

権威と「理性」と法(六)

——イギリス法における——

下山 英二

一 序論(三卷一号)

二 本論

第一章 「世俗的」権威と「理性」論

はしがき

第一節 教皇庁の権威と世俗的権力

序——聖俗二権威とその統合とウエイトの変化——世俗権力の独立と構成

第一款 教皇の裁治権

一 教会の法的権力

二 中世後期における教会の現世の「裁治権」の確立(三卷二号、四卷一号)

三 イギリスの特殊性(四卷二号、五卷一号及び本号)

四 聖俗裁判権競合の前提

第二款 世俗裁判権

第三款 教会世俗裁判権

第四款 聖俗裁判権の競合

第二節 教皇庁の「権威」からの解放と人間社会の自立的「権威」の抬頭

第三節 人間の「理性」論と「権威」の問題提起の過程

権威と「理性」と法(六)

第四節 聖俗裁判権の競合と補完—イギリス法

第二章 法と「理性」論—宗教改革前

第三章 「自然的理性」と「人為的理性」

三 むずびに代えて

(一) 刑事訴訟手続

(1) 序

そもそもイギリスにおいて、どれほど大陸の教会法と異なった刑事手続が施行されていたのかという点が本項の課題であるが、この時期のこの点に関する比較史的検討を加えうる程資料を持ち合わせているわけではない。原則的には、ローマ教皇庁への上訴システムにより統制されているので、基本的には、大した相違は生じえなかつたと思料する。ただ、先にも言及した如く、イギリスでは一部の高位聖職者を除いてはその知的水準はそう高いものではなかつたこと⁽¹⁾、また、イギリスが世俗法的次元ではヨーロッパ大陸の中でも慣習法的地域に属していたことを思い合せると、大陸の成文法地帯におけるが如く、ローマ法の法理を手続上借用するに積極的であつたかという疑問を抱かざるをえない。だが他面、先にも触れた如く、国王等は、教皇への上訴に備え、イタリアの法律家を弁護人として雇う慣行のあつたことを想起するならば、それほど実務上の格差が生じる余地もなかつたのではなかつたとも思料しうる。また司教区の司教がイギリス以外の司教の管区（例えばフランスの）に属している場合のあることも念頭におかねばなるまい⁽²⁾。そこで本項においては、とくに、イギリスの世俗裁判所の慣習を睨みながら、それと対照的な教会裁判所の刑事訴訟手続の特徴たる糾問主義の一つの要素をなす *compurgation* [雪冤宣誓補助]⁽³⁾と自白の点に重点をおいて瞥見しておきたい。それは

いうまでもなく、刑事訴訟手続において要をなすものは、その採証方式にあり、それをどう制度的に確立していくかということは、「権威」と「法」を繋ぐ重要な環をなす問題であるからである。ことにこの二つは一三世紀の教会裁判の過程で、訴訟手続の軸をなすものではあるが、そのどちらに重点をおくかによって、裁判ならびに法の在り方に大きな相違をもたらすものであったからでもある。しかし、その前に、一般的に神判(神明裁判 *ordeal*)の意義とその廃止の意義を検討しておくことが、よりここでの課題を明らかにする前提条件をなすものと思うので、その簡単な考察をその間に挟みたいと思う。

(1) しかし他方、次の如き指摘もある。トレヴェリアン『イギリス史』I、前掲、一五二頁。「しかし一二世紀に好まれた研究の主題は、旧ローマ皇の『市民法』と教会の法規であって、ともに概念を明確にする上に苦心している最中であった。」「これら二つのローマ系の『法』は、非常に異なるイングランドのコモン・ローをつくっていた人々にとって、法律の方法と学問の模範として役立った。」

「一一五〇年から一二五〇年まで、この『二つの法』が最もよく研究されていたポローニャの大学とパリの大学とは、海とアルプスを越えて、若いイングランドの書記生や法律家や大助祭たちを幾百名も引きつけた。彼らは同国人が不満を述べているごとく、イタリア化したイングランド人として、外国の悪徳とともに他国の法律の知識を十分身につけて帰国した。オックスフォードが大学になるとほとんど同時に、そこはローマ市民法と教会法の繁栄した諸学校を包含していた。」

一〇〇年間に幾百人という数字は、一体多いのか少ないのか判らないが、年にすれば数名に過ぎない。そこで、どのような影響を及ぼしたか、その影響の道筋はいかなるものかを検討せねば、この留学生の数で一般的に論じるわけにはいかないだろう。

なお、当時の法的技術の駆使に欠かせないラテン語文書の記述能力の低さについては、「(六)公書(人)(書記)制度と代書人」の項参照。

(2) Swanson, *op. cit.*, p. 7.

(3) *comurgation* の訳によく「雪冤宣誓」等の訳語が用いられているが(例えば、Robert Bartlett, *Trial by Fire and Water*, 1986. R・バートレット、『中世の神判—火審・水審・決闘—』、尚学社、一九九三年、竜崎喜助訳四一頁)、ここでは「雪冤宣誓補助」の訳にしておく。その適否は留保するとして、本人の問責を何人かのものが宣誓して冤ごうとする行為であるからである。see Black

Law D.; Shorter O. E. D. なお、拙稿、前掲四卷一七三頁以下参照。

またプラクネット、前掲上二〇五頁参照。ここでは、wager of lawを「宣誓雪冤」と訳し、compurgatorsを「宣誓補助者」と訳している。なお、田中英夫編、『英米法辞典』では、wager of lawをcompurgationと同じとして、「雪冤宣誓」の訳を付している。compurgationの説明としては、「訴訟当事者が宣誓し、これを定められた数のcompurgator（雪冤宣誓者）ないしoath-helper（宣誓補助者）が宣誓して支持することによって、その主張の正しさをないし無責任を証明するゲルマン古代からの証明方法。補助者の宣誓は当該事実の真实性を証明するものではなく、主たる宣誓者の宣誓を信じる旨を宣誓する点で、近代の証人と異なる。訴訟当事者が定められた人数の補助者を集めることができなかつたり、宣誓者が形式通りに宣誓しなかつた場合には、敗訴となる。イングランドではordeal（神判）battle（決闘）とならび古くから証明方法として用いられた。陪審が一般的証明方法として用いられたヘンリー二世期以後衰退し始めた。しかしその後も裁判所（とくに都市の裁判所）あるいはforms of actions（訴訟方式）によっては用いられ、一八三三年に廃止された。」とある。また高柳賢三編『英米法辞典』でもほぼ同じ説明があり、ただ「民事ではやや長く残存し、動産返還請求（debt）や金銭債務（debt）の訴訟に用いられた」という説明が加わる。ただ興味深いことは、増島六一郎『英法辞典』では、Compurgators: Oath-helpers: Juratores: Justificatores: sacramentalesを同視し、Compurgationについてはほぼ同様の説明をし、「善良誓言」と訳している点にある。

なおSODでは、compurgationにひいては a number of persons あるいは a number of compurgators による雪冤宣誓行為あるいは審判ならびに雪冤方式である点を摘示している。本稿では、一応compurgatorとco-helperを同類視し、「雪冤宣誓補助者」として訳しておく。しかし、ラテン語のpurgationeが英語でcompurgatorと訳されている例もあるので、仮訳ということにしておきたい。cf. Bracton, op. cit., vol. 3, Cap. 22, pp. 258-9.

(2) 神判の意義とその廃止の意義

そもそも大陸においては、フールニエの紹介の際に言及した如く、この期に刑事訴訟手続が弾劾主義から糾問主義に代わって行った「本款二(三)四参照」。しかしそこに至る間には、往々にして看過されがちな、採証方式における大きな変化があり、その意義について最近問題が提起されてきている。

ところで、カノンの雪冤宣誓については後述するとして、ここでは、その前提をなす神判「火審（trial by fire）等」

の教会による禁止が、まず、刑事手続において重要な意義をもつことを重視し、先に示唆した如く、その神判の意義とその廃止の意義に触れることから始めたい。⁽¹⁾

(a) 神判の意義

神判は、一部の歴史家によって主張されるが如く、ゲルマン部族の慣習に由来するものが承継されたものではなく、古くリオンの司教アゴバル（八四〇年頃没）の時代にこの方式の審理が始まり、⁽²⁾かつ、ローマの反対を押し切って、ことに地方において、この慣行は普及していった。しかしそれが流行する根拠としては、それ以前の雪冤宣誓の制度が偽証をはやらせ、そのため、宣誓に優るものとして神判が流行していったものといわれている。

しかも、神判は、その後の改革論者あるいは今日の立場からみれば、著しく不合理な裁決方式にみえるかもしれないが、それはそれなりに、当時の社会的支持を受けており、ことにその用法をみるとき、当時の状況のもとで証拠を集め切れず、不利な立場におかれた当事者にとって、最後の依拠すべき手段だったことも看過されるべきでないというのが、最近のバートレットの見解であり、そこに、当時のキリスト教によっても容認されていた所以であるという。⁽³⁾

(b) その廃止の意義

ところで、その後、大陸において、この神判の廃止について、都市コミュニティを除けば、指導権を握ったのは教会であった。そしてその指導の下に、神判に代わって、ここで問題になるカノンの雪冤宣誓方式が採択されるに至ったが、⁽⁴⁾この方式もまたその後のローマ法の研究と相俟って、糾問主義的手続が採択され代替され、次第にその採択の重要性が減じるが、そのような経過をたどるには長い期間を要した。⁽⁵⁾それはともかくとして、神判廃止の際、一つの標識となるものが、一二一五年の第四回ラテノウ公会議であり、ここで神判は正式に禁止されるに至ったのである。

しかし、従来の一二世紀の知的制度的変化に伴う聖職者の改革エリートによって廃止が推進されたという説に対して

は、一二世紀と一三世紀の間における変化をより一般的な観点から検討せねばならないというのが前述のバートレットの主張である。そして最近の論争が、神判を「人の有罪無罪について争うことのできない神の宣言であるのか」あるいはそれとは無関係の習俗に基づいたものなのかという議論に移行させる傾向に対して、彼は、「神判は一連の裁判手続の中の一つであり、相互に関連した制度の一部をなしていた」のであるという主張を展開し、従来⁽⁶⁾の全面的不合理説を批判している。私には、いまその点の評価を直ちに下すことはできないが、廃止された後に生じる糾問主義、ことに拷問と自白の問題を切り離して、単に神判のみの不合理性を評価し、すべて不合理なものであったとしてきた従来⁽⁷⁾の説に対して、バートレットの批判には一理あるようにも思われることのみを指摘しておきたい。この点、イギリス法における陪審制度が、反対に不当に過大評価されてくる裏返しの原因にもなってきたように思われる。問題は、その当時の具体的関連証拠を分析することによってのみ、その結論が引き出されねばならぬことは当然の理であるが、私には、その余裕がないので、その点の評価は歴史家、法制史家に委ねたい⁽⁸⁾。

もう一点留意しておきたいことは、バートレットが「一三〇〇年までは神判はキリスト教であることをやめた」が、それは「新しいキリスト教、すなわち裁判の目的のために規則正しく神に訴えることがなくなったり、あっても僅かな重要性しか持たない、中世後期および近代のキリスト教が出現した」ことも関係していると指摘している点である⁽⁹⁾。そのことは、裁判が、この時期に神の判断、すなわち、神の「権威」に全面的に依拠するのではなく、次第に技術性の強調がクローズアップし、人為的理性の介入してくる条件が成熟する傾向が生れてきたことを表現しているものと思料しているからである。

(1) Andrew McCall, *The Medieval Underworld*, 1979. アンデル・マッコール『中世の裏社会—その虚像と実像—』、鈴木利章・尾

崎秀夫訳、人文書院、一九九三年、七六頁以下。火審については七六一七頁に、水審については七七八頁に、また熱湯審については七六頁に、その実態が詳細に述べられている。

ただこれらの箇所では、神判をゲルマン部族の慣行として捉えているが、その起源、適用範囲等については、諸部族全般のものではなく、また、他に立証手段のない場合にはじめて、神判が用いられる傾向にあったようである。バートレット、前掲二二頁以下「第三章隆盛期における神判の働き」参照。

なお火審、水審の神明裁判が禁止されたのは、後述するように第四回ラテノウ公会議「一二一五年」（一八条）とされている。半田・今野、前掲四四一頁参照。

また、神判の内容については、多様性が示されている。バートレット、前掲二二頁以下参照。
（なお、糾問主義に代わることで、教会が異教徒の慣行ならびに論理を借用して、その教会権力の組織化をはかったことの意義については、それ自体として追及するに値する大きなテーマであるが、本稿では、後に簡単に私見を述べるに止めたい。）

(2) マッコール、前掲七五頁。キリスト教時代のゲルマン族においても、偽証への誘惑が顕著であったという。そこで、九世紀までに、多くの地域で、従来の雪冤宣誓に代って、事件の正否を「神の判断」に委ねるといふ、神明裁判という手段が人気を博してゆく。それは雪冤宣誓という証明方法の明白な欠陥が原因であったという。

尤も、バートレットは、「法律を超えて、実際の裁判の慣行まで調査することは極めて困難である。ある事件で神判が使用されたと言及している例は数多く存在する。しかし、記録された事件の数、例えば一世紀の記録数と二世紀のそれとの間の複雑な関係を判断する確実な方法はない」とも指摘していることは留意しておかねばなるまい。前掲九六頁。

しかし神判が普及した原因の一つとして、「証明手段として薄弱な宣誓に対して根強い不満があったことが挙げられる」といっている点は、なぜ以前の雪冤宣誓に代って神判が登場したかの基本的な要因と史料している。前掲七九頁。

なお神判の起源がゲルマン民族に帰するという説は、ドイツの現在の歴史家の間に根強く残っているとバートレットは指摘している。前掲二二三頁。かかる論争を取り扱ったものとして、バートレットは、Erlar, Der Ursprung; Mayer, Der Ursprung; Pappenheim, Uber die Anfangを参照せよという。前掲(註)第八章「再考」箇所の3参照。

(3) 神判の普及については、「一二世紀の貴族階級の暴力と無法に対し何らかの制限を課せようとした、かの有名な試みである『神の平和と休戦』運動ではっきりと現われた。神判は幾つかの理由で、『平和』運動のためのごく自然な道具であった。その運動の発生は司教と貴族たちの大集会に起源があったが、彼らは聖遺物に誓い、それは多くの点で一〇九三年のグニェズノの事件を想起させるものだったが、ここに聖と俗との制裁が融合し、神判の中にその合理的な実現を見たのだった。」(傍点筆者) という指摘もある。前掲八〇頁。

神判の合理性・非合理性について、バートレット、前掲二二七頁以下参照。神判が非合理的なものとする説にはブラックネット、カネヘムの説があったという（この点は後述。）しかし、バートレットはこれらの主張に対して批判的な立場をとった。神判が今日の眼から見れば、不合理なことは言を俟たない。だが、バートレットは、当時の状況の下で、立証方式の不完全さを考慮するとき、それをカバーし、被告が無実をほらす、最後に依拠しうる手段だったという意味で、合理性を含むものとみているようである。前掲二二七頁。

また、「現代の歴史家たちは、神判の合理性または不合理性を判断しようとしているが、自由主義的なキリスト教徒かそれとも無神論者であるかに応じて、違う結論に達している。」「無神論者は、神が神判でその裁きを顕現することはない、したがって神がそうすると信じていた中世の人々の考えは間違っていたと考えるだろう。」「しかしまた無神論者は、仮に人が正しく全知全能の生ける神を信じるならば、神が地球上の人間に恐らく神判を含めた様々な方法で、その意思を顕現することができると信じたとしても、それは極めて合理的であるという点も認めるだろう。」「かくて、無神論者にとって神判は、合理的ではあったが間違っていたのである。」「自由主義的なキリスト教徒は、中世の愚鈍でおせっかいな神に馴染めないか不満で、神判を非合理的なものとして放逐したい誘惑にかられるかも知れない。」「しかしそうすると、知的矛盾の危険をおかすことになる。」「中世の摂理主義は純血で首尾一貫しており、力強い神はその意志を知らしめたからだ。」「キリスト教徒に神判信仰を非合理的だとするレットル張りを可能にしたのは、すべて自由主義化と脱神話化の傾向という、前世紀におけるキリスト信仰の無力化だけなのである」と言っている。前掲二五〇頁。そこでバートレットの従来の説に対する批判点を紹介しておきたい。

まず、神判が古代ゲルマン族の慣習に起源をもつという従来の説に対して、その説は、通常の訴訟手続の適用が困難な事案について適用する証明方法で、それはフランク族に起源をもち、キリスト教およびキリスト教の王制と一緒にあってヨーロッパへ拡大し、そして一二世紀の知的、制度的変化に伴って、聖職者の改革派エリートによって廃止されたものと見ている。前掲二二二頁。「しかしこの歴史分析をする過程で必然的に、より一般的な、そしてより理論的な性質についての疑問が生じてくる」。そして、その疑問の一は、「神判を、中世初期の教会を汚した、基本的に異教徒的な慣習」と見ることがどれほど正しいかということである。その説では、「一二世紀と一二世紀の大改革運動によって初めて浄化された宗教としてのキリスト教の一般像」というものと一致しているという見解によるものであり、この説は「カトリックもプロテスタントの歴史家」も組みしているところのものであるという。前掲二二二頁以下。

さらにこの問題を複雑にしている要因として、「ドイツの歴史家たちが常に神判の異教徒の問題を、想像上のゲルマン的性格の慣習と密接に結びつけて見てきた点」にあったという。「実際ドイツの歴史家たちの間の、神判の起源が異教にあったかキリスト教にあったかの論争は、絶えずロマニストとゲルマニストという、より広い対立にまでもつれ込まれる傾向があった」と指摘する。しか

し、「ヨーロッパの異教徒が神判を採用したことを示す現存の証拠はない」とする。

また神判の慣習が多くの非キリスト教の人々の間で存在したという事実は、神判とキリスト教との間に必然的な、あるいは、不可避的な結びつきがないことを示しているという見解もある。前掲二三一一―二頁。だが「重要なことはある慣行または制度の由来を確定することではなく、それがあつた当時の生きた社会における機能と意義である。」「この観点からは、中世盛期の神判はキリスト教の制度だつた」(前掲二三二頁)とし、リーバーマンの要約を紹介する。すなわち、「神判は奇跡を行う神の力と意思に対する宗教的な信仰に依存し、教会の中で司祭の協力と司教の監督のもとで、挙証者および周囲の聖別という、肉体的、宗教的準備や聖体拝領・儀式的祈願・聖書引用という、儀式への挙証者の参加を含む、キリスト教の宣誓とミサの後に行われた」と(Liebermann, Feliz (ed.) *Gesetze der Angelsachsen*, vol. 2, p. 602)。前掲二三三―三四頁。

このように、神判をキリスト教的たらしめる諸条件がそこには入ってきているという。

「すでに論じたように、神判は宗教手続の一部としてヨーロッパを通じて広まり、とりわけ改宗法典であつたイネの法典または一二世紀のスカンジナビアの諸法典は、神判に重要な地位を与えている。」

「それにもかかわらず現代の歴史家たちは、神判があたかもその異教徒性を消し難いもので、前キリスト教時代からその長い歴史を通じて出生の疑惑をになつてきたかのように書き続け」ていると指摘する。前掲二三四頁。

そもそも「キリスト教の性格」について、それは「所与の何か、または基本的な何かではない。それは、各時代、各地域および各階級の中で形成され、決定され、維持され、挑戦され、戦われ、定義され、再定義されるべきものである」ことをバートレットは強調する。前掲二三五頁。

したがって、「一二世紀に聖職者の神判承認が撤回されたことは、神判がキリスト教のものではないと主張した改革者や批判者の勝利を示している」かに見えるが、「一〇五〇年から一二一五年にかけて長期におよぶ熱烈な論争過程は、キリスト教の定義に関する論争でもあつた」のである。前掲二三五―六頁。「異教徒の神判がキリスト教の神判になることが可能だつたのと全く同じく、その慣習がキリスト教であることをやめることも可能だつた。まさにこのことは、改革派の聖職者エリートが、神判がキリスト教のものでないと決断し、他の聖職者たちや世俗世界に対し彼らに同意するよう説得し強制した、一二世紀と一三世紀の時期に何が起きたかを説明するよい方法となろう。」しかし、「神判が基本的に異教徒のものかキリスト教徒のものか、それとも迷信的なものかを問うことは実り少ない。より重要なことは、異教徒の神判に起源があつたと思われる神判がどうしてキリスト教の神判になり、またどうしてキリスト教の神判が迷信的、非合理的な神判になつたのか、その変化の過程を追跡することである。」(傍点筆者)前掲二三六頁。「神判を異教徒のものとする傾向と、それを非合理的なものと指摘する習慣との間には、何らかの関連性がある。」「両者は批判者に対し、古くて信用できない慣習から距離を置かせるための決まり文句であり、また両者は、現代の批評家が一二世紀改革派の人た

ちを進歩的運動家の出現であると認めるような進化論的アプローチに好意的である。「神判を非合理的ないし迷信的なものとする非難には長い間の伝統があり、中世の批判者たち自身にさかのぼることができる。この非難は啓蒙主義の自信に満ちた発言で頂点に達した」(傍点筆者)。

そして今日の法制史家もまたその主張を承継しているという。バートレットは、まず、ロバートソンの「およそ人間理性の弱さに存在基盤を置く気まぐれで不合理的な制度のうち、これ(すなわち神判)はとりわけ、人の財産、評判、生命を左右する問題を、偶然、身体的強さ、住所などの決定に委ねる、極めて無茶で馬鹿げたもののように見える」という言葉を紹介する(William Robertson, *The History of the Reign of the Emperor Charles V.* [10th ed, 1802], vol. 1, p. 60) 前掲二二七頁。

そして引続き、プラクネット、ポールドウィンおよびカネヘムを批判する。すなわち、神判は、「非合理的なものと述べることができるだけである」とプラクネットは言い、「その衰退はより合理的な法律手続へという、一般的な文脈で見なければならぬ」とポールドウィンは警告し、さらにカネヘムは、「証明の歴史を、神判のような非合理的な証明の時代とそれに続く合理的な証明の時代」に分け、前者を非合理的な時代とする見方を承継していると批判している。前掲二二七頁。

そして、これらの説に対して、最近反動が生じ、「古い慣習ないし異国の慣習を容易に非合理的と決めつける」ことを問題にしているという。そしてかかる指摘は、「人類学者や社会科学者がいち早く明確に述べてきたものである。彼らは、『他者の心、他の文化、他の言語、他の理論的なスキームは』、『内部から理解されることを求めている』と示唆する。」「この同情的で相対主義的な立場は、本来的に非合理的だとする神判像を変えようと試みた、中世研究家のハイアズム博士やコールマン教授の仕事の背後にもある。」前掲二二七—八頁。

「神判はある面で異国の慣習や信仰についての異なったアプローチを検討するための、最良の問題点を提供している。」「もっともこの場合、信仰と慣習とは遠隔地または外国というよりはむしろ、我々自身のヨーロッパの伝統に起源を持ったものである。」「神判の合理性についての議論の一つの出発点は、『神判は有益な目的に役立ったか?』という問題である。というのは、もしそれが『機能していた』、すなわち、ある望ましい目標を達成していたとすれば、少なくともその習慣とそれを行使した者について、実践的な合理性を持った手段であったことを否定することは困難だからである」として、プラクネット等の説に対する疑問をバートレットは提起している。前掲二二八頁。

(4) プラクネット、前掲上二一〇頁。そもそも先に神判が正式に廃止になるのは第四回ラテノウ公會議以降であるといったが、それより先に、フランドル地方のイープル Ypres では、一一一六年にすでに神判および決闘裁判廃止の許可状を受け取っていた。イープルは都市コミュニティで、フランドル伯のポートワン七世が都市市民にこの神判免除の権利を与えたのである。尤もバートレットは、この場合には、おそらく雪冤宣誓者を集めることが出来ない悪評高い者であったらうという。それによって、その者は、神判さえも

受けるチャンスを失ったといっている。前掲八六頁。

- (5) cf. Blackstone, op. cit., vol. 4, p. 361. 二人の聖職者の陪審によるが、まず自身の無実の宣誓をする。次に、二人の雪冤宣誓補助者の宣誓がありうる。それから証人が宣誓に基づいて尋問される。最後に、陪審が宣誓にもとづいて評決を提示するという過程になるという。

ブラックストーンは、「前世紀初めに、博識の裁判官が、大きな怒りをもって、偽りの審判における偽証と偽証教唆の膨大な錯綜性について言及している」、「証人も雪冤宣誓補助も、陪審も、彼らすべてがその有責への加担者である」といっている。

- (6) バートレット、前掲一〇三頁。

- (7) バートレット、前掲一五四頁。「世俗の権威者は至るところで、神判に代る新たな方法を考え出さなければならなかった。糾問と拷問がそれだった」と。

- (8) なおイギリスについては、バートレット、前掲九六頁以下。「信頼できる統計の証拠がないので、統計外の証拠を注意深く解釈し調査することを基本に進めることができるだけである。」「神判消滅についての社会的な説明というこの考え方は、一二・一三世紀におけるイングランドの關係証拠を分析することによって結論が出てくる。」前掲九七頁。

バートレットは、この章（「神判の終焉と社会の変化」）の中で、「イギリスの例」として、神判の行われた事例を具体的に検証しようとしている。まず「一〇世紀にイングランドで火審と水審が行われた場所と一一世紀の場所を比較して、最も強い印象を受けるのは継続性という点である」という。その上で、「一〇世紀と一一世紀の最も顕著な違いは、刑事事件手続から宣誓が消えていることである。」「宣誓の唯一の役割は訴追者の責任遂行を保証することにあ」り、「証明は完全に糾問、神判または決闘」にあったという。「しかし、この変化は恐らくは神判の役割が相対的に変化したことによるものではなかったろう。神判は依然として、評判悪しき者に明確な証拠が欠如している時だけ用いられてい」たという。前掲九七―八頁。

「イングランドのアンジュー時代の国王の裁判では、かつて神判がイングランドの法の中で常に演じていた役割を果たし続けたようだ。」「有効な王権力の行使と神判使用との間に内部的な対立があったというよりは、神判は王の権力行使の手段とすることができたのである。」「神判を弱い中央の権威と結びつけることは誤りである。」「例えば封建主義のように、神判は政治的な地方分権と強力な王制の双方で両立することができた。メートランドのみならず権威者たちも、神判がジョン王の時代に『隆盛』であったと、進んで描こうとした。」(Pollock & Maitland, op. cit., vol. 2, p. 599.)

