

違法論の歴史的考察 (一)

山川 秀道

はじめに

第一節 古代ローマ法

第二節 中世カノン法

小括

(以上、本号)

はじめに

違法論には、どのような意義があるのだろうか。もちろん、法の実際の適用の場面において、犯罪又は不法行為の成立を否定するという機能が重要であることは疑いない。しかし、「違法論」という一つの理論的範疇は、どのような法体系においても不可欠のものと考えられているわけではない。もし、その意義が、犯罪又は不法行為の成立を否定するという消極的機能を担うことにあるのだとすれば、正当防衛論、緊急避難論、被害者の承諾論という個別的な正当化事由を論じれば足りるのではないのだろうか。果たして、「違法論」には、それらの正当化事由をひとまとめにするという範疇論的機能しかないのだろうか。この点に対する意識を明確にしなければ、今日の違法論が抱える課題も不透明なままであるように思われる。そこで、法的な禁止ないし許容という問題に対して、今日までいかなるア

プロウチが試みられてきたのかを少し概観しようと思う。そして、それがどのような背景から生じてきたものであったのかを探ることで、その時代、その文脈で問題視されていたことを素描してみたい。これによって、今日における違法論の役割が多少なりとも示唆されるだろうと期待できる。もちろん、今日の日本及びドイツにおける違法論に立脚しながら、過去の法の実践や議論を顧みるかたちになる。そのため、すでに一定の視角から過去の「違法論」を捉えていることは否めないが、そこに潜む問題性にも配慮しながら未熟な考察を試みることにする。そこで、本論に入る前にまず、用語上の問題に触れておくことにしたい。

先行研究が指摘しているように、「違法性」が犯罪又は不法行為の一般的成立要件（又はその成立を阻却する事由）として論じられるようになったのは、比較的新しいことである。すなわち、抽象的な違法性が本格的に理論展開されるようになるのは、啓蒙時代を経て一九世紀も末葉に差し掛かっていたことであつた。

もちろん、それ以前の古典資料からも、法的な意味でも不正な事柄、許されないことは、確認できる。しかし、それが今日と同様の意味をもつとは限らない。それにもかかわらず、古典資料の中に今日の法概念と類似するものを見つけると、どうしても今日の意味に引き付けて理解してしまいがちである。例えば刑法の分野で歴史的な考察を試みるときは、「近代の刑法体系を過去に投影して」眺めてしまう虞がつきまとう。具体例を一つ挙げるならば、今日、実定法上の文脈で「不法 (Unrecht)」を「正当化する (rechtfertigen, justify)」という表現に出逢ったとする。そのとき、それは、構成要件該当の違法な行為に対して、行為者への責任非難からは独立した客観的許容可能性 (有価値性) を付与すること、つまり、行為の適法性を認めるという意味で理解されるだろう³。しかしながら、そうした理解は、言語上当然の解釈結果というわけではない。中高ドイツ語では、(Unrecht) は、法規範や道徳規範に反する悪行のなか

でも軽微な類型を意味し、〈*rechtfertigen*〉には「責任から解放する」という意味があったようである⁽⁴⁾。そもそも、人間のある態度を法的に評価する場合、行為者人格に対する評価を行為そのものから完全に分離するということがどこまで可能であるのか素朴な疑問が浮かぶ。もちろん、本稿でそうした疑問に立ち入るわけではないが、少なくとも中世までは（もしかしたら二〇世紀初頭まで）、⁽⁵⁾行為及び行為者に対する法的評価が、混然一体、密接不可分なものと同然のように理解される傾向にあったことは銘記しておく必要がある。したがって、なるべく今日の用語とは区別して表記したいところだが、言語的な限界があるため難しい。そこで、苦肉の策であるが、今日の意味における客観的かつ一般的な違法性評価を意図する際は、「今日の」違法性（論）という具合に表記し、それ以外は、今日の違法性判断と対応するわけではない、ということを予めお断りしておきたい。

- (1) Vgl. Joseph Heimberger, *Zur Lehre vom Ausschluss der Rechtswidrigkeit*, Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Giessen, 1907, S.386; 黒田誠／牧野英一『行為の違法／不作爲の違法性』（第二版、有斐閣、一九二〇）一頁参照。
- (2) ヴィロヴァイト・ディートマル、和田卓郎（訳）「公的刑法の成立 ある研究プロジェクトの中間的収支決算」大阪市立大学法學雜誌四七卷二号（二〇〇〇）四一八頁
- (3) Vgl. Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht AT*, 4. Aufl., 1971, S.292
拙稿「不法及び司法判断としての違法性」広島法學第四一卷第二号（二〇一七）三三頁脚注（8）参照。
- (4) Vgl. Rudolf His, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, Teil 1, Scientia Verlag, 1964, S.38; Matthias Lexer, *Mittelhochdeutsches Handwörterbuch Bd.2*, Nachträge, 1979, S.384
- (5) 拙稿「法哲学における不法概念の一考察」広島法學第四一卷第一号（二〇一七）一九頁脚注（22）参照。

