

DISCUSSION PAPER SERIES

Centre for New European Research

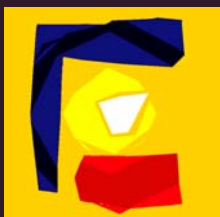
21st Century COE Programme, Hitotsubashi University

019

「公的刑法の誕生」と刑事法における和解
—近年のヨーロッパ中世刑事法史研究動向を手がかりとして—

藤本幸二

October 2005



<http://cner.law.hit-u.ac.jp>

Copyright Notice

Digital copies of this work may be made and distributed provided no charge is made and no alteration is made to the content. Reproduction in any other format with the exception of a single copy for private study requires the written permission of the author.

All enquiries to cs00350@srv.cc.hit-u.ac.jp

「公的刑法の誕生」と刑事法における和解

—近年のヨーロッパ中世刑事法史研究動向を手がかりとして—

藤本幸二

一橋大学大学院博士後期課程

はじめに

2005年1月28日、一橋大学21世紀COEプログラム主宰の講演会が藤木久志立教大学名誉教授を招いて開催された。そこでは、「戦国の作法—日本中世村落の紛争と和解」とタイトルが付された講演と、講演内容をめぐる活発なディスカッションが行われた¹。そこで大きな関心をもって展開された議論においては、日本中世村落の紛争において発揮された暴力性と、それを抑えるかたちで拡大した、秀吉の刀狩令に代表される紛争への公的権力の介入²という2点がその中心に据えられていた。

私的紛争—それが個人間のものであれ共同体間のものであれ—によって惹起される公共の秩序に対するリスクを、公的権力が、いつごろからどのようにマネージメントしていったのかという問題には、対象とする文化の如何を問わず、「衝突と和解」を歴史的に考察していく上では高い重要性を認めることができるだろう。そして従来、この問題に対して極めて説得的で、かつ汎用性の高い理論を形成してきたと考えられてきたのが、中世ヨーロッパ、特にドイツ（神聖ローマ帝国）における刑事法の公化、もしくは「公的刑法の成立」のプロセスをめぐる研究領域であった。その具体的な内容については後述するが、しかしこうした従来支配的だった理論に対して、近年、ドイツ・バイエルン地方を中心として形成された多数の法制史学者・歴史学者、そして刑法学者が参加する研究プロジェクト³において、修正の必要性を表面化させるようないくつかの研究結果が報告され始めた。このことにより、おそらくヨーロッパ中世刑事法研究は新しい局面を迎えることとなり、ヨーロッパにおける「衝突と和解」、あるいはその解決プロセスの公化という問題にも少なからぬ影響が及ぼされるものと推測される。本報告では、このプロジェクトにおいて展開された「公的刑法の成立」問題の再構成をめぐる議論について紹介し、そこで提示された示唆を背景として刑事法における和解を歴史的に分析する意義について取り上げ、今後の「刑事法における和解」に関する研究に求められる方向性を模索していきたい。

1. ヨーロッパ刑事法史研究における「公的刑法の誕生」をめぐる支配的理論

「はじめに」においても触れたように、従来、「公的刑法の成立」あるいは刑事法の公化という問題については、これまでのヨーロッパ刑事法史研究によって比較的信頼度が高く、また汎用性にも富んだ理論が構成されてきたと考えられてきた。

従来の理論の全体像はおおよそ以下のようなものである。

通常の犯罪事件の解決にまったく公権力が関与せず、ただ被害者およびその親族の自力救済（フェーデ・血讐、あるいは贖罪金の支払による和解契約）に委ねられていた古代ゲルマン社会は、中世ヨーロッパにおいて封建主義をベースにした身分社会が成立したのちもその暴力性を減じられることはなかった。農民が武装権を失うことで、フェーデを行う権利は実質的には身分社会における支配階級にして武装権者でもある貴族や騎士に限定されたのであるが、しかし、騎士たち（および都市共同体）が復讐に限定されず権利侵害一般に対して自力救済を行うことを許したいいわゆる騎士フェーデは、単に闘争の対象となる他の騎士あるいは都市のみならず、その騎士／都市の支配下におかれたすべてのものを「敵」とみなした攻撃を伴うものであり、そこには必然的に悲惨な結果がついて回っていた。

こうした状況を打開するために、フェーデの制限を目指した神の平和およびラント平和と呼ばれる運動が始まる⁴。それは、ついには12世紀から13世紀にかけて、すべてのフェーデ、すべての復讐を禁止し、私人（共同体も含む）の手から自力救済権を完全に失わせることを目的とするものとなった。その一方で、暴力によらない紛争の私的解決システムすなわち「贖罪金の支払による和解契約」についても変化がもたらされた。贖罪金は、「復讐の感情をいわば買い取る意味をもって」⁵おり、当事者は贖罪金の支払を前提として和解契約を結ぶことができた。この、刑罰に贖罪金が代替する「和解の体系」に代わるものとして、生命刑・身体刑をその中心においた、いわば「苦痛の体系」とでも呼ぶべきものが想定されるようになった。苦痛刑法は、前述したラント平和運動の発展に付随してもたらされたものである。本来、フェーデおよび血讐の禁止をその目的していたラント平和令は、13世紀に入ると、現実の犯罪の処罰をその主題の一つとするようになり、しばしば刑事立法的な条項を付加されるに至った。そしてそうした刑事立法的条項は、復讐法原則の排除というラント平和令の基本的スタンスに基づき、「贖罪の体系」ではなく「苦痛の体系」に従うものとして規定されていたのである。

