

例外犯罪——近世における「敵に対する刑法」?

ハーラルト・マイホルト*

森永真綱訳**

1. 「敵に対する刑法」に関するアクチュアルな議論

数年来、「敵に対する刑法」という概念について、ほぼ類を見ないほどの激しさをもって、国際的な議論がなされています¹⁾。国際的なテロリズムというくすんだ領域から生じる犯罪の場合、立証は非常に困難で、もしあらゆる法治国家的諸原理を遵守すれば、「ふさわしい」犯罪訴追が保証されないことが懸念されるため、法治国家的・自由主義的な「市民に対する刑法」から逸脱することを許容すべきだとされているのです。この犯罪カタログに属するものとして、さらに、組織的な経済犯罪、薬物犯罪、性犯罪が挙げられます²⁾。この議論の基礎にあるのは、「敵」は規範を原則的に承認しないがゆえに、法共同体の外側にいるのだという想定です。それゆえ、敵は法的人格とみなすことはできないとされているのです。

「敵に対する刑法」は行為者刑法であり、行為者の心情や全人格を考慮の対象とします。それ

編集部注* レーゲンスブルク大学助教、パーゼル大学非常勤講師

** 甲南大学法学部准教授(法学研究所例外状態と法研究班委嘱研究員) 本稿は2011年9月8日に開催された法学研究所例外状態と法研究班公開研究会の報告原稿を翻訳したものである。

- 1) Günther Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 3/2004, S. 88ff; Ders., Terroristen als Personen im Recht?, ZStW 117 (2005), S. 839ff. これとは異なる根拠付けをするものとして Michael Pawlik, Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus, München 2008, S. 38ff, 41である。「敵」の無害化は非人格化ではなく、それとは逆に、まさに「敵」の自己定義及び自己表現であるとされる。一文献上は目下のところ、批判的な見解が優勢である。例えば、Luis Greco: Über das sogenannte Feindstrafrecht. In: GA 153 (2006), S. 96ff; Francisco Muñoz Conde, Über das „Feindstrafrecht“, Münster 2007; José L. González Cussac, „Feindstrafrecht“: Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schosse des Rechtsstaats, Münster 2007; Massimo Donini, Das Strafrecht und der „Feind“, Münster 2007; Katrin Gierhake, Feindbehandlung im Recht? Eine Kritik des so genannten "Feindstrafrechts" und zugleich eine Auseinandersetzung mit der Straftheorie Günther Jakobs, ARSP 2008, S. 337ff; Geraldine Louisa Morguet, Feindstrafrecht - Eine kritische Analyse, Berlin 2009; Thomas Vormbaum (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, Münster 2010など。
- 2) これらを列挙するのは、ギュンター・ヤコブスである。彼によれば、敵とは「法秩序の正統性を原理的に否定しているため、この秩序の破壊を目指している」者であるとされる、Jakobs, HRRS 3/2004, S. 92. 一定の犯罪について〔自然人の処罰とは無関係の〕一元的な企業処罰を規定するスイス刑法102条2項で挙げられている犯罪を例にとれば、犯罪組織への関与、テロリズム、資金洗浄、贈賄、公務員への利益供与、不正取引も「敵に対する刑法」ということができるだろう。

は、法益侵害の発生や「規範妥当の侵害」に対して（はじめて）反応するのではなく、予防的な形で、危険な人間の無害化を目指すものであるため、可能な限り早期に予備行為の段階で作動します。犯罪と刑罰の均衡性は、危険性に見合った制裁に替えられます。罰金刑の上限は定められず、必要があれば、全財産が没収の対象となります。さらに、団体刑により、責任に依存しない諸要素が刑法に導入されています³⁾。

刑事手続も相応な形態になるよう変更されています。「市民に対する刑法」は、無罪推定、法定審問を受ける権利、疑わしきは被告人の利益に、自己負罪の禁止（*nemo tenetur*）を内容とする公正の原則によって特徴付けられていますが、「敵に対する刑法」においては、実効性の原則が支配しています。被疑者はもはや手続の主体ではなく、客体に過ぎません。被疑者は、審理を経ずに拘禁することができます。審理はもはや武器対等原則の支配を受けず、国家の優位性がフルに活用されます。合意（*Absprache*）、秘密捜査、さらには心理的強制（拷問）までもが議論の対象とされています⁴⁾。テロ攻撃に対する国家の保護義務が—実際的にはテロリストの先行行為から生ずる義務の裏返しとして—刑事手続上の諸規定をも超越する形で、ハイジャックされた航空機を撃墜する義務を基礎づけると考える論者も存在しています⁵⁾。

端的に言えば、特定の犯罪領域において、自由主義的・法治国家的な手続保障を併せ持つ人的責任刑法が、社会敵対的諸要素の「克服」ないし根絶を志向する予防刑法に替えられるべきだとされているのです。

こうした構想が、過去数世紀の刑法、すなわち法治国家的・自由主義的手続保障がなお周知のものではなく、むしろ拷問や集団刑が刑事手続の主流であった時代のものと類似していることは明らかです。もっとも、特別な犯罪は、当時どのように取り扱われていたのでしょうか。

以下では、例外犯罪という普通法上の理論、すなわち特に重大な犯罪あるいは異常な犯罪に関し、実体法及び手続法上の諸原則からの逸脱を同様に許容していた理論を紹介します。そうした犯罪の諸領域とそれらがもたらしたものを個別的に描写し、同理論の根拠と背景について検討を加えます。最後に、この歴史的考察から現代的議論にどのような帰結がもたらされるかについて論じることにします。

3) 近時の議論については、批判的なものとして Friedrich von Freier, Zurück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen, GA 2009, S. 98ff; für eine Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip plädiert Martin Böse, Die Strafbarkeit von Verbänden und das Schuldprinzip, FS Jakobs, 2007, S. 15ff. 参照。

4) これについては Harald Maihold, Folterknechte im Dienste des Rechtsstaats? — Zur Strafbarkeit der „Gefahrenabwehrfolter“ nach schweizerischem und deutschem Recht, in: Grenzen des rechtfertigenden Notstands, hrsgg. von Martino Mona und Kurt Seelmann, Zürich, Basel, Genf 2006, S. 115ff. 参照。予防的拷問は正当防衛に当たると主張するものとして Reinhard Merkel, Folter und Notwehr, FS Jakobs 2007, S. 375ff. 参照。

5) Jakobs, ZStW 117 (2005), 849.

