

# シュテューデル美術館事件における証拠保全 —「ことがらの永久の記憶のための証明」—

野 田 龍 一\*

\* 文中、[ ] 及び... は、それぞれ筆者による挿入箇所及び省略箇所を意味する。

## 目 次

### はじめに

1. シュテューデルの遺言
2. ヨーハン＝ヴィルヘルム＝メツラー
3. カノン法と『フランクフルト改訂改革都市法典』
4. フランクフルト都市裁判所の判断
5. フランクフルト控訴裁判所の判断
6. 原告側訴訟代理人弁護士の主張
7. 被告側訴訟代理人弁護士の主張
8. 四自由都市共通上級控訴裁判所の判断

### むすび

『フランクフルト改訂改革都市法典』第1部第35章試訳

## はじめに

わたくしは、これまで、シュテューデル美術館事件に取り組んできた<sup>1)</sup>。こ

---

\*福岡大学法学部教授

の民事訴訟の中で、原告側訴訟代理人弁護士は、今後の訴訟手続きにおいて、重要な証人と目される人物ヨーハン＝ヴィルヘルム＝メツラー<sup>2)</sup>を、証拠保全<sup>3)</sup>のために、あらかじめ法廷に召喚して尋問することを、フランクフルト都市裁判所に申し立てた<sup>4)</sup>。

それは、メツラーが、当時67歳という「高齢」であり、万一逝去すれば、証人尋問ができなくなることを理由とした。ヨーハン＝フリードリヒ＝シュテーターは、その遺言で、重要事項については、このメツラーに相談することを、将来の理事らに託していた<sup>5)</sup>のである。

フランクフルト都市裁判所及びフランクフルト控訴裁判所は、いずれも、この証拠保全申請を却下した<sup>6)</sup>。原告側訴訟代理人弁護士は、リューベックなる四自由都市共通上級控訴裁判所に抗告した<sup>7)</sup>。リューベックでは、報告判事による事前の「意見書」が、原审の判断を支持した<sup>8)</sup>のに対して、上級控訴裁判所自体は、最終的に、この証拠保全申請を認める判断を下し、本件を、フランクフルト都市裁判所に差し戻した<sup>9)</sup>。

差戻を受けたフランクフルト都市裁判所がどのように判断したかは、不明である。

この証拠保全をめぐる争いは、シュテーター美術館事件そのものからすれば、いわば、「協道」であるかもしれない。しかし、わたくしは、「協道」を敢えて辿りたい。

第一に、この争いをてがかりに、われわれは、19世紀初頭のフランクフルトにおいて、証拠保全手続きが、どのように運用されていたのかを知ることができる。

第二に、この争いの中で、当時までの文献が、どのように援用されたかを探求することによって、証拠保全に即して、当時の「理論」(学説)と「実務」(民事訴訟)との関係を、具体的に知ることができる。

第三に、とくに、「証拠保全」手続きが由来するカノン法文(カトリック



教会法)とその解釈を体験することによって、カノン法が西洋法伝統に持った意義を、具体的に理解することができる。

取り扱う主な史料は、かつてリュウベックに所在した四自由都市共通上級控訴裁判所が編集し、現在は、フランクフルト都市史研究所が保管する裁判史料<sup>10)</sup>である。

民事訴訟手続きに疎く、また、裁判史料の取り扱いにも通じていない。加えて、参照できた文献も貧弱である。「中間報告」として、この論文を公表したい。

## 注)

- 1) このテーマに関する最初の拙稿が、野田龍一「十九世紀初頭ドイツにおける理論と実務—シュテューデル美術館事件をめぐって—」『原島重義先生傘寿 市民法学の歴史的・思想的展開』（信山社 2006年）205-241頁であった。爾来13年を闊した。

なお、野田龍一「シュテューデル美術館事件と『ナポレオン法典』—1811年11月21日デクレの拘束力をめぐって—（1）（2・完）」『福岡大学法学論叢』第61巻第4号・第62巻第1号連載につき、吉原達也「書評」『法制史研究』68（2018）、363-365頁を頂戴した。吉原達也先生に篤く御礼申し上げるとともに、ご指摘いただいた諸点については、今後の研究で、ぜひ明らかにしたい。

- 2) J[I]ohann Wilhelm Metzler.その略歴については、本稿第2章を参照。
- 3) 19世紀初頭ドイツにおける証拠保全については、河野正憲『民事訴訟法』（有斐閣 2009年）527頁：「証拠保全手続はドイツ普通訴訟法、特にカノン法の *probatio ad perpetuam rei memoriam*（事物の永遠の保存のための証明）に由来する。これは、急迫の事情がある場合に、事件について管轄権を有する裁判所に証拠調べを求める手続であり、その調書は裁判所に保管された」との叙述を参照。

シュテューデル美術館事件におけるこの証拠保全をめぐる争いについては、過日、傍注で触れる機会があった。Ryuichi Noda, Zum Städel'schen Beerbungsfall, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd.133, Germanistische Abteilung, Wien Köln Weimar 2016, S.397, Anm.187を参照。ただし、紙幅の制約上、そして、何よりもわたくしの無知・無教養のゆえに、掘り下げた叙述をすることができなかった。

- 4) 1822年1月10日。根拠史料：フランクフルト都市史研究所（旧カルメル会修道院）所蔵「四自由都市共通上級控訴裁判所裁判記録フランクフルト事件関係史料」原告側訴訟代理人弁護士の上告理由書に拠る。OAGLZ 1439 fol.25 verso.
- 5) シュテューデルの遺言第4条。本稿第1章を参照。根拠史料：フランクフルト都市史研究所所蔵 Verträge der freien Stadt Frankfurt, Nr.415, fol.4.その邦訳：野田龍一「シュテューデル美術館設立史料試訳」『福岡大学法学論叢』第55巻第3・4号（2011年）610頁。
- 6) 1822年2月1日フランクフルト都市裁判所決定及び1822年3月8日フランクフルト控訴裁判所決定。根拠史料：前掲注4引用 OAGLZ 1439 fol.25 recto-25 verso に拠る。
- 7) 原告側訴訟代理人弁護士による1822年3月23日付け抗告。OAGLZ 1439 fol.25 recto 以下。ただし、わたくしの落ち度で、この書面は、中途までしか筆写していない。筆写できなかった箇所については、他の史料から復元することに努めた。
- 8) 報告判事による1822年10月11日付け「意見書」の根拠史料：OAGLZ 1439 fol. 64 recto-68 verso.
- 9) 1822年11月16日付け判決文：OAGLZ 1439 fol.72 recto.その判決理由：OAGLZ fol.74 recto-77 verso.
- 10) わたくしは、2015年3月16日及び17日、当該史料を、フランクフルト都市史研究所閲覧室で、閲読・筆写することを許された。同研究所のご厚意に改めて感謝したい。

## 1. シュテューデルの遺言

ヨーハン＝フリードリヒ＝シュテューデルは、1815年3月15日、その最後の遺言を作成した。

シュテューデルは、その第4条で、設立されるべきシュテューデル美術館の理事らを、自ら指名し、理事に欠員が生じた場合における補充の方法を定めた<sup>1)</sup>。

その後で、シュテューデルは、シュテューデル美術館に、何らかの重要案件が発生し、理事らが、財団外の助言を、有益でかつ目的にかなっていると判断するときには、ヨーハン＝ヴィルヘルム＝メツラー（当時の都市フランクフルトの第二市長<sup>2)</sup>兼フランクフルト第一審裁判所所長<sup>3)</sup>）に相談するように規

定した。シュテューデルは、メツラーの「友誼」Freundschaft と「郷土愛の志操」patriotische Gesinnungen<sup>4)</sup>を思い、シュテューデル美術館への支援を確信していた。

メツラーとは、いかなる人物であったのか。

## 注)

- 1) 「シュテューデル美術館設立史料試訳」『福岡大学法学論叢』第55巻第3・4号610頁：「...そして、その後、何か重要な事件が生じ、これらの事件にあって、理事諸氏が、なお、財団外の助言を、有益でかつ目的にかなったものと見るべきであろう場合には：わたくしは、こう願望する。理事諸氏は、その場合には、とくに、現在の第二市長にして、第一審裁判所の所長であるヨーハン＝ヴィルヘルム＝メツラー氏のところに赴かんことを。わたくしは、メツラー氏の友誼と郷土愛の志操を、余すところなく思い出し、そして、こう確信する。メツラー氏は、わたくしの財団のために、いつも、かれのよき助言と、徹底的な識見とをもって、満足ゆくように支援するであろう」。(一部表記を改めた)。
- 2) 第二市長 der zweite Bürgermeister.たとえば1816年10月18日の「自由都市フランクフルトの旧都市憲法についての補充法」Constitutions-Ergänzungs-Acte zu der alten Stadt-Verfassung der freien Stadt Frankfurt 第24条によれば、自由都市フランクフルト「市長」としては、老市長 der ältere Bürgermeister と若市長 der jüngere Bürgermeister が、いた。それぞれが、第一市長及び第二市長に当たるか。若市長の職責としては、第24条 b) で、参事会における老市長の代理；警察（ポリツアイ）組織全体の指揮；治安警察の統括、市民権の申請などについての事前審査；手工業に関する諸事項の掌理が、挙げられている。Gesetz-und Statuten-Sammlung der freien Stadt Frankfurt, Bd.1, Jahrgang 1816-1817, Frankfurt 1817, S.39.
- 3) 第一審裁判所所長 der Direktor des Gerichts der ersten Instanz. 1816年の「補充法」第31条によれば、都市裁判所 Stadt-Gericht は、都市区裁判所及びラント区裁判所の管轄ではないすべての訴訟事件に関する第一審裁判所であった。都市裁判所には、所長のほか、7名の法学識ある rechtsgelehrt 元老院議員 Senatoren がいた。Gesetz-und Statuten-Sammlung der freien Stadt Frankfurt, Bd.1, S.47.
- 4) patriotische Gesinnungen:patriotisch：「18世紀に、フランス語の patriotique、中世ラテン語の patrioticus に倣って形成された [用語]。祖国愛の、祖国愛から生じる、祖国愛に仕える」。Grimm, Deutsches Wörterbuch, Bd.7, Leipzig 1889,

col.1505参照。；Gesinnung：「…個別ケースにおいて、また、性格として、誰かが思考するその在り方」。Grimm, Deutsches Wörterbuch, Bd.4, I/2, Leipzig 1897, col.4121.

## 2. ヨーハン＝ヴィルヘルム＝メツラー

ヨーハン＝ヴィルヘルム＝メツラー<sup>1)</sup>は、1755年11月16日、フランクフルト＝アム＝マインに生まれた。父親は商人で、母親は市民であった。1757年に、父親が死亡した。メツラーは、母親と一緒に、ストラスブールに移った。ただし、フランクフルト市民権は保持したままであった。メツラーは、ストラスブールで、ギムナジウムを経て、ストラスブール大学に進学した。ついで、ゲッティンゲン大学に移った。ゲッティンゲン大学で学業を終えた後、メツラーは、ヴェツラーなる帝国帝室裁判所で訴訟実務を学んだ。メツラーは、その後、ストラスブールで業務に従事し、ついで、1791年にフランクフルトに戻った。

フランクフルトでは、1791年に第51期市会議員に選出された。1792年には、都市の書記となり、同年、参事会員となった。ライン同盟筆頭君侯カール＝ダルベルクが、メツラーの行政能力を評価したことにより、1802年には、第二市長となった。その後、1805年及び1823年にも第二市長となっている。

ナポレオン没落後の1817年、1819年及び1823年には、第一市長に就任した。かれは1835年11月5日に引退し、1837年5月27日に死亡した<sup>2)</sup>。

参照できた1815年6月16日付け公示催告では、メツラーの肩書は、「若市長」Jüng. Bürgermeisterにして「[第一審裁判所] 所長」Direktor となっている<sup>3)</sup>。

メツラーは、以上から明らかなように、フランクフルト・ストラスブール間に跨る経歴を持った。この点で、メツラーは、遺言者シュテーデル一家と

共通する<sup>4)</sup>。このことも、シュテューデルとメツラーとが親交を深める一要因だったのではないか。

注)

- 1) メツラーの略歴につき、Barbara Dölemeyer, Frankfurter Juristen im 17. und 18. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1993, S.129.
- 2) その死亡公告 Todes-Anzeige: Frankfurter Ober-Post-Amts-Zeitung, Jahrgang 1837, No.149, den 31. Mai 1837, S.4 ; 死亡年月日につき、Frankfurter Jahrbücher, Band 9, Frankfurt am Main 1837, Nr.34, S.246をもた参照。本章注1の文献は死亡日を5月30日と表示するが、5月27日が正しい。
- 3) Frankfurt Ober-Post-Amts-Zeitung, Jahrgang 1815, Beilage zu No.185, den 4 Juli 1815, S.2. 1815年6月16日付け公示催告の署名欄肩書。
- 4) シュテューデルの父親ヨーハン＝ダニエル＝シュテューデル（1696年-1777年）は、ストラスブル出身の香辛料商人で、1720年にフランクフルト市民権を得た。Neue Deutsche Biographie, Bd.25, Berlin 2013, S.17-18. Art, Städel, Johann Friedrich von Bastian Eclercy.

### 3. カノン法と『フランクフルト改訂改革都市法典』

既述のように、原告側訴訟代理人弁護士ルートヴィヒ＝ダニエル＝ヤツソイは、メツラーが、1822年当時67歳になっていることを理由に、証拠保全としての本人尋問を求めた。

その根拠となったのが、カノン法、とくに『グレゴリウス9世教皇令集』第2巻第6章第5法文序項（X.2.6.5.pr.）およびそれを起源とする『フランクフルト改訂改革都市法典』第1部第35章第2条であった。以下、それぞれ考察する。

#### （1）『グレゴリウス9世教皇令集』第2巻第6章第5法文序項

「同教皇〔インノケンティウス3世〕。争点が決定されていないときに、

証人らが受け入れられることが有効であるかどうかは、多くの者によって、しばしば、疑問にもたらされる。それゆえに、余は、権威によって、以下のことが宣告されるべきだと考えた。争点が決定されていないときには、証人らの受入れには取り掛かれるべきではない、ということが、原則としては真実である。しかし、ひょっとしたら、証人らの死亡または長期間の不在が懸念されるときには、この限りではない。民事訴訟の諸々のケースにおいては、真実が隠されることのないように、そして、証拠方法が、偶然的諸事変によって取り上げられることのないようにするために、高齢の証人ら、そして、病気の証人ら、そして、理由のある何らかの原因から懸念されるその他の証人らは、争点が決定されていないときでもまた、疑いなしに認められるべきである。そのさい、被告が不服従であり、あるいは、害意なしに不在であり、したがって、訴求されることができない、ということに関わりない。しかし、原告が、訴えることができる時点から1年以内に相手方を訴えないとき、または、少なくとも、このたぐいの証人らの受入を相手方に通告しなかったであろう場合には、そのようにして受け入れられた証言は、有効ではない。それは、ひょっとしたら、[原告が]、詐欺のために、つぎのことを企図しないようにするためである。それは、時の経過によって、証人らを拒けるための適法な諸抗弁が、または、その他の諸抗弁が、場を持つことができないように、ということである」<sup>1)</sup>。

ここにあるのは、民事訴訟<sup>2)</sup>において、争点決定前に、原告が、証人尋問を申請することができるかどうか、である。インノケンティウス3世によれば、この問題については、当時、学説の争いがあった。こうした学説の争いにかんがみて、インノケンティウス3世は、つぎのように決着をつけた<sup>3)</sup>。原則として、争点決定前には、証人尋問は認められない。しかし、証人が高齢者であるとき、病人であるとき、または、その他の事由から、真実が究明できなくなるか、または証拠方法が失われる恐れがあるときには、証拠保全

として、争点決定前でも、証人尋問が認められる。ただし、このように証拠保全のための証人尋問が実施されたときは、原告は、訴え可能な時点から、1年以内に、訴えを提起しなければならない<sup>4)</sup>。

