales du code pénal)。同法典 (1994 年刑法典) は 1994 年 1 月 1 日に施行。

権的な垂直的司法ではなく、交渉による私的、水平的司法に変わっているのである。これを進歩という研究者もいれば、これを司法の漂流とする研究者もいる。

今日の立法者は犯罪を定め、1810年刑法典から1994年刑法典までに規定されたさまざまな刑罰を課している。過去200年の法律という倉庫にあった刑罰に1994年から2009年までの15年間に公布された200件の法令、オールドナンス、デクレは変化・変容をもたらしている。進化する犯罪に適切な刑罰を課すために対応に努めているのである。

犯罪・刑罰の変化を歴史的にたどるため、過去200年の規定の変遷を検証してみよう。そうすると19世紀には法律件数は少なく、20世紀前半も少なかったことがわかる。1832年4月28日刑法典・刑事訴訟法典改正法⁽¹⁹⁾と1863年4月18日-5月13日刑法典改正法⁽²⁰⁾ぐらいであった。ところが20世紀後半からフランスの刑事法は驚異的に等比級数的に増え、21世紀も続いている。とくに1810年刑法典に重大な改正を加えた1960年6月4日の刑法典・刑事訴訟法典改正オールドナンス⁽²¹⁾が重要である。1975年7月11日刑事法改正法⁽²²⁾、1983年6月10日刑事法改正法⁽²³⁾、2004年3月9日犯罪変化対応法⁽²⁴⁾、2007年3月5日軽犯罪防止法⁽²⁵⁾、2007年8月10日累犯防止法⁽²⁶⁾も

(19) Loi du 28 avril 1832, relative aux modifications apportées au Code pénal et au Code d'instruction criminelle.

(20) Loi des 18 avril - 13 mai 1863 portant modification de soixante-cinq articles du code pénal.

(21) Ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 modifiant certaines dispositions du Code pénal, du Code de procédure pénale et des Codes de justice militaire pour l'armée de terre et pour l'armée de mer en vue de faciliter le maintien de l'ordre, de la sauvegarde de l'état et la pacification de l'Algérie.

(22) Loi n° 75-624 du 11 juillet 1975 modifiant et complétant certaines dispositions de droit pénal.

(23) Loi n° 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi du 02-02-1981 et complétant certaines dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale.

刑法典を改正しており、2000 年 6 月 15 日無罪推定被害者権利法⁽²⁷⁾も外せない。これらの法律はあらたな犯罪行為に直面し、社会構成員の行動の変化に直面した社会の懸念の反映なのである。

刑法典は、1810 年の公布から 2010 年の現在まで常に動いている。その変遷をたどると刑事法の時間的変遷を知ることができるが、退屈で、無益である。罪刑制度の根本とその変遷を検討するためには、立法と今日の問題から出発するという歴史をさかのぼった分析のほうが有効だろう。時間を追ってスタティックに個々に犯罪・刑罰を検討するよりも、条文から変化の方向性を読み解くことにしよう。

過去 200 年間に公布され、適用された刑事法規定を分析すると、二つの動きがあることが分かる。

第一は、犯罪者を厳しく罰するという伝統的性格である (第 1 部)。

第二は、受刑者矯正という政策に転じた刑事法のあたらしい方向性である (第 2 部)。

第 1 部 1810 年から 2010 年の犯罪者制裁

1810 年刑法典は、権威的な皇帝権力が求めた社会司法的調整機能の産物であった。といっても 1791 年刑法典が定め、1795 年罪刑法典⁽²⁸⁾に部分的に継承された規定と大きく変わるところはない。1789 年から 1799 年までの立法作業との関係でアプローチは変わっておらず、この作業自体 1760 年から

(24) Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

(25) Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

(26) Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs .

(27) Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

(28) Code des délits et des peines français du 3 brumaire an IV (25 octobre 1795).

1788年の司法当局での法律の発展に影響されていた。1810年刑法典は、1760年から1810年の50年間の変幻絶え間なき国家に仕えた研究者の意見と法曹実務の成果なのである。

1994年刑法典は、個人の権利と自由の保護についてあらたな方向性を示している。同刑法典は、国内犯罪だけでなく、国外で起きた国際犯罪も対象とする。セクハラやオーラル・ハラスメントはもともと醜い行為であるが、人目につかず破廉恥であり、マネー・ロンダリングやサイバー犯罪ともども最近犯罪とされた。国際犯罪に対応するため、同刑法典は政治的には国内治安をそこなう国際テロ、また経済的には人身売買、薬物取引、高性能武器の売買に対応している。

法律で刑事規定が施行された日から、刑事法は時代遅れになる。立法者は、刑事犯や裁判官の要求により適合した新法を立案するなど、既存の法律の変更に努めている。犯罪との闘いの範囲の拡大に直面して(1)、法律家は刑罰の変更を提案している(2)。

1 犯罪との闘いの範囲の拡大

個人をいかなる形であれ刑事犯罪から守るには、必然的にあたらしい侵害行為への対応を要する。

(1) すべての侵害からの個人の保護

① 法律による侵害の一般的禁止－侵害性の枠原則

1789年の立法者には人権宣言という出発点となる公理があった。同4条は、人間の自然で時効にかからない第一の権利である自由は「他人を害しないかぎり、すべてのことをすることができること」であるとした。人間の自由は、他者の自由をそこなうときに停止するのである。自由と他の人権の個別の保護について、同5条は、法律は「社会にとって有害な行為を禁止する」とした。宣言は人間に害をおよぼす行為、損害を生じ、物理的、道徳的、物質的な損害を生じるすべての行為を普遍的に禁じた。人権宣言は、侵害の内容を

定義しなかったので、禁止範囲が広がった。おそらく夜陰に紛れて、人間に害をおよぼす行為といった、被害者の目につかないあいだの行為を想定したのだろう。犯罪は隠れてこそこそと人目につかずに行うもので、被害者は害をこうむったことに気付かないといったイメージであった。被害者にたいしてネガティブで、害をこうむらせる行為として、隠れた行為を禁じた。これは侵害の枠原則という、それまで法律家が考えていなかったところまで行為の範囲を広げた。人権宣言は、現代も司法の拡張を許すもので、憲法院も判断や解釈において利用する。この原則によって法律家や立法者は、それまで犯罪とされなかった行為を犯罪とし、刑罰を課すことができる。人権宣言にはその後の立法上で窮屈を感じさせないという知恵があったのである。18 世紀末の科学・技術の不可避的な進歩を直視した開かれた精神の産物である。侵害の枠原則によって、立法者はその後、あたらしい行動に危険がともなう場合にこの行為を犯罪とすることができた。

② 刑事法典による犯罪防止

1791 年刑法典第 2 編第 2 章第 2 節⁽²⁹⁾の 29 条、35 条、36 条、37 条、41 条はいずれも「他人を害する意図で」行われた行為を対象とする。これは人を犯罪者にする行動である。同刑法典は、他人の身体、精神、財産に損害を与えることを明らかに意図したものであることを強調した。犯罪意思の有害性を規定し、犯罪の範囲を限定した。害を与える行為が「意図的に、悪意から、または復讐のために」行われただけでなく、「他人を害する意図で」行われたことを求め、一線を引いたのである。同刑法典は、害する意思または意図、悪意またはネガティブな行為におよぶ頭脳の働き、復讐または仕返しの欲求、他者を害し、すなわち他者に損害を与える意図という 4 つの有害性の要素を

(29) 1791 年刑法典の第 2 編は犯罪と刑罰 (Deuxième partie- Des crimes et de leur punition)、第 2 章は個人にたいする犯罪 (Titre II - Crimes contre les particuliers)、第 2 節は所有権にたいする犯罪 (Section II - Crimes et délits contre les propriétés) を定めた。

示した。同刑法典は4基準の適用にあたって犯罪の有害性と度合いの評価を裁判官の自由に委ねた。

1795年罪刑法典は、当初、5条で「社会秩序に与えた害」を定めた。これによって特定の禁止規定がなくても、裁判官が適用することのできる法的根拠が与えられた。同法典は、社会秩序を刑事法規定適用にあたっての必要かつ十分な基準とした。社会秩序は世の中の道義、政治、経済の環境変化によって変わるから、それをどう理解するかは裁判官の知性に任せた。犯罪の変化に対応し、社会動向に応じたあたらしい刑罰を設けることが可能になった。

1810年刑法典は、1994年刑法典と同様、立法者の自由になる範囲を広げる規定を置かなかつた。重罪（*infraction criminelle*）、軽犯罪（*infraction correctionnelle*）、違警罪（*infraction de police*）といった犯罪を取り上げただけである。また被害者と当局を満足させるための禁固刑と受刑者が払う財産刑を規定した。厳密な法規定に束縛されず、人権宣言の一般規定で充分としたのである。

19世紀の立法者は、1810年刑法典の規定に手を加えた。それまで認められた首輪（*carcan*）、烙印（*marque*）、手首切断（*ablation du poing*）は1832年4月28日刑法典・刑事訴訟法典改正法⁽³⁰⁾で削除された。19世紀末の報道手段の発達にともなう、1881年7月29日報道自由法⁽³¹⁾であたらしい犯罪を定めた。20世紀にはコンピューター通信の犯罪使用を防止するため、1988年1月5日コンピューター詐欺法⁽³²⁾を制定し、この趣旨は2004年6月21日デジタル経済信頼法⁽³³⁾でさらに発展した。刑法典が技術革新、知識や思想の普及に対応していることは明らかである。

(30) 注19参照。

(31) Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

(32) Loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique (dite loi Godfrain).

