

熊本大学法学会発行

熊本法学 第七十九号（一九九四年六月）抜刷

徴表と拷問をめぐる中世イタリア法学者の学説・覚書

若曾根  
健治

論  
説

徴表と拷問をめぐる中世イタリア法学者の学説・覚書

若曾根 健 治

目 次

一	はじめに
二	拷問
三	徴表
四	風評
五	裁量
六	むすび

## 一 はじめに

中世イタリアにおける刑法学は周知のように、注釈学派のもとでアゾー(+1230)にその形成が始まり、次いでオドフレドゥス(+1235)やロランディイヌス・デ・ロマンチイス(+1238)、ゲイリイエルムス・ドゥランディイス(+1236)らによって継承され、さらに一例をあげればグイド・デ・スツアリア(+nach 1283)、その弟子のアルベルトゥス・デ・ガンディイノ(+nach 1310)、ついでヤコプス・デ・ベルヴィシオ(+1335)、ホニファチウス・デ・ヴィタリニス(+1388)、そしてアンゲルス・アレティイヌス・デ・ガムビリオニプス(+nach 1451)らによって展開させられた。<sup>(1)</sup>ヴォルデマール・エンゲルマン、それにゲオルク・ダームによる、いまなお凌駕されることのない刑法史研究は、チーノ・ダ・ピストイア(+1386)——注解学派の始祖といわれ、また著名な詩人でもあった——や、その弟子バルトルス・デ・サクソフェルラート(+1387)、この師を『鋭敏なる人物 (subilis homo)』と呼んだバルドゥス・デ・ウバルディス(+1400)などの、他の法学者を含め、十四世紀や十五世紀のこれらさまざまの法学者 (magistri)——彼らは「法律助言者 (jurisconsultes)」とか、「法教師 (Rechtslehrer)」とかといろいろな名称で呼ばれようが——の学説を駆使してなりたつた作品であった。

エンゲルマンらに先立つ研究としては、刑法のみならず刑事手続法をも対象にとりこんだエミール・ブルンネンマイスターの業績があった。<sup>(2)</sup>われわれはこの先駆的研究によって、刑事手続法に関する中世ローマ法学者の学説が後代、中世末期から近世初期にかけて、アルプス以北、なかならずドイツにおける刑事立法の上に著しい足跡を遺したことを知るのである。そして、刑事立法の内にあって、とくに徴表と拷問の法こそは、そのような意味において中世法学

者の学説を著しく反映するものであった。いまこれを、当時人口に膾炙した通俗法律書や、著名な立法作品で一例を示すとすれば、アルベルトゥス・デ・ガンディーノ——本稿では通例にしたがい、ガンディーヌスと呼ぶ——の『犯罪論』(二二九九)に全面的に叙述の基礎を置いていられる<sup>(3)</sup>、一四二五年のいわゆる『クラークシュピーゲル』<sup>(4)</sup>第二部には、『拷問の手続は「被拷問者の犯行を暗示する」ただ一つの指標からではなく、それ以上の「複数の」指標から、進められる。』と見える(二四九七年アウクスブルク本)。また一四九八年の『ヴォルムス都市改革法典』第六書第二部第二章には、『われわれ「ヴォルムス市長および市参事会」は、次のように定め命じる。非行の単なる推定、あるいは嫌疑によつては、また、非行のいかがわしき指標によつては、何びとも、何らかの刑事刑を導く有罪判決を受けない、と』とある<sup>(5)</sup>。さらに、一五〇七年の『パンベルク刑事裁判令』は、『何びとも、何かの徵表、疑惑、指標または嫌疑に基づいては刑事刑にいたる最終の有罪判決を受けることなかるべく、それに基づいてはただ拷問のみがなされる。』と記す(Art. 28)。当裁判令における基本原理が広くドイツに流布するのに寄与したとされる、ウルリヒ・テングラー(H. c. 1516)作『ライエンシュピーゲル』(一五〇九年、第二版「補充版」一五二一年)第三書は、『第一に、この犯罪について、被拷問者に立ち向かうには、事前に、何らかの推定と徵表、あるいは半「完全」証明を受け取ることを要し、それなくしては、彼にたいして拷問はなすべきではない。』と書く<sup>(6)</sup>。これらの文言が意味するところは、すでに中世法学者の学説に表明されており、この意味では、それらには、徵表と拷問に関する「学説」がじかに映し出されているのである。

いま、さしあたって、徵表と拷問に関する、法学者の片言隻語を引いてみるならば、チーノは、『刑事事件においては、誰しも断罪されるには、疑惑からではなく、明澄からくるより明瞭な証明によつてでなくてはならない。』と述べる<sup>(7)</sup>。バルトルスは、*l. qui sine ff. de questionibus* (D. 48, 18, 22) に付した釈義 *lectura* のなかで、『疑惑からは、何

びとも、真実の発見のために、拷問には付されるが、しかし、疑惑からは、何びとも有罪判決を被ら<sup>(11)</sup>ない。』と言った。また、ルーカス・デ・ペンナ（+1330）も、『推定からは、何びともいえずとも、有罪とされえない。』と述べる。アレクサンダースの師ヨハネス・デ・イーモラ（+1230）は、『誰でも、徴表が先行することなくして、拷問によって自白を強要されないこと、また、このような自白からは有罪とされえないこと、に注意せよ。』と記している。最後に、アスティ出身の法学者といわれているフランチスキス・ブルーヌスは一四九四年にヴェネツィアにおいて公刊された著作『徴表と拷問に関する論究』の中で、『ポローニアのすべての聡明なる人々は、次のこと、すなわち何びとも徴表からは致命的な断罪宣告を受けないことを望んでいる。』と付言していた。<sup>(12)</sup>

本稿では、このような、徴表と拷問に関する中世法学者の学説にいささか立ち入って見たい。この方面の、中世法学者の学説としては、ヘルマン・ウルリヒ・カントロヴィッツが精力を傾け編纂にあたった、ガンディーンヌスの『犯罪論』——ガンディーンヌスがシェーナにおいてボデスタを代理して裁判官職に就いていたときの著作——が先ず挙げられる。また、グイド・デ・スツァリア作『拷問と査問について』の十六世紀に著わされたドイツ語訳書（ニュルンベルク・一五七四年）<sup>(13)</sup>や、ヨーゼフ・コーラーが一小論において一部分を掲載する、バルトルスの作とされる『査問論』、それにバルトルスや、その死と共に学識法における「証拠制度が完成の域に達した」といわれるバルドゥスの注釈——先学の貴重な研究であるヴァルター・ウルマンの著書論文に導かれて直接注釈書にあたりえたもの——や、アゾー、ドゥランティスの著作などが利用できた。これらの他は、中世法学者の学説は、ウルマンの著述や他の第二次文献に引用されているものを借用した。こうした利用方法による、自ら確かめえないことからくる危険性と、学説の結論的部分しか知りえないという意味での不十分さについては十分承知しているつもりではあるが、さしあたってはそういった断片的な利用に頼らざるをえなかった。さりとて、後年とくに十五世紀以降アレクサンダースの同名の

作品と並んで頻繁に引用されるほどの名声をえた、ガンディーヌスの『犯罪論』を全体的網羅的に検討・評価するということもできなかった。これらの意味で本稿は「覚書」に留まざるをえない。

こうした事情にありながらも、本稿を公けにする理由は以下のところにある。微表と拷問に関する法学者の学説は非学識刑事手続法と学識刑事手続法とのいわば分水嶺を示す決定的な指標となっていたとともに、十六世紀の領邦と帝国とにおける新しい諸刑事裁判令に見いだされる手続法のまさに精髓を形づくるものであった。にもかかわらず、それに関する学説について立ち入った仕事が少ないように思われる。ウルマンの前記諸論稿の他、サルヴィオリヤ、フィオレリ<sup>(22)</sup>の研究が目につくぐらいである。しかし、それらとて言及するところ少なく、またウルマンは、中世になつて初めての刑事裁判法の分野における系統的な纏った仕事であるガンディーヌスの前記『犯罪論』<sup>(23)</sup>には全く言及していない。とりわけ、微表と拷問に関する中世法学者の学説に見いだされる思考方法がどのような性格を有していたのかという基本的な問題について明瞭な認識に到達しているとはいい難い。本稿は、微表と拷問をめぐる学説において表明されていた「真実発見」の思考方法がいわばアンビバレントな性格を帯びていたことに注目したい。その思考方法は、一方では、被拷問者にたいして裁判官が「合い言葉ともなつた中世法学者の言葉を用いれば——《節度ある (cum moderamine)》》<sup>(24)</sup>ように振るまつのに働くと共に、しかも他方では、それとはまさに逆の方向にも作用しようするような側面をも合わせ持っていた。

むろん、学説のみによつて中世イタリア刑事手続法における微表と拷問の全容が解明されるというのではない。その解明のためには、かつてカントロヴィッツが予告しつつも果たしえなかった<sup>(25)</sup>、またゲームがおこなおうとして必ずしも十分には成功しえなかったとされる<sup>(26)</sup>、学説・立法・実務<sup>(27)</sup>の三者の相互的比較の作業が避けられない課題であろう。本稿はさしあたって、そのうちのただ学説の面から微表と拷問の問題を取り上げるわけだが、しかしそれとても、接

説 近しえたかぎりであって、学説のごく一部分にかぎられる。

最後に、叙述の方法としては、屋上屋を架すようでいささか気が引けるが、できるかぎり法学者たち自身の語り口を再現、引用するかたちで進めていきたい。というわけは、わが国において、刑事手続法をめぐる、イタリア中世法学者の具体的な内容については、従来言及されるところがさほどなかったと思われるからである。

## 二 拷 問

《拷問》には刑罰としての意味もあったが、ここでの問題は、証拠—自白や証言を集めて事実を探索する証明方法としての拷問 (judicial torture) である。<sup>(28)</sup> ガンディーヌスは、《まず、査問「拷問」とは何か、から始めよう。》と問い、こう答える。《査問 (questio) とは、真実の発見のために、拷問具と肉体の苦痛とによって実施される審問 (inquisitio) のことである。》*fi. de iniuriis l. item apud Iulbonem s. adichur v. questionem* [D. 47, 10, 15, 41] および *fr. ad Siniunum* l. 1. [D. 29, 5, 1, 23] にいうように。<sup>(29)</sup> 《この点では、ルーカス・デ・ペンナが当時の通説とは相違して、自白をえるための拷問を認めず、《拷問は真理の探査のためではなく、刑罰のために設けられることに注意せよ。被害の小さい窃盗について、盗人が損害を償うまでの間、拷問に処せられるというように。》と述べたのは、特異な現象といえよう。》

証明方法としての拷問について、まず指摘できるのは、それが予備的補充的なものであった点である。ドゥランティスは、《とはいえ、死に値する重大な事件について他の方法では (aliter) 真実が手に入らぬとき、あるいは探知できぬときは、真実は拷問によって発見される。》と述べる。チーノは、《真実が他の諸方法によっては照らし出さ

れないときには、拷問は予備として (in subsidium) 提出せられる。<sup>(32)</sup>《と言い、バルトルスも D. 48. 18. 8 に付した  
 釈義において、《何びとであれ、彼を、つねに拷問にかけるようなことはするべきでなく、他の方法がありえるので  
 なければならぬ。それが十分ではないときに、拷問に達するのでなければならぬ。別の方法では真実が探知され  
 えないときは、予備として拷問が用いられる。》<sup>(33)</sup>と述べる。D. 9. 2. 8 に付された、バルドゥスの注釈にはこうある。  
 《私は問う。公知の事件についてはどうか、と。公知の事件においては (in notorio)、拷問は「その適用」場を持た  
 ない、と思われる。というのは、拷問は証明の欠けるときでなければ、適用されないからである。<sup>(34)</sup>《ガンディーヌス  
 が次のように述べるところにも、拷問の予備性補充性が認められる。《いかなる事件について人は、拷問をうけるべ  
 きか。私はこう答える。民事的、および刑事的事件について、と。そして、他の方法では、真実が獲得できないとき  
 である、と。[C. cod. 1. divus et l. ex libero D. 48. 18. 1. 15] および C. cod. tit. 1. quotiens [C. 9. 41. 12] に見ら  
 れるように。およびアソー氏が *summa cod. tit. 8. torquetur* [Summa Codicis zu C. 3. 8 s. 6] において述べているよ  
 うに《ここに《他の方法では》真実が獲得できないときは、ガンディーヌスによれば、原告によって提出される  
 べき三種の有罪証明方法、すなわち《少なくとも二名の適格な証人》、あるいは《最も明瞭な文書、すなわち公文書》、  
 あるいは《疑いえない微表》——《法律の推定および法律上の推定》や裁判上の自白、《事実の明白さや性格による》  
 ものなど——のいずれによっても立証されえず判決が述べられえない、つまり《最終の判決 (diffinitiva sententia)》  
 が下されえない場合を指している。<sup>(36)</sup>

後代『クラークシュピーゲル』が有罪の要件として、任意の自白があること、証人による立証があること、犯行が  
 現行犯行であることなど五つを挙げつつ、続けてこう書く。《重罪および大罪について、真実が他の方法では知り難  
 いときには、拷問 (tortura) ——ラテン語でいう tormenta——によって、それ「真実」を手に入れねばならぬことに注



説(17) 意せよ。また『ライエンシュビーゲル』も言う。《第一に、犯罪が起きてこれが知れ渡っているものの、被逮捕者が

この犯罪をおこなったということが、べつの方法では、徹底的には知りえないときは、真実をえる助けとなるために  
(der wahrheit zu hilf)、「彼〔被逮捕者〕の自白を、厳しい尋問と、拷問とでもって、いつでも手にいれることができる。》(18)

これらの記述も、中世法学者の見解と同じ趣旨のものである。

中世法学者の見解からは、拷問にたいして彼らが抱いていたきわめて慎重な姿勢が読み取れる。これは、すでにア  
ゾーが *Summa ad Cod. l. IX de questionibus* において、《拷問は、碎け易くかつ危険なもの (*res fragilis et periculosa*)  
であり、真実を見誤る。》(19)と述べたのに示されている。学説類集 (D. 48. 18. 1 s. 23) のこの言葉は、プラケンテー  
ヌス (c. 1192) の著作で一五三〇年にマインツにおいて初版本が印刷された *De variate actionum libri sex* の第六書  
として、この著者に執筆が帰せられている *Tractatus de accusationibus publicorum iudiciorum* にある文言ともいわれ、  
さらにその言葉はドイツ語で言い換えられて『クラークシュビーゲル』にも述べられている。(20)

このような、拷問にたいして抱かれていた、法学者たちの慎重さは大別して、拷問そのものの実施と、拷問実施の  
ために必要な徴表という二方面に見いだされる。本節では、まず前者について主要な点に限りて考察したい。ただ、  
それに直ちに移る前に、拷問に服する人や事件、また拷問に移る法的前提に関して、三点ほど付言しておきたい。

(a) 拷問に付されえない人について。ガンディーヌスによれば、頭官にある者 (*in dignitate positos*)、妊娠中の女、  
十四歳未満者がこれに該当する。証人はどうかという点、彼が《ためらいつつ、当該問題に関係があった、と陳述し、  
その後で、問われて、なにも知らない」と述べた。》ときは、拷問に付される。《一方、関係しておらずなにも知らない、  
と述べたときは、拷問に付されえない。》(b) 拷問の対象となる事件については、ガンディーヌスはこう述べる。《しか  
し、すべての事件について、どのような人も拷問に付されるというのではない。 *ff. eod. l. edictum* [D. 48. 18. 8] に

見られるように。それゆえ、誰か自由人については、恐るべき犯罪や重大犯罪は別にして、軽微な犯罪については査問「拷問」はおこなわれえない、と思われる。<sup>(13)</sup>なお、一二八八年の『ボローニア市ポデスタ条例』によると(Lib. IV, Rubrica X)、拷問に付されうる事件・人は特定されていて、公然たる悪評高き略奪者を始め、貨幣偽造、文書偽造、偽証、殺害、反逆、婦女——娼婦は除く——暴行、聖物窃盜、放火、鶏姦、魔法使い、略奪物や盗人を隠匿する者、などの他は、拷問の対象外とされている。<sup>(14)</sup>最後の問題は、バルトルスがこう述べるのに関係する。《なぜならば、いかなるときも、裁判官は一般糾問において何らかの犯罪が起きたことの確報を受け取る場合に「初めて」、同じ事件について特別糾問をおこなうことを決定し、かの被告にたいし有罪判決を下しうる。》<sup>(15)</sup>しかし、次の異論が提起される。彼「被告」にたいして徵表が出現していなくとも拷問がおこなわれうるというように、一般糾問は、彼にたいする徵表が現われずともおこなわれる、と。答えはこうである。この一般糾問においては、犯罪がおこなわれたことが、まず確定されねばならない。<sup>(16)</sup>つまり、拷問は、犯罪そのものが存したか否かを明らかにするために用いられない、ということである。これは、バルドゥスがD. 22, 5, 3 (Sed et in) にたいする釈義において、次のように述べるところにはっきり出ている。《誰かが拷問に付される以前に、まず「犯罪」事実が明瞭に知られて (constare liquido de facto) いなければならぬ。それゆえに拷問は、「犯罪」人を明瞭にするために用いられるのであって、事実を明瞭にするためではない。》<sup>(17)</sup>このように、拷問は、犯罪事実自体の存在がすでに前提となっていて、その罪を問われたある特定の人間がそれを真実、犯したのかどうかを明らかにするためにこそ実施される。

さて最初に(一)、拷問によってえられた自白の効果について。これについては、チーノは次のように述べる。《拷問中に取得された自白は、信用が置かれるべきか。それは、彼「被拷問者」が「拷問後も」更に長く自白を堅持するか否かで、分かれる。彼が更に長く堅持しないときは、自白は信用に値しない。》<sup>(18)</sup>自白の効果をめぐる考察は、ガン

説  
論  
ディーンヌスにすでに展開されていた。彼は次のように問う。《上述したように、拷問具によってなされた告白は、それが堅持されぬかぎり (nisi fuit perseverantum) 効果はない。しかし、私はこう尋ねる。拷問具の恐怖によってなされた告白についてはどのように言われるのか、と。》そして彼はこう答える——因みに、ここからは中世的拷問の実施方法が想像できよう——。《もし、被拷問者の足に拷問具が据えつけられ、彼の手がうしろで縛られ、その上で裁判官が彼に向かい、告白しなければ直ちに拷問に委ねられる、と告げるとする。このような場合に、実際、告白がなされるときは、このような告白は、それが堅持されなにかぎり拘束力を有しない。というわけは、法律は、拷問具の恐怖によってもぎ取られた告白を、拷問具によってなされた告白と同等のものとしてゐる。C. quorum appellaciones non recipiuntur l. II. [C. 7. 65. 2.] においてへもししくは、拷問具の恐怖によって (aut formidine tormentorum) 云々とあるように。》<sup>(49)</sup> 告白の効果について、ガンディーンヌスによると、アックルシウス († 1263) はこう述べた。告白は堅持されなくとも一旦なされたら《半完全証明》となる (Accursius C. de custodia et exhibitione reorum l. III. [C. 9. 4. 2 v. consistenti] 参る E. eod. l. l. s. divus [D. 48. 18. l. 17 v. 'pro exploratis']。これにたいしてガンディーンヌスは、《堅持されるのでなければ、そのような告白は、何らの完全な証明をも半完全な証明をもたらさない、というの、おそらくより良く、より正しい》<sup>(50)</sup> と考える。後にまで《堅持される》告白のみが法的効果を有する、というのがおよそこの問題について彼の基本的見解であった。

それによれば拷問に基づいて取得された——拷問中のものであれ、拷問具の恐れによるものであれ——告白は、それが確認されて初めて証明——完全であれ半完全であれ——となった。ガンディーンヌスは、告白の確認は任意でなされた告白においてもあてはまると見る見解を紹介する中で次のように述べる。《もし何びとかが、非難を受けたる罪について自発的に、すなわち拷問具の恐怖なしに告白をおこなうとしても、いにしえの博士や現在の博士の誰かが述

べているように、彼にたいして直ちに有罪判決は下されてはならない。そうではなく、裁判官は数日後再度自分のところへ被告を連れてこさせて、再度彼を当該犯罪について尋問に付さねばならない。というわけは博士たちは、刑事事件においてなされた自白は直ちには判決の根拠たりえなく、また直ちには完全証明とはなしえない、と述べているから。C. de custodia et exhibitione reorum I. II [C. 9. 4. 2]の法文に明瞭に見えるように。そして博士たちは、この法文をかくのごとくに理解する。というのは法文は、拷問具の恐怖によってなされた自白か、そうでない自白かの区別はしていないから。《次いでガンディーヌスは、このような見解とは別の見解——これによれば、自白者は《直ちに牢獄に収容され、その場で、自白を堅持するか否かを問われなまま有罪とされる。C. de custodia reorum I. ult. I. responso [D. 48. 3. 5]……に言うように。》——を紹介した後で、私見を次のように述べる。《誰かが拷問具によってあるいは拷問具の恐怖によって自白をなすときは、〔証明は〕自白に依ることはできず、また自白とは見なされない。》

