



|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | Azoins Summa in C . 2 . 1 0 - K . W . ネル「早期学識法訴訟手続における審判人の地位について」の紹介を兼ねて -      |
| Author(s)        | 小川, 浩三  |
| Citation         | 北大法学論集, 38(2), 97-141   |
| Issue Date       | 1987-09-14  |
| Doc URL          | <a href="http://hdl.handle.net/2115/16579">http://hdl.handle.net/2115/16579</a> |
| Type             | bulletin (article)  |
| File Information | 38(2)_p97-141.pdf   |



[Instructions for use](#)

資  
料

## Azonis Summa in C.2.10

—— K・W・ネル「早期学識法訴訟手続における審判人の地位について」の

紹介を兼ねて——

小  
川  
浩  
三

「当事者の弁護人に欠けているものを、審判人は補充すべきこと」(表題)<sup>(1)</sup>

二 ある者が訴状に不適当な訴権を提示している場合、その訴状は却けらるべきであるか。

三 審判人は、審判人としての自己に知られた事実を補充する。

四 審判人は判決前どのようにして、またどの時点で補充すべきであるか。

弁護人が間違つて、すなわち、錯誤により訴訟において何かを述べた場合に、何が法にかなうことであるかは、上述した(C. 2.9)。ここでは、弁護人が過少に述べた場合に、審判人が補充すべきことについて示す。

一 それゆえ、審判人は、いかなるものについて補充しなければならぬか、いかなる場合に補充しなければならぬか、等を考察することにしよう。法について補充しなければならぬことは、確かである。そして、このことは、表題の一般的文言からもテキストからも明らかであるし、そこでは特に、審判人は、法律および公の法に合致すると承知するものを提示するといわれている<sup>(2)</sup>。それゆえ、審判人は、立つてではなく、座つて判決を下すべきであるが、それは、審判人が弁護人の職務を引

き受けることがないように、<sup>(3)</sup>というためである。C. 2.6.6. pr.にあるように。審判人は、有益な法律あるいは論拠(argumentum)を訴訟にもちだすことはできることになる。同じことを審判人は、訴権についてもなすべきである。すなわち、訴訟が開始され、すでに部分的に審理が行われているが、弁護人が、申立てた事実と適合しない訴権(inepa actio)を選んでいるという場合には。たとえば、「本人により」所有権についての訴えが提起されていたのに、その後、訴訟の進行中に「弁護人が」役権に関する訴えを提起する場合には。なぜなら、「弁護人が」役権に関する訴えを提起したからといって、所有権に関する自己のすべての法Ⅱ正しさ・正(ius)を審判の場にもち出して(争点として)(in iudicio deducere)また被護者(本人)(clients)が敗訴して(causam amittere)はならないからである。D. 44. 2. 11. 4<sup>(4)</sup>にあるように。そして、審判人は、「本人が争ってきた」所有権について、確認の宣言をしなければならぬ。D. 5. 1. 74<sup>(5)</sup>にあるように。保護者(弁護人)(patronus)が愚かにも申し立てていることについて、確認の宣言をすべきではない。すなわち、保護者の誤りが法に関わる場合には、被護者が立ち会っている場合でも、それは被護者にとつて予断とはならない(被護者の不利益にならない)(non praeiudicare)。被護者がその

誤りを理解しないからである。しかし、主要な事実について、  
 被護者の立ち会いのもとで〔保護者が〕公然と申し立てること  
 については、別である。上記C.2.1.1.および8にあるように。

二 しかし、はじまりから、ある者が事案に不適當な訴権をも  
 ちだしている場合に、審判人は〔訴権に〕適合しない事案〔訴  
 訟〕(incongruens causa)を受理することもできる。D.11.6.1.  
 pr.にあるように。しかしながら、この場合にも、注意深い審判  
 人であれば、訴権が事案に適合しうるかどうかを考慮しなけれ  
 ばならないし、またそれができるのが注意深い審判人である。  
 どうにかして訴権が事案に適合しうる場合には、審判人は訴状  
 を受理する。どうやっても適合しない場合には、訴状を却けな  
 ければならない。D.1.22.1.およびD.48.2.2にあるように。こ  
 の法Ⅱ正が被告の保護者によって主張されないとしても、それ  
 はかまわない。したがって、被告の保護者が、手続が進行して  
 判決が宣告されることになれば、自らが勝つということを知っ  
 ていて、この法Ⅱ正を主張しない場合でもかまわない。なぜな  
 ら、「余は、余に種類物を一〇個負っている者を訴える。余はこ  
 れを所有物取戻訴権によって請求する」という場合は、どうで  
 あるうか。あるいは、余が、余の土地を保持する者を訴え、こ

の土地を、役権に関する訴権により、あるいは、船長訴権(actio  
 exercitoria)により、あるいは、解除〔返還請求〕訴権(actio  
 redhibitoria)により、あるいは類似の訴権により請求する場合  
 はどうであろうか。これらの訴権は、申し立てられた事案に決  
 して適合しえないものである。この空虚な訴訟に自らを、ある  
 いは、当事者を留めるとすれば、そういう審判人は、最も愚か  
 だということになる。この訴訟において、被告が勝訴するにし  
 ても、それは被告にとつて利益になることではない。なぜなら、  
 被告は、同じ事案について、それを訴えることのできる別の訴  
 権によって訴求されるかもしれないからである。というのも、  
 被告が免責判決をうけるのは、事案(の理)が余(被告)にあ  
 るからではなく、不適切な訴権が事案に付され、提示されてい  
 るからである。したがって、この事案を訴えることのできる訴  
 権により、後に訴えられた場合には、この免責判決は効力を失  
 うことになる。ちよつと、債権者が期限到来前あるいは条件成  
 就前に訴えているがゆえに免訴判決を受ける場合のように。あ  
 りいは、被告が占有していないがゆえに、免訴判決を受ける場  
 合のように。D.20.1.13.5にあるように。解除〔返還請求〕訴  
 権についても、D.21.1.43.10にあるように。さらに、D.27.1.  
 13.および14にあるように。したがって、無益な労を避けるため

料に、注意深い審判人は、このように不適当なものとして作成された訴状を(すでに述べたように)、投げ出し、破り、捨てるべきである。

三 同様に、審判人は、審判人としての審判人に知られたことについて補充しなければならぬ。実際、審判人が当事者の自白、証人の証言を知っているのに、これらについて現実に行われたのとは異なるように、当事者の一方が申し立てるのを聞いた場合は、どうであろうか。いうまでもなく、申し立ての相手方が黙っていたとしても、補充することになる。すなわち、申し立てのようではなく、かの証人たちは別様のこと、あるいはそれ以上のことを陳述した、ということ、証人たちの陳述を示し、また、誰かに命じて、それを読み上げさせることによつて、補充することになる。これに対して、審判人としてでなく、私人としての審判人に、争点決定後の期間中に、知られた事実について。私は、これを審判人は相手方が不出廷の場合に補充すべきである、という考えをもつにいたつた。以下の C. 7. 63. 2. 7 および C. 7. 62. 3. 9. 1<sup>(16)</sup> にあるように。相手方が出廷している場合には、こうはならない。ただし、公共の利益 *utilitas publica* のために、兵士を訴訟事務代理からはずす場合には、相手

方が沈黙している場合であつても、補充すべきである。D. 3. 6. 8. 2<sup>(17)</sup> および C. 2. 1. 2. 7<sup>(18)</sup> にあるように。さらにこれに、問題のことが加わる。すなわち、争点決定前に生ずることは、審判人の職務に関係ない。これらはすべて、私人としての審判人に知られたことであるのだから。したがつて、このような事実については、(ブラーケンティヌスは逆のことをいつたが) 審判人は補充できない。D. 5. 6. 8. 8<sup>(19)</sup> から読み取られることも、この妨げとはならない。なぜなら、そこでいわれていることは、抗弁によつて守られなくとも、すなわち、悪意の抗弁が働かなくとも、審判人の職権により十分に保護される、ということだからである。

四 ところで、審判人が補充する時とそのやり方であるが、判決前であれば、時にはどちらかの当事者の弁護人と対論することにより、また時には異議をさしはさむことにより、また時には真実を尋ね、質問することにより行う。上で述べたように。また、判決中では、法律および衡平に合致する判決を示すことにより、補充する。C. 2. 10. 5. 1<sup>(20)</sup> にあるように。さらに、判決後でも、時には、この判決に先だつてもろもの定めと整合するために欠けているものについて補充する。たとえば、果実や利息について。D. 42. 1. 42<sup>(21)</sup> にあるように。

Vt quae desunt aduocatis partium, iudex suppleat.

Rubrica.

- 2 Libellus, in quo quis ineptam actionem proponit, an rejiciatur.
- 3 Iudex suppleat de facto, quod notum est ei ut iudici.
- 4 Iudex quomodo suppleat quandoque ante sententiam.

Quid iuris sit, si aduocatus male, id est, per errorem aliquid in causa dicat, supra dictum est : nunc autem ponit, vt quando minus ab aduocato dicitur, iudex suppleat. 1. Videamus ergo in quibus supplere debeat, et quando, et qualiter. Et certe supplere debet de iure : et hoc patet ex generalibus verbis rubricae, et text. et specialiter etiam dicitur proferre, quod sciat legibus, et iuri publico conuenire. Sedendo igitur, non stando sententiam ferat, ne officium aduocati sumat. vt s. de postul. l. quisquis. bonam legem vel argumentum ad causam inducere poterit. Idem faciet et in actione, si aduocatus causa coepta et ventilata iam in parte, ineptam facto proposito eligit actionem : vt, si quer-

ela de dominio fuerit proposita, postea in processu causae proponat confessoriam : nec enim cliens ob hoc debet amittere causam, qui in iudicio omne ius suum super dominio deduxit. vt ff. de excep. rei iudi. l. si mater. §. eandem. et super eo iudex debet pronunciare. vt ff. de iudi. l. de qua re. non super eo, quod stulte proponit patronus : cuius error cum sit iuris, etiam et clientulo praesenti non praeiudicat, cum ipsum non intelligat. Secus in eo, quod de facto principali, praesenti cliente palam proponitur. vt supra tit. j. l. j. et vltima. 2. Si vero a principio causae ineptam actionem proponat quis, et incongruentem causam potest admittere. vt ff. si mens. fal. mod. dixit. l. prima. §. primo. Sed tamen et hic diligens iudex considerare debet, et potest, an actio congruere possit causae : an non. Si potest aliquo modo congruere, libellum admittit. Si nullo modo potest, ipsum rejicere debet. vt ff. de assess. l. prima. et de accu. l. ij. licet id ius praetermittatur a patrono rei, qui scit ideo se victurum, si procederetur et pronunciaretur in causa. Quid enim si dicat, Conqueror de illo, qui debet mihi decem in genere, quae peto rei vindicatione. Vel, conqueror de eo,

梁 谁  
qui detinet fundum meum, quem peto confessoria, vel exercitoria, vel redhibitoria, vel similibus, quae nunquam possunt aptari rei vel causae propositae : stultissimus esset iudex, si se, vel partes detineret in hac inani lite, in qua et si reus vinceret, non esset ei commodum : cum super eadem re alia, competenti tamen actione possit conueniri : nec enim absolutur, quia res non sit mea, sed quia inconueniens actio rei, vel causae subijcitur, vel proponitur : ergo competenti postea proposita actione, cessabit effectus sententiae : sicut et vbi absolutur, quia creditor agit ante diem, vel conditionis euentum : vel vbi absolutur reus, quia non possidet. vt ff. de pig. l. grege. §. vlt. Et de redhibitoria. vt ff. de edilit. edict. l. bouem. §. vlt. et de excusat. tuto. l. si is, qui tres. et l. cum ex oratione. Vt ergo vitetur inanis labor, diligens iudex libellum ita inepte conceptum (vt dictum est) respuat, dilaceret, vel rejiciat. 3. Item supplere debet de facto, quod notum est ei vt iudici. Quid, enim, sciat confessiones partium, testimonia testium, et ea audiat proferri ab aliqua partium aliter, quam sint? certe etiam altera parte tacente supplebit : imo testes illi aliter, vel plus dixerunt,

ostendendo eorum dicta, praecipiendo alicui vt legat. De facto autem, quod notum est ei vt priuato, non vt iudici, in lapsu temporis currentis post litem contest. inuenio quod suppleat altera parte absente. vt infra de temporis appellation. l. ij. §. vlt. et de appellation. l. vlt. non ita praesente, ea, nisi in casu, propter publicam vtilitatem repellendo militem a procuracione, etiam aduersario tacente. vt ff. de procurat. l. filius. §. veterani. et j. de procura. l. militem. Et huic accedit, quod dicitur ea, quae ante litem contest. contingunt, non pertinent ad iudicis officium : quia omnia nota sunt ei vt priuato. In talibus ergo (licet Placent. dixerit contrarium) supplere non potest. Nec obstat, quod legitur ff. de petit. haered, l. vlt. nam quod ibi dicitur, et si non excipiatur, id est, et si non habeat locum doli exceptio, satis tamen consultitur iudicis officio. 4. Supplet autem et ante sententiam, quandoque disputando cum vtriusque partis aduocatis, et quandoque opponendo, et quandoque quaerendo et inuestigando veritatem, vt dictum est : et in ipsa sententia, proferendo eam legibus et aequitati conuenientem. vt infra eodem. l. prima. Porro et post

sententiam quandoque supplet in ijs, quae desunt ad  
 continentiam priorum statutorum : vt in fructib. et vsuris.  
 vt ff. de re iudi. Paulus.

