

科学図書館ブックレット

復讐と法律

穂積陳重著

科学図書館



復讐と法律

穂積陳重

目次

第一章 緒 論	三
第二章 復讐の本質	七
第三章 復讐の沿革	一六
第一節 第一期、復讐義務時代	一六
第一款 復讐義務者	三三
第二節 第二期、復讐制限時代	三九
第一款 復讐義務者の範囲	四四
第二款 復讐義務者の順位	四九
第三款 復讐避難場	五五
第四款 復讐調停機関	六六
第五款 復讐届出	一〇二
第六款 復讐許可	一〇六
第七款 賠償	一〇八

第一章 緒論

復讐と刑罰との關係は、私力公権化に依りて法律を生ずるの理法を解説する

に最も適切な例証を供するものなり。サー・ジェームス・フィッツジェーム

ス・スチーブン先生のいわれたる如く、「刑法の復讐の念に於けるは恰も婚姻

の性慾に於けるが如きもの」にして、(Sir James Fitzjames Stephen, General view of

the Criminal Law of England. p.99.) 復讐は独り原始社会に於て刑罰の起因となり

たるのみならず、現時文明諸国の刑事立法に於ても、其採れる所の刑罰主義の

如何に拘らず、今仍お刑罰の素質たる復讐の痕跡を存する点に至りては、各理

論の一致する所なり。(Bentham, Theory of Legislation. (Principles of Penal Code. Part

2, ch. 16.) ; Bishop Butler's Sermons, vii. ; O. W. Holmes, Common Law. p. 40 ; Georg

Jellinek, Die Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. S.91.) 刑罰を正義

の要求なりとする絶対主義論者は。無意識的に復讐の道義的価値を認むるもの

にして、応報を以て理性の絶対的命令なりとするは、人類の自保性より生じた

る災害に対する反撥排除の心的作用を先天的本能なりとするものなり。刑罰を

復讐と刑罰

スチーブンの説

刑事立法に於ける
復讐の痕跡

刑罰と人類の自保
性

社会防護の作用なりとする者も、亦また刑罰を以て人類の自保性に基づくものなりとし、報復の脅威及び行刑の鑑戒も亦また犯罪防止の効力あることを認むるものなり。只、古来の刑罰主義は回顧的 (retrospective) にして、既往の事実にのみ着眼し、之に対する報復を目的としたるに反し、現時の刑罰主義は前視的 (prospective) にして、主として将来の影響に着眼し、社会の防護を目的とするを以て、最近の立法には殆んど復讐の痕跡を存せざるが如き観あるも、自由意思を以て犯罪責任の基礎と為す学説に抛りたるものは、既に其立法主義の根本に於て応報の原理を認めたる回顧的觀念に基きたるものと云わざる可らず。 (William McDougall, Social psychology, p. 13. 参照) 其他、仔細に刑典の條規を觀るときは、同一の犯行に対しても、其犯行の動機、手段、方法、目的、結果、被害者の身分等に依りて、其量刑の範圍に於て自から社会の道德的感情より生ずる報復の餘地を存するもの少しとせず。或は弑逆、謀叛、売国、殺親の如き激烈に公衆の愛国心、道義心を刺戟する犯罪の如き、其他犯行手段の極めて残忍酷薄にして甚しく人心を刺戟し、社会の激怒を招くものの如きは、之に対して社会の心的満足を得るも亦正当なる行刑の方法と云わざる可らず。此の如きは、一面に於ては報復にして、其系統に於ては古代の復讐に属するものなるも、個人心にも喜怒哀樂の情ある

社会の心的満足

如く、社会心にも亦喜怒哀樂の情ありとするとときは、社会の心的滯足を得しむ
 るは即ち其社会の存在を鞏くする所以にして、仮令直接に社会防護の作用に
 非ざるが如き観あるも、広き意義に於ては、之と其目的を同じうするものと云
 わざるべからず。若し法の行使にして社会感に背反し、其心的満足を得ざる場
 合に於ては、社会心の均衡は之がために劇しき動揺を受け、之を整齊して旧態
 に復するには、其不満の心的状態を消滅せしめざるべからずを以て、之が為め
 に社会の動乱を生ずることあり、民心に背反したる立法が往々社会の変乱を醸
 すことあるは、歴史上普通の現象なり。社会の満足を得ざる法の行使が、往々
 社会的動乱の原因たるも亦周知の事実なり。甚しく社会感を害する犯罪の処罰
 が、社会の心的満足を得ざるがために「リンチ」(Lynch)の私刑行われて、刑罰
 の公権其威力を失うことあり。「リンチ」は刑法上に於ける旧態復現(atarism)
 なり。法律は社会の存在發達を目的とする社会力の作用なるを以て、刑法の目
 的が社会防護にありとするも、単に刑罰の警告を以て犯罪を豫防し、刑罰の執
 行に依りて被刑者を懲戒訓諭して悔悟遷善せしめ、又は公衆より隔離して危害
 を防止するのみを以て足れりとすべきに非ず。必ずや之に依りて人民の道義的
 觀念及び感情に副い、社会の心的満足を得て以て始めて刑法の本旨を達するこ
 ー
 リンチ

とを得べきなり。

復讐は私力制裁なり。刑罰は公権制裁なり。復讐は個体力の作用なり。刑罰は社会力の作用なり。此個体力は文化の進展と共に集中転化して社会力を生じ、公権制裁なる刑罰は私力制裁なる復讐に代わるに至りたるものなり。我輩は法律進化の理法を論ずるの初に於て、先ず法の起原を説くに当り、私力公権化に因りて法を生ずる所以を論証する所あらんとす。

復讐は私力制裁

私力公権化に因つて法を生ず

第二章 復讐の本質

復讐は人類の自保性に起因する反撥作用にして、人類が文化高級の域に達し、其国家的生活の組織整備するに至るまでは、実に其存在発展の一要件たりしなり。復讐は存在を害する刺戟に対する反撃にして、高等生物通有の稟性に起因する自衛作用なり。

自衛作用

ダーウィンは狒々が復讐を為せる事実を記述せり。(Darwin, The Descent of Man, ch. III) 蜂が其巢を毀つ者を螫し、猛獸、毒蛇が之を攻撃する者を反噬する如く、劣等動物すら尚お復讐性を有する者多し。(Georg Jellinek, Die sozialethe Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. S. 91.) 況んや人類の如き神経系統の発達したる高等動物は、其生存を危くする反対勢力を除去せんとする感覚は、殆んど本能的に発達し、小児と雖も痛感を与えたる玩具に対して怒を發して之を擲ち、或は之を毀つこと有り。川柳にも「子のあたま打った柱へ尻をやり」と云えるが如く、往々無生物をも之を反撃して怨恨を慰むるは人の常情なり。大人と雖も、手を螫したる蜂を殺し、足を噬みたる犬を打ち、指を挟みたる器具を投げ

人類の自保性に起因する反撥作用

子のあたま打った柱へ尻をやり

て之を罵る等の事有るが如く、生類が生活に対する危害を報復するは、殆ど其本能に出でたるものと云うことを得べく、單に将来の危害を撃退するに止まらず、既に去りたる禍害に対しても之を反撃し、之に己の受けたる苦痛に類似したる苦痛を与えて、自ら憤怒を慰藉するを常とす。(Listzt, Lehrb. d. deutschen

Stafrrechts. § 271.; Post, Ethnologische Jurisprudenz. II. § 55. 参照)此等の反撃は、畢竟生類の自保性の発現にして、自己防衛又は種族防衛の作用に外ならず。(Guenther, Die Idee der Vergeltung. § 3.) 恨を以て恨に報い、既往を咎めて更に新たなる侵害を加う。そは素より君子の事に非ずして蛮野の陋習なるが如しと雖も、社会の

自己防衛又は種族
防衛の作用

組織未だ備らずして公權力の未だ発達せざる時代に於ては、個人の生命、身体財産の安固を保ち、濫りに其生存の要件を侵犯せらるること無きの保障は、独り自衛的实力ありて、現在急迫の傷害に対しては之を防禦反撃し、将来有虞の侵害に対しては報復を以て之を脅威警戒するの他に途あること無し。故に文化高級の域に達するに至るまでは、復讐は、自己の生活の安全に危害を加うる者に対する唯一の制裁にして、存在競争の最要の利器なり。若し是れ無くんば、個人は強暴者のために害せられ、種族は優强者のために亡ぼされん。若し原始民族にして、右の頬を打たるれば左の頬を向くべしとの聖訓を墨守するが如き

存在競争の最要の
利器

習俗を有するもの有りしならば、其民族は必ずや夙に他の亡滅する所と為りて、其種族は既に跡なきに至らん。サザーランド曰く、「社会の初期に在りて、能

サザーランドの説

く人の行為を抑制し得るものは、独り報復に対する恐怖あるのみ、而も、報復は絶対に必要なりしなり。若し他人の己を殴打創傷し又は己の物を盗奪するに任せて毫も怒らざる者ありとせんか、彼は原始社会に於ては善良に過ぎ、若くは卑怯に過ぎて、到底生存すること能わざるべし。己の妻の辱めらるるを觀己の子の殺さるるを觀て血の沸かざる者は、後裔を遺すこと蓋し稀なり」と。

報復の絶対的必要

(Sutherland, The Origin and Growth of the Moral Instinct. II. p.161.) 夫れ然り、原始社会に於て、己の生命を保ち、己の身体を全うし、己の衣食住を得るは、独り、自助の法あるのみ。社会力に依りて各人の生存を防護すること能わざる場合に於て、生命、身体、名誉、自由、財産を保有するは、自力に依らざるべからざるは自明の理なり。而して、自助の法則は、現行の侵害に対しては実力反撥に依るの他に途無く、将来に於ける侵害に対しては、他人の心裏に恐怖警戒の念を生ぜしむるに如くは無し。「殺すこと勿れ」「盗むこと勿れ」の教義の人心を把持するは、社会的徳義既に大いに發展せる後の事たり。殺傷盗奪を罰するは、国権既に大いに發達せる後の事たり。原始社会に在りては、侵害行為に対して

自助自衛

は独り、自衛あるのみ。復讐は過去の攻撃に対する反撃にして、又将来の攻撃に
 対する警戒なり。復讐は、既往の侵害に対し、之と同一又は類似の害悪を為害
 者に蒙らしめて、怨を霽らし苦痛を慰むるものなりと雖も、之と同時に他人の
 鑑戒となり、他人に警戒を与うるものなり。游桂が「曲礼」に、「父の讐には
 共に共に天を戴かず、兄弟の讐には兵に反らず、交遊の讐には国を同じゅうせ
 ず」とあるに註して、「共に天を戴かざれば、暴者敢て人の父母を害せず、兵に反
 らざれば、暴者敢て人の兄弟を害せず、国を同じゅうせざれば、暴者敢て人の
 交遊を害せず」と云えるは、即ち復讐の鑑戒的豫防作用を説きたるものなり。
 『礼記義疏』卷五「法治状態に在りては、人を殺す者は国家之を死刑に処す」との
 法律ある代りに、法治状態以前に於ては、「人を殺す者は被殺者の親戚之を殺
 す」との習俗あり。一般人民に対して警告を与うるに於て、二者相異なる所ある
 こと無し。故に、復讐は既発の侵害に対しては報復たりと雖も、未発の侵害に
 対しては豫防と為り、原始的生存競争場裏に於ては、個体及び団体の存続発達
 に最も必要な作用に属するものとす。是れいづれの社会に於ても、国権の機
 関備わり、其作用に依りて個人の自衛的制裁を吸収するに至るまでは、復讐を
 以て美德とし、君主、父母、兄弟、朋友に對する至大の義務なりとしたる所以

復讐の鑑戒的豫防
作用

復讐は美德にして
至大の義務なり

なり。

ヘルマン・ポストも復讐を存在競争の一現象と観たるものの如し。彼は復讐
ポストの説

觀念の基礎を論じて曰く、「他人の爲めに殴打せられ又は傷つけられたるときは、成るべく同様の傷害を以て之に酬いんとするは、人の常情なり。故に、復讐は、人性に基くものにして、各人は本来復讐の必要を固有するものなり。」（中略）
復讐は人性に基く

而も、復讐の念は普汎的に存するものにして、復讐は独り人類に対して之を行うのみならず、知能に依り自ら抑制するに非ざれば、劣等動物若しくは無生物に対して之を行うことあり。又復讐の念は、独り人類に限り之を有するものに非ずして、劣等動物も亦之を有するを以て観れば、蓋し復讐は宇宙の一般法則が世界的、有機的に発現したるものにして、人類が宇宙に於て個体として存するが爲め此法則に支配せらるるものなり。總て宇宙に於ける個体は、其個性を維持せんとする性質を具うるものなるを以て、復讐行為の本質は一の宇宙的個体が他の個体に対して完全に其個性を維持せんとするの作用に外ならず」と。

(Post, Bausteine f. e. allg. Rechtswissenschaft, § 40.)

交互的に他人の分を尊重し、敢て之を犯さざるは、共同生活の基本的要件なり。復讐は、人類社会的生活の初期に於て、原始的蛮民に警戒を与え、不正な

る攻撃は必らず同種の反撃を招くべきを意識せしめ、彼等をして互いに自ら相誡めて他人に侵害を加うることなきに至らしむるものなるを以て、独り各個人間に於ける存在競争の要件たるのみならず、これと同時に団体の治安を保障し、共同生活を可能ならしめ、種族若くは団体の存続要件たりしなり。故に、社会的組織整備し、団体の公力を以て其団体を組成する個体生存の安全を保障することを得るに至るまでは、各個人の自力制裁に依りて生命、財産其他の生存要件を充たすの他に途ある事なかりしなり。

団体に対する団体の復讐

復讐は、独り個体が個体に対して之を行うのみならず、団体も亦団体に對して之を行うものなり。ヘルマン・ポストは、復讐の普遍的に行わるるは、自然律たる力あるが爲めに於て、復讐を行わざるは、個人又は団体が自ら其個性を滅却するに等しきものなりと云ひ、(Post, Baustiene f. e. allg. Rechtswissenschaft. § 40.) コーレルが「復讐は法律歴史上に現われたる最も広大にして且つ最も顯著なる結果を生じたる制度の一なり」と云えるが如き、(Kohler, Zur Lehre von der Blutrache.) 皆復讐の一般的現象なるを説きたるものにして、如何なる国民も其文化の初期に於て、一たびは復讐を以て存在競争に関する唯一の保障とする時代を経過したるものなり。西部文明の先導者たるアラビヤ、ユディヤ、ギリシャ、ローマを始めとし、チュー

復讐は一般的現象

種族若くは団体の存続要件

トン人種、ケルト人種、スラブ人種、其他現時ヨーロッパに居住する諸民族も、皆嘗て一たびは復讐を以て唯一の制裁となしし事あるは、史家の論証する所なり。(Koenigswarter, Développement de la Société Humaine, part ii, chap. i.) 東部文明の

支那

先驅者たる支那に於ては、古代復讐を以て美德とし、礼典に於て之を臣子兄弟朋友の義務とせるは人の知る所なり。現時地球の各方面に散住する無数の未開人民は、未だ法治生活の域に進まず、復讐を以て犯害に対する唯一の制裁とし、之を以て被害者の遺族遺友の最大義務なりとするは、人類学者の齊しく記述する所なり。スクールクラフトが、北アメリカのインディアンに於ては、「報復の外に刑罰あるを知らず」「家族の一員に対する一切の犯害は他の家族に依りて復讐さる」と云い、(Schoolcraft, Indian Tribes of North America. I. 207, ; II, 131.) ホール(Hall)がエスキモ人に付て、「若し殺害せらるる者あるときは、其最近親は其殺害者を殺す」と云い、(Suthreland, Origin and Growth of the Moral Instinct. p. 162.) ブレットがギアナ人に付て、「謀殺の如き罪の犯さることあるときは、彼等は復讐の法を厳守す」(Brett, Indian Tribes of Guiana. p. 104.) と云えるを始めとし、諸蛮族の復讐を以て犯害に対する唯一の制裁とすることを記せる書、枚挙するに遑あらず。是れ蓋し復讐は蛮民間に於ける唯一の制裁なればなり。

ギアナ人

エスキモ

北アメリカのイン
ディアン

是を以て之を觀れば、復讐は法治以前若くは法治の初期に於ける普遍現象に於て、文明諸国に於ては其過去に於て、半開以下の諸民族に於ては其現在に於て存在し、人類共同生活の發達史上の初期に於て必らず一たびは經過せざる可らざる社会進化の徑路に當るものなり。

法治以前若くは法治の初期に於ける普遍現象

斯の如く、復讐には生物学上の基礎ありて、人類社会生活の初期に於て必然存在すべき普遍現象なるを以て、何れの民族に於ても、或時代に於ては、之を人世の常經なりとし、之を倫理上の義務なりとせり。支那に於て、古來學者の復讐を論ぜしものに、往々此義に中れるものあり。『大学衍義補』に丘濬が復讐の義は乃ち生民彝を乗るの道、天地自然の理なり。

丘濬

といい、胡寅が

胡寅

復讐は人の至情に因りて以て臣子の大義を立つる也。

讐にして復せざれば、人道滅絶し、天理淪亡す。

と云い、『曲礼全経』に湛若水が

湛若水

復讐の礼何ぞや、聖人人の情を伸べ、恩義を篤うして、人倫を厚うする所以なり。

といい、また本邦に於ては蘆徳林（東山）が

蘆東山

復讐は天下の公道、古今の通義なり。

と云えるが如きは、東洋に於て学者が復讐を如何に觀察したるかを例示するに足るべきなり。

復讐義務の觀念は生物の自保性に起因したるものなること前述の如しと雖も、

其義務觀念を維持し、一層之を強からしめたるものは靈魂不滅の信念にあるものの如し。復讐は、死者の同血族者又は之に準ずる者が、其親愛し又は尊奉する者の殺されたる事に対し、恨を霽さんとするものなるも、其之を義務とする

所以は、死者の靈魂を慰むるを以て遺族の本分なりとするに在るもの頗る多し。亡靈を慰む

アメリカのインド人は、人の靈魂は其の死後に存し、人に殺されたる者の靈魂は其殺害者の血を以て報復せらるるまでは怨恨を慰せらるることなしと信ずる

を以て、復讐を以て徳義上最も重大なる義務となすと云う。(Helwig, p. 109.)

ニューギニアに於ても、復讐の義務は宗教上の基礎を有し、他人の爲めに殺

されたる者の遺族が復讐をなさざれば、死者の崇ありとの迷信あり。之が爲めに、復讐を嚴禁すること能わざるは後に述ぶるが如し。(第三章、第二節、第七款、

賠償の部参看)

靈魂不滅の信念と
復讐義務

亡靈を慰む
アメリカのインド人

ニューギニア

第三章 復讐の沿革

復讐なる社会的現象に就て私力公権化の徑路を解説せんとならば、須らく先ず其沿革を概括的に叙述して私力轉化の方向を指示し、竟に公権なる社会力に合化して法律を生ずる所以を論述せざる可らず。故に、今其沿革を説くに當りては、先ず其個体保存の始力として完全に行われたる時より始め、漸次社会力に轉化して、竟に公権力を生ずるに至るまでの徑路を明らかにせざるべからず。我輩は今此過程を左の三期に分ちて之を解説せんとす。

復讐沿革の三期

第一期 復讐義務時代

第二期 復讐制限時代

第三期 復讐禁止時代

第一期は法律発現以前の時代に當り、第二期は法律發生の初期に當り、第三期は法律完成の時代に當る。

第一節 第一期、復讐義務時代

復讐の基礎は生物競争の自然律に存し、個体の存在を完うする必要條件なり

復讐の義務

しを以て、此自然律は義務觀念を生じ、低級文化の社会に於ける徳義觀念に於ては、復讐を以て被害者の親戚及び同族人の至大なる義務とし、宗教、徳教も亦其始に於ては、之を以て至高の美德とするに於て一致せるものの如し。加之復讐の遂行は勇氣を要し、義の為に死を顧みず、屢々臥薪嘗胆の難苦に耐え、数十年の後ち始めて其志を達すること有るものなるを以て、社会が其被害者の遭難に対して寄する同哀の情に加えて、其復讐者の義勇耐忍に対しては、斉しく称讃を呈するを常とし、而して、其被害者遭難の事情、其復讐者報復の徑路には、幾多の曲折ありて、屢々喜悲の之に伴うあるを以て、後に至りて史伝に書せられ、小説に作られ、詩歌にうたわれ、劇場に演ぜられ、義士孝子の美名を後世に遺すに至るものなり。

復讐に対する称讃

復讐は法律の前駆なり。復讐は其相互的警戒作用に依りて社会員の共存要件を充たすものなるを以て、其普通に行わるる時代は、人類の社会的生活が法治時代に達するの前にあるものとす。然れども、自衛時代と法治時代とは必ずしも劃然分境を為して相繼ぐものに非ざるを以て、復讐義務時代と法治時代とは先後相接ぎ相累なりて、徐ろに前者より後者に移るを常とするものなり。而し

復讐義務時代より
法治時代へ

て、自衛と法治とは交互補充を為すものなるを以て、概して之を云えば、復讐義務時代は左の如き社会状態の変遷に伴いて漸次法治時代に推移するものとす。

一、公権未存の時代

二、公権発生の時代

三、公権確立の時代

先ず来るものは公権未存時代なり。人類が群居して共同生活を営むの初期より、社会的組織稍々其緒に就き、共同生活に必要な行為の規範は公権の制裁に依りて行わるるに至るまでには、数百年若くは数千年の歳月を経るものにして、中には社会的進化の竟に此程級に達せずして衰滅するもの亦鮮からざるを以て、此原始的生活状態に於ける對他自衛の方法は、各自又は共同の實力に依りて侵害を反撥し、又は之に報復するの他に途あること無し。此現象は吾人が劣等動物に於て認むるところにして、亦人類文化の始期に於ても然らざるを得ざるところなり。世界の各地方に於ける諸蛮族にして、現時仍お文化最劣級に在るものは、内は各個人の間に於て、外は比隣の外族に対して、皆な此実力的防禦又は報復の威嚇的警戒作用に依りて其存在を完うせざるもの無し。此の如き時代にありては、復讐は個人としても、種族としても、存在競争の要件中

原始生活に於ける
對他自衛の方法

最も重要なものの一なるを以て、慣習上復讐を以て美德なりとし、一個人又は一族の義務なりとし、若し君父、兄弟、族人の讐を復せざる者あらば、之を不義者なり、卑怯者なりとして、郷党之に齒せざるに至るものなり。故に、原始社会に於ては、復讐に対して毫も制限を加えざるは勿論、却て之を行わざる者に対して社会的制裁を加えたるものなり。

復讐は美德にして
一個人又は一族の
義務

本邦に於ても、古来復讐は独り臣子の重大なる義務なりとせるのみならず、之を遂行するには、多大の忍耐と勇氣とを要するを以て、武家時代に於ては、殊に一般社会の同情と称讃とを博し、武士にして敵討を為すがために其の主君に暇を請うときは、之を拒むこと無きは勿論、其出発に際して、或は刀剣を与えて之を激励し、或は金員を与えて敵を尋ぬる間の旅費に充てしめ、或は其不在家族に扶持を与えて後顧の憂なからしむる等の援助を与え、首尾能本意を遂げて帰参するときは、旧主人よりは人を遣わし、紋服大小等を贈りて華々しく迎え取り、加増を為す等の事あるを通例とせり。又百姓町人等が敵討をなすときは、其領主より褒美を与え、其孝行を表彰する等の事あり。いずれの場合に於ても、忠臣、孝子、義僕として社会一般の称讃を受くるを常とせり。之に反して、若し其君父が人のために殺さるるも、復讐の志無き者あらば、不忠

本邦の復讐

復讐に対する称讃
と激励

不孝の卑怯者として社会の擯斥を受け、日蔭者として生涯を終らざるべからざりしは勿論、或は之を以て「親子之大倫」を弁えざる者、「士道難ニ相立ニ」き「不埒至極」の者として、嚴罰に処したる事さえ有りたるなり。既に然り。故に、当時は敵討は武士道の花として持囃され、之を犯罪と看倣すが如き觀念の毫も存せざりしは言を俟たざる所なり。

本邦の歴史に於て復讐に関する事実の最も古く見えたるは、蓋し神武天皇が

神武天皇の御謠

大和討伐の途上に詠み出で給いし「みつみつし久米の児等が」の御謠なるべし。初め天皇の東征して大和に入らむとし給うや、長髓彦之を孔舍衙坂に邀撃し、皇軍利有らず、皇兄五瀬命矢に中りて薨じ給えり。天皇乃ち策を定め、軍を反し、路を転じて紀伊路を廻り、熊野を経て吉野に入り、既にして進んで長髓彦の根拠地に迫り、一挙にして之を屠らんとし給うや、謠いて曰く、

みつみつし久米の児等が粟生には、萑一本、其根が茎、其根芽つなぎて、撃ちてし止まむ。

みつみつし久米の児等が、垣下に植ゑし薑、口ひゞく、我れは忘れじ、撃ちてし止まむ。

『日本書紀』には、昔孔舍衙之戦、五瀬命中レ矢而薨、天皇御之、常懷憤懣、至ニ

五瀬命の爲めの復讐

此役也、意欲「窮誅」と記して次に前掲の歌を記せり。蓋し、前記「植ゑし薑口ひゞく、我れは忘れじ撃ちてし止まむ」の歌句の中に、報復の御趣意を明かに認むるを得べく、『日本書紀通証』にも、「五瀬命之臨終、慨其不報、故天皇、以此役、為復讐之軍、因有夷族之意」也といえり。

神武天皇以後に於て、復讐の事実の最著名なるは、眉輪王が其父大草香皇子

眉輪王

が安康天皇の為に殺されたるを怨みて天皇を弑し奉れる事實是なり。之に次ぎて、顕宗天皇が御父市辺押磐皇子の雄略天皇の為に殺され給ひしを怨みて雄略天皇の陵を発かんとし給ひし事あり。此事に關しては記紀の記載に少異ありて、『古事記』には、顕宗天皇深く其父皇子を殺し給ひし大長谷天皇（雄略）を

顕宗天皇と皇兄意富祁命

怨み、其靈に報いんが為に御陵を毀たんと欲し、之を皇兄意富祁命に命じ給

いしかば、皇兄詔を受けて自ら御陵の傍に至り、少し許り御陵の傍の土を掘り、還りて御陵破壊の事を諫止せられたりとし、『日本書紀』には、皇太子億計皇子

（皇兄意富祁命）の諫を嘉納し給いて、始めより御陵破壊の事に及び給はざりし如

く記せり。今、其何れが真実なるかは知るべからずと雖も、此御陵破壊の事

が復讐の拳なりし事は、『古事記』に、

天皇詔之、欲報父王之仇、必悉破壊其陵、何少掘乎

スメラミコトノリタマハクチミコトノアダムクイトオモフナレバカナズカノミハカヲコトクニアブリテムヲナズコシホリタマヒシ

と記し、意富祁命の之これに対する御詞の中に、

唯タダシチ、ミコトノ父王之仇不可悲報、故少ハムクイズハアルベカラズカレカノミハカノヘラスコシホリツ掘其陵辺二

云々うんぬん、

又た『日本書紀』にも「志オモフ雪メンコト」 讐恥ヲノヲ」と記して、『曲礼』及

『檀弓』の文を引用したるに依りても之これを知ることを得べし。

以上は、いづれも皇室に於ける事実なるが、之これに依りて、民間にも復讐の広く行われたるを推測することを得べし。唯だ上古に於ては、如何なる程度に於て行われたるものなりや、又如何に之これを美德として称揚せしかは、今より之を確知すること能わずと雖も、前記皇兄意富祁命の言に、「父王之仇、不レ可レ非レ報」の語あるに依りて見るも、当時復讐を以て孝道の要求とするの觀念の存したるは、略ぼ之これを窺うに難からず。

中世支那の文化を継受して以来、法制の体裁大いに備わり、「賊盜律」には「已殺者斬」及「殺」人ス「死」の明文あり。又近親の他人の爲めに殺害せられたる者に告訴の義務を負わしめ、不告の罪を定め、私和を罰する等の法を設け、私力報復の制裁を収めて国家の法権中に歸したるが如くなるも、律令の実施漸く困難となり、法権次第に弛ぶに及びては、復讐の禁は到底其効力を保つこと能わざるに至りしが如し。殊に平安朝時代に入りて以来、死刑の永く廃止せられたりし、一事は個人死刑の廃止と復讐