上述の [ff. de questionibus I. 1.] s. *divus et s. si quis ultro* [D. 48. 18. 1 s. 17] および C. *quorum appellationes non recipiuntur* I. II [C. 7. 65. 2] に言うように。《このようにガンディーヌスは拷問が関係し拷問から直接引き出される自白は本来的に自白と考へない。その理由を D. 48. 18. 1. 23 にいう言葉を用いて、《拷問は碎け易いもの (*questio facilis res*) だからである。》と述べる。続けて C. 4. 4. 2 を引用し《裁判官は自分の前に犯人を出頭させ、彼〔犯人〕から次のことを問わねばならない。彼が自白を堅持しようとするのか、それとも撤回、あるいは反対のことを陳述しようとするのか、を。》と書き、さらに D. 48. 18. 1 s. 17 および C. 7. 65. 2 から、《もし彼〔犯人〕が〔自白を〕堅持するときは〔裁判官は〕自白を手にする。》と主張する<sup>(5)</sup>。ガンディーヌスはおよそ拷問からくる自白を自白とは認めないと考へているとすれば、以上の発言は、元來拷問によらない、厳密な意味で任意の自白だけに關係することにならう。しかし、これはどうもそうではない。この点についてはドゥランティスがいとも明快に述べている。《これ

に反し拷問具の恐怖なくして、あるいは拷問「そのもの」なくして自白がえられるときは、自白が堅持されるか、そうでないかが吟味されることなくその「自白」者は直ちに (statim) 処罰される。C. de epis. et cler. si quis in hoc (C. 1. 3. 2) に言うように。《<sup>(32)</sup>また《刑事事件では、自白は直ちには完全証明にはならない。》との立場をとるガイド・デ・スツアリアは、拷問の効果を問うて、拷問が効果をもちうるのは、被拷問者が《任意に、拷問の外で犯行を告白する》場合だと述べる。ガイドによれば、C. 1. 3. 2 や D. 48. 18. 1. 5. 1. 5. 27 の法文は《自白が拷問具の恐怖からきたのか、それとも任意に (voluntate) おこなわれたのかどうかについて何ら区別をしていない。》<sup>(33)</sup>ガイドの見解からすると、拷問による自白もそれが拷問の外で維持されるときは任意の自白となり、この限りで、自白は拷問有無の関係では区別されることはない。ガンディーヌスが自白の堅持を強調する趣意もここにある。つまり、彼が拷問具の恐怖によってえられる自白は自白たりえず、したがって裁判官はそのような自白に頼りえないというのは、拷問の部屋——左述チーノの見解を参照——での自白が直ちに自白とはならず、裁判官が依拠しうる自白となるには、それが堅持されねばならないとの趣旨である。のちのちまでも堅持されるならば、自白の由来は問題とならないのである。

チーノは自白の堅持の問題について、先述に続けてより具体的にこう述べる。《更に長く自白を堅持するというのは、時間的にいつといわれるのか。私の答えは次のようである。拷問具によって恐怖を抱かせられないままで、これ「自白の堅持」をなすときである。これは、拷問具が置かれている場所の外における (extra locum tormentorum) 場合である。したがって、拷問具が目に入らない「場所で自白を堅持する」場合である。もしそうでないと、拷問具が近くに置かれてそれが入るときは、いつも、その拷問具のゆえに自白がなされるといふように受け取られる。《すなわち、チーノによれば、拷問による自白者は拷問具の置かれていない場所で、自白の確認を問われる。当初の場所で拷問具を目的あたりにして引き続き自白の確認を問われて、たとえこれを確認しても、それは、自白を堅持する

ということにはならないというのである。なお、グイドによると、自白の取り扱いは民事事件と刑事事件とは異なる民事事件では自白の堅持は必要とされない。<sup>(56)</sup> 後代、ユリウス・クラールス(1525)——アンドレア・アルチャート(1550)の影響下で、ヴィアおよびボローニアにおいて学徒時代をおくった——は自白と自白確認との間には一日の猶予をおかねばならないと述べ、<sup>(57)</sup> 『バンベルク刑事裁判令』も同様に、捕らえられた者は、《拷問および自白の後、少なくとも翌日、あるいはそれ以後の日に》彼の自白が真実か否かが再度尋問される、と書く(1578)が、これは右のような趣旨を示すものであろう。グイド・デ・スツァリアによれば、自白者は自白によって《直ちに(1588)有罪判決を下されえず、裁判官は自白者の状態や事件の重要性を考慮して、二、三日、日を置かねばならない。』のは、旧約および新約聖書が述べるところである。日を経た上で、自白者は《再度犯行を自白するかどうか》、この自白を《心に銘記しつつ(*gedenck*)維持するかどうか《》について、尋問を受ける。<sup>(58)</sup>

これまで自白とその確認について考察してきたが、この場合、自白は△法廷∨の外において採取されるものである。法廷外とは△裁判所∨の外ではなく、告訴・弁論・判決の舞台たる公開法廷の外を指す。このような意味の法廷外の自白——したが、法廷外といっても裁判官が自白の聴取にあたる——の確認がおこなわれる場としては、一つは同じく法廷外がある。これはおそらく、チーノが右で『拷問具が置かれている場所の外』における自白の堅持について述べたところがあてはまらう。もう一つは、公開法廷における確認があろう。アンゲルス・アレティヌスが、『被拷問者は、「自白を」確認するために法廷に導かれる以前に、少なくとも一日の間休養をとらねばならない。もしくは、バルトルスによれば、これは賢明なる裁判官の裁量に残されるべきことである。』<sup>(59)</sup>と述べるのが、この場合に關係していよう。すなわち、ここに『法廷に(ad tribunal)導かれる』とあるように、またバルトルスが次に述べるように、法廷外でえられた自白は法廷において繰り返されると裁判上の自白となる。《しかし、私は質問する。自白を

堅持するとはどのようなことを言うのか、と。C. de cust. no. 1. ii [C. 9. 4. 2] の法文がこの箇所を明示するはずである。というのは、拷問によって自白がなされた後で、彼「自白者」は公開の法廷の場所に (in loco publico iudicii) 呼び戻されて、そこで書記「二名」と公官たちとの面前で自白をおこなわなければならないのは、当然のことだからである。<sup>(註)</sup>この直ぐ後でバルトルスがこう書くのは、本稿の問題關心との関連できわめて興味深い。《しかし私は質問する。彼「自白者」はその後で呼び戻されねばならないと私は述べた。「そこで」私は質問をする。この、その後で (postea) とはどのように理解されるべきか。裁判官の裁量によって (arbitrio iudicis) というように理解されねばならない、すなわち、拷問具による苦痛が止まったときに裁判官は彼を呼び戻すように、正しく判定がなされる (arbitrium) べきである、と私は信じる。》これはどのようなことを述べているのであろうか。おそらくこうであろう。法廷外で自白が拷問によって聴取された後で、自白者の身柄は法廷の手続に移されるが、彼がそこに移される時期については《裁判官の裁量によって》判断される。そのときの判断とは、自白が聴取され拷問が終わった後、自白者がこの自白を果たして法廷で堅持するかどうかの判断であり、もはや拷問によらなくても自白を堅持すると判断されたときに自白者は法廷に移される。自白と、自白の確認との間で働く裁判官のこのような裁量に注目したい。ガンディーヌスは、自白の時から、「自白」確認のために「拷問室から外に」連れ戻される時までの間をどの程度とればよいかを、私は問う。》と述べ、いかなる法律によってもこれは決められないと答える。つまり、そのかんの時間 (in quantum) は、《「被告の」人物の性格や事件の軽重を考慮しつつ、裁判官の裁量などに従って指定されうる。》<sup>(註)</sup> というのである。

法廷外や法廷における自白とは別に、裁判所の外でなされる自白が存することは、ガンディーヌスが次のような見解を取り上げているところからわかる。《それゆえに、なんらかの罪で何びとかによって捕らえられたことが明らかなる者が、もし、裁判所外で (extra iudicium) 幾人かの証人の前で、かの罪を犯したこと、およびその罪を犯した折

に捕らえられたことを自白しているとき……たとえいかにこうした徴表が明白なものと見なされようとも、裁判官は、このような徴表からは、かの捕らえられた者を査問と拷問とに付しうることはあっても、彼にたいしては、確定した有罪の判決は下すべきではない<sup>(62)</sup>云々。ここに《裁判所外》における自白というのは、裁判官による聴取によらない自白であり、たんに、捕らえられた者が罪を告白していたことを何びとかが見聞して知っていたという意味での自白を指すものと思われる。ただし、こうした自白も、法廷外のそれと同様に、拷問のための徴表にはなる<sup>(63)</sup>。

次に(二)、拷問の程度について。これについて後年クラールスは、《被告が、二度目に拷問具に据えつけられて自白をおこない、その後で、二度目も、「自白を」確認するのを拒む》場合について、こう述べている。《無限に「拷問の手続は」実施されてはならず、私には、次のように足りると思われる。拷問は三回まで (usque ad tertium torturam) 繰り返される。「自白を」承認するように求められた者が、さらにその「第三回拷問」後も、「自白を」つねに否定するときは、このようにその者が「自白否認を」固執している事件から、その者は釈放される<sup>(64)</sup>。《三回》とは、通算の拷問回数を意味していよう。すなわち、拷問具の置かれていない場所で、自白を撤回するときは、撤回者は当初の場所に戻され再び拷問に科せられるであろうから、これらを合わせての回数と思われる。クラールスの見解にいうような《三回》といった具体的な数字は、中世法学者、なかんずくガンディーヌスにおいてとくに問題となっていないか、クラールスは被拷問者の保護のうえでは一歩進んでいたといえるかも知れない。

《疑惑からは、何びとも有罪とされることはなく、真実を発見するために拷問に付される。もし、被拷問者が自白をおこなわないならば、彼は釈放される (si tortus non confitetur, absoluitur)<sup>(65)</sup>。》と述べるバルトルスも、《無限》におよぶ拷問にたいしては、次のように警告を発していた。《何びとにたいしても拷問を無限におこなわぬように、裁



説 判官は節度を保たねばならない。告訴がいくら多く「の拷問」を要求しようとも、無限の拷問はおこなわぬようにしなければならぬ (tormenta de aliquo non faciunt immensa)。そうではなく、被拷問者が無罪に決まるか、刑罰を科せられるかのいずれかになるところまで、裁判官は、ほどよく分別のある節度にしたがって (prout moderate rationis temperamenta)、拷問を要求しなければならぬ<sup>(66)</sup>。裁判官に無制限の拷問を禁じ、拷問の程度について節度を保つべきことを警告する、同様の文言は、ガンディーンヌスが R. cod. l. de minore s. tormenta et l. questionis modum (D. 48. 18. 1. 10. 3. 1. 7) を引きついで、48. 18. 1. 10. 3. には、《ほどよく分別のある節度が要求するように》と見える——『犯罪論』においてすでに述べていたものであつて、バルトルスの発言は、ほぼ文字通りこれを引き継いだものに過ぎない。後年、スペインの著名な法学者アントニオ・ゴメス (Gómez, + 1568) も、《拷問は、人の性格、犯行や徴表の性格に感じ、穏当に (cum moderamine) 適用されねばならない》<sup>(67)</sup>と書いた。一つ注目すべきは、右述の《告訴がいくら多くを要求しようとも》(バルトルス)云々の文言は、拷問が告訴手続においてもおこなわれることを示している。いな、ドウランティスが拷問について次に述べるのは、彼の、カノン訴訟法が世俗訴訟法の中にも導入されるのに著しい働きをした著作『スペクルム・ユディキアリー』(二七二—七六)第三書(刑事事件とその審理について)の冒頭の《告訴について》の章中においてなのである(一五七四年パーゼル印刷本)。《拷問は「裁判官によって人間的に (humanius) 指揮なされねばならず、告訴人の請願に基づいて手ひどくおこなうことがあってはならない。拷問具の恐怖によって、あるいはなおさら拷問が実施されている中で、聴取される自白は自白たりえない。もし、拷問からの陳述の後に被拷問者がそれを堅持するのでなければ、自白は害となる (obstus)》<sup>(68)</sup>。

およそ、ガンディーンヌスは審問の手続にあつて裁判官が遵守すべき基本的な対応のありように、とりわけ注意を喚起する。『犯罪論』の Rub. de questionibus et tormentis 冒頭において、彼は、《「審理にあたり」過度に粗暴となる

裁判官を抑制するいわば調節「の役割を果たすもの」として用いられうると思われる《五つの《指導要綱 (magistra-  
 tri)》を、本論に先立って書き記している。これらは、すでにガイド・デ・スツアリアの『拷問と査問について』に  
 知られ、<sup>(10)</sup>そして後代、右でその一端に触れたように、バルトルスが『査問論』において文字通り繰り返すことになる  
 ものである。その第一要綱は、『査問「拷問」において裁判官がとるべき姿勢に関して次のように述べる。《誰かに  
 ついて査問をおこなわんと志すすべての裁判官は、あらゆることに先立ちて、次のことのために、「ローマ」法と人  
 間性とに注意を払うこと》(iuris et humanitatis considerationem)義務づけられる。すなわち、もし、訴えの起こな  
 れている犯罪の真実が、「査問とは」別の何らかのより軽微な方法で、発見されうのならば、いかに徴表、あるいは  
 真実らしき証拠が多数存在しようとも、安易に、かつ不用意に査問へと飛躍しないために、である。『de ques-  
 tionibus l. divus l. et II. responso せよち l. edictum [D. 48. 18. 1.9. pr. u. s. l. D. 48. 18, 1. 8] および C. eod. l. quotiens  
 [C. 9. 41. 12]に見られるように。』<sup>(11)</sup>に『人間性』といった言葉が見いだされるのは注目される。それは、引用  
 ローマ法文には述べられていない文言である。右述のドゥランティスにいう『人間的に』に由来していようか。

最後に(三)、拷問の繰り返しについて。被告の自白撤回後、再度の拷問に移るには、相応の事情が存しなければ  
 ならない。それについて、アルベリクス・デ・ロサーテ(+1354)は『新たな徴表 (nova indicia) が加わらねば、  
 拷問は繰り返されえない。』<sup>(12)</sup>と言い、バルトルスも、『新しい徴表がさらに加わること、および「それにもかかわらず」  
 被拷問者が強靱さで耐えていること、この二つのが同時に起こらぬかぎりは (nisi duo concurrant)、『何びとも拷  
 問を繰り返されることはない。』と述べた。このうち、新たな徴表について、すでにガンディーヌスは、『汝は、オド  
 フレドゥス氏 [+1285]にしたがってこう言いなさい。新たな徴表なくしては「何びとも拷問を受けることはない、  
 と。』と書いていた。新たな徴表とは、ガンディーヌスによれば例えばこうである。《被拷問者は、その夜には誰もい

説 なかったとか、その家——そこで犯罪がおきたところの——には誰も居なかったとかと陳述していたのに、後になつて、証人によって反対のことが発見される等の場合のように。《これが《他の博士たちにとつても共通の意見である。注釈においては、それについていかなる法律も挙げられていないが、われわれは *de verborum significatione* 1. *loves s. hoc sermone* [D. 50. 16. 89. ] および *¶ pro socio l. si socius pro filia s. nec si prior* [D. 17. 2. 81.] に見られるように、そう述べうる。しかれども》——と、続けて言う——《顕職を貪欲に求める裁判官たちはこのことに注意せず、それどころか、新たな徴表が存せずとも、訴えられた罪について真実を発見するというまで、日々、査問「拷問」を繰り返している。》<sup>(15)</sup> こうした、新しい徴表抜きでの拷問の繰り返しが彼によれば、《「ローマ」法》にたいして実務における《慣習》を意味していた、というのであろう。彼は《法》と《慣習》との関係を、例えば次のようなコンテクストにおいて述べている。《しかし、ポデスタがこのような裁量によってなしようとされていることは、法によってというよりは、むしろ、土地土地の慣習によって (*ex consuetudine terrarum*) できるものと見なされている》と。ガンディーヌスはこれに、反撥する。《これにたいし、ポデスタが裁量をもちうるといえども、それは「ローマ」法 (*ius*) に基づいて「もちうる」のである。》<sup>(16)</sup> このような、《顕職を貪欲に求める裁判官たち (*inasseros honoris avidi*)》にたいするガンディーヌスの反撥は、後年のバルドゥスにもうかがえるし、十六世紀に、ゴメスが同じように裁判官に向かつて、次のように声高に発した警告にあい通じるものがあるであろう。《無益無用の榮譽を渴望し、このために、国家の数多くの官職を貪欲に求める苛酷で無情の裁判官たちが、痛ましい被告らに新種の拷問を (*novi genera tormentorum*)、<sup>(17)</sup>「考察して」<sup>(18)</sup> 科し、法によって定められた適正な「拷問」方法を逸脱していることに反対して、叫

び声をあげなければならない。》<sup>(19)</sup>

また、ガンディーヌスは、バルトルスと同様、新たな徴表とは別に、もう一つ、D. 48. 18. 18. 一を引きつつ、《被

拷問者が、肉体と魂の強靱さでもって耐えている<sup>79</sup>。』という場合を挙げた。ここに『耐えている』とあるのは、拷問にもかかわらず身体も精神も強固に保って、いっかな自白をおこなわないこと、もしくは自白の撤回を主張し続けることを意味している。これによってガンディーヌスは、とくに再拷問にあたっては、自白を頑強に否認しようとするかどうかの被拷問者の態度や様子にも注意を払うように勧めている。《さらに裁判官は、査問「拷問」を繰り返さないに、被拷問者が「拷問を受けてもなお」魂と肉体とを強く保ってどの程度に「自白の否認を」持ちこたえるか、に意を用いねばならない。》<sup>80</sup>この根拠に、ガンディーヌスは *Et. cod. l. unius s. reus* [D. 48. 18. 18. 1] のパウルスに由来する法文を引くが、これにはこう書かれている。《被告が明白な証拠によって屈服させられるときは、この被告にたいして査問を繰り返すことができる。とくに、彼が拷問において魂と肉体とを持ちこたえるならば。》ガンディーヌスの右述の発言は、新しい徴表があるにもかかわらず自白を否認する場合には被告は再拷問を受けるといふ、ローマ法文に即した意味を含んでいるのは間違いない。しかし、もう一面では、そこには、新しい徴表が存しても、被告が自白否認を強く主張するときは、裁判官はその態度や様子に注意を払い、事情によっては再拷問をさし控え、場合によっては被告を釈放せねばならないといった意味も、おそらく暗示されているように思われる。

以上三点についてかいつまんで指摘してきたところのすべては、ガンディーヌスが次のように問い、かつ答えた文章によくあらわれている。《もし被拷問者がなにかこう述べて、すなわち、あなたがたは私をとらえたうえで、かくもひどく拷問を加えようとするが、たとえあなたが一年間私を留めおいたとしても、私は何も言いませんまい。というわけは、私は、訴えが出された罪について汚れていないから、と述べて、すべてのことを否定するときは、彼は直ちに拷問具から外されて釈放されるべきであるか、どうか。断然そうではなく》——と、ガンディーヌスは答える——『被拷問者たる』人の状況および、犯罪の性質に応じて、穏やかに、あるいは厳しく拷問をもって手続が進め

説られる。そして自白があれば、それは結構である。もし被拷問者が否定するときは、裁判官は彼を牢に留めおかねばならない。もし、新たな徴表が現れるときは査問を繰り返しうる。新しい徴表が無いときは、裁判官は、原告が証明を適当に延期するように決定を下す。もし原告が立証に成功すれば彼「被告」は有罪とされる。さもなければ釈放される。 ff. eod. l. 1. § preterea et l. unius [D. 48. 18. 1. 24. 1. 18] および C. de iure fisci l. defensionis finitius lib.