第一節 古代ローマ法

古くは、法的に不正なことがらは、事件ごとに個別に吟味される問題であった。これは、中世における自然法学の興隆までは比較的共通した特徴である。もつとも、その例外が既に古代ギリシア法に認められる。ここでは、早くから、万物に共通する性質や、抽象的な正義の観念が発展していた。法思想史は、ソクラテスやプラトン、アリストテレスの思想から始められることが多い。そうした正義論が発展した背景として、「デイケー（正しくあるべき法）」を歪める政治的腐敗が当時のギリシア的ポリス社会を支配していたという事情が指摘される。このことは、「もし仮にこれら（不正）がなかったとすれば、デイケーの名前を彼らは知らずにいたろう」という言葉で象徴的に述べられている。しかしながら、皮肉なことに、そうした実際の関心にもかかわらず、現実にはポリス社会の終焉へと向かい、むしろ、その哲学的成果は、ローマで活きる結果となったようである。ローマ人は、ギリシア哲学をよく学んだ上で、それを「いわば意図的に無哲学的」な仕方での法の実践に採り入れたとされる。すなわち、ギリシアの哲学的教養を根底に置きながらも、抽象的理論を展開するのではなく、個別具体的な社会事象をよく観察し、それを規律するのに適した法を定立・運用することによって、現実の法を進化させる方へと努力が注がれたのである。まさしくそこにローマ法の偉大な特徴が認められる。これによって、当時のローマ人は、今日まで影響を与える優れて実践的な法学を展開したものと考えられる。その具体的実践の内容を確認することにした。

まずは、法・権利を意味する〈ius〉の対義語である〈iniuria〉の内容を概観するのが便宜的である。というのも、

当時の法的評価は、個々の〈inuria〉がカズイステイックに許容されるかたちで特徴的に現れるからである。

広義の〈inuria〉は、「法に依らず発生したこと〈Inuria ex eo dicta est, quod non iure fiat〉」をいう（学説彙纂第四七卷第一〇章第一法文前文。以下、D.47.10.1.pr.とこう具合に略記する）。

こうした広義に至るまで、〈inuria〉は、次のような変遷を経たと考えられている。¹¹ まず、十二表法時代には「身体傷害（及びそれに伴う名誉侵害）」という特定の不法行為を指したが、その後の〈inuria〉は、漸次、「人格権侵害」として訴訟に利用されることが多くなるにつれ、「個人に対する不法行為」を幅広くカバーするようになった。そして、ついに共和政後期頃には、その一部が、刑事訴訟の対象とされるに至ったのである。

つまり、〈inuria〉は、基本的には私法上の不法行為として登場していた。もちろん、私法上の不法行為（*delictum privatum*）と、公法上の犯罪（*crimen publicum*）との区別はあった。しかし、もともと公的犯罪は、国王又は政務官がその訴訟を指揮したということもあつてか、平和を乱す罪などに狭く限定されていたようである。その他の多くの私的不法行為（例、強盗）は、民事訴訟で制裁された。そのため、私的不法行為に対して科される罰金（贖罪金）にも、刑罰的制裁が含意されていたと考えられている。¹² ところが、共和政末期には、民事及び刑事の両訴訟がかなり拡充されたようである。¹³ それに従って、〈inuria〉は、民事訴訟と競合する刑事訴訟上に現れた「不法（不正なこと）」¹⁴までも総称するようになる。¹⁵ それ故、帝政時代に至っては、「権利なく（法によらず）発生したこと」は押しなべてこの概念に包摂され、これをもって「法に反する全てをいう」と理解されている。¹⁶ また、ときには主観的責任の意味でも登場する。

このような〈inuria〉概念は、確かに、不法（不正なこと）を広く総称する概念でもあるが、その一般的性質はよく判らない。私法的不法行為が基礎にあることからすれば、個人的権利の侵害を連想させるが、常にそうした意味で

用いられているわけでもない。また、不法行為や犯罪の一般的要件として要求されているわけでもないことからすれば、おそらく、個別具体的に不法と判断された出来事を指しているのではないかと考えられる。この点は、次の許容事由（正当化乃至免責事由）の概要からも示唆される。

たとえば、古くは、十二表法において、「もし世陰に窃盗がなされしときは、盗人を殺害するも、（その盗人は）法により殺害されたる者たるべし。」¹⁷⁾（第八表一二）と規定されていたようである。これと同じ許容事由が、市民法大全の中核を成すといわれる学説纂纂にも採録されている。これを承けて、その次の法文（D.9.2.5.1¹⁸⁾）は、左のような内容になっている。

襲いかかってきた他人を殺害した者は、不法に殺害したものと見做されない。また、死の恐怖から窃盗犯人を殺害した者が、アクイーリア法の下で責任を負わないことは疑いない。しかし、もしその者が、窃盗犯人を捕まることができたにもかかわらず殺害することを選んだならば、それは不法を犯したものであり、コルネーリア法の下で責任を負うことになる。

この後半部分は、十二表法及び前法文との比較からも、正当防衛における補充性、手段の相当性を逸脱した場合と解されている。¹⁹⁾当時の緊急行為、すなわち、正当防衛や緊急避難（に類似する状況）は、許容事由として一般化されていたのではなく、²⁰⁾それこそケースごとに個別具体的な事情に即して、「善と衡平」の観点から結論づけられていたようである（D.9.2.30.1²¹⁾；D.9.2.45.4²²⁾；D.9.2.49.1²³⁾；D.47.9.3.7²⁴⁾）。これこそ、ローマ法の理念そのものである（*Jus est ars boni et aequi*）（D.1.1.1²⁵⁾）。そこでは、具体的に妥当な結論をカズイスティックに導くことが重視されている。