本邦律の規定

告訴の義務

不告、私和の罪

をして、私力報復を為すに立ち至らしむるに与つて大いに力有りたるものの如し。

奈良朝以来仏教上下に盛行し、慈悲を先きとし、生を憐れむの思想次第に高まりし結果、朝廷に於ては、仏法尊信の余りに国法に定めたる正当の刑罰さえ是を軽減宥免するを以て無上の功德なりと為すに至れり。是に於て、大赦、特赦は屢々行われ、特に死刑囚に至りては、「絶者雖三更続、死者不三再生」との趣旨の下に屢々恩典を以て刑の執行を避けしめらるる事となり、遂に嵯峨天皇の弘仁十三年に至りて、檢非違使の議を納れて、死罪を犯したる者も別勅を以て死を免じて十五年以内の苦役を以て之に換え充つる事を定めらるるに至れり。『類聚三代格』卷二十、弘仁十三年二月七日宣符（斯の如くして、爾後死罪は永く廃止せらるることとなり、『保元物語』の著者をして、源為義死刑の条に、「正しく弘仁元年に仲成を誅せられてより、帝王二十六代、年記三百四十七年、絶えたる死刑を申行ひけるこそうたてけれ」と記載せしむるに至りしなり。

夫れ斯の如く死刑の廃止せられし事久しきに及べりと雖も、勿論此間決して私闘殺人の行われざりしには非ず。此時代に於ては、政綱次第に弛び、法権漸く其威力を失いて、民政解頽し、社会の治安秩序年と共に乱るるに至り、群盜は京畿諸国に出没し、私闘紛争は殆ど各地に惹起せらるるの有様となり、前に

は天慶、承平の乱あり、後には平忠常の叛、阿倍氏、清原氏の乱ありて、凡そ此時代程動乱争鬭の屢々行われたる時代は多く其比を見ざるころなりとす。而して、此間に於ける私戦、私鬭に於て、自力報復の多く行われたるべきは、何人も極めて容易に看取し得るところなりと謂わざるべからざるも、而も史伝に載するところ其例甚だ多からず。就中平貞盛の平将門に対する報復戦、及び『今昔物語』に載せたる平兼忠の従士某が、嘗て其父を殺したる平維茂の郎党太郎介を討ちたるが如き、或は『本朝世紀』に載せたる近江国住人能末九辨が其父の讐なる右兵衛少尉源重俊を三條河原の辺に討ちたるが如きは、最も著名なるものとす。爾来武家政治の時代に至りては、尚武の風と相待つて、倍々盛んに行われしが、明治維新の後ちに至りて、始めて法律を以て之を嚴禁するに至れり。

斯の如く本邦に於ては、復讐の習俗が殆んど世界無比なる長き歴史を有し、人民が文化高等の域に達したる後ちに至るまで継続したるは、主として中世以来次の三原因の存したるによる。

第一 武士道

第二 儒教

武家時代に於ける
復讐の盛行
明治維新後の禁止

復讐の長く行われ
たる三原因

第三 封建制

第一 武士道

復讐は勇氣を要する徳行なり。人のために君父を殺されたる者が、追慕憤怒の情に勝えず、仮令其仇窮荒絶域に在るも、必らず之を尋探して之を殺し、以て君父の怨を釈かんとす。素より生を欲せず、一死以て君父の恩に報ぜんとする忠孝の至誠に出ずるものなるを以て、武士的道德の盛んなる時代に於ては、之を以て臣子の最大の義務なりとし、此義務を行う者は忠臣とし孝子として美名を史乘に垂れ、之に反して此義務を行わざる者は卑怯者とし悖徳者として、社会の擯斥を受けたるのみならず、主君は其家臣の復讐を行わざる者に対して、其悖徳未練を責めて之を嚴罰に処したる事さえあり。慶応元年、富山藩の重臣山田嘉膳が同藩士島田勝摩のために殺害せられし時、其子鹿之助及び璩馬の兩人、復讐の申立に及ばざりしかば、之を罰して、其邸宅家財を没収し、一家離散を命じ、兩人を追放に処したる事あり。其申渡書に曰く、

山田鹿之助

右父嘉膳、去秋殺害被_レ及_二殺害に候節、復讐の申立も可_レ有_レ之処、其儀無_レ之、士道難_二相立_二段、未練之心底不_レ埒至極に思召候。依_レ之山越被_二仰付_二

第一、武士道

復讐は武士道に於ける臣下の最大の義務

復讐を行わざる者は悖徳未練

旨被_二仰出_一候、右之通可_二申渡_一候以上。

丑二月廿九日

寄 合 所

浦山権兵衛殿、

池田宗右衛殿

今度山田嘉膳家屋敷家財等被_二召上_一、家内之者共近類、江引取置、家中之者、
早、早、離散之様可_レ被_二申渡_一候事。

丑二月廿九日

鹿之助弟

定地 璩馬

右実父山田嘉膳、去秋殺害被_レ為候節、養父弥源太罷在候儀と乍_レ申、親子之大
倫、復讐之申立も無_レ之、士道不_レ叶心得、不埒至極思召候。依_レ之山越被_二
仰付_一候。

丑二月廿九日

寄 合 所

堀江権馬殿

以て復讐の如何に重ぜられたるかを見るべきなり。（『史学雑誌』第拾四編第拾弍号、

平出鑑次郎氏「敵討について」参照）、

故に本邦に於ては、古来正史、野史、小説、謡曲、演劇、講談、俚謡等に至るまで、敵討に関するもの最も多く、平貞盛が平将門を討ち、源頼朝が長田忠

致を誅したるを始めとし、曾我兄弟の敵討、日野阿新丸の敵討、伊賀越の敵討、

赤穂義士の敵討等、美談として人口に膾炙するもの最も多く、就中曾我兄弟の敵討の如きは、富士の裾野に於ける將軍の狩場に於て本望を達し、兄弟ともに

孝義に死したるが如き、最も華々しき事蹟なるを以て、深く人心を刺戟し、『東

鑑』に詳記せられたる外、室町時代に作られたる『曾我物語』なる小説は、本

邦文学史上の古典たるに至り、其他曾我兄弟の事蹟を題材として作りたる謡曲

に「小袖曾我」「調伏曾我」「元服曾我」「切兼曾我」「夜討曾我」「禪師曾我」等

あり。殊に演劇に於ては、曾我兄弟敵討に関するもの其数殆ど枚挙する違あら

ず。式亭三馬の『劇場訓蒙図彙』にも、「もちろんはる狂言は曾我ものがたりを

吉例とするなり」とある如く、毎年の始めに於て曾我に関する劇を上場し、劇

場内に曾我の神輿を祭り、夜討の当日なる五月二十八日には、場内に於て盛ん

曾我兄弟の敵討

春狂言は曾我物語
を吉例とす

なる曾我祭を執行するを例とせり。現今（本稿執筆当時）に於ても、なお年題に曾我劇を上場するもの多きに居る。是等の事実（これら）に依りて観るも、復讐なる事実が如何に我國民の道義的称讃を博し、数百年の後に至るまで人心を感動すること深かりしかを推測するに難（かた）からざるなり。

赤穂義士の復讐

また赤穂義士の復讐（しと）の如きは、実に本邦武士道の精華と称せられ、義士の名は殆ど大石良雄ら四十餘人の専称となり、之（これ）に関する書の出ずること数百（もつ）を以て算し、之（これ）を仕組（し）みたる演劇（えんげき）も亦（また）数百種に上り、「忠臣蔵」の劇は「芝居道の独参湯（どくしんとう）」と称せられ、一たび之（これ）を場に上すときは、観客常に場に満ちて忽ち不

忠臣蔵は芝居道の
独参湯

景氣を挽回（きんき）すといい、「義士銘々伝」等は「講釈師の米櫃（こめびつ）」と称せられ、泉岳寺の墓地は今日に至るまで常に香華を絶たざる等に依りても、國民一般が如何に良雄等を崇敬したるかを知るに足るべく、明治天皇登極の元年十一月東京に行幸あらせられ、鳳輦（ほうれん）高輪通御の際、特に勅使を泉岳寺に差遣（さしつか）わされて良雄等に賜いたる勅語にも、「百世の下、人をして感奮興起せしむ」と仰せ出されたり。其他（その他）の院本中にも、「伊賀越乗掛合羽」「伊賀越道中双六」「花上野誉石碑」「加賀見山旧錦絵」「碁太平記白石噺」「彦山権現盟助劔」「天下茶屋敵討（かたきうち）」「道中亀山噺」「箱根靈驗壁仇討（あだうち）」「敵討縹緲錦（かたきうち）」等の如き最も人口に膾炙（かいしや）するものを始

人口に膾炙したる
敵討

めとし、其数殆ど枚挙するに遑あらず。野史、小説類に於ても亦然り。以て本邦武家時代に於て如何に復讐が世人一般に尊崇されたるかを知るに足るべし。

第二 儒教

支那の礼教が復讐を臣子、兄弟、朋友の義務とせるは、前に述べたるが如し。彼の「曲礼」の「父の讐は与に共に天を戴かず」の語は、何人も之を知り之を唱えたる教義にして、儒教伝来の後は、本邦固有の復讐觀念に対しても亦道德的基礎を与えたるものの如し。『日本書紀』には、前に挙げたる雄略天皇の御陵破壊の事に関する顕宗天皇の詔中に、「曲礼」の「父之讐不_レ与_レ共戴_レ天」云々の語、及「檀弓」の「居_二父母之讐_一、寢_レ苦枕_レ干_レ不_レ仕」云々の語を引き給いし如く記せり。是れ或は修史家の潤色に出でたるものなるやも知る可らずと雖も、当時既に是等の教義が復讐の道德的基礎として唱えられたるを知るに足るべきなり

第三 封建制

私力制裁は法権の存せざる所に存し、法権の行われざる所に行わる。文化既に高級の域に達し、法権既に確立するの後と雖も、一国内に数多の独立法域有りて法権統一せず、又は数多の小国併立するがために狹隘なる法域其境を接す

第二、儒教

曲礼及び檀弓の語と復讐の道德的基礎

第三、封建制

法権の不統一と復讐

る場合に於ては、犯罪者は直ちに他の法域内に逃れて、容易く逮捕処刑を免るることを得べきを以て、法治生活の時代に於ても、報復者は法の制裁を恃む能わず、勢い其仇人を他郷に追躡して之を討たざるべからざるに至るものなり。

本邦に於ても、中世以前に於ては、民間に於ける復讐に関する記録、伝説は多く存せざると雖も、之を国史に載せたる皇室の事実に依り、民間に於ても亦必ず行われたるものと推測することを得べく、又後に記す如く、中世に於ける律の殘篇にも、擅殺律の存すること無し。武家執政の時代に及んでは、武を尚び勇を競うの風盛なりし為め、鬭争殺傷は普通の事となり、殊に曾我兄弟の事ありて後は、復讐は最も稱讃せられて、頻々行われたるものの如く、歴史上有名な事例を続出せり。徳川氏の時に至りて、治平に復したるも、諸侯の領地各法権を異にしたるを以て、人を殺したる者は往々他領に逃れ、孝子、義僕は之を追跡して怨を報いざるべからざるに至れり。是れ本邦に於て文化既に高等の域に進み、法制既に備わりたる後に於ても、復讐は武士道の盛行に伴われて永く存し、維新後法権統一せらるるに至りて、始めて其跡を斂むるに至れるが如き最も長き復讐の歴史を有する所以なり。

諸侯の領地各法権を異にす

復讐存続の理由

第一款 復讐義務者

他人より襲撃を受けたる者は、自ら之を邀撃して其身を全うすべしと雖も、若し其力足らずして創傷を蒙るときは、他日自ら其仇敵を反撃して、怨を雪ぎ憤を霽らすに至らむ。然れども、若し其者にして殺害せられたるときは、最も悲憤の情に耐えざる者は、其親子兄弟の如き最近親なるべきを以て、彼等は必ず起つて其殺害者を斃して其怨恨を釈くべく、又傷害を受けたる者が独力反撃を為す能わざる場合に於ても、最近親を率いて仇に赴き、又は最近親をして仇を復せしむるは人の常情なり。故に最初の復讐者は親子兄弟の如き最近親にして彼らは復讐の自然義務者にして且つ第一義務者とも称すべき者なり。

自然義務者は最近親なり

然れども、原始社会に於て復讐の義務が慣習として公認せらるるに至るの始めは、概ね団体義務なるが如し。原始的社会は血族団体なるを以て、同血統に属する者が殺害せられたる場合に於ては、最近親以外の血族も共に其族人の害せられたるを怒り、独り被害者に同情するのみならず、之を以て一族に對する凌辱と爲し、共に起つて報復を為さんとするは自然の勢なり。是を以て復讐者の範圍は必ずしも最近親のみに局限せられず、竟に同血族者全体を以て復讐義務

団体義務

同血族者全体は復讐義務者

者。と。為。す。の。慣。習。を。生。ず。る。に。至。れ。り。

数個の民族団体が併立して相敵視する場合に於ては、若し各団体間の關係が他事にして同一なりと仮定すれば、団員の勇氣の最も優りたる団体は、常に勇氣の劣りたる団体を圧迫し、竟に之を滅ぼして遺存者たるに至るは必然の勢なり。若し団体員の勇氣にして同等なりと仮定すれば、其団体員の比較的多数なるものは、必ず其少数なるものを圧服して勝者たるべきも亦自明の理なり。スペンサーの云える如く、今茲に相敵視する甲乙の原始的二民族あり、甲民族は、其族員の殺害せらるる者あるも之を寛假して必ずしも追究報復すること無く、乙民族は之に反し、必ず之が復讐を為して其怨恨に報ゆるものあらんか、甲民族は常に乙民族の爲めに輕侮せられ、侵略せられて、竟に衰滅するに至るか、又は他の不利なる住地に驅逐せらるるに至らん。故に、原始社会に於ては、不。恕。者。遺。存。 (“survival of the unforgiving”) の理ありと。(Spencer, Principle of Sociology, §560.)

夫れ然り。故に一族員が他族人の爲めに殺害せらるれば、其種族は計數上一人の實力を失い、それだけ生存競争上不利の地位に立つのみならず、若し之を寛假して不問に附するときは、劣弱者として輕侮せられ、之が爲めに對他的威嚴を滅殺するものなるを以て、原始的団体に於て、一員害に遭うときは全族復

讐の義務を負うものとするは、蓋し当然の事なり。又其復讐の相手たる被害者
 の全族義務 実力均衡と復讐者

を出したる団体に於ても、復讐の爲めに其団員を失うは、等しく団体の存在能
 力に影響を及ぼすものなるを以て、其被害者が報復の危害を受くるも、之を放
 任して顧みざるが如き事なく、全族其危難に赴くを常とす。族人が他族の者を

被復讐者の全族義
 務

殺したる場合に於て、同族人が其殺害を正当なりとするときは勿論、縦令い之
 を不正なりと為すときと雖も、其同族間に於て非議擯斥せらるれば兎も角、然
 らざる限りは、苟も他族に対して其者を引渡し、又は之を他族の殺戮に委するが
 如きは、同族の恥辱として決して之を肯んぜざるものとす。謂わゆる兄弟牆に
 闘ぐも外其侮を禦ぐものにして、全族殺害者を庇護して、其復讐に応戦するも
 のなり。只其殺害の行為が贖神的なるか、又は最も卑劣にして神人俱に容れざ
 る如き大悪行なるときに限り、族人は之に齒するを潔しとせず、除族して之を
 追放することあるのみ。苟も族人たる間は、善かれ悪しかれこれを援護し、共
 に兵を執つて復讐に対抗するものなり。故に復讐の場合に於ては、討手を助く
 る全族の義務と、相手を救う全族の責任と、両々対立して族戦(tend)を生ずる
 に至るものなり。 族戦

此の如く、相互扶助は種族保存の要件にして社会生活の基礎なるを以て、苟も
 相互扶助

人類が群居して共同生活を営むに至るときは、禍福を共にし吉凶相慶弔するに至るべきなり。原始社会に於て、人の犯害行為に対して全族が責任を負うべきものとせるは、此相互扶助の一現象に外ならざるなり。故に復讐の原始状態は、団体的にして、復讐義務は全族員之を負い、復讐對抗義務も亦しく全族員之を負うものとせり。

発動的
全族義務
受動的
全族義務

復讐の発働的受働的主体は、原始的社会に於ては血族団体全部なりしこと前述の如し。現時に於ても、仍お此原始状態を存する民族尠しとせず。例えば、コーカサス地方の中部に住するオセット人(Osseten)は、同氏族の一人の殺害に対し、同姓者全員が被害者及び其親族に対して復讐義務を負うものなりとし、(Haxhausen, Transkaukasien, II. 26.)サーカシヤ人(Tscharkesen)及びブラジル、インド人も血族全体に復讐義務ありとし、(Pallas, Reise durch verschiedenen Provinzen des russ. Reichs, II. 387, ; Martins, Rechtszustande unter den Einwohnern Braziliens, 74.)古代のアイルランドに於ても、血族を以て社会の基礎とし、土地も共同に所有し、個人の犯行に対して全族責任あるものとせり。(Cherry, The Growth of Criminal Law in Ancient Communities, p. 20.)

猶太人間には古来対当報復の習俗(lex talionis)存し、反撃は抗撃に同じかるべ

対当報復の習俗

血族団体の義務

きものとするの教義行われたるを以て、死に報ゆるに死を以てするを神聖なる義務とし、之を血報と称し、之を怠るは生涯拭う可らざる汚辱とせり。「出埃及記」第二十一章に、

血報

二三、若害ある時は生命にて生命を償い、二四、目にて目を償い、齒にて齒を償い、手にて手を償い、足にて足を償い、二五、烙にて烙を償い、傷にて傷を償い、打傷にて打傷を償うべし。「利未記」第二十四章、第十九、二十節

参照)

とあり、又

一二、人を撃て死しめたる者は必ず殺さるべし。

とあり、而して、同人種中に血族共同復讐の習俗ありたるは、「撒母耳後書」第十四章に、

血族共同復讐

五、王婦にいいけるは、何事なるや。婦にいいけるは、我は実に寡婦にして、わが夫は死り。六、仕女に二人の子あり、俱に野に争いしが、誰もかれらを排解ものなきにより、此遂に彼を撃て殺せり。七、是に於て視よ全家仕女に逼りていう、其兄弟を撃殺したる者を付せ、我らかれをその殺したる兄弟の生命の為に殺さん。

とあるに依りて知ることを得べし。

復讐の義務は血統に基くものなるを以て、原始社会に於て母系親のみを認む
母系親の義務

る時代に於ては、復讐義務者は同母兄弟、母方の従兄弟姉妹及び母方の兄弟姉妹の子等なり。復讐に対する責任亦然り。アフリカの蛮族バリヤ人、バーゼン人中には、今尚お女系親の復讐義務を存せり。父系親時代に移るに及んでは、男系の親族代りて復讐の当事者となり、外戚は与らざるに至りたりと雖も、其経過時代に於ては、両系共に、当事者たることあるは、往々其例を観る所なり。

父系親の義務

(Post, Ursprung des Rechts, S. 88.)

復讐の義務及復讐に対する責任は、族人共同して之を負うものとするを以て、除族せられたるものは、其義務を負わず、其責任を免るものとするは、自然の結果なり。又之と同時に、其除族者の死に対して、他の血族が義務、責任を負

除族者の義務免除

わざるもまた当然の事なりとす。例えば、ボグス人が其族人に対し、槍に草鞋を懸け、証人の面前に於て離族式を行うときは、爾後其者が人を殺すも、他の族人は之がために復讐を受くること無く、人に殺さるるも他の族人は之がために復讐の義務を負うこと無きものとするが如し。(Munzinger, Sitten und Recht der

Bogos. S. 28.)

死に酬ゆるに死を以てするは血報なり。(Blutrache) ヘルマン・ポストは血報

血報制

の觀念は血族団体 (Blutverwandschaft) の本質に起因せるものとし、社会の基礎が血なるときは、之を害する行為は血を以て之に酬いざるべからざるものとするに由るものなりとせり。故に血族団体制と血報とは、其起原廢絶を同じゅうし、社会組織が血族制なるときは血報制亦必ず存し、社会組織が血族制より地域制に進むときは、血報制は漸く其の跡を絶つに至るものなりとせり。(Post, Bausteine, § 41.) 此論大体に於て当らざるに非ずと雖も、而も説いて未だ精な

血族団体制と血報との関係

らざるの憾みなき能わず。血族制時代に於ては、社会組織尚お未だ整わず、社会力を以て社会員を保護するの制度尚お未だ備らざるを以て、復讐の個人の存在及び団体の維持に必要なりしは言を俟たず。血族団体の一員殺害せらるるときは、全血族又は近親等の血族が復讐の義務を負うものとする習俗の広く行わるるも、是れ畢竟種族的又は団体的存在競争の一現象たるに外ならずして、必ずしも血族団体なるが故に血を以て其侵害に返報せざる可らずとの思想に起因したるものに非ざるなり。血族制時代に於ては、当時政治的組織未だ備らざりしが為めに、私力制裁を恃むの他に途なかりしも、地域制時代に至りては、血縁の如き自然的有機關係に依らずとも、既に継続的共同生活を為し得る程度に

發展したるものなるを以て、社会の公權力は既に私力制裁に代わるを得るに至り、復讐は最早種族保存の爲めに必要なに至り、其習俗漸く衰滅に向うものなり。是を以て觀れば、血報と血族団体とは、必ずしも其内容に於て相關聯するものに非ずして、偶ま其存在の時期を同じゅうするものたるに過ぎず。地域制時代に達したる社会と雖も、小地域団体併立するか、又は数個地域団体を統一すべき法制無き場合に於ては、復讐は仍お自衛、警戒の作用を有すること、毫も血族制時代と異なる所なきを以て、地域制時代に至れば復讐熄むと概言するは当れりとす可らず。本邦に於て、血族制より地域制に移りたる後ち数百年間、尚お復讐の習俗を存し、明治維新後の法權統一に依り、始めて其跡を絶つに至りたるを以て觀るも、血報と血族制と離る可からざる因縁ありとすると同時に地域制に至りて此習俗熄むとするは、血族及び血報なる語に拘わりたる論なりと云わざる可らず。

慣習、宗教、徳教、礼儀等の社会統制が漸次転化して法律を生ずるに至りたる法權發生時代と雖も、其初期に於ては、警察其他法律運用の機關未だ完備せざるを以て、法權の及ばざる所は各個人の自力救済に依りて其生存を完うせざる可らず。故に、法權と自力救済とは常に相互補充の作用を為し、自力の足ら

地域団体制と復讐との關係

法權と自力救済

ざる所、法権を以て之を保護し、法権の及ばざる所、自力を以て之を救済す。故に人文稍々進みたる後と雖も、復讐は往々殺人律と並び行われ、「殺人者死」は邦の大法たるに至るも、之と同時に「殺レ之而義者無レ罪」とし、一方に於ては、復讐は「義殺」なりとして之を罰せざるものとし、他方に於ては、復讐を美德として之を称揚することあり。之を私力公権化の過渡時代とす。

私力公権化の過渡時代

第二節 第二期、復讐制限時代

復讐を美德とし、親戚、朋友、族人に報復の義務ありとするは、社会の統制力未だ発達せず、社会員各自の生存を其自衛に委したる原始的社会状態の遺習にして、社会の組織漸く整備し、社会力を以て個人を統制することを得るに及んでは、自衛法の必要漸く減じ、之と同時に私闘の公安を害するを覺り、種々の方法を設けて報復、私闘の弊害を除かんとするに至るものとす。然れども、原始的社會状態に於て復讐は存在競争の必要條件たりしが為めに、之を美德とするの觀念は深く累世の人心に浸潤し、報復自衛の必要既に久しく去りたるの後と雖も、其習俗は仍お永く遺存し、一朝にして断然之を廢止するの難きは素より当然の事なりとす。故に社会の統治者は或は復讐義務者の範圍を局限し、或

私闘の公安を妨ぐるを覺る

復讐の制限

は復讐の方法を限定し、或は復讐調停の機関を設置する等の方法に依り、苟も復讐の爲めに社会の凝聚力を弛べず、其治安を害せざる程度に於てのみ之を公許し、其範圍を超え、其方法に拠らざるものは、之を私闘と爲して之を禁じ、之を擅殺と爲して之を罰するに至る。是れ私力制裁に公権の加わるの端緒なり。文化低級の社会に於ける復讐義務は団体的連帶義務にして、団体の一員殺害せらるるときは、同団体の各員又は全員は被害者の爲めに復讐を爲すの義務を負いたる事は、上に述べたるが如し。然れども、此連帶復讐義務は、団体生活の拡張及び社会組織の整備に因りて漸次其範圍を縮小するものとす。

全族義務縮小の二原因

団体生活の拡張及び社会組織の整備に因る復讐の制限は、社会の統制力の發展に起因するものにして、文化の程度其他の社会状態に依り、各民族必ずしも其方法を一にせずと雖も、其最も普通なるものを挙げれば左の如し。

復讐制限の種類

- (一) 復讐義務者の範圍を定むること。
- (二) 復讐義務者の順位を定むること。
- (三) 復讐避難場を設くること。
- (四) 復讐調停の機関を設くること。
- (五) 復讐の届出をなさしむること。

義務者の範圍の限定
義務者の順位の制定
避難場の設定
調停機関の設定
届出の必要

(六) 復讐の許可を受けしむること。

(七) 復讐の賠償を許すこと。

許可

賠償の認許

第一款 復讐義務者の範囲

団体生活の拡張は外的膨張に因ることあり、内的膨張に因ることあり。征服、合同に因るものは前者なり。人口の自然増殖に因るものは後者なり。全族義務及び全族責任は、社会が外的原因に依りて膨張する場合に於ては、形式上全族義務たり全族責任たる性質を失うものとす。一団体が征服に依りて他の団体に合併せられ、又は数団体が共同の敵に対抗する為めに合同して新たに一団体を為すが如き場合に於ては、復讐の連帶義務、連帶責任は当然其新団体内全部に及ぶものに非ず。復讐の義務は血族義務なるを以て、一血族が他血族と合同して一体を為すに至りたる時に於て、一血族中に復讐の原因生じたる場合に於ても、其義務は新団体内の他の団体内に及ばざるは当然の事なりとす。故に復讐の義務は、其発働的となると受働的となるとを問わず、複成団体の形式の為に其範囲を拡むること無く、旧に依って同血族員に局限せらるるものなるを以て、団体より之を觀れば、宛も団体全部義務が一部義務となりたるが如きものあり。

形式上の制限

団体の拡張に因る制限

外的原因に依る拡張の場合

加之、其新団体内に於ける甲血族員が乙血族員を殺したる場合に於て、兩

血族全体の復讐義務と復讐對抗義務と対立するとき、其結果は族戦を生じ、内
族戦の弊

乱の爲めに其団体の崩壊を招くの虞無しとす可らず。族戦は単成団体の形成
時代に於ける自衛若くは防護作用より生ずるものなりと雖も、若し複成団体内
に於て族戦を生ずることを許さば、其弊たるや、一人の不幸又は匪行の爲めに
全団体を戦闘状態に陥るのみならず、族戦一たび始まるや、族人の怨恨久し
く結んで釈けず、攻撃反撃交互相踵いで争乱熾む時無く、時としては数世代に
亙りて継続することさえあるを以て、兩族絶えず警戒するの要あり、族人其堵
に安んじて其生業を営む能わず、爲めに全族衰頽に赴き、又は滅亡跡なきに至
ることあり。故に、人類の社会的経験今一層を重ねるに及んでは、漸く族戦の
弊を覚りて之を制限せんとするに至り、漸次族戦の一大原因なる挙族復讐義務
の範圍を狭めて、其義務及び責任を直接利害關係者のみに限るものとするに至
れり。

實質上の制限

『春秋』莊公四年「紀侯大去其国」條の「公羊伝」に、是れ齊の襄公が九
世の遠祖の讐を復して紀を滅したるを指すものなりとし、国と君とは一体なる
を以て、国君讐を復するは「雖百世可也」と云い、朱子も「若し夫れ天下を

有つ者、累世無彊之統を承くれば、則ち万世必報の讐あり」(戊午讜議序)と云い、
 其他の学者も、親等によりて復讐を制限するは庶民の事なりとし、庶民には既
 に復讐義務者の等親を制限したる後に於ても、独り国の讐を復するの義務は無
 限なりとするが如きは、団体義務の觀念の遺存せるものと云うべきなり。

万世必報之讐

内的原因に依る拡
張の場合

血族団体が人口の増殖に因りて内的膨張を為す場合に於て、其団員の増加す
 るに準じて、其一人の喪失が全団体の存在に影響を及ぼすの程度を遞減するも
 のなるを以て、小団体の旧時に於て存在競争の必要上より生じたる全員相互保
 障の責任は、大団体の現時に於ては、却て之が為めに全員を危険に陥れ、団体
 の治安を害して其存在を危くすることあるに至るものあり。故に一団体が其団
 員の増殖に因り内的膨張を為すときは、成るべく復讐の範圍を縮小して治安を
 保維するの必要を覺り、其社会的組織の整備するに随つて、之に制限を加うる
 に至るものなり。

