

＜第1セッション 研究報告＞

松園 ありがとうございました。では第1セッション研究報告の第1報告としまして、西洋法制史の藤本幸二さんに「贖罪契約 Sühnevertrag は和解契約か？ 刑法の公化の観点から」というご報告をいただきたいと思います。よろしくお願いいたします。

藤本 本契約プロジェクトの研究員に名前を連ねさせていただいています藤本と申します。時間はタイムテーブルどおりというご指示がありましたので早速報告に入りたいと思います。

まず始めに先ほど森村先生からご紹介いただきましたプロジェクトの特性と本報告の目的・方向性をどう位置づけるかという話を簡単にしたいと思います。この契約プロジェクトにおいて予定されている研究の方向性の最大の特徴というのは学際性の高さだろうと思われれます。この特徴を生かして多面的な考察を総合することによって「契約」という広範な意味内容を持つ概念の実像に迫っていくということがプロジェクト全体の最終的な目的であろうと考えられますが、その中で私個人はもともと刑事法学、西洋法制史の中でも刑事法史というものを専門としています。

その私がどのような役割を果たすべきかと考えたときに、まずは「契約」というものに対して概念的なつながりを持つものというのは幅広くありますが、刑事法上の法制度の中で契約というものとつながりを持つものを歴史的に位置づけて分類を行って、例えば契約と呼べるもの、契約概念に含んではいけないものというものの、厳密に分かれるものではないのですが、そういった性格によって分類づけをして、それをもって契約概念の持つ広がりや外縁部といいいましょいか、どこから契約というものに含まれるのかを明らかにすることにあるのではないかと考えた次第です。

本報告におきましては、一つの事例として中世後期から近世初期にかけて刑事事件の紛争解決手段に用いられていた「贖罪契約 (Sühnevertrag)」というものを取り上げます。これは近代以降我々がなれ親しんでいる、公的な権力によって刑罰を付加することにより刑事事件を解決するという手法とは異なる、「私的」な紛争解決手段のうちの一つに位置づけられるもの、と一般的な理解はなされています。これは加害者、被害者の和解とか修復的手法などといった、刑事法の枠組みの中でも新しいパラダイムシフトが行われつつある要素があるわけですが、その中で再び注目を浴びつつあるものです。

そもそも紛争の当事者同士が話し合いによって解決をもたらす「和解」という手法は歴史的にも空間的にも人間社会において高い普遍性を持つものであろうと考えられます。この場におられる一部の方に対してこのような話を持ち出すには、まさに釈迦に説法で気が引けるのですが、チンパンジー等の霊長類に関する研究においても、攻撃行動を行った個体同士がその後、人間の感情で言うところの気まずい雰囲気になってしまう。それを取り去るためにその後、毛づくろい等の親和的コミュニケーションを行って「仲直り行動」をする。もしくは「和解行動」と言うこともあるようですが、そのようなケースも霊長類の段階から確認されているということです。

例えばこれに代表される広い意味での「和解」というものをそのまま近代以降の和解概念、つまり、「両当事者の間で相互に適用される意思表示を行うことによって実現される双務的な法の創造である」と定義される契約という形式をとる和解の概念と同一視することはもちろん許されないわけです。霊長類のケースに代表されるような「仲直り」的な考え方と、現在の近代以降の契約としての和解概念の間には、いわば和解史、和解の歴史とも言うべき変遷の歴史が横たわっているということは言うまでもないことだと思います。

本日取り上げます「贖罪契約」というのが、和解史の中では果たしてどこに位置づけられるものなのかということを明らかにするのが、この報告の問題の所在ということになります。和解というものは普遍的な存在性を持つものですから、研究というのは、あまたあるわけですが、贖罪契約というものを和解史という観点からどこに位置づけるかということというのは今まで意識的に論じられることはなかったように感じます。

特に目的の一つとしては、「贖罪契約」というのが近代的な契約としての「和解」というものに内包して考えることができるのかどうかという点を考慮しながら検討を進めていきたいと考えています。

