

## 喧嘩両成敗観念の紛争処理法としての性格に関する 試論：前近代紛争処理制度の通時代的理解に向けた 論点の再整理と展望

河野， 恵一  
立命館大学法学部：教授

<https://doi.org/10.15017/1792151>

---

出版情報：法政研究. 83 (3), pp.591-616, 2016-12-15. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# 喧嘩両成敗觀念の紛争処理法としての性格に関する試論

——前近代紛争処理制度の通時代的理解に向けた論点の再整理と展望——

河野 恵 一

はじめに

一 両成敗觀念をめぐる先行研究のまとめ

(1) 喧嘩両成敗の法理

(2) 両成敗法の制定目的と意義についての議論

(3) 中近世移行期における両成敗法成立に関する議論

(4) 紛争処理の方法の観点から両成敗法を論じる意義

二 両成敗觀念に関する現代的問題意識

(1) 両成敗研究における現代的関心の例

(2) 現代における両成敗觀念研究の意義

(3) 「白黒をつけない」紛争解決について

三 近世の両成敗觀念に関する議論

(1) 近世社会における紛争解決の意識

(2) 喧嘩両成敗と「喧嘩両不成敗」

(3) 紛争解決意識に関する中世と近世との関係

おわりに——紛争処理の方法としての両成敗観念——

## はじめに

本稿の目的は、現代に生きる法慣習としての喧嘩両成敗観念がどのように変遷してきたのかを理解するため、先行研究を再整理し、新たな視点に基づく今後の研究深化に向けたおおよっぱな見取り図を提示することにある。

これまで筆者は両成敗、両成敗法に関する論考をいくつか公表してきた。それらの出発点となった根本的な関心は、両成敗、両成敗法の理不尽さ、あるいは合理性についてである。両成敗、両成敗法について言及される際には、現代社会における喧嘩両成敗観念<sup>①</sup>の残存とその理不尽さを示す具体例が枕詞として持ち出されるケースが多い。ここでいう理不尽さとは、争いの背景事情や当事者それぞれの主張などを勘案することなく制裁が科されることであり、その制裁の内容が同等であること、と要約できよう。現代日本の公式な法律制度に照らすなら、このような両成敗の考え方は少なくとも正統なものではない。しかし、現実にながれが現代社会に存在し、かつ、ある程度の効力を有していることは、現代日本の法と社会のありかたについて理解を深めるにあたって極めて興味深い事実である。

喧嘩両成敗観念を初めて学術研究の対象とした三浦周行は、同時代の法律制度の確立と運用への関心を踏まえ、その改善を意図して両成敗の沿革を論じた<sup>②</sup>。そして、以後の研究は、筆者のものも含めて、歴史的現象として両成敗観念や両

成敗法の歴史的意義を探求することを当面の目的としており、現代的、同時代的な関心からの分析が正面から取り組まれることはなかった。

いっぽう、この問題は、一九六〇～七〇年代の「日本人の法意識」に関する議論を経て、近現代に一貫して関心を呼びつづけており、両成敗觀念に対しては正当、不当、相反する評価が併存し続けた。この評価は第一義的に、明治以降に導入された西洋近代法体系の考え方と、前近代の遺制である両成敗觀念との対立、とみなすことができよう。そのいっぽうで、前近代社会、両成敗觀念が成立したとされる中世後期においても、両成敗を不当だとする考えが存在していたことが指摘されている。<sup>⑤</sup>三浦が指摘する以前から、両成敗を不当だとする考え方が存在したのである。ならば、その源泉は、そもそも日本人の紛争観の歴史に関わる問題として探求されるべきであろう。

このような問題認識に基づく作業の一環として、本稿においては、紛争処理の方法としての両成敗觀念の性格をより深く理解することを目指す。

とりわけ注目したいのは、紛争解決にあたり、当事者の主張の正当性の結果への反映や正義の実現よりも、紛争状態の解決が優先されていたと思われる点である。詳細は後述するが、この点で、前近代日本における紛争解決に関する意識や慣習は両成敗の考え方と共通している要素がある。

そこで、両成敗研究の現状を筆者の関心に基づき概括しつつ、これまでの研究では十分に論じられていないと思われる、両成敗の紛争解決手段としての側面を中心に、その沿革を通時代的に考察していく。ただ、以降に示す見取り図は、筆者の現時点での問題関心と展望の方向性を示すための極めて粗雑な試案でありひとつの布石に過ぎないのであって、より詳細な検討が必須であることを強調しておく。

## 一 両成敗観念をめぐる先行研究のまとめ

## (1) 喧嘩両成敗の法理

本稿では、両成敗観念が日本社会に通時代的に存在することを前提として論を進めるが、その観念の内容についてここで論じておきたい。筆者は旧稿において、研究史における両成敗概念のゆらぎと定義の必要性について指摘した。<sup>4</sup>その内容を中心に、その後公表された研究成果も含めて再整理を行い、本稿で扱う両成敗観念のおおまかなイメージを提示する。

喧嘩両成敗という概念は、中近世移行期の喧嘩両成敗法に関する研究を基礎として練り上げられた。その要素をまとめるならば、①喧嘩とは直接物理的暴力の行使を伴うものを指す、②喧嘩の双方当事者に対して、喧嘩に至った理由に関わらず制裁をなす、③なされる制裁は双方に同等である、という三点に集約される。このうち、①と②については論者間でさほどの認識の違いはない。しかし、③については見解が分かれている。双方への制裁の内容が同等であることを両成敗の必須要素とするかどうかはその違いである。

例えば、一九四〇年代の日本法制史の代表的な教科書における喧嘩両成敗の項目においては、両成敗法について以下のように解説されている。<sup>5</sup>

まず両成敗法の定義として、以下のような内容が示される。すなわち「喧嘩両成敗とは、腕力に訴えた喧嘩口論の当事者双方に、是非を糺明することなく成敗を加えること」であり、「成敗とは、制裁・刑罰の意味であるが、狭義では特に死刑を意味し、喧嘩両成敗にあつては、双方に同一の刑を科すのである。すなわち、喧嘩両成敗法の特徴は、訴訟法的には是非曲直の審理の省略、実体法的には、双方当事者の等しき処罰という二点に存する」と。

