

室町時代における神判の取り扱いについて  
—湯起請の実施を中心に—

上野史朗

目次

はじめに

- 一 室町時代における証拠法
  - 二 神判に関する一般の見解
  - 三 和与と湯起請の関係
  - 四 湯起請の実施
- おわりに

はじめに

近年、日本中世法ならびに戦国法に関する研究<sup>①</sup>が多く公にされている。とりわけ社会史の隆盛により、これまで統治的枠組みの観点から国家法、幕府法、朝廷法などの解明に焦点が当てられていたものが、いわゆる民衆法もしくは中世社会における生きた法へと研究の中心が移ってきた<sup>③</sup>。

それにも拘わらず、石井良助氏の戦前の業績である『中世武家不動産訴訟法の研究』<sup>④</sup>のような体系的なまた法史の立場から中世史料を精査した研究がほとんどみられず、氏の研究を凌ぐものが現れていないのが日本中世法、とりわけ中世訴訟法史<sup>⑥</sup>の現状である。

中世に先立つ古代法史、中世に続く近世・近代法史に関わる研究業績はこれまでも数多くみられるが、中世法史に関しては先に述べたように社会史の立場からのアプローチ<sup>⑧</sup>が見られるものもまだまだ不十分な状況である。

ところで中世と近世の秩序を前者を外部的法秩序・判定の法・理の支配・一揆社会、後者を内部的法秩序・管理法・情の支配・一揆の反転像として捉えるのは水林彪氏である<sup>⑨</sup>。中世と近世の秩序構成を氏のように対照的なものとして見ていくならば、当然そこでは中世から近世への秩序の移行過程をどのように評価するかが問題とされなければならぬであろう。法史学の立場からすれば、中世法から近世法へと変遷していく中に戦国法をみることになるであろうが、そのようなとき戦国法の特質を考察していくことは重要である。中世法から近世法への変遷を法の発展過程として捉えるのか、それとも法の反動の歴史とみるかにあたって戦国法のもつ意義は大きなものである。

それにも拘わらずこれまで戦国法に関わるいくつかの業績が公にされてはいるが、依然として現状は先程述べた中世訴訟法史の場合とほぼ同様である。

さて本稿のねらいは、室町時代における神判の実施の問題である。つまりいかなる理由でもってかかる時代に湯起請といった神判が民事、刑事の両事件において執り行われたのかを解明、考察しようとするものである。

ただその際に注意しておくこととして次のようなことを考えている。すなわち、直接的には戦国法と神判としての湯起請との間にはなんら関わりもないだろうからここでは両者の関係について触れないつもりである。しかしながら既述したことから明らかなように、湯起請を室町時代の訴訟法の中で取りあげる神判とはいえ、ただそれだけを考察するのではなく、中世法から近世法への変遷過程の中に位置づけ考察してみたい。そうなれば結果的に自ずから戦国期の訴訟法史をも念頭におき論を進めていかなければならないであろう。

註

(1) 笠松宏至『日本中世法史論』東京大学出版会、本郷和人『中世朝廷訴訟の研究』東京大学出版会、新田一郎『日本中世の社会と法 国制史の変容』東京大学出版会、石井進編『中世法と政治』吉川弘文館、笠松宏至編『中世を考える 法と訴訟』吉川弘文館などが中世法に関する最近の作品として数えられる。また戦国法に関するものとして勝俣鎮夫『戦国法成立史論』東京大学出版会、藤木久志『戦国の作法―村の紛争解決―』平凡社があげられる。『戦国史研究』吉川弘文館が戦国史研究会から年二回出版されており、戦国史に関わる文献目録が毎号掲載されており有益である。また戦国大名武田氏に関する雑誌として『武田氏研究』名著出版がある。

(2) 網野善彦氏の『無縁・公界・楽』平凡社が公刊されることにより、社会史研究に拍車がかかったようである。ことに中世史に関してはその傾向が強い。『日本の社会史』岩波書店の全八巻シリーズは、まさに日本における社会史研究の成果といえよう。その中で法史との関わりからいえば、第五巻『裁判と規範』が参考になろう。

(3) このあたりの状況については、例えば藤木氏は前掲書はしがきにおいて「ただ、一四世紀から一七世紀にかけての、村々をめぐるごくありふれた出来事の記録を、仮に、時代や社会にひめられた固有の紛争解決の判例、いわば『戦国の作法』と

して読み解いてみようとしたまでである。」(七頁以下)と記されている。新田一郎氏は、網野善彦・石井進・笠松宏至・勝俣鎮夫『中世の罪と罰』東京大学出版会に収められた十編の論文を『社会史』の一分肢として一部で『法民俗学』と呼ばれるこの分野の現在における到達点を示すものといえる。」と述べられている。「後掲註(6)一八三頁」が、ここで紹介されている「法民俗学」が考察対象とするものが民衆法、中世社会における生きた法ということになる。

(4) 本文中でも記しているように、本書は半世紀以上前の出版物であるが、現在でも中世法を考察する上では避けて通ることのできない研究である。

(5) 『中世法制史料集』岩波書店、『中世政治社会思想』岩波書店、『鎌倉遺文』東京堂出版、『南北朝遺文』東京堂出版、『戦国遺文』東京堂出版、そして都道府県史をはじめとする各地方自治体史など史料集の刊行は、これまで容易にアクセスできなかった中世史料を身近に置き利用可能になることで中世史の研究を格段とレベルアップさせた。

(6) 少々時間は経過しているが、このあたりの様子については、新田一郎氏によって「日本中世法制史研究の動向から―『中世法』の構成を中心に―」(『法制史研究』三六)として報告されている。

(7) これについては、法制史学会編『法制史文献目録Ⅰ 一九四五―一九五九』創文社、同編『法制史文献目録Ⅱ 一九六〇―一九七九』創文社が戦後の業績をほぼ網羅している。また大平祐一氏の「近世の訴訟、裁判制度について」(『法制史研究』四一)は、近世の訴訟、裁判制度に関する研究状況を概観されたものであるが、今後この分野の研究に着手する者の道標として有意義なものである。

(8) 藤木前掲書はその典型であろう。また氏には『豊臣平和令と戦国社会』東京大学出版会なる著作もある。

(9) 水林彪「近世的秩序と規範意識」(『講座日本思想』秩序)東京大学出版会)一一一頁以下。

(10) 勝俣前掲書は、戦国法研究の嚆矢と考えてよいものであり、とりわけ同書所収の「戦国法」は、その後のこの研究分野での出発点ともいえるものであり、したがって良きにつけ悪きにつけこの論文は、これが発表された後に著された研究論文の中では、必ずといってよいほど言及されている。

一 室町時代における証拠方法

室町時代の証拠手続きに関する研究は、体系的なものをあげるとすれば、それは武家法についてのものであり、その中でも不動産訴訟法に関わるものとなり、現在でもなお石井氏の業績<sup>①</sup>しか認められないといってよいであろう。

これは先に紹介したように既に半世紀以上も前に著されたものではあるが、依然、この研究のレベルを上まわる著作は現れていない。この石井氏の著作刊行後に公にされて諸研究<sup>②</sup>は、およそ氏の著作のように体系的に考察されたものではなく個別的問題を取り扱ってきたものようである。もっともこれらは、いずれも近年の中世史研究の深化の成果とあってよいのであろうが、残念ながいまだ氏の考察の域を出るものではないように思われる。

かかる状況にあつてはひとまず石井氏の研究に従い、中世とりわけ室町時代における証拠方法を概観し、考察を進めていくことにしたい。

氏は、その証拠方法について次のように述べられている。すなわち、室町時代における証拠手続きは之を分ちて神証、人証、書証及び検証の四種となし得る事鎌倉時代のそれと同様である。唯鎌倉時代に於ては比較的稀にしか使用されなかつた神証が屢々利用された事は室町時代証拠法の特徴であると云はねばならぬ<sup>③</sup>、と。

後に紹介するように、中世ヨーロッパでは刑事事件において用いられたかなり限定的に利用されてきた<sup>④</sup>のが神判であるとされているのだが、室町時代証拠法の特徴として民事事件において神証つまり神判が頻繁に利用されてきたことを石井氏は述べられている<sup>⑤</sup>。このような神判に対する両者の考えの隔たりは、極めて大きなものであるので、いかなる理由からこのような相違がヨーロッパ、日本において生じたのかについて考察する意味は十分にあるだろう。したがってここでは四種あるものの中でもそのような特徴的な証拠方法である神判についてまずもって考察していき

い。

日本の室町時代において民事事件、その中でも多く裁判所に提起された問題つまり土地をめぐる問題、さらによい。え  
ば境界画定裁判において神判が利用された<sup>⑥</sup>、と石井氏はされるのである。

ところで鎌倉時代にあつてはこのような境界確定裁判では人証すなわち証人による証言が重要な役割を果たしたことが知らされているが、<sup>⑦</sup>そうであれば境相論といった土地をめぐる裁判にあつて時代の変遷とともに人証から神証へとその証拠方法の取り扱いが変化していったこととなるであろう。ならばここでは人証についても若干考察を加えておかなければならないであろう。そうすることで室町時代に至りいかなる理由から神判が頻繁に執行されるようになったのかを容易に推論することができるようになるからである。

室町幕府法においても前時代の鎌倉幕府法同様に堺相論では裁判所が職権で近郷故老人に尋問する例であつたとき<sup>⑧</sup>、それは史料の上では、「堺相論之法、有御尋古老人之条傍例也」として表されていることが既に紹介されている<sup>⑨</sup>。氏の紹介される史料に見える故実之沙汰人・古老百姓といった人々の証言が、堺相論の決着に大きな比重を占めたというわけであるが、蔵持重裕氏は、これら故実之沙汰人・古老百姓を荘園の在地において、水利・祭祀や信仰・経済的（金融）・政治的（名主職・公文職）支配を行っている人々の一定の集団などであるとされ、<sup>⑩</sup>彼らは社会的実力をそのままを反映して地位を保持しているものであつたと述べられている。