この X.2.6.5 それ自体においては、「高齢者」とは、いかなる者であるのかが、明らかにされなかった。これが、立法・学説の争いを惹起することになった<sup>5)</sup>。

## （２）『フランクフルト改訂改革都市法典』第１部第35章第２条

シュテューデル美術館事件の準拠法は、周知のように1611年の『フランクフルト改訂改革都市法典』であった。この法典は、第１部第35章で、かのカノン法 X.2.6.5 に由来する規定を設けた。第１部第35章の見出しは「永久の記憶のために尋問されるべき証人らについて」であり、すなわち証拠保全に関する。

第１部第35章第１条では、証人尋問が、争点決定後におこなわれるべきこと、しかし、証人尋問が、争点決定前であっても許されるケースがあることを述べる。

つづいて、第２条は、以下のように規定する。「すなわち、証人らが、より重大な身体虚弱または高齢を負っているか、または、死に至る流行病の時勢が支配する。したがって、かの証人らは（かれらが、老年であれ、あるいは、若年であれ、病気であれ、あるいは、健康であれ）死亡することが懸念される場合。同じく、かれらが出征しているか、または、国外で、遠くに旅行していて、したがって、その帰還が不確実であるか、もしくは、長期間に亘って推定されるべきではない。云々。ついで、かかるケース及び類似のケースにおいては、証人らは、当事者らの申請及び嘆願にもとづいて、争点決定前においてもまた、許されてよい」<sup>6)</sup>。

『フランクフルト改訂改革都市法典』では、証拠保全としての証人尋問を

認める事由が、カノン法 X.2.6.5 に比して増加している。しかし、証人が、「高齢」であることが、証拠保全のための 1 つの事由である点では、カノン法と相違ない<sup>7)</sup>。

シュテューデル美術館事件において、カノン法『グレゴリウス 9 世教皇令集』X.2.6.5 及び『フランクフルト改訂改革都市法典』第 1 部第 35 章第 2 条は、どのように援用され、かつ解釈されたのか。

### 注)

- 1) X. [Decretales Gregorii IX] 2.6.5. テキストは、Friedberg ed., *Corpus Iuris Canonici*, pars secunda, Nachdruck, Graz 1959, col.263-264 に拠った。あわせて、Decretales D.Gregorii Papae IX., Romae 1582, col.574-575 を参照した。
- 2) 刑事訴訟は対象外。参照。glossa ad c. v. Civiliter : 「このこと [民事訴訟において] を述べるのは、刑事訴訟においては、争点決定前には、証人らは、けっして受入れられず、そして、そこ [刑事訴訟] では、証明は、もっとも厳格に要求されるからである」。aa.O., col.575.
- 3) この点につき、Georg Wilhelm Wetzell, *System des ordentlichen Civilprozesses*, 3. Aufl. Leipzig 1878, S.230, Anm.32 を参照 : 「注釈学派の学者たちの間では、このことについて、論争があった。 ; ヨハネスは、争点決定前の証人尋問を、かかる [証人が突然失われるという] 危険に左右させたが、フゴリヌスとマルティヌスは、そうではなかった」。ヴェッツェルは、この叙述の根拠史料として、glossa Ad definitivam sententiam] ad X.2.6.1 を引用する。  
ヴェッツェルの引用する glossa では、つぎの注釈がある。 : 「...そして、つぎのことに注意されるべきである。主なる教皇 [インノケンティウス 3 世] は、かの [第 2 巻第 6] 章全体に関して、ヨハネスの意見に賛成した。ヨハネスは、こう述べた。争点が決定していない場合には、証人は採用されるべきではない。マルティヌスは、フゴリヌスに賛成して [ヨハネスの意見には] 反対であった。...」。Decretales Gregorii Papae IX., Romae, col.569 参照。
- 4) この 1 年は、「実際問題の行為をなし得べき日のみを計算する」(原田慶吉『改訂ローマ法』91頁) いわゆる実用期間 tempus utile である。参照。Glossa ad i. v. Infra annum : 「見よ。1 年の消滅時効である。...そして、かの 1 年は、はじめから実用期間である。なぜなら、それは、訴えを提起できるかの時点からのみ進行するからである」。aa.O., col.576.
- 5) glossa も、この点については注釈を残していない。福岡大学中央図書館コー



ロッパ法コレクション所蔵にかかる後代の文献のいくつかを渉獵できたので紹介したい。

① Innocentii III. Pont. Max. in *Quinque Libros Decretalium*, Venetiis 1578, fol. 86 verso in *Secundum Decretal. ad X.2.6.5. n.3* : 「高齢者ら」。つぎの者たちが、高齢者と言われる。かれらは、70歳においてある。すでに70歳に達したかの者たちについては、こう注釈される。かれら自身が、そして、かれらが意欲する場合には、かれらは「証拠保全のために証人として尋問されることが」できる。しかし、かれらは、その意に反して、証言をなすことを強制されない。D.22.5.8.なぜなら、70歳の後には公的負担を強制されないからである。これは、ひとえに、C.5.68.1; I.1.25.§.13; D.50.6.3の權威による。しかし、60 [55?] 歳以上の者は、C.10.49.3では、權威と便益とによって、公的な人的負担を免除される。しかし、こう言われることができる。このケース [70歳未満者] において、証言をおこなうためには、誰たちが高齢者と言われるのかは、裁判官の裁量に委ねられる。なぜなら、ある場合には、誰かある者は、50歳で、60歳である別のある者よりも、より老齢であり、そして、かれが50歳に到達した後でのその後の諸々の原因の本性に従って、各人の死について、十分に蓋然性をもって懸念されることができるからである。そして、諸々の法文がある。これらの法文は、こう述べる。ただ、70歳 [以上] の者たちのみが、諸々の負担の免除を持つ。これらの法文は、このことがらの証拠とはならない。なぜなら、そこにおいては、死の懸念については何も無いが、しかるに、ここでは、何か特別のことが生じるからである。...」。

以上の叙述で援用される法文は、以下のとおりである。:

D.22.5.8 : 「スカエウォラ 法規範第3巻より。高齢者ら、病人ら、もしくは軍人ら、または、政務官職を帯びて国家のために不在である者たち、またはかれらには、[証言のために法廷に] 来ることが許されない者たちは、その意に反して証言を述べることを強制されない」。テキストは、福岡大学図書館ローマ法大全データベース Georgius Christianus Gebauer & Georgius Augustus Spangenberg, *Corpus Iuris Civilis*, Tom.1, Gottingae 1776, D., p.390に拠った。

C.5.68.1 : 「皇帝セウエルスとアントーニヌスが、セウエルスに。もしも、あなたの父親が、70歳以上であって、後見または保佐に任じられたとすれば、かれは、方式に従って免除されることができる」。205年の勅法。テキストは、Gebauer-Spangenberg, *Corpus Iuris Civilis*, Tom.2, Gottingae 1797, C., p.324に拠った。

I.1.25.§.13 : 「同じく、70歳以上の者は、後見または保佐を免除されることができる。...」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.1, I., p.18.

D.50.6.3 : 「同人 [ウルピアーヌス] 第5巻より。70歳以上の者たちは、後見および人的負担を免除される。: しかし、70歳に入っているが、いまだ70歳

を満了していない者は、この免除を用いないであろう。：なぜなら、70歳に入る者は、70歳以上とは見られないからである」。Gebauer-Spangenberg 版, Tom.1, D., p.1110.

C.10.49.3 : 「同皇帝ら〔皇帝ディオクレティアヌスとマクシミアヌス〕が、プラウティアヌスに。つぎのことが、明白な法に属する。55歳以上の者たちは、その意に反して、人的な負担に呼ばれることができない。したがって、あなたは、70歳以上であると申告するがゆえに、あなたが、おこなわれた指名に対して、救援を訴えたとすれば、あなたは、属州長官の決定によって、承認された法でもって保護されることができる」。年代不明の勅法。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.2, C., p.584.

クヤキウスは、この法文の「55歳」とあるのを、「70歳」に修正する。Jacobi Cujacii Opera, Tom.10, Prati 1840, col.171, *Commentarii ad librum X. Codicis Justiniani*, ad C.10.49.3 : 「わたくしは、こう考える。…LV. [55歳] の代わりに、LXX.[70歳] と読まれるべきである」。

② Johannes Andreae *In secundum Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetiis 1612, fol.42 recto, ad X.2.6.5. n.6 [Senes] : これは、①と酷似 : 「…しかし、つぎのように言われることができる。証言をおこなうことに関しては、このケース [70歳未満者] においてもまた、誰たちが、高齢者と言われる者たちであるかは、裁判官の裁量に委ねられる。なぜなら、ある場合には、誰かある者は、50歳で、60歳であるある別の者よりもより老齢であり、そして、50歳に到達した後では、その後の諸々の原因の本性によれば、それぞれの者の死亡が、十分に蓋然性をもって懸念されることができるからである。；というのも、人々のより若年の部分は、この [死の] 恐怖に触れるからである。そして、70歳者らのみが諸々の負担を免除されるであろうと述べる諸法文は、このことがらのための証拠にはならない。；なぜなら、そこ [負担免除] の場合においては、死の懸念については何もないが、しかるに、ここ [証拠保全] においては、何か特別のことが生じるからである。というのも、ここ [証拠保全] においては、証人らは、ひとえに、かれらと一緒に、真実についての証明もまた滅失するのではないか、という懸念をもって採用されるからである。…」。

③ Nicolai Abbatis Panormitani *Commentaria Super prima parte secundi libri Decretalium*, Augustae Taurinorum 1577, fol.114 recto, ad X.2.6.5. n.18 : 「…わたくしは、こう考える。うえのごとくに、この [X.2.6.5の] 法文の規定は、区別なしに、70歳において守られるべきである。なぜなら、老齢は、60歳から始まり、そして、そして、その他の年齢の区切りが存在するからである。たとえば、Sexti libri Proemium, glossa ad v.perfectus が注釈するごとくである。そして、このようにして、健康と一緒に、本来的には、かかる年齢 [70歳] において、高齢者と言われる、という規定が守られるべきである。というのも、か

の年齢〔70歳〕においては、上においてもまた、裁判官の裁量には委ねられないからである。というのも、このことは、十分に明示され、そして、誰かが、いかに良好な体質のものであるにせよ、かれは、そこから、死を懸念するべきであるからである。…」。

引用されている *Sexti libri Poremium glossa ad v. perfectus* については、以下のテキストを参照：Liber sextus decretalium D. Bonifacii papae VIII, Romae 1584, p.4, glossa ad v. Perfectus：「…すなわち、人間における最初の年齢は、幼児である。幼児は、7歳まで続く。第二の年齢は、少年で、12歳または14歳までである。第三の年齢は、未成年の青年であり、25歳までである。第四の〔年齢〕は、成年の青年であり、あるいは、壮年であり、50歳まで、である。第五の〔年齢〕は、老年であり、70歳までである。第六の〔年齢〕は、それ以上である。別の年齢の区切りもまた、老年と言われる。…」。これによれば、老年とは、50歳以上ということになるだろうか。

④ *Commentariorum Felini Sandei Ferrariensis, in Decretalium Libros V, Pars secunda, Venetiis 1570, col.300, ad X.2.6.5*：「…原則として、真の高齢とは、70歳を超えた者である。しかし、…かの X.2.6.5 のケースにおいては、人の状態が考慮されるべきである。：なぜなら、そこにおいては、虚弱の懸念または身体の無力がなければ、老年は考慮されないからである。…」。

⑤ *Augustini Barbosa, In jus Pontificium Universum, Tom.1, Lugduni 1716, p.395, ad X.2.6.5*：「高齢者ら」。誰が〔高齢者〕と言われるのかは、裁判官の裁量に委ねられる。ただし、70歳及びそれ以上は、この限りではない。なぜなら、その場合〔70歳以上の場合〕には、裁判官は、かれらが高齢者ではないと裁量で判断することができないからである。…」。

カノン法注釈者の見解は、第一に、70歳以上については、健康状態の良否にかかわらず、「高齢者」と見るが、第二に、70歳未満については、裁判官の裁量によって、健康状態を斟酌して、「高齢者」と判断しうる、というものであった。

- 6) *Der Statt Franckfurt am Mayn erneuerte Reformation, Frankfurt am Main 1611, fol.57 verso, Theil 1. Titul.35. §.1-2*. 本稿末尾別添の試訳をも参照。

1509年の『フランクフルト改革法典』の規定：「原告であれ、あるいは、被告であれ、争点決定前であれ、あるいは、争点決定後であれ、ことがらの永久の記憶のために、すなわち、永久の記憶のために、証人を招致することを意欲する場合には、かかる場合は、法として認められる。それは、以下のごとくである。そのようにして証人を招致することを意欲する者は、その質問事項を、書面にして提出するか、または、記載する。その写しが、一定期間内にその相手方に送付される。それは、相手方が、質問事項を提出することを意欲するかどうかを通知させるためである」。Reformation der Stat Franckenfort am

Meine des heiligen Römischen Richs, Frankfurt am Main 1509, bl.15, §.Wo auch.

その他のラント・都市における訴訟法典にも、証拠保全に関する規定があった。

福岡大学中央図書館ヨーロッパ法コレクション所蔵のいくつかを紹介する：

① Der Graffschafft Solms, und Herrschafften Mintzenberg, Wilden-Felß und Sonnenwalt, etc. Gerichts-Und Land Ordnung, wie die Anno 1571. publicirt worden, Frankfurt am Mayn 1688, S.47, Theil 1. Tit.21. §.V : 「ついで、争点決定においては、多くの原因から、すこぶる多くのことが置かれ、争点決定は、訴訟のとくに本質的な部分である。したがって、争点決定なしには、立証にも（ただし、上述のごとく、争点決定を阻止するかもしれない抗弁が提起された場合は、この限りではない。あるいは、証人らが、永久の記憶のために、かれらの高齢のゆえに、または、大きな虚弱のゆえに、または、死亡する時勢のゆえに、または、証人らが、遠いところで、かつ長期間旅行中であった場合は、この限りではない。かかるケース及び類似の諸ケースにおいては、普通法によって拘束されるべきであるごとくに、尋問することが要求される：）なお、いくつかのさらなる行為にも [到達しない]。...」。

② Deß Herzogthums Württemberg Erneuert gemein Land-Recht, Stuttgart 1743, S.149, Theil 1. Tit.44. §.Wiewol : 「訴訟が開始され、かつ、証人を申請することが訴訟でもって決定されるより前には、訴訟における証人または証拠は許されない。しかし、証人らが、懸念されるべき病気または高齢を負っていて：同じく、遠く隔たった場所に旅行することを意欲し：または、重い死の時勢にあり、したがって、ひとは、これらの証人を、つねには持つわけではないことが懸念されるであろう場合には、これらの人々の証言は、訴訟手続きまたは争点決定前の前でもまた、訴訟において、一方当事者の請求にもとづいて、事件が係属する裁判官によって、しかるべく受け入れられる。：ただし、相手方に、このことについて通告され、そして、原因が、証言書状において書かれ、かつ通知される。そして、この証言書状は、かかる証言書状が、訴訟において、しかるべき時に開封されるまで、封印されつづける」。

③ Prozess-und Gerichts-Ordnung Churf. Johann Georgens des I. Zu Sachsen, danach man sich in dero Landen bey Ober-und Unter-Gerichten gleichförmig zu achten, den 28. Julii An. 1622, in: Codex Augusteus Oder Neuvermehrtes Corpus Juris Saxonici, Leipzig 1724, col.1091-1092, Tit.27. §.1 : 「その他に、一般に、争点決定前においては、証人を招致することは、許されない。しかし、諸法は、一定の諸ケースにおいては、ことがらの永久の記憶のための証明を許し、この場合にもまた、原告と被告との間で区別をする。その場合には、原告には、かかることは、原告が、その相当の、かつ適法な諸原因を持つ場合以外には認められない。すなわち、証人らが、懸念されるべき疾病もしくは高齢を負ってい