この定義は、上記①②③のすべてを含むものであり、その後の研究においても基本的にこのような理解がなされている。問題は、③を必須要件とする、つまり制裁の内容が同等であることを重視すると、両成敗概念の対象外になってしまう事例が生じることである。両成敗研究者の先駆者たる三浦周行は喧嘩両成敗の字義を「両造共に理非の糺明をなさずして制裁を加ふる」こととして論を進めた。これに対して前掲の「喧嘩両成敗」解説では、三浦の研究を「喧嘩両成敗の法理の特質は必ずしもはつきりととらえられていない」と評し、またその喧嘩両成敗の定義について「三浦博士は喧嘩口論により相手を致死せしめたとき、加害者が死刑に処せられる場合をも喧嘩両成敗と見ておられるが、そこまで拡げることは問題であろう。博士以後の学説にあつては喧嘩両成敗を、上述の如く、当事者双方に同一なる刑を科す場合に限定して理解しているものが多い」としている。つまり、少なくとも当時の一般的な両成敗概念の理解としては、双方への処罰が同等であることが両成敗法の法理として極めて重要な要素とみなされているのである。

中近世移行期の史料に見られる喧嘩両成敗あるいは類似の法令のなかには、この定義を満たすのか判断が難しいものも存在する。それらをどのように評価するかという問題は残る。本稿ではさしあたり②と③の要素を一括して、「衡平性」「同等性」「バランス」を示すものとして明確な区別を設けずに扱おうこととしたい。ここから両成敗観念を紛争処理の観点から整理する際、まずは大きなくくりでイメージを描くことを優先する。

さて、上記説明においては、「理非を論ぜず」という点はともかく、むしろ理非弁別の困難なる場合において、喧嘩口論は双方同罪であるという法理は永く人々の意識に生きて今日に及んでいる」とされて<sup>7</sup>いる。現代的観点からの両成敗観念への連続性がここでも意識されている。このことを踏まえ、次に両成敗法の制定目的と意義についてまとめる。

## (2) 両成敗法の制定目的と意義についての議論

両成敗法の制定意図と法理について、ひきつづき日本法制史分野からの代表的な見解をいくつか挙げるならば以下の通りである。

第一に、双方への処罰という威嚇による「喧嘩」発生予防という要素である。喧嘩両成敗法の目的として挙げられるのは、「威嚇による喧嘩口論の未然の防止」<sup>(8)</sup>、つまり喧嘩を禁止し、違反者の処罰内容を明記することで、喧嘩という犯罪行為に対する一般予防効果を意図して制定された点である。また三浦周行は、双方をともに処罰することで事後の復讐を防止する効果があったことを強調する<sup>(9)</sup>。これらのことはすでに両成敗に関する議論の前提となっているように思われる。

第二に、強力に喧嘩発生を抑止し秩序を維持するという要素である。たとえば両成敗制定の目的として、「戦陣軍旅のあわただしい時に、軍紀を保ち秩序を維持するための処置として時代の必要から生れた」<sup>(10)</sup>、江戸時代における両成敗法制定は「戦時あるいは準戦時の非常の際、軍律等の中に旧章を襲つて規定」された<sup>(11)</sup>、ということが指摘されている。これら、中近世移行期という秩序が流動的な時代に、とりわけ強く喧嘩の発生を抑止するためにこそ喧嘩両成敗法が制定された点はさほど積極的の言及されてこなかったが、後述する通り、両成敗法成立を論じるうえで重視されるべき論点であると筆者は考えている。<sup>(12)</sup>

第三に、喧嘩により生じた紛争の具体的な処理方法を示した手続規範、裁判規範としての側面である。たとえば、喧嘩により生じた紛争状態を「敏速に処理し、同時に双方を納得せしめて後禍を断つことをねらつたもの」<sup>(13)</sup>とする見解が挙げられる。両成敗法では、発生した喧嘩に対し、その当事者を、理由の如何を問わず、双方とも処罰する<sup>(14)</sup>という固定的な処理が法文に明記されているのだから、少なくとも法文の趣旨としてはそれに沿って機械的に喧嘩の処理を行

うものと解されるべきことは当然であろう。

以上、主に文理解釈から得られた両成敗法の法理についてその主要要素を確認した。これらは主に二〇世紀中盤までの法学系法制史研究者による見解である。いっぽう、中近世移行期の歴史学系研究者を中心に、これらの内容と相互にフィードバックがなされつつ、喧嘩両成敗法の歴史的意義の解明がなされてきた。

### （3）中近世移行期における両成敗法成立に関する議論

歴史学におけるトピックとしての喧嘩両成敗、あるいは喧嘩両成敗法研究は主に中世後期から近世前期を対象として行われてきた。筆者は旧稿において、議論を二つに分類し、その内容を検討した。<sup>14</sup> それぞれ「私的实力行使禁圧説」と「理非折中説」である。近時の成果を踏まえつつ、改めて両成敗法の法史上の意義について概観し、問題点を指摘する。<sup>15</sup>

「私的实力行使禁圧説」は、喧嘩両成敗法の成立意義を、中近世移行期の国制の大変動の過程で、いわゆる戦国大名や近世国家などの公権力が私的实力行使を極限まで禁圧していくことの一環として位置付ける。これらの説では、喧嘩を紛争解決に際しての各人の権利主張の一環としての正当な暴力の行使とみなす。そして、暴力行使をなした者に対して「理非を論ぜず」に処罰する両成敗法は、私的な暴力行使の公権力による禁圧と解する。そこで与えられている両成敗法の意義は、第一に私的实力行使への処罰を明示することで紛争解決を公権力の裁判権に誘導する、という間接強制を意図したものであること、第二に両成敗法という成文法を個々人の正当な暴力行使に優先させることを強行するものであることの二点に集約される。結果としてそのイメージは、権利主張のための正当な手段として喧嘩に及んだ当事者に理不尽な処罰を押しつけるというものとなる。そして、両成敗法の制定如何を、公権力による裁判権獲得と暴力行使の禁止、ひいては公権力の支配体制構築の進捗を示す一つの尺度、あるいは国家権力への暴力の集中の度合いの尺度と



