

<b>Title</b>	同害報復の法思想
<b>Author(s)</b>	加藤, 恵司
<b>Citation</b>	聖学院大学論叢, 22(1): 1-18
<b>URL</b>	<a href="http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/repos/modules/xoonips/detail.php?item_id=1799">http://serve.seigakuin-univ.ac.jp/repos/modules/xoonips/detail.php?item_id=1799</a>
<b>Rights</b>	

聖学院学術情報発信システム : SERVE

SEigakuin Repository for academic archiVE

# 同害報復の法思想

加 藤 恵 司

The Legal Thought of *Talio*

Keiji KATOH

This thesis, through consideration of historical findings, discusses punishment through *talio*, that is, “an eye for an eye, a tooth for a tooth”. *Lex talionis*, or retributive justice, is completely denied in legal systems throughout the world.

This paper does not intend to present arguments for or against the principle of punishment; rather, it discusses the emergence and contents of *talio*. The process by which the Sumerian Law of West Asia led to the Code of Hammurabi is first examined. Then the concept of *talio* in ancient Jewish law is considered. Next, consideration of *talio* in Roman and Islamic Law are touched upon. Finally, the legal concept of *talio* held by Kant and Hegel, and how this eventually evolved into the principle of retribution, will be discussed. In reviewing the principle of retribution, an argument is made that the concept of *talio* is the model for the principle of legality, manifesting the principles of equality, human rights and justice.

---

**Key words;** *talio*, The Code of Hammurabi, ancient Jewish law, the principle of legality, equality, human rights, justice

## 1. はじめに

同害報復 (*talio*) は、ハムラビ法典、聖書などに記される「目には目を、歯には歯を」という刑罰思想である。そもそも刑罰は法的強制であり、犯罪に対する制裁である。「法律がなければ犯罪はなく、法律がなければ刑罰もない」と表現される近代刑法思想は、法的強制を科すためには、何を犯罪とし、これをいかに処罰するのかをあらかじめ法律で明らかに定めなければならないというもので、罪刑法定主義と言われている。この原則は、国家権力の恣意的、専断的な刑罰を防止する役

## 同害報復の法思想

割を担っている。同害報復の規定は、目の傷害に対して、同じように目を傷つける刑罰を科し、歯の傷害に対して同じように歯を傷つける刑罰を科すという、素朴で簡明に記された罪刑法定主義の起源である。

法的強制は、法の本質に含まれるかという議論は、古くから論ぜられ、なお、定説を見ないところである。「刑罰がなければ法ではない」と主張する肯定論と、「刑罰がなくても法の機能が失われるものではない」という否定論が対立している<sup>(1)</sup>。同害報復は、人権思想が確立した現代社会では、なじみが薄くなってしまっているが、古代の法書、法典を探り、刑罰の意義を探るとき、重要な法思想が潜んでいることに気づかされる。

「同害報復の思想を背景とする刑罰の規定は、(中略)刑法体系が成立するに至らぬ状態」<sup>(2)</sup>とか、「タリオは古代社会ではあまねく認められていた」<sup>(3)</sup>、「タリオ(同害報復)の思想は、今日では完全に否定されている」<sup>(4)</sup>などと言うのが同害報復に対する評価であって、応報的な刑罰は、古代における粗暴で野蛮な刑罰と論断される傾向がある。

このような見解に対して、リーマン(Reiman)は「加害者は、自分の行った悪のゆえに、それにふさわしい苦しみでもって、応分に仕返し(pay back)されるべきである」<sup>(5)</sup>と述べ、被害者と等しいだけの損害を加害者が受けるのはふさわしいと、同害報復を高く評価している。このように同害報復の存在の意義を高く評価する論者も存在する。国家的な支配体制が十分に整備されていなかった古代社会では、他人からの侵害に対して自力救済や復讐によって回復を図らざるを得なかった。「目には目を、歯には歯を」という同害報復は、国家権力の熟成に伴って誕生した思想であった。

最近の我が国では、予想もしない突発的な犯罪、しかも凶悪化し、不特定多数への人権侵害のみならず、生命まで奪う事件が発生している。事件の内容は報道によって知ることができるが、犯罪に至らしめた理由や経過は必ずしも明確にされず、どのような法律により、判決が下されたのか必ずしも明らかにされない。場合によっては、長期化する裁判の結果、世間が忘却したところに判決が下され、犯罪行為の違法性が認識されることが少なくなっている。古代社会におけるタリオは、犯罪に相応した刑罰で分かりやすく、正義の要求に明確に答えている。このような刑罰は応報刑思想と言われ、犯罪への威嚇・抑止の役割を十分に果たしてきた。古代社会が生んだ古典的応報刑は、カント、ヘーゲルにまで受け継がれてきた。近現代の人権を尊重する刑罰思想の主張は、犯罪を増長させる要因になっていないかという心配は筆者だけの思いであろうか。

本稿では同害報復の刑罰に焦点を当て、その因由と思想を探ってみたい。まず、同害報復が歴史的にどのようにして生まれたのかを明らかにするために、古代における西アジアの法思想を解明する。その理由は、古代シュメール法には同害報復の思想は見られなかったが、その延長上に位置づけられるハムラビ法典に同害報復の思想がみられるからである。また、古代イスラエル法、すなわち、旧約聖書にハムラビ法典と同じような同害報復規定が見られるので、それぞれの内容を検証してみたい。

続いて、同害報復を表明した法典、思想家を紹介し、応報主義の法思想を検討し、同害報復の法思想を明らかにしたい。そして、最後に若干ではあるが、筆者の意見を述べてみたい。

## 2. 古代シュメール法典

同害報復が、最初に登場したといわれるのは最古の成文法典と称されるハムラビ法典である。しかし、ハムラビ法典以前に成文の形式で記された法典が20世紀になって徐々に発掘され、解説されている。それらは、ウル・ナム法書 (The Laws of Ur-Nammu)、リピト・イシュタル法書 (The Laws of Lipit-Ishtar)、エシュムナ法書 (The Laws of Eshnunna) と言われる文書である。これらの文書は、シュメール法典と総称される。発見されたものは、粘土板の断片であり、劣化しており、現存するのは断片にすぎない。

これらの法書の内容は、必ずしも善因善果・悪因悪果とは考えられず、なぜ立法化されたのか戸惑う法文もある。しかし、当時の社会においては比較的頻繁に生じた出来事であり、それに対応して制定されたと考えられることができる。これらの成文法に見られる刑法典は、明らかに罪刑法定主義を表明している。すなわち、王制が確立し、法の存在の意味、内容が明確にされ、社会の法的安定性が確保されたからである。

