

《セミナー》

中世ヨーロッパの決闘裁判

——当事者主義の原風景——

一 当事者主義

『取引の社会』という挑発的で刺激的な小品がある。⁽¹⁾

いわば日米法文化論ともいえる分析を極めて明快かつ大胆に展開しており、多少素材が古くなっているとか議論の展開がかなり強引であるといった注意すべき側面もいくつかあるが、およそ法を幅広く学ぼうとする者であれば、とにかく一読はしておくべき作品であろう。議論の核心は、一言でいえば日米の刑事司法の制度や運営そして思想には大きな相違があり、その違いは歴史的、文化的なものである、そしてこれは決して一方が先進的であるとか他方が後進的であるとかいうものではない、とい

山 内 進

うところにある。いまとなつては、このような主張も、それほど大胆とは思えないかもしれない。しかし、川島武宜教授の『日本人の法意識』（岩波新書）に代表される、先進的Ⅱ近代的な欧米の法社会、後進的な日本の法社会という、それまで一般的に通用してきた類型区分からすると、これはたしかに革新的な主張であった。

その「第三話 歴史の中の法原理」は、「日本型実体的真実主義とアメリカ型当事者主義」という副題のもとに記されている。実体的真実主義とは言うまでもなく刑事訴訟法の基本概念の一つで、一般的には裁判のもとで犯罪に関する真実の究明を図ろうとする立場とすることができよう。これは、著者によれば、日本に強く見られる

「裁判国事主義」つまり、「裁判は何よりもまず国事、つまり第一に直接国家に関係する事柄である」とする立場によって、わが国の刑事司法の核心をなすにいたっている。むしろ、新憲法の精神を汲んだ現行の刑事訴訟法は、大幅に英米法要素を導入しているから、これはもはや裁判官と検察官が一体化して訴訟を担う糾問主義的なものではない。むしろ、この刑事訴訟法のもとでは、被告人は単なる取り調べの客体ではなく、検察官と対等な立場で訴訟を遂行し、裁判官は中立的な審判として登場する。これがいわゆる当事者主義である。しかし、著者の見解では、このような当事者主義も日本においては、被告人の人権を保証するだけでなく、「『実体的真実主義に奉仕するために』、『かつその限度で』日本型刑事司法にくみいれられたにすぎない。」なせなら、「『当事者主義は真実発見にも役立つ』」からであり、「『当事者双方の積極的活動により、実体的真実の発見を目指し訴訟の促進を実現しようとするのがその建前である』」と考えられるからである。⁽²⁾

たしかに、実体的真実主義と当事者主義との調和ということは多くの刑事訴訟法学者も認めるところであるが、

ここまで断定されるといささか危うい気がしないでもない。少なくとも、当事者主義における真実発見の意義を認める者でも必ずしもそのことを優先するわけではないからである。例えば、最も代表的な刑事訴訟法のある教科書にはこう記されている。

「しかし当事者主義は、単にこのような真実発見のための技術にすぎないものではない。それは、国家が個人に対して刑罰という制裁を加える場合にとるべき基本的な態度を意味する。それは、被告人を一人の人格ないし主体として取り扱うことであり、これに刑罰を加えるためには、主体というにふさわしい行動をとる余地を与え自己を弁明する機会をあたえなければならぬことである。……刑事訴訟にとって、当事者主義はいわば本質的なものである。」⁽³⁾

この場合、当事者主義は人権を守るために不可欠のものという見解が示されている。そのような意味で当事者主義を理解するのは大方の訴訟法学者のとるところであり、そのためにこれは「適正手続 (due process)」との結びつきのうちに理解される。そのような観点からする

とき、当事者主義は人権を守る立派な制度であつて、その制度のもとに運営される裁判所はまさにその意味で人権の皆であり、またそうでなくてはならない。私はこのような理解や立場を基本的には正しいと考えるが、しかし当事者主義には別の側面もある。それは、当事者が全責任を自ら負つて戦うということであり、その結果、眞実とは別に当事者の力量によつて結果が左右されることがあり得るということである。『取引の社会』がアメリカの刑事裁判の特性として強調するのはそのことである。また当事者主義においては裁判官が単なる審判にすぎないといわれるのも、そのためである。

当事者主義のそのような「戦い」の側面をおそらく最初に衝撃的に指摘したのは、リアリズム法学の祖とされるジェローム・フランクであろう。フランクは裁判の「神話」を暴露したことで有名であるが、彼の見解の本質は「訴訟とは戦い (fight) である」という一点にある。「訴訟とは法廷で行われる合法的戦闘である。それは歴史的には (そして現代においても) 拳銃や剣による私的な戦いの代用品である。ナイフや拳銃を使って相手にこちらの望むことをさせるかわりに、いまでは相手を

殺さない武器、つまり説得という道具を用いて……裁判所で戦うのである。」⁽⁵⁾

フランクが「歴史的」というのは、必ずしもアメリカの「歴史」のことではない。彼は、国家が法と裁判をほぼ全面的に管理する近代世界以前の、かなり古い時代の人々の觀念とその行動の在り方を念頭にいたうえて、そう主張するのである。彼は言う。

「いくつかの、いわゆる『原始的』もしくは『古代的』社会においては……、ある者が他人によつてひどく不法をはたらかれ、復讐もしくはその財産の返還を望むときには、彼は今日のように『法に訴える』ことはしない。その代わり、彼は、『自力救済』に訴える。つまり、彼は、なにか法廷に似た類の所にはいかない。彼は、相手側をめぐけて攻撃する。棍棒か斧か小刀によつて。彼は、財産を取り戻し、彼が不法と考えることに復讐するために戦う。洗練された言い方をすれば、彼は彼の『法的な権利 (legal rights)』のために戦うのである。そして、その戦いはいくつかの集団にまで広がる。戦いは、不法を受けたと感じ、そう主張した人物と不法を与えたと目

