

権威と「理性」と法（二五）

——イギリス法における——

下山 英二

一 序論（三卷一号）

二 本論

第一章「世俗的」権威と「理性」論

はしがき

第一節 教皇庁の権威と世俗的権力

序——聖俗二権威と世俗的権力

第一款 教皇と世俗的権力

一 教会の法的権力

二 中世後期における教会の現世の「裁治権」の確立（三卷二号、四号一号）

三 イギリスの特殊性（四卷二号、五卷一号、二号）

四 聖俗裁判競争の前提（六卷一号、二号、七卷一号、二号、八卷一号、二号、九卷一号、二号、十卷一号）

五 教会権力の世俗化と若干の法理論的検討課題（十卷一号、二号、十一卷一号、二号、第十二卷一号、二号、第十三卷一号、

二号、十四卷一号、二号、本号及び次号）

第二款 世俗裁判権

第三款 教会世俗裁判権

第四款 聖俗裁判権の競合

第二節 教皇庁の「権威」からの解放と人間社会の自立的「権威」の抬頭

権威と「理性」と法（二五）

第三節 人間の「理性」論と「権威」の問題提起の過程

第四節 聖俗裁判権の競合と補完——イギリス法

第二章 法と「理性」論——宗教改革前

第三章 「自然法理性」と「人為的理性」

三 むすびに代えて

五 教会の世俗化と若干の法理論的検討課題（続）

(二) 世俗権力の正当化と聖職者の係わり方——「権威」と「権力」の癒着の理論的契機（続）

(イ) とくにカノン法学に内包される「自然法と理性」論——トマス理論——（続）

(2) トマスの「自然法と理性」（続）

(c) トマスの人定法論と理性論（続）

(ii) 自然法と世俗権力（続）

① トマスの自然法と potestas 「権力・権限」と正義

一三世紀が、法制度イデオロギー形成の観点から見て頗る興味深い時期であったことは、本稿でも示唆してきた⁽¹⁾。すなわち、グレゴリウスの改革⁽²⁾および煉獄思想⁽³⁾に加えてテオクラシーを支えた教会秩序イデオロギーとしての「自然法」の観念が登場してきた⁽⁴⁾。そして、個別に展開してきたローマ・カノン法学の形成とアリストテレス思想の神学化⁽⁶⁾が、テオクラシーを背景に、トマスによって統一的思想として、教会の社会哲学形成の象徴となっていた。ウルマンの言葉をかりれば「聖職者統治理論」の最盛期を迎えることになった⁽⁷⁾。

そこで、ここでの問題設定をもう一度繰り返して見ると、「(ii) 自然法と世俗権力」の頃の最後で取り上げた問題⁽⁸⁾、すなわち、権限（ことに「強制権」の有無を示す標識）が、「ポテスタス」の有無として表示されるならば、その標識

探索のために、「ポテスタス」を規制する自然法と、「ポテスタス」行使の規制原理としての「正義」概念の関係を問題にせねばならなかった。

ことに、トマスの場合、枢要徳の中で、唯一対人関係（隣人関係）「広く取った場合の社会的関係」の徳である正義概念が、対人関係の秩序維持の基準的役割を演じると言われているので、自然法と正義とそれを扱う者のポテスタスとの関係を本項で瞥見することが課題となっていた。⁽⁹⁾

ところで、法と正義の問題は、周知の如く、極めて長い歴史をもち、社会秩序の課題として今日までいろいろの形で議論されてきた。⁽¹⁰⁾しかし、ここでは、それらの概念史を統括的に捉えることすら不可能なので、トマスの正義論と自然法の関係に限って取り上げたい。

そこでまず、先に触れた「悪を避け、善を為すことは正義の部分であるか」という問題に言及しておきたい。⁽¹¹⁾では、正義のいわば構成部分として、いかなるものをトマスは想定していたのであろうか。

まずトマスは「善」「悪」一般について言うならば、「善を為し、悪を避ける」ことはすべての徳に属し、その意味では「正義の部分」とはいえないという。⁽¹²⁾これに対し、すでに言及した如く、正義は、隣人にたいする義務という側面での善 *bonum sub ratione debiti ad proximum* にかかわる徳であり、かかる意味では特殊の正義であるといわれる。⁽¹³⁾すなわち、「この意味において、特殊の正義 *justitia specialis* には、隣人との関係における義務的善 *bonum sub ratione debiti* を為すこと、およびその反対の悪、すなわち隣人を傷つけることがらを避けること、が属する」ということになる。⁽¹⁴⁾

因みに、この特殊の正義にたいする一般的正義 *justitia generalis* に属するものとしては、「共同体あるいは神との関係における義務的善 *bonum debitum* を為し、反対の悪を避けること」がそれに当たるといえる。⁽¹⁵⁾

ところで、この点を前提として、ここで想起されねばならぬことは、トマスにあつては、アリストテレスにならつて、正義概念に、交換的（匡正または矯正的）正義と配分的正義という二つの正義の概念を含めていたということである。⁽¹⁶⁾ だが、この配分的正義の概念を法的次元に取り込むためには、それをどのように観念的に論理構成するか、という問題があり、それは今日に至るまで、長い間論議の的になってきた問題であるし、⁽¹⁷⁾ ことに共同体論と絡み、理論面を超えた政策論として、絶えず国家的課題となつてきたことは周知の事実である。⁽¹⁸⁾

しかし、本項では、「裁き」と科罰権の問題を中心とするため、その前提として、交換的（匡正または矯正的）正義的観念に基づいて、世俗社会における「裁く」もののポテスタス概念とそれを限界づける自然法との関係を瞥見することに課題を絞る。⁽¹⁹⁾ 配分的正義の問題はひとまず視野外におくことにする。尤も交換的正義の概念を取り上げるにあつて、正義概念に包摂される交換的正義概念と配分的正義概念の関係を全く視野外において、直ちに交換的正義の概念だけを問題にしてよいであろうかという疑問も浮かぶかもしれない。さらに、交換的正義と配分的正義とは、同じ次元の正義概念であるといえようかという問題もあるだろう。しかし、この問題は、些か本項の課題から脇道にそれるおそれがあるので、ここでは一応捨象しておきたい。

そこでまず、交換的正義に限定して本項では瞥見せねばならぬが、すでに交換的正義については、些か触れてきているので、⁽²⁰⁾ その定義をここで再摘示しておきたい。すなわち、トマスにあつては、交換的正義の問題は第一八分冊第六一問題第一項において、「一人の私的人格が他の私的人格に関係づけられる場合」には、「この関係を指導するものが交換正義」であると摘示している。⁽²¹⁾

ところで、本稿においては、先に摘示した如く、「自然法の内容」として、しかも自明の原理として、「正（善）をなし、不正（悪）を避くべし」とともに、「各人に彼のものを」という原理を挙げて⁽²²⁾ いる。本項で問題となるのは、一見

前者のみにように見えるが、トマスにあっては、後述の如く、後者も含めてこの問題を取り扱っている。だがそれにしても、トマスが「悪を避け、善も為す」という原則は、人の行為規範とするには広すぎるということには前に触れた⁽²³⁾。

では一体、法的判断に関して、「正義」概念はいかなる基準とされうるのであろうか。また、その場合の「自然法」は世俗社会における人間にとって、いかなる規範性をもたらすものであろうか。さらに、先に触れた如く、自然法が実践理性の第一原理であるとするならば⁽²⁴⁾、「正義」の徳の実現にあたって、それはいかなる機能を果たしうるものとして観念していたのであろうか。ことに、交換的正義がいかなる判断基準になりうるのか、具体的には、交換的正義と「裁き」あるいは「科罰権」とがどのような関連性をもつのであろうか。

そもそも、アリストテレスの場合には、この交換的正義という概念は匡正（矯正）⁽²⁵⁾的概念として捉えられていたし、交換的正義という名称は、のちの命名であるといわれている。しかも、このアリストテレスの匡正（矯正）⁽²⁵⁾的正義は、複数の意味合いを包摂していた。そしてこの概念は「正」、「不正」の問題と絡み、また、それは「適法」⁽²⁶⁾性、「均等」性、あるいは、「違法」⁽²⁷⁾性、「不均等」⁽²⁶⁾性の問題を含んでいた。そして、それを前提にしつつ、匡正（矯正）⁽²⁶⁾的正義について、「もろもろの人間交渉において矯正の役目を果たすところのもの」とし、それは二つの部分に分かたれると⁽²⁷⁾いた。すなわち、この二つの部分としては、随意的なもの⁽²⁷⁾と不（非）随意的なもの⁽²⁷⁾があり、随意的な人間交渉として、販売・購買等今日の所謂私法関係に属するものが挙げられうる⁽²⁸⁾とすると共に、不随意的な人間交渉として、殺人・窃盜等今日の所謂刑事法関係に属するものを摘示している⁽²⁸⁾。

なお繰り返しになるが、アリストテレスの場合、いずれにせよ、随意的な人間交渉の事案を含めて、正義の問題を「正・不正」の判断基準として捉えていることは留意しておきたい⁽²⁹⁾。

では、トマスの場合には、アリストテレスと同じ意味で交換的正義の概念が使用されていたのであろうか。また、交

換的正義と法との係わり合いはどのように論理構成されていたのであろうか。さらに、トマスの交換的正義は、アリストテレスの矯正的正義と同様に、「正・不正」の問題とともに、適法・違法の問題を含んでいたのであろうか。そして、交換的正義を主としてアリストテレスの刑事法的な観点に立つ人間関係にかかわる概念として把握していたのであろうか。⁽³⁰⁾

この点、トマスの場合を要約して摘示すれば、交換的正義 *iusiitia commutativa* という概念を使用しているも、具体的には、アリストテレスの定義を踏襲しているといわれている。⁽³¹⁾ ことに、本項に関連する「正」「不正」あるいは「適法」「違法」の判断基準としての正義概念は、アリストテレスに準じて構成されている。

しかし、今日の常識からいえば、「交換的正義」概念は、「公序良俗」に反しない限り、関係当事者の自由意思に委ねることをもって正義としている「私的自治の原則」⁽³²⁾。したがって、私的関係にかかわる「公序良俗」条項は極めて限定的に解釈され、「法律」により明文をもって規定されることが要求されてくる基準として把握されてきている。では、トマスの場合、どのような意味合いで、この概念を使用しているのであろうか。そこで、この問題点を念頭におきながら、トマスの交換的正義の概念をいま少しく瞥見してみたい。

トマスは、交換的正義の部分として、先に摘示した如く、非(不)随意的なもの *involuntaria* と随意的なもの *voluntaria* の存在を認めている。⁽³³⁾ このことは、後述の「(iii) トマスと刑事法——法と正義」と「(iv) トマスと私法」の節でより具体的に言及するつもりであるが、重要な区分であるので、ここで、その要点に触れておきたいし、また、その点若干の繰り返しになることを厭わぬならば次の如くなるであろう。すなわち、「不随意的であるもの」は「或る人が他者の意に反して、その事物、人格あるいは業務に手をかける(使用)場合である。」⁽³⁴⁾ そして、ここで摘示されている事例は、刑事犯的なものである。⁽³⁴⁾ これに対して、「随意的なもの」は、「或る人が随意的に自分のものを他者に渡す

場合」であるという。そして、その事例は、多く今日でいう私法的なもの「売買、貸与、委託等々」である。⁽³⁵⁾ ただ留意せねばならぬことは、トマスの場合、この随意的な場合でも、「正・不正」の問題が生ずるとし、それがここでの正義の問題となるとする。⁽³⁶⁾

したがって、トマスの正義概念、ことに交換的正義概念の場合は、実践理性の第一原理たる自然法により規定され、それとともに、「ポテスタス」をもつ者に関しても、その規定の範囲内に入ることになるといえる。

ところで、交換的正義の確保を担う者が優れて公権力を委ねられているものに限ることは、先に、正義と公権力との関係に言及したところから容易に引き出されてくるところであろう。⁽³⁷⁾ しかし、正・不正を「裁く」ことを委ねられている者、即ち、「裁判官」は、これまた、既に言及した如く、公権力の担い手の中でも極めて特殊な地位を保持するものとされている。⁽³⁸⁾

そこで、以下で、トマスの自然法と世俗権力の裁治権——とくに科罰権の根拠と限界の問題を取り上げ、この問題をさらに立ち入って眺めてみたい。

(1) 拙稿、前掲一四巻一号六六頁以下「五 教会権力の世俗化と若干の法理論的検討課題」の各所で言及してきた。なお、パコー、前掲「テオクラシー」一七一頁以下「第五章 一三世紀における総合」の箇所参照。

(2) グレゴリウス・テオクラシーについては、パコー、前掲七五頁以下「第三章 グレゴリウスのテオクラシー」、ことに八九頁以下「二 グレゴリウスの教説」参照。

グレゴリウス七世については、拙稿でも各所で言及してきたが、とくにグレゴリウス改革については、拙稿、前掲三巻二号三二頁以下、五三頁、七巻二号二〇五頁以下、二二五頁注(17)、二二四頁注(6)、一〇巻二号三一頁注(1)、一一巻二号一〇—一一頁、一四巻二号七頁注(2) 参照。

カロリング型からグレゴリウス型への変化について、トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」、都立権威と「理性」と法(二五)

大法雜四〇卷一号六五五頁参照。

(3) 煉獄については、拙稿、前掲三卷二号一九頁以下、三八頁注(3)、四卷一号一〇頁参照。

煉獄思想と「正義」概念との結合については、拙稿、前掲三卷二号二二頁参照。

なお「煉獄」思想に対する法学者の対応については、立ち遅れが指摘され、一三世紀初頭において、注目されるものの一つにインノケンティウス三世の言及があると、ゴッフは指摘している。ゴッフ、前掲「煉獄の誕生」二五八頁以下「教会法学者たちの遅れ」

「二二〇〇年ごろ——煉獄の定着」参照。

さらに、一三世紀半ばまでは、ギリシア人とラテン人の間で「煉獄」思想をめぐる争いがあり、教会にとって不可欠の課題になっていたといわれている。そして、教皇による最初の定義が一二五四年であるといわれている。ゴッフ、前掲四二四頁「煉獄の、教皇による最初の定義(一二五四年)」。そして、さらに一步踏み出したのが「第二回リヨン公会議」であった。ゴッフ、前掲四二五頁以下参照。

「煉獄」の論理そのものも、一一世紀から一三世紀半ばまでの間の知的発展に伴い、複雑化し、その社会的影響も多岐にわたっていた。ゴッフ、前掲「煉獄の誕生」三二一頁以下「VII 煉獄の論理」参照。ことに、本項にかかわる「正義」との関連では、ゴッフ、前掲三二二頁以下「死後世界と正義の進展」参照。

(4) 拙稿、前掲一二卷一号二六頁以下参照。

ロンメン、前掲「自然法の歴史と理論」、三四頁以下「第二章 スコラのキリスト教的自然法」参照。

ところで、「自然法は教父達による他に、ローマ法の研究および教会法の制度によってもスコラ哲学全盛期にまで伝えられた。」「コルプス・ユーリスの古典の著作家達は実際自然法思想にきわめて近かった。」三七頁。だが、「中世の偉大な哲学上の運動であるスコラ哲学が始まると共に自然法はもっとも卓れた表現を得、思想上も頂点に達した。」三八頁。

またウルマン、前掲「中世ヨーロッパの政治思想」一八七頁以下参照。ここでは、「一二世紀ルネサンス」といわれる知的活動の中核の一つをなすアリストテレス思想の導入による変化に言及している。

「一二世紀のあの知的なぼしり(発酵)に特別な注意を向けることは極めて望ましいことだったのである。」「なぜなら、次の時代にアリストテレス的な理論によって豊かなものとなった地盤を効果的に準備したからである。」「アリストテレスの影響を受けた一三世紀の思想は、さらに自然法のウルピアヌスの定義を含んだローマ法の研究によって助長された。」「すなわち、自然がすべての動物に教えたというのが自然法である(人類のみならず)。」一八八頁。「古代ローマの一法学者ウルピアヌスは(natura)という言葉は(masculi)(生まれること、自然によって形作られること)という言葉から由来したものと説明した。」一八八―九頁。「これは重要な指標であった。」「すなわち自然の概念は成長、発展と結び付いており、厳格でかつ静的なアウグスティヌスの視点と容易に調和

するとは思われなかったからである。」一八九頁。「このいささか『自然』な見方は、法学者ではなく、ソールズベリーのヨハネスのような人に影響し始めた。そして法理学上の準備が、しだいに影響を及ぼすことになった。」一八九頁。「アリストテレスの政治理論の吸収を引き起こした事実から離れ、また一二―三世紀における法学(法体系)の横溢によって制約されるようないささかの教義上の準備もなかったのである。」一八九頁。

cf. Robinson, op. cit. [European Legal History], pp. 72, 83.

- (5) 拙稿、前掲一〇巻二号二頁以下、ことに一五頁以下参照。
なお、ウェーバー、前掲「法社会学」四二三頁以下「カノン法」参照。
- (6) 拙稿、前掲一二巻二号二九頁以下参照。
- (7) ウルマン、前掲「中世ヨーロッパの政治思想」一〇五頁以下「第四章 聖職者統轄理論の最盛期」参照。
- (8) 拙稿、前掲一四巻二号二三四頁。

なお、この問題は、拙稿一四巻二号二頁以下「③ トマスの自然法と人定法―人は如何にして自然法を行為規範となしうるか」の問題提起を受けている。すなわち、そこで摘示していることは、第一に、人間にとっての実践理性の第一原理たる自然法を如何に自律的規範とするかという点に関して、人間の本性的な自然認識と、理性的人間の自然本性に基づく自然法への準備を補完するものとしての世俗社会の人定法に基づく「強制装置」の必要性とについて言及した。しかし、この強制装置を動かす支配者の権限とその行使の基準と限界について、もう少し言及しようとするのが、本項の課題である。

- (9) 正義の概念については、すでに本稿でも各所で、また、種々なる形で言及してきている。煉獄思想に関連しては、拙稿、前掲三巻二号二二、二八頁。また、裁判権に関連しては、四巻一号三頁以下、*ius*と*lex*に関連しては、一四巻一号三二頁以下注(14)、注(15)参照。さらに、ベネフィキウム概念との関連で六巻一号八九頁、「正義の力」概念に関連しては、一四巻一号六二頁注(10)参照。
なお、本稿におけるいろいろな正義概念の使用形態に関連して言及した箇所を摘示すれば以下の如くである。

まず、「法的正義」に関しては、拙稿、前掲一四巻二号一六頁注(6)参照。「法的正義と社会的正義」と「手続的正義」に関しては、五巻二号一九三頁注(8)参照。さらに、「王の正義」に関しては、九巻一号一一三頁注(13)、「市民的正義」に関しては、九巻二号四九―五〇頁注(7)、「正義の欠如」に関しては、九巻二号一〇五頁、「理想的正義」に関しては、三巻二号二三頁、王の中央集権化と「正義」の問題に関しては、九巻二号八一頁以下、「共同体裁判所と正義」に関しては、九巻一号一〇六頁以下注(1)、「正義の欠如による管轄権」に関しては、一一巻一号二七頁、「正義の実施(管理)」に関しては、九巻二号八一―二二頁参照。

また、「正義の世紀」または「正義の時代」(一二世紀)に関しては、三巻二号二二頁、一二巻二号一二頁、一三巻一号九八頁参照。ここでまず、「法的正義」と「徳」との関係について一言触れておきたい。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第五八問題「正

義について」〔第六項 一般的徳としての正義はすべての徳と本質的に同一であるか〕三五頁以下参照。この点の基本は、アリストテレスの『ニコマコス倫理学』第五卷(1129b33)に依拠している。すなわち、「アリストテレスは『ニコマコス倫理学』第五卷(1129b33)において『多くの者は自分自身のことに関して徳を働かせることができるが、他者にたいすることがらにおいてはそれができない』とのべている。」三六頁。「また『政治学』第三卷(1277a22)において『善い人の徳と、善い市民の徳とは端的に同一であるのではない』とのべている。」「しかるに、善い市民の徳とは、それによって或る人が共通善へと秩序づけられるところの、一般的正義である。」「それゆえ、一般的正義は共通的な徳 *virtus communis* と同一ではなく、その一方が他方なしに持つことが可能である。」という。三六頁。

これに対して、「法的正義」については、本稿においてもすでに言及したので、それを前提としたい。拙稿、前掲一三卷二号四〇—一頁、一四卷一号一六頁参照。ただ若干補足しておくならば、以下の点が留意されねばならぬであろう。

すなわち、トマス、前掲第一八分冊第五八問題第六項において、「法的正義」が「一般的徳」と呼ばれる場合をトマスは摘示している。要点を紹介すれば、「それは他の諸々の徳の行為を自らの目的へと秩序づけるかぎりにおいてであり、つまり命令することによって他のすべての徳を動かすことである。」(傍点筆者)。したがって、「法的正義」は、「すべての徳の行為を共通善へと秩序づけるかぎりにおいて一般的徳と呼ばれる」という。三七頁。その意味では、「法的正義」は「共通善を固有対象としてそれに関わるかぎりにおいて、自らの本質に即して何らかの特殊的徳である」とする。三七頁。

そこで、トマスは、「法的正義」に関して「一般的正義」のほかに「特殊的正義」の概念をたてる。前掲「神学大全」第一八分冊第五八問題「正義について」〔第七項 一般的正義のほかに何らかの特殊的正義が存在するのか〕三九頁以下参照。

「法的正義が本質的に(そのまま)すべての徳であるのではなく、むしろ人間と直接的に共通善へと条件づけるところの法的正義のほかに、人間を直接的に特殊的・個別的な善に関して秩序づけるところの、他の諸々の徳があるのでなければならない。」四〇頁。「ところが、それらは当の人間自身にかかわるものでもありうるし、また他の個的人格にかかわるものでもありうる。」「それゆえに、法的正義のほかに、節制や剛毅のごとく、人間をかれ自身において秩序づけるところの或る特殊的な徳がなければならぬように、そのようにまた法的正義のほかに、他の個的人格にかかわる事柄に関して人間を秩序づけるところの、何らかの特殊的正義がなければならぬのである。」四〇頁。

要約すれば、「特殊的正義は、共同体にたいして部分が全体にたいするような関係に立つところの、或る私的人格 *Persona privata* へと秩序づけられている」ものである。六一問題「正義の諸部分について」〔第一項 正義の二つの種、配分正義と交換正義を区別するのは適切であるか〕九七頁参照。

そこで法的正義と特殊的正義の関係について、トマスが例示している一例として、第一八分冊第五八問題「正義について」〔第九

項 正義は情念にかかわるか」を挙げうる。四八頁参照。

また、第九七問題「正義のいわば構成部分について」第三項 怠慢は特殊な罪であるか」四一四頁参照。

「怠慢とは善の非遂行 *praetermissio* を意味する―ただし、すべての善ではなく、義務的善 *bonum debitum* の非遂行である。」
「しかるに、義務という本質側面の下における善 *bonum sub ratio debiti* は本来的にいつて正義に属する。」四一四頁。「すなわち、義務が神法あるいは人定法との関係において捉えられるならば法的正義に、他方、義務が隣人との関係において考察されるかぎりにおいて、特殊的正義に属する。」四一四頁。

(10) 最近では、ロールズの「正義論」(前出)が話題になっているが、もう一人の業績を強いてあげるならば、ヘッフェ、前掲「政治的正義」の言及に注目しておきたい。ここでは、正義に関する議論の全面的見直しを主張している。そしてまた、ロールズの批判検討も含まれている。四〇頁以下、三三〇頁以下参照。

(11) 拙稿、前掲一四卷一号三、四頁参照。自然法の内容をなす「善は行うべし、悪は避けるべし」について言及している。

ところで、トマスは、正義とこの「善は行うべし、悪は避けるべし」との関係については、トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第七九問題「正義のいわば構成部分について」第二項 善を為すことは正義の部分であるか」四〇六頁以下で触れている。

(12) トマス、同前四〇七―八頁。

(13) 拙稿、前掲一三卷二号四〇―一頁参照。

(14) 本項前出注(9)参照。

(15) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第七九問題第一項四〇八頁参照。

(16) 拙稿、前掲一四卷一号五三頁以下。

アリストテレスの「矯正的正義」とトマス「交換的正義」とは、本質的に同義であるが、その重点の置き方も同質なのか、あるいは、異なるのか、という点に関しては未究明である。しかし、次の如き指摘もある。井上達夫、前掲「共生の作法」一一〇頁。「アリストテレス以来、正義を『配分的正義 (distributive justice)』と『匡正的正義 (retributive or corrective justice)』と分けるのが慣例である。アリストテレスはさらに匡正的正義を犯罪や不法行為のような不随意交渉に関わるものと契約のように随意的交渉に関わるものに区別したが、後世では特に後者が『交換的正義 (commutative justice)』の名で呼ばれることもある。」一一〇頁。

交換的正義 *iustitia commutativa* については、主として、トマス、前掲「神学大全」第二、一八分冊、配分的正義 *iustitia distributiva* についても同じく第二、一一、一八分冊で言及している。なお、アリストテレス、前掲「ニコマコス倫理学」(上)第五卷「正義」第二章 狭義における正義が問われている。この意味の正義は配分的正義と矯正的正義に分かれる」一七四頁以下参照。

なお、現在の匡正的正義論については、cf. Benjamin C. Zipursky, *Philosophy of Private Law*, in "The Oxford Handbook of

Jurisprudence and Philosophy of Law," ed by Jules Coleman & Scott Shapiro, 2002, p. 623 et seq. esp. p. 627 et seq. [2. 2 Corrective Justice Theories].