(33) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

一方、社会における行動様式の変化を考慮して、不適当になった犯罪を削除してきた。1980 年 12 月 23 日強姦防止法⁽³⁴⁾と 1994 年刑法典 222-23 条は同性愛を、1975 年 7 月 11 日離婚改正法⁽³⁵⁾と 1994 年刑法典 223-10 条は墮胎罪を犯罪から除いた。より広く 2004 年 3 月 9 日犯罪変化対応法⁽³⁶⁾は「犯罪の変化に司法を対応させる」こととしている。一般威嚇として刑事規定を発して犯罪を思いとどませるとしても、政治家や法律家があらたな犯罪を予見し、予測することはできないことを前提にしているのである。侵害の枠原則という炉床を使うことで、あらたな犯罪を定め、伝統的あるいは新規の刑罰を課している。

(2) あらたな侵害行為にたいする刑事法上の保護

① 人間と道義の保護

1810 年刑法典は、想定し得るさまざまな侵害から個人を保護することををはじめて定めた 1791 年刑法典から強く影響を受けた。1810 年刑法典は、永続的であれ、一時的であれ、物理的侵害から個人の身体を保護した。さらに強姦罪、墮胎罪を設けて体内の保護も定めた。また 1810 年刑法典 333 条で、未成年者の養育、教育、説諭、保護にあたる者による未成年者にたいする性犯罪を禁じた。

あらたに市民が国政に参加することになったことから、1791 年刑法典では第 2 編第 1 章第 3 節⁽³⁷⁾の 4 条 2 項、同 19 条 1 項で「個人の自由」にたいする犯罪を定めた。1810 年刑法典 114 条は、市民の「個人の自由」または「市民

(34) Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs.

(35) Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

(36) 注 24 参照。

(37) 1791 年刑法典の第 2 編第 1 章は犯罪と公秩序紊乱、第 3 節は憲法にたいする犯罪を定めた。

の権利」をそこなった公務員に公民権剥奪刑を課した。1810年刑法典は、民主的社会の建設と発展において個人の基本的地位を重視したのである。また社会契約の維持・永続に不可欠な共同生活のルールへの遵守の必要性を確認した。

目あたらしいところで、1994年刑法典は人にたいする犯罪に一章を割いた。同第2部第2編第2章⁽³⁸⁾は個人の身体と精神の一体性にたいする犯罪に当てられている。伝統的な生命にたいする意図的または意図しない犯罪、傷害を禁じている。同222-23条1項で同性愛を犯罪から除く一方で、性犯罪に留意している。同222-33条はセクシャル・ハラスメント、同222-33-2条はモラル・ハラスメントを定める。これは権力関係にある者による外部からの限定的かつ一定の性的またはモラルの犯罪である。これは許されない圧力であり、道義、心理的あるいは性的な拘束である。立法者は善良風俗と公の秩序を尊重することによる社会秩序の維持に注意しているのである。

② 他人の生命を危うくすることへの刑事法の対応

1994年刑法典第2部第2編第3章⁽³⁹⁾は、他人の生命を危うくするというあたらしい考え方をもち込んでいる。「他人を危険にさらす」ことにたいする同121-3条の一般規定の保護を拡充したものである。同223-1条は、不注意からまたは違法な他人の生命または身体への犯罪行為を禁じている。労働者が知らないうちに健康被害にさらされるという社会的懸念を反映したものである。使用者は被用者の業務上の衛生・環境条件の点検義務があり、使用者には刑事責任が問われる。

体内保護として、1810年刑法典317条は墮胎を禁じた。これは1975年1月17日ヴェイユ法⁽⁴⁰⁾で改正され、1979年12月31日人工妊娠中絶法⁽⁴¹⁾と2001年7月4日任意妊娠中絶・避妊法⁽⁴²⁾で補足され、現行刑法典317条にあ

(38) 1994年刑法典の第2編第2章は、個人にたいする侵害を定めた。

(39) 1994年刑法典第2部第2編第3章は、個人を危険にさらす犯罪を定めた。

るように、一定条件のもと妊娠の意図的な停止が認められ、犯罪から除かれている。1810 年刑法典の後継者である 1994 年刑法典は、1975 年ヴェイユ法とその後身の 1979 年 12 月 31 日人工妊娠中絶法を継承し、223-10 条に含意的に認めている。

1994 年刑法典 223-8 条は、人体の生物化学実験利用というデリケートかつ倫理的事項である。本人の承諾を得ずに実験を行った者を罰している。また同 223-13 条にあらたに自殺教唆罪を加えた。身体的一体性および場合によって精神的一体性にたいして第三者が悪意から加える害だけでなく、死を誘導することからも人間を保護する。宗教の領域である生死まで、立法者は相変わらず保護者を自認しているのである。

20 世紀の立法者は、人間の生命の尊重と人間の尊厳の尊重を強調した。1810 年刑法典 303 条⁽⁴³⁾と同じく、1994 年刑法典も 222-1 条から 222-6-2 条で拷問 (*torture*)、野蛮行為 (*actes de barbarie*) を犯罪の加重事由としている。あたらしいところでは 1994 年刑法典は人権保護に熱心で、225-1 条で人種、宗教、身体、性、政治を理由とする行為を差別とし、225-2 条で差別全体を禁じている。同 211-1 条、212-1 条でジェノサイドと人類にたいする犯罪を禁じ、各人をその特性において保護し、すべての者を人間として保護する意思が明らかである。フランスの立法者は国内治安と国外治安のあいだに刑事上の国境がなくなったことを強調しているのである。

(40) Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 dite Simone Veil relative à l'interruption volontaire de grossesse (IVG).

(41) Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 interruption volontaire de grossesse.

(42) Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

(43) 1810 年刑法典 303 条は「犯罪を行うにあたって、拷問や野蛮行為におよんだ者は、いかなる名目であれ、殺人者として罰せられる」(私訳)。

2 1810年から2010年の刑罰の変化

1810年刑法典は、その前身である1791年刑法典と1795年罪刑法典が定めた刑罰を踏襲し、1790年から1792年に公布された法令、18世紀末の法令を参考にした。第一帝国時代の立法者は、国内治安の回復とその維持を望んだのである。このため見せしめあるいは諫止としての嚴罰、すなわち死刑（*peine de mort*）や1791年に足枷刑（*peine de fers*）から代わった強制労働刑（*peine de travaux forcés*）が求められたのであり、足枷刑もカペー朝以来のガレー船漕役刑（*peine des galères*）に代わったものであった。1810年刑法典は、8条で首輪刑（*peine de carcan*）、追放刑（*peine de banissement*）、公民権剥奪（*peine de la dégradation civique*）といった名誉刑を残した。民主主義興隆の時代に、国家と市民の権利の行使の重要性を考慮し、公民権剥奪を長く維持した。1791年に導入された刑罰を参考にして1810年刑法典は追放刑（*peine de déportation*）⁽⁴⁴⁾を定め、19世紀中これは残り、植民地の徒刑囚監獄（*bagnes coloniaux*）が閉鎖されて、20世紀半ばの1960年6月4日の刑法典・刑事訴訟法典改正オルドナンス⁽⁴⁵⁾によって廃止された。

現実には、古典的な刑罰が根拠を失い（1）、刑罰の契約化に向かっている（2）。

（1）古典的な刑罰の基盤の喪失－刑罰の漂流

① 見せしめとしての刑罰の意味の喪失

1810年刑法典は、18世紀の公法論者や法律家の意見を容れず、全484条

(44) 追放刑は7条3号に規定され、その方法は17条に規定された。17条は「追放刑は、帝国本土外の政府が定める場所に移され、終身とどまることをいう。追放者が帝国本土に戻ったときは、身元確認次第、終身強制労働に処する。追放者が帝国本土には戻らないが、帝国軍が占領する地で拘束されたときは、追放地に戻される」と規定した（私訳）。

(45) 注21参照。

のうち 30 条ときわめて頻繁に死刑を課した。1791 年刑法典と同様、謀殺 (*assassinat*)、毒殺 (*empoisonnement*)、尊属殺 (*parricide*) には死刑であった。国家主権者を象徴とする公秩序の紊乱者も同様であった。厳罰の効力を重視し、死刑を刑罰のトップにした。ただし過度の厳罰は効果を減殺し、法を回避し、かえって犯罪を増やすことも忘れてはいなかった。

すでに 1559 年 12 月シャンボール王令⁽⁴⁶⁾は立法者が刑罰を定めても、これを適用しないという知恵を示した。これは判決前の被疑者または逃亡した有罪者を受け入れ、隠した者に関する規定であった。見せしめが犯罪者逃亡の原因になっていたため、刑罰の見せしめ効果に期待できなくなったのである。立法者は厳罰よりも刑罰が守られ執行されることを優先した。

1791 年刑法典は、足枷刑 (*peine de fers*)、独房刑 (*peine de la gêne*)、勾留刑 (*peine de la détention*)、植民地流刑 (*peine de la déportation*)、公民権剥奪 (*peine de la dégradation civique*) など一連のあたらしい刑罰を定めた。同法典ははじめて監獄刑 (*prison*) を刑罰とした。同刑法典は、裁判官が監獄刑を適用せず、犯罪の軽重に応じ一定期間、社会から追放する宣告を認めた。また裁判官には刑罰を有効に機能させるために必要な多様な刑罰が認められた。過度な刑罰より犯罪に正当な応報を与えようとしたのである。1810 年刑法典はこれを踏襲し、同刑法典は 1670 年犯罪王令⁽⁴⁷⁾第 25 部 13 条以来の伝統の一連の刑罰を採用した。

