

ヨーロッパ民事訴訟法史論(1)

——歴史叙述としての民事訴訟——

貝 瀬 幸 雄

序 ヨーロッパ民事訴訟法史の構想

第一章 総論およびローマ民事訴訟

第二章 第一期中世の原初的訴訟(5—11世紀)

第三章 第二期中世の発達した訴訟手続(12—15世紀)

——(その一)ローマ=カノン訴訟

第四章 第二期中世の発達した訴訟手続(1—15世紀)

——(その二)イングランドのコモン・ロー訴訟の発達

第五章 第二期中世の発達した訴訟手続(12—15世紀)

——(その三)ヨーロッパ諸国におけるローマ=カノン訴訟の継受

第六章 近世(The Early Modern Period)

——「アンシャン・レジーム」の学識訴訟の時代(16—18世紀)

ヨーロッパ法文明の特徴は、現在行うべき改革の原動力として、歴史や伝統を援用することにある。

ヨーロッパ法史を再構築するためにとるべき手法は、次のようなものであろう。(a)それぞれの国、地域あるいは社会集団の有していた公法上・私法上の秩序に固有の制度及び法的ルールについて、他のモデルとの結びつきの可能性を考慮にいれながら研究すること、(b)ヨーロッパの様々な地域間での法的ルール、制度、法学の方法論及び理論、人、書物の交流が具体的にどのような形で行われたか検討すること、(c)様々な国家及び地域ごとの法の歴史に——通時代的あるいは同時代的な——いかなる共通の要素があったか、その概略を示すこと、(d)比較法史の観点から、他の文明と比較してヨーロッパ史に固有の特徴を持つ公法及び私法の枠組を提示すること、である。

——アントニオ・パドア=スキオッパ(西谷祐子訳)「ヨーロッパ法史をめざして」(法学65巻5号709, 727頁, 2001年)

序 ヨーロッパ民事訴訟法史の構想

1 歴史叙述の醍醐味

名著『マルク・ブロックを読む』(2005年)において、二宮宏之は歴史学・歴史叙述の醍醐味を次のように述べる。

「そもそも役に立つとはどういうことでしょうか。それは『実用主義的』な意味での直接的な有用性の問題ではない、とブロックは言います。歴史研究は時計をつくったり家具を組み立てたりするような仕事ではないからです。そこでブロックは、より広い意味で、人間の生き方と歴史はどのような関係を持ちうるかを考えていきます。まず第一に、一般の人びとが歴史にひきつけられるのは、学問的な知識欲以前に、そこに物語の面白さ、独特の美的な愉楽を見出すからで、この否定しがたい魅力を大切にしなければならない。『われわれの学問からこうした詩的な部分を取り去らないように注意しよう』とブロックは強調します。このような感性の重視は、実証主義の歴史学が、学問としての科学性を確立するために可能な限り排除しようとしてきたものであるだけに、注目しておくべきでしょう。その上でブロックは、こうした感性に訴える歴史叙述の機能は、知的好奇心を充足させることと矛盾するものではなく、またその知的関心も単に知識を獲得するというよりは、諸現象のあいだに説明的な関係を見出す『理解可能性』intelligibiliteの追究なのだという重要な指摘をしています。このような歴史の捉え方は、すでに3つの主著を検討するなかで具体的に見てきたところで、ブロックにとって歴史叙述とは、『特異なものを知る喜び』を読者に与えるだけでなく、多様な現象のあいだに相互関連を読み取り、そこにひとつの理解可能な社会的図柄を描出するところみなのでした。まことにスリリングな精神の営みということになります」¹⁾。

2 ヨーロッパ民事訴訟法史の理解可能性

本稿で詳しく検討するヴァン・カネヘム(ベルギー・ヘント大学名誉教授、1927—2018年)の『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』(1973年)の「一般的序論」

1) 二宮宏之『マルク・ブロックを読む』(岩波書店、2005年)178-179頁(『二宮宏之著作集5』(岩波書店)所収)。

の末尾には、「ヨーロッパ民事訴訟法史——理解可能な研究分野」という項目が置かれ、独立の研究テーマないし自律的学問分野としての「ヨーロッパ民事訴訟法史」の重要性を強調する。すなわち、「ヨーロッパ大陸とイングランドにおける発展の相違、さらに、ヨーロッパ大陸への学識訴訟手続の普及の時系列的な相違」を考えたとしても、「すべてのヨーロッパの裁判所が辿った主要な段階が驚くほど類似しているために、ヨーロッパ的枠組みの中でこの主題を扱うこと（ヨーロッパ民事訴訟法史）は正当である」。第一期中世（the First Middle Ages）における裁判所とその実務の基本的類似性は明らかであるし、イングランドとヨーロッパ大陸の裁判所とが、12世紀にさらに進んだシステムを目指して異なる道を選んだ後でも、証明の合理化、司法権の集中、学識ある専門職裁判官の登場といった根本的特徴は、全ヨーロッパに共通で、コモン・ローが独自の道を行んだイングランドにおいてすら、ローマ法に基づくヨーロッパ大陸の学問の影響が見られた、とカネヘムは説いている²⁾。カネヘムは、ヨーロッパの多様な民事訴訟法現象の間に「相互連関を読み取り、一つの理解可能な社会的図柄を描出しよう」（二宮宏之）とするのである。

単独の著者による全ヨーロッパ的規模での民事訴訟法の通史としては、今日でも、『比較法国際エンサイクロペディア』の一卷として1973年に刊行されたカネヘムの著書がスタンダードな労作として挙げられるにとどまる（後に検討するクヌート・W・ネルの『ヨーロッパ大陸民事訴訟法概史』では、イングランドが取り扱われていない³⁾）。わが国におけるヨーロッパ民事訴訟法史研究も、貴重な基礎資料というべきエンゲルマン『民事訴訟法概史』の翻訳、埴浩、鈴木正裕、水野浩二らの論稿により格段の進歩を遂げたが、ヨーロッパ全域に及ぶ比較民事訴訟法の通史には、十分に恵まれているとはいえない。

本稿は、筆者の既発表の論稿『歴史叙述としての民事訴訟』に基づき、簡潔な理論書にまとめるための通史的記述を再度試みようとするものである⁴⁾。

2) R. van Caenegem, History of European Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XVI, Chap.2 (1973) p.3. 以下、同書はCanegemと略記する。貝瀬幸雄「歴史叙述としての民事訴訟(1)」立教法務研究6号(2013年)10頁。

3) 貝瀬・前注2)2頁。

4) 貝瀬「歴史叙述としての民事訴訟(1)-(5・完)」立教法務研究6・7・9・10・12号(2013-2019年)。特に、「同(1)」2-3頁。

第一章 総論およびローマ民事訴訟

1 構成

カネヘム『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』は、①一般的序論、②中世第一期の原初的訴訟(5—11世紀)、③中世第二期の発達した訴訟(12—15世紀)、④「アンシャン・レジーム」の学識訴訟(16—18世紀)、⑤近代的諸法典の時代(18—20世紀)の全五部に分かれる。目次として示せば、次の通りである。

- (1) 一般的序論
- (2) 第一期中世の原初的訴訟(5—11世紀)
- (3) 第二期中世の発達した訴訟手続(12—15世紀)
 - (i) 序論
 - (ii) 訴訟手続の一般的説明(近代化の動因、共通のヨーロッパ的特色、保守的要素、ヨーロッパの多様化)
 - (iii) ローマ=カノン訴訟の発達(ユスティニアヌス法典、裁判手続論と集成、ローマ=カノン訴訟の主な特色、通常訴訟における証拠、略式手続、侵奪の抗弁と侵奪の訴え、形成時期の短さ)
 - (iv) イングランドのコモン・ロー訴訟手続の発達(一般的説明、中央裁判所の発生、令状制度の発生、令状制度のその後の発展、陪審によるトライアル、訴訟手続とブリーディング、コモン・ロー裁判所とローマ法)
 - (v) ヨーロッパ諸国におけるローマ=カノン訴訟の継受(一般的説明、フランス、イタリア、スペイン、ポルトガル、ドイツ、イングランド、低地諸国、スウェーデン——北欧、ハンガリー、ボヘミア、ポーランド、スコットランド、スイス)
- (4) 「アンシャン・レジーム」の学識訴訟(16—18世紀)
 - (i) 序論
 - (ii) 訴訟手続の概説
 - (iii) ドイツ(序論、帝室裁判所と制定法、ザクセン法、18世紀における状況)
 - (iv) フランス(序論、1667年民事王令)
 - (v) スペインおよびアメリカ大陸
 - (vi) ポルトガルおよびブラジル
 - (vii) 低地諸国および南アフリカ
 - (viii) イタリア

- (ix) イングランドとその海外領土 (序論, コモン・ロー裁判所の訴訟手続, 大法官裁判所の訴訟手続, 訴訟に関する文献, 海外のイングランド法)
 - (x) スコットランド
 - (xi) スウェーデン
 - (xii) ビザンティウムと東欧 (序論, ビザンティウム, ブルガリア・セルビア・ルーマニア, ロシア)
- (5) 近代法典の時代 (18—20 世紀)
- (i) 一般的説明
 - (ii) フランス
 - (iii) ドイツ
 - (iv) イタリア
 - (v) スイス
 - (vi) オーストリア皇帝の国土
 - (vii) ロシア
 - (viii) ギリシア・ブルガリア・セルビア・ルーマニア
 - (ix) スカンディナヴィア
 - (x) スコットランド
 - (xi) スペイン・ポルトガルとそのアメリカ領
 - (xii) イングランド
 - (xiii) イングランドと大陸
 - (xiv) 最高法院法にいたる諸法律
 - (xv) アメリカ合衆国
 - (xvi) 結論

以下では、おおむねカネヘムの叙述の順序に従い、『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』の内容を辿ることとする。

2 地理的限界

カネヘムは叙述の外延を説明する。すなわち、ヨーロッパ諸国民の歴史共同体は、何世紀にもわたってローマ・ゲルマン・ケルト・若干のスラヴ民族から構成され、その諸民族はラテン・キリスト教界 (Latin Christendom) として、他の二つの古代からの偉大な遺産であるビザンツおよびアラブ世界とは別個の文明を形成した。この西洋共同体内部で、二つの大法体系が別個のルールと手続を伴って発生し (ローマ=カノン訴訟と、イングランドのコモン・ローの訴訟形

式)、今日のヨーロッパの状況を支配している。

西洋中世に進化した法は、近代にその発生エリアから流出し、ヨーロッパからの亡命者は北米と南米に自国の実体法・手続法を持ち込み、ヨーロッパにおける発展と密に歩調を合わせていった。数世紀にわたってギリシア正教会の一員であり、『第二のローマ』の崩壊後もビザンツの伝統を保っていたロシアですら、近代においては西洋の強い影響下に置かれた。ここに含まれる地理的エリアは極めて広いが、スペースに限りがあるので、主要なヨーロッパ諸国の発展のみを対象とする、とカネヘムは限定する⁵⁾。

3 ヨーロッパ法発展の大綱

カネヘムは、ヨーロッパ民事訴訟法史を含むヨーロッパ法史を同じく五段階に分ける(本章1参照)。

まず第一の「第一期中世」(5—11世紀)は、西ローマ帝国の崩壊と、それに続く蛮族化の後の混乱した後ろ向きの段階であり、ローマの帝国支配と普遍的な法は、部族の諸王国と部族法に代わった。カロリング朝の、法的統一を伴った多民族的新ローマ帝国を建設しようという試みは失敗し、ゲルマン起源の膨大な地方慣習法へと逆戻りした。訴訟法史としては、カネヘムの本書第二部(前出1(2))に相当する⁶⁾。

第二の「第二期中世」(12—15世紀)には、現状に対する抵抗が見られ、よりソフィスティケートされた社会が建設されて、西洋文明に共通の法的進化に向けた大きな努力が様々なレベルで払われた。

まずヨーロッパ的レベルでは、ローマ法大全(Corpus Iuris Civilis)に基づく学識の体系が諸大学において発展し(ローマ法のルネッサンス)、これがカノン法と密接に結びついて、絶大なprestigeを有するユス・コムーネとしてヨーロッパのすべての法学部で教授され、ラテン・キリスト教界のすべての教会裁判所で適用されて(また、すべてのヨーロッパの外交官も使用して)、国際的に機能し、地方慣習にも影響を与えた。

次いで、国家レベルでは、諸国王が制定法とともに国王裁判所を設け、裁判を改善するとともに法発展を刺激する方策を講じた。イングランドのよう

5) Caenegem, p.3. 貝瀬・前注2) 5-6頁。

6) Ibid. 貝瀬・前注2) 6頁。

に、このプロセスが早くから進行したところでは、新しい国家法は本質的に自国の産物で、封建的なゲルマンの観念に基づいていた。プロセスが遅れて始まったところでは、諸国王は法学部と教会裁判所にインスピレーションを求め、中世ローマ法と教会法を導入する傾向にあった。

地方レベルでは、小規模な君公たちや自由都市が、法を改善する方向へ歩み出し、卑俗法の基礎として慣習ローマ法が存続していた地中海沿岸では、新しい法が迅速に採用され、北方や中東欧では、若干の都市法が大きなプレステージを得た。

以上の時期は、訴訟法史としては、カネヘムの本書第三部（前出1(3)）に相当する⁷⁾。

第三の「アンシャン・レジームから近代大法典の時代」（16世紀以降）においては、ヨーロッパ的傾向およびローカルな傾向に対してナショナルな傾向が勝利をおさめ、優れた国家制度と法典が舞台を支配する。中世学識法は、1500年ごろにドイツ・ライヒの普通法として導入されていたが、その学問的レベルは低下してゆき、教会裁判所の管轄権も縮小された。19世紀には、ほとんどの諸国は法典を有していたが、法的思考に対するローマ法の継続的影響、大量のローマ法を導入したフランスの大法典が多くの法典のモデルとなったことから、法典化の結果生じた法的ナショナリズムは緩和され、19世紀のヨーロッパは、ヨーロッパ大陸法族とイングランド法族とにより支配されるに至った。以上の時期は、訴訟法史としては、カネヘムの本書第四部（前出1(4)）に相当する⁸⁾。

4 民事訴訟と司法組織

カネヘムは、本書の「一般的序論」において、さらに「民事訴訟と司法組織」を次のように論じている。

12世紀以来学識法曹が発展させてきたローマ＝カノン訴訟の成功を保障したのは、その内在的な質のみではなく、ローマ＝カノン訴訟のルールと概念を導入し、日常生活に適用した教会裁判所の巨大なネットワークでもあった。上訴権のような近代訴訟手続の多くの特色は、中央集権化された共同体におけ

7) Id., 3-4. 貝瀬・前注2) 7頁。

8) Id., 4. 貝瀬・前注2) 7-8頁。

る、裁判所の組織化・階層化されたシステムの内部でのみ意味を持つ。歴史の示すところによれば、特定の訴訟形式を普及させたのは、裁判所の一定のネットワークであることが極めて多い（例えば、イングランドの国王裁判所とコモン・ロー訴訟手続、パリ最高法院とその「スタイル」、ドイツ帝室裁判所とローマ＝カノン訴訟方式⁹⁾）。

第一期中世（5—11世紀）には、明確な階層や十分な相互調整を伴わない、極めて緩やかに結ばれたローカルな裁判所が支配的で、そこでの法の発見は、専門家ではない・両当事者の同輩の職務であった。第二期中世（12世紀から15世紀まで）には、強力な中央裁判所（例えば、教皇裁判所、イングランドの国王裁判所、パリのバルルマン、ドイツの帝室裁判所）が出現し、旧来の民族の寄り合いや封建裁判所の管轄権は縮小する一方で、都市の統治者（administrators）が保有する強力な都市裁判所が新たに現れ、「この時期は驚くべき司法上の多元主義の時代であって、裁判所のさまざまなシステムが、互いに人気と最高位を求めて競い合っていた」と評されている。「フランスにおいては、パリ最高法院、国王のバイイとセネシャル、都市裁判所・封建裁判所・教会裁判所が、実体法・手続法の差異をとどめたまま、すべて共存しているのを目の当たりにする。フランス革命に至って初めて、この拡散状態はドラスティックに切除され、世俗裁判所の単一の効率的なネットワークに取って代わられるのである」。この第二期中世には、中央裁判所に学識ある専門職裁判官が登場し、（裁判官が大学出身者ではない）ローカルな裁判所では、専門的な法的助言者の役割が重要となった。

カネヘムは、「近代の司法の光景は、学識裁判官と、複雑なテクニカリティに充ちているために通常人にはますますアクセスし難い手続とによって支配されていたのである——それこそが、諸法典と改革諸立法が抵抗した状況であった」と締めくくる¹⁰⁾。

5 ローマ方式書訴訟

(1) 本項では、クヌート・ヴォルフガング・ネル（1935—2018年）の近作『ヨーロッパ大陸民事訴訟法概史』（2015年）によりつつ、原初的訴訟（5—11

9) Ibid. 貝瀬・前注2) 8頁。

10) Id., 5. 貝瀬・前注2) 8-9頁。

世紀)・ローマ=カノン訴訟に先立って、まずローマ方式書訴訟を概説する。著者のネル(チュービンゲン大学名誉教授)は、教授資格取得論文『初期学識訴訟における裁判官の地位』(1967年)以後、『自然法と民事訴訟』(1976年)、『訴訟は三人の行為である——ヨーロッパにおける民事訴訟法の歴史への寄与』(1993年)、『ローマ=カノン訴訟法』(2012年)といった一連の著作でヨーロッパ民事訴訟法史研究に大きく貢献した碩学である¹¹⁾。

(2) ネルによれば、ヨーロッパ大陸諸国の民事訴訟法の理論家および実務家が、あまり苦勞せずに専門的な意思の疎通が可能であるとすれば、その理由は中世学識訴訟における共通の遺産にまで遡ることができる。ネルは、その合理性と典型性ゆえに——共和制中期に登場した——ローマ方式書訴訟から概説を始め、次いでローマ=カノン訴訟、1781年プロイセン訴訟法典、1806年フランス民事訴訟法典、1819年ジュネーヴ民事訴訟法、19世紀における訴訟法学、1877年ドイツ帝国民事訴訟法典、1895年オーストリア民事訴訟法典を順次分析している¹²⁾。

