

中世イングランドにおける雪冤宣誓（二）

——自治都市の慣習と法を中心に——

加藤 哲 実

- 一 序説
- 二 史料抜粋
- 三 分析および考察
- 21… 1
（以上第二三卷第一号）
- 63…37…22
（以上本号）
- 四 雪冤宣誓
- 五 結びに代えて

三 分析および考察（承前）

22 これは、証人による証明が、証明方法の一つとして採用される場合の例である。原告証人が証明証人 (proof-witnesses) の機能を果たしている。それは、これを史料23と対照すれば明らかである。史料23では、原告第一訴答の段階で、原告が「原告証人を伴ったものとして (od seuyte)」他人に請求すると表現されており、この seuyte は本来の意味の原告証人であり、したがって、史料22の seute, suyte は同じく原告証人を指示しているはずだからである。

原告証人は、古いコモン・ロー上の訴訟手続に関する規則では、原告が彼の主張の正当性を証明するために彼と共に裁判所に連れて来た随行者 (followers) あるいは証人 (witnesses) を意味したと言われており、ラテン語で secta と呼ばれた。

原告の第一訴答の場面を想定してみる。⁽²²⁾ 訴訟当事者たちが法廷にいる。すべての訴答はまだ口頭の訴答である。当事者たちが相互に向い合つて立つ時、自分の主張を自分自身の口によつてあるいは彼の訴答人の口によつて述べることは、原告にとつての義務である。その陳述は、既に述べたように、神聖な言葉で満たされた方式的な言い方であり、その省略は致命的であつた。

このような単なる口頭の言葉だけでは、原告は被告に対して答弁を強いることはできなかった。⁽²³⁾ 原告は彼の主張を述べるだけでは十分でなく、彼は主張の真实性を証明することを申し出なければならぬ。⁽²⁴⁾ 例えば、重罪私訴において彼は、彼の身体による証明 (proof by his body) 、『すなわち彼自身の決闘による証明を申し出る。また、権利令状に基づく訴訟において彼は、或る自由人の身体による証明、すなわち代理人の決闘による証明を申し出る。この場合、その代理人あるいはその代理人の父親は、主張されている占有 (seisin) について証言したのである。したがって、単なる代理

人ではなく証人である。その他の主張では、原告は a suit (secta) of witnesses (原告証人) を提出する。もし彼が彼の単なる主張 (bare assertion)、すなわち単なる口頭の言葉 (nude parole) しか提出しないならば、彼は被告による答弁を得る権利を与えられないのである。先に挙げた重罪私訴における訴訟手続も、この原則の例外ではない。私訴人は、近所の人々が彼の即座の訴訟の証人 (witness)、すなわち傷つけられた人の傷の証人であり、強姦された女性の引き裂かれた衣服の証人であるような、叫喚追跡 (hue and cry) を行なった原告証人 (suit) の存在を主張するのであり、その存在を証明することが被告によって要求されうるのである。したがって、重罪私訴においても、他の主張においてと同様に、原告が彼の言葉の支持者として依拠するものが原告証人であったことは確かであろう。原告の訴えを有効にするには原告証人の存在が必要であるというこの原則は、価値ある原則とみなされていた。一二一五年のマグナ・カルタ (Magna Carta) において、バロンたちは、国王の役人の利益となるようないかなる例外もその原則に対して認められるべきでない」と主張している。

「いかなるベイリフも、今後、自分の単なる訴えによって、そのために〔自分の言うことの真実性を証明するために〕連れて来られた信頼に値する証人なしに、人を裁判にかけるべきではない (Nullus ballivus ponat de cetero aliquem ad legem simplici loquela sua, sine testibus fidelibus ad hoc inductis.)」(第三八条)。

また、一三世紀末に、『フリトン』ならびに『フリータ (Fleta)』は、訴えに際して原告証人が必要とされる原則が當時なお生き続けていたことを示している。次の通りである。

「争点について提出される適切な原告証人がいないならば、誰も他人に対して雪冤宣誓を申し出ることを強いられないと我々は定めている」(『フリトン』) (史料 67 参照)。

「そして、債務者の捺印証書を提示することのできない債権者の救済手段に関しては、債務者が彼〔債権者〕に支払うべきことを彼〔債権者〕が申し分なく証明すべき時には、債務者は〔債権者の〕証拠立てられていない言葉に対して

答弁することを強いられないということが遵守されるべし。そしてこれは、マグナ・カルタの次の条項によつて規定されている。

いかなる自由人も、単なる訴えによつて、そのために〔原告の言うことの真実性を証明するために〕連れて来られた信頼に値する証人なしに、裁判にかけられるべきでないし、あるいは宣誓をさせられるべきでない (Nullus liber homo ponatur ad legem nec ad iuramentum per simplicem loquelam sine testibus fidelibus ad hoc ductis.) (『フリータ』⁽³⁶⁾)。

『フリータ』の著者は、マグナ・カルタの条項を挙げているが、それにそのまま該当する部分は、一二一五年、一二一六年、一二一七年、一二二五年のどのマグナ・カルタにもみることができない。けれどもそれは、先に引用した一二一五年のマグナ・カルタの第三八条に類似している。したがつて、考えられることは、『フリータ』の著者が、その第三八条あるいはその変更条項としての一二一七年のマグナ・カルタの第三四條⁽³⁸⁾—一二二五年のマグナ・カルタの第二八條⁽³⁹⁾を改竄したのではないかということである。もしそうだとすれば、改竄の内容の決定的な部分は、ballivusを liber homo に変えたところである。国王の役人たる「ベイリフ」が「自由人」と変えられることによつて、この条項は、すべての自由人に適用されうるという意味で、普遍的な意味を有することくに解釈されることにならう。実際、『フリータ』の著者はそのような脈絡でこの条項を引用している。この時代の訴訟手続上の法情況が投影されたのだと思われる。なお、この条項は、*iuramentum*が挿入されていることからして、一二一七年の第三四條⁽⁴⁰⁾—一二二五年の第二八條の変形なのであろう。

さて、原告証人は、具体的に訴訟にどのように登場するであろうか。例えば、アランがウィリアムに対して訴訟を提起しているとすれば、普通は、アランの原告第一訴答は次のような言葉で終る。

「そして、もしウィリアムがこれを告白するならば、それはアランにとつて正当とみえるだろう。しかしもし彼がそれを否認するならば、彼はそれを不当に否認しているのである。なぜなら、アランはここに善良で十分資格のある原告

証人 (swit)、すなわち、ラルフとロジャーを持つてゐるからである」⁽⁴²⁾。

ここに現われた原告証人は、証明方法についての判決が下つた後に登場することのある証明証人とは、少なくとも機能上は、明確に区別されなければならない。メイトランドは、原告証人の機能について次のように述べている。