\* \* \*

K・W・ネルがその教授資格取得論文「早期学識法訴訟手続における審判人の地位について——審判人は、主張されたことに従って審判するのであって、知っていることに従って審判するのではない」<sup>(22)</sup>において論じているのは、副題の格言でも示されている弁論主義の成立過程である。それも、学説史(Dogmen-geschichte)の問題として扱っている<sup>(23)</sup>。この過程では、とりわけ、弁論主義の基本的考え方について、アゾーが決定的意味をもった。ここでは、したがって、アゾーを中心にしてネルの論文を紹介することにする<sup>(24)</sup>。

弁論主義との関連で重要なのは、前掲の Summa in C. 2. 10 では、第三節<sup>(25)</sup>である。ここで述べていることが、当時の学問世界においていかなる意味をもったのか。C. 2. 10. un. を拠りどころとして展開された審判人の補充をめぐる、諸家の学説の異同は次のようなものであった。

Dissensiones Dominorum Cod. Vat. Chis. E. VII. 211<sup>(26)</sup>

プラーケンティーンヌスはいう。弁護人が過少に述べた場合には、審判人は、法についても、事実についても補充しなければならない。なぜなら、欠席裁判手続(heremodictum)が開始された場合には、審判人が欠席者に代わって主張し、彼の役割を補充しなければならないのだから。C. 7. 62. 3. 9. 1<sup>(27)</sup>や C. 7. 63. 2<sup>(28)</sup>にあるように。他の学者たちは、法については補充すべきだが、事実については補充すべきでないと説く。C. 2. 10. un. や D. 5. 1. 7. 9. 1<sup>(29)</sup>にあるように。さらに彼らは、姦通によって訴えられた女の論拠(argumentum)を引き合いに出す。この女について主はおっしゃられた。「女よ去れ。おまえを告訴する者もおらず、私もお前を有責とするつもりはないのだから(Vade mulier, quia nemo et qui accuset, nec ego te contempnabo)。」<sup>(30)</sup>ここから、明白に、何ゆえ審判人が事実について決して補充してはならないかが導き出される。さらに、D. 26. 10. 3. 4<sup>(31)</sup>で述べられていること、すなわち、誰も訴える者がない場合に、審判人によって訴えられ、さらに有責判決も下されるということは、後見人を保護するための特別なものだからだと説かれる。ヨハネス・パツスイアーヌスは、事実についても法についても審判人は補充しなければならぬと説く。すなわち、事実については、



料 どのような方法で誰によって事実が審判人に証明されたかを提示 (allegare) することにより、とりわけ証言を用いて補充する。法については、弁護士に質問することによって補充する。さらにヨハネス・バツスイアーヌスはプラークエンティーンヌスが引き合いに出した論拠を引き合いに出している。さらに、マルティーンヌスは、審判人は民事については事実についても補充できるが、刑事については補充できないと説き、姦通で訴えられた女の論拠を引き合いに出していた。これに対してブルガールスは、民事事件、刑事事件ともに、審判人は事実について補充したり、証明なしに裁判してはならないと説いていた。

訴訟というものが三人の主体による三方向からの行為である (iudicium est trinus actus trium personarum) という観念があり、そしてそういった手続が行われているところではじめて、三人の主体の役割分担が問題になり、そして、ある主体がその役割を果さないときに他の主体がどうすべきかという問題が問題になる。<sup>(34)</sup> 当事者あるいはその弁護人の陳述に不足がある場合に、審判人はその不足を補充すべきかという問題もこうした訴訟構造を前提にしてはじめて理解できるものである。

ところで、審判人の補充権限・義務について、それが法に関するものであるときは、補充できる(すべき) ことについては

争いがなかった。問題は、事実に関して不足がある場合に審判人が補充できるかである。諸家の争いを、時系列にしたがって見て行くと、ブルガールスは、民事事件でも刑事事件でも弁論主義を厳格に守ろうとしたのに対して、その論敵であるマルティーンヌスは、民事事件と刑事事件を分別して、前者では補充できるのに対し、後者では補充できないとした。その際、ヨハネ伝八・一〇一一の「姦通の女」の例が引き合いに出された。<sup>(36)</sup><sup>(37)</sup>

プラークエンティーンヌスは、民刑両事件を分別することなく、事実に関しても審判人に補充義務があるとした。その論拠は、上訴審の欠席手続において、審判人が欠席者(被上訴人)の役割を果すべきことを認める、C. 7. 62. 39. 1およびC. 7. 63. 27である。<sup>(38)</sup> ここでは、たとえば、上訴期限の徒過も、事実に関する問題とされている。その他に、補充されるべき知識がどのようにに獲得されるかが明らかでない。<sup>(39)</sup> なお、プラークエンティーンヌスは、裁判外で得た知識にもとづいて裁いてはならないという<sup>(40)</sup>が、しかし、この知識にもとづく補充ができるのかどうかは明らかでない。両者を関連させて考えるという意識がプラークエンティーンヌスにはなかったのではないかというのが、ネルの見方である。<sup>(41)</sup>

プラークエンティーンヌスに反対する人々は、その他の論拠とし

て D. 5. 1. 79. 1 をもち出してゐる。しかし、この法文は、法の問題と事実の問題とを分類する論拠たりえても、裁判官の補充権限・義務について、法の問題と事実の問題とを分別する論拠としては弱いであろう。D. 26. 10. 3. 4 は、これを特別な例である<sup>(42)</sup>と見、これから反対解釈により原則の論拠となりうるものである。

ヨハネス・バツスイアーヌスは、ブルガールスの弟子でアゾーの師であり、そこからも理解できるように、注釈学派のいわば本流に属する者である。そのヨハネスが、ブルガールスと正反対に、事実についても補充権限・義務ありと認めることは、多少奇異に見える。しかし、ヨハネスの説で重要な点は、補充すべき事実の知識の取得方法を問題にしている点である。そして、「とりわけ、証言を用いて」ということからすると、法廷で得られた知識をヨハネスが重視しているとも考えられる。<sup>(43)</sup>しかし、次に見るアゾーのような定式はまだない。

以上が、アゾー前の学説の状況である。アゾーの師ヨハネス・バツスイアーヌスの段階で議論はかなり煮つまつてきたが、いまだ定式化されるまでにはいたっていない。アゾーは、この問題に決着をつけるために、まず、事実について分類する。大きく分けて、「審判人としての審判人に知られた事実 (factum

quod est notum ei ut iudici)」と「私人としての審判人に知られた事実 (factum quod est notum ei ut privato)」である。前者は、法廷において、当事者の陳述や証言等から知られる事実である。後者は、法廷外で職務とは関係なしに知られる事実である。前者については、審判人は補充できる。問題は後者である。プラーケンティアーヌスの引く論拠として C. 7. 62. 39. 1 および D. 7. 63. 22 がある。「私人として知られた事実」について補充できないという原則を立てようとするなら、この両法文の法Ⅱ正しさを否定できない以上、その妥当範囲(射程)を限定しなければならぬ。両法文とも上訴手続に関わることから、「争点決定後の事実」という類型を抽出し、また、「欠席手続」ということも要件とした。これによって事実が三つに分別された。すなわち、「審判人としての審判人に知られた事実」については、審判人は補充できる。さらに、「私人としての審判人に知られた事実」については、争点決定後の事実で、欠席手続の場合には補充できる。それ以外の場合には補充できない。<sup>(44)</sup>

アゾーを、それまでの諸家と決定的に分つのは、審判人としての審判人に知られた事実」と「私人としての審判人に知られた事実」という分別である。この分別は、実は、教会法学から受継いだものであった。次に、この分別がどのようにして教会

料 法学の中から出てきたかを見て行くことにする。

資 \* \* \*

ネルは、教会法学に目を転ずるにあたって、まず次のように述べている。「早期教会法学の教説には、注釈学派の教説以上にスペースを割いて論じなければならぬであろう。これには、資料がより容易に得られるという技術的理由もあるが、それだけではない。教会法学の議論はより多彩でより豊かであるが、それは、本稿のテーマとなっている分野が教会法学にとって、すでに言及した特別な重要問題となるということによる。すなわち、その問題とは、教会の審判人が同時に聴罪師 (Beichtvater) であるということと、知っていること (conscientia) [この語は同時に良心をも意味する] に従って判決しないことは、良心に反するものとして罪となるということである。さらに別の理由もある。すなわち、教会法学者は、世俗法学者の問題をもともに論じており、この反対のことは少なくともアックルスイウス前の時代には、めったにないことである。これが、世俗法学と教会法学との一般的な結びつき方であり、したがって、学識法の一体性は世俗法学者よりはるかに多く教会法学者に

負っているのである。このことは、とりわけて、訴訟法にあてはまる。<sup>(45)</sup>」

グラティーアヌス教令集 (Dekretum Gratiani)<sup>(46)</sup> に注釈を付したデクレティストたちが、弁論主義の問題を論じたのは、まず、C. 3 q. 7 c. 4 のアンプロスイウスの説教中の「聴いているとおりに裁く (sicut audit iia indicat)」という文言をめぐってであった。<sup>(47)</sup>

Rufinus<sup>(48)</sup>

「聴いているとおりに」とは、真実をいう主張者 (veredici allegatores) から「聴いているとおりに」ということである。<sup>(49)</sup>

Summa "Magister Gratianus in hoc opere"

「(内から) 得られたこととは何も (nihil paratum)」とは、自分であらかじめ考えたこと (quod ipse praemeditatus est) に従ってではなく、当事者の主張および証明 (ratio) に従ってということである。<sup>(50)</sup>

Stephanus Tornacensis<sup>(51)</sup>

「聴いているとおりに」とどこでいわれていることは、明らかに、審判人は主張に従って裁くべきだということである。

Johannes Faventinus<sup>(52)</sup>

「聴いているとおりに」とは、真実をいう主張者から「聴い

たとおりに」ということである。問題は、審判人は知っていることに従って裁くべきか、それとも主張に従って裁くべきかである (queritur utrum secundum conscientiam an secundum allegationes index debeat iudicare) ……。

Simon de Bisignano<sup>(63)</sup>

「他人の過誤については……」者が裁くべきです (Iudicet iis) から「聴いているとおりに」までは、すなわち、事案を選び分ける(評価する ventilatio)際に、真実をどう主張者から(聴いているとおりに)ということでもある。このことから、「ここでは、知っていることに従ってではなく、主張されたこと (allegata) に従って裁かれるべきことが導き出される。」

Huguccio<sup>(64)</sup>

「聴いているとおりに」とは、事案の審理において、証人や弁護人や他の者から「聴いているとおりに」ということである。以上から、比較的早い段階から弁論主義の問題が、その定式も含めて議論されていたことがわかる。<sup>(65)</sup>

さらに、教皇ニコラウス一世(在位八五八―八六七年)の教皇令(C. 15. q. 5. c. 2)に付された注釈では、アゾーの分別にながるものが認められる。<sup>(67)</sup>

Stephanus Tornaccensis

「しかし…… (set mirandum)」なぜなら、司教だけが当該の者が罪を犯すのを見た場合もあるし、この者が司教に秘密に告白し (secreto confiteri) たこともあるからである。この後者の場合には、この者に有責判決を下してはならない。なぜなら、この者は、自己の事件を人としてのではなく神としての司教に明かした (non ut homini set ut deo causam suam reuelavit) からである。

Jahannes Faventinus

「いったいどうやって司教に知りえようか (set mirandum quomodo potest notum esse episcopo)」は、次のようなことをいっているのであろう。この者が罪を犯すのを司教が見るとか、あるいは、この被告自身が神としての司教に秘密に告白する場合には、審判人としての司教に適法に知られたとはいえない (non tamen potest notum esse episcopo legitime ut iudici)。無論、事案を審理する司教に対し、法廷において証人によって立証されとか、被告によって自発的に告白させられる場合は別であるが。かくして、罪を知っていても、この者に有責判決を下せない。上記 C. 6. q. 2. c. 2 および c. 3 にあるように。<sup>(68)</sup>

Huguccio

料 「司教に知られている場合には……職についていることは)

できない (non potest)」とは、審判人としての司教に、つまり、訴訟の規則にのっとって、つまり、法廷においてなされた立証を自由を通じて知られたことだ (si tamen notum sit episcopo ut iudici scilicet ordine iudiciario scilicet per conuictionem vel confessionem factam in iure) と私は説く。他のどのような方法によつて、つまり、一人の人として (ut homo) であれ、神として (ut deus) であれ、知ったとしても、かの者たち [司祭ないし助祭] について予断をもつてはならぬといふ、また彼らに不利な判決を下すことはできなかった。C. 6 q. 2 c. 2 および C. 3 にあるように。

この C. 6 q. 2 c. 2、すなわち、四四二年の第二ヴァイソン公会議決議にも次のような注釈が付された。<sup>(60)</sup>

Simon de Bisignano

「司教は……だけでは (Si tantum episcopus)」から「何も公言してはならず (nichil proferat)」までは、証人によつて「被告に対し罪が証明されえないのをわかっているかぎり (quamdiu viderit reo crimen non posse probari)」<sup>(61)</sup>、判決を下すべきではないといふことである。なぜなら、司教がこれを行えば、隠された罪 (occultum crimen) を罰することになり、これは諸

カノンによつて禁止されているからである。下記 C. 32 q. 5 c. 23<sup>(62)</sup>にあるように。同様に、司教は、自分だけが知った罪を証人を通じて証明できないかぎり、「何も公言してはならない (nichil proferat)」<sup>(63)</sup>、すなわち、告訴にまで及んではならない。なぜなら、罪の告発人は、矯正者でなくなるからである。上記 C. 2 q. 1 c. 19<sup>(64)</sup>にあるように。実際、審判人としてでなく、神として知ったのであるから処罰できないのである……。

Huguccio

「何も公言してはならない (nichil proferat)」とは、……司教が訴追人となる場合についていわれているが、また司教が審判人となる場合についても同じことをいうことができる。「証明できないかぎり (quandiu non potest probare)」とは、すなわち、立証する (approbare) こと、すなわち当該の罪を証人を通じて審理し (examinare)、「認定する (cognoscere) こと」<sup>(65)</sup>「<sup>(66)</sup>できないかぎり」といふことである。C. 2 q. 1 c. 13 および c. 20<sup>(67)</sup>にあるように。あるいは、「証明できないかぎり」とは、すなわち、証人によつてかの者 (被告) の罪が証明されえないのをわかっているかぎり、ということである。そうでなければ、同一人が審判人でありかつ証人になることになると思われるが、これは、法Ⅱ正の許さないところである。C. 3 q. 5 c. 15 および C.