団体の増殖に起因する復讐義務の制限は、復讐義務を有する親族の範圍
 を限定するを以て、其最も通常なるものとす。

親族範圍の限定

全族復讐義務の習俗は、元と血族団体に於て生じたるものなるを以て、其団
 体が膨張して多数の団員を生ずるに至りては、遠き血縁者は勿論、仮令い被害

者と何らの血族關係無き者と雖も、血族、復讐義務の延長に因り、往々にして他の族員と共に復讐義務を負うことあり。例えば、支那の古代の礼制に於て交友の讐を認め、また他の民族中往々隣保復讐の義務ありとするが如きはなり。只是等の義務は、後に述ぶるが如く、其義務の順位に於て血縁者の後に立つ事あるのみ。

血族の復讐義務の範囲を限定するの程度は、民族と時代とに依りて異なりと雖も、概して之を言へば、其範囲の広狭は文化の程級に準じ、社会組織整備し、社会の統制力の発達するに随つて漸次其義務の範囲を縮小するものとす。例えば、ア

制限の広狭は文化の程度に準ず
ボグス同祖七世の族

フリカのボグス人は同祖の七世の族に至るまでを血族の範囲とし、血族は皆互いに復讐の義務を負うものとしたるを以て、親等の制限ありとするは殆んど其名のみにして、其の実血族全体の義務とするに等し。(Münzinger, Sitten und Recht der Bogos, S. 79.) 古代のウェールス人が復讐義務を九等親に限りたりとするが如きは、只親等の制限ありと云うは殆んど其名のみにして、其实親族は悉く義務者なりと云うに異なること無し。(Watter, Das alte Wales) 然れども、之を原始状態に於けるが如く無差別に全族義務を認むるものに比すれば、広汎ながらも一定の範囲を定むるものなるを以て、之を復讐義務制限の端緒と観ることを得べ

ウェールス九等親

血族關係無き者の復讐義務

きなり。アラビヤの古法に於ては、復讐義務を五等親に限るものとせり。(Post, アラビヤ五等親

Bausteine f. allg. Rtw. S. 147.) 支那に於ても、『周礼』の賈公彦の疏に、復讐者は

五世を盡すべきものとせり。朱子は之を解説して、五世は高祖より玄孫に至るものにして、五世に至って「親盡き、服窮する」を以て、其以内に居る者は、猶お「必報の域に在る」ものなりとせり。五世に至って親盡き服窮まるものとし、其以内のものは必報之域に在りとするは、親族は悉く義務者なりというに等しと雖も、当時の礼制に依れば、道義上復讐義務を有する者の範囲は親族の範囲より広かりしものの如し。「曲礼」には

曲礼

父の讐には与に共に天を戴かず、兄弟の讐には兵に反らず、交遊の讐には、国を同じゅうせず。

とあり。「檀弓」には、父母、昆弟、従父昆弟の仇を報ずるの道を説けり。而

檀弓

して父母、昆弟、従父昆弟の讐は皆血縁に基くものなるを以て「天属の讐」なり。故に「義を以て之を推せば」復讐の義務は血族以外に及ぶものとせるは、「周官」調人の條に、

周官

父の讐は諸を海外に避け、兄弟の讐は諸を千里の外に避け、従父兄弟の讐は国を同じゅうせず、君の讐は父に眠え、師長の讐は兄弟に眠え、主友

の讐は、從父兄弟に、眠う。

とあるに依りて之を知ることを得べし。（『周礼義疏』卷五）賈公彦の註に、

此経略言す、其言わざる者は皆な服を以て之を約す。

とあるに拠るも、忌服を受くる血族は皆な復讐義務者たりしを知るべきなり。

本邦に於ては、後に述ぶる如く、中古に私闘擅殺を禁ずるの律あり。北条氏の『御成敗式目』も、殺害刃傷の罪科に対し嚴重なる制裁を以て之を禁止し、仮令父祖の敵を殺害する場合と雖も、個人の私刑報復を寛容する所無く、室町幕府の法制に於ても、大体に於て鎌倉幕府の遺制に則り、私闘擅殺を禁じたるも、古來復讐を美德とする道義的觀念は、武家時代に於て、勇武を尚ぶの氣風と相待つて、復讐は其跡を絶たず。故に、室町幕府の威令衰え、群雄諸方に割拠して制法を立てたる戦国時代に於ては、時としては、最近親を限りて之を許容したるもの無きに非ず。

天文五年四月、伊達植宗の制定したる伊達氏の法典『塵芥集』の私闘擅殺を嚴禁したるは、其模範法たりし『御成敗式目』の如しと雖も、親子の場合に於ては、復讐禁止の規定に極めて狭き除外例を設けたり。曰く、

一、おや子きやうだいのかたきたり共、みだりに打べからず。たゞし、く

だんのでき人、成敗おわつて後は、御領中へはいくわひの時、むて人走合、おやのかたきと云、子のかたきと云、打事越度有べからず。

刑餘の仇人は之を討つことを得

文中不明の辞句無きに非ずと雖も、大体の意は明らかなり。即ち、たとひ親兄弟の讐敵たりとも、濫に之を討つは国法の嚴禁する所なれども、該仇人にして既に国法の処罰制裁を受けたるも、尚刑余の身を安んじて領内を徘徊するに於ては、不倶戴天の情に於て忍ぶ能わざるところなるべければ、之を討つも敢えて責むるところ無しというに在り。然らば、此場合に於ける該仇人の処罰は、死に対する死に非ずして、流罪、追放等の死刑以下のものなりしこと明らかにして、濫に讐敵を戮殺するを禁ずるの精神は、法権の確持と、国法の威嚴の保持との為に在りて、其一旦国法の処断を経たる者は、英国法に於ける「法外人」(Outlaw)に等しきものにして、之に対して報復を行うも、国法の威權を損ずるものに非ずとしたるが如し。

其他、諸国の国法中、往々復讐義務の範圍を最近卑属親に限り公認するものあり。『長曾我部元親式目』に於ては、

長曾我部元親式目

一、敵打事、親之敵を子、兄の敵を弟打可申、弟の敵を兄打つは逆也。叔父、甥之敵打事者可無用事。

と定め、また『甲陽軍鑑』には、

甲陽軍鑑

敵討は、親の敵を子のうつは順、兄のを弟のうつは順、子の敵、親のうつは逆、弟のを兄の討つは逆なり。叔父の敵を甥の討つも順なれ共、うたざる、とてもくるしからざるなり。

とありて、前者の叔父甥の敵打を認めざりしに比して、更に之を許容して、復讐義務者の範囲を拡大せしが如きは、時代の思想が漸次復讐を是認するの度を増加するに至りたる径路を見る上に於て注意すべきものと謂わざる可らず。斯くて徳川時代に入りては、親父の讐敵は、前代以来因襲の道義觀念上、必ず報復せざるべからざるものとなせりと雖も、其制限方法は主として届出及許可に依りたることに後に述ぶるが如し。

第二款 復讐義務者の順位

復讐は其発働的方面に於ては全族の共同義務にして、其受働的方面に於ては全族の共同責任たりしこと上述の如しと雖も、復讐の心理的基礎は素と自我の延長なる親愛者の被害に対する怨恨に出ずるものなるを以て、共同義務者中にも其親疎に準じて、自ずから其怨恨に深淺の差あり。随つて報復を思ふの念にも強弱

復讐の心理的基礎は義務の順位を生ず

の別なかるべらず。受働的方面に於ても亦然り。殺害者の同族均しく責任を負うものとするも、復讐者より之を觀れば、殺害者其人に対する怨恨の情と其族人に対する感情とは、至大なる差あり。ただ其殺害者を惡むの情は、延いて其親愛者なる同胞に及び、且つ共同責任の習俗ある場合に於ては、殺害者に党して之を援助するがために餘憤を之に及ぼすに過ぎざるのみ。茲に於て、共同義務者、共同責任者中に於て、其怨恨の深淺に準じて、始めより心理的に其順位の定まるものあり。発して慣習となり、礼制となり、法規となりて、復讐義務又は復讐責任の順位を生じ、後に至りては、義務、責任共に其最先順位に居る者に止まるに至りしなり。

支那の礼制は、族人の共同復讐義務が同時義務より順次義務に移るの径路を示すの適例とすることを得べし。「曲礼」及び「周官」に依れば、復讐は君父兄弟、從兄弟、師長、交友の讐に及ぶものとするも、其間自ずから輕重先後の例あり。父の讐に付ては「曲礼」には「与に共に天を戴かず」と云い、「檀弓」には、孔子の子夏に答うるの語を載せて、「苦に寝ね、干を枕にし、仕えず、与に天下を共にせざるなり、諸に市朝に遇えば、兵に反えらずして闘う」と云うを以て其義務最も重く、兄弟の讐につきては「曲礼」には「兵に反えらず」と云

同時義務より順次義務に移る

い、「檀弓」には「仕えて与に国を共にせず、君命を銜んで使すれば、之に遇うと雖も闘わず」と云うを以て其義務之に次ぎ、従父昆弟の讐に付ては、「檀弓」には「魁とならず、主人能くすれば、則ち兵を執て其後えに陪す」と云い、交遊の讐につきては、「曲礼」には単に「国を同じゅうせず」と云うに過ぎず。これ皆報仇は親戚交友の義務なりと雖も、恩の厚薄、義の軽重に依りて、各其間に差等あるを示すものなり。呂大臨、鄭康成等の解説に依れば、「共に天を戴かず」とは、孝子は仇と生死を同じゅうせざるを云い、「苦に寝ねて仕えず」とは、喪礼を以て自ら処るをいい、「干を枕にす」とは、寢寐仇を忘れず、恒に兵器を捨てざるを云い、「仕えず」云々は、身を棄て仇讐を報ずる義務あるがために官仕せざるなり、「諸に市朝に遇えば、兵に反えらずして闘う」とは、市朝は戦鬪の処に非ざるも、父母に対する復讐の義務の至大なるがために、直ちに之を討つを云い、「仕えて国を共にせず」云々とは、兄弟の讐に居るときは、父の讐に居ると異なり、官仕することを得べしと雖も、国を同じゅうすべらず。既に君に仕うれば君命を処す可らず、故に君命を銜んで使用するの途上仇人に遇うも、之と闘うを得ず。若し負くれば私の義務の爲めに公務を処するの虞あるを以てなり。従父兄弟の仇には「魁とならず」云々とは、自ら主たる討手とな

説 呂大臨、鄭康成の

らず、主人たる子が敵討を為す時に助太刀を為すを云い、(『礼記義疏』卷五、卷十)皆血統の親疎に依りて報復の義務に軽重あるを示すものなり。馬蹄孟は之を論じて、

先王恩を以て情を論じ、情を以て義に合す、其恩大なる者は其情厚く、其情厚き者は其義隆し。是故に父なり、兄弟なり、交友なり、其讐たるは則ち一なり。而して、之に報いる所以のもの同じからず。或は共に天を戴かず、之に死せんとす、而して之と俱に生きんことを恥ずるなり。或は兵に反らず、之を執え殺さんとす、而して之が備を為すなり。或は国を同じゅうせず、之を遠けんとなす、而して其比を惡むなり。

と云えり。又、游桂が「曲礼」に註して、
子之を報じて得ざれば兄弟之を報じ、兄弟之を報じて得ざれば交遊之を報ず。

といい、湛若水が

父を急と為し、兄弟之に次ぎ、交遊亦之に次ぐ。

と云えるが如きは、自ずから恩義の厚薄に依りて復讐義務に先後の順位あるを示すに足るものあり。(『礼記義疏』卷五、卷十)

英國の古法に於ても復讐の順次義務を認めたるの跡あり。ブラクトンは曰く、

「重罪の私告訴（appeal of felony）に依りて死亡者のために復讐せんことを求むる者あるときは、男子は年齢に拘らず、女子に先んじ、最近親族は他の親戚に先んじて之を行ふことを得べし」と。私告訴に依りて復讐を為すの意義は、後に説明する如く、社会力の転化に依りて自力救済の公権制裁に移るの過渡期を示すものなり。而して、国家が始めて私力救済を収めて公権制裁と為したる訴式に於て、告訴権利者の順位を定めたるは、其実曩に復讐義務者間に順位ありたるに因るものなり。

各民族に於て、其社会組織の漸く整備するに随いて、復讐の全族義務、全族責任の弊害は夙に認められ、立教者又は立法者は之を個人義務・個人責任とする。教義若くは法規を設くるに至れり。例えば、ユディヤ人も其始めは対族復讐の習俗を有したるものなるも、（「約書記」第七章、第二十四節）モーゼは之を改めて個人責任となせり。「申命記」第二十四章第十六節に、

父はその子等の故によりて殺さるべからず、子等はその父の故によりて殺さるべからず、各人おのれの罪によりて殺さるべきなり。

とあり。モハメットも対族復讐の習俗を制限せんとせしは『コーラン』第十七

英國法
誣告罪

個人義務・個人責任の発生

モーゼの法

章「夜行編」に、

モハメッドの法

正当なる事由あるに非ざれば生靈を殺すこと勿れ、是れ神の汝等に禁じ給いたる所なればなり。

我等は不正に殺されたる者の嗣子に復讐を要求する權力を与えたり。然れども、残酷なる方法を以て其仇を殺し、又は殺害者以外の人に対して友人の讐を復するが如き、適當なる度を超ゆる行為ある可らず。

と云えるを以て之を知ることを得べし。現今の回々教国の法は、右の教義に従い、復讐の權利を有する者は、被害者の最近親に限るものとし、シャフィート派 (Schafit)、アゼミート派 (Azemit) は特に被害者の相続人にのみ之を許すものとせり。(Tournauw, Das Moslemische Recht, S. 239.)

最近親
相続人

ロシアに於ても、古代は全族復讐の慣習法行われたるが、ジャスラブ帝 (Jaslav) の「ロシア法典」(Pravda ruskaja) は復讐義務の範圍を最近親に限定せり。其第一條に曰く、

ロシア法

人若し他人を殺害することあらば、兄弟は兄弟の爲めに、子は父の爲めに、父は子の爲めに、又は兄弟姉妹の子の爲めに復讐することを得べし。(Evers,

Das aelteste Recht der Russen. S. 264)

又モンテネグロ、ダニエル第一世王の法典第三十九條には、

復讐は殺害人一人に対してのみ之を為すことを得、之を其親戚に及ぼすべからず。

モンテネグロ法
殺害者

との規定を載せたり。(Post Anfange des Staats-u. Rechteslebens. S. 181.)

チュートン人種間に於て個人責任の生じたるは第六世紀以後にあるが如し。
「ウェストゴータ法」(Westgöta lagen. vi. 1, 8.)に

ウェストゴータ法

一切の告訴は、犯罪者に対してのみ之を為すべきものとす。父は子のために、子は父のために、兄弟は兄弟のために訴追せらるることを恐れしむること勿れ。有罪者として告訴せらるる者は、独り、匪行者あるのみ。

とあり。此法律は文勢に依りて之を観るも、明らかに旧慣を改むるの規定なることを推知し得べし。(Benchet. 参照)然れども、サザーランドの記す所に依れば、チュートン人種の多数は、第十三世紀の頃に至るまで共同責任の慣習を維持したるものの如し。(Sutherland, Origin and Growth of the Moral Instinct. ii. p. 168.)

上來叙述せるが如く、復讐者の範圍が漸次縮小して、全族より個人に移るに至りたるは、宛も公力制裁が私力制裁に移りたるが如き観無きに非ずと雖も、其実は社会力が漸次発展して、社会員の行為を制するに至りたるの一現象た

るに過ぎざるなり。族戦の存するは、畢竟社会全体の力を以て其一部を制すること能わざるを以て、其社会に於ける出来事の結果を個人の激情に放任するに由るものにして、同情若くは憤怒の結果、全族兵を執つて起つに始まり、而も単成団体の時代に於ては、団体的存在競争の必要より之を義務と為すに至りたるものなり。社会が複成団体たるに至れば、族戦は内乱を生じ、其社会の分裂破壊の原因たること明らかなるに至るを以て、族戦の弊を除きて治安を維持せんが為めに、或は社会心の発現たる輿論、慣習、宗規、礼制等に依り、或は社会心の集中点たる主長の命令等に依りて、社会員の感情を抑制し、一定の範囲内に於てのみ之を個人に許すものとせり、茲に於て、族戦の如き一般的私力制裁は漸く禁止せられ、公権力に依りて認許せられたる範囲内に在る者のみが自力制裁を行うことを得るに至りたるものなり。

第三款 復讐避難場

一 避難制

社会統制力発展の初期に於て、往々観る所の避難場(Asylum)の設置も、亦復讐血報の乱端を塞ぎ、私力制裁を収めて公権力に移すの一方法たりしなり、避難

なる語は、其原始に於ては、主として殺人者が神聖不可侵の場所に逃れて復讐を避くる場合に用いられたるものにして、即ちタブーの効果に外ならざりしも、後に至りては広く一定の場所又は一定の人の保護の下に走りて、復讐、刑罰、虐待等を免るる如き場合を總称するに至れり。

従来学者は種々に避難の分類を為して之を論述し、其範圍の倍々広汎なるに至れり。第十七世紀にカールホルムが『避難論』(Tractatus de asylys, Upsala. 1682.)

避難の分類

なる書を著わして之を「物的避難」(asylla realia.)「人的避難」(asylla presonalia)の二種に分類し、ヘルマン・ポストも此分類を採用して「地的避難」(Ortliches Asyl.)

物的避難
人的避難
地的避難

「人的避難」(Persönliches Asyl.)の二種とし、(hermann Post, Grundlage. S. 414.)ローレルは之に「時的避難」(Zeitliches Asyl.)を加えて三種とせり。(Kohler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie. S. 188.) ヘルウイヒは避難者を分類の基礎とし、「罪人避難」(Verbrecherasyll)「外人避難」(Femdenasyll)及び「奴隷避難」(Sklavenasyll)の三種とせり。(Hellwig, Das Asylrecht der Naturvoelker. S. 2.)

時的避難
罪人避難
外人避難
奴隷避難

避難制度(Asylrecht)が私力制裁より公権制裁に進むの径路に中りたるは、広く文化低級の諸民族に行わるる習俗に徴して之を知るを得べし。近時避難俗が法律の進化に重要な關係を認め、之に関する研究を発表する者少からず。ヘル

避難という語

ベン・ポスト(Heremann Post)のGrundlagen、ローネル(J. Kohler)のShakespeare vor d. Forum der Jurisprudenz, Vorlesung über Rechtsphilosophie 等に於ても之を論じ、就中ヘルウィヒ(A. Helwig)の「自然民族の避難法」(Asylrecht der Naturvölker)及「大洋洲の避難法」(Asylrecht der Ozeanien.)は、此問題に関し、最も詳細なる研究を載するものとす。

親子兄弟の如き近親を殺されたる者の怨恨の激情は、法禁を以て容易く抑圧し得べきものに非ず。故に社会の秩序既に整い、国家の法制既に定まるの後と雖も、殺傷の如き犯行に対する報復は、動もすれば反射的に行わるるものなるを以て、避難市の如き制動機ありて、犯行者を激怒者の手の届かざる所に置き、復讐者の沸ける血の稍々冷ゆるを待つて賠償を提供し、又は裁判の準備を為すを得しむるときは、之れに依りて私力制裁を公権制裁に導びくことを得べきなり。(Frauenstädt, Blutrache und Todtschlagstüme, S. 67, 68. 参照)若し避難権にして永続的なものならば、是れ法権に対する一種の反抗とも看ることを得べきも、若しモーゼの如く、ゼルマン民族法の如く、賠償を提供し又は裁判の準備たる一時的のものなりとすれば、法権を維持する所以なりと云わざる可らず。

避難場の効用

フルドは避難制を以て印度にも存せるものとし、之を世界的現象とせり。復讐が社会の慣習たる所には必ず其弊を救わんがために避難制ありと結論せり。 世界的現象

(Fuld. S. 296)

二 避難俗の起原及び避難場

避難俗は民俗の文化稍々上進の途に就かんとするの始に於て、私闘の治安を紊り団体の凝聚力を弛ぶるを自覚したる時に於て、復讐を緩和するの手段として行わるるものなるを以て、文化最低級の民族中には、未だ此習俗を存せざるもの尠しとせず。オーストラリヤの土人、アフリカのブッシュマン、ホッテントツ等には避難俗を見ざるは是が為めなり。

文化最低級の民族に避難俗無し

オーストラリヤ土人は文化の最低級に在り。彼らの住地は土地瘠せて天産物に乏しく、少数の人員相聚りて小民群(Horde)を為し、広漠たる原野に水草を追うて漂浪生活を為すを以て、未だ定住地を占めて組織ある社会生活を為すに至らず。従つて各人の身体、生命、及び所持物に対する保障は、各自の実力防禦と復讐の威嚇とあるのみ。故に復讐を以て各人の義務とし、未だ避難、賠償等を以て復讐を緩和するに至らず。殺人は其過誤殺なると謀殺なるとを論せず、必ず之が報復を為すべきものとせり。(Hellwig, Asylrecht der Naturvölker. S. 6.)

オーストラリヤ土人

アフリカのブッシュマンも亦小民群を為し、水草を追い、禽獸を狩りて漂浪
ブッシュマン

し、未だ一定の住地を占めて組織ある社会生活を為すに至らず、随つて民群を
主宰し、爭議を裁決すべき者無きを以て、各自の生命財産に対する保障は、実
力の自救又は親戚の復讐あるのみ。

ホッテントツツはブッシュマンに比し、其文化稍々進みたるものもあるも、罪人
ホッテントツツ

避難の習俗あること無く、只其中白人に接して其文化の影響を受けたる種族は、
既に避難時代を経過したる刑法を有するものもあるも、罪人避難の習俗は一般に
ホッテントツツ人に行われざるものの如し。(Hellwig, Asylrecht der Naturvoelker,
S. 25, 263)

避難制はタブーの習俗に起因したるものにして、神の不可侵性の信念より霊
起因す

場の不可侵性となり、延いて其霊場内に入る者を不可侵とするはタブー、感染の
常態にして、(拙著『タブーと法律』第三冊収載 参照) 神殿、祭場、其他の霊場に於
霊場の避難

て鬭争し血を流すが如きは、贖神罪の最も重きものにして、之を犯す者は冥罰
を蒙るべしとの信念あるを以て、他人の攻撃を恐るる者が身を霊場に投じて難
を免るるは、屢々有り得べき事たり。殊に社会組織未だ備らずして、生命の保
障無き社会に於ては、霊場に避難するは一種の習俗として発達すること多きに

居るものなり。民族が、神殿^{その}他の靈場に於けるタブーの不可侵性が避難の効用あるを経験すること久しきに及んでは、酋長、高僧、其他の権力者は往々特に避難場を設置して、治安を維持せんとするもの有るに至る。サンドウィッチ島に於ける避難制の如きは、これが適例を示すものの一なり。

避難場の設置

サンドウィッチ島に於ては、復讐は遺族の死者に対する神聖なる義務にして、之に依りて死者の怨魂を慰めざる時は死靈の祟ありとの迷信行われたるを以て、復讐の習俗は最も盛んに行われたり。加之、死は呪詛の結果なりとの迷信

サンドウィッチ島の 死靈制

行われたるがために、復讐は独り他人のために殺害せられたる場合に於て行わるのみならず、病死、変死等の場合と雖も、往々之を他人の呪詛に帰し、呪詛者に擬せられたる者に対して復讐を為すの習慣なり。是等の迷信のために復讐は頻々と行われ、之がために人口激減するの虞あるを以て、酋長は此の如き民族を自滅に導くべき弊習を芟除するの必要を感じること最も切なるに至れり。故に第十六世紀の後半に於て、サンドウィッチ島に五箇所の避難場(puhoua)設立せられ、之に依りて復讐に因る治安の紊乱と人口の激減とを停むることを得るに至れり。右の五箇所の避難場中ハワイ島中のホナウナウ(Honauau)に在るものは、避難場の起原を示すの範例とも称すべきものなり。此地は嘗て島王の首

プホヌア

ホナウナウの避難 場

都のありし所にして、ケアヴェ王の靈廟(Hare o Keave)の在る所なるを以て、其境域は其以前よりタブーにして神聖不可侵の地たり。此地に在る者は神靈の保護を受け、殺人者の如き罪人と雖も、一たび之に逃げ入るときは、遺族は之を追躡して復讐を為す能わざるものとせり。ホナウナウの避難場の面積は、縦七百五十フィート横四百四フィートにして、其中に多数の小屋を設けて逃避者の滞留所とせり。逃避者は一たび此避難舎に入るときは一定の期間は去ることを許されず。例えば、戦時の逃避者は戦争の熄むまで避難場を去る能わず、復讐の避難者は一定の期間(二日又は三日)、プホヌア内に留まらざるを得ざるものとし、縦令い復讐者が赦免する場合と雖も滞留の義務あるものとせり。(JERVES, History of The Hawaiian Islands, 3rd. ed. p. 34.) 此逃避期間中、避難者は神に犠牲を捧げて自己の罪を祓浄し、且つ神の保護を奉謝せざるべからず。此滞在祈祷を了るるときは、避難者の身体は、タブーとなりて不可侵性を享くるものなるを以て、期限経過後避難場を去るも、神の保護あるものとせり。然れども、一たび避難場に逃れたる者は、或は報恩の爲め、或は出場後復讐の危険あるを恐れ、生涯其所に止りて神に奉仕する者多しと云う。

トンガ島(Tonga Islands)の避難俗も頗るサンドウィッチ島に類似し、死者を祭

る、靈場を避難場とす。(Hellwig, Das Asylrecht der Naturvolker. S. 15.)

ニュー・ギニアに於ては、神殿はタブーにして不可侵の靈場なるを以て、其靈場内に於て人を殺すが如きは至大なる贖神罪とし、之を犯す者は神罰により手足萎縮して激しき痛みを感じ、其苦患を免れんがために死を欲するに至るものとす。故に神殿は最も安全なる逃避場にして、人を殺したる者、一たび靈場に逃るときは、復讐者の追躡を免るるものとす。又過つて人を殺したる者は、被害者の遺族に賠償金を払いたる後ち他所に避くべきものとす。(Hellwig, Das Asylrecht der Naturvolker. S. 7.)

避難制はタブーに起因するを以て、神殿其他の靈場は、一般に避難性を有するものとす。アビシニヤ(Abyssinia)に於ては、大寺院は皆避難場なり。又寺院近傍の家屋も等しく避難性を有するものとす。又高僧は避難場の範圍を拡張することを得るものとす。第十九世紀の始に、マドハナ・アラム(Bishop of Madhana Alam)が其の管区全部を一切の犯罪人の避難場なりと宣言したるが如し。是等の家は、多くは貴族の住家と爲り、貴族等は往々僧侶と結託し、其避難性を利用して国王の権力に対抗するものの如し。又アレキサンドリヤに於ては、大僧正の管轄に属せざる独立寺院も均しく避難性を有し、其他教会本院の所在地な

ニュー・ギニア

靈場は一般に避難性を有す

寺院の避難性

るアクスム(Axum)を始めとし、イスーム(Isum)、キラーツァ(Kiratza)の如き市、アビシニヤの首府ゴンダー(Gondar)の市外エッチエゲベツト(Etscheghebed)も不可侵の避難場たる性質を有せり。人口多き都市の近傍に避難場あるときは、之が為に刑法に影響を及ぼすこと尠からずと雖も、アビシニヤに於ては、復讐義務の觀念は既に薄らぎたりとはいへ、未だ刑罰を以て復讐に代うるに至らざるを以て、仇人が復讐者に賠償を提供して和難を講ぜんとするには、一旦避難場に入りて、徐ろに交渉を為すの要あるものとす。若し復讐者が賠償を受くることを拒みたる場合に於ては、後にも述ぶる如く、仇人は避難の權を失ひ、復讐者に引渡さるるものとす。(Hellwig, Das Asylrecht der Naturvoelker, S. 53.)

アフリカのカフファー人(Kaffirs)も既に賠償時代に達せるを以て、之に対応して避難制一般に行われ、總酋長(Inkosi)の住家及び墳墓並びに墓守の家は不可侵にして、總酋長自身に対する罪を犯したる者の外は、一切の犯罪に対する避難場たるを以て、人を殺し復讐を恐るる者は、之に逃れて難を避くることを得るものとす。

ヘルウィヒは、總酋長の墓及墓守が避難性を有する原因を、同族人の靈魂不滅及靈魂移轉の信念に歸し、生前に於て神性を有したるインコージの靈魂は、其

カフファー人
酋長の家、墳墓

墓地に移り又墓地の番兵に移るものなり。故に其墓地に入り、又は番兵の衛舎に入りたる者は、其靈魂の保護を受くるものなりとせり。(Hellwig, Das Asylrecht der Naturvoelker, SS. 31-32.)