「原告証人たちがこのように法廷に連れて来られた時に、彼らが何をして何を言つたかについて我々はほとんど知らない。しかし我々は、ノルマンの書物から次のことを知ることができる。すなわち、彼らの各々は順番に歩み出て次のように言うことになつてゐる。『これを私は見たし聞いた。そして（証明のために——メイトランドの挿入）私は法廷が裁定することを行なう用意がある』と。この段階で、原告証人たちは全く宣誓をしないし、尋問もされない。彼らはまだ証明を行なつていない。被告が言わねばならないことを法廷が聞いた後で、判決が下されるまでは、証明は行なわれないであらう。したがつて、権利令状においては、提供された闘士は、次のように話すであらう。『これを私は見たし聞いた——あるいは、これを私の父は見たし聞いた、そして死ぬ間際に彼はこれについて私に証人を引き受けるように命じた——そして、法廷が裁定する時と場所において私はこれを私の身体によつて証明する用意がある』と」⁽⁴³⁾。

A・W・B・シン普森も、無方式契約に基づく金銭債務訴訟について、原告証人の存在と機能に注目しつつ次のように述べてゐる。

「捺印証書に基づく金銭債務訴訟においては、被告に答弁を強いることとなる当事者（原告）の証明は、捺印証書の申し出であつた。無方式契約に基づく金銭債務訴訟においては、当事者（原告）の証明は原告証人の提出の中に存したのであり、その原告証人は、本来は、責任を発生させる法律行為の（場に立ち会つた）証人であつた。彼らの機能は、近代の契約訴訟における証人の機能と同じではなかつた。なぜなら、中世法においては、原告の諸々の主張を実証するために呼び出され、宣誓に基づく証人として提出される証人は、訴訟に勝つために絶対必要なものでは決してなかつたからである。第一に、中世の原告は近代的な仕方では証人を提出することを全く要求されなかつたし、あるいは實際上そ

うすることを許されなかつたのである。原告が彼の言い分を述べる機会は、訴答によつて用意されていたが、訴答は、原告第一訴答 (count or declaration) で始まつた。そしてその原告第一訴答において、原告あるいは雇われた弁護士が原告の側の言い分を述べたのである。この制度の下では、原告証人の機能は、原告の口頭の証拠を確認することではなく、原告の原告第一訴答に根拠を与えることであつた。第二に、原告証人の提出は絶対的な必要条件であつた。もし原告証人が提出されなかつたならば、被告は原告の主張に対して答弁する必要は全くなかつたのである⁽⁴⁴⁾。

つまり、原告証人は、その提出が不可欠であつたが、判決によつて命じられ判決後に行なわれる証明とは全く関わらなかつた可能性がある。第一次的には、彼は予備的な事実主張、すなわち原告第一訴答の段階に属してしたのであり、そこでは彼は、訴訟ないし訴答がそれに基礎づけられた行為の申し出の段階に属してしたのである。したがつて、原告証人の機能は、被告からの何らかの答弁に先立つて、原告の主張を支持することであつた⁽⁴⁵⁾。

しかし、原告証人は証明証人としても機能しえた。慣習によつて、あるいは判決によつて、証人による証明が要請された場合である。史料22の自治都市慣習法によれば、原告が主張した契約を被告が否認した場合には、原告が証明証人としての原告証人を伴つてその契約を証明しなければならなかつたのである。

23 もし原告証人が提出されなかつたならば、被告は原告の主張に対して答弁する必要はなかつたが、一三世紀において、この原告証人の提出は単なる形式ではなかつた。原告証人たちは、被告に答弁を要求しうるような正当な主張が現実に存在したかどうかを決定するために、裁判所によつて尋問されえたのである⁽⁴⁶⁾。このことは、原告証人が隸農であるとか利害関係者あるいは原告の代訴人であるというような正当な原因で排除されうることを示唆するのみでなく、裁判所が、原告証人たちに一人ずつ聴聞の機会を与え、彼らが事実について何らかのことを実際に知っているかどうかを発見するべく試みるであろうことをも示唆している。もし彼らが尋問において失敗するならば、もし彼らが何も知らないならば、もし彼らが原告支持の点で合意しないならば、「その原告証人は無効であり (the suit is null)」そして原告は

敗退する⁽⁴⁷⁾。反対に、もし原告証人が尋問されて、適切であることが判明すれば、ここで初めて被告は身の潔白を証明するために、雪冤宣誓を申し出ることができるのであり、あるいはそれを強いられるのである⁽⁴⁸⁾。この制度の運用について、『ブリトン』ならびに『フリータ』は、各々占有奪取行為の証明あるいは無方式契約の存在証明との関連で次のように述べている。

「そしてもし尋問の結果、その原告証人が〔原告支持の点で〕合意しないことが見出されるならば、被告に有利に判決が下されるべし。そして原告は偽りの原告証人を提出した廉で憐憫罰を科されるべし。もしその原告証人が〔原告支持の点で〕合意することが見出されるならば、その時には被告は、原告および原告証人に対して彼の雪冤宣誓によつて占有奪取を否認する (defendre) ことができる」(『ブリトン』) (史料67参照)。

「いかなる自由人も、単なる訴えによつて、そのために〔原告の言うことの真実性を証明するために〕連れて来られた信頼に値する証人なしに、裁判にかけられるべきでないし、あるいは宣誓をさせられるべきでない。

しかし、もし原告が原告証人たちを提出し、彼らが原告と被告の間で締結された契約に立ち会った法律によく遵う証人たちであるならば、そしてもし、裁判官による尋問の結果、彼らが〔原告支持の点で〕合意していることが分かるならば、被告は、原告および原告が提出した原告証人に対して雪冤宣誓を申し出ることができる」(『フリータ』)。

史料23に現われた原告証人は、以上のような機能を持つ存在だったのである。しかし、原告証人は、一四世紀になつて次第に形骸化してゆく。原告証人の尋問は行なわれなくなり、原告証人の提出の申し出は単なる形式になつた。一三四年にモウブリ (Mowbray) 裁判官が、「原告証人は、原告第一訴答の方式の一部として提出されるだけである⁽⁵⁰⁾」と述べることのできた背景にはこのような事情があつた⁽⁵¹⁾。こうして原告証人の提出は、訴答方式の一部として方式化され、原告第一訴答の末尾に置かれることになる。‘et inde producti sectam’ (‘and thereof he produces suit’; 「しかも彼は以上の点につき原告証人を提出する」)⁽⁵²⁾ という用語でそれは表現された。そしてこの方式はその後長い間存続すること

になる。ジェイムズ・B・セイヤーは、一九世紀の著者スティーヴンが次のように述べていることを紹介しつつ、この方式が一八三四年のヒラリー規則 (Hilary rules) よりも長く存続したことを明言している。