されている人物に限定されない。それは集団全体を含みこむことがある。ここに乱闘が始まる。これは悪しきものであった。なぜなら、これは広範なうち壊し、物の破壊、社会を構成する人々の殺害や不具化を意味したからである。

いくつかの社会集団のもとでは、そのような一般の騒乱は耐えられないものとなり、血讐 (blood-feud, or vendetta) が代わりに出現した。戦いはいまや特定の低位集団つまり本来の争いに関係する氏族の構成員に限定された。血讐は、恐ろしいものはあるが、一般的な争いよりはアナキーであることが少なかった。それは偉大な前進であった。それは戦いの空間が縮小されることを意味した。血が流れることや無秩序に至ることが、一般的な大虐殺の場合よりも少なくなったのである。⁽⁶⁾

フランクはさらに和解＝贖罪金の試みを経て、今日の裁判制度にまで至るといふが、要するに彼は、「法に訴える」ということは、われわれが権利と呼ぶものを獲得する手段として私戦 (private war) を放棄するということとである」と主張する。「法に訴える」といふこと

まり争いを裁判所の決定に委ねるといふことは、私戦の代用である。公務員によって行使される力……は私的暴力の代理をするものである」と。しかし、これは私人がなにもしないということの意味しない。「法に訴える」といふことは「私戦」を放棄するということにすぎず、人が、私的な暴力によらず、国家の裁判所においてそのルールのもとに自ら当事者として戦うことに交わりは無い。国家は、その戦いの枠を設定し、審判の役割を果たし、その結果を執行するだけなのである。「訴訟とは戦いである」といふフランクの指摘は、戦いの主役はあくまで当事者であるという歴史的、社会的認識を前提として始めて理解することができる。

二 ヨーロッパ中世の裁判

フランクは血讐もしくは私戦に代わるものとして公的な裁判が出現したという。この認識は、ヨーロッパの歴史に関してみるならば、おおむね正当であろう。それどころか、一般的にいえば、自力救済は中・近世のヨーロッパにおいては、詭弁的な意味においてはではなく、本来の意味で「合法的」であった。この点は、ドイツの偉大

な中世史家、オットー・ブルンナーの『ラントとヘルシヤフト』以来、歴史学界ではほぼ通説となっている。歴史学上の用語を使用すれば、この時代の武力をとまなう自力救済はフェーデとよばれるが、このフェーデは権利の存在を前提とする限りで、紛れもなく合法とされていたのである。したがって、フェーデとは、まさに「権利のための闘争」にほかならない。この視点を徹底して、鮮やかにヨーロッパ的な権利認識、その歴史的性格を指摘した好著がある。村上淳一教授の、『権利のための闘争』を読む。(岩波セミナーブックス)である。言うまでもなく、これは、イエーリングの『権利のための闘争』を直接的な素材として独自の議論を展開したものであるが、「権利のための闘争」とは、本来、文字通りの意味で実力による権利の保護と実現をめざすものであったことを徹底して明らかにしている。その指摘の中で、教授は、ブルンナーの大変興味深い見解を引用しているが、それは本稿とも関係しているので、つぎに私なりに訳出しておきたい。

「フェーデは、復讐、侵された権利の回復をめざすものであった。……フェーデは、直接、復讐に着手

するか、『損害を与える』ことよって間接的に復讐しようとするものであるが、いずれにしても権利を実現するための一つの方途にすぎない。自己の権利を侵害された者は、フェーデを実行するか裁判所に訴えるか、どちらか一方を選択することができた。しかし、裁判といても、それは裁判所のもつでその闘いにけりがつくまで争うことを意味するにすぎない。というのも、裁判もまた本来は闘争であった、つまり宣誓によるにせよ、決闘裁判におけるにせよ、両当事者の裁判所のもつでの闘争であったからである。貴族は、フェーデ権と同様に、裁判所のもつでの『決闘権』をも長いこと保持し続けた。裁判所の判決は、いずれの側に法（権利）があるかを伝えるものにはすぎない、判決を執行するのは、勝訴した側の仕事であった。たしかに、その執行に抵抗すると平和喪失となり、その抵抗者は全体の敵になるには違いないのではあるが。」

さて、ここで私は、中世の裁判の基本構造について簡単に説明しておかねばならない。ヨーロッパ中世とくに初期の段階においては、裁判は今日のように「国家」が

運営するものではない。それは、本来、自由民が構成する集会のもとで、自由民の身分や名譽の得喪にかかわる重大な事項を全体で審議する場であるか、親族相互の武力による争い（フェーデ）の和解をはかる仲裁裁判を行う場であった。したがって、ここでの裁判官はいわば議長であり、司会であり、仲裁者であった。彼が職権によって被告人を捕らえ、訴追し、裁くなどということはありえなかった。自由民を裁きかけ、判決を下すことができるのは彼の仲間たち、つまり自由民たる同輩であった。むろん時代が下るにつれて、裁判は民会つまり裁判集会からより専門化した裁判所にいわば分化していく。しかも、封建社会の裁判制度はその諸関係と同様に非常に錯綜していて、分かりにくい。これを一義的に処理するのは全く不可能なことであろう。しかし、本来のしくみや人々の考え方はそう違わない。時代と空間の限定を思い切ったときはなち、ごく大まかな特性だけをあえて一般的に記すと、中世ヨーロッパの裁判はおおむね次のような特質を有する。

(1) 裁判は職権によっては開始されない。つまり、被害者の側からの訴えがあつてはじめて裁判手続きがは

じまる。「原告なきところ裁判官なし」という原則は長期にわたつてくずれない。この原則に交革をもたらししたのは中世後期の都市であつたといわれるが、とにかくこの意味において、中世の裁判はその開始手続から当事者主義的である。この当事者主義の凄まじさは、死者が訴えの当事者たりえたという点に象徴的に現れる。死者の親族が犯人を捕らえ、その犯人とともに裁判に向かう際には、死者を棺台にのせ、彼を本来の訴人としなければならぬ。もっとも、この場合は死者を葬ることができないので、後に死者の右手を切断し、この右手が死体全体とみなされ、訴訟を遂行した。教会の墓地などで干からびた右手がよく発見されるのもそのためであるとい⁽⁸⁾う。一三世紀初頭に記されたとされる、アイケ・フォン・レブゴウのザクセンシュペーゲルという法書に次のような規定があることは、引用するに値するであらう。

