

天津罪國津罪論考

石 尾 芳 久

- 一 學說史と問題の所在
- 二 天津罪と解除・神夜良比
- 三 國津罪と『内部的』刑罰
- 四 刑罰の歴史の根本問題
- 五 結論

一

天津罪國津罪は、云うまでもなく、わが固有法の犯罪と刑罰に關する基本觀念を現わしたものであり、その意味に於て、固有法そのものの本質を把握する爲にも、極めて重要な示唆を與えるものであると考えられる。従つて、賀茂眞淵、本居宣長をはじめ古來より幾多の學者が、之を、固有法の核心的な問題として注目し、多くのすぐれた研究を残しているのである。天津罪國津罪に關する資料としては、古事記日本書紀の記述と共に、大祓詞（中臣祓）として傳承された延喜式の祝詞を擧げなければならないのであり、賀茂眞淵の「祝詞考」、本居宣長の「大祓詞後釋」、鈴木重胤の「延喜式祝詞講義」等は、資料について基本的な解明をなしたものである、と云うことができる。このような

資料の解明に基づいて、最近には、日本法制史、日本史の分野に於て、様々の體系的な考察が樹立されているのであるが、筆者のふれ得た範圍に於て、強い感銘を受けたものは、津田左右吉博士の「上代日本人の道德生活」、中田薫博士の「古法と觸穢」、三浦周行博士の「信仰と法律」、牧健二博士の「固有刑法の基本觀念」、瀧川政次郎博士の「日本法律生活の特質」、石井良助博士の「刑罰の歴史」、高柳眞三博士の「上古の罪と赦および刑」の諸研究、及び、高柳博士の研究に對する瀧川博士の批判、である。特に石井博士の研究は、從來の學說を整理し集大成した所の理論を、最も體系的に、又最も明快に提示せられていたので、之を中心として學說史の方向を考察してみたいと思う。尙、天津罪國津罪を直接に取扱つたものではないけれども、東洋に於ける刑罰の歴史の類型と刑罰の起源の問題について極めて興味深い指示を與えられたものとして、小島祐馬博士の「支那に於ける刑罰の起源に就いて」と瀧川幸辰博士の「古事記ニ現ハレタル復讐ノ思想」を擧げなければならぬ。

扱、天津罪國津罪に關する最も整合的な資料は、周知の如く、延喜式祝詞の部にある大祓詞で、特に、その具體的な罪名は、『成出武天之益人等我。過犯家牟。雜々罪事波。天津罪止。畔放。溝埋。種放。頻蒔。串刺。生劔逆劔。屎戸。許々太久乃罪乎。天津罪止法別氣氏。國津罪止八。生膚斷死膚斷。白人胡久美。己母犯罪。己子犯罪。母與子犯罪。子與母犯罪。畜犯罪。昆虫乃災。高津神乃災。高津鳥乃災。畜什志。蠱物爲罪。許々太久乃罪出武。』とある部分に示されている。個々の罪名については後にふれるが、一見して理解できることは、天津罪が、主として、農耕生活に對する侵害行爲を表示しているのに比して、國津罪は、共同生活に對する侵害行爲と云うよりも、むしろ、神の怒を招くような穢と云う意味の罪を表示していると云う點である。天津罪は、古事記日本書紀に於ては、素戔嗚尊が高天原で犯した行爲となつている。

而して、かかる大祓の祝詞は、之を讀み上げることにより災禍を祓い去る呪力をもつものと考えられているのであり、従つて、祓は、このような祝詞——呪文を誦み、神のはたらきを誘い出すことによつて、雑々罪事を消滅せしめる呪術に他ならないのである。併しながら、注意すべきは、津田博士も、「此の祝詞（大祓の祝詞）に於いて人格化せられた神の力がはたらくことになつてゐる點であつて、罪と災とを祓ひ清めるものは祝詞そのものゝ呪力では無くしてかゝる神の力であり、祝詞はたゞ其の神のはたらきを誘ひ出すまでのものとなつてゐる。此の祝詞の内容もそれを誦む儀禮も、神に對し神を祭る祝詞とは違つてゐる點に、純粹の呪詞の性質が保有せられてはゐるが、神の力によつて災禍の祓ひ清められるやうになつてゐるのは、呪術、宗教化として考へられねばならぬ。」と述べておられる（傍點筆者）ように、大祓の祝詞にみられる雑々罪事と祓の關係は、著しく宗教化した儀禮的關係であつて、古事記日本書紀に記載されているやうな、素戔鳴尊を追放する前提として科した解除とは、その本質を異にしていると云ふ點である。宗教化した儀禮としての祓の特質を最もよく示しているものは、神祇令大祓條の「凡六月十二月晦日大祓者。中臣上^ニ御祓^ハ麻^ヲ。東西^ニ文部^ヲ。上^ニ祓刀^ヲ。讀^ム祓詞^ヲ。詔^ス。百官^ノ男女^ヲ。聚^メ集^ム祓所^ニ。中臣宣^シ祓詞^ヲ。卜部爲^シ解除^ス。」と云う條文の祓について附した所の、「祓者。解^キ除^ク不祥^ノ也。釋^ス云。祓音甫物反。周禮。女巫。掌^シ歲時祓除^ス。左傳。受^ケ璧而祓^フ之。杜預曰。祓除^ハ凶之禮^也。」と云う註解である。この註解には、明かに、祓を以て、神の力により凶を除く禮とする古代中國の思想の影響が、現われているのである。かくして、延喜式大祓の祝詞は、一方では、天津罪國津罪と云う固有刑法の基本觀念の原型を現わしていると同時に、他方では、罪に對する祓が、刑の執行の前提となり刑の執行と結びついているやうな眞の意味の呪術——（マリノウスキも、實用的な目的達成の手段として社會的機能、を果すと云う呪術の性格を指摘している）——ではなくして、神の力による除凶之禮と云うやうな著しく宗教化

された呪術をも現わしていると云う矛盾を含んでいるのである。かかる矛盾の内在は、津田博士が指摘されたように、異なる發展の段階にある道徳思想や法思想が、文獻の上に混合して現われていると云うことによる、と解しなければならぬであらう。従つて、既に指摘したように、大祓詞に於ては、天津神國津神が、祝詞をきこしめすことによつて、『皇御孫之命乃朝廷乎始氏。天下四方國爾波。罪止云布罪波不在止。』と云う状態になるのであるから、祓は現實的な刑の執行と結びついていないのである。又、記紀に於て、素戔嗚尊が高天原より追放された行先の底根國は、大祓詞に於ては、『如此持出往波。』（遺罪が大海原に持出られると——筆者）荒鹽之鹽乃八百道乃。八鹽道之鹽乃八百會爾座須。速開都比畔止云神。持可吞吞氏武。如此久可吞吞氏波。氣吹戸坐須。氣吹戸主止云神。根國底之國爾。氣吹放氏牟。如此久氣吹放氏波。根國底之國爾坐。速佐須良比畔登云神。持佐須良比失氏牟。如此久失氏波。天皇我朝廷爾仕奉留。官官人等乎始氏。天下四方爾波。自今日給氏。罪止云布罪波不在止。高天原爾耳振立聞物止。馬牽立氏。今年六月晦日。夕日之降乃大祓爾。祓給比清給事乎。諸聞食止宣。』とあるように、罪そのものが様々の過程を辿つて遂に消滅するに至つた國となつていたのである。

然るに、從來の通説は、固有法の刑罰の問題を、『神法的刑罰より俗法的刑罰へ』と云う單なる過程の問題として、把握するのであるから、必然的に、社會の實用的な目的達成の手段である呪術として刑の執行と結びついている解除を、古代中國の祓の思想に影響されたと考えられる著しく宗教化した呪術に轉化した後代の祓と同一的に理解するのであり、従つて、神の力による除凶之禮である宗教的制裁（神法的刑罰）として概括すると云う結果に陥らざるを得ないのである。既に指摘したように、かかる學說史の方向を徹底せしめ、而も、最も明快な理論によつて、この問題を考察されたものは、石井博士の研究であるが、博士は、天津罪國津罪をすべて宗教的犯罪として概括され、特に

