

# 外部的刑罰と内部的刑罰について

—— 石尾芳久氏の所論によせて ——

若曾根 健治

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 コーラーの「外部的刑法、内部的刑法」
- 三 「天津罪、国津罪」について
- 四 ウェーバーの「復讐、内部的刑罰」
- 五 ミッターイスの「フエーデ事件、アハト事件」
- 六 むすび

## 一 はじめに

「外部的刑罰」・「内部的刑罰」なる対語は翻訳語と思われるが、その原語としてはだれがどう用いていたのかは、詳らかでない。本稿で取り上げる著者を例にしていえば、マックス・ウェーバーは「内部的刑罰 (inteme Strafe)」なる言葉は使っているが、その対語としては「外部的刑罰」ではなく「復讐 (Rache)」としている<sup>(1)</sup>。ヨーゼフ・コーラーは「外部的刑法 (äußeres Strafrecht)」・「内部的刑法 (inneres Strafrecht)」の言葉を用いたが、外部的刑罰・内部的刑罰とはいわなかった<sup>(2)</sup>。とはいえ、おそらく、このコーラーの用語法がわが国では外部的刑罰・内部的刑罰として定着したものと思われる。後にみるように、内容的には、外部的刑法といおうが外部的刑罰・復讐といおうが同じことを意味しているであり、この点は内部的刑法、内部的刑罰についても同じ事情にある。なお、ウェーバーの用語法がコーラーのそれに由来するかどうかは、正確にはわからないが、ありえないことではなからう。

こうしたウェーバー、コーラーにおける外部的刑罰・内部的刑罰の考察に依拠して日本法、なかならず中国律令法を継受する以前の日本法とりわけ日本刑法の特質を明らかにしようとしたのは、周知のように、日本古代法の研究に巨大な足跡を遺した石尾芳久氏であった<sup>(3)</sup>。そのなかでも、とくにウェーバーの所論に関心を抱いた<sup>(4)</sup>。石尾氏が古代法、それもまず古代固有法の問題に立ち入ったのは、日本法史の全体像を視野に入れていたことによる。「日本固有法——日本最古の法の本質、あるいは、最古の法の歴史の本質が、いかなるものであるかということ」を的確に把握しなければ、その後の日本法の歴史全体の考察も曖昧なものに終わってしまう<sup>(5)</sup>と。石尾氏はもう一つ、ハインリヒ・ミッタースが古ゲルマン時代の違法行為を「フェーデ事件」と「アハト事件」とにわけた<sup>(6)</sup>ことにも注目している。

ミッタイス自身は外部的刑罰、内部的刑罰といった言葉は使つてはいないが、石尾氏の他にも井上光貞氏によつて、フェーデ事件、アハト事件はこれら二つの刑罰現象に相応するものとして捉えられている。<sup>7)</sup>

さて、石尾氏の所論で注目すべきは、その比較法史的観点からの考察であつた。まず、氏は外部的刑罰・内部的刑罰を考察する重要性について、こう指摘する。「原始刑法における外部的刑罰と内部的刑罰の二元的存在、及び外部的刑罰の発展と内部的刑罰の発展の本質的相違を認識することは、刑罰の歴史の本質を考察する上に極めて重要な意義をもたらすであらう。」<sup>8)</sup>ついで氏は、中国刑法の起源に関する小島祐馬氏の所論<sup>9)</sup>を加えて、律令継受以前の日本刑法の特質をこう結論づける。「西欧の刑罰史が『外部的』刑罰の発展史であるのに対し、中国の刑罰史は『内部的』刑罰の発展史として特色づけられる。古代日本の刑罰史は、古代中国の刑罰体系の影響を受けながらも、『外部的』刑罰の伝統を強く保持したといひ得るであらう。」<sup>10)</sup>

石尾氏のこうした所論を、かつて石井紫郎氏は、「つみ」に関するカテゴリーリツシユな分類と「外部的刑罰」・「内部的刑罰」という、これまたカテゴリーリツシユな区別とを組み合わせた、壮大な理論的枠組を駆使して、中国型刑罰体系と西欧型刑罰体系の相違を説き、かつ日本のそれを後者に含める、雄大なスケールをもつもの」と評した。<sup>11)</sup>ただし、石井氏は、慎重にも、石尾氏の所論そのものにはとくに立ち入ることはしなかつたが。

ところで、ここに、「つみ」に関するカテゴリーリツシユな分類というのは、なんであるか。それは、延喜式祝詞の部にみえる「天津罪」と「国津罪」という罪の二形態を指している。これを、石尾氏は、日本最古の罪と刑罰の基本概念の、鋭く対立する二つの類型として位置づけた。そして、この二形態の罪と外部的刑罰、内部的刑罰とを組み合わせた氏の所論というのは、こうなるのである。「天津罪、国津罪は、最古の日本法における外部的刑罰、内部的刑罰の二元性を明証する根拠となる」と。<sup>12)</sup>

本稿は石尾氏が外部的刑罰、内部的刑罰の概念を駆使しておこなった考察を、この土台となったコーラー、ウェーバー、ミッタースの所論、および祝詞・記紀の「天津罪、国津罪」について吟味しようとするものである。

本稿で取り上げる氏の所論はいまではもうずいぶん以前のものではある。しかし、晩年一九九二年の論稿「マックス・ウェーバーと法史学」においてこう述べられているものは、名著「日本古代法の研究」（初版一九五九年）以来の諸研究が下敷きになっていたのである。古代日本において「刑罰の体系も贖罪契約を基本とする財産刑を根本とし、反逆罪を重視する中国の刑罰体系（笞杖徒流死）」とその本質を異にするものである。この財産刑については、中世武家法において所領没収刑が基本となるという意味において財産刑全盛の時代を迎える」と。<sup>13)</sup>

古代日本刑法の始原的形態をめぐる石尾氏の比較法史的観点からの考察の意義はいくら高く評価しても評価しすぎるといふことはないであろう。本稿はこのことを十分認めるものである。これを認めつつも、他方で、ひとつの吟味を果たそうするのである。その契機になったものについては、次節の冒頭で述べるであろう。

## 二 コーラーの「外部的刑法、内部的刑法」

石尾氏は、外部的刑罰、内部的刑罰の二つの刑罰形態を峻別する。この峻別の考え方が、氏の考察の基本にあつた。「外部的刑罰・内部的刑罰は……古代国家が成立する以前の、部族——人民集団の刑罰の鋭く対立する二つの類型を示すもの」<sup>14)</sup>である。この意味で氏においては、外部的刑罰、内部的刑罰相互の関連性について考察が手薄になっている。本稿で氏の所論について吟味をおこなう直接の契機となつたのは、この事情からきている。

さて、外部的刑罰、内部的刑罰の関連性を両者の相互的影響関係としてつとに指摘していたのは、他ならぬ、外部的刑罰、内部的刑罰そのものを提起したコーラー自身であった。この点を以下でみていきたい。ただ、その前に、彼が外部的刑罰、内部的刑罰をどのように提起していたのかを概観しておこう。彼は法の進化をめぐる考察を、歴史的「始原的法律と現存未開人の法律との間には相互に密接な関係」があるとの見地からおこなったが、その一つとして外部的刑罰、内部的刑罰を提起した。これを「自然民族」について、言い換えれば「たんに個々の小さなトーテムおよび家族共同体が相互に並立している」社会についてこう述べる。「外部的刑法は一つの集団から他の集団にたいして侵害を加え、そして被害集団が加害集団にたいして反撃する場合に関するものであり、内部的刑法は同一の集団内においてその集団に属する一人が他の一人を侵害した場合に関する。両者は、古くから異なった取り扱ひを受けねばならなかった。」<sup>17)</sup>ここに「集団 Kreis」とはなんであろうか。また「異なった取り扱ひ」とはなにか、最後に、外部的刑法、内部的刑法それぞれに特有の事件とはなんであろうか。これらについて順に述べたい。

まず集団についてであるが、外部的刑法を例にコーラーの所論をみればこうである。「侵害を受けた集団は真に戦争を始めるのであり、それによつて家族間の闘争 Familienfehden が生じた。」このようにして「血讐」が発展した。この場合血讐は「つねに社会的制度である。個人の個人にたいするものではなく、氏族 Geschlecht の氏族にたいするものである。」この根底にある考え方は、加害と被害との均衡（「家族間の勢力均衡」）であった。こうして、集団とは「家族」、また「氏族」であった。コーラーの所論では氏族と並んで家族にも重きが置かれていたことに注目しておきたい。家族、氏族については内部的刑法を例にしてもいえる。内部的刑法では「家族間の闘争は問題とはならない。」また「氏族の内部において報復的謀殺 bluträcherischer Mord をおこなうといったことは問題にはなりえない」と。いずれの事件も内部的刑罰の対象にはならないのである。<sup>18)</sup>なお、氏族の内部における報復的謀殺は血讐とし

て古典期ポリスにおいても起きた（殺人関係の法廷演説で最も顕著なのは、殺人犯人に対する告発は被害者のための復讐であり、故人の霊の怒りを犯人の死刑により宥めるのが遺族の義務である<sup>20</sup>）との意識であった）。しかしこうした血讐にたいしては人命金の支払いのかたちで和解が進められる。そうした事例で内部的刑罰（すぐ左で見るように「放逐」）が起らないのは、事件が氏族「全体の繁栄」問題には直接関わっていないからである。

次に、外部的刑法、内部的刑法で「異なった取り扱い」がなされた点であるが、以上のように外部的刑法は家族間、また氏族間の事件に関わっていた。そしてこれは血讐として出現した。他方内部的刑法は家族内、また氏族内の事件に関係しており、これは家族、また氏族からの「放逐」が制裁として科せられた。最後に、それぞれの刑法に關係する特有の事件についてであるが、外部的刑法に関わる事件は「侵害」である。その詳細はわからないが、血讐が起きるということであれば、殺害（もしくは致死）事件である。また流血に及ぶ傷害事件もあろう。他方内部的刑法に関わる事件としては「カーストの掟 Kastengebote を侵犯した場合」・「神聖な場所に侵入した場合」・「近親相姦 Inzest」（トーテム集団内部における性交によるトーテムの神聖なる掟の侵犯）がある。全体としてみて、「氏族の成員が氏族の神聖なるもの Heiligtümer を侵犯した場合」である。「神聖なるもの」としての身分・親族秩序の侵犯である。そしてもう一つに、古くから内部的刑法に属する犯罪であった「反逆罪 Hochverrat」がある<sup>21</sup>。

以上がコーラーの所論である。ただ、ここで一つ注意しておく、上述の、氏族の内部で起きる報復的謀殺事件に関して、コーラーはこう述べている。氏族は「その種の危険な個人 gefährliche Einzelindividuen にたいして保護されなければならない」と。また、氏族は「そのような者を氏族の外に放逐し、その平和喪失を宣言し、彼にたいし全体による保護を拒否する」と。「危険な」人物にたいしては、内部的刑罰が起こりうるのである。コーラーのこの所論との関連で、一つ見逃すことができない問題がある。カーストの掟の侵犯とか近親相姦、反逆罪とかにたいしては

放逐が科せられた。では、そうした事件ではなく、共同体内部において一般の（すなわち親族にたいする殺人とかではない）殺人や盗み、傷害や略奪といった日常的事件にたいする制裁は、どう呼ばばよいのであろうか。これも「内部的刑罰」と呼んでよいのか。もちろん、そうした事件といつても状況が関係してはいよう。例えば、古代「アテナイの法では、最も重い謀殺で訴えられた者は、アレオバゴスの法廷で被告として第一回目の弁論を行なったのち、自発的に国外に退去することが認められていた」。それは「ポリスから犯人の身柄と共に穢れを速やかに追い払いたいという考え」が働いていたことによる。やはりアテナイの殺人訴訟で「被殺害者の最近親者で殺人者と同じ建物に入つていながら、殺人者を起訴しない者があれば、その者は殺人者の穢れにふれ、訴追をしない廉で瀆神の罪に値した」<sup>25</sup>。プラトンによれば「神々の憎しみを受けることになる」ということである。こうした「穢れ」が関係する事例は内部的刑罰の一例であらう。しかし、一般の殺人とか盗みとかといった、直接共同体「全体の繁栄」に関係しないような事件（「個人ないし集団同士の衝突」）がある。例えば「カリポーエスキモーでは窃盗は重大な法的事件と見ない。更に殺人さえも公の犯罪とは考えない。しかるに、呪詛は社会の安寧を乱す重大な犯罪とする」とある事例の場合である。こうした場合、窃盗、殺人にたいする制裁はどう呼ばばよいのか。これは内部的刑罰ではなく賠償と呼ばれよう。こうした事件については、おそらくは、仲裁人が加わった話し合いによる紛争の解消が起こり、これは損害を賠償することになるからである。<sup>26</sup>

さて、中心問題である影響関係に移ろう。「内部的刑法は外部的刑法にたいして、また外部的刑法は内部的刑法にたいして重要な影響を及ぼした」としてコーラーはこの問題に立ち入る。まず（A）内部的刑法が外部的刑法にたいして及ぼした影響である。内部的刑法においては「犯罪」行為が悪意に基づくものであるのか、またはその他の精神的態度のものであるのかは、本質的問題となる。内部的刑法にとつては、悪意に基づく行為こそ本質的なもので

ある。とはいえ「偶然の場合には刑罰的反動が全く排除される、というわけではない。なぜなら自然民族の見解によれば、偶然の場合においても人の内部に存する悪い魂が支配している」から。ただし、偶然の場合には刑罰的「反動は鈍らされ、罪のない心情に適應せしめられる。」この結果「真実の懲罰の代わりに仮装的懲罰がおこなわれ、贖罪浄化 *Läuterung* によって犯人は再び集団の内部に復帰せしめられる。」こうした観念は漸次外部的刑法にも入ってくる。元来「血讐に関する法は故意と偶然との間に区別を設けなかった」が、やがて区別されるようになる。このため偶然の場合には、容易に賠償と贖罪とを許すようになった、と。<sup>27)</sup> なおここで、瀧川幸辰氏がコーラーの所論にいう贖罪浄化についてこう説明しているのを、参考までに紹介しておこう。贖罪浄化とは、「刑罰の本質を苦痛による浄化 (*Läuterung*) といふ点に求め」るもので、「刑罰は凡て苦痛であるが苦痛は贖罪 (*Sühnung*) の性質を有し、個人及び社会全体を浄化する。即ち苦痛の贖罪力が責任を解除する」ということである。<sup>28)</sup>

次に (B) 外部的刑法が内部的刑法にたいして及ぼした影響について。「内部的刑法は最初から個人的刑法」であったが、しかしそれは「ときとして刑罰が行為者の一身を超えてその全家族に及ぶという命題を採用する。」これは外部的刑法の影響によっている。反逆罪についてこのことがいえる。反逆罪については「さわめて古い時代から外部的刑法の命題が妥当し、その刑罰が全家族に及んだ」と。ただ、コーラーはこう続ける。「もちろん、このことは、反逆は通常個人から生ずるものでなく全家族から生ずるものであるとの仮定に基づくものなのだが。」さらに述べる。刑罰が全家族に及んだのは、「反逆によって取得した果実も多くは家族のものとなる」ことによつていたと。<sup>29)</sup>

さてそこで、コーラーの所論にたいする石尾氏の批判である。まず (a) 内部的刑法が外部的刑法に及ぼした影響について。「内部的刑罰に内在する贖罪浄化が、財産を提供することによってその責をまぬがれる賠償を意味するかどうかは、問題」である。「内部的刑罰の贖罪浄化は、良心の制裁 (犯人の自殺) を本質とし、贖罪金を支払うとい



う方法によってはその責をまぬがれることができないものであったことを考えるならば、右の贖罪浄化は、賠償とは絶対に結びつかない、といわなければならない。」以上の主張のために、石尾氏は、船田享二氏の次の発言を参照すべきとして注意を喚起する。この発言は、十二表法からみた古代ローマ法の特徴を述べたものである。「宗法の制裁は神によって与えられ、違反者は体刑を受けまたは贖罪金を支払うというような方法で責を免れることができず、敬虔の義務に違反した者 (impius) として良心の制裁を受ける」と。ここに「良心の制裁」とあるのを、石尾氏は端的に「犯人の自殺」と捉える。これにたいして船田氏は、ただ次のように述べるだけで自殺とまではいい切っていない。「十二表法は、特定の場合については規定に違反する者が「神靈に喜捨せらるべし」(sacer esto) と規定する。かかる規定は政務官または神官によって適用され、かれらが違反者にかような宣告を与え、宣告を受けた者は、だれが殺害しても罰せられることのない者とされる」と。特定の場合とは「保護者かもし被保護者に詐欺をおこなったならば、その保護者は神に捧げられた者たるべし」(十二表法第八表の二十一)とあるものである。ただ、そうした詐欺者は「ローマの神と人との保護から排除される」ので自殺に追い込まれることもあるのかもしれないが。

ついで (b) 外部的刑法が内部的刑法に及ぼした影響について。叛逆罪が個人のみならず全家族に及んだのは「内部的刑罰が「神の制裁」を基本観念とする絶対的制裁であったからであり、復讐の影響によるものではない。」というわけは、「刑罰の起源としての復讐は、同害報復と称せられるように、「目には目を、歯には歯を」ということであり、絶対的平等の観念を認めることができる。」言い換えれば、復讐行為は「本質的には決して無制約的制裁(絶対的制裁)ではない」のである。