(3) ネルは、ローマ方式書訴訟の基本的特色として、現代に比べ、裁判規範に至るルートが複雑であり、「ケースごとに私人に宛てて発せられる法務官の裁判指示・命令」がその核心であるとする。「法務官は、彼の一年の在職期間の初めに、いかなる私法関係において当事者を助けて利益を得させるか、を予告する。法務官は、その告示の中で、仮定的な先取りの形で、特定の方式書(formulae)を白地で提出し、その中で私人を裁判人(iudex)として任命し、審理プログラムを前もって定めたのである。方式書は綿密に編集された。方式書は訴訟原因に関係し、裁判人が裁判を行う範囲を前もって定める」¹³⁾。

(a) 方式書訴訟は、①両当事者内での訴訟の開始、②法務官の面前での手続(in iure)、③法的紛争を終結させる判決を伴う裁判人の面前における手続(apud iudicem)の三段階に分けることができる。②と③の間で、争点決定(litis contestatio)に進む。

第一に、両当事者間での訴訟の開始は、原告が着手する裁判外での訴訟開示

11) Knut Wolfgang Nörr, Ein geschichtlicher Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses (2015, Mohr Siebeck, Tübingen). ネルについて、詳しくは、貝瀬「歴史叙述としての民事訴訟(4)」立教法務研究10号(2017年)93頁・注2)。

12) Id., VIII-XIV. 貝瀬・前注11)93頁。

13) Id., 1-2. 貝瀬・前注11)94頁。

である。両当事者がローマ市民であれば、原告は市民係法務官の告示に含まれた方式書に従い、得ようと努めるアクチオを、予定している証拠方法とともに被告に通告しなければならない。それに両当事者間の交渉が続き、出頭の合意に至らなかった場合には、原告は裁判外の行為で法務官の面前への被告の呼出しを表明する(法廷召喚 [in ius vocation])¹⁴⁾。

(b) 第二に、法務官の面前での手続は、ア. 被告の出頭、イ. 法務官の審理、ウ. 手続的局面の審査(呼出しの有効性、当事者能力、訴訟能力、弁論能力)、エ. 訴訟代理、オ. 宣誓、カ. 裁判人(iudex)の選任、キ. 争点決定の各項目に分かれる。

若干の項目につき解説すると、法務官は被告の出頭を強制するために、破産の一種である総財産の売却(venditio bonorum)にまで至る強力な措置を講ずる。法務官の審理は、予定されている裁判人への方式書の形での裁判指示・命令と、審理プログラムの策定(アクチオ、抗弁など)とを目標とし、特定の形式や順序に拘束されずに、公開で実施される。法務官の面前における宣誓は、判決に関する宣誓(当事者が相手方に求める任意的宣誓と、法務官が当事者に課す必要的宣誓)と、手続に関する宣誓(例えば、不濫訴宣誓)とがある。裁判人の選任は両当事者の義務であり、予め作成された(身分上の条件に基づく)裁判人リストの中から選択できる(合意により、リスト以外の人物を指名することも可能)。裁判人に定められた者は、障害事由を主張できない限り、その職務を引き受けなければならない¹⁵⁾。

両当事者が、争点決定において裁判人の任命と審理プログラムを最終的に受諾した場合のみ、法務官は裁判人への道を開く。争点決定には、実体法上の効果とともに一連の訴訟法上の効果も結びつけられている。裁判人と当事者は審理プログラムに拘束され、方式書の変更としての訴えの変更は、方式書訴訟の構造に反する。裁判人の判決の基準となるのは、原則として争点決定の時点での法状態であって、判決を下す時点のそれではない。ローマでの訴訟が許容され、すべての関係者がローマ市民である場合の「法定の訴訟」(iudicium legitimum)では、争点決定とともに、訴求されたアクチオは『消耗し』(konsumiert)、その結果として、当該アクチオを再び訴求することはできない。「法

14) Id., 3-4. 貝瀬・前注11) 94-95頁。

15) Id., 4-5. 貝瀬・前注11) 95頁。

定の訴訟」以外の「命令権に基づく訴訟」で、アクチオの二重行使を阻止するためには、(申立または職権により)争点決定完了事項の抗弁を第二訴訟の方式書に挿入しなければならない¹⁶⁾。

(c) 第三に、裁判人の面前での手続は、ア. 審理期間、イ. 手続の進行、ウ. 証拠調べと証拠方法、エ. 判決と判決効、オ. 上訴に分けて検討する。

ア. 裁判人の面前での弁論は、複数期日を請求することもできるが(第一回期日は、当事者の申立てに基づき、法務官が決定する)、原則として、裁判所を設置する法務官の在職期間である一年を越えてはならない。在職期間が終了しても、訴権は影響を受けず、新法務官の面前での手続が新たに開始される¹⁷⁾。

イ. 手続の進行については、規格化された慣習から生じたルールに従う。裁判人が、まず原告とその弁護人に対して発言し、次いで被告とその補佐人に対し発言するという順序も慣習で、双方審尋の保障原則も、裁判慣行的なスタンダードに含まれる¹⁸⁾。

ウ. 裁判人の面前での手続の中心は、証拠調べである。証拠法は概念的にはまだ未熟であったが、証明責任については裁判人を拘束する若干の根本原則が存在していた。すなわち、1. 原告はアクチオの要件を、被告は抗弁の要件を立証しなければならない、2. 単なる否認は原則として証明責任を動かさないとされる。挙証と証拠方法は当事者の問題で、裁判人が職権で証拠を収集することはない。証拠方法の中では、証人証拠が第一等の役割を果たし、証人は先行宣誓を行って、裁判人ではなく当事者から質問を受ける。立証の評価において、裁判人は無制限の自由を享受する¹⁹⁾。

エ. 法務官が裁判指示命令において審理と判決を命じても、裁判人は、「事件が自分には判然としない」との宣誓によって、当該命令を免れることができ、その場合には、新しい裁判人が選任された。判決は方式書に従わなければならない、訴えによる要求の内容と範囲を越えてはならない。訴権が過度に高額に表現された場合(過多請求)には、一部認容は問題外で(「申し立てを下回ってはならない」[ne infra petita]の原則)、請求全体が理由のある部分も含めて敗訴に帰する(エンゲルマン)。判決は当事者の申述と立証の結果に従う。素人の

16) Id., 6. 貝瀬・前注11) 97-98頁。

17) Ibid. 貝瀬・前注11) 98頁。

18) Id., 7. 貝瀬・前注11) 98頁。

19) Ibid. 貝瀬・前注11) 98頁。

裁判人は、独力で解決できない法律問題については、法律家の顧問 (cosilium) を利用できる。裁判人が判決を公開で言渡すと、もはや変更ないし撤回することは許されない。例外的な原状回復 (restitutio in integrum) が認められない場合には、同一物に関し同一当事者間での再訴は排除される。実体的既判力については、「判決は真理と認められる (res iudicata pro veritate accipitur)」などの命題があるが、既判力はコンテキストによって決定されるもので、抽象化されないのである。被告が敗訴したにもかかわらず、任意に履行しない場合には、判決債務履行請求訴訟 (actio iudicati) の危険にさらされる²⁰⁾。

オ. 判決に対する固有の意味での不服申し立ては、ヒエラルヒー的に確立した審級制度を前提とするが、そのようなものは存在していなかった。不利益を被った当事者は、国法上の手段を使用すること、すなわち、執政官、法務官の同僚、護民官に異議を申し立てるにとどまった。これは裁判人の判決ではなく、法務官の裁判権行為 (Jurisdiktionsakte) に対して作用し、一定の場合に法務官は原状回復を認める。帝政期においては、裁判人による判決につき、皇帝に上訴する可能性が認められ、少なからぬ判決無効の場合に、敗訴当事者は、判決履行請求訴訟に対してこの上訴を利用することができた²¹⁾。

(d) ロルフ・シュテュルナーは、論稿「ヨーロッパ民事訴訟の構造について」(2001年)において、ローマ訴訟手続の二段階構造——法務官の面前での手続と裁判人の面前での手続——は、手続の早期第一段階終了後は、同一対象についてさらに手続を進めることは許されず、現在の手続の訴訟上の基礎は争われない、という根本思想、「遅れた異議の排除という一般思想」の限度で、現代ヨーロッパ訴訟法に痕跡を残しているにとどまる、と指摘する。シュテュルナーによれば、ローマ訴訟において、ローマ制定法の形式的アクチオを実現した法律訴訟 (Legisaktionsprozess) も、共和制中期に登場した——法務官の衡平法を通用させた——方式書訴訟も、こうした手続の二段階構造を採用していた。最初の段階においては、選定された法務官が適用さるべき法ルールを確定し、当事者は判決の基礎としてこのルールに従わなければならない (争点決定)。こうした服従があって初めて、裁判人のもとでの本来の訴訟が開始される。この訴訟は、あまり形式的でなく構成された弁論であって、裁判人の面前

20) Id., 7-8. 貝瀬・前注11) 98-99頁。

21) Id., 8-9. 貝瀬・前注11) 99-100頁。

での手続は、将来に強い影響をおよぼすほどには構造化されていなかったのである²²⁾。

第二章 第一期中世の原初的訴訟 (5—11 世紀)

1 背景

ゲルマン民族による征服後は、旧ローマ帝国のラテン的西部は、祖先の慣習を維持する部族と部族王国により構成されるに至った。最も成功した国家建設者であった大陸のフランク族と、ブリテンのアングロ・サクソン族が携えてきた訴訟手続は、地中海文明の影響を僅かしか受けない原初的・ゲルマン的なものであった²³⁾。

2 手続概要

原初的訴訟手続は口頭で行われた。両当事者は、自らの請求と答弁を口頭で方式に従って述べ、証人と宣誓補助者は自らの陳述内容を声に出して宣言する。判決書も作成されるが、訴訟手続は——裁判所の記録に関する実務がメロヴィンガ朝に消滅して以来——書面によって記録・保管されることはない²⁴⁾。

この訴訟手続は、非体系的で学識を欠いていた。初期中世のゲルマン慣習法の記録と、属州のローマ法の抄録の後には、法発展について書かれた著作は存在せず、観察と記憶が訴訟法を伝達するための源泉であった(ただし、教会は、公会議決議や教皇の勅令集をやめなかった)。手続は大衆的・通俗的・非専門的で、裁判所の評議は公開で行われ、全ての自由人が出席し、そこで法を発見し判決を下すのは、臨時の(専門職でない)裁判官(rachinburgii、後には sabini と呼んだ)であった。手続はインフォーマルである反面儀式的でもあり、例えば当事者が証拠提出の際に正確に遵守すべき方式に反することは致命的であった²⁵⁾。

22) Stürner, Zur Struktur des europäischen Zivilprozesses, F Schr. für Ekkehard Schumann (2001) 491-492. 貝瀬「歴史叙述としての民事訴訟(5・完)」立教法務研究 12号(2019年) 44頁。

23) Caenegem, p.8. 貝瀬・前注2) 11-12頁。

24) Ibid. 貝瀬・前注2) 12頁。

25) Ibid. 貝瀬・前注2) 12頁。

慣習として発達した詳細な手続ルールの多くは、自力救済の要件、原告が被告の出頭を強制できる適法な手段、不出頭のための適法な免責事由 (essoins) に関するもので、裁判所が非常に弱体であったため、両当事者が了承した場合に限り、判決を執行できた。

証明方法はかなり非合理的で、手続全体が宗教的雰囲気の中に浸っており、当事者および証人の宣誓のほかに、証拠判決——証明手段と誰がそれを管理するのかを指示する中間判決ないし終局判決——により課される多様な神判が重要な役割を果たす。9世紀には合理的要素が若干増加し、カロリング朝のもとで、例外的ながら事実調査制度 (inquisitio) が導入され、証人の利用も改善された。しかしながら、両当事者の証人間で矛盾が生じたときは、証拠の批判的吟味ではなく裁判上の決闘によって解決するという不合理な方法が、聖ルイ王の布告 (816年, 818—819年) に規定されている²⁶⁾。

3 ゲルマン訴訟の影響

通常裁判所では、地中海地域においてさえローマ法の諸原則は不在ないし脆弱で (地中海地方では、ローマ法は「卑俗」慣習法の形態で存続したが、西ローマ帝国崩壊後の6世紀前半に公表されたユスティニアヌス法典は実際上ほとんど知られていなかった)、圧倒的にゲルマン的な内容のフランク族の司法制度が、イタリアとスペインの一部に直接的影響を与え、イングランドを含むヨーロッパ全土に間接的影響を及ぼすに至った (民事訴訟と刑事訴訟の基本的な区別や、原告に立証が課せられるという原則 [actori incumbit probatio] は、次の時代に再発見された²⁷⁾)。なお、ロルフ・シュテュルナーは、「初期ゲルマン訴訟の——形式主義的な陳述と反対陳述から構成される——本案弁論 (Hauptverhandlung) が、イギリス訴訟の基本モデルとして継承された。本案弁論に続いて、法的識見を有するゲマインデ団体の判決がなされる。後期ゲルマン訴訟においては、陳述と反対陳述という形式主義および証拠法の形式主義は次第に緩和されてゆき、初期ゲルマン訴訟の本案弁論とそれに部分的に組み込まれた証拠調べのみが (証明の結果は証拠判決により確定される)、イギリス訴訟の基本モデルとしてヨーロッパ法史に影響を残したにとどまる」旨を指摘する²⁸⁾。

26) Id., 9. 貝瀬・前注2) 12頁。

27) Ibid. 貝瀬・前注2) 12-13頁。

第三章 第二期中世の発達した訴訟手続 (12—15 世紀)

— (その一) ローマ=カノン訴訟

1 背景

(1) カネヘムによれば、12世紀への世紀の変わり目ごろに、「主にビザンティンとアラブ世界を犠牲とする海外への軍事的・経済的拡大」と、「経済的・制度的・知的分野における内的発展」とが足並みを揃えて進み、新興の拡大する都市、国際取引と産業、金融の拡大と人口統計学上の増加が、停滞した後進的農業経済に取って代わった（西洋文明の進歩と拡大の時代）。

近代の半官僚的な国民国家が、貴族階級と封建組織の役割を二次的なものに格下げし、中央集権化、官僚組織化、合理化が教会、王国、公国を変容させた。先行する数世紀のゲルマン的・封建的伝承は、迅速に除去さるべき進歩への障害物のように思われる一方で、ローマの制度が新たな魅力を獲得する。ローマ法は、理性、組織、中央のコントロールに服する効率的運用を意味するようになる。ローマ法大全の壮麗な書巻に具現されているものとして、ローマ法は再発見され、啓示されたもの、法律家の最後の手段として研究された。大学が誕生し、理論への新たな情熱が生じた。学問のあらゆる分野で、偉大な権威あるテキスト、宗教・法・哲学の聖典が、詳細かつ体系的な研究に委ねられ、一つの広汎な国際的努力を通じて、それらのテキストに基づく中世の膨大な学識が樹立されたのである。合理的思考と読み書き能力は、次第にヨーロッパ全土の一般人に普及し、このような進歩を促した。ヨーロッパの民事訴訟も以上の根本的変化の深い影響を受けた²⁹⁾。

(2) カネヘムは、現代ヨーロッパの民事訴訟手続の多くの部分は、12世紀・13世紀の根本的革新にまで遡るとし、重要な背景・近代化の動因として、第一に訴訟手続のルールが学者や裁判官の体系的研究対象となり、書物や論文において記述・分析されるようになったこと、第二に専門職法律家の体系的訓練が、大学の法学部ないしイングランドの法曹学院で本格的に開始されたこと、第三にローマ法が広汎な影響を及ぼしたことを挙げている³⁰⁾。

28) Stürner, supra note 22, 492-493. 貝瀬・前注22) 44-45頁。

29) Caenegem, p.11. 貝瀬・前注2) 13-14頁。

カネヘムは、この時代のヨーロッパ民事訴訟に共通の特色として、①訴訟手続の専門化・書面化、②証拠・証明の合理化、③司法事項に関する立法の重要性の増加を挙げたうえで、教会・国王と君公・都市の行政官 (magistrates) によって、何の調整もなく、各々独自の方法与領域で彼ら自身の観点から、ヨーロッパ・レベル、国家レベル、地方レベルの三つの異なるレベルで、訴訟の近代化が同時に生ずるという複雑な事態を招いたと分析する (ヨーロッパ・レベルでは、ローマ=カノン訴訟が当時のコスモポリタンの諸大学で発達し、教会裁判所の国際的ネットワークに導入された。国家レベルでは、諸国王が新しい中央集権化された司法制度を創設、時には大学から多くを借用して、新たな訴訟形式を採用した。地方レベルでは、ローマ法から借用しつつ、都市階級の要請に訴訟手続を適合させるために、極めて多様な実験が行われた)³¹⁾。

発達した・先進的な訴訟手続の発生はヨーロッパの現象であったが、ヨーロッパ全土で統一的な訴訟手続が確立されるには至らず、このような差異が生じたのは、ローマ=カノン訴訟により影響を受けた程度が、各国ごとに異なっていたからである。「『卑俗』ローマ法が存続し、ローマの記憶が大きな魅力を有していたイタリア、スペイン、南フランスでは、古いロンバルド族や西ゴート族の慣習による抵抗を過小評価はできないにしても、ローマ=カノン訴訟は、12世紀および13世紀に迅速かつ円滑に採用された。ここで主要な役割を果たしたのは、都市の進歩的な行政官 (magistrates) と開明的君主であった。その他の場所では、新しい訴訟手続におけるローマの影響の程度と、自生的要素の強さとは、近代化が早い段階で生じたかどうか (早熟性) に依存していたように思われる。すなわち、司法改革が早ければ早いほどローマの影響は小さく、近代化がゆっくりであればあるほど、ローマ法の採用は、それがたまたま発生した時には、大規模であった」³²⁾。