苦痛刑法の導入は、当初はフェーデに代表される私的復讐を、公的権力によ

る同害報復刑**Talionsstrafen**によって代替するという方向性において開始された。もちろん同害報復刑もまた「目には目を」式の復讐思想に根ざしていることは言うまでもないことではあり、その点に関してはさしたる変化がもたらされたわけではないのだが、しかしその一方で刑法発展の重大なテーマである自力救済権の抑圧という部分においては一つのターニングポイントともいえるべき重要性を有している。それはすなわちタリオを行なう主体の転換であり、公権力は、不法行為に対して行なわれるべき復讐を被害者たる私人になり代わって遂行することを保証することによって、私人をしてその救済を委任せしむことに成功したのである。⁶

こうした同害報復刑は、威嚇思想や、犯罪者の排除による治安の維持という考え方にに基づき、例えば「窃盗犯は絞首される」（ザクセンシュピーゲル第二巻13§1）といった、現代的な視点から見れば犯罪と刑罰の均衡を著しく欠いているような苦痛刑法へと変化していきながら、ラント平和運動の高まりとともにその勢力範囲を広げ、永久ラント平和令が出されるに至った15世紀末においては「贖罪の体系」の残滓は軽微な秩序違反事件に適用される罰金刑（現代におけるそれとは少々意味合いを異にしていたものの）の中に見いだされるに過ぎなくなった⁷。ラント平和令下での身体刑は、従来のものとは異なりもはや金銭で「買い戻す」ことはできなかった⁸。このような変化がなぜ行われたのかという疑問に対して、通説は次の3つの回答を用意している。「拡張理論」と呼ばれる一つ目は、古代、現行犯に対して例外的に科せられていた身体刑が全体へと拡張されたとする⁹。二つ目の「宣誓違反理論」においては、ラント平和令はその遵守の宣誓を理論的な前提条件としており、そこで犯された違法行為は、古代より身体刑その他の公的な刑罰によって処罰されてきた宣誓違反行為に該当するとみなされた、とされる¹⁰。最後の「平準化理論」においては、奴隷に対して科せられていた処分が自由人にも拡張されたとされる¹¹。いずれの理論を採るにしても、刑法が、成立しつつあった「公」という空間認識の発達¹²を背景に、「苦痛の体系」による公化を成し遂げたといえるだろう。

こうした、いわば実体刑法の領域における変化とともに、刑事手続についても革新がもたらされた。「和解の体系」においても、犯罪の加害者側と被害者側は、契約を締結することにより紛争解決を訴訟の場に求めることもできたが、しかしそこで用いられていた訴訟手続は、宣誓・決闘・神判といった証明手段の存在ひとつをとってみても、決して公的な紛争解決制度と呼べるようなものではなかった。そうした性格は、中世に、いわゆる親告訴手続—訴訟のイニシアティブが私人たる被害者に握られ、その提訴を待ってはじめて犯罪訴追手続が開始される訴訟手続—が成立した後もさほど変わるものではなかった。そこにおいても、犯罪行為はあくまでも私人間の不法状態として認識されていた

のである。14 世紀に見られる「風評訴訟Leumundsverfahrens」と呼ばれる手続様式は、古来の現行犯に対する手続が拡大したものと考えられているが、ここでは私人としての原告はいまだ存在していたものの、訴えの提起に特別な行為の存在は必要とされず、原告は七名の共同宣誓人とともに、被告人の悪しき評判、すなわち社会的・一般的危険性を宣誓すればそれで事足りた。一部の都市はこれをさらに進め、公の起訴官庁を設置し、犯人逮捕・犯罪の捜査を職権によって行なわせしむ手続を導入するものも現れた。これはドイツ的糾問訴訟手続とでも呼ばれるべきもので、継受以降に発展したものと区別されねばならない。ここに継受されたローマ=イタリア法的な要素が加わることにより 1532 年に制定されたカロリーナ刑事法典において「糾問訴訟」と呼ばれる、職権による犯罪訴追と手続の進行が定められた訴訟制度が成立したのである¹³。これはまた、公的刑事手続の成立をも意味している。