以上によって石尾氏によれば、「コーラーの見解の誤りであることは、明白」なのである。「古代国家の確立に必ずる刑罰の一元化」は「コーラーの如く外部的刑罰、内部的刑罰の混淆の過程と解する」べきではない。刑罰体系の基

本の形成としての刑罰一元化は、日本および西欧の刑罰史がそうであったように「外部的刑罰が内部的刑罰を圧倒」するか、中国の刑罰史がそうであったように「内部的刑罰が外部的刑罰を圧倒」するかの違いを取るのである。以上が石尾氏による批判である。しかしながらこの批判には、必ずしも問題がないとはいえない。

まず、さきに(B) — (b) については、叛逆罪については「きわめて古い時代から外部的刑法の命題が妥当し、その刑罰が全家族に及んだ」とコーラーは述べたが、これはなにを意味するのかがまず問題となる。彼の所論は確かに舌足らずではあるが、彼は外部的刑法(復讐)をこうみていたのではないか。集団間の復讐事件については、元来集団は事件の当事者本人を集団から放逐することでは相手側集団からの復讐を免れることはできなかった、これが家族についても該当した、と。したがって、和解が成立し贖罪金を取り決められたときも、その支払いの責任は「加害家共同体が被害家共同体に支払う関係」として全家族に及んだ。これにたいし、内部的刑罰においては集団の構成員を集団から放逐すれば、集団そのものは責任を問われない。このようにみると、復讐が同害報復(制約的制裁)の形式をとっていた(石尾氏)こと自体は、復讐が全家族に及んだ理由を説明することにはならない。というのは、同害報復が全家族に及んだ理由を問うているのだから。

ここで三点について述べたい。一つは「全家族」の意味である。全家族とは家族構成員全員ということではない。全家族が復讐に晒されるのは、同害報復の形式をとって家族のなんびとかが復讐を受けるということであり、それが具体的に家族のだれであるのかは、そのときどきの状況に依存する。しかも、家族のだれかが復讐を被ることを家族全員が甘んじて受けなければならない。前二世紀初めから中頃のカトー Cato の時代、ラテン都市の法に「或る者が四肢を破壊しまたは骨を打ったときは、最近の血族が同害報復によって罰せられる」とある。「最近の血族」が、その一例である。次に、家族とその構成員たる個人との関係である。これについて、石本雅男氏がこう述べているのが注

目される。古代民族生活における個人は、近代における個人とは異なり「人間として一様に意識された」存在ではなくて、「現実には他者と対立して対立することのできる実体をもった者」であった。「個々の人間とは別個の概念」である。「個人がその利益を侵害された」ということは、その意味では個人たる家長によつて代表される家共同体がその利益を侵害される」ことを意味する、と。<sup>35)</sup> このことはとくに古代ローマについていえると思われる。最後に、反逆罪にはきわめて古い時代から外部的刑法の命題が妥当した（コーラー）とすれば、それは、外部的刑法の影響を受け易い素地がすでに反逆罪に存していなければならなかつたはずである。コーラーはそれを「反逆は通常個人から生ずるものでなく、全家族から生ずるもの」にみていた。果たして反逆罪の特性としてこのことが史実としてもいえるのかどうかの問題は、残念ながらここで取り上げる余裕はない。ただ、原田慶吉氏は「国家主権者の意図的目的」から、言い換えれば「自己の主権を危うくする惧ある行為は、特に親族的陰謀に基づくものが多い為め、斯かる大逆謀反等の陰謀行為を予防」する目的で家族、親族、一党に連帯責任を負わせた<sup>36)</sup>とみているのが参照されよう。また——直接家族の問題とは関係しないが——テイペリウス帝時代のローマに反逆事件が多かつた理由に「内政・外征上の不安が連続して生じた」<sup>37)</sup>ことがあり、反逆罪には他の犯罪とは異なつた側面があつたことも考慮されよう。

次に（A）——（a）について。偶然による行為の場合には「真実の懲罰の代わりに仮装的懲罰」がおこなわれる（コーラー）のであれば、この仮装的懲罰の一つに贖罪金を支払うことがあつたかもしれない。とすれば、これは外部的刑罰にも影響するであろう。残念ながら、これもここでは立ち入る余裕はない。石尾氏が悪意による行為と偶然による行為との区別を認めるのかどうかはわからない。仮に区別そのものは認めるとしても、このことは内部的刑罰の本質をいささかも変えるものではないし、ましてや外部的刑罰に影響を及ぼすことはない、とみるのが石尾氏の考え方であろう。これは、とくに古ゲルマン時代について従来から指摘されてきた、いわゆる「行為が人〔犯人〕

を殺す」という考え方である。この場合、しかし、ミッタイスによれば悪意の欠缺は古ゲルマン社会については伐採のさいの倒木による致死事件など「若干の典型的な構成要件の場合」に認められたに過ぎないものの、加害の意思の無かつたことを裁判において明らかにすれば、損害を与えた者や加害動物を被害者側に委付したり贖罪金を支払うこととで済んだのである。しかもこのことはフエーデ事件、アハト事件——この区別については後述（第五節）を参照されたい——に共通して認められた。また船田享二氏によれば、古典時代のローマ法も「行為者の故意または過失」という主観的要件を独立のものとして取扱う」には至ってはいないが、四圍の状況によつて故意または過失が定められた。<sup>40)</sup> 十二表法には「もし矢が、手から、ねらつたよりも遠くまでとんでいったならば、牡羊がその代償として提供される（第八表の二十四 a）」<sup>41)</sup>とあり、過失により他人を死に至らしめる場合は頭格刑を免れ、贖罪物の提供で贖うことができた。

さらに前五世紀末期から前四世紀にかけてのアテナイにおいても、予謀による殺人は死刑あるいは永久追放に処せられるが、過失致死の場合には和解が許された。和解が成立するまでは国外に退去しているが、和解が成つたときは帰国できた。そのさいに「帰国の一定の方式があり、犠牲を捧げること、身を浄めること等の義務」を果たさねばならなかつた。<sup>42)</sup> これはある意味で「仮装的懲罰」（コーラー）といえなくはない。このように、悪意による行為（故意）か、偶然による行為（過失）かの点は、意味がなかつたわけではない。<sup>42a)</sup>

以上述べてきたところからいって、石尾氏による批判には少なからぬ問題が指摘できる。しかし氏自身はコーラーの所論にたいし検討を経た後でも、影響関係については否定的見解にあつた。氏にとつては、外部的刑罰、内部的刑罰の關係は双方向的ではなくて一方的的關係として把握すべきものであつた。こうして石尾氏は、外部的刑罰、内部的刑罰は「刑罰の鋭く対立する二つの類型を示すもの」（前述）との峻別論を依然として貫いていくのである。

この考察態度は、次のように石尾氏が時代の変動を考えに入れた発言をするときにも同様に見いだされる。このことは、コーラーの所論（後述）との関係でここでとくに注目しておきたい。「古代国家が確立するに依りて、刑罰の二元性は、一元化する。この一元化の過程を、ヨゼフ・コーラーは、外部的刑罰と内部的刑罰の融合する過程であると解する。」しかし、こう解するコーラーの所論は氏によると誤っているのである（前述）。右の発言でコーラーを引いたということは、ここに「古代国家」とあるのが日本古代国家に限定されていないことは明白である。石尾氏は、古代国家の確立以前には刑罰の二つの形態が併存していた（「二元的存在」）が、古代国家の確立に伴い（二つが「融合する」）ことではなくて、二つのうち一方つまり外部的刑罰が他方を圧倒することで一元的な刑罰形態が生まれる、とみる。日本の最古の刑法についても、氏は「内部的刑罰一元論」には否定的な態度をとっている<sup>43</sup>。

ところが、コーラーが外部的刑法、内部的刑法の間の影響関係を取り上げたものには、必ずしもこうした石尾氏風の「二元化の過程」が念頭にあったわけではない。コーラーは外部的刑法、内部的刑法を刑法の「二つの形式」として区別するよう提起はしたが、それぞれの現実態としては、一方は他方から影響を受けることで他方の要素をすでに含み込んでいたことにも、注意を喚起しようとした。また、それぞれの刑法形態自体に変容過程があること、そしてこの変容過程はひとつには他方の刑法形態から影響を被った結果によっていたことを示そうとしたのである。他方で、コーラーの叙述からは、これら刑法形態の区別や変容・影響問題と、古代国家の確立に伴う刑法の一元化の問題との間に直接の関連がある、といった見解は、窺えないのである。となると、外部的刑罰、内部的刑罰相互間の影響関係の問題と、古代国家の確立に伴う刑罰の一元化の問題とは密接な関係があるとコーラーはみていたとして彼に批判をおこなった石尾氏の考察態度には、いささか疑問がでてこよう。

むしろ、コーラーは、外部的刑法、内部的刑法相互間の影響関係の問題とは別個に、刑法の一元化の問題を考えて

いたのである。彼はこう述べている。「内部的刑法は、個々の家族共同体がより大きな団体に結集するにしたがつて漸次その意義を大きくする。しかも、その団体が——と、こう続ける——「ただたんに外部的防衛のためにだけその時々結集するのでなく、共同の神聖なる場所において共同の祭祀をおこない、そして全体を内部のおよび外部的な敵にたいして組織的に保護せんとする場合に、内部的刑法はその意義を大きくする。」この、より大きな集団においては「血讐はもはや存在意義をもたない」と。<sup>44</sup>つまり、より大きな集団——これは家族にたいしては氏族であるうし氏族にたいしては部族や国家であろう——においては、外部的刑法は意義を失う。このコーラーの所論は、石尾氏が日本最古の刑法について否定しようとした「内部的刑罰一元論」の方向を指し示している。また、日本の古代国家の刑法が外部的刑罰として一元化したとみる石尾氏の所論とは、ほぼ対極に位置する見解となっている。

ただし、コーラーは「人類の発達は常に徐々に、また少しずつおこなわれる」と右述に続けて「国家の形成された後においても」血讐はなお幾世紀もの間存続したとも述べる。この点からいって、日本古代国家の刑法が外部的刑罰として一元化したとする石尾氏の見解についても、復讐が日本においてどのようにして意義を失っていったのかの考察が求められることになろう。氏は、格における「封禄没収刑」・「所領没収刑」また中世武家法における「所領没収刑」の存在を挙げることで、日本における外部的刑罰の系譜——ただし、近世武家法は内部的刑罰の系譜を引くが——を指摘する。復讐に代わるこうした賠償制度の登場の歴史的過程については、改めて考察が必要になろう。しかるに石尾氏は賠償制をすでに記紀の「天津罪」にみてしまっている。天津罪における「解除〔祓除〕が賠償制を意味する」と。<sup>46</sup>

### 三 「天津罪、国津罪」について

こうして石尾氏の外部的刑罰、内部的刑罰をめぐる考察は「天津罪、国津罪」に繋がってくる。氏は二つの刑罰が発現している場をここにみていた。ここでも石尾氏は二つの罪を峻別する。「国津罪と天津罪とは、神法的刑罰より俗法的刑罰への過程の關係で概括し得られるものではなくて、むしろ、鋭く対立する刑罰体系の「類型」を示す」と。以下では、まず氏がどのような考察を経て、天津罪、国津罪に、それぞれ外部的刑罰、内部的刑罰をみてとったのかを明らかにし、ついで氏の所論について吟味を加えていきたい。

その前に、天津罪、国津罪に関する史料記事を示しておこう。天津罪、国津罪の言葉は、延喜式（延喜五年「九〇五」八月に命令が下って編集された式「つまり律令格式の式」という意味の書で、できたのは延長五年「九二七」十二月二十六日）全五十卷祝詞（巻八がこれにあたる）の一篇「六月の晦の大祓十二月はこれに准へ」によく整理され述べられている。<sup>50</sup>「…安國と平らけく知ろしめさむ國中に、成り出でむ天の益人等が過ち犯しけむ雜雜の罪事は、天つ津と、畔放ち・溝埋み・樋放ち・類蒔き・串刺し・生け刺ぎ・逆刺ぎ・屎戸、許多の罪を天つ罪と法り別けて、國つ罪と、生膚断ち・死膚断ち・白人・こくみ「胡久美」・おのが母犯せる罪・おのが子犯せる罪・母と子と犯せる罪・子と母と犯せる罪・畜犯せる罪・昆ふ虫の災・高つ神の災・高つ鳥の災・畜仆し、蠱物する罪、許多の罪出でむ。かく出でば、天つ宮事もちて、大中臣、天つ金木を本うち切り末うち断ちて、千座の置座に置き足はして、天つ管麻を本刈り断ち末刈り切りて…。」天津罪、国津罪の言葉——この言葉は、記紀にはしられない——を用い、しかも「この二種をわけるのは大祓の詞の特色」である。なお、記紀時代と大祓祝詞の時代との關係について、中村吉

治氏の次の注目すべき発言を参照されたい。「大ハライのことはツミなるものが、大体にずつと古い時代の現実の中に生れたもの、そして現実は変化してのちに、なおその儀式化した形式のみがつたわつていたもの」と。このように「古い時代の現実の中に生れたもの」と捉えられた天津罪、国津罪についてはさらに、高柳真三氏がこう指摘していたのも揆を一にしている。「天津罪国津罪は神話的な資料であり、これに直接歴史を求めるとは合理性を欠くであろうが、しかしその中に歴史が影を宿していることは否定できない」と。

以上の天津罪、国津罪のうち、天津罪は古事記(七二二年)によれば高天原での速須佐之男命の行為に関係する。「ここに速須佐之男命、天照大御神に白しく、「我が心清く明し。故、我が生める子は手弱女を得つ。これによりて言さば、自ら我勝ちぬ」と云して、勝さびに、天照大御神の營田の畔を離ち、その溝を埋め、またその大嘗を聞こしめす殿に屎まり散らしき。汝、然為れども天照大御神は咎めずて：「放置しておいたところ「なおその悪しき感止まずて轉ありき。天照大御神、忌服屋に坐して、神御衣織らしめたまひし時、その服屋の頂を穿ち、天の斑馬を逆剥ぎに剥ぎて墮し入るる時に、天の服織女見驚きて、梭に陰上を衝きて死にき」と。日本書記(七二〇年)巻第一(神代上)にはこうある(第七段本文)。「是の後に、素戔嗚尊の爲行、甚だ無状し。何とならば、天照大神、天狭田・長田を以て御田としたまふ。時に素戔嗚尊、春は重播種子し、重播種子、此をば壘積磨積と云ふ。且畔毀す。毀、これを波那豆と云ふ。秋は天斑駒を放ちて、田の中に伏す。復天照大神の新嘗しめす時を見て、則ち陰に新宮に放戻る。又天照大神の、方に神衣を織りつつ、斎服殿に居しますを見て、則ち天斑駒を剥きて、殿の豊を穿ちて投げ納る。是の時に、天照大神、驚動きたまひて、梭を以て身を傷ましむ。此に由りて、発惱りまして：」と。

速須佐之男命の行為にたいする制裁については古事記には「ここに八百萬の神共に譲りて、速須佐之男命に千位の置戸を負せ、また鬚を切り、手足の爪も抜かしめて、神逐らひ逐らひき」とある。また日本書記にいう(第七段本文)。



「然して後に、諸の神罪過を素戔鳴尊に帰せて、科するに千座置戸を以てして、遂に促め徴る。髪を抜きて、其の罪を贖はしむるに至る。亦曰はく、其の手足の爪を抜きて贖ふといふ。已にして竟に逐降ひき。」宇治谷孟氏の日本書記現代語訳によると、ここに「科するに千座置戸を以てして」とあるのは「沢山の捧げ物をお供える罰を負わせた」ことをいい、「已にして竟に逐降ひき」とあるのは「そしてついに高天原から追放された」ことを指す。ただ、ここで後述との関連で注目すべきは、古事記に「速須佐之男命に千位の置戸を負せ」とあり、日本書記に「科するに千座置戸を以てして」とある点について白川静氏は古事記の「負う」という表現が、この神話の本来の形」とみて、「おふ」を科する意と解する『書記』の記述は、その古意を失ったものではないか」と述べている点である。白川氏によれば、「負う」とは「身につける」の意味であった。

他方、祝詞にあつた国津罪については古事記の仲哀天皇の段に次の記事がある。ただしここには、上述天津罪の一部も加えられている。罪の性格については議論のあるところである。「ここに驚き懼ちて、殞宮に坐せて、更に國の大幣を取りて、生剥、逆剥、阿離、溝埋、屎戸、上通下通婚、馬婚、牛婚、鶏婚、大婚の罪の類を種種求ぎて、國の大赦をして、また建内宿禰沙庭に居て、神の命を請ひき。」なお、これに相応する記事は日本書記にはみられない。

さて、これら天津罪、国津罪における「罪」の性格、および制裁の問題である。石尾氏によれば、まず天津罪に属する罪のうち畔放、溝埋、樋放、類蒔、串刺はいずれも「農耕生活に対する侵害行為」であり、生剥、逆剥、屎戸はいずれも「祭の行事に対する侵害行為」であった。全体としてみると「共同生活に対する妨害行為」、「共同体的秩序に対する侵害行為」を意味した。(なお、天津罪の位置づけについて石尾氏と異なつた見解「後述」にある井上光貞氏も、この点については、同様の考えをとっている。)石尾氏によれば、天津罪には共同体の一成員が他の成員に加える危害も含まれ、この場合には共同体の長(「氏族の長」)による懲戒の対象になる。しかし、共同体の平和を侵害

