

## 民事證據法の浩革（一）

田中，和夫  
九州帝国大学法文学部教授

<https://doi.org/10.15017/14406>

---

出版情報：法政研究. 13 (1), pp.67-96, 1943-03. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# 民事證據法の沿革 (一)

田 中 和 夫

## 目 次

- 第一節 ローマ法
- 第二節 ゲルマン法 (以上本號)
- 第三節 イタリヤ・カノン法
- 第四節 外國法繼受後の獨逸法
- 第五節 英米法

## 第一節 ローマ法

一 ローマに於ける民事訴訟は、通常訴訟手續と職權審査手續との二つに大別せられる。<sup>(1)</sup> 前者は、その根本に於て私力と公力との聯合による制度であつて、訴訟は法務官 (praetor) の面前に於て行はれる法廷の (in iure) 手續と、當事者が選定し法務官より授權せられた私人たる審判人 (iudex) の面前に於ける (apud iudicem, in iudicio) 手續とに分れてゐるのを特色とする。法廷手續に於て争點決定 (litis contestatio) を爲し、それに基づ

て審判人が審判手續に於て事實を審査し判決を爲すのであつた。之に反し後者は専ら公權による手續であつて、法廷手續と審判手續との區別なく、全訴訟を官吏が主宰した。

(一) 船田教授、羅馬私法提要二〇六頁以下(昭和一六年)、戸倉教授、羅馬法概論三八九頁以下(昭和一五年)。

(1) 通常訴訟手續の法廷手續は、最初當事者が法の規定する特定の言語及び動作を用ひて之を行つたが、紀元前二世紀の後半より當事者が方式書を用ひることとなつた。前者を法律訴訟(Legis actio)手續と云ひ、後者を方式書(formula)訴訟手續と云ふ。

方式書とは、例へば、「某を審判人に指名す。原告甲は被告乙に銀製卓子を寄託したり(請求原因の主張)。されば被告乙は原告甲に該銀製卓子を返還す可し(原告の主張)。審判人は、右事實明白ならば、被告に對して該卓子の價格に相當する金額に就いて原告に賠償す可しと判決す可く、若し明白ならざれば被告を免訴す可し(判決權の付與)」といふ如きものである。(一) 即ち、ローマ法に於ては、早くより法律問題と事實問題とが對立し、法律問題は、事實を如何に發見するかの條件附にて、法廷手續に於て事實問題の決定に先行して決定せられ、審判手續に於ては、主として事實問題を取扱つたのである。本稿の目的たる證據法は、審判手續に於て問題となるのであつたが、審判手續自體は法律訴訟手續と方式書訴訟手續との兩者を通じてその主要點は同一であつた。(二)

(一) 戸倉教授前掲四〇〇頁。

(二) Engelman, Der Civilprozess. Geschichte und System, Bd. I, 2, S. 11 (1891). Translation by Millar, History of Continental Civil Procedure, p. 251 (1927).

(2) 職權審査手續は、はじめ通常訴訟手續 (*ordo iudiciorum*) に對する特別審理手續 (*cognitio extra ordinem*) として現れたものであり、特殊な場合についてのみ用ひられたのであるが、この手續が便宜であつた爲め次第に發達し、元首の權力が共和政を壓倒して盛となり官憲の權力が強大なるにつれて、この手續が通常訴訟手續を次第に壓倒し、<sup>(四)</sup> 第四世紀頃以後即ち後期帝政時代にはこの手續のみが残ることとなつた。

事實の審査について、通常訴訟手續と職權審査手續との間に於ける注目すべき差異は、事實の審査を爲す者が通常訴訟手續に於ては専門的職業的な裁判官にあらずして、各場合につき當事者によつて選ばれる私人であつたのに對し、職權審査手續に於ては専門的職業的な裁判官であつたことである。後に述ぶる如く、ローマの證據法は自由心證主義より法定證據主義へ發展したのであるが、<sup>(五)</sup> これは私法が硬化すると共に、事實の生き生きとした具體的認識が最早あまり價値を有しなくなり、形式を尊重する様になつたことにもよるが、同時にローマ文明の頹廢と共に裁判官の獨立性公平性が疑はしくなつたことにもよるのである。<sup>(六)</sup>

