

## 過失犯の歴史的研究：ドイツ十八世紀まで

真鍋，毅  
佐賀大学

<https://doi.org/10.15017/1523>

---

出版情報：法政研究. 33 (1), pp.27-79, 1966-07-15. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# 過失犯の歴史的研究

——ドイツ十八世紀まで——

真鍋毅

## 内容

はしがき

第一章 ゲルマン古代

第二章 ローマ刑法

第三章 ゲルマン部族法

第四章 中世ドイツ法

第五章 中世イタリア法学

第六章 近世ドイツ法

むすび

## はしがき

本稿はドイツのゲルマン古代から十八世紀までの間におけるそれぞれの歴史的段階に応じて、過失犯がいかに現わ

説 論

れ、いかに構成されたのかを辿ってみたものである。過失犯の立法・学説史を明らかにすることによって、現在の過失犯理論および過失の刑事的処理についての批判的検討の基礎を得る点に問題意識をおいている。

私が刑事責任論を研究する目的は、国家の刑罰権行使の合理性がどのように担保されるべきかを明らかにすることである。その一つの論点として、過失の当罰性を再検討する必要性を感じた。現在の刑法理論で過失が刑事責任形式の一つであることは、自明のもののように考えられ、すでに行爲論、違法論において故意と肩を並べるものとして位置づけられることもなっている。刑法理論上、過失、とくにいわゆる認識なき過失を刑事責任から除外しようとする試みがなかったわけではない（コールラウシュ、ゲルマン、ホール）。またその思想的、哲学的基礎もかなり有力に主張されている（カント、ヘーゲル）。しかし、その試みは主要な関心を惹くにいたらなかった。それは何故であろうか。一方、立法技術上、たとえば日本では故意犯が原則とされ、過失犯は例外とされている（刑法三十八条一項本文と但書）。何故、過失は形式上、例外であるのか。どうしてそうなっているのでしょうか。また、激増する交通事故、企業災害などにおいて、これらを刑事的な側面から過失犯として処理することには限界が来ているのではないか。事態はむしろ民事もしくは社会政策・行政的側面からのみとらえる方がより正しく把握できるのではないか。このような疑問を出発点として、過失を刑事責任から除外してゆく方向を、これまでの過失犯の立法史・学説史じたいのなかにさぐり当てようとするのが私の意図である。おもうにこの問題は、単に論理的な解釈学の面や、便宜的、合目的々な政策の面からだ、け、では到底解決出来ない。むしろ過失犯の立法史、学説史じたいのなかに、内在的に、自らを否定する契機がひそんでおり、それを歴史的、社会的、経済的背景と照応させることから解決の道もひらかれると考える。

本稿で考察する対象をドイツのそれに限ったのは、いうまでもなく日本の立法、学説、判例にドイツの影響が大きいためである。時代を十八世紀で一応区切ったのは、十六世紀のカール五世刑事裁判法（CCC）で一応、過失が立

法上定着をするし、それを基礎とした十八世紀のいわゆるドイツ普通法刑法理論が、理論上、はじめて過失を一般的に扱っているからである。従って、啓蒙思想にはじまる近代刑法及び刑法理論についての検討の基礎も、ここで得られることとなる。

## 第一章 ゲルマン古代

本章でとり扱う時期は、法制史にいわゆるゲルマン時代・ゲルマン古代・ガロ・ローマ時代と呼ばれるところにあり、ふつう西ローマ帝国滅亡（四七六年）で区切られる。<sup>(一)</sup>

本質的に血縁共同体・氏族制社会とみられるこの時期の社会には、國家、従って刑法あるいは犯罪・刑罰なるものは存しない。<sup>(二)</sup>そこには、共同労働、労働生産物の社会的所有及び分配の基礎の上に、社会的行為規範が生じる。これは長期間の慣行を通じて、道徳、倫理の伝統となる。それは社会構成員共通の利害の表現であって、その維持を保障するものは、各人の自発性を主とし、又は違反されたばあいに生じる軽蔑やボイコットなど社会的反作用に対するおそれなどであった。しかし生産力が発展する過程で、右のごとき社会的反作用についての規範が定着、成立する。

法制史家の教えるところでは、<sup>(三)</sup>ゲルマン古代の社会は家族——氏族 (Stippe) ——氏族集団といった重疊的構造をもち、反規範的行為に対する社会的反作用も、その行為と集団各層との関係から定まっていた。<sup>(四)</sup>その一は、一つの氏族構成員が他の氏族構成員の生命・身体・名誉などを侵害したときである。このばあいは両氏族間に「敵対関係」が生じ、現行犯のばあいは直ちに被害者側の氏族構成員によって復讐される。現行犯でないときは氏族の組織的復讐 (Rechtshilfe) となり、加害者側氏族と被害者側氏族との間におこなわれた。他の一は氏族集団全体に対する攻撃である。これには宗教的なもの（聖物・聖所の侵害、秘密殺人——死者の供養を不可能とするゆえに——、呪術による加害）、

戦時中のもの（戦斗中の裏切り、敵前逃走）、破廉恥的なもの（夜間の窃盗、強姦、夜間の放火、境界侵犯）がありこれらの反規範的行為者は、全氏族集団を通じて「平和喪失者」とされる。これはとりもなおさず集団からの追放を意味する。彼は見つかりしだい殺されねばならない。見つからないまでも、所属していた家族、氏族はもとより、一切の集団から保障されていた秩序の享受を剝奪されるのであるから、事實上、死刑にひとしい迫害（Acht）をうけることとなる。現行犯でないときは、当該氏族集団の全体集会（民会）の専属管轄事件として、集会決議により、平和を剝奪され、アハト刑<sup>二</sup>死刑に処せられた。右のフェーデ相当行為とアハト相当行為は共に集団の平和秩序を破ったものということができ、そのことがあるいは直ちに、氏族間の敵対関係を招来し、あるいは集会決議による処分を要することは、集団構成員に共通の倫理的紐帯があること、そして集団に所属することが同時に平和維持、秩序の保障を意味することを示している。<sup>（五）</sup>同様のことは他の部分集団、即ち家族内部の反規範的行為、氏族内部の反規範的行為が各々家長あるいは氏族の長によって、その自然的、呪術的權威に基き処理されるばあいにもいえることである。

ところで右にみた反規範的行為に対する効果は、つねに行爲じたいに、結果を惹起した行為の客観的規範性に結びつけられていた。（現行犯のばあいも、集会裁判のばあいも）。当時の社会の発展段階からして当然であろう（証明方法の原始性、自由意志なる觀念の不存在<sup>（六）</sup>）。「行為が人（犯人）を殺す<sup>（七）</sup>」といわれるゆえんである（このことから、古代刑法は結果刑法といわれる<sup>（八）</sup>）。しかし、一定のばあいには、いわゆる「故意なき行為（Ungefahrwerk）」として悪意の不存在が顧慮されていた。即ち、例えば伐木が倒れたことによる殺人、獣罠による殺人、治療不成功による殺人、矢がはねかえったことによる殺人などのばあいである。このような典型的な事例において、加害者が加害の意思なきことを証明すれば、フェーデを免れたのである。

生産力が発展して一定の剰余生産物をもととした商品交換が発生するとともに、社会的矛盾の規制手段として衡量

の觀念が生じ、フエーデに代るものとして氏族間に贖罪金契約締結ということが形成される。加害者は被害者の所屬する氏族に対し、家畜、武器、のちに金を支払うことにより、血讐を免れることができた。アハト相当行為のばあいにも、のちに人命金を支払えば「喪失した平和」を買い戻すことが可能となった。この制度は、次第にその性格を自然的、宗教的なものから階級的権力的なものに変じて来る王権の伸張とあいまって確立され、強制化される。のちのアハト相当行為にはこの贖罪金支払の拒否をも含むようになる(第二次アハト)。また王の財政的基盤を確立するために、定期化しつつある王裁判所の手数料としての意味をも有するにいたる<sup>(一〇)</sup>。

そしてここでも贖罪金、人命金支払いは不名誉なものと觀念されていた。もちろん、これらは現在の罰金とは異なり、あるいは損害賠償とも異なっており、その行為により汚した団体の名誉もしくは秩序を回復する意味をもっていたのである。

このようなフエーデ・アハト・贖罪金を通じて保たれていたゲルマン古代社会の共通の統一的倫理紐帯は、内在的には生産力の発展により、外在的にはローマ帝国との接触により、次第に失なわれてゆく。採取経済から農耕、牧畜経済に発展する段階で、まず家族内に存する半自由人(贖罪金支払不能者など)、不自由人(戦争による捕虜など)の数によって家族間の不平等が、ついで氏族内部に、また氏族と氏族との間に不平等が生じる。この間にあってかつて氏族の自然的宗教的中心であった王がその勢力を伸張し、固有の裁判権と氏族連合体の集会裁判における司会権とを結合し、反規範行為に対する処分権能を集中掌握してゆく。かくして氏族制度が解体し、いわゆるゲルマン民族の大移動の時期を経て各部族国家の形成へと発展するのである。

右のごときゲルマン古代社会において、責任、即ち反規範的行為の主觀的要件はどのように考えられるであろうか<sup>(一一)</sup>。Ungefährwerkの存在はあるが、それはいわば典型的構成要件においてのみ考慮されたにすぎないし、一つ一つの反規

範的行為について加害意思、即ち結果の表象もしくは意欲の有無が吟味されたわけでは決してない。ましてや *Ungefährwerk* に過失と偶然の区別はない。しかしながら、そのような限界はあっても、結果の認識がなければフェーデを免れた（ただし原状回復のための贖罪金は科されたが）ことは、当時すでに実質的に責任の存したことを示している。それが「典型」化されるには、そのような行為に結果の認識は欠けているのが通常であり、結果の認識なき行為は氏族の平和的紐帯を破壊する行為に値いしない、との觀念が能く一般化されていることを要するであろう。そしてこのことを逆にいえば、反規範的行為も実質的には *Willenswerk* として、結果の認識ある行為として考えられていたことを意味する。ただ、当時の社会生活の単純さが、訴訟上主観的要件の吟味をするまでもなくさせていたにすぎない。したがって、この時代の責任を「結果刑法」というのは、表現の問題は別としても、正しくないと思われる。

階級が発生し、支配、被支配の關係があらわれてくると、これまで氏族社会に共通であった倫理も分裂する。支配階級は、自らの倫理、価値体系を被支配階級に強いることとなり刑法がその為のもっとも強力な手段として誕生する。この国家成立過程で、社会的反作用も「刑罰」として客観化される。フェーデの制限の必要、国家利益をつねに優先的に考量すること、その手続としての国家機関としての裁判が生じる。このような現象のなかで、国家統一の見地からするフェーデの制限理由として「意思欠缺」の主張が広く行なわれたことと表裏關係に立つものとして、犯罪要件として意思を認識すること、とくに国家犯において「反逆の意思」を処罰理由とすること、キリスト教義における「罪業の根源としての意思」の影響などから、責任の故意原則が形作られる。その典型を次章のローマに見ることが出来るであろう。

(一) 田中周友「世界法史概説」(昭三十年)一九九頁。なお、本稿の叙述に当って使用した文献をまとめて掲げておく。

Heinrich Mitteis, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2 Aufl. (1952); 邦訳・世良晃志郎「ドイツ法制史概説」(昭二九年)。

Hans Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, 4 Aufl. (1948); Schwerin = Thieme, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 4 Aufl. (1950); Heinrich Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I (1906); カイザル・近山訳「ガリア戦記」(一九四三年)・タキッス・田中他訳「ゲルマーニア」(一九四八年)・増田四郎「ゲルマン民族の國家と經濟」(昭二六年)——以上は法制史・經濟史の分野。とくに刑法の分野では Beschütz, Die Fahrlässigkeit innerhalb den geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre (1907); K.v. Binding, Die Normen, Bd. IV (1919); R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I (1925); L.v. Bar, Schuld im Strafrecht (1907); Wilda, Strafrecht der Germanen (1842); Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2 Aufl. (1951); Radbruch u. Gwinner, Geschichte des Verbrechens (1951); Gustav Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens (1963); 莊子邦雄「ゲルマン古代刑法の性格」法律時報二八卷三三三頁以下、同「近代刑法の原初型態」刑法雜誌五卷二四三頁以下。

(二) このような思考は二つまでもなく唯物史觀のそれである。エンゲルス「家族私有財産國家の起源」など参照。なおナス(a.a.O.S.26,29)は人類學史的觀點からこの段階を魔術的(magisch)なものとして同じ結論をとっている。Vgl. Lehrbuch des Strafrechts der DDR, AT. (1957) S.38,40。アハターは現在の刑法に関する觀念をそのままこの時代にあてはめて原始刑法をみとめる通説を批判するが(Viktor Achter, Geburt der Strafe. (1951)——彼は従って原始刑法なるものは存しない、という——)、賛成できないこともちろんである。

(三) (ゲルマン古代の社会構造、とくにジッペの位置づけについては、数年来、法制史学会での論争となっているが(莊子・前掲法律時報論文参照)、ここでそれを紹介検討する余裕も能力もない。さしあたり註(一)にかかげた文献からの共通事項による。とくに氏族——氏族集團の間には、例えば従士團、パークスあるいはフンデルトシャフトなどの諸集團があり、反規範行為に關する役割などについて諸説あるが、ここでは本文にのべるフェーデ相当行為とアハト相当行為の区別に必要な限りでのみ論じている。

(四) 従来 of 学説では、家族内部および氏族間の反規範的行為の規制を私的刑法、氏族集團全体のそれを公的刑法と称するのが通常である(例えば Bar, a.a.O., S.435; Hippel, a.a.O., S.32など)。しかし公私の別をここに当てるのは正しくない。本文のべた社会構造に対応するものとして理解されるべきである。むしろ本文後述のごとく、このような社会構造がくずれて

行つて、あらためてアハト刑を中心とする規制の再編成をまつて、はじめて「公」刑罰となる、と考えられよう。

- (五) ベシュッツが責任概念発生の契機をさぐるのに、共同感情、倫理的紐帯に着目したことは正しいが (Beschütz, a.a.O., S.18)、しかし原始刑法を二別して、フェーデのばあいと構成員相互間のばあいをとりあげ、前者には個人的モメントが全くないが、後者には共同体的感情からくる抵抗によつて、「故意」なきばあいを分けようという志向がより強く働いたとするのは正しくない。倫理感情をひとしくする点で両者に差異はない。そして後者の氏族内部の感情、觀念が地縁化して拡大された規模(ガウ共同体)において拡大され、そこに国家の成立・サンクシヨンの客観化ありとしているのも不当である (a.a.O., S.19f.)。

