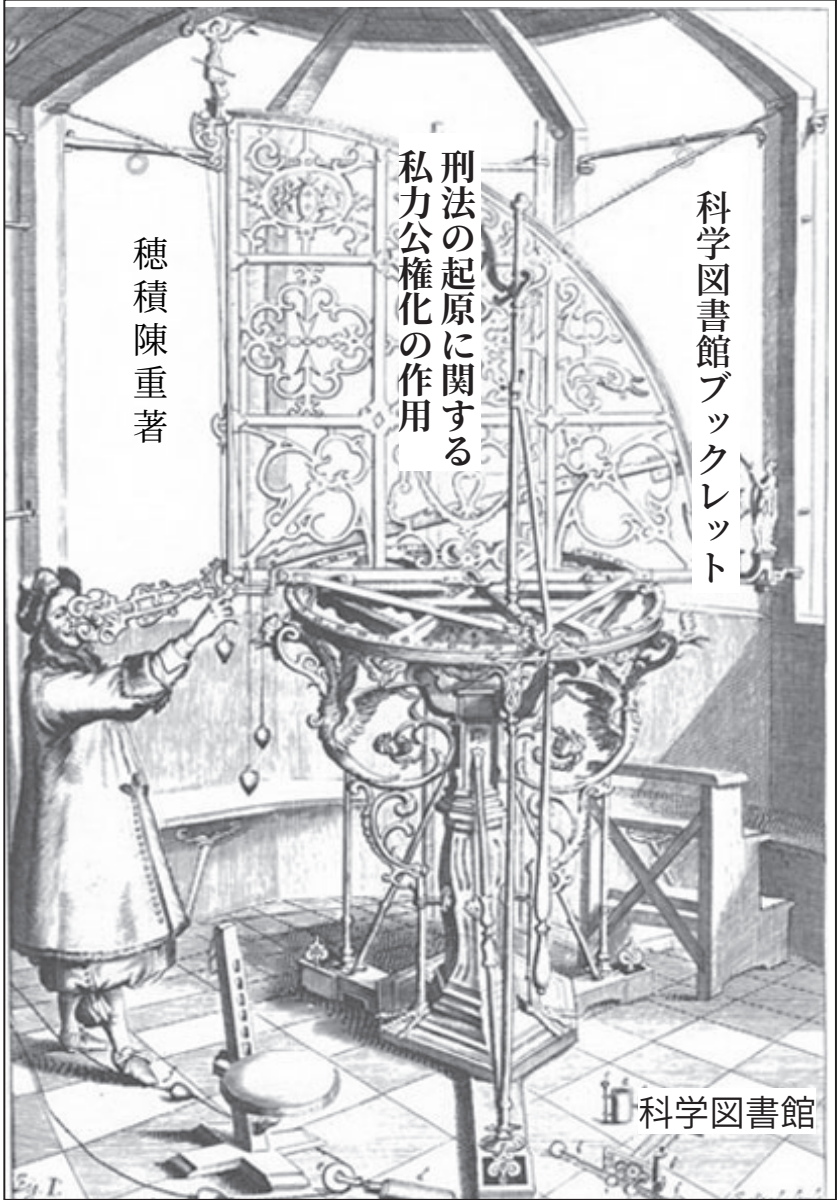


科学図書館ブックレット

刑法の起原に関する  
私力公権化の作用

穂積陳重著



科学図書館



法の起原に関する  
私力公権化の作用

穂積陳重



# 目次

第一章	緒論	三
第二章	復讐の起訴観念	六
第三章	復讐の沿革	八
第四章	結論	四



# 第一章 緒論

迂闊なる老学究が、日々活きた法律を取扱わるる諸君に相見えて、古き法律に関する話をすることを許されたのは、余の光榮とするところである。実は、先日塩谷会長其他数氏の御来訪ありたる際、自分は近頃隱居論の実行を致し、老人は成るべく引込んで若い者の足手まといとならぬ様にと心がけ、講演等も一切御断りをして居ることを述べて置いた位であるが、さすがは御職掌柄巧妙なる御交渉と、人を動かす最も力ある諸君の友情の切なるが為めに依つて、遂御引受致して此席に立つこととなつたのである。然しながら、諸君は法律家であられる故、新しい法に就ては諸君の方がよく知つて居られて、私こそ反つて諸君の教を請うべきであるから、今日は私は古る物を持ち出して、古い法の話をして見たいと思ふのである。それは、私が多年研究致して居る法律進化論の一節たる、法の起原に関する私力公権化の作用即ち個体力の集中転化して法律となる径路を、復讐なる事実<sup>よ</sup>に依つて説明して見ようと思ふのである。即ち「法の起原に関する私力公権化の作用」という題目下にこれより御清聴を煩わすことと致します。

凡そ人類の進歩、文化の発展、広く言えば万有の存在、進化は、個体と總体との調和即ち有機的合化である。之を人に就て云うならば、個人と社会との調和一致であり、之を力より云うならば、個体力と社会力と——私力と公権力と——の調和一致であり、

個体力の集中転化して法律となる径路を復讐に依つて説明

個体と總体との調和

之を哲学的に云うときは、自我と大我との一致が人類の進歩又は其文化の發展となるのである。多衆相聚あつまつて互助共存するは人類の本性である。アリストテレスが人は社会的動物なりと云うたのは、実に千古不磨の真理で有つて、人は単独孤立して生活することは不能である。相助け、相合し、社会と調和しつつあるによりて始めて生存し、発達し、進歩し得るのである。彼の独立自尊という言葉の如きは、経世的教育家たる福沢先生が、依頼心に富み且つ眠れる同胞を喚び醒さんが為めに発せられたる方便的警句で有つて、学問上の原理としては根柢を欠くものと謂わなければならぬ。若しこの独立自尊という言葉通りに、人々相倚らず、相助けず、公に殉ぜず、公益の犠牲とならず、ただ自家の利益のみを是れ事とするもので有つたならば、其社会は社会を成さず、其種族は如何に伶俐にして富を作るに巧妙で有つても、国民としては遂に亡国の民たるを免れざること猶太人の如くであるであらう。釈迦はさすがにえらい、天を指し地を指して天上天下唯我独尊と云うた。若し彼れが独立自尊と云うたならば、母胎を離れること数時間にして、忽ち乳に餓えて涅槃に入ってしまったであらう。ロビンソン・クルソーは決して文明人の先祖たることは出来ぬ。要するに、人は互いに相倚り、相助けて、始めて各自の団体力を強くし、伸張し得るものであるから、畢竟人類の進化は合化であると云ういうことが出来る。

人類文化の上進は合同にある、両性相合して夫婦あり、夫婦有つて親子あり、夫婦親子有つて一家あり、同一血統者相集まつて一族あり、多数族相結び相合して一国家

互助共存は人類の  
本性

独立自尊の語

天上天下唯我独尊

人類の進化は合化

文化の上進と合同



を成す。斯の如くにして、人類は団結に依り、分業協力に依つて、其精神的及び物質的文化を成して居るものである。立憲政体の如きも、個人合化の一現象と謂うべきである。国際法の如きも、従来国家単位なりしものが、世界戦争の結果として、今後は却つて国家聯合が単位を為すに至るであろうと考える。畢竟文明とは個性と合同性との同化であり、個体の社会化である。

法の起原及び法の実質も畢竟この個体と總体との調和に外ならぬのである。他言を以て云えば、法は個人の力が社会力に同化したものであり、個体力の社会化したものである。私力の公権化したものである。私は、多年法律進化の理法に照して此原則を確めようと研究して居るものであるが、これに関する事例は頗る多い。民事法に於ける差押の如き、刑事法における復讐の如きは、其最も顕著なる例証である。昨年（大正四年）花井卓蔵博士が飯野吉三郎の恐喝被告事件に於てこの理法を基礎とせられたる弁護論の有ったことは『日本弁護士協会録事』第二〇〇号に掲げてある。私が茲に復讐に就て述べるのは、本邦に於て最近世まで行われたる敵討の例を採つて、私力公権化の事実を説明せんとするに外ならぬのである。

個体力の社会化、  
私力の公権化

差押と復讐

私力公権化の事例  
としての復讐

## 第二章 復讐の基礎觀念

凡そ生物にはその種族的存在を害する攻撃に対する反撃を為すの性質が有る。これは生物の自保性に出ずるものである。蜂がその巢を毀つ者を螫し、猛獸毒蛇が己を攻撃するものを反噬するが如きは即ちこれで有って、所謂復讐である。人類の如き発達したるものに在っては、其生存を危くする反対勢力を除去しようとする感覚は、殆ど本能的に発達して居て、「子のあたま打った柱へ尻をやり」と云う様に、往々無生物をも之を反撃して怨恨を慰めることがある。この性質が有るから、人類の如きも其生存を維持し、向上し、発展し得るものである。斯の如く、復讐は種族的保存を害する他の攻撃に対する反撃であるが、単に本能的に急迫せる危害を撃退するに止らず、過去の迫害に対しても之を反撃し、己に苦痛を与えたる者に同様の苦痛を与えて、自己の憤怒を慰藉し、また他の鑑戒ともなつて、種族相助け、相合し、相戒めて、自保自衛するの方便となつたものである。即ち過去の迫害に対しては慰藉となり、報復となり、将来の迫害に対しては鑑戒となり、防衛となつたものである。若しこの防衛作用がなかつたならば、原始社会に於て該種族は遂に滅亡するの結果を来したのである。実に復讐は此反撃性より発生したる種族保存の基本的美德であるから蘆東山は其著『無刑録』に於て之を「天下之公道、古今之通義」と称し、『大学衍義補』に於て丘濬は之を「天地自然之理」と云い、胡寅は「讐にして復せざれば人道滅絶し、天理淪亡す」