「二・一四・二 しかるに人が死者を（埋葬せず）に裁判所の前に連れ出して、彼（死者を殺した人）を訴えるならば、彼は彼の首を賭して応訴するか、または死者を服罪させなくてはならない。」⁽⁹⁾

「さもなれば、この者は自己のなした一撃に対して責

めを負わねばならない」と。この条文は、死者に訴えられた者がその罪を認めるか、逆に死者を訴えるかしなければならぬ、ということの規定している。自身のなした加害の正当性（例えば、正当防衛）を主張するために、人は（犯人たる）死者を訴えることも可能だったのである。いずれにしても、ここでは死者が訴訟遂行の一方の主体であることが明記されている。ちなみに、ザクセンシュピーゲルは、ザクセン地方では裁判の有力な法源とされた権威ある法書である。決して怪しげな作品ではない。少なくとも、それは、アイケ自身の法理念を記していると同時に、当時の人々の法観念を相当ていど採り入れていると考えられるから、中世的世界の下では、これは決して荒唐無稽な話ではない。そして、この点を踏まえて考えるならば、現代の裁判は、いかに当事者主義的な要素を含むものであっても、少なくとも刑事訴訟に関しては、大幅に職権的であるという印象さえ覚えるであろう。さらに言えば、オットー・ブルンナーが言うように、復讐としてのフェーデをとるか、裁判をとるかすら、当事者の自由であった。そのような選択の自由、訴追の自由は今日の法体系のもとでは、ごく例外に属するであ

らう。それどころか、ヨーロッパ中世においては、ハイリッヒ・ブルンナーが指摘したように、「復讐が金銭もしくは金銭的価値のあるもののために買い取られる」ということは、まさに「不名誉とされ」ており、ほとんど贖罪金の支払いという形で決着をみる裁判は、戦うことや戦い得ることを名誉と心得る中世人の心情に必ずしもそぐわなかったと思われる。まして、公的な権力とその役人にすべてを委ねるなどということは、自由民や封建社会の騎士的男性にとって耐えがたいものと考えられたに違いない。

(2) 判決もまた、裁判官の心証によっては定められない。判決を提案するのは判決発見もしくは参審員とよばれる地方の有力者たちであり、イギリスでは一二世紀以降は主に陪審員であった。彼らは慣習的・伝来的な法、つまり記されていない法にもとづいて判決を提案した。判決はしたがって、その文書化されていない法を発見するということでもあった。かくして、裁判官はその発見された判決つまり法を語る者という役割にとどまり、それ以上のは期待されない。そもそも、裁判官は（権力ではなく）権威ある仲裁者にすぎず、その判決を

自身の手で執行するほどの力も権限も持たない。その執行ですら、勝訴した当事者の力に委ねられたのである。

(3) しかも、語られた判決に対して、異議を唱えることが可能であった。被告は、判決発見人たちに対して決闘を申し込むことが許されていた。ザクセンシュピールにも、次のような規定がある。「二・一二・八 また或るザクセン人が或る判決を非難し、しかも彼が彼の右手と多数者を引合に出すならば、彼はそのゆえに、彼の同身分仲間とも七人で、他の七人を相手に戦わなくてはならない。多数者の戦いに勝った方(の者)が、判決を獲得する。打ち負かされた人はいずれも、裁判官に対して罰金を支払い、且つ、彼を相手に戦った者に対して贖罪金を支払う。」この場合、右手を出すとは、決闘を申しこむということを意味し、相手側の「他の七人」とはその判決発見人つまり参審員を指すであろう。同様の規定は、一三世紀後半に記されたとされる、ボーマノアールの『ボーヴェジ慣習法書』にも見られる。この『ボーヴェジ慣習法書』は、フランス中世法のあり方を知るための第一級の資料であるが、埒教授の手になる膨大かつ貴重な翻訳があるので、それを利用してもらうこと

にする。

「一七五二 封臣 (homme fevé) たちが参審家臣たる法廷にて偽判 (faus jugement) につきて抗控する (apeler) にさいしては、賢明に抗控をなす確たる一方途あり。即ち、かかる場合には、人は、その判決を成したる全家臣を相手どりてまったく単独にて決闘するが相当なりといえども、そのうちの二名または三名を相手どりて決闘をなし全員を相手どる要なき形態にて抗控をなしうべし。……」⁽¹²⁾

以下、ボーマノアールは、「参審家臣」たちに対する判決非難を賢明に、つまり少数を相手とする決闘の形に持ち込むべき法的な方法を伝えていく。どうすれば一人だけを相手に決闘し、しかもそれが正当とされ得るか。非難された参審家臣はどうすべきか。どのようなケースの場合には非難が許されないか、等々。そして、彼の解答は具体的である。つまり、決闘による異議の申し立ては単なる事実の問題ではなく、法的な問題とされていたのである。したがって、合法的に裁判を行う側もまさに命懸けであった。このことをかのモンテスキューは、例によって実に鮮やかな言い回しで表現している。彼によ

れば、参審家臣はその役割を逃れることはできなかった。

「それはあたかも彼が、乱戦の中で、かたわらに彼の家臣の一部しかいないから、彼の領主を救助しないと云ったようなものである。しかし、法廷に名誉を与え、最も勇敢で最も賢明な家臣を用いることは、領主のなすべき仕事であった。私がこれ(デフォンテーヌ)を引用するのは、決闘し、かつ裁判するという家士の義務を感得させるためである。そして、この義務は、裁判するとは決闘することであると言えほどのものでさえあった。」⁽¹³⁾

