

松園 ありがとうございました。ではこれから第1報告、第2報告に関しまして、ディスカッションを行いたいと思いますが、若干時間が押していますので、本来ですと4時15分までになっていますが、最大4時25分あたりまで延長してディスカッションを行いたいと思います。どなたかございますか。

青木 青木人志です。藤本さんの報告について大きな報告の筋書きというか、目的というか、そういうことに関連して質問したいと思います。贖罪契約、Sühnevertrag というのがあって、それが契約としての和解に内包されるかどうかという問題を検討して、結論としては、贖罪契約を近代的意味における契約としての和解に含み込んで考えることには慎重にならざるを得ない。それは近代的な契約としての和解の移行がなされる過渡的存在であると。大きな筋書きはそういう話だったと思います。

それで歴史的には細かくご説明になったように、順番を追って近代的な意味の和解契約ができた。これはわかるんですけども、概念上、契約としての和解に内包されるかというときに、何をもって契約としての和解の一般的なメルクマールと考えるのかということがあらかじめ一般的に提示されていないと、それに当たるのか当たらないのかということが判断できないと論理的には思うんですね。

そうしますと、相違点と類似点というのを3のところでもとめていて、似ているところもあれば違うところもある。そこはいいんですけども、ではそのうち、一体どれが藤本さんの結論にとって重要なメルクマールなのか。

もう一つ話が複雑になっているのは、例えばこれは現在、民法上の典型契約の一つですね。民法上の典型契約としての和解というものに当たるかどうかという議論と、近代的な意味の契約なのかどうかという議論とがごちゃごちゃになっているような印象がありまして、ここで問題にしているのはどっちなのかというのがちょっと気になるんです。

もう一つ、「刑法の公化の観点から」という副題がついていますが、刑法の公化の観点というその「観点」と、ご報告のあった問題のつながりがいま一つ僕ははっきりわからなかったのですが、そこももし可能でしたら簡単に説明していただきたいと思います。以上です。

藤本 ご指摘ありがとうございました。では順番に私の考えをお話したいと思います。まず最初のメルクマールといいますか、契約としての和解というものの何を重視し、何を重視していないかという点ですが、青木先生のご指摘のとおり、論理の組み立てに問題があったかなと報告しながら私も感じていたのですが、この「贖罪契約」というものを契約としての和解というもののの中に入れるかどうかというので一番重要視したのは、給付の内容に対する公的な圧力、公的なプレゼンス——すみません、給付の内容に限りませんね。和解を締結すること、あるいは贖罪契約を締結することに対する公的なプレゼンスがどこまであるのかと。そこに当事者の契約の自由がどこまで入っているのかということですね。存在感がどこまであるのかというのを大きなポイントとして見ていったということです。そのあたりをうまく伝えることができなかったのだろうと思います。

それについてもう少し説明いたします。前史である贖罪金制度と贖罪契約を比較した場合に、契約の給付の内容面において当事者というのが強く意思が前面に出てくる。自由が幅広く認められていくという面で、贖罪契約というのは贖罪金制度から遠い概念であるというふうに理解した。それが前の贖罪金制度と区別するときの一つの基準ということになります。

その一方で、後ろのほうにある契約としての和解との関係で気になったのは、権威者とか裁判官というものが出てきて「贖罪契約を結びなさい」と。あるいは当事者がこういうふうにしたんだけどと言ったところ、「それは過度な要求だから慎みなさい」と介入してしまうところが、契約としての和解と理解するには、つまり当事者の契約の自由というものを重視し、そこをメルクマールとするならば、そこが問題点になるだろうと考えたわけです。

それを一つ一つ取り上げたときに、ただ権威者による圧力等は現在でもあることであるし、同じように契約に介入するということは普通はないけれども、公序良俗等に違反した場合には契約は無効になるということもありますから、そういう点を含めても、贖罪契約としての和解というものに、より近いもの、両方の中間点よりは契約としての和解へと移行していく、こちら側に寄せて考えることのほうがいいのではないかという結論になったということです。ですから、ポイントとしては、公的な存在がどこまで契約内容、給付の内容と、「結ぶ、取り決めをする」ということ自体に介入してくるのかというところがポイントだということです。

その意味でいうと、2番目のご質問にあった典型契約としての和解というものと、いわゆる近代的な契約概念というものがごっちゃになっているのではないかということですが、そういう面は多分あるんだろうと思います。契約というものを考えたときに、どうしても契約の自由ということを念頭にお話ししていますから、その典型契約としての和解契約にも当然、近代的な意味での契約という契約の自由というものを大幅に認めると。それを優先して考える契約の自由というのをある意味、前提として考え込んでしまっていて、それをしかも重要なメルクマールとして位置づけの中に用いてしまっているところで両方がごっちゃになってしまった印象を皆さんが受け取っているのは、恐らくそういうことだろうと思われます。

