

糺問手続は刑事裁判手続か？（一）

——中世法学における糺問手続の展開*

小川 浩三

一、弾劾主義の執念

弾劾主義は、学者の強い要請にもかかわらず、わが国の刑事訴訟において定着せず、弾劾主義の主唱者が「絶望的である」という診断を下しても⁽¹⁾、そんなことはまるで意に介さず日々の実務は安定的に流れているようである。こうした状況の中で執念深く弾劾主義を主張し続けるためには、具体的な問題解決において一つ一つ粘り強く対案を出しつづけるとともに、より根源的な批判、弾劾主義の根柢までも問う自己省察的な根底的な批判が必要であろう。

刑罰によつて社会の平和を回復し維持しようとする国家に対して、個人の人権を守るために弾劾主義が要請されるという⁽²⁾。あるいは、対立する両当事者がそれぞれ証拠を集めてそれをぶつけ合う⁽³⁾が、眞実発見にとつてもより有益だ⁽⁴⁾という。しかし、弾劾主義はそんなに底の浅いものであるうか。弾劾主義の歴史は人権觀念の歴史よりも古い。国家の刑罰権は言うまでもなく、公共の福祉の要請に基づく。しかし、刑罰を科すことが公共の福祉であるというためには、その決定もまた公共的でなければならぬ。弾劾主義の要請は、決定の公共性を確保するために存在するの

ではないか。

このことを共和政末に成立するローマの原像に照らして説明すれば、次のようになる。³⁾ 刑罰、重刑罰 (capital punishment) は、その効果として、有罪者を国民共同体の構成員つまり頭数 (caput) から取り除く。これは、共同体全体に対する加害 (たとえば叛逆罪) に対し加えられるもので、このような刑罰を特定の間人が決定できるとすれば、民主主義あるいは共和的国制は成り立たない。反対派を簡単に排除できるところでは、民主主義や共和政は成り立たない。このような効果をもつ刑罰を科すことができるのは、原理的には国民全体つまり民会だけである。罪刑法定主義の民主主義的基礎は、まさしくここに求められなければならない。共同体の拡大と社会不安の増大は、刑罰による対処を要請する。そのことは、犯罪概念の変容をも要請する。とはいえ、犯罪が共同体全体に対する加害であるという構成には変化はない。たとえば、単なる殺人が犯罪になるのではなく、武器の携行を禁止されている市域 (平和領域) 内を武器を持って徘徊し殺人を行うという謀殺が犯罪となる。民会は、このような犯罪の増加に機能的に対応できないために、それに代わる機関が創設される。しかし、そこでの決定はあたかも民会で決定されるかのごとき公共性を確保しなければならない。とりわけ、政治的リーダー (政務官) の意向が簡単に反映されてはならない。犯罪と刑罰および裁判は、民会の法律によって定められなければならない。政務官の仕事は、訴訟指揮に限られ、訴追と立証は別の者が行わなければならない。有罪の評決は陪審員が行うが、陪審員の選任にあたって政務官の影響力の行使は排除されなければならない。裁判は公開でなければならない。誰もがそれを見て批判できるのでなければならない。そうでなければ、公共的決定とはいえない。公開であるといえるためには、環視する聴衆にとつて何が行われているかが明確でなければならない。さまざまに解釈する可能性のある不特定多数の聴衆にとつて明確であるためには、工夫が必要である。とりわけ、対立があるのかないのか、どこに対立があるのか、それについてどういう判断が下され

たかが浮き彫りにされなければならぬ。極論すれば、そうなるように演出されなければならない。このように考えれば、弾劾手続 (accusatio) は民主主義のコロラリーだといつても言い過ぎではないだろう。

本稿は、ローマで成立した弾劾手続を受け継いだ中世教会が、その難点を克服するために糺問手続を生み出したこと、しかし、糺問手続が刑事裁判手続となるためには弾劾主義を實質的には受け入れなければならなかったことを論証しようとする。それは言い換えれば、弾劾主義がいかに法学に深く根をおろしたものであるか、法学にこびりついたものであるかを論証しようとする試みでもある。

二、糺問手続の登場

共和政末に成立した弾劾手続は、そのままの形で中世教会に受け継がれたのではない。帝政後期、いわゆる専政時期に重要な変更を受けた。それは、コンスタンチヌス大帝以降の誣告に関するターリオー（同害報復）の原則の導入である。⁽⁶⁾これによれば、犯罪を訴追する者 (accusator) は、訴追のときに自己の名前を登録する (inscripio)。これによって、有罪の証明に失敗して有罪判決を得られなければ、有罪判決を得られれば被告人が受けたであろう刑罰を自ら受けなければならなくなる。したがって、訴追人は、いわば身を賭して訴えるのであり、登録はいわば賭金をかけるのに相当する。これは、次のような専政期の国制を反映しているものと考えられる。この時期の国制は、絶対主義的・強制的であるといわれる。たしかに、多くの犯罪と刑罰が定められ、また統制的な立法が認められる。しかし、そのことは皇帝権力が強力な官憲をもって統治を行ったということを意味するわけではない。たとえば、皇帝の官吏に強権的な権限を付与するということは、その濫用をも恐れなければならぬ。濫用に対しても刑罰が科される。しかし、この場合の刑罰権の発動は、官吏監督機構の未整備のゆえに、被害市民あるいは当該官吏の政治的対立者のイ

ニシアチブに訴追に頼らざるを得ない。しかし、これはまたこれで、敵愾心や憎しみからの濫訴を誘発するわけで、それに対しても刑罰によって対処することになる。それが誣告のターリオーである。古代の教会は、他の多くの場合と同様にここでも皇帝権力に倣い、ターリオーの原則を導入した。

キリスト教教義において罪 (peccatum) が特別の意味をもつことはいうまでもない。それは、最も広義には「神の掟に反する言行または欲望」ということになる。他方で、『テトス書』一章七節には、「監督 (司教) は罪なき者でなければならぬ (oportet episcopum esse sine crimine)」と書かれている。両方の罪が同じであれば、およそ司教などというものは存在し得ない。したがって、両者は分別されざるを得ず、ラテン教父アウグスチヌスは司教の欠格事由としての罪を、「訴追および有責判決に値する罪」と定義し、それが中世教会法学の基本テキストである『グラチアヌス教令集』(一一四〇年頃成立) にも採用された。

中世教会、とりわけグレゴリウス改革以降の教会にとって重要であったのは、聖職者の質の向上、そのための監督であった。司牧者にふさわしい学識を備えるとともに、倫理的紀律の向上が課題であった。後者の点では妻帯と聖職売買が主要敵であったことは、周知の通りである。問題は、そのための手続であった。下位の聖職者であれば、実際にどれだけ機能したかは別にして、司教の監督があった。問題は、司教や修道院長といった高位聖職者で、彼らの監督は結局、同輩あるいは下位者のインシアチブに頼らざるをえなかった。高位聖職者の犯罪を訴追する場合、下位者は上位者を訴追できないという問題を別にしても、前述した誣告のターリオーの原則が最大のネックであった。証明に失敗すれば、自らの司教としての位階 (ordo) ーたとえば、オスチア司教という特定の司教職ではなく、司教職を受けうる身分を意味するーを剝奪される、場合によっては聖職者としての身分を剝奪されて俗人とされるといふ危険を冒してまで訴追する者は、極めてまれであったであろう。

高位聖職者の犯罪を問題にするもう一つの手段は、悪評(*infamia*)手続であった。たとえば、司教について罪を犯したという悪評が絶えない場合、それは彼に服従する者たちにとって躰きの石(*scandalum*)となり、司教の円滑な職務遂行を妨げることになる。これを避けるためには、悪評を抑える必要があり、そのために司教は罪を犯していないことについて雪冤宣誓(*purgatio canonica*)を行わなければならない。この宣誓は、単独で行うのではなく、定められた数の宣誓補助者(司教であれば、一二人の司教、司祭の場合は六人の司祭)を必要とするので、必ずしもうまく行くに限らず、失敗すれば一定期間の職務停止または職務剝奪ということになる⁽¹³⁾。しかし、宣誓補助者を見つけることができれば(有力な司教、門閥に属する司教ならそれは難しくはないであろう)、それ以上犯罪についての調査は行われず、居座ることができる。