4 q. 4 c. 1 および c. 2 にあるように。……そして、以下のことを注意すべきである。すなわち、司教がどのような方法で、あるいは告白によりあるいは他の方法により知ろうとも、少なくとも自分だけが知っているのであるかぎり、この章句で説かれているようになさるべきである。

また、グレゴリウス一世（在位五九〇—一〇〇四年）の教皇令（C. 11 q. 3 c. 74）<sup>(89)</sup> にも次のような注釈が付された。

Stephanus Tornacensis

「疑わしい事柄について (in re dubia)」とは、すなわち、たとえ審判人にとっては隠れて確定していたとしても、適法な証人によって立証されていないということである。

Huguccio

「疑わしい (dubia)」とは、すなわち、適法に証明されていない、つまり、証人や証書あるいは事実の明白さ (evidentia facti) あるいは告白によって証明されていないということである。たとえば、他の場所で審判人に知られていたとしても……。

以上の引用からわかるように、司教は、「神として (in deus)」、「審判人として (ut iudex)」そして、「一人の人として (ut homo)」現われる。これがアソアの「審判人として (ut iudex)」の審判人と「私人として (ut privatus)」の審判人とい

う分別のもとになったものである。ところで教会法学者に特徴的なのは、「神として」の司教である。しかも、一番古いルーフィヌスでは、「神として」と「人として」の分別があり、その後者が「審判人として」と「一人の人として」とに分別されたのであって、その意味では、「神として」ということが、この分別の主たる契機になったと見ることができ。それでは、「神として」の司教とは何か。「秘密に告白する (in secreto confiteri)」ということからもわかるように、「司教が聴罪師 (Beichtvater) として出て来る場合である。カトリック教会は、一二世紀を通じて贖罪 (penitentia) において告白 (confessio) を次第に義務づけていき、最終的には、一二一五年の第四ラテラノ公会議において、すべての信者について原則として一年に一度の告白を義務づけた。<sup>(72)</sup> このようにして司教あるいは司教は聴罪師として信者に対する。他方、司教は、教会組織の維持者としてないし領主として、つまり統治者＝監督者として信者に対する。一人の信者が罪を犯した場合、この両方の関係において司教に對することになる。この関係に依じて司教は同一人であっても、別々の主体 (persona) として登場する。そして、それぞれの主体は厳密に区別される。そうでなければ、告白の制度そのものが維持しえなくなってしまうからである。

このような同一人における主体の区別について、ネルは次のように述べている。<sup>(74)</sup>「訴訟法の枠内で、デクレティストたちに

審判人職 (Richtamt) と審判人たる個人 (Privatperson) との分離を要請するのは、弁論主義だけではない。そもそも、職務

(Amt) とその担い手 (Person) とを対置する教会教義が共に与かつて分離に有利に働いた。ただ、異端者洗礼論争つまりドナティスト論争において解明された秘蹟概念を想起すればよい。この概念は秘蹟を授ける聖職者の職務とその担い手との分離に基づくものである。この分離、あるいはデクレティストたちが表現するように、一人の人 (Person) において二ないし三個の主体を分離することは、制度的思考への重要な一歩である。<sup>(75)</sup>」このように、弁論主義の理論的定式は、教会を先導役とする全体的制度化の一環として捉えられるものなのである。<sup>(76)</sup>

\* \* \*

以上で、弁論主義の原則に関わる議論の紹介を終わる。以下では、司教が個人的に事件を知った場合にどうすべきかについて見てゆく。これまでと違って、必ずしも網羅的ではなく、各問題ごとに筆者が選択したものだけを紹介する。教会法学の

一端に触れられればというのが、ここでの目的である。

(a) 公知の事実 (notorium) について。<sup>(77)</sup> C. 2 q. 1 dicit. a. c. 21 に付された注釈。

Huguccio

それゆえ、私は次のように説く。ある者が審判人、とりわけ審理の席についている審判人 (in conspectu iudicis et presentin sedentis pro tribunali) およびその隣人すべてのみているところで誰かを殺す場合、犯罪は公知のこと (notorium) である。

Summa "De iure canonico tractaturus"<sup>(78)</sup>

「審判人および他の人々に……場合」否認があつたら「判決を下すことはできない」というのは、審判人が一人の人としてある場合についてのことだ (Quando iudici ut homini et alis. ferri non potest propter inficiationem)。これは、ある人々に従えば正しい。ただし、審理の席についている審判人の見ているところで殺した場合は別である。この場合には、公知のことであつて、否認の余地はなく、ただちに処罰できる。しかし、これには次のような反論がある。この審判人は、この殺人事件を審理し、処罰するために席についているのではない。それゆえ、この事件については彼は審判人ではなく、論拠 C. 5 q. 2

(80) したがって、殺人者にどこでも有責判決を下せるわけではない。どう答えるべきか。次のようにいうことができる。「審理中の審判人の前で殺人を犯した者は」自発的に会議にやって来て相手方に答えようとする者と同様の窮状に自ら入ったのであり、従って有責であることが明らかにしたならば、審判人は有責判決を下すことができる。と。しかしながら、この項については、疑問なしというわけではない (posset dubitari)。

大勢はフグッキオのように、公知の事実について、審判人としての審判人と一人の人としての審判人を分別しなかったが、孤立的ではあれ、アングロ＝ノルマン派のデクレティストたちは、これを分別した。(81)

(b) 補充権限・義務について。(82)

Huguccio (C. 30 q. 5 c. 11. rimari) (83)

……ある法学者たちは、審判人は事実についてのみ補充すべきだといひ、また別の法学者たちは、法について補充すべきだといひ、また別の法学者たちは両方について補充すべきだといふ。プラークエンティヌスのように。私はこの最後の見解がよりよいと考える。同様に、欠席手続が開始した場合には、審判人は欠席者に代わって主張し、彼の役割を果たさなければならぬ。C. 7. 62. 39. 1 および C. 7. 63. 2. 7 にあるように。死者が訴追

された場合にも審判人は同じように行うべきだ、とプラークエンティヌスは考えている。死者の不在は、神の現在によって補充されるからである。すなわち、審判人が裁く際に、現在する神が申し立てられたことについて福音の中でお裁き下さるということ以外に何が信じられるべきであろうか。したがって、弁護人なり当事者なりが過少に述べる場合には、審判人はその職権により (ex officio suo) 補充する。ことになる……

プラークエンティヌスの言葉をそのまま繰り返したところもあり、影響は明らかである。(84)

Summa Posaniensis (85)

……しかしながら、ある法学者たちは、事実について補充すべきであるといひ、また別の法学者たちは法についてのみといひ、別の法学者たちは両方について補充すべきだといっている。プラークエンティヌスのように。これを私はよりよいと考える。論拠 D. 5. 3. 50。(86) アゾーは反対のことをいう。ただし、審判人としての審判人に知られた事実については別である。さらに、時として、審判人としての審判人ではなく、外部にある者 (extraneus) として知った事実であっても、それについて補充することができる。論拠 D. 7. 63. 2. 7。さらに、弁護士に不足があることも、同様に補充しなければならない。特に相手方が欠



料 席している場合には。論拠 C. 7. 62. 39. 1 冒頭。……欠席手続が

開始された時も同様……。

資 これは、教会法学の第一人者フグッキオに、世俗法学者の第

一人者アゾーを並列したスタイルになっている。ちなみに、これ以後、教会法学でもアゾーの分別が広まる<sup>(87)</sup>。

(c) *scientia* の二つの意味。「知っていること (Wissen)」と「良心 (Gewissen)」<sup>(88)</sup>。

Summa "Elegantius in iure diuino"<sup>(89)</sup>

……それゆえ、認められた適当な証拠に矛盾がなければ (*irrefragabilis*) は、その証拠によつて無実の者 (*innocens*) を有責とし、有責な者 (*nocens*) を免責することを恐れてはならない。なぜなら、良心 (*scientia*) は、もろもろの法律が侵されることなく完全に守られ (*legum plenitudo salva*)、続けることによつては傷つけられないからである。とりわけ、審判人は法律を守るように義務づけられており、それに服従することを誓っているのであるから。実際、良心をもって知っていることに反して行われていることが多量 (*multa enim cum conscientia contra conscientiam fiunt*) ……

Alanus Anglicus (C. 3 q. 7 c. 4 aud. it.)<sup>(90)</sup>

……より正しくは、次のようにいうべきである。すなわち、

一人の人として事実について違った確信をもっているとしても、免責および有責の判決を下すことができる。なぜなら、審判人としての役割を演ずる (*gerere personam iudicis*) ということで、審判人は、事実については全く何も知らない者として席についているのであり、したがって、その演じている役割からして審判人は、常に主張されたことに従わねばならない。あなたが次のように反論するとする。無実の者に有責判決を下すことは良心に反すること、それゆえ死に値する罪を犯す (*peccare mortaliter*) ことだ、と。私は、解釈して次のように答える。すなわち、有責判決を下しても、良心に反して行われているのではなく、逆に良心に従って行っているのだ、と。なぜなら、審判人の良心は彼自身にかく行為すべしと命ずるに違いないのだから (*scientia enim sua sibi dicere debet: ita esse faciendum*)。そうでなければ、誤った良心である。

(d) 免責判決と有責判決による分別。民事事件と刑事事件とによる分別。<sup>(91)</sup>

Ricardus Anglicus<sup>(92)</sup>

すべての人はいう。何人に対しても、知っていることに反して有責判決を下すべきではない。免責判決の場合は、別の扱いになるが。なぜなら、慈悲 (*misericordia*) のために道理 (*ratio*)

を後退させることは、敬虔な(pius)ことだから。D. 50. c. 14<sup>(93)</sup>の  
ように。

Petrus Blesensis<sup>(94)</sup>

良心(conscientia)に反して行われることはすべて、地獄へ  
向けて造り上げられるものだから、審判人が主張に従い、  
知っていること(conscientia)に反して裁くべきかどうかが問  
題になるのは当然である。それゆえ、民事事件について裁かね  
ばならないか、それとも刑事事件について裁かねばならないか  
が分別されるべきであると考えられる。民事事件では主張された  
ことに従って判決が下されるべきである。グアルネリウス(イル  
ネリウス)師は別様に、すなわち知っていることに従って裁い  
たといわれているが。しかし、これに従えば、同一人が審判人  
でありかつ証人だということもあると考えられる。他方刑事事  
件については、私は、審判人の知っていることが被告にとって  
有利で免責判決を求める場合と、被告にとって不利で有責判決  
を求める場合とで分別する。第一の場合であれば、審判人は知  
っていることに従い、主張されたことに反して裁くことができ  
る。第二の場合であれば、知っていることに反し、主張された  
ことに従って判決を下すことができる。なぜなら、審判人は、  
主張されたことに反して無実の者に有責判決を下さないことも、

また知っていることに反して有害な被告を免責することもでき  
るのだから。とりわけ、流血裁判(iudicium sanguinis)が行わ  
れねばならない場合には。しかし、この点では世俗法学者たち  
の評価は一致していないので、これは、彼らの選択に委ねる。  
ちなみに、私は、教会の審判人について別に考える。教会の審  
判人のもとでは、流血罰になる事案は審理されないのだから。  
その結果、無実の者が降格されても、それは彼にとつて罰では  
なく賞(meritum)に数えられるのであり、したがって、教会の  
審判人は無実の者に知っていることに反しても有責判決を下す  
ことができる。なぜなら、グアルネリウス師が説くのと違って、  
〔審判人の〕最も近くににいる者が最も多く害を受けているわけ  
ではないのだから。

(e) いわゆる「回避」および「移送」の問題。<sup>(95)</sup>

Summa "Elegantius in iure diuino".

……それゆえ、次のように説かれている。中間にいる審判人  
は、自分が事件に巻き込まれている(perplexus esse)ときには、  
このために事件を解決できず、したがって、訴訟当事者は、  
事件の審理および報告(insinatio)とともに上位の審判人に移  
される(transmitti)必要がある、と。秘密の戒め(secreta  
admonitio)によつても証人調べによつても無実の者を免責で

料 きないときには。

Summa "De iure canonico tractatus" (C. 3 q. 7 c. 4)

「内から (de dono) とは、秘密に知っていることからということである。それゆえ、知っていることに従い、主張されたことに反して裁かれるべきではなく、この逆であると考えられる。これは、民事事件については真である。他方、刑事事件については、知っていることに反するときは他の審判人に移されるべきである。雪冤 (purgatio) について、C. 15 q. 5 c. 1<sup>(96)</sup> によりはつきりといわれているように。

(f) 「自由心証主義」との関係<sup>(97)</sup>。

"Animal est substantia" (C. 2 q. 1 c. 20)

「真実で正しい証明があるまでは、誰をも〔裁いてはならない〕 (nullum ante ueram iustam probationem)」これは、主張されたことに従って裁くべきであるということの論拠である。……: 反対に……: D. 22. 5. 3. pr. がある。ここでは、審判人がどの

証人に信を措く (fidem adhibere) べきかは、審判人自身が考慮す (considerare) べきだと説かれている。それゆえ、これは審判人の選択 (arbitrium) にまかされる。したがって、ある事案で審判人が一人の人として真実を知っており、証人たちが反論して反対のことを陳述したとする。これらの証人によっては、

審判人には確信 (certitudo) が生じない。なぜなら、審判人は証人たちが誤ったことを知っているのを知っており、かつ、どの証人に信を措くべきかということは、審判人の選択できることなのだから。したがって、審判人は、この証人たちを措信せず、被告に免責判決を下し、このようにして、主張されたことに従ってではなく、知っていることに従って裁くことになる……。

……しかし、反対に、事件の真実を知らない上級の審判人に上訴されたとする。彼は、証人たちの証言を調べ、彼らの陳述することに従って裁くことになる。彼らの誤りが明らかにされることは不可能なのだから。それゆえ、上訴審判人は、原審判人の正当な、そして正当に下された判決を取消すことになる……: そんなわけであるから、かの法文 (D. 22. 5. 3. pr.) を私は、審判人が選択できるとは、審判人としての審判人の選択であって、一人の人としての審判人の選択ではない、すなわち、審判人として証言の誤りを知った場合について規定するものだと解釈する……。

Idem (C. 3 q. 7 c. 4)

……刑事事件で私がこう考えるのには、十分な理由がある。なぜなら、刑事事件では、審判人は、真実は別だと考えるなら、誰にも有罪判決を下してはならず、上級の審判人に移送す

(remittere) べきだからである。しかし、民事事件の場合には、真実は別だと考えても、被告敗訴の判決を下すことができる。なぜなら、法Ⅱ正を行うこと(juris executio)には、不法Ⅱ不正(iniuria)はないのだから。この場合でも、審判人は、自己の良心(consentia)に反して、すなわち、自己の良心がかく裁くべきでないと命ずる場合には、裁く義務はない。なぜなら、決してこうする義務を審判人は負っていないのだから。真実は別だと思っても正当に裁くことはできるが。

これ以後の発展には、それほど目新しいものはない。フランスのヤーコプス・デ・ラヴァニス(ジャック・ドウ・レヴィニイ)が、君主の裁判とそれより下級の裁判とを分別した程度であった。<sup>(10)</sup>

(1) アゾーの Summa Codicis は、一二〇八年と一二一〇年の間に書かれたものであるが、ここで用いられているのは、一五六三年にバーゼルで出版された Summa Azonis 所収のものである。なお、C. 2. 10 (編集によつては II) の表題は、現在一般に流布しているクリューガー版では、「当事者の弁護に欠けているものを、審判人は補充すべきこと」(Tr. quae desunt advocacioni partium index suppleat) となつてゐる。

(2) C. 2. 10. vic. 訴訟当事者あるいは訴訟を補佐する者が述べ

ることに何らかの不足がある場合に、審判人が、法律(lex)および公の法(ius publicum)に合致すると承知する(scire)ものを補充し(supplere)提示する(proferre)ことは、疑いえないことである。

(3) C. 2. 6. pr. 弁護人(causidicus)にならうとする者は誰であれ、同一人が同一訴訟において、弁護人(advocatus)であり、かつ、審判人であつてはならない。ある者は、裁定者(arbitrator)か保護者(patronus)かのどちらかに選ばれたはずなのであるから。