(17) 最近では、ロールズの「正義」論に絡んで論議されているが、この問題は、優れて現代社会の憲法論の一つの主要な論議的になつてきた点でもあることは周知の事実である。その最たるものは、国際人権規約の「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」(一九六六)である。

(18) 共同体論との絡みについて、二〇世紀前半の著名なイギリスの分析法学者ポロックでさえこの点について、次の如く述べている。Pollock, op. cit., [A First Book of Jurisprudence], p. 32.

「法はいかに原初的であれ正義の観念を前提としている。」三二頁。

「『正当な just』とか『正義 justice』という語ならびにその他の言語における相当語は、いかに最も技術的な文脈においてさえ全くは倫理的な意味合いをけつして失っていない。」「この理由(単なる言葉と錯覚的な正確さのために若干の現代者によって不当に無視されてきているが)は、立法的過程と司法過程の双方によって、法の発展においては、絶えず倫理的理性と共同体 community の道徳的判断に訴えられているということである。」三二—三三頁。「疑いもなく、法の従者は法を遵守せねばならない。いかに特定の法準則が彼らの眼では道徳的に正当であろうとなかろうと。しかしながら、このことは、われわれが留意している道徳的判断は共同体の判断であり、かつ、あれこれの市民の意見ではないということを行っているにすぎない。」「さらに、法的正義と道徳的正義との間の若干の競合は殆ど回避しえないかもしれない。というのは、道徳律と法は正確には同一の比率で動くことはできないからである。しかしながらなお、良き秩序化された国家においては、かかる競合は例外的であり、かつ殆ど尖鋭化されない。」「法的正義は、その範囲内で道徳的正義を具現化することを狙っている。そしてその力は広範に、そうであるという一般的な感情におかれている。」「もし、権利の法的様式化が恒久的に善き市民の道徳的判断と無縁であったならば、国家はそれ自体に対して分裂されてしまうだろう。」三三頁。

(19) この問題提起は、拙稿、前掲一四卷二号二〇頁以下でなされている。

(20) 拙稿、前掲一四卷一号五三頁以下注(10)参照。

(21) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第七九問題「正義の諸部分について」[第一項 正義の二つの種、配分正義と交換正義を區別するのは適切であるか]九七頁。拙稿、前掲一四卷一号五四頁注(10)参照。

(22) 拙稿、前掲一四卷一号三一頁、九頁注(2)。ロンドン、前掲「自然法の歴史と理論」二二七頁以下参照。

(23) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第七九問題「正義のいわば構成部分について」[第一項 悪を避け、善を為すことは正義の部分であるか]四〇八頁参照。

(24) 拙稿、前掲一四卷二号四頁、八頁注(5)参照。

(25) 井上達夫『共生の作法―会話としての正義』、創文社、一九四六年、一一〇頁参照。

アリストテレス、前掲「ニコマコス倫理学(上)」一六九頁以下「第五卷 正義」参照。

(26) アリストテレス、前掲「ニコマコス倫理学(上)」一七六頁「第五卷第二章(1130b)」参照。

(27) アリストテレス、前掲「ニコマコス倫理学(上)」一七八頁「第五卷第二章(1131a)」参照。

(28) アリストテレス、前掲「ニコマコス倫理学(上)」一七二頁「第五卷第二章(1131a)」参照。

なお、エールリッヒ、前掲「法社会学の基礎理論」二〇二頁以下「正義の内容」参照。

(29) アリストテレス、前掲「ニコマコス倫理学(上)」一七二頁「第五卷第一章(1129b10)」参照。

「いま、われわれの見たとく、違法的なひとは不正なひとであり、適法的なひとは正しいひとなのであってみれば、明らかに、適法的な行為はすべて、一つの意味における正しい行為である。」「事実、立法の規定するところにかなりもろもろの行為が適法的な行為であるが、われわれもこうしたもろもろの行為を称してすべて正しい行為だとしてしているのである。」「一七二頁。

なお、トマスは、「不正」概念について、二種類あることを摘示していることに留意したい。第一八分冊第五九問題「不正について」【第一項 不正は特殊的な悪徳であるか】五九―六〇頁。

「その一つは法に反する *illegalis* という意味での不正であり、これは法的正義に対立するものである。」「五九頁。「第二に、不正は他者にたいする一種の不均等に即して語られる。」「そして、この意味での不正は特殊的な対象領域を有し、特殊的正義に対立するところの特殊的な悪徳 *virtus particularis* である。」「六〇頁。

(30) 三島淑臣、前掲「法思想史」一八一頁以下参照。

(31) 拙稿、前掲一四卷一号五三頁以下注(10)参照。

トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六一問題「正義の諸部分について」【第二項 配分正義と交換正義において中庸は同一の仕方で解されるか】参照。なお非随意的交換に関しては、トマスは第一八分冊第六四―七六問題で考察している。具体的には「*factum*による隣人の意志に反する傷害」の問題として、第六四問題「殺人について」、第六五問題「人身にたいして加えられるその他の危害について」、第六六問題「窃盗と強奪について」。裁判に関しては、第六七問題「裁判における裁判官の不正について」、第六八問題「不正な告発に関する事柄について」、第六九問題「被告の側における正義について」、第七〇問題「証人によって犯される不正について」、第七一問題「裁判において弁護士側の側において為される不正について」。法廷外での言葉の危害の問題として、第七二問題「誹謗について」、第七三問題「陰口について」、第七四問題「告げ口について」、第七五問題「嘲弄について」、第七六問題「呪いについて」。また随意的交換に関しては、第一八分冊第七七―七八問題で考察している。具体的には、第七七問題「詐欺につ

て「売買において犯された罪」、第七八問題「利子の罪について」。

- (32) ここに法実証主義の存在理由があり、またそれは、「法の支配」の基底的要請であり、憲法が自由権を人権保障の支柱にしてきた所以であったといえよう。

今日的「交換的正義」概念の一例として、ヘッフェ、前掲「政治的正義」が興味深い指摘をしているが、まず、「第二章 政治的正義の理念」[第一節 公平の原理]で次の如き指摘をしている点は、今日状況を知る上で興味深い。すなわち、「われわれはさまざまな問題を、いくつかの正義の視点にしたがって評価している。ここでそれらの問題を具体的に思い浮かべてみよう。すると、法倫理的相対主義は単にその一部分だけ、つまり配分の問題に際して実際に争われる正義のみを強調しているのだ、ということがわかる。」三七頁。

「これに対してわれわれは、それとは別の領域に、誰もその正義をまじめに否定することのないような行為原則を見いだす。争う余地のない原理とは、たとえば交換的正義に関して存在する。交換的正義は、規制的正義すなわち調整的正義に属する。そして規制的正義は、『ニコマコス倫理学』の正義の巻でのアリストテレスによる権威的な研究以来、西洋の正義に関する議論においては、配分的正義とならんで正義の理念の第二の適用領域となっている。」三七頁。

さらに、この点「政治的正義の根本課題とみなされているのが配分的正義ではなく交換的正義であるということも、それに劣らず明らかである。」二六四頁。同様の指摘、四五四頁参照。

- (33) トマスの交換的正義の問題は、主として前掲「神学大全」第一八分冊で取り扱われている。第六一問題「正義の諸部分について」[第二項 配分正義と交換正義において中庸は同一の仕方で解されるか]参照。拙稿、前掲一四卷一号五四頁注(10)参照。

なお、ここでの「正義の諸部分」の項において取り上げられている問題のうち、交換的正義と配分的正義の対象領域に触れている箇所が重要である。第六一問題「第三項 両者の正義はそれぞれ異なった対象領域を有するか」参照。ここでは、対象領域はどのようにして定まるかという問題について、トマスは、「それによって諸々の人格、事物、業務が使用・行使されるところの主要な行為そのもの、*ipsa actio*」に関係するが、「交換正義は二人の人格の間で成立するところの諸々の交換を指導するもの」という。一〇四—一五頁。

- (34) トマス、前掲一〇五頁。

- (35) トマス、前掲一〇六頁。

- (36) トマス、前掲一〇七頁。「随意的にせよ非随意的にせよ、これらすべての行為において、中庸は返報・報酬 *recompensatio* における等しきという同一の意味に解されている。そして、このゆえにすべての行為は正義の一つの種、すなわち交換的正義に属するのである。」(傍点筆者) 一〇七頁。

(37) 拙稿、前掲一四卷二号四九頁以下、五〇頁以下参照。

ただ、「公的権力」という概念は、「私的権力」に対する概念であるが、当時において、何をもって「公」とするかという問題が存在する。その点、拙稿、前掲ではすでに疑問を提示しているので、重複は避けたいが、この曖昧な概念が、実は、権力の委託と篡奪による、その担い手の拡散現象と切り離せない問題であること、そして、そこに「権威」と結びついて、その概念の多岐的意味合いをもつことだけ、ここでは留意しておきたい。ただ、この問題は、復讐観念を止揚して刑罰が誕生する場合に、この公権力概念がどのように機能するかという問題に絡み、再度後に取り上げたいと思う。

(38) 拙稿、前掲一四卷二号五一頁、五二頁以下参照。

② トマスの自然法と世俗権力の裁治権——とくに科罰権の根拠と限界

そこで、ここではこの問題へのアプローチをするために、二つの点を取り上げておきたい。その一つは、科罰権の前提となる「裁き*iudicium*」という概念⁽¹⁾についてである。この点に関しては、先に触れた*arbitrium*との異同にも一言触れておきたい。もう一つは、科罰権という概念そのものについてである。科罰権は、実力行使を含む場合、すぐれて世俗権力の独占物であるのでそれと自然法の関係をみておきたい。

(1) *iudicium* 概念については、「聖俗裁判権」の競合の問題との関わりで触れてきたが、「世俗裁判権」そのものについては、第二款の課題として、正面からは取り上げてはこなかった。そこで、「世俗裁判権」については、後述するとして、ここでは、「神の裁き」と「人の裁き」との相違、ことに、トマスの神学的観点から見た、世俗権力の保有する「裁き」の問題を瞥見しておきたい。

その点に関し、ここで「神の裁き」と「人の裁き」の関係に関するトマスの摘示を紹介しておきたい。
まず、「神の裁き」と「人の裁き」との間には本質的な差異がある。すなわち、第一八分冊第六六問題「窃盗と強奪について」第六項 窃盗は大罪であるか」参照。「現世の刑罰は報復的 *retributiva* であるよりはむしろ医療的 *medicinalis* である。ただし、報復は神の裁きに委ねられているのであって、神の裁きは（『ローマ人への書翰』第二章第二節に記されているごとく）『真理にもとづいて』罪を犯す者共に下される。」二二〇頁。

「神の裁き」の本質については、第一八分冊第六一問題「正義の諸部分について」第四項 正しいことは端的に報復と同一である

権威と「理性」と法（二五）

か」参照。「ここでいう神的な裁きは交換正義の本質側面に即して捉えられている」ものであるという。一一〇頁。

そして、「神の裁き」の下にあっては、すべての者が服さねばならぬ。第一三分冊第九六問題「人定法それ自体について」「第五項 すべての者が法の下にあるか」参照。すなわち、「したがって、神の審判の前にあっては、君主も法の指導的な力に関する限り、法の拘束から除外されてはいないのであって、強制されてではなく自分の意志で法を遵守しなければならない。」一二〇頁。

1. 「裁き」judicium

「裁き」の概念は、西欧社会史においては、極めて重要な意味をもってきた⁽¹⁾。本稿においても、すでに「裁治権」の問題は、重要な課題として追究してきた⁽²⁾。しかし、裁治権の原語である *jurisdictio* (*jurisdiction*) の概念史について、私の知っている狭い範囲では、あまり我が国では関心が払われてこず、管轄権 *jurisdiction* と権限 *power* の概念の相違について、その質的相違を意図的に検討しようとした研究書が見あたらず、当惑した経験をもつ。少なくとも、イギリスの公法関係においては、この概念的区別は重要な意義をもち、私も関心を払ってきたつもりである⁽³⁾。

ところで、「裁く」という概念は、この「裁治権」概念と密接な関係に立ち、「裁治権」問題を考究する際に、避けて通ることのできない概念であると思料しているが、本項の課題との関連においては、世俗権力の「科罰権」との関係で「裁き」の問題を取り上げざるをえぬので、より限定的な意味合いをもつことになるが、しかし、その基底には、かかる問題意識の横たわることを摘示しておきたい。

しかし、「裁き」概念は、複雑な要素を含んでおり、単に理性的判断基準でもって、この概念を把握し切れるものではない⁽⁵⁾。わが国で、「裁き」という概念は、今日の法律用語としては出てこない。しかし、当時の *judicium* に「裁き」という訳を付したことはない。私見によれば、意味深長な含意があったように思われる。

ところで、「裁き」の観念も、時代とも様変わりしてきたことは先にも言及している。即ち、この当時においては、社会の変遷とともに、「最後の審判」の宗教的イデオロギーが社会的に重要性を持たなくなりつつあり、教会自体が此

岸の価値を認め始めていた。⁽⁶⁾それは、彼岸の救済から此岸の救済への世俗的願望の所産でもあった。「煉獄」思想の台頭がかかる時期のその所産であったことにも触れてきている。⁽⁷⁾ところでそのことが、此岸における「裁き」の社会的価値の増大化をもたらす契機の一つになっていたことがここでの問題である。⁽⁸⁾しかも、それは、この時代に、この世俗社会における「秩序」維持のための社会的イデオロギーとしての「身分秩序」の観念とも結合してきていた。⁽⁹⁾しかし、当時の世俗社会では、自生的に「秩序」維持のためのイデオロギーを形成しうる条件は整っておらず、⁽¹⁰⁾当然に超世俗社会のものと観念される宗教的イデオロギーに依存せざるをえず、そこに、ラテン世俗社会における唯一の霊的団体であったカトリック教会の制度的イデオロギーの観念的教義に依拠せざるをえなくなったことにも言及してきた。⁽¹¹⁾かかる意味では、世俗権力の保有する「裁き」の「権威」が、当時において「霊的」色彩を帯びるものになることはある程度必然性をもっていたといえようし、⁽¹²⁾また、そこに、単なる他の「ポテスタス」と異なった存在事由としての論拠づけが必要となってきたとし、それがまた反対に、教会の世俗社会への介入を許容する社会的基盤にもなっていたということにも留意しておかねばならないだろう。そして、ここに、そのイデオロギーとしての「自然法」が浮かび上がってきていた。⁽¹³⁾すなわち、世俗権力の行使の一環としての「裁き」が「権威」⁽¹⁴⁾をもち、超世俗社会の作用として、「科罰」の前提となる「裁き」が世俗権力に許容されるとともに、自然法の規制を受け、その作用に一定の枠組みが嵌められるという論理構造が成立してくることもなる。したがって、その機能を担う世俗者は、必然的に、その超世俗的権限の委託を前提としてその権限を行使しうることになり、⁽¹⁵⁾その権限を越えてその権限を行使することはできないという概念が生ずると共に、その宗教的イデオロギーのたすけがな必要であったと言いうる。⁽¹⁶⁾

ところで、近代国家における統治権の観念をもってすれば、統治権の内部的機構として、司法権は統治権の他の権限、すなわち、立法権、行政権と併立せしめられる場合が多い。しかし、その場合にも、法の問題は、けっして司法過程の

問題に還元しえない問題を含んでいることに留意せねばならぬであらう。⁽¹⁷⁾ その問題は次元を異にした要素を含んでいるからである。しかしそのことは同時に、司法的機能についても独自の価値が存在するし、したがって、司法権そのものの分析が必要になってくることを知るに到る。なるほど、法の問題は、歴史過程の中で生まれた司法制度と密接不可分であることも事実であるが、統治権の中で、一人が人をどうして裁けるのか、その論拠は何処にあるのかという理論問題は司法権固有の問題として提起されてくるし、また反対に、「法」をなにゆえに「司法権」によって固有に管轄せしむべしとされる社会的構造が必要であったかという問題、すなわち、司法的機能独自の問題も提起されてくることにもなる。

その意味では、逆に、現代においても、実は、法概念そのものの性質、機能の分析と次元を異にした課題として、司法権が世俗権力の中でのいかなる存在事由をもつのか、そして、単なる三権分立論ではなく、三権の内の他の二権といかなる点で異なり、またそれらといかなる関係に立つのか、という課題が追求されなければならぬことにもなる。尤も、本稿で、すでに、この問題は、顕示的ではなかったが、「裁判権」jurisdictioの問題として、いろいろの角度からアプローチしてきたことには留意されたい。なるほどここでは、前述の課題設定から、世俗権力のポテスタスの中で、「裁き」の権限と自然法の規制との関係を改めて瞥見するに留めるが、その底辺には、かかる現代的課題に連なるもっと根本的な問題の存在することにも留意しておきたい。⁽¹⁸⁾ すなわち、それは前述の如き「裁判官」の持つ「権限」の存在事由とその限界の問題は現在でも問われて然るべきものになっているということになろう。

そこでこれらの問題意識を前提として、改めて、本稿の課題として問題を限定し、「神の裁き」と「人の裁き」の違いと、その関連性をトマスがどう捉えていたかという問題を、世俗権力と自然法を検討する一環として取り上げておきたい。もとより、ここでは、世俗社会における「potestas」概念に関連して、トマス神学では、それをどのように捉え

たのかということが検討課題ではあるが、その前に、「神の裁き」と「人の裁き」の違いとその関連性をトマスがどう観念していたかを見ておくことが必要なのは、トマスにおける世俗権力の「裁治権」の限界を知るためである。⁽¹⁹⁾そして、その検討が、当時の世俗社会の制度的イデオロギー形成とどう関わり合いをもつのかという考察の前提になるものと思われるからである。

ところで、「神の裁き」については、すでに、「煉獄」思想に関連して言及してきた。⁽²⁰⁾

では、トマスは、「人の裁き」について、どう観念していたのであろうか。「人の裁き」そのものについては、トマスは、「神学大全」では、主として第一三分冊「法―旧法」、第一六分冊「希望、愛」、第一八分冊「正義」で取り扱っている。⁽²¹⁾

だが、「裁き」という問題は、裁治権者としての世俗社会の任務を担う者についてではなく（この点は後述）、「裁き」の対象となる者について、それをどのような場合に処罰の対象にするかという点がそもそもの出発点であり、そこでは、その考察対象は人間一般ではなく、人間の中に、「法」的にみて、どうしようもない極悪人が存在することが出発点となっている。⁽²²⁾そして、そこでは、その者の矯正には、力の「強制」が必要であると強調している点が想起されねばならぬであろう。⁽²³⁾

しかし、この力による強制の問題は、次の項の「科罰権」の課題になるが、ここでは、それを前提として、「神の裁き」の前に、「人間の裁き」の存在が神学的に認められ、そのことを前提として、トマスが、その裁きの主体となる世俗者の存在をも認めようとしている点を課題とする。だが、世俗社会における「強制」権が人間の業として認められているのみならず、その前提となる「裁き」の職務を此岸の「人間」に委ねることを認めることになる、トマスの人間観と「裁き」の担い手となる者の関係について、別の次元の問題が生じてくるのであろう。すなわち、正義の実施は、

正義を実施する側における「正義」が、裁かれる者にたいして担保されていることが、前提として認められておらねばならなくなるからである。そこから、「人の裁き」については、実は、裁かれる者との関係で、「裁く」者の「正義」性の担保こそが正義の実施には必要な問題とならざるをえなくなることがまず摘示されねばならなくなる。そこで、まさに、「裁く」者の権限とその限界、あるいはその法的規制の問題を、科罰権の問題の前提として検討しておかねばならなくなるという本項の課題に連なってくる。

では一体、トマスの「人の裁き」の肯認には、どのような論理構成が組立てられていたのであるか。ここでは、単なる職務を委ねられた者の判断が、強制という事柄の前に置かれて居るといっただけではなく、その判断になんらかの「権威」性が付与されていなければ、「人の裁き」は、単なる権力者の「力」の行使のための恣意的判断としてしか受けとられなくなるであろう、ということが前提問題として生じてくる。いわば、「人（権力者）の裁き」から「権威の担い手の裁き」となり、「裁く」者自身の判断としてではなく、裁く者の「超個人的権威」による判断が必要とされ、「人の裁き」が「法の裁き」と観念されるに至る重要な過程が、まさにここに介在してくることになるものといえよう。換言すれば、公職「者」によって実施されながら、それが「法」の「実施」と観念化される過程が、ここに介入してくることになる。かかる意味では、この問題は、「法の支配」の観念の生成上重要な意味をもつし、そしてまた、かかる意味で、その判断を担当する者の世俗社会の中での地位づけが、特殊的に観念されてくることを意味する。⁽²⁴⁾ またそれ故にこそ、この観念化の論理構成の分析が重要な意味をもつものとなってくる。