(4) 判決発見人たちに対する決闘は、当時の裁判における判決の相対性を示している。そこでの判決は建前としても絶対的ではない。絶対的ではないから、被告はこれに異を唱えることができたわけである。しかも、被告は、そのような判決非難とは違う方法で、下された判決に対して自己の無実を証明することが許されていた。その方法は三つある。

- ① 宣誓
- ② 神判
- ③ 決闘

である。この三つは、おそらく判決を出す前にも重要な

証明手段として用いられるようになっていったのだが、とにかくこれを次にごく簡単に説明しておこう。⁽¹⁴⁾

①の宣誓は、被告が自身の無実をその全人格を賭けて誓うことである。彼はその際、彼のその人格を保証する宣誓補助者を集めねばならない。その数は、一般に当人を含めて三ないし七ないし一二とされていた。偽誓がなされた場合には、落雷などの天変地異が生ずると信じられていた。オットー・ブルンナーが宣誓もまた「戦い」であるとするのも、そのような信仰を前提としてのことである。

②の神判は宣誓が認められないような人物や事件について用いられたといわれる。宣誓は本来、人格を賭ける行為であるから、そもそも人格が認められないような人物や人格が疑われるような事件あるいは宣誓で済ませるには余りに大きな事件は、宣誓の対象にはならない。したがって、非自由人や姦通・異端・密殺・夜盗などは宣誓の対象外であり、しばしば神判の対象になった。また、神判の方法は大きく分けて三つあるというのが通例である。一つは、燃えた鉄を持つか踏みかするもので、その火傷のあとを見て正否を判断するものである。その二は、

熱湯神判と呼ばれるもので要するに盟神探湯である。その判定方法は、一のそれと基本的に同一である。その三は、いわゆる冷水審判で、縛られたまま袋のなかに入れて川や池の上に置かれ、沈むか浮かぶかで判定されるものである。水は神聖であり、水が受け入れるものは正しいという觀念がこの方法の根源にある。したがって、沈んだ者が無実である。この方法は、一般に神判が使用されなくなった一六・七世紀まで生き残り、魔女裁判でしばしば用いられたといわれる。

③の決闘は、先の判決非難の際の決闘とは性格を異にする。この場合の相手は、自分を訴えた者だからである。普通、決闘裁判といえば、これを指す。なぜなら、この決闘こそ当事者双方の直接的対決であり、これ以上に明快な決着のつけかたはないからである。宣誓や神判はある意味では片務的な当事者主義にすぎないが、これは明らかに双務的な徹底した当事者主義である。ハインリッヒ・ブルナーによれば、死者に対する訴えの決着ですら決闘でつけられる。「ある犯人を平和喪失者として、例えば正当防衛で殺害した者は、その死者を裁判所へと運び、死者を訴え、死体もしくは死体の上に置かれた形

見の箱に触れつつ、その犯人の罪科を自身の宣誓補助者とともに宣誓する。しかし、死者の最近親者はその訴人の宣誓の手を引き離し、その訴人との決闘で死者の代わりをつとめると申しでることができた。その場合、訴人は死者の代理人との決闘⁽¹⁵⁾によって、死者の……犯行を証明しなければならぬ。」この実力による裁判上の争いについて、私は節を変えて、もうすこし詳細に検討してみることしよう。

三 決闘裁判

ヨーロッパ中世は実力の世界である。北欧においては、なんびとかの所有地を得るために決闘を申し込むことさえ許されていた。理由などにもいらない。自分はお前の土地が欲しい。決闘を受けるか、それがいやならその土地を棄てて立ち去れ。それで十分であった。熊野教授はつぎのような話を伝えている。「『エュルビッギヤ・サガ』八章によれば、ソーロールヴという男は、アイスランドにやって来ると、ウールヴァルという農民に、その土地を要求して決闘を申し入れる。決闘がいやなら退去しなければならぬ。ウールヴァルはそのとき老いてい

たが、恥辱のうちに生きるよりは、と決闘に応じて、敗れて死ぬ。ソローも足に生涯残る傷を負うが、この土地を自分のものとして定着するのである。⁽¹⁶⁾ そのような決闘が法的に否定されるのは、一一世紀のはじめ、ノルウェーの支配者エイリクの時のことである。

近代社会から見ると、これはいかにも無法である。しかし、当時の感覚からするとこれは必ずしもひどい、不法な仕打ちではない。なぜなら、そこでは自身の生命、身体、財産、名誉を守るのは基本的には自分自身とせいぜいその親族であり、それをなしない者はむしろ名誉を持たない存在にすぎない、と考えられたからである。

たとえ自己が決闘で敗れても、子か親族がその復讐を果たす。復讐を恐れる者は、むやみに決闘を申込みはしない。おなじ事は、犯罪行為についても当てはまる。殺人を抑止するのは、被害者側の復讐つまり殺害フェーデへの恐れと配慮である。むしろ、復讐に対しては、復讐が続く。フェーデは数世代にわたって連続と続くことさえある。しかし、フェーデを実行することが、殺人を妨げる有力な方法であるとすれば、フェーデに訴えるか、それに類した戦いを行わないのは、その社会秩序に対する

義務を放棄することでさえある。だから、中世人は戦う。自己の身体を賭けて戦う。血を流すことは恐怖であると同時に、喜びとすらなる。とりわけ、封建社会の支配者である騎士にとって、戦うことはその生の一部であった。エリアスが言うように、「殺人や掠奪は騎士の社会的職務のひとつであり、かれらが誇りとしていた騎士としての身分的特性に不可欠であった。死の軽視が騎士にとって、生きるための必要条件であった。騎士は戦わねばならなかった。その社会の構造と緊張状態が、それを避けることのできない法則にしていたのである。」「だが、そのように絶えず武器を手に戦闘の心構えをしていることが、生きるための必要条件であったのは、中世社会においては単に武人たち、すなわち騎士の上流階層にだけ限られたことではなかった。⁽¹⁷⁾」しばしば、市民も農民も、今日よりもはるかに頻繁に武器を手にとった。騎士のみならず、都市や村落共同体も自己の生存と名誉をかけて戦った。フェーデは中世初期のみならず、盛期から後期にかけてもなお盛んに行われた。中世的な国家・精神構造がそうさせたのである。

