

ジャン・フィリップ・レヴィ 「中世学識法における証明の序列」 (四)

上 口 裕

訳者はしがき

目 次

序 論

序 章 先 例

第一章 序列の概観
ローマ法—ゲルマン法—一二世紀における慣習法の状態—カノン法

I 証明一般—証明の定義

II 証拠の種類—種々の証明方法

III 「証明の程度」—証明の序列の諸段階

第二章 公知性—事実を公知たらしめる手段

第一節 公知性の理論の一般的展開(以上二巻一号)

第二節 事実の公知性—「事実の明証性」または「外観」による証明

I 持続的または継続的事実の公知性

II 一時的または瞬時的行為の公知性

III 断続的事実の公知性

第三節 法律上の公知性

I 裁判上の公知性

II 既判力

第四節 推定上の公知性または推定された公知性

第三章 「完全証明」

第一節 「完全証明」の種類

I 複數証人の証言

II 文書

III 自白

IV 強力もしくは有力な推定（以上二・三合併号）

第二節 「完全証明」の間の抵触

規則：「証人は文書に優る」（以上二・三合併号）

第四章

不完全証明——「半完全証明」および徴憑

第一節 「半完全証明」の種類

蓋然的推定——一名の証人——家内文書——文書の比較——被告人の逃亡——事実らしさ——風評

第二節 「半完全証明」の効果

単独の場合——補充宣誓を伴う場合——雪冤宣誓を伴う場合——略式訴訟における場合——複數存在する場合

——完全証明を滅殺する場合

第三節 徴憑

軽度の推定（以上本号）

第五章

補助的証明としての宣誓

I 宣誓の適法性と補助的性格

II 宣誓の種類——その性格——裁判外の任意的宣誓——裁判上の任意的宣誓——訴訟物に関する宣誓——裁判上の必要的宣誓

——雪冤宣誓

III 宣誓の価値

第六章 禁止された証明としての神判

Alexandre III 時代の認容——禁止——Gregoire IX 以後における消滅

結論 序列の論理の意味——歴史の意味——慣習法に対する影響

第四章 不完全証明——「半完全証明」および徴憑

中世における証明の序列において、唯一判決の基礎となりうる証明である「完全証明」の下位には、「半完全証明」、徴憑、推定、推認、補助証拠 (adminicules) とした。さまざまの名称で呼ばれるその他の証拠方法が見出される。これらの証拠方法はすべて

同じ価値を有するわけではなく、このカテゴリーの中でもさらに区別することが必要である。これらの証拠方法は、少なくとも、完全な証明を行うには不十分であるが、しかし、証明がまったく行われぬ場合よりは価値があるという共通性をもっており、これらの証拠を積み重ねることによって十分な効果を挙げることも可能なのである。

このようなカテゴリーは中世学識法の独創である。その際——それも、きわめて客観性を欠いたやり方で——援用された数少ないローマ法の法文⁽¹⁾は、たんに、一名の証人の供述あるいは帳簿のような家内文書といった、それ自体不十分で、せいぜい推測をもたらしすぎないある種の証拠方法は、他の「補助証拠」が付け加わらなければ証明に役立つことができず、ということに注意を促しているにすぎない。

ところで、ローマ法のルネサンス以来、これら若干の断片が問題とされ、ここから直接、すべての証拠方法は同一の次元にあるわけではないという観念が引き出された。それらの「あるものは充分であり《quaedam sufficient》」、「あるものは完成し、あるいは役立つ《quaedam perficiunt》 ou 《proficiunt》」⁽²⁾、前者の例として二名の証人、公正文書、後者の例として、一名の証人、「家内文書《cartae domestice》」⁽⁴⁾が挙げられた。後者はそれ自体としては充分な証明とならないが、しかし、これを同じタイプの証拠方法と併用することは許されるのである。間もなく、これらの証拠方法は「推定として《ad praesumptionem》」の価値がある、という表現が用いられることになった。⁽⁷⁾

「証明」と比較して推定が劣っていることはあらゆる点で明らかである。推定はそれだけでは有責判決を基礎づけるのに不十分であるだけではなく、「証明は推定を破る《probatio vincit praesumptionem》」⁽⁸⁾というのが原則である。若干の著作家は、完全な証明力をもつ「本来の証明《probatio vera》」と対比する意味で、これを「擬似証明《quasi probatio》」⁽⁹⁾あるいは「擬制上の証明《probatio ficta》」⁽¹⁰⁾と呼んだ。それにもかかわらず、同じ頃その法制が出来上がりつつあった補充宣誓を用いることによって、訴訟において通常の証明が欠ける場合に推定を頻繁に利用することが、可能となったのである。⁽¹¹⁾

しかし、一二世紀の終わり、推定という用語がまったく不適當になった。正しい意味での推定は、既知の事実を前提に未知の事実を確定する推理を指すが、このような間接的な方法は、一名の証人の供述や家内文書による証明⁽¹²⁾には見られないものである。さらに、推定それ自体、その価値に従っていくつかのクラスに分類され、その最も強力なものは判決を下すのに充分なものであり

うる。用語法の整理は、一二世紀の最後の10年を著された Bernard de Pavie の著作においてなされている。不完全証明を指すために「蓋然的推定《praesumptio probabilis》」という表現が用いられることとなるが、この表現は、頻繁に使用するには洗練されておらず、また曖昧なものであった。同じ Bernard de Pavie が「半完全な信用性《semiplena fides》」という言葉を用いたのはたんなる偶然ではなく、間もなく「半完全証明」という用語法が確立される。

半完全証明のモデルとなったのはいうまでもなく「一名の証人《testis unius》」であった。二名の証人は「完全証明」を構成するということから、算術的演繹によって、一名の証人の価値を示す半完全証明という表現が導出されたのである。後に一四世紀には、心理学的な説明が用いられることとなる。これによれば、証拠が提出されるに従って、裁判官の確信は段階的に、「懷疑《dubitatio》」次に「推測《suspensio》」そして「臆見《opinio》」そして最後に「完全な確信《perfecta creditas seu fides》」へと変化する。この最後の段階が正しい意味での証明を構成するが、それで先立つ二つの段階は「半完全証明」として「半完全証明」の下に位置するものを含んでゐる。「半完全」証明とは何であらうか？ その役割は正確には何か？ それに劣るカテゴリーは存在しないのであろうか？ 以上の点を検討しなければならぬ。

注

- (1) 最も明確なのは、C. 4. 19. 5 et 6 et C. 4. 20. 4. V. aussi D. 29. 3. 1. 2 (一名の証人は推測を生む)。中世において採用されたこれ以外の法文はこの問題と関係がなご。
- (2) V. Othon de Pavie, IX, X, XI. Johannes Bassoianus, 368, 369. Cod. Bambergensis XVI.
- (3) Innerius, Summa C. 4. 20 n° 8, et déjà: Codi, IV 32. Brachylogus IV, 16. 1. Pseudo Ulpianus de edendo.
- (4) Innerius, Summa C. 4. 19 n° 8. Othon, J. Bassoianus, Cod. Bambergensis.
- (5) Innerius; Cod. Bamberg, 1. c.
- (6) Codi; Innerius, 1. c. Rogerius, S. C. 4. 22.
- (7) Déja, dans Brachylogus, 1. c. —《Minus legitima》Cod. Bamberg. XV.

- (∞) Cod. Bamberg. XVI. Piacentin, C. 4. 19. Pierre de Blois, XIV. Bernard de Pavie II 12 § 5. Damase, tit. 59, etc. 基體 *in hoc textu* D. 22. 3. 24 et surtout D. 4. 2. 23 pr.
- (9) Othon, Piacentin, Bernard de Pavie, l. c. Pillius, III § 6.
- (10) Ordo «Scientiam», tit. 31.
- (11) V. Incertus auctor de Gross, XV § 3. Joh. Bassianus, 410 et 502. Pillius, l. c. Damase, tit. 56.
- (12) G. Le Bras, Dictionnaire de Dr. Canon. *in hoc textu* 1119年と1198年の間 *in hoc textu* V. II. 16 § 2 et § 1.
- (13) *in hoc textu* cf. Azon, Comm. C. 4. 20. 9 n° 3 et s. (Johannes Bassianus の役割が決定的 *in hoc textu*).
- (14) *in hoc textu* cf. v. chap. 1.

