

熊本大学法学会発行

熊本法学 第五十二号（一九八七年六月）抜刷

中世オーストリア法における高級裁判と低級裁判の一問題（一）

——証明手続の分担をめぐる——

若曾根 健 治

中世オーストリア法における

高級裁判と低級裁判の一問題（一）

——証明手続の分担をめぐって——

若曾根 健治

目次

- 一 はしがき
- 二 ハンス・ヒルシニの所論
- 三 ヘルマン・バルトルの見解（以上本号）
- 四 諸文書からの考察
- 五 あとがき

ドイツ中世の裁判制度において、高級裁判と低級裁判とが権限・組織のうえで相互に分かれ、両者の関係のひとつが、低級裁判所 (Niedergericht) から高級裁判所 (Hochgericht) への犯罪人の引き渡しの中に現われていたこと、またこれが、諸証書や各種法史料——荘園法記録やとくに農村判告文書 (Wastunen)——のつねに定めるところであったこと、これらは周知の事実であろう。⁽¹⁾ 他面証明手続法の分野において、高級裁判所と低級裁判所とが裁判手続を分担した例のあったのも——それが必ずしも周知のことには属さぬにせよ——このような両裁判所の関係の一斑を示すものであろう。このような事例は、帝国全体から言ってバイエルン⁽²⁾ オーストリア法領域に、そしてこの中でも主としてオーストリア法に知られる。

ヘルマン・クナップは、そのオットー・フォン・ツァリンガーにたいする批判の書『南ドイツにおける有害な人間の七人による断罪』(ベルリン・一九一〇)で、フランケン法領域を皮切りにシュワーベン、バイエルンと順を追って、いわゆる「七人による断罪」(Ubersichten)の裁判手続を示す諸例を紹介する中で、最後オーストリア法の地域に到って、次のような事例を幾つか列挙した。すなわち「二人の裁判官が「同一事項について」裁判権を持ち、しかもその中の一人だけが流血裁判権 (Blutbann) を享有する場合に、「犯人断罪のための」証人 (Zeugen) の聴聞は、どのように行なわれるべきか」を示す事例である。⁽³⁾ その冒頭に掲げられているのは、(十四世紀末期ないし十五世紀初期成立の私撰の法律書でグラーツのラント裁判所で適用されていた法を記録せる)『シニタイアマラクラント法書』⁽⁴⁾ 第一一八条(「人間の流血について (Vber menschen plid) の左のような規定である。「領主が屢々有する直轄領においては、その「領主の」裁判官が有害な人間 (の断罪) に関して五人を聴取する。「これにたいし」流血裁判権を有する者は、ただ二人のみを「被聴

取者として」持つ。さらに、五人を聴聞する〔領主の〕裁判官は、人間の流血については判決を下すことができない⁽⁵⁾。ここに「人間の流血」とは、刑罰としての死刑（流血刑）、あるいはこのような刑罰に処せられるべき犯罪事件、またはその裁判の謂である。見られるように、ここでは、「有害な人間」にたいしては七人による証明の手續が適用され、しかも七人の中で五名は低級裁判所たる土地領主の裁判所が、二名は高級裁判所であるラント裁判所が各々聴聞することとなつていた。

証明手續の分割あるいは分担例の比較的早期（もしくはほぼ最初期）のものとしては、一三三四年および一三三七⁽⁷⁾年の二文書に知られるものがある⁽⁸⁾。まず一三三四年五月二五日付文書（ケルンテン大公領内 St. Veit an der Glan 市西方 St. Urban 近隣 Weitenstein において発行）によると、グルク司教（Bischof v. Gurk）ロレンツ（Lorenz I. v. Brunne, 1334/37）は、南シニタイアマルク在り、die vest ze Eckenstein を、附屬の土地および裁判所を含め、her Fridreich der Vreyn von Seunek “ジローメントとして譲渡した。ただし「流血裁判所」（Blutgericht）は授封の対象からは外されており、「死刑を科せられる事件」（ein sach, di an den tod rieht）については受封者は、犯罪者（「有害な人間（schedelich mensch）」）を断罪するにさいして「五人を聴聞し、爾後は、それ（犯人）を封地から（連れ出し、別途聴聞されるべき二人と一緒に）朕（グルク司教）のラント裁判官へと引き渡す」べきものとされている⁽⁹⁾。つぎに、フライジント司教がシニタイアマルク大公領内において領有する都市オーバーヴニルツ（Oberwölz）（Murau 市北東部に位置）にたいする裁判権の帰属をめぐつて司教コンラートとラント裁判官ルードルフ・フォン・リーヒテンシュタイン（Lichtenstein）（Judenburg 市東部に位置）間に起きた紛争を裁定したシニタイアマルク大公領代官（Landeshauptmann der Steiermark）ウルリッヒ・フォン・ヴァルゼー（v. Willsee）（ヴァルゼーは Enns 市東方ドナウ河畔に位置）の和解文書（一三三七年一月十日にオーパーヴニルツにおいて発行）には、左のように述べられている。都市オーバーヴニ

ルツにおいて捕えられたる「有害な人間」の犯せる罪が死刑に値せしときは、七名によって断罪さるるべく、そのうち五人を都市裁判官が、二人はラント裁判官が各々聴聞すべしと。⁽¹⁰⁾

低級裁判所、高級裁判所間の証明手続分担の制度は、十五世紀において引き続き発展し、またシュタイアマルク、ケルンテンの他に、オーストリア大公領、ザルツブルク大司教領において見出される。ただ、記録に現われた諸事例の数は必ずしも多くはない。それをほぼ最初に世に問うたのは管見のかぎりでは、フニルディヤント・ビンヨッフの論稿「中世シュタイアマルクのラント法について」(グラーツ・一八六八)であつた。⁽¹¹⁾爾後、前記紹介のクナップは別として、ハンス・ヒルシュ⁽¹²⁾、アントン・メル、ヘルマン・バルトル⁽¹³⁾がそれに触れ、論述の一部を割いた。なお近時では極く簡略にはあるが、ハイント・ドブシュ⁽¹⁴⁾がその編著『ザルツブルク史』第一卷(一九八五)において註記する処があつた。⁽¹⁵⁾

とはいえ、中世オーストリア法語文書に垣間知られる証明の分担については、これを正面から取り扱つた研究とてなく、また、それがドイツ裁判制度および裁判手続の中でどのような意義を有したのかは未だ十分な説明がなされてきていない状況にある。本稿がその考察のための一つの素材を提供しようとするのは、このことに由つてゐる。

これに直ぐ移る前に、証明の分担の問題にやや立ち入つて所論を繰り広げているヒルシュ⁽¹²⁾とバルトル⁽¹³⁾とを組上に載せ、かれらの見解を紹介し論評を加える中で、問題点を幾つか取り出しておかなくてはなるまい。

- (一) 一般に、高級裁判所と低級裁判所(わが国では普通、下級裁判所と訳されている)、そしてその関係をめぐる問題は、領邦諸制度の一事項として取り扱われ、土地領主権、イムニテート、フォークタイ制度、ランデスヘルシャフトなどのドイツ國制史上の重要諸テーマとも密接に関連して、中世裁判制度研究の中でひとつの核をなし、したがつてこれに拘わる文献は

- 母邦裁判所の権限を擴張するものなり。是の如きは HRG. 所収の關係記事、例を以て G. Buchda, Gerichtsverfassung, Lief. 7, Sp. 1569—70; F. Merzbacher, Hochgerichtsbarkeit, Lief. 9, Sp. 174; F. Neef, Niederrgericht, Lief. 20, Sp. 985-6 を參照。其の如きは、高級裁判所と低級裁判所の権限の区別を兩者間に明確な一線を引くべき困難なる指摘である。なほ、その他高級裁判と低級裁判をキーンとしたキーンダラントに区別するものなり。Georg Goetz, Niedere Gerichtsherrschaft und Grätengewalt im bairischen Linzgau während des ausgehenden Mittelalters. Ein Beitrag zur ländlichen Verfassungsgeschichte Schwabens, Breslau 1913 (Vgl. ZRG. G. A. 35, S. 549-555 (K. Beyerle)); Karl Weimann, Das tägliche Gericht. Ein Beitrag zur Geschichte der Niederrgerichtsbarkeit im Mittelalter, Breslau 1913 (Vgl. ZRG. G. A. 35, S. 543-49 (H. Aubin)); Eugen Wohlhaupter, Hoch- und Niederrgericht in der mittelalterlichen Gerichtsverfassung Bayerns, Heidelberg 1929 (Vgl. ZRG. G. A. 50, S. 500-3 (G. Tellenbach)); 其の如きは、Helmut Feigl, Rechtsentwicklung und Gerichtswesen Oberösterreichs im Spiegel der Weislümer, Wien 1974 (Vgl. ZRG. G. A. 94, S. 348-9 (Karl-Heinz Burmeister)) を參照。
- (2) 其の如きは、GW. 1, S. 102 (Zürich) 及びその註釋を參照。
- (3) Hermann Knapp, Das Übersiehen der schädlichen Leute in Süddeutschland, Berlin 1910, S. 54f.
- (4) Vgl. Gunter Wesener, Das innerösterreichische Landstrannenverfahren im 16. und 17. Jahrhundert, Graz 1963, S. 19 (Anm. 2, 3).
- (5) Ferdinand Hirschhoff, Steiermärkisches Landrecht des Mittelalters, Graz 1875, S. 126/7, Art. 118 : „Über menschen plüt, ez habent oft die herren aigen gut, da ir richter uber ein schedlichen menschen die fünf hörent und der den pan hat, nur die zwen, dennoch mugen die richter, die die fünf hörent nicht gerichten uber menschen plu.“
- (6) Die Kärntner Geschichtsquellen 1326-1335, Bd. 9 (hrsg. v. H. Wiesner), Klagenfurt 1965, p. 196/7, Nr. 655 (Weitenstein 1334 Mai 25)
- (7) ÖW. 6 (Steirische und Kärnthische Taidinge) (hrsg. v. F. Bischoff/A. Schönbach), 1881, S. 244-5 (Anm.).

44年 卷四(8) 第26 v. Schwind/Dopsch (Hrsg.), *Ausgewählte Urkunden*, S. 173, Nr. 93 (Ober-Wölz 1337 Januar 10) 2934°.