しかし、無限に続くフェーデはたしかにあらゆる意味

で不安と極端な緊張を人々に強いることになる。したがって、この戦いに喜びを覚える者たちがいると同時に、これをもう少し狭く限定したいと考える者たちが生まれ、当然であろう。そこに裁判の出現する余地がある。むしろ、その裁判はあくまで物理的「戦い」の延長上におかれる。戦うことを名譽と心得る中世人にとって、裁判といえどもそうでなければならぬ。その最も明快な表現が「決闘裁判」である。

モンテスキューは、フェーデ（私戦）と決闘裁判との内的な結びつきについて次のような説明をしている。

「(復讐のための)戦争があり、そして、血族の一人が打合の手袋を投げるか受けるかしたときは、戦争の権利は消滅した。当事者が裁判の通常の進行に従うことを望んだものと考えられたのである。そして、当事者の一方が戦争を継続するようなことをすれば、その当事者は損害を賠償することを判決で命ぜられたことであろう。

このように、裁判上の決闘という手続きは、それが一般的な争いを個別的な争いに変え、裁判所に力を取り戻させ、そして、もはや万民法によってしか

支配されていなかった人々を公民状態に戻すことができたという利点をもっていた。

極めて気狂いじみた仕方であり運ばれる無数の賢明な事柄があるように、極めて賢明な仕方でも運用される気狂いじみたこともある。¹⁸⁾(括弧内は筆者)

念のために少しだけ解説しておく、「万民法」というのはこの場合、国際法とほぼ同じようなものと理解して良い。本来、それは古代世界において、民族の枠を越えた、万民を規律する普遍的な法であるが、国家が確立した段階においては国際法となる。中・近世においては、私戦といえどもれっきとした戦争として、いわばこの前国際法の管轄下におかれる。国王権力といえども、その争いに介入することは本来、許されない。しかし、争いを裁判上の決闘という形に限定するならば、戦争は「個別的な争い」になり、国内法の規律に服することが可能になる。自由に交戦権を行使していた人々を国王(国家)権力に服従させ、「公民状態に戻し」、しかも彼らの名譽を尊重する方法、それが決闘裁判なのである。その限りでは、これは、モンテスキューが言うように、「極めて賢明な仕方でも運用される気狂いじみたこと」にはかならず

ない。

決闘裁判は、したがって本来の当事者だけに争いを限定し、これを一定の「公民状態」つまり国内法上の規則に服させるという意味をもった。それゆえ、ここに登場する裁判官はより高い權威をもって、争いを規則に則つてフェアに遂行させる役割を持つ。もちろん、本来の争いに裁判官自身が決着をつけるようなことはできない。そのようなことは、当時の法感覚に合致しない違法な行為ですらある。彼に期待されるのは、あくまで争いを規則正しく行わせ、結果を公平に判断することである。

このような考え方を実的に確に表現している芸術作品がある。ワグナーの『ローエングリン』である。伝承に基づくこの話は、中世のブラバントを舞台に展開される。主人公は美貌のエルザ姫である。姫は、その父である国王の死後、たまたま兄と二人で森に散歩にでかけるが、兄が魔女によって白鳥にされてしまう。一人帰還した姫は兄を殺害したかどで、国王の地位を狙う有力な貴族、テルラムント伯に訴えられ、たまたまこの地に巡行してきていたドイツ国王に、その裁判の主宰がゆだねられる。密殺という事件の性格のために、ここでは宣誓

は用いられない。国王は、しかし決してこの事件を調査、糾問しようとはしない。そのようなことは、彼の任務ではない。そこで、彼は言う。「神だけがこの裁きの判決をくだされよう」と。この場合の「神の裁き」とは、決闘を意味する。騎士の時代には、決闘は一種の神判であった。神が正しき側を勝利させると考えられたのである。テルラムントは勇猛な武将であった。彼とエルザが戦っても、勝敗の帰趨は歴然としている。しかし、神が正しいものの味方であれば、か弱い女性であっても決闘に勝利するであろう。実際、男性と女性が決闘したという例とその絵が残っている。しかし、それによれば、男性の側は穴のなかに体を置き、自由に戦えないようにされ、戦闘服に身を包んだ女性は何の拘束もなく、布のなかに数個の岩石をいれてそれを振り回し、男の頭をねらい打ちにする。戦いが実質的に公平になるようにハンディがつけられたのである。フェアネス（公平）にたいする一つの考え方がここに見られる。

しかし、女性は、聖職者や老人、ユダヤ人などともに代闘者、ときには職業的決闘士をたてるのが許されていた。エルザは誰を代わりにたてるか尋ねられ、夢の

中で見た白鳥の騎士をあげる。誰もがその悲現実的な選択に驚くが、戦いの当日、その騎士が現れる。その人物こそローエングリーンである。こうして、国王は宣言する。

「王 それでは両戦士のために三名ずつで、試合場の広さをはかりきめるように。」

「伝令 みなみながた、傾聴せられよ。」

この試合を、なんびとも妨害することなく、みな仕切りからはなれていくように。

この平和の法をまもらない者は、自由民ならば片手を、奴隷ならば頭を失うて

償うべき掟である」と承知ありたい。」

男たち一同 自由民は片手で、

奴隷は頭で償うのか、承知承知⁽¹⁹⁾。」

この場合の平和とは、武力行使の禁止を意味する。他人が手助けをすることはいっさい禁止される。これは当たり前のように思われるが、合法的な武力行使が大幅に認められていた中世においては、これを裁判官、この場合は国王がはっきりと語り、それに関して職権に基づく