2 ローマ=カノン訴訟の発展と構造

(1) ローマ=カノン訴訟は、12世紀におけるローマ法の復興と、ローマ法に従って生活していた教会がその裁判所と訴訟手続を近代化する必要があった

30) Id., 12. 貝瀬・前注2) 14-15頁。

31) Id., 12-13. 貝瀬・前注2) 15-17頁。

32) Id., 15. 貝瀬・前注2) 17-18頁。

こととに関連して、出現した。ユスティニアヌスの時代には、訴訟手続は特別の体系的著作の対象ではなく、ローマの訴訟手続の構成要素は、ローマ法全体の中に散在していたため、12世紀の法律家はまずこれを収集し、独立の著作にまとめ上げた³³⁾。

(2) ネルの『ヨーロッパ大陸民事訴訟法概史』の第二章「ローマ＝カノン訴訟」は、彼の詳細な概説書『ローマ＝カノン訴訟法』(2012年)を踏まえて記述されているので、本稿では主に『概史』に従って叙述を進める。ネルは、民事訴訟法における共通のヨーロッパ的遺産は、立法でも判例でもなく、学問から生まれたとする。すなわち、市民法大全(Corpus iuris civilis)中の法文の素材を中心に、イタリアの条例法と法廷慣行、教皇法令集(die Dekretalen)も加わり、ローマ法学者およびカノン法学者の学問的努力によって、ローマ＝カノン訴訟法(中世のユス・コムーネの一部)が形成されたのである³⁴⁾。

カネヘムによれば、民事訴訟手続の独立の著作は、無名氏による簡潔な『裁判手続論・訴訟要覧』に始まり、スコラ主義の方法に従って、「関連するパッセージを集め、注釈により文言を解説し、対応する箇所を比較し、区別によって明らかな矛盾を説明し、定義を用い、権威の典籍から演繹される一般原則を定式化して」、著名な権威が執筆した高度に抽象的で包括的・体系的な『集成(summae)』となった(特に、グレイルムス・ドゥランティスの円熟した百科全書的な『裁判鑑(Speculum Judiciale)』。初版は1260—1276年)。ローマ＝カノン訴訟は、ローマ訴訟の歴史的再構成ではなく、古いテキストの中に発見されたものに重要な追加を施した、生けるオリジナルな制度で、とりわけ訴点決定手続などにおける創造性の程度は相当なものであった³⁵⁾。

(3) ネルは、「訴訟に関与する人々」として、まず「訴訟は3人(裁判官、原告、被告)の行為である」(Iudicium est actus trium personarum)との格言を挙げ、裁判官、その他の裁判機能担当者、当事者、管理人(Procrator)、補佐人(Advokat)について概説する。すなわち、①誰に裁判官職を委ねるかおよび裁判権の構造は、中世ヨーロッパの政体に応じて多様である。②裁判官の地位に関する今日のような憲法上の保障は、まだ存在しない。③受任裁判所

33) Id., 16. 貝瀬・前注2) 18頁。

34) Nörr, supra note 11, 11-12. 貝瀬・前注11) 101頁。

35) Caenegem, pp.11, 16-17, 22. 貝瀬・前注2) 19頁。

(delegierte Gerichtsbarkeit) はあらゆる法域にみられたが、教皇の受任裁判所による法形成が重要である。④不公正を理由とする裁判官の忌避が可能であった。

その他の裁判機能担当者としては、両当事者の合意により選任され、証人尋問、裁判官への助言などを行う調査判事 (assessor)、調書を作成する書記官 (notarius ないし tabellio. 1215 年ラテラノ会議で、教会裁判所に調書強制が導入された)、裁判官の命令を実施するための廷吏 (apparitores) などの補助人、を挙げることができる。当事者能力・訴訟能力・訴訟追行権は概念的に区別されず、まとめて *legitimatio personae* と呼ばれた。他人の名で訴訟を進行する者は、法定訴訟担当、訴訟における必要的代理、任意代理としての管理人 (*procurator*) の3つのカテゴリーに分けられる。補佐人については、普通法および地方特別法に規律があり、弁論能力が要求される。地方特別法上、補佐人は独自の職業的地位として発達した³⁶⁾。

(4) 手続進行は、①争点決定までと、②争点決定から終局判決までの二段階に分かつことができる。「学識法曹は、ユスティニアヌス法から、準備手続 (*praeparatoria iudicii*) と審判手続 (*iudicii*) との基本的二分法を連結するために、争点決定の像を取り出した」³⁷⁾。

(4-1) 手続は、書面としての訴状で開始される。被告は、書面による申立てでなければ答弁する義務はないとされ、訴状の正しい準備および争点についての表現を助言する文献が重要となった。訴状には、両当事者と裁判官の氏名、原告の請求の内容、原告の訴えの性質 (*nature of his action*)、原告の請求の原因 (*grounds of his claim*) が記載されていなければならない (ユスティニアヌスの訴権は、その名称を示すことが、初期においては不可欠であるとされた)。訴状は、原告が裁判官に交付し、その写しが呼出状とともに被告に送達された。被告が出頭すると、裁判官は、原告に自らの請求を口頭で陳述するように求め、仮に被告が争う意思を表明したときは、争点決定が完了し、被告の申立てに応じて不濫訴宣誓 (*calumny oath*) が続く可能性がある。この段階で、被告から抗弁が提出されうる。抗弁の極めて多数のカテゴリーは、ローマ=カノン訴訟の著作の中でかなり大きなスペースを占める (例えば、争点決定をなす義務

36) 以上は、Nörr, *supra* note 11, 13-16. 貝瀬・前注11) 103頁。

37) *Id.*, 22. 貝瀬・前注11) 103頁。

から解放する延期的抗弁や、悪意・脅迫・弁済などの減却的抗弁)³⁸⁾。

ネルによれば、学識法曹は、主に第一回共通期日のための呼出しに関するルールを精緻化した(法的審問請求権保障原則の具体化)。懈怠(被告の不出頭)の効果を発生させるには、原則として相手方からの申立てを要する(当事者主導のローマ=カノン訴訟の特色)。争点決定前の被告欠席は、被告の出頭ないし弁論を強制する効果を有し、争点決定後の欠席は、原告による立証を伴う一方的手続(欠席手続)へと進む。第一回共通期日における訴訟行為として、ネルは、事件を迅速に終結させるための被告による認諾(執行認諾)が認められていたものの、学識法曹は、請求認諾と主要事実の自白とを体系的に区別していなかったこと、原則として被告は最初の防御活動を行い、無管轄などの法廷回避の抗弁を提出すること、第一回期日に裁判官は訴えの合理性を審査でき、被告の受働適格も審査されるであろうこと(法廷質問 [interrogatio in iure])を、指摘する³⁹⁾。

(4-2) 審判手続は、争点決定 (litis contestatio) ——原告がプログラム化した争訟に応ずる準備ができていた旨の、被告による正式な表明——に始まり、これに前述のように双方の不濫訴宣誓が続き、原告が、訴えによる申立てを事実の主張すなわち訴点 (positiones) に分類し、被告が答弁で訴点を追加ないし争うことによって、事件の中心の立証段階が開始される⁴⁰⁾。カネヘムは、「事件の本案についての争いは、訴点手続の典型的形式をとり、原告は『訴点』ないし『項目 (articles)』と呼ばれる主張の一覧表において、彼の訴えを構成する事実を厳格に陳述し、被告はその各事実を認めるか争うかいずれかでなければならず、他方で、被告の答弁の事実についても同様に手続が進行した。裁判官による両当事者の取り調べ・質問がおこなわれ、若干の論点については自白がなされるが、それ以外の論点については証拠が提出されなければならない。中世の発明である訴点手続は、争点となっている真の問題の位置を正確に示す効用があり、そうすれば裁判官はその問題の調査に集中できる。ある訴点については、中間判決に至ることもある」と解説する。以上の立証段階の終了後に、両当事者と補佐人が口頭で行う討論と陳述が続き、その要旨が調書に記載

38) Caenegem, p.18. 貝瀬・前注2) 20-21頁。

39) Nörr, supra note 11, 23-24. 貝瀬・前注11) 103-104頁。

40) Id., 26. 貝瀬・前注11) 104頁。

され、最終的に当事者が弁論を「終結する」と宣言すると、裁判官は審問を終結し、判決を準備する。このように訴点は書面に記載されており、書面による主張のみが判決の基礎となりえたということは、旧来の口頭訴訟手続の直接性を失わせ、遅延を生ぜしめたが、反面で、書面手続の導入は確実性・正確さ・規律をもたらし、裁判官の裁量を制限した（最終的には、法定証拠理論に至る）⁴¹⁾。

(5) 証拠・証明の合理化（超自然的なものに訴える儀礼的証明方法を排除し、合理的調査と証拠の批判的選別によって事件の実態を発見すること）は、この時代の全ヨーロッパに共通の大きな変化で、近代の証拠方法は、（裁判上の決闘によるのではなく）裁判官または陪審に確信を抱かせることを目的とした。証拠法においては、原告の請求の立証のためのルールがまず発達し、相手方が容認しない訴点 (positiones) は立証を要する項目 (articuli) に変わるという形で、立証主題は裁判官ではなく当事者によって確定された。そのため、前学問的な土着のモデルに従った原初的訴訟における——証明の方法と誰が証拠を管理するかを指定する——証拠判決と、初期普通訴訟の証拠中間判決 (Beweisinterlokut) とは、学識訴訟では消滅した。証拠方法は原則として当事者も提出しなればならなかったが、裁判官も単なる受動的役割にとどまらず、立証期間・期日を定め、証明責任を分配し、立証の結果を評価した。証拠収集が裁判官の職責である場合でも、とりわけ人証については、証拠調べは他の裁判所構成員に委ねられた（現代の直接主義の意味で理解してはならない）⁴²⁾。

証拠方法としては、自白、証人、証書 (instrumenta)、推定、公知の事実、宣誓などが挙げられるが、その数は法学文献においても確定していない（カノン訴訟は、あらゆる段階で宣誓を過度に利用しすぎて、もっとも神聖かつ最終的な証拠方法であったはずの宣誓の質が低下した）。中世においては、人証は他の証拠方法に比べて優先的地位を与えられていた。証人の提案 (testium productio) のために当事者は一期日以上を利用できるが、裁判官がその期限を設定する。証人尋問は以下のように行われる。当事者の申立てにより裁判所が証人を呼び出し、証人は、両当事者立会いの下で約束宣誓・証人宣誓を強制される。立証

41) Caenegem, p.18. 貝瀬・前注2) 21頁。

42) Caenegem, p.13; Nörr, supra note 11, 26-27. 貝瀬・前注2) 22-23頁, 同・前注11) 104-105頁。

主題(証人が尋問さるべき論点)は、地方特別法に反しない限り項目(*articuli*)の中に分類され(尋問さるべき論点は一方当事者が書面に記載し、相手方に送付した)、裁判官がこれを審理して、不適法ないし事案解明に役立たないと判断した場合には、排除される。証人に対し相手方当事者が提出した反問に対しても、同様のコントロールが及ぶとともに、裁判官の質問権が引き続き行使される。証人尋問は、当事者や他の証人が同席せずに秘密に行われ、尋問終了後は、それまで保管されていた——宣誓証言を記載した——証人尋問調書は、当事者にアクセス可能となる。証人の信憑性は裁判官の自由な評価に委ねられ、信憑性の前提となる証人の数——法定証拠理論の特色である二証人証明の要請——は原則として裁判官を拘束するが、証人が一人の場合でも、判決にかかわる補充的宣誓(*iuramentum delatum*)などのその他の要素で完全証明へと補強することができる⁴³⁾。

ここで言及した法定証拠理論は、学識訴訟の最も顕著な特色の一つで、13世紀および14世紀に基礎づけられ、アンシャン・レジームの終わりまで支配的であった。これは典型的にスコラ的であって、証拠を定義し、多数の種類(*species*)に分類し、裁判官を拘束するヒエラルヒー的秩序に分類した。完全な証明と完全に準ずる証明とがあり、前述のように二人の証人は完全証明となるが、一人の証人は完全に準ずる証明にすぎず、半証明は補充的宣誓で完全なものにすることができた。社会的地位、性別、年齢、宗教、経済状況に応じて証人の信用度に関する法的分類がなされ、同順位の証拠間で矛盾した場合のルールも定められた。「その理論が、考えうるすべての証拠方法を定義・分類し、裁判所の自由な判断に替えて、法規により指示された強制的確信を用いようとばかげた努力を重ねるようになると、法定証拠の体系は取捨がつかなくなった」⁴⁴⁾。

(6) 判決は、中間判決(*sententia interlocutoria*)と終局判決(*sententia definitiva*もしくは*sententia diffinitiva*)、訴えを退ける場合には本案判決(*absolutio diffinitiva*)あるいは訴えの即時却下・訴訟判決(*absolutio ab instantia*)に分類できる。裁判官による判決発見のための手続原則として、まず、判決は、①原

43) Caenegem, p.19; Nörr, *supra* note 11, 27-28. 貝瀬・前注2) 23頁, 同・前注11) 105-106頁。

44) Caenegem, p.20. 貝瀬・前注2) 24-25頁。

告の審理プログラムを志向するものでなければならず、今日の処分権主義が妥当する。②判決は、原則として当事者の申立てと挙証の結果を志向しなければならず (iudex secundum allegata et probata partium)、職権主義に対する意味での弁論主義が妥当する。学識法曹は、裁判官による証拠評価を包括的概念として理解できず、自由な証拠評価と法定証拠理論により制限される場合とを無関係に並列するのみであった。裁判官は、判決とその言渡しに際しては公開の要請に従い (違反すると判決は無効となる)、判決内容は訴えによる請求を要約し、判決主文は特定の方式に従うことが厳格に要求される (判決理由は不要である)。学識訴訟においては、本質的な手続上の瑕疵は判決の無効をもたらすとされた。地方特別法が、顧問 (consilium) の提案を判決に取り入れることを義務付けている場合は、これに違反すれば、手続上の瑕疵として無効となる。

訴訟費用は原則として敗訴当事者が負担するが、判決上重要な法律問題について法律家の間で争いがあるときは、正当な原因ありとして、当事者間で調整され、訴訟費用の分担は判決の中で示される。

10日間の上訴期間の経過によって形式的既判力が生じ、実体的既判力は、訴訟物の同一性を前提とし、当事者間で作用する。既判力ある判決が存在するときは、当事者は滅却的抗弁を提出できるが、職権によっても顧慮されなければならない⁴⁵⁾。

(7) カノン法の主たる特色は上訴制度にあり、教皇の中央集権化の結果として構築された教会裁判所のヒエラルヒーと、ローマ法の復興によって照明を当てられた上訴制度とが12世紀に調和した。上訴については、ローマ法学者とカノン法学者の見解が一致するような完結したカタログは存在しないが、学識法の文献で特に詳しく述べられている⁴⁶⁾。

カネヘムによれば、上訴の方式と上訴期間、終局判決に対する上訴と中間判決に対する上訴との区別、上訴裁判所に記録を送付する下級裁判所の義務、上訴拒絶事由などの論点について、極めて詳細な規律がなされた。上訴は非常に容易で (地方特別法上、不服額が定められていたり、不上訴合意がなされたりする場合は、上訴は制限される)、上訴の頻繁さと上訴の異常な持続期間とは、アンシャン・レジーム期の訴訟手続に対する大きな不満の一つで、その起源はカノ

45) Nörr, supra note 11, 30-32. 貝瀬・前注11) 106-107頁。

46) Caenegem, p.19; Nörr, id., 31-36. 貝瀬・前注2) 22頁, 同・前注11) 107-109頁。

ン法にあった。上訴できるのは、利害関係人 (is cuius interest) であり、欠席者は含まれない。上訴は原則として原審裁判官に対し申立てられる。終局判決に対する上訴状には、上訴理由を掲げる必要はなく、判決言渡後に口頭で調書に対し直接に上訴することもできる。不変期間である上訴期間は、地方特別法に別段の定めがなければ10日間で、判決が言渡されてこれを知ったときから起算される。終局判決に対する上訴がなされると、既判力は発生せず、執行を開始できない(確定遮断効と移審効)。中間判決に対して上訴できるかどうかについてカノン法とローマ法では見解が統一されていないが、原審裁判官が中間判決に対する上訴を許容しないならば(原審裁判官による拒絶伝達状 [apostoli refutatorii]、上訴審裁判官が発する正式の制止 (inhibitio) によって禁じられるまで、原審の手続は続行できる⁴⁷⁾。

上訴審における弁論は、第一審で提出された訴訟資料を新たな法的評価に委ねるとどまり、新たな訴訟上の請求や訴訟物は排除される。第一審で既に論じられていた争点(項目)に関する人証につき、ローマ法は原則として許容するが、カノン法は認めない。上訴審においても争点決定 (litis contestation) があり、終局判決に対する上訴の場合には、両当事者は、新たな事実の申述と立証、既に提示されていた事実に関する新証拠の提出が許される。上訴審での手続は概ね第一審と同様のルールに従い、上訴を容れる判決には理由を付す必要がある⁴⁸⁾。

上訴は、単なる地方裁判所から司教裁判所 (bishop's officiality) までヒエラルヒーの階梯を上ることができ、この二つで認容されなければ、さらに大司教 (archbishop) の裁判所からローマ法王に至るまで昇ることができた。ローマ=カノン上訴手続は、学識訴訟が勝利をおさめたところであれば、ヨーロッパ中どこにでも導入された。上訴以外の不服申立方法として、請願 (supplicato)、原状回復 (restitutio in integrum)、無効抗告 (querela nullitatis) がある⁴⁹⁾。

(8) 以上の通常訴訟よりも、緊急を要しかつ複雑でない事件を処理するための、より迅速な訴訟形式が必要となり、教皇クレメント5世のサエペ (Saepe) 教令 (1312—1314年) によって、略式手続が正式に導入され(既に13世紀には