るか、または：別の遠く隔たった場所に移転するか、もしくは、その他に、遠方に旅行することを企図する場合：または、重い死に至る時勢であるか、または、原告がその訴えを提起することを避けがたく妨げられ、そして、それゆえに、かれの立証を必然的にずっと先に延期しなければならない場合である。…」。

④ Churfürstliche Brandenburgische Im Herzogthum Magdeburg und Graffschaft Mantzfeld publicirte Proceß-Ordnung De Anno 1686, in: Corpus Constitutionum Magdeburgicarum Novissimarum von D.Christian Otto Mylio, Magdeburg und Halle 1714?, S.57, Caput 32. §.1-2 :「第1条。争点決定前においては、必要が要求する諸々のケース以外には、訴訟において、証人を尋問すること、または、証明をすることは、原則として許されない。したがって、原告は、かれが、争点決定前に、証人を尋問させることを意欲する場合には、このことは聞き届けられない。なぜなら、原告が意欲するときに、被告に請求し、かつ被告を訴えることは、原告次第だからである。第2条。ただし、被告が遅延を試み、そして、争点決定を、故意に阻止したか、または、証人らが、高齢の老衰した人々であるか、もしくは、由々しい進行の速い疾病を負っているか、または、従軍するか、もしくは、他の、遠く隔たった場所に、業務、商売もしくはその他の事項のゆえに旅行し、そして、かれらの帰還が、速やかには推定できないか、または、その他に、ひとが、かれらをいつも持つとは限らないことが懸念されるか、または、重大な死に至る時勢がある場合及びこれに類する場合においては、これらの人々の証言が、争点決定前でもまた、訴訟において、原告の、そして、むしろ被告の請求にもとづいて、本案について管轄権のある裁判官によって、この裁判官の許可が獲得され、そして、遅滞する危険がないときには、許可についての事前の略式の考量にもとづいて、認められ、かつ、尋問される」。

⑤ Friedrich Wilhelms, Königes in Preussen, Verbessertes Land-Recht Des Königreichs Preussen, Königsberg 1721, S.128-129, P.1.Buch 1. Tit.35. Articulus 11. §.1-§.2 :「§.1. ... しかし、しばしば、つぎの諸ケースが発生する。これらのケースにおいては、必要が、証人招致及び尋問を、争点決定の前でもまた（すなわち、いまだ争点が決定されてないにせよ）許すことを要求する。第2条。すなわち、身体の脆弱さまたは高齢の年齢を負う証人ら、または、速やかに死亡する時勢が支配し、したがって、かれら証人の（かれらが老年であるか、もしくは、若年であるか、病気であるか、もしくは健康であるかにかかわらず）死亡が懸念される場合である。ところで、証人らの年齢、病気及び不在が、この場合において、どのようにあるべきか、については、このことについての一定の準則は規定されることができないゆえに、衡平にも、1つの裁量が存続し、そして、かかることは、裁判官の裁量に置かれるべきである」。

⑥ Codex Juris Bavarici Judiciarii de anno 1753, München 1771, S.45-46, Cap.2.

§.21 : 「時として、当事者らがつぎのことを求める。ひとは、かれらの証人らを、なお争点決定前に、裁判所で尋問する、ということである。そして、ひとは、これを、永久の記憶のための証言、ラテン語で、ことがらの永久の記憶のため *ad perpetuam rei memoriam* と呼ぶ。さて、原告が、かかる尋問を、官庁に求めるときには、官庁はこれをつぎの場合においてのみ認める。それは、原告が、まず、しかも以下のことを疎明する場合である。第一に、原告は、その訴えの提起または継続につき、目下、なお阻止されていないばかりか、〔尋問につき〕より長く遅延すれば、証拠方法を失う危険にあるということである…。この条文について、起草者 W.X.A.Kreittmayr, *Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Judiciarii*, München 1778, S.146は、以下のように注釈する : 「…原告が疎明するべき第二のことは、より長い遅延にあっては、証明手段を失う危険である。たとえば、証人が、病気であり、老齢であり、懐胎しているか、または、まさに遠方への旅行を企てようとしているか、またはひとが出征、ペスト及びこのたぐいの危険な時勢にある場合である。X.2.6.5.Farin.Q.76.n.82. & seq. Gail.L.1.obs.92.n.3.かかる尋問を、年齢の理由から、証人に対して企てることができるか、または求めることができるためには、証人の年齢がいかにほどであらねばならないかは、なるほど規定されてはいないが、しかし、〔神聖ローマ帝国〕帝室裁判所にあっては、最少50歳が要求される。Gail.libi.n.7及び Blum.n.52」。

- 7) 『フランクフルト改訂改革都市法典』第1部第35章について、Johann Philipp Orth, *Nöthig und nützlich erachteter Anmerkungen über die so genannte erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt am Main, vierte und letzte Fortsetzung*, Frankfurt am Main 1757, S.734-735は、つぎのように注釈する。第一に、この証拠保全としてのことがらの永久の記憶のための証明は、カノン法 X.2.6.5および X.2.20.41に由来する。第二に、その根拠は、衡平である。真実が隠されないように、また、不測の事故によって最良の証人が死亡して、証拠の力が失われることのないようにするためである。第三に、争点決定前におけるこの証拠保全が認められる1つの事由として、証人が高齢者だというのがある。オルトは、多くの場合、70歳以上の者が「高齢者」であること、しかし、Gail observatio I. obs.92.n.7によれば、50歳以上が、「高齢者」と見られるというのが、神聖ローマ帝国帝室裁判所の見解だと説いた。オルトは、Martini *Commentarius forensis in Ordinationem Processus Judiciarii*, tit.27. §.1.n.16.sqq.を援用しつつ、高齢者の判定については、裁判官の裁量に委ねられる、と述べている。このオルトの所説は、われわれが、うえで、X.2.6.5注釈で見た、いくつかの X.2.6.5注釈書にすでに存在した所説である。

ここで援用されている Ludovici Guntheri Martini *Commentarius forensis in Ordinationem Processus Judiciarii*, Goslariae 1694, p.1068, ad XXVII.§.1. n.16 :



70歳説及び50歳説を紹介したうえで：「…おしまいに、その他の者たちは、すこぶる疑わしい、かのことがらにおいては、何も定義することを意欲せず、むしろ、高齢の老年の判定を裁判官の裁量に委ねることを、意欲した。Menoch. lib.1.A.I.Q.cas. 59.n.3. Mascardus de probat. vol.3.conclus.1295.n.1.Carpzov. In Prax. Crim.part.2. qu.62.n.26.&32.Brunem. In proc. civ.cap.20.n.87, Ziegler in not. h. verb. über hohen Alter, Beust. ad D.12.2.15.n.22. & seqq.そこにおいて、老年の始まりについて、かれは、詳細に論述する。Nicolai in proc. part.1.cap.62.n.3. これらの者に、このわたくしもまた賛成する。それは、かの年齢が、諸々の法律によって区切られたものとして見いだされない場合である。参照。Gail.ob.1. Obs.92.n.7.Berlich d.l.Conclus.46.n.8.Farinac. de test. D.qu.76.Rotschitz in Proc.d.l. art.31.そして、この意見が、Ord.Canc.Br.Lubeb. Hannov.de anno 1663. Tit.20. §.16.vers.『かかることは、余の裁判所長及び判事らの裁量に委ねられている』において是認されている」。

この文献で引用されている諸文献のうち、参照できたいくつかを挙げておく：

① Proserpi Farinacii Tractatus de testibus, Frankfurt 1606, p.528, lib.3, tit.8. quaestio 76. n.83：「…しかし、本件〔ことがらの永久の記憶のための証明〕においては、〔高齢者の判断は〕裁判官の裁量に委ねられる。…」。

② Iacobi Menochii De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis libri duo, Lugduni 1606, p.162, lib.2.cent.1.casus 59.n.3：「…〔高齢者の判断を裁判官の裁量にゆだねるという〕この意見に、このわたくしは、つぎの諸々のケースにおいては、従う。これらのケースにおいては、法のいかなる明確な定めも存在しない。…」。

③ Iosephi Mascardi Conclusiones Probationum omnium, vol.3, Venetiis 1588, fol.281 verso, conclusio 1295. n.8：「…さて、しかし、つぎのことが疑わしい。誰が、かの諸々の優先権および諸々の特権を行使することができるために、高齢者と言われるのか。そして、このことは、裁判官の裁量に委ねられるべきである。…」。

④ Benedikt Carpzov, Practicae Novae Imperialis Saxonicae Rerum Criminalium P.2, Francofurtii 1677, p.97, quaestio 62. n.26：「第三に、つぎのことが疑いに呼ばれるのをつねとする。：姦通の刑罰においては、高齢者らは（これら的高齢者は、60歳及び70歳である。裁判官の裁量による）死刑の正規の罰を科されるべきか。…」。p.98, quaestio 62, n.32：「…とりわけ、なぜなら、老年は、50歳から始まるからである。…」。

⑤ Johann Brunnemann, Tractatus iudicis de processu fori, Wittebergae 1679, p.212, Cap.20. n.87：「ところで、この〔ことがらの永久の記憶のための証人〕尋問を請求する原因は、1. 証人らが高齢であることである。これは、一

般に、裁判官の裁量に委ねられる。…」。

⑥ Calenbergische Cantzley- auch Unter-Gerichts-Ordnung, von 1663, in: Chur-Braunschweig-Lüneburgische Landes-Ordnungen und Gesetze, Bd.2, Göttingen 1740, S.291-292, Tit.20. §.16:「ことがらの永久の記憶のための証人らの尋問に関して言えば、かかる尋問は、被告には、争点決定前においてもまた、同様に、訴えを懸念する者にも、区別なしに許される。しかし、原告には、ただ、かれが、重要な諸原因を述べ、そして、必要な場合には、疎明するべきである場合においてのみ〔許される〕。:それは、証人らが、憂慮されるべき病気または高齢を負っている場合（かかることは、余の裁判所所長及び判事らの裁量に委ねられている）か、または、証人らが、他の遠隔の地に、長期間にわたってまさに旅行しようとするか;または、ひとが、その他に、死に至る時勢に存在するであろう場合である。争点決定を要しない略式訴訟において、そして、法学者らが、この場合に定めるその他の諸ケースにおいて、この証明は、争点決定前に、十分な疎明にもとづいて、許される。;しかし、相手方が、しかるべく、このために召喚され、そして、原因が、同時に通知され、これについて作成される記録は、しかるべき時に、立証者が、請求するよりも前に公表されることではない。したがって、この立証者には、つぎのことが自由である。ことがらの永久の記憶のためのこの証拠を、かれに課される証明の代わりに、単独で用いるか、または、かかる証拠とならんでなお別の証明をおこなうか、または、ことがらの永久の記憶のための尋問をまったく消滅させるかである。;しかし、立証者が、ことがらの永久の記憶のための証拠とならんで、さらなる証明を企てることを意欲する場合には、かかる記録の公表は、さらに作成される記録もまた公表されるまで控えられるべきである。:しかし、立証者が、ことがらの永久の記憶のための証拠を放棄する場合には、この証拠の公表は、まったくおこなわれるべきではない」。

19世紀前半におけるフランクフルト民事訴訟法学説として、つぎの文献を参照: Justinian von Adlerflycht, Das Privatrecht der freien Stadt Frankfurt, Theil 5: Der Civilprozeß der freien Stadt Frankfurt, Frankfurt a.M.1832, S.1219-1220:「永久の記憶のための証明について。遅延が生じるときには、証明が失われるかまたは困難となるという危険が存在する場合には、各当事者は、訴えの提起の前、争点決定の前、そして、証明が課される前ですら、つぎのことを請求することができる。永久の記憶のための証明が、かれに許される、ということである。すなわち、かかる危険は、証人らが高齢である場合に存在する。高齢については、50歳以上が理解される。…」。アドラーフリヒトでは、70歳説及び裁判官の裁量説への言及がない。



#### 4. フランクフルト都市裁判所の判断

##### （1）原告側訴訟代理人弁護士証拠保全申立

1822年1月10日、原告側訴訟代理人弁護士ヤッソイは、メツラーの証人尋問を、証拠保全のために、フランクフルト都市裁判所に申し立てた<sup>1)</sup>。

##### （2）フランクフルト都市裁判所の判断

1822年2月1日、フランクフルト都市裁判所は、原告側訴訟代理人弁護士の証拠保全申立を却下した。

第一に、メツラーがなお健康であり、また、さほど高齢ではないこと、そして、第二に、原告側訴訟代理人弁護士が意図する証明事項が、すこぶる些細であることが、その理由であった。けだし、シュテューデルの遺言第4条は、シュテューデル美術館理事らに、メツラーに助言を仰ぐことを義務付けているのではなく、助言を仰ぐかどうかの判断を、理事らの裁量に一任しているからである。シュテューデルの遺言第4条は、言うなれば、遺言者の願望を定めたものであって、その不遵守は、法的効果を生じない<sup>2)</sup>。

#### 注)

- 1) 原告側訴訟代理人の都市裁判所への証拠保全申立。1822年1月10日。

この日付は、原告側訴訟代理人弁護士の四自由都市共通上級控訴裁判所宛抗告状から明らかになる。OAGLZ 1439, fol.25 verso : 「... わたくしは、1821年12月22日の、いとも気高き上級控訴裁判所の決定に従って、1822年1月10日に、ことがらを永久に記憶するための、参審人メツラー氏の証人尋問を求める申請をもって、この地〔フランクフルト〕の都市裁判所に向かった。...」。

- 2) 1822年2月1日都市裁判所による却下決定及びその理由。前注で引用したOAGLZ 1439, fol.25 verso : 「... 同都市裁判所は、1822年2月1日に、わたくし〔ヤッソイ〕の申請を却下した。理由は、こうであった。1. かの証人〔メツラー〕は、なお健康な状態にあり、したがって、メツラー氏の証言が、わたく

しの依頼人から失われる、ということは、まったく懸念されるべきではない。

2. わたくしの立証事項は、まったく些細であるとされる」。

## 5. フランクフルト控訴裁判所の判断

### (1) 原告側訴訟代理人弁護士の控訴理由

1822年2月14日、原告側訴訟代理人弁護士は、フランクフルト都市裁判所の判断を不服として、フランクフルト控訴裁判所に控訴した<sup>1)</sup>。

その理由は、伝えられるところによれば<sup>2)</sup>、以下のとおりであった。

第一に、証拠保全としての証人尋問の要件である「高齢」については、実務<sup>3)</sup>では、50歳以上の年齢とされている。証人が病気であることは要件ではない。

第二に、当該証明事項が重大であることは、証拠保全としての証人尋問の要件ではない<sup>4)</sup>。それどころか、裁判官が、証拠保全としての証人尋問を却下した結果、たとえば、当該証人の死亡によって当事者に損害が発生するときは、却下した裁判官が有責とされる<sup>5)</sup>。

第三に、本件にあっては、メツラーを証人として尋問することは、重大である。なぜなら、シュテール美術館理事らは、本件訴訟についての助言を、メツラーにではなく、ハイデルベルク大学法学部に求めた<sup>6)</sup>からである。これは、重大事項については、メツラーの助言を求めることを定めたシュテールの遺言第4条に違反した。

### (2) フランクフルト控訴裁判所の判断

1822年3月8日、フランクフルト控訴裁判所は、原告側訴訟代理人弁護士の控訴を却下した。本件は、『フランクフルト改訂改革都市法典』第1部第35章第2条が想定する、証拠保全としての証人尋問に関するいかなるケース

にも該当しない。また、本件における証人尋問は、明瞭な目的を欠く。さらに、裁判所は、明らかに無益な行為のために、第三者に宣誓を課すことを強いられることはない<sup>7)</sup>。