生物の自保性

復讐は人類の種族性に基く

過去の迫害に対しては慰藉となり、報復となり、将来の迫害に対しては鑑戒となり、防衛となる

と論じ、又法理哲学の碩学ヘーゲルが「刑罰は権利の否定の否定なり」(Negation der Negation des Rechts)と断じ、カントが対同報復を以て正義の実現であるとなして、先哲後賢其所論の揆を一にして居るのは、蓋しこの理に基くものと謂わなければならぬ。此の如く、復讐は人類の種族保存性に基くものであるから、此現象は人類の一般的現象である。故に、国家の組織が整備し、団体の公力を以て団体組成員の存在及び發達を保障し得るに至るまでは、いずれの社会に於てもこの復讐なる現象は存在するので有つて、現在の文明国にありては過去に於て存在し、現在の半開以下の諸国に於ては今現に存在する現象である。再言すれば、復讐なる現象は、洋の東西、時の古今を問わず、人類の共同生活に於て、ある時期に於て必ず一たびは経過せざるべからざる社会的進化の徑路に於て現われる現象である。

復讐は人類の一般的現象

## 第三章 復讐の沿革

次に復讐の沿革に就て略述する。私は之を第一復讐公許時代、第二復讐制限時代、第三復讐禁止時代の三期に別つて説明しようと思う。

### (一) 復讐公許時代

前述の如く、復讐は人類社会の一般的現象なるが故に、いずれの国にも存在したものであるが、特に本邦に於ては、文化が余程高等の域に達したる時代まで存在したものである。即ち文化の進度に比較して、永くこの現象の持続したのは本邦を以て第一とすべきである。其理由として、私は第一に武士道を重じたること、第二に支那の徳教即ち儒教の影響したること、第三に封建制度が存在して法権の統一を欠きたること、この三つを算えようと思う。

復讐は本邦に於て  
永く行わる  
其三理由

武士道に於ては、復讐は実に武士の花と賞讃せられた。君父を討たれた者が、其仇と俱に天を戴くのは無上の不徳義とせられたから、生命を賭して敵討に出かけ、あらゆる艱難辛苦を嘗めて敵を尋ね出して之を討つた例は少くない。これには非常なる勇気と忍耐とを要する事であるから、是程立派な所業は無いといずれも激賞讃歎したものである。歴史上に於ても、曾我兄弟をはじめとして、日野阿新丸、赤穂義士等幾多の著名なる事例があるが、此等は史籍及び稗史、野乘其他小説、院本、浄瑠璃、芝居、講談、浪花節等に盛んに書き載せられ又は述作演出せられて、中には武士道鼓吹などと標榜

武士道の尊重  
復讐を歎賞す

したもののさえも有る。敵討かたきうちものの芝居の中にも、曾我は吉例ものとしてその種類甚だ多数に上り、又「忠臣蔵」は芝居道の独參湯どくせんとうとまで言われて居る。其他、「伊賀越道中かたきうち六」「天下茶屋」「箱根靈騷いしさま覺あ覺あ仇討かたきうち」「金比羅利生記」「碁太平記白石噺」「鏡山」「道中かたきうち龜山噺」「敵討かたきうち縹樓錦」、曰く何、曰く何と、淨瑠璃、芝居に作られて居る敵討かたきうちだけでも殆んど枚挙に遑いそなき程である。先年演劇改良論の起つたときに、或人が我が国の芝居から切腹と女郎屋と泥坊と敵討かたきうちとを除いたならば芝居は無くなってしまふと云うた人が有るが、それ程までに敵討かたきうちは芝居の題材として極めて重要な地位を占めて居たのであるが、随つて芝居によつて士民一般に對して与えた敵討かたきうちの感化影響あきづなの尠すくなくなつたことは素もとより言うまでもない。平出鏗二郎氏の著『かたきうち』に拠りて慶長十年より元治元年に至るまでの間に有つた七十八件の敵討かたきうちの場合に就て見るに、その中にて士の敵討かたきうちは四十七件有つて過半数を占め、平民の敵討かたきうちは都合二十六件にて、其中そのの農民は二十件、工商は四件、其他が二件であり、其他不明が五件であるが、之これを元禄以前及び元禄以後に区分して見ると、元禄以前は士二十二件平民一件で有つたが、元禄以後に於ては士二十五件平民二十五件で、同数となつて居る。此の如く、元禄に赤穂義士の敵討かたきうちが有つてより後に至つて、平民の敵討かたきうちも多く行われるようになったのは、頗る注意すべき現象であるが、此の如きは畢竟復讐を以て美德となし、善行となして、之これを賞讃奨励したのに因るもので有つて、復讐の觀念が武士階級は勿論百姓町人に至るまで如何に深く人心に浸潤して居つたかは、前記の事實によつて之これを知るこ

敵討と戯曲小説演劇

士分の敵討と平民の敵討

とが出来るのである。

敵討かたきうちを為なす者は、最初敵討かたきうちの願を主君に差出してお暇を得て出かけるものであるが、其出発に際しては、旧主よりは金員刀劍等を賜り、その家族に対しては留守中も扶持米ふちまいを給わる由の恩命を蒙るものも有り、首尾善く本望を遂げて速かに帰参すべしとの激励の詞をも受けるのである。さて苦心努力の甲斐有つて、めでたく敵討かたきうちを果した者に有つては、一般より孝子勇者として称讃せられるは勿論のこと、旧主よりは人を遣して衣服、大小等を賜り、華々しく迎え取られるのみならず、帰参の上は、士ならば多くの場合加増の恩命に接し、又百姓町人ならばあっぱれの者よと御手厚き褒美に預り、郷党に表彰せられるのである。要するに君父の讐を復するは忠君孝子の義務で有つて、復讐行為は臣子の美德善行であるとしたのであるから、毫も之を以て犯罪とは看做さなかつたのである。彼の赤穂義士の如きも、之を罰したのは、その行為が、徒党を組み、飛道具を用い、高位の官人を殺す等、官憲を犯し治安を害したためであつて、決して復讐それ自身を罰したものでなかつたのである。之に就ては当時大議論が有つたが、結局武士の名譽的処刑に処することになつた事は、切腹申渡書を見ても明らかである。

浅野内匠頭儀 勅使御馳走之御用被<sub>二</sub>仰付置<sub>一</sub>候処、時節柄殿中をも不<sub>レ</sub>憚、不屈之仕方に付、御仕置被<sub>二</sub>仰付<sub>一</sub>、吉良上野介儀は無<sub>二</sub>御構<sub>一</sub>被<sub>二</sub>差置<sub>一</sub>候処、主人之仇を報候と申立、内匠頭家来四十六人致<sub>二</sub>徒党<sub>一</sub>、上野介宅へ押込、飛道具<sub>二</sub>杯<sub>一</sub>。

儒教に於ては復讐を以て子弟朋友の義務として居る。『礼記』の「曲礼」に

復讐は忠臣孝子の義務

赤穂義士の復讐

儒教の影響

曲礼

父の讐には与ともに共に天を戴かず、兄弟の讐には兵に反かえらず、交遊の讐には国を同じゅうせず。

擅弓

とあり、また同書の「擅弓」に、子夏が父母の仇に居いるときは如何にすべきかと孔子に問いたるとき、孔子これに答えて、

苦こに寝いね、干かんを枕にして仕えず、天下を与ともに共にせず、諸に市朝に遇うときは、兵に反かえらずして闘う。

復讐は子弟の義務

と云うたことを記してある。儒教に於おては、復讐を以て子弟の義務となし、之これを行いうを以て孝悌こうていの表現としたのである。

法律の不統一と復讐

法が既に存在するも、其力微弱にして未だ好よく各人の生命、財産、自由等を保護することが出来なかつた時代、殊に封建制度が行われ、法権分立して統一を欠きたる時代に在あつては、たとい一国に於おいて人を殺す者が有あつても、若もし其行為その者が他国の領地に逃にげ入るときには、之これを制裁することが出来ない。犯罪人引渡條約の如きものも無いから、之これを追跡して、自ら之これに対して復讐をしない限りは、犯行者に対して何ら制裁を加えることは出来ないのである。又此またの如き時代に於おては、復讐を行いたる者に対して、何等なんら之これを禁止または制裁する法規も無なかつたのであるから、自然復讐が益々盛んに行われることとなつたのである。

以上の如ごとく、我国に於おては、近き時代に至るまで、復讐は、風俗上之これを美德善行となし、儒教は之これを奨励し、法律は何等なんら之これに制裁を加えること無く、復讐は公許の状態

種族保存の必要と復讐

に於て永く行われることとなつたのであるが、之が一変して、之に対して制限を加ふるに至つたのは、種族保存の必要を生じたる時代である。

## (二) 復讐制限時代

復讐制限時代は、復讐は未だ之を禁止するには至らないけれども、之に制限を加えて、漸次報復私闘の弊害を除かんとするに至つた時代で有つて、自力救済に公権力の加わるに至つた端緒である。其の制限の第一は復讐義務者の範囲の制限であり、第二は復讐責任者の範囲の制限であり、第三は賠償を以て復讐に代えるに至つたことであり、第四は避難場の設置を見るに至つたことであり、第五は公許可を必要としたことであり、第六は其他の制限である。此等の制限が政治機関の働きによって段々加わるに至つたことを次に述べる。