ウル・ナム法書は、1954年にS. A. クレーマー (Samuel N. Kramer, 1897-1990) によって紹介されたが、そののち、J. J. フィンケルシュタイン (Jacob J. Finkelstein, 1922-1974) が断片を接合して筋の通った本文に再構成した。ウル・ナム法書は、およそB. C. 2100年のものと推定されるが、実際には法典といえるほどの体系をもちあわせていない。この法書は、シュメール王 (Summer, B. C. 2064 ~ 2046) による立法であるが、このような成文法はこれ以前にも存在していたと想像するのは難しくない。この法書には、序文と32の条文があり、その構成は、神学、歴史、法律の部分からなっていたといわれているが、粘土板写本の損傷が激しいゆえに内容が明らかにされているものはごくわずかである。そのわずかな法文には「もし人が足を折った時には、銀10シルクを支払う」(第16条)、「もし人が棍棒で他人の骨を折った時には、銀1マヌを支払う」(第17条)、「もし人が刃物で他人の鼻を切り落とした時には、銀2/3マヌを支払う」(第18条)とあるような身体傷害についての規定が残されている。このような傷害の中には「鼻を削ぐ」といった厳しい刑罰があったともいわれるが、象徴的に定められたものであろう<sup>(6)</sup>。果たして象徴的であるのか、それとも日常的に行われていた行為であったのかは、見解が分かれるところである。

ローズによれば、判決文の断片から、女性の不義、他人の女奴隷の肉体を奪った罪、離婚、虚偽などの告発が行われていたと述べている。また、法文は明らかにされていないが、河中に投げられる規定があり、ハムラビ法第二条の規定と同じように河中による神判が行われていたと述べている<sup>(7)</sup>。

## 同害報復の法思想

ウル・ナンム法書で解読されている規定は、犯罪行為を定めた刑事法であるが、刑罰として財産刑が科されている点に注目したい。また、刑罰を科すことによって、犯罪の抑止力になっていたことは明らかであろう。

リピド・イシュタル法書 (The Laws of Lipit-Ishtar) は、ウル・ナンム法書より 300 年ほど後代のもので、1947 年に発見されたが、欠損箇所が多く推定で全体の 1/5 程度しか残されていないにもかかわらず、シュメール語で記述されていたので容易に解読された。B. C. 1900 年代初頭の頃、イシシ王朝 5 代目のリピト・イシュタル (B. C. 1875 ~ 1864) 王によって定められ、序文、本文 38 条、跋文の三部で構成されていたといわれる。この構成は基本的にハムラビ法典と同じ形態であり、当時の法の制定形式に求められたことであるのか、ハムラビ法典がこの形式に倣ったかのいずれかであろう。自由人 (*lu*)、男奴隷 / 女奴隷 (*arad/geme*) の身分があり、子供 (*dume*)、息子 (*dumugi*) および夫人 (*dam*)、第二夫人 (*nitadam*) などの表現がある。このような用語から社会構造が複雑になってきていることが判断できる。

本文には「ある人の奴隷が町の中に逃げ込み、その奴隷が他人の家に一ヶ月間留まっていた場合には、その家主は奴隷一人に対してもう一人の奴隷を提供しなければならない」(第 12 条)、「その家主が奴隷を有していない場合には銀 15 シュケルを支払わなければならない」(第 13 条)とある。これらの条文は、奴隷隠匿の罪ないし奴隷使用に関する内容であり、刑罰として他人の奴隷の返還のみならず、もう一人、奴隷を与えなければならないと規定し、奴隷を持たない者には銀貨での支払いを命じている。1 シュケルはおよそ 8.4 グラムであるから 126 グラムの銀の支払となる。奴隷は所有権の一部と考えられ、民事の規定とも考えられるが、奴隷隠匿罪であり、奴隷略奪罪とも考えられる。このような奴隷に関する紛争が頻繁に起きていたことが窺える。

次に「ある人が牝牛を賃借して、その鼻輪を傷つけたときには、その牝牛の価格の 1/3 を支払わなければならない」(第 34 条)、「ある人が牝牛を賃借して、その目を傷つけたときには、その牝牛の価格の 1/2 を支払わなければならない」(第 35 条)という家畜の賃借に関する規定がある。賃貸の結果、損傷を与えた場合には、当然のことながら弁償しなければならなかった。この場合、動物も財産の一部であり、損壊罪、毀損罪と考えられ、家畜の価格が一定であったのかは定かでないが、家畜の価格を基準として弁済されていたと考えることができる。

そのほか、婚姻、相続や果樹園の管理に関する規定も見られるが、刑事法については、これ以外に記されていない。この法典にも同害報復の規定は見られない<sup>(8)</sup>。

最後に 1947 年、バクダット郊外のテル・ハルマルで二枚の粘土板が発見された。それが、エシュヌナ法書 (The Laws of Eshnunna) である。ピララマ王 (B. C. 1920 頃) の治世に制定されたという説とハムラビ法典にもっと近いという見解が対立している。この法書は、ハムラビ法典と同じアッカド語で記されている。中でもアッカド語の最も古い法典であって、他の法典と比較して体系化されていないといわれる<sup>(9)</sup>。この法書には、前文と跋文が欠如しており、ハムラビ法典のような

## 同害報復の法思想

形式がとられていない。しかし、およそ 60 条におよぶ内容は、関税、賃金、家族関係、暴行傷害、奴隷、債権、訴訟規定など幅広い範囲にわたっている。解説されてはいるが、その翻訳、解釈に論争点が多いことでも有名である。

この法書では、刑事罰についてかなり厳しく規定されており、何が犯罪となり、いかに罰せられるかが具体的に記されている。例えば、「ある人が収穫時の日中に畑で捕えられたなら、その人は銀 10 シュケルを支払わなければならない。その人が夜間に捕えられたなら、その人は殺されなければならない。彼は生かしておいてはならない。」(第 12 条)、「ある人が人の鼻に噛みつき怪我を負わせたなら、彼は銀 1 ミナを支払わなければならない。目の場合には銀 1 ミナ、歯の場合には銀二分の一ミナ、耳の場合には銀 2 ミナ、顔を殴打した場合には銀 10 シュケルを支払わなければならない。」(第 42 条)「ある人が人の指を切断したなら、彼は銀三分の二ミナを支払わなければならない。」(第 43 条)と記されている<sup>(10)</sup>。

夜間の窃盗については、死罪が科せられているのは、人の目を避けて犯罪行為をなすことを厳しく定めたのであろう。死罪としては 12 条に続き家財の窃盗、殺人(第 13 条)、姦通の妻(第 28 条)、婚約している女性の婦女暴行(第 26 条)がある。この法書になってはじめて生命刑が導入されている。しかし、同害報復の思想であるとは認められない。第 42 条、第 43 条にみられるように暴行傷害については、顔、目、鼻、耳、鎖骨、指、足など極めて細かな部位によって量刑が異なっている。しかし、これらの刑罰は財産刑であり、銀貨の分量で量られている。