(四) 法律訴訟より方式書訴訟への變遷も、既に官憲の權力の増大を意味するものであつた (*de Boor, Rechtstreit, S. 18 (1940)*)。

(五) *Wenger, Institutes of the Roman Law of Civil Procedure, translated by Fisk, p. 20 (1940)* —— 原本は *Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozessrechts (1925)*。

(六) *Endemann, Die Beweislehre des Civilprozesses, SS. 17, 18 (1860)*。

一、通常訴訟手續に於ける證據法

二ローマ法に於ては、ゲルマン法に於ける一方的な形式的證據法と異り、雙方的な實質的證據主義が行はれてをり、その通常訴訟手續には、自由心證主義が支配的であつた。<sup>(1)</sup>即ち、兩當事者は自由に證據(本證及び反證)を提出し、審判官は自由にこれらを判斷して、自己の確信によつて事實認定を爲したのである。又證據方法にも別段制限はなかつたが、よく利用せられたのは人證と書證とであつた。

1) Wenger, op. cit., p. 201; Engelmann, op. cit., Bd. I, 2, S. 114, Translation, op. cit., p. 356; Millar, *Formative Principles of Civil Procedure*, 18 Ill. L. Rev. 37 (1923); *History of Continental Civil Procedure*, p. 39.

三 (1) 人 證 證人能力あるのは自由人に限られてゐた。<sup>(2)</sup>しかし民事訴訟では、總ての自由人が證人義務を負つてゐるわけではなかつた。一般には證人義務を負はず、證人は寧ろ自發的な當事者の補助者であつた。例外的に證人義務を負ふのは、公益に關する事項が含まれてゐる場合と、法律行為の儀式的證人 (*Solennitätszeuge*) となつた場合とであつた。<sup>(3)</sup>儀式的法律行為に證人として立會つた者は、自發的にその行為の證人となつたのであるから、その法律行為に關する訴訟に於て證人となるべき義務を負つたのである。この故に、證書が書證として重視されるに至るまでは、法律行為の證據を確保する爲に法律行為締結に當つて、儀式的證人を用ひること、更に證書が用ひられるやうになつても證書を作成し立會つた者に證人として之に捺印せしめる事が履行はれた。<sup>(4)</sup>

訴訟外に於て作成した證人の供述書も證據能力ありとせられたが、證據價値は少なきものと取扱はれた。<sup>(5)</sup>尙後

に證據法の中心問題となる證人の數については、未だ何等の法則が出来てゐなかつた。

(一) Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, Bd. I, S. 598 (1865), Engelmann, op. cit., Bd. I. 2, S. 120, Translation, op. cit., p. 361.

(二) Bethmann-Hollweg, op. cit., Bd. I, S. 597; Engelmann, op. cit., Bd. I. 2, S. 120, Translation, op. cit., p. 361.

(三) Endemann, op. cit., S. 187; Bethmann-Hollweg, op. cit., Bd. I, S. 20.

(四) Bethmann-Hollweg, op. cit., Bd. I, S. 599; Engelmann, op. cit., Bd. I. 2, S. 120, Translation, op. cit., p. 361.

四 (2) 書證 ローマに於ても東方文化の影響を受けて證書が次第に 般に使用せられるやうになり、書證も證據方法として、認められるやうになつたが、當時に於ては未だ書證を人證より重要視することは行はれなかつた。又ローマ法に於ては、書證の成立についてもその内容の意義についても法定の法則は存在せず、又公文書私文書の證據法上の區別も存せずして兩者共に自由心證により評價せられてゐた。<sup>(一)</sup>

(一) Endemann, op. cit., SS. 286, 287.