47) Caenegem, *ibid.* Nörr, *ibid.* 貝瀬・前注2) 22頁, 同・前注11) 108-109頁。

48) Nörr, *ibid.* 貝瀬・前注11) 108-109頁。

49) Caenegem, p.19; Nörr, *id.*, 37-39. 貝瀬・前注2) 22頁, 同・前注11) 109頁。

実務上の改革が進展していた)、教会裁判所・世俗裁判所のいずれにおいても非常にポピュラーな存在となった。その手続は、原告に事件を口頭で陳述する機会を与え、訴状および争点決定を省略し、裁判官に遷延的異議を排除する権限・大幅な活動の自由・当事者に質問する権限を与え、当事者の操作・策略の余地を制限して、証拠提出のための短いタイム・リミットを設定し、中間的裁判に対する上訴を排除する、という内容である⁵⁰⁾。

3 ローマ=カノン訴訟の評価

カネヘムは、「ローマ=カノン訴訟は法史の驚異の一つである。それは仰天するほどの短期間で完成に至った」とする⁵¹⁾。

また、ネルは、「ローマ=カノン訴訟の特色」として、中世学識訴訟の基本的特色を①訴訟対象の支配・②手続の支配・③手続的正義に分かって説明している(ただし、学識法曹はこうした基本的特色の初歩的考察を試みたにすぎず、後期自然法時代以降に、訴訟法が基本思想と構成原理に従って解析されるようになってから、その大半が構想されたものである)。ネルによれば、まず①訴訟対象の支配については、審理プログラムを確定し、判決の基礎となる事実を特定するのは当事者であり、処分権主義と弁論主義が手続を形成する訴訟のアゴニ的構造(die agonale Struktur)にかんがみれば、ローマ=カノン訴訟は対席的ないし当事者対抗的手続に分類されるべきである。②手続の支配については、当事者の処分権主義が発点であるが、裁判官は手続の進行に関して受動的役割にとどまるのではなく、当事者の訴訟行為の許容性と事件解決上の有益性をコントロールし、手続上の瑕疵による判決の無効を回避するための広範な審査と規制を行う。手続の連続的構造は遅延の危険を伴うから、裁判官は手続の迅速化のための多様な手段を利用できる(例えば、裁量により期間を決定する、複数の訴訟行為を期日に集約する、失権を伴う期日を設定する、原則として無制限な質問権を行使し、遅延の策略を阻止する)。③手続的正義については、a. 呼出方式と呼出期間の綿密な規律が現代の双方審尋の原則に対応している、b. 当事者の防御権の保障のために、手続進行の適性がしばしば過剰となる、c. これらの措置を講じている目的は、当事者のより良い権利が勝利を収めるように援助すると

50) Caenegem, pp.20-21. 貝瀬・前注2) 25-26頁。

51) Id., p.22. 貝瀬・前注2) 27頁。

ともに、法秩序を制度的に保障するところにある、と解説している⁵²⁾。

ネルは、ローマ=カノン訴訟によって、ヨーロッパの広い部分で共通ルールの集成すなわちユス・コムーネが利用可能となったが、その特色は、差異と特殊性を伴う地方的発展に対してオープンだったところにある、と指摘する。共通の遺産を全面的に振るい落とすことなく、訴訟の地域化と国家化が次第に進行し(ただし、ヨーロッパ内部でも、その進行の程度は一様ではなかった)、いたるところで固有の制定法が生成したのである⁵³⁾。

第四章 第二期中世の発達した訴訟手続(12—15世紀)

——(その二) イングランドのコモン・ロー訴訟の発達

1 背景

カネヘムは、アルカイックな「第一次封建時代」(first feudal age)には、不文で極めてゲルマン的な慣習法が、ローカルな裁判所で原始的・非合理的に運用されていた点で、大陸法とイングランド法に本質的差異はなかったとする。しかしながら、イングランドの世俗裁判所におけるローマ=カノン訴訟の継受は、ヨーロッパ大陸ほどの成功を収めなかった。カネヘムの代表作の一つである『イングランドにおけるコモン・ローの誕生』(1973年)によれば、ローマ=カノンの学問は、ヨーロッパの教会の実務を12世紀の変わり目に征服し、13世紀にかけて世俗裁判所と慣習法の著述家たちに影響をあたえるに至ったが、イングランドでは、1066年以前から存在していた制度が急速に発展して、既に独自のコモン・ローの体系を形成していたため、ローマ=カノン訴訟から実質的影響を受けるには遅すぎたのである。

12・13世紀に進行したヨーロッパ社会全般の(特に法の)モダニゼーションが、イングランドにおいては例外的に早くかつ体系的に発生し、このクロノロジカルな差異(各国におけるモダニゼーションの発生時点)こそが、12世紀以降にイングランド法と大陸法の相違をもたらした重要なファクターであった。特にイングランドにおいて早い段階での発展が見られた原因としては、10世紀および11世紀に統合されていた古期イングランド国家ないし王権(the old-

52) Nörr, *supra* note 11, 40-42. 貝瀬・前注11) 110頁。

53) *Id.*, 42. 貝瀬・前注11) 110頁。

English kingship) が、後の世代がコモン・ローを構築するための政治的基盤を提供し、その上にノルマン王朝が自分たちの封建制を持ち込んだこと、コモン・ローの機構を確立したヘンリー2世は、カノン法学者のアングロ・ノルマン学派 (Anglo-Norman school of canonists) などの人材を自由に活用できたことが、指摘されている⁵⁴⁾。

ヨーロッパ大陸でのローマ=カノン訴訟の継受が始まった12世紀には、1066年前は未発達であったコモン・ローのシステムが効率的かつ迅速に拡大して時代の要請に応えたこと、また、コモン・ローにおいては訴訟法と実体法とが絡み合っていたことから (訴訟方式が支配しており、どの令状を利用できるかに応じて、別異の手續ルールが適用された)、ローマ=カノン訴訟は、イングランドでは十分な基盤を獲得できなかつたのである。

2 中央裁判所と訴訟方式

(1) ノルマン時代には、王会 (curia regis) も司法的役割を果たしたが、裁判業務の主要な部分は地方的裁判所 (local courts) などが担当しており、12世紀には地方的裁判所が重要性を失って、国王の裁判官が構成する中央裁判所 (capitalis curia) がイングランド全土からの訴えを審理するようになった。すなわち、1100年頃から、国王は巡回裁判官 (justices in eyre) をカウンティに派遣し始め、ヘンリー2世治下 (1154—1189年) には巡回裁判・巡察 (eyres) が極めて頻繁に行われた。中央裁判所の職務が拡張しすぎたため、王会内部での専門化が不可避となり、13世紀には、①租税事件に特化した財務府裁判所 (Court of Exchequer)、②王座部 (King's Bench)、③巡察裁判官 (Justices in eyre) すなわち国王の裁判を地方に提供する巡回中央裁判官、④人民間訴訟裁判所 (Court of Common Pleas ないし Common Bench) といったコモン・ロー裁判所が単一体の国王裁判所を形成した。ウェストミンスターに本拠を有し、通常訴訟を担当した④が最も重要であって、ここでコモン・ローが創造された。これらの組織の裁判官の多くは、大規模な封建的直接受封者 (feudal barons) 出身の、高度の教育を受けた聖職者であった⁵⁵⁾。

54) 貝瀬「歴史叙述としての民事訴訟(3)」立教法務研究9号(2016年)375頁。R. van Caenegem, *The Birth of the English Common Law* (2ed., 1988) 90-92, 93, 100-101.

55) Caenegem, pp.30-31. 貝瀬・前注2) 30-31頁。

(2) 中世コモン・ローの最も重要な特色は訴訟方式 (forms of action) ないし令状制度である。訴訟方式は 1875 年に完全に廃止された。中央裁判所は例外的なものであったため、通常の訴訟当事者の中央裁判所へのアクセスが認められたのは、国王の特別の関心を引く、限られた数の十分に定義された特定の権利侵害・不法行為にすぎず、国王の特別の付託に基づく場合に限られた。国王の付託は令状 (writs) というステロタイプ化された文書で、国王裁判所における審理を開始することから、訴訟開始令状 (original writs) と呼ばれ、誤った令状によって訴えた当事者は、誤った請求となり、別の令状を取得しなければならない。原告の請求の原因および趣旨の陳述 (訴訟原因項目 [count], 原告第一訴答 [narratio]) が彼の令状から僅かでもそれると、原告は直ちに敗訴する。国王の令状は大法官府で作成され、新しい令状を考案することもできた。

「令状は、さまざまな時点の多様な状況下での、さまざまな権利侵害 (wrongs) のために考案されたので、それが導入した手続は当然に多様で、合理化・効率化されておらず、令状の名称は訴えの名称であり、各々の訴えの召喚ないし出廷保証手続 (attachment), 欠席, 審理不出頭申立て, 証明責任, 証拠 (大アサイズ [grand assize], 小アサイズ [petty assize], 雪冤宣誓, 証人), 執行手続は、異なっていた」⁵⁶⁾。

訴訟開始令状は、相当な手数料の支払いがあれば、当然に通常の人々に付与されるようになった (当然令状 [writs de cursu; writs of course])。「グランヴィール」と通称される『イングランドの法および慣習に関する論考』(1187—1189 年) は、先行する二世代の間の国王裁判所の急激な拡大を記述した最初の試みだが、それ以後も多数の新しい令状が開発された。例えば、①不動産占有侵奪者の法定相続人に対する不動産占有回復訴訟令状 (writ of entry sur disseisin), ②占有侵奪回復令状 (writ of entry ad terminum qui praeterii), ③侵害訴訟令状 (writ of trespass) (13 世紀半ばに国王裁判所で出現した侵害訴訟が、巡回陪審裁判制度により 14 世紀半ばまでに一般的な訴訟となり、侵害訴訟令状によって、新しい訴訟が多発するようになった), ④この権利侵害訴訟 (trespass) がさらに発展した特殊主張令状 (writs upon the case) および引受訴訟令状 (assumpsit) がそれである。令状は大法官府が創出し (特に 12 世紀後半から 13 世紀前半には、極めて多くの新しい令状が集中的に発明された), すべて令状方式

56) Caenegem, pp.25-26. 貝瀬・前注 2) 31-32 頁。

書 (register) に収録された (1285年ウェストミンスター第二法律以後は、新しい立法によって追加変更される場合を除き、実際上は令状方式書は閉鎖された)⁵⁷⁾。

3 陪審によるトライアル

ヘンリー2世は、危険な神判 (ordeals) に代えて、合理的 (理性的) で信用できる証明方法として陪審を司法改革の中心に据えた。ヘンリー2世時代の陪審制 (recognitions) の起源は、ノルマン・コンクエストの直後に輸入されたフランク族の *inquisito* にあり、国王のオフィシャルが用いた宣誓に基づく審問 (*inquest*) であった、とカネヘムは指摘している (さらにカネヘムは、1066年前においても宣誓に基づく近隣者の陪審員団が利用されており、陪審は既に馴染みのある制度であった、とする)。コモン・ロー訴訟手続は、法的訴答 (*legal pleading*) と陪審の評決から構成されることとなった。ウェストミンスターの人民間訴訟裁判所 (Court of Common Pleas) で開始された訴訟は、いったん争点について訴答がなされれば、(巡回裁判制度のもとで) 巡回裁判中の国王裁判所において、地方で陪審の評決を行うことができた。生活環境を最もよく知っている陪審に事実認定を委ねる趣旨で、このシステムはエドワード1世時代の1285年ウェストミンスター第二法律以降確立されていった。陪審制はコモン・ロー訴訟の特徴を保持するのに大いに貢献し、コモン・ローが早くから迅速に発達するのを可能にし、ローマ法の波を何度も打ち砕き、効果のないものとした、とカネヘムは評している。

陪審は、ファーストハンドの知識を有する近隣の人々の集団という本来の性格を次第に失ってゆき、当事者が提出した (捺印証書や証人のような) 証拠に基づく評決をなすために、偏見のない心で裁判所に出頭する中立的な集団へと変化していった。1705年には、陪審は当該事実が存在するハンドレッドから来た者でなければならない、という要件が民事陪審では廃止された⁵⁸⁾。

4 訴答と上訴

(1) 訴答は、原告の主張に応じて被告が完全に否認するという伝統的でアルカイックな “*thwertutnay*” から離脱してゆき、抗弁 (*exceptions*) を利用する

57) Caenegem, pp.27-28. 貝瀬・前注2) 33-35頁。

58) Caenegem, pp.28-29. 貝瀬・前注2) 35-37頁。

ことが可能となり、この抗弁に対して原告が応答した。エドワード1世の時代(1239—1307年)には、訴答の法(原告が審理さるべき主張を行うための方法と要件)が明確となっていった。訴答の目的は、訴答者の活動を通じて判決の主題すなわち争点を確定することにあり、両当事者は争点について自らの主張を展開し、何が決定的事実(decisive fact)であるかについて一致していなければならない。訴答の主要な段階は、以下の通りである。①最初の訴答は、原告が自らの主張を述べる訴訟原因項目(count)である(原告第一訴答[narratio])。②これに被告の訴答不十分の抗弁(demurrer)が続き、その抗弁によって、A. 事実は認めるが、法律上の争点(issue of law)を提示するか、あるいはI. 選択に幅のある答弁(plea)を提出した(形式上の手続違背を主張する、否認[traverse]または承認・異議[confession and avoidance]の形式で本案につき答弁する)、③本案の答弁に対しては、原告第二訴答(replication)、さらに被告第二訴答(rejoinder)等々が続く。抗弁については、ブラクトンの時代は若干のローマのルールを適用したが、陪審制度の影響が訴答のルールに影響し、14・15世紀に本来の特色を帯びるようになった(例えば、自ら知っている事実を証言するために呼び出される独立の証人[independent witness]を認めなかった)。中世の終わりまで口頭の訴答は維持され、書面による訴答が導入された後でも、主張(allegations)の古い様式からは離れなかった⁵⁹⁾。

(2) イングランドにおいては、中央裁判所は、全ての自由人がアクセスできる第一審の国家裁判所であると同時に、王国の最上級裁判所でもあったため、コモン・ローは裁判所のヒエラルヒーを前提とする上訴制度を知らず、陪審の存在も上訴手続を困難にした。当事者が利用できる不服申立手段は、当初は誤判や誤評決に対する告発(コモン・ローの誤審修正令状[writ of false judgment]や、陪審員に対する陪審査問[attaint])のみであったが、事件の正式裁判記録(official records of the case)に関する誤りを理由に、王座部において国王裁判所の判決の破棄を認める誤審令状(writ of error)が発明され、裁判官への攻撃から手続上の過誤に対する不服申立へとゆっくりと変化し、14世紀には誤審令状がコモン・ロー上の上訴的救済として確立した。しかしながら、この誤審令状を付与するかどうかは国王の裁量にかかっており(司法審査というよりも行政上の監督手段であった)、誤審査手続は事件の正式裁判記録の審査にとどまっ

59) Caenegem, p.30. 貝瀬・前注2) 37-38頁。

ていたため、これは真の意味での上訴ではなかった。誤審審査手続では新たなトライアル・陪審・証拠収集が認められず、審査対象である正式裁判記録は、陪審を評決に導いた証拠や裁判官の指示について説明するものではないから、紛争は主に手続問題に関するものであった。誤審令状制度は1875年に最高法院法で廃止されるまで存続した。中世後期にコモン・ローの欠陥を是正するために出現した大法官裁判所は、コモン・ロー上の判決を破棄する上訴裁判所ではなかったが、大法官はコモン・ロー上の判決の効果を中止する（上訴以外の）手段を有していた⁶⁰⁾。

なお、カネヘムは、イングランドにおけるコモン・ロー訴訟の発達を論じた節の末尾に「コモン・ロー裁判所とローマ法」の項を設け、「イングランドの訴訟方式を学ぶ学生は、それがローマ古典期の方式書の体系に類似していることに驚く」と述べたうえで、それにもかかわらずコモン・ローの発達は純粹にイングランド的なもので、「もしもイングランドの支配者たちが、極めて早い時期に新しく・より優れた裁判制度を創造しなかったら、ローマ＝カノン訴訟が彼らの国土に直ちに導入され、イングランドはローマ法を無視して自らのコースをたどりはしなかったであろう。中世ローマ法それ自体がまだ揺籃期にあり、イングランドとノルマンディーの国王および裁判官は、彼らが自由に利用できる手段と材料とで、独自の道を進まなければならなかったのである」と説いている⁶¹⁾。

第五章 第二期中世の発達した訴訟手続（12—15世紀）

——（その三）ヨーロッパ諸国におけるローマ＝カノン訴訟の継受

1 序言およびフランス

以上のローマ＝カノン訴訟の構造分析とコモン・ロー訴訟の概説を踏まえて、第二期中世におけるローマ＝カノン訴訟のヨーロッパ諸国での「さまざまな程度の継受」を、カネヘムによりつつ鳥瞰しておこう。学識訴訟手続の断片的ないし包括的継受の動因は、政治的権威者すなわち君主（フランス、南イタリア、カスティリヤ、ポルトガル等）、都市と領邦君主（低地諸国）、都市（北イタ

60) Ibid. 貝瀬・前注2) 38-38頁。

61) Canegem, p.31. 貝瀬・前注2) 39-40頁。

リア)、都市と帝国の諸身分 (Estates) (ドイツ) であった。カネヘムは、こうした継受の影響を受け、「大学は学識ある法律家を生み、彼らは国王の顧問官、国王裁判所の裁判官、都市における裁判官でなくとも都市の行政官 (magistrates) の法的助言者となった。ローマ法の影響を顕著に発展させるためには、大学を創立すれば十分であった。主教裁判所 (bishop's officialities) においては、公衆は教会裁判所の生きた訴訟手続を見て、そのターミノロジーを学ぶことができた」と説く⁶²⁾。

