

権威と「理性」と法（二六）

——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「統治権」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 聖俗裁判競合の前提（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、第二卷一号、二号、十三卷一号、二号、十四卷一号、二号、十五卷一号、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（二六）

第三節 人間の「理性」論と「權威」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——「權威」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）

(iii) トマスと刑事法——法と正義

実践理性の第一原理が自然法であり、それは「善は為すべく、悪は避けるべし」と言う命令形をとることは、すでに、しばしば触れてきた。⁽¹⁾ その中で、「悪は避けるべし」という行為の禁止命令形がすぐれて刑事法では中核に据えられる。そこから、社会の構成員間の関係を規定する徳、すなわち、「正義」は、かかる禁止命令形をとる「法」の遵守義務を強要してくることになる。⁽²⁾ そこで、この点に関し、世俗権力の採択する「人定法」と「正義」との関係に関するトマスの見解を、とくに「矯正的正義ないし交換的正義」の立場からみた彼の人定法論を、若干の事例に則して具体的に見ておきたい。

しかし、西欧の法概念の枢要的地位を占める「正義」概念の語義的意味を論ずることは、わが国の法学では少ないように思われる。⁽³⁾ もとより、「正義」の概念は、歴史的概念であり、したがって、多義的であり、時間空間の差が、その

内容の相違をもたらしている。しかし、西欧社会においては、この概念が「法」の枢要的地位を占めていることに私としては関心を持たざるをえなかった。⁽⁴⁾ 例えば、すでに触れた如く、英米法で、裁判を administration of justice という。しかし、二〇世紀になると、administration of law という言葉も出てくる。⁽⁵⁾ したがって、ここでは justice 概念と law 概念の同化現象を見出す。それゆえ、英米法研究の上でも、「正義」概念の歴史性について考究しておくことは不可欠な作業になっていると思料している。

しかし、そもそも「正義」概念とキリスト教とはいかなる点で馴染むものであるのだろうか。キリスト教の「罪と罰」の問題と「正義」論とどうかかわるのだろうか。そして、トマスの「法論」において「正義」論はどう展開されているのだろうか、さらに、その上で自然法が「正義」論に絡むところの経緯も問題にせねばならぬのではないかということが、「正義」論を巡って脳裡に浮かぶ前項までの課題であった。⁽⁶⁾

そこで、かかる問題追求の一環として、本項では、トマスの「特殊的正義」論として、人定法における刑事法をトマスの自然法論がどのように地位づけているかを、もう少し眺めてみたい。⁽⁷⁾ ことに、正義概念の中でも、矯正的正義（交換的正義）と刑事法の関係を見ておきたい。⁽⁸⁾

その点、まず、トマスは、すでに摘示した如く、「神学大全」の第一八分冊で主に取り上げている。ところで、「正義」に関わる内容に入る前に、「正義」の反対概念である「不正」概念について言及している点⁽⁹⁾が、すべての前提となるであろうということは留意しておいてもよいのではないだろうか。そして、その上で「正義」の問題を見てみると、トマスは、その基本的問題として、「正義の諸部分」という項目を設けている。その中で具体的に取りあげているものを幾つかの範疇に分類して見てみると、その総論的部分と各論的部分と訴訟に伴う特殊的部分とに分かちうる。その総論的部分としては、「第七九問題 正義のいわば構成部分について」⁽¹⁰⁾、各論部分としては、「第六四問題 殺人につ

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」「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」「第七七問題 詐欺について―売買において犯される罪」「第七八問題 利子の罪について」⁽¹¹⁾、また、訴訟に伴う特殊な部分として、「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反する罪について」「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⁽¹²⁾の側において為される不正について」等が取り上げられている。ところで、ここで、トマスによって「悪」といわれるものが、すべて、刑事法の対象となり、禁止されているかどうかという点についても、一言注において補論的に付言しておくことが便宜かと思われる⁽¹³⁾。それは、自然法と実定法との関係にかかわる総論的部分の前提をなす問題であるからである。

(1) 拙稿、前掲一三卷二号五五頁注(2)、一四卷一号三一四頁、四八頁注(10)〔(iii)共通的第一の諸原理〕、一四卷二号八頁注(5)、一五卷一号一二三頁、一三二頁注(11)。

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」参照。この「正義」の構成部分の問題として、トマスは、「善を為し *facere bonum*、悪を避ける *declinare a malo* こと、および諸々の対立的悪徳について考察しなければならぬ。」と摘示している。四〇六頁。

なお、トマスの自然法と実定法との関係を要約したもので、極めて要領よく纏めたものに、シュロツサー、前掲「近世私法史要論」七四―五頁。「第二章 自然法と啓蒙主義」〔1 自然法の基礎〕〔2 キリスト教的・スコラ学的自然法論〕〔b) トマス・アキナス〕がある。少し長いが、ここで引用しておくのが便宜かと考える。すなわち、

「トマス・アキナス (Thomas von Aquino) 一二二五項―一二七四) を代表とするスコラ学的法哲学は、法を神の創造にかかる秩序 (*ordo Dei*) から導き出した。」「それは、この秩序のなかに法の起源 (永久法 *lex aeterna*) を見た。」「アリストテレスの哲学から出発して、トマスは、アウグスティヌスの三位一体論を受け継いだが、しかしその三つの部面を唯一にして不変な神の意思、すな

わち永久的な世界法（永久法）の現象形態として把握した。」七四頁。「人間は、神の命令と啓示（神法 *lex divina*）を通じて永久法を知り、理性的本性によって真の自然法（*lex naturalis*）すなわち創造の秩序（*ordo creationis*）を推論する。」七四頁。「永久法と自然法のほうは、神が与えた支配権によって実定的な当為の法律（実定的人定法）として制定された人間のための、人間のあいだの人間の規約を基礎づけ、規定する。」七四―七五頁。「これらが永久法や自然法から乖離すれば、それらは法ではなく、遵守する必要はない。」七五頁。

「この区別は、個々的には難問をひき起こしてきた。」七五頁。「たとい諸状況から（存在の類比 *analogia entis*）、とりわけキリスト者の良心から、およびあらゆる民族のもとにおける同種の慣行からは、神が共同生活に向かう人間本性（社交性 *socialitas*）を、まったくそのように定めたことは間接的にしか推定されえないとしても、自然法もまた、神の命令に立脚していたのである。」七五頁。「しかし実定法は、神法や自然法と矛盾してはならなかった。したがってそれは、単に、個々の場合の歴史的状況における永久法や自然法の具体化と考えられていたにすぎない。」七五頁。「トマス・アキナスは、こうして自然法違反の実定法の効力を争った。かれは、自然法を大体においてモーゼの十戒に限定した。」「かれは、それ以外の、たとい直接神意に反しないまでもそれ自体は正しくない法律も、それが外面的秩序のより高い善を追求しているかぎり、（現世的には *pro tempore*）拘束力あるものとみなした。」「こうして、自然的・理想的秩序を目指す神の意思としての永久法と内容的に自然法にかなった法律を教える枠組を定める人間の『自然的性向』とが説明されたのである。」「中世の世俗的法思想もまた、大体においては、合理的な操作を加えて、それぞれの実定法を正当化しようというトマスの思想（存在と善、互いにあゆみよる *ens et bonum convertuntur*）に立脚していた。」（傍点筆者）。『ザクセンシェービーゲル』（*Sachsen spiegel*, 1220～1230頃）の前文において、アイケ・フォン・レプゴウ（*Eike von Repgow*）は、断固として宣言する。すなわち神はご自身が法であり、ゆえに法は神の嘉みし給うものなりというのである。」七五頁。

(2) エールリッヒ、前掲「法社会学の基礎理論」二〇―二二頁参照。

なお、自然法の第一原理からの具体的事案の処理のためには、実定法の必要なことは、各所で言及してきたが、ロンメン、前掲「自然法の歴史と理論」の「具体的確定的規定」の叙述を付加しておきたい。

「第一原理或いは一般原理からの演繹が進められて個別的な規定となればなるほど、自明性はますます減少する。より偶然的なものである諸状況にこの推論の帰結を正しく適用するためには、あらゆる事情をもっと立ち入って考慮すること（*multa consideratio diverarum circumstantiarum*）が必要である。実定法の必要性もこの点から明らかになる。かかる諸状況の考察には多くの経験と知恵が必要である。しかも、これは誰にでもできる事柄ではなくて賢者の仕事であり、若輩にできることではなく年功を重ねた者の仕事である。いかなる民族においても、裁判官や立法者は賢明な古老や元老（*Geront*）であった。」二二二頁。

この指摘は、当時の諸状況の下においては、やはり、法の管理を少数の賢者あるいはエリートに委ねざるをえず、西欧社会として

見た場合に、聖職者による指導、慣習法の支配する個別共同体における長老たちがその衝に当たらざるをえぬことを反映する側面を有していたといえる。

- (3) 矢崎光圀、前掲「法哲学」、三六、一四六、一七八、三八九、三九三頁参照。但し、その多くは、外国の正義論研究への言及で、わが国の研究書への言及はすくない。また、加藤新平、前掲「法哲学概論」四二五頁以下「六 正義」参照。

- (4) 拙稿、前出注(1)参照。

エールリッヒ、前掲「法社会学の基礎理論」、二〇一頁以下「10 正義の内容」(原始時代の法が保護した利害)(損害賠償請求権による所有の保護)(不当利得請求権による所有の保護)(所有権に基づく正当な請求権の技術的問題)(契約による処分の法的保護)(価値と契約法)(法的保護と経済的契約内容)(非経済的契約の拒否)(外面的事実に対する信義性)(契約に基づく正当な請求権の技術的問題)(親族相続性の正義思想)(遺言による相続の正義思想)(相続法に影響を及ぼしたさまざまな傾向)(相続法における指導的正義思想)(社会的静態としての正義)(個人主義の正義思想)(個々の法に対する個人主義の影響)(個々の法に対する団体主義思想の影響)(個人主義思想と団体主義思想とは相互に代替補完的である)(正義の永続的流動性)(正義の発展方向)参照。

現在の「正義」論で一番話題になっていると思われるものが、John Rawls, *A Theory of Justice*, 1971である。なお、拙稿、前掲一五卷一号一三二頁注(10)参照。現代のこの点に関する概説書として、see N. E. Simmonds, *Central Issues in Jurisprudence—Justice, Law and Rights*, 1986, Tom Campbell, *Justice*, 1988, ちまたで Rawls の道徳哲学史のこの問題を側面から照射している。John Rawls, *Lectures on the History of Moral Philosophy*, 2000。

また、Rawls と共にわが国の法学界で紹介されている Dworkin というのは、Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, 1985, esp. p. 181 et seq. [Part Three Liberalism and Justice]。なお Dworkin の代表作である *Law's Empire*, 1986 では各所において Justice の問題を取り上げている。

これに対して、イギリス法理論のこの主流をなす Hart についても、各所でこの問題が言及している。H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963, pp. 3, 37, 60. 本書は、講演をもとにしたものを集録しているものではないが、イギリスのロビン・ロウ、ことに刑事法の改革に関して、ハートの見解を披瀝したもので、刑事法、処罰論との関係で、justice 論に触れており、まさにハートのこの問題の基本的視点が示されている。see also, Hart, *The Concept of Law*, 1st ed. 1961, 2nd ed. 1994. H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983. ハートの分析法学系の潮流との関連で、ケルゼンの正義論も念頭に置かねばならぬであろう。Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, 1992 (original ed. 1934). 因みに、現代イギリス法学の先駆者の一人である Pollock の *First Book of Jurisprudence*, op. cit., p. 32 et seq. [Justice] 参照。

なお、教会法研究の立場から、cf. R. H. Helmholz, op. cit., [The Spirit of Classical Law], pp. 100, 103~4, 115, 119~20, 197~8,

「われまたわが国によく紹介されているハーバーマスの社会哲学からのこの問題へのアプローチとして」 J. Habermas, *Between Facts and Norms*, 1996.

また、政治哲学からのアプローチとして、ヘッフェ、前掲「政治的正義—法と国家に関する批判哲学の基礎づけ」、インゲボルク・マウス、『啓蒙の民主制理論—カントとのつながりで』、浜田義文・牧野英二監訳、政法大学出版局、一九九九年、T. R. S. Allan, *Law, Liberty, and Justice—The Legal Foundations of British Constitutionalism*, 1993, Brian Barry, *Justice as Impartiality*, 1995等を参照した。

さらに、ポスト・モダンの立場、あるいは、主流から離れた立場のものとして、Douglas E. Litowitz, *Postmodern Philosophy and Law*, 1997. Fitzpatrick (ed), *Dangerous Supplements—Resistance and Renewal in Jurisprudence*, 1991等も参照。

(5) e. g. Henry Slesser, *The Administration of the Law*, 1948.

(6) 拙稿、前掲一四巻二〇頁以下 [(ii) 自然法と世俗権力] の項で提起した問題の流れとして、本項の課題が設定されてくる。

(7) 「特殊的正義」論としては、拙稿、前掲一五巻一〇一―一三三頁、一二九頁以下注(9)、一三二頁注(13)。なお、一三巻二四〇―一頁参照。

トマスの悪徳と罪に関する一般的考察は「神学大全」第一二分冊で、また、その諸々の特殊な悪徳の考察は第一五分冊以降でなされている。

(8) 拙稿一五巻一〇一―一四頁、一三二頁以下注(16)参照。

(9) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第五九問題「不正について」[第一項 不正は特殊な悪徳であるか][第二項 或る人は不正なことを為すところから不正な者と呼ばれるのであるか][第三項 或る人が自分の意志で不正なことを被ることが可能か][第四項 不正なことを為す者は誰でも大罪を犯すのであるか]参照。

ここで、本稿に関連していえば、「正義」概念と「道徳律」との関係がとくに問題になりうるであろう。そこで、トマスの「不正」概念の若干にここで触れておきたい。

① 「不正」には、二種類があるという。第一は、「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。「しかも、この不正も本質に即していえば *secundum essentiam* 特殊な悪徳である——それが特殊な対象すなわち共通善(それを不正は侮蔑するのであるが)にかかわるかぎりにおいて。」五九―六〇頁。「しかし、意図 *intentio* に関していうならば、この不正は一般的な悪徳 *vitiū generale* である。なぜなら、共通善にたいする侮蔑を通じて、人はすべての罪へと導かれうるからである。」そのようにまたすべての悪徳は、それらが共通善と相容れないかぎりにおいて、いわば不正から派生する

ものとして、不正という本質側面 *ratio iniustitiae* をおびるのであって、この点さきに（第五八問題第五、六項）正義に関してのべたごとくである。」六〇頁。

② 第二は、「不均等」も「不正」の範疇に入るとする場合である。六〇頁。「この意味での不正は特殊的な対象領域を有し、特殊の正義に対立するところの特殊な悪徳 *vitiū particulare* である。」六〇頁。

ところで、「不正」の内容に関して述べたトマスの次の点は留意しておいてもよいものと思われる。

トマス、前掲「神学大全」第一八分冊五九問題「不正について」〔第二項 或る人は不正なこと *iniustum* を為すところから不正な者 *iniustus* と呼ばれるのであるか〕六二頁参照。

「正義の対象が外的事物における何らかの均等なものであるごとく、そのようにまた不正の対象は何らかの不均等なもの *aliquid inaequale*——すなわち、或る人にたいして、かれに当然属するよりも多い・もしくは少ないものが帰せられるかぎりにおいて——である。」六二頁。