この状態に突破口を開いたのが、糺問(*inquisitio*)手続である。*inquisitio*は、もともと単に調査を意味するが、ローマではもともとは政務官が行う調査活動であったと考えられる。弾劾手続の導入により、訴追者(政務官に代わる公益の担い手)が証拠を収集する活動にも用いられ、その際裁判政務官の支持の下に様々な強制手段が可能であった。その重要な内容に、訴追人が証人を通告すると、証人は宣誓の上で証言する義務を負うというものもあった⁽¹⁴⁾。宣誓をさせた上で証言させるという調査活動は、刑事裁判に限らず属州総督のような官吏の監督活動に重要な役割を果たしたものと考えられ、それが教会に受け継がれて司教が管区を監督するために巡察する際にも用いられた。要するに、宣誓させた上で証言させるという *inquisitio* は、古代以来広く行われていたものであって、それ自体としては新しい手続ではなかった⁽¹⁵⁾。悪評手続においても、おそらくは誰か(たとえば政治的ライバル、地位を狙う者)が教皇や大司教の下に告知らせてくる悪評が、現地で実際にあるのかを調査する必要があり、この場合に *inquisitio* が行われた。しかし、ここでの調査は、悪評があるかどうかだけであって、悪評を立てられている者が実際に犯罪を行った

かどうかについては、行われなかった。教皇イノケンチウス三世は、この最後の一步を踏み出した。すなわち、悪評の存否についてだけでなく、悪評がある犯罪事実についても宣誓の上で証言させるといふ *inquisitio* を行わせたのである。これが固有の意味の糺問手続である。

糺問手続では、悪評手続から発展してきたことから、手続をはじめするためには悪評がなければならぬ。もちろん、いきなり特定の聖職者の悪評を調査するということは不可能なので、そのきつかけが必要である。たとえば管区の穏な情勢から犯罪事実や犯罪者を特定せずに一般的に調査を行う一般糺問 (*inquisitio generalis*) によって特定個人の犯罪が発見され、特定個人の特定犯罪について糺問手続——一般糺問と区別するときは特別糺問 (*inquisitio specialis*) という——が行われる場合もある。この場合には、一般には職権によって手続が開始された。これに対して、司教や大司教や教皇の下への告発 (*denuntiatio*) が行われ、それを受けて糺問手続が開始されることもあった。むしろ、こちらの方が一般的であったと考えられる。告発者は、もちろん、純粹に聖職者の犯罪を憂える場合もあったであろうが、しかし、教会政治内での敵対者あるいは地位を狙う者である場合もあったであろう。この場合でも、任命された糺問官 (*inquisitor*) が職権で手続を進めるといふことはありえたが、たとえば告発者がプロモーター (*promovens*) になって、弾劾 (訴追) 手続における訴追人と同様の役割を果たすということもありえた。つまり、宣誓して証言させる証人を集める、あるいは、証言させる項目を設定するといったことである。こうなると、プロモーターは訴追人と変わりがなくともいえるが、しかし、彼は、名前を登録する必要がなく、したがって、立証に失敗したからといって、それだけで誣告のターリオの刑罰を受ける必要がない。ここに、弾劾手続との最も大きな違いがある。手続開始の要件ということから言えば、罪を問おうとする者は、自己の名前を登録して弾劾手続に進むか、それとも、悪評を証明して糺問手続に進むかのどちらかを選択することになる。

三、糺問手続の効果

要件が異なる以上、効果もまた異なるのか。弾劾手続によつて有罪判決を受けた場合には、職務や聖職禄を受領できる身分である位階(ordo)が奪われ、位階剝奪(depositio)―、場合によつては、そもそも聖職者としての身分が奪われる―僧籍剝奪(degradatio)―こともあつた。悪評手続では、すでに見たように、雪冤宣誓に失敗した場合には、職務の停止あるいは剝奪であつた。現代の用語を使えば、前者が身分、つまり共同体の構成員資格(caput)に関わるものとして刑事手続(Strafverfahren)であるのに対して、後者は円滑な職務遂行を目的とする、いわば行政的な懲戒手続(Disziplinarverfahren)と云ふことが出来る¹⁷⁾。問題は、糺問手続がどちらかといふことである。

これについては、すでに別稿で書いたように、イノケンチウス三世の教皇令自体が一義的ではない。すなわち、一二二二年の教皇令 Inquisitionis negotium (X 5. 1. 21)で、訴追手続で立証されたなら位階剝奪になる犯罪が糺問手続で証明された場合に、いかなる罰が科されるべきかという照会に対して、教皇は次のように答えた。「当該犯罪が贖罪の業を完遂した後でもなお受領した位階の執行または聖職禄の保持を妨げるものである場合、たとえば、謀殺を犯したとか、聖職売買の瑕疵をもつて位階や聖職禄を取得した場合。この場合には、訴追による訴訟と同様に(Scilicet accusationis iudicio)手続を進行すべし」と¹⁸⁾。他方、イノケンチウス三世晩年の一二二五年第四ラテラノ公会議第八決議 Qualiter et quando (X 5. 1. 24)は、「頭格減少(capitis deminutio)、すなわち位階剝奪を求める犯罪の訴追は適法な登録が先行するのだから認められ」ず、糺問手続の場合には「犯罪が重大である場合には、位階を剝奪し(ないとしても、管理職務(administration)から完全に排斥すべし」と定めた¹⁹⁾。「訴追による訴訟の場合と同様に」を強調して読めば、糺問手続でも聖職売買や謀殺の場合には、訴追＝弾劾手続の場合と同様に位階剝奪の効果をもつと解

することができる。現にトゥルーゼンはそのように解した。²⁰⁾しかし、そうだとするとこの改革はあまりにも急激であるようにも見える。つまり、宣誓して証言させる内容を、悪評の存否から犯罪事実にまで拡張したというのは、一つの飛躍である。雪冤宣誓に失敗した場合の効果は、最大限に見ても職務剝奪であったが、これを限定的ではあれ位階剝奪まで拡張したとすれば、もう一つの飛躍になる。ここまで、短期間でできたであろうか。決め手がない以上、これ以上議論することは止めて、次に、こうした教皇令を解釈することで議論を展開していった学説を見ておくことにする。

現代の研究水準からすれば、イノケンチウス三世の教皇令が出た比較的すぐ後の時代の積義を見る必要があるが、初期デクレタリスト(教皇令注釈学者)の注釈は刊本に編集されていないので、筆者にはこれは不可能である。第四ラテラノ公会議の直後に書かれた、ヨハネス・テウトニクスの第八決議に対する注釈は、簡単ではあるが、次のように述べている。「それゆえ、証人が被告人の犯罪を証明する場合もあり、しない場合もある。証明するならば、以下のような罰によって罰せられることになる。すなわち、何らか高位の職(dignitas)に任ぜられている場合には、管理職務から解任されることになる、X. 5. 3. 32²¹⁾にあるように。それより下位の聖職者は、職務(officium)と聖職禄を奪われることになる、X. 5. 3. 30にあるように。」

ここでは、注釈が付されるテキストのためか、位階剝奪のことは何も問題にされていない。しかし、無造作に職務剝奪だけが論ぜられているということは、留意しておいてよいであろう。

一二四〇年代には、「訴追による訴訟と同様に」をめぐって対立する解釈論が展開される。この時代に最も普及していた教皇イノケンチウス四世の注釈書は、このテキスト部分(versiculus)に次のような説明を与えている。