X. [C. 10. 1. 7]に言われるように。《ここに《人の状況および、犯罪の性質に応じて、穏やかに、あるいは厳しく (temperate vel asperè) 拷問をもって手続が進められる。》とあるのは、後に『パンベルク刑事裁判令』において、《拷問は、疑惑と当人とにたいする状況に応じて、頻繁に、または、ときとして、もしくは僅少回、苛酷に、または、いっそう緩やかに用いられるべし。》(M. F. C.)と述べられ、文字通りに継承されることになった命題である。これによれば、拷問の程度はひっきょう拷問者——裁判官——側の裁量に委ねられている、といわなければならないであろう。しかし実は、この裁量とは、拷問の実施にとどまらず、次節で見るように徴表の判断においても働いていた。

### 三 徴 表

右節、《新たな徴表》のところで触れたが、中世法学者が拷問に基づき自白にたいし慎重な姿勢をとっていたのは、拷問実施の前提、すなわち徴表の必要という点にもあらわれていた。しかも、この点は、およそ拷問をめぐる諸問題の中で、法学者が最も大きな努力を払った問題であった。それはさしあたって、諸学者のつぎのような力のこもった発言の中によくうかがえる。ガンディーヌスは《拷問に先んずるものは何か。》と問い、こう答える。《十分にして真実らしき徴表である、と言いなさい。なぜならば、拷問「自体」からは「手続は」何も始められないからである。三

cod. I. I. responsio [D. 48. 18. 1.] にいわれるように。すなわち、徴表なくして、および推定なくしては何びとも拷問にかけられない。『E. eod. I. unius § in ea et I. maritus et I. fin. [D. 48. 18. 1. 18. 2. 1. 20. 1. 22] および C. de falsis I. sicut ad finem [C. 9. 22. 17. 1.] および C. de questionibus I. primum et I. milites [C. 9. 41. 1. 3. 1. 8.] に見られるように。』また、バルトルスはこう述べる。『拷問をおこなうには、どれでも任意の徴表というのでは十分ではない。』というのは、拷問をうける被告とは、彼が嫌疑を帯びており、かつ、真実らしき徴表、すなわち『——と、続けて言う——』『拷問をおこなうのがただただ不可避なことである (indicia verisimilia, talia quod sola longuendi necessitas esset)』と見なされるような徴表が先行している場合である。』なお、この後段のところは、範本となっているガンディーヌスの指導要綱——前節二——の第三によると、同工異曲の表現で、真実らしき徴表が先行するというのは、『ほとんどただ一つ、拷問によってえられる自由が欠如しているだけだと思われるような徴表が先行している場合である。』E. eod. I. I. II. responsio [D. 48. 18. 1.] に見られる通り。』のように述べられている。

さらにバルドゥスによれば、『拷問をおこないうるための事前の』証拠とは、真実らしく信用されるものでなければならぬ。すなわち、それは、理解することによくよく考え抜かれるとき、すべての人にとって、あるいは少なくとも分別ある人にとって信じられることが明らかかなものである。』<sup>(85)</sup> ということになる。バルドゥスはこうも述べる。『古参の騎士と、その息子とは拷問にも、村人「平民」による科刑にも、服せしめられない。ただ不名誉なことをおこなって勤務を解かれた者「騎士」は別として。刑事事件において拷問によって手続が進められるというためには、確かて信じられる徴表が先行していなければならない。』<sup>(86)</sup> 以上によると、徴表はたんなる『任意の (quelibet)』ものでは足りない。それは、『十分な (sufficiens)』もの、『真実らしき (verisimilia)』もの、『信じられる (probabilia)』もの、また『確かな (certa)』ものといった、これらのいずれか、もしくは、これらの性格を合わせ持つものでなけ

説 ればならない。こゝ特徴づけられた徴表をめぐって法学者の学説を、若干の論点について考察する。

まず(一)、このように、徴表一般ではなくて、特定性格の徴表に力点がおかれた理由は、何であったか。それは一つには、バルトルスが、*「けだし、かの徴表といふのはすべて、こゝ」* [D. 48. 18. 1. 10. 6] に言われているように、

真実を明るみに引き出す (*faciunt ad illuminandum veritatem*) ものである。*「と述べたところに良く現われている。」*

徴表は、真実の発見に奉仕しなければならないのである。ガンディーヌスが次のように書くのは、このことをやや敷衍した言表といえる。*「われわれは一般には、賢い裁判官は何らかの罪で訴えられた者にたいしてその徴表を発見することに注意深く執着すべきであるといった教義を、裁判官たちに教示することはできる。なぜならば、徴表とは、他の諸証明に最も近いものであり、そして徴表とは、いわば、「何かを」証明するということからそのように呼ばれており、真実「発見のため」のあかし (demonstrantia veritatis) であり、証明の手段に他ならないものである。」* [de probationibus l. instrumenta domestica et l. fin. [C. 4. 19 l. 5. l. 25] に語つように]。バルトルスも「査問論」の中で同様の文言をもって、徴表とは *「真実と証明との、いわばあかし (quasi demonstrantia) となるものであり、真実を発見するうえの手段なのである。」* と記している。

もう一つ、ガンディーヌスは、徴表が *「十分にして真実らしき」* もでなければならぬ所以について次のように述べる——*「こうして事態はもっと深刻になる——。《何らかの事件にたいし拷問が実施されるのについて、十分にして真実らしき徴表が先行しているかどうかは、断然、「拷問」指揮者によって大いに注意が向けられ、熟考される必要がある問題である。その理由は、E. de penis l. aut clunna s. 1 [12. 48. 19. 8. 3] に見られるように、多くの人々が、拷問の実施されるうちに、その生命を落としてしまふのを習いとしてゐる (plerique, dum torquentur, perire solent) から、このような忌まわしいこと「拷問」にたいして上訴を提起することや、それに続いて補償を求めることがも*

や設立たなくなるところにある。まずもって徴表が存在しなければならぬということ、既述の諸法律に徴して、そして C. cod. tit. I. cum cognitionahier [C. 9. 41. 3] に言われるように、証明される<sup>(9)</sup>ところである。徴表が存しないのにもかかわらず拷問が行使され、これが原因で、生命をなげらえることができない者が多く出ている。こうして生命を失うようなことが起これば上訴をおこなうにも補償を求めるにも効果はなくなるであろうというのが、ガンディーヌスの、特定性格の徴表の必要について、もう一つ言わんとすることである。そして、直接徴表と関連させてではないが、師のグイド・デ・スツアリアも同じような趣旨で、拷問と徴表に関する指導要綱において、すでにこう述べていたのがここで参照されよう。《第五に、次のことが承知されねばならない。裁判官は、拷問にさいして「被拷問者にたいして」次のようにふるまうように義務を負う。すなわち、彼は彼「被拷問者」を決して過多に取り扱わないこと、彼「被拷問者」の告訴者が求め欲するままに頻繁に被逮捕者「被告」の身を「拷問にかけて」引き伸ばさせ釣り伸ばさせないことである。そうではなく、「裁判官が被逮捕者にたいし」拷問の苦痛を加えようとするならば、被逮捕者は死に至るまで拷問をうけてはならず、彼が無罪を享受するか、あるいは相応の報いを受けるまで、生命を水らえうる程度に、苦痛が加えられねばならない。》<sup>(10)</sup>

ガンディーヌスの右のもう一つの発言の背後にはイタリヤの《慣習》が見すえられていたように思われる。それについてここで、一、二を紹介すれば、こうである。《被拷問者によって名を挙げられた者「共犯者など」が悪しき評判や境遇、疑惑をもつ者であるとき、「略奪者や貨幣偽造者の犯罪などの」格別に例外とされた事件には属さない、他の事件について、彼は拷問に付せられうるかどうか。》この問いにガンディーヌスは次のように答える。《法からは（*inter*、こう言いなさい。別の十分なる徴表が先んじて存在しなければ、できない、と。》《それにもかかわらず、慣習から（*de consuetudine*）「別の十分なる徴表が先んじることなく」拷問がなされるのを、私は見た。これについて、



Fr. cod. l. l. s. divus Hadrianus Callimio [D. 48. 18. 1. 22] が述べているように<sup>(92)</sup>。《徴表が先行せずしては、および諸徴表なくしては、何びとも拷問に付される》とはない。C. de falsis l. sicut [C. 9. 22. 17] および Fr. de questionibus l. l. in princ. et l. maritus [D. 48. 18 l. 1. 111. 20] にあるように。しかるに、イタリヤの一般的慣習からは (de generali consuetudine Italiae) 日々、我々は反対のことを視ている。とくに窃盗事件について。というのは、それが頻繁に起きているからである。それゆえに、慣習が助長される<sup>(93)</sup>。云々。このような《慣習》法は、ガンディーヌスが実務家として——後代カノニスト、ヨハネス・アンドレアエ<sup>(94)</sup>は、彼を《偉大なる実務の人 (magnus practicus)》と呼んでいる——知ったのであろうが、それを彼は、ローマ学識《法》と対決させるのである。ただ、対決させはするものの、それらの適用上の優先関係については沈黙している。こうした沈黙は、ある意味で、彼が慣習の有する事実上の意義を容認していたというようにみて取ることができないであらうか。

次に (二)、このように、中世法学者によって徴表の重要性——それは、とくにガンディーヌスの発言に際立っていた——が強く主張されていた。では、拷問に先立つ、どのような徴表が、学説上、単なる《任意の》でなく《十分に真実らしき》徴表なのであろうか。それについて見るに、一方では、上述のように、一定性質の徴表が不可避であることを説く。他方では、次に述べるように、こういった徴表を教説によって規定づけることは困難だ、と言う。このように、学説はいわばアンビバレントな調子を帯びている。すなわち、ガンディーヌスは、《何びとかが拷問を受けうるためには先行していなければならないという徴表とは何であり、いかなる性格のものであるべきかを、私は問う。》と問題を出して、こう述べていく。《私は答える。そのことについて、確かな方法では言うことも示すこともできず、また確かな教説 (certa doctrina) をも与えることはできない。そうではなくて、このことは裁判者の裁量に (arbitrio iudicantis) 委ねられる。論拠としては Fr. de testibus l. III in princ. に "tu magis scire potes" etc. [D. 22. 5,

3. 2)とあるように。あたかもわれわれが加算と遅延について述べる)とくである。ff. de diversis et temporibus prescriptionibus l. de accessionibus [D. 44. 3. 14] および ff. de usuris l. norma [D. 22. 1. 32] に「つらつら」(sic)と一般的には法によって決められないこと(のすべては、裁判官の裁量に残される。ff. de iure deliberandi l. 1. [D. 28. 8. 2]に見られるように)。(94)グイド・デ・スツァリアも、徴表については、「いかなる徹底的な記録も、不変の教説も正当には与えられないし見いだされえもしない。」(徴表の決定は「すぐれて、フォークトあるいは裁判官の裁量」(sic)の中に存する。)(95)と言ひ、バルトルスの師といわれるヤコプス・ブトリガリウス(†1318)は、「徴表の主題については、確たる教説は与えられないのであつて、すべては良き人々の、すなわち裁判官の裁量に残される。」(96)と語つた。バルトルス、(97)および『ライエンシュピール』の著者も同意見である。「しかし、そのような徴表については、確固とした規則を定めることは好ましくない。そうではなく、捕らえられた者や、その者の非行の特性を評価判断することは、本来的に、公正な裁判官にふさわしいことである。」(98)

見られるように、何が《十分にして真実らしき》徴表か否かの判断はことごとく裁判官の《裁量》に任せられ《教説》の下に置くことはできないという。では、どうしてそうなるのだろうか。これについて、ガンディーヌスの見解を見よう。彼は拷問そのものの執行方法について、まず、「拷問はどのように、そしていかなる制限のもとに実施されるべきか。」と問うて、こう答える。「次のように言いなさい。それは無制限に実施されてもならないし、また原告が要請する程度によって実施されてもならない。そうではなく、ff. cod. l. de minore s. tormenta [D. 48. 18. 10. 3]に見られるように、ほどよい分別からくる節度が求める程度に実施されるべきである。そして《——と、次のように続けるところが重要である——》《この点については、確かな教説によって伝えることはできず、裁判官が、拷問を受ける者の強固さや脆弱さ、またその健康と年齢がどうであるかによって判断をしなければならぬ。さらに、[被告

説「人格の多種多様さ、罪の多種多様さ、あるいは他の事情のもつ性格に基づいて、あるときはより多く、あるときはより少なく拷問を用いるべし。これらのことを考慮に入れねばならない」ということは、「ローマ」法に徴して証明されることである。ff. de re militari l. III s. fin. [D. 49, 16, 12.] および ff. Ad Silianum l. si quis in gravi in princ. et s. subventur et l. l. s. impuberi [D. 29, 5 l. 3 pr. u. s. 6 l. 33.] に見られるように。ことに主張されているのは、被告の身分その他の境遇であれ非行の種類や非行の状況であれ、裁判官が直面せざるをえなかった、それらに見いだされる《多種多様さ》(varietas)の問題である。このことが徴表についてもあてはまった。例えば被告が生活をおこなってきた場所も一徴表となりうるが、それについてガンディヌスはこう述べる。《裁判官は、犯罪によつて訴えられた者が暮らしていた居所や土地に意を注がなければならない。なぜならば、土地の相違や多種多様さに応じて、異なつた推測が可能となるからである。C. si marcipium ius fuerit alienatum l. l. [C. 4, 57, 1.] および ff. de penis l. aut facta s. eventi [D. 48, 19, 16, 9.] に見られるように。》つういつた《多種多様さ》を考慮するといふことは、彼が《査問と拷問》に関する指導要綱(前節二)の一つで、《第二に、次のことが注意されねばならない。いかなる犯罪についても、どのような原因に関しても、またいかなる人物についても無差別に(indifferenter)査問「拷問の手続」をおこなうことがあつてはならない。》と述べたところを敷衍したものと見える。

《多種多様さ》にたいする配慮は、法学者の教説の指示に基づいてはできないし、およそ《多種多様さ》をことごとく含み込んだ教説を提示することは不可能だ、というのがガンディヌスが暗示するところである。そのことは、立法においても難しい。後代『バンベルク刑事裁判令』は領国の裁判官——学識をもたざる者を含めて——に向かいこう指示する。《非行の疑惑および徴表についてこの後に規定される諸箇条から、本令中に名をあげられていない諸場合については、類推がなされるべし。その理由は》——と、こう続ける——《疑惑あり、かつ、嫌疑ある場合および

び状況をすべて記述することは不可能だからである。》(art. 31)。となれば、残る方法は、《類推がなされるべし。》と命じられるように、規定のない事項については、裁判官の実務における《裁量》に委ねられることになる。

ところで(三)、裁判官の裁量は、《十分にして真実らしき》微表の有無の判断にあたってだけに働くものとされているのであろうか。実は、それにとどまらず、およそ証明の系統において基準的な役割を果たすものとされている。しかも、ガンディーヌスが述べるように、微表の立証は、この証明の一部分として位置づけられる。《すなわち、微表は、C. qui testamenta facere possunt l. hac consultissima s. deinde [C. 6. 22. 8 pr.]に "indicia" etc. と見えるように、明晰な証明の一部分である。》(B)バルドゥスは、C. de iur. de iur. のための積義において、犯罪の証明は四方式によって——すなわち《証人によって、典拠つまり文書によって、疑うことのできぬ微表によって、光よりも明らかなる論証によって》——おこなわれるべきとしたうえで、こう続ける。《それゆえに、次のことに注意しなければならない。刑事事件における証明では、法律は、一定の、卓越した程度において、明瞭な証明を (claritatem probationis) 求めている。すなわち、この程度は、民事事件よりはるかに大きいのである。》(B)明瞭な証明はとくに、書証とともに、否むしろ書証以上に、証人による立証に求められたことは疑いなくろう。とくに刑事事件については証言が優越した地位を有した。これをジャン・フィリップ・レイヴィは次のように説いた。書証に重きを置いていた「ローマ〔法〕の証明と、中世学識法の証明との間の違いを最もよく説明するのは、「両時代の」社会的条件「の相違」、とりわけ「中世における」偽文書の横行、また「中世においては」公証人制度が未だ不十分であり、何より読み書きのできる人々が少なかったこと、である。》(B)この意味で中世においては証言が優位していたのだが、その場合バルドゥスによると、証人が陳述にさきだっておこなう《証人宣誓の方式》は次のようであった。《私「証人」は、私がそのために現在出廷をし、そしてそれに関してやがて尋問を受けるであろう事柄について、当事者それぞれのために偽りのない、かつ

飾らない真実を陳述することを誓う。』<sup>(16)</sup> というものである。

参考までに、こうした証人証明について法学者たちが書いているのをいくらか摘記すれば、次の通りである。《証人たちは刑事裁判官の面前に「自ら」出頭しなければならぬ。》・《生ける声による証明 (probatio vivae vocis) は、死せる声によるそれ（つまり、書証）よりも価値がある。》（チーノ）、《第二に、次のことに注意しなければならぬ。当事者は告訴を取り下げるといえども、しかし、裁判官は、犯罪が罰せられうるために、彼の職権の名のもとに、かの告訴に関して真実を調べることができる。このことから、私は、かつて論究した査問論においてこう述べた。原告は証人を出廷させなくてよいけれども、しかし裁判官は真理を尋ねるために (ad inquirendam veritatem) 彼の職権によって証人を出廷させる。》・《さらにそれ以上に私は、こう述べる。どのような刑事事件においても、裁判官は、「既存の」証人たちが口を開いた後ですら、彼の職権によって新たな証人を受け入れうる。「被告を」攻撃するためであれ防衛するためであれ。》（バルトルス）、《裁判官は、証人の陳述を検証に服させねばならない。証人の陳述にどの程度の信用を置くことができるかを、一層よく知りうるために。…さらに、生きた声と審判者「裁判官」の鋭敏な注意深さが、真実の探求の点で (in excubienda veritate) 最大のものをもたらすであろう。》・《裁判官はより多くの証人をえようとする必要はない。かえって、ときとしては、数の上でより少ない証人を求めることができる。もし、裁判官が彼ら「少数の証人」の証言に、真実の光が宿っていることを認めうるならば。》（ルーカス）、《証人に関するすべての情況「例えば、風評など」について、裁判官は職権によって、良き評判の人々の証言に基づいて、調査をすべきことに、あなたは注意を向けよ。》・《証人は書面によって証言をおこなうか。否、と言いなさい。というわけは、裁判官は生きた声を聴取すべきであり、このようにして、「証人は」首尾一貫したところも、当惑したところも陳述しよ。》<sup>(17)</sup> l. de minore, § tormenta, de q. [D. 48. 18. 10. 3] に見えよように。》（バルドゥス）など。

さて、このように一端を示した、証人による証明をめぐる法学者たちの意見には、とくに右記バルトルスの見解に知られるように、当事者による立証に必ずしも依存しない、裁判官独自の、真実発見の志向が見いだされるのが注目されよう。徴表の存否の証明もまた、証明手続としては、別種の証明ではなく、こうした意味の、証人による証明の「範疇」にあった。例えば、バルドゥスの弟子パウルス・カストゥレンシス(Paulus Castus)はこう語っている。《このような徴表は、同一の徴表について証言をおこない、かつ推論をなす共同証人たる、二人の証人によって証明されねばならない。》<sup>(11)</sup>後に、『パンベルク刑事裁判令』も言う。《拷問がおこなわれうる根拠たる十分の徴表はすべて、十分なる証言について定める第七十四条に記載されているように、二名の良き証人によって立証されるべし。》ただ、《非行の主要事実(Hauptsach der missetat)が一名の良き証人によって立証されるときは、この証言は《半証言(halb weisung)》と称して《十分なる徴表をなす。》とされる(Art. 30)。『ライエンシュピーゲル』が、《確かに、真実は二名の証人によって証明されるが、しかし一名の信頼に値する証人が述べたことは、被捕囚者にたいする徴表となり、こうした疑惑(Arkwon)は拷問のための一徴表となりうる。》と書くのも同趣旨のものである。ここに《真実》とは、《非行の主要事実》——バルトルスによれば《犯罪そのものについて》の事実<sup>(12)</sup>——を指してしよう。

そして徴表の立証を含むこのような証明において、証人の証言における信用性は、裁判官の裁量に依存した。次の幾つかの発言を参照されたい。《次のことに注意せよ。「当該」証人「の証言」に信頼が与えられねばならぬか、それともそうではないかは、裁判官の職権( potestas iudicis)に委ねられる。しかしながら、文書は、上訴事件においては検査を受けるので「証言よりも」安全であり、このため、証言の信用性が制限を蒙る疑惑ある事件については、裁判官は、文書によって疑惑を明らかにしよう。》<sup>(13)</sup>(バルトルス)、《それゆえに、証人にどの程度の信用が付与されるかどうかは裁判官の裁量に委ねられることは、理由のないことではない。》<sup>(14)</sup>(ルーカス)、《証人にどれだけの信用が付

与されるべきか、それとも付与されるべきでないのかは、裁判官の裁量に委ねられる。《バルドゥス<sup>(14)</sup>》。バルドゥスは裁量に基づかざるをえない理由について *in rebus* のための注釈において、こう指摘する。《第一に、次のことが考慮されなければならない。推論や証人の信用性について、役に立ち、確かな規準 (*vera et certa regula*) を教示することは不可能である。その理由は、人間の多様さや事柄〔訴訟事件〕の複雑さにあり、また証人の信頼性の識別し難さにある。《<sup>(15)</sup>被告とその事件の《多様さ》や《複雑さ》が証明規則の作成を困難にさせ、裁判官に裁量の余地を残すのである。》

このことを、真実の発見される方法との関連でバルドゥスは、こう述べる。《第五に、あらゆる種類の証明方法によつて (*ex omni genere probandi*) 真実を究明することを考えなさい。これにたいして、一種類の証明によることで真実を狭めるようなことを考へてはいけない。そのわけは、真実なるものは多様な方法で擁護されるのが常なのであるが、その真実が「一種類の証明によること」ふさがれてしまうからである。このような意味で——と、こう続ける——《裁判官の思考は、縛りつけられることがあってはならない (*mens iudicandis non debet esse ligata*)》。《<sup>(16)</sup>真実は一つの方法でなくて、多様な方法によつて発見される。多様な方法とは裁判官の思考が何ものによつても——教説によつても——束縛を受けないところに見いだされる、というのである。これが、真実の発見との関連でいう、裁判官の裁量を意味する。ルーカス・デ・ペンナが次のように述べるのも同様の見解を示している。《なぜならば、明白な徴表によつて証明はなされねばならない。徴表が事実の性格を知らせてくれ、徴表から、賢明なる者〔裁判官〕は判断し、理解し、論証し、探求し、そして推測がなされる。》《これらのことについて、確かな規準は与えることができないがゆえに、不可避的に、事柄は、裁判官の裁量に残されざるをえないことにならう。》<sup>(17)</sup>》