## 注)

### 1) 原告側訴訟代理人弁護士による控訴の日付及び控訴理由。

この日付及び控訴理由は、四自由都市共通上級控訴裁判所における報告判事（ミューラー）による「報告」から、明らかになる。OAGLZ 1439, fol.61 verso-fol.62 recto:「上告人〔ヤッソイ〕は、[1822年] 2月14日に、控訴を提起した。... 上告人の異議は、ことがらの永久の記憶のために、メツラー氏を証人尋問することが却下された、ということであった。そして、上告人は、その異議を、以下の諸理由によって正当化しようとした。...」。

### 2) OAGLZ 1439, fol.62 recto.

### 3) ここでは、以下の諸文献が、援用されている。

① Iusti Henningii Boehmeri Ius Ecclesiasticum Protestantium usum modernum Iuris Canonici iuxta seriem Decretalium ostendens, Halae 1730, p.1067, lib.2, tit.6, §.6:「... 証人らの年齢が、50歳を超える場合」。

② Andreas von Gail, Practicarum Observationum tam ad Processum Judicarium, Coloniae Agrippinae 1721, p.161, lib.1.obs.92.n.7:「帝室裁判所においては、50歳が老年と評価され、そして、ことがらの永久の記憶のための証人として認められる。50歳未満である者たちは、多くの場合拒絶される。...」。

③ Io. Rudolphi Engavii Decisiones et Responsa Iuris Selecta, Ienae 1761, p.39, decisio 38. n.5: 相続事件にあって、騎兵旗手（少尉）DとS嬢とが婚約していたことを立証するために、証拠保全のために（ことがらの永久の記憶のために）54歳及び75歳の証人の尋問が承認されるかにつき「実務においては、証人らが50歳を超える年齢であるときは、これらの証人の特別の尋問がおこなわれる」。

④ Christoph Martin, Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, 2.Aufl., Göttingen 1805, S.421, Anm.(b):「通常、ひとは、証人の年齢が50歳以上の年齢である場合に、[立証の機会を失う] 危険が存在することを認める」。

### 4) X.2.6.5, X.2.20.41, X.2.30.4, Reichs Deput.1600, §.28, Reformation 1.35.及び Grolman, Theorie, S.164. n.2が援用される。

① X.2.6.5については既述。

② X.2.20.41:「同教皇〔インノケンティウス3世〕が、サビナの裁判官に。

聖ニコラウスのサビナの司教区の司祭である愛する息子 [B.] が、余に表示した。同教会の設立者らは、かの教会が自由であることを意欲して、かれらは、その教会には、何の権利も保持しない、と述べた。かれは、時の経過によって、証明手段が消滅することになる、と懸念する。同司祭は、そこから、このことについて、自分のために配慮されることを申し立てた。余は、このことのゆえに、あなたに以下にあることを命じる。適格な証人らが召喚されるべきだと、かの司祭自身が、あなたに述べた。あなたは、これらの証人を注意深く尋問し、そして、かれらの陳述が、公的な記録に記載されるようにするべきである。…ラテラノで、1209年4月13日に付与」。テキストは、Friedberg 版 *Corpus Juris Canonici*, pars 2, col.333に拠った。さらに、*Decretales D.Gregorii Papae IX.*, Romae 1582, col.742をも参照した。

③ X.2.30.4 : 「インノケンティウス 3 世が、パーダーボルンの地区主席司祭に。キリストにおいて愛される娘、ガンダースハイムの教会の女子大修道院長及び修道女らは、かの女らの諸特権が更新されることを切望する。諸々の途の諸相違のゆえに、4名の司教及び同数の修道院長に、かれらが、それらの特権を注意ぶかく吟味するために、それらの特権の内容を送付し、そして、それらの特権の文面を忠実に謄写して、かの女らは、かの女らの印章付きで、余に送付する。それゆえに、余は、こう述べた。以下のことが課されるべきである。かれらは、使徒〔教皇〕の命令に従って、余の先任者であるアガピトゥス及びヨハネスの恵まれた思い出のある諸々の特権を、かれらが、かれらに提出されたうえで、細かく検分する。かれらは、かれらの文面を、かれらの印章付きで、余に送付する。余の兄弟である、ランスの尊敬するべき大司教 G もまた、かれは、当時プラエネステの司教だったのだが、かの諸部分において、使節の職務を遂行していて、かの諸特権それ自体の文面が、余自身の印章付きで、吟味のために提出されるようにした。ところで、余も、また、余自身の印章付きで、それらの特権が吟味のために提出されるようにした使節も、また、審問官ら自身に、義務としてある信義を示す。もっとも、余は、なぜ、かの諸特権は更新されるべきではないかを見ない。しかし、司教座聖堂参事会員である、より大きな教会の C 及び聖なる十字架の I. [余の前で定められたヒルデスハイムの司教座聖堂参事会員ら] は、ヒルデスハイムの教会が、100年及びそれ以上に亘って、修道院それ自体の服従を占有している状態で存在した、と申し立てた。その場合には、余は、諸特権それ自体が更新されるべきではない、と述べた。そこで、余は、命令において、裁判官らに、つぎのことを付与した。適格な場所に等しく近寄る者たちは、召喚されるべきであつたであろう被召喚人らに、これらの特権について、より注意ぶかく真実を糾問し、そして、終局判決まで訴訟手続きをする者たちは、かれらの書面による証言のもとで記載されたすべての記録を、忠実に、使徒座〔教皇庁〕に宛て定め、当事者らに、権限ある期

間をあらかじめ示すように。かれらは、この期間内に、余の吟味のために、判決を受け取るべく出頭する。しかるに、使徒〔教皇〕の命令が執行されることを切望する当事者ら自身は、その前に出頭する。ヒルデスハイムの教会の当事者が、これらの者を相手として使徒座〔教皇庁〕に控訴した。それは、裁判官ら自身が、その訴訟においては手続きをすることができなかったから、という理由によるものであった。しかるに、当事者らは、余の前で定められた。その時、前述の女子大修道院長は、余が、かの女らの教会の諸特権を更新しなければならぬであろう限りで、請求した。なぜなら、とくに、ヒルデスハイムの教会の当事者は、指図された裁判官のいるところで、修道院または修道院の諸特権を、何らかの点で廃止する何かを示したり、あるいは、立証したりすることに努めないからである。しかるに、つぎのことが相手方から、余が、訴訟それ自体を、別の人々に委ねるように、と細心に申し立てられた。これらの人々は、つぎの証人らを受け入れる。相手方は、これらの証人を、修道院の特権に不利に、かつ、適法な〔取得〕時効を立証するために導入することを申し立てた。それゆえに、余は、ローマ法〔市民法〕によって慎重な熟慮でもって定められたことを、より注意ぶかく考慮する。すなわち、証人らの危険が懸念される場合には、真実が隠されないように、そして、立証の手段が、偶然的諸事変によって取り上げられないように、争点決定前であってもまた、病気の証人及びその他の、かれらについて何らかの理由ある原因から懸念される証人らは、証言を認められる。…〔1206年7月17日に、フェレンティノで付与〕〕。テキストは、Friedberg 版 Corpus Juris Canonici, pars 2, col.445-446に拠った。Decretales, Romae 1582, X.2.30.4, col.985の注釈 glossa ad Iure sit civili]によれば、ローマ法（市民法）とは、具体的には以下の法文とされる：Auth.7.2.4; Auth.7.2.9; D.9.2.40; D.4.1.7; C.5.56.4.

Auth.7.2.4：「〔序項〕。しかるに、多くの者が、しばしば証人を立てる。そして、3回、このことをおこなう者たちは、その後は、やがて、かれらがおしまいにし、そして、証言が受け入れられるべく、諸々の抗告によって、余に、〔証人が〕立てられようにこころみ、そして、4回目、証人らを連れてくることを意欲する。：それゆえに、余は、定める。裁判官らは、このことを、多くの場合考慮する。：そして、もしも、すでに、三度証人らが立てられ：そして、証人らを連れてきた者が、しめくくり、そして、〔証人らによって〕陳述されたことを受け入れるにもかかわらず、ふたたびかの証人らを連れてきた者によって、証人らが申請されるとすれば：これらの証人は、まったく存在しない。：すなわち、つぎの嫌疑が認められるからである。ひょっとしたら、前の証人らが残っていて、そして、かれらの証言のゆえに、諸々の事実がずっと前に明らかにされているがゆえに、〔証人を4回目に申請する〕かの者は、証人らを立てることをではなく、そうではなくて、先行することがらまたは証言さ

れていないことがらについて、追加を、あるいは要望し、あるいは、かの証人らの陳述に、修正を要望するのではないか、という嫌疑である。しかし、もしも、なるほど、証人らを連れてくるが、陳述をいまだ受け取っていないし、かつ、証言を通読していず、そして、かれ自身も、また、かれの弁護士らのうちの誰かある者も、[証人の陳述を受け取ってはならず]：しかし、かれの相手方のみが、[証人の陳述を] 受け取り、そして、弁論をおこない、しかし、三度ずっと前に証人らを立てることをおこなった者に、弁論を与え：そして、これらの証人を立てた者が、[裁判官の] 指示によって、証言に欠けているものが付加されるように教えられなかったとすれば：その場合には、証人らを第4回目に立てることが、このことを申請するであろう者に与えられるべきである。：それは、まず、宣誓が、かの者によって与えられたうで、である。かれ自身は取り去りもせず、また、証言を求めることもなく、また、かれ自身も、そして、かれの弁護士らのうちの誰かある者またはかれのためにまったく訴訟をする者も、何かある害意または詐術もしくは技芸によって、証人らを第4回目に立てることがおこなわれるようにと申請するのではなく：そうではなくて、かれが、通告された証言をはじめて用いることができないがゆえに [申請し]、かつ、かつてそうであったようには、かかることがらのためには、皇帝の命令は必要としない。：そうではなく、許される以上のことがらは、かれらにとっては、この法律にもとづくので十分である。：そして、証人らを第4回目に立てるまでは、[過去3回の] 証言を用いることが許される。しかし、長い中間期を通じてではない。：それは、このことから、訴訟が遅延させられることのないようにするためである。：そうではなく、かれらには、まったくもって、裁判官が、このことがおこなわれることと評価したであろうことに従って、迅速さを課すべきである。第1項。しかし、つぎのことは、明らかである。ひとたび、または二度、証人を立てる者は、あるいは、証言について述べ、あるいは、このことをおこなう相手方からかれ自身が弁論を受け取り、そして、このことから、証言されたことがらを分かった場合には、かれは、さらに、証人らを立てることについてのいかなる許しをも、けっして持たないであろう。ただし、皇帝の命令が、このことを命じる場合は、この限りではない」。テキストは、Gebauer-Spangenberg 版 Tom.2, Auth.Collat.Nov.,p.376-377に拠った。この法文は、4回以上の証人申請を原則として禁止する。

Auth.7.2.9：「そして、しかるに、余は、たびたび、つぎのことがおこなわれるのを知る。ある者たちが、あるいは、諸地域の保護者のところに、あるいは、もっとも貴顕なる属州長官らのところに、あるいは、ひょっとしたら（仕来りであるごとくに）この地 [コンスタンティノポリス] において、もっとも貴顕なる徴税政務官たる士のところに赴き、そして、あたかも、誰かある者から、何かを、諸々の法律に反して、あるいは、損害をこうむって、あるいは、

侵害されて、被害として被ったとして、証人らを立てることを意欲して、つぎのことを求める。向後は、一方の当事者〔のみ〕によって〔証人尋問として〕記録されたことがらが、かれらに対抗されることがないように、ということである。：それゆえに、証人らが与えられるかの都市において存在する、かの者もまた、裁判官によって、あるいは、保護者によって出頭するように催告されて、証言を聞くことを要する。しかし、かれが出頭することを意欲せず、証言が、ここから、一方当事者〔のみ〕によって与えられ、これ自体に従えば、〔かの証言が〕無効であると非難する場合には：余は、つぎのように定める。このたぐいの証言は、あたかも、一方当事者〔のみ〕によって定められたのではないものとして、そうではなくて、あたかも、相手方当事者の立会いのもとにおこなわれたものとして拘束する。というのも、もしもかれが拒絶し、かつ出頭することを意欲せず、処分を聞くことを意欲しなかったであろうならば、〔それらの処分は〕公表されるべきであるがゆえに：そして、容赦されることができないなんらかの必要性によって召喚されることができない場合は別として、かれは、出頭する者に類似するであろう。：そして、いかなる救済も、かれの厚かましさにもとづいては、かれに効果として生じないであろう。：しかし、なるほど、証明はおこなわれたと見られるにせよ：しかし、かれには、それらの証言からの何であれある証言が、訴訟をするために帰属するであろうし、これらの証言を用いることが許されるであろう。もっとも、それらは、一方当事者〔のみ〕からのものであると見られる。：かれは、けっして出頭しない者の厚かましきのゆえに、そして、無鉄砲さのゆえに、かれは、諸々の証言に対抗することができないからである。…。』Gebauer-Spangenberg 版 Tom.2, Auth. Collat. Nov., p.379-380.この法文は、一方当事者による証人尋問のさいには、相手方当事者が立ち会うべきこと、相手方当事者が欠席したときは、立ち会ったものと見て、当該証言が、相手方当事者を拘束することを定める。

Auth.Coll.7.2.は、539年のユースティーニアヌスの勅法である。

D.9.2.40：「パウルス 告示注解第3巻より。アクイリウス法において、わたしが、わたしのための手書き〔債務証書〕が抹消された、と述べる。その手書き〔債務証書〕においては、金銭が、条件付きで、わたしに対して債務としてあった。その場合には、〔条件成就前の〕その間においてもまた、わたしは、証人らによって、かの手書き〔債務証書〕を立証することができるであろう。これらの証人は、条件が成就する、かの時点においては、存在することができない。…。』テキストは、Gebauer-Spangenberg 版 Tom.1, D.p.176に拠った。条件付き金銭消費貸借にあって、債務証書が抹消されたときには、条件成就の時には存在しえない証人については、条件成就前に、これらの証人でもって、債務証書の存在を立証することができる。

D.4.1.7[pr.]「マルケッルス 法学大全第3巻より。[序項]。神皇アントーニー



ヌスは、法務官マルキウス＝アウィトゥスに、つぎの判決のように勅答した。それは、不在で物を失った者を救済することについて、であった。：たとえ、仕来りであることがからは、何も、容易には変更されるべきではないにせよ：しかし、明らかな衡平が要求するところでは、救済されるべきである。：そして、こうして、召喚された者が応答せず、そして、この遅延のゆえに判決が言い渡されたが、しかし、ただちに、あなたが着座している法廷に到来する場合には：かれは、その過失 *culpa* によってではなく、そうではなくて、触れ役の声がほとんど聞こえなかったがゆえに欠席した、と評価されることができる」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.1, D.p.69.不在のために判決で物を失った者は、衡平の理由から原状回復されうる。

C.5.56.4.「皇帝ディオクレティアヌスとマクシミアヌスが、ディタティウスおよびアウレリウスに。未成年被後見人は、あなたがたを相手に、後見訴権でもって訴えることを強制されることができない。しかし、将来の偽計に対しては、たとえば、あなたがたが、かの被後見人に何かを債務として負っているとすれば、利息の累積が禁じられるときには、しばしば、召喚がおこなわれたうえで、かの被後見人を法廷に訴える。：そして、もしも、かれ〔被後見人〕が、ことがらを、偽計によって遅延させるとすれば、属州長官のところで記録が作成されたうえで、あなたがたは、あなたがたの意思の理由を表示せよ。：この行為によって、あなたがた自身のために、また、あなたがたの息子らの安全のために救援がおこなわれる。このことは、保佐人らにおいてもまた場を持つ」。294年の勅法。テキストは、Gebauer-Spangenberg 版 Tom.2, C., p.320に拠った。被後見人が訴訟を遅延させるときには、属州長官のところで、記録を作成することによって救援が与えられる。