まずフランスについては、フランス司法制度の近代化、13・14世紀における最高法院の典型的訴訟手続 (とりわけ、中核となる証人尋問)、ローマ=カノン訴訟の導入、上訴制度などの論点を解説する必要がある。

(1) 12世紀のイングランドに比べると、フランス司法制度の近代化は遅れたが、12世紀以降なされていた自発的な合理化の試み以上に、ほとんど成熟を遂げ・普遍的な注目を集めていたローマ=カノン訴訟が国王を刺激し、国王はその完全な継受を強制はしなかったものの、自国なりに改良したもの (national variants) を作り上げた。13世紀半ば以降のフランスの発展コースは明瞭であって、ルイ9世の治世下 (1226—1270年) に発展したパリ最高法院の実務とその手続法例集 (styles)、王令 (特に、1254年・1258年の王令) とローマ=カノン訴訟の影響 (フランスは、古く影響力のある法学部を有し、南の成文法地域は伝統的なローマ法地帯であった) が、顕著な独創性を備えた自国の訴訟手続を形成したのである⁶³⁾。

(2) フィリップ2世 (1180—1223年在位) のもとで、ローマ皇帝の法律を学んだ学識法曹すなわちローマ法法律家 (legists) の出現によって、封建的な王会 (curia legis) が強力な中央裁判所に變化し、ルイ9世のもとで1250年ごろにパリの最高法院——主に王国全土の全階級のための裁判所——となった。最高法院の手続ルールは、次の通りである。すなわち、民事訴訟においては、原告は、国王に申立書を提出しなければならず、審理部 (Chambre des Requêtes) の審査で申立書が適式であるとされれば、訴訟手続を進める許可が国王の公正状 (lettres de justice) で与えられる。それから大審部 (Grand' Chambre) で口頭弁論が開かれ、両当事者が事実を提出し、法的議論を行う。しかしながら、

62) Caenegem, p.32. 貝瀬・前注2) 40頁。

63) Caenegem, p.33. 貝瀬・前注2) 40-41頁。

①適法に呼び出された被告が出頭しないときは、原告は欠席判決を求め、原告が提出した証拠に基づいて欠席者敗訴判決が下される。ただし、審理不出頭申立て (essoins) も多く、訴訟を引き延ばすことができた。②原告が出頭しなかった場合は、被告は、訴訟終結の欠席判決 (congé) を求めたので、争点決定 (litiscontestation) の後に原告が1回でも欠席すれば致命的となった。③両当事者が出席した場合には、原告は自らの請求を方式に従って——本権訴訟 (petitorium) であれば書面により——述べ (formulated his demand), 被告は決まった順序で延期的抗弁を提出できた。それから、必要であれば (事案がまだ十分に解明されたとは考えられない場合に), 両当事者に主張を書面化するように求める「要点判決 (appointment)」が下される (後のフランス民事訴訟法典にいう「書面による事前手続」に相当する、とカネヘムは評価している。エンゲルマンは、この「要点判決」は、元来は、各個の要点を釈明させて、口頭によらない確実な裁判の基礎を提供させる効用があった、と指摘する)。相手方が否認する事実につき、訴答者が人証を提出するならば、証人尋問 (enquête) が必要となるため、裁判所は、争われている事実を書面化するように当事者に命ずる (「抵触する事実の要点」 [appointment en faits contraires]。この「要点」の作成は、代訟人 [advocates] の仕事の重要な部分であった)。ただし、大審部は、自白を得る目的で、当事者の聴聞によって証人尋問を回避することができた (「事実項目に関する当事者尋問」 interrogatories sur faits et articles)。訴訟手続は、大審部から予審部 (Chambre des Enquêtes) に移され、受命裁判官が証人尋問を実施するが、その結果は自動的に予審部に移るのではなく、大審部が対審的な弁論を手配し、証人尋問の結果は「閲覧し判断するために受理されるべきである」と結論を出して初めて、予審部が受理することになる。この時点で当事者の役割は終了し、予審部の長は、その部の報告官 (rapporteurs) に証言録取書の抜粋の作成を委任し (これは、カノン法上の「赤欄」 [rubricae] の模倣である)、報告官はそれに所見を加える。予審部の裁判官たちは、主張事実を項目ごとに報告官と読み合わせたのちに、多数決によって判決を下し、大審部での言渡しのために報告官が起草する⁶⁴⁾。

前記の証人尋問について補足しておく、証人尋問は通常は2名の受命裁判官に委託され、地方の証人の場合には、調査のためにその地域に出張し (イン

64) Caenegem, pp.33-35. 貝瀬・前注2) 41-44頁, 同・前注22) 46頁。

グランドにおける巡回陪審裁判に相当する)、受命裁判官が同伴した書記官が調書に記録した。地方での証人尋問においては、相手方の自白を獲得したり、提出される証拠の量を減らすために、項目 (articles) が新たに争点決定 (litiscontestation) の対象となったが、このテクニックは、カノン法上の訴点 (positions) と相手方によるその認否の制度を模倣したものである。争いのある「項目」について審理するために、両当事者が証人を提出し、相手方立会いのもとに証人が宣誓した。ルイ9世は、教会裁判所に倣って、証人の秘密尋問および証言録取書の公表制度を導入したが、証人に最大限の自由を保障するために、1276年にパリ最高法院が公表制度を廃止した。しかし、1539年・1579年の王令が公表を認め、この問題を解決した(南部およびパリ裁判所 [Paris Châtelet] では、証言録取書の公表が原則であるとされていた)。証人尋問の技術はカノン法上のもので、証言は書面化され、証人に対しては異議を唱えることができた⁶⁵⁾。

(3) ローマ=カノン訴訟のフランスにおける継受を解明しよう。フランス国王は、パリ最高法院を創設するとともに、1254年・1258年の二つのルイ9世の大王令に始まり、1667年の司法改革のためのルイ14世の民事王令に集約される一連の訴訟手続に関する立法を行ったが、これらの王令を待たずに、既にフランスの世俗裁判所および王会 (curia regis) は、体系的・一般的な形でローマ=カノン訴訟を導入していた。すなわち、「たまたま国王がフランス全土で主要な役割を果たしたが、訴訟手続の近代化は、ローマ的基層を伴った南フランスにおいて、早い段階で教会裁判所 (officialities) の影響のもとに既に始まっていた、ということをおぼえてはならない。それゆえ、書面による訴訟手続が、南部成文法地域よりも北部慣習法地域において、よりゆっくりと採用されたのは驚くに当たらない」(カネヘム)。ルイ9世は、1254年・1258年の2つの王令で、裁判上の決闘を廃し、ローマ=カノン法上の証人尋問と書証の証拠調べに基づく審問手続 (inquest procedure) を強制したが、この革新は不意のものではなく、そのための準備は既に整っていたのである。その他に、請求と申立て (intendit) および項目の書面化、不濫訴宣誓、相手方の項目についての口頭での認否による答弁、公開の(とりわけ、相手方立会いのもとでの)証人宣誓、証人の忌避、証人尋問に関するさまざまなテクニシティ、証言録取書

65) Caenegem, pp.34-35. 貝瀬・前注2) 42-44頁。

の公表が決定された。それまで封建法のゲルマン的訴訟手続が原則で、ローマ＝カノン訴訟手続は例外であったが、状況は逆転し、ルイ9世の革新は、数世紀にわたりフランス訴訟法の礎石となった。ルイ9世の王令に続く王令の多くは、訴訟手続を短縮しようとしたけれども（例えば、1539年のヴィレ・コトレの王令）、ムーランの王令（1566年）——100リーヴルを超える全ての契約には公正証書が必要で、証人は排除されるとした——までは、書証は口頭の証言よりも優越するものではなく、証人尋問手続は長時間を要するが、極めて重要であるとされていた（宣誓、評判、推定などのローマ＝カノン起源で、より扱いやすい証明手段も利用された）⁶⁶⁾。

(4) 第一審の国家裁判所という形で司法の中央集権化をはかったイングランドに比べて、遙かに国土が広いフランスは、フランスの慣行に適應したローマ＝カノン上訴制度を取り入れ、極めて広い上訴管轄権を有するパリ最高法院を創設することで、司法の中央集権化を推し進めた。判決に対する不服申立ては、元来は判決発見者に対する告訴 (*faussemment de jugement*) というプリミティヴな方法が採られていたが、これは1300年頃に消滅した。いくつかの王令は、上訴について規律しており、例えば1330年の王令は、上訴の提起から3ヶ月以内に上訴呼出状を送達することを命じており、それに反すると、上訴は「放棄された」と宣告され、原判決が確定することになる。イングランドにおいて、王座部から人民間訴訟裁判所に対して誤審令状が発せられたように、フランスにおいても、最高法院から評議会の（正義の究極の源泉である）国王に対して上訴することが可能であった。ただし、この不服申立ては、国王の恩恵状 (*letters of grace*) に基づき事実上の過誤を理由とする場合に可能であった。1344年の王令は、過誤を口実に最高法院の判決の執行を停止することを禁じ、1453年のモンティル・レ・トゥール王令も、この不服申立ての利用を制限している⁶⁷⁾。

2 イタリア・スペイン・ポルトガル

(1) 伝統的法族論によれば、ローマ＝ゲルマン法族中のラテン法圏を構成するとされるイタリアおよびスペインを主として次に検討する。

66) Caenegem, pp.35-37. 貝瀬・前注2) 44-45頁。

67) Caenegem, p.36. 貝瀬・前注2) 45-46頁。

ここで論じている第二期中世に、イタリアの世俗裁判所にもローマ＝カノン訴訟が導入された。訴訟手続の改革を担ったのは、イタリア北部では都市当局、南部では君主であった。すなわち、当時のイタリアでは、北部について見ると、ドイツの君主権力は、遠く隔たった形式的な専制君主支配へと後退して、政治的権威は都市国家の手に委ねられていた。北部の諸都市においては、新しい学問に通じた裁判所のメンバーによる裁判実務の漸次的発展と都市立法によって、ローマ＝カノン訴訟がローカルな修正を加えて導入された。12世紀には、司法ビジネスの専門化が始まり、学識者というよりも武人であった都市のポデスタ (Podestà) は、それを裁判官に委ねるようになった。裁判所が法学博士に「知者の助言」(consilium sapientis) を求めることが、重要となった。イタリア南部においては、12世紀のノルマン王国はヨーロッパでも最もよく組織された国家の一つで、その君主的伝統は、フリードリヒ2世・プランタジネット朝 (アンジュー家)・アラゴン王朝のもとでも、存続していた。ここでは、ロジェール2世のアリアーノ法 (1140年) からフリードリヒ2世の皇帝法書 (Liber Constitutionum または Liber Augustalis) (1231年) に至る国王立法が、18世紀まで王国の法の基盤となった。フリードリヒ2世の法書は、ポローニャの訴訟要覧 (ordines iudicarii) に直接由来する訴訟手続を含み、決闘裁判のような古いロンバルドの訴訟形式をほぼ全面的に排除した。この法書は、南部イタリアの後期注釈学派 (commentators) の権威的テキストとなった⁶⁸⁾。

「かくして、学識訴訟の基本的要素、すなわち単独裁判官、書面手続、訴点決定 (the positions)、公正証書の重視、私的文書よりも認証された公的文書の優位、法定証拠理論、仲裁および上訴の組織といったものが、イタリアの裁判所に受け継がれた。都市立法および都市間の条約は、この遅くて扱いにくく大衆的でない学識訴訟を簡素化した」(カネヘム)。これらの都市立法は、①訴状において、訴権にテクニカルな名称をつける——訴権内容の提示 (editio actionis) の——必要はない、②争点決定を省くか略式に処理できる (ピサの1275・1286年法)、③不濫訴宣誓 (calumny oath) を廃止する、などの簡略化を図った⁶⁹⁾。

しかしながら、中世が終焉に向かうとともに、北イタリアではコミューンの

68) Caenegem, pp.37-38. 貝瀬・前注2) 46-47頁。

69) Caenegem, p.38. 貝瀬・前注2) 47-48頁。

創造的推進力が尽き、南部では君主制が実体を失った。「フランス、スペイン、そして分裂していたドイツでさえ、ローマ＝カノン訴訟を国家の訴訟制度として用いた。しかしながら、イタリアは、この発展をさらに前に進めるための中央の最高裁判所および立法者を欠いていた。訴訟手続は互いに矛盾対立している・啓発されていないローカルな著作者たちに委ねられていた。各裁判所は、それ自身のスタイルと実務のマニュアルを有しており、訴訟の国家的なシステムは出現しなかった。イタリアは、自らが刺激した発展から完全な利益を得ることなく、19世紀にはイタリアが師であった者たちからの影響を受けざるを得なかった」⁷⁰⁾。

(2) 第二期中世のスペインにおいては、裁判所の学識ある全スタッフおよび国王立法の継続的圧力によって、ローマ＝カノン訴訟手続が最終的な勝利を収めた。ローマ法の共通の継受と、強力にローマ化されたカスティリア法が卓越していたことによって、スペインの法的統一がもたらされ、16・17世紀におけるスペイン法の黄金時代の基礎が据えられたのである⁷¹⁾。

まず、西ゴート族のスペイン(西ゴート王国)は、ネイティヴのためのローマ法と、征服者(西ゴート族)のためのゲルマン法の双方を有していたが、654年に国王レケスウィントが制定した単一の共通法(西ゴート法典、裁判の書)は、ユスティニアヌス法典に倣った編別、非公開主義、神判にほとんど言及しないことなど、本質的にローマ的であった。アラブ支配の数世紀およびレコンキスタの時代には、非常に異なった慣習が開花し、アルカイックな訴訟形式が出現して、多数の地域法(fueros)を支配した。12・13世紀のローカルなレヴェルでの自生的・慣習的要素の発達(例えば、土地や境界の民事紛争で利用され、国王の調査官が地方の住民グループに質問を行う「調査」pesquisa制度)、および13世紀のローマ＝カノン訴訟の継受によって、構図に変化が生まれる。ローマ＝カノン訴訟の継受のための土壌は、スペインの大学において整えられていた(例えば、サラマンカ大学は1215年に創立されていた)。スペインの学者たちは、ボローニャにおいても傑出しており、スペイン語で執筆された訴訟法文献の発展に貢献した(例えば、アルフォンソ10世のもとで裁判官を務めたJacob de las Leyesは、新学識訴訟手続に関する著作であるFlores de Derechoなどを執筆し

70) Caenegem, p.39. 貝瀬・前注2) 48-49頁。

71) Caenegem, p.39, 41. 貝瀬・前注2) 49頁。

た)⁷²⁾。

カタロニア、ヴァレンシア以外の地域では、聖職者に対する警戒と地方の特権の一部である慣習法への愛着から、新しいローマ法は保守的な反抗に出会ったが、王国の統一性・安定性をもたらすために、カスティリアとレオンで1265年に決定的な前進があった。すなわち、フランスのルイ9世とほぼ同時期に、アルフォンソ10世賢王(1254年—1284年在位)が、王国裁判所におけるローマ=カノン訴訟の包括的継受を命じたのである(ただし、彼の新法典は貴族と諸都市の大きな反抗に会い、施行は延期された)。アルフォンソの法書(七部法典[Siete Partidas])は、王国の最高裁判所の指針・法律界の共有財産となった。訴訟手続を扱う同法典第三部は、本質的にローマ=ゲルマン的であった。スペイン語で書かれた「七部法典」は、ルイ9世の短い王令に比べ、法書というよりも学術的エンサイクロペディアとなっており、ユスティニアヌス、グラティアヌス、グレゴリウス9世の教令集(Decretals)、アーツ、アックルシウスからの抜粋を含み、ロマニスティックな制定法の中世における最も偉大なモニュメントである。「七部法典」は、19世紀までスペイン訴訟手続の根本規範となった⁷³⁾。

(3) ポルトガルにおいては、ローマ=カノン法の影響は迅速かつ強力であり、外国におけるローマ法研究のルートの他に、教会裁判所と学識あるローマ法律家、スペインの「七部法典」、スペインの前掲Jacob de las Leyesの著作が重要な役割を果たした。

最も初期の国家法典である1446年アルフォンソ法典にも七部法典の影響がうかがわれ、その第三部はローマ=カノンの民事訴訟を定める。この法典は、「国家法の欠陥は、ローマ法とカノン法を適用することで救済され、内容が分かれる場合には……ローマ法(最終的には、アックルシウスとバルトルス)が適用される」としていたが、実際は、国家法を損なっても学識の普通法が適用されることが多かった⁷⁴⁾。

72) Caenegem, pp.39-40, 40-41. 貝瀬・前注2) 49-50頁。

73) Caenegem, pp.40-41. 貝瀬・前注2) 50-51, 52頁。

74) Caenegem, p.41. 貝瀬・前注2) 52-53頁。

3 ドイツ・スイス

(1) 13世紀から15世紀までのドイツにおいては、外国の要素の移植ではなく、裁判所の活動による断片的な形で第一期中世のゲルマン的訴訟が形成され、古い形式主義が緩和されて、書面がより活用されるようになり、証拠の体系が合理化されるという漸次的な——全体の状況は保守的で、発展は遅れていた——近代化のプロセスを辿った。ドイツの国王たちの権力が強大であったときは、法改正はいまだ急を要しておらず、ローマおよび北イタリアでの帝国の問題に彼らの注意が向けられていた。イタリアを都市社会へと向かわせた経済復興は、ドイツではより遅れて展開した⁷⁵⁾。