(六) 前掲ミツタイス・邦訳五七頁以下参照。

- (七) 行為は自由意志の働きのというよりも、デーモンの諸力の定めた運命であり責任というより宿命であると考えられていた——ミツタイス・邦訳五〇頁。ナスはかような責任を *Sühneschuld, Seinschuld* とよんでいる (a.a.O.)。

(八) „Die Tat tötet den Mann” ブルンナー以来、この語をひらいて結果責任を論じるのが定説化している (例えば Schmidt, a.a.O., S.30)。

- (九) ゲルマン社会が結果責任であったとするのも殆んど一致してみとめるところである。ただひとりビンディングのみはこれを否定して、歴史上いまだ結果責任であった時期はなかったと主張する (a.a.O., S.12f.)。しかしビンディングは他の学説(ゲルマンにつきブルンナーの、ローマにつきモムゼンの)を高圧的に批判するのみで、積極的な証明をしていないばかりか、すべて犯罪を「意志作用」とし、また一貫してそうであったとするなどの強弁に陥つて、かえつて、他の学説から批判されている (Hippel, a.a.O., S.46 Anm.6)。結果責任という觀念の考え方にもよるが、本文にのべたような意味で、客観的に把握されていた、ということの意味するのであれば、それはもちろん正しい。しかし、結果刑法じたいの進化、発展を論じる意味において、主観的なものの無視をいうのであれば(そして通説はこの趣旨とおもわれる)、それは正しくない。
- (一〇) 人命金は異常に高額であり、殺された者や他人の地位、身分などで高低がつけられていることもあった。例えば自由身分のフランク人の通常の人命金は二〇〇シリングで、これはほぼ六〇頭の牛の価額にひとしかったといわれている。人命金の三分の一は國家に帰属する「平和金」であったが、のちには全額、裁判官に帰属することとなった(フランク法)。ミツタイス邦訳前掲一三六頁ほか参照。

(一一) ナスは「個人的責任なるものは、個人がそのものとしてなお認識されていない限り、考えられないし感じられない：自我意識なければ責任もない：共同体の段階では自己経験はなく、我々経験である」(a.a.O.S.24f.)とのべ、責任は魔術的段階—神話段階を経て前論理段階(ギリシア、アリストテレス)にはじめて考えられる、となす。彼の人類哲学的観点の当否はともかくとして、ナスの考え方を広げれば、アハターの考え方にもつながって行くことも考えられ、そこにはやはり現代的な考え方をさかのぼって当てはめることになり不当である(註(二)参照)。

## 第二章 ローマ刑法

ここでローマ法に一章を割くのは、ローマ法が二重にドイツ法史に影響しているからである。即ち、第一に次章のゲルマン部族法に対し、第二に、ユステイニアヌス法典(市民法大全)の修正解釈を行ったイタリア中世の法学(とりわけ、後期註釈学派)を通じて、ドイツ近世法、普通法に継受されるという形で影響を与えたことである。<sup>(一)</sup>

周知のごとく、ローマは四期に区分される。<sup>(二)</sup>第一期はいわゆる古代(紀元前八世紀—前三世紀)であって、都市を中心にして農耕社会が定着していたとみられる。初期ではゲルマン古代とほぼ同じ様相を呈していたと考えられよう。ただその政治的、経済的事情からして、発展の速度はゲルマンより早く、紀元前二世紀には、すでに責任||故意(ドルス)原則が知られていた。すなわち国家形成への移行期、いわゆる共和制末期に相当する。この間において、貴族(パトリキ)と平民(プレブス)の身分をめぐる争いの中から有名な十二表法が成立した。これは元来氏族の長でしかなかった貴族の世襲化、特権化に対する平民(市民)が、その地位を確保するため不文法(慣習)の成文化をもとめたものである。この十二表法(紀元前五世紀中葉)は、全体としてなお客観的構成要件の記述に止まるものといえよう。<sup>(三)</sup>ただ殺人と放火については「故意の」それ限定していたという見方もあるが(モムゼン・パール)<sup>(四)</sup>、のちの

修正、追加であるとするもの（ビンディング・ベシュッツ<sup>(五)</sup>）もあって、明確でない。さらに傷害について、私刑罰として<sup>(六)</sup>は過失のそれを含んでいたという説（モムゼン・ヒッペル<sup>(七)</sup>）もあるが、これも明らかでない。むしろ、傷害は財物毀棄・侮辱をも含んだ*iniuria*というアクチオによっていたことから考えれば疑わしいとされる（ビンディング・ベシュッツ<sup>(八)</sup>）。

しかし、ローマ法の第二期、即ちカルタゴ戦争における勝利などに表されるローマの地中海国家・大商業国家への発展、政治的には元首政から帝政へ、そして法律的には商品生産社会の法を成立せしめた古典法時代（紀元前三世紀——後三世紀）には、明確に故意を、そしてそのみを要件とするドルス原則が定着していることからして、十二表法はその過渡期のものとして位置づけられるであろう。

ドルス原則は、次のものに明らかである。*lex Numa Pompili*、*lex Aquilia*、*lex Oscatubulae*、*lex Acilia repetundarum*、*lex Cornelia*なる一連の王法、勅令およびその修正解釈において*dolus malus*あるいは*sciens dolo malo*が要件とせられた<sup>(九)</sup>。このことは、対外的には、版図の飛躍的膨脹（マルクス・アウレリウス帝の時代までには、ヨーロッパはもとより、北アフリカ、中央アジアにまたがる最大領域が形成された。紀元一世紀——二世紀）と、国内的には階級斗争の激化（スパルタクスの叛乱）、身分の再編成（騎士階級と貴族階級を含む上流階級ホネステイオーレスと新たな意味の平民として下層階級フミリオーレス）民会の形骸化（かつての裁判機関であった集会は、ローマ市の無産者群の集りと化す）などを基礎として、政治的統一と統治の確立のために一律の法適用が要求せられ、その権限が終局的には元首、のちの皇帝に専一的に帰せられゆく過程に相応する。この段階で新しい犯罪、とくに国家犯罪が現われてくる。中でも不敬罪が重視され、その処罰には皇帝・官吏および彼等の行なう国家作用に対する「敵対的意志」のみにて足りるとさえされた。このような意志要素の重視について理論的支柱を与えたのはギリシヤ・ア

リストテレスの哲学であった。またそれを導入し発展せしめたストア学派、ローマでのセネカ、キケロたち、またその影響をうけた法学者であった。<sup>(二四)</sup> アリストテレスのニコマテイツシュ倫理学によれば行為の倫理学によれば行為の倫理的判断の基礎は意志である。熟慮を重ねた上での行為、予謀行為は、反対動機を克服して行為に出た点で責任ありとせられる。これに対し興奮から出た行為、熟慮なき行為は、道徳的悪の徴表ではないとせられた。<sup>(二五)</sup> この倫理学の原理がギリシア、ポリス共同体社会に育ったのに対して、ローマに移入せられるやそれは法学の原理となった。もともとローマにおいては右のような区別はなく、もっぱら直接結果に向けられた意志が刑事責任を基礎づけ、熟慮、興奮の問題は原則として考慮せられぬ点で異なる。かくして法的答責性の担い手は意志となった。法に反する意志、即ちドルスは、いわば古典的ローマ法のシムボルである。<sup>(二六)</sup>

かようにして刑事責任の基調はもっぱらドルスとなったが、このドルス原則は一方において厳格すぎる。即ちドルス行為に対する刑は原則として死刑であり、変動期における画一的な処刑は必ずしも国家の利害に副わない(身分の差に応じた刑の加減)。他方、寛大すぎることもなる。即ち増大する犯罪現象に対しドルス行為のみの処罰では狭すぎ、だから、処罰範囲拡張の必要が生じることとなる。

第三期(紀元三世紀——六世紀)に入ると統治形態としては全く確固とした絶対専制となっているのであるが、経済的にはようやく衰えをみせはじめる。貨幣経済の動揺から自然経済への逆転、世界経済から封鎖的都市経済への後退、大土地所有の増大による小農の没落、都市におけるルンペン・プロレタリアートの増大などが顕著となる。さらに四世紀以来キリスト教が国教となって、政治、法律に大きな影響を与える。このような背景から処罰の範囲拡張の要求が必然となる。このばあいには特徴的なのは、従来の私訴(Privatklage, actio)および通常手続(crimina legitima od. ordinaria)と並んで特別手続(crimina extra ordinaria)の制度が生じたことである。<sup>(二七)</sup> 前二者においても、構

成要件記述は不明確であり、類推適用がみとめられていたが、後者においては裁判官の自由裁量にのみゆだねられるのであった。この制度の中に私訴のうちの重大なものが、また教会法上の犯罪がとりこまれてゆく<sup>(二八)</sup>。ドルス原則が妥当する通常手続によらずに、この特別手続においてドルス原則にもとずかない処罰が可能となる。即ち、一方でドルス行為に死刑を科さないことが、他方で非ドルス、即ちカズス *casus* をも死刑以外の刑で処罰することが、かような事例に莫然とクルパ *culpa* の語が当てられた。これはハドリアヌス帝期の前後から、勅令にしばしばあらわれたが、最初はむしろ責任一般を示すものとして使われたようである（その意味では、すでに共和制時代の文献には存した。もっとも法規上ではない）。しかし次第にカズスの一定のばあいを可罰的なものとして、あるいはドルスの証明が困難なものを軽く処罰するためのものとして、クルパが使われる。もっとも、その形、内容はさまざまであって統一はない。もっとも一般的に用いられている *culpa lata* をとってみても、パウルスおよびウルピアヌスの定義では「*non intellegere*」<sup>(一九)</sup>というのみで、それ以上のことは示されていない<sup>(二〇)</sup>。一説によれば私法上クルパには三つの段階が区別されており（*culpa lata, c. levis, c. levissima*）<sup>(二一)</sup>、クルパ・ラータはその最高の段階のものであって刑法上にもとりこまれたとなし<sup>(二二)</sup>、またクルパ、ラータは殆んどドルスとひとしいとなす<sup>(二三)</sup>。また激情を意味する *impetus* なる語があり、明らかにドルスより軽く処罰されている。これは、ローマ帝国の東西分裂（紀元三九五年）以来、東ローマにギリシア思想の影響が強く、その所産でもあろう<sup>(二四)</sup>。さらに *luxuria, lascivia* なる語もドルスに対立した意味で軽く処罰されている。前者は情欲のなせる業というほどのばあい、後者は不法領得の意志なき盗のばあいに用いられているが、ともに放埒という意である<sup>(二五)</sup>。結局これらのものは、ドルスとカズスの間の可罰的一群として考えられるが、もちろんクルパとしての統一概念は存しない。かような段階のものとしてローマ刑法は最後にユステイニアヌス

帝法典 (市民法大全——紀元五三四年) として集大成されることとなり、周辺のゲルマン部族法に影響を与えつつ、<sup>(二五)</sup>のちに中世イタリア法学 (註釈学派、後期註釈学派——ローマ法第四期) のスコラ的概念構成を媒介としてドイツ普通法に継受されるのである。<sup>(二七)</sup>

結局、ローマ帝政刑法における責任論の特徴は、犯罪の中核としてのドルス=結果惹起の意欲であり、原則としてそのみが処罰の対象となった点にある。しかし国家権力の伸張と社会的変動期では、殺人や放火という重大犯罪の処罰にそれだけでは不足となり、例外が生じる。第一に不可罰とされていたカズスによる結果惹起のうちに、結果に向けられたという意味のでない広義のドルスを見出し処罰すること、第二に結果の表象のないもの (*non intellegere*) をも予防、威嚇的見地から処罰すること。両者は死刑で処罰されることがない点では共通するが、その内容はまちまちであり、過失、偶然あるいは未必の故意もふくまれていたとおもわれる。このように非統一的な、カズイステイッシュな形のものに、クルパ乃至クルパ・ラータの語があてられていた。

- (一) 以上の文献として、前章註(一)にかかげたもの他に、<sup>1)</sup> Mommsen, *Römisches Strafrecht* (1899); Löffler, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend historischer u. dogmatischer Darstellung* Bd. I, Abt. 1 (1895); Jhering, *Vom Geist des römischen Rechts*, 5Aufl. (1891); Ders., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, *Festschr. f. F. Birnbaum*, (1867) (フエーリングの二著は、Nass, a. a. O. 及び Hippel, a. a. O. によった) など。
- (二) 田中前掲 一一二頁参照。
- (三) Nass, a. a. O., S. 58, Löffler, a. a. O., S. 29ff; Beschütz, a. a. O., S. 36 及び Jhering, *Geist I*, S. 126. ff.
- (四) Mommsen, a. a. O., S. 89, v. Bar, a. a. O., S. 436
- (五) Binding, a. a. O., S. 17f., Beschütz, a. a. O., S. 39f. 但しビンディングは十二表法が責任について特別に言及していないのは、故意責任が当然のことであったからと見做すのである。

- (六) 私刑罰というのは、前章註(四)参照。訴訟的観点からみれば私人訴訟によるそれ (Privatklage, actio) であり、贖罪金手続が國家的に再編成せられたものと考えられる。私刑罰に当たるもの (delicta privata) として主たるものは盜取罪 (furtum) と毀棄罪 (injuria) とがある。これに對するものが公訴 (öffentliche Klage, crimen) であるが、両者ともに「刑法」であることに變りはない。その意味ではともに「公」的である。史的淵源から来る差を不当に拡大して、いわゆる私的刑法を、刑法の考察から除くのは正しくない。当時の民刑不分離、実体法訴訟法の未分化を考えればなおのことである。なお Vgl. Lehrbuch der DDR., S.40,43f.
- (七) Mommsen, a.a.O., S.73 なおモムゼン・九〇頁は、十二表法が故意と過失及び偶然との區別を各々知っていたとなすが、そのようには考えられない。Vgl. Beschütz, a.a.O., S.37—38ff.
- (八) Binding, a.a.O., S.19ff. Beschütz, a.a.O., S.39f.
- (九) ヌマというのはローマ二代目の王の名である。在位紀元前七一五年—六七二年といわれる。この時代に、法規が必要であったとは到底考えられない。その後ヌマ王の法については言及がなく、シーザーの時代にはじめてあらわれる。そこでこの時期につくられたものと考えてよからう。Vgl. Beschütz, a.a.O., S.30ff.; Nass, a.a.O., S.58
- (一〇) 成立年代不詳。ペルニケは紀元前二八七年としている。しかし、これが修正されたものとして註(一一)のものとなるから、これじたいはさほど重要ではない。
- (一一) この二つにつき Binding, a.a.O., S.17—18 前者は紀元前一三三—一一八年、後者は紀元前一三三年もしくは一二二一年とある。
- (一二) Nass, a.a.O., S.58
- (一三) この要件は、とくに通常手続もしくは問答手続 (crimina legitima od. ordinaria, quaestione perpetuae) において要求せられたのをはじめとする (紀元前一四九年)。裁判所は一市民の申立によって手続を開始し、一定法規 (leges iudiciorum publicorum) か、その類推適用をもとにして決定した。
- (一四) Beschütz, a.a.O., S.44ff. Nass, a.a.O., S.58ff. ナスは、意志が責任の担い手となるにいたった原因をギリシア倫理学の影響と、公的利益の増大に帰している。後の点につき Jhering, Schuldmoment, S.2f.
- (一五) アリストテレスの倫理学について法哲学講座二卷・高田三郎「ギリシアの法思想」(昭三一年)二九頁以下。同訳、ア

リストテレス「ニコマコス倫理学」参照。なお、古林祐二「古代ギリシア刑法に於ける過失責任論と刑法思想」福岡大学法学論叢第六卷第一・二合併号一頁以下。もっとも、現在の刑法理論との結びつけが性急にすぎないように思われる。

(一六) Nass, a.a.O., S.60, Jhering, Schuldmoment, S.41ff.