そこでまず、「裁き」の権限が、いかにして授權されるとしているかという問題から瞥見してみたい。

その点はすでに触れたごとく、権限を行使しうるのは、公権力を授權されたものに限るといことが大前提になる。⁽²⁵⁾ では、トマスは、この点、いかなる論理構成をしているのであろうか。この点、法学的見地からは興味深い、本項

では要点のみ言及するに留めたい。

いま、この点の論理構成を約言すれば、トマスは「兄弟的矯正」の論理を用いているといいうる。⁽²⁶⁾そこで、ここでは、トマスが、「裁き」が「正義」の要件をみたす場合として挙げている点を紹介して、この問題の考察の要約としたい。⁽²⁷⁾

まず、「裁き」は「正義」の行為であるかぎりで正当化されうる。⁽²⁸⁾その要件としてトマスは三つを挙げている。⁽²⁹⁾すなわち、

① それは、正義の傾向性 *inclinatio iustitiae* から出てくるものであること。⁽³⁰⁾

② 権限を有する者の権威から出てくるものであること。⁽³¹⁾

③ 知慮という正しい理性 *recta ratio prudentiae* に即して成立するものであること。⁽³²⁾

そして、このうちの一つの条件が欠けていても、裁きは邪悪であるし、違法となるとしている⁽³³⁾（権限踰越の法理）。なお、ここで、「裁き」と「仲裁」との違いに触れておきたいが、その違いを一言でいうならば、「強制力」の有無とということになろう。⁽³⁴⁾

(1) ニコラス・ルーマン、『社会の法』(2)、五四二頁参照。

「世界的規模で見れば、ヨーロッパの発展において際立っている特徴として、社会的な共同生活のための法的前提をことさら強調してきたという点が挙げられるだろう。」「その基礎となったのは、ローマにおいて発展してきた市民法であり、またその基礎を自然法の立場から定式化してきたということであった。」「それゆえに中世においては、法と政治の統一性という観念は排除されることになった。」「そしてこの基礎がなければ、法王を中心に組織された教会が、神権政治に傾きがちな帝政に対して革命を起すことはありえなかったはずである。」「また同様に、『立憲国家』を拘束するものとしての憲法も成立しえなかったであろう。」「法はいわば、近代国家が政治的に統合され始めた時点で、すでにそこにあったのである。」「五四二頁。

ところで、*judicium* という概念については、拙稿でも触れてきているが、それは、本項で問題にしている「裁き」概念の理論的

考究に関してはなかった。そこで、ここで改めてこの語に触れておきたい。

まず、柴田光蔵、前掲「法律ラテン語辞典」では、この語の用法について、極めて豊富な用例を示している。即ち、「判断、判定、訴訟、訴権、審判、裁き、裁判、裁判権、裁判所、法廷、審判人手続、審判人面前手続、方式書、本案審理、争点決定、決定、定め、判決、告発、法律関係、意思、教義、意見、熟考、ユーディキウム」。

しかし、「裁きjudicium」という言葉は専門家によれば複雑な変化の過程を経てきていると言えるようである。

例えば、バンヴェニスト、前掲「インドヨーロッパ諸制度語彙集II」参照。

「judicium や judicari, judicatio」といった派生語がすべて、実際のところ judex に基づいて形づくられたものなのである。「一二四頁」。

「ラテン語には deik- が ius [法] と結び付いた合成語、judex [裁判官] があり、deik- はこの場合発話行為を表している。」一〇一頁。「語根 deik- は、サンスクリット語では dis-, さらにラテン語では dico、ギリシア語では deiknumi をそれぞれ産み出している。」一〇〇—一頁。「これらの用語は形態上正確に対応するにもかかわらず、ギリシア語の deiknumi が《示す》を、ラテン語の dico が《言う》を意味するように、意味的には符合しない。とすれば、dike がなせ《正義》を表わすようになったかを説明するよる意味を、分析的手法によって何とか明らかにしなくてはならないだろう。」一〇一頁。そして、バンヴェニストは、《示す》から《言う》への意味が展開する過程の分析を試み、その中で、《示す》の語につき、①「どんな方法で《示す》のか、②どのように《示す》のか、③何を《示す》のか、という三点について、語法の展開を探り、その内、①の点に関し、とくに前述の『judex 裁判官』の語を導きだしている。一〇一頁。そして、バンヴェニストは次の如く摘示している。すなわち、「こうした特徴によって、制度用語としてのギリシア語 diké の原義はいっそう明らかにされる。サンスクリット語の kis とラテン語の dicis causes を比較すれば、dix が規範的意味をもっていることが分かる。」「dicis causa が《表現形式にしたがって》あるいは《形式上》を意味するのに対し、dix は字義通りには《権威をもってあるべきことを言葉で表わす行為》、換言すれば裁判による命令規定を意味する。」一〇二頁。

また、バンヴェニストは、この点に関し別の箇所でも、次の如く摘示している。すなわち、《法》の法たる基本は、したがってそれを行うのではなく、むしろ宣告することにある。」「ius と dicere、つまり, iudex はこのように一定の関係を示している。」「ius と同時に動詞の dicere も、multum (dicere) 《罰金》や diem (dicere) 《審理日》のように法的表現に多く現われる。」「こうした用法はいずれも同一の権威を示唆し、同一の文例に認められる。」「index や indicare, iudicium, iuris-dictio などの裁判用語全体が発達したのは、すべて上の ius dicere という発話行為を仲立ちとするのである。」一〇七頁。

なお、本稿においても、「judicium」という概念、あるいは、それに連関する概念について、これまで若干の箇所でも触れてきた。しかし、この語義は多様であった。たとえば、拙稿、前掲四卷一號六一頁参照。ここでは、教会裁判所における民事手続における審

理手続に関してこの語に言及している。また、九卷二号一四三頁注(53)。ここでは、伝統的な地方裁判所より国王の裁判所へ提訴することを人々はなぜ好んだかという問題に関連して、裁判概念として僅かに触れている。

ではトマスの場合はどうであろうか。『神学大全』では各所でこの語を使用し、また、その意味内容として、「判断、審判、裁判、裁き、判定、審理、定め」の意味が挙げられる。そこで、ここでは、特に、本稿の課題に係る「裁き」概念について、若干の事例を警見しておきたい。

「裁き」については、トマスは、第一八分冊第六〇問題「裁きについて」七二頁以下でこの問題を主として取り扱っている。そこで取り上げられている問題は次ぎの如きものである。「第一項 裁きは正義の行為であるか」、「第二項 裁くことは正当であるか」、「第三項 疑惑に発する裁きは正当であるか」、「第四項 疑惑はより善い方に解釈すべきであるか」、「第五項 常に成文法にもとづいて裁くべきであるか」、「第六項 裁きは篡奪によって歪められるか。」

まず、トマスの『神学大全』第一八分冊六〇問題第一項で注目に値するのは、「裁き」に関する本文冒頭の言葉である。すなわち、「裁き*judicium* は本来的な意味では、裁判官*judex*であるかぎりでの裁判官の行為を名付けたものである。」「ところで、裁判官とは、いわば『正を告げる者』*ius dicens* からきた名称である。」「しかるに、前述のごとく(第五七問題第一項)、正・権利は正義の対象である。」「したがって、裁きとは、この名称の最初の用法*prima impositio* に即していえば、正しいこと・ないし正の規定もしくは確定*definitio determinatio iusti sive juris*を意味する。」七四頁。

そこで、「裁き」という名称は、その最初の用法にしたがえば諸々の正しいことの直(ただ)しい確定を意味するのであるが、そこから拡張されて、思弁的ならびに実践的領域の両方において、あらゆることからの直しい確定を意味するようになっていく。「しかるに、すべてのことがらにおいて正しい判断・裁きのためには二つのことがらが必要とされる。」「その一つは、判断を下す能力そのものであり、この意味で判断は理性の働きである。けだし、或ることを言明し、規定するのは理性の働きだからである。」「これにたいて、第二はそれによって正しく判断し・裁くための能力*idoneitas*が身につくところの、判断者の状態*dispositio*である。そして、この意味において、正義にかかわることがらにおいては、裁き・判断は正義(の徳)から出てくるのである。」「七四頁。(ここににおいて、「裁き」が「裁判官」の能力を結合してくる。)

なお、「正しく」判断するという場合の基準として、トマスは次の如く摘示している。すなわち、「霊的人間は愛徳の習慣からしてすべてのことについて精神的規準*regula divina*にもとづいて正しく裁く傾向性を有するのであり、かれはこうした規準からして知慮の賜物*donum sapientiae*によって裁きを言明するのである。それと同じく、正しい者は知慮の徳によって、法の規準*regula iuria*からして裁きを言明するのである。」(傍点筆者)七五頁。

なおまた、裁く人の公的権限について、トマスが前述の第六項で言及している点は、トマスの「裁き」概念を見る場合に一つの指

標をなすように思われる。すなわち、「前述のごとく(第五項)、裁きは成文法にもとづいて下されるべきものであるから、裁きを下さる者は何らかの仕方では法の字句を解釈することになる—すなわち、法の字句を特定の場合に適用することによって。」「しかるに法を解釈することと法を制定することは同一の権限に属するものであるから、公的権限なしには法の制定は不可能である。」「したがって、或る人が他の者を、公的権限によって認可されていない法を守るように強制することが不正であるように、そのようにまた、或る人が他の人を、公的権限によって下されたのではない裁きに服するよう強制したならば、不正である。」「(傍点筆者) 九二頁。(ここで「公的権限」というのは、*publica auctoritas*で、トマスは *potestas publica* という語も使用している。この点は後出注(14)、(25)参照。)

また、「世俗的権能は靈的権能に従属している。したがって、もし靈的な権能の保持者が、世俗的権能が自らに従属しているような事例に関して、あるいは世俗的権能によって自らに委託された権能に関して、現世的な事柄に介入したとしても、それは篡奪的な裁きではない。」と述べている点も、テオクラシーを支える理論として注目に値する。九三頁。

(なお、慣習に基づく判断については、別途検討「(三) 教義と慣習—とくにイギリス法を中心として」するが、とりあえず、本分冊第七九問題「正義のいわば構成部分について」第五項 違反は特殊な罪であるか」参照。「自然法の傾向性は自然法の掟に属する。さらに正しい慣習 *consuetudo honesta* もまた掟たるの力の有する。」四一二頁。)

ところで、世俗権力の長の立場に立つ君主は主権を有することになるが、君主は法には拘束されないのか、君主は法に拘束されずにその裁治権を行使することができるのか、という問題が生ずる。たとえば、第一三分冊第一〇四問題「司法的規定について」「第一項 隣人との関係を秩序づけるものたるものが司法的規定の本質であるか」において、次の如く述べている。すなわち、「裁判は裁判する権限を有するところの、何らかの首長たち *princeps* の職務によって行われるものである。」三六二頁。「しかるに首長たる者の職務は、たんに訴訟事件を処理することだけでなく、人びとの間で結ばれた自由な契約や、人びとの共同体ならびにその統治にかかわるすべてのことがらに関して秩序づけることである。」三六二—三頁。「それゆえ、司法的規定はたんに法廷訴訟にかかわる規定のみではなくて、最高の裁判官 *index supremus* としての首長による秩序づけに服するところの、人間相互間の秩序づけにかかわるすべての規定をふくむものである。」三六三頁。そこで、第一三分冊第九六問題「人定法の権能について」第五項 すべての者が法の下にあるか」において、「神の審判の前において、君主も法の指導的な力に関する限り、法の拘束から除外されてはいないのであって、強制されてではなく自分の意志で法を遵守しなければならない。」ということになる。一一〇頁。

次に、トマスは、その『神学大全』の中で、*judicium* 概念を構成するにあたって、幾つかの注目すべき点を摘示しているので、その点を取り上げておきたい。

まず、「裁きは正義の行為であるかぎりにおいて正当 *licitum* である」と述べている点を取り上げたい。第一八分冊第六〇問題第

二項(前出)七七頁。その具体的な要件としてトマスは三つ挙げている。すなわち、「第一に正義の傾向性 *inclinatio iustitiae* から出てくるものであること」、「第二に権限を有する者の権威から出てくるものであること」、「第三に知慮という正しい理性 *recta ratio prudentiae* に即して成立するものであること」がそれである。七八頁。

したがって、裁きについてまわる疑惑だけで裁きは可能なのかという問題についてトマスは次の如く述べている点が留意されねばならないだろう。すなわち、「前述のように(「第一八分冊」第五八問題第八、一〇、一一項、第五九問題第一項第三異論解答)、正義と不正は外的行為にかかわるものであるから、疑惑にもとづく裁きは、それが外的行為へと進むときに、直接に不正に属するものとなる。そして、前述のように(本項主文)、そのときに大罪となるのである。」「これにたいして、内心における裁きは、たとえ欲望が姦淫に、怒りが殺人にたいするごとく、内的行為が外的行為にたいするような仕方でも、外的な裁きに関連づけるかぎりにおいて正義に属するものとなるのである。」「トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六〇問題「裁きについて」第三項 疑惑に関する裁きは正当であるか」八三頁参照。いわば「疑わしきは罰せず」の原則が謳われている。

また、「裁き」の根拠について、「前述のごとく(第一項)、裁きとは何が正しいことであるかを何らかの規定し、確定することにはかならない。」「しかるに、或ることは二つの仕方でも正しいものとなる。」「第一は事物の本性そのものからして *ex ipsa natura rei* であり、これは自然的正 *ius naturale* と呼ばれる。」「第二は人々の間における何らかの合意からして *ex quodam conducto inter homines*、であり、さきにのべたごとく(第五七問題第二項)、これは実定的正 *ius positivum* と呼ばれる。」「しかるに、*lex* はこれら両者の正(権利)を明示 *declaratio* するために成文化されるのであるが、その仕方はそれぞれの場合について異なっている。」「というのも、法の字句 *legis scriptura* は自然的正をふくむものであっても、それを確立するのではない。」「八八頁。」「けだし、自然的正はその効力 *robur* を法 *lex* からではなく、むしろ自然本性 *natura* からえてくるからである。」「八八―八九頁。」「これにたいして、実定的正についていえば、法の字句はそれをふくむと同時に、それに権威的効力 *robur auctoritatis* を与えることによって、それを確立するのである。」「八九頁。」「したがって、裁きは成文法にもとづいて下されるのでなければならぬ。」「八九頁。」「そうでなかったら、裁きは自然的正もしくは実定的正から脱落することになるであろう。」「八九頁。

それでは、トマスは「裁き」と成文法を「立法」する行為との関係について、どのようなものとして捉えているのであろうか。ここで留意すべきことは、先に触れた如く、トマスは、法による秩序づけが裁判官の裁定より優先する論拠を示そうとしている、ということである。いわば、神学的「法の支配」論の論拠の提供ということになるかと思う。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九五問題「人定法それ自体について」第二項 人間によって何らかの法が定められることは有益であったか」九二―九三頁参照。そして、この点、トマスはアリストテレスの『弁論術』第一巻に依拠している。そして、その理由を三点挙げている。

①「第一に、正しい法を制定するに充分なだけの少数の賢者を見出すことの方が、個々のことがらについて正しく判断(裁判)

するに必要とされる多数の賢者を見出すよりも、より容易である。」九二頁。

② 「第二に、法を制定する人々は多くの時間をかけていかなることが法によって成就されるべきかを熟考するが、個々の事実についての判断（裁判）は突然起った事例について下されるものである。しかるに、人間は或るただ一つの事実からよりは、多くの熟考を重ねる場合のほうが、より容易に何が正しいかを見てとることができるからである。」九二頁。

③ 「第三に、立法者は全般的な仕方では、そして将来のことについて判断を下すのであるが、裁判官たちは自分達の前にあることがらについて判断（裁判）を行う。ところが、こうしたことがらに関して、彼等は愛・憎・あるいは何らかの欲望によって影響され、こうして彼等の判断（裁判）がそこなわれるからである。」九二頁。

その結果、トマスは、「このように、裁判官の生きた正義なるものは多くの人々において見出されるものではなく、またそれは曲げられ易い *flexibilis* ものであるからして、それが可能な場合にはいつでも法がいかなる判断（裁判）をなすべきかを確定し *determinare*、人々の裁定にはできるだけ僅かのことかゆだねられる、ということが必要だったのである。」という。九二頁。

そこで、人間の行為の不確定性を防ぐために、トマスは、「神法」を持ち出すが、それでは、一体「自然法・人定法」と「神法」との関係はどのようなものとして捉えていたのであろうか。その点、第一三分冊第九一問題「法の多様性について」「第四項 神法なるもの存在は必要であったか」参照。すなわち、「自然法と人定法のほかに、人間の生活を導くために神法を持つことが必要であった。そしてこのことは四つの理由にもとづく。」二四―五頁。

（第一の理由）。「人間は、人間の自然本性的な能力との釣りあいを超え出るところの、永遠の至福なる目的へと秩序づけられているがゆえに、自然法および人定法に加えて、その固有の目的へ向かってさえも、神与の法によって導かれることが必要だったのである。」二五頁。

（第二の理由）。「（人間の判断の不確実さ）それゆえ、人間が何等の疑いもなしに、自分が何をなすべきであり、また何を避けるべきであるかを知ることができるように、その固有の行為において、誤りえぬことが保証されているところの神与の法によって導かれることが必要であった。」二五頁。

（第三の理由）。「人間はその判断の力が及ぶ範囲内のことについてのみ法をつくることができるということである。」「しかるに、人間の判断は秘められた内心の動きには及びえないのであって、ただ外面に現われた行為についてのみ下されることが可能である。しかしながら、徳の完成のためには、これら両方の行為について人間が正しい考えを持つことが要求される。このような次第で、人定法は内的な行為を充分に抑制し、秩序づけることができなかったのであり、むしろこうしたことのために神法によって補足される必要があった。」二五頁。

（第四の理由）。「アウグスティヌスが『自由意思論』第一巻で指摘しているように、人定法はすべての悪しき行為を処罰、もしくは

は禁止できないということである。「*と*」というのは、かりに人定法がすべての悪を除去しようとするならば、多くの善までも取り去られ、人間的なる交わり *conversatio humana* において必要とされるところの、共通善の効益 *utilitas* が阻害されることにもなりかねないからである。「*それゆえ、悪がなにひとつ禁止、ないし処罰されないままに放置されることのないように、すべての罪を禁止するところの神法の付加が必要であった。*」二六頁。

(2) 裁治権に関する私の問題意識としては、拙稿、前掲三卷二号一頁以下、教皇の裁治権については一八頁以下、とくに中世後期における教会の現世の裁治権の確立については一九頁以下、教皇庁の裁治権の構成については四九頁以下、とくに五〇頁「ティアニーの言葉」参照。また司教の裁治権については四卷一号八頁以下で言及してきた。

なお、教会裁判所の管轄の歴史的拡大過程に言及した、拙稿、前掲四卷一号一五頁以下参照。

(3) 拙稿、前掲一四卷二号五六頁以下注(25)参照。

(4) 同前。なお、管轄権と権限超越の法理は密接であり、現代イギリス行政法の発展の起点をなすことは、同箇所でも摘示したが、この点に *cf. H. W. R. Wade, op. cit., p. 279 et seq. [9 Jurisdiction over Fact and Law]; P. P. Craig, op. cit., p. 335 et seq. [10, Jurisdiction]*。

また、イギリスの管轄権特権については、拙稿、前掲九卷二号四二頁以下、四八頁注(1)、四九頁以下注(7)参照。cf. Roger Cottrell, *The Politics of Jurisprudence—A Critical Introduction to Legal Philosophy*, 1989, p. 64 et seq. [Jurisdiction, exceeding]。

(5) 判断基準としての実践理性については、既に各所で言及してきた。しかし、とくにここで強調しておきたいことは、既述のごとく実践理性概念には、感情等が混入するということである。拙稿、前掲一四卷一号一一二頁注(14)。四〇—四二頁参照。

(6) ジェラルド、前掲「ヨーロッパ中世社会史事典」三四五頁以下、とくに三四六頁。拙稿、前掲三卷二号一九頁以下参照。

(7) 同前。なお前出① トマスの自然法と *potestas* 「権力、権限」と正義」の注(3)参照。

(8) 拙稿、前掲四卷一号三頁。「煉獄」と「正義」の観念の結合に言及する。

(9) 拙稿、前掲九卷二号七七頁以下参照。

(10) 多くの世俗権力は、「地域的」支配権を有するに過ぎず、国家的には非統一的状況にあった。

因みに、平和的に統治するための組織と機能の需要に関しては、拙稿、前掲三卷二号一二頁参照。平和と秩序と法の関わりについては、拙稿、前掲九卷二号七九頁以下、八四頁以下注(6)、八八頁注(21)、一二卷二号一一頁注(2)参照。なお、拙稿、前掲一〇卷一号六六頁以下「五 教会権力の世俗化と若干の法理論的検討課題」の各所で、「戦争」と「平和」の問題に関して言及していることは、本課題に係している。

また、都市や裁判所が「平和裁判所」的性格を帯びることについても、本項の課題と無縁ではない。因みに、ケルンの司教都市における司教支配下の共同体裁判所の性格「平和裁判所」について、拙稿、前掲八巻一号二八頁以下参照。なお、ケルンのみならず、この点を巡る問題点については、一五六頁以下注(56)参照。

(11) 拙稿、前掲四巻一号三頁以下参照。

「裁き」における「権威」の必要性については、まず当事者を法廷に引き出して、裁判官の判決に服する「秩序」(「平和」)が必要であり、そのためには、さらに、当事者がその「権威」に服する觀念の形成が必要であった。

なお世俗裁判権の確立とその変遷過程については、第二款「世俗裁判権」の課題とするが、本項にかかわる刑事裁判の変遷に関しては、フランス・ドイツに限り、埴浩、「フランス法史上の権力と刑事法」(埴浩著作集4「フランス・ドイツ刑事法史」、信山社、平成四年)六頁以下、「刑罰の歴史」(西洋)「ドイツ」、同前一二二頁以下参照。

(12) 世俗権力の「裁き」の「靈的依存性」は、二つの途によっている。第一は、世俗の王侯の「裁判権」行使に関する未熟性の故に、教会裁判所の機構・運営の模倣と、衝にあたる人材の不足から、教会と聖職者への依存、第二は、教会の世俗化による聖職者自身の領主化による。

しかも、その前提として、当時の客観的状況では、中央集権化が未だ成熟しておらず、幾多の多様な共同体が群拠しているといった有様で、世俗権力と言っても統括的把握ができず、慣習的秩序が基本であったといえる。拙稿、前掲一四巻二号二〇頁、二四頁注(2)参照。

したがって、トマスの「裁き」観といっても、制度的イデオロギーとして確立しているとは言えない状況にあったことは留意しておかねばならない。しかし、他面、それを、トマス個人の思想とするには、当時の教会の支配状況から見れば軽視しすぎの感がある。

なお、前者については、各所で言及したが、前出注(10)で言及した中では、拙稿、前掲三巻二号一二頁参照。後者については、前出注(10)で言及したケルンの司教都市等がその例である。

そのイデオロギーの靈的色彩を帯びることについては、例えば、拙稿、前掲一四巻二号三九頁以下注(22)「(i)トマスの世俗的権力、現世的権力概念」の箇所参照。

(13) 自然法の必要性は、世俗権力の教会支配への包摂の法的論理形成の中核をなす。新たな論理の必要性については、拙稿、前掲一四巻二号五二頁以下「新たな世界観とその論理の必要性」、一二二巻二号二二頁以下参照。

教会のテオクラシー指向は、教会の「権威」性の拡大をはかると共に、その制度的イデオロギーの確立が必要であった。教会は、教権(教皇)が「罪の故に」、世俗権力者をも裁く論理を掲げた。拙稿、前掲一四巻二号三六頁参照。それは、「平和」へ取り込む教會的法的イデオロギーでもあった。拙稿、前掲一一巻一号五〇—一頁注(84)、五一—二頁注(87)参照。

(14) 「権威」については、本稿のテーマになっている点であり、これまでもいろいろの角度から言及してきている。私の問題意識については、拙稿、『権威と権力』研究序説—イギリス法における」、創価大学比較研究八巻一八頁以下参照。本稿においても、とくに、三巻一号二七頁以下、三巻二号二頁以下、一〇頁以下、四八頁以下、四巻一号四頁、四巻二号七三頁、八七頁、一三〇頁以下、六巻一号三九頁、四七頁、四九頁、七巻一号一五三頁以下、一六九頁、一〇巻二号七二頁、七六頁、一〇巻二号六頁、一三頁注(25)、一巻一号八頁、三〇頁以下注(26)、三五頁注(31)、一一巻二号一八頁以下注(12)、一九頁注(13)、一四巻一号五六頁注(10)参照。なお、前出注(1)参照。

さらに、*autoritas* の制度的語義の変遷については、バンヴェニスト、前掲『インド—ヨーロッパ諸制度語彙集II』一三八頁以下 [Chapter 6 *ensor et autoritas*] 参照。そこでは、*actor* との関連で派生語として誕生してくるこの語の錯綜した経緯が述べられているが、本項では、些か繁雑になるため省略する。

現在でも、「権威」と「自由」の関係は、しばしば問題となる。e.g. Robert Heineman, *Authority and the Liberal Tradition—From Hobbes to Rorty*, 2nd, 1994. cf. Joseph Raz, *The Authority of Law—Essays on Law and Morality*, 1979.