ドイツは、ザクセン、シュヴァーベンなどの広い区域、多数の領邦と都市に分かたれ、中央の最高裁判所・中央の立法もなく、長きにわたり大学すら存在しないまま（プラハ大学 [1348年]、ウィーン大学 [1363年]、ハイデルベルク大学 [1386年] が最も古いものである）、伝統的な法書と、保守的かつ非アカデミックな法発見者たちが構成する法廷とによって支配されていたのである。15世紀半ばまで重大な変化はなく、ザクセンシュピーゲル、シュヴァーベンシュピーゲル、重要なライプツィヒ参審裁判所（Schöppenstuhl）の訴訟手続は、極めて伝統的な内容であった。訴訟記録の保管が相当な進歩を遂げていたとしても、訴訟手続は口頭によるもので、判決は専門職としての学識ある裁判官ではなく判決発見人が行った。「法廷における形式主義的手続は、重要な事実を確定しようとする裁判官の努力というよりも、依然として、何らかの証拠の審理における当事者間の抗争」（カネヘム）であり、「証明されるべき当事者の主張・拳証しなければならぬ当事者の表示・証明の手段となるべき証拠方法の指示」（エンゲルマン）を内容とする証拠判決（Beweisurteil）が中心的要素であった。多くの場合に、単純な否認宣誓（oath of denial）が完全証明として受け入れられていたので、証拠判決によって自己の主張を立証することが認められるのは、負担というよりも利点となった。ただし、同一の訴訟原因に対しては一つの証拠判決しか行うことができず、証拠判決がいったんなされると、主張は変更ないし追加ができなくなる⁷⁶⁾。

75) Caenegem, p.42. 貝瀬・前注2) 53頁。

76) Caenegem, pp.42-43. 貝瀬・前注2) 53-54頁。エンゲルマンの指摘は、アルトゥール・エンゲルマン（小野木常＝中野貞一郎編訳）『民事訴訟法概史』（2007年、信山社）94頁。

帝国宮廷裁判所 (Reichshofgericht, 1456 年廃止) に代わって国王の帝室裁判所 (Kammergericht, 1471 年の王令によって承認された) が登場してから変化が現実化し、旧式中な中世的訴訟は斥けられ、ローマ=カノン訴訟手続が包括的に輸入された (裁判官職への学識法曹の浸透も、急激かつ徹底的であった)。ローマ法は帝國的で、中世の神聖ローマ帝国がローマ法を適用したことから、このような方法によって法的統一とアップ・トゥ・デートな制度を獲得できる、と考えられたのである。証拠法の分野においては、①文書による証明と証人の利用は、南部から北部へとゆっくりと進行してゆき、オフィシャルな証人・捺印証書に関する証人から、(少なくとも 3 名を必要とする) 通常の付随的証人 (accidental witnesses) の利用が認められるに至った、②単純な訴えに加え、強化された方式の訴えすなわち「証人を伴う訴え」(証人を提出する旨の申立てを伴う訴え) が導入された、などの変化が見られた (「証人を伴う訴え」に対し、被告は単なる宣誓で答えることはできず、原告側の宣誓補助者・証人と同じだけ多くの者が支持する宣誓のみが認められる)⁷⁷⁾。

(2) スイスのカントンは、保守的な法的態度・地域的伝統・非アカデミックな大衆司法の強固な伝統を維持していたが (2008 年 12 月 19 日連邦法により、ようやくスイス民事訴訟法の統一が実現した)、中世においては、自国の素材と、早くから馴染んできたローマ=カノンの要素とを融合・発展させた。中世のスイスにおいては、ドイツにおけるようなローマ法の継受は見られず (ドイツ帝室裁判所の権威に抵抗したことが、ドイツ帝国からスイスが分裂する一因となった)、またドイツ普通法それ自体は採用されなかったものの、その若干のルールと概念が伝統的な自生の実務に組み込まれ、かなり最近までアルカイックな痕跡が残っていた (ベルンでは、普通法の影響で、18 世紀に口頭手続が放棄されて書面手続にかわり、バーゼルでは、1719 年に、1601 年ヴェルテンベルク・ラント法に大幅に依拠した新訴訟法が採用された)。ドイツ普通訴訟法がスイスに相当程度導入されたのは、19 世紀になってから——1798 年にヘルヴェチア共和国が成立して、アンシャン・レジームの司法組織を廃止したのち——のことであった⁷⁸⁾。

77) Caenegem, p.55. 貝瀬・前注 2) 55 頁, 同 56 頁 (注 106) の証拠法における変遷を参照。強化された方式の訴えについては、エンゲルマン・前注 76) 48 頁。

78) Caenegem, p.53. 貝瀬・前注 2) 68-69 頁。

4 低地諸国 (Low Countries)

現在のベネルクス三国の総称である低地諸国においては、ローマ法（フランスの実務のローマ＝カノンのシステム）が既にローカルな裁判所が活用していた自生の法と混ざり合い、それに刺激された改革が14世紀に始まり、15世紀に勢いがつき、16世紀に支配的となり、アンシャン・レジームの終わりまで存続した形式主義的なシステムが生まれた⁷⁹⁾。

低地諸国は、合理的証明方法（神判の廃止、雪冤宣誓以外の・地方裁判所が認証した真正な文書や有資格証人による証言などの証明方法の活用）を迅速に取り入れたが、その他の点では、都市裁判所・封建裁判所（ここでは、判決発見人はローマ法を知らない実務的能力のある者たちであった）において、ゲルマン起源の伝統的な口頭・公開の訴訟手続が長らく維持された（例えば、フランドル南部の重要都市リールでは、民事訴訟は14世紀半ばまで口頭であった⁸⁰⁾）。

しかしながら、中央裁判所では事情が異なり、次第に学識法曹出身の裁判官が増加して、14世紀以降は——学識法曹の共通の知識であったローマ＝カノン訴訟とフランス最高法院の実務の影響を受けた——学識訴訟手続が普及していった（フランドル、ブラバン、16世紀半ば以降のホラント。フランドルはフランス領であったから1521年までパリへの上訴が可能であったし、低地諸国を支配したブルゴーニュ家はフランス系である。また、シャルル豪胆王 [1467—1477年] は、ローマ法の包括的導入を好み、征服したリエージュ市にローマ法を強制し、その慣習法を廃止した）。中央裁判所の影響を受け、証拠の学識的体系が次第に導入された（Wielantの著作は、裁判実務を適切に考慮した穏健な法定証拠理論を説いている）。フランスの実務の影響として、口頭の申立てによる開始、対立事実についての要点判決、証人尋問を争点につき実施し、そのために2名の調査委員を指名すること、判を押した一件書類を裁判官会議に渡すこと、裁判官会議による一件書類の研究、報告裁判官の選任、「抜粋」の作成などが、挙げられる。自国語で書かれ、近代訴訟手続を普及させたBoutillier, Wielantの著作にも、フランス法の影響は極めて強烈である⁸¹⁾。

北端のフリースランドでは、中央の権威がほとんど存在しなかったために、

79) Caenegem, pp.46-47. 貝瀬・前注2) 59頁。

80) Caenegem, p.45. 貝瀬・前注2) 59-60頁。

81) Caenegem, p.46. 貝瀬・前注2) 60頁。

聖職者の影響が非常に大きく、一般大衆は教会の訴訟手続に慣れ親しんでおり、15世紀のフリースランド法学はローマ法の強い影響を受けていた。フリースランドがザクセン公に帰属した際に、学識法曹であるザクセンの大法官のもとでフリースランド中央裁判所が設立され(1499年)、そこではザクセンの上級宮廷裁判所のローマ=カノン訴訟手続に相当する手続が運用された。すなわち、フリースランドは、結果は似ているものの異なった進化のプロセスを辿ったのである⁸²⁾。

5 ハンガリー・ボヘミア(チェコ西部)・ポーランド

(1) ハンガリーの世俗裁判所は、中世を通じて、ほとんどローマ=カノン訴訟の影響を受けなかった(教会裁判所では、ローマ=カノン訴訟制度は知られていた)。ハンガリー法は、顕著な国家的・継続的發展を示しており、ハンガリーを支配する保守的な貴族階級が、国王による訴訟手続の近代化の試みを何度も挫折させた。例えば、1267年に国王ベーラ四世は、貴族階級の関与する事件における書面手続の廃止を定める金印勅書(Golden Bull)(1222年)を確認している⁸³⁾。

ハンガリーの伝統的訴訟手続は公開・口頭で、当事者の手に委ねられ、中世を通じて非合理的証明方法が支配的であった。すなわち、盟神探湯(ordeals of water and fire)は13世紀末に消滅したが、裁判上の決闘は1486年まで存続し、宣誓補助者を伴う当事者宣誓も17世紀末まで使用され、証人・証書・審問(inquisitio)のいずれも、裁判官がいずれの当事者に宣誓による正式な証明を許すべきかを決定するための情報を与えるにすぎず(つまり、依然として当事者宣誓が決定的役割を果たした)、当事者は反対証人を提出できたが、事実を引き出すための質問は認められなかった⁸⁴⁾。

ハンガリー法の法典化を託された国王主任書記官ヴェルベーツィ・イシュトヴァーンが1514年に提出した「貴族制ハンガリー国家慣習法の三部書」(Tripartium Opus Juris Consuetudinarii Inclyti Regni Hungariae)は、人・物・訴権を扱い、国王により認可されて、数世紀にわたり基本的なハンガリーの法書とし

82) Caenegem, p.47. 貝瀬・前注2) 61頁。

83) Caenegem, p.48. 貝瀬・前注2) 62頁。

84) Caenegem, id. 貝瀬・前注2) 62-63頁。

での地位を保ち、裁判所によって適用された。同書は、ローマ法が中欧において強力であった時期に伝統的ハンガリー法の保存に役立ち、1526年にハンガリーおよびボヘミアの国王となったハプスブルク家のもとで、ハンガリー法の基本的法源となった⁸⁵⁾。

(2) ボヘミア王国 (チェコ西部) には、14世紀以降、ローマ=カノン訴訟がゆっくりと浸透していき、その影響は、ハプスブルク家の絶対主義のもとで、法定証拠のシステム・カノン法上の質問 (interrogationes) ・訴点決定 (positiones) を伴う書面主義手続と、ボヘミアおよびモラヴィアにおける上訴制度を確立した「改訂領邦条例」(Verneuerte Landesordnungen) (1627・1628年) によって、頂点に達した⁸⁶⁾。

まず、ボヘミア国王ヴァーツラフ2世 (1278—1305年)、プラハ大学の創業者カレル1世 (カール4世) の法典化計画は、保守的な貴族階級の抵抗にあって失敗したが、前者の委託を受けたイタリア人法律家オルヴィエトのゴゾー (Gozzius of Orvieto) は、中欧に初めてローマ=カノン訴訟を体系的に導入することとなった著作 (Jus Regale Montanorum) を国王に提出し、これがボヘミアにおけるローマ法継受のルーツとなった⁸⁷⁾。

15世紀は、王権が弱体で、立法がほとんどなされず、教会裁判所とカノン法は消滅の危機に見舞われた。社会における伝統的・保守的要素の優位は、先に国王政府が好んだローマ法の継受にとっては不毛の土壌であり、ボヘミアにおける最初の包括的な制定法で、民事・刑事法のみならず訴訟法も対象とした——ヴラディスラフ2世 (1471—1516年) にちなんだ——「ヴラディスラフの命令」(1500年) は、王令ではなく、身分制会議 (Estates) の産物で、非体系的でローマ法の影響も受けていなかった。ドイツ法に従って生活がなされていたボヘミアの諸都市では、既に16世紀のうちに、プラハのローマ化された法に従った改正が行われ、1548年にはプラハに上訴裁判所が設立されて、都市から国王への上訴制度が確立した。1620年の「白山の戦い」において、国王が貴族階級を打破し、長らく抵抗してきた貴族階級の裁判所でも、14世紀以来浸透していた学識訴訟が容認され、その継受は「改訂領邦条例」(1627・

85) Caenegem, pp.48-49. 貝瀬・前注2) 63頁。

86) Caenegem, p.49. 貝瀬・前注2) 63頁。

87) Caenegem, ibid. 貝瀬・前注2) 63-64頁。

1628年)において頂点に達した⁸⁸⁾。

証明方法は13世紀以降ゆっくりと近代化し、非合理的・形式主義的性格を失っていった。すなわち、12世紀から14世紀まで、当事者宣誓・宣誓補助者・証人は最も普及した証明方法であったが、確約的宣誓 (assertory oath) のもとでの証人の陳述に対抗するための証人尋問が徐々に発達するとともに、危険な形式主義的宣誓は14世紀以降崩壊していった。従来は、両当事者の証人が完全な宣誓を行った場合には、双方の水神判を用いていたが、両当事者が成功を収めたときは、14世紀前半から広まっていた証人尋問のみがこのディレンマを解決できたのである。14世紀後半には、中央の国王裁判所は、書面による私人の証言を容認していたものの、審問 (inquisitio) あるいは調査 (scrutinium) の手続は重視されず、16世紀初めには秘密尋問が登場する (1500年から1516年の間に、証人尋問はローマ=カノンの規律を受けるようになった)⁸⁹⁾。

ポヘミアにおいて、ローマ=カノン訴訟手続は統一の役割を果たし、「改訂領邦条例」を支配し、国家法のあらゆる欠落部分の補充法源となった。完全な規模での統一は、マリア・テレジアとヨーゼフ2世による (オーストリア君主の領土のための) 一般的法典化の枠組みの中で実現されることになる⁹⁰⁾。

(3) ポーランドの訴訟手続は、12世紀から18世紀まで著しく中世的性格を有していて、ルネッサンスにもローマ法にもほとんど影響されなかった。証拠法の厳格な形式主義は緩和されたが、雪冤宣誓 (oath with compurgators) はアンシャン・レジーム末期まで重視され、証人尋問タイプの手続すなわち scrutinium は非常に遅れて16世紀末に出現し、貴族階級に支配されたポーランド国家の終焉になって初めて、口頭手続に代わって書面手続が、限られた数の裁判所においてのみ出現した。都市と農村は、ゲルマン民族の一派チュートン族のテウトニー法 (jus teutonicum) ——主にザクセン的性格を有するとともに、ローマ法の補充的役割を承認するもの——に従って生活しており、貴族階級には自生のポーランド法 (jus terrestris) が適用されていた。貴族階級は、君公の権力に対する恐怖から、支配者の権力を強化するようなローマ法に対しては異議を唱えていた。しかしながら、ローマ法は法学に影響を与え、ローマ=カノ

88) Caenegem, *ibid.* 貝瀬・前注2) 64頁。

89) Caenegem, p.50. 貝瀬・前注2) 64-64頁。

90) Caenegem, *ibid.* 貝瀬・前注2) 65-66頁。

ン訴訟の中世イタリアのマニュアルがポーランドに流布し(例えば、書面の召喚状)、17世紀になって初めて、学識法曹が訴訟の全体について記述しようと試みるようになった⁹¹⁾。

18世紀には、ロシア領ポーランド人は、ナポレオンのワルシャワ大公国に導入されたナポレオン法典の修正版に従い、プロシア領ポーランド人は、プロシア法(その結果としてのドイツの法典)に従い、オーストリア領ポーランド人は、オーストリア法に服した。ハンガリーにおいては、既述のように、自生的伝統はより長く生き残ったが、ボヘミアおよびポーランドでは、古いスラブ的・自生的伝統が西洋的・ローマ=ゲルマン的ヴァリアンツと交替したのである⁹²⁾。

6 スウェーデン

中世のスウェーデンにおいては、13世紀以降に国王の裁判権が徐々に発展していったハンドレッド(hundreds)および都市の裁判所の訴訟手続は、アルカイックなゲルマン的痕跡(公開・口頭・直接という伝統的特徴)をとどめていた⁹³⁾。

訴訟への大衆参加の要請は極めて強く、13世紀初頭に非合理的証明方法が危機に瀕し、参審員団(nämnd)が証拠法の近代化に貢献した。スウェーデン訴訟手続の偉大な改革と評される参審員団は、近隣の宣誓した人々の集団で、事実問題に——両当事者の立証を考慮し、証人を審尋して、直接の知識と調査に基づいて——評決を下す義務を負い、その評決は裁判所を拘束する。参審員団の構成員は、当事者の証人でも、一方当事者のために確約的宣誓(assertory oath)を行う宣誓補助者でもなく、イングランドの陪審に極めて類似していた。参審員団は通常は12名で構成され、各当事者は参審員団の半数をそれぞれ選任した。多数決原則が遵守され、7名の構成員の一致した宣言は完全証明に匹敵するものとみなされた⁹⁴⁾。

クリストファ・ア・バイエルンの一般地方法(Landeslag)からグスタフ・ヴァーサ国王の即位に至るまでの、スウェーデン法の批判的時代を経て、1540

91) Caenegem, *ibid.* 貝瀬・前注2) 66頁。

92) Caenegem, *ibid.* 貝瀬・前注2) 66-67頁。

93) Caenegem, p.47. 貝瀬・前注2) 61頁。

94) Caenegem, pp.47-48. 貝瀬・前注2) 61-62頁。

年に設置された統治委員会 (Regementsråd) の司法部において、ドイツ帝室裁判所の影響を受けて書面主義が強化されていったものの、中世スウェーデン訴訟手続は、17世紀まで根本的な変革を経験しなかった⁹⁵⁾。

7 イングランド

第二期中世のイングランドにおいては、大法官府裁判所およびエクイティの発達が特筆される。14世紀には、人民間訴訟裁判所 (Court of Common Pleas) と王座部は、ますます厳格に法を解釈し、既存の救済に固執する傾向にあった。衡平上の救済を与えてきた大巡察 (General Eyre) は、ほぼ同時期に消滅した⁹⁶⁾。

厳格な法と確立した機構とが正義 = 裁判 (justice) を保障できなかつたり、あまりに遅く・費用がかかるといった場合は、国王が最後のよりどころであったから、訴答者は国王の公印 = 国璽の保管者 (keeper of the king's seal) である大法官に対して申立てを行った。大法官は聖職者のスタッフを備えたウェストミンスターの大法官府の長で、自らも聖職者で道徳と良心の守護者であった。また、大法官府はコモン・ローの令状を発していたので、エクイティの申立ての正当性を判断するだけの豊富な法的経験と土地法の知識を有していた。申立てが正当であれば、大法官は道徳と良心を考慮し、エクイティ上の根拠に基づいて救済を与えることができた。エクイティ上の大法官の管轄権は、2世紀前のコモン・ロー裁判所の起源と類似しており、現行裁判所の欠陥を補うために絶対的正義のための国王の責任を根拠とし、運用上のテクニクによって、例外的司法管轄権が断片的に発達した——救済が先行し、法の実体は後に出来上がった——ものであった⁹⁷⁾。

