

# シュテューデル美術館事件における裁判官の忌避について

## — 忌避に代わる一件書類送付 —

野 田 龍 一\*

※文中 [ ] は、筆者による挿入を、… は、筆者による省略を、それぞれ意味する。

### 目 次

#### はじめに

1. フランクフルト都市裁判所裁判官は、忌避されるべきか
2. 忌避申立ては、訴え提起後であっても許されるべきか
3. 忌避に代わる一件書類送付の申立ては、認められるべきか

#### むすび

付論：19世紀初頭ドイツにおける一件書類送付の手続き

### はじめに

わたくしは、先に、シュテューデル美術館事件の訴訟経過を概観する機会を得た<sup>1)</sup>。

原告側訴訟代理人弁護士ルートヴィヒ＝ダニエル＝ヤッソイ Ludwig

---

\*福岡大学法学部教授

Daniel Jassoy は、1822年6月18日、本権訴訟が係属していた自由都市フランクフルト都市裁判所の裁判官に対する忌避<sup>2)</sup>に代えて一件書類のフランクフルト外への送付<sup>3)</sup>を、中間判決<sup>4)</sup>として申し立てた。フランクフルト都市裁判所は、この申立てを却下した。ヤッソイは、この却下を不服として、フランクフルト控訴裁判所に控訴した。フランクフルト控訴裁判所は、ディレンブルク宮廷 = 控訴裁判所に、一件書類を送った。同宮廷 = 控訴裁判所は、一件書類を、テュービンゲン大学法学部に送付した。テュービンゲン大学法学部は、1823年10月29日付けで、ヤッソイの主張を認める判決をおこなった。1823年11月27日、フランクフルト控訴裁判所は、テュービンゲン大学法学部の判決にもとづいて、ヤッソイの主張を認め、本権訴訟について、フランクフルト都市裁判所裁判官の忌避に代わる一件書類の外部の判決機関への送付を命じた。これを不服として、1824年1月15日、被告側訴訟代理人弁護士ヨーハン = フリードリヒ = ガーブリエル = 大シュリン Johann Friedrich Gabriel Schulin senior が、リューベックなるドイツ四自由都市共通上級控訴裁判所に上告をおこなった。四自由都市共通上級控訴裁判所は、1825年1月17日、大シュリンの上告を認め、原審であるフランクフルト控訴裁判所の判決を破棄し、本件を、フランクフルト控訴裁判所に差し戻した。

先の論説では、紙幅の制限から、そして、何よりも、わたくし自身の勉強不足から、以上の経過を、時系列で辿ることで終わった。しかし、この中間判決は、19世紀初頭の自由都市フランクフルトにおける裁判官の忌避事由及び忌避手続きに関して、興味深い<sup>5)</sup>。けだし、それは、後述するところから明らかなように、フランクフルトにおける行政と司法との分離の問題に繋がるからである。

本稿では、これまで渉猟できた文献に拠りながら、論点を明確にした叙述をおこなってみたい。取り上げる論点は、以下の3点である。第一に、忌避事由該当性の有無である。フランクフルト都市裁判所の裁判官は、裁判官と

しての公平中立を欠き、忌避されるべきか。第二に、忌避申立ての時期である。忌避申立ては、訴え提起後でもなお、許されるべきか。第三に、忌避の一態様としての一件書類送付の可否である。忌避に代えて、本件判決のために、一件書類を、外部の判決機関に送付することは、許されるべきか。

本稿を、2020年3月3日に逝去なさった故久保寛展教授の御霊前に捧げたい。久保教授は、雨の日も風の日も、早朝から大学研究室で研究に専念なさっていた。久保教授の夭折は、本学のみならず学界全体の損失である。ご冥福を衷心お祈りしたい。

## 注)

- 1) 野田龍一「シュテューデル美術館事件における実務と理論—四自由都市上級控訴裁判所史料をてがかりに—」『福岡大学法学論叢』第59巻第3号（2014年）447-457頁を参照。457頁で「四事由都市」とあるのは「四自由都市」の誤り。
- 2) 忌避 *Rekusation* の定義につき、たとえば、Georg Wilhelm Wetzell, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3.Aufl., Leipzig 1878, S.422 : 「…各当事者には、ある裁判官の管轄権限を免れる（裁判官を忌避する *judicem recusare*）ことが許される。当事者は、この裁判官について、この裁判官が、かれに不利になるように、相手方当事者を優遇するのではないかと恐れる理由を持つ。…」。
- 3) 一件書類送付 *Aktenversendung* の定義につき、Wetzell, *System*, S.535 : 「裁判官は、判決機関を、法律的専門家として用いる。この判決機関には、ドイツの諸大学の法学部（判決団）、2つの古来残っている参審員団及び地域法によれば一定のケースにおいては、他のラント裁判所が属する。それは、裁判官が、かれによってすでに判決された事件について、異議申立て（再審）がおこなわれた結果、あらためて判決しなければならない場合であるか、または、具体的ケースにおいて、裁判官自身の意見または当事者の意見からすれば、判決に必要な法的素養または公正中立性が欠如する場合である」。

なお、19世紀初頭当時における一件書類送付手続きについては、Karl Friedrich Elsäßer, *Ueber den Geschäftsgang von der Versendung der Akten an Rechtskollegien an bis zur Eröffnung des eingeholten Urthels*, Anhang in: Wilhelm August Friedrich Danz, *Grundsätze des gemeinen, ordentlichen, bürgerlichen Prozesses*, 3.Ausg., Stuttgart 1800, S.3-78が詳細である。本稿末尾「付論」を参照。

- 4) 中間判決 Interlokute とは、「これによって、本案問題に影響を持つ前提諸問題や付随的諸点、たとえば、立証責任、証拠方法の許容などについて判決される」。Justinian von Adlerflycht, Der Civilprozeß der freien Stadt Frankfurt, Frankfurt am Main 1832, S.1196参照。
- 5) わが国の現行民事訴訟法第24条は、裁判官について「裁判の公正を妨げるべき事情」があるときに、当事者がその裁判官を忌避することができると規定する。その場合でも、当事者が、裁判官の面前において弁論をしたり、または弁論準備手続において申述をしたときは、その裁判官を忌避できないと規定する。ただし、当事者が、忌避の原因を知らなかったとき、または、忌避の原因がその後生じたときは、この限りではない=忌避申立てができる。

金沢地裁決定平成28年3月31日参照。生活保護基準引き下げ事件につき、別件で、国等の訟務部付検事として訴訟活動をおこなった裁判官が、基本事件の受訴裁判所を構成する裁判官として関与することは、民事訴訟法第24条1第1項の規定する「裁判の公正を妨げるべき事情」にあたる。：「...このように、基本事件と主要な争点が同じであるにとどまらず、強い関連性を有するさいたま事件において、平成二七年三月末頃までその一方当事者である被告国等の指定代理人として現に中心的に活動し、かつ、基本事件の被告国等の主要書面の作成にも何らかの影響を及ぼした可能性のある者が、その直後の同年四月一日から基本事件の受訴裁判所を構成する裁判官として関与するということになれば、通常人において、公正で客観性のある裁判を期待することができないとの懸念を抱かせるに十分であり、かつ、このような懸念は単なる主観的なものではなく、事件との特別な関係を有するという客観的事情に基づくものであるということが出来る...」。なお、申立人は、この忌避原因を知った後では、当該裁判官の前で弁論などをした事実はない、と認定されている。『判例時報』第2299（平成28年9月1日）号146頁。

## 1. フランクフルト都市裁判所裁判官は、忌避されるべきか

### (1) 原告側訴訟代理人の主張

第一の争点は、シュテューデル美術館事件が係属している自由都市フランクフルト都市裁判所裁判官は、公正中立を欠くものとして忌避されるべきか、であった。

原告側訴訟代理人ヤッソイは、忌避されるべきだ、と主張した。その理由は、

以下の2点にあった。

第一に、都市裁判所裁判官が都市参事会 Senat のメンバーから任じられたことである。1816年10月18日に都市参事会と市民団との相互間で宣誓された「憲法補充令」Constitutions-Ergänzungs-Act 第31条<sup>1)</sup>によれば、都市裁判所は、所長及び7名の裁判官から成る。7名の裁判官は、都市参事会の第一ベンチ（参審員）及び第二ベンチ（参事会員）に属する法学識者ら Rechtsgelehrten によって占められた。

原告側訴訟代理人ヤツソイが忌避申立てをおこなった1822年においては、所長は、ユスティニアーネン＝フォン＝アードラフリヒト Justinian von Adlerflycht であった。かれは、参事会の第一ベンチに属する参審員であった。副所長は、ゲオルク＝ヴィルヘルム＝ツァイトマン Georg Wilhelm Zeitmann であった。そのほかに判事 Rätthe が3名いた。フェルディナント＝マクシミリアーン＝シュタルク Ferdinand Maximilian Starck、J.G.C.トーマス J.G.C.Thomas 及び C.B.J.F.ミルテンベルク C.B.J.F.Miltenberg である。これら3名は、いずれも都市参事会の第二ベンチに属する参事会員であった<sup>2)</sup>。

これらの裁判官のうち、アードラフリヒト、ツァイトマン、シュタルク、トーマスは、いずれも、1816年12月10日に、フランクフルト都市参事会が、シュテューデル美術館を、財団として承認した時に、参事会員であった<sup>3)</sup>。また、ミルテンベルクは、都市官房顧問官 Canzley-Rath として、承認ないし許可状に署名している<sup>4)</sup>。

「憲法補充令」第25条によれば、この参事会は、執行機関にして、都市＝司法行政機関であった<sup>5)</sup>。自由都市フランクフルトでは、行政と司法とが未分化だった。一方では、都市参事会が、行政機関として、シュテューデル美術館を財団として承認した。この承認のさいに都市参事会員であった者が、その後、シュテューデル美術館事件の本権訴訟において、都市裁判所裁判官として登場したのである。

第二に、被告側訴訟代理人が、本件訴訟の審理の中で、遺言者ヨーハン＝フリードリヒ＝シュテーデルの遺言は、ほかでもない、都市フランクフルトを、相続人に指定するものとして有効だと主張した<sup>6)</sup>。遺言のこの解釈が正しいとすれば、都市フランクフルトは、遺言で指定された相続人ということになる。都市フランクフルトは、本件訴訟に利害関係を持つ。「誰も自分自身のことがらについては裁判官たりえない」<sup>7)</sup>の原則からすれば、フランクフルト都市裁判所の裁判官らは忌避されるべきである<sup>8)</sup>。