(一七) Lehrbuch der DDR, S.45.なおBeschütz, a.a.O., S.48, Binding, a.a.O., S.39f.

(一八) この手続で処理せられた犯罪として、恐喝、侵入窃盗、家畜の駆逐、囚人解放、異教信仰、背教、瀆神などがある。そして過失もここで処理せられる。

(一九) Ulpian, 1. 213 §2D.; Paulus, 1, 223. D. (zit. von Beschütz, a.a.O., S.52) なお non intellegere なる語の意義には「見ない」「予見しない」という系列と、「注意しない」「考慮しない」という系列の二義あることく、前者では少くともドルスでないこと明らかであるが、後者では認識なき過失は含まれないのかどうか(表象はしても、それが動機形成に働らかなかつたときも考えられるから)は明らかでない。

(二〇) なおパウルスにはクルパ一般の定義がある(Paulus, 1. 31, D. 82) とするものが多い。Hippel, a.a.O., S.73

Ann 8; Bar, a.a.O., S.436 Ann. 300; Schaffstein, Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts (1930), S.146 など。しかし、これは「注意すれば予見可能であったのに、予見しなかった」とする) 全くの定義であって、このとおりの実例があったわけでもなく、一般的に用いられたわけでもないようである。

(二一) レフラーの見解。ベッシュツツによればこれが通説と。

(二二) ビンディングの見解。彼は culpa lata et culpa dolo proxima を同一視する。従って彼は、特別手続において、ハドリアヌス帝政以来、殺人と放火につきクルパが処罰せられたとする通説(例えば Bar, a.a.O., S.436 なおパールはここに境界移動をも数えている)に反対して、ドルスの行為のみが処罰されたとなす(Binding, a.a.O., S.65ff.)。

(二三) アリストテレスの三分法——慎重な、企らまれた行為、興奮行為、熟慮なき行為。註(一五)の文献参照。

(二四) Beschütz, a.a.O., S.62ff.; Bar, a.a.O., S.436 Ann. 300. ほかに imprudentia, negligentia, ignorantia, involuntarie, improviso などの語がある。

(二五) 第三章参照。

(二六) 第五章参照。

(二七) 第六章参照。

### 第三章 ゲルマン部族法

本章は第一章をうけ、民族大移動を経たゲルマン諸部族が、ローマ法文化およびキリスト教的古典文化に接触するなかで自らの部族国家を建設する時期である。一般史では中世初期、ゲルマン史ではフランク時代と称せられる(紀元四七六—八八七年)。

前代の定期的耕地分配による土地総有制は若干の名残を止めつつも、今や大土地所有に移行し、この土地私有を基礎として身分の複雑化、世襲化、官僚化が定着し、なかんずく家士制 (Vassalität) と恩給制 (Benefizialwesen) とが結びついて、封建制度の人的、物的基盤がきざかれる。かような社会構造の中に生じる様々の階級矛盾、対立に処すべく、国王は、それまでの慣習や伝統に則りながら、国王裁判所を通じて部族法を集大成することとなる。ともにあらたな王法の制定をも見る。右の部族法、王法は、もとより統一的に制定されたわけではなく、カズイステイークな、なかには単なる法記録としかいえないようなものもあるが、共通していえることは、すでに故意原則をみとめていることである。すでにいくつかの典型的な *Ungefährwerk* にあってはフェーデが禁止せられ、贖罪金のみとなつてゐることは第一章にも触れておいた。このフェーデは、前代の氏族の自律性を表現するものとして、封建国家が永くその禁庄に苦しむこととなるものであるが、<sup>(二七)</sup> 一方でフェーデ禁止違反および和解強制違反が第二次アハトに移行し、他方集会裁判から今や国王専権の国王裁判所へ発展したことを背景として贖罪金の一部が平和金として国王に支払われることとなった。この平和金は元来、意図ある犯行のばあいには支払われていたものである。贖罪金の中に平和金

が占める割合は次第に増加し、贖罪金の刑罰としての性格が純化される。かようにして、アハト相当行為を中心として「国家的」観点から再編された部族国家刑法が成立し、ここでは、結果に向けられた意図を有する *Willenswerk* が原則となる。なお、このことには、神法秩序 (*gottgesetzte Ordnung*) の侵害として、犯罪の公的把握と、犯罪的意志を強調する教会の教義が与って力あった。<sup>(三)</sup>

このようなゲルマン伝統の国家的変質を外から促進したものが、すでに奴隷制国家としてその世界的版図を誇ったローマ刑法の影響である。従って、部族法、王法のなかには、ローマ法の影響の度合如何によって、その責任原理の明確さが異っていることがみられる。<sup>(四)</sup>そこには、結果刑法のような段階のもの、すでにローマと同様、個々の事例で *Willenswerk* と *Ungefährwerk* の中間群を見出すものがある。即ち、*Ungefährwerk* のなかで単なる事故とは異なるものとしてより厳しく処罰する (つまり贖罪金のみに止まらない) ものと、他方、王法において意図ある行為とされたものうち若干を緩く罰しようとする (英米にいう衡平法の原理と同様の機能を、部族法に対する王法に見うる) ものを見うるのである。<sup>(五)</sup>

これらの事例を部族法別にみると次のごとくである。

一、西ゴート法 (*Lex Visigothorum* 紀元六五四年ごろ、レッケスヴィント王によるものを中心とする) では一連の結果加重犯たる致死傷罪が存する。即ち遺棄致死 (もしくは不注意の遠ざかり)、暴行致死 (A が B を故意で押しその反動で B の横にいた C が死んだばあいの A の責任)、<sup>(六)</sup> 争斗中に錯誤で招いた死 (このばあい、加害者のみならず争斗の張本人も責任ありとされる)、<sup>(七)</sup> 傷害致死 (致命的な武器または殴打による)、<sup>(八)</sup> など。又注意されたのにかかわらず飼っていた多少とも猛々しい性質の獣が惹起していた他人の死傷も処罰される。<sup>(九)</sup>ここでは過失犯、結果加重犯、不作為犯などが区別されないままに列挙され、要件は決して明確ではないが、殺人罪の原則刑たる死刑には処せられな

った。滅刑事由として興奮による行為、熟慮なき行為、意欲なき行為というように表現されている点、他方全くの偶然行為は全く不可罰とされている点にローマ法の影響が明らかである。

二、ブルグンド法 (Lex Burgundiorum 紀元五〇一年、グンドバード王によるものを基礎とする) では、自由人の故意殺はつねに死刑であるが、興奮による殺人は滅刑される。また有責行為の基準として Wissen を要することを前提としつつ、Wissenなき行為でも危険なものは処罰もありうるが見出される。例えば、槍などの武器が地上に放置されており、それに他の人や獣が触れて怪愾しても、贖わるべきでないが、槍を手に持っている時は別であるなど。

三、ランゴバルド法、その出発点としてのロターリ王法典 (König Rotharis Edikt 紀元六四三年) で注意を惹くのは失火の規定である。故意の放火の規定につづけて、「かまどから一定距離以上に火を移すとき」に生じる損害は贖われねばならず、また「火を起しているものは立去るとき必ず消さなければならぬ。さもなければ二十四時間以内に生じる損害・侵害」に対し贖わなければならないとある。

四、その他フランクの諸部族法典としてサリカ法典 (Lex Salica 紀元五〇八—五一一一年頃か)、リプアリア法典 (Lex Ribuarica 紀元七—八世紀ごろか)、これらの影響下にあった上部ドイツ諸部族法典、その他下ドイツのものなどがあるが、いずれも右の三者ほどに顕著な特徴はない。わずかにリプアリア法のなかに、施設不備による家畜の毀損、獣の監督懈怠などがあるに止まる。

このように、Willenswerkとしての要件を完全にみたしてはいないが処罰されるもの (ただし滅刑されてはあ  
る)・Ungefahrwerkの中から可罰とされるものが、個別構成要件的に生じているのが見られる。ビンディングは、これらの事例を通じて「それらは全く意欲なきもの (Nichtgewolltes) であり、全くUngefahrwerkに属する。し

かし予見可能性、従って災害の回避可能性において、その原因者の責任 (Haftung) の根拠がみられる」となす。<sup>(三二)</sup> かし、これらの事例を予見可能性もしくは回避可能性という観点でとらえ切ることは、やや早計にすぎるのではなからうか。<sup>(三三)</sup> 右に見たようにこれらの事例には、厳密に見て過失、しかもそののみをとりあげて罰していると思われるものはない。ローマ法の影響をうけたとはいえ、Willenswerk以外の処罰事例に当てられる用語(クルパ乃至クルパ・ラータの如き)も見られないのである。この後退の原因は、第一章で触れたように Willenswerkでも贖罪金契約強制によりフェーデの原因とされなくなるところにもあったと考えられる。即ち Ungefahrwerkの一定のものにつきフェーデが許されなかったことが、Willenswerkと Ungefahrwerkの一对を自立させ、責任論発展の発端ともなったわけであるが、意図的犯行についてもフェーデが断念させられ(あえて行なえばそれはアハト相当行為となる)ると、その区別がぼやけてしまう。つまり贖罪金契約締結のばあいの締結額は、もはや贖罪金体系の定める額とは無関係に、もっぱら当事者間で決められるからである。

しかし、すでに個別的、具体的には Willenswerkのみ処罰の原則はともかくも超えられた。即ち、これらのものはいずれも先行々為もしくは原因行為そのものが少くとも意欲されており(ゲルマンではværeといわれる。ローマのドルス)、その限りで原則をふまえているが、そこから因果的に生じた結果をも処罰の対象とする点で、原則を脱している。

(一) 田中前掲二〇〇頁。なお本章の文献は第一章註(一)に掲げたものとひとしい。

(二) フェーデ禁止については荘子「封建制社会における刑法」(滝川還暦記念論文集所収)一七三頁以下、とくに一八六頁以下参照。

(三) Hippel, a.a.O., S.90, 118 Anm. 3; 反松 Schmidt, a.a.O., S.31.

(四) Beschütz, a.a.O., S.66, 73ff.

(五) Hippel, a.a.O., S.117; Brunner, a.a.O., S.548

- (六) *Lex Visig.*, VI 5,2 なお以下の事例は主として *Binding, a. a. O.*, S. 28ff, *Beschütz, a. a. O.*, S. 74ff. による。部族法典について邦訳・ミツタイス前掲一二四頁以下、*Germanenrechte* 1933～参照。
- (七) *Lex Visig.*, VI 5,5 u. VII 5,3
- (八) *Lex Visig.*, VI 5, 6u. 7
- (九) *Lex Visig.*, VIII 4, 16u. 17
- (一〇) *Lex Visig.*, IV 4. 3u. IV 5,1なおビンディングは懲戒権行使のゆきすぎから招いた死につき無罪と記している(VI 5,8)。その他「過失」器物損壊(XIII 4,23)、「失」火(VII 2,3)についてもべているが、実体は明らかでない。ミツタイスによれば西ゴート法はローマ法に強度に依存しており、ゴート人、ローマ人に共通に行われたものであると(前掲一二八頁)。なお田中前掲二二二頁参照。この法典の権威は高く、西ゴート王国滅亡後も影響力を他地方に及ぼした、とのべられている。
- (一一) *Lex Burg.*, II 1u.2
- (一二) *Lee Burg.*, VI 2,4u.9; X X VI 4; X VIII 2 ビンディングはこの他に「過失」による枉法(X)、裁判遅延(XI)、犯罪庇護(VII,4)があつたとのべるが不明確。
- (一三) ランゴバルド法、その出発点となつたロタール王法典は、ローマ法の影響は小さいにもかかわらず、もっとも秀れた法典とされ、構成の明確さと表現方法の厳格さにおいて他の諸部族法典にぬきんでいるといわれる。ミツタイスによると、ランゴバルド人は全てのゲルマン人の中でもっとも鋭い法律的理解力をもっていたように思われる、と(邦訳ミツタイス前掲一三〇頁、なお田中前掲二二二頁)。ランゴバルド人は西ローマ帝國滅亡後のイタリアに王国を建設(紀元五六八年)、最初は貴族が権力をとっていたが、紀元五八四年に王制となり、その後國王は強力な権力國家樹立に成功した。この強力な國家権力が、その立法に反映していると思われる。
- (一四) *Ed. Roth.*, C. 146
- (一五) *Ed. Roth.*, C. 147
- (一六) *Ed. Roth.*, C. 148 なお、C. 389には非故意殺人に対するフェーデが禁じられている。
- (一七) *Lex Alamannorum* (紀元七一〇―七二〇年)、*Lex Bajuvariorum* (紀元七四一―七四四年)など。
- (一八) *Lex Saxonum* (紀元八〇二年)、*Lex Frisionum* (上同――ただし、これは単なる法記録、法書にすぎない)など。
- (一九) 故意原則が散見される程度である(*Lex Fris.*, III. 68など)。
- (二〇) *Lex Rib.*, LXX 2u. 3ボンディングは過失器物損壊の例として引いている。
- (二一) *Binding, a. a. O.*, S. 34―35.