四 風 評

《徵表 (indicium)》は「語源的には」知らせること (indicando) から、そう呼ばれる。したがって、∧ 徵表 ∨ とは真実を見つけ出すための指示であり、手段である。C. de adulteris l. si qui adulteri [C. 9. 9. 33] および ff. de prescriptis verbis l. solent [D. 19. 5. 15] にあるように。《と》、徵表を定義づけているのはガンディーヌスであった。<sup>(82)</sup> また、グイド・デ・スツァリアによれば、《徵表は「証明の下位にあるが」証明に最も身近な (der Beweisung am nächsten) もの、そして「証明」と同様、真実を指さすものであり、断罪証明の援助、もしくはその強化である。》<sup>(83)</sup> とくろで、中世法学者によってこうした徵表が論じられるときに決まって取り上げられるのは、被拷問者の日常生活のあり方であり、学説においてとくに《交際》<sup>(84)</sup> と言い表されているものなのである。

ガンディーヌスは《交際》についてこう述べる。《それゆえに、熱心な裁判官は、罪によって告訴され拷問によって責められる者が、どのような人々と共に、そしてどのような場所において交際をおこなっていた (conversabatur) かを発見し、探求すべきである。悪しき交際が、交際の悪しき徵表なのであるから。》 ff. de administratione tutorum l. sed plures s. assidue [D. 26. 7. 3. 2] に見られるように。なぜなら、悪しき交際から、良き人すらも悪徳の人となるからである。 ff. de edificio edicto l. ediles s. Pedius in "aleator forte" etc. [D. 21. 1. 25. 6.] とあるように。同じこととは——とガンディーヌスは続ける——《哲学者の言にこうある。人は誰しも、仲間 (consortium) によって楽しみを見いだすように作られた存在である。》<sup>(85)</sup> この《哲学者》——アリストテレスか？——の言とあるのは、すでにグイド・デ・スツァリアが取り上げていたように、十六世紀の翻訳者はそれをこう表わしている。《人は誰しも、通常



は自分の周りに、また自分の傍に仲間 (resulscantia) をもつのを常とするような本性をもたせられている。<sup>(14)</sup>ここに表わされているのは、Aその人の仲間を見れば、その人は判るVといった観念である。バルトルスも同じように、《拷問によって責めたてられる被告が、どんなふうにも、またどのような場所で交際をもっているのかについて、すべてのことを熱心に発見するようにしなければならぬ。悪しき交際が徴表をさし示している (mala conversatio punitivum) とときには》と述べて、かの《哲学者》の言葉というのを引いている。

《交際》の意味をその一つにもつ (conversatio) は元来ローマ法上の言葉でもあったが、それはすでに古く、異端対策と関わって、教皇ルキウス三世の教令 (一一八四) やグレゴリウス九世の文書 (一二三二) において、《生活および習慣のうえで信徒共通の交際から (a communi conversatione) 離脱している者》といった文言において述べられていた。<sup>(15)</sup>これから憶測する限りでは、とくに、信徒のための教会の司牧に関わる言葉として用いられているような印象を受ける。交際からの離脱者が異端者の疑いで通告されて審問の対象になるといふわけである。交際と同趣意の言葉と思われるものに《親交 (familiaritas)》があり、ガンディーヌスはこの言葉を、審問の手続における証人尋問について述べる中で使っている。《再びもし証人たちが「裁判官から次のことを尋問されるとき、すなわち」かの者らのもとで彼「被審問者」がこのようにして悪評ある者であるとされていることをいつ知ったのかを審問されるときは、以下のようになさるべし。彼ら「証人」はかの者らが彼「被審問者」と親交を避けるのを目撃した、と。そして、彼ら「証人」は、かの者らからこのこと「被審問者が親交を避けること」を耳にした、と述べる [XV]。XXV. III. q. I. c. super [Cra. II 28. 12] に言うように。》<sup>(16)</sup>ここからは、近隣の者らと親交を持つとしない者がとかく悪評を被り易かったことが、うかがえる。

このように、《親交》に外れた者と悪評とが関係しているのと同じように、《交際》とは、別の言葉でいえば、次の

ガンディーヌスやバルトルスの発言からも推察されるように、『風評 (fama)』と云うのに等しい。『裁判官は、当該の者の以前の生活、その者の名声や風評、さらにこの者がどのような生活をおこないどのような習慣を作りあげていたのか、また犯罪の性格、を考量しつる。』、『裁判官は』当該の人間の名声、良き風評悪しき風評、それに市内におけるその者の風評や世評 (opinio) がいかなるものかを見つけたすように努めねばならない。』また『パンベルク刑事裁判令』には、八項目にわたる『あらゆる非行に關係する一般的な疑惑および徴表』が挙げられているうちの第一番目の徴表項目として、『被疑者は、彼なら当該犯行を犯しかねないほどの悪しき評判と噂とを帯びた (von bösem Namen und Gerücht)、無鉄砲で軽率な人間なりや、否や。』(Art. 38) が取り上げられているのも、ここで注目してよいであろう。

ガンディーヌスは『犯罪論』の Quid sit fama, Rubrica. において冒頭こう述べている。『これまで』上述で、どのようにして、告訴、通告 (denuntiatio)、審問および抗弁を通して、犯罪が認められるかについて述べてきた。いまや、いつ犯罪は公知たるもの (notorium) となるのかについて、どのように探求されるかを吟味することが為残っている。しかし『——と、続ける——』『犯罪の公知性について知識をえるにはまずもつて fama, infamia, presumptiones および iudicia の探求が進められねばならない。』(11) こうして彼は、最初に、『fama とはなにか。』を問うのである。このように、『fama』は、公知たる犯罪とは何かという別個の大きな問題を追究するうえに必要な一前提問題と位置づけられていた。カノン法において当初、『fama』と『notorium』の二概念が混同されたのにならして、十二世紀後期以降次第に、そしてとくにインノケンティウス三世時代からはっきりとこれらが区別される。ガンディーヌスは *De So. 13. 1. 1* に見える『exisimatio』の定義に依拠し、『exisimatio』を『fama』に置き換えたうえで、『fama とは風習と法律によって是認され、決して剝奪されることのない、毀損されていない地位の状態である。』と述べた。以下彼は、

《fama》の反対概念とされた《infamia》(Infamia とは fama の奪取 (privatio) である<sup>(1)</sup>)を含めて、《fama》の問題を全五章で、それ自体として詳細に論じ、次いで《噂 (Fumor)》——噂は《風評よりも、少なくとも何か「何かを」証明しない<sup>(1)</sup>》——に触れた後、犯罪の公知性の論及に移る。この論及の最後で彼は、《世評 (communis opinio)》——彼によれば、これと《公然たる風評》とは《効果において同一》であった——と、《公知性》とを次のように区別する。世評は《ただ、過去そして遠い過去に由来する》が、公知性は《現在に、あるいは「現在に」最も近い過去に由来する》。また公知性は、《証人によって視覚に基づいて (per testes de visu) 容易に証明できるもの》だが、世評はそのようにしては証明不可能なものである<sup>(2)</sup>。と。噂と風評との違いは、こうである。風評は《近隣共通の叫び》であるの<sup>(3)</sup>にたいして、噂は《少数の人々が何かある知られたことを、公然と述べるときに》発生する<sup>(4)</sup>。

本稿は、《風評 (fama)》そのものを問題にしようとすることはできない。拷問をおこなうのに必要とされる徴表の問題との関わりで必要と思われる限りで、一、二の指摘に留めたい。ただその前に、《風評》の存在が《裁判官の職権に基づく、審問による (per inquisitionem officio iudicis)》手続を導いたことだけは、以下で、多少触れておきたい。

チーノは言っている。《それゆえに汝は言うべし。公知たることを証明するには、半完全な証明「言い換えれば、一人だけの証人による立証」を生じさせるような方式によることで足りる、と。したがって》——と、彼は述べる——《もし、これ「公知たること」から風評が発生するならば、その限りで、風評の発生を証明すれば足りる。審問の手続に進みうるのには<sup>(1)</sup>》(ここでは、風評が公知たることから生じる場合にかぎって風評の証明は半完全証明で済むとされるが、いずれにせよ、風評が存在することは、審問の手続を進めうる契機になるのである<sup>(2)</sup>)。バルドゥスは犯罪の公知性と審問との関係についてこう述べる。《簡単にいえば、審理はかくのようである。「ローマ」市民法によれば、規則上は、公知たる犯罪以外の犯罪については (nisi de crimine notorio)、審問の手続は容認されず、また進められえ

ない。《続けて言う。《他の方法「によって審問の手続が進められる場合」については、私は十分には言えないが、少なくとも推定によって（こう述べる。すなわち、公然たる風評が知らせること）によって（*intra publica defensione*）、あるいは、公官に通告することによって（*officiali publico denunciante*）「審問の手続は進められうる」、と。《バルドゥスによれば、審問の手続は、公知たる犯罪であるにもかかわらず被告が否認する場合にかぎって実施される。しかしここでも、《公然たる風評が知らせることによって》審問の手続がおこなわれるという、かつてインノケンティウス三世が一九九九年五月サンズ大司教に与えた書簡（*Comp. s. s. 27*）<sup>(16)</sup>に見いだされた、カノン法上の手続が、カノニストでもあったバルドゥスによって引かれていたのに注目しておかなくてはならない。

ガンディーンヌスによれば、叛逆罪や背教者・異端者の罪、それに、偽証などあらゆる形の詐欺・虚偽の事件が審問の手続に付される。『ポローニア市ポデスタ条例』（二二八八年）には、殺害、夜間犯行、誘拐、公務その他における虚偽事件、男色、プロフェッショナルな犯罪者やその悪評のある者、偽証、都市の公館で嘲笑し侮辱的発言を弄すること、司教館における犯罪、軍律違反などがとくに名を挙げられている（*liber. IV. Rubrica VII*）<sup>(16)</sup>。ともあれ、ガンディーンヌスが審問の手続に進みうる場合の一つに、《悪評者にたいして「当事者による」立証手段がないとき（*quando infamatus deficit in probatione*）》を挙げていたように、風評が審問の対象とされていた。のみならず、重要なのは、彼が右に掲げていたさまざまな罪の場合でも、審問の手続を進めうる要件をまずもって、《被審問者が、その罪について悪評を被っていること、すなわち、彼が罪ある者だという、公然たる声と風評とが上がっていること》<sup>(16)</sup>に求めた点である。右の『ポデスタ条例』には、ポデスタ、あるいはその代理人たる裁判官は《正規の証明によって、あるいは推定、または風評によって「審問を」進めうる。》とあり、また窃盜、その他の諸犯罪について《悪い風評の人物》<sup>(16)</sup>にたいし《審問権（*infirmum inquirendi*）》を有すべしと見える。最後にバルトルスによれば、《犯罪「の存否」につい

て一般糾問をおこなうるためには、犯罪をめぐって風評があればそれで十分である。《それと同時に、犯罪者についても、彼の風評が存するならば、特別糾問に入るのに足りるとされる。<sup>(14)</sup>》

さて(一)、風評は、何びとかの悪意に由来せず、良い評判をもつ隣人の中で交わされているものでなくてはならない。ガンディーヌスによれば、《審問の手續における》悪評の証明に関しては、良い風評にある二名もしくは三名の証人で十分である。というのは、証人の数を増すことができないときは、二人が十分である。E. de testibus 1. ubi [D. 23. 5. 12] に言うように。《バルトルスによれば、裁判官は、次のことに意を注ぐべきである。《吟味の加えられる対象者が、悪い境遇、および悪い風評の人間であるかどうか、そして、このことが、悪意の人々からでなく、あらゆる異議に超越した、注意深く分別ある人々「の証言」に源を発しているか、どうか。》<sup>(15)</sup>それゆえに、評判を立証する証人の陳述は、こうなる。《しかし、誰か「証人」が、公然と話されているのを聴いた、と述べたときは、どうか。答へは、「それだけでは」十分ではない、となる。というのは、一人の人間「のみ」が公然と述べる、ということもありうるから。したがって、「証人は」次のごとく陳述しなければならない。私「証人」は、この都市の大多数の人々によって「被告の風評が」公然と話されているのを耳にした、と。》<sup>(16)</sup>ここに見られるように、風評のでどころと、風評そのものの存否とは區別しておかなくてはならない。<sup>(17)</sup>バルドウスも同様に次のように語る。《しかし、第四に、良き人々が一致して信じるところのものを、考慮せよ。それが風評と呼ばれる。》《したがって、風評を証拠づけるためには、風評は粗野であつたり軽率なものであつたりしてはならない。真実と信じられること、および真実と信じねばならないことの他は、何ごとも述べようとは思わない、品行方正で尊敬に値する人々のもので立てられている風評でなくてはならない。》<sup>(18)</sup>

後年クラールスは、良い評判の人々から由来すべき風評について、そうではない人々に由来する風評の場合をも例

示しつつ、興味深くこう記している。《風評は、悪意ある人々からでなく、品行方正なる人々から、然るべく信頼に値する人々から出るものでなければならぬ。あるいはすべての人が認めるように、有徳の人々に起源を有しなければならぬ。それは、不道德な事件について訴えが起こされたのではない場合のことであることに注意せよ。すなわち、不道德な人々に起源を有するような、軽蔑されるべき風評が問題となつてゐる事件ではない場合のことである。》——これにたいして、とクラールスは続ける——《たとえば、女郎部屋で起きた事件について (de re turpi) 訴えが提起されるときは、普通「女郎部屋という」そういった場所で交際をおこなつていない博士や騎士からでなくとも、娼婦とせげんとからでも、評判はその起源を持ちうる。さらにまた、もし賭博かるたや詐欺サイコロ「で起きた事件」について (de chartis vel taxillis falsis) 訴えがなされるときは、遊技者や詐欺師から、評判はその起源を持ちうる。》ともあれ、風評のどころ——《源 (origo)》——に、学説は相当の配慮を示していたわけである。バルトルスが次のように述べるのは、風評の起源の正当性といった点に注意を喚起しようとしてゐるようである。《そして風評が、それとして独自に、疑惑から (ex suspitione) 発生するというのは、疑惑の正当な根拠 (iusta causa) がこのような風評や噂に先行する場合に、そうなのである。他の場合には、こうした疑惑が先行している間だけしばらく、この風評が働いてゐる。》したがって「考慮されるのは、「風評がそれに基づいてゐる」微表であつて、風評それとしてではない。」ガンディーヌスは審問の手續において進められる悪評の証明について次のように書いており、ここにも風評のどこころに注意が向けられている。悪評の存在を立証すべき少なくとも二名あるいは三名の証人は、《かの「被審問」者がかくかくの犯罪について悪評を被つてゐると陳述すれば、それで十分である。そして、もし「裁判官から」尋問を受けたならば、誰らのもとで (apud quos) 「その者についての」かの悪評が存在しているかを語るべし。誰らのもとで「存在している」かを語りえないならば、「当該悪評について」有用なる根拠を差し出してゐるとは見なされ

説  
ない<sup>(後)</sup>『パンベルク刑事裁判令』は、『かかる悪しき評判は、敵対者たち、あるいは軽率な人々からではなく、不偏  
不党の、信頼に値する人々からいてたるものたるべし』(Art. 38)と記す。評判が他の評判の良い者、しかも比較  
大勢の者によって立証されねばならない<sup>(後)</sup>というのは、ガンディーヌスが次の文章で引くように、カノン法に知られて  
いた証明方法であった。《風評の証明のためには、Extra de accusationibus c. qualiter et quando [Greg. 5. l. 24]に見  
られるように、あらゆる異議を超越した、分別のある品行方正な人々が引き入れられうるし、そうあるべきである<sup>(後)</sup>》

しかしまた、次のように、カノン法源とあわせて、ローマ法源も少なからず引用されている。《それゆえに、古老や、  
尊敬に値する、また品行方正で良き評判と噂の人々がこのような証明に引き入れられねばならない。》*Et de legatis* II.  
l. cum pater s. rogo et l. cum quidam [D. 31. l. 77. 25. l. 24] や *Extra de testibus c. licet ex quadam* [Greg. 2. 20.  
12]に言われるように。この様式で手続を進めることができるのは明らかである。というのは、*Et de testibus* l. III.  
s. ideoque divus [D. 22. 5. 3. 1] および *Et de fide instrumentorum* l. fin. [D. 22. 4. 6]に見られるように、<sup>(後)</sup>疑わしい  
場合にはこのような「評判良き」境遇にある人々に、より大きな信頼が寄せられるからである。《このように、少なく  
とも風評について、これが証明手続きの問題に属するようになったのには、中世法学者の、ローマ法およびカノン法  
の双方にたいする取り組みに起因している。ローマ法字あるいはカノン法字のいずれかに単線的に求める——カント  
ロウィッツも中世イタリア法における、ローマ法、とくに後期ローマ法的起源を極度に強調<sup>(後)</sup>することで、こうした考  
え方に陥っている——ことはできないであろう。これはともかくとして、右の引用の最後の文章で述べられている命  
題と関連して次のことに注目しておこう。風評について人々の間で意見が分かれるときは、バルトルスの次に掲げる  
文章に言うように、風評の証明者——これらの者は事実上、少なくとも部分的には、風評のどこにいて、風評を  
流布させている者らと同じ人物でもあったろう——の人となりや声望、これに由来する信用度がものをいった。《風

評が、一方の側からは肯定的に証明され、他方の側からは否定的に証明されるときは、証明はより大きな価値のある証人たちに (*testibus dignioribus*) 依存する。もし証人たちが「一方と他方とで」同じ価値を有しているときは、真実らしさのより大きな推定から現われた風評の方に依存する。』また、『場所の違いによって正反対の風評が証明されるようなときは、「正反対の」証明が「相互に」同等の価値をもつ場合ならば、いずれ「の場所における証明」も信用が置かれる。そうではない場合ならば、証人たちの性質 (*qualitas testium*) が吟味される。』

(二) ガンディーヌスは風評の効果についてこう述べてポデスタの注意を呼び起こしている。『しかし、判決を提議するときは、ポデスタは次のことに用心しなければならぬ。ただ彼の裁量だけから、確信「だけ」から、あるいは一人の証人の陳述から、あるいはただたんに風評から (*ex sola fama*) 有罪の判決を下さぬようにすべきである。判決を提議するのについて、上で述べたように、ポデスタが法律に注意しなければならぬときには、』ガンディーヌスはこうした法律つまりローマ法文を八つも挙げるが、これらがポデスタの裁量を制限づける根拠ともなっている。右の発言によれば、風評によっては有罪判決は下しえないことは間違いない。では拷問に進みうるのに、風評はどれほどの意義を持っているのであろうか。これに関して、バルドゥスは、『単独の風評 (*sola fama*) は拷問をおこなうのに十分ではない。』と述べる。ガンディーヌスは次のごとく、これほどはっきりした言い方はしていない。『次の通りに言いなさい。』と述べる。『カノン法によれば、このような風評の証明は半完全な証明を (*semiplenam probationem*) もたらし、一人の証人の陳述に匹敵する。上で見たように「Greg. 5. 39. 2」、半完全な証明から、一人の証人の陳述からと同様に、拷問の手続が進められる。単独の風評から拷問の手続に進みうるというのも正当なことである。』しかし、『これにたいして、「ローマ」市民法によっては (*per iura civilia*) 反対のことが述べられうるであろう (*possit dici*)。』すなわち『むしろ、風評の他に、別の徵表が存在するとすれば、拷問の手続に進みうるのに何らの疑いも存しないことに



なるう (nulla esset dubitatio)。(原)《カノン法では風評が少なくとも半完全な証明としての意義を有したのにたいして、後代パウルス・カストゥレンシスも《ローマ法の「規則によれば》としてこう述べる。《「風評は」完全な証明も半完全な証明も生みださない。そうではなく、「すでに」実現された証明に加わってこれを補完する「に過ぎない」のである。》(原)

右のガンディーヌスの発言は、次もそうであるが確かにいささか含み声の感がするものの、しかし趨勢としてはパルドゥスの所論の方向にあるといえよう。《それゆえに、次のことが至当である。単独の風評がそれ自体では、他の証明なくしては十分ではないときは、「当該」風評によって強固なものにされうる別のもの「徴表」が、そして、原告やコムーネにとって役に立つ別のもの「徴表」が、風評の他に存在していることである。したがって、もし、風評の他に、「当該」風評によって強固なものにされうる別の徴表が存するのならば (preter famam esset aliqnod)、拷問に進みうることにならう。》(原)含み声のガンディーヌスにたいし、風評に基づいて拷問は加えられうるや否やを正面から問うたグイド・デ・スザリアの見解はもつと明瞭である。彼はまず、風評はそれが一人の証人によって証明される限りでそれ自体拷問の根拠となるとする考え方を取り上げた後で、こう述べる。《しかし、真実はその反対である。すなわち、風評だけでは、何びとも痛みを伴ないつつ「つまり、拷問によって」尋問を受けるのには十分ではない。というわけは、風評は、弱々しく、価値少なく、不確かで、それに無思慮なものであり、たやすく調達することのできる「ために信用のおけない」ものだからである。》(原)風評は《でっち上げられ捏造されるもの (ein erdicht und erlogenes Ding) に他ならない》ときがあり、《それによって、裁判官や他の役人はしばしば誤りをおかして欺かれて、その後で恥じいらねばならぬ》といったことが生じる。(原)と。まさに、風評の一本質をついた発言といえよう。かくして、風評の他に徴表を要するのである。《ある別の徴表が生じ、そして風評が「一人の証人の陳述を通して」証明されるときに「初めて」、そこから十分な指標と徴表が生まれ、これに基づいて、捕らえられた者を、拷問によって (mit peinlicher Frag)