また、不正な行為が神法に抵触するときは大罪となるとトマスは言う。第五九問題「第四項 不正なことを為す者は誰でも大罪を犯すのであるか」。

「神の法に反することは何でも大罪である。」「不正なことを為す者は誰でも神の法の掟に反することを為している。」「なぜなら、このあとの論であきらかにされるように（第六四問題以下）、そうした行為は盗み、姦淫、殺人、ないし何かこうしたことがらに帰着するからである。」六九頁。「それゆえに、不正なことを為す者は誰でも大罪を犯すのである。」六九—七〇頁。

(10) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第七九問題「正義のいわば構成的部分について」は、いわばトマスの「正義」論の総論的部分に属するので、その項目を紹介すれば以下の如くである。すなわち、「第一項 悪を避け、善を為すことは正義の部分であるか」

〔第二項 違反は特殊な罪であるか〕〔第三項 怠慢は特殊な罪であるか〕〔第四項 怠慢の罪は違反の罪よりもより重大であるか〕。

(11) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六四—六六問題一五六—二二九頁、第七二—七八問題三〇六—四〇五頁参照。

(12) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六七—七一問題二二〇—三〇五頁参照。

(13) まず「悪」について瞥見しておこう。

トマス、前掲「神学大全」第四分冊第四八問題「諸々の事物の区別についての各論—悪について」八七頁以下。とくに「第五項 悪は『罰 *poena*』と『罪科 *culpa*』とに区分されるので充分であるか」一〇三頁以下参照。

「悪とは、上述のごとく（第三項）、善の欠如であるが、善は、根源的には、そしてそれ自体としては、完全態 *perfectio*・現実態 *actus* において成立する。」一〇五頁。「現実態に然し二通りある。」「第一現実態 *primus actus* と第二現実態 *secundus actus* とがそれである。」一〇五頁。「第一現実態とは、事物の形相 *forma* とか完全性 *in tēgritas* なのであるし、第二現実態とは、はたらき・活

動 operatio のことである。」一〇五頁。

そこで、トマスの「悪の定義」についてみると、「悪も、だから、二通りある。」「一つは、『形相』や『事物の完成性のために必要な何らかの部分』の欠失によるのであって、『盲目』だとか『肢体を欠いている』のは一つの悪なのである。」「いま一つは、『然るべき活動』debita operatio の欠失によるものである。」「こうした活動が全く行なわれないというのであって、或いはまた、それが然るべき仕方 modus や然るべき秩序づけ ordo を持たないというのであって——。」一〇五頁。

そこで、悪と意志の関係を見てみると、『善』は、然るに、端的な意味においては意志の対象なるがゆえに、善の欠如たる『悪』も、意志を有するものたる理性的被造物の場合においては、やはり特別な意味に従って見いだされるのである——。」一〇五頁。

次に悪と罰 poena の関係について、次の如く摘示している。すなわち、『悪』は、だから、この場合、こうしたものの形相や完全性の欠失による悪であるかぎりにおいては、『罰』poena という性格を持つわけなのであって、ことに、さきに示されたごとく（第二二問題第二項）万物が神の摂理と正義のもとに立つものなることを前提とするかぎり、然りである。」「まことに、意志に反したるものが罰の罰たる所以には属しているのである——。」一〇五頁。

因みに、罰と罪科の關係をもトマスは摘示している。

「悪が、然し、意志的・随意的なものごとの領域における然るべき活動の欠失において成立する悪であるかぎり、それは『罪科』culpa という意味を持つ。」「一〇五頁。「事実、罪科として或る者の責めに帰せられるのは、彼が自らの意志に基づいて自由にできるはずの完全な行為を逸する場合にほかならない——。」一〇五頁。「かくして、だから、意志的・随意的なものごとの領域において見られる悪は、すべて、罰であるか、罪科であるか、そのいずれかであるほかはない。」「一〇五—六頁。

なお、『悪』の原因として、トマスは、第四九問題「悪の因について」第二項 神という最高善が悪の因なのであるか」で取り上げる。

「『宇宙の秩序』には『正義の秩序』が属しているが、正義の秩序というものは、罪ある者には罰が与えられることを意味する。」「こうした意味で、神が『罰』という悪』の作者にほかならない。」「神が『罪科』という悪』の作者なるごときことは、上述の理由によつて（第四八問題第六項）、決してないのであるが——。」一一八頁。

したがって、トマスは、罪科のみを人間の随意性に関わらせている。そこで、悪徳と罪の異同について眺めておこう。

トマス、前掲「神学大全」第二二分冊第七一問題「悪徳と罪について——それ自体において」第六項 罪は「永遠法に反する言葉、行い、もしくは欲望」であるという定義は適切なものであるか」二三頁参照。

「永遠法は第一に、そして主要的に人間を目的へと秩序づけるのであるが、その結果として人間を目的のためにある事柄に関して

も、善く態勢づけるのである。「したがって、『永遠法に反する』と言うことで、この定義は目的からの離反と他のすべての秩序から外れたことに触れているのである。」二三頁。

しかし、「必ずしもすべての罪が、それが禁止されているがゆえに悪であるのではない、と言われるときには、実定法によって為される禁止を指すものと解される。」「これにたいして第一に永遠法にふくまれては、第二次的に人間理性の自然的法廷にもふくまれているところの自然法 *Jus naturale* へと関係づけられるならば、その場合にはすべての罪は禁止されているがゆえに悪である。というのも、罪はまさしくそれが秩序から外れていることからして、自然法に反するものだからである。」(傍点筆者) 二三頁。

因みに、トマスの影響を直接受けたということ立証するデータを持ちあわせているわけではないが、すでに、トマス時代に活躍し始めた後期注釈学派の間で、ディヌスが、自然法と正義と刑事法に関する新しい動きを展開している点は、注目に値する。この点は、後述「自然法と訴訟手続」の箇所ですらに言及したいが、ここでは、必要限度で触れることにしたい。

しかし、ここではエンゲルマンとロビンソン等の摘示したものを引用するのが有意義かと思う。

まず、ディヌスについては、W・エンゲルマン、「中世イタリア法学史抄」(塙浩著作集「西洋法史研究11」)「西欧における法認識の歴史」所収)、信山社、平成四年、三七九頁以下「第五節 有名な法教師衆の権威と実務における支配学説の権威(三七三頁以下)」
「二 有名な法教師衆の権威」〔(1)ディヌス〕参照。

〔(1)ディヌス・デ・ムゲッロ *Dinus de Mugello* (一二九九年没)〕「彼は、比較的古い後期注釈学者衆の中の最重要な人で、一三八四年—一二九九年の間ポローニャで講学し、その時代の最有名な法教師かつ鑑定人であった。」「彼は、イタリア法学が昂揚期を迎える時期にあたって、多数の所説に亘って基本的なものを創造した。既に、彼の同時代人であるガンディヌスは、彼の『犯罪論』〔*Tractatus de maleficiis*〕の中で、屢々、ディヌスの所説を再録しており、また、刑事事件におけるディヌスの重要な鑑定について報じている。」「ディヌスの重要性は、彼の弟子のキヌスの著で彼の師を、最大の尊敬の念をこめて、『第二のバービニアヌス』と称している。即ち、キヌスは曰く、『要するに、吾は、別なるバービニアヌスが、即ち、吾が師たるディヌス・デ・ムゲッロが記述したることに委ぬ *breviter remitto ad ea quae scripsit alter Papinianus i. e. Dynus de Mugello, praeceptor meus*』と。』三七九頁。「キヌスはまた、彼は弁護士として訴訟に勝ったのは、ひたすらディヌスの権威によるものである旨の表明もしている(前出、第一九六頁)。「アックルスイウスの注釈書は、ディヌスの講学の基礎であったことは確かであるけれども、彼はこの注釈書に権威を認めることは全くせず(前出、第一九六頁およびその次頁)、彼は常にテキストを自主独立に解釈している。」「このことによつて、ディヌスは、彼より後の法律家衆の目には、一老注釈法学者と同じ程に頗る偉大に見えている。』三七九頁。「一四世紀には、貸本屋衆は、ディヌスの全作品を常に在庫させていたに相違ない。』三七九頁。「彼の諸々の所説は、キヌス、バルトルス、バルトゥスの諸作品および一四、一五世紀のその他の法教師衆を通じて、また、その他にも、カノン法の諸々の一般的法準則を述べる『教皇法諸

準則注釈 *Commentarius in regulas Juris Pontificii*』——この中で彼はローマ法上の諸法準則を手掛として普通法の基本学説を扱っている——を通じて、絶え間のない普及をした。』三七九—三八〇頁。「多分、或は、この最後の作品については、それらの準則を、教皇の委嘱に基いて草したのであろう。』三八〇頁。「彼の勅法彙纂注釈は、依然一六世紀にもまたその後も、印刷によって普及し、そして、大いに利用された。』三八〇頁。「ディヌスにより基本的な仕上げられた学説には、民法、訴訟法および刑法の分野での錯誤による免責に関する所説、専門的知識有る人びとの責任に関する所説、幫助の威嚇されるべき可罰性に関する所説、が属する。』彼の錯誤論には、教会法学者衆もまた従っている。』三八〇頁。

「ディヌスの権威は、法律をもってする承認さえ受けたのであって、例えば、一四世紀のおよび一四五〇年のヴェローナの条令は、司法的断定は、アックルスウィウスによって承認された注釈に従って、また、注釈につき争い有る場合はディヌスによって承認された注釈に従って、行われるべき旨、規定する。』即ち、一四五〇年の条令は謳う。『そのときは、ディヌスが承認している注釈に従いて判決せらるべし *tunc iudicetur secundum illam glossam, quam approbat Dinus*』』と』三八〇頁。

次に、ロビンソンのディヌスに関する指摘を見てみよう。cf. Robinson, op. cit., [*European Legal History*] [Chapter 3, The Glossators] [3. 6 The Accurian Gloss and its influence], p. 51 et seq.

「注釈は、承認された習慣の、テキストによって解決されていない問題に対する解答の、そして、承認されたテキストの解釈の指標を与えた。』五一頁。「したがって、疑問の点に関し、注釈は権威を与えられるに至った。尤も、普通は拘束力ある権威ではなかったが。』五一頁。「しかし、時々、一四世紀のヴェローナでは拘束力をもつものとされた。そこでは、一三二八年の制定法が、より以上の権威がなければ、フォローされねばならぬと規定していた。制定法あるいは慣習がない場合には、アックルスウィウスが認めていた如く、ローマ法と彼の標準注釈書に遵って手続を進めねばならぬとされていた。』五一—五二頁。「一三九三年の制定法はこのことを、ムゲロのディヌスによって承認された注釈へ効力を与えることによって修正した。というのは、ディヌスは競合する注釈について一冊の書物 (*De gloss contrariis*) を書いており、また、その中で彼の優先性を指示していたからである。』五二頁。「ディヌスはまた、*The Sext* (カノン法の法源の一つ) における最終的権原の編纂 (*On maxims of law*) における彼のありうる役割についてと、それについての彼の偉大な注釈については留意されうる。』「拙注、*Sext* については、拙稿、前掲一〇巻二号四八頁参照。さらに、*渕倫彦*、「カノン法」(木村尚三郎ほか編、『中世史講座第四巻——中世の法と権力』所収)、学生社、昭和六〇年、四二六—七頁参照。』「しかし、一般には注釈の権威は独立の仕事としてではなくテキストの解釈としてであるが、次第に増大した。それが直接に使用されたイタリアにおいてさえもである。』「ポDESTA (執政) の国家構造の下における裁判官へ、注釈が支持をもった。そして、彼らの解釈への依拠はさらに権威をそれに与えた。』五二頁。「時々、注釈は密接にフォローされた。そして批判者は、その固有の権能がテキストの理解への案内である場合に、現実のテキストの意味づけとは反対に、臆病な裁判官は注釈に遵うことさえしたと主張した。』

「しかし、かかる乱用はボデスタ・システムから生じたので、注釈の性質から生じたものではなかった。」五二頁。

また、「第四章 注釈学派」〔四・一 過渡期と後期注釈学派〕五九一六〇頁では次の如く摘示されている。

「イタリアにおいては、注釈学派によって到達した頂点と注釈学派の大著作の間には、衰退の時期、あるいは、少なくとも停滞の時期があったと言われてきた。」「おそらく、過度の簡単化ではあるが、区別するために、前者の学派は、ローマ法研究の基礎を据え、また、後者の学派は、ローマ法の実際の事柄への適用を發展させた。」「事実、注釈学派は、ローマ法の西欧の大部分への継受をもたらした。」五九頁。

「衰退の説は問題になっている。というのは、後期注釈学派とその著作は、十分に判断しうるほど、必ずしも研究されていない。」五九頁。「また、後期注釈学派（例えば、Odofredus）と初期注解学派（例えば、Dinus of Mugello）を、彼らの教授方法に基づいて区別することは容易ではない。というのは、双方とも注釈よりむしろ注解に基礎をおいているからである。」五九頁。「前者が、より理論的であり、後者がより実務的であるということとはできない。というのは、すでに見てきた如く、注釈学派も公務にしばしば従事し、カノン法の發展と封建慣習を考慮していたからである。」五九頁。

「さらに、後期注釈学派の著作——例えば、William (Guillelmus) Durantis の Speculum Judiciale (手続の鏡)、あるいは Albertus Gandinus の輝かしい体系的な Tractatus Maleficiorum (犯罪論)——においては、実務的のみならず理論的である。後者は、まず証拠と犯罪手続を取り扱っているが、しかし、実体法の議論において、彼は、裁判官としての自身の広範な経験に基づいて描いている。」五九一六〇頁。「そしてまた、一三世紀後半において過度の注釈書への依拠があったというのも妥当ではない。」「アックルシウスの同時代人あるいはその近辺の時代人——例えば、Odofredus や Dinus——は、全く彼の批判的な立場にあった。」「スコラ主義は疑いもなく、テキストにおける困難を解決するため弁証法をより多く使用することを奨励したが、しかし、この使用は、新しいものではなく、また事実、最善の利用しうる道具であった。」六〇頁。

「何が真実であるか、ということは、少なくとも、一時期については、ボローニャは、主たる法的研究のセンターであることは停止し、そしてその他の法学校を同様に認めねばならなかった。」「Odofredus がボローニャへ行く前に、パドヴァで教えていた。ボローニャではなく、パドヴァの大学こそ、Vienna の会議のカノンが公式に伝えられ、そして、両大学とも、教皇ボニフェイス八世から The Sext として知られている教皇勅令集を受け取っていた。」「その他の有力な法学者でパドヴァで教えていたものは、Guy of Suzara (Guido de Suzaria) と James (Jacobus) of Arena だった。Albertus Gandinus はそこで学んだ。尤も、彼の生涯は、裁判官としてであり、教師ではなかった。」「ナポリは、もう一つの法的研究のセンターであった。ムゲロのディヌスは、そこで教えていたように思われる。そして、アンジューのチャールズ国王は、ナポリとシシリー王国を征服した後、彼が、改革していた大学を作り上げるのを助けるために、オルレアンから、博士と生徒を連れ去った。アリーナの James は、この世紀末にそこで教えていた。」

「Reggio, Modena, Pistoia や Sieba など、おそろしく、その他の法学校の中で最も優れたものであった。例えば、Guy of Suzzara は引き続き Mantua, Modena, Padua, Bologna, Reggio、そしてまた、Bologna で教えた。」六〇頁。