(二二) 部族法の中にしばしば現れる *negligentia* の語は、過失というよりも、不作為、懈怠とみた方が事例に即していると思われる。ローリー王法典の失火につき本文参照。

#### 第四章 中世ドイツ法

前章にのべた部族國家中、最大、最強のフランク王国が、王国固有法たる分割相続法に則って数度の分割ののち、八七七年には東西フランクとして分裂が固定化し、この東フランクが正統ドイツ王国として、オットー一世以降、「神聖ローマ帝國」の歴史をつづる。これはローマ帝國の世界統一という伝統的思想にもとづくものであるが、キリスト教の保護者を以て自任し、東ドイツ植民とイタリア經營による世界帝國の設定を理想としたため、法王の宗教的世界支配と烈しく対立、抗争することとなった。他方、封建制の中樞を成す授封制度(封の世襲化・受封強制)をめぐって国王と諸侯の権力争いも激化し、法王との争いで統制力を弱めた国王に対する諸侯の力が、ドイツを分国的連邦國家たらしめることとなる(分国主權 *Landeshoheit* の確立)。

右のような一般情勢の法的表現として、前代の部族法、王法は、慣習法にとって代られる。即ち固定した法源が価値を失ない、変動する経済的、政治的、身分的情勢に対応した動的な法発展が、裁判(参審員による判決)を通じて *Weistümer*<sup>(三)</sup> を通じてあらわれる。一三世紀に入ると、これら慣習法の記録、既存の法規乃至慣習の組織的記述が定着し、公の權威を獲得するにいたり、これに基いて裁判が行なわれ、また立法の基礎とされることとなる。この主要なものがいわゆる法書 (*Rechtsbücher*) に他ならない。この内容は、屬人法たる前代の部族法が先にのべた変動の過程で屬地法たる地方普通法と化し、慣習法として定着したいわゆるラント法である。<sup>(四)</sup>

従って、この法書こそは、ローマ法の影響をうけながらも尚基本的にはゲルマン固有の伝統を保持しつつ、部族法

の発展した姿を示すものであると同時に、すでにいくつかの点において、次期の外国法の継受を媒介として近世ドイツ普通法ならびに各種の立法をみる先駆を示すものである。本章はその意味で、法書のうちで最重要の二書を取りあげ、<sup>(五)</sup>そこにおける過失を検討することとなる。一般史では中世中、後期、ゲルマン史では中世、法史上とくに法書時代といわれる時期に相当する（八八七年——一四九五年）<sup>(六)</sup>。

もっとも重要な法書とされているのはザクセンシュピールゲル *Sachsenspiegel* である。これは自由貴族出身の一騎士アイケ・フォン・レプゴウ *Eike von Repgow* によって書かれたもので、ザクセンの部族法を記録する目的のもとにつくられた。<sup>(七)</sup>が、実際には東ザクセンの地方法（ラント法）を記したにすぎない。しかし、法鑑定人（*Rechtsgutachter*）として諸々の裁判所で活躍したアイケの豊かな法体験と、貴族と自由農民の間たる騎士という彼の地位から生じる思想とが、この法書を広く東ドイツに普及せしめることとなり、多くの他の法書、都市法、ラント法の根源とならしめた。<sup>(八)</sup><sup>(九)</sup>

ザクセンシュピールゲルでは第一に、行為者と行為の心理的関連を示す語としてはじめて *schuld* の語がみえることに注目される。この語はもちろん、今日の責任一般（偶然と対立する、主観的処罰契機）を意味するものではないが、前代の部族法の結果責任的構成に比し、行為者の内面への省察が一步たかめられたことをあらわすであろう。前代における例外的な *Ungefährwerk* と原則たる *Willenswerk* の区別が、さらに発展させられている。例えば、意図を意味する語が非常に豊富に、かつ種々の心理的側面を表現するものとして用いられており、<sup>(一)</sup>あるいは意図的殺人につき予謀あるばあいとないばあいを区別する。このような状況の中で、次に注目されるのは *warlose* の語である。<sup>(二)</sup>これは、意図なき行為であっても、若干の注意をすれば避け得た結果が、不注意に行爲した為に生じたという点において因果関係があるとき、人命金を科せられるばあいの語である。全くの偶然は *ungeschicht* と表わされ、人命金はない。従って

状況の危険性からみて、行為者が不十分な態度しかとらなかつたという点で、偶然と区別されている。もちろん、これとても一般的、独自の責任概念ではなく、失火、失水、誤射の三つの構成要件に限定されている。ここで、故意と過失が明確に区別されたと結論するわけには行かない。なぜなら、行為と結果との間に客観的に因果関係をみとめうるということが主要な側面であって、意図そのもの、もしくはそれを充分推測せしめうる徴表によって端的に結びつけられるばあいと対比、相応せられる側面は未だに背後に隠れているからである。不注意といっても、行為者の心理的面に着目したものでなく客観的に状況と釣合わない行為という意味にすぎないからである。しかし乍ら意図的行為のより深い分析、その心理面の構成要件における強調と相俟って、この第三グループ(ドルスの減刑あるいはカブスの可罰という)の責任への昇華、あらたな責任の構成要件化は間近い。

このザクセンシュピールを基本的にはうけつぎながら、南ドイツと北ドイツの地域差によってより幅広くかつ平俗化され、またそのゆえにより広汎に普及した法書がシュワールベンシュピール *Schwabenspiegel* である。これはアウグスブルグの某フランチェスコ会修道士によって編纂されたもので、南ドイツ法(シュワールベン法、ときとしてバイエルン法)のみならず、ザクセンシュピール以後の法形成をも含んでいる。

シュワールベンシュピールでは、国王直轄地であったことを背景にして、ザクセンシュピールに比し、部族法的性格が濃厚である。<sup>(一五)</sup> ここでも処罰根拠としての悪しき意志が基本であり、<sup>(一六)</sup> この悪しき意志の前提・推定根拠として *wissen* <sup>(一七)</sup> の語がある。また窃盗、偽造通貨行使の刑が被害額にかからしめられていること、身体傷害から一年以内に死の結果を生じたばあいを故殺とするなど、<sup>(一八)</sup> 責任にとっての結果認識の役割の重要性が示されている。<sup>(一九)</sup> しかし、シュワールベンシュピールには、*warlose* の如き表現は見当らない。<sup>(二〇)</sup> その代りに責任阻却事由のカズイステイッシュュな列挙があるのみである。危険に気づいていれば、あるいは当然気づいていると考えられるばあいには有責であった。危険の

認識で足りる点、例の *versari in re illicita* と同様である。また行為者と行為の間の心理的関係一般を示す語もない。量刑上問題とされることがあったにすぎない。<sup>(三二)</sup>

なお、右の二法書を中心としたこの時代全体を通じて、刑適用に大きな意義のあった「恩寵判決 *Richten nach Gnaden*」に触れておかなければならない。これは何らかの軽減的に作用すると考えうる事情や、行為者もしくは第三者の懇願もしくはとりなし (*Fürbitte*) を考慮したもので、原則として減刑、まれに免除をするのである。かような判決は原告の同意を要するのが通常であったが、判決後でも、裁判権者 (領主、ランデスヘルなど) はなお寛典に処し得た (*Gnade firr Recht*)。<sup>(三三)</sup>

この実務上の制度が、実際に故意原則の枠を超えて可罰の *Ungefahrwerk*、あるいは *Willenswerk* の刑緩和の專例を作り出していたことは想像に難くない。この制度で作りに出され、積み重ねられた專例が典型化されて、前にのべたザクセンシュピーゲルの *warlose* となつてあらわれたものと考えられる。当時の身分変動や裁判権をめぐる争いのなかで、この制度が十二分に活用され、慣習化することは充分考えられるからである。

このように、ゲルマン固有の法発展の最後の段階たる法書時代においても、過失という独自の責任概念はなお生じていない。<sup>(三四)</sup>しかし両シュピーゲルにおいて一方で行為と行為者の心理的関連により深い眼を注いだこと (主として故意行為についてではあるが) と、他方で、結果の認識なくともそのような結果発生につき因果関係上充分原因をもちうる危険行為を為すことの処罰において偶然と区別する契機が生じているのは一歩前進といえよう。危険な行為と、それにより因果的にもたらされる結果との間を、行為者の不注意ないし予見可能性というような概念でもって連絡せしめるまでには理論が深化しなかった。しかし過失の実質的内容はすでに存したし、実務上、区別されたものとして機能していたといえよう。それは、資本の原始蓄積・絶対主義への移行を土台として、ローマ法継受の現象を媒介に

はじめて実体法上の定着をみるのである。

- (一) この変化の基盤として荘園の変化がある。ドイツ西北部においては荘園法的土地貸与からラント法的土地貸与への変化がすすみ、貢租から金納への変化が生じ、自由農村も出現する。他方東部では東ドイツ植民が多くの騎士領、伯領を生み、身分の再編成、変動が著しい中で農民の従属化はつよまる(田中前掲二三〇頁)。
- (二) 裁判所として、前期の国王裁判所の延長たる帝國宮廷裁判所―王室裁判所があり、グラーフ裁判所として組み込まれる。別に特別裁判所として、都市裁判所、レーン裁判所、ホーフ裁判所、ラント裁判所、ディーンスター裁判所があり、國家權力の複合、分割に対応している(田中前掲二七二頁参照)。
- (三) 農村において、フオークト(領主の裁判権行使における代理人)の質問に応じて荘民が行った法の判告*Rechtswaisungen*から生じたもの。領主と農民の關係を律する法史料である(ミツタイス邦訳前掲三二〇頁参照)。
- (四) ラント法の他に封建法をも収録する。これらは一応統一的に形成せられたのに対し、荘園法、家人法はそれこそ多種多様であった。なお別に法源として一般普通法たる帝國法(國家組織法とラントフリーデ)、都市法があり、法分裂の特徴を示す。
- (五) 即ちザクセンシュピールゲルとショワーベンシュピールゲル。他にも前者のシュワーベン語訳で後者の先駆たるドイツチェンシュピールゲル、さらに後者をうけついでフランケンシュピールゲルなどがある。
- (六) 田中前掲二〇〇頁、二二四頁以下、ミツタイス邦訳前掲二六三頁以下参照。なお本章の文献は前章までのそれと同じいが、敘述は主として *Beschütz, Binding, Hoppel, Nass, Schmidt* などによった(いずれも前掲書)。ザクセンシュピールゲルは *v. Schwerin, Sachsenspiegel* (レクラム文庫) による。
- (七) 成立年代については争いあるも、大体一二一五年から一二三五年までの間とされている(ミツタイス邦訳前掲三一六頁)。
- (八) 「彼はプラトンと同様に、現実を理念によって、存在を當為によって測定し、法を実証的に敘述するのでなく、實際の運用に影響を与えようという意思をもって法を規範的に形成したのであった」(ミツタイス邦訳前掲三一七頁)。
- (九) ザクセンシュピールゲルは十四世紀に法典としての効力をかち得、ひとびとはカール大帝制定の法典と考えるに至った。例えばテューリンゲンでは一九〇〇年まで通用力を有し、一九三三年になっても帝國裁判所が引用している……これを基礎と

してドイツチェンジュビーゲル、シユワーベンシユビーゲル、またグルリッツの法書、プレスラウのラント法、ヘルリンの都市法書などが作られている（同前三一七、三一八頁）。

(一〇) *Sachsenspiegel*, III 48 § 3 シュミットは *Verschulden* の概念そのものを把握しているが、故意、過失、偶然の区別といった（従って前二者を統一する責任）ような重要な意味をもつものではないとして（*Schmidt*, a. a. O., S. 66）『ヒッペル』が単に *Täterschaft* の意である（*Hippel*, a. a. O., S. 145, Anm. 1）。なお *Vgl. Löffler*, a. a. O., S. 119; *R. His*, *Das deutsche Strafrecht bis zur Carolina* (1928) S. 94.

(一一) 例えば *wissentlich*, *mit Willen*, *freventlich*, *mutwillig*, *arglistig*, *geverlich*, *hostiliter*, *irato animo*, *tornigen mode*, *mit heissem Mute*, *in bewegtem Zorne*, *in hasten mode* など（*zit. Hippel*, a. a. O., S. 142; *Schmit*, a. a. O., S. 67）。これらに対する語として *ungern*, *ane oder wider Willen*, *ane sinen dank*, *unwissend*, *unversehens*, *ohne Arglist*, *ohne Hass*, *unfreventlich*, *ungeverlich* などが使われ、殆んど前者の否定という域を出ない。（*zit. Hippel*, a. a. O.）。

(一二) *Sachsenspiegel*, II 38. 「火もしくは泉池の放置を *warlose* で惹起したことによる損害は贖わるべし。鳥を射って、その際に人を殺したるものは人命金を支払うが、その命をもって贖われることはない」と。ヒストナスは「ここにおいて過失が明らかであるとする（*His*, a. a. O., S. 94; *Nass*, a. a. O., S. 73）が、ヒッペル、レフラーは、意図なき行為の軽い処罰の一般規定、過失と偶然の区別の端緒とみる（*Hippel*, a. a. O., S. 144, Anm. 8; *Beschütz*, a. a. O., S. 120f.; *Löffler* a. a. O., S. 119）。なおフランク時代の部族法同様、典型的な *Ungefährwerk* のうちのあつたもの、槍の連搬や車馬の運行に際してあるいは木の伐採に際しての致死を軽く罰する（*Hippel*, a. a. O., S. 144 Anm. 7; *Schmidt*, a. a. O., S. 67）。

(一三) かような事例に使われる語として *negligentia*, *wanhod*, *wanhude*, *wanhude*, *warlosunge*, *vorwarlosunge*, *verwarlosicheiti* など（*Hippel*, a. a. O., S. 143 Anm. 8）。なおヒッペルによれば、一四世紀以来、中部及び南部ドイツで *hinlässig* という語が用いられ、その後 *Hinlässigkeit* の語があらわれた。一五世紀末以来、この代りにアルザスの非法律的文献に *fahrlässig* という語がはじめて使われた。Der *Fahrlässige* は、事物をそのおもむくままに行かしめる」と。また一四九九年、ウオルムスの改革の際に、*fahrlässigkeit* の語がみえているが、ここでは法規に対する無関心、軽視の意を含むから従ってドルスをも含んでいると（*Hippel*, a. a. O., S. 143 Anm. 8）。