追及する手続に確実に入りうる。たとえ、風評それ自体は一微表たるのに十分とは評価されないといえども。》<sup>(四)</sup>こうした、別の微表の存する場合の一例をガイドによって紹介すると、次のようである。《ある者が打ち倒され、あるいはのみならず殺されて、セムプロニウスがそれをおこなったという風評が立つとき、それ「風評」と並んで、ある者が、被告が、殺された者と不快な関係にあったこと、およびこの「殺された」者と敵対していたことを陳述する場合には、「拷問に入るのに十分な」大きな推定がもたらされる。》<sup>(四)</sup>

さて、ガンディーヌスであれバルドゥスであれ、《単独の風評》とされるのは、後に『バンベルク刑事裁判令』が次のように《疑惑断片 (irrkewigen ley)》と呼んでいたもの一つに相当している。《かの [Art. 32 に述べた] 疑惑断片は単独にしては、拷問が用いられうるために必要な、確たる微表としては十分ならず。》(Art. 33)と。ガンディーヌスはこういった、いわば疑惑断片として、《賢明なる裁判官は、罪に問われた者「加害者」が、殺害された者、あるいは危害を被りたる者と反目していたかどうか、を調べなければならぬ。》に始まる十一の断片を挙げている。第十一番目の断片が風評に係る。《かの犯罪をおかしたという、あるいはおかせたという、公然たる声 (publica vox) と風評とが存するか、どうか。》この他の微表は、以下の通り。<sup>(四)</sup>《被告は、危害を被りたる反目者と「当面」友好関係を取り結んでいたかどうか。》・《危害を加えたる者をそれと知って自分の家に受け入れたかどうか。》・《犯罪者が捕らえられぬように助力をなしたかどうか。》・《犯行が起きた家屋や場所から逃亡したかどうか。》・《犯罪の現場で、他の者によって捕らえられたか、それとも捕らえられるのを防いだかどうか。》・《前述の者らの間で、暴力的な言辞を、先に放ったのかどうか。》・《当該犯罪が起きないように何らかの手をうったかどうか。》・《犯罪者はっきりした場所に潜伏していたことを知っていたかどうか、また、これに関して尋問を受けたときに、何も知らないと述べたかどうか。》それに、《別の犯罪を他の時に、当該被害者にたいして、あるいは別の人物についておこなっ

ていたかどうか。》である。この最後の徴表に関連して、バルトルスも過去における生活方法を、徴表の一つとして<sup>(10)</sup>いる。これら諸徴表の存否をめぐる立証は証言によったことは、既述(前節三)の通りである。バルトルスが諸徴表を挙げるなかでこう述べるのも、この一例である。《おかされた犯行について、それが路上において起きたのか、夜間に生じたのか、公然たる声や風評は存したのかどうかについて「証言をえるために」、犯行がおこなわれた場所の証人 (witnesses) 「の証言」を「裁判官は」採り上げるべし。》とまれ、右述ガンディーヌスの見解によれば、被告の犯行たることを提示する《公然たる声と風評》が、被告を拷問に付すのに十分でないときは、ほかにこういったいづれかの徴表が存するならば、これを加える必要があった。

このように風評という徴表を含めて諸徴表をできるかぎり集めること、しかもそのことが真実の発見に役立つ、といった考え方は、バルトルスやバルドゥスの所論によくあらわれている。《犯行の真実 (veritate delicti) を探り出すのについて、確信を築きあげるために、注意深い裁判官は、申し立てられた数多くのこと「証言」から、徴表を収集する (indicia sumere) ことができる。》(バルトルス)<sup>(11)</sup>。バルドゥスは C. 4. 15. 1. 25 の注釈でこう述べる。《そしてこのことから、法律によって疑いないものこそが裁判官にとって疑いないものであるべきである。 nol. infra, de perit. 3. 1. 5. tutor に言うように。それゆえに、こうした徴表が裁判官にとって論証となる。他の場合には、裁判官に疑いを惹き起こさせる。というのは、徴表は疑いないと呼ばれてこそ徴表だからである。しかしながら——と、彼は続ける——《法律によって是認されたような徴表は存しないが、代わりに裁判官の疑念を生ぜしめるような徴表であるときがある。しかし、一緒に集められたもの (simul collecta) 「証言」が真実を導きだすというのは、疑いえないところである。拷問具によって取得された自由における場合が、その一例である。すなわち、その自由は、それ自体によってではなく (non per se)、「自由を」固持しているとか、風評が存するとか、起きた事実の真実らしきとか」といっ

た状況<sup>(11)</sup>によって、あるいは、他の諸手段に基づいて、疑いえない程度に真実を導きだすものでなければならぬ。風評に關しても事情は変わらない。例えば、ボローニア出身のバルトロメウス・サリチエート(1220)は、こんなふう<sup>(12)</sup>に述べる。《しかし、もしこうした悪評を被った者(affamatus)が、三年來善良に生活し、良き声望や良き交際・風評のもとにあつたことを証明するならば、彼にたいして証明された、かの「かつての」悪い評判は、彼にとつて何ら損害とはならず、全体として、「悪評の」疑いは晴れたものと見なされる。》このように、悪評といえどもそれだけで直ちに非行の徵表とはなりえず、悪評者をめぐる他の状況が存するのならば、それをも、徵表有無の判断の中に加えねばならなかつた。

(二) ガンディーヌスによれば、風評が、拷問の手續に入るのに十分でないときは、諸々のローマ法文が指示するところに基づいて、他の徵表を考慮に加える必要があつた。この場合、風評が一徵表として十分か否かは、おそらくは裁判官の裁量によつたのであろう。『パンベルク刑事裁判令』には、風評を含め疑惡断片が《若干互いに並んで(eleich beyeinander)》存在する場合が重視されているように見えるものの、結局のところは、審問官や判決発見人が、《徵表の「各各のもの(ein yeders)》が、確たる一徵表をなし、拷問にとつて十分のものとして提起されているかを：考慮す(emessen)べし。》(Art. 33)とある。これが、バルドゥスによれば、はっきりと、《単独の風評》は拷問にとつて十分ではないことになつてゐた。しかし、ここでも裁判官の裁量は無視しえないであらう。例えばバルトルスによれば、《拷問には、より多くの徵表が必要とされるか、それとも一つの徵表で十分なのかどうかは、裁判官の裁量にかかつてゐる。》中世法学者によれば、基本的に見て、徵表はできるかぎり数多く集めることが前提となつてゐる。そのうえで、そのうちの二つ二つについて、《拷問に十分な徵表(indicia sufficientia ad torturam)》であるか否かの決定は、裁判官の裁量に委ねられるのである。

## 五 裁 量

拷問にたいして中世法学者が示した慎重な姿勢の背景になっていたと考えられるのは、民事事件と刑事事件とは証明手続のうえで異なった取り扱いをうけるべきとする認識である。この点に関してガンディーヌスは、こう述べる。《確かに、民事事件においては、法律上の推定から確定的な判決がえられる。それから反対のことが証明されないか否か。C. de probationibus l. siue possideis [C. 4. 19. 16] および ff. de donationibus inter virum et uxorem l. Quintus Nulius [D. 24. 1. 5] にいうように。これにたいして》——と、こう続ける——《刑事事件、あるいは上述の査問の事件においては、こうした法律上の推定からは何びとも確定的には (diffinitive) 断罪されえないし、断罪されるべきではない。刑事事件では「屋間の」光よりも明らかな証明 (probationes clariores luce) が現われねばならず、こうした証明が要求されるからである。C. de probationibus l. ult. [C. 4. 19. 25] および de penis l. qui sententiam [C. 9. 47. 16] および de accusationibus l. singuli [C. 9. 2. 11] に見られるように》<sup>(12)</sup> 《刑事事件においては民事事件とは異なって、このような、《光よりも明らかな証明》を必要とする考え方は、中世法学者たちの、拷問によって自由を与えるには《真実らしき》徴表があらかじめ存在していなければならず、徴表からは有罪とはなしえないという徴表学説にとってもその背景となっていたものに違いない。右に直ぐ続けてガンディーヌスは述べていく。《このような理由に基づいて手続を進める「べき」ことは明らかである。というのは、刑事事件では「民事事件と比べて」より大きな洞察力でもって、用心深い取り扱いがなされねばならず、またそこでは、危険と損害とはより大きく襲いかかるからである。……したがって上述したような推定からは、致命的になるような有罪の判決は下しえない。》<sup>(13)</sup>

では、なぜ刑事事件では《光よりも明らかな証明》が必要とされるのだろうか。すでに右述からもうかがえようが、再びガンディーヌスの言を引けば、こうである。《刑事事件は》しかし、民事事件とは異なっている。刑事事件においては危険がより大きいし、それゆえに靈魂の危険が頭上にふりかかるからである。……したがって、より大きな用心が必要とされるのである。C. de appellacionibus l. addictos [C. 7, 62, 29] および C. de falsis l. ubi [C. 9, 22, 22] に言うように。《同様に、ルーカス・デ・ペンナによれば、《刑事事件においては》民事事件に比べて》危険がより大きく、それゆえによくよく熟慮がなされねばならない、というのが理由である。《ガイド・デ・スツアリアが民事事件では自白の堅持は必ずしも必要ではないと述べた点はずでに紹介したが（前節二）、このところで、さらに彼はこう言う。《刑事事件では、民事事件におけるよりも熱心に、そしてより厳密に事柄が探求されるというのは、驚くに値しない。》これをガイドは、《危険がより大きいところでは、より徹底して探求がなされねばならない。》とつたうローマ法文を引いて理由づける。《刑事事件においては危険がより大きい。》とガンディーヌスが述べるとき、その理由は、おそらくは、刑事事件は《人間の生命と名譽に関する（de vita et fama hominis）》からなのであろう。告訴によって（per accusationem）手続が開始される刑事事件の訴訟は民事事件のそれと同質の訴訟の性格をもっているが、他方で、刑事告訴手続においても裁判官は告訴者の判断にすべてを委ねてしまうのではなく、自らの活動の余地を残していた。また審問の手続においては、裁判官の裁量はいっそう強く働いていた。危険がより大きい刑事事件は、こうして裁判官の活動の余地のあるところ、裁量の働くところにおいてこそ、より良く取り扱われうるのである。

とまれ、刑事事件は《危険がより大きい》と見るガンディーヌスには、次のような考え方が基本にあった。《このような疑わしい、不確実な証明によってならば、無実の者が断罪されるよりは、罪ある者の悪行が罰せられないままであることのほうが、より良い。Fi. de penis l. absentem [D. 48, 19, 5] および C. quorum appellaciones non recipiantur

1. *observare* [C. 7. 65. 2] に言うように。といふのは、疑わしいときには、刑罰は粗野にされるよりはむしろ緩和されるべきだからである。ff. de penis 1. *interpretatione et i. si preses* [D. 48. 19. 1. 42. 1. 32] に見えるように。《ガンディーヌスはまた、無実の者を有罪としてしまふよりも、むしろ、犯罪者を見逃すほうが《より良心的 (*sanctius*) である。》とも述べる。ルーカス・デ・ペンナの所論にも知られ、一見いわゆる *In dubio pro reo* の思想を想わせるこの学説類集の命題は、中世法学者の手を経て、後に『クラークシュピーゲル』や『バンベルク刑事裁判令』にも引き継がれていく。<sup>(18)</sup>

ところで他方で、拷問と徴表をめぐる中世法学者の見解は、裁判官に広範囲にわたる裁量の余地を認めていたのにも目をとめねばならない。そうした裁量の基盤にあったのは、裁判官の職権という考え方である。<sup>(19)</sup> 学説は、裁判官の職権をそれ自体独立のものとして、とりわけ当事者による手続と対比させて強調する。例えば、すでに述べたように、被告にたいする拷問は、告訴者がいくら烈しいものを裁判官に求めても、裁判官はそれに従うのではなく自らの判断をもって節度のあるものにしなければならぬのである。<sup>(20)</sup> さらに、職権と当事者との関係について、バルドゥスの幾つかの発言が参照されよう。《最初の釈義に基づき私は、このような査問について考える。証人は「当事者によって法廷に」導き入れられるのではなく、裁判官が職権そのものによって (*ex mero officio*) 彼らを受け入れるものであることをあなたは主張しなさい。裁判官は彼ら「証人」の陳述したところを調査するべきかどうか、質問される。そしてこう答えられるべきである。民事訴訟においては否である、と。けだし、民事訴訟においては、裁判官は職権そのものから事実に関して尋問をおこなうことはできない。……しかし、刑事事件においては、例えば審問の手続の場合、裁判官は職権そのものから証人を受け入れうる。たとえ、訴訟の公開後においてであろうとも。》<sup>(21)</sup> また、《証人を調べらうので、裁判官の職務は知識欲に富んだものでなくてはならない。それはこうである。裁判官は注意深い人物でな

ければならない。そしてこのこと、つまり取り調べることは裁判官の指揮に (ad curiam iudicis) 属する。それゆえに、それは当事者の権限にはない (non est in potestate partis)。<sup>(92)</sup> 証人を調べるのみならず、証人そのものを呼びよせることも裁判官の仕事であった。《次のことに注意せよ。裁判官の職務に、証人を調べることに、彼「証人」を「法廷に」招くことが関係する。》<sup>(93)</sup> これについて、バルトルスもこう述べていた。《さらに私は問う。審問において、証言内容が広く伝えられた後でも証人を取り調べることができるか、あるいは新しい証人を招くことができるかどうか、と。……というわけは、もし証人が裁判官にとって自由に近づきうる存在であったならば、「証人にたいするほかから」誘惑の恐れ (metus subornationis) は無くなるからである。》<sup>(94)</sup> バルトルスの考えによれば、裁判官は、証人がそ、のかしなどに会ったりしてその陳述が信用できないと思われるときは、証言が済んだ後でも当該証人やその陳述を吟味し、場合によっては新たな証人を取り替えることができるというのである。後代、アントニオ・ゴメスは、職権は自律的なものであるべきとして次のように述べる。《刑事事件では、当事者によって表明された、償罪の免除は、国家の裁判においては価値がない。公の利益に関わる事柄については、裁判官は何らかの訴えがなくとも手続を進めうるし、進めねばならぬ。……裁判官は、当事者や弁護士が欠けるときは、これらに代わりうる。》

さて、このような職権に裏うちされた裁量と、《光よりも明らかな証明》の観念を背景とした証明とは相互にどのようなに関わっているのだろうか。これをしばらくガンディーヌスの見解から聴いてみよう。《最後に私は問う。それら、ポデスタあるいは裁判官には、犯罪と不法にたいし審問と処罰をおこなう無拘束の、一般的な裁量権が与えられている。ポデスタは、犯罪について訴えられた者にたいして、何らかの徵表なくして拷問に進みうるか、どうか。拷問に進みうるとも思われる。というわけは》——と、こう続ける——《ポデスタに裁量権を与えるというのは、彼が良き確信をもって、彼の確信が告げるところにしたがいて手続を進めることを言うに他ならない。なぜならば、裁



量権はポデスタたちに広範囲の指揮権を与える。このことが、この裁量権というものの説明である。しかし——とすでに一部紹介した(前節三)ようにガンディーヌスは八つの法文を挙げ私見を述べ始める——《ポデスタがこのような裁量によってなしうるとされていることは、法によってというよりは、むしろ、土地土地の慣習によってできるものと見なされている。これにたいし、ポデスタは裁量をもちうるといえるが、これは法に基づいて、すべては「ローマ」法と「ローマ」法文——とくに判決と断罪とに関する——に基づいて行使されねばならぬ。C. de inofficioso testamento l. si quando [C. 3. 28. 35] および ff. de condicione indebiti l. si procurator § Celsus [D. 12. 6. 6. 2] および ff. de peculio l. peculii [D. 15. 1. 4] ……と云々 ff. ad municipalem l. Lucius § imperatores [D. 50. 1. 21. 7] の諸法文に言われているように。したがって——と、ガンディーヌスは以下くどくと説く——《ポデスタは、彼が幾つかの異なった徴表を有し、そのことによって彼の意思が、罪ある者は拷問を受けるべきことへと促されるならば、裁量によって拷問に進みうるし、進まねばならぬ。他の場合には「拷問はおこなうべきでなく、おこない」えない。なぜなら、徴表が存せぬときに、裁量といえども徴表の欠如を補うことはできない(arbitrium non supplet defectum indicia)。すなわち、徴表が拷問に先行すべきということは「ローマ」法の莊重きに由来している。上に述べたように、そして ff. eod. l. 1. II. responso [D. 48. 18. 1. 1] に言うように。すなわち、このことが裁判官の裁量には委ねられていないのは、法に由来することである。というのは、事実の探求 (facti questio) は裁判官の裁量の中にあるが、これに反して法の威厳(juris auctoritas)はそうではなからず。ff. ad municipalem l. ordine § I [D. 50. 1. 15. pr. 1] に見えるように。》このように裁量は、徴表の代用にはなりえないのである。

これを要するに、ガンディーヌスによれば、あらかじめ徴表が存するとき——これが前提条件である——、そのあとで裁判官がどの徴表によって、あるいはどのように諸徴表を組み合わせて、拷問の手續に移るかについては裁量が許

される。これにたいし、拷問の実施は徵表の存在を前提としていなければならないことでは、裁量の余地はない。ただ実際のところ、いったん裁量が認められると右の違いは違いとして、はっきりとは映らなくなってこよう。確かに、事前に徵表が必要であるとの原則だけは守られる。しかし、では具体的に当該事件・被告について何が拷問に進みうるための徵表であるのかは、一定の徵表例は規準にはなるものの、結局は裁量に依存することになるからである。

ところでガンディーススは、以上のような徵表と裁量の問題にとどまらず、さらに裁量と有罪の判決との関係にも踏み込んでいく。これは、本稿固有の問題領域には属さないが、一部関係するし、また広く中世訴訟法学全体にとっても重要な論点を含むので、いささか立ち入っておきたい。《訴訟においてポデスタは法の莊重さに属する多くのものを、たとえ徹底的にはできぬとしても、省略することが彼の裁量によってできぬことはない。しかし》——と、ガンディーススは述べる——《判決を提議するときは、ポデスタは次のことに用心しなければならない。ただ彼の裁量だけから、確信「だけ」から (ex solo arbitrio, conscientia)、あるいは一人の証人の陳述から、あるいはただだたんに風評から有罪判決を下さぬように》云々 (前節四)。さらに書く。《それゆえ、犯罪が証明されるであろうことがもし明らかなきときは、確実に有罪判決を下しうるが、他のときはそうではない。されど》——と、こう続けるところに注目したい——もし犯罪が完全には証明されず、完全な証明に些少なりとも欠けるところがある (ad plenam probationem motuam deliquerat) ——もしかして、あらゆる異議に超越してはいないといった証人が「証明に關係して」いたがゆえに——ときには、ポデスタは、もし彼の確信と判断とが証明と一致するときには、このような裁量から確実な有罪判決を下すこと。ff. de bonis auctoritate iudicis possidendis l. in venditionem § I in fine § [D. 42, 5, 8, 1] 及び de administratione tutorum l. quidam decedens [D. 26, 7, 5, 71] 及び de liberatione legata l. si quis reum [D. 34, 3, 5] に言うように》。ここに、はからずも姿を見せる《確信》——これは、ここにでは《裁量》と同じ意味において用い

られている——は、クヌート・ヴォルフガング・ネルの、中世学識訴訟法をめぐる大きな研究<sup>(188)</sup>によって有名な、注釈学派やカノン法学者たちに由来する格言命題、△裁判官は申し出られたものによって裁判し、確信に基づいては裁判するべからず▽、を想起させるものがある。

さて、ガンディーヌスの右の、《ポデスタは、もし彼の確信と判断とが証明と一致するときには、このような裁量から確実な有罪判決を下しうる》(potest potestas ex tali arbitrio condemnare secure, si eius conscientia et animus cum probatione concordet)の命題はなにをいうのであろうか。ガンディーヌス一流の含み声の印象を免れえず真意をつかむのは容易ではないが、おそらくこういふことであろう。完全証明による有罪の立証をおこなう——すなわち、法定証拠制度に基づく立証——には、僅かに瑕疵が存する。その一方で、ポデスタが、何らかの彼自らが知りえたことを根拠に被告有罪の確信を抱くことがある。このように、証明が有罪の方向を向いており今一步のところにある。と同時に、裁判官が有罪の確信をえているときには、裁判官の有罪の確信が、補充的に働いて、裁判官は自己の裁量によって有罪の判決を下しうることを、これである。ガンディーヌスの意図するところにしたがえば、むしろ、この命題は、同じく彼の、《犯罪が証明されるであろうことがもし明らかなきときは、確実に有罪判決を下しうるが、他のときはそうではない。》との基調命題から外れるものではないことは、間違ひなからう。