酋長の身体は一般にタブーなり。随つて其住所もタブーにして、不可侵性を有するを常とす。ニュー・カレドニア、インド人のタクリ族(Taculi)に於ては、

若し殺人者其他の犯罪人が酋長の住舎又は天幕中に逃れ入り、酋長之を拒まざるときは、復讐の難を避くることを得るものとす。此避難権は、素と酋長のタブーより生ずるものなるを以て、犯人一たび酋長の居所外に出ずるときは、忽ち避難権を失うものとす。然れども、若し酋長が其住所以外に於て保護を継続せんとするときは、之に其衣服を与えて之を着せしむれば、酋長のタブーは感染性に因りて其衣服にも附着するを以て、(拙著『タブーと法律』第三冊収載 参照)復讐者は仇人を攻撃し、血を以て之を汚すことを得ざるものとす。

マイクロネシア群島に於ては、一般に避難の習俗存し、避難場は他の地方に於ける如く主として霊場なるも、同群島に於ては、神殿と称すべきもの殆んど無きを以て、復讐の難を免れんとする者は、酋長の墓に逃るるを以て通常とす。殺人者一たび酋長の墓に逃るときは、復讐者は追躡して其霊場に入ることを

マイクロネシア群島

酋長の墓

得ず。若し其所に於て復讐を為し、霊場を贖すときは、其墓に埋められたる死者の霊の祟りを受くべきものなりとす。是群島一般の通習なりと雖も各島に於て特殊の習俗あるは言を俟たざる所なり。

パラウ島(Palau)は現今既に復讐時代を経過して、刑罰に関する法慣習あるの時期に達したりと雖も、ヘルウィヒの解説に依れば、同島の人民が此の如く比較的進歩したる法律生活を為すに至りたる主因は、避難俗の広く行われたるに因るものにして、同島に於ては、各人の家は不可侵なる避難場なるを以て、人を殺したる者が他人の家に逃れ入りたるときは、其の家に留る間は復讐者は之を攻撃すること能わざるものとせり。故に、同島に於ては到る所に避難場あり。就中酋長、大酋長、僧侶等の家は、其保護神の特別の庇護の下に立つものとするが故に、之に避難する者多かりしが如し。各人の家が避難場たりし原因は、主として次の二事にあり。其一は、復讐者が他人の家に在る者を殺して其家を汚すときは、其家の守護神(Kalis)の罰を蒙ることを恐るるにあり。他の一は、其家の主人が若し其避難者の滞留を拒み、之を放逐するときは、之が為めに復讐を受けたる者の怨霊の祟を恐るるに在り。同島に於ては、此の如く避難俗の普及せる為めに、復讐俗は民族文化の低度なるに拘らず比較的早く其跡を絶ち、

各人の住家

刑法發達の端緒を見るに至りしなり。(Hellwig, Das Asylrecht der naturvoelker. SS. 17-23.)

避難制と個人責任

避難制は通常、血族共同責任の習俗既に衰え、個人責任の觀念の生じたる後に於て大に發達するものとす。殺人に対し、被害者の親族連帶して責任を負う場合に於ては、多数が之に遁れて永く滞留し得べき避難場あるに非ざれば其目的を達する能わざるを以て、復讐を恐れて其難を避けんとするときは、同族相率いて他郷に奔るの外に途あること無し。カリフォルニア・インド人(Californians)中に於ては、殺人に対し、親族連帶責任あるものとするを以て、若し殺人者が靈場に避難するときは、彼は危難を親族に嫁して自ら安全の位地に就く卑怯の行を為すものなり。故に礼拝場は避難性を有するものとするも之に遁れて復讐を避くる者は極めて少しと云う。

カリフォルニア・
インド人

遁入避難と逃出避難

避難俗に遁入避難と逃出避難の二種あり。前者はタブーの場所其他特設の避難場の如き不可侵境内に遁入して報復の危難を免るものにして、後者は復讐者所在地より遠隔の地に逃走して報復の危険に遠ざかるものなり。前者は復讐を不可能とするものなるを以て、避難の効果確實なるも、後者は復讐を困難ならしむるに過ぎざるものなるを以て、避難の効果確實なるものに非ず。『周礼』

の君父の讐を海外に避けしめ、師長、兄弟の讐を千里の外に避けしめ、兄弟交遊の讐を国外に避けしむるが如きは、逃出避難の制なり。後に掲ぐる本邦中古律に於ける移郷の制も亦其一例なり。サモア群島に於ては、各部落に通ずる統一の権力無く、各部落民族は互いに外国人又は敵人の如き關係に立つを以て、人を殺して復讐を恐るる者は他の部落民族に投じて難を避くるを常とし、其部落に於ては其境内の治安を維持せんが爲めに亡命者を庇護して、復讐者が追躡して其境に入る事を許さざるを例とす。故にサモア群島の避難俗はヘルウィヒの謂わゆる罪人避難と同時に外人避難の性質を兼ねるものなり。而して此避難俗は、彼の靈地に逃るるものと異なり、単に民族対立の形勢に依り、他民族が境内に入りて鬭争をなすを禁ずるに出ずるものなるを以て、若し亡命者が故郷に復歸する事あるときは、復讐を受くるの虞有り。故に一度他郷に走りたる者は、生涯其地に止まるを常とす。又亡命者の故郷に於ては、彼の家を焼き、財産を没収し、且つ生涯帰郷を禁ずるものとす。原始的民族に於ては、人口の増加は即ち其部落の戦鬭力を増すものなるを以て、サモアに於ても、逃避者の入境を拒まざるのみならず、之を歓迎して其部落に永住することを許すものとす。但し此の如き逃避者が部落民と同等の權利を有する能わざるは勿論にし

『周礼』辟讐の法
サモア群島の逸出
避難

て、劣等民級たる位地を占むるのみならず、往々奴隸となることあるものとす。

(Hellwig, Das Asylrecht der Naturvoelker. S. 14, 18.)

異郷避難

復讐を血族の義務となし、被害者の全親族は殺害者の全族に対して報讐を為すものとし、其間に順位を設けざる習俗ある民族に於ては、復讐は即ち親族戦なるを以て、若し復讐を避けんとらば、殺害者は全族を率いて避難せざるべからず。然るに、自郷内に於て一時に多数の逃避者を容れて永く滞留せしむべき避難場の設あるものは極めて稀なるを以て、一族を挙げて避難せんとらば、勢い他郷に逃れざるを得ず。アフリカのセネガムビヤのフループ族(Fulup)に於ては、全親族の全親族に対する復讐行わるるを以て、人を殺して復讐を免れんとする者は、親族を率いて他郷に逃れ、復讐者の憤怒の冷却するを待つべきものとす。此逃避期間は、慣習法上五年にして、此期間を経過するときは殺害者及び其親族は故郷に帰り、被害者の遺族に対し、牛一頭を償いて和を講ずることを得るものとす。(Hellwig. S. 80.)蓋し此避難制もバレーア及びクナマに於けるが如く、半ば流謫の意を含むものなるを以て、之がために遺族の憤怒を和らげ、社会の正義観念を満足せしめ、比較的輕微なる賠償を以て和解することを得るものなるが如し。

全族避難

セネガムビヤ

チェロキー・インド人 (Cherokees) 中には、第十八世紀の始の頃より避難市ありて、其市内に於ては血を流すことを嚴禁し、今に至るまで謀殺者と雖も其市内に遁れ入るときは復讐を免ることを得るものとす。然れども、犯人避難市に逃れ入りて神の冥護を得たる後ち、其危険の去るに及んで擅に之を去るは、神威を弄ぶに等しきものなりとし、一たび避難市に逃れ入りたる者は生涯場外に出でて郷里に帰ることを許さざるものとす。故に避難市に逃るるは、自ら終身流謫の刑を受くるに等しきものなり。

アフリカのバレア及びクナマに於ては、被殺者の近親に私力制裁を許し、復讐者が自力を以て制裁を行う能わざる場合に於て、始めて公力制裁を行うものとし、復讐期より將に刑罰期に入らんとするの間境に在るものなること、下に述ぶるが如しと雖も、之と同時に罪人逃避権が全族の治安維持に極めて重要なを認め、復讐者と仇敵とを離隔して、成るべく私闘流血の惨なからしめんとせり。バレア及びクナマに於ける各州は、各法権を異にすること、宛かも我封建時代に於けるが如くなりしを以て、一州に於て人を殺したる者が他州に奔りたるときは、復讐者は之を追躡して他州内に於て敵討を為すことを許さず、又犯罪地の州より逃避地の州に対して罪人引渡の要求を為すこと能わざるものと

バレア及クナマの
避難舎

生涯帰還を許さず

せり。同州内に於ては法律上避難権無きものとするも、若し殺人者が他人の家に逃れ入るときは、其家主は名誉事件として之を庇護し、仮令い復讐者が追躡して其引渡を請求することあるも之を拒み、護衛者を附し、州境まで送り出して他州に逃れしむることを得るものとす。此場合に於て、殺人者の逃れたる家は中間的逃避場たるに過ぎざるものにして、境を越え、他州に入りて後ち始めて安全なることを得るものとす。法律が此の如き家主の行為を認容して之を罪人隠匿の罪と為さざる所以のものは、之に依りて州内に於ける私闘騷擾を止めて治安を維持することを得るのみならず、犯罪者を逃出せしむるは、之を郷里より追放するに等しきものなるを以て、之が為めに幾分か遺族の憤怨を慰むるに足り、又社会の正義心の要求をも満足せしむるに足るものあるが為なり。後に述べる如く、犯罪者が他郷に謫居すること数年の後には、長老の調停に依り被害者の遺族に賠償を為して帰還し、被害者の家族の一員と為ることあるものとす。

避難制はタブーに起因したるものにして、タブーの不可侵性の為めに報復の難を免るものあり、之に依りて私闘を熄めて治安を維持し、又は奴隸の虐使を止めて自由を保護する等の効あるを觀て、立法者は往々固有のタブー性を有

中間逃避場

避難と追放

す、場所以外に、特に避難場を創設し、之に不可侵性を賦して、治安の維持圧
 虐の救済等の目的に充つることあり。サンドウィッチ島に於ては、従来タブー
 特設非難場

に基きたる避難俗存せるも、後に至り、宗教的酋長が五箇所の避難場を創設し
 たるは前に述べたるが如し。モーゼの六避難市の如きも、蓋し其創設以前より
 存せるタブーの習俗に基きて、考案したるものにして、之に神聖性を与えんが為
 めに、「逃避邑」六を与うべし」(「民数紀略」第三十五章、第六節)なる、エホバの言
 に依りて之を設けたるものとせり。

此の如く、特に設けたる避難場は人文進化の程級に於て一階を進めたるもの
 にして、其設置の目的に従い、逃避者の行為の徳義性、其他の事由によりて、其
 庇護の程度を異にすることあるものとす。モーゼの六逃避邑に於て、過誤殺に
 対しては完全なる保護を与うるも、謀殺者に対しては審判の準備として一時的
 庇護を与うるに止まるものとするが如きは、其適例の一なり。

故に逃避者の保護に関して避難場に二種あり。単にタブーなるがために逃避
 者を保護するものは、其場所の神聖にして不可侵なるがために保護を与うるも
 のにして、其逃避者の性質如何は毫も関する所に非ざるを以て、其謀殺者たる
 と誤殺者たると義殺者たるとは素より問う所に非ず。只其境内に於て闘争を為

二種の逃避場
 タブーに依る逃避場

し又は血を流して之を贖す等の事を禁じたるが爲めに、逃避者を不可侵ならしむるの效果あるに過ぎざるのみ。立法者の特設する避難場は之に反し、其設置の目的に依りて其避難の効果を異にし、多くは之に依りて治安を維持し、又は圧虐を防止せんが爲めに、其不可侵期間を仲裁、賠償、審判等に充つるものにして、之に依りて自力救済を公権力に収むるの一手段とするものなり。

ユダヤ人中には対当報復の法 (lex talionis) 行われ、如何なる場合と雖も、死は死を以て報ゆるものとせるも、モーゼの時に至りて、避難場を設けて過誤殺者を、復讐の難より救い、之と同時に總ての殺人の場合を会衆の裁判権内に収めんとせり。モーゼがこれらの革新を神託に歸したるは例の如し。「民数紀略」第三十五章に於てエホバのモーゼに告げたる言として、

六 逃遁邑六を与うべし、是は人を殺せる者の其処に逃るべきための者なり。
 十 イスラエルの子孫に告てこれに言え、汝らヨルダンを濟りてカナンの地に入ば、十一 汝らのために邑を設けて逃遁邑と爲し、誤りて人を殺せる者をして其処に逃るべからしむべし。十二 其は汝らが仇討する者を避て逃るべき邑なり、是あるは人を殺せる者が未だ会衆の前にたちて審判(さば)をうけざる先に殺さること無らんとめなり。十三 汝らが予うる邑々の中六

立法者の特設に依る避難場

ユダヤ人の対等報復の法

モーゼの避難市法

をもて、逃遁邑とすべし。十四 すなわち、汝らヨルダンの此旁において三の邑を予え、カナンの地に於て三の邑を予えて逃遁邑となすべし。十五 この六の邑はイスラエルの子孫と他国人及びその中に寄寓る者の逃遁場たるべし。凡て誤りて人を殺せる者は、其処に逃るることを得べし。

と云えり。「出埃及記」第二十一章にも、

十二 人を撃ちて死しめたる者は必ず殺さるべし。十三 若人みずから画策、ことなきに、神人をその手にかからしめたまうことある時は我汝のために一個の処を設くれば、その人其処に逃るべし。

「申命記」第十九章にも、

四 人を殺せる者の彼処に逃れて生命を全うすべきその事は是のごとし、即ち凡て素より惡むことも無く、知らずしてその隣人を殺せる者、五 例えば人木を伐んとて、その隣人とともに林に入り、手に斧を執て、木を伐んと撃おろす時に、その頭の鉄柯より脱て、その隣人にあたりて、之を死しめたるが如きはなり。斯る人は是等の邑の一に逃れて生命を全うすべし。六 恐らくは復讐する者、心熱してその殺人者を追かけ、道路長きにおいては、遂に追しきて之を殺さん。然るにその人は素より之を惡みたる者にあらざれ

ば、殺さるべき理あらざるなり。

「約書亜記」第二十章にも、

一 茲にエホバ、ヨシユアに告て言たまいけるは、二 汝イスラエルの子孫に告て言え、汝等モーゼによりて我が汝らに語りおきし逃遁の邑を扨び定め、三 誤りて知ず、人を殺せる者を其処に逃れしめよ。是は汝らが仇討する者を避て逃るべき処なり。九 是すなわちイスラエルの一切の子孫、および之が中に寄寓おる他国人のために設けたる邑々にして、凡て人を誤まり殺せる者を、此に逃れしめ、其会衆の前に立ざる中に仇討の手に死ぬるがごときこと、なからしめんとめなり。

と云えり。此逃遁邑なるものは殺人者の避難市にして、其場内に於て復讐を禁止せるものなり。然るに此避難市の保護を受くることを得る者は、過つて人を殺したる者に限り、たるを以て、避難市に入りて復讐を免れんとする者ある毎に、其者の避難権の有無に、関し審判を為すの必要を生ずるに至れり。

避難権

避難権は避難場に入りて後ち始めて生ずるものとせるを以て、復讐者は仮令い殺人者が避難市に走るときと雖も、之を追躡し、途中に於て其仇を撃つを得るものとせり。「約書亜記」第二十章に記す所に依れば、避難市に投ぜんとする

者走って市門に達するときは、「門の入口に立て、その邑まちの長老等としよりたちの耳に事情を述」べて入市の許可を請こわざる可べからず。長老は其陳述を聴そのき、其過誤殺なることを認むるときは、入市を許して市内に住居せしめ、血報者の追躡復讐を免まぬかれしむるものとせり。(Joshua xx. 4, 6) 「民数紀略」第二十五章に曰く、

二二 然されど、もし敵の心なくして思わず人を推し、又は意なくして人に物を擲なげち、または人あるを見ずして人を殺すほどの石を之これに投げつけて死しむること有あるに、その人これが敵にもあらず、また之を害せんとせしにもあらざる時は、会衆この律法(おき)によりてその人を殺せる者と仇討する者ついでに、審判(さば)を言わたすべし。二五 即ち会衆はその人を殺せる者を仇討する者の手より救い出して、これをその逃れゆきたる逃遁邑のがれのまちに還かえすべし、その者は聖膏を灌きよみれたる祭司の長(お)の死るまで其処に居べし。

然しかれども、避難権は地域の権利にして随身的権利に非あらざるを以て、殺人者は逃遁場以外に於て之を有すること無なきは、同章に、

二六 然されど、人を殺しし者、其逃れし逃遁邑の境を出でたらんに、二七 仇討する者、その逃遁邑の境の外にてこれに遭あうことありて、仇討する者、すなわちその人を殺しし者を殺すことありとも、血をながせる罪あらじ。二八 其

避難権の有無に關する長老の審判権

利 避難権は地域の権

は、彼は祭司の長の死るまで、その逃遁邑に居るべき者なればなり。

とあるに依りて之を知ることを得べし。又同節に、逃遁邑の祭司の死後は、逃遁者は逃遁邑を出でて産業の地に帰ることを得べきものとするも、此場合に於て血報者は仍お復讐を為し得べきや否やは明らかならず。然れども、前文に逃遁権を有する者が逃遁場外に出たる場合に復讐を為したる者を流血罪に問わざる理由として、「そは、彼(逃遁者)は祭司の長の死るまで、その逃遁邑に居べきものなればなり」とあるより推せば、逃遁者が一たび逃遁期間を経過したるときは、爾後其場外に於ても復讐を免れ、血報者は之に對して復讐権を失うものの如し。

殺人者が逃遁邑に入りたる後、若し血報者が其逃遁者は謀殺者にして、不実の陳述に依りて入場したるものなりとして其原住地の長老に訴うることあるときは、長老は逃遁邑の長老に請求して其殺人者の引渡を受け、之を原住地の会衆の審判に付し、若し過誤殺なるときは、之を逃遁邑に送還して其邑の祭司の

長の死するまで留まるべきものとし、若し謀殺なるときは、之を血報者に引渡し、復讐を為さしむるものとせり。「申命記」第十九章に

十一 然ど、もし人その隣人を惡みて之を附覘い、起かかり撃てその生命を傷いて之を死しめ、而してこの邑の一に逃れたる事あらば、十二 その邑の

逃遁者が謀殺者なる場合

長老等人を遣て之を其処より曳き来たらしめ、復仇者の手に之を付して殺さしむべし。

とせり。是等の聖律に依れば、避難市の設置と共に避難権の有無に関する裁判権を生じたるのみならず、避難権と復讐権とは両々対立し、前者有るときは後者無く、後者有るときは前者無きを以て、避難権の有無を審判するときは之と同時に復讐権の有無をも判決するの結果を生じ、漸く私制裁が公権力に吸収せらるるの端緒を啓くに至れり。

避難市の一たび設けらるるや、殺人者は其故意に出でたと過誤に出でたるとを問わず、避難市に走つて復讐を免れんとする者多きに居り、血報者が仇人の避難市に達する前に追及して之を殺したる場合を除く外は、必ず其引渡を求むるに至るべきを以て、イスラエル人中に於ては、殺人犯の場合に於ける長老の審判は恒例と爲り、謀殺の場合に於て原住民の長老に引渡され、復仇者の手に付せらるるときと雖も、是れ私制裁に非ずして裁判に依りて認許せられたるものなるを以て、公権力に基く制裁なりと云わざる可らず。殊に同人種間に行われたる対当報復の法は怨恨を積くに最も適切なる行刑方法なりしを以て、私制裁の慣習の同人種間に跡を絶つに至りしは比較的速かなりしものの如し。

私制裁公権力に吸収せらる

此点このに關し、ミチック人種ミチック人種の法はアリヤン人種アリヤン人種の法と、私力公權化の徑路を異にいしたるものの如し。前者は復讐に代うるに賠償を以てもつすることを禁じ、(Numb. xxxv. 31.) 避難市を設けて私制裁を制限せんとしたるを以て、避難權の有無に關して、裁判權を生ずるに至り、後者は賠償を奨励して私闘に代えんとしたるを以て、賠償金額の裁定に付て公力の干渉を要するに至りしなり。

ローマに於ては、古代パラチヌス丘(Mons Palatinus)を避難場とし、又神殿、祭壇、其他の靈場をも避難場とせり。ローマ市民の家も家神の祭壇なるを以て不

ローマの避難場

可侵性を有し、之に逃避したる者を濫りに攻撃すべからざるものとせり。又帝政時代に於ては、皇帝の肖像は、其所在地を避難性を有する靈場とせるは屢々法文に明記する所なり。(§ ult. i. de his qui sui vel alieni juris. 1, 6L. 17. D. § 12 de

aedilicio edicto 21, 1L. 5. D. de extraordinary criminibus 47, 11, L. 28. § 7. D. de poenis 48, 19 L. D. de injuriis 47, 16.) 此の如く帝王の像に避難性を認めたる例はエジプトのアッシロファメス王(Asyrophanes)アッシリヤのベロス(Belos)等を始めとし、諸民族に往々觀る所にして、是れ王のタブーなる不可侵性を其肖像に及ぼしたるものなり。

エジプト
アッシリヤ

歐洲の中世に於ては、教会の権力は國家の權力を凌駕し、寺院の境内は勿論、

歐洲中世の寺院の
境内僧正の住家

僧正の住家をも避難場とし、国法を逃れて之に遁入する者の避難権を認めたり。教会の避難場を設けたる所以は罪業を固有する人類を救済するを目的とするものにして、素と逃避者なる個人を保護するの趣旨に出で、公衆の爲めに治安を維持せんとするものに非ざるを以て、ローマ法王の權力の盛なりし時代に於ては、國家の法律を犯したる者が寺院又は僧正の家に走って庇護を乞うときは、教会は國家の權力に對抗し、國家の官吏より犯罪者引受の請求を受くるも、其逃避者の生命。身體を害すること無く、單に靈的懲戒に止むるの盟式あるに非ざれば、之に應ぜざるものとせり。後ち國家の權力の發展するに隨いて、教会が国法に對抗して逃避者を庇護するの権は漸く其力を失ひ、僧正等は逃避者の爲めに居中調停するに止まりしも、後に至りて却て国法が寺院の避難場たるを認むるに至れり。(L. 16 de his qui ad ecclesiam conf. 12. I L. 13 C. Theod. de his qui ad ecclesiam L. 2, 3, 6 C. 12, i Nascella, 17. C. 71.)

教会の對抗

ゼルマン民族も古代より、聖林、祭壇、僧院等を以て避難場とせり。是れ中世

ゼルマン民族
聖林、祭壇、僧院

クリスト教の行わるるに至りても、ローマ教会の避難に関する教旨が、ゼルマン民族間に容易く行われ、ゼルマン王は法律を以て教会の避難制度を認むるに至りたる所以なり。メロヴィング家の王は、一般に教会の避難制度を認め、ロタール第二世王 (Lothar II) は盜賊を寺院より拘引することを禁じ、カール大王 (Karl der Grosse) も寺院に遁れ入りたる罪人を拘引して之を死刑其他の刑罰に処するは贖神の行為なりとして之を嚴禁せり。またウェストゴータ法典、オストゴータ法典も共に寺院の避難者庇護の權を認めたり。

ゼルマン民族に於ける避難制の復讐制限に關係ありしは、之を激情又は懈怠等に因る過誤殺の場合に主として之を認めたるに依りて之を知ることを得べし。同民族の法律觀念に依れば、殺人は一家若くは一族に関する私犯にして、国家又は全民族の公事に非ず。殺人の場合に於て身位金 (Wergild) を払う義務又は之を受くるの權利ある者は親族なり。是れ殺人は王の治安 (Koenigsfrieden) を紊乱するものに非ずして、被害者の親族に対する犯行なるが為めなりとせり。故に殺人に対する第一次的の制裁は賠償金にして、同種報復 (Talion) なる復讐は、為害者が賠償金を払わざる時に於て始めて行わるるものとせり。故に、中世に於

賠償は第一次的制裁

けるゼルマン民族の法に依れば、復讐は既に第二次的制裁たるに至れり。又殺人訴訟の如きも、官吏が職権を以て之を提起するものに非ずして、被害者の起訴に依るものとし、刑罰の執行者も国家又は公共体の吏員に非ずして被害者の親戚たりしなり。

復讐は第二次的制裁

中世に於ける家の避難性は、司法権に対して其効力を有するものに非ずして、単に復讐者のリンチに対するものなり。故に「各人の家は其城郭なり」との法諺は素より法律に対し犯罪者を曲庇するの意義に非ずして、私闘を禁じ、公安を維持するの趣旨に外ならず。故に此法規も亦安寧秩序の維持の為に古代の制裁と法律の制裁との間に於ける推移過渡現象の一たりしなり。

英国に於てもエドワード懺悔王の法及びウィリヤム戦勝王の法に依りてビショップの住家を避難場とせり。

英国

アングロ・サクソンの法に依れば、王及び王族の宮殿は避難性を有し、亦王の身辺も不可侵性を有せり。(Grimm, Rechtsalterthümer vi. S. 7.)

アングロ・サクソン法

三 避難制の効果

アフリカのカビール人(Kabyie)中に行わるるアナイア(Anaya, Anaia)と称する習俗は、復讐が分岐して、其原因たる殺人犯の情状に依り、其輕きものは賠償となり、其重きものは刑罰となるの徑路を示すものなり。アナイアなる語は、如何なる原義を有するやを知らずと雖も、「避難」よりは稍々広き意義を有することとは、アノトーが「治安のアナイア」(Anaia de paix)と仏訳せる慣習に依りて之を知ることを得べし。此慣習法規に依れば、二人鬭争を為す場所に現在する者は、必ず之を制止する義務を有するものとし、若し之を傍觀して止めざるときは罰金を科せらるるものとす。故に通常之を避難と訳するも、寧ろ保護者の側より之を解して和難と訳するを当れりとすべきが如し。カビールに於ては、小部落独立併存して宛も小列国の如く、人民は標桿にして戦を好むを以て、回々教の伝播せるに拘らず、殺人犯に対しては必ず血報を励行すべきものとし、過誤殺人又は狂者殺人の如き場合に非ざれば、賠償による和難を許さざるものとす。故に若しカビール人の如き好戦人種中にアナイア俗ありて平和を維持するに非ざれば、鬭争熄む時無く、竟に族滅を招くに至るべきを以て、カビール人の文化程度に於てはアナイアは其人種的存在の要件とも称すべきなり。是れ「アナイア」はカビール文化の花なり」(L'anaia est "la Fleur de la civilization Kabyie."

Gaffarel, L'Algerie p. 273.) と称せらるる所以にして、カビル人も自ら此習俗の価値を知り、如何に之を重んずるかは、同人種間に行わるる左の俚諺に依りて之を知ることを得べし。

アナイアはカビールのスルタンなり。天下之に比すべき他の王あること無し。彼は仁恵を施すも、租税を取るることなし。

アナイアはカビールのスルタンなり。

L'anaya est le sultan des kabyles; aucun sultan au monde ne peut lui être comparé; il fait le bien et ne prélève pas d'impôt.-Farine, Kabyles et Kroumirs. (1882) p. 170.