### 第一、復讐義務者の範囲の制限。

復讐は種族保存の本能より生ずるものであるから、原始時代に於ては或種族の一人が殺されたる場合には、全族人は悉く之が復讐を為すべき義務有る者として、往々一族の敵討が行われたことが有つたが、此の如き全族義務の觀念は後次第に変化して、復讐義務者の範囲を縮小し、一家親族の者を以て義務者と為し、更に進んでは被害に対して最も悲憤苦痛を感じずる最近親者たる子孫兄弟を以て、義務者と為すに至つたものである。

全族義務の事實は、支那にも、我国にも、又泰西諸国の古代にも存したものとす

復讐制限時代

自力救済に公権力の加わる端緒

復讐義務者の範囲の制限

全族義務

血族義務

最近親者義務



れる。『周礼』に

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、従父兄弟の讐は国と同じゅうせず。君の讐は父に厖え、師父の讐は兄弟に厖え、主友の讐は従父兄弟に厖う。

と有つて、復讐の義務は血族以外にも及ぶものとして居るが、賈公彦の註に、「此経略言す、その言わざる者は、皆服を以て約す」とあるに拠れば、服を受くる血族は皆復讐義務者であるとしたことを知ることが出来る。而して、義務者の制限に付ては、古代のウェールズ人は九等親までとし、アフリカのボゴス人は七世の孫までとし、アラビヤ人は五等親までとするなど、種々の事例がある。ロシアに於ても、古代は全族義務で有つたが、ジャスラブ帝 (Jaslav) の法典『プロウダルスカヤ』 (Prowada ruskajya) に至つて、最近親に限定することとなつた。即ち其第一條に、

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のみ限りて復讐することを得。

と規定してある。モハメットの『コーラン』に於ても、其第拾七章に規定して、復讐は「不正に殺されたる者の嗣子」に限ることとし、子無きときは兄弟、兄弟無きときは父というが如く、義務者の範囲を最も縮小した。

斯の如く復讐義務者の範囲が次第に縮小するに至つたのは、社会力の發展を現示するもので有つて、要するに、社会の進歩せざるところ程義務者の範囲が広く、之に反

『周礼』に載せたる復讐義務範囲

『コーラン』

して社会の進歩するに随つて国家の権力が加わりて、公権に依つて認められたる範圍内に於てのみ自力制裁を行うに至り、復讐義務者の範圍が狭くなり、又其順位が自ら定まるに至つたものである。

### 第二、復讐責任者の範圍の制限。

相互扶助は種族保存の要件で有つて、共同生活の基礎で有つたから、原始時代に於ては復讐、防衛共に其一族の責任と爲し、若し加害者に対して復讐あるときは、其属するところの同族人は、拳族其相手となつて戦つたのであるが、社会の進歩するに随つて、次第に其範圍が狭められ、後には加害者一人のみ其責任を負い、父子親族に及ばざるものとなつた。即ち全族責任より漸次個人責任に進んだのである。モンテネグロのダニエル第一世王の法典第三十九條には、復讐は殺害者一人に限り、其の親戚に及ばすべからざるものと規定し、ユディヤ人も其始めは対族復讐の習俗を有して居たけれども、後に個人責任と爲すに至つたことは、「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。

とあるので知られる。

### 第三、賠償選択。

報復は最も自然なる自力制裁で有つて、公権力の未だ発達せざる時代にありては、殆ど一切の侵害に対して行われたものと考ええる。然るに、財産觀念——殊に動産所有權

復讐義務者の範圍の縮小は社会力の発展の現示  
復讐責任者の範圍の制限

全族責任より個人責任へ  
モンテネグロ

ユディヤ

賠償選択

の觀念の發達するに及んで、財物を以て賠償するの風習が生じた。勿論これにも種々の階梯が有つたので、初めには財産上の損害に限り賠償を許したのであるが、次ぎには盜罪及び傷害に対して賠償を許すこととなつた。抑々盜罪は之を殺傷に比較すれば、被害者の感覺を刺激すること比較的に尠く、且つ物質的損害であるから、賠償によつて原状を回復し、感情を慰藉し得らるべしとしたこと明らかである。然るに、之に次いで、盜罪の外に傷害をも可贖罪と為す至り、唯殺害のみは血報的復讐に依るべきものであるとしたのであるが、而も後には殺害に対しても尚お賠償の選択を許すに至つたのである。

凡そ民族の文化が或程度に達するときは、財産上の損害について賠償を許すことは素より言うまでもなく、人命についても可贖犯と不可贖犯との區別を立てて、可贖犯には賠償を許したものである。而して、これより更に進んで、民事上の不法行為による損害賠償の法理をも生ずることとなつた。人類の物質的嗜欲が増進しかつ複雑となるに随つて財産觀念が發達したる結果として、賠償を以て復讐に代えるに至つた事例は、アフリカの蛮族を始め文化低度の人民間に普く之を見ることが出来る。ゼルマン人に Wergeld (身位金) の制あり、アングロ・サクソン人に Were (身位金) の制あり、スカンディネヴィヤ人に Dote (身位金) の制が有つて、いずれも殺傷賠償を公認し、またスマトラのレツジャン族の如きは、一切の刑罪に対して贖罪金を認めている。此等の中にもアングロ・サクソンの身位賠償に於ては、貴族ならば幾何、平民ならば幾何、

財産損害に対する賠償。盜傷に対する賠償

殺害に対する血報より賠償へ

可贖犯と不可贖犯

賠償を以て復讐に代う

身位金

身位金

又片眼は幾何、両眼は幾何、手は幾何、足は幾何という様に、生命及び身体の各部分について賠償額の標準が定まって居って、恰も正札附の有様で有った。マホメットの如きもまた賠償について規定を立てて居る。『コーラン』の「牝牛篇」に次の如くある。『コータン』

嗚呼汝真正なる信徒よ、被殺者復讐の法は汝等のために布かれたり。自由人は自由人のために死せざるべからず。奴隸は奴隸のために死せざるべからず。婦女は婦女のために死せざるべからず。然れども、若し被殺者の親戚が之を宥恕するときは、之を裁判に附して報償を為さしめ、仁慈なる罰金を科すべし。

此法は上帝の至仁なる恩恵なり。故に若し将来此法に背き、擅に為害者を殺す者あらば嚴刑に処せらるべし。(The Kohran. ch. II.)

亦以て私力が公権力に転化するを示すものと謂うべきである。

賠償を行うに於ても、其品種及び額量について当事者間に意見の一致せざることのあるべきは勿論である。この場合に於ては、其社会の有力者たる族長、長老、其他の勢力者が仲裁、量定の任に當つたのであるが、此等の人々は社会統制力の一部を代表するものとも謂うべきもので有つたので、長老の仲裁、量定は竟に裁判所の仲裁、量定の如きものとなった。斯くして、賠償に関して一たび先例が定まり、其先例重きを置くに至るときは、賠償額量の先例を記憶伝誦する長老は、該社会の生ける法典、礼典として大なる権威を有し、若し殺人賠償の額について当事者の協定調わざること有るときは、之を長老に訴えて其の調停裁決を仰ぐこととなるのである。長老が裁決を

品種及額量

族長、長老等の  
仲裁量定

長老と先例の記憶  
誦

為すに当りては、常に先例に拠り、当事者も亦先例の権威に服従するのであるが、当事者にして若し該社会の尊敬を受くる長老の裁決に従わないときは、社会の反感を招いて社会的制裁を受けることとなつて、社会的公力の発動、公権力の喚起を見るに至るのである。

前述の如き事情に依つて、復讐賠償の額が量定せられ、其標準額が定まることとなつたのであるが、其一例を挙げれば、キルギーツ族のティアウカ汗 (Kalm Tiarka) の法に於ては、男を殺したる者の賠償は羊一千頭、女を殺したる者の賠償は羊五百頭と定め、またリプアリア人法に於ては、人種に依つて殺人賠償の血価を定めて、フランク人を殺したる場合には二百シルリング、ブルガンジヤ人を殺したる場合には百六シルリング、ローマ人を殺したる場合には百シルリングという様に定めた。又アングロ・サクソンの身位金に於ては、貴族、平民の身分によつて賠償額の相異有るは勿論、手、足、耳、目など、身体の各部分に互つてその賠償額の標準が定まつておつたことは既に述べた如くである。

此の如く身位金または血錢 (Blood-money) という事が有つて、復讐を金錢又は物品の賠償に代えたのであるが、併しながら此賠償の制は泰西にのみ有つたことで、東洋殊に本邦及び支那には斯様な例は無かつた様である。これは、經濟思想が発達せず、財産觀念が薄かつたのにも因るであろうが、苟も金錢を以て臣子の義務を売るを潔よしとせぬ道義的觀念に主として因るものである。故に賠償は之を嚴禁して、犯すものは