第一節 「半完全証明」の種類

かつていかなる規則によっても「半完全」証明の数が限定されたことはない。もっぱら法律助言者⁽¹⁾がそのリストを挙げていただけである。そして、一般にそのリストはすべての法律助言者にとって共通である。

(1) 「蓋然的または真実に近い《verisimilis》推定」は、このリストの中に明示的には挙げられていないが、この推定が他の半証拠(*demi-preuve*)と同一の価値をもちものであることは確かである。この推定は、推定の序列の中では、完全証明の証明力を有する強力な推定の下に位置する。この推定の具体例は無数にあり、分類を好む著作家は「事実上の、自然上の、人による《facti, naturae, hominis》」推定を区別した。事実上の推定には、過去の事実に基づいて将来の事実を推定する場合、最近の事実からいつての事実を推論する場合等が含まれる。これらの推定はすべて、人(裁判官)による推定である。その根拠が法律ではないからである。この点で、人による推定は強力または必然的である「法律上の推定」と区別される。蓋然的な推定の例として、St. Thomas d' Aquin⁽²⁾は「疑わしい場所ではしばしば男と女が語りあっているのが発見されるならば《si inventiatur solus cum sola colloquens in locis suspectis et frequenter》」男と女の関係が疑われる *in hoc textu*。

(2) 「一名の証人」これは半証拠の典型的な例である。原則として「一名の証言は証言がないに等しい」《voX unius, vox nullius》⁽⁶⁾ のであり、初期のローマ法学者や Petrus, Gratien, Jacobus といった著作家はこれを考慮にいれることを一切拒んだ。⁽⁷⁾ しかし、このような見方はほぼ一致して却けられた。すなわち、すでに「ロ・ロデ」⁽⁸⁾ (Codi)、「綱要」⁽⁹⁾ (Brachylogus)、Imerius は一名の証人を推定もしくは補助証拠として認めていた。Placentin および Johannes Bassianus はこの見解を採用し、⁽¹⁰⁾ 間もなくきわめて単純に「二名の証人は完全証明に充分であるから、従って、一名の証人は半完全証明に充分である」《Duo testes sufficient ad plenam probationem, ergo unus ad semiplenam》⁽¹¹⁾ といわれるようになった。

この一名の証言が内容と形式において完全に適正 (regulier) であることは当然に必要であり、疑わしい、または宣誓のない証人を受け容れることは許されなかった。要するに、「数の不足」《defectus in numero》は許容されたが、「供述の瑕疵」《defectus in dicto》は証言の排斥の理由となったのである。⁽¹²⁾

(3) 「家内文書」《cartae domesticae》この種の書面が正確にはどのような価値を有するかは激しい議論の対象となった。基礎となる法文である勅法彙纂第四卷第一章第五法文は、「家内文書」は他の「補助証拠」による支えがなければ証明力を有しないという。これはどのように解釈されるべきであろうか？ これには二つの問題がある。まず、どのような種類の文書が「家内文書」と呼ばれるのか？ それはすべての私文書を指すのであろうか？ 次に、補助証拠とは何か？ それは作成の検真、あるいは、同等の価値を有するその他の証明の端緒 (commencement de preuve) を意味するのであろうか？ Imerius から Accurse までの注解学派、⁽¹³⁾ 一三世紀のカノン法学者は、「家内文書」は推定もしくは「半完全証明」の価値を有するとしたが、彼らはそうすることに、誤りでもある混同を犯した。すなわち、文書の内容の問題と文書の作成の問題とを区別することを怠ったという点で混同を犯しているのである。すでに見たように、私文書は、作成者によって確認されるか、あるいは、文書証人または筆跡の比較によって検真される場合にのみ、作成の真正を証明される。ところで、このような検真が問題の法文のいう補助証拠に当たるとするならば、補助証拠という言葉が同等の価値のあるその他の証明の端緒をも意味しえないことは明らかであり、従って、「半完全」証拠の趣旨ではありえない。文書の内容の問題についていうならば、これは誤りの原因となった。一二世紀の終わり以降、⁽¹⁴⁾ 「自己のために」《sibi》作成された文書と「他人、または自己および他人のために」《alii, vel sibi et alii》作成された文書と

が区別された。前者は証明力がないのに対して、後者は作成者の不利益には完全な証明力を有した。その中間はありえず、「半完全」証明は認められなかったのである。

Guillaume Durant⁽¹⁷⁾ は問題点に気づいていたように見える。彼は、「自己のために」作成されるが、顧客に有利な記載をも含む銀行家の帳簿を念頭において、この種の帳簿は銀行家の有利にも不利益にも証明力を有することを認めた。しかし、彼はこのような解決は直ちに耐えがたいものと思われ出した。しかも、彼の解決は明確性に欠けるものであった。

後期注釈学派、とくに Pierre de Belleperche と Cynus⁽¹⁷⁾ は、先学のこの理論を激しく嘲笑した。Cynus は、「家内文書が半完全証明となるという点」《Nam quod scriptura domestica probet semiplene》は「欺瞞である。なぜなら、私人の書面は一名の証人の供述以上のことをなしえず《truffa est i. Nam non potest plus operari litem privati hominis quam vox eius》」そして自己の利益のためになされた証言がいかなる意味をもたないことは言うまでもないからである、「たしかに家内文書がこのような証明力があるとすれば、多くの者が自己のために半完全証拠を準備することになるだろう《Si enim scriptura domestica sic probaret, multi pararent sibi semiplenam probationem》」という。Bartole⁽¹⁸⁾ は……私文書が、それが確認も検真もなされていないにせよ、あるいは、それを(帳簿として)援用する者によって作成されたにせよ、私文書が「何らかの推定」ではない。おそらくこの場合は、帳簿に関するこれらの著作家の主張は誇張されたものである。帳簿は、商人あるいは両替商によって作成され、商人にとって有利な記載と顧客に有利な記載を分離することができず、それゆえ、ある種の価値を有するのである⁽¹⁹⁾、これは慣習法が認めるところとなっている。

(4) 「書面の比較」《comparatio litterarum》 書面の真正の確定が問題となる場合、筆跡の比較は、Justinien⁽²⁰⁾ によって、よりよい方法がない場合にのみ用いべき、不確実で危険な手段として扱われており、その価値はすでに低められていた。注釈学派とその後継者が書面の比較を「半完全証明」に分類し、裁判官によって厳密に評価されるべき、そして、他の手段によって補完されるべき「何らかの証明」《qualisqualis fides》をもたらず効果のみをこれに認めたのはこのためである。さらに、ほかに検真手段がない場合にのみ書面の比較によるべきであるとされた⁽²¹⁾。

(5) Hispana に於いて伝えられた、Grégoire IX 教令集に挿入された教皇 Boniface の書簡の短かな一節は、罪ある者は判決を遷延させようとするのに対して、無罪はできるだけ迅速に裁判を受け、放免されようとする、と述べている。注釈学派は被告人の逃亡を一種の罪の自白と解した⁽²⁴⁾。しかし、後期注釈学派はこれに従ってこのような「半完全証明」を認めることを拒んだ。その理由として、せいぜい逃亡する被告人は疑わしいといえるだけであって、確実な有責判決を免れるという理由以外の理由から逃亡することをありうるからである、という⁽²⁵⁾。

(6) Guillaume Durant は、少なくとも法文が規定する特別な場合について、事実のみを (vraisemblance d'un fait) それ自体を「半完全」証明、より正確に言えば、ある事実がありそうもないこと (invraisemblance) を反対事実についての半証明と看做した⁽²⁶⁾。しかし、この見解は支持を見出さなかった。

(7) 「風評」《fama》 風評の証拠としての役割は、カンン法においては、すでに指摘したような風評と公知性との混同によって曖昧なものとなった。実際のところ、長い間注意が向けられたのは、両者を包括する公然性という概念であった。醜聞を抑止するため少しづつ形成された法制は、人々の間に知れ渡ったすべての行為を対象とするものであった。Alexandre III の教令や一二世紀の法律助言者の表現は誤解が一般的であったことを示している⁽²⁸⁾。万人が述べていることと万人が知っていることが完全に区別されるのは一二世紀末であり、この区別は Innocent III の教令によって第一級の重要性を与えられることになる⁽²⁹⁾。

Bernard de Parme の注釈以降、風評の定義はきわめて明確になる。その中でも Hostiensis の定義が優れていることは議論の余地がない⁽³¹⁾。それによれば、「風評」とは「たんなる推測と不明の出所に由来する、悪業についての公然たる指摘または万人に於て告発 (publica seu famosa insinatio vel proclamatio communis, ex sola suspitione et incerto auctore proveniens)」である⁽³²⁾。従って、風評は明らかに、「確実な知識と特定の出所に (ex certa scientia et ex certis authoribus) 由来する「明白性」の下に、そして一層の理由をもって「公知性」の下に位置づけられることになる。他方、風評はその定義の他の要素によって「噂 (rumor)」のより位置づけられる。噂は「特定人による指摘 (particularis insinatio)」であり、Guillaume Durant のいうように、噂は少数人の間で行われ、公然とは流布しないものだからである。ゆえに、風評と「世評 (communis opinio)」とは同一視することが許されるかもしれない⁽³³⁾。