直接農耕生活の侵害行爲を意味するものと考えられる畔放溝埋樋放串刺の如きも、土地の所有權の守護神に對する違反であると言ふ點で、國津罪と同じく宗教的違反に概括し得るとされるのであり、他方、之に對する解除・祓については、『つみ』が上述したように、タブーに反する事實であるとすれば、これに對應するものは刑罰ではない。それは神の怒をなだめる行爲でなくてはならない。そして神の怒をなだめるためには、『つみ』によつて生じたと考えられる穢をその『つみ人』より除去しなければならぬ。これがすなわち『はらへ』である。神祇令義解大祓條に『祓とは不祥を解除するを曰ふなり』とあるは、もつともよくこれを説明するものである。『祓』は『拂』であつて、穢を拂い落す意である。ときには、身體を洗滌することによつて、穢を洗い流すこともあつた。禊すすぎこれである。」と述べられ、祓と禊とを、除凶之禮である宗教的制裁として、完全に同一的に把握されているのである。而して、云うまでもなく、この理論は、「上代は、宗教と法との未分離の社會である。そこで、上代法の特質はこの點に認められなければならないのであるが、ことに、いつの時代でも倫理的觀念と密接な關係を有する刑罰において、ことに然りと いわなければならない。」と指示されるような、固有法の性格に關する博士の一般的な洞察に基づいているのである。尙、高柳博士の理論も、大體に於て、石井博士の理論とその主旨を同じくされていると考えられるのであつて、即ち、「汚穢をすて去り財物を捧げて、神によつて清められるという精神」を解除や祓除に指摘せられ、又、祓に、神事的・風俗的な儀式・行事への移行の傾向を認められながらも、それは解除の本質の喪失を意味するものでなく、むしろ、「大祓の背後には國家的統一に伴う全體社會の緊密化を窺わせる思想が感じられ、原始的段階をのりこえて發達し内面化した祓の解釋・信仰の遡及化・擴大化が窺われるのである。」と述べられているのである。併しながら、禊と祓とは、共に、宗教的な行爲であり乍ら、神に對する態度に於て、根本的な相違のあることに注意しなければなら

ぬ。禊しづを祓はらの起源となす説は、賀茂眞淵の「祝詞考」、本居宣長の「大祓詞後釋」にみえるのであるが、併しながら、古事記に、『是を以て伊邪那岐大神の詔りたまはく、吾はいなしこめしこめき穢けがき國に到りて在りけり。故吾は御身の禊しづ爲などのりたまひて、竺紫の日向の橘小門の阿波岐原に到で坐して、禊しづぎ祓はらひたまひき。……是に上瀬は瀬速し、下瀬は瀬弱しと詔りごちたまひて、初めて中瀬に墮りかづきて滌すすぎたまふ時に、成り坐せる神の名は八十禍津日神、次に大禍津日神。……是に左の御目を洗ひたまひし時に、成りませる神の名は、天照大神。……』とあるように、禊しづから神かみが生れたと云うことが重要なのである。そこには、神かみ々を強制すると云う呪術特有の態度が現われているのであつて、神の力による除凶之禮としての祓はらにみられよるうな神に奉仕まつす、と云う態度とは根本的に異なるものが存するのである。

フレイザーはその大著「金枝篇」に於て、王權の起源を、共同體全體の安寧と福祉との根元と考えられる儀禮の執行を司る呪術師に認め、呪術師は自己の『豫言』が適中せずして農作物が極めて不作であつたような場合には、怒れる民衆に殺害されたと云う事例に於ても理解し得る如く、呪術師としての王の地位が、甚しく不安定であるのに對し、それに代つて現われた司祭者としての王の地位は、安定的であり、従つて、呪術師としての王より司祭者としての王への過程は、偉大な革命を意味するものである、と述べている。原始社會の王——呪術師の神に對する態度は、單なる神への奉仕ではないと云うことを理解し得るであろう。この點について、ウェーバーは、「宗教社會學」のなかで、呪術師は自己の『豫言』の成果があがらなかつた場合には、自己の死を以て懺悔したのに對し、司祭者はそのような場合、不成功の責任は、神を充分に尊敬しなかつた民衆の行爲に歸するとして、自己の立場を辯明し得ると述べ、神に對する強制と神への奉仕と云う神に對する態度の根本的な相違を、指示しているのである。呪術が單に呪詞を誦ん

で神に祈ると云うのではなくして、マリノウスキーが指摘するように、呪術に於ては、言葉が現われると同時に、一定の祭儀的な行爲が演ぜられるのであり、而もこのような呪術が實用的な目的達成の手段としての社會的機能を有すると云うのは、右述したように、呪術者の神に對する態度が、單なる神への奉仕とは根本的に異つてると云う點に、基づいてるのである。然るに、古事記日本書紀によれば、解除は、神祇令大祓條の祓のように單に東西文部と云う官司が祓詞を讀むと云うのとは異り、太諱辭を宣ると同時に、『手の爪を以ては吉棄物と爲し、足の爪を以ては凶棄物と爲す』と云うような一定の祭儀的な行爲を伴つていたのであり、その呪術としての性格が、極めて濃厚であるようにみえる。このように考察することによつて、一定の祭儀的行爲と、つみ人より祓具を促め懲ると云う行爲を伴う解除が、何故に、天津罪と云う農耕生活の侵害行爲を意味する現實的な罪に向けられたか、而して又、何故に、神夜良比（追放）と云う具體的な刑罰の執行と結びついているか、と云う理由を理解することができるのである。

若し、解除を、石井博士のように、神の怒をなだめる爲に、即ち神への奉仕の爲に、穢をその『つみ人』より除去する事と解するならば、神祇令大祓條の規定の如く、祓とは、神の力によつて罪の消滅することを祈ることであり、「常に實際の國家社會のあらゆる罪による穢を祓い去り、その全體を罪の發生しなかつた以前の狀態にかえし、清淨化しようとする神への祈」に他ならないのであるから、刑罰の執行と結びつかないのが原則なのではなからうか。同じ穢を拂うと云つても、呪術的な行爲と「神への祈」とは、本質的に異つてゐるからである。この問題について、石井博士は、宣長以來の解釋を整理して、「この點について論ずる場合、とくに注意すべきは、素戔嗚尊がどういふ『つみ』を犯したがゆえに、こういう目にあつたかということであるが、大祓詞にいうように、尊は天津罪全部を犯したのである。だから、その『つみ』は重く、その穢はひどかつたに違いない。そこで、ふつうの祓すなわち、神に

祓具を捧げ、手足の爪を切り棄て、神主が祓詞を奏上したのみでは、穢はとうてい、消滅しなかつたのである。こういう穢の多い人を、高天原に置いておくわけにいかない。そこで、これを神逐いに逐つたのである。」と述べられ、神逐（神夜良比）は、祓の補助手段である、と指摘されている。即ち、補助手段と云う關係で、解除と刑罰の執行との結びつきを説明されているのである、併しながら、通常の祓（解除）だけでは穢がとうてい消滅しないと云うような意識を、果して古代人はもつことができたであろうか。通常の祓（解除）に對するそのような疑の意識は、除凶之禮としての祓——即ち、神の力によつて罪の消滅することを祈り、神の怒をなだめんとする「神への祈」の意識と、最も鋭く對立するものではなからうか。次に注意すべきは、博士は、素戔鳴尊が、天津罪を全部犯したから、その『つみ』は重く、その穢はひどかつたに違いないとされているのであるが、然らば、國津罪には、如何なる理由で、祭儀的行爲と祓具を徴すると云う行爲を含む所の現實的な解除が、科せられなかつたのであろうか。（この點について、宣長は、『そもく祓は、其人々より、祓物を出さしむるわざなるに、後には、延喜式などにも、さる事は見えず、二季の大祓の料物は擧られたれども、それはただ司より設置することにて、百官人の身より、おの／＼物を出せしことは聞えず』と述べている。）¹²⁾ 國津罪よりも天津罪の方が、著しい穢を意味したのであろうか。併しながら、穢と云う意味の罪は、むしろ、國津罪の方に直接的に表示せられていると考えなければならないのであり、特に國津罪に擧げられている己母犯罪己子犯罪母與子犯罪子與母犯罪畜犯罪は、何れも單なる姦通罪とは本質的に異なるものであつて、むしろ、原始社會の氏族相姦（トートム氏族内の結婚）に系譜を有する性的タブーの違反と考られるものである。性的タブーの違反は、原始社會に於て最も重大な罪（宗教的違反）であることが、原始社會の個別性を重視したマリノウスキーによつて指摘されている。¹³⁾ それ故、農耕生活の侵害が、性的タブーの違反よりも特にひどい穢をもつものと

斷定することは、頗る困難であると思われるのである。眞に重要なことは、呪術としての解除が天津罪に向けられ、具體的な刑罰執行の『手續』としての機能を果しているのに對して、國津罪に於ては、むしろ罪そのものに刑罰の結果が現われており、一定の祭儀的行爲と祓具を徵すると云うことを伴う呪術的な解除が成立していないと云う點である。これを『神法的刑罰より俗法的刑罰へ』の過程の問題として把握し、高柳博士が、「たしかに國津罪においては、罪の意識が未分化であり、その背後の社會關係が漠然とした感じを與えるが、天津罪においては罪の意識が統一され社會生活關係をある程度うかび上らせており、後代の罪へ直接つながるものがすででできていることを示しているのである。」と述べられているように、¹⁴⁾國津罪より天津罪へ、と云う過程を考察するならば、天津罪の原型である國津罪が、何故に呪術としての解除の對象とならずして呪術の性格を喪失した所の單なる宗教的な祓の對象となつたか、と云う問題を解決することができないのである。又、高柳博士は、鈴木重胤の『國津罪の如きは一人一己の罪咎なれども、天津罪は小さしと云へども、御國體に拘る事なるが故に、重きに處く事になむ有ける』と云う考察を重視され、¹⁵⁾國津罪に於てはその背後の社會關係が漠然としていとされるが、併しながら、この點については、原始社會に於ては、性的タブーの違反者は、自殺せしめられるのが慣習であつたとするマリノウスキーの指摘を考察しなければならぬ。¹⁶⁾かかる問題を把握する爲には、天津罪と國津罪とが、むしろ鋭く對立する刑罰の『類型』を示すものであるとして考察しなければならないであろう。このような刑罰の『類型』の問題について、ウェーバーは、「法社會學」のなかで、『内部的』刑罰の類型と『復讐』の類型とが、相互に鋭く對立する類型であることを指摘している。¹⁷⁾即ち、宗教的犯罪の特色は、例えば、タブー規範が侵害された場合、神々の怒が、犯罪者以外の者にも、即ち犯罪者をその内部に許容した所の共同體の上にも科せられると云う點に存するのであり、従つて、宗教的犯罪に對する制裁は、その