なお、注解学派として著名な Cinus はディヌスの弟子であったため、キヌスについての記述も紹介しておきたい。

「学派にその名前を与えた典型的な注解学派は、Pistoia の Cinus の著作によって例証される。」「彼は Dinus の弟子であった。それはポローニヤの生徒であった時代であった。ポローニヤでは、彼はおそらく教授をしていたのであろう。」「彼は法学者のみならず詩人であった。そして、ダンテやペトラルカの友人であった。かれは、イタリア共同体に根付いていた絶えざるそしてしばしば血なまぐさい党派的対立に終止符を打つことが出来る権威を求めた限りでは、皇帝派であった。」「かれはシエナで教授生活を始めた。そして、約一〇年間実務に携わった。そして、一三二六年にペルージャへ移った。」「彼はそこで彼の偉大な注解——Lectura super Codice (Lecture on the Code) ——を書いた。それは世紀を越えて引用されたのみならず、読まれた。」「それは体系的ではなかった。しかし、注解を誘発したところの章節の法的順序にしたがったものであった。」「特定の術語の説明は文句ないものと受け取られた。というのは、それは。「アックルシウスの」の注釈の知識を前提としたからである。」「しかし、その他の点では、summa 「概括的な説明集」よりも apparatus 「注釈の蒐集物」により密着していた。」「Cinus は、彼がポローニヤにおいて訪問講義をなすために来た時、ある機会に Pierre de Belleperche から聴き、そして、彼は膨大な——そして認められていた——Pierre の注解書を利用した。そして、彼はまた Dinus と James of Arena の著作に依拠した。」「彼はアルトラモンタニ Ultramontani の弁証法的アプローチを享受したが、他方、論理の追求は現実の法の適用とは無関係な議論を導きうることをなお知っていた。」「ペルージャにおいて、彼はバルトルス Bartolus のマスターであった。」六五頁。

① 刑事法の総論的問題

これらの問題の中で、とくに留意しておきたい点は、まず刑事法における行為者の精神的要素が罪の構成要件にかかわる問題として、この時期に持ち上がったという点である。この精神的要素が罪の構成に絡む場合は複雑で、例えば「過失」論で問題になる場合のように、行為するが、一定の注意義務に違反する場合もあるが、また、行為すべき状態にあるに拘わらず行為しなかったこと、すなわち、不作為が義務違反になる場合もあるだろう。ところで、刑事法において、主たるものが故意犯であることは、今も昔も代わりがないが、⁽¹⁾しかし、トマスの当時において、この精神的要素

が重要視されたにも拘わらず、その要素がいかなる形で、罪の構成に関わるかという点については、必ずしも明確ではなかったようである。それが、ここでの課題になる。

ところで、その点、私は、イギリス法との関連で興味を覚えた点の一つであるので、その点に関し一言触れておきたい。

そもそも、本稿の課題である「イギリス法」に関して、ローマ法がどれほど影響を及ぼしたのかが一つの課題であることは、前にも触れた。⁽²⁾ 中世においては、カトリック教会の支配との関係で、ローマ・カノン法がどれだけイギリスに受容されたか、あるいは、排除されたかは、後に取り上げる課題ではあるが、この当時、イギリスの刑事法にも一つのインパクトがローマ・カノン法から与えられたといわれている。

ところで、トマスは、一三世紀後半に活躍したが、イギリスで一三世紀半ばまでに法学的見地から注目し値するものが、いうまでもなくブラクトン Bracton であった。これらの問題も後の課題であるので、ここで詳細に言及するつもりはないが、当面の課題にかんして、著名な法制史家ホールズワース Holdsworth は、イギリス刑事法の発展について、この時期は一つの大きな転期であると指摘し、たとえば、それは、殺人の準則に関して、従来の刑事法体制にたいして、行為者の心的要素を加味する準則が導入された点に言及し、それがカノニストの影響であることを摘示している。⁽³⁾

その点、イギリスの法制史家ケリーは、当時の西欧社会の刑事法と処罰論に絡み、その理論的枠組みを優れて提供したのが、トマスであったと述べている。⁽⁴⁾

それでは、トマスは、その点をどう受け止めていたのであろうか。その点、トマスは、まず、「怠慢 omissio」の問題につき、すぐれて第一八分冊第七九問題「正義のいわば構成的部分について」の箇所で言及している。⁽⁵⁾ 尤も、トマスは、「神学大全」においては、怠慢と不注意 negligentia との異同について、立ち入った関心を払っていたとは思われ

ない。⁽⁶⁾ その点を踏まえて、トマスの怠慢概念を中心に少しく眺めてみたい。

トマスは、前述の「怠慢 *omissio* は特殊な罪であるか」の項で、以下の如く摘示している。

まず、トマスは、「怠慢とは善の非遂行 *praetermissio* を意味する」という。⁽⁷⁾ 但し、それは、すべての善についてではなく、「義務的善 *bonum debitum*」の非遂行を意味するという。⁽⁸⁾ ここから、その義務が、神法ないし人定法にかかわる場合には、「法的正義」の問題となり、また、隣人との関係で捉えられた場合には、「特殊的正義」に関することになるという。⁽⁹⁾ したがって、ここで重要なことは、すべての怠慢が直ちに法違反になるのではないということである。⁽¹⁰⁾

ところで、トマスは、怠慢は、「原罪」ではなく「自罪」であるともいつている。その意味は、「行為しないこと」が一種の行為者自身の「行為」とされる場合があることを摘示しようとしているものといえる。但しそれは、「行為の否定が行為という類へと帰着せしめられるかぎりにおいてである。」⁽¹¹⁾ したがって、怠慢は、義務が課せられている場合のみ成立するという特殊性を有する。⁽¹²⁾

敷衍していえば、違反と怠慢ではどのように異なるかという点について、トマスは、「違反の罪が否定的掟（これは悪を避けることにかかわる）〔拙注、いわゆる禁止（不作為を義務とするもの）規定に反するという意味で、積極的作為にかかわる〕に対立する」が、怠慢は「肯定的掟（これは善を為すことにかかわる）に對立する」ものである、⁽¹³⁾ といっている。

では、その上で、怠慢は、いかなる場合に「罪」になるのであろうか。トマスは、人の行為を義務づける条件が整っていることが前提で、その前提の上に立って、怠慢が「随意的」に行われた場合が違反に当たるとしている。⁽¹⁴⁾ この点、次項の「殺人」の問題に絡んで、もう少し具体的に眺めることにしたい。

(1) 精神的要素に対する考慮は、未成年等のような行為能力に関わる問題もあるが、当時の神学的自然法との関係を考慮する場合には、とくに、過失論が特殊的意義を有するので、ここで取り上げておきたい。

わが国の刑法三八条は以下の如く規定している。

「罪を犯す意志がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定のある場合は、この限りでない。」

〔2 略〕

〔3 法律を知らなかったとしても、そのことによって罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、情状により、その刑を軽減することができる。〕

ここで、特に心的要素が問題になるのは、一項については、「事実の錯誤」であり、但書については、過失である。また、三項については、自然犯・行政犯を問わず、故意の成立には違法の認識は必要ないとされてきている。

(2) 拙稿、前掲四巻二七二頁以下参照。

(3) Holdsworth, *HEL*, op. cit., vol. 2, p. 258 et seq.

「この時期(拙注、ブラクトンの時期)における最大の進歩を示したのは刑事責任の原則に関する準則である。」「アングロ・サクソン時代においてさえ、刑事法はキリスト教のより高度の倫理的標準によって些か影響された。」しかし、「カノン法の興隆はそれにより大きな正確性を与えることによってこの影響を増大させる傾向をもっていた。」「メートランドは、ブラクトンの殺人の取り扱いがパヴィアのベルナルルによって書かれたカノン法にかんする論文によって影響を受けたと指摘している。」「しかし、すでに見てきたごとく、カノニストによって解決される問題は、刑事法律家によって解決されるべき問題とは異なっている。」「前者は、道徳的有責者がいかなる環境の下で帰責されるかを言わねばならぬが、後者はある画定された違反が犯されたかどうかをいわねばならぬ。」二五八頁。

「さて、いかなる有責が道徳的に帰責されるかの考慮は、われわれをして、精緻化された区別をなさしめる——すなわち、例えば、偶然によって殺人をなした人になんらかの軽い有責を結びつけるといったような。尤も、我々が、彼を謀殺の有責に判示するなどとは夢にも考えていなくとも。」「二五八—九頁。「この見地から、カノニストの法理は、たとえ、引き起こされた損害行為が極めて相当因果関係に迂遠であったとしても、その行為を人に責任あらしめるより古いシステムの厳格性を維持する傾向にあった、とメートランドは言う。」「そして、それらの時代には、人を殺害にかんして責任あらしめると判示することは、彼を謀殺の責任ありと判示することであった。」「二五九頁。「この殺人の種類と刑罰の程度は未だ仔細には調整されていない。」「しかし、別の見地から、カノニストの眼で、科せられる科罰を変更させたところの道徳的有責性の要素を強調することは、より古いシステムを覆すのに役立つ。」「ブラクトンは、道徳的有責性の要素を強調した。」「彼は、侵害する意志が存在していないならば、殺人は犯されないと判示したのである

う。というのは、違反を創設するのは意志であり意図であるからである。かくして、未成年者や精神異常者は共に犯罪的には責任ありと判示されえない。「これらの観念は、より古いシステムでは制裁された彼の行為の極めて相当因果関係の遠いものたいて、人に責任ありと判示することからわれわれを妨げるだろう。」「おそらく、唯一の不可避的な必然性、ネクリジェンスの要素のない合法行為をする場合の偶然的なものは、免責事由となるであろう。というのは、これらの事案においてのみ、道徳的な有責性がないからである。」「しかし、ある種の道徳的有責が存在せねばならぬという観念は、新しい言葉遣いを導入し始めた。それは、より古い準則を不信たらしめる傾向をもつ道徳律の言葉を使用することによってである。」「なるほど、より古い準則はなお存続した。」「Misadventure 不運な出来事により、あるいは自己防衛において、殺人を犯すものは容赦に値するのみならずそれを必要とする。」「委付 deodand「贖罪物」はブラクトンによって不合理と考えられた。しかし、それが認められるまで何世紀も経過した。」「しかしながら、これらの残存物にもかかわらず、道徳律の言葉を使用する新しい言葉遣いは刑事法の発展に大きな役割を演じた。」「(傍点筆者)。「道徳的区別は犯罪と不法行為の分野の間に、また、重大性のいろいろの程度の間、揺れ動く線をわれわれが引くのを手助けするような粗雑な基準を与えたであろう。」「二五九頁。

(4) Kelly, op. cit., [A Short History of Western Legal Theory], p. 154 et seq.

「これに関連して、完全に合理的な理論的スキームを提示したのは聖トマスである。かれは、刑事法の固有の範囲、刑罰の正当性ならびにその目的、そして、犯罪者の意図あるいはその欠缺に与えられた役割を示している。」「一五四頁。

「刑事法の範囲は、『それに服するところの人の条件』をいかに心に持つかで決定される。そして、その条件はきわめて大きく変わっている。すなわち、

『だが人定法は、その大多数が徳において完全でないような人々の集団のために制定されるものである。それゆえ、有徳な人々が避けるようなすべての悪徳が人定法によって禁止されるのではなく、人民の大部分が避けるようなより重大な悪徳のみを、とくにそれを禁止することなしは人間社会が保持されえないような、他人に害悪を及ぼすとき悪徳を禁止するのである。たとえば、殺人、盗み、およびこの種のことがらが人定法によって禁止される。』〔神学大全第一三分冊第九六問題第二項〕一五四―一五頁。

『「他人を害す」の要素についての強調は他の節ではより簡単な形で現われる。そこでは、聖トマスは「他人を害するなかれ」という自然法の教規から殺人者に対する法を引き出す。』一五五頁。「この刑罰に関する理論的基礎は、聖トマスがそれを唯一の正当なものと明示的には宣言してはいないけれども、他人に対する侵害でない道徳的背徳行為の処罰を充分に覆うほど延長されなだらう——それは一九世紀におけるJ・S・ミルの見解の好奇心をそそる警告である。』一五五頁。

「因みに、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〕九五頁では次の如く記されている。すなわち、「それゆえ、或ることがらは自然法の共通

的原理から結論へという仕方でも導出されるものであって、たとえば『殺すなかれ』ということが『何人にたいしても悪をなしてはならぬ』ということから、結論ともいべきものとして導出されるのがそれにあたる。』九五頁。』

また、ケリーは次の如く述べている。すなわち、

「刑事法が正当に機能する範囲内において、その作用は、聖トマスにとって主として抑制阻止的なものであった。」「また現実のあるいは潜在的犯罪者に対して刑罰の矯正的效果あるいはその脅威をもっている。」「これらすべての方法で、無実なものはより保証される。」「かれは、有徳であるならば、父親的指導のみを必要とする未成年」もいるが、しかし、現実には、「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」がいるので、「罪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」が必要であり、これが「法の訓練」であると、トマスは言っているという。一五五頁。』トマス、前掲第一三分冊第九五問題第一項九一頁。なお、拙稿、前掲一五卷一号一五一頁注(22)参照。』

さらに、ケリーは、トマスの量刑論について次の如く述べている。

「刑罰の尺度は、悪と比例していなければならない。尤も、その方法は正確な等価を意味しないであろう。というのは、彼の支配者を殴打する臣下はその逆よりも重大であり、それゆえ、かわりに打撲を単に加えることによって適当に報いられるものでないからである。』一五五頁。』

「因みに、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〕一〇九頁参照。』しかるに、これらすべての場合において、交換正義の本質に即していえば応報 *recompensatio* は均等性にもとづいて為されるべきである。』

さらにまた、ケリーは、次の如く摘示している。「刑罰は、もし、それが道徳的過誤に関係しないならば、受容されない。さもなければ不当になるからである。そして、有責者の精神状態は刑罰の尺度にとって重大である。』一五五―六頁。「傷害の性質に関連する報復の機構的均衡性に対する主たる理由は、『随意的行為と非随意的行為間の相違にあるように思われる』と聖トマスはいう。『非随意的に行為するものは、より軽い科罰をうける……傷害は、侵害行為が随意的である場合に増大する。したがって、より重大なことと取り扱われる』という。』「そこから、報復上より大きな刑罰が要求される。』一五六頁。』

「この点、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〕(前出)参照。』

「それぞれの文脈で、『人が無知で偶然に行為する場合、そして、その結果、人定法も神法も考えなければならぬときはいつでも、一定の事項が処罰されるべきか、あるいは、宥赦されるべきかにおいて、無知の問題を考えねばならない』と聖トマスは言っている。』一五六頁。』

「トマス、前掲『神学大全』第一三分冊第一〇〇問題第九項参照。「けだし、或る人が知らずになすことは、偶然的に *per accidens* なされるのである。したがって、人定法においても神法においても、無知ということにもとづいて、或ることがが刑罰に値するか、それとも赦しに値するか判断が下されるのである。」二二〇頁。」

なお、ケリーは精神的要素 *mental element* について、次のように摘示している点も、本項の課題を考究するに当たって有意義かと思つて紹介することにする。