(8) 2212° G. Winter, *Das Wiener—Neustädter Stadtrecht des 13. Jhns* (Separatdruck aus AÖG. Bd. 60), Wien 1880, S. 193/6, Cap. 92 (Landgericht Neustadt, Gerichtsbarkeit der Richter zu Neunkirchen und Aspang) 686の規程を參照。111124° 42221° 高級裁判所と諸級裁判所を区別するもの証人を應酬してうるもの事。Wir setzen auf daz zwischen dem kerner dez gerichtze ze der Newnstat und dez Harpergez und dez Semeringz und dez wazzers der Priestink und dez Osterrechez gemerkez und auch dez ungrischen totsleg oder tödleich eltag oder daz gen den ern get von chaimen amphanm oder riehter icht gehört oder gericht werden, neur in dem gericht und von den richtern ze Newnrichen und von Aspang, da man die schuldigen und die ubelartigen mit gezeugen umb ir ubelat unz an ainen und auch an den lesten gezeug ubervinden sol. Und swenn si also überwunden sind, so sol man si dem richter ze der Newnstat antwurten mit der bewärtung daz si da mit recht überwunden sind, so sol er dann den ainen und den lesten zeug uber si horn, der si mit der urtail und mit dem aid dez todez verdampft und vertaltet."

(9) Bischof Lorenz v. Gurk verleiht zu rechten Lehen dem Friedrich v. Seunneck...die Veste Ekkenstein sammt allem Gericht „an den tod allain. Geschach aber ein sach, di an den tod gieng. so schullen si vber daz selb schedleich menschlich horen di funf vnd darnach schullen si ez antwurten vnserm lantrichter ab dem guet" (Fr. Bischoff, *uoO.*, S. 127 (Anm.)).

(10) „Ob ein schedleich man in der stat gewangen wirt auf daz leben, da siben über sagen schüfen, da sol meins herren v. Freising statrichter die fünf hören in der stat und meins swager. herren Rudolfs lantrichter die zwei in derselben stat, damit sol man den schedleichen man führen da er hin gehört."

(11) Fr. Bischoff, *Über ein mitteralterliches steierm. Landrecht*, Beiträge zur Kunde steiermärkischer Geschichtsquellen, 5. Jg., Graz 1868, S. 61-63.

(12) Hans Hirsch, *Die hohe Gerichtsbarkeit im deutschen Mittelalter*, 2. Aufl., 1958, S. 55 (Anm. 5), S. 98

(Anm. 1, 3, 4, 5). S. 99. Anm. 7. 444. H. Hirsch, aO., S. 55, Anm. 6 以下及び「証明の分担諸例の二つ」
に J. GW. 1, S. 102 (Zürich) を引くが、この二例は「裁判例」に見出せぬ。

(3) Anton Meil, Grundriß der Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte des Landes Steiermark, Graz-Wien-
Leipzig 1920, S. 222-3.

(4) Hermann Balll, Die ländliche Gerichtsverfassung Steiermarks vorwiegend im Mittelalter, Wien 1951 (AÖG,
118). (Vgl. ZRG. G.A. 72, S. 427), S. 43-46.

(5) Heinz Dopsch (Hrsg.), Geschichte Salzburgs, Stadt und Land, Bd. I, 3. Teil, Salzburg 1984, S. 1474, Anm.
285 (H. Dopsch).

二

一 中世後期(十三世紀ないし十五世紀)の高級裁判所と低級裁判所とがいかなる関係にあったのか、とくに低級裁判所は高級裁判所にたいしてどの程度干与していたかにつき、ヒルシュは、次の三つの事例をあげた。(a)低級裁判官は低級裁判所領域において逮捕された犯人について、その罪が死刑に値するものたることを確定し(Uberwindung des Missetaters)——この確定のために低級裁判官には一定の捜査権能が与えられている——、その身柄を高級裁判所に引き渡す。爾後は高級裁判所が正規の訴訟を進め、この裁判所の下で証明、判決の手續が行なわれ刑が執行される。(b)低級裁判所が被疑者の捜査・逮捕のみならず証明、判決の手續をも管掌し、高級裁判所が有罪者の引き渡しを受けて行ない得るのは、死刑の執行に限られる。(c)低級裁判所と高級裁判所とは証明手續において裁判を分担する(Teilung der Beweisführung)。爾後の判決および執行の手續は、高級裁判所の専権事項である。

ここで差し当って次の二点に注意しておこう。まず右の(a)(b)(c)相互間の歴史的関連がヒルシュにおいて

は明瞭でない(例えば、(b)は(c)の、また(c)は(a)の發展形態と捉えることが可能なのかどうか)し、三例各々の低級裁判所が、低級裁判所全体の中で占める割合についても何ら述べる処がない。次に、(a)(b)(c)いずれの事例においてもヒルシュェが念頭に置いていた犯罪者とは、(低級裁判所において逮捕された)現行犯人であった。

さてヒルシュェは右三例の中でとくに(b)に注目し、オーストリア——かれによればこの地域に比較的多数の事例が存するという——、および他邦における諸例を紹介した。すなわち、(イ)高部オーストリア、Enns(河畔)、ネディクト派修道院ガルステン(Garsten)(Seyr市近郊)の低級裁判所⁽¹⁷⁾、(ロ)ライバッハ(Laubach、現Ljubana)司教(ライバッハ)司教座はクライン(Krain)大公領内において皇帝フリードリッヒ三世(Kr. 1440, K. 1452-1493)によつて建立された)が、"gotshaus Oberburg"において持つ低級裁判所⁽¹⁸⁾、(ハ)エルザスのKembs、およびSierenzにおけるパーゼル司教の低級裁判所⁽¹⁹⁾、(ニ)Dinghof zu S undhofen(エルザス)⁽²⁰⁾、(ホ)プリナム(Prüm)修道院領Gusten(Julichの北東部に位置)の低級裁判所⁽²¹⁾、(ケ)KendenichにおけるS. Ursula-Kölnの低級裁判所⁽²²⁾がそうであった。⁽²³⁾ これら諸例においては、犯罪者は低級裁判所の下で判決を受け、刑(死刑)の執行のためにのみ高級裁判所に引き渡されている(あるいは、このことが推測される)。

ところで、この(b)例の由つて来たるのは、ヒルシュェによれば、低級裁判所が高級裁判所にたいして自己の裁判権を上げたこと(Aufwärtssteigen der Niederrichte)にあった。しかも、このように、十三世紀ないし十五世紀において、(b)例の諸低級裁判所が判決の執行を除きほぼ完全な高級裁判権を取得し得ていたのは、かれにしたがうと、低級裁判所がこの中世後期に新しく到達したというのではなくて、それは、十二世紀末葉に到る比較的早期の時代(中世盛期)にすでに見られたものである。ヒルシュェはこれをエルザスのMünchweierer Hofrecht(十二世紀前期)の一例でもつて示そうとした。その趣旨は次のようである。すなわち「流血裁判(iudicium sanguinis, vindicta

sanguinis, Blutgericht)」（刑罰としては死刑（生命刑・身体刑の肉体刑・流血刑）の科せられる犯罪事件（流血事件（Blut-fälle））例えば「被逮捕窃盗犯（fur captus）」（つまり現行窃盗犯）の事件について、すでに中世盛期の段階で、裁判の「決定権」は「高級裁判所ではなくて」低級裁判所に握られることがあった⁽²⁵⁾というのである。

ヒルシュが中世盛期に由来する、低級裁判所の権限の拡張化現象に着目した趣旨は、「中世裁判制度における Dualismus の理論」を批判し⁽²⁶⁾、「高級裁判所と低級裁判所の関係」をめぐる問題に一つのテーゼを打ち立てようとしたことであつた。そのテーゼとは次のようである。すなわち、高級裁判所と低級裁判所とは「上級下級の序列（Über-Unterordnung）」の関係ではなくて「混在併存（In-u. Nebeneinander）」の関係にあつた⁽²⁸⁾。言葉をかえれば、両裁判所はその有する裁判権について、各々他方に相及ぶ関係に立っていたというのである。中世盛期における「低級裁判権の上昇拡大」に注意を向けることでヒルシュは、高級裁判所と低級裁判所の関係を制度の静態においてよりもむしろ機能の動態において、換言すれば、中世後期を含めて「発展」の相の下に捉えんとした。

さらにヒルシュはここから、高級裁判所と低級裁判所との「協働」（Zusammenwirken）の問題に歩を進める。かれは、低級裁判所が「流血事件」について高級裁判所と（いわば排他的な対立の関係に入つたのではなく、むしろ）「協働」の関係（すなわち「高級裁判所管轄の事件を解決するために低級裁判官が協力すること」）にあつたとし、このような「協働」の関係が「まさに」[ドイツ中世]裁判制度一般の発展の上に特定の影響を及ぼした⁽²⁹⁾と主張する。そのわけは、かれにしたがうと次の通りである。両裁判所の「協働」の関係は、歴史的には、「低級裁判権の上昇拡大」にたいする高級裁判所からの「巻き返し」（Gegenbewegung）を意味するものであつた。「引き渡された有罪者の単なる」処刑から「だけ」では、「裁判上の」収入は多くはなかつた。高級裁判所が欲したのは、まさに、贖罪金の支払いをもって解決され得る事件（bubwürdige Fälle）、その中でもとりわけ殺害（Totschlag）と重傷（schwere Verwundung）の事

件〔の処理〕であった。〔しかるに〕これらの事件の解決には、低級裁判所も高級裁判所と同じように、関心を抱いていた。当該関心はただ単に〔裁判の〕実施態様の方面のみならず、さらにその〔裁判の〕際にもたらされる〔贖罪〕金の勘定〔別言すれば、低級裁判官・高級裁判官間における贖罪金の配分〕の方面にも現われた。これによってわれわれは、高級裁判権と低級裁判権との協働という新しい現象形態——すなわち両裁判所の所有者が一つの裁判集会に一緒に出席することがあったという事実——に直面することになるのである。⁽³⁰⁾ 次いでヒルシュは次のように付け加える。このような「協働」関係の中において高級裁判所、低級裁判所の各々に帰属した権限の範囲については、農村判告文書に詳細な規定が見られ、そこでは、とくに、両裁判所の共同の裁判集会において高級裁判官、低級裁判官のいずれが座長の地位を占めるかが重要事項となっていたと。⁽³¹⁾ こうしてかれは、「協働」の諸例を再びドイツ諸邦にわたって抜き出し、われわれの前に並べて見せた。⁽³²⁾

本稿の直接対象とする右記(c)事例においては、高級裁判所と低級裁判所とが証明手続を相分担していることから、文字通りはここに、ヒルシュ主張の「協働」の一形態を認めることができるのかも知れない。しかし、証明手続のこの「分担」現象の裁判制度史上の意義が、ヒルシュの指摘する、低級裁判所の干渉にたいする高級裁判所側からの反動Ⅱ「巻き返し」の所産なる這殺の事情に求められるのかどうかは、ヒルシュ所論において分明ではない。また、「協働」関係についてヒルシュの考察の対象になっていたのは、前記紹介の如く「贖罪金の支払いをもって解決され得る事件」であったのにたいして、「分担」の例を示す(c)——そしてこの点では同じく(a)(b)——においてヒルシュの念頭にあったのは既述の通り現行犯行であり、⁽³³⁾これは、実刑(流血刑)をもって贖われるべき犯罪を指していた。この間の関係がヒルシュにおいて明らかでなく、釈然としない。