贖罪契約について皆さん方にはあまり情報がないと思いますので、まず字義上の定義から申し上げます。「法制史辞典」においては、「贖罪＝Sühne」という言葉の定義は「違法行為に対する補償あるいは宥和を意味する」と書かれています。では贖罪契約となるとどうなるか。「損害の補償」と「犯罪行為によって生じた平和に対する侵害、平和の攪乱というものを当事者同士で平和を回復する」という二つの目的設定があるというふうに定義されます。その二つの目的のもとで犯罪の加害者と被害者の間に出現される紛争解決手段が「贖罪契約」であるというふうに字義上は定義されます。

これは例えば殺人事件、故殺による事件などの場合には、被害者は亡くなっているわけですが、そこにキリスト教的な「魂の救済」という考え方が付加される。すなわち殺害するということは、被害者に突然の死が訪れるわけですから、被害者から最後の審判を受ける準備を行う機会を奪ってしまう。最後の審判までの準備を積み重ねていく予定だったものが奪われてしまうという考え方があって、それは大いなる宗教上の罪である。それを贖罪契約によって赦す。赦しを犯人にもたらしものであるという考え方もここに導入されているということです。

ただし、ここで意識しておかなければいけないのは、贖罪契約（Sühnevertrag）という言葉が使われるんですけども、この言葉自体はどうやら 19 世紀以降の文献に用いられた言葉であるという点と、もうひとつ、ほぼ同種の意味をもたらしものとして——これは直訳ぎみに訳しましたが「贖罪の和解（Sühnevergleich）」や「贖罪調和（Sühneeinigung）」がほとんど同じ意味として使われる事例が多い。あるいは「Sühne（贖罪）」という言葉そのものが使われることも多い、という点です。

年代記や都市の公文書に贖罪に関する記録が掲載されているわけですが、このように公文書に記録されているものを「贖罪契約」として「公的に認められた契約」というふうに

いうんだという定義もあるようです。が、Vertrag という言葉はドイツ語の辞書を引くと「契約」と載っていますが、我々が近代的な意味において理解している「契約」という用語として自覚的に Sühnevertrag という言葉が使われているのかどうかは疑わしいところがあります。むしろ「取り決め」とか「交渉」といった幅広い概念で Vertrag という言葉が使われている可能性があるという点には留意する必要があるだろうと思います。ただ、この点は未確認な点でして、今後の研究の課題の一つとしたいと思います。そういう疑わしさがあるという点だけここでは指摘しておきます。

次に「時代区分と前史」ですが、贖罪契約というのがどういう時代に使われていたかという話です。最盛期を迎えるのは中世後期～近世初期（13～16 世紀）の神聖ローマ帝国の地域であると言われていています。ここで注意しておかなければいけないのは、その前時代、古代から中世前期に存在した「贖罪金制度」と言われる類似の概念との比較ということになります。これは話が長くなりますが、重要なポイントであるために少し説明を加えておきたいと思います。

贖罪金制度というのは犯罪不法行為に関して金銭賠償による額を固定化して示す。この示されたものを部族法典と呼んでおります。資料 1 のサリカ法典という部族法典を見ていただければわかると思いますが、自由人を殺害したときに、8000 デナリウス、200 ソリドゥスの責があると判決される。デナリウスとかソリドゥスというのは金銭の単位ですが、加害者側が被害者側に支払うことによって解決がなされるというのが贖罪金制度の考え方です。

Heinrich Brunner がこういうやり方に Kompositionensystem という名前をつけていますが、それは日本では「和解の体系」という呼称で知られています。この名称からもわかるとおり、「和解史」を語る上では、「贖罪金制度」というものについて無視することはできないわけです。

この時代の特徴としては、原則としては公的な紛争解決手段、例えば刑罰の賦課といった形でのものはなかったということがまずあります。ではほかの紛争解決手段としてどのようなものがあつたかという、それは「フェーデ (Fehde)」あるいは「復讐」といった自力救済、時には武力を持ち出してそれを解決するという手段にほかならないわけです。