このように限定されるならば、風評は大きな価値を有しないこととなる。法律助言者はこれに對しては、きりした不信を表明した。Balde は「*non est certum*」(34)「不安な証明『*probatio multum fallax et facilis*』である」といふ(34) Hostiensis は「風評は飛ぶ『*Fama volat*』』という俗諺を引いて、「確實ではない『*Non est certa*』』と述べている。「たんなる推測と不明の出所に由来する」といふのがその起源であれば、これは理解される。「民衆は一人のいっただこととも容易に従う『*dictum unius facile sequitur multitudinem*』』「民衆の気紛れな声は聴かれるべきではない『*variae voces populi non sunt audiendae*』』ともいわれた。(35) 要するに、Barthol(36)と Balde(37)は風評を「民衆の空虚な声『*vana vox populi*』』と呼んだ。最後に、風評に最も敵対的であった著作家は Pierre Jacobi d'Aurillac(38)であった。彼は「裁判官はこのように証明に不信をもっている。それは「しばしば危険であり、大概誤っている。なぜなら、出所が敵対する者、悪意を抱く者である可能性があり、あるいは、出所が知られず、しかも誠実さを欠くべきであろう』』『*multum periculosa. Perungue est falsa: quia potest habere ortum ab inimicis et malevolis, vel ignorabitur unde venit, nec veritatem habebit*』』(39)「従って、誰でも皇帝がヌルタンを捕らえたという知らせを広める』』とができるだろう』』と述べている。要するに、著作家は風評に對して一致して敵対的であったのであり、これは彼らの合理主義的傾向を示している。

このような事情を考えれば、著作家が風評に与えた証明の序列における地位が高いものでないことは驚くに値しない。注釈学派は通常これを「半完全証明」とし、「他の補助証拠と一致する『*consentiens aliis administris*』』(41)ならば、すなわち、同じ程度の他の証拠方法が競合するならば、完全証明となることができる、という。しかし、これは民事事件についてのみ妥当する。なぜなら、刑事上の有責判決には、真昼間の光よりも明らかな証明が必要とされたからである。そのため、風評のある者はともかく「雪冤宣誓『*purgatio canonica*』』によって彼に向けられた嫌疑を晴らす必要がある、とカノン法学者によって考えられた。従って、たんなる宣誓も、共同宣誓者によって確認されるならば、風評に基づく嫌疑を除くことが可能だったのである。(43)しかし、この見解自体この危険な証拠方法を過大評価していると思われる、とりわけ一三世紀以来、そしてそれ以降は層多くの著作家が、風評に半証明の地位を認めることを拒んだ。Jean de Faenza(44)は、風評は、確かな根拠があり、敵対者によって広められたデマではないという条件の下で、「擬似推定『*quasi-praesumptio*』』となるが、そうでなければいかなる考慮にも値しない、という。他の

著作家は風評を、「輕証明《probatio levis》」⁽⁴⁵⁾「小証明《probatio minor》」⁽⁴⁶⁾たるなる補助証拠、あるいは徵憑⁽⁴⁸⁾と解した。その役割はせいぜい、すでになされた証明を裏づけることにすぎず、裁判官はやむをえずこれに基⁽⁴⁹⁾づいて、価値の相等しい証明のいずれかを選択することができるが、それ以上の意味をもたないと言われた。しかし、よりよい証拠がない場合、例えば、その証人がもはや生きていないような非常に古い出来事を証明するためには、風評を証拠とすることが許された。⁽⁵⁰⁾しかし、このような補充的な役割は、原則に対する例外と見なければならぬだろう。⁽⁵¹⁾

結局、その由来を問題にするという妥協的な解決がとられたようである。⁽⁵²⁾すなわち、正当な推定が風評の根拠となっているか否か、風評の根拠となっている噂を多くの者が同時に伝えたか否か、誠実で信頼できる者が風評をある程度信用したか否かが問題とされた。これが肯定されるならば、風評は「半完全証明」となりうるが、風評それ自身が「半完全証明」となるのではなく、風評の根拠となっている徵憑が「半完全証明」となるのである。結局、考慮されるのはこれらの徵憑であつて、風評そのものではない。徵憑がなければ、風評は「民衆の空虚な声」と看做され、いかなる価値をも有しなかつた。

理論は以上のようなものであり、法律助言者はこれを実務に通用させようと努力したが、しかし、興味深いことには、風評の利用は、これに対する一般的な不信が予想されるよりもはるかに頻繁であつたということが確認される。「糺問」手続における風評の役割は、これが広汎に用いられた理由を説明する。すなわち、これは職権訴追を可能とするものだったのである。いづれにせよ、Cerisy の教会裁判所の記録簿を開くならば、とくに風俗、暴利行為あるいは異端に関する事件で風評が絶えず証明の端緒として使われていることに気づく。司教巡察の際に、この種の罪が風評によつて明らかになされたのである。⁽⁵³⁾風評が有責判決に充分でないことはいふまでもない。しかし、「風評のある者《diffamatus》」が嫌疑事実を否認する場合は、彼は——これが正規のやり方であるが——雪冤宣誓によつて自己の潔白を示さなければならず、これを果たさない場合は、罰金を科された。Bides Reigaut の記録簿も類似の事実を示している。⁽⁵⁶⁾従つて、実務は、風評の価値は低いという原則を尊重しつつも、⁽⁵⁷⁾かつ、法律助言者によつて指摘された危険性にもかかわらず、風評を利用することを断念しなかつたのである。

- (1) *Tractor de Gross* 44 雜展 總覽 風流 1 卷の題名に「雜展」の語を添へる。V. Glose D. 12. 2. 31. G. Durant, de probat. § 3 n° 28. 總釋 44 Alciat, Praxis p. 207. P. Belleperche et Cynus, C. 4. 1. 3. Bartole, C. 4. 1. 3 n° 2 et surtout D. 12. 2. 31 n° 24 et s. 24 の下に附隨して置かるべきなり。
- (2) 44 の下に附隨して《probabilior》雜展 (Cynus, C. 4. 19. 16)。「推すべからざるべし」の語を添へる。《non vehementes vel minor》雜展 (Balde, C. 4. 19 n° 4)。「辯明と不辯明と《probabilis et discretus》」雜展 (Alb. de Gandino, XVII) の語を添へる。
- (3) V. Innocent IV, X. 2. 23 n° 2. Hostiensis, Summa, de praec. Vincent de Beauvais, Spec. doc. VIII. 64. Alb. de Gandino XVII. Balde X. 2. 23 n° 2. 2 の下に附隨して置かるべきなり。
- (4) 2 の下に附隨して置かるべきなり。v. les Gloses ord. sur D. 4. 2. 23 et X. 4. 1. 30. Albertus de Gandino, l. c. Tancrede III. 14 § 1 (p. 257). Vincent de Beauvais (總釋 54 卷 2), Spec. doc. VIII. 64. Cf. X. 2. 23, passim.
- (5) IV Sentent. 9. 1. 5. 2. Alb. de Gandino 44 條の下の附隨して置かるべきなり。博識の語を添へる。V. aussi G. Durant, de praesumpt. § 2, n° 2.
- (6) Tit. 32=Livre de Tübingen 49=Livre de Graz 25.
- (7) 4 q. 2 et 3 § 38. 2 の下に附隨して置かるべきなり。Paupacalea et Rufinus 24 の下に附隨して置かるべきなり。
- (8) Azon, Comm. C. 4. 20. 9 n° 3, Summa 4. 20, n° 21 24, 49°
- (9) Tit. 32.
- (10) IV. 16 § 1.
- (11) Summa C. 4. 20. 8.
- (12) Azon, l. c. 24, 49° V. aussi Glose D. 12. 2. 31, D. 33. 4. 14, C. 4. 1. 3. 總釋 44 卷 2 の語を添へる。D. 29. 3. 1. 2 et Gratien 11 q. 1 c. 35 の語を添へる。

