



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	北大法学論集 第71巻 第2号 全1冊
Citation	北大法学論集, 71(2)
Issue Date	2020-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/78967
Type	journal
File Information	lawreview_71_2_all.pdf



北大法学論集

第 71 卷 第 2 号

論 説

- 刑法の時間的適用範囲と判例の遡及効
..... 小名木 明 宏 1
- 複数人の事実的共働による身分犯の実現に関する理論（1）
..... 岡 部 天 俊 21
- ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判（5）
——ハインリヒ・フォン・シュルトハイスの『詳細なる手引き』を
手掛かりにして—— 前 田 星 49

研究ノート

- レイモン・アロン研究のルネッサンス
—— 国際政治学のもう一つの始源へ ——
..... 池 寄 航 一 89

北海道大学大学院法学研究科・附属高等法政教育研究センター教員名簿

名 誉 教 授

厚 谷 襄 兒 (経 済 法)
 今 井 弘 道 (法 哲 学)
 臼 杵 知 史 (国 際 法)
 大 塚 龍 児 (商 法)
 岡 田 信 弘 (憲 法)
 小 川 晃 一 (政治思想史)
 小 川 浩 三 (法 史 学)
 奥 田 安 弘 (国際私法)
 加 藤 智 章 (社会保障法)
 神 原 勝 (行 政 学)
 木 佐 茂 男 (行 政 法)
 小 菅 芳太郎 (法 史 学)
 近 藤 弘 二 (商 法)
 笹 田 栄 司 (憲 法)
 東 海 林 邦 彦 (民 法)
 白 取 祐 司 (刑事訴訟法)
 杉 原 高 嶺 (国 際 法)
 鈴 木 賢 (比 較 法)
 瀬 川 信 久 (民 法)
 曾 野 和 明 (比 較 法)
 高 見 勝 利 (憲 法)
 高 見 進 (民事訴訟法)
 田 口 正 樹 (法 史 学)
 田 村 善 之 (知的財産法)
 常 本 照 樹 (憲 法)
 道 幸 哲 也 (労 働 法)
 長 井 長 信 (刑 法)
 中 村 研 一 (国際政治)
 畠 山 武 道 (行 政 法)
 林 靖 子 (商 法)
 林 田 清 明 (法 社会 学)
 稗 貫 俊 文 (経 済 法)
 人 見 剛 (行 政 法)
 藤 岡 康 宏 (民 法)
 藤 原 正 則 (民 法)
 古 矢 旬 (アメリカ政治史)
 町 村 泰 貴 (民事訴訟法)
 松 澤 弘 陽 (政治思想史)
 松 久 三四彦 (民 法)

山 崎 幹 根 (行 政 学) *
 山 下 竜 一 (行 政 法)
 山 本 哲 生 (商 法)
 吉 田 邦 彦 (民 法)
 吉 田 徹 (ヨーロッパ政治史)
 吉 田 広 志 (知的財産法)
 ○米 田 雅 宏 (行 政 法)
 特 任 教 授
 朝 倉 靖 (民事実務)
 池 田 茂 徳 (法実務基礎)
 磯 部 真 士 (刑事実務)
 加 藤 智 章 (社会保障法)
 小 林 俊 彦 (刑事実務)
 橋 場 弘 之 (法実務基礎)
 △長谷川 晃 (法 哲 学)
 松 長 一 太 (民事実務)
 准 教 授
 池 田 悠 (労 働 法)
 伊 藤 隼 (民事訴訟法)
 岩 川 隆 嗣 (民 法)
 川 村 力 (商 法)
 櫛 橋 明 香 (民 法)
 栗 原 伸 輔 (民事訴訟法)
 小 濱 祥 子 (アメリカ政治史) *
 徐 行 (比 較 法)
 ○鈴 木 敦 (憲 法)
 田 中 啓 之 (行 政 法) *
 津 田 智 成 (行 政 法)
 馬 場 香 織 (比 較 政治) *
 前 田 亮 介 (日本政治史)
 三 宅 新 (商 法)
 村 上 裕 一 (行 政 学)
 ○森 悠一郎 (法 哲 学)
 ○山 本 周 平 (民 法)
 助 教
 許 仁 碩 (法 社会 学)
 崔 碩 鎭 (現代政治分析)
 前 田 星 (法 史 学)
 山 崎 皓 介 (憲 法)

刑法の時間的適用範囲と 判例の遡及効

小名木 明 宏

1. はじめに

今回取り上げる刑法の時間的適用範囲の問題は、時際刑法とも呼ばれており、罪刑法定主義との関連で議論されている。罪刑法定主義の派生原則として、刑罰法規の不遡及の問題が議論され、これとの関連で、刑の変更と刑の廃止や限時法の問題といった観点でも取り扱われている。前者との関連では、主刑、附加刑としての没収を含むのか¹、刑の執行猶予に関する規定の変更は刑の変更にあたるのか²（消極：最大判昭和23年11月10日刑集2巻12号1660の1頁）、窃盗罪に罰金刑を加えたことが刑の変更にあたるのか（消極：最決平成18年10月10日刑集60巻8号523頁）が論点となり、後者、すなわち限時法については、例えばドイツ刑法2条4項が「一定の期間についてのみ効力を有する法律は、その有効期間内になされた行為について同法が効力を失った後であっても適用される。但し、法律に特別の規定がある場合はこの限りではない」と規定し、当該限時法の期限終了後も有効期間内になされた違反行為の処罰を規定

¹ 前田雅英『刑法総論講義（第6版）』（2015年）53頁、大谷實『新版第4版刑法講義総論』（2012年）506頁、古田佑紀＝渡辺咲子『大コンメンタール刑法（第3版）』（大塚仁ほか編）第1巻（2015年）6条10、反対：福田平『全訂刑法総論（第5版）』（2011年）42頁。

² 前田・前掲（註1）54頁註11、大谷・前掲（註1）506頁、福田・前掲（註1）42頁、林幹人『刑法総論（第2版）』（2008年）62頁。反対：古田＝渡辺・前掲（註1）6条12参照。

している立法状況とは異なる我が国においては、このような限時法の理論が、刑法6条と直接的に矛盾するのか、明文の特別の規定なしに刑法6条の例外を認めるのはおかしいのか、という議論がなされている³。さらに、2010年、罪刑法定主義との関係では、ほとんど議論なく法案が通過し、成立しまった死刑事件についての時効の廃止の問題もここに含まれる⁴。いずれも、立法による法規範の変更と時間的限界が問題となっているという点では、視座を異にするものではない。これに対してここで取り上げる判例変更と遡及効の問題は、立法による法規範の変更ではなく、裁判所による解釈の変更である。果たしてこのような場合に罪刑法定主義の原則はどのように影響するのであろうか。とくに、最高裁は横領後の横領の問題（最大判平成15年4月23日刑集57巻4号467頁）において従来の判例の立場を修正し、また、わいせつの意図に問題（最大判平成29年11月29日刑集71巻9号467頁）において従来の判例の立場を変更すると明示している。従来の判例の解釈に従った行為者には、新解釈は適用されるのであろうか。

2. 判例の変更と遡及効

（1）岩手県教組同盟罷業事件第二次上告審判決

ある法律問題の解釈について判例が変更された場合、その判例変更には遡及効が認められるのかという問題⁵は、岩手県教組同盟罷業事件第

³ 福田・前掲（註1）45頁、大谷・前掲（註1）510頁、林・前掲（註2）66頁。また、岩間康夫「刑法の適用範囲」西田典之・山口厚編『刑法の争点（第3版）』（2000年）13頁は、立法技術として、限時法の有効期間内になされた違反行為はその期限終了後も処罰する旨の特別の規定が置かれるのが通例であるので、限時法の理論の主張のように法としての機能を損なうことはない主張する。

⁴ 当時の議論は、なぜ死刑事件の時効を廃止するのが中心に議論されていた。被害者感情の保護、新技術による証拠の確保、平均寿命の延び、検察の負担の軽減、社会復帰の現実という観点が議論されたが、事後法の禁止という観点は正面から議論されなかった。

⁵ 議論自体はかなり以前からあった。小暮得雄「刑事判例の規範的効力」北大法学論集17巻4号（1967年）641頁、西原春夫「刑事裁判における判例の意義」

二次上告審判決（最判平成8年11月18日刑集50巻10号745頁）がそのきっかけとなった⁶。事実の概要は、昭和49年3月、被告人は岩手県教職員組合の中央執行委員長で、傘下組合員である公立小・中学校教職員をして公務員労働組合共闘会議の統一闘争として、同盟罷業の遂行をおおることを企て、さらにこれをおおったというものである。公務員の争議行為の可罰性に関しては、地方公務員については都教組事件（最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号305頁）で、国家公務員については仙台全司法事件（最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号685頁）で、それぞれ「二重の絞理論」でその可罰性を限定していた。しかし、最高裁は後に東京全農林事件（最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁）で国家公務員の争議行為のあり行為を一律に処罰するとして、先の仙台全司法事件判決の態度をあらためた。これに対して地方公務員については、本件事件の後の岩手県教組事件（最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号1178頁）で最高裁は先の東京全農林事件と同様に態度をあらためるが、昭和49年3月に発生した本件事件に、事件後の判決たる岩手県教組事件判決での判例変更を適用することは遡及処罰の禁止に反するものであり、また、本件事件当時、被告人には違法性の意識が欠けており、そのことに相当な理由があった場合に該当するとして被告人側が上告した。

最高裁は「行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈に従えば無罪となるべき行為を処罰することが憲法三九条に違反する旨をいう点は、そ

中野次雄判事還暦祝賀『刑事裁判の課題』（1972年）305頁、村井敏邦「判例変更と罪刑法定主義」一橋論集71巻1号（1974年）32頁、金沢文雄「罪刑法定主義の現代的課題」中山研一ほか編『現代刑法講座』第1巻（1977年）85頁、福田平・大塚仁『刑法総論Ⅰ』（1979年）47頁、寺崎嘉博「遡及処罰禁止原則における判例変更の法的機能」Law School 136号（1981年）128頁、中野次雄『判例とその読み方（三訂版）』（2011年）83頁など。

⁶ 本事件については、今崎幸彦「行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈に従えば無罪となるべき行為を処罰することと憲法39条」『最高裁判所判例解説刑事編（平成8年度）』（1999年）151頁、中山研一「判例変更と遡及処罰の問題」判例評論482号（1999年）2頁などで詳細に取り上げられている。とくに、憲法学者の立場から君塚正臣「司法権・憲法・訴訟論（上）」（法律文化社、2018年）は、岩手教組判決について、憲法上疑義があるとしている（同書・368頁）。

のような行為であっても、これを処罰することが憲法の右規定に違反しないことは、当裁判所の判例（最高裁昭和二三年（れ）第二一二四号同二五年四月二六日大法廷判決・刑集四卷四号七〇〇頁、最高裁昭和二九年（あ）第一〇五六号同三三年五月二八日大法廷判決・刑集一二卷八号一七一八頁、最高裁昭和四七年（あ）第一八九六号同四九年五月二九日大法廷判決・刑集二八卷四号一一四頁）の趣旨に徴して明らかであるとした。

なお、本判決には河合裁判官の補足意見があり、「判例、ことに最高裁判所が示した法解釈は、下級審裁判所に対し事実上の強い拘束力を及ぼしているものであり、国民も、それを前提として自己の行動を定めることが多いと思われる。この現実には照らすと、最高裁判所の判例を信頼し、適法であると信じて行為した者を、事情の如何を問わずすべて処罰することには問題があるといわざるを得ない。しかし、そこで問題にすべきは、所論のいうような行為後の判例の「遡及的適用」の許否ではなく、行為時の判例に対する国民の信頼の保護如何である。私は、判例を信頼し、それゆえに自己の行為が適法であると信じたことに相当な理由のある者については、犯罪を行う意思、すなわち、故意を欠くと解する余地があると考える。」しかし、「被告人が犯行に及んだのは昭和四九年三月であるが、当時、地方公務員法の分野ではいわゆる都教組事件に関する最高裁昭和四一年（あ）第四〇一号同四四年四月二日大法廷判決・刑集二三卷五号三〇五頁が当審の判例となつてはいたものの、国家公務員法の分野ではいわゆる全農林警職法事件に関する最高裁昭和四三年（あ）第二七八〇号同四八年四月二五日大法廷判決・刑集二七卷四号五四七頁が出され、都教組事件判例の基本的な法理は明確に否定されて、同判例もいずれ変更されることが予想される状況にあったのであり、しかも、記録によれば、被告人は、このような事情を知ることができる状況にあり、かつ知った上であえて犯行に及んだものと認められるのである。」とし、「本件は、被告人が故意を欠いていたと認める余地のない事案であるというべきである。」としている。

（２）議論の状況

この問題について学説は分かれている⁷。多数説⁸は遡及処罰の禁止の原則は判例変更の場合には及ばないとする。その理由として、我が国は判例法ではなく、成文法主義、すなわち法律主義を採るのであって、判例に法源性を認めることはできないとするのである。もし仮に、判例に法源性を認めようとするのであれば、裁判官に立法者としての権能を認めることになり、三権分立に反することになってしまう。このように考えれば、判例の不利益変更は遡及処罰の禁止の原則に反しないということになる。

これに対して、近時の有力説⁹は、判例が持つ事実上の拘束力を重視し、判例に法源性を肯定しながら、罪刑法定主義の要請である遡及処罰禁止を実現するためには、判例変更にも遡及処罰の禁止が及ぶ（判例の不遡及的変更の理論）と主張している。

従来、無罪とされてきた判例に従って行為したにもかかわらず、判例が変更されて、処罰されることになった場合、それが行為者の保護に欠けるという批判は肯首できる。有力説の議論のスタートはそこにある。しかし、他方で多数説も行為者の保護を実現するためにするために「禁止の錯誤」という解決策を出してくる。つまり、判例により当該行為は

⁷ 最近の論文では、奥村正雄「判例の不遡及的変更」現代刑事法2001年11月号（No.31）44頁、安田拓人「判例の不利益変更と遡及処罰の禁止」大野眞義先生古稀祝賀『刑事法学の潮流と展望』（2000年）45頁、中山・前掲（註6）がある。

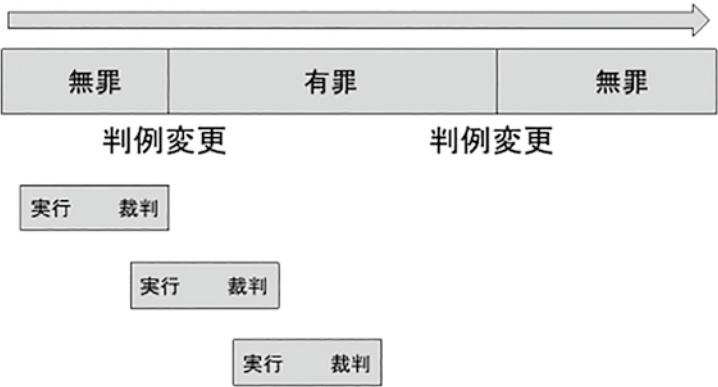
⁸ 前田・前掲（註1）55頁以下、同・可罰的違法性と判例の不遡及変更」警察学論集51巻9号（1998年）194頁以下、阿部純二「判例変更と遡及処罰の禁止」研修610号（1999年）12頁以下、林・前掲（註2）63頁、高山佳奈子「判例変更と遡及処罰の禁止」法学教室別冊『判例セレクト97』29頁、同・「行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈に従えば無罪となるべき行為を処罰することと憲法39条」ジュリスト1132号（1998年）160頁等。なお、河上和雄「法解釈の変遷とその限界」判例タイムズ497号（1983年）34頁は、免訴判決に準じた実体関係的形式判決によるべきとする。また、鋤本豊博「地方公務員法違反の争議行為の可罰性（下）」北大法学論集44巻6号（1994年）は、錯誤論による解決に疑問を呈して（同・547頁）、判決で免訴の言渡をするべきであるとしている（同・510頁）。

⁹ 小暮・前掲（註9）659頁以下、西原・前掲（註9）311頁、村井・前掲（註9）48頁以下、福田・大塚・前掲（註9）53頁以下、寺崎・前掲（註9）128頁、大谷・前掲（註1）504頁、中山・前掲（註10）判例評論486号（1999年）12頁。

許されていると思っていた行為者には、違法性の意識ないしその可能性が欠けるとするのである。従ってこの考え方によれば、責任論において解決が図られることになる。

(3) 問題解決へのアプローチ

ここで問題点を整理すると、具体的には2つの事例が議論されるべきものと思われる。まず第1に、判例変更がなされた場合の当該被告人の問題である(図で一番上の事件)。つまり、行為当時、判例上は無罪であったが、本件において判例が変更され、有罪とされる場合である。第2に問題となるのは、本件とは別の事件で訴追されている被告人の問題である(図で真ん中の事件)。この場合も、行為時は判例上無罪だったが、裁判までの間に判例が変更された場合である。おそらく、判決書においては「当裁判所の判例によれば……..」として有罪とされるということになろう。



従来の議論は一つ目の事例を中心に議論してきた。通説の考え方では、判例の不利益変更であっても当該被告人が有罪とされることに躊躇はないが、それでもこれに対する批判として、この被告人を何らかの形で保護しようというアプローチは存在している。ひとつには、英米法で用いられるオーバールーリング、すなわち、今後、同種の事件は有罪となるという考え方である。ただ、現在の刑事訴訟法がこのような判決を想定

していないため、何らかの立法的な手当てが必要となる。もう一つのアプローチは、禁止の錯誤を適用しようというものである。判例を信用して行為が禁止されていない行為を実行したのであるから、のちにこれが違法と評価されようと、行為者には禁止の錯誤が適用されることになる。故意と違法性の意識ないしその可能性の問題が絡むため、にわかには結論を出しにくい、違法性の意識の可能性がない場合には、故意または責任が阻却され、不可罰となるという最終解決には到達できそうである¹⁰。前記最高裁平成8年判決の河合裁判官の補足意見はこの方向性を示す。

これに対して二つ目の事例はこれまで想定されていない。一つ目の事例において判例の不利益変更を許容するのが通説であるので、その考え方からすればここでも不利益変更は許容されることになるが、先に述べた修正のためのアプローチでは結論に違いが生じてくる。オーバールーリングのアプローチでは、判例変更がされた事件は終局しており、将来に向かっての新しい判例の立場は有効となっているのであるから、問題となっている被告人の保護は実現されないことになるのである。これに対して禁止の錯誤によるアプローチによれば二つ目の事例も十分に保護されることになる。

(4) 私見

確かに我が国の法律実務における判例の持つ意義と機能は、伝統的な法律主義でははかり知れない程、重要なものとなってきている。とくに、法科大学院での実務を意識した教育において、判例の意義と重要性は強調されており、教える側としてもそれを十分に認識している。判例が変更されることの影響は、ほんの些細な条文の変更とは比較にならない程、大きいものであるともいえる¹¹。

しかし、憲法31条は法律主義を前提としており、判例に法源性を認め

¹⁰ それでも故意説によれば、過失犯の処罰の可能性は排除されない。ただ、過失犯も処罰するような事例が想定されることはほとんどないであろう。

¹¹ *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, 2016, S. 146 (Rn.45).

たと解することはできないであろう。さらに、そのような形式的な理由付けとは別に、判例に法源性を認めると、裁判官に立法者としての機能を認めることになり、ひいて、三権分立の前提とする権力バランスを失することにもなりかねない。しかも、判例の不利益変更が遡及処罰の禁止の原則に反するとすると、極端な言い方では、被告人に不利な判例変更は一切できなくなってしまうのである。従って、最高裁が前記判決で判例の不利益変更が遡及処罰の禁止の原則に反しないとしたことは当然のことであるともいえる。さらに、この考え方からすれば、一体どのような根拠に基づいて検察の起訴はなされているのであろうか、そもそも、検察は起訴できないのではなかろうかという疑問も生じてくる。

そうすると、行為当時の判例を信じて行為した行為者をどのように保護するかが重要な問題となる。行為者は自分の行為が違法でないと考えたのであるから、これを禁止の錯誤の問題として、責任論において故意または違法性の意識ないしはその可能性の問題として、解決するのが妥当であると思われる¹²。

これとは別に、一つの条文の解釈をめぐる、無罪から有罪、あるいは有罪から無罪という劇的な立場の変化が生ずるということは、その条文自体が罪刑法定主義の明確性の原則に反するのではないかと批判も成り立つ¹³。憲法76条によれば、裁判官は法律に拘束されるのであるから、その拘束の役割を果たさないほど、曖昧な条文はそもそも罪刑法定主義に反しているといえるのかもしれない。類推解釈と拡張解釈をめぐる議論において、刑法の解釈は国民の予測可能性の枠の中で揺れ動くもの¹⁴

¹² 違法性の意識不要説を採用するなら、話は別であるが、少なくともこの説は最近では支持者が殆どいない。また、前記判決の補足意見でこの点について最高裁の立場について批判が出たのも注目に値する。

¹³ 同旨、高山・前掲(註12)「判例変更と遡及処罰の禁止」29頁、同・前掲(註12)「行為当時の最高裁判所の判例の示す法解釈に従えば無罪となるべき行為を処罰することと憲法39条」163頁。

¹⁴ 裁判所がある事件についてはじめて判断を下し、判例を形成する時、それはある条文の解釈についての国民の予測可能性の範囲内にあるものである。この点については、福田・大塚・前掲(註9)53頁参照。Rudolphi, in: SK §1 Rdn. 8 も同旨。なお、最新版のSKでは、ドイツ基本法103条2項は「法律」の

で、それを逸脱すれば罪刑法定主義に反することになると考えれば、裁判所の判例も本来その予測可能性の中でしか動くものではなからうか。それ以上にドラスティックに動くこと、つまり、有罪から無罪へ、無罪から有罪へと動くことが問題視されるべきなのである。諸外国の刑法典と比較して、我が国の刑法典はその条文が明確性を欠いているといわれてきている¹⁵。現行法の立法当時は、構成要件に絞りをかけず、裁判官に幅広い裁量を認めると考えたのであるが、最近の立法状況、例えば危険運転致死に関する複雑な構成要件の設定を見れば、状況が変わってきているといえよう。立法技術の問題としてこの点は今後克服していかなければならないのではなからうか¹⁶。

なお、経済事犯の領域では、法規範や判例の変更ではなく、通達による基準の変更の問題が銀行の決算基準との関係で問題となったことがある。大蔵省（当時）が平成9年7月に資産査定通達によって決算経理基準（昭和57年4月1日付け蔵銀第901号）を改正したが、長銀では、自己査定の結果に基づいて策定された平成10年3月期決算の基本方針を同年3月31日の常務会で承認し、同期決算案を同年4月28日の取締役会などで承認し、株主総会での可決を経て、平成10年3月期に係る有価証券報告書を完成させ、平成10年6月29日、大蔵省関東財務局長あてにこれを提出したという証券取引法および商法違反被告事件について、最判平成20年7月18日刑集62巻7号2101頁は、「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、特に関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関しては、新たな基準として直ちに適用するには、明確性に乏しかったと認められる上、本件当時、関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定に関し、従来のいわゆる税法基準の考え方による処理を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきこ

不遡及を規定しているのであって、「法律と法」の不遡及を規定しているわけではなく、しかも、裁判官は厳格な文言解釈を行うのであり、解釈の余地は少なく、他方で、市民の判例への信頼は禁止の錯誤の取り扱いにより十分に保障されるとしている。Jäger, in: SK, 9. Auflage, 2017, § 1, Rd. 16.

¹⁵ 日本刑法の文言の簡潔性については、宮澤浩一「犯罪論体系の意義」中山研一ほか編『現代刑法講座』第1巻（1977年）192頁を参照。

¹⁶ 中野・前掲（註9）84頁。

とも必ずしも明確であったとはいえ、過渡的な状況にあったといえ、そのような状況のもとでは、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方によって関連ノンバンク等に対する貸出金についての資産査定を行うことをもって、これが資産査定通達等の示す方向性から逸脱するものであったとしても、直ちに違法であったということとはできない。」として無罪とし、さらに、同様に、日債銀が、資産査定通達に基づく査定基準として自己査定基準を作成し、これに従って行われた自己査定の結果に基づいて、平成10年3月期決算案を策定し、常務会、取締役会及び株主総会での承認を経て、同期に係る有価証券報告書を完成させ、平成10年6月29日、大蔵省関東財務局長あてにこれを提出したという日債銀の証券取引法違反が問題となった事案について、最判平成21年12月7日刑集63巻11号2165頁は、「資産査定通達等によって補充される改正後の決算経理基準は、特に支援先等に対する貸出金の査定に関しては、幅のある解釈の余地があり、新たな基準として直ちに適用するには、明確性に乏しかったと認められる上、本件当時、従来の税法基準の考え方による処理を排除して厳格に前記改正後の決算経理基準に従うべきことも必ずしも明確であったとはいえ、過渡的な状況にあったといえ、そのような状況のもとでは、これまで「公正ナル会計慣行」として行われていた税法基準の考え方によって支援先等に対する貸出金についての資産査定を行うことも許容されるものといえる。」として、有罪とした原判決を破棄差戻している。

(5) 更なる問題点

ここまで判例の不利益変更の問題を見てきたが、逆に従来有罪とされた判断が無罪とされた場合にはどうなるのかという問題点も存在する。当該事件で無罪判決を受けた被告人に関しては、何ら問題はない。問題となるのは、そのことで有罪となり、服役している被収容者と、すでに刑期を終えて出所した者の扱いである。これが民事事件の場合には、法的安定性を考慮して、確定判決を経た当事者をとくに救済する必要はないであろうが¹⁷、刑事事件の場合は人権侵害の状況が生じているのであ

¹⁷ 民事での判例変更としては、非嫡出子の相続分について、最決平成25年9月

り、何らかの対応が必要となろう¹⁸。



これとの関連で、ドイツでは刑の廃止に伴う補償が問題となった。1998年の刑法改正による同性愛の処罰規定の廃止（ドイツ刑法175条）に伴い、かつて受刑した者に補償をしようというものである¹⁹。また、わ

4日民集67巻6号1320頁が「本決定は、本件規定が遅くとも平成13年7月当時において憲法14条1項に違反していたと判断するものであり、平成7年大法廷決定並びに…小法廷判決及び小法廷決定が、それより前に相続が開始した事件についてその相続開始時点での本件規定の合憲性を肯定した判断を変更するものではない。」とし、さらに「既に関係者間において裁判、合意等により確定的なものとなったといえる法律関係までも現時点で覆すことは相当ではない」として、法的安定性を重視している。これについて、君塚・前掲書（註6）は、最高裁が本件判例変更を「世の中の変化に鑑みて、本件事案以降の事案についての判例変更」として（同書・424頁）、遡及効を制限したことは、混乱を回避するための政策的配慮であるとしている（同書・365頁）。

¹⁸ 中野・前掲（註9）83頁以下は、有罪から無罪に判例が変更された場合に、すでに有罪判決を受けた者をどう扱うべきかなどについても言及している。これによれば、尊属殺の確定判決を受けた者に対しては個別の恩赦がなされている（減刑22名、刑の執行免除23名、復権5名）。

¹⁹ 2017年6月22日に「1945年5月8日以降の同意に基づく同性愛行為により有罪とされた当事者の復権に関する法律」Gesetz zur strafrechtlichen Rehabilitierung der nach dem 8. Mai 1945 wegen einvernehmlicher homosexueller Handlungen verurteilten Personen (StrRehaHomG) が成立している。1件当たり3000ユーロ、さらに1年あたり1500ユーロが支払われるが、

が国では第三者没収が違憲とされた際、遡って救済がなされた実績がある²⁰。

なお、公務員の政治活動の可罰性が問題となった猿払事件（最判昭和49年11月6日刑集第28巻9号393頁）と国公法違反被告事件（いわゆる堀越事件）（最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁）でも、公務員の政治的活動について前者では有罪、後者では無罪へと揺れ動いた。最高裁は、「当該公務員が管理職的地位になく、その職務の内容や権限に裁量の余地がなく、当該行為が勤務時間外に、国ないし職場の施設を利用せず、公務員の地位を利用することなく行われたことなどの事情を考慮しても、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものであったということができ、行政の中立的運営の確保とこれに対する国民の信頼に影響を及ぼすものであった」49年判決とは事案を異にするとし、また、千葉勝美は補足意見で「猿払事件大法廷判決の上記判示は、本件罰則規定自体の抽象的な法令解釈について述べたものではなく、当該事案に対する具体的な当てはめを述べたものであり、本件とは事案が異なる事件についてのものであって、本件罰則規定の法令解釈において本件多数意見と猿払事件大法廷判決の判示とが矛盾・抵触するようなものではないというべきである。」としている²¹。

3. 具体例でみる判例変更の影響

それでは、最高裁で判例変更がなされた最近の事案を具体的に見てみよう。

（1）最大判平成15年4月23日刑集57巻4号467頁²²

通常の刑事補償（一日25ユーロ、年間約9100ユーロ）に比して安い。

²⁰ 第三者没収応急措置法附則2項参照。

²¹ 君塚・前掲（註6）は、これを「実質的判例変更」と評している（同書・357、362頁）。

²² 本判決については、非常に多くの評釈が出ている。ここでは主なものを挙げるにとどめる。鈴木左斗志・判タ1207号45頁、福崎伸一郎・曹時58巻5号238頁、小川新二・警論56巻7号152頁、佐久間達哉・研修661号13頁、小田直樹・判時

本件は、横領後の横領が問題となった事案である。被告人は、宗教法人Aの責任役員であるところ、Aの代表役員らと共に、(1)平成4年4月30日、業務上占有するA所有の土地(以下「本件土地1」という。)を、B株式会社に対し代金1億0324万円で売却し、同日、その所有権移転登記手続を了して横領し、(2)同年9月24日、業務上占有するA所有の土地(以下「本件土地2」という。)を、株式会社Cに対し代金1500万円で売却し、同年10月6日、その所有権移転登記手続を了して横領した。上記各売却に先立ち、被告人は、各土地に次のとおり抵当権を設定していた。すなわち、本件土地1については、昭和55年4月11日、被告人が経営するD株式会社を債務者とする極度額2500万円の根抵当権(以下「本件抵当権①」という。)を設定してその旨の登記を了し、その後、平成4年3月31日、Dを債務者とする債権額4300万円の抵当権(以下「本件抵当権②」という。)を設定してその旨の登記を了し、また、本件土地2については、平成元年1月13日、Dを債務者とする債権額3億円の抵当権(以下「本件抵当権③」という。)を設定してその旨の登記を了していた。

原判決は、本件抵当権①、③の設定の経緯やその際の各借入金の用途等はつまびらかでなく、これらの抵当権設定行為が横領罪を構成するようなものであったかどうかは明瞭でないし、仮に横領罪を構成することが証拠上明らかであるとしても、これらについては、公訴時効が完成しているとし、また、本件抵当権②の設定は横領に当たるが、本件土地1の売却と本件抵当権②の設定とでは土地売却の方がはるかに重要であるとして、本件土地1、2を売却したことが各抵当権設定との関係でいわゆる不可罰的事後行為に当たることを否定し、前記(1)、(2)の各犯罪事実を認定した第1審判決を是認した。

すでに、最判昭和31年6月26日刑集10巻6号874頁は、被告人が土地を甲に売却したが、その際に所有権移転登記なされず、他方でこれに乙のために抵当権設定したのち、抵当権登記の抹消し、乙に売却したという事案に対し、「しかしながら仮りに判示のように横領罪の成立を認むべきものとすれば、被告人Xにおいて不動産所有権がAにあることを知

りながら、被告人Bのために二番抵当権を設定することは、それだけで横領罪が成立するものと認めなければならない。…….. されば原判決がことさらに被告人Xが右二月四日一日だけAのため本件不動産の占有を始めたという説明によつて右所有権移転登記の時に横領罪が成立すると判断したことは、刑法の解釈を誤つた違法があるに帰する。」として、横領後の横領を認めなかった。

これに対して、最高裁は平成15年判決において、

「4 そこで、本件引用判例に係る判例違反の主張について検討する。

委託を受けて他人の不動産を占有する者が、これにほしいままに抵当権を設定してその旨の登記を了した後においても、その不動産は他人の物であり、受託者がこれを占有していることに変わりはなく、受託者が、その後、その不動産につき、ほしいままに売却等による所有権移転行為を行いその旨の登記を了したときは、委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をしたものにほかならない。したがって、売却等による所有権移転行為について、横領罪の成立自体は、これを肯定することができるというべきであり、先行の抵当権設定行為が存在することは、後行の所有権移転行為について犯罪の成立自体を妨げる事情にはならないと解するのが相当である。（下線部は著者による。以下同様。）

このように、所有権移転行為について横領罪が成立する以上、先行する抵当権設定行為について横領罪が成立する場合における同罪と後行の所有権移転による横領罪との罪数評価のいかんにかかわらず、検察官は、事案の軽重、立証の難易等諸般の事情を考慮し、先行の抵当権設定行為ではなく、後行の所有権移転行為をとらえて公訴を提起することができるものと解される。また、そのような公訴の提起を受けた裁判所は、所有権移転の点だけを審判の対象とすべきであり、犯罪の成否を決するに当たり、売却に先立って横領罪を構成する抵当権設定行為があったかどうかというような訴因外の事情に立ち入って審理判断すべきものではない。このような場合に、被告人に対し、訴因外の犯罪事実を主張立証することによって訴因とされている事実について犯罪の成否を争うことを許容することは、訴因外の犯罪事実をめぐる、被告人が犯罪成立の証明を、検察官が犯罪不成立の証明を志向するなど、当事者双方に不自然

な訴訟活動を行わせることにもなりかねず、訴因制度を採る訴訟手続の本旨に沿わないものというべきである。」

「以上の次第で、刑訴法410条2項により、本件引用判例を当裁判所の上記見解に反する限度で変更し、原判決を維持するのを相当と認めるから、所論の判例違反は、結局、原判決破棄の理由にならない。」としている。

この問題点について、1審の横浜地裁川崎支判平成12年3月27日刑集57巻4号477頁は、昭和31年判決に全く言及しておらず、判例違反を意識していなかった。これに対して、東京高判平成13年3月22日高刑集54巻1号13頁は、先行する抵当権設定行為を横領とし、後の売却行為を不可罰的事後行為とした判例（最判昭和31年6月26日判決刑集10巻6号874頁）は本件とは事案を異にするというべきであるとして、判例変更には当たらないとしていた。しかし、最高裁はさきに示したように、判例変更を明示した。

本稿との関係で問題となるのは、この判例変更が被告人に不利になるかどうかである。しかし、本件では、犯罪事実として横領罪が行われたことについては疑いなく、訴訟の対象としての行為の特定の問題、不可罰的事後行為となるかどうかという罪数論上の問題が争われるにすぎないのであって、被告人に不利な判例変更がなされたとはいえず、従って罪刑法定主義に反することにはならないと考えられるのである。

（２）最大判平成29年11月29日刑集71巻9号467頁²³

本件は、わいせつ罪の成立のためには、被告人のわいせつの意図が必要であると判例変更された事案である。わいせつ罪の成立要件としてのわいせつの意図が否定されているので、被告人にとって不利な判例変更

²³ 本判決については、非常に多くの評釈が出ている。ここでは主なものを挙げるにとどめる。木村光江・判時2440号（判評736-18）132頁、向井香津子・曹時72巻1号172頁、仲道祐樹・論究ジュリスト28号188頁、奥村徹・判時2366号131頁、小林憲太郎・判時2366号138頁、佐藤拓磨・判時2366号143頁、木村光江・ジュリ1518号（平29重判解）156頁。とくに、奥村論文は、実際の弁護活動に関与した立場から本件事案を詳細に論じている。