復讐賠償額

人種に依るもの

身分及体軀の部分に依るもの

之を嚴罰に処した。即ち、『唐律』の「賊盜律」には、

諸祖父父母及夫為レ人所レ殺、私和者流二千里云々、受レ財重者各準レ盜云々。

と規定し、本邦律の「賊盜律」に於ても、

本邦律

凡祖父父母外祖父母及天、為レ人所レ殺、私和者徒三年、二等親徒二年、三等以下親遞減二、三等、受レ財重者各準レ盜論。

と規定してある。後世武士道の熾んなるに及んでは、財を獲て復讐を停むるが如き行為は、之を似て道徳上重大なる悪事なりと思惟するに至ったことは素より言うまでもない。

武士道の関係

尚お泰西に於ける復讐賠償は、訴訟法や民法に種々の関係が有るけれども、茲には之を述べることを略する。

#### 第四、避難所の設置。

避難所の設置

原始的法律に於て見るところの避難所(Asylum)なるもの亦た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方法で有った。例えば、『旧約全書』の「民数紀略」第三十五章に、エホバがモーゼに告げたる言として、

旧約全書

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云々。

と有つて六カ所の避難市を設けしめたことが見えて居る。殺人者が走つて避難市に達するときは、先ず市門に立ちて其市の長老に事情を述べ、長老が若し過誤殺と認めたらば其入市を許して、以後市内に居住せしめて血報者の追躡復讐を免れしめる。然

避難市

しながら、若しも血報者が避難者を以て謀殺者にして不実の陳述によって入市した者であると為すときは、其原住地の長老に訴え、長老は避難市に請求して避難者の引渡を受け、之を原住地の会衆の審判に附して、若しその過誤殺なること明確なるときは之を送還し、其謀殺なるときは之を血報者に引渡して復讐をなさしめるのである。此の如き類例は諸民族の間に多く存在するのであるが、我国及び支那に於ては此例を見る事が出来ない。若し本邦及び支那に於て之に類似したものを強いて求めるならば、虚無僧寺の習俗及び移郷の制が之に類似して居ると謂うことが出来ようか。慶長十九年の「普化宗門掟書」というものを見ると、

一、日本国之虚無僧之儀者、勇士牢人一時之隱家として守護不入の宗門也云々。

とあり、また虚無僧寺には敵を尋ねる者も敵持も入るものとして、

一、虚無僧自然敵討を望者、遂吟味、双方申分之無様還俗申付、於門勝負可為致候、勿論諸士之外不差免候、最眞を以片落成仕方停止の事。

一、諸士人を切殺、血刀を提、寺門懸込候わば留置子細を改め可申候。何事も武士之道にては宗法に可仕候。武士たりとも咎人一切隱置申間敷候、若其罪後日にあられ逃れ難き儀は早速繩を懸可相渡、其時一通り断可申事。

と載せてある。但し此掟書なるものは偽作修正の疑有るものではあるが、亦以て当時の事情を推知するに足るものと考えらる。

又支那に於ては、周の時代より、復讐の難を避けしめるために敵を他郷に移すの制

虚無僧寺

普化宗門掟書

が有った。『周礼』に調人という官吏が定められて有って、成るべく敵討の無いように加害者を避けしめることを行った。之を和難という。『周礼』に 周礼の調人

凡そ和難は、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、君の讐は父に胝え、師長の讐は兄弟に胝え、主友の讐は従父兄弟に胝え。避けざれば之に瑞節を与えて以て之を執う。

とあるのが即ち其れであるが、若し加害者にして避けることを肯かないときには、今の逮捕状の如きものを発して之を執えて其罪を治めしめることとしたのである。而して、『周礼』の和難の制は、支那に於ては後移郷の制となった。

移郷の制

我が国にも、中古に移郷の制が存在したが、これは『唐律』の「賊盜律」に、

諸殺<sub>レ</sub>人、<sub>レ</sub>應<sub>レ</sub>死、<sub>レ</sub>會<sub>二</sub>赦免<sub>一</sub>者、移郷千里外。

とあるのに拠つたもので、我が「賊盜律」には

凡殺<sub>レ</sub>人、<sub>レ</sub>應<sub>レ</sub>死、<sub>レ</sub>會<sub>二</sub>赦免<sub>一</sub>者、移郷。若群党共殺、止移<sub>二</sub>下手者及頭首之人<sub>一</sub>云々。

と規定してある。「法曹至要抄」には此規定の意を説明して、「案<sub>レ</sub>之、死家有<sub>二</sub>親戚<sub>一</sub>之時、依<sub>二</sub>与<sub>レ</sub>彼為<sub>レ</sub>讐、移<sub>レ</sub>郷為<sub>レ</sub>避<sub>レ</sub>讐<sub>レ</sub>之矣」と云うてある。要するに、前述の避難所の設置及び移郷の制は、自力救済に著しく公権力の加わつたものである。

法曹至要抄

#### 第五、公許の必要。

公許の必要

復讐に於て公許を受くるを必要とするの制限も亦復讐禁止の端緒とも云うべきものである。原始社会に於ては、復讐は之を以て一家一族の私事なりとし、公の力の之に



干与すべきものとはしなかつたのであるが、既にして国家の機関漸く加わるに従つて、私闘は治安に妨害ありとして、或は助太刀を禁じ、或は義務者責任者の範囲を限定して、その制限取締を行い、公権力が漸次之に加わることとなつた。然しながら、族戦既に熄み、復讐義務者の範囲が最近親者に限るに至つても、輿論は尚お復讐を美俗として之を称讚し、法律も亦之を認許したことであるから、更に公権力に依る制限を之に加うるに非ずんば、或は討手、敵共に助太刀を私に募つて族戦の弊習を復現し、或はチリーのアラウカニヤ人の如く復讐義務を累世継承し、また『春秋』公羊伝に謂わゆる五世の讐、九世の讐、百世の讐なるもの有るを免れることが出来ないこととなる。是に於て、公権力が私力制裁に代るの第一歩として、更に復讐の届出及び許可申請の制が現われた。

届出及び許可申請

支那に於ては、「曲礼」に「父之讐不<sub>レ</sub>与<sub>レ</sub>共戴<sub>レ</sub>天」とも云うて、復讐は最も美德善行として之を称讚したけれども、一方に於ては私闘乱殺の弊に堪えなかつたから、或は仇人を避けしめたり、或は調人なるものを設けたりしたことは、既に述べた如くであるが、尚おこの外に、届出の制を定めて、復讐者が届出を為した場合には敵人を殺すも罪なしとするも、届出を為さずして殺したものは、擅殺の罪を以て之を制裁することと定めた。即ち『周礼』に朝士の職を規定したる條に、

周礼の朝士  
士に書す

凡<sub>レ</sub>仇讐を報ずる者、士に書すれば、之を殺すも罪なし。と有つて、註に「謂う、国を同じゅうして相辟けざる者、之を殺さむとして必ず先ず

之を土に言うなり」とある。故に、告げずして敵人を殺す者は擅殺を以て之を論ずるのである。ゼルマン族に於ても、自己の力即ち権利なりとの考えから、始めは自己の権利の範圍は自己の力の範圍に同じとしたのであるが、裁判所の設け有るに至つてからは、其許可を受けなくては復讐を行うこと能わざるものとして、若し急迫の事情の爲めに許可を受くるの違なかつたときには、後に裁判所に於て其正当なりしことを弁明して、之を認めてもらわなければならぬものとした。イギリスのアルフレッド王の法第四十二号には、復讐者は敵人の家を囲みて先ず賠償の請求を行い、自己の實力に依つて七日間敵人の家を封鎖して其の応諾を待つ。若し之を包圍するの自力無きときは長老の助力を乞うのであるが、七日を経るも敵人賠償を応諾せざるときは乃ち攻撃する。然し、この攻撃を爲す場合には必ず先ず之を國王に届出づるを要するものとした。

我が徳川時代に於ては、復讐は公認せられ且つ之を以て美德善行と爲したが、然し届出を爲すを以て本則とした。それは『徳川禁令考』に載せたる「御書付附録」の中に、

死罪以上の科有之ものを、不<sub>レ</sub>訴出<sub>二</sub>内証にて為<sub>レ</sub>殺候もの御仕置の事。

とあるのに依つて知ることが出来る。即ち、敵討は正式には豫め公許を得るを必要としたものである。併しながら、公許無くして敵討を行つても、復讐行為自体は罪とはならなかつたもので、其れが果して正当の敵討なるや否やを取調べ、若し証抛明白なるときは之を罰することは無かつたのである。斯の様に、復讐に公許可を要するに至つ

ゼルマン人

法  
アルフレッド王の

徳川時代の制

敵討は届出を要す

たのは、要するに私力救済に公権力の加わるに至りたる事例と謂わなければならぬ。

徳川時代に於ては、復讐の届出は、江戸は町奉行へ、京都は所司代へ、地方は領主又

届出

は地頭へ届出るのである。武士ならば、其主君より永の暇を貰い浪人となつて敵討に出るのであるが、首尾好く本望を遂ぐれば帰参することとなる。百姓、町人の敵討に於ても願出るのであるが、領主、地頭等は勿論之を許可して、更に幕府に届出で、幕府に於ては其族籍、姓名、身分等を「公儀御帳」に登録するのである。敵討に出る者に対しては、其主君よりは金品や刀などを賜わり、其家族に対しても養扶持を下されることが有るのであるが、首尾好く討つときは、人を遣わし、上下紋服等を齎して名譽を以て帰参を迎えしめたもので有つた。

公儀御帳に書く

此の如く豫め届出を経たるものに在つては、内裏又は仙洞御所の近辺或は江戸の城内又は芝、上野両山等所謂御構え場所の外に於ては、何処にても出会次第に敵を討つも差支えなかつたのである。然し無届の者に在つては、時としては其真偽を取調べる為めに、一時揚屋入牢舎を申付けられることがあるが、其事実が明白なるときは、「無構」として放免せられたので有つて、特別の理由無き限り罰せられることは無かつたのである。