(一四) 一二六五年頃ザクセンシュピールゲルの高地ドイツ語訳が生れ、さらにこの訳書からドイツエンシュピールゲルが生れた。これは私書として終始し法典として適用せられることはなかった。ザクセンシュピールゲルを南ドイツの事情に合わせて修正するのが目的であったが、それは中途で終り、そのあとを一二七五年頃成立のシュワールベンシュピールゲルがうけついたのである。北ドイツと南ドイツの差について註(一)参照。シュワールベンシュピールゲルはチェコ語、フランス語に訳され、ルプレヒト・フォン・フライジングの法書(一三二八年)、ミュンヘン都市法書、フランケンシュピールゲルの基礎となった。普及度はザクセンシュピールゲルをしのぎ、非常に異った二五〇以上の手書本がある(ミッターイス邦訳前掲三一八、三一九頁、田中前掲二三七頁)。

(一五) 例えばタリオが多くみられ (§147, 176)、結果責任的色彩も強く (§351など)——看守が囚人に打負かされたために逃亡を阻止しえなかったときにも殺人同様死刑となる)、人のみならず獣や家屋なども刑の対象としている(古代ゲルマンフリーゼン法の伝統)など (Beschütz, a. a. O., S.122f.)。

(一六) Schwabenspiegel, § 359

(一七) § 283, § 286, § 367 I, § 363 II

(一八) § 290

(一九) 以上は Beschütz, a. a. O., S.125f. による。

(二〇) § 181 ヒスはシュワールベンシュピールゲルがローマ法に依拠して過失と偶然を鋭く区別すると述べるが (His, a. a. O., S.99) 明確でない。ヒッペル、ナス、ベッシュツなど、多くは否定している (Hippel, a. a. O., S.144 Anm.9; Nass, a. a. O., S.73; Beschütz a. a. O., S.128f.)。

(二一) § 182~185. 例えばにぎやかな通りで射撃するとき、危険の表象が可能なときのみ無罪となって、そうでなければ結果を全て惹起を意欲したと同様に処罰せられる。危険性がなければ、因果関係があっても不可罰。ザクセンシュピールゲルでは危険性あっても意志なき限り、少くとも死刑は免れうる。

(二二) Hippel, a. a. O., S.144 Anm. 4,5; S.140f. コッセルは、Richten nach Gnadenによる意図なき行為の減刑の一般化が、過失と偶然の区別の端緒をなしたという。

(二三) ナスは、ドイツ法の責任論は中世の終りまで古代的 (archaische) 思考の段階に止まり、わずかに前論理的 (prälogi-

(sche) 思考への端緒に進みつつあるままに終わったとのべる (Nass, a. a. O. S. 74)。

## 第五章 中世イタリア法学

本章は、ローマ法史の第四期以降に相当する時期において(一)、第三章に記したゲルマン部族法、第二章に記したローマ刑法が相互に影響し合い、とくにドイツ普通法にいわゆるローマ法の継受 (Rezeption) なる現象をもたらす前提をなした中世イタリア法学につき論じる。この担い手はいうまでもなく註釈学派 (Glossatoren—紀元一一〇〇年乃至一二五〇年頃) および後期註釈学派 (Postglossatoren—紀元一二五〇年乃至一四〇〇年頃) であり、すでにしばしば指摘しておいたように、故意よりも軽く処罰される一群の犯罪は彼等によってはじめて「理論」化されることとなった点で重要である。一章を割くゆえんである。<sup>(二)</sup>

ユスティニアヌス帝時代のイタリアには、東ゴート王国を滅したユ帝の勢力下、ユ帝法典が行なわれていたが、しかし紀元五六八年、南下して来たランゴバルド人が強力な王国を建設し、ゲルマン固有の色彩濃きランゴバルド法が行なわれることとなった。そのためローマ法は依然東ローマ帝国の勢力下に止まったラヴェンナほか若干の地方で効力をもつにすぎなくなったが、このラヴェンナには、かつてユ帝時代にユ帝法典の唯一の解釈機関であるとともに司法官養成機関でもあったローマ市法学校の後身といわれるラヴェンナ法学校があった。ここでなおローマ法の知識が伝えられ、ローマ法学の伝統が維持されていた。一方、ランゴバルド王国の首都パヴィアにもパヴィア法学校があって、ラヴェンナが主としてローマ法を中心としていたのに対し、主としてランゴバルド法を中心に講義が行われていた。ランゴバルド法は元来ゲルマン的色彩の強い、ローマ法の影響を比較的受けていないものであったが、それでもそれを集大成したといわれる有名なパヴィア法書 (Liber Papiensis) には、ユ帝法典中の法学提要・勅法集や学説彙纂

等もが参考とされている。これはその後も註釈がくり返され、のちにロムバルダ Lombarda と呼ばれる大法律書となっている。このような過程において習得された技術が、のちにローマ法の法源研究に用いられることとなるのである。<sup>(三)</sup>

ところで、右にみたごとく、中世前期のイタリアにおいてローマ法がゲルマン法と絶えず接触しながら命脈を保って来た。もちろんこのローマ法は、中世イタリアの社会構成の質と規模からして、古典ローマ法とは著しく異ったものとなってしまっている(田舎ローマ法 *römisches Vulgarrecht*、ゲルマン法のローマ化乃至ローマ法のゲルマン化)。十二世紀初頭、北部イタリアの諸都市を中心にして商工業が隆盛に向うと、右のゲルマン的ローマ法の限界が強く意識せられることとなる。ここに古典ローマ法再生の契機が存する。そして、ボローニア法学校において、ラヴェンナ・パヴィア両法学校の遺産を引きつぎつつ、純粋に古典ローマ法の法源を研究し、ユ帝法典正文の註釈を行いたいいわゆる註釈学派が生れる。彼等は、元来各部分につき成立の時期・由来・適用地域等を異にしているユ帝法典を、にもかかわらず完全無欠の有機的統一体と考える。各規定の価値、効力はすべて同一であって、かつその適用領域は截然と分たれて相互矛盾することがない。全体としてこの法典は全社会生活関係を規律して余すところがない。このような前提思考をとるため、彼等の用いた方法は極めて概念的・形式的な「註釈 *glossa*」であった。要旨・章連関・識別(概念の上級・下級への分解・説明)・原理分析・矛盾解決・例題(実例。のちにはいわゆる *Schulensfälle* に陥る)・設問の形式がそれである。かような思考・方法はいうまでもなく典型的な中世的思惟、形而上学的世界観のそれである。疑うべからざる唯一絶対者の存在を前提として、一切の現象はすべてそこから派生的・演繹的に説明せられる。<sup>(四)</sup>この唯一絶対者を「神」と考えるときそこにスコラ神学が存する。要旨・章連関などの方法も、すでにスコラ神学に用意せられていた。スコラ神学が教会国家・法王国家に奉仕する最大無二の武器であったと全く同

様に、時期的に併行して、註釈学は皇帝国家に役立った。<sup>(五)</sup>即ち、中世も初期にあっては、政治形態は極めて分権的であり、皇帝支配は直属の人民にのみ及んだにすぎない。ところが十一—十三世紀に入り帝権の伸張が著しく中央集権化の過程が推進せられ国家全域に皇帝統治を及ぼす方向が顕著となる。それはローマ帝政後半期の様相と同じく専制君主確立の過程に他ならない。従って皇帝にとって法の統一を図り、中央集権・専制君主制を法的に合理化することが必要となった。このための手続・理論が何よりもローマ法のなかに見出されたわけである。

従って註釈学派は、単に緻密な体系的解釈学を樹立したのみでなく、当時の社会及至政治の要請によく応え得たものというべきであろう。ただ、皇帝権をめぐる複雑な社会情勢を背景として<sup>(六)</sup>、もっぱら皇帝権の正当化・合理化にその主要な任務を有し、研究の対象がもっぱらローマ法源自体に限られていたことがあるにすぎない。そしてそのための方法論は、のちに情勢の変化につれローマ法理を歪曲し都市法やゲルマン法の原理をとりこんだりして自己の学説を作り上げることともなった後期註釈学派に十二分に継承発展せられることとなるのである。

右のような状況にあって、註釈学派は、その責任論においてもローマ法源の忠実な解釈にとどまり、独自のものを有していない。即ち、*dolus* と *casus* の区別から出発している。<sup>(七)</sup>その基準は、違法結果の惹起にむけられた意志の存否にある。これに対し *culpa* はいまだ独自の概念ではない。ただ、一方で予防目的のために、*dolus* 刑よりも軽い可罰性を *culpa* にみとめ、また *casus* について可罰範囲をそこからとりこもうとする要求があった。それに応じて、まず私法から *culpa* の分類を導入し、そのもつとも重いもの *culpa lata* を *culpa dole proxima* と称して他の *culpa* と区別した。これは *dolus* よりも軽くではあるが処罰されるのである。といっても、ドルスの推定や証拠規定ではなく、まさに「重い」過失であったことは注目に値する。

このような段階の註釈学派の理論が、後期註釈学派に発展・継承されるにあたって、重要な媒介となるものがカノ

ン法である。

カノン法は原則として *Verschuldung* が存する時にのみ処罰をみとめる。即ちドルス原則 II 意志責任 (*voluntas*) が妥当する。これはいうまでもなく *dolus—casus* の対概念にもとづくローマ法由来のものであるが、のちに殺人において *homicidium voluntarium* と *homic casuale* の区別から、後者の一定のばあいを処罰することとなる。そしてかような若干の事例において刑法上 *culpa* が予定せられることとなる。ここまでは、他の法における流れと異なるものはないが、重要なのは、この例外事由 (*Irregularität*) たる *culpa* 殺の理由づけである。即ち *casus* の可罰か不可罰かを定める基準として、*versari in re licita* と *versari in re illicita* とを区別し、後者を可罰としたことである。<sup>(八)</sup> *versari in re illicita* 理論の中核は、許されざる行為に従事するものは、その行為の一切の結果について答責性があるとする点にある。注意すべきことはこの答責性が可罰的カズスとしてのそれであって、決してドルスとしてのそれではないことである。かような答責性が果した役割は、僧職志願者が高位の僧職に就くにあたったの欠格事由となることであった。カノン法がローマ法にもとづいて責任主義から出発し、カズスの不可罰を原則としつつも、一方でゲルマン法伝統の結果主義が偶然でこそあれ違法行為の結果として他人を殺した者に僧侶にふさわしい敬意を表せしめなかったことは、ローマ法のゲルマン化を能く示している。<sup>(九)</sup>

後期註釈学派がもった個々の法文、字句に対する註釈 (*glossa*) に終始したのに対し、体系的な註解 (*commentarium*) を以ってしたところから *Kommentatoren* とも呼ばれる。ローマ法学者・註釈学派が法実務家であったのに対し、一歩進んだ法技術家といわれる。<sup>(一〇)</sup> このことは、一四世紀から一五世紀にかけて法皇と皇帝との両権力の争いが後者の勝利に終り、中央集権化が強められるといった政治情勢を背景にして、<sup>(一一)</sup> 法学者の任務が拡大されたことであらわれといえる。即ち、当時降盛を極めたスコラ哲学の影響下、実定法上の諸制度を自然法中心に体系化するとい

う学問的發展と同時に、ローマ法大全 (Corpus Juris) の諸制度をイタリア法実務に合わせて歪曲するという實際的要請にこたえることである。ローマ法の枠を一步も出なかつた註釈学派に比し、後期註釈学派は、はじめその枠を破つたのであった。具体的には、ローマ法・註釈学派が維持し來つたドルス原則、カノン法由来の *Verschuldung* 原理を出発点としつつも、イタリア実務と妥協して、狭いドルス概念を拡張し、カズスから可罰的なグループをとり出すのに *versari in re illicita* の法理を利用したのであった。<sup>(一三)</sup>

まずドルスの要素としての違法性の意識を除外することが主張される。従つてドルスには違法結果の可能性の表象 (バルトルス)、危険性の認識 (キヌス) で足りるとされる。次に *versari in re illicita* がドルスと同視される。<sup>(一四)</sup> さらに興奮中の行為は、ローマ法・註釈学派において、*impetus* として単なる減刑事由とされ、カノン法では無罪理由ともなっていたものを、あらたに *minor dolus* としてドルスの中に位置づけることとなつた。このようなドルスの拡張とあいまって、一方では純粹のドルス (*dolus verus*) の証明困難を救うべく理論化されたものとしての推定の故意 (*dolus praesumptus*) がある。これはドルスそのものとして充分に証明されなくとも、行為者の不注意・無慮・怠慢などが、ドルスと同視されるほどに大なるときは、反証なき限りドルスとするというものである。

そこで、この *dolus praesumptus* あるいは *presumptive dolus* と、ローマ法源上の *culpa lata* あるは *culpa dolus proxima* との関係が理論的に整理せられることが必要となつてくる。後者は第二章にのべたごとく、*culpa* の最高段階かつ可罰的なもの、もしくはドルスの例外的かつ減刑的なものとの把握があり、他方、前者については、すでに本質的に *culpa* とす説さえあつたから、この両者の異同は、正に刑事責任の限界をきめる上で重要な論点となるのであつた。<sup>(一四)</sup>

通説の位置にあつたバルトルスによれば、責任の総称としてのクルパが五段階に分けられる。即ち *culpa latis-*

*simā, c. lator, c. lata, c. levis, c. levissima* であり、最高の *latissima* が *dolus verus*、次の *lator* が *dolus praesumptus* となす。それ以外の、少なくとも *dolus* として処罰されるものを *c. lata* の語に当し、これ以下は刑事責任の外となしていた。このバルトルスの分類は、一六世紀のユマニスムの影響から来た人間心理の分析および古い法源の更に綿密な研究の成果から批判、吟味され、例えばツアシウスは、右のあいまいな *c. lata* を分析して二分し、不注意及び可罰的錯誤の最高段階としての *culpa lata ignaviae* と、奸智・策略に出た過失・おおわれた悪しき意図・過失および不注意、無思慮の仮面下の故意としての *culpa lata versutiae* を区別した。そしてドイツ人は後者のみが *dolus* であるとしたのである。

このようにして *dolus* が拡張された反面において、*dolus* として処罰されたものの内容の吟味が進み、そこに含まれていた本来の過失に相当する部分が徐々に露われてくる。そのばあいには不明確ながらも区別の基準として考えられたものは犯罪結果の予見、認識ということであった。すでにのべたごとく、いやしくも結果発生蓋然性Ⅱ危険性の認識さえあれば、あえてそれを意欲して行為に出たか否かを問うまでもなく、それは（処罰の軽重に影響はしても）*dolus* としての責任を負わせるのであった（*dolus* は危殆化故意で足りる）から、現在のいわゆる認識ある過失は *dolus praesumptus* あるいは *culpa lator* として、*dolus* に含まれている。従って *culpa* として考えられるのは認識なき過失のみ、ということになるのである。