2. ダヴィッド・ヨリスと再洗礼派

最初にバーゼルで生じた事例を紹介したいと思います。上部ラインに位置するこの都市は、当時既にスイス連邦に属していましたが、神聖ローマ帝国との関係がなお完全に断たれてはいませんでした。1556年に、名声高い市民であるヨハン・フォン・ブリュッケがバーゼルのレオナルド教会にて埋葬されました。この裕福な男性は12年前にバーゼルに来ると、上流階級とのコネクションを確立し、市民権を買い取り、豪華な不動産を次から次へと手に入れました。彼の死後相続に際して争いが起こり、この帝国は崩壊します。解雇された召使いが彼の素性を明らかにします。ダヴィッド・ヨリス本名ヨハン・フォン・ブリュッケは、ある再洗礼派共同体のカリスマ的指導者で、オランダで迫害されてバーゼルに逃がれて来たのでした。

バーゼル参事会は、特に自らの無知に対する怒りから、極めて厳格な反応を示しました。バーゼル参事会の法律顧問であったボニファーツィウス・アマーバッハ（1495-1562）は、死者のヨリスを異端の罪で告訴し、彼がいうところによれば、神の怒りを鎮め、悪習を断ち、他の者が同じ犯罪に出ないように威嚇しようとしたのです。1558年5月13日に参事会場構内にて、ヨリスの著作とともに棺桶及び肖像画に関する重罪刑事法廷が開かれ、判決が下されました。死体は掘り出され、著作とともに、処刑場（Richtplatz）のシュタイネン門の前で火にくべられ、ヨリスは遑急的に相続能力を失い、彼の財産は押収され、ヨリスの共同体は異端からの離脱を誓うことを迫られました⁶⁾。この「最高の異端者（Erzketzer）」の肖像画は警告のために役所に掲示されたのですが、今日では、彼の死後の敵対者であったアマーバッハの肖像画と同じように、美術館において普通



図1 ダヴィッド・ヨリス



図2 ボニファーツィウス・アマーバッハ

6) Friedrich Nippold, Joris von Delft. Sein Leben, seine Lehre und seine Secte, in: Zeitschrift für die historische Theologie 33 (1863), S. 3ff, 34 (1864), S. 483ff, 38 (1868), S. 475ff; Paul Burckhardt, David Joris und seine Gemeinde in Basel, Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde 48 (1949), S. 5ff; René Teuteberg, Basler Geschichte, 2. Auflage, Basel 1988, S. 233f; Irmgard Wilhelm-Schaffer, Artikel David Joris, in: Traugott

に鑑賞することができます。

ヨリスの共同体に対するこうした厳しい対応を正当化したのは何だったのでしょうか？

再洗礼派（Wiedertäufer）— Anabaptist ともいう—は、トーマス・ミュンツァーを中心とする反乱農民とならんで、16世紀初期における宗教改革運動の極左に位置していました。この極めて統制を欠いた運動の名称は、洗礼のサクラメントに関する考えに由来しています。この宗派は、自覚的な信仰告白が必要であると説き、成人後に行われるべきだと主張していたのです。既に洗礼を受けたキリスト教信者は、成人になったときに改めて洗礼を受けるのです。もっとも彼らにとって致命的だったのは、洗礼に対する見解もさることながら、新約聖書の愛の律法の急進的な解釈でした。再洗礼派は、愛の律法により、公権力を含むあらゆる暴力の行使が禁じられるという解釈をとっていたのです。彼らは世俗の権力に対する忠誠の誓いを拒んだため、革命的な意図があるという誹りを受けました。ルターの改革は帝国貴族の強い後押しを受けましたが、再洗礼派の運動は満場一致で拒絶されます。1529年のシュパイアー帝国議会で、再洗礼派信徒に対して死刑を予告する訓令が議決されたのです。福音派の教会法令集（*evangelische Kirchenordnungen*）において、再洗礼派は異端者であり国家の敵であると謳われたのです⁷⁾。もっとも教会法令集では、死刑の代わりに国外追放が規定されるにとどまることがしばしばでした⁸⁾。それでも再洗礼派との闘いは十分成功裏に終結しました。再洗礼派は16世紀初期に、チューリッヒやストラズブルを皮切りに広範囲に拡大しましたが、特にフランドルやミュンスターランドにおいてカトリック当局の迫害は熾烈を極め、ほぼ殲滅されたのでした⁹⁾。

3. 肖像画や死体に対する刑罰と刑罰の人格主義

ダヴィッド・ヨリスの例は、近世において「国家の敵」に対して非常に厳格な措置が講じられていたことを示すものです。また、ときには実体刑法の重要な諸原則が蔑ろにされることがあったことも示しています。

中世の中期以降、法は、神学的な正義の観念への志向をより強め始めました。世俗の支配者は神によって正統化されていると信じていたため、神の正義を可能な限り追求しなければなりません

Bautz (Hrsg.), *Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon*, Band 3, Herzberg 1992, Sp. 654ff; Samme Zijlstra, Otto S. Knottnerus, Artikel David Joris, in: Martin Tielke (Hrsg.): *Biographisches Lexikon für Ostfriesland*. Band 4, Aurich 2007, S. 238ff. この事例は既に以下の文献で言及されている Johann Klein / Bernhard Heinrich Jellinghausen, *Disputatio Juridica De Executione In Cadavere Delinquentis = Von Bestrafung des Missethätters Nach seinem Tode*, Rostochii 1699, cap. 4, num. 11.

7) このように謳うものとして die Kirchenordnung für Pfalz-Zweibrücken 1557, in: Emil Sehling (Begr.), *Die evangelischen Kirchenordnungen des XVI. Jahrhunderts*, Band 18 (bearb. von Thomas Bergholz), Tübingen 2006, S. 136.

8) 例えばヴェルテンベルク（Württemberg）である。Emil Sehling (Begr.), *Die evangelischen Kirchenordnungen des XVI. Jahrhunderts*, Band 16 (bearb. von Sabine Arend, Thomas Bergholz), Tübingen 2004, S. 335f. 参照。

9) Hans-Jürgen Goertz, *Die Täufer. Geschichte und Deutung*, München 1980.



図3 神の裁判所を模した世俗の裁判所 1



図4 神の裁判所を模した世俗の裁判所 2

んでした。神学上の教義である最後の審判の影響を受けて、「刑罰」は行為者という人格に限定されるべきだという考えがはじめて定式化されました。このような結びつきは、スペインの後期スコラ学（サマランカ学派）がトマス・アクィナスの神学的な責任論に立ち戻って犯罪概念及び刑罰概念を主観化した16世紀に見られました。その後、世俗の法においても、責任原理や刑罰の人格性の原則に価値が見い出され、懺悔（Beichtsakrament）と同様、専ら行為者という人格に対して向けられ、道徳的に誤った行動に対する非難と改心の呼びかけを伴うようになりました¹⁰⁾。こ

10) Harald Maihold, Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen

のようにして、近代刑法の重要な基本思想は神学的な諸前提に依存していることが分かります。刑法が、間文化的に対比した場合、今日も宗教色がより強い非西欧的な法システムの挑戦を受けていることに鑑みれば、こうした認識は衝撃的なことではないのです。