ドイツ中世刑事法史における公的刑法（あるいは刑事手続）の成立は以上のように説明されてきた。

2. プロジェクト内個別研究領域における問題の再構成

しかし他方で、こうした理論が果たして広く妥当性を持つのかどうかという点について言及する研究も近年見られるようになっていた。中世後期にはフェーデはかえって増加しているという事実、あるいは同時代に重大犯罪における和解契約についての記述が稀ではないこと。ここから「刑法史研究は主として刑法解釈学的に思考していたために、ルードルフ・ヒスRudolf Hisの『ドイツ中世の刑法』*Das strafrecht in deutschen Mittelalter*というスタンダード・ワークにもまだ読み取れるように、近代の刑法体系を過去に投影していた」¹⁴という反省がもたらされた。

Willoweitが中心となり、1992 年のドイツ学術振興会の理事会での決定を受け 1993 年 10 月 1 日に開始された研究プロジェクトは、こうした反省に基づき、ひとつの仮説を立てその立証を試みることで従来の支配的理論の妥当性を再考察することを目標としていた。「刑法は、紛争解決の手段のうちのひとつとして考えることができる」。このテーゼを立証するためには公的刑法の成立がどのようにしてなされたのかという問題と、中世末期に加害者被害者間の和解メカニズムが置かれていた位置づけとについて考慮がなされねばならない。そのためにプロジェクトにはドイツ内外を問わず多数の法制史学者・歴史学者、そして刑法学者が参加するものとされた。それぞれが個別の部分プロジェクトに所属し、研究を進めていく一方で 1995 年にはヴェルツブルグにおいて公的刑法の成立に焦点を当てたシンポジウムが開かれ、各個別プロジェクトの中間報告や、相

互比較による検討などが行われた。その、シンポジウム及び一定の結論に達した個別研究の成果は 1999 年にベラーウ書店によって公刊され、その後も「シンポジウムと統合」*Symposien und Synthesen*の部と「事例研究」*Fallstudien*の部の二つの部が継続して出版されている。ここではその第一部「公的刑法の成立」*Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts*とタイトルが付された一に現された研究成果¹⁵のうち、ドイツ中世刑事法史を考える上で特に重要であると思われるいくつかの論文をもとに、刑事法の公化という問題が現時点でどのように理解され、今後どのように再構成されていくべきであると捉えられているかという点について見て行きたいと思う¹⁶。

Rolf Sprandelによる「中世後期刑法の現実における諸課題」*Neuralgische Punkte in der Strafrechtswirklichkeit des Spätmittelalters*¹⁷は、当該時期のドイツ刑法について今後さらに考慮されねばならない課題を四つ提示している。

まず一つ目に挙げられているのは、中世後期においても、実際に刑罰権が行使される中で既に一これまでの通説では一時代遅れとなっているはずの古い制度や刑罰様式がいまだに認められるという問題である。Sprandelはその例として、アハト刑*Acht*、復讐断念契約*Urfehde*、現行犯*handhafte Tat*に対する手続、隣人による犯人追跡*Nacheile*そして決闘裁判を挙げている。これらは古代から中世初期にかけてのゲルマンやフランク王国時代の刑事法を特徴づけるものとされることが多いが、例えば 16 世紀、1532 年に帝国法として公布されたカロリーナ刑事法典においても追放刑¹⁸や復讐断念契約¹⁹、現行犯に対する特別な扱いや犯人の追跡²⁰についての規定が散見されるように、いまだその存在は一帝国法の中に取り入れられるほど一重要性を備えたものであったと考えられる。

次に、近代的な刑事法が、下位身分に対する刑法から発生したのではないかという問題がある。シュミットの平準化理論もそのひとつであるが、それがなぜ、どのようにして実現していったのかという点については明らかにされていることはあまりない。ただし、刑事裁判において身分の問題を調整する試みは、都市において見られはじめたのが最初であると考えられる。

また、宗教的な刑法と世俗におけるそれとの分化プロセスという難しい問題もある。しかしこのことなくしては、刑法の近代化は達成され得なかつただろう。歴史的な過程を見ていくと、当初、この二者は相互依存的な状況にあったのだが、中世後期に入るともっぱら、異端など宗教的な違反行為に対し世俗の刑法によって訴追がなされるというかたちでの関係が強まり、世俗の刑法に対する宗教的な影響は、犯罪に対する内的・心理的なアプローチという要素にのみ残存するようになったといえる。

最後に問題となるのは、封建的な排他主義や法的な空白地帯の存在、私的な

自力救済が残存していたことゆえに法的な不安定性がもたらされたという点である。こうした状況はウェストファリア地方におけるフェーメ裁判のようにさらなる不安定性を増大させもしたが、その一方で、より広い領域が同質の法によって統一されることへの欲求を惹起することにもなった。地方領主たちは自らの支配権を確立させるために、刑事司法の運営能力を発揮することが求められた。

Sprandel が設定したこれら四つの問題はいずれも公的刑法の成立を考える上では劣らぬ重要性を有しているが、特に第一の命題である中世後期刑法における旧制度の残存は、これまで歴史的な事実としては認められていたものの、明確に意識されることがなかったという意味で特に注目に値するものと考えられる。