(15) 拙稿、前掲一四巻二号四九—五〇頁注(22) [② 公的権力] 参照。

トマスは、前掲『神学大全』第一八分冊第六〇問題「裁きについて」[第一項 裁きは正義の行為であるか] 七四頁で、「裁き」について、次の如く言及している。すなわち、「裁き *judicium* は本来の意味では、裁判官 *index* であるかぎりで裁判官の行為を名付けたものである。」「ところで、裁判官とはいわば『正を告げる者』 *jus dicens* からきた名称である。しかるに、前述のごとく(第五七問題第一項)、正・権利は正義の対象である。従って、裁きとは、この名称の裁判の用法 *prima impositio* に即していえば、正しいこと・ないしは正の規定もしくは確定 *definitio vel determinatio iusti sive juris* を意味する。」「しかるに、或る人が有徳の行為において或ることをよく規定するのは、本来的にいって、徳の慣習の由来することであって、たとえば貞潔な者は貞潔に属するところのことがらを直しく確定するのである。」「したがって、正しいことにかかわることがらの直しい確定、を意味する裁きは、本来的にいって正義に属する。」「七四頁。なお、トマスは、この点アリストテレスの『ニコマコス倫理学』第五卷 (1132a20) に依拠するが、そこでは、「人々はいわば生きている正義にたいするかのようになり、裁判官に助けを求める」と述べている。トマス、同前七四頁。ただ、ここで重要なことは、トマスは、「裁き」が「正しいこと」の直しい確定を意味するということより、語義を拡大して、「思维的ならびに実践的領域の両方において、あらゆることがらの直しい確定を意味するようになった」(傍点筆者) ていると言っていることである。同前七四—七五頁。前出注(1)参照。

その上で、「裁く」資格を保有するものは、その権限を委託された者に限ることになる。拙稿、前掲一四巻二号五一—二頁注(22) [⑤ 裁判官と任命権] 参照。前出注(1)参照。

- (16) 拙稿、前掲一四卷二号二二頁、五六―七頁注(25)参照。
- (17) エールリッヒ、前掲「法社会学の基礎理論」三頁以下〔1 実用的法観念〕参照。法の問題が司法過程に矮小化されえないという点を指摘したものは数多いが、一例として、ニール・マコーミック、「市民の法的推論とその法理学にとっての重要性」(矢崎光圀・野口寛・佐藤節子編、『転換期世界と法』、国際書院、一九八九年)、一五五頁以下参照。
- 因みに、administration of justice と administration of law とは同じなのだろうか。 e. g. Hart op. cit., [The Concept of Law], p. 161 [1. Principles of Justice]; Sir Henry Slessor, The Administration of the Law, 1948.
- (18) 因みに、この点を敷衍して言えば、単なる首長・裁判官「判断者」の判断のみならず、その判断そのものの中に、隠微的に、神格性、今日的用語でいえば、「絶対性」の要素を導入させてきている。そしてその場合、その根拠として、一体何をもって最終判断基準としているのかという問題が提起されてきている筈なのに、法学では、安易に「権威」概念を持ち出し、裁判官の判断を「法の宣告」と称し、結局、法そのものの神格性に依拠してくる傾向性が今日でもなお強い。ましてや、中世では、神法、自然法への依拠が堂々と主張されていた。前出注(1)参照。
- (19) 拙稿、前掲一四卷二号二七―八頁注(11)参照。「裁き」の原点を、神の裁きと人の裁きの混淆形態として捉える場合、人の裁きに含まれた「私戦、私闘」の止揚過程の存在を看過しえないだろう。
- (20) 前出〔① トマスの自然法と potestas 「権力、権限」と正義〕注(3)参照。
- (21) 前出注(1)参照。
- なお、judicium humanum 人間的裁判「人間的判断」については、第二三分冊第九一問題「法の多様性について」「第四項 神法なるものの存在が必要であったか」二五頁参照。ここでは、トマスは、人間的裁判「判断」の存在理由を語っているのではなく、かかる「人間的判断」の存在を前提に、その誤謬可能性について語っている。また、第九五問題「人定法それ自体について」「第三項 インドールスは実定法の特質を適切に記述しているか」九七頁以下参照。ここでは、「人の裁き」について直接言及しているのではなく、「人間的規律 humana disciplina」について語っているが、参考になろう。すなわち、
- 「けだし人間的規律 humana disciplina は、第一に、理性の秩序という観点から考察されるものであるが、その点は『正しい』といわれているところにふくまれていいる。」「第二に、人間的規律は行為者の能力、および人間がおかれている条件という観点から考慮される。」「けだし、前者についていえば、規律・訓練は(それを課せられる)各々の人間の可能性や能力に適合したものでなければならず、そのさい自然本性の可能性も考慮にいれなければならないからである。じっさい、或人にたいして課せられるのと同じことを未成年者にたいして課すべきではない。」「後者についていえば、人間は他の人々に自分を適応させないで、自分ひとりで社会のうちに生きることができないからである。」「第三に、ふさわしい状況という観点から、『時と所とに適合し』といっているのである。

これにたいして『必要で、有用であり、等々』と付け加えているのは、福祉に寄与するということを指示するものであって、必要とすることは諸々の悪の除去を、有用ということは諸々の善の達成を指すものであり、明瞭にするということは、法それ自体からして生ずることのありうるような害悪を避けるべきことを指示している。「そして、上述したごとく(第九三問題第二項)、法は共通善へと秩序づけられているものであるから、このことが法の記述の最後の部分において示されているのである。」九九頁。

(22) トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九五問題「人定法それ自体について」[第一項 人間によって何らかの法が定められることは有益であったか]参照。

「しかるに、言葉によって容易に動かすことのできないような過激な者や悪徳に傾き易い者共が見出されるので、彼等が力と怖れによって悪から引き離されることが必要であった。」(傍点筆者)。「それはすなわち、すくなくともこのようにして彼等が悪事を働くことをやめて、他の人々が静穏な生活を送ることをえしめ、ついには彼等自身も、このような習慣づけ *assuetudo* を通じて、さきには怖れによって実行したことがらを自分の意志でなすところまで導かれ、こうした有徳なる者とならんがためであった。」「しかるに、罰にたいする怖れによって強制するところの、このような訓練が、法の訓練にはかならない。」九一頁。拙稿、前掲一四卷二号一一頁注(8)参照。

トマスの人間観は、人間を「理性」保持者と把握するとともに、アリストテレスにならって、「法と正義」から離れた人間は、動物のなかでも最悪なものとしている。拙稿、前掲一四卷二号一一頁注(8)参照。

(23) トマス、前掲「神学大全」第一六分冊第三三問題「兄弟的矯正について」[第一項 或る人は相手がより悪くなるのではないかと怖れのゆえに矯正を思いとどまるべきか]四三二頁参照。

(24) エールリッヒ、前掲「法社会学の基礎理論」一九三頁参照。
「そのような正しい判決を下すということは、人間が直面し得る任務のうちで、最も重要かつ困難で、最も責任の重いものの一つである。」一九三頁。

トマスの「神学大全」におけるこの点の言及は、とくに第一三分冊「法—旧法」においてなされている。すなわち、第一〇四問題「司法的規定について」(第一項 隣人との関係を秩序づけるものたるものが司法的規定の本質であるか)(第二項 司法的規定は象徴・予表的であったか)(第三項 旧法の司法的規定は永久の拘束性を有するか)(第四項 司法的規定について何らかの明確な区分が可能であるか)、第一〇五問題「司法的規定の理由について」(第一項 旧法は首長たちに関して適切に規定していたか)(第二項 司法的規定は人々の共同生活に関して適切に定められているか)(第三項 司法的規定は外国人に関して適切に定められているか)(第四項 旧法は家の構成員に関して適切に規定を定めたか)。

世俗裁判において、最も重要なことは、「死刑」ならびにその執行ということである。(我が国の死刑廃止論について、著名なのは、

周知の如く、団藤重光、『死刑廃止論』第六版、有斐閣、二〇〇〇年である。)すべての裁きは、この点の論理構成を原点としてくるものといえるであろう。トマスは、第一八分冊第六四問題「殺人について」で取り扱っている。すなわち、「第二項 罪人を殺すことは許されるか」で「罪人 *homines peccatores* を殺すことは許されない」という異論にトマスが解答している点、或る意味でトマスの人間論の原点をなすといえる。

ところで、トマスは、一貫して、「共同体」のためには、死刑も容認する立場をとる(前掲一六二頁)が、なお、それだけに、「公的な裁判」を要求している点も留意しておきたい。第一八分冊第六四問題「第三項 罪人を殺すことは私人に許されるか」一六六頁。なおさらに、聖職者が死刑判決を下さない根拠を、トマスは、第一八分冊第六四問題「第四項 聖職者には悪事を為す者を殺すことが許されるか」で摘示している。ここでは二つの理由が挙げられている。第一は、聖職者は「祭壇に奉仕するためにえられた者」であり、「聖職者たちが打ったり、殺したりする者であることはふさわしいことではない」からであるという。「ペテロ第一書翰」第二章(第二三節)。一六八―一九頁。第二は、「聖職者は新法 *lex nova* への奉仕が委ねられている」ものであり、新法には「死刑および身体を傷つける刑は規定されていない」からであるという。一六九頁。

(25) トマスの、世俗者が「裁き」の権限をもちうる根拠として、授権によることは、前出注(15)で言及した。また、拙稿、前掲一四巻二号三八頁以下注(22)参照。まず、世俗権力一般について、それを「神からのもの」と位置づけ、「王の権力」を「神の統宰の執行者」と観念し、個別的権能は普遍的権能に統宰され支配されることを摘示してきた。さらに、五一頁以下で、「⑤ 裁判官と任命権」、五二頁以下で、「⑥ 通常裁判官の権能」について触れている。

なお、王権神授説については、拙稿、前掲一二巻二二〇頁注(38)、一三巻一号一二九頁、一三三頁注(9)、注(12)、一四巻二二二頁、二五頁以下注(8)参照(その中には、トマスの王権論への言及もある)。また、王のポテスタスについては、一四巻二二九頁以下注(22)参照。

ここで、トマスが *index* 概念をどのように取り扱っているのかを瞥見しておきたい。とくに、本項では、*index* の権限(ポテスタス)がどのように授権されたか、また、その判断の限界がどこに引かれるかという問題を中心にせねばならない。

ところで、トマスは、『神学大全』で *index* について各所「第二分冊、第三分冊、第一三分冊、第一六分冊、第一八分冊」で言及しているが、これに訳者はいろいろな訳を付していることをまず摘示しておきたい。すなわち、「審き人」(第三分冊)、「さばきつかさ」(第一三分冊)、「士師」(第一三分冊)、「裁判者」(第二分冊)、「裁判官」(第一六分冊、第一八分冊)、「裁判官」(たち) (第一三分冊)。そのことは、ある意味で、*index* 概念に内包される徴表が文脈によって微妙に異なっているのではないかと疑念を生む。しかし、ここでは、世俗社会における *index* 概念に限って、先に摘示した問題について若干の指摘を取り上げておきたい。

① 裁判官の権限とその根拠

まず、第一八分冊第五八問題「正義について」〔第一項「正義は各人にかれの権利を帰属させようとする不動にして恒久的な意志である」という定義は適切であるか〕二二頁参照。(この定義は、アリストテレス、『ニコマコス倫理学』第五卷(1132a21))とほぼ同一である。二〇頁)。「裁判官は各人にかれのものを命令 imperans および指令 dirigens という仕方
で帰属させる。なぜなら『ニコマコス倫理学』第五卷(1132a21)でいわれているごとく、『裁判官は生きた「正しさ」であり、首長は正しき保護者である』からである。これにたいして、従属者たちは遂行 executio という仕方
で各人にかれのものを帰属させるのである。』二二頁。

ところでその権限の中には死刑判決を下す権限が含まれているだろうか〔前出注(24)参照〕。

前掲第一八分冊第六四問題「殺人について」〔第七項 自己防衛において人を殺すことは許されるか〕参照。「人を殺すことは公的権威によって共通善のために為されるほかは許されないのである」ことを明示している(傍点筆者)。一八二頁。また、「裁判官の権威」によって役人が罪人を殺すことの許容について触れている。同前第六四問題「第三項 罪人を殺すことは私人に許されるか」一六六頁参照。

② 裁判官の判断の限界

裁判官の権限を逸脱した形で裁判する場合、トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六七問題「裁判における裁判官の不正について」〔第一項 或る者が自分の下に従属していない者を正当に裁判することは可能か〕(第二項 裁判官は自分で知りえた真実に背き、提出された反対の証拠にもとづいて判決を下すことが許されるか)(第三項 裁判官は他の告発者がいなくとも或る人を裁くことができるか)(第四項 裁判官は刑罰を軽減することが許されるか)において言及される。

そして、すでにこの段階において、「法の正当な手続き」を裁判官に要求している。すなわち、第一八分冊第六九問題「被告の側における正義に反する罪について」〔第二項 被告は策略によって自らを弁護することが許されるか〕二六五頁。

因みに、この問題は、長い歴史過程のみならず、現時点においても看過しえない問題を含んでいる。

法制的見地からの「裁判官」論は、各国のそれとの関係で言及したものは数多いが、西欧法制的に見て、本項の課題との関連では、R. C. Van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors—Chapters in European legal history*, 1987 [R. C. ヴァン・カネム、『裁判官・立法者・大学教授—比較西洋法制史論』、小山貞夫、ミネルヴァ書房、一九九〇年]参照。とくに、当時における裁判官の権能増大と証拠法の発展について、〔第四章 判例法・制定法・典籍に基づく法のうちのどれが最善か〕(第一節 素人と専門家)一四四頁で言及しているのは興味深い。

なお、近現代における裁判官論も多くの研究対象となってきた。私の眼に止まった少数の事例でも、本項の課題に無関係ではないと思われるいろいろの問題提起がなされてきている。若干の事例を挙げてみたい。

まず、ウェーバー、前掲「法社会学」、〔第七章 法社会学〕〔第三節 客観的法の形態性格〕〔四 カリスマ的な法創造と法発見〕

二八四頁以下で、とくにイギリス法における「裁判官」論として言及している点は注目に値する。二八八頁以下参照。

法の新形成の第二の担い手としての「裁判官」論としては、「第三節 客観的法の形態性格」「二 法発展の事実的諸要因、利害関係者の行為と法強制」二七二頁以下、とくに二八七頁参照。ここでは、法強制と裁判官の役割について言及する。なお、「三 始源的な紛争解決の非合理的な性格」二八〇頁以下では、裁判官の始源的な役割を摘示している。ことに、二八四頁以下では、その際の裁判官の「カリスマ的な法創造と法発見」について取り上げている。

また五〇〇頁以下「第七節 革命によって作られた法の形式的な諸性質」「七 自然法的公理論の解体、法実証主義と法曹身分」では、家長制の裁判官から、その反対勢力としての「裁判官」層の形成に言及し、五〇六頁以下では「第八節 近代法の形式的諸性質」の中で、そのあらたな階層化とその機能につき各所で言及している。

この点 Stephen P. Turner and Regis A. Factor, Max Weber—The Lawyer as Social Thinker, 1994 (ウェーバーがイェーリングから示唆を受けていると指摘している点も興味深い。cf. p. 103 [5 Authority: States, charisma and recht] (Legitimate Orders))。

なお、現代で、この点への言及として、就中以下のものを紹介しておきたい。

ルーマン、前掲「社会の法」四一九頁以下「第七章 法システムにおける裁判の位置」で、この問題を包括的に検討している。しかし、概して、英米法系の諸国の方が、「裁判官」論は顕著であるように思われる。それは、判例法を制定法とらんで第一次的
法源とするところから由来する裁判官の役割の重要性からであろう。

例えば、イギリスの著名な法哲学者 H・L・A・ハート、『法学・哲学論集 Essays in Jurisprudence and Philosophy, 1983』矢崎光圀ほか訳、みすず書房、一九九〇年参照。ことに、裁判官の任務に関する「一 法理学における定義と学説」五〇—一頁、「四 イギリス人の見たアメリカ法理学—悪しき夢と優雅な夢」一四二頁以下などはその一例であるといえよう。また、アメリカにおける著名な法学者ドーアキンはその著書『法の帝国』Ronald Dworkin, Law's Empire, 1986において、各所で「裁判官」論を展開している。

なお、ハートの見解から離れて、批判的考察を行った cf. ed by Peter Fitzpatrick, op. cit., [Dangerous Supplements—Resistance and Renewal in Jurisprudence] の中で、たつた次巻のものが着目される。David Sargarman, 'A Hatred of Disorder': Legal Science, Liberalism and Imperialism, ['Black Letter' Law: the Nature of the Beast] p. 36, [Upholding and Prolonging the 'Black Letter' Tradition] p. 52, [The 'Black Letter' Tradition as a Solution to the Problem of Social Order] p. 58. ハートは、イギリス法学における法曹主義に言及している。その点 [The Narrow Ledge: Juristic Attitudes to Judges, the Legal Profession and Law Reform] の項では、裁判官の役割も取り上げている。四—二頁。なお、同書における、その点に関するハイ

エクの見解については、cf. Alan Thomson, *Taking the Right Seriously: The Case of F. A. Hayek*, pp. 86~7.