- (13) Bartole, D. 12. 2. 31 n° 36. V. encore Cynus C. 4. 1. 3. 逆に、複数証人が一連の密接に関連した行為について供述の場合、これらの証人は「ただ一人や二人のみに供述する《testis singularis》」証人であると看做される。
- (14) V. Irnerius, Summa C. 4. 19 n° 8. Ohon de Pavie, IX in fine. Joh. Bassianus, § 368. Cod. Bambergensis XVI. Rogerius IV. 22. Azou, Comm. C. 4. 19. 5 n° 2. Accurse, gl. C. 4. 1. 3 et D. 12. 2. 31. G. Durant, de probat. § 3 n° 28. Joh. Fasolus (éd. Wahrmund, p. 24). Hostiensis, Summa, de iureiurando.
- (15) V. Bernard de Pavie II. 15 § 2. Tancredié III. 13 § 2 (p. 250). V. le chap. précédent Sect. 1.
- (16) De instru. edi. § 7 n° 5.
- (17) Cynus rapportant P. de Belleperche, sur C. 4. 1. 3 et C. 4. 19. 5.
- (18) Sur l. admonendi, D. 12. 2. 31. nos 24 à 30 (daté du 4 février 1352).
- (19) Cf. Balde, sur X. 2. 18. 3, n° 34. それは、この有名な帳簿は「多くの理由から」信用されるとして、次のように正しく、優れて信頼のおける、合法的な人々であり、従って、彼らの作成する書面は正しく、真実であり、信頼することになる」と推定される。第三に、正確に記録することを宣誓し、第四に、商人の帳簿を信用する慣習……第七に、彼らの長により商人組合の決定に基づいて承認されること《pluribus rationibus》: 1° Propter naturam …… in qua non potest poni calculus separatus sed promiscuus esse debet …… 2° Quia mercatores sunt homines emendatoris vitae et probate fidei et legalitatis, unde scriptura eorum presumitur emendata et vera et fidelis…… 3° Quia iuravit fideliter scribere …… 4° Propter consuetudinem que adhibet fidem libris eorum …… 7° Quia approbantur per consules eorum et de consilio collegii mercatorum ……》]. 商人の帳簿は「書かれた真正な法に即してはなほ、慣習上《de consuetudine, non de mero iure scripto》」を認めるべき。
- (20) C. 4. 21. 20 et Nov. 73, surtout cap. VII.
- (21) Azou, Summa C. 4. 21 n° 12. Accurse, gl. C. 4. 21. 19 (=20), C. 4. 1. 3, D. 12. 2. 31. Hostiensis, Summa,

- de fide instru. n° 5. G. Durant, de prob. § 3 n° 28. Joh. Fasolus, l. c. Cynus, C. 4. 21. 19. Bartole, D. 12. 2. 31, n° 24 et s. passim.
- (23) 「権利証書『subsidiaria probatio』』と Cynus は、その序文に「P. de Belleperche sur C. 4. 21. 19 は『この証書の真偽を疑はざるは、hic veniunt diaboli inferni!』と云ふべし」として、v. Accurse et Hostiensis, (23) X. 2. 23. 4 (de 419).
- (24) Bernard de Pavie, h. l. (三權の互に之を口説くは、互に其の權を奪はるべし)° Acurse, D. 12. 2. 31, C. 4. 1. 3, G. Durant, l. c.
- (25) 序文に「牢獄(Prison préventive)に入るは、その人の罪を疑はざるべし。v. Cynus, C. 4. 1. 3. Bartole D. 12. 2. 31 n° 35. Petrus Jacobi, tit. XCV n° 8. Balde, consilia III. 32.
- (26) G. Durant (序文に) 牢獄に入るは、その人の罪を疑はざるべし。v. Cynus, C. 4. 1. 3. Bartole D. 12. 2. 23 pr. (in urbe compulsus) の序文に「その人の罪を疑はざるべし」°
- (27) 序文に「この序文は、v. la thèse de M. M. Picard, La preuve par commune renommée (1911). その序文に「この序文は、Muenchen, I p. 101-103 以下に述べられてゐる。この序文は、歴史的に、その人の罪を疑はざるべし」°
- (28) Alexandre III, X. 5. 21. 2. Cf. encore Jean XXII (Extr. com. 2. 2. un.) (「某の証書は、その人の罪を疑はざるべし」°) 《fama publica per facti evidentiam divulgata effecit notorium》J. Brachylogus IV, 17. 2 (「証書は、その人の罪を疑はざるべし」°) 《Consentiente fama probatur cum factum omnibus patet et probatione non indiget》J. Pierre de Blois (IV) et Honorius III (X. 2. 24. 32) (「証書は、その人の罪を疑はざるべし」°) 《quasi notorium ex fama》J. de Paénza 2 q. 1. Cf. supra ch. II.
- (29) X. 3. 2. 8. Cf. aussi Alexandre III, X. 4. 14. 2 et X. 5. 3. 13. Boniface VIII au VI. 5. 11. 12.
- (30) Sur X. 3. 2. 8. Cf. aussi Innocent IV, eod. n° 1. G. Durant de notorio §§ 3 et 4. Balde eod. n° 5. Decisio-

nes novae Rotae romanae n° 327.

(15) Summa III. 2 n° 6.

(16) 1) 聖職權の Saint Augustin (v. Dist. 4 cons. c. 36) 聖職權の

(17) 1) 聖職權の Decis. novae 327, Decis. capellae Tholosanae 380. 國家の G. Durant, de probat. § 3 n° 10 et 19 (聖職權の 聖職權の 聖職權の) et Innocent IV, X. 5. 40 c. veniens (『聖職權の』) 聖職權の 聖職權の 聖職權の 《de longe praeteritis》)。——Balde, C. 4. 19 n° 4 聖職權の 『永遠の聖職權』 《perseverans vox》』 聖職權の 『1世の聖職權の』 《instantanea clamor》』 聖職權の

(18) Add. à G. Durant, de praesumption. in fine. Cf. Panormitan (X. 2. 19. 10) (『1世の聖職權の』) 《saepe fallax est》)。

(19) Hostiensis, Sum. III. 2 n° 6: cf. X. 5. 34. 12.

(20) D. 48. 18. 10 n° 30.

(21) Consilia V. 402. Cf. sur X. 3. 2. 8 n° 5.

(22) Aurea practica, tit. XCV n° 8.

(23) 『聖職權の』 聖職權の 聖職權の 《Quod Imperator iam cepit Soldanum》』 聖職權の 聖職權の 聖職權の Sultan 聖職權の Soudan 聖職權の 聖職權の V. Du Cange.

(24) 1) 聖職權の 聖職權の 聖職權の V. l'auctor de Gross XV. I. Cod. Bamberg. XVII. Bernard de Parme, X. 2. 20. 27 et X. 2. 23. 13.——聖職權の 聖職權の 聖職權の Accurse, D. 22. 5. 3. 2. Hostiensis, Summa 3. 2 n° 6. G. Durant, de prob. § 3 n° 28.

(25) 聖職權の 聖職權の D. 22. 5. 3. 2 聖職權の 『1世の聖職權の』 聖職權の 聖職權の 聖職權の V. Brachylogus IV. 15. 4 et 17. 2 (『聖職權の』) Irnerius, Summa C. 4. 20 n° 6. Inc. auctor de Gross, I.

- (32) Sic Dynus, suivi par Cynus de Pistole, cités par Bartole, D. 48. 18. 10 n° 30, et Balde, D. 22. 5. 3. 2.
- (33) Yves de Chartres, épist. 206. Gratien et Rufinus, 2 q. 5 c. presbyter. Hostiensis, Summa, de purg. canon. n° 3. Vincent de Beauvais, Spec. doc. VIII. 98 et 100.
- (34) Sur 2 q. 1 c. Primo.
- (35) Bernard de Parme, X. 2. 20. 27.
- (36) Innocent IV, X. 2. 20. 27.
- (37) Innocent IV, X. 2. 19. 14.
- (38) Bartole, D. 48. 18. 10 n° 7. P. Jacobi, tit. XCIV n° 8.
- (39) D. 22. 5. 3. 2 (「一途に風評が裏つたを『consentiens fama confirmat』なりとの意味で援用された。
- (40) 例えば、同教区の境界を定める場合 (Bernard de Parme, X. 2. 19. 13)° Balde, cons. III. 204 など、あるいは死刑判決を受け、相続人を残らなかったことを証明する場合を例として挙げ、「公知性を生ぜしめるほど、風評が強力であり長い間支配的であつたところのことがあつたを『quia tanta potest esse fama et tam diu viguisse quod inducit notorium』という(伝聞証人を参照)。同じく、何人の不利益ともならない事件に於ては風評を利用することができぬ。
- (41) 風評の証明は、他の事実と同様、証人によつてなされる。証人は、民衆の多数がそのことを話していること、そしてそれを聞いたことがあることを証言しなければならぬ。それがなされない場合は、証人は供述の充分な根拠を挙げたこととはならぬ。V. Bartole, D. 22. 5. 3. 2° et C. 4. 19. 4 n° 2. Balde, D. 22. 5. 3. 2.
- (42) Innocent III (X. 5. 34. 12), Bartole, D. 48. 18. 10 n° 30. Balde, cons. V 402 et 447 n° 12. P. d'Ancharano, cons. 253.
- (43) V. notamment Bartole, consil. 2 (風評は他の証拠と徴憑と同一の正当防衛を証明するの役割)。Balde, cons. V. 402 et 447 (風評は蓋然的な推定を基に立つる場合でのみ意味をもち)、482 (多数『plurique』によれば、風評は半証明より価値が低く)。P. d'Ancharano, cons. 253 (風評は、徴憑として役立つためだけ、相當の根拠がなければ

ばならない。明白な暴利行為を証明する上での風評の価値について、法律助言が見出されるが、この場合醜聞を惹き起こす暴利行為が問題とされるように思われる。この点に関する Balde の意見は——おそらく依頼人の必要に応じて——変化しよう。cons. III. 10 44 [風評によつて] 明白な暴利行為が証明されることを認めようだが、cons. III. 277 (V. 447) も同じであるが、風評の出所が不明であることを理由としてこれを否定している。

(45) V. P. Fournier, *Officialités* p. 269 et s. — X. 5. 3. 31.