する行為で重大なのはむしろ他の共同体（あるいはそのメンバー）からの挑戦による行為であり、この場合には共同体を防衛することが共同体の重要な仕事となる。

石尾氏が天津罪にたいし速須佐之男命に科せられた制裁に、外部的刑罰をみてとつたのは一つは「科するに千座置戸を以てして」とあるのを「千座置戸の祓具（ハラヘツモノ）の没収」と捉えたことにある。これは「罰金——贖刑金という意味の財産刑」ではなくて「贖罪金という意味の財産刑」を指し、「賠償制の存在」を示唆する<sup>66</sup>。もう一つは、「八百万神共に譲りて」にある「神々の共議」は「即座の制裁」すなわち内部的刑罰ではなくして「族長たちの贖罪契約を象徴する」と<sup>67</sup>。最後に、速須佐之男命の行為によって示されている行為は共同体内部の一成員による侵害の行為ではなく、氏族共同体の平和にたいする「他氏族よりの挑戦行為」と捉えられる、ということにある。

次に国津罪とされた罪のうち生齋断、死齋断は「人の生体または屍体の膚に疵をつけること」である。「己母犯罪、己子犯罪、母与子犯罪、子与母犯罪、畜犯罪は「性的タブーの違反」を示す。白人、こくみ（胡久美）は「身体の疾患」である。昆虫乃災、高津神乃災、高津鳥乃災は「昆虫雷鳥類による災禍」を指し、畜仆志<sup>68</sup>、蠱物為罪は「黒魔術」を指す。以上の諸々の罪は全体として宗教的違反を意味した。「犯罪者を含む共同体全体に神の怒を招く意識せられてゐる」罪である。「神の怒を招く原因となる穢の直接的な表現」を意味した<sup>69</sup>。これらの罪は氏族共同体の個々の成員による行為であるが、この行為はしかし天津罪とは異なり一つの共同体のみならず、すべての共同体の神聖的権威にたいする反逆を意味した。「共同体が国津罪を犯した犯罪者の存在を許容することが共同体全体に神の怒を招くことになる」のは、まさにこのことに理由があつた。そして、これらにたいする制裁についていえば、国津罪には「罪そのものに罪の報いである刑の結果」があらわされている<sup>70</sup>。石尾氏は、天津罪の場合と異なり「国津罪に対しては明確な制裁がみられない」理由をこのようにみた<sup>71</sup>。白人・胡久美や、昆虫乃災・高津神乃災・高津鳥乃災における

疾患や災禍には「罪において刑が表現」<sup>72)</sup>とされて、「罪と刑の同一性の事実」<sup>73)</sup>があらわれていた。「穢において」神の制裁（神の怒り）<sup>74)</sup>があらわれているのである。性的タブーの違反についても、同様である。ここでは「違反者自身が自己に対して『神の制裁』を執行するのであり、『神の制裁』の結果を表示する」<sup>75)</sup>のである。「違反者自身<sup>76)</sup>に対して『神の制裁』を執行する」というのは、具体的には、性的タブーの違反者が自殺することにあつた。石尾氏は、プロニスロウ・マリノウスキーが一九一五年七月トロブリアノ諸島において目のあたりにした出来事<sup>77)</sup>を引いてその一例としている。

以上が天津罪、国津罪をめぐる石尾氏の所論である。なお二つのツミの関係について、石尾氏の所論を離れて、ただ一点だけ、奥野彦六氏がこう述べているのを紹介しておこう。天津罪と違つて国津罪には「原始日本人の犯罪觀念が天災癘疾等と人の行為に基く犯罪とを分類しなかつた素朴な姿」<sup>78)</sup>が示されていて、「農耕時代よりも更に遠い起源をもつている」と。

ともあれ国津罪にたいする制裁とは自殺といつた行為にあらわれているように、内部的刑罰を意味していた。国津罪の位置づけについては、石尾氏はウェーバーの所論に決定的に依存していた。「ある呪術的規範、例えば、タブー規範のことが侵害され、そのことが、呪術的力や靈魂や神々の怒を、犯人のみならず、犯人を内部に許容している共同体全体に対しても、凶事の徴候で招く」とあるのは、石尾氏訳のウェーバー『法社会学』の一節であるが、このところと、さきに挙げた国津罪に関する石尾氏の所説（「共同体が国津罪を犯した犯罪者の存在を許容することが共同体全体に神の怒を招くことになる」）とを比較するとき、その依存関係は明瞭であろう。

さて、石尾氏が外部的刑罰に属するものとみた天津罪については、周知のように石母田正氏、井上光貞氏による批判がある。石母田氏は「天津罪と国津罪という區別に本質的な意義はない」とみる<sup>79)</sup>。そのうえで天津罪・国津罪の両

者を「内部的刑罰」の類型における罪の分化<sup>(註)</sup>したものととして理解する。このわけは、当面問題としてゐる天津罪についていえば、天津罪は「共同体の秩序にたいする共同体の成員の内部からの侵害と理解する方が妥当」であるところにある。言い換えれば「外部的刑罰」の基本的特徴をなすところの、共同体間に成立する復讐や制裁——たとえばゲルマン部族法の人命金の制度——の痕跡が天津罪にまったくみられない」からである。また井上氏も、天津罪を内部的刑罰に該当するものとみるが、その理由も石母田氏の所論と揆を一にする。「スサノヲの犯行は、あくまでも、彼が己の属する集団の内部の秩序を犯したものであつて、集団間の戦闘とは関係がなく」ミッタース風にいえばそれは「アハト事件であつても、フェーデ事件ではあり得ない」と<sup>(註)</sup>。ただし、井上氏の所論は、天津罪と天津罪との區別問題には言及していないし、他方国津罪の帰属問題——内部的刑罰か外部的刑罰か——についても同様である。

これら石尾氏、石母田氏、井上氏の所論をみてきて、天津罪を高天原における天照大御神にたいする速須佐之男命の行為に関わらせる——この点に関しては三氏に異論はないようである——かぎりでは、天津罪に「外部的刑罰」をみようとする石尾氏の所論がまだ維持できよう。というわけは、これら所論において意見の別れる中心にあるのは、速須佐之男命の行為が果たして、一つの共同体の内部における行為なのかどうかである。そこでその点を見るに、速須佐之男命の行為は「他氏族よりの挑戦行為」(上述)と捉えられる、と考えたのは石尾氏であつた。じつは、この点については——石尾氏自身は挙げていないようであるが——記紀にれっきとした記事がしられるのである。

すなわち古事記には、速須佐之男命が「事依させし国を治らさずて、哭きいさちる」ために伊邪那岐大御神は怒つて「然らば汝はこの国に住むべからず」と宣告し(日本書記「第五段本文」によると「宇宙」から「根国」へと)「神逐らひに逐らひたまひき」とある。そのとき、速須佐之男命は「天上」に昇つて姉神の天照大御神に暇乞いしよ

うとする。このところを古事記はこう続ける。「故ここに速須佐之男命言ひしく、「然らば天照大御神に請して罷らむ」といひて、すなわち天に参上る時、山川悉に動み、國土皆震りき。ここに天照大御神聞き驚きて詔りたまひしく、「我が汝弟の命の上り来る由は、必ず善き心ならじ。我が國を奪はむと欲ふにこそあれ。」とのりたまひて……」と。また日本書記はこのくだりをこう記述する（第六段本文）。「始め素戔鳴尊、天に昇ります時に、溟渤以て鼓き盪ひ、山岳為に鳴り响えき。此則ち、神性雄健きが然らしむるなり。天照大神、素より其の神の暴く悪しきことを知しめし、來詣る状を聞しめすに至りて、乃ち勃然に驚きたまひて曰はく、「吾が弟の來ることは豈善き意を以てせむや。謂ふに、當に國を奪はむとする志有りてか。夫れ父母、既に諸の子に任せたまひて、各其の境を有たしむ。……」とのたまひて……」この、天照大御神にまみえんとする速須佐之男命の行動は姉神によつて「我が國を奪はむと欲ふ」行動（國を奪はむとする志）と受けとられていた。他方、挑戦的行為たることを否定する弟神は「異心無し」ことを立証するため「各誓ひて子を生まむ」と述べ、姉神との一種の合戦に入る。そしてこの合戦に勝利するが、既述のように、その勢いを駆つて、つまり「勝さびに、天照大御神の營田の畔を離」つ（古事記）等の行為に出るのであるし、日本書記に「是の後に、素戔鳴尊の為行、甚だ無状し」（第七段本文）に続くとおりである。

右述で、石尾氏の所論がまだ維持できようと述べた趣意は、こうした記紀における叙述の全体的脈絡において、「我が國を奪はむと欲ふ」行動は、石尾氏の指摘した「他氏族よりの挑戦行為」に相当しているのではないだろうか、ということにある。

じつは、「我が國を奪はむと欲ふ」と疑つた天照大御神と、そう疑われた速須佐之男命との関係については、井上氏はすでに次のように述べて、ひとつの洞察を示していた。「それは姉弟の關係ではなく、まさに政治的な二つの勢力の対立ではないか。しかも神代史全体に眼をむけてみると、天照大御神は皇室の祖神であり、速須佐之男命はこれ

と対抗する出雲勢力の祖神である」と。<sup>85</sup>にもかかわらず、「スサノヲの犯行は、あくまでも、彼が己の属する集団の内部の秩序を犯したものであって、集団間の戦闘とは関係がな」い、と井上氏がみるのは、いささか理解し難い。

他方で、石尾氏の所論にも問題は残る。天津罪を犯した速須佐之男命は「千座置戸の解除（財産没収刑）」と「神やらひ（神の追放）」との二通りの制裁を科せられる。このうち後者を「追放刑」と捉えたのは井上氏であったが、それを石尾氏は「重要な指示である」と評価するものの、「神やらひ（神の追放）」は追放刑とはいえない（追放刑は「国津罪に反応する制裁」である）、むしろ「死の追放の儀礼」である、したがって「刑罰としてみるべきは、千座置戸の解除、すなわち財産没収刑であり、復讐から賠償へと発展する外部的刑罰を意味する」と考える。その一方で石尾氏は、天津罪は「農耕生活の侵害」といった共同体の共同生活の平和の侵害」であったところに「即座の制裁」ではなく「族長たちの贖罪契約を象徴するような神々の共議」が必要であった理由をみてとつた。<sup>86</sup>

以上の石尾氏の所論をみるに、一つの問題は速須佐之男命による「共同体の共同生活の平和の侵害」と「神々の共議」であり、もう一つが「神やらひ（神の追放）」である。以上は外部的刑罰に関するものとされるが、最後に、内部的刑罰とみなされた「自殺」の問題がある。

まず第一に、石尾氏は速須佐之男命の行為を「他氏族よりの挑戦行為」を意味するとみた。「共同体の共同生活の平和の侵害」とあるのはいささか紛らわしい表現ではあるが、それは氏によれば共同体内部からでなく共同体外部からの侵害を意味していた。そうとすると命の行為は一種のフェーデ的行為を意味する。<sup>87</sup>フェーデの主目的は敵対する相手方の財産力を殺ぐことにあり、農耕生活に攻撃を加えるのはこの点で目的遂行のための格好の手段となる。「贖罪は単純な財産の引き渡しではなく、相手から財産を取り上げることによってその勢力を弱める点に本質がある。」<sup>88</sup>「祭の行事に対する侵害行為」も共同体の政治力を殺ぐのに効果があつたらう。他方で天津罪が外部的刑罰（贖罪）

に関わるものならば、速須佐之男命みずから神々の共議における一方の当事者となっていなければならないはずなのに、記紀からはそうした状況はしることができない。となると、こうした合議の形式からみて、天津罪は「共同体内部の法に関わりをもつ」ものとの見解も成り立つであろう。

第二に、「神やらひ（神の追放）」の位置づけが石尾氏の所論でははつきりしていない。これは、氏が天津罪と外部的刑罰との関連にこだわることからきていよう。速須佐之男命が加わっていない共議によって、彼が鬚を切られ手足の爪も抜かれて神々の国（もしくは国々）から「神逐らひに逐らひき」される、つまり追い払われるのは、外部的刑罰風にいえば、紛争の当事者当人を敵対の相手側に委付する、委付することで神々が相手側から害を受けるのを避けるということである。また、内部的刑罰風にいえば「放逐」（コーラー）となる。しかも、財産没収（千位の置戸を負せ）の上で放逐するのはなんら奇妙なことではない。ただし、財産没収の点については、いろいろ別の見解があり、考察には慎重を期する必要がある。例えば、白川静氏の所論のように、本来「千位の置戸を負せ」とは、「人々の出したる被物」また幣の贖物（財物）を数多くの（千位の）据え置き台（置戸）と共に「身につけ」させることであつたとすれば、このことは鬚を切られ手足の爪も抜かれることと共に、追放される者の追放の形式であつた。ただし、こうなると「千位の置戸を負せ」とは財産没収を意味しなくなる。あるいは、牧英正氏のように、日本書記の一書の記事に千位置戸を科すことを被具を責るとあるこの被具について次のように述べて、千位置戸は財産刑の起源ではないとみる見解がある。<sup>91</sup>「被具が財産刑に類似した内容をもっていることは事実だが、素戔鳴尊に対して科せられた千位置戸が刑罰的な意味をもつもの」ではない。「被具を出すということは、呪術的なつみの解除の一つの手續」である。「出させる物自体の価値に重点がある」のではない。<sup>92</sup>最後に、奥野彦六氏によれば、祝詞における天津罪の一つ「屎戸」が「呪術の一種である」と同様、千位置戸の「戸（ト）」は「呪言」である。したがって「千位置

戸の解除は呪言を科して解除せしめた」と解釈しなければならぬとされ、財産没収は論外となっている。

最後に自殺の問題である。前述のように石尾氏はこれについてトロブリアンド諸島で起きた性的タブー違反事件を例に挙げた。外婚制に違反した当該者は十六歳の少年で母方の従妹と性的交渉をもち、彼女の恋人から氏族相姦の科ゆえに「原住民にとって堪えられぬ表現でもって」侮辱された。ここからの「ただ一つの逃避の手段」として彼は椰子の木から飛び降りて、自殺した。椰子の木から飛び降りることは「ロウ」と称したが、かの少年の事件よりもずっと古い出来事に、やはりロウによって少女が自殺した事例があった。この少女は、公認の求婚者から、彼女が自己と同一氏族の若者と性的交渉にあつたがゆえに、公然と侮辱を受けたのである。これらの事例は、内部的刑罰を示すものとは一概にいえないような複雑な様相を帯びていることに注意しなければならない。まず、マリノウスキーはこう述べている。自殺者が自殺せざるをえなかつたのは、恋人とか公認の求婚者といった利害関係人から侮辱を受け、こうして非行が公然となつたことにある。「自殺の眞の理由は侮辱の瞬間にあつた。」「集団的反動」や「超自然的制裁」の作用によるのではない、と。事件がしかるべく内幕に運ばれ、利害関係人が面倒なことを起こさないかぎり、氏族共同体は事件をたとえゴシップとはするとしても「なんら苛酷な刑罰を要求しない」のである。こうして自殺は「超自然的制裁」の作用によるのでないとなれば、石尾氏のように「神の制裁」としては捉えられなくなる。

次いで、少年の事件についてマリノウスキーはこうも述べる。少年は椰子の木の木の上から、今や自殺をする「自分の自棄的な行為の理由を説明し、自分を死に追いやる男にたいし非難を含んだ言葉を浴びせた。この非難によって、彼の復讐をはかることが彼の氏族員の義務となつた。」現実には、彼の自殺に続いて村では争いが起こり、「その争いで彼の恋敵が傷つけられた。」こうしてみると、ここには外部的刑罰の觀念（復讐）が働いていたのである。

ただ、確かに、犯罪者の自殺は反逆罪についてとくにローマ帝国によく知られていた。例えばテイペリウス帝の時



代（一四一三七年）、故ゲルマニクス將軍の片腕としてゲルマニアで戦功のあつたシーリウスとその妻のソーシア<sup>88</sup>ガツラは反逆罪の汚名を着せられた。屬州民におこなつたとされる不法誅求の罪にたいし反証を出すことができなかつたという理由からであつた。シーリウスは有罪判決が下る前に自殺し、ソーシアは流刑に処せられた。また二二六年セウエルス・アレクサンデル帝の次の言葉も参照されたい。「被告として死亡した者の財産は、彼が大逆行爲について有罪とされ、また、訴追への恐怖から自殺したのでなければ、相続人に移転される」と。<sup>89</sup>石尾氏は自殺は「良心の制裁」を示すものとみた（前述第二節）。しかし柴田光藏氏によれば、反逆罪における自殺例が異常な数に昇つたテイペリウス帝の時代の自殺は「良心の呵責によるものではなくて、家の名譽のため」とか「重い刑罰が加えられることを予想して、絶望」によるとか、多くは「強制的色彩」を帯びていた。<sup>90</sup>

以上全体的にみて、天津罪を外部的刑罰の範疇に押し込めるのは、もしくは押し込め過ぎるのは問題であろう。その意味では、石母田氏、井上氏が指摘する内部的刑罰との関わりも考慮に値する。また自殺を「神の制裁」と位置づけることについても問題が残る。

