

刑罰の始源としての復讐について

杉 山 晴 康

一

いうまでもなく人間には復讐感情がある。そして、この復讐感情は、人間が生まれながらにしてもっているものだとし、かかる人間の本性ともいふべき復讐感情をもとにして刑罰の本質を説明する理論があることは、ここで改めてのべる必要はあるまい。もとより、現代の刑法理論においては、刑罰の本質を人間の復讐感情にもとめて理論を構成するものばかりではなく、刑罰権は、国家のみが行使しうるものであり、国家の刑罰権行使は、復讐といった個人的感情におはれることなく、個人の感情を超えた立場より、より理性的、より倫理的に行われなければならないとの目的刑、改善刑主義の理論も有力となえられており、さらに、現実の行刑においては、その理論の実践が着々として行われていることはこれまた、改めてくどくどのべる必要はあるまい。

しかし、本稿は、かかる刑罰の基本理論に対して、刑事法学の立場に立つて、いずれの理論が妥当なるかを論ずるものではない。いままで法史学の分野において、刑罰の始源としての復讐について、唱えられて来た理論に対して、

わたくしは、わたくしなりの疑問をもち、その疑問に対するわたくしの考を、わが原始より古代にかけての問題に限つてのべてみたいと思つてゐる。

従来唱えられているところに従うならば、そのはじめにおいては、ある種の侵害を被つた人あるいは、その人の属する人間集団（家族・氏族など）は、被害により生じた怒りや悲しみの感情をいやすために侵害者に対して報復することが無制限に許容されていたとし、それは、人間の行動というよりは、むしろ生理的な反動としての性格をもつていたとすら思われる場合があつたとしている。しかし、人々の生活が進歩し進化するにつれて、未開時代の生活を脱皮し、次第に理性に基づく行動をとるようになり、他面、社会生活の機構が漸次整備され、公権力が発生・強固になるに従つて、いままでも無制限に行われていた私的復讐は、次第に制限され、私人や私人的性格をもつ集団による復讐に代つて、公の集団や国家が侵害者に対して、公の立場から復讐としての刑罰を科すに至つたとされてゐた。いうなれば、私的関係としての復讐より公的関係としての復讐への推移としてこれらの問題がとらえられてきたのである。

しかし、わたくしは、かかる私的復讐より公刑罰への移行という図式に対して、いささか疑問をもたざるを得ない。かかる図式は、日本以外の刑罰発生史については、あてはまることがあるかもしれないが、わが国の原始から古代という時代推移における社会、経済、政治等を含めた歴史の一般的發展法則にかなうものであるか否かということになると、いささか疑念がでてこざるを得ない。もとより、いかなる歴史的現象といえども、当該時代の歴史的諸条件に無関係で独走するものではなく、とくに刑罰法の歴史を研究する場合においては、刑罰法が、公権力の暴力行使に対する正当性の根拠を与えている一面を有する関係上、当該時代における公権力の分析ならびにそれとの関係を常に

考慮に入れながら問題を考えていかなければならないと思う。かくすると、先にのべた私的復讐より公刑罰へという従来のべられている図式が、わが原始から古代にかけての刑罰発生史を語る場合に、刑罰法の歴史を論ずる場合の最も重要な要件を除外し、単に刑罰法それ自体の運動のみをとらえたことについて、皮相的であるとの非難はまぬがれないであろう。

そこで、わたくしは、この問題の解明を、従来復讐についてあげられているわが古典上の種々な物語をとり上げることからはじめてみたいとおもう、しかし、わが刑罰発生史的確な史料により、明確に論証するということは、史料上の制約により不可能に近い困難が存在している。原始から古代にかけての歴史的現象を解明する場合には、多かれ少なかれ史料についての困難があるのであるが、こと刑罰発生史ということになると史料上の制限は相当なものがあり、いきおい、法史学としてのノリを越えてしまうおそれがないわけでもない。この点考えないわけではなかったのであるが、あえて問題提起といった意味においてペンをとった次第である。