して把握する理解につながるのである。

いっぽう、「理非折中説」は、双方への処罰が同等であることを重視するものである。たとえば、近世における当時の人々の両成敗観念の本質が、「理非互角」「五分五分」といった言葉で理解されていたとする見解がある。この考え方は近世における紛争解決において重視された和解のしくみである「内済」において重視された当事者互譲の理念にも共通する考え方である。<sup>16</sup> また、中世社会における紛争解決の考え方として、「折中の法」なるものが存在したことが明らかにされている。これは、対立するさまざまな利害を調整する際、両者の主張の「真ん中」に「正義」がある、とする論理である。中世社会における紛争では、裁判の際に原則として「道理」に基づく双方の主張を踏まえた裁定が行われるが、理非の判断が極めて困難な場合のみ、一種の没倫理的効力を持つこの論理が発動される、というのが概略である。<sup>18</sup> これらを受けて、中世の「折中」から近世の「理非折半」へとの構図を描き、その中間に位置する戦国期について、中世的「道理」を求める当事者に折半を押し付けるという動向が生じた、と評する解説もなされている。<sup>19</sup>

これらの二つの説に基づく説明は、それぞれ単独では両成敗法の意義を説明するために不十分であると考えられる。<sup>20</sup> まず、私的暴力行使禁圧説のみでの説明が不十分である理由について説明する。第一に、禁圧を目的とするのであれば単に禁止と罰則を定めればよいわけであり、双方に同等の処罰、という両成敗法の重要な側面を、この説のみでは説明できていない。第二に、近世に両成敗法が存在しないという指摘が存在することである。公権力の整備と両成敗法成立とをリンクさせるなら、少なくとも戦国期よりも権力として整備が進んだ江戸幕藩体制においても両成敗法が制定されることが想定できるが、それが行われなかったことの説明が十分につかない。第三に、戦国大名の喧嘩処理が多様であったことである。両成敗法はかつて戦国期における喧嘩処理法令の典型であり、ともすればあらゆる喧嘩処理が両成敗に基づき行われる、あるいはさまざまな喧嘩処理法は両成敗に収斂される、とする見解が一般的であった。しかし当時の史料では両成敗法を定めたものはむしろ少数派である。第四に、両成敗法を定めていても必ずしもそれを守って喧

嘩処理が行われたわけではない点である。筆者が検討した限りでも、典型的戦国大名として知られる毛利氏や武田氏において、両成敗法が制定されているが実践されていないケースが散見された。私的暴力行使禁圧の観点からだけではこの問題を十分に説明できない。

いっぽう、理非折中説の問題点は、突き詰めればその内容が現時点では観念的に過ぎる、という点であろう。まず中世における「折中」の実態解明が現段階では不十分であると思われる。「折中」の論理は、さほど多くはない事例から帰納された概念であり、今後さらに事例検討の蓄積が望まれるところである。そのような研究状況に基づくなら、それを基礎として論じられる「等価主義原則」などの論が十分な説得力を持つことは難しいだろう。また、その理念が「理性的」かつ通時代的に人々の心性に影響を与えていた、という想定がなされていることも問題である。「折中」の観念を、その内容の妥当性が不分明なまま紛争解決の際に無前提に人々に受け入れられるという、ある種の「ブラックボックス」として設定してしまうと、以後の議論の展開はその枠組みにとられすぎることとなる。「折中」「等価」などの概念はあくまで想定される意識の一つであり、さまざまに存在する他の社会意識とのかかわり方が深められるべきである。

以上、問題点を列挙したが、双方の説がそれぞれ両成敗法の意義の重要な核心をついていることは確かである。しかし前者は、公権力による裁判権の掌握と暴力の独占が中世から近世にかけて進む、という国制史上の基本的なシエーマの単線的な枠組みを脱する見通しが立ちづらい、また後者は実体的な検討に乏しいまま「前近代社会に独特の法理」という観念論の域を脱し切れていない、という欠点それぞれが存在するように思われる。とりわけ前者については、多様な紛争処理の方法と、それを実行する公権力のさまざまなあり方が指摘されているところでもある。既存の単線的な構図のなかに位置づけるのみでは、両成敗法の意義を十分に理解したことはならないだろう。その先行研究の成果を生かしつつ、必要な再検討を加えることで、より適切な理解を行うことが必要である。その際に、いまだ実体的な検討

説論  
が不十分であると思われる後者についての検討を急ぎ進めることが問題解決に向けて有効な手段であると考えられる。以下、そのことについて今少し論じる。

#### (4) 紛争処理の方法の観点から両成敗法を論じる意義

中近世移行期における喧嘩両成敗法の成立を論じるにあたっての近年の動向のひとつに、両成敗法の相対化という観点が挙げられよう。喧嘩両成敗法の成立につき、当該期における実際の喧嘩処理のありかたを視野に入れ、その多様性を認めつつ再定位を図ることが、それらの論の画期的な点であると思われる<sup>(21)</sup>。

清水克行は、中世後期から戦国期にかけての暴力事件とその処理のありかたに包括的な検討を加えたうえで、喧嘩両成敗法が社会に定着する過程を総体的に示した<sup>(22)</sup>。ここでは前掲の私的実力行使禁圧説を十分に踏まえつつ、理非折中説にも目配りをし、「喧嘩両成敗の誕生」の過程が論じられている。ここでは当該期の暴力事件解決の困難さと、人々がそれを解決するためにさまざまな習俗を生み出していった過程が、数多くの事例を提示しつつ示されている。このような実証的な成果を踏まえ、あまたの習俗の中から両成敗という特殊な解決方法の成立と立法化につながった、とする構想は、確実に両成敗研究の深化につながるものであると思われる。

そこで提示されている習俗には、理非折中説と通底する考え方が多く存在する。当該期の喧嘩は暴力行使を伴う紛争であり、これを解決するための習俗として清水が提示するのは、中人制、解死人制、本人切腹制、神判などである。中人制は、紛争当事者と深いゆかりのある第三者が紛争を仲裁し解決を図るもの、解死人制は殺人・傷害の容疑者またはその身代わりとなる者の身柄を対立する集団に差し出し終息を図るものである。また本人切腹制は殺人をなした本人のみが切腹することで終息を図るもの、神判は湯起請や籤取、起請文などで殺人・傷害の犯人を確定し、処遇決定の根拠