またその他にも、教師の懲戒によって生徒が死亡した事例（D.9.2.5.3²⁶⁾）、格闘技が原因で相手を死亡させた場合（D.9.2.7.4²⁷⁾）

などにつき、法的責任を負わないことが定められている。また、何者かが、ある子供を売ろうとするとき、それが本人の意思に応じたものであるならば、もはやその子自身は訴訟を提起することが許されないと判断された。というのも、「欲する者には不法侵害は生じない」〈Nulla iniuria est, quae in volentem fiat.〉(D.47.10.1.5)⁽²¹⁾からである。なお、この法文でいう「不法」(iniuria)は、私法上の不法行為の一場面として捉えると理解し易い。さもなくば、「私人間の合意は、公の法を害さず。」(D.50.17.45.1)とか、「公の法は、私人の合意によつて変更されることはできない。」(D.21.4.38)などの法文と整合し難いだろう。さらに、しばしば法執行機関が「iniuria」の責任を追及されたことがあるためか、「法の執行は人格権侵害をもたない。」(Executio juris non habet injuriam.) (D.47.10.13.1) という内容と類似の法文がいくつか認められる (D.9.2.37 pr.; D.47.10.13.2; D.50.17.167.1 など)。

もちろん、もっと一般化された法命題もあるが、ここでは、二、三の例を挙げるにとどめる。「自己の身を守るための行為は、正当であるという考えが法上生じる。」(D.1.1.3)、「権利を行使する者は、誰に対しても不法行為をなさない」(D.50.17.151)、「我々は権利を不当に用いてはならぬ」(D.6.1.38)。

しかし、これらもまた個別具体的なケースから生まれてきた学説法であるということとは、銘記すべきかもしれない。ここでは、犯罪や不法行為のすべてに妥当する違法性の理論的展開は期待できない。その理由は、当時のローマ法学者には、抽象化の能力が欠けていたというよりも寧ろ、定義による一般化に対して否定的な姿勢があったからのようである。⁽²²⁾ 抽象的理論を好むギリシア人とは異なり、ローマ人は「理論より実際、思弁より現実、推理より経験を重ねじ」⁽²³⁾ たといわれる所以である。そうした法思想によれば、もちろん、正当化事由と免責事由の区別も大して重要視されていなかったはずである。

従つて、違法論という観点からここでの意義を理解するならば、それは一般的に妥当する本質論ではなく、次の点に

あると考えられる。即ち、当時の社会生活のなかで生じた具体的な事件につき、不正な事態(法なきこと)かどうかという判断をケースロー的に積み重ねていったことである。これによって、ローマ市民の法思想は振るいにかかられ、現実の法によく反映されたのではないだろうか。いずれにせよ、ローマ法の継受以降、特にドイツで今日の正当化乃至免責の諸事由を根拠づける際に、前述のような法文が頻繁に参照されたことは確かである。もちろん、それは、今日のような違法性(阻却)の理論とは異なり、断片的なものに過ぎない。

(6) 高田三郎「ギリシアの法思想」『法哲學講座』第二卷(有斐閣、一九五六)二一六頁参照。

(7) Hermann Diels, *Die Fragmente der Vorsokratiker, Griechisch und Deutsch*, 4. Aufl., Weidmann, 1922, Bd.1, S.82 [8. Aufl./ herausgegeben von Walther Kranz, Weidmann, 1956, Bd.1, S.156]

指示代名詞「これら (*tautra*)」の解釈については、内山勝利(編)『ソクラテス以前哲学者断片集』第1分冊(岩波書店、一九九六)三一五頁参照。

(8) 高田・前掲論文二二三頁参照。

(9) 船田享二「ローマの法思想」『法哲學講座』第二卷(有斐閣、一九五六)五八頁参照。

また、同箇所では、「東方諸民族の精神的活動の主な対象が宗教にあり、ギリシヤ人のそれが哲学や芸術であったように、ローマ人のそれは法であり、ローマ人は、法の世界における天才であった」とされる。

(10) 市民法大全(ローマ法大全)のテキストについては、主に次の文献及び、「広島大学法学部 旧・吉原研究室」[<http://home.hiroshima-u.ac.jp/fatyoshi/index3.html>] (最終アクセス、二〇一七年一月二〇日)で公開されている貴重な資料を参照した。

Corpus juris civilis v. 1. Institutiones recognovit Paulus Krueger=Digesta / recognovit Theodorus Mommsen ; retractavit Paulus Krueger. 22 ed., Apud Weidmannos, 1973 : The Digest of Justinian. Latin text edited by Theodor Mommsen with the aid of Paul Krueger. English translation edited by Alan Watson, 1985

