

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」

(五・完)

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——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

II 「証明の程度」——証明の序列の諸段階
II 「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(以上二卷一号)

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
第三章 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 複数証人の証言

II 文書

III 自白

IV 強力もしくは有力な推定（以上一二卷二・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」（以上一二卷四号）

第四章 不完全証明——「半完全証明」および微憑

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——事実らしき——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——複数存在する場合——完全証明を減殺する場合

第三節

微憑
軽度の推定（以上一二卷一号）

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

III 雪冤宣誓

第六章 禁止された証明としての神判

Alexandre III 時代までの認容——禁止——Grégoire IX 以後における消滅

結論 序列の論理的意味——歴史の意味——慣習法に対する影響（以上本号）

第五章 補助的証明としての宣誓

「宣誓とは、すべてをみよそなわす神にかけ、あることを肯定または否定することである《Turare est aliquid affirmare vel negare Deo adhibito inspectore》」。宣誓とは、神を証人として引き合いに出すことである《Turare est testem Deum invo-

care⁽¹⁾。宣誓は以上のように定義されるが、その意味するところは一致している。宣誓する者は、虚偽を述べた場合、神による罰に自らを曝すことになる⁽²⁾。従つて、ひとは安易に誓わないだろうと考えられ、このような保障がこの種の証拠の基礎となる。

中世において宣誓ほど好まれた制度はない。訴訟の場合と同様、契約関係においてもつねに宣誓がなされたといつてよい。ここで問題となるのは、むしろ、もっぱら証明としての宣誓である。証明としての宣誓は、目的の点のみならず、形態の点でも、約束としての宣誓とは異なっている。すなわち、証明としての宣誓は過去または現在の事実にかかわるのに対して、約束としての宣誓は将来の行為を対象としている⁽³⁾。このような点で、証明としての宣誓は、「不悪意の《de calumnia》」宣誓、「真実供述の《de veritate dicenda》」宣誓など、訴訟上の形式的手続たるある種の宣誓を別にすれば、「陳述としての宣誓《uramentum assertorium》」と呼ばれるものとほとんど同じである。

おそらく、蛮族法とローマ・カノン手続法における証明の差異が最も明確に現れるのは、それぞれの証明の序列において宣誓が占める地位を検討する場合であるといえるだろう。蛮族法において、宣誓はまさに、あらゆる形態の神判とならんで、常规的な証明であり、あらゆる種類の訴訟においてきわめて頻繁に行われた。ローマ・カノン法制においては、宣誓は例外的なものであり、行われることも比較的稀である。蛮族法は宣誓の許容性について何らの条件も課しておらず、他の証明手段が可能である場合にさえ宣誓が可能である。Honorius IIIの有名な教令⁽⁴⁾は、ルーミアニアでは国の慣習により、原告が彼に有利な証明をする用意のある証人を召喚している場合であっても、ひとは宣誓によって訴えを免れることが可能であつたことを伝える。Hosiensisもまた、彼の時代のザクセンの慣習によれば、一方の手で盗品を持ち衣服の下に隠している盗人が、他方の手を挙げて盗品を持っていないことを宣誓するならば直ちに放免されるのに対し、盗人が他方の手を見せることを要求する弾劾人の言ひ分は聞かれず、と述べられている。一五世紀中頃にも、Panormian⁽⁵⁾は、このような慣習がまだ生きていることを、ザクセン人の彼の学生に確認させることができたのである。これと反対に、カノン法は、さらにローマ法学者もほぼ同様明確に、他の証明手段がない場合にかぎって宣誓を用いるべきことを定理とした。最後に、いかなる消極的条件——完全証明の不存在——をも課さなかつた蛮族法は、積極的条件をもまったく課していない。これに対し学識法は、宣誓する当事者がすでに証明の端緒を実現していることを要求した。根本においてきわめて異なるこの二つの制度の比較を終えるには、蛮族法における宣誓は一般に被告による雪冤宣誓であり、他方、学識

法における宣誓は、原告によつてもなしたことを指摘しておかなければならない。

充分な保障がないために自ずから生ずる、このような証明に対する不信は、宣誓の許容性に課された要件の中に現れている。反対に、宣誓は一旦なされるや、神による証からきめて大きな証明力を引き出すことになることは、いすれ見る通りである。

I 宣誓の適法性と補助的性格

約束としての宣誓にせよ、証明としての宣誓にせよ、宣誓制度全体にかかわる一つの問題がある。それは、宣誓は適法であるか、あるいは禁止されているか、という問題である。この問題は、たんに法的問題ではなく、何よりもまず道徳神学に属する問題である。カノン法の法文がこれを抛り所としているのは、Gratianの時代にはまだ不完全であったが、次の時代に実現されることになる宗教に関する諸学の分化が、不可避的に、法に宗教的基礎を残すことになったからである。

おそらくは彼の時代にあまりもしばしば宣誓が用いられたことに對する反動として、Christは「ただ然り然り、否否といえ、之に過ぐるは悪より出づるなり」《Sit sermo vester: est, est, non, non. Quod amplius est, a malo est》、「我は汝らに告ぐ、一切誓ふな《Dico vobis: nolite iurare omnino》」⁽⁹⁾、弟子に宣誓を控へることを命じ、St Jacquesは彼の教えを繰り返してゐる。⁽¹⁰⁾しかし、どのような法制も社会も、この究極的な事実探知の方法を完全に放棄することはできない。例えば、ローマ人は、これを過度に用いしなかつたものの、ときにはこれを利用し、これについて必要不可欠な規定を設けていた。また、St Paul自身、繰り返して神による証に訴へることを余儀なくされた。⁽¹¹⁾ 教父、とくにSt JeromeとSt Augustin、初期の公会議はこのような矛盾する伝統を認めざるをえなかつた。偽誓のほかに禁止されたのは、聖職者による宣誓と異教の神に訴へる宣誓であった。このほかは、不要の宣誓を可能なかぎり避けることを要求することでは満足したのである。

キリスト教が蛮族世界と接触した時点において、このような中間的解決が絶対に不可欠であることが明らかになる。「信義を現す行為《fides facta》」という形式が支配的であつた契約や、訴訟において、ゲルマン人はつねに宣誓を行つていたからである。このような鞏固な慣習を直ちに廃止することは問題外であつた。とくに、ほかに証明手段がなければ、神判がそれに代つたであらうことは疑いがないからである。Charlemagneの時代にTheodulf⁽¹²⁾は、訴訟は多くの宣誓がなされる機会を提供し、被告は訴追

を免れるために、原告はその主張の正しさを裏づけるために、共同宣誓者はその親族あるいは保護者を支持するために、宣誓するが、これはすべて偽誓を増やすという結果を招きうるにすぎない、と述べている。教会は、古い時代からの宣誓禁止を堅持するだけではなく、とりわけ、教会裁判所における宣誓を少しすつローマ法的な証明方法をもって代えることによって、宣誓と戦った。

しかし、一二世紀にこの問題が解決される。もはや、矛盾する異なる法文のいずれかをとるはかなかったのである。Hughes de St Victor, Pierre Lombard といった神学者、法律家—— Gratien はその中のひとりである——の理論は、完全な一致を示してゐる。彼らの後継者、すなわち、Jean de Teutonique 乃至の教会学者、Vincent de Beauvais, Albert le Grand, St Thomas d' Aquin, Duns Scot 乃至の神学者は、St Augustin から借用した区別に基いて法文の矛盾を解決した。禁止されたのは、「虚偽を、あるいは、必要なく『Falsum, vel sine necessitate』善うこと、すなわち、偽誓と必要のない宣誓を自らの意思で行うことである。これ以外の場合、宣誓はたんに不完全な行為であつて、罪とされる行為ではない。宣誓を避けることが勧告されたが、それは、宣誓が宣誓する者にとって悪やのものであるというよりも、宣誓が危険をもたらすからであつた。「あなたも有用であり善であるかのように求められ、繰り返されるべきではなく、また、あなたも悪としてごまかすべく避けられるべきでもない」『Non est appetendum et frequentandum tanquam utile et bonum, nec omnino vitandum tanquam malum』。それは、ヤギとヤギを飼ふもの (necessite)、不快ではあるが、ときには欠くことのできなから禁むある。その価値はその使い方にあるのである。このような理論は Innocent III によつて正しいものとして認知された。「すなわち、ある種の事柄は、窃盗、姦通および決してなされるべきではないその種の行為のように、それ自体悪であるがゆゑに禁止される。しかし、ある種の事柄は、それ自体悪だからではなく繰り返しばしば行われるならば、そこから悪が生ずるがゆゑに、禁止される『Quaedam enim prohibentur quia per se mala sunt, ut furtum, adulterium et huiusmodi, quae non sunt aliquatenus facienda. Quaedam vero prohibentur ex causa, non quia per se mala sunt, sed quia, si fiant frequententer et multum, ex his mala sequuntur』。この酒の場合も同じである。

このようにして、数は限られるが、正当な理由がある場合、例えば、「和約を確認する場合、「信じて」しかるべきことを信じておぼしなる場合の裁判官を説得する場合『ad federa pacis confirmanda, ad persuadendum auditoribus, quando pigri sunt

credere quod eis utile est」は、忠誠または臣従の誓いの場合、訴訟として最も重要な点にかかわる場合、例えば、「無実を主張する場合『ad asserendam innocentiam suam』」は、宣誓が許されることとなる。⁽⁸¹⁾

これがカノン法の立場である。これは、「疑うに必要がある場合『in dubiis et necessariis』」のみ宣誓を認めるものであり、本質的に宣誓を、他の証明が不可能である場合でのみそれを用いることが許される補充的証明とするものである。Alexandre IIIの教令はこの点に関して明瞭であり、文書または証言によつて請求をすべしと証明している当事者に宣誓を命じ、宣誓がなされた後に事件について最終的な判決を下すべしと、なる頻繁に行われていた慣習を否認している。Alexandre IIIは、「他の適法な証明が存在しないことが明らかになつた場合とは異つて、この種の手段を用いるべきである『Tunc denum ad huiusmodi sit suffragium recurrendum, quum aliae legitimae probationes deesse noscuntur』」⁽⁸²⁾と述べ、この原則は、カノン法学者によつて維持せざることをなす。ローヤ法学者の場合には、たとひ宗教的権威が同様の結論を要求したとしても、ローヤ法源として賢明な論理に基づき普遍的な思慮の中で、同様の規則を採用するための十分な根拠を見出したのである。

注

(一) Incertus auctor de Gross, XVI, §1—St Thomas, Summa theol., II, II, qu. 89, art. 1)「誓ひは神を証人として呼ぶに用ひべきであるが、『Utrum iurare sit testem Deum invocare?』」. St Thomas et St Augustin によつて、⁽⁸³⁾ 躊躇なく肯定して、「証人が神でなるといふのは、何のために神にかけし誓ひのなご『Quid est iurare per Deum, nisi testis est Deus?』」によつて。Cf. Cod. Bambergensis, XX, Bernard de Pavie, II, 17, §1. J. Teutonicus, 22, q. 1, v° quod iuramentum. Vincent de Beauvais, Spec. Morale I, dist. 68, n° 1.

(二) 「誓ひをせしむる誓書『iuramentum exsecratorium』」の場合のやうに明示的になされる場合が、黙示的になされる場合である。V. Vincent de Beauvais, l. c., etc.