とするものである。

これらの習俗に共通しているものうち、やや乱暴であるが筆者の関心にひきつけて重要だと思われる点を挙げる。第一に、そこには紛争の背景や双方の主張を判断して決定する、という要素がほとんど介在しない点、第二に、双方当事者、あるいは当事者が所属する社会集団どうしで合意が得られればそれでいったんの解決とする、という考え方が基礎となっている点である。つまり、その根本的発想には、裁判よりもどちらかといえば和解の要素が強く表れているといえるのではないか。

通説的な国制史理解のモチーフでは、『集権的な近世社会』と『分権的な中世社会』とが対比される。そして、中世の人々の自立性個性を否定したところに近世権力が成立する、とされる。国家権力が未成熟な中世社会では人々の権意識が相対的に強く、公権力には紛争当事者の主張を踏まえ「道理」に基づいた裁判が求められたが、近世に至り専制的な国家権力が人々に対して強力な支配権を持ったため、裁判において「道理」よりも裁判を提供する公権力の論理が優先されることになったとされる。しかしそのような考え方だけでは喧嘩両成敗法成立の意義を論じるには不十分であることはすでに述べた。

同様に、この構図だけでは当該期における裁判を含めた紛争解決の手段を適切に理解することができないと思われる。喧嘩処理が両成敗に収斂することは自明でないことはすでに明らかにされつつあり、それを踏まえるなら喧嘩処理の実態に基づいたより精緻な検討が必要になるからである。清水はさまざまな喧嘩処理の習俗が存在し、両成敗の考え方がそのひとつであることを示した。また、個別の戦国大名についても実際の喧嘩処理が両成敗に限らずなされていたことを踏まえるならば、両成敗法運用の時点で、裁判権はすでに相当程度掌握できており、公権力の専制性の程度と、両成敗という処理法の採用如何は、かならずしもリンクしないとみなすべきである。

ところで、喧嘩処理の局面を想定するならば、そこには「事前規制」と「事後処理」とが存在する。畠山亮は両成敗

法も含むさまざまな喧嘩処理法を検討した結果を踏まえ、両成敗分析の一つの視点としてこのことを重視する。<sup>23</sup>前者は喧嘩発生、正確には喧嘩における暴力行使の抑止と排除を目指したものである。喧嘩における暴力行使者に加えそれに加勢する者を対象として、その者たちを厳格に処罰する方針を明示することでその目的を理念的に実現することが意図されている。後者については、いったん発生した喧嘩に対して具体的な処遇決定の方法を示すものである。たとえば典型的な喧嘩両成敗であれば当事者双方に制裁を加えることと共に、暴力行使を受けても反撃しなかった者への処罰はせず、さらに喧嘩に加勢した者全てを処罰することが表明されており、この内容が処遇決定の手續および根拠として機能することが期待されていた。

ただ、畠山が示しているとおり喧嘩処理法は大名権力ごとにまちまちであるのみならず、その運用実態も固定的ではないと思われる。筆者はかつて、「両成敗法」を定めている武田氏や毛利氏においてすら、両成敗による処理に必ずしもこだわっていないことを示し、喧嘩処理法における両成敗法の相対化を進めるべきことを指摘した。<sup>24</sup>とりわけ武田氏の喧嘩処理においては、さまざまな状況を勘案して最良のものを選んでいると推測される。武田氏については、喧嘩処理が喧嘩の当事者が双方死刑とされる事例が存在する一方、他のケースでは喧嘩に至った背景事情に基づき一方のみに処罰を科す、あるいは本来死刑となるべきところ、当事者の親の武功を勘案し助命される、などの一律でない喧嘩処理の記録がある。<sup>25</sup>これらの事実を踏まえるならば、当両成敗法に特別な地位を与えず、さまざまな喧嘩処理の実態をできるだけ多く検討する試みを重ねることが先決であると思われる。<sup>26</sup>その試みの中で、当該期の喧嘩処理が、紛争処理としてどのような特徴を持つものなのかを可能な限り詳細に解明していく必要がある。

以上のような研究成果を踏まえた上で、暫定的に今後注目していきたい要素は、当時の人々が紛争解決の論理として求めていたものの明確化である。清水は、両成敗観念が社会制度として具現化された背景に「強く平等を求める当時の人々の衡平感覚」の存在があることを指摘する。紛争処理で最も重要なことは紛争を解決することであり、そのため

は当事者はじめ関係者間での合意を得る必要がある。重要なのは、合意のための論理の具体的内容である。清水が提示した中世後期の紛争解決のさまざまな習俗においては、現代的な裁判観から典型的に想起されるような、<sup>7</sup>当事者の主張を踏まえ、その内容を反映させた客観的に「正しい」裁定を行う<sup>8</sup>ことは想定されていない。紛争解決のために具体的にどうすれば人々の納得を得ることができるとしてこそが重要な課題として当時認識されており、「正しい」裁定にそれらの論理を優先させているのだと推測できる。

## 二 両成敗觀念に関する現代的問題意識

前章で確認したとおり、中近世移行期における紛争解決の方針を決定づける論理は、現代社会に存在する両成敗觀念と通底する要素を持っている。しかし、そのような視点からの詳細な検討は管見の限り尽くされていないと感じる。この問題に取り組むため、現代における喧嘩両成敗觀念の表出として問題化されるさまざまな事例につき、その具体的な内容を検討していく。

### （1）両成敗研究における現代的関心の例

前述の通り、喧嘩両成敗について議論される際、現代における両成敗の事例が引き合いに出されることが多い。

たとえば三浦周行の論考は、当時の社会のさまざまな状況で両成敗觀念が存在し効力を持つていたことの列挙から始まっている。具体的には、政府と議会との対立するケースにおいて、政府は議会を解散する一方、自らは総辞職をすることを習いとしていること、当該期に発生した会計検査院職員に対する処分につき、世間は処分を為した会計検査院長

とその一派をも退官させるべきだとする世論の存在といった国家の例をはじめ、「会社の紛議」、「学校の騒動」、「個人の紛争」において両成敗に帰結するケースが多数存在すること、などが挙げられている。<sup>27)</sup> また、近時のものものとして先に検討した清水克行の著作においては、昭和以降の政界の事例がふたつ挙げられている。いずれのケースも同様に、対立状態に対する上位者の裁定が、両者に対して不利益を与える、いわゆる「痛み分け」となった事例であり、これをマスメディアが「喧嘩両成敗」と評して報道したというものである。<sup>28)</sup>