「原告第一訴答は、最後に、損害を算定・提示し、原告証人 (suit) の提出を申し出る。……これは、すべての種類の訴訟に適用される。……実際の提出は長い世紀に亘って行なわれなくなっているけれども、その方式は未だに残っている。……『しかも彼は以上の点につき原告証人を提出する』⁽⁵³⁾と」。

24 ロンドンにおいては、史料 1・3・10・18・25・31・32・33 から分かるように、雪冤宣誓は三種類に分けられている。大雪冤宣誓、中雪冤宣誓そして第三級雪冤宣誓である。この三分類が明確にされたのがいつであるかは明らかでない。また、各々いかなる事件に適用されたかも必ずしも明らかではない。時代の違いによる変化を伴っているであろうが、史料からみる限りでは、大雪冤宣誓は重罪に、中雪冤宣誓は身体傷害や国王に対する侵害に、第三級雪冤宣誓は契約違反、金銭債務訴訟、使用料未払いなどの民事的な事件や身体傷害に適用されている。宣誓補助者の数は、各々三六名、一八名 (一五名、一二名)、六名である。

史料 24 は、ロンドンの第三級雪冤宣誓に関する規定である。襲撃、暴行、奪取、傷害、打撲傷害、流血などの刑事事件が、聖なる時間⁽⁵⁴⁾に発生し、誰かが正式起訴されたという場面が想定されている。聖なる時間と正式起訴についてみておこう。

聖なる時間としては、ここでは、クリスマス、復活祭および聖霊降臨祭が挙げられている。これらの祭りの期間は、日常の規則的な生活時間から明確に区別される非日常的な時間に属した。人々は、この期間に、天真爛漫な子供時代に戻り、遊戯や馬鹿ぶぎけに耽ることができた。それは、世俗的な意味でも宗教的な意味でも制度的に承認された事柄であったように思われる。人々は、共同体の体制内部に取り込まれてある非日常的な時間にどんちゃん騒ぎを行なう。そしてこの場面には、当然のことながら、暴力が潜在している。史料 24 は、このような暴力行為から生じた犯罪の被疑者

が、正式起訴されたことを想定しているように思われる。

次に、正式起訴についてみる。クリスマス、復活祭、聖霊降臨祭は、三大祝日であり、それらの各々の平和は、国王の平和として位置づけられている⁽⁵⁵⁾。したがって、この特別の期間に生じた犯罪が国王の平和破壊とみなされ、陪審によって正式起訴されても不思議ではない。史料24で、「起訴された (accusatus) 人」というのは、このようにして正式起訴された人 (indicted person) を指しているようにみえる。ここで、特徴的なこととして指摘しておくべきことは、次の通りである。この時代には、正式起訴された人は、本稿序説で述べたように、審問＝陪審による審理に服するか、そうでなければ監獄に留まらねばならなかった⁽⁵⁶⁾。この点についてのこの時代の法情況を、ミルソムは一二七五年の制定法を引き合いに出しつつ、次のように叙述している。

「一二七五年までには、地方住民 (countyside) による審理、小陪審による審理 (a petty jury) は、普通のことであつた。しかし、正式起訴された人 (the accused) は、自分の判断でその審理を選択しなければならなかつた。そして、或る制定法は、もし彼が〔そうすることを〕拒絶したならば、彼が苛酷な監獄 (a prison forte et dure) に入れられるべしと規定していた (3 Edw. I, Stat. Westm. prim., c. 12.)⁽⁵⁷⁾。監獄の苛酷さは、その言葉〔監獄 (prison)〕自体が苦痛 (peine) 、すなわち拷問 (torture) として読まれるに至るまで、ゆつくりと増大した〔すなわち、〕『苛酷な苦痛 (peine forte et dure) 』へと〕。そしてこの情況のもとで、正式起訴された人の何名かは死亡することもあつた。〔その場合、〕彼らは〔陪審審理によつて有罪の判決を受けたわけでないから〕重罪犯人だと宣告されたものではなかつた。〔したがつて、〕彼らの財産 (property) は没収されなかつた。こうして、彼らの選ぶべき道は、二通りの死〔陪審の死刑判決の結果としての死と『苛酷な監獄』での死〕のうちのごちらかであつた (and their choice was between deaths.)⁽⁵⁸⁾」。

正式起訴に関わるこのような一般的な法情況の中で、自治都市の裁判所においては、正式起訴された人は、雪冤宣誓によつて身の潔白を証明することができたのである。この事実は、史料32・45・48の参照によつて一層確かなものとな

るであろう。雪冤宣誓の方が都市民によつて好まれたとすれば、その理由は、当時の陪審審理自体の性格の中にある。一二一五年のラテラノ公会議によつて非合法化された神判に代わる唯一の証明方法として導入された小陪審⁶⁰判決陪審は、新種の神判の役割しか果たせなかつた。「したがつて、陪審は旧來の神判と同様、有罪か無罪かのいずれかの單純な評決しか出さないし、又裁判官はその評決がいかなる形で達せられたかについても、神判の時と同様あざかり知らぬことなのである。裁判官が職權に基づき自ら審問したり、陪審を尋問したり、陪審の結論を自由に考量したりはしなかつたのである」⁶¹。

史料24では、聖なる時間における一定の犯罪について正式起訴された人は、選択の余地なしに、あるいは無条件で、第三級雪冤宣誓にかけられると規定されているようにみえる。ただし、史料文中の省略部分は、本稿で用いている史料集の原文自体において欠落している部分であり、この点からして、右の私の史料理解は推測の域に留まらざるをえない。しかし、もしその理解が真実に近いものであれば、我々は、聖なる時間という特定の時間が、訴訟手続上、中世自治都市において特別視されていたとみることができよう。想定された場面での被告は、彼の住居の近辺から選ばれる宣誓補助者を伴つた雪冤宣誓で身の潔白を証明することができたという点である。これは、正式起訴と私訴の違いはあるものの、25で述べる原則と照らし合わせてみれば、一層明確になるであろう。

25 民事訴訟において、原告が、彼の主張を支持する原告証人に加えて、被告自身に関わる書面や割符を提出した場合には、原告は、被告の否認を阻むことができた⁶²。しかし、もし原告が原告証人を提出しただけならば、被告は、伝統的に、彼の否認を雪冤宣誓によつて証明することができた⁶³。つまり、雪冤宣誓は、原告証人しか提出しなかつた原告に対して、被告の否認の十分な証明として普遍的に認められていたのである⁶⁴。史料25は、先ず、契約違反ないし金銭債務に関する訴訟について、このことを示している。