## (2) 被告側訴訟代理人の主張

これに対して、被告側訴訟代理人大シュリンは、原告側訴訟代理人が主張する忌避事由は、2点とも、失当であると主張した。

第一に、フランクフルト都市裁判所の裁判官が、都市参事会員によって占められている点について、である。これは、1816年の「憲法補充令」に従った任用方法である。また、これまで、フランクフルトで、都市裁判官が参事会員によって占められていることを原因とすることで支障が生じたことはなかった。要するに、都市フランクフルトにあって、行政機関としての都市参事会と司法機関としての都市裁判所が未分化であることは、都市裁判所に対する忌避事由を生じさせない、というのである<sup>9)</sup>。

第二に、都市フランクフルトが、遺言者シュテーデルの遺言によって、相続人に指定されたことに関してである。都市裁判所の裁判官は、この点では、格別、フランクフルト市民と相違はない。むしろ、遺言者シュテーデルが、念頭に置いたのは、都市フランクフルトの貧困な両親のもとにある子らであった。都市裁判所裁判官は、これらの子よりも、よりいっそう、シュテーデル美術館には、利害関係を持たない<sup>10)</sup>。

### （3）テュービンゲン大学法学部

1823年10月29日付けで、テュービンゲン大学法学部（報告者はカール＝ゲオルク＝ヴェヒター Carl Georg Wächter）は、原告側訴訟代理人の主張を認め、かつ、被告側訴訟代理人の主張を斥ける判決をおこなった<sup>11)</sup>。

テュービンゲン大学法学部は、忌避事由の存否についての判断については、確たる法定の判断基準はなく、その判断をする裁判官の裁量に委ねられると説いた<sup>12)</sup>。

第一に、都市裁判所の裁判官は、全員が、1816年12月10日の都市参事会で、シュテューデル美術館を財団として承認することに賛成した。これらの参事会員が、都市裁判所の裁判官として、遺言者シュテューデルの遺言の有効いかなを審理することは、忌避事由に当たる<sup>13)</sup>。

第二に、遺言者シュテューデルの遺言によって相続人に指定されたのが、都市フランクフルトであると、被告側訴訟代理人自身が主張した。都市参事会は、「憲法補充令」第25条によれば、都市フランクフルトの代表機関である。この代表機関に所属する都市参事会員が、都市裁判所裁判官として、本件について審理するのは、一方訴訟当事者の立場にある者が、裁判官として審理することになり、公正中立を失する<sup>14)</sup>。

### （4）被告側訴訟代理人の上告

被告側訴訟代理人は、以上のテュービンゲン大学法学部判決にもとづいて言い渡された1823年11月17日フランクフルト控訴裁判所判決<sup>15)</sup>を不服として、リューベックなる四自由都市共通上級控訴裁判所に上告した。

上告理由は、都市裁判所裁判官の忌避について、おもに以下のように主張した<sup>16)</sup>。

第一に、裁判官が忌避される諸ケースを取り扱うカノン法文についてである。カノン法文によれば、忌避されるべき裁判官とは、裁判官が当事者の親

族もしくは同居人であるとき<sup>17)</sup>、当事者の主人 dominus であるとき<sup>18)</sup>、裁判官が、同一の訴訟において、かつて弁護士職務をおこなっていたとき<sup>19)</sup>、または、裁判官が、当事者に敵対しているとき<sup>20)</sup>である。しかも、カノン法の裁判官は仲裁裁判官に近いものであって、こんにちの、国家が裁判権を付託した公権力的裁判官ではない。これらのカノン法文を、軽々にこんにちの裁判官に類推するべきではない<sup>21)</sup>。

第二に、都市参事会員が、都市裁判所のメンバーであることについて、である。自由都市フランクフルトは、共和制的国制を持つのであって、君主制的国制を持たない。共和制的国制においては、かつての古代ローマにおけるように、行政機関と司法機関とは、一体である<sup>22)</sup>。自由都市フランクフルトで、都市裁判所の裁判官が、都市参事会員であることは、それだけでは忌避事由には、該当しない<sup>23)</sup>。

第三に、遺言者シュテーデルがその遺言で相続人に指定したのが、都市フランクフルトであったとしても、このことは、都市裁判所の裁判官の忌避事由ではない。「憲法補充令」第25条<sup>24)</sup>が規定するように、都市参事会は、執行機関である。都市フランクフルトの至高権 Hoheitsrecht が帰属するのは、(キリスト教徒の)市民団である<sup>25)</sup>。

#### (5) 四自由都市共通上級控訴裁判所

リューベックなる四自由都市共通上級控訴裁判所は、フランクフルト都市裁判所裁判官が都市参事会員であることは、忌避事由にはあたらないと判断した<sup>26)</sup>。その理由は、以下の三点である。

第一に、忌避事由に該当するためには、裁判官の公正中立に対する認識可能な事実上の諸事由があり、しかもそれらの事由が裁判官の依怙臆を裏付けるものでなければならない<sup>27)</sup>。裁判官の公正中立に対するたんなる不信では不十分である。

裁判所が、刑事訴訟にあって、予審判事として検察官役をし、同じ事件について、裁判官として審理することがある。裁判官が、一方では、上級後見人として、被後見人のおこなう法律行為を助成しながら、他方で、当該法律行為の有効性及び効果について、裁判で判断することがある。裁判官が、抵当権の公証をおこなうと同時に、当該抵当権についての監視役をつとめることがある<sup>28)</sup>。

原告側訴訟代理人及びチュービンゲン大学法学部は、本件を担当した裁判官らが、シュテューデル美術館の財団としての「許可」に賛成した点に、忌避事由を認めた。これは、誤りである。1816年12月10日のフランクフルト都市参事会がおこなったのは、シュテューデル美術館の倫理的人格ないし法人格ある財団としての「許可」Genehmigung ないし「認証」Confirmation ではなく、フランクフルトの都市及び市民団の利益のためのたんなる「承認」Acceptation である<sup>29)</sup>。

第二に、都市フランクフルトが、遺言者シュテューデルによって、相続人に指定されたとすれば、同じ都市フランクフルトに属する裁判官が、当該遺言について審理するのは、利益相反行為にあたるのではないか、という点についてである。四自由都市共通上級控訴裁判所は、あたらないと判断した。フランクフルトにおいては、都市参事会は、都市の行政事項をつかさどると同時に司法制度に関する監督にも任じられる。一方において、都市参事会が行政の一環としてシュテューデル美術館の相続人に就任し、かつ、他方において、都市参事会が監督する都市裁判所が、シュテューデル美術館に関する訴訟事件を審理することは、いずれも都市参事会に帰属する責務である<sup>30)</sup>。

第三に、都市フランクフルトの民衆全体が、シュテューデル美術館の存立に関心を抱く中で、フランクフルトの都市裁判所が、公正中立な判断をすることができるのか。これに対しては、四自由都市共通上級控訴裁判所は、そもそも裁判官なるものは、その義務と良心とにもとづき判断するのであって、

民衆の賛否の外に身を置くが、この信頼は、フランクフルト都市裁判所の裁判官にも寄せられていると述べる<sup>31)</sup>。

なお、本判決作成を担当したと考えられるフリードリヒ＝クロプ Friedrich Cropp は、後1830年に、別途この問題について論文を公表し、さらに詳述している<sup>32)</sup>。

## 注)

- 1) Constitutions-Ergänzungs-Acte zu der alten Stadt-Verfassung der freien Stadt Frankfurt angenommen durch die Bürgerschaft den 17. u. 18 Juli 1816, publicirt vom Senat den 19. Juli 1816, und wechselseitig vom Senat und der Bürgerschaft beschworen den 18. October 1816, Art.31, in: Gesetz-und Statuten-Sammlung der freien Stadt Frankfurt, Bd.1, Jahrgang 1816-1817, Frankfurt 1817, S.47.
- 2) 以上につき、Staats-Calender der Freien Stadt Frankfurt. 1822, Frankfurt am Main, S.33-34を参照。
- 3) Staats-Calender der Freien Stadt Frankfurt. 1818. Frankfurt am Main, S.2-3.
- 4) 野田龍一「シュテール美術館設立史料試訳」『福岡大学法学論叢』第55巻第3・4合併号(2011年)634頁を参照せよ。
- 5) Constitutions-Ergänzungs-Acte, Art.25, in: Gesetz-und Statuten-Sammlung der freien Stadt Frankfurt, Bd.1, Jahrgang 1816-1817, S.39-40.
- 6) 遺言者シュテールがその遺言で相続人に指定したのは都市フランクフルトであった、との解釈が登場するのは、管見の限りでは、1821年11月6日被告側訴訟代理人がフランクフルト都市裁判所に提出した抗弁(答弁)書においてであった。フランクフルト都市史研究所蔵リューベック四自由都市共通上級控訴裁判民事裁判史料(フランクフルト関係事件) OAGL Z Nr.1441 ② Anlage IV., fol.78 recto=テュービンゲン大学文書館所蔵テュービンゲン大学法学部判決団判決史料 Tübingen UAT 84/226, S.11.
- 7) 参照: Codex Theodosianus, 2. 2. 1: 「皇帝ウァレンス、グラティアヌス及びウァレンティニアヌスが、首都長官グラックスに。余は、普遍の一般性をもって、決定する。誰も、自分のためには、裁判官であるべきではない。なぜなら、諸法は、すべての者から自身のことがらについて証言する能力を奪うがゆえに、判決についての許しを与えるのは、まことに衡平に反するからである」。 (紀元後376年12月1日)。テキストは、Th.Mommsen, Theodosiani libri

XVI, Vol.1/2, Berolini 1904, p.77に拠った。ただし、原告側訴訟代理人は、この法文を明示的に援用するわけではない。

ちなみに、普通法学説は、このC.Th. 2. 2. 1から、証人の忌避事由すべてが、裁判官の忌避事由となる、というテーゼを立てた。たとえば、Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten, Bd.6, Erlangen 1800, S.220を参照。

- 8) 以上につき、OAGL Z Nr.1441 [2] Anlage IV., fol.81 recto-83 recto=Tübingen UAT 84/226, S.18-24参照。
- 9) OAGL Z Nr.1441 [2] Anlage IV., fol.83 recto-83 verso= Tübingen UAT 84/226, S.23-27.
- 10) OAGL Z Nr.1441 [2] Anlage IV., fol.83 verso-84 recto=Tübingen UAT 84/226, S.23-29.
- 11) Tübingen UAT 84/226, S.46-47.
- 12) テュービンゲン大学法学部は、以下の文献を典拠とした。：