少数説ではあったが特異な見解をもっていたバルドウスは、*culpa lata* を結果との関連において *non intelligere* が存する、即ち高度の熟慮の欠缺のばあいであると説き、結果発生蓋然性を認識しかつ結果発生を意欲したものを *dolus*、認識はしたが意欲のないものを *culpa*・ラテイオール、認識なきものを *culpa* となす責任の三分説を提唱したのであった。<sup>(二五)</sup>

そこで、次に問題となるのは右のクルパと *casus* との区別である。すでにローマ法・註釈学派によってカズスの可罰的一群が知られていたが、後期註釈学派のヤコブス・デ・ベルヴィシオとキヌスはこの区別基準を結果の予見可能性に求めた。バルトルスは、注意すれば予見出来たばあいがあるがクルパであり、注意しても予見出来なかったばあいをカズスと説き、バルドウスは前者を *casus improvisus* (不注意の事故)、後者を *casus fortuitus* (偶然の事故) とよんで、前者の可罰性を理論づけようとした。この可罰的カズスの内容分析こそ、独自の責任段階としてのクルパの理論構成にほかならない。ただ、重点はあくまでドルスとの区別およびカズスとの区別であり、その区別を行為者の心理的モメントに求めたことが重要な進歩といえるが、ドルスと並ぶ責任形式たりうるゆえんのものには明らかにされていない。刑事責任の基調はやはりドルス、意志モメントにあるのであって、クルパはそれとどう関連し、どう並ぶものかは求められていない。<sup>(一六)</sup>

結局、後期註釈学派によっても、その実務家としての限界からか、責任の統一概念、ドルスとクルパの統一的定義は得られない。従って彼等の責任論の具体的内容としては、雑多な諸ドルス (*dolus verus, dolus indirectus,*

*minor dolus, dolus praesumptus* etc.) と狭義のクルパを漫然と包含しているに止まる。わずかにバルドウスが両者に共通の説明として「非難可能なものすべて」とのべるが、「行為者に対し不価値判断が下されるときに責任が存する」という形式的定義に止まって、実質的な内容の分析はみられないのである。クルパとカズスの区別基準たる予見可能性も、積極的に責任を理由づけるものではないし、ドルスとは全く関連せしめられないままである。しかしながら、この予見可能性こそ、従来の *Schuld* (意志責任) Ⅱドルス原則をはじめて理論上、破壊したのであり、必要な注意を無視したことに對する過失の責任非難をはじめて理論化することに成功したことは重要である。ここに後期註釈学派が過失学説の「創始者」<sup>(一七)</sup>とされるゆえんも存するとおもわれる。

- (一) 田中前掲一三二頁、一五一頁以下参照。
- (二) 本章の文献として第一章註(一)第二章註(一)に掲げたもの他には Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts (1930) 267 S. 146f.
- (三) 田中前掲一五三頁、ミッタイス邦訳前掲一三〇頁。以下、註釈学派についての叙述は、主として三戸寿「glossatoren-Rezeption 法理論」法哲学講座二卷、一八九頁以下に負うところが多い。なお、Nass, a. a. O., S. 71参照。
- (四) これは皇帝・法王・諸侯―臣民という中世的政治形態、さらには土地所有者―莊園領主―小作人―莊民なる中世的経済形態の投影である(三戸・前掲二二―一頁参照)。
- (五) 「法学的世界観は神学的世界観の世俗化だった。教義つまり神の法のかわりに人間の法が、教会のかわりに国家があらわれた。経済上の諸関係や社会上の諸関係は、以前には、教会がこれを認可していたので、教会や教義によってつくられたものだと考えられていたのだが、いまやそれらは、法によって基礎づけられ、国家によってつくられたものだと考えられるようになった」(エンゲルス「法曹社会主義」マル・エン選集一七卷下三〇八頁)。ミッタイス邦訳前掲一七九頁、一八〇頁。
- (六) オットー大帝の教会高権政策にはじまり、一一二二年ヴォルムス協約で一段落するまでの、いわゆる「司教叙任権争い」(Investiturstreit)。これは又ドイツ國王の中央集権政策と南独貴族領主権との抗争でもあり、閉鎖的封建体制内部の矛盾の表現でもあった(ミッタイス邦訳前掲一六五頁以下参照)。
- (七) Beschütz, a. a. O., S. 87ff.; Hippel, a. a. O., S. 96; Bar. a. a. O., S. 437など。
- (八) Beschütz, a. a. O., S. 93f.
- (九) versari in re illicita 及び Schaffstein, a. a. O., S. 110; Löffler, a. a. O., S. 139; Boldt, G. S. F. von Böhmert und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft (1936) S. 191ff. など不破武夫・刑事責任論(昭二三年)五二頁以下。
- (一〇) Nass, a. a. O., S. 70f. ミッタイス邦訳前掲三二七頁。
- (一一) ミッタイス邦訳前掲二六五頁以下参照。一三三八年レンス選定侯会議で皇帝はもはや法王の認可を必要としないことになった。つづいて一三五六年の金印勅書で確認されている。
- (一二) Beschütz a. a. O., S. 95f.

(一三) いわゆる概括故意 *dolus in genere* である。

(一四) 以下の敘述は主として Nass, Beschütz, Schaffstein (いずれも前掲) による。

(一五) その他にもバルドウスは後の学説の先駆ともいうべき主張をしているようである(例・規範的責任論など)。彼がこのような先見をもち乍ら、少数説で終ったことについては、なお深い研究を要する。

(一六) Nass によれば、後期註釈学派の責任は意志責任としてとらえられ、責任とは意識的・無意識的な義務違反、違法の態度であり、従って義務違反に向けられた意志であると。そこでバルトルスは有責行為を義務違反の態様となし、またドイツ人は責任を意志の欠陥となし、*dolus* は *vitium voluntatis* (意欲の欠陥)、*culpa* は *vitium intellectus* (認識の欠陥)となしたと (Nass, a. a. O., S. 63f)。Engelmannも同様に考え、バルドウスが *culpa* も有責な意志であり、無思慮な意志であるとし、従って意志責任に統一せしめていたとなす (Beschütz, a. a. O., S. 112)。しかし、ここで義務違反といっても、のちの学説の展開におけること、行為者の心理的内面に立入って吟味した上での評価ではない。違法な行為・結果に対して何らかの意志作用が因果的に結びつけられることを意味しているのにすぎない。バルドウスにしても、*culpa pertinet ad effectum cognitionis* (クルパは認識の結果に関連をもつ)と定義しているのにすぎず、義務違反という語はないのである。ドルスと統一的に考えられるためには、何らかの意志作用ではなくして、意志内容に責任の契機が求められねばならないが、後期註釈学派のクルパ、あるいは可罰的ファズスに、そのような説明は得られていない。なお Beschütz, a. a. O., S. 112f. 参照。

(一七) Schaffstein, a. a. O., S. 136f.

## 第六章 近世ドイツ法

十三世紀以降、諸侯の勢力はますます増大し、ラントの成立は皇帝権に対抗する諸侯権力の優勢を示すものであった。神聖ローマ帝国は正式には一八〇六年をもってその終結をみるが、帝國の実状はすでに十五世紀において、皇帝直轄領、選帝侯以下の諸侯のラント自由市の分立というものであり、かような地方高権は約三〇〇の多きに及んだ。

ラント領主と都市高権は、その立法と判決によって十五、六世紀のイタリア法学の刑法原理を承認した。この過程は、イタリア法学がローマ法大全によっていたことから、ローマ法の継受といわれた<sup>(二)</sup>。実際には、諸々の法原則は北部イタリアの裁判実務の一般化を基礎としている。これは、資本の原始蓄積・絶対主義への移行という条件のもとで、帝政刑法(ローマ刑法ならびにドイツ帝国法令)とカノン法(法王の法)ならびにイタリア都市法・ランゴバルド法・裁判慣習などが結びついたものである。それらは、ラント領主権と絶対主義を促進し、農民の従属関係を強め、国教の要請に応えるものであった。即ち、伸張しつつある資本主義的生産様式から生じる行為の処罰を予定するものである。

この継受は理論的には法学者とその文献により、実務上ではラント立法・ラント領主・ライヒ権力およびそれらの裁判権によって促進された。

ローマ法の影響下、一四九八年にヴォルムスの改革、一四九九年ティロール刑事裁判法、一五〇七年バンベルグ刑事裁判法(Constitutio Criminalis Bambergensis)が成立し、とくにCCBは広く普及された。これより先、一四九五年には帝国大審院(Reichskammergericht)が創設され、帝国大審院法が公布される。これは法学者ならびにローマ法を優遇するものである。裁判所は帝国議會に刑法改革を進言し、一四九八年に議會で議決されたのであった。

この継受において更に一步を進めたのが、最初のドイツ帝国刑法典の公布である。即ちカール五世の刑事裁判法(Constitutio Criminalis Carolina)で、一五三二年に成立、一八七〇年まで唯一の全ドイツにわたる刑法典として存続した。

右の継受は、先きのべた基本的性格からして農民や新興都市市民階級から烈しい抵抗をうけた<sup>(三)</sup>。CCCも、帝国法規としての拘束力を發揮するには程遠く、ラント法その他の地域法が帝国法に先行していた。しかしながら、絶対主義

の進行が深まるにつれ、CCCの原理的部分は事實上、諸ラントの判決や立法の基礎となり、CCCとは独立に、かつCCCの原則が一貫されることとなった。

イタリア法学とCCCの諸原則をもとにして、ドイツ刑法理論は、継受されたものを犯罪訴追の内容の形式に関する一般的総括的基準として受けとめた。これらの法基準は、絶対主義的裁判権の需要に応じた法学者によって、註釈書、教科書、その他学問上の諸論文の形をとってもたらされたものである。このことから、犯罪、刑罰、刑事訴訟に關し、共通の意見 (*communis opinio*) が生れ、糾問訴訟の下での裁判官の裁量およびすでに専門化した官僚法律家への「諮問 *Ratsuchen*」制度を媒介として大きな影響をもった。この刑罰及び手続の原則の総体は全ドイツにとって有効なものともみられたが、これがいわゆるドイツ普通刑法を構成しているのである。<sup>(五)</sup>

本章では右のCCCおよび普通刑法理論を中心として、この時代(近世、外國法継受時代——一四九五年から一八世紀まで)<sup>(六)</sup>における過失を検討することとなる。

CCCの過失を検討するまえに言及しておかなければならないのは *Klagspiegel* である。これは継受時代となつて、ローマ法についての知識の普及を目的とする通俗的文献であり、一四二五年、シュワーベンのハルで作られたとされる。ローマ法に關してドイツ語で書かれた最古の詳細な法書であり、<sup>(七)</sup>ここに於いて *culpa* がドイツで最初に *dolus, casus* と對置させてとらえられたという意味で注目される。ブルンホンマイスターによれば、クラークシュピーゲルこそドイツではじめてクルパ概念を極めて明確に把握しカズスと鋭く區別して従来のドイツ法の見解とたもとを分つたものである<sup>(八)</sup>。即ち、ザクセンシュピーゲルの *warlose* をイタリア法学を媒介として一つの独立した *Verschulden* に発展させた。意図なき行為によりもたらされた結果についての一般的规定をはじめおいて、不可罰の理由に二種を分ち、第一に行爲者の精神異常(即ち責任無能力)、第二に精神正常なばあいにも、結果発生

の可能性の表象がないとき、とする。さらに結果発生可能な表象がないときでも、その欠缺が *Geilheit*（放埒、即ちローマ法の *lascivia* のドイツ訳であろう）もしくは *Unfleiss* にもとづくときと、不可罰が悪しき先例となるときは、不可罰でなく可罰である、とする。不可罰事例から可罰的なものを抽出する際に、右の二つをあげたことが極めて特徴的である。結果の認識がないばあいにも可罰のときと不可罰のときがあることとなり、認識なき過失がドイツ法ではじめて独自に刑の下に明確におかれた。この点と関連して、従来 *Ungefährwerk* として伝統的に不可罰とされた木の伐採の際の殺人につき、その不可罰理由を「人間に当る危険性がその時の人通りのなさのゆえに存在しなかったため」と定式化し、さらに「他の *casus* についても」このことが考えられる余地をあらわしている。このことから、可罰理由として「避けられねばならなかった」こと、注意義務ないし回避義務を考えていることが知られよう。<sup>(九)</sup>この「*Geilheit* および *Unfleiss* から生じた損害」<sup>(九のa)</sup>の帰責は、後者の極めて露骨な政策的根拠とあいまって、過失処罰の本質的側面をよく示したものといえよう。

このような過失についての考え方が *CCB* を通じて *CCC* にとり込まれることになる。*CCC* で過失を規定していると考えられるものを検討しよう。

*CCC* も基本的には *Willenswerk* と *Ungefährw.* の伝統的一対によっている（前者を *geverlich* の行為、後者を *ungeverlich* の行為として）。しかし、後者の一部分を、その余のものと明確に区別をした上で抜きだし、それをローマ法およびイタリア学派のクルパに相当するものとして、刑事責任上に位置づけている点で、画期的なものである。ここにはじめて、過失を偶然と区別しつつ、故意と並べて責任を担わせる発想が定着している。もちろん、とはいっても責任一般、故意あるいは過失一般の定義があるわけではない。だが少くとも、偶然を区別して、故意・過失のみを有責としているところに、いわゆる近代的責任原則のあらわれを示すものとされるゆえんがある。<sup>(一〇)</sup>

まず一四六条には單純過失の規定がある。即ち「*geylheit* もしくは *unfürsichtigkeit*<sup>(11)</sup> にあつては *ungeverlich*<sup>(12)</sup>、かつ行為者の意志に反して生じた」殺人を可罰とする。ここで、*geylheit* の点で故意と、*unfürsichtigkeit* の点で偶然と各々明確に区別されたのであった。偶然との区別につき、起草者 Schwarzenberg の説明によれば、同じく死の結果を *ungeverlich* に生じたのであつても、自的的には許された行為を相当な場所で行つたのであれば免責される、と。そして例えば床屋が公道で刈つた（人通りがあり、物が飛んで来て床屋に當つた結果、客を死なせた事例）ばあい、射手が予見なく繁華地に向け射つたばあいには故意よりも多くの慈悲を与えられ（軽い処罰）はするが、有責である、<sup>(13)</sup> とする。この床屋と射手の例は、*geylheit* の語とともに、すでにクラークシュピートルに見えており、この可罰カズスと不可罰カズスの区別をとり入れた。ただ、クラークシュピートルでは結果表象の欠缺を明らかに要件としているのに対し、CCCは明文がない。床屋・射手の例でも結果表象の有無は必ずしも明らかにされていない。従つて要点は、危険な態様そのもの——人を死なせるに足りる行為を、そのような場所・時間で行なつた、ということであり、それは少なくとも故意に行なわれたのではなく、かつ結果発生の可能性の表象を欠いていても、処罰されるのである。この処罰理由は「けだし予見しえたゆえ」と説明された。ここにイタリア学派の「予見可能性 *Prævideri possi*」が採用され、またカノン法由来の *versari in re illicita* 理論による帰責論理が明らかに見られる。なお、この一四六条に先立つ一三八条乃至一四五条には免責事由としての正当防衛を規定しているが、とくに一四五条では錯誤による正当防衛が、その錯誤についての行為者の過失の有無を問わず、不可罰とされている点からみて、<sup>(14)</sup> 一四六条の予見可能性は、行為の客観的性質および具体的行為事情からの帰結であることが理解される。しかし一方で *geylheit* の語からして、そのような行為をした行為者の人格に対する社会的非難の志向をも知りうるのである。<sup>(15)</sup>