エシュムンナ法書の注目すべき特徴は、家族関係について厳格に規定していることである。これについては稿を改めたいと思うが、例えば、「ある男性が未婚女性をその父と母の許可なく娶り、結婚の披露宴も行わず、彼女と父母と正式な契約を結ばなかったなら、たとえ彼女がその男性と 1 年同居していたとしても、彼女は正式な妻ではない。」(第 27 条)とあるように婚姻の要件が示されている。この時代は購買婚であったようである。しかし、経済力に頼ることなく、契約が交わされている点が特徴的である<sup>(11)</sup>。

以上、ウル・ナンム、リピド・イシュタル、エシュムンナの古代オリエント法書をたどって見たが、これらの法文形式は、カズイスティシュ形式が採用されている。また、明らかに同害報復の規定は見られず、裕福な人々の間では、犯罪行為であっても罰金を支払えば刑罰が免れることになる。この時代には、奴隷制が共通して確認されるので、奴隷や著しい低所得者には厳しいものであったが、経済的強者には有効な刑罰であったのか疑問に思われる。

## 3. ハムラビ法典

前述のように古代シュメール法においては、同害報復の規定は見出すことができない。古代シュメール法では、犯罪に対する刑罰は基本的に財産刑であった。同害報復をはじめて規定したのはハ

ムラビ法典であるが、そこにはいかなる理由があったのであろうか。

1902年、フランスの学術調査団によってイランの旧都スサで暗い緑色の石柱、すなわち、ハムラビ法典が発見され、やがて解読された。B.C. 1800～1700頃バビロン第一王朝六代目の王の時代にアッカド語で書かれ、序文、本文282条、跋文からなっている。古代シュメール法の影響を多分に受けており、オリエント地域にあった既存の諸法典や判例を基礎として体系的に編纂されたと推察できる。この石柱の上部には、王が太陽神シャマシュによって法を授けられている姿が彫刻されている。なぜ神の姿を冠したのであろうか。

法を發布した国王が亡くなれば、次王がその法を継承するわけであるが、王位の就任が神の名によって行われたように、法典も社会的安定性の確保のために神の名を冠することが必要であった。古代法に見られる法神授思想は、法の正当性よりも法的安定性の維持が目的であったといえることができる<sup>(12)</sup>。

本文の内容の概略は、第1条から第41条までは公的秩序に関するものである。第1条～第5条には、訴訟法と訴訟手続法と偽証の罪に関する規定が記されている。むやみに裁判が行われないことや、裁判では真実が述べられることが強調された。裁判における虚偽には死罪が課せられると定められ、きわめて厳しい罰則となっている。古代シュメール法では財産刑であったものが死罪となっている。ハムラビ法が必ずしも厳罰主義に立脚するわけではない。序文には「国土に正義を示すために、悪しき者、不正の者を滅ぼすため」とあるように悪、不正に厳しく対処することであった。古代バビロニアは多民族国家であり、その多様な民族の中で罪刑を明らかにすることは必要なことであった<sup>(13)</sup>。

また、アウィルム (awilum) とムシュケム (muskenum) という用語が多用されているが、前者は征服民であり、後者は被征服民である。この両者とも奴隷を所有することができた。このことから征服民、被征服民、奴隷という身分制が採用されていたことが分かる。バビロニア王国の支配者はアムル人、被支配者はシュメール人、アッカド人など多くの民族であった。たび重なる戦争の時代にあっては、このような身分関係は不安定なものであり、常に緊張していなければならなかった。支配者には安定した社会制度の確立が要求され、法に基づく安定性の確保へと広げられたのであろう。

また、多民族国家という複雑な社会形態にあって、更なる秩序の維持を図るために厳罰が用いられるようになった。特に反抗や反逆行為から秩序を守るためには、現代の倫理観や価値観からは想像を絶することも用いられた。例えば、現代の裁判では、裁判の場で虚偽を述べることを許さないように宣誓が行われるが、ハムラビ法典においては、裁判という神聖な場における虚偽に対して死罪というのは、一概に厳罰主義ということだけでなく、公権力の権威付けでもなく、異民族であっても誠意ある態度を示させるためであった。

続く窃盗罪、所有権の侵犯、その処罰方法 (第6条～第13条) については、神殿や宮廷が保護さ

## 同害報復の法思想

れており、王権の神聖性に論及している。また、王権の法神授性は、国家への反逆の防止策でもあった。誘拐罪と奴隷の法規（第14条～第20条）には、アウイルムとムシュケムに区分けされて刑罰が科されている。各々の立場にあっても、奴隷は、重要な財産であり、その逃亡に対して厳しい刑罰を定めているのは、奴隷による労働力確保という社会構造が写し出されている。その他、強盗罪、強奪の処理（第21条～第25条）、兵士階級に関する諸規定（第26条～第41条）が公法として定められている。

第42条以降は民事的規定であり、第42条から第66条までは、農耕地と灌漑に関する規定である。第100条から第107条までは委託者（商人）と受託者の規定である。第108条から第111条までは居酒屋の規定であり、これは商法と考えられる。第112条から第119条までは、債権債務、及び抵当権であり、契約法である。第120条から第126条までは、財産権の保護が記されている。127条から195条までは家族法に関する規定であり、家族関係の争いにも言及されている。

さて、同害報復の規定は、第196～201条によって明らかにされる。「もし、アウイルムがアウイルムの目をつぶしたときは、彼の目をつぶす」（第196条）「もし、アウイルムがアウイルムの骨を折ったときは、彼の骨を折る」（第197条）「もし、アウイルムがムシュケムの目をつぶしたか、ムシュケムの骨を折ったときは、銀1マムを支払う」（第198条）「もし、アウイルムが奴隷の目をつぶしたか、奴隷の骨を折ったときは、彼の価格の半額を支払う」（第199条）「もし、アウイルムがアウイルムの歯を折ったときは、彼の歯を折る」（第200条）「もし、アウイルムがムシュケムの歯を折ったときには、銀3分の1マムを支払う」（第201条）という規定である。この一連の条文から明らかにされる原則は、タリオ（同害報復）刑は、アウイルムがアウイルムに対して行われた場合に限られる。アウイルムがムシュケムに行った行為は、古代シュメール法と同様に財産刑であり、奴隷の場合には奴隷の価格をもって償っていた。それは、強い身分制に立脚していた故と考える。古代シュメール法の下にあった金銭、財産による解決は、奴隷を多数有する経済的強者には財産刑の刑罰を科しても大きな負担にならない。ハムラビ法典では、同じ征服民であるアウイルム間においては同害報復刑に処する規定であった。また、征服民の間に行われた傷害事件だけに適用された。被征服民に法的安定性を維持することへの教育の一環とも受け取ることができる。法は（あるいは正義は）、「平等に取り扱われるべきである」ことを示すために財産刑ではなく、厳しい同害報復という応報刑を定めたのである。同害報復の原則は、身分制を正当化しつつも平等原理を導入した法規であり、当時としては斬新な思想であったといえることができる。