であるようにも思える。事案は、被告人は、被害者（当時7歳）が13歳未満の女子であることを知りながら、平成27年1月下旬頃、山梨県の被告人方において、被害者に対し、被告人の陰茎を触らせ、口にくわえさせ、被害者の陰部を触るなどのわいせつな行為をし、その他、児童ポルノ法違反の行為を行ったというものである。

これに対して最高裁は、

「これらのことからすると、昭和45年判例は、その当時の社会の受け止め方などを考慮しつつ、強制わいせつ罪の処罰範囲を画するものとして、同罪の成立要件として、行為の性質及び内容にかかわらず、犯人の性欲を刺激興奮させ又は満足させるという性的意図のもとに行われることを一律に求めたものと理解できるが、その解釈を確として揺るぎないものとみることとはできない。」

「以上を踏まえると、今日では、強制わいせつ罪の成立要件の解釈をするに当たっては、被害者の受けた性的な被害の有無やその内容、程度にこそ目を向けるべきであって、行為者の性的意図を同罪の成立要件とする昭和45年判例の解釈は、その正当性を支える実質的な根拠を見いだすことが一層難しくなっているといわざるを得ず、もはや維持し難い。」

「そうすると、刑法176条にいうわいせつな行為に当たるか否かの判断を行うためには、行為そのものが持つ性的性質の有無及び程度を十分に踏まえた上で、事案によっては、当該行為が行われた際の具体的状況等の諸般の事情をも総合考慮し、社会通念に照らし、その行為に性的な意味があるといえるか否かや、その性的な意味合いの強さを個別事案に応じた具体的事実関係に基づいて判断せざるを得ないことになる。したがって、そのような個別具体的な事情の一つとして、行為者の目的等の主観的事情を判断要素として考慮すべき場合があり得ることは否定し難い。しかし、そのような場合があるとしても、故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でなく、昭和45年判例の解釈は変更されるべきである。」とした。

この問題点について、1審の神戸地裁平成28年3月18日刑集71巻9号520頁は、「当裁判所は、被告人に性的意図があったと認定するには合理的な疑いが残るが、強制わいせつ罪の成立について犯人が性的意図を有する必要はないから、被告人には強制わいせつ罪が成立するものと判断

した。」とし、具体的に判例に反するということは述べていないが、従来の判例に反対する立場をとっている。これに対して、大阪高判平成28年10月27日高刑判例集69巻2号1頁、刑集71巻9号524頁は、「同罪の成立にこのような特別な主観的要件を要求する実質的な根拠は存在しないと考えられる」とし、「当裁判所も、刑法176条について、原審と同様の解釈をとるものであり、最高裁判例（最高裁昭和45年1月29日第1小法廷判決・刑集24巻1号1頁）の判断基準を現時点において維持するのは相当ではないと考える。」として、明確に判例に反することを明示している。このような下級審の立場に対して、最高裁は、「故意以外の行為者の性的意図を一律に強制わいせつ罪の成立要件とすることは相当でなく、昭和45年判例の解釈は変更されるべきである。」として、判例変更を明示しているが、行為者の目的等の主観的事情を判断要素として考慮すべき場合があり得ることは排除していない。したがって、行為者の目的等の主観的事情を無視しているわけではないと解される。つまり、単に「客観的な行為」が行われればわいせつ罪が成立するといっているわけではなく、「客観的にわいせつな行為」が行われる必要があるものであり、被告人に不利な判例変更がなされたとは考えられず、これも罪刑法定主義に反するものではない。

(3) まとめ

このように見てくると、横領罪に関する最高裁平成15年判決も、わいせつ罪に関する最高裁平成29年判決も、被告人に不利な判例変更がなされているとはいえず、それゆえに、罪刑法定主義に反するということはないのである。

4. 試論— AI の利用可能性

最後に、AI が導入された場合、生じるであろう問題について、未来予想図的に検討してみたい。

2018年5月27日に開催された第96回日本刑法学会のワークショップ5において「AIと刑法」（オーガナイザー：法政大学・今井猛嘉教授）が

取り上げられた²⁴。AI を駆使した自動運転の問題が主たるテーマであり、近い将来実現する見込みが高い技術の持つ法的問題点を検討しようというものであった。その中で、国立情報学研究所情報学プリンシプル研究系の佐藤健教授から法的問題の解決と AI について報告があり、判例検索、判例推論に AI の利用可能性が論じられた。

AI の利用可能性について、これまで蓄積された判例の分析から結論を導き出すというスタンスは多くの研究者の基本的な立場であろう。

しかし、このように AI が利用されるのであれば、AI が裁判官にとって代わる存在になることでしかない。そうではなく、裁判官とは別の「解釈者」としての AI の利用可能性があるのではないかと考える。つまり、判断の素材は、法律の文言であり、これを AI が解釈するというスタンスである。この考え方の背景には、法律の文言が明確でなければならないという罪刑法定主義の要請が存在する。このように考えれば、法律の文言に拘束された AI は、解釈の普遍性を担保し、判例変更のような解釈の大転換はおこらないのではないかと思われる。

本稿を執筆し、さらに校正作業している時点で、新型コロナウイルスが世界中に蔓延し、私たちの生活が大きく変容している。大学においても、授業の在り方、会議の在り方、業務遂行の在り方等、従来では考えられなかったような対応を迫られている。裁判においても期日が延期され、法律実務は大規模に影響を受けている。このような状況の中でも、AI やロボットだけは影響を受けずに粛々と作業ができるのであるから、裁判においてもこれらを如何に活用するかを積極的に検討しなければならないのではないかと感じている。

著者はすでに、拙稿「刑法の適用範囲」法学教室2002年4月号 (No.259) 66-72頁においてこの時間的適用範囲に関する問題を取り扱ったことがある。本稿ではかつての議論をスタートにして、その後の議論の状況を加味し、とくに最近の判例変更事案を検討し、最後に現代的な意義を総合的に論じた。基本的には、実定法主義における判例の意義についてどのようなスタンスを取るかを中心課題としている。

なお、本稿は、2019年11月14日、札幌高裁、札幌地裁、北大刑事法ス

²⁴ 内容については、今井猛嘉・刑法雑誌58巻3号147頁を参照。

タッフによる札幌刑事法研究会において報告した原稿を元にしており、当日の議論でいただいた多くのご示唆を加味して加筆したものである。貴重なご示唆をいただいた関係の方々に、あらためて感謝申し上げます。

複数人の事実的共働による 身分犯の実現に関する理論（１）

岡 部 天 俊

目 次

序章	はじめに	
第１章	正犯概念と共犯概念	
第１節	客観的帰属の形式としての正犯と共犯	
第２節	共同正犯の位置づけ	
第３節	各則構成要件による正犯概念の拡張	
第２章	身分犯概念とその具体的内容	
第１節	身分犯の定義	
第１項	刑法65条から導かれる身分犯の特殊性	
第２項	構成要件該当行為自体ではなく その行為主体を特徴づける要素としての身分	
第２節	Sonderdelikte 概念と身分犯概念	
第１項	ドイツおよびスイス	
第２項	オーストリア	
第３項	小括	(以上、本号)
第３節	身分犯概念の具体的内容	
第３章	身分犯固有の無価値発生機序	
第４章	身分犯の単独正犯としての実現	
第５章	身分犯の共犯としての実現	
終章	おわりに	

序章 はじめに

身分犯と呼ばれる犯罪は、正犯論および共犯論において極めて複雑な

問題を引き起こしてきた。すなわち、身分者と非身分者が事實的に共働する¹ことによって身分犯構成要件が實現された、あるいは、表見的に實現された場合²における各共働者の刑法的評価をめぐつては、論者によって相異なる見解が示されており、今なお様々な見解の対立が続く状況にある。具体的には、まず正犯論の領域においては、身分者を道具とする非身分者による間接正犯が可能であるかという問題や、逆に、身分者が非身分者を利用することで身分犯構成要件が實現された場合における身分者と非身分者の擬律の問題（いわゆる身分なき故意ある道具の問題）が論点として浮上する。また、共犯論の領域においても、非身分者が身分犯構成要件の實現に共犯として関与した場合における非身分者の擬律の問題が、長きに亘って争われてきたのである。

身分犯をめぐる混沌とした状況の背景には様々な要因が存在するであろうが、その最大の要因は、不法身分犯における身分がどのようにして不法に影響を及ぼすのかというメカニズムが十分に解明されていないという点にあるように思われる。近時、共犯論の領域においては、身分を不法身分と責任身分に区別した上で非身分者の罪責を判断するアプローチが有力化しつつあるが、そのようなアプローチが妥当であるとしても、不法身分がどのような意味において不法に影響を及ぼしているのかというメカニズムは、ただ関与者のうちの誰かにそれが存在していればよいというような単純なものではなく、また、そのメカニズムも必ずしも一様ではないように思われる³。そうした不法身分犯における固有の不法発

¹ ここでいう事實的共働とは、必ずしも刑法上重要な関与を意味しない概念であり、間接正犯における前面者（道具）の行為をも含む。

² 身分犯構成要件が表見的に實現された場合とは、一見身分犯構成要件が實現されたようにも見えるが、実際には身分犯構成要件において予定される無価値が實現されていない場合をいう。

³ 後述のように、このことはとりわけオーストリア刑法14条とそれをめぐる解釈論によって強く示唆されるところである。わが国においては、不法身分犯が行為主体を限定している根拠につき、不法身分犯における法益侵害ないし法益危殆化が事実上身分者によってのみ可能であるという点に求める見解と、当該不法身分犯においては身分者にのみ課せられる特別義務への違反が前提とされるという点に求める見解が対立しており、こうした対立はまさに、不法身分が

生機序の解明が達成されれば、不法身分犯固有の不法が（その不法発生機序に従って）完全なかたちで生ぜしめられているとの判断を前提とした上で、正犯論および共犯論における一般理論を適用することにより、身分者と非身分者が事実的に共働することによって身分犯構成要件が（少なくとも表見的に）実現された場合における各共働者の妥当な刑法的評価が導かれることとなろう。そこで本稿は、従来意識的には論じられてこなかった身分犯固有の不法（無価値）発生機序を検討し理論化することを通じて、身分犯が正犯論および共犯論において引き起こしてきた各種の解釈論的問題を包括的に解明することを試みる。

本稿においてはまず、本稿の基礎となる正犯概念および共犯概念について提示し（第1章）、次に、従来不明確のままであった身分犯概念とその具体的内容について検討を加える（第2章）。その上で、オーストリアをはじめとするドイツ語圏における議論を参照しつつ、不法身分犯における固有の不法発生機序について分析し、わが国における個別具体的な犯罪類型について各論的な検討を行う（第3章）。そして、それまでに得られた知見をもとに、身分犯の正犯の成否、および、身分犯の共犯の成否について検討を加え、具体的な帰結を提示する（第4章・第5章）。

第1章 正犯概念と共犯概念

複数人の事実的共働による身分犯の実現をめぐる包括的な理論は、主に次の2つの柱によって構成されることとなる。すなわち、正犯概念および共犯概念の内容と、身分犯固有の無価値発生機序である。なぜならば、複数人が事実的に共働することにより身分犯構成要件が（少なくとも表見的に）実現された場合における各行為者の刑法上の評価は、身分犯固有の無価値が完全に生ぜしめられたことを前提として、各行為者がどのようなかたちでその実現に関与したかという判断を経てなされるものだからである。そこで、本章では、本稿において基礎となる正犯概念と共犯概念についての基本的な理解について提示しておくこととしたい。

なお、現行刑法は、第11章「共犯」の中に共同正犯（60条）という関与

不法に影響を及ぼすに至るメカニズムの非一元性を示唆している。

類型を規定しており、共同正犯の刑法上の位置づけ（理論上正犯であるのか共犯であるのか）については必ずしも明確ではない。したがって、まずは正犯および共犯という概念がどのような内容を持つものなのかを確認した上で、共同正犯という関与類型の位置づけを論ずるのが適切であると思われるので、以下では、このような順序で検討を進めていくこととする。

第1節 客觀的帰属の形式としての正犯と共犯

わが国の刑法は正犯概念自体に関する定義規定を有しないものの、正犯には、直接正犯と間接正犯が含まれると一般に理解されている。巨視的にいえば、直接正犯とは、他人の行為を介在させることなく構成要件を実現する正犯であり、間接正犯とは、他人の行為を介在させるかたちで構成要件を実現する正犯である。しかし、間接正犯が、何らかのかたちで他人の行為を介在させているにもかかわらず、直接正犯と同視されるのはなぜなのであろうか。刑法は、60条以下においてまさに、他人の行為を介在させることによって構成要件を実現する関与類型を規定しているが、その中に間接正犯に相当する関与類型は規定されていない。それゆえ、間接正犯が直接正犯と同視され得る十分な根拠が示されない限り、他人の行為を介在させて構成要件を実現しているにもかかわらずその構成要件実現を正犯として評価することは、罪刑法定主義に抵触するということにもなりかねないのである⁴。

⁴ 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会、2002年）93頁は、「日本の刑法典には間接正犯の規定はないから、直接正犯と間接正犯はともに刑法各則の基本的構成要件のみを根拠に処罰されると考えるべきである。従って、両者の処罰範囲は同じでなければならない」とする。また、同146頁も、「わが国の刑法典の解釈としては、間接正犯の正犯性は、あくまで直接正犯と同一の犯罪成立要件を満たすことを論証することによって論証されなければならない」とする。さらに、中義勝『間接正犯』（有斐閣、1963年）127頁も、「間接正犯をも真に正犯として構成しようと思えば、直接正犯に妥当するのと同じの原理…による以外には途は存しないのであって、これと別途の原理によることは依然としてかの悪名高き擬制的正犯の轍をふむことを意味せねばならぬ」とす

では、間接正犯の場合において、事後的評価としては他人の行為を介在させているにもかかわらず、共犯規定を適用することなく、各則構成要件のみによって構成要件該当事実が帰属され得る根拠はどこにあるのであろうか。その根拠は、巨視的には、伝統的に説明されてきたように、他人が刑法上道具 (Werkzeug) と同視し得るというところに求められるであろう。そうすると、ここでいうところの「他人が刑法上道具と同視し得る」とは、どのような場合を意味するのかが問題となる。直接正犯と間接正犯はいずれも各則構成要件のみによってその可罰性が基礎づけられる単独正犯内部での事実上の区別にすぎない⁵ということを前提とすれば、無論、両者においては、単なる類似性が認められるだけでは不十分であり、刑法上の同価値性が認められなければならない。そうした刑法上の同価値性が問題なく認められるのは、刑法的に中立な (*strafrechtlich neutral*) 他人の行為を介在させることにより構成要件を実現したという場合、すなわち、構成要件該当事実を客観的に帰属可能な方法で (*in objektiv zurechenbarer Weise*) 惹起したとはいえない他人の行為を介在させることにより構成要件を実現した場合であろう⁶。こ

る。

⁵ 山口厚『刑法総論』(有斐閣、第3版、2016年) 68頁。

⁶ Vgl. *Andreas Hoyer*, in: Jürgen Wolter (Hg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 9. Aufl., 2017, § 25 Rn. 34 und 36; *Günther Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, 21. Abschn. Rn. 38 Fn. 91a; *Reinhard Moos*, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 33. Lfg., 2002, § 75 Rn. 33; *ders.*, Anmerkung zu OGH 14. 3. 2000, 14 Os 158/99, JBl 2001, S. 197; *Stephanie Öner/Hannes Schütz*, in: Otto Leukauf/Herbert Steininger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl., 2017, § 12 Rn. 19; *Kurt Schmoller*, Grundstrukturen der Beteiligung mehrerer an einer Straftat – die objektive Zurechnung fremden Verhaltens, ÖJZ 1983, S. 380; *Otto Triffterer*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1994 (zit.: AT³), Kap. 16 Rn. 51 f.; *ders.*, Die österreichische Beteiligungslehre – eine Regelung zwischen Einheitstäter- und Teilnahmesystemen?, 1983 (zit.: Beteiligungslehre), S. 64 f., 69 und 72 f.; auch *Kai Hamdorf*, Beteiligungsmodelle im Strafrecht – ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstätersystemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland, 2002, S. 403 f.; *Eva Wach*,

のような場合における他人の行為は、そもそも構成要件をまったく実現していないのであり、いかなる意味においても刑法の評価の対象外に置かれることとなる。その結果、そのような他人の行為を介在させることは、道具を使用することと刑法上同等に扱われ得ることとなる⁷ため、刑法的に中立な他人の行為を介在させて構成要件を実現した者は、刑法的评价としてはまさしく、構成要件を直接的に実現した者なのである。

しかしながら、事的评价としては他人の行為を介在させているにもかかわらず正犯性が認められるのは、刑法的に中立な他人の行為を介在させる場合に限られるわけではない。というのは、たしかに刑法的に非中立な (strafrechtlich *unneutral*) 他人の行為を介在させたという場合であっても、刑法上道具と同視し得る他人の行為を通じて構成要件を実現したという評価がなお成り立つ場合があり得るからである。わが国の刑法が正犯と共犯を区別し、共犯を刑罰拡張事由として位置づけていることからすれば、わが国の刑法は、原則として、各個人に対し、自身が法益を侵害ないし危殆化しないよう注意することを要求してはいるものの、他人が法益を侵害ないし危殆化しないよう注意することまでは要求しておらず⁸、例外的に後者の注意要求が必要である場合に共犯規定に

Versuchsbeginn bei nachfolgender unbewusst selbstschädigender Opfermitwirkung – ein Beitrag zur Auslegung von § 12 und § 15 Abs 2 StGB, ÖJZ 2002, S. 794.

⁷ 中・前掲注(4) 130-131頁は、「『自己の手による実行』を厳格に事実に理解するならば、あらゆる器具の利用や動物の使用さえすでにこの概念からはみだすことになり、もはや『自己の手による実行』とはいえないわけであるが、にもかかわらず、従来これを『自己の手による実行』と解して疑わなかったのは、逆に規範的にこれらの危惧や動物と同視しうべき人間の行動、あるいは人の物理的意味における存在の利用を含めた『自己の手による実行』が観念されていることを示すもので、このかぎりでは、規範的観察上同一なものを『人間にかかわる』という事実を強調してこれを異視することこそいわれなきことだとせねばならぬ」とする。

⁸ Vgl. *Theodor Lenckner*, Technische Normen und Fahrlässigkeit, in: Paul Bockelmann/Arthur Kaufmann/Ulrich Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 506.

よって介入しているものと解される⁹。しかしながら、この原則自体にも、内在的制約が伴う。刑法は法益の侵害ないし危殆化をもたらすことになる構成要件実現の阻止を目的として行為規範を提示しているが、行為規範を提示することによる働きかけは、各個人が自律的主体であることを前提としている。したがって、自律的でない個人の行為が問題となる局面においては、刑法による第一次的な（正犯に向けられる）注意要求は、その背後の自律的個人へと移行することになる¹⁰⁻¹¹。そうであるとすれば、わが国の共犯体系も、他人が自律的に（autonom）行為していることを前提としており、他人の自律的な行為を介在させることなく構成要件を実現した者はなお正犯であるという評価が控えていると解することが可能である¹²。情を知らない者の行為や責任無能力者の行為を介在さ

⁹ Vgl. *Joachim Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 68 f.

¹⁰ 島田・前掲注（4）263頁。Vgl. *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 9), S. 72 f.

¹¹ わが国の刑法61条1項は「人を教唆して犯罪を実行させた」場合について規定するが、ここでいう「教唆」が他人に犯罪実行の決意を生ぜしめることをいうのだとすれば、教唆犯という共犯類型は、他人による故意行為を通じた構成要件実現を対象とするものであると位置づけられることになるため、刑罰拡張事由としての同項は、「他人の故意行為を介在させることによる構成要件実現は正犯ではない」という内容を含んでいることとなり、自律的な行為の介入が正犯としての帰属を妨げることを示唆している。

¹² 島田・前掲注（4）114-115頁も、「結果が生じた場合に、事後的にそのような結果が誰の『仕業』であるかを明確にし、そのことを通じて事象に対する『責任』の所在を明らかにすることは刑法の重要な任務の一つといえるだろう。単独正犯性の問題は、そのような観点から見て誰が結果を第一次的に実現した主体と評価できるかの問題である。そして、物理的因果を利用して結果に直近する行為を行った主体が結果を第一次的に実現した主体であることには基本的に争いはない。問題は、結果から遡って考えた時に、ある者の行為と結果との間に人の行為が介在している場合である。この場合に、いかなる場合に、それを自然的因果の利用と同視でき、いかなる場合にそのような評価がもはや許されなくなるのかがこの問題である。介在者、行為媒介者が完全に自律的に結果を実現している場合には、その者はいわば結果についての完全な責任を意識的に自己の下に取り込んだといえる。そのような場合には、彼は結果について第一次的な責任を負うべきである。そうすると、その背後の者は、もはや『単

せて構成要件を実現する行為は、刑法的に非中立な行為を介在させることによって構成要件を実現するものであるにもかかわらず、背後者に間接正犯の成立を認めるのが通説であるが、そうした結論は、このようにして正当化されるであろう。

よって、端的に表現するならば、正犯とは、他人の自律的な行為を介在させることなく構成要件を実現する関与類型であり、一般的な客観的帰属が問題となるのに対し、これとの関係上、共犯とは、他人の自律的な行為を介在させることにより構成要件を実現する関与類型であり、共犯規定を介した特別の客観的帰属が問題となるのである¹³。その意味で、正犯と共犯の相違は、ある同一内容の無価値についての客観的帰属の質的な相違であって、それぞれの違法評価および責任評価は異なり得るのである。

第２節 共同正犯の位置づけ

以上のように考えれば、複数人の自律的な行為による関与を前提とする共同正犯は、本来的な正犯ではなく、共犯の一種であるということになる。この点に関しては、すでに次のような明確な指摘がなされている。「確かに、共同正犯は『正犯』として取り扱われるのであるが、それは法

独で』結果を引き起こしたとは評価できないことになる。それ故、そのような介入事情が存在する場合には、背後者の単独正犯性は否定され、彼には（広義の）共犯としての罪責だけが問題となる。そのような事情がない場合、つまり、直近の行為者が結果について完全に自律的に行動していない場合には、背後者の行為をなお物理的因果の利用と同視して、背後者に第一次的責任を問う余地が生じると考えられる」とする。

¹³ 具体的帰結については、島田・前掲注（４）275頁以下参照。Vgl. *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 9), S. 73: „Eine Rechtsgutsverletzung (oder -gefährdung) kann nur demjenigen als sein Werk zugerechnet werden, der in der unendlichen Ursachenkette als letztes autonom handelndes Glied erscheint. Autonomes Handeln begründet also ein Regreßverbot. Umgekehrt gilt: Notwendige Voraussetzung für die Zurechnung der Tat eines Vordermannes zu einem Hintermann ist, daß der Vordermann nicht autonom gehandelt hat.“

律効果の点で正犯とされるだけのことであり、その成立要件を直接正犯・間接正犯の要件と全く同じにすることには無理がある。そのような理解は、むしろ単独正犯の処罰範囲の拡張を招きかねなかったのである。翻って考えてみると、日本の刑法典には間接正犯の規定はないから、直接正犯と間接正犯はともに刑法各則の基本的構成要件のみを根拠に処罰されると考えるべきである。従って、両者の処罰範囲は同じでなければならない。事後的に生じたすべての介在事情を規範的評価の対象とし、一定の事情が介在したら背後者の正犯性が否定されるという枠組みは、この場面で妥当する。そして背後者の正犯性が否定された場合には、処罰拡張事由である刑法六〇条以下の『共犯』の成立が問題となる。共同正犯はこの意味では広義の『共犯』の一種である。こうした共犯規定内部での区別の問題—例えば共謀共同正犯論—はまた別次元の問題である。……ドイツ刑法典のように『正犯』の条文（ドイツ刑法二五条）に直接正犯、間接正犯、共同正犯の三種類が規定されている場合には、これら三つの関与類型は、いずれも成立要件は異なるが一つの上位の指導理念に基づき、その意味でいずれも処罰拡張事由ではない『正犯』であるという考え方や、間接正犯と共同正犯とは、ともに直接正犯よりも処罰を拡張する事由であるという考え方が説得力を持ち得るが、間接正犯の条文が存在せずに、『共同正犯』の規定が『共犯』の章に存在するわが国では、直接・間接の単独正犯が基本的な構成要件に該当する存在であり、その成立要件も同じでなければならないのに対し、共同正犯は基本的には教唆・幫助と同様の処罰拡張事由であるという解釈の方が法典の構造に合致するように思われる¹⁴。ここでの確に示されているように、わが国における共同正犯は、理論的には共犯の一種として理解せねばならない。共同正犯は、共犯の一種であるものの、典型的に重い不法を考慮して法律上正犯として扱われる関与類型なのである^{15・16}。よって、本稿におい

¹⁴ 島田・前掲注（４）93-94頁。

¹⁵ 山口・前掲注（５）307-308頁も、「共同正犯も処罰の拡張形態であり、刑法60条は単なる確認規定、つまり、それがなくても、解釈上認められる結論を確認するための規定にとどまるものではない。共同正犯の正犯性は、単独正犯の正犯性よりも拡張されているのである。このように考えると、共同正犯はあく

ては、共同正犯も共犯の一類型として各種の検討を進めることとする。

第３節 各則構成要件による正犯概念の拡張

もっとも、以上に述べたことは、あくまでも原則にとどまる。というのも、刑法総則において前提とされている正犯概念は、立法者が個別具体的な各則構成要件を創設する際に放棄する可能性があるからである。つまり、立法者が、各則構成要件を創設する際に、本来的には共犯に相当する行為を当該各則構成要件によって正面から捕捉し、総則の正犯概念を拡張する場合があります¹⁷。そうした場合には、他人の自律的な行為を利用して構成要件を実現する行為につき、直接正犯というかたちで単独正犯が成立し得る¹⁸。

たとえば、通運会社の代表取締役であった被告人が、使用人に輸送等が禁止されている米を輸送させたが、当該使用人は積荷が米であるということを知っていたという事案において、最判昭和25・7・6刑集4巻7号1178頁は、被告人の行為につき、食糧管理法違反の罪¹⁹の単独正犯の成立を肯定した。本判決に関しては、いわゆる故意ある幫助的道具を利用する間接正犯を肯定したものとして位置づける見解もある²⁰。し

までも共犯の一種であり、犯罪遂行における関与形態のあり方とその重要度が考慮され、『一次的責任』類型である正犯としての評価を受けていると理解すべきである」とする。

¹⁶ Vgl. auch *Renzikowski*, a. a. O. (Fn. 9), S. 100 ff.

¹⁷ Vgl. *Christina Juhász*, Zur Reichweite des strafbaren Versuchs bei Beihilfedelikten, *ÖJZ* 2015, S. 670 f.; *Thomas Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 204 ff.; *Klaus Volk*, Tendenzen zur Einheitstäterschaft – die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs, in: Bernd Schünemann et al. (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, S. 563 ff.

¹⁸ 後述のように、公務員犯罪等においては、各則構成要件による正犯概念の拡張が認められる。したがって、そもそも「身分なき故意ある道具」による間接正犯という理論構成はそもそも不要であり、直接正犯の問題になると解される。

¹⁹ 厳密には、食糧管理法9条を根拠とする同法施行令11条の4に基づく同法施行規則23条の7（いずれも犯行当時）への違反が問題となった。

²⁰ たとえば、大塚仁『総合判例研究叢書 刑法（21）』（有斐閣、1963年）47-48頁、

かし、本判決はむしろ、当該罰条の特殊性から、当該罰条において問題となる「輸送」が運搬担当者に運搬させる行為なども含まれると解されることから、運搬を自ら実行していない被告人が直接「輸送」を実行したと評価されたものとして位置づけることも十分に可能である^{21・22}。具体的には、①「運搬」とは区別して「輸送」の文言が用いられていることや、②法定除外事由としての食糧管理法施行規則23条の7各号において「市町村農業會」等による「輸送」が予定されていることなどから、「輸送」には、運搬担当者を通じて運搬させる行為なども含まれると解し得ることとなり、各則構成要件による正犯概念の拡張が看取し得ることになる²³。

こうした各則構成要件による正犯概念の拡張の存否は、個別具体的な各則構成要件の解釈に委ねられることとなる。重要なことは、仮にこうした拡張が肯定される場合には、他人の自律的な行為を通じて構成要件を実現する行為につき、間接正犯ではなく直接正犯の問題となり、被利用者は刑法上道具と同視し得るかといったことは重要でないということである²⁴。したがって、ある行為の正犯性を検討する際には、原則としての、総則における正犯概念のみを前提とするのではなく、当該各則構成要件における正犯概念の拡張の存否についても考慮する必要があるという点に、留意が必要であろう。

福田平＝大塚仁(編)『演習刑法総論』(青林書院新社、1983年)271頁〔大野平吉〕。

²¹ 香川達夫「判批」ジュリ666号(昭和52年度重判解)(1978年)156頁、刑事判例研究会(編)『刑事判例評釈集 第12巻』(有斐閣、1950年)132-134頁〔高田義文〕、藤木英雄「幫助利用の間接正犯」研修343号(1977年)15頁参照。

²² なお、譲渡の概念につき、vgl. *Christoph Mayerhofer/Herald Salzmann*, *Nebenstrafrecht*, Bd. 2, 6. Aufl., 2017, SMG § 27 Rn. 3c.

²³ 本判決が、使用人たる運搬担当者らが「その情を知ると否とにかゝらず被告人の行為が運搬輸送の実行正犯たることに変わりはないのである」とする点は、このような趣旨とも解し得る。

²⁴ 前掲最判昭和25・7・6の事案に関して、藤木・前掲注(21)15頁は、「間接正犯というまでもなく、実行正犯そのものだと解釈することもできる」とする。また、山口・前掲注(5)73頁も、「第三者に構成要件要素である身分がない場合には、背後者に直接正犯が成立し、第三者についてはその共犯(共同正犯又は幫助)が成立しうる」とする。

第2章 身分犯概念とその具体的内容

先述のように、複数人の事實的共働による身分犯の実現に関する理論を包括的に解明するという本稿の構想は、正犯概念および共犯概念の内容と、身分犯固有の無価値発生機序という2つの柱がその基礎をなすことになる。そのうちの後者、すなわち、身分犯固有の無価値発生機序について検討を行うためのさらなる準備作業として、身分犯概念そのものについて検討を行う必要がある。判例は、刑法65条にいう「身分」について、「男女の性別、内外国人の別、親族の關係、公務員たる資格のような關係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的關係である特殊の地位又は状態を指称するもの」²⁵と定義し、学説もほぼ無批判的にこの定義を採用してきたといえよう。しかし、こうした定義は、それ自体として問題があるわけではないとしても、極めて多様な要素を包含する身分概念の定義は非常に抽象的なものとならざるを得ないため、身分犯性が問題となる個別具体的な局面において身分犯性の存否を決定づける基準たり得ない場合が多い。それゆえ、身分犯概念の定義を正確に理解した上で、その定義から身分犯性のより具体的な下位基準を演繹しない限り、一身的な性格を示すあらゆる要素が身分概念に取り込まれるかたちで本来身分犯ではない犯罪類型が身分犯であるとされ、反対に、本来身分犯である犯罪類型が身分犯ではないとされるおそれがある²⁶。また、そのようになってしまえば、そもそも身分犯としてカテゴライズすべきでないものを身分犯として分析の対象としてしまい、正しい結論が得られなくなってしまうおそれがある。そこで、本章では、身分犯概念の定義を再検討した上で、身分犯概念の具体的内容について検

²⁵ 最判昭和27・9・19刑集6巻8号1083頁。

²⁶ 大越義久『刑法総論』（有斐閣、第5版、2012年）209頁は、判例の定義について、「すべての犯罪が身分犯ということにもなりかねないほど、刑法65条の身分を広範に捉えている」と指摘する。また、照沼亮介「共犯と身分（1）」山口厚＝佐伯仁志（編）『刑法判例百選Ⅰ』（有斐閣、第7版、2014年）184頁も、判例の定義について、「この定義を字義とおりに解すれば、犯罪成立要件としていかなる性質を有しているかに関わりなく一切の主観的・客観的事情が身分とされることになりかねないであろう」と指摘する。

討を加え、次章での分析対象の明確化を試みる。

第1節 身分犯の定義

第1項 刑法65条から導かれる身分犯の特殊性

刑法が身分犯という概念をどのように捉えているのかという点についての手がかりは、「身分犯」に関する規定である刑法65条に存在する。以下では、刑法65条を手がかりに、刑法が身分犯という概念をどのように捉えているのかを明らかにする。なお、刑法65条は、犯罪行為を構成する「身分」(1項)と刑の輕重を生ずる「身分」(2項)を取り扱う規定であり、必ずしもあらゆる身分を取り扱う規定ではないから、刑法65条を手がかりとして身分犯概念を検討する際には、同条から(1項が適用される身分犯と2項が適用される身分犯のみならず)身分犯全般についての捉え方を分析しなければならないという点に注意が必要である。

では、そもそも刑法はなぜ、身分という要素の取扱いを特別に規定する刑法65条を創設したのであろうか。その理由は、以下のように考えられる。

刑法65条は、同条1項に該当する身分については——他の要素と同様に——從属的に取り扱うこととし、同条2項に該当する身分については——他の要素とは異なって——非從属的に取り扱うこととしている。それゆえ、刑法65条の根底には、「身分という要素には從属的な取扱いが必ずしも妥当しない」という思想が控えているということが明らかとなる。そして、身分という要素に從属的な取扱いが必ずしも妥当しないのは、身分という要素が「誰が」行為を遂行するのか、つまり「どのような行為者が」行為を遂行するのかを特徴づける要素であり、「行為」自体を特徴づける要素ではないからであろう。換言すれば、共犯は、構成要件の全部または一部を他人の「行為」を通じて実現するがゆえに処罰される²⁷、身分はその「行為」の外部に存する要素だからであるとい

²⁷ 非身分者による身分犯の共同正犯の成否自体に検討の必要があるが、ここではさしあたり、それが成立し得ることを前提としている。仮に刑法65条1項

うことになろう^{28・29・30}。

こうした理解は、現に広く共有されているように思われる。たとえば、ある論者は次のように述べている。「刑法第六五条第一項は、身分犯への加功は『身分のない者であっても、共犯とする』と規定する。この規定の前提には、その文言から、『身分のある者の身分犯への加功は、共犯である』との考えが控えていることが分かる。刑法第六五条第一項は『……であっても……とする』としており、『身分のない者は、共犯であ

にいう「共犯」が狭義の共犯のみを意味するとしても、本文のような刑法65条の理解に影響はない。

²⁸ Jährgig は、ドイツにおける1968年ライヒ刑法50条2項および3項により把握される「特別の一身要素」と、それ以外の要素との区別について、「共犯の処罰根拠から出発すると、法益侵害を記述する犯罪部分（物的要素）は、共犯者に対して完全に帰せられるべきである。その他すべての要素は、このような処罰根拠の外部（außerhalb dieses Strafgrund）に存する。そのような要素に基づく刑法の反動は、彼がそれを自身の人格において実現したのでない限り、共犯者に向けられてはならないのである」（Wolf Axel Jährgig, Die persönlichen Umstände des § 50 StGB, 1974, S. 38）と指摘したが、わが国の刑法65条における「身分」は、行為自体ではなく行為者を特徴づけるものであるがゆえに、Jährgig 流に言えば、「処罰根拠の外部にある可能性がある」という点で、他の要素と区別されるのである。