動物や生命のない客体（家屋破壊（Hauswüstung））、肖像画あるいは死体に対する「刑罰」は、行為者という人格を超越し、責任原則や人格性原則の例外として、17世紀から18世紀の変わり目でもなお、盛んに議論されていました¹¹⁾。こうした刑罰は一般的に、聖書上の歴史の中にも類似のものが見られる場合、例えば異端や棄教といった特に忌まわしい犯罪の場合にのみ是認されました。同時代の文献では、刑罰の威嚇目的や応報目的、そして一般的に国家的有用性のような功利主義的観点に焦点が当てられていました。このような処罰は、不在者や死者に対する応報をも辞さない神の代理で行われるものであり、処罰する国家にとって象徴的なものでした。ここでは、行為者に対する法忠誠の呼びかけという刑罰本来の目的は、もはや実現不可能であることは明白です。それゆえ「本来的な贖罪的刑罰（Sündenstrafe）」とは異なる目的を追求する「非本来的な刑罰」ともいわれていたのです¹²⁾。

行為者の肖像画に対する裁判や死体に対する刑の執行は、ダヴィッド・ヨリスの事例で見たように、普通法における刑法の一般的な手段には属さないものでした。それは普通法学説上、「特別な犯罪」というキーワードを用いて論じられていたのです。

4. 例外犯罪（*crimen exceptum*）としての魔女罪

例外犯罪（*crimen exceptum*）（あえて単数形を使っています！）の理論は、特に魔女研究を通じて周知のものとなっています¹³⁾。

1450年から1750年の間におけるヨーロッパでの一連の魔女迫害において、魔女罪（Hexerei）または魔術師罪（Zauberei）で有罪判決を言い渡されて処刑されたのは約5万人であったと今日では見積もられています。訴追には周期的な波が見られ、その大部分は数十年間隔で神聖ローマ帝国の領域内、特に各地の領主司教区（Fürstbistümer）で行われました。魔女迫害の被害者は、通

Spätscholastik und Naturrechtslehre, Köln u.a. 2005, S. 123f.; Ders., „Got is selve recht“: Vom strafenden Gott zur göttlichen Strafe - Strafrechtsgeschichte im Mittelalter und in der frühen Neuzeit, in: *ius.full* 2012, S. 98ff.

11) Harald Maihold, Die Bildnis- und Leichnamstrafen im Kontext der Lehre von den *crimina excepta*, in: *ZRG Germ. Abt.* 129 (2012) (脱稿済・近刊); Ders., „Ein Schauspiel für den Pöbel“ - Zur Leichnamstrafe und ihrer Überwindung in der Aufklärungsphilosophie, Budapest 2005.

12) Klein, *De executione in cadavere delinquentis*, cap. 1, num. 60: „cum proprie intuitu mortui delinquentis haec executio non sit poena.“ — スペイン後期スコラ学における「真正な (echt)」刑罰及び「不真正な (unecht)」刑罰の概念形成については Maihold, *Strafe für fremde Schuld?*, S. 188, 201ff. 参照。

13) さしあたり Gerhard Schormann, *Hexenprozesse in Deutschland*, 3. Auflage, Göttingen 1996, S. 44参照。以下の記述については Harald Maihold, „Was aber bey der Nacht vnd haimblichen Orten geschicht / sein schwaerlich zu probieren“. Die Hexenprozesse und das Strafrecht der frühen Neuzeit, 2 Teile, *ius.full* 2009, S. 27ff/50ff, S. 39ff; Ders., „Da dachte ich, Himmel und Erde gingen unter“. Hexenprozesse in Franken (= Studienarbeit Hamburg 1993), München 2008, S. 7f. 参照。

常は一人暮らしの老婆やその他の部外者であり、同胞を超自然的な力で損害を加えようとしているという嫌疑をかけられやすい人たちでした。

これらの膨大な裁判の理由は何だったのでしょうか？

a) 魔女構成要件

迫害の苛烈さは、キリスト教神学の影響を受けて15世紀中頃以降に行われた魔女構成要件の改変もその原因であったと思われます。それまでの魔術の中心的なイメージは加害魔術（Schadenszauber）、例えば呪文を唱えて悪魔を抑制し、他人に損害を加えるよう仕向けるような、魔術を用いた悪意ある加害行為でした。これに対して、新たな魔女理論では、悪魔との契約が中心的な要素でした。この契約を理由に魔女は棄教や異端と同一視されたのです。悪魔はもはや魔術師によって抑制される存在ではなく、それとは逆に、魔女の支配者となるのです。魔女と悪魔は性的関係を結んでいるとか、魔女が集会のために飛行して、悪魔に忠誠を誓い、神を誹謗していると信じられていました。従来の教会理論では、こうしたイメージは悪魔の虚像にすぎないとして拒絶されていましたが、魔女の飛行や集会は本当であるという考えが有力化することになったのです。魔女罪が、多数の共犯者が関与する集団犯罪として捉えられるようになったため、尋問によって一必要があれば拷問を行って一共犯者について取り調べなければならなくなりました。このようにして、ひとたび裁判が行われるや、それがどんどん広がるのです。拷問による自白が繰り返されることで、魔女集会が現実に存在することが確認されたと考えられるようになります。こうした実務は、16世紀終期の魔女文献（Hexentraktat）における魔女理論の記述で採り上げられたことを通じて、数十年間固定化したのです。



図5 魔女の飛行



図6 魔女集会

集団的な魔女像は、超地域的に活動する危険な魔女セクトに対する恐れと結びついていました。このセクトがキリスト教社会に徐々に入り込むことにより、全キリスト教徒の滅亡を招来するにとどまらず、最終的には神の人類救済計画も脅かされると考えたのです。当時広まった新たなメディア（ビラ）を通じて広まった集団的恐怖と刑事裁判の関係が、魔女研究において繰り返し強調されています¹⁴⁾。魔女裁判は国家の繁栄のみならず、「神の名誉」のためでもありました。魔女に対しては、有害生物駆除のレトリックが用いられました。魔女は、「神の威厳及び全キリスト教徒の敵」、「バスト」、「雑草」、「有害小動物」と呼ばれ、殲滅されるべき存在とみなされました¹⁵⁾。今日でも、本テーマに関する文献において、「魔女裁判」ではなく、「魔女迫害」、「魔女狩り」¹⁶⁾あるいは「魔女との戦争」¹⁷⁾という用語が用いられることもしばしばです。しかしこれにより、刑事裁判の問題であったことが覆い隠されているのです。

b) 魔女に対する手続

「敵対的な」魔女像ゆえに、魔女に対する刑事裁判のやり方は、重要な点において通常の手続と異なっていました。例外犯罪の理論は、魔女集会が現に存在するという考えと同じように、16世紀終期の魔女文献を通じて支配的になりました¹⁸⁾。

14) Christina Lerner: „Crimen Exceptum“? The Crime of Witchcraft in Europe (1980), in: Dies.: Witchcraft and Religion. The Politics of Popular Belief, Oxford 1984, p. 36, 44f; Gerd Schwerhoff, Crimen Maleficarum. Das Verbrechen der Hexerei in kriminalitätsgeschichtlicher Perspektive, Festschrift für Franz Irsgler (im Druck), am Ende; Maihold, „Da dachte ich, Himmel und Erde gingen unter“, S. 62f. も参照。

15) Gerhard Schormann, Der Krieg gegen die Hexen. Das Ausrottungsprogramm des Kurfürsten von Köln, Göttingen 1991, S. 35ff, 43; Christina Lerner, Enemies of God, The Witch-Hunt in Scotland, Baltimore 1981.