犯罪に対して、未開社会で日常行われていた復讐に基づくのではなく、国家が刑罰を科することを明確にした。これは社会的安定性にとって重要問題であった。シュメール法では、経済的強者の優遇される財産刑による解決は不安定を生みだしていた。ハムラビ法典は、社会の発展と共に同族の経済的強者おいての傷害に限って、財産刑に代わって同害報復の刑罰が登場したのである。この限定されたところが目立ってしまっているが、すこぶる社会的安定性と教育的配慮に優れた規定と

## 同害報復の法思想

いうことができよう。この規定は「もし、アウイルムがアウイルムの目をつぶしたときは、彼の目をつぶす」(第196条)「もし、アウイルムがアウイルムの骨を折ったときは、彼の骨を折る」(第197条)とあるように古代シュメール形式であったカズイスティシュ形式がそのまま受け継がれている。形式的には同じであっても、社会的な影響は大きい貢献をなした規定である。

ハムラビ法典の刑罰思想の特徴は、身分差によって異なった扱いをすることが上げられる。「もし奴隷が自由人の頬を殴ったときは、彼の耳を切り取る。」(第205条)奴隷が自由人に危害を加えたら、同害報復以上の重い刑を受ける。それと反対に、アウイルムが奴隷を傷つけると財産刑が適用された。このような身分差によって異なる刑罰を科することができたのは、身分制社会が強固に維持されていたということができる。

ハムラビ法典の特徴の一つに医療過誤の規定がある。「もし、医師が手術に失敗したら、医師の腕を切り落とさなければならない」(第218条)「もし、医師が手術で奴隷を殺したら、持ち主に奴隷を贖わなければならない」(第219条)などがあり、被害者が著しく優遇されている。また、「もし、強盗が捕えられたら、彼は殺されなければならない」(第22条)か、更に「強盗が捕えられなかったとき、被害が生命の損失であった場合は、市長が遺族に対し銀1マムを支払わなければならない」(第24条)とあり、公費による被害者保障制度が実施されている。このようなわが国の法制では及ばない規定であるが、これらは弱者に対する保護規定と読むことができる。最古の法典に弱者救済、福祉法制が規定されている点は注目すべきところである。

ハムラビ法典の特徴には、前文に「強者が弱者を虐げないように、正義が孤児と寡婦とに授けられるように」と弱者保護が宣言され、前文を忠実に生かそうとする努力が感じられるが、我が憲法では、前文に対して配慮なく、むしろ無視されている感を拭い去ることができない。

ハムラビ法典から判断できることは、強力な国家権力を背景に法治によって国民に服従を要求した。その目的は法の正当性より社会の安定性が重視された。バビロニアがオリエント地域を支配する国家となったのは、この法典の恩恵によるからに他ならない。

最後に、ハムラビ法典の欠落している事項に触れておかなければならない。すなわち、傷害致死についての条文は存在するが、殺人罪の規定が見当たらない。第一条に「ある人が起訴して、殺人の罪で告発したが、それを立証できなければ、彼は殺さなければならない」とあるが、明らかに殺人罪の規定ではない。殺人の罪ということは知っていながら、犯罪としなかった。殺人に至った原因を探れば傷害致死で足りると考えていたのであろうか。傷害の結果、死亡に到れば同害報復が行われたと推測してよいのであろうか。また、ハムラビ法典からは、殺人罪と共にオルギアという乱交の祭りが行なわれていたことが知られるが、性的行為に関する規定はかなり緩慢であったと考えられる。すなわち、エジプトにあったような来世の応報思想は見られず、倫理、道徳的思想に支えられた法思想とは言難いものである。

成文法は硬直化する傾向があり、バビロニアでは法の執行や司法において、正当な運用ができな

かったと考えられる。ハムラビ法典が野蛮であるなどとは断定できない。然るに同害報復の刑罰は古代社会の無制限的・盲目的・衝動的な復讐刑罰に対して合理的な制限を試み、犯罪及び刑罰の必然関係及び公平な処罰を意図した点にその劃時代性が認められるのである<sup>(14)</sup>。ゆえに「この法典が原始的な一面をもつことは、……侵害に対する復讐を認め、その程度を同害報復の範囲に制限する規定」<sup>(15)</sup>であると必ずしも断定できない。

#### 4. 古代イスラエル法における同害報復

ハムラビ法典に見られた同害報復は、古代イスラエル法に継受されたと考えられる<sup>(16)</sup>。旧約聖書には「命には命、目には目、歯には歯、手には手、足には足、やけどにはやけど、生傷には生傷、打ち傷には打ち傷をもって償わなければならない」(出エジプト 21:23)、「人を打ち殺した者はだれであっても、必ず死刑に処せられる。家畜を打ち殺す者は、その償いをする。命には命をもって償う。人に傷害を加えた者は、それと同一の傷害を受けねばならない。骨折には骨折を、目には目を、歯には歯をもって人に与えたと同じ傷害を受けねばならない」(レビ 24:17～20)、「命には命、目には目、歯には歯、手には手、足には足を報いなければならない」(申命記 19:20)の三箇所に記されている。

この三箇所について、赤井節氏は興味深い検証を試みている。それは、「契約の書におけるタリオ」、「申命記におけるタリオ」、「神聖法書におけるタリオ」と年代別に分けて精緻に検討している。契約の書は紀元前9世紀から紀元前8世紀の初頭に北王国シケムのバアル神、契約神に対応する神授の法としてエロヒストと称する人々の手によって集大成された。契約の書は出エジプト記 20章以下にあり、モーセの名を冠してイスラエル民族に残されたものである。「人を打って死なせた者は、必ず死刑に処せられる」と殺人罪は厳罰されるべきものとし、続くところには「故意ではなく、偶然に」とあり、計画的殺人と非計画的殺人の区別がある。前述の出エジプト記第 21 章には続いて身体に対する犯罪が述べられ「命には命、目には目、歯には歯、手には手、足には足、やけどにはやけど、生傷には生傷、打ち傷には打ち傷」と同害報復刑を挙げている。この契約の書における同害報復は、文献的に「生命の代わりに、あなたの生命を」と読むことができ、過失による生命、傷害には刑罰は及ぶことなく、故意の犯罪に適用されたと位置付けている<sup>(17)</sup>。

申命記は、紀元前7世紀の頃、南王国において、エルサレムを唯一公認の礼拝所と主張し、その目的の遂行のために編纂されたものである。タリオに関する記述は、文献的に「生命に相当する生命を」と解して、人の内心に悪意が存在する場合に用いられ、その背後には犯罪に対する威嚇と予防的な意味が強く存在すると主張する。すなわち、結果責任主義ではなく、内心に抱かれた動機に注目し、故意になされた行為に対して同害報復の刑罰を科し、過失については問わない。その根底にある意図は、威嚇的、犯罪予防的な規定であると解している<sup>(18)</sup>。

## 同害報復の法思想

神聖法書は、バビロニアの捕囚の体験を経た紀元前6世紀末の頃に成立したと考えている。ここに見られるタリオは、故意であれ、過失であれ等しく結果責任として適用されるとし、タリオも一様ではないと述べている。赤井は、旧約に記されている同害報復の刑罰を同一の思想と断定するのは全く誤謬であるという結論を得ている<sup>(19)</sup>。