ですから、どちらなのかと問われると、ポイントとしているのは公的なプレゼンスというところですから、どちらかというとな近代的な契約概念というものに今、近しいか遠いかというところを見ているんだというふうにお答えするのが正しいのかなと思います。

それから第3点は「刑法の公化の観点から」についてですが、まさに先生のご指摘になったとおりで、宇野さんと同じようにタイトルを変えればよかったと思っているところです。変えたほうがいいと思っています。事前にご連絡していたものをそのままにしたほうが混乱を招かないかなと思って、逆に混乱を招いてしまったかもしれません。「和解史の観点から」とか「和解の歴史における位置づけの観点から」といったふうに理解していただ

いたほうがいいのかと思います。これについては、「刑法の公化」は全く関係ないわけではないのですが、その「観点から」と言うには、内容的におかしなものになってしまっていると思います。

青木 ありがとうございます。

松園 ほかにございますか。

平石 東京大学の平石です。基本的に外様なのでチンプンカンな質問かもしれませんが、藤本さんの発表についてですけれども、「贖罪契約」というのは今日初めて聞いたような単語でよくわかっていないところも多いのですが、おもしろいなと思ったのは、損害の補償と親族間での平和回復というところなんですね。「近代法的」というときの「近代」というのがどこら辺からなのかすら僕にはよくわかっていないのですが、現在の裁判所で和解が成立しましたというときは、親族間とか家族間という話ではなくて、実際には当事者同士の話ですね。そこは僕から考えると全然違う話で、その変遷はどこにあったのかとか、その違いをもって贖罪と和解は違うんだという話は立てられないのかなと思ったのですが、そこはいかがでしょうか。

藤本 その観点というのは実際には重要なポイントだと思います。親族というのが、一番最初にちらっとお話ししたフェーデというのが復讐というふうに言うわけですが、復讐の担い手になるのはだれなのかといったときに、被害者が所属していた親族全体が主体となるわけです。その復讐として攻撃を与える相手側も加害者本人というよりは加害者の所属するグループ、親族ということになるわけですから、その親族というものが前面に押し出されてきた対立関係というのが近世に至るまでにはあった。だから贖罪契約というのもその影響力を多分に置いていて、親族というのがいろいろなところでしゃしゃり出てくるというのも事実あると思います。

ただ、少しそこからの違いという面で位置づけることができるのは資料7にあります。近世初期の贖罪契約について今お話ししたところですが、ディトマールシュという地域のラント法に、基本的にはこの書き方を見ると、「ある者が故殺を犯し、しかるに贖罪を行うに足る十分な財産を持たざる場合には加害者の親族が贖罪金を支払い、加害者は平和金のみを負担する」とあるのですが、これを裏読みしますと、基本的には贖罪契約を結んで、贖罪のための費用を負担する者というのは、原則は加害者、当事者本人になっているんだろうと。しかし、その者が十分な財産を持っていない場合に親族というのが副次的といいますか、それを補完するために出てきて、それを支払う義務がここで生じるということで、少し段階的に加害者と加害者の親族というものがここで区分され始めていると言うことができるのではないかと思います。

ただ贖罪契約に関してもう一つ難しいのは、殺人の話ですよね。被害者本人が亡くなっている場合に、果たしてだれが贖罪を求めるのかというときに、現在もそうです。現行法上もいろいろな刑事法の改革というのがあって、犯罪被害者のプレゼンスを高めようという動きがありますが、殺人事件の場合はどうなのか、被害者はもういないじゃない

かというときに、どうしても家族・親族というのが前に出てくるわけですから、そういう意味では現在においても、そういう形で親族・家族というのが和解とか紛争解決に顔を出してくるというのは、殺人事件という場面においてはあり得ることであるということも意識しなければいけないかなと思います。

平石 おっしゃるとおりだなと思いますが、何かトラブルがあって解決しようとするときに、当事者同士でやるという場合とバックにだれかほかの人たちがついていてという場合では話が全然違うわけですね。バックにだれがついていて、それぞれの親族の影響力というか、親族の大きさだとか資力の違いがかなり影響を与えてくる。そういうときにはそれこそ贖罪契約のほうでは、むしろ上からそれは理不尽だというふうにストップをかけることがあるというのがありましたけれども、そういうことが必要になってくる可能性が高いわけですね。それが個人対個人でというのが基本だという話になってくれば、個々人の力にももちろん差はありますけれども、そんなにむちゃくちゃなことにはなりにくいから、裁判所とかがそんなにしゃしゃり出てこないという話になるのかなという気が何となくするという、そういうコメントといえばコメントです。