制裁の方向が、共同體内部の成員に向けられていると云う意味で『内部的』刑罰であるのに對し、『復讐』は、共同體の防衛を目的とするものであり、氏族間に生ずるものであると云う意味に於て、『内部的』刑罰と反對であると述べている。而して又、『刑事手續』への道は、特に、『復讐』から直接導かれたのであり、それに對して、犯罪者に對する家父長的な、宗教的な、軍事的な制裁は、原則的には、形式と規則と云うものを知らないものであるとして、極めて重要な指摘を與えているのであるが、國津罪と天津罪とは、神法的刑罰より俗法的刑罰への過程の關係で概括し得られるものではなくして、むしろ、鋭く對立する刑罰の『類型』を示すものであり、夫々が固有の發展を展開し得る所の刑罰の『始元』を示すものとして考察しなければならぬであらう。

- 註(1) 津田左右吉「上代日本人の道德生活」(「上代日本の社會及び思想」)四九二頁。
- (2) 令集解、神祇令「大赦條」。
- (3) マリノウスキ「神話と社會」(國分敬治譯)一三六頁。
- (4) 延喜式、神祇八、祝詞「大赦」、本居宣長、大赦詞後釋(本居宣長全集、第五)。
- (5) 石井良助「刑罰の歴史」二〇頁以下。
- (6) 高柳眞三「上古の罪と赦および刑」(「法學」第十五卷)二九四頁。
- (7) フレイザー「金枝篇」(上)「第六章王としての呪術師」
- (8) Weber, Religionssoziologie, (Wirtschaft und Gesellschaft), S. 243.
- (9) マリノウスキ「神話と社會」一三八頁以下。
- (10) 高柳眞三「上古の罪と赦および刑」二九三頁。
- (11) 石井良助「刑罰の歴史」二四頁。
- (12) 本居宣長「大赦詞後釋」三五〇頁。
- (13) マリノウスキ「未開社會に於ける犯罪と習慣」(青山道夫譯)八八頁。

(14) 高柳眞三「上古の罪と祓および刑」七五頁。

(15) 鈴木重胤「延喜式祝詞講義」(鈴木重胤全集第十一)三一〇頁、尙、重胤は刑と祓について、『刑と祓とを並び行はせ給ふ中にも、祓の方を重き公事と爲給ひ、其の祓に就ては罪の方よりも穢の方を重く爲させ給ひて、誠に實有なる大御政なる物から、天下大同ひ公民安泰なりけるは、皇祖天神の愛しき青人草と仁恵せ給ふ大御心より出て、萬國に比類無き御事にて、眞に神隨事擧げ爲ぬ國の徵信の甚分明なる所なり。』(同書、三三〇頁)と述べているが、そこには、國學者特有の見解が強く現われていることに注意すべきである。

(16) マリノウスキー「未開社會に於ける犯罪と習慣」八三頁以下。

(17) Weber, Rechtssoziologie, (Wirtschaft und Gesellschaft), S. 393.

二

天津罪として掲げられた、畔放溝埋樋放類蒔串刺生劔逆劔屎戸のうち、畔放溝埋樋放は、他者の畔・溝・樋を放つて他者の田を溢水せしめんとする行爲であり、蒔串刺は重播種子^{シキマキ}ともかかれるように、他者の田に稗その他の雑草の種を蒔く行爲であり、串刺は他者の田に串を多く隠し刺す行爲であつて、何れも農耕生活に對する侵害行爲を意味するものである。生劔逆劔屎戸については様々の説が存するのであり、高柳博士は、「ともかくこれらの罪が農耕に關する侵害行爲とは異つた、人命に危害を及ぼす効果を伴う罪であつた」とせられ、瀧川博士は、「屠殺の方式の順序を違へたものが逆劔ぎであり、その屠殺の方式を無視して獸類を生きながら屠殺し、その血をもつて大地を穢すものが生劔ぎであつたのではなからうか。」とせられている。¹⁸⁾ 生劔逆劔屎戸は、古事記日本書紀に於ては、天津罪をすべて犯した素戔嗚尊の侵害行爲となつてゐるが、古事記に於ては、天照大御神が忌服屋^{イミハヤ}に坐しまして神御衣織らしめたまう時、素戔嗚尊が天斑馬^{アマノシクマ}を逆劔ぎ^{サカレ}に劔ぎ^ツて墮し入れたので、天衣織女^{アマノオリメ}が驚きの餘り死ぬに及び、『故是に天照大御神

見畏みて、天石屋戸を閉て、刺しこもり坐しましき』と記され、日本書紀に於ては、『復た天照大御神新嘗きこしめす時を見て、則ち陰に新宮に放戻る。又天照大神の方に神衣を織りつつ齋服殿に居しますを見て、則ち天の斑駒を剝ぎて、殿の藁を穿ちて投げ納る。』と記されている。それは、『新嘗きこしめす』ことを妨害する行爲であり、又、『神御衣織らしめたまふ』ことを妨害する行爲である。然るに『新嘗きこしめす』と云うことは、神前に於ける共嘗と云う祭の行事の原型を示したものと考えられるものである。原始的トーテム社會に於ては、神々は、個々の物に具象化せられ得るものであると考えられているのであり、この物は通常動物（犠牲）であつて、これを社會の成員が共同で食へることにより——即ち犠牲の媒介で神が社會の成員に導かれることにより、神的權威に基づく同一の『精神』に馮かれた人間の社會團體が形成される、と考えられているのであるが、『新嘗きこしめす』と云うことは、原始社會のかかる行事と本質的に異なる所祭の行事の原型を示しているのである。次に注意すべきは、『神御衣織らしめたまふ』と云う點に關してであるが、神祇令集解に記載されている祭には、祈年祭、鎮花祭、神衣祭、大忌祭、三枝祭、風神祭、月次祭、鎮火祭、道饗祭、神嘗祭、相嘗祭、大嘗祭、鎮魂祭の如き祭が存するけれども、この内の神衣祭、神嘗祭は、中國の祭祀祈禱の思想を受けること少なく固有の祭の行事を傳えているものと云うことである。即ち令集解に於て、特に神衣祭を『謂。伊勢神宮祭也。』と註し、而も神衣祭と神嘗祭とが同じ日の祭であるとして、『神嘗祭。謂。神衣祭日便即祭之。釋云。即神嘗祭。謂神衣祭日饌食等具祭。宇奈太利。村屋。住吉。津守。古記无別。』と註している點が重要なのである。神嘗祭と同時に行われ、而も伊勢神宮の祭であると云うような古い祭の行事を傳えた神衣祭の行事が、實は『神御衣織らしめたまふ』と云う行事に他ならなかつたことは、集解に、『神衣祭。謂。伊勢神宮祭也。此神服部等。齋戒潔清。以參河赤引神調絲。織作神衣。又麻績蓮等。績麻以織敷

和衣。以供神明。故曰「神衣」……古記无別。』とあり、又延喜式伊勢太神宮神衣祭の條に、『右和妙衣者服部氏。荒妙衣者麻績氏。各自潔齋。始從祭月一日織造。至十四日供祭。其儀。太神宮司。禰宜。内人等率服織女八人。並著明衣。各執玉串。陣列御衣之後。』とあるによつて明白である。²¹⁾かくして、『新嘗きこしめす』ことと「神衣織らしめたまふ』ことが同時に行われると云う行事は、男子の農耕に對する女子の機織と云う原始的な分業の生活様式を反映した祭の行事であると云う意味に於て、神前、共餐と共に、古い祭の行事の原型を示したものである、と考へられるのである。それ故、生剝逆剝尿戸は何れもわが上代社會の最も重大な祭の行事に對する侵害を目的とするものである、と云い得るであらう。既に指摘したように、瀧川博士は、生剝逆剝を屠殺の方式の順序を違え又は無視したものとせられるのであるが、それは根本的には、神前に供える犠牲の屠殺の方式の順序を違えたものと解すべきである。之を要するに、天津罪は農耕生活に對する侵害行爲か或は祭の行事に對する侵害行爲を意味するものであり、何れも共同的、生活に對する妨害であり、宗教的違反と云うよりも、むしろ、共同的、秩序に對する侵害行爲として把握されなければならぬ。そこに、天津罪に對して『刑事手續』としての解除と明確な刑の執行が成立すると云う根本的な理由が、存するのである。