赤井が主張する通り、タリオの刑罰の内容は確かに異なっており、契約の書には「命には命、目には目、歯には歯、手には手、足には足、やけどにはやけど、生傷には生傷、打ち傷には打ち傷」と8つの犯罪が挙げられている。申命記では、「命、目、歯、手、足」の5つの犯罪であり、神聖法書では、人と家畜の殺害と傷害を分離し、傷害については、「骨折、目、歯」の3罪しかない。時代の経過とともに緩やかになってきていると考えられる。

一方、三者に共通するのは、生命、目、歯である。これらは人間の生存に必要なものである。生命は人間存在そのものであるが、目と歯は何を意味するのであろうか。日本では、美人をたとえて「明眸皓齒」という言葉があり、また、「目と歯から老いははじまる」という言葉もある。目と歯は、生命に次いでかけがえのないものという意味なのである。

また、イエスの山上の垂訓においては「『目には目を、歯に歯を』と言われていたことは、あなたがたの聞いているところである」<sup>(20)</sup>とあり生命に及んでいない。すなわち、タリオの刑罰は、厳罰主義から、次第に犯罪に対する威嚇と抑止の思想を示す傾向にあったと考えることができる。

さらに、ハムラビ法典では身分制を背景にしてタリオが制定されているが、古代イスラエル法にはその区別は見られない。ハムラビ法典の同害報復においては、同じ征服民の間で与えた損害につりあう損失をもって加害者の償いとするという、公平の原則に基づいていた。強者と弱者の間のトラブルで、弱者が強者に怪我を負わせてしまったと考えると、腹を立てた強者は、自分に傷を与えた同程度ないし、それ以上の過剰な報復を弱者にすることになる。反対に、強者が、弱者に傷害を加えれば、弱者は何の報復もできず、泣き寝入りをする。このような不公平に終止符を打ったのが同害報復の思想である。古代イスラエル法では、公平原則を更に発展させ、どのような立場にあっても被害に見合った損害を与えることは、「償い」(expiation)を意味していた。イスラエル民族はエジプトにおいては奴隷であったが、その身分から解放された体験を経た。この「解放」というヘブル語(ga'al)は解放の意味だけではなく、「償い」、「許し」、「和解」、「救い」という意味を持っている。犯した犯罪に対する許しであり、償いであった。つまり加害者に与える同害報復刑は、被害者に対する償いであった。過剰な報復を抑制するだけではなく、不公平をなくすために、被害に見合った損害を与えることによって償いとした。これが古代イスラエル法に示されている同害報復なのである。

## 5. 同害報復の展開

これまで西アジアの法書と法典をめぐって論考を進めてきたが、同害報復の思想は、ハムラビ法典や古代イスラエル法以外にも見いだされる。それらの法典は必ずしもハムラビ法典や古代イスラエル法の影響を受けたとは言いがたいが、ここではローマ法、イスラム法の法制に視点を向けてみたい。次に、同害報復に関して著したカント、ヘーゲルの著作における同害報復に関する箇所を略解し、更に応報思想について考察をする。

まず、ローマの十二表法に同害報復規定がある。十二表法は、貴族が独占していた法文に対して起きた平民からの成文化要求に応じた形で12枚の板に書き記されたものである。B. C. 451年に十表が公開され、その翌年に二表が追加されて完成したものである。この十二表法の第八表二に「もし、彼が他人の四肢を分離せしめ、妥協ととのわざるときは、同害報復 (talio) たるべし」とある<sup>(21)</sup>。すなわち、他人の身体を傷つけた場合、当事者が相互に協議して和解することを勧め、その協議が整わない時に同害報復が認められるという規定である。ローマ法では、同害報復刑は傷害罪につき、むしろ相手と和解する動機づけるために用いられた。被害者と加害者の間に金銭賠償など合意が得られれば同害報復は行われない。資力のない人、解決の努力を欠く人には行われる可能性があるが、同害報復が行われた判例などは不明である。同害報復が最終的手段として用いられたとしても、同じ程度の報復に限定することは困難であるので、法の実効性を確保する方法であったと思われる。

同害報復を「タリオ (talio)」と称したのはラテン語に由来している。ローマ法においては、紛争はできるだけ早く和解するということがタリオという言葉に込められていた。要するに和解を勧める警告の言葉であった。

イスラム法は、ユダヤ教を背景として生まれたので古代イスラエル法を継受したものである。イスラム教の聖典クルアーン (Coran)<sup>(22)</sup> を憲法とし、シャーリアを個別の法律として体系づけられる。クルアーンには「我らはあの中で次のような規定を与えておいた。すなわち、『生命には生命を、目には目を、鼻には鼻を、耳には耳を、歯には歯を、そして受けた傷には同等の仕返しを』と。だが、被害者がこの報復を棄権する場合は、それは一種の贖罪行為となる」<sup>(23)</sup> とあり、基本は同害報復である。しかし、同害報復だけが殺人、傷害に対する刑罰ではなく、「ディヤ」(血の代金)を支払えば犯罪を償うことができた<sup>(24)</sup>。

イスラム法の同害報復は、古代イスラエル法の引用である。ところが、古代イスラエル法の「契約の書」に並べられた同害報復は8項目であり、「申命記」の同害報復は5項目であり、神聖法書の同害報復は3項目であって、クルアーンの6項目がどれを引用したのか不明である。

シャーリアの刑罰にはキサース刑 (同害報復)、ハッド刑 (固定刑)、タズィール刑 (裁量刑) があり、同害報復刑はクルアーンに記されている殺人罪と傷害罪に適用される。固定刑は姦通、飲

## 同害報復の法思想

酒など禁じられた行為に対し、それぞれ定められた鞭打ち刑があり、背教者には死刑とする刑罰などがある。タズィール刑は裁判官の判決によるものである。

さて、イスラムにおける同害報復刑は、被告人が成人していること、犯罪である認識があること、被害者と加害者の身分が対等であることが条件になっている。先の「ディヤ」の制度は身分、性別、宗教により異なり、賠償金は家畜、金銀によって詳細な規定が定められている。同害報復より、ディヤによる損害賠償が頻繁に行われていたようである。

西アジアの法思想やローマ法、イスラム法に共通するのは、同害報復の刑は必ずしも結果主義による刑の執行が行なわれたわけではないということである。ローマ法では、和解を勧め、その和解が不成立に終わったときに、イスラム法では、むしろディヤによる損害賠償が同害報復規定に代わって用いられた。

このように考えると「目には目、歯には歯」という刑罰は、原始的な裁判や制裁方法でなく、裁判手続きや法規定が相当に発達した社会における規定であるといえる。すなわち、正しいものを保証し、悪には厳しく対処するようになった成熟、発展した社会における刑罰思想である。