16) Brian P. Levack, Hexenjagd, 3. Auflage, München 2003.

17) Schormann, Der Krieg gegen die Hexen.

18) Peters, „Crimen exceptum“, p. 139ff.

こうした思考の裏付けとして、時折、犯罪の重大さにもみ焦点が当てられることもありました。その重大性は、魔女罪が背教罪 (Apostasie)、異端罪、洗聖罪 (Sakrileg)、洗神罪 (Blasphemie)、謀殺罪、悪霊 (Böser Geist) との内縁婚罪 (Konkubinat) といったあらゆる最重罪を含んでいる点に求められると考えられたのです¹⁹⁾。しかし大抵は、この犯罪の秘密性も手続における例外的取り扱いの契機であると考えられていました。危険な魔女のセクトが現実に存在し、その構成員が秘密集会を開き、悪魔によって罪業の告白を妨げられ、拷問の苦痛から守られているというイメージから、こうした危険に有効に対処するためには、従来の訴訟法では不十分であると考えられたのです。そのような記述は、ペーター・ビンスフェルトの1589年出版の魔女文献の中に見られます。「魔術師の集会や謀議は夜に秘密の場所で行われることから、これらを立証することは極めて困難であるし、そもそも信用できる証人がこうした集会に参加していないことからおさらそういえる。しかし、そのような証人がおおよそ出席できないのに、敬虔な人々に対して証拠を要求するほど愚鈍な裁判官などいるだろうか。こうした論拠から、事柄の性質上合法的な証拠が得られないときには、合法性の要件が緩和された証拠で足り、法律は得ることができるもので満足するという法的ルールが確認されるのである²⁰⁾。

このようにして、魔女犯罪に特別な「魔女裁判法」が展開されたのです。カルル5世刑事裁判令 (カロリナ) の規定と同様に、通常の手続については拷問に関する厳格な諸規定が存在しましたが、魔女裁判ではそれらが緩和されました。そしてこれはカロリナに反することですが、他の魔女罪の被疑者による、魔女の「密告 (Besagung)」が、拷問のための徴憑として許容されていました。拷問の反復の禁止は、単なる「継続」であるとして、すり抜けられました。被疑者の中

19) このようにいうのは Martin Delrio, *Dquisitionum magicarum libri VI*, Lugduni 1608, lib. 5, sect. 1 (p. 366): „*quae est sententia DD. communis et verissima: esse quoque crimen enormissimum, gravissimum, atrocissimum, quia in eo concurrunt circumstantiae criminum enormissimorum, apostasiae, haeresis, sacrilegii, blasphemiae, homicidii: immo et parricidii saepe, et concubitus contra naturam cum creatura spirituali, et odii in Deum, quibus nihil potest esse atrocius.*“

20) Peter Binsfeld, *Tractat Von Bekanntnuß der Zauberer vnnd Hexen: Ob vnd wie viel denselben zu glauben*, Trier 1590, fol. 99r-103v: „*in grausamen vnnd heimlichen Lasteren / soll der Richter williger vnd bereyter seyn zur Tortur vnd peinlicher frag / fort zu fahren [...] Dann die ding so verborgen geschehen / können schwerlicher bewaeret werden. Darauß entspringet der Außspruch im Rechten geuebt: In den verborgenen vnd heimlichen / die bewaerung durch muthmassung seyn genugsam / seyn von wegen schwere der Sachen / die sonst nicht genugsam weren. Verborgen aber nennet man / was bey nacht vnd an verborgenen oerteren geschicht. [...] Nun aber das Laster der Zauberer / welches auß obgesagten vnd anderen mehr Ursachen / das aller verborgenst ist / wer wolt zweiffeln / daß es mit geringen anzeigungen zu peinlicher frag kuentd gezogen werden? Jedoch weichen wir nicht ab von den anderen auß der Regel abgezogenen Lasteren / wie das in allen obgesagten wol zu ersehen. [...] es ist gemein / vnd bey den Juristen im brauch / daß wegen der schadtligkeit und grausamkeit deß Lasters / die Recht vnd Satzung mögen ubertreten werden. [...] Wo wir den besagungen der Zauberer / gegen ihre Gesellen vnnd Lasters Mitgenossen nicht werden platz geben / wirdt kein mittel noch weg seyn / diß Laster außzureuten.*“ (現代表記は筆者による)。類似の論証をするものとして Jean Bodin, *De la démonomanie des sorciers*, Paris 1580, lib. 4, cap. 1 und 3.

には50回以上拷問を受けた者もいました。調書署名（Ratifikation）や検証（Verifikation）に関する諸規定も、もはや顧慮されませんでした。詳細な質問一覧表にまとめられ、常に同一の自白へと導く誘導尋問までもが許容されたのです。

例外犯罪の構想により、最終的には、いわゆる魔女検査（Hexenproben）の形での「神の証明（Gottesbeweise）」が多方面において復活しました。魔女は悪魔との性交後、半ば霊的な存在となるため、普通の人間よりも軽くなるという理由で、「水審（Wasserprobe）」によって魔女であることの証明ができると信じられていたのです。被疑者が水に浮けば有罪であるとみなされ、沈めば無罪であるとされました。はかり、火、涙による検査も稀に行われました。17世紀には、「針検査」による、いわゆる魔女の印の探査も認められていました。もっとも本来の意味の「検査」、すなわち証明ではなく、拷問実行を正当化するための犯罪の濃厚な嫌疑の徴憑が問題となっていたのです²¹⁾。

以上のような展開で、通常与えられるべき手続上の保障が多く欠落した特別の魔女裁判法が成立するわけですが、極めてひどい結果を招来するものであったことは明白です。何千人もの無実の者が、拷問により、悪魔との契約締結を自白させられ、焚刑に処せられました。ヨハン・ゲオルク・ゲーデルマン（1559-1611）²²⁾ やフリードリッヒ・シュペー（1591-1635）²³⁾ といった魔女裁

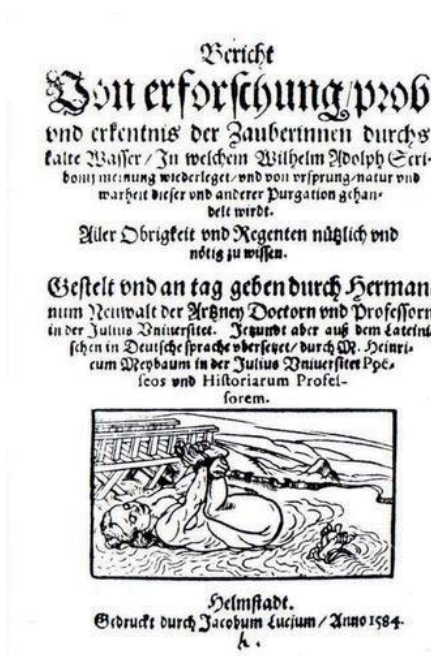


図7 水審

21) Maihold, ius.full 2009, 40f.