Hans Schlosserはこの問題に関連して、「訴から告訴にいたるまで—アウグスブルグ帝国都市の刑罰実務例に収録された変化の過程」*Von der Klage zur Anklage – Spuren eines Wandels am Beispiel der Augsburger reichsstädtischen Strafpraxis*²¹の中でアウグスブルグに関する豊富な史料を足がかりとして、不法行為に対する当局の対応、特に刑事手続の開始方法について差異があること、制裁の種類が極めて多岐にわたっていること、そして量刑の実務がどのようなものであったかについて論じた。それによると、第一に、14世紀の初頭にはアウグスブルグでは被害者もしくはその親族による私訴をきっかけとした領主裁判権の発動がなされていたとされる。そこには、具体的な犯罪の告発も正式な審理もなくいわゆる「ラントにとって有害な人々」を都市外へ追放していった例外的な手続も存在していたが、この種の略式的手続は14世紀末になると衰退し、代わって犯罪被害者のみならず、「尊敬に値する市民」による告発や弾劾も刑事裁判権発動の契機として認められるようになった。1432年には犯罪事件の告発を行う公的な役職が置かれ、親告手続と糾問手続という二つの刑事手続開始様式へと向かう傾向が明らかになった。しかしそれでもなお、16世紀になっても原告は、犯人に対して民事的制裁を求めるか、刑事的制裁を求めるかを自ら決定する権利を有していた。

その制裁それ自体については次のようなことが述べられている。アウグスブルグにおいては都市外への追放*Städtverbot*が中心的な刑罰とみなされていた。他の同時代の法源や、これまでの通説とは異なり、そこでは身体刑や生命刑などの苦痛刑はあまり用いられることはなく、この都市における刑法実務の関心が、ほぼ大勢を占める日常の軽い犯罪に対する対策に向けられていたことを示している。少し時代を下ると、軽微な犯罪に対して塔に幽閉する刑罰*Trunstrafe*が科せられるようになった。この刑罰の利便性は高く、この時代の都市参事会による判決の二回に一回はその言い渡しが行われていたという²²。少なくとも

アウグスブルグにおいては、武力行使といったかたちでの私的な救済もおぞましい苦痛刑の数々も、決して刑法実務においては前面に押し出されることはなく、洗練された多様なレパートリーを持つ制裁が用いられていた。

どの制裁をどのような犯罪に対して科するかという点について、アウグスブルグでは 16 世紀から既に犯罪者の個人的な人間性や環境などを考慮し、また、犯罪と制裁との均衡を取ることを目的とした量刑がなされていたと考えることができる。

Willoweit の論文「古ヴェルツブルグにおける暴力と犯罪、刑罰と贖罪—ドイツ刑事法研究における未解決の諸問題」*Gewalt und Verbrechen, Strafe und Sühne im alten Würzburg – Offene Probleme der deutschen strafrechtsgeschichtlichen Forschung* は、Schlosser におけるアウグスブルグと同様、古ヴェルツブルグにおいても多様な制裁が用いられていたことを明らかにしている。そこには刑事的な制裁のみならず、贖罪金支払による私的・経済的な解決手段や、あるいは懺悔や贖罪のための巡礼行といった宗教的な制裁も存在していた。しかし最も多く見られた解決手段は暴力によるものだった。

しかし犯罪は、それが公的な関心事に関わるものである場合には権力の介入を招くことが多かった。異端、偽造、政治的反対運動やラントにとって有害な人々といった重大な犯罪は、それが現実のものであれ空想上のものであれ、すべての場合において、領主権力が発動され、様々なかたちでの公的に執行される刑罰が下された。

こうした具体例を取り上げた後、Willoweit は「刑法は、紛争解決の手段のうちの一つとして考えることができる」というシンポジウム全体に関わるテーゼについての暫定的な結論として次のように述べている。

「中世における暴力と犯罪、刑罰と贖罪の歴史を的確に理解するためには、公権力による法秩序に依拠しない、より広い法概念に基づき、丁寧に作業を進めていくことが必須であるように思える。ひとつの社会現象としては、法は恣意的な振る舞いと、それによってもたらされる社会の分裂に対して戦うためのメカニズムなのである。これは、加害者によって被害者になされるすべての種類の贖罪や、和解契約の拘束力の特徴などによって左右される。法の歴史は、法が、一方では個人の恣意性を回避することを、他方では規則の発達を通じて恣意性から解放された人間の共存を秩序あるかたちでもたらすことを扱ってきたという事実を確認するものである。それゆえ法の歴史は実のところ、二つの重要な課題を有しているのだ。つまり、紛争の解決と社会統一の促進という二つの課題を。もしも刑罰と、贖罪金の支払いによる和解*compositio*、および宗教的な贖罪とが紛争状態を解決するための異なる制裁の形式であると捉えられるならば、それらがいまだ統合されたかたちで組織されていない社会において共