続いて、同害報復を主張した法思想家としてカント (I. Kant, 1724-1804)、ヘーゲルについて言及したい。カントは自由を基礎とした理想的な人間を想定する。彼は「汝の意志の格率が常に普遍的立法の原理として妥当するように行動せよ」<sup>(25)</sup> という名言で表現されるように犯罪者も含めて人間の理性を信頼する。自由意思を有する者が絶対的服従をもつ道徳命法に違反する行為が犯罪であり、応報としての刑罰が加えられる。社会正義の要請に従い、犯罪に対してそれに相当する制裁が科されることは必然であって、犯罪者は刑罰を免れることができない。刑罰を要求することは、正義を実現する国家の権利と考え、それに服従する国民には常に苦痛が伴うものであるとした。すなわち、社会契約に基づき国家的法規違反に対して刑罰は当然の要請であると説いた<sup>(26)</sup>。

カントにおける「応報」は、犯罪によって与えられた害と同じものを犯罪者に与えるという同害報復を強く意識している。殺人に関して言えば、死罪以外には正義にかなう代替方法はなく、苦痛を与えて生かすとしても死と同等とはいえず、死刑以外に同等と言えぬものはないと考えている。但し、死刑の方法は人間性に残忍となる方法であってはならない。刑罰は、社会的、個人的利益を考慮すべきではなく、むしろ同害報復は刑罰の質と量を定める基準であった。

カントに続いて観念論に巨印を残したヘーゲル (G. W. F. Hegel, 1770-1831) は、弁証法的立場から、法の侵害行為は法の否定であるが、法の否定の否定にまで相互媒介により止揚され、法が回復されるとしている。法が回復されたところに刑罰を位置付け、刑罰の目的は犯罪者を単に苦しめるものではないとして、侵害の価値に応じた等価的応報論を展開した。犯罪は法の否定であり、刑罰は否定の否定であるとし、侵害された価値に対する権利と考え、積極的に刑罰の意義を認めた。カントと同じように殺人罪に関しては死刑という同害報復 (Wiedervergeltung) に固執した<sup>(27)</sup>。

ヘーゲルはカントの応報論を継承しながらも、単なる同害報復の刑罰ではなく、侵害された法益

## 同害報復の法思想

にふさわしい刑罰の実施を説いた。リーマンは、ヘーゲルの刑罰思想が被害者と加害者が平等であるということに着目して、被害者には加害者がなしたことに對して権利があると高く評価している<sup>(28)</sup>。

このようなカント、ヘーゲルの刑罰思想は、基本的に「同害報復」を念頭において、犯罪者によって行われた悪しき行為と、それに見合った刑罰を犯罪者に与えるという応報刑論として受け継がれていった。しかし、意思自由論を基礎としたカントやヘーゲルの影響を受けた刑罰思想は、19世紀後半になって「責任」と「刑罰」に對して人類学、犯罪社会学を考慮した新しい主張によって揺るがされることになった。新たなる主張者としては、イタリアのロンブローゾ（Cesare Lombroso, 1836-1906）、フェリ（Enrico Ferri, 1856-1929）、ドイツのリスト（Franz Eduard von Liszt, 1851-1916）などがある。これらの影響を受けて、刑罰については教育・更生を目的とした側面が強調されることになる。彼らは、犯罪は個人の自由の問題ではなく、社会に危険性をもたらす存在であり、社会は防衛・保全する必要がある、刑罰は社会防衛のために犯罪人を教育・改善させて再生化をはかることを目的とすると主張した。その結果、刑罰は人道化、緩和化されていった。

目的刑論は応報刑論に對する用語である。刑罰の本質は応報であるという説に對して、目的刑論は、刑罰は、犯罪の結果として科するものではなく、犯罪の抑止のために設けられるもので、これらには一般予防論と特別予防論という二つの立場があるとした。前者は、一般国民が犯罪に及ぶことを防ぐために、刑罰の意義は威嚇力に主眼をおくとし、後者は、犯罪者に對して、再び犯罪を重ねさせないように刑罰によって改善・教育することに着目したものである。

ビルクマイアーは「復讐も応報も同じである」と同一視し、「応報刑は粗野で、主観的である」と述べているが<sup>(29)</sup>、応報（retribution）は、犯した行為に對する相応の刑罰を科すことを基本とし、復讐という概念とは区別されるべきと考える<sup>(30)</sup>。復讐は、被害者が加害者から損害を被ったことに反撃を加えることである。その反撃が、被害者の受けた程度以内であるなら比較的その復讐は許容されよう。復讐は復讐感情という本能に基づくものであり、本来的には被害者によって実行される。被害者による復讐感情は、攻撃的な復讐心に燃え立ち、新たな加害行為に及ぶ可能性を否むことができない。しからば、復讐を被害者に代わって公権力が刑罰として行うことができるのか。しかるに、個人的な仕返しではなく、被害者の受けた程度の範囲で、公権力によって正当化された刑罰を与えるのが応報刑思想である。

中世ヨーロッパにはフェーデ（Fehde）という封建貴族や都市間で行われた実力主義による回復の制度があった。自由人が侵害された権利を回復する権利であり、一定の形式的手続きが必要であった。たとえば、損害を被ったとき、3日以内に相手に回復の通告をしなければ合法化されなかった。このような形式的要件こそ復讐とは異なった応報の基礎である。

我が国における代表的な応報刑論者は、客観主義の法哲学・刑法理論を唱えた小野清一郎であろう。彼の刑罰の本質に関する主張は次のような考え方である。「刑法の普遍的な歴史的現実に立脚

## 同害報復の法思想

して、それにおける刑法の論理的構造を省察するのに、その中核はやはり応報の観念である。それは復讐心ではない。人間の深い道義的要求であり、それが制度の本質、形相、理念である。刑罰とは反道義的行為としての犯罪を理由として道義的責任ある行為者に対して科せられる法律的制裁であり、その内容は国家による法益の剥奪、すなわち害悪である」<sup>(31)</sup>と述べている。小野によれば、応報と復讐とは異なるものであるという。

同害報復は、復讐を抑制するために設けられた刑罰である。復讐が放置されると止めどなく繰り返され、復讐感情は深まるという現実がある。「目には目、歯には歯」という同害報復の刑罰は、国家的刑罰として強力な威嚇を伝えているのであって、応報主義の礎となった。

「報復」という言葉が意味するところは、社会的安定性を維持するためには道義的には非難されようとも犯罪行為に対して権力的に処罰することを表明している。主権者は同害報復だけでなく、犯罪者に適切な刑罰を科する責任がある。刑罰思想は、単なる復讐や報復によるものではない。歴史的に見てきたように同害報復刑は未熟な社会の法思想ではなく、一定の法制度が確立した社会における規定である。