藤本 その観点も入れて考えていきたいと思います。ご指摘ありがとうございます。

松園 ほかの方、どなたかございますか。

青木 もう一度よろしいでしょうか。宇野さんの報告について、藤本さんに聞いたことは、宇野さんの報告についても同じようなことを感じまして、宇野さんの報告もとてもおもしろくて、奉公人みたいなのが身分だったのがだんだん契約になってくるという過程が創成史的に細かく見ていくと大変おもしろい。となると、契約性というのは一般的にどういう要素があるのかということがまずあって、それに照らして徐々に契約になってきたという、参照されるべき契約性の一般要素があるような感じがしますが、そこを補うともうちょっと理論的に明快な感じがするというのがコメントです。

もう一つは非常に細かいことで、宇野さんはずっと「まえしゃっきん（前借金）」とか「まえしゃっきん契約」とおっしゃっていましたが、法制史の世界では通常の読み方ですか。僕はこれは「ぜんしゃっきん」だと思っていて、「ぜんしゃっきん契約」と講義で言っていたけど自信はないんです。多分、市井の人々は「まえがりきん」と読むと思うんですね。私は一番読まなそうな読み方が「まえしゃっきん」だと思うのですが、宇野さんはずっと言っているのですが、これは一般に「まえしゃっきん」と言うんですか。慣用の話だから正しいとか正しくないとか、そう読むんだと言われればそれだけの話ですけれども。民法の人は「ぜんしゃっきん」と言うような気がするんですけども、どうでしょう。目で見ただけではあるけれども、口で言ったことがあまりないので。「まえしゃっきん」というのはちょっと違和感があるのですが、どうでしょう。

水林 宇野さん、どうなんですか。このような研究をしている仲間で研究会なんかするときは「まえしゃっきん」と言うのでしょうか。

青木 割と専門家同士の慣用読みではありそうな感じがしますが。

水林 重箱読みの反対ですね、何読みというのかわからないけど（湯桶読み）。答えが出ないようなのでいいですか。あと何分ですか。

松園 15 分ですが、25 分ぐらいまで延長しても大丈夫です。

水林 大きなことは聞けないので、一つだけお聞きしたかったのは、幾つか明治 10 年代ぐらいまでの判例が出てきましたが、このときの裁判官をやっている人たちは実態としてはどういう方たちですか。

宇野 今わかっている部分では、江戸時代から司法実務にかかわっていた人たちがそのままスライドしたという部分と、あとは……。

水林 歴史的にもヨーロッパ近代法の法学上のトレーニングを受けた人ではない。

宇野 ではないと考えられます。ただフランス法律書なんかの翻訳は各裁判所に明治の初年ごろから出回っていたということはありますので、体系的な教育を受けた人たちではないと思いますが、独学で勉強したということはあるようです。

水林 司法省法学校が明治 6 年ぐらいでしたか。

宇野 はい。

水林 第 1 期生は 8 年ぐらい勉強してやっと先生ができて速成科ができて、ようやく日本国じゅうに何とかヨーロッパ法の知識を持った裁判官が広がっていくのは明治 30 年代ということですね。それにしては、一番最後の 5 ページ目の「抑モ人生天賦ナル身體の自由権」みたいなことを与力同心のたぐいの江戸時代にやっていた人が、とにかく入ってきて、こういう言葉を発言するというのが時代としてよくできたと思って。

宇野 明治 13～15 年ごろの時代は、かなりこういう表現が目につきます。

水林 やはり自由民権運動の影響が大きい。

宇野 そうですね。弁護士でもそういう表現をしていますので。

水林 あといろいろ感想はあるのですが、時間がないので。

宇野 読みについてはほかの研究者の方に確認します。

青木 非常に迷うことが多いんですよ。

水林 「こうもん（告文）」とか「つげぶみ」とか。何て読んだらいいかわからないということが日本語にあるというのは、中国人留学生の方には非常に驚異じゃないですか。中国語では何て読んだらいいかわからないということはないでしょう。日本ではしばしばあるんですよ。漢字を見れば意味はわかるんだけど、何て読んだらいいかわからない。これは日本語の成り立ちの歴史に規定するわけですね。

松園 それでは時間になりましたので、第 1 セッションは終わりたいと思います。藤本さん、宇野さん、どうもありがとうございます。（拍手）

第 2 セッションは 4 時 35 分から始めたいと思います。それまで休憩時間といたします。