そうすると、つまり「和解の体系」というのは「フェーデ」あるいは「復讐」というものに対するオルタナティブとして存在していたわけです。和解の体系の中にキリスト教的な平和の考え方があらわされているんだということが最近唱えられていますが、それを認めるにせよ認めないにせよ、「和解の体系」、あるいは「贖罪金制度」というものが形式的には当事者間で金銭の賠償（損害賠償）をするということを内容としながら、実質的には、より強い当事者主義、自力救済の形であるフェーデ、復讐というものを抑制するためにつくられたものであると理解することができると思われます。

贖罪金制度の場合には加害者から被害者にお金を支払われるという形になりますが、時代を下ると、支払いがなされるはずの贖罪金の一部が平和金という名目で裁判権者、領主

とか王の取り分とされるという手法——通常贖罪金の3分の1が平和金に当たると言われていますが、そういう手法が見られるようになっていった、ということを考えると、和解の体系というのは形式こそ当事者間における賠償金の支払いという私法的な、あるいは現在の理解でいう和解と同じ形式をとっていることは認められます。しかし、目的面においてはフェーデの抑制、より強い自力救済というものを抑制するという目的、あるいはそこに公的な権力、裁判権者が介入していった、3分の1を平和金として手数料のような形で徴収するということがあり、それらを考え合わせると、このシステムは紛争の解決を公的なコントロールのもとに持っていくという刑事法の「公化」の中の一環として位置づけることが可能なのではないだろうかと考えられます。ただ当然、ほかの考え方もあるわけですが、ここではそういった考え方をおきたいと思います。

これに対して、時代的に後になってあらわれてきた「贖罪契約」というのはどうかということを比較してみますと、確かに犯罪の加害者と被害者の間に実現される紛争解決手段であるという点において両者は一致しているわけですが、贖罪契約のほうには目的が二つあります。つまり、「損害を補償する」ということだけではなくて、「平和を回復する」という目的があるということが少し違うところです。

さらに、以下で詳しく述べますが、給付内容を決定する上では、贖罪契約の場合は損害賠償にとどまりません。そこで、当事者に与えられる選択の幅、自由の幅が非常に広がっている。金銭の賠償以外の要求も可能ですし、金銭賠償の場合も賠償額の算定は当事者同士にある程度ゆだねられていたということがあります。

ヨーロッパ中世における紛争解決を扱った本邦における代表的な研究であろうと思われます山内進先生の「同意は法律に、和解は判決に勝る」（参考文献参照）という論文の中には、この12世紀という時代に部族法典の贖罪金のリストを利用してなされる和解の体系というものとは別に、双方の手元に何かが残る互いに面子を保ち得るという性格を持つ和解というものがあるんだというふうに指摘されています。これなどは時代的には前史に当たる贖罪金制度の時代の話なんですけれども、恐らくは当事者の裁量に与えられた自由の大きさというところを見ても、私が今ここで取り上げている贖罪契約の先駆的な姿であっただろうと思われます。

さらに贖罪金制度と贖罪契約の違いに注目しますとオルタナティブの問題があります。先ほど言いましたように贖罪金制度は、フェーデなり復讐に対するオルタナティブであったのですが、これに対して贖罪契約のオルタナティブというのは実は公的な刑事訴訟手続であったのだと考えられます。この時代には既に、我々がなれ親しんでいる公的な機関が出てきて、犯罪を行った者を取り調べを行って刑罰を付加するという形の刑事訴訟手続もあらわれ始めていた。それは、最初は被害者が私訴に基づいて手続が開始される親告手続というものでしたが、徐々に公的機関が自分のイニシアティブでそういう手続を開始することができるという糾問訴訟へと移り変わっていきます。

親告手続との関係で言いますと贖罪契約を締結することと私訴によって刑事手続

を開始するということは被害者側の選択にゆだねられていました。犯罪の被害者になったときに刑事手続に訴え出るか、あるいは贖罪契約を結んでそれを解決とするかという選択肢は、被害者側がどちらかを選ぶことができたということが言われています。糾問訴訟になって職権による手続開始が原則になってくると、その関係はややこしいことになっていくわけですが、これについてはおとし、この法文化構造論でも報告いたしましたし、COEのシンポジウムで英語の報告を行い、その後、それを英語の論文にまとめています。これについては、一番手に入りやすいものとして注2に書いてあるディスカッションペーパーというのがWeb上に載っています。