「かくて、証拠を比較検討すると、一二世紀の神判使用の衰退を根拠とする神判衰退説は完全に証拠に反している。キリスト教国の拡張、平和運動、異端者に対する運動が与えた刺激についてはすでに述べた。一二世紀の神判衰退を示すと解釈されてきた証拠は、単に従来からあった神判使用に対する制約を示しているに過ぎない。」「司法に慎重なイングランドにおいては、神判は強力な王朝と

共に栄えた。エルサレムからスコットランドにかけて、またポルトガルからノブゴロドにかけて、さらにリボニアの荒地やイタリアの大都市で、一二世紀は完全に神判時代の一部であった」という。前掲一〇四―五頁。

(9) バートレット、前掲二三六頁。なお一五四―五頁では、その廃棄のイデオロギー性を指摘している。すなわち、「神判は原始的、通俗的、または異教徒的なものではなかった。それは初めに高度にイデオロギー的なキリスト教王権の下で栄えた。世俗裁判の運営に司祭が関与することはそうした環境の一部だった。一二世紀を通じて司祭関与についての新たな考えが発展した時、結果として生じたものは世俗裁判の非聖化だった。疑しい事件で神判に依拠することもはや証拠獲得のための適切な解決策でないことは、ローマ・カトリック教会の意見の大勢によって決定された。これら聖職者の思想家や権威者たちは、新しい線引きを強く主張した。王や領主たちは神判を継続できればまことに都合良かったろう。一一・一二世紀に生じた多くの変化は、いずれも神判を不適切な証明とまではしなかった。多分民事事件は書面証拠によって決定できることが多少多かつたろうが、それだけのことである。神判が意図した目的は、他のどんな種類の証拠でも証明できない状況下で、裁判の決定を保障するものだった。神判廃止後には、これの代わりになるような方法が工夫されなければならなかった。」「キリスト教の、そして国王の火審、水審は、キリスト教徒の王たちの影響のもとに、キリスト教国に広まった。それは西暦八〇〇年から一二〇〇年の時代において、狭い領域ではあったが重要な役割を持っていた。しかし極めてイデオロギー的な理由で一二一五年に廃棄された」のであるとする。

(3) その後の審判手続―弾劾主義と糾問主義

ところでこの点に関し、前述の如く、大陸においては、教会裁判手続の影響をうけ、世俗法の刑事訴訟手続においても糾問主義が採択されていたのと対照的に、イギリスの世俗法では、教会裁判所の人的管轄の制約という要素との関わりで、弾劾主義が残存することになり、その弾劾主義の立場でそれを改善する道筋をとった。それは、しばしば言及したところであるが、しかし、この弾劾主義が陪審制と結び付き、イギリス法の特色を形成してくることは事実であるが、それがゲルマン的要素の残存であるとか、イギリス法のローマ法の継受を阻止した要因であるということには、些か論理の飛躍があるように思われるので、ここで一言付言しておきたい。

なるほど、イギリスにおいては、クラレンドン条令（一一六六年）以降、事件に関する事実を知っていることについて宣誓し、被疑者を法廷に訴えるため、一定数の、それぞれの地域の証人を審理者名簿に書き記すという古い習慣をますます利用するようになったが、それが直ちに「陪審」制に移行する過程を示すものであるということについては、どのような記録も存在しないといわれている⁽¹⁾。しかし、南ヨーロッパにおけるが如く、ローマ法研究の浸透の影響を受け、主要当事者や証人から、証言を引き出す方式が雪冤宣誓によって代わったのと異なり、北ヨーロッパではその方式はなかなか浸透しなかったということも事実であるといわれている⁽²⁾。

だが他方、イギリスでも、先に触れた第四回ラテノウ公会議により、聖職者に神判への関わりを禁止したことの結果として、犯罪容疑者を審理する方式を新たに発見する必要性に迫られていた。そこで、ヘンリー三世の一二一九年の時に、世俗の巡察裁判官に対して一時的性質のものではあるが一つの指令が出された⁽³⁾。

この指令は、審理になんら基準を与えるものではなく、教会が神判という、それまで唯一の合理的な審理方法と考えてきたものを廃止したことの結果として生まれたものに過ぎず、事実上は運用不能の妥協のために出された指令に過ぎなかったといわれている⁽⁴⁾。そしてその結果、イギリスでは、世俗の裁判官自身が広汎な裁量を持ち、自己が適当と思う審理方法を取らざるをえなくなったという事態が生じてきたし、ここに世俗裁判所では、聖職者である裁判官の下での審理過程であっても、やがて別の契機が加わることによって、陪審制度への道が開けてくることになったもので、決して過去の慣習の継続として陪審制度がその後の審理過程を支配したのではないという説が有力に存在してくるようになる。しかし、この点は世俗裁判権を考察する過程で、再び取り上げたい。

では一体教会裁判における刑事手続の糾問主義的審理は、イギリスではどのように展開していったのであろうか。そこでここでは先にも断わった如く雪冤宣誓補助 *compurgation* を中心に考察して見たい。尤も、とりあえず、イギリス

の刑事手続に関する特殊性の探索から始めるのが便宜かと思われる。

ただし、先にも言及した如く、大陸では、「異端」問題が、刑事法一般、そして糾問主義の審理手続に与えた影響が大であったが、イギリスではあまり大きくならなかったという推定に立っているが、この異端審問が法的次元の諸手続にいかなる影響を及ぼしたかを全面的に探索する能力は、今の私にはない。ただ一言その点に関する私の問題意識を述べれば、一二世紀後半において、ロンバルディア、南フランスを中心にヨーロッパに普及したカタリ派等の発展が、イギリスでは例外的であり、また異端審問が一二—三世紀に大陸ほどでなかったという点は、大衆の宗教意識の問題にも関わり、社会的次元における魂の審判の問題がこの問題に広汎に絡まっているという推定をしておき、その点の影響も無視しえないのではないかと考えている。そしてまたここに一つイギリスと大陸の格差が生じてきた契機があったのではないかという意識をもっていることだけは付言しておきたい。⁽⁵⁾

そもそも審理をどのような根拠で、どのように行うかは、法制度を評価する場合の一つの基本問題である。それも今日の如く、一応「法」が一定の客観性をもって、具体的事案を律するというフィクションに基づくシステムが確立している場合の手続の類型論ではなく、カオスの状態から法制度そのものが自己存立性を獲得して行く過程では、いかなる方式で裁判するかは、一定の社会組織論に関わる重大な問題を含んでいたものと考えねばならない。

例えば、今日、訴訟手続が当事者主義、職権調査主義、職権探知主義として分類され、技術的差異の問題に還元して考えられがちであるが、その基底には、裁判官という「人」がどう真実を発見しうるかという、司法制度の基本に関わる問題が横たわっている。⁽⁶⁾ しかも、イギリスで今日の手続法の問題を論じる多くのものは、一九世紀初期のジェレミイ・ベンタムに言及することから始め、⁽⁷⁾ また、イギリスのコモン・ロウが対審構造をとる当事者主義を採択していることを前提としているが、しかし、今日では、この主義による手続的公正さというものに疑問が差し挟まれたし、一体そ

れがイギリス法の優れた特徴と言いつるのかという問題さえ提起されてきていることもまた考慮せねばなるまい。⁽⁸⁾ 他方、イギリス法において、衡平法を中心に職権調査主義が、またさらに、現代における行政法分野における審問 iniquity 制度の利用が採択されてきており、必ずしも当事者主義が至上性を有しているわけではない。そこから遡って、当事者主義の前身たる弾劾主義が何故イギリスで採択され、対照的に大陸では糾問主義へ移行したのかということは、現代の問題を包括的に理解しようとする場合にも、無関係ではいられぬ問題になっていることを考えると、この手続問題は単なる訴訟法の技術的な要素のみに着目すべきではなく、その基底にある法が制度的定着性をもつための重要な制度形成条件に關つていた点を看過してはならぬと思料している。しかしこの弾劾主義と糾問主義の制度的意義の問題もまた改めて考察してみたいと思つている。「本節第二款二(二)「カノン法の訴訟法への影響」。

そこで、この問題意識をもちながら、当時の教会裁判所におけるイギリスの特殊性を瞥見してみることにする。

まずこの当時においては、眞実発見を「神」から託されたものと觀念していた以上、その場合の「証(アカシ)」が、その文脈でいかに得られるかといった点に一切は係つていたと言つても過言ではない。

そこで刑事違反に關する審判手続に關しても、問題は結局その証拠法が中心問題になつてこざるをえない。いまそれを基にして手続のタイプを大きく分ければ、前述のフルニエの紹介の際に触れた如く、(a)糾問手続、(b)弾劾手続、(c) Denunciation (告発)⁽⁹⁾ に分類されてくる。

(a) 糾問手続

そもそもこの手続は、判事が弾劾者になっている。すなわち、判事の個人的知識にもとづいて手続を進めるか、「悪評 common (public) fame」に基づいて手続を進める。概して、下役人 apparitor かその他の役人が情報を与え、しかも現実の多くの事案では、腐敗行為を伴いながら、彼らの権限は行使されたといわれている。⁽¹⁰⁾

もつとも糾問手続については、すでに詳しく言及したので「前掲四卷一号四〇頁以下」、ここでは、この手続が、とくに巡察と関係のある点に重点をおきたい。それは前記箇所では殆ど言及されなかった点でもあり、糾問手続の一つである「審問」制度の発展に関係があるからである。

まずイギリスにおけるオフィス事案、すなわち、職権で事案を提起して行く場合は、二つの道筋によって行われえたであろうといわれている⁽¹¹⁾。

まずその一つは、大助祭以上の、主要な教会裁判所の管轄権の保持者の通常の機能から生じるものであり、その機能の中には、巡察が含まれていた。この巡察はそもそも教区の事情を明らかにするための審問として行われたものであった。これは、世俗の「一般巡察 general eye」に比敵するものであったといわれている。ただ、大助祭の巡察については、現在殆どその証拠は残存していないという⁽¹²⁾。

これに対し司教の巡察記録は多くはないが残存している。さらに宗教施設への巡察は比較的豊富であるという。しかし、教区の巡察の記録の欠如があったとしても、それは決して巡察そのものの欠如を意味するものではなかったこともまた当然である。

ところで、本項に関わりある点として、巡察の手続には、捜査審問 searching enquiry が含まれていた点を挙げうる⁽¹³⁾。そこで問題は、その場合に、証言をどのようにしてえたかということになる。なおここに当時の状況と絡んで、糾問主義が、拷問による自白と結合してくる点をとくに重視せねばならぬが、その点は後述する⁽¹⁴⁾。

(b) 弾劾手続

これに対し弾劾手続は、「判事の職務を推進する」といわれるある個人の弾劾 accusation に基づいて進められる。この重要な点は既に紹介した⁽¹⁵⁾。

一五世紀までに、靈的裁判所における刑事訴訟では、前述の裁判所自身によるイニシアティブでの審問が通常の出発点となっていた。したがって、大陸ではこの弾劾手続は副次的なものになっていた。

この手続では、まず被疑者が、その問責の通知を受けねばならなかったし、喚問されるべき証人について知らされねばならなかった。そして、一度審理が開始された場合は、教会裁判所の刑事訴訟の審理は殆ど民事訴訟の場合と異ならぬ方式で進められたといわれている。⁽¹⁶⁾

(しかし、ここでこの手続の変形として世俗の場合には、決闘裁判が存在することは忘却できない。⁽¹⁷⁾ それは、決闘裁判というものは神判と異なり、ゲルマン部族の慣習に起源をもち、神判禁止後も使用されていたからである。しかし、教会では、イノケンティウス三世が一二一六年、聖職者で「自ら決闘すること」を強制する者は破門されるとした。但し世俗裁判ではその後も使用されていた。なおこの点は第二款「世俗裁判権」の項に譲る。)

(c) Denunciation (告発)⁽¹⁸⁾ によって進められる手続

この場合に、情報提供者は弾劾者でもなければ、また弾劾者に付せられる条件に服することもない。⁽¹⁹⁾ この点の主要なものは既に述べたところに委ねるとして、ここでは補充的に触れるに止めたい。

まず第一に指摘しておきたいことは、ホールズワースは、この手続を、矯正的管轄権に属する道德律違反の項目のものとして言及している。⁽²⁰⁾ 記録によれば、四分の三は、聖なる日にチップをしたり、安息日を破ったり、聖人の日を遵守しなかったりしたことであるといわれている。⁽²¹⁾

この手続は、すでに九世紀に、弾劾者なしでも、顕著な犯罪については教会は認めていた。⁽²²⁾ そして教会裁判所は、矯正裁判所の管轄として、信仰違反 *fidei laesio* の認められるすべての事案に対する審理を主張していた。もしこの管轄が拡大されていたならば、契約に対する管轄も与えられていたかも知れないが、ヘンリー二世以来、世俗裁判所は教会

裁判所がかかる種の管轄を行使することを試みても禁止したし、その種の争いについては世俗裁判所が勝利したとホルズワースは指摘している。⁽²³⁾

しかし、この手続は、それ自体欠陥が多かったとホールズワースは指摘している。その最たるものが、「顕著 notoriety」という要件を証明することの困難さであった。⁽²⁴⁾そこで、教皇イノケンティウス三世の時裁判官以外のいかなる者も公的訴追権を持たぬという原則が導入され、それ以来裁判官自身の訴追方式が次第に重要になり、この方式は衰退していったといわれている。⁽²⁵⁾

(1) マッコール、前掲九一頁。

(2) マッコール、前掲八九頁以下参照。「教会法をモデルにし、教会法を手助けする民法（注、市民法）それ自体の研究により、西ヨーロッパの世俗法学者は、漸次、むしろ人間の判断や人間の証言に依存することにより、神の裁定に委ねることを同じく避ける裁判の形式の発展に成功したのである。この人間による判断や証言も免責宣誓者として、友人や共犯者の大軍を集め宣誓させる方法ではなく、証拠をあげる生身の人間のものであったのである。」前掲九〇頁（傍点筆者）。「南ヨーロッパにおいても、またフランスにおいても、一三世紀初期においては、アルビョア異端に対し、教会と王権とが緊密に協力しなければならず、この協力関係が、国王裁判制度のその後の発展に深甚な影響を与えたのである。たとえば新しい審理の方法が、時には抵抗もあったが、つねに審理手続の方法を地域地域の事情に合うようにしたり、それがうまくできる時には、古い裁判制度に替えて、この審問の方法を入れ込んだりした。その結果とにかくも、共同体のあらゆる部分ぜんぶとまではいかなくとも、ほぼ一般的に、古い裁判制度という迷いから解放されたのである。」

「しかし北ヨーロッパにおいては、この置き換えの過程はもっと複雑であった。ここではまだ慣習法が支配的であったので、ローマの制度に基づいた審理中心の方式の採用を拒むだけではなく、どのような新しい法手続であろうとも、それはそれ以前のものから発展してきたか、すくなくとも発展してきたように見えることが必要であった。」前掲九〇頁（傍点筆者）。

「それゆえ南ヨーロッパとフランス以外で、新しい裁判制度が創り出されたところでは——神明裁判が廃止された空間を埋めるために創り出されたのであるが——一般的にいえば、一連の力点の移動によって実現され、今日のわれわれにとっては、そのプロセス

はなかなか感知できないものである。(例、イングランド)。」前掲九〇—一頁。

この点、大陸では、前述のごとく、「人間」によると判断と証言による裁判形式を發展させてきたということになる。

尤も、かかる「審問」方式が直ちに「人間的」な手続になりえたか否かはなお検討の余地があるにしても、神判の廃止の場合に指摘したのと同様に、そこへの媒介環になっていたのではないかという仮説は立てうるし、検証してみるに値するものと考えている。

(3) プラックネット、前掲二一一—二頁。第四回ラテノウ公会議については、すでにしばしば言及してきた。この会議で、教皇の位置が確立し、中世教皇権の隆盛を迎えることになった。キリスト教大事典、前掲一一一八頁。

なお、職権糾問手続の法典化は、第四回ラテノウ公会議であるが、その点については、拙稿、前掲四卷一号四〇頁参照。

また第四回ラテノウ公会議には、多数のイギリス人司祭も出席し、その結果新しい熱意と精力に満ちあふれて帰国し、それぞれの司教区で司教区会議を開催し、一連の改革教令を採択したといわれている。ムアマン、前掲一二五頁。もっともその中で、この手続的改革がどこまで重い比重を占めていたかは詳らかではない。

(4) プラックネット、前掲上二一二頁。

(5) マッコール、前掲八九頁。アレキサンデル二世が一〇七〇年に、聖職者に神判の使用を禁止したとき、改良された雪冤宣誓の制度を応用し拡大しようと教皇庁は試みた。そして、ローマ法にだんだん親しんでいくうちに、教会法学者たちは、ますます雪冤宣誓を放棄するようになっていた。さらに重大な犯罪に対しては「審問(糾問) inquisitio」という方式を採用するようになったという。

またギョヴェンダ、前掲一二七頁参照。フランス民事訴訟法のローマ化について決定的時期を一四世紀とし、その中で、この審問は身分訴訟に似た手続から發展したものであるという指摘がなされている。

なおこの審問という方式を採用することにより、一連の審理、反対尋問、再尋問を通じて、主要当事者や証人から証拠が引き出されたのである。

但し、プラックネットの記述では、一〇七〇年の禁止について触れていない。だが第四回ラテノウ公会議で、聖職者が一切の宗教的儀式を神判に関し取り行うことを禁止したことを契機として正規の審理方法としての神判は廃止されたという。前掲上二一一頁。

なお職権主義的性格をもつ審問と、情報提供という形でも民衆の刑事手続への参加の問題の対比は、今日でもいろいろと論議されるべき点を包含しているが、その端緒の一つがこの時点にあるかどうかという点に触れておきたい。Pollock & Maitland, op. cit., vol. 2, p. 662. 「刑事情報提供 criminal information」。ポロック・メイトランドは、この期の事例として、国王は、容疑者に対する起訴がないのに、審判にかけられるか? という設問に関連した点に言及している。この点についての明らかな証拠はエドワード一世による例がある。すなわち、叛逆罪あるいは重罪の場合、国王のサージェントによって弾劾された事例を見出す。しかし、その事例の多くは、考察対象時期よりも後に見出す。「刑事情報提供」の起源は熱い論議の対象ではあるが、この時期には殆ど見

出しえないだろうといっている。

(6) Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. 2, p. 670 et seq. 裁判官の機能についてポロック・メイトランドは、いろいろの時代とシステムを通じて二つの極があるように思われ、その間を浮動してきたといっている。すなわち、

① 第一の極は、科学者の行為をモデルとするものである。すなわち、実験室での研究をし、問題の解決と真実の発見のためにすべての該当方法を用いるようなものである。

② 第二は、イギリスのゲームのアンパイアのそれである。それは、両サイドの権力のための試金石を見つけ出すためのものではなく、ゲームのルールが守られるかどうかを見るだけである。

ところで、イギリスの中世の手続は、これらの第二に向って強く傾斜している。そしてそれが、イギリスの訴答のルールを發展させたという。 *op. cit.*, vol. 2, p. 670-1.

尤もブラックストンの時代には、裁判官はしばしば容認させたり、訴えを省略させることを望んで質問した。そしてその答えは記録され、判決は明白はそれに基づいてなされた。

しかし、この段階では、裁判官は、自己に一定の「衡平」権を付与されていると受取り、しかも、混み入った特別訴答のゲームは未だ様式化されていなかったという。

また、刑事訴訟の場合には、国王が訴追する場合でさえ、イギリスの裁判官は、出来る限り、糾問者というよりも、アンパイアとして振舞ったという。さらに、いかなる法の準則も、彼が囚人に対し質問することを阻止しえなかったし、またおそらく、随時質問していたであろうという。だが一般的には、彼は、出来る限り責任を陪審員あるいは決闘裁判に委ねる傾向にあったとしている。

op. cit., vol. 2, p. 671.

(7) *cf. ed. D. J. Galligan, Procedure, 1992, p. XI [Introduction]; G. Postema, Benten and Common Law Tradition, 1986, pp. 341-57. [10 The as Peterfamilias].* ベンタムの手続法論は、手続法を単純化し、手続法による技術性によって、実体的判断を阻害しないようにするもので、手続法を adjective law と位置づけ、その裁決のモデルを家庭的モデル domestic model に求めるものであった。これを「自然的手続 natural procedure」と捉えている。 Postema, *op. cit.*, p. 414.

したがって、近代法の実体法主義の完成には、イギリスでは一九世紀まで待たねばならなかったし、その間実に数世紀を経過しなければならなかった。特に、刑事手続に関しては、一六世紀に、大陸からの影響を受け、またそれを一七世紀に改革することが提起され、その後紆余曲折を経て近代的手続に到達したことは著名なことがらである。 *cf. Holdsworth, op. cit.*, vol. 9, p. 223 et seq. なお、 *cf. vol. 5, p. 188 et seq.*

(8) 例えは、 Michael Bayles, Principles for Legal Procedure, in "Procedure" ed by D. J. Galligan, *op. cit.*, p. 3 et seq.

なお、手続的な正義を欠くということが如何なる意味をもつかは、わが国ではやっと最近になって論議されてきた問題であり、その法的正義と社会的正義への係わり、それらの間での区別の問題に至っては、いまなお殆ど無視されてきている状態である。イギリスの自然的正義の原則に関わるわが国の理解のなさに、それは端的に現われているといつてよいだろう。

(9) denunciation という概念は、ローマ市民法では、訴追の義務を負う公的役人に、個人が情報を提供する行為であるが、教会法では、弾劾者でないものによって、教会裁判所へ情報を提供することをいう。なお、denuntiatio は、古いイギリス法において、公示あるいは召喚 public notice or summons を意味したという。Black L. D.

(10) Holdsworth, op. cit., vol. 1, p. 619. 小山貞夫、「陪審制と職権的糾問主義への史的発展」(『法と法過程』所収)、同書評、深尾裕造、法制史研究三八巻三六五頁以下参照。

糾問主義の法典化は、第四次ラテノウ公会議であることは、すでに拙稿、前掲四巻一号四〇頁。埴浩「フランス法史上の権力と刑事法」、(『フランス・ドイツ刑事法史』所収)、前掲四二頁。「二三世紀以後の慣習法書に出てくる糾問手続は、すでに教会法がイノケンティウス三世のもとで一二世紀末に着手し一二一五年の第四次ラテラン会議で整理・確立しおえた糾問手続などの影響を多分にうけている」という。

(11) 手続について、see Swanson, op. cit., p. 163 et seq. スワンソンは、手続について、オフィス事案とインスタンス事案に区別されるが、この区別は、厳格には保持しえなかったという。それは、同一タイプの事案がいずれの項目の下でも生じ得たからであるし、それは「準備手続」に依存するところから生じてきたという。但し、オフィス事案とインスタンス事案については、拙稿、前掲四巻一号一一頁すでに言及している。

オフィス事案は、職権的訴追事案であり、インスタンス事案は、求めに応じて審理される事案である。

この両者の区分線が明確でなかったということは、それだけ、今日の如く、裁判官を羈束する裁判規範的性格の法観念が未発達であったことを示すものといえる。しかし、次第にオフィス事案は刑事裁判、インスタンス事案は民事裁判が主となってくる。

ヘルムホルツは、いくつかのオフィス事案を取扱っているが、興味ある事案と思われるものに、高利貸事案への言及を挙げている。今日の眼から見れば、行政法規の実効性を担保する手段としての罰則適用の問題に相当するものと思われるが、興味深いので紹介することにす。まず、高利貸事案の大多数はオフィス事案として提起される。インスタンス事案と異なつて、教会の公法を擁護するために裁判所自身の名で提起される。かかる事案では、もし被疑者が、高利貸の問責を否認するならば、彼は自身が無実であるという正式の宣誓をすると共に、彼を知り、良心的に彼の宣誓を信じるということを宣誓しうる宣誓補助者、すなわち、雪冤宣誓補助者を見い出すことが求められるといった具合に進められる。Helmholz, op. cit., [Canon, Law], p. 335. (雪冤宣誓補助者については、後述本文(5)「雪冤宣誓補助」の項参照。)

ただ、かかる高利貸事案では、教会は、高利貸事案の捜査に即応しうる機能的な、そして糾問主義的ビュロークラシーを欠くため、多くを地方的または私的なイニシアティブに依存せざるをえない。すなわち、公的に主唱された調査よりも教区の教会委員 churchwarden あるいはその他の指名された「探索者 questmen」による告発 presentation が容疑の高利貸者を裁判所の下に連行する。通常、教区教会の代表者による違反の地方的告発があつてオフィス事案は生じてくる。これらの代表者あるいは探索者は、地方の教会義務を遂行するとともに、(より小規模だが) 世俗の刑事実務における大陪審の奉仕と同様の機能を果たした。彼らは、世間で評判になつている高利貸の存在を含め、教区の悪いことを報告するよう指名されたものである。これらの素人による告発はオフィス事案の主たる源になつていた。op. cit., p. 337.

但し、世間で評判になつていくことは、必ずしも業として行つていくことを意味しない。

高利貸事案は、イギリスの教会裁判所での日常的な業務内のもものになつていたが、しかし、けつしてその大部分を占めるものではなかつたといわれている。

なおこれらの事案は、略式的に summarily 行われ、通常一ないし二の開廷期において処理された。op. cit., pp. 326-7.

また、Helmholz, op. cit., [Roman Canon, Law], p. 50. では、後のエリザベス治世時代における、手続の改善とその管轄の範囲の拡大について触れているが、そこで、それまでの大陸の経験の影響を基にしている点を指摘している。したがつて、宗教改革後、イギリス教会裁判所は、なお紆余曲折的に大陸のそれと係わつてくることを知る。さらにオフィス事案の訴訟手続の発展については一〇四頁以下で取り扱つてゐる。

(12) Swanson, op. cit., p. 164.