一時期、さかんに論じられた「日本人の法意識」論においても両成敗は引き合いに出された。議論の中心である川島武宜は、「民事訴訟の法意識」の一例として「『喧嘩両成敗』の思想」があると指摘した。川島は当時の日本の民事訴訟に関する人々の意識が「伝統的法意識」に支配されており、明治以降に整備されてきた近代的訴訟制度が機能していないことを問題視して以下のように評する。

「伝統的法意識にとつては、訴訟をおこすということは、相手方に対する公然たる挑戦であり、喧嘩をふっかけることを意味」する。「訴訟をおこす者は、『かわり者』『けんか好き』『訴訟きちがい』等々のことばで烙印をおされる」。民事訴訟についてこのような意識に基づけば、「たとえ訴えられた側（被告）が法律上正しくないということが判明した場合でも、『原告が白、被告が黒』とは言えないことになる。だから、ここには、いわゆる『喧嘩両成敗』の思想があてはまることになる」<sup>29)</sup>と。

続いて川島は、昭和二九年と三四年のふたつの交通事故に関する判決を例に挙げ、その判決が「喧嘩両成敗」的であることを指摘する。詳細は省くが、両事案いずれも、（川島の問題意識からすれば）事故に関する責任が訴訟当事者の一方に全面的にあることが明白であるにもかかわらず、他方当事者にも責任が認められたものである。これを評して川島は「判決がこのような結論をあえて認めたことの背後には、『白黒を明らかにする』ことを回避しようとする『喧嘩両成敗』的思考があったのではないか」、「被告一方のみに責任があると断定することに對する一種の心理的抑制があつ



たからだ……結局それは『喧嘩両成敗』——争う者の一方だけを黒といたくない——という法意識によるのではないかと述べる。<sup>30)</sup>

このような言説における川島の認識の妥当性や主張の正当性についてはより詳細な検討が必要だが、ここではさしあたり、当時の第一線の法学者が喧嘩両成敗に対してこのような問題意識を持っていたことを確認しておきたい。重要であると思われるのは、第一に当事者のどちらか一方のみに責任を負わせることをフェアではないとすること、第二にそれが「白黒を明らかにする」ことの忌避につながっていること、この二点である。

ここで提示された白黒を明らかにすることを忌避するという考え方は、前章で指摘した、紛争解決にあたって当事者の正当性を勘案しない、中近世移行期の紛争解決の習俗と共通する要素である。事実関係を把握し当事者の主張の正当性を判断して具体的施策の内容を決定する、という、「正しい」解決方法が二〇世紀中葉の社会においてすら実現されていないことが、この問題意識の根底に存在していると解することができる。このことを踏まえ、さらに検討を進める。

## （2）現代における両成敗観念研究の意義

上記の通り、三浦周行は、喧嘩両成敗法について論じるにあたって、両成敗観念を現代的（同時代的）課題として位置づけている。

三浦は、どんなに事態が紛糾した場合でも理非を糺明し裁定を下す、という処置が闘争への適切な対処であるべきところ、「均しく闘争の点を以て制裁を加」えるという「無法の判決」である両成敗の法理が違和感なく受け入れられる（当時の）社会を奇異なものとする。そして「喧嘩両成敗の不條理なるは固とより論なし」として、その法理の不条理さを前提としつつも、「其能く人身を風化して今日に至れるもの、必ず其故なくんばあるべからず」として、両成敗法



の沿革を論じることには意義があると主張するのである。<sup>31)</sup>

こうした関心でなされた三浦の論考は以下のように結ばれる。

……法理上、すでに前代の遺法視せらるゝものも、徳義の制裁として尚ほ其余命を維ぐことを得ん。殊に今日の如く、区々たる感情の奴隷となりて無用の紛争を重ねるもの、其跡を絶たざるに於ては、法律に、徳義に、制裁の機関充分の發達を見るに至る迄、交綏以て時局を処すべき好武器たるを失わざるべし。世の社会改良に志あるもの、豈此問題を度外視すべけんや。<sup>32)</sup>

三浦は、前近代社会における喧嘩両成敗観念、喧嘩両成敗法の沿革について論じた後、この観念の社会への残存を再確認する。あまつさえそれを「時宜を処すべき好武器」とみなし、条件付きながらその効力を肯定的に評価している。そして、闘争のあるべき処理方法を実現すべきことを当然としつつ、それが未發達の間は「前代の遺法」である両成敗の法理が「社会改良」に資する可能性があることを指摘している。

先の川島の問題意識と比較して、現代（同時代）社会における両成敗観念のありかたを考えるにあたり、三浦の時代と川島の時代とで、問題意識の多少の相違はあるものの、現代的な問題として両成敗観念が扱われていることは共通している。そして、われわれが生きる二十一世紀初頭においても、同様の問題意識は存在するものである。社会の正統な法制度は両成敗とは相容れない、しかし両成敗観念は社会で一定の効力を有し続けているという基本的構図は、程度の差はあっても維持されているといえる。筆者が関心を持つのはこの点である。同時代の社会に資するためにある制度の歴史、沿革を追求する、という問題関心で両成敗観念を論じることが、法や裁判、紛争処理のしくみの本質的な部分に踏み込んだより大きな射程の議論に寄与することが期待できると考える。

## （3）「白黒をつけない」紛争解決について

現代的課題として言及される両成敗観念について、今少し補足する。

川島と三浦との間で共通の問題意識とされているのは、「双方の是非を論じない」ことであって、双方への制裁が同等であることまでは求められていない。三浦がそのような意識でいたことは上述の通りである。また川島による両成敗理解は、「喧嘩したものに對して、その理非にかかわらず、当事者双方を友に成敗〔処罰〕すること」<sup>33</sup>である。それを踏まえるならば、両者による両成敗に対する関心は、背景事情を考慮せず双方に制裁を加えるという喧嘩紛争への対処の不条理性に集約されよう。