存し得るとしてももはや驚くようなことではない」²³。

3. プロジェクトによって提起された刑事法史研究の今後の道標

既に見てきたことからわかるように、本稿で取り上げているプロジェクトの目的は、ドイツ（およびヨーロッパ）中世刑事法史研究のあり方自体を問い直すことに置かれている。それゆえ、個別研究や全体の統合からもたらされる示唆は非常に豊かなものがある。また、今後に関しても重要な指摘を行う研究成果が発表されるであろうことには疑いの余地はない。

その中で、「公的刑法の成立」という問題を取り上げたシンポジウムとそれにまつわる個別研究の成果から導き出されるべき方向性はどのようなものなのだろうか。

プロジェクトの開始以前から刑事法史研究において問題視されていた要素として、近代刑法の成立過程における学識法継受および教会法が果たした役割についての説明が十分になされていないという点がある。学識法継受の影響については数世紀来中世史学者や法史学者によって優先的に扱われてきたが、こと刑法史における関係性についてはこれまでは断片的にしか解明されていなかった。公的刑法の成立が解釈学の発展を伴うものであったという意味においてだけでなく、これらが相互に影響を及ぼしあっていたという視点から分析を行うことも可能であろう。教会法および宗教的要素との関連性については **Sprandel** が指摘したとおり宗教的な違反行為に対して世俗の刑法が適用されるというかたちでの捉え方が果たして妥当性を有するのかどうかについても考察がなされるべきであろう²⁴。

しかし、プロジェクトの中心にいる論者たち、特に **Willoweit** がより強く注目し、問題意識を向けているのは、やはり「刑法は、紛争解決の手段のうちの一つとして考えることができる」というテーゼである。「一方ではフランク時代について、まだ残存していたローマ刑法の影響を認めることができるからである。また他方ではしかし、中世後期には非常に多く、また 16 世紀になってもなお、贖罪契約が締結され、したがって加害者と被害者あるいはその親族との間に調停の合意がされていた」²⁵ というような歴史的事実を、刑事法史研究はもはや無視することは許されない。それゆえ、新しい研究の出発点は、制裁システム—そこには公的権力による刑罰的な形式も、暴力による私的なものも、あるいは内的・宗教的な措置もすべてがパラレルに存在していた—と和解指向的な紛争解決メカニズムが中世全体を通じて受け入れられていたことに向けられねばならない、と **Willoweit** は主張する。こうした様々なシステムやメカニズムが用意されていたことは、同時代の社会に、それと対応するかたちで異なる評

価を受ける「犯罪」様式が存在していたことを暗示している。北イタリアの法学とカノン法が決定的な影響力を及ぼした犯罪構成要件の抽象化—すなわち、現在では可罰的行為とみなされ得る特定の行動様式を法的に区分し定義づけること—がなされ、カロリーナ刑事法典の中に結晶されるまでは、中世の社会において、「不法なるもの」は、非常にさまざまなあり方の中で社会的な関係と行為の内容によって理解され、判断をなされていたと考えられる。そうした理解は、統一的に把握される法素材としての「刑法」が中世に—たとえばカロリーナ刑事法典というかたちで—成立した後も残り続け、その結果として、社会に息づいている価値観と確立された刑法学によって仲介された価値観との間に小さからぬ相違をもたらすことになった。

このことから今後のドイツ中世刑事法史研究においては、特に 1500 年という従来この研究領域における中世と近代との時代区分が設定されていた時期を超えて 17 世紀初頭に至るまでの「社会に息づいている価値観」を、歴史的・社会史的に分析することが必要になる。実際、本稿で取り上げているプロジェクトにおいてもそうした分析の重要性については強く意識されており、1996 年に開かれたシンポジウムにおいては Heiner Lück によって、15 世紀から 16 世紀のクールザクセンにおける刑事実務に関する報告がなされ、贖罪契約が 1572 年のクールザクセン基本法制定に至るまで大きな役割を果たし続けていたことが示された²⁶。その一方で、1532 年に生み出されたカロリーナ刑事法典が、公的な刑法としてどの程度の影響力を法実務に対していたのかという問題については、プロジェクトにおいても明らかにされていない。Willoweit は講演の中では、「帝国都市アウグスブルグの刑事裁判権にとってカーロリーナ法典は如何なる意義を有していたのかという問い」に対して Schlosser が「全くない」と答えたという話を提供している²⁷が、Schlosser 自身のアウグスブルグに関する論文においてはカロリーナ刑事法典については特には触れられておらず、この点に関してさらなる事例研究と分析が必要とされていることを暗示している。いずれにせよ、『神聖帝国の法令』たるカロリーナは単なる拘束力を伴わない基準ではなく、『法規定』であって、それはもちろん例の任意の救済条項、および帝国の政治的状況の結果として、ラント法の地方特別法的効力を認めるという条件つきではあったものの、その規範内容は時代の正義に対する欲求と法的不変性をもった司法の確保という要求にそれぞれ様々な形で適合することによって、刑事手続きのさらなる発展に持続的に影響力を行使したのである²⁸といったかたちでのカロリーナ刑事法典評価について、もう一度検証が求められるようになったという事実には変わりがない²⁹。