(13) Swanson, op. cit., p. 165.

なお、糾問と審問については、まず、マグナ・カルタの解説をしたマクニ、『マグナ・カルタ』八八—九頁 (William Sharp McKeechie, Magna Carta-A Commentary on the Great Charter of King John with an Historical Introduction, 2nd ed. 1914. 兎氏好文訳、ミネルヴァ書房、一九九三年) を注目したい。

「ノルマン人は二つの新制度を作つた。」「即ち、彼らは、決闘裁判と『事実審問』(inquisitio) を導入した。ノルマン諸公の大権のうちに、この(事実審問の) 権利、即ち、どこかの地域の信頼できる人びと——その目的のために特に選ばれて、質問されたことに答える前に宣誓をした人びと——の宣誓された証拠提出を強制する権利があつた。この手続は、調査する為政者の観点からインクィジチオ (inquisitio) (即ち、情報の探索) として知られ、また情報を与える人びとの観点から、レコグニチオ (recognitio) (即ち、情報の提供) として知られた。この仕組みはノルマン諸王の巧みな手の内で新しい用途へ果しなく拡大することができた。ウィリアムはドウムズデイ・ブックを編纂するのにそれを用い、他方、彼の後継者たちはそれを課税技術の実験手段にした。それは憲

法史家の関心をもとめる二重の権利をもっている。何故なら、我々の議会制度を形づくってゆく一助となったのもその影響の一つだったからであり、それが用いられるようになった新しい用途の幾つかは、陪審裁判の起源と密接な関連をもったからである。事実、審問員 (recognitors) は単に素朴で初歩的な形の地方陪審員 (jurors) であった。」(第三部第七項参照)と説明している。「なお、recognitio の語は、歴史的用語で、SODによれば、初期ノルマン・イングランドにおいて用いられた陪審による審査 inquest の一形式とされている。」

尤も、このマクニの説明は、旧審問と新審問の間に質的転換過程に関する具体的指摘に欠けるが、審問がノルマンの導入であったことの指摘は留意するに値する。

そこで、新審問方式として、ポロック・メイトランドは、教会裁判所における審理、ことに雪冤宣誓と糾問について次の如く述べている点に言及しておきたい。

司法裁判所において行われたものについては、不幸にして余り知られていない。しかし、これらの事案におけるその手続は一種の茶番劇になっていたと信じられる理由がある。刑事事件において、カノン法は、広汎に普及していた雪冤宣誓補助の手続を採択していた。そして、イギリスにおいても教会裁判所は、決してこの古い立証方式を変えようとはしなかった。

極めてありうることであるが、世俗裁判所は、刑事事案において、より新しいより合理的な審理様式を導入することから、彼らを阻止していたであろう。もしより新しい様式が導入されたならば、歴史家は、イノケンティウス三世の教令まで遡る「糾問」手続になっていたであろうという。Pollock & Maitland, op. cit., vol. 1, p. 443.

疑いもなく、理論的には、教会判事は、聖職者を「彼の雪冤」にかけることを、すべての事案において、厳格に拘束されているわけではなかった。ibid.

もし、技術的に、弾劾 accusatio として知られているもの——被害者によって採択された一定の書面による問責——があるならば、判事は、弾劾は、弾劾者の証言によって完全に立証され、かつ、被疑者は有罪決定とされうると判示したであろう。しかし、カノン法によって弾劾者に立証が要求されるものは厳格であり、かつ、我々が聞きうるすべてからして、イングランドにおける普通の実務は、聖職者みずからが浄化すること(雪冤宣誓すること)が許されてきたように思われるという。op. cit., pp. 443-4.

エドワード一世の求めでベッカム大司教は、このことは余りに容易に行われるべきでない、曖昧ながら命じた。一四世紀半ばにおいて、イズリップ大司教は、同一目的のため、極めて熱心に努力しなかったが、しかし、それは全手続が侮辱となるとされた。

もつとも、すでに一定の事案においては、世俗裁判所は司教に弾劾された聖職者が雪冤することを禁止していた。すなわち、旧理論に従って、これらの聖職者はいやしくも審理されるべきものとされることを禁止していた。したがって、一二三八年には早くも、エクスター司教が、謀殺の問責で法外追放になった助祭を雪冤にしたためにトラブルに捲き込まれたのを見い出す。そして、聖職者

は自身雪冤したが、王国を国外退去せざるをえなかった。

エドワード一世時代の国王の裁判官は、それ相應の輕蔑をもってカノンの雪冤を処理しえたらうと指摘している。op. cit., pp. 444. そこで、ポロックIIメートランドが、第九章「手続」第四節「訴訟と立証」の中で、「一三世紀における立証」に関して言及している点が参考になるので、その点にも触れておきたい。

一二世紀末から一三世紀半ばまで、なお旧手続が通常の手続であり、あるいは、残存していた。しかし、まず、このグランヴィル・ブラクトン時代は、イギリスにおいてのみならず、その他の国においても、立証法にとって危機的時代であったことに留意せねばならぬ。多くの国で、人々は、古い様式的基準に満足してはいなかった。カトリック教会は、神判に満足せず、補助者による宣誓というものは、既にカノンの雪冤になっていたけれども、非常に多くの苦しい立場にある異教徒をも広く利用させるようになったらうということを見出していた。そこで、あらゆるところで、改革者は、「*inquisitio* 審問」を合言葉とした。

イギリス特有のこととしては、雪冤宣誓と超自然的立証に満足しなかったということではなく、あるいは、また、新手続の核をなすところの「審問」の採択に満足しなかったということではなく、審問がとる、あるいはむしろ保持する、様式そのものに満足しなかったのであった。Pollock & Maitland, op. cit., vol. 2, p. 604.

そこで、ヘンリー二世は、大アサイズと四つの小アサイズを設けることによって、ノルマン征服以来、絶えずイギリスの統治機構を形成してきた「国」の審問を、一定の訴訟において、訴訟当事者の自由に委ねたのである。彼の改革は丁度間に合った。本来ならば、その代りに、カノン法の審問、すなわち、新しいフランス法学の *enquête* 「捜査」に似たものになったであろう審問を知らねばならなかったであろうという。op. cit., p. 604.

ここで、ポロックIIメートランドが、大陸のカノンの糾問に触れている点を紹介して、対比させておきたい。

ポロックIIメートランドは、イギリスの二つの審問または糾問を利用する刑事手続（II一は、起訴のためのもの、他は審理のためのもの）を、プブリストが「糾問主義」的手続と呼ぶところのものと対比させるとき現出される対照性は決して無視しえないという。そもそも古典的ローマ法は弾劾的であったし、また、長い間、通常のカノンの刑事手続も弾劾的であった。op. cit., vol. 2, p. 656. とところで、弾劾手続は、決して弾劾者にとって有利ではなかった。それは、*poena talionis* (同害報復刑)の危険を犯すことになるからであった。

しかし、時代の経過とともに、新しい手続の型が生じた。それは教会判事が一般的報告によって非難された者に対し職権で手続を進めるというものであった。そしてそこでカノンの雪冤宣誓が強制された。あるいは、宗教的陪審によって問責された者を神判 (*purgatio vulgaris*) にかけた。ここでカノン法の歴史がイギリス世俗手続と密接に接触するにいたったといわれている。op. cit., vol. 2, p. 657.

だが一二世紀に、これらの方法はすべて崩壊してしまった。それはイノケンティウス三世が、糾問の新方式を導入したからである。この方式は、裁判官が職権でその動機を起すか、あるいは、推訟人と共に糾問するかという方式であった。(Inquisitio cum promouente) については、拙稿、前掲四巻一四〇頁以下参照。なお promotor の訳として、現在のカトリック新教会法典は「公益保護官」という語をあてている[「一四三〇条」]。そして裁判官自ら容疑者に対して彼が聴取しなかった証拠を収集した「職権探知主義」。そしてそれは文書化された。

しかし、この方式は、異端に対しはあまりにも弱かった。そして異端の抑圧の仕事は托鉢修道士、ことに、ドミニコ派修道士に委ねられた。(今日でいえば、公安あるいは政治警察の裁判になってくる。)そこで糾問の手続が彼らに掌握され、それで最も悪しき形で行使されるにいたったのである。ここにおいて、「無実のすべての保証は奪われたか、無視され」拷問が自由に用いられた。有罪決定を確保するためになしうるあらゆることがなされうることになった。

この糾問的で非公開的な方法は次第に世俗裁判所に侵入した。そして西ヨーロッパの普遍法はそれを採択したのである。op, cit., vol. 2. p. 657.

ここから一八世紀のフランスの哲学者と法学者は、それに反撥し、その代わりに、拷問のない公開の手続で弾効的なものを探したとき、古代ローマと当時のイギリスに期待をかけたのである。op, cit., vol. 2. pp. 657-8.

幸いにも、当時、イギリスは異端審問から免かれていたという。ここでポロック・メートランドは、イギリスと外国の糾問の比較をしていくことになる。まず、当時のイギリスでのこの免疫性は狭隘であったということ指摘する。

新しい手続は、古いものの傍に置かれ、新しいものは、糾問的手続と名付けられた。それは、国王の裁判官が州を亘って派遣されるところの刑事訴訟を「聴聞し決定する」のみならず「糾問する」ところのものであった。

しかし、前述の如く、ヘンリー二世の改革がイノケンティウス三世の改革前に実現された。尤も暫く間は、二つの路線は躊躇しながら辿ったといわれている。しかし、それは、小さな外部的刺激だったので、教会が選び、それを絶えざる灯火とする安易すぎる道にはさせなかったのかも知れない。イギリスで必要なすべては、ハンドレッド(村落)の者の宣誓した宣言が証言として取り扱われるということであった。このことは、小さな重要性しかもたない若干の事項に関して行われた。(しかし)そこに「否認しえない traversable」ある「告発 presentment」が存在したのであった。換言すれば、人は、彼の背後でなされた宣誓者 jurors の証言で有罪決定とされ、その問責に対して否認する機会を許容されなかったのである。

「しかし、帰責が重大である場合には、宣誓者の言葉は、証言としては取り扱われず、単なる弾効として取り扱われた」のである。そこで、新しい手続は古い手続と同様に弾効的となった。上訴 appeal と起訴 indictment は同位の制度としてみなされてくること

になつた。op, cit., vol. 2. p. 658.

そこでイギリスの裁判官で、重罪を「審問する」ように指示されたものは、証言を収集することによってではなく、弾劾を集めることによつて、自身この義務を遂行することになる。そして、「審問して」「聴聞し決定する」場合には、彼は、陪審をバラバラしない全体として取扱う。彼は、証言の証明力を評定することは出来ず単に評決を受け取るに過ぎないようになつた。ibid. しかしこのことは、当面の考察時期から暫く経過してからのことである。

ここでポロック・メートランドは、この逸脱、あるいは、免疫性がいかに狭隘なものであるかを知るために、近親関係にあつたノルマンディにおける糾問に触れている。

ここでは、殺人の汚名を被せられた者は、自ら審問に身を委ね、裁判官は、二四名の事実を知っている人を、裁判官の下に来させる。容疑者の近親者が馴れ合いをせぬよう、その理由を告げず、不意にそうする。そこで、四人の不偏的な騎士のもとに、別箇に連れて来られ、彼の知つてゐることについて尋問され、答えは文書化される。その時、容疑者は、これらの者に挑む機会をもち、彼らを「陪審」から除去する機会が与えられる。それから、大衆の集りの中で、非公開で採証された証拠が大声で読み上げられる。各証人は、彼の証言が固執できるか否かが問われる。そして、容疑者は、有罪というものが二〇人いると、彼は有責となる。

これはけつして苛酷な手続ではない。尤もそれは、けつしてドミニコ派の糾問を充すものではなかつたといえる。なお、審問の突然性、ならびに別箇のそして非公開な陪審員の尋問は、イギリスでは見出しえなかつた。そして、貴族の権利 *iurea patriae* が兩姉妹国の間でいかに異なつた形態をとりうるところの可塑的な制度であつたかを知らうと摘示している。op, cit., vol. 2. p. 609. (なお、この点に関する私の疑問は既に前掲四巻二号九五頁以下で提起してきたし、また、第二款二(三)の箇所で取り上げたい。)

(14) 糾問主義と拷問については、バートレット、前掲二一四一五頁参照。

「中世後期の時代に、ヨーロッパのほとんどの聖職者の法廷と世俗法廷に広まつた糾問主義は、被告人の拷問がしやすいような法廷状況を作り出した。」「しかし最後の刺激は、合体されたローマ・カノン法の証明制度によつて与えられた。というのは、糾問主義で裁判官の権限が増大したにもかかわらず、裁判官は依然として厳格な証拠法則に拘束されていたからである。」「ローマ法や教会法の学者たちに共通した意見は、『刑事事件では証拠は明確で明白でなければならない』というもので、このことは、成熟した制度において、仮に犯罪の目撃証人を一人以上提出できなくとも、被告人の告白だけで完全な証拠とみなされることを意味した。さらに多くの制度では被告人が告白した場合のみ死刑を課することができた。」「かくして、いわゆる『法定証拠』(legal proof)の厳格な適用によつて、自白の引き出しが大いに強調されることになつた。『それを工夫した法律家は、別のものを作り出して一つの問題を解決したのだつた。彼らは容易な事件を処理できる証明制度を作り上げたが、それは困難な事件についてではなかつた。』「彼らの

制度は、明らかな犯罪事件はほとんど処理できたが、隠れた犯罪事件はそうではなかった。」しかし、「証明に関するローマ・カノン法は孤立して動かなかった。」その「ために、それは拷問によって補充されたのである。中世後期および近代初期のヨーロッパのほとんどにおいて、『難解な事件』は容疑者の悪評が高く状況証拠がある限り、拷問が裁判上の通常の拠り所だった」という。

(15) 拙稿、前掲四巻一号三二頁参照。cf. Holdsworth, op. cit., vol. 1, p. 620. なお、Robinson, op. cit., p. 87では、「刑事手続は、被害者あるいは彼の代わりの誰かによって、あるいは、なんらかの個人的な原告適格性を持たぬ者によって、もしくは、侵害行為の執拗な風聞のある裁判所による公の調査を通じてのいずれかによる弾劾をもって開始される。」しかし、「一五世紀までに、靈的裁判所における刑事訴訟のための最も普通の出発点は、裁判所自身による審問」になった。そこでは、「被疑者は、彼に対してなされた問責の適式の通知を受け取らねばならないし、また、召喚された証人の適式の通知を受け取ることが要件とされるに至ったという。

(16) Robinson, op. cit., p. 87. それ以前でなかったにせよ、一三世紀までに、訴訟手続は、通常召喚状を付して送達された書面による誹毀をもって出発した。誹毀には、訴追者は、彼の請求するもの、その根拠、ならびに、訴えの性質を記述せねばならなかった。被告は通常その請求を争うために出頭せねばならなかった。この段階は *litis contestatio* [争点決定] (*joinder of issue*) と呼ばれ、それはユスティニアヌス法典にあったものと同様であった。

被告は一定の防禦の申立「抗弁 exceptions」を提起しえた。

拒否(延期) *declinatory* (例えば裁判所の管轄権の拒否) の防禦、また、猶予(遷延) *dilatatory* (請求が未だ期限到来していない) の防禦は、争点決定前に申立られねばならない。棄却の防禦(すなわち、強迫のごときものは、恒久的に、訴えを阻止するようなもの)は、その後に行われ、通常は、事実問題と一緒に考慮されたいという。

争点決定後は、訴追者は、彼の事実、彼の申立を条項にして、換言すれば、*positiones* (措問書)「訴点とも訳されている。また拙稿、前掲四巻一号六四頁では措定書と訳したもの」にして示す。被告は、それぞれを認容ないし否認し、かつ、彼自身の訴点「主張」を示す。裁判官は、そこで、被告の否認した点を調査し、あるいは、審理し、証拠に基づいて事実を認定する。

証拠は完全な証拠、すなわち、二人の証人の証言、あるいは、公証化された書面、あるいは、半証拠、すなわち、一人の証人の証言、あるいは、私証書、あるいは、一般的な報告書であり、いずれも反駁されうる。

これは、多くの教会裁判所において許容された雪冤宣誓補助よりも信頼されえた。後者は、すでに言及してきたように、地方的評判が重要であり、かつ、社会的単位が小さく、その人の性格に関する隣人の宣誓がおそらくかなり信頼に値しうるところのものであった限りにおいてであった。

カノンの手続は、事実の立証の後、裁判官は、供与された事実の法的効果を含め、法的問題についての当事者の弁論を聴聞した。そこから彼の決定を与えることになる。

判決を含め、すべての証拠手続は、文書でなされた。

上訴は最終的決定のみならず中間事項に關しても可能であった。このことは遅延戦術のために相当の機会を与えることになった。この理由のため、簡易手続が導入された。それは一三〇七年に権限づけられ、かつ、正規化されたが、それは明らかに、それ以前に既に完全に行われていたものであるという。

なお、民事手続に關し、拙稿、前掲四卷一号五三頁以下参照。

(17) バートレット、前掲一六一頁以下。

(18) 堀浩は、「訴発」という訳も付している。「フランス法史上の権力と刑事法」、(『フランス・ドイツ刑事法史』(堀浩著作集四卷)所収)、信山社、平成四年、四三頁。しかし、先に紹介したフルニエに關する堀訳では、「告発」の語が当てられている。拙稿、前掲四卷一号三五頁。だがイギリス法に關し、今まで *presentment* に「告発」の訳語をあててきており、また現在でも『カトリック新教会法典』では告発の訳をあてているので(一三九〇条二項)、「イギリス法に關しては、*denunciation* にはカッコ付で「告発」とする。

(19) Holdsworth, *op. cit.*, vol. 5, pp. 170-1. cf. Robinson, *op. cit.*, p. 87.

(20)(21) Holdsworth, *op. cit.*, vol. 1, p. 620.

(22) Holdsworth, *op. cit.*, vol. 5, pp. 170-1.

(23) Holdsworth, *op. cit.*, vol. 1, p. 621.

(24)(25) Holdsworth, *op. cit.*, vol. 5, p. 171.

(4) 科罰

科罰が教会体制維持のために必要不可欠の要素であったことは言うまでもない。しかし、科罰は同時に、教会「権力」の最も象徴的なものであり、それが教会という霊的団体とどう調和しうるのか、奇妙な感がするといったことは既に言及した「拙稿、前掲四卷一号三一頁参照」。しかしまた他方、イギリス世俗法の特徴をなすといわれているものの一つに、この刑事手続が挙げられていることは周知の事実である。また、現代の諸国の憲法の人権規定の中の刑事保障

規定が、殆どこのイギリス法に起源をもつことも著名な事柄である。すると、一見この矛盾しているかに見えるこの権力的手段が教会体制内で、如何に矛盾なきものとして位置づけられていたのか、そして、それと世俗的権力行使の正当性の担保とがどう係り合いを持っていたのか、あるいは、持っていなかったのか、ということは、ここでもう一度言及しておかねばならないと感じている。

尤もそう問題を提起してみたところで、今の私の能力では、その解答を用意しうるだけのものを持っているわけではない。そこで問題意識のみをここで述べ、後はそれぞれの分野の専門家の検討に委ねる以外にないと考えている。

トレルチが、ライプニツクの「神義論」に言及して、それが、「あらゆる宗教の基本問題である」と指摘した上で、「宗教によってその神の思想の中で主張された、世界の意味は、如何にして物の実際の存立と一致せられるかということである」と言っている⁽¹⁾。そのことに示唆されて、教会自身が科罰制を敷いているということは、教会自体の霊的结合保持という実践的課題から由来するにせよ、この世（此岸）においてそれが存在していることにより、不可避的に、それは世俗性を帯びざるをえなくなっているのではないか、という疑念に駆られてくる。

かかる疑念を持つとき、ゾームの断言、すなわち、「教会法は教会の本質と矛盾する」という言葉が容易に浮んでくるであろう。この矛盾論をめぐってのゾームに対するハルナツクの批判⁽²⁾、あるいは、カール・シュミットの批判⁽³⁾を咀嚼し紹介する力量は、今の私にはない。しかし、そこに大論争を捲き起すだけの素地のあったことだけは確かで、一定の探究すべき課題が客観的に存在するものといってもよいのではないだろうか。そしてこの基底に教会組織の世俗性の問題があり、科罰の問題もその世俗性の問題を念頭におかないと解決しえないのではないかという問題意識を持っている。しかし、そうであるからといって、この問題意識だけでは、イギリス法の特殊性へ連なる問題は発生してこないであろう。考えて見ると、大陸において糾問主義への移行が教会によって推進されたのであるならば、イギリスの教会法に

においても、大陸同様の糾問主義が普及してもよいはずであり、さらにそれを受けた科罰制度も同様であってよい筈であり、さらに、世俗法への影響も等しくあってもよかつた筈である。しかし、現実には、この刑事手続において大陸との分岐が生じているならば、この教会法の世俗法への影響がどの点において異つてきていたのかを探索すべきであり、単に、イギリスのコモン・ロウが既に成熟していたので、ローマ法（ローマ・カノン法）の影響が阻止されたというのでは、繰り返しになるが、論理が飛躍しすぎているように感じてならない。まさに、イギリスの教会法の中に、イギリスの世俗法と同質性の要素を見出しうるのではないか、そして、科罰問題はすぐれて権力的要素をもつものだけに、何かその点を摘出出来ればよいという問題意識だけは持っている。ただ前述の通り、今の私には、その点を摘示しうるだけの能力は持ち合せていない。そこで以下、問題意識に関連して、若干の点だけここでは取り上げておきたい。

(a) 主たる科罰

まずイギリスにおいても、科罰は、破門「正式破門、無式破門」、聖務禁止が主たるものであり、大陸と本質的に変わりはない。ただここで、大陸法の箇所で言及しなかつた問題として、罰としての「拘禁」の問題に触れておきたい。

近代的な刑務所制度が問題になってくるのは、言うまでもなく一九世紀、ことに先にも言及したジェレミイ・ベンタムの提唱以後になってからである。しかし、近代社会以前に「拘禁」という制度が存在したか、存在したとするならば、それは如何なる意味をもっていたかという問題は、興味のある問題であるし、それに関係して、中世における教会裁判に基づく「拘禁」の問題に言及しておかねばならない。なお世俗の社会において、懲罰的投獄が比較的早く使用されたといわれているイギリスにおいても、せいぜい一三世紀後半になってからであるといわれている。⁽⁴⁾ それ以前にこの制度が用いられたのは教会関係であつた。したがって、「拘禁」という手段は、教会法関係に由来するものといえる。⁽⁵⁾ 「この点については注に譲る。」

(b) 重罪の聖職者の処罰⁽⁶⁾

なお世俗裁判所で重罪を受けた聖職者をどのように取り扱うかに関しては、ヘンリー二世とベケットとの間に相剋があり、また、クラレンドン条例が存在したこと、さらに、「聖職者の特権」というものが生じたことは先にも触れた⁽⁷⁾。しかし、これらはチニー C. R. Cheney に言わせれば政策上の分岐であって、決して原則上ではイギリスがローマから分岐したことを示すものではなかった⁽⁸⁾という。

ではその点、ヘンリー二世後において、カノン法学者の理論とイギリスの慣習を比較してみたとき、いかなる問題が存在していたのであろうか。その主要な問題点は次の三点に絞られるという。すなわち、

① 重罪の聖職者は教会裁判所においてのみ処罰を受けるのか？

② 教会裁判所はいかなる懲戒罰を加えたのか？

③ 元聖職者が、教会裁判所において既に聖職剝奪された degraded 場合には、世俗の權威によって②の処罰を受けねばならぬのか？

これらの問題について、その答えが一致している先例というものは存在しないという。ただメーランドは、「少なくとも、理論上は司教の裁量に委ねられた多くの処罰が存在した。彼の主要な制度は教会の血の処罰を決して宣言しないという第一次準則によって設けられた」と述べている。チニーは、これはカノン法の地位を要約しているが、しかし、普通の実務上の問題は、ここでは回避されていると指摘している⁽⁹⁾。

ところで、この問題は、現実には複雑であり、チニーはそれを歴史的事実として検証しようとした⁽¹⁰⁾。だがこの点は、余りにも具体的で、イギリスの特殊性の抽出という本題から外れるので、カノン法の理論とイギリスの慣習の間に競争性が存在することと、その処理の多様性が存在することのみ指摘するに止めたい。

以上若干の点にのみ言及したもので、科罰制度そのものについて、イギリスの特殊性を摘示しうる程のものではないし、また、その点を摘示しうる程の資料を持ち合せていないことも既に断っている。しかし、かかる狭義の科罰制度の問題の範囲内からだけでは、イギリスの刑事手続の特殊性は、余り跡づけられえないのではないかという印象ももっている。

- (1) トレルチ著作集2『神学の方法』、高森昭訳、ヨルダン社、一九八六年、「神義論 その二 組織的」二七九頁以下参照。なおライプニッツは、「法学を医学ないし数学と類比することを拒否し、神学との体系的親近性を強調するのである。『わたしたちが区分しなさいで、わたしたちは例証を、神学の分野から法学の分野へと移しかえることになる。』」という。Carl Schmitt, *Politische Theologie*, 1922, C. シュミット、『政治神学』田中浩・原田武雄訳、未来社、一九七一年五〇頁。このことは法学と神学の同質性の側面を示唆するものであり、一面においては、法律の物神性の問題へ、他面においては、宗教団体の世俗性の問題へと発展する要素の存在を暗黙のうちに示唆するものと受け取っている。そして、この問題意識をもっていないと、何故現在の諸憲法が、宗教団体を世俗法内で規制しうるのかという意味を理解しえなくなるのではないかとも思っている。日本国憲法二〇条参照。
- (2) 岩下壮一、『カトリックの信仰』、講談社学術文庫、一九九四年、八八八頁以下、九三二頁以下参照。
- (3) 和仁陽、『教会・公法学・国家―初期カール・シュミットの公法学』、東大出版会、一九九〇年、「第四章 教会・再現前・国家」、一八六頁以下。