(55) Ed. Dupont et Delisle. 例をば、一三二四年（これが記録簿が開始された年に当たる）の場合、一〇〇件強の判決中五五件が風評に基つてなされた。同く一三二一年等を見よ。

(56) Ed. Bonnin (カールスルーエ 11210年頃). Cf. P. Fournier p. 287.

(57) V. le *Liber practicus de Reims* n. LXIX (明白な暴利行為の場合を除いて、刑事事件では充分な価値を有しない) — n. CCXXI (婚姻事件におつて、風評のほかは一名の証人がいれば充分であるが、ただし、証人が完全な証人適格を有し、疑いのない証人であることが必要である (n. CCLX)). V. *Les recueils de la Rote et les Decisions capellae Tholosanae, tables* V.º fama (これも同じ結論をよつて)。

第二節 「半完全証明」の効果

「半完全証明」の証明力は正確に完全証明の半分である。これが原則であり、その応用は論理的に行われることになる。従つてすべてのケース、すなわち、「半完全」証明が単独で存在する場合、「半完全」証明が他の証拠方法と競合する場合、最後に、「半完全」証明が他の証拠方法と対立する場合を順次取り上げなければならぬ。

原告が半証明の提出にしか成功しない場合、出される結論は訴訟の種類に依存する。ここでは、普通法上の正規事件 (cause ordinaire) すなわち民事または刑事事件（しばしば「完全裁判」《cognitiones plene》と呼ばれたが、これは示唆的である）と、単純化された手続による略式事件（「半完全裁判」《cognitiones semiplene》と呼ばれる場合もある）とを区別することが重

要である。

正規訴訟 (process ordinaire) においては、「半完全証明」は証明とはならず、証明過程の半はに達しているにすぎない⁽¹⁾。「役立つが、充分ではない」(«proffit, non sufficit») のである。原告は孝証責任から解放されておらず、被告人に対して有責判決をすることはできない⁽²⁾。

しばしば引用されるローマ法論文は、「原告が証明しなければ、被告人が勝訴する」(«actore nihil probante, reus obinebit») とするが、「証明が不十分である場合に」(«inopia probationum emergente») 求められる補充宣誓に基づいて訴訟を解決することを裁判官に許す法文もまた見出しうる。他方、類似のケースについて、とくに推定が存在し、あるいは被告人に対する風評がある場合に、カノン法の伝統はしばしば宣誓による「カノン法上の雪冤」(«purgatio canonica») を被告人に課している。このような法文上の根拠に論理的理由も付け加わる。なぜなら、相当の証明の端緒を有している原告をその訴えが何の根拠もない原告と同じように扱うことは不当だからである。

結局、一二世紀以降⁽⁵⁾、訴訟は宣誓によって終了させることができるというのが一致した見解となったが、訴訟の性質による区別が必要である。

(1) 正規の民事事件においては、補充宣誓が可能であり⁽⁶⁾、判決に至りうるが、当事者のいずれが、原告あるいは被告のいずれが宣誓をしなければならぬのか、という重大な問題が直ちに生ずる。宗教上の威嚇が充分大きな保障となった時代においても、宣誓を命ぜられる者は、ほとんどの場合、宣誓をしようという誘惑に駆られるのではないかという虞があった。宣誓によって、原告は容易に半証明を完全証明とし、被告人はおそらく半証明を無にすることになるからである。これは、厄介な問題であった。著作家はカズイステイクに訴えることによってこの問題から免れようとした。まず問題となるのは、当事者のいずれが真実を知りうるか、である。嘘いつわりなく自己の権利を確信することのできない者に宣誓させることは無意味だからである。次に、「卑しく」(«vili») も「名誉喪失」(«infamis») でもなく、完全に信用することのできる者に対してのみ宣誓を課すことが要求された。これらの前提問題が解決され、両当事者が対等であるとしたならば、いずれが選ばれるべきであろうか？

注釈学者 Hugo は、すでになされた半証明がある程度原告の主張を裏づけ、明らかに、この半証明に照らして、原告の宣誓が真

実に一致するであろうと信すべき理由があることを条件に、宣誓が原告によってなされるべきことを提案し、後期注釈学派もこれに従った。⁽⁹⁾しかし、このような理解づけは、Azon⁽¹⁰⁾やカノン法学者の大多数を納得させず、彼らは、被告人が宣誓をなすべきであるとした。法は原則として被告人を有利に扱うべきであり、「法は有責判決よりもすんで放免判決を行うからである」(Promptiora sunt iura ad absolvendum quam ad condemnandum)。⁽¹¹⁾よんで、「一名の証人」を提出した原告は、「宣誓を行うならば」彼自身第二の証人の役割を果たし、「彼自身の事件における証人『testis in sua causa』」たることになるからである。最後に、これ以外の著作家、Albericus およびこれに従う Pilius、Guillaume Durant⁽¹²⁾は、事件の事情および訴訟物の価値に応じて判断することを裁判官に委ねた。少なくとも一四世紀末の実務は、原告による宣誓をとったようである。⁽¹⁴⁾

(2) このように宣誓によって裏づけられた半証明に基づいて判決をすることが認められたが、このような方法に伴う不確実性のために、重大事件においてこのような方法を用いることは禁止されることになる。あまり重要でない議論はあったが、⁽¹³⁾刑事事件の判決を補充宣誓に委ねることができないことは直ちに承認された。刑事事件では「真昼間の光よりも明白な」証明が要求されたからである。同様の理由から、名誉喪失にかかわる民事訴訟あるいは請求額のきわめて高い民事訴訟における宣誓も禁止された。また同じく、婚姻事件(少なくとも婚姻関係の存在を否定する場合)、「修道士の身分に関する事件『causae monachatus』」のように、純粹に靈的な事件においても宣誓は適用されなかった。これらの事件は重大であるというだけではなく、関係者と神の間に結ばれた直接的な関係が存在し、それは人間の決定によって打ち破ることができないからである。⁽¹⁶⁾

それにもかかわらず、刑事訴訟および名誉喪失にかかわる訴訟において、補充宣誓と種類を異にする、被告人に有利な宣誓の可能性が認められた。雪冤宣誓がそれである。これは、判決を基礎づけるものではない。しかも、放免判決を基礎づけるものでさえもない。放免判決は、被告人に対する充分な証拠が欠けることに基づいてなされるからである。「放免という形で」被告人の裁判上の扱いがほぼ決まったとしても、彼に対する社会的な評価は依然問題として残る。たしかに証拠は不充分であり、有罪は証明されなかったのであるが、公衆がその無実を容易に信じない虞がある。これに対する救済は一つしかなく、カノン法は⁽¹⁷⁾これを——ローマ法学者もこれに倣うことになるが——共同宣誓者の援助を伴う宣誓に求めた。軽度の不利益な推定⁽¹⁹⁾がある場合、とくに不利益な風評⁽²⁰⁾が絶えない場合は、被告人は神聖な証の助けによって嫌疑を晴らすべきものとされた。この雪冤宣誓は決訟宣誓(serment

decoisire)と異なることに注意しなければならない。決訟宣誓は、場合によって原告あるいは被告人に対して求められ、有責判決にも放免判決にも至りうる。これに対し、雪冤宣誓はもっぱら被告人に対してのみ課される。一旦これがなされるならば、放免判決が行われるが、この放免判決の根拠は雪冤宣誓ではなく、証明の欠如がその根拠なのである。有責判決についていうならば、被告人が正式に宣誓を拒否した場合にのみ有責判決は可能である。この場合、被告人は嫌疑事実を自由したことになるのである。