²⁹ したがって、「身分も実行行為や結果と並ぶ構成要件要素の1つであって、何ら特殊な要素ではない」（十河太郎『身分犯の共犯』（成文堂、2009年）249頁）と断定するのは行き過ぎであるように思われる。これに対しては、「身分の問題が通例の共犯従属性に解消されえないものと捉えられ、むしろその一身専属性を認める方向で成立したという規定の経緯をまったく考慮していないという指摘が可能である」（佐川友佳子「身分犯における正犯と共犯（4・完）」立命320号（2008年）960頁）という指摘がなされているが、より正確に言えば、身分の問題が「必ずしも」通例の共犯従属性に解消され得ないがゆえに刑法65条が存在するのである。

³⁰ このような刑法65条の趣旨の理解は、同条の沿革にも合致している。すなわち、旧刑法106条および110条の立案過程では、「身分」に基づく刑罰加重事情と「所為」に基づく刑罰加重事情とが区別されて用いられていたのである（早稲田大学鶴田文書研究会＝早稲田大学編『日本刑法草案会議筆記 第Ⅰ分冊』（早稲田大学出版部、1976年）395頁参照）。

る』とは規定していないからである。ここから、刑法は、身分犯と非身分犯は、『犯罪主体』が異なるので、範疇が異なるものと理解していることが分かる。そうすると、共犯規定は『行為態様（関与形態）』に着目して処罰を拡張する規定にすぎないので、刑法第六〇条～同法第六二条の共犯規定が適用されるのは、『非身分者が非身分犯に加功した場合』と『身分者が身分犯に加功した場合』に限られることになる。換言すれば、『非身分者が身分犯に加功した場合』と『身分者が非身分犯に加功した場合』には、刑法第六〇条～同法第六二条の射程外ということになる。そこで、その欠落を補充すべく刑罰拡張規定として規定されたのが刑法第六五条というわけである。したがって、非身分者が身分犯に加功した場合と身分者が非身分犯に加功した場合は、刑法第六五条と刑法第六〇条～同法第六二条によって刑罰が二重に拡張され、はじめて可罰的になるのである³¹。つまり、刑法60条から62条の共犯規定は、行為主体を特徴づける要素を想定していないものであり、そうした要素の取扱いを特別に規定するのが刑法65条ということになるのである^{32・33}。

³¹ 大越義久「身分犯における身分」神奈46巻2＝3号（2013）25-26頁。

³² 刑法65条の趣旨が以上のように理解されたとすれば、同条は、身分として把握される要素のうち、1項に該当するものについては、「行為」の要素とみなすことができるために従属的に取り扱うべきことを、2項に該当するものについては、「行為」の要素とみなすことができないために非従属的に取り扱うべきことを規定したものであるということになろう。そして、刑法65条1項と同条2項との関係をめぐる激しい見解の対立はまさに、同条1項の身分はなぜ「行為」の要素とみなされ、反対に、同条1項の身分はなぜそうされないのか、という点に帰着するとも考えられる。

³³ なお、（統一的）正犯について規定するオーストリア刑法12条と特別犯（Sonderdelikte; オーストリアにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念との関係については、後述参照）への関与について規定する同14条との関係について Mayerhofer は、「12条は、直接的に所為像の動詞に対応するかたちで行為していない者（Personen, die sich nicht unmittelbar entsprechend dem Tätigkeitswort des Tatbildes verhalten）を刑罰の下に置く。これに対して、14条は、所為像における意味での主体資格が欠ける者（Personen, denen die Subjektqualität im Sinn des Tatbildes fehlt）に対して刑罰を拡張するものである」（Christoph Mayerhofer, Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 2009, S. 162. なお、

これに対し、「文言に素直な解釈によると、ここでも言われている『身分』とは、完全に従属する要素でもなく（第二項）、全く従属しない要素でもない（第一項）、その中間的ないわば制限的にあるいは不完全に従属的な要素ととらえることが可能であろう。……この観点からは、第六五条は従属性原理を修正し、それに対する例外を作り出すための規定として存在意義を有すると解すべきである」³⁴とする見解もあるが、刑法65条は、1項に該当する身分については（完全に）従属的に取り扱い³⁵、2項に該当する身分については（完全に）非従属的に扱うということを規定しているのであるから、従属的に作用する1項身分と非従属的に作用する2項身分とをいわば混ぜ合わせた上で、身分を「完全に従属する要素でもなく（第二項）、全く従属しない要素でもない（第一項）、その中間的ないわば制限的にあるいは不完全に従属的な要素」として捉えることはできないであろう。

なお、刑法65条の見出しにおける「身分犯」という文言が身分という

„Tatbild“を「所為像」とする訳例として、佐川由佳子「身分犯における正犯と共犯（3）」立命319号（2008年）804頁）としており、本稿の理解する共犯規定と刑法65条との関係と同様に解されている。現在の関与規定が盛り込まれた1971年オーストリア刑法草案の理由書も、犯罪類型が行為主体のある特別の資格を要件としている場合、その資格を有していない者は正犯として取り扱われ得ないから、統一的正犯体系は特別犯においては機能しないはずであるという、統一的正犯体系に対する批判を想定した上で、これに対しては、「たとえ正犯と教唆を区別するとしても、行為主体の特別の資格を欠く者に対して特別犯の刑を適用し得るには、特別の規定が必要である。正犯と共犯についての一般的な規定は、行為要素における相違（Verschiedenheit im Handlungselement）から出発し、直接的に所為像の動詞（Tätigkeitswort des Tatbildes）に対応するかたちで行為していない者に刑を科すものである。特別犯においては、刑が、所為像における意味での主体資格が欠ける者に対して拡張されねばならないのである」と答え、そうした批判を「論点先取（petitio principii）」と評している（Erläuternde Bemerkung zur Regierungsvorlage zum StGB 1971, 30 der Beilagen XIII. GP (zit.: EBRV 1971), S. 79）。

³⁴ 松生光正「刑法第六五条の『身分』概念について（二）完」姫路23＝24号（1988年）115頁。

³⁵ 十河・前掲注（29）245-246、250-251頁。

要素を構成要件要素とする犯罪類型を意味すると解されること、同条が構成要件外の一般的な要素についてまで規律の対象とする趣旨とは解されないことから、刑法において前提とされている身分犯という身分とは、構成要件要素に限定されることになる³⁶。

第2項 構成要件該当行為自体ではなく

その行為主体を特徴づける要素としての身分

刑法65条は、行為主体を特徴づけるものであることから必ずしも従属的に作用するわけではない構成要件要素について規律するものである。したがって、刑法において前提とされている身分とは、構成要件該当行為自体ではなく行為主体を特徴づける構成要件要素である^{37・38}。それゆえ、身分性の判断における指導的な基準は、構成要件該当行為自体を特徴づけるのか、あるいは、そうではなくその行為主体を特徴づけるのか、ということである。したがって、判例による定義を修正するかたちで身

³⁶ もっとも、刑法65条の前身である旧刑法106条および110条における「身分」には、再犯なども含まれていると解されていた(江木衷『現行刑法原論』(有斐閣、再版(訂正増補)、1894年)117頁、『日本近代刑事法令集 下』司法資料別冊17号(1945年)187-188頁など参照)が、少なくとも、刑法65条に「身分犯の共犯」という見出しが付された現在では、同条における「身分」は犯罪類型を組成する要素に限定されていると解すべきであろう。したがって、現在では、犯罪類型とは無関係な一般的な要素も刑法65条における「身分」に含まれるとする解釈(十河・前掲注(29)262-263頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、1975年)372頁)は採用し得ない。したがって、中止未遂による減免(刑法43条但書)、累犯による加重(同56条、57条)、自首による減免(同42条、80条、93条但書、228条の3但書)および解放による減軽(同228条の2)などについては、身分性は問題とならない。

³⁷ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、第2版、2018年)102頁も、「行為の主体(行為者)」に関する構成要件要素と「行為そのものの性質」に関する構成要件要素の存在を想定する。

³⁸ なお、刑法65条1項における「犯人の身分」という文言からして、刑法における身分犯概念は行為者が自然人であることを前提とするものであると解されるから、自然人であることや法人であることは身分に含まれないであろう。

分を定義するならば、「男女の性別、内外国人の別、親族の關係、公務員たる資格のような關係のみに限らず、総て構成要件該當行為自体ではなく行為主体を特徴づける特殊の地位又は状態」ということになる。そして、身分犯とは、そのような意味での身分を構成要件要素とする犯罪類型を意味するということになる。

なお、身分犯という身分が、構成要件該當行為自体ではなくその行為主体を特徴づける構成要件要素であると解するのであれば、身分に継続性を要求する理由はない。なぜなら、継続性の存否は、その要素が構成要件該當行為自体を特徴づけるのか、あるいは、その行為主体を特徴づけるのかという判断に、必ずしも影響を及ぼすものではないからである³⁹。行為主体の、行為時における一時的な特徴というものも十分想定される以上、——厳格な文理解釈に固執しない限り——行為主体の継続的な特徴のみを身分として理解する理由はないのである⁴⁰。

第2節 Sonderdelikte 概念と身分犯概念

わが国における身分犯概念と類似する概念は、諸外国においても確認することができる。たとえば、ドイツおよびスイスでは、“Sonderdelikte”という概念が存在し、後述のように、特別の資格を有する者のみが正犯者となり得る犯罪類型として一般に理解されている。わが国においては、こうしたドイツまたはスイスにおける Sonderdelikte 概念を身分犯概念と同視して身分犯を論じる文献が多く見受けられる⁴¹。しかし、ドイツ

³⁹ Gallas はかつて、1943年ライヒ刑法50条の「一身の資格又は關係」の解釈について、「当該メルクマールの非從属的な取扱いの根拠は、その一身の性格にある。しかし、このことは、問題となる關係や立場の継続性とは關係がない」（Wilhelm Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 158）と指摘していたが、継続性の存否と從属性の存否が無關係であるのと同様、継続性の存否と行為主体の特徴づけの存否は無關係なのである。

⁴⁰ 内田文昭「判批」判タ712号（1990年）73頁も、「身分犯の身分はこれを行爲者の純粹に客觀的な『地位』・『状態』に限定して考えるべき合理的根拠はない」と指摘する。

⁴¹ 香川達夫『身分概念と身分犯』（成文堂、2014年）10頁も、「わが国における

またはスイスにおける Sonderdelikte 概念をわが国における身分犯論の参考とするのであれば、ドイツまたはスイスにおける Sonderdelikte 概念とわが国における身分犯概念との異同を精確に確認せねばならないであろう。にもかかわらず、いつしか „Sonderdelikte“ を「身分犯」と和訳するのが通例となり、両概念の異同が精確に確認されないまま、Sonderdelikte = 身分犯という前提が定着してしまったように思われる⁴²。そのこともまた、身分犯概念の理解に混乱を来してきたといつてよいであろう。こうした問題意識から、以下では、„Sonderdelikte“ を「身分犯」と和訳せず、「特別犯」と和訳することとする。そして、本章では、ドイツまたはスイスにおける特別犯論を身分犯論において積極的に参考としてきた、わが国における従来の議論の妥当性を検証すべく、ドイツおよびスイスにおける Sonderdelikte 概念とわが国における身分犯概念の異同について確認することとする。

さらに、ドイツおよびスイスと同じくドイツ語圏に位置するオーストリアにおいても、Sonderdelikte という概念が広く用いられている。しかし、興味深いことに、オーストリアにおける Sonderdelikte 概念は、同じ名称であるにもかかわらず、ドイツおよびスイスにおけるそれとは大きく異なるかたちで理解されているということが明らかとなる。すなわち、オーストリアでは、直接単独正犯としての行為主体に一定の一身的能力資格または関係が要求されるすべての犯罪類型が Sonderdelikte として把握されているのである。こうした、ドイツおよびスイスにおけるのとはまったく異なるオーストリアにおける Sonderdelikte 概念と、わが

身分概念あるいは身分犯の理解については、ドイツ刑法あるいはスイス刑法におけるそれに依存して展開されているのが通例である」と指摘する。

⁴² こうした事例や前提は多数の文献において見られる。たとえば、泉健子「身分犯概念について——表見的身分犯との関連——」一法98巻5号(1987年)748頁以下、佐伯千仞「共犯と身分(二・完)——その問題史的概観——」法学論叢33巻3号(1935年)57頁以下、田中久智「判批」我妻栄(編)『刑法の判例』(有斐閣、第2版、1973年)154頁以下、外木央晃「身分犯の法的性質」明大院29号(2008年)82頁、平良木登規男「共犯(その6—共犯と身分)」警察公論53巻2号(1998年)98頁、山中敬一『刑法総論』(成文堂、第2版、2008年)184頁など。おそらく、公刊された文献では前掲・佐伯が最初ではないかと思われる。

国の身分犯概念との異同についても若干の検討を加え、オーストリアにおける Sonderdelikte 論から得られる、わが国の身分犯論に対する示唆についても模索することとする。

第１項 ドイツおよびスイス

（１）ドイツおよびスイスにおける特別犯概念と

わが国における身分犯概念

ドイツでは、正犯者となり得る者の範囲 (möglicher Täterkreis) に応じて、普通犯 (allgemeine Delikte)、特別犯 (Sonderdelikte)、および自手犯 (eigenhändige Delikte) の３つに区別されるのが一般的である⁴³。そして、普通犯とは誰もが正犯者となり得る犯罪⁴⁴、特別犯とは特定の主体資格を有する者のみが正犯者となり得る犯罪⁴⁵、自手犯とは実行行為

⁴³ *Walter Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015, § 4 Rn. 4 ff.; *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 266; *Rudolf Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2014, § 10 Rn. 23 ff. この三分説についてはさらに、香川・前掲注 (41) 152-153 頁参照。

⁴⁴ *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 43), S. 266; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 43), § 10 Rn. 24. なお、近時では、特別犯概念を特別の義務的地位にある者のみが正犯者となり得る犯罪として理解する見解も有力となっている (*Helmut Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2009, Kap. 8 Rn. 23; *Günter Heine/Bettina Weißer*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., 2014, Vor § § 25 ff. Rn. 82; *Günther Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, Abs. 6 Rn. 91; *Urs Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2013, § 8 Rn. 15 ff.; *Hellmuth Mayer*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 69 f.; *Joachim Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 27; *Claus Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2006, § 10 Rn. 129; *Günter Stratenwelth/Lothar Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, § 8 Rn. 4; *Hans Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 64)。

⁴⁵ *Gropp*, a. a. O. (Fn. 43), § 4 Rn. 5; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Fn. 43), S. 266; *Rengier*, a. a. O. (Fn. 43), § 10 Rn. 25.

を身体的または少なくとも一身的に遂行する者のみが正犯者となり得る犯罪⁴⁶と解されている⁴⁷。したがって、特別犯とは、換言すれば、特定の主体資格を欠く者はいずれの正犯類型にも該当し得ないような犯罪であるということになる。

スイスにおける特別犯概念も、基本的にドイツにおけるそれと同じであるといえよう。スイスでも、特別犯とは、正犯者に特別義務またはそれを伴う資格が要求される犯罪であるとされる⁴⁸。ドイツと異なるのは、こうした特別犯概念が、立法によっても採用されていると評価できる点である。すなわち、スイス刑法26条は、「特別犯に対する共犯(Teilnahme am Sonderdelikt)」という見出しが付され、「可罰性が正犯者の特別の義務(besondere Pflicht des Täters)によって基礎づけられ又は高められるとき、この義務を課せられていない共犯者は、刑が減輕される」という規定となっているため、スイス刑法は、同条にいう「特別の義務」が特別犯を標識するメルクマールであるということを前提したと考えられるのである。Donatschも、スイス刑法26条について次のように説明している。「26条においては、特別の義務に基づいて可罰性が基礎づけられ又は高められる真正又は不真正な特別犯(echtes oder unechtes Sonderdelikt, dessen Strafbarkeit aufgrund einer Sonderpflicht begründet oder erhöht wird)への共犯者が、正犯者の犯罪への関与と

⁴⁶ Gropp, a. a. O. (Fn. 43), § 4 Rn. 6; Jescheck/Weigend, a. a. O. (Fn. 43), S. 266; Rengier, a. a. O. (Fn. 43), § 10 Rn. 29.

⁴⁷ これに対してPiotetは、Sonderdelikteを「法律上の定義により、特定の者のみが直接単独正犯(unmittelbar handelnde Alleintäter)として処罰され得る犯罪行為」(Paul Piotet, Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre, ZStW 1957, S. 34)とし、後述のオーストリア流の定義を用いている。

⁴⁸ Andreas Donatsch/Brigitte Tag, Strafrecht I, 8. Aufl., 2006, S. 96 f.; Franz Riklin, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., 2002, § 9 Rn. 20 ff.; Günter Stratenwelth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl., 1996, § 9 Rn. 5. Vgl. auch Jörg Rehberg, Strafrecht I, 5. Aufl., 1993, S. 57; Stefan Trechsel/Peter Noll, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6. Aufl., 2004, S. 80 f.

して処罰されるということが規定されている。したがって、真正又は不真正な特別犯への共犯者にとっては、当該特別犯の法定刑が常に重要となる。対応する特別の義務 (*entsprechende Sonderpflicht*) が共犯者には存在しないのであるから、このことは自明ではない。こうした事情、つまり特別義務の欠如 (*fehlende Sonderpflicht*) は、48a 条における刑の必要的減輕によって考慮される。⁴⁹

こうして見てくると、わが国における身分犯概念には、ドイツおよびスイスにおける特別犯概念と決定的に異なる点がある。すなわち、ドイツおよびスイスにおける特別犯では、——間接正犯者および共同正犯者を含む——正犯者の範囲が限定されるのに対して、わが国における身分犯概念では、あくまでも直接単独正犯者としての行為主体の範囲が限定されるにすぎないのである。それを超えて、わが国の身分犯においても正犯者たり得るのは身分者のみであるかという点は論理的に後行する問題であり⁵⁰、ドイツおよびスイスにおける特別犯概念の定義方法は、同様の問題をめぐる議論がある程度収束したことによるものであろう。したがって、ドイツおよびスイスにおける特別犯概念は、わが国における身分犯概念とは大幅に異なるものであるため、やはり、ドイツおよびスイスにおける „Sonderdelikte“ を「身分犯」と和訳するのは不適切であり、「特別犯」とするのが適切であると思われる⁵¹。

（２）ドイツ刑法28条における「特別の一身要素」と わが国における身分

なお、わが国における身分とドイツ刑法28条にいう「特別の一身要素 (*besondere persönliche Merkmale*)」を同視し、あるいは、類似の概

⁴⁹ *Donatsch/Tag*, a. a. O. (Fn. 48), S. 187.

⁵⁰ つまり、非身分者による身分犯の間接正犯および共同正犯の成否は、間接正犯および共同正犯の帰属原理ならびに身分の法的性質から明らかになるものであって、身分犯概念自体に、あらゆる正犯者の範囲を限定する機能が内在しているわけではないということである。

⁵¹ なお、小池信太郎＝神馬幸一（訳）「スイス刑法典第1編総則」慶應ロー 36号（2016年）304頁は、スイス刑法26条の見出しにおける „Sonderdelikt“ を「特別義務犯」と和訳しており、適切であると思われる。

念と見る見解⁵²が存在するため、両者の関係についても確認しておくこととする。

ドイツ刑法28条は、特別の一身要素⁵³の取扱いについて規定しており、同条は、共犯の従属性を修正・緩和する規定であると考えられている⁵⁴。そこから判例・通説は、行為関係の要素 (tatbezogene Merkmale) は同条にいう特別の一身要素に該当せず、行為者関係の要素 (täterbezogene Merkmale) のみが同条にいう特別の一身要素に該当するという基準を採用している。近時はこうした区別基準に対して批判的な見解も多く主張されているが、結局特別の一身要素とは、他の関与者に対して (少なくとも完全には) 従属的に作用しない要素であるということになる。したがって、それ以外の基準も、結局、それを欠く関与者に対しても完全に連带的に作用すべき一身要素とそうでない一身要素との区別基準の設定の仕方が異なるにすぎない。

⁵² たとえば、伊藤亮吉『目的犯の研究序説』(成文堂、2017年) 333頁は、「ドイツ刑法28条はわが国の刑法65条に相当する規定であり、ここで規定する『特別の一身要素』がわが国における身分に相当する。そして、特別な一身要素が『正犯の可罰性を基礎づける』場合には、この要素をもたない共犯(教唆犯、幫助犯)は刑の減輕がなされ(1項)、特別な一身要素が『刑を加重、減輕、阻却する』場合には、この要素の有無に応じて関与者(正犯、共犯)各自の犯罪が成立する(2項)。1項は真正身分犯における犯罪成立に関する身分の連帯的作用を定め、2項は不真正身分犯における犯罪成立に関する身分の個別的作用を定めた規定であると一般に解されている」とする。また、大塚仁ほか(編)『大コンメンタール刑法 第5巻』(青林書院、第3版、2019年) 769頁〔川端博〕は、ドイツ刑法28条における特別の一身要素を念頭において「ドイツ刑法における身分概念」と表現している。そのほか、香川・前掲注(41) 10-12頁、松生光正「刑法第六五條の『身分』概念について(一)」姫路18号(1996年) 5頁以下。

⁵³ 「特別の一身要素」は、ドイツ刑法14条において「特別の一身資格、関係又は事情 (besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände)」と定義されている。

⁵⁴ Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lerhbuch, 10. Aufl., 1995, § 32 Rn. 9; Udo Ebert, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1994, S. 188; Urs Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2011, § 38 Rn. 22; Brian Valerius, Besondere persönliche Merkmale, Jura 2013, S. 17.

また、特別の一身적要素の概念には、通説の理解によれば、29条が適用される一般的責任阻却事由（allgemeine Schuldausschließungs-）および一般的免責事由（allgemeine Entschuldigungsgründe）にあたるものを除くすべての行為者關係の要素が含まれる⁵⁵。したがって、中止未遂（24条）や議員の免責特権などもこれに含まれることになる⁵⁶。

さらに、わが国においてはあまり意識されていないように思われるが、ドイツ刑法28条によって取り扱われるのは、特別犯（Sonderdelikte）だけではない。この点について *Langer* も、「より正確に見ると、特別犯概念と旧50条2項〔現行刑法28条2項の前身であり、1943年6月15日施行の刑法50条2項を指す＝筆者注〕は相互に依存していないということがわかる。というのは、…一般的な見解によると、この規定は特別犯（Sonderstraftaten）の範囲を超えるものだからである。たとえば、窃盗罪は以下のいずれの場合においても一身적要素による修正があるにもかかわらず普通犯のままであることに争いはないが、窃盗罪では、旧244条における再犯（Rückfall）は『刑罰を加重する一身적資格』とされ、248a条における困窮（Not）は『刑罰を減輕する一身적關係』とされるのである」と指摘している⁵⁷。

わが国における身分との異同という観点からは、ドイツにおける特別の一身적要素について以下のことを指摘することができよう。

第一に、ある要素がドイツにおける特別の一身적要素にあたるか否かは、それを欠く関与者に対して完全に連帶的に作用すべき性格を有しているか否かということ基準として判断されるのに対し、ある要素がわが国における身分にあたるか否かは、専ら構成要件該當行為の主体を特徴づけるものであるか否かということ基準として判断され、それを欠く関与者に対する作用とはまったく無関係であるということである。つまり、ドイツにおける特別の一身적要素はそれを欠く関与者に対する作用まで考慮される概念であるのに対し、わが国における身分は専ら行為主体を特徴づけるものであるか否かが考慮される概念なのである。

⁵⁵ *Heine/WeiBer*, a. a. O. (Fn. 44), § 28 Rn. 9.

⁵⁶ *Heine/WeiBer*, a. a. O. (Fn. 44), § 28 Rn. 14.

⁵⁷ *Winrich Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972, S. 113.

第二に、ドイツにおける特別の一身の要素には、犯罪類型とは無関係な一般的な要素も含まれるということである。これに対し、わが国における身分は、構成要件該当行自体の行為主体を特徴づける構成要件要素であるから、そうした一般的な要素は含まれないのである。

第三に、ドイツにおける特別の一身の要素に関する議論を参考とする見解は、特別の一身の要素と、(ドイツにおける意味での) 特別犯を標識するメルクマールとが一致することを前提としているのではないかと思われるが、特別の一身の要素は、特別犯を標識する要素の他にも様々な要素を含んでおり、そうした前提には誤りがあるのである⁵⁸。

このように、ドイツにおける特別の一身の要素の概念も、わが国における身分概念とはまったく異なるものである。したがって、特別の一身の要素を身分と表現することも妥当でないように思われる。

第2項 オーストリア

興味深いことに、オーストリアにおける特別犯概念は、ドイツおよびスイスにおけるそれとは異なるかたちで理解されている。オーストリアでは、特別犯とは、行為主体がある一身の資格または関係を備える者に限定された犯罪類型として理解され⁵⁹、さらに、その一身の資格または関係が行為の不法に関係する特別犯 (*unrechtsbezogene Sonderdelikte*) は、自手犯 (*eigenhändige Delikte*) と特別義務犯 (*Sonderpflichtdelikte*)

⁵⁸ とはいえ、そもそもドイツにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念が大きく異なるものであることは、既に指摘した通りである。

⁵⁹ *Helmuth Fuchs/Ingeborg Zerbos*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 2018, 10. Kapitel Rn. 36; *Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel/Robert Kert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., 2016, E 7 Rn. 4; *Adrian Eugen Hollaender/Christoph Mayerhofer*, Grundlagen des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil I, 2007, S. 152 f.; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 6), § 14 Rn. 1; *Stefan Seiler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., 2016, Rn. 127; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT², Kap. 3 Rn. 108; EBRV 1971, S. 79; vgl. auch *Schmoller*, a. a. O. (Fn. 6), S. 388 f.

に區別される⁶⁰。詳細は後述するところに譲るが、前者は、一身の資格または關係を備える者が直接的に行為を遂行することによって不法が基礎づけられる犯罪類型、後者は、一身の資格または關係を備える者による義務違反によって不法が基礎づけられる犯罪類型を意味する。オーストリア刑法14条はこうした特別犯概念を前提とする規定であり、同条にいう「特別の一身の資格又は關係 (besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse)」とは、特別犯を標識するメルクマールをいうものと理解されている⁶¹。ただし、オーストリア刑法14条1項1文は、不法に關係する特別の一身の資格または關係が全關与者に対し從屬的に作用することを規定しているが、統一的正犯体系の帰結として主觀的不法要素は全關与者が独自に備えていなければならないため、少なくとも主觀的不法要素は、それが特別犯メルクマールであろうとなかろうと、14条1項にいう「特別の一身の資格または關係」には該当しないとされる⁶²。

オーストリアにおける特別犯概念がドイツにおけるそれと異なるという点について、*Triffterer* は、「とりわけ、ドイツの學說においては状況が異なり、普通犯 (Allgemein-)、特別犯 (Sonder-)、自手犯 (eigenhändige Delikte) という三分類 (*Dreiteilung*) が見られる。しかし、オーストリアの法体系によれば、不法が『行為者の特別の一身の資格又は關係に依存する』すべての犯罪 (*alle Delikte, in denen das Unrecht „von besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen des Täters abhängig“ ist*) が、14条において共通の規制を受けてきた。それゆえ、いわゆる自

⁶⁰ *Ernst Eugen Fabrizy*, in: Frank Höpfel/Eckart Raz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., 112. Lfg., 2014, § 14 Rn. 13; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 59), E 7 Rn. 26; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 6), § 14 Rn. 9 ff.; *Seiler*, a. a. O. (Fn. 59), Rn. 891 ff.; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT², Kap. 16 Rn. 121 ff.; *ders.*, a. a. O. (Fn. 6), *Beteiligungslehre*, S. 86 ff.; vgl. auch EBRV 1971, S. 81 f.

⁶¹ *Fuchs/Zerbes*, a. a. O. (Fn. 59), Kap. 35 Rn. 1; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 59), E 7 Rn. 16; *Öner/Schütz*, a. a. O. (Fn. 6), § 14 Rn. 1; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT², Kap. 16 Rn. 115; EBRV 1971, S. 81.

⁶² *Kienapfel/Höpfel/Kert*, a. a. O. (Fn. 59), E 7 Rn. 23; *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT², Kap. 16 Rn. 118.

手犯も含まれるところの、14条の適用範囲全体に対して、『特別犯』という名称が定着してきた。それに伴い、自手犯は通常、特別犯の下位グループ (*Untergruppe*) と見なされる。その意味で、特別犯を上位概念 (*Oberbegriff*) と見なし、特別義務犯と自手犯とに分割することが、用語法的に意味があると思われる』⁶³と明確に指摘している。ドイツおよびスイスでは、正犯者の範囲が制限される犯罪類型の一種を指す概念として特別犯という概念が用いられているのに対して、オーストリアでは、行為主体の範囲が制限される犯罪類型全体を指す概念として特別犯という概念が用いられており、特別犯概念の役割は大きく異なっているといえよう。

このように見てくると、オーストリアにおける特別犯概念とわが国における身分犯概念は、極めて近似するものであるということが明らかとなる。

まず、オーストリアにおける特別犯概念は、ドイツおよびスイスにおけるそれとは異なり、行為主体に一定の特徴が要求される犯罪類型のすべてを含むものである。わが国における身分犯概念も、そうした犯罪類型のすべてを含むものであり、両者の着目する点は一致しているのである。

さらに、オーストリアにおける特別犯概念は、あくまでも直接単独正犯としての実現に着目したかたちで定義されるものであり、この点もわが国の身分犯概念と同様である。ドイツおよびスイスにおける特別犯概念は、特別犯を標識するメルクマールを備えていない者が正犯となり得ないものと理解されていたのとは対照的に、オーストリアにおける特別犯概念は、そのように解されていないのである。

以上のように、これまでわが国においてあまり言及されることのなかったオーストリアの特別犯概念は、わが国の身分犯概念と極めて近似するものである。したがって、わが国における身分犯概念をどのように考えるか、身分犯を犯罪論の中においてどのように取り扱っていくかを検討する上で、示唆に富むものであるように思われる。

⁶³ *Triffterer*, a. a. O. (Fn. 6), AT², Kap. 3 Rn. 106.

第3項 小括

従来わが国の身分犯論において参考とされてきた、ドイツおよびスイスにおける特別犯概念は、わが国における身分犯概念とは異なるものであり、身分犯概念の具体的範囲を明らかにするという観点からは、参考としにくい面を有している。異なる概念どうしを同一または類似の概念と考えて比較してきたことが、身分犯概念の解明を妨げてきたとさえいえるかもしれない。それに対し、従来あまり参考とされてこなかったオーストリアにおける特別犯概念と、わが国における身分犯概念は、少なくとも定義としては同一の概念である。それゆえ、わが国における身分犯概念および身分犯をめぐる諸問題を解決していくにあたっては、オーストリアにおける特別犯概念こそ少なからぬ示唆をもたらすものと思われる。

次章では、オーストリアにおける特別犯論を適宜参照しながら、わが国における個別具体的な要素について身分性を検討することとする。

【付記】

本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文(2019年9月25日授与)「複数人の事實的共働による身分犯の實現に関する理論」に加筆・修正したものである。なお、執筆にあたり、日本學術振興会特別研究員奨励費(18J112250)の助成を受けた。

ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判(5)

——ハインリヒ・フォン・シュルトハイスの
『詳細なる手引き』を手掛かりにして*——

前 田 星

目 次

はじめに

序論 研究の射程

第1節 魔女研究における法史的研究：手続論と学識法曹

(1) 魔女研究史の概観

(2) 法史的研究の意義

第2節 本稿について

(1) 研究の目的と対象

(2) 論文の構成 (以上、70巻4号)

第1章 地域・著者・史料

第1節 17世紀ヴェストファーレン公領の魔女迫害

(1) 対象地域の地理的概要と裁判権

(2) 魔女裁判をめぐる状況

(3) 魔女コミサール (以上、70巻5号)

第2節 史料について

(1) 学識法曹ハインリヒ・フォン・シュルトハイス

(2) 魔女裁判マニュアル『詳細なる手引き』

第2章 例外犯罪としての魔女術罪

第1節 魔女＝例外犯罪？

*本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文(2019年3月25日授与)「ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判：ハインリヒ・フォン・シュルトハイスの『詳細なる手引き』を手掛かりにして」を加筆・修正したものである。

- （１）例外犯罪であること
- （２）例外犯罪の歴史
- （３）例外犯罪論の分析にあたって（以上、70号6号）

第2節 魔女術の例外犯罪性

- （１）例外犯罪の性質・具体的な犯罪群について
- （２）裁判権に関する例外
- （３）刑罰・処置に関する例外（以上、前号）
- （４）手続に関する例外① ー被告人の防御の権利
- （５）手続に関する例外② ー拷問と証人

第3節 小括 ーシュルトハイスの手続と近世の例外犯罪論

（以上、本号）

第3章 組織犯罪としての魔女術罪

第1節 魔女の集団

第2節 組織犯罪性

第3節 小括 ー魔女裁判手続と魔女術犯罪の組織性

第4章 魔女術罪と宗教

第1節 魔女術と宗教の関わり

第2節 魔女と悪魔

第3節 魂の救済

第4節 魔女裁判手続における宗教的要素の意義

終章 近世刑事司法の中の魔女裁判と学識法曹

第1節 学識法曹としてのシュルトハイスの立ち位置

第2節 課題と展望

（４）手続に関する例外① ー被告人の防御の権利

おそらく多くの魔女研究において強調される魔女術罪の例外性とは、手続的な保障の緩和の事を指すと思われる。魔女裁判の手続に関する批判は、啓蒙時代を待たずに、同時代から既に存在していた¹。シュペーもまた、『刑事的警告』の第4問において魔女術が例外犯罪である事を認めながら、しかし続く第5問においてそれが誤りであるか、刑罰に関し

¹ Winfried Trusen, Rechtliche Grundlagen der Hexenprozesse und ihrer Beendigung, in: Sönke Lorenz (Hrsg.), Das Ende der Hexenverfolgung, Stuttgart 1995, S. 203-226, ここでは S. 211-215.