一七九条や一六四条で未成年者の責任無能力を萌芽的に問題にしている（未成年者の罪責については、つねに諮問を経

て帰結を決める——一七九条、少年の窃盜を特別に処遇する——一六四条) こと、あるいは圧倒的な外部事情の影響によって犯罪実行を余儀なくされたときに不可罰を予想していること(一六六条)などを併せ考えても云えるであろう。

つぎに一三四条は、医術を *unkunst*, *unfleiss* に用いて *unfürsichtlich* に患者の死を惹起した医者を処罰する。ここでは意図的 *williglich* でないものの可罰性が明らかである(もし意図的であれば *Mord* の刑が相応している筈であるから)。 *Fleiss* の語は、元来公務上の義務遵守を要請する語であって、この反対が、 *unfleiss* である。従ってそれは *hinlässig* 乃至 *Verlassung* の語とともに義務に反する不作為もしくは義務遵守の懈怠をあらわしていた。ここでは、行為状況の危険性について観察・考慮が不充分であったこと、と説明される。また *unkunst* は行為に際し、行為者に必要な能力が欠けていることを知っている、あるいは知るべきであるにもかかわらず、行為することをいう。

一三六条では、人に危害を与えることが充分予想せられるような猛獣の所持者が、官庁から警告をうけていたにもかかわらず、しかるべき処置をとらずして人の死を招いたばあいが可罰とされる。これは警告をうけているのであるから結果発生の可能性の表象はあるはずである。にもかかわらず故意に相応する刑ではないところから、結果故意なき危険性の意識的惹起と考えられる。従って過失致死そのものではないが、認識ある過失乃至未必の故意にあたるであろう。なお獣に何ら危害を加える性質を予見しえないときは不可罰であろう(明文はないが、一五〇条の類推ならびに *CCB* の明文からそう考えられる)。(二七)

一八〇条は監獄の番人が *unfleiss* によって刑事犯を逃がしてしまつたばあいを処罰する。この規定の前段では故意に逃がしたばあいを規定し、つづけて過失を規定しているところからみて、過失の処罰は一層明白であり、これのみが真正の過失と云いえよう。これも一四六条同様、クラークシュピーゲル由来である。なお、故意に逃走せしめれば

あいには、逃走した犯人の刑と同じ刑で処罰せられる（タリオ）が、過失のばあいは異なる。

右の四ヶ条を通じて、過失の処罰はすべて裁量刑 *arbiträre Strafe* であり、罪責決定にはつねに法学者への諮問が必要とされた（*Ratsuchen*）。これは手続的にもローマ法—イタリア法学を継受したことから、その *extra ordinaria* での処理をうけついでのものである。このことは、一方で伝統のドルス原則—*Willenswerk* 処罰（これは法定刑—原則として死刑 *ordinaria*）を形式的に固執しつつ、他方で裁量により処罰を拡大する要求を満していったことに他ならない。この点に関連して、CCCの過失処罰が僅か四種の規定に限られていることが問題となる。<sup>(二八)</sup> 第一に、CCC一〇四条では類推が認められているが、例えば一四六条などの拡張が考えられているのではないか、という点である。例えばヘルシュナーはイタリア学派が過失を一般的に論じているとして、CCCが一四六条などの条項を一切の犯罪に拡張したことは充分考えられると述べているが、ケストリンはイタリア学派はともかく、CCCについては疑問であると述べる。<sup>(二九)</sup> 少くともCCCの規定の上では、他の構成要件がすべて明確に *Geverlichkeit* を要件としており（即ち故意犯）、さもなくば責任を否定しているところから、類推は否定されるように思われる。ただ、帝国法は原則として補充法であり、各ラント法がまず優先適用されるのであるからして、実質的に他の類型の過失の処罰はあり得たであろう。現にのちにのべる普通法学によって直ちに拡張されているのである。次に、とくに失火および過失致傷の規定のないことも一見不可解と考えられる。おそらく失火については器物損壊の一部として、また致傷については侮辱を含めた *injuria* の一部として、のちまで民刑未分離の性格を濃く残したところからみて、民事的な処理でカバーされ、刑事裁判法としてのCCCに規定するまでのこともなかったであろう。ちなみに裁量刑については、刑事裁判所の管轄と民事裁判所の管轄とが明確に区分されてはいなかったのである。<sup>(三〇)</sup>

ともかくCCCは以上の四規定を中心に、ドイツ刑法にはじめて過失を定着せしめた。この点について、なお故意

が原則とされ、過失の処罰はドルスを拡張したものをカズイスティックにとりあげたにすぎないとみれば、第二の責任形式の名に値いしないとも考えられるが、しかし少くとも、過失が過失じたいとして有責とされている。四規定を通じて、通常人の立場から（即ち客観的に）不相当と考えられるような、危険な状況の惹起ということが云えるであろう。もっとも、ここで客観的に不相当あるいは通常人の立場といっても、いわゆる平均人のことをいっているのではない。平均人標準というのは少くとも産業資本主義的生産が一般化しなければ生じえない観念であろうから。従ってここでは、CCCが帝国法であるところからみて、当時のドイツ封建貴族ないし自由身分に属する者の立場を意味しているものとしか考えられない。そしていわゆる「行為者標準」でないことは確かであろう。又右のごとく、その中には実質的内容からみて二種のものが考えられる。即ち一つはドルスの拡張ないし歪形から来るもの（未必の故意にもまたがるものないし認識ある過失、*Geilheit* にもとづくもの）と、今一つはカズスから分離して来るもの（認識なき過失、*Unleiss* にもとづくもの）とである。そして系統的に元来別々の、この可罰類型が右の共通点でまとめられているところをみれば（一四六条、一三六条はどちらかといえば前者に、一八〇条は明らかに後者に、かつ一三四条は両者にまたがって、というように一応はみられる）、そこに今日の *Fahrlässigkeit* の姿をおおよそ見てとれるのであり、その限りで、第二の責任形式をみとめたと云いうるであろう。このことが又CCCをして数百年の生命を、十八世紀中葉にいたるまでの唯一の統一刑事法典として存続せしめたゆえんでもあるう。<sup>(三三)</sup>

普通法理論における発展をみる前に、CCCの前後に公布された帝国警察令 (*Reichspolizeiordnung*) にふれておかねばならない。一五三〇年、一五四八および一五七七年の三度にわたり公布されたこの法律の主要な任務の一は、瀆神行為の処罰であった。<sup>(三三)</sup> この中で官庁が誹謗文書の取締に（その取調および処罰）*fahrlässig* であってはならないとある。また一般に、ライヒが禁止した行為の処罰とその可罰性を告示する義務を官庁、とくに *Territorial*

herrに負け、その懈怠については義務認識の有無を問わずに処罰した。けだし「カイザーは一切を臣下に示され給う」ているからである。さらにライヒは未成年者その他に対する後見人の職務としての後見義務を監督し、その義務懈怠による財産、人格の侵害を処罰した。この義務懈怠には過失によるそれをも含み、とくに官庁の懈怠をも可罰としている。<sup>(二四)</sup>これらライヒ警察令は過失を過失として把握するものではないから、理論的にCCC以上のものを望むべくもないが、過失犯処罰という面において、とくに取締目的のための処罰合理化という面で事実上の影響を及ぼしたことであろう。

CCC以後十八世紀末の啓蒙期における各ラント諸立法にいたるまでの間には、見るべき立法はない。この間の不備・空白を埋めたのが、先にものべたように、いわゆる普通刑法理論である。彼等はCCCの解釈およびイタリア法学を通じて学んだローマ法、カノン法を基礎として裁判官として活動し、あるいは学者として実務に大きな影響を与えた。責任論、とくに過失についてこのことは大きな意味がある。というのも、当時の刑法はなお訴訟的観点により、そこにローマ法由来の*poena extraordinaria*ないし*crimina extraordinaria*という制度がとりこまれていたからである。即ち刑が法定されていないばあいや、行為が当罰的と法定されていないばあいでも、なお特別刑を科し得、特別犯罪を創設しうるのであった。CCCは法適用の前提条件を必ずしも明確にしていないうし、とくに過失についてはそうである。従って裁判官は、いついかなるばあいに*poena extraordinaria*を科すべきであるのか、またいかなる刑を科すべきであるのか(*poena arbitraria*—裁量刑)をつねに考えざるを得ず、過失については一般的に学者の審議にゆだねられなければならない(15) *(Ratsuchen)*。このような事情を前提として、普通刑法学の過失理論は、すでに故意と過失という二つの責任形式をイタリア法学およびCCCから与えられておりながらも、その両者の上位概念としての責任一般や故意もしくは過失一般を追求することなく、むしろ責任類型そのものを成す個々の行

為にインタレストを向けた。他方、過失犯をCCCの四規定を超えて拡張・想定することによって、實質的には個々の可罰要件たる過失から犯罪一般の可罰要件たる過失へ進んでいたのである。これが理論化されるには、なお時期を必要とする(啓蒙哲学と心理学の影響をまつ)。そこまで行き得なかったのは、先に記したもっぱら実務的な性格とさらにスコラの神学的刑法観からして(犯罪は腐敗した人間意志、罪業の所産と考える)、依然故意犯が真正の犯罪であると同時に、<sup>(二六)</sup> 間接故意の理論により故意犯の範囲が著しく拡張せられて實質的に過失の領域にも食い込んで来ていることがある。<sup>(二七)</sup> かつて加えて、帰属の理論として例の、*versari in re illicita*の理論が大中に活用され、従って責任と因果関係、あるいは責任と証拠の区別が明確でないことも過失理論を發展せしめなかった。この過程を以下検討しよう。

さきに記した如く犯罪の中核は意志であり、*actio spontanea*もしくは*voluntaria*である。従ってその本流はもちろん*dolus malus*であるが、一方CCCにより犯罪として定着した*culpa*が存し、この両者が責任として偶然即ち*casus fortuitus*と鋭く対立する。ドルスとクルパの区別、限界は不明確なままで終るが、一応その内容として前者は違法行為に向けられた悪しき意志と、後者は義務付けられた注意をしなかったことと考えられている。そこで、クルパが如何にして責任即ち意志の問題となるのか、という課題が生じる。第一の傾向は、*Covarruvias*の間接意志の理論に基いて構成するものである。即ち過失の行為者は第一次的には(あるいは直接的には)原因を意欲したのみであるが、第二次的・間接的には惹起された結果をも意欲したとなす(Ayres, Theodoricus, Böhmなど) 第二の傾向は理論上は*actio voluntaria*のみを犯罪として、クルパを意志責任から除外するのであるが、実定法上すでに処罰されるという現実に対してこれを*extra-crime*となすことば妥協する(Matthäus)。Zieglerはこれをローマ法源上の*quasi-delikt*に擬し、ドルスを*verum delikti*、クルパを*quasi delikti*と分けてそれ以上に出ないのがBerger以来の通説となっ

た。第三の傾向として、Christian Wolffの哲学的思考をうけ入れ、意志責任を放棄してドルスを意志の欠陥、クルパを悟性の欠陥とするものがある (Nettelbladt)。しかしこれはすでに普通法刑法学から超えている。むしろ啓蒙期のものとして位置づけられよう。責任一般との関係については右の段階に止ったが、それではクルパそのものの把握はどうであったか。この点につき最初の定義らしきものは、Harprechtにあらわれる。クルパによる殺人について二種をみとめる。一は、元来不法な行為であって、それに殺人という結果が通常伴うと考えられるばあいに、結果を意欲することなくその行為を行うもの(たとえ万全の注意をしてさえも)。その二は元来は適法行為であるが、その行為につき義務づけられた注意をしないもの。<sup>(二二八)</sup>この定義には明らかに例の *versari in re illicita* の理論の影響がみられる(とくに前者のばあい)。Harprechtは、故意についてはこの理論による拡張に反対していたのに、過失にみとめているのは非常に特徴的である(おそらく過失をも意志責任として統一して理解しえなかったことから来る矛盾であろう)。この定義に殆んどひとしいものに、Theodoricus, Voltzがある。Gail, Ayrer, Berlich<sup>(二二九)</sup>は個々のクルパの程度にのみ言及しているにすぎない。ハルプレヒト同様に、原因行為の適法・不法に二分して論じるのは、かのCarpzovも全く同様であるが、彼が他の説と決定的に異なるのは、従来は原因たる不法行為に結果が「通常」伴うばあいに、それはクルパとして帰属せしめられるのであるのに比しカルプツオフにおいては結果が直接かつ必然に伴うときはドルス<sup>(三〇〇)</sup>そして偶然に伴うときのみクルパになるのである。これはいうまでもなく間接故意の理論による帰結であって、刑事責任の範囲は質、量ともに高まることとなる(従来はクルパがドルスに、また従来偶然に *per accidens* 伴われた結果については不可罰であったのがクルパに)。ここには因果関係と責任論の未分離が存する。カルプツオフに強い影響をうけたBöhnerによると、もともと不法な行為に際し、それじたいは非致命的な武器を使用したところ、予期に反して死をもたらしたものの、あるいは行為じたい適法であってもその場所・時間・態様のいずれかが不法であれば、行為の