しかし、流血や暴行のような刑事事件の場合には、そしてここでは正式起訴でなく私訴が想定されているようにみえ

るが、被告による雪冤宣誓の実行を原告すなわち私訴人が進んで認めない限りは、訴訟は審問によって決せられることとされている。

これらは、少なくとも一二八五年頃のロンドンにおいて提起された訴訟に適用される第三級雪冤宣誓に関する原則だったのであろう。

26 金銭債務訴訟における雪冤宣誓に関する自治都市 Ipswich に固有の慣習が挙げられている。先ず、この都市の市民間の一六ペンスと二分の一ペニー以上の額の金銭債務訴訟において、被告が雪冤宣誓を遂行する場合には、被告は宣誓補助者の候補者を自ら一〇名法廷に連れてくる。その一〇名は二つの集団に分けられ、ナイフ投げによって一方の集団が選ばれる。そしてさらに、その五名から一名が除かれ、結局四名の宣誓補助者が確定することになる。

ここでは、宣誓補助者の確定に至る詳細な手続が描写されている。その意味で貴重な史料である。他の史料では、「市の賢明な人々は、彼〔被告〕に三六名の人々を連れてくるように裁定する」（史料3）とか、「裁判官の指示で、……市の賢明な人々によって選ばれるべきならば」（史料3）と記述されるだけである。したがって、ナイフ投げによる宣誓補助者の確定、あるいはそれに類似した方法が他の自治都市にも一般的に存在したか否かは、我々の史料からは明らかにならない。ただし、『ヘンリー一世の法』Gairns（史料66）にみえるように、アングロ・サクソンの慣習では、宣誓補助者は、選抜ないし籤によって選ばれており、これとの関連の可能性は窺える。そして、籤にしてもナイフ投げにしてもこれらの時代にあつては、それが超自然的な知を引き出すための方法であつたことは間違いないであろう。裁判上の決闘において武器が聖別され、神の慈悲が懇願されたようにである。⁽⁶⁶⁾

一六ペンスと二分の一ペニー以下の金銭債務訴訟では、宣誓補助者の数は二名とされている。この二名がどのようにして確定されるかは、史料からは分からない。被告が自ら連れて来るということであらうか。

次に、史料では、これらの慣習がこの都市の市民間、同輩ないし庶民と呼ばれる住民の間のみ適用され、他所者市

民の間では適用されないことが確認されている。さらに、債務の総額について区別せず、原告ないし被告の一方が市民たる住民で、他方が他所者市民である場合には、雪冤宣誓が可能であり、宣誓補助者は二名とすると規定されている。これは、原告ないし被告の少なくとも一方が当該都市の市民でなければ、雪冤宣誓が適用されないことを示している。

27 これは、宣誓補助者の資格要件に関する規定である。金銭債務訴訟においては、宣誓補助者は、それについて告訴されたり、あるいは嫌疑をかけられたことすらない誠実な人でなければならない。これは12で示唆した資格要件に付加すべき要件として把握しておく。

28 決闘審判が嫌悪され、雪冤宣誓が用いられるべく規定されている。本稿序説で触れたように、自治都市の特権の明確な現われである。この史料の特徴は、殺害された人が他所者であることであり、謀殺の場合にも適用されるということである。殺人という重罪について、外部の者⇨他所者に対する自治都市共同体の、国王からの特権に基づく内部性確保の確認をここでは把握しておく。

29 この史料は、22で言及した「原告の訴えを有効にするには原告証人の存在が必要である」という原則を、賃貸契約について証明している。testimoniumは、本来は「証拠」であろうが、文脈から「証人」と解釈した。ここでの証人は、22で触れたように、証明証人であると同時に原告証人としても機能していると思われる。

30 史料28と同じく、決闘を回避し雪冤宣誓を遂行しうる特権が明示されている。また、12で示唆したように、宣誓補助者は適法な人々とされている。

31 ロンドンのこの史料では、最初に、「以下のような都市の古い慣習がある」と書かれている。その古い慣習は、例えば、史料3の中にもみえており、それとの関連で史料31の前半部は理解できる。ただし、ここでは、「ロンドン市民の誰かが巡察で(in itinere)大逆罪について」と明記されているように、ロンドン市民は一三一九年において、巡察裁判官(巡回裁判官)としての国王裁判官の面前で、すなわち巡回裁判所としての国王裁判所において、刑事事件において、決闘

の代りに雪冤宣誓で身の潔白を証明することができたことを示している。一三世紀においてもこのような情況が自治都市で一般的であったことについては、本稿序説で触れておいた。

史料の後半部では、昔から考えられてきたこととして興味深い記述がなされている。選ばれていた宣誓補助者の誰かが、当該市民（被告本人）の雪冤の時以前に死亡してしまったならば、残りの三五名の宣誓補助者が、死者の墓の上で、「もし彼が生きていたならば彼らが行なうのと同じ宣誓を彼が行なうたであろうことを宣誓した」というのである。阿部謹也氏によれば、ハインリッヒ・ブルンナーは、中世のロンドンにおける似たような事例を報告している。

「ブルンナーは別の論文『ゲルマン人においては死者が法的に生きつづけること』において、中世のロンドンにおいて死者が証人となった事例を報告している。ある原告団グループが特定の間人を証人として訴訟を起していたが、証人の一人が証言期間内に死亡してしまったために他の証人と共に死者の墓に行き、そこで証人たちが死者が生きていたならば自分たちと同じ証言をなしたであろうと誓った。ブルンナーは『死者の霊が墓のなかで生きているとみられたのである』⁽⁶⁴⁾と語っているが、このばあい、墓所での証言が死者が生存時になしたのと同じ効力をもつものとされたことはたしかである⁽⁶⁵⁾」。

ここでは、死者は原告側の証人であるが、「死者の墓に行き、そこで証人たちが死者が生きていたならば自分たちと同じ証言をなしたであろうと誓った」という描写を我々の史料と比較対照すれば、これら二つの場面における人々のモチーフが同じであることに気付かれるであろう。つまり、死者の人格が生き続けている（消滅していない）ということ、そして死者の法的能力が認められているということである。したがって、死者の代りを補充するというのはのではなく、あくまでもその死者自身の人格にこだわるということになる。もつとも、残りの宣誓補助者たちあるいは証人たちが死者の生前の人物を知っていること、そして彼らが死者の人格証人としての役割を果たすことが前提とされており、この意味で死者の人格・法的能力は、生者の援護を条件として、死者の生前の人物の延長領域内で、生者の世界における法的

な役割を果たしうるのである。

いずれにしても、ここで我々がみてきた法現象は、ブルンナーの問題意識⁶⁶に即して言えば、中世イングランドにおいて「死者の霊が墓の中で生きているとみられた」証左に他ならない。肉体が生理的に機能しなくなっても、肉体内部に融合している霊は消滅しない。「生ける死体 (eine lebende Leiche)⁶⁷」という概念はこのことを指しているであろう。