邦訳資料として、末松謙澄(訳註)『ユスターニアヌス帝欽定羅馬法学提要』(帝国学士院、一九二四)、春木一郎(訳)『學說彙纂

Πρωτα (有斐閣、一九三八)、江南義之訳『學說彙纂』の日本語への翻訳』第二卷(信山社出版、一九九二)などのほか、柴田光蔵『ローマ法の基礎知識』(有斐閣、一九七三)、柴田光蔵・林信夫・佐々木健編『ラテン語法格言辞典』(慈学社、二〇一〇)なども参照。

(11) 石井茂樹『Inuriaノ史的觀察』(一)・(二)法学協会雑誌四二巻六号二九頁以下・七号九四頁以下・末川博『権利侵害論』(第二版、日本評論社、一九四九)四・一六頁・小野清一郎『刑法に於ける名誉の保護』(有斐閣、一九三四)一三・三四頁など参照。

これらの見解に対して、原田俊彦『十二表法期のInuriaについて』奥高孝康、田中成明編『法学の根底にあるもの』(有斐閣、一九九七)一二九頁以下によれば、十二表法期のInuriaは、抽象的な「不法」のみを意味したとされる。

(12) 柴田光蔵『古代ローマ物語 Part2』(日本評論社、一九九二)二二〇・二二九頁、末川・前掲書四〇頁、George Mousourakis, *Fundamentals of Roman private law*, 2012, pp.251-265. 参照。

(13) 共和政末期においては、公的なものとして、少なくとも二種類の刑事手続があったと考えられている。すなわち、政務官主導による民会訴訟手続に加え、新たに導入された常設査問所での手続がこれである。常設査問所手続は、私人訴追に始まり、従来は公的犯罪でなかった行為にも刑罰(主に死刑か追放刑)を科せるようにした。これは、一連のコルネーリウス法によつて整備された。正文は伝わらないものの、殺人及び毒殺に関する法、遺言及び貨幣の偽造に関する法、選挙の不正行為に関する法などの諸法によつて、七つの査問所が常設されたと考えられており、Inuria)に関する法は、その一つに数えられる。(特に、柴田光蔵『ローマ共和政末期における刑事裁判の構造—常設査問所 quaestiones perpetuae を中心として—』(京都大学)法学論叢八〇巻一号(一九六六)九・一〇頁参照)。これ以降、Inuria)については、刑事訴訟と民事訴訟が競合した(D.3.3.42.1:1448; 14410)。このように、古代ローマ刑法の展開は、訴訟手続及びその実際の運用と密接な関係にあったようである(George Mousourakis, *The historical and institutional context of Roman law*, 2003, p.140)。

なお、古代ローマの刑事法制については、特に船田亨二『ローマ法』第一卷(改版、岩波書店、一九六八)二二四頁以下、柴田光蔵『ローマ法概説』(増補版、文芸社、一九九二)二二三頁以下も参照。

(14) 特に重要なのが、actio legis Aquiliae (アクィーリア法訴権)及び、actio iniuriarum aestimatoria (評価的人格権侵害訴権)である。基本的には、前者は、財産に対する損害の補填と罰金を目的とする混合訴権であり、後者は罰金訴権の一種であったと解されているが、これらの内容は流動的で変化がみられるようである。両訴訟については、末川・前掲書四一頁、原田慶吉『ローマ法』(改訂版、有斐閣、

一九五五) 二一九―二二七頁参照。

(15) D.47.10.1 pr.; D.9.2.5.1; 1.4.4 pr.; G.3.2.20

なお、拙稿・前掲「法哲学における不法概念の一考察」一一・一三頁参照。

(16) D.47.10.1 pr.; D.9.2.5.1; 1.4.4 pr.; G.3.2.11

「不法な行為によらないで与えられた損害は、他のいかなる法律によっても償わせられない。したがって、過失も悪意もなく、不慮の事故により損害を生じさせた者は罰せられることはない。(G.3.2.11)」早稲田大学ローマ法研究会訳『法学提要ガイウス』(敬文堂、二〇〇二) 一七六頁

(17) 佐藤篤士『Lex XII tabularum — 12 表法原文・邦訳および解説 —』(早稲田大学比較法研究所、一九六九) 一六二・一六四頁参照。

(18) Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 1899 (Nachdruck 1955), SS.78-79 が、ローマ法において法的責任を否定する諸事由の一部を違法性阻却と説明しているのは、あくまで今日的な理解に基づいた表現ではないかと考えられる。

これに対する批判として Franz von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., 1884, S.121 参照。

(19) 村井敏邦「正当防衛の限界とその過剰… 歴史的考察」一橋大学研究年報(法学研究) 八号(一九七二) 三九二頁、曾根威彦「正当防衛の歴史的考察… 違法阻却論研究・その一」早稲田法学会誌 三二卷(一九七二) 七八頁

(20) 曾根・前掲論文七七頁、森下忠「緊急避難の研究」(有斐閣、一九六〇) 八頁以下参照。なお、曾根・同七四頁、森下・同九頁は、当時のローマ法が正当防衛と緊急避難を概念的に区別していないことも指摘している。

(21) また、Mommsen, *Römisches Strafrecht*, S.10.33 においても、被害者の承諾の効力は、私法上の不法行為に限られたとされる。