「類似性があるのは、両者とも〔訴追および糾問手続の被告人〕永久的に(perpetuo)職務と聖職禄を奪われるとい

うことである。これに対して、類似しないのは、被訴追人が位階剝奪されるのに対して、この者（糺問手続の被告人）はそうではないということである。X 5. 1. 24、さらに、「十分に（それを物語るものとして）D. 19 c. 1。」⁽²²⁾

「同様に(sicut)」ということは、全く同じではない。類似の事柄と、類似しない事柄がある。職務と聖職禄を永久的に剝奪する限りでは類似するが、位階剝奪がない限りでは類似しないと解している。つまり、X 5. 1. 21の「訴追による訴訟と同様に」を縮小解釈することによって、X 5. 1. 24と調和させている。同じ縮小解釈は、『標準注釈』も行っている⁽²³⁾。テキストの権威は認めなければならないが、しかし、解釈は自由であるという関係がここで見て取れるであろう。

反対説を採るのは、トゥラーノのゴフレードゥスである。彼も、一般的にはイノケンチウス四世と同じ原則を取っている。すなわち、訴追や糺問や告発について規定する『グレゴリウス九世教皇令集』第五卷第一章(X 5. 1)の『スンマ』の中で、次のように説いている。

「訴追の効果は位階剝奪であり、糺問の効果は管理職務からの解任、告発の効果は贖罪または匡正、異議〔司祭や司教の叙階に対する異議申し立て〕の効果は叙階式の阻止である。」⁽²⁴⁾

しかし、聖職売買に関する第五卷第三章(X 5. 3)では、この原則に対して例外を設けている。

「聖職売買者の罰については、次のように言うべきである。ある者が聖職売買者になるのは、位階を受領する場合または聖職禄を受領する場合である。位階を受領した場合には、法律上当然に停職になる、すぐ上で述べたように。

…この犯罪についてどのような手続であれ確証される場合には、すなわち、訴追〔弾劾〕手続によるのであれ、糺問手続によるのであれ、告発によるのであれ、この場合には、位階剝奪の罰が効果である。第一〔訴追手続〕が認められるのは、X 5. 1. 16から。第二のことが認められるのは、X 5. 1. 21から。第三については、本書第五卷第一章 effectus

段落の説明から。他方、高位の職務または聖職禄について聖職売買者である者は、訴追により立証されたときには位階剝奪され、糺問によるときは解任される、X. 1. 6. 26 にあるように。そして、告発によるときも同じである。…しかし、ある者が単に聖職禄だけを受領し、または任意の聖職禄を授与することで聖職売買者となる場合には、…訴追手続で敗訴するときには、受領した者も受領の相手方も位階剝奪される。これに対して、糺問手続によってこれらのことが確認されるときには、受領の相手方はその地位を解かれて、より窮屈な修道院に移され、贖罪をやり遂げるべきことになる。他方、受領した者は、贖罪を課され、この贖罪をやり遂げるまで、位階の行使を停止される、X. 5. 30 にあるように。」⁽²⁵⁾

ここでは、糺問手続による場合でも、位階剝奪の効果が認められている。しかし、極めて限定された場合、すなわち、聖職売買によって位階が取得された場合だけにしか認められていない。たとえば、すでに司祭や司教の位階を得ていて、具体的な司祭職や司教職、あるいは聖職禄が取得された場合には、解職あるいは停職という効果である。イノケンチウス四世や『標準注釈』の見解が通説、あるいは少なくとも多数説だとすれば、これに対する異論が極めて限定的に主張されてくることは、よく理解できる。また、この際に、テキスト「訴追による訴訟と同様に」が論拠(argumentum)として用いられている。教皇令発布時の原意がどうであったかは、問題ではない。重要なことは、このテキストがこのように解釈できるということである。テキストの権威に依拠しなければならぬが、しかし、新たな主張をしてゆくためには、このようなテキストと解釈者の自由な関係が必要である。

聖職売買については、糺問手続による位階剝奪を限定的に認めているが、しかし、ゴフレードゥスは、聖職売買と同列に論ぜられる謀殺についても、同じ効果を認める。

「しかし、以上のこと〔訴追手続と糺問手続の効果の違い〕は、重大な犯罪の場合には当てはまらない。重大な犯

罪とは、受領した位階の行使または聖職祿の保持を贖罪完遂後であつても妨げるもので、たとえば、謀殺や位階と聖職祿の聖職売買である、X 5. 1. 21にあるように。なぜなら、これらの犯罪であれば、訴追による訴訟と同様に手続が進められるべきだからである、かの教皇令 X 5. 1. 21が述べているように。⁽²⁶⁾

『標準注釈』からも伺えることであるが、ゴフレードゥスのような見解は少なくともはなかつたと思われるが、しかしイノケンチウス四世や『標準注釈』の影響力を考えると、糺問手続による位階剝奪を認めることは、なお多数説にはならなかつたものと思われる。これが、より一般に認められてゆくためには、ホスチエンシスによる手続論的転回が必要であつた。

四、糺問手続の弾劾主義化

イノケンチウス四世の議論を様々な点で複雑化、洗練させたホスチエンシスは、この問題でも決定的な転回を遂げる。彼の『黄金のスンマ』の第五巻第一章 (X 5. 1) 部分は、訴追手続、告発、糺問手続等をそれぞれ別々の章立てで論じているが、糺問手続の効果について、たしかにイノケンチウス四世の原則を維持している。

「高位聖職者に対して訴えられた場合には、彼は管理職務から解任さるべきである、執事の例（ルカ一六・一二）に倣つて、X 5. 1. 24。罰も裁量的とはならない。なぜなら、事実問題は裁判する者の裁量に入るが、科刑は彼の意思には委ねられず、法律の裁量に留保されているからである、Dictum ante C. 2 q. 3 c. 8, D. 50, 16, 244。」⁽²⁸⁾

しかし、例外はゴフレードゥス以上に広く認められる。

「特定の人を被告人として糺問手続がなされ、そこで証明された犯罪が贖罪後も（位階の）行使を妨げるものである場合はどうか、たとえば、謀殺は、さらには、聖職売買の場合は、位階について犯された場合は、あるいは、聖職

禄について犯された場合はどうか、X 1. 11. 17 さらには X 5. 3. 4 にあるように。糺問手続がなされる被告人が在俗聖職者であれば、その効果は、訴追に続く効果と同じであり、かくして不名誉(*infamia*)の烙印を押されて僧籍を剝奪される⁽³³⁾。C. 1 q. 3 c. 15⁽³⁴⁾ X 5. 3. 13 にあるように。修道士であれば、そうはならぬ⁽³⁵⁾。X 5. 3. 11 および X 5. 3. 30⁽³⁶⁾」

同じことは、聖職売買を論ずる際にも、次のように述べられている。

「しかし、糺問手続によってこの犯罪が問題とされる場合には、悪評ある者が在俗聖職者のときは、「たとえば親が行ったために」聖職売買を知らずにそれによって聖職禄を得た者は、その放棄を強いられるが、位階剝奪はされない、X 5. 3. 26。これに対して知っていた場合には、「訴追手続」と同様に位階剝奪される、X 5. 1. 21 にあるように。」⁽³⁷⁾

聖職売買で聖職禄しか取得しなかった場合にも、ゴフレードゥスとは違って、糺問手続による位階剝奪は可能である。さらに、適法に任命された司祭を金銭を使ってその教会から追い出し、その後その司祭職を取得した者に対して位階剝奪の判決が下された事案(X 5. 3. 2)についても、そこでの訴訟は訴追手続だけでなく糺問手続でもよいと説明している⁽³⁸⁾。このように、ホスチエンシスは、糺問手続により位階剝奪が認められる事案を拡張している。

すでに見たように、ホスチエンシスは、聖職売買についての糺問手続の効果を、在俗聖職者と修道士とで区別している。修道士について、位階剝奪ではなく職務を剝奪してより窮屈な規則の修道院で贖罪を行うということは、法文上も十分な根拠がある確立した実務であった⁽³⁹⁾。この違いの根拠を彼は手続の違いに求める。