1810 年刑法典は重罪にたいして 7 条で身体刑・名誉刑、8 条で単純名誉刑を定めた⁽⁴⁸⁾。同刑法典では公民権剥奪が最下位、死刑が最高位であった。これらの両極のあいだに 6 つの刑罰があり、峻厳さが増した。8 条には追放刑

(46) Ordonnance de Chambord, décembre 1559. 同王令は「拘束すべき者が砦 (*maison forte*) に立てこもったときは、司法当局は武装軍隊による攻撃を許可する」と規定した (私訳)。

(47) 同王令第 1 章は、判決である。13 条は、死刑に次ぐ刑罰として終身ガレー船漕役刑、終身追放刑、有期ガレー船漕役刑、有期追放刑を挙げた。

(*peine de bannissement*) と首輪刑 (*peine de carcan*)、7条には懲役 (*peine de la réclusion*)、有期強制労働 (*peine de travaux forcés à temps*)、植民地流刑 (*peine de déportation*)、無期強制労働 (*peine de travaux forcés à perpétuité*) を規定し、裁判官の選択に委ねた。同刑法典では、裁判官は犯罪の重大性、犯罪者の性格、その社会経済的環境を考慮して適切な刑罰を選択することができた。厳罰に被害者は満足するが、国家が望む社会の安定にはかならずしもつながらないとして、厳罰の増加を避けた。同刑法典には頻繁に犯罪者の死刑が定められているが、1832年刑法典・刑事訴訟法改正法と1891年3月26日法は、裁判官に死刑以下の刑罰を課すべき軽減要素がないか確認する義務を課した。

1810年刑法典は軽犯罪の罰として3つを定めた。同9条⁽⁴⁹⁾は過失による犯罪者に自由刑である拘禁刑 (*peine d'emprisonnement*) を課し、これは名誉刑でもある。また苦痛の少ない罰として、法律上の権利、財産上の権利を奪われる公民権、民事上の権利、家族法上の権利剥奪刑 (*peine de la privation des droits civiques, civils ou de la famille*)、さらに単純罰金 (*amende*) を定めた。同刑法典は裁判官に原因事実を評価し、違反の度合いに対応した監獄刑を課す自由を認めた。ただし極端にならないように、経済的、精神的な能力を奪わない他の刑罰も定めた。

20世紀の1994年刑法典とその他立法では、1981年死刑廃止法⁽⁵⁰⁾で死刑を廃止したほかは、従来の刑罰を維持し、洗練している。同刑法典は懲罰より

(48) 同7条は「体刑・名誉刑は、死刑、終身強制労働、植民地流刑、有期強制労働、懲役刑である。法律が定める場合、烙印と財産没収 (*la confiscation générale*) を言い渡すことができる」と規定し、同8条は「名誉刑は、首輪、追放刑、公民権剥奪である」と規定した(私訳)。

(49) 同9条は「軽犯罪の罰は、懲治場での有期拘禁、有期の公民権、民事上の権利、家族の権利の停止と罰金である」と規定した(私訳)。

(50) *Loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort.*

矯正目的の公益奉仕労働 (*le travail d'intérêt général*) と日数罰金 (*le jour-amende*) を導入した。裁判官は犯罪者の更生と社会の目的に即した緩和された刑罰を理解し、課すように求められている。

刑罰の性質、内容、軽重の選択は裁判官にゆだねられ、犯罪の軽重に応じて刑罰を課すことになる。1789 年人権宣言 8 条で制裁は「現にかつ真に必要な」ものでなければならないとしているが、裁判官は適切に刑罰を決定するのに裁量権を有している。1994 年刑法典は刑罰の決定が極端になることを回避している。被害者の慰めより受刑者の矯正が重要なのである。

② 罪刑の均衡

申命記 25 章の 2 が死刑よりも一定回数の鞭打ち (*bastonnade limitée*) を優先したように、聖書の時代から立法者は期待と異なる結果になりがちな過度の厳罰を課さないように裁判官に求めてきた。

1532 年カロリナ刑事法典 104 条と 160 条にあるとおり、16 世紀神聖ローマ帝国の裁判官は犯罪の軽重に応じた刑罰を課さねばならなかった。この規定も 1215 年のイギリスの大憲章 20 条と 21 条を採用したものである。1559 年にアンドレ・ティラコー (*André Tiraqueau*, 1488-1558) は「節度ある刑罰」(*De poenis temperandis*) で、1567 年にクロード・バタンディエ (*Claude Bataindier*, 16 世紀) は「刑事提要」(*Praxis causarum criminalium*) でいずれも刑の軽減と罪刑均衡を求めた。1790 年司法組織法⁽⁵¹⁾も「罪刑均衡」のために新法典の編纂を求めていた。

罪刑均衡はすでに 1789 年の人権宣言にあったところである。同 8 条は立法者に「現にかつ真に必要な刑罰だけを定める」ことを要求した。罪刑均衡

(51) 同法第 2 章は「裁判官」である。同 21 条は「刑法は、刑罰と犯罪が均衡するように間断なく改正され、刑罰は緩和されたものであって、法律は厳に真に必要な刑罰だけを定めるという人権宣言の公理の視点を忘れることがあってはならない」と規定した (私訳)。

は「犯罪と刑罰が均衡しなければ、不可罰である」とした1799年12月16日刑法典改正法前文も求めていた。罪刑均衡は「刑罰と一定の犯罪のあいだの正しい均衡を樹立する必要性」を理解していた立法者の要請にこたえるものであった。

1810年刑法典65条⁽⁵²⁾は、裁判官に法律が定める「場合と事情を考慮して」減刑することで、寛容を示すように求めた。これは同117条の規定をまねて、罪刑均衡に適用したようである。同117条は、損害と利息を「本人、事情、被った損害を考慮して」定めるとした。21世紀にも、刑事訴訟法428条の犯罪の認定にあたっては、同427条でその心証によってと規定しており、量刑にあたって裁判官の裁量を認めている。

量刑について、1994年刑法典132-24条1項は、裁判官に罪刑の均衡、とくに犯罪者の人格との均衡を定めている。裁判官は、犯罪者の「財産と負担を勘案して」罰金を定めなければならない。刑事訴訟法典475-1条は、裁判官に「衡平と・・・（受刑者の）経済状況」の考慮を求めている。さらに受刑者に経済的能力がなければ、裁判官は「免訴」とする（*il n'y a pas de lieu à condamnation*）ように求められている。立法者は、経済的現実も無視しないで、犯罪の重大性と刑罰を可能なかぎり均衡させる意思を明確にしている。2000年の欧州連合人権憲章49条3項は「刑罰は犯罪にたいして不均衡であってはならない」として罪刑均衡を求めており、これは2008年欧州連合機能条約にも規定され、罪刑均衡は21世紀の刑事政策の基本である。

（2）刑罰の契約化

① あらたな刑罰の決定方法

(52) 同65条は「法律が情状酌量するとした場合または事情があり、より緩やかな刑罰を課すとした場合にのみ犯罪は許され、または緩やかな刑罰を課される」と規定した（私訳）。

20 世紀末と 21 世紀初めの立法者は、量刑と執行について考えを変えている。18 世紀末の国王主権、その後の国民主権の観点からの法律論とは明らかに離れてはいるが、司法は主権に属し、平等に全員に課されるという国家の憲法的基盤を拒否するものではなく、ここにこそ、1789 年の人権宣言と 1790 年 1 月 21 日の憲法制定議会のデクレ（犯罪を理由とする有罪宣告に関するデクレ）⁽⁵³⁾ 1 条と 2 条の成果があることは承知している。

とはいっても現代の立法者は、国王や国民という主権者が司法権を託すという伝統的な考え方とは一線を画しているのである。国王や主権者の名で受刑者に判決を言い渡し、控訴など裁判手続以外に手段がないというこれまでのあり方を一部とはいえ放棄している。犯罪者を参加させて、刑について承諾を求めるという刑罰制度を設けることで、刑事手続に新風をもたらした。1790 年司法組織法第 1 章⁽⁵⁴⁾が設けた仲裁による解決は、その後の紛争の平和的解決よりも公権力としての司法を重視した立法からは消えたが、これが再生したようなものである。刑事訴訟法典 428 条の裁判官の「裁量」と同 427 条の「十分な心証」に万全の有効性を与えている。1789 年以前の善と正義にしたがった裁判官の権限は恣意的と批判されたが復活しているのである。

立法者は、裁判手続の主体である裁判官、加害者、被害者間の刑罰の契約交渉を導入した。国家と犯罪者、そして被害者のあいだで刑事上の解決を交渉するのである。裁判当事者間の解決ではなく裁判官を中央においた当事者間の紛争解決である。裁判所の判決や非訟的判断ではなく、最終決定は裁判上の執行権力に与えられ、裁判上の合意とすることができる。交渉による私的司法という水平的な解決であって、強権的な公的司法という垂直的解決に代わるものである。ただし契約上の義務を承諾した犯罪者が遵守しなかった

(53) Décret du 21 janvier 1790. 同 21 条は「犯罪は個人のものであり、有罪者の体刑、名誉刑はその家族に課されるものではない」と規定した（私訳）。