- (4) マッコール、前掲一〇九頁。cf. Robinson, *op. cit.*, p. 86, Swanson, *op. cit.*, p. 178 et seq.
なお異端・魔女狩りの場合は別で、その刑罰として、森島、前掲一二五頁。異端の場合は、さんげの苦業、笞打ち、巡礼行、十字軍従役、追放、ガレー船漕ぎ、晒し台、禁固、罰金、その他となっている。しかし、魔女の場合には例外なしに火刑であったという。
- (5) マッコール、前掲一〇七頁以下。「投獄」という点について以下の如く摘示している。すなわち、「一三世紀以降、投獄も処罰の一つとしてかなりしばしば科せられるようになってきた。この投獄に関しては、早くから教会も行っており、反抗的な、しかも不服従な聖職者にそれを宣告した。」「ローマ法は投獄を嫌っており、修道院のための『聖ベネティクトゥス（注、五四七年死亡）の戒律』では、この嫌悪感が漂っていたようである。つまり、この戒律のなかでの数少ない言及されている刑罰は、破門、体罰、他の修道士からの隔離、日常の神への勸行からの排除、それに、それ以外の同様な屈辱的な拘束であった。」「しかし、違反者に自分の罪を反

省させる時間を与え、後悔へともなつてゆく処罰（すでに検討したように、教会は死刑を科することはできなかった）が、教会にとって有益であることは、まもなく明らかになった。」

「そして十世紀までに、とにかく大半の司教座も修道院も、独自の牢獄を備えるようになった―わずかではあるが、二つも持っているところもあったが、修道院の牢獄は、ほとんど病室の近くにあり、心の病を持った者と肉体の病を持った者とが、並べて置かれたのである。二つの牢を持つところでは、監視さえつけければ十分やっていると考えられるような軽い罪に対する贖罪のために、そのうち一つがあてがわれ、より大きな罪を犯した聖職者は、一定期間、日単位であれ、月単位であれ、年単位であれ、最高は終身、もう一つの牢で苦しい生活を送るように判決された。」

また、ダリオ・メロッシ&マンモ・バヴァリーニ、『監獄と工場―刑務所制度の起源』、竹谷峻一訳、彩流社、一九九〇年、一六頁以下参照。

「資本主義以前の社会では、刑罰の一形態としての監獄は存在しなかった。このことは、資本主義以前の社会になかったのは、監獄制度ではなく、自由の剝奪としての拘禁罰であったということとをわれわれが思いだす限り、歴史的な事実であることが理解できるのである。」前掲一六頁。

「刑罰が報復以外満足のいく結果たりえないということは、神罰（血の復讐、神の懲罰）の性質の中にあるのである。」「刑罰は、十戒の侵害によってひきおこされた伝染性の集団的恐怖を取り除いたのである。」

「この場合には、犯罪および犯罪者に対する防衛は、不法行為によっておびやかされた具体的利益を守るといふ問題ではなく、可能ではあるが、予知することができず、したがって社会的に統制することができない、あの最初の犯罪の否定的な結果を押しとどめるといふ問題なのである。」「これにひきつづくことは、罪人の抑圧の必要性であった。」「見物人が同じような犯罪をおかさないうにするために、刑罰が見世物的でなければならぬことを意味した。」

「もし神のさばきが、これらの刑罰のモデルになることになったのなら、もし宗教が教えているように、苦痛が、罪のあがないと精神的浄化の効果的な手段として容認されたのなら、刑罰は限界がなくなるだろう。」「事実、実際の条件にあてはめてみると、これは不可能な目標、すなわち永遠の刑罰を期待し、それに合致しようとする一定程度の苦痛を負わせることを意味したのである。明らかに、この状況においては、監獄刑それ自体は不適当だったのである。」前掲一八頁。

「けれども―封建的刑罰のある代替的局面にとつての―一つの状況があったのであり、そこにおいては明らかに、悔罪所（ベニテ、ン、シャリー）の場所があったのである。ここでは教会法について述べる。」前掲一八―一九頁（傍点筆者）。

「疑いなく、ある特定の地域と特殊な時代には、教会の刑罰制度は、世俗の制度には見られない独創的で自律的な形態をとつたのである。」

「中世の政治生活に、教会勢力が深く浸透していたことにより、これらの特殊な地域と時代を明確にすることは難しいのである。」
「中世の刑罰制度に対する教会の思想および司法的思想の影響の強さは、教会権力と世俗権力とのあいだの競争の程度にしたがって変化した。」

「(最初の未発達な刑罰の形態)は罪を犯した聖職者に対して教会が負わせたのである。」「これらの『咎(エラー)』を、たんに犯罪という言葉でのべると、ひどく誤解されることになる。」「むしろ、それらの咎は、直接には教会当局の体面を傷つけたり、あるいは宗教界を驚愕させた宗教的違反とみなされていたように思われる。」「また初期に関する限り、このタイプの逸脱が、どのようにして教会権力の一部に、宗教的で神聖な特徴を維持する反動を生みだしたかを十分に説明している。」「それはまた、信仰告白および懺悔の儀式の背後の靈感をも説明するものである。」「これは、さらに別の要素——この逸脱の特別な性質により——いわば公的な形態ともなうのであるが、悔い改め(リペンタンス)がおこなわれるまで(矯正に至るまで)秘密につぐなわれるべき懺悔の罰は、こうして生まれたのである。」「前掲一九頁。」「なおこの点に関しては、拙稿、前掲三卷二号一九頁以下参照。また矯正の管轄については、拙稿、前掲五卷一号五四頁以下参照。』

また、教会組織の刑罰の治療的性質——後の贖罪について、「この教会組織の刑罰の治療的性質は、のちに社会的に贖罪と感ぜられるようになった新しい報復的性質の獲得と結合され、したがって悪用されたのである。」「この追加された目的、この強制された贖罪に至るまでの期間は、必然的に刑罰の公的な性質を強調したのである。」「それは、社会的制度の外観をおびるために、私的な法廷(精神的、宗教的良心)から出現したのであり、その処刑は、威嚇し抑止するために、公開し見せしめとした。」「しかし、その当初の目的のいくらかは残ったのである——たとえ価値面においてのみであつても。」「それが、本当の厳密な意味での刑罰に変わったときには、懺悔は、まだいくらかその矯正的性質を保有していたのである。それは、事実上、一定期間修道院に監禁することになったのである。外の世界からの完全な隔離、宗教的生活および礼拝ともっとも身近に接することが、不正行為者に黙想を通じて自分の罪をつぐなわせる機会を与えたのである。」「前掲一九—二〇頁。」

なお教会組織の監獄制度については、「教会組織の監獄制度は、いろいろな形態をとつた。修道院、独房、あるいは司教監獄における単なる監獄の基本的な区別は別として、刑罰も何種類かあつたのである。すなわち、肉体的苦痛をとまなう自由の剝奪、独居拘禁(小室、牢獄強制労働所)そして何よりも沈黙の規則である。」「ここで強調した教会監獄の特徴は、修道院という組織形態とくにもっとも極端なタイプの神秘主義と関連したものに発生したのである。修道院、監獄に特別の影響を与えたのである。」「社会制度の分野に、最初に懺悔の神聖な儀式を具体化するにあつては、沈黙考および禁欲主義という東方の修道院の伝統の中に、その真の靈感を見い出したのである。」「事実、われわれの評価における基本的要素として、可能な刑罰形態としての労働は、教会組織の監獄制度においては、その余地がなかつたことを強調しなければならない。」「前掲二〇頁(傍点筆者)。」

そこで教会組織の刑罰にはいわゆる監獄労働がないという点は、もう少し言及しておきたい。そこで本書は、「教会組織の刑罰に監獄労働がない」ということは、教会組織が、一定期間の自由の剝奪にあたえた意味を明らかにする。教会監獄の場合には、その意味は、懺悔の儀式の基準にしたがって、清めのために必要な時間の量を剝奪することであると、われわれには思われるのである。したがって、刑罰をあげたのは、自由の剝奪それ自体ではなく、刑罰の理想目的をなす、社会的生活から隔離することによって生み出された可能性、すなわち、悔い改めであった。「この目的は、罪を申しわたされた罪人の道德的・社会的更正としてではなく、神の前における回心あるいは回心の可能性として考えなければならなかったのである。この意味で、刑罰は、応報的でありえたのであり、したがって、罪人の危険性よりはむしろ罪の危険な性質に基いていたのである。」と述べている。前掲二〇一頁。

「教会監獄の本質である懺悔の性質は、それが直接には政治的目的には適合しないことによって証明されたのである。社会生活における神の存在の絶対的で非妥協的な肯定の方向にかみあわされた価値の厳格なシステムの枠内だけ―したがって、それが本質的にイデオロギー的な目的であった―教会監獄の存在は、宗教的急務であり、理解しうべきものだと考えられ、感じられたのである」と述べている。前掲二一頁。

なお、世俗社会における刑罰史については、本節二款二(イ)において言及するが、埒、「フランス法史上の権力と刑事法」、前掲一頁以下参照。

ついでに、刑の執行状況にも触れておきたい。

この点については、阿部、『ヨーロッパ中世の宇宙観』、前掲二二六頁以下参照。ここで、刑史の発生とその蔑視観の形成について言及されている。すなわち、「いずれのばあいも出発点となるのはキリスト教受容以前のゲルマン諸部族に犯罪や刑罰はあっても、刑史という職業はないという事実である。」「すでにタキテウスは『人を死刑投獄あるいは笞刑に処する権限さえ、ただ司祭にのみ許され、あたかもそれは処罰として行うのでも、また大将の命によって行うのでもなく、ただかの戦場に戦いつつある時、彼らの傍にいますと彼らの考える神の命によってはじめて行われるかのごとくである』と述べている」という。

「後になっても共同体が判決を発見するのだから、共同体が処刑も自らの手で行うべきだ、という考え方がいたるところでみられた。」「一三世紀以降においても高位貴族で処刑を自ら執行することに異常な執念を燃やしたメクレンブルク公ハインリッヒやガンズ・ツー・プトリッツ伯、ブラウンシュヴァイク・リュネブルグ公オトーなど多くの例がのこされており、彼らは称賛されこそすれ、その行為によって賤民化したわけでは毛頭ない。」

「二四、一五世紀にはあちこちで刑史という職業の存在が確認され、同時に賤民視されてゆく。」
なぜ刑史が蔑視されたかについては、本稿の課題の範囲を逸脱してくるので省略した。なお前掲一三〇頁以下参照。

(6) Cheney, op. cit., [The Punishment of Felonous Clerks], p. 215 et spq. 本論文は、ヘンリー二世からエドワード二世までの重罪

の弾劾を受けた聖職者についての、イギリスの聖俗裁判所での実務状況を取り扱ったものである。

(7) 拙稿、前掲五巻一号五一頁以下。cf. Pollock & Maitland, op. cit., vol. 1, pp. 444-5.

(8)(9) Cheney, op. cit., p. 221.

(10) Cheney, *ibid.* チニーは、ここで、中世後期においては、概して、重罪の有罪決定を受けた聖職者が聖職剝奪され、司教牢獄に無期限拘留されたとする指摘と、一二世紀後期と一三世紀前期の間において、聖職者が時々聖職剝奪され国外追放されたという指摘を紹介し、ここで考慮すべき三つの点を挙げ、検討している。この検討そのものは省略するとして、この考慮すべき問題点を紹介しておくことも有意ではないかと考える。すなわち、

① 教会によって科せられる、いろいろの科罰が使用されていたか？

② 教会によって、二重の科罰を含む一つの種類があったのであろうか？

③ (世俗の) 国家が協力して二重の科罰を科しうる種類が存在していたのか？

なお、チニーは、この点の検証に入る前に、メートランドの「少なくとも理論的には司教の裁量に委ねられている多くの科罰が存在した。(しかし) 彼の権力の主たる制限は、血の判決を教会は決して宣言しないだろうという基本的準則によって課せられた」という語を引用していることを摘示しておきたい。

この点は、異端審問の問題との関連でもう一回検討せねばならなくなる。cf. Pollock & Maitland, op. cit., vol. 1, p. 444. なおポロック・メートランドは、ここで、聖職者が、窃盗あるいはその他の重罪を犯したとき、イノケンティウス三世が、ロンドン司教に対して、まず聖職剝奪をし、修道院に厳重に拘禁することを告げた例、一二二二年に、ステイーヴン・ラングトン下の教会参事会が、幽閉immurationとして知られている厳重な拘禁に俗人の二人を有罪宣告したと思われる事例、一二六一年にボニフェイス大司教令がすべての司教に、それぞれの牢獄を保持すべきことを要求し、死刑に相当する犯罪で、有罪決定を受けたあらゆる聖職者は、その余の生涯を牢獄に繋げられるべきことを宣言した例を挙げている。尤も、ポロック・メートランドは、それを受けたものは、殆どないのではないかと思料している。

(5) 雪冤宣誓補助

(a) 神判の廃棄と雪冤宣誓補助

さて、科罰制度そのものについて、狭義に把握した場合には、大陸と基本的に変らないとするならば、本項の冒頭に

おいて言及した如く、イギリス法の刑事手続の特殊性を抽出するためには、その採証方法における検証が重要な意味をもってくる。

先にも述べた如く、糾問主義への教会裁判所の刑事手続の転換は、大陸法においては極めて重要な意味をもつが、その点ここでは繰り返さず、このカノンの雪冤宣誓においてポイントをなす雪冤宣誓補助者 *compurgator* にまず触れることから始めたい。

そもそもイギリスの世俗社会の刑事手続が陪審制度の採択とともに次第に大陸法との分岐を深めて行くが、その時の核をなす要素は採証方法である。尤も世俗社会での陪審制度が、この時期にいかなるものであったかは、世俗裁判権を取り上げる際に紹介するとして、⁽²⁾ここではイギリスの教会裁判権の特殊性に触れる関連性の有無の問題として、すなわち、イギリス教会法における刑事手続の特殊性を摘示しうる範囲内の問題として言及しているものと受け取られたい。ところでも、ここでいう雪冤宣誓補助者は、教会裁判であることにより、若干世俗の場合と異った意味合いをもっていることも留意しておかねばなるまい。⁽³⁾

パートレットによれば、神判が廃止された後になって、この雪冤宣誓補助システムを拡大した例を多く見出すという。⁽⁴⁾

そもそも、神判は、他の証明方法と共存していた。そしていかなる証明方法を採択するかは、裁判所としての最初の重要な仕事であり、一一世紀までは、神判の代替物は、「証言」と「宣誓」であった。そして、この二つが入手しえない時に、はじめて神判が用いられていたという。⁽⁵⁾

尤もこれらの採証方式は、民刑事手続が未分化な状態においてはそのいずれの手続においても共通に用いられていた。まず、「証言」についてみれば、それには書証と口頭証言の二通りがあり、そのことは今日と異ならない。ただ留意す

べきことは、慣習法地帯では、最初書証は少なく、その増加に伴い、神判は減少していったという。⁽⁶⁾ イギリスでは、民事裁判を火審または水審で解決することは常に稀であり、とくにノルマン征服後、二、三の例外を除き、神判は刑事事件だけの証明方法であったといわれている。⁽⁷⁾

これに対し飽くまでも、「宣誓」は、中世の裁判手続の基盤をなしており、宣誓が許されるような状況が揃えば神判は行われなかった。⁽⁸⁾ 「宣誓による無罪証明によるか、神判による無罪証明によるか、それらは互いに排他的な関係にあった」という。⁽⁹⁾

そこで、「宣誓」についてみるに、宣誓は雪冤宣誓をするものと、雪冤宣誓補助者と共に行われるもの二通りあった。どちらを選ぶかは、一部は「犯罪の性質」に依存し、大部は被疑者の身分に依存していたという。すなわち、身分の高い者ほど宣誓適格者とみなされていたという。

しかしこれに対し、宣誓不適格者とみなされる者には二通りあり、一は、本人の宣誓が信用されないような状態になっている場合であり、他は、雪冤宣誓補助者が集まらない場合であった。ノルマン征服前からこの点にかんしては、イギリスには規定が存在しており、その不適格な場合に神判による途がとられていた。

なお外国人あるいは奴隷もまた適格性はないものとされていた。⁽¹⁰⁾

では、九世紀から一二世紀にかけて、ラテン・キリスト教国に普及した神判がなぜ消滅したのであろうか。⁽¹¹⁾

この点に関しては、バートレットは説が分かれるという。その一つは、従来からの説であり、他は、彼が「機能主義者」と名付ける人々の見解である。「但し、その説は注に譲る。」⁽¹²⁾ バートレットはこれらの説を考察し、自己の説を展開する。その根拠に、一二、一三世紀のイギリスの関係証拠の分析をすることによって、一二世紀におけるこれら神判衰退説と違った結論を引き出しうるからであるという。⁽¹³⁾

ではそこで、バートレットは、何をこれまでの説に対して引き出してきているのであろうか。

彼は、「証拠を比較検討すると、一二世紀の神判使用の衰退を根拠とする神判衰退説は完全に証拠に反している」とする。「キリスト教国の拡張、平和運伐、異端者に対する運伐があたえた刺戟についてはすでに述べた。一二世紀の神判衰退を示すものと解釈されてきた証拠は、単に従来からあった神判使用に対する制約を示しているに過ぎない。司法に慎重なイングランドにおいては、神判は強力な王朝と共に栄えた」と指摘し、従来の説に反論を加える⁽¹⁴⁾。

そこで彼は、まず神判廃止の可能条件を次のように設定した。すなわち、「第一は、ローマ・カトリック教会内の当事者がその慣行が悪いということを確認しなければならぬ」⁽¹⁵⁾。第二に、この改革グループが教会内で指導的な立場になければならないが、それは事実上改革のエリートたちであった。第三は、教会の管理組織がトップからの指令に対応できるようなものになっていなければならぬ」⁽¹⁵⁾。かつとす。

ここでバートレットは、一二、一三世紀における法律・行政体制の造出を評価する。「階層秩序の集中化と体系化や、一二、一三世紀における効率的な官僚制と代表制の成長は、聖職者エリートの内心の変化と同様、神判終焉のための条件であった。ローマ教会、改革者たち、そして指導的なスコラ学者との間に連帯が形成された。その連帯はローマ・カノン法の訓練、一般の高位教会やグレゴリウス改革主義者の態度についての全般的な訓練などによって強化された。かくてローマ教皇庁とスコラ学のエリートたちは、諸決定を実行するための新たな法律的、行政的な体制を作り上げ、それを発展させた」と見る。

実に、しばしば指摘される一二一五年の第四回ラテノウ公会議の決定は、かかる状況の中で出現したもので、「神判はけっして衰退していたのではなく、それは廃棄されたのである」ことを彼は強調する⁽¹⁶⁾。

しかも「神判は司祭なしに継続することはできなかった」。また、「神判は司祭と世俗支配者との密接な共存を保つ世

界だったが、それが破壊された時、その慣行は死んだ」とされる。⁽¹⁷⁾

そこで次に雪冤宣誓補助の手續について瞥見しておきたい。この点は先にあまり言及しなかつた点であるが、イギリス法を考察する場合に、ある影響力をもつたものと考えたからである。

まず、通常の教会裁判所の刑事手續から触れると、それは、カノンの雪冤宣誓 *purgation* でもって特定の教会規範違反者に対して採られた訴追上用いられたものと基本的に同じ手續であつた。

そこでヘルムホルツは次の如く指摘する。すなわち、「刑事事件で雪冤を与える司教区司教の権利は、*Nos inter alios* (拙注、教令の冒頭の言葉。本項注(2)参照)の教皇令の主題であつた。それは(殆どのカノニストに従えば)教会裁判所の世俗的犯罪の論拠であつた。世俗裁判所における *wager of law* [雪冤宣誓]と同様に、カノンの雪冤は被疑者に彼は無実であるという正式の宣誓をし、かつ、彼の宣誓が真実であると信じる宣誓をすることによって、彼の宣誓を支持する一定数の雪冤宣誓補助者を見つけ出すことを要求した。」「中世のカノニストは雪冤宣誓補助をめぐる手續に相当の考慮を払つた。」そしてイギリスでは、一般的に理論と実務の一致を示していたといふ。⁽¹⁸⁾

では雪冤宣誓補助者に関するカノン準則とそのイギリスでの機能はどのような状況にあつたのであろうか。

① まずカノン法にもとづく第一段階は、被疑者が犯罪を犯したという「公の評判 *public fame*」(フールニエでは悪評 *diffamatio*) が存在せねばならない。それがなきときには、雪冤宣誓補助にはかけられない。ヘルムホルツは、「公の評判」は「中世の状況の下での機能的標準である」、「イギリスのコモン・ロウ裁判所における陪審による初期 *presentment* (拙注、陪審による犯罪情報提供。大陪審が成立した後は、大陪審の告発という訳が多い)の基礎を与えた。」そして、中世のカノニストは明らかにそれに教会裁判所での現実の効力をもつことを期待していたといふ。

もし被疑者の評判が敵対的な者によるか、信用されえない人によるか、また、習慣的偽証者による場合には、雪冤宣

誓補助にかけられないし、また、容疑が公のものでない場合には、あるいは、公然と流布された風評の水準にまで達しない場合には、事案は排除されたという。

この点、先に触れた如く、ローマ法では、「公けの風評をもってする被悪評者」に対し、訴訟手続をとることはなかった〔拙稿、前掲四巻一号三七頁参照〕。

そこでもし訴追が進められることになる、カノニストに従えば、裁判所の下に呼び出された者は、「公の評判」の欠如を証明する機会が与えられる。この場合、被疑者は、予備的質問に際し、宣誓による審問 *inquest* が舉行されることを要求する権利を有していた。

尤も、事例集は、少なくとも正式には「公の評判」の要件が遵守されていたことを示しているという。しかし留意すべきことは、その「公の評判」に関する予備的審問さえ、時々イギリスの慣行に基づくことが主張されたという。

ところで、「公の評判」の存在が否定された場合には、司教区裁判所は、審問を命じることになった。

審問がもし事実上「公の評判」の存在しないことを報告した場合には、それ以後の措置はとられなくなる。もしその問題が被疑者の告白にのみ関わる場合には、おそらく「内法廷」の問題とされるだろうともいう。教会裁判所は公に容疑ありとされうる主題がある場合の犯罪のみを取り扱うからである。⁽¹⁹⁾

② 次に被疑者による雪冤宣誓に対して異議の提起される場合がある。そうすると手続は第二段階に進むことになる。この段階でもなお「公開性」は重要な要素になっている。

先にも触れたとおり、カノン法は、雪冤宣誓を従位的な立証様式として取り扱ってきた。それは承認あるいは文書による確定的な証拠の欠如している場合にのみ用いられた。したがって、利害当事者は、もし希望するならば、被疑者の雪冤宣誓に対して異議申立の機会を当然もちうるし、また、出来れば犯罪を立証する機会をもつべきであるとされて

いた。

これに対し、被疑者にとって、異議申立がないので、その雪冤宣誓が認容されるだろうという趣旨の教区教会における公開の宣告をなすことは、それ故日常的に行われていたといわれている。

また時々、異議申立の可能性がありうると思われるような理由のある時には、裁判官は、雪冤宣誓補助が行われる前に、可能性ある異議申立人として特定の者を出頭するよう呼出した。⁽²⁰⁾

そこで異議についてみるに、異議申立人が、純粹に悪意にもとづく異議を申立てることに関しは、カノン法に基づく処罰に服することになるが、異議申立人が、基礎をなす犯罪に利害関係をもつということは絶対的な要件ではなかったという。教会裁判所は、基礎になる犯罪の積極的立証のための機会を供与することを欲したし、また、かかる立証する機会を異議申立人に付与することは、すぐ後にくる雪冤宣誓について、大衆に十分知らせと置くことを保証したかったからである。カノンの雪冤宣誓のあらゆる段階が、「公」の行為であるよう企図されていたのである。

ところで、容易なあるいは内々の雪冤にたいしては、これらの規定は、イギリスの実務において、理論以上のものをもっていったといわれている。すなわち、公開の宣誓 open proclamation がなされ、そして人々が異議を申立てた場合、異議申立人は、被疑者が犯罪を犯した（犯罪）事実を進んで立証しようとしていたという。尤もヘルムホルツが挙げている例は、一五二〇年代のものであるので、当面の時期の例証にはならないが、これが通常の実務であったと指摘している。

しかし他方、事例集が、ほとんどの刑事事件で、異議申立なく雪冤を経過したことを証明している点を強調することは効果的なことであるとも言っている。したがって、異議申立は常に少数であり、また提起された異議申立の多くの場合でも、その後の進行を阻止するような何かがよく起ったという。しかも、しばしば、異議申立人は、その犯罪事実を

積極的に立証することが必要になる場合、その異議を撤回した場合もあると言っている。このことは、実際の状況が、被疑者に雪冤宣誓補助者を見つけ出す負担を負わせる方が容易だったためと思われる。⁽²¹⁾

③ もし、異議申立が撤回されたり、あるいは、当初から異議がなかったりした場合には、被疑者にとって、雪冤宣誓補助者を見つけ出し、彼らを差し出すという第三段階に移ることになる。

雪冤宣誓補助者の数を限定することは、裁判官の裁量の範囲内のことである点は既に触れた。裁判官が被疑者の予備尋問の段階で、その状況を評価し、数を定めた場合が事例集に載っているという。そしてこの裁判官の広汎な裁量が、歴史家の吟味からこの状況把握を回避させているとさえ指摘している。すなわち、その裁量のため、その実態が検討しえなくなっている。しかし、裁判官の裁量が実際行使されたという証拠は存在している。

かかる意味では、この雪冤宣誓補助者の宣誓は、後の陪審の評決が裁判官を拘束したのとは、些か異なっていたといえるであろう。しかし、この時代において、イギリスの慣行が、公開性を一つの裁判の保証制度にしていた点は軽視しえない。その制度が正義の逸脱の余地をなくしたということとはできないにはせよ、少なくとも、教会裁判官を、その他の者よりも不正直ではありえなくした程度には、社会的拘束性をもっていたといえる⁽²²⁾。そして、この裁判官自体の権限行使の社会的制約こそが、後に裁判官が法準則に従って判断を下すのみならず、イギリス法の事実認定を裁判官以外のものに委ね、裁判官がそれに拘束されるという仕組を作り上げてくる素地をなしたものと見ている。

(b) 雪冤宣誓補助の役割とその衰退

神判の廃止とともに採択された採証方法は、大陸では、糾問と拷問を媒介とするものであった。そこで、次に瞥見する「自白」がきわめて有力な証拠として地位づけられることになった。しかし拷問が廃止されていたイギリスでは、神判とともに機能していた前述の雪冤宣誓補助はどのようになっていたのであろうか。神判の廃止と共に衰退したのであ

ろうか、あるいは、なお機能していたのであろうか。

この点について、まずこの制度は、世俗裁判所においては、その後次第に不評判になっていったのにも拘わらず、制度的には長く存在したことを摘示しておかねばならない。その点、神判の場合と異なる。もっとも、一八世紀中葉以後の著名なブラックストンの指摘によれば、彼の時代には、廃止されなかったが既に使用されなくなっていたといっているので、その衰退と廃止の違いを認識しておく必要はあろう。⁽²³⁾

(1) 拙稿、前掲四卷一号三八頁以下。

(2) 世俗裁判権にかかわる雪冤宣誓に関して、加藤哲実「中世イングランドにおける雪冤宣誓—自由都市の慣習と法を中心に—」(1) (4)完)、鹿児島大学法学論集二二卷一・二号、二三卷一—二号、二四卷一号。これに対する書評、真江真一、法制史研究三九号、法制史学会、三六八頁以下、ブラックネット、前掲上一九二頁参照。陪審の起源をこの雪冤宣誓補助者に求める説の存在することは事実である。例えば、バートレット、前掲二二二頁。「陪審は神判と同じ機能を満たしていたばかりでなく、同じ性質をも共有していた」という指摘もある。「ロングレーのF・ジュオンは述べている。『陪審の』評決は討議することなく形式的に受け入れられる。それは古い証明のもつ旧式な頑固さを持っている。それは一種の神判のように、実質的な質問や事実問題に対し作用する。人はその理由を質問することもできず、いわんやもう一回やり直すこともできない』。それは神判が裁判官を拘束したと全く同じく彼らを拘束した。『陪審は当初新たな神判と見られた』という主張の意味は、この不可解な拘束的性格なことである。」「しかし『より新しい種類の神判』であるこの裁判上の陪審は僅か数世紀の間に発展した。」

ただこの点は、世俗裁判権の箇所「本章第二款二(三)(1)(b)参照」で再考慮するとして、はたして、当時において陪審と訳されているものが、どのように存在していたか、別の機能をもっていたのではないか、もしそれならば、その意味を確かめ、またここで言及している宣誓補助者と機能上において共通性をもっていないかどうか検討してみる必要があるのではないかと考えている。

なお、ここで当時の雪冤宣誓補助の役割に関して見解が分岐してくる所以についてヘルムホルツの指摘を簡単に紹介しておきたい。Helmholz, op. cit., (Canon Law), pp. 122~4.