でのみに限られる、と述べている²。つまり、シュペーはいかに例外犯罪であっても、それは手続的な制限を緩和するものではなく、量刑の分野に限られるという認識を持っていた。このようなシュペーの主張からもわかるように、例外犯罪論の法的効果については、刑罰や処置において例外的な取り扱いが許されるかということよりも、手続において例外が許されるかどうか、許されるとすればどのような場面でどの程度の例外的取り扱いが許されるのか、ということがより激しい議論の中心であったようだ。

先行研究において指摘される魔女裁判における非人道性のひとつが、被告人の防御の機会がない、あるいは制限されていることである。魔女術が例外犯罪であると認めているような法学者たちであっても、被告人の十分な防御の権利を認めている。例えばブルネマンは次のように述べている。「公知ないし明白な犯罪の場合、被告人に防御の余地がなく、防御を与えることが全く無意味であるという主張がある。しかし私は、公知の犯人においても被告人に防御が拒まれるべきではない、と回答する」³。また、より直接的に魔女術罪についても「最重罪において、つまり毒殺、魔術において、また通常隠匿されるような罪において、被告人は防御を許されるべきでないとされる。しかし、どの法においても、最重罪において被告人が防御を許されるべきではない、とはなく、許される

² Friedrich von Spee, *Cautio Criminalis*, Paderborn 1631, Q. 4, p. 8 „An crimen hoc sit ex genere exceptorum? Respondeo, Quod sic.“; Q. 5, p. 12, „vt proinde satis hinc arguatur multorum imperitia, ac bene doceat Farinacius q. 37. nu. 90. hanc doctrinam, quod in exceptis liceat ordinem iuris negligere, vel stricte loquendo esse falsam, vel intelligi solum oportere de punitione tantum.“

³ Johannes Brunnemann, *Tractatus Juridicus de Inquisitionis Processu*, in gratiam illorum, qui causas criminales tractant, olim conscriptus, postea emendatus et plurimum auctus jam nona vice in lucern editus, Frankfurt a.M. 1648, C. 8, Membr. 3, §. 6, n. 6, p. 130, „Sed, inquiunt, interdum versamur in delicto notorio ac manifesto, ubi absurdum esset, reum ad defensionem admittere, cum nulla ipsi competat. Sed respondeo, quod etiam in notoriis criminibus defensionem reo non denegandam esse.“ 上口裕『近世ドイツの刑事訴訟』成文堂、2012年、170頁。

べきであるという対照的な意見が一般に受け容れられている」と述べている⁴。つまり、たとえ最重罪においても、あるいは「公知の理論」を持ち出したとしても、被告人の防御の権利が認められないことがあってはならないと論じているのである。ブルネマンが引用しているファリナキウスも、最重罪や秘密犯罪であっても、防御の機会を与えたり、そのために徴表の写しを与えることを拒絶してはならないと述べている⁵。いかなる場合においても防御の機会は認められねばならず、それは大逆罪や

⁴ Brunnemann, aa.O. (註3), C. 8, Membr. 3, §. 8, n. 8, p. 131, „Versamur inquit, in delicto atrocissimo v. g. veneficii, magiae, & quod occultari solet maxime, ubi non videtur reus ad defensionem admittendus. Sed cum nullibi in jure habeatur, in atrocissimis delictis reum ad defensionem non esse admittendum, & contraria sentential, quod admittendus sit, communiter recepta sit.“ 上口、前掲書（註3）、171頁。

⁵ Prospero Farinacius, Praxis et theoriae criminalis, Frankfurt a.M. 1606, Q. 39, n. 41, p. 214, „AMPLIA XI. Et principaliter huius quaestionis regula procedat etiam in atrocissimis, in quibus adhuc reo minimè denegandas defensiones, & indiciorum copias cum termino competenti ad purgandum indicia antequam torturae subiiciatur, scripserunt Carrer. in *practica crimina. in 2. tractatu de indic. & toriu. §. circa quiniū. numer. 16* vbi allegat Gramm. *voto 34. in fine*, Marsil. in *practica. §. diligenter, sub numr. 157 & seqq. & praesertim, numer. 175.* dicentes quòd in enormibus criminibus seraundae sunt eadem iuris solemnitates, quae in aliis seruantur, idem Gramm. *voto 30. numer. 2. iuncto numer. 31.* vbi loquens in crimine veeni, & parricidij, & sic in enormissim o crimine, adhuc concludit reum esse admittendum ad suas defensiones faciendas cum termino, Ioan. Maria Monticell. *regu. crimin. 14. numer. 3.* vbi quòd nullibi in iure contrarium reperitur Boss. in *titu. de indic. & considerat. ante torutu. numer. 77. & seq.* vbi generaliter loquitur etiam quòd quis sit delatus maximi delicti, latè hanc defendit ampliacionem Rolan. *consilio 12. numer. 58. in fi. & numer. 61. 62. 76. 79. ver. Non obstat, & num. 98* vbi de communi *libr. 3.* Francisc Personal. in *tracta. de indic. & tortu. nume. 23. versicul. Meritò in his criminibus*, vbi loquitur non solum in atrocissimis, sed, quod plus est, etiam in occultis, & iis, que sunt difficiliss probatinis, Hieronym. Lauren. *decis. Auenionem. 15. num. 3. iuncto num 6. versicul. Quaemuis etiam, & num. 6. num. 10. & num. 18.*“

異端においても同様である⁶。

また、例えばコッホの研究に拠れば、魔女裁判においても被告人の防御の権利は認められた⁷。ここでコッホが述べている被告人の防御の権利というのは、具体的には職権によって被告人に弁護人が常にあてがわれたことを意味している。プルネマンも被告人の防御の権利について議論しているが、カルプツォフもまた、弁護人をつけることを全ての場合に認めていた⁸。カルプツォフは第115問において防御について全般的に論じているが、それが最重罪においては制限されうるとか、あるいは公知の場合には制限されうるといった表現はない。すなわち、彼はあらゆる場合に防御の権利が認められると考えているのである。さらに第74番においては「防御の優位 (favor defensionis)」という原則を取り挙げて、被告人側の防御に、原告側に対する有利を与えている⁹。

シュペーもまた、この防御の権利について論じている。彼は『刑事的警告』の第17問において「魔術の事件において逮捕された者に防御が許されるべきか、また弁護人が認められるべきか」という問を立てている¹⁰。シュペーに拠れば、しばしば魔女術罪が例外犯罪であるという理由から、いかなる種類の防御であっても許されないと考える者がいると

⁶ *ibid.*, Q. 39, n. 44-45, p. 215.

⁷ Arnd Koch, Die Grundlagen des deutschen Strafverfahrens. Zehn verbreitete Fehlvorstellungen und ihre notwendige Korrektur, in: Hinrich Rüping, Georg Steinberg (Hrsg.), Macht und Recht. Zur Theorie und Praxis von Strafe, München 2008, S. 393-408, ここでは S. 400.

⁸ Benedict Carpzov, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium* [...], pars. 3, Wittenberg 1670, Q. 115, n. 93, p. 142f., „Non tamen indifferenter admittendi sunt Advocati, sed tantummodò honesti, porbi & docti viri, non litium criminalium confutores, nec Rabulae loquentes non eloquentes, nex pravi non gnavi, nec tabifici non pacifici, ut dicit *Ventur. de Valent. in parth. litigios. lib. 2. cap. 7. nu. 26.* quorum opera justitia causae non promovetur, sed lites criminales procrastinantur.“

⁹ *ibid.*, Q. 115, n. 74, p. 141, „Notandum autem est, qvòd in favorem defensionis multa admittantur“.

¹⁰ Spee, a.a.O. (註2), Q. 17, p. 94, „An captis in causa Magiae permittenda defensio sit, & Aduocatus concedendus?“

いう¹¹。シュペーは、確かにローマ法に拠れば、防御の権利や弁護人が認められない場合があるが、しかしこれは被告人が罪を認め、十分明らかである場合の話であると述べる¹²。一方、犯罪が確立していないなら、被告人には防御や弁護人をつけることが許されねばならず、これは多くの法学者たちの共通見解であるとされる¹³。ここにはクラールスやファリナキウス、タナーに加え、デルリオや『鉄槌』の名まで挙げられている。こうして、シュペーは被告人の防御の権利を認めるのである。

シュペーが名を挙げているように、悪魔学者たちもこの防御の権利に完全に反対することはしていない。しかしながら、例えばデルリオを見てみると、直接的にはないものの、被告人の防御の権利に圧力をかけようという思惑を読み取ることができるかもしれない。というのも、デルリオは、確かに弁護人をつけることは認めているが、その弁護人について若干の留保をつけているからである。彼は魔女の弁護人について、

¹¹ *ibid.*, Q. 17, p. 94, „existimant imperiti (imo malitiosi & iniqui, cum tam imperitus vix quisquam esse possit) quia Crimen hoc Sagarum exceptum sit, omnem prorsus defensitorem prascindi oportere.“

¹² *ibid.*, Q. 17, p. 94f., „RESPONDEO I. Cum liquidum est de crimine excepto, reiicitur defensio, & negatur aduocatus ex iure communi iuxta cap. finale de Haereticis in 6. & legem quisquis, §. denique, C. ad leg. Iul. & leg. per omnes, quod si capta quaequam crimen quidem de se non negat, sed crimine admissio, defendere illud cupit, id est, excusare, vt verbi causa obtinendo artem esse liberalem, vel Daemone se decptam, coactam, &c. potest ei negari defensio & aduocatus. RATIO est: quia excusationes huiusmodi friuolae sunt, ac proinde explodi possunt, nex audiri, praesertim cum iam sat excussa & definita sit huius criminis atrocitas a communi Doctorum consensu. Sed hic difficultas non est, nex de hoc casu proposita questio procedit.“

¹³ *ibid.*, Q. 17, p. 95, „RESPONDEO II. Cum non plene & plane constat de crimine, admittenda defensio est, & aduocatus concedendus ex sententia communi, vt vide apud Iulium Clarum, §. haeresis, num. 16. & Farinacium quaest. 39. num. 109. & 167. quod etiam seruandum in criminibus Exceptis, vt bene sentiunt Autores citati a Delrio, & post eum a Tannero de Iustitia disp. 4. quaest. 5. dub. 3. num. 76. nimirum Doctores Ingolstadiensis, Friburgenses, Patauini, Bononienses, Autores Mallei Eimericus, Penna, Humbertus, Simancha, Bossius, Rolandus, &c.“

もし相手が魔女であることを知りながら弁護したとすれば、弁護した者は弁護された魔女よりも悪く、共犯者と見なされると述べている¹⁴。デルリオに拠れば、勿論相手が魔女であると知らなかった場合は罰せられないが、それも防御によって裁判が妨害されなかった場合に限ると述べられている。そしてもし魔女であることを知りながらその相手を弁護したなら、破門に始まり、職や地位や財産の喪失、追放といった罰を受けなければならないとしている。このようにデルリオは、魔女裁判における弁護人に対して、牽制とともとれるようなことを述べている。

シュルトハイスはどのように述べているだろうか。シュルトハイスは防御の機会のために時間を設けることについて厳しく反対している。「彼らに8日の時を防御のために定めることは……無駄な事であるのみならず、危険な行為である」とシュルトハイスは論じている¹⁵。この文言とともにシュルトハイスが言及しているのは、徴表の写しを被告人に与

¹⁴ Martin Delrio, *Disquisitionum Magicarum Libri Sex*, Louvain 1599/1600, L. 5, §. 4, p. 378f., „3. est, cum sortiarij, vt plurimum etiam sint haeretici: eos qui scienter defendunt ipsos & errores eorum esse ipsis deteriores, proque socijs habendos qui nesciunt esse sortiarios, hi punendi non sunt, vt tales: nisi sua defensione iudicis officium impediunt. Qui scientes esse sortiarios, non defendunt errorem, sed personam tantum: illi se valde suspectos reddunt, & contra illos specialiter in quiri potest, & ob defensionem hanc sunt puniendi: vt & aduocati & notarij: illi, si scienter & sponte in iudicio patrocinantur, venia non petita vel ad hoc a iudice non deputati, si instrumenta scienter illis confecerint. Quod si iudices, vel Domini eos in suis iurisdictionibus, aut terris defenderint: primo sunt excommunicandi, & post pertinaciam officijs, dignitatibus, & bonis priuandi, & in exilium mittendi, vt regijs Hispaniae & Siciliae constitutionibus iustissime cauetur. fallit haec 3. regula, quando sortiarij non sunt haeretici.“

¹⁵ Heinrich von Schultheiß, *Eine Außführliche Instruction Wie in Inquisition Sachen des grewlichen Lasters der Zauberey gegen Die Zaubere der Göttlichen Majestät vnd der Christenheit Feinde ohn gefahr der Unschuldigen zuprocediren*, Köln 1634, C. 6, S. 273. 略は筆者による。„daß alßdan nicht allein ein vergeblich sonder ein gefährlichs werck were/ [...] darbey jhnen 8. tag zeit *ad defendendum* zustatuiren.“

えることである。既にかいたように¹⁶、徴表が証明されるか否かは、魔女裁判において決定的な要素のひとつであった。徴表の内容への抗弁は、被告人が拷問を受けずに済む道であった。そのため、『カロリナ』第73条においては聴取された証言が開示され、特にその写しが被告人に渡されなければならないと定めている¹⁷。しかし、シュルトハイスは徴表の写しを被告人に与えた場合、悪魔を通じてそれが他のまだ捕らえられていない魔女たちに伝えられ、結果として魔女の訴追に支障を来すと論じている。さらにシュルトハイスは防御の機会について次のような論を展開している。まず彼の言うところによれば、防御の機会を設けなければならないのは告訴手続の場合であり、糺問手続においてはその必要はない¹⁸。そして街道強盗を例に挙げながら、「公知」の場合においては、徴

¹⁶ 拙稿「ヨーロッパ近世刑事司法の中の魔女裁判（２）」『北大法学論集』第70巻5号、2020年、34-35頁。

¹⁷ Friedlich Christian Schroeder (Hrsg.), Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und Heiligen Römischen Reichs von 1532 (Carolina), Stuttgart 2000, S. 57; 上口裕「翻訳 カール5刑事裁判令(1532年)試訳(1)」『南山法学』37巻1・2号、2014年、149-200頁、182頁。

¹⁸ Schultheiß, a.a.O. (註15), C. 6, S. 268. „Wann auff anrufen einiges anklegers/ durch den weg der anklagung die Obrigkeit gegen einen Peinlich beklagten verfaret/ so muß die Obrigkeit den gemeinen Ordentlichen weg halten/ von den Peinlich anklegern die Peinliche anklag auff und annehmen/ auch denselben handtfast halten/ biß er gnugsame *Caution praestirt*, die *articulirte* anklag wirt nach dem der Peinlich angeklagter darauff geantwortet/ den beklagten abschriftlich *communicirt*, dem ankleger muß zeit seine *articulirte* klag zubeweisen angesetzt/ auch den Peinlich beklagten *Directorium probandi cum cominibus testium* vmbseine fragstücke zuuerfertigen zugestellt werden. Vnd muß der Richter in diesem wege der anklagung dem beklagten auch zeit geben vmb sein *defensional articul* zu *exhibiten*, vnd sintemahlen zwischen dem anklegern vnnnd Peinlich beklagten der *process* geführt wirt/ vnd der ankleger *in affirmatiuis*, der beklagter aber *in negatiuis* besteht/ So erfürdert des Richters ampt daß derselb ob *in affirmatiuis pro accusatore, contra Reum, vel in negatiuis pro reo, contra accusatorem* zuerkennen vrtheile/ daß *verbi gratia*, der Peinlicher ankleger sagt/ der Peinlich angeklagter sey auff geführte kundtschafft vnd fürbrachte *indicien*, durch die

表が十分にあるのであれば被告人に防御の機会を与えることなく拷問に進むことができると述べる¹⁹。そして『カロリナ』の第77条²⁰を引きながら、裁判の迅速化のためにもこのような措置は妥当なことだと論じている²¹。このような主張からは、シュルトハイスが魔女術罪の被告人に対して防御の機会を与えることを忌避していることがわかる。既にカルプツォフやブルネマンに見たように、大多数の近世刑事法学の学説におい

Tortur zufragen/ der Peinlich angeklagter sagt/ er sey nicht *zutorquiren*/ als muß darvber der Richter erkennen vnd ein Rechtmessiges vrtheil geben/ die vrsach/ warüb so ordentlich durch den weg der anklagung zu *procediren*, ist diese/ Nemblich weil ein jeder für Fromb so lang zuhalten/ biß ein anders vber jhnen bewiesen wirt/ weiln der anklager mit seiner anklag Rechtlicher gebür noch allerdings gefast seyn vnd der Richter so wenig an deß Peinlich anklegern/ alß an Peinlich beklagten seitden *pendiren* vnd dem Rechtens seinen ordentlichen weg keinem zu nachtheil abschneiden muß/ aber wann die Obrigkeit durch den weg der *inquisition* auß tragendem ampt zu bestraffung deß bösen *procedirt*, so wirt schlecht durch einziehung der warheit/ ob nemblich solche vbelthaten begangen/ vnd durch welchen vervbtt sein mögten/ ohn Form ordentlichen Proceß verfahren“.

¹⁹ Ebd., C. 6, S. 271, „auff solchen fall werden den Strassenreubern/ die *indicia* nicht Copeilich *Communicirt*, noch auch *terminus defendendi statuirt*, sondern es wirt/ wie in offenbahren vnlaugbahren fellen cndd gebrüchlich *absque, strapitu Iudicii de plano, via regia procedirt*“; Ebd., S. 272, „Vnd weilen die fünff Personen Strassenraubere seyn/ vnnd vnmöglich ist/ daß sie der *Tortur* sich entladen können/ *Ergo* ist schleunig mit der *Tortur* zuuerfahren vnd gefährlich nicht zuuerziehen; Es wehre an sich selbst einlauter vergeblicher auffenthalt/ vnd närrischer auffzug“.

²⁰ Schroeder (Hrsg.), a.a.O. (註17), S. 59, „77. Item vnkosten zuuermeiden, Setzen vnd ordnen wir, daß inn allen peinlichen sachen dem rechten schleuniglich nachgegangen, verholffen vnd geuerlich nit verzogen werde.“ 上口、前掲論文 (註17)、183頁。「第77条 同じく、費用節減のため、朕は、全ての刑事事件において訴訟 (das recht) が迅速に行われ、かつ故意に (geurlich) 遷延されないことを定め命ずる。」

²¹ Schultheiß, a.a.O. (註15), C. 6, S. 271, „Weil in allen Peinlichen sachen den rechten schleunig nachgangen/ verholffen/ cnd nicht verzogen werden soll. peincl. haltzg. odr. *car. v. art. 77*.“

ては、防御の機会を認めることが前提とされているため、シュルトハイスの主張は極めて異質なものであったと言える²²。

また直接的な被告人の防御の権利の制限ではないが、シュルトハイスは学識ある弁護人の存在を警戒しているようだ。というのも彼は、学識ある弁護人が弁護をするということが、被告人が魔女であるとの徴表のひとつとなり得ると述べているのである。シュルトハイスは徴表の34番目として、「弁護人、代理人、公証人、法律相談者が、魔術の悪徳のゆえに逮捕されたようなある人に仕え、かつ意図的に、またよく知らずから、法や博士〔の論文〕を曲げて書面において主張をしたか」という項目を設けている²³。この部分の欄外注で、シュルトハイスはデルリオの前述の箇所を引用しながら「裁判を中傷的にあるいは狡猾に非難する弁護人、代理人、公証人、法律相談者は自らに疑惑をもたらす」と述べている²⁴。このようなシュルトハイスの主張からは、学識ある人による魔女裁判への妨害を彼が快く思っていなかった様子が伝わってくる²⁵。勿

²² このような防御の機会を認めないことについては、悪魔の存在がその大きな根拠になっている。このような悪魔の存在の重要性については第4章において取り扱う。

²³ Schultheiß, a.a.O. (註15), C. 2, S. 92, „Ob ein Aduocat/ Procurator/ Notarius oder *Sollicitator* einem so deß Lasters der Zauberey halber verstrickt/ dienet/ vnd fürsetzlich vnnd wolwissent die *Iura* oder *Doctores* fälschlich in seinen Schrifften *allegirt*.“

²⁴ Ebd., C. 2, S. 92, „Aduocati Procuratores Noraeij, Sollicitatores processum calumniosè seu delosè oppugnantes faciunt se suspectos. *Delr. d. lib. 5. sect. 4. n. 4.*“ 挙げられているのはDelrio, a.a.O. (註14), L. 5, §. 4, n. 4, p. 379, „Quod de defensoribus dictum, idem de fautoribus obtinet: qui verbis, factis, consilio, vel pecunia eos iuuant.“

²⁵ シュルトハイスは『カロリナ』や1607年の魔女裁判令に挙げられている徴表群を具体化したのみならず、しばしば拡張し新たな徴表群を設けてさえいるのであるが、その新たな徴表群の中には魔女裁判遂行に対する妨害に関するものが多く含まれている。例えば32番目に挙げられた「裁判や悪徳の根絶のゆえにではなく、むしろ魔女コミサル、参審人、および審問に立ちあう他の者、ないし彼を連れてきた者について、ふさわしくない、恥ずべき、あるいは無責任な話をするか」や続く「それによって魔女に対して裁判がされなくてよいよう

論、シュルトハイスは魔女のための全ての弁護を禁じているわけではない。ただ、弁護人の存在についてのシュルトハイスの主張には、彼の経験が影響しているのかも知れない。『詳細なる手引き』第10章の記述が事実であれば、シュルトハイスは学識ある弁護人によって「不当に中傷された」経験があるようである²⁶。シュルトハイスのこのような記述は、魔女裁判とそれを遂行するコミサールに対する批判への牽制であると考えられることもできる。いずれにせよ、弁護人がいかなる場合も認められると論じる前述の法学者達の主張と比較すると、シュルトハイスの主張においては弁護人たちへの警戒心が前面に現れている。そしてそれは、デルリオとシュルトハイスを通じて魔女迫害推進者のあいだでの、ある種の共通点となっている。

以上のことから、被告人の防御の権利についてのシュルトハイスの主張が、同時代の刑事法学において一般に許されていないような制限を含んでいることが分かる。カルプツォフもブルネマンもいかなる場合であっても被告人に防御の機会を与えるべきであると明言しているのに対して、シュルトハイスは十分な徴表があれば防御の機会を与えずともよいと主張し、さらに魔女術罪の被告人を弁護する人に対して間接的に圧力をかけてさえいる。この点についてシュルトハイスの主張や態度は、例外犯罪論や当時の刑事法学の枠を大きく逸脱したものであると見なすべきだろう。

ところで、シュルトハイスのこの主張は、いずれも「必要はない」とか「できる」という書き方がしてある。このような記述からは、シュルトハイスも被告人の防御の権利を認めるのが「通常」であり、それを無視するのが「例外」であるという認識を持っているということが見てとれる。このような認識は、続く拷問と証人適格に関する記述において、

に、助言したり手助けをしたり、働きかけたりしたか」という項目等である。ここで挙げた学識ある弁護人による「法や博士〔の論文〕を曲げて」の弁護活動への警戒も、このような魔女裁判遂行の妨害という面から理解することができる。これらは組織犯罪としての魔女罪の性質とも関連しており、第3章で詳しく扱う。Schultheiß, aa.O. (註15), C. 1, S. 32f.

²⁶ Ebd., C. 10, S. 471-478.

より明白に現れてくる。

（５）手続に関する例外② 一拷問と証人

研究史上、拷問と魔女裁判（と糺問訴訟）との間には複雑な関係性がある。魔女研究においては、拷問は魔女裁判における証明手段として重視されている。無論、証明としての自白とそれを得るための拷問の重視は魔女裁判に限らない。近世の証拠法は法定証拠主義であった²⁷。つまり、証拠の価値は裁判官の心証によるのではなく、法によって定められていた。この時代において有罪判決を下すためには、二人の証人による証言か、被告人の自白が必要とされた。これは魔女裁判の場合においても同様であった²⁸。中世以来、刑事事件全般において自白を重視するようになり、その結果として拷問もまた重視される結果になった²⁹。しかし古い魔女研究においては、拷問は魔女裁判において決定的な役割を果たしたのみならず、魔女を生み出しさえした、と見なされていた³⁰。というのも、合理主義的アプローチからすると魔女は実在しない。魔女術の証明はその性質上困難であった以上、魔女を有罪として処刑するには、被告人の自白が必要とされた。この自白を得るために苛烈な拷問が加えられ、被告人は強制的に自白させられた、と考えられていたのである³¹。他方で、従来の法史的研究において拷問は糺問主義の重要な一要素として論じられていた。シュミットは拷問を、実体的真実の追究、職権によ

²⁷ 近世普通法の証拠法については以下の文献を参照。Hinrich Rüping, Günter Jerouschek, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 6. Auflage, München 2011, S. 44-46; 藤本幸二「中近世ドイツにおける証拠法の変遷について：カロリーナ刑事法典における法定証拠主義を中心として」『一橋論叢』第125巻1号、2001年、69-86頁；若曾根健治「徴表と有罪の理論をめぐる一問題：カロリーナにおける」『熊本法学』第13号、2014年、416-329頁。

²⁸ Koch, a.a.O. (註7), S. 400.

²⁹ 藤本、前掲論文（註27）、76-77頁。

³⁰ 例えば Norman Cohn, *Europe's Inner Demons*, London 1975.

³¹ この考えを反映している研究として、例えば Kurt Baschwitz, *Hexen und Hexenprozesse*, München 1963; Cohn, a.a.O. (註30); アン・ルーエリン・バーストウ (黒川正剛訳)『魔女狩りという狂気』創元社、2001年。

る手続と共に糺問訴訟の原理として挙げている³²。そしてまた、魔女裁判はこのような拷問を伴う糺問主義によって遂行され、大量迫害に至ったと見なされていた³³。このように、従来の研究においては魔女裁判と拷問と糺問主義は強く結びつけて考えられていたのである³⁴。

ところが、近年の法史研究は少なくともこの糺問主義と拷問の結びつきを弱めつつある。教会法史の研究者であるトゥルーゼン³⁵は、糺問主義と拷問を切り離した³⁵。トゥルーゼンに拠れば、糺問主義はインノケンティウス三世によって発明ないしは発展させられたが、インノケンティウス三世の目的は高位聖職者の犯罪を追求することであり、そのため被告人の権利には十分配慮された。また、証明方法は旧来の雪冤宣誓を利用していた。彼によれば、拷問はその起源を古代ローマ法に持っており、「重大な犯罪」（とりわけ大逆罪）の際に利用された。そして重要なこととして、拷問は「重大な犯罪」の際には、告訴訴訟においても利用されたのである。とはいえ、近世においても、魔女裁判において最も問題視されたのが拷問であったことは確かである。シュペーやトマジウスが拷問の非人道性を批判していたことは、研究者の内に限らず広く知られているし³⁶、とりわけシュペーに関する文献のほぼ全てが、彼が立証の手

³² Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965, S. 91-95.

³³ Cohn, aa.O. (註30)

³⁴ 例えば法制史の概説書においては、近世糺問主義の特徴を示すものとして、魔女裁判を例に挙げて説明しているものもある。岩村等、三成賢次、三成美保『法制史入門』ナカニシヤ出版、1996年、118-119頁。

³⁵ Winfried Trusen, Der Inquisitionsprozeß, Seine historische Grundlagen und frühen Formen, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Die Kanonistische Abteilung, 74, 1988, S. 168-230.

³⁶ 例えば、Trusen, aa.O. (註1), S. 217-221; ハーラルト・マイホルト（森永真綱訳）「例外犯罪：近世における『敵に対する刑法』？」『ノモス（関西大学法学研究所）』第29号、2011年、123-141頁、ここでは137-141頁；ヴォルフガング・ゼレルト（武田紀夫訳）「ランゲンフェルトのフリードリヒ・シュペー：魔女裁判と拷問に対して戦った人」『東北学院大学論集 法律学』第41号、1992年、61-86頁。

段としての拷問に反対したという事を述べている³⁷。

しかし、前節で述べたように、魔女術罪が例外犯罪として扱われたか否かの問題において、近年中心的に議論されているのは、拷問の無制限の使用ではなく、むしろ拷問の判断を下すための証人や徴表の問題である。既に見たように、リヴァックも魔女術の例外犯罪性については、証人の問題を挙げている³⁸。従来の研究においても、例えばボダンなどを用いながら、通常の犯罪においては認められない証人の許可されていたことなどが知られている³⁹。以上のことから、拷問については、拷問それ自体についての議論と、拷問の条件についての議論とに分けられるだろう。

まずは拷問それ自体について、例外犯罪においてはどのような取り扱いが許され得たのか、確認してみよう。既に述べたように、メルツバッハーやシュミットは例外犯罪と拷問を結びつけ、拷問の程度ややり方において例外的取り扱いが可能だったと論じている⁴⁰。拷問については、程度、時間、種類、回数、対象など、細かい規定や議論があった。例えば程度については、カルプツォフは三段階⁴¹、ブルネマンはファリナキ

³⁷ Günter Jerouschek, Friedrich von Spee als Justizkritiker. Die Cautio Criminalis im Lichte des gemeinen Strafrechts der frühen Neuzeit, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 108, H. 2, 1996, S. 243-265, ここでは S. 262-263; ゼレルト、前掲論文（註36）、62-63頁。

³⁸ Brian Levack, Hexenjagd, München 2003, S. 85, Anm. 25.

³⁹ 波多野敏「ボダンの悪魔学と魔女裁判」上山安敏・牟田和男編『魔女狩りと悪魔学』人文書院、1997年、185-212頁、ここでは198頁。Jean Bodin, De la demonomanie des sorciers, Paris 1587, L. 4, C. 2, p. 177r-186v.

⁴⁰ Friedrich Merzbacher, Die Hexenprozesse in Franken, München 1957, S. 112; Schmidt, aa.O.（註32）、S. 209-211.

⁴¹ Carpzov, aa.O.（註8）、Q. 117, n. 59-63, p. 158, „Huius torturae in foro Saxonico *tres gradus* enumerantur, qvi ab invicem sut distincti, nec in qvovis casu & crimine indifferenter locum obtinent, *Primus & infimus est*: Qvando adhibitis funiculis cruciantur Rei: ut, qvando manus ipsorum retrò funibus arctissimè constringuntur. Qvi gradus torturae à territione, qvae cum ligaruta funiculis qvandoqve sit, in eo differt, qvod in hac, territione nempe, carnifex manus Rei funibus tantum modò paululùm ligare incipit, in primo autem gradu

ウスに従って五段階があると論じている⁴²。この拷問の程度については、

torturae, juncturae manuum funibus arctissimè usque ad ossa constringuntur: unde corpus intolerabiles sentit dolores, ita ut hic gradus torturae, qvoad cruciatus & dolores, secundo gradui ferè similis sit. Ajunt namqve carnifices, Reum ligaturam hancce perpersum, facilè etiam dolores gravioris torturae vincere posse. *Hancque differentiam territoionis cum funibus, & ligaturae in primo torturae gradu innuunt etiam verba Scabinorum, qvibus in decernendo primo torturae gradu uti solent in sententiis:* Vnd da dieses bey ihme nicht fruchtet/ wird dem Scharffrichter auch verstattet/ jhn mit den Banden zu schnüren. *Contra verò territione cum funibo indicta, haec verba ponuntur* (Mit den Schüren den Anfang zu machen.) *Qvam verborum differentiam & efficaciam Carnifices periti exactissimè noscunt. Alter & medius torturae gradus est:* Qvando Rei scalae subjiciuntur, & violenta qvadam expansione seu extensione omnium membrorum articuli distingvntur, atqve dilacerantur, wenn inquisit uff die Leiter gezogen und gespannt/ oder gefolttert wird. *Johann. Zanger in tract. de quaest. & tortur. c. 4. nu. 10.* Hic gradus torturae omnium frequentissimus est, & nomine torturae simpliciter posito propriem venit, ac subintelligitur. *Tertius & summus torturae gradus est:* Qvando carnifices ultra expansionem Rei in scala jam peractam, severioribus adhuc tormentis utuntur, & vel vudentibus luminibus, vel sulphuro & igne corpori injecto cutem adurunt, aut extremas digitorum partes, immissis infra ungues pineis cuneolis, iisque postmodum accensis, adustione laedunt: aut etiam tauro vel asino exmetallico fabricato, & igne immisso paulatim excandescenti Reum imponunt, *Zang. dict. 6. 4. num. 10.* Qvae aliaqve tormenta carnificibus notissima sunt.“

⁴² Brunnemann, a.a.O. (註3), C. 8, Membr. 5, §. 32, n. 42-44, p. 162, „Sunt autem gradus Torturae, secundum communem Doctorum sententiam quinque, quos recenset *Farinac. qu. 37. n. 40.* *Primus* gradus est territio realis. Nam territio duplex est: alia verbalis, quando reo praesentatur carnifex cum Torturae instrumentis, ita tamen, ut Carnifex reum apprehendere non debeat. Wenn ihm der Scharffrichter vorgestellt wird/ mit den peinlichen Instrumenten/ doch daß er ihn nicht angreifen darff; altera realis, quando reus spoliatur, ligatur, & funi applicatur. *Secundus* dradus est, quando reus elevatur, & modico tempore detinetur. *Tertius*, quando diutius detinetur, sine tamen quassatione. *Quartus*, quando adduntur quassitiones. *Quintus*, quando adduntur compedes ferrei, vel aliquod simile pondus. *Carpzovius qu. 117. n. 59.* dicit,

例外犯罪論と関係がある。カルプツォフは、この第３段階目の拷問は、

tres esse gradus in foro Saxonico: *Primus* est, quando inquisiti manus retro funibus arctissime constringuntur, quem gradum a territione reali manifeste diversum esse constat, in qua non constringuntur manus, sed tantum paulum ligantur. *Alter* gradus est, quando rei scalae subjiciuntur & violenta quadam expansione, omnium membrorum articuli quasi dilacerantur. *Tertius* est, quando severiora adduntur remedia, ut ignis & similia. Sed hac in parte stylus cujusvis Judicii est attendendus. In Facultate nostra observavi tria formularum genera usurpari: Interdum enim modicam torturam indicare solemus, Daß der Gefangene mäßiger Weise durch den Angstmann anzugreifen. Vel simpliciter dicimus: Ipsum esse subjiciendum tormentis, daß der Gefangene vernüttelst der Peinligkeit zu befragen: Vel tertio acriorem Torturam definimus, qui videtur esse gradus supremus, daß der Gefangene mit ziemlicher Schärffe anzugreifen/ etc. Nec haec habere opus puto declaratione, cum periti carnifices & cordati, distinctionem & differentiam horum verborum facile scire possint. “ 上口、前掲書（註３）、210-211頁。「42 拷問の程度は、法学者の共通意見によれば、５段階ある。ファリナキウスはこれを列挙する。第１段階は、拷問具を用いて行う威嚇である。威嚇には２種類ある。一つは言葉による威嚇であり、被告人に拷問吏と拷問具を示すが、拷問吏は被告人を羈束しない。他は拷問具を用いて行う威嚇であり、被告人を裸にし、羈束して吊索に繋ぐ。第２段階は、被告人を吊り上げ、適当な時間その状態に置く。第３段階は、これを一層長い時間続けるが、揺らさない。第４段階は、揺らす。第５段階は、鉄製足枷又はその他の重量を加える。43 カルプツォフは、ザクセンの裁判所では拷問の程度は３段階であるという。第１段階は、被糺問者の両手を背中で非常に強く縛する。これは、両手を強くではなく軽く縛する、拷問具を用いて行う威嚇とは明らかに異なる。第２段階は、被告人を梯子の上にのせ、四肢を引き抜くように激しく引く。第３段階は、火等のより厳しい手段を加える。ここでは各裁判所の慣習に従うべきである。44 わが法学部では３種類の命令が用いられた例を私は知っている。すなわち、『被告人は拷問吏によって適度の拷問されるべし』として、軽い拷問を命ずる場合がある。あるいは単純に、『被告人は拷問によって尋問されるべし』と判決する場合もある。第３番目に、『被告人は非常に厳しく拷問されるべし』として、厳格な拷問を命ずることがあるが、これが最高の程度の拷問であると思われる。これらについて説明を加える必要はないと考える。熟練した分別のある拷問吏はこれらの文言の違いを容易に知ることができるからである。」

あまりにも残酷であり過酷であるので、「忌むべき、また例外的な犯罪(in Criminibus nefandis & exceptis)に」、また徴表が大量に存在する犯罪、極めて確かな犯罪と秘密犯罪、「ただ自白のみが欠けていると思しき」場合にのみ適用されると述べている⁴³。また、ブルネマンも、拷問の程度について、「最重罪」の場合に、そして被拷問者が自白しないなら、拷問の程度を強めることができると述べているのである⁴⁴。このように、例外犯罪であれば、拷問の段階や強さが引き上げられ得た。

拷問の繰り返しは、当時の刑事法学者達の言うところの「拷問の反覆(torturae repetitio)」にあたる。ブルネマンに拠ればこの「拷問の反覆」には二つの場合があり、彼は被拷問者が拷問の際に自白し、その後にくぐ撤回した場合と、被拷問者が自白しなかった場合とを区別している⁴⁵。