ヒルシュにたいするこのような裁判制度上の若干問題を摘記したところで、つぎに以下で、証明の分担をめぐる、

裁判手続の方面からのヒルシュ論に移ろう。

二 さてヒルシュは、前記(c)例をあげ低級裁判所、高級裁判所間における証明手続の分担例を示すにあたって、証明の分担が起きているのは他ならぬ「七人による手続(Uberschmenen)」においてであることを附記する⁽³⁴⁾。ではヒルシュにとって、この「七人による手続」とはいかなる性格の手続であったのか。それがかれによれば「現行犯人」にたいする断罪手続なのである(ア)。そして「七人」とは断罪の証明に携わった者であり、これにかれは「シュライマネン(Schreimannen)」あるいは目撃証人(Tagezeugen)を見る(イ)。この(ア)と(イ)の両命題が関連していることは自ずと分かる。ある犯人が「現行犯人」と目されるのは、かれが即時にか逃走中にか逮捕されることによって、この逮捕手続に直接間接に拘わるのは、「シュライマネンあるいは目撃証人」以外には殆んど考えられないからである。

このような「七人による手続」の具体例としてヒルシュがあげているのはケルンテンと低部オーストリアに關係する次の二文書⁽³⁵⁾。(R)バンベルク司教「アウフゼス(Aufses)」とヘネディクト派聖パオル修道院(Got haus zu St. Paul in Leventhal in Karnten)院長ウールリッヒとの間で、マルクト聖パオルにおける裁判権をめぐって取り交された協定の文書(ケルンテンにおけるバンベルク司教の都市 Wollersberg において一四二七年七月十八日發行)。バンベルク司教は東部ケルンテンのヴァイセネツグ(Weibenezz)とヘルテルシュタイン(Hertstein)にラント裁判所を所有し、これが高級裁判所として機能した。他方マルクト聖パオルにおいて、右記修道院が低級裁判官(Markrichter)を通して低級裁判所を設けた。これら両裁判所の關係を定めるのが当文書。ヒルシュによれば、ここでは、「有害な事件のゆえに」(vmb sach die schedlich wer)「マルクトにおいて逮捕せられし者は、「盗品、および身体に所持せるもの全部」とともに(mit samt der dieberey und handhafft)」ラント裁判官に引き渡される。この引き渡し以前に、低級裁判

官の下で二名の「証人 (Zeugen)」が聴聞され、引き渡し後は高級裁判官が残り五名を聴取する。(β) (Steyr 市の東方) マルクト、聖ペーター・イン・デア・アウ (St. Peter in der Au in Niederösterreich) (すでに大公アルブレヒト二世 (1330—158) の下で Markrecht を確認されている) における裁判権をめぐる判告文書 (1498年)。ここでは、「窃盗犯であれ他のいかなる犯罪者であれ有害な人間が現行犯行で捕えられたるとき (ob ein schodlich man, es war ein diep oder ein ander ubeltater, begriffen wurd an der handt)」マルクトの低級裁判官 (Pfleger daz Sannnd Peter oder die herschaft) が五人を聴取した後で、被逮捕者はラント裁判官に引き渡され、この下で二名が聴聞される。(β)

このようにして、証明手続が低級裁判所、高級裁判所間で分担 (官業をかえれば、証明者七名が低級裁判所・高級裁判所の間で配分) されるのは、「現行犯人」にたいし「シュライマネンあるいは目撃証人」七名を用いた断罪手続 (「七人による手続」) においてであるのを、ヒルシュはこれら (α) (β) 両例に基づき指摘し、併せてヘルマン・クナツプの見解を批判した。ところで注意すべきは、ヒルシュは「有害な人間」の断罪⁽³⁶⁾ について証人陳述の同じような分割を定める「別の事例を掲げ、これを右記両例に対比させるのである。これが、ペッタウ (Pettau, 現 Ptuj) 都市 (同市は、周域のペッタウ・ラント裁判所や領主裁判所 (Urbanam) を含めザルツブルク大司教がシニタイアマルク大公領内に有した飛び領) の都市法 (1376年に市参事会の Weisum として記録される) 第一六二条 (「有害な人間について」) である。これ (γ) をヒルシュが右述 (α) (β) に対比させる所以は、ペッタウ都市法第一六二条の「有害な人間」が (α) (β) におけるとは異なつて、「非現行犯」(der nicht hanthafte) を指すところからきている。

第一六二条は次のように述べる。「有害な人間——ただし現行犯行たる証跡を身体に帯びぬ者——を当 (ペッタウ) 市におきて断罪せんと欲したる者は、七人をもつてこれを行なうべし。これらの者の中で五名は都市裁判官が、二名

はラント裁判官が「各々」聴聞する「べし」⁽³⁸⁾。序でにここで、次条第一六三条（「現行犯行の証跡」）を予め一緒に紹介しておくのが行論の關係上、便宜である。「その者が現行犯行たる証跡を身体に帯びたるときは、それ「断罪」は二名をもって行なうべし。これらの者の中で一人は都市裁判官が、他のひとりとはラント裁判官が聴聞する「べし」⁽³⁹⁾」⁽⁴⁰⁾ というのがそれである。

では「非現行犯」にたいする、この七人による断罪の手続（ベッタウ都市法第一六二条）とはいかなる性格の手続なのか。この点については、ヒルシュが右兩条（*r*）（*o*）を紹介した後で、次のように述べるのに注意したい。「それゆえに、ベッタウ都市法は、現行犯行の証跡の伴なうものとこれの伴なわぬものを含むただひとつの裁判手続を知るに過ぎない。後者の「現行犯行の証跡を伴わない」手続は、有害な人間にたいする手続（Verfahren gegen die schädlichen Leute）と同じものと見なされる。全く一般的には、ケルンテン・ラント法（das kärntnerische Landrecht）〔一三三八年九月十四日大公アルブレヒト二世発布〕が街道強盜および窃盜の非現行犯人については七人による手続（Übersichtmen）、現行犯人については二人による手続（Überweisen）を定めている⁽⁴⁰⁾。ベッタウ都市法の兩条（*r*）（*o*）も、ケルンテン・ラント法中の右刑事手続も、文字通り、「有害な人間」にたいする手続に関わるのであるから、この意味では、ヒルシュの右述発言中「後者の手続は、有害な人間にたいする手続と同じものと見なされる」というのは、全く自明のことを述べたに過ぎず、この限りでは殆んど無意味な指摘とならう。

とすれば、右文中の「有害な人間にたいする手続」とは一般的に述べたものでなく、特定の手続について指摘したものと解さざるをえない。しかも、この「特定の手続」とは、「七人」の証明者の性格に反映していると言わねばならない。こうして浮び上ってくるのが、「宣誓補助者（Eideshelfer）」を断罪の証明者として用いる「七人による宣誓手続（Übersiebnungsprozess）」なのである。このように推測してもヒルシュ所論の誤解とはならないであらう。その所

以は、かれが次のように註記する処から自ずと明瞭である。「われわれは、次のことを考慮に入れねばならないであろう。すなわち、七人による手続 (Ubergangene) には「七人の」証人をもって行なうものと「七人の」宣誓補助者をもってなすものがあり、しかも、これらが時代的にも地域的にも併存して適用されていたことこれである」⁽⁴⁾。

この箇所は、現行犯手続と非現行犯手続とを区別すべきこと、したがって、証人によって行なうのは現行犯手続を指し、宣誓補助者を用いてなす手続は非現行犯手続を意味し、⁽¹¹⁾ 両手続は併存し得る性格の手続たることを示さん意図に出たところのものといえる。しかもヒルシュがクナップにたいし次のように批判を行なっているのもこのことに関連している。クナップは、実際は現行犯にたいする七人のシュライマネンあるいは目撃証人をもってなす手続であるものを非現行犯にたいする七人の宣誓補助者による手続(「七人による宣誓手続」)と取り違え、「七人による手続」の下につねに宣誓補助者ともに行なう手続のみを見出さんとしたと。シュライマネンあるいは目撃証人による証明、宣誓補助者による証明というこれら二形態の手続は、七人による手続に関して史料上もはっきりと相互に区別できる点にクナップはもっと注意を払うべきであるとヒルシュはいう。⁽¹³⁾ かれのクナップ批判の趣旨とするところは、「ラントにとつて有害な人間」にたいする手続としての「七人による宣誓手続」が有する特別の意義を浮き彫りにし、この限りで併せて、オットー・フォン・ツァリンガーの所論を擁護せんとするのにあつた。

以上をもつて、ベッターウ都市法第一六二条における、非現行犯に向けた七人による手続の下にヒルシュは「七人による宣誓手続」を理解した点につき、相応の根拠を示し得たものといえよう。この点に関してさらには、ヒルシュが前記聖パオルと聖ベーターの両マルクトにおける裁判権の分担をめぐる事例(α)(β)に、ベッターウ都市法第一六二条の例(γ)とを「対比」させんとした点も考慮に入れてよいであろう。いずれにせよ、このようにしてわれわれは、証明の分担をめぐる(裁判手続面での)ヒルシュの最終の主張に到達するのである。すなわちそれはこうである。「そ

のような（ α ）（ β ）と（ γ ）との〕対比はわれわれに次のことを示してくれる。七人による宣誓手続は、現行犯にたいする「七人による断罪の」手続から発展したことこれである⁽⁴⁴⁾。この主張をもってハンス・ヒルシュは、これに関するオットー・フォン・ツァリングガーの所論を排し、ヘルマン・クナップ、ハンス・ブラーニッツ、ヘルベルト・マイアー⁽⁴⁸⁾の見解を容れ、^(48a)現行犯における「七人による手続」が非現行犯事件にも拡大適用されたこと、そしてこのところに、新たな「七人による宣誓手続」の成立を認めたのである。そして、このような新しい手続の成立——これはヒルシュによれば「初期ハーブスブルガー時代」にあたった——の由ってきたところは、ヒルシュの次の主張の中に見出される。「有害な人間の訴追を容易にするために、次第に——とくに都市において——、このような人間の断罪は、証人による証明手続から、宣誓補助者を用いた、七人による手続に基づくものへと移ったのである⁽⁴⁹⁾」。