いずれの法文も直接的に、争点決定前の証拠保全を定めるものではない。しかし、何らかの理由で、変則的な証人尋問ないし証拠保管を認める点では、証拠保全としての「ことがらの永久の記憶のための証言」に類似していると言えるか。

証拠保全としての「ことがらの永久の記憶のための証明」に関するカノン法文が、ローマ法に由来するか否かについては、争いがあった。

たとえば、Jacobi Cujacii, Opera, Tom.10, col.1420-1422, ad X.2.30.4: col.1421「...そして、かの司教は、こう主張した。あの修道院は、教会に従属する。あるいは、かれは、こう援用する。普通法によれば、そして、この〔普通法〕に属するものとして、かれの教会は、100年以上、催告もしくは中断なしに、自由な、かつ連続した占有において、準占有の状態にあった。そして、ローマ教皇が、かのことがらについて、裁判官らを与えた。かの一定の諸々の原因から、司教は、ローマ教皇に上訴した。しかし、教皇は、証人らの証言によって動かされた。これらの証人によって、真実が明らかにされることができる。これらの証



人は、争点決定前でもまた、聞かれ、かつ受け入れられることができる、ということ、確かである。それは、[これらの証人が] 老人となり、あるいは病人であり、したがって、かれらが、その間に死亡するのではないか、という危険がある場合である。X.2.6.5, X.2.20.34, X.2.20.41, D.9.2.40, D.47.2.32, D.37.10.3.§.5. これらの法文箇所から、つぎのことが理解される。[教皇が] この法文で、『いつ、死につつある証人らについての懸念があるかはローマ法〔市民法〕によって定められている。云々』と述べるのは、正しい。

引用されている法文のうち、クヤキウスで初出の法文該当箇所を以下試訳する：

X.2.20.34：「同教皇〔インノケンティウス3世〕がドネルムの司教及びエボラの聖なる三位一体修道院長及び次長に。…しかるに、召喚された大司教が、適法に、あるいは、自らによって、あるいは、適格な訴訟代理人によって、出頭することを意欲せず、あるいは、争点が決定されることを意欲しなかったであろう場合には：あなたがたは、証人らを、とくに、高齢の証人ら及び病気の証人らを、司教代理が、これらの証人が召喚されるように申請したのだが、控訴の障害が取り除かれたうえで承認する。…。1203年。テキストはFriedberg版 pars 2, col.328に拠った。

D.47.2.32：「パウルス サビーヌス注解第9巻より。…第1項。アクイリウス法については、つぎのことが、より大きな問題である。利益としてある分は、いかにして立証されることができるか？なぜなら、もしも、ことなつて立証することができるならば、損害を被らないからである。それゆえに、もしも、ひょっとして、[誰かが] 金銭を、条件付きで貸し付けた場合には、如何？そして、その間に証言が、つぎの者たちの証明を持つ。これらの者は、条件成就未定の間に死亡することがありうる。あるいは、たとえば、わたくしは、貸金を請求した。そして、証人ら及び署名封印者らを、かれらが、物を共有するのだが、わたくしは、現にいる者として、持つことはないであろう。このわたくしは、敗訴した。しかるに、いまや、わたくしが、盗について訴えるであろう場合には、わたくしは、かれらの記憶および出頭を、金銭貸付金の信義のために、用いることができる」。テキストは、Gebauer-Spangenberg 版 Tom.1, D., p.1000に拠った。

D.37.10.3.§.5：「ウルピアーヌス 告示注解第41巻より。…第5項。ところで、事情の審理が、2つある。：1つの審理は、カルボーニウス告示の占有を与えることについてである。この占有は、つぎの利益を持つ。あたかも、未成年者は、いかなる争いをも被らなかつたかのごとくに、占有を受け取る。：事情の別の審理は、つぎの審理である。審理は、成熟の時点に延期されるべきか、あるいは、ただちにおこなわれるべきか、である。ところで、つぎのことが、法務官によって、もっとも注意深く吟味されるべきである。審理がただちにお

こなわれることが、未成熟被後見人にとって有益であるか、それとも、むしろ、成熟の時点まで「審理が」延期されるのが、「未成熟被後見人にとって」有益であるのか、である。そして、「法務官は」このことを、とくに、未成熟被後見人の血族ら、母親および後見人に対して探究しなければならない。たとえば、こう仮定せよ。ある証人らがいる。これらの証人は、争いが延期される場合には、あるいは、意見を変更し、あるいは、死亡し、あるいは、時の介在のゆえに、同じ信義を持つことがないであろう。あるいは、こう仮定せよ。年老いた産婆または女奴隷がいる。これらの女は、出産に関する真実を「法廷で」陳述することができるか、または、勝利のために適した証書またはその他のある論証を「陳述することができる」：したがって、未成熟被後見人は、「審理が」ただちにおこなわれないことの利益よりも、審理が延期されることの不利益を被ることになる。：こう仮定せよ。未成熟被後見人は、担保を提供することができない。そして、相続財産について争いをおこなって占有に委付された者たちは、多くのものを取り去り、更新し、企てることができる：あるいは、ことがらを、成熟の時点に延期することは、助言を意欲する者の最高の不利益と一緒に、間抜けな、あるいは不衡平な法務官に属するであろう。神皇ハドリアーヌスもまた、つぎのように勅答した：成熟の時点に延期されるのをつねとすることは、未成熟被後見人らのためにおこなわれる。かれらが保護されることができる前に、「未成熟被後見人らは」、地位について危険に陥らせられてはならない：その他に、もしも、「未成熟被後見人らが」、適格な者たちを持ち、これらの者によって防禦され、そして、訴訟が有益であって、ただちに、その件について判決されることが、未成熟被後見人らの利益としてあり、そして、かれらの後見人らが、訴訟によって訴えることを意欲するならば：未成熟被後見人らのために考量されたことがらは、未成熟被後見人らに不利に遵守されるべきではなく、未成熟被後見人らの地位は、疑いのないものでありうるがゆえに、かれらの地位は、未決定のままにされるべきである」。テキストは、Gebauer-Spangenberg 版 Tom.1, D., p.721に拠った。カルボーニウス告示とは、法務官告示である。この告示は、その嫡出が争われる未成熟者に、この未成熟者が成熟者になって、その嫡出がこの者のために判決されるまで、一時的に、無遺言相続人の遺産占有を付与した。Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman law, Philadelphia 1953, p.376, art. Bonorum possessio ex Carboniano edicto (Carboniana)を参照。

いずれの法文も、ある種の証拠保全のために、証人尋問を先取りするケースに関するものか。

また、Emanuelis Gonzalez Tellez, Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium, Tom.2, Frankfurt am Main 1690, p.150, ad X.2.6.5, Commentarium n.5：「…しかるに、皇帝法〔ローマ法〕によれば、証

人らが、これらの「高齢・病気の」ケースにおいて受け入れられるためには、訴えが、ただちに略式で提起されねばならない。それは、D.9.2.40においてはっきりと証明されるごとくである。われらの「教皇」インノケンティウスは、このD.9.2.40を、X.2.30.4において、考慮した、と、わたくしは信じる。…」。

これに対して、カノン法文が、ローマ法とは無縁であると批判する者もいた。たとえば、Iust Henningii Boehmeri Ius ecclesiasticum Protestantium, Tom.1, Halae 1730, p.1066, lib.2. tit.6. §.4 : 「…しかし、このことは、いったい、どこで、ローマ法（市民法）によって定められているのか？」。

④ Heinrich Christian von Senckenberg, Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede, Frankfurt am Main 1747, S.478-479, Abschied des Deputations-Tags zu Speyer, Anno 1600 aufgericht, §.28 : 「しばしば、ことがらの永久の記憶のための証言が決定され、そして、ついで、これにもとづいて作成された記録に印章が押され、閲読に供されるが、かかる記録を、[証拠] 補充のためにふたたび引き出すことが求められ、そして、かかるたんなる陳述にもとづいて、かかる記録を必要とするのか、そして、何の目的で必要とするのかを問い合わせることなしに、かの記録を追求させるとされる。かくして、余は、つぎのことを意欲する。さまざまな、そこから生じる危険を防止するために、かかる証言を、ふたたびそこから求める者は、今後は、その事件が訴訟として係属する裁判官の、その事件に係属し、そして、その証言が必要であるか、または、しかし、相手方もまたそれに満足している、ということについての証明書を提出する」。

⑤ Reformation der Stadt Frankfurt, Theil 1. Tit.35については、本稿末尾別添を参照。

- 5) Iust Henning Böhmer, Ius Ecclesiasticum, Tom.1, p.1073, lib.2. tit.6. §.13 : 「…もしも、裁判官が、軽率に、かつ、正当な原因なしに、この「証拠保全としての」尋問を拒絶し、そして、遅延しているうちに、証人らが死亡する、ということが発生したであろうならば、[この裁判官は] 利益 [賠償] について拘束される」。

Johann Heinrich von Berger, Oeconomia iuris ad usum hodiernum accommodati, Lipsiae 1755, p.864-865, lib.4.tit.24.§.11.n.1 : 「…頑固な裁判官が、正当な原因なしに、ことがらの永久の記憶のための証明を拒絶するであろう場合」に：その他に、もしも、証人らの死亡が発生するであろうならば、[裁判官は] 利益 [賠償] について拘束される。そのように、1693年3月5日に「ライプツィヒ大学法」学部が解答した。[Berger] Responsa ex omni iure, pars 1.Responsum 208.」。

Berger, Respos, ex omni iure, Lipsiae 1708, p.360, pars 1.Responsum 208. quaestio II : 「…しかし、原告は、重大な諸原因から、つぎの懸念に捉えられ

ている。上述の訴訟の口頭弁論前に、ある証人が死亡し、そして、このことによって、原告には、その立証の点で、重大な不利益が発生するのではないかと。かかる場合においては、諸法は、ことがらの永久の記憶のための証明を許す。かくして、原告は、機会に応じて、裁判官のところで、争点決定前に、争点について、証人らの尋問を、しかるべく申請するべきであり、また、かかる場合において、裁判官が、かかる申請を認めることを拒絶した場合には、[原告は]利益分を求めて[裁判官に]請求する権限を持つ」。

- 6) ハイデルベルク大学法学部への助言申請。これについては、未確認。しかし、その後、1827年5月4日に、シュテール美術館代表事カール＝フリードリヒ＝シュタルクは、ハイデルベルク大学法学部にシュテール美術館事件についての鑑定意見作成を依頼した。Akten der Juristischen Fakultät-Spruchkollegium-1827 I, 請求番号 Cod. Heid.391, 4, III, 3c, Ur.280, H-II-155/932a, fol.229 recto-250 verso.シュテール美術館理事らは、かねてより、ハイデルベルク大学法学部に、助言を求めているのか。
- 7) 控訴裁判所決定。根拠史料：OAGLZ 1439, fol.32, Litt.C：「1822年3月8日の自由都市フランクフルトの控訴裁判所の記録の抜粋。…つぎのことが通知される。一方では、この地[フランクフルト]の『改革都市法典』第1章第35章第2条が想定する諸々のケースのうちのいずれのケースも、ここには存在しない。他方では、裁判所は、第三者[メツラー]に、目的なしに、宣誓を、それがたんに証人としてであれ課すといった、あきらかに無益な諸行為のために濫用されるよう強いられることができない。；したがって、おこなわれた控訴は棄却される。…」。

## 6. 原告側訴訟代理人弁護士の主張

1822年3月23日、原告側訴訟代理人弁護士ヤッソイは、フランクフルト控訴裁判所の判断を不服として、四自由都市共通上級控訴裁判所に抗告した<sup>1)</sup>。

その理由の中で、ヤッソイは、同時進行中の聖霊病院対都市金庫事件を援用した。この事件においては、フランクフルト郊外にある聖霊病院所有<sup>2)</sup>の所領リーダーホーフの休閒地において、かつて十分の一税が課されていたかが争われた。

ヤッソイは、この聖霊病院対都市金庫事件では、都市金庫側の訴訟代理人

弁護士であった。聖霊病院側訴訟代理人弁護士ヒーベは、リーダーホーフの休閒地にあつては、1812年前には、十分の一税が免除されていたことを立証しようとした。そのために、ヒーベは、50代ないし70代の農民らを、証拠保全として尋問することを申請した。これに対して、都市金庫側訴訟代理人弁護士であったヤッソイは、証人らが健康であること、ならびに、立証しようとする事項が些細であることを理由に、証拠保全としての証人尋問申請の却下を求めた<sup>3)</sup>。

ヤッソイによれば、フランクフルト都市裁判所は、この聖霊病院対都市金庫事件では、農民らの証人尋問につき証拠保全を認めた。しかるに、シュテューデル美術館事件では、参審員メツラーの証人尋問を証拠保全として認めない。フランクフルト都市裁判所は、2つの事件の間で、矛盾した判断をおこなっている、というのである<sup>4)</sup>。

## 注)

- 1) ヤッソイが、上級控訴裁判所付き弁護士フーデを通じて提出した抗告申立。OAGLZ 1439, fol.25 recto 以下。ただし、既述のように冒頭部分のみ閲読。
- 2) リーダーホーフの所領 Gut Riederhöfe は、1435年ないし1492年に、聖霊病院 Hospital zum heiligen Geist によって取得された。Institut für Stadtgeschichte, Chronik von Riederwald, [https://www.frankfurt.de/sixcms/detail.php?id=2345277&\\_ffmpar\\_az\[\\_stadtteil\\_name\]=Riederwald](https://www.frankfurt.de/sixcms/detail.php?id=2345277&_ffmpar_az[_stadtteil_name]=Riederwald) を参照した。
- 3) OAGLZ 1439, fol.30 recto-30 verso : 「謄本。尊敬するべき聖霊病院の弁護士のいとも尊敬するべき都市金庫を被告とする、1822年1月31日に提起された訴えの抜粋。リーダーホーフの休閒地における十分の一税免除に関して。『このこと [十分の一税課税] については、1812年前においてはまったく話題ではなかった。そして、最古老らが回想する限りでは、どのように、リーダーホーフの休閒地において十分の一税が課税されたかは、完全に明らかになる。それは、付録 N 4 において呼称される証人らが、別添の立証条項について、ことがらの永久の記憶のために、都市改革法典第1部第35章の規定にもとづいて尋問される場合である。なぜなら、これらの証人のうちの幾人かが高齢であるがゆえに、[聖霊] 病院は、容易に、かれらの証言を奪われることがありえようからであ

る。それゆえに、わたくしは、原告財団の名において、もっとも恭しく、こう請願する。尊敬すべき裁判所は、1. まず、提案された証人らを、提出された〔立証〕条項について、ことがらの永久の記憶のために、正規に尋問させんことを。ついで、2. 被告である都市金庫は、リーダーホーフ所領における休閒地への十分の一税課税については権限がないこと、そして、それゆえに、かかる課税をまったくやめるべきであり；また、発生した訴訟費用を賠償することについて責めを負うことについて判決されんことを。これについて。博士〔ジギスムント＝パウル＝〕ヒーベ。以上の訴状にもとづいて、いとも尊敬すべき都市裁判所は、以下の決定を言い渡した。『通知。3週間以内に抗弁のための追加文書を添えて、そして、〔聖霊病院側訴訟代理人弁護士によって〕提出された立証条項について、質問状を提出すること。それは、〔聖霊病院側訴訟代理人弁護士によって〕提案された証人らが、かの立証条項のみについて尋問されることを避けるためである。...』フランクフルト1822年2月1日決定。この通知を承けて、都市金庫側訴訟代理人として、ヤッソイは、1822年3月2日、以下の抗弁をおこなった：「...さて、〔聖霊病院側訴訟代理人弁護士によって〕要求される証拠保全〔ことがらの永久の記憶のための証人尋問〕に関しては、わたくし〔ヤッソイ〕はこうコメントする。証人らがすでに高齢である、ということが、いかに嘘であるか。したがって、聖霊病院のためのかれらの証言が失われる、という危険は、根拠がない。とくに、全員が、目下なお、よき健康状態を享有するからである。それゆえに、ことがらの永久の記憶のための証人尋問の諸要件は、まったく欠如する。それは、ひとつが、あらゆる教科書から、そして、われわれの『改革法典』第1部第35章から察知できるところである。立証条項は、まったく些細である。云々。それゆえに、わたくしは、云々、尊敬すべき都市裁判所に、もっとも恭しく、すべての点において余計でかつ違法な、ことがらの永久の記憶のための証人尋問を却下するよう乞う。...」。OAGLZ 1439, fol.54 recto, Anl.No.1.都市裁判所は、1822年5月3日に、聖霊病院側訴訟代理人に、こう通知した。aa.O.fol.54 verso：「通知。...3週間以内に、再抗弁のための追加文書を添えて提出すること。そして、ことがらの永久の記憶のための証人尋問を求める申請が、この地の都市の改革法典第1部第35章の諸規定に従って、おこなわれたのよりも、より良く根拠づけられるべきである」。