22) Johann Georg Goedelmann, Copia gegebener Antwort auf N. in Westphaln schreiben, Rostock 1587, Wolfgang Behringer (Hrsg.), Hexen und Hexenprozesse in Deutschland, 5. Auflage, München 2001, Nr. 202. より引用。

23) Friedrich Spee, Cautio Criminalis oder Rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse (1631) 翻訳 Joachim-

判の批判者も、当初は魔女の存在については疑問視せず、魔女罪を特別の犯罪として取り扱うことについて批判していたのです。

5. 例外犯罪 (crimina excepta)

魔女罪を例外犯罪として分類したことは、膨大な訴追に少なからず寄与したと推測されます。もともと、こうした分類により、しばしば問題を孕んだ形で、その他の諸犯罪の歴史から魔女研究が切り離されるようになりました²⁴⁾。しかし魔女罪は、特別の規定に従って取り扱われる多数の犯罪の内の一つに過ぎません²⁵⁾。したがって、例外犯罪の理論に関する以下の記述では、ザクセンの法律家ベネディクト・カルプツォフの『帝国ザクセン刑事新実務』に倣い、複数形の *crimina excepta* を用いることにします。



図8 カルプツォフ

Friedrich Ritter, 6. Auflage, München 2000, q. 36, 37 und 38 (S. 176ff).

24) このことについて批判的なものとしてLarner: „Crimen Exceptum“?, S. 35ff; Schwerhoff, *Crimen Maleficarum* (脱稿済・近刊)。

25) 従来こうした観点から例外犯罪について論じられることはほとんどなかった。Edward Peters, „Crimen exceptum“: The History of an Idea, in: Kenneth Pennington (Hrsg.), *Proceedings of the Tenth International Congress of Medieval Canon Law*, Citta del Vaticano 2001, p. 137ff; Ders., *Crimen exceptum*, in: Richard Golden (Hg.): *Encyclopedia of Witchcraft. The Western Tradition*, 4 Bde., Santa Barbara 2006, vol. 1, p. 232f も、こうした観点から、例外犯罪 (*crimen exceptum*) の起源に取り組み、そこから生じた結果について述べていない。— Hinrich Rüping / Günter Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 5. Auflage, München 2007, Rdnr. 133 及び Arnd Koch, *Denunciatio. Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts*, Frankfurt am Main 2006, S. 100, Fn. 201も研究の必要性を認めている。

もともと、例外犯罪という概念は、普通法の文献上、なお専門用語ではありませんでした²⁶⁾。もともと名称は様々であったにせよ、犯罪を効果的に訴追する目的から、特定の犯罪について、刑事手続や実体法上の諸原則との関係で通常とは異なった処理をすることが許されるということは、確固たる一般的原則として成立していました²⁷⁾。

a) 犯罪群

例外犯罪の理論が適用された犯罪群は、大きく二つのグループに分けることができます。例外犯罪とみなされていた一方のグループは²⁸⁾、特に重大な凶悪犯罪 (delicta atrocissima) です。特別のルールが妥当する他方のグループは、外部的な痕跡を残さない犯罪 (delicta facti transeuntis)、秘密犯罪 (delicta occulta)、通常のやり方では立証困難な犯罪 (delicta difficilis probationis)、すなわち普及していた公式によれば、手続を緩和しなければ真実に到達することができない犯罪です²⁹⁾。例外犯罪に分類されていた犯罪の多くは、両グループに属していました。

例外犯罪とみなされていたものとして、特に異端罪、魔女罪、不敬罪が挙げられますが、さらに渎神罪 (Gotteslästigung / Blasphemie)、獣姦罪、姦通罪、近親相姦罪、放火罪、謀殺罪、強盗罪もここに属しており、また偽罪の分野では、特に通貨偽造罪がここに含まれます³⁰⁾。教会にルーツを有するものでは、聖職売買 (Ämterkauf / Simonie) や暴利罪も例外犯罪として取り扱われて

26) Carpzov, Practicae novae Imperialis Saxonicae rerum criminalium..., Lipsiae 1739 (以下では『帝国ザクセン刑事新実務 (Practica nova)』から引用する), pars 3, q. 117, num. 65 は、たしかに「言語道断の例外的な犯罪 (criminibus nefandis et exceptis)」といているが、多くの場合、凶悪犯罪 (crimina atrocissima) という表現を用いている。

27) Carpzov, Practica nova, pars 3, q. 125, num. 52: „in atrocissimis delictis, propter eorundem enormitatem, atrociora remedia ad eruendam veritatem sint adhibenda; quippe cum et ob atrocitatem criminis quandoque jura transgredi liceat [...] et quanto majus damnum per ejusmodi delicta atrocissima reipublicae infertur, tanto magis ejusdem interest, delicta illa coerceri: quod fieri non potest, nisi in defectu probationum plenarum, confessio rei tormentis fuerit extorta.“ Giulio Claro (Clarus), Liber Quintus [Receptarum Sententiarum] . Sive Practica criminalis, in: Opera omnia, Genevae 1666, § 1, num. 9; Prospero Farinacci (Farinacius), Praxis et theoricae criminalis libri II, Francofurti 1606, lib. 1, q. 37, num. 85; Hippolytus de Marsillis, Practica causarum criminalium, Lugduni 1546, § diligenter, num. 159参照。Koch, Denunciatio, S. 102f mit Hinweis auf Daniel Clasen, Commentarius in Constitutiones Criminales Caroli V. Imperatoris, Lipsiae 1718, Prolegomena, p. 23も参照。

28) Klein, De executione in cadavere delinquentis, cap. 1, num. 41 は、「凶悪犯罪 (delictum atrociorum)」ないし「非道かつ凶悪な最重要犯罪 (crimen maximum, enormissimum et atrocissimum)」という用語を用いている、cap. 3, num. 4 u. öfter. カルプツォフの異説については、脚注53参照。

29) Carpzov, Practica nova, pars 1, q. 16, num. 4, 18; pars 1, q. 49, num. 60f; pars 3, q. 108, num. 36; pars 3, q. 148, num. 49ff; Farinacci, Praxis et theoricae criminalis, lib. 1, q. 2, num. 13. Koch, Denunciatio, S. 101f mit Hinweis auf Brunnemann, De inquisitionis processu, membr. II, cap. 8, num. 25-28; Frölich von Frölichsburg, 2. Buch, 6. Titel, num. 17; Zanger, Tractatus de quaestionibus seu tormentis reorum, cap. 5, num. 45ff, cap. 1, num. 35. も参照。

30) Carpzov, Practica nova, pars 1, q. 42, num. 86.