⁴³ Carpzov, aa.O. (註8), Q. 117, n. 65, p. 158, „Qvia verò tertius hic torturae gradus atrocissimus & horribilissimus est, in omnibus indifferenter delictis locum non habet, sed tantum in Criminibus nefandis & exceptis, indiciis mulum urgentibus & certissimis occurrentibus, ita ut sola confessio deficere videatur, quod probè notandum est, *Joh. Zang. de quaest. & tortur. cap. 4. nu. 10.* Et ut verum fatear, extra casum, quo Reus sacrilegii vel alterius criminis atrocissimi, indubitatis indiciis gravatus ac ferè convictus, in prima tortura obstinatus in negando perstitit, torturam hujus tertii gradus à Scabinis cuquam fuisse adjudicatam, non memini.“

⁴⁴ Brunnemann, aa.O. (註3), C. 8, Membr. 5, §. 44, n. 66, p. 167, „Si autem inquisitus nollet plane fateri, sed tormenta parvi pendere cideatur, in atrocissimis delictis etiam intendi tortura potest, ut ex *Chartatio lib. 4. cap. 1. numer. 105.* tradit *Ambrosin. d. c. 2. num. 11.*“ 上口、前掲書(註3)、217頁。「66 被糾問者が全く自白しようとせず、拷問を意に介していいないと思われる場合は、最重罪の場合であれば、拷問を強めることができる。これは、カルタリウスに基づいてアンプロシヌスが説いている通りである。」

⁴⁵ Brunnemann, aa.O. (註3), C. 8, Membr. 5, §. 56, n. 87, p. 177, „Sed quid si reus in tortura secunda fateatur delictum, ac denno poste a confessionem ratificare nolit, sed secundo revocet? hic ad tertiam torturam (praemissis tamen Considerationibus, ut jam proposui) Judicem devenire posse, Dd. communiter statuunt, *Clarus d. quaest. 21. n. 36. in fine, Ant. Gometz. d. cap. 13. num. 27. Farinac. quaest. 38. numer. 99.* Ubi tertiam torturam admittit, quando indicia sunt multum urgentia & manifesta, *Ambrosin. d. cap. 5. num. 14. ubi u.*

ブルネマンは、撤回がなされた場合については、ファリナキウスやアンブロシウスの議論を挙げながら、徴表が強力であれば三回まで可能であると論じている。しかしそもそも拷問によって自白されなかった場合については相反する二つの主張を取り上げている。一方では、その場合に「拷問の反覆」を行うことが『カロリナ』（第58条⁴⁶）において許可されていると述べ、マテウス、クラールス、ファリナキウスもまた「新たな徴表なくして拷問の反覆が可能である」としていると記述している⁴⁷。しか

seq. recte monet, ut jam antea monuimus, considerandas esse praecedentium indiciorum qualitates. Si enim gravia fuerint indicia, (& crimen etiam atrocius) tertium putat adhiberi posse torturam.“ 上口、前掲書（註3）、226-227頁。「87

被告人が第2回の拷問に犯行を自白したが、再び自白認証を拒み、再度自白を撤回する場合はどうすべきか。この場合、裁判官は（上述したような検討を加えた上で）第3回の拷問を行うことができる、と法学者は一致して述べている（ファリナキウスは、徴憑が非常に強力かつ明白な場合に3回目の拷問を認め、さらにアンブロシウスは、上述したように〔拷問前に〕予め存在した徴憑の性質に注目すべきことを正しく指摘し、徴憑が強力で、かつ犯罪が重大である場合に3回目の拷問を科しようとする）。」

⁴⁶ Schroeder (Hrsg.), a.a.O. (註17), S. 51, „Item die peinlich frag soll nach gelegenheyt des argkwons der person, vil, oft oder wenig, hart oder linder nach ermessung eyns guten vernünfftigen Richters, fürgenommen werden, vnd soll die sag des gefragten nit angenommen oder auffgeschriben werden, so er inn der marter, sondern soll sein sag thun, so er von der marter gelassen ist.“ 上口、前掲論文（註17）、178頁。「第58条 同じく、拷問は、人物に対する疑念の状況に応じ、良き賢明なる裁判官の裁量により、その多少、回数、緩急が決定され、執行されなければならない。拷問中の被尋問者の供述は採用され録取されてはならず、被尋問者は、拷問から解放された上で供述しなければならない。」

⁴⁷ Brunnemann, a.a.O. (註3), C. 8, Membr. 5, §. 60, n. 91, p. 178, [] は筆者。
„Interdum vero, licet in tortura prima nihil fassus fuerit inquisitus, nihilominus tamen denuo torqueri potest, quae torturae repetitio vocatur, ac judici discreto permittitur Carol. V. Imperat. in *Ordinat. Criminal. art. 58*. Sed non esse repetitioni locum, Dd. communiter statuunt, nisi nova interveniant indicia, *Clarus §. fin. quaestion. 64. Farinac. quaestion. 38. nume. 88. per. l. 18. §. 1. ff. de quaestion* [D. 48. 18. 18]. Ubi perevidentiora indicia non intelliguntur, quae prioribus firmiora, sed quae a prioribus sint specie dicersa vel substantia,

しながらブルネマン自身はそれらとは異なり、ローマ法を根拠として、

ut post alios interpretatur Carpzov. *quaest. 125. num. 43*. Illa tamen interpretatio Carpzovii verbi *evidentiorum*, vix videtur probabilis. Nam inter diversitatem & inter evidentiam indiciorum, planum est discrimen. Nex priora indicia hic attendenda puto, quia per torturam purgata. Ideoque nova indicia requiruntur, quae non tantum a prioribus specie sint diversa, sed etiam per se ad torturam inferendam sufficientia, praesertim cum tortus pro se novam praesumptionem innocentiae, ex tortura consecutus sit, ut adeo non male locutus videatur Zanger. *de tort. c. 5. n. 14*. Licet autem Ant. Matth. tit. 16. c. 4. num. 14. etiam sine novis indiciis torturam posse repeti dicat, non obstante l. 18. §. 1. *de quaest.* qui de Inquisito jam oppresso loqui videtur, quem allegat etiam Clar. q. 64. num. 38. & 46. & Farinac. q. 38. n. 79. & 106. Illa tamen sententia in Germania non recepta, nec illa sententia per illum §. 1. probata, & in hac materia potius levior sententia apprehenditur. Nisi forte quis ponat casum, ubi quis evidentissimis indiciis gravatus, statim in principio torturae fassus est, & eam postea ratificare non vult, nam tunc hoc pro tortura haberi nequit. Ergo quaevis indicia ad torturam per se sufficientia, licet infirmiora sint per se considerata prioribus: quia tamen priora per torturam sunt purgata, ideo posteriora seu nova indicia, prioribus jam elisis, sunt urgentiora & evidentiora.“ 上口、前掲書(註3)、228頁。「初回の拷問に対して被糺問者が全く自白しなかった場合であっても、再度拷問することができる場合がある。これも拷問の反覆と呼ばれ、カール5世皇帝が刑事裁判令58条において賢明なる裁判官に許しているところである。しかし、法学者は一致して、新たな徴憑が現われない限り、拷問の反覆は行われないという(D. 48, 18, 18, 1)。この法文にいう『より明白な徴憑』とは、他の論者と並んでカルプツォフの主張するところによれば、前の徴憑よりも有力な徴憑ではなく、前の徴憑と種類又は実質において異なる徴憑を意味する。しかし、『より明白な』という文言のカルプツォフの解釈は支持しがたい。すなわち、徴憑の〔種類の上での〕差異と明白性とは明らかに異なるからである。また、この場合〔＝再拷問の場合〕、前の徴憑は、拷問〔に耐えること〕によって雪冤されているのであるから、考慮すべきではないと考える。したがって、種類において前のものと異なるだけではなく、それ自体拷問に十分である新たな徴憑が要求される。ツァンガーが正当にも述べているように、とりわけ、被糺問者は拷問〔に耐えること〕によって、自ら新たな無罪の推定根拠を勝ち得ているからである。これに対し、マテウスは、D. 48, 18, 18, 1の定めるところに反し、新たな徴憑がない場合であっても拷問を反覆しようとするが、これは〔第1回拷問の時に〕既に圧倒的な徴憑に

ツァンガーと同様にこの場合の「拷問の反覆」は不可能であるという見解を支持している。ただしブルネマンは、彼が挙げているアンブロシヌスが「重罪（*crimen etiam atrocius*）であれば」という条件をつけているにも拘わらず、この際に問題としているのは徴表の質や量であり、例外犯罪であるか否かは条件としてはいない。

他方で、カルプツォフが「最重罪」の法的効果として拷問の回数に関する異なる取り扱いを定めていることは、既に言及した⁴⁸。カルプツォフは、「最重罪」においては三回までの拷問を、「重罪」においては二回までの拷問を許可している⁴⁹。そしてまた、これは「同一の犯罪」の場合

基づく嫌疑のあった被糾問者について述べているものと解される。マテウスは、クラールス及びファリナキウスを引用している。しかし、この〔クラールス等の〕見解はドイツでは受容されておらず、また、D. 48, 18, 18, 1によっても是認されない。むしろ、この点については、〔新たな徴憑が現われなければ拷問は反覆できないという〕寛容な見解がドイツではとられているのである。ただし、極めて明白な徴憑に基づく嫌疑を受けた者が拷問の開始と共に直ちに自白し、後に自白を認証することを拒んだ場合はこの限りではない。この場合、拷問が行われたとみなすことができないからである。したがって、いかなる徴憑も、それ自体としてみた場合に前の徴憑より弱いものであっても、それだけで〔このような場合の再〕拷問に十分である。これに対し、〔前の拷問に対して自白していない場合は、〕前の徴憑は拷問によって雪冤されているのであるから、新たな徴憑は、既に除去されている前の徴憑よりも一層強力かつ明白なものでなければならない。」

⁴⁸ 以下の文献を参照。Marianne Sauter, *Hexenprozess und Folter: Die Strafrechtliche Spruchpraxis der Juristenfakultät Tübingen im 17. und beginnenden 18. Jahrhundert*, Bielefeld 2010, S. 50-52.

⁴⁹ Carpzov, a.a.O. (註 8), Q. 126, n. 51, p. 229, „Cui sententiae lubens subscribo in delictis atrocissimis; Nam in aliis criminibus, quae atrocissima non sunt, ultra secundam torturam in foro Saxonico non procedendum, nec ad tertiam quaestionem deveniendum esse, puto propter *Const. Elect. sub. Rubr.* Wie oft die scharffe Frage zu repetiren, *quae nona est in Constit. Elect. Anno 1572. promulgatis. sed publicè non editis*; quae in criminibus atrocibus vel atrocioribus ultra duas vices torturam infligi prohibet, ut pluribus demonstravi. *qvaest. praecedent. num. 51.*“

の拷問回数の限界でもあった⁵⁰。このことはカルプツォフの「重罪」「最重罪」といった分類が、手続上の法的効果を持つこと、ひいては例外犯罪の概念の一種であることを如実に示すと同時に、例外犯罪の法的効果が拷問の回数や反覆に及び得たことを示している。

既に説明したとおり、拷問の記述が極めて少ないシュルトハイスの著作においては、具体的な拷問の限度について多くは語られていない。とはいえ、拷問に関するシュルトハイスの考えは、テキストからいくらかうかがえる。例えば、シュルトハイスは拷問の回数について、三回を限界と定めている。「徴表を持つ非行者が、二度目、三度目の拷問を加えられるということは明らかに正しいことである。魔女は第一の拷問に耐えた後に解放されるということではなく、更なる拷問を別の日に二度目、ないし三度目に課されうる」⁵¹。この記述のように三回目の拷問を認めることは、最重罪ないし例外犯罪に対する扱いとして、カルプツォフやブルネマンと意見を同じくしているように見える。しかしながら、シュルトハイスは続けて「もし三度目の行われた拷問によっても魔女が自白しないなら、その時コミサールは同人を、別の徴表が生じているかのようには置いておかせる」ことができると述べている⁵²。以上の主張からは、シュルトハイスが魔女と目された人物に対して、同一の徴表に関しての拷問については三回という限度を定めながら、三回の限界を超えてなお

⁵⁰ Ibid., Q. 125. n. 47, p. 220, „SECUNDÒ notandum quoque, quoties ob unum idemque delictum in quaestionem repeti possit Reus; ubi Regulam pono: Quòd in delictis atrocissimis ultra tres, in aliis verò delictis, quae atrocissima non sunt, sed atrocia vel atrociora dicuntur, ultra duas vices tortura infligi non debeat.“ この点については、マイホルト、前掲論文（註36）、135頁、註39を参照せよ。

⁵¹ Schultheiß, aa.O. (註15), C. 7, S. 306, „sintemahlen cnlaugbaren rechtens/ daß noch beschaffenheit der *indicien* ein vbelthäter zum andern vnd drittenmahl kann *torquirt* werden/ so ist mit dem Zauber auff die erste außgestandene *tortur* zur *relaxation* nicht zuuerfahren/ sondern mit der zweyter auff den andern oder dritten nachfolgenden Tag zubelagen.“

⁵² Ebd., C. 7, S. 306, „wann dann auff die dritte vorgenommene *tortur* der Zauber nicht bekandt/ so lasse gleichwoll der *Commissarius* denselben etwan sitzen/ jmmittels möchten andere *indicia* vorkommen.“

拘留しておけると理解していることが分かる。このような扱いは、拷問を耐えきった被尋問者にとって、幾分厳しい取り扱いと言えるだろう。ただし、シュルトハイスはこの事を正当化するために例外犯罪の理論を持ち出していない。

なお、この「拷問の反覆」に関して、ボダンはこれを認めていない⁵³。フランスにおいては、新たに十分な徴表が見つかった場合を除いて、基本的に拷問は一回のみと定められていた。ラットマンに拠れば、ボダンの『悪魔狂』には、これに反するいかなる記述もない⁵⁴。

拷問に関して例外犯罪の枠組みで言及されたのは、「拷問の反覆」だけではない。例えば、ある種の犯罪においては「拷問特権」とでも言うべき特権が無視され得た。カルプツォフは第118問にて「どのような人々が拷問また尋問から除外されているか」という問をたて、妊婦、貴族、メランコリーにおかされた人々、聖職者といった類の人々が拷問を受けないと論じた後に、いくつかの例外について言及している。彼は、異端、大逆、シモニア、背叛、偽造罪においては、貴族、博士、軍人は拷問を受けないという規則が制限されると論じている⁵⁵。

ブルネマンもカルプツォフを引用しながら、第8章第5節の拷問を扱った箇所、全ての被告人を拷問しうるわけではないと述べ、軍人、参事会員、貴族、博士、聖職者、学生が裁判権やその他の事情から拷問

⁵³ Christopher Lattmann, *Der Teufel, die Hexe und der Rechtsgelehrte. Crimen magiae und Hexenprozess in Jean Bodins De la Démonomanie des Sorciers*, Frankfurt a.M., 2019, S. 296.

⁵⁴ Ebd., S. 297.

⁵⁵ Carpov, aa.O. (註8), Q. 118, n. 87, p. 167, []は筆者。 „Ac 1. quidem limitatur haec Regula in delictis nefandis, in quibus Generosi, Nobiles, Doctores, milites, aliiq; homines Illustres veniam non merentur; quale est crimen Haeresis, l. 4. §. *inmortem*. 4. C. *de haeret* [C. 1. 5. 4] . Crimen laesae Majestatis, l. 3. l. 4. C. *ad Leg. Jul. Majest* [C. 9. 8. 3, 4] . cui etiam comparatur crimen Simoniae, l. *si quenuquam*. 31. in fin. C. *de Episc. & Cleric* [C. 1. 3. 30] . Gloss. in dict. l. 4. verb. *Majestatis*. C. *ad Leg. Jul. Majest* [C. 9. 8. 4] . Proditio patriae, l. 3. §. *is, qui ad hostem*. 10 l. *proditores*. 7. ff. *de re mil* [D. 29. 1.] . Crimen falsi, l. *si quis Decurio*. 21. C. *ad Leg. Cornel. de fals. & quae sunt crimina alia nefanda*, de quibus vid. Johan Zanger. in tract. *de quaest. & tortur. c. 1. n. 66.*“

を加えられないと論じた後で、次のように述べている。「しかし、これらの特権も、大逆、殺人、獣姦、姦通、近親姦、強奪、偽造罪、背叛、逃亡のような重罪については妥当しない」⁵⁶。

このような拷問特権の無視については、ボダンも同様の主張をしている。ボダンは、はじめ拷問は「その人の地位に応じて」なされると述べているが⁵⁷、大逆罪とのアナロジーを通じて、未成年や老人に対する拷問を認めている⁵⁸。

だが、シュルトハイスはこのような「拷問特権」については論じていない。むしろシュルトハイスの議論の主たる論点は、拷問に手続を進めるための別の条件にあった。それは例えば『詳細なる手引き』第2章に大量に列挙された徴表リストなどにも現れているが、ここで注目したいのは証人適格の問題である。シュルトハイスは魔女術の証明がきわめて困難であることを承知していた。そしてそれ故、シュルトハイスは第3章の冒頭において、次のように述べている。「魔術の罪はきわめて秘匿された罪、またきわめて大きな罪であり、そしてそのような罪は敬虔で立派な人々によって証明され得ないということが常であるので、その他の刑事裁判においては証言することが許されないような人々が、例外的事件としてのこの事件においては受け容れられ、尋問され得る、と諸法は述べている」⁵⁹。

⁵⁶ Brunnemann, a.a.O. (註3), C. 8, Membr. 5, §. 20, n. 25, p. 156-157, „Sed haec omnia privil. cessant in criminibus atrocioribus, ut Majest.L. Nullus. C. de Crim. Maj. Homicidii, Carpz. d. q. 118. num. 89. (quod ad expressum ab ipso casum adstringendum non puto) Sodomiae, Adulterii, Incestus, Raptus, & crimine falsi L. Si quis decurio. 21. C. de fals. Proditionis, Transfugii, L. Proditores. 7. ff. de Re Militar.“ 上口、前掲書 (註3)、205頁。「しかし、これらの特権も、反逆罪 (C. 9, 8, 4)、殺人 (ただし、カルプツォフが挙げる場合に限定されるとは考えない)、鶏姦、姦通、近親相姦、誘拐、偽罪 (C. 9, 22, 21)、軍人の内通、逃亡 (D. 49, 16, 7) のような重罪については妥当しない。」

⁵⁷ Bodin, a.a.O. (註39), L. 4, C. 5, p. 203v. „neantmoins le Iuge doit auparauint proceder par tortures, selon la qualite des personnes contre l'accusé de Sorcellerie“.

⁵⁸ Lattmann, a.a.O. (註53), S. 290.

⁵⁹ Schultheiß, a.a.O. (註15), C. 3, S. 135f., „Djeweil das Laster der Zauberey das

具体的なシュルトハイスの主張に移る前に、この点について当時の悪魔学者および法学者がどのような見解を持っていたのかを確認したい。ボダンは既に述べたように、魔女術罪が例外犯罪であることを述べる文脈において、女性に対して証人適格を認めている⁶⁰。ボダンは女性については男性の半分の証明力しかないとする学説を紹介し、ローマ法やカノン法において女性が証人適格を認められていないとしながらも、これが認められなければきわめて大きな悪徳が野放しになってしまうと主張する。同じ理由から彼は、事実においてまた法において不名誉な人々や共犯者にも証人適格を認める⁶¹。このように証人適格を欠く証人を広く認めるようにボダンは求めている⁶²。

カルプツォフの著作を見ても、このような通常の刑事裁判において認められ得ないような証人を許可することはそれほど特異なことではなかったように見える。彼の見解に拠れば魔女術が最重罪として、大逆罪と同様に扱われ得たことは既に述べた通りである。『ザクセン新実務』の第41問は「大逆罪 (crimen laesae majestatis)」について論じている箇所になるが、カルプツォフはここで「他の犯罪においては信用されない

allerheimblichste vnnd aller grösseste Laster ist/ vnnd solchs nicht jederzeit durch fromme/ ehrliche Personen kann bewiesen werden/ Derowegen dann die Rechten sagen/ daß auch die jenige/ welche sonsten gemeinlich in peynlichen Sachen zu zeugen nicht zulässig/ in diesem Fall/ als *casu excepto* können angenommen vnnd abgehört werden“.

⁶⁰ Bodin, a.a.O.(註39), L. 4, C. 2, pp. 177r-177v., „Car les Iurisconsultes reçoient les femmes en tesmoignage à fin que les forfaits ne demeurent impunis, qui est vne raison fort grande & considerable, comme dict le Iurisconsulte.“

⁶¹ *ibid.*, L. 4, C. 2, pp. 177v-178r., „Il faut pour mesme raison, & beaucoup plus grande recevoir les personnes infames de fait & de droit en tesmoignage contre les Sorciers, pourueu qu'il y en ait plusieurs concurrens avecques indices: autrement il ne faut pas esperer que iamass ceste impieté si execrable soit punie. Or tous sont d'accord & les Iuges le sçauent tres-bien pratiquer, que les complices du mesmes fait de volerie ou assassinat font preuue les vns contre les autres“.

⁶² Lattmann, a.a.O. (註53), S. 246-254.

ような証人がこの犯罪において許可される」と明記している⁶³。ではカルプツォフはどのような証人が証人適格を欠くと考えていたのだろうか。彼は第114問で証人について論じているが、彼は「親類、未成年、精神不安定な者、狂人、敵対者、聾啞者、事実において不名誉な者、他の刑事裁判において有責とされた者、姦通者、濫訴した者、悪しき生活の故に参事会から除名された者、拘留中の者、証人の引き受けを巡って報酬を受け取ったことで有責とされた者、主人に対する奴隷、親子関係にある者、犯罪の共犯者」は「重大犯罪(*delictum nefandum*)および例外犯罪、真実がその他によっては得られえない秘密犯罪でなければ」受け付けられないと述べている⁶⁴。裏を返せば、カルプツォフは「重大犯罪および例

⁶³ Benedict Carpzov, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium* [...], pars. 1, Wittenberg 1670, Part. 1, Q. 41, n. 5, p. 246, „Singulares itidem testes in hoc crimine admittuntur, quibus in aliis delictis non crederetur,”

⁶⁴ Carpzov, a.a.O. (註8), Q. 114, n.28-34, p. 130, []は筆者。 „Qvare in causis criminalibus ii demum testes rejiciuntur, qvi certis ex causis a testimonio repelluntur; qvales sunt Consangvinei & Affines, Pupillus, Impubes, §. 1. *Inst. de testam. l. Inviti. 19. §. fin. ff. de test* [D. 22. 5. 19] . ob lubricum consilium, *l. 3. §. lege. ff. de test* [D. 22. 5. 3] . *l. 1. ff. de minor* [D. 4. 4. 1] . & qvia aetas illa ad mentiendum est facilis, *l. ex libero. 15. ff. de quaest* [D. 48. 18. 15] . Furiosus, nisi intervalla habeat, *l. 3. §. lege. ff. de test* [D. 22. 5. 3] . *l. qvi. tetamento. §. quicunque. ff. de testam* [D. 28. 1. 20] . Inimicus, Mutus, Surdus, Coecus, *Specul. in tit. de test. §. 1. n. 88. Infamis infamia facti, c. testimonium. de testib. dict. l. 3. §. lege. ff. eod. tit* [D. 28. 1. 3] . Publico judicio damnati, *d. l. 3. §. Lege Julia. l. scio. 14. ff. de testib* [D. 22. 5. 3] . Ob adulterium, *l. ex eo. 18. ff. de testib* [D. 22. 5. 18] . Ob carmen famosum, *l. ob carmen. 21. de testibus* [D. 22. 5. 21] . Aut calumniam, *l. quaesitum. 13. ff. eod. tit* [D. 22. 5. 13] . Ob vitae turpitudinem senatu moti, *leg. a. ff. de senat* [D. 1. 9. 6] . Damnati repetundarum, *leg. 15. ff. de testib* [D. 22. 5. 15] . Qvi in vinculis custodiaeque publica derinentur, *dict. l. 3. §. pen. ff. de testib* [D. 22. 5. 3] . Qvi ob testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam, accepisse judicatus, vel convictus est, *d. l. 3. §. Leg. Jul. ff. de testib* [D. 22. 5. 3] . *l. si quis. C. eod. tit* [C. 4. 20. 17] . *Jul. Clar. l. 5. sent. §. vlt. q. 24. Servi in dominos, l. servos. 7. C. de testib* [C. 4. 20. 8] . *l. hoc quod. ff. de quaest. Liberi in parentes, aut econtra, l. parentes. 5. C. de testib* [C. 4. 20. 6] . *l. testis. 9. ff. eod. tit* [D.

外犯罪、真実がその他によっては得られえない秘密犯罪」の際にはこのような証人に証人適格を認める余地を残していたと言える。

ブルネマンもまた、著書の第８章第２節において証人について論じているが、その具体的な内容はカルプツォフと似かよっている。彼は、通常証人適格のない事由を四点挙げている。すなわち、「知性また精神の不安定」、「親族、上下関係」、「不名誉」、「敵対関係」である。これに基づいて、未成年や精神異常者、被告人が主人である場合の従者や、被告人と親子関係や夫婦関係にある者、他の刑事裁判において有責とされた者や売春婦、偽証の過去がある者、被告人の敵対者が挙げられる。一方で女性については完全な証人適格を認めている⁶⁵。その上で、三つの場合においてはその制限が緩和されると論じている。それは①証明が困難な犯罪（大逆、姦通、シモニア、背叛など）、②時刻や場所の故に証明

22. 5. 9]. *Socius & particeps criminis, l. quoniam. 11. C. de testib* [C. 4. 20. 11]. *l. 3. ff. defid. instrum* [D. 22. 4. 3]. *l. fin. C. de accusat* [C. 9. 2. 17]. nisi delictum nefandum sit seu exceptum, *Jac. Menoch. de arbitr. jud. quaest. l. 2. cent. 5. caes. 474. n. 27. & seq.* aut nisi Crimen sit occultum, & veritas aliunde haberi non possit, *Dec. cons. 189. n. 9. Cravett. consil. 178. n. 5. Felin. in c. ult. num. 4, de test. Joseph. Mascard. de probat. vol. 1. conclus. 466. num. 6. Johann. Zanger. de quaest. & tortur. c. 3. num. 31.*“

⁶⁵ Brunnemann, aa.O. (註３), C. 8, Membr. 2, n. 22, p. 102, []は筆者。„Sed quid de mulieribus? Hae, quamvis in criminalibus jure Canon. non admittantur, *can. Mulierem. 17. C. 33. qu. 5. c. Forum. 10. X. de verb. sign.* hoc tamen ad naevos Juris Canon forte referendum: Jure Civili, quod in hac materia sequimur, omnino admittuntur, *per L. Ex eo. 18. ff. de Testib* [D. 22. 5. 18]. *Clarus §. f. quaest. 24. n. 2. plures allegans Farinacius lib. 2. quaest. 59. n. 17. & 19. Carpzov. d. quaest. 114. num. 39. & alii:* Idque tota die ita observatur, adeo, ut fides honestae mulieris ob sexum labefactari non debeat.“
上口、前掲書（註３）、136頁。「22 女子の証人適格はどうか。カノン法上、女子は刑事事件における証人適格を有しない（*Mulierem C. 33 q. 5 c. 17; X. 5. 40. 10*）。しかし、これはカノン法の誤りの一つと考えるべきであろう。教皇は教勅において、犯罪の立証を困難にすることを意図したのである。ローマ法上は、女子も完全な証人適格を認められており、これに従いたい（D. 22, 5, 18）。これは日々遵守されており、したがって、名誉ある女子の信用性は性差を理由に否定されるべきではない。」

が困難な犯罪（夜間の殺人など）、③例外犯罪（大逆、毒殺、魔女術、街道強盗、殺人など）である⁶⁶。このように、例外犯罪において証人適格の

⁶⁶ Brunnemann, aa.O. (註3), C. 8, Membr. 2, n. 25-28, p. 103f, [] は筆者。
 „*Prima limitatio sit, ut non procedat in factis ac delictis, quae sunt difficilis probationis, ut perduellio, adulterium, furtum, partus suppositio, simonia, proditio & similia, Mascardus vol. 3. concl. 1366. num. 1. & seqq. Farinac. d. quaest. 62. n. 28. Du. Carpzov. dict. quaest. 114. n. 35.* Notant autem quidam, quaedam crimina per se esse difficilis probationis, ut adulterium, ubi non solent intervenire testes in ipso delicto, nec potest detegi, nisi per domesticos, adeo, ut nisi domestici adhibeantur, vix unquam hoc delictum probari postet. Idem in furto, conjuratione & simil. Alia vero propter circumstantiam loci, aut temporis redduntur difficilis probationis, atque in his etiam testes inhabiles intervenire possunt, juxta Carpzov. d. l. v. g. si nocturno tempore homicidium commissum sit, *Menoch. lib. 2. arb. quaest. cas. 116. numer. 14. Farinac. d. l. num. 33.* Qui in hac, circumstantia secundam limitationem constituit. Idem est, si ratione loci testes facile haberi non possint: v. g. si homicidium factum in eremo aut nemore, alioque loco solitario. *Farin. d. quaest. 62. num. 55. Carpzov. d. l. num. 36.* Aliud vero volunt esse, si testes intervenire poruerint, neque obstiterit natura delicti, nex Jocus, nec tempus, etsi actu non intervenerint. Sed non putarim hanc differentiam attendendam. Nam cum publice intersit, crimina detegi maxime enormia, etiam eo casu, quando actu, testes omni exceptione maiores non adfuissent, testes alios etiam examinandos esse, & Judici concepturo sententiam judicium relinquendum, quanto fides sit tribuenda, quia idem est favor V. g. homicidium factum in aedibus, aliud in horto, utrobique adfuit domesticus aliquis, quid causae est, ut hic, non illic domesticus testis examinetur? Adulterium quis noctu fecit, alius de die, videt utrumque impubes, quid causae est, cur impubes illo casu, non hoc sit examinandus, nulla apparet causa. *Secundo* limitatur dicta regula, quod testes etiam inhabiles admittantur, quando veritas aliter haberi non potest. *argum. L. Consensu. 8 §. Servis etiam. 6. C. de repud [C. 5. 17. 8]. L. Divus. 9. princ. ff. de quaest [D. 48. 18. 9]. Farinacius d. quaest. 62. num. 50. Tertia* limitatio in criminibus exceptis, ut Perduellionis, veneficii, magiae, latrocinii, homicidii, in quibus etiam testes alias inhabiles admittuntur, *argum. L. fame si 7. ff. ad L. Jul. Majest [D. 48. 4. 7]. Masc. d. Concl. 1366. n. 15. Clarus d. quaest. 24. n. 19. Farinac. d. quaest. 62. num. 81.* Nam & servo credendum quodammodo

制限が緩和されうるということは当時広く認められた手続であったよう

in atrocioribus, l. 7. de Testibus [D. 22. 1. 7] l. 8. §. Servis. C. de Repud [C. 5. 17. 8] . l. 12. & seqq. de Quaest [C. 9. 41. 12] . Et arenarium testem interdum admittere cogimur, l. 21. §. 2. de testibus [D. 22. 5. 21] , si atrocitas criminis cum difficultate probationis concurrat. Conf. Farin. q. 50. n. 5. & q. 62. n. 28. & Clar. §. fin. q. 24. n. 10.“ 上口、前掲書（註３）、137-138頁。「25 制限の第１は、反逆、姦通、窃盗、子供のすり替え、聖職売買、背叛 (proditio) 等のように証明の困難な行為、犯罪については、この規則は妥当しないというものである。26 若干の法学者は次のようにいう。すなわち、ある種の犯罪はそれ自体として証明が困難である。たとえば、姦通は、通常目撃されることはなく、家人以外の者によって発見されることが不可能であり、家人を証人尋問できなければ、この犯罪の証明はほぼ不可能である。窃盗、陰謀等の場合も同じである。他方、カルプツォフによれば、ある種の犯罪は犯行の場所又は時刻によって証明が困難となるが、適格のない証人がこの種の犯罪を目撃することがある。たとえば、夜間の殺人がそれである。ファリナキウスは、このような事情を第２の制限とする。ファリナキウス、カルプツォフは、殺人が荒地、森、その他人里離れた場所で行われた場合のように、場所的理由により容易に〔適格のある〕証人を得がたい場合も同様であるとするとする。しかし、ファリナキウス、カルプツォフは、実際には〔適格のある〕目撃証人は存在しなかったが、犯罪の性質、場所、時刻から見て目撃が不可能だったのではなく、証人が目撃する可能性は存在したという場合は、この制限に該当しない、とする。しかし、私はこのような区分を重視すべきではないと考える。犯罪、特に重大な犯罪が探知され、瑕疵のない証人 (testes omni exceptione majores) が存在しない場合には、〔両者の証言の〕効用は同一であるから、それ以外の証人を尋問し、どの程度信用すべきかは、判決を行う裁判官の判断に委ねられることが、公共の利益に資するのである。たとえば、家屋内での殺人と庭での殺人を目撃した家人がいる場合、家人の証人尋問が前者の場合は許され、後者の場合は許されないとする理由、あるいは、夜間の姦通と昼間の姦通を未成年者が目撃した場合、前者の場合は尋問しうるが、後者の場合は尋問できないとする理由があるのであろうか。理由がないように思われる。27 第２に、上記規則は、真相を他の方法によって知ることができない場合は適格のない証人も許容される、という制限を受ける (C. 5. 17. 8, 6; D. 48. 18. 9, pr.)。28 第３に、反逆、毒殺、魔女行為、強盗殺人、殺人のような例外犯罪についても制限され、通常ならば、適格のない証人も許容される (D. 48. 4. 7, 2)。重罪事件では奴隷もある程度信用されうる (D. 22. 5. 7; C. 5. 17. 8, 6; C. 9. 41. 12)。剣闘士を許容せざるをえない場合がある (D. 22. 5. 21, 2)。犯罪が重大でかつ証明が困難な場合がそうである。」

だ。

さて、シュルトハイスの議論に戻ると、彼は続いてどのような証人が認められ得るのかについて七つの証人の種類を挙げている。まず挙げられている認められうる証人は、「立派で敬虔な、何も非難され得ない人」である。さらに彼はブランクス『殺人の徴表について』を欄外で挙げつつ、「立派な女性」も証人として認められると述べる⁶⁷。ブランクスはこの著書は題名の通り、殺人の場合の徴表について論じたものであるが、後半部分では証人についても議論しており、以降のシュルトハイスの議論においてファリナキウスと共にたびたび引用されている。ここでブランクスは、教会法においては女性には証人適格がないが、ローマ法においては証人適格があると述べている⁶⁸。

シュルトハイスはまた「20歳よりも若い人々」すなわち未成年の証人も認めている。彼は20歳どころか、「良いことと悪いこととを見分け、賢く分別がある」9歳以上の子どもすら証人として認められ得ると論じている⁶⁹。彼はこの主張について、複数の法学者の見解を引用しながら、他の証人についてよりも詳しく論じている。彼の挙げているファリナキウスの著作における該当箇所は大逆罪について論じた箇所であり、そこでは14歳であろうとも無差別に証人になりうるし、拷問されうると述べ

⁶⁷ Schultheiß, aa.O. (註15), C. 3, S. 136, „Zum andern/ so können auch ehrliche Frawen geschlechts Personen zu Zeugen gebraucht werden.“

⁶⁸ Marcus Antonius Blancus, Tractatus de Indiciis Homicidii ex Proposito Commissi, et de Alijs Indicijs Homicidij et Furti, Venetiis 1546, n. 350, p. 131. 略は筆者による。„De iure canonico mulier non potest esse testis in causa criminali [...]. Et etiam quia de iure ciuili reperitur expressum, quod mulier possit testificari in causa criminali“.