現在のところ一般的には堺相論は、境界画定を争点とする民事裁判として考えられているのであるが、そのような相論に故実之沙汰人・古老百姓といった人々が関わり、境界画定がなされたということに注意しなければならぬであろう。彼らのような経済的、政治的に支配を行つた、そして社会的実力を有していた人々の発言が果たして石井氏のいわれるような証人の証言としてだけ考えればよいのだろうか。また境界画定の裁判において彼らが果たした役割

は、証人それ以上のものではないかと思われるのだが、いかがであろう。

さてここでイングランドにおける一二世紀後半のヘンリー二世期以降のコモンロー成立期の陪審制に関する小山貞夫氏の研究を、日本中世における境界確定裁判で重要な役割を果たすことになる既述の人々との関連から紹介してみたい。

氏によれば、イングランドでは一二世紀以降に国王裁判所の一般的手続きとして陪審制が用い出され、このうち民事陪審は、土地訴訟に関わる大小のアサイズから出発し、後には当事者が自由に用いうる事実問題の裁判官たる陪審に発達し、他方、刑事陪審は、一二世紀の半ば制定法により起訴陪審が導入されるが、英米法の特徴である判決陪審は、複雑な過程を経て成立した<sup>11)</sup>、とされる。

さらに小山氏はメイトランドの言葉をかり、陪審の基礎は「一団の近隣の人々が質問に対して宣誓に基づき真実の回答をなすべくなんらかの役人により召集されること」にある。すなわち、陪審の特徴は役人が地方住民を召集し、しかも真実を述べるとの宣誓をさせ、その上で質問をし回答を得ることにあるのである<sup>12)</sup>、と述べられている。

このようなイングランドにおける民事陪審、刑事陪審の歴史を眺めるとき、いま上記した堺相論の決着に大きな比重を占めたとされる故実之沙汰人・古老百姓が、イングランドにおける一二世紀以降に役人によって召集された地域住民と同じ役割を裁判所において果たしたと考えることができるのであれば、石井氏のいわれる裁判所に召還され発言を求められた彼らからイングランドにおけるような陪審の成立の可能性があったことを我々は想定してもよいのではないだろうか。「御使入部之次、以起請文、被尋問承久以前例於近隣古老住人等、可有左右」<sup>13)</sup>とする史料は、いま問題としている古老の役割を些かなりとも補強することにはならないだろうか。

瀬田勝哉氏は、室町時代の刑事裁判について次のように述べられている。すなわち、室町時代の裁判の特徴の一つ

に湯起請と呼ばれる神判の流行があったが、ここに神仏の力による犯人の摘発といった伝統的な犯罪観の存在を、また一方で即決・嚴罰主義の浸透していく過程をみることもできるとされ、またこのような神判が流行している同じ時期に在地では物証・人証を主とする証拠主義がはっきりと育っていた<sup>14</sup>、と。

さらには鎌倉時代から室町時代に至る過程で、室町幕府をはじめとする領主権力側では刑事裁判の際に神判をしばしば利用したが、これに対し鎌倉・室町時代を通して在地の側ではあくまでも証人による証言に基づく裁判を主張してきた<sup>15</sup>、と氏は述べられる。

いまここでは、瀬田氏の発言のうち室町幕府を代表とする領主権力により課せられる伝統的な神判に対し、在地で育っていた物証・人証を主とする証拠主義の存在との対立があったとする点が重要であろう。考え方とすればちょうど反対に位置づけられるであろう神判と物証・人証の採用が示すように、証拠方法の取り扱いに関して、両者の考え方の相違は、きわめて大きなものであり、そのことは誰の目にも明らかであろう。何故、室町時代に入り領主側は、伝統的な神判を頻発に利用することになったのか、その場合、即決・嚴罰主義の浸透していく過程とはいかなる過程なのか。またこれと正反対な考え方である物証・人証を主とする証拠方法を在地では、領主権力に対抗してまで採用したのであるか、といった疑問が生じてくるのである。

訴訟観の歴史といった見地から述べるならば、領主権力側の神判の利用、すなわち即決・嚴罰主義の採用は、糾問的訴訟観につながるであろうし、これに反し在地側の立場は、陪審制の成立を促すことになり当事者主義もしくは弾劾主義を生み出すことになったであろう。



註

- (1) 石井良助前掲書。
- (2) 近年多くの研究が発表されているが、石井氏の著作がその基礎となっていることは明らかである。
- (3) 石井前掲書五六七頁。
- (4) 中世ドイツにおける神判のあり方については、世良晃志郎訳 ミッタイスリーベリッヒ『ドイツ法制史概説 改訂版』創文社、小野木常・中野貞一郎共訳 アルトゥール・エンゲルマン「民事訴訟法概史」(『阪大法学』二三以下連載) など法制史の代表的教科書を参照のこと。
- (5) 石井前掲書六二六頁。
- (6) 石井前掲書五九〇頁。
- (7) 石井前掲書三〇六頁以下。
- (8) 石井前掲書五八〇頁。
- (9) 石井前掲書三一二頁。
- (10) 蔵持重裕「『荘園古老法』の展開と荘園制」(『歴史評論』三七四号) 七三頁。
- (11) 小山貞夫「陪審制と職権的糾問手続きへの史的岐路—英米法と大陸法についての一つの覚え書—」(望月礼二郎他編『法と法過程—社会諸科学からのアプローチ—』創文社) 五九頁。
- (12) 小山前掲論文七一頁。
- (13) 『鎌倉幕府裁許状集上』吉川弘文館、一三三頁。
- (14) 「神判と検断」(『日本の社会史第五卷 裁判と規範』小学館) 八二頁。
- (15) 前掲註(14)

## 二 神判に関する一般的見解

本稿の課題は、中世とりわけ室町といった時代に何故湯起請と呼ばれた神判が盛んに利用されたのか、訴訟法史的な見地からその理由を探ることであった。そのため前時代において例外的にしか利用されなかった神判もしくは神証が頻繁に利用されたことが室町時代の証拠方法の特徴であるとされるところから、人証から神証へとする証拠方法の変遷につき先に簡述した。いまここでは神判そのものについて比較法史的に概観してみたい。

赤坂俊一氏によって「ヨーロッパにおける神判研究史」<sup>(2)</sup>が発表され、そこでは一九世紀以来の神判論が取り扱われ、研究史上の整理が行われた。現時点におけるヨーロッパの神判研究の概略を知る上でわれわれには有益なものであり、また日本のそれとを比較、検討する上にも意義あるものである。

神判の制度は、日本、中国、インドといった東洋のみならずドイツ、イングランド、フランスなどヨーロッパの諸地域にも見られるように、世界の至る所で認められるものであり、また法制史、歴史学、人類学、宗教学など諸分野の人々から注目され、研究されてきた。例えば法制史を取り上げるならば、今日いくつかの疑問が呈されているが、近代合理主義と呼ばれる考えからすれば、不合理の上ないと思われていた神判が、民事裁判・刑事裁判において長らく洋の東西を問わず利用され、存在してきた事実をみるならば、神判とは何であり、いかなる理由でそれらが利用されたのか<sup>(3)</sup>、といった問題が提起されたとしてもそれは無理からぬことであろう。

さて、このように前置きした上で日本におけるこれまでの神判研究を眺めてみるならば、ヨーロッパにおける研究の蓄積と比べまだまだ寂しい状況であり、この事実は否定しえないであろう。とはいえ研究史を跡付けるといった意味からもここでは現在までの日本における神判の研究成果を概観してみたい。

早くからわが国における神判研究をリードしてきたのは中田薫氏であり、彼は、「古代亜細亞諸邦に行われたる神判」、「古代諸邦に行われたる神判補考」、「起請文雑考」などの論文を発表してきた。<sup>(4)</sup>

さらには牧健二氏による「起請文と其本質」、牧野信之助氏の「神誓裁判について」<sup>(6)</sup>などの研究があげられる。これらの業績をふまえ、考察をすすめたものに小林宏氏の「我が中世に於ける神判の一考察」、<sup>(7)</sup>可児光生氏の「神判としての起請をめぐって—中世東寺を中心に—」<sup>(8)</sup>等々をあげることができる。また近年のものとしては石井紫郎氏「外から見た盟神探湯」<sup>(9)</sup>がある。

また既に紹介してしているように石井良助氏の『中世武家不動産訴訟法の研究』<sup>(10)</sup>にも神判に関する記述を見出すことができる。

さて中田氏は、神判については古代に一端現れたものの千余年間の中断を経て室町時代に再び現れ、その後戦国時代にその適用が盛んになったとされているが、<sup>(11)</sup>そのような中世末から近世にかけてのいわゆる戦国時代には村落の死命としての水問答・山問答といった問題が時の幕府もしくは領主権力に提起されていたのであるが、それらによる裁断は結局は神慮、つまり神判に委ねられることになったと牧野氏がされた点は重要である。<sup>(12)</sup>今日、戦国大名の成立の契機を水問答・山問答といった相論の調停役に求める説が存在するからである。いずれ稿を改めて論ずることにするが、村落の死命としての水問答・山問答が、村落の手から離れ、戦国大名権力のもとで裁かれ、神判に委ねられた事実からは、戦国大名による裁判の特質が明らかにになるであろう。<sup>(13)</sup>

ここでみた伝統的にして法史的な問題関心からの諸論考に対し、先に紹介した瀬田勝哉氏による「神判と検断」は、社会史の観点から神判を考察したものである。氏は、近年多角的でめざましい成果を上げている検断研究のうち最も遅れているとされる証拠法に注目され、「神判」が証拠法に最も密接に関わるものと考えられた。さらに神判の中で