- (26) トマス、前掲「神学大全」第一六分冊第三三問題「兄弟的矯正について」第七項 兄弟的矯正においては公然の非難に先立ってひそかな訓戒をなすべきことを掟は命ずるか」四三八頁以下。
- (27) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六〇問題「裁きについて」第二項 裁くことは正当であるか」七七頁以下参照。
- (28) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六〇問題「裁きについて」第二項 裁くことは正当であるか」七七頁。
- (29) 同前七七―八頁。なお「第一項 裁きは正義の行為であるか」「第一、三異論解答」七四―五頁参照。
- (30) 同前七八頁。

裁きが正義の傾向性から出てくるものとしての前提について若干触れておきたい。すなわち、トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第五八問題「正義について」第四項 正義は意志を基体としてそのうちに見出されるか」「異論解答(一)」三一頁参照。「意志は理性的な欲求能力であるがゆえに、理性の直しき―これが真理と呼ばれる―が、理性にたいする(意志の)近接性のゆえに、意志の上」に印刻されると、意志は真理という名前を保持するのである。「このようなわけで、正義はときとして真理と呼ばれるのである。」三一頁。

「第八項 特殊的正義は特定の対象領域を有するか」四三頁。「およそ理性によって直しくされうるところの事柄はすべて倫理徳の対象領域なのであり、倫理徳はアリストテレスが『ニコマコス倫理学』第二巻(1107a)でのべているところからあきらかなように、直しい理性 *recta ratio* によって定義されている。」四五頁。「しかるに、理性によって直しくされうるのは、霊魂の内的な情念、外的行為、および人間の使用に供される外的事物である。」(傍点筆者) 四三頁。「ところが、一人の人間の他者にたいする関係が問題になるのは、それによって人々が相互に交わりをもつことが可能になるところの、外的行為および外的事物を通じてである。」四三頁。「これにたいして、内的な情念との関係においては人間をかれ自身において直しいものとするのが問題になるのである。」「したがって、正義は他者へと秩序づけられているのであってみれば、それは倫理徳の対象領域の全体にかかわるのではなく、むしろ対象の或る特定の関係、*ratio objecti specialis* に即して、外的行為および事物にのみかかわるのである―すなわち、それらに即して一人の人間が他者に関係づけられる *ordinari* かぎりにおいて。」(傍点筆者) 四三頁。(ここで、トマス神学大系における倫理徳のうちの正義の徳は、唯一の社会的行為に関わる徳である、ということが暗示されているが、この場合に重要なことは、人間の内的活動にかんする倫理性については、各人は「主人」となりうるが、他者との関係では「主人」にはなりえないということである。)そこから、「有徳な者が下す裁きだけが必要をされる」という。第一八分冊第六〇問題「裁きについて」第一項 裁きは正義の行為であるか」「(二)の異端解答」七五―六頁の箇所参照。換言すれば、有徳の第三者の裁きが不可欠であるということになる。

エールリッヒ、前掲「法社会学の基礎理論」一九三頁参照。

「そうした種類の問題を正義に基づいて解決するということが意味しているのは、歴史的に成立して来た現代の社会の中に未来社会の徴候を看取し、その必要を予見し、その秩序を前もって決定するということなのである。」一九三頁。

(31) 同前七八頁。

(32) 同前七八頁。

(33) 同前七八頁。 *ultra vires* については、拙稿、前掲一四卷二号五六頁以下注(25)参照。前出注(4)参照。

(34) *judicium* と *arbitrium* の相違について一言触れておきたい。

トマスは、「神学大全」で *arbitrium* については、第二、四、七、八、一三、一八分冊で言及している。また、拙稿でも、仲裁人について、四卷一号一二頁、二五頁注(19)「司教の仲裁人としての役割」、教会の仲裁裁判権について、六卷一号七二頁注(5)、司教都市下の仲裁裁判所について、八卷一号二八頁で言及している。

ところで、トマスの「神学大全」の訳では、この *arbitrium* 概念に、意思決定(第二、四分冊)、決意(第八分冊)、決定(第八、一三分冊)、裁定(第一三分冊)、裁量(第一八分冊)、判断(第一三分冊)、意思(第二、四、七、八分冊)、自由意思(第八分冊)の訳が付されている。拙稿、前掲一三卷二号四三頁で言及した場合は、この内の「自由意思」の意味に関してであった。しかし、この *arbitrium* 概念には、今日通常「仲裁」の訳が付されているが、*judicium* に似た決定、裁定、判断の意味をもつこともあり、かかる場合の両者の相違についても考慮しておく必要があるものと思う。事実、この語は多義的に使われてきた模様で、柴田光蔵、前掲「法律ラテン語辞典」では、*arbiter* に「裁定人、仲裁人、仲裁者、証人、支配者、主人」の語用が挙げられている。三二頁。また、*arbitrium* には、「仲裁、仲裁人の判断、裁定人の判断、評決、意思決定、自由裁量、自由裁量権、任意、意思、決意、決定、決定権、機能、意向、決断力、皇帝の命令、支配、統治、権力」の語用が挙げられている。三三頁。

尤も、私には、この *arbitrium* の語義について語る資格はないが、例えば、バンヴェニスト、前掲「インドヨーロッパ諸制度語彙集II」を参照すると、この語の最古の意味は、「証人」であり、後に「審判、仲裁者」の語義が生まれたという。そこで、「*arbiter* は語源的には、第三者として、人に見られることなくみずからその証人となる訴訟に《加わる者》、そして結果的に彼の証言が論争を解決させる者を意味する。法律に基づいて、*index arbiter* はさながら審判(仲裁)者・証人であるかのように、まるで現場にいたかのように、問題を解決することができるのである」という。一六七―八頁。この点に関し、バンヴェニストは、さらに、次の如く述べている。すなわち、「*index* と同じ語義群の単語として、ラテン語だけに現われ、ウンブリア語、「拙注、ラテン語と同じイタリア語派」に対応語をもつ全く異なる形態の用語を一つだけつけ加えてもよい。それは *arbiter* (ウンブリア語 *arputrati* 《*arbitratus*》) でやはり審判者を意味する。*index* と *arbiter* には密接な関連があり、しばしば相互に代用されたりするが、後者は前者を特定化したものにすぎない。それは特別な審判者、いわば《仲裁者》を指す。ここでは、用語の語源よりもむしろ意味

をみておきたい。arbiterには、何かに居合わせた証人と、法の力により当事者間の解決を図る仲裁者という二通りの意味がある。「一二二頁。ところで、この証人は特別の意味をもって来た。「これらの用例をみれば、arbiterとtestis〔証人〕との相違が明瞭になる。すなわち、testisは両当事者には歴然と知覚される者、arbiterは盗み見、盗み聞きする者をさす。」したがって、「裁判では、arbiterの証言が証拠機能をもつものとして取り上げられることは決してない。この用語が人に気づかれずに見るといふ考え方を含んでいるからである。」一一四頁。「それでは、arbiterの《審判者》たる意味をどう説明すればよいのか。秘密の証人がどのように最高の審判者の意味に発展したのか。」一一四頁。

「ここでわれわれは、indexという呼称が、その最古の意味において、係争裁決を下す機能を有するあらゆる者に対して用いられたことを想起しなくてはならない。」「それは基本的に王や執政官、つまりあらゆる権力を一手に集める者であった。ところが実際上の都合から、こうした権力は、ことの性質に応じてindexないしindex priuatus、index selectus、arbiterと呼ばれる私的な審判者に委ねられた。」「このうち、arbiterは法の規定のない場合はいつでも、法適用の権限を有している。」「実際、法規定のないような場合についてのlegis actio〔訴訟〕があると、当事者同士『iudicem arbitrum postulo uti des』〔私（法務官）はあなたにindexとarbiterを与えるよう要求する〕なる訴えを起こす。こうしたarbiterの古い意味は一二表法にも見出され、そこにはpreto arbitros tres dato（この場合）法務官は三人のarbitriを与えるとある。arbiterを特徴づけるものの権限が拡大されているのである。」一一四頁。

「*index*にarbiter dicitur index quod totius rei habeat arbitrium『indexは、すべての事件に裁決権を有するがゆえにarbiterと呼ばれる』」一一四—五頁。「実際、arbiterは法規や法に従って裁決するのではなく、むしろ個人的感情や平等を考慮して判断する。いわばarbiterとは、arbiter〔仲裁者〕として行動するindexなのである。」一一五頁。「見られることなく現場に居合わせた者のように、外部から当事者間に割って入り、裁決を下す。」「したがって、先例に束縛されず、状況に応じて自由かつ権限をもって事実に対する裁決が行なえるのだ。」「（第三者でない証人）という根本の意味を合わせて考えるならば、法律言語においてarbiterの意味がどのようにして特定化されたのかが理解されるだろう。」一一五頁。

ここで、現実の歴史において、この術語がどのように使用されていたかをみることも参考になろう。その場合、フランスの歴史が参照されよう。鳩浩、前掲「フランス法制史概説」〔序論 ローマ的伝統とゲルマン的伝統との出会い（四世紀—九世紀末）〕〔第二章 古代世界と新世界との媒介者としてのカトリック教会〕〔第三節 教会裁判権〕〔二五項 戒規裁判権〕〔二六項 仲裁裁判権〕の項参照。

まず「教会は、自身に固有の立法権と自身の統治の諸機関とを持つばかりではない。」「それは、また、通常の総ての社会と同様に、裁判権を有する。」四六頁。「この裁判権は、諸世紀の過ぎる内に、興味深い変遷を蒙ることに成る。」「そして、この裁判権は今日も

依然存続している。「そこで、戒規裁判権と仲裁裁判権という両局面を区別しつつ、その機関およびその基礎を明確にする要がある。」四六頁。

次いで、「教会裁判権の第二の局面を考えれば、やはり仲裁裁判権〔ジュリディクション・アルビラル〕が姿を現す。」「この裁判権は、戒規裁判権のように教会の性格に結び着いたものではなく、自由意思で形成された同一集団内部の各構成員間に存する緊密な関係の正常な所産であり、そして、早くから国家によって認められたところのものである。」「これがどのように問題とされるかについて述べれば、次の如くである。」「二名のキリスト教徒の間に世俗的次元の争が生じ、両者のどちらもが善意で自身の方が正しいと信じる場合が有りうる。」「キリスト教徒共同体内部において、教会の力を形成することに成る愛徳〔シャリテ〕の絆を維持することに心を砕いた初期の教会は、この両者にその紛争を司教の仲裁に附してそれに服することを、強制はしないが、勸奨する。」「四八頁。これにたいして、「王の仲裁 arbitrage royal」という概念がある。ところで、当時においては、政治的狀況が、秩序を安定的に確保しうる状態ではなかったため、その紛争解決方式に個別的特殊性のあることも考慮せねばならない。その時に、聖職者の関与する問題解決方式が、特殊的に採択され、これに「仲裁」という概念が使用される場合が生ずる。」「第一巻 フランスの審判員の出現（二〇—二三世紀）第六章 王権と秩序構成」〔第二節 統治活動とその機関〕「一六六項 王会の司法的権限。王会の権限」参照。なお、イギリスにおいても、すでにマグナ・カルタが発せられる当時に仲裁手続が普遍化していたし「マッケケニ、前掲「マグナ・カルタ」、四一三、四一四、四八一、四八八、四九二頁参照」、また、ドイツにおいても、ジッペ間のフェーデを決議させるために仲裁裁判所 Schiedsgericht が存在していたし、教会法の影響の下に仲裁手続が発達してくることも興味深い「ミッタースリーベリッヒ、前掲「ドイツ法制史概説」、五八、六六、二九一、三六一頁参照」が、ここでは省略したい。ただ、ウェーバー、前掲「法社会学」での「仲裁契約」は興味深いので紹介しておきたい。

「本来の法発見の分野においても、自由な合意は、以上の諸例に劣らず原生的であり、またいっさいの始源をなしていた。」「ジッペ間の贖罪契約から生まれた仲裁契約—すなわち、裁判または神判への自由意志による服従（の契約）—は、単にいっさいの訴訟法の源泉であるというだけでなく、私法的な契約の最古の諸類型も、すぐあとに論ずるように、きわめて広義においては訴訟契約に由来しているのである。」「さらに、訴訟手続者の重要な技術的進歩も、大部分は、少なくとも形式的には、訴訟当事者の自由な合意の所産である。」「一一五頁。」「また、手続への官憲の介入（大法官 Lordkanzler または法務官による介入）は、広範にわたって、訴訟の進行を可能ならしめるような一定の合意を締結することを当事者に強制するという、きわめて特徴的な形式でおこなわれた。」「一一五—一六頁。」「すなわち、『契約締結の法的強制』として行われたのである。—ちなみに、この契約強制は、とりわけ、『授封強制』として、政治的な（レーエン）の分野においても、顕著な役割を果たしてきた。」「一一六頁。

2. 「科罰権」

これまでも、世俗権力の裁治権については、しばしば言及してきた。しかし、裁治権概念の中に、科罰権が含まれるのであろうか。もし、含まれるとするならば、その権限・範囲等が画定されねばならない。とくに、単に観念的作用に止まらず、生きた人間に対する物理的力の行使を含むので、特殊的に、その根拠を明らかにせねばならない。問題意識を敷衍していえば、現実には、それまでの世俗権力は、その人の意志に反して力の行使を行いうるとされてきたが、その行使の態様について、必ずしも合理的根拠が呈示されてきたわけではない。いわば一種の暴力「軍事的秩序維持のための力を含む」を事実上行使していたに過ぎぬ⁽²⁾。もし、かかる力の行使をトマスが神学的立場から肯認するとすれば、まさに、力に対する観念的論理をそこではじめて提供したことになる。それゆえ、本項でも、その観念的作業がいかにして成就されたかを検討せねばなくなる。そしてさらにそれは、先に言及した「戦争」論と同様、力に対する理論的検討という点で、今日的課題に連なる問題を含むことにもなる⁽³⁾。

そこで、トマスによる、世俗権力の持つ「科罰権」の根拠とその許容と限度に関する理論をここで瞥見しておきたい⁽⁴⁾。まず摘示しておきたいことは、トマスの神学体系形成以前においては、世俗権力の存在が所与のものとなっていた。したがって、トマス神学の見地からすれば、その存在意義を観念的に根本から否定するか、あるいは、それを肯定して、それを神学的見地から規定するか、という問題が出発点になることになろう。その点は、すでに「正当な戦争」論の箇所⁽⁵⁾で、問題として提起してきている。したがって、「科罰権」も「世俗権力」の行使であることは言うまでもないが、その行為の「正当性」の根拠がこの点に絡んで検討されてくることになるし、その点がここでの検討課題になる。

ところで、世界的に「科罰権」の発生・変遷を迎えることは、私の能力の範囲を超えるものなので、一応、ここでは、西欧中世社会の課題に限定することにする。その上で、西欧社会における「罰」としての身体刑は、「罰」の観念の生

成と共にするものではなく、最初は贖罪金的形態をとっていたといわれる。そして、身体刑的「科罰権」の行使の事実的端緒は、諸説あるが、一般的には主に「バン罰令権」に求められている。⁽⁶⁾しかし、「バン罰令権」の端緒が軍事的性格的なものであったゆえか、「バン罰令権」そのものからは、それが事実的に認められていたにせよ、未だにその行使の「正当性」の根拠は提示されていない。

そこでまず、この問題へのアプローチの端緒として、「科罰権」の行使の正当性の根拠づけという觀念化の作業が、トマスの場合にはどのように展開されたかを見てみたい。そして、その場合、トマスが「科罰権」の行使を「法の執行」として地位づけていることに着目したい。⁽⁷⁾換言すれば、世俗権力の「科罰権」そのものの「正当化」ということではなく、「法」を媒介にすることによって、それが神学体系の一環として捉えられることによって正当化されるし、世俗権力の「科罰権」の「聖化」の論理にもなってくる。そしてそこに「科罰権」のトマスの「神法」「カノン法」「人定法」の一大体系の中への織り込み作業が成就されてくる。結論から言えば、かかる「法」の「執行」の一環としての「科罰権」であるがゆえに「正当性」を有するという論理が展開されうることもなる。そしてさらに、「科罰権」そのものが、恰も「権威」を持つものとされうるようになる。

そこで、かかる結論が引き出されるために注目しておきたい概念は、「サンクション」という概念である。この概念は主として政治学的概念であり、必ずしも法学的概念としては一義的ではなかったものにも拘わらず、「科罰権」を「法の執行」の一環に組み入れることに大きな役割を演じてきたものと思科している。現在では、「サンクション」概念は、「科罰」概念に密接に結びついているが、概念史的に見れば、それが元来「刑罰」概念に結びつくものであったとしても、優れて「神聖」性に結びついた概念であり、「科罰権」もかかる神聖行為の一環としてのサンクションとして捉えられていたことが、ここでの課題探索におけるヒントになるようにおもわれる。⁽⁸⁾

なお、サンクション概念によれば、それが「科罰権」の正当化に結びつくのみならず、世俗権力の「法」定立行為をも「正当化」してきた点も、看過できぬものとして付言しておきたい。⁽⁹⁾それは、「科罰権」の行使が「法の執行」とされる場合に、その前提となる「法」の定立行為の正当性がそもそも問われることになるためである。

ところで、世俗権力の「法」の定立行為については、すでに「人定法」に言及した箇所で触れてきたので、ここでは省略したい。⁽¹⁰⁾しかし、世俗権力によるかかる法定立権の論拠は、ことに、トマス以前のデクレティストによる「主権」論に依拠することが大きく、⁽¹¹⁾それには、すでに、宗教的色彩による粉飾が避けて通ることのできない要素として取り扱われていたことは、⁽¹²⁾ここでも留意しておきたい。

そして、人定法の定立行為にもとづく世俗社会における「科罰権」の行使も、超世俗的権威のサンクションを受ける限りにおいて、神学的に肯認されうるとされることにも留意せねばならなくなる。⁽¹³⁾換言すれば、「科罰権」そのものは世俗権力として行使されうるものではあるが、それが、直接間接に自然法の規則を受けた強制力を含む「科罰権」として認められることにより始めて神学的には認められるものになってくる。そして注目すべきことは、それは、現在における「法の支配」とは異なって、神学的色彩を帯びるものであるが、そして、人間社会にとって他律的なものではあるが、「法の支配」という概念を生み出す契機を形成することになっていったという点は留意されねばならぬであろう。⁽¹⁴⁾そしてまたここから超世俗的権威を世俗的権威に置き換えようとした近代社会において、世俗社会が、自らの存在理由の中に、いかにしてこの中世の「法の支配」に代わりうる「法の支配」概念を生み出しうることになったかという近代社会の課題も提起されてくる。

そこで、これらのことを前提として、先に提起した「科罰権」の制度的「根拠」づけとその「許容度と限度」の問題を瞥見してみたい。尤も、この点についても、すでに各所において触れてきているので、ここでは、それを包括的に取

り纏めておきたい。

いまトマスがこの問題に関する関係箇所だけを列記すれば次の如くなるものと思う。

α 根拠

まず、世俗権力の「科罰権」の根拠については、「世俗権力」についてすでに言及したことが前提となることを指摘しておきたい。すなわち、

- ① 教会による世俗権力の「物理的力」を含む「剣」の権利の肯定は、すぐれて「両剣論」として表現されてきた。⁽¹⁵⁾
- ② 次に、教会のグレゴリウス改革を契機とする聖俗二権観の転換があったということが重要である。⁽¹⁶⁾
- ③ 第三に、教会の世俗社会観に関するシャルトル学派のアリストテレスの導入とその神学との統一化の課題が提起されてきたことが前提となる。⁽¹⁷⁾

④ その上で、この問題を考究するにあたっては、テオクラシーによる聖俗統一論の展開が重要であるし、それに基づく教会の政策が考慮されねばならない。教会の政策については一三世紀における公会議、とくに第四次ラテノウ公会議が重視されねばならない。⁽¹⁸⁾

⑤ また、この点に関するトマスの見解を探るためには、トマスによる、「自然法」が世俗権力を規制しうるという主張が展開されていた点は捨象しえないであろう。⁽¹⁹⁾

ところで、これらの点を前提として、世俗権力のもつ「科罰権」の根拠としては、トマスは次の点を挙げている。

- ① 第一に、それは公権力をもつものに限る。⁽²⁰⁾
- ② 第二に、王は神の代理人として行為する。⁽²¹⁾
- ③ 第三に、王は、神の統率の執行者として地位づけられている。⁽²²⁾

④ 第四に、かかる王は、普遍的権限（全面的能力）を授権されたものとして扱われている。⁽²³⁾

β 科罰権の許容度と限度

これまでの考察から知りうるごとく、科罰権は、トマスの考え方によれば、世俗権力に無条件に授権されているわけではない。世俗権力の保有する「科罰権」は、神法、自然法によって規制される以上、一定の許容度と、その反対に限度が設定されているということになる。

ところで、自然法では細部まで行為規範を定立されえないため、人定法に詳細は委ねられるが、かかる「法」の許容限度を超える場合に、「科罰権」の行使が越権となることについては、既に摘示してきている⁽²⁴⁾。しかも、下位者の「科罰権」の行使もまた、上位者による授権の範囲に限定されることは当然の理とされている。⁽²⁶⁾

(1) 強制については、拙稿、前掲一四卷二号二頁以下「③ トマスの自然法と人定法—人は如何にして自然法を行為規範となしうるのか」参照。なお、トマスは、科罰権を行使するものは強制力を有するとする。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九〇問題「法の本質について」第三項「いかなる人の理性も法を創出しうるか」一〇頁。拙稿、前掲一四卷二号三〇頁注(12)参照。また教会の自然法に関する考え方に関連して、強制的要素をどう捉えるかという問題考究についてのトレルチの考察については、拙稿、前掲一四卷二号二五項注(6)参照。

この点に関連して、拙稿、前掲一〇卷一号六六頁以下「五 教会権力の世俗化と若干の法理論的検討課題」、ことに六七頁以下「(一) 「正当な戦争」理論と世俗権力の正当化の契機—世俗権力の権力行使に対する実体的判断基準」の項参照。力の行使は、現実には、戦争と団体の秩序維持（治安）関係に関わって、神学形成以前からの歴史的事実として存在するものであった。したがって、神学は、それをどのようにフィロソフィ化するかという課題を背負ったに過ぎない。この觀念化により、問題の個別化的処理から慣習的処理が生まれ、そこにそれを「一般化」する作業が必要になり、「法」の定立という形の作業が世俗社会に現出してきたことは周知のことからであろう。ウェーバー、前掲「法社会学」二六九頁以下「第三節 客観的法の形態性格」、とくに二七二頁「二 法発展の事実的諸要因、利害関係者の行為と法強制」参照。

なおトマスの場合、「法」は「支配者の意志」に「理性」が働く場合に限ることが強調されていることは、本稿において言及している。拙稿、前掲一四卷一号一五頁「法たる本質を構成する他の諸条件」の箇所参照。またトマス、前掲「神学大全」第一三分冊九〇問題「法の本質について」【第一項 法は理性に属するところの何ものかであるか】五頁参照。

(2) 前出注(1)で言及した如く、「科罰権」概念を概念的に構成する以前は、力の事実上の支配が存在した。

この点、まず、ウェーバーの指摘がある。ウェーバー、前掲「法社会学」、九二頁以下【六 「インペリウム」、「権力制限」と「権力分割」参照。すなわち、「しかし、明確な形式と規制に拘束された……」【刑事手続】への道が、直接的に通じていた出発点は、とりわけ復讐であった。】「違法行為に対する家父長的・宗教的・軍事的な制裁は、さしあたりは、原理的に、形式や規則とはまったく無縁なるものである。」九二頁。

だが「家」以外の共同体の秩序維持が問題になってくる場合は別である。ウェーバー、前掲一二七頁。そこでは、軍事的目的によるものが主として起源となっているという説が有力である。ことに、その場合、「バン罰令権 *Banngewalt*」の機能が問題になってくる。ウェーバー、前掲三七六頁以下【第五節 法の形式的合理化と実質的合理化、神政政治的な法と世俗的な法】、四三二頁以下【第六節 官権法と家産君主的法定立、法典編纂】【一 インペリウム】参照。

なお、「科罰権」の起源については、後出注(6)参照。ただ、本稿においても、すでに幾つかの箇所での点に触れてきている。即ち、教会の統治権に絡み、煉獄との関連での科罰問題について言及した点も参照されたい。拙稿、前掲三卷二号二三頁。なお、司教都市における罰令権への言及として、拙稿、前掲八卷一号一二五頁参照。さらに、グラチアヌス教令集への言及の注として触れた Kuter の *poena medicinalis* (懲戒罰) の法理が近代刑事性のルーツであるという点も参照。拙稿、前掲三卷二号四六頁注(70)。この点はまた教会法における糾問手続に関連して言及してきた。拙稿、前掲四卷一号四三三頁参照。

(3) 拙稿、前掲一〇卷一号六七頁以下【(一) 「正当な戦争」理論と世俗権力の正当化の契機—世俗権力の権力行使に対する実体的判断基準】参照。ここで問題提起はすでになされている。

なお、「裁き」の問題同様、この問題も今日の問題であることは、例えば、ドイツでは、ヘッフェ、前掲「政治的正義」四一六頁以下【第三部 自由の共同社会の原理としての政治的正義】【第二章 自然的正義】【第三節 人権としての自然的正義】【C 普遍的な強制権限】、ルーマン、前掲「社会の法1」三〇四頁以下【第六章 法の進化】【IV】、カウフマン、前掲「正義と平和」、九七頁以下【7 暴力の問題】参照。またイギリスでは、cf. Hart, op. cit., [The Concept of Law], [VIII Justice and Morality] [2. Maral and Legal Obligation] pp. 179~80。アメリカでは、cf. Rawls, Collected Papers, ed by Freeman, 2001, [2 Two Concept of Rules] [1], pp. 21~9.