「しかし、いかなる理由で在俗聖職者が糺問手続で立証された場合に僧籍剝奪となり、修道士ではそうではないのか。答え。在俗聖職者の糺問では細かな法廷手続(*subtilitas*)が要求され、従って、これらの例外的な犯罪では厳格な法の手続(*de stricto iure*)に基づいて判決が宣告されるのに対して、修道士の糺問は略式手続(*de plano*)で進められ、

したがって略式で罰せられるのだから。本章 *Qui de accusatione* 段落(次の引用文参照)、および X 5. 1 糺問手続の章で説いたことから明らかになるように。さらに、承認された準則として、一つのことで負担が重くなった者は、別のことで負担が軽くなるということがあるのだから。」³⁵⁾

「修道士の糺問は略式手続で、かつ喧騒なしで(*sine strepitu*)進められなければならない、神の僕たちがこれらの細かい法廷手続に巻き込まれるのはよろしくないのだから。」³⁶⁾

在俗聖職者は、糺問手続によって位階剥奪や僧籍剥奪の刑罰を受けることもある。しかし、その代償として手続は厳格でなければならぬ。他方、修道士はそうした罰を受けないで済むが、簡単な手続で有罪判決を受ける可能性が高い。もともと、少なくとも表向きは、窮屈な規則の修道院で生涯贖罪の業に明け暮れるという罰は、決して軽くはないであろう。おそらく、理論的には、神の僕としての修道士のより高度の服従義務があるのである。しかし、実務的には、在俗聖職者を簡単に罰してはならないということとともに、平信徒に与えるスキヤンダル(躓きの石)としての面も考慮されていると思われる。

では、厳格な手続とは何か。「糺問手続の進め方について」論じた段落で次のように論じている。

「時には、厳格な法の手続(*rigor iuris*)に従う場合がある。たとえば、誰かプロモーター(*prosequens*)によって、あるいは告発者によって、世俗的な刑罰を科すべく糺問がなされる場合である。また、略式手続で行われる場合もある、このときはすなわち職権で行われる、何らかの手続(*ordo*)が守られるとしても。誰かプロモーターによって糺問がなされる場合には、争点決定がなされ、また、他の手続も進められる。」³⁷⁾

厳格な法の手続に従う場合には、プロモーターや告発者がいて彼が手続を進める。手続の最初には、争点決定(*litis contestatio*)がくる。争点決定は、二段階のローマの方式書手続であれば、法務官の法廷手続の最後に、審判人手続で

何が審理され、どういう判決が下されるべきかという、訴訟プログラムを決定する手続である。しかし、帝政期に入り特別訴訟手続が発展して二段階の訴訟がなくなってくると、争点決定は行われなくなった。それにもかかわらず、ユスチニアヌス帝は、古典期との連続性を示すために(古典主義)、争点決定を法典に残した。中世でも、もちろん、争点決定は実質的な意味はなく、訴え提起に対して応訴があったという程度の意味しかもたず、だからこそ略式手続では不要になった。⁽⁸⁾しかし、いずれにせよここで注目しなければならぬことは、争点決定が訴え提起と応訴という対審構造を前提とする手続だということである。

ところで、プロモーターや告発者によって糺問がなされる場合、その目的として、「世俗の刑罰を科す」ことが挙げられていた。聖職者は裁判特権をもち、世俗の裁判に服しない。世俗の裁判に服するためには、僧籍を失って、世俗の権力に引き渡されなければならない。したがって、この場合には糺問手続は僧籍剝奪を目的として行われていると考えられる。僧籍剝奪や位階剝奪といった身分に関わる糺問手続は、争点決定が行われなければならない、対審構造をとらなければならない。職務紀律ではなく身分の剝奪つまり、*capitulis* な効果⁽⁹⁾を伴う手続を刑事手続というと考えれば、糺問手続が懲戒手続ではなく刑事手続となるためには、対審構造をとらねばならなかった。言い換えれば、刑事手続としての糺問手続は弾劾主義的にならねばならなかったのである。⁽¹⁰⁾

以上のように理解すれば、位階剝奪以上の効果をもつ糺問手続は、誣告のターリオーの罰を除いた弾劾手続と評価できるように思われる。この意味で、糺問手続は弾劾手続の合理化の媒介物だといってもよいように思われる。しかし、当のホスチエンシスは、これと一見矛盾することを述べる。すなわち、糺問手続においてもターリオーの罰は認められると主張する。

「したがって、これらの場合において、告発して糺問のプロモーターとなる者は、ターリオーの罰について義務を

負わなければならないと考えられる、被告人は訴追された場合と同じ罰を受けるのであるから、論拠 X 5. 1. 16 回答一。われらの師は反対説を唱えて、特別の罰に対して義務を負う必要はないと述べる。その理由は、われらが師によれば、類似するのは、両者、すなわち訴追の被告人も糺問の被告人もこれらの場合に永久に職務と聖職禄を剝奪されるという点で、しかし、類似しないのは、訴追の被告人は位階剝奪、すなわち僧籍剝奪されるが、糺問の被告人は剝奪されない点だ、ということである、X 5. 1. 24 「しかし、神父たちは、高位聖職者たちについて……」から明らかにするように。これは賛同できない、なぜなら X 5. 1. 24 は一般的な言い方をしているのに対して、*non* [X 5. 1. 21] では事案に即した (*causally*) 言い方をしており、ここで特殊なのは、糺問の被告人も訴追の被告人と同様に僧籍剝奪されるということだからである、X 2. 14. 8 から明らかになるように。この法文では、司教が糺問手続によって位階剝奪されたが、この司教に対しては、告発によって謀殺の罪が問われていた。特殊性の理由は、すでに述べたことから推論できるし、また、X 1. 9. 10. 2 で規定され、さらに説明が加えられていることから推論できる。もつとえば、職務と聖職禄を永久に奪われるということは、僧籍剝奪されたと十分に理解できるのではないか。然り、言葉によつて法律を定めようと言うのであれば別だが、しかしこれは行うべきことではない。C. 6. 43. 2 末尾。さらに、誣告によつて告発する者が罰せらるべきは、合理的ではないのか。然り、X 5. 2. 2。さらに、「選挙された司教について」認証があつた後で抗弁によつて犯罪があつたと主張された場合には、取得したものから追いつくのであるから、抗弁を出す汝は、特別の罰の義務を負うのではないか、X 5. 1. 10。したがって、いずれにしても第一の見解の方がここでの文言の、さらには以上述べた全てのことの本意により忠実であると考えられた、さもなければ誣告の種が与えられることになり、また奸策の道が開かれることになるからである。すなわち、そうなれば、訴追する者は子どものように単純だと評価されることになる、告発すれば自分の意図を遂げることができ、その上罰を受けなくて済むので

あるから。しかし、このようにして道が開かれてはならず、むしろ塞がるべきである。I. 4, 2, 1' および X 4, 19. 7 で規定され、また説かれていることで明らかのように。」⁽¹⁶⁾

被告人が糺問手続によって弾劾手続と同じ刑罰に服するなら、追及する側も同じ罰を受けるべきではないかという論理である。もちろん、弾劾手続と同様に名前の登録をしるとまでは要求していない。しかし、これではせっかくの改革を後戻りさせるのではないか。

「私が一般原則と考えるのは、証明しない者は誣告を推定されるということである、それは証明しない者が宣誓していようとしてまいと、また民事の事件であろうと刑事の事件であろうと変わらない。しかし、常に誣告者として罰せられるのではなく、むしろこれを裁判官の裁量に委ね、裁判官は推測に蓋然性があるかどうかをよく考慮して当事者と犯罪の性質をよく見極め、判決を下すべきである。」⁽¹⁷⁾

弾劾手続であっても、証明に失敗した訴追人は、必ずしも誣告罪で罰せられるわけではない。民事裁判における原告と同じレベルで誣告が考えられている。立証の失敗が自動的に誣告罪になるわけではないという意味では、弾劾手続における誣告のタリーオーの原則そのものがすでに緩和されている。とすれば、この点で弾劾手続と糺問手続を区別する必要はなくなる。

では、弾劾手続自体において誣告のタリーオーの原則が緩和されたとすれば、そもそも糺問手続を認める意義があるのだろうか。告発者プロモーターと被告人の宣誓の問題について、ホスチエンシスは次のように述べる。

「しかし、ゴフレードゥスに従って、以下の違いが職権によりなされる糺問手続とプロモーターによってなされる糺問手続の間にあると説明するであろう。すなわち、裁判官が職権によって手続を進めるときは、その者に対して手続が行われる者〔被告人〕に、糺問されている事柄について質問に対して答えるよう宣誓させることになる。X 5.