#### 四 ウェーバーの「復讐、内部的刑罰」

石尾氏が外部的刑罰、内部的刑罰と関わらせていたものにウェーバーによる「復讐、内部的刑罰」の考察がある。ウェーバーによれば「復讐」は団体——因みに彼が挙げるのは「ジツペ」——相互間におこなわれる。<sup>91</sup>（なお「ジツペ」をめぐる近時の問題提起については後述する「第五節」であろう。）「内部的刑罰」は一つの団体（隣人団体・

ジツペ団体または政治団体」の個々の成員にたいして科せられる。それには「追放（平和喪失）」、「リンチ裁判（ユダヤ人の投石刑もその一つである）」あるいは「呪術的な贖罪手続き」などがあつた。こうした内部的刑罰の対象になつた主要な行為はとりわけ一つは宗教犯罪（ある呪術的な規範、例えばタブー規範」の侵犯）、もう一つは軍事犯罪もしくは「政治的な——したがつて始源的には軍事的な——起源の」犯罪（裏切り、「軍事規律」の破壊、「臆病」によつて、軍事団体の安全性を危く」すること）であつた。これらの二種類の行為が内部的刑罰に該当したのは、それらが「団全体成员を危険にさらす」ものだからである。では、内部的刑罰を行使するのは、だれなのか。宗教犯罪の場合は、団体の「仲間たち」であり（この場合彼らは「呪術師ないしは祭司の勧め」にしたがうのである）、軍事犯罪の場合は「戦争指導者および軍隊」であつた。要するに、基本的に「人民によつて総手的におこなわれた」ということになる。言い換えれば、人的範囲のはつきりした法学専門家——例えば、ローマ法における神官法律家・法務官・法学者<sup>(91)</sup>——による裁判を採用していない手続き形態である。

このウェーバーの所論で注意しておきたい一つは、「呪術的な贖罪手続き」の意味するところがよくわからないことである。ただ、それについてはミッタイスが古ゲルマン時代について「死刑」の言葉はまだ用いないのがよいとして、こう述べるものが参照できるかもしれない。「むしろ、民衆は犯人を不可抗的自然力に委付することによつて贖罪をおこなつたのであり、破壊された世界秩序をこれによつて恢復せんとしたのである、と認め得るであろう（レーフェルトの見解）。このような——と、彼は続ける——「呪術的贖罪と神判ないしは自然力審判との間には密接な親縁関係がある。水の漏る船に乗せて漂流させるといふような「偶然刑」がおこなわれたりするのもその一例である<sup>(92)</sup>。と。注意しておきたいもう一つはコーラーの所論との関係である。ウェーバーの所論には、コーラーがおこなつたような外部的刑罰と内部的刑罰との影響関係については考察はみられない。また後述とも関係するが、外部的刑罰

において「家」のもった意義についてもコーラーの場合とは違って関心が希薄である。

ところで、以上のウエーバーの所論に密接に関わるのは「刑法」の成立と、「家」(正確にいうと、家の内部・外部)との関係問題である。彼はこの点についてこう述べる。「刑法が原始的な形で発展するにいたったのは、家の外部においてであり、しかも、個々人の行為が、彼の属する隣人団体・ジッペ団体または政治団体を、その成員の全体にわたって危険にさらすような場合においてであった。」刑法は、なぜ家の外部でしか発展しないのだろうか。次のようである。「家支配の内部においては、懲戒はすべてヘル「家父長」の家権力にもとづいておこなわれる。「また」ジッペ仲間相互間の紛争は、ジッペの長老が裁定する」が、これらの場合、懲戒や裁定の「理由、様式、程度は、権力保有者の自由な裁量に委ねられている」ために、「刑法」なるものは存在する余地はない」からである。

このウエーバーの所論はよく知られているところであるが、ここに、いささか気にかかる点がある。以下で、この点について考えてみたい。その前に、関係するウエーバーの見解を紹介し、若干のコメントを加えておきたい。彼によれば、復讐と内部的刑罰とは「家」の外部において起きた。ゆえに家権力の外で生じる復讐と内部的刑罰とに「刑法」の始原的形態が見いだされる。他方で、彼は「刑事手続き」の始原的形態を考察する。「刑事手続き」が発展してくるのは復讐からである、と。その間の事情はこうである。ウエーバーによれば「始原的にはおよそあらゆる訴えが違法行為を理由とする訴え *Klage ex delicto* であつた」<sup>(97)</sup>。となると、違法行為を理由とする訴えと、これに続く過程とを「刑事手続き」と呼んでよい。では、彼によれば、刑事手続きが復讐から発展してくるのはどのようにしてなのか。「ジッペは、仲間の人身や自分たちのものだと思つている財産が、侵されないということを要求していた。そして、ジッペ外の人間によつてこの要求が侵されると、原則としては常に、復讐または贖罪がおこなわれることが要請された。この復讐や贖罪を実現することは、被害者が彼のジッペの援助を受けておこなうべき仕事なのである。」<sup>(108)</sup>

以上を言い換えれば、刑事手続きが発展してくるのは、家父長的支配からではなく、ジツベ間における復讐や贖罪からであった。刑法進化論風にいえば、近代的刑法は団体の「対外関係から発展したもの」ということである。<sup>10)</sup>

ともあれ「家」は、家父長による自由な裁量の支配する無制約的な権力領域である。ここからは刑事手続き——形式と規則とに拘束された意味での——は発展の余地がなかった。

さて、以上のウエーバーの所論を前にして、いささか気にかかる点があると述べたのは、こうである。彼によれば (a) 刑事手続きが発展するのは復讐からである。したがって内部的刑罰からではないようにみえる——「復讐」と「内部的刑罰」とが対置されているところからみて、そういえる——。しかし他方で (b) 刑法は家の内部をその成立の舞台としてはいない。すなわち家の外部（言い換えれば、復讐と内部的刑罰）から出てくると説く——「家」の内部と外部とが対置されているところからみて、そういえよう——。となると、復讐と並んで内部的刑罰も刑事手続きの発展に関わっているかのようである。では、(a) と (b) のいずれがウエーバーの所論の本旨なのだろうか。このところが明瞭でないのが、気にかかる点なのである。すなわち、刑法の成立・刑事手続きの発展と、内部的刑罰との関係が一見して明瞭には把握されていないようにみえるのである。

このところを、石尾氏は明快に「内部的」刑罰は：本来無制約な制裁であり：形式と規則を知らないものであり、「刑事手続」への道を導くものではない<sup>10)</sup>と述べる。こうして、はつきり右の (a) の立場に立っている。ところで、前述のように、石母田氏、井上氏は石尾氏の所論にたいする批判において、天津罪を内部的刑罰に関わるものとみた。この批判の一部は、じつは、上述ウエーバーの所論の、いささか気にかかる点に関係しているのである。まず、石母田氏はこう述べる。共同体の「内部に発生した穢・災・諸犯罪にたいする制裁、神々の怒りが、共同体の全成員に向けられることを特徴とする「内部的刑罰」の体系は、犯罪を犯した個人にたいする制裁を排除するものでなく、その

かぎりにおいて、「内部的刑罰」体系に独自の刑事手続き、一定の形式に拘束された刑事手続きが形成されうる」と。言い換えれば、「天津罪を犯したものにたいして特定の刑事手続き<sup>11</sup>解除が成立するという特徴も、かならずしもそれが「外部的刑罰」であることを示すものではない<sup>12</sup>」のである（石尾氏が天津罪を外部的刑罰を示すものとみていたことについては、前述第三節を参照されたい）。つぎに井上氏であるが、氏はウェーバーの所論をまずこう理解する。「刑法は氏族内部においては発生せず、氏族間の事件においてのみ発生する」というようなことはウェーバー自身は述べていない、と。この理解に立つて次に氏はこう述べる。「追放・リンチ裁判・宗教的贖罪手続などは、まさしく、法としての刑罰なのである。これは、氏族内部のことで、決して氏族間のことではないが、刑罰はかようにして氏族内部においても発生する<sup>13</sup>」のであると。

以上ウェーバーの所論における「復讐、内部的刑罰」と、石尾氏、石母田氏、井上氏の所論をみてきた。では、ウェーバーの所論のいささか気にかかる点は、じつさいのところはどういうことなのか。問題の核心はこうであろう。彼が事例に挙げていた追放、リンチ裁判、呪術的な贖罪手続といった「手続き」は「明確な形式と規則とに拘束された」刑事手続きとして彼の念頭にあったものかどうかである。じつは、これにたいする答えは彼自身の文章が明確に示している。「明確な形式と規則とに拘束された…「刑事手続」への道が、直接的に通じていた出発点は、とりわけ復讐であった。違法行為に対する家父長的・宗教的・軍事的な制裁はさしあたりは、原理的に、形式や規則とはまったく無縁なものである<sup>14</sup>」。この所論に即してみるかぎりでは石尾氏の見解は正鵠をえており、石母田氏、井上氏の所論には疑問があることになろう。ただ、石母田氏は「内部的刑罰」体系に「独自の」刑事手続きが形成される（右述）と述べて、より慎重な姿勢をみせてはいるが。

他方で、ウェーバーの所論にまったく問題がない、というわけではない。というのは、一方で、家内部の争いにお

ける家父長の懲戒、ジツペ仲間間の紛争におけるジツペの長老の裁定は「自由な裁量」によつていたと述べる。したがつて「自由な裁量」によらぬ手続きが登場するのは、家の外部における紛争、しかも例えばジツペの場合その成員全体を危険にさらす事件についてである、との叙述をしておきながら、他方で、こうした事件についても手続きは結局は「自由な裁量」に基づいていたといういささか矛盾した論旨だからである。一方の懲戒、裁定と、他方の追放、リンチ裁判、呪術的な贖罪手続きとを同列に論じてよいのかどうかは、問題とならう。石尾氏がこのあたりにおけるウエーバーの所論の不明瞭さをどこまで意識していたのかはわからない。他方で石母田氏、井上氏はウエーバー所論におけるそうした問題を自分自身の問題として考えようとしていたのであり、この点は評価できる。

以上の検討からわかるであろうが、ウエーバーの所論の弱点は次のことにある。家の構成員——家父長であれ、これに服する者であれ——が宗教犯罪、軍事犯罪を起こした場合に、この者にたいする制裁は家父長の懲戒で済んだのであろうか。(いわゆるジツペの長老による裁定についても同じ疑問がでてくる。)この点の考察が彼の所論において明瞭ではないのが、弱点なのである。そこでこの点を考えるに、そうした犯罪が家父長の懲戒で済むことはなかったであろう。「追放(平和喪失)」や「リンチ裁判」、「呪術的な贖罪手続き」に委ねられたことであろう。ウエーバーは、それは当然のことにみていたのかもしれない。それがゆえに、あえて言及しなかつたのかもしれない。もし、そうした犯罪についても家父長の懲戒で済んでいたとしたら、そもそも内部的刑罰の概念が成り立つ余地はなくなるからである。とするならば、ウエーバーが前述のように、「明確な形式と規則とに拘束された」、「刑事手続」への道が、直接的に通じていた出発点は、とりわけ復讐であつた。違法行為に対する家父長的・宗教的・軍事的な制裁はさしあたりは、原理的に、形式や規則とはまったく無縁なものである」と述べたのは、問題になる。すなわち、家父長的制裁(家内部における制裁)と、宗教的・軍事的な制裁(家外部における制裁)とを同列に置いている点である。

復讐にたいする意味では、それらは共通する側面をもっていたかもしれない。しかし他方で、家父長の懲戒とは別個に、内部的刑罰の概念を立てる以上は、両者を同列に置くことにたいしては、疑問を禁じえない。この関連でいえば、刑事手続きの形成という場合に、この刑事手続きを「明確な形式と規則とに拘束された」意味のものとしてのみ捉えるのは、歴史学的概念としてはあまりに固すぎて問題である。刑事手続きを明確な形式と規則とに拘束づけることになるという、「インペリウム」権力の制限・分割は、ウエーバー自身も考えているように、歴史上じつにさまざまな態様を取っているからである。

なお、右に関連してウエーバーの所論をめぐる問題としては、一つは、復讐の位置づけがある。復讐と、それに続く和解・贖罪・賠償が「明確な形式と規則とに拘束された」手続きの出発点であったのかは、必ずしも自明なことではない。復讐とその処理とは当事者の契約による。これは「自由な裁量」に基づいてはいなかったであろうか。ただ、復讐現象における「形式と規則」としてみることができるとすれば、それは同害報復といった加害と被害との「平衡性」<sup>15)</sup>であろう。しかし、なにが平衡の実現となるのかについては、当事者の裁量が相当に働く余地を残している。もう一つは、以上に関連するが、明確な形式と規則とに拘束された刑事手続きへの道が「直接的に」<sup>16)</sup>通じていた出発点は復讐であった、とのウエーバーの発言(上述)は、いささか誤解を生み易い。というわけは、刑事手続きへの道は、むしろ復讐を制御し、もしくはおこなわせなくする過程(例えば、「贖罪契約締結強制」<sup>17)</sup>、「義務的贖罪金制度」<sup>18)</sup>とか、後述「第五節」する「第二次的アハト」の宣告といった形態をとった過程)にこそ繋がっていたからである。最後に、家父長による懲戒が、法的な面にあらわれたものと、現実の家族生活にあらわれたものとの違いの点からみて、ほんとうに無制約なものだったのかどうかについては、しばしば指摘されているところである。例えば、三浦澄雄氏は古ゲルマン社会について、妻の犯した性的犯罪は「相手のあることだから」家内部のみの問題では

ない、とみている。<sup>⑬</sup>

## 五 ミッタイスの「フェーデ事件、アハト事件」

最後に、石尾氏の外部的刑罰、内部的刑罰論——これは同時に天津罪、国津罪論でもあったのだが——に關係するものが、ミッタイスの「フェーデ事件、アハト事件」の考察である。

これは古ゲルマン時代における違法行為の二類型として提示されたもので、石尾氏はミッタイスの所論として次のように述べた。「ゲルマン古法においては、共同体の内部の成員が犯した宗教的違反、政治的違反、すなわちアハト事件には民会の裁判が組織せられた。<sup>⑭</sup>これにたいし「氏族間の復讐を喚起するところのフェーデ事件には、フンデルトシャフトの裁判すなわち贖罪裁判が組織された。」このうち「贖罪裁判においては、当事者主義弁論主義が支配的であるが、更に深く宗教的動機に根拠づけられ、訴訟全体が一種の神判という形で現われ得た。」<sup>⑮</sup>

石尾氏はこの神判を「双方的神判」と呼ぶ。<sup>⑯</sup>「双方的」神判は「競う所の当事者」がおこない、当事者主義弁論主義訴訟における神判という意味のものである。こうした「盟神探湯の如き双方的神判」の例を氏は日本について「隋書」(唐初)の倭国伝が拷問と並べて、こう述べているところにもみる。「獄訟を訊究することに、承引せざる者は、木を以て膝を圧し、あるいは強弓を張り、弦を以てその頂を鋸す。あるいは小石を沸湯の中に置き、競う所の者をしてこれを探らしめ、いう理曲なる者は即ち手爛ると。あるいは蛇を瓮中に置いてこれを取らしめ、いう曲なる者は即ち手盤ざると。」<sup>⑰</sup>これによつてみるに、双方的神判(「小石を沸湯の中に置き」云々)は、拷問(「木を以て膝を圧し」



云々) によつて訊究される獄訟とは「本質を異にしている」<sup>125</sup>とされるのである。

贖罪裁判における神判にたいし、拷問は「宗教的リンチ裁判・拷問」と括られて捉えられている。リンチ裁判は古ゲルマン社会についていえば、民会における裁判を意味し、例えばタキトウス『ゲルマニア』にこうみえるものである。「集会においては、告発することも、極刑に繋属させることも、認められている。罰は、罪によつて変化する。裏切者や逃亡者は木に吊して首をしめる。臆病者や卑怯者、および姦淫者は、頭から簀をかぶせて、泥沼の中におし沈める。処刑に見られるこのような相違は、反逆罪は罰せられるとき、人目にさらされるべきであり、破廉恥な行為は、隠されるべきであるという、彼らの見解にもとづくのである」(第十二章)<sup>126</sup>と。いわゆる「沼沢死体」のうちで頭髮を切り取られたり、木々で押し付けられている場合にこの者は性的犯罪者であるとの推測がなされている。<sup>127</sup>

以上石尾氏は、一方で拷問、一方的神判、宗教的リンチ裁判(これに加えて、さらに「即決裁判」<sup>128</sup>)と、他方で双方的神判による裁判とを対置させた。裁判におけるこのような二元的形態は古代のゲルマン社会、日本、インドについて例証できるとみる。こうした裁判の二元的形態論は、ミッタイスの「アハト事件」と「フェーデ事件」との対置から示唆をえていたものでもあった。このミッタイスの所論との繋がりで、石尾氏が氏の問題関心となつているものについて、こう指摘しているのは注目しておきたい。宗教的リンチ裁判と双方的神判との「並存」を考察するのは、「神判の体系における相異なる類型を把握する」ということである。「始めから神法的裁判と俗法的裁判の二元を認める」ことではないと。<sup>129</sup>このところで、氏はミッタイスの次の所論を引くのである。すなわち「フェーデと平和喪失とは「世俗的」体系に、死刑は「宗教的」体系に属する」というカール・フォン・アミラの見解は「古代人の法意識の統一的性格に合致しないように思われる。」<sup>130</sup>ここでミッタイスが「古代人の法意識の統一的性格」を具体的にどこにみていたのかは必ずしも明瞭ではない。これに反して、石尾氏は「神法的裁判の体系に含まれる相異なる類型を認識する