聖霊病院対都市金庫事件について、フランクフルト都市裁判所それ自体が、その後、証拠保全についていかなる決定をしたのかは、確認できなかった。

聖霊病院側訴訟代理人弁護士であったジギスムント＝パウル＝ヒーベについては Dölemeyer, Frankfurter Juristen im 17. und 18. Jahrhundert, S.79を参照。生没年は、1770年-1845年。1816年から1825年にかけて、かれは、いくつかの慈善財団の顧問であった。1834年には、フランクフルトの若市長となっている。

4) OAGLZ 1439, fol.26 recto : 「... つぎのことは、まことに不可解である。おおいに称賛されるべき〔フランクフルト〕都市裁判所は、まさに、本件において、参審人メツラー氏の健康状態について、いつも有益な医学的鑑定を付与することができなかったのか。なぜなら、たしかに、〔フランクフルト〕都市裁判所は、他の訴訟事件、すなわち、聖霊病院対都市金庫事件においては、一方当事者〔聖霊病院〕のもっともあいまいな主張、すなわち、尋問されるべき証人らのうちの幾人かは、すでに高齢の状態にある、とのそれにもとづいて、全員の尋問を、しかも、まさに〔フランクフルト〕都市裁判所が、わたくしの〔メツラー氏の証人尋問〕申請を却下したのと同日に命じたからである。もちろん、ここ〔聖霊病院対都市金庫事件〕においては、参審人ではなく、たんに一般の農民が尋問されるべきであった。...」。

しかし、ひるがえって考えてみると、ヤッソイ自身が、聖霊病院対都市金庫事件では、証人が健康であること及び立証事項が些細であることを理由に証拠保全の却下を求めておきながら、シュテューデル美術館事件では、証拠保全としてのメツラーの尋問を求める、ということそれ自体に違和感を覚える。訴訟代理人弁護士なるものは自己の担当する複数の異なる事件にあって、相互に矛盾することを主張してよいものか。

## 7. 被告側訴訟代理人弁護士の主張

1822年6月22日、被告であるシュテューデル美術館理事らの訴訟代理人弁護士ヨーハン＝フリードリヒ＝ゲオルグ＝大シュリンは、四自由都市共通上級控訴裁判所弁護士ヨーハン＝エドアルド＝ネルティングを通じて、かのヤッソイの抗告に対する答弁書を提出した<sup>1)</sup>。

大シュリンは、ヤッソイによるメツラーの証人尋問申請を却下することを求めた<sup>2)</sup>。その理由は、以下のとおりであった。

第一に、『フランクフルト改訂改革都市法典』第1部第35章第2条によれば、証拠保全としての証人尋問は、証人が、重い身体虚弱または高齢の老衰した年齢にあって、その死亡が懸念される場合におこなわれる。しかるに、メツラーは、すこぶる健康であって、さほど高齢ではない。相手方訴訟代理人弁護士ヤッソイは、メツラーが、重い身体虚弱状態にある、という医師の



診断書を提出できなかった<sup>3)</sup>。

第二に、相手方訴訟代理人弁護士ヤッソイが求める証拠保全としてのメツラーの証人尋問は、メツラーが、シュテューデル美術館理事らから、相談を受けていたかどうかについてである。これは、それ自体、些細なことからである。なぜなら、遺言者シュテューデルの遺言から明らかなように、シュテューデル美術館理事らが、メツラーに相談するかどうかは、理事ら自身の判断に一任されたからである<sup>4)</sup>。

裁判所は、かように無益な証拠保全申請を、拒否するべきである<sup>5)</sup>。

また、ヤッソイが援用する聖霊病院対都市金庫事件での証拠保全としての高齢者らの証人尋問申請を、都市裁判所は、けっして認めたわけではなかった。これを認めたかのごとくに主張するヤッソイには、虚偽がある<sup>6)</sup>。

#### 注)

- 1) 典拠史料: OAGLZ 1439, fol.43 recto-55 recto. とくに fol.45 recto-46 verso : 「...しかし、相手方〔ヤッソイ〕が意図する証明は、...あきらかに些細なものである。なぜなら、〔シュテューデル美術館の〕理事諸氏は、シュテューデルの遺言第3条及びそれ以下の条文からすれば、かれらがなすべきことについて完全に権限を持ち、そして、かれらが、外部の助言を、役に立ち、かつ目的にかなっていると見えるであろう諸々のケースにあって、参審人メツラー氏のところに赴くのは、たんに、理事諸氏に一任されているにすぎないからである。...『改革都市法典』の既述の章〔第1部第35章〕第2条では、こう規定されている。その他には、いかなる異議も存在しない、という前提のもとですら、ことがらの永久の記憶のための証人尋問は、証人らが重い身体虚弱または高齢の老衰した年齢を負っており、したがって、かれら証人については、死亡という結末が間近であろう場合においてのみ許されてよい。さて、証人と称される参審人メツラー氏は、都市〔フランクフルト〕で周知のように、そして、相手方〔ヤッソイ〕自身が認めるように、すこぶる良好な健康を有し、そして、さほど高齢ではない。...」。
- 2) OAGLZ 1439, fol.57 recto : 「...気高い上級控訴裁判所は、原審の決定を確認し、相手方氏〔ヤッソイ〕をもまた、わがまま勝手に惹起された費用の賠償について有責と判決し、そして相手方氏の犯罪を処罰することを、畏くもおこな



われんことを」。

- 3) OAGLZ 1439, fol.46 verso-47 recto.
- 4) OAGLZ 1439, fol.49 verso : 「... シュテーター氏は、その遺言で、参審人メツラー氏との協議を、もっぱら、理事諸氏の随意に委ね、そして、したがって、かかる協議を無条件に規定したのではないからである。...」。
- 5) 大シュリンは、ここで、根拠文献として、Karl von Grolman, Theorie des gemeinen Verfahrrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 4.Aufl., Giessen 1819, S.258, §.164, Anm.(2)を援用する : 「ところで、[ことがらの永久の記憶のための証言が] 許されることについては、本来的には、いかなる手続きもおこなわれないし、また、原則として、申請にもとづいて、永久の記憶のための立証が許され、拒絶の決定がおこなわれることはできない。なぜなら、この立証は、立証する側の費用負担でおこなわれるのだから、たとえ、かかる立証が、証拠手続きにおいて、些細であると宣告されるべきであったであろうにせよ、相手方にとっては有害とは、けっしてなりえないからである。しかし、あきらかに無益な諸行為のために濫用させることは、裁判所に要求されることができない。したがって、わたくしは、たしかに、こう考える。要求される立証は、それが、あきらかに、表示された立証のテーマにとって許されないように見える場合には、法的に拒絶されることができる」。
- 6) OAGLZ 1439, fol.49 verso-51 recto : 「... [1822年] 2月1日に、[フランクフルト都市裁判所の] 決定が出た。相手方 [聖霊病院訴訟代理人弁護士ヒーベ] の [証拠保全の] 申請が却下された。なぜなら、フランクフルト改革都市法典によれば、ことがらの永久の記憶のための証明をおこなうことを正当化する理由は存在しないからであるし、あるいは、提出された立証事項は、些細であるからである...」。

## 8. 四自由都市共通上級控訴裁判所の判断

### (1) 報告判事ミュラーの意見

1822年10月11日、四自由都市共通上級控訴裁判所判事ゲオルグ＝ジギスムント＝ミュラーは、意見書 Gutachten および判決案を提出した<sup>1)</sup>。

その判決案は、あらまし、こうであった<sup>2)</sup>。

第一に、メツラーの年齢67歳からすれば、証拠保全としての証人尋問は、その要件を充たしている。

第二に、しかし、本件における証明事項は、些細であって、重大ではない。

結論として、1822年3月8日フランクフルト都市裁判所判決を確認する。

以下、詳述する。

第一に、メツラーの年齢67歳は、証拠保全として証人尋問をする要件の1つ「証人が高齢であること」に該当する、ということについて、である。ミュラーは、ガイル『考察』<sup>3)</sup>やマルティン『民事訴訟法教科書』<sup>4)</sup>に依拠して、50歳以上をもって、「高齢」と判断した。メツラーは、67歳であったから高齢者に該当する。メツラーが病気であるかどうかは、高齢とは別の問題である。メツラーが健康であって病気ではないことは、高齢ゆえに証拠保全としての証人尋問を実施することを妨げない<sup>5)</sup>。

第二に、しかし、かのヤツソイが申し立てた証明事項は、些細である。その理由は、ほぼ以下のとおりであった。メツラーの助言を仰ぐか否かは、シュテューデルの遺言によれば、遺言者シュテューデルのたんなる願望であって、命令ではない。ここで、信託遺贈のルール、すなわち、命令形が用いられていなくても、信託遺贈は履行されねばならない、というルールは、あてはまらない。さらに、シュテューデル美術館の理事らがハイデルベルク大学法学部に、シュテューデルの遺言に関して意見を求めたことは、かの理事らになんらの責任をも負わせるものではない<sup>6)</sup>。最後に、原告側訴訟代理人が、証拠保全としてメツラーに対して証人尋問を企図する事項それ自体が、まったく無益である。メツラーが、シュテューデル美術館理事らに助言をおこなったかどうかは、シュテューデル美術館訴訟事件の結果には、まったく影響を及ぼしえない<sup>7)</sup>。

原告側訴訟代理人ヤツソイが、フランクフルト都市裁判所は、かの「聖霊病院対都市金庫事件」について、証拠保全としての証人尋問を、対象者が「農民」であるがゆえに認め、本件にあっては、メツラーが「参審人」なるがゆえに認めなかったと説いた。これについては、ミュラーは、都市裁判所は、「聖霊病院対都市金庫事件」では、証拠保全としての証人尋問を認めてはい

ない、としてヤッソイの虚言を非難した<sup>8)</sup>。

## （２）四自由都市共通上級控訴裁判所の判断

1822年11月14日、四自由都市共通上級控訴裁判所は、判決を言い渡した。その結論は、報告判事ミュラーの意見書とはことなっており、原告側訴訟代理人弁護士ヤッソイの上告を認め、本件を、フランクフルト都市裁判所に差し戻すものであった<sup>9)</sup>。

第一に、メツラーの年齢について、である。判決は、ミュラーの意見書と同様に、50歳以上をもって、証拠保全としての証人尋問の対象となると判断した<sup>10)</sup>。加えて、こうした判断にあたっては、衡平な、裁判官の裁量が働くと言っている<sup>11)</sup>。

第二に、証拠保全とは、1つの特別の手続きである。この特別の手続きは、正規の証拠調べ前に存在する。この時点にあつては、いったい何が本案訴訟で争点になるのか未定である。証明事項が些細であり無益であることが、毫も疑いがないケースについては、証拠保全としての証人尋問は許されるべきではない。しかし、本件においては、シュテューデル美術館理事らがメツラーの助言を仰がなかったことが、シュテューデル美術館理事らの責任に関していかなる効果を持つかを、いまだ判断することができない。本件にあつては、シュテューデル美術館理事らが、メツラーの助言を仰いだ、ということの立証が、理事らの責任回避の根拠とされる可能性がある。また、逆に、理事らが、メツラーの助言を仰がなかった、ということの立証が、理事らの責任を追及する根拠となる可能性がある。それは、些細な証明事項とは言い難いのである<sup>12)</sup>。

注)

- 1) OAGLZ 1439, fol.64 recto-68 verso.判事ミュラーが作成したことは、fol.68 verso から判明する。
- 2) OAGLZ 1439, fol.69 recto-70 recto :「... 判決理由の素描。1. かの証人 [メツラー] の年齢 [67歳] は、なるほど、ことがらの永久の記憶のために、この証人を尋問することを許すものとする。2. しかし、証明事項は、些細である」。
- 3) Andreas von Gail, *Practicae observationes libro duo*, Colonia Agrippina 1721, p.161, lib.1. *Observatio* 92. n.7 :「ところで、誰が高齢者と言われるのか。博士らの意見は、区々である。：しかし、このことは、裁判官の裁量に委ねられるべきだ、というのが、通説である。... 50歳が、帝室裁判所においては高齢者と評価され、そして、ことがらの永久の記憶のための証人として認められる。50歳未満者は、多くの場合拒絶される。...」。
- 4) Christoph Martin, *Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes*, 2.Aufl., Göttingen 1805, S.421, §.304, Anm.(b)「通常、ひとは、証人らの50歳の年齢より以上にあつて、[証人が失われる] 危険が存在すると認める」。
- 5) OAGLZ 1439, fol.66 verso :「... 高齢と病気とは、2つの相互にまったく区別される理由である。それゆえに、ひとは、一定の年齢一般を仮定しなければならない。：そして、この点においては、地域の裁判所は、[神聖ローマ] 帝国最高裁の判例に従う、というのが、理にかなったことである。これらの最高裁の判例は、満50歳の年齢を、すでに、やがて逝去するという懸念を惹起する年齢だと見るのである。...」。
- 6) OAGLZ 1439, fol.67 recto.

原告側訴訟代理人は、I.2.23.§.1を援用して、シュテューデルの遺言第4条は、一種の信託遺贈として、シュテューデル美術館理事らに、メツラーの助言を仰ぐことを要請していたものであつて、これは、履行されるべきであつた、と主張した。これに対して、シュテューデル美術館理事らは、かの第4条は、信託遺贈とは無関係であり、しかも、Höpfner, *Institutionen*, §.608, note 1によれば、信託遺贈のルールは変則法であつて、法文が明示しない他のケースに拡大してはいけなと批判した。OAGLZ 1439, fol.45 verso.