⁶⁹ Schultheiß, aa.O. (註15), C. 3, S. 136, „Zum dritten/ so werden auch Personen/ so sonstn jhrer Jugent end Jahren hlber nicht zulässig/ als minner Jhärige so vnder 20. Jahren seyn/ zu Zeugen zugelassen/ vnd wegen der heimbligkeit vnnd der größheit des Lasters/ werden auch die jüngere Leuthe/ so vierzehen Jahr/ oder nicht weit von 14. Jahren/ als nemblich 12. oder 13. Jahr alt seyn zu Zeugen zugelassen/ auch die jenige so 9. 10. vnnd 11. Jahr erreicht/ vnnd daß Gut vnnd Böses erkennen/ klug vnd verständig seyn/ werden nicht gänzlich von eröffnenung jhrer Wissenschaft abgewiesen.“

られている⁷⁰。ブランクスは、14歳の未成年者は成人と同じように尋問されるべきでないとしながらも⁷¹、「有罪宣告のためでなく」軽度の拷問を加えて尋問することを許可している⁷²。また、フランキスクス・カソヌスは『徴表と拷問について』（1557年）において、「未成年は刑事事件において完全な証明を提供できる証人ではないが、徴表を提供できる」と述べている⁷³。注意すべきは、シュルトハイスの未成年の証人についての主張に関して、9歳という年齢はいずれの文献にも述べられていない点である。シュルトハイス自身は、カソヌスの記述を論拠として挙げているが、上記のようにカソヌスは「未成年」とだけ述べており、具体的な年齢については述べていないのである。それと同時に、カソヌスは未成年の証言が徴表を提供すると限定をつけているのに対して、シュルトハイスは一貫して証人として論じており、その証言の重さについてここでは制限をつけてはいないように見える。しかしこれについては後述するように、実際にはシュルトハイスは上に挙げられた証人たちの証言の重さに区別を設けている。

シュルトハイスは続けて「破門された状態にある者たち」が証人として認められ得ると述べている⁷⁴。この点についてシュルトハイスは、異端者について他の異端者による証明を認めるというローマ法の規定を挙げている⁷⁵。また、シュルトハイスは魔術に関して「悪評のある人々」、「魔

⁷⁰ Prospero Farinacius, *De Testibus*, Frankfurt a.M. 1602, Q. 58, n. 22, p. 103, „In crimine laesae maiestatis, in quo nedum minores quatuordecim annorum: sed omnes in distincte, nedum testimonium dicere possunt, sed etiam ad id coguntur, & torquentur“.

⁷¹ Blancus, a.a.O. (註68), n. 346, p. 128f., „TESTIS minor annis xiiij. non debet examinari in causa criminali“.

⁷² *ibid.*, n. 347, p. 129, „quod impuberes cum leui tortura interrogantur non ad damnationem, sed ad instructionem“.

⁷³ Franciscus Casonus, *Tractus de indiciis et tortura*, Venetia 1557, Pars. 1, Q. 2, n. 18, p. 16, „ubi tenet, quod licet in criminalibus impuberes non sint idonei testes ad plenam probationem, tamen sunt idonei ad indicium“.

⁷⁴ Schultheiß, a.a.O. (註15), C. 3, S. 137, „Zum vierdten die im Geistlichen Bann seyn/ die werden auch in diesem Fall nicht verworffen.“

⁷⁵ *Ebd.*, C. 3, S. 137, „*Excommunicati* c. in fidei de faeret. in 6. *Si in causa*

女の仲間」を証人として認めている⁷⁶。そして最後に、証人適格について「一点だけ瑕疵があるような全ての人々」を証人として挙げている⁷⁷。

以上のことから、女性や未成年などの通常の刑事事件においては証人適格を持たない証人を許容すること自体は、例外犯罪の議論においては一般的なものであったという事が分かる。勿論、その際にどんな証人にまで証人適格を認めるかは、論者によってばらつきがある。女性や未成年を証人として認めることは、どの法学者も共通するところであった。この点において、シュルトハイスは特異なことを述べている様子はない。ただし、シュルトハイスは可能な限り最も低い年齢にまで証人適格を認めようとしている。このような記述に、シュルトハイスの魔女迫害者としての姿勢、すなわち魔女に対して最も厳しい立場を採るという姿勢が見てとれる。

さて、例外犯罪においては通常認められないような証人が認められるとして、では例外犯罪の主張は証言の重さにどのような影響を与えていたのだろうか。異端や人に対する大逆の罪との対比において、シュルトハイスが魔女術の犯罪をより重大な罪であると論じていることは既に確認したが、シュルトハイスはこれらの犯罪においては、共犯者の供述が告発された人物の拷問のために十分であるということが認められると述べ、より重大な罪である魔女術の犯罪においてはなおのことであると論じている。「重大な違反において仲間の告発は告発された人物の拷問のために十分である。それ故、より重大でより恐るべき犯罪においては仲間の告発は[告発された人物の拷問のために]十分なものである。異端の罪と人への大逆罪は、魔女の罪ほどには隠されてはいない。そし

haereseos excommunicati in testes admittuntur, multo magis in crimine magiae omnium criminum maximo admittendi sunt, idem de Bannitis affero.“

⁷⁶ Ebd., C. 3, S. 137, „Zum fünfften werden auch verleumbte Personen deß erschröcklichen Lasters vnd dessen beschwerlichen Beweißthumbs halber zu zeugen auffgenommen. Zum sechsten der Hexen Mittgesellen Zeugnuß ist auch gültig/ aber daruon woll ich auff dem Orth der Besagung außführlichen bericht thun.“ これらについては次章において詳しく論じる。

⁷⁷ Ebd., C. 3, S. 137, „Zum siebenden werden alle Personen/ welchen nur ein Mangel in Rechten kann vorgeworffen werden“.

て毒殺の罪、これは全ての罪の中で最も隠されているものである、仲間の告発は秘密〔の犯罪〕において、仲間に対して〔拷問を科すのに〕十分なものである。それ故最も秘密裏で隠れた犯罪においては、仲間の告発は一層十分である」⁷⁸。シュルトハイスの主張はまさにシュペーとは正反対に位置している。つまりシュルトハイスはより重大な犯罪においては、より手続的な保障が緩められるべきである、と主張している。これに対してシュペーは、より秘密性の高い犯罪においては、より慎重な態度を要求している。

では、シュルトハイスはこのような態度に基づき、正規の証人による証言と通常認められないような証人の証言との間に何ら差を設けなかったのだろうか。シュルトハイスは確かに証人の範囲を広げはしたが、その全ての証言に同様の重さを認めていたわけではない。というのも、シュルトハイスは第8章におけるタナーの主張をめぐる議論における例示において、明らかに共犯者である複数の魔女が、犯罪の主要事実について別の人物を告発にもかかわらず、それらが「拷問を科すのに十分」と認めるに留まっているからである。本来ならば、二人の証人によって犯罪の主要事実が立証されれば、それは有罪宣告に十分なものであった。つまりシュルトハイスは、通常より広い範囲の証人に証人適格を認めながら、それらの価値については十全な重さを認めていないのである。この点については、例外的な場合において通常認められない証人の尋問が許可されるが、しかしそれは十分な証拠とはならないと論じているブルネマンの理解とも共通している⁷⁹。

⁷⁸ Ebd., C. 8, S. 423. [] は筆者による。„ergo in grauiori & atrociori crimine denunciationes complicum multo magis sufficientes sunt, crimen haeresios & laesae maiestatis humanae non tam secretum est, atque crimen veneficij, hoc enim omnium criminum maxime secretum & occultum est, sed denunciationes complicum in fecretis sufficientes sunt contra socium. Ergo in maxime secreto & occulto crimine denunciationes complicum multo magis sufficientes sunt“.

⁷⁹ Brunnemann, a.a.O. (註3), C. 8, Membr. 2, n. 30, p. 104, „ Certem enim est, quamvis inhabiles testes in supra dictis casibus admittantur, non tamen plenam fidem eos facere, sed tantum aliaqualem inducere probationem, & interdum si plures sint, indicium sufficiens ad torturam“. 上口、前掲書（註3）、

以上のことをまとめると、次のようになる。しばしば例外犯罪と拷問を結びつけて論じる際に問題になったのは、拷問の程度や回数、「拷問の反覆」、拷問特権といった拷問それ自体に関すること、そして拷問の条件でであるところの徴表と証人適格についてであった。シュルトハイスは拷問それ自体についてはそもそも論じていないか、あるいは例外犯罪論を用いて記述していない。しかし証人適格については、上に見たように例外犯罪論を前面に出して論じている。その際に彼は多くの法学者の見解を挙げながら、可能な限り証人適格を広げようとしている。シュルトハイスの主張が多くの方学者達の見解に依拠しているところから、またカルプツォフらの文献からも、シュルトハイスの主張するような証人適格の制限の緩和は例外犯罪における手続上の例外取り扱いの一論点を形成していたと思われる。この点についてシュルトハイスの主張は魔女に対して最も厳しい立場に立っているが、しかしながら既存の議論の枠に則っている。

さらにシュルトハイスは、シュペーやブルネマンらとは対照的に、より例外的な犯罪においては、証拠の証拠能力はより高められると論じている。しかしながら、シュルトハイスは実際にはそのようにして広げられた証人適格を持つ証人全てに、等しい価値をおいたわけではなかった。その理由を直接的にシュルトハイスは述べていないが、ブルネマンが述べるように、そういった「通常は認められない証人」の証言が十分な価値を持たないということもまた、当時の刑事法学の認識に沿ったものであったと考えられる。

さて、最後に注意を促しておきたい点として、被告人の防御の権利の所でも述べたように、シュルトハイスは例外的な取り扱いが「例外」であることを十分に認識していたように思われるということである。例えば証人適格を論じるにしても、まずは通常認められる、瑕疵のない証人の種類を取り挙げ、その後に例外的に許容されうる証人の類型を論じて

139頁。「なぜならば、上に挙げたような事件においては適格のない証人が許容されるが、これらの証人は十分な証拠となるのではなく、ある程度の証拠にすぎず、それが複数競合する場合に拷問に十分な証拠となるにすぎないからである。」

いる。また、ここで「許容されうる」と述べている点にも注目できる。シュルトハイスは防御の機会に関する箇所でも、それを与えることが危険だと述べてはいたが、防御の機会を与えては「いけない」と述べているわけではなく、飽くまで防御の機会を与えずに手続を進めることが「できる」と述べていた。拷問の反覆やその後の取り扱いについても同様で、三度目の拷問を課すことが「できる」、またその後も留めておくことが「できる」という記述になっている。このことは、このような例外的な取り扱いが、飽くまで例外犯罪であることによって「可能になった」に過ぎないという事を示している。つまり、そのような例外的な扱いは、必ずそうしなければならないという類のものではなかったということである。

第3節 小括 ―シュルトハイスの手続と近世の例外犯罪論

以上検討してきたことをまとめると、次のようになるだろう。近世における例外犯罪の理論において、しばしば類似した論拠を挙げながら、基本的に例外犯罪があるという認識は共有されていた。きわめて大きな分水嶺は二つあり、一つはシュペーが主張したように、その理論が手続にまで影響しうるのか、それとも刑罰や処置にのみ妥当するのかという点であった。ただし、カルプツォフやブルネマンをはじめとする刑事法学者達の記述を見るに、例外犯罪の理論が手続に関する法的効果を有するというのは、近世刑事法学における共通認識であったと言える。もう一つの分水嶺は、被告人の防御の権利に関する例外が認められるかどうかという点であった。近世における例外犯罪の理論は、論点はある程度共有しつつも、おおよそ三通りの立場があったという事になるだろう。これらの違いに加えて、例えば例外犯罪に含まれる犯罪類型や、証人として認めうる未成年の年齢制限など、論者によって枝葉末節は異なっていた。このような前提の上で、近世の例外犯罪論には、具体的にどのような法的効果があったのかをまとめたい。

まず、例外犯罪に含まれる犯罪類型については、共通してそれと認識される犯罪類型が存在した。大逆、街道強盗、異端、毒殺、貨幣偽造、魔女術などが多くの論者に共通する犯罪である。これにしばしば殺人や

シモニア、嬰兒殺、偽証などが加えられることもあったが、どの論者においてもその中核的な犯罪類型は変わらない。魔女術罪が近世において例外犯罪として扱われうる犯罪であったということは言える。

これを確認した上で、例外犯罪であることの法的効果として近世に論じられていたのは、主に刑罰・処置に関する例外と、手続に関する例外であった。裁判権に関する議論は、少なくとも近世において例外犯罪論を巡っては行われていなかったようである。刑罰・処置に関しては、魔女術罪に対して死刑と財産没収を併科しようかという議論が存在したが、これについては魔女術罪においては併科できないという見解が主であった。財産没収と死刑の併科は、概ね大逆罪のみか、大逆罪と「神への大逆罪」である異端にのみ認められていた。

手続に関する例外については拷問の程度や回数、反覆、拷問特権の例外、証人適格の例外、被告人の防御の権利の制限などが例外犯罪の法的効果であった。拷問の程度に関しては、カルプツォフやブルネマンも、例外犯罪における特別な扱いとして最も厳しい拷問を科すことを認めていた。また回数及び拷問の反覆についても、しばしば三回までという上限の最大回数までの拷問が、例外犯罪論によって許可されえた（カルプツォフは最重罪について三回目の拷問を認めるが、ブルネマンは徴表の強さによって三回目の拷問を認めていた）。また、例外犯罪においては通常の犯罪においては拷問されないとされた人々の拷問特権が無視されえた。拷問それ自体についてこのような例外的取り扱いがされたが、さらに拷問の条件となる徴表や証言の収集についても、例外犯罪においては通常証人適格を持たない人々を証人として利用しうることが広く認められていた。他方で、いかなる場合においても被告人の防御の権利を認めるべきであるとするカルプツォフやブルネマン、シュペーらに対して、シュルトハイスは公知の理論や危険性を主張しながら被告人の防御の権利を制限しようとしている。また、弁護人に対する警戒心はデルリオとも共通するところがあり、この点でもシュペーは勿論、カルプツォフやブルネマンとは対照的である。以上が、ボダンやビンズフェルトら悪魔学者達とカルプツォフやブルネマンら近世の刑事法学者の記述から導き出される例外犯罪論の法的効果と言えよう。

ではこれに対してシュルトハイスの議論はどのように評価できるだろう

うか。確かに、シュルトハイスの議論には当時の一般的な例外犯罪論の枠組みを大きく超えた点が存在した。被告人の防御の権利の著しい制限はその最たるものである。弁護人についてはデルリオもまた警戒しているのであるが、シュルトハイスはそれのみならず、被告人の防御の機会自体を剥奪しようとさえしている。これは既に述べたように魔女術罪の特異性（悪魔の存在）に由来するものであると考えられるが、『カロリナ』や刑事法学者たちの考えとはまったく異なる立場であり、さらにはデルリオと比べても過激な主張であると言える。とはいえ、シュペーの記述を見る限りでは、そのような考え自体は近世において一定程度存在したようである。

一方で、シュルトハイスの理論の他の部分は、近世刑事法学における例外犯罪論の枠組みの中で行われていた、あるいはその延長線上にあったと言える。近世においてはある種の例外的取り扱いをされるべきとされた犯罪類型があり、魔女術はそれに含まれていた。この例外的取り扱いには拷問の反覆可能性や通常証人適格を欠く証人の許可などが含まれており、これが悪魔学文献のみならず刑事法学者の文献においても認められているのは前述の通りである。この点においてシュルトハイスは近世刑事法学から逸脱するどころか法学者達と理論枠組みを共有しており、彼の理論はその枠内に従って論じられていたと言えよう。ただし、彼の議論は魔女に対して最も不利になるような立場を採っている。

またシュルトハイスは魔女術罪において、通常では大逆罪にしか許されていなかった死刑と財産没収の併科を認めている。この際にシュルトハイスは魔女術が「神への大逆罪」であるということを論拠としているものの、この点については悪魔学者たちにおいてさえ議論があった。例えばビンスフェルトなどは「神への大逆罪」であることを認めながらも財産没収を否定している。刑事法学者たちも、ローマ法上は死刑と財産没収の併科が認められていると論じながら、しかし魔女に対して財産没収をすることには否定的であったようだ。とはいえ、ブルネマンが異端に対して「神への大逆罪」であるとして死刑と財産没収を認めているように、「神への大逆罪」という経路を辿れば、魔女術罪における死刑と財産没収の併科という結論に至ることは、論理的には不可能とまでは言えないだろう。大逆罪における財産没収と死刑の併科の事実、そして魔

女術罪が「神への大逆罪」であるという主張を組み合わせ、シュルトハイスは魔女に対して最も重い罰を定めているのである。これらのことを考えると、シュルトハイスの主張は、ローマ法においてはともかく、実際には死刑のみを科すという近世刑事法学の議論の流れを無視していたけれども、刑事法学を大きく逸脱していたわけではなく、その延長線上にあったと評価できる。

一方でシュルトハイスの特殊性は、先の防御の権利の剥奪に加えて、例外犯罪の中でも明白に魔女罪を重く捉えていた点にもある。確かにボダン、通常の異端を「単なる異端」、魔女術のことを「真の異端」と呼ぶことによって、同じ例外犯罪である異端よりも魔女術の方を重く見なしている。とはいえ、ボダンの記述においてはそれがどのような意味を持っているのかは判然としない。これに対してシュルトハイスの場合は、魔女術が例外犯罪の中でもより重い罪であるということが例外的な取り扱いの正当化根拠として、法的な意味を持っているのである。例えばシュルトハイスは、「人への大逆罪」において共犯者の供述が認められるのであれば、「神への大逆罪」である魔女術においてはなおさら認められる、と述べている。

以上のように、シュルトハイスの理論は、魔女裁判を推進する側から述べられた例外犯罪論とでも言うべきもので、あらゆる点で魔女に対して厳しい立場を取り得るという立場だった。その理論は、基本的には近世刑事法学の議論から完全に逸脱したものではなかったが、被告人の防御の権利という手続的保障の観点において極めて重要な点で、刑事法学者たちとスタンスを異にするものであったと言える。これには当然、デルリオのような悪魔学者たちの影響が考えられるが、より先鋭化したものであった。シュルトハイスの主張するような被告人の防御の権利の制限が、刑事法学者達の議論においては認められていなかったことから、マイホルトやコッホの言う手続規定の「中核領域」は例外犯罪論といえども全体において守られていたと言う事が出来るかもしれないが、言い換えればシュルトハイスの指揮する裁判においては守られていなかった可能性も高い。

このような考察をもとに、近世の例外犯罪についてはどのように考えられるだろうか。近世には三通りの例外犯罪論があったとして、それぞ

れの学識法曹や学識者たちがどの立場を支持するかは多様であったのみならず、さらには必ずしも魔女術罪を例外犯罪として扱わなければならないというわけでもなかった。本章の第1節において述べたように、ゲデルマンやコットマンのような法学者たちは、魔女術罪を例外扱いするのではなく、『カロリナ』を遵守するように求めた⁸⁰。また、第2節においてもしばしば述べてきたように、例外犯罪論は「例外的取り扱いができる」という選択肢を広げる（制限を緩める）類の理論であり、「特定の犯罪においては必ず例外的な取り扱いをしなければならない」というものではなかった。例えばツァゴラやザウターが明らかにしたように、魔女術罪について他の犯罪の場合に比べて慎重な態度を採る場合もあったのは、例外犯罪論のこのような性質に拠るものだろう⁸¹。つまり、魔女術罪が例外犯罪とみなされたとしても、それが必然的に例外的取り扱いを受けるという結果を導いたわけではなかった。彼らの研究以前では、魔女術罪が例外犯罪としてみなされたということをもって、魔女術罪が常に例外的に取り扱われたという認識が支配的であったように思われるが、エストマンやツァゴラ、ザウターらの研究を踏まえると、例外犯罪であるということは「犯罪を追求し罰するために通常に取り扱いから外れる」という選択肢が用意される、ということだったと考えるべきだろう。

しかしながら、その上で魔女裁判における例外犯罪論の意義をもう一度考えてみると、やはりこれは魔女裁判の拡大の理論的背景だったと言える。本章で検討したような例外犯罪論に伴う各種の手続的保障の緩和は、仮に被告人の防御の権利の制限を含めないにしても、決して裁判の進行への影響が小さいものではなかった。シュルトハイスの例外犯罪論が概ね当時の共有されていた枠の中に収まっているということから、このような例外犯罪論で魔女術を取り扱えば魔女として訴えられた人に

⁸⁰ Sönke Lorenz, Erich Mauritius († 1691 in Wetzlar) ein Jurist im Zeitalter der Hexenverfolgung : erweiterte und veränderte Fassung des Vortrags vom 28. Mai 1998 im Stadhaus am Dom zu Wetzlar, Wetzlar 2001, S. 11.

⁸¹ Robert Zagolla, Folter und Hexenprozess: Die strafrechtliche Spruchpraxis der Juristenfakultät Rostock im 17. Jahrhundert, Göttingen 2007, S. 234; Sauter, aa.O. (註48), S. 140, 145; 小林繁子「〈魔女〉は例外犯罪か」『思想』第1125号、2018年、51-67頁、ここでは54-55頁。

とって極めて不利な事態を引き起こしかねないものであり、シュルトハイスの手續論はその最も厳しい事例の一つであったのだと言える。このような例外犯罪の場合、眼の前の犯罪を例外犯罪として例外的に取り扱うかどうかを決める人物の意向に、裁判が大きく影響されたということも言いうるだろう。ケルン選帝侯領においてはシュルトハイスら魔女コミサールがまさにそのような立場にあったということは、魔女裁判研究において彼ら学識法曹とその理論をより詳細に検討することの意義を示している。

さて、例外犯罪という考えによって証明の基準が下がったことは既に述べたとおりであるが、魔女術罪の証明において重要視されたのは仲間の告発であった。というのも、魔女術罪の構成要件であるサバトへの参加についても、また害悪魔術の行使についても、犯罪に関わっていない通常の証人による証明が非常に困難であったからだ。そこで、犯罪の共犯者の証言が重要になるわけであるが、ここには魔女が集団として存在するという前提がある。このような「セクト」のイメージが魔女迫害の拡大において重要な役割を持ったという研究もあるが、次の章ではこの魔女術罪の組織犯罪性について論じていく。

レイモン・アロン研究のルネッサンス

—— 国際政治学のもう一つの始源へ ——

池 寄 航 一

1. はじめに

レイモン・アロン (Raymond Aron, 1905-1983) は、20世紀フランスを代表する知識人の一人である。ソルボンヌ大学やコレージュ・ド・フランスで教鞭をとる傍ら、『フィガロ (*Le Figaro*)』や『レクスプレス (*L'Express*)』の論説委員として現実政治を観察し続け、その80年弱の生涯でおよそ40冊もの本を著し、600以上の論考と、新聞・雑誌を通じて約4000もの論説記事を世に問うた¹。さらにその活動は、哲学から社会学、歴史学、政治学、経済学、さらには国際関係にいたるまでいくつもの学問領域を横断するものであり、また、絶えず理論ないし思想と現実との間を往還しながら行われた。

こうした業績の膨大さと分野横断的越境性は、体系的なアロン研究の発展を遅らせた²。しかし、アロン思想の本格的な検討がなかなか進まなかったことの

¹ Robert Colquhoun, *Raymond Aron: The Philosopher in History, 1905-1955*, vol. 1, London, Sage, 1986, p. 2. これらのアロン存命中の著作に加え、彼の死後にも、原稿・論説・講義等の編纂を通じて、数多くの著作が出版されている。これらの生前・死後のアロンの著作の包括的な目録としては以下を参照された。Perrine Simon et Elisabeth Dutartre-Michaut, "Bibliographie de R. ARON", <URL: <http://raymond-aron.ehess.fr/index.php>> (accessed March 13, 2020).

² 例えば、1976年の時点でギタ・ヨネスクは、「レイモン・アロンの政治学上の仕事について、これまでほとんど言及されなかったことを知るにつけ、いささか驚きの念を禁じえない」とし、「さまざまな理由から、現代の人びとは彼の

背景には、彼の業績やその政治的な立ち位置に対する評価が、（少なくともある時期までは）それほど高くなかったという事情もあったと考えられる。学問的には、アロンは、理論的な体系性や独自性を欠いた思想家と見なされることが多かった。かといって現実政治の文脈においても評価が芳しかったわけではない。「アロンとともに正しくあるよりも、サルトルとともに間違ったほうがいい」という言葉に象徴的に示されるように、保守的で反動的な人物として左派の学生や知識人らによる非難・軽蔑の対象とされた一方³、アルジェリアの独立を支持した際には、右派ナショナリストらの怒りをかった。それでも一部の政治家や学者・知識人からは尊敬を集めたものの、フランスでの彼は、概して政治的には「孤独」であり、「周辺的な立場」に置かれていた⁴。

ところが、1970年代から1980年代にかけて、マルクス主義の退潮などによるフランスの知的潮流の変化を受けて⁵、アロンの評価もまた見直されることになる。そうしたなかで出版されたジャン・ルイ・ミシカとドミニク・ウォルトンによるアロンへのインタビューを記録した『参加する観察者』（1981年）やアロン自身の『回想録』（1983年）は、アロンの知的な道のりを辿ることを可能にし

仕事を総括的に把握するのに難渋しているようである」の述べたうえで、その理由を、アロンの仕事の現在進行性や多産性、学際性に求めている。ギタ・ヨネスク「レイモン・アロン——現代的古典主義者」アンソニー・ド・クレスピニイ、ケネス・R. マイノウブ編〔内山秀夫・奈良和重ほか訳〕『現代の政治哲学者』南窓社、1977年（原著の出版は1976年）。

³ この言葉の出所については、Iain Stewart, *Raymond Aron and Liberal Thought in the Twentieth Century*, Cambridge University Press, 2019, p. 21が参考になる。

⁴ Nicolas Baverez, “Life and Works: Raymond Aron, Philosopher and Freedom Fighter”, in José Colen and Elisabeth Dutartre-Michaut eds., *The Companion to Raymond Aron*, pp. 3-14, p. 6.

⁵ この変化がアロンの評価を押し上げたということについては、杉山光信が「賢者アロンのもう一つの顔」と題したプロローグのなかで詳しく論じているため、それを参照されたい（杉山光信『モラリストの政治参加——レイモン・アロンと現代フランス知識人』中公新書、1987年）。また、そのことがアロンとリベラリズムの関係を自明視することになり、両者の関係を問う視点が欠けてしまったという批判については、Iain Stewart, *Raymond Aron and Liberal Thought in the Twentieth Century*, Introduction を参照。

た⁶。アロンがこの世を去るのは、この『回想録』出版の数ヶ月後のことだが、それは、彼の人生と業績が、その「完結」によって、いよいよ本格的な歴史研究の対象となったことを意味した。こうして、レイモン・アロン研究所による著作目録の作成や、死後にアロンの著作や追悼・回想記事が相次いで刊行されたことなどにも促されながら、1980年代後半から90年代にかけて、アロン研究の「第一波」が生じることになる⁷。この時期の代表的な研究書としては、フランスでは、シルヴィ・ムジュールの『レイモン・アロンと歴史理性』（1984年）やニコラ・バベレの『レイモン・アロン』〔副題は、イデオロギーの時代のモラリスト〕（1993年）があり⁸、英米圏では、ロバート・コフーンの二巻本『レイモン・アロン』〔副題はそれぞれ、「歴史のなかの哲学者 1905-1955」と「社会のなかの社会学者 1955-1983」〕（1984年）やダニエル・J・マホニーの『レイモン・アロンのリベラルな政治学』（1994年）などがある⁹。このうちバベレとコフーンの著作は、今なおアロンの評伝研究のスタンダードである。

我が国におけるアロン研究も、概ねこの欧米における「第一波」の時期に始動したといってよい。日本では、1956年にアロンの処女作である『現代ドイツ社会学』（原著は1935年）が翻訳されたのを皮切りに訳書が断続的に出版され、1970～71年には4冊からなるレイモン・アロン選集が荒地出版社から刊行さ

⁶ Raymond Aron, *Le Spectateur engagé. Entretiens avec Jean-Louis Missika et Dominique Wolton*, Paris, Julliard, 1981, Raymond Aron, *Mémoires. 50 ans de réflexion politique*, Paris, Julliard, 1983. [三保元訳『レーモン・アロン回想録(1)・(2)』みすず書房、1999年]

⁷ このあたりの事情については、北川忠明『レイモン・アロンの政治思想』青木書店、1995年、vii-viii 頁が参考になる。なお、レイモン・アロン研究所は、現在はレイモン・アロン社会学政治学研究所 (Centre d'études sociologiques et politiques Raymond Aron: CESPRA) となっている。

⁸ Sylvie Musure, *Raymond Aron et la raison historique*, Paris, Vrin, 1984, Nicolas Baverez, *Raymond Aron. Un moraliste au temps des idéologies*, Paris, Flammarion, 1993.

⁹ Robert Colquhoun, *Raymond Aron - Volume1: The Philosopher in History 1905-1955*, Sage, 1984, Robert Colquhoun, *Raymond Aron - Volume2: The Sociologist in Society 1955-1983*, Sage, 1984, Daniel J. Mahoney, *The Liberal Political Science of Raymond Aron: A Critical Introduction*, Rowman & Littlefield Publishers, 1992.

れてはいた。しかし、アロンの思想をあつかった概説書や研究書、論文等の出版はそれに比べれば遅く、管見の限りでは、杉山光信の『モラリストの政治参加』（1987年）が最初と思われる¹⁰。その後、北川忠明の『レイモン・アロンの政治思想』が続き、その後も個々のテーマごとに研究が断続的に重ねられてきた¹¹。

しかし、そこには明らかな限界もある。まず指摘すべきは、全体としての研究の量的な貧困である。歴史哲学やイデオロギー論、社会学理論や国際関係論など、アロンの思想の特定の主題や著作については、一定数の研究が積み重ねられてはいるとはいえ、依然として少数にとどまっている。しかもそうした研究は、どうしても断片的な性格を拭うことはできず、複数の著作やテーマのあいだの連関や通時的に見た連続性や変容を明らかにすることができていない。では、ある程度体系的にアロンの思想構造をとりあつかおうとする著作に関してはどうかといえば、それらは今のところわずか三冊にとどまっている（前述の杉山と北川の著作のほかに、アロンの社会学を概観したものが一冊あるのみである¹²）。

そして第二に、これらのある程度包括的な構えをとった研究も、どちらかといえば、アロンの生涯と業績を紹介することの方に重きを置いており、そこでは、アロンの業績が現代の社会学や政治学に対して持ちうる含意を積極的に探ろうとする試みは不十分なかたちでしかなされていない。このなかでは唯一、北川の著作がそれを企図していたといえようが、北川自身が述べているように、そこでの分析の対象は、「[引用者注：アロンの]社会科学論、比較政治体制と「自由 (les libertés)」の政治社会学に限定され」ており、「この点では本書はまだ中間報告にすぎ」ず、「この限定された領域の検討を通じて、アロンの歴史＝

¹⁰ 杉山『モラリストの政治参加』。

¹¹ 例えば、アロンの歴史哲学については、奈良和重「レイモン・アロンにおける歴史＝政治哲学」『法學研究』61巻5号、1988年5月、88-116頁、イデオロギー論については、奈良和重「レイモン・アロンにおける《イデオロギー批判》」『法學研究』61巻12号、1988年12月、39-66頁がある。アロンの国際政治論については、中本義彦「レイモン・アロンの「リアリズム」批判」『静岡大学法政研究』9巻4号、2005年2月、61-120頁がリアリズムとの比較を通じて解説を行っている。

¹² 岩城完之『レイモン・アロン——危機の時代における透徹した警世の思想家』東信堂、2001年。

政治社会学に接近」することを目指すものであった¹³。そして、それ以降、より包括的で最終報告的なアロン研究といえるものが現れていない現状に鑑みれば、日本のアロン研究は、いまだにこの「限定」的で「中間報告」的な状況を脱してはいないということになろう¹⁴。加えて指摘すれば、これらの著作はどれも、アロンの国際関係論を正面からあつかってはならず、彼の思想のなかでそれが占めた位置（例えば、アロンの歴史理解やイデオロギー論、比較体制分析が、国際政治論とどういう関係にあるのか、といった問題）については、ほとんど手つかずのままになっている¹⁵。

最後に、日本のアロン研究がかかえる第三の問題は、日本における研究の多くが、1980年代半ばから1990年代前半にかけてのアロン研究の「第一波」の時期になされたということに起因する。すなわち、「第一波」という表現が暗示しているように、アロン研究は2000年代に入ってから止むことはなく、近年になって再び活発化しているようにすら見えるが（「第二波」）、日本のアロン研究はそれらがもたらした知見から隔絶されたままである。さらに、後述するように、アロンの思想は、現代を生きる我々にとっても重要な政治（学）的含意を持ちうるのであって、それを現代的な関心から再検討することは必要であろう。

このことを示すため、本稿は以下、次のような構成をとって進む。まずは次節において、「自分の知識の限界をつねに意識しつつできるかぎり誠実に自分

¹³ 北川『レイモン・アロンの政治思想』、ix 頁。なお、引用にあたって、引用者注の表記との混同を避けるために「自由」の原語 *les libertés* にかかっている [] を () に変え、*les libertés* について付されている「アロンは通常複数形で考えている」という説明書きを、既述の簡略化の省略したことをここで断っておく。

¹⁴ この本の「限定」的・「中間報告」的性格は、「あとがき」においてももう一度繰り返されている。「本書はレイモン・アロンの思想像の一部を描いたものにすぎず、アロン研究の中間的総括である。トクヴィル以後のフランス政治社会学の歴史的研究という角度からアロンの思想にアプローチしたものであって、アロンのフランス政治やヨーロッパ政治に関する時論を含めた著作も、国際関係の社会学も扱ってはいない。けれども、政治学や社会学の領域でのアロン研究の手薄さを考えれば、中間的総括であっても刊行することに全く意義がないわけではなかろうと考えた次第である。」北川、前掲書、247頁。

¹⁵ 例外は、中本「レイモン・アロンの「リアリズム」批判」。

の時代を理解し、認識することと、時事性を切り捨てながらも傍観者の役割に満足しないこと」を自らに課したアロンが、20世紀という時代をどのように生き¹⁶、そのなかで何を問うたのかを一筆書きにする。それによって彼の思想の一つの見取り図や全体像を提示することが目標である。それは固より網羅的ではなく、これによってアロンの思想が全て見通せるとか、その見取り図や全体像のみが正しいと主張するものではない。しかし、上述したような日本のアロン研究の全般的な手薄さを踏まえれば、最新の研究動向を紹介する前に、こうした前提的な説明を行っておくことは必要だろう。したがって、戦間期から第二次世界大戦、冷戦へといたる過程のなかで、アロンがいかなる問題関心を持って時代に取り組み、その手段としてどのように先人たちとの対話を繰り広げたのかを、各問題領域の連関を意識しながら記述する。続く第3節では、最近年のアロン研究の動向を論じるために、昨年刊行された二冊の本をとりあげて批評する。これらを通してアロンの思想が有する今日的な重要性を示し、今後の研究において求められる具体的な方向性を示唆することが本稿の狙いである。

2. レイモン・アロンとは誰か——生涯・主要業績・現代的意義

レイモン・アロンは、1905年3月14日、パリのノートルダム＝デ＝シャン街にあるアパートマンで、ユダヤ人のブルジョワ家庭の三男として生まれた。幼少の頃からその才能を発揮したアロンは、学問の夢に敗れた父の雪辱を晴らす使命を託されていると感じつつ、やがて学究の道へと足を踏み入れていく。1924年に高等師範学校に入学したアロンは、ジャン＝ポール・サルトルやポール・ニザンらの同窓として学生生活を送り、カントに関する論文（「カント哲学における非時間性の観念」）を書き¹⁷、1928年には哲学のアグレガシオンに主席で通っている。しかし、こうした煌びやかな功績とは裏腹に、高等師範卒業

¹⁶ アロン『回想録(1)』53頁。

¹⁷ スコット・ネルソンは、この論文について次のように述べている。「アロンの関心はその頃、まだ形而上学的なものにとどまっていたが、時間と、実践的自由と超越論的自由の対立という主題の選択がすでに、哲学と政治の関係への関心が開花していく余地があることを示唆しているように思われる」（Nelson, *Tragedy and History: The German Influence on Raymond Aron's Political Thought*, Peter Lang, 2019, p. 30.）

を卒業し、18か月間の兵役を終えた頃のアロンは不安に苛まれていた。この時期のことをアロンは後に、「1928年の秋、そして1930年の春、私は立派な免状はあるものの真の知識に乏しく、これでよいのかと考えさせられた」と回想している¹⁸。

フランスで受けた教育には満足のいかなかったアロンが、ある種の思想的転回をとげる契機となったのが、1930年春から1933年夏にかけてのドイツ滞在(最初はケルン、後にベルリン)である。アロンが、ウェーバーやマルクス、ハイデガーやフッサールなどの著作と出会い、ドイツ思想を本格的に受容したのはこの頃だった。それと同時に、1930年にケルンに着いたとき、「トインビーが『歴史がふたたび動き出した (History is again on the move.)』』ということばで表現した衝撃を感じた」というアロンは¹⁹、その滞在中にナチズムの台頭とワイマール共和国の「断末魔の苦しみ」に立ち会ったのであり²⁰、それらをつぶさに観察・分析しながら、『リーブル・プロボ』や『ヨーロッパ』などの雑誌に論説を多数寄せ、現実政治の問題にコミットしていく。こうしたなかでアロンには、しだいに「政治的考察」が芽生え、それがそれ以前のアロンの政治的態度を特徴づけていた「情緒的拒否」にとって代わっていったという²¹。ドイツ留学以前のアロンは、政治的にはアラン (Alain、本名 Émile-auguste Chartier) の影響を多分に受けており、自らの「気持ち」を表現するために、彼の政治的立場を利用した²²。しかし、ドイツでの「政治教育」を経てからは、「政治は政治であっ

¹⁸ アロン『回想録(1)』、50頁。

¹⁹ 前掲書、56頁。

²⁰ 前掲書、75頁。

²¹ 前掲書、56頁。

²² 「社会や経済の知識が乏しく、自分の気持ちを理性的に説明しにくかったころには、私は彼の〔註：アランの〕政治的立場を利用した。そうした感情は平和主義戦争への嫌悪感、左翼思想の支持、大人たちのナショナリズムへの反動としての普遍主義、富めるものと権力者への敵愾心、漠然とした社会主義(当時、急進党は急速に墮落していった)などだった。くわえて、自分が知識人でしかもユダヤ人となれば、虐げられた者の不幸に同情し彼らの尊厳を思わなければならなかった。私がアランの政治観に惹かれたのは、それで現実を認識する必要がなくなり、指導者の立場に立って問題の解決法を想像しなくともよくなったからだ。権力に反抗する市民はともすれば無責任になる。青年時代の不安を乗り越え、学問的にも十分に態勢が整うと、私はそれまでとはまったく逆の立

て、倫理には還元できないことを理解して容認し、自分個人の政治的意見は以後、口頭であれ文章であれ、表明することはしなくなった」のだった²³。

ドイツでの経験が、政治的な面で、アロンがフランスでの学生時代に少なからぬ影響を受けていたアランからの離反を促したのと同様²⁴、ドイツでアロンが摂取した現象学やヴィルヘルム・ディルタイをはじめとする歴史主義の哲学、そしてウェーバーの社会学は、当時のフランスにあっては支配的であった実証主義やデュルケム社会学に対して²⁵、フランスに帰国したアロンが根本的な批判を行う際の不可欠な道具を与えた。こうした思想発展の到達点が、博士主論文として書かれた『歴史哲学序説』(1938年)である。この論文は、「普遍妥当的な歴史認識は可能か。どの程度まで可能か」という問いに対して²⁶、歴史的思惟の二つの様式である「理解」と「因果性」の限界を検討することを通じて答えようとするものであった。

場をとるようになった。いつも責任感もちたいと願い、自分が政権を握っていたらどうするか、という思いにとらわれていた」(前掲書、40-41頁)アロンはまた後に、学生時代の自らを「ぼんやりとした社会主義者」であり「熱心な平和主義者」であったと表現している(Aron, *Le Spectateur engagé*, pp. 23-24.)