1. 18。これに対して、プロモーターによってなされるときには、彼に宣誓をさせず、追及する者が証明できるときは証明し、証明しなければ罰せられることになる、X. 5. 1. 19および20。しかし、私の考えでは、両者において真実を述べることの宣誓を強制される、*De denunciationibus*、段落 *qualiter* (n. 5 末尾) で明らかのように。また、どの法も宣誓することを強制されないとは述べておらず、むしろ逆のことを述べている。」⁽⁴⁾

告発人が宣誓することは当然として、被告人も真理を述べると宣誓することは、弾劾手続に比して被告人の立場は不利になる。そうであればこそ、ゴフレードウスはそれを否定したのであろう。とはいえ、被告人は、宣誓を避けようと思えば、糺問手続の前提がないこと、すなわち悪評がないことを主張すればよい。そうなれば、まずは告発人の方で悪評の存在を証明しなければならない。⁽⁵⁾ その限りでは、手続における負担のバランスは保たれている。いずれにせよ、被告人もまた宣誓の上で陳述するということは、ある意味で *inquisitio* の本来の姿を残しているともいえよう。

五、小括

一三〇〇年頃に教皇庁では現在にまでいたる常設の教皇庁裁判所 (*Rota Romana*) が設立された。しかし、教皇庁における常設裁判所は、それ以前に成立していた〔聖宮聴聞所 (*auditorium sacri palatii*)〕。その裁判官であったデュランティは、そこでの裁判実務の経験をふまえながら「訴訟の鏡 (*Speculum iudiciale*)」を書いた。糺問手続の効果について、彼は次のように書いている。

「さらに、別の区別も可能である。すなわち、ある者が犯罪について立証されるが、それが職権により行われる糺問手続による場合、この場合には罰は管理職務の解任である、上記（ルカ福音書の）執事の例から明らかになるように。他方、誰か告発人によってなされる糺問手続の場合もある。この場合には、罰は告発人の請求に従って科される、

X. 5. 1. 24 末尾のように。ただし、犯罪が贖罪完遂後も職務の執行を妨げるたぐいのものであるときは、別である。この場合には、位階剝奪がなされねばならない、たとえ告発人の請求が管理職務の解任だけだったとしても、上で述べたように。」⁴⁴

糺問手続による罰は一般的には職務の剝奪である。しかし、贖罪完遂後も職務の遂行を妨げるような重大な犯罪、聖職売買や謀殺の場合には、告発があり、告発人が糺問手続のプロモーターを務める場合には、位階剝奪以上の刑罰を科することもできる。この考え方が、十三世紀末の教会法学においては、通説化していたものと思われる。そして、おそらくは、この考え方に立って実務も行われていたのではないかと推測される。繰り返しになるが、糺問手続は、一般的には職務遂行に関わる懲戒手続、現代的に言えば行政手続であった。例外的に重大な犯罪の場合には、身分の喪失の効果をもつ刑事手続になりえた。しかし、刑事手続であるためには糺問手続は対審的に、つまり弾劾主義的にならねばならなかったのである。⁴⁵

以下では、こうした教会法学の発展を踏まえて、世俗法学の展開を見てゆくことにする。

* 本稿は、とりわけ、三以下は、本学より名誉博士号を授与されたチュービンゲン大学教授クヌート・ヴォルフガンク・ネル教授の六五歳祝賀記念論文集に寄稿した“*Ist die Inquisition Strafverfahren?—Zum Inquisitionsverfahren in der Blütezeit der Dekretalistik*”を元にしたものである。もちろん、日本語版にするためには、史料を翻訳しなければならず、また、日本の読者の理解のために加筆・削除も必要で、その限りで異なった内容にならざるをえなかった。なお、紙数の制約から中世法学者の言説は、日本語のみをあげざるをえなかった。ラテン語テキストは、煩雑ではあるが、上記ネル記念論文集を参照いただきたい。

【注】

- (1) 平野龍一「現行刑事訴訟の診断」『団藤重光博士古希祝賀論文集』第四卷（有斐閣・一九八五年）四〇七頁以下。
- (2) 平野龍一「刑事訴訟法」（有斐閣・一九五八年）一六頁。
- (3) ローマの刑事裁判については、木庭顕「in Verem”v”de re publica」（五）『国家一〇三卷七・八号（一九九〇年）四〇〇頁注（278）の記述が参考になる。筆者は、これに示唆をえて、「裁判」西川洋一編『ヨーロッパ国制史の定点』（仮題・二〇〇三年出版予定）にローマ刑事裁判の筆者なりのイメージを提示したが、なお未刊である。なお、弾劾主義の成立の意味については、木庭顕『政治の成立』（東京大学出版会・一九九七年）三六四頁以下が複雑な分析を加えている。危険を承知の上であえて筆者なりに要約すれば、政治的対立を前提とし、それを維持しつつ武力衝突にいたらないための仕掛け、犯罪によって破壊された平和を、武力衝突という全面的な平和破壊を避けつつ、他方で政治的対立を温存し、たまたまで犯罪者の追放（国民Ⅱ政治的構成員としての死）によって回復する仕掛け、と弾劾主義を捉えることができるであろうか。この仕掛けの中で、人身の自由とか無罪の推定とかいった理念が出来上がってくる。
- (4) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣・一九七二年）六五頁。
- (5) 「人々が、議論をし、その優劣を評価する、そのことによつて動く、自発的に動く、場合にだけ政治が存在する、ということができる。もちろんそのようにいったからといって事柄はあまり明らかにならない。「要するに話し合いによつて物事を決めるといふこととどこが違うか」という疑問が直ちに提出される。また、そのようにいっただけではどうしてそのようなことが可能になるのか、どうして皆がそうなるようになるのか、どうして皆が自発的にそのように動くのか、ということとは不明である。」（木庭前掲『政治の成立』三頁）「議論をし、優劣を評価する」ためには対立が明確でなければならない。そのためには仕掛けが必要である。他方、その評価を皆が認めればこそ、有罪判決を受けた親族や友人といえども、たとえ内心は不承不承でも自発的に従うことになる。そのためにも、皆が認めたという状態を擬制する仕掛けが必要である。これらの仕掛けの十分な解明なしには、「要するに話し合いによつて物事を決めるといふこととどこが違うか」という疑問には答えられない。