二

周知のごとく、記紀には、復讐についての多くの物語がおさめられている。迦具土神を産んだゆえに妻伊邪那美命を失った伊邪那岐命が、十拳劔を抜いて、その子迦具土神の頸を斬った話、あるいは、その伊邪那美命を黄泉国に訪ね、伊邪那美命に辱をかかせた結果、その妻の軍勢に追われた伊邪那岐命の物語、さらには、穢汚きものをたてまつった大宜津比売神を殺した速須佐之男命の物語、また、わにを欺いたがゆえに、わにに裸にされてしまった菟の物語

など大穴牟遲神をめぐる種々の物語、あるいは神武天皇を、さらには景行天皇、倭建命などをめぐる物語等々に復讐についての話は所々に少なからずみられる。しかしここでは、それらのすべてについてのべる必要はないと思う。しかし、比較的時代が下つてはいるが、雄略天皇をめぐる物語に、復讐についてまとまつた話が二三あり、これらの物語が、わが典籍の上において代表的復讐物語であると思われるので、これらの物語をとりあげてみよう。

まず、允恭紀によると、雄略天皇の母、忍坂大中姫が、まだ、その母に随つて家に在つた時、彼女に対して無礼の言辞をはいた鬪雞国造を、後年、彼女が皇后になつた時、これをさがしもとめて罰したという物語がある。^(一)この物語は、忍坂大中姫の私的復讐が私人としての時代には行われずに、彼女が皇后という公的な地位についた時行われたのであり、個人的復讐が、被害者、加害者間の力関係、その他の理由によつて、その当時実現されえず、復讐を為しうる条件がととのつた時に復讐を行つたまでのことであり、たまたま、忍坂大中姫が皇后位についた故に、復讐が刑罰となつた物語である。^(二)

また、大日下王を殺害し、その妃である長田大郎女を自らの皇后とした安康天皇を、大日下王の子でありその時七才に達していた目弱王が、その間の事情を知り、安康天皇を斬殺し、この目弱王と、目弱王をかくまつた都夫良意富美を、安康天皇の弟、大長谷王子（雄略）が軍をもつて囲み、ともに殺した物語がある。このとき、この事件の急報を受けた大長谷王子の兄、黒日子王ならびに白日子王が「うちも驚かずて、怠緩」なるさまなので、怒つた大長谷王子は、この兄弟を殺してしまつたとしているが、その時大長谷王子は「一には天皇に為し、一には兄弟に為すを、何か恃む心も無くて、其の兄を殺せしことを聞きて、驚かずて怠なる」と^(三)言つたとしている。この物語の前段では、目

弱王の復讐がのべられているが、この事件を政治的な問題に解釈することを別にして、後段においては、兄を殺された大長谷皇子の忿満の情、そして、この大長谷皇子の感情に同調しなかつた黒日子、白日子の兩皇子に対して、大長谷皇子の感情爆発が、予期せざる結果を招来してしまつたことを物語っており、その復讐感情のはげしさを示している。しかし、雄略天皇をめぐる復讐物語で最もわれわれの心をひくものは以上のものよりも次の物語であろう。すなわち、

雄略天皇が、まだ皇子であつた時、その従兄弟にあたる市辺之忍齒皇子を、近江で殺害した。市辺皇子の子袁^{オケ}祁^ケ命は、雄略天皇の歿後、帝位につき顕宗天皇となつたが、顕宗天皇は、「其の父王を殺したまひし大長谷天皇を怨みたまひて、其の靈に報いむと欲ほし」雄略陵を毀すべきことを命じた。この命令に対して、顕宗天皇の兄にあたる意祁^{オケ}命（後の仁賢天皇）は「是の御陵を破り壊つは、他人を遣すべからず。専ら僕自ら行きて、天皇の御心の如く破り壊ちて参出む」としたが、その実、意祁命は「少し其の御陵の傍を堀」つたにしかすぎなかつた。これをした顕宗天皇が、父の仇に報いんとするのならば、雄略陵を悉々破壊すべきなのに、どうして少ししか堀らなかつたのかと問うたのに対して、意祁命は「父王の怨みを其の靈に報いむと欲ほすは、是れ誠に理なり。然れども其の大長谷天皇は、父の怨みにはあれども、還りては我が従父にまし、亦天の下治らしめしし天皇なり、是に今単に父の仇といふ志を取りて、悉に天の下治らしめしし天皇の陵を破りなば、後の人必ず誹謗らむ。唯父王の仇は、報いざるべからず。故、少し其の陵の辺を堀りつ。既に是く恥みせつれば、後の世に示すに足らむ」と答えたとしている。^(四)この物語は、復讐感情のすさまじさをみせているが、意祁命の処置のなかには、すでにして復讐が無制限に行われていた