以上が証明の分担をめぐる、裁判手続の方面からするヒルシュの所論全部である。そこで、一、二問題点を指摘しておきたい。まず、マルクト聖パオルに拘わる一四二七年文書の上記事例（ α ）である。ヒルシュがここに現行犯にたいする「七人による手続」を見たのは間違いで、実はこれは非現行犯の手続であった。と言うのは同文書には、別にきちんと現行犯の手続が述べられており、そこでは、マルクトおよびマルクトの周囲領域において「現行犯の証跡と共に捕えられ（*gefangen mit der handhat*）し者」については、低級裁判官（*markrichter*）が一名の「証人（*zeugen*）」を、ラント裁判官が「他の〔一名の〕証人（*andern zeugen*）」を聴取し、合わせて「二名の証人（*zwen zeugen*）」が断罪証明のため陳述を行なうべきとされているからである。したがって、このところは、ベッタウ都市法において現行犯手続を規定する前記第一六三条（ δ ）と全く同じ趣旨に出るものである。いわば、一四二七年七月十八日のマルクト聖パオルの右証書は、ベッタウ都市法の第一六二、一六三両条の中味をすでに盛り込んでいた文書だったのである。右文書が、低級裁判官はマルクトにおいて逮捕されたる者をラント裁判官に「盗品、および身体に所

持せるもの全部とともに引き渡す (antworten... mit samt der dieberey und handhaft) 云々」と述べているのを、ヒルシュは、あたかも「盗品、および身体に所持せるもの全部とともに」捕えられたの如くに誤解したのである。これはともかくとして、以上の意味で、マルクト聖パオル一四二七年文書の上記事例 (α) とベッタウ都市法 (一三七六年) 第二六二条 (γ) とは、一方が現行犯手続、他方は非現行犯手続を定めるものというように、「対比」はできない。

しかしヒルシュ所論にはもっと大きな問題点が存したのである。かれは証明の分担を示す諸例を紹介註記した後で直ぐ続けて、「これら諸史料の述べるところによると、七人による手続に必要な陳述のうち、五人あるいは六人の陳述はグルントヘルの裁判官あるいは都市裁判官の面前で行なわれ、そして、ただひとりあるいは二人の陳述は高級裁判官の前でなされている」とし——⁽³¹⁾ 厳密にはこのこと自体、必ずしも史料に則ってはいない (上記聖パオル一四二七年文書の事例参照) が、おおむねは正しい——、さらに続けて、「その場合、陳述者が目撃証人かシュライマネンか、それとも宣誓補助者であったか」については別途論議するとした。⁽³²⁾ 証明の分担手続に拘わった七人の法的性格は、ヒルシュにとって大いに気にかかるところであったことをうかがわせる。いずれにせよ、この問題に言及する機会がきたとき、かれは次のように論じたのである。「証明の分担の如く」陳述が分割されるという場合、「陳述者に」宣誓補助者を考えるのは殆んど不可能である。低級裁判所において原告が陳述した事柄について、宣誓証言者 (Schwurzeugen) [「宣誓を手段に証言をなす、原告以外の証明者」] が高級裁判所において補助者宣誓 (Helfer eid) [「宣誓補助者としての宣誓」] を果たしたというようなことを想定するのは困難であろう。「とすると」七人が七人全体として行なったものは (低級裁判所でも高級裁判所でも) 同一の行為、すなわち証人宣誓 (Zeugeneid) [「証人としての宣誓」] であつたのは、容易く理解できる⁽³³⁾」と。

この箇所は理解するのに相当に難しいのであるが、次のように言わんとしたのではないだろうか。低級裁判所にお

いては、原告の（被告断罪の）主張を証明する手段としては、宣誓補助者を用いて行なう原告の宣誓も許されるし、また証人による証明も可能である。これにたいし、高級裁判所においては、低級裁判所での原告の主張については、証人による証明は格別、宣誓補助者による証明は殆んど起り得ない。したがって、証明者たる七人の中の一部は宣誓補助者であり一部は証人というように、七証明者の性格を分けて考えることが不可能であるとすれば、考えられるのは、七名全員が証人（目撃証人・シュライマネン）でなければならぬということになると。ただ、なぜ高級裁判所においては、低級裁判所での原告の主張について宣誓補助者による証明が起り得ないのかについては、ヒルシュは何らの理由も示してはいない。

これはともかくとして、七名の証明者の分割聴聞が問題となつている事例においてはつねに、当該七人は証人であつて宣誓補助者ではないとするのが、右ヒルシュ所論の趣旨であることだけは間違いない。他方われわれは先に、ヒルシュの論旨をたどつて、ベッタウ都市法第一六二条——ここに既述の如く、七人の証明者の陳述の分割について述べられていた——の手統（*Hand*）が、（現行犯人にたいする七人のシュライマネンあるいは目撃証人による断罪手統ではなくて）非現行犯人たる有害な人間の断罪に向けた七名の宣誓補助者による手統（七人による宣誓手統）を意味するものと理解した。そこでこのように解し得るものとすれば、ヒルシュの所論に矛盾が出てくるのは明瞭である。これは、かれの見解に内在する大きな難点と言わねばならぬだろう。確かにヒルシュは既述の通り、ベッタウ都市法第一六二条の手統（*Hand*）を「有害な人間にたいする手統と同じものと見なされる」と述べたものの、これが宣誓補助者による断罪手統だとは明言はしていない。しかし、仮りにこの点を一步譲るとしても、第一六二条が文字通り非現行犯手統を定めたものであることは、ヒルシュとても毫も疑われない。とするならば、ヒルシュは、果たして非現行犯人にたいする断罪の証明にシュライマネンあるいは目撃証人が用いられ得るものであるかどうか、非現行犯人にたいし原告とと

もに断罪の証明を行なう者は自ずと宣誓補助者と位置づけねばならぬのではないか⁽⁵³⁾、といったこの辺りの問題について、何らかの説明をなす必要があったのではないだろうか。

(2) H. Hirsch, aO., S. 55 (Anm. 4). 「原ルコト」カニシテ、GW. 3, S. 725f. の其原や其本也。 Öffnung für Auximus im Inntal (Tiro): „ geschach aber, dass ein dieb oder flüchtig man begriffen oder verrufft wurd im gericht mit diebstal, so soll man in antwurten, als in die gürtel umbfangen hat, durch den garten zu Auximus, und sol niemand mit gen. dann die in berechten welen.“ 708 及び 709 條を參照(H. Hirsch, aO., S. 56 (Anm. 6))⁵⁴ Zeugenaussagen über die Rechte von S. Severin-Köln und seinem Gericht in Schwadorf (1323 Mai 23): „Item quod iudex, quem ipse prepositus et capitulum ibidem instituunt, cognoscit de causis coram eo deductis et decidit hoc adhibito moderamine, quod si fur, latro, homicida vel alius consimilis delicta ibidem deprehensus fuerit officatus et iurati ville eum examinant et si invenerint eum dignum morte, cum testimonio criminis sui eum representant supra rypam ville officiato in Brule iudicandum iuxta delictum suum“ (Die Weistümer der Rheinprovinz, II-2, hrsg. v. H. Aubin, 1914, S. 164, Nr. 4).

(3) Urkundenbuch des Landes ob der Enns, II, Wien 1856, S. 434, Nr. CCXCXVII (1192 Graz): „Insuper nullus Iudicum secularium lam nostri quam alieni per totas Terras nostras ad suum placitum evocent homines dicti Monasterij nec in prediis vel hominibus eiusdem debent aliquam iurisdictionem habere, sed postquam coram Iudice Abbatis aliquis reus sanguinis vel in quocunq; crimine condemnatus fuerit, sicut cingulum vestes claudit, nostro Iudicio assignetur Salva Ecclesie omni re mobilis et immobilis.“ 因みに、後述の條り、高級裁判所、低級裁判所間の関係について、H・ボンシッ所論には、全般的に異論を提起するH・ムルトルは、この文書が、果たして、一八九二年当時の真意を意味するかどうかは、柏瀬に疑わしうと云つて居る(H. Bahl, aO., S. 49, Anm. 48)。

- (8) v. Schwind-Dopsch (Hrsg.), *Ausgewählte Urkunden zur Verfassungsgeschichte der deutsch-österreichischen Erblande im Mittelalter*. Innsbruck 1895, S. 397, Nr. 209 (Volkermarkt 1470 Mai 18) : „wie das gotshaus Obernburg so dem bistumb zu Laybach unser neuen stift ingeleibt ist, in seinen gerichtten und herschefften ze richten hiet und von aller herkomen wer, wann ain ubelceter in desselben gotshaus gerichtten und herschefften begriffen wirdet, daz er daselbs gannzt überwunden, zu dem tod geurtait und darnach, wie der mit gürtel umbfangen gewesen sey, aus desselben gericht und herschafft in unser lanndgericht gen Presperg...“
- (9) Kembs (1354): „ §. 4. Darzuo hant si geseit, wer, das ein schedelich man in den zlin, als si da vor geschriben sint, begriffen wurde, abe dem sol richten eins bischofes meier in seinen dinghof ze Kemps von desselben bischofs wegen, und wenne er da verteilt wirt, so sollen in die zwene banwart von Kemps antworten gen Omerstheim dem schultheizen als gefeden und gefesen, als er gefangen wirt.“ (GW. 5, S. 340). Sierenz (1354): „ §3. Ouch hant si geseit bi denselben eiden, das dis vorgeschriben rechtunge ein bischof von Basel in dem vorg. dinghof ze Sierenz alle went von den huobern uf den eit erteilt und erkent werden.“ (GW. 5, S. 341)
- (10) „ Desz sint die recht vndt die gesätz desz dinghofes zue Sundhoffen herren Marguardesz desz hoffschreibers...Vndt soll desz dorffes weibell, so der düep gefangen wirdt, gahn zue den nächsten vmbwanszen der dörfier, die an disz dorff merckhent, vndt den kundten vndt sagen, dasz sie darkommen zue gerichte. Die kommen oder nicht, so soll doch der schultheisze mit dess frigen vogtes handt desz von Horburg oder sines botten sitzen zue gerichte vndt vrtheillen vber den düep. Vndt wirdt er denne verteilt, so soll man einen botten senden dem landtgraffen von Ensiszheimb, dasz er kome vor dem mitem taage zue der marckte, man welle jhme einen düep andworten, dasz er in da henckhe...“(GW. 4, S. 152)
- (11) Weistum zu Gästen (1431): „Item misschetige leuth sollen von beiden v. h. ambleutthen angegriffen werden, vnd soll doch v. h. scholtheiss v. Pr. den scheffen darumb mahnen, vnd wurden dan solche leuth zu dem