ことは、却つて古代人の法意識の統一的性格をよりの確に把握する為の根本的条件である」と指摘するように、宗教的リンチ裁判であれ双方的神判による裁判であれ、いずれも「神法的裁判」である。氏は古代人の法意識の統一的性格を裁判の神法性にみている。

では、以上の宗教的リンチ裁判・拷問、双方的神判論は国津罪、天津罪論そして内部的刑罰、外部的刑罰論とどのように繋がっているのであろうか。「ローマ古法やゲルマン古法と同様に、「日本」固有法では、宗教的違反は、神に仕える采女が好された場合を意味することが多いが、このような宗教的違反（「国津罪」）に対しては、頻に、拷問やリンチが行われた」ものの双方的神判は「決して成立しなかった」と。あるいは「わが固有法においては、宗教的違反、政治的違反（「国津罪」）の事件に対して、宗教的リンチ裁判が組織され拷問が行われた」と。ここには天津罪については直接には述べられていないが、天津罪は双方的神判がおこなわれた贖罪裁判における事件と捉えられていることは、次の発言から明らかであろう。「天津罪は、共同体の防衛を目的とする『復讐』を喚起する犯罪」である<sup>132</sup>。例えば「ゲルマーニア」の第十二章には「より軽い罪」にたいしては罪人は「罰として一定数の馬や家畜が課される」とあり、第二十一章にも「人を殺してすら、一定の数の畜牛や羊によって償われる」とある。これらでは賠償事件が取り上げられている。これは石尾氏によれば天津罪すなわちフェーデ事件にあたろう。外部的刑罰の特徴として氏は「復讐から賠償への発展」を提起するが、こうした発展過程の一端は、いみじくもこの第二十一章冒頭に次のごとくみえるところにかがえよう。「父または血縁者の宿怨は、その友情と同じく、これを引き継ぐことが、義務とされている。しかし——と、こう続く——「これが和解のないままに、長く続くという（こと）はない。」この「ゲルマーニア」によれば、すでに復讐現象は、これだけが孤立して起きていたというよりは、むしろ交渉・和解・賠償といった一連の諸現象と組み合わさって展開していたものようである。このことは、ある意味で、復讐法の永い歴史のひ

とつのに到達点を示すものといえよう。

以上が、石尾氏の天津罪、国津罪論をして外部的刑罰、内部的刑罰論と、ミッタイスのフェーデ事件、アハト事件論との関わりである。以下で、問題点を提示したい。

まず第一に問題になるのは、一方的神判、双方的神判の意味が明瞭ではない点である。別の言葉でいえば、石尾氏は双方的神判に「一方的神判」を対置させるが、両神判の違いがはっきりしないのである。氏によると一方的神判とは、紀元前後二世紀の間に成ったマヌ法典（マーナヴァ・ダルマ・シャーストラ）の次の箇条にみえるものが、その一例である。「あるいは彼に火を運ばせ、水に潜らせ、あるいは息子および妻の頭に別々に触れさせずべし」と（八・一一四）<sup>133</sup>。氏によれば、これは「司祭者階層（バラモン）の裁判指導」を示しており、しかもこの裁判は「宗教的リンチ裁判・拷問」であつた<sup>134</sup>。双方的神判は、こうした拷問、一方的神判、宗教的リンチ裁判とは対極に置かれている。この点が疑問に思われるのである。

というわけは、右のマヌ法典の箇条八・一一四は、八・一〇九に「証人がいない事件においても、両者が相互に言い争ひ、正確に真実を知り得ないときは、宣誓（シヤパタ）を用いても「真実を」摺むべし」とある宣誓に関係していた。そして八・一一三の「ブラーフマナ「バラモン」に対しては真実にかけて、クシャトリアには搬送具と武器にかけて、ヴァイシヤには牛、種子、黄金にかけて、シュードラにはパティタ「墮姓」となるいっさいの罪にかけて宣誓させるべし」に続く規定である。またかの箇条は、次にくる八・一一五の「燃える火が彼を焼かず、水が彼を浮かばせず、あるいはすぐに災いに見舞われぬときは、彼は宣誓に関して潔白であると知るべし」に繋がっている。

一連の箇条をこのように読んでくるとき、八・一一四に「彼」とあるのは、八・一〇九にいう「両者」すなわち「相互に言い争」う訴訟当事者に他ならない。石尾氏によれば、双方的神判の「双方的」とは、「競う所の当事者」が

おこなう神判であつた。とすれば、この意味の双方的神判は、右諸箇条がまさに示しているものである。あるいは双方的神判とは当事者双方が神判に服し、一方的神判は当事者の一方のみが神判に服するということなのであろうか。古代中国にも、当事者双方による意味の双方的神判がおこなわれていたことは、齊の莊君（前八世紀）のいわゆる「羊神判」に示られる。<sup>13</sup>この点では、双方的神判は日本の神判の特徴であり、一方的神判はインドや中国の神判の特徴である、ともし捉えんとするなら、それは事実には即していない。史料に「競う所の者」とか「両者が相互に言い争い」とか述べられているときそれが厳密に当事者双方による神判手続きを指し示すものかどうかは判然としていない。ともあれ、当事者の双方による神判か、一方のみによる神判かという神判形式の相違によつて、訴訟構造上なにか違いがあるのであろうか。それにもう一つ、「隋書」倭国伝に「あるいは強弓を張り、弦を以てその頂を鏝す。あるいは小石を沸湯の中に置き」とあるのは、果たして、拷問と双方的神判とを厳格に区別すべき（その本質を異にしている）ことを示すものなのであろうか。同様のことは、「マヌ法典」が「シユードラにはパテイタ「墮姓」となる小さいの罪にかけて宣誓させるべし。あるいは彼に火を運ばせ、水に潜らせ」云々と述べるところについてもいえよう。これらのいづれにも「あるいは」とあるように拷問であれ、神判であれ宣誓であれ、いずれも裁判当局者が当事者に課した証拠手続きの一つである。また右の諸史料に述べられているような神判——双方的であれ一方的であれ——は、それ自体で一種の拷問の性格をもっていることも考慮しなければならない。<sup>14</sup>

石尾氏が依拠するミッタイスの所論には、古ゲルマン時代の神判についてもフランク時代の神判についても「双方的神判」といった言葉は使われていない。ただ、ミッタイスは、フランク時代には新しい神判の一つに十字架神判が現われ、また決闘が神判とみなされ職業的戦士によつて代行されたと述べる。そして彼は続ける。「その他の神判、とりわけ「一方的」神判は、多くは単に補充的に利用されたにすぎない」と。<sup>15</sup>これによれば、十字架神判や決闘は、

当事者双方が神判に服するとの意味で「双方的」神判となろうが、こうした意味の「双方的」神判・「一方的」神判は、石尾氏の意味での双方的神判・一方的神判とは歴史的状况を異にしている。というわけは、石尾氏の提起する双方的神判は既述のように古ゲルマン社会において、民会の裁判（宗教的リンチ裁判）に對置されたフンデルトシャフトの裁判（贖罪裁判）に見いだされるものであったが、ミッターイスが述べるいわゆる双方的神判はフランク時代という新しい時代に特有の神判として位置づけられている。石尾氏が双方的神判なる言葉を用いるのは、インドの神判に関する中田薫氏の所論に、インドの神判がゲルマン社会における神判と著しく異なる点は「印度にあつては所謂雙方的神判なる者が缺けたること」なり<sup>137</sup>とあつたところによつてゐる。しかし、この中田氏の所論にいう「雙方的神判」を正しく理解するとすればそれは、ミッターイスのいう新しい時代の神判に限られてこよう。

第二に、ミッターイスによればアハト事件においては犯人は「平和喪失」に処せられる。この平和喪失に石尾氏は単刀直入に「死刑」や「即座の極刑」をみる。しかしミッターイスは、平和喪失は「まだ本来の意味の刑罰という性質をもつてはいない」<sup>138</sup>と述べていた。すなわち「平和喪失の第一の効果は放逐・追放」であり、しかも平和喪失者には「一定の逃亡期間が許与される」ことがあり、この期間内ならば「再び平和を買い戻す」ことができる<sup>139</sup>。平和喪失が本来の意味の刑罰の性質をもつのは平和喪失者が捕らえられて「裁判所に訴えられ、そこで有罪の宣告を受けるようになった」ときである。この裁判所は民会であり、ここで下された判決（すなわちアハト刑の判決）が初めて「死刑の判決」を意味した。ただ他方で、ミッターイスは古ゲルマン時代の「死刑」については、ヴィクトル・アハターの「刑罰の誕生」論（一九五一年）<sup>140</sup>から触発を受けて、一九四九年の『ドイツ法制史』初版では「刑法の端緒 Anfang des Strafrechts」としていた一章の表題を、一九五二年の第二版では「違法行為の効果 Unrechtsfolgen」に書き改め、さらに後者の叙述の中に次の文章を差し込んだ。「死刑というものに結びついている犯人に對する道德的価値貶

下の觀念を避けるために、「死刑」という語はまだ用いない方がいであらう。<sup>(13)</sup> ミッタイスの考察には、従来の所論はそのままにして新しい考察を差し込んだがために、いささか混乱がみられる。ともあれ、以上によつてみるに、彼は平和喪失を、直ちに死刑と捉えることには十分慎重であつた。<sup>(14)</sup> むしろ、平和喪失は「犯人を不可抗的自然力に委付する」ものとみていた。その結果として犯人が死に至ることがあつても、これをもつて直ちに死刑と捉えるのは難しいということである。もう一つ、平和喪失がアハト刑（とりわけ「第二次的アハト」〔後述〕）として判決されるるとき、それは、少なくとも「即座の」処分を意味してはいない。民会における裁判手続きを経ているからである。

じつは、平和喪失についてはもつと深刻な問題が以前から提起されている。<sup>(15)</sup> しかもこれについては日本語文献にも紹介されていて、<sup>(16)</sup> 日本法史、日本国制史研究にとつても身近なものになっている。のみならず、西川洋一氏は平和喪失説は史料の根拠を失つた教説との認識のもとに、部族法典やフランク国王のカピトゥラリアの検討を経て、従来平和喪失にその根拠が求められてきた刑罰、なかんずく死刑が「公共的」利益の保護という王権の関心に由来すること明らかにし、キリスト教会の倫理觀念やローマ法の背景に注意を喚起した。<sup>(17)</sup> 研究がこうした状況にある他方で、平和喪失について依然伝統的所論も根強く存する。<sup>(18)</sup> この意味では今後の研究の深まりが待たれるところである。

これはともあれ、平和喪失の問題と、フェーデ事件、アハト事件の区別との関係について以下で新しい研究とその問題点とに触れておきたい。平和喪失者にたいしては誰でも彼を殺してよく、むしろ狼にたいするように殺さねばならなかつたとする平和喪失の学説にとつて史料上の決定的な典拠となつていたのはサリカ法典（および、リブアリア法典）の一箇条であり、そこにこう述べられている。「誰かが既に埋葬せられたる死体を発掘略取し、それが彼について証拠立てられたる場合には、彼は、彼がその死者の親族と和解し、しかして彼等〔死者の親族〕が彼のために、

人中に出づることの彼に許さるる旨、請はんが日まで、狼 (vvargus) たるべし。しかして——と、サリカ法典第五十五条は続ける——「彼が、「死者の」親族に賠償する以前に彼に或はパンを与へ或は客遇を与へたる者は、「彼の」親族たると「彼に」最近者なる妻なると「を問はず」、六百デナリウスすなはち十五ソリドウス責あるものと判決せらるべし。」(なお、リプアリア法典の關係箇条「第八十五条」には、「彼「埋葬死体の略取者」が「死者の」親族に對して満足を与へるまで、狼 (vvargus) 即ち平和喪失者 (expulsus) たるべし」の文言もしられる。<sup>139</sup>) 見られるように、これらの規定は墓犯罪とその賠償という「ほとんど当然のこと」<sup>138</sup>を述べているにすぎない。ただひとつ「狼」が問題になる。ヘルマン・ネールゼンはこれを「略奪者」の意味に解する。<sup>135</sup> 平和喪失に関する彼の所論は、こうである。死体の発掘略奪者は当該行為自体のゆえに ipso facto 共同体 Gemeinschaft から排除される、というのではない。ここで対象になっているのは、罪が明らかになつたにもかかわらず賠償手続きに応じようとしないうわば裁判拒絶者である。部族法典の關係箇条は、いわゆる平和喪失といつたゲルマン民族に古来から共通の法制度を定めるがこときものではない。墓荒らしの犯罪をとくに重い罪とみたキリスト教会特有の思想を示しており、のみならずそこには教会の贖罪規定書からの影響がうかがえる、と。

ネールゼンの考察を念頭に置いて法典の当該箇条を読むときは、フエーデ事件とアハト事件とを区別する必要はもはや認められなくなろう。死者の親族と加害者の親族との贖罪手続きがあたりまえのように前提となつてゐる。墓犯罪という宗教的色彩の濃い違反——墓荒らしのゆえに「死体に相応なる埋葬をなし得ざればなり」という意味で——ですら「贖いうる」<sup>133</sup>のである。石尾氏が力説した国津罪におけるような、犯人を共同体が許容するときは当該共同体のみならずすべての共同体に神の制裁が下るため神の怒りを犯人本人に直接向けるために犯人をすべての共同体から排除するといった考え方は、ここには見いだされない。

ただ、ネールゼンの所論にたいしては一つの疑問が出てくる。墓荒らしの犯人が被害者側と贖罪契約に應じるまで「共同体 *Gemeinschaft*」から排除されるが、では、この共同体とは具体的にいかなるもので、そこからの排除とはどのようなことを指しているのか。これが、必ずしも明らかでない。この点について考えるに、サリカ法典、リプアリア法典の箇条からみるかぎりでは、墓犯罪の当事者（被害者側、加害者側）は家族であり、せいぜい若干の親族を含む範囲の者であつたろう。となると、これらの家族、親族が元来家族の一員である犯人に贖罪契約に應じるよう極力説得し、犯人が不服従のときは究極的には贖罪について責任を負う主体であつたであろう。こうした家族、親族を仮に共同体と呼ぶとしても、「共同体からの排除」といつた考え方は、法典の当該箇条のもつ意味合いには相応しくないのではないか。基本的には、被害者家族、親族と和解手続きに入ること、そのために加害者家族、親族が共同して担保責任を果たすべきことが求められているということなのではないだろうか。

最後に第三に、フェーデ事件、アハト事件の区別について考えてみたい。この点について、ミッタイスの所論——*フンデルトシャフトの裁判*（フェーデの和解を目的とする）と、*民会の裁判*（アハトの事件を取り扱う）とを区別する——には明瞭ではないところがある。二つの裁判を区別する考え方の背景にあつたのは「フェーデと平和喪失とは実は全く別の平面に属するものであり、共通の公分母に還元することのできないものなのである。フェーデは名譽ある戦いであるが、これに反して、平和喪失者は戦いで殺されるのではなく、野獸のように屠殺される」という見かたである。ところが、ミッタイスは一方で、*フンデルトシャフト裁判所*についてこう述べる。「後代の発展はこの裁判所の手続きから出発している」と。<sup>150</sup>この見解は、ウエーバーの所論「明確な形式と規則とに拘束された…「刑事手続」への道が、直接的に通じていた出発点は、とりわけ復讐であつた」（前述第四節）と揆を一にしている。しかし他方でミッタイスはアハト事件についてこう指摘する。「平和喪失者が裁判所に訴えられ、そこで有罪の宣告を受け



るようになったとき、初めて、法の侵害に対する法的に規制された手続きの最初の萌芽が現われる。この裁判は民会によっておこなわれた<sup>95)</sup>以上によれば、いずれの裁判所においても「明確な形式と規則とに拘束された」手続きの形成が始まる。このかぎりでは二つの裁判所をとくに区別する意味はなくなる。にもかかわらず、石尾氏は「内部的」刑罰は…本来無制約な制裁であり…形式と規則を知らないものであり、「刑事手続」への道を導くものではない」（前述）と述べる。刑事手続きの形成の点では民会ではなくてフンデルトシャフトの裁判（贖罪裁判）の方に注目する。

ミッタイスの概説書は彼の死後、ハイントツ・リーベリツヒによって改訂版が刊行されていくが、ここでは研究の新しい動向に添うかたちで、「常置の公けの制度としてのフンデルトシャフト裁判所があったと考える余地はほとんどない」と述べられ、また「後代の発展はこの裁判所「フンデルトシャフト裁判所」の手続から出発している」との記述も削除されている<sup>96)</sup>。したがって、これまでフンデルトシャフト裁判所の手続きとして述べられていたものは、民会におけるアハト事件の裁判手続きということになる。しかしその一方で、ミッタイスの、「司法の機関はフンデルトシャフト（フェーデの和解）と民会（アハト事件）とである」とか、前述の「フェーデと平和喪失とは実は全く別の平面に属する」とかといった叙述は、改訂版でもそのまま残されている。ここら辺りは、すっかりしない。このところを三浦澄雄氏は、フェーデ事件で「和解強制に依らないこと、裁判に出頭しないことが、アハト事件を構成するに至る」として、このアハト事件を「第二次的アハト事件」と呼ぶ。このときに初めてフェーデ事件とアハト事件との区別は意義を失うとみる<sup>96)</sup>。しかし、これはすでに新しい時代——フランク時代を示しており、三浦氏も古ゲルマン時代については依然としてフェーデ事件、アハト事件——いわば第一次の——の区別を認めるようである。