この基調命題と裁量との関係について、ここで敷衍しておきたい。これはまた、刑事事件についての彼の考え方をうかがうにも参考になるであろう。ガンディーヌスは、疑いえない徴表とはなにかという問題を取り上げるなかで、一つの範例——セイウスはティーティウスを殺害させたとして訴えられる、といった——を提示してこう述べる。セイウスにたいして次のいろいろのことが証明されるとする。まず、セイウスはティーティウスと大いなる敵対関係にあったこと。次に、セイウスは当該殺人事件が起きた時刻に現場の近くに居たこと。またセイウスは殺害事件が生じ

後に殺害者を家に引き入れた。さらに、殺害者のかのセイウスの身内の者であったこと。最後に、かのセイウスがその殺人を犯させたという公然たる声と風評とがあること。これら一つひとつが証明されるとする。さて、ガンディーヌスは続ける。《これらすべてがいっしょに結びつくとき、それらは、かのセイウスが上記の殺人を犯させたという点の疑いえない徵表となる、とも考えられる。》このようにガンディーヌスはスコラ的方法を使って、まずいわゆる異論を述べる。そして彼によれば、このような徵表の合計、つまりその一つひとつは疑いのある徵表の全体によって、あたかも疑いえない徵表——疑いえない徵表が、有罪の立証方法の一つであるのはすでに指摘した（前節二）——によってと同様に、有罪の判決を下しうる、とする見解が存した。これが、『風評論（tract. de fama）』の著者ポローニア出身トーマス・デ・ピーペラータ（de Pipperata. + 1272/82）の見解であった。《しかし》——と、彼は反論を言う——《私がポローニアや、他の場所において見かけたすべての聡明なる人たちは、次のように述べている。そしてのみならず慣習によっても、このことは守られているのを私は見た。すなわち、このような、あるいは類似のもの「徵表」によつては「たとえそれを合わせてでも」誰もその身柄について（in persona）確定的に有罪の判決を被りえない、と。》そしてガンディーヌスはこう結論を書く。《これにたいして、このような「その一つひとつが疑いのある」徵表が存するような犯罪について、もし「人身罰ではなくて」金銭罰が科されるべきであるというのならば、「金銭罰を科すについて」ポデスタは裁量をもつこともあるし、もたないこともある。……そこ「つまり、すべて疑いのある徵表しか存しない事件」では危険がより大きい、というのが理由である。》この最後の点はおそらくこう言おうとするのである。確かにいくつかの徵表は存するが完全証明のできない事件について、金銭罰は格別、人身罰を下すことは人の生命と名誉とを危険にさらすことになる刑事事件については慎重であるべきだ、と。さて、ガンディーヌスは以上を要約し（in summa）、解答を与え、注意を述べる。上記のようなすべての徵表は、《決して、疑いえないもの「徵

表」とは称しえない。それとは逆に、そのこと「有罪」と反対のことが証明されえない、ということにはならないからである。<sup>(99)</sup>》

それ自体疑いのある一つひとつの徴表をいくら集めても、疑いえない徴表とはなりえないとするガンディーヌスの見解は、先述の基調命題に添っている。しかし他方で、ここで特記しておかなくてはならないのは、基調命題を保ちつつも、裁判官の裁量に或る役割を果たさせようとする考え方が頭をもたげていたことである。またガンディーヌスの時代、トーマス・デ・ピーペラータは上述のように、それ自体としては疑いのある徴表でもそれがいっしょに合わさると一個の疑いえない徴表に変化するという学説を提出することで、はっきりこうした考え方をとっていたと思われる。ガンディーヌスの場合、右述から推測するとき、こうした裁量の働く余地を、金銭罰を科することで認めようとしているふしがある。これは、幾つかの有罪の徴表が重なっているときはまったく被告を放免してしまうよりは、いわば、少しだけ罰しておく方がまだよい、とする考え方である。

なお、ガンディーヌスの命題、《ボデスタは、もし彼の確信と判断とが証明と一致するときは》云々、からは、ややもすれば法の枠を越えようとする裁判官の裁量の行使に直面して、裁量をどうにかしてローマ証明法に基づかせようとする彼の学説上の苦心のあたも読みとれる。この点について、ここで一言しておきたい。このような、裁判官自身の確信を証明法に基づかせようとする見解は、ガンディーヌスのみならず、ルーカス・デ・ペンナの見解にも知られる。しかもルーカスは極端に限界的なケースでもって示している。《例えば、裁判官が「法廷に」在席していたおりに「この法廷で」ティーティウスがガイウスを殺害するのを、あるいは窃盗を犯すのを目撃したのが真実であるにせよ、裁判官は、彼が目撃したことだけから (ex solo iuris visu) 彼の証明なくして彼「ティーティウス」にたいし「有罪」宣告をなそうと望んでも断然それはできないであろう。》<sup>(100)</sup> 裁判官は彼の、目撃からえた確信が証明によって裏づ

けられない限り、有罪判決は下しえない。以上は被告有罪の確信の場合であるが、同じくルーカスによれば、裁判官が被告無罪の確信を抱く場合については、はなしは全く逆になる。こうである。《さらにまた、裁判官は、彼の眞の確信が彼の面前でなされた証明にたいして反対の気持ちを起こさせるときに、「彼のこの」確信に反して宣告ができるか、また宣告しなければならぬのかどうか、が質問される。例えば、裁判官が、ティーティウスがガイウスをうち倒し殺害したのを目撃した。この事件についてセムプロニウスが訴えられた。しかしセムプロニウスは殺害事件が起きた時刻には「当該」裁判官と一緒に殺害現場から遠くはなれた場所に居た。……しかるに証人の陳述によって、セムプロニウス——彼が無実であることは裁判官が文句なく知っている——がかの者を殺害した、と証明されるような場合がこれである。この場合、私は迷うことなくこう述べる。裁判官はかの事件について、無実のセムプロニウスにたいし彼の確信に反して「有罪を」宣告する義務は負わない、と。《<sup>(前)</sup>》ここでもルーカスは、極限ケースを範例に引いている。

ともに同じような極限ケースを引きながら、被告有罪の確信の場合には、他の証明がないかぎり、その確信からだけでは裁判官は有罪の判決をなすべきではないとする。これにたいし、被告無罪という裁判官の確信の場合だけは、別個に被告有罪の証明があつても、当該確信からだけで無罪の判決を下すことができる。それは、どうしてなのだろうか。有罪の判決は被告にとって△危険がより大きい▽が、無罪の判決の場合は危険がないからなのか。拷問によつてえられた自白の、証拠としての価値を認めず、既述のように（前節二）、自白の強要としての拷問の制度そのものを拒否したとされるルーカスの「ヒューマニティーの深さ」<sup>(2)</sup>によるのであろうか。興味ある一つの問題とならう。しかしそれにしても、被告有罪の確信が裁判官に存するときでも、別個の被告無罪の証明がなされたときには、どのようなことになるのであろうか。やはり裁判官のその確信のみでは有罪の判決を下しえないのであろうか。残念ながら、

史料上の制約から、ルーカスの所論はわからない。また、被告無罪の証明が別個に必要というのであるならば格別、被告有罪の証明が別個に存するにもかかわらず裁判官の被告無罪の確信のみにしたがって、有罪の判決をなす義務がないというのは、どうしてなのであるか。それは、ルーカス自身の命題、裁判官は自己の確信のみから判決を下してはならない、との命題にとつて齟齬をきたすことにはならないのか。この問題は、また、右述の格言命題、△裁判官は確信に基づいては裁判するべからず▽、の限界問題とも関連していよう。ネルによれば、この命題は、裁判官と両当事者という三者によって構成される裁判手続（民事訴訟、および告訴による *per accusationem* 刑事訴訟）にあてはまり、これにたいし審問の手続はこの命題の妥当する範囲の外にあった。

## 六 む す び

(1)以上によって、徴表と拷問とに関する中世法学者の見解を取り上げてきた。これまで見てきた諸学説から、われわれは、以下のように、その見解をまとめることができるであらう。

本稿で取り上げたガンディーヌスや、バルトルス、バルドゥスなど注解学者らの見解から、われわれは、拷問がその実施方法、その前提としての徴表の点で、十分に慎重に取り扱われるべきものとされていたことを知った。それら諸見解は、とりわけ風評についてローマ法と並んでグレゴリウス九世の教皇令集などカノン法令が引かれていた僅かの例を除くと、ほとんど学説類集や勅法集から注釈の手段を通して引用されてきたものであった。拷問の《節度ある》実施であれ、拷問の実施には徴表があらかじめ必要となることや、刑事事件については真昼の光よりも明らかな証明を必要とすること、有罪には疑いえない徴表を必要とすること、また自白の堅持や真実の探求の点など、

諸學說は彼らによつて、すべてローマ法文に典拠をもつことができるものと思われていた——もちろん、引用の仕方が正しくなく、引用文が學說の典拠となりえていない場合も存するのではあるが——。ユースティーニアヌス法典を、いかに、彼ら中世法學者が自己の學說の支柱と見つつ、それを自家藥籠中の物としていたかは、今更ながら瞠目に値しよう。本稿の関心から特記しておきたいのは、しかし、拷問と表徴とに関するローマ法が近世世界に伝えられていったのが、他ならない彼ら法學者たちの學說をとおしてであつたことである。

拷問は慎重に取り扱われるべきとされたことを顧慮するとき、ジョン・ラングビーンがローマ・カノン証拠法を解説する中で、こう指摘したのは疑問がある。「少なくとも、裁判所は彼「容疑者」にたいして、彼の自白なくしては有罪の宣告をなしえない。この「ローマ・カノン証拠法の」体系に拷問が適合したのは、このことによる。」<sup>(20)</sup> こうした理解は、ラングビーンにとどまらず流布しているものと想像される。しかし、後代はともあれ、少なくともガンディヌスをはじめ注解學派の時代の學說においては、拷問は、他の證明方法がないときにしか用いられない。自白がなければ有罪になしえない、といった考え方は存していなかった。

ところで他方で、典拠とするローマ法文からこのように自己の學說を展開した人が、『犯罪論』を完成して六年後みずから、アドリア海岸都市フェルモのポデスタ職に就く(一三〇五)ほどの実務家であつたガンディヌスであり、また、「いかに「都市の」條例が、「普通法とは異なつて」直接に妥当する法として日々適用されていたのかを、実務のうえでよく知つていた」<sup>(21)</sup> 注解學者——かりに『查問論』がバルトルスに由来するとは確實にはいえないにしても、とにかくそういつた注解學者——たちであつた。このことに、われわれは注意をしなければならぬ。言い換えれば、ユースティーニアヌス法典の諸法文を引いて自己の學說を展開するにあつて、中世法學者の問題関心として働いていたのは、強い実務感覚であつた。<sup>(22)</sup> しかも、この実務感覚は、他ならぬ表徴と拷問をめぐる學說——もちろん、こ



説れにのみではないが——に、比較的よく反映されていた。

論

実務感覚は、ガンディーヌスの場合には、《法》と対比させつつ、イタリアの《慣習》に言及されていたところに  
見いだされよう。この場でもう一つだけ、この《慣習》についてガンディーヌスの所論を取り上げれば、彼はこう述  
べている。《市参事会員 (decuriones) は拷問されえないことは上述した。では、われわれの時代の諸都市の助言者  
(consilarii) が拷問されるかどうか、問われる。法からはこう言いなさい。否、と。というのは、各都市の助言  
者は市参事会員なのであるから。 ff. quod cuiusque universitatis nomine l. nulli [D. 3. 4. 3] おまひ ff. de verborum  
significatione l. pupillus s. decuriones [D. 50. 16. 239, 5] にいうように。しかしながら、「イタリアの」一般的な慣習か  
らは、正反対のことが観察される。ポローニアの consilii や servanus の慣習上の權威によってこのように「正反対  
に」になっているのを、私は見た。この慣習は、 ff. de legibus l. de quibus [D. 1. 3. 32] に言うように、法律として  
守られている。《ここに注目すべきことには、《慣習》はローマ法と対比されつつも、他方では、それはすでに《法律  
として守られている (pro lege servatur) 》というように解されている。《慣習》に基づいて拷問がなされるのは、後  
年バルドゥスも、不当な拷問の実施に反対する意味で、「助言」において次のように述べていた。《上訴することがで  
きないように、慣習によって拷問がなされる (de consuetudine torquentur) 》ことがあるけれども。》

徴表と拷問の問題について、《法》と《慣習》——ということとは、普通法と都市条例、といいうるであろうが——  
の橋わたしの役割を果たしていたのが、ガンディーヌスの学説においては、裁判官の《裁量》であったと私には思わ  
れる——《慣習》を《法》に合わせるようにするにせよ、《法》を《慣習》の方向に導くようにするにせよ——。以  
下では、当面の問題に関して、このような裁量が有した意義を指摘すること、本稿はひとまず擱筆したい。

(2) 真実発見のためのあかしであり、真実らしい、信じられる、十分なものであるべき徴表——このように要請されて

いる徵表の有無の判断にとくに働いたのが、裁量であった。確かに、裁量は徵表の欠如そのものは補えない。裁量  
 は無い徵表を有る徵表へと変えることはできない。拷問はあらかじめ徵表が存在していなければおこなってはなら  
 ない。これらのことは、裁量によっていかんともしがたいところである。しかし裁量が働かえない領域はここまでであ  
 る。つまり証明法のこの根幹の外では裁量が支配する。すなわち、ある徵表が真実らしいものかどうか、また拷問に  
 適する資格を備えているかどうかといった判断は、まさに裁量による。裁量は、現実の犯罪にとってその場所、犯人  
 情況の多様性のゆえに、言い換えれば犯罪に関わる徵表の多様性のゆえに、徵表について確たる教義を定立しえぬと  
 いうところから生じる。もちろん、教説によって、一般的に、風評をはじめいろいろな徵表の例示はなされうるが、  
 現実には起きる特定の犯罪について何が真実らしい徵表たりうるかは、あらかじめ確たる教説に基づくことができず、  
 裁量に頼らざるをえない。このように、裁量には無視しえない意義があった。そして、およそ裁量の登場は、西洋証  
 拠法史の推移の中に画期的な位置を占める問題なのである。<sup>(21)</sup>

ローマ・カノン訴訟制度はふつう「法定証拠制度 (system of statutory proof)」と名づけられている。この制度を  
 的確に言い表わすことは必ずしも容易ではないが、当面の問題との関連でいうならば、次のようにいえるであろう。  
 中世学識証明法においては、徵表によっては有罪判決は下されえず、ただ拷問のみが許される——徵表と証明との峻  
 別論——といわれているが、その趣意は、徵表の取り扱いはたえず裁判官の裁量 (judicial discretion) が働くため  
 に、徵表は有罪判決の根拠にはしないということによって、有罪の証明から裁量を意識的に排除しようとするもので  
 ある。<sup>(22)</sup> 徵表をめぐる裁量において大きな役割を果たしているのは、いわば一種の算術、思考法なのである。拷問の根拠  
 となりうる徵表は学説によって真実らしい、信じられる、十分な徵表でなければならぬとされるが、このような徵  
 表は複数の徵表の加算によって取得できるという考え方である。ガンディーヌスは言う。ポデスタは、彼が幾つかの

異なった徴表を有するときは裁量によって拷問に進みうる、と。後世に知られる算術思考法<sup>(21)</sup>—この思考法の淵源は、遠く中世法学者の学説に遡ることができよう。どの徴表——推定とか、風評・噂とか、裁判所外の自白といった軽度の徴表——と、他のどの徴表とを加えれば真実らしい徴表となつて拷問の手續に進みうるかということは、裁量によって決まる。おそらくこうした裁量の余地がよく働くことで、「刑事司法の粗暴化」を助長した、犯罪対処の例として、とりわけ宗教的な犯罪——異端や魔術といった《最も憎むべき犯罪 (delicta atrocissima)》——が挙げられる。ここでは、罪を自供した異端者仲間の証言という、十分ならざる徴表に基づいて拷問の手續を進めるのが何ら異とされなかつた。バルドゥスですらも、こう述べている。《こうした犯罪について私は言った。異端という同じ事実にあるもう一人の同胞異端者の徴表 (indictum alierius eheretic) は、その限りで拷問を生じさせること。》

ガンディーヌスの学説をたどるうちに、もう一つ裁量が働くところがあつた。有罪判決にさいしてである。有罪の証明がまったく不可能というのではなく有罪の証明に何かしらの欠陥があるとき、この欠陥を補い、証明をもたらしうるのが有罪の《確信》としての、裁判官の裁量である。この考え方の基礎にもやはり算術思考法が潜んでいる。証人、また《疑いえない》徴表による証明はなくとも、何らかの徴表が存するとき、それら諸徴表の集積によって証明が可能となる、という見方がある。たとえ一つひとつは《疑いのある》徴表であれ、それらが積み重なれば《疑いえない》徴表となるこの考え方である。完全証明と半完全証明とを区別し、それらに「序列 (hierarchie)」（レイイ）を施し、半完全証明を複數加算することで完全証明が取得できるとする方法である。その意味では、推定とか風評とか、ましてや真実らしき徴表とかの諸指標は、一方では文字どおり徴表であると共に、他方では、半完全証明として、もしくは半完全証明に近いものとして、一人の証言による証明と並ぶ位置を与えられる。こう見なされることで、徴表と証明とは次第に分け難く、なつていく傾向が、でてくる。裁判官はこうした種々の半完全証明に基づいて有罪の《確

信》をえるならば、裁量によって完全証明の欠陥部分を補完しうるのである。

もちろん、ガンディーヌス自身は、有罪証明に僅かに瑕疵あるときに働く裁量に軽く触れるのみで、右のような算術思考法自体は彼の学説には明らかになかたちでは見いだされぬ。むしろ彼は、少なくとも有罪の判決については、こうした思考法に疑問を表明していたと見られる。しかし他方、同時代トーマス・デ・ピーペラータは、ガンディーヌスによれば、この思考法をとっていた。またガンディーヌス自身、複数の徴表が存するときは、裁量によって、人身罰に代えて金銭罰の有罪判決を下すことで少し処罰をするといった考え方に、必ずしもまったく無縁ではなかったように思われる。このように、徴表や不完全証明に働いた裁量の意義を考えていくと、次のような見解、すなわち『イタリア法学に範を求めて』<sup>(26)</sup> いる『カルル五世刑事裁判令』において「間接証拠が独自の意義づけを与えられない。」とする見解は、もう一度考え直して見る余地があるのではなからうか。

(3) こうして本稿は一つの結論に到達する。この結論は、ウルマンが拷問の時代を、イタリア注解学派の時代から、それが廃止されるに至るヴォルテルやベッカリアの時代へと見通す中で、十六世紀および十七世紀が転換期と捉えた点と関連する。ウルマンは言う。拷問はこの初期近世の時代に至って、酷烈残忍な用い方がなされるようになった。それは、中世の大学および法学説——拷問の人道主義的取り扱いを主張するところの——の権威が失われたこと、中世から近世にかけて変革期において、裁判官が、それまでは裁判官の裁量は法によって制限されていると考えられていたのが、このことをほとんど無視するようになったこと、という事情によっていた。<sup>(26)</sup> ウルマンのこの所論は、しかし、次の意味で再考を要するであろう。

一つは、徴表と拷問に関する中世法学者の学説は中世末期以後も影響力を失わず、『クラークシュピーゲル』から『カルル五世刑事裁判令』に至る諸作品や立法の中に引き継がれていたこと、もう一つは、中世法学者の学説は、

拷問に適する徴表の有無の判断において、また有罪への心証形成において裁判官の裁量が大きく働く余地があるのを認めていたことである。このように言えるならば、中世末期以後も中世法学者の学説が継承されていたのにもかかわらず拷問が酷烈残忍に用いられるようになったということは、中世法学者の学説そのものの中に、すでにそれに到る萌芽があったと考えねばならないであろう。この萌芽が萌芽にとどまることなく、芽を吹いてさらに発展していったとするならば、それは、学説自体とはほかの諸要素が学説に作用していった結果であり、この諸要素は、ウルマンがいみじくも語ったように、中世から近世にかけての時期が文化と権力形成のうえでの一つの変革期であったことの中に求められねばならないだろう。

## 注

- (一) E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*. 4. Aufl., 1963, 105; F. Schaffstein, *Tiberius De-cianus und seine Bedeutung für die Entstehung des Allgemeinen Rechts im Gemeinen deutschen Strafrecht*, in: ders., *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte u. zur Wissenschaftsgeschichte*, 1986, 203; M. A. v. Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, Bd. VI-1, 1874 (Ndr. 1959), 201-203; W. Engelmann, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 2. Aufl., 1965 (1. Aufl., 1895), 10-13; F. A. Biener, *Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses u. der Geschworenengerichte*, 1827 (Nachdr. 1965), 78-106.

- (二) W. Engelmann [1]: ders., *Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters*, in: *Festschrift f. Karl Binding zum 4. Juni 1911*, Bd. II, 1911 (Ndr. 1974), 387-610; G. Dahm, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, Berlin 1931.