I.2.23.§.1 :「したがつて、つぎのことが知られるべきである。すべての信託遺贈は、当初は、無効 *infirmum* であつた。なぜなら、誰も、その意に反して、それについて、かれが懇願されたことを給付することを強制されなかつたからである。なぜなら、[遺言者らが] 残し、遺言にもとづいて取得することができたであろう者たちの信義に託したとすれば、ある者たちには、相続財産または遺贈を残すことができなかったからである。そして、それらが信託遺贈と呼称されたのは、けだし、それらは、法の鎖によってではなくて、たんに、懇願

された者たちの廉恥に含まれたからである。その後、神皇アウグストゥスが、ひとたび、そして、再三、人々の恩恵のために動かされて、あるいは、誰かが、かれ自身の福利によって懇願されたと言われたがゆえに、あるいは、ある者たちの重大な不誠実さのゆえに、コーンスルらに、かれの権威を介在させることを命じた。このことは正義にかなっていると見られ、そして、国民的なことであった。それゆえに、それは、次第に、頻繁な判例に転換された。：そして、ひとえに、信託遺贈について優遇された。その結果、次第に、信託遺贈について法を宣告する特別の法務官が創設された、この法務官は、信託遺贈係「法務官」と呼ばれた」。テキストは、Gebauer-Spangenberg 版 tom.1, I., p.40に拠った。

Ludwig Julius Friedrich Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über Heineccischen Institutionen, Frankfurt am Main 1803, S.684, §.608, Anm.(1)では、変則法云々についての該当箇所を見つけることができなかった。

- 7) OAGLZ 1439, fol.67 recto-68 recto : 「... 証明事項が些細である。... メツラー氏との協議は、理事らの裁量に一任されていて、したがって、[シュテューデル] 遺言の第 4 条において表示された願望をおこなわなかったことは、いかなる法的効果をも持つことができない。... 理事らが、ハイデルベルク [大学] 法学部から 1 つの鑑定意見を与えられた、ということは、妨げない。なぜなら、これは、ましてや、法律問題について取り寄せられたからである。遺言者[シュテューデル] の願望は、きわめて一般的な表現で作成されており、したがって、[シュテューデル美術館] 理事らが、メツラー氏からではなく、誰かある者から別途助言を引き出すことを意欲した、という事情は、理事らをけっして責任あるものとはしない。... [シュテューデル美術館] 理事らが、メツラー氏の助言を乞わなかったので、という立証責任が、上告人 [ヤッソイ] にあるのではなく、メツラー氏と協議したので免責される、ということの証明責任が、[シュテューデル美術館] 理事らにある。... [シュテューデル] 美術館理事らが、何かをおこない、それについてメツラー氏が助言したこと、そして、何らかの不利益があったことが証明されない場合には、[シュテューデル美術館] 理事らは、責任ありとは見られることができない」。
- 8) OAGLZ 1439, fol.67 recto : 「... [フランクフルト] 都市裁判所は、援用された [聖霊病院対都市金庫] 事件においては、ことがらの永久の記憶のための証人尋問を許さず、[都市金庫側の訴訟代理人弁護士] ヤッソイ博士は、都市裁判所の覚書にもとづいて、相手方 [聖霊病院] に、これらの証人尋問申請を、よりいっそう理由づけることを求めた」。
- 9) 典拠史料 : OAGLZ 1439, fol.72 recto.判決の署名からすれば、裁判官は、アルノルト=ハイゼ、ヨーハン=フリードリヒ=ハッハ、ゴットフリート=サミュエル=ミュラー、アルブレヒト=シュヴェツペ、フリードリヒ=クロプそして

カール＝グスタフ＝アドルフ＝グルナーであった。aa.O., fol.72 verso.

- 10) OAGLZ 1439, fol.74 verso. 50歳高齢者説の根拠としては、以下の立法及び学説を援用する。

Die Ordnung des Königlichen Ober-Appellations-Gerichts zu Celle, herausgg. von Theodor Hagemann, Hannover 1819, S.143-144, Theil 2. Tit.8. Sect.1. §.38 : 「控訴人または原告が、以下のことがらについて疎明する。なぜ、かれは、その控訴または訴えを提起せず、または、その事件を継続させず、または、立証に速やかに到達することができないか、あるいは、相手方が、かれを、その事件において不当に抑止するか、あるいは、証人が、あるいは、懸念されるべき、死亡と結びつく病氣、虚弱な身体状態、50歳以上の高齢を負っているがゆえに、遅滞の危険がある。...かかる場合およびこれに類する、法において許される場合には、立証者が、立証諸事項を、証人らおよび裁判管轄区域を表示したうえで提出し、そして、これらの事項が、考量のうえで、重大だと判断されるときには、ことがらの永久の記憶のための証人尋問についての権限が決定されるべきである。...」。

Christoph Martin, Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, §. 304, Anm.(b).これについては、本章前注 4 を参照。

Georg Adam Struve, Syntagma Iuris Civilis cum additionibus Petri Mülleri, pars altera, Francofurti et Lipsiae 1698, p.272, exerc.28.lib.22.tit.5. §.43. n.μ). IX : 「原告は、かれが、ことがらの永久の記憶のための証人らの尋問を求めるときには、正当な、かつ疎明する原因を提出するべきである。このたぐいの[原因]に属するのが、1)証人が、高齢者すなわち50歳と評価されるべき場合である。...しかし、高齢者の年齢を判定するのは、裁判官の裁量に委ねられる。...」。

- 11) 論拠としては、Samuel Stryk, de jure sensuum tractatus, ed.nova, Francofurti ad Viadrum 1737, S.381, dissert.8. cap.2. n.14 : 「...しかし、より正しくは、このこと[高齢者の判定]それ自体は、裁判官の裁量に委ねられる。裁判官にとっては、諸事情及び証人の状態から、永久の記憶のために尋問することを決定することは、もっとも容易であろう。...」。
- 12) OAGL 1439, fol.77 recto-fol.77 verso : 「...本権訴訟は、いまだ判決されてはいない。控訴人の請求が本権訴訟において棄却されるかどうかについては、いまのところ、判断することができない。むしろ、反対のことについての法的な可能性がある。そして、被控訴人らが、かれらの理事としての諸行為に関して、かれら自身の財産から責任があると宣告されうであろうことは、たしかに考えることができる。そして、被控訴人らは、[シュテーデルの]遺言の第4条からすれば、市長メツラー氏から、より重要な管理の諸々のケースにおいて助言を受けることについて責めを負っているかどうか、という問題がある。同様に、このメツラー氏と相談しないことが、被控訴人ら自身の責任にとって、い

むすび

(41)



であって、証拠保全の申請を却下するべきだ、という意見書を提出した。これに対して、かのリ्यूベックなる裁判所は、67歳はすでに「高齢」であること、そして、証人尋問の対象が些細であるかどうかはまだ確定していないことを理由に、原審の判断を覆し、本件をフランクフルト都市裁判所に差し戻した。

本件がフランクフルト都市裁判所に差し戻された後、どうなったかは不明である。

この証拠保全をめぐる争いの背景には、以上の論述から知られるように、カノン法 X.2.6.5 についての注釈以来のヨーロッパ法史における学説及び立法の伝統が横たわっていた。本件で直接の準拠法源となった『フランクフルト改訂改革都市法典』もまた、この伝統に棹差すものであった。シュテューデル美術館事件における証拠保全の問題を取り扱うにあたっては、かの伝統を抜きにしては、この問題の意味を理解することができない。「ことがらの永久の記憶のための証明」に関する立法が、その後、ドイツにあっては、「証拠保全」に関する立法へと繋がる<sup>1)</sup>。

西洋法伝統の中でシュテューデル美術館事件を理解することは、言うは容易くして、おこなうに難い。今後の研鑽を決意するほかはない。

## 注)

- 1) シュテューデル美術館事件前後、18世紀末ないし19世紀ドイツにおけるいくつかの民事訴訟法典ないし草案にあっても、証拠保全は、ことがらの永久の記憶のための証明と呼称されて規定された。以下参照することができた分について紹介する。なお、とくに①は長文だが、手続きの細目を教えるがゆえに、敢えて引用しておく。:

① Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten, Erster Theil. Prozeßordnung, Berlin 1822 [1793年版に補遺を付した1816年版], S.718-726, Tit.33.§.1-29:「永久の記憶のための証拠調べについて。第1条。係争事実であって、そこから、一定の権利または抗弁が由来するべきものについての証拠調べ

は、訴訟が係属し、そして、訴訟状態が規律された後でおこなわれることができる、というのが、一般的原則である。諸法律は、この一般的原則について、1つの例外を許す。それは、訴えが提起されうるか、または訴訟状態が規律されうるまでに、調べられるべき証拠方法が失われる、という蓋然性ある危険が存在する場合である。かかる場合においては、この証拠方法を将来用いることを意欲する者には、永久の記憶のために、証人によるのであれ、あるいは、目視できる証拠によるものであれ、証拠調べを請求することが許される。第2条。そのさい、手続きは、本案訴訟がすでに係属していて訴訟状態の規律のみがなお抑止されているか、または、本案訴訟それ自体が、なおはじめて提起されるべきであるかで、区別されるべきである。第3条。後者のケースにおいては、永久の記憶のための証拠調べを請求する権限ありと見る者は、申立人がその裁判籍を持つ裁判所にか、または、訴訟の対象を成す物が存在する裁判所に申し、そして、かれの申請を書面で提出するか、または記録させねばならない。第4条。この訴訟において、被申立人としては、つぎの者が見られるべきである。この者は、本案訴訟がただちに提起されることができであろうならば、被告の地位を引き受けねばならないであろう。；たとえば、レーエンまたは家族世襲財産におけるごとくに、将来はじめて提起されるべき本案訴訟において、まさにこの者が被告として見られるべきであろうかどうかがお不確実である場合ですら、同様である。第5条。かかる申請を理由付けるためには、以下のことがらが要件である。：1）証明の対象となるべき事実それ自体が明確に表示されること。；2）なぜ、本案訴訟がいまだ提起されえないかについての相当な原因が述べられること。；3）これまで、そして、よりいっそう滞ると、証拠方法が失われるかもしれない、という懸念についての蓋然性ある諸理由が述べられること。申立人は、とくに、最後に（第3号）述べた理由を、それらが事実に依拠し、そして、なにか公知ではない限りで、蓋然性ある証拠またはその他の方法によって、より詳細に説明しなければならない。第6条。裁判官は、こうして提出された申請について、それがそれ自体許される、そして、法定の諸要件を具備しているかどうか、入念に審査しなければならない。第7条。この審査にあって、なぜ、訴訟がいまだ係属されることができないかについて述べられた原因が、まったく許されずかつ些細であるか、または、証拠方法の目前の喪失についての懸念が、理由のないものであり、かつ急を要しないものであると判断される場合には；申立人は、書面による決定によって、このことに関する理由を挙げたうえで、その申請を却下され、そして、本案訴訟それ自体をおこなうか、または待つように指示される。第8条。これに対して、申請それ自体については、異議が述べられるべきではない場合には、事情に応じて、証拠を実際に調べることが、指揮する裁判官自身によっておこなわれることができるか、または、外部の法律委員もしくは申請されるべき他の裁判官によつ

ておこなわれることができる。第9条。前者のケースにおいては、この証拠調べに関して、必要なことがただちに処分されねばならない。そして、したがって、証拠調べのための期限が設定され、このための鑑定人もまた任命され、そして、召喚状が、この鑑定人に宛てて差し出されねばならない。第10条。裁判官は、同時に、申立の申請を、被申立人に通知し；被申立人におこなわれた処分について知らせ、そして、つぎの一定の期日を定めねばならない。この期日において、被申立人は、通知を与える派遣委員に申告し、そして、かれが、事件において、とくに、申立人によって述べられた事実関係（事実の種）について、もしくは、証拠方法の質について異議として申し立てるべきことを、記録として表示することができる。第11条。この期日は、原則として、証拠調べがおこなわれるべき時よりも、いくぶんより早く出頭できるように設定されねばならない。第12条。被申立人が、この期日にまったく申告しないときは、このかれの不申告が、一件書類についてのたんなる台帳によって記載され、そして、証拠調べは、申立において述べられた事実関係（事実の種）の開始の後に、中断なく続けられる。第13条。これに対して、被申立人が申告するときは、かれは、任命された派遣委員によって、かれの意見をただちに記録として聴取されねばならない。第14条。被申立人が、申立人によって述べられたとおりの事実を、明白に自白する場合には；そのままになり、そして、それ以上、証拠調べは、不要である。第15条。被申立人が、事実を自白しない場合には、かれの意見は、ただ、以下のことを内容としうる。あるいは、かれは、事実それ自体を、些細として述べるか、もしくは、仮の証拠調べについて申立人によって述べられた諸理由を、許されないものとして述べる。；または、かれは、申立人によって述べられた事実関係（事実の種）についていくばくか異議を述べるか、もしくは、そのほかに修正するべきだと考える。；または、おしまいに、証拠方法の質に対して、何ほどこ、異議を申し立てるべきである。第16条。事実それ自体に対するか、または仮の証拠調べの諸理由に対する異議でもって、なるほど、被申立人は、記録として聴取されねばならないが、しかし、これについては、いかなる訴訟も判決も許されるべきではない。むしろ、証拠調べ手続きそれ自体がさらにおこなわれねばならない。；なぜなら、第7条で規定される裁判官の仮の審査が、すでに、かかる申請は、けっしてあらゆる法的な理由なしにおこなわれるわけではない、ということに関して配慮し、しかし、その他に、証拠調べそれ自体からは、被申立人には、けっして、いかなる本質的な不利益も生じることができないからである。；なぜなら、被申立人のためには、事実の重大さに対する、証明の種類に対するすべてのかれの異議が、そして、そのほかに、かれの必要を考慮することに属することが、将来の本案訴訟におけるより詳細な陳述に留保されつづけるからである。第17条。被申立人の異議が、かれが、申立人の事実関係（事実の種）についてなにか異議を述べる

か、または、補充するべきである、という点にある場合には；派遣委員は、このことをしかるべく取り調べ、事実についての諸事情をそのさいに検討し、そして、それらを、申立人によって述べられた陳述と一緒に取りまとめて、争われる事実についての訴訟の状態を規律しなければならない。；それは、ついで、証拠調べそれ自体にあって、双方の陳述を、しかるべく考慮することができるようにするためである。第18条。おしまい、被申立人が、証拠方法の質に対して、とくに、証人の人格に対して異議を持つ場合には；この異議が依拠する事実が、しかるべく検討されねばならない。；被申立人は、このことについて聴取される。；そして、当事者らが一致しないときは、よりさらなる審理が、被申立人の要求する限り、第10章第234条以下の規定にしたがって、証拠調べと一緒に処分されねばならない。第19条。しかし、この異議の諸原因については、ここでは、通常訴訟におけるのと同様に、特別の判決はおこなわれない。；申立人は、事件の将来の審理にあっては、仮の証拠調べによって探究される事実を用いるが、それと同じことは、被申立人についても、証拠方法の質に対する、仮に審理された異議について生じうる。…[第20条ないし第25条は、他の裁判官のところで手続き及び本案訴訟開始後の手続きにつき省略]…第26条。証拠調べそれ自体にあっては、この場合に、第10章第4節及び第6節に含まれる諸規定が遵守されるべきである。本案訴訟がいまだ係属していないか、または、その他に、当事者らが、または、しかし、被申立人が、自ら選任した受任者または補佐人をいまだ添えられていない場合には、第10章第219条以下の規定に従って手続きされねばならない。第27条。記載された記録については、双方当事者のために、謄本が作成される。；しかし、原本は、台帳に保管され、そして、申立人には、その収録について認証が付与される。第28条。永久の記憶のための証拠調べは、つねに、申立人の費用負担でおこなわれる。；しかし、申立ては、かれが将来、本案において勝訴判決を受け取る場合には、かの費用の償還を申し立てる権限を持つ。第29条。さて、ついで、本案それ自体が正規の法的な審理に到達する場合には、裁判官は、そこで生じる事実の探究にあたって、これらの記録を用いなければならない。いかなる範囲において、これらの記録が、かかる事実を、完全にまたは一部明らかにするか；何が、それらの記録に、証明力の程度に関して付与されるべきか；いかなる範囲で、ひょっとしたら、なお存在する証人の、その場合により詳細な、かつより煩瑣な事実について、かれのすでにおこなわれた宣誓を思い出したうえで、再度尋問されるべきか？以上すべてのことは、裁判所によって、それぞれのケースの諸事情の状態に応じて、吟味され、かつ判断されねばならない。

② Entwurf der Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, München 1825, S.136-137, §.407-414：「第407条。より長く遅延すれば、証明が失われるかまたは困難になる、という危険が疎明されるときには、各当事者は、