「侵害行為における心素の問題、ならびに、その刑罰あるいはその量刑への関連は、簡単に Hooker の *Laws of Ecclesiastical Polity* において彼により取り扱われている。「悪をなすには、完全な意志に比べより欠ける意志が存在する、という——それは、行為者が強迫の、あるいは精神異常の犠牲者であり、あるいは、未成年である場合の如くである。——そして、『この考慮において、ある悪の行為は他の場合よりより容赦されうる。』それは『緊急性 *exigence*』に関する程度において、すなわち、意志に関わる強迫或いは侵害を犯すのを避ける困難に関する程度において容赦されうる。」「しかしながら、ここに重要な制限条件がある。違反は、もし、『必要不可欠性あるいは困難がもともと、自分自身から生じた』ならば、容赦されないと彼は考えた。そして、これに関連して、彼は、泥酔で犯された違反に関する科罰は二重化されるという、*Pitacus* に帰せられる法を想起させている。このことは、もし、違反の重大性によってのみ測られるならば合理的ではなく、公共善の為であるとして防御されうるだろう。』一九九頁。「しかしながら、概して、有責への意志の關係は明らかである。』というのは、忠告されてもなされた害は、当然により容赦されえないし、それゆえにより厳しい罰に値するということを一体誰が知らないだろうか？ ということのためである。』一九九頁。」

(5) トマス、前掲『神学大全』第一八分冊第七九問題「正義のいわば構成的部分について」第三項 怠慢は特殊な罪であるか」四一二頁以下参照。なお、トマス、前掲『神学大全』第一二分冊第七二問題「諸々の罪の区別について」第六項 犯行の罪と怠りの罪は種的に異なるものであるか」四五頁以下参照。

(6) *negligentia* については、トマス、前掲『神学大全』においては、とくに、犯罪の構成要件として見た場合の *negligentia* と *omissio* との区別あるいは係わり具合は曖昧であるように思われる。今日の過失 *negligence* に該当する言葉としては、カノン法に、「然るべき注意をほらわなかつた」とことという言葉が使用されている。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」第八項 偶発的に人を殺した者は殺人の咎ありとされるか」一八五頁参照。尤も、正義のいわば構成的部分の問題としては、前出注(5)で摘示したごとく、怠慢という言葉を使用している。

なお、カノン法における過失致死については、後に再び取り上げるが、トマスの記述は、「(教会法)法規 *Canon* によると、不法なことから従事するか、あるいは然るべき注意をほらわなないで、偶然的に人を殺した者にたいして刑罰が科せられているのである。」となつてゐる。一八五頁。cf. *Helmholz, op. cit., [Canon Law and the Law of England], pp. 160-1.*

(7) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第七九問題「正義のいわば構成的部分について」第三項 怠慢は特殊な罪であるか」四一四頁。

(8) 同前。

(9) 同前。

(10) 同前。

(11) 同前。

(12) 同前。

(13) トマス、前掲「神学大全」四一五頁。

(14) トマス、前掲「神学大全」四一六頁。

② 刑事法の各論的部分—交換的正義と刑事法

トマスの「神学大全」第一二分冊で、稲垣良典が、「トマスの『罪』理解について」と題し解説を添付している⁽¹⁾が、トマスは、その第一二分冊で「罪」一般を取り扱い⁽²⁾、第一五分冊以降で各論的な点を、また「正義」にかかわる点として第一八分冊で取り扱っている⁽³⁾。

ここで、刑事法に関わる罪一般に言及するいとまはないので、本項の課題に関して、若干の主要な点のみに言及しておきたい。

ところで、今日の法学では使用されていない罪の区分に関する概念として、「大罪 peccatum mortale・小罪 peccatum veniale」があるが、それが、神法、自然法、人定法とのかかわりで何を意味するか、ここで一言触れておきたい。ことに、大罪概念は、今日でも社会的にはしばしば使用されている概念であるので。

トマスは、この区分を神の秩序を根源的に乱す仕方で行為したか否かを基準にしている⁽⁴⁾。トマスは各所で、この言葉を使用しているが、この点、稲垣良典の解説を見るのが便宜かと考える⁽⁵⁾。その点を要約するならば、大罪のみが罪の本

質をもち、それは、神的善からの離反を意味するものであり、これに対し、小罪は、究極目的への到達を目指す過程で犯す失敗・挫折をいうものとしている。かかる意味では、本質的な罪ではなく、いわば秩序犯ともいべきものであるとする。

では、このことを前提にして、次に留意しておきたい若干の事例について、トマスが具体的にどのような観念していたかを見てみたい。

1. 殺人等

まず、ここでは、殺人の中でも特異な性質をもつ、そして前述の箇所でも保留した、過失致死の場合について言及しておきたい。我が国の場合でも、過失致死という概念があるが、トマスの当時にあつては、かかる概念がはたして存在していたのであろうか。また、トマスが心的要素に着目していることとどのように関わり合いをもつのであろうか。当時の具体例では、たとえば、添い寝していた母親が睡眠してしまつて嬰兒を圧殺してしまつたことが問題になった。トマスは、かかる場合に、「然るべき注意をほらわなかつた」という心的要素を重視し、その罪を認めるものとしている。⁽⁶⁾かかる意味では、トマスの心的要素の重視は、かかる場合にも「随意的殺人」の範疇において捉えているものといえよう。

なお、殺人について、中世後期において、留意せねばならぬもう一つの事例に、殺人をしていないのに死刑判決を受けるいわゆる異端者 *haereticus*, *haeretici* の場合がある。この問題は、単に中世の問題だけでなく、近代国家形成の過程における寛容の問題、換言すれば、個人の信仰の自由にかかわる問題であり、歴史上社会発展史上宗教改革の演じた役割とも関連してくるので、一言触れておきたい。

この場合は、教会は破門をもつて処理するのが通例であるが、トマスは、破門の後に、世俗裁判所によって処断され

ることのありうることを認めていることは注目(7)に値する。

さらに、我が国では、今日殺人とは認められていないものに「自殺 *occisio sui ipsius, suicide*」がある。しかし、トマスは、「自殺は自然法と愛徳に反することとして、つねに大罪 *peccatum mortale* である。」として(8)いる。この考え方は、長く尾を引いてきたことは、西欧諸国の法的観念を知る上で留意しておいてもよい点かと思う(9)。

2. 窃盗等

トマスにあっては、窃盗等隣人の物財に損害を与えるものは大罪であるとして(10)いる。但し、死刑を科せられるのは回復不可能な損害を与えた場合であるので、窃盗等の損害填補可能な罪の場合には死刑は科せられないとする(11)。なお、前にも触れた点であるが、トマスは、刑罰が報復的 *retributiva* なのは、神の裁きに基づく場合のみで、現世の刑罰は、医療的 *medicinalis* であるものとしている。したがって、その観点からあらゆる大罪にたいして死刑が科せられうるものではないということがここでの前提になっている(12)。

3. 名誉毀損

今日では、考えられないようなこととして、名誉毀損 *dehonoratio* が中世の教会法に由来していることを摘示しよう。そこで、この論拠についてのトマスの指摘を要約しておきたい。

トマスは、「交換正義に対立する諸々の悪徳のうちで、それによって隣人が傷つけられるところの、言葉 *verbum* にかかわる悪徳について考察しなければならない。」として、その第一に、本稿では次に取り上げる「裁判 *judicium*」にかかわるところの悪徳をあげ、第二に、ここで言及する「裁判以外のところで為される」ものについて触れ、そして名誉毀損の罪を取り上げている(13)。

まず、トマスは、誹謗ないし悪口を小罪とされる場合もあるが、原則として、大罪の範疇に入るとしている(14)。この点、

トマスは、この問題に関する加害者の心的状態を重視している。⁽¹⁵⁾このことが、まさに、トマスの罪における心的要素の考慮から発するものであることはいうまでもない。この点、名誉毀損が教会法に由来するものという点は西欧でも忘却の彼方にあるが、名誉毀損がイギリス法でいかに重視されうるものとされてきたかを知る上で、興味深い点であることを思い合わせて、留意すべき点かと思われる。

(1) トマス、前掲「神学大全」第一二分冊四二五頁以下「解説 トマスの『罪』理解について」(稲垣良典)。

(2) トマス、前掲「神学大全」第一二分冊において取り上げられているテーマは以下の如くである。「第七一問題 悪徳と罪について―それ自体において」、「第七二問題 諸々の罪の区別について」、「第七三問題 諸々の罪の相互比較について」、「第七四問題 罪の基体について」、「第七五問題 罪の原因について―一般的考察」、「第七六問題 罪の原因について―特殊的考察」、「第七七問題 感覚的欲求の側における罪の原因について」、「第七八問題 罪の原因である悪意について」、「第七九問題 罪の原因について―人間の側に関して」、「第八〇問題 罪の原因について―悪魔の側に関して」、「第八一問題 罪の原因について―人間の側に関して」、「第八二問題 原罪の本質について」、「第八三問題 原罪の基体について」、「第八四問題 罪の結果について―第一に自然本性の善の損傷について」、「第八五問題 罪の結果について―第一に自然本性の善の損傷について」、「第八六問題 罪の汚れについて」、「第八七問題 刑罰に値する罪責について」、「第八八問題 小罪と大罪について」、「第八九問題 小罪それ自体について」。

(3) トマス、前掲「神学大全」第一五分冊において取り上げられているテーマの内、本項に関連あるものは、「第一〇問題 不信仰一般について」(第一項 不信仰は罪であるか)(第三項 不信仰は諸々の罪のうち最大のものであるか)(第四項 不信仰者の行為はすべて罪であるか)、「第一一問題 異端について」、「第一二問題 背教について」、「第一三問題 冒瀆一般について」、「第一四問題 聖霊にたいする冒瀆について」等である。

第一八分冊で「正義」に関して論じているのは、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)(第二項 正義は常に信者にたいするものであるか)(第三項 正義は徳であるか)(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)(第五項 正義は一般的徳であるか)(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)(第七項 一般的正義のほかは何らかの特殊的正義が存在するか)(第八項 特殊的正義は特定の対象領域を有するか)(第九項 正義は情念にかかわるか)(第一〇項 正義の中庸は事物の中庸であるか)

(第一二項 正義の行為は各人にかれのものを帰属させることであるか) (第一二項 正義はすべての倫理徳のうちで優越的なものであるか)。

(4) 大罪と小罪との区別については、トマス、前掲「神学大全」第二二分冊で取り扱われている。尤も、本書の訳者稲垣良典は、大罪、小罪という訳について、四二〇頁の訳注(708)で、「大罪」「小罪」という訳語によっては正確に伝えることのできない、*mortale*・*veniale*の本来的な意味に注意せよと言っている。なお、大罪の原語、*peccatum mortale*は、大罪のほか、死にいたる罪、不治の罪とも訳されている。

トマス、前掲「神学大全」第二二分冊「第七二問題 諸々の罪の区別について」第五項 罪責性にもとづく罪の区分は罪を種的に区別するか」三九頁以下参照。

「刑罰が外的な根源、すなわち裁く者の正義からして罪へと秩序づけられているのであって、かれ(裁く者)は罪の多様な条件に応じて多様な刑罰を科するのである。」「ここからして、(刑罰に値する) 罪責性に由来するところの差異は罪の異なった種に後続するものでありえても、種の違いを成立させるものではない。」「四一頁。

「ところで、小罪と大罪との差異は、罪の本質側面を完成するところの秩序の乱れ *inordinatio* にかかわる差異に後続するものである。というのも、秩序の乱れには二種類のものがあり、その一つは秩序の根源(そのもの)の除去であり、もう一つは秩序の根源は保たれているが、根源の後に来ることがらに関して秩序の乱れが生じているものである。」「四一頁。「しかるに、道徳的な事柄における全秩序の根源は究極目的であり、それは『ニコモコス倫理学』第七巻においていわれているごとく、行為にかかわる領域において、思弁的な領域において論述不可能な原理が占めているような位置を占めている。このようなわけで、靈魂が罪によって究極目的すなわち神—われわれは愛徳 *caritas* によってかれに合一せしめられる—から離反するところまで秩序を乱してしまった場合には、大罪に陥るのである。」「四一—二頁。

「思弁の領域についていえば、原理にかんして誤っている者は説得不可能であるのにたいして、原理は保持しつつ誤謬に陥っている者は当の原理によって(真理へ)呼びもどされることが可能である。それと同様に、行為の領域についていえば、罪を犯すことで究極目的から離反しているところの者は、罪の本性からして見るかぎりでは、回復不可能な仕方で転落しているものであって、そのことのゆえにかれは死に到る仕方で *mortaliter* 罪を犯しており(大罪)、永遠に罰せられるべきであるといわれるのである。」「これにたいして、神からの離反まで行かない仕方で罪を犯す者は、罪の本質側面そのものからして、その秩序の乱れは回復可能である—なぜなら(秩序の) 根源は保全されているからである。そして、そのことのゆえにかれは許される仕方で *venialiter* 罪を犯す(小罪)といわれる。なぜかといえば、かれは限らない罪に値するような仕方で罪を犯したのではないからである。」「四二頁。

なお第一八分冊では、各論的に、大罪になるかどうかを検討している。これに対して、小罪という概念は、第一五分冊、第一六分

冊、第一八分冊の各所で取り扱われている。

(5) トマス、前掲「神学大全」第一二分冊四二五頁以下「解説 トマスの『罪』理解について」(稲垣良典)、とくに四三七頁以下参照。「罪における転向と離反という二つの方向を区別することは罪の本質を理解するために不可欠であるといえる。」四三七頁。

「こうした罪の本質を洞察することの困難さを気付かさせてくれるものとして、トマスが強調する小罪 *peccatum veniale* と大罪 *peccatum mortale* との間の『無限なる』異なりに目を向けよう。」「大罪と小罪は、たんに罪の重大さの程度によって区別されるのではなく、罪を罪たらしめる本質側面が完全に見出されるのは大罪においてのみであり、小罪は大罪へと関係づけられることによって不完全な意味で罪と呼ばれる、という仕方では区別されている。」四三七頁(トマス、前掲「神学大全」第一二分冊第八八問題「小罪と大罪について」)「第一項 小罪は大罪に対するものとして区分されることは適切であるか」参照)。したがって、「本来の意味での罪は、われわれが自らの意志によって、究極目的であり(存在の)第一根源である神に背き、神から離反する罪であるところの大罪のみである。」四三七―八頁(トマス、前掲箇所参照)。「このような罪の本質としての神的善からの離反―それは存在および生命の第一根源からの切り離しであるがゆえに『死に到る *mortale* 罪』である―の意味に光をあてるために、トマスは大罪と小罪―小罪においては究極目的にして第一根源である神との結びつきは保たれており、この結びつきのゆえに『小罪』と呼ばれる反秩序は修復可能である―とは無限に異なっていることを強調し、全世界の小罪を集めても一つの大罪にあたる罪責をもつことはできない、と説明している。」四三八頁。

因みに、「小罪」の反秩序という意味については、「小罪は完全な意味での罪ではなく、また人間が究極目的に到達することを不可能にするものでもないが、それらはわれわれが究極目的をめざして進んでゆく現在の生の歩みにおける無数の失敗であり、挫折である。」としている。四三八頁。

(6) なお、ここで「過失」と偶発性の問題「わが国の刑法三八条一項但書参照」の違いについて一言触れておきたい。それは、トマスにあつては、「随意的意志」の要素を媒介として、罪の有無を分ける分岐点になるからである。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」第八項 偶発的に人を殺した者は殺人の咎ありとされるか」一八四頁参照。

「アリストテレスが『自然学』第二巻(197b18)でのべているところによると、偶発 *casus* とは意図の外で作用するところの原因である。」一八四頁。「したがって、偶発的であるところのもの *casualia* は、端的にいえば、意図されたこと *intenta* でもなければ、随意的 *voluntaria* でもない。」一八四頁。「ところで、アウグスティヌスによると(『真の宗教について』第四章 PL. 34, 133) すべての罪は随意的なものであるから、偶発的なことは、そのようなものであるかぎり、罪ではない。」「しかるに、偶発的かつ自体的には *actu et per se* 意志されたこと、ないしは意図されたことではないところのものが、付带的には *per accidens* 意志され、意図されたことである、といったことが起るのであつて、それは邪魔物を除去するところのものが付带的な意味で原因と呼ばれる(アリス

トテレス『自然学』255b24)ということによるのである。」(傍点筆者)一八四—五頁。「ここからして、殺人がそこから生起してくるようなことがあるとして、こうしたことがらを除去すべきであったのに除去しなかった者は、或る意味で随意的殺人を犯したことになるであろう。」一八五頁。

「ところで、このことは二つの仕方で起りうる。」その一つは、避けるべきであった不法なことから従事して殺人をひき起す場合であり、もう一つは然るべき注意をほらわなかった場合である。「したがって、法によると(『グレゴリウス九世法令集』V. 12, 23; RFI, 197; 803)もし或る人が正当なことから従事し、然るべき注意をほらっていない、しかもその結果として殺人が起った場合、その人には殺人の咎は帰せられないのである。」「これにたいして、不法なことから従事しているか、あるいは正当なことから従事していても然るべき注意をほらっていないか、たならば、その人の行動からして誰かが死ぬということが起った場合、殺人の咎をのがれることはできないのである。」(傍点筆者)一八五頁。

なお、「(三)……(教会法)法規 *conon* によると、不法なことから従事するか、あるいは然るべき注意をほらわないうでいて、偶然に人を殺した者にたいして刑罰が科せられているのである。」一八五頁。

さらに、本文の事例について、一五世紀のイギリスの教会裁判所におけるケースであるが、see, Helmholtz, op. cit., [Conon Law and the Law of England] [9. Infanticide in the Province of Canterbury during The Fifteen Century].