(三) St Thomas, l. c. G. Durant, de iuramenti delatione, n° 1 (「將來についてなされるものが、すなわち、ある物を与え、あることは与えなむといふ約束がなされる場合に、約束としての宣誓と呼ばれる。他方、過去または現在について行わ

れる場合、*「ちがなむむ」*とされたら、*「いづ」*、あるいは存在し、あるいは存在しない主張をなす場合、*「陳述」*としての宣誓は必ずしも《Promissorium dicitur quod super futuro fit, quando videlicet aliquid dandum vel non dandum……promittitur……Assertorium vero dicitur quod fit de praeterito vel praesenti, in quo videlicet assertitur aliquid esse vel fuisse》⁹ のように区別は行われない。v. la Glose D. 12. 2; Hostiensis, Summa, de Iuramento assertorio, n° 1.

(4) X. 2. 19. 12 (de 1218).

(5) Lectura, X. 2. 19. 12. Summa, de purg. can., n° 3.

(6) *Eod.*, n° 5.

(7) この問題については、v. Gross, Die Beweistheorie II, p. 69 (宣誓宣誓は事実の真実性を確信させる合理的・論理的な方法ではなく、攻撃から保護し、請求を主張する責任を免れさせるためのもの)。

(8) *Evangile selon St Mathieu* c. 5, v. 34 et 37.

(9) *Ep.* c. 5, v. 12.

(10) *Ep.* Rom. I. 9 (「神はあなたを証し給へば《Testis est mihi Deus》」. 1^{er} Corinth. XV. 31—*Ep.* Hebr. VI. 16 (「人は己より大なる者を指し誓ふ、その誓うはすべての争論を解く保護たる《Homines per maiorem suum iurant, et omnis controversiae eorum ad confirmationem finis est iuramentum》」). *「いづ」* Apocalypse de St John, XX v. 3. 「天使は天を指し、世に現はるべき者となす」《per viventem in saecula saeculorum》] 誓ひしる。旧約聖書 Psalm. CIX. 3 et CXXXI. 11 (David) 「神は面命を誓うはに(しる)」と Levit. XIX. 12 (「神は汝の誓うを汝が《Redde Deo iuramenta tua》」) [「神は九章十二節に汝の口を命を誓うは(しる)」] 「神は衆民を誓うは」の章句を Gratien, 22 q. 1 及び Innocent III, X. 2. 24. 26 により用いられ、記載されしる。

(11) Gratien, I. c. 20 「みなたりののちキリストを見よ」。

(12) 聖職者の宣誓が「いづ」誓われしるは、1106年 Innocent III によりしる (X. 2. 24. 26)。この「

iculosa, nulla secunda)』云々。

- (26) ヲルズ St Augustin の表現に於て Gratien, c. 2 et 5, et dict. après c. 14, etc.
- (27) St Augustin, c. 6, repris par P. Lombard, Vincent de Beauvais, St Thomas, etc. (cf. aussi c. 4).
- (28) Vincent de Beauvais, l. c., n° V (「例えば、あたかも薬が治療に役立つように、Sicut enim medicina est utilis ad sanandum」)。
- (29) St Jerome (Gratien, c. 7) は、真の神にかけて誓うことができなければ、人々の異教の神にかけて誓う誘惑にかられ、軽率に誓うことに加えて、偶像崇拜の罪を犯すこととなるだろう、という。この種の理由づけは、例えば、旧約聖書において利息をとる行為が許されていること、あるいは、売春の黙認を説明するためにしばしば用いられた。
- (30) X. 2. 24. 26.
- (31) 詩篇第一五篇に關する Gratien, Joh. Teutonicus によつて Albert le Grand の所見を見よ。
- (32) X. 2. 19. 2.
- (33) Cf. Honorius III (1218), X. 2. 19. 12.

II 宣誓の種類——その性質

ある限度で証明を代替することが可能な宣誓は、ローマ法学者によつて任意的宣誓、裁判上の宣誓、必要的宣誓および訴訟物に關する(《in litem》)宣誓に分類されたが、⁽¹⁾ 雪冤宣誓 (serment purgatoire canonique) をつけた付け加えるのが妥当である。これらの中の二つ、すなわち、補充的な必要的宣誓と雪冤宣誓が本来の証明である。それ以外の宣誓は本論の対象から除外しなければならぬ。

(1) 事実、ときには任意的宣誓⁽²⁾、ときには合意としての宣誓⁽³⁾と呼ばれる裁判外の任意的宣誓は、契約によつて拘束されるか否かを、その一方が行う宣誓に委ねることに両当事者が合意するものであつて、まさに通常の合意にはかならない。このような宣誓は、事実の存否と同様、法律問題をも目的となしうる現実の訴訟とは關係がなく、また、制裁を伴うあらゆる合意と同様、訴権あるい

は抗弁⁽⁵⁾の根拠となるものである。

(2) 決訟的宣誓 (serment decisoire)⁽⁶⁾ より適切には裁判上の任意的宣誓と呼ばれるべき宣誓の性質も、その判定はなお若干微妙であるが、同じである。例えば、訴訟において原告が、おそらく見出すことの困難な証拠を捜すよりは、むしろ、反対当事者の宣誓にすべてを委ねようとする。原告は、裁判官の監督の下で、反対当事者に宣誓を要求する。反対当事者は、この宣誓要求を正当な理由に基づいて拒否しないかぎり、履行するか(支払うか)、宣誓するか、原告に宣誓を要求するか、三種の選択の余地がある。第三の場合、原告は、新たに宣誓を反対当事者に要求することはできず、拒否するか、宣誓するかをいずれかを行わなければならない⁽⁷⁾。法務官法 (droit pretorien)⁽⁸⁾ によって創造されたこの制度を示すための用語は、任意的宣誓⁽⁹⁾、必要的宣誓⁽¹⁰⁾、裁判上の宣誓⁽¹¹⁾など様々であるが、これは重要ではない。たしかなことは、この訴訟終結の方法は、和解⁽¹²⁾、あるいはいうならば仲裁(宣誓する者は、判断を下すために指名されたのであるから)、いずれにせよ、当事者の同意⁽¹³⁾に基づく合意であるという点である。

この宣誓の特徴は、その適用範囲が処分可能な訴訟に限定されるという点にある。従って、婚姻の有効性(少なくとも、婚姻を否定するために宣誓が用いられる場合)⁽¹⁴⁾、聖職者、修道士の身分にかかわる訴訟は除外される。また、刑事事件または名誉喪失を伴う事件においては、罰を免れるために被告人のみが行うことができるのであって、原告が被告人に対する有責判決をなさしめるために行うことはできない⁽¹⁵⁾。同じく、宣誓を要求し、あるいは宣誓を反対要求するための資格は、自己の立場を不利にすることができる資格⁽¹⁶⁾、あるいは、あたかも物を処分するかの自由に自由かつ一般的に処分を行うことができる適格⁽¹⁷⁾である。その効果は、直ちに判決がなされるか、あるいは、一般の契約と同じく訴権および抗弁を構成するという点にある⁽¹⁸⁾。前者の場合は、上訴が禁止され⁽¹⁹⁾、なされた判決は——まったく例外的であり、かつ、この宣誓制度の通常の枠の外にある二つの場合を除いて——宣誓が偽りであっても、訂正することができない⁽²¹⁾。なぜなら、それが証明ではなく合意であり、そのような合意が当事者の間で行われたか否かのみが意味を有し、従って、宣誓の虚偽であることそれ自体重要ではないからである。

(3) 原告が訴訟物の価格を定めるための「訴訟物に関する宣誓」(iurisurandum in litem)⁽²²⁾は、反対当事者の悪意を抑止するための罰金であり、証明理論とは何らの関係ももたない。

(4) 「不完全証明を補充するために」(in supplementum probationis imperfectae)裁判官によって命ぜられる補充宣誓は、

以上の宣誓と異なり、真正の証明方法の役割を果たす。この場合も用語法は重要ではない。この宣誓は、ときには「裁判上の『*nidiale*』」⁽³³⁾宣誓、ときには「必要的な『*necessarium*』」⁽²⁴⁾宣誓と呼ばれたが、*Hofiensis*はこの二つの呼称を、裁判上の必要的宣誓というより明快な一つの呼称にまとめ上げた。半完全証明が行われたにすぎない場合、当事者の一方に宣誓を命ずるのは裁判官である。たしかに、証明をそれ自体充分な明示(*demonstration*)、論証(*argumentation*)と解する若干の著作家は、⁽²⁶⁾厳格な意味では宣誓は証明となるというよりも、証明に代わるものだ、と主張したが、それにもかかわらず、宣誓は証明が有するあらゆる性質を有しているのである。とりわけ、この宣誓には証明が有する効果が伴う。まず、この宣誓によって判決に到達する。この宣誓からは訴権も抗弁も生じない。⁽²⁷⁾また、いざれ見るように、この宣誓は反対証明によって争うことが可能である。しかし、この宣誓は劣位の証明である。「否認」(*infirmitas*)に対する訴額二倍(*trifurcescence*)の罰は、補充宣誓を根拠に科すことができなかった⁽²⁸⁾こと、そしてとくに、信仰の事件では「劫罰」(*periculum animarum*)が虞れられ、刑事事件においては「光よりも明白な証明」(*probationes luce clariores*)⁽²⁹⁾が要求されるために、合意としての宣誓の場合と同じく、この種の宣誓の適用範囲には、刑事事件や純粹に信仰の事件が含まれないことは、これによって説明される。

他方、このような証明は明らかに補充的なものである。この点では、道徳神学に基づくカノン法の伝統は、もともと純粹に實際上の必要性に基づくローマ法の伝統と完全に一致している。二つの条件が不可欠である。まず、たんに完全証明が行われていないだけではなく、完全証明が不可能であることが要求される。この基本原則は、ローマ法の法文によって定立されたものであるが、*Alexandre III*, *Innocent III*, *Honorius III* ⁽³¹⁾ ⁽³²⁾ ⁽³³⁾の連の教令によって確認された。学説のすべてもこれに従った。⁽³⁴⁾次に、半証明または推定が提出されていることが要求される。この点は、*Grégoire IX* ⁽³⁵⁾によって確立された。充分な証明がある、あるいは、まったく証明がなされていないなど、⁽³⁶⁾これ以外の場合には補充宣誓の余地がない。

(5) 世俗法の著作家がせいぜい若干の語を費やしているにすぎない雪冤宣誓はいくつかの点で、とくに「半完全証明」の場合にそれが果たす役割の点で、補充宣誓に類似している。そもそも雪冤宣誓もまた、証明方法であったが、教会の古法においてわずかに証明方法とは区別された。しかし、雪冤宣誓は裁判上の必要的宣誓とは本質においてはまったく異なることに注意しなければならない。この差異は、補充宣誓はローマ法に由来し、雪冤宣誓はゲルマン慣習法に由来するというその起源を比較するだけでも、

明らかである。

蛮族法においては、ひとがある者を重罪あるいは軽罪で弾劾する場合、この弾劾は拳証責任を被告人に課すという効果を有する。しかし、この証明はもっぱら被告人および共同宣誓者の宣誓によって行われる。この証明方法が許容されるについては、いかなる条件も、他の証明の不可能というような消極的な条件も、証明の端緒の存在というような積極的な条件も、課されない。従つて、実際は雪冤宣誓は典型的な証明を構成している。被告人が雪冤宣誓を行うことを欲しなければ、有責判決を受けることになる。この宣誓は義務的だからである。被告人は宣誓すれば放免されるが、この場合反対当事者には、宣誓とこれを行った者たちに反駁を加える (fausset) という方法しか残されていない。すなわち、訴訟は最終的には裁判上の決闘によって解決されることになる。