Johann Gottfredus Schaumburg, Principia praxeos juridicae judiciariae, Jenae 1750, Prolegomena, Cap.2, §.6, nota\*\*, p.27-28 : 「事件の判断は、つぎのようにおこなわれるべきである。裁判官は、当事者らのすべての党派心から遠ざけられる。それゆえに、諸法律は、つぎのことを許す。裁判官がいる。この裁判官に対しては、反対の推定が働く。この裁判官は、嫌疑あるものとして忌避されることができる。\*...注\*\*この推定の基礎は1つではない。ある者たちは、圧迫する可能性のある裁判官が忌避されうると述べる。別のある者たちは、証人を嫌疑あるものとする推定で、裁判官に対する嫌疑を獲得するためには十分であると信じる。しかし、つぎのことが、容易に明らかである。この論証は、唯一の準則によって作成されることができるというよりも、むしろ、裁量による諸問題に算入される。つぎのことは、確かである。事件から、間接的にであれ利益または損害を期待する裁判官は、嫌疑をこうむる。あるいは、もしもあなたがむしろ意欲するならば、その個別の行為が、訴訟当事者またはその事件に関して推定されることができる [裁判官は、嫌疑をこうむる]」。

Antonius Schultingius, Commentationes Academicae, Halae Magdeburgicae 1770, Dissertatio II, de recusatione iudicis, [Cap. 9. §. 5] p.128 : 「...それゆえに、嫌疑ある裁判官についての問題に関してもまた、われわれは、正しくも、論拠を引き出し、そして、そのすべての行為を、このことについて審理する者たちの裁量に委ねることができる」。

Fridrich Christoph Gesterding, Die Verwerfung des verdächtigen Richters durch einen streitenden Theil, besonders vom juramento perhorrescentiae, in: Archiv für die Civilistische Praxis, Bd.6, H. 2, Heidelberg 1823, S.245 : 「法律上の規定が欠缺するときには、[裁判官に] 嫌疑についての十分な理由が存在す

るかどうかについての判断を、一般的に、裁判官の裁量に委ねる、というのが、もっとも自然であるように見える」。

Karl von Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 4.Aufl., Giessen 1819, S.28 : 「裁判官の当事者らとの関係から、あるいは、その他の諸事実から、不平等な司法運用についての裁判官の利益が明らかになる場合」に、忌避事由はある。OAGL Z Nr.1441 [2] Anlage IV., fol.86 recto=Tübingen UAT 84/226, S.32-33.

13) OAGL Z Nr.1441 [2] Anlage IV., fol.86 recto-87 recto= Tübingen UAT 84/226, S.32-36.

14) OAGL Z Nr.1441 [2] Anlage IV., fol.87 recto-88 recto= Tübingen UAT 84/226, S.36-38.

テュービンゲン大学法学部は、Johann Philipp Orth, Nöthig und nützlich erachtete Anmerkungen über die sogenannte erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt am Main, 4. Fortsetzung, Frankfurt am Main 1757, S.923を引用する。

オルトは、同箇所で、いかなる場合に、裁判官は、忌避申立てにもとづいて、一件書類を外部の判決機関に送付しなければならないかにつき、述べる。：「... 裁判官（この地 [フランクフルト] では、シュルトハイス及び参審員）は、一件書類を、自ら、すなわち、職権によって、一このことは、しばしば、いろいろな重大な諸原因から生じるのだが一、たとえば、事件が、すこぶる不正確で、あいまいで、かつ不確かであり、その結果、ひとつが、それについての判決について意見一致することができない場合、または、[事件が] 高貴な身分の人々に一かれらの名声によって、裁判所が、あらゆる不利益を心配するべきである一もしくは、都市それ自体、ある官職またはおしまいに、そのほかに、ひょっとしたら裁判所職員らと近親である人々に関わる場合、... または、その他の諸嫌疑が、むしろ、かかる [一件書類] 送付を要求する場合に、... [一件書類を] 送付することを、良しと考え、そして、かかることが、この場合に発令されるべき決定において、多くの場合、『動機付ける諸原因から』という一般的な表現で、これらの原因を特別に挙げることは不要であるが、判決されるときには：このことは、正規に、双方当事者の費用負担でおこなわれるのをつねとする。...」。 (下線は、引用者による)。

15) OAGL Z Nr.1441 [2], Anlage 1, ad No.4377, fol.69 recto : 「この年 [1823年] 2月24日に、都市裁判所によって言い渡された判決を破棄したうえで、第一審の一件書類は... 第一審判決を作成するために、外部に送付されるべきである。...」。

16) OAGL Z Nr.1441 [2], fol.16 recto-37 verso.

17) X.2.28.36 : 「ルキウス3世が、ヴァリンコンの司教ガテルスに。余は、最後に、あなたの友愛に、この書状でもって通知する。ある訴訟事件が、誰かあ

る者に委任された。この誰かある者は、訴えを提起した者の血縁者であるか、または、同じ訴訟において、弁護士の職務をおこなったか、または、何であれ、ある正当な原因にもとづけば嫌疑ある者である。このたぐいの受任者 [である裁判官は]、正当にも忌避されることができるであろう。もっとも、その訴訟は、控訴が移送されたので、その者に委任されたのである」。テキストは、Aemilius Ludouicus Richter et Aemilius Friedberg ed., *Decretalium Collectiones*, in: *Corpus Iuris Canonici, pars secunda*, Lipsiae 1879, Nachdruck Graz 1959, col.422に拠った。

- 18) X.1.29.17 : 「同教皇 [アレクサンダー 3 世] が、オクスフォード及びウィンチェスターの司教ならびにハートフォードの修道院長に。訴訟がある。この訴訟は、アガタの息子らであるアルデンヌなる貴族 F. 及び R. の間で、アガタの出生について生じる。余は、この訴訟を、兄弟である司教らよ、あなたがたに、そして、尊敬するべき余の兄弟であるロンドンの司教に、一定の形式のもとで、解決することを付託した。しかるに、アルデンヌの同じ F. は、前述のロンドンの司教について、まったく嫌疑を持つ。それは、かれ [ロンドンの司教] が、前述の R. の主人 dominus であるからである。それゆえに、かれ [ロンドンの司教] は忌避されるべきである。そして、余は、述べた。兄弟である修道院長よ、あなたが、かのロンドンの司教の代わりに後任として選ばれるべきである。...」。Friedberg ed., *Decretalium Collectiones*, in: *Corpus Iuris Canonici, pars secunda*, col.163.
- 19) X.2.28.36 : 本章前注17参照。
- 20) X.2.28.41. §1 : 「コエレスティーンヌス 3 世。...余は、あなたの相談に、つぎのように回答する。... もしも、訴訟が提起されるかの者たちの前で、裁判官の嫌疑の原因が立証されたであろうならば、忌避される裁判官は、訴訟の審理を差し控えることについて拘束されるべきである。なぜなら、理由それ自体が述べ、そして、つぎのことが、多くの事例によって証明されるからである。嫌疑ある者たち及び敵対する者たちは、裁判官であってはならない。なぜなら、定められた教令が証明するように、かれが傷つけ、かつ損害を加えることを意図する者を攻撃するために、[訴訟審理を] 付託したであろう場合にこそ、誰かは、敵対関係に、もっとも恩顧と愛情とを与えることができるからである。...」。Friedberg ed., *Decretalium Collectiones*, in: *Corpus Iuris Canonici, pars secunda*, col.424.
- 21) OAGL Z Nr.1441 [2], fol.21 recto-21 verso.
- 22) 共和制的国制を持つ自由都市フランクフルトにおいては、司法と行政とが未分化であるべきだとして、Johann Friedrich Heinrich Schlosser, *Ueber das Verhältniß der Justizverwaltung zu dem Ganzen der öffentlichen Verwaltungszweige in Frankfurt. Ein Beitrag zur Würdigung der ältern Verfassungs-*

geschichte und zur Begründung der neu anzuordnenden Verfassungsverhältnisse dieser Stadt, Frankfurt am Main 1816が援用される。わたくしは、Herzogin Anna Amalia Bibliothek Weimarにあるゲーテ旧蔵書中に、本書を見出し、そのデジタル版を参照することができた。Sammlung Privatbibliothek Johan Wolfgang von Goethe; Signatur: Ruppert 3516.

シュロツサーのこの書物は、1816年の「憲法補充令」諸草案批判として書かれたものである。シュロツサーの理想は、自由都市フランクフルトにおける司法と行政とを、都市参事会に一元的に統合することにあった。

帝国直属都市フランクフルトの持つ諸権力の源泉は、神聖ローマ帝国皇帝に由来するラント高権であった。このラント高権の行使機関が、都市参事会 Rath であった。このラント高権から、裁判権やすべての行政権が派生した (S. 9)。都市参事会のメンバーが、裁判官となった。(S. 10以下)。もともと、フランクフルトでは、司法と行政とは一体であった。

シュロツサーは、フランクフルトのような国制こそが、有能な官吏の養成機関であることを力説する。シュロツサーは、共和制的国制を君主制的国制から区別する。君主制的国制にあつては、国家の各部門は、専門領域に細分され、それぞれの部門間の人事交流がない。これに対して、共和制的国制にあつては、各部門は、都市参事会に一元化されている。この共和制的国制にあつては、各部門間の人事交流が活発におこなわれ、いわばオールマイティーの人材が、そこで育成される (S. 18-20)。自由都市フランクフルトは、まさに、この共和制的国制を、帝国直属都市時代以来、維持してきた。このフランクフルトにあつては、したがって、司法機関を、他の行政機関から分離するのは、ふさわしくない。むしろ司法と行政との間の人事交流を活発にし、裁判官が、行政官たる能力を持ち、また、行政官が、裁判官たる能力を持つべきである (S. 30-31 ; S. 64-70)。

シュロツサー S. 11は、注 3 で、Johann Stephan Pütter, Anleitung zum Teutschen Staatsrechte, Theil 2, Bd.1, Bayreuth 1792, S.176を援用する：「… 帝国 [直属] 諸都市においては I) そこここで、第一審級に関する下級裁判所が、独自の在り方で任じられる。そして、これらの下級裁判所から、第二審においてはじめて、都市参事会 Rath に赴くことが許される。しかし、II) どこにおいても、都市参事会 Rath が、同時に、裁判機関としてもまた見られるべきである。この裁判機関から、ついで、直接的に、帝国の最高諸裁判所へ上訴される。」(下線は、引用者による)。

被告側訴訟代理人は、以上の自由都市フランクフルトにおける都市統治組織の独自性を根拠に、都市参事会員が、都市参事会で、シュテューデル美術館設立審査に関与しながら、その後、都市裁判官としてシュテューデル美術館事件の審理にあたって、忌避事由には該当しないと主張した。