も最も神判らしくないとされる落書起請に焦点をあて、そこに神判としての呪術的な力が見いだせるか否かを問うて見たかった<sup>14</sup>、とされ神判と検断との関係について論ぜられた。ここでは瀬田氏は、神判を考察するにあたって証拠法の中から落書起請を取り上げ、証拠の呪力といった観点から論ぜられている。もちろんのことこれは、中世に生きる人々の神仏を恐れ、その神仏による裁断が神判であるとする従来からの考えとは異なるものであるが、訴訟の歴史の中で古代に現われた神判が一旦は消え去ってしまったにも拘わらず、室町期に復活したのは何故かといった法史の立場から、訴訟が変遷する中で神判を考えようとする本稿のねらいとは大きな開きがある。

これに対し中国で実施された神判を概観したものに丹羽友三郎氏の「神判に関する一研究」<sup>15</sup>がある。丹羽氏は、中国のみならずその影響を受けたアジア周辺地域における神判についても言及されている。

ところで「ヨーロッパにおける神判研究史」<sup>16</sup>でもって現時点におけるヨーロッパ神判研究の整理をされたのは、赤坂俊一氏であった。室町から江戸時代の人心の動揺の甚だしい時代にあつてかつ殺伐とした風潮の下では神仏の威力はまだまだ人心を支配していたことが、神判を採用することになった理由だと牧野氏はされる<sup>17</sup>。これはヨーロッパ神判研究の前提としてこれまで非合理性から合理性へという進歩軸に沿って歴史が進み、制度、とりわけ裁判制度が次第に合理的なものとされてゆく。その結果、非合理的な神判が合理的な制度に排除され、やがて消滅するに至ったという見方が、基本的に支配的であったとする赤坂氏の指摘に連関するものである。

つまり牧野氏の考えは、神判という制度が存在した理由をいまだ神仏の威力が人心を支配しうる時代に求めているのである。訴訟が非合理的システムから合理的システムへと変遷していく段階すなわち近代訴訟法体系が誕生する以前において存在するものが神判ということになる。牧野氏は前近代的訴訟として神判を扱い、その適用理由を非合理的とする人々の宗教的心情に求めているのであろう。

赤坂氏が紹介されるように新しいヨーロッパの神判に関する諸研究の成果によれば、神判という制度が、社会生活あるいは支配を維持するうえで不可欠な役割を演じていたことが認識されはじめた<sup>18</sup>、とされている。このような指摘は今後神判を考察していくうえできわめて重要であると思われる。社会生活の維持、支配の維持の必要性から神判が、採用されたのであれば、神判の存在理由を中世に生きた人々の宗教的心情に求める牧野氏の所説とは大きな隔たりがあるであろう。

社会生活の維持、支配の維持のための神判ということになれば、神判はまさに支配の道具となるであろうし、また時の支配権力の関心に影響を受けることになるであろう。このあたりの事情については後に紹介する史料をもって明らかにしたい。

すでに紹介したようにヨーロッパの神判に関する研究には古くからの蓄積があるが、ここではヨーロッパで採用された神判を取り上げ論ずることで、室町時代の神判としての湯起請の特質を明らかにする参考としたい。

さてJ・ベイカーは、前近代における今日みられるような訴訟制度の確立していない段階での裁判所のあり方について次のように記している。

今日におけるような法的権威が認められない段階の社会では、近代的意味における「裁判をする」のではなく、当事者に争いを和解するよう勧めるか、少なくともそれを仲裁に付すように勧めるだけである<sup>19</sup>。

原告被告間で和解するようにとの説得に応じないときには、争いは超自然力による審判、すなわち神判に付されることになったのである。原告被告の属する共同体が、最終的に争いの判断を神に仰ぐことはあったが、両当事者にまず和解するようにとの説得が行われ、それが不調に終わった後に神判が実施されたのである。超自然力に争いの裁断が委ねられることになったとしても直ちに争いが神判をもって裁断されなかった、つまりたやすく神判が執行されな

かったことをここでは理解しておかなければならない。

中世ドイツにあっても同じように神判の存在は認められるが、それは補助的証拠方法としてであり、宣誓無能力者や宣誓補助者による証明が成功しなかった場合に限定的に実行されたのである。<sup>20</sup>つまり最後の証拠方法・最後の窮余策として神判は存在したのである。

ところが、このように争いの最後の段階で利用される神判についてJ・ベイカーはさらに次のような注目すべき事柄を述べている。すなわちイングランドにおいては神判は、キリスト教の司祭によって執り行われていたが、彼らの中のある者は、自らが正しいと思っている結果を作り出そうと神判の手配をすることを思いついたり、当事者を成功させてやろうと鉄を控えめに温めたりした<sup>21</sup>、と。

このように神判の結果が、それを執り行う者の恣意に任せられた、とするベイカーの言葉に対し、小山氏は以下のことを論ぜられている。ヘンリー二世の時代、イングランドにおいて刑事事件では起訴陪審が導入され被疑者は原則として神判に付されることになった。この神判で無罪とされた被告人でさえも退国宣誓をなし国外に出て行かなければならなかったのであるが、ここから陪審に対する信頼と神判への不信がいかに大きなものであったかを明瞭に読みとれよう<sup>22</sup>、と。

小山氏の記述からは、ヘンリー二世時代の神判の結果が、執行者の意のままに成しえたか否かは不明であるが、神判への不信感が大きかったとする事実は、確認しておいてよいだろう。おそらくJ・ベイカーが語っているように、何らかの形で神判執行者が、その執行にあたり手配することがあったため人々は神判の結果に信頼を置こうとしなかったであろう。

註

- (1) 石井前掲書五六七頁。
- (2) 赤坂俊一「ヨーロッパにおける神判研究史」(『西洋史学』一七二)。
- (3) 赤坂前掲論文三五頁。
- (4) ①「古代亜細亞諸邦に行はれたる神判」、②「起請文雜考」(『法制史論集 第三卷下』岩波書店)
- (5) 「起請文の起源と其本質」(『史学研究』第二卷第二号)。
- (6) ①「神誓裁判について(上)」、(『史林』第一一巻第三号)、②「神誓裁判について(下)」(『史林』第一一巻第四号)。
- (7) 「我が中世に於ける神判の一考察」(『国学院法学』第七卷第一号)
- (8) 「神判としての起請をめぐって—中世東寺を中心に—」(『年報中世史研究』第五号)。
- (9) 石井紫郎「外から見た盟神探湯」(石井紫郎・樋口範雄編『外から見た日本法』東京大学出版会)。石井氏は、ヨーロッパ中世の裁判における神判の役割をR・バートレットの所説を紹介しながら論ぜられている。なお竜寄喜助訳 R・バートレット『中世の神判 火審・水審・決闘』尚学社が刊行されている。このR・バートレットの問題提起に対しカネヘムの所説を中心にして中世における神判を考察されたものに「中世の神判をみる視点と座標系」(千葉大学『法学論集』第一〇巻第四号)がある。
- (10) 石井前掲書五六九頁以下で氏は、室町時代の幕府法における証拠手続きを論ぜられているが、その中の一つである神証としての湯起請について言及されている。
- (11) 中田前掲論文九三〇頁。
- (12) 牧野前掲論文②九一頁。
- (13) 戦国大名の成立の一因を紛争の調停者に求める考え方があり。戦国大名の成立と村落の自治との関係を論ずることは、戦国法の特質を考える上でも重要である。しかしながらここでは直接的にはその問題について触れることはしない。これは今後、稿を改めて論じることになろう。
- (14) 「神判と検断」(日本の社会史 第五巻『裁判と規範』小学館) 五九頁。
- (15) 「神判に関する一研究」(『三重法経』九二号)。

- (16) 赤坂前掲論文。氏のヨーロッパにおける神判研究史とりわけ第二次世界大戦後のそれについては、R・バートレットの所説によっているため註(9)の高橋氏の研究ノートを併せて読むことが必要であろう。
- (17) 牧野前掲論文②九八頁。
- (18) 赤坂前掲論文三五頁。
- (19) 小山貞夫訳 J・ベイカー『イングランド法制史概説』創文社、一八頁。
- (20) ミッタイス、エンゲルマンの關係箇所を参照のこと。
- (21) J・ベイカー前掲書二〇頁。
- (22) 小山前掲論文六〇頁。

### 三 和与と湯起請の關係

室町時代に入り前時代においてはほとんど利用されることのなかった湯起請が、前代の傾向とは逆に多く用いられるようになったことについては既述したところである。そのことに関連していまここで注目しておかなければならないことは、嘉吉・文安年間を境としてこれより後には鎌倉中期以降数多く執り行われた和与の制度が廃止されることになり、その後、永享年間(一四三〇年代)以降に湯起請が利用されるようになったことである。<sup>①</sup>これについては史料の上で既に確認されている。<sup>②</sup>

時代の移り変わりとともに訴訟制度も変遷しその中で現れ出てきたのが湯起請の制度であり、和与制度の廃止から湯起請へとといった訴訟手続きの変化は、日本中世における訴訟法史を考えるうえで重要な意義を有しているように思われる。ただこれについては稿を改め詳述するので、ここでは見通しだけを述べてみたい。



さて、石井良助氏は『中世武家不動産訴訟法の研究』の結言でもって所務沙汰において当事者主義が行われていて真の理由を以下のように論じている。

所領の審理が正確なりや裁判が公平なりや否やは切実に各人の安危に係る所であり、同時に幕府が民心を繋ぎ得るや否やの懸る所であった。(中略) 訴訟そのもの数の多き事は幕府の望む所ではなかった。従って幕府は当事者が欲せざる限り自ら進んで訴訟手続きを進展せしめざらんと努めた。ここに所務沙汰に於て当事者主義の行はれた真の理由があつたのではあるまいか。幕府の欲した所は当事者の相論が判決によって落着する事に非ずして、当事者相互の和解によって終了する事である、と。<sup>③</sup>