御構え場所

無届者

#### 第六、其他の制限。

其他の制限

復讐は素と忠孝の至情に出で、勇武を以て之を行うものであるから、尚武時代の道徳觀念として之を尊重したのは素より当然の事である。故に、絶対に復讐を禁止し、殺

人罪を以て之を論ずるの法令の無かつたのは、蓋し自然の結果であるが、ただ之れがために治安を妨害し又は法の執行を阻碍する等の弊を生ぜざらしめんがために、往々に制限を加えて、或は場所を限定し、或は範圍を制限して、之を制限することが有つた。例えば、天文十五年の伊達植宗の法典『塵芥集』に、

おやききやうだいのかたきたり共、みだりに打べからず。たゞし、くだんのてき人、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。

塵芥集

とあるは、法の制裁に先だちて私の敵討を為すことを禁じたもので、公制裁を重んじて之を先きとし、時の制限を加えたものである。また、慶長二年の長曾我部元親の式目に、

人の制限

敵打之事、親之敵を子、兄の敵を弟打可申、弟之敵を兄打は逆也、叔甥之敵打事は可レ為ニ無用一事。

長曾我部元親式目

とあるは、範圍の制限を為すものであって、尊長の最近親の爲めにするのみを公認して、卑幼其他に対するものを禁じたものである。又、『徳川成憲』百箇條に

徳川成憲百箇條

敵討願は簿に記し、願に任可申然共重敵は可レ停止事。

とあるも範圍を制限したものである。此等は人の制限である。尚お此他に板倉勝重の

場所の制限

京都所司代たりし時に発したる法令（板倉伊賀守殿掟書）の中に、

討親敵一事、不レ依ニ洛中洛外一、於ニ道理至極一者、任ニ先例一不レ及ニ沙汰一儀也。雖然

板倉掟書

禁裏仙洞之御迎所、神社仏閣ニテハ可有二用捨ニ云々。

といい、また江戸に於ては江戸城内及び芝上野両山等の靈地に於て敵討するを禁じたのは場所の制限である。

斯の如く、国家組織の整備するに従い、自力救済に公権力が次第に加わることとなり、復讐は漸次制限せられ、次いで制限時代より更に禁止時代に進むものであるが、併しながら總べて社会の現象は決して突然に其面目を改めるものではなくして、進化は必ず漸を追うて行われるものである。復讐の歴史に於ても亦此過渡期が存在したので、制限時代より禁止時代に移る間には、半ば公権が加わり半ば自力救済を許したる、公権力と私権力と混同して復讐を為した時代が有つたのである。斯の如き道德上の根拠有り、輿論も亦之を以て美俗善行なりとして称揚したる私力制裁を収めて、之を公権力の制裁に移さんとすることは、勿論至難の事であるから、成るべく国家が被害者に代わるの事実を民衆に明らかに知らしめ、人民をして公権力に依頼するの念を起さしむるは、其一方法たるのみならず、又其自然なる径路でもあつたのである。其方法として、第一次に現われたものは、国家が殺人者を逮捕し、之を被害者の親族に引渡し、思ふ存分に制裁を加えて、其憤怒をほらさしむるの法である。ペルシャ、アビシニヤ、ベルジスタン、キルギスのチャウカ汗の法等には、之に関する明文が有つて、殺人犯者を捕えて遺族に引渡すときは、遺族は自ら之に対して報復をなすのであるが、之を殺すとも、之を奴隷に売るとも、又賠償金を差出させるとも、それは勝手であつたが、又

制限時代より禁止時代への過渡期

公権力私権力混同の時代

殺人者を逮捕して被害者の親族に引渡す

時としては獄吏に托して之を殺させたことも有る。ボヘミヤに於ては、特別の事情あるときに限り、特典 (Statuta) として犯人を遺族に引渡し、彼等が自ら之を罰することを許した。但し犯罪に課する本刑の程度を超えることを許さなかつた。斯の如くにして公権力が加わつたのであるが、第二次に現われたものは、裁判所は謀殺の宣告のみを行い、刑の執行は何人が之を行ふも随意となし、通常被害者の遺族をして制裁を執行せしむるの法である。北アメリカの印度人は、部落の中央の会堂に於て殺人者の判決を行い、之を被害者の最近親に引渡しして其の随意の処分を委せるものであるが、遺族にして若し之を死に処せざるときは、不義者として一般より之を擯斥するのが通例だということである。第三次は、国家が殺人者を捕え、被害者の親族を以て其行刑者と為すのである。英国では、此事はヘンリー四世の頃まで存した。謀殺私訴 (A Plea of Murder) に於ては、被害者の最近親が原告たるのみならず、刑の執行者として、死刑宣告の後ち刑場まで犯人の鎖を執つて之を牽いて行ったものである。これが親族の義務若しくは権利であるとしてあつた。第四次は、復讐が一の儀式として行われたことである。例えば、サモア島に於ては、殺害者が刑の宣告を受けたときは、其手足を縛し之に刺有る棒を通して荷い、被害者の村に運び行きて遺族の家の前におろし、其の存分の処分を委すを示す式を行いたる後、之を刑場に運んで制裁を行うのである。かくの如きは、私力制裁を公権に収むる上に於て経過すべき必然の径路であつて、我邦にも法権の過渡期に於て此実例が有つた。即ち、明治維新の当時、殺人者を斬罪に処す

裁判所は謀殺の宣告のみを行う

殺人者を捕え被害者の親族を以て其行刑者たらしむ

儀式として行う

るに當つて、遺族の復讐は許さぬが、之を以て太刀取をさせた例が有る。憲法類編を見るに、明治元年九月、吉井四郎が其父吉井顕藏の復讐を願ひ出たときに、

復讐者吉井四郎に  
太刀取を許す

右ハ於ニ常典ニ難ニ相濟ニ候得共、孝子之情難ニ黙止ニ被レ為ニ思食ニ、罪人小原彦藏小田  
竜兵衛、武州鈴ヶ森ニ於テ斬首候條、太刀取可レ致旨御沙汰候事。

とあつて、罪人行刑の節に太刀取を許したことが有つた。制限時代より禁止時代へ移る過渡期については、大要此位に止めて、次に復讐禁止時代について述べることにする。

### (三) 復讐禁止時代

唐の武後の時に徐元慶という者があつて、其父の爽が県尉趙師韞の爲めに殺された。元慶は姓名を変じて馭家の雇人となり、師韞が宿泊したるときに之を殺し、官に自首して罪を待つた。武后はその孝烈を感んで、死を赦そうとしたが、其の時、左拾遺陳子昂は議して曰く、「元慶父の讐を報い、身を束ね罪に帰す、古の烈士と雖も何を以て加えん。然るに、人を殺す者は死すとは画一の制なり、法式にすべからず、元慶辜に伏す宜し。伝に曰く、父の讐には天を同じゅうせずと、人を勧むるの教なり。之を教うる苟もせず、元慶赦す宜し」と云い、宜しく国典を正して、元慶を刑し、然る後、其徳を閭基に旌表すべし。而して、尚之を令に編みて、永く国典と為す可し」と論じた。

遺陳子昂の議

然るに、柳宗元はこれを駁して、「礼の大本は以て乱を防ぐなり。刑の大本も亦た以て乱を防ぐなり。旌と誅とは得て並ぶこと莫し。其旌す可きを誅する、茲を濫と謂う、刑を贖す甚し。其誅す可きを旌す、之を僭と云う、礼を壞る甚し」と云い、元慶の父は

柳宗元の論

素と罪無く、師韞は私怨を挟み、濫に吏権を弄びて之を殺したのである。而も刑官が之を問わざるが故に元慶は其讐を報いたのであるから、死に即て憾むなし、「これ礼を守って義を行うなり」、之を誅するは刑を贖し、礼を壊るものであると論じた。

右の論に於て、陳子昂が刑して旌すべしと為すは、社会変遷の理に通ぜず、復讐を以て聖人の礼と為し、刑罰を以て季世の制となし、既に法治の時代に達するも、仍お礼治の旧時を夢みて、之を理想となすので、矛と盾とを売る楚人の言に倣うに至ったものである。又、柳宗元が之を駁したのは善いが、只だ法治の今を捨てて礼治の古を取ったのは、均しく時勢に通ぜざるの譏を免れることが出来ないものと謂うべきである。

唐の梁悦の復讐

唐の憲宗の時に、富平の人梁悦の父が人のために殺された。悦は仇を殺し、県に詣つて罪を請うた。其時詔して「礼に在りては父の讐は天を同うせず、而して法に在ては人を殺すは必ず死す。礼法は王教の大端なり、二説異なり、尚書省に下して議せよ」とあったので、『無刑録』卷十四)韓愈は之を議して、復讐は『春秋』、『礼記』、『周官』、其他の古典に載せ、一も之を非とするものは無い、而して、最も律に詳にすべくして法に正條無きは怪しむべきが如くであるが、是れ決して、闕文に非ず、蓋し為にする所有って然るものである。讐を復するを許さざれば、孝子の心を傷り、讐を復するを許せば、人は法によって殺を専らにして、禁止すること無きに至るであらう。故に法に正條なきは、事発する毎に之を議し、事情を斟酌して礼法、経律相悖らざらしめむが為めであると云うた。