- 23) OAGL Z Nr.1441 [2], fol.16 verso-17 recto.
- 24) Constitutions-Ergänzungs-Acte, Art.25, in: Gesetz-und Statuten-Sammlung der freien Stadt Frankfurt, Bd.1, Jahrgang 1816-1817, S.39 :「都市参事会 Senat には、執行権力ならびに都市行政及び司法行政一般が、公権力的な、都市全体を代表する団体として付託される。...」。
- 25) OAGL Z Nr.1441 [2], fol.32 verso.根拠は、Constitutions-Ergänzungs-Acte, Art.5である。in: Gesetz-und Statuten-Sammlung der freien Stadt Frankfurt, Bd.1, Jahrgang 1816-1817, S.16 :「すべての、—ヴイーン会議規約第46条によって、自由であり、かつドイツ連邦のメンバーとして宣言された—都市フランクフルトに帰属する至高権は、そのもっとも広い範囲において、都市フランクフルトのキリスト教徒の市民団の全体にある」。
- 26) OAGL Z Nr.1441 [15], fol.216 verso-224 recto.
- 27) OAGL Z Nr.1441 [15], fol.216 verso-217 recto.
- 28) OAGL Z Nr.1441 [15], fol.217 recto-217 verso.
- 29) OAGL Z Nr.1441 [15], fol.219 verso-220 recto.
- 30) OAGL Z Nr.1441 [15], fol.222 verso-223 recto.
- 31) OAGL Z Nr.1441 [15], fol.223 verso-224 recto.
- 32) フリードリヒ=クロプ (1790-1832) は、1820年、ハイデルベルク大学法学部教授から、リューベックなる四自由都市共通上級控訴裁判所判事に就任した。かれは、同裁判所所長ゲオルク=アルノルト=ハイゼ Georg Arnold Heise とともに、次注33で引用する著書を公刊した。この著書に収録されている46本の論文のうち42本が、クロプによるものである。Katalin Polgar, Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820-1879) und seine Richterpersönlichkeiten, Frankfurt am Main etc. 2007, S.216-221を参照。
- わたくしが、本稿を執筆したのは、このクロプの論文を偶然入手し、そこに、シュテューデル美術館事件への言及を見出したことによる。
- 33) Friedrich Cropp, Ueber die Bedingungen der Recusation eines Richters, und über das Verfahren dabei, in: Arnold Heise und Friedrich Cropp, Juristische Abhandlungen mit Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands, Bd.2, Hamburg 1830, S.76-77を参照。国制（憲法）が、一人の人物に行政官的機能と裁判官としての機能を付与するときには、それぞれの機能及びその機能にかかる義務は、相互に独立している。この人物には、嫌疑の理由はない。たとえば、ある人物が、予審裁判官として犯罪を取り調べ、かつ同一人物が、当該事件についての判決裁判官として登場する場合、または、ある裁判官が契約または遺言を検認しながら、その契約もしくは遺言事件について判決する場合である。クロプは、注46で、「[四自由都市共通] 上級控訴裁判所は、... シュテューデル対シュテューデル訴訟事件... で、忌避申立てを、許さ

れないものと宣告した」と述べる。

後年、Johann Heinrich Bender, Handbuch des Frankfurter Civilprocesses, Frankfurt a.M. 1854, S.19も「ある裁判官が、裁判官であることとならんで、行政官吏でもまたある。この裁判官が、行政官吏としての資格で、ある処分をおこなった。後になって、裁判官としてのこの人物のところで、ある私権が、かれのこの処分に対して主張されるとする。その場合には、この裁判官を忌避する、十分な理由は存在しない」と論述し、「1825年1月25日のシュテューデル美術館対シュテューデル相続人〔事件〕」についての四自由都市共通上級控訴裁判所判決を脚注3で、典拠として挙げる。ベンダーによれば「この地〔フランクフルト〕の裁判制度からすれば、この問題は、ただ、同時に諸裁判所に派遣される参事会 Senat のメンバーにおいてのみ考慮されることができ、そして、それゆえに、たとえば、訴訟事件において、かつて参事会の報告者として活動した裁判所構成員は、後になって、この事件における裁判官としては忌避されることができない」。aa.O.S.19, Anm.3.

## 2. 忌避申立ては、訴え提起後であっても許されるべきか

### (1) 原告側訴訟代理人の主張

原告側訴訟代理人が忌避申立てをおこなったのは、都市裁判所における本権訴訟の冒頭ではなく、原告が訴えの提起をおこない、被告がこれに抗弁を提出し、原告がさらに、これに再抗弁を提出し、被告がなおもこれに対して再々抗弁を提出した後においてであった。原告が都市裁判所に訴えの提起をしておきながら、訴訟がかなり進行した後で当該都市裁判所の忌避申立てをするというのは、許されるのか。

原告側訴訟代理人は、以下の理由から訴訟係属中の忌避申立てが認められるべきだと主張した<sup>1)</sup>。第一に、「憲法補充令」第29条<sup>2)</sup>によれば、都市参事会員から裁判官が構成されているのは、都市裁判所ばかりか、フランクフルト控訴裁判所でもまたあった。原告が裁判官を忌避しようと思えば、都市裁判所のみならず控訴裁判所についても忌避申立てをしなければならなかった。第二に、原告側訴訟代理人が、シュテューデル美術館を財団として承認した

1816年12月10日の都市参事会議決を知ったのは、訴え提起後1818年1月24日における被告による開示によってであった<sup>3)</sup>。第三に、そもそも、原告側訴訟代理人が申し立てるのは、忌避ではなく、忌避に代わる外部の判決機関への一件書類送付である。一件書類送付申立ては、審理終結時におこなわれることができる<sup>4)</sup>。

## （2）被告側訴訟代理人の主張

これに対し、被告側代理人は、訴訟係属中における裁判官の忌避は認められないと主張した<sup>5)</sup>。一件書類送付の申立てが、裁判官の忌避を目的とするのであれば、それは、忌避一般と同様に、都市裁判所に提出される最初の書面でおこなわれるべきであった。原告側訴訟代理人が、これを怠り、被告側訴訟代理人が提出した再々抗弁の後になってはじめて一件書類送付を申し立てることは、許されない。忌避されるべき都市裁判所で訴訟を遂行することは、忌避申立ての放棄と見られるからである。

## （3）テュービンゲン大学法学部

テュービンゲン大学法学部は、原告側訴訟代理人の主張を認め、被告側訴訟代理人の主張を斥けた<sup>6)</sup>。

第一に、原告にとっては、フランクフルトで訴訟をするには、都市裁判所及び控訴裁判所しかなかった。原告は、都市裁判所に訴えを提起せざるをえなかった。

第二に、原告側訴訟代理人がおこなったのは、忌避申立てではなく忌避に代わる一件書類送付の申立てであった。忌避申立てが、訴訟開始前におこなわれねばならないのに対して、一件書類送付申立ては、書類が揃う審理終結時にはじめておこなわれる。

なお、原告側訴訟代理人が、都市裁判所の裁判官の忌避申立てを直近の上

級裁判所であるフランクフルト控訴裁判所ではなく、都市裁判所におこなったのは、異例である。しかし、都市裁判所についてと同じ忌避事由が、控訴裁判所にも存在したのだから、結果としては、いずれの裁判所にも、忌避申立ては、許される。

#### (4) 被告側訴訟代理人の申告

被告側訴訟代理人は、テュービンゲン大学法学部判決を非難した。

第一に、諸学説は、原告が忌避申立てをするには、訴えの提起前におこなわれなければならないことで意見一致している<sup>7)</sup>。また、「フランクフルト改訂改革都市法典」第1部第19章第8条<sup>8)</sup>によれば、忌避は、争点決定前におこなわれなければならない。

第二に、原告側訴訟代理人が、訴えの提起に忌避申立てをおこなわず、訴えを提起しかつ訴訟を遂行する、という「推断的ふるまい」によって、原告側訴訟代理人は、黙示的に忌避を放棄したのである。その後になって忌避の主張をするのは、一種の心裡留保であって認められない<sup>9)</sup>。

#### (5) 四自由都市共通上級控訴裁判所

1825年1月27日、四自由都市共通上級控訴裁判所は、原告側訴訟代理人の主張を斥け、被告側訴訟代理人の主張を認めた<sup>10)</sup>。ローマ法文<sup>11)</sup>・カノン法文<sup>12)</sup>及び諸学説<sup>13)</sup>によれば、訴訟当事者が、裁判官を忌避申立てできるのは、訴訟開始前であるか、または、当該忌避事由が、訴訟開始後に知られたときは、その直後である。本件においては、原告側訴訟代理人は、訴えを提起し、また、再抗弁書を提出したが、いずれの時点においても、裁判官の忌避申立てをしなかった。原告側訴訟代理人が、忌避申立てをしなかったことによって、原告は、忌避申立て権を自ら放棄したことになる<sup>14)</sup>。

注)

- 1) OAGL Z Nr.1441 ② Anlage IV., fol.82 verso= Tübingen UAT 84/226, S.23-25.
- 2) Constitutions-Ergänzungs-Acte, Art.29, in: Gesetz-und Statuten-Sammlung der freien Stadt Frankfurt, Bd.1, Jahrgang 1816-1817, S.44-47.
- 3) OAGL Z Nr.1441 ② Anlage IV., fol.82 verso=Tübingen UAT 84/226, S.23-25.
- 4) OAGL Z Nr.1441 ② Anlage IV., fol.82 verso=Tübingen UAT 84/226, S.23-25. 本稿下方第3章参照。
- 5) OAGL Z Nr.1441 ② Anlage IV., fol.87 verso-88 verso=Tübingen UAT 84/226, S.36-38.
- 6) OAGL Z Nr.1441 ② Anlage IV., fol.88 verso-89 recto=Tübingen UAT 84/226, S.39-41.
- 7) OAGL Z Nr.1441 ②, fol.45 verso.

典拠として、以下の文献が援用される（援用順に紹介）：

Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 5.Ausg., Bd.3, Jena 1818, S.171：「…原告は、訴えの提起前に、…裁判官の忌避を請求しなければならない。ただし、嫌疑がその後に発生する場合はこの限りでない」。

Wilhelm August Friedrich Danz, Grundsätze des ordentlichen Prozesses, 5. Ausg. Stuttgart 1821, S.63：「…原告が、裁判官を、嫌疑あるものとして、拒絶したいときは、原告は、訴えの提起前に、直近の上級裁判官に、それを理由とする申立てをおこなわねばならない。；なぜなら、原告は、訴えの提起によって、かの裁判官を、裁判官として承認することになろうし、そして、これにもとづいておこなわれる決定によって、訴訟係属が発生するであろうし、したがって、嫌疑のあたらしい原因または訴訟経過中にはじめて発見される原因がなければ、事件は、まさに、かの裁判官のところで、必ず継続されねばならないからである」。

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten, Bd.6, S.221：「…さて、裁判官には、公正中立の司法が、そして、それゆえに、正義にかなった判決が期待できない場合には、この裁判官は嫌疑のあるものである、と言われる。かかる裁判官は、忌避されることができる。すなわち、ひとは、この裁判官を拒絶することができる。そして、この権利は、防禦方法に属し、それゆえに、この権利は、被告であれ、原告であれ、いかなる当事者からも、何らかの口実の下で、たとえ統治者の権力の絶対性からしても、取り上げられてはならない。それゆえに、各当事者は、この権利を、訴えの提起前でも、また、訴えの提起後でも、そして、審理が終結した後ですら、なお用いることができる。それは、訴えの提起後及び審理終結後に、当事者が、つぎのことを証明するか、または宣誓でもって固める場合である。それは、嫌疑の原因が、争点決定前には、

いまだ存在しなかったか、または。当事者には、まったく不知であった、ということである。】。

Antonius Schultingius, *Commentationes Academicæ*, *Dissertatio II*, Cap.10, §.5, p.140 : 「しかし、裁判官は、争点決定後は、忌避されることができない。…しかし、その後 [争点決定の後で]、何かある思いがけないあたらしいことが出現し、裁判官が、このことのゆえに、重大な嫌疑を被る場合には、どうか？確かに、もしも、それが、裁判官を、審理から遠ざける、かの性質のものであるならば、この裁判官は、かれがつまるところいかなる者であれ、あるいは、自発的に、あるいは、求められて、判決することを差し控えるべきである。もしも、かれが意欲しないならば、かれが、上司によって強制されない、という理由が、どうしてあろうか？…」。

8) *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 1661, fol. 36 recto* : 「以上の、いま述べた抗弁及びこのたぐいの抗弁は、すべて、争点決定前に、そして、争点決定後ではなく、(ただし、これらの抗弁が、その後はじめて発生し、かつ被告に知られた場合は除く)提出されるべきである」。第1部第19章第3条では、裁判官の忌避の抗弁 *Exceptio Recusationis* が、挙げられている。fol. 35 verso.