これによれば、所務沙汰について幕府は判決による決着ではなく、むしろ当事者相互間による和解で終了することを望んだが、その理由を訴訟そのもの多いことを幕府が望まなかったためだと石井氏はされるのであるが、いかがであろう。幕府裁判所が裁く訴訟とは御家人の安危に係る関係し、民心を幕府に繋ぐことができるかどうかに関わるほどの重要性を有するのであるから、幕府の存立の根幹に係る問題である。そのように幕府の存続を左右しかねないほどの重要性を有する問題それ自体が多いことを望まないとは一体いかなることをいっているのだろうか。

鎌倉幕府の司法制度の中に現われた和与に限定し、その源流、成立、手続き、また法理、法律効果といった内容、実施状態、発達の事情などについて多くの事例を挙げ詳細に論ぜられたのは平山行三氏である。その研究によれば、鎌倉時代を前期を嘉禄元年より弘安十年まで、後期を正応元年から元弘三年まで分けた場合に、相論の終結状態つまり裁許による終結か和与による終結かを調べてみると、前期後期を通じて和与による終結が相当大なる比重を有していたのは領家地頭間の相論であったことが明らかにされている。<sup>④</sup>

既述した幕府が判決による決着を望まなかった所務沙汰つまり和与で終局をむかえることになる訴訟とは、平山氏

によれば鎌倉殿の御家人が地頭職に補任された荘園の領家との間でその荘園の所務に関して行われた相論<sup>⑤</sup>を大方示しているのだが、そのような相論が、判決によるのではなくして和与によって多くの場合、終結した理由をここでは考察する必要がある。

荘園制を背景とする領家地頭の相論では、概ね地頭の荘園の慣習違背から所務相論は生じ、両者の権利が互いに抵触し、摩擦は多方面に存在し、紛争はすべてにわたって発生した。したがって相論の目的物としての所務の項目は多数に及び、所務の内容が地理的歴史的条件により成立した慣習であるため荘園としての個性を有し、一律に取り扱えない性格を有していた。かかる相論の裁許にあたって、裁判所は、先ず事実認定において複雑な荘園の慣習に直面した。そのため証文を提出させ、当事者の裁判所への出頭を命じ、陳述を行わせ事実認定をしたのであるが、そこから多くの日時と労力を必要とし、訴訟渋滞の原因となったであろう。そこでこのような相論においては、この面から解決を当事者に任せる和与が要求されるに至った<sup>⑥</sup>と思うと平山氏は述べられる。

これに対し石井氏は、和与する動機を①一族間の訴訟を止めるため、②訴訟当事者間で争われている相論が無益であると感じたため、③和与が最も公平な結果を出すため、④未来の煩いを断つための四つに分類されている<sup>⑦</sup>。

ここでは第二の理由すなわち、係争中の訴訟を当事者が無益であると感じたため、和与することで相論を結論づけたとする点に注目してみたい。

繰り返し述べているように、鎌倉時代には訴訟の審理にあたって非理顯然たる場合を除いては、書面審理と口頭審理とを併せて行い、それでも審理不十分の場合には追進状の提出および覆問をも許すことがあり両当事者に審理未了といった感じをもたせないよう十分慎重な手続きがとられていた<sup>⑧</sup>のであり、時には故実之沙汰人・古老百姓といった人々の証言が求められ、堺相論の決着に大きな比重を占めたことが知られている。ここでいわれるように審理未了と

いった感じをもたせないよう十分に慎重な手続きがとられているようであれば、訴訟当事者自身が係争中の訴訟を無益だとは感ずることはないであろう。となれば、ここで取り上げた第二の理由が成り立たなくなるか、または訴訟のあり方そのものが変化してきたかのどちらかであろう。

既に紹介したように領家地頭間での所務相論は、和与によって終結する場合は鎌倉時代の前期後期を通じて圧倒的に多かったが、他方、御家人の同族間の相論においては、和与による終結は後期に入り、顕著に増加し、全体の四割にまで及んだことが知られている。<sup>9)</sup> この結果をもとに考えると、領家地頭間、御家人同族間を問わず所務相論については大方が鎌倉後期になると和与で終局を迎えることになったのだろう。

文永・弘安の二度のモンゴル軍との合戦が、御家人・非御家人、幕府進退の所領・本所一円の所領を問わず、一時的に膨大な人的・経済的負担を強いたものであり、一方的な防衛戦であったため、幕府は彼らに十分な恩賞を賦与することができなかった。そのため、武士領主一般から幕府・朝廷への不満が高まったことは周知の事実である。<sup>10)</sup>

これをうけて、鎌倉幕府が弘安三年十二月八日付けで発した追加法第四八三条に「近年守護御家人、或依所務之相論、或就検断之沙汰、多以不和之間、無用心儀之由、有其間、挿自身之宿意、不顧天下大難之条、甚不忠也」<sup>11)</sup>と記されていることより平山氏は、「御家人のうちに、訴訟によって抱く敵意や不平の結果、異賊防禦に協力しない者があれることを指摘し、警告を与えた」<sup>12)</sup>ものであると考えられた。さらに氏は、裁判所に対する不平、それが幕府に対する不信にまで高まることで異賊防禦への協力意欲を鈍らせるといった事態に陥るため、戦時体制下の政策に協力させるために幕府は、できる限り御家人の不平を少なくするために、裁判においては和与を奨励したのではないかと考察されている。<sup>13)</sup>

平山氏は、幕府による和与の奨励理由を御家人の不平不満を少なくするため、また幕府の戦時体制化にある政策に

協力させるためとされているのだが、このような氏の考えを仮に認めるとしても和与が行われる所務相論とは一体いかなる訴訟であったのか、そしてそれがどのような形で審理が実施されたのかをもう一度確認しておかなければならないだろう。

上記のように所務相論の大半は領家地頭間の相論であった。つまり地頭による荘園の慣習違背がその争点だったのであり、そのことはとりもなおさず地頭が、荘園の領家分を侵犯することを意味したが、他方、所務沙汰における訴訟物は御家人にとっては一所懸命の地であり、生命や社会活動を支えるものであったから彼らの所領に関する執着は強烈なものであった。それゆえ荘園の慣習違背が、領家分への侵犯と考えられたとしても御家人にとっては自らの生活の窮乏を免れんとするための行為であったためそれを自分から進んで止めるわけにはいかなかった。<sup>14</sup>

このような誰の目にも明らかかな地頭の慣習違背といった非法を幕府裁判所は裁許することはできなかった。なんとすれば幕府は御家人を保護すべき立場にあったからである。それゆえ平山氏は、幕府裁判所は法で裁くこともできず、地頭と領家が互いに分限を守って侵犯しないという原則を枉げることもできず、和与による解決を求めたとされたのである。<sup>15</sup>

今一度ここでは和与の動機について石井氏の論ずるところに戻ってみたい。裁判権力の関心という観点からすれば、第三、第四の理由が重要であろう。和与が、最も公平な決着方法のためとする前者は、既述したところからすれば荘園侵犯を行った地頭にとっては願ってもない決着であるが、領家にとっては不平を残すものとなり必ずしも石井氏のいわれるようには考えられないだろう。

後者の未来の煩いを断つために和与がなされたとする考えについては、琵琶湖西岸の滋賀郡小松庄と高島郡音羽庄との間で長年にわたり堺相論が繰り返され、さらには幕府の命の下に実施された湯起請による裁定後もお相論が蒸

し返されたことを示す史料<sup>16)</sup>がいくつか残されている事実からして妥当なものと考えることはできないであろう。

上記の史料が示すところからすれば、ここでは和与が、当事者双方の未来の煩いを断つたためになされたと考えるよりも、むしろ裁判権力がこのような際限なく繰り返される堺相論を終結させるべく和与を推奨したと考える方が自然なのではなからうか。石井良助氏のいわれるところの未来の煩いを断つたための和与とは、原告被告に対してのもではなくして実は裁判権力にとってのものであったと考えるべきではないのだろうか。

ところで文永・弘安の役を境に鎌倉社会が大きく様変わりし、それにもない法の変容がみられたことを国制史の見地から論ぜられたのは新田一郎氏である。氏によれば、これまで自律的な判断形成がなされてきた鎌倉社会において「下知」「繪旨」といった「上裁」を絶対の根拠づけとし、「咎」による制裁を背景として有無をいわず叙用を迫る形式的な法体制が、二度の合戦を重要な一因に成立し、そこでは、個別的・自律的な「理非」判断形成を「私」の問題として棚上げにし、「公」の問題たる元軍への「一揆」を求める「上裁絶対」の法体制は、「公」武「連携政権」によって、局所的な利害対立に優先して人々一般を外敵に対して「一揆」せしめるため、絶対的な規準となる切り札を設定して「私的」な利害対立を短絡的・即決的に終結せしめる戦時体制として創立された<sup>17)</sup>と。

社会の変化にともない「上裁絶対」といった法体制が成立したが、そのような体制下では、領家・地頭の間で際限なく繰り返られる所務相論などを局所的な利害対立として取り扱い、またそのような相論を「私的」なものとして短絡的・即決的に終結せしめた、と氏はされている。そのような考えに従えば、御家人にとって一所懸命の地であり、生命や社会活動を維持するものとして強烈に執着していた所領を訴訟物とした所務相論を上裁絶対とする法制度の下で短絡的・即決的に終結せしめるために和与が奨励されたということになるであろう。

これまで述べてきたところから分かるように、平山・新田の両氏とも所務相論といった訴訟において和与が実施さ

れた理由を、文永・弘安の役における御家人たちの戦時体制協力といったことに求められている。前者によれば、御家人を戦時体制下の政策に協力させるため彼等の抱く不平を少なくする意味からも裁判にあって和与を推奨した<sup>18</sup>と。また後者においては、「公」の問題たる元軍への「一揆」を求める「上裁絶対」の法体制下で人々一般を外敵に対して「一揆」せしめるため、局所的でかつ「私的」な利害対立を短絡的・即決的に終結せしめた<sup>19</sup>と。