身体刑を課した、ということは重要である。権力が、裁判の場について実力でその秩序を平和を守ること人々に承認させ、人々もまたそれを異議なく認めているからである。とにかく、北欧の裁判では、武器をもって集まった当事者の一方が、不利とみれば実力で裁判を粉砕することすらつい先頃まで見られた、そんな時代なのである。

話を少し先取りしてしまったが、決闘裁判はやはり国内的裁判であるから、それ相応のルールというものがある。ごく簡単にいえば、それは①その対象、②その主体、③その方法という側面から考察することができる。

①対象 一般的には人格が疑われるような、極悪で秘密の犯罪について、宣誓ではなく決闘が求められた。たとえば、大逆罪がある。有名なフランス中世の武勲詩、『ローランの歌』にも決闘裁判が登場するが、これはローランを陥れてカール大帝の軍隊を危険に陥れたかどで訴えられた有力な武将の裁きに関するものである。この場合には、宣誓は認められない。しかし、彼には強力な代闘者がいるので、カール大帝の判決発見人たちは判決非難されるのを恐れて有罪の判決を出そうとしない。あ⁽²⁰⁾

わや、放免というところで、カール大帝の代闘者があらわれ、結局彼が勝利するという筋立てである。カール大帝といえども、一方的に被告を断罪できず、決闘にその判決をゆだねざるを得ないということが印象的に表現されている。また、神聖ローマ皇帝フリードリヒ二世も、一二三一年に神判と決闘を禁止しているが、その時でも大逆罪は例外とされている。

「余は、若干の場合を予め除外するが、通例 *omne ius* と呼ばれる決闘 (*monomachia*) が、余の王国の主権に服する人々相互の間で永久に行われる事がないように望むものである。それは、真の証明というよりも、自然に合致せず、普通法 (*ius commune*) から離れ、衡平の原理に調和しない、言わば予言にすぎない。……」

しかし、余は、この人間性溢れる規定から、何者かが毒薬もしくはその他の方法で他の誰かを殺害する密殺と呼ばれる殺人を除外する。……

さらに、余は大逆罪の罪を除外する。この場合には、下記の章に見られるように、余は決闘裁判 (*De gnae iudicium*) を保持するものである。……」⁽²¹⁾

その他、一般に密殺や平和違反、偽証、姦通、民・刑事の重大な事件がその対象となった。訴額の低いような民事事件は対象外だった。

②主体 一般的には、自由人だけが決闘することができた。非自由人は神判によって身の証をたてねばならなかった。もっとも、奴隷どうしであれば許されるケースもあったらしい。身分が異なる場合には、身分の高いものは低い者からの決闘の要求を断ることができた。サクセンシュビーゲル・ラント法にも、こうある。「一・六三・三 各人は、彼よりも低い身分に生まれている者に対して、決闘を拒絶することができる。⁽²²⁾」しかし、この逆の場合は決闘の拒絶は認められない。もっとも、これは貴人にとって決して名譽ある行為ではなかった。ポーマノアールは言う。

「もし騎士または楯士が平民を抗控するときは、彼は、平民と同様に、徒歩にて、かつ決闘士 (*otarynion*) 風に武装して決闘す。なぜならば、彼は、かくも身分低き人物を抗控することにて身を落とすかゆえに、彼の威厳は、この場合には、抗控せられる人が権利として身につけうるごとき武器の程度

に留めらるるをもつてなり。同時に、貴人が平民を抗控しいて、しかも彼が馬および武器において有利性をもつは、きわめて無慈悲なることなるべきをもつてなり。⁽²³⁾

決闘は本来、当事者だけがなした。しかし、自ら戦えないものが代わりに決闘する人物をたてるのが許され、やがてすべての者が代理人をたてることができるようになった。そのために職業的決闘士も出現する。この決闘士(チャンピオン)は、ザクセンシュピールゲルが記すように、権利無能力であった。「決闘人、および彼らの子、遊芸人、およびすべて真正婚姻外に生まれた者、および窃盜または強盜(の罪)を賠償し…それにつき裁判所の前で服罪させられた者、…これらの者はいずれも権利(能力)を欠く(rechtlos)」と。イギリスの修道院では、決闘によって、例えばその所領を守るために職業的決闘士を雇った。決闘裁判が一般に行われなくなっても、なお威信のために彼らを雇い続けた。記録によれば、その給与は決して低くはなかったのである。⁽²⁴⁾

③方法 戦いの当事者は、とにかく同じ条件で戦うように配慮された。その条件を設定するのが裁判官の役割

である。まず、場所の設定である。通例、決闘場は一定の広さをもった円(リング)のなかで行われた。この内部は、厳に「平和」の支配すべき場であって、他人が入り込んではならなかった。その違反は、ザクセンシュピールゲルの場合は、「首刑」であった。唯一の例外は、棒を携えた介添人(セコンド)である。しかし、かれらといえども、決闘している者たちの援助をすべきではなく、ただ決闘者たちの「うちの一方が倒れた場合、または彼(彼等の一方)が傷つけられもしくは棒を乞うた場合に、彼(介添人)が棒を間に入れ(て引き分け)ること」を任務とした。「そのことにしても彼(介添人)は、裁判官から許可を得ないかぎり、してはならない。」⁽²⁵⁾決闘者は慣習に従って武装させられ、それは検分者によって確認されねばならない。また、農民の裁判の場合には、武器の操作を十分になしえない農民相互の決闘に際して、しばしば裁判官が武器操作の訓練と武器の取得のための配慮をせねばならなかったという。⁽²⁶⁾とにかく、等しい条件で戦うことが重視された。光と影ですら、平等でなければならなかった。「彼らが最初に一合を交わすとき、太陽は彼らに等分にわかたれるべきである。」(ザクセン