9) *OAGL Z Nr.1441* [2], fol.47 recto-48 verso.

10) *OAGL Z Nr.1441* [15], fol.224 recto-225 verso.

11) *Codex Justinianus* 3.1.16 : 「皇帝ユースティニアヌスが、近衛都督ユリアヌスに。訴訟が始まる前に、裁判官らを忌避することが許されるというのは、もっとも明らかな法に属する。…」。 (531年4月27日)。

『勅法彙纂』のテキストは、*Codex Justinianus*, ed.Mommsen-Krueger, *Corpus Juris Civilis*, vol.2, 10.ed., Berolini 1929に拠った。

*Novellae* 53.3.pr. : 「皇帝ユースティニアヌスが、第二回目の近衛都督ヨハネスに。…余の法律は、争点決定後は、裁判官を忌避することも、他の裁判官を求めることをも許さない。…」。 (537年9月22日)。

*Novellae* 96.2. §.1 : 「皇帝ユースティニアヌスが、オリエント州の第二回目の近衛都督にして正規のコンスルにして貴族であるヨハネスに。…しかるに、ひょっとしたら、裁判官がいる。この裁判官のところで、かれは、訴訟を受け取った。この裁判官が、かれの気に入らなかつた。その場合には、是正することが、かれには許される。すなわち、余は、訴状送達後、20日の期間を与える。この期間後に、争点が決定されることを要する。上述の期間内に、たしかに、かの裁判官を拒絶し、しかるに、別の裁判官を用いることが許される。この別の裁判官のところで、ふたたび、類似して、双方の訴訟が遂行されるこ

とが、権限として帰属する。…」。 (539年11月1日)。

『新勅法彙纂』のテキストは、Rudolfus Schoell & Guilelmus Kroll ed., *Novellae*, in: *Corpus Iuris Civilis*, vol.3, 5.ed., Berolini 1928に拠った。

12) カノン法文 X.1.29.25; X.2.25.1及び X.2.27.20が援用されている。

X.1.29.25 : 「同教皇 [インノケンティウス 3 世] が、バルデスレラの修道院長にしてかつ聖なる墳墓の小修道院長に。愛する息子である聖サルダトゥスの教会の主任司祭である R. が送達した。この送達によって、つぎのことが、余の聴聞に到来する。かつて訴訟があった。この訴訟は、小教区の権利について、かれ [R.] 自身と余の尊敬するウスター司教区の聖ヨハネ小聖堂主任司祭 T. との間で生じた。ウスターの司教とその判事仲間らに、余によって委任されることがおこなわれた。その後、その問題について訴訟がおこなわれた。しかし、時を経て、終局判決が見込まれる前に ante, quam ad diffinitivae sententiae calculum veniretur, 同司教は、上述の R. を、その親族に受け入れた。この司教なしには、その他の判事仲間らは、余の書状において命じられることによれば、訴訟において手続きすることができなかった。そして、判事仲間らの或る者は、上述の司教の下級役人であり、このことのゆえに、相手方当事者にとって、嫌疑をかけられることができた。それゆえに、このたぐいの原因から、司教も、また、前述の下級役人も、R. が、これらの者を、裁判官として要求し、そして、R. 自身が、その後、これらの者の親族となったのだから、かれらは、相手方当事者によって、正当にも忌避されることができ、訴訟それ自体についての判決は、あなたの判断に委ねられる。…」。 (1206年1月27日)。Friedberg, *Corpus Iuris Canonici, pars secunda, Decretalium Collectiones*, col.170. (訴訟係属後に、忌避事由が発生したケース。引用者による下線部が該当箇所か)。

X.2.25.1 : 「コエレスティヌス 3 世。…もしも、諸々の犯罪が、証人らに非難され、これらの犯罪については、[証人らは] それまでは訴追されておらず、しかし、たんに、抗弁を通じて、誰であれある者によって対抗させられるならば、確かに、かれらの犯罪についての証明が提示されるべきである。それは、訴訟が、判決によって終結されるよりも前に、である。なぜなら、カノン法の定めが宣言するように、証言をおこなうにおいては、なんらの破廉恥または嫌疑または明白な汚点のない証人らが要求されるからである。もしも、別の時点で、立証されたかまたは自白された諸犯罪のみが、証人らに対して対抗させられるとすれば、[証人らは] 証言から排除されることができる。なぜなら、教皇ステファヌス及びその他の多くのローマ教皇が証明するように、はじめに、自分が潔白であることを証明したのでなければ、証人らの自白は、他人に対しては、信用されるべきではないからである。そのほかに、もしも、諸犯罪について、たんなる抗弁として、あなたが対抗し、証人らが立証されたか、または自白したであろうならば、正規の罰は科されるべきではない。なぜなら、訴追

が、これらの証人に対しては、法の秩序に従っておこなわれてはいないからである。それゆえに、[証人らが] 証言を提供することから排除されるとすれば、それで十分である。とくに、かれらに対して對抗される犯罪が、それについて訴えられる訴訟に関わらないと見られる場合である」(年月日不明)。これは、裁判官ではなくて、証人の忌避に関する。Friedberg, *Corpus Iuris Canonici, pars secunda, Decretalium Collectiones*, col.374.

X.2.27.20 : 「同教皇 [インノケンティウス 3 世] が、聖レオディウスの修道会に。…余にとっては、つぎのことが定まっている。最初の委任は、最後の [委任] によっては撤回されてはいない。なぜなら、裁判において提示された嫌疑の諸理由は、些細であると見られるからである。これらの嫌疑の理由を、延期的なもの [抗弁] として、訴訟の開始前に対抗させるべきであった。同じ委任された判事らの前で、訴訟を引き受けることによって、これらの延期的な抗弁を放棄したと、かれらは、見られる。…」。 (1199年 6月 3日)。Friedberg, *Corpus Iuris Canonici, pars secunda, Decretalium Collectiones*, col.403-405.忌避申立ては、訴訟開始前におこなわれるべきであることを明示 (下線は、引用者による)。

- 13) 諸学説としては、本章前注 7 で挙げたのと同じ文献が引用されている。
- 14) OAGL Z Nr.1441 [15], fol.225 verso によれば、原告側訴訟代理人は、都市裁判所に提出した自らの再抗弁書末尾で、都市裁判所に対する公正中立な判決を期待する旨を明示していた。このふるまいと、忌避申立ては矛盾する。

### 3. 忌避に代わる一件書類送付の申立ては、認められるべきか

#### (1) 原告側訴訟代理人の主張

原告側訴訟代理人が申し立てたのは、忌避それ自体ではなくて、忌避に代えて、一件書類を、フランクフルト外の判決機関に送付する、いわゆる「一件書類送付」*Aktenversendung* であった。先に見たように、忌避申立てであるならば、訴えの提起前におこなわねばならなかった。原告は、その機会を失った。これに対して、一件書類送付だと、都市裁判所における審理終結時に申し立てることができた。

しかし、1816年の「憲法補充令」は、第一審裁判所での審理については、一件書類送付を認めないかのごとき規定を設けていた。第33条である。

「この地の市民はすべて、なるほど、第一審においてではないが、しかし、たしかに、控訴審裁判所にあつては、判決作成のために、一件書類送付を申し立てることができる」<sup>1)</sup>。

フランクフルト都市裁判所は、1823年2月24日、この第33条を根拠に、都市裁判所での一件書類送付を認めなかった。1822年における都市裁判所所長であつて、判決年の1823年には同裁判所の副所長であつたアードラフリヒトは、後、1832年に公刊されたその著『フランクフルト民事訴訟法』で、「この地の市民は、すべて、ただ、控訴審裁判所においてのみ、判決作成のために、一件書類送付を申し立てることができる」<sup>2)</sup>と述べている。

これに対して、原告側訴訟代理人は、先例として、かつてフランクフルトで、「ショット対軍隊食料供給部」事件においては、第一審級で一件書類送付が認められたことを主張した<sup>3)</sup>。

## （2）被告側訴訟代理人の主張

被告側訴訟代理人は、「憲法補充令」第33条に拠つて、本件における第一審であるフランクフルト都市裁判所にあつては、一件書類送付は、認められないと主張した<sup>4)</sup>。

## （3）テュービンゲン大学法学部

テュービンゲン大学法学部は、原告側訴訟代理人の主張を認め、被告側訴訟代理人の主張を斥けた<sup>5)</sup>。そのおもな理由は、「憲法補充令」第33条の解釈にあつた。

第33条によれば、フランクフルト市民は、その裁量によって、しかも、理由を挙げることなしに、フランクフルト控訴裁判所での判決作成か、フランクフルト外の判決機関への一件書類送付かの選択を持つ。これは、フランクフルトにおける諸裁判所の組織に関する一般的な規定である。この規定は、

忌避事由があるときに、忌避に代えて一件書類送付を申し立てるケースを予想していない。したがって、忌避に代えて一件書類送付を申し立てるときには、かの第33条は適用されない。本件にあるのは、第33条のケースではない。本件にあるのは、都市裁判所全体に対する忌避に代わる「もっともいたわる方途」der schonendste Wegとしての一件書類送付である<sup>6)</sup>。