ところで以上に関連する問題が一つある。ミッタイスはフェーデ事件、アハト事件——これらは「全体」社会

(左述で「若い国家」と呼ばれているもの)におけるもの——以外に、もう一つの事件の存在を指摘していた。それが家、ジツペ、従士の団体——「人民の部分団体」——の内部で生じた事件である。これにたいしては、それぞれの団体の長(家父長、ジツペ長、主君)が処罰にあつた。このような場合にミッタイスは、この処罰を「私刑法」と呼んではならない、というわけは、それら団体は「自律的な自治団体」であつたからである、という<sup>60)</sup>。こうして彼はそうした団体における公的刑法形成の余地を認めるものようである。では、家、ジツペ、従士団体の構成員がアハト事件(すなわち「真の犯罪」)であり、「直接に国家団体または人民団体の利益を害することとき行為、または不名誉な心情の發露たるごとき行為」を犯したときは、その犯人の処罰は家父長、ジツペ長、主君に委ねられるのであるか。この問題はウエーバーの所論においても同様に問題になつたが(第四節)、ミッタイスの所論でもあまり明瞭とはいえない。ただ、彼はアハト事件について「若い国家」は「強制的ジツペ離脱」の形でジツペに対する高権を貫徹している<sup>61)</sup>と述べて、ジツペの構成員が犯すアハト事件の処罰はジツペ長の手を離れるものとみているようである。他方、家や従士団体についてはこの点は明らかでない。同様に考えているのかもしれない。もしそうであれば、「全体」社会と、これに包含された「人民の部分団体」との関係からいって、コーラー風にいえば、内部的刑法は、家族共同体などの部分団体がより大きな団体に結集するにしたがつて漸次その意義を大きくする、ということになる。

ハインツ・リーベリツヒは、フェエデ事件、アハト事件の区別を依然として認めつつ、ただこれらの事件はジツペの成員である自由人に関わつていたと述べる。これにたいし非自由人にたいする処遇は自由人とは異なつていたとみる。非自由人は主人によつて肉刑的刑罰(生命刑、身体刑に相應するもの)に処せられた。このところに、刑事刑(実刑刑罰)の本来の起源を求めた。「非自由人に対する肉体的懲罰が、実刑一般の本質的な基礎になつた。」<sup>62)</sup>じつは、

この「非自由人刑法」はミッターイス自身もすでに認めていたのである。彼によれば、非自由人刑法がラント平和令を媒介にして自由人にも拡張され、これが、中世刑事刑出現の契機の一つとなっていた。<sup>165</sup>このように非自由人刑法を高く評価するとき、また前述の問題に戻っていかざるをえない。非自由人がアハト事件を犯すときでも主人による肉体的懲罰が起きる、つまり「全体」は介入しえないのであろうかということである。依然として、疑問は残る。

ところで、右で、ジッペ長とか強制的ジッペ離脱とか、ジッペの構成員によるアハト事件とかと述べてきたが、じつは周知のとおり、ジッペの存在そのものがすでに以前から問題視されてきているのである。これがゆえに、リーベリッヒは古典的理論に拠っていたミッターイスの所論に付加するかたちで、ジッペは「明確な機構をもった組織体などではなく、むしろ一つの生活圏 *Lebenskreis*」である、と書かざるをえなくなっていた。「確固たる中心点（つまりジッペの長といった）*Senior*」ももっていない<sup>166</sup>のである。とはいえ、リーベリッヒの見解にも微妙なところはある。彼はこうも述べているからである。「ジッペを超える」人民平和なるものは、ジッペの平和よりも新しいものである。人民平和が成立しうるためには、まずもって、血讐団体の形で現われるジッペが、実効的な部族的統一によつて制御されることが必要であった。<sup>166</sup>この発言は、ミッターイスの前述の——表現は強い調子だが——「若い国家」は「強制的ジッペ離脱」の形でジッペに対する高権を貫徹している」との所論と同工委曲の感がしなくはない。

近時三浦澄雄氏はいっそう徹底して、「ゲルマン部族社会をジッペ（氏族）という曖昧な概念で捉えようとするならば、何の前進も期待できないであろう」と述べる。三浦氏によれば、紀元前後の古ゲルマン社会は「家——村落 (*vicus*) —— パーグス (*pagus*) —— 部族 (*civitas*)」の重層構造（ここに働いているのは「血縁関係原理」や「血縁・親族的一体感」、「血縁集団信仰」であった）を基軸としていた。他方で、血縁・親族原理が新しく「従士制」（ここでは「略奪と戦争」が構成要素となっている）へと再編成される過渡期にある社会でもあった。<sup>166</sup>とはいえ、三

浦氏も血縁原理は強調している。またミッタイスもすでに、ジツペ理論にたいするゲンツマーによる批判に<sup>65</sup>応えるかたちで、「ジツペの中核、体を形成していたのは、おそらくやはり常に血縁団体であろう」とみていた。したがって、この血縁団体に若干の親族が加わった血族・親族の集団としてのジツペの存在を想定できなくはないであろう。生産活動や紛争処理またフェーデの場合における一つのまとまりとしてのジツペである。

それにもう一つ、ジツペをひろく「氏族制」とみるとき、古ゲルマン社会について仮にこれを問題視しようとしても、他の社会については、例えば日本、中国、ローマ、あるいは未開社会については現在のところ氏族制そのものの存在がとくに論議的になっていないようである。<sup>66</sup>となると、とくに古ゲルマン社会にだけそれを問題視するということは、比較法社会史のうえからいっていったいなを意味するのであろうか、改めて考えてみるに値しよう。他方で逆に日本、中国、ローマ、あるいは未開社会における氏族制の考察に反省を促す一契機になるのかも<sup>67</sup>れないが。

## 六 むすび

以上、外部的刑罰、内部的刑罰をめぐって、コーラー、ウエーバー、ミッタイスの所論、および記紀の天津罪・国津罪を中心に、それぞれにおける、石尾芳久氏の所論とその問題点とを取り上げてきた。石尾氏の考察の出發に位置していたのは、天津罪・国津罪にみられるツミに関する二元的なあり方であった。これを明らかにすることが、律令撰取以前の日本古代刑法、延いては日本古代法の性格を説明するのには必要であり、さらに日本律令法の性格や以後

の日本中世法、近世法のあり方を理解するうえにも欠かせないとの認識が背後にあった。

ここで氏の考察の特色を二点について取り出せば、一つは日本のツミに関する二元的なあり方を氏はたんに日本社会の枠の中だけで考えるのではなかった。十二表法時代のローマ、古ゲルマン社会、古代中国社会、インド、それに未開社会などの諸社会における刑法の二元的形態に目を広げるといって、比較法社会史的、民族学的考察方法をとった。その中で、コーラー、ウエーバー、ミッタイス（そして付言すれば、さらにマリノウスキーなど）の所論に注目したのである。こうした、いわばヨーロッパ法学をそれぞれの領野において代表する学者の所論を視野に収めることで、日本古代法の世界法史上の位置と特徴とを解明しようとした。

もう一つは、外部的刑罰・天津罪と、内部的刑罰・国津罪とを対置することは、贖罪裁判・双方的神判（盟神探湯「クガタチ」と、宗教的リンチ裁判・拷問・一方的神判との対置を意味することにもなっている。しかもこうした対置は、一方で戦鬪指導者の王（皇太子・弟王）・カリスマ的支配（合議体的裁判）、他方で司祭者的王（天皇・兄王）・家父長的家産官僚的支配（権威裁判）という、日本古代国家の支配体制の二元性にも繋がっている。こうして外部的刑罰、内部的刑罰といった刑法史上の一問題は抜き差しならぬ古代日本社会における政治的支配のあり方全体の問題にまで色濃い影を落している。

本稿が取り上げたのは、石尾氏がまことに「壮大な理論的枠組み」（石井紫郎氏）によつて日本法史を考え抜こうとした諸考察のごく一部分であり、石尾氏がじつにさまざまな関連のもとで解明されんとした諸問題のごく一場面にすぎない。ただ、このごく一部分・一場面のなかにあつて、いささかの問題があるのを感じてそれらを取り出したまのでのことである。これを摘記すれば以下のとおりである。

まず、外部的刑罰、内部的刑罰は、ある意味で、刑法史上の理念型的概念といえる。現実の不法・非行や制裁の諸

態様を、いずれか一方の刑罰形態に固定させる考察方法には、無理がでてこよう。また一方の「刑罰体系」が他方の刑罰体系をまるごと圧倒することで優勢を占めるといった歴史理解も疑問になつてくる。むしろ、双方の刑罰形態の關係性（もしくは影響關係）を重くみて、關係性の中で各刑罰形態の意義を考えることが望まれよう。もちろん、この關係性は、初期刑法史の歴史的推移のなかで考える必要がある。

つぎに、コーラー、ウェーバー、またミッターの所論には、近時の新しい研究動向との関連とは別個に、それ自体としても舌足らずな点とか不明・不徹底な点とかそれぞれ問題をやらんでいた。彼らの所論を引くにはまずこうした点を十分考えに入れる必要がある。ついで、とくにミッターの所論に見いだされたフェーデ事件、アハト事件については近時研究がはげしく動いてきているのであり、この点にも注意を払わなければならない。もちろん、研究状況が動いているということと、それを自分自身の問題としてどのように考えるのかは、別の問題ではある。いわゆる古典学説にもみるべきところがあるうし、また新しい研究といつてもそれでもほとんどどの問題の説明がつくとは必ずしもいえないだろう。

一般的な問題はこの辺りで止めて、とくに、外部的刑罰、内部的刑罰と、天津罪、国津罪との關係について二つの点を摘記することで、本稿の筆を擱きたい。

一つは、石尾氏は「内部的刑罰一元論」（言い換えれば〈天津罪一元論〉となろう）に批判的であつたが、他方で氏自身こゝ強調する点である。「神法的裁判の体系に含まれる「双方的神判と宗教的リンチ裁判という」相異なる類型を認識することは、却つて古代人の法意識の統一的性格をよりの確に把握する」ための条件である、と。じつは、これ自体（一元論）的な考え方とはいえないであろうか。統一的性格は「神法的」裁判によつて担保される。大林太良氏は天津罪、国津罪を全体として考察し、こゝ述べている。それらは「聖なる秩序に対する犯罪であつて、殺人のよ

うな俗なる秩序に対する犯罪はその中に含まれていない」と。<sup>11)</sup>折口信夫氏は「古代人の言ふ罪は、天つ罪或は国つ罪と言はれるもの、範疇に属するもの、外には考へてゐなかつた」とされる。では「古代人の言ふ罪」とはなんであるうか。それは天津罪にみるように「日本の宗教に於ける原罪觀念が、ここにあつて、責任者をすさのをの命としてゐる。」またそれは国津罪のように「宗教的な道德、宗教人の守らなければならぬ道德であつて、それが次第に一般化して来た」ものである。<sup>12)</sup>一方は「部落罰」・「農民が」あがなふ為に、努めて来た」罪で、他方は「社会的な宗教儀礼」・「個人として責任の負ひされる罪惡觀」である。最近の吉村武彦氏の所論も天津罪、国津罪の二元的存在を認めず、いずれについても「共同体による宗教的な罪の解除が必要となるような、共同体に対する犯罪」と規定し内部的刑罰の方向で性格づけている。以上、いずれの所論も「宗教的」な性格の罪を強調する。こうして天津罪、国津罪全体の宗教的性格を考へるとき、それらを外部的刑罰、内部的刑罰と固く組み合わせ、かつ峻別する考察方法は改めて考え直してみなくてはならない。フェーデ事件、アハト事件をかけたミッターイスも——その意味するところは必ずしも明瞭ではないが——フェーデ事件を「宗教法 Sakralrecht に根ざす」<sup>13)</sup>ものとみているのである。

もう一つは、石尾氏が、国津罪には「罪そのものに罪の報いである刑の結果」<sup>14)</sup>があらわされているとか、白人・胡久美や、昆虫乃災・高津神乃災・高津鳥乃災における疾患や災禍には「罪において刑が表現」され「罪と刑の同一性の事実」<sup>15)</sup>があらわれていると指摘していたことに関わる。これは、石尾氏によれば国津罪にたいしては明確な制裁がない理由なのである。ところが、牧健二氏は、論稿「固有刑法の基本觀念」で国津罪をも含め天津罪国津罪においては「贖罪や祓除のことが見えるのみで、其罪に対する刑罰に就ては伝へてゐない」ことを重視する。これによって牧氏は日本刑法の無視できない性格を取り出す。日本の刑法は「犯罪法といふ方面から起つて、刑罰法としての認識を第二義的としてゐた」と。言い換えると「刑法なるものが単独に法となることはなく、常に犯罪に対する司法法の中

に於て、其の位置を得てゐる」と。例えば御成敗式目でも公事方御定書でも「裁判の為の法律であるが、刑法的規定は其中に治罪の為の法律として載せられてをるのである」と。<sup>(15)</sup> 牧氏の所論がもし日本初期刑法史の特徴を衝いているのならば重要な指摘である。石尾氏は牧氏のこの論稿を「強い感銘を受けたもの」の一つに数えるが、この所論には言及していない。しかし、天津罪、国津罪を外部的刑罰、内部的刑罰と組み合わせ、刑罰論として考察する石尾氏にとっては、牧氏の所論は座視できなかつたはずと思われる。

以上の二点は外部的刑罰、内部的刑罰論について反省を促すものとならう。しかし他方で、外部的刑罰、内部的刑罰を「他の氏族に属する者を殺した場合」の制裁、「仲間(16)の氏族員を殺した場合」の制裁(17)というように、共同体の外・内の関係だけ、みることによいのか、内部的刑罰は共同体の内の事件というように平板化して捉えて済むものであろうか。内部的刑罰にどのような非行と制裁が属するかの問題、すなわち非行と制裁の性格そのものの解明問題が、共同体の内と外との関係問題とからんで、できはしないであろうか。石尾芳久氏による古代日本刑法史の考察は、本稿における吟味を経たうえで改めて、それらの問題に目を向けるよう示唆を与えてくれている。

本稿は古代日本の刑法史をめぐる石尾氏の具体的考察についてはなんら知見を提示することはできなかったし、また中国の古代刑法史の一端にも言及できなかった。ただ、今は石尾氏の所論の吟味を通してえられたものを、贖罪と刑罰をめぐる筆者自身の今後の考察に役立てていきたいと思うばかりである。

## 注

- (一) Weber, Max, Rechtssoziologie, hrsg. v. J. Winckelmann, 2. Aufl., Neuwied am Rhein und Berlin, 1967, 117 f. ウェーバー (石尾芳久訳) 『法社会学』(法律文化社・一九七四) 十七／十八頁、ウェーバー (世良晃志郎訳) 『法社会学』(創文社・一



- 九七四) 八八／八九頁。以下ウェーバー「法社会学」の引用は世良訳でおこなう。
- (2) Kohler, Josef / Wenger, Leopold, Allgemeine Rechtsgeschichte, 1. Hälfte, Orientalisches Recht und Recht der Griechen und Römer, Leipzig und Berlin 1914, 36.ローレル(小野清一郎訳)「法の一般的な歴史」(日本評論社・一九五三) 八四頁。また小野清一郎「法律思想史概説 増訂新版」(一粒社・一九六一) 七頁、杉山晴康「解説」(穂積陳重「復讐と法律」一岩波文庫・一九八二) 三二二頁以下。
- (3) 石尾芳久「増補 日本古代法の研究」(法律文化社・一九六〇)である。利光三津男(書評)「法制史研究」11(一九六〇) 二一七頁以下参照。
- (4) 石尾芳久「日本古代法の研究」一二二頁以下。石尾芳久「天津罪国津罪再論」同「日本古代法史」(塙蓮吉・一九六五) 一七五頁(注9)を参照。
- (5) 石尾芳久「天津罪国津罪再論」・六〇頁。
- (6) Mittels, Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., München/Berlin 1952, 19 f. ミッタイス(世良晃志郎訳)【ドイツ法制史概説】(創文社・一九五四) 四三頁以下 (Mittels, Heinrich/Lieberich, Heinz, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl., München 1992, 39. ミッタイス/リーベリッヒ【世良晃志郎訳】「ドイツ法制史概説 改訂版」(創文社・一九七一) 五五頁以下)。石尾芳久「日本古代法の研究」三七頁、一二七頁。
- (7) 井上光貞「隋書倭国伝と古代刑罰」『季刊 日本思想史』1(一九七六) 六頁下段注(2) 参照。また杉山晴康「解説」三三三頁。
- (8) 石尾芳久「日本古代法の研究」二二八頁。
- (9) 小島祐馬「支那に於ける刑罰の起源に就いて」同「古代支那研究」(弘文堂・一九四三) 八九頁以下、および石尾芳久「日本古代法の研究」二七頁以下参照。
- (10) 石尾芳久「日本古代法の研究」三四頁。