(54) 同法第 1 章は「仲裁」である。

場合、裁判官は当初定めた拘禁刑を課すことになる。当初の刑の復活は、裁判官と犯罪者のあいだで代用刑を決めたときの合意に含まれていた刑罰条項によると解される。

② あたらしい刑罰

20世紀後半の立法者は犯罪の増加に直面している。あらたな侵害行為を従来の犯罪で追及することができなくなったのである。経済や技術の進歩にともなうあたらしい侵害行為に対応して犯罪を定義しなおす必要がある。刑法典に規定された刑罰を課すように裁判官に命じることでもできる。また、被害者、国家、加害者のあいだに社会的均衡を回復するのに適したあらたな刑罰を設けることもできる。さらに短期の拘禁刑の社会的費用や刑務所の定員超を考慮すると拘禁刑は有効でもない。これまでの受刑者が受けた刑と異なるあたらしい刑罰を探す必要があるのである。

1980年代以降、立法者は拘禁刑に代わる金銭的経済的代替物を探してきた。1983年6月10日刑事法改正法⁽⁵⁵⁾は日数罰金という懲治罰を定め、1994年6月10日刑法典131-3-3条、131-5条に規定されている。また同131-3-5条に懲治罰として公益奉仕労働を設けた。

立法者はあらたな刑罰を考えるさいに市民、家族および経済的な地位に注目した。20世紀、21世紀の社会に生きる者にとっての人的、経済的、社会的環境の重要性を理解したのである。これらの権利義務の行使を制限し、あるいは禁止する制裁は、従来の拘禁刑や罰金以上に受刑者に重大な効果をおよぼすと考えた。刑法典131-3条6号、同131-6条で経済的社会的権利を剥奪するが、社会性格を営ませながら、受刑者を罰し、苦痛を与えることとした。

公民権、市民権、家族としての権利の剥奪は、1810年刑法典8条では名誉

(55) 注23参照。

刑とされていなかったが、同 9 条⁽⁵⁶⁾では受刑者に不名誉を課す懲治罰とされた。これは 1994 年刑法典 131-26 条に踏襲され、選挙権、被選挙権、司法職行使権、証言権、子の後見人となる権利を禁じられる。

軽犯罪罰 (*peine correctionnelle*) として、2004 年 3 月 9 日犯罪変化対応法⁽⁵⁷⁾は受刑者の社会復帰の市民研修を定め、これは刑法典 131-3 条 4 号、131-5-1 条となっている。市民であることは社会生活における基盤であり、名誉であるから、市民教育が刑罰とは驚きである。刑法典 131-5-1 条は「寛容と人間の尊厳の尊重という共和国の価値を喚起させる」ための研修を市民生活、公民生活に関する罰とした。

主刑に附加刑を加えるのは裁判官の裁量である。附加刑には、刑法典 131-14 条 1 号の運転免許停止、131-16 条 7 号と 131-35-1 条の自己負担での道路交通安全再研修、131-14 条 4 号の狩猟許可取消しなどの社会的性格の罰がある。

商工業営業禁止措置は 2008 年 8 月 4 日経済近代化法⁽⁵⁸⁾による刑法典 131-6 条 15 号と 131-27 条 2 項の改正によって設けられたが、そのほかに 131-27 条 1 項と 131-29 条の公職遂行禁止、131-6 条 9 号の小切手振出禁止、131-14 条 5 号と 131-20 条のクレジットカード使用禁止があり、とくに最後の罰はモノとカネが自由に動く現代社会では不名誉である。

21 世紀の裁判官は、性格が異なるさまざまな刑罰から選択することができ、犯罪の軽重に応じて金額を変えることができる。受刑者に伝統的な刑罰を課すことも、日数罰金、公益奉仕労働、市民教育研修といった受刑者との交渉による刑罰を課すこともできる。また、公民権、市民権、家族としての権利、社会的、経済的、財産上の権利について附加刑を程度に応じて課すこともで

(56) 注 49 参照。

(57) 注 24 参照。

(58) Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

きる。裁判官は犯罪の軽重と受刑者の人格に合った制裁を判断し、課すのである。

第2部 1810年から2010年の受刑者矯正

1810年刑法典が国内治安の回復と維持のために犯罪防止を目指したことは異論がない。その後、刑罰が廃止され、同法典も法律によって改正された。また経済や新技術の発展に関連してあたらしい犯罪に対応した法律が加えられた。善悪の判断が変わり、個人行動、社会の変容を考慮した法律が制定された。1810年刑法典の立法者も、市民社会の進化・変化に適合したあたらしい刑事政策に驚くだろうが満足もしよう。1810年後の立法で墮胎や同性愛が黙示的に犯罪から除かれ、刑罰を課さなくなった理由も理解するだろう。売春や人身売買など人間を搾取る行為を犯罪とし、刑罰を課したことも評価するだろう。人間の生命を脅かす麻薬や薬物売買への対応も拍手するだろう。コンピューターによる電磁的犯罪への対応も応援するだろう。21世紀の人類と国家を危機に陥れるテロ行為、人類にたいする犯罪であり、時効にかからないとしたことも支持するだろう。

20世紀の立法者は、苦しむ人々を同情と寛容をもって処するという意見に押されて、1994年刑法典において、犯罪者のこころの救済に手を付けた。善意から犯罪者の人間性を回復しようというのである。刑罰の応報性は部分的に失われ、受刑者矯正と社会復帰が優先されている。とくに受刑者の身体とこころの贖罪を重視し（1）、受刑者の社会復帰を図っている（2）。

1 受刑者の身体とこころの贖罪

現在、立法者は、刑罰を果たした受刑者をすぐに社会復帰させるとして、刑罰を矯正手段ととらえている。みずから失った権利を自覚させ、受刑者更生を図るというあらたな刑罰である。

（1）矯正というあたらしい刑事政策

④ 18 世紀の受刑者の矯正論と実務

1) 刑罰の性質に関する理論の発展

チェザーレ・ベッカーリア (Cesare Beccaria, 1738-1794) は、1764 年に「罪刑論」(*Dei delitti e delle pene*) を発表し、18 世紀ヨーロッパの刑罰制度を分析した。ベッカーリアはモンテスキュー、コンディヤック、エルベティウスの思想に影響された哲学者や啓蒙家の追隨者である。ベッカーリアによれば、これら論者は死刑廃止を求め、少なくとも刑事法をより柔軟、犯罪者に適合したものにしようとした。死刑は非人間的で、違法かつ無益であると主張した。その諫止的効力は、軽犯罪者にしか利かず、常習犯には利かないと考えた。ベッカーリアは、国家存亡の危機を招く不敬罪以外には死刑を廃止することを主張した。犯罪の軽重に応じて刑期を定める拘禁刑を有効とした。若干、前ロマン派的でジャン＝ジャック・ルソーの思想に影響され、人間は生まれながら善良であり、悪にするのは社会であると考えた。犯罪者は社会で道に迷った者であり、憐れみをもってあたるべきなのであるとして、ベッカーリアは、受刑者を更生させるには、監獄に収監し、過ちと犯罪を反省させることが最良であるとした。受刑者は悔悛し、後悔し、社会と被害者に許しを求めるようになるというのである。一方、ベッカーリアは個人の更生に不可欠な精神的な再教育について述べていない。人間は完璧を目指すという感動的ではあるが、ナイーブな信頼を寄せていたのである。刑を全うし、精神を鍛えて再び自由になるのは個々人の決意しだいであった。

出版当時 26 歳という若きイタリア法律家の意見は当時の監獄実務に影響を与えたが、当時の監獄は刑罰というより予防または判決前の拘留場だった。ベッカーリアは、ヨーロッパの法曹と権力者の法律顧問に監獄概念の転換を迫ったのである。すでに限定的に刑罰として行われていた禁固を結びつけたのである。姦通罪の女性は修道院 (*couvents*) に、売春婦は監獄 (*maison des forces*) に、同性愛者はパリ治安代官 (*lieutenant de police*) の命令で監禁されていた。ベッカーリアはこれら初期の監獄が反省と後悔、刑期を終えた後の

社会復帰に有効と読者に説明したのである。

当時の法律家や哲学者はベッカーリアの思想に賛同し、監獄を要求した。しかし監獄設置法が成立すると、孤絶・分離した監獄機能に適した場所がなく、急速に熱は冷めた。次にハワード(John Howard、1726-1790)が大陸の監獄と似たようなイギリスの監獄の悲惨な状態を描くとこれに熱狂した。百科全書(または学問・芸術・工芸の合理的辞典)13巻の監獄の項でにブシェ・ダルジス(Boucher d'Argis、1708-1791)が書いたように、受刑者を収容し、再教育に適した場所を求めたのである。なにもしないという無為は危険であり、無為が犯罪行為の源泉であるとして、労働による矯正を主張した。この考えが強制労働をともなう禁固制度の起源である。また1791年刑法典第1部第1章6条⁽⁵⁹⁾の足枷刑(*peine de fer*)の根拠であり、これが1810年刑法典15条で強制労働に代わった。また1994年刑法典131-8条が設けた公益奉仕労働の遠源でもあり、現在は監獄の外で行われているだけで、労働は残り、監獄はなくなったのである。