この報告をまとめた後にいろいろとネットで検索していると、自分の言っていることと同じことを言っているやつがいるなと思ったら、実はこのディスカッションペーパーのことです。つまり自分じゃないか、ということになったわけですが（笑）。これを見ていただければこの辺の内容がわかると思いますので、興味のある方は見ていただきたいと思います。

さらにもう一つ、贖罪金制度と贖罪契約を分けるメルクマールはローマ法の影響があるだろうと言われています。贖罪金制度というのは先ほども話したとおり純ゲルマン法的あるいはキリスト教の影響をそこに見出すこともできますが一であるのに対して、贖罪契約のほうには継受されたローマ法、あるいはローマ＝イタリア法といったほうがいいでしょうか、その注釈学派なり注解学派の学者たちが展開したローマ法に関する法学の影響というのが見受けられるわけです。

そのローマ法の勅法彙纂第2巻第4章第18法文（資料2）には、犯罪についての和解というものが扱われています。この場合の「和解」をラテン語で *transactio* といいます。あるいは、それについてガンディヌスというイタリアの法学者が述べた研究結果というのがあります。こういったものが引用されて、贖罪契約というものでなされる和解については、ローマ法の影響力を強く見出すことができると言われています。

贖罪契約に関しては、ベネディクト・カルプツォフ等に代表されるような17世紀以降にその法発展の主流をなしている普通法学の時代に、贖罪契約と刑事訴訟手続についての研究というのが数多くなされていますが、もともとにあるのが資料2に載せています Codex 勅法彙纂第2巻第4章第18法文のローマ法の規定であるということ、これは疑いのないことでありまして、贖罪契約というものにはローマ法的な影響が出てきていると言うことができます。

以上のことを考え合わせますと、中世前期までの贖罪金制度というものと中世後期以降の贖罪契約というのは確かに似たところもありますが、こと和解史における観点からすると両者は区別して扱われるべきなんだろうと理解できます。ここが第1のポイントとなります。

贖罪契約の話が続きますけれども、レジュメに挙げた「形式」というのがあります。贖罪契約には二つの形式がある。つまり、裁判上で契約を締結するケースと裁判外で贖罪契

約を結ぶケースとがあります。資料5に『ザクセンシュピーゲル』に載っている資料を載せておきましたけれども、裁判官の前でやるときは2人の証人で行われるのが、裁判外で行われるときには6人プラス自分という7人の証人が必要になるということがありますが、ここからもわかるとおり、二つやり方があったわけです。

どちらがよかったかという、もちろん裁判上の契約締結のほうがよかったんです。なぜかというと、それは公知性が高い。裁判官が証人となり、宣言や、公報に載せられた形での公知がなされることによって、みんなに知らせることができたというのが一つです。加えて贖罪契約を締結した後に相手がその契約を守らないとか、あるいは贖罪契約の締結自体が失敗したときには、裁判の手續の中でやっていますから、すぐさま刑事手続に移行することができたということ。この二つの点が被害者にとってメリットの高いものであった。ですので、この二つの形式においては裁判上の契約締結のほうが好まれていたということになります。

次に、先ほど後まわしにしました主たる給付の内容の話ですが、非常に多彩な内容が決められています。基本的には被害者の要求に基づいて決められていますが、例を挙げるなら、贖罪契約を結ぶために交渉を行います、その交渉を行うための費用、例えば旅費や、話し合いを持つ会議にかかる費用も加害者側が負担する。資料6にはリューゲンのラント法に決められた規定ですが、贖罪に関する交渉を行うことを望むならば、そのための費用を支払わなければならない。「彼は」というのはこの場合は加害者です。贖罪和解が一日で成立しなかった場合には二日目、三日目については半分だけ支払えばいいというふうなことが書かれています。裏を返せば、一日目の費用は全部負担しなければいけないということのようです。