※

手続全体が簡略化され、しばしば緊急かつ暫定の処分を目的とする略式訴訟においては、証明そのものも最少限にすることができないかどうかが問題となった。Azon は、提示訴訟 (action ad exhibendum) について、全証拠として原告の宣誓で足りるとさえ述べているが、このような解決はかなり危険であった。Johannes Fasolus de Pise, Guillaume Durant, Bartole, Jean de Legnano⁽²¹⁾ といったそのほかの著作家は、何びとに対しても書をもたらない事件についてのみ、例えば、ある人が受洗したか否か、ある教会が聖別されたか否かが問題となるような場合にのみ、このよう解決を承認した。もし被告にとって損害が予想される場合は、それが軽いものであり、回復の容易なものであっても、少なくとも「半完全証明」が必要であるとされた。より重い損害ではあるが、例えば扶養年金請求の場合のように、請求が認容されたとしても、損害が永続的なものでない場合も同様である。最後に、判決が重大あるいは回復不能の損害をもたらしうる場合は、略式事件においても完全証明が要求されたのである。

※

単独でなされた「半完全証明」はこのように——宣誓による救済がなければ——証明たりえなかったために、ローマ法の法源⁽²²⁾をも根拠として、「半完全証明」は証明力を等しくする他の証明と競合して用いることができることが容易に認められた。そして「半完全」という表現が一般的に使用されるようになる。ここから、二つの半証明の累積は完全証明に値する。「二つの半完全証明は一つの完全証明となる——半完全証明は単独では有効ではないが、複数では役立つ」《duae semiplene faciunt unam plenam——quae non prosunt singula, multa iuvant》⁽²³⁾ という觀念が引き出された。このような結論は、異論なく認められ、若干の留保が付なされたものの、Innocent III の教令によってほぼ聖別⁽²⁴⁾された。従って、当事者は二つの不完全証明を提出することにな

よって訴訟に勝つことが可能だったのである。

それゆえ、おそらく若干の危険が懸念されなければならなかったであろう。推定は、それが競合したとしても、絶対的な確実性をもたらさないからである。多数の不完全証明が合計されても完全証明とはならないことを示すために、ローマ法の法文⁽²⁵⁾が巧みに援用された。半証明の競合の原則もまた、二つの場合に制限を受けた。

刑事訴訟においては、それが競合した場合であっても、たんなる推定に基づいて重い刑罰の有責判決をすることは不可能だと考えられた。「真昼間の光よりも明白な」証明が要求されたのである。ところで、有名な例はないであろうか？ 十分に強力な推定に基づいたソロモンの裁き⁽²⁶⁾の場合、刑事罰の有責判決をすることも可能だったのであるが、王は思慮深く、純粋な民事判決にとどめたのである。裁判官が、半証明を拷問を命ずるために充分な徴憑として利用し、これによって被告人の自白をとることを期待することを許されたのはこのためである。やむをえず「推定に基づいて」判決しようとするときは、裁判官は少なくとも「判決を減輕し、かつ、身体刑はむろんのこと罰金刑であつても、これを科す上で慎重《*suam sententiam temperare et tardus esse ad poenam corporalem vel pecuniarium infligendam*》」⁽²⁷⁾でなければならぬとされた。

他方、「半完全」証明の競合は、たんに両立しうるだけではなく、その累積が実際に意味がもち、かつ、性質上相互に補完しあうことが可能であるような証明の競合でなければならぬ。二つの半証明は同一の種類のものでなければならぬというのが、この規則のかなり拙劣な表現であった。Bartole⁽²⁸⁾は、「二つの不完全証明も、趣旨が異なれば完全証明とはならない《*Duo imperfecta non faciunt unum perfectum, quando tendunt ad diversa*》」⁽²⁹⁾。例えば、子供の年齢と数のような、それぞれとしては充分ではない、かつ性質の異なる後見免除事由は、競合しても有効な免除事由とはなりえない、という。著作家もまた比喩を試みている。

例えば、「これら全部が一つの全体を作る」となるがゆえに《*cum omnia ista tendant ad faciendum unum totum*》⁽³⁰⁾。壁と屋根は家を作り、書面と証人は遺言を作る。「複数集まって異なる全体を作り出すこととなる《*quae tendunt plura ad perficienda diversa tota*》」要素の場合は事情が異なる。例えば、壁と証人は合わさっても何ものにもならない。Balde⁽³¹⁾はより明瞭であつて、次のようにいう。種類が異なつても、推定に推定を加算することが可能であり、「馬とロバから生殖能力のない変わった動物、すなわちラバが生ずるように、ここから変則的証明が生ずるが、それが生ずるに際して多くことが作用している《*probatio*

anormalia, sicut ex equo et asino resultat quoddam animal anormalium quod non generat, id est mulus, et tamen mulum efficax est in operando)」。しかし、この競合は同一事実を証明することになる半証明の間の競合でなければならない。それぞれ異なる事実について供述する。「ただ一人そのように供述する《singularis》」証人が複数存在しても、それらの事実のいずれもが証明されない。以上が規則である。しかし、それがいかに曖昧であり、法律家がこれをどのように楯にとることができるかは容易に理解される。

半完全証明の競合には次のような例がある。二つの蓋然的な推定は完全証明となる。⁽³¹⁾同じく、蓋然的な推定を一名の証人の供述と競合させることができる。⁽³²⁾しばしば現れた例は、一つの証言とすべて同一の契約を内容とする複数の私文書の累積である。⁽³³⁾債権者のいない場所でなされた債務者の自由白に「一名の証人」が付加された場合も同じである。⁽³⁴⁾しかし実際は、この自由はそれ自体として完全証明と解することが可能であり、現在まで異論を見ない。

唯一の証言を風評によって完全証言とすることが可能であろうか？ どちらかといえば、風評は「半完全」証明よりも劣っており、それゆえに若干の著作家はこの場合の競合を認めないが、⁽³⁵⁾大多数の著作家は、証人にいかなる疑いもないこと、および「風評」が完全に証明されることを条件にこれを認める。実務は後者の見解をとった。⁽³⁷⁾

しかし、風評は強力な証明とは看做されず、唯一の推定⁽³⁸⁾あるいは私文書との競合では、充分であるとは考えられなかった。同じく、被告人の逃亡との競合も証明としては認められなかったが、これは正当であった。なぜなら、反対の見解は危険だからである。同様に、複数の疑わしい証言、原告の妻と被告の敵の証言は完全証明とはなりえない。⁽⁴¹⁾最後に、とくに複数の証人が異なる事項について供述する場合は、何ごとも証明されない。⁽⁴²⁾例えば、ある証人は契約について、⁽⁴³⁾他の証人は契約後なされた債務者の自由について供述する場合、契約がなされたことは明白なように思われるが、一三世紀末の判決と一五世紀の法律助言は、これと異なる結論をとっている。ここから、いかに不安定な状態が作り出されていたか明らかになるが、複数の証人のそれぞれが、一体となれば例え陰謀のようなまとまりのある全体を作り出すような個々の事実を供述している場合に、逆の判決がなされたことを見れば、不安定な状態は一層明らかである。⁽⁴⁵⁾要するに、許される競合と意味のない競合とを区別する明確な規準がまったく欠けていたために、誤りは必然的だったのである。

※

原告が「完全証明」を果たし、被告が「半完全証明」を行っているという場合は、二つの半証明の加算のケースに對置される減算のケースである。この場合最終的には、完全証明あるいは半完全証明のいずれとなるのであろうか？ Guillaume Durant⁽⁴⁶⁾および Jacques de Révigny⁽⁴⁷⁾に至り二三世紀の注釈学者とカノン法学者は、原告の証明が優越するという。「半完全は完全を無効としない《semiplenum non derogat pleno》」しかも、推定が強力なものであっても、「証明は推定に優越する《probatio vincit praesumptionem》」⁽⁴⁸⁾と云うのが原則であり、ところがこの場合の推定は蓋然的なものなのであるから、この原則は一層強く妥当する。しかし、このような比較に基づく思考方法は Pierre de Bellepeche と後期注釈学派によって批判された。彼らはこのような体系よりも、減算に基づくより緻密な思考方法を好んだが、二つの場合を区別した。まず、被告が請求と矛盾する事実を直接証明しようとする場合、例えば、自分は借金をしておらず、貸与があったとされている日には契約がなされたという場所とは異なる場所にいたことを証明しようとする場合は、被告は「不完全証明によつては」反駁することができず、「原告の」「完全証明」が優越する。これに対して、債務を否定せず、支払または時効を主張して抗弁を提出し、その証明が半証明である場合は、債務は証明されたが、抗弁は半証明であるといわれ、きわめて論理的に、被告に補充宣誓が課されることになる。実務はこのような規則に従つたように思われる。⁽⁵⁰⁾