(22) 柴田・前掲「基礎知識」六七頁、同『法格言ミニ辞典』(法学セミナー一九八四年五月号別冊付録) 九頁、原田・前掲『ローマ法』

一九・二二頁参照。

(23) 船田・前掲論文五八頁

第二節 中世カノン法

中世のカノン法(教会法)⁽²⁴⁾以降では、〈*versari in re illicita*〉の理論(以下、ヴェルサリ法理)を通じて、許されない(違法な)行為〈*res-illicita*〉が論じられるようになる。

もちろん、これは、教会法の強い影響下で、宗教上の責任論として展開されたものである。それは、原典からも疑いが無い。但し、この理論がローマ法やゲルマン法の上に醸成され、カノン法の下でも、宗教上の責任論にとどまらず、法律上の問題として発展してきたことも確かであり、後世の、特に責任論に大きな影響を与えたのである。その内容を少し観察してみよう。この理論は、その不名誉な印象とは少し異なり、偶然の結果責任を主として制限する方向に寄与した。⁽²⁵⁾その発展については、紆余曲折ある。

その端緒は、アウグスティヌスの次のような見解やヴォルムス公会議での決定のなかに認められる。即ち、前者によれば、ある者がその意に反して人の死亡結果を招いたとしても、「善いこと及び／かつ正当(適法)なことを目的に〈*propter bonum ac/et licitum*〉⁽²⁶⁾行い又は生じること」は、(悪意で惹き起された場合と異なり)帰責されないものと解された(c.8, C.23, q.5=canon 8, Causa XXIII, Quaestio V)。また、八六八年のヴォルムス公会議では、木こりが、その職務上「必要な仕事(operi necessario)」として木を切り倒した結果通りすがりの者の死を惹起したとしても、それが偶然に生じたならば、つまり木がぶつかったのは意図的でも不注意のためでもない場合には、殺人の責任を負わないこととされた(c.50 D.50=canon 5, Distinctio I)。その当時は、意図的かそうでないかに関わらず、発生した結果に責任を負わなければならない場合が珍しくなかったようであるが(c.13-14, D.50)⁽²⁷⁾、これらの法文では、明らかに責任を限定する趣旨

に解される。そして、そうした判断の基準は、他者の死亡結果を招いた原因行為が「許された（正当適法な）〈illicius〉」又は「必要な〈necessarius〉」ものかどうかに求められていた。ところが、後世の教令集学派（Dekretist）は、その註釈において、これらの要素を多少強引に解釈しようである。³⁰ すなわち、原因行為が「許されない（違法な）〈illicius〉」又は「不必要な〈non necessarius〉」ものである場合には、ほぼ直ちにその結果が帰責される、と解釈されることになった。原因行為が〈illicius〉かどうかが問われた段階では、少なくとも、〈illicius〉な場合と、自らの意志で悪しき結果を招いた場合とでは帰責の結論が異なるということのみが示されていた。しかし、教令集学派の解釈によって、〈illicius〉ではあるが帰責されない、という可能性を見出すことはかなり困難になったと考えられる。そのため、後に、過失の要素が帰責判断に加わってからも、それ自体は判断基準としてあまり機能しなかったように見受けられる。とはいえ、そのような理解で受け継がれたヴェルサリ法理によっても、一応は二つの基準を通じて制限的に、責任の有無が検討されるようになる。つまり、意図しない死亡結果が帰責されるかどうかは、まず、原因行為が許されないものか否かによって判断される。そして原因行為が許されるものである場合には、次に、行為者がその当時に必要な注意を払っていたかどうかを検討され、不注意な態度が認められる場合に限り帰責されると解されるようになった。³¹

ところで、右で確認したように、既にヴェルサリ法理のなかには、ある行為が一般的に許されないものかどうかを問う客観的な法的判断の萌芽がある。しかし、それが実定法上の成果として実ることはなかった。その理由は次のように幾つか考えられる。まず、この文脈における許されないという評価には、宗教上の不正が混在していることである。先述のとおり、ヴェルサリ法理は、宗教規範と相即不離な法規範のもとで展開された。従ってそれは、当然のように、聖職者のみに妥当する不正評価も含んでいる。例えば、聖職者が平信者と遊んでいる最中に平信者が怪我を負った場合（c.8. X. 5. 12）³²、聖職者が格闘技へ出場して対戦相手を死傷させた場合（c.11f. X. 5. 13）などの不正評価もこの文脈で問

題とされているのである。後者の例について捕捉すれば、ここでは、ローマ法の法文(前出 D.9.2.4)とは異なり、聖職者が格闘技に参加すること自体が禁止されている。また、「正当・適法〔*licitus*〕」かどうかの評価が、職業や仕事の貴賤(有益か無益か〔*utilis aut otiosus*〕)によって判断されていた節があることも指摘できる⁽³³⁾。そうした価値観は、他者の死亡結果を招いた原因行為が「必要な仕事〔*operi necessario*〕」であるかという個々の決定に潜んでいた。従って、原因行為の必要性と、ときに同視され、ときには互換的に理解された正当性(適法性)の評価もそのような性質のものであったと解される。最後に、責任そのものの判断が混在していたことが挙げられる。これは、ヴェルサリ法理が、その後、責任論で発展したことからも窺われる。ヴェルサリ法理では、何らかの罪を犯す意志で原因行為を行ったわけではないということが、その仕事が許される(正当な)ための前提と解されたようである。そのため、イタリア及びドイツの刑法学は、この法理を特に責任論(故意と過失の境界)において更に分析したのである⁽³⁴⁾。その成果は、中世の刑法学における婦責論の進展に繋がったとみてよいと思われる。それを示唆する一例が、ヴェルサリ法理を定めるカロリナ刑法典第一四六条である⁽³⁵⁾。