- tot verurtheilt, so soll sie eines abts scholtheiss einem voigt liebern, der alles vort darvon richten soll, vnd das vmb gheiner sachen lassen, es were dan mit wissen vnd gutem willen v. h. v. Früm" (GW. 2. S. 756).
- (23) Weistum des Hofsgengerichtes von S. Ursula-Köln in Kendenich (1447 Janner 18): (6) "...quod, si quando et quotiens aliqui huiusmodi malefici, forefactores aut delinquentes fuerint, ut premittitur. deprehensi, extunc officitus reverendissimi domini nostri archiepiscopi Coloniensis in Brola ratione sui officii et iure advocacionis domine abbatisse et capituli et eorum curtis predicte debet sic deprehensos unum vel plures ducere ad locum Broeli predictum et examinare eos super eorum maleficiis, delictis seu forefactis examinatione legali et consueta. Et si post examinationem sufficientem eos culpabiles invenerit, tunc idem officitus debet eos reducere ad curtem antedictam sive bona feodalia curtis, in quibus deprehensi fuerant. et ibidem iuxta sententiam et decretum dictorum iuratorum illos tractare seu tractari facere et punire vel absolvere." (Die Weistümer der Rheinprovinz, Abt. II: Die Weistümer des Kurfürstentums Köln, Bd. II (Amt Brühl), hrsg. v. H. Aubin, Bonn 1914, S. 151). 「ヨドユエフツ知ル」 「Urnsastift 22」 「聖年高級裁判所」 「上級ユア」 「むた」 の権利 「すなむが」 「あそむ」 の人間を処刑する「権利だけが欠けていた(Hermann Aubin, Die Entstehung der Landeshoheit nach niedertherrinischen Quellen. Studien über Grafenschaft, Immunität und Vogtei, Berlin 1920, S. 267(Anm. 33))」
- (24) 「ヨドユア」 「はまの」 「の例」 「ユ」 「ナ」 「ラン」 「シヤ」 「ンド」 「テ」 「ヨ」 「ル」 「に」 「知」 「ら」 「れ」 「る」 「低級裁判所」 「の」 「お」 「の」 「の」 「申」 「書」 「に」 「て」 「(Otto Stolz, Geschichte der Gerichte Deutschlands, AÖG. 102 (1913) (Vgl. ZRG. G. A. 34, S. 716/7 (U. Stutz)), S. 157/8) であるが、同列に「取り扱えなく。むた」 「シ」 「ヤ」 「ン」 「シ」 「マ」 「レ」 「ヤ」 「」 一部の「申」 「書」 「に」 「て」 「高」 「級」 「裁」 「判」 「権」 「が」 「帰」 「属」 「す」 「る」 「ユ」 「ア」 「の」 「あ」 「つ」 「た」 「の」 「は」 「あ」 「そ」 「の」 「へ」 「」 当該「低級裁判所」 「が」 「被」 「疑」 「者」 「の」 「た」 「ら」 「し」 「」 「自」 「白」 「を」 「取」 「得」 「る」 「ま」 「じ」 「証」 「問」 「手」 「続」 「を」 「行」 「使」 「した」 「ユ」 「ア」 「の」 「ユ」 「ア」 「の」 「た」 「ら」 「し」 「た」 「の」 「あ」 「ら」 「る」 「。
- (25) H. Hirsch, aO., S. 56 (Anm. 7), S. 19(Anm. 1, 2). Hofrecht v. Münchweier: 8. Curia debet habere ex iure scriptum, id est ~~stoc~~. Capto igitur iure tradendus est in curiam cum omni substantia, quae reperitur apud eum, summaque vestis erit weiblis vel praecoris. Alii qui rei videntur in curiam custodiantur, donec

exant cum iure (Hermann Wopflner, Urkunden zur deutschen Agrargeschichte, Stuttgart 1928 (Aalen 1969), S. 137). なおこの Hofrecht については、中村賢二郎『ドイツにおける村落共同体とその自治的権利——西プロシヤを中心として——』『封建社会と共同体』（金田雄次・清水盛光編・一九六一）三二—四頁以下を参照。

(25) H. Hirsch, aO., S. 56. Vgl. S. 57 (Anm. 1).

(26) H. Hirsch, aO., S. 58.

(27) この点については、H・ヘルトルの批判の対象となつて居る Adolf Pischek, Die Voglgerichtsbarkeit süddeutscher Klöster in ihrer sachlichen Abgrenzung während des frühen Mittelalters, Diss. Tübingen 1907 (Vgl. U. Stutz, ZRG. G. A. 28, S. 557-65) によらば。

(28) H. Hirsch, aO., S. 57.

(29) H. Hirsch, aO., S. 54.

(30) H. Hirsch, aO., S. 58.

(31) この点については、H・ヘルトル (aO., S. 38 (Anm. 41)) もまた次のように述べる（ただしこの点では、高級裁判所の低級裁判所にたらしめる「巻き返し」論（ヘルツ）は問題となつてゐない）。すなわち「十一、および十三世紀において、聖俗グレンツヘルンシャフトがその所有地にラント裁判権をも結びつけようと努めるなかで、ラント裁判官の影響力が次第に制約を被る傾向を帯びてきたが、このような傾向のひとつは、領主の土地の上でラント裁判所を設けることである。領主の役人の在席なくしてラント裁判所を開催するのを禁ずる旨の土地領主の志向の中に現われていた」。

(32) 参考までに、以下で、よく目に付く幾つかの諸例のテクニクを掲げておきたい。（ア）シトー会派修道院 Viktring（ツラーゲンフルトの南西部に位置）のためのオーストリア大公フリードリッヒ二世（シニタイアマルト大公としてはフリードリッヒ一世）の特権状（1240 26. Aug. Leoben）。Procuratores etiam et rustici ecclesie eisdem placitis non intersint sine nuncio nostro, et respondent ibi tantum pro vulneribus, pro homicidiis, pro latrocinis, pro furtis, rapinis, incendiis, et nullus ex hominibus claustrari ad mouendam querimoniam compellatur, et de bobus inuadiatis accipiant secundum modum culpe, ac de causis ceteris et querimoniis minoribus respondeant abbati aut priori seu cellerario uel procuratoribus claustrari. (Urkundenbuch des Herzogthums Steiermark,

に、中世後期には、ドイツのあらゆる地域において、現行犯行で捕えられた重罪犯人の裁判が問題となっていた。すなわちかれ「重罪犯人」は「低級裁判所で重罪の判決を受けた後で、盗品、所持品は奪い取られた上」必要最少限の衣類をまといわされて (nocht-rüfig bekleide) 高級裁判所の属吏に引き渡されてゐるのである。中世盛期であれ中世後期であれ「現行犯人の運命を左右する権限は、本来、低級裁判所管轄区にあつた——なぜそれが本来、低級裁判所に存したのかについては、この解明はしなほへ措くべし——」(H. Hirsch, aaO., S. 57) だが、*ケントニウマイン*と*荘園法*に知られた「被逮捕者落犯」の有罪判決後の「*ノクターナル*を懲りて罰しつゞ、*ケルプ* II. Hirsch, Die Klosterimmunität seit dem Investiturstreit. Untersuchungen zur Verfassungsgeschichte des deutschen Reichs und der deutschen Kirche (1. Aufl., Weimar 1913). mit einem Nachwort zum Neudruck von Heinrich Büttner, Köln/Graz 1967, S. 190 (Anm. 3) を参照。リッピは「*リッピ*のな「被逮捕者落犯」の重罪事件」や「*脱罪金の支払*と「*解決*を得る事件」(Frevelsachen) などが、*ケルプ*に区別されてゐる。

(23) H. Hirsch, Die hohe Gerichtsbarkeit, S. 55(Anm. 6).

(24) H. Hirsch, aaO., S. 98 (Anm. 3, 4).

(25) „Ob von dem richter ainer oder aine oder meniger person in dem markt vnd purkfrid daselbst zu St. Pauls angefallen oder gefangen wird, vmb sach die schedlich wer oder den tod berührt. den soll der richter behalten vnd sol das der dem landrichter gen Weiseneck ze wissen tun vnd den gefangen darnach als er im das ze wissen hat getan auf den dritten tag zu der Sun untergang vngewerlich behalten vnd wird dann derselb gefangen vergewist vom landrichter oder ander jemannts. so soll sich vber denselben gefangen ein recht ergehen. also das der Markrichter daselbst zwen zeugen mit recht vber dieselben person verhören soll. vnd wann sich das also ergangen hat, so soll er dieselben person dem landrichter antworten an die stat als von aller herkommen ist mit sambt der dieberey vnd handhafte, der soll dann in dem landgericht fünf zeugen vber in horen vnd richten als recht ist.“ (Josef Chmel, Geschichte Kaiser Friedrichs IV. (d. i. K. Friedrich III.) und seines Sohnes Maximilian I. . Bd. I (Hamburg 1840), S. 543, Nr. XI; Urkundenbuch des Benedictiner Stiftes St. Paul in Kärnten (hrsg. v. Beda Schroll, O. S. B.), Wien 1876 (Fontes Rerum

- Austriacarum, Abl. II, Bd. 39), p. 350-1, Nr. 395; Hermann Wiesner, Die Kärntner Geschichtsquellen 1414-1500, Bd. 11 (Klagenfurt 1972), p. 36/37, Nr. 79)
- (36) „ob ain schödlisch man, es war ein diep oder ein ander ubelätter, begriffen wurd an der hantrat und sol den antwurten als dan recht ist gen Saand Peter in das haus und dem lantgericht kunt tun und kómb und darzu thue als recht sei, und wann das lantgericht dann kómen ist und der schödlisch man fur recht kumbt, der sol überwurdn werden in dem markt mit funf mannen und darnach gefurt über den Wisnnpach und daselbs überwunden werden mit zwain, und sullen furbas nimer damit ze schaffen haben“ (ÖW., 9, p. 717, Zl. 19ff. (Nr. 107, Taidinge zu St. Peter in der Au, I, Recht im Urbar (1498))).
- (36 a) H. Hirsch, aAO., S. 98 (Anm. 5).
- (37) ヴォルターザルマンント司教の大司教領外管理所の「Vizedomant Leibnitz」の支配下に於て。H. Dopsch (Hrsg.), Geschichte Salzburgs, 1-2, 1983, S. 975ff., bes. S. 977 (Anm. 347, 348, 352, 354, 358)。
- (38) „Von scheidleichen leuten. So man ain scheidleichen menschen in der stat überwinden wil, der nicht hanthaf hal, daz schol geschehen mit sibem; der selben hort der stat richter funf und der lantrichter die zwen“ (F. Bischoff, Das Pettauer Stadtrecht vom Jahre 1376, Wien 1887 (Aus dem Jahrgange 1886 der Sitzungsberichte der phil.-hist. Classe der kais. Akademie der Wissenschaften (CXIII, Bd., II, Hft.), S. 43 (735)).
- (39) „lanthaf. Hat der selb mensch hanthaf, so schol ez geschehen mit zwain; der selben hort der stat richter den ain und der lantrichter den andern“
- (40) H. Hirsch, aAO., S. 99, Anm. 4. なお「大公アブルンレヒト二世の「ケルンテナラント法」の典拠および内容について」は、若曾根健治「七人による宣誓手続の廃止と自白」『熊本法学』四十六号、八一頁註(16)、同「ドイツ中世都市刑事手続における自由の諸相——都市諸文書からの所見——(一)』『熊本法学』四十七号、三四頁註(14)参照。
- (41) H. Hirsch, aAO., S. 101, Anm. 1
- (41 a) 参註(3 a)を参照。
- (42) H. Hirsch, aAO., S. 98 (Anm. 2)。