時代からの距離を感じないわけにはゆかない。そして、この意祁命をして、かく行動せしめたものは、たとえ親の仇にせよ、天皇の陵をこわすことに対する一般の非難^{（五）}をおそれたこともあるし、また「父の怨みには為れども……我が従父に為し……」と意富祁命をして云わしめたごとく復讐についての親族関係よりの制限がみとめられる。

以上、雄略天皇をめぐる復讐についての物語のいくつかをとりあげてみたが、これらの物語は、復讐そのものについて物語っているか、あるいは、すでにして、刑罰にまで昇華してしまっている復讐についての物語か、そのいずれかである。だから、これらの史料によつて、刑罰の源流としての復讐をとくことは適當ではない。われわれが望んでいるのは、復讐が如何なる経過をたどつて刑罰にまで至つたかを推理させるものでなければならないが、かかる史料は、わが記紀をはじめとする典籍にはみつけることができない。人々が、あるいは、わが典籍において、数多くみられる財産等の提供によつて、その罪を赦されることをとりあげ、これこそ復讐より由来した財産賠償として考えるべきだとするかもしれないが、この点については、かつて、わたくしが明かにしたごとく、原始から古代にかけて、わが民族を支配していた宗教規範上の儀式としてのハラへより転化して来たものとみる方が、わが古代史を理解する上に合理的であると思われる^{（六）}。また、雄略紀三年夏四月のところにみえている、自分の子供である武彦が皇女を姦したとした、阿閑臣国見の偽言を信じて、武彦を殺した湯人盧城部枳莒噲^{（七）}が、後日、国見の言の偽りであつたことをしり、「枳莒噲斯に由て子の罪を雪むることを得、還て子を殺すを悔て国見を報殺さんとす」としたが、この時、国見は、石上神宮に逃げ匿ると紀はしるしている。ひと、あるいは、この物語をみて、アジールの存在を証する物語とするかもしれないが、しかし、この物語自体より、わが古代におけるアジールの存在を確証することはできないし、さら

に、アジール制を認めてしかるべき他の有力な史料がない限り、わが原始より古代にかけて、アジール制の存在を認めることはできないし、今までのところ、かかる史料はまだ発見されていない。

以上のごとくするならば、従来となえられていたような、復讐が変化して公刑罰に至つたとする図式は、少くとも、わが典籍の上からは、その裏づけをする材料を発見することができないとしなければなるまい。そこで、わたくしは、原始から古代にかけての政治史、社会史との関係において、この問題を考え、それにより、日本における刑罰のはじめを明かにしたいと思つたのである。