このような考え方は、ローマ法の伝統に親しんだ教会人に深い衝撃を与えざるをえなかった。教会人には、このような手続に含まれるすべてが証明の諸原則に抵触するように思われた。まず、教会人は宣誓という原則それ自体に敵対的であつたのであり、Gratien は聖職者に宣誓を禁じた決定を長々と引用している。⁽³⁸⁾次に、ローマ法によれば「拳証責任は原告が負う《actori incumbit probatio》」という格率が絶対的規則であり、それゆえローマ法のルネサンス時代のあらゆる著作家がこの原則を繰り返して述べている。ところが、雪冤宣誓は被告人に課されるのである。このような変則もまた、Gratien によって指摘されているが、これは Gratien のはるか以前からすでに指摘されていたところである。もう一つの特異性も重大であつた。すなわち、ローマ人は消極的事実の証明を不可能であり、かつ事物の本性に反するとさえ看做した。⁽⁴⁰⁾ところが、雪冤宣誓は、あることが生じなかつたことを誓うことにほかならない。多くの教令はしばしば⁽⁴¹⁾「雪冤宣誓《Purgatio canonica》」を制限するために、このローマ法の原則を繰り返さなければならなかつた。「事物の本性によれば、事実を否定する者による証明はありえないがゆえに《cum negantis factum per rerum naturam nulla sit probatio》」という有名な命題について、長い間解釈上の困難がつきまとつたこと——この点は学説が示している——はこれによって説明される。⁽⁴²⁾最後の困難は、共同宣誓者は一種の証人であつたにもかかわらず、少なくともそのように考えられたにもかかわらず、これらの証人は彼らが供述する事実を全く目撃していない、という点にあつた。彼らは、身体的な知覚に基づく知識を報告することのできる「事実に関する《de veritate》」証人ではなく、彼らの見解によれば被告人は嫌疑をかけられている行為を行つたとは信じられないということを供述するにすぎない、「信用性に関する《de

「crefuitate」証人、事実ではなく人に関する証人、いうならば人物に関する証人である。彼らは、本来の証人が中立的であるのに対して、ほぼ徒党に近い。要するに、このような証人の性格の対立は訴訟の性格そのものを變えることになり、訴訟はローマ法における審問としての訴訟ではなく、蛮族における決闘としての訴訟となったのである。

しかし、カノン法は少しづつ消極的な態度を捨て、雪冤宣誓を認めるに至る。習俗の圧力はきわめて強かったのである。とくに、醜聞に対する恐れ——教会による立法の多くはこれによって説明される——から、風評によって疑いをかけられた聖職者に潔白の証明を許すことが必要となった。「風評に基づく嫌疑の雪冤が問題となる場合は、」正式の原告が欠けているために、疑いを完全に払拭するような手続がつけねに可能だったわけではない。さらに、証拠不十分で免訴となった場合は、聖職者の無実を公衆は納得しなかったであろう。このような場合、神による証に訴える以外に方法がない。かくして、——法文が繰り返し述べているように——醜聞を避けるために、「もって民衆が醜聞に耐えるということがないように」《ne populus inde scandalum patiatur》「信者団における動揺、」教区の危険《periculum brevis》を避けるために、教会は雪冤宣誓を許容することを決意する。

かかる変化の諸段階は、Gratian 教令集の中に刻み込まれている。当初「雪冤宣誓《purgatio》」は許容されるにすぎないものであったが、八〇三年にはこれは義務的となり、これ以降雪冤宣誓の利用はきわめて頻繁となり、一三世紀の終わりに、かなりの数の事件がこれによって解決された。雪冤宣誓を行う義務は、裁判官の命令の基づく二つの方法によって但保された。一つは、これによって関係者が義務を果たすであろうという期待からなされる、少なくとも職務の停止、重大な事件では職務自体の停止である。他は、雪冤宣誓の拒否または長期にわたって共同宣誓者を見出すことができな場合の、罷免《deposition》のような確定的な処罰である。この場合、自白が推定され、風評のあった者は疑われている罪について有罪とされたのである。しかし、聖職剝奪《degradation》は宣告されなかった。

しかし、カノン法は雪冤宣誓を採用するに際して、これに根本的な変容を加えた。徒党であり、しばしば決闘に及ぶ用意のあった共同宣誓者は証人として看做された。他方、この宣誓はもはや、裁判官に知識を与え、判決を可能ならしめることを目的とする真正な証明方法ではない。それは何よりもまず、罪が行われたという民衆の確信をとり除くために、民衆を教化する方法であった。ときには、放免判決が宣誓の前になされ、あるいは、そもそも訴訟以外の場で宣誓が行われることもあった。そして、宣誓の後に

判決が直ちに続く場合であっても、判決は宣誓の結果でなく、証明の不存在の結果である。その上、雪冤宣誓に課された条件はきわめて厳しいものであった。ゲルマン法との主たる差異であるが、まず、通常の方法では証明が不可能であり、かつ、弾劾人がいる場合は、弾劾人が敗訴したことが必要である。Gatien 教令集⁽⁵⁰⁾において詳細に述べられたこの原則は、教令集⁽⁵¹⁾とりわけ Innocent III, Honorius III 及び Grégoire IX によつて繰返されてくる。次に、反対当事者がたゞ罪ありと主張するだけでは「雪冤宣誓」を義務的とするには不十分であり、罪ありといふ風評が持続するごとく、風評が何らかの徴憑を基つていふこと、風評が敵による中傷に由来するものではなうことが必要である。

その他の規則、共同宣誓者の数、宣誓の方式はよく知られており、ここでは重要ではない。ただし、いふまでもなくカノン法の雪冤宣誓は訴訟終結を示すものであり、慣習法ではゆるゆると、そのゆるゆるのせよ「反駁 (faussement)」によつて雪冤宣誓を争うことは許されなう、とこのことに注意しなければならなう。

註

- (一) 上の種類は *irram v. la Glose D. 12. 2. et Vincent de Beauvais, Specul. doctorinale, VIII. 65.*
- (二) Irnerius, Summa C. 4. 1, n° 6. Joh. Bassianus, §492. Glose, X. 2. 24. 36. Hostiensis, Summa, de assert. irram, n° 1.
- (三) Incertus auctor de Gross, XVII. §8. Glose, D. 12. 2. 1. V. aussi J. Bassianus, §494, et Cod. Bambergensis, XX (p. 321).
- (四) Irnerius, n° 6. J. Bassianus, 491 (cf. D. 12. 2. 42).
- (五) Inc. auct. de Gorss, §14. Cod. Bamberg. Hostiensis, n° 7.
- (六) 上の種類は Hostiensis, Summa, l. c. n° 1, et Lectura, X. 2. 24. 36, n° 1 及びその註。
- (七) Livre de Tübingen, 47—Livre de Graz, 23. Joh. Bassianus, 493. Codex Bambergensis, XX. 同種の異文は *irram* cf. C. 4. 1. 12 et X. 2. 24. 36.

- (8) Cf. l'édit reproduit au D. 12. 2. 34. 6.
- (9) Pseudo Ulpianus de edendo (éd. Royer-Collard, p. 12). Inc. auc. de Gross, XVI, §9. Joh. Bassianus, 494.
- (10) Joh. Bassianus, 492. Pillius, III, §6 (=cap. 41, éd. Wahrmund). Damase, tit. 57. Cf. Glose D. 12. 2. 1.
- (11) Gl. D. 12. 2. 1 et 31. Gl. X. 2. 24. 36. Innocent IV sur ce texte, n° 1. Hostiensis, l. c., n° 1. G. Durant, de iura. del., n° 1.
- (12) D. 12. 2. 1 et 2, et Glose. Innerius, l. c., n° 5 (《*de iura paciscendo*》). Bartole, D. 12. 2. 31, n° 1 (《*sicut transactio*》).
- (13) 「*de iura paciscendo*」《*Habet consensum partis*》^o Bartole, l. c.
- (14) 凶徒論の Azon. の Hostiensis, l. c., n° 5 (Lectura, l. c., n° 2), Glose, D. 12. 2. 3 の
- (15) X. 2. 24. 36. Damase, tit. 57, etc.
- (16) Innerius, l. c., n° 5.
- (17) J. Bassianus, 490. Cod. Bamberg., XX. Hostiensis, n° 2. G. Durant, n° 11. Digest, 12. 2 et Gratien, 22, q. 5.
- (18) Ps. Ulpianus de edendo. Cod. Bamberg. Pillius. Hostiensis, n° 7.
- (19) Ps. Ulpianus. Cod. Bamberg.
- (20) 契約の成立に関する C. 4. 1. 13^o V. Auctor de Gross. §12. J. Bassianus, 494. Hostiensis, n° 6.
- (21) D. 12. 2. 31 et Bartole, n° 1. Gl. X. 2. 24. 26 et 36.
- (22) 凶徒論の cf. Hostiensis, Summa, tit. de iuramento in litem dando, et Bartole, D. 12. 2. 31, n° 10.
- (23) J. Bassianus, 498. Cod. Bamberg., XX. Pillius, III, §6 (=tit. 41 et 49, éd. Wahrmund).

- (75) Gl. X. 2. 24. 36. Innocent IV, eod., n° 1. Hostiensis (必らずや最終的な《nec. diffinitivum》), l. c., n° 1. G. Durant, n° 1.
- (76) L. c., n° 7.
- (77) Livre de Tübingen, 56 (= Petrus, IV. 42). Irnerius, Summa, C. 4. 1, n° 1. Bernard de Pavis, II. 17. Tan-crède, III. 5. §6 (p. 221). Helinandus cité par Vincent de Beauvais, VIII. 65. 同来語を Auctor de Gross, §13 et J. Bassianus, 499 (『証明の必要』《Obtinet vim probationis》)J. Irnerius, Quaestiones, XX. 1 (éd. Fitting, p. 74).
- (78) V. J. Bassianus, 499 et s. et Hostiensis, n° 7 (ふつひの証人やその重説はなす).
- (79) Hostiensis, n° 8. Cf. dailleurs Nov. 18, cap. 8.
- (80) Gl. à D. 12. 2. 3. Hostiensis, n° 5 及び 結婚の約束による誘惑は通例証人の前にならざるべしとなく、補充宣誓がなす場合これを証明するものとがいかにならざる、補充宣誓は婚姻事件において婚姻を証明するためには離けるものとがいかならざる。
- (81) C. 4. 1. 3.
- (82) X. 2. 19. 2.
- (83) X. 2. 24. 26 in fine (証人が欠けたため……他の証人が欠けたため)《propter defectum testimonium…… deficien-tibus aliis testibus》J).
- (84) X. 2. 24. 32 (証人が欠けたため……他の証人が欠けたため)《non potuit per testes……liquere》J).
- (85) Livre de Tübingen, l. c. J. Bassianus, 500. Cod. Bamberg, XX. Auctor de Gross, §11. Glose X. 2. 24 R et l. c. Hostiensis n° 1 et 4. Bartole, D. 12. 2. 31 n° 1 et s.
- (86) X. 2. 24. 36. V. aussi Irnerius n° 1, J. Bassianus 502. Tancredè l. c. Gl. X. 2. 24. 36, v° in probatione. Bartole n° 8.

(36) Cf. Gløse D. 12. 2. 31 (「次の場合を区別せよ。原告が訴えについて証明しなかった場合、被告は宣誓なしで放免されなくともよい。原告が完全に証明する場合、被告は有責判決を受け。半完全証明の場合、宣誓が命ぜられる《distingue: aut actor nil probavit de intentione sua, et tunc reus est absolvendus etiam sine iuramento Si autem actor plene probat, reus condemnatur. Si vero semiplene defertur sacramentum.....》)。

(37) V. sur tout P. Fournier, p. 262-66 et p. 287.