ウェーバーの指摘するように、家長の家權力によるあらゆる懲戒が生じ得る所の家支配の内部に於ては、『刑法』は存在し得ないのであり、『刑法』は根源的には家支配の外部に於て成立し、發展するものであり、それは同時に、家外的な權力『イムペリウム』の確立と符合するものである。²²⁾ゲルマン部族法に於ては、『復讐』は刑罰の主要な根源であり、『復讐』のにない手は、云うまでもなく氏族共同體であつた。而して、復讐のうち特に組織的な復讐 Fehde は、和解によつて終了し得たが、多くの場合、和解の前提として、仲裁裁判所による贖罪金 Buße の確定が行

われたのである。そこには、『刑事手續』確立への有力な契機が現われているのであるが、注意すべきは、ゲルマン部族法の最も重要な贖罪金が、殺人に對する人命贖罪金即ち人命金であつたと云うことをみても理解し得るように、共同體の防衛の思想が強く現われているのである。天津罪には、ゲルマン部族法にみられるような共同體の成員の殺害と云う罪が含まれていない。又、贖罪金によつて示されるような明確な『刑事手續』の確立への可能性も現われていない。併しながら、神的な啓示（呪術）に基づく刑の執行が、リントを規準のある手續にもたらしめた最初のものであると云う意味に於て、²⁴⁾解除は『刑事手續』の起源を示すものであり、『刑事手續』としての機能を果した呪術であると考へることが出来る。日本書紀には、素戔嗚尊に對する制裁方式を述べたものとして、次の如き數種の資料が記載されている。

『諸の神罪を素戔嗚尊に歸せ、科するに千座置戸を以てし、遂に促め懲る、髮を抜き以て其の罪を贖はしむるに至る。亦曰く、其の手足の爪を抜きて之を贖ふ。已にして竟に逐降ひき。』一書に曰く、『已にして罪を素戔嗚尊に科せて、其の祓具を賣る。是を以て手端の吉栗物、足端の凶栗物あり、亦唾を以て白利幣と爲し、洩を以て青利幣と爲す。此を用て解除竟へて、遂に神逐の理を以て逐ふ。』一書に曰く、『素戔嗚尊に千座置戸の解除を科せて、手の爪を以ては吉栗物と爲し、足の爪を以ては凶栗物と爲す。乃ち天兒屋命をして其の解除の太諱辭を掌りて宣らしむ。世人慎みて己が爪を收むるは、此れ其の繖なり。既にして諸神素戔嗚尊を嘔めて曰く、汝が所行甚だ無頼、故れ天上に住むべからず、亦葦原の中國に居るべからず、宜、急に底根の國に適ねといひて、乃ち共に逐降去りき。時に霖ふる。素戔嗚尊青草を結束ねて、以て義笠と爲し、宿を衆神に乞ふ。衆神曰く、汝は是れ躬の行濁悪しくして逐らひ諦めらるる者なり。如何ぞ宿を我に乞ふといひて、遂に同に距ぐ。』

これらの資料を概観するならば、制裁の方式、即ち刑罰の執行の方法は、解除を竟えて然る後に『神逐の理を以て逐ふ』と云う順序で行われたのであり、中田薫博士が、「千座置戸を科し爪髮をぬかしむるは即ち解除にして、放逐

は即ち刑罰なり」と指摘せられるように、解除は、²⁵⁾太諄辭をのり、手足の爪を去り、髪をぬかしめ、千座置戸を科すと云うすべての行爲を包括するものであつたのである。これについて、從來の通説は、犯人は古代人の考では不淨な人であり、不淨な人の爪や髪或は不淨な人の身體から出る唾や洩も不淨であるからこれをとらしめ、特に重大な犯罪に對しては追放刑（神夜良比）を附加したとしてゐる。従つて、解除と刑罰が併科されると云う事實は、通説では、刑罰が解除の補助手段であり、神法的刑罰より俗法的刑罰への過程の表現を意味するものとして把握されてゐるのである。それ故、記紀に示された素戔嗚尊に對する刑罰の執行方法は、同時に歴史的進化の過程の縮圖であり、刑罰の執行に於て「神への祈」が消滅する過程の縮圖を現わすもの、と考へられてゐるのである。然るに、既に指摘したように、通説は、他方に於て解除を除凶之禮と解し神の力によつて凶をはらうことと解するのであるが、その解釋を徹底するならば、解除と刑罰の併科は、中田博士が指示されるように却つて「刑と祓とは、觀念上は全然別種のもの」であることを意味すると考察しなければならぬ。而して、刑と完全に區別せられ得るような純粹に宗教的な祓は云々までもなく、俗的刑罰の盛行によつて消滅する祓とは決定的に異なるものである。かくして通説の理論構成は、特に解除と刑罰の併科について、互に鋭く對立し矛盾する二の主張を示してゐると云い得るであらう。²⁶⁾

手足の爪を去り唾洩をとると云うことは、犯人の身體から出た不淨物を去ると云うよりも、むしろ、太諄辭をのり神を呼び出す前に、古代人一般に不淨なものと意識された所の垢の溜つて黒くなつた爪をきると云うように、身を清めると云う一定の祭儀的行爲をなすことを意味する。而して、始めに千座置戸の解除を犯人に科すると云うのは、犯人より祓具を提供させることによつて、犯人に對抗する所の神の權威（犯人に對する判決の效力を保障する神の權威）を、祓具に於て具體化し媒介すると云うことを意味する。それに對し、神祇令の除凶之禮としての祓に於ける祓具は、

單に神の力に祈り神に贈與するにすぎないものであるから、官司より提供すればよかつたのであり、犯人に促め徴る必要はなかつたのである。高柳博士は、記紀に於て、千座置戸の解除が先ず第一に科せられると云う順序を批判して、「しかし犯罪をもつてまず神に對する汚穢とした考えからすると、むしろ不淨なものを除去し放棄することが前提であり、その上で神を祀りその怒を解く方法の行われるのが順序でなからうか」と述べられ、記紀の記述には祓の起源を説くのに混亂が生じているとせられるのであるが、併しながら、呪術に於ては、始めに神々が個々の物に媒介され具體化されるのが一般の原則であつたことを考察するならば、千座置戸の解除を始めに科すると云う順序は、決して混亂ではないのである。又、通説では、祓具を提供することは「神の怒を解く方法」を意味するのであるから、これは財産刑の起源を示すものであると考えられている。極めて重要な指摘ではあるが、併しながら、それだけでは、記紀に於て、素戔鳴尊に對し、何故に千座置戸を促め徴ると同時に追放刑を科したかと云う理由——即ち素戔鳴尊の制裁に於て『民事的』手續と『刑事的』手續とが何故に區別されなかつたかと云う理由を、解決することができないのである。ウェーバーの指示するように、原始法に於ける判決の執行の『手續』のなかには、判決の効力の保障が同時に含まれていることが、一般的であり、神託や呪術に基づく判決の執行には、判決に對する違反が神的權威への恐怖によつて回避されるであろうと云う期待が、含まれているのである。このような原始法の呪術的な『刑事手續』に基づく刑罰の執行は、『官職上』行われる刑罰の執行と鋭く對立するものであり、むしろ、それは氏族間の贖罪處理の方法に於ける『民事的』請求權と『刑罰』との無差別性に符合するものなのである。²⁸⁾

わが固有刑法の解除は、正に右述せる如き呪術的な『刑事手續』に他ならぬものと考えられるのであり、従つて官僚化された刑罰の執行と決定的に對立する所の古代の贖罪裁判の類型に屬するものであると云うことができるであ

らう。かくして、天津罪は、共同體の防衛を目的とする『復讐』を喚起するような犯罪であり、解除は、『復讐』から導かれた『刑事手續』としての機能をもつ呪術である、と考察し得るであらう。このように解することによつて、解除が財産刑（祓除）に轉化すると云う過程の必然性を把握し得るのである。即ち日本書紀孝德天皇大化二年三月の詔には、『復た夫を亡へる婦有りて、若しくは十年及び廿年を経て、人に適きて婦と爲り、併せて未だ嫁がざる女、始めて人に適ぐ時に、是に斯の夫婦を妬みて祓除せしむるもの多し』『復た邊畔に役はれたる民有り、事了へて郷に還る日、忽然に得疾して、路の頭に臥死ぬ。是に路の頭の家乃ち語りて曰く、何の故か人をして余が路に死せしむると。因りて死者の友件を留めて、強らに祓除せしむ。是に由りて、兄路に死ぬと雖も、其の弟救はざるもの衆し』『復た百姓爾れて河に死ぬに逢へる者有り、乃ち謂りて曰く、何の故か我れに溺人を遇はしむるといひて、因りて溺者の友件を留めて、強ちに祓除しむ。是に由りて、兄河に溺れ死ぬると雖も、其の弟救はざるもの衆し』『復百姓有り、京に向くる日に臨みて乗る所の馬の疲れ瘦せて行かざらむことを恐れて、布二尋、麻二束を以て、參河、尾張兩國の人に送りて、雇ひて養飼はしめ、乃ち京に入りぬ。郷に還る日に銚一口を塗る。而るに參河の人等、養飼ふこと能はずして、翻りて死なしむ。是の如き細馬は、即ち倉粟を生して工に認語を作りて、偷失まれたりと言ひ、是の若き牝馬、己が家に孕めば、便ち祓除しめて、遂に其の馬を奪ふ』の如き記述が存するが、祓除は明かに財産刑を意味するものとなつてゐるのである。併しながら注意すべきは、これらの資料を概観して理解し得るようには、祓除は、『公刑』としての財産刑の確立を意味するものではなくして、『私刑』としての財産刑に轉化したことを意味するものである、と云うことである。²⁰⁾