なおこの点、後述の「サンクション」の問題に言及した箇所参照。とくに注(8)参照。また、英米法における、我が国には馴染み

の薄い enforcement という概念があり、この概念史は、英米法発展史において興味深いものがあると考えているが、その点は未だ纏まらず、本稿では留保したい。ただ、実務的な書物として、Alastair Black & Duncan Black, *Enforcement of a Judgment*, 8th ed. 1992 などがあるが、execution と異なったこの概念の英米法においても意味は、英米法研究における一つの課題であると考えているし、また、大陸法との法律観の分岐を探る手がかりになるのではないかと期待している。なお、後出注(7)参考。

(4) 問題の指摘としては、拙稿、前掲一四卷二〇頁以下「(ii)自然法と世俗威力」の箇所既に摘示している。

トマスの罰 poena に関する見解については、これまで摘示してきたが、「神学大全」の各所で論じている。ここで、留意しておいてよいと思われる点を少しく例示的に紹介しておきたい。

まず自然法と刑罰の関係について、第一三分冊第九五問題「人定法それ自体について」第二項 人間によって制定された法はすべて自然法から導出されたものであるか」九四頁以下参照。ここでは、罰は、自然法の共通的原理からの導出であり、科罰は自然法にたいして加えられた或る特定の確定であるとする。

なお、旧約聖書の旧法の司法的規定に関する記述において、その規定の区分として四種の秩序に基づく区分をあげ、その第二のものとして「刑罰」にかんする規定を挙げている。第一〇四問題「司法的規定について」第四項 司法的規定について何らかの明確な区分が可能であるか」三七二頁参照。そして、その刑罰の種類として、アウグスティヌスが引用したキケロに依拠して、「罰金 dannum、禁固 vincula、むち打ち verbera、同害報復 talio、恥さらし ignominia、追放 exilium、死刑 mora、隸属 servitus」を挙げている。第一〇五問題「司法的規定の理由について」第二項 司法的規定は人々の共同生活に関して適切に定められていたか」三八五頁参照。さらに、ここでは、それらと旧法との関係についても考究している。さらにまた、それらの刑罰の適切性をも指摘している。三九八頁。

次に、トマスの刑罰の本質論に関する個所を探してみると、次の指摘が目をつく。

私見によるその要約は、トマス研究の専門家でない私にとっては、誤った受取り方であるかも知れないが、一応私なりの要約をしっておきたい。

トマスの場合には、「知る」(主知主義) ことの意味を重要視するために、刑罰も、受刑者かその意味を知らなかったならば、その意義は失われる。換言すれば、科罰が、苦痛たることを知るのでなければ意味をなさない。それは、受刑者の意志に逆らって科せられるところに刑罰の本質的側面があるということを意味する。トマス、前掲「神学大全」第一六分冊第一八問題「希望の基体について」第三項 希望は断罪された者のうちに見出されるか」三四—五頁参照。そこで、トマスは、「現世の刑罰は報復的 retributiva であるよりはむしろ医療的 medicinalis である」とする。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題「人身にたいして加えられるその他の危害について」第六項 窃盗は大罪であるか」二二〇頁参照。

因みに、現在でも、刑罰の本質にかんする問題は論じられてきている。cf. Rawls, op. cit. [Collected Papers], pp. 21-9. 以下は刑罰の正当化について論じられている。

- (5) 前出注(3)参照。拙稿、前掲一〇巻一号六七頁以下〔一〕「正当な戦争」理論と世俗権力の正当化の契機—世俗権力の権力行使に対する実体的刑罰基準」参照。

- (6) バン罰令権については、まずウェーバー、前掲「法社会学」四三四頁参照。

「まったく一般的にいつて、君主の罰令権が作り出した最初の産物の一つは、合理的な刑法であるのが常である。」「軍事的関心や一般的な『秩序』関心がまさにこの領域の規律を迫ったのである。」「宗教的なリンチ裁判に次いで、君主の官職権力が、独立の『刑事訴訟』の第二の主要源泉なのである。」「この発展には、きわめてしばしば、祭司の直接の影響が参加している。」「例えばキリスト教団における・血讐と決闘とを根絶しようとする祭司の関心がそれである。」「四三四頁。

また、エールリッヒ、前掲「法律的論理」、八一頁以下〔3 国家的法観〕参照。

「国家は社会の機関であり、それは、何よりもまず、もっぱら軍事的目的のために創造され、その初期の段階では、法とは何らの関係をも有してはいなかった。」「ずっと後になって初めて、国家は純粹に社会的な制度として成立して来た裁判所を我が物とし、そうすることによって、裁判所を国家の機関として編成し、制御するようになったのである。」「八一頁。」「そしてさらに後になって、国家は、それ以前にはやはり社会的なものであったもの、つまり勝訴した当事者やその係累たちの仕事であった判決の強制執行を引き受けるようになったのである。」「八一—二頁。」「何となれば、国家は、強制執行をその官吏たちによって、国家の名において行ったからである。」「八二頁。」「そして遂に、国家は、立法という形で、法形成の一部をすらも国家化するに至ったのである。」「八二頁。

中世においては、「ユステイアトヌス法書から、そうした国家的法観は、注釈学派やロマニスト風の教育を受けた法律家たちへと浸透して行ったのである。」「ただ、カノニストたちはごく部分的な形でしか浸透し得なかった。」「そして、以上を除くならば、国家的法観なるものは中世には知られていなかったのである。」「(傍点筆者) 八三頁。

そして、この点に関する訳者「河上倫逸」のコメントも傾聴に値する。同書三二二頁。

「このエールリッヒの見解を正確に理解するには、『その起源からして国家は、法生活とはごくルースな関係しか有しておらず軍事組織』で、『言語が類似している多くの部族の軍事組織の同盟』であって、欧米の近代の若干の事例を除けば—アメリカ合衆国等を念頭に置いている—『その本質は現在に至るまで変わらない』という彼の国家理論を知らなければならぬ。」「三二二頁

因みに、世俗の刑罰の誕生・発展については、埴浩、前掲「フランス、ドイツ刑事史」の中の、「1 フランス法史上の権力と刑事法」(二頁以下)、「2 刑罰の歴史(西洋)」(二二二頁以下)に教唆されるところが大であった。

- (7) ここで、まず重要なのは、法の執行者という観念である。拙稿、前掲一四巻二号三九、四六頁参照。なお、この点は、法と強制の

関係が前提となる。拙稿、前掲一四卷二号九頁以下注(8)参照。

(8) 科罰とサンクションとは如何なる関係にあるのであろうか。

サンクションという語は、「法」そのものを論ずるときには必ず出てくる言葉であり、本項の課題にも関係してくるが、多義的に用いられているものなので、ここで言及しておきたい。たとえば、田中英夫編、前掲「英米法辞典」七四九—五〇頁参照。すなわち、「1 サンクション…制裁(手法) □法の遵守を達成するために、違法行為に対して科せられる刑罰や損害賠償などの不利益をさすことが多いが、それとともに違法行為に対して与えられる報償・利益を含むこともある。」² 制裁(措置) □条約や国際法に違反した国に対して科せられる懲罰的行為」³ 道徳的拘束力・良心の制裁」「承認(する)」↓法律で1の制裁の意味で用いられることが多いが、この意味で用いることも少なくないので注意が必要である。」

また cf. Black, L. D., op. cit., p. 1507. 同様の趣旨の記述がなされている。すなわち、「この語の元来の意味においては、法規への服従を強行する手段として与えられる科罰あるいは刑罰である。法学においては、法規は、もし、法規が不遵守あるいは無視されるならば、介入するような国家がある場合には、サンクションをもつと言われうる。それゆえ、国際法はかかる法的制裁を持たない。Sweet」。なお、同箇所为例示されたものの中には、ブラックストンの指摘も挙げられている。cf. Blackstone, op. cit., [Commentaries] vol. I, p. 56. 「サンクションあるいは公的義務違反に付せらるる不利 (evil) にかんして、それは、人間の立法者は、殆どの場合のために、remuneratory [報償的] よりもむしろ vindicatory [報復的] な法規のサンクションを設ける、あるいは、現実の個々の報償より刑罰になることを選んできたと言われる。」

したがって、英米実定法の場合には、サンクションの語は多く制裁の意味で使われてきたと言われうる。cf. Miller, op. cit., pp. 258—264 [Sect. X VIII—SANCTION]. ここでは、興味深い指摘が数多くなされているが省略したい。

因みに、柴田光蔵、前掲「法律ラテン語辞典」では、sancio に「制裁、制裁規定、罰則、命令、規定、約款、確立、認可、制限、サンクション」の訳が付されている。この語は sanctum [聖所、私室、密室、密室] あるいは sancire [制定すること、規定すること、確立すること、確立すること、認可すること、承諾すること、禁止すること] に由来し、さらにそれは sacer より変化してきたものといわれている。Shorter, OED, p. 2680. ただ、この点に関しては、専門外なので不明な点が多い。ことに sacer と sanctum に関してはバンヴェニスト、前掲第II分冊一七九頁以下「ラテン語—sacer : Sanctus」参照。なお、バンヴェニストは sacer と sanctum の差異を無視する人を批判し、両者を区別しているが、その点は省略したい。一八二—三頁。そして、バンヴェニストの sanctio に関わる次の点のみ紹介しておきたい。

「legem sancire [法を不可侵にする、制定する] という表現において、本来 sancio [刑罰規定] とは法のうちの違反者に課せられる刑罰を述べた部分を指し、しばしば poena [刑罰] と結びつけられていた。そのため、sancire は poena officere [処罰する]

と同様になってしまった。」とところで、古代ローマ法では、刑罰は懲罰者として立ち現れる神々自身の名によって課せられていた。そうした場合に適用される原理は、「Qui legem violavit, sacer esto 《法を犯した者は sacer になる》と言い表され、この種の法は *leges sancrae* [聖法]と呼ばれていた。こうした法は不可侵のものとなり、《刑罰》によって効力を得ていた。」「そこから動詞 *sancire* は法を有効たらしめる上のような「罰則」条項を指すのに用いられるようになったのである。」「やうには、*legem sancire* や *lex sancta* はかりでなく、*lege sancire*、すなわち法によって、法的規定によって何かを不可侵のものとするという表現も用いられていた。」「一八二頁。そして、「以上の用例全体から明らかのように、*sancire* とは何らかの規定の適用範囲を画定すること、そしてこの規定を神の庇護下に置き、もし侵犯者があれば、これに対する神罰を求めて規定自体を不可侵なものとするなどを意味していた」という。一八二頁。

では、トマスは、「神学大全」の中で、*sanctio* 概念をどう取り扱っていたかを瞥見してみたい。

トマスの場合、*sanctio* 概念は、むしろ、「確立・認可」といった意味で使用されている。例えば、第一三分冊第九一問題「法の多様性について」[第三項 人定法なるものがあるか]参照。人定法の必要性についてのべたとき、「人間理性が諸々の法をなんらか特殊なる仕方で確立・認可 *sanctio* することが必要である。」「二三頁。とところで、この「確立・認可」の用語は、トマスの場合、ときには、キケロの指摘に関連して、それを利用している。すなわち、「このように自然に由来し、慣習となることによって確証されたことがらを、法にたいする怖れと崇敬が確立・認可 *sancire* した」(キケロ、『修辞学』)という。二二頁、九四頁。

因みに、*sanctio* という語は、現在でもいろいろな意味で用いられている。例えば、先に触れたごとく、国際関係でよく「経済制裁」という語が使用されている。しかし、イギリス法学において、法的意義をもつ一例として、ここでは、ハートの「法の概念」(Hart, op. cit., [The Concept of Law])の使用例を取り上げてみたい。そこでは、殆どが、不利益を強要することによって行為規範を担保する場合の *sanctio* の意味で使用しているが、その原義が拡大されて使用されている例も挙げている。従って、刑事法から民事法、国際法に亘る *sanctio* の事例に言及している。同書、二七、三三―三五、三六―八、四八、九八、一九八―二〇〇、二一六―二〇、三〇六頁参照。しかし、ここでは、既に *sanctio* の意味合いにおいて、その「正当化」の要素は背後に退いてしまっていることにも留意しておきたい。換言すれば、我が国で「裁可」という訳が密接に関わる場合と、「制裁」として捉えられる場合では、次元を異にした問題になってきているのではないだろうか。あえていえば、ここでは、すでに「制裁」と「裁可」の両概念の基底に存在する「神聖性」あるいは「権威」の問題が不問に付されて、それぞれの個別的固有問題として論ぜられてきているのではないだろうか、と史料している。

(9) 前出注(8)参照。

(10) 拙稿、前掲一四巻二号五頁、一八頁注(11)、二〇頁以下 [ii] 自然法と世俗権力」参照。

(11) この点については、拙稿、前掲一巻一号八頁以下「③ 中世社会における組織形成のためのカノニストの役割」の箇所参照。さらに、この点については、世俗社会における「王」の地位と権能の問題が絡むが、「王のポテスタス」については、拙稿、前掲一四巻二号三九頁以下「(ii) 「王」のポテスタス」の箇所、また、その権能(力)については、拙稿、前掲一巻二号一八頁以下注(12)、一九頁注(13)、三四頁注(41)参照。

なお、世俗権力の法定立は、「人定法」と呼ばれたことはこれまでも触れてきたが、ここで一言、「神法」と「人定法」との関係について言及しておきたい。それは、彼岸における罪と此岸における罰の相違の前提をなすからである。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九八問題「旧法について」【第一項 旧法は善いものであったか】一四一頁参照。

「人定法と神法とではその目的・終極finisが異なっていることを知っておかなければならない。」「けだし、人定法の目的は国の現世的な静穏 *temporalis tranquillitas* であり、(人定)法は、国の平和な状態をほみだすにいたりうるような諸々の悪に関するかぎり、人々の外的な行為を抑制することによってこの目的に到達するのである。」「これにたいして神法の目的は人間を永久的幸福という終極へと導くことである。」

なお、「人定法」については、拙稿三巻二号四二頁注(44)、「カトリック教会史における人定法の出現」、一二巻二号五〇頁「トマスの体系化と神学における法の役割」、五三頁「トマスの人定法論」、六四頁注(24)「人定法の自然法への従属性」、一三巻二号五四頁注(1)「人定法の教導的側面と強制的側面」、一四巻一号一三頁以下「トマスの人定法論」、三七頁注(14)「人定法の不可欠性」、四七頁注(10)「人定法の必要性」参照。

なお人定法の定立の必要性については、トマスは、前掲「神学大全」第一三分冊第九五問題「人定法それ自体について」【第一項 人間によって何らかの法が定められることは有益であったか】八九頁以下で言及している。

(12) 王の権威における宗教的色彩に関しては、バンヴェニスト、前掲「インドヨーロッパ諸制度語彙集」II【第一章 rex】一一頁参照。なお、法定立に関するカリスマ的要素については、ウェーバー、前掲「法社会学」二八四頁以下参照。

(13) この点はいろいろの点から推論しうるが、ここでは、トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九三問題「永遠法について」【第三項 法はすべて永遠法から導き出されるか】五三―四頁参照。すなわち、

「永遠法は最高の統治者のうちなる理念 *ratio gubernationis* であってみれば、下位の統治者のうちに在る統治の理念はすべて、永遠法から導出されるものでなければならない。」「五三頁。「しかるに、下位の統治者たちのうちなるこうした理念とは永遠法以外の他の諸々の法にはかならない。」「五三―四頁。「したがって、すべての法は、それらが正しい理性 *ratio recta* を分有するものである限りにおいて、永遠法から出てくるものである。」「五四頁。

したがって、「科罰権」の行使も、永遠法のサンクションを受けるかぎりにおいて肯認されてくることになるといえる。

- (14) 「法の支配」の觀念については、拙稿、前掲一四卷一号三七頁注(14)参照。
- (15) 拙稿、前掲三卷二号一六頁注(10)、七卷二号二二二頁注(12)、二二六頁注(21)、一卷二号二頁以下参照。
- (16) グレゴリウス改革については、拙稿、前掲一卷二号一〇頁以下、四二頁以下注(54)参照。
- (17) シャルトル派については、拙稿、前掲七卷二号一九九頁注(4)、二一三頁注(12)、一卷二号四九頁以下、五八一九頁注(18)、五九頁以下注(20)以下の諸注、二卷一号一五頁以下、二三頁以下、二五頁以下参照。
- (18) テオクラシー(神政政治)については、拙稿、前掲三卷二号三〇頁以下、三六頁以下、四七頁注(75)、五三頁、一〇卷二号二五頁、一一卷一号一五頁、一八頁以下、二三頁注(11)、四五頁以下注(64)、五〇頁以下注(84)、二卷一号一四頁、二卷二号二三頁、三八頁注(5)、五一頁、一三卷一号一〇三頁注(5)、一二九頁参照。また第四回ラテラノ公会議については、四卷一号四〇頁、五卷一号一七九頁注(1)、一八二頁注(4)、一九一頁注(3)、二二一頁、二二五頁注(5)、二四八頁、一卷一号五二頁注(87)、一三卷一号九五頁、一〇一頁注(4)参照。
- (19) 拙稿、前掲一四卷二号二〇頁以下「(ii) 自然法と世俗権力」参照。
- (20) 拙稿、前掲一四卷二号三〇頁注(12)、四九頁注(22)、五二頁注(22)参照。
- (21) 拙稿、前掲一四卷二号三九頁注(22)参照。ただ、この点、神聖ローマ皇帝に関する一一世紀の教会改革運動による皇帝の俗人化が、俗人としての皇帝には、神の代理人としての地位は認められず、単に「教会のしもべ」とみなされたにすぎない、というミッタースリリーペリッヒの指摘がある。したがって、この言葉の意味は前後の文脈を考慮せねばならぬであろう。ミッタースリリーペリッヒ、前掲「ドイツ法制史概説」二四四頁。
- (22) 拙稿、前掲一四卷二号三九頁注(22)参照。
- (23) 拙稿、前掲一四卷二号五〇頁注(22)参照。
- 王と皇帝との関係について、トマスにあっては、なんらかの区別がなされていたのであろうか。周知の如く、教皇インノケンティウス四世と皇帝フリードリヒ二世との一二四〇年代の争いは有名である。したがって、世俗権力の象徴たる皇帝権を教会がどのように観念していたかは、重要な問題になろう。
- ところで、この問題は、周知の如く、神聖ローマ帝国というものの現実的姿が、法制度上においてどれほど確立されたものであつたか、という点で曖昧であり、また、紛争の種でもあったため、本項の課題との関連で、どれほど意味をもつか、疑問の点が多い。ミッタースリリーペリッヒ、前掲「ドイツ法制史概説」、四〇八頁「教皇法と皇帝法」。ことに、フリードリッヒ・バルバロッサの時に、「部族支配制から地域支配制への移行、人的結合国家から領域国家 Flächenstaat へ、人的原理から領域的原理への移行」が生じたことは、「中世におけるドイツ帝国国制の最も重要な変化」であつた。二〇二頁。なお、神聖ローマ帝国そのものについては、

二三八頁以下「第二章 神聖ローマ帝国」、ことに「帝国と王国」との関係については、二六三頁以下参照。司法については、二八三頁以下参照。「司法も国王を頂点としている。法律書はまだ国王を帝国の最高裁判所と考えているが、しかしこれはもはや実情に合っていないかった。」

それゆえ、トマス時代には、皇帝概念を念頭において語る必要がなかったのか、「神学大全」では、「皇帝」概念への言及は見いだせない。したがって、本項では、「科罰権」を語る場合に、「王」「君主」「首長」概念を軸にして考察することにする。

(24) 前出注(11)参照。拙稿、前掲一四卷一三三七頁注(14)参照。

(25) 拙稿、前掲一四卷二五六一七頁注(25)参照。

(26) 拙稿、前掲一四卷二五六一三頁注(22)参照。

③ 法の遵守と強制——「怖れ timor」

罪と罰は不可分の如く通常受け取られている。しかし、罰の観念的先行概念として「罪」が社会的に観念化されるためには、事実上の罰行為の慣習化が前提となっているし、それを制度的に受け止めるためには、一定の社会的意識の形成が前提となっている。換言すれば、共同体の慣習違反に対する単なる「強制」としてではなく、「強制」という認識を離れて「罪」というものの社会的意識の形成が必要になってくる。そこで、この「罪」のジャンルの自己確認化の過程の分析が取り上げられねばならなくなるであろう。

そこから、先に留保した「③ トマスの自然法と人定法——人は如何にして自然法を行為規範となしうるのか」の「強制論」をここで再論しておきたい。⁽¹⁾すなわち、人が法を遵守し、「自己の意志」をもって法に従うということについては、「自己の意志」に逆らって法に従わざるをえないということを考える場合に生ずる「強制」という要素と、自己の精神作用としての「怖れ」による法の遵守との間に、社会哲学的に見た場合に大きな差のあることを考慮せねばならない。⁽²⁾ことに、「怖れ」の場合には、法違反の結果生ずる「刑罰」ではなく、他人の「刑罰」を見て、「法違反」に対する心理的圧迫感を抱くことによる社会的予防的効果を、社会構成員に期待するところから生まれてくるものであること

が留意されねばならない。それは、形而下的な「強制」ではなく、かかる強制が外的に加わる以前の状態における人間の行為に対して「抑止」効果を持ちうる「心理的強制」であり、いわば法的効果として最も重要視されてきた手段でもあるといえる。⁽³⁾ただし、それをも「他律的」と見るか「自律的」と見るかは、議論の分かれるところで、今日でも難しい問題となっているといえよう。

しかし、社会哲学的には、それを「理性的人間」を前提として、どう受け止めうるかという問題が生じていることだけは確かである。そこから、一体、それはトマスの人間理性論とどう調和しうるのであろうかという問題が浮び上がってくる。確かに、トマスは、理性的人間でも完全性を有していないといっているが、他方では、科罰権をもつ統治権者の権力乱用を含む「権力」への「脅威」を認めている。それならば、あえて、トマス倫理学をまたなくても、「科罰」が社会的に受け入れられるのは、物理的「力」を含む広い意味での社会的「力」の行為にたいする「脅威」によるという、社会的抑止政策に基づくという論拠に依拠しているに過ぎないのではないかという疑念も湧いてくるであろう。そしてまた、それだけでは、敢えてトマスの倫理学に依拠しなくても、多くの人によって主張されてきたものと同じ見解になってしまうのではないだろうか。

しかも、この指摘だけでは、「科罰権」者の権力乱用可能性をどう防ぎうるのかという問題には未だ答えたことにはならない。換言すれば、「科罰権」の行使が、科罰権者に関しても、「正義」に叶うものであることを前提に、なお、「法」を遵守する社会意識がどのような契機で生じてくるのかという問題が未解決のまま残ることになる。それゆえ、その点で、「理性的人間」論とどのようにかかわるのかという問題を、いま少しく眺めておかねばなくなる。

そこで、その点の論理を展開するトマスの「怖れ」論に、ここで些か触れておきたい。まさに、先に言及した「煉獄」思想という社会的イデオロギーがこの時代に定着してきていたが、一三世紀には、その思想の及ぼす社会的意義が