(4) D. 44. 2. 11. 4. 請求の原因(origo petitionis)からも、同じ事態が生ずる。その他に、たとえば、余が土地あるいは奴隷を請求し、その後請求の後で、余に所有権を帰属させる別の新しい原因が余に付け加わつた場合、「最初の請求に関する」既判物の抗弁は、「新たな原因に基づいて請求する」余を妨げない。ただし、たとえば、中断していた所有権(intermissum dominium)が、請求の後に、一種の帰国権(postliminium)によつて戻つてきたという場合は、この限りではないが。なぜなら、余が前に請求したことのある奴隷が敵に拿捕され、その後帰国権により受け取られることになる場合に、どうなるであろうか。この場合に、余は、「既判物の」抗弁により却けられることになるが、それは、事態は同一であると解されるからである。しかし、余が他の原因により所有権を取得することになる場合には、抗弁は、「余を」害さない。それゆえ、たとえば、条件つきで物が

余に遺贈され、次に、(遺贈から条件成就までの)あい間に、余が所有権を取得したとして(その物を)請求し、その後、遺贈の条件が成就して再び余が請求する場合にも、私(ウルピアーヌス)は、(既判物の)抗弁が妨げにならないと考える。なぜなら、前の所有権の原因は別のものだったのであり、今やこの新しい原因が加わったからである。

(5) D. 5. 1. 74. pr. 審判人は、審理を行った事柄について、確認の宣告をも行う義務を負うことになる。

(6) C. 2. 1. 1. 汝が預けたと主張する金額の負債が汝に対しあるということを経明する方法は、汝自身が検討せよ。なんとすれば、汝は、汝の相手方である婦人が自己の勘定書を示せと要求しているが、この要求をするかどうかは、事案からして(ex causa)、通常、審判人の職権に属することだからである。

(7) C. 2. 1. 8. 朕の父神皇アントーニヌスが回答したことも、朕(アレクサンダー・セウェルス)が回答したことも、ともに、法と衡平の道理に適用することである。なぜなら、それらには、対立も食い違いもないのであるから。何かを請求する者、悪意の抗弁により請求の申し立てを却けられるかもしれない者(原告)に対し、被告が、自己に有利な証明ができる証拠だと主張して、(原告の)勘定書の開示を要求する(事案の衡平そのものからすれば、いずれにせよこれが勧められる)のと、何かを請求されている者(被告)に対し原告が勘定書の提示を要求するのとでは、大きな違いがあり、この事案は、請求原因が訴えら

れている者(被告)の証書によって基礎づけられてはならないものなのであるから。

アントーニヌスの回答とは前注のC. 2. 1. 1.アレクサンダー・セウェルスの回答はC. 2. 1. 5.で被告の開示請求を認めている。なお、アントーニヌス・ピウスとアレクサンダー・セウェルスとは父子でない。

(8) D. 11. 6. 1. pr. 土地の測量師を訴えるために、法務官は、事実訴権を与えた。われわれが測量師に欺かれるということがあってはならない。すなわち、われわれにとつて利害関係があるのは、たとえば、境界争いがある場合、あるいは、買主もしくは売主がどれだけの面積の土地が売られるのを知りたい場合に、面積・寸法を測量師が示す際に欺されないことである。さらに、この訴権を法務官が与えたのは、古人たちがこのような人(測量師)との間で賃約があると考えたからではなく、むしろ、この仕事之恩恵(beneficium)としてなされるものであり、測量師に与えられるものは、お礼をする(remunerare)ために与えられるのであり、したがってそれは謝礼(honorarium)と呼ばれると考えたからであった。すなわち、賃約によって測量師が訴えられるなら、その請求の表示は測量師を拘束しないと、いわれるべきことになる。

(9) D. 1. 22. 1. [裁定者の]補佐人(adessor)の職務(officium)すなわち、それによつて法の識者(iuris studiosus)たちが自らの分(pars)を全うすることになる職務は、おおむ

- ね次の事項についての決定につきる。すなわち、事案の審理 (cognitio) 、裁判の申し立て (postulatio) 、訴状 (libellus) 、告示 (edictum) 、裁決 (decretum) 、回答 (epistula) である。
- (10) D. 48. 2. 2 一定の原因がある場合には、婦人にも公の訴追 [刑事訴追] (publica accusatio) が容認された。たとえば、婦人が以下の男・女の死について訴追する場合、すなわち、この男・女が公に訴えられた [刑事訴追された] 場合に、自分はいやなら証言をしなくともよいと法律により認められている、このような関係にある者の死について訴追する場合。同じことを、遺言 (の偽造) に関するコルネーリウス法律について、元老院は定めた。さらに、父あるいは母の被解放者の遺言についても、婦人には公の法廷で訴えることが許された。§1 被後見男児は、後見人の助言に基づき父の死を、同様に被後見女児は、その祖父の死を訴追することが容認された。他方、遺言法律については、少なくとも父の遺言については、被後見男児が訴えることを神皇ウエスパシアヌスは許した。さらに、遺言書が提示されないとみなされて、特示命令によりその提示を求めることができると。
- (11) D. 20. 1. 13. 5 条件付きで負担されたものために、担当が負われた場合、条件成就前は正当に訴えられないといわなければならない。この間は何も負担されていないからである。しかし、条件つきで負担されたものの条件が成就すれば、再び訴えることができることになる。しかし、負担された債務は現存するが、
- しかし担当に条件が付されているときに、条件成就前に担当訴権により訴えられる場合には、たしかに、金銭が支払われていないことが本当であるとしても、しかし、担当物が [債権者により] もち去られるのは不当である。それゆえ、審判人の裁量により、「条件が成就し、金銭が支払われていない場合には、担当物は、それが現存するなら、(債権者に) 返還されること (restitu) 」という担保問答契約が挿入されるべきである。
- なお、原文は、§. vii. となつてはいるが、§. vii. は、「利息のためにも担当が負われた場合には、利息が支払われねばならない。違約罰についても、われわれは、同じことをいうことになる」であり、本文とは直接関係がない。
- (12) D. 21. 1. 43. 10 時として、売却契約そのものは無条件であるが、法Ⅱ正となるための要件 (condicio iuris) が満たされないために、解除 (返還請求) 訴権が停止することがある。たとえば、奴隷が何かを買ったが、その奴隷につき用益権者と所有権者が別々にいる場合。なぜなら、奴隷が誰の財産から代金を支払うかは、なお不確かである間、目的物が誰に取得されたのかも決まらず、したがって、用益権者および所有権者のどちらにも解除 (返還請求) 訴権が帰属しないからである。
- (13) D. 27. 1. 31. pr. 三件の後見を行っていた者が、二人の被後見人のために、別々の裁定により、後見人に任命されたなら、この者は後見を免除される (excusari) ことができたが、免除事由を主張する前に、彼がこれまで後見を行ってきた被後見人の一

人が死亡したという場合には、彼に免除が認められる事由がなくなつたと同時に、先に下された裁定が彼に後見の義務を負わせたということになる。第三の後見の代わりに第四の後見が行われるようなものだからである。なぜなら、免除される前も後見人なのであり、これがそれ自体法Ⅱ正である (*ipso iure*) からである。したがつて、(繰り上がつて) あらためて四番目に来た者の後見は、免除することができた。しかし、この後見から免除されなかつた場合には、この四番目の後見の義務をも負担すべきことは当然である。また、ある人が、この後見事務が行うことは要求できないと主張する者もいるが、この見解には私は動じない。なぜなら、こう要求できることは、後見の事務が終了してしまわないために必要だからである。ちなみに、後見人が(後見事務について) 遅滞の危険を負担する場合には、この(繰り上がつて四番目の) 後見についても後見人は責を負うと、私(パウルス)は考える。§. 1 同じことは、三件の後見を行つていたのに、二つの遺言によつて後見人に任命された場合にも生じうる。この場合、どちらの後見に先に任命されたかが問題になるときは、遺言書を開封した時点ではなく、相続開始の時点ないし条件成就の時点が考慮されるべきことになる。§. 2 われわれが述べてきた後見間の差異は、次のようにも生ずる。すなわち、第三および第四の後見に任せられた者が、第四の後見に先に従事したとしても、この後見、すなわち第四の後見の危険を負担するのは、事務を行うように命令された時から

であり、前者(第三)の後見の危険を負担するのは、任命された時からである。§. 3 (三人のうちの) 一人の被後見人に、その父の財産を相続させなかつた後見人は、第四の後見に従事しつづけるべきだと、私は評価した。前の(相続を認めなかつた) 後見を辞任したようなものだから。§. 4 その他に、法務官が、たとえ一件の後見であつても、その事務が複雑で労働多いものであり、したがつて複数の後見に見合うほどだとして、その一件の後見で十分だと考えることがあるなら、その行為は正しい、と私は考えたい。したがつて、(分割できない) 共有財産を有する兄弟たちも複数と考えるべきではないし、また、同一の財産を有し、事務処理の決済も同時になさるべき場合の兄弟たちも複数と考えるべきではない。反対に、財産が分割されれば、兄弟には二件の後見がある。なぜなら、すでに述べたように、被後見人の数ではなく、計算書を作成し、決済を行うという事務の難かしさが考慮されるべきだからである。

(14) D. 27. 1. 44 神皇マールクス(アウレリウス)の提議(Oratio)により、被解放者の後見人に任命された生来自由人が免除されなければならぬのであるから、同じ免除は、(生来自由人の特権である) 指輪の権利(*ius anularum*) を取得した被解放者にも認められると、われらが皇帝(カラカラ)は、その父帝、神皇(セプティミウス)セウェルスとともに回答した。§. 1 したがつて、指輪の権利をもつ被解放者である未成年者の後見人ないし保佐人に生来自由人が任命された場合には、この

条件の違いのゆえに、生来自由人の後見免除が認められてならないということは、首尾一貫している。§. 3. さらに、未成年者あるいは二五才未満の成年が指輪の権利を受ける前に、この者の後見人に任命されたルーキウス・ティティウスが、生来自由人として後見免除されていたという場合に、この者が指輪の権利を取得した後で、ルーキウスがあらためて同人の後見人あるいは保佐人に任命されることは、すでに認められた範例よりして可能であろう。そして、国事のための不在が終了してから一年の期間後見を免除された者が、この期間経過後、もとの後見に再任されることは可能である、と回答された。§. 3. さらに、元老院議員たる保護者の執事となつてゐる被解放者は、他の者についての後見の免除を受けるとしても、しかし、この被解放者が指輪の権利を取得した場合には、生来自由人の身分に移つたのであるから、この免除を受けられないといふべきであらう。

(15) C. 7. 63. 2. 7 朕らは、上訴の期間の遵守についても、つぎのことが守られるべきことを決定する。すなわち、上訴期間の終期がいずれにせよ祭りの期間に入つてしまう場合には、祭りの期間の前日が終期として訴訟当事者により遵守されるべきである。誰かが、法の命ずるところと異なつて、終期を誤つた場合

には、これに対しては、第一には、出廷している相手方により、さらには、(相手方が欠席して)上訴人のみが争つてゐる場合には、審判人により、抗弁が出され、証明されることになる。(このようにして上訴が却けられた場合には)上訴人は、いかようにも強制されることなく判決を受け容れた人と同じものとして扱われることになる。

(16) C. 7. 62. 39. 1 したがつて、以下のことを朕は裁可する。上訴人が一度法廷に来て、その上訴理由を申し立てたならば、その相手方も、下されている判決に何か異議を述べたいと思ひ、かつ在廷している場合には、これを行い、裁判による救済を受けることが許される。他方、相手方が在廷していない場合には、審判人が、自己の権限によりこの相手方の役割を果してよいことを、同じく裁可する。

(17) D. 3. 3. 8. 2 退役兵士 (veteranus) は、訴訟事務代理人になつることができる。他方、現役兵士は、相手方が欲する場合であっても、訴訟事務代理人に任命することはできない。ただし、争点決定の時点で、いかなる偶然によるのであれ、これが看過された場合は、この限りではない。さらに、自己のもののために訴訟事務代理人に任せられた者、あるいは、自己の所属部隊全体の共通の事案を訴え、もしくは、防禦するための訴訟事務代理人に任せられた者は、例外である。この者たちには、このような訴訟事務代理が認められている。

(18) C. 2. 12. 7 兵士は、父や母や妻のためにも、また、皇帝の回



答 (sacrum rescriptum) によつても、訴訟事務代理人として訴訟を遂行してはならない。他人の防禦を引き受けることや、訴訟を買ひ受ける (redimere negotia) ことや、とりなし役 (suffragator) として関与することとは、公共の利益の見地から、兵士には許されないからである。

- (19) D. 5. 3. 58 家父から解放された子が、遺言の定めにしたがつて、母の財産を相続した。ところで、この母の財産は、子を解放する前から、父がそれを占有し、そしてそこから生ずる果実も父が占有しているが、しかし、子が元老院議員だったので、父はこの財産から、子の名誉 (honor) のために出費していた。父が、子のために出費したものを差し引いた上でこの相続財産を返還しようと思つてゐるときに、子がそれにもかかわらず(差し引かない) 相続財産をしつこく請求する場合に、この子(の請求) が悪意の抗弁によつて却けられうるか、これが問題である。私 (スカエウオラ) は、抗弁によつて守られなかつたとしても、審判人の職権により、十分な保護が与えられる、と解答した。

(20) 前注 2) 参照。

- (21) D. 42. 1. 42 パウルスは次のように解答した。すなわち、法務官は、たしかに前に下した自己の判決を取消すことはできないが、しかし、判決したと整合するためには必要だが、先の判決には欠けている、その他のものを、(後の訴訟で) 被告に有責ないし免責判決を下す際に、つまり同じ期日に、補充しなけ

ればならない。

- (22) Knut Wolfgang NÖRR, Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit : Index secundum allegata non secundum conscientiam iudicat. München 1967.