(7) この問題は、まずトマス『神学大全』では第一五分冊で取り扱われている。ここでは、「信仰」にかかわる問題を多く取り上げているが、就中、第一〇問題「不信仰一般について」、第二一問題「異端について」、第二二問題「背教について」の項目が問題になってくる。この点は現代においても留意されている。ヤスパース、前掲「啓示に面しての哲学的信仰」、九〇頁以下〔4〕教会の政治的諸方法」、とくに九二頁以下〔6〕極端な強制的諸方法〕で次の如く摘示している。

「教会は、そのための権力を所有したとき、異端者を死をもって罰した。」「教会の考え方によれば、異端者は単に教会からの破門によるのみならず、死刑により、世界から閉めだされるのが当然であった (non solum ab Ecclesia per excommunicationem separati, sed etiam per mortum a mundo, Thomas von Aquino, Summa theol. II, II. quest. XI art. 3) (トマス・アクィナス『神学大全』第二巻第二部「第一五分冊」、第一一問題第三項)。「このことは、教会の破門を裁判したあとで、世俗的判断 (Judicium saeculare) によって実行される。教会は、キリスト教的愛の現実として、血をもってしては自らを汚さなかったからである。」九二頁。

cf. Rawls, op. cit., [Collected Papers], p. 91 [4 Constitutional Liberty and the Concept of Justice].

では、トマスは、この点をどのように観念していたであろうか。まず「不信仰は罪であるか」という問題から瞥見してみたい。トマス、前掲「神学大全」第一五分冊第一〇問題「不信仰一般について」第一項「不信仰は罪であるか」二〇三頁以下参照。

トマスは、この点に關し、「不信仰」の概念に二つの別個の意味が含まれているとする。すなわち、私なりに要約すれば、無知の故にキリスト教を信仰しない場合と、キリスト教信仰に対して敵対的行動をとる場合とをトマスは分け、後者についてのみ罪となるとしている。二〇五頁。「因みに、異教徒の不信仰はトマスの問題から外れている。二二八頁。」

その論拠として、トマスは「第二項 不信仰は知性を基体としてそのうちに見出されるか」の項で次の如く摘示している。

「前述のごとく(第二二一部「第二二分冊」第七四問題第一、二項)、罪は、罪の行為 *actus peccati* の根源たる能力のうちにあるといわれる。「しかるに、罪の行為は二つの根源をもつことが可能である。」二〇八頁。「その一つはすべての罪の行為と命令する *imperare* とするの、第一の普遍的な根源 *primun et universale principium* である。そして、すべての罪は意志的なものであるがゆえに、この根源とは意志にはかならない。「他方、罪の行為のもう一つの根源は、罪の行為を發出させる *elicere* とするの固有的で近接的な根源 *proprium et proximum principium* である。「たとえば欲情能力 *concupiscibilis* は暴食 *gula* と肉欲 *luxuria* の根源であり、したがって暴食と肉欲の罪は欲情能力のうちにある、といわれるのである。「しかるに、不信仰の固有的行為である『反対すること』 *dissentire* は知性の行為であるが、『承認すること』 *assentire* と同じく、意志によって動かされている。したがって、信仰と同様に、不信仰は知性を直接の基体としてそのうちに見出されるが、意志を第一の動機づけるもの *primun motivum* として、そのうちに見出されるのである。』」そして、この意味においてすべての罪は意志のうちにある、といわれるのである。」二〇八頁。

これを前提として、いわゆる異端について、トマスは、第一一問題「異端について」で取り上げている。就中、「第一項 異端は不信仰の一種であるか」において、次の如く摘示している。

「或る人はキリスト教信仰の正しさから二つの仕方で逸脱することが可能である。」二五〇頁。「その一つは、キリスト教自身に承認を与えることを欲しないことによるものであり、この場合、そのような人は目的自体に關していわば悪しき意志 *malia voluntas* を有しているものといえる。」二五〇—一頁。「そして、これが異教徒やユダヤ人における不信仰の種類 *species* に属するものである。」二五一頁。「もう一つは、なるほどキリスト教に承認を与えようと意図しているが、それらにおいてキリストに承認が与えられるところのことがら、そうしたことがらの選択において失敗する、という仕方での逸脱である。」「異端とは、キリストにたいする信仰を宣言しつつも、その教義 *dogmata* を破壊するところの不信仰の種類である。」という。二五一頁。

そして、異端者自身については、「その罪はたんに教会から破門によって分離されるにあたいするだけでなく、死によって世界から排除されるにあたいする。」という。「第三項 異端者たちにたいして寛容であるべきか」二五八—九頁参照。

(8) 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」第五項 人は自分を殺すことが許されるか」一七二頁。

(9) イギリス法で、自殺を罪としなくなるのは、一九六一年の *Suicide Act* による。cf. *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 11, para. 1167.

- (10) 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〕二一九頁。
- (11) トマス、前出二二〇頁。
- (12) トマス、同前。
- (13) 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」二三〇頁。
- (14) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第七二問題「誹謗について」〔第二項 誹謗、もしくは悪口は大罪であるか〕三一二頁参照。とくにイギリスの名譽毀損については、すでに、拙稿、前掲四卷一号二九頁注(30)「イギリスの教会裁判所の管轄から削減の問題」、五卷二号二二七頁「教会裁判所の民事関係としての名譽毀損について」、六卷一号四四—五頁注(4)「聖俗裁判管轄権の競合」、九卷一号二二九頁注(28)「国王裁判所の管轄権の拡大」で触れている。
- なお、イギリスのコモン・ローとカノン法との相互関係については、後述の如く、一六一七世紀に顕著になるが、名譽毀損はその一例とされている。cf. Helmholz, op. cit., [Canon Law and the Law of England], pp. 9-11. Helmholz, op. cit., [Roman Canon Law in Reformation England], pp. 6-7, 24, esp. 58-60.
- cf. David Ibbetson, A Historical Introduction to the Law of Obligation, 1999. [defamation in ecclesiastical law], pp. 113-4.
- (15) トマス、前掲「神学大全」第七二問題第二項三一二頁「前出注(14)」。
- 「上述のごとく(第一項第一異端解答)、言葉はそれが何らかの音であるかぎりにおいては他者を傷つけるものではなく、それらが傷つけるのは何らかのことを意味表示するかぎりにおいてである。」「ところで、そうした意味表示 significatio は内的な状態 affectus から発出する。」「三一二頁。「したがって、言葉の罪においては、第一に、或る人がいかなる内的状態からして何らかの名譽毀損を意味しているかを考慮すべきである、と考えられる。」「それゆえに、悪口もしくは誹謗は、その本質側面からして何らかの名譽毀損を意味するものであるから、もし発言者の意図が、その発する言葉によって他の者の名譽を奪うということに向けられているならば、それが本来的 propriè かつ自体的に per se 悪口もしくは誹謗を語ることにはかならない。」「そして、このことは窃盗もしくは強奪におとらず大罪である。というのも、人は所有物よりも名譽の方をより少なく愛するというわけではないからである。」「三一二頁。

③ 刑事裁判における不正について⁽¹⁾

言うまでもなく、刑事裁判における「正義」は、その手続の公正さを前提としている。しかし、本稿においても、裁くものの公正については、すでに総論的にはあるが言及している。⁽²⁾そこで、ここでは、具体的に、裁判における「不正」の事例として、現代の刑事手続へも連なる問題を一つ取り上げ、トマスの考えている法と正義の一面を照射してみ

たい。もとより、トマスの思想が直ちに社会の制度的イデオロギーとなるわけではないが、刑事裁判と正義のかかわりにおける制度的変化過程における一つの課題が、ここで提起されていることを明らかにしうるものと思う。

先に摘示した如く、トマスは、この問題を「神学大全」の第一八分冊で取り扱っている。⁽³⁾しかし、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」において、裁判官の管轄権内にある者に対してのみ裁判しうることを摘示した点はすでに言及した点にかかわるので、ここでは取り上げないことにする。⁽⁴⁾

そこで、ここでは、裁判の手續が「正義」に叶うものであるかどうかという点に絞って一つの事例だけを具体的に取り上げておきたい。

そもそも、訴訟手續は、世俗裁判所の場合、教会裁判所のその影響を受けたということは繰り返して摘示してきた。⁽⁵⁾しかも、当時における教会裁判所の訴訟手續は、真理追求という見地から糾問主義の性格を帯びていた。⁽⁶⁾したがって、その糾問がいかに「不正」を免れるものであるか、という点は、まさに「正義」の本質にかかわる。

この点の訴訟手續について、この問題はいろいろの側面に関わるが、ここでは、重要な点として、いわゆる証拠裁判主義をトマスがこの問題に絡めて採択している点を挙げうる。それは、「神学大全」第一八分冊第六七問題第二項において取り上げられている点である。

因みに、ここでは、「裁判官は自分が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」という形で検討されている。それは、裁判官の良心にかかわる問題として取り扱われている。我が国の憲法でも、「すべて裁判官は、その良心に従い独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」(七六条三項)という規定が存在するが、ここで「良心」と言われていることは、外的な圧迫ないし誘惑に屈しないという点に重

点があるものとされている。⁽⁷⁾

しかし、当時における精神的要素の導入がはかられたことに鑑み、「良心」というものは一つの「能力態」として取り扱われる。⁽⁸⁾したがって、「良心に反して行為することは罪である」かという問いかけもあつたくらいであった。そこで、裁判官は私的立場で真実を知っており、その点が法廷では証拠として提出されていないような場合にも裁判官の良心では、その点を無視し、法廷に提出された相反する証拠に基づいて判決を下さねばならぬか、といった形で問題が提出されてくる。

トマスは、前述の如く、法廷に提出された証拠に基づいてのみ判決しようとし、自己の私的に知り得たことは、法廷に提出された証拠の欠陥を明きらかにするに役立てるべきであるとする。⁽⁹⁾世俗裁判所の内外において、私闘や、裁判における神判の横行している時代に、イデオロギーに過ぎないにせよ、「正義」との関わりで、かかる証拠裁判主義を唱えたことは、やはり注目に値するものであったといえる。

- (1) ここで関連するトマスの課題は、トマス、前掲「神学大全」第一八分冊における第六七問題「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例について」、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」において取り上げられている。

なお、後述〔iv〕自然法と訴訟手続」参照。

- (2) 拙稿、前掲一五巻一号一三六頁以下、とくに一四一頁以下注(1)参照。

- (3) 前出〔iii〕トマスと刑事法―法と正義」の箇所参照。なお前出注(9)参照。

- (4) 拙稿、前掲一五巻一号一三六頁以下〔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」〔1. 「裁き」judicium」参照。

(5) 拙稿、前掲三卷二号一七頁注(11)一八頁、一四卷二号四頁参照。

(6) 拙稿、前掲五卷二号一八七頁以下、一九一頁注(5)、一九六頁以下注(13)、一九八頁以下注(14)参照。

(7) 最大判昭二三・一一・一七刑集二二・一一一五六五。

(8) トマス、前掲「神学大全」第六分冊第七九問題「知性的諸能力について」「第一三項 良心は或る一つの能力であるか」一八七頁以下参照。拙稿、前掲一四卷一号六頁、八一九頁注(1)参照。

(9) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六七問題第二項参照。「裁判官は判決を下すにさいして、かれ自身が私的人格として知っていることよりは、むしろそうした(法廷で立証された)知識に従わなければならない。」「しかし、(裁判官が私的人格として知っていることは)提示された証拠の欠陥を吟味にさらすことができるよう、それらをより厳密に調査するに役立つことが可能である。だが、もし裁判官がそれらを法的手続きによって斥けることができなかつたならば、前述のごとく(反対異論)、判決にさいしてはそれらにしたがわなければならない。」二三六頁。

(iv) トマスと私法

① トマスと私有財産制

1. 問題提起

トマスの当時においては、今日のごとく、「私的自治」の観念が普及し、制度化されてい⁽¹⁾なかつた。そこで、一体共同体構成員間の紛争をどのように処理していたのであろうか、という疑問が生ずるのであろう。現代の「私法」体系に全く無縁な法が支配していたのであろうか、あるいは、その萌芽となるような法体系が存在していたのであろうか、という問題もあり、それにトマスがどう対応していたのか、という点が考究されねばならない。さらに、「私的自治」の制度的イデオロギーの確立過程を見る上で、その阻害要因になっていたものを知ることが大切であるが、それが、当時においてどのような原理で作用していたのか、とくに、本稿に関連して言えば、当時の自然法思想との関係で、どのような制度的イデオロギーが支配していたかを知ることが大切であろう。

本稿においても「物財に対する支配権を表す dominium 概念」については既に触れてきた。⁽²⁾

しかし、この dominium 概念について、しばしば「支配」という訳語の他に「所有権」なる訳語が付されてきている。そのみならず、「私的所有権」という語で把握されている場合もある。⁽³⁾ それは、ローマ法以来の用法ではあるが、中世においては、その語が「支配」と「所有」の混合的要素を含む概念になってきていた。

しかし他方、この点について、既に摘示してきた如く、「自然法の内容」の原理として、トマスにおいても、「各人に彼のものを」というものがあげられている。⁽⁴⁾ そこで一体、この原理と dominium の概念の変化とどのように結合しうるのか、という問題が提起されてくることも必然であろう。ことに、中世後期における封建制の支配体制を表す dominium とどう調和しうるかが問われることにもなる。