次に、カノン法上の許容事由を確認しておこう。正当な職務行為として、そこに典型的に現れるのが、裁判官や執行官の職務(cc.30, 31, 41, C.23, q.5, c.11, C.15, q.1, c.10, D.45)、「教育・懲戒行為(c.1, X.5, 39, c.2, D.45)」「兵士の戦闘行為(cc.1-3, C.23, q.2, cc.5, 6, C.23, q.3, cc.13, 41, C.23, q.5)」である。一説によれば、これらの許容事由は、個々人の責任という範疇を超えた問題であるとされる⁽³⁶⁾。そこでは、社会的には、そうした暴力的内容をも伴う措置が必要であり、その種の行為を有効に機能させる制度を正当化しなければならないが、それは取りも直さず、その種の行為を許容することに他ならないと理解されたようである。

そうした理解にも、確かに一理ある。しかし、それだけにしては、カノン法にみられる表現が過剰ではないだろうか。例えば、死刑を宣告する裁判官は、もちろん殺人を犯すものではないが、そのためには良心に従って判断せねばならず、復讐のためではなく、「矯正と正義を愛しむ心 (amore correctionis et iustitiae)」⁽²⁷⁾ によらなければならぬと解釈された。たとえ死刑宣告を受けた者が相手であろうと、刑の執行官が、命令も受けずに勝手にその者を殺害したときにはやはり殺人犯と見做されたようである (c.14, C.23, q.2)。

また、懲戒行為にせよ戦闘行為にせよ、本稿でも引用したローマ法を参照しつつ、一定の条件の下で許されたことを考慮するならば、単に制度的な許容と断定するのは難しい。むしろ、それは、自然法思想、教会法規範と結びつけられた許容理由を内包していたと考えることができる。そうした見解は、次のように示される。

「裁判官、教育者、又は兵士の特別な権限は、その根拠を次の点に見出す。それは、(教会法学者によって繰り返し強調されてきたところの闘争、即ち) 最広義の『不法 (iniuria)』に対する闘争のなかで、法と社会秩序に資することである。この不法のため、犯罪者は裁かれ、若輩者 (地位の低いもの) は懲戒され、敵兵は戦禍に陥るのである。だが、そうした暴力的な権限を有する者が責任を負わないかは、客観的な制約 (資格、命令の履行、適度及び諸規則の順守) の保持に依存している。またそれ以上に、客観的目的のみを求め、決して復讐や権力への衝動を受け入れてはならないという、純粹な心の在り方にかかっている。」⁽²⁸⁾

もちろん、そうした職務に就いていた者が、本当はどのような心の在り方でその権限を行使していたかは判らない。また、一方では、聖職者が戦争に参加することを厳禁しながら (c.4, D.51)、他方で「正戦 (iustum bellum)」(cc.1-3, C.23, q.2) そのものは肯定されていたことからすると、法文にもどこか打算的な面が感じられなくはない。しかし、少なくとも、ローマ法の精神を引きながら、「自然と衡平」を法として表していることも確かである。それは、特にローマ

法をそのまま受け継いだ正当防衛、緊急避難において顕著であり、そうした思考が右の許容事由にも少なからず反映されていると考えられる。そして、そうした許容事由が、ほとんど外形を変えずに継受されてきたことは、驚くに値しない。それは、近代に至るまで、特定の罪に限って可罰性を否定するとかたちで現れている。その典型はやはり正当防衛であり、例えばカロリナ刑法典一三九条乃至一四四条は、正当防衛による場合には、殺人罪によって処罰されることはない旨、規定している。したがって、正当防衛であろうと、あらゆる犯罪又は不法行為の成立を否定するものではなかった。また、イタリア刑法学では、右で確認したような職務行為、緊急行為に加えて、医師の治療行為などの許容事由が理論的に議論された。もちろん、他の許容事由と同様、総論的又は体系論的に展開されているわけではなく、特に殺人罪の成立を否定するというものに過ぎない上、業務上の権利としていわば当然許容されるものと考えられていたようである。⁴⁰⁾ただ、そうして個別的にはあるが、法的な許容事由を論じる者のなから、遂に、違法性を犯罪の定義に加えるものも現れ始める。しかし、それは全くの例外であり、法的な意味で一般的に許されない性質がもう少し頻繁に論じられるようになるのは法典編纂の潮流を迎えてからのことである。そして更に時代が下り、一九世紀末に犯罪要件として浸透するまでの間、違法性は、「一般的な問題」ではなかったのである。

(24) ホセ・ヨンバルト『教会法とは何だろうか』(成文堂、一九九七)三頁によれば、「カトリックでは『カノン法』を『教会法』とも呼ぶことはできるが、プロテスタントの場合はそれが『教会法』とだけ呼ばれている」とのことであるが、本稿では、両者を特に区別せずに用いる。

なお、カノン法(教会法大全)の原典については、主に次の文献を参照した。

・ *Corpus iuris canonici* : Editio Ipsiensis secunda post Aemilij Ludouici Richterii curas ad librorum manu scriptorum et editionis romane fidem recognouit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg, 1, 2, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1959.