新田氏の論ぜられる「下知」「綸旨」といった「上裁」を絶対の根拠づけとし、「咎」による制裁を背景として有無をいわず叙用を迫る形式的な法体制とは、例えば訴訟手続きでは弾劾主義から糾問主義へと変遷を示した手続きとということになる。これに関して参考となるのがドイツ法史に関する村上淳一氏の言及である。

絶対主義的権力に対し等族が、依然として自立性を主張していたところでは、訴訟において弾劾主義を固執したが、他方、領邦君主は弾劾主義は訴訟遅延を可能にするゆえに好ましからざるものであり、民事訴訟の場合と同様に両当事者が訴訟外で和解し、訴追者もはや手続きの追行に協力しなくなるおそれがあり、そのことは犯罪者の処罰により公共の秩序を維持すべき君主の使命の遂行を困難にするのみならず罰金による国庫の収入減少をもたらすことによつて君主の期待に反した、旨述べられた<sup>20</sup>。

いま問題としている上裁絶対とする法制度は、村上氏のいわれる絶対主義的権力の確立したところにみられるような構造のものであろう。これに対し等族が自立性を主張していたところでは訴訟はあくまでも弾劾主義的構造をとっていた、そのため絶対主義的権力からは等族の主張するような訴訟の構造では、訴訟の引き伸ばしが可能であるがゆえにそれらを好ましからざるものとして考えていたとされる<sup>21</sup>。日本中世を絶対主義時代として考えることははじめから無理であるが、ここでは弾劾主義的構造が、訴訟の引き伸ばしを可能にするため権力から好ましからざるものとして考えられていたことに注意しておかなければならない。

このように考えた上でいま一度、鎌倉幕府による和与の推奨理由を考えてみたい。所務相論にみられるように審理に長い時間を要し、繰り返し提起されるような訴訟については、それがまた意図的に引き延ばしをされる可能性があることからして、幕府裁判所は好ましからざるものと考え、和与することを勧めることで短絡的にかつ即決で決着をつけようとしたのではなからうか。またそのようにすることで幕府裁判所は、訴訟が提起されることで自らが被るであろう未来の煩いを断つことができたのだろう。

ここで石井氏は、室町時代に入り当初は、前時代の和与による決着が引き続きなされ、次第にこれが変化することと和与制度は、廃絶されたのであり、このことから当該時代の訴訟では、当事者弁論主義が棄てられ職権主義が採用された。これは裁判制度の基調が私権尊重より公益尊重へと変化した事を物語るものである<sup>22</sup>、とされている。この私権尊重から公益尊重へとする観点が、上裁絶対とする法体制下ではモンゴル軍からの攻撃に備える防衛といった公的問題を前面に押し出すことで、所務相論のような私利利害対立を、幕府裁判所は即決にそして短絡的に終結せしめることになったと論ずる新田氏に引き継がれたと思われるがいがであろう。

多くの場合、所務相論は領家地頭の間で幾度も繰り返される傾向があることは史料の語るところである。その結果として裁判所は、両当事者に和与を奨励することで相論に終止符を打とうとしたのであり、その理由については上記の通りである。

和与制度の廃絶に至る原因について、新田氏も石井氏の私権尊重から公益尊重へと裁判の基調が変化したとする「私」よりも「公」を尊重する幕府裁判所の姿勢にあることを認められていることについては既にみてきたところである。しかしながらそこでは、和与の廃絶から、民事・刑事を問わず湯起請が訴訟の場で執り行われることになった経緯についてはほとんど何も述べられていない。

さて、ここでもう一度確認しておきたいことは次のことである。和与を受け入れた訴訟当事者は、係争地を中分することで相論に決着をつけたのであるが、訴訟当事者の間で契約しただけでは、和与は訴訟法上の効力を生ぜず、これを法上有効なものとするためには裁判所の認可を必要としたこと<sup>23</sup>である。幕府の審査を受けない和与は、どのようなものでも私和与と呼ばれ認められないものであった。

ところが中世ヨーロッパとりわけドイツの仲裁制において、紛争が裁判所に持ち込まれたか否かを問わず、訴訟当事者が仲裁契約を締結した後には紛争はもはや裁判所の関知しえないものになった<sup>24</sup>ことが知られている。

ここでは直ちに鎌倉時代における和与と中世ドイツにみられる仲裁契約を同様なものとして取り扱うことには問題があるが、それらが訴訟当事者間で訴訟を終結するために締結された契約であるという共通性を有しているということだけをここでは確認しておきたい。それにもかかわらず両者が決定的に異なる点は、前者が効力をもつためには幕府裁判所の認可を必要とし、後者が一旦締結された後には裁判所はもはや紛争に関知しえないとする点である。訴訟の終結を求め締結される契約が、その成立にあたって裁判権力を介在させるかどうか。さらにいえば契約を締結するうえで裁判権力を必要とするのか否かは重大な問題であり、そこに和与と仲裁契約とにみられる訴訟の終結に対する考え方の相違がみられるのである。

中世日本における第三者の斡旋による平和的紛争解決<sup>25</sup>として考えられる中人制を取り上げ、論ぜられたのは、勝俣鎮夫氏である。氏は、中人は、紛争を「無為」におさめるよう両当事者を調停し、このような無為落着のための説得の論理が、「中分」・「折半」を基本とするものであったこと、そしてこの中分が、文字通りの具体的折半である場合もあるが、一般的には当事者双方の主観的衡平感覚を満足させることにあったことについて述べられた<sup>26</sup>。

このような中人による紛争解決に接するとき、そこで行われた説得の論理が、「中分」・「折半」ということであれ



ば、先ほどから論じてきた和与も結局のところ中分による訴訟の終結であるから、領家地頭間で繰り広げられた所務相論が無為落着するよう幕府裁判所は、両当事者に和与を奨励したと考えてよいのではないだろうか。

紛争の無為落着のため中分といった欺瞞的操作が行われることで訴訟当事者双方の主観的衡平感覚が満足させられるということであれば、そこには裁判所による真実発見といった考えは見出せないだろう。私和与を認めないとする幕府裁判所の関心は、紛争解決にあたり和与による中分を奨励することであり、訴訟を無為落着させるための権力の積極的な訴訟への介入にあったのだろう。そこに現在のわれわれの目からすれば、欺瞞的と思われるような操作が行われる可能性があったのだと思われる。

このように考えてくると、室町期に訴訟の場で執り行われた湯起請についても訴訟当事者双方の主観的衡平感覚を満足させるために種々の操作がなされたのではないかといった疑念が生ずるが、このことについては以下で考えてみたい。

註

- (1) 石井前掲書六二九頁。
- (2) 「看聞御記」、「二十一口方評定引付」等を参照。
- (3) 石井前掲書六二八頁。
- (4) 『和与の研究―鎌倉幕府司法制度の一節―』吉川弘文館。
- (5) 平山前掲書一五三頁。
- (6) 平山前掲書一九五頁。
- (7) 石井前掲書二六四頁。

- (8) 石井前掲書六一九頁。
- (9) 平山前掲書一七五頁。
- (10) 文永・弘安の役後における恩賞措置の御家人等の不満については、例えば網野善彦『日本の歴史10 蒙古襲来』小学館の「文永の役のときには、翌年(建治元年)に百二十余人に恩賞があたえられたが、不満がのこり、結局、再調査をするとう不始末な結果になった。」(二二三頁)が参考となる。また網野氏は、弘安の役後の安達泰盛と平頼綱を先頭とする得宗御内人の対立は戦後の幕府の恩賞措置への御家人の不平不満を背景にするものではないかと推測されている(同書二二五頁)。
- (11) 『中世法制史料集第一巻 鎌倉幕府法』岩波書店、二四七頁。
- (12) 平山前掲書二〇五頁。
- (13) 平山前掲書二〇五頁。
- (14) 平山前掲書一九九頁。
- (15) 前掲註(14)
- (16) 久留島典子「湖西の一堺相論から―近江小松伊藤氏とその文書―」(『遙かなる中世』七号)。
- (17) 新田一郎「中世社会の構造変化―『徳政令』の国制史―」(『日本中世の社会と法 国制史的変容』東京大学出版会) 一八一頁以下。
- (18) 前掲註(13)
- (19) 前掲註(17)
- (20) 村上淳一『近代法の形成』岩波書店、二〇二頁。
- (21) 前掲註(20)
- (22) 石井前掲書六三〇頁。
- (23) 石井前掲書二六八頁。
- (24) 小柳春一郎「日本中世における在地の紛争解決」(『国家学会雑誌』第九二編第二号) 一四五頁。
- (25) 小柳前掲論文一三二頁。
- (26) 勝俣鎮夫「戦国法」(『戦国法成立史論』東京大学出版会) 二三六頁。

#### 四 湯起請の実施

室町時代にみられる神判、とりわけ幕府訴訟法上に現れた神判が、湯起請であることについては周知の事実である。そこにみられる湯起請は、釜中に湯を沸騰せしめて、之に石を置き、当該事実の主張たる訴訟当事者（刑事々件の時は嫌疑者）をして、探り取らしめ、手の損傷せりや否やを検し、之に拠って該事実の真偽に関する神の証言を得んとする方法である<sup>①</sup>、とされるのであるが、一般的にはその湯起請は次のように考えられている。すなわち、中世に行われた神判法であり、古代に行われた誓湯や盟神探湯（くがたち）につながるもの<sup>②</sup>、と。

本稿では古代において実施された盟神探湯をも含め広い意味での神判を考察するつもりはないが、前記のように、湯起請が、盟神探湯につながるものとする記述があることから若干これについて述べておきたい。

盟神探湯を、法学的な観点からみた一般的な解説としては次のようなものがある。すなわち、被疑者に熱湯を探らせ、手がただれるか否かによって、陳述の真偽を定めるもので、日本古代に糾問の手段（自白強制のための威嚇・拷問の手段）として用いられた。当事者訴訟の当事者双方が合意の上で対等に試み、勝敗を決するのであれば、これを神判の一種とみることもできるが、そのような例はまれで、双方に課せられる場合でも、糾問者の便宜のために恣意的・強制的に用いられた<sup>③</sup>、と。