- (23) ネルが学説史の重要性について述べている箇所を、多少長くながるが、引用しておく。「この格言(審判人は、……)が中世学識法に由来することは知られている。しかしながら、以下の問題について、踏み込んだといえる研究はない。すなわち、この格言が学識法訴訟手続においてどのように貫徹されたか、学識法訴訟手続はこの格言にいかなる意味を付与したか、学識法訴訟手続はこの格言を他の訴訟手続上の諸制度とどのように関連させ、またどのような体系上の横のつながりをもたせるのか、という問題である。この欠落は、わかりすぎるほどによくわかることである。なぜなら、中世法の学説史は、ごく一般的にいつて、近代の研究では、文献史やさらに方法史 (Methodengeschiehte) と比べても割を食ってきたからである。その上、学識法訴訟手続を論じた場合でも、それは、主として訴訟手続発展史の中にその場を標すという意図から出たものである。その由来が研究される場合でも、この研究が近代訴訟手続の根源にいつているの問題と密接につながつて行われるのがしばしばである。そうした研究の中で、往々にして、学者は、ローマあるいはゲルマン法世界に由来する影響、イタリア領邦法あるいは教皇令法 (päpstliches Dekretalrecht) に発する影響を認め、ある

いは認められた気になっている。その実は、どれかある一つの契機が過度に強調され、複雑な系統図が単純化され、その一面のみが示されるのが、あまりにも頻繁にあることなのだが。とりわけ、学識法律家たちがさまざまな要素から、他の訴訟体系に対して一種独特の、生まれつきからして異なる、新しい訴訟法を作ったのだということが看過されている。この誤った見方の原因は、第一に、学識法訴訟手続そのものの知識がないことである。近代の法史家は、まったくぼけた、それどころか間違った観念をもっている。大まかな概略を知っているとしても、個々具体的なものまで知っているということは、本当にめったなことである。しかし、具体的な法律制度や訴訟学説を精確に探究することによって始めて、訴訟史上のもろもろの関連について具体的に満足の行く像を描くことができるのである。」(S. II—以下、頁数のみで示しているのは、ネルの前掲論文からの引用である)

(24) ネルの論文の構成は次のとおり。序論 (S. 1-6) 一、格言 二、近代の研究における学識法訴訟手続 三、課題の設定 四、「訴訟の規則 (ordo iudicarius)」 五、叙述の範囲の画定。第一章 予備的諸問題 (S. 7-15) 一、訴訟の構造 二、「訴訟は三人の主体の三方向からの行為である (iudicium est trinus actus trium personarum)」 三、弁論主義 四、「この格言が中世教会法学 (Kanonistik) にとってもった意味 五、方法についての予備的説明。第二章 アーン前の注釈学派 (S. 16-28)

一、彼らの研究対象としてのユースティニアヌスの法集 二、証明責任の分配 三、C. 2. 10. 5. についての学説の異同 (dissentio) 四、ブルガールス、マルティヌス 五、審判人の補充についてのプラウケンティヌス説 六、C. 4. 21. 13 についての学説の異同。審判人が裁判外でえた知識 七、注釈学派の他の人々。第三章 アゾー (S. 29-35) 一、不適當な訴権 二、審判人の補充について論争を終結させるアゾーの分別 (Distinktion) 三、この分別とかの格言 四、ヨハネス・パツスイアーヌス 五、主張の段階 (Allegationis stadium) 六、訴訟手続の局面に応じたかの分別。第四章 テクレティストと早期デクレタリスト。基礎 (理論) (S. 36-50) 一、概観 二、グラウティアーヌス 三、C. 3. q. 7. c. 4 についてのデクレティストの説 四、C. 15. q. 5. c. 2 についての説 五、C. 6. q. 6. c. 2 についての説 六、C. 11. q. 3. c. 7. についての説 七、補説 C. 2. q. 1. dict. a. c. 21 八、第一教皇令集 (prima Compilatio) 九、審判人の補充権と質問権 一〇、Summa Posnantiensis。第五章 テクレティストと初期デクレタリスト。解決の諸提案 (S. 51-65) 一、consuetudina の分別 二、民事事件と刑事事件および有責判決と免責判決の分別 三、他の審判人への移送 四、さまざまな提案の組み合わせ 五、自由心証主義。第六章 教会法学者 (Kanonist) と世俗法学者 (Legist) アゾーからテュランティヌスまで (S. 66-84) 一、小括 二、第三教皇令集 (tertia Compilatio) 三、教令集についてのヨハネス・テウ

- トニクスの説 四、グレゴリウス九世教皇令集 (Liber Extra) についてのデクレタリストの説。通常訴訟手続と選挙審査手続との間の線引き 五、良心問題についてのホステイエンスイスの説 六、X. 2. 20. 40 七、世俗法学者 (Zivilist) 「知恵を万人は愛する (Sapientiam affectant omnes)」からヤーコプス・デ・アレーナまで 八、デクレタリストたちの Summa。「審判人の職務 (Officium iudicis)」 九、「訴訟の規則」第七章 デュランティス後の時代 (S. 85-99) 一、学識法訴訟手続にとつてこの時期のもつ意味 二、方法についての予備的説明 三、アゾーを継承するフランスおよびイタリアの世俗法学者 四、バルトルス 五、世俗法学者としてのバルドゥス 六、教会法学者 七、エンリクス・ボーイクと教会法学者としてのバルドゥス。結論 (S. 100-104) 一、早期学識訴訟手続法の評価 二、学識法の用語法による総括 三、近代の用語法による総括 四、審判官の職務 (officium iudicis) 五、章立ての体系性 六、「ローマ」および教会学識法の一体性
- ここで言及できるのは、第二章から第五章までである。
- (25) ネルの用いている、一五六六年のウエネチア版 Summa Codicis ではなく、第二節になつてゐる (S. 30)。
- (26) 注(2)参照。
- (27) ローマ法源と訴訟法との関係について、ネルは次のように述べている。「注釈学派の研究素材は、ユースティニアヌスの立法作品である。注釈学派もまた現代の法史家も、この立法作

- 品の中に、ユースティニアヌスの時代に支配していた民事訴訟体系が秩序だつて、または、連関性をもつて再現されているのを発見できない。このことが注釈学派にとつて意味することは、この立法作品の中に見出されるもろもろの法源を、自分たちの時代の要請に答えて訴訟教説(といつてよいと思うが)に役立ちうるものにするということである。」(S. 16) ローマ法源のあちこちにある訴訟の関連法文を見出し、それに一定の意味を付与して、有意味的に並べるといふ作業自体が、きわめて実践的・創造的なものであったことが、以上の引用からわかるであろう。こうしたいわゆる訴訟の書も、ブルガールスの De iudiciis をはじめとして、注釈学派の主要な作業分野だった。なお、佐々木有司「中世ローマ法学」碧海純一・伊藤正己・村上淳一編『法学史』(東京大学出版会・一九七六) 九八頁参照。
- (28) cf. V. SCIALOJA, Studi giuridici II, Roma 1934, p. 385-6. この資料は参照できなかったが、ネルの S. 17f. の引用によつた。なお、この資料については、H. COING (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, I. Bd., München 1973 所収の P. WEIMAR, Die legistische Literatur der Glossatorenzeit, S. 244 を参照された。
- (29) 注(16)参照。
- (30) 注(15)参照。
- (31) D. 5. 1. 79. 1 法について疑問のある審判人に対しては、属州

長官 (praeses) が解答するのが常である。しかし、事実について助言を求めてくる審判人に対しては、属州長官は助言を与えてはならず、「信するがままに」(prout religio suggerit) 判決を下せ」と命じなければならない。なぜなら、「こういって行為は往々にして悪評を生み、また、ひいき (gratia) や野心の材料を提供することになるからである。

(32) ヨハネ伝八・一〇一一。訳は、ラテン語からできるだけ法的な意味をもつように訳した。邦訳聖書では、日本聖書協会の文語版『新旧約聖書』が法的な意味を伝えているが、しかし、他の訳では法的な意味が薄れている。

(33) D. 26. 10. 3. 4 その他に、嫌疑後見人 (suspectus tutor) を訴追なしに免黜できるかどうかが考慮されるべきである。そして、嫌疑が事実による非常にはつきりした根拠に裏打ちされていることが法務官に明らかな場合には、免黜する義務がある、というのがよりよいことである。これは、被後見人の保護のために認めらるべきだからである。

(34) S. 18.

(35) 以下の法学者については、さしあたり、佐々木前掲「中世ローマ法学」八五—六頁参照。

(36) 姦通の女の例は、現在の見方からすれば、弁論主義「主張されたことに従って裁判すべし」というよりは、「訴えなければ裁判なし」という弾劾主義あるいは処分権主義に関わるものといえよう。これについてネルは、マルティナーヌスが訴訟を遂行す

る主体の活動領域という観点から見るからだと述べている。つまり、弁論主義にせよ、処分権主義にせよ、訴訟当事者の権限・義務を強調するものだからである (S. 10)。マルティナーヌスの説についてネルは、さらに、予想とは逆に、真実探究の要請がより強い刑事事件の方に補充権限・義務を認めない点に注目している。この点は、後に見る教会法学者の議論 (一一四頁参照) と比較すると興味深い点である。ただし、「姦通の女」の例は、免責判決の事例であり、これがどの程度意味をもつかは、考慮する必要がある。

(37) マルティナーヌスの考え方について、あるいは次のような解釈も許されるかも知れない。彼は、審判人の補充権限・義務が原則として認められると考えた。これに対して、おそらくはブルガールスらから出されたであろう「姦通の女」の論拠 (argumentum) が障害になる。ここで、民事事件 (causa civilis) と刑事事件 (causa criminalis) との分類 (divisio) が注目される。「姦通の女」の argumentum が刑事事件のみ妥当なものと限定され、民事事件については原則が当てはめられて補充権限・義務が肯定される。このようにして、審判人の補充権限・義務について、民事事件と刑事事件の分別 (distinctio) が行われる。なお、論拠、分類、分別については、さしあたり佐々木前掲「中世ローマ法学」八九—九〇頁参照。さらに、これらの法学的意義については、後注 (44) 参照。

(38) プラーケンティナーヌスは、彼の Summa Codicis (一一七〇年

代)の中で(2.10)次のように述べている(なお、これは参照できなかったため、S.20に拠る)。

「われわれは、弁護士が間違つて述べる場合、すなわち事実について錯誤している場合に何が法にかなうことかを、説いてきた。今度は、弁護士が過少に主張する(Allgare)場合に、何が法にかなうことであるかを尋ねることにする。ある法学者たちは、『審判人は事実についてのみ補充することになる』という。また別の法学者たちは、『法についてののみ』という。私は、両方についてという。欠席裁判手続が開始された場合も、審判人は、欠席者に代わつて主張し、その役割を果さなければならぬのだから、C.7.62.39.1やC.7.63.27にあるように。死者が訴追されている時でも、審判人は同じことをなさねばならないと私は考える。なぜなら、欠席(absens)当事者あるいは死者の不在(absentia)といえども、神の現在(dei praesentia)によつて補充されるのだから。すなわち、審判人が裁く際に、現存する神が申し立てられたことについて福音の中でお裁き下さるということ以外に何が信じられるべきであろうか。同様に、当事者が過少に述べた場合にも補充しなければならぬ。本章(C.2.10)にあるように。私の考えでは、判決を下す前に補充すべきであり、さらに続いて、法律と衡平に合致する判決を宣告すべきである。さらに判決後も、時には、たとえば果実について補充する。いずれにせよ、犯罪について聞く場合には、審判人は、一般的に、誰が殺人を行ったかと尋問する(inquirere)

べきであつて、特定して、すなわち、ティティウスが遂行したかと尋問すべきでない。なぜなら、前者は尋問する者のすることであるが、後者は誘導する者の行うことだからである。D.48.18.1.21にあるように。最後に注意されるべきは、D.21.1.25.8から読み取られること、すなわち、訴訟前になされたことが審判人の職務にはそれほど関係がない、これが(以上述べたことの)妨げとならないということである。なぜなら、それほど関係がないとしても、しかし、審判人が補充できるということには影響がないからである。」

なお、D.48.18.1.21「質問をしようと思う者は、特定して、『ルーキウス・ティティウスが殺人を行ったか』と尋問してはならず、一般的に、『誰が殺人を行ったか』と尋問すべきである。なぜなら、前者は、答を求める者(requirens)のすることというよりは、誘導する者のすることと考えられるからである。このように、神皇トウラーヤヌスも回答した。D.21.1.25.8「同様に知るべきは、売主は、按察官告示で定められていることとすべてを、それらが受け入れられる(訴訟が係属する) iudicium acceptum)前に為された場合には、保証すべきであるということである。なぜなら、告示で定められることのうち何かが争点決定の前に生じていたなら、それが保証されているためには、それらのことが数えられていなければならなかつたからである。ちなみに、訴訟受入れ(係属)の後には、奴隷を返還するためのすべての原因が訴訟に関係がある。果実が生ず

ることも、それによつて奴隷の価値が減ずること等が生ずることも。なぜなら、審判人は、審判人に任せられるやいなや、およそ訴訟に関連するならなんであれ、すべての事柄についての職務が審判人に担われるからである。これに対して、訴訟前に生ずることは、審判人にはそれほど関係がない。審判人に特に名を挙げて課されたものはこの限りでないが、この法文は、売買の目的物にもとづく解除(原状回復)に関連する。

(39) S. 20f. なお、前注所掲のプラーケンティヌスの Summa Codicis からは、審判人が質問、尋問するということが、一つの手段として考えられると、ネルは指摘している。

(40) なお、主張されたことではなく知っていることによつて裁いてよいかという問題は、C. 4. 21. 13 をめぐつて展開された (S. 22f.)。この法文では、「行われた行為 (res gesta) を何も知らなかった者たちのものでは、〔それについての〕証書が失われたという証言がなされても、それは真実の証明にとつて何の役にもたたない」と書かれている。審判人は、一般に、「行われた行為を知らなかった者」に入るが、例外的に知っている場合はどうなるかが問題になりうる。これについても諸家の争いがある。 Hugolini *disseniones dominorum*, § 216, in: G. HANDEL (ed.), *Disseniones dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, Leipzig 1834, Neudruck Aalen 1964, p. 410 「同様だ」 C. 4. 21. 13 において意見の違いがある。すなわち、真実を知っている審判人

が、証人の証明なしに判決を下すことができるかどうかについて。マルティヌスは説く。審判人が争いの真実を知っており、その争いについて審判人が同時に証人である場合、審判人が知られていることに従つて判決を下せるのは、民事事件についてであつて、刑事事件については判決を下せない。刑事事件では、訴追人なしには裁くことはできない。姦通したとして訴追された女を、『女よお前を告訴する者はいない。私もお前を有責とはしない』といつて赦したキリストの例に従つて。他の者たちは反対である。なぜなら、彼らは、民事事件でも刑事事件でも審判人は知っていることに従つて裁くことができると説き、このことを、上述の法文 (C. 4. 21. 13) の反対解釈から導いている。マルティヌスに反対する他の者というと、通常は、ブルガールスあるいはその弟子ということになるが、ネルは、「これはブルガールスではないだろうと推測している (S. 23)。

この問題について C. 4. 21. 13 に関連しては、プラーケンティヌスは何も述べていないが、C. 4. 20 (証人について *de testibus*) で、「姦通の女」の例に拠りながら、次のように述べている (S. 24)。「地面にお書きになられている主によつて、判決を書く方式 (forma) が導入された。同じく主によつて、審判人は、たとえ他の時に真実を知ったとしても、主張されたことによつてのみ裁くべきである」ということが導入された。」

(41) S. 25.