まず Nos inter alios と呼ばれるアレキサンデル三世の教令が一つの指標となる。ヘルムホルツは、この教令は、司教に public purgation 「雪冤宣誓補助者のこと」を指定することを指示したものであったが、しかしこれが世俗人を覆うか否か、さらに、世俗の罪にまで及ぶのかについては、何も触れていなかったから問題を残したという。そこでこの問題から触れると、ここから二つの考

え方が生まれた。op. cit., pp. 122-3.

① まず教会裁判所は、世俗的犯罪に対して、管轄権を行使しようという見解に否定的な立場は、カノニストの一学派である *Glossa Ordinaria* とイノケンティウス四世（一二四三—一五五四）によって代表された。

その主張の内容は、雪冤宣誓を与える場合の、そもその世俗的犯罪に対して第一次的権利をもたないという主張であった。それは、雪冤宣誓は、判決という第一次的事項に伴う第二次的事項であるためであるということであった。従は主によって決定されるべきであるというのが中世法学者の常識であった。

この論理は、さらに情緒的主張によって擁護された。反対の、すなわち、肯定的主張は世俗的統治の有効性に、さらには正当性に対してさえ脅威に終わるかも知れないということであった。その理由は、*Nos inter alios* は、地上の神の代表者に聖職者になるという「勝利主義者」の普遍的請求を主張するように解釈されることになるだろう。それは、教会の権限を最も広汎な関係で主張するように読まれうるところの教令の一つになってくる。

このカノニストのグループは、かかる読み方に内在する危険性に対しては敏感であった。もし教会が潜在的に犯罪に対して無制限な裁判権をもつならば、一体いかなる究極の権威が世俗的権力の現在の剣をもつことになるであろうか？

おそらく、その結果は、世俗的統治による犯罪の正当な処罰を間接的に覆すことになるだろう。この危険は回避されねばならぬ。それは、教会に世俗的裁判権を否定することにより、犯罪に対する世俗的管轄権を支持することが極めて重要であるという見解であった。

② カノニストのより大きなグループは、合法的に、教会裁判所は世俗的犯罪に対して管轄権を行使しようと主張していた。

その理由の一つは、犯罪は *crimen* である。シンの矯正は、教会に属する。しかし、この主張のみでは、外法廷において正規の管轄を合法的に主張するには十分ではない。その不十分の理由は、世俗の正義との競合の可能性のため、またシンの矯正は、内法廷のみで完成させうるため、さらに、カノン法自体が三つの種類に犯罪を区分している（教会的、世俗的そして混合的法廷）ためであり、それは同一の権威をすべてに主張するものでないことになるためである。

そこでこのカノニストは、もしこの雪冤宣誓の割当の目的が処罰であるならば、教会は管轄を欠いたが、もしその目的が被疑者の矯正と悔悛であるならば司教は正当に行為しようとした。

③ なおこの他の二つの見解が、この結論を支持した。すなわち、一は、*Nos inter alios* は、特定の世俗人を排除しない以上、彼らは、教令の表面上において包摂されてくるというものであった。他は、聖職者は、彼らの仲間の行為に対して、神に責任を結局負わねばならないし、また、もし彼らが矯正されなまま逃れることが許されるならば、彼ら自身、彼の有責の程度に、その責任を分有することになる。司教が、彼の臣下の犯罪を矯正しない場合には、恥しらずの犬の名に値し、司教の名に値いしないというも

のであった。

以上は、ヘルムホルツの考察の一部であるが、この多数意見に従って、教会裁判所が犯罪に対し管轄権を行使してくると共に、雪冤宣誓補助のシステムが採択されてくることになったことは注目に値する。

- (3) Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. 1, p. 443.
- (4) バートレット、前掲二〇八頁。とくに、聖職者と都市の裁判所においては、一般的にいつて、神判が非難されて以後の時代には、雪冤宣誓補助がもっぱら通常の証明形式の一つとなったに違いないという。また都市の法令の中には、神判を雪冤宣誓補助に代える動きもあったという。

尤も、ブラクトンの中にも *compurgator* について触れている箇所がある。それは領主が *compurgator* として差出した農奴は、それによって農奴解放がされるという点に関してであった。Bracton, *op. cit.*, vol. 3, Cap. 22, pp. 258-9.

- (5) バートレット、前掲四一頁。証言には二通りあり、書かれた証言と口頭による証言とがあった。書かれた証言は、通常特許状の形式をとるか、あるいは、財産上の請求を裏づける書面の形式をとっていた。

- (6) バートレット、前掲四一―二頁。グレーヴィチ、前掲二五七頁参照。

- (7) バートレット、前掲四二頁。

- (8) バートレット、前掲四六頁。Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. 1, p. 600 et seq.

- (9) バートレット、前掲四六頁。

- (10) バートレット、前掲四六頁以下。拙稿、前掲四卷一号三八頁参照。

- (11) バートレット、前掲五七頁以下。

- (12) バートレット、前掲五七頁以下。「機能主義者」といわれているものについて次の如く述べる。すなわち、「神判の歴史が社会発展の段階と関係しているはずだという一般的な考えは新しいものではない」とし、その上で、「一九世紀後期のパテッタ [Patetta, F., *Le ordalie*, 1890.]、ラー [Lea, H. C., *Superstition and Force*, 4th. ed. 1892.] の見解を古典的業績とし、ギヴン、カネム [R. C. van Caenegem, in *La Preave*, 2, 1965.]、ボンシヤーン [Bongert, Y., *Recherches sur les cours laïques du Xe au XIII e s.* 1949.] の説を従来の説とし、これに対するものを「機能主義者」の説として挙げ、その代表としてピーター・ブラウン [Brown P., *Society and the Supernatural: A Medieval Change*, 1975.]、それを修正発展させたポール・ハイナムズ [Hyams P., *Trial by Ordeal: The Key to Proof in the Early Common Law*, in Morris S. Arnold et al (eds), *On the Laws and Customs of England. Essays in Honor of Samuel E. Thorne*, 1981.] の説を挙げている。これらの「機能主義者」の説は、神判を小集団に機能した手段とし、それは、「コンセンサスの手段」だったと捉える。一二世紀における神判の弱体化は、この「コンセンサス」が社会の中心的関心事でな

なくなったことよって説明しうるとする。前掲五八頁。しかし、これに対するバートレットの説は、本文で紹介した如く、一二世紀
衰退説を否定し、廃棄説をとるものであった。前掲五八頁以下。

- (13) バートレット、前掲九七頁以下。
(14) バートレット、前掲一〇五頁。プラクネット、前掲上二〇五頁以下。「本質的にはなお神判である。」しかし、「その原理はむしろ合理的であったという印象を与えるような面をもっていた」という。前掲二〇五頁。

- (15) バートレット、前掲一五二頁。
(16) バートレット、前掲一五二―三頁。
(17) バートレット、前掲一五四頁。
(18) Helmholtz, op. cit., [Canon Law], pp. 131.
(19) Helmholtz, op. cit., [Canon Law], pp. 131~3.
(20) Helmholtz, op. cit., [Canon Law], pp. 133.
(21) Helmholtz, op. cit., [Canon Law], pp. 133~4.
(22) Helmholtz, op. cit., [Canon Law], pp. 134~6.

なお、わが国の封建時代でもよく行われていたし、また、ヨーロッパ中世においてよくあったといわれ、かつ、特殊な犯罪とされ
ていた嬰兒殺しに関し、ヘルムホルツが挙げている例について以下些か言及しておきたい。op. cit., pp. 162~3.

「嬰兒殺しは通常密室犯罪である。そして他の立証方法では有効な可能性をもたない。」雪冤宣誓補助は裁判所の下で被疑者が無
実の莊最な宣誓をすることを要求する。そして、彼は、隣人の特定数の者を雪冤宣誓者としてを見い出さねばならない。かれらは彼
らの宣誓の真実であると信じることを宣誓するだろう。」

「カノン法は、雪冤宣誓補助の利用において、裁判官に相当の裁量を許容している。」「第一に、選ばれた者の受容性が委ねられて
いた。選ばれる雪冤宣誓者の数は広汎に裁判官の裁量内におかれた。」一五世紀の例では、嬰兒殺しの事案で、七人、五人、二人の
割り当ての例がある。この場合、法は人の評価と犯罪の評価に従って雪冤宣誓補助の様式を割り当てることを裁判官に許容した。

「かかる広汎な裁量の存在は、事例集の登録の最終部分の多くの不完全性と共に、雪冤宣誓補助が機能する方法と実際におけるそ
の有効性について信用ある概括化を不可能にしている。」「カノンの雪冤宣誓補助は殆どの事案で用いられたといえは十分である。」

「カノンの雪冤宣誓は、殆どのオフィスによる訴追で用いられる有罪無罪の立証方法と同一であったということを注記する価値が
ある。」「姦通、密通ならびに嬰兒殺しは立証方法に関する限り等しいと取り扱われた。」(なお、中世における嬰兒殺しが、人口調整
のために一般化していたかは詳らかではないが、その推測はなされている。堀米庸三編、『中世の森の中で』、河出書房、一九九一年、

一八〇—一頁。)

(23) Holdsworth, *op. cit.*, vol. 1, pp. 305—8. 古い方式によれば、雪冤宣誓補助者の宣誓は、本人の宣誓と同様のもの、すなわち、彼は有責でないと言誓せねばならなかった。そこでは本人同様の偽証の罪が科せられた。しかし、一二世紀に雪冤宣誓補助者は、被疑者の主張の真実を信じたということを宣誓することが求められた。いわば、共同宣誓というより保証人としての宣誓になってきた。そしてこのことはイノケンティウス三世によって法的承認をえた。この変化は、偽証を防止する目的からであったといわれている。

しかし、この制度はなお多くの世紀に亘って寿命を保ち、この期に続く二世紀の間に、より厳格な準則が、その使用様式について、カノン法によって定められた。数に関する準則がその例である。 *op. cit.*, p. 306.

なお、この点は世俗裁判所に関するものではあるが、生き延びた雪冤宣誓補助はしばしば領主裁判所において用いられた。都市裁判所においては、決闘裁判の代替物として評価された。

一二世紀においては、国王の裁判所では不人気であったが、次第に重要性を失ってきた。 *Ibid.* そしてこの方法が使用された最後の事案は、一八二四年の事案であり、一八三三年に最終的に廃止された。 *op. cit.*, p. 308.

なおまたいわゆるレクス・メルカトリーア *lex mercatoria* [商慣習法] では、コモン・ロウと異なり、認められていなかったことを付記しておきたい。 *op. cit.*, p. 570. *see* Helmholtz, *op. cit.*, [Roman Canon Law], p. 165. 「より多くの理解をカノンの雪冤宣誓について理解するのだから、カノンの雪冤宣誓が犯罪の探査と処罰について有効性(あるいは非有効性)をもつかどうかを概括化することは過ちであろう」として、資料不足の段階での即断を戒めている。

また *see* Swanson, *op. cit.*, p. 176 *et seq.* 彼は、裁判官自身がその有効性を疑うようになったし、また、それは、簡易手続によるロンドン裁判所において用いられた方法のために、攻撃を受けるようになった。そして、小さな村落共同体では有効であったかも知れぬが、大衆のいる都市では有効ではなかったとしている。

さらにまた、プラクネット、前掲二〇五頁以下参照。彼は、「本質的にはなお神判である。」しかし、「その原理はむしろ合理的であったという印象を与えるような面をもっていた。」前掲二〇五頁。「教会は、他の証明の方法が不可能である場合に、それを『教会宣誓雪冤』という名称で、かなり使用した。そして、それは宗教改革の後も長く教会裁判所に残存した。」「その価値に関する意見は常に区々であったようである。われわれがクラレンドン条令から引用した文言からすれば、国王が少なくとも刑事責任に対する防禦方法としては、殆どその眼中においていなかったことは明らか」であるといっている。前掲二〇六頁。

(6)

自白

中世における刑事手続は、前述の如く糾問主義をとった。そして判決の基礎となるものとして「自白」が重要視されたことは、既に言及したところである〔前掲四巻一号一〇頁、六五頁参照〕。尤も今日のカトリック教会法典においても、自白を証拠とすることは可能であるとされているが、但し、右の如く、そのみをもって決定的証拠とすることはできなくなった〔第一五三六條二項参照〕。しかし、イギリスの世俗法においてはヘンリー二世の際に、陪審制度が導入された。この制度のもつイギリス法的特点については、しばしば言及されてきた。しかし、この制度が中世の大陸法的糾問主義をイギリスに導入せしめなかった効果と、この制度的正当事由については、必ずしも明確化されていない。そこで、ここではその点に絞って言及してみたい。⁽²⁾

今日なおわが国においても、憲法三八条、刑事訴訟法三一九条に規定を設け、明治憲法下の自白中心主義を改めたのにもかかわらず、その名残を払拭しきれぬ面がある。

なお、もともとこの規定の基礎にある自己負罪拒否特権 *privilege against self-incrimination* といわれる権利は、アメリカの連邦憲法修正第五條のデュー・プロセス・オヴ・ロウに示唆されたものであっても、なおそれはイギリスのコモン・ロウに遡って生成されてきたものであるということとは、わが国の法学者でも異口同音に認めてきているところといえよう。

だが反対に、明治憲法下の自白中心主義が、実質的にはわが国の明治以前の慣習に由来するものか、あるいは、法次元では明治初期の法典編纂期における大陸法に影響されたものであるかは別にして、この自白中心主義を取らぬコモン・ロウの法理論的検討は、イギリスにおいても必ずしも進んでいるようには思われぬ。しかし、先に言及した如く、大陸におけるカノン法の糾問主義が世俗法においても採択されてきているのに反し、イギリスでは、弾劾主義を採択し、またそのことがイギリスにおける陪審制度と絡み、証拠の物証中心主義への方向性を早くから打ち出したこと、イギリ

スの宗教改革の後の星室庁裁判所の糾問主義的傾向が結局忌み嫌われた等の歴史的事実が、理論的にどう基礎づけられるかという点は、大陸法とイギリス法の分岐を説明する重要な点であると思われるにも拘わらず説明の遅れている側面ではないかと思われる⁽³⁾。

そのような問題意識を持ちつつも、なおここでは、この当面の考察時期におけるイギリスの特殊性を抽出することを課題とするところから、教会裁判所における審理手続に、イギリスの世俗裁判所での陪審制度がなぜ影響しなかったのかどうかという点を中心に瞥見してみたいと思う。

そもそも、自白は、中世教会法においては、悔悛に結びつく概念であった⁽⁴⁾。すなわち悔悛は、告白と結合されていた⁽⁵⁾。したがって、告白と、裁判上の自白とは同一範疇のものとして把握され、*ojo*に関わるものとされてくる。ここから審判においても自白の義務化の観念の成立をみてくる⁽⁶⁾。しかもそこからそれが異端審問の糾問あるいは拷問の問題に連なってくる。

そこで次に、では一体、自白をうるために拷問という手段が許容されたのか、許容されたとするならば、いかなる法理によってであるのか、という問題を検討してみねばならなくなる。

ところで、自白と拷問は一見容易に結合するように見えるが、私には判らないが、どうも違った道筋から結合してきたように思われる。すなわち、マッコールによれば、そもそも拷問の問題は、異端の問題に結びついてきたように指摘している。すなわち、「アウグスティヌスの見解によれば、異端の罪は、当然重く罰せられるべきであるが、それよりも白日の下に曝されることが、さらに重要なことであった」とし、その根拠に、キリストの「人びとを無理やりに引っ張ってきなさい」という「ルカによる福音書一四・二三」をあげていたという。そして「異端の嫌疑がかかった者の肉体を強打したり、焼いたり、鉄の爪で引っ掻いたりし、ついゆきすぎになるけれども、もし自白を引き出すために役立つ

つならば、すくなくとも異端容疑者は『鞭でうたれても』よいことを示唆したのである。」と指摘している。⁽⁷⁾この点、「ルカによる福音書」の解釈の適否、アウグスティヌスの指摘の検証等の問題があるので、その評価は留保するが、⁽⁸⁾他方その後もグレゴリウス教皇は、拷問を用いて人々から引き出した「自白」は無効であると指摘していたにも拘わらず、教会法学者は巧妙な論理で、拷問と自白との牽連性を形式的には断ち切りながらも、実質的には、それを肯定する方向性を打ち出していたという。⁽⁹⁾そしてついに、イノケンティウス四世（一二四三―五四）の「アド・エクステイルパンダ」によって拷問が制度化されるにいたった。⁽¹⁰⁾したがって、トマスでも異端、背教について肯定的見解を表明するに至っている。⁽¹¹⁾一四世紀になってそれは世俗裁判にまで拡大していったといわれている。⁽¹²⁾

では、イギリスではなぜ自白が大陸の如き態様をとらなかったのであろうか。

一般にイギリスは、異端問題がこの時期には少なく、また、拷問も禁止されていたという。しかし、例外にせよ、拷問が存在したこともまた事実のようである。⁽¹³⁾しかしその上で大陸と異なって例外的なものであったことをまた強調しておかねばならない。⁽¹⁴⁾

この点、世俗権力との関係もあるので世俗裁判権を考察する際に再考するが、イギリスの当時の社会の構成体の態様、社会意識の水準等が、大陸の如き、教会権力が世俗社会の精神面を支配する強度に達せず、そこに相違をもたらす原因の一つがあったのではないかという仮説も設定されうるであろう。

(1) カトリック教会法典一五三五條。「裁判上の自白とは、当事者が訴訟物に関して書面又は口頭で、権限ある裁判官の面前で自発的に、又は裁判官に尋問されて、自己に不利となる事実を認めることである」と定義づけられている。そして、第一五三六條一項で、当事者の一方の裁判上の自白は、私的なことに關するものであり、かつ、公共善にかかわりないものであるときは、他の当事者の挙証責任を免除する」という。また、同条二項は、「公共善にかかわる事件の場合には、裁判官は、裁判上の自白及び当事者の自白で

ない陳述の他の状況とあわせて判断し、証拠能力を有するものとすることができる。ただし、これを全面的に補強する他の要素がない限りこれを決定的な証拠とすることはできない」としている。

またカトリック教会法典一七二八条二項は、「被告人には犯罪を告白する義務はない。かつ被告人に宣誓を求めることもできない」と謳っている。

(2) 中世教会法における自白の正当性についてトマスは次の如く述べている。「トマス、『神学大全』一八卷、「第六九問題 被告の側における正義に反する罪について。」「第一項 被告は大罪を犯すことなしに、自分がそれによって有罪とされるであろうところの真実を否認できるか」という点について、トマスは、「正義にもとづく義務に反して行為する者は誰でも大罪を犯す者である。」「しかるに、或る人が自らの上長に、その支配権が及ぶかぎりのことさらに関して服従することは、正義にもとづく義務に属する。」「しかるに、前述のごとく(第六七問題第一項)、裁判官は裁かれる者にたいして上長としての位置をしめる。」「したがって、被告は裁判官にたいして真実をのべる義務を有するのであって、後者は法的形式に従って前者から真実を要求するのである。」「それゆえ、もし被告が言いあらわすように義務づけられている真実を告白することを欲しなかったり、あるいは嘘言をもって真実を否認したならば、かれは大罪を犯すことになる。」前掲二六二頁。

なお、この第六七問題第一項の問題は興味のある点でもある。そこでなぜ裁判官に真実を告げる義務があるのか、という点についての前提について以下に紹介しておきたい。すなわち、まず、第六七問題は、「裁判における裁判官の不正について」という項目であるが、ここでトマスは、一般的に、「交換正義と対立する諸々の悪徳のうちで、それによって隣人が傷つけられるところの、言葉にかかわる悪徳について考察せねばならない。」としてその場合の第一に、「裁判*judicium*にかかわるところのそうした悪徳について」の問題を取り上げている。そしてこの第一の問題はさらに、「第一 或る者が自らの下に従属していない者を正当に裁判することとは可能か」という問題のほか三つの問題を提起している。さきの引用はこの第一の問題に関わる。そこでトマスは、第一の問題について、まず一つの異端を紹介し、続いて反対論に触れ、その後で自分の説を展開している。

異端を唱えるものとして、「或る者が自分の下に従属していない者を正当に*juste*裁判することは可能である」というものがあるとする。その論拠としては、「ダニエル書」第三章、黙示録第十七章第一四節、第十九章第一六節ならびに、「グレゴリウス九世法令集」II, 2, 20; RF II, 255を挙げてゐる。

これに対し、反対論として、グレゴリウスの「申命記」第二三章を引用した文章を紹介している。(「アウグスティヌス宛書簡」PL 77, 1192.「グラティアヌス法令集」II 6, 3, 13 RF I 562)。前掲二二二—二二頁。

さらにこれに対してトマスは、「裁判官の判決は、いわば何らかの特定の事実にかかわる特殊な法のようなものである。」「したがって、アリストテレスが『ニコマコス倫理学』第一〇卷(1180a21)でのとべているところからあきらかなごとく、一般的な法が強制

力を有しなければならぬ。そうでなければ裁判は有効なものとはならないであろう。しかるに、人間的な事柄においては、公的権力を行使する者の他は強制的権力をもつことは許さない。そして、この権力を行使する者は、当の権力に従属する者どもにたいして、その上長と見なされるのである―かれらがこの権力を（職務上）通常の仕方で取得しているか、あるいは委託によって取得しているにせよ。したがって、何びとも、委託 *commissio* もしくは通常の権力 *potestas ordinaria* によって自らの下に何らかの仕方で従属している者のほかは、何びとも裁判にかけることはできない、こういうことはあきらかである」という。前掲二三二頁。

ここにおいて、裁判官は、上長関係にある限り、被疑者は真実を述べる義務があるというのがトマスの見解となる。今日と異なり、
告白が―真実を述べる限り―義務となってくる。

(3) バートレット、前掲二二二頁。「二三世紀に真に開花し、神判が以前に果たした役割を演じたもの、それは拷問だった」とし、その上で、「二二二八年のペローナの『市民法書』は、立法上最初に拷問について言及したもので、それは、拷問が神判の代替物としてどのように明確に認められるようになったかを示している」という。

(4) 堀米、前掲『中世の森の中で』、一八六頁。一三世紀に七つの秘跡、すなわち、洗礼、堅振、聖体、悔悛、終油、品級、婚姻の意味づけ、手続がほぼ確定してくるという。cf. Swanson, op. cit., p. 178.