- (3) E. Brunnenmeister, *Die Quellen der Bambergensis*, 1879.
- (4) R. Stintzing, *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland*, 1897, 388, 391. cf. H. Kantorowicz, *Leben und Schriften des Albertus Gandinus*, ZRG (RA) 44 (1924), 309.
- (5) Brunnenmeister [3], 166.
- (6) G. Köbler, *Der Statt Worms Reformation*, Gießen-Lahn 1985; W. Sellert/H. Rüping, *Studien-u. Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Bd. 1, 1989, 226 [nr. 18.] -227.
- (7) J. Kohler/W. Scheel, *Die bambergische Halsgerichtsordnung*, 1902 (Ndr. 1968).
- (8) Tengler, Ulrich: *Laienspiegel von rechtmässigen Ordnungen inn burgerlichen und peinlichen Regimenten*, Getru-  
ckt zu Strassburg, Durch W. Rihel und G. Messerschmidt, 1550, fol. CVIII verso: Zunn andern...
- (9) 田中 兼三『徳意志のローマ法』(田中兼三の龍之口) 戦後の法學史 J. H. Langbein, *Torture and the Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, 1977, 4-5.
- (10) Cynus de Pistoia, ad C. 4, 19, 23, no. 2, fol. 216 verso. *Commentarium in Codicem et Digestum vetus*, Franco-  
furti, 1578, in: W. Ullmann, *Reflections on Medieval Torture*, *Juridical Review* 56 (1944), 124 (n. 1).
- (11) Bartolus de Saxoferrato, ad D. 48, 18, 1. 22, no. 1, Bartoli interpretum iuris civilis coryphaei, in *tertium tomum Pandectarum, Digestum novum commentaria*, Basiliae: 1562 p. 901. cf. J. Kohler, *Beweis im Strafprozeß*, in: *Archiv f. Strafrecht u. Strafprozeß* 63 (1917), 71 (ex suspiciombus).
- (12) Lucas de Penna, ad C. 12, 50, 3, no. 13, *Commentaria in Tres Libros Codicis*, Lugduni, 1597, in: W. Ullmann, *The Medieval Idea of Law as represented by Lucas de Penna*, London 1946, 123 n. 5.
- (13) Ullmann [10], 135 n. 3 (Johannes de Imola: [Commentarius zum Infortiatum und Digestum novum, ed. Lugd., 1549]).

- (14) H. Hälschner, Das preussische Strafrecht, 1. Teil, 1855 (Ndr. 1975), 83-84. cf. Brunnenmeister [3], 213.
- (15) H. U. Kantorowicz, Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik, II : Die Theorie. Kritische Ausgabe des Tractatus de Maleficiis nebst textkritischer Einleitung, 1926.
- (16) Guido de Suzaria : Von peinlichen Fragen : wie ein Richter/Vogt/Schultheiß/oder andere Amtspersonen, darinnen verfahren sollen/darmit man jme nicht zuuil oder zu wenig thue/guidonis de Susaria/Item auß dem vierdten Buch Grillandi/auffs kurzest verfasst/vmd jetzo gemeinen nutz/vnd sonderlich den Gerichtsheltern zum besten verdeutsch/durch Georgium Lauterbocken/Gedruckt zu Nürnberg : Durch Dietrich Gerlach, 1574.
- (17) Bartolus de Saxoferrato, Tractatus de questionibus, in : J. Kohler, Zweikampf, Foller und Kronzeugnis in den italienischen Stadtrechten, in : Archiv für Strafrecht und Strafprozeß 56 (Jahrg. 1909), 11-12. ヘルムルスな書籍のなかのなかのなかの註釋ななかのなかのなかの F. C. v. Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. 6, 2. Aufl., 1850(Ndr. 1961), 176 Anm. e).
- (18) J. Ph. Lévy, La hiérarchie des preuves dans le droit savant ou moyen-age depuis la Renaissance du Droit Romain jusqu' à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle, 1939, 7. 土口純監「ジャン・トベニント・ドゥヤ」『中世法學』のなかの註釋の系列』(1)『法學叢書』十一の二(一九八八)八八頁。
- (19) W. Ullmann [10] : [12]. 444 Medieval Principles of Evidence, in : The Law Quarterly Review 62 (1946) ; Some Medieval Principles of Criminal Procedure, in : Juridical Review 59 (1947).
- (20) cf. W. Engelmann, Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre, 1938, 237-38. 稿造「中世イタリア法學史抄(下)」『法學叢書』五号(一九九二)二一九頁。表記二人の『犯罪論』がドイツにおこつた書を扱つて用いられた点にこそ Brunnenmeister [3], 208, 212 : L. v. Bar, Geschichte des Deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien, 1882 (Ndr. 1974), 116 (n. 461).

- (17) G. Salvioi, Storia della procedura civile e criminale, in : Pasquale del Giudice, Storia diritto italiano, vol. III-2, 1927 (Ndr. 1969), 460 f., 477 f.
- (22) P. Fiorelli, La tortura giudiziaria nel diritto comune, I, Roma 1953.
- (23) 上の書に (cf. Ch. U. Schminck, Gaudinus, in : HRG I [1964/71] 1379) の註を引いて、この書は Kantorowicz [4], 305 以下の「田圃的編纂的」性格を指摘したことだけを紹介してはいない。なお、この問題については、匿名作品『禁証論』(Tractatus de tormentis) (一一三三/一八六) が『犯罪論』の血をなごらぬ点について R. C. van Caenegem, Methods of Proof in Western Medieval Law, in : ders., Legal History : A European Perspective, 1991, 99 n. 103; H. Kantorowicz, Studien zum altitalienischen Strafprozeß, in : Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw., 44 (1924), 118.
- (24) 右引 W. Ullmann [10] の論稿は、拷問法の分野でローマ法学者が被告保護のためにどのような学説を展開して来たのかを主たるテーマにしたものでもある。同様の観点から、異端の罪に問われた被告について中世カノン法学者が示した学説を取りもったのが、回し書『The Defence of the Accused in the Medieval Inquisition, in : The Irish Ecclesiastical Record LXXIII, 1950, in : W. Ullmann, Law and Jurisdiction in the Middle Ages, 1988, Nr. XV の 46 の 2 以下の姉妹編で知られる。
- (25) Kantorowicz [15], I : Die Praxis, 1907 (Ndr. 1978), p. VII-III.
- (26) cf. S. Kutner, ZRG (GA) 52 (1932), 552 (aber im wesentlichen).
- (27) やつぱら「ついに」は、拷問の一端を記述した J. Kohler/G. degli Azzì, Das Florentiner Strafrecht des XIV. Jahrhunderts mit einem Anhang über den Strafprozess der italienischen Statuten, o. J. [1909] の 46 の cf. Kutner [26], 551 f.
- (28) cf. R. Lieberwirth, Die Aufnahme der Folter in das mittelalterlich-deutsche Strafrecht, in : Wissenschaftliche



Zeitschrift der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Ges. -Sprachw. VI/5 (1957), 892; Langbein [9], 3.

- (2) Gardinus [15], 156-57 nr.6. cf. Fiorelli [22], 188(n. 35). 『ドレ・カンネーヌスの見解の引用はヤベツ・ Kantorowicz [15] 刊本249°。』

- (3) Lucas, ad C. 12, 49, 1, no. 3, in: Ullmann [12], 160 (n. 1).

- (4) Wilhelm Durantis, Speculum iudiciale, Tomus 2, Basel 1574 (Aalen 1975), p. 7: Veruntamen cum in capitalibus et atrocioribus...

- (5) Cynus, ad C. 9, 41, 18, no. 2, fol. 565, in: Ullmann [10], 127 (n. 4).

- (6) Bartolus, ad D. 48, 18, 8, no. 1, Bartoli interpretum [11], p. 892.

- (7) Baldus de Ubaldis, ad C. 9, 41, 8, no. 3, Baldus de Ubaldis Commentaria in VII. III. IX. X. et XI. Codicis Libros, Venetiis: 1599, fol. 231. cf. H. Lange, Die Consilien des Baldus de Ubaldis († 1440), 1974, 46 (Ein voll Überführter).

- (8) Gardinus, 159 nr. 12 (n. 1~3).

- (9) cf. Gardinus, 94 nr. 1 (n. 71~74). 徴表を『疑うものある徴表 (dubitata indicia)』——これに基ては、拷問はでかき——と『疑うえない徴表 (indubitata i.)』とに分類するのは、ガンディーヌスの主要な学説の一つである。後年バルドゥスも、疑いのない徴表は、『それから』他の「証明方法たる」拷問なくしても有罪判決に至りうる『徴表と述べる。

Baldus, ad C. 9, 41, 8, in: Kohler [11], 71 (zu c. 8 de quaest.). なお、本文にいう「これら三種の有罪立証方法は次のように勅法類集に見えるものである (C. 4, 19, 25)」。『すべての原告は次のことを知るべし。かのような事件は公的裁判に付するためにみずから訴えねばならない。この裁判においてかの事件は、適確な証人たちによって証明され、最も明瞭な文書によって教示をえなければならぬ。あるいは、証明にとって疑いえない諸徴表で、昼間の光よりも明らかな諸徴表によって説き明かされねばならない。』

- (37) Brunnenmeister [3], 165 (Merk wann in den schwœeren vnd grossen sünden....).
- (38) Latenspiegel [8], fol. CVIII verso : zum ersten/wenn....
- (39) Summa Azonis, Lugduni 1540, fol. 236 (Questioni autem habite....).
- (40) Hälscher [14], 76 Anm. 4. cf. F. A. Biener [11], 79 Anm. 2.
- (41) Brunnenmeister [3], 166 : ein velent sorgfellig ding....
- (42) Gandinus, 157 nr. 7 (n. 2), nr. 8 u. 9. Kartorowicz [23], 119 以下は『拷問論』(前注23)が聖職者への拷問を禁じたのに、教会の諸特権に好意的であったガンディーヌスは、これをわざと書き落とした。
- (43) Gandinus, 159 nr. 12 (n. 4, 5).
- (44) Statutum potestatis comunis Bononie, in : H. U. Kartorowicz [23], 115. 以下 G. Dahm, Untersuchungen zur Verfassungs- und Strafrechtsgeschichte der italienischen Stadt im Mittelalter, 1941, 37 (Anm. 5), 35 (Anm. 6) 以下は、ボローニャで——この都市に限られないが——拷問がより仮借なく適用されたのは、平民ではなくむしろ貴族にたいしてであり、後述(後注[40]以下該当本文参照)の審問の手続はまず貴族に向けて行使された。ダムムによれば、これは、イタリアの都市国家において、法学的思考それ自体が「政治的なもの」にもよって刻印つけられていた例証の一つであった(「法に対する政治的なるものの優位」)。Dahm, *ibid.*, 8-9.
- (45) Bartolus, ad D. 48, 5, 2, no. 9, in : Ullmann, *Some Medieval Principles* [19], 21 n. 1.
- (46) Bartolus, ad D. 48, 18, 1 (§ qui quæstionem), n. 1, Bartoli interpretum [11], p. 889. cf. ad D. 48, 18, 22, no. 2 : de maleficio fit inquisitio generalis, non contra certam personam. no. 9 : indicia habita super inquisitione generalis, non præiudicant reo, contra quem fit inquisitio specialis, si repetantur. p. 901. ただし証人が「一般」特別証人にすぎないことも拷問に付かれよう。ad D. 48, 18, 22, no. 4.
- (47) Baldus, ad D. 22, 5, 3 (Sed et divi), no. 15, Baldus de Ubaldis Commentaria in secundam Digesti Veteris par-

ten, Venetius 1599, fol. 180. この問題について、一般に、米山耕三「カロリナの刑事手続——近代的刑事司法の礎——」

『法学研究』（一橋大学）九（一九七五）一八八頁以下参照。

(48) Cynus, ad C. 9, 41, 18, no. 6, fol. 565, in: Ullmann [10], 134 n. 2.

(49) Gandinus, 167 nr. 26 (n. 2).

(50) Gandinus, 166-67 nr. 24. 中世法識証法論において、証明程度の区分として、『完全証明 (plena probatio)』と『半完全証明 (semiplena p.)』との区分は、よく論議された。バルトウスは、半完全証明は立証にとつて十分ならず、とする見解を示した。H. Lange [34], 46 (Ann. 236).

(51) 以下 Gandinus, 161 nr. 15.

(52) Durantius [31], p. 7 nr. 24 (Vbi autem confessio fit sine metu, vel tormentis...).

(53) Guido de Suzaria [16], fol. XI verso.

(54) Cynus, ad C. 9, 41, 18, no. 6, fol. 565, in: Ullmann [10], 134 n. 3.

(55) これが確認されたのは、Lévy [8], 56 (n. 13). 上口語 (一) 『南山法學』十二の二・三、四一頁。

(56) Guido de Suzaria [16], fol. XI verso: die beharrung nicht von noten.

(57) E. v. Moeller, Juris Clarus aus Alessandria der Kriminalist des 16. Jahrhunderts, der Rat Philipps II. 1525-1575, 1911 (Ndr. 1977), 165: Doch muß ein Tag...

(58) Guido de Suzaria [16], fol. XI verso (alte vnd neue Scribenten).

(59) Brunnenmeister [3], 167 (ortus debet quiescere saltem...).

(60) Bartolus, ad D. 48, 18, 1 (s. Divus), no. 3. Bartoli interpretum [11], p. 888.

(61) Gandinus, 169 nr. 29.

(62) Gandinus, 92-93 nr. 1 (n. 46, 47).

- (63) cf. Franciscus Brunus, *Tractatus de iudiciis et tortura*, P. 1. qu. 3. n. 14: *Aliud est iudicium generale super quolibet delicto, quando quis extra iudicium confitetur se commisisse crimen illud*, in: Brunnemeister [3], 227.
- (64) Clarus, Julius, *Practica Criminalis sive Sententiarum Receptarum Libel V. 8: Finalis*, in: Iulii Clari Opera omnia, sive, *Practica civilis atque criminalis*, Venetis: Ex typographia Barettiana, 1640, p. 270 no. 36 (*Quinimo si reus iterum positus in tormentis...*).
- (65) Bartolus, ad D. 48, 18, 22, no. 1, *Bartoli interpretum* [11], p. 901. また彼はつらぬくべし。《しかし》拷問の実施に よつて真実が発見されなかったときは、私は彼〔被告〕を釈放した。そしてこのことを記録に (in actis) 書かせた。》cf. Kohler [11], 71.
- (66) Bartolus, *Tractatus de questionibus*, in: Kohler [17], 11, ad D. 48, 18, 22, no. 1, p. 901: *tortura habita cum moderamine*.
- (67) Gandinus, 156 nr. 5 (n. 1).
- (68) Gómez, Antonio, *Commentariorum, variarumque resolutionum juris civilis communis et regii, tomii tres*, Venetiis 1575, Tom. III: *De delictis*, cap. 13, no. 5, fol. 372 recto.
- (69) Durantius [31], p. 7 nr. 24 (*Et sunt humaniter per iudicem moderanda...*).
- (70) Guido de Suzaria [16], fol. VIII/VII verso.
- (71) Gandinus, 156 nr. 1.
- (72) Albericus de Rosciate, ad C. 9, 41. Rubrica n. 8, *Commentaria in Digestum vetus, Infortiatum, Digestum novum*, Codicem, Venetiis, 1585, in: Ullmann [10], 135 n. 5.
- (73) Bartolus, *Tractatus de questionibus*, in: Kohler [7], 11. ベルドゥスも、再度の拷問には新しい《明瞭な証拠 (argumenta evidētia)》を添えよと、Lange [34], 46 (n. 241).

- (74) Gardinus, 164 nr. 20 (n. 3). バルトゥスも C. 9, 41, 8 について述べる。《被拷問者は、新しい徴表なくしてただの一回なりでも拷問に付されるかどうか。…オズフレドゥスとチーノは、被拷問者が十分拷問に付されているのであるなら、否と答へ。》Kohler [11], 74.
- (75) Gardinus, 164 nr. 20 (n. 4~6).
- (76) Gardinus, 175 nr. 38 : *Nam secundum iura...*
- (77) バルトゥスは C. 9, 41, 8 の注釈において『何びとかが「新たな徴表なくして」繰り返して拷問に付され、その結果死ぬべきは、拷問者はあたかも殺人者として処罰される』と答へている。Kohler [11], 74.
- (78) Gómez, *Commentariorum* [68], tom. III, cap. 13, n. 5, fol. 372 recto.
- (79) Gardinus, 156 nr. 4 : *fortius in fortitudine corporis animique duraverit.*
- (80) Gardinus, 164 nr. 20 (n. 7).
- (81) Gardinus, 164-65 nr. 21 (n. 1, 2).
- (82) Gardinus, 159 nr. 13 (n. 1~4).
- (83) Bartolus, *Tractatus de quaestionibus*, in : Kohler [17], 11.
- (84) Gardinus, 156 nr. 3.
- (85) Baldus, *Consilia*, Lugduni, 1548, vol. III, cons. 78, no. 2, fol. 16 verso, in : Ullmann [10], 128 (n. 4).
- (86) Baldus, ad C. 9, 41, 8, Rubrica, *Commentaria* [34], fol. 231 (*Milites etiam veterani...*) のなかの徴表は《先行してける (praecedere)》必要があり、したがってバルドゥスによれば、まず拷問をおこなってにおいて「後から」徴表をとりかかるといったのは適法な拷問ではない。Lange [34], 46 (n. 243).
- (87) Bartolus, ad D. 48, 18, 10 (plurium), *Bartoli interpretum* [11], p. 893 (*Omnia ista indicia faciunt*).
- (88) Gardinus, 160 nr. 14 (n. 5).

- (8) Bartolus, Tractatus [17], p. 11 : Possumus tamen indicibus doctrinam taln tradere... Nam indicia sunt aliis probationibus proxima...
- (9) Gandinus, 156 nr. 13 (n. 5, 6).
- (10) Guido de Suzaria [16], fol. VIII verso, nr. 5 : so oft nit strecken vnd aussziehen lasse als sein anklager sucht haben will.
- (11) Gandinus, 163 nr. 18.
- (12) Gandinus, 164 nr. 19 (n. 2, 3, 4, 5).
- (13) Gandinus, 159-60 nr. 14 (n. 2~4).
- (14) Guido de Suzaria [16], fol. X verso.
- (15) Ullmann [10], 129 (Jacobus Butrigarius : In materia indiciorum non potest dari certa doctrina).
- (16) Bartolus, ad D. 48, 18, 22, no. 5 : Veniam ad indicia specialia...
- (17) Laienspiegel [8], fol. CVIII verso : Aber von solchen indicia/ist mßglich gewisse regeln zu setzen.
- (18) Gandinus, 158 nr. 10.
- (19) カノン法における、異端被疑者の身分(君侯、聖職者、修道僧、貴族、紳士者、哲学者、平民 plebei) や性別の相違に注意が払われてゐる。Ullmann [24], 485 (Graves et sapientes : humiliores et fragiliores).
- (20) Gandinus, 160 nr. 14 (n. 12, 13). cf. Bartolus, Tractatus [17], p. 12 : Item considerentur loca, in quibus conversatur : quia secundum locorum varietatem varia colligitur coniectura.
- (21) Gandinus, 156 nr. 2.
- (22) Gandinus, 160 nr. 14 (n. 6).
- (23) Baldus, ad C. 4, 19, 25, no. 1, Baldus de Ubaldis Commentaria in quartum et quintum Codicis lib., Venetiis :

Apud Iuntas, 1572, fol. 53 verso. cf. Lange [34], 46 (n. 235).

(㉑) Lévy [18], 21. 十口駮尺十口

(㉒) Baldus, ad C. 1, 3, 8, no. 4, Baldus de Ubaldis Commentaria in I. II. et III. Codicis Libros, Venetiis 1599, fol. 37 verso : forma iuramenti testis.

(㉓) Cynus, ad C. 4, 19, 23, no. 1, fol. 216 verso ; ad C. 4, 20 rubrica, fol. 217, in : Ullmann [19], Evidence, 84 (n. 57).

(㉔) Bartolus, ad C. 9, 42, 2, no. 2, Bartolus a Saxoferrato in secundam Codicis partem, Venetiis : Apud L. A. Iun-  
tam, 1567, fol. 149 : Secundo nota, quod licet pars accusationi renuntiet...

(㉕) Bartolus, ad D. 48, 5, 2 (si publico), no. 15, Bartoli interpretum [11], p. 827 : qualibet criminali causa...

(㉖) Lucas, ad C. 11, 65, 4, no. 7, in : Ullmann [12], 125 (n. 4).

(㉗) Lucas, ad C. 10, 31, 33, no. 52, in : Ullmann [12], 124 n. 7.

(㉘) Baldus, ad D. 22, 5, 3 no. 1, Commentaria in Digestum vetus, Infortiatum, Digestum novum, Codicem, Venetiis, 1616, fol. 182, in : Ullmann [19], Evidence, 85 n. 65.

(㉙) Baldus, ad D. 22, 5, 3 (§ Tu magis) no 2, Commentaria [47], fol. 179 verso : An autem testis possit deponere  
testimonium in scriptis ?

(㉚) Paulus Castrensis, ad C. 2, 59, 1, no. 7, Commentaria in Codicem, Venetiis, 1594, fol. 107, in : Ullmann [10],  
129 (n. 3).

(㉛) Latenspiegel [8], fol. CVIII verso : Vnd wie wol man die warheit mit zweien zeugen beweisen.

(㉜) Bartolus, ad D. 48, 18, 22, no. 7 : vnus testis integer, qui deponit de maleficio ipso, facit iudicium.