- (32) H. Hirsch, aO., S.55, Anm. 6.
- (33) H. Hirsch, aO., S. 101, Anm. 1.
- (33 a) 実際は、ホルンが、非現行犯の断罪に宣誓補助者による手続と把えていたことは明瞭である。すなわちかれは「このことを、確かにキムタウ都市法第一六二条にのらばはならずが、別の事例 (Monumenta Boica (MB.), 34-2 (1845), p. 102-5 (Nr. XXXVIII)) にのらば明言しよう (H. Hirsch, aO., S. 103, Anm. 4)」。この事例もまた、左にその一部を抜き書きして紹介するところ、裁判長 Amman (Jienhart Wideman zu Schwabmehchingen) (トウタスマムルタ司教 ヨーハンの役人) の下で、原告 Hans Bärekeberg、被告 (逮捕された窃盗被疑者) Cuntze Katzen 間の訴訟(「七人による宣誓手続」)を示した一四七〇年十一月十日附裁判文書であるが、これに「キ、ホルンが次のように指摘する。「この提示をされているのは「宣誓」補助者を伴った七人による手続である。[ヤウダ] 現行犯行の考慮の余地は全くなく」」(以下右文書の一葉) "...da fragt ich obgenanter Amman des rechten da ward ainhallickh zu recht gesprochen der Bärekeberg wer im kain widerrecht schuldig, vnd selt darnach geschehen was recht wer, vff das begert hans Bärekeberg durch sinen vorgeannten fürsprechen des rechten wie er zu dem Cuntze Katzen bringen solt der da gebunden vnd gefangen stünd das er recht tät, vnd nit vnrecht, vnd er zu sein dieb wer, da fragt ich obgenanter Amman des rechten Da ward ainhallickhen zu recht gesprochen Mecht hans Bärekeberg darstun vnd mecht Schweren zu got vnd den hailigen das er sein dieb wer vnd im das sein verstoßen heit, vnd Sechs nach Im das sein aid rain wer vnd nit main, vnd geschlech dar nach as vil vnd recht sey, Also Schw'r hans Bärekeberg, as recht erkent heit, vnd Sechs nach im mit namen Cunnrat rager vrich diettel hans vischer Berchold der wirt, Peter widemann vrich sedelmair das die schweren das der aid rain wer vnd nit main." 見よれキムタウ都市法は、大なる宣誓補助者のひとり一人の名を掲げられて来た」の意味では、貴重な証書といえよう。

中世オーストリア法における高級裁判と低級裁判の一問題 (一)

一 中世シュタイアマルクにおける農村裁判制度を対象とした研究書でヘルマル・バルトルもまた、低級裁判所・高級裁判所間の証明の分担事例に触れ、そこに、「領主裁判所 (Herrschaft) とラント裁判所 (Landgericht) との間における権限の分割」を示す例のひとつを見出した。⁽⁵⁴⁾ 他面低級裁判所・高級裁判所間の権限問題については、バルトルは、一般的にヒルシュの所論に批判的な境地に立とうとしてゐる。⁽⁵⁵⁾ これをひとこと言えば、かれは中世ラント裁判所が有した大きな権限に注意を払うのである。当面問題の証明分担に関して、バルトルは次のようにいう。「この「証明分担の」制度が、イムニテートを強調しこれを独自の裁判権へと仕立て上げようとする領主権力にとって、大きな刺激となったことは疑問の余地はない。しかし、「裁判権の」重点がヒルシュが考えたように「ラント裁判所ではなくグルントヘルの領域に移っていたというようなことは、暗示的にすら認める余地はない。否そればかりか、中世シュタイアマルク・ラント法書第一一八条は、流血裁判権 (Blut) を有する者「ラント裁判官」のみが判決を下し得る、と断固たる風に謳っているほどなのである。⁽⁵⁶⁾ ではバルトルにとって、領主裁判所がラント裁判所と証明の手続を頒つこと(別言すれば、「ラント裁判官による裁判への領主裁判所の関与 (Mitwirkung) 」)とは、どのような意味を持ったのか。かれによればこれは「領主裁判所が証人の聴聞 (Zeugenerhör) を通して事件を解明する」ことにある。ただし、この行為によつて、グルントヘルの裁判所が「ラント裁判所の」判決に何らかの影響を及ぼすというようなことは認められない。⁽⁵⁶⁾」

これによつて知るに、低級裁判所 (「領主裁判所 (Herrschaft) 」) が高級裁判所 (ラント裁判所) に関わつたというのは、バルトルによれば、具体的には次のことを意味したものの如くである。すなわち、高級裁判所へ引き渡すべき犯

人と、これの断罪に資する証拠とを明らかにするための捜査権能が低級裁判所に附与されていたことである。グルントヘル⁽⁵⁴⁾の裁判所(低級裁判所)のこのような権能を、現にバルトルは、ラント裁判所における判決に先立っていわば「事前判決(Vorurteil)」を下す権限というように捉える。この「事前判決」の役割は次のようである。すなわちそれは、「犯罪を構成する」要件事実——犯人が身体に帯びる現行犯行たる証拠(Handhaft)と、「犯罪の」広義の有害性(Schadlichkeit im weiteren Sinn)——が満たされた結果として「ラント裁判所において犯人に」宣告された判決の堅持に資するものである⁽⁵⁵⁾。この意味で、「(目撃)証人(Trauzenugen)」と、「犯人の」逮捕に携わった者(Festnehmer)「シュライマネン(後述)」とは、グルントヘル⁽⁵⁶⁾の領民であった⁽⁵⁷⁾のである。このようにグルントヘルの低級裁判所は、バルトルによれば、ラント裁判所のために、低級裁判所領域において犯罪の捜査にあたるという極く限定された権能を有したに過ぎなかった。

これにたいし、「グルントヘルの裁判所がラント裁判所と証明手続を分担し」五名「の証人」を聴取したということ根拠に、イムニテート所有者が広範囲な「裁判上の」権能を有したと推定すること、「換言すれば」領主裁判権に基づき「グルントヘルがラント裁判所の」判決「そのもの」に関与していたとか、あるいは、それ「判決」を先取っていたとかと想定することは許されない⁽⁵⁸⁾のである。その理由について、バルトルは次のようにいう。「なぜならば、領主裁判所の権能は、十四世紀には、そして部分的には十五世紀においてなお、自己の領民による軽微な犯罪事件「の処理」にのみ限定されていたからである」⁽⁵⁹⁾。(因みにバルトルによると、証明手続の分担例が見出されるようになるのは、十四世紀になってからであった(後述))。

ただ、このような法の領域の問題とは別個に、グルントヘルの裁判所、ラント裁判所間の証人尋問の分担化(Mitteilung)が、両裁判所の間「権力闘争(Machtkampf)」によって大いに押しすすめられた⁽⁶⁰⁾。そしてこのような

事実の領域の問題として、証明手続の分担化をめぐる低級裁判所⇨領主裁判所（ヘルシャフト）と高級裁判所⇨ラント裁判所とのあいだの関係史をバルトルは次のように捉える。シュタイアマルクにおいてラント裁判所の権限が依然広範囲に妥当していた時代——十三世紀がそのひとつ——には、証明手続の分担例は立証できない。ところが、「十四世紀になって領主裁判所の影響力が増加し、このことよって証人（尋問手続）の分割が出現した。これは、「土地」領主権力が「自己の」この変化し「強化され」た地位を、「ラント裁判所、領主裁判所という」両裁判所間における手続法的関係の点でも、表明せんとしたことに由っていた⁽²⁰⁾。しかし直ぐ続けてバルトルは、「だが「裁判の」決定権はつねにラント裁判所に留まっていた」点には注意を喚起する。バルトル所論は、この点では、ヒルシュ——かれは既述の如く、低級裁判所が判決をも宣告し、これにたいし高級裁判所は判決（流血刑）の執行に止まった諸例をオーストリアに数多く見た——のそれとは、相当大きな開きを見せているのが分かる。

ヒルシュ所論との比較ということでは、ヒルシュにおいては、証明の分担の出現が、直接には、「低級裁判権の上昇拡大」によったのか、あるいは、むしろ低級裁判所にたいする高級裁判所側からの「巻き返し」に由来したのかは、必ずしも自明とはいえなかったが、バルトルにあっては、その由って来たところは、前者、すなわちイムニテート所有者の土地領主権の伸張にあった。しかも、この伸張期が十四世紀に始まったのである。これにたいし、ヒルシュは既述の如く、その時期をさらに遡らせて中世初・盛期——かれが具体的な例で示したのが十二世紀前期——に求めた。この論調で行くと、十四世紀はヒルシュにとっては、「低級裁判権の上昇拡大」にたいする高級裁判所の反動⇨「巻き返し」が起こっていた時期ということになるが、この具体的な時期の問題は、ヒルシュ所論では明瞭でない。

さて、バルトル所論においては既述から分かる通り、ラント裁判所の有する広範囲な権限の一貫した存続という基

本命題が維持されていた。⁽⁸⁾ しかもこれは、十四世紀についても修正の必要がないという。例えば、次のように述べるところを参照されたい。「ラント裁判所は、十三世紀から十八世紀にかけて、圧倒的に刑法に関わる権限を有した官衙であり、この点はずねに変わらなかつた。「時と共に」変化を被つたのはただ、「ラント裁判所が果たすべき刑事裁判の」任務の量とその意義とであつた。ラント裁判所とイムニテート〔裁判所〕との間の境界を何処に設けるかは、傷害事件〔の処理〕がいずれの裁判所に帰属したかどうかにかつてゐる。この点について言えば、十三世紀および十四世紀、部分的には十五世紀においてなお、傷害事件について管轄権を有したのは〔依然〕ラント裁判所であつた。確かに贖罪金手続 (Subverfahren) と刑事刑〔実刑 (流刑) (Feinliche Strafe) との二元制度は〔古くから〕その効力を維持してきてはいるにせよ、それは、少なくとも十三世紀の末葉までは、裁判管轄権の分野において、いかなる帰結——贖罪金手続はイムニテート裁判所に、刑事刑の手続はラント裁判所に帰属するというような——をも導かなかつた。ただし、贖罪金〔の支払い〕によつて解決されうる事件の大部分は、「少なくとも十三世紀末葉に到るまでは」ラント裁判所に帰属してゐたからである」と。