- (9) Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, S. 351, 496 ff.
- (7) このように、さむねは対症療法的刑罰を生み出す、専主政期の強制的国制と脆弱な監督機構の関係をどうして、M. Kaser/K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., 1996, S. 527 f. 参照。また、専主政期の強制的体制のもよびの諸制度が中世へと受け継がれてゆくことは、クヌート・ネル(村上淳一訳)『ヨーロッパ法史入門』(東京大学出版会・一九九九年)三九一四六頁が指摘している。
- (8) P. E. Pieler, in: *Reallexikon für Antike und Christentum*, Bd. 10, 1978, v. Gerichtsbarkeit, Sp. 487.
- (6) 「罪」概念の歴史については、S. Kutner, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX.*, 1935, S. 3 ff. 参照。
- (5) 以下の紀問手続の成立過程については、W. Trusen, *Der Inquisitionsprozess. Seine historischen Grundlagen und frühen Formen*, ZRG Bd. 105, K. A. (1988), 168 ff. に依拠した。この論文については、すでに、拙稿「訴訟の形式に従い判決の形式も調えらるべし」西川洋一他編『罪と罰の法文化史』(東京大学出版会・一九九五年)一六九頁以下で簡単に紹介した。トルーゼン説の要旨は、E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege*, Göttingen 1947 に代表される、拷問を主要なメルクマールとする紀問手続観(これは、ナチスの無法な刑事手続に対する批判に規定されている)を批判し、史料に則して教会法の発展のなかに紀問手続の成立を見ようとするものである。この説のドイツ学界(あるいは、教会法学の身内だけかも)にいなが、この評価については、P. Landau, *Der Einfluss des kanonischen Rechts auf die europäischen Rechtskultur*, in: R. Schulze (Hrsg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin 1991, S.54; 参照。最近のこの分野の、H. Dreier, *Kanonistik und Kofessionalisierung—Marksteine auf dem Weg zum Staat*, JZ 2002, 3 参照。
- (11) 司教法廷(synodus, Sendgericht)については、ネル前掲書注(7)七九頁、その手続は同書一三二頁の「責問手続(Rügeverfahren)」と類似する。巡察するたとえば小教区(司祭管区)で、その中で有力者に宣誓の上証言をせよというように行う手続で、これは後に述べるローマ以来の紀問(inquisitio)に類似する。しかし、この時代には、司法法廷は聖職

者を対象とするものではなくなったといわれている。Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 4. Bd, Berlin 1990, Sp. 1630 f. の項目 Send, Sendgericht (H.-J. Becker 執筆) 参照。

(12) 下位者は上位者を訴追することはできないという原則は、司教の地位を強化しようとして九世紀に作られた『偽イシドールス教令集』で打ち立てられ、『グラチアーヌス教令集』に採用された。しかし、たとえば、聖職売買や謀殺のやうな重罪では例外的に訴追は可能とされている。この問題については、R. Knox, *Accusing Higher Up*, ZRG Bd. 108, K. A. (1991) 1 ff. 参照。

(13) 拙稿注(10)一一七頁注(3)では、雪冤宣誓失敗の効果について、職務停止あるいは職務剥奪について法学者の間に争いがあり、また、アレクサンデル三世の教皇令も職務剥奪を認めたと書いた。ここでは、教皇令があるからその効果が確定的であるようなニュアンスになっているが、やはりそれは書きすぎで、この段階ではなお確定していないと見るのがよいのではないかと思われる。もう少し網羅的な検討が必要であろう。

(14) W. Kunkel, *Quaestio*, in: *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, 47. Hb., Stuttgart 1963, Sp. 759; auch in: Kunkel, *Kleine Schriften zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, 1974, S. 78 f. 木庭前掲注(2)国家一〇三卷七・八号四〇二頁。

(15) カローリング期の糺問手続で用いられ、それがイングランドの陪審手続へと発展していったことについては、ネル前掲注(7)一一三頁以下参照。また、小山貞夫「陪審制と職権の糾問手続との史的岐路——英米法と大陸法についての一つの覚え書——」望月礼二郎他編『法と法過程』（創文社・一九八六年）五三頁以下も陪審制の起源を糺問手続に求めている。また、時代は下るが西川洋一「シチリア王国勅法集成の訴訟法（三・完）」法協一一五卷一一号（一九九八年）一七九八、一八〇三頁以下は、*inquisitio* の刑事手続に限られない多様な用いられ方を示しているように思われる。

(16) トゥルレーゼンの神秘主義者マイスター・エックハルトに対する異端糺問の研究は、糺問手続（あるいは、より一般的に刑事裁判）のこのような政治的構造を見事に描き出している。この異端糺問はプロモーターによる手続であり、プロモーターはエックハルトの改革によって追い詰められた教会内反対派であった。W. Trusen, *Der Prozess gegen Meister*

Eckhart, Vorgeschichte, Verlauf und Folgen, Paderborn 1988. この著書については、筆者の紹介、国家一〇五卷三・四号一五〇頁参照。もちろん、こうした対立さえも利用する以外に監督を行う手段をもたない教会組織の脆弱さ、古代末の皇帝権力にも見られたと同様の脆弱さを見ることはできるであろう。このような見方については、K. W. Nörr, Prozesszweck und Prozessstypus: der kirchliche Prozess des Mittelalters im Spannungsfeld zwischen objektiver Ordnung und subjektiven Interessen, ZRG KA Bd. 109 (1992), 183 ff.; auch in: idem, *Indicium est actus trium personarum*, Goldbach 1993, S. 87 ff. これについては、ネル前掲書注(マ)一八〇頁以下の筆者の「解説」参照。対立が潜伏することでエネルギーが蓄積され、それが大爆発を起こすとすれば、それは共同体の維持にとって最大の脅威である。対立を具象化し小爆発を起こさせることによってエネルギーを蓄積させないということは、さまざまな対立が存在することを前提にした上で成立する共同体の維持にとって有用であろう。裁判、とりわけ刑事裁判はどのような仕掛けではないか。注(シ)で言及した木庭『政治の成立』の裁判像は、筆者なりにはこのように受け取りたいのであるが。

(17) 刑事手続と懲戒手続の対比は、トゥルレーゼンによる。拙稿前掲注(10)一七〇頁参照。なお、一二〇四年の教皇令 *Per tuas* (X 5. 3. 32) では、「位階の剝奪を目的として刑事的に訴えられたのではない、無能・有害な者として管理職務から排斥するために民事的に訴えられた」(*ageretur non criminaliter, ut deponeretur ab ordine, sed civiliter, ut ab administracione amoveretur, tanquam immeritus et damnosus*)¹⁾と述べられている。位階剝奪の効果をもつ手続を刑事手続と述べることは、以上の史料の根拠はある。なお、X 5. 3. 32 については、拙稿前掲注(10)一八六頁注(15)参照。

(18) X 5. 1. 21 については、拙稿前掲注(10)一七四頁参照。

(19) X 5. 1. 24 については、同右一八四頁注(14)参照。

(20) 拙稿前掲注(10)一七〇—一七二頁。トゥルレーゼンの判断の素材は、法文の他には、一二三七年頃に書かれたと推測する *Roffredus, Libellus super iure pontificio* などがある。Vgl. Trusen, a. a. O. (Anm. 10), 220 ff. besonders 227 f. など。本書の成立年代については、K. W. Nörr, in: H. Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der europäischen Privatrechtsgeschichte*, 1. Bd., München 1973, S. 393 ff. 一二二七年から一二四三年の間と広くとら

いる。ロフレードスは、反対説に言及している。しかし、それが誰かは述べていない。トゥルーゼンも、位階剝奪を認めない説の主唱者がイノケンチウス四世だということを知っていたら、それほど簡単に断を下すことはなかったであろう。

(21) Johannes Teutonicus, *Apparatus in Concilium quartum Lateranense ad c. 8*, in: A. García y García, *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*, Città del Vaticano 1981, p. 199. X 5. 3. 32 については、拙稿前掲注(10)一八六頁注(15)参照。X 5. 3. 30 については同一一八三頁注(12)参照。