4. 刑事法における和解と「修復的司法」との連関性

ドイツ法制史・刑事法史の大家Wolfgang Sellertは、1769年のテレジアーナ法典において（私訴によって開始される）弾劾訴訟手続が廃止されるまで、ドイツにおいては刑事法の領域において犯罪者と犯罪被害者との和解が考慮され続けていたと述べている³⁰。彼はドイツ刑事法史において「和解」が果たしてきた意味について、次のように分類・分析している³¹。

①私法的性格の強い和解。ゲルマン諸部族法典やフランク時代に規定されていた贖罪金の支払がこれにあたる。支払われた贖罪金は、一部は「復讐の権利の買い取り」金として、一部は引き起こされた損害の補償のために用いられた。公的な制裁を威嚇として用い、贖罪契約を結ばせるという試みもこの枠内で行われていた。②親告手続と並列的に用いられる和解。ザクセンシュピーゲルなどに見られるこの段階では、犯罪被害者は、犯人の処罰を贖罪金の支払によって求めるか、あるいは裁判手続を導入し公的な制裁を求めるかを選択することができたとされる。③いわゆる民事的な損害賠償とみなされ、刑法や刑事手続から分離されたかたちでの和解。Sellertは、カロリーナ刑事法典において糾問手続と並んで親告手続が規定されているにもかかわらず、身体刑・生命刑に対する買戻しを規定した条文が見られないことから、ここに転換点があったと考えている。この民事的・損害賠償的の和解が、刑事手続に与える影響については次のように考えられている。つまり、和解の成立は、親告手続的な刑事裁判に対してのみ抗弁として認められる。糾問手続の開始を妨げる要因とはならない。糾問手続内における和解は、当事者たちの自由意志によって行われることは許されるが、裁判官がそれを強制することはできない。そのようにして結ばれた和解は、せいぜい刑罰を減輕する効果しかもち得ない。また、裁判官やその他の犯罪訴追機関が犯人との間で和解契約を締結することは許されない。④1572年のクールザクセン基本法においては、制裁としての補償金の支払が規定されていた。故意によらない殺人、過剰防衛による殺人などの場合には他の刑罰とともに、贖罪金の支払いを命じる判決がなされることとなった。

Sellertのこうした分類の基準となっているのは、和解と刑事的制裁との関係が排他的なものであるか、あるいは並列的に用いられるものなのか、後者であるとしたらそれらは相互に関係性を有しているのか否か、という点であろうと思われる。興味深いのは、こうした刑事法における和解に関しての問題意識が、実のところ、刑事法史研究の領域にとどまらず現行刑事法の分野においても近年共有され始めているという点である。ここではその一例としていわゆる「修復的司法」にまつわる見解を取り上げてみたい。

修復的司法とは、ドイツでは1970年代後半以降、本邦では1990年代以降に

注目を集め始めた比較的新しい考え方であり、刑事司法における被害者の立場を重視し、その過程やもたらされる判決における被害者のプレゼンスを高めたり、可能な限りでの物質的・精神的損害回復を実現させたりすることを目的とするものである。この修復的司法を実現する手段として「犯罪者と犯罪被害者の和解」は重要な位置を占めているが、ここでその実際の運用方法についてなされる議論の内容には、中世刑事法史研究における刑事法と和解との関係性についての言説と重なりあう部分がある。たとえば、それが刑事手続内で行われる民事手続として両者を結合したかたちで行われるべきなのか（上記Sellert分類における②に相当）、いわゆる「最大化モデル」³²において公的な強制を伴って用いられる（④に相当）ことが許されるのかどうか、あるいは提訴前・提訴後に締結された和解が、それぞれ捜査手続の進行や刑事裁判における量刑等にどのような影響を及ぼすのか（③に相当）というような問題設定がなされている点をもみてもそれが分かる。これらの命題については、いまだはっきりとした結論は出されておらず、まだ議論が戦わされている現状である。実務状況を見ても、フランスでは刑事訴訟法第2条で私訴による刑事手続内での損害賠償請求権を認めており、イギリスではいわゆる損害賠償命令というものが自由刑や罰金刑とともに出され、賠償を強制する措置が採られている³³。また、ドイツでは1994年、刑法第46条aにおいて、犯罪者と犯罪被害者との間に和解が成立したとき、刑の減軽や免除を行うことができるとする規定を導入した³⁴。これらの規定についてはいずれも少なからぬ批判も浴びせられており、修復的司法という領域においても刑事法における和解の扱いは難しい問題となっている。それだけに、同様な問題意識をもって取り組むことのできる、ドイツ中世刑事法史研究における和解や贖罪契約に関する分析は、決して「刑法史の発展の逆転³⁵」をもたらすものではないだろうが、それでも法制史のみならず現行