(一) 日本書紀允恭天皇二年

(二) このケースと同じ場合が顕宗天皇による、猪甘の老人ならびにその一族の処罪の場合にみられる。

(三) 古事記、安康天皇、岩波日本文典文学大系版三〇一頁以下

(四) 古事記、顕宗天皇、岩波前掲 三三三頁

(五) 古代君主制が強固になつて来ているさまが、この意祁命の言葉よりしのばれる。

(六) 拙稿「わが古代における「赦」についての一考察」早稲田法学第三一卷八五頁以下

(七) 日本書紀、岩波文庫版中巻二二〇頁

三

わが原始時代における制裁規範は、すでに明らかにしたごとく、^(一)神の権威を中核とした規範であつた。神から与え

られたものと信じた規範によるのではなく、人々が自らの手でつくった規範によって、社会生活を規制していくためには、社会それ自体が、かかる規範を産みだしうる体制をすでもつていなければならない。しかし、原始時代においては、社会体制自体の成長が生産関係の単純さに昭応して、まだ單純幼稚の域を脱することが出来ず、それゆえ、このような社会を規整する規範は、人間が自らの手で自主的にはつくりえなかつた。すなわち、人々の外側にあつて、人間を超えた、力のあるものの力、あるいは權威によつて担保される規範によつて、社会生活の規整が行われていたのである。この点、原始社会の人々は、規範に対しては常に受身の立場に立たされていたと考えねばなるまい。かくて、今日いうところの法をも含めて、あらゆる規範の淵源に、そしてまた審判者として神へ超自然的權威が位置することになるのである。

すなわち時代が原始時代より脱皮するにつれて、人と人との間の問題は、人が処理するようになってきたのであるが、時代が遡れば遡るほど、人と人との問題を規整する規範を人がつくることが少くなり、そのかわり、人を超えたものが出現してくるのである。ところがこの時代においては、すべての現象へ人間の行動等をも含めては神の配慮の下にあると考えられていた。それゆえ、個人の個人への侵害に対して、被害者が侵害者に対して、個人として報復するということは考える余地はない。なんとすれば、個人による個人への侵害もまた、神の配慮の例外ではないからである。そして、百歩を譲つて考えるに、もしかかる場合において私的報復が行われたと仮定しても、それらは通常、神の配慮《權威》を冒瀆するものと考えられ制すの対象となつたであらう。かくて、個人の個人に対する侵害において、被害者が侵害者に対して、個人的に報復するということは、社会に対する神の意思による統制がゆるみ、人

間の自主的行動が可能になつたある程度時代が下つたときに出現した現象であるといわなければならないのである。さらに、原始時代においては、個人は全体の中に埋没しており、全体から独立して、個として行動するまでには至っていない。それゆゑ、個人に対する侵害は、その個人が属する社会に対する侵害として、個人ではなくその社会全体に対する問題として処理されたのである。だから、私的復讐といつた、個人が全体と離れて行動することの余地は、原始時代にはなかつたとしなければなるまい。

かくて、復讐関係は、原始社会において、個人が個人としての意識をもちえなかつた時代においては、その社会の内部においては起りうる余地がなかつたとしなければなるまい。この時代においては、社会の内部でのトラブル等は人間のつくつた規範ではなく、神の規範に反する、神の権威を冒瀆するものとして考えられていたのである。しかし、かくのごとく論じたことは、必ずしも原始時代には、まったく復讐関係は存在しえず、復讐は、原始社会を脱皮した次の時代に至つて、はじめて出現するに至つたものと結論をしたのだと即断してはならない。わたくしは、原始社会の内部において、個人から個人に対する復讐は、そのかみにおいては考えられえず、ある程度、時代が下つた頃に出現したものであるとしているのであつて、原始時代に復讐が、まったく存在していなかつたと云つてゐるのではない。

しからば、原始社会内部において、復讐が個人対個人の関係以外にあり得たであろうか。もし、あり得たとするならば、いかなる存在であつたであろうか。

まづ、社会の内部関係においては、復讐は存在しうる余地がなくとも、その社会を単位としての外に対する復讐関

係は存在しうる。すなわち、ある原始共同体などに対する、外部よりの侵害に対して、侵害者に被侵害共同体か反撥として復讐をする場合である。この場合においては、その共同体に対する侵害は、当然に、その共同体を領はく神の権威に対する侵害として考えられたであろうし、復讐は、神の意思にもとづく行動として意識されていたことは論ずるまでもない。かかる原始共同体を単位とする復讐関係は、わが典籍中の物語などにおいてもみられるところであり、原始時代における兵力の行使などは、かかる復讐としての性格をもっていたものが多分に存在したといえると思う。