たとえば、喧嘩両成敗にかかわる言説において幼少期の体験として繰り返し語られる、日常的な喧嘩処理の事例を考えてみたい。細部に相違はあるが、そのストーリーの骨格は、友人等と喧嘩をした際に、自分に非がないにもかかわらず、学校の教師等に喧嘩相手もろとも処罰される、というものである。ここでは強権的側面、理不尽な側面がクローズアップされがちである。併せて、その背景思想に独特の衡平観、すなわち喧嘩は当事者双方に責任があるものだ、喧嘩はどちらも悪い、という価値観が指摘される。

これは川島が問題視した「白黒をつけない」解決がなされることと共通する考え方と言える。人々の関心と呼んできたのは、紛争解決に際して、双方に対してなんらかの処置がなされる場合、双方に対して制裁がなされること、そしてその制裁内容決定の論理がブラックボックス的であること、の二点に集約される。これは上述したとおり、中近世移行期の紛争に見られる特徴でもある。いっぽう、同様の考え方が近世社会においてすでに成立していたことが指摘されている。次章においては、この点に着目して、歴史上の両成敗観念、とりわけ近世におけるそれに対して分析を加える。

## 三 近世の両成敗観念に関する議論

中近世移行期の両成敗法研究においてはその強権性が強調されてきた。喧嘩という私的暴力行使を公権力が専制的に禁圧していくことで両成敗法に行き着く、とするのがその概要である。しかしその後の研究で両成敗という喧嘩処理法の相対化が進められた結果、両成敗がさまざまに存在した喧嘩処理法の一つにすぎず、社会におけるその効力が限定的であるという想定のもと、その位置づけを再検討する方法論が試みられている。このような成果を踏まえ、前章で抽出した両成敗観念に関する現代的な問題意識をより深く解明するためには、その両者をつなぐ時期である近世における喧嘩両成敗についての理解が不可欠であろう。以下、そのことについて論じる。

## (1) 近世社会における紛争解決の意識

平松義郎は近世法を概説する中で、当該期における両成敗観念について、裁判を含めた紛争処理全般の中に位置づけ、以下のように論じる。重要な手がかりとなり得る要素を多く含むため、少し詳しく引用し、検討する。

まず、近世訴訟制度のあり方についての説明である。<sup>34</sup>訴訟制度の類型である「吟味筋」と「出入筋」は、「相手の処罰を求めるか、争の解決を仰ぐか」という点で人々に区別されていた。「両者の区別は、手続の進行が職権的に推進されるか、私人の意思で左右できるかに基づいていて、吟味筋は「領主権自体および社会秩序にかかわることの多い犯罪事件」を対象とし、領主権力によって「御用」の手続として進められる。また出入筋は「領主の利害に関することが少ない私的な紛争」につき、本来「当事者間で処分・解決すべきことに権力が特に請われて関与した」ものとみなされた。そして、それは恩恵的な「御慈悲」であるから、当事者同士の和解での解決が求められた、とされる。

これらとかかわり、近世社会においては、内済という和解制度が重要視されていた。<sup>(35)</sup> 出入筋については、幕府裁判所が内済を紛争当事者にさまざまな段階で強いることが一般的である。いっぽう吟味筋でも、「口論、疵付、不義等、私的な性格の強い犯罪」については、加害者・被害者双方の内済により、「吟味（願）下げ」、つまり審理の打ち切りがなされる場合があった。いずれにしても内済では「関係者の具体的合意」を成立させることだけが狙いであり、事案に対する具体的解明はなされない。事実関係の審理がないまま、さまざまな状況を踏まえて「妥当な解決案へと関係者を誘導・教諭し、ときには刑罰を加えることを予告」して和解の強制が為されることも多かった。そして、内済がこのように強く奨励された理由として、「法規的裁断より個別的・具体的解決を愛好する法感情」、「共同体的慣習・秩序の優位」、「社会秩序における調和の尊重という儒教的理念」、「私法の未発達」、「裁判機関の不備非能率」、「幕府の地域的利害への不干涉主義」等が挙げられている。それらを支えたのは、「当事者の処分・自律主義」であり、「喧嘩ないし秩序違反は理非五分五分という観念」であった、と。

喧嘩両成敗との関係では、近世刑事法において殺人に対する一般的な刑罰である「下手人」を例としてその背景にある考え方が説明される。<sup>(36)</sup> 「下手人」は「通例之人殺」に対する刑とされ、次の三条件が必要であった。第一に「互角のもの」、すなわち同社会的身分間であって、主従、師弟、および地主・名主等支配の関係のない「他人」同士であること、第二に特別な様態や背景事情を持たない殺人、典型的には、「喧嘩口論にて人を殺す」場合であること、第三に、「二個の死に対しては、一人だけが下手人を科される」ことであった。また、「下手人の刑の内容は単に斬首するだけで、死罪のように『様者』にもしいないし、闕所も付加しない。死の結果を死で償うという同価値の原則が見られ」、「この刑は武士の敵討に当ることを庶民が領主の手を借りて行う」ものという見方もできる。幕府法の制度では、「庶民の喧嘩口論で双方が疵付くと、『互格之疵』と称していずれにも全く科刑しない」態度を取った。一方のみ負傷した場合は、「被害者の復讐感情」に配慮して、療養費の支払を命じたり、追放刑を科したりした。

次に、近世の紛争とその解決についての当時の認識として、以下のように論じる。<sup>37</sup> 私的な争いについては、「理非互角とみなす方向が支配的であり、『喧嘩は互に五分の持ち』（『心中ふたつ腹帯』）、『云分は大い五分五分に理分有物なり』（『商人平生記』）というのが社会通念で」あった。それは「喧嘩両成敗」の近世的表現であり、「諺に喧嘩両成敗と申し、互に少々宛之理分も有之ものに付、其心得を以て取計可申事、一凶に訴訟方歟、相手方歟、良き悪きと申儀は無之事」（『公事雜記』）との記述もある。近世における喧嘩は「理非を論ぜず両成敗というのではなく、むしろ理非互角とされ、そこでは「結果における双方の積極的均衡が志向された」と。