- (11) 石井紫郎「かむやらひ」と「はらへ」——井上光貞「古典における罪と制裁」をめぐって——片岡輝夫他著「古代ロ  
ーマ法研究と歴史諸科学」(創文社・一九八六)四三八頁。
- (12) 一般に虎尾俊哉「延喜式」(日本歴史叢書・吉川弘文館・一九六四)二〇頁。また山本博文編「歴史学事典 9法と秩序」  
(弘文堂・二〇〇二)十四／十五頁(吉村武彦「天津罪」)、一四一頁(同「国津罪」)、二三四頁(同「固有法」)参照。
- (13) 石尾芳久「天津罪と国津罪」同「古代の法と大王と神話」(木鐸社・一九七七)一四頁。
- (14) 「比較法史研究」一(未來社・一九九二)一七七頁上段。
- (15) 石尾芳久「井上光貞氏「隋書倭国伝と古代刑罰」について」同「古代の法と大王と神話」(木鐸社・一九七七)二八頁。
- (16) 杉浦健一「未開社会における法」(日本評論社・一九五〇)十八頁。
- (17) Kohler/Wenger, aaO.36. コーレル「法の一般的な歴史」八四頁。なお、牧野英一「刑法総論 上巻」(有斐閣・一九五八)  
九四頁(「団体の対内関係と対外関係」)を参照; また滋賀秀三「清代中国の法と裁判」(創文社・一九八四)九九頁(注9)  
にいう「族人と族外者」を参照。
- (18) Kohler/Wenger, aaO.37. コーレル「法の一般的な歴史」八七頁。杉浦健一「未開社会における法」三四頁以下で紹介する  
ラドクリフ・ブラウンの所論によれば、未開社会で「近親相姦、呪詛、部族の慣習に反復違反することおよび種種の神聖旨  
潰」と、「殺人、傷害、窃盗、姦通、負債の支払いをおこなうことなど」とは区別され、前者は公的不法行為で「刑罰的制  
裁」を受け、後者は私的不法行為で「賠償的制裁」を受ける。また、前者についてフォーテス／エヴァンススプリッチャー  
下編(大森元吉他訳)「アフリカの伝統的政治体系」(みすず書房・一九七二)六頁(「公的不法行為」)、八頁(「宗教上の罪  
(sin)」)参照。
- (19) これは言い換えれば、小島祐馬「支那に於ける刑罰の起源に就いて」九八頁に、次のようにみえる所論に近い見解である。  
「二体復讐といふものは加害者に対する制裁の欠如するところから起る。団体に制裁力のある間は、その団体内には復讐は  
起らない。」また小野清一郎「日本刑法の歴史的發展——一つの概観」同「刑罰の本質について・その他」(有斐閣・一九五

- 五) 三四七頁 (「番社における會長」) 参照。
- (20) 村川堅太郎「古代ギリシア市民——殺人についての意識をめぐって——」『岩波講座 世界歴史2 (古代2)』(一九六九) 五七頁。
- (21) Kohler/Wenger.aao.37. コーレル『法の一般的な歴史』八七頁。
- (22) Kohler/Wenger.aao.38,40. コーレル『法の一般的な歴史』八七頁以下および九四頁。なおカーストの掟について階級(種姓の制度)の法たることを主目的としたマヌ法典の一例が、田辺繁子「古代法としてのマヌ法典」『専修大学論叢』二二八(一九六二) 六九頁以下に詳しい。また叛逆罪の「宗教的性格」について 片岡輝夫「ローマ初期における刑法と国家権力」法制史学会編『刑罰と国家権力』(創文社・一九六〇) 三五一頁(注120)
- (23) 村川堅太郎「古代ギリシア市民」七〇頁。なおまたフレイザー(永橋卓介訳)「サイキス・タスク(俗信と社会制度)」『岩波文庫・一九四〇』一五二頁(「古代ギリシヤ人」)。
- (24) 小田洋「アテネに於ける殺人訴訟——公衆訴追主義との関連——」『鹿児島大学 文科学論集』4 (一九六八) 一五〇頁(注16)。なお「柳俊夫」『古代ギリシア法思想史研究』(御茶の水書房・一九九〇) 一四二頁(「伝染病患者」[G・トムソン])参照。中田薫「古法と触穢」同『法制史論集』3 (岩波書店・一九七二) 二〇二頁以下。
- (25) プラトン(森進一他訳)『法律(下)』(岩波文庫・一九九三) 二〇八頁(八七一B)。また小田洋「アテネに於ける殺人訴訟」一五〇頁(「白らに穢れと神々の怒りを引き受ける」)。
- (26) 杉浦健一「未開社会における法」三〇頁。またモンテギュー(鈴木満男他訳)『人類の百万年——人類学入門——』(現代教養文庫・一九九三) 一七六頁(「集団の問題」)。
- (27) フォーテス/エヴァンスリプッチャード編『アフリカの伝統的政治体系』九頁(「個人ないし集団同士の衝突」)。
- (27 a) Kohler/Wenger.aao.40. コーレル『法の一般的な歴史』九二頁以下。
- (28) 瀧川幸辰「刑罰の本質としての応報」『法学論叢』五の六(一九二二) 十九頁。また瀧川幸辰「刑罰について」『法学論叢』

十二の三(一九二四)六頁(「苦痛の贖罪浄化の作用」)。牧野英一「故ヨゼフ・コーラー教授に就て」『法学協会雜誌』三八  
 〇十一(一九二〇)二〇頁も参照。

(29) Kohler/Wenger.a.o.40. コーレル「法の一般的な歴史」九三頁以下。

(30) 石尾芳久「井上光貞氏」『隋書倭国伝と古代刑罰一について』二八頁。また同「日本古代法の研究」一二二頁(注3)。

(31) 船田享二「ローマ法」第一巻(岩波書店・一九七二)一一二頁。

(32) 佐藤篤士『LEX XII TABULARUM』(早稲田大学比較法研究所・一九六九)一八〇頁。なお、片岡輝夫「ローマ初期に  
 おける刑法と国家権力」三一九頁(注121)を参照。

(33) 石本雅男「不法行為論」(日本評論新社・一九五四)二〇頁。

(34) 船田享二「ローマ法」第三巻(岩波書店・一九七〇)四一六頁。

(35) 石本雅男「不法行為論」一九〇頁。

(36) 原田慶吉「楔形文字法の研究」(弘文堂・一九四九)二五六頁。

(37) 柴田光蔵「ローマ裁判制度研究」(世界思想社・一九六八)二〇八頁。

(38) ミッタイス「ドイツ法制史概説」五〇頁(改訂版六二頁)。

(39) ミッタイス「ドイツ法制史概説」五〇/五一頁(改訂版六二/六三頁)。また仲節雄「ゲルマン民族法に於ける刑法思想  
 について」『日本法学』一二の五(一九五七)三二頁(偶成事件)を参照。

(40) 船田享二「ローマ法」第三巻四三三頁。

(41) 佐藤篤士『LEX XII TABULARUM』一八二頁以下。また岩田健次「ローマ法における殺人罪」『関西大学法学論集』十  
 六の四・五・六(合)(一九六七)五七四頁(「民事法の損害賠償」)。

(42) 小田洋「アテネに於ける殺人訴訟」一四三頁(注24/27/31)。

(42 a) なお古林裕二「古代ギリシャ刑法に於ける過失責任論と刑法思想」『福岡大学 法学論叢』六の一・二(合)(一九六二)

- 十四頁（「行為は人を殺す」と云う結果主義から「行為者は人を殺す」という責任主義への移行）参照。
- (43) 石尾芳久「井上光貞氏『隋書倭国伝と古代刑罰』について」二四／二五頁。
- (44) Kohler/Wenger.aao.38. コーレル「法の一般的な歴史」八八頁。なお、より大きな集団内部における復讐の生起という逆の方向への推移について、杉山晴康「解説」三二五頁参照。
- (45) cf.Kohler/Wenger.aao.278 (L.Wenger: die Ausdehnung des internen Strafrechts). また小野清一郎「日本刑法の歴史的發展」三四七頁（族長の裁判）も同趣旨の所論といえよう。
- (46) 石尾芳久「日本古代法の研究」十七頁。
- (47) 石尾芳久「日本古代法の研究」十二頁。
- (48) 武田祐吉「祝詞」『日本古典文学大系』古事記祝詞（岩波書店・一九六六）三七〇頁。
- (49) 武田祐吉「祝詞」四二五頁。
- (50) その他諸史料における天津罪国津罪に属する罪の内容・覧は、大林太良「古代日本における分類の論理」同編「神話・社会・世界観」（角川書店・一九七二）三四五頁を参照。
- (51) 大林太良「古代日本における分類の論理」三四七頁は、天津罪国津罪の表現は平安時代のものであるが、觀念自体はすでに記紀編纂時代に存在していたとみている。
- (52) 武田祐吉「祝詞」四二四頁（注一）。
- (53) 中村吉治「古代日本の土地所有制について」同編「土地制度史研究」（芳恵書房・一九四八）二七頁。
- (54) 高柳真三「上古の罪と祓および刑」同「江戸時代の罪と刑罰抄説」（有斐閣・一九八八）四七五頁。また石井良助編「法律学演習講座 日本法制史」（青林書院・一九五四）二八〇頁（三、四世紀頃またはそれ以前のころ）を参照。
- (55) 倉野憲司校注「古事記」（岩波文庫・一九八五）三五／三六頁。また、武田祐吉訳注「新訂古事記」（角川文庫・一九九七）三六頁。

- (56) 坂本太郎他校注「日本書記(一)」「(岩波文庫・一九九五) 七四―七六頁。なお松前健「日本の神々」(中公新書・一九八一) 五〇頁。
- (57) 倉野憲司校注「古事記」三八頁。武田祐吉訳注「新訂古事記」一三八頁
- (58) 坂本太郎他校注「日本書記(一)」「七八頁。なお奥野彦六「日本法制史における不法行為法」(創文社・一九六〇) 二二三―二四四頁は、「贖ふ」の言葉が日本書記にしか述べられていないのを、次のようにみる。「かかる行為は贖に該当するとの説明即ち評価の方法が後で中国から伝つてきた」と。
- (59) 宇治谷孟「日本書記(上) 全現代語訳」(講談社学術文庫・一九九〇) 四一頁。
- (60) 白川静「漢字の世界と中国文化の原点」(東洋文庫・平凡社・一九八八) 七〇頁。
- (61) 倉野憲司校注「古事記」一三三頁。武田祐吉訳注「新訂古事記」一二四頁。「上通下通婚」は祝詞の「おのが母犯せる罪・おのが子犯せる罪・母と子と犯せる罪・子と母と犯せる罪」に相当し(「古事記傳」三十之卷「本居宣長全集 第十一卷」〔筑摩書房・一九六九〕三六一頁参照)。「馬婚、牛婚、鶏婚、犬婚の罪」は「畜犯せる罪」にあたる。なお、小野清一郎「日本刑法の歴史的發展」三五二頁(「すべて行為的なもの」)参照。これにたいし松岡静雄「ツミ(罪)とツミナヒ(刑)(其二)」「社会学雑誌」四一(一九二七) 五九頁(「災殃」)を参照。
- (62) 教健二「固有刑法の基本観念」『法学論叢』四六の六(一九四二) 十一頁は「ツミ」の原義を「摘ミ」にみる。共同体の成長発展を摘み取る(妨害する)という意味である。なお一般には石井良助「日本刑事法史」(創文社・一九八六) 十五頁(「包み隠すべき行為」)。ツミのさまざまな解釈については石井良助編「法律学演習講座 日本法制史」二八〇頁以下。
- (63) なお、「すさのを」(田の神)と天津罪と田植えの関係について「折口信夫全集ノート編第五」(中央公論社・一九七七) 九八頁以下参照。
- (64) 石尾芳久「日本古代法の研究」十六頁。なお、畔放以下、これらの個々の行為の意味については、井上光貞「古典における罪と制裁」同「日本古代国家の研究」(岩波書店・一九六六) 二五六頁以下にも詳しい。

- (65) 例えば、井上光貞「日本の歴史 1 神話から歴史へ」(中公文庫・一九七三) 五〇/五一頁。
- (66) 石尾芳久「天津罪国津罪再論」一七八/七九頁。また石尾芳久(書評)「井上光貞「古典における罪と制裁」」『法制史研究』16(一九六六)一六九頁下段。これにたいし平野孝國「罪と祓の構造」『季刊 日本思想史』12(一九七九) 十二頁、二四頁(罰金)。
- (67) 石尾芳久「天津罪と国津罪」二四頁。
- (68) なお、瀧川政次郎(書評)「高柳真三「上古の罪と祓および刑」」『法制史研究』2(一九五二) 一一二頁(畜仆とは「狩猟の方式……を無視」した獣類の屠殺) 参照。
- (69) 石尾芳久「日本古代法の研究」二〇頁。なお利光三津夫/長谷山彰「新 裁判の歴史」(成文堂・一九九七) 四頁(「ハライ」)「神怒をしずめる行為」 参照。
- (70) 石尾芳久「日本古代法の研究」二二頁。
- (71) この点に関して、金子武雄「天津罪国津罪考」『国語と国文学』二七の八(一九五〇) 十七頁下段はこう述べる。祝詞は天津罪国津罪について「暗い行為そのものとその行為の結果として生ずるものとを未だ分析せずに一つのものとして罪と呼んでゐる」と。行為の結果として生ずるものとは「災気」である。天津罪の場合は「悪意の呪術」からくる災気で、国津罪の場合は「汚穢」からくる災気である(十六頁)。なお後述(注175)の牧健二氏の所論も参照。また高柳真三「上古の罪と祓および刑」四七〇頁(ツミが刑の意味をもっていた)以下。さらに、杉山晴康「日本の古代社会と刑法の成立」(敬文堂・一九六九) 一一四頁以下/二三五頁以下によれば、国津罪は「崇罰」として神が与えたツミと、神の禁じた「犯行」としてのツミ(「母犯罪他の性犯と、石尾氏のいう黒魔術はこれに属する」とにわけられるが、共にツミと呼ばれていた)とが重要な点である(二四二頁)。
- (72) 石尾芳久「天津罪と国津罪」二二頁。
- (73) 石尾芳久「日本古代法の研究」二三/二四頁

- (74) Malinowski, Bronislaw, *Crime and Custom in Savage Society*, London and Henley 1920 (reprint 1978), 77 f., 95 f. マリノウスキー (青山道夫訳) 『未開社会における犯罪と慣習 付文化論』(新泉社・一九七六) 六七頁以下。またマリノウスキー (泉靖一他訳) 『未開人の性生活』(新泉社・一九九九) 三六〇頁以下、ホーベル (千葉正士他訳) 『法人類学の基礎理論』(成文堂・一九八四) 二〇九頁以下、小野清一郎『法律思想史概説』八頁も参照。
- (75) 奥野彦六『律令前日本古代法』(巖南堂書店・一九六一) 七〇頁。また吉本隆明『改訂新版 共同幻想論』(角川文庫・一九九二) 二二七頁以下。
- (76) ウェーバー(石尾芳久訳)『法社会学』十八頁。
- (77) 石母田正『古代法の成立について』同『官僚制と法の問題 日本古代国家論第一部』(岩波書店・一九七三) 二二九頁。
- (78) 石母田正『古代法』『日本歴史4』(古代4) (岩波書店・一九七二) 二九八頁。
- (79) 石母田正『古代法』一九七頁。
- (80) 井上光貞『古典における罪と制裁』二七〇/七一頁および二七五頁(注4)。
- (81) 石井紫郎『かむやらひ』と『はらへ』四〇五頁(注16) 参照(『大八洲国』II「天下」)。
- (82) 倉野憲司校注『古事記』三三頁。武田祐吉訳注『新訂古事記』三三頁。
- (83) 坂本太郎他校注『日本書記』(一) 六二頁。
- (84) この点を考えると、石井紫郎『かむやらひ』と『はらへ』四〇七頁が第六段、七段をたんに「挿話」とみるのには、にわかには賛同しがたい。
- (85) 井上光貞『日本の歴史 1 神話から歴史へ』四八/四九頁。なお原田敏明『日本古代宗教 増補改訂版』(中央公論社・一九七〇) 二二五頁(大和と出雲と何かそこに生活を異にした部族の対立)を参照。また津田左右吉『日本古典の研究上』(津田左右吉全集 第一巻)『岩波書店・一九六三』四三三頁(政治的意義)、四四七頁(イツモとヨミとの間に聯絡)。
- 他に吉本隆明『共同幻想論』二二三頁以下。