(38) 此れは宣誓宣誓に関するものとして、2 q. 5 c. 1 a 4. 1 の規則が廃止されるのは一二〇六年となつてからである (X. 2. 24. 26)。

(39) 2 q. 5 dictum initial. 6 q. 5, et c. 1 (St Grégoire, 601). Cf. D. 22. 3. 2.

(40) C. 4. 19. 23 (Diocletien et Maximien).

(41) X. 2. 19. 11 (Innocent III) et surtout 12 (Honorius III). 後者の英文は断固たるものである。「それゆゑ私に、あるゆる法に反するから悪しき慣行が聖職者の間から完全に掃やれることを望む、何びこどものような消極的証明を許さなうと命ぜられ《Volentes igitur ut haec pestis contraria omni iuri penitus exstirpetur a clero..... mandamus... quatenus in huiusmodi probatione negativae... neminem audiatatis》」。

(42) まず、著作家は消極的証明が可能な多数のケースを指摘した。ここから、法律、属性、事実の消極的証明《negativa iuris, qualitatis et facti》とどう一連のカタゴリーが生じた。事実の消極的証明には、肯定を含む消極的証明、確定的な消極的証明、端的な消極的証明《negativa praegans, determinata, pura et simplex》が含まれ、後者のみが証明が不可能であるとした [1] の点に留意せよ。cf. Fournier, Les officialités au moyen âge: étude sur l'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France de 1180 à 1328, p. 177 (1880)

(稿訳「ノールニヒ・フランヌ中世カノン法訴訟手続要説」(1) 神戸法学雑誌三二巻三・四号一〇四頁)。次に、著作家は「消極的事実は証明不能であるとして、『消極的供述は十分に証明したる《dictum negativum bene probatur》」1] を指摘した。また同じく、彼らは、自己あるものは宣誓は消極的な証明のためとして利用しないことを指摘した。Lanfranc

de Crémona 及び Hostiensis が、反対の法文の存在にもかかわらず、消極的証明を完全と認めてゐる。

次に「事物の本姓は『per rerum naturam』となつて文言を棚上げすることが必要であつた。この文言は、すでに Irnerius によつて存在論的な論拠に基づいて正当化されてゐた。すなわち、否定されるものは非存在(Non ens)であり、証明の及ぶところではなかつたところである。この厳密な論証は著作家を困惑させた。著作家は、習慣は第二の本姓であるべきを理由に「本姓(Natura)」を「訴訟上の慣習」とすれば『per consuetudinem causarum』と解釈した。彼らは何れも、*Hostiensis* の例外はこれを許容するたんなる裁判上の慣習と解したのである。この問題については、v. Joh. Teutonius, 6 q. 5 c. 2. Vincentius Hisp., Bernard de Parme sur X. 2. 19. 11. Hostiensis, Summa, de probat. n° 2. Vincent de Beauvais, Spec. doc. VIII. 52. Cynus et Bartole, C. 4. 19. 23.

- (43) V. Yves de Chartres, *épiſt.* 229 (雪室宣誓の証人と事件を区別する). Gratien, 2 q. 5 c. 17 = X. 5. 34. 5 (credunt), X. 5. 34. 13 (de 1199). Rufinus et J. de Faenza. 他方、共同宣誓者たる証人は、被告人に対する彼のの信頼が意味を失ひたるとは、「近し者(Familiares)」でなければならぬ(Rufin; Etienne de Tournai; J. de Faenza, X. 5. 34. 7)。亦、本来の証人の場合は、当事者の一方と「近し者」であれば、疑わしい証人となる。
- (44) Cf. 2 q. 5 c. 13 et Glose X. 5. 34. 2 (de 851). J. de Faenza, Rufin, Rolandus, Etienne de Tournai, etc. Gratien の法文を教令集が対象とした事実の大部分は風紀あるは異端の問題であることに注意しなければならぬ。他方、雪室宣誓がなされた後であつても、風評が鎮静化するまでもある期間職務停止を延長しようとする(X. 5. 34. 10) 事實は、融聞に於ける恐れをよへ示しつゝ。

(45) 法文に現れた詳細を P. Pournier, p. 263-5 を参照。

- (46) V. 2 q. 5 c. 10 et 18 (異邦的), dictum Grat. après c. 18 et c. 19 (Aix のキリヤント)。V. aussi Alexandre III, X. 5. 34. 6.

(47) Eudes Rigaut の雪室宣誓及び Cerisy の教会裁判所の雪室宣誓を参照。

- (48) 第一及び第二は、2 q. 5 c. 13. X. 5. 34. 2 et 10. 第二及び第三は、X. 5. 34. 7 (Alex. III) et surtout 10 (de

- 1199). 書籍 *ラビ* Rufinus, J. de Faenza, J. le Teutonique, Bernard de Parme (ラビの法文に關する), Hostiensis, Summa h. t. n° 7.
- (49) ラビの論中の直説的「直接的な証明」*directa probatio*』と推定的な証明「推定的な証明」*probatio praesumptiva*』と由来するものとの区別 (Glose de Bernard de Parme, X. 5. 34. 10)。
- (50) 2 q. 5 c. 5 (723), 6 (592), 7 (602), 12, 16 (Hincmar), 17 (Innocent II), 19 (803). J. Teutonicus, sur ces textes, Yves de Chartres, *épist.* 206.
- (51) X. 5. 34. 2 (851), 4 (845), 5, 6, 10.
- (52) X. h. t. 15 (1208) (犯罪は公知である)。
- (53) X. 2. 19. 12.
- (54) X. 2. 24. 36.
- (55) 6 q. 5 dictum ap. c. 2. — 2 q. 5 c. 6 etc. 13. X. 5. 34. 6 (Alex. III), 10, 12 (善然的な推認に基づいて「*ex probabili coniectura*」). V. Décretistes jusqu'à J. Teutonicus (22 q. 1 c. 1, 6 q. 5 et 2 q. 5 et c. 6 (「半完全証明」として「*probare semiplena*」)). Glose X. 5. 34. 10. Hostiensis, Summa, l. c. n° 3. 本章の冒頭と前章の雪免宣誓に関する部分を見よ。
- (56) V. Gratien, etc. 共同宣誓者の数は最終的には裁判官によって定められるが、事件の重大性に応じてその数は大きくない。P. Pournier, p. 265-6 はこれを総括する。Innocent IV, X. 5. 34. 10 n° 2 が引用する詩句を見よ。Cf. E. Jacobi, Z. S. S. K. A. 1913, p. 320-8.

III 宣誓の価値

それに認められた内的な価値 (valeur morale) という点では、宣誓は証明の序列の最も低いところに位置し、従って、宣誓は補充的に利用されるべきだとしようことになる。しかし逆に、宣誓は一旦なされるとかなり高い地位を占め、その価値は相当大きい。

ただし、裁判外であるか、裁判上であるかを問わず、任意的宣誓は別扱いをしなければならない。任意的宣誓は証明手段ではなく、合意である。それゆえ、任意的宣誓が既判力に優る、和解——任意的宣誓はその性質を有している——に等しい価値を有することが一致して認められた。それは更改、支払、「争点決定」(finis contestatio)に相当する。ここから二つの効果が生ずる。第一に、任意的宣誓はそれを要求した者の意思的行為に帰せられるべきであるから、それを要求した者は判決に対して上訴することができない。⁽²⁾第二に、反対当事者が偽誓を行い、新たな証拠の発見によって後に真実が明らかになった場合、反対当事者は偽誓について訴追されうるが、訴訟それ自体は無効とはならない。⁽³⁾訴訟は一種の和解によってすでに解決済みだからである。⁽⁴⁾

本来の証明としての宣誓、すなわち、補充宣誓(裁判上の必要の宣誓)あるいは雪冤宣誓の場合も、一旦それがなされた場合の価値は同じように非常に大きなものであり、これによって訴訟が終結すると解する点では、ローマ法の伝統とカノン法の伝統は一致している。すなわち、ディゲスタによれば、宣誓は「訴訟解決のための最良の手段」(maximum remedium expediendarum litium)⁽⁵⁾であり、St. Paulによれば、「あらゆる争訟を終わらせるもの」(finis omnis controversiae)⁽⁶⁾である。同じくディゲスタは宣誓一般について、既判力の価値を有すると述べている。⁽⁷⁾そもそも宣誓の後には直ちに判決がなされるからである。ある点では、宣誓は判決よりも大きな価値を有している。⁽⁸⁾判決は未成年を理由に取り消されることがあるが、宣誓についてこのようなことは起こりえないからである。

同様に、宗教的權威によって証明としての宣誓が免除されることはありえない。このような免除は何の意味もない。なぜなら、このような宣誓の免除は、宣誓から生ずる拘束力ではなく、宣誓の内容にかかわるものであるが、ところが、この内容は過去に属し、動かす余地がないからである。⁽⁹⁾

最後に、カノン法は「雪冤宣誓」によって不名誓をそそいだ者を再度訴追することを禁じている。しかしながら、既判力の相対性に関する規則を適用することによって、新たな事実に関する新たな風評が拡がった場合のみならず、最初の訴訟が弾劾人なしに行われ、あるいは悪意の弾劾人の前で行われ、あるいは犯罪の被害者でない弾劾人の前で行われた場合にも、訴追権を認めざるをえなかったのである。⁽¹⁰⁾もっとも、後者のような場合はすべての著作家によって認められたわけではない。Laurentius および Hostiensis⁽¹¹⁾はこれを認めなかったのである。

雪冤宣誓とそれ以外の証明が抵触する場合いずれが優先するか、宣誓は既判力と同様に反駁を許さない証明となるのか、という問題が残る。しかし、宣誓は補助的な証明であり、他の手段が欠ける場合にのみ用いられるのであるから、このような抵触はありえないように思われる。もっとも、判決の後に「新証拠『Instrumenta nova』」が発見される場合があることを忘れてはならない。新証拠によって宣誓が偽誓であったことが確定した場合、判決を取り消すことができず、神罰で満足するほかないのであろうか？ ディゲスタは明示的に、補充宣誓の場合は新証拠が優越する⁽¹²⁾という。カンン法は同様の結論を雪冤宣誓について採用している⁽¹³⁾。このような公正な決定は、注釈学派にとっては驚くべきものだったようである。すなわち、終審の判決は新証拠の発見によってもはや覆すことはできないのにもかかわらず、なぜ宣誓に基づく判決の場合はそれが可能となるのか、というのである。注釈学者による説明の試みは、それが法文を回避するための純粹なカズイステイクに由来するものでないか⁽¹⁴⁾、混乱している。その中でもまともな説明は、偽誓は特別に処罰されるのだというものである。

実際は、解決は証明の序列における宣誓の地位それ自体から引き出される。宣誓は一つの証明にすぎないから、他の証明に優先するといふべきではない。さらに、宣誓は補助的な手段であるから、新たな証明方法が発見されたならば、その存在理由を失うのである。このようにして、中世学識法の宣誓理論はローマ法の法文によって裏づけられることになる。

注

(1) Cf. D. 12. 2. 2 et Glose. Gl. X. 2. 24. 26 v° omnis controversae finis. Hostiensis, Summa h. t. n° 7.

(2) J. Bassianus 494 et s. (宣誓を求められて反対の宣誓を求めた者について) 十訴を認めなす。Cod. Bambergensis,

XX. Philius III, §6 (=ch. 41).

(3) D. 12. 2. 31 及びそのための解決を明示している。V. les auteurs cités infra, en particulier Bartole. Adde Cynus,

C. 4. 1. 3 n° 5.

(4) 訴訟物に関する宣誓は罰金であるから、これもまた反対証明によって反駁されなす (Bartole D. 12. 2. 31 n° 10).