韓愈の議

批評



右の三説に就て、後の儒者は皆な柳、韓を称揚して、陳を貶して居る。陳の議は素より不稽たるを免れることが出来ないが、柳、韓の論も亦た沿革に通ぜざるの説たるを免れない。若し彼等にして尚古癖を去り、社会は礼治より法治に進むものであることを知り、復讐は法律未だ定まらざる原始時代に於て必要なる自衛的作用であることを知ったならば、公権既に張り殺人の律既に定まりたる後に於て復讐を為す者は、情の酌量すべきものなるに拘らず、法を私する者であつて刑罰を免れること能わざるを覺つたであらうことは、蓋し疑を容れない。

王安石の論は独り聴く可きである。彼は『復讐解』を著して曰く、復讐は治世之道に非ざるなり。明天子上に在れば、方伯諸侯より有司に至るまで、各其職を修む。其能く不辜を殺す者少し。不幸にして有れば、其子弟以て有司に告ぐ。有司聴く能わざれば以て其君に告ぐ。其君聴く能わざれば以て方伯に告ぐ。方伯聴く能わざれば以て天子に告ぐ。天子は其聴く能わざる者を誅して、而して之が為めに刑を其讐に施す。乱世には天子、諸侯、方伯皆以て告ぐ可らず。故に書に紂を説て曰く、凡そ辜罪あるも乃ち恒に獲ること無し、小民興つて敵讐を相為すと。蓋し讐の興る所以は、上の告ぐ可からず、辜罪の常に獲ざるを以てなり。此時に方り、父兄の讐ありて輒ち之を殺す者は君子其勢を権り、其情を恕して、之に与して可なり。故に復讐之義、『春秋伝』に見え、『礼記』に見ゆるは、乱世の子弟たる者の為めに之を言うなり。『春秋伝』に以為らく、父誅を受けて子讐を復するは不可なりと。此れ身の私を以て天下の公を害せざ

批評

王安石の論

るを、言うなり。又以為らく、父誅を受けざれば子讐を復するも可なりと。此れ絶つべきの義なるを以て絶つ可からざるの恩を廃せざるを言うなり」と云うて居る。立論正確、安石独り滔々たる群儒の尚古癖に罹らず能く時勢の変遷に通じ、『春秋伝』『周礼』『礼記』の真義を明らかにしたるものと言ふことが出来る。彼が復讐を以て治世の道に非ずとして、法制未だ備らず又は法律の行われざる時に於ける自力制裁なることを説き、明天子上に在りて聴獄の機関具わるるときは、身の私を以て天下の公を害す可からずと言ふに至つては、議論正大公明、而も法制の進化に通ずる者の言と謂うべきである。然るに、之を以て「不通之論」と為し、「復讐の義を失うこと甚し」（『無刑録』卷十四）となすが如きは、即ち不通の論であつて、復讐の義を失うこと甚しきものである。而して、我国にも亦王安石があつて、雨森芳洲の如きは、復讐罰すべしと論じている。其の著『たはれぐさ』に曰く、

雨森芳洲の説

父母のあだには共に天下をとものにせずといえるも、周の季世、世の中乱国となり、この国の号令かの国に及ばず、凶をいれ叛をまねく風儀はやりたる時のことなるべし。今の時はまことに八島の外まで靡かぬ草木もなく、めでたき一統の御代なれば、人の親を殺せるものならば、いかにもして尋ねいだし、其罪をただし給うべきに、其子にまかせおかれ、生殺の権を下にかし給うは、如何なる故にか。

群儒を抜ける卓見ではあるが、尚お当時法権未だ統一せざること春秋時代に同じかりしを思わざるの説と謂わなければならぬ。

明治維新によって政法の実権が朝廷に復帰するや、法権の統一は其最要の急務であつたけれども、当時兵馬倥傯未だ新たに統一的の刑律を制定するの暇は無かつた。依つて明治元年十月晦日の行政官布達を以て、新律の制定発布に至る迄は、旧幕府の刑律なる「公事方御定書」に依るべき旨を令達した。ここに於て、徳川幕府の刑律は其適用の範圍を拡めて帝国の統一的通法たるに至つた。次で刑法官に於て「仮刑律」なる暫拠律を定め、新律選定に至るまで、「公事方御定書」に併せて仮に之に依るべき旨を令した。此の如く明治維新の始に於て、刑法は準備的に統一せられたけれども、復讐に関する立法者の思想は旧に依つて改らなかつたから、「仮刑律」の「父祖被毆」の條には、

祖父母父母毆タレ死ニ至、因テ行兇人ヲ殺スハ無論。

と規定した。「仮刑律」に於ても仍お旧幕府の刑律の如く復讐を公認し、たとい豫め届出を為し又は公許を得ずして私に仇人を殺す者と雖も、擅殺の罪を犯したるものとして罰せらるることは無なかつたのである。

然しながら、私刑の一種たる復讐の許否は、法権の統一と共に必然起るべき問題であつて、前述の如く明治元年九月に、吉井四郎を行刑者としたのは、即ち此問題の前駆たるものである。明治二年十月、刑部省に律書の選定を命ぜらるるや、この問題は同省に於て討議せられ、「明清律」の例に倣いて、祖父母、父母を人に殺されたる子孫が即時に行兇人を殺し、又は豫め官に告ぐる者は、其罪を論ぜず、官に告げずして擅殺

明治維新後の律

新律制定までは旧  
刑律を用う

仮刑律

復讐の公認

法権の統一と復讐  
許容の問題

刑部省の討議

する者は杖六十とするの條を設けんとしたが、事重大にして且つ旧律に対し顯著なる変更であるから、同省より之を太政官に伺い出でたが、太政官は更に之を大学に諮詢した。(明治三年六月)然るに、當時之に對する大学の意見は二派に分れた。一方に於ては、中博士芳野世育、少博士藤野正啓、少博士木村正辞の三氏は、告げずして復讐を為す者を擅殺の刑に処するを非として、次の如く論じた。復讐は義である。義拳は賞すべく罰すべきではない。官に告げざるを以て之を罰するの法を設くるは徒爾である。官に告げ、官之を知らば行兇者は刑せられる。復讐は、概ね皆な行兇者が遠く逃れ蹤跡を晦せる者を搜索し、これに邂逅して、直に刃するものであるから、之を官に告ぐるの暇は無く、若し之を告げようとすれば、仇敵を逸して復讐の目的を失うは必定である。故に千辛万苦漸くにして物色し得たる時、直ちに仇を殺すのは、其情即時に之を殺すに異ならぬ。然るに、後者は之を罰せず、前者は之を罰するというは、權衡平を得たものではない。況んや人を殺す者は死すとの原則あるに拘らず、行兇者をして刑誅を脱せしめたるは官の過失であるのに、却て刑の及ばざる所を補い得たる子孫を罰するというのは不当ではないか。加之、刑は衆を懲すが為めに行うものである。若し告げずして仇を復する者を罰すれば、是れ即ち孝子の義憤を懲すものである。然しながら、復讐の事情は決して一様ではない。告ぐれば復し得ざるものも有り、告ぐるも亦た復し得べきものもある。現に其地に在る者もあり、他国に遁逃する者もある。其他殺人の原因、仇の身分等、一律を以て之を論じ難い。韓退之が深く其文を律

刑部省より太政官に伺い出ず  
太政官より大学に諮詢す  
大学の意見は二派に分る

に没し、事発する毎に集議奏聞其宜しきを酌んで之を処すべしと云うたのは蓋し千古の確言である。故に擅殺の律條を設くるは不可である、との議を上った。

然るに、中助教小中村清矩、少助教依田薫の二氏は此議に反対して、

復讐ハ孝子ノ情ヲ伸サシメテ禁法有ルベカラザル勿論ナリ、但官ニ告ザル擅殺ノ罪ハアルベシ。

と云い、若し擅殺の律なくんば、

人憲法ヲ重ンゼズシテ自擅ノ風興リ、終ニ官ヲ犯スニ至ラン。

と論じ、新修の律も明清律に倣い、官に告げずして復讐を為す者は杖六十に処するの條文を設くべきである云うた。

然るに、此時に制度局より差出したる意見書は、新修の律中に不告擅殺の條文を置かないと云う点については大学博士らの議を可なりとしたけれども、其意見の根柢は全く他の議者と異なつて居った。即ち

抑天下ノ經綸ヨク整ヒ、大小裁判所ノ規則嚴ニ立チ、司法官ノ令ヨク闔国ニ行ハル、時ハ、此復讐ノ変ハ起ル可キニ非ズ。

というて、復讐の公認せられたのは、法綱弛み法權統一せざるの二因あるが為めに已むことを得ず生じたるものなることを明らかにし、若し「司法官ハ広ク天下ノ法律ヲ司リ、諸官省及ビ府藩県ノ裁判所ハ勿論、村里市街ノ小裁判所ニ至ル迄脈絡ヨク貫通シテ、令ヲ出セバタゞチニ天下ニ達シテ法律ヨク行ハル」る如き時に達せば、父祖を殺

さるる者官に告ぐれば、官は直に天下に令して、其犯人を搜索捕縛して之を罰し、刑典を明にし、孝子の心に代わることが出来る。此の如き時に於て始めて「人を殺す者は死す」の律がよく行われ、私に復讐する者を罰するの律を立てることが出来るのである。然しながら、