・UCLA Digital Library Program, Corpus Juris Canonici (1582)

△<http://digital.library.ucla.edu/canonlaw/> (平成二十九年一〇月一九日最終アクセス)

また、全文訳ではないが、次の翻訳資料も参照した。

Bruno Schilling, Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, Das corpus juris canonici in seinen wichtigsten und anwendbarsten Theilen, 2 Bände, 1834-1837

(25) Vgl., Stephan Kuttner, Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX, 1935, S. 185-188, 200-213

なお、ホセ・ヨンバルト「古代刑法における *versari in re illicita* の認否と現代刑法における偶然的役割」上智法学論集二四(三)(一九八一)二四八頁以下は、ヴェルサリ法理での責任は、不適切処分 (*irregularitas*) に属すると指摘するが、ヴェルサリ法理で問題とされた事例は、不適切処分に限らな。

(26) Vgl., Alexander Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung, 1895, SS. 141 ; Horst Kollmann, Die Lehre vom *versari in re illicita* im Rahmen des Corpus juris canonici, in ZStW Bd.35 (1914), S. 103ff.

もともと、Kuttner, a.a.O., SS.207-209 は、ヴェルサリ法理は、制限された結果責任に過ぎないと消極的に捉えている。なお、ヨンバルト、前掲論文二五四頁以下は、今日でも、ヴェルサリ法理の思想に、完全には否定しきれない一面があることを指摘する。

(27) 原典(例『Corpus iuris canonici, 1959, vol.1,p.932』では、<ae>と記述されているが、脚注では、<et>とも記されている。Vgl., Kuttner, a.a.O., S.201

(28) 最初の <c> が、<canon>, <caput>, <capitulum> のいずれの頭文字を意味するのかについては、見解が分かれる。差当たり本稿では、<c> が <canon>、<cap> は <caput> の略記として引用する。

(29) そのことを理由に、ヨンバルト・前掲論文二二九九頁以下は、「正当な状態に置かれている場合でも、故意又は過失なしに自分の行動によって生じるあらゆる被害はすべて自分に帰されることになる」という <versari in re illicita> の原則があったと説く。しかし、そうした理解は、本文で述べるとような <licita> の内容とは必ずしも一致しないため、疑問である。むしろ、この段階では、<licita> の判断は念頭になく、つまり原因行為の性質を考慮することなく、偶然結果についても責任を免れないとする例が少なかつたということではないだろうか。Vgl., Kollmann, a.a.O., S.49ff.; ミッターイス・リーベリッヒ着、世良晃志郎(訳)『ドイツ法制史概説』(創文社、一九七二)六二一-六三三頁参照。

(30) Vgl., Kuttner, a.a.O., S.201ff.; Kollmann, a.a.O., SS.49ff., 79-80 但し、当時の写本 (Handschriften) については、ほとんど参照し得なかつ

たため、次の文献のみを参照した。

- ・ Simon of Bisignano, Summa. Ed. P. V. Almone Fribourg, Switzerland, 2006, Hosted by the University of Fribourg. [http://www.unifr.ch/cde/assets/files/summa_simonis_BAND_1%2014%2010%202007.pdf] p.284(c.13, C.15, q.1) (最終アクセス：平成二九年一〇月一十九日)
- ・ Die Summa magistri Rolandi, nachmals Papstes Alexander III., nebst einem Anhange, Incerti, Hrsg. von Dr. Friedrich Thauer, Wagner, 1874
- ・ Bernardi Papiensis faventini episcopi summa decretalium / ed. Ern. Ad Theod. Laspeyres, 1860
- (31) Vgl. Kollmann, a.a.O., SS.49, 70-92; Kutner, a.a.O., S.201, 213ff.; Bernardi Papiensis faventini episcopi summa decretalium, pp. 220-222; c.25, X, 5, 12 (=caput 25, Decretales Gregorii IX, Liber V, Titulus XII)
- (32) モンバルト・前掲論文二五〇頁注(四)参照。
- なお、省略表記 c.8, X, 5, 12 の意味については、前注(31)と同様。
- (33) この点は、学説上はほぼ争いなく指摘されている。Vgl. Kutner, a.a.O., S.203ff.; Kollmann, a.a.O., SS.70-80, 106
- なお、Janet Roitman, The Ethics of Illegality in the Chad Basin, in: Law and Disorder in the Postcolony, Edited by Jean Comaroff and John L. Comaroff, University of Chicago Press, 2006, p.248ff.によれば、生計のために行われる盗賊まがりの活動を「非合法だが正当なものの〈illegal yet 'right'〉」を表現する「ムバカがムバカでムバカでムバカである」。
- (34) Vgl. Löffler, a.a.O., S.142ff.; Friedrich Schaffstein, Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen: in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts, 2. neudruck, 1986, S.148ff.; 山本光英「結果的加重犯の不法内容」(中央大学)法学新報第九七卷第三、四号(一九九〇)二四八頁以下参照。
- (35) 資料「ムンペ」 Josef Kohler und Willy Scheel, Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.: constitutio criminalis Carolina, 1968, ("Neudruck der Ausgabe halle A.D.S. 1900") 摘浩「〈資料〉カルル五世刑事裁判令(カロリナ)」神戸法学雑誌一八卷二号(一九六八)二二〇頁以下参照【同『フランス・ドイツ刑事法史』(信山社出版、一九九二)所収】。
- (36) これは、Kutner, a.a.O., S.251-253 の趣旨を筆者なりに読み込んだ理解である。
- (37) Die Summa magistri Rolandi, p.93 (C.23, q.5); Simon of Bisignano, Summa, p.378 (c.45, C.23, q.4)
- (38) Kutner, a.a.O., SS.255-256
- (39) 村井・前掲論文三九八頁以下、森下・前掲書四一頁以下参照。緊急行為は、「自然法と衡平」(c.7, D.1)の観点から、不法に抵抗す