32 ロンドンの大雪冤宣誓における宣誓順序が述べられている。自らを雪冤する人、すなわち被告は、私訴されたり、告発されたり、起訴されたりする人となっているが、問題となる正式起訴については24で言及した。

宣誓の順序としては、本人が六回の宣誓を行なうのであるが、各回毎に本人に続いて六名の宣誓補助者が宣誓を行なう。これは、史料3の中の「彼は三度宣誓を行なうのであり、各々の時に彼自身は第六番目である」(大雪冤宣誓の宣誓順序)という記述からの類推解釈である。宣誓補助者は総数三六名である。大雪冤宣誓は、史料3では本人が一度だけ宣誓し、その後三六名の宣誓補助者が宣誓することになっている。この変化の意味は明らかでない。

宣誓の内容としては、本人は重罪、国王の平和の破壊、そしてかけられた嫌疑のすべてを否認し、神と聖遺物の加護を願う。宣誓補助者は、本人が正しくて確実な宣誓を行なったことを請け合い、神と聖遺物の加護を願う。イングロ・サクソン法の宣誓方式の史料65の5・6に現われる宣誓内容と基本的に同じとみて間違いないであろう。本稿序説で示唆しておいた通りである。

33 ロンドンの中雪冤宣誓における宣誓順序が述べられている。本人が三回の宣誓を行ない、各回毎に本人に続いて六名の宣誓補助者が宣誓を行なう。これは、史料3に現われる中雪冤宣誓と基本的に同様である。

34 原告側にたとえ証人がいたにしても、書証のない限りは、金銭債務訴訟において被告たる都市民は雪冤宣誓の申し出をできることが示されている。これは、当時の国王裁判所における動向と同じである。ミルソムによれば、「たとえ取引が証人たちの前で行なわれたにしても、そのようにして創設された金銭債務は秘密裡に (Privately) 支払われてしまっ

ていたかも知れない⁽⁸⁸⁾」ので、証人の尋問は終局的な意味を必ずしも持ちえなかった。さらに、陪審審理との関連でペイカーも重要な指摘をしている。

「契約自体は公示的で近隣の人々によく知られていたとしても、被告が免責の理由として秘密の支払を主張することもありえた。そのために、裁判官は陪審審理を、雇人が賃銀を請求する金銭債務訴訟のような若干の場合を除いては、これを否定し、被告が雪冤宣誓することを許した⁽⁸⁹⁾」。

したがって、国王裁判所においても金銭債務訴訟については、雪冤宣誓が用いられることになる。しかし、それは、「国王の裁判官の面前に当事者たちに加えて隣人たちも立ち会った巡察 (eyre) においてはなお意味をなしたが、弁護士が恐らくは宣誓補助者を雇ったウェストミンスターではあまり意味をなさなかった⁽⁹⁰⁾」のである。

このようなわけで、自治都市においては、巡察 (巡回裁判所) としての国王裁判所におけるそれと同様の社会的状況の中で、金銭債務訴訟における雪冤宣誓が有効に機能したのである。

35 都市の同輩と他所者との間での金銭債務訴訟についての記述である。前半部では、国王の令状によって提起された訴訟、すなわち巡察 (巡回裁判所) としての国王裁判所における訴訟と令状なしの訴訟、すなわち都市の裁判管轄権に属する訴訟が仮定され、その両方において、被告たる他所者に対して原告たる都市の同輩に証明権が与えられている。続いて後半部では、原告としての他所者が被告としての都市民に金銭債務の履行を要求した場合に、都市民は、雪冤宣誓を用いることを望むならば、「ここで古くから用いられ認められてきたこの都市の法と古き慣習に従って」雪冤宣誓を申し出て、遂行することができるとされている。この史料は、基本的には都市民の原告としての証明権ならびに被告としての雪冤宣誓権を確認したものであるが、都市民を他所者に対峙させることによって、都市民の特権の確認と同時に都市共同体の内部性が強調されているようにみえる。

36 ここでは、先ず、領主、そして領主のベイリフないし自治都市共同体の役人としてのベイリフ、あるいは教区共同

体たる教区会 (vestry) の吏員としての教区吏員に対して都民が雪冤宣誓を遂行する場合が挙げられている。宣誓補助者の数は二名である。次に、一当事者に対する雪冤宣誓においては、その当事者および裁判所の恩恵、つまり許可を得ない限りは、宣誓補助者は五名であるとされている。この「……恩恵を受けない限り」という記述は、史料25の「原告が進んで認めない限り」という記述と同様の意味を有している。法的な慣習による原則が存在しつつ、当事者に手続上の選択の余地が一定程度与えられたことを示している。

「雪冤宣誓を申し出る」「雪冤宣誓を遂行する」「宣誓のための保証人」という文言との関連で、雪冤宣誓の手続の一部について考察する。まず、メイトランドおよびシンプソンの言葉に耳を傾けてみよう。

「この手続はイングランドでは『雪冤宣誓を遂行すること (making one's law)』として知られている。この方法で自分の主張を証明すべく判決された当事者が、将来の或る期日に宣誓補助者を伴いこの儀式を遂行する旨の担保 (security) を見出した〔提出した〕時には、彼は、『雪冤宣誓を申し出 (wage his law, *vadare legem*)』⁽¹⁾ とも言われる。その後、決められた期日に出頭してその儀式を成功裡に遂行する時には、彼は『雪冤宣誓を遂行し (make his law, *facere legem*)』⁽²⁾ とも言われる。」(メイトランド)。

「雪冤宣誓 (compurgation, wager of law) は二つの段階を含む。訴えられた時に、被告はその訴えに対して訴答を行なった(通常は、彼の被告第一訴答は、全面的否認訴答〈general issue〉、すなわち、彼はいかなる債務も負っていない〈*nihil debet*〉であった)、そして彼は雪冤宣誓の申し出を行なった (offered to wage his law) ——事実上、彼は、彼がいかなる債務も負っていないことを誓うことによつて成功裡に嫌疑を晴らしてみせることを請け合うことを申し出したのである (offered to guarantee)。もし彼の申し出が裁判所によつて受け容れられたならば、出頭し宣誓を行なう期日の日取りが決められた。そして彼は彼の出頭を保証するための保証人 (pledges) を見出さなければならなかった〔提出しなければならなかった〕。次に、決められた期日に彼は、彼の宣誓補助者 (oath-helpers, compurgators) を伴つて

本人自ら出頭し、『雪冤宣誓を遂行し』(make his law)なければならなかった。⁷²⁾「law」という語は「right(正しき)」という意味で用いられているようにみえる。したがって、あなたが雪冤宣誓を申し出る (wage your law) ということは、‘warrant your right (あなたの正しきを請け合う)’ことを意味し、あなたが ‘make your law (雪冤宣誓を遂行する)’ ということは、‘to make good your right (あなたの正しきを立証すること)’を意味するのである⁷²⁾ (シンプソン)。