任意的アナイアと強制的アナイア

アナイアに任意的なるものと強制的なるものとの二種あり。任意的アナイアは、設定権を有する者が逃避者より保護の請求を受けたときに必ずしも之を受諾するの義務なきものを云い、強制的アナイアは、設定権利者が避難の請求を受けたるとき之を拒むこと能わざるものを云う。(Hanoteau et Lefourneau, La Kabylie et les coutumes Kabyles.) 任意的アナイアの場合に於ては、逃避者は其保護を求むるに当り、苟も其保護者に累を及ぼすべき一切の事情は、總て之を打明けて之を告白せざる可らず。例えば、殺人犯に因る逃避の場合に於ては、其殺害の原因、復讐の危険、其他一切の事情を告白して保護を乞うべきものとす。若

し設定権者が之を受諾して、其請求者のためにアナニアを設定するときは、逃避者は其保護者に累を及ぼすべき一切の行為を避くる義務を負うものとし、若し之に違ふときはアナニアを喪失するものとす。是れ設定権者が一たびアナニアを設定して保護者と為るときは、其アナニアの強制的なると任意的なるとを問わず、名譽上仮令自己又は其家族の生命財産を賭しても其逃避者を保護すべきものとするを以て、任意的なる場合に於ては上述の如き保障あるに非ざれば、容易に其保護を引受けて危険なる責任を負う者あらざればなり。

アナニアの設定権は、僧侶其他の個人に属することあり、部落其他の団体に

設定権者

属することあり。個人に依りて設定せられたるアナニアの侵犯に対する制裁は、其設定者が自己及び家族の生命財産を賭しても之を行うこと前述の如し。部落又は部落より大なる団体の設定せるアナニアは、其部落員又は団体員の之を厳守せざるべからざるは言を待たざる所にして、若し之を侵犯する者あるときは、其者は財産を没収せられたる上死刑に処せらるるものとす。又個人の設定せるアナニアと雖も、其違反に対する制裁は順位的保障に依りて行われ、第一次に保護者は侵犯者に対して報復をなし、若し保護者之を行う能わざるときは、其親族、部落、宗族順次に之を行い、最後に全族之を行うものとす。故にカビー

ルに於て、過誤殺人又は狂者殺人の如き場合は賠償和難を認め、其他の場合に於ては、極めて嚴重なる避難制ありて、之を犯す者は全族の制裁を受け、死刑に処せらるるに至るを以て、避難制は刑罰法の直接の原因となるものなり。

カビール族に於けるアナニアは、極端なる相互扶助作用を表示するものなり。アナニアは其強制的なると任意的なるとを問わず、一たび他人の爲めに之を設定するときは、其設定者は自己の名譽に懸けて其逃避者の保護に任じ、仮令い自己の生命身体を犠牲とするも、其保護を全うするを以て義務とするを以て、被害者の親戚は此制度に違反して復讐を行う能わざるのみならず、其保護義務の神聖なるを知るが爲めに、復讐者が之を思い止まるも良心に恥ずる所無く、社会も亦之を知るが爲めに復讐義務を果さざる者を擯斥することなし。之に依りて治安を維持し、全族衰滅の不幸を免るることを得るものとす。アノトー曰く、「何人と雖もアナニアの制度が真に偉大なる性質を有することを否定すること能わず。アナニアは相互扶助の原始状態を自我否認の極端にまで表したるものにして、其義勇的行爲たるや、カビール人に至大なる名譽を与うるものと云わざるべからず。只不幸にして、此の如き犠牲の必要あるは文化低級の状態の表徴にして、個人に負わしむるに身を以て法に代りて人を保護するの義務を以て

助
アナニアと相互扶

したるものなりと。(Hanoteau et Letourneau, La kahylie et les coutumes Kabyles. II.

p. 83.)

アフリカに於ける諸民族の法律進化の程級は、概して犯罪賠償時代に在るを
アフリカ

以て、文化最低級なる蛮族を除く外は、避難制は広く行わるるも、之を以て
賠償の前提

賠償の前提

媾和賠償の前提と為すもの多きに居るが如し。ポストの『アフリカ法論』(Post, Afrikanische Jurisprudenz. II. 20.)に依れば、人を殺したる者は、其故意に出ずると過誤に因るとに拘らず、一旦避難場に逃れて、遺族の追躡復讐を免れ、徐ろに賠償を議するを通常とす。

アフリカのウサムバラ(Uasmbara)に於ては、避難制は最も完全に行われ、へ
ウサムバラの避難
制

ルウィヒの謂わゆる罪人避難、外人避難、奴隸避難の三種、及び人的避難、地的避難、並び存するものの如し。ウサムバラの王は、人民より神性を有する者な

りとして尊崇せられ、後宮に三百の妃妾ありて、絶大の権力を有し、其下に僧侶貴族あり、貴族の住するフガ、マンガ、キルレイ、シエリの四霊場は避難場たる性質を有し、人を殺して敵を持つ者逃れて之に入るときは、神の保護を受けて復讐の難を免るものとし、若し被殺者の遺族が其霊場内に入りたる者を

霊場

殺すときは、神罰を受くるものとす。是等の霊場に入りたる者は、独り復讐を

免るるのみならず、一切の刑罰をも免るるものとす。是れ君主又は聖僧族の住地は神の保護ある靈地なるを以て、其權威は慣習に依る刑法の上に在るものとするが為なり。然れども、避難制度は法権と両立し得べからざるものなるを以て、若し単に靈場に入りて刑罰を免るることを得るものなりとするときは、凶漢を保護し、犯罪を奨励するの悪影響を生ずべきを以て、君権の發達するに従い、避難場の弊を矯むるが爲めに、避難者は一定の期間、其保護者たる君主又は高僧の隸屬者として、服従せざるべからざるものとせり。此習俗は、避難者をして賠償せしむる習俗と對比して興味あるものといわざる可らず。避難者服従の習俗は、酋長、君主等の権力稍々發展したる時に於て、避難を権力者のタブー又は特權の結果とするに出ざるものなるを以て、保護者は其報酬として避難者の労役を得、且つ之に依りて旁ら法権の弛ぶの弊を防ぐの方法としたるもの如し。今よりして之を觀れば、避難制は怨恨の目的たる仇人を復讐者の手の届かざる所に拉し去るものなるを以て、此制度は悪行を保護し、神聖なる義務の実行を妨ぐるものにして、孝子の心を害し、社会の徳義を萎靡せしむるのみならず、怨恨を抑圧するの結果、民人の不平を増し、社会の團結を弛ぶるの原因たるものの如し。然れども、避難制はタブーの信念に基くもの多きに居り、宗

避難の対価

避難者服従の習俗

教的基础あるがために、タブー不可侵の信念の下に、一たび此保護の圈内に入りたる者に対する復讐は、不可能事なりとして諦め、且つ復讐者は酋長、高僧らの特権に対しては常に絶対服従の心的状態あるがために、恰も仇人の死せる場合の如く敵討の相手の無くなりたる場合とし、父兄等の怨恨を積くの義務も消滅し、其靈に対し良心の咎むる所なく、復讐を断念するものの如し。

然れども、一方に於て社会の政治的組織漸く備わり、他方に於てはタブーの信念漸く薄らぐに及んでは、単に殺人者を避難せしむるのみにては、社会的良心を満足せしむる能わざるに至るを以て、或は避難者に労役を課し、或は之を奴隸とし、復讐義務者をして避難者は単に犯罪の責任を無償にて免るるものに非ずとの觀念に依りて聊か慰むる所あらしめ、尚お進んでは、避難を以て賠償、媾和の前提と為すに至るものとす。

アフリカのゴールド・コーストの民族法は、避難制より賠償制に移る、径路を示すの一例なり。ゴールド・コーストは既に賠償時代に達し、復讐は第二次制裁としてのみ存するものなるを以て、避難の問題は加害者が賠償を為さず、又は賠償を為す能わざる場合に於て始めて生ずるものとす。

第十七世紀の下半に至るまでは、最高僧は絶対的容隠権を有し、其家に遁れ

賠償、媾和の前提
に
避難制より賠償制

入りたる者は、仮令い殺人の如き重犯者にして死罪に該る者と雖も、之に完全なる逃避権を与うることを得たるものの如し。第十九世紀の頃に至りては、偶像神祠もまた避難場として認めらるるに至り、一方に於ては避難制度拡張せられたるが如くなるも、之と同時に他方に於ては隠容すべき行為の範圍は漸次縮小せらるるに至れり。僧侶は從來の如く広汎なる容隠権を有せず、就中同郷人を殺したる者に対しては、遺族の請求あるときは、其引渡を拒むことを得ざるものとするに至れり。此の如く殺人犯者が避難権を失うに至りし原因は、僧侶の絶対的容隠権は、極めて慎重に之を行使するに非ざれば、動もすれば被害者一族の怨を買い、又は公衆の正義の觀念を害し、其結果僧侶の徳望を損じ、権力を墜すに至るべきを以て、時の進むに随い、特に酌量すべき情状有る者に限り之を庇護し、然らざる者は容隠を拒むか、又は遺族の請求に應じて之を引渡すに至りたるものなり。此の如く、殺人の場合に於ける僧侶の容隠権縮小するに至れば、仇人は復讐を受くる危険あるを以て、竟に賠償を以て復讐に代うるの制度を生ずるに至りしなり。(Hallwig, SS, 84-96.)

アメリカのイロクオイ人(Iroquois)中に於ては、他人より甚しき侮辱を受け、怒に乗じて之を殺したる如き酌量すべき事情ある場合に限り、酋長は避難権を認

め、被害者の遺族に対して賠償を為す機会を与うるものとす。(Hellwig, S. 112.)

東アフリカのマジヤッガ (Madschagga) も既に賠償時代に達し、犯罪賠償を強
マジヤッガ

制し得べきものとす。又酋長の家は避難性あるものとするを以て、酋長は其家の避難性を利用して、犯行者に賠償の能力無きが為めに復讐実行せられ、之が為めに治安を紊乱することを防がんが為めに、賠償不能の場合には避難を許し、又殺人者の親族が賠償の共同責任を免れんが為に其殺人者を殺さんとする場合、身体傷害の場合に於て同態報復を受けんとする場合、及盗罪の場合に於て賠償を為す能力無きが為めに奴隸とせられんとする場合に於てのみ避難を許すものとす。又大祭の期間も復讐を禁止せり。(Hellwig, A. d. Nat. S. 43, 44.)

マニアムウェーシ (Maniamwest) に於ても、犯罪は賠償し得べきものなりとする
マニアムウェーシ

も、マジヤッガの如く、被害者に賠償を受くるの義務あるものとはせざるものの如し。マニアムウェーシに於ても、酋長の家は避難所とし、之に逃れ入るものは、酋長の保護に依りて難を免るる代りに、其奴隸となるものとし、之に依りて一方には被害者を慰め、他方には避難所の濫用を防ぐものとす。(Hellwig, S. 44.)

マーシャル群島にては復讐俗仍お行わるるも、酋長の権力の発達するに従い、
マーシャル群島

復讐を神聖なりとするの觀念は漸く薄らぎ、賠償を以て之に代うることを許すに至れり。加之、酋長は僧侶又は神裔なりとするものなるを以て、酋長の家は神聖にして侵すべからざる避難所にして、之に投ずる者は、独り酋長の権力に依りて庇護さるるのみならず、家神の保護を受くるものとす。酋長の墓地も亦然り。

マーシャル群島に於ては、逃避者一たび酋長の家に走りて其保護の下に立つときは、一方に於ては復讐の難を免るる代りに、他方に於ては其保護主に対して奴隷に等しき従属關係を生じ、其身体及び財産を挙げて之に捧げたるものとするを以て、他の地方に於ける如き逃避者の利大ならず、自己の自由を犠牲として生命の危険を免かるるものといわざるべからず。此の如き例は、南洋に於ては本島とサンドウィッチ島のみなりと云う。アフリカ及アメリカに於ては屢々見る所なり。避難者を奴隷とするは、単に犯罪者を庇護するに非ずして、之に責罰を蒙らしむるものなり。故に、一方に於ては、之に依りて復讐者の怨恨の情を柔らげ、他方に於ては、之に依りて殺害者の自由を剥奪するものにして、之を酋長が復讐に代りて報復を為すものとも観るべく、又一面に於ては、之を刑罰とも観ることを得べきを以て、此の如き避難俗は個体力の公権力に転化する

避難者を奴隷とす

の媒^{なか}ども観^みることを得^うべきなり。(A. d. N. SS 23, 24.)

仇^{かたき}人が自ら自由人格を抛棄^{なげ}して、復讐^{ふしう}を免^まるゝの習俗^{しゆしやく}に二種^{にしゆ}あり。其^{その}一^{いち}は、第三^{だいさん}者の奴隸^{なんれい}と爲^なり、其^{その}庇護^{ひご}によりて避難^{ひなん}するものなり。他^{ほか}の一^{いち}は、被害者^{ひがいしや}の遺族^{いしやく}の奴隸^{なんれい}と爲^なり、身^みを以^{もつ}て賠償^{ばいしょう}するものなり。

アフリカのキムブンダ・ランド(Kimbunda-Lander)は第一種^{だいいしゆ}の適例^{てきれい}を示すものなり。キムブンダ・ランドは既に賠償^{ばいしょう}時代^{じだい}に達^{いた}し、妖術^{まじなづ}等の如^{ごと}き宗教犯^{しゆきやうはん}、叛逆^{はんぎやく}の如^{ごと}き国事犯^{こくじはん}を除^{のぞ}く外^{ほか}は、一切^{いっけつ}の犯罪^{はんざい}は賠償^{ばいしょう}を許^{ゆる}すを通則^{つうそく}とするも、自由民^{じゆうみん}の殺害^{ころ}に対しては復讐^{ふしう}を爲^なすの慣習^{かんしゆ}存^{ぞん}するを以^{もつ}て、避難^{ひなん}の必要^{ひつやう}尙^なお存^{ぞん}するものとす。而^{しか}して、其^{その}避難^{ひなん}は加害者^{かがいしや}委棄^{ゐき}(maxae datio)の如^{ごと}き身償^{みぢやう}の方法^{はうほう}に依^よるものにして、殺害者^{ころしや}は他人^{たにん}の庇護^{ひご}の下^{した}に復讐^{ふしう}の難^{がた}を避^たくる爲^{ため}に其^{その}庇護^{ひご}を仰^たがんとする人の財産^{ざいさん}に対して、故^{ゆゑ}らに損害^{そんがい}を加^{くわ}え、之^{これ}に對^{たい}し、身^みを以^{もつ}て賠償^{ばいしょう}をなす爲^{ため}に、自ら進^{すす}んで其^{その}者の奴隸^{なんれい}となるものとす。此^{この}場合^{ばあひ}に於^{おい}て、殺害者^{ころしや}は自ら自由人格^{じゆうじんかく}を抛棄^{なげ}して、其^{その}損害^{そんがい}を受けたる者の財産^{ざいさん}となるものなるを以^{もつ}て、宛^{あた}もローマ法^{ろまはう}の Capitis deminutio maxima. の如^{ごと}く、法律上^{はうりよくじやうじやう}死者^{ししや}と同視^{どうし}せらるゝのみならず、若^もし被殺者^{ひころしや}の遺族^{いしやく}が復讐^{ふしう}を爲^なさんとするときは、第三者^{だいさんしや}の財産^{ざいさん}に対して損害^{そんがい}を与^{もつ}うべきを以^{もつ}て、殺害者^{ころしや}は人的避難權^{じんてきひなんけん}を有^あするに等^{おな}しき結果^{けつが}を生^はずるも

キムブンダ・ランド

のとす。殊に殺害者が勢力ある主人の奴隸となりたる場合に於て然りとす。

四 避難制の衰滅

罪人避難の制度は刑法の存在とは兩立せざるものの如しと雖も、此制度は其
避難制の衰退

始に於て私力制裁なる復讐の習俗を緩和し、或は賠償を以て之に代うるの交渉をなすの機会を与え、或は之を以て追放刑又は流刑を兼ねしむる等の作用に依りて、治安を維持し、社会の発達を促したるものなるを以て、凡て慣習が其起因たる實用既に去りたる後に惰力に依りて存続するが如く、過去に於ける顯著なる効用は、仍お永く此制度を持続し、往々刑法既に確立したる後に遺存して、刑罰の緩和作用に供せらるることあり。加之、神の威力及專制的首長の權力は、通常の法律の上に在るものとするを以て、寺院、礼拝場、首長の居所、首長の墓地等の避難性も、刑法の確立に拘らず、仍お久しく継続することあるものとす。此遺習も時の進みと共に竟に公権化して、後には首長の特赦権となり、僧侶の特赦請求権となりたるものなり。アフリカのバムバラス (Bambaras) の如きは、首長は專制君主たり、刑法も既に確立して私力擅殺を嚴禁するに拘らず、君主に限り罪人容隠権を有するものとするは、之が為めなり。(Helwig, A. d. Nat. S. 80, 81.)

逃避性と赦免権

歐洲中世に於けるローマ教会の逃避者庇護權は、宗教改革及近世國家の勃興
 宗教改革及近世國家の勃興

とに因りて大に其勢力を失いたり。新敎國の君主は國權の發展と共に敎會の認
 むる避難權を以て國權に對する侵略なりと看倣すに至り、敎會に於ても避難制
 の弊害に顧る所あり。前に述べたる如く、避難場の範圍の拡まると同時に、敎
 會は避難者の範圍を制限し、且つ避難者の避難場に入るには、必ず先ず武装を
 解除することを要するものとせり。國家が法律を以て敎會の避難制を認むるに
 及んでも、避難權を有するものに種々の除外例を設けたり。例えば、ローマ帝
 國に於ては、財政上の理由により、租税怠納者其他國に對する債務者の避難權
 を認めず、若し僧正が此の如き國の債務者に避難を許すことあるときは、僧正
 自ら其責に任ぜざるべからざるものとせり。負債又は犯罪の爲めに訴追された
 猶太人は、豫め其債務を弁済したること又は無罪を証明するに非ざれば、避
 難場に入ることを許されざるものとせり。(U. 3. c. Theod.) 後に至り、國の債務
 者を除外するの法は廢せられ、謀殺者、姦通者、女子誘拐者を除外するに至れ
 り。法王インノーセンス第三世及びグレゴリー第九世の法王令に依りて、追剥
 及夜間の畑荒し、寺院の境内に於ける殺傷罪を除外せり。

避難場は公權力の發達に依り、又時としては其靈性の信念の薄らぎたる爲め

除外例

に、其避難性を失う事あり。現時文化中級以上の諸国に於て避難場の旧址を観る
避難性喪失

ことの多きは之が為めなり。アデールの『アメリカ・インド人史』(Adair, The History of American Indians, p. 159.)に依れば、インド人の各種族中には「古市」(Old town)「古愛市」(old beloved town)「聖市」(Holy town)「白市」(White town)等の名称ある「平和市」ありて、其境内に於ては古来血を流すこと無く、殺人犯者が其境内に隠るることあるときは、復讐者は之を其市域外に拉し去りて復讐を為すものとす。アデールは是等の平和市は避難市の遺址なるべしとせり。此の如き場所は、猶お其不可侵性を存するも、既に避難性を失いたるものと云うべきなり。

避難権の濫用

避難権の濫用は其衰滅を招くの一因たりしなり。避難場の存在は、宛も国内に治外法権あるが如きものなるを以て、国家の司法権確立するに及んでは、主権者は往々避難権は法権と相容れざるものとして之に制限を加え、又は之を廃止せんとするに至るものなり。アビシニヤに於て、僧侶は往々避難所の区域を拡張し、貴族と結託して国王の権力に反抗したる事あるは、前に述べたるが如し。故に英邁なる国王は往々之に憤慨し、避難所の治外法権を破りて司法権を確立せんことを図りし者あり。テオドール(Theodor)が謀叛人を避難所より引

出して之を死刑に処せしが如きは其一例なり。

避難権制には人的避難あり、地的避難あるは、前に述べたるが如し。罪人避難は素と刑罰権の確立と併存し得べからざるものなるを以て、公権力の發達するに随い、其範圍は漸く狭まり、竟に其跡を絶つに至るものとす。而して其廢絶の順序は、通常の場合に於ては、私人の容隠権又は私人の避難設定権は、素と公権力に対抗する力無きものなるを以て、最初に廢せられ、公設避難場又は公人の避難設定権も、其下級権力者の設定に係るものより順次に廢止せられ、法權確定の後、僅に最高權者なる國王又は高僧の権力に依りて支持せられ、最後に特赦の大權とし、或は恩赦請求權として其跡を存するに至るものなり。

避難性廢止の順序

第四款 復讐調停機關

社会力を以て社会の構成員を保護する組織の整うに随つて、自力救済の要漸く減じ、私闘の治安を紊亂して社会の凝聚力を弛ぶるものなることを覚るに至ると雖も、旧来因襲の道義的觀念は仍お其惰性を存して社会の変遷と共に推移せず、復讐を美德なりとし、臣子兄弟の義務なりとし、遽に之を禁絶する能わざるを以て、為政者は種々の方法を設けて其弊を除かんとせり。支那周代に於

私闘の弊害に対する自覚

ける和難の制の如きは其一なり。

『周礼』に調人なる官あり、「万民の難を司つて之を諧和すること、を掌る」ものとし、復讐に関しては、仇人をして之に對する復讐の義務の輕重に従いて遠隔の地に避けしめ、報復者と仇人とを離隔して私闘の機会を減少し、若し避けざる時は之を執えて王命に従わざるの罪を治むるものとせり。同書に調人の職掌を記して曰く、

凡そ難を和するは、父の讐は諸を海外に辟け、兄弟の讐は諸を千里の外に辟け、従父兄弟の讐は国を同うせず、君の讐は父に眠い、師長の讐は兄弟に眠い、主友の讐は従父兄弟に眠ふ。辟けざれば即ち之に瑞節を与えて以て之を執えしむ。

これを「曲礼」に「父の讐には与に共に天を戴かず、兄弟の讐には兵に反らず」とあるに對比すれば、和難の礼制は私制裁時代より法治時代に移る過渡的現象たるを知ることを得べし。蓋し「曲礼」の文は、復讐に関する支那古来の伝説的道義觀念を表示したるものにして、「父の讐には与に共に天を戴かず」と云うが如きは、或は周代以前より存したる成語なりしやも知る可らず。周の時、文物制度大いに備わるに及んで、復讐私闘の治安に害あること倍々顕著なるに至

和難の制

周礼の調人

私制裁時代より法治時代への過渡的現象

りしも、一方に於ては、古來因襲の道義的觀念存せるを以て、遽に法を以て之を禁止すること能わず。此を以て、治安維持の必要上より、特に之が為めに有司を置き、朝士をして復讐の申告を受けて其取締を為す事を掌らしめ、調人をして辟讐和難の事を掌らしめ、之に依りて旧き道義觀念と新しき社会状態とを調和せんとしたるものの如し。王応田が調人の官を設置する理由を説明して、其怨讐の情に順えば、王法為めに行われず、治むるに報復の罪を以てすれば、人情未だ盡さざるあり。故に辟讐の法を為り、兩つながら全うして害無からしむるは、和難の司ある所以なり。

と云い、鄭伯熊が

先王人情に縁りて辟讐の法を立つ、報ずるを得て報ぜざれば臣子に非ざるなり。海外に在り、千里の外に在り、異国に在れば、報ずるを得ずと雖も、亦以て少しく其志を慰むるに足らん。（『周礼義疏』卷十三）と云えるが如きは、共に此辟讐の法は革新的制度にして、其目的の旧思想と新社会とを調和するにありたるを説きたるものと解すべきなり。

本邦中世の律に於ける移郷の制は、周制避讐之法、と其趣旨を同じゅうするも、

移郷の制

朝士

旧道義觀念と新社会状態とを調和

のなり。律は「殺^{スモノハ}人^シ死^ス」の原則の下に人を殺す者は之^{これ}を死罪に処することと定めたるが、若^もし該死刑者にして「赦^あに会^あい」或^{あるい}は「特^{とく}に、勅^あ免^めせられ」て死を宥^{ゆる}さるる場合有^あらば如何^{いかん}。之^{これ}に關^{かん}しては、律は移郷の制を立てて、該宥免者は之^{これ}を其犯罪地より遠隔せる他郷に移住せしむることとなせり。「賊盜律」に凡^し殺^シ人^シ心^シ死^シ、会^シ赦^シ免^シ者^シ移^シ郷^シ。若^し群党共殺、止移^シ下^シ手^シ者^シ及^シ頭首^シ之^シ人^シ。若^し死^シ家^シ無^シ父^シ子^シ祖^シ孫^シ伯^シ叔^シ兄^シ弟^シ、(中略)不^シ在^シ移^シ限^シ。違^シ者^シ徒^シ一^シ年^シ。

とありて、疏に

殺^シ人^シ心^シ死^シ、而^シ会^シ赦^シ免^シ罪^シ、而^シ死^シ家^シ有^シ父^シ子^シ祖^シ孫^シ伯^シ叔^シ兄^シ弟^シ者^シ、移^シ郷^シ為^シレ^シ戸^シ。其^シ有^シ特^シ勅^シ免^シ死^シ者^シ、亦^シ依^シ会^シ赦^シ例^シ移^シ郷^シ。

といえり。(『律疏殘編』賊盜律、第十八條 移郷の制は、一見後世の追放に似たりと雖^{いへど}も、其^{その}性質大に異なりて、立法の趣旨は全く避讐にあり。『法曹至要抄』にも

案^シ之^シ、死家有^シ親戚^シ之^シ時^シ、依^シ与^シ彼^シ為^シレ^シ讐^シ移^シ郷^シ。

とある如^{ごと}く、自家の親属に対して不俱戴天の怨恨を与えたる敵人の、殺人^シ心^シ死^シの原則の下に國家の公權力に依^よりて報復せらるべかりし者が、一朝宥^{ゆう}赦^{しや}特免せられて其郷里に悠々生^まを完^まうするを見ては、被害者の遺族近親たる者、誰か憤^{ふん}懣^{まん}敵愾^{てきざい}の心を起して、雪^せ怨^{えん}の一^{いっ}刀^{とう}を彼が首に加うるを想わざる者あらんや。

賊盜律

法曹至要抄

是に於てか擅殺起り、私闘生じ、曩に官司の宥免せし者は、今や一個人の怨敵として私人の制裁を被るに至る。是れ実に公権の浸濫、国法解頤の端緒なり。移郷の制は即ち此弊禍を豫防せんが為めに生じたるものなり。移郷は死家（被害者の家）に父子、祖孫、伯叔、兄弟等の存する場合に於てのみ之を行うものとし、其これ無き場合に於ては「不在移限」と謂えるは是が為めに外ならず。

擅殺私闘の弊禍を禦ぐに在り

和難及び移郷の制は、其趣旨は避難場の設置に同じく復讐者と仇人とを離隔して相闘わしめざるにあり。只仇人の避難すべき地域に付きては、二制相反し、一は仇人の居るべき地を区劃し、他は仇人の居るべからざる地の範圍を定めたるに過ぎざるのみ。和難は過つて人を殺したる場合に於ける辟讐の法なり。社会の原始状態に於ては「人を殺す者は死する」を以て通法とし、（『大学衍義補』卷一百十）其殺意の如何を問わざりしを以て、敢て其殺害行為の謀殺なりしと過誤殺なりしと義殺なりしとを問わず、被殺者の子弟、親戚、朋友等は必ず之に對して復讐すべきものとせるも、其殺害が悪意の豫謀に出でたると、偶発の忿争に出でたると、全然過誤に出でたるとの間に於ては、其被害者の遺族、遺友等の怨恨の情に於て自から逕庭あるを以て、社会の統制力稍發展するに至れば、先

和難、移郷の制と避難場との異同

ず謀殺と過誤殺との間に於ける差別を認め、過誤殺の場合に於ける復讐私闘を制止して、漸次之を公権力の範圍内に収めんとするに至るものなり。猶太人間に於て、逃避市の設置に依り辟讐を許したるは、過誤殺の場合に限りたるは前に述べたるが如し。支那に於て調人の官を置きて和難辟讐せしめたるも亦過誤殺の場合に限れり。各民族に於て殺人に賠償を許すに至りたるの始めも亦然り。是を以て觀れば、此場合に於て私力の公権力に転化するの径路は、其私力の基礎たる心的状態の抵抗力の少なきものより始まるものなりと云うことを得べし。

私力公権化は心的抵抗力少きものより始まる

第五款 復讐 届 出

復讐者に申告の義務を負わしむるは私力救済を公権制裁に吸収するの端緒なり。私闘は社会の治安を害し、秩序を紊り、社会構成員の凝聚力を弛むるものなるを以て、社会組織整備し、其統制力の発達するに随いて、社会員間に於ける紛争を禁圧し、治安を保維するを以て政治の要義とするに至るも、旧来因襲の道義觀念は社会状態の変遷に拘らず、思想の惰力に依り、仍お復讐を臣子の最大義務なりとし、之を美德なりとして称讃せらるるを以て、遽に之を禁止するときは、甚しく人民の道義觀念を刺戟して、却つて動乱を醸すの虞無しとす

私力救済を公権制裁に吸収するの端緒

可^べからず。故^{ゆえ}に此^{この}過渡時代^{おひ}に於^{おい}て、治安の維持と道義の要求とを調和せんとならば、徐^{おもむ}ろに公権干渉の端^{ひら}を啓^{ひら}きて私闘^{ひら}に對する適當なる取締^なを為^なさざる可^べからず、復讐^{ふしう}を官憲に届出^{ひら}でしめ、又は其許可^{きこ}を受けしむるが如^{ごと}きは、其方策^{かふさく}中最も重要なるものにして、實に後世復讐^{ふしう}を嚴禁^{げんきん}するの前提^{ぜんてい}たりしなり。