エクイティは、国王によるインフォーマルな司法裁量権の行使として始まり、大法官が自らの権限によって命令を発するようになった15世紀に相当入り込むまで、大法官の活動は独立の裁判所には発展しなかった。中世後期 (post-medieval times) に、大法官府裁判所は、エクイティとして知られる確立したルールと訴訟形式とからなる、大法官府裁判所自身の法の集合体を生み出

95) Caenegem, p.48. 貝瀬・前注2) 62頁。

96) Caenegem, p.44. 貝瀬・前注2) 57頁。

97) Caenegem, ibid. 貝瀬・前注2) 57-58頁。

し、コモン・ローとエクイティの運用が、それぞれ二つの全く分かれた裁判所すなわちコモン・ロー裁判所と大法官府裁判所——いずれも王会 (curia regis) から派生した国王裁判所——に帰属するに至ったのである⁹⁸⁾。

大法官府裁判所 (Court of Chancery) の訴訟手続は、固定した方式を伴う訴訟開始令状 (original writs) と硬直化した陪審審理を要求しなかったため、飛躍的に発展した。すなわち、原告は、救済または被告への召喚状 (summons) を求めるインフォーマルな訴状 (bill) または申立書 (petition) を提出し、単独裁判官が、(教会裁判所の手続では周知の) 宣誓に基づく証言および被告に対する質問 (interrogation) によって事実を選別し、証人となろうとする者の申立てを受けて大法官が尋問した (コモン・ローは、当事者が提出する証拠を嫌悪し、自発的証人 [volunteer witnesses] に反対していた)。罰則付召喚令状 (writs of subpoena) によって被告および証人に出頭を求める命令は、エクイティの行政的起源 (executive origin) をよく示すものであるとされる。典型的テクニックは、文書のディスカヴァリーすなわち当事者が所持する文書の強制的調査であった。このほか、①権利能力なき団体 (unincorporated body) でも大法官府裁判所では訴えることができる、②コモン・ロー訴訟における雪冤宣誓を回避できる、③コモン・ローは契約違反による損害賠償を知るにとどまったが、エクイティは契約の特定履行を当事者に強制できる、④コモン・ローは不法行為に基づく損害賠償を認めるにとどまったが、エクイティは、一定の不法行為を禁止するインジャンクションを命じることができる、などの相違点があった。大法官府裁判所のこれらの命令 (decree) に従わない場合は、裁判所侮辱を理由とする投獄によって罰せられた⁹⁹⁾。

「陪審による評決は、神託にあまりに類似しており、衡平な救済のためのテクニックとしては厳格に過ぎた。衡平な救済においては、両当事者および証人の忍耐強い尋問とその他のあらゆる関連する事情のみが、大法官が良心において行動するのに必要な内的確信を与えることができ、両当事者の良心にプレッシャーを課すことができたのである」(カネヘム)¹⁰⁰⁾。

しかしながら、イングランドに訴訟方式が導入される以前の古い訴訟形態が

98) Caenegem, *ibid.* 貝瀬・前注2) 57, 58頁。

99) Caenegem, *ibid.* 貝瀬・前注2) 58-59頁, 57頁(注109)。

100) Caenegem, p.45. 貝瀬・前注2) 58-59頁。

共通のルールとして残っていたり（例えば、双方審尋主義 [audite et alteram partem]）、初期の段階で、エクイティを通じて、ローマ法とカノン法（学識法）の影響をイングランドの訴訟手続が受けたりしたこと（大法官は聖職者でローマ法、ローマ＝カノン訴訟に通じていた）、コモン・ローとエクイティ双方の訴訟手続には類似性も認められた¹⁰¹⁾。

大法官府裁判所の訴訟手続は、明らかにカノン法学者の糾問主義的手続の影響を受けているとされ（ベイカー）、さらに、エクイティのみならずコモン・ローにもヨーロッパ大陸法の影響が残っているとされる。その一例が初期近代の証拠法で、証拠法の法源であった一般的自然法の観念が、ヨーロッパ大陸法および神学上の文献から採用されていたために、コモン・ロー証拠法にもヨーロッパ大陸法の影響が及んだのである。原本提出の法則（documentary originals）や証人に対する異議などは、初期に既にエクイティ証拠法理として誕生しており、ヨーロッパ大陸法法源を直接に参照していたことが判明する（マイケル・マクネア『初期近代エクイティにおける証拠法』[1999年]）。このように、コモン・ローとシヴィル・ローとが完全ではないにしても収束へと向かったのち、18世紀末にヨーロッパ大陸の古い証拠法が廃止され、両者は再び分裂・成長していった。コモン・ロー証拠法でさえ、学識法から「高貴なる孤立」を保って繁栄したのではなかった¹⁰²⁾。

8 スコットランド

イングランドのコモン・ロー体系と大陸のローマ＝カノン訴訟の双方を取り入れたスコットランドの第二期中世は、12世紀・13世紀のスコット＝ノルマン段階と、13世紀後半から16世紀に及ぶ「混乱と移行」の時代に分けることができる。第一の段階では、スコットランド王国は、アルカイックな慣習を有する多民族国家として出発したため、強力な隣国イングランドの中央裁判所制度を導入し、神判が廃止された1230年までには、令状制度（brieve）・審問（inquest）・民事陪審によるアングロ＝ノルマン的訴訟手続が、非合理的な証明方法に替って定着した（ただし、イングランドより行政権の遙かに弱いスコットラ

101) R. van Rhee, Public Justice: Some Historical Remarks, in: A. Uzelac / C.H. van Rhee (eds.), Public and Private Justice Dispute Resolution in Modern Societies (2007) 38-41. 貝瀬・前注54) 394-395頁。

102) van Rhee, *ibid.* 貝瀬・前注54) 395頁。

ンドが、全てのテクニカリティを継受できたわけではない)。この時代のスコットランドの最も権威ある法律書は、Regiam Majestatem と呼ばれ、ローマ＝カノンの素材とともにグランヴィルの全体を取り込んでいた¹⁰³⁾。

13世紀後期および14世紀初めの、イングランド＝スコットランド間の紛争により、第二の「混乱と移行」の時代が始まる。イングランドからインスピレーションを受けた実務を排除して、新秩序を確立してゆく時代である。1318年には、ロバート・ブルース国王(1306—1329年在位)が訴訟手続を改革し、令状手続は簡略化され、若干の新しい訴訟方式(forms of action)が生まれた。15世紀には、令状制度は非常に僅かなケースを除いて廃止され、通常の手面による呼出しである召喚状(brieves of summons)が定着した。16世紀になると、スコットランド語の押印召喚状(signeted summons)が、ラテン語の訴答可能令状(pleadable brieve)にかわって用いられた。この変化は、常設的な中央裁判所が存在せず、組織化に失敗した王会が弱体であったことから、ローマ＝カノン訴訟に通じたスコットランドの教会裁判所と聖職者たちが、大きな影響を与えたことが原因である。中央裁判所の発達は、1425年に始まり、1532年に専門職裁判官が構成する最高裁判所であるCollege of Justiceに結実したが、その長と構成員の半数は聖職者であった¹⁰⁴⁾。

中央裁判所の訴訟手続は圧倒的に口頭によるものであったが、召喚状(citations)、抗弁(exceptions)、書面化のうえ裁判所に報告される証拠、といったローマ＝カノンの要素を含んでいた。近代スコットランドの訴訟手続は、国境を越えて侵入した令状方式書(register of writs)の精神と方法よりも、遥かにカノン法学者の精神と方法を反映していた。16世紀のスコットランド法曹は、彼らが大陸の諸大学・フランス・低地諸国で学んだローマ法へと、組織的にかつ規律正しく転換した。スコットランドにおいて、ローマ法はそれ自体として法的権威を有していなかったが、16世紀にはその継受がなされ、イングランドの訴訟手続を斥けたものの、それにかわる十分な自生的制度を持たなかったスコットランドに、ローマ法が明解な解決を提供したのである¹⁰⁵⁾。

103) Caenegem, p.52. 貝瀬・前注2) 67頁。

104) Caenegem, pp.52-53. 貝瀬・前注2) 67-68頁。

105) Caenegem, p.53. 貝瀬・前注2) 68頁。

第六章 近世 (The Early Modern Period)

——「アンシャン・レジーム」の学識訴訟の時代 (16—18 世紀)

1 序言

この時代のヨーロッパの全景は、主権的国民国家 (sovereign national state) と絶対主義的権力によって支配されている (カネヘム。いわゆる絶対主義の時代。ただし、絶対王政の典型とされてきたアンシャン・レジームすなわち旧体制下の——ルイ 14 世下の——フランスの統治構造について、歴史的な自由と特権を享受する中間団体・社団が層をなして存在していたと指摘されている)¹⁰⁶⁾。学識訴訟は、この時代の権威主義的・官僚主義的スタイルに適合していた (大量の文書、裁判官の役割の強化、裁判所と一般大衆との距離の拡大、裁判官室で [in camera] 形成される判決などの点で)。オスマン・トルコの脅威が回避されてから、「西洋の利益と理念による世界規模での征服」は妨げられなくなり、ヨーロッパの訴訟制度が、アメリカ大陸や東欧諸国——とりわけ、これまでビザンティン世界のグレコ・ローマン法 (Greco-Roman Law) の枠内で生活してきたロシア——の法発展に対し影響を及ぼすようになった¹⁰⁷⁾。

この時代には、ローマ=カノン訴訟モデルの最大の勝利が達成され、国際的な同朋集団を形成した学識法曹によって、精密で非公開の書面手続がヨーロッパ全土で発展した。こうした発展と並行して、この時代には「国家の法体系の完全な成熟」が見られたことも重要である。最も調和のとれた発展を遂げたのはフランスであり、国王・政府のイニシアティブにより、訴訟手続に関する王令・国王の最高法院を通じて、統一的要素を導入し、1667 年の訴訟手続に関する王令に結晶した。ベルギーとオランダでは、若干の権威的著者と最高裁判所が、ネーデルランド南部の「ベルギー」法 (Jus Belgium) とローマ法系オランダ法の出現を促した (特に後者には、ローマ=カノン訴訟手続が大きな影響を与えた)。スコットランドでは、最終的にローマ法に基づく国家体制が成立し、スウェーデンにおいても、偉大な国王たちの支援のもとに同様の結果となっ

106) Caenegem, p.54. 貝瀬・前注 2) 68 頁。近藤和彦『近世ヨーロッパ』(2018 年, 山川出版社) 61 頁, 二宮宏之「フランス絶対王政の統治構造」同『二宮宏之著作集 3』(2011 年, 岩波書店) 144 頁以下 (初出は 1979 年)。

107) Caenegem, ibid. 貝瀬・前注 2) 69-70 頁。

た。これに対して、ドイツにおいては、学者および裁判官による普通訴訟手続の継受と精密化によって、政治的分裂のために極めて困難となっていた法的統一を達成する努力がなされたものの、ザクセン地方等の地域的抵抗と、帝室裁判所の管轄権を制限する多数の特権のために、部分的成功を納めたに過ぎなかった。イタリアは、国内の分裂・法学校およびそれを生んだ都市文明の崩壊により大きな被害をこうむっていて、指導的な中央裁判所もなく（地方裁判所の群生）、法律書の著者たちは全てエピゴーネンであったことから、法思想の中心は——ヨーロッパ文明の源泉と同様に——古来の地中海からアルプス北部へと移っていった¹⁰⁸⁾。

16世紀から18世紀にいたる近世は、先行する時代の継続であるとともにその完成でもあって（中央裁判所と国王の活動、大学、ローマ＝カノン学識訴訟、イングランドのコモン・ロー訴訟、法学の言語とスタイルは、全て中世に起源を有している）、18世紀および19世紀の大法典と改革諸立法が、これを近代的な訴訟形式に変化させた。「法の進化に影響を与えた三つのグループ（裁判官、学者、立法者）の中で、結局勝利を収めたのは立法者である。裁判官法の古典的な国であるイングランドにおいてすら、根本的変化をもたらしたのは、最高法院法であった」（カネヘム¹⁰⁹⁾）。

2 フランス

近世のフランスにおいては、国王の立法（制定法）、学識ある著者の作品、最高法院およびパリ裁判所（Châtelet）の活動によって、普通（共通）フランス民事訴訟法が形成され、フランス民事訴訟法の古典的形態が整った。それは、先行する時期から極めて一貫した性質を有しており、1806年のナポレオン法典でも実質的に変更されなかった。フランス民事訴訟法は、漸進的な近代化と数世紀の経験の成果で、後期イタリア訴訟（ローマ＝カノン訴訟）を基盤とするが、学識訴訟に全面的に従ったのではなくローマ的素材とゲルマン的素材の混合であった。すなわち、1539年のムーラン（Moulins）の王令にみられるように書面性が進行したにもかかわらず（同王令は、100リーヴルを超える全ての取引は、文書によって立証されなければならないとして、そのような場合の証

108) Caenegem, pp.54-55. 貝瀬・前注2) 70-71頁。

109) Caenegem, p.55. 貝瀬・前注2) 71-72頁。

人の利用を禁止した)、フランスの民事訴訟は常に口頭弁論を維持した。また、1539年のヴィレ・コトレ (Villers-Cotterets) の王令における職権主義への動きにもかかわらず、訴訟を当事者による裁判官の面前での決闘ととらえる古い訴訟観を好み、裁判官が訴訟において積極的役割を果たすことには否定的であった。フランスの民事訴訟は、学識的・集中的なドイツ民事訴訟法と異なり、証拠中間判決 (Beweisinterlokut) を知らず、訴訟過程全体にわたって弁論と証拠の提出とが拡散することを許容していた。ローマ=ゲルマン法族の最も重要な構成国であるフランスとドイツでは、フランスの民事訴訟の方がよりゲルマン的であった¹¹⁰⁾。

13世紀から訴訟手続の発展に積極的に参加してきた王権は、1539年のヴィレ・コトレの王令、1566年のムーランの王令を経て、1667年のルイ14世の司法改革のための民事王令 (ルイ法典) によって、司教代行裁判所 (officialities) を含むフランス全土に有効な最初の民事訴訟法典を確立した。前掲ヴィレ・コトレの王令は、ラテン語にかえてフランス語の使用を強制し、立証事項の整理はかつては当事者の役割であったが、根拠薄弱な立証要素は裁判官が排除できるとし (この改革は、1667年王令に継承された)、さまざまな遅延を抑制しながら手続を短縮しようとした (すなわち、原告が訴状で正確な対象・主要弁論・証拠方法を特定するように強制し、裁判実務は、被告に対しても初期の段階で答弁書を提出するように要求した)¹¹¹⁾。

フランスの学者も伝統的に訴訟事項に関心があり、インバール (Imbert) の “Institutionis Forenses” (Paris, 1535) のような有名な著作は、翻訳のうえ1548年に『民事および刑事裁判の実務』と題して再刊され、1667年王令に影響を与えた。1667年王令は、同書の内容と配列にほぼ従っている。アンシャン・レジーム末期には、ピグー (Pigeau) によって権威的著作『パリ裁判所および王国の全裁判権の民事訴訟』 (Paris, 1787) が著されたが、彼は、1806年フランス民事訴訟法典の起草者ともなった¹¹²⁾。

立法の傑作とされる1667年民事王令は、民事訴訟の諸原則については何ら

110) Caenegem, pp.60-61. 貝瀬・前注2) 78-79頁。

111) Caenegem, p.61. 貝瀬・前注2) 79頁。1667年王令につき、五十嵐清『ヨーロッパ私法への道』(2016年、日本評論社) 88頁。同王令の全訳は、『塙浩著作集6 フランス民事訴訟法史』(1992年、信山社) 667頁 (初出は1974年)。

112) Caenegem, ibid. 貝瀬・前注2) 79-80頁。

革新をもたらす内容ではなく、むしろ長く続いた発展の秩序正しい完成であって、王国全土にわたる民事訴訟のルールを、明確かつ簡潔な用語で、統一的・体系的に、国王の立法という権威をもって記述するという意義があり、フランス訴訟法に永続的なフォームをもたらした。この王令の特色をカネヘムにならべていくつか指摘しておこう¹¹³⁾。

第一に、口頭主義と書面主義との配分であるが、1667年王令を準備した国務顧問官は、口頭主義に好意的であったため、民事訴訟手続は、①書面段階(原告・被告ないしその代託人[procurators]が、主たる争点とその議論について、書面でプレゼンテーションを行う)、②口頭段階(通常は、代託士[advocates]によって行われ、裁判所の説得を目的とする弁論)、③裁判所の判断に応じて、公開期日に直ちに判決を言渡すか、当事者が書面により手続を進めるよう指示する要点判決(appointment en droit)を下す段階、という三段階で構成されることになり、これらのうち③を短縮し効率化する手段が導入されたが、実際には要点判決は多用され、訴訟遅延を招いた¹¹⁴⁾。

第二に、裁判官と当事者の地位に関して、1667年王令には若干のポスト中世的発展がみられ、同王令第10編「事実項目に関する当事者尋問」(interrogatoires sur faits et articles)によれば、(かつてのように当事者自身によってではなく)裁判所を通じて「項目」の準備が行われるものとされており、これは民事事件における裁判所の職責(officium iudicis)を強調する近代的傾向の現れである¹¹⁵⁾。

第三に、中世の証人尋問制度(enquête)は、大幅に制限されつつも、利用され続けた。すなわち、申立てにより裁判所が審問(inquest)を命じ、証人を聴取するために受命裁判官(enquêteur)を選任する。宣誓にあたり相手方当事者が出席するが、証人は隔離のうえ非公開で聴取される。証言記録は、写しによって対立当事者に交付される。最後に、その記録は裁判所にわたり、弁論が開始される。ただし、証言による証明の重要性が減じたことから、法定証拠の役割も減少した¹¹⁶⁾。