(㉝) Bartolus, ad D. 22, 5, 3, in : Digestum Vetus. Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Primus, Lugduni : 1599, col.

1712.

- (11) Ullmann [12], 124 (n. 7).
- (11) Baldus, ad D. 22. 5. 3 (§ Tu magis) no. 1, Commentaria [47], fol. 179 verso.
- (12) Baldus, ad C. 4. 20. 18. no. 29, Commentaria [104], fol. 62 : vbi considerandum est primum, quod de fide argu-  
mentorum...
- (12) Baldus, ad C. 4. 20. 18. no. 30, Commentaria [104], fol. 62.
- (12) ヘルマン・ユルマンの「裁判官の職や一般的義務は、真実の探求より衡平 aequitas の顯露とすべきだ。」N. Horn,  
Aequitas in den Lehren des Baldus, 1968, 140 (Anm. 47). 裁判官の職權 officium iudicis——それは iurisdicchio の  
より一般的なものである——が、裁判官の職權權が、真実の発見の思考に關係してより重要である。
- (12) Lucas, ad C. 11. 47. 7. no. 23, in : Ullmann [12], 124 n. 3.
- (12) Gardinus, 160 nr. 14 (n. 7, 8).
- (12) Guido de Suzaria [16], fol. X verso.
- (12) Gardinus, 160 nr. 14 (n. 9~11). cf. Guido de Suzaria [16], fol. X verso : Also das auch wol fromme leut/durch  
bose gesellschaft verfurt vnd böß gemacht werden.
- (12) Guido de Suzaria [16], fol. X verso : Wie dann auch Aristo. sagt.
- (12) Bartolus, Tractatus de quaest., in : Kohler [17], 11.
- (12) 拙著「Nocius Terrae の賦税について——十一—十三世紀の立法例から——」(二)『熊本法学』六八(一九九一)一  
四九頁。
- (13) Gardinus, 41 nr. 8 (n. 2).
- (13) Gardinus, 160 nr. 14 (n. 14).



説

論

- (132) Bartolus, Tractatus de quaest., in : Kohler [17], 12.
- (133) Gandinus, 51, Zl. 15-19.
- (134) Lévy [18], 38 (n. 33). 上口訳 一五頁。
- (135) Gandinus, 51 nr. 1 (n. 1).
- (136) Gandinus, 55 nr. 2.
- (137) Gandinus, 99 nr. 1.
- (138) Gandinus, 105 nr. 13.
- (139) Gandinus, 99, nr. 1. 風評「世評」噂の序列たごうと Lévy [18], 114 (n. 33). 上掲「上口訳(四)『南山法學』十三の  
一(一九八九)一六頁。
- (140) Cynus, ad C. 9, 7, n. 5, fol. 537 verso, in : Ullmann [19], Some Medieval Principles, 13 n. 2.
- (141) Lévy [18], 116 (n. 54) (上口訳前注(139)一八頁)によれば、学説は不信の目で見られた風評が、実務においてはそれが職権的手続を進めるのに恰好の契機であったため、よく用いられた。これはしかし、以下本文で例示するように、  
でこの学説がおうごあてはまった。
- (142) Baldus, ad C. 9, 2, 7, no. 36 [1], Commentaria [34], fol. 209 verso (Breviter veritas).
- (143) 拙稿(前注129)一五八頁。
- (144) Gandinus, 38 nr. 3 (n. 3).
- (145) Statutum potestatis communis Bononie, in : Kantorowicz [23], 110-11.
- (146) Gandinus, 38 nr. 3, Zl. 20 : In primis enim est necessarium...
- (147) Bartolus, ad D. 48, 18, 22, no. 2 : sicut fama est sufficiens, ut possit specialiter inquireri contra aliquem, ...ita fama de maleficio est sufficiens, ut possit de maleficio fieri inquisitio generalis.

- (148) Gardinus, 41 nr. 8. 証人で重要なのはその数よりはその質であるというのがバルトルスの見解である。ad D. 22, 5, 21, no. 1 : *statum enim potius dignitati quam numero...*, in : *Digestum Vetus* [116], col. 1719.
- (149) Bartolus, ad D. 48, 18, 1. 22 : *an is, contra quem inquiritur, est homo malae conditionis et famae, quae fama sumpsit originem non a malevolis, sed providis viris...* Brunnenmeister [3], 227.
- (150) Bartolus, ad D. 48, 18, 1. 22, no. 22, Bartoli interpretum [11], p. 894. cf. ad D. 48, 18, 1. 10, § tormenta, no. 22 (p. 893) : *testis qui dicit quod est publica uox, quia audiuit publice dici, non probat, quia debet dicere a maiori parte hominum civitatis.*
- (151) cf. Bartolus, ad D. 48, 18, 1. 10, § tormenta, no. 19 (p. 893). 《風評は、次のように証明される。人々の大多数がこのような「被告に風評がたっている」と述べていることを聞いたと、大多数の人々、あるいは隣人が語っている、というように二名の証人が陳述することによつて。》
- (152) Baldus, ad C. 4, 20, 14, no. 30, Commentaria [104], fol. 62 : *Sed in quarto pondera...*
- (153) Clarus [64], p. 207 : qu. 6, no. 17.
- (154) Bartolus, ad D. 48, 18, 22, no. 16, Bartoli interpretum [11], p. 894. cf. ad 48, 18, 1. 10, § tormenta, no. 18 (p. 893) : 《疑惑が先行して存在してゐなければ、風評は民衆の空虚な声 (*vana uox populi*) と呼ばれる。》
- (155) Lévy [18], 116. 上口訳 (前注139) (四) 一七八頁。
- (156) Gardinus, 41 nr. 8 (n. 1).
- (157) Bartolus, ad D. 48, 18, 1. 10 § tormenta, no. 20 (p. 893). この点について一般に、米山論文 (前注47) 一八五頁以下参照。
- (158) Gardinus, 69 nr. 1 (n. 3). 拙稿 (前注129) (三・完) 『熊本法学』六九 (一九九一) 一五〇頁 (注三〇〇) も参照。
- (159) Gardinus, 70 nr. 1 (n. 4~7).

- (160) Kantorowicz [23], 103 (Ann. 30).
- (161) Bartolus, ad D, 48, 18, 10, §. Tormenta, no. 26, 28, Bartoli interpretum [11], p. 893.
- (162) Gandinus, 176 nr. 38 (n. 12).
- (163) Ullmann [10], 131 n. 3; Baldus [85], cons. 77, no. 15, fol. 16.
- (164) Gandinus, 175 nr. 36 (n. 19, 20).
- (165) Ullmann [10], 131 n. 3; Castrensis [114], ad C. 4, 19, 4, n. 7, fol. 180 verso. なお、このローマ法との関連でカノン法にどうして註文がなされたか、については Horn [22], 135 (Ann. 13) にみれば、カノン法は裁判官に裁量の余地を広範囲に認めた。これは、やはり迅速なより簡素な手続の創設というカノン訴訟制度の改革によって、裁判官の権限が大きくなったことと関係するであろう。むしろ、ローマ法とは異なり、カノン法が風評に半完全証明の地位を与えるのは、このことに関係していると思われる。
- (166) Gandinus, 174 nr. 36 (n. 6).
- (167) Guido de Suzaria [16], fol. XIX : Aber das gegenspiel ist war….
- (168) Guido de Suzaria [16], fol. XIX verso : vnd wenn ein ander Indicium fürfelt….
- (169) Guido de Suzaria [16], fol. XIX verso : Item/wenn einer geschlagen/oder gar vmbgebracht wer….
- (170) Gandinus, 160-61 nr. 14 (n. 15).
- (171) Bartolus, Tractatus de quaest., [17], p. 12 : Ex gestis enim preteritis vite metimur presentiam.
- (172) Bartolus, Tractatus de quaest., [17], p. 12 : Item testes recipiat …loci….
- (173) Bartolus, Tractatus de quaest., [17], p. 12 : Ex multis allegationibus….
- (174) Baldus, ad C. 4, 19, 25, no. 3, Commentaria [104], fol. 53 verso : Et ex quo ista sunt indubitata legi….
- (175) Bartholomaeus Salicetus, ad C. 2, 22, 4, no. 2, Commentaria in Digestum vetus et Codicem, Venetius, 1574, fol.

- 180 verso, in : Ullmann [10], 132 n. 1.
- (176) Bartolus, ad D. 48, 18, 22, no. 6, Bartoli interpretum [11], p. 901.
- (177) Gandinus, 93 nr. 1 (n. 56-60).
- (178) Lévy [18], 115 (n. 42). 上掲 上口訳 (前注139) (四) 一二七頁。
- (179) Gandinus, 94 nr. 1 (n. 61, 63).
- (180) Gandinus, 93 nr. 1 (n. 50).
- (181) Lucas, ad C. 11, 65, 4, no. 6, in : Ullmann [12], 125 n. 5.
- (182) Guido de Suzaria [16], fol. XI verso : vnd ist nicht wunder...
- (182 a) Gómez, Commentariorum [68], T. III, cap. XII, no. 25, fol. 368 verso.
- (183) 後代クラールスは《糾問の方法によって手続を進める》ことを、こう定式化する。《裁判官が自らの手で、そして彼の職権によって、犯罪者に対処するために諸知識 (informationes) をとりよせ、彼「犯罪者」にたいして手続を進める》ことと (Clarus [64], p. 194 : qu. 3, vers. 1)。<sup>9</sup> このような《諸知識》に属するものとしては、ガンディーヌスの言葉を借りれば、犯罪者が生活をおこなっていた場所、犯罪が起きた場所 (locus) 犯罪そのものの状況 (circumstantiae)、犯罪者の境遇や性格 (condicio et qualitas) をめぐる知識がある (Gandinus, 37 nr. 2 [n. 5, 6])。ガンディーヌスの見解は、こうした生活現場や犯罪現場においてこそ、犯罪の状況や犯罪者の境遇・性格をめぐる《犯罪の真実》がよく発見できるといふのであり、現場における探求もまた、《より大きな用心が必要とされる》所以の一つと考えられているのであろう。
- (184) 刑事事件と裁量とは密接な関係にあったことについては、森征一「中世イタリアの都市コミュニネと条例制定権 (insigne iurandi) 理論 (三)」『法学研究』四九の十、五五頁が条例に関して次のように述べているところが参照されよう。例えばはポローニアの一二五五年、一二八八年の条例に示されているように (森、右掲論文 (二) 同四九の九、四六頁および、四七一四八頁参照)、幾つかの都市条例には「常に刑事事件に関して、裁判官の arbitrium, すなわち自由裁量 (権) が適用法源

として採用されている。」裁量は、「条例編纂者がローマ法の適用を避けるために用いた手段である。」

(185) Gardinus, 93 nr. 1 (n. 53-55).

(186) Gardinus, 94 nr. 1 (n. 53) : Lucas, ad C. 10, 69, 2, no. 13, in : Ullmann [12], 125 n. 6.

(187) しかし、中世法学者、少なくともガンディーヌスが、学説類集のこの命題 (*scilicet enim esse impunitum reitiqui facinus nocentis quam innocentem damnari*) を、<sup>△</sup>疑わしいときは、すなわち有罪無罪いずれかの判定を下し難いときは、被告人の有利に△の意味で理解したのではないであろう。というわけは、その命題は、学説類集のもう一つの命題——刑罰の緩和 (*Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius quam asperandae*) ——と繋げられて主張されているからである。ローラーにちなむ (Kohler [11], 71 [Personenstrafe])、ガンディーヌスは、次のような確信がポローニアその他の都市で広まっていると述べたという。「たんなる徴表に基づいては、人身刑を宣告することは許されないが、ただ罰金刑ならば許される。」米山前掲論文 (前注47) 二六〇頁の言葉を借りれば、「強い嫌疑のある者を無罪放免にする」とには、もはや耐えられない。かくて、正規の刑罰よりは軽い刑罰を科する」というわけである。

(188) 拙稿「告訴手続と糾問手続——継受立法の時代における——」『熊本法学』七一(一九九二)一〇一頁。なお、Ullmann [24], 486によると、無罪の推定の思想は、ガンディーヌスと同時代、十三世紀末期のカノン法学者 Johannes Monachus (Jean le Moine) が、次のような明瞭な言葉で述べていた。《有罪が証明できなければ無罪と推測されるべし。法は断罪する」とよりも釈放することの方を促している (Quilibet praesumitur innocens, nisi probetur nocens : et jus est promptus ad absolvendum quam ad condemnandum)》

(189) バルドゥスによれば、*officium iudicis* の内容はたえず変わらうるし、余すことなく論じつくしえないため、固定できない。したがって、裁判官の職権は常に *arbitrium* と結びつかざるをえない。ただ、裁量の行使は *aequitas* に基づいていなければならない。Horn [122], 137 (Ann. 26).

(190) 前注 (66) (99) (108) の、また後注 (195) の該当本文参照。

- (161) Baldus, ad C. 1. 3. 8, n. 8, *Commentaria* [106], fol. 37 verso : *Iuxta primam expositivnem quaero...*
- (162) Baldus, ad C. 4. 20. 15, n. 4, *Commentaria* [104], fol. 63 : *Not. mirabilem tex. quod in examinandis testibus...*
- (163) Baldus, ad D. 22. 5, *Rubrica*, no. 1, *Commentaria* [47], fol. 178 verso : *Nota quod ad officium iudicis spectat...*
- (164) Bartolus, ad D. 48. 5. 2 (*Si publico*) no. 15, *Bartoli interpretum* [11], p. 827 : *Vherus quaero, utrum inquisitione...*
- (195) Gómez, *Commentariorum* [68], tom. III, cap. 13, no. 22, fol. 378 verso.
- (196) Gandinus, 175 nr. 38→176 nr. 38 (n. 1→11).
- (197) Gandinus, 176 nr. 38 (n. 12→15). 証人は『あらゆる異議に超越してつらぬ (omni exceptione maiores)』必要がある、とガンビーヌスはうろたえているが、この点についてバルドウスはこう考へる。あらゆる異議に超越しているのなら、そのかぎりではただ一人の証人の証言でも十分である、と。Lange [34], 46 (Ann. 237).
- (198) K. W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit : Index secundum allegata non secundum conscientiam iudicial*, München 1967.
- (199) Gandinus, 98-98 nr. 11-12.
- (200) Lucas, ad C. 10. 69. 2, no. 10, in : Ullmann [12], 128 n. 4.
- (201) Lucas, ad C. 10. 69. 2, no. 10, in : Ullmann [12], 129 n. 1.
- (202) Ullmann [12], 160 (The depth of his humanity).
- (203) Langbein [9], 4.
- (204) Dahm [2], 46. また、法学者と法実務との関連や、裁判官職に就いた法学者たちの例は、森前掲(前注184)(二)『法学研究』四九の九(二五頁以下)、および(三)四九の十(六七頁を参照)。
- (205) 近藤恒一『ペトラルカ研究』(一九八四)三二六、三二四頁によれば、ローマ法に絶対の信頼を置いて創造的活動をおこ

なった注釈学派にたいして、法学における弁証学派（スコラ学派）たる注解学派は、「ローマ法から心理的にいちおう離れており、それをひやかに批判分析しうるような心理的地盤」のうえに立っていて、他方では「実際の問題、つまり法律の実際の適用の問題に強い関心をしめす。」

(206) Gandinus, 173 nr. 35.

(207) これに関して、近藤前掲書三二六頁の注目すべき発言を参照。注解学派の法学者たちは、注釈学派の人たちとは異なり、「ローマ法と現実生活とのあいだに不一致が生じた場合に譲歩すべきは現実生活のほうだと、もはや考えない。むしろ：ローマはどこまで利用されうるかが問われる。」

(208) Lange [34], 46 (n. 242).

(209) 森論文（三）（前注184）五五頁（慣習法は、条例の欠缺を補充する法源すべてのなかで、その性質上、条例との完全な同質性を有していた。）。

(210) 森征一「解釈の学としての中世ローマ法学の基本思想」、『法学研究』六二の十二（一九八九）一四六頁（普通法と都市条例との調和）を参照。

(211) これは、戒能通孝『法廷技術』（一九六二）二六三頁から次の示唆を受けたことによる。「西洋における証拠法の歴史において、ともかく予断ぬきで裁判が行われたと解釈できるのは、皮肉にも神判がまだ通用していた時代であった。」

(212) Langbein [9], 6 によると、一二二五年第四回ラテラン公会議において聖職者が神判に関わるのを禁止した出来事は、証拠法に基本的な変化をもたらさざるをえなかったのみならず、法や統治の観念にも深刻な影響をおよぼすことになったが、ともあれ、法定証拠制度はこの神判に代わるものとして登場した。

(213) 拙稿（前注188）八一頁、また『比較法史研究』一（一九九二）所収、拙文書評一七〇頁上段参照。M. Foucault, *Uebachen und Strafen. Die Geburt des Gefangnisses, Übersetzt von W. Seifert, 1976, 50*（証拠を完全証拠、半完全証拠、不完全でありあまり価値のない徴表といったように分けるのは、「たんに理論的な穿鑿のみが問題となっていないのではなく、

むしろ実際上の機能を有している。」その一つに「これらのさまざまの証拠は「一定の計算規則に基づいて相互に組み合わせられる」ことができるのである。」。フーコー（田村椒訳）『監獄の誕生——監視と処罰——』（一九八二）四一頁下段を参照。  
 (214) Lange [34], 47 (n. 247). 普通の場合には「犯罪の容疑にある者の証言は、証明にとって十分ではなかった。Lange [34], 46 (Ann. 238).

(215) 米山論文（前注47）二六〇頁。

(216) Ullmann [10], 136-7. ウルマンはこの他ならぬ十六、十七世紀について具体的なことは何も示していないが、さしあたって、同時代人ヨハン・ブルネマン（†1672）が、「拷問に関しては多くの濫用が見られる。例えば、とりわけ魔女事件において、多数の者に対して拷問が自白がなされるまで行われ」云々と記しているのが参考となる（上口裕「ヨハン・ブルネマン」『紀問手続論』（二六四八年）（八・完）『南山法學』一〇の四（一九八七）八六頁）。

[SUMMARY OF CONTENTS : Die Lehre der mittelalterlichen italienischen Juristen von Indizien und Folter.

Eine verständige Skepsis, die gegenüber der Folter, mit der das Geständnis erpreßt wurde, auf der Grundlage des Corpus juris Albertus Gandinus und die Postglossatoren des 14. Jahrhunderts hatten, führte zur Ansicht, daß nur subsidiär gefoltert werden kann, wenn es zum Finden der Wahrheit keine anderen Mittel gibt. Es gilt deshalb nicht unbedingt als sicher, wenn J. H. Langbein schreibt : At least, the court cannot convict him [ : the suspect] without his confession, and that is where torture fits in to the system [of the Roman-canon law of proof].

Die Skepsis veranlaßte die Legisten weiterhin zur Meinung, daß man ohne Indizien von hinreichender Stärke keine Tortur anwenden kann. Trotzdem ist bezeichnend für sie der Ausspruch, daß ihnen die vielfältigen Verhältnisse, die sich auf das Leben vom Täter und die Delikte bezogen, die Formierung einer sicheren Regel der zur Tortur berechtigten Indizien unmöglich machten ; auch hinsichtlich der Zuverlässigkeit der Zeugenaussage lassen sich die



maßgebenden Regeln nicht aufstellen, eine Ambivalenz, die dem Richter zur stärkeren Durchdringung von Ermessen oder Überzeugung von Amts wegen *ad inquirendam veritatem*, d. h. unabhängig von Ansprüchen seitens des Klägers, helfen sollte.

Mit seiner einflußreichen Meinung zeigt Gandinus, daß der Richter Mangel an genügsamen Indizien durch sein Ermessen in der Weise ausgleichen kann, daß zweifelhafte Indizien, z. B. Gerücht und andere Anzeigen, nach einer Art von Kalkülregeln miteinander zu verbinden und zu suffizienten Indizien umzubilden sind; gleicherweise konnte der Überführungsbeweis bei der richterlichen Überzeugung von Verurteilung gewissermaßen Unterstützung finden. Durch die Lehre wird es mit sich gebracht werden, daß sich der ursprüngliche Unterschied zwischen Voraussetzungen der Folter und der Verurteilung allmählich verflacht.

Wenn in der frühen Neuzeit eine strenge Verwendung der Folter in Erscheinung getreten ist, liegt der dabei mitgewirkte Grund schon in der Theorie an sich der mittelalterlichen Legisten. Mir erscheint fraglich die Begründung W. Ullmanns mit der These: *The law hat lost its sacrosanct character [in the sixteenth and seventeenth centuries]*.

Gliederung: I. Fragestellung II. Peinliche Betragung III. Indizien IV. Öffentliches Gericht V. Richterliches Ermessen VI. Zusammenfassung. WAKASONE Kenji]

〔付記。本稿は、平成四年度科学研究費補助金一般研究(C)課題番号〇四六二〇〇六による研究成果の一部である。なお本稿所引の十六世紀印刷本は福岡大学ヨーロッパ法コレクション所蔵のものを利用した。貴重な図書の閲覧をいろいろよく許してくださった福岡大学図書館にこの紙面を借り深く感謝の意を表す。一九九四年一月三十一日。〕