(5) 堀米、前掲一九一―二頁。ここでは、悔悛が秘跡の中でも、完成の最も遅かったものとする。すなわち、六世紀頃のアルル地方の例として、告白の公開性を看取しうる指摘し、その上で、九―一〇世紀には、その慣行の理論、実行、形式上の混乱を見出す。その後秘密告白の登場を見る。そして、第四次ラテノウ公会議において、年一回の悔悛を義務づけた。しかもこれが贖罪の前に行われれば、原則として赦されるということになり、その罪の買い戻しという慣行を生んで、この免罪符の安売りが教会墮落の原因の一つになることは後のことである。

(6) トマス、前掲二六二頁。

(7) マッコール、前掲九二―三頁。

(8) この点の解釈は、私の能力を越えているが、かかる解釈が、トマスの『神学大全』一五卷「第一〇問題 不信仰一般について」(第八項 不信仰は信仰へと強制されるべきか)において展開されている。前掲二二八―三〇頁。

(9) マッコール、前掲九二―三頁。

(10) ジェラール、前掲一二三頁。

(11) トマス、『神学大全』一五卷、「第一一問題 異端について」(第三項 異端たちにたいして寛容であるべきか)において、異端者排除説が唱えられている。「第一二問題 背教について」。その上で、「第一〇問題 不信仰一般について」(第八項 不信仰者は信仰へと強制されるべきか)において、「他方、異端者たちやすべての背教者のように、一時は信仰を受容し、それを告白していた不信

仰者も存在する。そして、このような者たちについては、かれらが約束したことを果し、かつて受け入れたものを保持するように、肉体的にすら強制されるべきである」といつている。

(12) ジェラール、前掲一二三頁。

近代社会においては、自白を拷問から引き出すことは否定的であるが、近代的刑法学の開拓者の一人であるベッカーリアについてみると、彼は、拷問を野蛮行為として捉えたことはいうまでもない。前掲五九頁。そこでは、それは神判の名残りとして捉えられている。しかも、その間における一つの違いは、拷問は、被告の意思を媒介として犯罪の証明をするという考え方であるのに対し、神判は、被告の身体にあらわれる外形的な結果によって犯罪の有無が判断されるという点に違いがあるという。前掲六二―三頁。

拷問が宗教的起源に属するという点は、彼は、それを宗教における「行」の中に見出し、汚辱を清めるといふ風習との結合を指摘する。就中キリスト教においては、煉獄の苦しみと火の浄化という概念と結合するところからこの習慣は出て来ているようだ」という。前掲七二頁。啓蒙思想家のディドロの評注が同時に本訳書に付されているが、ディドロは、拷問を「真実発見の問題ではない。それは被告から彼を処刑させる自白をひき出し、裁判官ののぞむすべてのことをいわせる問題である」と言っている。前掲六五頁。

なお拷問と自白の係わり合いが異端審問を媒介するのではないかと述べたが、それが後の異端審問と魔女狩りにおいて猛威を振ることになることは言うまでもない。森島恒雄『魔女狩り』、一〇二頁以下。「拷問こそ異端審問の機構の枢軸であった。」「拷問が国法によって禁じられていたイングランドでは、異端審問制が根をおろさず、その犠牲者が比較にならぬほど少なかったことは、拷問の重要さを語るものである。」

(13) マッコール、前掲九五―六頁。そこでは、「中世末期のイングランドにおいて、被告は、法廷の前で陳述するように誘導するのに、普通に使われた『苛酷拷問』(peine forte et dure)の下での投獄が、しばしば引用されているのだが、拷問により自白を引き出すことを禁じているコモン・ロウの禁令と矛盾していると、誰がまじめに論じることができるであろうか。」と述べている。

またバートレット、前掲二一七頁では、「イングランドの例外的な事件でさえ、それが正当であることを示している。というのは、陪審による審理が機能しないような稀な場合があったからだ。それは訴追された犯人が『陪審裁判を求めること』(すなわち、陪審の評決を受けること)を拒否した場合だった。この問題に対処するため、中世後期の法律家や支配者たちは解決策を發展させた。すなわち、被告人は、陪審員の前で弁明させるように工夫された、冷酷な苦痛(In peine forte et dure)である拷問に服すべきものとされた。それは正確には、自白を引き出すことを目的とした大陸法の拷問形式ではないが、陪審員たちが処理できないこれら数少ない特殊な事件で、拷問に頼ることがいかに自然であったかを示している」という。

(14) Pollock & Maitland, op. cit., vol. 2, p. 660~1. ポロック・メイトランドは、それがヒューマニズムとか啓蒙性に依拠するものと

するのは疑わしいとしている。大陸ほど国家が犯罪に取り組まなかったように思われる。それは膨大な犯罪数が処罰されなかったことから推測されるという。そして、イギリスでは、隣人を当惑させるような「法的立証理論」というものが欠如していたことに大いに基因するのではないかという。狭い共同体的な評決を信頼し、その背後にある論理過程の探究はなかったことによるともいう。

(二) 婚姻・遺言訴訟およびその他の民事訴訟手続⁽¹⁾

(1) 序

ではここで民事関係の訴訟手続に眼を移してみたい。

これまで瞥見してきたところからも推論できるように、この時期における民事訴訟は、今日の法体系の基礎をなす私的自治の原則の支配を前提とするものではなかった。

当時における教皇の裁治権は絶対的なものであった。今日の如く、裁判官を羈束する裁判規範の観念は未だ存在せず、裁判官は究極的には教皇の「権威」に依拠していた。⁽²⁾

そもそも当時における教会裁判所の管轄においては、オフィス事案の方が有意義であったが、教会裁判所の事案の殆どは、インスタンス事案であった。⁽³⁾

インスタンス訴訟、すなわち、民事訴訟の主要なものは既に言及した如く、婚姻 marriage、検認 probate、名誉毀損 defamation、偽証 perjury、十分の一税 tithes の五項目であった。そこで、これらのものがイギリスにおいてどう変容しているかということが、ここでの課題になってくる。尤も、この中、婚姻は秘跡関係であり、検認は遺言の真正性を認証するものであり、名誉毀損は人格に関する事項であり、偽証は訴訟法上の適正性の担保のためのものであり、また、十分の一税は公租公課にかんするもので、民事といってもマチマチの項目がこの中には包摂されている。今日においてはそのれぞれ独立した領域として確立されているもの、あるいは、独立した領域に包含される雑多な項目が包摂さ

れていた。それ故、これらの項目が民事手続として処理される所以は、刑事手続に服するものでないという消極的概念としてのみその存在事由を見出す以外に、より明確な事由を見出しえないように思われる。またそれが故に、後世これらの項目が世俗化されたときには、別個の根拠に基づいて、それぞれの項目として独立し、あるいは、独立した項目に包含されるべきものとして処理されざるをえなかったものと思われる。また、オフィス事案では直接科罰が問題になるが、当時にこのインスタンス事案では、科罰と悔悛の背景の下にそれが行われたところに特徴がある。

それと同時に、婚姻関係等は、イギリスにおいて、一九世紀までその世俗化が遅れたということは、これらの項目が資本主義の発展についてそれ程重要な意味を持たなくなってきたてきており、所有や契約の部門と同一次元で取り扱われなくなったことを意味したものである。したがって、今日の観点での民事手続とは異なった観点で、これらの当時の部門は考察せねばならない。

しかし、この部門に属する手続について、イギリス法は世俗法との関係で、相続問題が特殊な意味をもったことは先にも言及した。そしてそのこと以外では顕著な特殊性を指摘しうるものが少ないので、簡単に触れるに止めたい。

その上、前にも言及した如く、一三世紀当時のイギリスの法を実施するスタッフの水準はそう高いものではなく、したがって、大陸で発展した教会裁判所における民事手続が、どれほどイギリスの教会裁判所において実施されていたかは疑問に思われるけれども、それに関する資料はいま私は保持していない。ただ、ローマ教皇庁への上訴が重要な手続になっていたし、その場合イギリスの王、貴族はイタリアの法律家を弁護人として雇わざるをえなかったことだけは事実である。

したがって、ここでは、手続上のイギリスの変容を指摘しうることは殆ど出来ないことを前提に、若干の点にのみ触れることとしたい。

(1) 仲裁的機能（聖職者間の調整等）、秩序維持的機能（不法行為）、秘跡のための教会の靈的性格の秩序維持（婚姻訴訟）、（相続訴訟）における教会財産の保持、行政管理的調整（十分の一税Ⅱ刑事と民事の混合的性格）等の機能が主であった。拙稿、前掲四卷一
号二九頁注（30）。

(2) リュシェール、前掲一五四頁以下にフランスの例であるが、参事会長老を任命するいざこざに関して、それを教皇が一刀両断に裁く例が紹介されている。したがって、以下のことも、訴訟の名の下に展開されても、その社会的機能が今日と異なることを前提としていることは言を俟たない。

(c) Swanson, op, cit., p. 166.

(2) 民事訴訟手続一般⁽¹⁾

すでに言及した如く、カノン法の民事手続はイギリスにも原則として適用になっていた「前稿四卷一号五一頁以下」。大陸で発達した民事手続を振り返ってみると、繰り返し言及した如く、世俗裁判所の手続は教会裁判所に影響され、しかもその教会裁判所の手続は、ローマ法の手続の再構成の上に形成されてきたし、ことに、ローマ法の審理 *cognitio* のシステムが基礎になっていた。その要点は、書証と証人の証言を考慮するものであった。それはそれ以前の神判や決闘裁判に優るものとなってきたことを意味していた。

さらに、イタリー中心に発達した会計制度の影響を受け、*auditor* 「会計監査人」が、審査治査官 *examining magistrate* として、教会裁判所では任命されていた。

また、すべての手続は、地域によって格差はあれ、文書に記録され、しかも、それは資格をもつ公証人によって行われていた。

ところで、前述の如く、一三世紀までに教会裁判所の手続は、一定の完成度まで到達するが、その手続は、通常召喚状をもって送達される文書による非難をもって開始された。この非難には、訴追者が請求するものとその根拠、ならびに、訴えの性質が述べられねばならなかった。防禦者は通常その請求を争うために出頭した。この段階は、訴訟応諾（争点決定・係争点の合意 *litis contestatio* [joinder of issue]）と呼ばれたという。そしてこれはユスティニアヌス法典によるものであった。また防禦者は、一定の抗弁を防禦として提出しえた。これを *exceptiones* と称せられたこともよく知られているところである。

さらに、*declinatory*（辞退）や *dilatory*（遅滞）の防禦は、係争点の合意以前に申立てられねばならなかった。*peremptory*（理由不要の忌避）はその後にも申立てられえし、通常は事実問題と一緒に考慮されねばならなかった。係争点の合意の後には、訴追者は、箇条毎に、すなわち、訴点（措問書）*positiones* 毎に事実を示し、彼の申立事項を述べねばならなかった。そして、防禦者もまた、それぞれを認容するか否かを示し、そして、彼の訴点を提示する。裁判官は、そこで、防禦者によって認容されなかった点を調査し、あるいは、審理し、証拠に基づいて事実を認定した。

二人以上の証人の証言、ならびに、公証された書面は「完全な証拠」となり、一人の証人の証言、私的書面、あるいは、一般的な報告は、「半証拠」となり、後者は反論が許容されうることになっていた。

かくしてこの手続は、雪冤宣誓よりも依拠されうるに足りうるものであったとされた。尤も、地方社会での「評判」は、当時においてはなお重要な意味をもち、被告の性格に関する宣誓証言はかなりの信頼性が付与されており、勝敗を分ける鍵にもなっていたといえる⁽²⁾。

なお、カノン法で略式手続が導入されたのは、上訴による遅滞の戦術が採られ、それに悩まされたためであるという。

そのことは一三〇七年の教令では確認されているが、それ以前における状況は詳らかではない。⁽³⁾

(1) Robinson, op. cit., p. 86 et seq. [para. 5, 8. 5. (カノン法手続)]。証拠法、手続法の準則を含むローマ法の準則は、該当しうる場合には利用された。例えば、婚姻訴訟においては、能力問題、同意問題あるいは一定の障害問題に適用された。しかし、ローマ法の準則は、婚姻の推定については適用されなかったし、離婚の取扱については、まったく異なっていた。

(2)(3) Robinson, op. cit., p. 87. 拙稿、前掲四巻一号五一頁以下参照。

(3) 婚姻訴訟⁽¹⁾

婚姻は、キリスト教では、いうまでもなく秘跡に属する。そして、婚姻訴訟における管轄権を教会裁判所は一二世紀以来争そわれることなく保持していた。婚姻の挙式、婚姻当事者の能力、子供の嫡出性、婚姻の解消に関しては、カノン法を実施する教会裁判所によって問題は決定されていた。⁽²⁾ しかし婚姻事件についてはその無効を申立てるものが多かった。⁽³⁾ もとより、グレゴリウス七世の時の聖職者の婚姻禁止の教令を前提としてであった。

そもそも、ヘルムホルツによれば、歴史家は中世後期に関するカノンを一括して取り扱っている。それは教皇の管轄の下で、あらゆる国が同一の法を適用しているからであるという。一二三四年の教令発布から宗教改革時ならびにトリエント会議まで、この婚姻法に大きな変化はなかったと言っている。⁽⁴⁾

なお中世において、婚姻は、重要な儀式であった。それは、家、経済、さらに世襲財産、そして時としては、政治にまで関係する社会性をもつものであった。しかし、先にも触れた如く、この当時における庶民の結婚状況、ましてや、婚姻訴訟に関する記録はほとんどないといわれている。したがって、ここでの問題は、いわば、国王、貴族に関する記事が殆どであるといってもよい。

なお婚姻訴訟に関連して、不正規な婚姻に対する制裁を伴う場合が存在したところに、中世の特徴の一つがあったことを付け加えておきたい。⁽⁵⁾

ところで、一二世紀には、カノン法はローマ法から多くのものを摂取した。⁽⁶⁾しかし、キリスト教の教義に矛盾するものは採択することはできず、その代表例が、婚姻と離婚であったという。⁽⁷⁾そこで以下、それぞれの項を分けて瞥見してみたい。

(a) 婚姻⁽⁸⁾

先に触れた如く、婚姻は、キリスト教では秘跡に属する。

世俗裁判所は、婚姻に関する法理をもたなかった。しかし、婚姻の有効性に関する問題は、世俗裁判所にも付随的に提起されていた。⁽⁹⁾そこから聖俗管轄権競合の問題が持ち上がってくるが、それは後でも触れることにする。「イギリスについては、第一章第四節一(2)(イ)参照。」

婚姻の成立に関しては、カノン法は、なんらそれに伴う挙式とか同棲の事実なしに、単なる同意 consent のみで十分であると措定された。世俗裁判所は、挙式とか、あるいは、顕著な事実とかに、より力点を置いていた。⁽¹⁰⁾したがって、婚姻に対するカノン法の見解は、本質的に契約理論に依拠したが、その「契約」は、後の財産法に基礎をおく自由意思の合致という意味での契約とは性質を異にするものであり、⁽¹¹⁾霊的意義をもつ契約であった。

だが、婚姻問題は、その社会的効果が大きく、ことに今日という離婚と相続（それに絡む嫡生子問題）に重大な影響を及ぼした。そこで婚姻訴訟というものも、実態は「婚姻無効」訴訟といわれる、実質的には、離婚訴訟ないし別居訴訟が中心となっていた。

(b) 離婚⁽¹²⁾

離婚は、当時の教会法では認められていなかった。この管轄は、前述の如く、同棲権回復の訴えに絡むもの、婚姻が当初から無効あるいは取消しうる場合の無効の訴え、あるいは、姦通または残酷による別居 *divorce a mensa et thoro* の訴えを含んでいた。⁽¹³⁾ そしてその法に関しては、一八五七年まで、完全に教会裁判所の管轄権の下にあった。大陸を含めて一二世紀中葉以後、教会裁判所が婚姻と離婚の管轄権を掌握していたが、その場合の離婚は前述の *divorce a mensa et thoro*、すなわち、別居を意味するものに過ぎなかった。そして、イギリスでは、ヘンリー八世の宗教改革後も、その事態に変化はなく、またそれ以降、イギリスでは、今日での意味における離婚は、国会の私法律によって行われたため、それは富裕階級のみが利用出来るに過ぎず、一八五七年の婚姻訴訟法 *Matrimonial Causes Act* によって、通常裁判所に管轄が移転するまで、その状態が存続した。⁽¹⁴⁾

(1) Holdsworth, *op. cit.*, vol. 1, p. 622. 世俗裁判所はなんらの婚姻の法理はもっていなかったが、婚姻の有効性にかんする問題は、世俗裁判所にも付随的に提起されたであろうという点は、本文後述の(a)婚姻の項でも触れるが、例えば、婦人は寡婦産について権利をもつか？ 婚姻に基づく子供は、イギリスの土地を相続する権利をもつか？ なんらかの障害を知らずに、当事者が、誠実に婚姻し子供を設けたならばどうであろうか？ もし、巡回裁判において陪審が、婚姻について確定されうる事実を認定した場合にはどうであるのか？ このような点について、時々世俗裁判所はカノン法と矛盾する準則を措定した。カノン法は、はっきりと、単なる同意—それ以上の儀式とか同棲の事実なしに—のみで十分であると措定した。世俗裁判所はある儀式あるいは公証行為により力点を置いた。したがって、臨終の際の婚姻は、世俗裁判所では寡婦産請求を確保するには十分でないと思なされた。また、既に言及した如く、カノン法に従えば、子供は、その後の婚姻によって嫡出子となりうるが、イギリスの土地相続の見地では嫡出性は認められなかった。当事者が、婚姻の障害を知らなかった場合で、その後、そのことを知ったか否かに拘わらず、離婚前に子を誕生させたら、そして後世では、両親が離婚しなかった場合に限るという条件で、嫡出性をえた。

(2) ジュヌヴィエーヴ・ドークール、『中世ヨーロッパの生活』、文庫クセジュ、大島誠訳、一九七四年、一一一頁以下。

なお、see Helmholz, *op. cit.*, [Roman Canon Law], p. 69 et seq. この書は、宗教改革の時期に焦点をあてた研究であるが、そこ
権威と「理性」と法(六)

でヘルムホルツは、婚姻法について、それ以前からの継続性を強調した上で、次の如く述べている。すなわち、婚姻法では、イギリス教会が、ローマ・カトリック教会自身により既に廃止された中世ローマ・カノン法の一部に執着していた、という逆説的事例を呈示している。それは、本質的には、内密の婚姻についての有効性の問題について、イギリスで何が起ったかを示しているという。

(3) 現在のカトリック教会法典では、婚姻訴訟は、民事訴訟一般と区別された特別訴訟として取扱われ(第三卷特別訴訟第一部婚姻訴訟)、その第二節で「婚姻無効訴訟権」を規定し、その特殊性を強調している。

なお、婚姻無効の問題は、その子の扶養問題等にも関係してくる。Helmholz, op. cit., [Canon Law], p. 211 et seq.

(4) Helmholz, op. cit., [Canon Law], pp. 150~1. 婚姻事項は、司教の管轄に属していたが、次第に慣習あるいは取得時効によって、大助祭等の下位の聖職者が具体的に処理する傾向を生じた。しかし、婚姻訴訟は複雑なので、ある専門性を必要とする。そこで、下位裁判所は制限的管轄権をもつに過ぎなかった。

一二三四年の教令集発布とは、グレゴリウス九世の命を受けて、ドミニコ派のライモンド・デ・ペナフォルテによって収集された教令集で、カノン法大全の第二部とされたものである。また、トリェント会議とは、一五四五—一六三年に亘る宗教改革対策を中心とする会議であった。

(5) Swanson, op. cit., p. 178. 婚姻訴訟の場合にも、刑罰が関係することがある。その場合のキイ概念は悔悛ということ、いわゆる刑罰ではない。しかし、結果的に制裁として現われる場合もあった。

(6) Robinson, op. cit., pp. 87~8. 該当する場合には、訴訟法、手続法を含め、ローマ法準則が利用されたという点について、例えば、婚姻訴訟において、能力問題、あるいは、同意問題、または、一定の障害の問題に適用された。ローマ法準則は、しかし、婚姻の推定には使用されなかった。そして、離婚の取扱いは全く異なっていた。教皇ニコラス一世を引用したグラチアヌスは、ローマ法に対する一般的なカノニストの態度を表明したものであった。帝国の法は、あらゆる教会の紛争において使用されるものではなかった。反対に例えば、異端者ならびにその他の悪魔的なものに対しては、完全に拒否されるというものではなかった。事実、「帝国の法は、神聖なカノンに競合しないと認定される場合にはいつでも教会事項において、使用されうる」という。

(7) Pollock & Maitland, op. cit., vol. 1, p. 116.

(8) Holdsworth, op. cit., vol. 1, p. 621 et seq. 現在のカトリック新教会法典「第IV 教会の聖化する任務」「第七部婚姻」「第一章婚姻の有効化」「第2節根本的有効化」参照。

Pollock & Maitland, op. cit., vol. 1, p. 127. この請求(婚姻、離婚したがって嫡出性)は、ヘンリー二世ならびにその後継者達によっても争われなかった。しかしながら、一二世紀における教会は、決定的に非嫡出子の法理に関わるに至った。土地の相続に関し、霊的領域外におかれた事項については、国王裁判所が、この法理を受け入れなかったからである。聖職者は、世俗権力に、教会法と

の調和をはかるよう説得したが、領主達は、一二三六年に、イギリス法を変更することを欲せず、という答えをした。(このことについては、拙稿、前掲五巻一号四六頁以下参照。)

いま婚姻の有効・無効問題の要点を、スワンソンによって紹介すれば以下のごとくである。Swanson, *op. cit.*, pp. 146 et seq.

①「有効な婚姻と相続」。教会は、財産の移転に関係のある領域でも大権を保持していた。これらの領域において、極めてしばしば血縁から生じる法的権利の決定問題に関して教会法は適用になった。相続人は、後裔者という立場で請求する。寡婦寡夫は慣習によって請求する。しかし、かかる請求はすべて、先行する婚姻の有効性に依存していた。しかも、婚姻は、そして、それに伴う子孫の嫡出性は、副次的な効果を無視すれば、本質的に、霊的性格の否定しがたい問題であった。相続のもつ世俗的意味合いにも拘らず、コモン・ロウの法律家は、滅多に、かかる問題の決定には介入することを求めなかった。成程、彼らは、時々婚姻問題を陪審に委ねた。そして、子供の誕生時が、両親の婚姻前か否かを決定することを求める方式を開発した。しかし、かかる係争は、通常、教会の決定に委ねられていた。ここにおいては、並列的管轄が、通常、対立するというよりは提携して機能していたという。Swanson, *op. cit.*, p. 146.

②「無効の婚姻」。財産請求権が、婚姻無効の抗弁に遭遇する場合には、世俗裁判所の訴訟は停止し、その点の判断を求める令状が、該当司教区裁判所へ送付される。通常は、もし、財産請求が国王裁判所においてなされ、それが無効の婚姻の申立てによって争われたならば、手続は、停止し、令状が、その問責の判断が要求される場所の当該司教区裁判所へ送付された。かくして、一三七〇年に、カサリーン・ヒルデヤードの寡婦産請求が人民訴訟裁判所において否認されたとき、(注、以前の婚姻による彼女の配偶者の息子が、彼女は彼の父親と法的には婚姻していなかったと主張)、令状がヨークの大司教に送られ、全力を挙げての調査が行われた。そして、このカップルは、血族結婚であると認定された。彼らの婚姻は「免除」なしには支持されないとされた。たとえ彼らが婚姻の儀式を挙げていたとしても、(それは、異常的に疑問のある状況の下で行われていたが、)このことは、何ら「免除」を利用するに足りるものではなかった。そこで、彼らは、配偶者の死亡前に、なんの「免除」も受けておらず、したがって、この婚姻は無効であったと宣言されたのであった。ところで、このことの証明書が、国王の裁判官の下へ返還されていたので、この寡婦産請求は、おそらく失敗に終わっていただろうという。op. cit., p. 146.

③「婚姻の管轄」。教会の婚姻に対する管轄の取得ならびに婚姻法の創設は、数世紀に亘る緩慢な過程であったし、そこには、婚姻に関する教会の定義を民衆へ押しつけることも含まれていた。

婚姻訴訟は、イギリスでは、中世後期における国家と教会の能力の衝突というよりも、厳格なカノンの定義と流動的通俗的なアプローチの間の競合であった。op. cit., p. 168.

教会の見解は、本質的には契約理論に依拠していた。しかし、特有の霊的意義をもつ契約としてであった。それゆえ、この契約は、

結果を考慮せずに、嚴格に強行されるべきものとされた。時折それらは混乱した。というのは、状況が契約無効を許容することは滅多になかったが、他方締結された契約内容は多岐に亘っていたからである。op. cit., p. 169.

婚姻は、きわめて容易に、単純な宣言で契約された。約束とその後の儀式という二段階の過程はなかった。夫婦約束の誓で契約は成立し、理論的には、教会の連座は不必要であった。教会での結婚式挙行は、内密の結合の正規化のために生じたものであるが、絶対的なものではなかった。それが奨励され、一般的要件となってきたのは、やっと一六世紀になってからである。op. cit., p. 169.

④ 「婚姻の非様式性」。婚姻は、極めて非様式であった。子どもの時期にも契約がなされる程の殆ど偶然的なやり方は、中世の婚姻法を潜在的に（そしてしばしば現実的に）俗人の悪夢たらしめていた。op. cit., p. 169.

契約的要素が、婚姻訴訟の多くにおいて重要であるし、また、通常婚姻訴訟においては、その立証が求められた。op. cit., p. 170.

⑤ 「婚姻障害」。もし前の契約が、現在の婚姻に対する最も有力な異議の要素であるならば、法的に婚姻をするに当って、血族関係と姻戚関係が最大の障害になっていた。

⑥ 「婚姻後の無効」。婚姻が行われた数年後でも、その婚姻無効とされる可能性はあり、当事者の一人が死亡後でさえ明らかに相続を脅かすことになった。op. cit., p. 172. またこの訴訟に関しては、とくに片寄った利害関係に災いされて腐敗の原因になりやすかった。op. cit., p. 175.

教会裁判所により、その婚姻が当初より無効という場合に、無効原因によっては、罰ではなく悔い改める懲罰が科せられる場合もある。しかし、それは実質的には罰と同一の効果をもつ場合も存在したという。op. cit., p. 178.

なお、かならずしも当面の考察時期のものとは言い難いが、波多野敏「伝統社会における夫婦形成と一六世紀婚姻法改革」（上山安敏編『近代ヨーロッパ法社会史』、一九八七年、ミネルヴァ書房、所収）六一頁以下参照。

- (9) Blackstone, op. cit., vol. 1, p. 421. 世俗裁判所における管轄は、民事的契約という観点以外には何の意味ももたなかった。それ以外は教会裁判所の管轄に属していた。

- (10) Holdsworth, op. cit., vol. 1, p. 622.