ところで、バルトルの右主張に基づく次のようになる。すなわち、十四世紀に入つてグルントヘルは、「贖罪金によつて解決されうる事件」——このようなものとしてバルトルが強調するのは傷害事件——を多かれ少なかれ、ラント裁判所の管轄から奪い取り、低級裁判所に移した (Wundgerichsherkel)。⁽⁹⁾

ただ、バルトルにあつてはこのところと、先に「十四世紀……傷害事件について管轄権を有したのはラント裁判所であつた」と述べるところとは、必ずしもうまく調和していない。が、この辺りは、十四世紀の段階ではまだ、「贖罪金手続」(とくに傷害事件について)の管轄に関しては一義的な線が引かれ得ず、グルントヘルとラント裁判官との間で権限関係が相当に流動的であつたことを暗示するものと解することもできよう。いずれにせよ、「贖罪金手続」

の帰属問題を中心に、裁判管轄権の変動が生じた。証明手続の分担は、低級裁判所が高級裁判所の権能に一部関与するという意味で、裁判手続の方面における、このような管轄権の変動（別言すれば、グルントヘルのイムニテート裁判権の拡張）のひとつの現われと言えよう。

ただ残念なことには、十四世紀における裁判管轄権の変動と、いわば特殊の手続たる証明分担の出現との関係がバルトルにあつて十分に説明されているとは言ひ難い。と言うのは次のような理由による。バルトルによれば、証明の分担手続が起きるのは——直ぐ左に述べる如く——基本的に、「贖罪金手続」ではなく「刑事刑」に服すべき事件であつた。ところがかれの論旨によれば、十四世紀以後においても「刑事刑」を科すべき事件の管轄は依然ラント裁判所に存したのであるから、この点から見て、低級裁判所がどのようにしてこのような「刑事刑」に処せられるべき犯罪の断罪証明を分担するに到つたのが、バルトル所論によつてはよく分からないのである。したがつてこの限りで言えば、ヒルシュがもし、証明の分担の出現を高級裁判所の側からの「巻き返し」——低級裁判所に証明、判決の手續が帰属していたのにたいする——というように捉えているとするならば（しかも、この蓋然性は高い）、むしろ、ヒルシュのこの見解の方が説得的であろう。

さらにもう一つの問題がある。証明手続の分担が問題となつた事件について、バルトルは既述の通り、その「決定権はつねにラント裁判所に留まっていた」というが、しかし、証明の分担の場合、現実に断罪手続はグルントヘルの裁判所とラント裁判所とに頒たれていたのであるから、高級裁判所は文字通り低級裁判所の「協働」が得られなければ、当該事件の処理（判決）は不可能であつたはずである。この点をバルトルはどのように考えるのか分明でない。

最後に右バルトル所論における十四世紀の意義の問題であるが、なぜとくに十四世紀に裁判管轄権の変動が生じたのかについては、かつてヘルマン・バルトルの所論論旨を紹介し問題を提起した山田欣吾氏の「必ずしも説得的では

ない⁽⁶⁵⁾とする評言が参照されるであろう。ただ、この十四世紀の問題は、本稿当面の課題たる証明分担問題に引き附けて推察を廻らすとすると、ひとつの解決の緒を見出せるかも知れない。というのは、証明分担の起きた刑事手統は、左にやがて紹介する如くバルトルにあつても、特殊な性格の手統であつた。このような特別刑事手統は十三世紀末葉から十四世紀初葉にかけて南ドイツにおいて動き始めていた。そしてこれが始動する契機をなしたのは、「ラントに」とつて有害な人間」という「特定の時代、特定の地域、そして特定犯罪者に拘わる犯罪現象」(Kriminalität)の出現であつたからである。

二 こうして次に、証明分担問題の裁判手統面におけるバルトル所論に移らねばならない。それによれば、証明の分担手統が対象としたのは、一つは「有害な人間」(Schädliche)、他は「現行犯行の証跡を身体に帯びた者」(Landhalte)であつた。証明の分担が通例として見出される「有害な人間にたいする手統」(Verfahren gegen die schädlichen Leute)、「現行犯手統」のいずれも、「訴訟を簡略化」(prozessorzwend)する」方向に働く手統(つまり断罪の容易な略式手統)である⁽⁶⁴⁾。

この意味で、「通常手統」(ordentliches Verfahren)は、「証明分担手統には」関係していなかった⁽⁶⁵⁾のである。さらにはまた、証明の分担の事例を紹介する中で、バルトルは、「有害な人間」(schädliche Leute)にたいする手統における証人の配分に関して、土地領主の裁判所が二人を聴聞しラント裁判所が五人を尋問する例、逆にグルントヘルが五人、ラント裁判官が二人を聴取する例のあることを指摘した後、次のように統ける。「しかし「いずれにせよ」、たえず、七の數」(Siebenzahl)が使われている「ことに相違はない」。このこと「に注意を向けるのは、「証明の分担」の手統のいかなるものを解くうえで重要である」と。ここから、証明の分担に拘わつた手統が、「通常手統」ではなく、特別の裁判手統であつたことについての示唆をうかがい得るのである。

「有害な人間」の概念に関してバルトルは、かつてオットー・ブルンナーが『ラントとヘルンシャフト』第二版（フリュン・一九四三）においてそれを「流浪者（Landstreicher）」と捉えたの⁽⁶⁷⁾にたいし、これを認めつつも、このような非定住者からなる犯罪者（ein streichender schiedlicher）に限定されず、さらに定住者たる容疑者（ein schiedlicher angesessener）もまた「有害な人間」の範疇に含まれた例を紹介する。裁判手統の面で定住者と外人とは、「かれらが有する」財産の処遇と、逮捕の態様とにおいてのみ區別される⁽⁶⁸⁾だけで、他の点では同一の手統に服した。同一の手統とは、既述「七の数が使われている」手統をいう。「有害な人間」（schädlich）がはつきりと「外人」（fremd）と理解されるようになるのは、後代十六世紀以降であり、中世においては事情は違つた⁽⁶⁹⁾。こうしてバルトルは、「有害性」の標識を『オーストリア・ラント法書』七〇箇条テクスト（O. LR. D.）（二一九八／一三二四（K. III. Ganah））、一二七八（M. Weithn）第十七条（Artikel 17）にあげられている「街道強盜、謀殺」「窃盜」「卑劣事件と呼ばれる事件（die ding, das pös ding heissen）」そして「〔被疑者が〕否認をする事件（die auf laugen steen）」に求め⁽⁷⁰⁾、これらの諸犯罪を「下劣な心情に発する、共同体に有害な行為」と性格づけ、またヘッターウ都市法第一六二条（既述）を基に、有害なる行為は現行犯行としても非現行犯としても成りたつとした⁽⁷¹⁾。

これを要するに「有害な人間」には主に、（斬首ではなく）絞首に処せられるが如き「不名誉犯罪者（unehrliche Verbrechen）」が数え入れられていたのである。

バルトルはシュタイアマルクについて「有害な人間にたいする手統」の存在を認め、当手統の成立期と発展期につき、ヒルシュの所論を引き以下のように述べる⁽⁷²⁾。有害な人間にたいする手統の予兆を示すものはすでにメーロヴィンガ朝時代に認められた⁽⁷³⁾。降つて一一五二年フリードリッヒ一世帝の帝国ラント平和令によれば、「悪評高き辻強盜と〔その〕同輩あるいは〔それと〕盟約を交せし者（publici latrones et convicti vel compacti）」とは「古来の判決（an-

「*liqua sententia*」に基づきて有罪を宣告せらるべしと定められていた。⁽¹⁶⁾この「古来」とはカール朝時代を指していた。⁽¹⁷⁾十二世紀帝國ラント平和令に受け継がれたのはフランク時代グラーフの職権的弾劾手続 (*Kügerecht*)——ここではグラーフは信用の置ける定住民からなる特定不特定の弾劾宣誓人に犯罪被疑者を告知させ、この告知をもって正規の訴えに替えた——であり、この裁判開始手続は後代ラント裁判所において特定の犯罪について用いられるに到った。このとき以降特別刑事手続の発展はほば次の如くとなる。すなわち、「日撃証人 (*Tagezeugen*)」ではなく「シユライマネン (*Schreimannen*)」が断罪証明に用いられることよって、この「シユライマネン」から「風評証人 (*Leumundszeugen*)」が誕生し、こうして「七人による宣誓手続」から「風評に基づく手続 (*Leumundsverfahren*)」が成立したと。

さて、ヘルマン・バルトル所論の問題点は以下の通りである。すなわち、証明の分担は「有害な人間」にたいする手続において見出された (バルトル)。ではこの手続は、ヒルシュの指摘する如き「有害な人間にたいする手続」——「七人による宣誓手続」から「風評に基づく手続」に到る——を意味したのであるか。結論を先に言えば、この点は、バルトルにおいては明瞭でない。

証明の分担手続において裁判所で聴聞を受ける者をバルトルはすでに上述からも分かるように、(1)判決発見人 (*Urteilerschepfen des todes*)⁽¹⁸⁾ではなくて「証人 (*Zeugen, Gezeug*)」と位置づける。そして、「証人」を用いたこの刑事手続、つまり証明分担の手続には、「本来的に、現行犯〔の手続〕を推定してよい」という。「しかし——とバルトルは続ける——「有害な人間にたいする手続の場合に通例見られるように、この関係者たちは、自分たちが行なった陳述の正当性に関して、確かな根拠というものを殆んど有していなかった」⁽¹⁹⁾。右の「関係者 (*beträufende Männer*)」とは言うまでもなく証明分担手続において裁判所で聴聞を受ける証明者を指し、バルトルはこれを「証人」の範疇に

入れるものの如くである。

ではいいたい、どのような性格の「証人」であったのか。「現行犯（の手続）を推定してよい」とバルトルが述べる手続において用いられる証人は、第一義的に「目撃証人」であった。しかし、「有害な人間」なканずく「犯罪の嫌疑を負うものの現行犯行の証跡は身体に帯びぬ者」⁽⁷⁸⁾にたいする証明分担手続にあって聴取を受ける「関係者」は、少なくとも「目撃証人」と捉えることはできないであろう。そこで改めて、この「関係者」の法的性格が問われるわけだが、実は、この点が分明でないのである。