(42) ネルは、反対派の人々が、上訴期間の経過を法の問題だと考

えたと述べている (S. 20) が、しかし、なぜそのような理由のか理由がわからない。法の問題だという考え方があつたのであるなら、次に見るアゾーのような解決は、あるいは必要なかつたのであり、このことから、むしろ、反対派の人々が C. T. 63. 22 を十分に処理できなかったのではないかと思われる。

- (43) こうした解釈を支持するものとしてネルは、*Glossa ordinaria ad D. 2. 12. 2 aspectu atrox* 「さらに、マルティアーヌスによれば、審判人は、事実について自分で見て知っているとおりに判決を下せる。しかし、ヨハネス・バツスイアーヌスによれば、審判人は審判人としての審判人に知られた事実についてのみ、すなわち、証人や証書や推定によって自分自身に証明されたことに従つてのみ判決を下すことができる」を引いている (S. 33 Fn. 20)。

- (44) ここには、中世ローマ法学の方法の一つの大きな特徴となる、分別 (*distinctio*) の典型的な実例を見ることが出来る。なお、分別の具体例としては、さらに、片岡輝夫「フランス法における分割所有権の歴史的研究」(一)(二)(三)完、『国家学会雑誌』六四卷一〇・一一・一二号(一九五二)五二頁以下、六五卷二・三号(一九五二)六七頁以下、五・六・七号六五頁以下参照。本文で述べたような説明、あるいは、注(37)のような説明ができるのであれば、それは英米法の *distinguishing* と同じといえないとしても、きわめて類似したものということが出来るであろう。*distinguishing* については、さしあたり、田中英夫『英

米法総論下』(東京大学出版会、一九八〇) 四九〇頁参照。しかし、*distinctio* と *distinguishing* の類似性の原因をローマ法文の権威と先例拘束性との類似性のみ求めることは、問題を矮小化するものである。わが国の最高裁判所が上告理由で引用されている判決を、当該事件の場合には妥当しないとして却けるのは、同じ作業ではないであろうか。筆者には、むしろ、さしあたり、次のように一般的に考えておく方がよいと思われる。

「古代ロオマの名望家的法律家層は、市民に対する助言・解答(その際の討論)を重ねるうちに、判定における共通な原理または諸重要事実(『判定理由』*ratio decidendi*)の認識を関心対象とし、法全体をしてかかる『判定理由』たる諸準則から成る一箇の認識連関の形をとらしめるに至つていたが、しかし反面では、彼らの判定活動(法適用)が始源の神官団の解答活動以来の伝統たる具体的事件・事実関係の凝縮・定式化(論理学上の還元ないし帰納)という実践を常に出発点としていた限りでは、準則群は、所謂「発見的」「反証可能的」性格のもの、適用されるといふよりはその都度「区別」(*distinctio*——筆者)されるもの、かくて不断にヨリ特殊的な準則を結晶させ続けるところの一箇の認識連関である、といわれている。かかる思考形態を認識連関性と現実関係との両面から制御される準則形成というように図式化してみれば、その両局面は、西洋中世以降、古代ロオマ法を教材とする法的思考の演練過程の中でいわば分業的に方法論的自覚を経た(体系学的自然法論または歴史主義

的自然法論)のち、一九世紀はじめにサヴィニイの法学方法論において再結合されたといえるが、その所説の要諦たる所謂『一般概念』ではない類型論的概念は、古典ローマ法研究に精通していた彼にして為しえた古代ローマの上記のような法的思考の再獲得といえようか。法的思考はサヴィニイ以後も、また西洋法を継受せる明治以降・敗戦以降の我国においても再び分業的反省・自覚を経るが、私なりに概観すれば、判定準則の、現実関係性かつ認識連関性ある不断の創造、という上記の流れの継続と考えられる。小菅芳太郎『法学部研究年報1』(北海道大学法学部・一九八二)六五頁。なお、本誌三六卷五・六号(一九八六)三三三頁以下をも参照。さらに、このようなローマ法学の方法については、F. WIEACKER, *Ausgewählte Schriften*, Bd. I, Frankfurt a. M. 1983 所収の諸論文、特に第九論文 *Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz* および第一〇論文 *Offene Wertungen in der römischen Jurisprudenz* を参照されたい。

なお、中世ローマ法学、特に注釈学派の場合、少くとも注釈文献に関する限り、直接の現実関係性はないといえる。しかし、多少抽象化されているとはいえ、テキストであるローマ法文は、具体的事案における解決、その意味での具体的正法 (*ius*) なのであり、ある具体的正法から抽出された一般的正法準則 (*regula*) が他の法文(具体的正法)と参照され、検証されることによって、分別され特殊化された準則を生み出すことになる。

その意味では、より多くの法文で検証された準則は、試験を経たものとしてそれだけ確定的なものとなるわけである。なお、片岡前掲論文は、注釈学派においてテキストの解釈を通して生みだされた「分割所有権」概念が、それ以後の時代に現実との関わりをもって来ることを示している。

(45) S. 37.

(46) これについては、淵倫彦「カノン法大全」『西洋法制史料選II 中世』(創文社・一九七三)三〇五—三一九頁参照。

(47) C. 3 q. 7 c. 4 他人の過誤 (error) については、自分自身に有責だと判決すべきことがない者が裁くべきです。他人であれば罰せらるべきだと想定することを行っていない者が裁くべきです。他人に対して裁くときに、自分自身に対しても判決を下すことがないように。憎しみ (odium) や憤激 (offensio) や軽率さ (levitas) に影響されて判決を言い渡すことのない者が裁くべきです。中略 (Et post pauca)。§. 1 良き審判人は、自己の恣意や個人的意思の目論見 (domesticae propositum voluntatis) からは何も行わず、もう一つの法律(律法 *leges*) やもう一つの法(正法 *ius*) (先例 *pra*) に従って判決を言い渡し、法(正法)についてのもう一つの決定 (*scita iuris*) に従い、自己の意思に身をまかせず、内から (密かに *de domo*) 得られたこと、考えられたことを何も示さず、聴いているとおりに (*sicut audit*) 裁き、自然にあるがままに決します。法律(律法)に従い、それに反せず、事案にふさわしいもの(解決)を探し、それを違



えません。この世の審判人であるあなた方は、裁くときに、どんな心構え(affectus)とどんな冷静さ(sobrietas)とどんな真剣さ(sinceritas)をもたねばならないかを学ぶべきです。中略。  
 §. 2 裁きを行う者は、自己の意思に従ってはならず、法律[律法]にかなうことを守るべきです。中略。  
 §. 3 裁きを行うときに心掛けるべきことは、真実を守ることであって、意思に従うことはありません。

(48) S. 19 ff. なお、以下の諸注釈はすべて参照できなかったの  
 で、ネルの引用によった。

(49) 一五七七年から一五九九年の間に書かれた。なお、以下も含めて、注釈書の説明は、COING, Handbuch (前掲注(28)参照)所収の、K. W. NORR, Die kanonistische Literatur, 371 ff. に拠った。

(50) 別名 Summa Parisiensis、一六〇年頃に書かれたのか一七〇年頃に書かれたのか、争いがある。

(51) 一六〇年頃あるいはその後短期のうちにオルレアンで書き  
 れた。

(52) 一七一年後に完成した。

(53) 一七七年と一七九九年との間で完成した。

(54) 一七八八年あるいはその後完成した。なお、以上で引かれた諸注釈家については、R. NAZ (ed.), Dictionnaire de Droit Canonique, Paris 1935 et s. (略称 DDC) を参照されたい。もっとも、北海道大学附属図書館は、この図書を所蔵して

おらず、この資料執筆中は参照できなかった。

(55) なお、ネルによれば(S. 27 ff.)、世俗法学者の中で「知っていることに従って(secundum conscientiam)」と「主張されたことに従って(secundum allegata)」という図式が最初に出て来るのは、ブラーケンティヌスの弟子ピリウスの Quaestiones Sabatinae, q. 108 のことである。いずれにせよ、それは「一八〇〇年代以降である。」

(56) C. 15 q. 5 c. 2 あなた(コンスタンツ司教サロモヌス)の申し立てによれば、司教(presbiter)ならし助祭(diaconus)が罪を公に告白しようとせず、宣誓(sacramentum)をもって防禦しようとしているとのことですが、しかし、この者が悪事(scelus)を遂行したことが司教に知られている場合には、この者は、何らかの贖罪(penitential)を行っても、司祭ならし助祭の職に就いていることはできません(non potest)。しかし、当該の司祭ならし助祭が告白しないとして、しかるべき訴追人がしかるべき証人を立てて立証でもしないかぎり、いったいどうやって当該の者が悪事を遂行したということが司教に知られるのでしょうか(Sed mirandum, si ipse confessus non fuerit, quomodo notum possit esse episcopo scelus ab ipso perpetratum, nisi accusatore forte ydoneo per testes ydoneos approbante)。それゆえ、司祭ならし助祭の事案を審理する司教に、証人たちの証言を通して司祭ならし助祭の有責が立証されるのでなければ、自分で自発的に告白する場合を除いて、悪行

は司教に適法に明されていないのです。したがって、告白を行わない間は、司祭ないし助祭がその職を奪わるべきでない、私たちは考えます。それゆえ、自発的な告白のみが、さらに決められた正規の数あるいは質の証人 (canonicus numerus, vel qualitas testium) が、(司教たちが決定し、訴追人が訴え出たことを立証することにより) 聖職からその位階を奪うのです。

(57) S. 39 f.

(58) C. 6 q. 2 c. 2 司教は、他人の悪事を自分が知っているにもかかわらず、その悪事を証明できないかぎり、何も公言してはならず、この他人とともにあって、秘密の矯正手段 (secretae correctiones) を用いて彼が自分で自分に烙印を押すように努めるべきです。したがって、矯正を受けている者が、もつと頑なで、公の集まり (publica communio) に現われるといった場合、しかも、司教が自分ではこの者が有責であると裁いていても、そのように証拠をもって裁いて退去させるには証拠がないという場合には、この者は処罰されず (何も知らない者とは一時的につきあわないようにしろと、より上位にある者の忠告として命ずることはできるにせよ)、彼は、何も証明できないかぎり、彼を有責と裁く (一人の) 者を除いて、すべての人々と引き続き交わり (communio) を続けることになりました。

(59) C. 6 q. 2 c. 3 次のことが正しいと決せられました。すなわち、司教が、ある者が自己の罪を司教だけに告白したと述べ、しかもこの者が罪を否認する場合には、この者の一人のいうこ

とは信用できないという事情があるといつても、それはこの者の不法をいうためには意味がないのだ、と司教は考えるべきです。破門された者 (excommunicatus) とその司教は交わりをも (communicare) たなくなるのだから、それと同じだけの間自分はこの (自己の罪を) 否認する者と交わりをもちたくない司教がいうなら、この司教と他の司教たちは交わりをもつべきではありません。それは、司教が、誰であれある人につき、他の文書 (documentum) によって立証できないことをいうことがないように、より一層注意させるためです。

なお、これも C. 2 と同様、第一ヴァイソン公会議決議。

(60) S. 40 f.

(61) 原文を挙げた部分は、ネルの引用では (S. 41) イタリアクになつている。イタリアクになつている部分は、他の場合には、グラーツィアーヌス教令集の文言である。しかし、挙示のような文言は、C. 6 q. 2 c. 2 にはない。さまざまな可能性が考えられるが、資料にあたれないので決め手はないが、一応本文のように訳しておく。

(62) C. 32 q. 5 c. 23 キリスト教は、同じ根拠から姦通を有責だとしています (condempnare)。しかし、婦人が自己の夫を姦通で訴えることは容易ではなく、そして隠れた罪 (latens peccatum) は罰せられません。これに対して、夫はより自由に姦通した妻を司教の下に引き立てていくのに慣れており、したがって、婦人たちは、その罪を告発されて、交わり (communio) を

拒絶されます。他方、夫たちの隠れた所業については、その嫌疑をまぬがれるのは誰にとつても容易ではありません。いづれにせよ、自己の恥ずべき行為を見つけられた者は、追放（交わりを断たれる＝破門）される（*submoeri*）ことになります。というのは、同じ原因があつても、証明がなされないために処罰の原因もなくなつてしまうこともあるからです（*probatione cessante uindictae ratio conualescit*）。

なお、これはインノケンティウス一世（在位四〇—一四一七年）の教皇令である。

(63) C. 2 q. 1 c. 19 あなたの兄弟があなたに罪を犯す（*peccare*）ことになつたら、あなたは、この兄弟を、あなたとこの兄弟だけがいるところできりなさい。なぜでしょう。それは、兄弟があなたに対して罪を犯したからです。それでは、「彼が自分に對して罪を犯したか」と聞くのはどうでしょう。あなたは知っています。あなたに対して罪を犯したのですから。というのも、あなたに對して罪を犯した時、それは秘密だったので、あなたに犯した罪をあなたが匡すときも、秘密が守られなければなりません。なぜなら、あなたに對して罪を犯したので、あなただけが知つたという場合に、この罪を犯した兄弟を皆がいるところで咎めたいとあなたが思うのでしたら、あなたは、矯正者（*corrector*）ではなく、告発者（*proditio*）になります。よく考えてみなさい。義人ヨセフが、妻を疑っていたにもかかわらず、あのように大いなる優しき（*Benignitas*）をもって、それほど恥ず

べき行いを為さずにすましたその様を。この時彼は、妻が身重であることに感づいたが、どうして彼女が身籠つたかはいまだ知らず、自分は彼女に接したことはないと思つていた、そういう状態にあつたのです。ですから、姦通についての確かな疑いは依然としてありました。なんといつても、彼はまだ知らなかつたのですから。福音書は何といつていられるでしょう。「しかし、ヨセフは正しい人であつたので、彼女のことを表ざたにするのを望まず、ひそかに離縁しようと決心した。」（マタイ伝一・一九）§. 1 したがつて、皆のいる前で犯された罪は、皆のいる前で矯正されるべきです。罪を犯すのが秘密であればあるほど、その矯正もまたそれだけ一層秘密になさるべきです。あなたがた（あなたとあなたに對して罪を犯した兄弟）は時間をかけなさい、そうすれば聖書が和解をもたらすでしょう。私たちは、このように振舞うべきですし、またこのように振舞わなければならない。私たちに對し罪が犯される場合にかぎらず、誰かによつて他人に知られることのないように罪が犯される場合も同じです。☞ 私は、殺人者が誰かを司教が知つていたなどということは聞いておりませんし、他の誰も殺人者を知りませんでした。私がこの殺人者を公に告発したいと思ひ、あなたが烙印を押すことができるでしょうか。私は、決して告発もしませんし、また見逃しもいたしません。私は、秘密に告発し、裁きを神の目に委ね（*ponere ante oculos Dei iudicium*）、血に塗れた良心を揺り動かし、贖罪を説得します。このような慈愛（*karitas*）を私