復讐^{ふしう}の申告^{しんこく}には事前申告^{じきぜんしんこく}の義務^{こむ}ありとするものあり、事後申告^{じごしんこく}の義務^{こむ}ありとするものあり。通常の場合^{つぎねら}に於^{おい}ては、報復者^{ほうふしや}は其名^{そのな}を匿^{かく}し、其姿^{そのすがた}を変じて仇人^{きうじん}を附覬^{つけねら}い、不意^{ふい}に仇人^{きうじん}に逼^{せま}つて之^{これ}を撃^うつものなるを以^{もつ}て、事前^{じきぜん}に之^{これ}を官に届出^{ひら}でしむるは、之^{これ}を事後に届出^{ひら}でしむる比^ひし、義臣孝子^{ぎしんこうし}に求^{もと}むるに人情の難きを以^{もつ}てするものと云^いわざるべらず。故^{ゆえ}に事前申告^{じきぜんしんこく}は、国権大いに張り、官に告げずして讐^{あだ}を復^{かへ}する者を擅殺^{せんさつ}の罪に問^とい、之^{これ}を重刑に処^{しよ}するの法ありて後ち始めて行^{おこな}わるべきものとす。是^{これ}を以^{もつ}て、事前^{じきぜん}に之^{これ}を届出^{ひら}する者は『周礼』に「殺^{ころ}之無^む罪^{ざい}」とある如^{ごと}く、正当なる復讐^{ふしう}の理由あるときは、之^{これ}を罪とし問^とわざるのみならず、大いに其義拳^{そのぎけん}を賞揚^{しょうやう}することあるも、事後に届出^{ひら}する場合は必ずしも之^{これ}を罪無^むしとせず、有司^{ゆうし}之^{これ}を議^ぎして、然^{しか}る後始めて其刑^{そのけい}若^{ごと}くは宥赦^{ゆうしや}が定^{さだ}まること、後に挙^あぐる陳子昂^{ちんしやう}、柳宗元^{りゅうしやうげん}、韓退之^{かんたいし}等^らが復讐^{ふしう}を論^{ろん}じたる場合^{ばあひ}の如^{ごと}きを常とす。故^{ゆえ}に進化の常態より論^{ろん}ずれば、事後申告^{じごしんこく}の事例^{じこく}は事前申告^{じきぜんしんこく}の義務^{こむ}に先^{さき}だつ

私闘に對する取締

復讐禁止の前提

事前申告
事後申告

て生ずるものなるも、報復者が官に詣りて申告する場合は、有司に罪を請うものなるを以て、法令を以て復讐を禁ずるの後に於ても仍お存するものとす。

支那に於ても、周代礼制大に備わるに及んで復讐を官司に申告せしむるの制あり。『周礼』朝士に、

凡そ仇讐を報ゆる者、士に書すれば、之を殺すも罪無し。

周礼
士に書す

とあり。丘濬の註解に依れば、茲に謂わゆる「士」は郷士、県士、方士を指すものにして、『大学衍義補』卷一百十「讐を復せんとする者をして、豫め是等の地方吏に申告せしめ、地方吏より秋官司寇の属たる朝士に上申すべきものとせり。若し豫め官に告げずして仇人を殺す者は、擅殺を以て論じ、刑に処せられるべきものとす。〔『無刑録』卷十三、六〕「曲礼」には

告げざる者は擅殺を以て論ず

父の讐には与に共に天を戴かず、兄弟の讐には兵に反らず。

曲礼

とあり。「曲礼」の文に依れば、復讐は子弟の大義なるを以て、仇に逢えば直ちに之を殺すことを得べく、敢て豫め有司に告ぐるを待たざるは、呂大臨の註に、「遇えば則ち之を殺し、有司に告ぐるに暇あらざる也」〔『大学衍義補』卷一百十〕とあるに依りて之を知ることを得べく、之に反して、「朝士」の文に依れば、

先ず官司に申告することを要するが如く、一見二者矛盾の觀なきに非ず。惟うに、此二者は、異なる二時代の思想を代表するものにして、「曲礼」の文は古来の道義心に基きたる礼制の原始状態を示し、「朝士」の文は後世周の礼制大いに備わり、朝士を置きて復讐の申告を受けしめ、調人を置きて和難の事を掌らしめたる過渡期の状態を示したるものなるが如し。

明の制

明時代に於ける法律家の説は、「士に書す」の礼制より法を以て復讐を嚴禁するに至るの径路を示すに足るものあり。丘濬は曰く、凡そ人を殺す者あるときは、親屬隣保は其被害者の子若くは孫及び凡て報復すべきの人を護持して、官に赴きて告げ愬えしむ。若し地方の官司これを聴かざることあるときは、朝廷に赴き訴うるも之を越訴と為さず。若し官司が私に徇い、勢を畏れて歲月を遷延し、其人を拘繫せざるが為めに、子孫、兄弟等が其仇を報殺することあるときは、上聞審理し、官司を罰して其報殺者を罪せず。若し官司拘逮を行うも正当の事故ありて遷延したる場合に於ては、擅に有罪者を殺すの罪を以て其報殺者を罰するも、死に至らず。若し官に告げざるも即日、報殺したる者は罪無く、官に告げず且つ其日を過ぎて報殺したるときは、其親屬隣保を坐するに情を知って

故らに縦つことさの罪を以てし、其報殺者はなは擅殺かたきの罪に坐し、死に処す。但し其殺す所の仇果して殺すべき者なるときは、其情を酌量して其死を免すことあるものとせり。〔『大学衍義補』卷一百十〕

英国の古法に於ても、他の歐洲北方の諸民族に於けるが如く、自力救済の法行われ、生命、財産に対する侵害は被害者又は其親戚の復讐、差押、贓物奪還等の制裁あるに止まれり。アルフレッド王が鋭意治安を図り、賠償を以て復讐に代えんとしたる事あるは、後に述ぶるが如し。ノルマン戦捷以来、王権漸く確立して、裁判所の設定あるに及んで、国権を以て私闘を禁ずるの端緒を啓き、当時復讐は仍お正当なりとして公認せられたるも、之に対して種々の制限を加うるに至れり。而して、其始めは、復讐及自己防衛の場合に於ては、事後に其殺害行為の通常の私闘に非ざりしことを疏明するの責任を負わしめたるものの如し。ヘンリー第一世の法第八十三号に、

復讐又は自己防衛の爲めに人を殺したる者は、其死者の乗馬、兜、劔、金錢、其他の所持品を奪う可らず。其死体は常例に従いて之を取扱い、頭を西にし、足を東にし、若し楯あるときは之に其屍を乗せ、槍を地に樹てて

英国の古法

事後説明責任
ヘンリー第一世の
法

之に兵器を懸け、之に乗馬を繋ぎ、然る後ち、其行為を觀たる人又は最近の村に赴きて、最所に出逢いたる人に、事實を陳述し、死者の親戚、朋友に對して弁解するの証人と為すべし。(Hen. I. 83, § 6.)

とあるは、私闘殺人の場合に於ては、裁判所に於て其殺人行為の果して正当なる復讐なりしや否やに行き事後審判をなすがためなり。ヘンリー第三世の發布せる有名なる「マールブリッジ條例」(The Statute of Marlbridge 52 Hen. III. cap. 1.)は、英国の憲法史上司法権確立の一時期を為すものにして、此法律は復讐、賠償共に私に之を行うことを禁止し、裁判所の許可なくして復讐を為し、又は賠償を求むる者は之を罰金に処すべきものとせり。此法律に依りて英国に於て私制裁は其跡を絶つに至れりという。

第六款 復讐 許可

社会組織既に整備し、法権大いに張りて、治安保維の必要上私闘擅殺を禁ずるに至るも、其始に於ては、遽に復讐を禁止して絶対に其跡を絶たんとする如きは、甚しく人民の道義心に背反し、社会は却つて法禁を冒し刑罰を恐れずして復讐をなしたる者の犠牲的精神に同情を寄せ、生を捨て義を取るの義士な

りとして、之を賞讃するに至るを以て、之がために動もすれば法権を輕んぜしむるに至るの弊を生ずることあり。故に法権未だ張らざる時に於ける原始的道義觀念と、社会統制力既に發達せる後に於ける法権とを調和せんが為めには、先ず復讐を禁ずるを法の通則として、一般に私闘擅殺を禁止し、正当なる報復と認めたる場合に限り特に之を許可するものとす。を以て最も穩当なる經過的立法政策なりとす。公権力の發展既に此程級に達したるときは、復讐は道義上臣子の義務たりと雖も、法律上却て犯罪たるに至り、唯公許を得たる場合に限り、之を正当なる行為と為すものとす。

特例許可

ゼルマン民族間に於ても、其始めは自衛の習俗 (Selbsthülfe) 行われ、各人は自己の権利の保護者にして、民事的侵害に対しては自己の腕力を以て差押を行い、刑事的侵害に対しては自己の生命を賭して復讐を為すものなりとせり。(Willa, Das Strafrecht der Germanen. S. 157, ff.) 然れども、此の如き自力救済は、必ず其事者たる個人に止まらず、親戚、朋友、郷党之に左袒するに至り、動もすれば族戦を生じ、紛乱数十年に亘りて解けず、竟に両族の衰頹を來す事あるに鑑み、後ち裁判所の設あるに至りては、私闘を嚴禁し、復讐を為さんとする者は豫め

私闘擅殺の禁止を
通則とす

ゼルマン民族

裁判所の許可を受けざるべからざるものとせり。若し許可を受けずして復讐を為したる者は、裁判所に於て其復讐の正当なりしこと、及び急迫其他の事情ありて豫め許可を請うの違なかりしことを疏明して、追認を受けざる可らざるものとせり。(Koestlin, Geschichte des deutschen Strafrechts, S. 64.)

裁判所の許可
追認を受けるを要す

回々教諸国に於ても、復讐を為さんとする者は、豫め地方官に申請し其許可を得て之を行ふべきものとす。(Tornauw, Moslemisches Rechts. S. 239.)

回々教諸国
地方官の許可

第七款 賠償

一 賠償の習俗

人類は外物を以て生活の資料となすものなるを以て、文化最低級の蛮人と雖も、夙に「手より口」の生活を離れて物資を貯存するの価値を知り、山林、原野に於て獲たる禽獸、果実、河岸沼沢に於て得たる魚鼈、貝類の如き日要の食料、弓矢、棍棒等の如き狩獵、戰鬪の要具を保存し、尚お進んでは身体の裝飾品、牛、羊、鶏、豕の如き家畜、米、粟の如き農作物をも貯蓄するに至り、又必要ある場合に於ては、隣人と其所持品を交換して相互の需求を充たすことあり。斯の如

物質と生活の資料
物質の直接摂取
物資の貯存

く、人類の生活状態や々々発達し、生活の資料を貯蓄し、又は他人と之を交換し、生活の需求を充たすが如き経験ごとを累めるに随い、往々財物と感情との交換なを為し、他人に希求の目的物を与えて、其歛心そのを買い、或は其怒を鎮め、怨を釈とき、悲を慰むる等の事あるに至る。又一方に於ては、原人の生活状態や々々発達し、住には茅屋草舎あり、食には農耕の收穫物あるに至れば、兵燹掠奪等に依りて屢々生活の原資を失う事あるに因り、漸く鬭争の禍害を避けんとするの念を生じ、往々物質的報償を以て平和を求めんとすることあるに至る。

換 財物と治安との交

原始的經濟思想や々々発達し、既に財物を以て悲哀を慰藉し、怨恨を釈とくことを知るに及んでは、殺害者又は其族人は賠償品を与えて和を講じ、自己の危険を免れ又は族戦の惨害を避けんとする事あるに至る。殊に殺害者の族人が其行為を是認せざるときに於て然りとす。民族の文化既に此程級に達するときは、私鬭、族戦漸く廢れて賠償之に代るに至る。例えば、イロークオイ人 (Iroquois) 間に於て、人を殺す者あるときは、被害者、殺害者の属する両族間に鬭争を生ずるを常とするも、若し殺害者の族人が其行為を悪んで之を助けざるときは、自ら賠償品を被害者の遺族に贈って和を請うことあり。又或は族人が其行為を是認するも、之を助けて戦う代わりに、ワンプーム (Wampum) と称する貝錢、又

イロークオイ

物と物との交換

換 財物と感情との交

は其他の貨物を被害者の親族に与えて賠償を為す事あり。(Morgan, The League of the Iroquois. p. 331.) 其他、半開以下の民族間にありては、賠償を以て復讐に代うるの習俗頗る広く行わるるものの如し。

賠償を以て復讐に
代うるの習俗

現時の文明諸国も嘗て賠償を以て復讐に代えたる時代を経過したる者多きに居るが如し。ギリシヤに於ては、有史時代には、殺傷賠償の制は既に其跡を絶ちたる如しと雖も、ホーマーの『イリヤッド』詩篇中に、アジャックス(Ajax)がアキリス(Achilles)のアガメムノン(Agamemnon)より提供したる賠償を斥けたるを咎むるの言に、兄弟の死と雖もなお賠償金を受けて之を免すべきものなりとし、謀殺者と雖も賠償金を払いたる後は、安全に其家に留まることを得べきものなりとせり。(Iliad, IX.) 又後に述べる同詩篇中に記せるアキリスの楯の模様として有名なる争訟の図は、二人公市場に於て殺人の償金を争う状況を写したるものなることに依りて観るも、当時既に殺傷賠償の習俗ありたるを推知することを得べし。(Iliad, XVIII, 497.)

殺傷賠償

有名なるアキリスの楯の面に彫刻せる争訟の模様を詠ぜる詩句あり。其要領に曰く、二人市場に於て殺人の償金を争う者あり。群聚の其訴を傍聴せんとして此処に来る者、各己の左袒する一方に声援して喧囂を極む。

ギリシヤ

時に廷吏一喝叱陀して満場肅然たり。只観る、儼然たる老人の廷吏の捧ぐる杖を執りて円形の聖場中に於ける石壇上端に坐するあるを。場の中央に金貨を堆積す。これ両造中其弁舌最も事理に適中する者に属すべきものなりと。(Hlad, XVIII, 497)知るべし、ホーマーの当時既に貨幣を以て殺害を償ふの俗ありたるを。タシタスに依れば日耳曼人は殺人の賠償として家畜を与ふるの俗あり。(Tacitus, Germanicus)サリカ法には身位、錢の制あり。被殺者の身分、性別、年齢等に依りて其額を異にせり。(Lex Salica. 1, 24, 35, 44-45)英国法も亦た之と主義を同うし、エドガル王(Edgar)及びアセルスタン王(Aethelstan)の法律等に依り定まれるもの多し。(Anglo Saxon Law.) [編者云、この一節は別紙に記載しありたるを茲に補入せり、]

殺傷賠償の習俗の広く各民族間に行われたるは、其民族の古語に徴して之を知ることを得べきもの尠しとせず。ギリシャ語のポイナー(*ποινη*)、ラテン語のペーナ(*poena*)は、後世刑罰の意義を有するに至りたるも、其始は殺害者の身受金の義なりしと云い、ゼルマン人のウェールギルド(*wergild*)、アングロ・サクソン人のウェール(*were*)、スカンディネヴィヤ人のボータ(*bote*)等の如き、

殺害者の身受金

タシタスの記載
サリカ法

皆殺人に対する賠償金の称呼なり。(Sutherland, The Origin and Growth of the Moral Instinct. II. p. 164.) 其他の民族に於ても之に当る言語を存するもの頗る多しと云う。(Koenigswarter, Développement de la Société Humaine. II, ch. 1)

社会、文化の或程級に於て、賠償の習俗を生ずるは社会進化の常態なりとす。故に何れの人種と雖も、一たびは此径路を通過したるものの如く、或は之に關する記録の存せざる国と雖も、有史以前に此習俗の行われし形跡あるもの極めて多し。賠償の習俗を生ずべき文化の程級には二箇の徴象あり。其一は原始的經濟思想の發生なり。他の一は治安の価値の社会的認識なり、人類既に社会的生活に慣れ、治安が社会の維持發展に必要なことを知り、之と同時に財物を以て怨恨を積き得べきことを経験するに至れば、財物を被害者に与えて財物に対する損害を賠償するの事屢々行われ、援いて殺傷財物以外の損害に対しても賠償を以て報復に代うるの習俗を生ずるに至るものとす。現時に於ても、贖罪制度の行わるる民族尠しとせず、スマトラのレッジャン族(Redjang)は、犯罪は總て金錢を以て購うことを得べきものとす、カルマック族(Kalmucks)のガルダン汗(Kahn Galdan)の法典は全部賠償金の規定なりといい、キルギーツ族(Kirghiz)のティアウカ汗(Kahn Tianka)の法律も一切の犯罪は被害者又は其親族との協議

に依り、金銭を以て之を贖うことを得るものとし、其他アイルランドのブレホン法を始めとし、半開以下の民族法にして賠償を以て普通の救済法と為すもの極めて多し。(Post, Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens. v)

之を要するに、原始的經濟思想の發達は、各個体の自力救済を轉化して他の個体との間に於ける協定救済と為す傾向を有し、殺傷、盜奪其他の損害に対する報復行為に代うるに貨物又は金銭の賠償を以てするに至るものなりとす。復讐は個体の単獨行為なり。賠償は個体間の協同行為なり。而も相互間に最も強き反撥力を有する社会の二個の成素間の意思の合致に因つて始めて成立するものなり。故に賠償の復讐に代わるは、即ち社会の成素たる個体間に聯絡を生じ、個体力が集中轉化して社会力を生じ、私力が公権化する端緒なりと云わざるべからず。

二 復讐より賠償への過程

蛮民間に原始的經濟觀念發生し、物質的賠償を以て感情的血報に代うるの事例あるに至れば、私力公権化の過程は是より漸次其速度を加うるものとす。而して賠償の復讐に代わるの過程は、之を概観すれば三次に分つことを得べきが如し。

自力救済と協定救済

復讐は単獨行為
賠償は協同行為

復讐より賠償への過程

一 復讐本位主義

二 復讐賠償同位主義

三 賠償先位主義

上記三次の過程は通常の場合に於ける順次を示したるものにして、民族により、地方により、其^{その}一を存して他を存せざるもの無きに非^{あら}ず。只^{ただ}順位は自然の径路を示すものなるを以て、逆行の事例は蓋^{けだ}し之^{これ}を觀ること極めて罕^{まれ}なるが如^{ごと}し。

(一) 復讐本位主義

物慾を満足せしめて怒を鎮^{しず}め怨^{うらみ}を釈^とく^の事あるに至るも、復讐は素と被害の本然の對酬にして、賠償は之に代位すべきものなるを以て、其始^{その}に於ては被害に對しては血報を以てするを常例とし、若し殺害者より代償物を提供して罪を謝することあるときは、被害者は或^{ある}は之^{これ}を受けて血報に代うる事あるに止まるのみ。殊^{こと}に復讐義務の觀念盛んなる民族にありては、財物を受けて報復を免すが如きは不義にして、且つ卑怯の振舞として之を擯斥し、或は之を罰するものさへありたるを以て、仮令^{たと}い經濟的觀念發達したる後と雖も、金錢其他の貨物を以て神聖なる復讐の義務を売^{もつ}るの習俗を生ぜざりし我邦及支那^{その}の如き事例無^なきに非^{あら}ず。然れども、多数の民族に於ては、往々物償を以て血報に代^かうるこ

本邦及支那

一、復讐本位主義

二、復讐賠償同位主義

三、賠償先位主義

(一)復讐本位

を得る習俗を生じ、只血報は復讐者本来の義務なるを以て、復讐義務者より当然代償を求むるを得ず。殺害者より之を提供したる場合と雖も、被害者の遺族が之を受諾すると否とは素より其自由に属したるものなり。

(二) 復讐賠償同位主義

既に物償を以て血報に代うるに至れば、治安の保維の為に社会の権力者は賠償を奨励するに至り、往々復讐賠償の二者を同位に置き、敢て其間に主従の差別又は先後の順位を認めず、復讐義務者をして其一を択ばしむるを以て例とするに至る。是れ私力公権化の過程に今一步を進めたるものなり。

グリムの記す所に依れば、ゼルマン民族は古来身位金(wergeld)の習俗を有し、之に依りて生命、身体等に対する侵害賠償の責任及賠償額量定の標準定まり居たるにも拘らず、之を受けて和すると之を斥けて戦うとは、一に被害者の選択によるものとせり。(Grimm, Rechtsalterthümer, S. 288.) 只此制度に依り生命及身体各部に対する賠償額の豫定ありて、之に依りて闘争を避くるの至便なるがために、私闘の危きを避けて賠償の安きに就く者漸く多きを加え、竟に賠償を通則とし、血報を変例とするの観を呈するに至りしものの如し。ツェツフルの記す所に依れば、身位金を以て賠償を為す場合に於ても、仍お古代に於ける

復讐賠償同位

ゼルマン人の身位金

賠償を通則とし血報を変例とす

復讐對抗の共同責任の形跡を存し、侵害者が賠償の提供を為さず又は無資力なる場合に於て、親族が代償を為さざるときは、対当報復に依りて侵害者を殺し、代償又は其肢体を傷つくるを得るものとせり。(Zoeffe, Deutsche Rechtsgeschichte. III. S. 391.) 是を以て觀れば、身位金制度の確立はやがて復讐本位主義を変じて賠償先位主義に移らしむるものの如し。

紀元六十四年にロムバールド王ロータリス(Rotharis)が発したる復讐賠償法

ロータリス王の復讐賠償法

は、国家形成時代に於ける統治者が個人の私力制裁を公権に収めんとしたる明証を呈するものなり。此法律は、被害者の族人は慣習に従いて族戦復讐を為すか、又は裁判所に訴えて賠償金を求むるか、二者其一を択ぶことを許せり。王は此法律の目的を宣言して曰く、此法律に於て特に殺人に対する賠償を許し、而も其賠償金の額を大にしたる所以のものは、被害者の族人を誘いて族戦復讐の旧慣を抛棄せしめんとするにありと。王は尚お之に附言して、復讐を禁止するは王の素より希望する所なるも、人民因襲の久しき、今遽に法令を以て之を全廢する能わざるを遺憾とするの意を表せり。(Bethmann-Hollweg, Der Germanische Civilprocess. § 60.) 蓋し復讐を遺族の神聖なる義務なりとする觀念は、数百年來深く民心に浸潤し、一朝にして立法を以て之を抜くこと能わざるを以て、人民

の守旧性を驚さず、漸を以て私力を棄てて公権を恃むの風を馴致せんとする為
政者の苦心に出でたるに外ならざりしなり。

回々教諸国に於て、近時に至るまで復讐賠償並び行われ、殺傷の場合に於て、
回々教国

報復者が復讐(kesos)を為すか、又は之に代えて血価(diyet, dia)を請求するか、二
者其一を択ぶことを得るものとせり。(Tournauw, Das moslemische Recht, S. 239;

Groge Sale, The Kohrum. ch. II.)

アビシニヤに於ては復讐義務の觀念は既に薄らぎたりと雖も、(ヘルウィヒ氏
アビシニヤ

は之をクリスト教の影響に歸す、)未だ刑罰を以て之に代うるに至らず、復讐者は仇
人より賠償を受けて之を免すことを得るものとするも、若し復讐者が賠償を受
くるの義務無きを以て、賠償を受くることを拒みたる場合に於ては、国は自ら
其殺人犯者を刑罰に処すること無く、之を復讐者に引渡して殺さしむるものと
す。(Hellwig, Asylrecht der Naturvölker, S. 53.)

英国に於ては、ヘンリー第一世の法律第七十一号(Hen. I. 71.)に依り、謀殺
の場合に於ては犯人を被害者の遺族に引渡し、遺族は之を殺すか、又は之を助
命して身位金を出さしむるか、二者其一を択ぶことを許せり。之を後に記すア

ヘンリー第一世の
法

ルフレッド王の賠償強要法に比すれば、一見旧態に復歸せるが如き觀無きに非ずと雖も、此法律は一旦謀殺者を逮捕して國家の公權内に収めたる後ち之を被害者の近親に引渡すものなるを以て、これを殺す場合と雖も、報復者は宛も國家の行刑者の如きものなり。故に之を賠償と私闘復讐とを同順位に置き、又は賠償を先順位に置き賠償を為さざる場合に於て私闘復讐を許すものに比すれば、私力救済を公に収めたるの程度は却て多きものなりと云わざる可らず。

(三) 賠償先位主義

賠償を以て復讐に代うるに至れば、國家の主治者は之に依りて治安を保維せんが爲めに、往々法規を設けて、報復者は先ず仇人に向つて賠償を要求すべきものとし、仇人が賠償を為す能わず、又は之を為すを肯んぜざるときに非ざれば復讐を為すことを得ざるものとすることあり。此時に當り、國家は未だ絶対に復讐を禁止することを得るに至らずと雖も、賠償の要求及支払を以て復讐の前提條件としたるを以て、之を復讐賠償を同順位に置きて二者択一を許すの制に比し、私闘を減じて社會の安寧秩序を維持するの效果の極めて多かりしは言を俟たず。法制の進化既に此程級に達し、賠償を復讐の先位に置くに至れば、復讐を以て例外の場合に於ける特許の如く看做すに至るを以て、其復讐禁止の

(三) 賠償先位

法と相^{へだつ}距^{わづか}る僅^{わずか}に一步のみ。

アルフレッド大王がアングロ・サクソン時代に於^{おい}て励精治安を図り、復讐私闘の俗を廃絶せしめんとせしは、王が賠償強要の法を設けたるに依^よりて之を知^{これ}ることを得^うべし。アルフレッド王の法律第四十二号 (Law of Alfred, § 42.) の規定左^{ひだり}の如^{ごと}し。

アルフレッド王の
賠償強要法

前文 朕^{ちん}は茲^{こゝ}に又^{また}仇人^{その}が其家^あに在^あることを知る者は、豫^{あらかじ}め之^{これ}に對して賠償を要求すること無くして之^{これ}を撃^うつべからざる旨を命^{めい}ず。

第一條 彼^かに若^もし実力あるときは、其仇人^{その}を包圍し、仇人^かが戸外に出でざるときは、七日間は之^{これ}を監視して、之^{これ}を攻撃すべからず。若^もし仇人^かが武器を棄^すてて降を乞^こうときは、三十日間は彼に害を加えずして之^{これ}を監視し、且^{かつ}其旨^{その}を彼の親戚、朋友^{ほうゆう}に通告すべし。

第三條 然^{しか}れども、若^もし報復者が自己の力を以^{もつ}て仇人を包圍すること能^{あた}わざるときは、長老に助力を乞^こい、長老若^もし助力を肯^{がえ}んぜざるときは、攻撃を為^なす前に之^{これ}を国王に申告すべし。

第四條 若^もし報復者不意に仇人に途^{みち}に出会いたるとき、(中略)仇人武器を棄

てて降を乞うときは、三十日間彼を監禁し、其旨を彼の親戚、友人に通知すべし。若し武器を棄てて降ることを欲せざるときは、彼を撃つ

ことを得。(Laughlin, Anglo-Saxon Law, p. 269.)

此法律は賠償を以て復讐の前提條件と爲し、賠償を爲す機会を充分に与えたる後に非ざれば攻撃を爲すを許さざるのみならず、敵を包囲して一定の期間内に賠償を提供することを強要せしめ、降を乞うの後と雖も、親戚、友人に通知して代償を待つものにして、賢明なる立法者が鋭意私闘の弊を矯めんとせし用意の周到なるを觀るに足るべし。

私闘の弊を矯めんとするの立法

賠償は復讐に対する代位的制裁なるを以て、法が之を第一次的制裁としたる場合に於て、若し仇人が無資力なるか、又は資力あるも賠償をなさざるときは、復讐權の復活するは当然の事たり。ウェールズの古法は、殺傷に対する賠償の責任を定め、仇人が之を払わざるときは、血報を爲すとを得るものとせり。フランダルのサント・オメール市(St. Omer)の一千百二十七年の法律第二十條は、市民が外人より侵害を蒙りたる場合に於て、賠償の請求を爲すも、之に応ぜずして三日を経過したるときは、報復を爲すことを得るものとせり。(Warnkönig,

復讐原權の復活
ウェールズの古法

サント・オメール
市の法律

Flandrische Rechtsgeschichte. III, S. 163, 164.)