中世における「保証人 (pledge)」に関しては、メイトランドが別の箇所で概念を明確にしている。

「現代においては、我々は、或る物が担保 (security) として提供される時に *pledge* という語を用いる。しかし、中世を通じてずっと、このような物は担保物 (*gage*)、すなわち *vadium* であった。他方、*pledge* という語は、それはアングロ・サクソン語の *borh* (保証人) に一致するのだが、我々が現在 *suretyship* (保証人であること) と呼ぶ状態が存在した場合のために取っておかれた語である。*Plegius* は保証人 (*surety*) だったのである。……本章において我々は、*gage* と *pledge* にそれらの古い意味を付与することにする。すなわち、*gage* (担保物) は物であり、*pledge* (保証人) は人である⁷³⁾」。

したがって、シンプソンの用いている *pledge* という語も保証人と解釈してよいように思われる。また、文脈上それと相当すると思われる箇所ではメイトランドは、先に引用したように、*security* という語を用いているが、これは保証人を含む広い概念としての担保と解釈してよいであろう。事実、メイトランドは他の箇所でもそのような概念を表わすものとしてこの語を用いている。雪冤宣誓の担保として保証人ではなく担保物を提供する場合もあったのかも知れないが、この点についての確言はここでは差し控えよう。ちなみに、メイトランドは、非常に古い時代には担保として価値ある動産が提供されたことを示唆しつつ次のように述べている。

「雪冤宣誓は以下の⁷⁴⁾形式をとる——『彼は自分の捻じられた手袋⁷⁴⁾ (with his twisted glove, de sun gant plye)

雪冤宣誓の申し出を行なうべし。彼はそれを相手方の手に引き渡すべし。そして次に彼はその手袋を取り戻し、彼の宣誓のための保証人 (pledges) を見出すべし〔提供すべし〕。手袋を伴うこの儀式の要点は以下のごとくであるように思われる。すなわち、宣誓補助者を伴って自らを雪冤するという約束の履行のための担保 (security) を提供しなければならぬ被告は、非常に古い時代には直ちに彼の相手方の手に価値ある何らかの動産 (some chattel of value) を交付しなければならなかつたであろうことである。これが手袋によって象徴されているのである。もつとも、なぜそれが捻じられるべきなのかについて私は何も言えないのであるが。しかし、保証人 (pledges) (すなわち保証人 (sureties)) を伴う契約が *vadium, wed* あるいは担保物 (gage) を伴う契約にもはや取って代ってしまっているので、担保に供された手袋は、約束者が自分の約束の履行のための担保 (security) で実際上あるはずのもの〔すなわち保証人〕を見出す〔提供する〕やいなやその約束者に返還される。要するに、手袋の遣り取りは、被告は身近に保証人 (pledges)、すなわち保証人 (sureties) を有しているのもはや儀式にすぎない。このことはすべて非常に重要である。なぜなら、博識な著者たちは、裁判所の判決を履行する約束、すなわち *wed* あるいは担保物 (gage) の交付によって担保された約束が、強制可能な契約すべての、たとえまさに最古のものではないにしても、最古のものの一つではないかと思ってきたからである⁽⁷⁴⁾。

ただし、メイトランドは、一三世紀の訴訟手続について叙述している箇所⁽⁷⁵⁾で、次のようにも書いている。

「彼は直ちにこの雪冤宣誓を申し出なければならぬ。すなわち、彼は、彼が自分に命じられた行為を果たすことによってこの雪冤宣誓を後日『遂行する』であろうことを保証するために、担保物と保証人 (gage and pledges) を見出さねばならぬ〔提供せねばならぬ〕」(傍点引用者)。

いずれにしても我々は、雪冤宣誓の担保としての保証人については、史料による裏付けを行なうことができる。例えば次のようにである。

「判決——彼女に第二番目としての彼女の手によって自己防衛させるべし、すなわち、ウォルターはこれらの〔法定相続不動産に関する〕不動産譲渡捺印証書を彼女に委託しなかったし、したがって彼女はそれらの証書を持っていないし、決して持たなかったたのであり、したがって彼女はそれらをニマルクを貰う代わりに与えることを申し出たりなど決してしなかった、と。場所はウェストミンスター、期日は復活祭後の一五日目という形で日取りが決められた。宣誓のための保証人 (pleg leg) Everard de Amesbury の息子 Roger 及 Simon Tirell⁽²⁾」。

このような pleg (plegius) という語で表現される保証人は、その具体的な氏名と共に、他の多くの史料の中にも多数みることができ⁽⁷⁾る。

以上のことから、金銭債務に関する訴訟および言わば民事訴訟での雪冤宣誓における手続の一部を、史料的な事実も踏まえつつ整理すれば次のようになるであろう。

原告が訴訟を提起する。その訴えに対して被告は否認の訴答を行ない、雪冤宣誓を申し出る (wage his law, vadiare legem)。その申し出が裁判所によつて受け容れられ、恐らくそれは判決の一部として告げられる。そして、雪冤宣誓を遂行する場所と期日が決められる。被告は、その期日にその場所に彼が出頭することを保証する保証人 (宣誓のための保証人 <plegi de lege, plegii legis, pleg leg>) (通常は二名のようである) の名前を挙げ、恐らくはその保証人たちはそこに居合わせなければならぬ。この時に行なわれたとメイトランドが報告している手袋の遣り取りは、非常に興味深い。我々の史料から看取することはできない。被告は、決められた期日に一定数の宣誓補助者を伴つて出頭し、雪冤宣誓を遂行する (make his law, facere legem)。それが成功裡に遂行されれば、被告は解放される。もし失敗すれば、原告の主張が受け容れられる。

なお、史料 36 の後半部にみえるように、被告は一度だけ不出頭理由申し立てをする (essoniare, essoin) ことができる。原告も望めばそれを行なうことができる。ただし、原告がそれを行なった場合には、被告はその後三度それを許さ

れることになる。不出頭理由申し立てとは、裁判所に出頭して訴えに対して答弁するべく召喚された人が、病氣や衰弱あるいはその他の正当な理由に基いて出頭の期日を延期してもらおう申し立てである、と一応理解しておこう。