²³ アロン『回想録1』、84頁。

²⁴ アロンがアランから受けていた影響が実際のどの程度のものであり、アロンのアランからの離反がどのくらい深いものであったのかについては議論の余地がある。この点については、杉山『モラリストの政治参加』の第1章を参照。

²⁵ この当時フランスで多大な影響力を持っていたのが、レオン・ブランシュヴィックに代表される新カント主義と実証主義であり、アランに代表される平和主義である。ブランシュヴィックは、新カント派の哲学者であり、彼の著作は、観念論と実証主義を結びつけ、世界について何らかの知識を得る唯一の方法は科学であると信じ、社会においても自然と同様の堅固な発展法則があると説くものであった。こうした実証主義的哲学観を社会学において体现していたのが、その頃まだ支配的な影響力を有していたデュルケム派の社会学者らであった(Nelson, *Tragedy and History*, pp. 27-30.)

²⁶ Raymond Aron, *Introduction à la philosophie de l'histoire: Essai sur les limites de l'objectivité historique*, (1938), Gallimard, 1991, p.10. [霧生和夫訳『歴史哲学入門』荒地出版社、1971年、16頁]。訳出にあたっては既存の訳書を参考にしたが、必要に応じて改変を加えている。訳書の題名は『歴史哲学入門』だが、これについても内容を反映して、本稿では『歴史哲学序説』と改めて表記する(以下同)。

「進歩の哲学」に対する批判を綿密に繰り広げつつ、同時に「生成の哲学」の歴史主義的相対論にも陥るまいとして、その間を注意深く縫っていくアロンの論理は、その難解さにも関わらず、それ自体興味深いものであるが、この『歴史哲学序説』の重要性はそれにとどまらない。アロン自身が後年、「『歴史哲学序説』は、政治思想ないしは歴史思想への序論」でもあると述べ²⁷、その最晩年には、「この著書全体がこのころから今日までの私の政治思想の在り方を明確にしていた」と語っているように²⁸、それはアロンの政治思想の基礎をなすものとしても、読まなければならないのである。

この言葉の意味については幾通りもの解釈が可能であろうが、ここでは、『歴史哲学序説』の最終部で示されている政治理解に焦点を当てることにしよう。それは一言で言えば、現実の具体的な「体制 (régime)」に照準し、その「保守」あるいはそれに対する「革命」を根本問題とする政治の理解である。アロンはここで「選択 (choix)」・「支持 (adhésion)」・「行動 (action)」という政治の三つの局面を区別しているが、このうちの選択とは、とくに政治体制の選択を意味し、既存の秩序を受容するか否かによって、保守・改革主義者と革命家とに二分される。そして革命家が持つのは、「現在を超越した、おそらくは実現不可能な別の体制の表象」としての「イデオロギー」であり、「イデオロギーに執着する人が、革命家と結びつくのは、自然の成行である」が、これに対して保守・改革主義者の方は、「ある価値、ある利害の擁護者」なのである²⁹。革命家は未来に属する未知の組織を目指し、保守・改革主義者は現在の組織を保とうとするが、革命家の目指す社会は、いまだ現実化していないものであるがゆえに、本質的に把握不能である。とすれば、不完全で何らかの不正を含まざるをえない既存の秩序を保持しようとする保守・改革主義者は、まだ見ぬ理想を掲げて既存の秩序を転覆しようとする革命家に対して不利な戦いを強いられるように思われるが、アロンはここで次のように注意を促す。重要なのは、体制の選択に際して我々は、二つの理想的なシステムのなかから選択を行うのではなく、

²⁷ Aron, “De l’existence historique”, (1979), Cahiers de philosophie politique et juridique: La politique historique de Raymond Aron 15, pp. 147-150.

²⁸ アロン 『回想録(1)』、132頁。

²⁹ Aron, *Introduction*, pp. 411-412. [訳書、394頁]

二つの不完全な形態のいずれかを選ぶということである³⁰。つまり、二つの「悪」のなかから、どちらかを選ぶなければならないのであり、選択には常に犠牲がつきまとう。とすれば、「二つの悪のいずれかを選ぶなければならないからといって、未知の悪の方[革命の悪のこと]を選ぶというのは単純すぎる」のであり、「革命を選ぶときには、何かと引き換えに選ぶのだというべき」なのである³¹。しかし、このように述べることは、逆に保守・改革主義者を革命家に対して一方的に有利な地位に置くことも意味しないだろう。アロンによれば、「選択は、ある時期に、ある期間のために行われ」、我々は、「真の自由主義を放棄するのではなく、墮落した自由主義を放棄する。議会の本質ではなくて、腐敗した議会主義が否定される」のである。つまり、保守・改革主義者もまた、既存の体制が自由主義や議会主義だというだけでは、その自由主義や議会主義の現実的な墮落を批判する革命家を論駁することはできないのである。

ここに見出されるのは、既存のある具体的な体制を選択の基準とし、それを現実を超越するイデオロギーによって乗り越えようとする革命家と、その体制において実現する特定の具体的な価値や利害を保とうとする保守主義者や改革主義者が対置されるという構図である。ここで、「革命」や「保守」といった言葉が、この頃のアロンにとっていかなる意味を持つものであったのかを、別の観点からもう一段掘り下げて理解しておく必要がある。アロンは、ヒトラーの首相就任から数ヶ月後の1933年9月に「ドイツにおける国民革命」という論説を『ヨーロッパ』誌に掲載しており、そのときに既にナチズムを「革命」の概念によって把握していた。また、その2年後の1935年に高等師範学校で行われた報告においても、ナチズムを「反プロレタリア革命」として規定している³²。しかし、全体主義を革命的なものと思なす理解が明瞭なかたちをとって現れるのは、1939年6月にフランス哲学会において行われた報告においてであった³³。

³⁰ *Ibid.*, p. 408. [390頁]

³¹ *Ibid.*, p. 412. [395頁]

³² この報告は、翌年の1936年に『講演目録』に掲載された。ここでは、Raymond Aron, “Une Revolution antiprolétarienne: Idéologie et réalité du national-socialisme” (1936), in *Machiavel et les tyrannies modernes*, Edition de Fallois, 1993, pp. 286-306をテキストとして用いている。

³³ Raymond Aron, “États démocratiques et États totalitaires. Communication à la société française de philosophie. Juin 1939.”, *Commentaire*, vol. 6, 1983-1984,

「民主主義国家と全体主義国家」と題されたこの有名な報告のなかでアロンは、「全体主義体制は真に革命的であり、民主主義は本質的に保守主義である」という表現によって民主主義と全体主義の対立を規定している。「民主主義は、我々の文明が拠って立つ伝統的価値を保守しようとする限りでは、根本的に保守的であると私は考える。まったく新しい生——恒久的な動員に基づく軍人的な生——をうち立てようとする者たちに対して、我々は保守なのである。そして、経済全体を統制しようとする者たち、プロパガンダを用いるために技術的手段を利用しようとする者たち、あらゆる人間をプロパガンダの対象物として誤用する人々に対しては、我々はなおさら保守である。というのも我々は、人間としての尊厳や自律性のある程度は保持したいと考えるリベラルだからである³⁴。」

このように、アロンの見るところでは、「専政の時代 (L'Ère des tyrannies)」にあってリベラリズムの基本的信条と人間の尊厳を保全しうるただ一つの政治体制は、自由民主主義であった³⁵。そのアロンにとっては、この体制を破壊しようとする試みは革命的なものとして映じたのであり、逆に、民主主義をまもることは、保守主義的な使命と同義だった。それは、自由民主主義に対する挑戦がファシズムから来るものであらうと共産主義から来るものであらうと、戦前であっても戦後になってからも、本質的には変わらなかった。かくして、ある論者が述べているように、その後のアロンの政治思想的な営為は、「20世紀の大半にわたってリベラリズムを悩ませた左右の両方における革命的な諸力に

pp. 701-719.

³⁴ Aron, “États démocratiques et États totalitaires”, pp. 711-712.

³⁵ Matthias Oppermann, “In the “Era of Tyrannies: the International Order from Nazism to the Cold War”, in Colen and Dutartre eds., *The Companion to Raymond Aron*, pp. 31-44, p.37.「革命」とならんでこの時期のアロンが全体主義を考察する際に用いた概念に、「専政 (tyrannie)」がある。この概念をアロンは、フランスの哲学者・歴史家であり、アロンの友人であったエリー・アレヴィ (Élie Halévy, 1870-1937) から受け継いだと考えられる。アロンはアレヴィの『専政の時代 (L'Ère des tyrannies)』の書評を書いているほか、1938年から1940年の間に書きためていた草稿でも、「専政」の概念を用いて全体主義を論じている (これらの未公刊の草稿は、アロンの死後、1993年に出版された論説集である Aron, *Machiavel et les tyrannies modernes* に収録されている)。

に対する絶えざる闘い」になっていくのである³⁶。

では、戦後のアロンは世界をどのように認識していったのだろうか。東西間の分断がしだいに明らかになっていくなかで、早くも『大分裂 (*Le Grand schisme*)』(1948年)と『連鎖する戦争 (*Les Guerres en chaîne*)』(1951年)を著し、戦後の国際政治のありようについて論じていたアロンは、そこで冷戦の本質を「平和は不可能だが、戦争は起こりそうもない (*paix impossible, guerre improbable*)」という有名な言葉によって表現している。すなわち冷戦とは、一方では、第二次大戦の戦勝国であり、戦後世界の超大国であるアメリカとソ連の間のイデオロギー対立ゆえに平和は不可能であるが、他方では、広島・長崎への原爆投下によってその破壊的威力が示された核兵器を両国がともに保有しているがゆえに戦争は起こりそうもないという状況なのであった³⁷。

アロンは、アメリカとソ連の対立が、単に権力政治上の闘争のみによって生じているとは考えず、両者の奉じるイデオロギーおよび体制上の相違にも起因していると見ていた(「賭されているのは、力と理念の両方である³⁸」)。20世紀の国際政治において、イデオロギーは無視することのできない重要な要因であり、したがって各国の体制もまた重要な考慮事項となる。アロンの国際政治論を特徴づけていたのは、こうした認識であった。実際アロンは、フランス国際政治学の金字塔となった大著『諸国間の平和と戦争 (*Paix et guerre entre les nations*)』のなかで、以下のように述べている。「真のリアリズムとは、今日にあっては、イデオロギーが外交と戦略とに及ぼす影響を認識することにある。現代では、あらゆる体制が「同種の対外政策」をとってきたと何度も繰り返し言うのではなく、矛盾ではなく補完的であるような一つの真理を断固として主張せねばならない。すなわち、その国の体制を知ることなく、あるいは、その国の政治指導者を動機づけている哲学を吟味することなくして、ある国の外交や戦略を理解することは不可能だということである³⁹。」

³⁶ Ibid., p.38.

³⁷ Jean-Vincent Holeindre, “Raymond Aron on War and Strategy: A Framework for Conceptualizing International Relations Today”, Colen and Dutartre eds., *The Companion to Raymond Aron*, pp. 19-30, p.22.

³⁸ Raymond Aron, *Le Grand Schisme*, Gallimard, 1948, p. 17.

³⁹ Raymond Aron, *Paix et guerre entre les nations*, Calmann-Lévy, 1962, p. 587.

アロンの国際政治論は、ハンス・モーゲンソーらに代表される古典的なリアリストのそれと一緒にされることもあるが⁴⁰、上に見たような点に留意するならば、厳密にはそれらとは（ましてやケネス・ウォルツのようなネオ・リアリストのそれとは）異質なものになるであろうことは想像に難くない⁴¹。アロンにしてみれば、国際政治の現実、リアリストの想定するような硬直的な理論モデルには合致しないのであって、単一の分析規準（例えば、「力として定義される利益」のような⁴²）に依拠して一般理論を組み立てることは不可能と思われた⁴³。『歴史哲学序説』における議論からも推測されるように、アロンが国際政治の分析として評価し、採用したのは、より多元的かつ包括的な手法だったのである⁴⁴。

さて、冷戦の分断と対立を、「鉄のカーテン」の両側におけるイデオロギーと体制の相違という観点からも把握しようと努めていたアロンにとっては、これらの比較体制分析を行うことが必要だった。その結果が、アロンが社会学講座の教授を務めたソルボンヌ大学で1955-58年に行った講義をもとに出版された、いわゆる「ソルボンヌ三部作 (Sorbonne Trilogy)」である。これは、西側と東側の体制を経済・社会・政治の各次元において比較・分析した『産業社会に関する18講 (*Dix-huit leçons sur la Société industrielle*)』・『階級闘争 (*La lutte de classes*)』・『民主主義と全体主義 (*Démocratie et totalitarisme*)』から成り、『社会学思想の諸段階 (*Les Étapes de la pensée sociologique*)』(1967年)と並ん

⁴⁰ Charles R. Beitz, *Political Theory and International Relations*, Princeton University Press, 1979, p. 20, note 7.

⁴¹ アロンの国際政治論についてその全体像を掴むには、Reed M. Davis, *A Politics of Understanding: The International Thought of Raymond Aron*, Louisiana State University, 2009およびOlivier Schmitt ed., *Raymond Aron and International Relations*, Routledge, 2018がある。アロンの国際政治論について主要著作別の解説が読みたければ、Colen and Dutartre eds., *The Companion to Raymond Aron* の第1部所収の論文が最適である。

⁴² Hans J. Morgenthau, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, 5th ed., Knopf, 1972.

⁴³ Holeindre, “Raymond Aron on War and Strategy”, p. 21.

⁴⁴ 詳しくは、Bryan-Paul Frost, Forward to the Past: History and Theory in Raymond Aron's Peace and War, Colen and Dutartre eds., *The Companion to Raymond Aron*, pp. 59-75を参照。

でアロンの社会学上の業績の中心をなす著作群である。ここでアロンが分析の鍵として用いたのが、「産業社会(*la société industrielle*)」という概念であった。まず前提として、資本主義社会と共産主義社会は、ともに経済成長を志向し、科学と技術を生産へと応用するという共通性を有しており、その意味で、産業社会という同一の社会類型に属している⁴⁵。しかしながら、両者はその具体的な経済運営においては異なるモデルを採り、また、対立し競合する異質な政治体制に基づいているのであって、これらが収斂していくとは限らない。すなわち産業社会は、西側においては市場経済と立憲的・多元主義的体制という形をとり、東側においては計画経済と単独政党体制という形をとってあらわれ、これが異種性を内包した国際システムとそこにおける超大国間の対立を形づくっている⁴⁶。

このようにアロンは、20世紀においては、経済や社会の影響を無視して政治を把握することはできないと考え、前者との関係のなかで後者を理解しようとした。しかし同時に、アロンが経済や社会に対する政治の相対的な自律性を忘れることは決してなかった。そうであるからこそ、マルクス主義的な経済決定論やデュルケム的な社会学主義に対して、彼は生涯にわたって抗し続けたのである。それを踏まえるならば、アロンが『社会学思想の諸段階』のなかで、モンテスキューやトクヴィルにはじまり、彼の旧友であるエリー・アレヴィをも含む「フランス政治社会学」の伝統のなかに自らを位置づけたことにも肯けよう。アロンはそれを、「独断的でなく、本質的に政治に関心を持ち、社会の下部構造を無視することはないが、政治秩序の自律性を強調する社会学者たちの学統」として理解していたからである⁴⁷。

以上のごく手短な概観から何が分かるだろうか。アロンは晩年、こうした自身の業績を振り返りながら、それは、「20世紀というものをマルクス主義の観点から考察し、近代社会の全側面——経済、社会関係、階級関係、政治システ

⁴⁵ Raymond Aron, *Dix-huit leçons sur la société industrielle*, (1962), Folio, 1986. [長塚隆二訳『変貌する産業社会』荒地出版社、1970年]

⁴⁶ Carlos Gaspar, “Aron and the Cold War: “Brother Enemies””, Colen and Dutartre eds., *The Companion to Raymond Aron*, pp. 45-57, p.53.

⁴⁷ Raymond Aron, *Les Étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, 1967. [北川隆吉ほか訳『社会学的思考の流れ I・II』叢書ウニベルシタス、1974年]

ム、国際関係、そしてイデオロギー論争——に光を当てようとするもの」であったと説明している⁴⁸。そうであるとすれば、アロンの知的な道のりを辿り、それを追思惟することによって、我々は、彼の生きた20世紀という時代について、さらには近代そのものについてまでも、彼の思想を通して見渡すことになるだろう。しかも、彼はこれらの研究を、過去の大思想家たち（アリストテレス、モンテスキュー、クラウゼヴィッツ、トクヴィル、マルクス、デュルケム、ウェーバーなど）との対話を繰り返し広げながら行っただのであるから、我々はまた、アロンを介して多くの先人たちの思想にも連なることになるだろう。しかし、その結果としていったい何が得られるのだろうか。この問いに答えることを本節の結論としたい。

本節で明らかにしたのは、体制をめぐる議論がアロンの政治思想のなかで一つの焦点となっていたということである。彼の戦間期の思想の到達点である『歴史哲学序説』が提示する政治観のなかで、政治体制が重要な位置を占めていたことについては既に見た。政治体制の選択をめぐる、人は保守主義者ないし改良主義者と革命家とに分かれる。アロンはそこで、「平穏な時期には、既成の体制が問題化することはないから、ある種の知識人の好む観念の政治が完全な意味を取る」が、「危機の時期には、政治的選択が、歴史的選択としての性質を明らかにする」と述べていたが、この著作が書かれた時代というのはまさに、体制の選択が決定的な重要性を持つ時代であった。そのうえでアロンは、全体主義が革命的であると見なし、民主主義はそれに対して保守的なものになると理解した。ただし、彼にとっての体制理解とは、抽象的な理念のレベルで展開されるべきものではなく、具体的な現実のなかで研究されなければならなかった。それが本格的に展開されるのは戦後になってからであり、東西間の体制の経済的・社会的・政治的な比較として実を結ぶ（「ソルボンヌ三部作」）。それと同時に、体制に照準した政治理解は、彼の国際政治論を特徴的なものにするにもつながった。既に見たように、アロンは国際政治論を論じる際に、国際システムを構成する諸国家の体制の相違を捨象することはなかった。アロンは、諸国家が違う原則によって組織され、相反する価値に訴えているシステムを「異質的なシステム」と呼んで国際システムの一形態として認め⁴⁹、また、

⁴⁸ Aron, *Le Spectateur engagé*, pp. 299-300.

⁴⁹ 中本「レイモン・アロンの「リアリズム」批判」、68-69頁。

「いくつかの主要な国家の内部における体制の変革は、国際関係の様式を変化させるには十分であり、時にはその道筋をも変えてしまう」と考えていた⁵⁰。

以上を要約し定式化するならば、アロンの体制論に含まれる問題は、次のように整理しうる。第一に、体制の選択というものが、政治においていかなる意味を有するのかという問題である。アロンはなぜ、抽象的な理念ではなく、具体的かつ現実的な個々の体制の方を重視したのか。そしてその背後にある政治観とはどのようなものであり、それはいかなる思想的基礎によって支えられているのか。これらの問いについて探ろうとするのであれば、『歴史哲学序説』など、アロンの政治思想の基礎をなす諸研究を精緻に読み解くことが必要である。第二に、そのように特定の具体的な体制を政治的考察の中心に据えたときに、民主主義や全体主義はどのようなものとして理解されるのか。それを知るには、アロンが体制比較の社会学的研究を試みた「ソルボンヌ三部作」を見なければならない。そして第三に、国際システムが異なる政治体制に基づく諸国家によって構成される「異質的なシステム」となるとき、そのような国際システムをどのように理解し分析すればよいのか。この問題にアプローチするには、アロンの国際政治論を読み解かなければならないのはもちろんだが、それと「ソルボンヌ三部作」のような体制比較との関連も問わねばならないだろう。

そして、アロンの体制論から浮かび上がる問題が以上のようなものであるとすれば、それは詳細な検討に値する現代的意義を持つといえるのではないか。まず、あるものの現代的意義を論じるには、それに先立って現代の問題が特定されなければならない。ここではそれをいわゆる「ポピュリズム」の台頭などによる自由民主主義の動揺と国際秩序の不安定化に求めることにする（両者は別個の現象ではなく、ある程度連動している）。ポピュリズムに関しては、その定義自体が論争的であるのは承知のうえで、民主主義を事実上牛耳っているエリートらに対して、「人民の意志」を対置し、自分たちこそ（あるいは自分たちのみ）がそれを代表していると主張することによって政治権力を掌握しようとする運動であると理解しておく。そして、ポピュリズムが「人民主権」という民主主義的な理想を体現するという口実のもとに、従来の政治制度を迂回したり侵食したり破壊したりする危険があるとすれば⁵¹、我々はアロンの思想を

⁵⁰ Aron, *Peace and War*, p. 95.

⁵¹ ヤン＝ヴェルナー・ミュラー [板橋拓己訳] 『ポピュリズムとは何か』 岩波

参照しうる。それというのも、アロンは既に1939年の時点で、「人民主権」は民主主義にとって本質的なものではなく、むしろ「合法性」、すなわち「代議制」のような制度によって権力を制限する仕組みの方が重要だという理解をとっていたからであり、戦後のアロンもまた、全体主義や民主主義を「独占的政党体制」や「立憲的・多元主義的体制」として規定し、あくまでも具体的な制度や実践において理解しようとしたからである。こうして我々は、アロンが行った議論を通じて、民主主義とは、「人民主権」のような理念によって定義されるべきか、「代議制」や「多党制」など具体的な制度や実践に基づいて理解されるべきかを問い、何らかの理想に照らして既存の体制を批判する人々の主張や要求と、今ある体制の下で既に実現されている価値や利益とのあいだで、いかなる選択を行うべきなのかを問うことになる。その結果としてつねにアロンに賛同する必要はないが、少なくとも彼は、その際の重要な対話相手の一人にはなるだろう。

同様に、アロンが諸国家の体制上の相違を無視することなく、それを認めて国際システムの異種混交性に目を向けたことにも、現代的な意義を認めることができよう。ある論者たちの眼には、現在の国際秩序の動揺は、「リベラルな国際秩序」の危機として映る。そもそも、このG・ジョン・アイケンベリーに代表される「リベラルな国際秩序」論の根底には、世界は自由民主主義と市場経済とに向かって進歩し収斂していくという楽観的な想定があった⁵²。この議論が、各国の政治体制の相違をまったく無視していたというわけではないが、それは独特のかたちでその問題を軽視してきたように思われる。すなわち、アイケンベリーによれば、この「リベラルな国際秩序」は、第二次大戦後の冷戦構造の西側「内部」において成立した、国際政治学上のリベラリズムの理論がよく当てはまる秩序空間である一方、その「外部」（すなわち東側）との関係では、主として伝統的なリアリズムの理論（「バランスの論理」）が妥当すると考えられたため、そこで東西間の体制の相違が前面に出てくることはない。逆に、

書店、2017年。

⁵² G. John Ikenberry, *Liberal Leviathan: The Origins, Crisis, and Transformation of the American World Order*, Princeton University Press, 2011, esp. pp. 64-65. アイケンベリーの「リベラルな国際秩序」論については以下で検討した。池畠航一「リベラルな国際秩序論の再検討——G・ジョン・アイケンベリーの議論を手がかりに」『北大法学論集』70巻1号、2019年5月、89-107頁。

冷戦終結後になると、それに勝利をおさめた「リベラルな国際秩序」が「外部」たる他地域へと波及していくことが想定され、いかにしてそれらの「外部」地域をこの秩序に包摂するかが問題となったため、ここにおいても体制間の相違と競合は意識されなくなってしまうのである。しかし現在では、こうした楽観的な想定はもはや支持し難い。例えば中国は、「西側」の体制に収斂し、「リベラルな国際秩序」に参入してそのなかで一定の役割を担おうとするのではなく、「西側」とは異なる独自の体制を維持・強化しながら、その周縁や他地域への影響力を強め、「一帯一路」等を通じて独自の秩序圏を形成しようとしているように見える。このように、「リベラルな国際秩序」論が前提したようなある体制に収斂していく世界ではなく、異なる体制を有する国家同士が競合する世界を現実として受け入れ、その国際政治上の含意を探ろうとするならば、アロンの比較体制論や国際政治論を一つの遺産として継承し、役立てる余地がある。というのもそれは、「異質的な国際システム」に目を向け、東西間の経済的・社会的・政治的な比較を通じて両者の異同を明らかにしようとするものだったからである。しかも、中国とアメリカがともにグローバル経済という前提を共通しながら異なる体制やモデルを奉じて競合していくとすれば、その構造は、産業社会という共通性を有しながら異なるモデルを採って競合する様を描いたアロンの産業社会論の世界と相同性を有しているともいえなくもない。もちろん、現代のグローバル経済が産業社会の延長で考えられるのか、それともそれとは異質なものと考えられるべきなのかについては議論の余地があるものの、そうした議論も含めてアロンを参照する意義はあるように思われる。

以上、本節においては、アロンの主要業績を概観し、そこから彼の政治思想における一つの焦点としての体制論を抽出し、それが現代的意義をそなえているということを論じた。そしてこのように体制に照準して政治を論じるアロンの見方は、これまでの議論によって示されているように、戦間期（とくに1930年代）にその起源を持つものである。次節では、近年の重要なアロン研究を紹介しながら、それらがアロンの体制論に関していかなる知見をつけ加えているのか、そしてその起源としての戦間期のアロン思想についてどのような視座を提示しているのかについて検討することにしたい。

3. 近年のアロン研究の動向

冒頭に述べたように、ここ数年のあいだにアロンに関する研究書（とりわけ英語著作）の出版が相次いでおり、アロン研究の「第二波」といってもよいような状況が見られる。無論、この「第二波」は、「第一波」ほど明らかなものではない。「第一波」が終わり、2000年代に入ってから、アロン研究は年々少しずつ積みあげられてきた。それでも、1996年から2014年までにわずか6冊しか英語で書かれたアロンに関する研究書が出版されなかったことを考えれば、2015年から2019年までのわずか5年の間に既に5冊もの英語著作が立て続けに出版されていることには注目してもよいだろう（特に2019年は3冊⁵³）。これは、アロンの業績を英語で紹介するという意図を持って、当代の第一線のアロン研究者らを集めて編まれた『レイモン・アロン 必携 (*The Companion to Raymond Aron*)』の出版によるところが大きいのではないかと推測される⁵⁴。この傾向が今後どうなるかは分からない。こうした研究の進展が続き、それがフランスにおけるアロン研究をも再活性化させて、ほんとうにアロン研究の「第二波」をつくりあげるかもしれないし、そうはならないかもしれない。しかしいずれにせよ、前節で述べたように、今日においてアロンを再読する意義は、十分にあると思われる。ピエール・マナンがいうように、アロンは「困難な時代のための書き手であり思想家なのである⁵⁵」。

ここでこれらの研究のすべてをとりあげて詳細に論じることはできない。そうするかわりに本節では、先述の問題関心に照らして見て、とくに重要な貢献をしていると思われる二書に的をしばり、それらについて論評することを通じて、前節の最後に提出した問題に対する議論を発展させ、そのうえで残されている課題を明らかにすることを目指す。

最初にとりあげるのは、スコット・ネルソンの『悲劇と歴史——レイモン・アロンの政治思想に対するドイツの影響』（2019年）である。本書はネルソンがヴィエンヌ大学に提出した博士論文に基づいており、アロンの知的な道のりを跡づけ、生涯にわたって続いたアロンとドイツ思想との対話に関する研究を通

⁵³ 註1の文献目録を参照。

⁵⁴ Colen and Dutartre eds., *The Companion to Raymond Aron*.

⁵⁵ Pierre Manent, “Foreword”, *Ibid.*, pp. ix-x, p.x.

じて、彼のアロンの思想のなかに一貫性を見出そうとしている⁵⁶。そこでネルソンはまず、アロンの業績を、①歴史、②社会学、③人間行動学 (praxeology)、という三つの領域に区分する。そして、これら各領域においてアロンが自らの思想を立ち上げる際の主要な対話相手となったドイツの思想家として、ディルタイ、マルクス、ウェーバーをそれぞれ割り当てており、それがそのまま、三部からなる本書の構成となっている。

第一部では、歴史哲学に関するアロンの根源的な問いは、辿っていくとディルタイに起源を持つものだということが示される。「アロンの知的な旅は、私は何を知らるか、私は何をなすべきか、私は何を望めるか、というカント的な三つの問いに、「歴史のなかで (in history)」という語をつけ加えることによって始まった」ということができるが⁵⁷、アロンによれば、こうした「歴史理性批判」の概念はヴィルヘルム・ディルタイに始まってサルトルの『弁証法的理性批判』にいたる」ものである⁵⁸。このアロンの言葉に忠実に、ネルソンはディルタイの思想の検討からはじめ、その問いを受け継いだアロンが、『歴史哲学序説』や『歴史の批判哲学』のなかでどのように自らの歴史哲学を展開したのかを論じる。そのうえで、アロンが後年、マルクス主義と実存主義を結びつけようとしたサルトルの『弁証法的理性批判』に対し、『歴史と暴力の弁証法』を書くことによってどのように応答したのかを分析し、両者の分岐がいかんにして生じたのかを論じている。

第二部があつかうのはアロンの社会学であるが、ネルソンはそのなかでも特に中期の産業社会論に的を絞っており、「ソルボンヌ三部作」について詳細な解説を行なっている。前述のようにアロンは、彼の時代を規定する本質的特徴が「産業社会」にあり、東西の社会はその二つのヴァリエーションであると考えたが、この「産業社会」というモチーフや、アロンが社会学的分析を用いる際に用いたアプローチは、マルクスの思想の批判的検討を通じて得られたものであるとネルソンは主張する。『産業社会に関する18講』は、資本主義は自己崩壊に陥るというマルクスの予言への論駁として書かれ、経済成長という目標を共通する資本主義社会と共産主義社会を経済的な観点から比較・分析した。

⁵⁶ Nelson, *Tragedy and History*, p. 14.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 43. Aron, *Leçons sur l'histoire*, p. 27.