法に対しても有意義な成果を提供するものであると言えるのではないだろうか。

おわりに

「公的刑法の成立」に関するプロジェクトにおける研究結果により、刑事法の公化には従来イメージされていたよりもさらに長い期間が必要とされ、旧き制度との間の絶え間ない勢力争いの果てによりやがて17世紀に入ってから確立されたものであることが説得力のある仮説として提示された。最終的にそれを実現させたものが何であり、それがどのようなプロセスを経て行われたかという問題については今後の研究を待たねばならないだろうが、差し当たり、過渡期とされた16世紀初頭から末にかけての時代—これまでは既に公的刑法が成立・浸透していった時代とされていた—に関してはこれまでとは異なるアプローチからの研究が必要となるだろう。すなわち、刑事的制裁以外に並立的に存在していた紛争解決手段に関する事例研究や、あるいはカロリーナ刑事法典の有効性についての立証などがその中核に置かれてくると思われる。こうした研究はまた、ヨーロッパにおける「衝突と和解」の問題を扱う上でも、特に刑事法的領域において少なからぬ示唆を与えてくれるものとなるだろう。なんとなれば、中世末期から近代初期にかけてのドイツにおいては、紛争解決の手段という意味においてははまだ刑法領域と私法領域とは分別されておらず、そのどちらか一方だけを取り上げることは研究の意味を減じる結果をもたらすためである。また、修復的司法との関連において示されたように、現代の、特に西ヨーロッパにおいては犯罪事件に対する刑事的制裁と私法的なアプローチとの関係性について関心が高まっている。Sellert がその講演のタイトルの中で修辭的な意味を含ませているように、この問題は決して「古い問題」ではなく、中世刑事法研究においても、現行刑法学においても、新しい命題として認識され、取り組まれていくべきものなのである。

1 講演会の詳細については一橋大学 21 世紀COEプログラムのホームページ <http://cner.law.hit-u.ac.jp/>を参照のこと。

2 中世日本における紛争への公的権力介入については藤木久志『豊臣平和令と戦国社会』（東京大学出版会、1985年）が詳しい。

3 本稿におけるプロジェクト全体の開始に至るプロセスや規模についての記述は主に、Dietmar Willoweit, Programm eines Forschungsprojekts, in : D. Willoweit (hg.), Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts : Bestandsaufnahme eines europäischen Forschungsproblems (=Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas / herausgegeben von Klaus Lüderssen, Klaus Schreiner, Rolf Sprandel und Dietmar Willoweit ; Symposien und Synthesen ; Bd. 1), 1999 Köln , S.1-12.に基づいている。また、プロジェクトの中心人物であるWilloweitの講演の翻訳である、ディートマル・

ヴィロヴァイト(和田卓朗訳)「公的刑法の成立ーある研究プロジェクトの中間的収支決算」(『法学雑誌』第47巻第2号)417-432頁も参照のこと。

4 フェーデおよびラント平和令については土浪博「ドイツ中世におけるフェーデ・ラント平和令・国制」(渡辺節夫編『ヨーロッパ中世の権力編成と展開』東京大学出版会、2003年)を参照のこと。

5 勝田有恒・森征一・山内進編著『概説西洋法制史』(ミネルヴァ書房、2004年)101頁。

6 同112頁。

7 E.Schmidt,Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege 3.aufl., Göttingen 1965,S.58-59

8 ハインリッヒ・ミッタース(世良晃志郎訳)『ドイツ法制史概説』(創文社、1971年)424頁。

9 同424頁。また、Hans Hirsch, Die hohe Gerichtsbarkeit im deutschen Mittelalter (1922), 2.Aufl., Darmstadt 1958, S.105ff., 221ff.

10 Rudolf His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Teil 1-2, Weimar 1920-1935, Neudr. Aalen 1964, Teil 1, S.2ff., 215ff.

11 E.Schmidt,Einführung,S.59f.

12 勝田・森・山内編『概説西洋法制史』113頁。

13 中世ドイツの刑事手続について、若曾根健治『中世ドイツの刑事手続』(多賀出版、1998年)。カロリーナ刑事法典における糾問手続について、勝田・森・山内編『概説西洋法制史』193-194頁。また、藤本幸二「中近世ドイツにおける証拠法の変遷についてーカロリーナ刑事法典における法定証拠主義を中心として」(一橋論叢第125巻第1号)69~86頁。

14 ヴィロヴァイト「公的刑法の成立」418頁。

15 ちなみに、Willoweit自身の手になるプロジェクト全体についての記述を除けば、この本には全体として11の論稿が掲載されているが、国際性を重視するプロジェクト全体の基本方針を反映して、フランスおよびイングランドの論者の手になる論文が7、ドイツの論者によるものが4という構成になっている。ただし、こうした国際性の重視は、「国外の複雑な研究分野の暫定的な統合を試みることを目的とするものではなく、「関心事はむしろ、国際的な研究がおかれた状態をプロジェクトの中へ導入し、ドイツ的な観点でもって比較することにある」とヴィロヴァイトは言う。Dietmar Willoweit, Programm eines Forschungsprojekts, S.10.