るため (c.18, X, 12) に許容されるというように、ローマ法をほぼそのまま踏襲している。ただ、自然法思想がより前面に表れている印象は受ける。

(40) Vgl. Heinberger, a.a.O., S.392ff.

小括

ここで、中世までの法実践、議論を一応概観したことにして、その内容をまとめておこう。

中世までの法学においては、今日のように抽象的な違法論が発展しなかった。これは、中世までの法の特性からすれば当然のことであったのかもしれない。というのも、特に中世法は、慣習法としての性格が強かったからである。⁽⁴¹⁾ローマ法にも、類似の特徴が見受けられる。ここでは、今日のような法創造はなく、先例または古き良き慣習からの発見があったのみであると理解される。そして、そこから窺われるのは、生じた紛争、特に個別に生じた不法（といふべき）事象に対して、法感情に合致する解決を望む傾向である。⁽⁴²⁾先述のように、ローマ人は「理論より実際、思弁より実行、空想より現実、推理より経験を重ね」たといわれる。既にギリシア法哲学と対比してみたように、そこには、帰納的、経験的な発想が窺われる。ローマ法やカノン法などで示された法文は、抽象的の法命題から演繹された帰結というよりは、個別事案における妥当な解決（案）に近い。結論として何が法的に正しく許容されるかという判断が積み重ねられたものといえるのではないだろうか。そこに、コモンローの性格を見出すことができる。⁽⁴³⁾ローマ法及びコモンローにおける不法行為法の共通性が指摘される所以だろう。

〈delict〉という概念は、今日、犯罪の意味でも用いられているように、ローマ法においても、不法行為及び犯罪の

双方の性格を有していたと解される。そもそも、「delictum」という言葉は、「悪事」や「過ち」、「しくじり」などの意味を有していたと説明される⁽⁴⁴⁾。また、「tor」不法行為」という言葉は、語源的には「悪いこと (wrong)」を意味しており、「ねじまげられた (twisted)」とか「ねじ折られた (wrung)」ことを意味するラテン語の〈torus〉に由来するということである⁽⁴⁵⁾。今日、犯罪を〈public wrong〉と表現することからも判るように、犯罪と不法行為は、根源的にはかなり等しいものといえる。もちろん、これは、当時は未だ刑法と民法がはっきりと分離していなかったことにも由来すると考えられる。ただ、そこには、ある事態に対して、それが不正であり法的に許されないことを主張する人々の存在が不可欠であったという共通の特徴があったのではないかと考えられる。その特徴は、やはり、帰納的なものであるように思われるのである。

これに対して、近代以降に発達し、今日に通じる違法論は、演繹的思考に基づいている。ローマ法に比較すれば、カノン法は、かなりこの性格に近づいているように思われる。しかも、宗教規範を司る高位の立場から押し付けられた価値観が背後に潜んでいる印象を受ける。もちろん、これは、宗教規範でもあるカノン法特有の性格かもしれない。しかし、もしも、先に確認したヴェルサリ法理の〈Iustus〉のように、法的な正・不正の評価が、高位聖職者特有の価値観を反映したものであったとすれば、それが、平信者の間で共有されていたとは考えづらい。そうすると、そうした法的評価は、少なくとも平信者にとって、自分達の法感情や正しい慣習が教えてくれるものではなかったと考えられる。この点を捉えて、カノン法上の違法性は、古代・中世から、近代にかけて違法評価の方法が変わっていく過渡期にあったものと理解することができるかもしれない。

(未完)

- (41) 世良晃志郎「封建社会の法思想」『法哲學講座』二卷(有斐閣、一九五六)一一八頁以下参照。
- (42) 世良・前掲論文一二三頁
- (43) 前田達明『民法』(不法行為法)現代法律学講座14(青林書院新社、一九八〇)六頁参照。
- (44) クリストイアン・フォン・パール著、窪田充見(編訳)『ヨーロッパ不法行為法1』(弘文堂、一九九八)四頁
- (45) パール・前掲書五十六頁、グランビル・ウイリアムズ、B. A. ヘップル著、飯塚和之・堀田牧太郎(訳)『イギリス不法行為法の基礎』(成文堂、一九八三)一頁参照。