司法官ノ令広ク行ハレズシテ擅殺ノ変アルハ、其罪司法官ニアリテ復讐人ニアラズ、司法官宜シク其罪ヲ謝ス可シ。(中略)宜シク司法官ノ令天下ニ貫通スルノ法ヲ設ケテ、然ル後ニ始メテ復讐擅殺ノ罪律ヲ起ス可キ也。

と論結した。

擅殺律を設くるの議に關し制度局の提出せる前掲の如き意見書は、従來の通説に拘らず、超然として一頭地を抜き、よく復讐に關する法律の根本義を明らかにしたものと謂わなければならぬ。古來不俱戴天を以て礼義の要求と為し、復讐は賞すべくして罰すべからざるの美俗とし、但官に告げずして私に仇人を殺す者は、其手續に於て法に觸るるものとし、之を擅殺の罪として杖の如き輕刑に処したるに過ぎないので、未だ復讐其ものを罪として罰すべしとの論が有つたのではない。然るに当時の制度局は當時未だ「天下に貫通するの法」無く、法權未だ統一するに至らないから、不告擅殺の法條を定めるのは尚早であるとしたのであるが、法綱一たび張り、法權統一するに至つたならば、独り不告を罰するのみならず、復讐そのものを私殺を以て論じ、之を罰すべしとするの意見を暗示したのは、蓋し卓見といわなければならぬ。惟うに、制度局

天下に貫通するの法を設けて後に復讐擅殺の刑律を定むべし

制度局の卓見

は明治二年に議政官に関する制度取調の爲めに創設せられたる議事取調所の組織及び職制を拡張したものであつて、当時の制度局は恰も現時の法制局の如きものであつた。而して、当時此局には、加藤弘之、津田真道、森有禮、神田孝平、田中不二麿の如き泰西の新知识に富める少壮者と、副島種臣、福羽美静の如き和漢の制度に精通せる老学者を包括して居つたから、広く東西の諸制度を比較し、復讐なる私刑は法律の威權と相容れざるものであることを認識したものと考へる。後に江藤氏が司法卿たるに及んで断然として復讐を嚴禁するの令を發し、次で謀殺を以て之を論ずるの律を發したのは、蓋し其起原を此意見書に發したものであらう。

前挙大学及び制度局の答議に対して、刑部省は再び意見書を提出し、博士等は律の「不告官」の「告」の字を誤解したものであつて、「告」は仇人に遇うを待つて始めて告ぐるのではなく、父祖の殺されたるのち豫め復讐の事を官に届出でたならば、其後幾年を経て仇を報ずるも、擅殺と謂うべきではないという意義である。又其届出は何れの官衙に之を爲すもよいのである。故に大学助教の議を採用して、鬪毆律の中に「不告官者杖六十」の律を加えたいとの事を議定して裁決を乞うたが、三年七月二十五日を以て「伺之通御決定相成候事」と指令せられた

然るに、同年十二月二十日に頒布せられたる「新律綱領」鬪毆律、父祖被毆の條中に、  
 祖父、父母、人ニ殺サレ、子孫、擅ニ行兇人ヲ殺ス者ハ笞五十、其即時ニ殺死シ、及ビ曾テ官ニ告ル者ハ論ズルコト勿レ。

新律綱領の復讐公認

刑部省の再議

とあるを以て觀れば、祖父母、父母被殺の即時に仇人を殺す場合、及び豫め届出で置きたる場合に於ては、敵討を公認したるのみならず、曩に決裁を経たる杖六十の刑は笞五十に軽減せられたのである。蓋し復讐を臣子の大義なりとして之を尊重したる觀念は、數百年來我邦の人心に浸潤して、仍お當時の立法者の思想より脱せなかつたのみならず、當時は維新の時を距ること未だ遠くなく、法權尙お未だ統一せられなかつたことは制度局の意見の如くであつたから、當時の形勢は未だ復讐そのものを禁じ、擅殺として之を罰することを得るには至らなかつたのである。

明治五年江藤新平の司法卿に任ぜらるるや、彼れは精悍果毅の資性を以て銳意旧弊を摧破し、新法を制定して法治国の基礎を建設することにつとめたので、其職に在ること僅に一閱年を出でずして、法制大に革まり、明治四年より五年に亙る立法の數の多きことは前後數十年を超えた。これより先き、維新政府は明治元年に刑法事務總督を置き、後之を改めて刑法官を置き、二年之を廢し、刑部省を置いて処罰断訟の事を掌らしめ、同年又、彈正台を置いて検査糾断の事を掌らしめたので、法權二途に出でたるのみならず、刑部省は僅に都府の裁判の一部を掌るに過ぎず、東京府を始めとして各府藩県も亦独立して断獄聽訟の權を有したために、當時帝國の法權は未だ統一するに至らなかつたことは、前拳制度局の意見書に言うが如くであり、其実維新以前と多く異なる所が無く、當時の国情は未だ復讐を禁止し得べき状態には達して居らなかつた。それ故、四年春江藤新平は官制を改革して司法の權を統一せんことを提議し

江藤司法卿の立法  
事業



たが、同氏の官制改革案中に次の如く見えて居る。

刑部ハ天下司平ノ処ニシテ、獄訟刑罰ノ権悉ク此ノ省ニ歸スベシ。然ルニ今彈台  
 隱然トテ刑部司法ノ權ヲ干シ、府藩県亦各斷獄聽訟ノ權ヲ分テリ。刑部ハ只都府  
 一隅ノ事ニ任ズルノミ。是レ刑部モ亦徒名ニ近シ。宜シク釐正改革シテ法律、一、  
 出ヅルノ治ニ歸スベキナリ。（『江藤南白』上巻、四六一頁）

江藤氏の司法卿に就任するや、直ちに法権の統一に着手し、司法省職制並に事務章程の制定完成を待たず、就職の翌月司法省の権限、裁判官の職務等に関する仮規程を起草し、自ら草案を携えて太政官に出頭し、即日決裁を経て之を實施した。而して、其第一條は実に司法権統一の宣言であつた。曰く、

第一條 本省ハ全国ノ裁判所ヲ總括シ諸般ノ事務ヲ掌ル、但シ裁判ノ事ニ關係スル事ナシ。

江藤司法卿は此規定實施の第一著手として、先ず三府、東海道諸県及び開港場に司法省直轄の裁判所を置き、各裁判所に判事、検事を置いた。

法権統一は復讐禁絶の必須前提條件である。江藤司法卿は、果斷決行、其懷抱せる法権統一の経緯を實現するや、百尺竿頭一步を進めて断然復讐なる私刑を禁止するの令を發した。明治五年七月、江藤司法卿は左の如き意見書に復讐禁止令の草案を附して之を左院に伺出でて其決裁を乞うた。

夫復讐ハ其父兄不幸ニシテ兇惡ノ残害ニ逢ヒ、痛憤迫切ノ至情ニ出ルモノニシテ、

司法権統一の議

司法省の権限裁判官の職務等に関する仮規定

司法省直轄の裁判所

江藤司法卿の復讐禁止意見書

其仇或ハ力強ク勢熾ナルヲ以テ、微志ヲ抱テ其便ヲ相伺ヒ、或ハ其隱匿逋逃スルヲ以テ、險阻ヲ跋涉シ、風露霜雪ヲ侵冒シ、数年ノ身心ヲ焦勞シ、之ヲ追尋報殺シ、或ハ未ダ其迹ヲ尋ネ得ズ、中道恨ヲ吞ミ以テ死シ、其子又々志ヲ繼ギ、始テ其冤ヲ雪スルノ類、其事情ニ於テハ憫諒ス可キガ如キニ候ヘ共、人ヲ殺ス者ハ必ズ之ヲ殺スハ古今ノ常法、而シテ之ヲ殺スヲ得ルハ司法ノ特權ニ有之、苟モ其職ニアラザルモノ、擅殺ヲ得可キニ非ズ、故ニ父兄ノ仇ヲ復スト雖モ、畢竟私義ヲ以テ司法ノ公權ヲ犯スモノニシテ、固ヨリ擅殺ノ罪ヲ免ルル者ニ非ズ、全体法明ラカニ律嚴ニシテ、人々畏避スル所ヲ知り、罪科ヲ犯スモノ少ク、若シ人ヲ殺スノ兇惡アラバ、必ズ之ヲ逮捕シ、之ヲ誅殺シ、其罪ヲ逃ル、ヲ得ズ、天下ノ者ヲシテ仇ノ報ズ可キ無キニ至ラシムルハ司法ノ主務トスルトコロニ有之候処、從來ノ風習ニテ自カラ其仇ヲ復セザレバ以テ恥辱トナシ、以テ子弟ノ分ヲ尽サバ、ルモノト相心得、郷党モ亦タ似テ不孝ト看做シ、相齒セザルヨリ、之ガ為メニ故里ヲ離レ、家産ヲ破リ、妻孥其所ヲ失ヒ、祖先ノ祭祀モ奉ズル能ハズ、尤甚敷ニ至テハ、其理ノ当否ヲ顧ミズ、其事ノ故諷ヲ問ハズ、濫リニ復讐ノ義ヲ挾ミ、相構害スルノ弊害ヲ生ジ、苟モ之ヲ禁止セザレバ、輾轉相仇トシ、互ニ擅殺スルノ端、究極スル時無之、遂ヒニ司法ノ權不立而已ナラズ、人民ノ安寧ヲ妨礙致シ候ニ就テハ、自今以後ハ、父兄ノ殘害ニ逢ヒ候モノハ、其事情ヲ明白赴愬シ、官ヨリ其兇惡ヲ処刑スルヲ相候チ、私ニ復讐到候義ハ、一切令禁止、互ニ相擅殺スルノ源ヲ塞ギ候