最後に同害報復と罪刑法定主義の関係について論及してみたい。罪刑法定主義は犯罪の内容と犯罪に対する刑罰をあらかじめ法律によって明確に定めるという近代刑法の基本原則である。歴史的には、1215年のマグナ・カルタ（第39条）において、王の名による刑罰権を法律で制限したことに由来する。その後、権利請願、権利請願に受け継がれ、また、アメリカ諸州の権利宣言に継受され、更に、1774年にはアメリカ合衆国憲法において「法律の適正な手続き（due process of law）」（修正第5条）として成文化された。また、フランスの人権宣言（1789年）においても「法律によらなければ、処罰されない」（第8条）と明確に定められた。この思想は、フォイエルバッハ（L. A. Feuerbach, 1804-72）がラテン語の“Nullum crimen nulla poena sine lege”（法律なければ刑罰はなく、法律なければ犯罪もない）という標語に基づいて論じたところである。これは、刑罰権の濫用を阻止しようとした思想に由来するといわれる<sup>(32)</sup>。

同害報復刑の思想は、応報刑論と必ずしも同義ではないが、個人的な私刑（リンチ）ではなく、国家的応報として当初から位置づけられており、また、犯罪に対する道義的、倫理的結果責任を負わせる思想である。「刑罰の本質は応報、その内容は苦痛、その目的は社会秩序の維持である」<sup>(33)</sup>と明快なことばで示されるように「刑罰の本質」という用語を「同害報復刑」と置き換えることができよう。

近代の刑罰思想は、利益の侵害に重点がおかれ、犯罪の道義的、倫理的責任を軽視していないだろうか。犯罪者のなした犯罪に対する責任よりも、犯罪者の素質、性格、犯罪状況、犯罪に至った経緯、社会的環境などを注視している。そして、責任を回避させる傾向にないだろうか。個人の責任が回避されるならば、一般予防を表明して刑罰を科する責任を考えなければ、被害者は泣き寝入りするだけなのだろうか。国家が責任を担うか、それとも犯罪者に負わせるのかを明確にしなければ

## 同害報復の法思想

ば、被害者は報われない。応報刑論に立つ刑法学者はいずれも犯罪に対する責任について刑罰を科するという点で共通している<sup>(34)</sup>。現代の刑罰思想に責任の回避が広く広まっていないだろうか。同害報復思想は、責任論を明確にした思想である。

## 6. おわりに

これまで述べてきたごとく「目には目、歯には歯」という同害報復の思想は内容的に一様ではない。古代シュメール法には同害報復の思想を見出すことができなかった。まず、同害報復が必ずしも古代法の特徴と断定することには同意することはできない。古代シュメール法から発展したものが同害報復思想である。同害報復刑は、ハムラビ法典、古代イスラエル法に記された古代における新しい思想である。その新しさから平等思想、人権思想、正義論など基本的かつ重要な法思想を窺視することができる。同害報復を基軸として平等思想、人権思想、正義論について意見を述べ、最後に私見を加えて本稿を閉じたい。

第一は、同害報復は犯罪に対する平等の思想である。繰り返しになるが、古代シュメール法では傷害の罪を犯した場合、財産刑であった。古代社会においては、自己集団の安全と所有物の保全のために抗争し、政治的支配・被支配の権力関係が形成された。経済的には生産と分配、そして抗争によって富裕階級と貧困階級の格差は広がっていった。社会的には、家族関係においても、また、奴隷制によっても身分関係が歴然としていた。このような社会では強者は賠償金を積み上げることによって刑を免れることが可能であった。

ハムラビ法典では征服民の市民の間に行われた傷害に限定して同害報復刑が適用された。これは、平等主義に立脚した思想と考えることができる。古代イスラエル法では、解放奴隷の法制度であるゆえに身分制による背景はなく徹底した平等思想であり、「生命には生命を」というように生命を奪った場合にも拡大された。同害報復刑は、経済的強者にとって有益な法ではなく、犯罪行為そのものに対して、人間の生命にまで科せられたところの平等思想を昇華させた刑罰思想である。

第二は、人権尊重の思想である。古代イスラエル法における神聖法書では結果責任主義に立脚しているが、契約の書、申命記法書では故意・過失の有無、動機を重視した配慮がなされている。傷害規定の「目には目」「歯には歯」において、加害者が被害者の目や歯に損害を与えた場合、加害者は自分がなした傷害よりも重い罰はなく、「与えた害よりも大きな害を与えられない」という思想である<sup>(35)</sup>。因みにクルアーンに記されている窃盗犯に対してその手を切断する刑罰は同害報復ではなく、むしろ残虐刑である。窃盗者が刑罰を受けることは当然であるが、窃盗のゆえに手を切断することは過剰な刑罰である。犯罪と刑罰は均衡が保たれるという意味で、同害報復思想は人権尊重の思想である。

しかるに、同害報復刑には、故意・過失の有無、動機を考慮した人権に対する配慮がある。応報

## 同害報復の法思想

刑論に対する目的刑論では、刑罰について一般予防と特別予防に分け、前者は刑法に基づく刑罰の表明によって犯罪が抑止されると考え、後者では身体刑、罰金刑の刑罰を科すことのゆえに犯罪者の改善・教育がなされると考える。ところが、我が国では、犯罪は減少していない<sup>(36)</sup>。むしろ人権に配慮することのない、巧妙さ、凶悪化を増している。特別予防に関して言えば、身体刑の刑期を終えた者の再犯が著しく目立っている。犯罪者への改善・教育が適切に行われているのか疑問を呈せざるを得ない。犯罪者に対する教育の責任はだれにあるのだろうか。つまるところ、受刑者に応報思想の教育を施さねばなるまい。再犯者には応報刑を復権させることの方が、人権的な配慮であると言えないだろうか。刑罰思想の原点には同害報復思想に基づく応報思想が横たわっていると思われられている。同害報復思想の見地からすると、犯罪を道義的、倫理的責任におくのではなく、利益の侵害と捉える。同害報復思想は、応報刑論から目的刑論、教育刑論へと発展していると思われる。しかし、どんな刑法理論においても刑罰を否定する議論はない。刑罰を高く評価した同害報復思想は、同時に人権尊重を重視したからである。

第三は、正義の思想である。刑罰は犯罪の予防目的のために存在するのではなく、正義を実現するものでなければならない。同害報復の本来の趣旨は「与えた害よりも大きな害を与えられない」という原則に立脚している。すなわち、なした行為に対して責任を果たさせるという古代の素朴な正義感から発生し、刑罰の限界を定めた知恵である。応報刑の思想はこの素朴な概念を基礎として発展した。同害報復は、過剰な復讐を禁じるという点では罪刑法定主義と同様の趣旨を表している。罪刑法定主義も、刑罰の範囲を定めることによって過重な刑罰を避け、罪刑の均衡を図るものだからである。

目的刑論は、予防に重点をおくが、結果として予防に至らないときは、むしろ正当性のある刑罰に処することが正義に適っていると考える。窃盗犯に対し一定期間、労働を科すこと（懲役）を否定していないが、盗まれた物と労働とが等価になるとは思えないというカントの話を思い出す。報復（retaliation）という意味は、被害者が加害者から受けた被害に相応することであり、いたって沈着冷静に仕返しを行う意味である。同害報復刑は、受けた損害に対して質的にも量的にも正当に行われるべきものである。同害報復思想は、粗暴で野蛮な刑罰思想でなく、悪に対して厳しく対処するという成熟した刑罰思想である。