第四に、1667年王令は、民事訴訟における欠席(default)の古典的理論を明

113) Caenegem, *ibid.* 貝瀬・前注2) 80頁。

114) Caenegem, pp.61-62. 貝瀬・前注2) 80-81頁。

115) Caenegem, p.62. 貝瀬・前注2) 81頁, 43頁(注78)。

116) Caenegem, pp.62-63. 貝瀬・前注2) 81頁。

らかにした。すなわち、裁判所の命令に対する不服従が存在する場合は、欠席当事者の相手方は適切な申立てを行い、裁判所はそれに基づく判決をなしうるとするものであった(「欠席の利益」)。原告の申立ては、それが公正であると判明し、かつ適切に立証される場合に認容される(さらに証拠の提出を求められる場合がある)。伝統的な実務は、出席した当事者の欠席者に対する申立てを、本案について完全な調査を行わずに——ただし、自動的に欠席者に対し判決を下すというのではなく、書面による“instruction”を命ずることができた——認容していた¹¹⁷⁾。

第五に、上訴制度である。近世には、カノン法起源の上訴手続がフランス全土に普及し、最高法院の「手続方例集」(Styles)にも上訴手続を発見できる。しかしながら、上訴手続は、司法および当事者の利益よりも代訴士・代訴人の利益にかなうように長期化・複雑化していった。通常上訴の他に、非常上訴すなわち再審請求(proposition d'erreur)、執行に対する異議(opposition)、再審申請(civil request)があったが、1667年王令は、上訴期間を短縮するのみならず、古い再審請求と異議を廃し、再審申請の範囲を厳格に制限するという重要な改正を行った。また、この王令は、フランス特有の破毀手続の直接の出発点であり、王令・勅令(edicts)・宣言に反する最高法院の判決は無効であるとし、国王顧問会議の構成員が無効を宣言する権限を有していた。ただし、国王顧問会議自らが判決を下すのではなく、法律上の過誤を理由とする破毀の場合に、法律審における判決理由の差戻しを行った。近代的破毀制度の次のステップは、ダゲッソー(d'Augesseau)による1738年規則(réglement)である¹¹⁸⁾。

3 イタリア・スペイン・ポルトガル

(1) 中世においてイタリアの法律家は創造的・指導的役割を果たしたが、近世イタリア法は、アルプス以北の国家的君主制・自然法思想・法典化による発展に比べ、手ひどい「アンチクライマックス」の状況にあった(カネヘムの評言)。この時期のイタリアの民事訴訟は、中世後期のままであり、手続は複雑かつ厳格で、形式主義と完全な書面主義に支配されていて、証人は非公開で尋問され、法定証拠の術学的な取り扱いには極限に達し、判決理由は付されず、そ

117) Caenegem, p.63. 貝瀬・前注2) 81-82頁。

118) Caenegem, ibid. 貝瀬・前注2) 82頁。

の学識的で曖昧な理論は公衆には理解困難なものであった(ただし、ヴェニス
は注目すべき例外で、主張・立証が書面でなされる一方で、弁論は公開の法廷で行
われるという混合的システムが支配していた)。極端な政治的分裂のために、学問
的文献の間の対立——学識ある著者たちは、革新者というより権威的著作と先
例の編集者であり、マイナーな論点について大部な著作をあらわした——を解
決するのに十分な、国家的レベルでの体系的・包括的な制定法は存在しなかつ
たのである。統一的影響を及ぼす中央上級裁判所も存在せず、各裁判所はそ
れ自身の「方例」(style)と固有の実務マニュアルに従っていた¹¹⁹⁾。

1738年にはトレントで民事訴訟法典草案が公表され、ピエモンテ(1723年、
1729年、1770年)、モデナ(1771年)ではその法典化が実現したが、散発的な
努力にとどまり、根本的変革は、ヨーゼフ2世のイニシアティブ、フランスに
よる占領とフランス民事訴訟法典の導入を待たなければならなかった¹²⁰⁾。

(2) スペインは、レコンキスタが完了した1492年からスペイン独立戦争が
勃発した1803年に至る3世紀の間に、中央集権的君主国家となり(絶対君主
制と中央集権化が勝利を収め)、世界的覇権を獲得した。中世の分裂状態から政
治的統一が達成されたことに対応して法的統一も実現され、カスティリア法お
よび——七部法典(Siete Partidas)、1348年のアルカラ法令集、カスティリア
の法学書に見出される——カスティリアの訴訟手続が、ヴァレンシア、アラゴ
ン、カタロニアにも拡張され、王国全土のための普通法と普通訴訟手続として
確立した(「国家法に満ちた時代」と呼ばれる)¹²¹⁾。

スペインのこの法システムは、体系的な大編纂物にまとめられ、1484年の
「カスティリア勅令集」(Ordenanzas Reales de Castilla)、多くの補遺と改訂を伴
う1567年の「新法律要覧」(Nueva Recopilación)(その第4部が民事訴訟を扱い、
七部法典への言及が多く見られ、極めてローマ的性格が強い)、1805年の「最新法
律要覧」(Novísima Recopilación)が公表された。スペイン訴訟法学は、ローマ
法およびカノン法に基づいて形成され、大学は自国の制度を無視していた。
1505年のトロ法(Leyes de Toro)が必要不可欠と宣言した地域法(フェロ法)
の知識を実務法曹は大学で修得できず、16世紀および17世紀の優れた法律家

119) Caenegem, pp.69-70. 貝瀬「歴史叙述としての民事訴訟(2)」立教法務研究7号(2014年)
226-227頁。

120) Caenegem, ibid. 貝瀬・前注119) 227頁。

121) Caenegem, pp.63-64. 貝瀬・前注119) 221頁。

はローマ法に基づき実務を行ったのである。18世紀には、「非スペイン的な法およびカノン法」と対立する「法の国家的性格」への関心が高まり、この変化は大学にも導入されて、ローマ法の大学教授が自国法制についても講義を行うことが求められ、1770年にはスペイン法がカリキュラムに加えられた¹²²⁾。

スペインの訴訟手続は極めて保守的・ローマ＝カノンので、近世まで注目すべき純粋さで後期中世的性格——12世紀から14世紀の法律家が、ローマ法および主にゲルマン的な法実務に基づいて発展させてきた「普通訴訟」の伝統——を維持していた。すなわち、後述する1855年訴訟法(Ley de Enjuiciamiento)前の訴訟手続は、七部法典とほとんど異ならず、1806年フランス民事訴訟法典の影響も乏しかったが、1855年法および1881年民事訴訟法もまた、フランス法を導入することには慎重であった。スペイン法は、ポルトガルおよびアメリカ大陸のスペイン植民地において国際的な重要性を獲得した。1552年・1560年に、新スペイン(メキシコ)総督に植民法の体系を編纂する職務が与えられ、1680年に「インディアス法要覧」に結実したのである(その第二部が司法組織、第五部が訴訟手続を規律する)¹²³⁾。

(3) 15世紀以降のポルトガルにおいては、それ以前からのローマ＝カノン訴訟の迅速な継受と、スペイン法からの影響に加えて、国王の制定法が重要な意義を有した。すなわち、1446年のアルフォンソ法典、1514年のマヌエル法典、1603年のフェリペ法典は、いずれもローマ＝カノン訴訟に従っており、18世紀まで制定法によるローマ＝カノンの伝統への適応が続く。それから、ローマ法および教会裁判所の権威に反抗し、理性を指示するリアクションが生じた。1769年の「良き理性の法」(Lei da Boa Razão)は、理性と衡平は法の根本理念であり、従うべきは祖国の法と裁判所の「方例」(styles)であって、それらを欠くときは、「良き理性」と矛盾せず成文法に反しない限りで、古い慣習が優先すべきである、と宣言した。プロイセンの法典およびナポレオン法典がポルトガルの代表的な民事訴訟法文献に影響を与え、1841年には最新司法改革法(Novíssima Reforma Judiciária)が公表され、1845年における自由主義の勝利は法改革と法典化への関心を高めた。1876年民事訴訟法典(Codigo do Processo Civil)は1841年法に多くを負っている¹²⁴⁾。

122) Caenegem, ibid. 貝瀬・前注119) 221-222頁。

123) Caenegem, pp.63-65. 貝瀬・前注119) 222-223頁。

4 ドイツ

ドイツにおいては、1500年頃から、中世後期の学識・成文法とローマ＝カノン訴訟とが、国家的レベルで包括的・全体的継受の対象となった。この重要かつ突然の変化は、人文主義の成功、学問の進歩、帝国法としてのローマ法のprestige、統一ドイツと近代化された制度に対するその世代の強烈な願望との関連で、理解されなければならない。こうした継受には、多様な慣習が存在する分裂国家の法と訴訟手続を統一するとともに、より優秀な書面手続を導入するという二重の長所があった。しかしながら、ローマ＝カノン訴訟があまりに技巧的であるとともに、政治的抵抗および地域的慣習への固執が存在したため、この「継受」は完全には成功せず、法的統一も実現されなかった。政治的障害としては、次に言及する帝室裁判所(Reichskammergericht)が統一への一時的情熱の結果にすぎず、後年には、公国と都市が帝室裁判所の権限を免れて、その上訴管轄権が大幅に縮減されたことが挙げられる。オーストリア、プロイセン、ザクセン、バヴァリア、ヴェルテンベルクのような重要な地域はすべて管轄外となり、多くのより小規模な領邦も同様に不上訴特権を確保した。地域的慣習への固執も、とりわけザクセン地方——そこでは、ザクセンシュピーゲルとそれ以後の発展が強固な伝統となっていた——に見られ、また学識訴訟が極めて非効率的だったために、若干のラントは独自の訴訟法令あるいは修正された普通訴訟を採用した¹²⁵⁾。

1495年には国家のイニシアティブにより帝室裁判所(Reichskammergericht)が設置され、その活動は、「普通ドイツ民事訴訟」(gemeiner deutscher Zivilprozess)——普通ドイツ民事訴訟理論のローマ＝カノンの基礎——の精密化を大いに促し、近代ドイツ訴訟手続の最も顕著な特色である極端な「文書化の原則・書面主義」(principle of documentation)をもたらすに至った。訴訟のあらゆる段階は書面化されなければならない、書面にあらわれていない主張や証拠に基づく判決は無効である、とするのである。1495年8月7日の帝室裁判所令は、裁判は「帝国の普通法」すなわちローマ法とカノン法に従ってなされるものとし、1654年の帝国最終決定(Jungster Reichsabschied)による改革まで、こうした帝国の制定法が訴訟法発展の有力な動因となった。例えば、1555年

124) Caenegem, pp.65-66. 貝瀬・前注119) 223-224頁。

125) Caenegem, pp.55-56. 貝瀬・前注2) 72-73頁。

帝室裁判所令は、全ての帝室裁判所裁判官は学識者であることを要求し、1654年の最終決定は、ザクセン式の略式手続を採用して手続の短縮と簡略化を実現し、項目別手続(modus articulandi)を排除した¹²⁶⁾。

ドイツ普通訴訟の特色を指摘しよう。まず第一に、既述のように厳格な書面手続であり、両当事者の主張は裁判所書記官によって記録され、判決は文書を媒体として裁判官が得た知識に基づいて下された。公開性・口頭弁論は消滅した。18世紀には、当事者を代理する管理人(procurators)と、法律相談に乗り、訴状などの文書を作成する代訟人(advocates)との職務の区別ができなくなった¹²⁷⁾。

第二に、訴訟の開始は当事者に委ねられるが、裁判所の役割は中世の訴訟ほど受動的ではなく、当事者の申立てを自発的に(motu proprio)審査し、職権によって訴訟を適法な結論に導くことも認められた。このように裁判官の地位が変化した原因は、裁判官による手続の主導を認めたイタリアの教皇クレメント5世のサエペ教令(decretal Saepe)(1312年・1314年)にある¹²⁸⁾。

第三に、フランスと異なるドイツ特有の発展として、「順序主義」(Ordnungsprinzip)を挙げることができる。すなわち、「訴訟は明確な段階に分割され、その各段階は、いったん終結すると次の段階の手続のための改変不可能な基盤となり、争われているかまたは疑問とされている各々の問題は、切り離された判決によって判断される。1654年の帝国最終決定によって、そのスキームは極端な方向に推し進められ、当事者は、その段階に適合したあらゆる攻撃防御方法を各段階で提出するように求められた」という内容である¹²⁹⁾。

第四に、「非常に時間のかかる、精密な、過度に洗練された手続」というドイツ訴訟法の特色は、証拠法に顕著であり、例えば、立証主題・証明責任・証明期間(証拠の特定のための期間)を決定する独立の証拠中間判決(Bewesinterlokut)が存在した。証拠判決(Beweisurteil)は元来は古ゲルマンの訴訟制度で、いったんはカノン訴訟によって駆逐されたが、ザクセンの伝統主義的法曹の影響のもとに、1654年の帝国最終決定によって、証拠中間判決制度がドイ

126) Caenegem, pp.56-57. 貝瀬・前注2) 73-74頁。

127) Caenegem, p.58. 貝瀬・前注2) 74頁。

128) Caenegem, ibid. 貝瀬・前注2) 75頁。

129) Caenegem, ibid. 貝瀬・前注2) 75頁。順序主義につき、エンゲルマン・前注76) 374頁以下。

ツ普通訴訟に導入された。中世の証拠判決は常に一方当事者の主張のみを対象とし、そこに挙げられた証拠方法によってのみ証明が可能であったのに対し、ドイツ普通訴訟の証拠中間判決は、全ての主要な事実を証明の対象とし、両当事者による証拠の提出と、提出された多様な要素の裁判所による評価（どの証明が成功したのかという判断）を認めるものであるから、中世の古ゲルマンの証拠判決がローマ法の影響を受けて変容した内容なのである¹³⁰⁾。証明手続は証拠の特定（申請）、証拠の提出（証拠調べ）、証明の完了（終結手続）の三段階に分かれ、相手方当事者の反撃書面と、立証する当事者の防御書面の提出が可能となる。主な証拠方法は、証人・書証・宣誓（転嫁宣誓、補助宣誓、雪冤宣誓。不濫訴宣誓は次第に消滅）・鑑定・検証であった。証人は、相手方が立ち会わないで、準備裁判官（commissioners）が審尋し、その証言記録調書が後に開示された。いったん提出された証拠方法は、両当事者に利用可能となった。立証する側の当事者が半数の証拠あるいは弱い証拠を提出したときは、裁判上の宣誓は、補助宣誓ないし雪冤宣誓の形をとった。カネヘムの指摘によれば、「後期中世訴訟手続と比べると、変化は衝撃的である。すなわち、両当事者に対する裁判所の権限、両当事者が提出した事実への法の適用、支配的であった証拠法理で特定された実体的真実に基づく判決、請求者の証明責任、『項目』ないし『訴点』を伴う手続（Artikelprozess; Positionalverfahren）。訴えのあらゆる要素が切り離して（別々に）特定され、被告はその各々の要素に対し応答しなければならず（答弁 [responiones]）、そこから立証事項（Probatorialartikel）が形成された」¹³¹⁾。

第五に、近代的上訴制度は、中世ドイツにおいてゆっくりと発展し、世俗裁判所への学識訴訟の浸透も遅れたため、裁判官を弾劾するアルカイックな手続すなわち判決非難（Urteilschelte）は、長らく重要なものとして残ったが、学識の普通訴訟とともにローマ＝カノンの上訴が導入され、帝室裁判所が上訴裁判所として活動した。普通訴訟においては、古典的な上訴の他に、再考案の申立て（revision）、判決無効の申立て（Nullitatsquerel）、原状回復の申立て（res-titution）が存在し、全て中世後期の学問と実務により創造されたものであっ

130) 以上は、Caenegem, p.58. 貝瀬・前注2) 74-75頁。

131) Caenegem, pp.58-59. 貝瀬・前注2) 75-76頁。なお、エンゲルマン・前注76) 383頁以下。

た。上訴は時間と費用がかかり、終局判決のみならず中間的裁判に対してもすることができ、1495年裁判所法はすでに終局判決に対する上訴を制限していた¹³²⁾。

帝国(帝室裁判所)による訴訟手続の改革とほぼ並行して(それに抵抗する形で)、ザクセンの選帝侯および顧問官によるザクセンの法改革が推進された。ザクセンにおいては、ザクセンシュピーゲルとその示唆を受けた文献が有力で、ローマ=カノン訴訟の包括的継受もなく、1559年には皇帝がザクセンの帝室裁判所への不上訴特権を公式に承認したため、イタリアの学問の影響を受けつつも、1488年から1550年の間の6つの一連の宮廷裁判所令(Hofgerichtsordnungen)を出発点とするザクセン法が基本的要素として残った。すなわち、弁護士強制は採られず、手続は口頭により、ラテン語のテクニカル・タームは禁止された。1572年には、項目(articles)を伴った訴状を明示的に禁止する布告が発せられた。1662年のザクセン民事訴訟法は、ザクセンにおける最初の法典化の試みであった¹³³⁾。

以上の帝室裁判所が発展させたドイツ普通訴訟は、ドイツ全土の単一の訴訟手続となることには失敗したが、地方立法を欠く場合には補充的基準となり、ドイツ訴訟法学と裁判実務に影響を及ぼした。ドイツが採用したローマ=カノン訴訟・学識訴訟は、国境を越えて、ハプスブルク家の支配のもとでハンガリー、ポーランド、北イタリア、ベルギーに浸透し、またドイツの文化的影響から、近代スウェーデンやスイスにおいて重要な役割を果たした。18世紀後半には、ヨーゼフ2世やプロイセンのフリードリヒ大王に典型的に見られるように、啓蒙主義のもとで諸国王と君公は法を合理化・統一・法典化するようになった¹³⁴⁾。引続き、近代法典の時代として次章で解説することとしたい。

132) Caenegem, p.57. 貝瀬・前注2) 73頁。

133) Caenegem, p.59. 貝瀬・前注2) 77頁。

134) Caenegem, p.60. 貝瀬・前注2) 77頁。