大きく変わっていたことと思ひ合わせて、その論理構成を再検討する必要性に迫られてくる。⁽⁴⁾ ことに、これまでも瞥見してきたシャルトル学派以来のアリストテレスの影響を背景として、トマスの「神学大全」によって集大成される「教会」型イデオロギー、就中、人間の「理性」的被造物論と、その前提のうえに、人間の不完全的存在論と至福への努力による指向性を人間の「自然本性」として捉える思想傾向とこの問題との絡みについては留意せねばならなくなる。⁽⁵⁾ なおその点、人間の法遵守の根幹に関わる問題として現代においても法学の原点を形成するものといえるだけに、ここでこの問題を再び取り上げて瞥見しておきたい。⁽⁶⁾

しかし、この点については、本項では、すでにトレルチの指摘を紹介しているし、またトマスの考え方にも触れてきているので、⁽⁸⁾ ここでは、その問題点を私見を交えて要約的に摘示しておきたい。

① トマスは、この点について、彼の神学的特徴を端的に現している。敷衍すれば、トマスは、共同体論を採択しているが、そこから罪を犯した者を排除する方法と、⁽⁹⁾ 共同体内部に留めおいて、罪を犯したものに更正の機会を与える方法とを認めており、⁽¹⁰⁾ トマスは、この二つの科罰体系を共に採択している。しかし、それを突き詰めていえば、それらはいずれも、社会的秩序の維持のためという視点に立てば、同質のものといえる。⁽¹¹⁾

② しかし、この二つの方法は、罪を犯した者に対しては、決定的な違いが生ずる。しかも、その内容に変化はあれ、今日でも存在する方法といえよう。すなわち、前者には、当時では、法外追放（破門）と死刑とがあった。今日では、世俗社会における法外追放という刑はなくなったが、死刑はかなりの諸国において存在している。なお後者は、当時では、苛酷を極め、前者と実質的には異ならぬ結果をもたらすものも多かったが、論理的には、一応共同体内の存在性を肯認し、神の恩寵を受ける機会が与えられる。しかし、前者には、その存在そのものを否定するがゆえに、全く異質の方法となる。⁽¹²⁾

③ しかしその点を突き詰めて行くと、前者のみならず、一定の「身体刑」の容認についても、その苛酷性の存在をどう説明するか、という問題についてのトマスの見解が注目に値する。すなわち、トマスは、「報復 contra passum」という概念を、彼の神学体系から排除しておらず、⁽¹³⁾誤解しているのでなければ、その意味では、彼の「科罰論」は現実妥協的といえるのではないかと思われるし、現代まで続く「応報刑論」の理論を克服したものとはなっていないかつたともいえるように思われる。

④ そこで浮び上がってくるのが、トマスの「義務」論であるといえる。

この点は、より立ち入って検討せねばならぬ点が多いので、次の「(iii) トマスと刑事法—法と正義」の項に譲りたい。すなわち、その点のトマスの独自性が提示されねば、先に提示した如く、彼の神学体系は、結局現実の状況との妥協ということになり、必ずしも論理的に一貫した理論構築に成功したものは云えなくなるからである。かかる意味では、トマスの義務論がある意味では極めて重要になってくる。

⑤ そして、この「義務」観を身につける観念として、トマスの極めて特徴的な「怖れ」の観念が指定されてきているといえよう。それは、「他律」的な「法」を「自律化」する観念であるが、今日でも使用されている刑罰の「脅威」観念と異なつて、「自律的」意味での「怖れ timor」概念を指定しているところに、トマス神学の特徴があるのでないかと思料している。⁽¹⁴⁾

ところで、トマスの「怖れ」論は、彼の神学の核心の一つであり、私にとって容易に理解しうるものではないが、重要と思われるので、あえて、それを次に纏めてみることにしたい。

① トマスは、「法」と「怖れ」のかかわりについて、それをどう受け止めているのかという問題については、「怖れ」の観念がすでにキケロの段階で特殊的意味を含む形で使用されていたとする。⁽¹⁵⁾ また、キリスト教にあつても、す

に、旧法によって、「刑罰の怖れ」が示されているという。⁽¹⁶⁾そして、トマスは、「刑罰の怖れ」を「徳」の始まりと捉えている。⁽¹⁷⁾

② トマスは、「刑罰の怖れ」は「神の怖れ」という観念を大前提にするとする。⁽¹⁸⁾しかし、「神の怖れ」と「人間の怖れ」は異なる。⁽¹⁹⁾

しかしなお、「怖れ」概念が信仰に結びつくものであることには、とくに留意せねばならぬであろう。⁽²⁰⁾

③ 「怖れ」には二種類ある。すなわち、「奴隷(僕)的怖れ」と「息子的怖れ」である。⁽²¹⁾しかも、「怖れ」は「悪」に属する。⁽²²⁾

④ 「刑罰の怖れ」は、「奴隷(僕)的怖れ」に属する。⁽²³⁾

⑤ この「怖れ」を自意識化するためには、「知恵」が必要である。⁽²⁴⁾

⑥ その結果、「刑罰の怖れ」が、神と関係づけられうるならば、単なる「悪」ではなく、「愛徳」として受け止められうる。「他律」的なる「脅威」は「自律」的「怖れ」となる。⁽²⁵⁾

⑦ その結果、トマスにあっては、「刑罰」は、「医療的」であり、「怖れ」は、「脅威」の観念と異なるものになる。⁽²⁶⁾

(1) 拙稿、前掲一四卷二号三〇頁注(12)参照。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九五問題「人定法それ自体について」[第一項人間によって何らかの法が定められることは有益であったか]九一頁参照。

(2) 拙稿、前掲一四卷二号三〇頁注(12)参照。周知の如く、現在では、罪と判断され、罰を受けるのは、加害者の「刑事責任」の問題として処理されている。内藤謙「刑事責任」(岩波講座、「基本法学5—責任」)、岩波書店、一九八四年、二九五頁以下参照。しかし、社会構成員に対する刑罰の抑止的效果をどう評価するのか、という問題は、別次元の問題として残るのではないかと思う。それは、刑事法学内における旧派と新派との争

いを超えた社会問題として検討を要する課題であるが、その点にまで立ち入る能力を私は持たぬので、問題点としてのみ摘示しておきたい。但し、端的に言って、この「みせしめ」的行為の社会的存在意義の課題は決して近代法学だけの課題ではなく、古代からあったものであるが、それが、近代社会におけるその存在意義が前近代社会におけるそれとどのように異なるのか、あるいは、同質性を有するものなるのかは、今日なお制度論の課題として残っているように思われる。後出注(6)参照。

なおまた、この問題に関連して、ウェーバー、前掲「法社会学」五九頁以下「(5)」の箇所参照。

ハートが摘示する如く、違反者の刑事責任論と、その他の社会構成員が、刑法規によって、脅威を感じて法あるいは命令を遵守することとは異なった次元の問題である。しかしなお、現実には、法違反者が処罰される、あるいは、刑事責任を問われることによつて、その処罰されることを媒介にして、社会一般の人々は法の遵守義務を知覚する社会構造になっているといえよう。cf. Hart, op. cit., [The Concept of Law], p. 7. ハートは、この問題を、彼の『法の概念』第二章 [Laws, Command, and Orders] で全面的に取り扱っている。その内容については省略するが、項目としては、「1. 諸種のインペラティブス」、「2. 強制命令としての法」で取り扱われている。

なおこの問題は、ホームズの「法予言説」によって問題提起されてきたものにも関連している。「法予言説」は、いろいろの批判を受けているが、ホームズの主張の中には、法が社会規範として強行性をもつことによつて、それを遵守せざるをえないという社会意識が定着することにより、法が遵守されている点を強調したいがために、「法予言説」的な表現をとったことを看過することはできないのではないかと思料している。それが刑事責任と法の予防的機能を混淆された形態で表現されたために、批判の対象になっている節があるものと思う。cf. O. W. Holmes, Collected Legal Papers, 1962, p. 173 [The Path of the Law], p. 313 [Nature Law]. なお Benjamin N. Cardozo, The Growth of the Law, 1946, 8th ed. p. 44. Hart, op. cit., [The Concept of Law], pp. 10~11, 27. さきには、ハートに触れたが、この問題の現代的意義について、ノージック、前掲「アナーキー・国家・ユートピア」、一〇三—一一一、一一二—一一四、一六六、一六七頁「恐怖と禁止」の箇所も興味深い。

トマスの「怖れ」論は、第一六分冊第一九問題「怖れの賜物について」、第二二問題「希望と怖れに属する掟について」で取り扱われている。第一九問題では、「第一項 神は怖れられうるか」「第二項 怖れを息子的、奴隸的、および此世的怖れへと区分するのは適切であるか」「第三項 此世的怖れは常に悪いものであるか」「第四項 奴隸的怖れは悪いものであるか」「第五項 奴隸的怖れは実体において息子的怖れと同一であるか」「第六項 奴隸的怖れは愛徳と共に存続するか」「第七項 怖れは知恵の発端であるか」「第八項 発端的怖れは実体に即して息子的とは異なったものであるか」「第九項 怖れは聖霊の賜物であるか」「第一〇項 愛徳は増すと怖れは減るか」「第一一項 怖れは天国において存続するか」「第二二項 心の貧しさは怖れの賜物に対応する至福であるか」の項目を取り扱っている。また第二二問題では、「第一項 希望について何らかの掟が与えられるべきか」「第二項 怖れについ

て何らかの掟が与えられるべきか」の項目が取り上げられている。「怖れ」の観念について、詳しくは後出注(14)参照。

(3) 拙稿、前掲一四卷二号一〇頁注(8)参照。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九五問題「人定法それ自体について」「第一項人間によって何らかの法が定められていることは有益であったか」九二頁参照。なお、トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」、都立大法雑四〇巻一号六五〇頁以下参照。エールリッヒ、前掲「法社会学の基礎理論」一九頁参照。

また、cf. Miller, op. cit., [The Data of Jurisprudence], p. 221. ここでは、身体刑を見せしめのために使用したことに言及している。also, p. 262. また、サンクシヨンの機能により、粗野な力の行使状態から進んで法を遵守する意識が普及する点を摘示している。

なおまた、ローレンス・M・フリードマン、「法と社会」、石村善助訳、至誠堂、昭和五五年、一六二頁以下「サンクシヨンの有効性」参照。この点で、端的に問題が提起されているのが「死刑」である。とくに、一六四頁以下「死刑」、一六六頁以下「抑止曲線」参照。なお、この問題が、現在国際的な問題にもなっていることは、周知の事柄といえよう。

また、ヘルムホルツはカノン法の問題として reverential fear という問題を扱っている。Helmholz, op. cit., [The Spirit of Classical Canon Law], pp. 252~4, [reverential fear] 拙稿、前掲一四卷二号一七—八頁注(8)参照。

さらに、ハートは、刑事法において、サンクシヨンを、禁止行為を為すことを discourage するように規定している、と述べているのも、社会的心理的抑止効果を狙ったものとして捉えているものといえる。Hart, op. cit., [The Concept of Law], p. 34. それは、さらに、刑事法規が、単に裁判規範として定立されているのみならず、社会規範としての意味をもっていることを意味する。Hart, op. cit., [The Concept of Law], p. 39. さらに、刑罰の「怖れ」fear of punishment あるいは「肉体的刑罰の脅威」threats of physical punishment の問題を正義と道徳律の区別に関連して言及している箇所参照。see, [VIII Justice and Morality] [2. Moral and Legal Obligation], esp. pp. 179~180 [(iv) The form of moral pressure].

(4) この「怖れ」論の問題は、前述の「強制」の要素に言及したところより帰結されるところである。

ところで、一三世紀に、「煉獄」思想の社会的意義が変化していったことについては、ゴッフ、前掲「煉獄の誕生」参照。但し、ここで留意すべきことは、「煉獄」観念は、罪人に対するもので、その存在の肯定による社会構成員への影響を論ずるものではなかった、ということである。それは、「生者のとりなし」という点を媒介にしてのみ、社会の構成員との接点をもつに過ぎなかった。したがって、社会構成員の立場からすれば、なぜ「とりなし」をせねばならなかったのか、という点が重要であったであろう。尤も、トマスにあっては、煉獄思想は、それ以前より意義をもつものではないと考えている、とゴッフが摘示していることも留意せねばならぬであろう。ゴッフ、前掲四〇一頁。

「怖れ」の観念については、単なる「脅威」ではないことも強調しておかねばならない。かかる意味では、社会的にみた中世のこ

の観念と近現代の刑罰の脅威論との質的相違には留意しておかねばならぬであろう。尤も、中世においても、教義と現実とは異なり、「恐怖」の観念も教会によって積極的に利用されてきたことも忘却できないであろう。ジュエラール、前掲「ヨーロッパ中世社会史事典」二二三—四頁参照。また、教義の中にも、「十戒」の中において、刑罰の「威嚇」の効用を肯認している点を摘示した箇所を見出す。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九九問題「旧法の規定について」第六項 旧法は現世的な約束や威嚇によって規定の遵守へと誘導すべきであったか」一八〇頁、第一〇〇問題「旧法の倫理的規定について」第七項 十戒の諸規定の述べ方は適切であるか」二二二頁参照。

(5) 多くの人々が、法を遵守する前提として、トマスは、理性的人間の不完全性とともな、その自然本性の傾向性を重視している。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第七九問題「正義のいわば構成部分について」第二項 違反は特殊な罪であるか」四一二頁。「自然本性の傾向性は自然法の掟に属する。」「さらに正しい慣習 *consuetudo honesta* もまた掟たるの力を有する。」四一二頁。「したがって違反と同じく罪も正しい慣習および自然本性的な傾向に反するものでありうる。」四一二頁。

(6) これまで、トマスの神学大系における秩序維持論の観点から、その論理構造を追求してきたが、近代になると、人間の主体性論の立場から、これらの問題をどう受け止めるかという問題になってくる。そこで、中世から近代への転換を契機に、どのようにこの問題が処理されてきたのか、ということが検討されねばならぬ課題になってくる。ことに英米法における陪審制度の生成と関連して、刑事責任をどう観念してきたか、英米法研究には欠かせない課題になってくる。Thomas Andrew Green, *Verdict According to Conscience—Perspective on the English Criminal Trial Jury, 1200—1800*, 1985. Alan Norrie, *Crime, Reason and History—A Critical Introduction to Criminal Law*, 1993. なお、前出注(2)参照。

近代における功利主義的刑事法理論の代表の一人として挙げられるベンタムにおいても、そもそも人間が快楽を求め苦痛を避けることと *pleasure and pain* を原点において論理構成したことは周知のことからである。しかし、最小限に押えられるにせよ、苦痛 *pain* の加わることを社会的に無視しえないものとして論理構成していることは忘却できない。cf. ed. Hart, *The Collected Works of Jeremy Bentham—Of Laws in General*, 1970, p.133 et seq. [Chapter XI Force of Law].

(7) 拙稿、前掲一四巻二号一三頁以下。トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」四〇巻一号六五〇頁以下。なお、トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」四一巻一号三三〇頁以下、就中、三三八頁以下「罪の状態（＝現世）の秩序に内在する強度に合理的な内容」参照。すなわち、「他方、自然の掟は、罪の状態の制約を受けて、罪に対する罰 *poena* および罪からの救い *remedium peccati* という新たな形態をとるようになった。」三三九頁。この時期に、単に「脅威」のみならず、「恩寵」の要素によって、「救い」の観念が新しくなることによって、「罰」の神学的意味も新たな意義づけが要請されていた点が重要であるといえよう。

(8) 前出注(1)参照。

(9) 拙稿、前掲一四卷二号一五頁注(8)。トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集團の社会教説」四二卷二号二二六頁以下「政治権力および共同体」。

(10) 拙稿、前掲一四卷二号一四一五頁注(8)参照。

(11) 拙稿、前掲一四卷二号九頁以下注(8)参照。

(12) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六五問題「人身にたいして加えられるその他の危害について」。「第二項 親が子を、あるいは主人がしもべを殴打することは許されるか」一九四頁参照。「国の首長は完全なる強制権力を有する。そのゆえに、死刑や(手足)切断のような回復不可能な刑罰を科することができる。」一九四頁。

但し、聖職者は、人を殺すことは許されていない。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六四問題「殺人について」。「第四項 聖徳者は悪事を為す者を殺すことが許されるか」一六八頁。だが、この点、旧約聖書と新約聖書の違いをトマスは強調し、旧約の祭司たちに許容されていたが、新法に奉仕する聖職者には認められないという。一六九頁。

西欧社会における死刑廃止論の論拠については、専門外であるが、その基礎にある論理は「法」の基本問題にかかわると思料している。

(13) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六一問題「正義の諸部分について」。「第四項 正しいことは端的に報復と同一であるか」一〇九—一一〇頁参照。但し、トマスは、前述の如く、現世の刑罰は「報復的」であるよりは「医療的」であるといっていることも留意せねばならぬ。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題「窃盗と強奪について」。「第六項 窃盗は大罪であるか」二二〇頁参照。後出注(26)参照。

(14) トマスの「怖れ」の観念については、トマス、前掲「神学大全」第一六分冊第一九問題「怖れの賜物について」参照。

トマスの「裁き」と「怖れ」の関係については、私がとくに注目したことは、前にも言及した如く、トマスの人間観・人間行為論がその根底に横たわっているということである。そこで、トマスの摘示した若干の点をまず取り上げてみたい。トマス、前掲「神学大全」第一一分冊第六八問題「賜物について」。「第四項 聖霊の七つの賜物は適切に枚挙されているか」参照。

「人間的行為の賜物たりうるようなすべての人間能力、すなわち理性と欲求能力のうちには、諸々の徳が見出されるのと同様に、諸々の賜物(*)も見出されるのである。」三七三頁。

〔(*) 賜物 *donum* という概念については、前掲六八問題「賜物について」三五七—三九〇頁参照。本項に関連する限りで、要点を摘示すれば、賜物と徳の関係がここでの主要問題になる。「もしわれわれが賜物と徳について、それらの名称の意味するところに即して *secundum nominis ratione* 語るのならば、それらは相互になんらの対立もふくまない。上述のごとく(第五五問題第三、四

項)、『徳』という名称の意味は、(徳は)人間が善く行為するように完成するものである、というところから由来するものであり、これにたいして『賜物』という名称の意味は、当のものがそこから出てくる原因 *causa* への関連からとられたものだからである。」三五九—六〇頁。それは、主体を人間におけば「徳」、神におけば「賜物」となる関係であり、したがって、「理性の判断から出てくるものたるかぎりで知的徳と称せられる。これにたいして、それが神的誘発からして働きをなすかぎりでは賜物と呼ばれるのである。」三六四頁。」

ところで、「欲求能力 *virtus appetitiva* は、他者にかかわることに関して孝養(*)によって完成される。」「他方、自分自身にかかわることに関して、危険への恐怖に抵抗する剛毅、ならびに快的なことからへの無秩序な欲情に対抗するところの怖れによって完成されるのであって、この後者については『箴言』第一五(第二七節)には『主への怖れによってすべての者は悪を避ける』とあり、また『詩篇』第一一八(第一二〇節)には『わたしの肉をあなたへの怖れでつきさして下さい。わたしはあなたのさばきを怖れているからです』といわれていることとくである。」「三七三頁。

〔*〕なお、「孝養」の訳について一言触れておきたい。原語は *pietas* である。それは英語の *piety* であり、通常「敬虔」などと訳されているものである。その点に関して、トマスは、次の如く述べている。第一一分冊第六〇問題「倫理徳相互の区別について」第三項 働き関してはただ一つの倫理徳があるだけか」二二三頁以下参照。すなわち、「働き、行為にかかわるすべての倫理徳は正義の或る一般的な本質的側面 *ratio generalis*—それは他者にたいする負目 *debitum* に関してとらえられる—に関して合致するが、(正義にかかわる) 様々の特殊な本質的側面 *ratio specialis* に即して区別されるのである。」「二二三頁。したがって、「敬神とは、それによって神にたいする負目が、孝養とはそれによって両親や祖国にたいする負目が帰せられるところの徳である。」「二二四頁。ここから、「共通善の実現をめざすところの正義は、或る人の私的な善 *bonum privatum* へと秩序づけられる正義とは異なった徳である。ここからして、共通的な *ius commune* は私的な *ius privatum* から区別されるのであって、キケロは『弁論術』第二巻(第五十三章)において人をその祖国の善へと秩序づける一つの特殊な徳として孝養・祖国愛 *pietas* をあげているのである。』といている。二二三頁。そこで、先に引用したトマスの文脈もかかる意味で解されねばならぬであろう。』

したがって、「怖れ」の観念は、トマスにあっては、単なる「恐怖」概念ではなく、そもそも神への「畏怖」の観念を基点としていることを知る。

(15) 第一三分冊第九一問題「法の多様性について」第三項 人定法なるものがあるか」参照。

「このことをふまえてキケロはその『修辭学』のなかでつぎのようにのべている。『法の発端は自然に由来する。ついでなんらかの事柄が有用さのゆえをもって慣習へと定着した。その後、このように自然に由来し、慣習となることによって確認されたことがらを、法にたいする怖れと崇敬が確立・認可した。』」二二三頁。

(16) 第一三分冊第九一問題「法の多様性について」「第五項 新法は一つのみであるか」参照。

「人々を法規の遵守へと導くことは法の機能に属することであるが、旧法はこのことを刑罰にたいする怖れという手段によって遂行した。これにたいして、新法はそのことを、キリストとの恩寵によってわれわれの心に注ぎこまれるところの愛によってなすのである。」「こうした恩寵は旧法においては予表されるにとどまっていたが、新法においてはいっさいに与えられるものである。」「このゆえをもって、アウグスティヌスは、『律法(旧法)と福音(新法)との違いを簡単にいうなら、怖れ timor と愛 amor の違いである』とのべている。」「一九頁。

また、第一三分冊第九二問題「法の効果について」「第二項 法の働きの区分は適切であるか」参照。「しかるに法が自らへの服従を確保するために用いるのは刑罰にたいする怖れであって、その限りにおいて処罰することが法の機能の一つに数えられるのである。」「(傍点筆者) 四二頁。

(17) 第一三分冊第九二問題「法の効果について」「第一項 法の効果は人々を善き者たらしめることであるか」参照。「ひとが法を遵守するのはいつでも徳の完全な善性 bonitas perfecta virtutis にうながされてではなく、時としては刑罰を怖れるがゆえに、さらに時としてはただ理性の命ずるままに法を遵守するのであるが、この最後のものは、上述したように(第六三問題第一項)、徳の始源・根源ともいべきものである。」「三八頁。

なお、第一三分冊第九五問題「人定法それ自体について」「第一項 人間によって何らかの法が定められることは有益であったか」九〇頁以下参照。(拙稿、前掲一四巻二号一〇頁注(8)、三〇頁注(12)参照。)第一〇〇問題「旧法の倫理的規定について」「第九項 有効な在り方は律法の規定のもとにふくまれるか」二一九頁以下参照。