(5) D. 12. 2. 1.

- (6) Epist. Hebr. VI. 16 (Cl. X. 2. 24. 26).
 (7) D. 12. 2. 2.
 (8) Sic Cod. Bamberg. XX. J. Teutonicus, 2 q. 5 c. 7, v^o arbitrio. Gloses de Laurentius et Bernard de Parme, X. 2. 24. 36 et X. 5. 34. 8. Hostiensis, Summa de iureiur. n^o 7.
 (9) Vincent de Beauvais, Spec. Morale I dist. 68 n^o IX. St Thomas d'Aquin, Summa théol. II. II qu. 89, art. 9.
 (10) J. Teutonicus, 2 q. 5 c. 6 v^o dubietas. Bernard de Parme, X. 5. 3 4. 8 v^o absolvas.
 (11) Summa, de purgat. canonica n^o 6.
 (12) D. 12. 2. 31.
 (13) Hostiensis, Summa de purg. can. n^o 6 (「神判」の語が『cum sit iudiciale』).
 (14) 注釈学派は「判決はまだなされていなく、判決は条件的である、ヴィゲスタの法文が規定するケースではたんに判決がなされただけでなく、さらに宣誓もなされていふ」と主張した。V. Gløse et Bartole D. 12. 2. 31, n^o 1.

第六章 禁止された証明としての神判

宣誓は、ローマ法に先例があり、それ自体大きな悪ではなく、あらゆる種類の安全弁が施されることによって、学識法によってどうか認知されることができたが、蛮族法に由来するもう一つの証明、すなわち「神の判決」「世俗的雪冤」〔purgatio vulgaris〕とも呼ばれる神判の場合はそうではなかった。この手続は、一方的神判（熱湯もしくは水、灼鉄、十字架等による試み）または双方的神判（裁判上の決闘）という二つの形をとったが、その結果が手続に関する合理的な指標とはならないために、証明としては全く無意味であるという重大な欠陥があった。さらに強い者が弱い者に勝つ可能性が大きいという残酷で野蛮な手段であった。最後に、神判はローマ法の中に何ら根拠を見出すことができなかった。

ここで、教会がつねに神判に対して敵対的な態度をとってきたことを繰り返す必要はない。⁽¹⁾ 神判否定論は、ローマ世界に神判が

もたらされた時期そのものにも遡り、St Avit をよび Cassiodore をよび 提起された。九世紀、リヨンの大司教 Agobard⁽¹⁾、八五五年のヴァランヌ公会議⁽²⁾、次いで、教皇 Nicolas I^{er} をよび Etienne V が 精力的に神判を禁止しようとした。後には、Atton de Verceil をよび、十一世紀には Alexandre II が 同じ態度を表明した。

しかし、これらの努力が全く功を奏せず、中世盛期を通じて神判が衰退しなかっただけではなく、むしろその適用範囲が拡大されたことに注意しなければならない。神判は、他の証明が欠ける場合に用いられる、あるいは、他の証明を検証し、偽誓や偽証を明らかにすることにも用いられる典型的な証明となったのである。禁止に成功しなかった教会は、この手続において用いられる物を祝福するという態度をとった。さらに悪いことには、Hincmar de Reims のような有力な高位聖職者たちが神判を正当化しようとした。⁽³⁾ とくに一〇世紀には、いくつかの公会議は神判を命ずることを恐れなかった。裁判所、⁽⁴⁾ 教会の諸組織はしばしば神判を用いた。⁽⁵⁾ 要するに、神判に対する根深い敵対的態度は一致したもので、全面的なものでもなかったのである。

しかし、一二世紀の始め頃、ローマ法のルネサンスとカノン法の再編とともに真の法的革命が完成する。ローマ法的な訴訟手続と証明は急速に神判を不要たらしめることになる。学識法はまず、神判の私的な使用を断念するが、次いで、慣習法についても神判を禁止することになる。この発展過程は連続的な諸段階から成っており、この発展は一挙に行われたわけではない。

第一期は一二世紀の中葉、Gratien 教令集の時代を少し下る時期までである。この段階はなお躊躇によって特徴づけられ、この段階の立場は、「教会はこれを推奨するところを容認しよう」と『Ecclesia potius haec tolerat quam commendat』⁽⁶⁾ という Hugues de St Victor の言葉でよく総括するに値する。

第二期の始めに位置する Yves de Chartres の態度は、実際かなり曖昧である。彼は、その法文集成の中に、神判を禁止した Nicolas I^{er}, Etienne V をよび Alexandre II の三つの教令を注意深く取り入れて⁽⁷⁾いるが、しかし、反対に神判の適用を命ずる多数の法文をも採録している。彼の著作の中に散在するこれらの断片を体系化する試みは見当たらない。彼の書簡はより明快であろうか？ 神判に関する九通の書簡の中、五通はこれを無条件に否認するものである。その一通は、ル・マン司教 Hildebert de Lavardin に対して、イギリス王 Guillaume le Roux に対する反乱を煽動したという疑いを除くために灼鉄の試みを受けることを思いとどまるように述べ、聖職者がこのような手続に加わることは許されないことを指摘している。⁽⁸⁾ 姦通を疑われた俗人に関

する他の四通もこのような禁止を繰り返している。⁽⁹⁾ 法文の引用以外の主たる論拠は、宗教的なものであり、秘密の事柄は神の裁きに委ねられるべきである、神判は神に奇跡を求めることによって神を試みることである、教会は血を流さざるべきではない、教会はかくもしばしばその血を流さざるをえなかった、というものである。ところで、彼が挙げる理由の一つはとくに興味深い。「多くの罪ある者が放免され、多くの罪なき者がしばしば罪ありとされることが見られるがゆえに」《Cum……multos videmus nocentes liberatos, multos innocentes saepe damnatos》。ここで直接非難されているのは、この方法の証明力であり、これが排斥されなければならないのは、これが不合理だからである。

Yves de Chartres は、このように理由のある非難を加えたが、しかしその後にも何度か、神判に依るべきことを推奨している。彼の書簡中四通はこのような趣旨のものである。⁽¹¹⁾ これらの書簡はどのように説明されるべきであろうか？ これらの書簡はすべて、許された証明方法では完全には事実が明らかにできなかった事件に関するものであるように思われる。依然として犯罪に関する根強い風評⁽¹²⁾があるために、「風評が放置された場合の」危険が予想され、このような危険を避けるためには裁判上の決闘が不可欠のように思われたのである。「ほかに方法がないのであれば、大きな危険を避けるために、むしろ小さな危険を冒すべきである」《Si alter fieri non potest, maiora vitando pericula, minora potius subeatis》。従って、神判は証明するよりむしろ神判によりなければ納得しようとしてない民衆の怒りを静めるための補充的な手段であるというのが、究極的な立場であったように思われる。

Yves de Chartres の影響は大きかったのであろうか？ 彼の書簡の名宛人である、例えば、Hildebert de Lavardin⁽¹⁴⁾、ソノンノ主教 Lisiard⁽¹⁵⁾が、それが不可欠であったとたしかにいえるような事件において、神判を用いることを命じていることは事実である。実務は、Yves の思想に影響されたとすれば、神判を禁止する部分よりも、これを認める部分を採用したのである。Guibert de Nogent⁽¹⁶⁾、サント主教 Pierre de Soubis⁽¹⁷⁾、一一二二年および一一五七年のランス公会議は神判を推奨している。⁽¹⁸⁾ ただひとり修道院長 Geoffroi de Vendome のみが神判に反対の立場を強く主張した。⁽¹⁹⁾

このような曖昧な印象は、Gratien 教令集によっても裏付けられる。Gratien は、教令集第二部第二項第五設問でこうして、「雪冤宣誓」《purgatio canonica》をよび、「神判」《purgatio vulgaris》を逐次検討しつつある。Yves de Chartres への回文に「神

判を禁止した三件の教皇決定を、この場合は一か所に集めて収録しているが、⁽²⁰⁾ 直ちにウォルムスおよびゼーリングェンシニェタット公会議決定を引用し、これを神判に有利なものと解釈している。より重要なのは、姦通を疑われた女に苦水の試みによって身の潔白を示すことを命じた民教記の有名な一節を⁽²²⁾長々と引用していることである。しかし、彼は、神判に有利な法文と不利な法文とを交互に挙げた後で、結論を出すことなく設問を終わっている。

これ以降、解決が見出せないために、あらゆる論拠とあらゆる重要な法文が引き合いに出されたというのが事実である。聖書は、苦水〔による試み〕とダヴィデとゴリアテの決闘という、神判に有利に援用される余地のある二つの先例を示している。しかし、これは、例外は先例とされるべきではないという教皇 Nicolai の考え方によって直ちに反駁された。これに対して、次のような説得力のある論拠を神判を否定するために用いることも可能であろう。すなわち、神がそれを欲するならば、秘密の事柄は神の裁きに委ねられるべきであるが、神判は奇跡を求めることによって神を試みるものである、神判は「迷信の発明」《supersticiosa adinventio》であり、悪魔に唆されて、「嫉妬の働きによって作り出された」《ficta fabricante invidia》ものである、そして、神判を支持するカノン法の伝統は見当たらぬ。

とくにこれらの論拠が一二世紀の教令学者によって用いられた。彼らは Gratien よりも断固として神判に反対の立場をとるようになるが、しかし、例外を認めなかったわけではない。例えば、Paucapalea は、Gratien 教令集に「追補として」、きわめて重い罪について「神判」を命じたトリビュール公会議決議を付け加えている。Rufinus は、⁽²⁴⁾Jean de Fautza は、「非自由民」《servilis persona》または「いわば非自由民のよう」に疑わしいと看做された《qui tanquam servilis persona suspectus habebatur》者について神判を用いることを許したが、このような者の宣誓はまったく価値をもたないであろうから、これは実は非常に有利な取り扱いであった。要するに、この時期を通して、カノン法学者の学説はまだあらゆる場合について神判を否定するものではなかったのである。

ローマ法学者はこの問題について完全に沈黙している。少なくともローマ法を論じている場合はそうである。なぜならば、注釈学者の Hugo その後には Rotfredus Beneventanus が、神判が実務からも彼らの関心からも消え去っていないことを示す、短かな「決闘要説」《Summa de pugno》を、⁽²⁶⁾ロムバルディア法について著しているからである。

神判に対する教会の、是認ではないにしても、黙認の態度は Alexandre III の教皇在位とともに終わりを告げることになる。非常に断固たる一連の教令によってこのような証明方法が断罪されるが、ローマ法の訴訟手続がこの間に復活していたために、この立法は今回は成功することとなる。

Alexandre III は神判に関与することを完全に禁止した⁽²⁷⁾。制裁は罷免 (deposition) であった。なぜなら、このような行為を「著しく過大 (enormis excessus)」と見る理由があるからである。例外的で、ひとが傷つかなかった場合は、罪を償った聖職者を赦免することが可能である。他方、強制されることなく決闘を行い、それによって指を失った場合は、司祭としての叙品を妨げる「身体の欠陥による叙品不適格 (irregularitas ex defectu corporis)」と看做される⁽²⁸⁾。

このような禁止は厳格なものであった。これは、Lucius III によるきわめて有効な決定によって完成される。すなわち、決定は、「神判」が効果を有しないこと、水審によって放免された司祭がそれにもかかわらず正規の訴訟によって訴追され、証人が欠けるときは宣誓による「雪冤」を行うべきことを命じている⁽²⁹⁾。