しかし、かくのごとく、原始共同体を単位としての外部に対する復讐もさることながら、わが原始より古代にかけての復讐を示しているのはツミを中心とした概念のなかに、より特徴的にみられるのではないだろうか。ツミについては、すでに多くの学者が、そのなんたるやについて論じており、わたくしも、かつて、これについて、わたくしの考を述べておいた。^(二)そこで、わずらわしさはあるが、本稿でもしばらくツミの本質を追うことからはじめてみたいと思う。

ツミは記紀においてもみることができが、やはり、ツミを集中的に示しているのは、いうまでもなく中臣大祓祝詞である。中臣大祓祝詞に示されているツミのうち、明らかに疾病と思われる「白人」「胡久美」あるいは天災と思われる「昆虫災」「高津島災」「高津神災」などは、その他のツミとは性格を異にしていると思われる。すなわち、「畔放」にしても「生剥」等々にしても、さらには、国津罪とされている性犯にしても、これらのツミは、すべて人の行為により犯されるものであるが、「白人」や「昆虫災」といつた疾病や天災は、人の行為により犯されるといつ

た類ではない。「辟放」などのツミは、人の行為などにより能動的に犯されるものであるが、「白人」とか「昆虫災」といつた一連のツミは、人が受動的に神より科せられ、負わされる類のツミと考えるべきものである。かくのごとく、ツミは、現在のわれわれの目で見るならば、犯罪として考えることのできるものと、災や疾病などの天罰と考えなければならぬ類との二つに分けられる。もとより、かくのごとく、ツミを二つに分けて考えるのは現代のわれわれの目より見た場合にかくのごとく分けられるのであつて、原始時代の人々は、ツミをこのように分けて考えることはとうていできなかったのである。今日、われわれが分けて考えることができるものを、一つの概念のツミとして考へていたのは、原始時代の人々の生活が、まだ自然の中に埋没しており、自然を超える能力をまだ充分にもちえず、人々をとりまく現象の因果関係を客観的に分析することができなかった結果であると思われる。自己をとりまく現象を分析し実体を把握するためには、その現象の中に埋没していたのでは不可能であり、その環境を超えた立場に自己を立たせて、その超越的立場より客観的に観察した場合において、はじめてなしうるのである。

かくて、神は、神のいむこと、にくむことを人々が犯したとき、その個人や社会に対してある種の罰を下した。すなわち、人々の犯行が原因で、その結果として罰が下されたのである。しかし、先に述べたごとく、人々が、まだ原因を分けて考える能力を持ち得ず、原因と結果をふくめた一連の事実を、ツミとして一つの概念のもとに認識せざるを得なかつたのである。

ところで、以上のツミの概念のなかにも、のちに応報としての刑罰に発展しうるものが存在している。それは、神が人々の犯行に対して科す罰がこれであり、かかる罰は、神の人々に対する報復として行われたものであるとみてよ

い。復讐は、人が他の人から受けた侵害によりいだいた憎悪や怒の感情の具体的発現として、相手に対してなす攻撃的行為であり、この相手に対する攻撃的行為により平衡を失っていた感情が、平衡を回復するといった性格をもっている。かくのごとくするならばケガレその他の行為に対し、神は、それに対して責任ある個人や集団に、憎悪や怒の感情をもち、その神の感情の発現として神は罰を下すと考えられていたのであるから、ツミのなかに明らかに復讐的要素が存在していると考えることが出来る。わたくしは、わが原始から古代にかけての復讐は、かかる神の人々に對する罰のなかにこそ、後に公刑罰として發展する萌芽が存在しているとみてゐる。

復讐が行われるためには、復讐する者、そしてそれを受ける者が質的に異なり、相互に独立性を持つてゐるものでなければならぬ。それゆゑ、ある原始共同体の内部においては、復讐が起り得なくても、原始共同体相互の間では復讐關係が成立し得るのである。原始共同体の内部において、階級の分裂等による一体性がそこなわれない以前においては、その内部における諸問題々後の時代において、それが復讐の問題を惹起させるようなものもふくめてゐるが、あくまでも原始共同体自体の問題として処理せられたと推測される。この点、原始共同体の人々と神との間においては、立場に質的な相異がある。神は、人々の上に人々を超えたものとして存在し、人間として神は、相互にそれぞれの存立圏域を持つた独立の存在である。かくのごとく、人と神は、独立した存在であり、対立した立場に立つがゆゑに、神は人間に対して復讐としての罰を加えることができ、それが前述の大祓祝詞にあらわれた「白人」や「胡久美」、さらには各種の災などの一種のツミとなつたのである。