(22) Innocentius IV, *Apparatus super libros quinque decretalium*, Lyon 1578, X 5. 1. 21 v. In *accusationis*. 本書は、東北大学附属図書館ゼッケル文庫に所蔵されている。D. 19 c. 1 は、教皇書簡(*epistola decretalis*)が「教会法令集(*corpus canonum, codex canonum*)」に収録されていない場合にもなお効力をもつかという照会に対する教皇ニコラウス一世の回答(八六五年)。肯定的に答えているが、こゝでなぜ引用されているのかはよくわからない。おそらく、この法文で引用されているガラシウス一世の言葉の中に、教皇令について「教会の諸秩序(*ecclesiastici ordines*)および教会法令に基づく紀律(*canonum disciplinae*)」について公布されたもの」という言い方があり、これが *ordo et disciplina* との区別につながるのではないかと考えられる。なお、〔〕は筆者による補充である。それと、X 5. 3. 31 v. *formam* で、イノケンチウス四世は次のように述べている。「なぜなら、訴追手続によるときは、位階剝奪の判決が下され、これに対して、糺問手続では管理職務から解任され、告発〔＝福音的告発(*denuntiatio evangelica*)〕では贖罪が課されることになるからである。X 5. 1. 16 にあるように。」X 5. 3. 31 については、拙稿前掲注(10)一八一頁注(11)参照。注釈が付されているのは、「訴訟の形式に従って判決の形式も調えられる」というテキスト部分である。X 5. 1. 16 については、同一一八〇頁注(9)参照。なお、イノケンチウス四世の *Apparatus* は、Nörr, *Handbuch* (Ann. 20), S. 377 以下、一二四六年ないし一二五四年の成立とされている。

(23) 拙稿前掲注(10)一七三頁参照。なお、『標準注釈』は、最初の版が一二四一年、最後の改定版が一二六三年頃に完成したといわれている。Nörr, *Handbuch* (Ann. 20), S. 376 参照。

- (24) Goffredus de Trano, *Summa super titulis decretalium*, Lyon 1519 (復刻版 1992), X 5. 1 n. 5. *Summa* という書物は、『グラチアーンヌス教令集』について書かれたもの、つまりデクレチストのものは、個別のテクスト部分に付された注釈である。これに対して、『グレゴリーウス九世教皇令集』についてのものは、基本的には各章ごとにまとまった説明があり、これはローマ法学者のプラケンチーンヌスやアンの『勅法』に対する *Summa* と同じである。コフレードゥスの『*Summa*』は、一二四一年から一二四三年に完成したと言われている。Nörr, *Handbuch* (Ann. 20), S. 378 参照。
- (25) Goffredus, *op. cit.*, X 5. 3 n. 8. 第五卷第一章 *effectus* で始まる段落は、告発に始まって糾問手続になる場合を論じている。したがって、効果の問題は糾問手続と同じことになる。福音的告発と糾問手続にいたる告発という、告発の多義性に留意する必要がある。X 1. 6. 26 では、司教管区の状態および司教個人についての糾問によって、司教が聖職売買によって選ばれたこと、その教会の現書記長 (*cancellarius*) がこの事実を知りつつその選任に協力し、その結果今の職についたことが明らかになった。この場合に、この書記長はその職務を剝奪された。糾問による職務剝奪の例、しかし、聖職売買によって職務を得た場合ではなく、職務を与えた側の例になる。
- (26) Goffredus, *op. cit.*, X 5. 1 *in fine*.
- (27) 拙稿前掲注(10)一七三頁参照。
- (28) 前掲注(20)で言及したように、トゥルーゼンは、重大犯罪の場合には糾問手続によって位階剝奪できると説く者としてコフレードゥスを挙げている。
- (29) ホスチエンシスの師イノケンチウス四世に対する関係については、拙稿「対論を求めて」同編『複数の近代(北海道大学法学部ライブラリー6)』(北海道大学図書刊行会・二〇〇〇年) 四七一―四八頁参照。
- (30) Hostiensis, *Summa aurea*, Venetia 1586, X 5. 1 rub. *De inquisitionibus*. §. *Quis sit effectus*. n. 9. ホスチエンシスの『黄金の*Summa*』は、一二五三年頃に完成し、デクレチリストの『*Summa*』では、最も重要である。Nörr, *Handbuch* (Ann. 20), S. 378. なお、n. の数字は、版によって異なるが、ここでは筆者の用いた版のみを挙げておくが、段落の最初の言葉 (「*Quis sit effectus*」) から検索すべき。Dicum ante C. 2 q. 3 c. 8 は、刑事犯罪として訴追し、

自己の名前も登録したが、被告人が無罪とわかつて訴えを取り下げたケースと、裁判官が有罪と認定する相手方から金銭を受け取って訴えを取り下げるケースとは別だということを説く。C. 2 q. 3 c. 8 末尾で、後者の場合に「法律で定められた罰 (poena legibus constituta)」を科すべきことを述べている。D. 50, 16, 244 は「刑罰 (poena) と罰金 (multa) の区別を説く。刑罰は、個別の犯罪について確定しているのに対して、罰金は法律に特段の定めがない限り裁判官の裁量による。

(31) Hostiensis, ebenda. X. 1. 11. 17 は、グレゴリウス九世の教皇令で、司祭その他の聖職者が姦通、偽誓、謀殺または偽証の罪を犯した場合、正規の訴訟手続 (ordo iudicialis) で立証される、または、公知であるというのでない限り、謀殺犯を除いては、贖罪の後はずでに受けた位階を妨げられず、また、これから位階を受けることも妨げられない、と定める。謀殺の例外的性質が述べられている。X. 5. 3. 4 は、聖職売買で訴追された者が、何があつたか確認されるまでは、ミサの執行を禁止される旨を規定する。聖職売買ということ以外で、なぜここで引かれているのかわからない。C. 1. 6. c. 15 は、第二ラテラノ公会議 (一一三九年) 第二決議で、金銭をもって聖職禄や上長職、聖堂参事会首席職、その他の職 (honor) を取得した者は、その職を失い不名誉の烙印を押されると定める。X. 5. 3. 13 は、聖職売買で司祭職を取得したという悪評のある者たちについて、それが公知の事実である場合には、当該教会から解任 (引き離し amovere) し、公知でなければ雪冤宣誓を要求し、これに失敗すれば聖職禄を永久に取り上げよ、というアレクサンデル三世の教皇令。この罰を位階剝奪と解しているようである。X. 5. 3. 11 は、司祭選挙にあたって、選ばれた者から聖職禄と上長職の約束を取り付けた大助祭および他の聖職者について、これが明白 (manifestum)、法廷で自白するかまたは適法に立証された場合には、祭壇での奉仕 (altaris ministerium) を永久に奪われること、また、法廷自白も立証もないが、悪評がある場合には、雪冤宣誓を求めること、それに失敗すれば犯罪の実行者として罰せらるべきこと、を命ずるアレクサンデル三世の教皇令。司祭選挙で働きかけをうけた聖堂参事会員は、regularis (修道士) なので、ここで引用されたのであろう。

(32) Hostiensis, op. cit., X. 5. 3. §. Quia pena feriat. n. 13. X. 5. 3. 26 は、本人の知らない間に父親が金銭を使って聖職禄を取得した者が、その後悔い改めてこれを返還したが、この後同輩が彼を聖堂参事会員に選出した場合に、先の聖職禄受領の瑕疵は後の選出の妨げとならないことを答える、クレメンス三世の教皇令。