(18) まず、「罪」の制止には「神への怖れ」ということに留意せねばならぬとする。第四分冊第六四問題「悪霊たちの罰について」「第三項 悪霊たちに病苦が存在するか」参照。「罪を制止する『神への怖れ』 timor Dei の意に解すべきである。」「四一七頁。

そこで、怖れの対象 obiectum timoris に関するトマスの記述を見てみねばならなくなる。第一六分冊第一九問題「怖れの賜物について」「第一項 神は怖れられるか」参照。

(希望と同じく)「怖れもまた二重の対象を有することが可能である。」「すなわち、その一つは人が避けるところの悪そのものである。もう一つはそこから悪がやってくることでできるところのものである。」「四一頁。」「したがって、第一の仕方においては、善性そのもの ipsa bonitas である神が怖れの対象であることは不可能である。」「しかし、第二の仕方においては怖れの対象でありうる—すなわち、神から、あるいは神との関係において、何らかの悪がわれわれに迫ることが可能であるかぎりにおいて。」「たしかに神からわれわれに刑罰の悪 malum poenae が迫ることは可能であるが、これは無条件的な意味では善なのである。けだし、善は目的・終極への秩序づけにおいて語られ、悪はこうした秩序づけの欠如を含蓄するのであるから、究極目的への秩序づけを排除するものが

無条件的な意味で悪であり、それは罪過の悪 *malum culpae* にはかならない。」四一頁。「これにたいして、刑罰の悪は何らかの特殊の善 *bonum particulare* を欠如するかぎりにおいてたしかに悪であるが、究極目的への秩序づけに依存するかぎりにおいて無条件的な意味では善である。」四一—二頁。「他方、神との関係においては、もしわれわれが神から切り離されたならば、われわれに罪過の悪がふりかかることが可能である。そしてこの意味で神は怖れられうるものであり、また怖れられるべきである。」四二頁。

(19) 「神の怖れ」と「人間の怖れ」の違いについては、まず「神の怖れ」の概念に触れておかねばならなくなる。第一六分冊第一九問題「怖れの賜物について」〔第二〇項 愛徳が増すと怖れは減ずるか〕参照。

「神の怖れは二つの種類がある。」

「その一つは息子の怖れであり、人はこれによって神に背くこと、あるいは神からの分離を怖れる。」七二頁。「他の一つは奴隷的怖れであり、これによって人は刑罰を怖れる。」(傍点筆者) 七二頁。(この点は後出注(21)参照。)

ここでは、「刑罰の怖れ」概念が、「神の怖れ」概念のうちの「奴隷的怖れ」に属することが暗示されている点が重要である。(後述注(21)参照。)

そこでまず、現世における人間の「怖れ」の観念についてトマスがどのように概念づけているかを見てみたい。

まず、いうまでもなく、「現世において人々は、かれらが避けうるであろうと考えている罰にたいする怖れのゆえに、冒瀆しないように抑止されているのである。」トマス、前掲「神学大全」第一五分冊第一三問題「冒瀆一般について」〔第四項 断罪された者共は冒瀆するの否〕二八四頁参照。

そこで、トマスの「人間の怖れ *timor humanus*、人間への怖れ *timor hominis*」について見ると、次の如き指摘がなされている。第一六分冊第一九問題「怖れの賜物について」〔第二項 怖れを息子的、発端的、奴隷的、および此世的怖れへと区分するのは適切であるか〕参照。すなわち、

「いまわれわれが論じている怖れは、それによってわれわれが何らかの仕方でも神へと転向・回心せしめられる *convertimur* か、あるいは神から離反せしめられる *avertimur* かぎりにおいての怖れである。」というのも、怖れの対象は悪であるから、時として人はかれが怖れる諸々の悪のゆえに神から遠ざかるのであって、このような怖れが人間的 *humanus* もしくは此世的 *mundanus* と呼ばれる。(傍点筆者)。「これにたいして、時として人はかれが怖れる諸々の悪によって神へと転向・回心せしめられ、神に固着する。」「ところで、こうした悪は二つの種類がある。」四五頁。「すなわち、刑罰の悪 *malum poena* と罪過の悪 *malum culpae* である。」四五頁。「したがって、もし或る人が刑罰を怖れるがゆえに神へと転向・回心し、神に固着するならば、そこには奴隷的怖れ *timor servilis* があることになる。」「これにたいして、罪過の怖れのゆえにそうするならば、息子的怖れ *timor filialis* があることになる。」というのも、父親に背くことを怖れるのは子供たちにふさわしいことだからである。「他方、これら両者のゆえにであ

るならば、それら二つの怖れの間であるところの発端的怖れ *timor initialis* があることになる。」——ところで、罪過の悪が怖れられることが可能であるかいなかについては、さきに怖れの情念 *passio timor* について論じたさいに(第II—1部「第一〇分冊」第四二問題第三項)、のべられた。「四五頁。

(拙注、「発端的怖れ」については、第一六分冊第一九問題「怖れの賜物について」第八項 発端的怖れは実体に即して息子的とは異なったものであるか」六四頁以下参照。「発端的怖れ *timor initialis* はそれが発端 *initium* であるところからそのように呼ばれる。」六五頁。しかし、ここでいう場合には、「何らかの息子の怖れが愛徳の始まりにもなって生じ始めているところの、初歩の人の状態 *status incipiens* に適合するものと解されている。」六五頁。そして「愛の発端であるところの怖れは奴隷的怖れである」という。六五頁。)

ところで、先に言及した、「神への怖れ」と「人間的怖れ」をトマスが区別している点をここで取り上げておきたい。

まずその前提として、「世俗権力」による「刑罰」をトマスが、どのように見ていたかをみておきたい。第一九問題「怖れの賜物について」第三項 此世的怖れは常に悪いものであるか」五〇頁参照。すなわち、「世俗的権力は、それらが人々を罪から離させるために刑罰を加えるさいには、この点で神に奉仕する者である。」という。五〇頁。そこから、「世俗的権力を怖れることは此世的怖れに属するのではなく、むしろ奴隷的もしくは発端的怖れに属するのである。」とする。五〇頁。(ある意味で、テオクラシーの本質的側面が現れているといえよう。)

その点さらに、第二五問題「愛徳の対象について」第一項 愛徳の愛は神においてとどまるか、それとも隣人にまでおよぶか」二〇〇頁参照。

「(一)……隣人は二様の仕方であれども、また怖れられることが可能である。」「第一に、かれに固有であるところのものゆえに——たとえば、或る人が暴君をかれの残忍さのゆえに怖れ、あるいはかれから何かを得ようとする欲望のゆえにかれを愛する場合がそれにあたる。そして、このような人間的怖れは神への怖れから区別されるのであり、愛についても同様である。」「第二に、人はわれのうちにある神に属するものゆえに怖れられ、また愛される。たとえば、世俗的権力が悪者を罰するためには有する神的職務のゆえに怖れられ、正義のゆえに愛されること。」「そして、このような人間への怖れ *timor hominis* は神への怖れからは罰せられないのであり、愛もまた同様である。」二〇〇頁。

(20) 「怖れ」と「信仰」の関係については、「信仰」は「知恵の発端」であるという点について、第一六分冊第一九問題「怖れの賜物について」第七項 怖れは知恵の発端であるか」六二頁参照。

「したがって、知恵の本質に即していえば、その発端は知恵の第一の諸原理、すなわち諸々の信仰箇条 *articuli fidei* である。そして、この意味で信仰は知恵の発端と呼ばれる。」六二頁。(「知恵」の活用については、後出注(24)参照)。

(21) 前出注(19)で触れた如く、「怖れ」には二種類あり、「奴隸的怖れ」と「息子的怖れ」がある。

そこで、その点について、もう少し言及しておきたい。第二一分冊第六七問題「現世の後に於ける諸々の徳の存続について」[第四項 希望は死後、栄光の状態においても存続するか] 参照。「あとでのべられるように(第II—II部 [第一六分冊] 第一九問題 第二項)、怖れには奴隸的なそれと、子としてのそれと二種がある。」「ところで、奴隸的な怖れは罰にたいする怖れであり、これは栄光の状態においては、罰を被る可能性がなら残っていないところから、存在することは不可能である。」「三四八頁。

しかし、「奴隸的 servilis」という概念を、ここで使用することに、われわれは違和感を感じるであろう。そこで、この概念に関するトマスの説明が求められてくる。この点、第一六分冊第二二問題「希望と怖れに属する掟について」[第二項 怖れについて何らかの掟が与えられるべきであったか]では、次の如く注釈している。すなわち、「怖れは二種類、すなわち奴隸的 servilis と息子的 filialis がある。」「一五頁。「ところで、或る人が報賞への希望からしても法律の掟の遵守へと導かれることく、そのようにまた刑罰への怖れ—これは奴隸的怖れであるが—からしても律法の遵守へ導かれるのである。」「一一五—一六頁。

そこで、「奴隸的怖れ」そのものの概念規定の問題に直面する。第一九問題「怖れの賜物について」[第二項 怖れを息子的、発端的、奴隸的、および此世的怖れへと区別するのは適切であるか] 参照。

トマスが、「奴隸的怖れ」を「悪」とする所以は、その「奴隸性 servilias」によるとしているので、この怖れを理解するために、「奴隸性」の概念を明らかにしておかねばならない。前掲、第一九問題「第四項 奴隸的怖れは善いものであるか」五二頁。但し、この点は、後出の注(23)でも重ねて瞥見しておきたい。

ただここでは、この「奴隸的怖れ」が如何にして生ずるかという点に関するトマスの説明だけを見ておきたい。第一六分冊第一九問題「怖れの賜物について」[第六項 奴隸的怖れは愛徳と共に存続するか] 参照。すなわち、「奴隸的怖れは自己愛からして生ずる。」「なぜなら、それは或る者に固有の善を損うところの刑罰・苦痛 poena にたいする怖れだからである。」「(傍点筆者) 五八頁。(「刑罰・苦痛にたいする怖れ」は「自己愛」から生ずるという点で、人間の主体性から「刑罰の怖れ」を捉えることを明示している。))「ここからして、自己愛が愛徳と共存しうると同じ仕方、刑罰の怖れと共存することができる。」「五八—九頁。「けだし、人が自らに固有の善を欲すると、それを奪われるのを怖れるのとは、同一の理由にもとづくからである。」「五九頁。(この「怖れ」と「愛徳」とを「自己愛」で統一的に把握する手法は、後に、「怖れ」と「愛徳」の相関関係論を展開する上でキイ的把握になっている。)

(22) 「悪」については、第一六分冊第一九問題「怖れの賜物について」[第二項 怖れを息子的、発端的、奴隸的、および此世的怖れへと区分するのは適切であるか] 四五頁参照。前出注(19)参照。

ところで、「刑罰的な悪」と「奴隸的怖れ」の関わりについては、トマス、前掲「神学大全」第一五分冊第七問題「信仰の結果に

ついて」〔第一項 怖れは信仰の結果であるか〕参照。すなわち、

「前述のごとく(第II—I部「第一〇分冊」第四一問題第一項、第四二問題第一項)、怖れは欲求能力の何らかの運動である。」「ところが、すべての欲求運動の権限は把握された善もしくは悪である bonum vel malum apprehensum。」「したがって、怖れ、およびすべての欲求運動の根源は何らかの把握 apprehensio でなければならぬ。」「しかるに、信仰によってわれわれのうち何らかの刑事的な悪 malum poenale—それは神的審判にもとづいて課せられるものである—についての或る把握が生ずる。」「一五六頁。」「そして、このような仕方において信仰は怖れの原因なのであり、この怖れ—これは奴隸的な怖れ timor servilis である—でもって或る人は神によって罰せられることを怖れる。」「一五六—七頁。

因みに「此世的怖れ」も常に「悪」であったとする。第一六分冊第一九問題「怖れの賜物について」〔第三項 此世的怖れは常に悪いものであるか〕四九頁参照。

(23) この世の世俗的権力の刑罰にたいする「怖れ」について、トマスが、「奴隸的怖れ」に属するとする所以については、第一六分冊第一九問題「怖れの賜物について」〔第二項 此世的怖れは常に悪いものであるか〕参照。

「世俗的権力は、それらが人々を罪から離させるために刑罰を加えるさいには、この点で神に奉仕する者である。」「それは『ローマ人への書翰』第三章(第四節)に『かれは神への奉仕者であって、悪を為す者には怒りをもって報いる』とあるごとくである。」「このようなわけで、世俗的権力を怖れることは此世的怖れに属するのではなく、むしろ奴隸的もしくは発端的怖れに属するのである。」「五〇頁。前出注(19)参照。

ところで、先に「奴隸性 servilitas」概念については留保したので(前出注(21))取り上げねばならぬが、その前提として servus と servitus について、ここでまず触れておかねばならなくなる。しかし、この servus、servitus の語は、現代こそ例えば英語の servant の如き意味を含むものとして捉えられてくるようになったが、元来は、集団内の自由人にたいして他所者、戦争で捕虜として捕えられ使役として使われた者を意味し、そこから奴隸と訳されてくることが多い語になった。パンヴェニスト、前掲「インド—ヨーロッパ諸制度語彙集I」三四六頁以下「第五章 奴隸、他所者」参照。それは、主として身分的なものを指し、必ずしも機能的概念が主ではなかったようである。したがって、英語の現在の用法である、職務の意味で用いられる servant の意味「例えば、civil servant」に連なる意味を主たるものとしてはいなかったようである。前掲三五二頁参照。(現在の英語では、奴隸は主として slave の語を使用する。)

しかし、トマスの場合には、servus あるいは servitus を dominium 概念と対置することによって、別の意味をもってくる。すなわち、第七分冊第九六問題「無垢の状態における人間にふさわしい支配について」〔第四項 無垢の状態において、人間は人間を支配したか〕一三五頁参照。

「支配（＝支配者たり主たること）dominium ということは二種の意味に解される。」一つは、奴隸的従属 *servitus* に対立するものとしてであり、こうした意味においては、『支配者・主』dominium とは、何者かがこれに『奴僕』*servus* として服するところのものにほかならない。「いま一つには、支配は、およそ如何なるふうであれ、一般に『そのもとに立つところの者』*subiectus* への関係において語られるのであって、こうした意味においては、自由人を統べ導く任務を有するときさうした者もまた『支配者・主』と呼ばれることができる。」「もし、だから、支配という言葉を第一の仕方に解するならば、無垢の状態にあっては人間を支配しなかったのであるし、支配を第二の仕方に解するならば、無垢の状態においても人間が人間を支配するということはありえただであらう。」一三五頁。

その理由として、「奴僕と自由人との相違はこうしたところに、つまり、『形而上学』の始めにいうごとく、『自由人は自己原因 *causa sui* である』のに対して、奴僕は他者にまで秩序づけられたものでしかないというところに存している。」「ひとが、だから、その支配する当の相手を、自己の、つまり支配者自身の効益 *utilitas* に関係づけている場合は、こうした場合にあっては彼は相手を奴僕として支配しているのである。」一三五頁。そこから、「無垢の状態にあって、人間が人間に対する」支配は存在しないと解する第一の場合と、存在すると解する第二の場合が生ずるといふ。一三五―一六頁。

「神学大全」の訳者は、この *servus・servus* の語に奴僕ないし奴隸の訳をあてているが、その訳の当否は別として、トマスこの語の用法は、前述の語義を持っていることが前提となる。そして、前述の注(21)で言及した「奴隸的怖れ」の概念も、この奴隸概念を前提として解すべきことになる。

ただ、「奴隸性 *servilitas*」という要素について、トマスが摘示した次の点だけは、ここで紹介しておきたい。第一六分冊第一九問題「第四項 奴隸的怖れは善いものであるか」参照。

「奴隸的怖れが悪いものとなるのは奴隸性 *servilitas* の側からである。」「というのも、奴隸たること *servitas* は自由に対立するものだからである。」「ここからして、『形而上学』第一卷(982b26)においていわれているごとく『おのれのために生きている者』*qui causa sui est* が自由なのであるから、奴隸とはおのれのために働きをなすのではなく、いわば外部からして動かされる者である。」「五二頁。

「奴隸的怖れは、それが奴隸的であるかぎりにおいて、愛徳にたいして反対・対立的である。」「五二頁。
「それゆえに、もし奴隸性が奴隸的怖れの本質的側面に属するものであったならば、奴隸的怖れは無条件的に悪いものでなければならなかったであらう……」五二頁。

「しかるに、前述の奴隸性は奴隸的怖れの種の本質に属するものではない——ちょうど、不完全性 *informitas* が不完全な信仰 *fides informis* の種の本質に属するものでもないごとく。」「五三頁。「というのも、道徳的習慣あるいは行為は対象からして種的に規定さ

れるのであるが、奴隸的怖れの対象は刑罰 poena である。」五三頁。

そして、結局、「奴隸的怖れはその実体 substantia に即していえば善いものであるが、その奴隸性は悪いものである。」という。五三頁。

(24) 第一六分冊第一九問題「怖れの賜物について」第七項 怖れは知恵の発端であるか」参照。

「―しかるに結果に関していえば、知恵の発端はそこから知恵が働きはじめるところのものである。そして、この意味で怖れは知恵の発端なのである。」六二頁。「だが、奴隸的怖れと息子的怖れとはそれぞれ異なった仕方においてである。」六二頁。「というのも、奴隸的怖れは外部から人を知恵へと態勢づける disponens とその根源として知恵の発端なのであり、それは或る人が刑罰の怖れからして罪を避け、そのことによって知恵という結果へと傾かしめられるかぎりにおいてであって、『集會書』第一章(第二七節)に『主の怖れが罪を追いはらう』と記されている通りである。」六二―三頁。

(25) 第一三分冊第九三問題「永遠について」第六項 人間界の出来事はすべて永遠法の下にあるか」参照。

「使徒パウロのあの言葉は二様に解することが可能である。」「その一つは、自らの意志に反して、いわばなんらかの重圧にたいするかのよう法に課する責務に服するところの者が、法の下にあると解される場合である。」「ここからして『注釈』はその箇所で、『正義を愛するからではなく、法が脅かすところの刑罰への怖れからして悪行をひかえるところの者は法の下にある』とのべている。」「ところで、靈的人物は聖霊がかれらの心に注ぎ入れた愛徳 caritas によって、自らの意志で、法に属することもをまっとうするのであるから、右の意味では法の下にはない。使徒パウロの言葉はもう一つの仕方で理解されうるのであって、それは聖霊によって行為するところの人間の行為は、当の人間の行為であるよりもむしろ聖霊の行為であるといわれるかぎりにおいてである。」六四頁。

先に、「刑罰の怖れ」が「自己愛」であることを指摘した。前出注(21)参照。そこで、「刑罰の怖れ」と「愛徳」との関係が問題になる。第一六分冊第一九問題「怖れの賜物について」第六項 奴隸的怖れは愛徳と共に存続するか」参照。

「しかるに、自己愛は三つの仕方で愛徳に関係づけられることが可能である。」「その一つは愛徳にたいして反対・対立的な仕方であり、それは或る人が自らに固有の善を(究極)目的と見なすかぎりにおいてである。」「第二の仕方においては自己愛は愛徳のうちにあふまれるのであり、それは人が自らを神のゆえに propter Deum、そして神において in Deo 愛するかぎりにおいてである。」「第三の仕方においては、自己愛は愛徳から区別されるとはいえ、愛徳にたいして反対・対立ではない。それはたとえは、或る人が自分自身を自らに固有の善という観点から愛するのではあるが、そうした固有の善を(究極)目的とは見なさない場合であって、そのことは、隣人が血縁あるいは何か他の人間的条件を理由に―ただし、愛徳に関係づけられうるような理由―愛される場合のように、隣人にたいする愛としては神に根ざすところの愛徳による愛のほかにも、何か他の特別な愛がありうるのと同様である。」五九頁。

「このようなわけで、刑罰の怖れも一つの仕方では愛徳のうちにくまられる。」「なぜなら、神から分離せしめられることは何らかの罰であって、愛徳は何より第一にそのようなことから逃れようとするからである。」「ここからして、右のことは貞潔な怖れに属する。」「これにたいして第二の仕方においては（刑罰の怖れは）愛徳にたいして反対・対立的であって、それは或る人が自らの自然的な善に反対・対立するところの刑罰・苦痛を、（究極）目的として愛されるところの善に反対・対立する主要的悪としてそれから逃れようとするかぎりにおいてである。」「そして、この意味での刑罰の怖れは愛徳と共存しない。」「第三の仕方においては、人が刑罰的悪 *malum penale* を怖れるのは、神からの分離という観点からではなく、それが自分に固有の善を傷つけるかぎりにおいてである、という理由で、刑罰の怖れは貞潔な怖れから実体に即してたしかに区別される。」五九頁。「しかし、その善はかれの（究極）目的と見なされるのではないので、その悪も主要的悪として怖れられるものでもない。」五九―六〇頁。「そして、このような刑罰の怖れは愛徳と共に在りうる。」六〇頁。「しかるに、こうした刑罰の怖れは、前述のところからあきらかなごとく（第二項、第四項異論解答、第四項）、刑罰が主要的悪として怖れられる場合のみ、奴隸的と呼ばれる。」六〇頁。「したがって、奴隸的であるかぎりでの怖れは愛徳と共に存続するのではない。」「しかし、自己愛が愛徳と共に存続しうること、奴隸的怖れの実体は愛徳と共に存続することが可能なのである。」六〇頁。

さらに、「第七項 愛徳が増すと怖れは減するか」参照。

「しかるに、前述のごとく（第六項）、奴隸的怖れは、奴隸性 *servitias* に関するかぎり、愛徳がやってくるにおよんでは全面的に取り去れるが、その実体に即していえば *secundum substantiam*、残存する。」「そして、この怖れは、何よりも働きに関していえば、愛徳が増すに依じて減ずる。なぜなら、或る人が神をより愛するに依じて、それだけ刑罰をより怖れなくなるからである。」（傍点筆者）。「すなわち、第一にかれは自らに固有なる善―刑罰はそれに反対・対立的なものであるが―がより少なく顧慮するようになるからであり、第二にかれは神により堅固に固着することによって報いについて大きな確信を抱き、その結果として刑罰をより怖れなくなるからである。」七二頁。

ここで、トマスは、神への敬神、愛徳が、刑罰の怖れを減ずるといった関係にあることを摘示している。

(26) 第一八分冊第六六問題「窃盗と強奪について」第六項 窃盗は大罪であるか「二二〇頁参照。」「現世の刑罰は報復的 *retributiva* であるよりはむしろ医療的 *medicinalis* である。」「けだし、報復は神の裁きに委ねられているのであって、神の裁きは（ローマ人への書翰）第二章第二節に記されているごとく）「真理にもとづいて」罪を犯す者共に下される。」「したがって、現世の裁きによれば、あらゆる大罪にたいして死刑が科せられるのではなく、回復不可能な損害を与えるところの大罪、もしくは何らかの恐るべき欠陥をふくむところの大罪にたいしてのみ科せられるのである。」二二〇頁。