#### (4) 被告側訴訟代理人の申告

かのテュービンゲン大学法学部判決にもとづくフランクフルト控訴裁判所判決を不服として、被告側訴訟代理人は、リューバックなる四自由都市共通上級控訴裁判所に申告した。その中で、「憲法補充令」第33条の解釈につき、同人は、かのテュービンゲン大学法学部判決について、「憲法補充令」第33条は、都市裁判所裁判官に嫌疑があるゆえに忌避に代えて一件書類送付を申し立てるケースをも含め、およそ一件書類送付を、第一審裁判所での審理については認めないことを定める、と主張した<sup>7)</sup>。テュービンゲン大学法学部判決は、「画家は、そうしたいなら、人間の頭に、馬の首をくつつける」<sup>8)</sup>と言うべきであって、すなわち、牽強附会である。

原告側訴訟代理人は、フランクフルトでは「ショット対軍隊食料供給部」事件においては、第一審級で一件書類送付が認められたことを先例として援用した。しかし、被告側訴訟代理人は、かの事件は先例たりえないと主張した。その理由は、以下のとおりである。第一に、ショットが訴えを提起した1815年7月6日の時点では、フランクフルトは、なお、総政府 Generalgouvernement の暫定統治下にあった。この総政府の統治下にあつては、まともな法状態がなかった。第二に、かの事件において、一件書類送付がおこなわれたのは、原告であったショットが申し立てたからではなく、総政府が、第一審裁判所に、特別指令でもって命じたからであった<sup>9)</sup>。

#### （５）四自由都市共通上級控訴裁判所

四自由都市共通上級控訴裁判所は、被告側訴訟代理人の上告を認めた。第一審であるフランクフルト都市裁判所の審理にあつては、一件書類送付は認められない。同裁判所は、その根拠として、「憲法補充令」第33条のほか、1817年5月20日の「民事諸裁判所の管轄権限についての法令」第5条末尾を挙げる。これは、簡易裁判所にあたるユスティーツ＝アムト Justitzamt（元本24グルデンまでの訴訟を管轄）での判決について、都市裁判所が控訴審、そして、参審員裁判所が上告審となることを規定する。そのうえで「ただ第三審にして最終審としての参審員裁判所においてのみ、判決作成のための一件書類送付が申し立てられることができる」<sup>10)</sup>ことを規定する。

四自由都市共通上級控訴裁判所は、一件書類送付申立てが、忌避申立ての機能を代替することを説く学説があることを認めながらも、忌避論と一件書類送付論とは無関係だと断じた<sup>11)</sup>。

ちなみに、おそらくは、この判決を作成したであろうクロプは、後年、あからさまに、シュテューデル美術館事件を引き合いに出して、忌避申立てに代えて一件書類送付を申し立てることの非を説いた。忌避申立ては、その内容が法律上の要件をみたしていること、及び、その手続きが法律の規定する手続きに則っていることを必要とする。これに対して、一件書類送付の申立ては、忌避申立て手続き要件をみたしていない。また、一件書類送付の申立ては、当該裁判所におこなわれるが、忌避申立ては、直近の上級裁判所におこなわれる。したがって、双方間に代替可能性はない<sup>12)</sup>。

#### 注)

1) Constitutions-Ergänzungs-Acte, Art.33, in: Gesetz-und Statuten-Sammlung der freien Stadt Frankfurt, Bd.1, Jahrgang 1816-1817, S.49-50.

草案の規定：「第96条。承前。参審員裁判所〔後の控訴裁判所〕においては、

そこで係属した事件においては、判決作成のための一件書類の送付もまた申請されることができる。ただし、それは、申請者が、すべての送付費用及び判決手数料を、自らかつ単独で支払うことができ、そして、その用意があることを表示する場合である」。Gedrängte Darstellung und Inbegriff der wesentlichsten Bestandtheile der alten durch Kaiserl. Privilegien, Bürgervertrag und Allerhöchste Kaiserl. Entscheidungen regulirten Verfassung der freien Stadt Frankfurt, Frankfurt am Main 1816, Allgemeine Grundsätze der Constitution, S.51.

2) Adlerflycht, Der Civilprozeß der freien Stadt Frankfurt, S.1146.

また S.1151 : 「下級裁判所全体の忌避は、忌避される裁判所それ自体に提出されねばならない。しかし、この裁判所は、忌避が許されることについては、自ら判決してはならず、この判決は、直近の上級裁判所に委ねられねばならない。ところで、第一審裁判所が非難されるとき、この判決の代わりに、忌避が許されることについての判決を作成するために一件書類送付を求めることは、申請されてはならない」。根拠としては、注 f において、「憲法補充令」第33条が援用されている。

3) OAGL Z Nr.1441 ② Anlage IV., fol.82 verso=Tübingen UAT 84/226, S. 24.

援用される訴訟事件は、1823年 6月18日フランクフルト都市裁判所判決—1825年 8月15日フランクフルト控訴裁判所判決—1825年12月12日四自由都市共通上級控訴裁判所決定（後、和解で終了）の事件か。原告=被控訴人は、トルン=ウント=タクシス郵便厩舎マイスターたるクリストフ=ショット Christoph Schott である。被告=控訴人は、かつての軍隊食料供給部 Approvisionnementssamt の清算人たる軍事代表者委員会 Kriegsdeputation である。馬糧としての800ツェントナーの牧草地の干し草及び100ツェントナーのクローバー干し草の供給に関する事件。フランクフルト都市史研究所蔵四自由都市共通上級控訴裁判所史料 OAGL Z Nr.796が、当該事件か。残念ながら、この裁判史料を参照することができなかった。以上につき、Inge Kaltwasser, Gesamtinventar der Akten des Oberappellationsgerichtes der vier Freien Städte Deutschlands, Bd.4, Frankfurter Bestände, Teil I, Köln-Weimar-Wien 1994, S.590を参照した。

4) OAGL Z Nr.1441 ② Anlage IV., fol.83 recto=Tübingen UAT 84/226, S.25-26.

5) OAGL Z Nr.1441 ② Anlage IV., fol.84 verso-85 verso=Tübingen UAT 84/226, S.29-31.

6) OAGL Z Nr.1441 ② Anlage IV., fol.85 recto-85 verso=Tübingen UAT 84/226, S.31-32 : 「... この条文 [『憲法補充令第33条』] は、あきらかに、たんに、つぎのこののみを規定する。市民は、いかなるケースにおいて、そのたんなる判断にもとづいて、そして、さらなる理由を挙げる必要なしに、かの権利を持つか、である。それは、裁判所それ自体の判決と外部への一件書類送付との間で選択

する権利である。この条文は、忌避及びこのたぐいのものにおいて生じるべき独自の諸原則には、まったく触れない。なぜなら、この条文は、その前にある諸条文と同様に、そして、この条文が含まれる憲法補充令の本性全体がもたらすごとくに、諸裁判所の設置と人員配置とについてのもっとも一般的規定を定めるという目的しか持たないからである。この条文は、忌避の諸ケースに関しては一本件が属するケースがそうなのだが一、また、そもそも、独自のケース及び例外に関しては、その文言から、そして、その目的全体からあきらかになるように、何も規定しない。したがって、この点では、よりふるい法が、まったく不変のままであり、そして、したがって、裁判所に対して存在する有効な忌避諸事由がある場合に、一件書類送付を申し立てる、当事者の権利は、けっして廃止されてはいないのである」。

OAGL Z Nr.1441 [2], Anlage IV., fol.85 recto= Tübingen UAT 84/226, S.30では、「忌避に代わる一件書類送付」に関する学説として、以下の文献が引用される。

Nicolaus Thaddäus Ritter von Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände, Bd.1, 2.Aufl., Erlangen 1804, S.297:「忌避のもっともいたわる schonendst 手段が、一件書類送付の申請である」。

Christoph Martin, Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, Heidelberg 1827, S.92, Anm.e):「ひとは、ここで [忌避において] は、間接的に、一件書類送付の申請によって... 自救することができる」。

- 7) OAGL Z Nr.1441 [2], fol.50 recto-54 verso.  
 8) OAGL Z Nr.1441 [2], fol.53 verso.これは、Quintus Horatius Flaccus, De arte poetica, l. 1-2のことば：岩波文庫『アリストテレース 詩学・ホラーティウス詩論』（松本仁助・岡 道男訳）231頁：「もし画家が、人間の頭に馬の頸をつないで色とりどりの羽根を身にまとわせたいと思い、あちこちから手足と胴を集めてきたなら—こうして上のほうは美しい女であったものが、下のほうは恐ろしくみにくい魚になってしまうなら—招待されてその絵を見たとき、あなたがたは笑いを抑えることができるだろうか」。(下線は、引用者による)。  
 9) OAGL Z Nr.1441 [2], fol.43 recto-44 verso.

総政府 Generalgouvernement の正式名称は、フランクフルト大公国及びイセンブルク君侯国の総政府 Generalgouvernement des Großherzogthums Frankfurt und des Fürstenthums Isenburg である。1813年11月6日設置。形式的には、ドイツ連邦が成立し、フランクフルトが自由都市フランクフルトとなった1815年まで存続。簡潔には、Gerhard Köbler, Historisches Lexikon der deutschen Länder, 5.Aufl., München 1995, S.174参照。

- 10) Verordnung über die Kompetenz der Civil-Gerichte, über Appellations-

Summe, und Beiziehung der Handels-Gerichts-Assessoren in Wechsel-und Handels-Sachen, Beschlossen in Unserer [Frankfurter] großen Rathsammlung am 20ten May 1817, §.5, in Gesetz- und Statuten-Sammlung der freien Stadt Frankfurt, Bd.1, Jahrgang 1816-1817, Frankfurt 1817, S.122.

11) OAGL Z Nr.1441 [15], fol.226 recto-227 recto.

12) Cropp, Juristische Abhandlungen, Bd.2, S.89-92.