2) あたらしい禁固刑の実施

1790年8月16日-24日司法組織法第11章5条⁽⁶⁰⁾は、違警罪の罰として罰金刑に加えて禁固刑を設けた。法律家の思想の実現であった。1791年輕犯罪・違警罪法の第2章1条⁽⁶¹⁾は、輕犯罪の罰金と没収について三番目に禁固刑を定めた。同5条で禁固を「懲治場」(*maison de correction*)で行うとし、

(59) 1791年刑法典第1部は「有罪判決」、第1章は「刑罰一般」を定めた。同6条は「足枷受刑者は、国家の利益のための強制労働として、監獄内または港湾・武器倉庫、あるいは鉱山採掘、沼沢灌漑、その他各県の要望により、立法団体が決定する他の苦痛のある作業に使役される」と規定した(私訳)。

(60) 同第11章は「違警罪判決」、同5条は「違警犯罪は、金銭罰金、またはもっとも重大でも田園地帯では3日、都市内では8日を超えない期間の懲治の形式の拘禁のいずれかによって罰される」と規定した(私訳)。

「労働」をとまなうものとした。ド・パストレ (de Pastoret, 1755-1840) が 1790 年の「刑事法」第 4 章、第 22 章で主張したように、監獄と労働には必然的関係があり、受刑者の唯一の矯正の道であった。

1791 年刑法典第 1 部第 1 章第 1 節⁽⁶²⁾は、足枷刑 (*peine de fers*) のほか監獄 (*maison des forces*) での懲役刑 (*réclusion*)、独房 (*la gêne*)、拘留刑 (*détention*) という自由刑を定めた。また同第 2 部第 13 章 1 条⁽⁶³⁾は、留置場 (*maison d'arrêt*) と拘留場 (*maison de justice*)、同 11 条⁽⁶⁴⁾は同一場所 (*eodem loco*) で受刑者を監禁する監獄 (*maison de force*) を規定した。1791 年刑法典は 1810 年刑法典に道を開き、後者では裁判官は 7 条 5 号の懲役刑 (*peine de réclusion*)、9 条 1 号の「懲治の場での有期禁固」(*emprisonnement à temps dans un lieu de correction*) のいずれかを選ぶことができた。同 40 条 1 項⁽⁶⁵⁾は「受刑者が選択すれば懲治場 (*maison de correction*) で一定の労働に使用される」とし、懲治場では労働による受刑者矯正という従来の方法とはられなかった。

- (61) Décret des 19-22 juillet 1791 relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle. 同デクレ第 2 章は「軽犯罪・違警罪および懲治場」を規定した。同 1 条は「違警罪の刑罰を罰金、一定の場合に財産没収、拘禁」と定めた (私訳)。
- (62) 1791 年刑法典第 1 部は「有罪判決」、第 1 章は「刑罰一般」である。同 1 条は「陪審員によって有罪とされた被告人にたいする刑罰は、死刑、監獄への追放、独房、拘留、植民地追放、民事上の権利剥奪、首輪である」と規定した (私訳)。
- (63) 同刑法典第 13 章は「監獄」を定めた。同 1 条は「各地域裁判所のもとに、警察当局の命令で送致された者を拘禁する留置場 (*maison d'arrêt*) を置き、各重罪裁判所のもとに、刑罰としての監獄とは別に、身体拘束のオルドナンスによりその者を拘留すべき拘留場 (*maison de justice*) を置く」と定めた (私訳)。
- (64) 同 11 条は「留置場 (*maisons d'arrêts*) または拘留場 (*maison de justice*) は、刑罰としての監獄 (*prisons*) とは全く異なるもので、有罪判決を言い渡された者は留置場に置かれることはなく、その反対もない」と規定した (私訳)。
- (65) 同 40 条は「拘禁刑を課された者は、懲治場 (*maison de correction*) に収容される。その選択により当該場所での労働に使役される」と規定した (私訳)。

1810年刑法典は宣言としてだけでなく、死刑、終身労働など受刑者の体刑よりも矯正的な刑罰を頻繁に課した。同法典は35の条文で裁判官が有期強制労働を課す規定を設けた。受刑者に過去の犯罪行為を反省し、悔悟と後悔の時間を与え、その後自由の身になるのである。また1865年7月14日法や1993年以前の刑事訴訟法典である1808年法典⁽⁶⁶⁾113条から126条にあったように、知性や理解力をもって行動する者を仮釈放とした。

1810年刑法典はベッカーリアの思想に影響され、条文のほぼ三分の一で監獄刑とした。31の条文が懲役刑、122の条文が禁固刑を定めた。裁判官は、単なる禁固刑と懲役刑の選択ができ、刑法典は詳細な期間の定めをおこなった。1810年刑法典21条2項⁽⁶⁷⁾により、懲役刑を5年を下限、10年を上限として裁判官は刑期を決定することができた。犯罪者の人格と犯罪の事情に合った刑罰を課することができるように裁判官に犯罪の評価の自由裁量を認めた。パストレによれば裁判官は「刑期決定」の自由を有し、同刑法典は裁判官に裁量権を認められたのである。

禁固について立法者は刑期の幅を広くした。1810年刑法典は原則を設け、40条2項⁽⁶⁸⁾で禁固期間を6日から5年と広くとった。現実には軽犯罪について249条、260条、283条、290条、314条、318条、320条、346条、358条、414条、445条、447条、449条、454条、457条、459条で最短期間の6日、違警罪について473条、476条で3日を適用した。その一方、禁固の最長期間を5年とすることも忘れなかった。犯罪ごとに最短期間と最長期間を定めて裁判官の量刑にあたって可能な刑罰の枠を示し、決定の幅を限定した。たとえば同刑法典290条は許可なく図書・版画を販売する者を6日から2か月

(66) 注10参照。

(67) 同21条2項は「この刑罰の期間は、最低5年、最長10年とする」と規定した（私訳）。

(68) 同40条2項は「この刑罰の期間は、最低6日、最長5年とし、累犯または法律が別の制限を設ける場合はこのかぎりではない」と規定した（私訳）。

の禁固とした。同 338 条は姦通相手の男を 3 か月から 2 年の禁固とした。同 349 条は子を遺棄した者を 6 か月から 2 年の禁固とした。同 405 条は偽名を使い、資格を偽って損害を与えた者、同 452 条は馬を毒殺した者を 1 年から 5 年の禁固とした。犯罪の軽重に応じて、刑法典は裁判官に禁固の刑期の決定に幅を与えたのである。監獄刑を幅をもって課すことを刑事政策の主役にした。

② 新社会防衛論または受刑者の優先

1) あたらしい刑事政策理念

立法者は時代の思想を映す。1810 年刑法典は 1 世紀半のあいだ懲罰的性格を維持したが、徐々に手を加えられ、刑法典は受刑者の理解、矯正、社会復帰に転じたのである。受刑者の社会復帰と犯罪能力を減らし、失わせることを目指した。ベッカーリアは刑事法によって受刑者を社会から排除する厳罰を無意味としたが、この意見を刑事法は受け入れたのである。19 世紀末から、社会学と犯罪学の研究成果が入り、刑事法は受刑者の排除よりも、矯正と社会復帰に規定を変え、1981 年死刑廃止法はその一例であった。一方、過去 20 世紀を支配した伝統的な宗教思想としての被害者尊重も忘れなかった。厳罰はかえって逆効果を生じかねず、犯罪を減らす方向に思考も手段も変わった。

その後、オーギュスト・コント (Auguste Comte, 1798-1857) の学説にしたがったいわゆる実証主義⁽⁶⁹⁾が台頭した。19 世紀末のイタリア法律家であるロンブローゾ (Cesare Lombroso, 1835-1909)、フェリ (Enrico Ferri, 1856-1929)、ガロファロ (Raffaele Garofalo, 1851-1934) は犯罪学にあらたな息吹をもたら

(69) 人間の認識には神学段階、形而上学段階 (批判的時代) と実証的段階があるという「三段階法則」(*la loi des trois états*) を提唱し、コントは、経験的事実にもとづいた認識を主張した。

した。かれらは犯罪者個人の人格の理解を主張した。犯罪の原因には外因的要素と内因的要素があり、犯罪の危険性を減らし、あるいは危険性そのものを除こうとしたのである。害をおよぼすおそれのない行為も予防のため保安手段をとるべきであると主張した。この主張は21世紀になって、2005年12月12日刑事累犯法⁽⁷⁰⁾に取り入れられ、1994年刑法典の132-23条に、期間22年までの懲役という、短縮不能の保安処分期間が設けられた。経済社会面で、実証主義派は老朽住宅の撤去、教育機関の設置、科学研究の充実を規定することを求めた。実証主義派は教育者を共和国の先兵として、教育に信頼を寄せ、教育者が若年層に名誉、公正、幸福への道に導くと考えたのである。

すでに19世紀末に社会防衛論が一世を風靡した。予防的に犯罪発生以前に、長期的な保安手段をとり、犯罪の発生を防ごうとした。刑罰という考え自体を拒否し、社会再適合の考えをとった。しかしこれは社会浄化に陥りかねないと批判され、刑事法の役目を超え、許容できない差別や国内マイノリティの排除という問題を生じかねなかった。

20世紀半ばマルク・アンセル判事(Marc Ancel, 1902-1990)は新社会防衛論を主張し、犯罪者の人格を中心にし、できるだけはやく有利に受刑者を社会復帰させるべきであるとした。同判事は伝統的な刑罰の応報性を否定し、受刑者を存在意義、自由、責任を追い求める者であると考えた。被疑者を社会的側面と心理的側面の二面から審理すべきで、第一段階で有罪無罪を判断し、第二段階で制裁を判断するということを主張した。流砂の上に司法判断を置こうとしたのである。受刑者の人格に応じ執行中も刑罰の再評価を主張した。

さらに刑事法の非裁判化は、当事者間の紛争の私的解決より公的司法を重要とする一部の裁判官には驚きである。判決に書かれた刑と現に執行された

(70) Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.