あるいは、この辺はキリスト教的な影響力の強さをここに見てとれるんですけども、Sühnekreuz というものを建立するという義務が課せられることもあります。資料11に道端に十字架が立っている写真があります。ドイツ北西部 Marieney いう町の郊外に立つ石造りの十字架ですが、1416年にここで殺人事件が起きて、まさにここが現場になったということで、その場所に十字架を建てる。ただこの写真の十字架が贖罪契約によって加害者が建てたものかどうかはわからなかったのですが、こういうものを建てる費用を負担して、十字架を建設するべしという寄附内容が定められることも少なからずあった。ドイツ地域にはたくさん石造りの十字架というのがあって、いろいろな意味を持っているのですが、その中にはそういうものも含まれているということです。

さらに被害者の魂を慰めるために巡礼に行く。聖地あるいは大きな教会に加害者が巡礼に行くんだということを、贖罪契約の中で給付の内容として定めることもできました。

あるいは加害者自身がそれを負担できない場合は親族が援助するという規定もあります。注目すべきは、ただ、時に被害者側からの要求が過度であると判断される場合には裁判官がそれを緩めるように介入することができたという事実があるようです。それが一つ注目すべき内容としてあります。

もう一つは、実際に刑事手続が開始された後に、本来ならそのまま刑事手続が進行していけば刑罰の負荷、という形になっていくはずですが、途中で贖罪交渉へと転換することによって解決が図られることも起こり得たという話です。これは加害者に対して親族が依頼する。刑罰を受けると不名誉ということになりますから、贖罪交渉で何とかしてくれと依頼したり、あるいは領主や聖職者が出てきて加害者を説得して贖罪交渉に応じなさいという形で勧めて、贖罪契約が結ばれたりする、ということもあり得たということです。これも注目すべきポイントになります。

続いて、「効果」ということですが、贖罪契約が締結されて加害者側が定められた給付を行った場合には赦しを得ることになります。具体的な効果として何があるか。親告手続における刑事手続を開始するための必要になる私訴を被害者側は行うことができなくなる、というのが一つ。あるいは復讐断念誓約、つまりもはやこの件に関して復讐を求めることはしませんということを誓約（Urfehde）することが求められる。つまり、被害者側には反対給付が求められることになります。私訴の排除というのは恐らくローマ法上の一事不再理の原則、つまり贖罪契約を結ぶことで解決された事件をもう一度持ち出して刑事事件にすることは許されないという考え方があると思います。

ただ、私訴は排除されるんですが、糾問手続で職権によって手続が始まるということが、この贖罪契約によって排除されたかということ、そういうわけでもないというのは以前お話ししたこともあります。その辺の関係はややこしいのですが、少なくとも私訴につきましては原理的に排除される、ということは間違いのない効果としてあります。

本題に移ります。同時にここがまとめということになりますが、贖罪契約の和解史における位置づけはどのように論じられるかという点です。まず前史に当たる贖罪金制度というものの比較異同については先ほど述べたとおりです。

次に後史、つまり近代以降にあらわれた紛争解決手段としての「契約としての和解」とどのような関係にあるのかということを見ていく必要がある。現行法上の和解に関する定義は法制史辞典等によるとこうなります。「和解とは、双務契約であり、それによって紛争や当事者の法的関係に関する不確定さに対して、互譲による解決をもたらすものである」ということです。あるいはドイツ法及び日本の現行法の和解に関する規定（資料9、10）を見てみると、二つ和解の手段はあって、民法第695条とかBGB第779条等には私法上の和解が決められています。これは明らかに契約であるというふうに理解することができます。

これに対して民訴の第89条とか267条、275条、あるいはZPO（ドイツ民事手続法）の794条第1項に定められている裁判上の和解というものは、当事者間の私法行為としての和解契約と裁判上の訴訟行為の二つの性格をあわせ持つというのが通説になっています。これは全く別なんだから、私法上の和解と裁判上の和解を一緒くたに扱ってはいけなくする意見もあるのですが、それについては立ち入らないでおきます。ですから私法上の和解も裁判上の和解もどちらも、ともに契約としての側面を持つものとして理解することが