かつて、クリスチャン=フリードリヒ=ミューレンブルフ Christian Friedrich Mühlenbruch は、一方では、裁判官が、衡平を口実に、法律と矛盾する理論を、判断基準とすることを厳しく戒めながら、他方では、フランクフルト都市裁判所及び四自由都市共通上級控訴裁判所が、「憲法補充令」第33条に拠って、一件書類送付を認めなかったことを批判した。Christian Friedrich Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles, Halle 1828, S.15-37 (裁判官の法解釈) 及び S.290-291 (忌避に代わる一件書類送付)。

S.290-291 : 「...原告は、第一審において一件書類送付を申請した。この申請は、[第一審では]却下され、そして、この却下決定は、なるほど、第二審では破棄されたが、最高審 [四自由都市共通上級控訴裁判所] では、認められた。—もしも、われわれが誤っていなければ、それは、以下の諸理由からであった。本来の忌避申立ては、審理終結の時点では、もはやおこなわれることができない。憲法補充令第33条においては、市民は、第一審においては、一件書類送付を申し立てることができず、控訴裁判所においてはじめて申し立てることができる。最後に、都市裁判所が管轄権限なしと考えられうるほどの利害関係は、都市裁判所には、訴訟の結末についてはない。—これらの理由は、なるほど、あれやこれやの疑問を許す。たとえば、ひとは、こう言うことができよう。：都市フランクフルトそれ自身が、相続人として見られうるであろうということ、誰も訴訟開始のさいには考えなかったがゆえに、忌避理由は、訴訟審理の過程で生じた。さらに：原告は、フランクフルト市民ではなく、外国人である云々。しかし、われわれは、[四自由都市共通上級控訴裁判所の] 判決が正しいことを認める。；どのみち、それは、確定判決となった。ただ、ゲンナーが一方当事者の申立てにもとづく一件書類送付について述べることを、[四自由都市共通上級控訴裁判所の判決が] 心にとめたであろうならば、都市裁判所の公正中立への信頼が、よりいっそう呼び覚まされたであろう」。

ミューレンブルフは、ここで、ゲンナーの Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, Bd. 1, S.96及びS.103を援用する。ゲンナーは、S.96では、裁判の公正中立性にかんがみれば、一件書類送付制度を将来においても存続させるべきことを、またS.103では、ランデスヘルが、公正中立な司法への信頼を確保するために、一件書類送付を認めるべきことを主張した。

ミューレンブルフに対して、クロプは、この注冒頭上掲書で、批判する：S.92,

Anm.66：「…[ミューレンブルフの所説は] [ミューレンブルフの] 書物の冒頭で論述された、[裁判官による法解釈論についての] すぐれた諸原則と平仄を合わせがたいし、そして、かの鋭敏な学者 [ミューレンブルフ] が、今一度、偏見なしに、かつより注意深く熟考すれば、『憲法補充令』第33条及び1817年5月20日の『民事裁判所管轄令』第5条について、[ミューレンブルフが] 試みる解釈が根拠のないものであることが、かれ [ミューレンブルフ] には、たしかに明らかになるかもしれない。；かれ [ミューレンブルフ] が、フランクフルトの国制により正確に通じるならば、かれは、都市裁判所において、一方的に、原告がおこなう一件書類送付申立てを認めることを、最大に疑問とすることになるうし、そして、ゲンナーが、一件書類送付制度のすぐれていることについて書くことを、裁判官としては、おそらく、判決規範なるものに関しては、承認しがたいことになるであろう」。

## むすび

以上、本稿では、シュテューデル美術館事件におけるフランクフルト都市裁判所裁判官の忌避に関する中間判決について考察した。最後に私見を述べて、むすびとしたい。

第一に、自由都市フランクフルトでは、都市裁判官は、原則として、都市参事会員が兼任した。司法機関の担い手が、行政機関の担い手でもまたあった。これは、「憲法補充令」が規定するように、自由都市フランクフルトの帝国直属都市時代以来の伝統であった。このフランクフルトに特有の伝統に立てば、行政と司法の未分化は、当然であったであろう。しかし、こんにちの感覚<sup>1)</sup>からすれば、裁判官に要求される公正中立は確保されがたい。チュービンゲン大学法学部が忌避事由を認めた背景には、19世紀初頭ドイツで浸透しつつあった行政と司法との分離が、あったのではないかと<sup>2)</sup>。

第二に、忌避申立てであるならば、訴えの提起前におこなわねばならないところ、原告側訴訟代理人が、忌避に代わる一件書類送付の申立てをおこなったのは、都市裁判所での審理がかなり進んでいた時点においてであった。

チュービンゲン大学法学部は、当時の学説（具体的には、ゲンナー及びマルティン）に拠って、本件にあるのが、忌避に代わる一件書類送付の申立てであり<sup>3)</sup>、一件書類送付申立ては、結審の時点でおこなわれるとして、訴訟係属中であっても実質的に忌避申立てを認めた。本件が実質的に忌避事由に該当するとすれば、訴訟係属後は、一件書類送付の手段に拠らざるをえなかったからである。

第三に、「憲法補充令」第33条は、たしかに、第一審都市裁判所については、一件書類送付を認めないかのごとくである。しかし、第33条は、忌避に代えて一件書類送付の申立てがおこなわれるケースを念頭におくものではなかった。忌避事由が存在するのに、やむをえず一件書類送付を申し立ててきたときには、「憲法補充令」第33条にもかかわらず、都市裁判所であっても、一件書類送付を認めるべきであった。この点でも、チュービンゲン大学法学部の判断は、正しかったと考える<sup>4)</sup>。

しかし、既述のように、四自由都市共通上級控訴裁判所は、以上3点について、ことごとく、チュービンゲン大学法学部判決を覆した。四自由都市共通上級控訴裁判所判決<sup>5)</sup>は、チュービンゲン大学法学部判決にもとづく1823年11月17日のフランクフルト控訴裁判所判決を破棄し、都市裁判所の判決を復活させた。そのうえで、遺言者シュテーデルの遺言による美術館設立を有効だとした都市裁判所判決に対する原告側訴訟代理人の控訴にもとづいて審理を尽くすべく本件をフランクフルト控訴裁判所に差し戻したのであった。ただ、四自由都市共通上級控訴裁判所は、フランクフルト控訴裁判所に、審理については、外部の判決機関への一件書類送付をするように命じていることが、注目に値する<sup>6)</sup>。

われわれは、この四自由都市共通上級控訴裁判所判決の背景に、司法と行政とがなお未分離一体であるばかりか、むしろ未分離一体となっていることを正統とする19世紀初頭ドイツにおける独自の法意識を見る。

注)

- 1) 本稿の「はじめに」注4で引用した金沢地裁決定平成28年3月31日につき、坂田 宏『私法判例リマックス』55 (2017[下]) (2017年) 109頁は「訟務検事の職務は、法務省という行政庁の指揮下にあつて、主として国等の指定代理人となつて訴訟活動を行うものと考えられるが、本決定におけるA裁判官のごとく、唯一人の訟務部付検事として作成者の筆頭に名を連ね、金沢地方裁判所判事補として任命される直前まで実質的な訴訟活動にかかわっていたものが、直後、ほぼ同一内容の訴訟に裁判官として関与することに何の問題も感じなかったのであろうか」と訝しがる。
- 2) 19世紀初頭ドイツにおける司法と行政との峻別については、たとえば、Harscher von Almendingen, Politische Ansichten über Deutschlands Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Bd.1, Wiesbaden 1814, S.383 : 「... 裁判官庁の独立。これに属するのが、... 司法の行政からの全体としての分離である。行政をする裁判官は、けつして、不屈の堅牢さ及び諸原理に斟酌なく固執することを主張することができない。これらの原理は、その全領域を果たし、その全領域によって包摂される裁判官にふさわしいものである」。

1849年の「フランクフルト憲法」第181条第1項も、「司法および行政は、分離され、かつ、たがいに独立であるべきである」と規定した。岩波文庫『人権宣言集』181頁（山田 晟訳）。

ドイツでは、19世紀末（1890年）においても、都市を相手とする訴訟にあつて、都市参事会のメンバーである者が都市の簡易裁判所裁判官を兼任し、かつ、都市参事会で当該訴訟事件について発言したことは、当該裁判官に対する忌避事由にはならないと判断された。1890年11月26日イェーナ上級ラント裁判所（第二法廷）判決：「原告は、簡易裁判所 Amtsgericht に係属した、都市G. を相手とする訴訟において、簡易裁判所裁判官を忌避した。なぜなら、この裁判官は、かの都市参事会の会議において、かの都市参事会のメンバーとして、この訴訟問題について発言したからである。この忌避申立ては、ラント裁判所及び上級ラント裁判所によって却下された。：『按ずるに、[ドイツ帝国] 民事訴訟法第42条によれば、裁判官は、公正中立を欠くことの懸念を理由として忌避されることができる。しかし、公正中立を欠くことは、法律によれば、つぎの場合において認められるべきである。それは、かの裁判官の不偏不党に対する不信を正当化する理由なるものが存在する場合である。しかし、裁判官なるものの不偏不党は、内容的に不利な判決が、この裁判官によって予想されうる、ということだけによっては問題にされるべきではない。たとえば、その裁判官が、同じ法律問題を、別の訴訟で判決するべきであった場合である。あるいは、裁判官が、その法学的見解を、たとえば、文献上の論述によって、あるいは、上級

機関の要求にもとづいて提出された鑑定意見によってあらかじめ表明していた場合である。あるいは、裁判官が、本件におけるごとくに、別の官庁のメンバーとして、その法的確信を、すでに表現していたという理由によって、である。むしろ、公正中立を欠くという懸念は、当事者らのうちの一方に対して、意識的もしくは無意識的に鼻屑したり、嫌悪したりする結果、訴訟を厳格に事実在即して取り扱わない懸念に等しい。しかし、かかる懸念についてのてがかりは、原告によってまったく提出されていないのである。…』。H.Brückner ed., Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Bd.38, Jena 1891, S.167-168=J.A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd.47, München und Leipzig 1892, S.83-84.

文中で引用される「[ドイツ帝国] 民事訴訟法」第42条：「裁判官は、…公正中立を欠くこと Befangenheit の懸念を理由に忌避されることができ。忌避が、公正中立を欠くことの懸念のゆえに生じるのは、裁判官の不偏不党に対する不信を正当化するに適した理由が存在する場合である」。忌避事由を具体的に列挙しないで、一般的原則を立てている。その理由は、列挙しても、ケースを汲み尽くすことができないからであり、また、列挙すれば、列挙されていないケースが、列挙されるケースよりも、より些細であるかのように見えるからである。Friedrich Hellmann erläutert., Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, in: Die Gesetzgebung des Deutschen Reichs mit Erläuterungen, 1.Theil, Bd.3, Erlangen 1878, S.176.