- (33) Hosiensis, *Commentaria in libros decretalium*, Venetia 1581 (復刻版 1965), X 5. 3. 2 n. 1「それゆえ、また、これについて糾問手続で確証される場合でも、あたかも訴追されたかのごとくに、完全に位階剝奪することができる。本法文末尾にあるように。この事案でも、X 5. 1. 21 回答一で講ぜられることが認められると理解することができる。その箇所で説明したように。」学説の異同を意識的に取り上げた盛期デクレタリストイク(教皇令注釈学)の最後の法学者ヨハネス・アンドレアエも「この点でのゴフレードゥスとホスチエンシスの違いを記している。Iohannes Andreae, *Novella Commentaria*, X 5. 3. 2 n. 2「同じく述べられていること、すなわち、「彼は位階剝奪されるべし」も、訴追されて立証された場合、C. 2 q. 1 c. 3^oであつてそれ以外のものではないと理解せよ、ゴフレードゥスに従つて。しかし、ホスチエンシスは、位階剝奪されるべきは、糾問によつてこれが確証された場合も同じだ、X 5. 1. 21^oと述べている。」C. 2 q. 1 c. 3「何人といえども裁判なしに有罪とされることをわれらは欲せず、それと同様に、正当に下された終局判決(que iuste diffinita sunt)がいかなる弁解事由によるのであれ無効とされることをわれらは認めない。」C. 2 q. 1 の第一部は「正規の裁判手続なしに有罪判決を下してはならないことの権威が引かれており、この法文もその一つ。なお、ホスチエンシスの『コメンタリヤ』は一二七一年頃に完成した。また、ヨハネス・アンドレアエの『ノヴェラ』(ちなみに、これは娘の名前。彼は、俗人としてはじめて教会法を教授した)は、一三三八年に最初の版が完成した。Nörr, *Handbuch* (Ann. 20), S. 378 参照。
- (34) たとえば、X 5. 1. 24 末尾、X 5. 3. 40 (第四ラテラノ公会議第六四決議)これについては拙稿前掲注(10)一八六頁注(29)参照)。
- (35) *Summa aurea*, X 5. 3 §. *Qua pena feriat*ur. n. 14.
- (36) *Op. cit.*, X 5. 3 §. *Qui ad accusationem simoniaci admittatur*. n. 10.
- (37) *Op. cit.*, X 5. 1 rub. *De inquisitionibus*. §. *Et qualiter procedatur*. n. 5.
- (38) K. W. Nörr, *Das Streitprogramm: eine historisch-vergleichende Skizze*, in: *idem iudicium est actus trium personarum*(Ann.16), S. 267 ff. ロープの方式書訴訟と中世の訴訟との違いについて、簡単にはネル前掲注(7)一六七

頁以下の筆者の解説参照。

(39) プロモーターによる札問手続の弾劾主義化は、証人についても認められる。職権で行われる場合には、告発者を証人とすることは可能であるが、告発者がプロモーターとなつて手続を進める場合には、これを証人とすることはできない。これは、弾劾手続で訴追人を証人とすることができないのと同様である。Summa aurea, X 5. 1 rub. De denunciationibus. §. Et qualiter procedatur. n. 61「しかし、告発者を証人として受け入れることができるようにも思われる。…これと異なるのは、弾劾手続で訴えられた場合で、この場合には一たび訴追人となつて現れた場合には、証人となることはできないからである。…しかし、次のように説明せよ。「矛盾の」第一の調和は、述べられているように理解することである、すなわち、この場合には告発は贖罪のためになされている〔福音的告発〕、と。第二の調和として、これは聖職売買について訴えられ、しかも聖職者を相手とした場合である。…しかし、そうでなければ正規の手続(ordo iudicialis)が守られるべきである。…」

(40) Commentaria, X 1. 21. 1 v. sic ut in accusationis. n. 4 et s. X 2. 14. 8 およびその解釈をめぐつては、拙稿前掲注(10)一八六頁注(19)参照。X 1. 9. 10. 2 は「犯罪に対する良心の疼きから司牧職の辞任の許可を求めることができるが、それはどんな犯罪でもというのではなく、そのために贖罪完遂後も職務の執行(executio officii)が妨げられるような犯罪だけである」と説いている。ここでは、犯罪の重大さに段階があることの根拠として引用されている。C. 6. 43. 2 は、遺贈および信託遺贈に共通する事柄に関し、特に遺言の解釈について述べている。文言だけからではなく、事態を全体として考察して遺言者の意思を探れというのが法文全体の趣旨。末尾に、「なぜなら、われわれは文言によつてではなく、事柄それ自体(res ipsae)によつて条項(leges)を定めるのであるから」と書かれている。ローマ法文の文脈からは、ここでのlegesは「遺言の条項」と解される。しかし、引用しているホスチエンシスは、もちろん、「法律」の意味で用いている。X 5. 2. 2 2について、拙稿前掲注(10)一九〇頁注(25)参照。ここでは、誣告的な告発者が罰せられることの例となっている。I. 4. 2. 1 は、暴力的に奪った物についての訴権に関する。この訴権では故意によつて奪うことが要件になり、したがつて、自分の物だと錯覚して奪った場合には、この訴権は生じない。さらに、盗訴権も認められない。そう

なると、錯覚したということで、罰せられることなく奪うという道が開かれてしまう。そこで、皇帝の立法で、何人も暴力をもって、自分のものであるなしかかわらず、動産または動物を奪ってはならないと規定した。ここでは、脱法行為への道を塞ぐ立法の例として引かれている。

X 4. 19. 7 は、信者の夫婦の一方が異端になった、あるいは異教徒になったことを理由にして離婚は認められないというこの理由の一つとして、脱法行為の抑制を挙げている。すなわち、もしこれを認めれば、夫婦仲が悪くなったときに、一方が異端になったということを装って離婚する輩が出てくるというのである。脱法行為の抑制の例。

(41) *Summa aurea*, X 5. 2 §. *Quando debet quis de calumnia puniri*. n.8.

(42) *Summa aurea*, X 5. 1 rub. *De inquisitionibus*. §. *Et qualiter procedatur*. n.6 in fine. X 5. 1. 18 は、職権により糾問手続を行った場合で、糾問の相手方である司教が自白したことについて阻却事由を出してきた。この場合に、司教がどのような形式の宣誓を行ったか、彼の教会の状態について真実のみを包み隠さず述べると宣誓したか、それとも、質問されたことに対して答えると宣誓したのかを明らかにするように、命じた。この法文では、どちらの形式の宣誓がルールかは述べていない。後者の形式があることから、引用されていると思われる。X 5. 1. 19 は、司教の犯罪を告発してきたケースで、告発者は司教の敵対者およびその係累である。この場合には、糾問手続に入る前に司教について悪評があるかどうかを確認しなければならず、また、糾問手続に入っても告発者(司教の敵対者)はプロモーターにも証人にもなれず、司教の犯罪についての証明がなされるかどうかが問題になる。X 5. 1. 20 も、司教についての告発者が、公に知られた女性関係の持ち主、あるいは破門宣告を受けていることが明らかなきは、これらの者の告発を退け、そうでなければ、当該司教に告発者たちに不当な負担を負わせることを禁じて、審理を行えという内容。どちらも、告発人 II プロモーターによる糾問手続のケースで、被告人の宣誓は言及されておらず、審理を行うよう命じている場合。

(43) *Loc. cit.*, n. 5 [「被告発人が」が反論しようと思えば、それは可能である、たとえば、…告発によって手続を進めてはならない、なぜならかの犯罪について悪評がないから、と主張する場合、この場合には先ず評判について糾問する必要がある。』

(44) Duranti, *Speculum iudiciale*, Basel 1574 (復刻版 1975), *De inquisitione*, §. 4 n. 5.

(45) 対審的構造は、たとえ教皇令をもってしてもないがしろにすることはできないと、デュランティは述べている。Loc. cit., §. 3 n. 35「それゆえ、〔糺問を命ずる〕教皇書簡で事案の審理が略式手続で訴訟の喧騒なしに行われるといわれている場合はどうか。…しかし、この言葉によって、争点決定やその他の重要な手続をないがしろにすることはできない。』ちなみに、告発人がプロモーターとなる糺問手続で、被告人に対しても真実を述べるといふ宣誓を求めることができるかという問題について、デュランティはホスチエンシスに反対している。Loc. cit., §. 3 n. 19「糺問官は、…被告人に宣誓を求めもならない、なぜなら、被告人は自らに不利なことを述べる宣誓の義務を負わないからである、…。しかし、プロモーターがおらず、上位者の職権によって糺問が行われる場合には、自らに対して生じた悪評のゆえに、宣誓を行うことになる、…。」ホスチエンシスに比較して弾劾手続により接近しており、この程度が実務なのではないかと思われる。

(未完)

(おがわ こうぞう・本学法学部教授)