アイルランドの「ブレホン」法は、宛も古代法の化石の如きものにして、一
ブレホン法

千年以上古態の儘にて行われたるものなるを以て、法の原始状態を研究するには最も貴重なる資料なりとす。(Maine, Early History of Institutions. Pref.; Richey,

Irish Law Tracts. III. Pref.) 其法典たる「センカス・モール」(Senchus Mor) 及「ブック・オブ・アイキル」(Book of Aicill) に依れば、「ブレホン法」の発生は「法の

閾」(“The very threshold of law”) に当り、(Cherry, Growth of Criminal law in Ancient

Communities, p. 25.) 宛も公権発生時代の初期に於て賭償の復讐に代るの時にあ

り。同法は、一切の侵害行為に対する救済は、エリック・ファイン(Eric Fine)と

称する賠償に在りとし、若し侵害者が賠償を為さず、又は賠償を為す資力なき

ときは、被害者は侵害者又は其近親の財産を差押え、又は報復を為すことを得

るものとせり。

賠償を以て一切の犯行に対する救済なりとし、賠償をなさざる場合に於ては、自力救済に依りて之を強要し、又は復讐を為すことを得べしとの法則は、人民中に経済觀念の端緒を發し、貨物交換の習俗を生じたる後に於て始めて行わる

エリック・ファイ
ン

べきものなり。故に、其以前に於ては、自力救済法のみ行われ、殺傷の場合に於ては殺傷を以て報い、財産侵害の場合に於ては差押を以て之を報ゆべきものとし、賠償は復讐権拋棄の代価として払いたるものなり。而して、賠償を以て復讐に代うるの例あるに至りても、其始めに於ては、之を受くると受けざるとは、被害者の自由選択にありたるを以て、アイルランドに於ては、此点に関する公権発生の先行現象は通常の各時代を経過し、復讐先位主義より復讐賠償同位主義に移り、竟に賠償先位主義に進みたるものなり。

賠償は復讐権拋棄の代価

前に述べたる如く、バレア及びクナマの避難は宛も流刑の如き性質を兼ね有したるものなるを以て、他州に謫居すること数年の後ち、若し被害者の怨恨薄らぎたりと信ずるときは、殺人者は被害者の住地の長老に哀願して、調停を乞い、若し長老が其流謫の年数充分に懲罰の目的を達したりと認むるときは、被害者の遺族と交渉して、賠償金を収めて復讐を拋棄せしむるものとす。バレア及びクナマに於ては、長老は社会の最高権力を握るものなるを以て、一たび長老が殺人者の請願を容れて、被害者の遺族に対し、賠償を受けて復讐を思い止まらんことを勧告するときは、遺族は仮令内心之を好まざるときと雖も、長老の勢力

賠償

長老の調停

に対して之を拒む能わず、比較的少額の血価を収めて和睦すべきことを承諾するを常とす。

贖罪式

賭償の協定成るときは贖罪式を挙げ、之に依りて復讐関係は消滅するものとす。仇人は拳式の後ち一年を経過すれば郷里に帰住することを許さるるものとす。然れども、仇人は帰郷の後と雖も全く復権を得たるものとせず。仇人帰還ののちは、被害者の家族の一員と為り、生涯を其一家に捧げて死亡者の缺位を充たすべきものとす。(Munzinger, Ostafrikanische Studien. S. 501.) 吾人より之を觀れば、人を殺したる者が其殺されたる者の家の一員となりて生涯を畢るの習俗は、甚だ奇異なりと雖も、ヘルウィヒは之をバレーア人、クナマ人の有する宗教的信念に基くものとせり。(Hellwig, Asyrecht der Naturvolker. S. 62.) 蓋し之を他族の習慣より類推するときは、死亡者の缺位を充たすとは、死亡者が生前に於て其家に有せし位地に代るものに非ずして、其被害者の死亡に依りて生じたる一家の缺員を補充するの意にして、一家に於ける一人の死亡は、其家に取りては一人の生涯の労力を奪い去られたるものなるを以て、平時には耕作獵漁の力役者を失い、戦時に於ては攻撃防禦の戦闘員を失いたるものとす。此の如き、經濟上の永続的損失は、素より些少の賠償金を以て之を補償すべきものに非ざるを

以て、其損失の原因を惹起したる殺害者生涯の労役を以て之を償わしむるを至当とするものと解すべきが如し。故に此慣習は、他の民族に於て往々觀る所の賠償の代りに殺害者を奴隸と為すと同趣旨に出ずるものにして、謂わゆる「以身贖罪」ものなりと云わざる可からず。

三 仲 裁

仲裁

賠償、復讐を同順位に置きてこれが選択を許し、又は賠償を先順位に置き、復讐を為す前には必ず賠償を請求せざる可らざるに至るときは、仮令仇人者が賠償を為すことを承諾したる場合と雖も、其賠償の額量に付ては、受償者は必ず其多からんことを冀い、賠償者は必ず其少からんことを欲するものなるを以て、若し之がために協議調わざるときは、当事者は更に仇敵關係の原状に復帰して戦わんか、又は他の方法に依りて和議を講ぜんか、二者其一を択ばざる可らず。当事者は既に賠償を議し、其争う所は単に其額量にあるは、当事者間に和を冀うの意あるものなるを以て、多くの場合に於ては、当事者が双方の信賴する第三者に訴えて、其賠償の額量を決定せんことを乞うに至るは、自然の勢なり。当事者が賠償物の品種に付て一致せざるとき亦然り。而して、其仲裁者と

賠償の額量

第三者の加入

して依頼せらる者は、多くは社会の有力者にして、族長、長老、僧侶、薬人、卜者等の如き、或意義に於て社会力の一部を代表する者なり。又時としては是等の有力者が自ら進んで双方の間に仲裁し、之に依りて治安を保衛することあり。此の如き習俗行われて久しきに亘るときは、往々臨時又は常設の裁判機関あるに至る。例えば、中央コーカサスのオスセット人（Osset）は、若し賠償額について争議あるときは、当事者双方より三人ずつを選出し、之に被選者が選定したる裁判長一人を加えたる七人を以て仲裁員とし、当事者は其裁決に服従すべき宣言を為し、双方とも三人ずつの保証人を立つるものとせり。（Haxhausen, Trans-kaukasien. II. S. 50.）西部コーカサスのサルカシヤ人（Circasia）中に於ては殺人の場合に於て、若し賠償額について争議あるときは、当事者の関係部落の長老の協議に依りて仲裁員を設け、賠償の品種及び額量を裁定せしむるを例とす。而して其賠償品は通常家畜、鉄具、奴隸、兵器、食料品等を以て之に充つるものとすという。

前挙二種の仲裁機関を比較するときは、前者は自動的にして、当事者の選出せる仲裁員より成るものを以て、当事者の私の協定たるに過ぎざるも、後者は社会員の尊敬を受け、社会統制力の一部を代表せる長老が、他より進んで其

臨時又は常設の裁判機関

当事者の選出したる仲裁員

長老の協議に依る仲裁員

議に干渉し、社会員間の不協和を調停せんとするものにして、争議者も其調停者の位地に対し、仮令い我意に満たざる事あるも、必ず其裁決に服従せざるを得ざるものとし、若し之に違ふときは、其社会の権力者に反抗し、之を侮蔑する者として社会制裁を蒙ることを期せざる可らざるを以て、長老の仲裁は竟に強制機関たる仲裁裁判所に等しきものたるに至るものとす。

強制的仲裁機関

一民族中に一たび賠償に依りて復讐流血の惨を避くることありたるときは、後にも亦た之に倣う者を生じ、一たび協定に依りて賠償の額量を定め、又は仲裁に依りて額量の争を決することありたるときは、後の賠償額量も、他に特別の事情無き限りは、之に依りて決し、年を累ぬるに従いて、先例は其理由を問わず単に先例なりとして之に従うに至り、其始めは前例は単に後事を決するの参考資料たるに過ぎざりしも、後に至りては強制的規範となりて当事者の意思を拘束し、其服従を強要するに至るものなり。

強制的規範

一たび先例に重きを置くの風習を生ずるときは、社会の権力は老人に歸するに至るものなり。老人は最も多く先例を記憶するものなるを以て、未だ文書が行われざる時代に於ては、先例は各人の経験に因る記憶に於てのみ保存せらるるものとす。多くの事例に遭遇して経験を積むは、年を累ぬるに非ざれば能わ

先例と老人の権力

ざるを以て、先例の記憶は独り、老者之を有し、壯者は智あり才ある者と雖も、此点に關しては老者に及ぶ能わざる所なりとす。故に、低級文化の社会に於ては、老人は活ける法典なり。老人は活ける礼典なり。老人は社会の支配者なり。（拙著『隱居論』第八編第一章参照）之を以て婚姻、葬祭、其他社会万般の典礼は、之を老人に問い、争訟疑議の事あるときは之を老人に訴えて、其判断を請うに至る。殺人賠償の額の如きも、若し当事者の協定ならざることあるときは、長老に訴えて其調停を乞い、又は長老は社会の平和を図るが爲めに、自ら進んで居中調停を爲すに至るものなり。長老が裁決を爲すに当りては、常に先例に拠り、当事者も亦先例の威権に服従す。若し当事者が社会の尊敬を受くる長老の裁決に従わざるときは、社会の反感を招き、援いて社会制裁を受くるに至るべく、後には公權力を以て服従を強要するに至るものとす。

アイルランドに於て賠償を以て復讐に代うるの俗生じたるの後と雖も、其始に於ては、賠償の額量に付き当事者の協商調わざるときは、ブレホン僧に其量を請うを常とせり。ブレホン僧は詩人にして、先例典故は概ね詩に作りて之を諷記したるを以て、社会万般の事物に關して争議又は疑義あるときは、必ず彼等に就いて其判断を乞うを例とせり。故に、彼等は一方に於ては酋長の顧問

ブレホン僧

殺人賠償額の協定と長老

老人は活法典なり

たると同時に、人民の仲裁者たり、裁判官たり、助言者たりしなり。

アテナに於ける老人の仲裁

アテナに於ても、一切の争議は六十歳以上の老人の仲裁に依りて決定すべきものとし、若し当事者が其仲裁に服せざる時は、小事は二百一人の市民会に於て之を裁判し、大事は四百一人の市民会に於て之を裁判すべきものとせり。是等の市民会は、古代長老の仲裁判決を聴き、之に力を添えんがために集まりたる民団アゴラ(Agora)の發達したるものなり。(Sutherland, The Origin and Growth of the Moral Instinct. II. p. 166.) 此沿革は明かにある意義に於て社会力を代表する老人の仲裁より直接に社会の公權力を代表する民団の裁判に移るの徑路を示すものなり。

四 賠償義務者

賠償義務者の範圍

賠償は素と代位制度なるを以て、賠償義務者と被復讐義務者とは其範圍を同うすべきは当然の事なり。賠償を受ける権利を有する者の範圍も亦復讐義務者と其範圍を同うす。復讐が其始に於ては、全族的にして後に至りて其範圍漸く狭まりて被害者の最近親及び為害者一人たるに至りたる如く、賠償の場合に於ても、其始に於ては賠償を為す義務は為害者の属する全族之を負い、賠償を受けるの権利は被害者の属する全族之を有せり。然れども、賠償義務者の範圍

は、復讐を受くべき者の範圍の縮小に伴いて漸次縮小し、或は血族中の等親を限り、或は最近親のみに限るに至るものとす。賠償權利者の範圍の復讐義務者の

ボゴス人

範圍の沿革に伴うことまた然り。アフリカのボゴス人は、族人中に殺人の賠償を為すべき者あるときは、同族中の成丁は、總て平等に賠償の義務を分担すべきものとし、又賠償を受くる權利も全族的にして、被害者との親族關係の遠近に拘らず族人は總て平等に其分配を受くべきものとす。(Munzinger, Sitten u.

Recht der Bogos. S. 53; Ostafrikanische Studien. S. 208.)グリムの記す所に依れば、ゼルマン民族中に於ては、「刀劍親」及「紡錘親」(Schwert-und-Spilmagen)にして族戰

ゼルマン民族

を共にする義務ある者は、總て賠償を為す義務あり、賠償を受くる權利ある者とせり。(Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer)アフリカのマレア族に於ては、賠償

マレア族

は被害者の七等親以内の者平等に之を負担すべきものとするも、賠償を受くる者は被害者の族人全体にして、只近親は其分配率の多きのみなり。(Munzinger,

Ostafrikanische Studien. S. 242.)

アングロ・サクソン法に依れば、身位金(Weregeld, Wehrgeld, Wergild)を払う義務と、之を受くる權利とは、其範圍を同うするものとせり。例えば、兄が人を殺したる場合に於て、其弟は被害者の親戚に対し身位金を払う義務あるを以て、

身位金

アングロ・サクソン法

兄が人に殺されたる場合に於ても其弟は兄の身位金を受くる権利あるものとす
るが如し。(Hen. I. 75, § 5.) 而して被害者の親戚は皆其身位金を受くる権利ある
も、特に父子、兄弟及び父方の伯叔父は優先権を有し、身位金の第一の払込金、
ヒールスフアング (Healsfang) を受くるものとせり。

ウェールスの古法は賠償を全族義務と為すと雖も、其負担額は親疎に依りて
差等あるものとせり。血銭は其全額を三分し、其一部は為害者並に其父母、兄
弟、姉妹及び子之を負擔し、他の二部は九親等以内の親族が一定の率に依りて
之を分担するものとせり。(Walter, Das alte Wales.)

賠償時代の初期にありては、賠償義務、受償權利共に全族的なりしは上に述
べたるが如し。蓋し当時は族人各自の分担額及各自の分配額については、未だ
精確なる例規あること無く、只其時の事情に應じ、分担又は分配したるものあ
るべしと雖も、之に關しては各人利害を異にするを以て、族人間に爭議を生ず
ること稀なりとせず。故に賠償義務の有無及賠償額の当、不当に關し、為害者
被害者の間に爭議の決定を要するのみならず、双方の族人間にありても、亦其
權利義務の順位、分担率、分配率等に関する爭議の決定を要すべきを以て、当
事者の協定の外に、有力者の勧告、長老の仲裁、権力者の裁決ありて、先例は

ウェールス法
全族義務

賠償の分担率、分
配率

後発事件を決するの模範と為り、竟に一定の例規を生ずるに至るものとす。是れ原始的律法にして賠償に関するものは、其額の量定法及び分担率、分配率に關するもの最も多きに居る所以なり。

アイルランドのブレホン法に依れば、族人が同族員の犯行に對して負担すべき賠償義務は、常に同族員の殺されたる場合に於ける受償權利と對立し、同族員の殺されたる場合に於て賠償を受くべき權利ある者は、同族員が人を殺したる場合に於て賠償を払うべき義務あるものとせり。後に至り、賠償負担は遺産相続の順位に依るべきものとし、第一位に於て犯人之を負擔し、次に子、父、他の親戚及犯人の幫助者、庇護者順次に之を負擔し、最後に国王之を負擔すべきものとせり。犯人の親戚其他犯人以外の者が賠償を為したる場合に於ては、犯人の財産より償還を為さしむることを得るものとせり。

全族的賠償義務及受償權利中に順位を生ずるは、原始的共同責任が漸次個人責任に進まんとするの端緒にして、其反面に於ては社会統制力の發展を示すものなり。蓋し犯人以外の者が賠償を為すが如きは、其始に於ては、固より同族員として他の族員と共に負担する自己の責任たりしものなるべしと雖も、後に至りては、独り第二位以下の責任者と為りたるのみならず、其払いたる賠償の

ブレホン法

賠償負担と相続順位

原始的協同責任より個人責任へ

償還を受くる権利を有するに至りたるを以て、従来の共同責任の觀念は殆ど全
く廢れて、賠償は本来犯人の個人責任なりとするに至りたるものなり。

犯行に関する親族共同責任の習俗ある民族に於て、若し親族中に無賴漢あり
て屢々他人を殺傷し、又は財物を掠奪する等の事あるときは、屢々累を親族に
及ぼし、親族は賠償の負担に耐えざるべきを以て、後に至りては、往々此の如
き兇暴の徒を除族し、又は自ら親族を脱退して、その犯行に対する賠償の責任

賠償責任脱退

を免るるの例を生ずることあるに至るものとす。「ブレホン法」に於て、親族
中に常習犯罪人あるときは除族式を行い、之を追放して、爾後其者の行為に対
する責任を免るることを得るものとし、「サリカ法」(Lex Salica. Tit. 63.)に於て、

除族追放

親族の一員は公告に依りて他の親族の犯行より生ずる損害の賠償に対する一切
の責任を免るることを得るものとするが如き是れなり。是等の規定は、後世全
族責任の主義が稍々衰えたる時に生じたるものにして、「ブレホン法」に依り
追放されたる者、「サリカ法」により親族共同義務より脱退したる者は、爾後
親族員たる権利を有せざるは勿論、親族より保護を受くることを得ざるものと
せり。

公告に依る脱退

五 賠償の品種

貨物を以て損害を償うの習俗既に生じたる後と雖も、貨幣未だ行われず、又は貨幣既に存するも其流通未だ普からざるの時に於ては、賠償の目的物は、當時其社会の普通需要品にして交換の媒介たり得べきものならざるべらず。就中牛馬の如き家畜は分合に易く、交換に便なるを以て、最も普通なる賠償品として広く用いられ、其他婦女、小児、奴隸、食料、兵器、獵具等も亦往々賠償品として用いられることあり。

賠償の品種
家畜

歐洲の古代に於ては、賠償は家畜を以てするを最も通常なる方法とせり。ドラコの法
ラコの法に於ても、賠償の額は家畜を以て計算したりと云い(Pollux, Onomasticon, II, 61.)ゼルマン人は、殺人を始め一切の犯罪は牛又は馬を以て賠償することをゼルマン人
得るものとせり。(Tacitus, Germanicus. 12.)カルマック(Kalmuck)のガルダン汗(Khan Galdan)の法典に載せたる賠償の種類は家畜を以て最も通常なるものとし、ガルダン汗の法
上級民は甲冑、兵器等を以てすべきものとするも、犯罪の種類に依りては己の子女を以て之を贖わざるべからざるものとせり。ダマラス族(Damaras)は牛二頭を以て一人の生命に当るものとし、之を賠償として復讐に代うることを得るダマラス族
ものとす。(Sutherland, The origin and Growth of Moral Instinct, II, p. 163.)オスセツト人は殺人に対する血償は子女を以てすべきものとし、若し家畜を以て之に代オスセツト

えんとすときは、一男児は牝牛三十六頭に当り、一女児は十八頭より三十頭に当るものとせり。(Post, Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens. v.)

アイルランドの古法は頗る之に似たるものあり。アイルランドに於ては、當時未だ貨幣無かりしを以て、「センカス・モール法典」(Senchus Mor)及び「ブック・オブ・アイキル法典」(The Book of Aicill)は、賠償額に關し詳密なる規定を載するも、其量定は貨幣を以てせずして、カムバール(cumbal)を以て貨幣の標準とせり。カムバールの原意は女奴隷の義にして、後転じて牛価の義となり、一

アイルランドの古
法
カムバール

カムバールの等価を牛三頭とせり。故に、後に至りては、賠償はカムバールの原意なる婦女を以てせず、又必ずしも、其等価に當る牛を以てせず、只牛三頭の価格を単位として評価したる他の物を以て之に充つることを得るものとするに至れり。例えば、「センカス・モール」の序文中に掲げたる賠償の一事例に、「金七カムバール、銀七カムバール及土地七カムバール」を償わしめたる事を記せり。此場合に於て、賠償額は、七カムバールに相當する牛二十一頭に代うべき金、銀及土地を指すものなるを以て、此記事は、始め婦女を提供して償いたるも、後には家畜を以て之に代え、竟に金銀又は土地等を以て之に充つるに至りたる沿革を表示するものと云うことを得べし。

家畜を以て最も普通なる賠償品とするは、牛馬は普通の需要品にして且つ一頭を単位として積算することを得べきのみならず、容易く他物と交換し得べきを以て、交換媒介物としても、広く行われ、何人も之を受くることを拒まざるが為なり。家畜は実物交換より貨幣を公定対価とする売買に進むの過渡期に在りて、貨幣の先駆を為すものなり。

交換媒介物

家畜は貨幣の先駆

歐洲の古代に於ては、一般に家畜を以て賠償品となしたるは前に述べたるが如し。故に貨幣あるの初に於ては、貨幣の交換価格は家畜に依りて定まるもの多しとす。例えば、リプアリヤ(Ripuaria)に於ては、貨幣行わるるに至り、之を以て賠償品として家畜に代え、家畜は代償品として之を用うるを得るものとし、牝牛一頭は一シルリングに当り、牡牛一頭は二シルリングに当るものとし、之に依りて従来家畜を以て計算せる賠償額に換算せり。(Lindenbrog, Law. 36.) 蓋し当時貨幣の流通尚お未だ甚だ多からざるの時に於て、斯の如き換算法を設け、家畜を以て其全部に代え、又は其一部を補充することを許すに非ざれば、往々賠償の実行を為し難き場合を生ずることあるべきを以てなり。

イロークオイ人、其他西印度諸島に於て、交換媒介物として殺人の場合に於ても賠償品とするワムプーム(wampum)と称する貝殻珠の如きも亦然り。(Morgan,

ワムプーム

リプアリヤに於ける賠償額計算

League of the Iroquois, p. 331.) 其他、貝殻、鼈甲、宝石等の如きものを以て交換媒介物とし、次で貨幣あるに及んでは、賠償を以て復讐に代うるの慣習は一層速かに發達するに至れり。

賠償物の品種に付ては、為害者の提供するものは必ずしも被害者の欲望するものに非ざるを以て、之が為めに和議破れて流血の惨を觀、或は爭議を生じて他人の調停を要するに至ること稀なりとせず。然れども、貨幣の如き普遍的交換媒介物あるに至れば、為害者の提供する賠償物は、之を以て被害者の欲望する何物にも換うることを得べきを以て、物慾の爲めに臣子の義務を売るを陋なりとする民族を除くの外、貨幣流通の普及すると共に復讐の習俗は速に衰滅に向うに至るものとす。之を要するに、至便なる交換媒介物の行わるるに随つて、被害者が損害の賠償として之を受くるの意向を強め、其結果、賠償を以て復讐の實行に代うるの習俗は倍々盛んなるに至るものなるを以て、交換媒介物の發達は、復讐俗の衰退を来すものと云わざる可らず。

貨幣

貨幣の流通と復讐
衰退の傾向

六 賠償の額量

賠償額量の進化も亦明らかに個体力の社会力に転化する径路を示すものなり。賠償を以て復讐に代うる事あるに至るも、其始に於ては、其額量は一事件毎に当

事者の協議に依りて定まり、素より豫定の額量あること無し。当事者の協議調
 わざる場合に於て、其裁定を第三者に乞ひ、又は第三者が進んで居中調停する事
 あるに及んでは、漸く先例により、類似の場合に於ける賠償額は先後略類似する
 に至るを以て、賠償に豫定額あるの端緒を啓き、先例に依ること久しきに互ら
 きは、竟に一定の慣習的賠償額あるに至るものとす。国家の組織略ぼ成るに及
 んでは、或は臨時若くは常設の裁判機関ありて、一事件毎に賠償額を決定せしめ、
 又は法律を以て殺傷其他の犯行に対する賠償の額を定むる事あり。随意協定額
 は、二個の心理的個体力の合致に依り定まるものなり。仲裁に依る裁定額は社会
 力の一部を代表する者の力と連合せる個体力との合致に依りて定まるものなり。
 故に此場合に於ては、社会力の一部が個体力に加わり、而も個体力を制するに
 至りしなり。仲裁者が先例に依りて量定する裁定額は、其先蹤の範例に干与せ
 る仲裁者及び当事者の全部の力の合致に依りて定まるものなり。故に、此場合
 に於ては、仲裁者の裁定は、先例の場合をも併せたる社会力と個体力との聯合
 の発現なりと云ふことを得べし。法律が定めたる賠償額は社会力の発現にして、
 之に依りて、個体力を統制するものなり。

賠償に豫定額あるは、仲裁者が先例に拠りて裁決を為すに因りて始まるを常と

賠償の豫定額

仲裁に依る裁定額

法律の定めたる賠償額は社会力の発現

す。アイルランドの「ブレホン法」に依れば、凡そ犯行に対する賠償額は、為害者、被害者の身分及び犯行の性質に依りて定まるものとすること、例えば首長、僧侶、詩人等の身に依りて多寡の差あり、謀殺、過失殺に依りて軽重の別あるが如し。又各人の生命の価即ち殺人に対する賠償額を名誉の価格 (cenachlan, honor-price) と称し、其量定は財産状態、親族状態、職業に依りて定まるものにして、各人は其中孰れかの一に依りて量定せらるべきかを択むことを得るものとせり。此名誉価格の量定、其他各遺族が遺産の相続分の割合に応じて受くべき賠償分配額の量定等、頗る煩雑なるに至れるを以て、其裁定を国王又は首長の顧問として先例を諳記復誦する詩人に乞うに至りしなり。「ブレホン法」の法典は、是等の詩人の編纂したるものにして、賠償金量定に関する規定が其大部分を占むるは、前に述べたるが如し。故に「センカス・モール」、「ブック・オブ・アイキル」法典等は、或意味に於ては賠償に関する先例集とも云うことを得べきなり。

賠償額の量定については、先例は至大なる勢力を有するものなり。賠償額の量定は個々の事情に依りて決すべきものなるは言を俟たずと雖も、半開似下の社会に於ては、人事の關係未だ複雑ならざるを以て、随つて仲裁の目的たる事

ブレボン法

名誉の価格

賠償に関する先例集

賠償額の量定と先例

項も前後相類似するもの多きに居るものとす。故に当事者が賠償額を議するに当りても、類似の事件に付き曾て他人の払いたる賠償の額は、協商の基礎となること尠しとせず。長老等が仲裁を為すときに於ても亦然り。茲に於て前例後蹤相踵ぎて竟に一定の慣例を生ずるに至るものとす。

賠償の定額は為害者の行為を標準とするものあり、被害者の身位を標準とするものあり、又時としては、性別、民種、年齢等に依りて定まるものあり。行

賠償額量定の標準

一、行為
為を標準として賠償の額を定めたるは、前記ダマラス人が殺人の賠償を牛二頭とし、ダイヤック人が殺人賠償額を約英貨八ポンドに当るものとしたるが如き場合なり。「リプアリヤ人法」(Leges Ripuarium)が人種によりて殺人賠償の価額を定め、フランク人は二百シルリング、ブルグンディヤ人は百六十シルリング、ローマ人は百シルリングとしたるが如きは、民種を標準とせる豫定賠償額なり。二、民種
(Law 36. Lindenbrog.)

三、性別
キルギーツ(Kirgiz)のティアウカ汗(Khan Tiauka)の法律に、男を殺したる者の賠償を羊一千頭とし、女を殺したる者の賠償を羊五百頭とし、ロシアの「ヤロスラブ」(Jaroslav)の法も、女の身位金を男の半額とせり。其他、女に対する殺傷の賠償額は男に対する賠償額に比して著しく少額なるを常とす。

年齢に依りて賠償定額に差等を設くるの事例も往々半開以下の民族法に於て
四、年齢

觀る所なり。「ヴィシゴート」の法の如きは其最も詳密なるものの一なり。例
ヴィシゴート

えば、一歳の男児の身位金は六十ソルディ(Gold), 女児は三十ソルディ、四歳
乃至六歳の男児は八十ソルディ、女児は四十ソルディ、十歳の男児は一百ソ
ルディ、女児は五十ソルディというが如く、年齢に依りて遞加し、かつ女の身位
金は男の半額なりとす。然るに、女は十五歳に達するや、俄に其価を増し、男
は十五歳百五十ソルディなるも、女は十五歳より四十歳に至るまで二百五十ソ
ルディとし、四十歳以後は遞減して、四十歳より六十歳に至るまでを二百ソ
ルディとし、六十歳以後はまた価を減じて百ソルディとす。男は十歳より十九歳
に至るまでは、一歳毎に十ソルディを遞加し、二十歳に至りて俄に其価を増し
て、二十歳より五十歳に至るまでを三百ソルディとし、五十歳以後は遞減して五
十歳以後六十五歳に至るまでを二百ソルディとし、六十五歳以後を百ソルディ
とす。フランク人の身位金も、少女及び懷妊能力を失いたる女の身位金は二百
ソルディ(solid)なるも、懷妊能力を有する女の身位金は、其三倍即ち六百ソ
ルディ、現に懷妊せる女の身位金は其額最も多くして七百ソルディとす。(Grimm,
Deutsche Rechtsalterthümer. S. 405. ff.)是を以て觀れば、男の成熟期、衰老期共に

女に後^{おく}るること五年とするものの如^{ごと}く、戦闘能力ある男及^{およ}び懷妊能力ある女の喪失は、特に其種族の盛衰に直接の影響を及ぼすものあるを以て、其身位金も其能力の存在中は特に高額なるものとするが如^{ごと}し。

バスチヤンの『世界民族法律關係論』中に記す所に依れば、暹羅に於ては、往時殺人の場合に於ける贖金率を年齢に従いて最も詳密に規定したるものの如し。例えば、一個月乃至三个月の男児を殺す者は六ティカル (Tica)、女児を殺す者は四ティカル、四個月乃至六カ月の男児は八ティカル、女児は六ティカルにして、爾後男女共に二个月毎に二ティカルを添加し、一歳乃至二歳は男十六ティカル、女十二ティカル、三歳乃至四歳は男二十ティカル、女十六ティカル、爾後此比例を以て通進し、十六歳乃至二十歳よりまた比例を変じて男四十八ティカル、女四十ティカルとし、男は二十六歳乃至四十歳の五十六ティカルを最高額とし、四十一歳以後は遞減して四十一歳乃至五十歳を四十八ティカルとし、九十一歳乃至百歳の四ティカルを以て終るものとす。女は二十一歳より三十歳迄の贖罪金額最も多くして四十八ティカルとし、三十一歳より遞減を始め、三十一歳乃至三十五歳を四十四ティカルとし、漸次遞減して九十一歳乃至百歳の三ティカルに至りて止むものとす。(Bastian, Rechtsverhältnisse bei verschiedenen Völkern シヤムの贖金率)

der Erde. 1872. S. 249.)