⁵⁸ アロン『回想録(1)』、117頁。

マルクスは、経済的な階級闘争に着目したが、それとは別の政治的階級闘争の存在を軽視した。これに対し、あらゆる政治の根本にエリートと大衆の政治的階級闘争を見出したのはパレートであり、アロンはこの分析枠組みをマルクスの階級闘争論の補完物として用いながら、東西における階級闘争のあり方を分析した(『階級闘争』)。ネルソンによれば、支配エリートと政治体制を分析する視座を提供し、『民主主義と全体主義』へとつながる道筋を示したのはこの著作であった。こうしてアロンは、あらゆる政治体制と同様、西側の立憲的・多元主義的体制もまた本質的には寡頭制的であるという前提から出発し、その体制の特質とそれが直面する困難を分析したのであった。

最後の第三部は、アロンの人間行動学に光をあて、それをウェーバーとの生涯にわたる知的対話を軸に検討している。ドイツ留学時代にウェーバーの著作に出会ったアロンが、彼から「責任倫理 (Verantwortungsethik)」の態度を学んだことは有名である⁵⁹。とはいえアロンは、「責任倫理」と「信条倫理 (Gesinnungsethik)」に関するウェーバーの議論をまるごと受け入れたのではなかった。彼は、ウェーバーの責任倫理を突き詰めていけば、ニヒリズムに陥る危険があると認識していたため、信条倫理と責任倫理の根本対立を説くのではなく、むしろ責任倫理もまた、目的や手段の評価・選択に際して信条倫理の介入を必要とすると考えた⁶⁰。アロンはこうした見方を、1964年にハイデルベルク大学で行われたウェーバーの生誕100周年記念シンポジウムの講演におい

⁵⁹ 「責任倫理」と「信条倫理」については、マックス・ウェーバー [脇圭平訳] 『職業としての政治』 岩波文庫、1980年を参照 (ただし、岩波文庫版の訳語では、「心情倫理」が使われているが、ここでは、「信条倫理」と改めた)。アロンと責任倫理の関係については、例えば以下の記述を参照。「青年時代の不安を乗り越え、学問的にも十分に態勢が整うと、私はそれまでとはまったく逆の立場をとるようになった。いつも責任感をもちたいと願い、自分が政権を握っていたらどうするか、という思いにとらわれていた。」(アロン『回想録(1)』、40-41頁) 「政治について思考することは政治の当事者について考えることで、当事者の決定、目標、手段、精神世界を分析することだ。国家社会主義には理性に反する力の強さを教えられ、マックス・ウェーバーには、各人の意図についてではなく、選択の結果についての責任を学んだ。」(前掲書、84頁)

⁶⁰ Nelson, *Tragedy and History*, pp.196-215. 同様の問題は、中本「レイモン・アロンの「リアリズム」批判」でも論じられている (84-88頁)。

て明らかにしており（「マックス・ウェーバーと権力政治⁶¹⁾」）、ここまでは従来の研究でも知られていたことではある。しかしネルソンの貢献は、未公開の資料なども駆使しながら⁶²⁾、こうした政治と倫理をめぐるアロンの考察を、時間的・学問領域的に引き伸ばした広い文脈のなかで問い直した点にある。すなわち、政治倫理、あるいは政治における手段と目的をめぐる問題は、アロンが第二次大戦前夜に当時の「専政」をマキャヴェリズムの観点から論じた際の最重要論点でもあったため、この文脈においても問われなければならない。そして、以上のような考察は、アロンが国際政治における倫理を論じた際には、カント的なアイディアリズムと俗的なマキャヴェリズムという両極のいずれも避けようとする「慎慮の倫理」としてあらわれたのであった。

ネルソンのこの著作の意義をどのように評価できるだろうか。ネルソン自身は、結論部において、その目論見を次のようにまとめている。「本書は、歴史、社会学、人間行動学という三つの部に分かれたが、それらはレイモン・アロンの思考の、関連する三つの主な領域に対応していた。全体を通じた我々の議論は、アロン自身の言葉をそのまま受け入れ、彼のドイツからの知的継承物が、まず初めに、こうした彼の思想の礎となったものの土台を形成したのだということを証明した。この目的のために我々は、それぞれの領域においてアロンの関心を引いた最も重要な概念や論点をよりよく説明するために、これらの各領域ごとに一人ずつドイツの思想家——ディルタイ（歴史）、マルクス（社会学）、ウェーバー（人間行動学）を結びつけた⁶³⁾。」

ここで注意すべきは、仮にネルソンが本書によって論証しようとしたことが、「アロンの歴史哲学、社会学、人間行動学はそれぞれ、主としてディルタイ、マルクス、ウェーバーとの対話を通じて形づくられた」ということにあるのだとすれば、それはあまり説得的とはいえないということである。第一に、アロンの業績を上記の三領域に区分することは受け入れるにしても、その各分野がディルタイ、マルクス、ウェーバーにきれいに一対一対応するわけではない。

⁶¹⁾ Raymond Aron, "Max Weber et la politique de puissance"(1962), *Machiavel et les tyrannies modernes*, pp. 225-243.

⁶²⁾ 具体的には、1972～73年と1973～74年にコレージュ・ド・フランスにおいてアロンが行った二つの講義である。Nelson, *Tragedy and History*, pp. 204-214.

⁶³⁾ *Ibid.*, p. 259.

アロンの歴史哲学が、デイルタイに劣らず、あるいはそれ以上に、マルクスやウェーバーを意識して練り上げられたものであることは、『歴史哲学序説』を一読すれば明らかである。同様に、アロンの社会学も、ウェーバーとの対話を抜きにしては成立しなかったはずである⁶⁴。そして第二に、アロンの思想は、ドイツの影響がいかに強かったといえども、それだけによって成立しえたわけではなく、自国フランス（デュルケムやコント、モンテスキューやトクヴィル）やイタリア（マキャヴェリやパレート）からの影響も受けながら、複雑な過程のなかで形づくられた。例えば、アロンの社会学的思想の形成を専らマルクスの影響に帰してしまえば、アロンが『社会学思想の諸段階』において自らを「フランス政治社会学」の伝統のなかに位置づけたことの意味は見失われてしまうだろう。

したがって、ネルソンの著作の意義は別のところ、すなわち、デイルタイやマルクス、ウェーバーらの思想が、いかなるかたちでアロンに影響を与え、それが他の思想家らの影響と複雑に絡み合うなかで、どのようにしてアロンの思想のなかで発展ないし克服されていったのかを記述的に論じたという点に求められるべきである。そう考えるならば、デイルタイ、マルクス、ウェーバーとの対話を通して、アロンの歴史哲学、社会学、人間行動学をそれぞれ解明するというネルソンの言明にも関わらず、彼が実際には、サルトルやパレート、マキャヴェリといったドイツ以外の思想家がアロンに及ぼした影響について、相当な頁数を割いて論じていることにも合点がいく。しかしながら、このように三領域を区分し、三人のドイツ哲学者を振り分けたことによる「歪み」は避けられない。結果として、歴史哲学や社会学におけるウェーバーの役割や歴史哲

⁶⁴ この意味では、第二部のつくり自体が、第一部や第三部に比べてかなり操作的である。それは、アロンの社会学のなかでも特に中期の「ソルボンヌ三部作」に対象を限定し、しかも、そこでの主題の選択と方法論の採択という局面を切り取ったうえで（*ibid.*, p. 112）、その際にマルクスの思想が演じた役割を指摘することによって、マルクスがアロンの社会学形成に果たした役割が大きく見えるような視座を（おそらく意図的に）とっている。これに対して、例えばアロンの初期の社会学業績である『現代ドイツ社会学』にまで遡ってアロンの社会学を解明しようとするならばウェーバーの役割が全面に出てくるだろうし、「ソルボンヌ三部作」より後の『社会学思想の諸段階』を中心にすれば、モンテスキューやトクヴィルとの関係の方が主たる問題となろう。

学におけるマルクスの影響が過小に見えてしまう。

このように、アロンのドイツ経験の知的な側面が、アロンの思想にいかなる影響を及ぼしたのかを理論的な観点から記述したのがネルソンの著作であったとすると、ドイツ経験の政治的な側面の方に力点を置き、そこからアロンの思想の生涯にわたる連続性と変容とを明らかにしようとした研究が、イアン・ステュアートの『レイモン・アロンと20世紀のリベラル思想』（2019年）である⁶⁵。ある意味では、この題自体がステュアートの基本的な問題意識を表現しているといえることができる。というのも、1970年代後半から1980年代にかけて起こったフランスにおける知的潮流の変化（‘anti-totalitarian moment’ ないし ‘French liberal revival’）が「リベラリスト」としてのアロンの評価を押し上げた一方、そのせいでアロンの思想と「リベラリズム」との関係が自明視されてしまい、説明されてこなかった点に、ステュアートは批判の目を向けているからである⁶⁶。ステュアートの見立てでは、アロンとリベラリズムとの関係は、それほど単純なものであるとはいえず、かなり屈折した関係にある。そうであるとすれば、両者の関係は、説明されなければならないのである。つまり、ステュアートは、アロンとリベラリズムの関係を問題にしているのであって、著作の表題はそれを反映している（*Raymond Aron “and” Liberal Thought in the Twentieth Century*）⁶⁷。

こうした屈折した関係がとりわけ明瞭に示されるのが第1章である。それは1920年代から1930年代の時期のアロンをあつかっているが、ここでステュアートは、インテレクチュアル・ヒストリーの知見を駆使しながら、初期アロンの思想展開に関する通説的な見方を相対化している。まず、これまでほとんどの先行研究は、アロンの自己理解に従いながら、1920年代後半から1930年代にかけてのアロンの思想発展を、「理想主義」から「現実主義」への転換として単純に説明してきた⁶⁸。例えば、アロンがこの時期、高等師範学校の社会主義学生組織（GESENS）や平和主義的な政治団体（GUSDN）などに所属し活動してい

⁶⁵ Stewart, *Raymond Aron and Liberal Thought in the Twentieth Century*.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 4-5.

⁶⁷ Cf. Mahoney, *The Liberal Political Science “of” Raymond Aron*.

⁶⁸ Stewart, *Raymond Aron and Liberal Thought in the Twentieth Century*, p. 30.

たことは、「成熟」した「現実主義」へと至る以前の、アロンの「未熟」な「理想主義」的な態度を示すものとされてきた。しかしステュアートによれば、これらの団体は実際には、1930年代になってからアロンがとるようになったとされる「現実主義」とさほど変わらない立場を標榜していたのであって、その意味で通説的な見方は単純に過ぎる。とはいえ、アロンが1930年代になると彼の師であるアランの政治的態度に批判的になっていくのは確かであるが、このことはリベラリズムとアロンの関係について疑問を投げかける。というのも、アロンが批判したアランの「権力に抵抗する市民」の立場は当時のフランスにおけるリベラルの雛形だったからである⁶⁹。さらにアロンは、アランら知識人が組織した反ファシズム運動に厳しい批判を向ける一方で、当時のフランスのファシズム寄りの右派が行っていた第三共和制批判には、(彼らのパルチザン的な運動への参加は拒みつつも)かなりの程度シンパシーを感じていた⁷⁰。

変わって第2章は、『歴史哲学序説』の解説にあてられる。ここでステュアートは、アロンがこの著作を彼のその後の政治思想の基礎をなすものと位置づけていたにも関わらず、それとアロンのリベラリズムとの関係は十分理解されていないと指摘する。そのうえで、『歴史哲学序説』の理路を辿り、そこに示されている歴史認識論のなかに、戦後の全体主義論の基礎をなす思想が現れていることを示唆している。そのような認識論的基礎を踏まえたとうえで第3章では、1930年代後半から戦後にかけてのアロンの全体主義論の展開がより具体的に論じられる。アロンは、エリー・アレヴィの『専政の時代』を批判的に継承するなかで自らの全体主義論を練り上げていった。一方ステュアートは、アロンがこの時期カール・シュミットを読んでいたことを指摘し、シュミットとの対話を「仮想」するかたちで、1939年6月のフランス哲学会での報告(「民主主義国家と全体主義国家」)の意味を読み解いていく⁷¹。すなわち、そこでアロンは、

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 39-40.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 40-43.

⁷¹ 「仮想」というのは、アロン自身はここでシュミットの名前を明示的にはあげていないからである。とはいえ、①アロンがこの時期シュミットを読んでいたという事実、②アロンが、ほかの論考ではシュミットの論文を明示的に参照していたということ、③論理的にシュミットの議論に対する反論として読めるということ、などからステュアートはこのような「仮想」的な対話を行なっているのである。こうしたことは、第2章の『歴史哲学序説』に関する解説のな

おそらくはシュミットの議会制民主主義批判を意識しながら、民主主義の本質は人民主権にあるのではなく、合法性にあるという理解を提示するに至った。民主主義とは、「法が存在し、権力が恣意的でなく無制限でない体制」であり、それは、「人間に対する最低限の尊重を持ち合わせ、個人を単に生産のための手段やプロパガンダの対象としては見なさない体制」でもある。そしてそれはまた、「代表制のシステムを通じて、統治者の権威を制御する体制」なのである⁷²。ステュアートによれば、シュミットが自由主義と民主主義の究極的な両立不可能性を説いたのに対し、アロンはそうは考えなかった。この点について、ステュアートは次のように説明している。「アロンにとっては、概念的なレベルにおけるそうした二律背反 (antinomies) の存在は、政治的実践のレベルにおいて決定的には解決される必要がない。というのも、これらの概念や実践の領域は、それを通じて人民主権のような概念についての相異なる様々な理解が態度や行動や制度へと濾過されるような政治文化によって、調停されるからである⁷³。」

こうしたアロンの全体主義論が、戦後になると全体主義を宗教のアナロジーで論じる「世俗の宗教」論として展開していったことはよく知られている。この「世俗の宗教」という言葉は、民主主義に対して想定される主たる全体主義的脅威が「右」から「左」へとシフトしたことに対応して用いられた。そしてアロンは、1945年頃から、明確に反共産主義的な姿勢を打ち出していくが、それはフランス国内における共産党 (PCF) の党勢拡大を受けてのものだった⁷⁴。1955年頃までに、アロンは文化自由会議 (Congress for cultural Freedom) の主要人物となっていたが、同時に反全体主義論の訴求力には限界があることも

かでも行われている。すなわち、たとえ『歴史哲学序説』において直接にはハイデガーへの言及はなくとも、実際には彼の議論を参考に見られるところがあるというのである (*Ibid.*, pp.57-60.)。当時の政治的な文脈もあって、アロンが、シュミットやハイデガーの名前をあえてあげなかったということは可能性としては考えられよう。しかしいずれにせよ、こうした読み方は、実証的にはともかく、論理的には正当と思われる。

⁷² Aron, “États démocratiques et États totalitaires”, p. 101.

⁷³ Stewart, *Raymond Aron and Liberal Thought in the Twentieth Century*, p. 90-91.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 104-105.

自覚していた。そして同時期のスターリンの死去（1953年）に伴う政治情勢の変化もあって、アロンの関心は、しだいに産業社会論やイデオロギー終焉論に移っていく。この過程を論じるのが第4章である（ここでステュアートがアロンのイデオロギー終焉論の起源を1920年代のアロンの政治参加に求めている点に興味深い）。

最後の二つの章は、アロンとフランスのリベラリズムの関係を問うものになっている。第5章はアロンが自らを「フランス政治社会学」の伝統に位置づけたことの意味を、当時のフランスにおける社会学上の論争の文脈において理解している。すなわち、戦後のフランスにおいて社会学が制度化されていくなかで、必然的に社会学という学問のあり方をめぐる論争が、その学問の来歴をめぐる論争と結びつくかたちで展開した。そうしたなかにあっては、社会学の制度化に少なからぬ貢献をしたアロンもまたその論争と無縁ではありえず、彼の『社会学思想の諸段階』は、モンテスキューからトクヴィル、アレヴィへと連なる「フランス政治社会学」の伝統を正統化しながら、それを後継する自らのあり方をも正統化する意味を持ったのだと論じる。しかし同時にステュアートは、この著作の意味をそうした外在的な文脈のみに解消して満足しているのではない。よりアロンの思想内在的に理解するならば、この著作は、戦間期に書かれ、当時のフランスにおける実証主義的社会学を論駁するという使命を持たされていた『歴史哲学序説』が帯びざるをえなかった相対主義的傾向を緩和するという意味も持っていた。やや単純化していえば、かつてドイツ（ウェーバー社会学や歴史主義）を使ってフランス（デュルケム社会学）を相対化したアロンは、この時期、その相対主義的傾向を和らげるために、フランス社会学の別の伝統（モンテスキュー、トクヴィル、アレヴィらの「政治社会学」）を抽出してくる必要があったのだといえるだろう。

最後の第6章は、1970年代から80年代にかけてのフランスの知的転回とアロンの関係について問いなおしている。この知的展開はリベラリズムの再興をもたらし、そのなかでアロンの思想は再評価されることになったが、それにもかかわらず、これがアロン主義（Aronism）への収斂をもたらしたわけではなかった。そうではなく、この転回の後も、フランス・リベラリズムには、アロンの潮流（それは、アロンの弟子であるピエール・マナンらによって受け継がれていく）とクロード・ルフォールの潮流という異なる分派が存在しているのだと指摘している。この意味で、この知的転回の後でさえも、アロンとリベラ

リズムを同一視することはできないのである。

以上のようなステュアートの問題提起は多岐にわたり、その各々が従来の研究に対して重要な疑問を投げかけている。まず最初に考えるべきは、この本全体を貫く問題意識でもあるアロンとリベラリズムとの関係についてである。たしかにアロンは、全体主義に対しては、一貫して批判的な姿勢をとった（「右」の全体主義に対しても「左」の全体主義に対しても、戦前においても戦後においても）。しかしアロンは、時に「リベラル」と見なされるような人々に対しても相当に厳しい批判の目を向けたのであって、そのこととの意味を改めて考えてみる必要はあるだろう。仮にアロンが「リベラル」であると結論するとしても、いかなる意味においてそういえるのかを説明しなければならないのである。そして、この問題が最も先鋭化するの、ステュアートの指摘からも分かるように、おそらくは戦間期においてであろう。アロンは当時の「リベラル」らが集った反ファシズム運動には冷淡であり、親ファシスト的な右派に対してシンパシーすら抱いていたのである。同様のことは、例えば、民主主義と全体主義を対照した1939年の報告において、アロンがファシズムのみならず反ファシズム運動をも攻撃の対象としていることから、うかがうことができよう⁷⁵。アロンはなぜ、こうした「リベラル」の運動に対して、それほどまでに批判的だったのだろうか。

こうした問いに対して、アロンが1930年代の経験を通じて学びとった「現実主義」的な態度を引き合いに出すことによって答えようとする人もあるだろう。当時の反ファシズム運動のようなものは、アロンから見れば、全体主義に抗して民主主義を守るうえで有効なものとは思えず、あまりに「非現実的」に見えたのだと。この説明は一見説得的であり、当時のアロンの考えに合致しているようでもある。アロンはこの時期に度々「現実主義」という言葉を用いて政治を論じていたからである⁷⁶。しかし、この説明は別の問題を生じさせる。アロンの「現実主義」が何を意味するものであるのかは、実はそれほど自明ではないからである。例えば、一方でアロンは『歴史哲学序説』のなかでウェーバー

⁷⁵ Aron, “États démocratiques et États totalitaires”, p. 82.

⁷⁶ Raymond Aron, “Réflexions de politique réaliste” (1932), *Machiavel et les tyrannies modernes*, pp. 363-366, Raymond Aron, “Lettre ouverte d’un jeune français à Allemagne”, (1933), *Croire en la démocratie*, pp. 27-42.

の「現実主義」を批判しつつ、他方ではデュルケムやシミアンらの理論や方法にさえも「現実主義」という言葉をあてて批判している⁷⁷。また、ナチズムに対して「現実主義」をとることの必要を説いたかと思えば⁷⁸、別のところでは、ナチズムを含む現代のマキャヴェリズムの特徴が、「現実主義的＝合理主義的方法」を現在の政治情勢に対して応用することにあるとしている⁷⁹。これらを見れば、アロンの「現実主義」というものが、それ自体説明を要するものであるということが分かるだろう。すなわち、アロンがある「現実主義」を説いていたのは確かであろうが、この「現実主義」がいかなる「現実主義」であり、他の「現実主義」とどのように違ったのかが明らかにされなくてはならない。この点ステュアートは、1920年代から1930年代にかけてのアロンの思想上の変化を「理想主義」から「現実主義」への転換として説明する通説的見方を相対化しているものの、こうしたアロンの「現実主義」それ自体の内実については問題にしていな

こうした問題は従来、アロンの国際政治論が、国際政治学上の「リアリズム」とどのように違うのかを説明する文脈で問われてきたといえる。しかし、先の記述からも分かるように、アロンの「現実主義」主義をめぐる問題は、必ずしも彼の国際政治論に限定されるわけではなく、社会科学的な認識論や国内政治の文脈にも及ぶ、広い奥行きを持つものであるがゆえに、アロンの全体的な政治観のなかで問われるべき問題なのである。そのように考えたとき、前述のネルソンの貢献は重要と思われる。というのも彼は、アロンの政治倫理上な立場が、いかに通俗的な「現実主義」の立場とは異なるものであるのかを、ウェーバーの責任倫理やマキャヴェリズムとの比較から国際政治における「慎慮の倫理」の検討にいたるまでの幅広い文脈のなかで問い直していたからである。ただし、ネルソンが問題にしていたのは、あくまでも政治倫理的な次元におけるアロンの「現実主義」であるが、彼の認識論上の「現実主義」の内実についても、同様のかたちで問題にする余地はあろう。

次に、前節で問題にしたアロンの体制論との関係においてステュアートの著

⁷⁷ Aron, *Introduction à la philosophie de l'histoire*, pp. 252, 280. [245、272頁]

⁷⁸ Aron, “Réflexions de politique réaliste”.

⁷⁹ Aron, “La Comparaison de Machiavel et Pareto”, *Machiavel et les tyrannies modernes*, pp. 84-106, p.84.

作の意義を探ると、その重要性は、アロンの「体制」に照準した民主主義理解を、人民主権のような「理念」を基軸とした民主主義理解と対置する形で提示した点に求められる。それが最初に現れるのは、1939年の講演「民主主義国家と全体主義国家」においてである。そこでアロンが、民主主義にとって本質的なものと二義的なものを区別する際に、人民主権という理念よりも、制度的現実の方を重視していたということについては既に述べた。そして、こうした理解の仕方は、ステュアートによれば、戦後のアロンの民主主義／全体主義理解にもつながっていくもののだ。例えばアロンは、1952年に国立行政学院 (École nationale d'administration: ENA) で行った講義においてもやはり、民主主義は人民主権原理によってではなく、「権力の行使を目指した平和的競争の組織化」として定義されなければならないと論じていたのである (アロンはここで、「この定義は制度によるものであって、理念によるものではない」とわざわざ断りを入れている⁸⁰⁾。

では、体制に関するより本格的な分析が行われるのは戦後の「ソルボンヌ三部作」については、ステュアートはどのように位置づけているのか。彼によれば、「ソルボンヌ三部作」の鍵概念たる「産業社会」によって、アロンは、民主主義と全体主義を二項対立的に捉える見方から脱し、「産業社会」という共通項を有しつつも、異なる体制を採用しつつ競合するものとして、東側の全体主義と西側の民主主義を理解し比較することが可能になった⁸¹⁾。そして、そこにおいては、西側の多元主義的な政治体制の擁護も、それらの東側に対する相対的な優位性を根拠として主張されていたのであった。ネルソンもまた同様の点に着目して次のように指摘する。すなわち、資本主義体制と共産主義体制を経済的に比較する際にも、「アロンは、繰り返し入念に、いずれの経済組織の体系も、理論上優れているとか劣っているとかを客観的に証明することはできないということを我々に思い起こさせている」し⁸²⁾、両者の政治的な比較を行うときにも、「単独政党体制と複数政党体制はいずれも、自由をそれらの価値の一

⁸⁰⁾ Raymond Aron, *Introduction à la philosophie politique: Démocratie et révolution*, Edition de Fallois, 1997, p. 36, Stewart, *Raymond Aron and Liberal Thought in the Twentieth Century*, p. 114.

⁸¹⁾ *Ibid.*, p. 151.

⁸²⁾ Nelson, *History and Tragedy*, p. 133.

つとして主張しているという事実には彼は取り組んでいる」のであった⁸³。つまり、アロンにとっては、西側の社会も東側の社会も完全に異質だというわけではなく、どちらか一方がア・プリオリに自らの優位性を主張できるわけでもなかった。両者は一定の共通性を有しつつ、しかし同時に無視しえない差異をも有し、競合する体制なのである。「ソルボンヌ三部作」におけるアロンの体制分析は、この共通性と差異、および両者の競合を明らかにしようとするものであったといえるだろう。

4. 課題と展望——戦間期のアロンへ

これまでの議論において断片的に示されてきた論点を凝集し、今後のアロン研究の課題と展望を示すことによって、本稿を結びたい。以上で論じてきたように、アロンの業績を振り返ったとき、体制に照準する政治理解をその特徴として抽出することができる。アロンは体制を軸として、それとの関係で民主主義ないし全体主義を理解しようとし、かつ、体制の理解が国際政治の分析においても重要な意味を持つものであると考えた。また、第2節で示したように、こうしたアロンの政治理解を参照することは、現代において重要な意義を持ちうる。

しかし、そもそもなぜ、アロンが体制を重視する政治理解をとるにいたったのかは、実はそれほど明らかになっていない。前節で紹介した最近年の研究も、それぞれのやり方でアロンの体制論に着目し、その意義を論じてはいるものの、この根本問題を明らかにしてはいないようである。この問題が重要な意味を持つように見える文脈を共有するために、もう少し敷衍して考えよう。既に見たように、アロンの民主主義理解は、理念というよりも体制の方に重点を置き、それによって民主主義を定義しようとするものであった。ではなぜ、理念ではなく体制なのか。この理解の起源を辿ると、何度も参照しているように1939年の「民主主義国家と全体主義国家」の報告へと行き着く（ステュアートもそれを重視している）。ところが、この報告を見るだけでは、アロンがなぜそうした理解を取ったのかは判然としない。しかし、例えば人民主権などの理念によって民主主義を定義しようとする人々に対して、ただ体制による民主主義理解の

⁸³ *Ibid.*, pp.158-159.

結論を説いても説得力は薄いのではないか。アロンの議論が真にその意義を認められるには、彼がなぜ体制を軸にした政治理解をとったのかが問われ、説明されなければならない。そのためには、この議論の起源が戦間期にある以上、当時の彼の政治思想全体のなかにその議論を置いて、それが彼の政治観のなかでどんな意味を持つものであったのかが論じられなければならないだろう（この問題は第二節で定式化したアロンの体制論に関する三つの問題のうちの第一のものにあたる）。

この問題をより理論的な側面から考えようとする、その際の重要な視座はネルソンの著作のなかに暗示されている。ネルソンの著作の歴史・社会学・人間行動学からなる構成をもたらす「歪み」については、前節において批判的に検討した。しかし実は、この構成それ自体は、各部にそれぞれ三人のドイツ思想家を振り分けてその影響を論じるという試みと切り離して考えたときには、アロンの思想のある重要な側面を照らし出す有益な枠組みであるといえる。それを理解するには、この三つの部がそれぞれ扱っている問題に目を向ける必要がある。第1部は、今まきにつくられつつある歴史のなかにいる人間が、どこまで客観的な認識に到達することが可能かという「認識」の問題を扱っている。しかし、人間の歴史を認識する能力には限界がある。ところが、人間は、歴史について不十分な認識しか持ちえないにも関わらず、その歴史のなかで「行動」しなければならない。この問題を扱うのが第3部である。では、この間に挟まれた、アロンの体制論について論じる第2部の位置づけとは何か。人間は、いったん「行動」に踏み出すと、因果関係の連鎖のなかに組み込まれ、それが思いもよらない帰結をもたらすことがある。この微視的なレベルにおける主体の行動の意図と、巨視的なレベルにおける主体の行動の帰結のズレに、ネルソンは歴史の「悲劇」性を見てとり、これに対する鋭い意識がアロンの思想を特徴づけるものであるとしている⁸⁴。しかし、アロンが『歴史哲学序論』において部分的決定論を認めていたことから分かる通り、歴史はまったくの無秩序ではなく、ある程度まで規則性と予測可能性を含む。我々は、社会に完全には決定されることはないが、それによって部分的に規定されている。とすれば、歴史における認識と行動に際して、観察の焦点となるべきはその社会の体制であ

⁸⁴ Nelson, *Tragedy and History*, p. 270.

ろう（ネルソンの枠組みでは、具体的には産業社会の考察となる⁸⁵）。このようなたちで、ネルソンは、アロン思想の中核的な問題を捉えるための視座を提示している。しかし、この枠組みに基づいた具体的な分析となると、ネルソンの研究は、あまりに論点を分散させすぎているがゆえに、その枠組みによって浮かび上がるはずの思想像を明確に描くことができていない。アロンの幅広いテーマを、彼の生涯のほぼ全時代にわたって記述しようとしたことは評価に値するものの、問題をよりクリアにするためには、やはり時代的な限定をする必要があると思われる。そして、その際に最も重要といえるのは、やはり戦間期である。上述の問題が最初に明瞭な形をとって現れたのは、この時代だったからである。

こうして関心は戦間期のアロン思想へと向かう。そして、この時期のアロンの政治思想を再検討することには、以上の問題関心を別にしたとしても、いくつかの固有の重要性がある。第一に、それは、アロンの政治思想の基礎を明らかにするうえで不可欠である。その際、鍵となるのは「歴史」と「政治」であろう。この二つのテーマは、戦間期のアロンが関心を抱いた主要な問題であった。1930年春にケルンに到着し、「歴史がふたたび動き出した」という衝撃を受けたアロンは、ライン河畔での「発見」により⁸⁶、生涯にわたり取り組むことになる「歴史」の問題を見出していく。それはドイツ思想の継受を通じて、彼の博士論文へと結実する。一方アロンは、ナチズムの台頭とワイマール共和国の「断

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 16, 92.

⁸⁶ 「生成の一時点にあるフランス人でありユダヤ人である私は、いったいどうすれば数億の原子からなる総体の一個の原子にすぎない自分でありながら、その総体を知ることができるのか。あまたある視点のなかから、ただ一つの視点に立ってこの総体を把握する方法があるのか。そこから、ほとんどビカント的ともいえる蓋然性が生じた。私はどの程度まで歴史と私の時代を客観的に知りうるのか、ということだ。歴史的・政治的認識の批判がこの問いに答えるはずだった。この蓋然性にはまた別の広がりがあった。客観的真理を求める主体は、自分が研究しようとする素材、つまり歴史学者や経済学者として、学問的対象を抽出する現実に関与している、ということだ。私にはしだいに自分に課された二つの使命が見えるようになった。それは、自分の知識の限界を常に意識しつつできるかぎり誠実に自分の時代を理解し、認識することと、時事性を切り捨てながらも、傍観者の役割に満足しないことだった。」（アロン『回想録(1)』、53頁）

末魔の苦しみ」を目撃し、多くの時事論説を書きながら、自らの時代を観察していく。その「政治教育」によって彼のなかには、「政治的考察」が芽生えていき、「政治は政治であって、倫理には還元できないことを理解して容認し、自分個人の政治的意見は以後、口頭であれ文章であれ、表明することはしなくなった」のだった。

この二つのテーマの「出会い」は、やはり『歴史哲学序説』のなかに見出されるように思われる。それは、この著作がアロンの歴史哲学をめぐる問いの出発点であると同時に、彼のその後の政治思想の基礎をなすものだからである。さらに、この『歴史哲学序説』のクライマックスともいべき第4部において、体制を中心とした政治の理解が提出されているのである（第2節を参照）。アロンの政治思想における『歴史哲学序説』の重要性は何度強調してもよいだろう。既に指摘した通り、アロンはこの著作について、「『歴史哲学序説』は、政治思想ないしは歴史思想への序論でもある」と述べ、その最晩年には、「この著書全体がこのころから今日までの私の政治思想の在り方を明確にしていた」と語っている。しかし、この言葉の意味が、十分に解明されてきたとは言いがたい。例えば、上述した体制論との関連でこの著作を読む試みはほとんどなされてこなかったように思われる。また、ステュアートやネルソンは、『歴史哲学序説』がアロンの反全体主義論の認識論的基礎をなすものであると指摘しているものの、その指摘は依然として抽象的なものにとどまっており、それが具体的にどういった意味であるのかについては明らかにしていない⁸⁷。

第二に、第3節で述べたように、アロンとリベラリズムの関係を自明視するのではなく、説明する必要があるというステュアートの指摘を受け止めるならば、その問題が最も深刻な意味を持つのは戦間期である。それゆえに、戦間期のアロンの思想を問うことは、おそらくこの時期に自国の「リベラル」の問題を鋭く意識していたアロンが、彼らの何を問題にしたのかを検討することを通じて、リベラリズムの弱点について問うこともなるだろう。そしてこのことは、今日の世界においてリベラリズムの「危機」が認識されているとすれば、現代的な重要性を持つと思われる。

そして最後に、アロンの戦間期の思想の再検討を通じて、リアリズムともリ

⁸⁷ Nelson, *History and Tragedy*, p. 66, Stewart, *Raymond Aron and Liberal Thought in the Twentieth Century*, p. 73.

ベラリズムとも独特に距離をとった、国際政治学のもう一つの源流が見出される可能性がある。いうまでもなく、現在の国際政治学が誕生したのは、二つの世界大戦の経験を通じてであった。戦間期のリベラリズム（あるいはアイディアリズム）を批判するかたちで、E・H・カーやモーゲンソーらのリアリズムが興り、国際政治学の最も基本的な二大潮流の分岐が生じた。他方、戦後のフランスで国際政治学を立ち上げたのはアロンである。しかし、国際政治学に関する体系的な著作こそ著さなかったものの、アロンの国際政治的現実への知的な取り組みは既に戦間期からはじまっており、マキャヴェリとの対話のなかにアロンの国際政治論の萌芽を見出すことも可能である⁸⁸。カーが『危機の二十年』を書いてアイディアリズムを批判し、リアリズムの重要性を思い起こさせようとしていた頃、アロンもまた、自国フランスの「リベラル」を批判し、「現実主義」的な政治の必要性を説いていた。しかし、この事実から、アロンを同時期のリアリズムの潮流と同一視したのでは、アロンの思想のニュアンスを（あるいは同時にリアリズムのニュアンスも）とらえ損ねる。先行研究が明らかにしてきたように、両者のあいだにはいくつもの差異が見出されるからである。そして、アロンの国際政治学の独自性は、もちろんこの分野での彼の主著を読み解くことによって明らかにされる必要があるが、それだけでは足りない。アロンの思想の特徴が、その分野横断性にあるとすれば、それら全体を通じて浮かび上がる彼の全体的な政治観のなかに置いて見なければ、アロンの国政政治論を本当の意味で理解したことにはならないだろう。そして何度もいうように、アロンの政治観の基礎を明らかにするためには、戦間期の彼の思想にまで遡る必要があるのである。

⁸⁸ 例えば、Aron, *Le Machiavelisme de Machiavel*, pp. 59-83, pp. 77-78.

執筆者紹介（掲載順）

- | | |
|---------|---|
| 小名木 明 宏 | 北海道大学大学院法学研究科教授 |
| 岡 部 天 俊 | 北海道大学北海道大学大学院法学研究科
附属高等法政教育研究センター研究員 |
| 前 田 星 | 北海道大学大学院法学研究科助教 |
| 池 寄 航 一 | 法学研究科修士二年 |

令和2年7月24日 印 刷
令和2年7月31日 発 行

編 集 人	米 田 雅 宏
発 行 人	北海道大学大学院法学研究科長 池 田 清 治
印 刷	北海道大学生協同組合 情報サービス部 札幌市北区北8条西8丁目 TEL 011(747)8886
発 行 所	北海道大学大学院法学研究科 札幌市北区北9条西7丁目 TEL 011(706)3074 FAX 011(706)4948 ronshu@juris.hokudai.ac.jp

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. 71 July 2020 No. 2

CONTENTS

ARTICLES

Temporaler Geltungsbereich des Strafrechts und Rückwirkung der Rechtsprechung	Akihiro ONAGI	1
Lehre von Verwirklichung eines Sonderdelikts durch faktische Zusammenwirkung mehrerer (1)	Takatoshi OKABE	21
Hexenprozesse in der frühneuzeitlichen Strafrechtspflege (5): Rechtsdiskurs in „INSTRVCTION“(1634) Heinrichs von Schultheiß	Hoshi MAEDA	49

NOTES

The Renaissance of the study of Raymond Aron's political thought : Toward Another Origin of International Politics	Koichi IKEZAKI	89
--	----------------	----

[]...Indicates the pagination for articles typeset vertically that begin at the
end of the journal

Published by
Hokkaido University, School of Law
Kita 9-jō, Nishi 7-chōme, Kita-ku, Sapporo, Japan