四

原始的人間集団相互の間、また、神と人との間における復讐が存在しえた理由は以上にのべた通りであるが、このような復讐関係が共同体などの内部へもちこまれるに至つたのは、如何なることによるのであろうか。このことは、復讐の刑罰への移行の問題として、つぎにのべられなければならない。

原始社会における復讐関係が存在するためには、復讐者と被復讐者との間に異質性 \times 神と人、相異なる原始共同体ごとき \times がなければならないのであるが、かかることから、原始共同体などの内部に復讐が一般的に存在しうするためには、原始共同体などの内部に、それまでとは異つた社会関係が新たに発生し、従来の一体的共同体の内部関係に何らかの質的な変化が生起し、人々がそのことを意識するに至つたことを前提としなければならないということがいえる。さらに、また、わが古代社会における復讐としての刑罰の発生を論ずるには、右の如き原始共同体内部における構成要素の質的变化の問題とともに先にのべた神から人に科すと信じられていたツミ \times 神の人間に対する復讐 \times が、その後、いかに発展していつたかを検討しなければなるまい。この二つの問題は、関連性をもっており、それらの、からみ合つたところに、わが古代における刑罰へと展開していつた復讐の問題があるとすることができよう。

いまさういうまでもなく、わが原始時代において、人々が生活の物的基礎を農耕により得るに至つたことは、単に経済史上のみの問題ではなく、社会史、政治史上にも大きな影響を与えた重要な事件であるといわなければならないま

い。狩猟や漁撈により得た物と、農業生産物との決定的な相異は、前者のそれが腐敗しやすい性質をもっているが、後者の多くのものは腐敗しにくいという点にある。腐敗しにくいということは、それが貯蔵の対象になるということであり、かくて、ここに、人々は、農業生産物の貯蔵^(一)ということを媒介として、それまで物としか意識しなかつたものに財としての意識をあわせてもつようになって来たのである。生産物に対して財としての意識をもつようになってくると、それらの生産物をうみなす土地自体に対する従来の考え方が、次第に変化してくることは疑えない事実といえよう。しかし、そのように云つても、直ちに土地に対する私有が始まつたとはできない。人々が土地に対して今迄とは異つた意識をもちはじめた時代においては、個人は、まだ原始共同体体制に強くしばられており、原始共同体のなかに埋没している存在であつたと思われる。だから、個人の土地に対する意識は、常にその属する共同体を通じての意識であつたとしなければならぬ。しかし、他面、土地についての右にのべたごとき意識は、農業がさらに一段と進んで、その根を著実に社会のなかにおろしていくと、次第に変化していつたとみななければならぬ。すなわち、立地条件、農具の条件などにより、わが原始時代においては、労働力を大農様式のそれのごとく配分しえず、極めて小さな単位をもつて行わざるを得ない現実が存在していた。かくて、ここに、自からの労働により得た収獲物私有の要求が、その小単位の労働主体にでてくることは当然の成行といわなければならぬ。ここに財としての収獲物が、原始共同体による所有から、将来においては、さらに個人により所有される可能性があらわれてくるのである。労働力を注ぎこんで生産された物を所有することが一般に行われてくると、こんどは、その生産物を産みだした、労働力をそそぎこんだ土地自体に対しての私有がはじまるのは当然の帰結である。かくて、土地の私有がかくの