シュピーゲル)

決闘裁判はおおむね以上のように行われたが、これを廃止しようとする動きも当然あった。比較的初期のものとしては、ランゴバルドのリウトブランド国王の七三一年の法律中の一節が興味深い。それによれば、かつて、彼と彼の裁判官たちは、「自由人を殺害する者はその全財産を失うと規定した」が、その結果、「ベッドで死んだ親族」が「毒殺された」と訴え、それを「決闘によって証明せんとする者たちが」多数あらわれた。しかし、一度の「決闘によってその全財産を失うというのは、余りにも深刻なことと思われる。……それゆえ……もし犯罪の嫌疑をかけられている人物もしくは彼が雇った決闘士が敗れた場合には、彼はその全財産を失わず、その資質に応じて……贖罪金を支払うべきである。なぜなら、決闘の場合には神の判定は不確実であり、多くの人が決闘によって不正にその訴訟に敗れたと聞くからである。」だが、彼のなまじうすることはここまでであった。なぜなら、彼はこう続けるからである。「しかしながら、ランゴバルド人たちの慣習の故に、余はこの法律を廃止することはできない。」決闘裁判の慣習がいかに根強いものであ

ったか、この一文からも明らかである。教会ですら、当初は決闘裁判に加担した。それは、他の神判と同様に、神こそ真理を伝え、悪しき者を負かし、正しい者を勝利させることの証であった。それゆえ、聖職者でさえはじめは決闘することが許されていた。むろん、キリスト教の地位が確かなものとなるにつれて、聖職者の関与は望ましくないものとされていった。なぜなら、決闘や神判は神の意思が直接、個人に反映するものであり、それは唯一の神の代理人たる教会にとって不都合極まりないのであったからである。かくして、一二一五年の第四回ラテラン公会議は、人々が「熱湯もしくは冷水の証明あるいは熱鉄の証明」である神判や「決闘」にキリスト教的な「儀式」を用いることを禁じた。この規定は、グレゴリウス九世教皇令集という教会法の公的な法典に採録されることによって、全ヨーロッパに重大な影響を及ぼした。⁽²⁸⁾ その直接的効果ではないにしても、これ以後、神判や決闘は急速に退いていくことになる。それに代わって登場したのが、イギリスでは陪審であり、大陸では糾問裁判およびそれに伴う新しい証明方法としての拷問である。

四 決闘裁判の歴史的意義

魔法やキリスト教と法との関係について優れた研究をのこしている、ヘンリー・C・リーは、決闘裁判を純粹に野蛮な個人的暴力の時代から近代の合理的な国家的裁判への過渡期の現象と理解している。⁽²⁹⁾ たしかに、これは過渡的なものであり、非合理的である。しかし、これを単に非合理的な、啓蒙されていない時期の制度として、否定的にのみ見ることはたして妥当と言えるであろうか。私は、決闘裁判というものを私なりに評価するうえで二つのことに留意したいと考える。

まず第一に、これは、合理的とわれわれが考える裁判に対する反省の契機になる。かの『神曲』を記したダンテが決闘裁判を擁護して、こう述べている。「決闘によって獲得されるものは、正当に獲得されるものである。事実、人間の判断は無知の暗闇に覆われるか、支えになる判断者を持たないので、役にたたず、しかも正義は消滅したままであってはならないから、正義の要求するものを自身の血と死によって贖わんとするほど正義を愛している人物にわれわれは頼らざるをえない。それゆえ、

詩篇の作者は言う。「神は正義であり、正義を愛される」と。双方の敵対者が、彼らの肉体と魂の全力を傾けて、憎しみからでなく正義への愛によって公正に闘うまさにその時、彼らは一致して神の判定に訴えているのである。この闘争は、もともと二人の個人のあいだに現れるから、決闘とよばれる。⁽³⁰⁾」

ダンテは、人間の判断力に対して疑いをもっている。彼が言うように人間の判断力が「無知の暗闇」に包まれているか、否かはともかくとしても、人間の判断はしばしば誤るものであるというこの認識は、現代のそれとは異なった他の裁判方法がありうるという考え方とともに、記憶の片隅に留めておく必要があるだろう。

第二に、そしてこれが本稿のより重視するところであるが、決闘裁判は欧米型当事者主義のいわば原風景をなしている。それは単に形式的に似ているというだけでなく、その根本精神において類似している。その根本精神とは、裁判とは国事ではなく、まず何よりも個人の権利・義務をその個人の責任において公平に確定する場である、という点にある。自身の生命、身体、財産、名誉に関わる問題は、ダンテもこだわっているように、あく

まで自身の責任において、自身の肉体と精神を賭けた闘争の後に、判断されねばならない。権力に委ねるのは、あくまでその闘争の判定にすぎない。そのすべてを権力にまかせるのは、名譽を尊重する自立した存在のなすところではない。これを逆に言えば、権力が恣意的なものとならず、個人の権利を尊重するのは、自身の利益を自身の実力で守ろうとする精神とその実行によることである。重要な事柄の判断をより上位の者に委ねきり、ひたすらその正しい判断を期待するという精神風土からは、勸善懲惡の権力は生まれても、人民の権利と自立性を尊重し、その自由な活動を自明とする権力は生じない。

このことを象徴的に示す話を最後に紹介しておこう。十字軍がアラブの地を支配した頃のことである。アラブ側の記録は、その地に移り住んだ中世ヨーロッパの武人や市民の姿を描いているが、その中に彼らが行った神判や決闘裁判の描写がある。その記述のなかで、イスラムの知識人たちはその「野蛮な」裁判のあり方に驚き、呆れている。少なくとも、この頃イスラムでは、カーディ裁判という非常に合理的で文明的な裁判が行われていた。マックス・ヴェーバーが、カーディ裁判を伝統的