ここで、この点の問題提起を行った五百旗頭直治郎の問題意識を見てみることも便宜かと思われる。五百旗頭はその著書「キリスト教所有権思想の研究」の中で、次の如き問題提起を行っている。すなわち、「私有財産制をとるべきか否かの問題は福田教授「拙注、福田徳三」の解される如く、自然法と全く関係のない人為の法つまり実定法のみに関する問題であるか。」と言って疑問を提起している。そして、この問題提起を受けて、五百旗頭は、キリスト教、就中トマスの「所有権思想」を詳細に分析している。ここで、私は、五百旗頭自身の所論の是非を全面的に検証する余裕はないが、本項の課題に関わる限りでその所説に言及し、本項の課題にアプローチしてみたい。

五百旗頭は、トマスのこの問題にたいする考え方は一貫して「私有共用」⁽⁵⁾ の理念であると把握し、福田の自然法との無関係説に反論している。

ただ、ここで留意せねばならぬことは、五百旗頭が「私的所有権」を近代的な「私的所有権」と異なったものとして取り扱っている点である。しかし、そこでは、近代的な意味での「私的所有権」の「私的」概念と、封建的所有権にお

ける「私的」概念の相違という点については、かならずしも明らかにされていない。しかも他方では、五百旗頭は、所有権を *dominium* 概念の一環として把握している。さらに、五百旗頭は *dominium* 概念に「支配または支配権」の記も付している。⁽⁶⁾ では一体、五百旗頭が、トマス所説において、この *dominium* 概念と「私的所有権」を結びつける論拠はどこにあると把握していたのであろうかが問われねばならなくなる。五百旗頭は、この点、「二配慮および管理分配の権能から見た私有」の項で、トマスの第一八分冊第六六問題第二項の記述に依拠しているし、⁽⁷⁾ トマスのその摘示については私もすでに言及している。⁽⁸⁾

そこで、五百旗頭の問題提起の意図をさらに明らかにするために、トマスの前記問題の第一項の指摘を引用してみた。すなわち、

「外的な物財は二つの仕方でも考察することが可能である。その一つは、その自然本性 *natura* に関してであり、これは人間的権能 *potestate* の下にあるのではなく、ただ神的権能の下にあり、万物は神的権能にその命令のままに *ob* *mutum* 服従するのである。もう一つは、当の物財の使用 *usus* に関してであって、この場合には人間は外的な物財にたいして自然本性的な支配権 *naturale dominium* を有する。なぜなら、人間は理性と意志によって外的な物財を、いわば自分のために造られたものとして、自らの利益のために使用するからである。」(傍点筆者)⁽⁹⁾ と。

実は、五百旗頭が、先に摘示したトマスの「私的所有権」というのは、近代的な意味でのそれではなく、「私有共用」を意味するとする論拠は、かかる文脈において捉えられている。⁽¹⁰⁾

だが問題なのは、拙稿でも、すでに摘示したごとく、この *dominium* 概念には単に「私的」な要素のほかに「公的」な要素を含んでいるということである。「私的所有権」概念が成立するためには、その両要素の分離が前提となる。まさに、その分離過程こそが、近代所有権の確立過程を形成する重要な契機であるといえようし、また反対に、この過程

の中に、「私」と制度的に対立する「公」の概念の誕生の契機が包摂されているのではないか、という疑念が生ずる。尤も、その歴史過程は複雑であり、それぞれの諸国家諸地方における具体的過程が検証されて、はじめて概括化しうるものであるので、ここでその課題を直ちに遂行するわけには行かない。ここでは、トマスの「自然法と世俗権力」の関わり方を検討することが主たる課題であるので、前述の課題を念頭におきながら、当面の課題として、まず「公」と「私」に関わるものとして、*dominium* に含まれる貢租の問題を取り上げ、「支配と所有」の新たな関係の誕生の萌芽を見ることから始めたい。

2. 私有財産制と課税権の問題—公私の問題

そこで、まず五百旗頭が強調した「私的所有権」の「私的」の意味を、トマスがどのように捉えているかを瞥見してみたい。⁽¹¹⁾ だが、本項においては、その点を探究するための前提作業として、まず、当時の「所有 *dominium*」概念に含まれる「公」的要素を抽出し、「私的」概念の特殊性探究の前提としてみたい。そこでそのためには、当時における「土地所有」が、封建制の下では、「領有」として現れ、そこに所謂公租公課の含まれていたことに鑑み、「土地所有」における「私的」性と公租公課の徴収権という公的要素とがどのように絡むのか、また、「領有」の「私有化」過程で、この公租公課の徴収権が「公的」権利として分離して行くのかを瞥見し、いわゆる当時における「私法」関係とは別の規制原理がどのように働くのか、換言すれば、どのように「自然法」の規制を受けるのか、どのような「正義」論が働くのかを眺めておくことにしたい。

当時の西欧社会は、前にも言及した如く、都市の発展がみられ、一定の規模の商工業の発達もみられた。⁽¹²⁾ しかし、基本的には、なお自然経済に依拠する状況にあり、地域地域の自給自足の生活態様を呈していた。⁽¹³⁾ それゆえ、地域の慣習がさまざまであり、概括化するにはほど遠い状況にあったといえる。⁽¹⁴⁾ だが、概して、多様性をもちながらも、全体と

しては類似した存在になっていたことは先にも触れた⁽¹⁵⁾。それは、かなりの部分が中世の特徴をなす領主制の下にあったということによる⁽¹⁶⁾。

その特徴を、社会経済史学者は、一般に農奴解放前の封建的土地所有につき次の如く摘示している。例えば、「封建的土地所有の基礎条件」として、「土地所有の独占、労働力の土地への緊縛及び農奴制的収取関係に於ける領主的『恣意性』の確保」を上げて⁽¹⁷⁾いる。これらの所説は、その後の研究の成果として、いろいろの異論もあるようであるが、領主の農民に対する「恣意性」の内容たる、諸負担の賦課が上げられる点はあまり異論を見出しえないように思われる。確かに、負担の形態には、いろいろのものがあ⁽¹⁸⁾り、論争もあるようである。しかし、そこでは、領主の権限はあつても、農民には権利がなく、農民を含めて土地所有につき、いろいろの公的要素を含みすぎ⁽¹⁹⁾ていて、土地の「私的」所有の觀念が形成されたとはいえない状況にあつたといえる。

また他方、土地所有は近代化の一現象として、換言すれば、公と私の分離に伴う現象として、地代と地租の分離が、私的所有への道の一つの契機となるものといえるし、そこには、土地所有に伴う「支配」＝租税、土地の「私的」所有に伴う地代の分離という図式の出現があつて、初めて、「私的所有」の觀念が定着してくるものといえよう。領主の土地所有の「私有化」現象の始まつたことは、実は、かかる面における公と私の分離現象の傾向性を看取して、土地所有の「私有化」の指標としてきた側面のあることも摘示しておきたい⁽¹⁹⁾。因みに、その転化の過程も、西欧においては、多様な、しかも、一九世紀までの長い時間をかけた過程として現象してきたことにも留意しておく必要がある⁽²⁰⁾。

ただ、この点の指摘は、当時の土地所有における複雑な要素の存在すること、そして、安易に「私的所有」概念がそれに該当しえないという例示として摘示したものであるが、トマスの当時においても、諸物の私有化現象が始まつたことを念頭におけば、そこに包摂されている公私の混合要素がいかに変化してきたかを摘示しておくことも大切であ

り、そこに、トマスのそれに対する文脈を看取しうる契機にもなるものと思う。

ところで、一般には、租税法律主義の支配する近代国家財政への道を、「ドメイン・ステイト domain state」から「租税国家」の財政の道として捉えられているが、⁽²¹⁾そこでは、中世のこの dominium 概念が、所有権概念とは別の「公」的論理でもって捉えられている。そして、この場合の課税の正当性とその要件の様式化を行ったのがトマスであるという所説も存在する。⁽²²⁾それを要約するならば、役務奉仕者（例えば、司祭、首長等）の役職維持のために人民の納付すべき義務と観念しているところにポイントがある。⁽²³⁾

ここでは、かかる財政論に立ち入るつもりはないが、本項の課題からすれば、dominium 概念における公私の要素が別々の論理で把握し始めていることを示す一例と捉えてもよいのではないかと思う。そして、その義務を指導する原理は、納付義務者にも課税権者にも妥当する交換的正義の原則であるとされている。⁽²⁴⁾尤も、租税負担に際しては、⁽²⁵⁾衡平の原則が働き、そこでは配分的正義の原則が支配するといっていることは留意しておきたい。

したがって、このように、「領有」関係における諸要素が、「領地」の私有化に伴い、そこに不可分のものとして捉えられていた所謂「公租公課」が「私的」所有関係とは別の「公的」要素として働き、それを規制する「正義」が、私的関係の「正義」論とは別の原理として機能してくる傾向を見出すことになった、といえよう。そして他面、私的な社会関係が「社会的」に認知されてくる一つの端緒になってきたともいえよう。

そこで以下、もう少しトマスと私法の関係を具体的な領域に則して眺めてみたい。

(1) 私的自治の問題は先に自治都市に関して言及している。拙稿、前掲八卷一号一六〇頁注(72)。現代でも「私法」概念の見直し論が展開されてきている。それは、私的関係に対する国家の介入から生ずる問題をめぐって展開するものである。一例として、Ben-

Jimin C. Zipursky, *Philosophy of Private Law*, in Coleman & Shapiro, ed. op. cit., [Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law], p. 623 et seq. かかる意味では、そもそも「私法」体系がどのように形成されてきたのか、それを導いた制度的イデオロギーはいかなるものであったか、という点には関心を持たざるをえないであろう。

我が国のこの問題への一例として、『岩波講座・基本法学5—責任』、岩波書店、一九八四年。とくに、平井宜雄、「I 責任の沿革的・比較法的考察」—「責任の沿革的・比較法的考察—不法行為責任を中心として」三頁以下、藤岡康弘、「II—近代法から現代法への展開」—「五 私法上の責任—不法行為責任を中心として」三一—一頁以下参照。

(2) 拙稿、前掲一四卷二号五三頁以下注(22)参照。

(3) 例えば、五百旗頭真治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」一九八頁以下「二 配慮および管理分配の権能から見た私有」。

(4) 拙稿、一四卷一号三頁、九頁注(2)、一五卷一号一二四頁、ロンメン、前掲「自然法の歴史と理論」二二七頁以下参照。

(5) 例えば、五百旗頭真治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」一八八頁以下「第三章 聖トーマスの所有権思想」で、とくに、「第二節 外的事物の支配権と財の共用の思想」の問題を取り上げ、「自然法」との関わりを論じ(一九〇頁以下)、さらに一九六頁以下「第三節 私有共用の思想」に言及している。いま、五百旗頭が「私有共用の思想」を概括化したところを紹介すると、次の如くである。すなわち、

「以上、聖トマス所有権思想の根本理念となっているものについて概説した。」「これらよりして、トーマスがいかなる形の所有権制を望ましいものと考えていたかは、明らかである。すなわち、財の利用については共用的であり、その配慮や管理については私的な所有権がこれである。」(傍点筆者)二〇一頁。尤も、五百旗頭も「彼に考えられた私的私所有権は、近代における絶対的な私的私所有権ではなく、様々の法的道徳的義務したがってまた種々の限界をもった私的私所有権である。」と言っている。二〇八—九頁。

(6) 五百旗頭真治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」一九〇頁「第二節 外的事物の支配権と財の共用の思想」。

「トーマスは、所有権の問題をしばしば支配または支配権(dominium)の問題として論じている。」

(7) 五百旗頭真治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」一九八頁以下参照。

(8) 拙稿、前掲一四卷二号三八頁以下注(22)、とくに五三頁以下「使用する権能 potestas utendi—支配権との関係」参照「前出注(23)」。

(9) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題「第一項 人間にとって外的事物の所有は自然本性的であるか」二〇三頁。

(10) 五百旗頭真治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」一九六頁以下参照。

(11) ドゥフロウ、前掲「神の支配とこの世の権力の思想史」、三八六頁以下「第二章 普遍的な統治権に関する皇帝と教皇の戦い」参照。ここでは、一般に言われているトマスの「公」「私」の問題とは異なった視点でアプローチしているので、かかる面のあること

も留意したい。

「われわれの主題との関連にとっていっそう重要なことは、トマスは『私的』と『公的』というローマ法的な区別を共同体段階に適用しているということである。」「しかも彼は、社会を公的・私的なものへ区別することを基礎的な区分として見ている。」「私的な社会は二つ、あるいは三つの仲間の関係によって構成されるが、それに対して公的な社会は一つの都市、あるいは一つの国家（レグヌム）の枠におけるように、より多くの人々の関係によって構成されるのである。」「三八六頁。」「アリストテレスはもちろんこの区別には無縁である。」「三八六―七頁。」「だが事実は彼の場合いずれにしても、ポリスとそれ以下の共同体形式との間にはたんに自足という概念で方向づけられる切れ目が現存する。」「三八七頁。」「トマスは次のように考えてアリストテレスを遙かにこえる区分をなしている。つまり、トマスは政治的なものをキリスト教的な意味で時間化するという特徴をもって、持続する時間形式と過ぎ去る時間形式という二つの時間形式を永遠の『神の国』から移された私的・公的な社会内で区別するのである。」「持続する時間形式は、私的な社会においては結婚および主人・奴隷関係において（したがって『家政上の結合』において）、あるいは公的な社会においては一つの場所での生涯にわたる都市市民たることにおいて、というような人間の地上的生全体に関係する。」「過ぎ去り行くものの時間的契機は私的領域では、たとえば客をねんごろにもてなすことにおいて、公的領域では、商人が都市城壁に保護されて従事する営業関係と交易関係において認め得る。」「私的―公的という概念をこのように適用することはそれらの概念の近代的意味から更に入念に区別することと見なされる。」「ここではまた近代的自由市民の私的領域が問題になるのではなく、すでにアウグスティヌスが古代と共に家を本質的にキヴィタスへ関係させたように、自らにおいて関連する社会的な結合の諸段階内での区別がただ問題になるのである。」「それにもかかわらず、すでにプラトンに比べれば哲学の統一紐帯を緩めたアリストテレスの場合よりも、共同体段階相互のいっそう大きな孤立が示唆される。」「三八七頁。

(12) 拙稿、前掲八巻一号―一〇巻一号参照。

(13) ジャック・ル・ゴフ、『中世の人間―ヨーロッパ人の精神構造と創造力』、鎌田博夫訳、法政大学出版局、一九九九年、一三七頁。人口の九割は農村居住者であり、農作業に従事していたといわれている。

(14) R・H・ヒルトン、『中世イギリス農奴制の衰退』、松村平一郎訳、早稲田大学出版部、一九九八年、七頁。

「中世農奴制の初期の歴史は非常に複雑である。ヨーロッパのすべての国々で、この複雑さは農奴階級の呼称に使われたさまざまな用語、とりわけ一二世紀までの時期の個々の記録文書中に使われているようなさまざまな用語に反映されている。」「七頁。

イギリスの特殊性について、城戸毅、『中世イギリス財政史研究』、東大出版会、一九九四年。その王領一つとっても、その歴史の変遷は複雑である。七二頁以下「二 国家財政における王領―十三世紀まで」。「これらの点からみれば、王領とはその規模や範囲が間断なく変動しているものであり、このことはこの時代に王の家産である一定不変の王領というものは存在しなかった、ということ

を意味する。」七三頁。そして、その注(5)で、「これはイングランドには領邦体制が存在しなかったということを別の面からいったことにもなる。その点からいうとイングランド王の家産という意味の王領はイングランド全体がそれに当るともいえる。……しかしこれは他でもなく国王側の見方であって封建的反対派の国家観に代表される諸侯の見方がこれに対立していた。」七六頁。

この点、王領の土地収入が財政上大きな意味をもったフランスと著しく異なると城戸は暗示する。二〇頁以下「二 王領経営と財政的フューダリズム」、とくに二二頁参照。

(15) ヨフ、前掲「中世の人間」一四六頁。

(16) ヨフ、前掲「中世の人間」一四六頁。

(17) 高橋幸八郎、『近代社会史成立論—欧州経済研究史』、日本評論社、昭二二年、二五頁以下参照。

(18) その一例は、イギリスの場合における、コスミンスキーとポスタンの論争などであるといえよう。コスミンスキー、『イギリス封建社会の展開』秦玄龍訳、未来社、一九五〇年、ポストン『イギリス封建社会の展開』、佐藤伊久男訳、未来社、一九五〇年。

(19) 高橋幸八郎、前掲「近代社会成立史」四八頁注(39)参照。cf. W. M. Ormrod & Janos Barta, *The Feudal Structure and the Beginnings of State Finance*, in Richard Bonney (ed.), *Economic Systems and State Finance*, 1995, p. 71 et seq. [2. 7 Europe in 1200; The Emerging Trends]. ヴェルナー・レーゼナー、『農民のヨーロッパ』、藤田幸一郎訳、平凡社、一九九五年、六〇頁以下。西洋の領主制秩序の根源に関する叙述。七三頁以下「第四章 中世盛期の始まり(一一—一三世紀)」参照。ことに八九頁以下では、旧領主制の崩壊と新領主制の形成について語っている。

(20) 私有化現象の一つの型を形成したイギリスにおいても、自由土地所有に伴う公的負担条件が最終的に分離・廃止されてくるのは、一六六〇年の騎士奉仕 knight service の廃止であるといわれている。尤も、土地保有条件の誕生の重要な契機の一つであった軍事奉仕の一環としてのこの奉仕は、一四世紀にはすでに傭兵制に変わることによって、金銭的貢納に代替してしまっていたといわれている。Holdsworth, *HEL. op. cit.*, vol. 3, p. 37 et seq., esp. 45.