人を殺す者を殺す  
を得るは司法の特  
權

復讐は私義を以て  
司法の公權を犯す  
もの

様致度、仍テ御布告案相添此段伺候也。

左院は八月三日を以て、右の伺出に對し、復讐禁止は「新律綱領」父祖被段の條に抵觸するものであるから、禁止令と同時に右の律文をも改正する見込ならば異議なき旨を回答し、且つ禁止布告案中の「嚴科ニ可処」の文字を改めて「相当ノ罪科ニ可処」となすべしと附言した。かくて其結果として復讐禁止令は翌明治六年二月七日を以て発せられた。

太政官布告第三十七号

人ヲ殺スハ国家ノ大禁ニシテ人ヲ殺ス者ヲ罰スルハ政府ノ公権ニ候処、古来ヨリ父兄ノ為ニ讐ヲ復スルヲ以テ子弟ノ義務トナスノ風習アリ、右ハ至情不得止ニ出ルト雖モ、畢竟私憤ヲ以テ大禁ヲ破リ、私義ヲ以テ公権ヲ犯ス者ニシテ、固擅殺ノ罪ヲ免レズ、加之甚シキニ至リテハ其事ノ故誤ヲ問ハズ、其理由ノ当否ヲ顧ミズ、復讐ノ名義ヲ挾ミ、濫リニ相構害スルノ弊往々有之、甚以不相濟事ニ候、依之復讐嚴禁被 仰出候條、今後不幸至親ヲ害セラル、者於有之ハ、事實ヲ詳ニシ、速ニ其筋ヘ可訴出候、若無其儀、旧習ニ泥ミ、擅殺スルニ於テハ、相当ノ罪科ニ可処候心得違無之様可致事。

政府は右の布告を發すると同日に、「新律綱領」中擅殺に関する規定を廢して律文を左の如く改め、二月七日布告第三十九号を以て之を達した。

新律父祖被段律、別紙ノ通改正相成候條、此段相達候事、

復讐禁止令発布

新律綱領の改定

臨時奏請区処の律

父祖被毆律 明治六年二月七日改正

父祖被毆律、祖父母父母人ニ殺サレ、子孫擅ニ行兇人ヲ殺ス以下ヲ廢シ、若シ犯ス者アレハ臨時奏請シテ区処ス。 臨時奏請区処の律

かくの如く復讐禁止令と同時に父祖被毆律を改めたが、而も未だ擅殺の刑を定むることなく、臨時奏請してその処分を決することとしたのは、前記左院の答議に於て其消息を窺うことを得べく、蓋し江藤司法卿の本意は、「嚴科」に処して断然古来の積習を打破し、司法権の基礎を確立せんとするにあつたもの様であるが、併しながら數百年來復讐を臣子の大義として尊重したる思想は、尚立法者の腦裏に遺存して、知らず識らず之に制裁を加うるに吝なる傾を現わし、曩に杖六十の刑に決定せられたる「新律綱領」の法案は咎五十に輕減して發表せられ、今又禁令案中「嚴科ニ可処」の文字は「相当ノ罪科ニ可処」の文字に修正せられ、其結果、已むことを得ず、一時其議に従いて「臨時奏請シテ区処ス」と定めたものと思われる。併しながら、精悍熱烈なる江藤氏は、素より斯の如き微温的な方策を以て満足するものではない。律文改正後僅に二个月にして、同年四月二日を以て臨時奏請区処の律を廢し、復讐者は謀殺を以て論ずることとし、極刑なる斬に処して断然旧習を一時に根絶せんとした。其律文は左の如し。

布告第二百二十二号

父祖被毆律、別紙ノ通改正候條、此旨相達候事、

臨時奏請区処の律  
を廢す

但本年第三十九号布告同律ハ取消候事、

一 父祖被毆律 明治六年四月二日改正

父祖被毆律、祖父母父母、人ニ殺サレ、子孫擅ニ行兇人ヲ殺ス者ハ、謀殺ヲ以テ論シ、斬、其即時ニ殺死スル者ハ、論スルコト勿レ。

復讐者は謀殺を以て論じ斬に処す

右の律文案に付ても、左院は、復讐を「人ノ財産妻妾ヲ奪フガ為メ謀故殺セシ者ト其刑ヲ同スルハ不倫」なりとし、尋常謀殺を以て論ぜず、減輕して絞に処することとし、尚お特別の條例を定めて、情状を酌量するの余地を存すべしとの意見を提出した。之を以て見ても、当時復讐嚴禁の法を立つるの如何に困難であつたかを推知することが出来る。然るに、政府の議は竟に司法省の意見を容れ、再び父祖被毆律を改め、普通謀殺を以て論じ、斬に処することとなつたのである。（『法規分類大全』第一編二四〇頁）

「改定律例」は明治六年五月を以て裁定せられ、翌六月十三日に布告第二百六号を以て頒布せられたが、其「父祖被毆條例」に、

改定律例

第二百三十二條 凡祖父母父母、人ニ殺サレ、子孫擅ニ行兇人ヲ殺ス者ハ、謀殺ヲ以テ論ズ、其即時ニ殺死スル者ハ論ズルコト勿レ。

とある。前挙改正父祖被毆律と其律文を同うし、但「斬」の一字を削つたのみにて、其他は其實質に於て殆んど異なるところが無い。「改定律例」は該改正父祖被毆律の発布の翌月に勅裁せられ、其上諭にも「朕内閣諸臣ト弁論裁定シ之ヲ頒行セシム」とあるから、右の被毆律公布の時には、少くとも「改定律例」の草案既に成り、或は審議中に在

り、若くは既に審議を了わりたるものであると推定することが出来る。然るに、改正法典の草案既に成り、復讐を謀殺として論ずるの條其中に存し、而も其発布が目睫の間に迫り居りたるにも拘らず、僅々一个月を待つことが出来ずして特に父祖被毆律の改廃を行うたのは、如何なる急迫の事情がその間に存したかは素より之を窺い知ることが出来ないけれども、惟うに当時は維新戦乱の時を距ること未だ甚だ遠からず、殺伐の氣風が社会に横溢して、大臣参議等の大官を始め、襲撃を受け或は暗殺の被害を蒙る者が少くなかった。江藤氏の如きも亦た兇徒の襲撃を受けて傷きたる事の有った如き状態であるのみならず、維新前後に於ては、天誅と云い、斬姦と云い、或は其他の名義に依つて、政見反对者を暗殺する事が最も盛に行われたので、謂わゆる「敵持」なる者が頗る多く、復讐は未だ其跡を絶つに至らず、戒心を懐く者決して少くなかったから、さらぬだに法権の確立に熱心であった江藤氏は、復讐を根絶せんには、復讐禁止の法を法典中の一條の改正によりて定めるよりは、寧ろ独立の特別法を発して之を令する方が、深刻なる印象を人民に与えて、禁圧の効果が殊に著しいであろうと考慮したのに因るものではあるまいか。姑らく急劇なる革法の動機を揣摩して疑を存することとする。

急激なる革法と其  
動機

## 第四章 結 論

右に述べたる本邦に於ける復讐の沿革は、私力公権化の最好適例であつて、人民が既に高級文化の域に達したる後と雖も、法制未だ整わず又は法権分立する場合に於ては、生物自保の稟性に基因したる加害反撥作用が延長して同種族または同団族に対する加害を防禦報復する如き団体的自衛作用の存在するのは、人類存続の必要條件の遺存するものに外ならぬものである。故に之を禁圧せんとするのは、自然の理に背反するものと云わなければならぬ。故に、法治未だ完からざるの時代に於ては、復讐を美俗なりとし、之を以て臣子の義務なりとするの觀念が深く人心に浸潤して、容易に抜くことの出来なかつたのは、固より当然の事である。而して、国家の組織が漸く整備し、国権漸く確立するに随つて、次第に団体の強力を以て個人間の鬭争、殺傷を禁止し、之に違ふ者に制裁を加えて、其団体内の治安を維持することを得るに至るものであるから、必然仇人を強制するに足るべき公権力は、豫め必成を期し難き私力制裁に代わり、忠臣孝子の義憤もこれに依つて慰めらるるに至るものである。斯の如くして、個体力の自衛作用は個体力の自衛作用に吸収せられ、人を殺すを以て個人に対する犯行なりとする觀念は、転じて社会若くは国家に対する犯行なりと看做さるるに至り、私力は転化して公権力となるものである。

以上申し陳べたる所は、左の諸点を論証せんとするにある。

私力公権化の最好適例

人類存続の必要條件

復讐は美俗にして臣子の義務

個体力の自衛作用は個体力の自衛作用に吸収せらるる私力は転化して公権力となる

- 一、法の實質は社会力なる事。法は社会力の顕現なる行為の規範であって、公権力に依よって制裁せらるるものである。命令なりとは形式に付て言うのみ。
  - 二、社会力は個体力の有機的集中転化に因りて生ずる事。
  - 三、社会力の集中転化作用中、私力公権化して法を生ずる事。
  - 四、復讐禁止法はこの私力公権化作用中顕著なる一事例なる事。
- 今なお研究中にて未だ精鍊を欠きたる考案に対して、長時間に亙りて清聴を辱うしたことは深く感謝するところである。

(大正五年十一月十八日、東京弁護士会館に於て講演)



- 「法の起原に関する私力公権化の作用」（『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>