刑を比較することが先決である。2009 年 11 月 24 日懲治法⁽⁷¹⁾のように、量刑にあたる専門裁判官の監督、裁判所や控訴の場合には刑事訴訟法典 712-1 条から 712-23 条による控訴院行刑部の監督のもとで行われる刑罰法の適用状況を見るべきである。判決宣告の時点では厳罰でも服役期間は短縮されている現実を検討すべきである。現に完全に執行されるが厳しくはない罰のほうがより適切であろう。とくに再犯の場合、メディアが批判、攻撃する公平処遇の原則に反するような不平等は避けなければならない。

2) 実証主義と社会防衛論の司法への影響

19 世紀の立法、それ以上に 1810 年刑法典と 1994 年刑法典は、社会防衛論に依っている。これは受刑者に受け入れやすく、国家の政治経済の方向性に適合した、あたらしい制裁と矯正手段を生み出した。犯罪者と社会に跡を残す体刑は廃された。1832 年 4 月 28 日刑法典・刑事訴訟法典改正法⁽⁷²⁾が烙印刑 (*peine de marque*)、首輪刑 (*peine de carcan*)、尊属殺の場合の手首切断刑 (*amputation du poing droit*) を廃止した。いたずらに恥辱を与え、血を流す刑罰を廃止し、受刑者に人間的にしたのである。刑罰を軽減し、受刑者の苦痛を減らすため、情状酌量することとした。1854 年 5 月 30 日強制労働刑法⁽⁷³⁾はあたらしい強制労働の執行方法を設け、「土地によって人間を陶冶し、人間によって土地を開拓する」植民地流刑 (*déportation coloniale*) を設けた。実際には道路建設と土地開拓のために受刑者を奴隷化し、受刑者更生という当初の計画は挫折した。革新的なところでは、1865 年 7 月 14 日法で当時の刑事訴訟法典 113 条に仮釈放制度を規定した。行動に問題のない受刑者については早々に出所させ、社会的経済的な復帰を認めた。

(71) Loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire.

(72) 注 19 参照。

(73) Loi du 30 mai 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés.

新社会防衛論は、裁判官に犯罪者の人格のいっそうの調査を求めた。家族環境、道義的、経済的、社会的環境を裁判官は理解すべきなのである。犯罪者の人格を解きほぐし犯罪者に合った、緩い刑を課すために精神鑑定を待つこととした。裁判官や重罪裁判所の陪審員の注意を犯罪者個人の人格に向けさせ、犯罪の事実をわきに置いて、犯罪者が社会の犠牲者の色彩を帯びるようになった。こうした受刑者への配慮はメディアに支えられ、困ったことに、犯罪者が被害者とされ、現実の被害者はその被害の責任を負うべき単なる挑発者とされかねなかった。これに反発し、20世紀には行動様式、経済、および技術の進歩、とくに1988年1月5日コンピューター詐欺法⁽⁷⁴⁾で現行刑法典の462-2条から462-2条を定めたが、ここに見られるように、形を変えた犯罪の増加のおそれを前提に、刑罰の応報性を主張する意見が登場した。

1980年代の刑事立法は、あたらしい刑事政策を模索していた。1994年刑法典はあらたにそれまで数年間にわたって実施された刑罰を設けた。同131-1条で懲役刑(*peine criminelle de réclusion*)を10年から終身の4つに区切った。独創的なのは、指示理論(*théorie de référence*)⁽⁷⁵⁾というべきか、同131-3条3号の日数罰金、同5号の1983年6月10日刑事法改正法⁽⁷⁶⁾による公的機関または国家承認団体のために行う公益労働奉仕、同4号の2004年3月9日犯罪変化対応法⁽⁷⁷⁾が設けた公民権教育である。1998年6月17日性犯罪防止・未成年者保護法⁽⁷⁸⁾は、拘禁刑の附帯処分として保護処分を同131-1条に定めた。2010年3月10日累犯リスク改善法⁽⁷⁹⁾によって裁判官は性欲抑制剤

(74) 注32参照。

(75) *Théorie de référence*. 指示の理論とは、認識哲学の一つの理論。普通名詞、固有名詞などのタームによる相互了解をいう。社会防衛論、とくにマルク・アンセル教授の新社会防衛論がいう「社会」との関係で支持理論を引用したもので、アンセル教授は、刑務所での禁固に代えて、犯罪者を社会に置き矯正することを主張した。

(76) 注23参照。

(77) 注24参照。

と刑事治療という刑事医事保安処分を可能とした。刑務所を出たあと、病人とみなされた受刑者を治療するのが立法者の意思である。また独創的には、2007 年 3 月 5 日軽犯罪防止法⁽⁸⁰⁾は現行の刑法典 131-16 条 9 号であり、附加刑として受刑者に「親の責任教育」の受講を命じることとした。これら情緒的、医学的、社会的処分は新社会的防衛論の思想に沿っている。これらあたらしい刑罰を見ると、子を持つ者に親の責任教育をすることは刑罰か、自動車保有者に道路交通規則を守らせることは刑罰か、家族として社会的に当然の義務ではないか、といった疑問を持たざるを得ない。これら刑法典の規定は、21 世紀初頭の時代の刑事政策において行刑が漂流していることを示している。刑罰と保安処分、主刑と附加刑、制裁と再教育、これらの区別がなくなり、混同されている。司法と国家を無視し、再教育と制裁の境いが不明になり、混乱していることを立法者は注視している。

(2) 受刑者の権利停止

立法者は起訴され、捜査され、判決を受け、有罪とされた者に配慮するようになってきている。家庭の父または市民としての名誉であり、プライドの源である権利を奪うような主刑または附加刑を課すことで、受刑者の意思に制裁を課している。これは受刑者に法的、情緒的、または経済的なあたらしい苦痛を与える。これは 1810 年刑法典が定めた公民権、市民権、家族としての権利や、1994 年刑法典が定めた経済社会的権利と異なるものである。

1) 1810 年刑法典—市民または父としての個人的権利の剥奪

1810 年刑法典 42 条⁽⁸¹⁾は、刑事裁判所が公民権、市民権、家族としての権

(78) Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

(79) Loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.

(80) 注 25 参照。

利の全部または一部を剥奪することができるとした。

1789年人権宣言は「憲法の維持と全員の幸福」の保障であり、人権宣言以降、また1791年刑法典と1791年10月憲法以降、市民の権利(*droits de citoyenneté*)はフランス人の基本であり担保であった。これが人権宣言6条にいう選挙権を通じての国政参加を可能にしたのである。公民権(*droits civiques*)は公選制職、代表権を有する公職全体についての選挙権、被選挙権を意味する。公民権により、市民は国、県、市町村の代表議会に参加することができる。1790年8月16日-24日デクレ3条、4条⁽⁸²⁾にいう治安判事、県裁判所判事の資格要件を満たす者は県や市町村の行政・司法職に就くこともでき、行政・司法職の道も開かれた。また人権宣言2条にいう人間の自然権と時効にかからない権利の第一の基礎であり、1791年刑法典第2部第1章第3節19条⁽⁸³⁾にいう「個人の自由にたいするすべての侵害」から保護される。市民権はすべての市民の社会契約の法的実際のな結びつきである。その全部

(81) 同42条は「軽犯罪の審理裁判所は一定の場合、次の公民権、民事上の権利、家族としての権利を全部または一部行使を禁じることができる。選挙権、被選挙権、陪審員または他の公職、行政職に選ばれ、またはこれらの職の遂行の権利、武器携行、家族会議での決議・投票、自身の子でない者でその家族の意見で後見人、保佐人になる権利、鑑定人または証書に関する証言、単なる意思表示以外の裁判上の証言」と規定した(私訳)。

(82) 同3条は「判事は裁判権に服するもの全体(*les justiciables*)により選ばれる」、同4条は「判事は任期6年で選ばれ、満了時にあらたな選任が行われ、再任を妨げない」と規定した(私訳)。

(83) 1791年刑法典第2部は「犯罪と刑罰」、第1章は「国家にたいする犯罪」、第3節は「憲法にたいする犯罪」を定め、同19条は「フランス憲法の基盤である個人の自由の侵害は、次の通り罰せられる。その地位、職にかかわらず、法律により拘留の権限を受けたもの以外のすべての者で、帝国内に生き、フランス法の保護のもとにあるものを拘束する命令を発し、署名し、遂行したならば、または法律によって決められた場合に警察に引き渡すためでなく、現実に拘束したならば、6年の独房刑を課す」と規定した(私訳)。

または一部を失うことは、公民としての制裁である。

1810 年刑法典 42 条によると、市民権は投票権・選挙権、被選挙権、公職・行政職に就く権利の三つからなる。その全部または一部を一時的に剥奪することは、市民が能力を失うこと (*capitis deminutio*) である。市民権を剥奪された者は、立法、司法、行政の権利を失い、市民の抜け殻にすぎない。同刑法典 42 条 3 号、7 号、8 号では、司法上の市民権の剥奪は、重罪裁判所における陪審員となる権利、裁判所の鑑定委員、証人となる権利を失うことを意味した。