- 3) 一件書類送付が、民刑事や審級のいかんにかかわらず、裁判の公正中立を担保する制度保障であることにつき、Gönnner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses, Bd.1, S.95：「… 例外の特別の理由が証明されることができない限り、圧迫及びときとして名状しがたい陰謀を免れる唯一の手段として一件書類送付を優遇することは、原則でありつづける。それゆえに、すべての事件において、それらが、民事事件であれ、あるいは、刑事事件であれ、下級裁判所に係属するのであれ、上級裁判所に係属するのであれ、一件書類送付は、訴訟当事者らのだれによっても要求されることができ。…」。(下線は、引用者による)。
- 4) ただし、当時のフランクフルト民事訴訟法学説（アードラフリヒト・ベンダー）は、反対。本稿第3章注2を参照。
- 5) OAGL Z Nr.1441 [14], fol.213 recto.四自由都市共通上級控訴裁判所1825年1月17日判決：「[被告によって] 申し立てられた上告は、形式の点でも、また実体の点でも理由がある。自由都市フランクフルト控訴裁判所が1823年11月17日に言い渡した判決を、以上のとおりに、破棄する。そして、第一審の判決を取り寄せるための一件書類送付についての原告の申立てを認めない。むしろ、都市裁判所を、本件遺言異議事件の第一審における判断について権限ありと見る。それゆえに、以下のとおり。[都市裁判所については忌避に代わる一件書類送

付を認めないという] かの判断は、1823年2月24日の都市裁判所判決によってすでにおこなわれた。本件は、控訴裁判所に差し戻される。本件の一件書類は、原告が、上述の都市裁判所判決に反対して申し立てた本案 *merita causae* に関する第二の控訴事由〔遺言無効〕についての第二審の判決を取り寄せるために、控訴裁判所によって、外部の判決団に送付されるべきである。…」。(下線は、引用者による)。

- 6) 前注5下線部参照。結論としては、四自由都市共通上級控訴裁判所は、都市裁判所レベルでの審理については忌避に代わる一件書類送付を認めなかったが、控訴裁判所レベルでの本案審理については、外部の判決機関への一件書類送付に拠るべきだと判断しているのである。かくして、第一審である都市裁判所については、一件書類送付を認めない「憲法補充令」第33条と、外部の判決機関での公正中立な裁判を求める原告の利益との調整を図ったと言うべきか。

## 付論：19世紀初頭ドイツにおける一件書類送付の手続き

シュテューデル美術館事件においてたびたび遭遇するのが、裁判所による一件書類送付 *Aktenversendung* である。わたくしは、遺憾ながら、これまで、この手続きの全容を知ることがなかった。本稿を執筆するにあたり、Carl Friedrich Elsäßer, *Ueber den Geschäftsgang von der Versendung der Akten an Rechtskollegien an bis zur Eröffnung des eingeholten Urthels*, in: *Danz, Grundsätze des gemeinen, ordentlichen, bürgerlichen Prozesses*, 3.Ausg., Stuttgart 1800, Anhang S.1-75を通読する機会に恵まれた。1800年の出版だから、正確には、18世紀末というべきか。以下では、この書物に拠りながら、一件書類送付手続きの概要を明らかにしたい。叙述にあたっては、煩雑を避けるために、引用箇所頁を逐一明示していない。

### 1. 準備作業

**一件書類送付の決定：**当事者の申立てまたは裁判官の職権による。一件書類送付を裁判官が決定したときは、期日を定めて、双方当事者を裁判所に召喚する。

**梱包 Inrotulation**：一件書類を梱包する。裁判官及び召喚された双方当事人が、梱包に立ち会う。

**合綴 Heftung**：一件書類を合綴（仮綴じ）する。一件書類が送付中に散逸するのを防止するためである。

**主要書類 Hauptakten と説明書類 Erläuterungsakten との区別**：判決に不可欠の主要書類と主要書類を補足する参考資料としての説明書類とを区別して合綴する。

**梱包記録簿 Inrotulationsprotokoll への記載**：一件書類を閲覧した当事者の意見を、梱包記録簿に記録する。

**一件書類送付先についての各当事者の異議申立て Protestation**：双方当事人は、それぞれ3つの判決機関（大学法学部や参審員団）の排除を求めて異議申立てをすることができる。これら3つの判決機関について異議を申し立てるさいには、理由は不要である。

3つを超えて排除を求めるときには、4つ目以上については、理由が必要である。たとえば、カトリック系のすべての大学法学部を排除するときである。裁判官は、異議申立てのあった判決機関には、一件書類を送付してはならない。

**裁判官による添付書状 Missive の作成**：裁判官は、一件書類送付のさいに添付されるべき書状を作成する。裁判官は、この書状で、判決機関に求める事項を明示する。たとえば、判決理由付き判決、判決理由なき判決、教示などである。裁判官が作成した書状は清書され、裁判所の印章を付される。

## 2. 一件書類送付

**送付宛先についての裁判官の守秘 geheim halten 義務**：裁判官は、当事者が排除した判決機関を除いて、かつ、ラントごとの送付先の制限のもとで、自ら、送付先を決定する。裁判官は、この送付先について、守秘義務を課さ

れる。なお、費用にかんがみ、あまりにも遠隔の判決機関に送付してはならない。

**直接送付unmittelbare Versendungと間接送付mittelbare Versendung：**裁判官が、判決作成を依頼する判決機関に、直接、一件書類を送付するときが、直接送付である。これに対して、裁判官が、一件書類を、たとえばA地の判決機関に送り、A地を経由して、B地の判決機関に、さらに送付して、B地の判決機関が判決を作成するときが、間接送付である。間接送付には、依頼する裁判所が、B地の判決機関を依頼先として特定したうえで、A地に送付するケースと、依頼する裁判所は、依頼先を特定しないで、A地に送付し、A地の判決機関が、任意にB地の判決機関を選定したうえで、B地に送付するケースとが、ある。依頼先を隠すのが、その目的である。

### 3. 判決機関（法学部・参審団）

**判決機関の種類：**一件書類の送付先は、大学法学部 Juristenfakultäten や参審員団 Schöffenstühle などである。以下では、大学法学部について論述する。

**判決機関の構成：**判決機関としての法学部は、通常、学部長、陪席員 Beisitzer 及び秘書から成る。これに記録係及び官房書記 Kancellist が加わる。

**学部長の責務：**学部長は、到来した一件書類の一覧表を作成し、陪席員各自の専門領域をも考慮に入れたうえで、各員に割り当て、報告者を指定する。

**陪席員の責務：**通常は学部教授から選任される陪席員は、学部長から一件書類を受け取り、そのうちの報告者に指定された者が、報告書を作成する。

**秘書の責務：**秘書は、到来した一件書類について、記録を作成し、かつ、一件書類を保管する。秘書は、法学部が作成した判決などを記録する。

#### 4. 一件書類の通読及び摘要作成

**陪席員による通読 Aktenlesung**：一件書類を割り当てられた陪席員は、一件書類を通読する。通読には、一般的通読 generelle Aktenlesung と特殊の通読 spezielle Aktenlesung とがある。一般的通読は、事件全体の概要を把握する。重要な論点をすばやくつかむためには、「ヘブライ的読み方」（後ろから読む読み方）がおこなわれる。陪席員は、一般的通読によって、「正しい糸」（論点）を発見する。陪席員は、特殊の通読に移る。特殊の通読は、論点に即した通読である。陪席員は、そのさい摘要 Extrahieren der Akten を作成する。

#### 5. 一件書類の報告

**報告 Relation の作成**：陪席員は、割り当てられた一件書類について、一件書類の報告 Aktenrelation を作成する。

**学部会議での報告**：緊急の場合には臨時の会議で、原則としては、直近の通常会議で、報告担当陪席員が、一件書類について報告する。

**報告事項**：報告担当陪席員 Referent は、原則として、以下の諸事項について報告する。①依頼した送付元の裁判所、②当事者の氏名、③訴訟の対象、④裁判の審級、⑤事実及び訴訟の経緯、⑥報告者の意見。報告者は、とくに、事実及び訴訟の経緯を報告するにあたっては、歴史的な正確さをもって、かつ、判決されるべき諸事項に不可欠な諸点のみを報告するべきである。場合によっては、共同報告者 Korreferent が意見を述べる。

**学部長による票決**：報告者の報告の後で、学部長が、票決をとる。

**学部の結論 Fakultätskonklusum**：票決にもとづいて、学部の結論が作成される。

## 6. 判決機関が作成する判決の種類及びその内容

**広義の判決 Erkenntnisse**：判決機関が作成する判決 Erkenntnisse には、広義では、①判決理由なしの判決、②判決理由付きの判決、③教示 Instruktionen 及び④法的鑑定意見 rechtliche Gutachten がある。

**狭義の判決 Urtheiln**：狭義の判決は、①挨拶、②呼びかけ、③冒頭及び④判決それ自体から成る。①ないし③が、「赤部」Roth (rubrum) と呼ばれ、④が「黒部」Schwarz (nigrum) と呼ばれる。

**中間判決 Interlokute と終局判決 Endurtheiln**：判決には、中間判決と終局判決がある。係属中の訴訟にあって、訴訟適格、担保、立証義務、立証の主題について判断するのが、中間判決である。これに対して、終局判決（主たる判決）では、本案 Hauptsache 及び費用について判断される。混合的判決は、中間判決に続いて終局判決がおこなわれるケースである。

**判決の明確さ**：判決は明確に作成されねばならない。母国語（ドイツ語）で理解できるラテン語の表現は、母国語（ドイツ語）に転換されねばならない。

**費用**：費用には、裁判上の費用と裁判外の費用がある。裁判上の費用には、裁判手数料、供託金、召喚費用、送達費用及び公証された謄本費用などがある。裁判外の費用には、弁護士による書類作成についての謝礼や弁護士の旅費・食費がある。多くの場合、費用は、原告-被告間で相殺される。

ただし、一件書類送付にかかる費用は、この送付を申請した当事者が負担する。裁判所の職権で送付したときは、裁判所が負担する。

**判決理由 Rationes の添付**：判決には、「疑問の理由」Zweifelsgründe 及び「判決の理由」Entscheidungsgründe が、あるいは、手短に、理由 Rationes が添えられる。

「疑問の理由」では、判決とは異なる判断の可能性を述べる。「なるほど、そう見えるかもしれない」。

「判決の理由」では、言い渡された判決の理由を述べる。「しかし、－であるがゆえに」。

**判決理由の入手**：当事者は、判決公表後は、手数料を支払って、判決理由を入手できる。

**教示 Instruktionen**：これは、個々の官吏または裁判所による問い合わせに対する手短な法的指導 rechtliche Anleitung である。

**法的鑑定意見 rechtliche Gutachten**：これは、個々の法律問題についての意見である。それは、①事実関係の説明、②疑問の理由及び判断の理由、そして③判断から成る。裁判官が、この鑑定意見を取り寄せれば、かれは、偏向 Parteilichkeit の責めを受けることがない。

## 7. 一件書類の返送及び判決公表

**返送**：一件書類が、判決付きで依頼元の裁判所に返送される。返送された一件書類は、開封されないまま保管される。

**当事者の立会いのもとでの開封・朗読**：裁判所は、当事者を召喚する。当事者がやって来ると、裁判所所長が、当事者に一件書類の小包の印章を確認させる。所長は、そのうえで、小包の紐を切り、開封し、判決を取り出す。所長は、判決を書記に手渡す。受け取った書記が判決を朗読する。

**当事者の対応**：勝訴した当事者ないし訴訟代理人は、感謝しつつ判決の公証された謄本を求める。敗訴した当事者ないし訴訟代理人は、判決及び判決理由の謄本を求め、裁判所に対して、上訴する旨、口頭で、ただちに通知する。

**判決公表の記録作成**：判決公表の年月日時刻（何時何分）が、記録される。

(2020年3月25日成稿・3月26日提出)