ごとくして始めると、ここに原始共同体の一体性の基礎をなしている最も重要な要素がくずれてくることになるのであつて、原始共同体は、それまで経験したことになかつた重大な事実に向面することになつたのである。しかし、わが国土のもつ歴史的諸条件は、原始共同体をして依然として封鎖的なものたらしめ、また、農耕において絶対的必要な前提となる灌漑治水や祭礼などの宗教上の行事は、個々人の力をもつてしては、いかんともなしがたい性格をもつていたので、土地私有が開始されたとしても、そのことは直ちに原始共同体的規制が人々から短時間のうちにとり除かれたことを意味するものではなかつたのである。すなわち、一方においては、歴史法則上原始共同体の一体性を基礎よりくずす土地の私有が進行していたが、他方においては、依然として、共同体による一体的規制はつづけられており、この矛盾が、わが古代におけるあらゆる問題を特色づけていたといつてよいであらう。

ところで、農業經濟の進行により、さらに特徴的に現われて来たものとしては、奴隷が考えられる。農耕が一般にとり入れられることにより、人々は、それまでのように不安定な食生活を精算することができた。そののみか、食料の貯蔵が可能になつてきたことにより、食料の剰余ができることになり、その剰余食料により奴隷の所持が可能になつて来たのである。しかし、わが古代における奴隷は、典型的奴隷制を可能にすべき前提条件を欠くがゆえに必然的に特殊な奴隷制を形成せざるをえなかつた。以上のごとき諸条件にかこまれながら、わが原始から古代にかけての社会は、土地の私有制と奴隷制を内包しながら、原始共同体の体制をまだ強く保持しているという独特の社会を形成していつたとみることができる。それゆえ、原始から古代にかけてのわが政治權力の発生や特質も、以上のべた如き諸条件の影響外のものではなかつたのである。

わが原始社会においても、軍事、宗教、農耕その他の事柄について、人々を指導する者や長老といわれる者が存在していたことは疑えない事実といえよう。ところで、水は、農耕にとつて、緊要な前提条件をなすものである。それゆえ、灌漑、治水は、時に人々の死命を制す場合がでてくるのであつて、ここに共同体にとつて、最も重要な問題が水をめぐつて存在していたといつてよい。しかして、これら水に関する諸問題は、共同体のあらゆる個々人に利害関係があるので、どうしても、個人の立場を離れたところより統制をしなければならぬことになるのである。かくて、ここに、水の管理をめぐり共同体の人々の共通の事務を管理するものがどうしても必要になつてきたのである。そしてその共通の事務の管理者に対しては、農耕に対する水の重要性という点から、共同体の人々に対する強い統制力が与えられたが、その統制力は、共同体構成員全員のアンタントを前提とし、その表現においては、やはり神の意思や權威に由来するとされたであらう。それゆえ、水を現実に管理・支配する者は、神の代理者としての資格をもたしめられていたと推測することができる。

また、農耕が天候気象と緊密な関係があることはいふまでもないが、原始社会の人々にとつて、この天候気象は、神の領知するところのものであると確信されていたので、ここに農耕時代に入つてから、人々は従来より以上に、神に接近し交通をしなければならなくなつて来たのであり、ここに、神と人との間を交通する職能が従来に比べ、より重要な位置をもつて来たといふことができる。このような宗教的職能をもつた指導者は、公僕としての存在であつたが、わが古代権力は、かかる宗教的權威を足がかりとして成長していったとみることができるのである。すなわち、発芽期にある政治権力に対しては、宗教的權威は、その培養基たる性格を持たしめられ、やがて、政治権力が着

実にその發展をとげる道程においては、指導者における宗教的權威と政治的權威との併存が實現し、やがて、宗教的權威を分離し、純粹な政治的權力そのものの姿をもつて民衆に対していくのである。記紀などにあらわれている神話に登場するわが古代の指導者が、いずれも、大なり小なり宗教的指導者としての性格をもっていることは、争なき事實であり、これら宗教的指導者あるいは支配者より政治的君主が生長していったことも、原始より古代にかけての天皇制をみた場合、歴然たるものであるといわなければならないまい。