たちは備えていなければなりません。そんなわけで、時には、私たちが非難しないといつて、私たちを非難する人たちがいます。その人たちは、私たちが知らないのに知っていると思っていたり、私たちが知っていて黙っていると思っているのです。あるいは時には、あなたが知っていることを私も知っていることがあります。この時、私は、あなたがいる前でそれを告発し

ません。私は、癒し (curare) たいのであって、訴追したいのではないからです。§ 3 自分の家で姦通する人 (男) たちがいますが、彼らは秘密に罪を犯しているのです。その彼らが私たちのところに告発されてきますが、それは、時にはその妻たちにより、大ていの場合熱心な人々 (zelantes) により、また時には夫婦関係の維持を求める人々によりなされます。私たちが告発せず、秘密に罪を咎めます。悪いことは生じたところで消えるべきです。しかし、私たちがこの傷を見逃しません。何よりも、罪がその本性となり (homo peccato constitutus)、傷ついた良心をもっている、このような人にあつては、この傷が死に至るものだと示します。

なお、この法文は、アウグスティヌスの「贖罪についての説教 (omelia de penitentia)」から引かれたものである。

- (64) C. 2 q. 1 c. 13 あなた方 (ヒスパニアの司教たちは、いつも第一に、すべてを注意深く調べなさい。正義と慈愛とをもって定める (definire) ために。正しい、真実の判断 (iustum et verum iudicium) があるまでは、誰に対しても有責判決を下すことの

ないように。嫌疑があるからといつて、誰をも裁くことがないように。まず証明し、その後で、慈愛ある判決 (karitativa sententia) を下しなさい。あなた方にして欲しくないと思うことを、他人にしたいと思つてはいけません。

これは、教皇ミルキアードス (在位三一—三二四年) のヒスパニアの司教たちに宛てた教皇令。

- (65) C. 2 q. 1 c. 28 全能の神は、私たちが性急な判決を下すことがないようにするために、御自身の目にはすべてが裸であらわである (ヘブル書四・一三) にもかわからず、ソドムから聞こえてくる悪い風評 (audita) を、いわれていたことをはつきりと調べる (認識する) (cognoscere) までは、裁こうとはなされませんでした。それで、御自身が次のようにおっしゃっています。「私は降りていつて私の所へ聞こえる叫びのように実際に人々が行っているのかどうかを見よう。私は知りたいのだ (sciam)。」〔創世紀一八・二〕全能の神にとっては何も隠されたものはなく、すべてはそれが生ずる前からあきらかでありますから、神がこれらのことや他のこと (これは、多くなりすぎるのでこの節には入れなかった) を御自身で調べようと決心なさったのは、これらのことを御存知でないからではなく、私たちに模範を示して下さるためです。すなわち、私たちが事件の審理および審判において性急にならないように、また、隣人の悪事について、私たちが、信ずる (credere) ことが証明することよりも重要だと思ふことのないように。私たちは、この模

範から、判決を下すのに決して性急であつてはならないこと、さらには、むやみに考えなしに審理していけないことをどんな仕方であれ裁いてはならないこと、という戒めを受けます。眞実を語る声も次のようにいつています。「あなた方は、裁かれぬために、人を裁こうと思つてはなりません。あなた方が裁くその同じ裁きで、あなた方もまた裁かれるのですから。」(マタイ伝七・一一二)等々。さらに、悪い風評によつて誰も動かされるべきではなく、また、広くいわれていることでも、確実な証明がなければ、誰であれ信ずるべきではありません。さらに、風評を注意深く調べる前に、性急に誰かが何かを行うことがあつてはなりません。なぜなら、すべてを承知されている御方である神が、ソドムの人々の悪事、その叫びは天にまで届いていました。この悪事すべてを御存知でありながら、信じようとも裁こうともなされず、その前に御自身で、この風評を信用できる証人によつて注意深くお調べになり、実際に立証されたのですから、人であり罪人である私たちは、神の隠された裁きを知らず、この裁きに備えて、眞実で正しい証明があるまでは、誰をも裁いたり罰したりしてはなりません。使徒パウロも、次のようにはつきりと述べています。よその召し使いを裁くあなたはいつたい何者ですか。彼が立つか倒れるかは、その主人にかかわることです。」(ロマ書一四・四)

なお、これは、教皇エウリストゥス(在位九七一—〇五年)の教皇令。

(66) C 3 q. 5 c. 15 疑わしい者 (suspectus) および敵意のある者 (inimicus) が審判人になつてはならないということは、理性そのものも命じていますし、また、非常に多くの例によつても証明されます。<sup>62</sup> 実際、敵意のある人に、彼が害したいと思つていれる人の罪を問うことを委ねることほど、この敵意ある人に歓迎される好意的な贈りものがありうるでしょうか。陛下、よく注意して下さい。このことを、コンスタンティノール公会議がその決議の第六節で禁止しているのが識別されます。<sup>63</sup> さらに聖カルケドーン公会議にさかのほつて、ペレヌスの人々の司教であるアタナシウスについて私たちに何が関係するか尋ねることにいたしました。すなわち、この司教は、第三者に訴えられました。出頭しなかつたためその正規の司教職から解任されておりました。しかし、彼が公会議に呼びだされた時に、彼を裁いたのは敵意をもつ人々であつたと訴えたため、聖カルケドーン公会議により、彼に對してもち込まれた事案を審理するために留め置かれ、そしてあらためて有責が立証されなかつたので、自己の教会(の司教職を)引き受けるように裁かれております。その司教職から追われていたアタナシウスが自分に対する敵意について訴えたために、もう一度裁きをやりなおすようにと導かれ、そして明白な罪が彼の妨げとなるにもかかわらず、自己の教会に戻されるよう命ぜられたのだといたしますと、司教職を解かれておらず、なお司教職にあるイーグナーティウスも、それ以上に、決してその教会を剝奪

さるべきではなく、また敵意があり疑わしい審判人たちの決定から雪がらるべきではなかったでしょう。§. 3 さらに、最も雄弁な私たちの教皇、異端者たちを最も力強く征服した教皇ゲラシウス（一世）（在位四九二―四九六年）も想起いたしましょう。ゲラシウスが当時いつものごとくに混乱していたコーンスタンティノポリスの司教たちについて述べたことは、今も私たちに教えるところがあります。ゲラシウスは述べています。「私は問うが、彼らが口実にもちだすあの裁きは、いったいどこで行われたというのか。彼ら自身のところではないのか。それなら、同じ敵意ある者が証人になりかつ審判人になるということにならないのか。それゆえ、このような裁きには、人間の争いも (*nec humana negotia*) 委ねてはならない。」したがって、同じ敵意ある者が審判人である裁きには、人間の裁きも委ねてならないとすれば、ましていわんや、神の、すなわち教会の裁きを委ねてはなりません。知者である陛下には、そのことを御理解いただけるものと拝察いたします。§. 4 したがって、実際にも、敬虔なユースティニアヌス帝も、その法律によって次のように公布されたことが知られています。すなわち、「自分にとって疑わしい者が審判人になっていると思う者には、訴訟開始前に彼を忌避することが許される、他の者に頼めるようにするために。」(C. 3. 1. 16) 底意のある疑わしい審判人を受け、敵意のある審判人の悪企みを拒絶しようとすることは、自然的だといえるからでございます。§. 5 したがって、聖ヨ

ハネス、金の口 (*Os aureum*) は、自らに反対するために集まった会議の会衆の参入を拒否しました。

これは、教皇ニコラウス一世が、東ローマ皇帝ミカエル三世に宛てた「われらは申し立てた (*Proposueramus*)」で始まる書状。

(67) C. 4. q. 4. c. 1 いかなる訴追人も、決して同時に審判人ないし証人になろうと考える必要はありません。なぜなら、すべての法廷には、四人の主体がいる必要があるからです。すなわち、選ばれた審判人、適切な原告、これに應ずる被告、および、適法な証人です。ところで、審判人は衡平 (*aequitas*) をはかり、証人は真実 (*veritas*) をもたらし、訴追人は責を重くすべく請求し (*intentio ad amplificandam causam*)、被告は責を軽くすべく請求を希釈するのです (*extenuatio ad minvendam causam*)。これは、教皇ファビアヌス（在位三三六―二五〇年）の東方司教に宛てた書状。

(68) C. 4. q. 4. c. 2 何人も、人によって区別して (*personaliter*) 訴訟に引き入れられてはならず、訴追人も被訴追人も、手続き (規則) (*ordo*) の要請するところに従い、等しい割合で審尋されるべきです。実際、訴追人と審判人とが同一人であってはならず、独立した (自体的な) (*per se*) 訴追人、独立した審判人、独立した証人、独立した被訴追人がおり、それぞれは、それにふさわしい状態にある (*in suo ordine*) べきです。

これは、ダーマース一世（在位三六六―三八四年）の教皇

令。

(69) C. 11 q. 3 c. 74 疑わしい事柄について (*in re dubia*) 確定した判決が下されるのは、非常に有害でありかつ不適當です。

(70) S. 41 f.

(71) グラートティアヌス教令集第二部第三三事案第三問 (C. 33 q. 3) 「贖罪論 (Tractatus de penitencia)」——ただし、この部分はグラートティアヌスの筆になるものではないといわれている——第一分節 (D. 1) は、贖罪にとって告白が必要であるかという問題についての教義上の争いを伝えている。この争いについて、J. GAUDEMET, *Le débat sur la confession dans la Distinction I du (de penitencia)* (Décret de Gratien, C. 33. q. 3), ZRG Kan. Abt. Bd. 102 (1985), 52 ff.

(72) 第四ラテラノ公会議第二一決議を参考のため以下に訳出しておく。

X. 5. 38. 12 すべての信者は男女ともに、<sup>よすが</sup>分別のできる年齢に達したあとには、少くとも一年に一度、一人で自己のすべての罪を自己の司祭に正直に告白し、自己に課された贖罪を果すべく、自己のもてる力のかぎり努め、そして復活祭までに聖餐の秘蹟を畏敬の念をもって受けるべきです。ただし、自己の司祭の助言により、しかるべき理由から、このような聴聞を控えるべき期間が定められ、聴聞がこの期間終了まで延期された場合はこのかぎりではありません。これらのことを行わない場合には、生ける者は教会の入口から締め出され、死せる者はキリスト教

徒としての埋葬を受けられないことになります。それゆえ、誰かが無知からくる盲目を弁解のための隠れ蓑とすることのないように、この決議を受け入れる (*salutare*) ことを、教会においてしばしば公示しなさい。さらに、ある者が正当な理由から自己の罪を (自己の司祭とは) 別の司祭に告白したいと思う場合には、自己の司祭に前もって許可を願い出、この許可を得るようにしなさい。別の司祭は、自らこの者の罪を赦したり、拘束したりできないからです。ところで、司祭は分別をもち、注意深くあつて、経験を積んだ医師の習いに従ってけが人の傷にワインや油を塗るようにすべきです。そして、罪人と罪との周囲の状況 (*circumstantiae*) を注意深く探究し、この周囲の状況から、いかなる助言をこの罪人に与えるべきか、いかなる治療を施すべきかということ、病氣治療のためのさまざまな試みを行うことによつて、思慮深く理解すべきです。さらに、言葉やしるし、あるいは他の何らかの方法で、罪人をいかほどでも知らせることのないよう、最大限注意すべきです。しかし、より思慮深い助言を必要とする場合には、誰に関するにかは明かさずに、この助言を求めるべきです。なんとすれば、贖罪の法廷 (*iudicium poenitentiae*) で自己に打ち明けられた罪をあらわにしよとする者は、司祭の職務を解かれるだけでなく、さらに絶え間なき贖罪を行うために、窮屈な修道院に送り込まれるべきだと、われわれは決定します。

(73) 主体 (*persona*) の意味について、特にキリスト教的な意味に

ついで、山田晶『アウグスティヌス講話』(新地書房・一九八六)第三話「ペルソナとペルソナ性」八七—一一三頁を参照された。

## (74) S. 75.

(75) ドナティスト論争については、堀米庸三の一連の研究があるが、ここでは、「正統と異端——ヨーロッパ精神の底流」(中公新書・一九六四)を挙げておく。ドナティスト論争は、異端者あるいは棄教者である司教ないし司祭が行った秘蹟、特に洗礼と叙品が有効であるかという問題をめぐる論争である。正統派が職務として行ったものであるかぎり、たとえ異端者が行ったものでも秘蹟は有効としたのに対して、ドナティストは、行為者によって秘蹟の効力が左右されるとした。教会組織の維持・運営という現実の要請も、たしかに正統派の主たる理由ではあるが、しかしその根本には、次のような罪についての洞察もあった。行為者によって秘蹟の効力が左右されると、無効になるのは異端者や棄教者が授けた場合だけか。カトリック教会に留まっても姦通等の罪を犯した者も同じ扱いを受ける必要がないか。あるとすれば、福音書の説くように(マタイ伝五・二八)心の中で罪を犯す者はどうか。このような罪人の授ける秘蹟もまた無効だとすると、一体どうやって有効、無効を認識できるのか、これが、アウグスティヌスがドナティストに加えた批判である。

同じ罪の観念、視点を変えれば、制度的に可視的教会と不可

視的教会との区別の上に贖罪の秘蹟は成り立つ。すなわち、人は罪を犯したというそのことだけでキリストの体(corpus Christi)に不可視的教会から切り離される。この意味での「いわば存在論的な破門」は、anathemaと表現される。これに対して、破門宣告をもって可視的教会から破門されるのは、excommunicatioと表現される。この中間の状態で、つまり、anathemaの状態にあるがexcommunicatioされていないという形で教会の行う秘蹟としての贖罪が行われる。anathemaなる罪は、アウグスティヌスが述べたような罪、つまり心の中で思っただけで犯すような罪も含めたものである。以上、贖罪については、F. RUSSO, *Pénitence et Excommunication. Étude historique sur les rapports entre la théologie et le droit canon dans le domaine pénitentiel du IX<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècle*, *Recherches de science religieuse*, tom. 33 (1946), 257-279, 431-461に拠った。

なお、前注に「贖罪の法廷(iudicium poenitentiale)」という表現があったが、その後一般には、「内面の法廷(forum internum)」あるいは「良心の法廷(forum conscientiae)」と呼ばれた。これに対してexcommunicatioになる罪とは、教会に信徒全体の利益(utilitas ecclesiae)を害するものであり、そのような罪を外的な罰をもって裁くのが、「外面の法廷(forum externum)」である。おそらくは、「近世以降、この「外面の法廷」が、人民全体の利益(utilitas publica)を害する



罪の裁きにも用いられた。「内面の法廷」「外面の法廷」およびそこにおける法学の問題については、さしあたり、W. TRU. SEN, *Forum internum und gelehrtes Recht im Spätmittelalter*, *Summae Professorum und Traktate als Wegbreiter der Rezeption*, ZRG Kan. Abt., Bd. 87 (1970), 83-126 参照。なお、ここでは、相当詳細な文献が挙示されている。それ以後のものとして、トマルゼンの弟子の N. BRESKORN の *Die Summa Professorum des Johannes von Erfurt*, Frankfurt a. M. 1981 が代表的である。

近世自然法論との関係では、たとえばホッパスについて、成瀬治『近代市民社会の成立』（東京大学出版会、一九八四）八六頁が言及している。なお、近世については、「ジャン・ドマの *Lois de religion et lois de police*」と題する小稿で多少論ずる予定である（本誌三八卷三号）。

- (76) ネルは、*persona*の問題と制度的思考について一般的に論ずるものとして、E. H. KANTROWICZ, *The King's Two Bodies, A Study in Medieval Political Theology*, Princeton 1957 を挙げてゐる。これについては、西川洋一「十二世紀ドイツ帝国国制に関する一試論——フリードリヒ二世・バルバロッサの政策を中心として——」、『国家学会雑誌』九四巻五・六号（一九八二）一八頁、二八頁注（四三）参照。

なお、トマス・アクィナスは、『神学大全』第二・二部第六七問第二項「審判人は自分が知りえた真実に背き、提出された反

対の証拠のもとについて判決を下すことが許されるか」主文で、「私人 (*persona privata*)」「公人 (*persona publica*)」という言葉を用いている。稲垣良典訳『神学大全第一八冊』（創文社・一九八五）三三六頁参照。

- (77) S. 43 f.