そして上述の内済との関係について、以下のような分析がなされる。

内済における当事者互譲は、まさにこの観念に支えられたものといえよう。人殺しに遭っても下手人に処せられる者が出なければ、被害者は「死損」「殺され損」「切られ損」であり、幸に下手人を免れ得た加害者は、「殺し徳」「切り徳」であった。「人を殺せば我身も死ぬる」（『五十年忌歌念仏』）、それで「算用が済む」と考えられ、それが道理、いわば良識的格率であった。近世において法的平等は同身分内の同輩・他人同士という限られた局面にのみ発現し得た……（中略）……互格の同輩・他人間を律するのは、実は法理・責任でなく、結果の均衡・秩序の復元という道理であり、法はその実現のために機能するだけであった。<sup>38</sup>

以上のような、近世の紛争処理に関する平松の見解をまとめるならば、①主に民事紛争の解決において内済が重要な役割を果たしたこと、②内済は紛争関係者の合意を得ることのみを目的とし、事案の説明が職権的に行われない場合があること、③内済が幕府により強制されるケースが多く存在し、その背景に裁判は人々に対する恩恵であるとの認識が幕府に存在したこと、④刑事事件にも内済が適用されるケースがあること、ということになろう。

そして、筆者の関心とのかかわり度とりわけ重要なのは、これらの考え方が喧嘩両成敗観念と関連付けて説明されている点である。近世の社会における両成敗観念の根底には、紛争当事者の是非は、事情の如何にかかわらずそもそも「互格」とすべきもので、その解決には当事者間で生じた不均衡を調整する結論を提示することが最善である、とする考え方が存在したとの洞察がここではなされている。この洞察は、庶民社会の観念が対象とされており、これまで主に両成敗法について論じられてきた武家社会に関して述べたものではない。したがって、単純にこれまでの両成敗論に接続させるためにはさらなる検討が必要になろう。しかし考え方としては先に述べたような是非折中説、あるいは「白黒をつけない」解決のありかたに共通するものと思われ、その点で注目すべきであると考ええる。

## （2）喧嘩両成敗と「喧嘩両不成敗」

平松は近世の両成敗観念につき、内済との間で制度思想の面での共通性を指摘した。カギとなるのは「当事者互譲」を優先する考え方であろう。それはともに「結果における双方の積極的均衡が志向」されたことである。すなわち上記の洞察では、近世においては「喧嘩は是非を論ぜず両成敗というのではなく、いわば「理非互角」であって「五分五分の線で裁定される」、つまり両者の主張の正当性よりも、喧嘩によって生じた紛争状態をとにかくまずは解決することが優先される、というのである。また内済の考え方が、「吟味下げ」というかたちで、公権的要素が強い刑事事件に適用される場合がある、との指摘にも注目すべきである。

これを受け、「吟味下げ」の意義について、大平祐一は事例を子細に検討しつつ以下のように指摘する。<sup>39</sup> すなわち、双方への不処罰は「軽微な喧嘩あるいは喧嘩類似行為については、双方を処罰することによってではなく、双方を不処罰とすることにより、紛争を平穏な形で収めるといふ効果をねらった」ものではないか、そして、これは喧嘩両成敗で

はなく、「喧嘩両不成敗による鎮静化」とみなすことができる。「刑事紛争の平穏な收拾、解決は、『吟味下げ』という当事者間の示談を基礎にした吟味の打切りという形態のみならず、当事者双方への『無罪』申渡しという形でもなされた、と。

この指摘は、あくまでも庶民層の喧嘩についての取扱いに関するものであることは重ねて留意されねばならない。しかし、喧嘩により生じた紛争状態の沈静化を優先し、「両不成敗」という処置が採られることがあった、という見解は、近世の両成敗観念が依って立つ一側面を象徴しているように思える。ここで示されたような、喧嘩の様態や規模によって、喧嘩は両成敗ともなり、「両不成敗」ともなり得た事実をどのように評価するか。裁判権力の側の判断ひとつで正反対の裁定が下される事実をいかに整合的に理解するかは、両成敗観念への理解を深めるための重要な論点となろう。

### (3) 紛争解決意識に関する中世と近世との関係

ここまで見たとおり、近世の紛争解決においては、審理を拒否し和解を求める考え方が支配的であり、その解決の論理は「正しさ」を求めるといふものとはかけ離れたものであった。いつぼうすでに指摘したとおり、相当の儀、中人制、解死人制、本人切腹といった中世後期の紛争解決の習俗にもそれは共通する側面である。

これらを考え併せると、前近代日本の公権力が紛争解決に対処する姿勢は、一般的に考えられているよりも相当消極的なものであったのではないか、との疑念が生じる。当事者の正当性を判断せず紛争の解決を強要する、解決の条件は根拠に基づき双方の主張内容を勘案するのは別の論理で決定される。裁判制度の拡充や整備、深化は行うが、裁判で紛争当事者の正当性を子細に検討して判断を下す積極性は比較的弱く、しかもそれは恩恵的な態度で提供されるサービスである。その背景に、本来は紛争解決を「お上」の手を煩わせるべきではないという考え方があり、公権力は特定の



場（時間、空間、人間関係など）において、あるいは特定の関心でのみ介入する。最優先されるのは紛争状態の沈静化である。

紛争解決をめぐる前近代を対象とした従来の研究では、各時代の制度の思想的背景を解明するにあたり、当事者の主張をもとに正しさを争うことと、争いは悪だとして正義の実現を二の次にして紛争解決を最優先することとを対置する構図が、多くの場合その基礎にあるといえる。そして、中近世移行期を対象とした研究においては前者の側面が強調されすぎていないのか。たとえば両成敗法の意義を裁判権掌握に求める見解は、両成敗法の異常性、非正当性を強調し、裁判に当事者の意向を反映させた裁定を下すことを正当なものと扱う考え方に強く規定されているように思える。しかし、ここまでの粗雑な考察において、少なくとも中世から近世を通じて、理非よりも騒ぎの終息そのものを優先する紛争解決の考え方が相当程度の社会的影響力をもっていたことが再確認できたと考えられる。もちろん理非を論じて下される裁判や裁定を求める志向が社会には有力に存在していたであろう。それを全面的に否定するものではない。ただそれは当該期の紛争解決における車の両輪のひとつであって、両者の相互作用こそが今後検討されるべきであろう。<sup>40</sup>