即ち、既に指摘したように、天津罪と解除・神夜良比は、『刑事手續』への道を導き得る刑罰體系としての『復讐』の類型の始元を示しているのであるが、それにも拘らず、それが、『公刑』としての財産刑の確立へと發展し得ない

で、單なる私刑的な財産刑に轉化するにすぎなかつたと云う事實は、固、有刑法より律へと云う刑罰の歴史を考察する場合に看過することのできない問題であると思う。この點は、古代中國の刑罰の歴史に於ても同様であつて、小島祐馬博士は、「要するに刑罰は復讐から賠償、賠償から罰金に變じ、ここに始めて公法上の制度となつたとする點に於ては何人も異議なき所のやうである。然るに私の見る所を以てすれば支那に於ける刑罰の起源は上述の如くこの一般の見解とは一致しないものである。即ち復讐といふことは支那古代の事實よりいへば刑罰の一つの淵源ではあるがそのすべてでは無い。……次に賠償が復讐に代るといふ事實は支那古代の資料に於いて見出すことが出来ない。(註略)却つて贖刑の制度があつて、それが財産刑の淵源を爲して居るのである。」と云う極めて興味深い指摘を與えられてゐるのである。³⁰⁾

古代中國や日本の刑罰史に於て、『公刑』は、『復讐』とは全く異なる所の刑罰の類型から導かれたのであつた。

註⁽³⁾ 瀧川政次郎、書評(法制史研究第二卷)一一〇頁以下。

(19) Weber, Religionssoziologie, S. 246.

(20) 令集解、神祇令「天神地祇條」尙、横田健一教授の「神々の發展と没落」(「人文科學論集」三號)と園田香融氏の「神祇令の祭祀」(「文學論集」第三卷第四號)には重要な指摘がある。

(21) 延喜式、神祇四、伊勢太神宮「神衣」

(22) Weber, Rechtssoziologie, S. 393.

(23) サリカ法典(久保正幡譯)第四十一章「自由人の殺害について」ミッタイス「ドイツ法制史概説」(世良晃志郎譯)一三六頁。尙、Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 47 ff. に多々の重要な指摘がある。

(24) Weber, Religionssoziologie, S. 244.

(25) 中田薫「古法と觸穢」(法制史論集、第三卷)一一〇六頁。

(26) 純粹に宗教的な意味の祓を固有刑法の基礎とする通説に強い疑問を示されたのが、瀧川幸辰「古事記ニ現ハレタル復讐ノ思想」で、瀧川博士は「成程古事記大祓等ニヨレバ犯罪ハ汚穢デ刑罰ハ汚穢ヲ祓ヒ淨ムモノデアルト謂フ考ガアツタノハ、疑フベクモナイガ、此事實ハ以テ直ニ上古ノ刑罰思想ニハ、復讐ノ分子ガナカッタト斷言シ能ハヌデアラウ。蓋シ宗教思想ハ一般ニ復讐ヲ緩和シ、就中佛教ニ於テ然リトセラレルコトデアアルガ、(註略) 建國ヲ去ルコト遠カラヌ時代ニ於テ、復讐ノ如キ本能的作用ガ、文化ノ力ニヨリ一掃セラレタモノトハ考ヘ得ナイカラデアアル。」と述べられている。尙博士が指摘された復讐は多くの場合皇位繼承と結びついていることを示しているが、この問題はフレイザーの所謂「寡頭政治の王制」(原始王制)の王位繼承の悲劇性と本質的關聯を有するものと考えられる。

(27) 高柳眞三「上古の罪と祓および刑」一六三頁。

(28) Weber, Rechtssoziologie, S. 391.

(29) 延暦二十年五月十四日の太政官符は、**神事**の關念に對する**特殊**の財産刑としての祓を規定している(「類聚三代格」卷一、科祓事)

(30) 小島祐馬「支那に於ける刑罰の起源に就いて」(「東方學報」第十二冊第二分)三四頁以下。

三

國津罪には、生膚斷死膚斷白人胡久美己母犯罪己子犯罪母與子犯罪子與母犯罪畜犯罪昆虫乃災高津神乃災高津鳥乃災畜仆志蠱物爲罪の十四罪が存する。このうち己母犯罪己子犯罪母與子犯罪子與母犯罪畜犯罪の五罪は、性的、タブーに關するものであつて、原始社會に於て重大な罪と意識されているものである。生膚斷死膚斷は、人の生體又は屍體の膚に疵をつけることであり、白人胡久美は何れも身體の疾患であり、昆虫乃災高津神乃災高津鳥乃災は、昆虫雷鳥類による災禍を示して居り、畜仆志蠱物爲罪は、黑魔術を意味するものと考えてよいであらう。これらの罪をみて、先ず感ずることは、天津罪のように共同體生活を積極的に侵害すると云う行爲が、國津罪には全く含まれていないと云

う點である。即ち、國津罪は、共同體の防衛を目的とするような『復讐』を喚起する惡意を意味するものではなくして、むしろ、國津罪に掲げられた罪そのもの存在と云うこと、或は共同體が犯罪者の存在を許容することが、共同體全體に神の怒を招くことになると考えられているものである。神の怒を犯罪者以外の共同體全體に招くものであると云う意味に於て、國津罪は、本質的に宗教的違反であり、神の怒を招く原因となる穢の直接的な表現であると斷ずることが出来る。從來の通説は、國津罪のなかに人の意志に基づく惡行とは異なる疾患や自然的現象が含まれていることに注目して、これらの罪は、人の意志と無關係に現われる所の凶事を意味するものであると解し、又、それ故に神に祈り神の力によつて祓い清めらるべき凶事に他ならないと解しているのである。併しながら、注意すべきは、宗教的違反によつて喚起された共同體の激烈な恐怖感情にとつては、宗教的違反の主觀的動機ではなくして客觀的結果のみが問題となるのであり、原始刑法に於ては、一般に責任への顧慮が缺如していると云うことである。即ち人の意志と無關係であるが故に直ちに神によつてのみ祓い清めらるべき凶事に結びつけられるのではなくして、宗教的違反は、むしろ、責任への顧慮を意識し得ない程の重大なる恐怖感情を共同體に惹起する違反であると云う點が重要なのである。共同體の『恐怖』感情は、その共同體の内部にある違反者が神の怒（『神の制裁』）を受取ることによつて、しずめられ、神の怒を回避し得たとするのであり、その點に於て『復讐』感情と本質的に異なるものである。

ウェーバーは、宗教的違反が『内部的』刑罰の第一の主要根據であると指摘しているが、そのことは、右述せるように、宗教的違反が惹起する共同體の『恐怖』感情は、その制裁の方向を共同體の内部の成員（違反者）に向けるものであると云う意味に於て、把握せられ得るであろう。而も眞に重要な點は、『内部的』刑罰は、本來無制約的な制裁であり絶対的な制裁であることを原則とし、従つて形式と規則と云うものを知らないものであり、『刑事手續』へ

の道を導くものではない、と云うことである。³¹⁾既に指摘したように、國津罪に對する制裁には、天津罪に對する解除のような呪術的な『刑事手續』が成立しないのであるが、その眞の理由は、國津罪と云う宗教的違反に對する制裁が、『内部的』刑罰であり無制約的制裁たる本質をもつと云う點に、求められるのではなからうか。

國津罪に對しては明確な制裁がみられない。否、むしろ、白人胡久美昆虫乃災高津神乃災高津鳥乃災の如き疾患や自然的現象の罪には既に、刑罰の結果が現われているのである。このような國津罪に現われている所の罪そのものが同時に刑の執行を現わすと云う思想は、その後次第に發達して、遂に罪を以て刑を表現する(ツミナフ、ツミナヘ)と云うわが固有刑法の基本觀念を形成するに至つたのである。國津罪に對する制裁が不明確であると云う點について、高柳博士は、國津罪を一人一己の罪咎とする鈴木重胤の見解を重視され、又、江口氏の「これらの罪(國津罪)は、遙かに天津罪に先行する最も原始的罪惡意識であつて、我が古代氏族と共に本土へ將來されて來たものも多からうかと考えられる」と云う見解を重視されて、「國津罪が海外から渡來したという想像の根據は不確かといえるにしても、これが原始的罪惡意識と考えられるということは、天津罪よりも舊いという意味で肯定できさうである。たしかに國津罪においては、罪の意識が未分化であり、その背後の社會關係が漠然とした感じを興えるが、天津罪においては罪の意識が統一され社會生活關係をある程度うかび上らせており、後代の罪へ直接つながるものがすでにできていることを示している。」と述べられているのである。³²⁾この問題を國津罪(宗教的違反)のうち最も重大なものと思われる性的タブーの違反について検討してみよう。原始刑法に關して實地調査をなしたマリノウスキーは、原始社會に於ては、一方では酋長に對する侮辱が「直ちに酋長の武裝した從者の一人に槍で突かれ」たり、或は敵對の部族から酋長を大聲で侮辱したものが平和回復後殺されたりすると云うように明確な制裁で反應されると云う事實が存すると同時に、