16 なお、「刑事法史研究の新路線」と銘打たれた第二部の内容も極めて興味深いものであるが、時間的制約と論者の能力不足のゆえその分析まではたどりつけなかった。Vgl.

D.Willoweit / Hans Schlosser(hg.),Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung: Bestands -aufnahme eines europäischen Forschungsproblems (=Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas / herausgegeben von Klaus Lüderssen, Klaus Schreiner, Rolf Sprandel und Dietmar Willoweit ; . Symposien und Synthesen ; Bd. 2)

17 D.Willoweit (hg.),Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts,S.177-214.

18 度器・衡器および商品による詐欺行為を罰する第113条、代言人の背信を規定した第115条、初犯の現行窃盗犯について処罰を定めた第158条などにおいてLandverbot(ラントからの追放)が刑罰として規定されているほか、第155条ではMordacht(謀殺犯に対するアハト)が宣告されている者の扱いについて記述されている。

19 窃盗犯に関する規定(第157条、第158条、第161条、第164条などにおいては刑罰に付加されたかたちで復讐断念契約を締結することが義務づけられているほか、第108条では既に締結された復讐断念契約を破った者に対して身体刑が科されるべきことが規定されている。

20 窃盗の初犯に関して、第157条では「叫喚を上げられることも逮捕されることもなくしてその盗品を確保した場合」が扱われ、第158条では「盗品を確保する前に逮捕されるか

叫喚を上げられるか、あるいは追跡がなされた場合」には、「犯人の罪は加重される」と規定されている。

²¹ D.Willoweit (hg.),Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts,S.239-262.

²² ヴィロヴァイト「公的刑法の成立」424 頁

²³ D.Willoweit, Gewalt und Verbrechen, Strafe und Sühne im alten Wurzburg – Offene Probleme der deutschen strafrechtsgeschichtlichen Forschung, in : D.Willoweit (hg.),Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts , S.237-238

²⁴ もちろん糾問訴訟の発展に対して教会法や教会内での審問手続が果たした影響については多くの研究がなされている。刑事手続についてはこの問題設定はあてはまらないだろう。この点については、Vgl. Gerd Kleinheyer, Zur Rolle des Geständnisses im Strafverfahren des Späten Mittelalters und der frühen Neuzeit, in: ders. und Paul Mikat(Hg.), Beiträge zur Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, Paderborn 1979, S.367ff. Winfried Trusen, Strafprozess und Rezeption. Zu den Entwicklungen im Spätmittelalter und den Grundlagen der Carolina, Frankfurt am Main 1984, S.29ff.

²⁵ D. Willoweit, Programm eines Forschungsprojekts,S.6.

²⁶ Heiner Lück , Sühne und Strafgerichtsbarkeit im Kursachsen des 15. und 16. Jahrhunderts , in : D.Willoweit / Hans Schlosser(hg.),Neue Wege strafrechtsgeschichtlicher Forschung , S.83-100.なお、このプロジェクトに関して「事例研究」として刊行されたHelmut Martin, Verbrechen und Strafe in der spätmittelalterlichen chronistik Nürnbergs (=Konflikt, Verbrechen und Sanktion in der Gesellschaft Alteuropas / herausgegeben von Klaus Lüderessen, Klaus Schreiner, Rolf Sprandel und Dietmar Willoweit ; Fallstudien; Bd. 1)においてはニュルンベルグの年代記を中心とした史料研究がなされているが、そこでは、16世紀のニュルンベルグにおいて刑法の公化がかなり強く貫徹されていたことが示されている。

²⁷ ヴィロヴァイト「公的刑法の成立」425 頁

²⁸ E.Schmidt,Einführung,S.133

²⁹ なお、17世紀以降のドイツ刑事法にカロリーナ刑事法典が与えた影響力については、クールザクセン・ライプツィヒの参審員だったBenedict Carpzovが自らの刑法理論を展開する上で、ザクセンシュピーゲルやクールザクセン基本法などと並びカロリーナ刑事法典をその主たる法源としていることから、もはや「何もない」ということはできないだろうと思われる。

³⁰ ウォルグガング・ゼラート(和田卓朗訳)「犯人と犯罪犠牲者との和解ー古い問題か」(『法学雑誌』第49巻第3号) 567-568 頁。

³¹ ウォルグガング・ゼラート、同 564 頁。

³² 修復的司法に関する「純粹モデル」と「最大化モデル」については高橋則夫『修復的司法の探求』(成文堂、2002年) 85-100 頁を参照のこと。

³³ フランス・イギリスの例について高橋則夫、同 14-15 頁。

³⁴ 同 63 頁、104 頁、。また、ウォルグガング・ゼラート「犯人と犯罪犠牲者との和解」 559 頁。

³⁵ 修復的司法の実現を主張する論者の中には、ゲルマン時代の刑法のいわば復活を求め、公的刑法成立以前の状態に戻るべきであるとする者もいた。ウォルグガング・ゼラート、同 561 頁。