最後に、ローマ法学者は二つの講壇事例 (Hypothèse de école) に検討を加えている。当事者が一つの完全証明と一つの半証明を提出した場合について「Accurse」注釈 Bartole⁽⁵¹⁾、Balde⁽⁵²⁾は、その当事者は一と二分の一の証明を行っているのであり、一つの「完全証明」を行ったにすぎない相手方に対する優越を認める理由になると看做した。この場合、加算の原則が完全に妥当している。しかし、減算の原則の場合もつねに事情が同じだというわけではない。両当事者がそれぞれ半証明を行った場合について、その解決をめぐるて学説は一致しなかった。ある者は原告に宣誓を課し、ある者は提出された「半証明という」推定を相互に比較すべきだとした。多数の見解は、ある者は証明不充足を理由に被告を放免すること、⁽⁵⁴⁾あるいは、⁽⁵⁵⁾実質的には同じことになるが、被告に宣誓を課することを主張した。これらの煩瑣な議論は、果てしのない、しかし、危険で、とりわけ悪意の弁護士に利用される虞のある緻密さという印象を与える。

- (1) Nicolas de Matarrelli の註 (Balde, C. 4. 19 n° 6) を見て「傍觀」成孰せず、証明する者を助け、その利権となす「Excedunt, complet, mediant, prosuntque probanti」の半完全証明を指すのは第三條目の動詞である。
- (2) Cf. Irnerius, Summa C. 4. 20 n° 8. Tancredi (p. 258); G. Durant, de praesumpt. § 2, n° 2; Bartole D. 22. 5. 3. 2.
- (3) C. 2. 1. 4 et C. 3. 32. 28 (反和解釈による)。
- (4) C. 4. 13 et D. 12. 2. 31.
- (5) Incertus auctor de Gross, XV, § 3. Joh. Bassianus, § 409. Damase, tit. 56.
- (6) Cynus, C. 4. 1. 3 n° 7 及び補充宣誓を義務する者として若干の著作家は反対である。
- (7) Glose à D. 12. 2. 31. G. Durant, de iuramenti delatione n° 7. Bartole, D. 12. 3. 31 n° 57, etc.
- (8) Glose C. 4. 1. 3 v° decidi oportet による。
- (9) Pierre de Belleperche, cité et suivi par Cynus, C. 4. 1. 3 n° 9. 両者は被告が何の故かを「放棄」(abdicare a se) した場合は「原告は「これから入手せざるべき利益をいさぐち手つる」(certat de lucro captando) のゆゑである」原告の宣誓を棄した場合は偽誓の可能性は少ないとしよう。
- (10) Glose I. c. 2. 4 n°。
- (11) Cynus, I. c. 2. 4 n°。
- (12) III, § 6 (éd. Bergmann) (Bergmann, p. 58) 及び Albertus 及び用いよう。
- (13) L. c. n° 8 et 9. V. aussi Lanfranc de Crémone, cité par Hostiensis, Summa, de ass. iuram, n° 4.
- (14) V. les consilia de Balde, III, 401 et 402 (何種かゆゑにそれらに有利な証拠として「風聲」の「」名の証人「なぬだ」 et de Pierre d'Ancharano, 77 (「半完全」は「Plus quam semiplene」) 証明した者の宣誓が命をいれるべきである)。この二つのケースでは原告はすべてには完全証明を行つてゐることに注意しなければならぬ。
- (15) Cynus, C. 4. 1. 3 n° 2 が著する諸見解 (Cynus は 標準注釈は刑事事件として宣誓を認めようとして 誤って主張

des summ. Prozeses (1859), p. 387, et Wahrmund, l. c. p. XVII.

- (28) Cf. C. 4. 19. 5 et C. 4. 20. 4 surtout.
- (29) Lo Codi, IV. 32. Irnerius, Summ. C. 4. 19 n° 8 et C. 4. 20 n° 8. Rogerius, C. 4. 22. Azon, Com. C. 4. 19. 5 n° 2. Tancredè, (p. 258). Glose D. 22. 3. G. Durant, de praesumpt. § 2 n° 2. Glose X. 2. 23. 13, etc.
- (30) X. 3. 27. 3 (1198). それは一名の証人と債務者の裁判外の自由の例である。「これは充分に証明するものではないが、いまだ有力な補助たるものなむあるべき大なる助てなむた。《non tanquam sufficienter probantes, sed tanquam vehementer administrantes …… plurimum adiuvabant》。とて、教皇は緊密な証明をたらし看做した。
- (31) D. 27. 1. 15. 1 (後見執責事田の競合)、C. 5. 69. 1 in fine (「不宗全がの競合《imperfectae permixtae》」)。
- (32) 推定に關する章 (X. 2. 23. 2) 及び用をたしる。
- (33) G. Durant, l. c. n° 6. V. Bartole D. 47. 1. 2. Balde D. 22. 5. 3. 2 (注釈者 Dynus の役割)。V. de même Innocent III, X. 2. 23. 14 (de 1206)。
- (34) Sur D. 12. 2. 31 n° 48. V. encore sur D. 47. 1. 2 n° 8. この原則は、注釈者 Dynus, Raynerius, Oldrandus にも通ふ。
- (35) 「欠如」
- (36) Sur X. 2. 19. R., n° 3.
- (37) G. Durant, l. c. n° 2, citant Tancredè (p. 258). Bartole, critiquant la Glose, D. 47. 1. 2 n° 8. Alexander Tartagnus, cons. IV. 52.
- (38) Pierre d'Ancharano, cons. 283 が挙げる例は次のようなものである。ホローニアで行われた馬上槍試合において一六歳の子供が相手方を傷つけ、間もなく死亡させた。しかし、子供の責任のないことは、①被害者は受傷後時間を隔てて死亡した事実、②医師が——これはまさに唯一の証人であったが——被害者は他の原因で死亡したと述べたという事実によつて証明されるたさうとす。

- (33) Azon, Com. C. 4. 19. 5 n° 2. Glose d'Acourse citée et suivie par Balde, D. 27. 1. 2. Bartole, D. 47. 1. 2 n° 9. Pierre d'Ancharano, cons. 276 (公証人のたんなるメモ、判決における「事実指示部分『*Verba narrativa*』」一名の証人、確認をされていない私文書)。
- (34) Bartole D. 12. 2. 31 n° 48.
- (35) Dynus et Jacobus Butrigarius, cités par Balde, D. 27. 1. 2.
- (36) Bartole, D. 12. 2. 31, n° 48 et D. 47. 1. 2, n° 9. Balde l. c. V. aussi G. Durant, l. c. n° 2, et Tancredi.
- (37) Liber practicus remensis, n° CCXXI (婚姻事件) et CCLIX (類似の事件をさうして、証人が破門を受けた者であることとを理由として、これが認められず、証明不充分で放棄された)。
- (38) Gl. à X. 2. 23. 13 (複数の推定による風評が許容された). G. Durant, l. c., n° 2.
- (39) Balde, D. 27. 1. 2.
- (40) Bartole, D. 47. 1. 2, n° 9.
- (41) Pierre d'Ancharano, cons. 246 (組合のための法律助言)。
- (42) Bartole, D. 47. 1. 2, n° 9. Balde, X. 2. 19 R., n° 3.
- (43) Liber practicus remensis, n° CCVI.
- (44) Alex. Tartagnus, cons. IV. 21 (一名の証人は、売主は買主のいない場所で売却を認めたと供述したが、他の証人は、売主はたしかに売却を認めたが、売却された土地の境界や買主の承諾などについては何も述べなかつたと供述した)。
- (45) P. d'Ancharano, cons. 277 et 439 (四名の証人の場合。これはローニエ伯爵の教皇に対する陰謀事件である)。Cf. aussi Balde, D. 22. 5. 21. 3 (ある証人は「いと高きところから栄光がある」といふ『*Gloria in excelsis*』』と聞き、他の証人は「神の子羊『*Agnus Dei*』』と聞いた。これらの事実が密接に関連してゐるため、その証人が証明されるのである)。他の著作家には、よく肉体的結合を証明するための多数の講壇事例が見出される。
- (46) De iuramenti delatione, n° 10.