- (86) 石尾芳久「井上光貞氏『隋書倭国伝と古代刑罰』について」二四頁。
- (87) なお、中村吉治「古代日本の土地所有制について」五三頁（一方がねたんで）参照。
- (88) 瀧川幸辰「刑法講話」（日本評論社・一九二四）四頁。
- (89) 原島礼二「天津罪・国津罪とその社会的背景」『歴史学研究』二九〇（一九六四）五頁右段。
- (90) 本居宣長「大藏詞後釋」『本居宣長全集 第七卷』（筑摩書房・一九七六）一三七頁、また平泉澄「物語日本史（上）」（講談社学術文庫・一九八六）四五頁参照。なお津田左右吉「日本上代史の研究」（津田左右吉全集・第三卷）〔岩波書店・一九六三〕三二二頁（人の所有物にあしきものをつけてそれを棄却すること）、「祓の呪術」。瀧川政次郎氏によれば（日本法制史（上））「講談社学術文庫・一九九二」一〇三頁）記紀の時代はすでに「はらい」に加えて「俗法的刑罰が科せられた時代」であるが、この場合この刑罰が追放ということであろうか。
- (91) 牧英正「日本古代贖罪制度考」『大阪市立大学 法学雑誌』四の三・四（一九五八）七七／七九頁。
- (92) なお、瀧川政次郎「日本法律生活の特質」同「日本法制史研究」（有斐閣・一九四一）は「械具として犯人より徴する物品は、後世に於いては主として奴隸、牛馬、刀剣等の重要な貨財であったから、いつしかそれが財産刑、没収刑と混同せられるに至った」と述べるが、この後世における変化は、牧氏も認めるようである（牧英正「日本古代贖罪制度考」七九頁「俗世的刑罰」。また中田薫「古法と触穢」一一〇九頁（後世に財物を以て此身的棄物に代ふる））。
- (93) 奥野彦六「日本法制史における不法行為法」二二三／二四頁。
- (94) マリノウスキー「未開社会における犯罪と慣習」七〇頁。
- (95) なお、折口信夫「道徳の發生」『折口信夫全集 第十五卷』（中央公論社・一九七三）三五六頁は、「結婚等級を乱すと、其が部落の生活を危くする」という眼で、性的タブーの違反をみている。
- (96) マリノウスキー「未開社会における犯罪と慣習」六九頁。
- (97) マリノウスキー「未開社会における犯罪と慣習」八二／八三頁。その他に、夫が妻の姦通を非難し、あるいは妻との激し

い争いの最中に彼女を侮辱し、妻がロウによって自殺し、しかも夫も自殺によってその後を追った諸事例をマリノウスキは挙げた。ロウによるのでなく服毒自殺もあった。

(98) 弓削達「アグリッピンナ物語」(河出文庫・一九八五)四八頁。

(99) 柴田光蔵「ローマ裁判制度研究」二二頁(注9)。

(100) 柴田光蔵「ローマ裁判制度研究」二二頁(注9)。なお古代インドでは、中野義照「印度に於ける罪と罰と贖との觀念一般」(現代佛敎)三の三二(一九六二)四一頁によれば「殺罪の贖は自殺によつてなされる。」

(101) 莊子邦雄「近代刑法の原初形態」(刑法雜誌)五の二(一九五四)五二頁(注4)以下参照。また一柳俊夫「古代ギリシア法思想史研究」一四一頁(注11)も復讐、内部的刑罰に注目する。

(102) 莊子邦雄「近代刑法の原初形態」五七頁(刑法生成の原初の起点)以下参照。また小野清一郎「日本刑法の歴史的発展」三四六頁(「社会的」復讐)も参照。

(103) ミッタイス「ドイツ法制史概説」四九頁(改訂版六一頁)。また三浦澄雄「ゲルマン時代の刑罰について」(政経論叢)二一の五・六(一九七二)一六一頁(「刑がすべて全員の手で」、一六二頁(注40)参照。片岡輝夫「ローマ初期における刑法と国家権力」三一九頁(「無組織な死刑」)。

(104) 山本茂他編「西洋の歴史(古代・中世編)」(ミネルヴァ書房・一九九二)一六一／六二頁参照。

(105) ミッタイス「ドイツ法制史概説」四九頁(改訂版六一頁)。なおレーフェルトの見解とは、Rehfeldt, Bernhard, Todesstrafen und Bekehrungsgeschichte, Berlin 1942 を指す(拙著「刑罰(ヨーロッパの)」『歴史学事典9 法と秩序』[前注12]一六一頁右段参照)。

(106) 莊子邦雄「近代刑法の原初形態」五〇頁(注14)参照。

(107) ウェーバー「法社会学」七八頁。

(108) ウェーバー「法社会学」七八／七九頁。

- (109) これは牧野英一「刑法総論 上巻」九四頁以下に詳述されている。
- (110) 石尾芳久「日本古代法の研究」二二頁。
- (111) 石母田正「古代法」二九七頁。
- (112) 井上光貞「古典における罪と制裁」二七六／二七七頁。
- (113) ウェーバー「法社会学」九二頁。
- (114) ウェーバー「法社会学」九四頁(注二)(注三)参照。
- (115) 瀧川幸辰「刑罰の本質としての応報」十六頁を参照。
- (116) この点について、莊子邦雄「近代刑法の原初形態」六一頁(注4)参照。
- (117) 莊子邦雄「近代刑法の原初形態」六三頁(注16)参照。
- (118) 寺澤一「血讐論(二・完)」法学協会雑誌「七〇の一(一九五三)」五六頁。
- (119) 例えばローマについて青山道夫「家族史の諸問題」(龍吟社・一九四九)六七頁以下、莊子邦雄「ローマ裁判制度研究」一六七頁以下、奴隸殺害とローマ刑法——「刑法雜誌」三の二(一九五二)八三頁以下、柴田光蔵「ローマ裁判制度研究」一六七頁以下、古ゲルマン社会について莊子邦雄「近代刑法の原初形態」四九頁(注10／11)。また、ジッペの長老の場合を含め、莊子邦雄「ゲルマン古代刑法の性格——処罰権と正当性との関連を中心として——」法律時報「二八の三(一九五六)」三六頁下段以下、三八頁(注39／40)を参照。
- (120) 三浦澄雄「ゲルマン時代の社会構造について」法と政治「四八の一(一九九七)」五五頁。もちろんウェーバー自身も家長権力の制限に言及はするが、その意義を法的側面の点からしか評価しない(「法社会学」九二頁「きわめて稀にしか法規則に拘束されることはない」)。他方、原田俊彦「*vivae necisque potestas*と「家裁判」」早稲田法学「六三の三(一九八八)」一四九頁、一六〇頁によると、習俗上の制度であった家裁判において、家長は妻や卑属の犯罪について親族・友人からなる *consilium* の決定にしたがわねばならなかった。

- (121) 民会で扱われる事件の詳細については、莊子邦雄「ゲルマン古代刑法の性格」三五頁中段以下参照。
- (122) 石尾芳久「日本古代法の研究」四三頁（注15）。またミッタイス「ドイツ法制史概説」五五頁（改訂版六七頁）。
- (123) 石尾芳久「日本古代法の研究」三七頁。
- (124) 石原道博編訳「新訂魏志倭人伝・後漢書倭伝・宋書倭国伝・隋書倭国伝」（岩波文庫・一九九二）六九頁。
- (125) 石尾芳久「日本古代法の研究」三七頁。
- (126) 国原吉之助訳「タキトゥス」（世界古典文学全集 22・筑摩書房・一九八七）三六〇頁下段。
- (127) 三浦澄雄「沼沢死体 Moorleichen について」『法と政治』三九の二（一九八八）一六二／六三頁。また谷口幸男「ゲルマン人の死刑について」『広島大学文学部紀要』三四（一九七五）二四六頁の「エッダ」における事例も参照。
- (128) 石尾芳久「日本古代法の研究」五二頁。
- (129) 石尾芳久「日本古代法の研究」四一頁（注3）以下。
- (130) ミッタイス「ドイツ法制史概説」五一頁（改訂版六三／六四頁）。
- (131) 石尾芳久「日本古代法の研究」四一、五二頁。
- (132) 石尾芳久「日本古代法の研究」十七頁。
- (133) 渡瀬信之「サンスタリット原典全訳マヌ法典」（中公文庫・一九九二）二四七頁。また田辺繁子「マヌ法典」（岩波文庫・一九七七）二二二頁。
- (134) 石尾芳久「日本古代法の研究」五二頁（注26）。
- (135) 白川静「漢字の世界 2 中国文化の原点」四六頁。
- (136) 瀧川政次郎（書評）「高柳真三「上古の罪と祓および刑」一一四頁（神判は屢々拷問として用ひられる）」参照。
- (137) ミッタイス「ドイツ法制史概説」一四一頁（改訂版一六〇頁）。
- (137 a) 中田薫「古代亜細亜諸邦に行はれたる神判」同「法制史論集」3（岩波書店・一九七二）九二、三頁。

- (137b) 石尾芳久「日本古代法の研究」三七頁(注5)。
- (138) 石尾芳久(書評)「井上光貞」古典における罪と制裁」一九六頁(「実質的には死刑を意味する」)。
- (139) ミッタイス「ドイツ法制史概説」四八頁(改訂版五九／六〇頁)。
- (140) ミッタイス「ドイツ法制史概説」四七頁(改訂版五六頁)。
- (141) Achter, Viktor, Geburt der Strafe, Frankfurt (M) 1951. その見解の一端と、それに関する批判との一例は、三浦澄雄「ゲルマン時代の刑罰について」一五一頁(注5)以下を参照。なおハッテンハウアー(拙訳)「中世における贖罪と刑罰について」『熊本法学』八四号(一九九五)八四頁上段以下、および九三頁以下。
- (142) Mitteis, Heinrich, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt. 69, 1952, 483(「die Worte Strafe und Strafrecht」)。
- (143) ミッタイス「ドイツ法制史概説」四九頁(改訂版六一頁)。cf. Mitteis, Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 1. Aufl., München/Berlin 1949, 19; Mitteis, Heinrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., München/Berlin 1952, 23. 以下拙稿「贖罪と刑罰のあいだ—ヨーロッパ中世刑法史点描—」『法学』六三の六(二〇〇〇)七〇頁参照。
- (144) なお三浦澄雄「ゲルマン時代の刑罰について」一五五頁(「必然的に死刑であったとは考えられない」)も参照。
- (145) Nehlsen, Hermann, Der Grabfrel in den germanischen Rechtsaufzeichnungen, in: Jankuhn, Herbert u.a. (Hrsg.), Zum Grabfrel in vor- und frühgeschichtlicher Zeit, Göttingen 1978, 105 ff., insb. 141(Anm. 139), 146(Anm. 158), 147(Anm. 167), 158(Anm. 222)。
- (146) クレッシェル(石川武監訳)「ゲルマン法の虚像と実像」(創文社・一九八九)十九頁以下。また石井紫郎「「かむやらひ」と「はらへ」」四一—五頁以下。
- (147) 西川洋一「古代末期—中世初期における流血刑—ガリア・ゲルマニアを中心として—」(二)二・完)『国家学会雑誌』二〇〇一・二／三・四(一九八七)。

- (148) 例えば、阿部謹也「中世賤民の宇宙」(筑摩書房・一九八七)一八四頁以下、一九三頁(死者として追放された)。  
 Sellert, Wolfgang/Ruping, Hinrich, Studien · und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, I, Aalen  
 1989 や Mitsuis/Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 18. Aufl.(1988), 19. Aufl.(1992)にはネールゼンの所論への言及は見ら  
 れない。
- (149) いずれも久保正權訳「サリカ法典」「リプアリア法典」(創文社・一九七七)による。なお荘子邦雄「近代刑法の原初形態」  
 六九頁(注9)参照。
- (150) 石井紫郎「かむやらび」と「はらへ」四一六頁。
- (151) Nehlsen, Hermann, Der Grabfvehl in den germanischen Rechtsaufzeichnungen, aaO, 155 (Ann.214), 156 (Ann.218)。
- (152) 世良晃志郎訳「バイエルン部族法典」(創文社・一九七七)第十九章の二による。
- (153) 寺澤一「血書論」(二・完)四〇頁(注8)。因みにローマ法では、屍体の盗取や移転を含んだ墳墓に関する罪は流刑もし  
 くは死刑に処せられた(戸倉広「羅馬の刑事法」『経済法律論叢(専修大学学会誌)』十一「一九四九」二〇二頁)。
- (154) ミッタイス「ドイツ法制史概説」五二頁(改訂版六四頁)。
- (155) ミッタイス「ドイツ法制史概説」五三頁(改訂版六五頁)。なおミッタイスの所論に基づくフンデルトシャフト裁判所に  
 おける裁判手続きの素描は、林屋礼二「民事訴訟の歴史——古代ゲルマン法とローマ法における訴訟手続——」『法学』四  
 四の二(一九八〇)五頁および七頁以下参照。
- (156) ミッタイス「ドイツ法制史概説」四八頁(改訂版五九頁)。
- (157) 世良晃志郎「フンデルトシャフト研究の新動向(一)」「法学」二二の二(一九五八)二五頁注(八)。
- (158) ミッタイス/リーベリッヒ「ドイツ法制史概説 改訂版」六五頁、ミッタイス「ドイツ法制史概説」五三頁。
- (159) 三浦澄雄「ゲルマン時代の刑罰について」六八頁。
- (160) ミッタイス「ドイツ法制史概説」四四頁(改訂版五五/五六頁)。

- (161) ミッタイス『ドイツ法制史概説』四四頁(改訂版五六頁)。
- (162) ミッタイスノリーベリッヒ『ドイツ法制史概説 改訂版』六一頁。cf.Nehlsen,Hermann,Entstehung des öffentlichen Strafrechts bei den germanischen Stämmen in:Kroeschell,Karl (Hrsg.) Gerichtslauben-Vorträge.Sigmaringen 1983,7 (Elemente eines öffentlichen Strafrechts)。
- (163) ミッタイス『ドイツ法制史概説』三三四頁(改訂版四二四頁)。
- (164) 野崎直治「ゲントマール」『法制度としてのゲルマンのジッペ』ノハッフ『異論のあるジッペ概念とジードルングの問題』『社会経済史学』二二の四(一九五六)。〇四頁以下、吉田徳三郎「古ゲルマン社会についての一考察」『日本法学』二六の三(一九六〇)九五頁、石川武「クレッシェル」『ゲルマン法におけるジッペ』『北大法学会論集』十一の四(一九六一)一一八頁以下、坂田正二「古代ゲルマンの社会構成について——Tacitus, Germaniaの再検討——」『広島大学文学部紀要史学』二二の二(一九六三)一八七頁以下(同「ゲルマン社会史の研究」『溪水社・一九七六』十七頁以下)、三浦澄雄「ゲルマンのジッペについて」『史学研究(広島史学研究会)』九六(一九六六)三四頁以下、世良晃志郎「ゲルマン古代社会における領主制の問題」高橋幸八郎他編『近代化の経済的基礎』(岩波書店・一九六八)六頁(注13、14)、三浦弘万「ゲルマン部族のジッペについて」『静岡大学教養部研究報告』十二(一九七六)一〇三頁以下(同「ゲルマン経済・社会・文化の史的研究」[杉山書店・一九八〇]五頁以下)、三浦澄雄「ゲルマンの自由概念について(二・完)」『法と政治』三二の一(一九八〇)一二四頁以下、熊野聡「北欧初期社会の研究」(未来社・一九八六)一五九頁以下など参照。
- (165) ミッタイスノリーベリッヒ『ドイツ法制史概説 改訂版』三〇頁。
- (166) ミッタイスノリーベリッヒ『ドイツ法制史概説 改訂版』五六頁。
- (167) 三浦澄雄「ゲルマン時代の社会構造について」四八頁以下。なお従土制については、吉田徳三郎「古ゲルマン社会についての一考察」九七／九八頁も強調する。

- (168) 前注(164) 所掲の野崎直治氏の書評を参照。
- (169) ミッタイス「ドイツ法制史概説」二二頁(改訂版二八頁)。なおまたシュルツェ(千葉徳夫他訳)『西欧中世史事典』(ミネルヴァ書房・一九九七)一五四頁(ひとつの血縁団体に所属することの重要性)参照。この点からの具体的な考察の一つとして上野雅和「アングロサクソン社会における婚姻の基本的性格」『松山商大論集』十二の四(一九六二)四四頁(注3)参照。
- (170) 一例として、大竹秀男他編『日本法制史』(青林双書・一九八〇)十五頁(「非血縁の者をも含む政治的な集団」)、仁井田陞『中国法制史』(岩波全書・一九六五)九二頁(「氏族等の団体による報復」)、片岡輝夫「ローマ初期における刑法と国家権力」三〇八頁(注3)、ホーベル『法人類学の基礎理論』三六頁、ローウィ(河村只雄他訳)『原始社会』(未来社・一九七九)一一二頁(「氏族の紐帯は永久的である」)。また具体的な考察の一つに、熊野聰「アイスランドのサガにあらわれた「血の復讐」についての一考察」『彦根論叢』一四三(一九七〇)五七頁以下参照。
- (171) 大林太良「古代日本における分類の論理」二五一頁。また松岡静雄「ツミ(罪)とツミナヒ(刑)」(其一)六一頁(「俗界の司法権とは没交渉」)。
- (172) 折口信夫「道徳の発生」三五一頁。
- (173) 前注(12) 所掲の記事。なお石井良助『日本刑事法史』十五頁(「つみ」)は「神の神聖を害する意味」参照。
- (174) ミッタイス「ドイツ法制史概説」四四頁(改訂版五五頁)。
- (175) 牧健二「固有刑法の基本観念」四〇/五頁。また牧英正「日本古代贖罪制度考」八七頁(「刑については規定せず専ら裁判官の量刑にまかせられる」)も参照。
- (176) 一柳俊夫「古代ギリシア法思想史研究」一四二頁。