ドイツでは、土地の私的所有化の普遍化はなお遅れていたという。例えば、一七九二年になっても、なお農奴制 *Leibeigenschaft* が存続していたところもあったという。ある村の約三分の一が隷農民であった。坂井洲二、『年貢を納めていた人々—西洋近世農民の暮し』、法政大学出版社、一九八六年、九五頁以下「年貢」参照。この問題解決は一九世紀になってからであり、その解決方法が特殊ドイツ型であったことは周知の事柄である。ミッターイスローパー、前掲「ドイツ法制史概説」四三五頁。柳沢治、『ドイツ三月革命の研究』四一八頁以下「二 領主制の廃止」。

(21) Bonney, *Introduction*, in Bonney, *op. cit.*, [Economic Systems and State Finance], p. 13.

「第二の問題はそれぞれの時期に関する諸章において生じ、そしてまた、歳入と国庫負担にかんするテーマの章で論議されたが、

それは『domain state』から『租税国家』への移行である。「これは、一般に経済史に関する封建制から資本主義への移行に相当する。そして、時々、本書の主題を越えたテーマになる恐れがある。」「[domain state]を『租税国家』に対するものとして構成したものの定義は、容易ではない。というのは、租税収入は、domainの部分でありえたり、また、一定の環境の下ではそう見なされていた。」「一七六〇年に書かれたところの、ミラボー Mirabeau は、租税歳入はフランスにおいては domainal receipts に含まれることを当然とした。」「さらに、租税歳入に伴うものとして、domainの性質は時期を越えて進化する(一三・三章)。「[domain state]から『租税国家』への移行によって提起されたこの問題は、かくして特に複雑であり、そして、その他の大きな移行、封建制から資本主義へ移行と共に、それはすべての係争が充分に便宜的な理論内において解決されうる事案ではない。」一三頁。

また、『domain state』から『租税国家』へという過程について、オームロッド Ormrod は次の如く摘示している。(Ormrod, *The West European Monarchies in the Later Middle Ages*, in Bonney (ed), op. cit., [Economic Systems and State Finance], p. 123 et seq.)

「支配権力の『私的』財源が一般課税のシステムに由来する『公的』歳入によって総計で凌駕された時点で『近代的』財政システムが出現してきたといわれうる、ということは広く承認されている。」「ヨーロッパの文脈において、このことは、通常『domain state』(fiscalité féodale)から『租税国家』(fiscalité d'Etat)への移行として表現されている。」「幾世代の学者も、この移行の最初の徴候が一三—一四世紀のイングランドとフランスにおいて確認してきている。」「一三三頁。

なお、この変化の諸力について、オームロッドは次の如く摘示している。

「一三世紀中葉と後期一四世紀の間で、イングランド、フランス、カステリアで変化のはっきりした徴候が存在した。」「かかる変化の背後にある動的な力は多くかつ多様であった。」「一三三頁。」「中期中世の経済的ならびに人口統計学的拡大は、一二五〇年めぐりに高水準に達した。そして、前例なき富みの資源を産み出した。他方、一三世紀の商業革命は、支配的な農業経済と市場、貨幣ならびに信用に基礎づけられたものに変形することによって富の張り替えを容易にした。」「一三三—一三四頁。」「アリストテレスの観念の普及は、支配者の正統性と権威と、新しく進化した代議制度によって認められる普遍的租税に混合的表現を見出す同意の新しい概念を強調する政治権力の知覚を大きく変更した。」「西欧南欧を通じて記録保持における有意の増加によって表される行政の成長はまた、王の権威と国家の資源の有効的運営に関する重要な新しい機会を創設した。」「成長の時代に財政資源の成長は殆ど不可避であった。」「一三四頁。

「就中、財政制度はその発展を王朝と領土の増大の政策から生ずる財政的圧力に負っていた。」「一三四頁。

なお、かかる『domain state』の財政理論として、『正統な課税』論が問題になる。cf. Eberhard Iseemann, *Medieval and Renaissance Theories of State Finance*, in Bonney, op. cit., [Economic Systems and State Finance], p. 34 et seq.

「中世のローマ・カノン法律家によるローマ法の解釈を通じて、課税権の独占を享受していた世俗国家のモデルが得られた。」このことは、第一次に神聖ローマ帝国 *monarchus orbis* の皇帝へのみならず、西欧の諸王—事実上皇帝から独立していると考えられる—は、彼等の王国に対して皇帝と同等の権威をもつと主張して—に適用された。「従位的権限は、理論的には、委任によって、あるいは、特権ならびに認可によってのみ課税は許可された。」「しかしながら、大陸ヨーロッパにおける中世の実態は、より低位の課税は、特別の領主的（あるいは封建的）人的関係と保護の法的基礎の上に創設されていた。臣下は、領主の必要性の見地に立って援助と協議をするよう拘束されていた。」「国王は、この特別な、封建的かつ領主的な関係に、主権者と彼の *domain* の主として参加していた。彼は、王国のため、共同の福祉の便益のため、有力者の同意なしには普遍的租税を課する一般的主権性をもっていなかった。」「かくして、彼は、従位的領主へかかる権限を委任する地位になかった。領主は、自身の権利で租税を課していた。」「彼の側では、皇帝は、一四二七、一四七一—四年ならびに一四九五年まで一般的租税—そしてその時、帝国の諸身分の同意をえて—を創設することはなかった。」「三四—五頁。

トマス等が公財政の必要性を主張していた点については、cf. Isenmann, *op. cit.*, p. 37 [1. 5 'Specula Regis: Political and Reforming Tracts on Public Finance and Taxation']。そして、トマスを含めて、後期中世ならびにルネサンスの政治論文の若干は、「君主領 princely domain は公財政の基礎であり、さらに、君主は、平和時に軍隊を扶養する必要な手段を備えねばならなかった。」という。三七頁。

(22) なお、課税の正当性については、Isenmann, *op. cit.*, [Medieval and Renaissance Theories of State Finance], in Bonney (ed.), *op. cit.*, [Economic Systems and State Finance], p. 28 et seq. [1. 3 The Justification of Taxation].

「課税の正当化は、国家と社会の起源と性質のような問題に関係するのみならず、権限 (*potestas*) の正当性に関係していた。」「初期の権威的記述は聖パウロのローマ人への書翰（ローマ人の信徒への手紙一三）とテモテへの第一の手紙（一テモテ二・二）によってなされた。」「支配者は彼の権限を神からえた。そして、それは国家の内的法秩序を保護し、さらに、外的な敵に対して国を護るためにする彼の主たる任務であった。その結果、彼の臣下は、平和と静謐に暮らすことができた。」「公の便益のために彼の任務を遂行しうる支配者のために、彼の臣下は、必要な手段を租税形式で彼の処分委ねばならなかった。」「手段と目的の関係は、よりプラグマティックな政治思想におけるのみならず、ローマ・カノン法の文脈においても見出された。」「聖パウロの注解とキリストの言葉（マタイによる福音書一七・二三—五、二二・二一）は、租税が主権の権威への服従の証しとして支払われねばならないことを強調した。」「かくして、この位置は、中世を通じての大多数のスコラ学者、道徳神学者、ならびに、カノニストによってさらにいろいろな変容をもって拡大された。そして、初期近代にまで及んだ。」「西欧の政治思想内の主流とは別個に、課税のもう一つの正当化の基礎が存在した。」「これは、第一次的には君主への服従とは関係なく、国家 *respublica* 自体の協同的概念から発して、共同体とし

ての必要な効用 (*necessaria utilitas*) を強調することによってゐる。」一四世紀の思想家 Nicolaus de Anglia は、彼の *Questio* において、公的債務 *public debt* へ、任意的あるいは強制的ローンの租税の側面を関与せしめて、市民がその部分を構成している集合統一体として *respublica* の概念から、また、全体の善 (*bonum commune*) はその部分の善よりも良いという、アリストテレス・トマススの格言から出発した。「それゆえに、部分は全体へ自身ならびにその財産を進んで犠牲にせねばならない。すなわち、『緊急必要性』の場合には、あらゆる市民の財産は共同体に属した。」二八頁。

「課税の権威的中世的正当化は主として聖トマススの、聖マッシュューの福音書 (マタイによる福音書一七、二四以下) と聖パウロのローマ人への書翰に関する注解について、トマス自身の *Lothingen and Brabant (De regime Judaeorum)* において、また、神学大全において、見出される。」二八一―九頁。「彼の注釈にしたがって、君主はその臣民から租税を受けとる。というのは、かれらは、彼らの統治において神に奉仕しているからである。」二九頁。「しかしながら、かかる支払いは報償ではない。それはかれらの維持のためであり、彼らが、治安と静穏のために *patroia* 国の支配で蒙った費用である。」「関税 *customs duty* は、交易の遂行のための特定の場所割、道路の補修と安全、彼の土地を巡回する場合の君主の給養、そして、その他の正当な目的に対して支払われた。」*De regime Judaeorum* の第六番目の設問のうちの中心的部分は、支配者によるキリスト教徒の課税は許されるかどうかを問うことであつた。「アクィナスは君主は財産と土地から歳入を享受すべきであり、それゆえ、彼らは、彼らの給養のために十分な収入を得、したがって、彼らの臣下を掠奪することは抑止されねばならないと答えた。」「しかしながら、時々君主が彼の領地を保護したりあるいは彼が合理的に遂行することを望むかも知れないその他の任務を遂行するに足る十分な歳入を欠くことが起る。そして、かかる場合に、臣下が彼らの公共の福祉の費用を支払うに足る資財を用意することは正しい。」「ある国々においては、支配者はそれゆえに長く確立した慣習に従って、臣下に *collectae* 徴収金を課した。かかる租税は、何らの罪障を犯すことなしに課されうる。但し、それらが過度にならぬ限りである。」二九頁。

「聖トマススの *De regime principum* を完成した *Torneo de Lucca* は、彼の師のテーゼに従い、福音書と聖パウロから引用された主張に加えて、理性と自然法を強調した。」三〇頁。(それは、君主が臣下の保護と王国の防衛のために必要限度で課税しうるとするのが合理的であり、君主が任務遂行のために費したコストを償うのが自然法の原理に遵うものであるという主張に基づくものであつた。三〇頁。)

「かくして、課税を正当化する主たる主張は、一方では君主の必要性の要求と、他方では、公共の福祉の必要性との間を揺れ動く傾向にあつた。」「それらは、神によって授与された君主の権威、君主によって提供された費用と奉仕、彼が支配する臣下の要求された支払い、ならびに、社会一般によって受ける君主的統治の便益によって媒介された。」三〇頁。

しかし、「君主の勞苦に対して貢租でもって償うことを支持する聖書と自然法に基礎を置く主張は、もう一つの主張、すなわち、

納税者によって受け取る便益の主張に変えられていった。」三〇—一頁。「Anselm of Loan (Anselmus Laudunensis, d. 1117) は、後に、Henry of Ghentによって追隨されたが、租税は事実上支配者が彼の国のために闘い、かつ裁判官として行爲するとき、彼によって蒙ったコストを償うものであるという意見を持っていた。」三一頁。

しかしさらに、「既に、一二、一三世紀に、法学者は、ローマ法、カノン法から法諺を發展させていた。それは、君主に、特別の権利ならびに特権にも拘わらず、君主の地位と共通善を保全するために明らかに必要な場合には、非常的な租税を課することを許容した。」「皇帝に関しては、しかしながら、このことは、単なる非常事態の権限ではなく、ジャン・ボダンが、一五七六年に引用した『ローマの元老院の諺』、すなわち、『必要な物以上に正当なものはない』(il n'y a rien plus juste, que ce qui est nécessaire)と云々の王権である。」と主張されていたという。三一頁。

(23) Iseman, op. cit., [Medieval and Renaissance Theories of State Finance], in Bonney (ed.), op. cit., [Economic Systems and State Finance], p. 24.

「主権者へ租税を支払う嚴格で、問題なき義務という初期神学的見地が強調されていた。例えば、アウグスティヌス(三五三—四三〇)によってである。彼は、皇帝のすべての命令は耐えねばならないと述べている。」「この見地は、一三世紀まで、トマス(一二二五—七四)が、人定法は、もし、それらが正当である場合にのみ、道徳的に拘束されるということ、そして、不当な法規は、決して拘束しないし、またそれゆえに、遵守する義務のないということの基礎的教義を様式化したときまで変更はなかった。」「このことが租税に適用された場合、——それは、負担法 burdensome laws (leges onerosae [負担]) の定義内に入るもの——唯一の正当な課税が道徳的拘束性を課した。そして、不当な租税は当然支払われるべきでなかった。」「二四頁。「対照的に、初期教父は責任——それは人定法が神法を侵犯したかどうかという、責任に関する唯一の制約を定義づけただけであった。」「二四—五頁。

cf. Holdsworth, HEL, op. cit., vol. 2, p. 55 et seq. 「国家が何らかの程度の組織に到達するや否や、その法が遵守される始めるや否や、国家は、その支持のための或る種の貢納を課すことを必要とする。」「われわれ自身の国における課税の歴史は土地の可視的地面に租税を課すことは比較的容易であったということをわれわれに示しているが、しかし、移動され、あるいは、破壊され、あるいは、隠匿される財産に課税することは、生まれかけた国家の力を全く越えた仕事であったということを示している。」「不動なものであるために、土地は財産法においてのみならず、憲法においても重要である。」「五五頁。

(24) Iseman, op. cit., p. 25.