同刑法典 42 条 5 号と 6 号によると、家族としての権利とは家族会議の議決権、後見人または保佐人となる権利であった。これらを失うことは、1804 年民法典 373 条が基本的な核とした家族の長、頭領、責任者であるべき者にとって恥辱であった。家族としての権利は家族のなかで日常的に行使されているかぎり重要性がわからない。家長 (*pater familias*) が一定の司法上の権利を奪われ、権利を失ったときにはじめて重要性がわかる。家族としての権利を失うことは、16 世紀半ば以降の王国の建設の基盤となった家族における権利、権限を部分的に失い、司法上の無能力者、家族の死をもたらした。

1810 年刑法典は、あらたな刑事政策をとった。受刑者個人の自由や財産にたいする禁固刑や罰金刑を課すだけでは満足しなかった。家族にたいする自然権、社会にたいする個人の権利の行使を禁じることで個人の内側に踏み込んだ。受刑者心理の基層に触れたのである。立法者はこの附加刑には自らの過ちを速やかに反省し、受刑者が更生する効果があると期待した。1994 年刑法典も附加刑として、131-26 条、132-21 条で公民権、市民権、家族としての権利の「すべてまたは一部」を禁じる刑罰を課すことができるとして、この政策を踏襲している。

② 1994 年刑法典—経済的・社会的権利の喪失

受刑者の身体よりもその意思に制裁を課すうえで、1810 年刑法典はおずお

ずと、1994年刑法典は大胆に、経済的・社会的性格の制裁を利用した。

1810年刑法典185条と197条⁽⁸⁴⁾の公職禁止刑は、権限濫用の裁判官、行政官の職務遂行を禁じた経済的・心理的苦痛であった。期間は5年から20年、また同171条は終身も定めており、禁止期間中、収入は減り、生活手段を奪われた。この種の制裁はすでに1539年8月ヴィリエ・コトレ王令(ordonnance de Villiers-Cotrets)142条⁽⁸⁵⁾に規定され、職務遂行上ミスを繰り返す裁判官が制裁された。同王令は裁判官を「1年間、職務停止とし、職務停止三回目の場合、王国の職務遂行に不適と宣する」とした。経済的な職務停止は、本人だけでなく家族にとっても収入源を失うことであるから、諫止的、連带的であった。

この職務停止は充分有効だったため、1994年刑法典も踏襲し、同131-27条2項は10年を限度に職業活動一般に拡大した。職業上の資格行使の禁止は、受刑者とともに家族にも否定できない苦痛をもたらした。必然的に過去の行為の反省、後悔、正しい道、自由の道を気づかせるのである。職業の禁止という制裁はおそらく、受刑者矯正に最良の手段であろう。ただし犯罪が個人のものであるのに連帯責任という不都合があった。

経済と市場のグローバル化に関連して、同刑法典131-19条の小切手使用の

(84) 1810年刑法典185条は「要求されているのに、当事者に行うべき司法判断をせず、または上司の警告または命令にかかわらず、司法の拒否に固執する裁判官、行政官、行政当局の者は責任を問われ、200フランから500フランの罰金と5年から20年の公職禁止を命じられる」、同197条は「解任され、罷免され、停止され、法的に禁止された公務員が、公的に知らされながら、その職を継続し、あるいは一時的に選ばれて、後任と交替した者は、6か月から2年の拘禁と200フランから500フランの罰金を課される。刑を受けてから5年から10年間すべての公職の遂行を禁じられ、これは本法典93条にいう公務員、軍人にたいするより強い刑の適用を妨げない」と規定した(私訳)。

(85) 同142条は「犯罪心理で顕著な過誤をした裁判官が初めての場合に多額の罰金、2回目には1年の職務停止、3回目には職務の禁止と王の職務不適の宣言」と規定した(私訳)。

禁止、同 131-20 条のクレジット・カード使用の禁止は、最長 5 年にわたって権利喪失者から社会的な能力を奪うものである。

やっかいなのは、同 131-16 条 1 号の運転免許一時停止、同 131-6 条 3 号の取消処分だろう。同 131-16 条 7 号で一般に道路交通安全の「注意喚起教育」が加えられる。こうした社会的な制裁は一時的無能力という不名誉を受刑者に与える。家族生活、仕事、レジャーなど日常生活に不便をもたらすものである。立法者を満足させる有効な制裁手段だろう。

同 131-14 条 4 号の狩猟許可の 1 年停止、同 131-16 条 4 号の同じく 3 年停止は、狩猟家たちの不愉快と冷やかしのタネであるが、狩猟愛好家には苦痛である。罰金という財産刑はすぐ支払うことができるが、一時であれ停止は罰金よりも狩猟愛好家には苦痛である。仲間には一時的無能力者に映り、恥であり、憂鬱にする。この意味でこの制裁は特定の社会で差別的、心理的苦痛を課すという目的を達成している。

20 世紀の立法者は、家族としての権利、市民の権利の制限、停止、禁止という同 131-6 条の代用刑または 131-10 条では附加刑の重要性を理解している。あたらしい刑罰を設けるうえで経済社会心理学的研究に依っており、一般に禁固という主刑の附加刑である。裁判官は経済的、社会的な制裁を課すことができ、その経済的、心理的負担はきわめて大きい。これが新社会防衛論の実施根拠である。

2 受刑者の社会復帰

受刑者の社会復帰は、1791 年刑法典第 1 部第 7 章⁽⁸⁶⁾ですでに受刑者更生として課題だった。1810 年刑法典も刑期を終えた受刑者の社会復帰を促進する必要性を考慮し、踏襲した。社会復帰は 2005 年 12 月 12 日刑事累犯法⁽⁸⁷⁾の立

(86) 1791 年刑法典第 1 部は「有罪判決」、第 7 章は「受刑者の更生」を規定した。

(87) 注 70 参照。

法目的であり、これは1994年刑法典131-24条2項に規定され、受刑者の「社会受容または再受容の促進」、とくに「再犯予防」を目指した。同131-36条3号も同様に、「社会復帰(reinsertion sociale)に向け努力する(受刑者を)支援する」ための「援助手段(mesures d'assistance)を定め、同132-46条は受刑者の「社会復帰(reclassement social)のための「補助手段(mesures d'aide)を定めている。これは21世紀の法律と判決の基盤であり、2007年8月10日累犯防止法⁽⁸⁸⁾は重大な犯罪を除いて初犯者には軽い刑罰、再犯者に刑罰を重くすることとしているが、これはアメリカ合衆国の多くの州での制裁にならったものである。

刑罰の見せしめとしての性格は、罪刑均衡に場所を譲った。罪刑の均衡も受刑者の人格の矯正というあたらしい制裁を前に影が薄くなっている。

19世紀、20世紀の立法者は、病人であるとされた受刑者に自由を自覚させ、責任をもたせるには治療がよいとして、受刑者の治療に努力した。裁判官は、受刑者に経済的、社会的な処方箋にしたがうように命じ、苦痛を与え、その後、社会的かつ医学的な処方にしたがうように命じている。

(1) 経済的、社会的処方箋

受刑者は被害者と国家にたいして刑事上の債務を負い、被害者と国家は受刑者にたいして債権を有する。刑を済ませると、受刑者は社会にたいする債務から解放される。受刑者は市民社会に復帰しても、社会にとって受け入れがたいことが多かった。受刑者の社会復帰には司法の力が必要だったのである。

① 労働による矯正と復帰

1) 労働による受刑者矯正

ローマ時代から、鋤山刑、炭鋤刑には犯罪者によって害を受けた国家を満足させ、犯罪者を社会から隔離し、労働によって再教育するという三つの目

(88) 注26参照。

的があった。フランス・アンシアン・レジーム時代、1670 年犯罪王令第 25 章 13 条⁽⁸⁹⁾の有期ガレー船漕役刑では、受刑者が物理的に努力し、悔悛、後悔と被害者を憐れむことで自ら更生する機会を与えられた。足枷刑 (*peine de fers*) は 1791 年刑法典 1 条と 6 条から 8 条に設けられたが、受刑者の社会復帰という新思想への信頼にもとづいていた。有期強制労働は、1810 年刑法典 7 条 4 号と 15 条に設けられ、1960 年 6 月 4 日の刑法典・刑事訴訟法典改正オールドナンス⁽⁹⁰⁾で廃止されたが、司法、経済的化身であった。これは社会的な損害の賠償と労働を通じた受刑者の当然の苦痛という二つを考慮して課せられた。

2) 新社会防衛論の適用

1983 年 6 月 10 日刑事法改正法⁽⁹¹⁾は新社会防衛論の影響を受けたようである。同法は初犯者には禁固という社会から排除する刑罰を課さないように求めた。同法は、1810 年刑法典改正 43-3-1 条、1994 年刑法典 131-3 条 5 号にあるように、受刑者が希望する頻度で無償の強制労働を行うというものである。公益奉仕労働 (TIG) を命じられた者は、同刑法典 131-22 条で 18 か月内に、同 131-8 条により最大 210 時間の労働刑を行うことになる。立法者は受刑者の家族、経済社会からの隔離を避けたのである。犯罪者の家族や仕事をそこなわないようにとの考慮である。受刑者の社会内処遇を優先した。受刑者が承諾すれば、同 131-8 条によって、通常の禁固刑に代えて公益奉仕労働刑を課されることになる。これは普通なら禁固刑に処され、社会から排除される受刑者を市民として日常的に社会にたいする責任を果たすことで代えるのである。同 131-8 条 2 号により、受刑者の意思と可能性にしたがい、そ