『裁判の歴史』を著された利光三津夫氏は、盟神探湯を神に対して祈誓することである<sup>④</sup>とされ、探湯神判、毒蛇神判等は、いずれもこれを科せられた者は、生命の危険を冒さなければならぬ。ゆえにクガタチを科することを宣言することは、人智や開明した社会においては、訴訟当事者に対する大いなる威嚇である<sup>⑤</sup>、と論ぜられた。

その俗、人を殺し、強盜および姦するは皆死し、盜む者は贓を計りて物を酬いしめ、財なき者は、身を没して奴となす。自余は輕重もて、あるいは流しあるいは杖す。獄訟を訊究するごとに、承引せざる者は、木を以て膝を圧し、あるいは強弓を張り、弦を以てその項を鋸す。あるいは小石を沸湯の中に置き、競う所の者をしてこれを探らしめ、いふ理由なる者は即ち手爛ると。あるいは蛇を瓮中に置いてこれを取らしめ、いふ曲なる者は即ち手を蟄さると。人すこぶる恬靜にして、争訟罕に、盜賊少し。<sup>6)</sup>

上記の史料から石尾芳久氏は、古代日本の神判につき以下のような考察を加えられた。

注意すべきは、隋書に現れた神判は『競う所の者をして之を探らしめ』とあるように、競う所の当事者が行った神判であるのであり、ゲルマン古法の贖罪裁判（フンデルトシャフトの裁判）の証拠法としての『双方的神判』に通ずる性格を示しているのであつて、拷問によって訊究される獄訟とはその本質を異にしているという点である。<sup>7)</sup>

さらに右述せる如き隋書倭国伝の史料も、わが固有法における二種類の裁判の並存を示すものとして考察し得るのである。問題を明確にする為には、先ず第一に、贖罪手続きとしての双方的神判と、本質的には宗教的リンチ裁判にすぎない神判とを、嚴格に区別する必要がある。<sup>8)</sup>

これまで示されてきた諸説と、石尾氏がここで述べられる考えとの根本的な相違は、日本古代における神判としての盟神探湯が拷問に繋がるものであるか否かといったことである。人々は、強制的にせよ、恣意的にせよ科せられる拷問としての盟神探湯でもって自らの身の潔白を証明しなければならなかった、とする従来の説に対し贖罪手続きとしての双方的神判と宗教的リンチ裁判とは厳然と区別しなければならぬとするのが氏の述べられるところである。いま、ここでは盟神探湯が双方的神判・贖罪裁判の原型を示す、とする考えと、それが糾問手段として用いられ、

訴訟当事者に対する大きな威嚇であった、とする考えの二つが対立していることだけを示しておくにとどめたい。古代における盟神探湯と中世とりわけ室町時代に多く執り行われた湯起請との関係は、これから述べる湯起請の實際を眺めることから自ずから明らかになるからである。

さて、室町幕府最盛期の諸事象が記述され当時の政治・社会を知るうえでの好史料とされる『看聞御記』には湯起請の實施に関わる次のような記載がある。

永享八年三月廿二日。晴。山前観音寺山相論事。今朝奉行飯尾肥前。伺申之処。両方令書湯起請。依其失可落居之由被仰出云々。(以下略)

五月十九日。(中略)抑山前百姓与観音寺百姓。今日被書湯起請於成仏寺近衛堀川三福寺末寺。書之。奉行飯尾肥前。同大和以下四五人検知。定直同検知。両方取孔子。当方百姓取之。願阿山前古老百姓也。先書起請焼灰吞之。次沸湯之中石を取上。やすやすと取之。更無違失。次観音寺百姓男。起請同前。次取石事之躰憶したる風情也。然而石ハ取上。是も無為也。兩人寺ニ召置。明後日検知可落居云々。此五六年山相論于今不落居之処。公方嚴密可書湯起請之由依仰。如此沙汰了。当座先無為始終如何。今夜庭田隣壁富長逐電。其跡へ奉行入替検知云々。何事乎不知云々。

廿一日。晴。起請書人三ヶ日之間奉行出合検知之処。兩人手更不損。無子細云々。両方有道理歟。不審事也。昼鳥又内へ入。会所畳汚糞。及兩度不思儀事也。令穢。

廿四日。卿秋參。定直參。山前湯起請事。両方無異失之由。飯尾公方伺申之間。此上者可被如何候哉。ともかくも可為御意之由。以飯尾奉。被尽御沙汰之条為悦。両方無其失之上者可被中分歟。ともかくも可為上裁之由御返事申了。

閏五月六日。山前山相論落居被成御教書。珍重也。

数年にわたって山前・観音寺の両庄間で争われてきた山相論を湯起請で決着をつけるべく公方からの命令があったが、「両方無失」と結果が出たことで相論は「山前山相論落居被成御教書」として終結を迎えたとするのがこの記事の大まかな内容である。

石井良助氏が紹介されるように訴訟の場において民事事件・刑事事件を問わず湯起請の実施が命ぜられるのは、①証人及び証文によっても事実関係が不明であるとき、②両当事者提出の証拠方法が等価値であるときのいずれの場合であった。<sup>10)</sup>

上記の事例が①、②のいずれにより湯起請実施が命ぜられることになったのかは必ずしも明確ではない。「此五六年山相論于今不落居」<sup>11)</sup>とあることから推測すればおそらく前者の①を理由としているのであろう。証人、証文のいずれをもつても境界画定についての事実関係が明らかとならず、その結果として山相論は数年間も決着が見いだされないままであったのだろう。

ただここで注意しておかなければならないのは、公方側すなわち室町幕府裁判所では、山相論の判断を神判に託した理由がいかなるものであれ、自らの判断でその争いを判断しえず、湯起請の結果に頼らざるをえなかったことである。

境界画定を争点とする現在いうところの民事裁判において湯起請が用いられたのであるが、その手順についていま一つの別の史料からみてみたい。

一、起請之儀式 御被湯立ノ次第言語道断嚴重警固者也、御子者当御代ニ被召使女御子也、其外雜式公人七人出仕

ス、

一、於起請上次第者、当座之鬪也、第一番小松也、第二番打下也、然間彼於成仏寺三日之間逗留、被守其失者也、

一、同十八日至辰刻、彼奉行衆有列參、両方之手於被檢知畢、

一、当所之取手左近太郎者其謬無之、

一、打下之取手弥次郎兵衛手者焼畢、

一、奉行衆此赴ヲ申上条、忝同年之九月十日ニ頂戴御教書並御下知、同廿日仁雜掌祐弘有下着、庄下宜喜悦之開眉畢、<sup>12)</sup>

この事例の内容は次のようである。湯起請が執り行われるにあたり、原告・被告のいずれが先に行くかを先ず鬪で決定した。引き続き女御子の立ち会いのもと原告被告双方によって湯起請が実施された。取り手である小松庄の左近太郎と打下庄の弥次郎兵衛の二人は、その結果が出るまでの三日間を成仏寺に逗留した。その後、十八日辰の刻に奉行七人による検知が行われた。両当事者の手に失が現れているかどうかの確認がなされたのである。小松側の取り手左近太郎の手に、「其謬無之」とあるように失はみられず、これに対し打下側の取り手である弥次郎兵衛の手に、「焼畢」としてやけどが認められ、これをもって失と判定された。そのため奉行衆による上申がなされ、御教書・下知状が九月十日に小松庄に手交されることで相論は終結した。

さてこの事案では、湯起請の結果を「当所之取手左近太郎者其謬無之、打下之取手弥次郎兵衛手者焼畢」と表しているが、石井氏によれば、室町幕府は湯起請の結果を以下の三つを想定していたとされる。

一は一方取手のみ失が現れる場合で、この場合には其者側の主張が虚偽であると証言されたのである。二は両方の

取手に失の現れた場合で、此場合には両当事者共に虚偽の陳述を為した訳であるから、論所は幕府に没収される。三は両取手共に失の現はれない場合で、この場合には両当事者の主張が共に真実なのであるから、中庸を取って、論所は中分される、と。

第一の場合の一方当事者のみに失が現れた事例としては、先に紹介した左近太郎と弥次郎兵衛との間で実施された湯起請をあげることができるであろう。この場合、失が現れたのは左近太郎であるから彼の属する打下庄側の提出した証拠もしくは証人の証言に虚偽がみられたということになる。

氏は、第二の原告・被告の両当事者に失が現れた場合として次の史料をあげられている。

常在光寺与朝倉六郎繁清、檜葉近江守満清相論近江国田上内堺湯起請失事

右、湯起請失之浅深者、依榜示奸曲之多少者歟、爰牧庄者及五拾町捐之、至杣庄者参町余捐之云々、湯起請之失、亦随是者哉、所詮両方雖為多少有失上者、望申堺、共以難有御許容上者、於彼在所者、為闕所、可有他之御計歟、如明德之 御判之御教書者、論所之山在之歟、然者任御教書之旨、可有御成敗歟（以下略）<sup>15</sup>

これによれば、湯起請の結果は「両方雖為多少有失上」として「望堺、共難有御許容」と裁断された。ここから問題となった在所については、闕所処分つまり幕府への没収で結論がつけられた。

原告・被告両当事者の陳述が偽りであったため、それが失として現れたと裁判所は、判断を下したのであり、この失の出現を根拠に論所を闕所処分したわけである。このような裁判所による係争地の没収処分は確かに当時の法的な考え方に依拠したものであるが、今日からすると問題の残る処置である。ことによると湯起請とは、一体どのような



なものであるのかといった問題をその裁判所の処分行為から解決しうるのかもしれない。この処分と、次に挙げる第三の裁判所による処分とは、裁判に対する裁判権力の関心からすれば、ちょうど表裏の関係にあるように思われるが、いかがであろう。