- (47) Cités par Cynus, C. 4. 1. 3, n° 10.
- (48) V. par ex. Cod. Bambergensis XVI. Placentin, C. 4. 19. Bernard de Pavie, II. 12. §5. Damase, tit. 59. Tan-crède, l. c.
- (49) Cynus, l. c. Bartole, D. 12. 2. 31, n° 50.
- (50) Liber practicus de consuetudine remensi, n° CLXX (原告は抵当権を完全に証明し、被告は時効の抗弁を半完全証明した。議論の後、被告ではなく、原告が時効を主張しているのであれば、原告に宣誓が課されたであらうということ)を理由に、被告に宣誓が命ぜられた。
- (51) D. 12. 2. 13, n° 3.
- (52) C. 4. 21. 15 (三名の証人は文書に優る(5))。
- (53) Ordo Scientiam, tit. 31 (F.H.R.価値のある推定《praesumptio validator》による)。
- (54) Placentin, C. 4. 19. Bartole, D. 12. 2. 31, n° 51.
- (55) V. G. Durant, de iuram. dela., n° 9 (他の学説に簡単に言及す(6))。

第三節 徴憑⁽¹⁾

ローマ法に由来する⁽²⁾「徴憑《indicium》」という用語は、ローマ法学者、とくに後期注釈学派によって、「半完全証明」よりも劣る証明を指すために、厳密な意味で使用された。⁽³⁾徴憑は、証言能力のない者の証言のように、特定の原因によって瑕疵を帯びているため、あるいは、要証事実との関連性がほとんどないために、決定的な証明力をもたない証明方法である。それは、有責判決に充分ではなく、また、いくつか競合して完全証明となることもできない。徴憑は、すでになされた証明を確認し、風評にある程度の証明力を付与することに役立つのである。何よりもまず、そしてこれがその主たる意義になるのであるが、風評は裁判官が被告人を拷問に付す理由となる。なぜならば、原則として、重大な徴憑が予め存在する場合にのみ拷問によって自白をとることがで

きるからであり、これは、被告人にとってある種の保障となった。ここから、「拷問のための徴憑〔*indicia ad torturam*〕という用語が生じ、通常はこれが用いられた。Balde は、徴憑は「徴憑による証明〔*probatio indicativa*〕」を構成し、⁽⁴⁾裁判官が真実発見のために行う一層の審問を可能にする指標がこれによって与えられる、という。

いふまでもなく、徴憑の厳密な定義は存在しない。それは「目印〔*signa*〕」である。⁽⁵⁾後に Balde が従うところとなるが、Oldradus は次のように徴憑を推定から区別しようとした。推定は「証明するものであって、確定されていないもの〔*probantes, non probatae*〕」である。例えば、一名の証人は、事実について直接に供述するから、「証明するもの」であるが、それは充分なものではないから「確定されていないもの」にとどまる。これに対して、徴憑は、それ自体完全な、「確定された証明〔*probatio probata*〕」であるが、もっぱら間接的に要証事実に触れるにすぎないから「証明するもの」ではない。この複雑な定義は誤っている。なぜなら、蓋然的な推定もまた正確にいえば、間接的に事実に触れるにすぎないからである。他の著作家は、徴憑は「半完全推定〔*praesumptio semiplena*〕」ではないか否かを問題としたが、このような表示もまた放棄されざるをえなかった。⁽⁷⁾

定義の場合と同様、徴憑を限定的に列挙することも不可能である。その例は無数であり、例えば、犯罪の共犯の疑いのある者に対しては、被害者の敵であり、被害者と敵対する他の者と関係があるという事実、あるいは、犯人を家に迎え入れ、捕縛を免れさせるためにかくまったという事実が指摘されるだろう。殺人の被告人に対しては、殺人の現場にいたこと、付近を、あるいは抜き身の剣をもって徘徊したことなどが主張されるだろう。⁽⁸⁾脅迫もまた徴憑となるが、決してそれ以上のものではない。この点で、学識法は慣習法よりも優れている。なぜなら、Beaumanoir〔の慣習法書〕によれば、徴憑は死刑をも可能にする完全証明となるからである。風評に劣る噂⁽¹¹⁾、そして若干の著作家によれば風評自体もまた、徴憑である。通例高い地位を占める証視方法が、その動機のために序列の段階が低下する場合も、これは徴憑となる。例えば、(一般に拷問によってとられた)共犯の証言は徴憑となる。法廷において反復されない裁判外の自白は、刑事事件においては徴憑以上の意味をもたない。⁽¹⁴⁾制裁の重大性とかかる自白の真実性をめぐる不確実性が、それ以上の価値を認めることを許さないのである。

徴憑とは以上のようなものである。のちに行われるような、徴憑を四分の一証明、八分の一証明として分類する必要性は、この時代にはまだ感じられなかった。その価値を自ら評価することが裁判官の職務とされたのである。

最後に、序列の最底辺に軽度の推定が位置する⁽⁹⁾。その数がいかに多数であっても、これは証明とはならない。男と女が一度言葉
を交わしたという事実から背徳を推理することはできない。軽度の推定を考慮するところからは、曖昧な疑いに基づいて裁判をす
ることはなされるべき。これは道徳神学⁽¹⁰⁾でいっつ大いなる罪として非難される行為である。

- (1) V. P. Garraud, *La preuve par indices dans le procès pénal*, th. Lyon, 1913. ノーティン⁽¹¹⁾ p. 50-52. | 大世紀以降の法文⁽¹²⁾ p. 54 à 74.
- (2) Cf. C. 4. 19. 25.
- (3) Glose, D. 22. 3. 7. Bartole, D. 27. 1. 2. Balde, D. 22. 3. 7 et D. 27. 1. 2 (「徴憑は半完全証明である」《Indicium est minusquam semiplena probatio》)。ジャコブ「Accurse の」在教者とその以前の著作の「その」區別を「その」たまたむべきこと。
- (4) Sur C. 4. 19. 25, n° 16 (これは「目撃《de visu》」証人による「透視的または直観的証明」⁽¹³⁾、および「少なくとも審
然的な推定」に基づく「推定による」証明の区置⁽¹⁴⁾)。V. aussi n° 2.
- (5) Albertus de Gandino, *Tract. malefactorum*, cap. XVII. V. aussi Cynus, C. 4. 19. 16. 手紙では回響の徴憑⁽¹⁵⁾と
す。
- (6) Sur D. 27. 1. 2. — *Consilia* III. 364 (「徴憑とは本来、四圍の事情に基づく通用するものである。なぜなら、直接に
証明するものは、人間の行為そのものを証明する点で、徴憑以上のものだからである」《Indicia sunt illa propter que
vadunt per circumferentias. Illa enim que de directo probant sunt plus quam indicia, quia attestantur de vero
hominis actu》(n° 2)。— C. 4. 19. n° 3 (「半証明とは、それら、適法な間接的方法に基づく、事実として半完全な推
論をよめる証明である。徴憑とは、最低限のものは適当な事実上の推定である」《Semiprobatio est quasi fides veri
per legitimos tramites semiplene concludens. Indicium, minima praesumptio hominis boni, seu distans》)。)
- (7) Azou, *Comrn.*, C. 4. 19. 13, n° 5 (書簡を指すところの言葉を用いる)。Balde, sur D. 22. 5. 3. 2 *in fine* (「半完全推定
として、半完全推定を行いつつあるかを述べる明確な法文は存在しない」《De semiplena praesumptione non
distinguitur semiplena probatio》)。

habemus legem claram que dicit quod sit reperire semiplenam praesumptionem)』。

(6) この例を Albertus de Gandino より、また別の例として、Bartole, D. 48. 18. 22, n° 5, et Pierre Jacobi, Aurea practica, tit. XCV.

(7) G. Durant, de praesumpt. § 2, n° 7, P. Jacobi, l. c., n° 2.

(8) Ed. Salmon, n° 1159.

(9) V. Hostiensis, Summa III. 2, n° 6 (「この噂は跡を辿るべきではない」とある) (tumor non est multum prosequendus)』。
G. Durant, de not. crim., § 4 (「風説への証明力が小さい」《minus probat quam fama》)』。 Decis. novae Rotae romanae, 327.

(10) Bartole, D. 48. 18. 10, n° 7, P. Jacobi, tit. XCV, n° 8, Balde, Consilia, III 364 (トロンテン女中の事件)。 P. d'Ancharano, cons. 253 (根拠が不充分であり、ない。逮捕と拷問の後のものであり、いふ理由で、風評を排斥された)。

(11) V. par ex. P. Jacobi, n° 6, etc.

(12) V. Richard l'Anglais, de confess. Balde, cons. V. 427. Decisiones novae Rotae rom. 180.

(13) Calas 事件に関する一七六三年五月三日付 Damilaville 宛 Voltaire 書簡は次のとおりである。「ヴォルテール [裁判所] の判決の根拠の一つを知りましたが、これはきつとあなたの理性を驚かせるでしょう。かの西ゴート人の格言によれば、四つの四分の一証明と八つの八分の一証明は二つの完全証明となることになっており、彼らは、噂に四分の一証明、八分の一証明という名称を与えておりました」。Voltaire は誤っています。四分の一証明の起源は西ゴート法ではなく、中世ローマ法である。ただし Balde, cons. V. 515 では「Indicium」という語が見出される。

(14) Tancrède, l. c. p. 258 (「排斥される」《repellitur》) をその推定と言及するところの著作家を参照。 S^r Thomas (Sent. IV, dist. 9 q. 1 art. 5 q. 2) より、また「不潔な推定」《praesumptio praesumptuosa》] を指す。

(15) S^r Thomas, Summa theologiae II. II q. 60, art. 3.