- (11) 前記注(9)のブラクストンの指摘参照。

- (12) Holdsworth, op. cit., vol. 1, p. 622. Blackstone, op. cit., vol. 1, p. 440; vol. 3, p. 94. Helmholtz, op. cit., [Roman Canon Law], pp. 73, 77.

- (13) Holdsworth, op. cit., vol. 1, p. 622.

- (14) Holdsworth, op. cit., vol. 1, p. 623; Halsbury, Laws, vol. 13, para. 501.

(4) 遺言訴訟⁽¹⁾

一八世紀に、ブラックストンは、遺言訴訟が確かに世俗的性格をもつものであるにも拘わらず、一見奇異に感じるこ
ととして、靈的審理事項の中に位置づけられている点に言及している。しかし、それは当初は世俗裁判所のものであ
たが、司教に無遺言の者の資産を管理することを認めたことの自然の結果として、この遺言訴訟も教会裁判所の管轄に
移管せしめられてきたものであるという。しかし同時に、イギリスの遺言訴訟の靈的管轄権は、イギリス特有の構成を
もっているとも指摘している。それは殆ど他の国では、すべての遺言事項を市民的治政官 *civil magistrate* の管轄に属
せしめているがためである。イギリスでは、この特権は聖職者によって享受されてきている。だがそれは教会の権利事
項としてではなく、市民法の特別の厚意と寛大さによるものとして、また、若干の国会制定法によってであるともい
ている。しかもこのことは、既に一五世紀の有能なカノニストであったリンドウッド *Lindwode (or Lyndwood)* に
よって、こたわりなく認められていたと摘示している。⁽²⁾

この点は、注目すべき発言であるが、当面の考察時期との関係で、直ぐ取り上げるわけにはいかない。ただ、遺言訴
訟の聖俗二面的性格が、当時においても、このような指摘をもたらしたものであることに留意して、当面の課題につい
て瞥見しておきたい。

したがって、そのことはともかくとして、教会裁判所に関し、検認状の下付、遺産管理人の指名状の下付、遺言執
行者⁽³⁾と遺産管理人の行為に対するある程度の管轄権を行使する点をここではとくに取り上げておきたい。なおこれらは、
すべて人的財産に対してのみ行使されていたものである。

なお付言しておきたいこととして、これらのことに関し、世俗裁判所が管轄権を放棄したことは、他の事情と絡み、

イギリス法において、物的財産権と人的財産権の相違を拡大する傾向を生み出した。そして、教会裁判所が、この管轄に関するある部分について権限を行使しなくなった時においてさえ、教会裁判所の創設したこの区分は、後継者によって継承されてくることになった。⁽⁴⁾

(a) 検認状の下付に関する管轄⁽⁵⁾

ところでまず遺言状の下付に関する管轄の点から言及したい。そもそも、この管轄の起源を見つけ出すことは困難である。一二世紀までは、イギリスにおいては、この管轄に関する事柄を耳にすることはなかったという。しかし、教会裁判所が、遺言に関する紛争の決定権をもつや否や、遺言の検認がそれに伴って行われるようになった。そして一三世紀までには、教会裁判所の管轄が定着した模様であった。

(b) 無遺言の動産の配分と遺言管理状に対する管轄⁽⁶⁾

この点に関し、推測ではあるが、無遺言の者の動産の配分は、本来は、世俗裁判所に属していたように思われるという。しかしこの時期に、イギリスでは、大陸と異なった取扱が生じてきていた。それは、長老たちが、国王や領主に対して、霊の救済のために、無遺言者の動産の配分に関する権利を確固として確立してきたことによる。⁽⁷⁾大陸、ことにフランスのノルマンディでは、死が近づいていることを公正に知らされ、しかも、床に七日間も伏しており、その上で、遺言も告白もせず死亡した者は、「desperate (望徳に対する罪) 者」として、自殺者同様に取り扱われ、動産は領主に没収された。これに対し、イギリスでは、メートランドが、ランダーフ (ウエルズ) の司教によって、司教区の有力者が司教に遺言管理を許さなかったと不服申立られたとき、エドワード一世は、その土地の慣習には干渉しえないと答えた例を引用している。それは当時の一般的な慣行に対する反対の事例であるので、イギリスの慣行は反って教会裁判所に属していたであろうと指摘している。⁽⁸⁾

(c) 遺言執行者と遺言管理人の行為に対する管轄⁽⁹⁾

しかし、一三世紀には、とにかく教会裁判所は遺言に対する管轄権を確立し、さらに、一定の事案においては、遺言者に帰属し、あるいは、遺言者が負っている金銭債務に対しても管轄権を取得してきた。

ローマ市民法に従えば、司教は、「*pious usus* 敬虔なる用益」上残された遺言に対して、世俗裁判所と競合的管轄権をもっていた。しかも、あるメンツ公會議によって、司教に無制限の干渉権が与えられたかに見えるところの漠然たる規定も存在していた。だが、ヨーロッパ大陸諸国においては、この敬虔なる用益上の遺産管轄権を越えて、いかなる管轄権も司教には与えられていなかったように思われるという。

ところで、イギリスのグランヴィル時代には、国王裁判所における遺産回復のための請求は可能であったように見える。しかし、国王裁判所が、これらの事案の若干について管轄権を取得したのは特別の理由に基づくものであったと考えられるともいう。というのは、ヘンリー二世の時代にさえ、その管轄は競合的であったし、教会裁判所において開始された訴訟に対し、禁止命令状は発給しえなかったからである。⁽¹⁰⁾

また、従来、金銭債務に関しては、世俗裁判所の管轄に属するものということが定説になっていた。しかし最近の研究によれば、実は、教会裁判所の訴訟記録の中にも、死者の金銭債務に関するものが見出されてきているといわれている。尤もかかる管轄は一五二〇年代までに消滅してしまった。⁽¹¹⁾ この点に関する考察は、また後に取り上げたいと思っている。

(1) 遺言事項が何故教会裁判所の管轄に属するに至ったかという経緯については、see Pollock & Maitland, op. cit., vol. 1, p. 128.

教会は、自己の管轄事項として、遺言 testament、すなわち、告白に結びついた死者の「最後の意思」の事項として、その管轄権を要求していた。そして、この問題は、不動産法と動産法に関し、イギリス法において分断をもたらすこととなった。一三世紀の間に、遺言執行者は、国王裁判所において注目される人物になった。そこでの遺言執行者は、遺言者のもつ債権を請求し、また債務に

関し、債権者から訴えられた。しかし、遺言にもとづいて請求する受遺者は、教会裁判所でその救済方法を求めたであろう。この場合に、コモン・ロウの法律家は、カノニストが将来極めて価値あるものになるこの領域を次第に拡大することを、受容したように思われる。

概して、土地は、遺言によっては贈与されえなかつた。国王裁判所は、土地と犯罪に注意を集中していた。

他方、教会は、その境界を拡大し、ついには、無遺言による動産の承継法全領域を掌握するに至つた。

ところで、一言つけ加えれば、「無遺言」ということは、正確には、*will*ではないが、*will*に関する神の審判になるといふ觀念が普及していた。というのは、「最後の意思」ということは、最後の「告白」に密接に結びつけられているので、無遺言で死ぬことは、告白しないで死ぬことを意味するという考え方になつていた〔後述〕。

なお、教会が遺言問題に介入してくる経緯に関し、ポロック・メートランドは、次の如く説明している。

まず第一に、一二世紀における世俗法に関し、一二世紀中に、土地の相続については、長子相続制が確固として確立された。そこから、土地と動産に関する単一システムというものが不可能になつたとする。すなわち、一二世紀に、ローマ法の要請で、イギリスの法律家が、相続を単一システムで取扱うことを始めようとしたその時に、彼らは、土地を長子にのみ与えることによつて、土地と動産との間に克服しえない障壁を建てたのである。そして、それ以来 *heir* という有効な言葉は、極めて限定された狭い意味しかもたなくなつたという。

では動産についてはどうであつたらうか。それは相続人 *heir* には移転しなかつた。そして、世俗法がこの点について躊躇している間に、教会法が介入してくることになつた。op. cit., vol. 2, pp. 331-2. その経緯は次の如くであつた。すなわち、時の経過と共に、教会は、(ローマ) 帝国の諸法令によつて認められた権利を、敬虔な用途に捧げられた遺産を監視するために主張してきた。司教、そして、彼を欠くときには、首都大司教が、遺産を監視し、さらに、神の奉仕と、慈悲の仕事のために献ぜられた基金を管理するために、人を任命せねばならなくなつたのであろうという。

野蠻人の間では、過去に無遺言が存在したが、敬虔なる贈与は、テストメントの極めて本質をなす傾向となつた。遺言者は、無遺言相続の法に不満であつたのではなく、最後の時間に、彼の魂を救済することを望んだのである。かくして、敬虔なる贈与を看まもる権利と義務は、すべての遺言訴訟における裁判権によつて処理される傾向を生んできた。換言すれば、かかるものとして、最後の意思は、アナテマ(ノロイ)によつて保護されることになつたのであるという。op. cit., vol. 2, p. 332.

ノルマン征服後の若干の期間は、遺言訴訟は、「混合」的訴訟の領域であるといふことも聖俗双方の裁判所で許容していた。op. cit., vol. 2, p. 332. ヘンリー二世とベケットは、遺言問題では争わなかつた。国王裁判所の判事の多くは、司教あるいは大助祭であつたが、遺言問題が教会裁判所の管轄の一部であることを許容していた。彼らは、協調をはかつた。彼らの最も有能なものは教会人

であったし、多くの、そして、重要と思われることに関しては、彼らは強い王党派であること示していた。とくに、彼らの魂を腐朽させることになる聖職者推挙権には関りをもたなかった。しかし、彼ら国王裁判所の判事は、遺言に関しては喜んで妥協した。教会裁判所は、彼ら自身のものとしてまた受け取った。但し、常に、土地の遺言的贈与ではないことを条件としてである。そして、この譲歩は賢明であったように思われるという。

ところで、次第に、ローマ法の影響の下に、人々は、遺言に関し、新しい考え方を持ち始めてきた。そして、それが、真のテストメントになり始めたといわれる。それは、死後贈与 *post obit donation* でも、臨終の際の配分の問題でもなかった。しかも、カノニストは、ロマニストであったので、テストメントに係わる法理をもっていた。これに反し、イギリス法は、かかる壮大な名称に値するものは何も持っていなかったという。 *op. cit.*, vol. 2, p. 333. ここに教会の介入の契機を見出し、イギリス特有の遺言にかんするシステムを作り出したという。

なお、遺言の権限を制限するものとして、ポロック・メートランドは、動産処分を遺言でできるものは、おそらく、妻も子供もないものであつたろうと言っている。 *op. cit.*, vol. 2, pp. 348-9.

さらに、スワンソンは、一三世紀までに教会は、十分、遺言に対する霊的当局となったという。しかし、それは、動産のみであった。ロンドンあるいは法人格をもつ都市では、動産の譲渡を監視する地方世俗裁判所の存在によって制限されていたし、また、自由都市あるいは領主裁判所の下で、遺言は、通常証明されていたであろうという。 *op. cit.*, pp. 173-4.

(2) Blackstone, *op. cit.*, BK 3, p. 95. cf. BK 2, ch. 32, p. 489 et seq. ブラックストーンは、第三巻第七章の「私的侵害の審理権」の箇所で、遺言訴訟の問題を取上げ、また、第二巻第三二章で「遺言による権原と遺産管理」の箇所で、その法の歴史についても触れている。そこでは興味深い指摘がなされているが、本稿の課題から逸脱するので、前述の点だけ指摘するに止めたい。

なお、ヘルムホルツは、大陸法とイギリス法の違いについて触れている。 Helmholtz, *op. cit.*, [Roman Canon Law], p. 7. 彼は、イギリスの慣行は、大陸で遵守され、カノン法で正式に裁可されている遺言管理と嗣子制度の統一制度と異なるのみならず、死者の「最後の意思」を現わすことが十分証明されうる事実上の遺言の検認を許容してきたという。かくして、イギリスでは、二人の、あるいは、一人でさえ、口頭遺言の証人の証言は、十分に遺言の有効性を立証するに足るといわれているという。イギリスの教会裁判所は、カノン法が、通常の遺言の有効性を支持するためには、二人の証人の立会と証言ならびに教区司祭のそれが必要であるとされているのに対して、それを拘束力ある法とは受けとっていなかったという。そして、国王の裁判所もまた教皇の指示をまもることを要求しなかったと指摘する。

しかし、教会裁判所が、この領域における慣行を維持するには、より大きな困難に遭遇したという。一五二〇年までに、教会裁判所で、遺言金銭債務の事案を裁決し、宣誓された約束を強行することに関し、従来享受した事実上の権限を、回復不能的に喪失した。

その契機は、教皇尊信罪の存在によってであるという。op. cit., p. 82.

なお、大陸について、ヘルムホルツが次の如く述べている点も留意しておかねばならない。すなわち、少くとも大陸においては、この問題は複雑化しており、検認と相続法を規制する多くの地方制定法の存在があったため、裁判所が、適当な法廷となる上で難問が生じていたという。そして、遺言法は、厳密に言えば、普通法にもとづいて靈的問題ではなかった。そこで、ヨーロッパのいろいろの処で、いろいろのアプローチがなされていたと指摘している。op. cit., p. 14.

ここで、will, testament, codicil の語義について触れておきたい。will と testament は、イギリス法では、同義語であり、自由に使用されていたという。尤もローマ市民法によって、遺言執行者が任命される証書のみ testament と称せられていたし、それがない時には、codicil と呼ばれていた。そして、コモン・ローによって、土地あるいは家・屋敷が文書で遺贈された場合には、指定された遺言執行者がいなくとも、その文書は last will と称せられ、動産のみが関係する場合は testament と称せられたという。Halsbury's Laws, vol. 50, para. 201, n. 1.

ついでに、一六世紀初頭であるが、教会裁判所判事自身が、その訴訟を世俗裁判所へ送り返した事例を挙げているものがあることを付記しておきたい。Helmholz, op. cit., [Canon Law], p. 83, n. 30. さらに、カノン法と世俗法によって、教会裁判所の検認管轄権は慣習に基づくもので、聖なる命令に基づくものではないといっている点も、この検認事項の性質をよくあらわしているものとして注目しておきたい。Helmholz, op. cit., [Canon Law], p. 313, n. 34.

(3) 遺言執行者の、あるいは、そのグループが、遺言者の「動産(人的財産) personality」と称せられる財産に関して、遺言者を代表するということは、一三世紀にその端緒を見出すという。Pollock & Maitland, op. cit., vol. 2, p. 316.

(4) Holdsworth, op. cit., vol. 1, p. 625.

(5) Holdsworth, op. cit., vol. 1, p. 625 et seq. なお、Helmholz, op. cit., [Roman Canon Law], pp. 79~80. では、考察時期が宗教改革当時のイギリスのカノン法に関してであるが、そこで、検認の作用がこの時期にはその全貌が出現したのにも拘わらず、その研究は余りにも少ないし、また、資料となりうるものは、検認料とか手続に対する苦情とか、あるいは、国会統制のための制定法に関するものに過ぎないといっていることも参考になる。

また、教会の検認管轄について、スワンソンは、部分的には、それは「信義違反 fidel laisio」に論拠づけられていたという。Swanson, op. cit., p. 167. また、総合的に見れば、検認管轄は、教会裁判所の主要な領域を構成していたといわれている。op. cit., p. 174. なお検認料は教会裁判所の主要な財政収入源でもあったといわれている。op. cit., p. 220.

なお、cf. Pollock & Maitland, op. cit., vol. 2, pp. 341~8. ここではとくに検認に関して、遺言が有効か否かを決定する資格の問題と、それがしばしば非訟的手続の形態をとることと、さらに、死者の財産確保の手続に関する問題があると指摘している。ここで

は、本稿の目的からは些細に亘る問題として省略する。

- (6) Holdsworth, *op. cit.*, vol. 1, p. 626. なお cf. Swanson, *op. cit.*, p. 145. そのでは、一三七五年まで、無遺言は、司教の個別的処理に委ねられていたという。世俗裁判所は、変化しつつあったパターンに対応するには、余りにも緩慢すぎた。例えば、無遺言の場合には、一三七五年まで、不動産権の遺産管理人に法的な人格性をなら認めていなかったとしている。

- (7) Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. 2, p. 359.

- (8) Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. 2, p. 359-60.

- (9) Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. 2, pp. 334-5. 遺言のタイプについていえば、イギリスでは、遺言執行者付きの遺言が支配していた。その種の最も初期のものとしてはヘンリー二世のものが残っている。

周知の如く、イギリスの遺言執行者制度は、大陸のそれとは今日でも異っている。cf. Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. 2, p. 336 et seq.

遺言執行者と遺産管理人の行為に対する管轄権に関しては、Holdsworth, *op. cit.*, vol. 1, p. 627 et seq. 乃至 cf. Swanson, *op. cit.*, p. 145. 一六世紀までコモン・ローは、死者の遺言執行者に対する訴えの提起については、實際上制限されていた。したがって、国が遺言事項に介入したくとも、それを強行することはできなかった。

また、教会裁判所は、検認管轄について十分な裁量を行っていたので、固定的な準則の発展を阻んでいたという。

- (10) Holdsworth, *op. cit.*, vol. 1, pp. 627-8.

(11) Holmholz, *op. cit.*, [Canon Law], p. 307 et seq. すべての叙述に照しても、検認管轄権を、子孫の不動産権のための請求、あるいは、それに対する請求と切り離すことは、古代のものであった。遺言は、検認裁判所において立証された。金銭債務は、一般管轄裁判所において争われた。このことは特別の事情がない限り、金銭債務請求は、教会裁判所の検認管轄の外になるという初期イギリスの実務からの継続であった。それは遺言訴訟ではなかった。それらは世俗裁判所においてのみ審理されるものであって、教会裁判所の管轄ではなかった。しかも、かかる請求を聴聞しようとするそれ以外の裁判所は、国王の禁止令状によって制約されたかも知れない。遺言金銭債務が初期検認管轄権の一部でなかったことは、すでに定着した意見になっていると述べている。op. cit., p. 307.

しかし、この点に関して、これに反する資料が発見されてきている。ヘルムホルツは、「金銭債務請求と検認管轄権」という論稿で、その事実を証明するためには、また、訴訟の性質を略述するためには、さらに、教会裁判所が何時遺言関係の金銭債務に関する管轄権を失ったかを証明するためには、一般的には、法制史の証言の重要性を評価せねばならぬが、それが同稿の課題であったといっている。op. cit., p. 308.

(5) その他の民事訴訟—寄進された土地

ここで、後の考察のために些か言及しておきたい項目についてのみ補充することにする。

前述の如く、すべての土地に対する管轄は、世俗裁判所において処理された。しかし、このことは必ずしも論理的な考慮の所産ではなかった。もとより、一般的な土地が、世俗権力を支える主要な財源になっていた以上、その財産を世俗権力が支配することもまた必然的であった。しかし、すべての土地の管轄が世俗の裁判所の管轄に属するものということはできなかった。すなわち、寄進された教会財産になった土地の管轄がどちらに属するかという問題が当然に生じてくる。その処理は、いわば偶然的なものであった。その意味ではその偶然性について一言触れておきたい。

最初寄進 *alms* のため教会に贈与された土地に関する争いは、教会裁判所において決定されていた。そして、ヘンリー二世もこのことは広汎に認容していた。もし当事者が土地を合意で寄進する場合には、それに関する訴訟は教会裁判所において進められた。当事者が合意しなかった時には、その事案が審理されるべき管轄裁判所を決定するために、陪審の評決に委ねられた。しかし、このことはヘンリーにとっては有効な手段となった。それは彼にとって予想外の成功であったし、そこですなわち、彼の後継者たちの国王裁判所は、寄進にも拘らず、土地の占有あるいは所有に関するすべての問題を裁決する排他的権利を主張しすることになった。それはその場合に、教会裁判所では、寄進された土地を犯すものを瀆聖 *sacrilege* を理由にして、破門する方法以外に何も出来なかったからである。⁽¹⁾

(1) Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. 1, p. 126. なおクラレンドン条例九条参照。ここでは、ノルマンディの慣行でもあった。自由寄進か世俗の土地所有かの決定は、国王の裁判所の決定によってなされるべきことが定められていた。プラクネット、前掲上二八—九頁。

(六) 上訴等

(1) 序

先に指摘した如く、世俗社会においては、上訴手続は、一三世紀までヨーロッパには存在していなかったという「前掲四巻一号七七頁」。それは教会裁判所におけるローマ・カノン法によるものであり、その影響の差が世俗法の手続の相違をもたらしたといわれている⁽¹⁾。

イギリスにおいては、ステイーヴン治世、そしておそらくそれ以前から、ローマ教皇への上訴は存在していたであろうと言われている⁽²⁾。そしてこのシステムは、一五三二年の宗教改革の一環としての上訴禁止「教会上訴法 Ecclesiastical Appeal Act」まで継続した⁽³⁾。

これらの上訴は、グラチアヌス以後の教会体制の階層制整備によってシステム化され、とくにアレクサンデル三世（一二五九―八一）、イノケンティウス三世（一一九八―一二一六）、グレゴリウス九世（一二二七―四一）、イノケンティウス四世（一二四三―五四）によって、その実施には関心がもたれた⁽⁴⁾。したがって、これまでもしばしば言及した如く、イギリスの教会法は、ローマ教皇への上訴によって基本的に統制されていたといえる。

そこで問題は、イギリス内部において、司教裁判所が中心となる教会裁判所システムとこの上訴システムがどのように係わるかという点である。尤もこの点も先に触れたので、ここでは補足的に取り上げるに止めたい「前掲五巻一号八頁以下参照」。

そもそもイギリスにおける上訴概念は、今日でも多義的であって、わが国の上訴概念では捉えきれぬものをもっている。ましてや、この当時のイギリスの世俗社会の裁判所システムの確立以前に、そして教会裁判所のシステムが、イギ

リスの世俗社会の裁判所システム形成にどのような影響を与えたかを重要視せねばならぬときに、その当時の上訴概念がもつ意義を、わが国の今日的意味で安易に把握することはできない。そこで以下の点を特に留意しながら、この問題を概観しておきたい。

先にも触れた如く、ローマ・カトリック教会は、教皇を頂点として階層性を形成してきた。しかし、他方、司教は、使徒伝承としての地位づけから、その司教区における一定の排他的裁治権をもっていた。そこで一体この階層性ということと、司教の排他的裁治権という概念とどう調和するかという問題が提起されてくる。教皇への上訴と司教との関係は、一般的には既に言及している「前掲三卷二号五三頁」。ここでは、その関係を時代により、人により、いろいろに把握されていたことを指摘した。では一体、イギリスにおいて、この関係をどのように捉えていたのか、ということがまずここで考察されねばならなくなる。

しかし次に、教皇と司教の裁治権に関する関係が把握できたとしても、司教と大司教の関係はどのように把握されるべきかという問題が提起されてくる。この点もすでに司教区裁判所から大司教区裁判所への上訴の存在という形で言及してきている「前掲五卷一号一〇頁」。だが司教間の意見の相違が生じたとき、どのような調整方法が大司教にあるのかという問題もここでは生じてくる。

但し、これらの上訴に係わる問題は、一体上訴制度を通じての階層性が、どれほど強固なものであったかをはかる尺度になってくるし、もし、各地方の裁治権の間に地方的特色があり、その矛盾が教皇によって統制し切れなかったとするならば「前掲五卷一号四六頁以下（「われわれはイギリス法の変更を好まない」）、その原因は何かという問題も提起されてくることになることも留意せねばならない。この問題は、すぐれて世俗権力との絡みがあり、その意味では、世俗裁判権の問題考察後に取り上げたい。⁽⁶⁾

(1) Pollock & Maitland, op. cit., vol. 2, pp. 664-5. 元来ロモン・ロウには、裁判所から裁判所への上訴と呼ぶものは、あるいは、呼ぶるものは存在しなかった。それは、一八七五年にロモン・ロウとエクイティが「融合」するまで、そうであった。イギリスとフランスでは、共に長い前から、*appellare* という言葉は、他人に対して刑事問責を提起する人の行為を叙述するために用いられていた。かかる行為は、「重罪の *appeal*」といわれる *appellare* (上訴) であった。

一二世紀にカノン法の影響の下に、イギリス人は全く違った種類の上訴に親しむことになった。彼らは、大助祭から司教へ、司教から大司教へ、大司教から教皇へと上訴した。そして、段階的教会裁判所階層性が魅力的モデルとなった。国王の裁判所は、この新しい考えによって利益をえた。国王裁判所は、地方裁判所に対して、ローマの教皇庁が司教裁判所に対するものと些か同様の関係におかるべきだと考えた。もっとも、この新しい考え方が、実を結ぶには長い時間かかったという。

(2) Halsbury's Laws, vol. 14, para. 1263.

(3) その後は、*the King in Chancery* へ向けられた。そして上訴を聴問する目的で *the High Court of Delegates* が構成された。それは、国王の国璽による国王の囑任状に依ったため、かように呼ばれている。このシステムは、一八三三年二月まで続き、一八三二年の *Privy Council Appeal Act* によって *Queen in Council* によって取って代わられた。

(4) *Robinson, op. cit., p. 75.*

(5) 一般的に上訴概念を用いる場合には、下級の裁判管轄権から上級の裁判管轄権への訴えを意味している。cf *Black L. Dict.* しかし同箇所でも、その概念は、絶対的なものではなく、多義的使用が認められるとしている。狭義に使用する場合には、司法審査 *judicial review* と区別して、制定法によって個別に認めた上訴を指す。前者を後者と区別した例として一九八一年の最高裁判所法 *Supreme Court Act, 1981, s. 31* 参照。ミラーの次の指摘もイギリス法の理解のために役立つかも知れない。すなわち、「(請求の) 強行のこれらの態様は、間接的に与論に訴える *appeal* ことであった。彼らは、権利の観念が組織化された国家の存在以前に、ある様式で存在した。」「国家が王を頭首として組織化されたとき、救済の要求は彼は向けられた。このことは東方では馴染み深いものであった。そして、初期イギリスにおいては普通であった。それが、現代のより上位の裁判所への上訴 *appeal* として生き残っている。古いイギリスの上訴 (*appellum*) は、個人に対する刑事手続であったが、より上位の裁判所への上訴 *appeal* (*appellatio*) は、イギリスへローマ法とカノン法を通じて到達したという。Miller, op. cit., p. 59.