(89) 注 47 参照。

(90) 注 21 参照。

(91) 注 23 参照。

の承諾を得て、刑罰の執行を類似療法的（*homeopathique*）に行うものである。

② 被害者への賠償

1) 増える被害者

殺人、強姦、窃盗いずれの犯罪であれ被害者は社会の同情と憐憫を招く。メディアがこれを助け、支援し、メディアは殺人者、強姦者、略奪者にたいして弱者、被抑圧者、被害者の側についている。1980年からの20年間、パリのテロ行為のあと、被害者と近親の立場は法的、政治的になった。物理的、心理的、経済的な損害を国家の対策不備によるものとして損害の賠償を求めたのである。1994年刑法典131-24条2項によって守られる「権利」があり、2005年12月12日刑事累犯法が設けた同132-24条2項の裁判官によって守られる「利益」があるとした。被害者は16世紀以降の刑事優越原則が隠してきた民事上の地位を刑事審理において再発見したのである。12世紀に導入されたローマ・カノン法起源の糺問主義的手続を21世紀には段階的に変更し、告訴手続を導入しようという司法当局の計画に反するものではない。被害者は刑事訴訟において強く重要な地位を要求し、責任を生じる地位を再発見したのである。

2) 被害者賠償

1810年刑法典改正後53条は、被害者に払うべき賠償額についての判断を裁判官の裁量にゆだねた。これは「金銭賠償」を定めた1670年王令第13章29条⁽⁹²⁾の規定を踏襲したのである。これらの規定は刑事訴訟法典706-3条に

(92) 同王令第13章29条は「わが国裁判所の書記官は、受刑者に刑を言い渡すときにその免除・釈放を言い渡すことができる。24時間以内に検察官による控訴がなければ、受刑者を監獄から解放し、監獄の記録にその旨を記す（以下略）」と規定した（私訳）。

残り、規定されている。1994 年刑法典 132-45 条 5 号は、有罪宣告は「犯罪が引き起こした損害を・・・全部または部分的に賠償する」ものでなければならぬとしている。

21 世紀の立法者は、同刑法典 132-24 条と 132-45 条 5 号で、賠償は受刑者の支払能力と負担を考慮して計算されるとしている。

2007 年 3 月 5 日刑事訴訟均衡強化法⁽⁹³⁾が設けた 1994 年刑法典 131-8-1 条は、裁判官と当事者に賠償の制裁罰を定めている。同 131-12-3 条は、この刑罰は被害の賠償として被害者に支払う賠償としている。これは現物、すなわち被害をその状態で引き渡すこととされている。この制裁は裁判官のもとでの被害者と被疑者の合意によることとしている。これは強権的な公的司法という垂直的關係から、交渉による私的な水平的關係へ当事者を誘導するものである。

(2) 社会的、医学的処方

① 社会復帰の処方箋

現実には受刑者には積極的な義務と消極的な義務が課せられる。

1994 年刑法典はリアリズムの産物である。同 132-45 条 1 号は、積極的義務として、刑期を満了したら受刑者は就職し、教育を受け、あるいは職業教育を受けることを求めている。就職、職業教育は、社会経済的復帰の最良の手段である。この役目は判決を行った裁判所あるいは量刑にあたった裁判官に委ねられる。裁判官は、主刑または附加刑として再教育を命じることができる。市民であることは国政参加という個人の名誉であり権利であるが、同 131-3 条 4 号、同 131-5-1 条は懲治罰として市民教育を命じる。同 131-16 条 7 号は、反省のない運転者に道路交通安全教育を命じる。子の養育に不可欠な親としての教育として、同 131-16 条 9 号は「親の責任教育」を定める。出

(93) Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

所したばかりの受刑者を社会的に落ち着かせるため、居住地を指定することができる。居住地の日常生活で受け入れられているか、引っ越ししていないかすぐに確認できる。欧州人権条約5条、議定書4の2条の要求に反するが、往來の自由、移転の自由を制限して、自由を抑制する手段を課している。

消極的な義務として、これを求める意見にしたがって、同132-43条により裁判官は監視処分 (*mesures de surveillance*)、監督処分 (*mesures de contrôle*) を課することができる。裁判官は刑期を終えた受刑者に特定の地、場所に来ることを「控えるように」命じることができる。とくに同131-36-2条1号は、未成年者にたいする暴行の有罪者が未成年者のいる場所に現れないように命じている。また同131-36-2条2号、3号は未成年者と関係すること、未成年者と「恒常的なコンタクトのある」職業またはボランティア活動を行うことを「控えるように」命じている。裁判官は、刑期を終えた受刑者が再び犯罪を犯すような状況に陥らないようにするのである。欧州人権条約5条の保障する個人の自由をそこなうこうした手段が現実に守られているのか。電気ブレスレットを付けさせるとしても、このような命令を受けた者の動きや行為を恒常的に検証できるのか。遂行を問題とせず、単に宣告的に保安処分をとることにならないか。自由と人権という甘いささやきに慣れた者に刑罰を課す権限は、制限されるのか。

② 医学的処方箋

1994年刑法典131-36-3条は、受刑者が社会・司法的継続処分を受ける義務に服するとしている。同刑法典は、刑期を終えた受刑者にたいする援助手段 (*mesures d'assistance*) は「社会復帰 (*réinsertion sociale*) に向け努力する (受刑者を) 支援する」ためであるとしている。

同131-10条、131-36-4条は、性犯罪または累犯者に医療措置命令を課することを認めている。これは性欲や犯罪に逃げることを防止するものである。刑事訴訟法典763-7条1項は受刑者の「適当な医学・心理療法を継続して受け

ること」を保障する。刑法典 131-36-2 条により、受刑者は 10 年から 30 年間、「再犯予防のため」監視処分と援助手段に服する。とくに同 131-36-9 条によって刑期を終えた受刑者の移動を確認するため、モバイル・エレクトロニクスによる監視を命じることもできる。予防目的では刑事訴訟法典 763-3 条 3 項、刑法典 131-36-4 条により、受刑者の承諾を得て、裁判官は心理療法や薬物療法といった医学治療を命じることができる。2010 年 3 月 10 日累犯リスク改善法は、性犯罪者にたいする性欲抑制剤の処置の命令を認めている。刑事訴訟法典 763-6 条 7 項により、刑罰の適用にあたる裁判官は「受刑者の社会復帰が可能と判断されるとき」、社会・司法的処分を期間満了前に終了することができる。精神科医の仕事や司法との協力に後ろ向きの治療者の事情をあまり考慮してはいない。

21 世紀の立法者は、受刑者の再犯防止に熱心である。これは新社会防衛論の意見に従ったものである。受刑者が将来、社会に害を及ぼすことを防止しようというのである。犯罪者は自分で気がついていないが社会的に危険な病人であり、立法者はこれを治療しようとしている。犯罪者に憐憫を示し、刑罰の応報性を部分的に過小評価している。人々を守り、国家の治安を保障するという刑事司法の核心に害を与えかねない。

3 最終意見

1810 年から 2010 年まで、フランスの刑事政策立法者は、社会の変化と進化に刑事法を適合させてきた。刑法典をそのままにとどめることなく、社会の変容にあわせてなんども改正した。人間の行動の変化、鉄道、報道、コンピューター、2004 年 8 月 6 日法で保護された生命倫理など市民生活に関係する技術の発展に対応してあらたな犯罪を設けてきた。テロ行為または一般的な国際的犯罪として犯罪を定義し直した。

立法者は医学的、心理的、社会的変容の影響のもとで危険の意味が変わったとして、一部の行動を犯罪から除いた。

一方、あたらしい犯罪に過去の刑罰リストのなかから刑罰を選び定めた。また侵害の枠の原則に立って、あらたな犯罪にも対処している。一定の基準にしたがって、日数罰金、公益奉仕労働、市民教育、道路交通教育などあたらしい刑罰を定め、課している。

21世紀のフランスの立法者は、司法を単なる社会司法の調停役とせず、司法の正統性を失わせてはならない。司法の公序と国内治安の主権的調整という役割を守るべきである。交渉による私的司法という水平的関係が公権力による司法という垂直的關係に代替してはならない。

21世紀の立法者は、欧州連合加盟国における刑事法の段階的欧州化を前提にしている。1810年刑法典から200年、欧州連合運営条約86条⁽⁹⁴⁾にいうように、ヨーロッパが単一の刑事法を有し、調整可能な検察を有し、各国裁判所の段階的統合を可能にすることが望まれる。同条約83条1項⁽⁹⁵⁾、司法分野での欧州法の適用の規定に関する2004年7月4日法は、すでに犯罪分野で最低限の規則を定める欧州の枠組みとしての指令と法律の効力を認めている。

21世紀のフランスの立法者は刑事法が国内と欧州の二つの法源を持つことが不可避であることを認めているが、これは欧州連合加盟国の国内と国際的な治安には必要なのである。

(94) 欧州連合運営条約（Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne）第86条は、欧州検察機構（Eurojust）から欧州検察の設置を定めている。

(95) 同83条は、欧州連合の国境を越えた犯罪に対応するために指令の形式で共通の刑事訴訟手続規則を設けることを述べている。