ただバルトルは先に、「目撃証人」ではなく「シユライマネン」が断罪証明に用いられ、これを通して「風評証人」が現われるという、中世後期の特別刑事手続の発展に言及した。このところから推量するに、バルトルはおそらく、「目撃証人」とはいちおう区別される、「シユライマネン」を右記「関係者」に見ていたものと思われる。そしてこの「シユライマネン」が、非現行犯被疑者——ここには即時にあるいは逃走中逮捕できず、すでに逃亡中の者を含んだ——の発見・逮捕に拘わった者に属していたことは、既述の通り、バルトルがグルントヘルの裁判所において証明手続の一部を担当した「（目撃）証人と、「犯人の」逮捕に携わった者とはグルントヘルの領民」だと述べたところより分かる。

直接バルトルの所論から言い得ることは以上までである。上述のようにかれは、有害な人間にたいする手続の一つとしてヒルシユ指摘の「七人による宣誓手続」を認めた。ところが、これはヒルシユによって、「宣誓補助者」を用いた手続と規定されている。では、右述の「関係者」に「宣誓補助者」を求めることが可能であろうか。別言すれば、「シユライマネン」は裁判所において「宣誓補助者」としての役割を引き受けたのであろうか。この点が、バルトル所論では明瞭でなかったのである。

なお、証明分担の具体的な手続過程に関してはヒルシニもバルトルも殆んど沈黙したままである。ただ一点、バルトルにはこれに関連し、次のように述べるところがある。「かれら〔グルントヘルの領民たる目撃証人と、犯人の逮捕に携わったシュライマノンと〕は、すでにグルントヘルの役人の面前で行なっていた陳述と同一の陳述を〔高級裁判所の〕公的裁判官〔ラント裁判官〕の前で繰り返した⁽¹⁹⁾」。この箇所は必ずしも明瞭ではない。まず、低級裁判所、高級裁判所が証明手続を分担する場合に、グルントヘルの裁判官の面で陳述した証明者（二名、あるいは五名）はそれを高級裁判所において「繰り返す」というようなことはなく、高級裁判官が聴取するのは、別の証明者（五名、あるいは二名）であったはずである。つぎに、もし七名全部がグルントヘルの面で陳述し、この同じ七人が高級裁判所においてその陳述を繰り返したのであれば、ここには何ら証明分担の手続は起こっていないことになる。またバルトルは、次のように指摘する。「すべての証人が同時に出頭できなかったことも十分考えられる。にもかかわらず、このような事情は、当該〔断罪〕手続が迅速な効果を生むのに何ら障碍となるはずもなかったし、〔現に〕障碍となりえなかったのである⁽²⁰⁾」。しかしこの点に関しては、例えばグルントヘルの裁判所では二名、ラント裁判所では五人が聴取を受けるものと定められているときに、いずれの裁判所においても法定数の証明者がひとりでも欠ける場合には、断罪手続は不発に終わったと見るべきであり、しかもこのところに、このような「七人による手続」の畧格形式の手続たるの意義が認められるのである。また、同じような理由でもって低級裁判所で手続が不首尾となった場合には、おおよそ、高級裁判所への被逮捕者の引き渡しも起きなかったと考えねばならぬのではないだろうか。いずれにせよ、この辺りのことも、証明分担の手続を説明するにあたって考察に加える必要があるであろう。

以上、ヘンス・ヒルシニ、およびヘルマン・バルトルの所論の中から種々の問題点を取り出してきた。既述の如く、証明の分担例に触れる諸研究の中でも比較的詳細にこれに立ち入ったヒルシニ、バルトルの両所論においてすら、全

体として見るに、疑問点の方が多く眼に着いた。また、なぜ、証明の分担例がとくに中世オーストリア法に出現したのかについても何ら言及されていない。本稿は、これら諸点のすべてに十分な解答を与えることはできぬにしても、以下で、具体的な文書を手掛りにして、可能な限り証明分担の手續の実態と、中世裁判法におけるその意義とを明らかにして行きたい。

- (45) H. Baltl, aO., S. 43 (Anm. 55).
 - (55) H. Baltl, aO., S. 40-43.
 - (56) H. Baltl, aO., S. 45.
 - (57) H. Baltl, aO., S. 44.
 - (58) H. Baltl, aO., S. 46.
 - (59) H. Baltl, aO., S. 46.
 - (60) なお、このこと、すなわち、死刑に値するいわゆる「三事件」（多くは窃盗、殺害、強姦という）と呼ばれる犯罪の管轄に限定されないラント裁判所の広範囲に及ぶ権限と、「十三世紀、とくに十四世紀における（領主裁判所とラント裁判所間の）裁判管轄権の変動」との関連については、さらに、ヴァイスマチヤーの成立史の問題と構わって、H. Baltl, Die österreichischen Weistümer. Studien zur Weistümggeschichte, MIOG. 61 (1953), S. 73 (Anm. 304) に要約概観がなされているのを参照。
- 因みに、ヒルシユは、「最重要な高級裁判所管轄事件」として、窃盗、強姦、放火、流血を伴なう傷害、殺害、謀殺、強姦の七事件をあげている (H. Hirsch, aO., S. 16-19)。
- (61) H. Baltl, Die ländliche Gerichtsverfassung, S. 68/69.
 - (62) H. Baltl, aO., S. 140.
 - (63) 山田欣吾「ワイスマチヤーと村落裁判——H・バルトルの最近の二著から——」『一橋論叢』四〇の一、八二頁上段。

- (75) H. Balth, aaO., S. 52/53 (Ann. 28, 29, 30), 55 (Ann. 30, 40).
- (76) H. Balth, aaO., S. 44.
- (77) H. Balth, aaO., S. 44.
- (78) H. Balth, aaO., S. 54 (Ann. 34); Otto Brunner, Land und Herrschaft, 2. Aufl., Brönn 1942, S. 430 (筆者未記). 德國版『schädliche Leute=Landfriedensbrecher (フランク和平和違反者)』ヨウケンヤク『「有害な人間」類考』(『法律雑誌』1965年11号) 4. Aufl., 1965, S. 434 (Ann. 4)。⁶⁾
- (79) H. Balth, aaO., S. 54 (Ann. 36).
- (80) H. Balth, aaO., S. 55 (Ann. 38).
- (81) G. Koehler, Österreichisches Landrecht, HRG. I.ief. 22(1983), Sp. 1360.
- (82) ナンヌにこうじ『若曾根権治「フランクランナー」考——ドイツ中世刑事訴訟法史の一断面——』『法と権力の史的考察——世良教授追憶記』174頁(31)を参照。⁷⁾
- (83) H. Balth, aaO., S. 54, Ann. 37.
- (84) H. Balth, aaO., S. 53 (Ann. 31, 32), 54 (Ann. 33).
- (85) ヨンナ『法律雑誌』(H. Hirsch, aaO., S. 20 (Ann. 6), S. 102 (Ann. 1)) の『ケルマント』Childeberti Secundi Decretio (596 Febr. 29): c.7. De furis et malefactoris ita decrevimus observare, ut si quingue aut septem bonae fidei homines absque inimicitia interposita criminisum cum sacramenti interpositione esse dixerint, quomodo sine lege involavit, sine lege moriatur (MG. Capit. 1, Nr. 7, p. 16-17). 職権的弾劾手続(Rügefverfahren) (後列) の一例たるこの規定は Heinrich Brunner/Claudius Freiherr v. Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, II (1928), S. 639 (Ann. 8, 9) に『これは「有害な人間の処罰のための例外的処置」を定めたものと考れて』(『この書』第2巻 (summarisches Verfahren) 44 [犯罪処罰手続』) 一般的なものとはならなかった。⁸⁾
- (86) 『homines criminosi』の語はこうじ『右ノランナー／フランク・シヴァリオンは現行犯人ではなく「悪評高い犯罪者」』(『罪』) の『Edwin Mayer-Homburg, Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter, 1. Bd., Die fränkischen Volksrechte und das Reichsrecht. Weimar 1912, S. 225, Ann. 206 44 45 の『現行犯

人を見る。以上に反し、ヒルシヤは、右規定には、現行犯・非現行犯の違いは顧慮されていないとして、むしろ問題となつて居る「落習犯」(Gewohnheitsverbrecher)と見なし、*Magistrat*のところに、当規定の意義を認める (a. O., S. 20 mit Anm. 6)。

(75) *Constitutio de Pace Tenenda* (1152): 16, *Publici latrones et convicti vel compacti antiqua damnentur sententia* (MG. Const. I, Nr. 140, p. 198).

(76) Vgl. H. Hirsch, a. O., S. 102 (Anm. 3). 上の種の「古来の判決」(あるいは「古来の法」)による裁判については、他の例としてヒルシヤがあげるのは、降して一二八一年七月六日バイエルンラント平和令末尾簡条(第七五条)に、*Swes an diesem brief verzezen ist, daz sol man nach dem allen recht rihlen* (MG. Const. III, Nr. 278, p. 275) と述べられて居るものとせらる。同じ「古法」(das alte Recht)とせ、一二五六年バイエルンラント平和令 (MG. Const. II, Nr. 438, p. 596ff.) を指す (Hirsch, a. O., S. 100 (Anm. 3))。この中に、*vi et xv* と同じ添えて置くならば、バイエルン平和令における「古法」の問題を引き合ひに出してヒルシヤが強調するのは、次のことである。

一二五六年平和令には、一二八一年のそれとは違い、⁴⁴⁾ 未だ、「宣誓補助者を通して行なう、有害な人間の「*Bersiebhen*」(つまり「七人による宣誓手続」)は知られておらず、「[当面問題の]強姦犯人「の手続」については、宣誓補助者を用いる新制度の断罪手続ではなくて、五人のシムライマヘン(目撃証人)による断罪という、古い法が行なわれるべき」ときれてゐた (Hirsch, a. O., S. 100 (Anm. 4)) と⁴⁵⁾ 因みに、一二五六年平和令の強姦罪の規定は、次のように調つて居る。

„De violente coitu. Swen man anspricht, daz er ein maget oder wltwen oder ein ander wip, diu gutes lundes ist, genozogt hab, mag si selb funfte in des überreden, man sol in lebenden begraben, er mugge danne selb dritte daz bewarn, daz er é mit ir willen bei ir gelegen si“ (MG. Const. II, p. 600, Nr. 44).

(77) H. Bahl, a. O., S. 44.

(78) H. Bahl, a. O., S. 53 („verdchtige, jedoch nicht handhafte Personen“).

(79) H. Bahl, a. O., S. 44 (Anm. 58).

(98) H. Bahl, *aaO.*, S. 45.

〔付記 本稿で指摘したハンス・ヒルシュ所論の問題点については、すでに、一九八四年六月十九日、ミュンヘン大学ステ
ン・ガニエ教授 (Prof. Dr. Sten Gagner) の「演習」(Doktorandenseminar) における報告の中で触れた。一九八七
年三月二十四日〕