他方では、性的タブーの違反に對する制裁のように「集團的反動」と云うような明確な制裁によつて反應されないと云う事實が存することを指摘しているのである。³³⁾而して、先づ第一に注意すべきは、明確な制裁で反應される犯罪と反應されない犯罪とが、原始社會に於ては併存しているのであつて、必しも之を歴史的な先後の關係とすることができなると云う點である。第二に重要なことは、性的タブーの違反は、明確な制裁で反應されるものでないと云つても、併しながら、そのことは、直ちに神の力によつて破い清められると云う漠然とした社會關係にふさわしい制裁の反應を意味するものでは決してない、と云う點である。即ち、マリノウスキーが指摘しているように、性的タブーの違反者は、自殺せしめられるのが慣例であつたと云う事實を注意しなければならぬ。マリノウスキーは、性的タブーの違反者が、彼の戀敵によつて、全共同體の者が聞いている所で堪え得られぬ表現で公然と侮辱されてから自殺するに至る經過を、次のように描寫している。「これに對しては只一つの救濟方法があつた。ただ一つの逃避の手段がこの不幸な若者に殘されていた。翌朝彼は、祭りの盛裝と裝身具をつけ、椰子の木に上り椰子の葉の間から話しかけ、別れを告げ共同體の者に語つた。彼は彼の自棄的な行爲の理由を説明し、そして又彼を驅つて死に至らしめた男に對して非難を含んだ言葉を浴せた。そしてこの非難によつて彼の復讐をはかることが彼の氏族員の義務となつた。それから彼は慣習によつて大聲で號泣し、凡そ六十呎の高さの椰子の木から身を躍らせその場で死んだ。それから村落ではそれに續いて争が起り、その争でかの戀敵が傷けられた。そして喧嘩は葬式の間中繰り返されたのであつた。」³⁴⁾(傍點筆者)極めて興味深いのは、性的タブーの違反者が、祭りの盛裝と裝身具をつけて自殺したと云うことである。この事實は、正に、宗教的違反(性的タブーの違反)に對しては、共同體は違反者自身が神の怒(「神の制裁」)を受取ることを期待したと云うことを示しているのである。即ち性的タブーの違反者は、「集團的反動」と云う如き明確な制裁を受けるのでは

なくして、むしろ、違反者自身が自己に對して『神の制裁』を執行するのであり、『神の制裁』の結果を表示するのである。かくして、性的タブーの違反も、罪そのものに於て刑の執行の結果を表示しなければならないと云う必然性を有している點では、疾患や災禍の罪と異らないのであるが、而もそのような罪と刑の同一性こそ、根本的には、『神の制裁』の觀念、即ち違反者自身が『神の制裁』を自己に對して執行しその結果を表示しなければならぬと云う觀念に基づいているのである。共同體は違反者自身が『神の制裁』を自らに執行することを期待するが、かかる期待は明確な制裁とは本質的に異なる所の『内部的』刑罰の一の原型を示している、と斷ずることができるであらう。而して又、違反者自身が『神の制裁』の結果を現わすことに對する期待——違反者自身が『神の制裁』を受けると云う必然性は、『内部的』刑罰の無制約的制裁たる性格を最もよく示しているのである。

わが固有刑法では刑を執行することをツミナフと云いツミそのもので刑も亦表示せんとする傾向が存するが、この問題について、牧博士は、「我が國語として讀法の場合は、刑に當る固有の國語なきが故に、刑を常にツミと云わざるを得なかつたのである」とせられるのに對し、³⁵⁾高柳博士は、「刑にあたる固有の國語がなかつたのではなく、ツミと云う國語が罪でもあればまた刑でもあつたと解すべきであらう」と述べて居られる。³⁶⁾何れも重要な指示であるが、併しながら、根本的には、右述せるように、ツミを以て刑を現わすと云うような刑罰こそ、むしろ、違反者自身をして『神の制裁』を受けしめると云う『神の制裁』の觀念に基づく『内部的』刑罰の原型を示しているものに他ならぬのである。

然るに眞に重要な點は、ウェーバーも指摘しているように、宗教的違反が『内部的』刑罰の第一の主要根據であるのに對し、その第二の主要根據は、軍事的違反にその系譜を有する所の政治的違反である、と云うことである。³⁷⁾わ

が固有刑法に於て、政治的違反に對する誅伐の誅をツミナフと訓んでいるのは、宗教的違反に對する制裁としての『内部的』刑罰が、政治的違反に對する制裁としても行使され始めたことを示すものであり、それと同時に又、『内部的』刑罰が、固有刑法の基本的體系を形成し、『公刑』へと發展する可能性を獲得するに至つたことを示すものである。

古事記日本書紀に於ける上代史の罪の記述をみるに、軍事的違反政治的違反が多く、一般的犯罪に關する記述は極めて少く、特に神武天皇より應神天皇に至る時代までは皆無に近いと云う事實は、『内部的』刑罰の第二の主要起源としての政治的違反が極めて重視されていたことを物語るものである。例えば、日本書紀景行天皇十八年の條には、『夏四月壬戌朔甲子、熊縣クマノシガタに到ります。其の處に熊津彦といふ者兄弟二人有り。天皇先づ兄熊を徵さしむ、則ち使に從ひて詣りたり。因りて弟熊を徵す、來ず、故れ兵を遣して誅はしむ。』とあり、又、仲哀天皇元年閏十一月の條には、『天皇是に蒲見別王の先王に禮無きことを惡みたまひて、乃ち兵卒を遣したまひて誅さしめたまふ。蒲見別王は則ち天皇の異母弟なり。時人曰く、父は是れ天なり。兄は亦君なり。其の天を慢りて君に違いなば、何ぞ誅に免ることを得むや。』とあるのであるが、かかる資料について考察するならば、叛逆者に對する制裁が、罪そのものを以て刑を表現する（罪と刑の同一性）と云う『神の制裁』の觀念に基づく宗教的違反に對する制裁より由來する『内部的』刑罰によつて、執行されていると云う事實を、把握することができるのである。而もかかる誅伐——誅なはしむと云う『内部的』刑罰の執行に於ては、刑罰は直ちに行われるのが原則であると云う點に注意しなければならぬのであつて、そこには『刑事手續』への道が成立せしめられていないのである。重大なる軍事的違反や政治的違反に對しては、右に述べたように、誅伐は直ちに執行されるのであつて、それは、云うまでもなく、『内部的』刑罰の無制

約的制裁たる性格を現わしているのである。

中田博士が「祓禊を棄てて刑罰のみを科するの傾向」としてあげられた仁徳天皇四十年の條の事例に關して、日本書紀では死刑を死罪と表現しているが、古事記では、『夫の奴や、己が君の御手に纏かせる玉釧を、膚も焔けきに剃ぎ持ち來て、己が妻に與へたることとのりたまひて、乃ち死刑に給ひたまひき』となつていて、死刑は明かにコロスツミであるのであり、この事實は、『公刑』としての『内部的』刑罰の確立を示すものである、と云い得るであろう。

扱、古代中國の刑罰の類型は、その最も完成した體系を示している唐律によつて理解し得るように、『公刑』としての『内部的』刑罰の極めて發達した形態を現わしているのである。唐律は、『一曰謀反、二曰謀大逆、三曰謀叛、四曰惡逆、五曰不道、六曰大不敬、七曰不孝、八曰不睦、九曰不義、十曰内亂』を十惡として掲げているが、一般的犯罪に對する關心が極めて稀薄であるのに比して、謀反謀大逆謀叛が冒頭にあるのをみても理解し得るように、政治的違反が最も重視せられているのである。³⁸⁾ このような古代中國の刑罰體系の影響は、固有刑法の『内部的』刑罰が『公刑』として確立する方向を、一層促進したに相違ない。然るに眞に重要な點は、養老律をみると、古代中國の刑罰である笞刑杖刑徒刑流刑死刑の五刑が、笞罪杖罪徒罪流罪死罪の五罪として繼受されていて、やはり罪で以て刑を現わすと云う思想をとどめていると云うことである。この事實は、養老律の五罪が、唐律の五刑の如く、傳統化した『内部的』刑罰として完成せしめられないで、むしろ『神の制裁』の觀念に基づく宗教的違反に對する制裁としての、『内部的』刑罰の性格を、未だ濃厚に残していることを物語つていたのである。

註(四) Weber, Rechtssoziologie, S. 393.