いました³¹⁾。総じて、例外犯罪の領域は拡大傾向にあったことがわかります。例えば死体に対する刑罰は窃盗罪の場合ですら執行され、また肖像画に対する刑罰は偽証罪や詐欺罪の場合にも科されることがありました³²⁾。

既に魔女裁判のところでも述べたように、当時のメディア（ピラ）によって煽られることもしばしばであった、不合理な集団的恐怖もまた、ある犯罪を例外犯罪のリストに採用するにあたり、決定的な意味を持っていたものと思われます。こうした恐怖が犯罪者を「公的な敵」へと仕立て上げ、彼らの殲滅が共同体の繁栄にとって不可欠であるとみなされたのです。そのため、肖像画に対する刑罰は、不在で不可視の「敵」に顔を与え、いわば呪術的な (magisch) 手法で撃退するという目的も有していたと思われます。

b) 刑法上の諸原則への影響

例外犯罪と結びついた影響は多岐に渡ります。肖像画や死体に対する刑罰の場合、既に見たように、責任主義や刑罰の人格主義といった実体法上の諸原則が相対化されました³³⁾。これには、親を理由とした子供の処罰や、団体の構成員の犯罪を理由とした無辜の構成員の処罰を認める「他人の責任を理由とした刑罰」も含まれます³⁴⁾。子供の連帯処罰を根拠付けるにあたり、特に、子供は両親を模倣するのが常であるという指摘がなされていました。すなわちその限りで「刑罰」は、懸念される将来の犯罪に鑑みて早期化されているのです。例外犯罪の場合、刑法は総じて、予防思考や、効果的な刑事追進ないし犯罪抑制の利益を色濃く反映するものだったのです。

他方で、犯罪の重大性を理由に、手続と立証の緩和が正当化されました³⁵⁾。例えば密告によって手続の開始が可能となり³⁶⁾、評判が悪い証人や、普通は排除される証人(例えば女性や子供、有罪認定された共犯者、近親者)が証人となることを許容され³⁷⁾、拷問実行のためのハードルが下げられ³⁸⁾、その限界は撤廃されました³⁹⁾。最終的には、重罪の場合、特別の裁量刑 (Ermessensstrafe)

31) Peters, „Crimen exceptum“, p. 172f.

32) Maihold, ZRG 129 (2012) (脱稿済・近刊).

33) 不在者に対する刑事裁判については、Carpzov, Practica nova, pars 1, q. 41, num. 6 (crimen laesae majestatis) も参照。

34) Carpzov, Practica nova, pars 1, q. 41, num. 3, 7. Maihold, Strafe für fremde Schuld?; Ders., Zur Geschichte der Verbandsstrafe, Himeji Law Review 44 (Dezember 2005), S. 380ff, 森永真綱訳『団体刑の歴史について』姫路法学44号360頁以下参照。

35) 例えば大逆罪 (crimen laesae majestatis) を挙げるものとして Carpzov, Practica nova, pars 1, q. 41, num. 3ff, 8. Koch, Denunciatio, S. 100ff; Larner, Crimen Exceptum, p. 44f. 参照。

36) Carpzov, Practica nova, pars 1, q. 41, num. 3 (crimen laesae majestatis).

37) Carpzov, Practica nova, pars 1, q. 41, num. 5 (crimen laesae majestatis).

38) Dazu Farinacci, Praxis et theoricae criminalis, lib. 1, q. 37, num. 79ff; Carpzov, Practica nova, pars 1, q. 41, num. 6, 10 (crimen laesae majestatis).

39) 例えば凶悪犯罪 (delictis atrocissimis) の場合、第3段階の拷問を行うこと、及び例外的に拷問を2回行うことが許されていた。しかし Carpzov, Practica nova, pars 3, q. 117, num. 65; pars 3, q. 102, num. 67; pars 3, q. 125, num. 47によれば、これは凶悪犯罪 (delicta atrocissima) のみ妥当し、残忍な犯罪 (atrocia) や悪質な犯罪 (atrociora) には妥当しないとされていた。

や嫌疑刑をも宣告することも可能になりました⁴⁰⁾。被告人が上訴することは許容されていませんでした⁴¹⁾。

もっとも、例外犯罪においては普通法上の手続に関する刑法上の諸原則がおおよそ適用されていなかったと見るのは、たとえ「潜在的には限界がなくなる」傾向があったことは否定できないとしても、広きに失すると思われ⁴²⁾。手続規定の「中核領域」は、いずれにせよ法律 (de iure) 及び通説によれば、最も悪質で秘密性の高い犯罪の場合にも侵されていなかったのです。この中核領域に数え入れられるものとして、被疑者の相当な防御権や証人二名による立証 (Zweizeugenbeweis) の権利です。徴憑理論 (Indizienlehre) に抵触した場合に普通法上要請されていた証拠の使用禁止は、例外犯罪においても同じ効力を有していました⁴³⁾。重罪の場合における刑の減輕すら否定されていなかったのです⁴⁴⁾。

総括すると、普通の手続規定では効果的な刑事訴追が保障されず、そして実体法上の諸原則を適用するのはその犯罪に対するリアクションとしてふさわしくないと考えられる場合には、常に例外的な諸規定が適用されました。そのため例外犯罪の理論は、犯罪は処罰されないままであってはならない⁴⁵⁾、重罪に対しては厳格に対処されなければならない⁴⁶⁾といった普通刑法上の他の諸原則に則ったものだったのです。

c) この理論の起源

例外犯罪の観念の起源については、詳細な探求が必要となるでしょう。これはジャン・ボダンの発明によるものではありません。彼は、魔女罪が特別な犯罪であるという観念を世に知らしめたに過ぎないのです⁴⁷⁾。ひょっとすると、一定の犯罪者に恩赦を付与しないことを定めた後期ローマ時代の恩赦法と関係があるのかもしれませんが⁴⁸⁾。もっとも既に、帝政ローマ初期の国王裁判 (Majestätsprozess) において発展し⁴⁹⁾、16世紀及び17世紀に、特にカルプツォフにおいて大きな役

40) Carpov, Practica nova, pars 1, q. 49, num. 61: „*Et in ejusmodi delictis occultis praesumptiva et conjecturata probatio pro plena et concludenti habetur*“ mit Hinweis auf Baldus, Decius, Decianus u.a. Carpov, Practica nova, pars 1, q. 16, num. 4, 18; pars 3, q. 125, num. 52 (上記引用参照); pars 3, q. 148, num. 49ff. も参照。

41) Carpov, Practica nova, pars 1, q. 41, num. 6 (crimen laesae majestatis).

42) このようにいうのは Peters, „Crimen exceptum“, p. 147: „potentially limitless“.

43) Arnd Koch, Die Grundlagen des deutschen Strafverfahrens. Zehn verbreitete Fehlvorstellungen und ihre notwendige Korrektur, in: Macht und Recht. Zur Theorie und Praxis von Strafe, FS für Hinrich Rüping, hrsg. von Georg Steinberg, München 2008, S. 393ff, 399f.

44) Carpov, Practica nova, pars 1, q. 42, num. 86 (falsa moneta); pars 3, q. 143, num. 90 (reum minorum) 参照; 重い刑罰を減輕する慣習について一般的に: pars 3, q. 150, num. 28.