### おわりに——紛争処理の方法としての両成敗観念——

従来、紛争解決の意識について中世から近世までを通時代的に理解しようとする試みはさほど熱心に行われてこなかった印象がある。しかし、ここまで論じてきたとおり、当該期の紛争処理の理念とその展開を通時代的に観察することは、両成敗に関する諸問題をよりの確に理解するために必要な作業であると思われる。

刑事と民事との未分化、一連の紛争事案で発生する犯罪行為とそこから新たに展開する紛争事案について、処罰の側面と紛争解決の側面とを包括的に処理すること、重大事案でなければ処罰を行わない「柔軟」な運用がなされたこと、



など、前近代の紛争解決をめぐる問題は数多い。それらを通時代的、総合的に勘案して再検討し、そこに存在するさまざまな紛争観を理解することにより、現代における両成敗、紛争の解決にあたって白黒をつけるべきでないとする考え方が存在していることの意味の解明を今後すすめていきたい。

- (1) 本稿における「喧嘩両成敗観念」とは、さまざまな紛争（それには、暴力行使を伴ういわゆる「喧嘩」も含む）を「両成敗」として処理する、あるいはそうすべきだという人々の意識のことと規定する。また、「喧嘩両成敗法」とは、喧嘩両成敗観念を成文化し法令として制定したものを指すこととする。
- (2) 三浦周行「喧嘩両成敗法」(同『法制史の研究』岩波書店、一九一九年所収)。引用時、一部新字体に改めた。
- (3) 具体的には、高木昭作らにより指摘された「喧嘩両成敗のジレンマ」、赤穂事件をめぐる議論などを想定している。
- (4) 河野恵一「自力救済とその規制…喧嘩両成敗法」(山内進他編『暴力——比較文明的考察——』東京大学出版会、二〇〇五年所収)。
- (5) 「(八二) 喧嘩両成敗」(石井良助編『法律学演習講座 日本法制史』青林書院、一九四五年) 二八三〜二八五頁参照。
- (6) 前掲河野「自力救済とその規制」一一七〜一九頁で、喧嘩両成敗概念が「概念として『純化』され」たことで諸研究における定義があいまいになり、議論の錯綜につながったことを指摘した。この課題についてより踏み込んだ検討が必要だと考えている。しかし本稿の目的とは少々方向が異なると思われるため、その問題の検討は別の機会に譲ることとしたい。
- (7) 前掲石井編「(八二) 喧嘩両成敗」参照。
- (8) 同前。
- (9) 前掲三浦「喧嘩両成敗法」参照。
- (10) 前掲石井編「(八二) 喧嘩両成敗」参照。
- (11) 同前。
- (12) この点につき、畠山亮「戦国期における喧嘩規制法について——戦国期喧嘩両成敗法の再定位——」において指摘されている。また筆者も同様に指摘した。河野恵一「戦国大名毛利氏の喧嘩処理に関する一考察」『法制史研究』五〇、二〇〇一年) 参照。
- (13) 前掲石井編「(八二) 喧嘩両成敗」参照。
- (14) 河野恵一「喧嘩両成敗法成立の法史上の意義に関する一試論」(『九大法学』九二、二〇〇六年)

- (15) 清水克行『喧嘩両成敗の誕生』（講談社、二〇〇六年）では、両成敗法の成立に関する議論が網羅的に検討されており、以下のまとめでは同著の成果も参照した。
- (16) 平松義郎「近世法」（同『江戸の罪と罰』平凡社、一九八八年）参照。
- (17) 「道理」概念については詳細な検討が必要だが、さしあたり、中世社会においてある程度共有されている、紛争解決の根拠となる規範、と理解しておく。
- (18) 笠松宏至「折中の法」。（同『法と言葉の中世史』平凡社、一九九三年）参照。また石母田正は、これを通時代的な考え方として敷衍し、「等価主義原則」と称した。同「歴史学と『日本人論』」（『石母田正著作集 第八巻 古代法と中世法』岩波書店、一九八九年）参照。
- (19) 水林彪「近世的秩序と規範意識」（相良亨他編『講座日本思想三 秩序』東京大学出版会、一九八三年）参照。
- (20) 以下の指摘につき、前掲河野「喧嘩両成敗法成立の法史上の意義に関する一試論」参照。
- (21) 前掲清水『喧嘩両成敗の誕生』参照。
- (22) 同前。
- (23) 前掲畠山「戦国期における喧嘩規制法について」参照。
- (24) 前掲河野「戦国大名毛利氏の喧嘩処理に関する一考察」、同「喧嘩両成敗法の法史上の意義に関する一考察」参照。
- (25) 同前。
- (26) この意味で、前掲の清水克行の成果は貴重な成果である。また畠山も武田氏を対象として実証的な取組を進めている。
- (27) 前掲三浦「喧嘩両成敗法」九四七頁参照。
- (28) 前掲清水「喧嘩両成敗の誕生」六〇八頁参照。
- (29) 川島武宜『日本人の法意識』（岩波書店、一九六五年）一四二頁〜一四三頁参照。
- (30) 同前、一四四頁〜一四八頁参照。
- (31) 前掲三浦「喧嘩両成敗法」九四七頁参照。
- (32) 同前、九八八頁参照。
- (33) 前掲川島「日本人の法意識」一四三〜一四四頁。ただしこれは『広辞苑』からの引用であり、川島が当該部分において必ずしも両成敗観念の厳密な解釈を重視していないとおぼしき点には注意が必要である。
- (34) 近世の訴訟に関する記述は、前掲平松「近世法」四〇頁参照。
- (35) 内済に関する記述は、同前五三頁参照。

- (36) 下人に関する記述は、同前六五～六六頁参照。
- (37) 近世の紛争観に関する記述は、同前六六頁参照。
- (38) 同前。
- (39) 大平祐一『近世日本の訴訟と法』（創文社、二〇一三年）三〇二頁参照。
- (40) 武家社会における喧嘩の実例やその処理の実態、背景に存在した諸事情については谷口真子『近世社会の法規範——名誉・身分・実力行使——』（吉川弘文館、二〇〇五年）、とりわけ第一・二章において詳細な分析がなされている。本稿では、両成敗觀念の通時代的要素の存在を示す事を優先し、同著の成果について充分に触れていないが、今後検証を進めていく上で改めて論じること  
 したい。