37 この史料は、内容的に四つに分けられる。その四点について順を追って考察する。

i 宣誓補助者が宣誓を行なうべきごとくに行なわなかった場合について。

宣誓補助者が、たとえ誤った仕方でも宣誓したり、宣誓を辞退したにしても、もし被告が直ちに代りの宣誓補助者を用意できるならば、最初に予定された雪冤宣誓自体が失敗したということにはならない。つまり、被告は予備の宣誓補助者を有効に用いることができた。その際、最初に行なうべくして正しい宣誓を行なわなかった人は、その不実の故に (*pro sua falciate*) 領主に対する罰金としての憐憫罰 (*misericordia domini*) を科される。ここでは、被告は、自ら宣誓補助者を選び、というよりも他の人に宣誓補助を頼み、満足のゆく宣誓を期待していることが、当然の前提にされているようにみえる。だからこそ「その不実の故に (*pro sua falciate*)」という文言が置かれているのである。領主に対する罰金ということは、この都市の裁判所が領主裁判所としての様相を呈していたことを示している。なお、被告が「雪冤宣誓について私権剝奪されるべき (*erit attinctus de lege*)」という文言の内容は、被告が雪冤宣誓に失敗したとされるべきということである。

ii 被告が雪冤宣誓に失敗した場合について。

この場合の判決 (*judicium*) は、もつと前の段階で証明方法について下される判決とは異なり、むしろ手続上の帰結として予定されている判決を意味している。その判決によって被告は、原告に対して、原告が訴因において示した金額および裁判所が査定した損害賠償額を支払うこととされる。さらに被告は、隣人たちによって査定された罰金額を都市の慣習通りに領主に支払う。その額は六ペンス以下とされている。

iii 主たる宣誓者 (被告) は、ベイリフが言う通りに宣誓の言葉を言わなければならないことについて。

これは、当時、宣誓の文言が方式的に決まっていたことを示している。「もし彼が、ベイリフが言うように言わないならば、彼は、ベイリフに従つて言えるまでそれを言い改めねばならない」という記述は、その場面が目に見えかぶほどに生なましい。しかし、もし被告が自らそれを言いたくないと言つてしまった時には、雪冤宣誓は失敗したとされる。ここでは、前もつて定められている文言の発語という儀式的遂行がすべてを左右する。したがつて、形式（宣誓の文言を方式通りに発語すること）と内容（自分の正しさを証明すること）が矛盾対立することなく融合していると観念されていたに違いない。それでは、もし形式が本来的に遂行不可能な場合にはどうなるであろうか。例えば、被告が啞者の場合である。シンプソンは、「その手統は啞者に便宜をはかるために変更することができた。そしてそれは一三四四年の事件で次のように叙述されている」と述べて、次のような史料を引用している。

「或る人が不動産占有返還下知令状 (*Præcipe quod reddat*) に基づく訴訟に参加して、召喚状の通りにではなく、手振りだけで彼の雪冤宣誓を申し出たことを心に留めよ。ところで、手振りで彼は彼の雪冤宣誓を遂行し、その「雪冤宣誓の」言葉は彼に対してもう一度繰り返し語られ、彼は傾聴し、そして彼の手を聖書の上に置き、それにキスした。したがつて彼は、言葉を発することなしに雪冤宣誓を遂行したのである。そして、ストーンは彼に言った。『ひとたび偽誓を行なえば、永遠に見捨てられよう』⁽⁸⁾と」。

ここでは、「手振り」が発語に代替しうるものとして考えられている。手振りも発語も身体的な表現であり、このことは、人間の心が人間の身体によつて表現されねばならないことを示している。心は必ず身体によつて表出されるのである。つまり、ここでは身体と心の融合が前提的に観念されている。とすれば、先に述べた形式と内容の融合の観念は、人間の身体と心においても通用していたということになる。この点についてもう一步踏み込めば、身体の当該部位が欠損していた場合にはどうなるかが問題となるはずである。共同体内的な了解が果たされているならば、発語あるいは手振りに代替しうる行為は無限にそして多様に存在しえたであろう。聖書に対する身体による所作の場面も含めてそれは

非常に興味深いが、史料的な裏付けの段階にきていないのでここでは論じないことにする。

iv 被告が雪冤宣誓を申し出た後に欠席した場合について。

この場合には、被告はその時点で敗訴したとみなされたようにみえる。その次の開廷期に、彼が来て来なくても「主たる事件と損害」を、つまりこの史料の前半部に書かれている「原告が彼の訴因において示しただけを、さらにまた裁判所が査定する彼の損害賠償額」を支払うべき決定を下されるからである。彼は出頭してその決定を聞かなければならない。それが原則である。だからこそ、「彼は彼の判決を聞くために動産差し押さえられるべし(sit districtus ad audendum iudicium suum)」と裁定されるのである。

- (31) See *Jovitt's Dict. of Eng. Law* (secta).
- (32) See Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. II, pp. 604-605.
- (33) Milson, *op. cit.*, p. 39.
- (34) 以下詳細は、See Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. II, pp. 605-606.
- (35) 田中秀央『羅和対訳 マーグナ・カルタ』一九七三年、九〇―九一頁。なお、訳文は翻訳に従ってはいない。
 一二一七年のマーグナ・カルタにおいては、*legem* の後に *manifestan vel iuramentum* が付加され、「裁判」が神判あるいは雪冤宣誓によることが明確にされている。ただし、メイトランドも述べているように、この神判 (*lex manifesta*) は、必ずしも一方的な神判 (*an unilateral ordeal*) を指し示しているのではなく、決闘審判を意味していると考え、差し支えなく。See Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. II, p. 606, n. 2.
- (36) *Fleta*, vol. II, ed. by H. G. Richardson and G. O. Sayles, London, 1955 (Pub. of Selden Society, vol. LXXII), p. 211.
- (37) これらすべてのマーグナ・カルタは、英訳『*English Historical Documents*, vol. III, ed. by H. Rothwell, London, 1975, pp. 316-346 に掲載されている。
- (38) *Ibid.*, p. 336.
- (39) *Ibid.*, p. 345. マグナ・カルタについて詳細は、その成立・再発行・確認および近代的変容を含めて、小山貞夫『イングランド法の形成と近代的変容』一九八三年の第二編「マグナ・カルタ(一二一五年)の歴史的意義」第六編「マグナ・カルタ神話の創造」参照。