(6) この問題は、教会の世俗権力による支配と、教会自体の世俗化の問題が絡み、より総合的に考察するに適した課題であろう。

(2) 大司教裁判所への上訴⁽¹⁾

具体例として、次ぎの考察時期に属する事案ではあるが、問題点を明確に例示しているので紹介しておきたい。すなわち、一三七八年のヨーク大司教のプロヴィンシャル裁判所に上訴されたところの、婚姻の有効性の有無に係わる事案が存在した。本件は、特別嘱任状によって行われたところの、下級裁判所が婚姻契約の強行性を認める宣告に係わる事案であった。しかし、第一審で敗訴した当事者の法律家は、上訴で、第一審の裁判官が、第四次ラテノウ公会議によって要求されたところの、公証人、あるいは、彼と共にその他の「二人の適合する者」をして、その裁判記録 *notar* を記録させなかったことを知った。しかも、敗訴当事者のための法律家が、下級裁判所の訴訟手続に対して争いうることにいったら、その点以外に根拠はもっていなかった。

そこで一体、この法律家は、第一審の聴聞が無効であったと主張することができるか、という問題が提起された。もし出来るならば、そして勝訴するならば、事案は振り出しに戻らなければならない。しかし、頭初の請求人がそれを欲しなかったり、あるいは、訴訟を提起する余裕がなかったりするならば、明らかに、有効な大義名分が失われてくるであらう。

もとより、今日の当事者訴訟主義の下では致し方のないことではあるが、当時かかる裁判所のシステムが、上下関係としての道筋でのみ形成されているとき、そもそも訴訟提起そのものが、正義を確保しようと考えなくなるということ、不正義が行われてはならないようにすることを大義名分としている教会裁判所にとって、もっと大きな「権威」そのものの喪失に関わる問題を引き起こすことになりかねなかった〔前掲四卷二号一三〇頁以下〕。そしてそこに上訴の正当化の論拠が生まれてくることになった。

(1) Helmholtz, op. cit., [Canon Law], pp. 51. Helmholtz, op. cit., [Roman Canon Law], p. 174. ここでは、禁止令状に拘わらず、ヨーク大司教裁判所へ上訴した例が紹介されている。

(3) 大司教裁判所よりの上訴

ローマ教皇（庁）への上訴については、既に言及した「前掲四卷一七七頁以下参照」。そこで補充的に一言つけ加えれば、例えば、教皇派遣特使裁判所 The Court of Delegates は、イギリスのすべての霊的事項に関しては最終審裁判所としての権限を有していた。⁽¹⁾

尤も教皇派遣特使が仲裁人として機能する場合もある。その時に特使の忌避 *recusation* の問題が生じてくる。その場合には、ローマへの上訴は可能であった。⁽²⁾

(1) Helmholtz, op. cit., [Roman Canon Law], p. 45. 一二—三世紀にかけて教皇庁裁判所への上訴の数が増加し、遅滞現象が生じたので、かかる教皇派遣特使による裁判が増加した。op. cit., p. 22.

(2) Helmholtz, op. cit., [Roman Canon Law], pp. 24—5.

(4) 訴追の放棄 *desertio*

一般的にいつて、上訴については、上訴が遅滞なく行われる限り、上訴権は保証されていた。⁽¹⁾

しかし、ここでは上訴権が長く放置されていた時には、上訴は放棄されたものと看做される事例があった。尤もこの点はユスティニアヌス法典等に由来したものであるといわれている。⁽²⁾

(1) Helmholtz, op. cit., [Canon Law], pp. 105~6.

(2) Helmholtz, op. cit., [Roman Canon Law], p. 138.

(ハ) 採証方法に関する問題点—イギリスの特殊性

これまで考察してきたとおり、イギリスと大陸の教会法は、基本的に同一範疇に属していた。しかしその中でも、大陸の証拠の採集とイギリス法のそれとの間に分岐の生じる契機がこの期に内蔵されてくるのを見た。では一体、それを従来のイギリス法学でしばしば取り上げてきたように、イギリスのコモン・ロウの興隆がイギリスのローマ法の継受を阻止したという側面に係わらしめてよいであろうか。この点もいろいろの箇所を示唆してきたが、ここで補充の意味で一言触れておきたい。

まず、ローマ法の準則が相当する状況の下で利用されてきたことには既に触れた。ロビンソンは、その一例として婚姻訴訟を挙げている。すなわち、能力の問題、同意の問題、一定の婚姻障害の問題では、ローマ帝国の準則が利用されていたという。しかし同時に、婚姻の推定に関しては適用されず、また、婚姻に関しては全く異なった取扱いがなされたことも銘記しておかねばならないだろうという。⁽¹⁾

さらに、教皇ニコラウス一世を引用したグラチアヌスが、ローマ法に対するカノニストの一般的態度を表明していることも留意しておく必要がある。すなわち、「帝国の法はあらゆる霊的紛争において使用されうるものではない。とくに、福音の準則あるいは教令と競合する場合には」と。しかし「例えば、異教徒あるいはその他の邪悪な人に対する場合は完全に拒否される」と言っていない。事実、「帝国の法は、神聖な教令に競合するものではないと認定される場合には、霊的事項においても用いられるべきである」とされたという。⁽²⁾

ところで、イギリスでも教会法が適用になる限り、同様な状況であることは事実だが、その地方的変容の問題として、どれほどその特殊性を摘示しうるかについては、未だ資料を持ち合わせていないので、原則的には、ここでは留保せねばならない。

しかし、イギリスのこの当時の採証方法について言えば、文盲の者が多く、文字の使用が普及していない時期であることを考慮するならば、関係者が宣誓した上での証言と、近傍の人々の宣誓証言に頼る方法しかなく、ここに雪冤宣誓補助のシステムの活用されえた所以があるものと思料している。

また、裁判官の「権威」が神権をバックにする「絶対的権威」として受け取られていた時期においては、裁判官の裁量の範囲は広く、ここに、他面において、大陸では、他の要素と絡み、糾問主義への道が開けて行き、また、自白からそれを引き出す拷問の使用の許容される道を生み出してきたものと思料している。これに対し、イギリスでは、糾問主義が多く現代的活用領域として馴染んだところ異端審問が、著しく寡少状況にあったという事実のほか、それを担う人材の不足、その背景にある文明化の違い、あるいは、さらにそれを支える社会意識（世俗権力と教権との結合状況）、はたまた、その他の社会的条件等も考慮せねばならないのではないかと考えている。

したがって、単にコモン・ロウとの関係で、その分岐の契機を引き出すことはできず、ここに、後に考察する世俗裁判権の態様の考察が必要となってくるものと思う。

だが、ローマ法が「書かれた理性」と言われるのは、イギリスにおいてはとくに付加された意味が包摂されていたのではないかという問題意識ももっている。それは、文字をどれだけ読み書くことが出来たかという問題を抜きにして、ローマ法の継受の有無の問題は語れないのではないかという意識があるからである。

- (1) Robinson, op. cit., p. 87.
(2) Robinson, op. cit., p. 88.

- (ハ) 公書証人(書記)制度と代書人⁽¹⁾
(イ) 公書証人

イギリスにも notary public という制度は今日でも存在するし、教会法でも機能している。尤も、わが国のイギリス法の紹介では余り重要視されてこなかったこの公書証人制度が、当時のイギリスにおいてどのような意義を有していたかという点について、私は無視しえないものがあつたと考えている。それは消極的意味で、「書かれた理性」とか、「文字と理性」の問題を考える場合に、重要な意義を有するものと考えらるからである。

まずイギリスにおいても、イタリーや南部フランスと同様な制度が存在していたのであろうかという点から問題にしてみた。「前掲四巻一号八八頁以下。書記の項参照」。とにかく、文字普及に伴い文書化し、それを公証する行為が必要となってくる場合に、それを誰が担ったかという問題は当然発生してくるし、その過程がかかる制度の必要性の有無を問題にするようになってくるからである。この点は、従来のイギリス法の歴史的考察上やや軽視されてきた点ではないかと思料している。⁽²⁾

プラクネットは、notary public は、イギリスにおいて、当時の法律専門家のうちで現在なお残っているところの、弁護士の下位に立つところの公書証人の部門の前身であると説明している。但し涉外と教会法上の事件を除いては重要性は少なくなっているとも摘示している。⁽³⁾

次に当時のイギリスで、イタリーの書記(公書証人)制度がはたしてイギリスに定着していたかということに関する

論文を発表したチニーが、一三世紀における両者の制度は、大きく異っていたと言っている点を取り上げておきたい。いまその要点を列記すれば以下の如くである。

① まず一三世紀当初において、イタリアでは、書記制度は既に完全に形成されていた。それは世俗的政府も高度に精巧化された古典ローマ社会からおそらく効力をもっていた書面による記録という伝統を継承したものであった。ローマ帝国では、私法における法的取引の公的写を与える公的登記所を保有していた。ローマ人は裁判所の判決を得るために、一定の私的取引書を提出し、裁判所は、認証文書にて判決を記録した。財産の譲渡は、法上の譲渡 *iure cessio* によって確認された。中世初期の地中海世界において、*instrumentum publicum* 「公的に作成された文書」が提出され、かつ、書記あるいは公人「役人」として取り扱われる *iudex* 「審判員」によって公証されていたのを見出す。イタリアにおいては、一二世紀までに書記が教皇あるいは皇帝から、彼らの署名あるいは特別の記号によって証明された公的文書を起草する権威を認められたと主張するものが現れた。そして、その文書は、単にローマあるいは教皇または帝国の領域内のみならず *ubique terrarum* 「いずれの土地においても」通用する有効なものとして取り扱われた。イタリアにおいて、そしてまた、あるその他のところにおいても、その時までには、市民法上のあるいは教会法上の書記は、彼が起草する特許状の台帳あるいは登録簿を保持し、かかる登録簿は（少なくとも一三世紀までには）公的管理として寄託されていた。

しかし、イギリスにはかかるものは存在していなかった。⁽⁴⁾

② イギリスにおいては、アングロ・サクソン時代には、文書なしに土地を移転させえたようである。

一二世紀に、書面による特許状が通常の記録方法となった時にも、それは必ずしも法の様式性によって規定されてはいなかった。

しかし、一二世紀半ばまでに、法的重要性をもつ記録は、通常捺印された文書に委ねられるようになった。そして一三世紀において、イギリスは、一般に *instrumentum publicum* という言葉が、資格ある当局によって捺印された書面を意味するようになった。(それ以来、捺印は、移転、その他の契約、遺言、裁判所の司法宣告、外交および通商事項の行為をするために必要なすべての態様の書面を認証するために用いられている。)⁽⁵⁾

③ 一二三七年に、教皇の派遣特使オットー Otto 枢機卿がロンドンで会議をもち、カノン(典範)を公表したが、その時に、彼は、教会裁判所の手続の改善と偽証の探知という課題に取りかかった。これらのカノンの中から、イギリスには「公書証人が存在しない *publici notarii non existunt*」とか、「公書証人の慣行はイギリス王国にはない」という多くの不満の言葉を見出す。尤も公書証人制度を強制しようとオットーはしなかった。その代わりに、彼はあらゆる聖職者が保有すべき認証印の原本 *sigillum autenticum* のより注意深い統制を要求した。したがって、公書証人制度はなお遠い存在であったという。⁽⁶⁾

④ 最初の公的文書の作成人がイギリスに現れるのは、一二五七年末であった。それは、アールとマークスとの間におけるマークスとアール令嬢の婚姻に関する契約書を作成することに関係していた。それはヘンリー三世立ち合いの下になされ、おそらく捺印されたものであったろうという。⁽⁷⁾

⑤ 一二五七年と一二八〇年の間に、二人の外国人の公証人と二名乃至三名のイギリス人の公証人の存在を見出す。その文書の多くは外国人に関係していた。それらは、司教の遺言、貴族間の婚姻契約、イタリー人による教皇直任関係のイギリスの聖職禄に対する請求、あるいは、司教のフィレンツェの銀行からの金銭債務等に係わるものであり、しかもその多くは、一二六五年から六八年における後の教皇アドリアヌス五世の派遣特使のイギリス滞在過程で生じたし、また、もう一つは、聖地のための教皇の十分の一税を徴収したもののなかから、商人が一定額を受領したという記録作成

にかかわっていた。⁽⁸⁾

⑥ この時期に、イタリーのシエナの書記による事例を見出しうる。それは、司教間の争訟に関し、ローマ教皇庁へ上訴することに関連していた。また、一二八四年には、ロンドンの公書誦人（イタリー人 Idebrando）が、フィレンツェの商人とヨークシャの羊毛の取引「当時における主要な商売」に関して作成した文書が、フィレンツェの記録集から発見されたという。なお彼がイギリスにいたのは一二七八年から八四年の六年間であったことを示す記録もあるとい⁽⁹⁾う。

⑦ この時期は、イギリスの公書誦人にとって、決定的な時期であった。教皇ニコラウス三世がベッカムをカンタベリの大司教職に叙任した。そのとき、ベッカムは三人の適任者を公証人の職に任命するために教皇から一団の才能ある集団をイギリスへ連れて行った。ここでは、その中にイタリーの書記も含まれていたことが重要である。すなわち、その中のジオヴァニ Giovanni da Bologna が、一二八二年来教皇庁のイギリスにおける業務に携っていた。彼は、一つの要録（Summa de his que in foro ecclesiastico occurrunt notariis conscribenda）「裁判先例集」（一二八九年とロッキンジャ Rockinger によって日付けられている）を大司教に献呈した。このことは、野蛮なイギリスの聖職者へポロニアと教皇庁の公証制度の福音を持ちこんだという。そこでは、大司教の聖職者達が、公証技術の訓練を受けていないことを嘆いていた。そして、ベッカムと共に、彼のサーヴィスは、偶然にせよ、イギリスの司教によって、より多くの公書誦人を雇うことになったことと軌を一にしていた。そして彼の要録はイギリスで普及された。

大陸においては、全体としてのこの制度の状況は、好ましいものであった。すなわち、教皇の課税、聖職禄の供与、プロヴィンスへ特使を派遣する代わりに、ローマへ訴訟を引き付ける教皇庁の傾向等がそれを助長した。丁度一二七〇年代のこの時代に、北フランス、オランダ、ドイツ、ポーランド等にも公書誦人は現れた。北方の国々では、教皇の課

税の機能から公書証人の極めて早期の経験を受け取ったといわれている。⁽¹⁰⁾

⑧ そこでイギリスにおけるこの公証が問題になる文書について言及しておかねばならない。それはまず外交文書に關して、その書式はイタリー風なものとなつていった。そしてそれは、イギリスの他の書簡体と異なつてきたことを指示しておきたい。⁽¹¹⁾

⑨ なお、ジオヴァニがイギリスへ来てから約五〇数年間に、イギリスの教会では、より以上にイタリー風のやり方を模倣するようになった。一四世紀半ばのイタリーの司教は、より恒常的に一、二名の公書証人を雇うようになった。公書証人が聖職者である場合には聖職祿を、俗人である場合には給与と衣服が彼らに支給された。

司教の書記や登録官は通常公書証人であつた。しかもボンフェティウス八世は、そのことを助長させる判決を下して⁽¹²⁾いた。

⑩ では一体、いかにして公書証人が、イギリスで、その職業を営み続けえたのかという問題が提起されてくる。極めてしばしば教会裁判所における用途のための書面を書く公書人 *publica persona* という資格で、特定的に行爲していったという事実は存在する。実際、そこでのみしか、彼は「公」の性質が認められえなかつたろうといわれていた。そしてその他の分野では、とくに捺印証書の場合には、厳格な制限が課せられていた。そして、それは、この公書人の制度が、もともとローマ市民法から作られたものであり、それはイギリスでは全般的に確立しえなかつたからであるという。すなわち、イタリーの書記制度がイギリスに足を降したときには、既に、イギリスの土地の譲渡方式というものが発展させられていた。また土地の民事裁判所は、独自の令状登録簿を持つに至つていたということによつて、この公書証人による文書の有効性を必要としなかつたからであるといふ。⁽¹³⁾

(1) C. R. Cheney, *The English Church and its Laws | 12th-14th centuries* [Notaries public in Italy and England in late Middle Ages, pp. 172~188]; Halsbury's *Laws of England*, vol. 34, para. 201, n. 4; *Bell's Dictionary and Digest of the Law of Scotland*, 7th pp. 744~5.

なぞ Pollock & Maitland, op. cit., vol. 1, p. 218 et seq. は、この問題を次の如く捉えている。

イギリスでは、公証人制度は決して深く根を降ろさなかった。イギリスの国王は、公証人の任命の皇帝特権を取得しなかった。また、イギリス法も、捺印証書、あるいは、遺言またはその他の普通用いる証書で、専門家によって起草され、あるいは、検証されねばならぬことを要求するものはなかった。時々、外国人の信用を要求するような、ある書面が起草されねばならぬ場合には、教皇の書記が雇われたようである。スコットランドの国王の地位が問題になった訴訟の記録、すなわち、エドワード国王の裁判記録を起草したのは、まさに教皇の書記であった。

ただ、イギリスの世俗裁判所で記録訴訟の技術が高度の完成に至った時でも、イギリスの教会裁判所は、その不注意と拙劣な記録の故に、大陸のカノニストの間では悪評をえていたように思われる。

イギリス的な文書の改革を運命づけたものは、イタリーの公証人—その一人がポロニアのヨハネス（ジョン・ジオヴァニ）であったが—から、大司教へ献ぜられた裁判先例集が学ばれたことであった。

その後の時代にも、イギリスには、絶えず教会法の公証人が存在した。一四世紀には、教会長老とか領主の遺言は、時々、公証文書の様式を取ったであろうと推測されている。授封状、期間保有権、モーギッジ、遺言の起草を可能にする十分な土地法への通曉は、多分在俗聖職者であろうと修道士であろうと、その間に、普通えられたものであった。もし、いずれかの富裕な宗教施設の特許状（地券）台帳を精査するならば、おそらく、普通の様式のそのものの収集物を保有していたと推論される。一三世紀後半になると先例集というものを見出しうる。

他方、ノルマン征服以来、書面による証書を使用する慣行は、緩やかではあるが、国王の書記局から次第に広がりつつあった。私的捺印証書（cartae）のより多くは、極めて簡単な、明確な、そして事務的な文書であった。それらは、極めて北フランスで作成されたものに類似していた。

極めて精緻な文書は、国王裁判所から発したものであった。もし人が、いやしくも、普通でないものを土地に関し処理したいと望むなら、彼は、国王裁判所に提起され、妥協された擬制的訴訟 fictitious action によって行った。この妥協を記録した文書を final concord or fine と称したが、その「ファインのフット」は、なおこの裁判所と共に残存してであろう。（三つの部分の最下部の一片を裁判所が保管するならわしだった。）

そして、この方法によって、一三世紀が終わる前に、些か複雑な「家族セトルメント family settlement」が作成され始めた。

権威と「理性」と法(六)

さらに、ロンバルディアの商人たちは、彼らと共に、イギリスの債務者をして作成を余儀なくさせた債務証書 *bond* によって、長たらしい、正確な、そして厳格な様式の先例をもたらすことになった。

なお、cf Swanson, *op. cit.*, p. 7. 「イタリー人、スコットランド人、その他の外国人が、大助祭、参事会聖堂付主任司祭の職を時々享受していた。彼らはまた、司教の管内で、公証人として行為しえたであろう」。また、元来公証人の任命は教皇権に属するが、大司教等に制限付権限委任をしていた。その一つに、公証人の任命をダラム司教が行った例を見出す。 *op. cit.*, p. 16. ここで訳語について一言触れておきたい。

notary public は、先には「書記」と訳していた。ただイギリス法では、公証人と訳する人も多い。当時における機能は形成過程にあったことを前提として、一応「公書(証)人」とここでは表現しておくことにしたい。ただ前述の「書記」概念に相当するものを描いているので、「書記」概念で一貫したい気もするし、この訳では、その後の変遷を表現しきれぬうらみもある。また両者の違いもあるので、イタリー等の場合には書記とし、イギリスの場合には公書(証)人とすることにしたい。なお *publica persona* はそのまま公書人とした。

イタリーの書記の役割については、前記の箇所参照のほか、清水広一郎、『中世イタリア商人の世界—ルネサンス前夜の年代記—』、平凡社、一九九三年、「X 記録への執念、(成文法の伝統と慣習法の伝統—つねに手にペンを、地中海商業を育てた公証人—織物商の秘密帳簿—ある両替商の覚書)」、一八六頁以下参照。

なお、現在のカトリック教会法典では、「公証官」という訳語が付されている。例えば、一五〇三条二項。

(2) D. Melinkoff, *op. cit.*, (Chapter 8), p. 83.

中世イギリスの言葉の若干の特徴として、一一〇〇—一五〇〇年の時期を言葉の問題から、その始めと終について截然たる区分線を引くことはできないという。

ところで、メリンコフは、中世においては、イギリスの法的事項が文書化されることは稀であったという。令状(書簡と同じ)とか捺印証書、ことに教会のそれが、法の文書の大半を占めていたという。 *op. cit.*, p. 91.

かかる意味では、文字を扱いうる人、とくにラテン語を読解し、使用しうる人数というものは、きわめて僅少であったということ、ここでは前提とせねばならない。

グレーヴィチ、前掲二五一頁以下「法と慣習」。とくに二五五頁。阿部謹也、『ヨーロッパ中世の宇宙観』、講談社学術文庫、一九九一年、七六頁。そこでは、コンスタンツ中世史研究会の「プロトコル」二四五号(一九八一年四月七一—〇日)は、「中世中・後期における社会変動のなかの学校と学芸」と題するシンポジウムを載せており、冒頭でヴェンデホルスト教授が「中世において読み書きできたのは誰か」という短い講演を行っている。同教授は、(一)支配者、(二)聖職者、(三)騎士、(四)ユダヤ人、(五)商人について展望し、

支配者については、メロヴィンガ朝からカロリング朝にかけて、支配者の大多数は文盲であり、読み書きできたルードヴィッヒ敬虔王、オットー三世、ハインリッヒ二世、四世、五世の他、数ヶ国語をあやつったカール五世までの間に連続性は見られないと述べている。聖職者にも一四世紀中葉まで書く能力は殆どなく、騎士層に至っては、中世以後も読み書き能力は殆ど評価されず、いわゆる騎士文学と称せられるものも多くも文字とかかわらぬものであり、作者の多くも後代においてすら読み書きできなかった。こうした中で、ユダヤ人の場合は、ごく普通の人でもヘブライ語の読み書きが出来た点で注目し値する。また商人も早くから商人学校をつくり、かなり読み書きができるようになっていた。全体として一つの都市の人口の一〇〜三〇%が読み書きが出来たと見ている。

(3) プラクネット、前掲下四二二頁。Byrne's Law Dict., op. cit., p. 617 [Natyary public] の項参照。

(4) Cheney, op. cit., pp. 173~4. 清水、前掲二五頁。

パートレット、前掲四二―三頁では、次の如く述べている。すなわち、「権威ある書面による記録という非常に効果的な制度があれば、当然民事紛争で神判に頼る必要なくなるだろう。実際読み書きの能力が高く、公証制度のあったイタリアなどの地域では、財産争いを解決するための神判が次第に稀になっていった。」「しかし、ヨーロッパの大部分の地域では、中世のほとんどの期間を通じて、そのように完全な制度へのアプローチは見られなかった。」

「口頭による合意の方が書かれたものよりは、常により一般的だった。」「取引の法的有効性は儀式行為の中にあつたので、それを記録した書き物の中にあつたのではない。書面による証拠が徐々に、かつ部分的に受容されていったに過ぎない」と。

(5) Cheney, op. cit., pp. 174~5.

(6) Cheney, op. cit., p. 175. 清水、前掲一八七頁。

(7) Cheney, op. cit., pp. 175~6. なお proctor については、拙稿、前掲五卷一号二〇頁参照。

(8) Cheney, op. cit., p. 176.

(9) Cheney, op. cit., pp. 176~7.

(10) Cheney, op. cit., pp. 177~8.

(11) Cheney, op. cit., p. 179.

(12) Cheney, op. cit., p. 180. なおイギリスへ公書誦人制度が侵入した一定の側面において、興味ある事象が見出される。彼らは、その権限を教皇以外のものから受理しても、教皇から権威づけられたことを記す慣行があつた。その理由は探求に値するとする。前記注(1)参照。

(13) Cheney, op. cit., pp. 182~3. この事実が、確かにローマ法の侵入をコモン・ロウが防いだ根拠の一つにされうるだろうが、イギリスのこの制度の非合理性が後に問題になるところから、侵入を防いだというよりも、馴染む土壌がなかったという方が適しているの

ではないかと考えている。前記注(1)参照。

(ロ) 代書人 scrivener⁽¹⁾

公書(証)人と異なったものに scrivener という存在があった。この者も書くことに関係していたので一言触れておきたい。

文字の読み書き出来ない時代には、代書は必要不可欠のものであった。プラクネットによれば、代書人は本来筆記者であったという。しかし、そのうちに民衆のために捺印証書、とくに金銭債務 debt 証書を起草することを引受け、しばしば借主と貸主の間を媒介するのみならず、金貸的機能を営み、高利貸という悪評をうるようになったという。⁽²⁾

彼らは、公書(証)人と異なって組合を結成していた。例えば、ロンドンで結成されたものは、ロンドン代書人組合 London Company of Scriveners と称せられた。なおその他の都市でもギルドが結成されていた。⁽³⁾ この組合はその後も存続する。

(1) プラクネット、前掲下四二二頁。

(2) プラクネット、前掲下四二二頁。Byrne's L. D., p. 797. Black L. D., p. 1801. それを money scrivener と称したという。

(3) Cheney, op. cit., p. 186.