できる。契約としての和解という性格がある。「契約性を有する」と書きましたけれども、それはこのように理解することができるわけです。

そうした和解と贖罪契約というのを比較してみるとどうか。類似点が幾つか見出せます。例えば形式が二つあるというのが和解においても裁判上の和解と私法上の和解が二つあるということでこれも全く似ているわけです。権威者（聖職者・領主）によって贖罪契約の締結に圧力がかけられるということは、この圧力を強制であると理解すると話が変わってくるのですが、恐らくは強制をするぐらいであれば、刑事手続を課して刑事罰を付加して問題を解決するという解決策もあったわけですから、これは強制と理解するよりは、圧力ではありますけれども勧奨の程度にとどまるのではないか。そのように考えるならば、現在も行われている裁判官による和解勧告と同じようなものとして受け取ることができるのではないかと考えられます。さらに被害者側に反対給付として復讐断念誓約をする義務があるというのは、和解が双務契約であるという考え方になじんでいるわけです。

さらにドイツにおける和解の歴史というのは先ほどもお話ししましたが、ローマ法継受というものの影響を強く受けて発展してきているものである。Codexの条文とかカルプツォフ等による分析、あるいはパンデクテンの現代的慣用というものを通じて、ローマ法の影響を受けて和解というものが現在成り立っているということを考えると、これも贖罪契約と同様であろうと考えられます。

一方で、両者の間に相違点というものも当然あります。例えば裁判官が給付内容に介入するということがありますが、現在の契約としての和解においては強権的な介入というのは想定されていません。あるいは刑事手続との関係で排他的選択になる。つまり被害者側にとっては刑事手続で解決を求めるか、あるいは贖罪契約を結ぶかというどちらかの選択になってしまいますが、現行法の場合はもちろん刑事事件として刑事罰が科される一方で、損害賠償請求等の救済を求めることもできる。両方が両立して存在し得るわけです。ですから、この辺においては和解と贖罪契約という間に相違を認めることはできるんですが、しかし、この相違点に関しては反論の余地がある。

例えば強権的な介入が想定されていないということについても、原告においても公序良俗とか強行規定に反する内容を持つ和解契約は無効とされるという判例がありますから、著しく不正義な契約を和解の給付内容として結ぶという場合には強権的な介入とはいえませんが、現実に効力は認められないということになるわけです。現行法においても、和解契約における給付内容が100%当事者の自由に委ねられているわけではないわけではないということです。

あと排他的選択になっているということに関して言うと、同一の不法行為が刑罰の付加という法的な制裁と私法的な救済の両方成り立つんだという考え方は、近世後期に成り立った考え方です。つまり、刑事法と私法が完全に分かれたときの話になりますので、これはむしろ贖罪契約と和解との関係云々というよりも、公的刑法の成立という問題に強くかかわるもので、ここであまり強調して論じるのはいかながなものかと考えられます。

これらを総合的に考えると、贖罪契約の和解史上の位置づけの結論としては、その前の時代にある贖罪金制度よりもむしろ近代的な契約としての和解というものにより近接したものであると捉えることができるのではないかと思います。

もちろん、贖罪契約というのは先ほど挙げた何点かのポイントから、そこには公的なプレゼンスというのがいまだに強く感じられるということから、それを自由意思に基づく契約であり、近代的な意味における契約としての和解の中に含まれるんだと考えてしまうのは、現状の研究成果においてはいささか早計だろうと思われます。和解の出発点であるとして、そこに含み込んで考えることには妥当性が足りない、慎重にならざるを得ないというふうに考えられます。

事前にお配りした要旨においては、結論はここでとめておいたのですが、その後の考察を含めて補足しておきますと、贖罪契約というのは、和解史上の位置づけにおいては契約としての和解というものと一定程度の共通性を持っているということになる。言い換えるなら、贖罪契約というものは中世的な贖罪金制度からは離れて近代的な契約としての和解により近接したものであろうと考えられます。つまり契約としての和解の出発点にはないかもしれないけれども、そこへの移行がなされる過渡的な、しかも無視できない重要な存在として考えられるのかもしれないということです。

もちろんこの結論を「かもしれない」というレベルではなく、もう少ししっかりと主張することができるためには、両者の比較の水準をより一層深めていくことが必要になるので、今後の研究においてはそれが第一の課題になっていくだろうというふうに現在考えているところです。報告内容は以上ということになります。