その後間もなく、Celestin III はすべてのカトリック教団から裁判上の決闘を追放⁽³⁰⁾した。この決定は全面的に遵守されたわけではなく、慣習法がそれを定めている場合であっても、自らこれに関与すること——これはすでに決定を見ていることである——だけではなく、決闘人を介して関与することをも、聖職者に禁止した⁽³¹⁾。

Innocent III の下での初期のある決定は、神判は既判力を有しないことを定めている。とくに、一二一五年のラテラン公会議⁽³²⁾は、この種の証明から教会を決定的に解き放つことになる。これ以降、司祭が水、火、その他神判に役立つ物を祝福することが禁じられた。これは世俗の実務に向けられた措置である。すなわち、神判を廃絶することができないために、教会は、神判をキリスト教の中に取り込むことに長い間甘んじてきたが、今やこの次善の策は不要となり、神判に対して正面攻撃をかけることが可能となったのである。

Honorius III は、この禁止を繰り返した⁽³³⁾。次いで、これらの神判禁止の法文はすべて Gregoire IX 教令集に特別の項目として取り入れられた⁽³⁴⁾。従って、この時期には学説は完全に確立されたと考えることができる。それでは、それは実務に対してどのような影響を与えることになるのであろうか？ たしかに、かつてならば聖職者がおこなったであろうような、あるいは、教会裁判

所の前で行われたであろうような裁判上の決闘はこれ以降見当たらなくなる。しかし、世俗の実務から神判が消えたわけではなく、教会はこの事実を配慮することを余儀なくされた。例えば、Innocent III⁽³⁶⁾は、国の拘束的な慣習を考慮し、決闘を許したことを赦免し、さらには神判を規定する *Benevent* 都市法を認可せざるをえなかった。他方、教皇座は教会の諸組織、とりわけ一二三五年にはバリ大聖堂参事会、その二〇年後には *St. Maur des Fossés* 修道院に対して、神判の禁止を次第に強めていった。⁽³⁸⁾

事実、諸教令集以降、一三世紀は神判の歴史にとって新たな段階、すなわち、ほぼ完全な消滅の段階である。神判は、*Hos-tiensis* のいう「禁止された証明」(*reprobata probatio*) となる。このような表現は、神判に対する一般の見解を端的に示している。すべての立法が神判の禁止に貢献することになる。まずカノン法では、*Bernard de Parme* と *Hos-tiensis* が、神判禁止のあらゆる論拠を再び取り上げている。その中でも、神判によって無辜が処罰され、罪ある者が罰を免れている、という論拠が最も決定的であった。その注釈書において *Innocent IV* は、「神判」の項目については何も述べず、神判とは関係のない法文の一部を解説することで満足している。他のカノン法学者、理論家あるいは訴訟手続論の著者、とくに *Guillaume Durant* は、証明に関する論述においてこの証明方法について何も述べていない。この沈黙によって語るといふ方法は、ローマ法学者の做うところとなる。さらに、非学識法自体もこのような流れに従うことになり、*St. Louis* による裁判上の決闘に対する——当面は成功しないが、最終的には成功することになる——禁止措置が受け容れられる。一四世紀には、裁判上の決闘は慣習法域の世俗裁判所からも消滅する。

モリストがこのような結果を導いた思潮に貢献している。*St. Thomas d' Aquin* ⁽³⁷⁾ は、籤占いを迷信的であると批判した上で、裁判上の決闘をこれに比較するが、これに対する禁止は弱められている。なぜなら、絶対的に必要な場合には、力の等しい闘士の間で行われるという条件で、これを許しているように思われるからである。神判の場合は、「神による奇跡の現れ」(*miraculous effectus a Deo*) を期待せざるをえなくなるといふ理由から、*St. Thomas d' Aquin* はあらゆる場合において神判を禁止する。ここでも論述は簡潔であり、しかも、もっぱら神学のみを根拠としてなされている。彼の態度が比較的穩健であるのはこれによって説明される。いすさてせよ、彼と同時代の *Vincent de Beauvais* の態度は、このようなものではなかった。その「教理の鑑」(*Speculum Doctrinale*)⁽³⁹⁾ の四〇の章において、この法律家・哲学者は「神判」とりわけ決闘に対してあらゆる反論を展開してい

る。次に、神判を受ける者はお一般的なものであるこの慣習によって免責されるか、という問いを提起し、彼の見解によればそれは不可能であるという。この慣習はむしろ「類廃《corruptela》」であり、古い慣習であるということは罪を軽減するよりは、罪を大きなものにする。いかなる程度にせよ決闘に関与するすべての者は、すなわち、決闘人、裁判官、参審人、祝福を与える司祭は大罪を犯し、生ずる殺人に対して連帯して責任を負うのである。

このような規則が一旦立てられると、情況によって区別することははや不可能となるのであろうか？ なぜなら、ひとは往々にして真にやむをえざる情況に直面することがありうるからである。決闘を命じ、あるいは決闘を任意で引き受ける者は処罰されることはたしかである。しかし、慣習によれば、決闘を拒否する被告は絞首される危険を冒すことになるのである。民事事件については、当然、決闘よりも、いかなるものによせよ、物質的な損害の方を選択すべきである、と考えることができる。しかし、正当な所有者は侵入者を撃退するために、武器をもって財物を守る権利を有しているのであるから、緩やかな解釈によれば、この原則は緩和されることになる。いずれにせよ、聖職者は、神判を受けるよりはあらゆる犠牲を甘受しなければならぬ。しかし、俗人たる決闘人を自分の代わりに戦わせることができるのであろうか？ それによって罷免は回避されるであろうが、大罪は回避されないだろう。以上のように述べて、Vincent de Beauvais は結論として、これを知らない者に、彼らの救済に対する危険を知らしめるために、この点について絶えず説教を繰り返すことを要求している。

一四世紀、Pierre Jacobi d'Aurillac は、その実務書の長い部分を裁判上の決闘に費やしているが、「ロンバルディア法《Lombarda》」⁽⁴³⁾から引き出された、神判をめぐる権限、要件、適用範囲に関するあらゆる規則が詳細に論じられていることには、かなり驚かされる。しかし最後に、彼は次のようにいう。「さて、決闘の許容性や執行について以上述べたことはすべて、神を見ざる人間のいわば野蛮性と非人間性にはかならぬ」と私は主張する《Nunc dico quod quicquid dictum est supra, super duello admittendo vel faciendo, non est nisi quaedam crudelitas et inhumanitas hominum non habentium Deum prae oculis》。そして、その論拠が集められている。すなわち、それは本来の証明ではなく、それは「恐怖からの《metus causa》」⁽⁴⁴⁾。暴力という悪徳を伴う、刑事事件の証拠は昼間の光よりも明らかでなければならぬ、それはローマ法、カノン法、神法に反する。それは大罪となり、殺人の罪となる。訴訟において相手方が決闘を挑んだ場合はどうすべきか？ 神法、カノン法、ローマ法上正

当な拒否をもつて答へざるべきである。そして、「裁判官が叙上の決闘が許されるべきものと判決するならば、その魂は救われなかつた」といふ《index habebit infelicem animam si praedictam pugnam admittendam esse iudicet》⁽⁴⁶⁾「なやならんが」「うわは神」と福音書の法を指むるべき明らかりなき《Ius divinum seu Evangeliorum quodammodo videtur abnegare》⁽⁴⁷⁾「なひつゝある」と Pierre Jacobi d'Aurillac は最後に述べている。

学識法によるたこのような断罪は決定的な意味をもつこととなる。しかし、神判の痕跡は長い間残存した。一四世紀のはじめ頃、教会人によって編集された「ラヌス慣習法に関する実務の書《Liber practicus de consuetudine remensi》」はその序でさうして、証人を反駁するため、あるいは刑事事件にまつて推定を完全なまじめるための神判を許容するラヌス慣習法をこつて触れつつあるが、この方法の実例はこの著作のどこにも見出されなかつた。一四世紀終わりには、Balde が、その師 Nicolas de Matarrelli を引用してつゝ、裁判上の決闘を、すべからずの推定と同じまつた、死刑判決を基礎とすべきには不十分であるが、断手判決の理由とならざる「推定的証明《praesumptiva probatio》」と解することとなる。⁽⁴⁸⁾ ロンバルドの慣習法を引用する箇所が、彼の時代の法を指している可能性はほとんどない。実際、学識法をこつてつゝその精神にかくも相反する証明方法を許容することは、あるいはたんに黙認することさえも、不可能であつたのである。

注

- (一) 参事文庫より F. Patteta, *Le ordalie, studio di storia del diritto, etc.* (1890), p. 322-412. De Smedt, *Le duel judiciaire et l'Eglise* (1895). Esmein, *Les ordalles dans l'Eglise gallicane au IX^e s.* (1898). Declareuil, *Les preuves judiciaires dans le droit franc*, N. R. H. 1898 et 1899. R. Köstler, *Der Anteil des Christentums an den Ordallen*, Z. S. S. K. A. 1912 p. 208-48 (部分出でたキリスト教史類書 *Handbuch der Geschichte des Christentums*). G. Schreiber, Z. S. S. K. A. 1915, p. 460-83. V. surtout Grelewski, *La réaction contre les Ordalles en France depuis le IX^e s. jusqu'au Décret de Gratien* (Strasbourg, 1924) et P. Fournier, *Quelques observations sur l'histoire des ordalles au M. A.*, *Mel. Glotz* (1932), I, p. 367-76.

- (2) V. tous ces texts cités par De Smedt, Grelewski et P. Fournier, l. c.
- (3) De Neuning (770), de Dingolfingen (770), de Francfort (794), de Tribur (895), de Selingenstadt (1022), etc.
- (4) (De Smedt が引用する) ノンノノ修道院長とサン・ロンスタミンの聖職者との間の訴訟を参照。
- (5) 一〇四五年(ヤンヤードのサン・ヴァントレン修道院)。一〇八二年(ルーナン大司教)。一〇九〇—一一〇〇年(St. Pierre de Chartres (Cartul. II, p. 314)). V. P. Fournier.
- (6) Exegetica, quaestiones in epist. Pauli ad Hebr., qu. 65.
- (7) Decretum VIII. 187, X. 27, X. 15. Panormia X. 8. Tripartie, (f° 114 et 259).
- (8) Epist. 74 (Migne, Patrol. lat. 162).
- (9) Epist. 183, 205, 252, 280.
- (10) Epist. 205.
- (11) Epist. 168, 232, 247, 249.
- (12) Cf. 252 (「人の証言がすべてなく《omnino desunt humana testimonia》」. 168 (「この事件が裁判上の決闘なした終わらぬ限りはどなたもたまたまに《quia haec causa sine monomachia terminari poterat》」). 249 (「風聞が拡がり、段々おぼろげな心算や噂の良心を動揺せしむる《fama crebescit et foedus rumor infirmorum conscientias percudit》」).
- (13) Epist. 247 (Yves の死去は一一一六年頃である)。
- (14) Migne, Patrol. lat. 171 col. 207, epist. 1. 「緊急を要する事件の裁判に役立つ神判が無意味に行われている《frustra lex adducitur, quae ad urgentis causae decisionem minime suffragetur》」と云ふのがその理由である。すなわち、必要が法を作るのである(これは婚姻の完成の証明が問題であった)。
- (15) V. Grelewski, p. 89.
- (16) Histoire de sa vie (1053-1124), éd. Bourgin, p. 212.
- (17) V. Grelewski, p. 92.