かくて、わたくしは、以上のごとき社会經濟史的事實をふまえて、それとの関連においてこそ「復讐」の展開の事態をみようとするのである。先にもふれたごとく、農耕經濟に入ることによつて、原始共同体の一体的社会構成はくずれ、個人を単位とする新しい社会構成に入つていったのであるが、この新たな体制においては、個人あるいは自然家族のごとき小集団が、ある程度の独立した意識をもつことによつて、集団を同じにしても他の個人等と相對立することが当然にでてくることになつたのである。ここに、従来神や共同体が持つていた復讐が個人間の關係として出現しうることになつたことがまずあげられうる。そして、その復讐は、公刑罰との結びつきにおいて、従来学者が説いていたが如き経過をたどつたのではなく、わが原始から古代にかけての歴史的諸条件に支配されて次のごとき経過をたどつて、復讐は公刑罰へと転化していったとみることができると思うのである。すなわち、神の意志の伝達者としての宗教的指導者の地位は重要なものであつた。彼は、神の代理者たる資格において、人々に対していつたであらう。(二)そして、宗教的指導者のあるものは、かかる地位を利用して、政治權力を自己のものにすることをしたであらうし、また、政治的權力を把握した者も、宗教的權威を利用しなければ、自己の地位を確立することができなかつたであらう。

う。すなわち、わが古代君主の地位は、神の権威と密着しながら築き上げられたのであつて、神の意志を現実に実行するものとしての宗教的指導者は、いつしか、代理人としてではなく、自己を神の座にすえ、それによつて人々を統治するに至つたと思われる。そして、彼は、いつしか神の権威によるのではなく権力によつて、その座を維持しうるに至つたのである。以上のごとく、古代君主が宗教的指導者より蟬脱しつゝ自己の地位をきずきあげていつたとするならば、それにつれて、神のもつている力のあるものが、神の手から古代君主の手へと移つて行つたことが当然考えられなければならないと思うのである。

復讐は、神のみがもつていたものであつた、しかし、いまや、復讐は上に述べたごとく神の地位を侵奪するに至つた君主の手へと次第に移つていつたと思われる。かつての宗教的指導者は、その職能の別はあつても、一般の人々と異質の存在ではなかつた。それゆえ、彼等は公僕としての存在であつたと思われる。しかし、いまや、ここに現われた古代君主は、かつての神と人が異質の相對立しうる存在であつたごとく、人々との上に位置する存在であり、常に一般の人々と異つた場に立つ存在となつてきたのである。そして、この對立しうる民衆に対して、古代君主は、かつての神がしたごとく、自己の意にそわざる者に対して、報いとしての罰を下すことになつた。すなわち、かつてのツミの中に見られた神の報復が、こんどは、君主の民衆に対する報復として行われることになつたのである。しかし、その報復は、権力を基礎にして人々に科せられるのであつて、すでにして、公刑罰としてのカテゴリーに入れられるべきものであるといわなければならない。だから、古代刑罰の執行は、君主の恣意にかかつていたとみるべきであるが、それはやはり、神の地位を受け継いだが故のことであるといふことができる。

(一) これらの点については、拙著前掲三二頁以下

(二) 崇神紀六年の項に、それまで天照大神ならびに大国魂大神の二神が天皇の大殿之内に並祭されていたが、この年より大殿之内より離して祭つたとしている。それまで、天皇は、神と同床共殿であつたことがわかる。

五

以上、わたくしは、復讐から刑罰への移行についての従来の考え方に対しての疑問をのべ、刑罰の始源としての復讐は、ツミなどに表明されている神の人間に対する復讐が、神の代理人として徐々に政治権力者となつた古代君主の手にわたつたとのべてきた。刑事法は権力の座を担保する一分野としての任務をもたしめられている。であるがゆえに、刑事法史についての問題を説明してゆく折には、つねにその刑事法成立あるいに存立の基礎をなしている当時の権力の分析ならびに、権力と刑事法との関係を論じなくては、当時の刑事法の実態を把握することはできないと思う。その点、従来の刑事法の始源に関する論説は、わたくしにとつては、大いに不満が存するところのものである。その不満を、わたくしはわたくしなりの方法において解決しようとした。しかし、史料上の制限は、やはり、結論をして推論の域を脱せしめなかつたのは、問題が問題であるだけに、やむをえないところであらう。