(四) 高柳真三「上古の罪と祓および刑」七五頁。

- (33) マリノウスキ「未開社會に於ける犯罪と習慣」八五頁以下。
- (34) マリノウスキ、同書、八四頁。
- (35) 牧健二「固有刑法の基本觀念」〔法學論叢〕四六卷六號)一・二頁。
- (36) 高柳眞三、同書、二七七頁。
- (37) Weber, a. a. O., S. 393.
- (38) この點について、大唐六典には、謀反を「謂謀危社稷」となし、謀大逆を「謂謀毀宗廟山陵及官闕」謀叛を「謂背國從僞」となしている。

四

既に指摘したように、小島祐馬博士の「支那に於ける刑罰の起源に就いて」と云う論文は、天津罪國津罪を直接取扱つた研究ではないけれども（ふれられた箇所はある）、東洋の古代社會の刑罰史に關する幾多の重要な問題を提起して居られるのであり、わが固有刑法が律へと發展する歴史を考察する場合にも、看過することのできない所の貴重な指示を與えられた研究である。小島博士は、先ず中國に於ける刑罰の起源が一元的ではなくして二元的であると指摘せられ、それは即ち族外制裁と族内制裁であるとして、「概言すれば上に擧げたる生命刑身體刑は本來は族外制裁に起因するものであり、自由刑財産刑は本來は族内制裁から來たものである」と述べて居られる³⁹⁾。而して博士の指摘によれば、中國に於ける刑罰の一部が族外制裁に由來すると云うことの理由は、第一に「兵刑の關係の極めて密接なる」刑罰の類型が存在したと云うこと、第二にそのような刑罰の類型には宗教的意義が強く含まれており、『尙書』の皋陶謨に『天討有罪、五刑五用哉』とあるように、天意を受けて刑を用うと云う如き討伐の對象は、所謂犯罪人ではなくして、むしろ異族として考察しなければならぬと云うこと、に求められている。而して、更に、「支那に於

いては他部族や他種族に對する制裁は必しも復讐に限らない。他部族や他種族の不正——それは必しも不正でなくとも不正を名とする場合のあることは後世と變りはない——に對して制裁を加ふる場合であれば、これはすべて刑罰の淵源となる。蓋し他部族や他種族の不正を討伐することは彼等自身の奉ずる神の命する所であるからである。これ兵刑の不分なる所以である。而して支那古代の刑罰の殘忍性といふこともこの外族に對する制裁に由來してゐるのであつて、極貧浮浪の徒に對して財産刑の到底無効なるところに發源する威嚇刑ではない。……且一般の見解に従へば私的なる賠償が漸次公的なる罰金刑に變じたのであつて、これは固より國家組織の整備、國家權力の確立といふやうなことによつて説明されるのであるが、しかし支那古代の事實に就いて私の觀た如く、宗教的意義に於ける討伐、宗教的意義に於ける追放・贖罪から後世の刑罰を導き來るならば、權力の主體が宗教的なるものから政治的なるものへ移轉するのみで、公的なるものが依然公的なるものとして繼承せられ、其の間いかにも自然的な推移が看取せられるのである。」と述べられて、古代中國の刑罰史に於ける族外制裁より、『公刑』への發展を指摘し、復讐より『公刑』への發展の可能性を否定して居られるのである。⁴⁰そこには古代中國の刑罰史の特殊性に關する深き洞察が示されているのであるが、併しながら、博士が族外制裁として把握された刑罰類型が果して眞の意味の族外制裁であるかと云う點に、根本的な問題が存するのである。即ち、單に異族に對する制裁と云うのであるならば、それが『公刑』へと發展するに従い、氏族を超える所のイムペリウムの確立のもとに於ける刑罰體系を形成し、一定の形式と規則によつて拘束されると云う傾向を生じなければならぬ筈であるが、博士の所謂族外制裁は、一定の形式と規則によつて拘束されない所の宗教的意義（呪術とは決定的に異なる）を有することをその本質とするのであり、而もかかる宗教的意義は『刑事手續』への道の確立によつて克服されるのではなくして、むしろ、そのまま極めて自然的に『公

刑』へと傳えられて行くことと注意しなければならぬ。かくして博士が族外制裁の特色を示すものとして挙げられた兵刑未分離にして宗教的意義を有する刑罰の性格は、却つて『復讐』とは本質的に異なる所の刑罰の類型を示すものではなからうか。博士は異族の討伐に神に代つて神の意志を遂行する意義の存することを、『尙書』の諸篇の次の如き資料によつて示されている。

有扈氏威侮五行。怠棄三正。天用剿絕其命。今豫維共行天之罰。甘誓

非臺小子敢行稱亂。有夏多罪。天命殛之。……爾尙輔豫一人。致天之罰。湯誓

今殷王紂。纒婦人言是用。自棄厥先祖肆祀不答。……今豫發維共行天之罰。牧誓

併しながら、ここには、異族に對する制裁と云つても、自己の氏族に對する異族の侵害行爲が問題とされているのではなくして、『天之罰』を喚起するよう、不正について重大な關心がはらわれているのである。而もそのような不正をなした違反者への制裁は、『致天之罰』とあるように『天之罰』（『神の制裁』）をもたらずと云う意味の制裁であつて、氏族共同體の防衛と云う目的は、少しも現われていないのである。之を以てみるならば、かかる不正こそ、『内部的』刑罰の主要起源たる宗教的違反軍事的違反政治的違反と同じ意味の違反に他ならないと考えられるのであり、従つて又それに對する制裁は、單なる族外制裁と云うよりも、『神の制裁』の觀念に基づく『内部的』刑罰であると考察し得るであらう。

次に、博士は古代中國の刑罰の殘忍性、と云う特色を指摘され、その理由を族外制裁よりの由來に求められている。併しながら、族外制裁に歸因する殘忍性であるならば、『公刑』への發展に伴い、他の刑罰の適用によつて緩和されなければならぬのであるが、古代中國の刑罰の歴史に於ては、追放刑や贖刑が、必しも五虐の刑に交替し得るもの

でなく、むしろ追放刑や贖刑と共に五虐の刑が、そのまま併存したと云う點に注意しなければならぬ。博士は、この事實を、外族に對しては慘酷なる生命刑身體刑を適用し、族内の者には追放刑や贖刑を適用したとして、族外制裁、族内制裁の二元性により把握せられている。併しながら、『公刑』の體系が確立するにつれて、博士自身も指摘せられていたように、族外制裁族内制裁の兩者は混用せられるに至る筈であり、従つて單にその由來を異にすると云う説明では、五虐の刑が『公刑』の體系に於て必しも緩和されていないと云う傾向を解決することは、著しく困難である。古代中國の刑罰の殘忍性の問題を、族外制裁ではなくして、本來無制約的制裁たることをその本質とする『内部的』刑罰特有の性格に基づくものであると解するならば、それが『公刑』への發展過程に於て何故に消滅せずして追放刑や贖刑と併存し得たかと云う理由を、理解することができらるであらう。而して又、『復讐』の類型から『公刑』が發展するのではなくして、刑罰に於ける宗教的意義が、「後の刑罰に公法的な根據を與える」ことになつたと云うことは、却つて『内部的』刑罰の類型から『公刑』が發展したと云うことを意味するものである、と云い得るであらう。

他方、小島博士は、追放刑贖刑が族内制裁であることを指摘され、特に追放は同部族の重大犯罪に對する制裁であることを、『尙書』堯典のなかの四凶を流放する傳説（流共工于幽州。放糞兜于崇山。竄三苗于三危。殛鯀于羽山。四罪而天下咸服。）について指示されている。即ちここに示された違反者が何れも「堯舜と同部族の者たること疑ない」と云うことによつて、之は族内制裁たることを實證するものであるとせられてゐる。併しながら、博士自身の指摘される如く、これらの人々はすべて洪水傳説に關係のある人物であり、共工の如きは、治水に失敗した人とも云われていたのである。かかる點を考察するならば、これらの人々の違反には、『天之罰』を喚起するような不正ではなくして、共同體的生活の最も重大なる關心の對象である治水に關する罪が含まれてゐると解することができるのではない

かろうか。従つてこの場合の追放刑は、單に族内制裁を意味すると云うよりも、むしろ、共同體の防衛を目的とする共同體的制裁（『復讐』の類型と密接に關係する制裁）を意味するものと云い得るのではなからうか。

尙、古代中國の刑罰體系に一大特色を與えた自由刑について、博士は、「なほ徒刑や禁錮は追放の刑と同じく自由刑であつて、此等は追放の刑から變化したものであらうと思ふ。追放の刑は犯人を終身その社會から隔離するのであるが、徒刑禁錮は或る一定の期間だけ之を隔離し、若し犯人が過を改め善に遷つた場合には之をもとの社會に復歸せしむることを本旨とするのであつて、之に勞務を課するや否やは元來第一義的のものではない。従つて支那古代の刑事思想に於いては徒刑に處せられたものに對し教育を施すことさへ考へてゐる」と述べられ、更に次の如き資料を擧げられている。⁴¹⁾