- (18) Mansi, XXI, col. 237 et 843 (神の平和を破り、あるいは異端に陥ったことを正当化する場合)。
- (19) Migne, 157, col. 139-140.
- (20) C. 7 §1 (Alexandre II, cf. éd. Friedberg n. 81), c. 20 (Erienne V) et c. 22 (Nicolas I^{er}).
- (21) C. 23 à 26. この中のキヌトはそれ自体非常に曖昧であり、「雪室《purgatio》」一般あるいは「シヤと聖体拝領の執行による『浄化《purgatio》』という、証明として役立たないきわめて特殊な手続について言及しているのである。聖職者に推疑せざる手続について、v. Alger de Liège, *Liber de misericordia*, II cap. 61 (Migne 180).
- (22) C. 21 (Nombres c. 5) (女が埃のはいた水を飲み、司祭が水に呪いをかけると、女が病気となったため、その有罪が明らかになつた)。
- (23) Voir le c. 15 (Palea). Erienne de Tournai は、明白犯を否認する被告人に対して神判を命じている。「すなわち、明白犯または犯行を否認する者については『de manifestis sive scelus infitiantibus』」(c. 7)。
- (24) Sur 2 q. 5. この中の無世縁についての、v. E. Jacobi, *Z. S. S. K. A.* 1913, p. 323-24.
- (25) *Biblioth. Nat., Ms. lat.* 14606 f^o. 49 recto, col. 1 (「神判は、非自由民を、非自由民のやうに疑わしうと看做された者に対するのみ要求される。自由民に対しては雪室宣誓のみが要求される。これはマイヘンヌス決定およびトリブール公会議から知られる『vulgaris purgatio non est exigenda nisi a servili persona et ab eo qui tanquam servilis persona suspectus habebatur. Ab ingenuo autem non nisi canonica, et hoc habetur ex can. magotiensis et ex conc. triburiensis』」). Sicard de Crémone は、このトヴェンヌの集録《Collectio Lipsiensis》(この中の雪室やシヤ)、Raymond de Pennafort (神判と疑わしき者) についての、v. Patetta, I, c. p. 401.
- (26) X. 5. 14. 1.
- (27) X. 1. 20. 1.
- (28) X. 5. 34. 8 (1184-5).
- (29) X. 5. 35. 1 (1191-98) : v. n. 32 et 37.

- (11) X. 5. 14. 2.
- (12) X. 5. 35. 2 (1203). スホーニートおつて、窃盜によつて訴追された数人の俗人が裁判上の決闘に敗れ、教皇が彼らの処罰を裁可したが、後になつて盜まれた物が他の場所で発見された。教皇は有罪とされた者たちの地位を回復することを命じた。
- (13) C. 18: X. 3. 50. 9.
- (14) X. 5. 35. 3 (リマキニノの聖堂騎士団に關して)。
- (15) 5. 14 (決闘に關する戦ひ聖職者おつて《de clericis pugnantibus in duello》) et 5. 35 (雪冤宣誓おつて《de purgatione vulgaris》)。
- (16) Migne, 215, col. 1381.
- (17) V. St. Borgia, Memorie storiche della pontificia città de Benevento (1764), II, p. 413, 416, 425, 428 (cité par de Smedt). V. aussi n. 32.
- (18) リネラのテキストは、P. Fournier, I. c. p. 75 に引用されている(生来的非自由民身分の証明という困難なケースであつた)。—P. Fournier は、一七五四年の例を反対の意味で引用している。すなわち、シャルトル大聖堂参事会は類似の事件におつて教皇による禁止を逸脱したところなのであるが、テキストの意味は反対のようと思われる。解放非自由民が、「決闘の誓約をやるにたへ、あるいは提出するにたへ《absque hoc quod faciant seu prestant gadium duelli》」非自由身分を定める事件に關して大聖堂参事会におつて証言することを約束したのである(Cartulaire de N.-D. de Chartres, éd. de Lépinois et Merlet, CCCXIII, t. II, p. 155).
- (19) Glose X. 5. 34. 8 et 5. 35. 1.
- (20) Summa, de purgatione vulgaris, n° 2, et n° 3 (神判に基づく判決は無効とされなければならない。なぜなら、それはごちの法ごよつても維持せねならんからである)。
- (21) Summa theologica, II. II q. 95, art. 8, in fine.

- (42) VIII 101, 102, X, 29, 30.
- (43) Aurea practica, tit. XCVIII (決闘または闘争について《de duello seu pugna》).
- (44) Cf. Math. 4 「ユエハク悪魔が言ったまゝ、『主なる汝の神を試むべからず』とまた囁かれたり」と《Dixit enim Iesus Diabolo :scriptum est enim: Non tentabis Dominum Deum tuum》). (n° 51).
- (45) No 1. Consuetudo remensis quae pro iure servatur (すなわち「法と同調して殺せられざる」ということを意味する), §14 (「捕らえられた証人は決闘をしなければならぬ」と《testis levatus debet pugnam facere》), §40 (「決闘の誓約は《per vadium belli》」).
- (46) Sur C. 4, 19, 25, nos 18 à 25. 「ちがひ次のことが問題となる。死刑事件が決闘に付される場合はどう考えるべきか。決闘によって有罪を証明された者は死ぬべきか。Nicolas de Mareselli はこれについて次のようだという。証人によって有罪を証明された者は死ぬべきであるが、決闘は推定的な証明であるから、決闘によって有罪を証明された者に対しては死刑は科されず、手を切断される。このように刑は全体から部分へと減輕されるのである……これについては慣習法が遵守されるべきであると考える。なぜならば、ローマ法上、ある場合を除いて決闘による証明は禁止されているからである《Extra queritur: quid si causa capitalis committitur pugnae, numquid convictus per pugnam debet mori? Dicit hic Nic. de Mat. quod licet convictus per testes debet mori, tamen convicto per pugnam, quia est praesumptiva probatio, non infligitur mors, sed amputatur manus, et sic minoratur poena de toto ad partem…… Credo de hoc standum consuetudini. Nam iure civili per bellum probatio est interdicta, nisi in casu》」(1)の「ある誓約」というのが Inst. III, 1 §5 を指すか、当面的問題と全く関係がなう)。

結 論

さて、以上のような証明の分類から、歴史および論理上の深い意味を引き出し、その影響したところを明らかにしなければなら

ない。

学識法上の証明の序列は二つの特徴をもっている。一つはその形式である。証明は一定の数のカテゴリ、「程度」に分類されている。完全証明、半完全証明、公知性がそれである。例えば推定については、さらに下位的な分類もある。これは、スコラ学の体系的精神の帰結と見るべきである。スコラ学もしばしば同じような分類を生み出しているのである。この時代にはそのような名称がなかったものの、このような形で法定証拠主義へと向かったのは不幸なことであった。このような法制は好ましいものではない。確信は、得られるものであって、強いられるものではないからである。これによれば、裁判官はその良心に反して判決し、ときには、有罪であることを知っている者を、その者による証明が彼に有利な判決を強いるがゆえに無罪とせざるをえない。さらに、半証明の加算あるいは減算を行う場合はとりわけ、ことはきわめて複雑となり、これは偽瞞を助けることになる。こうして中世学識法は、四分の一証明、八分の一証明という、後代におけるこの法制の濫用を準備したのである。

しかし、称賛に値し、かつより重要な意味をもつのが序列の内容である。実際、証明はこれらのカテゴリによってどのように分類されたのであろうか？ 頂点に位置するのは、公知性、すなわち、とくに「持続的あるいは現在の事実の公知性」である。これは明証性による証明である。すべての人が見、そして、裁判官が身体的知覚によって認知する事実が問題となっているのである。Barthele¹、²、³、Balde⁴、⁵、Aristote⁶、⁷、⁸、Averroës⁹の哲学に従ってこの点を強調した。公知の事実の価値はすべて、感覚によって知覚されるということに由来し、何よりも感覚が信頼されるのは、それが確実に真理に到達することを可能ならしめるからである。

裁判官の面前においてなされたときに、従って、それ自体公知であり、感覚によって知覚されるときにはじめて証明力を全面的に發揮しうる自由——その大いなる価値はあらゆる法制によって認められている——を別とすれば、次に位置するのは証言である。実際は、これが最も一般的な証明であり、関連する諸著作の証明に関する部分の三分の二を占めている。ところで、証言には一つの条件が課される。証人は供述する事実を知っていなければならず、そのためには事実を目撃、あるいは一般的にいうならば、身体的感覚によって知覚していなければならないのである。確かめられていない噂を吹聴するにすぎない「伝聞証人」は排除される。その上、どのようにして知ったかが尋問されることによって、知識とその根拠が確認される。証人は感覚に基づいて供述しなければ

ばならない。その思想はつねに同一である。それは、真実を知るためには、見たこと、あるいは聞いたことが必要である、というものである。ただし、証言の価値は公知性のそれに劣っている。証言は反駁不可能なわけではない。これは、証人の知識は直接的であるが、裁判官の知識はもはや直接的ではないからである。証人は事実を目撃したが、裁判官は事実を仲介者を通して知るのである。この証明方法が相対的に劣るのはそのためである。⁽¹⁾

逆に、序列の底辺に位置するのは何か？ 感覚による事実の直接的または間接的認識に基づいていないあらゆる証明方法がそれである。すなわち、裁判官による推定。これは、推定が帰納的な推理にすぎないからである。風評。これは、噂に関して行われるきわめて劣った証明である。そして、宣誓。神判、これはたんなる籤引以上の価値をもたず、完全に禁止されている。結局、判決は真実の認識に基づかなければならず、真実は身対的知覚によって最もよく到達することができる⁽²⁾と考えられたのである。

ところで、証明のこの種の合理主義的な把握は、歴史的な観点から見れば、一級の重要性を有する出来事である。蛮俗法またはそれに起源する法において好まれた証明である宣誓と神判は非合理なものである。ここでは訴訟は、真実を発見し、説得することを目指す審問(instruction)ではない。おそらく最初は決闘だったのであり、後になって神への呼びかけとなった。そこでは、現世あるいは来世において真実を明らかにすることは神に委ねられ、裁判官は自ら真実を探知することはないのである。

しかも、求められた真実の種類はかなり特殊なものであった。いわば証明は総合的なものであり、事件を全体としてみた場合の正義、人の行いの正しさ(honneteté)が問題とされたのである。とくに共同宣誓者は事実——彼らはこれについて知識をもっていない——について供述するのではなく、人を擁護し、その側に立つのである。このような制度においては、事件をめぐるすべての事実を詳細に証明し、次いで確定された事実⁽³⁾に法規を適用するということは無意味である。ここでは、あらゆる推理、あらゆる証明が無用となる。二者択一、すなわち、原告が正しいか、誤っているか、が問題なのである。いずれにせよ、それは一気に明らかになるものとされる。訴訟の目的が何であっても、ことを明らかにする手段は同じであり、それは事実問題と法律問題を同時に解決することになる。

これとは逆に、学識法における証明は、合理的であるだけでなく、分析的である。法律問題と事実が区別され、事実については、そのすべてが——明示(démonstration)によって——証明されなければならないとされる。事実が確定すると、これに法が適用

される。このようにしてはじめて、法というものは重要性と意味を獲得するのである。事実、法が磨きをかけられるためには、事実と法という基本的な区別——これは、蛮俗法がほとんど行っていない区別である——を必要としたのである。「蛮族法においては」正当な権利があったとしても原告は、彼の事件を決闘の結果に委ねるか、あるいは、相手方の偽誓によって事件が解決されるのを座視するほかなかったのであるから、異なる証明制度において実現されたこれらの進歩も、「蛮族法にとっては」何の意味もなかったであろう。