45) Carpov, Practica nova, pars 1, q. 34, num. 62; pars 2, q. 69, num. 8; pars 3, q. 128, num. 1; pars 3, q. 139, num. 15, 18参照。

46) Carpov, Practica nova, pars 3, q. 142, num. 2, 4参照。

47) Peters, „Crimen exceptum“, p. 142.

48) このようにいうのは Peters, „Crimen exceptum“, p. 144ff.

49) これについては、最近のものとして、Andreas Schilling, Poena extraordinaria. Zur Strafzumessung in der frühen Kaiserzeit, Berlin 2010参照。

割を果たした⁵⁰⁾ 量刑における特別な刑罰 (poena extraordinaria) の出現と密接な関係があるとも考えられます。十字軍参加者による残虐な殺害行為の「例外的な」正当化に、逆の意味での類似性を見出すこともできるでしょう⁵¹⁾。もっとも例外犯罪の思想に価値が見いだされるようになったのは、キリスト教社会を敵から守り、敵に勝利して神の怒りを静めることを目的とする中世中期の異端裁判以降のことであることはたしかなことです。それ以来、例外犯罪は遍在的なものになり、これが新たな裁判形式の出現につながりました⁵²⁾。そもそもこの点に刑法の核心までもが認められるかもしれません。最重罪に関する訴訟においてはじめて、「民事的な」手段が名誉剥奪的な「刑罰」によって補完され、対審的な弾劾的手続 (Akkusationsverfahren) とならんで、官憲の調査を特徴とする糾問的手続 (Inquisitionsverfahren) が行われるようになったのです⁵³⁾。

d) 批判

例外犯罪の理論は、18世紀に入るまで支配的でしたが、異論がなかったわけではありません⁵⁴⁾。特に魔女裁判について、通常の手続を遵守すべきだという主張が繰り返しなされていたのです。フリードリッヒ・シュペーは、「魔女」が裁判手続によって作り出されているに過ぎないと、こと



図9 シュペー

50) 例えば Carpvov, Practica nova, pars 3, q. 133, num. 1ff. 参照。

51) これについては Peters, „Crimen exceptum“, p. 162ff.

52) Peters, „Crimen exceptum“, p. 159ff; Rüping / Jerosushek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, Rdnr. 35; Mathias Schmoeckel, Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter, Köln u.a. 2000, S. 276ff.

53) もっとも糾問的な諸要素は、聖職者に対する紀律的刑法 (disziplinarisches Strafrecht) にも見られ、異端審問が初めてではなかった。これについては Peters, „Crimen exceptum“, p. 183参照。

54) 以下については Koch, Denunciatio, S. 103ff. 参照。

のほか明快に主張していました。彼は以下のように述べています。「人々がその被害を受けることを恐れるような、特別な犯罪にあたる何らかの忌まわしき犯罪を意図的に作って、その風評を広め、審問官に、魔女犯罪に適用されているのと同じ手段を当該犯罪についても用いさせたでしょう。もしドイツで、近いうちに、この新たな罪で有罪となる者が、魔女の罪で有罪となる者より少なくなるようなら、私は当局に出頭の上、生きたまま火中に投げ込まれることを真剣に約束しよう」⁵⁵⁾。シュペーは、例外犯罪の理論では、証明力は証人の信用性に依存しないという矛盾があることをも指摘しています。なぜ泥棒の証言よりも高い信用性を「魔女」の証言に認めるべきなのであるか。こうした手法は、ただ無実の犯罪者を作り出すことを懸念させ、またキリストの隣人愛の律法に矛盾するものである、と。結局、シュペーは、例外犯罪の理論とは逆に、秘密裏に行われる犯罪の解明にあたっては、より弱い徴憑ではなく、むしろ、より強い徴憑が必要であると述べています⁵⁶⁾。

この批判を、ユストゥス・オルデコプ (1597-1667) は大いなる勇気を持って取り上げました⁵⁷⁾。帝国最高法院 (Reichskammergericht) も例外犯罪の理論に対してむしろ懐疑的な態度をとっていたように思われます⁵⁸⁾。

ベネディクト・カルプツォフはこれらの批判の声を関知していなかったと思われます。例外犯罪の理論は、彼の著書全体を通じて引用されています。もっとも数カ所で、いずれにせよ、その適用領域を制限する試みが見られます。例えば、最重罪の場合にのみ例外を認め、重罪の場合にはもはや例外を認めていません⁵⁹⁾。ある箇所では、カルプツォフは、通説に反対し、通常の手続と異なった措置は処罰の段階に限り許されるべきで、手続段階で既に許容すべきではないというダニエル・メラーの主張⁶⁰⁾に賛同すらしています⁶¹⁾。もっとも、このことをもって、カルプツォフを例

55) Spee, *Cautio criminalis*, q. 30 (S. 154).

56) Spee, *Cautio criminalis*, q. 37 (S. 182ff). この場合に限り、秘密犯罪における拷問の速やかな開始を許容し、その他の場合には、裁判官は、まず、他の証明手段を待つべきであるとされる、ebd.q. 38 (S. 187ff).

57) Justus Oldekop, *Obersationes criminales Practicae*, Francofurti ad Oderam 1698, tit. 4, obs. 16, num. 3, は、例外犯罪の理論には「誤謬の危険性 (periculosissimus error)」があるとしている。

58) いずれにせよこのようにいうのは Peter Oestmann, *Hexenprozesse am Reichskammergericht*, Köln u.a. 1997, S. 38f, 316, 522; 異なる見解を唱えるのは Ralf-Peter Fuchs, *Rezension zu Herbert Eiden / Rita Voltmer (Hrsg.), Hexenprozesse und Gerichtspraxis*, Trier: Paulinus Verlag 2002, in: *sehpunkte* 4 (2004), Nr. 10 [15.10.2004], URL: <http://www.sehpunkte.de/2004/10/2517.html>.

59) Carpzov, *Practica nova*, pars 3, q. 102, num. 67. 前者の例として謀殺、放火、強盗、後者の例として窃盗を挙げている。

60) Daniel Moller, *Semestrium libri quinque*, Lipsiae 1631, lib. 3, cap. 17.