裁判手続きにおいて、証拠調べを始める前に、あまつさえ、訴訟開始前においてすら、永久の記憶のための立証を申請することができる。第408条。申請する者は、証拠調べの対象とされるべき諸事実を特定して述べ、かつ、このことについての立証に速やかに取り掛からねばならない。第409条。この申請は、訴訟が係属されるべき裁判所において提起されるべきである。ただし、きわめて急迫の危険があるときは、証明を、もっとも迅速に提起できる裁判所に提起されるべきである。第410条。裁判所は、この申請の許可を、相手方当事者の意見を聴くことなく審査するべきである。そして、申請が認められるときには、相手方に、このことについて知らせ、また、これをもって、証拠調べのために必要な処分をただちに義務付けるべきである。第411条。この証明にあってもまた、証拠方法すべてに適切な手続きを遵守するべきである。ただし、期限が、危険の程度に応じて短縮されるばかりか、裁判官は、きわめて急迫の危険があるときは、すべてのそれにそぐわない通知を省略することができる。相手方が、証拠調べのために召喚されることができないときは、できるかぎり法律を専門とする代理人が、相手方のために任命されるべきである。証明の許可および証明の効力に対する異議は、将来の証明に留保される。第412条。永久の記憶のために記載された証拠調べないし証人尋問の記録は、当事者が、それにもとづく立証と呼ばれるまで、裁判所に保管されるべきである。これらの記録のそれぞれについて、請求に応じて謄本が作成されるべきである。第413条。宣誓があつては、遅延の危険のゆえに、疎明にもとづいて、宣誓がおこなわれる。第414条。永久の記憶のための証拠調べを求める申請は、相手方の責務としてある証明責任の免除としては見られるべきではない。

③ Entwurf einer allgemeinen deutschen Civilproceßordnung für den deutschen Bundesstaaten Nach den bei der zweiten und letzten Lesung gefaßten Beschlüssen, Hannover 1866, in: Protokolle der Commission zur Berathung einer allgemeinen Civilproceßordnung für die deutschen Bundesstaaten, Anlagen, Bd.18, Hannover 1866, S.67-69, §.311-321 : 「永久の記憶のための証明。第311条。証拠方法が失われること、または、証拠方法の将来の利用が困難になりうるであろうことを、理由をもって懸念する者は、訴訟がいまだ始まっていない場合にもまた永久の記憶のための証拠調べを申請してよい。この規定は、書証及び宣誓による証明には適用されない。第312条。証拠調べの申請は、訴訟が係属している裁判所に提起されるべきである。；しかし、急迫の危険がある諸ケースにおいては、尋問されるべき証人が滞在するか、または、検分されるか、もしくは鑑定されるべき目的物が存在するべき管区の個別裁判所にもまた提起されることができる。訴訟がいまだ係属していない場合には、この申請は、上記の個別裁判所に提起されねばならない。第313条。申請は、以下を含まねばならない。1) 相手方の表示；2) 証拠調べの対象となるべき事実の説明；3)

個々の証拠方法の表示；4）証拠方法が失われることまたは証拠方法の利用が困難となることについての諸理由の叙述。これらの理由は、必要なときは、疎明されるべきである（第446条）。第314条。申請については、協議会議で決定をおこなわねばならない。裁判所が、この申請を許されるものと判断するときには、裁判所は、証拠調べのための日程を取り決める。申請を認める決定に反対する上訴は、許されない。第315条。立証者は、事情からして可能であるときには、相手方を、申請及び申請についておこなわれた決定を通知したうえで、証拠調べのために取り決められた日程で召喚させねばならない。第316条。相手方の欠席及び相手方の召喚がおこなわれたことの証明の欠如は、証拠調べを妨げない。第317条。証拠調べに対する異議が斟酌されるべきであるのは、ただ、これらの異議が、証拠方法の許されることに関わる場合に限られる。主張される異議を却下する裁判官の決定に対する上訴は認められない。本節の規定は、その異議を、訴訟の通常の経過においてまったく範囲で主張する、という相手方の権利を妨げない。第318条。永久の記憶のための証拠調べは、証拠調べ一般に関して適用される諸規定の規矩に従っておこなわれる。しかし、このことについては、つねに記録を作成し、かつ確認のために読み上げるべきである。第319条。証拠調べについて作成した記録は、この証拠調べを命じた裁判所に保管するべきである。各当事者は、より後の手続きにあって、これらの証拠調べを利用する権利を持つ。；この権利の行使は、証拠の申立に関して規定される期限にのみ拘束される。しかし、立証者の相手方が、永久の記憶のための証拠調べのために取り決められた日程に出頭しなかったときには、立証者は、より後の手続きでは、ただ、相手方を適時に召喚することがおこなわれたこと、または、立証者の責めなしにおこなわれなかったことを、立証者が証明する場合にのみ、利用することができる。第320条。裁判所は、より後の手続きにおいては、職権でもってまた、永久の記憶のために調べられた証拠の再度の証拠調べまたは補充を命じることができる。第321条。立証者は、永久の記憶のための証拠調べによって生じた費用を、仮に支払わねばならない。ただし、それが、相手方の理由なき異議によって生じたときは、この限りではない」。

以下の④は、上で掲載した③と酷似した規定を持つ：

④ Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes, Berlin 1869, Bd.2, S.905-908, §.436-447.

以下の⑤もまた、上で掲載した③と類似した規定を持つ：

⑤ Die Neue Justizgesetzgebung des Königreichs Württemberg, Amtliche Handausgabe, II.Bandes I.Abtheilung, Stuttgart 1869, S.93-95, Art.445-457：「第445条。証拠方法が失われるかまたは証拠方法を将来において用いることが困難となりうるという懸念に理由があるときは、永久の記憶のための証拠調べを



申請してよい。この規定は、書証および宣誓による証明には適用されない。第446条。申請は、訴訟が係属している裁判所に提出されるべきである。訴訟係属前のときまたは危険がきわめて急迫しているときには、証拠申請がもっとも迅速に、もしくはもっとも確実におこなわれうる上級区裁判所にもまた、申請をおこなってよい。必要ならば、区裁判所管轄の都市外にある地域の公権力にすら、申請することができる。第447条。申請は、以下のものを含まねばならない。1) 相手方の表示。；2) 証拠調べの対象となるべき事実の申述。；3) 個々の証拠方法の説明。；4) 証拠方法の喪失またはその使用が困難となることの懸念を正当化する諸理由の説明。；これらの理由を疎明しなければならない。第448条。申請については、協議会議で決定をするべきである。申請許可決定に対しては、上訴はおこなわれない。申請却下の決定に対しては、抗告がおこなわれる。第449条。申請が許可され、かつ理由ありと判断されるときは、ただちに、相手方に通知して、立証のための出頭が命じられる。第450条。相手方が召喚されたが、相手方が出頭しないにせよ、立証は妨げられない。第451条。証明調べに対する相手方の異議は、それが証拠方法の許可に関わる限りでのみ斟酌されるべきである。この異議を却下する裁判官の処分に対しては、上訴はおこなわれない。反対の場合には、第448条末尾の項が適用される。第452条。相手方が、訴訟の通常の経過において、その異議を全範囲で主張するという相手方の権利は、前条〔第450条〕の規定によっては妨げられない。第453条。召喚された証人が出頭しないことは、証拠調べを妨げない。ただし、証人欠席において、証拠方法の許可に対するただちには非難されるべきではない異議が申し立てられ、この場合に、証人尋問が開始されるべき場合はこの限りではない。第454条。永久の記憶のための証拠調べは、証拠調べ一般に関して適用される規定を基準としておこなわれる。第455条。証拠調べにもとづいて作成される記録は、証拠調べを命じた裁判所に保管される。各当事者は、より後の手続きにあって、この証拠審理を用いる権利を持つ。；この権利の行使は、立証開始に関して規定される期限にのみ拘束される。第456条。訴訟裁判所は、より後の手続きにおいて、職権によってもまた、永久の記憶のために採用された証拠の再度の調べまたは補充を命じることができる。第457条。立証する当事者は、永久の記憶のための証拠調べによって発生した費用を、仮に支払わねばならない。ただし、その費用が、相手方の理由なき異議によって発生したときは、この限りではない」。

⑥ Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst Begründung. Im Königlich Preußischen Justitz-Ministerium bearbeitet, Berlin 1871, S.103-105, §.409-417:「永久の記憶のための証明」という用語が、「証拠保全」die Sicherung des Beweises に置き換えられている。:「第409条。物証 Augenschein 調べ及び証人尋問は、証拠方法が失われるかまたはその利用が困難になるという懸念の



ゆえに、証拠保全のためにおこなわれることができる。第410条。この申請は、訴訟が係属している裁判所に提起されるべきである。；この申請は、裁判所書記のところで記録のために表示されうる。この申請は、急迫の場合においては、尋問されるべき人々が滞在するか、または検分されるべき目的物が存在する場所を管轄する区裁判所においてもまた提出されることができる。申請は、訴訟係属前にあつては、上記区裁判所に提出されねばならない。第411条。申請は以下を含まねばならない。1）相手方の表示。2）証拠調べがおこなわれるべき事実の表示。3）尋問されるべき証人を指定したうえでの事実の表示。4）証拠方法の滅失またはその利用が困難になることの懸念を正当化する理由の説明。この理由は、疎明されるべきである。第412条。この申請についての判断は、事前の口頭弁論なしにおこなわれることができる。この申請を認める決定においては、証明がおこなわれるべき事実及び証拠方法が、尋問されるべき証人及び物証調べのさいにあるいは召喚されるべき鑑定人を指定したうえで、表示されるべきである。この決定に対する異議はおこなわれぬ。第413条。立証者は、その事件の事情からしておこなうことができる限り、相手方を、決定及び申請の謄本の送達付きで、証拠調べのために決定された期日に、相手方が、この期日に、その権利を覚知しうるように適時召喚する義務を負う。この規定が遵守されなくとも、証拠調べは妨げられない。第414条。証拠調べに対する異議は、証人もしくは鑑定人の尋問が法律上許されることが主張され、かつ、このように許されることがただちに明らかになる限りでのみ考慮されるべきである。第415条。別段の定めが、本章にない限りで、証拠調べは、当該証拠方法調べ一般に関して適用される規定にもとづいておこなわれる。証拠調べについての記録は、この証拠調べを命じた裁判所で保管するべきである。第416条。各当事者は、訴訟における証拠調べを利用する権利を持つ。相手方が、証拠調べをおこなった期日に出頭しなかったときは、相手方が期日に適時に召喚されたか、または、立証者が、適時の召喚は、立証者の責めによらずしておこなわれなかったことを疎明した場合に限り、立証者は、証拠調べを利用することができる。第417条。立証者が、相手方を表示しないときには、立証者が、その責めによらずして相手方を表示できなかったことを疎明した場合に限り、申請は認められる。申請が認められないときには、裁判所は、不知の相手方のために、証拠調べにおけるかれの権利に配慮するために、代理人を指名できる。

⑥の草案理由によれば、証拠保全での証拠調べの証拠としての効力は、カノン法での規定とはことなつて、一定の期間（1年）に限定されない。a.a.O.S.357.

## 『フランクフルト改訂改革都市法典』 第 1 部第35章試訳

テキストは、Der Statt Franckfurt am Mayn erneuerte Reformation wie die in Anno 1578. außgangen und publicirt, Jetzt abermals von newem ersehen, an vielen unterschiedlichen Orten geendert, verbessert und vermehrt, Frankfurt am Main 1611 (福岡大学中央図書館ヨーロッパ法コレクション所蔵本 請求番号322.3/CF44/1) fol.57 verso-58 verso に拠った。

[57 verso]

[永久の記憶のために尋問されるべき証人らについて]

第35章。

永久の記憶のために尋問される証人らについて。

第 1 条。

正規の訴訟からすれば、証人らは、ただ、争点決定後において、そして、当事者らが、立証について許された後においてのみ、尋問されるべきである。：しかし、つぎの諸々のケースが生じる。これらのケースにおいては、必要が、証人招致および証人尋問を、争点決定の前でもまた許すことを要求する。

第 2 条。

すなわち、証人らが、より重大な身体虚弱または高齢を負っているか、または、死に至る流行病の時勢が支配する。したがって、かの証人らは（かれらが、老年であれ、あるいは、若年であれ、病気であれ、あるいは、健康であれ）死亡することが懸念される場合。同じく、かれらが、出征しているか、または、国外で、遠くに旅行していて、したがって、その帰還が不確実であるか、もしくは、しかし、長期間に亘って推定されるべきではない。云々。ついで、かかるケース及びその類似のケースにおいては、証人らは、当事者

の申請および嘆願にもとづいて、争点決定前においてもまた許されてよい。

### 第3条。

ただし、その場合には、申請者によって、立証事項が提出され、そして、引き渡されるべきであり、相手方当事者にもまた、これについて通告され、これらの証人を見ることについて保証することが宣誓され、かれ〔相手方当事者〕が意欲するであろうかについての質問状が差し出されるべきである。

### 第4条。

しかし、証人らが、別の外国の公権力のもとで居住するであろうならば：その場合には、これに関して、出頭状が申請されて付与される。そして、相手方当事者は、同様に、事前の通告にもとづいて、相手方当事者の質問状を提出することを許される。

[58 recto]

### 第5条。

たんに、上述の諸ケースにおいて、証人らは、係属している訴訟における争点決定前に呼び出され、かつ尋問されることができればかりか：審理がいまだ開始されていず、たしかに、誰かが、ある者について、判決および請求権を持つと考え、そして、それゆえに、訴訟で訴えることを企てるが、しかし、いくばくかの疑念または支障から、このためにそのように速やかにこのことに至ろうとしないが：しかし、かれが、かかる訴え、はたまた争点決定（たとえば、いろいろな抗弁によって長い間阻止されて）そして、証明の期日に到来する前に、その間に、かれの最良の証人が死亡し、そして、かれが、このことによって、その立証について、重大に不利益を被らされるかもしれないなどの場合もある。かかるケースにおいては、かれは、また、かれの立証諸事項を提出し、そして、証人の氏名をすべて述べ、これらの証人を、上述の諸原因から、永久の記憶のために尋問することについての申請を添えてよい。

第6条。

同じく、誰かに関して、ある者が、他の者によって、訴訟で訴えられるであろうか、または、そのほかに、いくばくかの審理を懸念するが、たしかに、かかる審理が、何時、かれを相手として企てられるかを知らず、そして、したがって、同様に、かかる証人らが、かれが、目下必要とし、かつ招致すべきであるのに、その間に死亡するかもしれない、という危険及び心配にあらねばならない場合がある。：この場合には、この訴えられる者もまた、立証の諸事項を提出し、そして、それとならんで、証人らの氏名を表示して差し出してよい。それには、上述の諸原因から、永久の記憶のために尋問する、という申請が添えられる。そして、かれは、それゆえに、かかる証人の陳述を、訴訟のあらゆる時点において（かれが何時意欲するかに関わりなく）用いることができる。

第7条。

しかし、原告の証人らについては、そのように、永久の記憶のために尋問されたが、別の事情があって、そして、すなわち、かかる証人の陳述が、1年の経過の後では、原告が訴えず、この1年を経過させた場合には、もはや効力を持たず、消滅する。なぜなら、このことは、原告自身に、原告が訴え

[58 verso]

なかった、というかれの懈怠によって責めがあるからである。しかし、被告には、同じ責め及び懈怠は、帰責されるべきではない。この被告が、かれの相手方当事者を訴えることは、被告の権力にはない。

第8条。

しかし、被告が、原告となることを意欲し、かれの相手方に、かれの証人招致のために、かかる証人らを見て、そして、かれの質問事項を差し出すべく、通告させることを意欲する場合には：かかる証言および証人の陳述は、被告のそれと同様に何時でも、有効である。[これは] 諸法による。

## 第9条。

こうして、証人らが、永久の記憶のために、それが原告のものである、あるいは、被告のものである、申請され、訴訟係属中に、または、訴訟がいまだ開始されていない間でも（すべては、上述のように考え次第である）、この地で、または、どこか別のところで、出頭状によって尋問されたときには：これらの証言は、隠して、法廷の後ろで、秘密にされ、かつ封印されて置かれつづける。それは、[訴訟を] 追行する当事者らの必要が、訴訟係属中に、それらの公表と開封とを求めることを要求する場合である。かかること〔公表と開封〕が、その場合にはまた、判決されるべきである。

(2019年6月18日 成稿・提出)