結果死をもたらしたものはいずれも意図なき殺人である、と。ベーマーの把握は十八世紀の最後の十年間、通説となつた。<sup>(三二)</sup> とくに後段の場所・時間・態様の不法性ということはカルプツオフに比し一定の進展がある。結局これは行為状況から必要な注意をしないことを意味することになる。そこで例えば Quistorp は過失の本質を理性と必要な注意の正しい使用をしなかつた点にみている (同旨 Koch, Putmann, junger Meister<sup>(三三)</sup>)。結局、普通法刑法理論における過失は、責任一般との関連では、単に間接意志と構成され準犯罪と位置づけられるに止まったが、その内容把握においては、*versari in re illicita* 理論に影響されつつも必要な注意の懈怠、注意義務違反とされたのであった。なおクルパの程度についてはイタリア法学にならうて *culpa lata, c. levis, c. levissima* の三を数える。しかしこれら相互の関係は明確でなく、単に程度の差、量刑基準とみられていたようである。とくに、クルパの帰属については先に見たごとく、単に注意義務違反というばあいだけでなく、注意を尽しても元来不法な行為であれば足りたのに対し、程度については守らるべき注意の量、慎重さの度合のみから区別している点は一貫しないものがある。さらに、イタリア法学においてもみられたように、<sup>(三四)</sup> 最高段階たるクルパ・ラータの位置づけについては説が分れ、例えばカルプツオフ、テオドリクスはこれを *dolus praesumptus* と同視した。即ち、過失が余りにも大きくて殆んどドルスと考えられるような行為となす。ここには証拠の問題が混入している。しかしこれは一七世紀中葉以降は後退して、やはり注意侵害の度合が大なるものという理解が一般化した (ツイーグラ、ベルリッヒ<sup>(三四)</sup>)。最後に過失処罰の拡張、一般化の傾向については必ずしも明白ではないが、次のことから看取しうる。第一に CCC のごとくに限定する根拠は見当らない。第二に逆にイタリア法学のごとくに、CCC の可罰的過失行為以外の構成要件に関し、その過失での実行およびその処罰につき多く論じていること。例えばベーマーは殺人のみならず放火、近親相姦、重婚、墮胎および CCC 一一二条の文書偽造について過失犯を論じ、ベルガーはウィッテンベルグ教授団の報告を引いて過失の公務上横領を

(三五)

論じている、などが挙げられるのである。第三に、当時の理解では故意による実行のみしか考えられなかったであろう一定の犯罪、例えば瀆神、*iniuria* (侮辱)、偽証(宣誓を偽わる)などにつき、故意犯処罰に限定することを明言しているのである。ただし、過失の可罰性を拡張するばあいでも、刑については、殺人に関するローマ法源上の命題「クルパ・ラータはドルスにひとしからず」の解釈において殺人以外の犯罪にも妥当する原則であることが確認され(フオルツのみ例外)ドルスより軽く罰せられることとなっていた。

結局、ドイツでは十八世紀になってはじめて過失を過失として、故意と並ぶ独自の責任形式として把握することが立法上、理論上、定着したといえる。もちろん、その内容には依然 *versari in re illicita* 法理、そのコロラリーである間接故意の理論など、封建的色彩を残してはいるし、責任と因果関係・証拠の問題が充分区別されないままではあるが、少なくとも、予見可能性ないし注意義務違反という過失の本体の理解に到達したわけである。同時にこのことは、個別的な処罰にとどまっていた過失犯罪を(現在でも立法形式上はそうである)、犯罪一般の要件として位置づける出発点ともなっている。近代以後の理論史は正に一般化の歴史ともなっている。

(一) 通常、ローマ法の継受を二期に分け、一世紀以来ドイツ國をローマ帝國の継続とみる考え方から、ドイツ皇帝はローマ皇帝の継承者を自認し、ユ帝法典(ローマ法大全)をドイツ國法として適用すべき思想が生じた、いわゆる理論的継受と、本章に述べる実際の継受とする(あるいは前期継受と本継受)。しかし、前期継受といえども、前章に述べたごとく、単なる理論的なものでなく、現実的な機能を果したのである(邦訳ミツタイス前掲三三七頁。なお、田中前掲二四七頁、三戸前掲論文参照)。

(二) 具体的には、都市における統一的な市民階級の成長、その中で大商事会社の成立など、資本主義生産の先行形態をみるが、國家の政策(重商主義その他)や三〇年戦争、農民の斗争などで典型的な発展を遂げぬままである。農村においては直營制の採用の結果、グルントヘルシャフトとライプアイゲンシャフトの復活、さらに東部ではより厳格な世襲的隸屬身分を伴

うグーツヘルシャフトが生じる。農民は市場から、村から追い出されて農業労働者に転落し、ドイツ的資本蓄積の源泉となるなど。エンゲルス「ドイツ農民戦争」など参照。

(三) 農民の要求は主として「古き法の適用」「外国式裁判の排除」であった(シュワーベン、フランケン一揆勢の、あるいはアルゴイ、オーヴェルランド農民のための十二箇条要求)のに対し、新興ブルジョアジーのそれは自然法思想にもとづく法と裁判の改革であった(ハイルブロン市における決議文章案)。これらについてエンゲルス前掲参照。

(四) 私人訴追の最後のものは、プロイセン、ブランデンブルグの例によると一七二四年であるが、それ以前にすでに大勢は糺問訴訟となっている。ただし、糺問訴訟といっても、その訴訟形式は、特別手続、恩赦権、確認権、大権判決の存在など、裁判官、諸侯、君主の恣意特権で、殆んど無形式にひとしかったであろう。

(五) 以上の歴史的背景につき、ミッターイス邦訳前掲三二六頁以下、田中前掲二四〇頁以下、Lehrbuch der DDR S.47ff.参照。

(六) 田中前掲二〇一頁。なお本章の文献も前章までのそれとひとしいが、とくに依拠したものは、Beschütz, Binding, Hippel, Schaffstein, Schmidt (いずれも前掲) のものである。とくにベーナーの学説については、Boldt, J.S.F. von Böhrer u. gemeinrechtlichen Strafrechtswissenschaft (1936)。

(七) ミッターイス邦訳前掲三四四頁。

(八) Binding, a. a. O., S.125ff.

(九) Beschütz, a. a. O., S.129ff.

(九のa) unflässigについては後述。

(一〇) Binding, a. a. O., S.128ff; Beschütz, a. a. O., S.147; Hippel, a. a. O., S.190.なお全体として〇〇〇は行為と行為者との心理的関連を特徴づけることに意を用いており、故意犯のその面の表現は、非常に語いが豊富である。この中ではじめて謀殺 (fürsätzlich = Vorsatz = propositum) と故殺 (unfursetzlich, gecheit und Zorn = impetus) とを故意の中で区別した。それまでは秘密殺 (Mord) と公然殺 (Todschlag) の区別であったのを廃止したのである。この変化が古い客観的な帰責から、心理的なものへの動向をよく物語っているよう。しかし、英米法における謀殺 Murder と故殺 Manslaughter の区別と一致していないのは何故であろうか。ドイツでは殺人(故意犯)としての区別であるが、英米の故殺には少くとも過失致死がふくまれている。なお検討を要する (Hippel, a. a. O., S.188ff; Beschütz a. a. O., S.138; 井上祐司「英米刑法にお

ける過失概念の展開」法政研究二八巻四号一頁以下参照)。

- (一一) この語はUBでは *Undehutsamkeit* となっている (一七二条。Hippel, a. a. O., S.189Anm.7)。
- (一二) この語じたいはなお偶然をも含んでゐる (Hippel, a. a. O., S.204 Anm.10)。
- (一三) *Beschütz, Binding, Hippel, Schmidt* などに引用されたものによる。
- (一四) *Binding, a. a. O., S.123*
- (一五) *Schmidt, a. a. O., S.12f.*
- (一六) *Binding, a. a. O., S.132*
- (一七) *Beschütz, a. a. O., S.143*
- (一八) なおヒッペルは一四六条、一三四条、一八〇条の三種のみをあげ、一三六条には言及していない(シャフスタインも同じ)。  
 パールは一八〇条に言及しておらないがビンディングは逆に一八〇条こそが純粹に真正過失の規定だとする。
- (一九) *Binding, a. a. O., S.136* からの引用。
- (二〇) *Binding, a. a. O., S.131*
- (二一) シュミットはいわゆる「恩寵による裁き」*Richten nach Gnaden* (前々章註(二二)参照)がこの過失定着によって除去されたとなしCCCの大きな功績とする (a. a. O., S.113) が実質的には何ら変りないように思われる。
- (二二) 一五四八年、一五七七年のものはいずれも一五三〇年のものの改正法である。
- (二三) 実質的には、新興ブルジョア階級への弾圧法規の役割を果たした。それは、瀆神行為とすることで処罰されたものをみれば分る。即ちキリスト教に反する文書の印刷、販売、購入、祭礼に際しての奢侈、高利などなど。まさに封建的絶対主義の支えたりえたであろう。このことは、のちの啓蒙思想が、過失の犯罪性を疑いつつなお違警罪とするのには躊躇したことに関連する。
- (二四) ライヒ警察令の敘述については主として *Binding, a. a. O., S.145ff.* をよめ。
- (二五) *Hippel, a. a. O., S. 206 Anm.1; Schmidt, a. a. O., S.113 ; Schaffstein, a. a. O., S.147*
- (二六) 故意について、詳細には不破前掲五〇頁以下参照。
- (二七) 以下の普通法学者の見解は、ペーマーのものを除けばおおむねビンディング、シャフスタインからの引用である。

- (二八) Schaffstein, a. a. O., S.148
- (二九) Schaffstein, a. a. O., S.148, 149Anm. 1
- (三〇) Schaffstein, a. a. O., S.149; Binding, a. a. O., S.158ff.; Schmidt, a. a. O., S.164f.
- (三一) Schaffstein, a. a. O., S.150; Binding, a. a. O., S.77f; Hippel, a. a. O., S.253 Anm 10. なお、ヘーマーの犯罪論体系は、のちの行為・責任性・可罰性という区別を示唆するものがあり、興味深いが、その責任論でのクルパの位置づけはなお明確でない。Hippel, a. a. O., S.251; Vgl, Boldt, a. a. O.,
- (三二) Hippel, a. a. O., S.253 Anm.10; Binding, a. a. O., S.189ff.
- (三三) 前章参照。
- (三四) Schmidt, a. a. O., S. 165; Schaffstein, a. a. O., S. 152f., 153Anm.1 u. 2.
- (三五) Schaffstein, a. a. O., S. 154.; Vgl. Binding, a. a. O., S. 189ff. 一人一人の学者が何を可罰としたかはビンディングに詳しい。一致しているのは失火であり、目立つのは近親相姦などの肉欲犯罪である。なお過失致傷は、ビンディングによれば Klein がはじめて明確にしている。クラインは一七八七年のプロイセン一般ラント法典の刑法部分の起草者であるが、この法典には過失の文字どおり一般規定がおかれている。この法典はドイツ啓蒙絶対主義Ⅱ封建制絶対主義思想のもっとも典型的な立法である。Vgl, Heuer, Allgemeines Landrecht und Klassenkampf(1960).

## むすび

結果刑法であったといわれるゲルマン古代にも不可罰の典型的構成要件なる *Ungefährwerk* が存した。この基礎には、結果の認識ある行為もしくは結果を意欲した行為のみが社会的反作用を受けるに値いする、という古代社会人の生活感情をみることできよう。われわれは責任観念の根深さを知る。

これは国家形成過程を経て、刑法の責任として故意のみを考える故意原則となってあらわれる。しかし国家権力の伸張とそれに伴う社会変動のなかで原則離脱の現象が生じる。一方で故意→死刑の緩和から、不十分な故意、推定的故

意を軽く処罰する方向、他方で違法な結果惹起をその先行行為もしくは原因行為においてとらえる方向がある。この未必的故意、過失、偶然の混在したカズスイティシユな可罰的一群があらわれ、その代表的な用語にロームの *culpa lata* があつた。

ドイツ封建制の再編期に入り、権力分散の動向、複雑な身分関係の変動、教会教義の影響を背景として、行為と行為者との心理的関連に眼が向けられ、深められる。過失と偶然を区別する契機は、まず違法結果と因果的に結ばれた行為の危険性、その不注意な態様に向けられる。火事、溢水、殺人の *warlose* な惹起ということの中に、すでに、過失の実体をみることができるといふことができる。

これを理論化したのがドイツ皇帝のイタリア政策に奉仕した中世イタリア法学であつた。彼等は「予見可能性」という概念でもって、*culpa* を特徴づける。故意、偶然との区別が明確に問題意識にのぼっており、過失は行為と行為者の心理的關係モメントとして構成されることとなる。

ドイツ的な資本原蓄過程Ⅱ絶対主義の条件下にイタリア法学を媒介としたローマ法が継受され CCC に結実する。そこには四つの過失犯規定がはじめて立法上定着する。故意から脱落して来た *Gailheit* と、偶然からすくいあげられた *Unfleiss* とが合流して現在の *Fahrlässigkeit* にほぼ見合う内容のものが存する。普通法刑法学は CCC とイタリア法学を素材として、過失を理論化し一般化した。予見可能性ないし注意義務違反という過失の本質理解に到達し、個別的な過失犯罪から犯罪要件としての過失への途をひらく。

右の過程からわれわれは何を学ぶであろうか。第一に、過失というものが、日常経験する事態であるにもかかわらず、その実態、本質を刑法上把握するのにかくも長い時間を要したということである。このことは故意原則の根強さを意味すると同時に、故意との統一的理解の困難をあらわしている。そこには、過失の現在の刑事責任における地位

を再検討する契機がふくまれているであろう。第二に、にもかかわらず過失犯の立法上、理論上の定着を押しすめて来たものが何か、ということである。一つには、故意の純化、合理化により故意から脱落する部分、今一つには処罰拡張の要求から不可罰の可罰へ転化した部分が考えられる、処罰合理化という下からの要求と処罰範囲の拡張という上からの要求の矛盾、緊張が原動力といえるであろう。第三に、過失の発展には訴訟手続上の問題が与って力あったといえよう。厳格な法定手続が打破されてゆく過程と過失の発展はパラレルであった。このことは同時に理論の果した役割も大きかったことにつながる。最後に、十八世紀末から以降、産業革命、啓蒙思想を経て、過失理論の発展がさらにくりひろげられるが、そこでの課題がそれまでの過程から提起されることである。即ち、過失犯になお色濃くつきまわっている封建法理 *versari in re illicita* の除去、故意との統一契機の探究、すでに明らかにされている過失の諸メルクマールの体系への位置づけ（行為、違法、責任の各々へ因果関係、注意義務違反、予見可能性の各々を）である。これはとりもなおさず犯罪の一般的要素としての展開である。その位置を明らかにし、到達した水準をふまえた上で、過失の刑事責任性を再検討することが私の次のテーマとなる。