従つて、ローマ法の証明制度の採用は眞の革命であり、法の新たな飛躍の出発点となった。以上では、この出来事を概観しようとしたのである。以下では、その影響をローマ法およびカノン法のみならず、フランス慣習法との関係においても、検討しなければならぬ。

学識法の証明制度が、最終的には、国王および領主裁判所に係属する訴訟について採用されたことはよく知られた事実である。しかし、この変化は短い間に行われたものではない。この変化を一步一步辿り、ローマ・カノン法思想の浸透を測定することは興味深いことと思われる。ここでも即座にいくつかの点を指摘することが可能である。まず第一に、一三世紀に何度もフランス語に翻訳され、きわめてしばしば利用された Azon や Tancrede のようなアルプスの彼方の法律助言者による種の著作が与えることになる影響。一三世紀の慣習法の著作家中、Pierre de Fontaines などの著作家は、もっぱらローマ法あるいは教令から翻訳された、挙証責任や国王、使徒の書簡の価値に関する長いパッセージをその著作の中に挿入しており、また、「裁判と訴訟の書 (Livre de Justice et de Pleu)」の著者などの他の著作家は八章を証明に割り当てているが、その六章はディゲスタの文字通りの翻訳である。後に、偽 Jean des Mares は、慣習法に固有の証明手段を付け加えることなく、Bernard de Pavie と Tancrede による証明のリストを再現することになる。

しかし、対立する潮流の中で、ときにはかなり曖昧ではあるが、学識法の影響が現れるのは、とりわけ細部においてである。《probatio plena》からの翻訳である《pleine preuve》とどう表現が Beaumanoir の著作の中に現れるが、そこには、消極的証明の禁止に関する長いパッセージもまた、学識法が行ったあらゆる区別とともに見出される。慣習法における証明の序列はローマ・カノン法手続におけるそれと同一化する傾向を示した。《noire》という語が「Beaumanoir の」「ボウエシユ慣習法書 (les

Coutumes de Beauvaisis)⁽⁸⁾」に繰り返して現れるが、同書はまた、「公知の事実による『par fet notoire』」⁽⁹⁾ 自由による、「明らかなる推定『apertes presomptions』」による⁽⁹⁾ および「裁判記録『recort de cour』」による証明⁽⁹⁾、すなわち、「事実、法律、および推定上の公知性」に当たる場合はすべて反証を排除する、と述べている。

同じく、Beauanoir は自由を証明の中でもよりよいものと看做している。封建法廷ではほとんど行われなくなっていた拷問が、それが事後においても維持されなかった場合は「強制による『fait par force』」自由に基づいて有罪とすることができないという不可欠の矯正策とともに、「一三世紀終わり頃学識法から借用されることになる。証言については、一三世紀に「一人の証言は証言がないに等しい『vox unius vox nullius』」と云う規則が、「想像と伝聞による『par cuidier et oir-dire』」証人の排除とともに、採用された。後者の点はきわめて大きな重要性をもっている。これは「事実に関する証人『testis de veritate』」と共同宣誓者の区別を確立するものであったからである。文書については、慣例集の中に、公文書の多くのカテゴリーが見出される。推定が再び登場し、多かれ少なかれ大きな価値を認められるが、直ちに四分類法が再現されたわけではない。雪冤宣誓は——自己のためにはこれを受け容れた——教会によって攻撃され、一三世紀には衰退し、もはや若干の地方においてあまり重大ではない犯罪の場合を除いて使用されなくなる。⁽¹⁵⁾ 裁判上の決闘を除いて、神判は一三世紀始め、あらゆる地方において消滅する。⁽¹⁶⁾ 裁判上の決闘のみが長い間存続するが、教会から示唆されて、St Louis が決闘を廃止するためにどのように努力したかはよく知られている。Beauanoir、いわんや彼の時代の慣習法がローマ・カノン法の諸規則を採用したとはいえないが、⁽¹⁷⁾ 以上挙げた例はローマ・カノン法の影響をはっきりと示している。

さらにもう一点を指摘しておかなければならない。通常考えられているところと異なり、「証人は文書に優る」という規則は慣習法起源ではない。Beauanoir もこの規則を挙げていない。むしろ、この規則は「四世紀 Jean Boutillier によって明瞭に定式化されている。と云うべし、この著作家はその「田園要説 (Somme rural)」⁽¹⁸⁾ を著すべし、Justinien の法典と Guillaume Durant からの頻繁な引用によってこの規則を基礎づけている。さらに、Jean Boutillier は「古文書」とくに地代を証明する古文書を例外としたが、ここでもまたローマの法文を引用している。⁽¹⁹⁾ そして、Loysel がこの規則を示す有名な公式を見出したのはこの著作においてであった可能性が大きい。⁽²⁰⁾

しかし、一五世紀、とりわけ一六世紀はこの公式を却け、「文書は証人に優る」という原則を提立したことはよく知られている。⁽²¹⁾ 証言に好意的な時代から書面の優越への変化は、おそらく、作成された文書の内容の確認を可能にする教育の拡大、公証人制度の組織化、とりわけ通商の著しい拡大⁽²²⁾によって説明される。以上の考察は、新たな問題、すなわち一六世紀以降における証明の序列の運命という問題の提起を促すが、それは、この研究の枠をはるかに超える仕事となるだろう。

注

(1) 書証については、問題は微妙である。書証は「死せる声による《voce motua》証言と性格づけられた。書証が原則として証人に相当することはこれによって説明される。しかし、抵触する場合は、書証は証人に劣る(証人は文書に優る)。証人が「生きた声で《voce viva》供述するところを見、その供述のしかたを評価して、尋問することができる」ということが理由とされた。文書についてはこのようなことは不可能である。自由の場合と同様、証言ととっても、裁判官の面前ということが決定的である。

(2) 国立図書館は二三世紀の Tancrede の翻訳を三種類所蔵する (Ms. lat. 1073, 1074 et 1075)。著者が参看したのは最後のものである (F^os 1-78)。それは「正規裁判手続論」からの(省略の多う)翻訳から成っている。原本とフランス語訳と間に見出しうる唯一の違いは用語法 Levens のものである。例えば、「半完全な証明」は「完全より低い証明」と (F^o 65 v^o col. 1)、「軽度の推定」は「軽微な推定」と (col. 2) 翻訳された。

(3) Ed. Marrier, p. 69 (原告が証明しないときは、被告は放免される) — p. 481 (八頁が「王侯および教皇の書簡」のため分割された)。これに対して、第二章は判決の非難 (Fausser) の方法について述べた。

(4) Ed. Rapetti, Livre VI, tit. X (任意の宣誓あるうは法律による宣誓あるうは要求による宣誓あるうは) (D. 12. 2)) — IX tit. XI (証明あるうは推定あるうは) (D. 22. 3)) — XIII (大書の作成あるうは) (D. 22. 4)) — XIV (証人の召喚と再召喚あるうは) (D. 22. 5)) — XVI (印章の証明あるうは) — Livre XVI, tit. III (翻譯あるうは) (D. 42. 2))。その他は同じく v. IX, tit. XV, et XXII, tit. XXXIII。

- (5) *Decisiones*, 158.
- (6) Ed. Salmon, n° 1202.
- (7) N° 1193 ㊦ 消極的事実が「何らかの積極的事実によって裏つけられる」場合には証明することが可能である(これは Hostiensis のところ「肯定を含む消極的証明」である)ところ。
- (8) N°s 1169—1197. 彼は少なくとも六名の証人の存在を要求する。すでに見たように、学識法の多くの著作家は、一〇名あるいは群衆とごく多数を要求する。この場合、群衆は少なくとも一〇名から成るが、それはここでも同じである。V. ロ. 1155 (証明—「事柄がそれ自体明らかであるためだけに証言が必要でない場合」)。
- (9) N° 1169.
- (10) N°s 247 et 1146. *De iudiciis* v. Chénon, Manuel I, p. 669-674.
- (11) Cf. *Anciens Usages d'Artois*, XLVII. 16
- (12) Beaumanoir, n° 1149. *Anc. Us. Artois*, L. 19, etc.
- (13) *Summa de legibus Normannie*, LXI. 1. Beaumanoir, 1234 (「なぜなら、証人がそれを知っていると述べるならば、尋問する者は、そのことをしつぱそれを知っているのか、を問ひ質すべきだからである」。これは教会裁判所における「いかんじ知ざるかの尋問」[*interrogatio quomodo scit*]である)。
- (14) Beaumanoir, 1156 et s.
- (15) 聖堂書籍のノン・イン・キヤー・ラン・ス・マン・トマ・ビ・生を残す。一二二〇年 Philippe III はサン・コーニャでいってこれを露出させた。V. Chénon, l. c.
- (16) *Summa de legibus Normannie*, LXXVI. 2 ㊦ 神判のくろく形式の語の言葉の (Olim)「*そのころの名ものはカトリック教会から消え去る*」[*Huiusmodi ab Ecclesia catholica sunt abscissa*]」を述べている。
- (17) とくべにエヘルサレム王国裁判書 (*Assises de Jerusalem*) を見よ。学識法の影響はほぼ皆無である。
- (18) Ed. Charondas, l. 106, p. 621 ㊦ 「証言が文書と相反するときは、生きた声か文書の価値に優ることを知るべきである

る」という。理由はカノン法学者のそれと同じである。すなわち、「証人は彼らの供述について判決を下す (tendent sentence de leur déposition) が、文書は理由を示さない」。P. 623 (「生きた証人」に言及する)。

(19) D. 22. 3. 1. census. 最終的な判断は「裁判官の裁量に委ねられるべきである」という。これは、ローマ法学者と
りわむ Balde が述べたところである。

(20) これは、その編集でかかる Loyseil [の「慣習法要綱」]にきつて、Boutillier の参照を求めつゝ Dupin の見解である。

(21) L'ordonnance de 1453, art. 17 が、公正証書を反駁する場合は偽造の訴追登録を行うことを義務づけている。民事的な方法は許されなご。L'ordonnance de Moulins (1566), art. 53 が、一六六七年条例 (tit. XX. 2) によつて確認されたところであるが、文書で「相反」かひこれを超える (contre et outre) 証明を禁止する。この点で閣下は Boiceau 及び Danty の注解を見よ。この新しい規則の起源はきつて Beaune, Dr. coutumier français, Les contrats, p. 42-46 が提起した主張は、テキストの誤った解釈にすぎない。

(22) V. par ex. les Decisiones Rotae Genuenssis (ed. 1582). 証明はほとんどの場合書面、すなわち、公文書 (公正証書) によりわら受領証、為替手形 (lettres de change) 等の私文書によりて行われた。Consulter aussi Salvioi, Storia della procedura, II, p. 439-443 (イタリヤ商業都市の都市法は書面に対して好意的である)。

(完)

正誤表

- 一一卷一零八頁四行目 Brachylogus, Petrus の著作 → 「綱要」(Brachylogus) 〃 Petrus の「ローマ法抄録」
- 一一卷一〇九頁一九行目 《Excedunt, coplent, mediant → 《Excedunt, complent, mediant
- 一一卷二・三合併号二七頁九行目 序列の外観 ↓ 序列の概観
- 一一卷二・三合併号六六頁六行目 aliquo corporis sensu percipitur → aliquo corporis sensu percipitur

一三卷一號一三五頁五行目
一三卷一號一三六頁二行目

reus obtineb t ↓ reus obtinebit
このような理解づけは ↓ このような理由づけは