(78) C. 2 q. 1 dictum a. c. 21 罪が審判人および他の人々に知られてゐる (*notum est iudici et aliis*) のに、被告がその行為を否定する場合がある。たとえば、ある者が審判人の目の前で (*sub oculis iudicis*) 多くの人々の見てゐるところで (*in conspectu multorum*) 人を殺したのに、この人殺しを否認した場合。この者は有責であることを否認しているのだから、この者に対し審理なしに (*sine examinatione*) 判決を下すことはできない。時として行為の明証さ (*evidentia operis*)、それ自体が有責であることを証言することがある。つまり、公然たる行為 (*opus publicum*) によつて自白の罪を自白する (*confiteri*) 場合。この場合には、二度、三度と矯正を行ったのち、矯正できなざることが明らかになつたところまで、処罰が下されるべきである。したがつて、アンブロシウスとニコラウス（一世）のかの「明白なことは訴追を必要とせず (*Manifesta accusatione non indigent*)」という言 (*auctoritas*) は「この最後の場合についてのことと解されるべきである。なぜなら、審理なしに使徒の判決が下された」かのみだらな男 (*fornicator*) は、皆の見てゐるところで公然と自分のまま母を妻にしていたのだから。また、

ニコラウスが書いているロータリウス(三世)も同様に、自己の妻を公然と離縁して、別の女と重婚した。

なお、アンブロシウスの言は、C. 2 q. 1 c. 15 にあり、これは彼の「コリント人への手紙注解」から引かれたもので、ママ母を妻にしたみだらな男の例は、第一コリント書五・一以下に出て来る。またニコラウス一世の言は、C. 2 q. 1 c. 16 にある。

(79) アングロロマン派(anglo-normannische Schule)のSummaで、一一八五—一一九〇年頃に著わされた。

(80) C. 5 q. 2 c. 1 (教会の) 父祖たちが定めた教令(Decretum Patrum canonicum) に従って、処罰を求められている者を公會議に召喚する場合には、それは、適当に決められた正規の期間を置いて(per spatium congruum atque canonicum) 数通の相当と認められる書面(scripta rationabilia) によって行われねばなりません。なぜなら、適当な時に正規の手続(canonica ordinatio) に従って、正式に(canonicè) 召喚されたのでなければ、この者がたとえいかなる必要からか會議にあらわれたとしても、それを自発的にするものでなければ、(自分に不意打ちを食わせようと) 待伏せている者に対し、いつまでも応ずることはないからです。

なお、これは、ダーマース一世の教皇令。

(81) この分別が、いわゆる「公知の事実」と、特に裁判所に顯著な事実」との分別に連なるものであるかどうかについては、ネルは何も述べていない。

(82) S. 45 f.

(83) C. 30 q. 5 c. 11 裁きを行う者は、すべてのことをくまなく調べる(primari) 一連のつながりになってくるものもろのものを十分に尋問すること(plena iugustio) により解きほぐす(discurrere) 必要があります。自らねばり強く問い(interrogare) 答え(respondere) 反論(obicere) などで両当事者の弁論(actio) が十分に照らし出されるようにし、また、審判人は、自己の判断によりあらかじめ当事者たちに敵対しようとしてはなりません。ただし、当事者がすべてを提示したところでもう(iam peractis omnibus) 両当事者が申し立てていることに何も問題がなく(nichil habere in quaestione) として、事柄(tres) の真実に到達するほどに弁論(actio) がふるいに掛けられている場合は別です。付加することが適当な何かが無視されたままです終ることのないように、頻繁に質問される必要があります。

(84) ブラーケンティヌスについては、注(39)参照。

(85) 一一〇四年から一一〇九年の間に著わされた。アゾーのBrocardaをSumma Codicisよりは先にできている。S. 50 Fn. 50.

(86) 注(19)参照。

(87) S. 66.

(88) S. 51 ff.

(89) 一一六九年にケルンで成立。別名Summa Coloniensis.

- (90) 一一九二年と一一〇五年との版があるポローニヤの注釈書。
- (91) S. 53 ff.
- (92) 一一九六年後に出た。初期デクレタリスト。
- (93) D. 50 c. 14 各人は、自分の言葉を衡量し (ponderare) て、自分にいってほしくないと思うことを他人にいってほなりません。それゆえ、聖書も適切に述べています。「あなたは、自分にしてほしくないことを、他人に行つてはならない。」(トビト書四、四六)なげなら、私たちが何かもつと成熟したこと (aliquid naturus) を行い、性急に思量 (consilium) したり行為 (opus) したりしないようにし、秩序を乱さ (ordinem corrumpere) ないようにするために、私たちには時間が必要だからです。§. 1 しかし、誰かが何らか道を踏みはずす (tabi) ことになったら、私たちは彼を導き (portare)、兄弟愛をもって矯正すべきです。至福な使徒が次のように述べているように。「もし誰かが不意に誘惑に襲われ罪を犯すことになったら、聖書に導かれて生きていく人であるあなた方は、柔和な心でその人を正しい道に立ち返らせなさい。互いに重荷を担い合いなさい。そのようにすれば、キリストの律法を全うすることになります。」(ガラテヤ書六・一一二) §. 2 さらに聖ダヴィデ王は、死をもたらす罪について贖罪を行いました。しかしその地位 (honor) に留まりました (サムエル後記二二、一三章)。§. 3 至福者ペトロも、主を知らないといったことを悔いた時、この上なく苦い涙を流しましたが、しかし使徒であり続けました (マタイ伝二六・

七五)。主もまた、預言者を通じて約束し、次のようにいわれていいます。「罪人がいつの日にか回心し、嘆き悲しむことがあるなら、この者が行つたすべての罪咎を私はその先もはや思いだすことはない。」(エゼキエル書一八・二二) したがって、司祭が道を踏みはずした後 (post lapsum) 全く相応した贖罪を行ったとしても、主に仕えることはできず、また、その後善き生を送り、その司祭職をしかるべく守つたとしても、その地位 (honor) を受けることはできないのだと考える者たちは、間違つています。こう考える人々は、間違つているだけでなく、教会に委ねられた鍵を貶しめていると考えられます。この鍵については次のようにいわれているのですから。「あなたが地において赦す (solvere) ことは何であれ、天においても赦されることにならないかです。§. 4 しかし、私たちは、疑いもなく神の司祭たちも他の信者たちもしかるべく (贖罪を) 果たしたら、その地位に返ることができると考えます。主もまた、預言者を通じて証言されています。「寝ている者は、起き上がろうとしないであろうか。」(エレミヤ記八・四) また、贖罪を行いながらダヴィデは、預言者に述べました。「あなたの救いのよろこびを私にお返し下さい。そして主の御霊 (spiritus principis) をもって私をささえて下さい。」(詩篇五一・一二) さらに、ダヴィデ王は、贖罪の後に、他の者たちに教え、また神に犠牲を捧げたのですから。これによって、ダヴィデ王は、道を踏みはずしても

神に対ししかるべき贖罪を行えば、両方〔教えることと犠牲を捧げること〕をできるのだという例を、聖なる教会の博士たちに (doctores) 示しています。なぜなら、ダヴィデ王が教えたというのは、次のようにいったからです。「罪咎を犯している者に、私はあなたの道を教えましょう。彼らもあなたのもとへと向きを変えることでしょう。」〔詩篇五一・一三〕ダヴィデ王が自分で犠牲を奉げたというのは、「神に奉げられる犠牲は、悩み苦しんだ魂 (spiritus contribulatus)」といったことからわかります。なぜなら、ダヴィデの悪事が贖罪によつて清められたのを見て預言者は、神を讀え犠牲を捧げることによつて他人の悪事を癒すのに疑いをもたなかったからです。§. 5. それゆえ、人は罪から遠ざけられ、神の恩寵によつて (道を踏みはずして) 倒れた状態 (lapsus) から起き上がり、そして、すでに述べたものもろもの言 (權威) (auctoritas) に従つて、従前の職務に留まります。彼は、二度と罪に身を投じないように注意すべきですし、また、次のように述べている福音の判決 (euangelica sententia) を心に留めておくべきです。すなわち、「行きなさい。二度と罪を犯そうとはならない。」〔ヨハネ伝八・一二〕それゆえ、使徒も述べています。「あなた方の死ぬべき体を罪に支配させ、その欲望に屈服してはなりません。」〔ロマ書六・一二〕 §. 6. 兄弟たちよ、あなた方は、慈悲 (misericordia) を許さない判決については、それを守ることだけでなく、聞くことさえ拒みなさい。なぜなら、慈悲は、あらゆる燔祭や犠牲にま

さる神への捧げものなのですから。

教皇カリクストゥス一世 (在位二一七—二二二年) のガリア人たちの司教に宛てた教皇令。

(94) 一一九〇年頃シャルトルで書かれた *Distinctiones*.

(95) S. 96 ff.

(96) C. 15 q. 5 c. 1 自分について申し立てられた罪について、あなたの助祭が自分には関係がないとこの上なく正直に明言していました。しかしながら、嫌疑があり、適当な訴追人たちも、また聖なる規則 (sacri canones) が定めている質の証人たちも認められます。そしてあなたも含めて呼び集められた一定数の司教のもとに訴追人たちがやつて来、助祭アルデリクス自身も召喚され、そして彼が否認する場合には、事案が正規の手続に従つて (canonice) ふるい分けられ、そして、自白するならば、ないし適法な証人によつて立証されるならば、正規の判決 (canonica sententia) が下さるべきです。自白もせず、適法な訴追人も証人も見つけられず、しかし悪評が増えている場合には、公開の審理 (publicum examen) によつてではなく、あなたの前で、そしてあなたの教会で最も慎しみ深い少なからざる司祭と助祭との前で、嫌疑人は秘密の宣誓により雪冤すべきです。その後、あなたは、この者に良き証言があることを告げ知らせ、あなたの子等を抑えて、この神の僕についてこれ以上先取りして悪評をたてることのないよう、慎しむように注意しなさい。ハム (Cam) は父たちによつて憚かるべきこと

を笑ったためにのしられたことを、彼らが銘に命ずるように  
〔創世記第九章〕。

- (97) S. 62 ff.  
(98) 一二〇六年から一二一〇年に成立した。Summa Bambergensis。

(99) D. 22. 5. 3 証人たちの信頼性 (fides) は注意深く調査されるべきである。したがって、証人たちの人となり (persona) を調べるときには、まず各人の身分 (condicio) が調べられる。貴族かそれとも平民か。生活が高潔で (honestus) 落度がなにか、それとも貴頭ではあるが非難に値する者か。金持ちか、貧乏で金のために何かを容易に認める者か。証言によつて不利になる者に敵意をもつ者か、それとも証言によつて有利になる者の友か。なぜなら、証言は、証人の人となりについても (高潔であるから)、証言を行うにいたつた原因についても (利得や感謝のためでなく、また敵意のためでないから) 疑念がないときに採用されるべきであるのだから。S. 1 それゆえ、神皇ハドリアーヌスは、属州シチリアの代官ウイビウス・ワールスに回答した。裁いている者が証人たちにどの程度の信を措くべきかをよりよく知ることができる、と。回答の文言は、以下のとおり。「汝は、証人たちにどの程度の信が措かるべきかをよりよく知ることができ。すなわち、どの証人がどの程度尊重されるに値するか、またどの程度非難されるべきか。誰が素直に述べていると認められるか。証人たちが口裏を合わせて同一のことを答えて

いるか、あるいは、汝の質問に似たような答をしているのか、を。」

- (100) S. 87. Petrus Bellapertica, Lectura in Codicem, C. 1. 19. 7 n. 「君主 (princeps) は法律なき法の秩序 (legis ordo vel iuris) に服さないのだから、君主には自分自身として (ut ipse) 知っていることに従つて裁判を進める (procedere) ことが許される。……しかし、下位の審判人は、証明されることの信頼からしか裁判を進めるべきではない。この理由も、法律が下位の審判人をそれほど信頼し (confidere) ていないからである。なぜなら、審判人という者は、普通ならば (semper)、自分自身で事実はどうだとよく知つていふことを述べることができ、このようにして有責判決を下したいと思ふ者に対して有責判決を下すことができるはずだからである。しかし、われわれは、皇帝 (imperator) が腐敗することはありえないと考える。したがつて、皇帝は、自分自身に知られたことに対する信頼に基づき、証明されることがなくとも裁判を進めることができる。それゆえ、兄弟たちは、討論において、審判人は自己の知つていふことに従つて裁くことができるかと問うていた。私は、いつていた。審判人が法律を制定する (condere) ことができる場合には……自己に知られたことに対する信頼に基づいて、たとえ証明されていなくとも判決を下せる」と……。」

なお、この Lectura in Codicem の著者名は、ペトウルス・ペラペルティカであるが、一般に、ラヴァニスのものと考えら

れている。なお、ラヴァニスについては、大久保泰甫「第一三世紀のオルレアン大学について(2)」『法政論集』四〇号(一九六七)七三頁以下参照。

〔付記〕

本稿を、本年八月に古稀を迎えられた小山昇先生に捧げる。