最後に両当事者共に失の現れない場合であるが、それは先に挙げた史料『看聞御記』に「両方無其失之上者可被中分歟」<sup>16</sup>とある。湯起請の結果として両当事者に失が現れなかったのは、両者の主張が真実であるからであり、そのため裁判所は、両当事者のいずれが正しいか判断することなく中庸を取って論所を中分したというのである。

訴訟当事者による証拠の提出、証人による証言のいずれによっても決着がつかなかったので湯起請が命ぜられ、裁定結果は論所の中分となり訴訟は終結した。原告・被告両当事者の主張が、いずれも真実であったためその主張の中庸を取ったとするのが係争地を中分した理由だが、両者はそれだけで果たして納得しうるものであるか。

ところで鎌倉時代には訴訟の審理にあたって、非理顯然たる場合を除いては、書面審理と口頭審理とを併せて行い、それでも審理不十分の場合には追進状の提出および覆問をも許すことがあり両当事者に審理未尽の感じをもたせないよう十分慎重な手続きがとられていた<sup>17</sup>ことが知られている。このように審理を十分に尽くすといった措置が講ぜられているところには、上記したような湯起請の結果として両当事者の主張が、いずれも真実であったため裁判所は、両当事者の言い分の中庸をとったとする考えは出てこないであろう。

いま、ここで問題として論じている湯起請の結果に関連して、牧野氏は先に紹介した永享八年五月の近江滋賀郡小松庄と打下庄との間に行われた堺相論史料<sup>18</sup>を用いて興味深い記述をなされている。すなわち「小松方記録によると、自庄の理運顯然であったが敵方の愁訴によって未来亀鏡の為神意に任せ湯起請に及ぶべしとのことで、近衛堀川鎮守神明の御前にてその儀に及んだ」<sup>19</sup>と。

この記述からすれば、従来からいわれてきた裁判所が、湯起請を命ずる理由がなくなってしまうことになる。つまり証人・証文いずれによっても事実関係が不明な場合、当事者双方が提出した証拠方法が等価値である場合の二つは認められないことになる。小松庄は、自庄の理運顯然であったにも拘わらず敵方打下庄からの愁訴によって未来亀鏡のためとして湯起請が命ぜられ、それに臨んだのである。いうまでもなく堺相論において一方当事者が、理運顯然とということであれば証人及び証文によっても事実関係が不明であるとか、両当事者提出の証拠方法が等価値であるといったことにはならず、湯起請は必要ないはずである。必要ないはずの湯起請が実施された理由が、未来亀鏡のためということになれば、その湯起請を命ずることになる理由そのものにいささか問題が存することになる。このように考えてくると石井氏の論ぜられたところの湯起請実施が命ぜられる要件の二つも見直しが必要になるであろう。

いまここでは東寺百合文書のうち内容からして刑事事件に関わるものではあるが、湯起請の結果が思っているほどには厳格に取り扱われおらず、むしろ恣意的に生み出されたとも考えられることを示す史料を紹介してみたい。

#### 一定任落書糺明之事

先日取湯起請、既無其失之上者、落書沙汰可有糺明之由定任歎申了、又昨日西院落書有之、其子細者、定任湯起請手焼之処、驗見隠之由有之、仍驗見六人召寄、被尋聞召之処、公文所一人見手、余人不見之由令申之間、言語道断次第也、仍重可見之由被申送別当了、<sup>20</sup>

瓜を盗んだと落書によって訴えられた定任は、その嫌疑を晴らすため湯起請を取ったが、失が認められなかった。このため彼は、自分を落書でもって瓜を盗んだとして告発した人物の糾明を求めたところ、彼に対する再度の湯起請

を求めた落書があった。それに基づき東寺廿一口方評定引付では、検査役六人を招き寄せ尋問したところ、彼らのうち一人だけが定任の手の失の有無を検査したが、残りの者たちはそれをしなかったと答えたので再度の湯起請が執り行われるようになった。案の定、結果は定任の手に失が認められるというものであった。これに対し、前回の検知で失が認められなかったことを理由に処罰の免除を願い出る定任には、「湯起請失、難遁上者、不可叶<sup>21</sup>」とした返答があった。

このように見ていくとき湯起請の結果は、上記の史料すなわち「湯起請失、難遁上」が示すように絶対的なものと考えられるだろうか。嫌疑の有無を明らかにするため厳密であるべき湯起請の失の検知にあたって、六人の検査役中たった一人しかその責を果たしていなかったことから知られることは、湯起請を取り扱う裁判権力の真実探求に対する関心の薄さというよりむしろ真実発見への無関心さである。また検査役の無責任さを指摘する匿名の落書<sup>22</sup>に従い、彼らを尋問した結果として再度の湯起請が実施されることになった事実からは、これまた訴訟法の上から見て重大な問題を生み出すであろう。<sup>23</sup>

同じく失の検知による湯起請の結果が絶対でないことを示す史料として次のものがあげられよう。

一就鎮守盗人之儀、次郎五郎、五郎衛門申云、今度盗人之事、五郎次郎仕由被懸仰、預御罪科候事不便至、至申分者、更以不存知仕候、所詮、以湯起請、明可申候、若治定候者、於当座、可致沙汰候、万一無実之事候者、御競内可預御免候由申間、披露之処、此者之事、不限今度、不思儀者之間、不可叶之由、治定畢<sup>24</sup>

盗犯の嫌疑をかけられた次郎五郎、五郎衛門の両名は、湯起請の結果として無実が証明された場合には境内からの

追放免除を願ひ出たが、「此者之事、不限今度、不思儀者之間、不可叶」として彼らの願ひは却下された。これによれば、彼らが処罰されるのは盗犯の嫌疑に対して実施される湯起請の結果に基づくものではなくして、彼らの日頃の素行を理由としていることが理解できよう。

牧野信之助氏は、次のような興味深い記事を紹介されている。すなわち福島正則の部下某は、舅聶の間で訴訟に及んだため主君正則から神前鉄火が命ぜられ、聶某の手に矢が認められなかったにも拘わらず、福島正則から喧嘩両成敗の形で訴訟を落着せしめるため切腹が命ぜられた、というものである。それには「たはけたる公事故誰もわけ手無之」ため「扱々にくき奴らにて何とも申付様無之間神前にてつ火とらせ候様に申付け」鉄火裁判の結果、無罪と認められるべき無失の者に対しても「ばかなる仕方どもにて腹切らせ候へ」との福島正則の言葉が記されている。<sup>25)</sup>

この正則の言葉をもって直ちに神判（ここでは鉄火裁判）それ自体を時の裁判権力がどのように考えているかを問題にすることはできないが、少なくとも鉄火裁判の結果に何ら重きをおいていないことだけは、ここでは確認できるであろう。

部下某によって提起された訴えを「たはけたる公事」として取り扱い、その原告・被告の双方を「にくき奴」と決めつけ、結果の如何には無関係に喧嘩両成敗法でもって彼らを処断したことからは、鉄火裁判の結果つまり失には裁判権力の関心は少しも向けられておらず、まして真実発見に関心が注がれているとは到底思われないであろう。

ところで戦国大名今川氏による訴訟の抑止と喧嘩両成敗に関わる問題については旧稿で取りあげた。今川氏権力側からみて重要でない、つまり国防上、治安維持の上から重要でない内容の訴えが提起されたときには、それを「いはれざる訴え」として受理しないことにしていた。それどころか執拗に「己が意趣計」を主張する者・「我道理計」を訴える者には今川氏は処罰でもって対応したのである。<sup>26)</sup> ここにおいて福島正則の鉄火裁判への姿勢つまり鉄火裁判を

とろうとする当事者たちへの対応は、戦国大名今川氏による訴訟の取り扱いに共通するものがありはしないだろうか。

仮に福島正則の事例にみられる裁判権力の関心を、上記の今川氏権力の関心と同様なものとして考えてみるならば、福島氏権力にとって必要性を認めないつまり治安維持・国防の上から重要性のない訴訟を「たはけたる公事」と呼び、そのような訴訟を鉄火裁判といった神判でもって裁断していく。また執拗に訴訟提起を繰り返したり、「たはけたる公事」を提起する当事者を裁判権力の側からすれば、権力者を煩わす者として「にくき奴」として処罰すると考えることはできないだろうか。鉄火裁判をとったところで結局は、失の結果とは無関係に喧嘩両成敗法でもって両当事者が処罰されたということになれば、そこで行われる神判は、いささかも裁判として機能していないことになるだろうし、失の絶対性など到底問題として取り上げることなどできないであろう。

喧嘩両成敗法は、一切の自力救済を禁止し大名権力に紛争解決を委ねることを強制するために制定されたものとして理解されているが、より重要なことは権力関心の訴訟拒否といった観点から考え直さなければならぬことを先に指摘した。<sup>28</sup>

そこで鉄火裁判と喧嘩両成敗法が同時に用いられている事実を再び考えてみたいが、いま一度ここではイングラッドにおいて神判を司る司祭が、自らが正しいと思っている結果を作り出すように神判の手配を思いついたり、当事者を成功させてやろうと鉄を控え目に温めたりしたという記述を<sup>29</sup>いま一度思い起こしてみたい。そこから考えられることは、イングラッドにおいてもそして中世とりわけ室町時代の日本においても裁判権力の命による神判では、意図的にもしくは裁判権力の思いのままの結果が生み出された可能性が高いということである。つまり神判が執行されるときには既にその結果は、裁判権力にとっては明らかであったということであろう。福島正則の家臣某は、その旨を相手どって主君に「たはけたる」訴訟を提起したが、そのような行為におよぶ当事者たちはすでに裁判権力者にとって