支配形態に特有の形式非合理的な裁判の代名詞のように扱うのは、それから何世紀もたってからのことである。⁽³¹⁾ 少なくともこの時点では、明らかにヨーロッパの裁判のほうが非合理であった。しかし、その野蛮なフランク人たちを嫌ったアラブの知識人の一人、イブン・ジュバイルはまた、ムスリムがフランクとともに安樂に暮らしていることにも驚きの念をかくさない。ムスリムの「家屋は彼らのものだし、財産も手をつけられないことがない。」ところが、同じムスリムのもとではそうではない。「事実、フランクは平等を旨として行動するのに、この同胞たちは同宗の者が行う不正に苦しんでいる」と。この記録を紹介したアミン・マアルーフは言う。これは重大な現実の発見である。「フランクにおける正義についての見解が、……『野蛮』と形容できる側面をもっていたにせよ、彼らの社会は『権利の分配者』であるという長所を備えていた。」「封建諸侯、騎士、聖職者、大学、ブルジョワ、そして『不信心』の農民でさえも、十分に確立した権利のすべてをもっている。東アラブでは、裁判過程こそフランクより合理的であったが、領主の専制権力にはいかなる歯止めもない。」⁽³²⁾

この「歯止め」こそ、自己の血と生命を賭けて自己の利益に権利を守ろうとする精神と制度にはかならない⁽³³⁾。決闘裁判はその「野蛮な」、しかし最も直接的な表現であった。欧米の裁判における当事者主義を生み出し、かつ支えているものこそ、そのような決闘裁判に象徴される「精神と制度」ではあるまいか。

- (1) 佐藤欣子、『取引の社会 アメリカの刑事司法』、中公新書。
- (2) 同前、七三頁。
- (3) 平野龍一、『刑事訴訟法概説』、東京大学出版会、一一頁。
- (4) 参照、田官裕、『刑事訴訟法入門』、有信堂、一一頁以下。
- (5) Jerome Frank, Courts on Trial, New York, 1963, p. 26—27. シェローム・フランク(古賀正義訳)、『裁かれる裁判所 上』、弘文堂、四〇頁。参照、佐藤前掲書、七一頁。
- (6) J. Frank, *ibid.*, p. 5—6. シェローム・フランク(古賀訳)、『前掲書』九一—一〇頁。
- (7) Otto Brunner, Land und Herrschaft, Darmstadt, 1973⁵, S. 32—3. 村上、本文引用書、七五頁。
- (8) Heinrich Brunner, Das rechtliche Fortleben des Token bei den Germanen, in: Ders., Abhandlungen zur

Rechtsgeschichte, Bd. II, Weimar, 1931, S. 346. 参照、阿部謹也、『中世賤民の宇宙』、筑摩、一一一頁以下。

- (9) 久保・石川・直居訳、『サクセンシュピール・ラント法』、創文社、一五五頁。
- (10) H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, I, Berlin, 1961³, S. 227.
- (11) 久保他訳、前掲書、一四六頁。
- (12) 堀浩、『ボーマノアール』、『ボーズエジ慣習法書』試訳、『神戸法学雑誌』、二〇、二八六頁。
- (13) モンテスキエ(野田良之、上原行雄他訳)、『法の精神 下』、岩波、一四一頁。
- (14) この三つの事柄については、Robert Bartlett, Trial by Fire and Water, Oxford, 1986, が、最も参考になる。以下の記述もこれに負うところが大きい。
- (15) H. Brunner, Das rechtliche Fortleben..., S. 347.
- (16) 熊野聰、『北の農民ツインキン』、『平凡社』、一四〇頁。
- (17) ノルベルト・エリアス(赤井他訳)、『文明化の過程 上』、法大出版、三八二頁。
- (18) モンテスキエ(上原他訳)、『前掲書』、一三四頁。なお、決闘裁判に関する邦語文献としては、直江真一、『中世イングランドの決闘審判について』、『総合研究 中世の文化』所収、がある。
- (19) ワグナー(高木卓訳)、『ローエングリン』、岩波文庫、二八一—九頁。

- (20) 参照、佐藤輝夫訳、『ローマンの歌』、さくま文庫、二七九頁。参照、新倉俊一、『ヨーロッパ、中世入の世界』、筑摩書房、八一頁以下。
- (21) Hermann Conrad (Hrsg.), Die Konstitutionen Friedrichs II. von Hohenstaufen für sein Königreich Sizilien, Wien, 1973, S. 220—3.
- (22) 久保他訳、前掲書、一一八頁。
- (23) ホーマンズール(鳩沢)、『前掲』、二七四頁。
- (24) 参照、V. H. Galbraith, The Death of a Champion (1257), in: Studies in Medieval History presented to F. M. Powicke, Oxford, 1948, p. 283 ff. M. J. Russell, Trial by Battle and Writ of Right, Journal of Legal History I, p. 117.
- (25) 久保他訳、前掲書、一一八—一九頁。
- (26) H. Fehr, Der Zweikampf, Berlin, 1908, S. 16.
- (27) Monumenta Germaniae Historica, Legum T. IV, Stuttgart, 1965, p. 156.
- (28) Corpus Iuris Canonici II, Lipsiensis, 1879, p. 660.
- (29) Henry C. Lea, Superstition and Force, New York, 1912, p. 85 ff.
- (30) Dante Alighieri (trad. par B. Landry), De la Monarchie, Paris, 1933, p. 142.
- (31) マックス・ヴェーバー(世良晃志郎訳)、『支配の社会学』、創文社、四二頁。
- (32) アミン・マアールフ(牟田口、新川訳)、『アラブが見た十字軍』、リブポポート、三九七頁。
- (33) これとは逆に、日本では「和解」がかなりひんぱんに行われてきたが、本来それは、幕藩期の権力による「民に権なし」という思想の「反射的效果」でもあったとらう。参照、勝田有恒、「紛争処理法制継受の一断面——観解制度が意味するもの——」、『ユリスブルデンティア』、三六頁。

(一橋大学教授)