〔『周禮』の大司寇の規定〕

以圜土聚教罷民。凡害人者。竄之圜土而施職事焉。以明刑恥之。反于中國。不齒三年。其不能改而出圜土者殺。

〔司圜の職の規定〕

司圜掌收教罷民。凡害人者弗使冠飾。而加明刑焉。任之以事而收教之。能改者上罪三年而舍。中罪二年而舍。下罪一年而舍。其不能改而出圜土者殺。雖出三年不齒。凡圜土之刑人也不虧體。其罪人也不虧財。

この資料は、ヨーロッパでは十六世紀以後に現われた自由刑が、古代中國に於て（紀元前三世紀の頃には既に勞役刑が等級的に組織された）成立していることを示し、而もその自由刑に既に教化目的（教育刑主義・特別豫防主義）が含まれていることを示すものである、と云われている。併しながら、眞に注意すべきは、右に示された『明刑恥之』と云う古代中國の自由刑の教化が、果して近代の教育刑への萌芽を示すものであるかどうかと云う點である。即ち、

『凡害人者』と云うような政治的違反者ではない所の一般的な犯罪を犯したものは、牢獄に入れられて教化されるわけであるが、教化の眞實の意義は、牢獄に於て職事を施し、『以明刑恥之』と云う點にあつたのである。『施職事』と云うことは、『明刑恥之』の爲の根本的な手段であると云う意味に於て教化と本質的に結びついているのであり、小島博士が「之に勞務を課するや否やは元來第一義的のものではない」とされたのは、必しも正當ではない。而も『施職事』と云うのは、單に勞務を科すると云うに盡きずして、事實的には、むしろ奴隸的勞働を科すると云う意味であつたのであり、後の唐律疏議には明かに『徒は奴なり蓋し之を奴辱するなり』と註されていて、奴隸的勞働を科することによつて、その名譽を奪ひ、『以明刑恥之』と云う教化を行うと云う意味が、確立されているのである。之を要するに、奴隸的勞働を科することによつて『明刑恥之』と云うことは、身分的秩序の嚴格さを知らしめることによつて苦痛を與えるのであり、身分的差別を教化することに他ならないのである。そこには、『凡害人者』と云うような一般の犯罪の違反者が、共同體的制裁を受けるのではなくして、身分的差別の未教育者として把握されて、身分的秩序の制裁を受けると云う傾向が現われている。従つて、博士の指摘された追放刑から自由刑への變化の過程は、却つて共同體的制裁が身分的秩序の制裁によつて克服される過程であり、共同體的秩序の違反が身分的秩序の違反として把握される過程である、と云い得るであらう。而も、『其不能改而出園土者殺』とあるように、脱獄者を罰するに死刑を以てすると云うのは、古代中國の自由刑を教育刑或は族内制裁とする立場では到底解決することのできない問題を含んでいるのであつて、之を身分的差別の教化を目的とする自由刑と考察することによつてのみ、この問題を把握することができるのである。即ち、脱獄すると云う行爲は、單に教育を拒否すると云うのではなくして、身分的秩序の制裁に違反することとなるのであり、そのこと自體が本格的な政治的違反を構成することとなるのである。脱獄者を罰

するに死刑を以てすると云うのは、脱獄の行爲が政治的違反を意味するものとなると云うことを考察することによつてのみ解決することができるのである。

かくして、古代中國の刑罰體系に於ける自由刑の盛行は、むしろ、一般的犯罪に對する制裁に『内部的』刑罰が滲透したことを物語るものであり、それ故、本質的に肉刑に交替すると云う性格を有するものではなく、「肉刑と並行して行はれ來つたもの」であつて、肉刑と共に、『内部的』刑罰の體系に包攝せられているものである、と考えることができるのである。

唐律を繼受したわが養老律も、云うまでもなく『内部的』刑罰の類型をその刑罰體系の根本としたのであつて、必然的に律の刑罰が流徒杖に集中する傾向が存したのである。特に盜犯に對しては、弘仁十三年二月七日太政官符に、『弘仁九年宣旨稱。犯盜之人。不論輕重。皆配役所者。使等偏執此旨。未定年限。罪無輕重。命終役所。』とあるように、輕重の別なく終身配役せしめると云うのは、單なる教育刑では解決することのできない問題を示しているのである。⁴²⁾即ちそのことは、犯人が社會人として更生することを企圖する教化では決してなく、犯人を牢獄や配所に於て終身奴隸的勞働に服さしめ身分的秩序の嚴格さを自覺させ身分的差別を教化し、つづけることを意味するのである。この規定は同十三年には改められているが、併しながら、前過を悔いざる者や凶惡の者に對しては、『終身配役不可_二放免_一』とある如く、『終身配役』の原則が貫徹されているのであつて、之を以てしても、徒刑が、奴隸的勞働を科して終身身分的差別を教化する自由刑に他ならなかつたことを理解し得るであらう。唐律を繼受したわが古代國家の刑罰體系に於ても、一般的犯罪に對する制裁に、『内部的』刑罰が強く滲透して行つた事實を指摘することができるのである。

このような唐律や養老律の傾向に對して、ローマ古法(十二表法)やゲルマン部族法は、決定的に對立する。十二表法の第八表『不法行爲について』の第十二條には、『夜陰の盗人は之を殺すも適法たるべし』との規定あり、又、第十四條には、『現行盗は自由人なれば之を杖打し而してアツデクテオーに依り被害者に附與す 奴隸なれば杖打し而してタルペーユス巖より投下すべし 然れども未成熟者は保安官の酌量に依り杖打し而して損害賠償を命ずべし』との規定が存するが、盗犯に對する刑罰は嚴格を極めている。⁴³⁾又、ゲルマン部族法については、ミッターイスが指摘するように、夜間の重窃盗は、犯行が祕密に行われたと云うこと、即ち被害者が無防備であつたと云うことにより、嚴刑に處せられたのである。尙ゲルマン法に於ては、中世になつても窃盗の方が公然たる掠奪よりも重罪であつたのである。⁴⁴⁾この事實は、ローマ古法やゲルマン部族法の刑罰に、共同體の防衛の目的が強く現われていることを示すものであり、従つてその刑罰が『復讐』の類型に屬することを示すものである、と云い得るであらう。

わが養老律に於て、一般的犯罪特に盗犯に對し、ローマ古法、ゲルマン部族法の如き嚴刑を用いることがなかつたと云う事實は、或は佛敎の影響による寛刑採用主義の一環として、或はわが民族性の溫和さを示すものとして、考察せられてゐる。併しながら、根本的には右述せるように、一般的犯罪をも、身分的秩序の違反として把握せんとする、『内部的』刑罰としての律の本質より、かかる傾向が必然的に導かれたのである、と解すべきであらう。

註³⁹⁾ 小島祐馬「支那に於ける刑罰の起源に就いて」(『東方學報』第十二册第二分)十二頁。

⁴⁰⁾ 小島祐馬、同書、三五頁。

⁴¹⁾ 小島祐馬同書、二七頁。尙、古代中國の洪水説話については出石誠彦「支那神話傳説の研究」に重要な指摘がある。

⁴²⁾ 類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事、弘仁十三年二月旨太政官符、應定罪人配役年限事、尙牧博士は、徒は我國では『身使ふ罪』であつたことを指摘され「畿内では京に送つて路橋を作り官城附近を掃除する等の如き雜役に使用し、地方では其地方の

官役に駆使する。婦人は裁縫又は米春を爲さしめる」と述べて居られる。(「日本法制史論」四四四頁)

(43) 末松謙澄「十二表法全文譯註」(「ウルピアアヌス羅馬法範」所收)

W. Kunkel, Römische Rechtsgeschichte, S. 18 ff.

(44) ミッタイス「ドイツ法制史概説」四七頁。

五

古代日本の刑罰の歴史は、以上述べた點よりして明白であるように、國津罪に於て始元的に示された『内部的』刑罰の類型が、その後次第に發達し、中國法を繼受することによつて、『内部的』刑罰の組織的體系としての大寶律養老律を完成するに至つたものである。

然るに中世の初期武家法に於ては、牧博士の指示される如く、所領の沒收(財産刑)が刑罰體系の根本となつていたのであつて、流刑徒刑を重視した律の體系との鋭い對立を示しているのである。⁴⁵⁾この問題は云うまでもなく單に固有法の復活としてのみ概括せらるべきでない。

むしろ、初期武家法(御成敗式目)の刑罰體系は、天津罪に於て萌芽的に現われた共同體の防衛を目的とする『復讐』の類型の刑罰體系が、『内部的』刑罰としての律の體系を、打ち破り、それを根本的に克服することによつて發展してきたものである、と云い得るのであろう。初期武家法に於て、夜討強盜山賊海賊に對し大なる關心が拂われていると云うことは、天津罪に於て始元的に現われた共同體の防衛の思想が、身分的差別の教化の思想を否定して、刑罰の基本的な目的として確立せしめられたことを意味するものである、と斷することができる。

註(45) 牧健二「初期武家法に於ける所領沒收の制度」(「歴史と地理」第二十三卷第一號)四九頁。