「にくき奴」であるから神判の結果は、当初から明白である。また万が一その結果が裁判権力の意図したものと異なった場合には、そのようなものには従わなかったであろう。喧嘩両成敗を理由に両当事者の処罰がなされたのは、「たはけたる」訴訟を提起するような彼らが「にくき奴」であるからである。つまり訴えを提起することをもって権力の関心に反したことが処罰の理由であろう。いま一度繰り返すと、神判としての鉄火裁判の結果が如何なるものであれ結局のところ裁判権力が、喧嘩両成敗法でもって両当事者を処罰するということになれば、提起された訴えを神判としての鉄火裁判で裁断するつもりも真実発見するつもりも権力側には毛頭ないであろう。神判の結果とは無関係に「にくき奴」が処罰されるのは、彼らが「たはけたる」公事を提起することで裁判権力の手を煩わしたからにほかならない。彼らの行為は裁判の受理を拒否しようとする裁判権力の関心に反したこととなり、それを理由に処罰されたのであろう。

## 註

- (1) 石井前掲書五七〇頁。
- (2) 『角川日本史辞典第二版』角川書店、九七二頁。
- (3) 『新法律学辞典第三版』有斐閣、三二〇頁。
- (4) 利光三津夫『裁判の歴史』至文堂、一八頁。
- (5) 利光前掲書二二頁。
- (6) 『隋書』卷八一 東夷伝・倭国（石原道博編訳『新訂魏志倭人伝 他三編』岩波書店、六九頁）。
- (7) 石尾芳久「神法と法の発見」（『日本古代法の研究』法律文化社）三七頁。
- (8) 石尾前掲論文三八頁。
- (9) 『看聞御記 下』（群書類従 補遺 二）群書類従完成会、三八三頁以下。

- (10) 石井前掲書五七〇頁。
- (11) 前掲註(10)
- (12) 「小松打下山塚論目録」(牧野前掲論文九二頁引用史料)。
- (13) 註(12)
- (14) 石井前掲書五七一頁。
- (15) 『中世法制史料集第二卷 室町幕府法』岩波書店、二七六頁。
- (16) 前掲註(9)
- (17) 石井前掲書六一九頁。
- (18) 前掲註(12)
- (19) 牧野前掲論文九二頁。
- (20) 二十一口方評定引付嘉吉三年八月廿五日「東寺百合文書ち」(『大日本古文書 家分け第十 東寺之四』東京大学出版会) 一五二頁。
- (21) 二十一口方評定引付嘉吉三年九月廿五日「東寺百合文書ち」(『大日本古文書 家分け第十 東寺之四』東京大学出版会) 一五八頁。
- (22) ここでの問題点については、既に以下の拙稿で論じたので参考のこと。「日本中世寺院法の刑事裁判の研究」とくに落書を中心として(一)「『法学ジャーナル』第三九号」、「日本中世寺院法の刑事裁判の研究」とくに落書を中心として(二・完)「『法学ジャーナル』第四〇号」。
- (23) 例えば近代法の特徴の一つに法的安定性の問題があるが、そこで正義が論ぜられるのであればここでも注目しておかなければならないであろう。
- (24) 二十一口方評定引付文明五年二月廿七日「東寺百合文書ち」(『大日本古文書 家分け第十 東寺之四』東京大学出版会) 四一七頁以下。
- (25) 牧野前掲論文一一九頁。
- (26) 上野史朗「寄親寄子制と訴訟―戦国大名今川氏を中心に―」(『法学ジャーナル』第四六号) 一〇六頁。

おわりに

本稿では、鎌倉時代には稀にしか使用されなかった神判が、室町時代に入り刑事裁判のみならず民事裁判においても多く用いられるようになった事実を、訴訟法の歴史からいかに考えるかといった観点で論じてきた。

既に何度も繰り返しているように石井良助氏は、神判が証拠法として頻繁に用いられることが、室町時代における訴訟法上の特徴であるとされたが、そこでは湯起請といった神判が、一度は姿を消したものの室町時代に至り再び姿を現わすことになったのは如何なる理由によるものかという問題に何ら答えられていないのである。この問いに対しては、古代に行われ、湯起請と形態を同じくする盟神探湯の復活であるという考え方が支配的である。また神判には、湯起請・鬮・鉄火裁判といった様々な形態をとるが、「共通しているのは、人々の恣意を排し、神の意思を客観的に尋ねようとする態度である。紛争の解決、道理の判定は、最終的には神が判定すべきものであり、したがって、証拠にもとづく人の裁判は、その神の判定を神に代って人が行うという性格のものであった。」<sup>1)</sup>とする考えも、上記の問題に対する答の一つであり、これまた優勢なものである。

- (27) 喧嘩両成敗法に関する研究については以下のものがある。辻本弘明「両成敗法の起源について」(『法制史研究』一八)、石尾芳久「喧嘩両成敗法について」(『日本近世法の研究』木鐸社)、勝俣鎮夫「戦国法」(『戦国法成立史論』東京大学出版会)、服藤弘司「喧嘩両成敗法—法史論争—」(『社会科学の方法』二〇号)、石井紫郎「中世の法と国制に関する覚書」(『日本国制史研究』II 日本人の国家生活) 東京大学出版会)
- (28) 上野史朗「戦国大名今川氏の『不入』関係について 法史学からのアプローチ」(『中京法学』第三十卷第一号) 五二頁。
- (29) J・ベイカー前掲書二〇頁。



実際のところ湯起請が執り行われるのは、石井氏の述べられるところに従えば、三通りが考えられるのだが、この三つの前提ならびに結果の取り扱いに問題があるのであった。湯起請の実施に関わる問題性が、室町期にみられる湯起請とヨーロッパ中世における神判とを大きく分けるのであり、前記した疑問の解答となるべくものであった。

例えば原告・被告双方の湯起請の結果が、失なしとして同じ場合には、係争中の土地は中分という措置がとられたのである。これは、前時代鎌倉期の後半から採用されることになった和与中分のシステムを受け継ぐものとして考えたのである。また双方に失がみられる場合は、これは原告・被告それぞれの主張が偽りであったということから係争地は没収となった。これについては以下の事柄から大きな問題が含まれていることが明らかになった。すなわち、神判の結果そのものがヨーロッパにおいては人々からあまり信頼されていないこと、またJ・ベイカーの「イングラントにおいては神判は、キリスト教の司祭によって執り行われていたが、彼らの中のある者は、自らが正しいと思っている結果を作り出そうと神判の手配をすることを思いついたり、当事者を成功させてやろうと鉄を控えめに温めたりした<sup>2)</sup>」とする記述、さらには東寺百合文書中の廿一口方評定引付の記録にみられる定任瓜盗事件において、厳格に行われるべくはずの失の検知に不正があったとする落書によって湯起請がやり直された事実などから神判の実施、結果の検出に裁判権力者の恣意が影響しているのではないかということになった。

このような権力者の恣意に影響される湯起請が、史上に現われるのは、和与中分が衰退する前後であるが、その和与中分が多く用いられるようになるのは、二度にわたる元軍の襲来を契機としてであった。元軍襲来にもなう戦時体制のもとで幕府は、御家人・非御家人の協力をあおぐため、もしくは戦時体制下における上裁を絶対とする法制度の確立から和与中分のシステムが訴訟に現われたとするのが、従来からの考えであった。これらはいずれも戦時体制下における公益尊重を絶対とする考えを和与中分の実施の基礎においているが、公益尊重といった考えだけでは、和

与中分の衰退と相前後する湯起請の出現を説明できなかった。

和与を幕府が推奨した理由の一つに、未来の煩いを断つためとするものがあつた。この和与中分という措置には、紛争の無為落着のための中分といった欺瞞的操作を行うことで訴訟当事者双方の主観的衡平感覚を満足させるという裁判権力の関心がみられることからすれば、未来の煩いを断つためとは、裁判権力自身が訴訟の提起により煩わされることを断つためだったのであり、そこから和与を訴訟当事者に推奨したのであつた。

そこにみられる考えによって裁判権力によって和与が推奨され、湯起請が実施されたのである。そのように考えることで未来の煩いを断つため和与を推奨した幕府の裁判に対する関心が、「たはけたる公事」を提起した当事者は「にくき奴ら」でありそのため鉄火裁判をとらせたが、その結果、無罪と認められるべき無失の者に対しても「ばかなる仕方どもにて腹切らせ候へ」とする福島正則の言葉に表われた、時の権力者の訴訟に対する関心へとつながるものと考えたのである。

したがって湯起請が室町時代に至り頻繁に利用されるようになったのは、古代の盟神探湯の復活といった単純な問題ではなく、後の戦国期に現われる喧嘩両成敗法にみられるような裁判権力の訴訟を拒否せんとする関心と相通するものが、湯起請を命ずる裁判権力に存在することによるものであることを論じてきたのである。

瀬田勝哉氏が、伝統的な犯罪観に基づく捜査、そして一方で即決・嚴罰主義を浸透せんとする幕府・領主権力側と、また同じ時期に物証・人証を主とする証拠主義を主張する在地側との対立の存在が室町時代にみられることを述べられているが、その問題は、日本中世における訴訟法の歴史を考えるうえで極めて重要なものではあるが、本稿では結局のところ権力側の関心にしか論及することができなかった。物証・人証を主とする証拠主義を重視する在地側の即決・嚴罰主義を浸透せんとはかる権力側との対立の具体的な考察については今後の課題として残しておきたい。

最後に述べておきたいことは、本稿のはじめにおいて中世法から近世法へと変遷するとき、それが法史学の上からみて法の発展、もしくは法の合理化としてみるのか法の反動としてみるのかといった問題提起をしたが、既述したところからも明らかのように、和与中分・湯起請・福島正則による喧嘩両成敗法の適用にみられる裁判権力の関心は訴訟の拒否といったところにあったのであるから中世から近世に至る法史の変遷は、法の合理化に逆行するもの、法の反動化と捉えてよいのではないかといった見通しがついたのである。

註

- (1) 水林彪『日本通史Ⅱ近世 封建制の再編と日本の社会の確立』山川出版社、三〇頁。
- (2) J・ベーカー前掲書二〇頁。
- (3) 瀬田前掲論文八二頁。