最近のある凶悪な無差別殺人者は、罪悪感に欠け、人を殺す動機が不明確であり、その行動にためらいがなく、人を殺す意識が希薄で、物を壊すような感覚であった。そのような犯罪を阻止するために責任を明確にさせるという要求を求めるのは筆者だけではない。犯罪に対する責任論を同害報復思想は提示しているのである。同害報復思想は、罪刑法定主義の徹底化が根底にある。ハムラビ法典は、弱者救済という福祉精神の実現がその特色でもあるが、その視点に立って同害報復を顧慮すると、「目には目、歯には歯、手には手、足には足、やけどにはやけど」というのは、残酷であるどころか、弱者にとって国家による人権擁護の実現であった。また、古代イスラエル法について

も同様のことがいえる。それは、成文法を基礎とした成熟した社会が形成されていたからなのである。

リーマンは、タリオは黄金律 (golden rule) と同じであるとさえ考えている。一般にいうところの黄金律は「自分が他人にして欲しいと望むことを他人に行いなさい」と言われるところである。同害報復思想は「自分になされたことを他人に行いなさい」と法が命じるのであるから、自分の苦しみと他人の苦しみを同等に考えることでもある。

注

- (1) イェーリングは「法的強制の伴わない法規は、燃えない火、照らない灯のようなものだ」という名言を残している。彼によれば、法的強制には、物理的強制、心理的強制があり、「強制力は法の本質的要素である」と論じる。(cf. Jhering, *Der Zweck im Recht*, 1923, S. 181 ff) 一方、刑罰がなくても法の機能が失われないという主張は、国際法においては、国際社会の法規範が刑罰の執行権を欠いているため、結果的には実力主義となりえないと考えられている。また、自然法論者のロンメンは「強制はこれを法の概念規定にいれることができない」(H. R. Omen, *Die ewig Wiederkehr des Naturrecht*, 1947, S. 104) と明言している。
- (2) 船田亨二『全訂版 法思想史』勁草書房, 1968年, p. 13.
- (3) 阿南成一『ベーシック法学』弘文堂, 1989年, p. 98.
- (4) 西原春夫『刑法総論』成文堂, 1977年, p. 49.
- (5) Jeffrey H. Reiman, "Justice, Civilization, and the Death Penalty: Answering van den Hagg" *A Philosophy and Public Affairs Reader*, ed. A. John Simmons, Marshall Cohen, Joshua Cohen, and Charles R. Beitz (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1995), p. 278.  
J. H. リーマンは、基本的には哲学者であるが、アメリカの刑事政策に詳しい学者で、司法省の研究機関に所属していた時、"law & Religion" に関する研究をなし、現在は哲学教授として活躍している。
- (6) J. J. Finkelstein, "The Laws of Ur-Nammu: *Journal of Cunneiform Studies* 22" (1968/69), pp. 66-82.
- (7) Roth Martha, "Law Collection from Mesopotamia and Asia" Minor Scholars Press, Atlanta, 1995, P 13ff
- (8) リビド・イシュタル法については以下の文献による。G. R. Driver, J. C. Miles, "The Babylonian Laws" 1955, Oxford, (pp. 309-313), H. Saggs, "The Greatness That was Babylon" London: Sidgwick & Jackson, 1988.
- (9) H. Saggs. *ibid.* p 181.
- (10) Reuven Yaron, "The Law Eshunna" Brill Academic Pub. 1997. p. 276ff.
- (11) R. Yaron, p. 280.
- (12) G. R. Driver & J. C. Miles, "The Babylonian Laws" Oxford The Clarendon Press, 1955, p. 115.
- (13) G. R. Driver & J. C. Miles, p. 149.
- (14) 原田慶吉「楔形文字法の研究」弘文堂, 1949年, p. 265 以下
- (15) 船田 前掲書 p. 12.
- (16) 通説的には継受されたとみるが、ハムラビ法典が発見された1902年ころには相当の論議が展開された。年代的にも、また、イスラエル民族のバビロン捕囚の体験を経たことから妥当な見解である。
- (17) 赤井節「ヘブライ法における同害報復の刑罰に就いて」法制史研究5号, 創文社, 1955 p. 37 ~ 44.

- (18) 赤井節 前掲書, p. 48 ~ 56.
- (19) 赤井節 前掲書, p. 60 ~ 66.
- (20) マタイ 5章 38 節
- (21) 久保正幡還暦記念『西洋法制史史料選 I 古代』東京大学出版 1986年 p. 22.
- (22) これまで日本では「コーラン」と呼ばれてきたが、近年は言語の発音に近い表現をするため「クラーン」と表記した。
- (23) クラーン 5章 49 節 (井筒俊彦訳『コーラン』岩波文庫, 1964年, p. 154)
- (24) 遠峰四郎『イスラム法』慶應通信 1976年, p. 120.
- (25) カント (深作守文訳)『実践理性批判』理想社, 1974年, p. 177.
- (26) I. Kant, *Metaphysik der Sitten* 1919. S. 159.
- (27) G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1921, S. 311.
- (28) J. H. Reiman, *ibid* p. 281
- (29) Birkmeyer, *Schutzsstrafe und Vergeltungstrafe* 1960, S. 401.
- (30) 復讐は“revenge”をもって訳されているが、むしろ“the desire for revenge”(復讐する心)であると筆者は理解している。復讐を国家が被害者に代わって刑罰として行うという理解は正しいこととは思われないからである。
- (31) 小野清一郎「新訂刑法講義総論」1948. 有斐閣, p. 12.
- (32) 莊子邦雄著『近代刑法思想史研究』(NTT出版, 1994年)にはフォイエルバッハの刑法思想に詳細が述べられているが、宗教や王権が刑罰に介入することに反対し、犯罪は社会や権利に対する侵害に応じて処罰されるべきであると主張した。
- (33) 滝川幸辰「刑法総論」p. 42.
- (34) 刑法学者で最高裁判所裁判長を歴任した団藤重光は、「刑罰は犯罪のゆえにその行為者に加えられる国家的な非難の形式である」と述べているが、「刑罰は非難として加えられる」という意味での応報論である。彼は応報刑を強く主張するわけではないが、刑罰思想が教育刑論、目的刑論を主軸とする合理主義、啓蒙主義の傾斜する中、犯罪に対する責任を刑罰とする点では明らかに応報刑論者である。
- (35) リーマンはこれを「被害者に加えたのと等しいだけの損害が、加害者が受けるにふさわしいものである」と述べる。(ibid. p. 279)
- (36) 犯罪白書によれば平成 14年に戦後最大の犯罪件数、およそ 370万件を記録し、その後減少しているものの戦後を通じて相当高い水準にある。