七 賠償の分化

殺人に対する贖害品又は贖害金は、其始に於ては、被害者の族人全体に払うものなると、又は近親に払うものなるとを問わず、皆之に依りて被害者の族人又は親戚の憤怒怨恨を釈き、之を以て復讐に代うるものなるを以て、人民相互間に於ける賠償を目的とするものに外ならざりしなり。然れども、一たび其賠償に関して長老其他社会の有力者の如き第三者の仲裁あるに及んでは、賠償の關係は被害者為害者間の私的相互關係たるに止まらずして、社会の公力の一部を代表する者が、其賠償關係に干与するに至るものとす。是れ公権力の私的關係に加わる端緒にして、当事者が仲裁者の勞に酬いんが為めに賠償金の一部を与うるの慣例を生ずる事あるに至る。後社会の組織漸く整備するに及んでは、殺傷、姦盜等の犯行の影響は、独り其直接の受害者たる個人のみに止まらずして、社会の安寧秩序を紊亂し、団体の凝聚力を弛むるものなるを覺るに至るを以て、公権力の機關たる首長は、是等の犯行は個人に対する私犯たるに止まらずして、首長又は社会の治安に對する公犯なりとし、当時者相互間の賠償金以外に首長に治安金の如き贖罪金を払わしむるに至る。

賠償金の一部を仲裁者に与う

治安金を首長に提
供せしむ

茲に於て贖害金に公私の別を生じ、私人に對して損害を償ふべきものと、公人、に對して権力の干犯を贖ふべきものと、駢び存するに至る。而して、公人に対する治安金の如きは、其始めに於ては未だ治安の侵害に對する補償にして、其性質は賠償金なりとの觀念存したるも、之と同時に、其行為は「国王の治安の侵犯」

公共の贖害金

(breach of the King's peace)の場合に於ける如く、首長の公權力に對する冒瀆にして、又社会の公安を紊亂する行為なりとするに至り、公權力の發達するに随つて損害の賠償金たる性質を喪いて、犯罪の懲罰金たる性質を有するに至るものとす。

賠償金は懲罰金となる

贖害金に関するアングロ・サクソン人の慣習法は、賠償金の分化して、贖罪金を生じたる形跡を示すものなり。アングロ・サクソンの贖害金に三種あり。其

アングロ・サクソン人の慣習法

一はウェール(wer)と称するもの、其二はボート(bot)と称するもの、其三はワイテ(wite)と称するものは是れなり。ウェールは身位金即ち身分に依りて定められ

ウェール

たる各人の価格にして、殺害の場合に於て殺害者より被害者の親族に払うべきものなり。ボートは賠償金にして、盜罪、侮辱罪、其他財産上の損害に伴わざる傷害罪の賠償として払うべきものなり。ワイテは治安金にして、治安を害したる過料として国王に払うべきものなり。(Cherry, The Growth of Criminal Law. p.

ボート
ワイテ

83) 前挙三者は、其始に於ては、齊しく個人に對する賠償金なりしも、ウェー

ル及ボートは私人に對するものにして、ウィテは公人に對するものなるの別ありたるがために、後者は公權を以て之れを強要するに至り、且つ「国王の治安」

国王の治安

(King's peace)なるものは、其始に於ては、王の身体の不可侵を保障するのために、王の身边を環る一定の区域内に於て治平を保持するの義なりしも、後ち王の權力の増大するに随つて、其圏域を拡張し、竟に王の權力は全王国に及ぶものとするに至り、「国王の治安」の範圍も全王国に及ぶものとするに至れり。(拙著

治安圏

『タブーと法律』 法律進化論 第三冊収載 参照 国王の一身に關する治安圏の拡張するに随つて、其

圈内に於ける治安侵害の行為と国王の一身の安全とは直接の關係無きもの多きに居るを以て、殺傷鬭争等の治安侵害行為は、国王の一身に對する侵犯に非ずして、公衆一般の治安を紊亂するものなりとの觀念を生じ、竟に国王の治安が国境と其圏域を同じゅうするに至りては、「国王の治安」と「国家の治安」とは一致するものなりとするに至れり。「国王の治安」は即ち「国家の治安」なりとの觀念を生ずるに至れば、治安金は国王一身上の私益を害する行為に對する賠償に非ずして、国家の公益を害する行為に對する贖罪金なりと看做さるるに至る。茲に於て、殺人に對して払うべき賠償金の中に公益に關するものと私益に關するものとを區別を生じ、公益は私益に先んずべきものなりとするが為

国王の治安と国家の治安と一致す

治安金を先にし賠償金を後にす

めに、治安紊乱びんらんに対する刑罰を先にし、復讐に代わる賠償を後にするに至れり。

賠償金は、素と被害者が復讐の権を抛棄する報酬として払うものであるから、
 其始に於ては、之を受くると受けざるとは全く被害者の随意であつたのは勿論
 の事である。被殺者の遺族が深き恨を含み、是非とも仇人を殺して死者の怨魂
 を慰めんとするが如き場合に於ては、賠償金を拒斥することもあろう。又一旦
 賠償金を受くことを受諾した場合でも、仇人が之を払わぬために、復讐の原
 権が当然復活するに至ることもあろう。又仇人の側に於ても、若し族人の勢力
 強大にして、而も相手方の要求が過大なときは、提議を撤回して応戦するこ
 ともある。要するに、其初期に於ては、賠償に付て強制の原素は存せなかつた
 のである。

然れども、賠償に依つて族戦流血の惨を免れ、団体の治安を維持することを
 得るの利は、蒙昧の民と雖も速かに覺ることを得るものであるから、賠償を以
 て復讐に代うるの事例は漸く多きを加え、後件は先例を踏襲し、類例相累つて
 竟に慣習を為し、慣習は義務觀念を生じ、若し適當なる賠償の提供あるときは、
 被害者の親戚及び族人は之を受くべきものとし、仇人の側より適當なる賠償

先例慣習と義務觀念の發生

の提供を為さざりしときに限り、復讐を為すことを得るものとするに至ったのである。茲に於て復讐は空しく、其性質を變じ、従来は第一次制裁であつたのが、賠償の慣習が発達するに随いて漸く第二次制裁たるに至り、傍ら賠償の強要手段たるが如き性質をも兼ね有するに至つたのである。

アルフレッド王の法律第四十二号は上述の変遷を示すの適例であるから、茲に其数節を掲げる。

前文 朕は茲に又仇人が家に在ることを知る者は、豫め之に対して賠償を要求すること無くして之を撃つべからざる旨を命ず。

賠償要求を前提條件とす

アルフレッド王の法律

第一條 彼に若し實力あるときは、其仇人を包圍し、仇人が戸外に出でざるときは、七日間監視して、之を攻撃す可らず。若し仇人が兵器を棄てて降を乞うときは、三十日間は彼に害を加えずして之を監視し、且其旨を彼の親戚、朋友に通告すべし。

第四條 若し報復者不意に仇人に途に出会いたるとき、(中略)仇人武器を棄てて降を乞うときは、三十日間彼を監禁し、其旨を彼の親戚、友人に通知すべし。若し武器を棄てて降ることを欲せざる時は、彼を撃つこ

とを得。

前記アルフレッド王の法律が、仇人が兵を抛^{なげう}つて降を請^こうとき、三十日間仇人を監守して、之^{これ}を仇人の親戚、友人に通知すべしとするは、其間^{その}は復讐を猶豫^{ゆうよ}し、仇人を質として贖罪金の提供を待つものである。若^もし三十日を経過するも、本人又^{また}は親戚、友人より賠償を為^なさざりし時に、始めて復讐権を生ずるものであつて、賠償の提供は復讐の停止條件となつたものであつた。

サザーランドは復讐俗の賠償俗に移るを、一般現象なりとし、仮令^{たと}い執念の深

浅と物欲の多寡とに依^よりて賠償俗に移るの難易は有るも、族戦時代には族人の助力あるに非^{あら}ざれば復讐を為^なす能^{あた}わざるものであるから、族人は被害者の遺族を強制して賠償により和をなさしむるに至るものである。況^いんや、族人は賠償の分配に預るものであるから、戦鬪の危険を冒^{おか}すよりは、寧^{むし}ろ賠償に依^よりて和を為^なすことを強要するに至るものであると説いて居^いる。(Sutherland, II, pp. 162, 164.)

復讐俗より賠償俗に移るを、制裁進化の通則とするは素^{もと}より論なき所であるが、サザーランドが之^{これ}を絶対の一般現象とし、「余の知る限りに於^おては、賠償を受け、て族戦を避くる習俗の多少存せざる蛮民一も有^あること無し」と云うに至つては、

復讐俗より賠償俗
に移る

些^{すこ}しく広きに失するの嫌^{きらひ}がある。文化の発展が較々^{こうこう}急速であつて、一方に於ては復讐^{もつ}を以て宗教上の義務とするの信念^{まな}又は道德上の義務とするの教旨^{おし}広く行われ、他方に於ては之と同時に宗教若くは徳教に依りて制慾の教旨行われ、金、錢、財、貨を以て、節義を、売るを、恥とするに、至る事が多いものであるから、早く文化の發達した民族、又は他の民族との接觸に因つて、其習俗に急劇なる影響を受けたる民族では、復讐に代うるに財貨を以てするの習俗を生ぜざることも少くない様に思われる。支那は、周時代以来も不俱戴^{ふぐたいてん}天の教あり、復讐を「天下之公道、古今之通義」と云い、最も重い義務として居つたから、財貨を以て之を売^うるが如き事は無かつた様である。『周礼』調人の部に、

凡過而殺傷人者、以^レ民成^レ之、鳥獸亦如^レ之。

とあり。過つて殺傷した者あるときは、郷里の民をして調停せしめ、若し和解成らざるときは、遠隔の地に避けしむるものと爲^なつて居^おつたが、此「民を以て之を成^{たい}ぐ」るには財物又は金錢を以て償^{もつ}わしめたる事あるや否^{いな}やは明瞭ならずと雖も、「鳥獸亦如^レ之」とありて、賈公彦^{かこうげん}の註にも、過つて人の鷹隼^{ようじゅん}牛馬の類を殺傷したる時、民を以て之を平和するには其価^{その}値を償^{もつ}わしむとあるを以て、或は人の過誤殺傷の場合にも、物品、金錢を以て和解したるものなるやも計られ

ず。兎に角、他の諸民族の如く賠償を以て復讐に代うるを定例とせし事は無かりしものの如く、刑法の確定したる後には、財を受けて私和することを禁じたることさえあり、賠償時代を経過せずして、復讐時代より直ちに刑罰時代に移りたるは確かである。我邦に於ても同様に、復讐時代と刑罰時代との中間に賠償時代は無かつた様である。

復讐時代より直に
刑罰時代に移る

止 モーゼ法の賠償禁

モーゼの法は殺人に対して賠償を禁じ、「汝等死に當る殺人者の生命を贖わしむべからず、必ず之を殺すべし」との命をエホバより受けたと云つて居る。避難権ありとして逃避市に住居する者と雖も、血報者と私和し、償金を払うて祭司の死せざる前に原住地に帰ることを許さなかつたのである。（「民数紀略」第三章、第三一、三三）只飼牛が人を突き殺したときは、其飼主も殺さるべきものであるが、此場合には其飼主が賠償金を出して復讐を免れることを許した。（「出埃及記」第二章、第二九—三一）旧約全書の解釈者は、概ねモーゼ以前にはイスラエル人中に殺人賠償の慣習があつたものとし、モーゼが此禁令を設けたるは人類は神の肖像であるから、其生命は神聖であつて、之を侵す者は瀆神罪を犯すに等しいものであるから、金錢を以て之を贖い得べきものでは無いとするに

由ったのである、独り飼牛が人を殺した場合は、自己が瀆神行為を為したので無いから、旧俗に依ることを許したものであると説いて居る。

凡そ犯罪は其生命身体に関するものと、財産に関するものとを問わず、總て賠償に依りて復讐又は刑罰を免るることを得るものとする民族に於ても、国権の発達と共に賠償を許すべき罪の範圍を狭め、重大なる罪より始めて追々と賠償を禁じて刑罰を実行する様になって來ることがある。茲に於て可贖罪と不可贖罪との區別が生ずる。例えば、カニユート王の法律 (Leges Kunt. ii. 56.) にも左の規定が有る。

家宅侵入、放火、公盜、公殺及び叛逆罪は俗法に於ては非賠償罪 (not-less) なり。

コーカサスのオセツト族 (Ossetians) に於ては、創傷、其他死に至らざる傷害は賠償を許すも、謀殺及殴打、創傷致死に対しては、被殺者の親戚は賠償の提供を受諾するの義務あること無く、復讐は屢々実行せられ、其他アフリカのコンゴのロアンゴ人 (Loango) 及バムバラ人 (Bambara) は、犯罪は總て可贖を原則とし、独り謀殺のみを不可贖とするものある。(Post, Bausteine. § 41.)

又犯意の有無に依りて賠償を許すと許さざるとの別を立つる者も少く無い。

加贖罪と不可贖罪
カニユート王の法律

罪の性質に依る區別

犯意の有無に依る區別

例えば、ドラコの法律は、殺意無くして人を死に致したる場合に於ては、死者の同族人は復讐に代えて賠償を受くることを得るものとしたるが如きは其一例である。(Platner, Attischen Recht. S. 145.)

賠償は素と復讐の代位制裁であるから、其始に於ては之を受けると受けざるとは復讐権者の随意であつたが、後に至つては、法律は之に依つて治安を保維せんとし、或は賠償拒絶を以て復讐の條件とし、或は賠償額量定の標準を定め、其他種々の方法を以て賠償を奨励し、又は之を強要するに至つたが、国権漸く張り、司法機関漸く備わり、犯罪は公犯にして国家に対する侵害であると云う觀念が発達するに随いて、財を受けて私和するは公権を私するものであるとの觀念発達し、賠償を禁じ、刑罰を以て之に代うるに至るものである。アングロ・サクソン法に於ては、「エセルレッド」の法律 (Law of Ethelred) に、

初犯の場合には、告訴人には賠償金 (bot) を払わしめ、君主には身位金 (wer) を払わしめ、且つ将来一切の悪事を為さずとの担保を供せしむべし。

再犯の場合には首の外に賠償あるべからず。

とある。「首の外に賠償あるべからず」とは、再犯者には賠償を許さず、身首

私債公判併存
「エセルレッド」の
法

的、行為と為し、若し殺人犯者の親族より身受金を提供することあるときは、被殺者の親族は之を収めて復讐権を抛棄すべしと云うに止まり、親戚に対して身受金を要求することを許さぬ様に成ったのである。キルデベルト第二世は、五百九十六年に至って法令を発して殺人犯者の身受を厳禁し、親戚友人にして之を犯す者は重刑に処すべしとした (Zoeph, Deutsche Rechtsgeschichte, III. X. 394.) 是れは国権が既に大いに張って、刑法に依って制裁を行うに至った徴候である。

モンテネグロのダニエル第一世の法典第二十七條 (Gesetzbuch Daniels I. § 27.) も、他人より侵害を受けたること無く、且必要防御にも非ずして惡意強暴を以て他人を殺害したる者は、身受を許さずして直ちに射殺の刑に処せらるべきものとした。

回々教諸国では前に掲げた『コーラン』の本文に依り、被殺者の遺族は下手人の引渡を受けて自ら復讐を為すか、又は償金を受けて之を助くるか、二者其一を択ぶことを許すものが多きに居り、ペルシャでも現今仍お此慣例が存しているところである。(George Sale, The Koren. p. 19. note) トルコに於ても、第九世紀の始に至るまでは、公権を以て殺人犯を罰すること無く、被害者の最近

回々教国

賠償より刑罰へ

ペルシャ

トルコ

親は復讐をなすか、又は血の価「ディヤ」(Dya)を受けて之を赦免することを得るものとなつて居つたが、一千八百二十四年のムールテカ法典(Cole Monteka)は、一般に復讐を禁止して殺人犯者を刑に処するに至つた。然し乍ら、尚或場合に於ては遺族に血の価を払うて刑を免ることを得るものとしたのである。一千八百四十年の刑法第十條に於て、始めて血の価の制を全廃し、公権を以て殺人犯者を死刑に処する様になつた。チェリーの云う如く、「此刑法の施行以前に於ては、トルコには刑法と稱し得べきものは無かつた」のである。(Cherry, Growth of Criminal Law. p. 54.)

殺人創傷を始め各種の損害を賠償するの慣例を生じたる後も、賠償の額量は殺害の原因、被害者、為害者の身分、其他損害に伴う種々の事情に依つて定まるべきものであるから、賠償の額量を定めることについては、往々当事者の意見が一致せず、之がために原権なる復讐に立戻るの已むを得ざるに至ることがある。是れが古代の争訟は賠償の額量を定むるを目的とするものが頗る多い所以である。故に復讐鬭争の俗より賠償成和の俗に導くには、各場合に當るべき賠償額を豫定して之に抛らしむるを最も適切なる方法としたものである。然る

ムールテカ法典

一千八百四十年の
刑法

古代の争訟は賠償
額に関するものが
多い

に、賠償の額に關し、從來長老^{その他}の権力者に裁定を乞^こいたる事件は、年を経るに從い、類例相累^{つて}一定の標準を生じ、長老は之を記憶し、先例に依^よつて後の事件の判決を爲したものである。故に酋長^{また}又は国王が裁判の權を握るに及んでも、其始に於ては、長老を顧問とし、其記憶に依り、先例に從いて判決をなしたものであるが、後ち文字の行わるるに至つては、酋長^{また}又は国王は其先例を筆記せしめて、長老の記憶に代え、之を自ら裁判を爲すの標準としたものである。此賠償量定の先例記録が成文法となつたものも、尠く無い。

先例の筆記

アングロ・サクソン時代の成文法の大多数は身位金^(Weir)賠償金^(Dow)治安金^(Wife)の定額に關するもので、而も詳細に之を規定したものである。例えばアルフレッド王の法律で現今に遺存して居るものは總計七十七あるが、其中三十四は不法傷害の賠償額に關するものである。其中の法律第六十四号を標本として、当時の成文法規定の性質を例示すれば、

賠償量定の成文法

他人の足の指を断ちたる者は賠償として次の金額を被害者に払うべし。足拇は二十五シルリング、第二指は十五シルリング、中指は九シルリング、第四指は六シルリング、小指は五シルリング。

此一節に依るも、当時の立法者が成文法規を以て詳細明確に賠償の額量を定め、

之これに依よつて爭議を決すべき標準を人民に公示し、之これに依よつて平和を維持し、之これに依よつて私力制裁を公権に収めんとしたる苦心を觀ることが出来るものである。

既に財物を以て殺傷の賠償とする事例あるに至つても、其始期に於ては、賠償を以て復讐に代えるは当事者の協定又は第三者の調停に依るものであるから、素より任意の私約である。随つて、之を受けると受けざるとは、被害者の親戚の随意であつた。若し被害者の怨み深く、力も強いときは、仇人の賠償提議を斥け、干戈に訴えて死者の怨魂を慰める事もあろう。若し仇人の力強く、被害者の要求が過大なるときは、賠償の提議を撤回して応戦する事もあろう。然し乍ら、賠償に依つて族戦流血の惨を免れ、団体の治安を維持することを得るの利は、蒙昧の民でも速に覺ることが出来るから、賠償を受けて復讐を止めるは即ち義務を売るものであつて、道義の容れざる所であるという觀念の生ぜなかつた人民中では、賠償の事例が追々と多くなつて来て、先例は後件を導き、竟に慣習をなすに至つたのである。斯の如き時代に達したときには、若し適當なる賠償の提供があつたときは、被害者は之を受くべきものとし、其提供が無かつたときに限り復讐を為すことを得るものとするに至つた。然し乍ら、賠償に付

随意賠償より強制賠償に進む徑路

ては、其額量其他に付て、当事者双方の協議の調わぬ事もある。又仇人側では其力を恃んで賠償の提供をなさぬ事もある。又賠償をする資力の無い事もある。此の如き場合に於ては、僧侶、長老、其他族人中の勢力者が進んで勸告又は調停をなし、又は当事者が之に仲裁を乞う事もある。又或は酋長、族会等に訴えて裁判を乞う事もある。是等の場合に於て、族会は勿論酋長、僧侶、長老等は、其社会員の服従、尊敬等に依りて其権力を有するものであるから、社会心意の機関とも看ることが出来る。故に是等の人々は社会力の代表者とも称すべきものであつて、彼らの勸告、仲裁、裁判等は即ち社会力が個体力の上に加わるものである。故に若し当事者の勸告を容れず、裁定に従わざる等の事があるときは、権力者は之に服従する者を援け、之に違背する者を責めるに至るのは当然である。若し仇人が賠償を拒むときは、被害者に助勢して之を強要せしめ、若し尙お之を担むがために復讐の自力制裁に復帰することあるときは、之に助力することあるべきは自然の勢である。

加之、酋長、長老等の如き社会力を代表する者の意に背き、又は社会力の継続的発現とも看るべき慣例を無視する者は、独り権力者の怒に觸るのみならず、其権力者を尊信する者よりも擯斥せらるるが如き、社会の制裁を受く

るに至るものである。社会制裁の終極は其社会から追出されることである。かかる社会の終極制裁が後に法律の終極制裁となったものが法外制(outlawry)即ち法権剥奪である。法外制とは法に従わざる者を法の保護外に置くことを謂うものであって、其始めは首長、長老等の命に背いて飽くまでも賠償を払うことを拒んだ者は、自己が殺された場合に親戚は復讐をなすことを禁ぜられ、又其賠償をも求むることを得ざるものとしたのであったが、後に至っては一般に社会の保護を奪うことを公規とするに至ったのである。メインは、

法外制

メインの説

裁判所の命令違反に対する罰の最も古いものは蓋し法外制であろう。裁判所の判決に服従せざる者は、自ら法の外に歩み出ずるものである。故に彼が若し殺害せられる事があっても、彼の親戚は其義務であり又其権利である復讐を為すことを禁止せられ、又は原始社会の輿論の全力を以て妨止せられるものである。

と云うている。(Maine, Early Law and Custom, ch. VII.) 「ブレホン法」(Brehon Law)に依れば、殺人賠償金を払うことを拒んだ者は、自ら名誉の価(honour-price)を失うものと為って居る。名誉の価とは、自己の殺された場合に、遺族が殺害者より要求することを得べき賠償額であって、謂わば各人の生命の価である。故に

名誉の価

名誉の価を剥奪するは、即ち生命の保護を奪うものであって、其者は「法外人」

(lawless man, outlaw)となるのである。法外人は何人が之を殺しても、何人が之

法外人

を傷つけても、何人が之より盗みても罪とならぬものであるから、殺傷、盗奪
 に対して賠償の責任の生ぜぬのは勿論である。是は原始社会に於て飽くまでも
 当時の社会心の要求に反抗する者を殺し又は其社会外に追放した社会制裁が公
 権化したものである。最も発達した法治社会でも、法の手の届かぬ処に身を置
 く等の事を以て、飽くまでも法の制裁を逃れる者に対する最後の処分は、一切の
 法の保護を剥奪するより外はないのである。故に法外は最初の制裁であつて、最
 後の制裁であるとも云えるのである。

法外は最所の制裁
 にして最後の制裁
 である

賠償を以て復讐に代うることに至るも、其始に於ては、之を受くると受け

ざるとは全く被害者の随意であつた。然し乍ら、此習俗が一たび生ずるときは、

随意賠償より強制
 賠償に進む

仇人が之に依つて難を免れんことを欲する場合も追々と多くなつて来るし、社
 会も速に之に依つて平和を維持し得るの利を覚るに至るから、外部の圧力も漸
 く之に加わり、或は社会の有力者が居中調停して賠償を受くることを勧め、或
 は立法者が避難其他の方法に依つて賠償を提供する機会を与える等の事が有つ

て、始めは全く当事者の随意賠償であつたのが、中頃には有力者の勧誘賠償となり、竟に強制賠償の法が設けらるるに至る事があるものである。

随意賠償より勧誘賠償に、勧誘賠償より強制賠償に

治安の維持は、国家存立の基本的要件である。「まつりごと」を政治と云い、治国平天下は為政の要道であると言うのも其為めである。故に社会組織が漸く発達するに随つて、其社会の統制者は私闘の乱階を絶つのも最も緊要なることを経験し、種々の方法に依つて其弊害を阻止せんとした。殊に血族連帯の観ある時代に於ては、血族の復讐義務と血族の被復讐責任と対立するから、復讐は族戦の原因となるものであつた。故に復讐を禁止せざれば族戦絶えず、族戦絶えざれば国家興らずと云うことが出来るのである。ヨーロッパに於ては、近世国家の興る以前の政治組織は、謂わゆるフューダル・システム (feudal system) にて、我邦では之を封建制と訳して居るが、其字義から云い、其起原から云うと族戦制である。故に近世国家勃興の前には「神聖ローマ帝国」の元首を始め各地方の統治者は、族戦の原因を絶たんが為に種々の方法を設けて復讐私闘を禁遏せんとした。然し乍ら、古来復讐を重んじ、之を親族の義務としたる觀念は容易に消滅するものでは無いから、主治者は遽に之を禁遏して甚しく人民の倫理的感

治安と復讐

復讐と族戦

情を害することを欲せず、或は利を以て誘い、或は害を以て威し、徐ろに法權に依らしめる様に導いたものである。

償品を以て復讐に代え、平和の解決を為さしめんとしたる如きは、私闘防止策中の最も顯著なるものであつて、私力公權化の端緒である。権力者が賠償に依りて和解を為すことを当事者に勧告し、争い有るときは居中調停し、或は仲裁機關を設け、或は賠償の額量を定むるが如きは之を誘うのである。豫め賠償を請求すること無くして復讐を為すことを禁じ、或は人質を取つて平和の担保とし、或は賠償を受くることを拒む者を罰するが如きは之を威すのである。

カロロ大帝は復讐権利者が贖金を受くることを拒むときは之を追放に処すべしという勅命を發した。フランデルスに於ては、法律を以て復讐より生ずる族戰を制止せんとした事がある。行政官又は司法官が復讐戰あることを聞知したるときは、直ちに之に赴き、双方の族人中より人質を押えて休戦媾和の担保とし、一定の期間内に賠償の協定を為さしむる義務あるものとした。若し族人が之を拒むときは、其人質を嚴刑に処し、屢々之を拒みたる者は法權剥奪の刑に処せらるべきものとした。若し賠償の協定成り、一旦和睦が成立したときは、再び

復讐を為すときは死刑に処せらるべしとの保証の下に、其人質を釈放したと云う事である。(Warnkoenig, Flandrische Rechtsgeshichte. III. S. 182.)

- ・「復讐と法律」(『復讐と法律』法律進化論叢 第四冊 穂積獎學財團出版、岩波書店発行、一九三二年三月) 所収。
- ・原文の旧字は一部を除いて新字に改めた。
- ・理解を助けたために、振り仮名をつけた。
- ・PDF化には $\text{L}^{\text{A}}\text{T}_{\text{E}}\text{X} 2_{\epsilon}$ でタイプセッティングを行い、`dvipdfmx`を使用した。

科学の古典文献の電子図書館「科学図書館」

<http://www.cam.hi-ho.ne.jp/munehiro/science/sciencelib.html>

「科学図書館」に新しく収録した文献の案内、その他「科学図書館」に関する意見などは、

「科学図書館掲示板」

<http://6325.teacup.com/munehiroumeda/bbs>