「スコラの道徳的神学者は事実上すべての租税論議における正義の概念——租税が正当であるかどうかを検証し、あるいは確認するために、臣下のいかなる権利も否定したHenry of Ghent (1217—93)を唯一の例外して——嚴格な遵守をその代わりに要求して、付加した。」「正当な租税の支払いを拒否し、あるいは、完全な納付を回避する臣下が、交換的正義(iustitia commutativa)に違反し、

盗みを犯すことになった。さらに、彼らは、道徳的罪障を犯し、彼らの救済のために restitution 損害回復しなければならなかった。「しかし、同じことは、不当な租税を課した主権者にも適用した。彼はそれらを返済する義務を有した。」二五頁。

(25) Isenmann, op. cit., p. 25.

「しかしながら、正義は相対的であり、かつ、必ずしもいつも自明ではなかった。」「カズイスティックな基準は、アリストテレスの配分的正義 (iustitia distributiva) の意味における正当と考へうるものと同一性たらしめうるものとして確立されねばならなかった。」「かくして、すべての物の最終因と目的のアリストテレスの教義に基礎づけられて、トマスとその他のものは、租税と典型的な支出のカタログにかんして、正当事由 (iustitia causae) のシステムを築きあげた。」二五頁。

「様式化された大義名分 causa formalis が課税の尺度であった。」「課せられる租税の秤は、公共の福祉 commonweal に比例して判断されなければならない。そして、租税負担は衡平に従って配分されねばならない。すなわち、個々の支配能力 (facultas) に応じて配分されねばならない。それは、彼の包括的富に従って測られる。」「租税の割当は、配分的正義 (iustitia distributiva) の面として考へられた。それは、アリストテレスとアキナス (第一二章) にしたがって交換的正義 (iustitia commutativa) をもつものとして絶対的平等性を生じうるものではないが、総負担の諸部分が個人に配分されうる比率が定められたものと考へられた。」三五頁。

② 私的領域の確立への道—刑事法と不法行為法の分離「公から私の分離の第一歩」

そこで、前述の問題提起を受け、まず、先に瞥見した、世俗権力の支配の中から公私分離の第一歩として、刑事法と不法行為法の分離の問題を瞥見することから始めたい。

トマスの所論を見る場合に、隣人間の関係を徳の関係からみれば、「正義」の観念が支配すべきであるということは、ここでも大前提となる。したがって、それらの関係をいま法的次元において観念すれば、正・不正の問題が中心核として据えられるべきことも前述した⁽¹⁾。そして、それが「不正」の問題となり、それが「悪」として捉えられ、抑止対象となることにも言及した。そして、それが刑事法の対象として捉えられる部分、ことに、それがどのように「正義」論に関わるかも瞥見してきた⁽²⁾。ただ、被害者の側から、その受けた被害をどのように現状回復すべきか、そこにどのような

「正義」論が結合するののかという問題は課題として残っていた。⁽³⁾

因みに、当時において、「私的自治」という観念は未だ成立していないが、⁽⁴⁾しかし、社会構成員の当事者間の問題を刑事事件と異なった取り扱いをするようになってはきている。⁽⁵⁾尤も、この問題の処理は、幾多の要素が絡み、諸国諸地域の慣習により多様であるが、例えば、イギリスでは、マグナ・カルタ第一七条で、後に人民訴訟裁判所として知られる common pleas に関する裁判所についての規定が設けられたし、⁽⁶⁾また、拙稿においても、一三世紀に州の裁判所の、民事と刑事の事件を取り扱う裁判所への分岐を紹介した。⁽⁷⁾では一体、刑事事件における「不法」と異なった「民事」事件における「不法」行為はどのようなものであり、トマスはその点をどのように観念していたのであろうか。

トマスは、共通善が損なわれた場合と私的人格者の人格ないし私的財物が損なわれた場合を区別し、後者の場合にも正義、就中、交換正義が指導的役割を演ずると⁽⁸⁾いつていた。それは、不正に持ち去られた物に対しては返還せしめうるし、⁽⁹⁾また、原状回復ないし等価のもの⁽⁹⁾の返還をなしえない場合にも、金銭あるいは何らかの名譽を回復することによってその「償い」を果たすべきものと⁽¹⁰⁾されていた。

ここに、刑事法と異なった次元の不法行為法の存在を肯定し、⁽¹¹⁾それが「正義」の一環として行われることをトマスが認容しているものといえるし、当時における私法の形成の契機はまさにここにあったといえよう。

(1) 拙稿、前出〔iii〕トマスと刑事法—法と正義〕注〔11〕参照。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第五九問題「不正について」〔第一項 不正は特殊な悪徳であるか〕参照。

「不正には二つの種類がある。」「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。「この不正も本質に即していえば、 secundum essentiam 特殊な悪徳である—それが特殊な対象、すなわち共通善（それを不正は侮蔑するのであるが）にかかわるかぎりにおいて。」「五九—六〇頁。「しかし、意図 intentio に関していうならば、こ

の不正は一般的な悪徳 *vitium generale* である。「なぜなら、共通善にたいする侮蔑を通じて、人はすべての罪へと導かれうるからである。」六〇頁。「そのようにまたすべての悪徳は、それらが共通善と相容れないかぎりにおいて、いわば不正から派生するものとして、不正という本質側面 *ratio iniustiae* をおびるのであって、この点さきに（第五八問題、第五、六項）正義に関してのべたごとくである。」六〇頁。「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。」たとえば、或る人が富や名譽などの善についてでは過多に、労苦や損失などの悪については寡少に持つことを欲する場合がそれにあたる。「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 *vitium particulare* である。」六〇頁。

そして、この特殊的な正義の内、部分が部分に関係づけられる場合、本項の課題に照していえば、「一人の私的人格が他の私的人格に関係づけられる場合」、これを指導する正義は「交換正義」であると言っている。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。不法行為は、まさに、この場合に関係してくる。

(2) 拙稿、前出〔iii〕トマスと刑事法—法と正義〕の箇所参照。

(3) 拙稿、前掲九卷二号七二頁注(15)。なお、不法行為法の中心をなした「不法侵害」については、九卷一号二二六頁注(28)、一四九頁注(60)、九卷二号六九頁注(10)、一〇卷一号五八頁注(22)、六六頁注(8)参照。

(4) 「不法行為法」は、概して、今日では「私法」体系に属せしめられているが、「私法」概念が早くから出現したのにも拘わらず、「私法体系」としての体系化は遅く、その間長い歴史を経てきたため、「私法」概念そのものが必ずしも一義的ではなく、公的要素と複雑に絡みあっていた。

たとえば、ドイツの「私法 *privatrecht*」概念について、ミッタース、前掲「ドイツ私法概説」三頁以下参照。「公法から私法を厳格に分離することは、古い時代においてはほとんど不可能であり、今日においてもなお、ラント法への『留保事項』 *Landesrechtliches "Vorbehalte"*（民法施行法第五條以下）の分野においては困難である。」三頁。なお、「ドイツ私法学」の発展について、一七世紀に学問的業績をあげたのは極く僅かであり、真に成立したのは一九世紀になってからであるという。四頁。

ウェーバー、前掲「法社会学」六六頁以下で、「公法」と「私法」の限界づけに関する争いについて言及している。また、エールリック、前掲「法律的論理」二〇六頁参照。cf. Zipursky, op. cit., [Philosophy of Private Law], in Coleman & Shapiro, op. cit., [Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law], p. 623 et seq.

フランスについては、マルタン、前掲「フランス法制史概説」三六三頁以下参照。そこでは、「第七章 社会構成と私法」という章の下で、私法関係の項目として、「第一節 社会構成」（いわゆる「人あるいは身分」に関わる部分）、「第二節 土地の状態」、「第三節 親族および親族法」、「第四節 所有権の移転と契約」が挙げられている。しかし、本書で、私法概念が多く使用されているの

にもかかわらず、その概念規定にはあまり触れられていない。また、同書で、一四世紀から一八世紀にかけての章「第一〇章 社会構成と私法」の箇所でもなお私法体系として、今日の如き体系化はなされていない。

なおこの点については、後出注(11)参照。

- (5) オット・フォン・ギールケ『ドイツ私法概論』、石尾賢二訳、三一書房、一九九〇年、二四五頁以下「損害賠償と贖罪金」参照。
ハインリッヒ・ミッターリス、『ドイツ私法概説』。世良晃志郎・広中俊雄訳、創文社、一九六一年、二三九頁「第二編 債務法」〔A 一般理論〕「第四〇章 概説」、二五六頁以下「第四章 不法行為から生ずる債務」参照。平野義太郎、『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』、有斐閣、昭和二十二年、二七二頁以下「第三節 損害賠償の本質」参照。

損害賠償の見地から見たこの問題については、エールリッヒ、前掲「法律的論理」参照。

「損害賠償は、歴史的には贖罪金に由来しており、法の黎明期においては、被告人はいかなる原因に基づくものであれ、全ての法的紛争において、贖罪金の支払いをもって、フェーデ、血讐、同害報復を免れることができたのである。」「ローマの対物訴訟や契約訴訟、中世のドイツやイングランドのそれらは、いずれも贖罪金訴訟から生まれて来たものであり、不当利得返還請求訴訟 *condictio* ですらも、ローマ法においては、その有史時代に至るまで、その手続上の厳格さと、訴訟罰という点で、際立った特徴を示していたのである。」一五一頁。「ローマの不法行為訴訟（按察官訴訟をも含む）においては、損害賠償の中に、通常は付随的な形で、贖罪金も含まれていたのである。」「後期のローマ法においては、金銭有責判決 *condictio pecuniaria* の必要性の故に、またイングランド法においては、侵害訴訟 *trespasses* の非常な普及の故に、全ての訴訟は結局のところ、贖罪金をも含む損害賠償判決というものへと繋がって行ったのである。」「そして、普通法において初めて、贖罪金は、完全に損害賠償の中へと融け込んだのである。」一五一頁。

都市の発展とこの問題の関わりについては、ミッターリス・リリーベリッヒ、前掲「ドイツ法制史概説」四一一頁参照。

- (6) マッケクニ、前掲「マグナ・カルタ」二七六頁以下、J. C. Holt, *Magna Carta*, 1992, pp. 323~4. なお、*The Court of Common Pleas* の起源については、cf. Holdsworth, *HEL*, op. cit., vol. 1, p. 51 et seq.
- (7) 拙稿、前掲九巻一号一二五頁注(28)参照。
- (8) 前出注(1)参照。
交換正義については、拙稿、前掲一五巻一号一二五頁以下、一三四頁注(32-33)参照。
- (9) トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六二問題「返還について」【第二項 取り去れたものの返還が為されることは救いのため必要であるか】一一七頁参照。
- (10) トマス、同前一一八頁参照。さらに、「第三項 不正に取り去られたものと同じだけのものを返還すれば充分か」一二〇頁以下参

照。

(11) 但し、当時にあつては、刑事問題と民事問題を簡単に次元を異にしたものとしては、考えていなかったようである。それは各地域において事情は異なるにせよ、中世の一つの特徴であったことは、周知の事情であろう。イギリス法について言えば、不法行為の訴えの母体となった不法侵害の訴え *action of trespass* が準刑事の訴え *semi-criminal action* として勃興してきたことは興味深い例であろう。Holdsworth, *HEL*, op. cit., vol. 2, p. 357.

因みに、不法行為概念については、ローマ法で、犯罪と區別され、*crimen privatum* [犯罪 = *crimen publicum*] と言われたが、同時に *crimen* という上位概念の下におかれている。しかも、そのような把握の仕方は、長く西欧法に影響を与え、例えば、イギリス法で、一八世紀までのイギリス法を大成したといわれる Blackstone's Commentaries [英法釈義] 第三卷の *private wrongs*、第四卷で *public wrongs* として取り扱われている。我が国でも、民法学開拓の先駆者の一人である富井政章の『損害賠償法原理』、信山社、平成三年、八三頁以下 [第三章 私犯ニ基ク損害賠償] では、公犯私犯の概念を使用している。不法行為と私法体系形成の歴史的関わり合いを探究する上で興味深い点であると思料している。

なお、エールリッヒ、前掲「法律的論理」、七八頁以下参照 [2 普通法における法規への拘束性]。私法と刑法との分離について次の如く述べている。「私法と刑法が原理的に分離するに至ったのは、比較の後になってのことだ。」「方式書訴訟手続の発展史のずっと後の段階に至るまで、刑法上の訴追と私権の主張は、その本質において手続的には同一のものであったのであり、その法的効果は、いずれの場合でも同様に極めて敵しいものであった。」七八頁。「法の黎明期において、主として問題視されたのは、殺人、身体傷害、暴行、物の毀損、窃盗といったものであり、ほとんどの場合、判決は追放ないし贖罪金の支払いを命ずるものであり、後者の場合には、究極的には至る所で、債務奴隷や平和喪失の出来る可能性があったのである。」七八―九頁。「今日の尺度で測るならば、黎明期の法はその本質において刑法だったのである。」七九頁。「民事法違反と刑事法違反との區別は、比較的高い発達段階になって初めて現われて来たのであり、ローマやイングランドにおいては、そうした區別は、法律訴訟手続が成立した段階で意識されるようになったのである。」「だがそれにもかかわらず、両者がはつきりと区分されるに至るのは、なおずっと後になってからのことだったのである。」(傍点筆者) 七九頁。

ローマ法における原則は原田慶吉、前掲「ローマ法」下巻、一頁以下 [第六節 不法行為より発生する債務] [第一款 総説] 参照。

「公の犯罪」(*crimen publicum*) と私の不法行為 (*delictum privatum*)」一頁以下参照。

「ローマ法に於ては違法行為を公の犯罪と不法行為に分ち、前者は刑事裁判 (*iudicium publicum*) に於て処断し、後者は民事裁判 (*iudicium privatum*) に於て訴権を以て訴うべきものとしている。」「或る行為は公の犯罪で私の不法行為たることを得ない(例

えば殺人)。「或行為は公の犯罪で同時に私の不法行為たることもあるも、特別の例外—例えば強盗、他人の奴隷の殺害—を除き、通常は両責任は単に選択的に競合するのみで、刑事上の訴追を為すときは、私法上の訴権を行使し得ないのを原則とする。刑事裁判でも民事裁判でも、いずれも加害者を罰することを目的とし、ただ罰する方法が異なるだけであるから、一方を罰したならば、他方で罰する必要は最早なく、ただ強盗や奴隷殺のような重大な行為については、行為者の行為を憎んで、多数の責任を負わしめるべきであるという考方である。」一頁。「故に違法行為が一方公法的には犯罪を構成して刑事責任を発生し、他方私法的には不法行為となって損害賠償の民事責任を発生するような現代思想は未だローマにはない。」(傍点筆者)一一二頁。

サリカ法典に触れたマルタン、前掲「フランス法制史概説」二七頁も興味深いので紹介しておきたい。

「このようにサリカ法典は、部族ないし人種の接触が惹き起す不可避な変形を蒙る以前の、始源的なサリ慣習をわれらに見せてくれる。」「実体的には、この慣習は、やがて説明する制度に応じて、私犯罪の場合に支払われる賠償金額に関する詳細な表から殊に成立しており、原初的範本の中では、当法典の六五章の中で、実に四〇章が賠償金額の表に他ならない。」二七頁。

また、Holdsworth, HEL, op. cit., vol. 2, p. 364 et seq. では、現在では私法領域に編入されている不法行為法が、準刑事法として取り扱われている。