61) Carpzov, *Practica nova*, pars 3, q. 102, num. 68: „*Notissimum est, quod in delictis atrocissimis, propter criminis enormitatem jura transgredi liceat: quod tamen in delictis atrocibus minime concessum Quod ipsum tamen Dan. Moller. d.l. in puniendo tantumodo reo confesso, vel convicto: non autem in procedendo, et antequam certo constat, an accusatus vel inquisitus delictum atrocissimum commiserit, nec ne, verum esse putat: quam declarationem desumpsit ex traditis Hippol. De Marsil. d. §. Diligenter. Num. 159. Cui sententiae ceu aequiori, subscribere nil dubito: quamvis sciam, alibi contrarium servari, quod nempe in criminibus atrocissimis permittatur iudicibus, jura transgredi*



図10 ベッカリーア

外犯罪否定論者と決めつけるのは⁶²⁾、行きすぎでしょう。

18世紀に、こうした批判は、ヨハン・ザムエル・フリードリッヒ・ベーマー（1704-1772）によって取り上げられています⁶³⁾。最終的には、チェーザレ・ベッカリーア（1738-1794）が⁶⁴⁾、攻撃的な論調で、「理性が諸国家の立法者であったことは一度もなかったことを考慮していない者からすれば、重大な、あるいは、ほとんど鮮明な形で出現しない幻影的な犯罪が……極めて薄弱であまいな推測と告発によって証明されていることを奇妙に感じられない」に違いない、と断言しています⁶⁴⁾。彼の態度表明は、18世紀末期における原則の逆転につながりました。すなわち、犯罪が重ければ重いほど、裁判所はそれだけ厳格に通常の手続の諸規定を遵守しなければならなくなりました。こうして、不当な刑事訴追から市民を守ることが、「敵の撲滅」に優先されるようになったのです。

6. 結語

しかし結局のところ、ベッカリーアの主張は、色褪せることなく貫徹されているのでしよう

etiam in procedendo, et ad torturam deveniri liceat, etiamsi indicia non sint in totum sufficientia, neque probata per testes omni exceptione majores, prout testatur Jul. Clar. d. §. 1. n. 9. in fin.“

62) このようにいうのは Koch, Denunciatio, S. 103である。ここにカルプツォフが例外犯罪ドクトリンの断固たる反対者であることが見て取れるとされる。

63) Johann Samuel Friedrich Boehmer, *Observationes Selectae*, obs. 3 ad q. 102, num. 67; Ders., *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, art. 22, § 5, art. 83, § 1.

64) Cesare Beccaria, *Ueber Verbrechen und Strafen*, übers. von Julius Glaser, Wien 1851, § 13 (S. 37).

か？

例外犯罪の理論と冒頭で述べた「敵に対する刑法」に関する現代の議論を比べてみると、酷似していることがわかります。すなわち、啓蒙前の刑法に遡って考えてみると、テロリストは再洗礼主義者や魔女の立場に置かれているのではないのでしょうか？あるいは、法忠誠的な態度を元より期待できない者に対する特別な刑法の発展は、新たな危険に対する対応として、ごく普通に見られるプロセス、つまり、まさに既に数世紀前には周知のプロセスとはいえないのでしょうか？それゆえ、歴史に目を向けることで、刑法上これらの危険に向き合う方法の手がかりが得られるのではないのでしょうか？

たしかに、当時「市民刑法」が成立していたわけではないので、魔女裁判を、あらゆる観点において、今日の状況と比較することはできません。しかし、間文化的諸観点を考慮しつつ、刑法上の諸原則及び例外を歴史的に考察することは、現代の議論に幾ばくかの寄与をもたらします。ここでは明らかに、死んだものと長らく信じられてきた、古い権威主義的な、従属者に対する刑法(Untertanenstrafrecht)の思考が復活しています。なぜこのようなことになっているのか、そして、なぜこうした思考がまさに21世紀初めに再度姿を現したのか、なおはっきりしません。この問題を精査することで、刑法の現代的議論の現在地だけでなく、ありうる逃亡地の測定も可能になるでしょう。少なくともこれまで考察した限りでは、以下のようにいうことができます。すなわち、「敵刑法的な」諸規定は、そこで犯罪者とされている者たちのことよりも、むしろ、そうした諸規定をもつ刑法及び国家の状態について、はるかに多くのことを語っているのです。例外が、原則が妥当していることの重要な証拠であるのならば、「敵に対する刑法」に関する議論は、刑罰の責任思考や人格主義の説得力の喪失がどれほど大きなものなのかを証明するものだといえるでしょう。

このようにして、一規範的・肯定的に(normativ-affirmativ)理解し—「敵に対する刑法」を語ることで、刑法の自由主義的な限界は失われ、その手段選択の際限がなくなる危険性が覆い隠され、「市民刑法」が浸食される傾向が生じ、「市民」と「敵」の間の限界を引くことができなくなるのではないのでしょうか？とはいえ、「敵に対する刑法」という概念を記述的・批判的に用いることは可能でしょう。このことは、刑法の根本的諸原理を再確認し、法治国家的・自由主義的な刑法の輪郭の明確化することにも寄与するでしょう。

挿絵出典

Abb. 1.

David Joris (1501/02-1556), anonym, Kunstmuseum Basel

URL: http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Datei:Jan_van_Scorel_003.jpg&filetimestamp=20050521054236

Abb. 2.

Bonifacius Amerbach (1495-1562), Gemälde von Hans Holbein d.J., 1519, Kunstmuseum Basel

URL: http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Datei:Hans_Holbein_d._J._040.jpg&filetime

stamp = 20050519164047

Abb. 3.

Irdische Rechtspflege in Analogie zum göttlichen Gericht, Miniatur aus einer Dekretalenhandschrift von Nicolò di Giacomo da Bologna (1349–1399), Kupferstichkabinett, Berlin

aus: Wolfgang Schild, Folter, Pranger, Scheiterhaufen. Rechtsprechung im Mittelalter, München 2010, S. 132.

Abb. 4.

Der Grazer Stadtrichter Niclas Strobel unter dem Gericht Christus'. Gerichtsbild aus Graz, 1478, Kopie 17. Jh., Stadtmuseum Graz

aus: Wolfgang Schild (wie Abb. 3), S. 15.

Abb. 5.

Hexenflug der „Vaudoises“, Miniatur aus Martin le Franc (1410–1461), Champion des Dames, 1451

aus : Wolfgang Schild, Die Maleficia der Hexenleut', Rothenburg o.d.T, 1997, S. 97

Abb. 6.

Hexensabbat, Chronik des Johann Jakob Wick, Genf, 1570

aus: Wolfgang Schild (wie Abb. 5), S. 101

Abb. 7.

Wasserprobe, Hermann Neuwaldt, Bericht von erforschung, prob und erkenntnis der Zauberinnen durchs kalte Wasser, Helmstedt 1584

aus Wolfgang Schild, (wie Abb. 5), S. 143

Abb. 8.

Benedikt Carpzov (1595–1666), Kupferstich

[http://de.wikipedia.org/w/index.php?title = Datei:Benedikt-Carpzov-d-J-04.jpg&filetimestamp = 20060825172942](http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Datei:Benedikt-Carpzov-d-J-04.jpg&filetimestamp=20060825172942)

Abb. 9.

Friedrich Spee (1591–1635), Ölgemälde, Erzbischöfliches Friedrich-Spee-Kolleg, Neuss

URL: <http://www.dombibliothek-koeln.de/veranstaltung/spee2008/pics/gemaelde.html>

Abb. 10.

Cesare Beccaria (1738–1794)

URL: [http://de.wikipedia.org/w/index.php?title = Datei:Cesare_Beccaria_1738-1794.jpg&filetime stamp = 20070210225337](http://de.wikipedia.org/w/index.php?title=Datei:Cesare_Beccaria_1738-1794.jpg&filetimestamp=20070210225337)