- なお、一三世紀イングランド政治史・国制史の脈絡におけるマグナ・カルタの位置については、城戸毅『マグナ・カルタの世紀——中世イギリスの政治と国制 1199-1307』一九八〇年参照。
- (40) 本章の註35参照。
- (41) ちなみに、セルデン協会版の『フリータ』の編集者は、当該箇所英訳部分に *Magna Carta, c. 28* と記して、これが一二二五年のマグナ・カルタの第二八条であることを示唆している。See *Fleta*, vol. II (*op. cit.*), p. 211.
- (42) Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. II, p. 606.
- (43) *Ibid.*, pp. 606-607.
- (44) Simpson, *op. cit.*, p. 136.
- (45) James B. Thayer, *The Older Modes of Trial*, *Harr. L. Rev.*, vol. 5, no. 2, 1891, p. 49.
- (46) Simpson, *op. cit.*, p. 136.
- (47) Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. II, p. 610.
- (48) William M. McGovern, *Contract in Medieval England: Wager of Law and the Effect of Death*, *Iowa L. Rev.*, vol. 54, 1968, p. 24.
- (49) *Fleta*, vol. II (*op. cit.*), p. 211.
- (50) 17Edw. III (R.S.), 72 (cited by Simpson, *op. cit.*, p. 137).
- (51) Simpson, *op. cit.*, p. 137.
- (52) 原告第一訴答の実例は、ヘイカー、前掲邦訳書、五三七—五三八頁参照。
- (53) Thayer, *op. cit.*, p. 49.
- (54) Y. M. ヘルセ、井上幸治監訳『祭りと叛乱——16—18世紀の民衆意識——』一九八〇年、第一章「祭りの暴力」参照。
- (55) メイトランド、前掲邦訳書、一四六頁。
- (56) 起訴陪審によって訴えられた人（正式起訴された人）は、もともと原則として神判に付されたが、ヘンリー二世による陪審制の利用を中心とした一連の法改革によって、さらに一二一五年のラテラノ公会議の決定を重要因子として、陪審審理を受けるか未決囚として収監され続けることが原則となった。この過程については、もともと原則においてなぜ神判と並んで決闘が許されなかったかについての説得力のあるミルソム説の紹介を含めて、小山貞夫氏が明快な説明を行なっている。小山貞夫「陪審制と職権的糾問手続への史的岐路——英米法と大陸法についての一つの覚え書——」、広中俊雄教授還暦記念論集、望月礼一郎・樋口陽一・安藤次男編『法と法過程——社会諸科学からのアプローチ——』一九八六年、三、イングランドにおける判決陪審の採用（五九—六八頁）。

- (57) この規定は、小山氏が同右論文(六四頁)で訳出されているので引用しておく。And see *The Statutes of the Realm*, vol. I, London, 1810 (reprinted 1963), p. 29.
- 「世間一般に評判の悪い悪名高き重罪人にして自らを重罪の審問 enquestes des felonies に委ねようとなしないう者がかつ国王の訴え(すなわち起訴陪審による起訴)で裁判官の面前に訴えられた者は、王国のコモン・ローを遵守することを拒絶する者として堅牢な監獄 prison forte & dure に入れられるべし。ただしこのことは軽い嫌疑で捕えられた囚人にはあてはまらない」。
- (58) *Milsum, op. cit.*, p. 411.
- (59) 小山「陪審制と職権的糾問手続への史的岐路」(前掲)六五頁。
- (60) Thayer, *op. cit.*, p. 49.
- (61) *Milsum, op. cit.*, p. 285.
- (62) *Ibid.*, p. 254.
- (63) R. C. Van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge U. P., 1973, p. 68. 史料上の根拠は、see Liebermann, *a. a. O.*, Bd. I, SS. 430-431.
- (64) Heinrich Brunner, *Das rechtliche Fortleben des Toten bei den Germanen, Abhandlungen zur Rechtsgeschichte*, Bd. II, Weimar, 1931, S. 348. フルンナーは、この箇所で宣誓補助者としての死者にも言及している。彼は、我々が用いている史料と同じもの、あるいはそれに類似したものを引用したのかも知れない。しかし、残念ながら彼は、史料上の典拠をそこでは明確にしていない。参考のために、当該箇所でのフルンナーの所説を引用しておく。
- 「中世都市ロンドンの慣習法は、証人としての死者と宣誓補助者としての死者を我々に示している。もし一方の訴訟当事者が、決められた、なかならず指名された証人たちを証拠として提出して、あるいは宣誓補助者たちを伴う宣誓を固く約束して、そして彼らうちの一人が証明の期日以前に死亡してしまったならば、その当事者は、生存している証人たちあるいは宣誓補助者たちと共に死者の墓塚へ行く。ここで、その証人たちあるいは宣誓補助者たちは、その死者はもし彼が今なお生きていたとすれば彼ら自身が行なうのと同じ宣誓を行なったであろう、と誓うのである。この宣誓が成功すれば、この事態によって、あなたもその死者自身が生存時に彼の証明を行なったとか、彼の宣誓補助を果たしたとみなされたのである。死者の霊は、墓の中で現存していると考えられている。もし(証人たちあるいは宣誓補助者たちの)その宣誓が偽誓であったならば、その霊は彼らの宣誓の成功を妨げたであろうというわけである」。
- (65) 阿部謹也「死者の社会史——中世ヨーロッパにおける死生観の転換——」『社会史研究4』一九八四年、八頁。
- (66) 「私たちの先祖はこうして死者を権利・義務の主体とみなしていた。法能力は今日のように死によって終ることはなかった。生者の

みが権利をもっている、という考え方ゲルマン人にとつて異質な考え方はなかった。そのような考え方は彼らの不死信仰の素朴で力強い形である死後の生存についての考え方と全く矛盾するものではなかった。Brunner, *a. a. O.*, Bd. II, S. 357. 訳文は「阿部」死者の社会史」(前掲) 一二三頁々の邦訳に従う。

- (67) 阿部「死者の社会史」(前掲) 五一―八頁参照。
- (68) Milsom, *op. cit.*, p. 254.
- (69) ヌイカー、前掲邦訳書「三〇九頁。
- (70) Milsom, *op. cit.*, pp. 245-246. なお、ヌイカー、前掲邦訳書「一五三頁も参照。
- (71) F. W. Maitland, *The Forms of Action*, Cambridge U. P., 1971 (first ed. with *Equity* 1909), p. 13.
- (72) Simpson, *op. cit.*, pp. 137-138.
- (73) Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. II, p. 185, n. 2.
- (74) *The Court Baron* ed. by F. W. Maitland and W. P. Baildon, London, 1891 (Pub. of Selden Society, vol. IV), 'Introductory Note to Precedents in Court Keeping,' p. 17.
- (75) Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. II, p. 610.
- (76) Plea Rolls of Michaelmas, A. D. 1202 (*Select Civil Pleas*, vol. I, ed. by W. P. Baildon, London, 1889 (Pub. of Selden Society, vol. III), pp. 54-55, pl. 137).
- (77) See *Select Cases concerning the Law Merchant*, vol. I (*op. cit.*).
- (78) See *Jowitt's Dict. of Eng. Law* (essoin).
- (79) Simpson, *op. cit.*, p. 138.
- (80) 18 Edw. III, f. 53, pl. 64 (cited by Simpson, *op. cit.*, p. 138).

〔付記〕 本稿は、昭和五十九年度文部省科学研究費補助金奨励研究(A)による研究成果の一部である。

(未完)