五 (3) 宣誓 これら自由心證主義の法則に伍して、宣誓の制度があつた。これ、宗教的制裁が世俗の權力による制裁よりも有効であつた時代の遺物、と云ふことが出来る。<sup>(一)</sup> 宣誓 (*iuramentum, iuramentum*) には三種があつた。任意的宣誓 (*i. voluntarium*) 必要的宣誓 (*i. necessarium*) 及び司法的宣誓 (*i. iudiciale*) である。<sup>(二)</sup>

(一) Millar, *Formative Principles of Civil Procedure*, 18 II, L. Rev. 37 (1923). - *History of Continental Civil Procedure*, p. 40.

① Bethmann-Hollweg, op. cit., Bd. I, SS. 572-585; Endemann, op. cit., SS. 441-453; Engelmann, op. ci. Bd.

II, 2, SS. 115-119, Translation, op. cit., pp. 357-361; Wengler, op. cit., pp. 119-123.

イ、任意的宣誓は、當事者の合意に基く宣誓である。争ある法律關係自體又は事實を確定する爲めに、當事者の一方が宣誓を爲すべき事を訴訟外又は訴訟中に於て（法廷手續中のみならず審判手續中に於ても）兩當事者の合意によつて定め得たのであつて、かゝる合意に基いて訴訟外又は訴訟内に於て宣誓を爲し、又はこれを拒絶したときは、訴訟上も、その宣誓又は宣誓の拒絶による、法律關係又は事實の確定の効果を、承認したのである。これ、寧ろ實體法上の問題であつて、訴訟上の問題ではない。

ロ、必要的宣誓はこれに反し、法廷手續に於て請求自體について、原告より被告に對し要求する宣誓 (*iurandum in iure delatum*) であつて、強制的效力を有してゐた。即ち、この宣誓要求は原告のみがこれを爲し得たのであるが、この要求ありたる場合には、被告は自ら宣誓を爲すか、又は原告に對し宣誓の反對要求を爲すことを要した。而して、被告が宣誓を爲すか、又は原告が反對要求を受けながら宣誓を爲さざるときは、被告に有利に、又被告が要求を受けながら宣誓をも反對要求をも爲さざるか、又は原告が反對要求に應じて宣誓を爲したときは、原告に有利に、請求自體が確定的に定まるのであつて、判決を爲す要なく、そののみで訴訟が終了した。尤もこの必要的宣誓の許されたのは一定の場合（請求の當否が單純な事實問題の肯定又は否定にかゝり、従つて宣誓要求が良心に對する強い壓迫とならず又判斷誤りの危険も大でない場合、例へば確定金銭債權、特定物請求

に關する訴)に限り、その許される場合は漸次擴張せられたが、無制限に擴げられたものではなかつた。<sup>(三)</sup>

(三) 必要的宣誓とは、任意的宣誓に對する。即ち、宣誓を要求せられた者の自由意思に基かない、の意である。

ハ、司法的宣誓とは右と異なり、審理手續に於て審判人によつて科せられた宣誓であつて、必要的宣誓の如く判決の代用物ではなく、證據方法であつて、審判人が事實につき確信を得る一つの材料であつた。この宣誓は審判人が、自ら進んで又は當事者(何れの當事者たるを問はない)の申立により、訴訟の狀態に應じてその自由判斷に基づき、いづれの當事者に宣誓を命ずべきかを決して科したのであつた。尤もこの證據方法は補充的に用ひられた。この宣誓又は宣誓の拒絶の證據價値を如何に決するかも、審判人の自由心證に委ねられてゐたのであるが、多くの場合審判人は之等を尊重して宣誓を爲した者に有利に、宣誓を拒絶した者に不利に事實判斷を爲すを常としてゐた。<sup>(四)</sup>これ元來司法的宣誓は、必要的宣誓の經驗、即ち宣誓により事件を實體的に正當に處理したものと考へ得る可能性を、證據資料として利用せんが爲めに作られたものであるから、當然のことである。<sup>(五)</sup>

(四) Endemann, op. cit., SS. 447, 448; Schwartz, Vierhundert Jahre deutscher Civilprozess-Gesetzgebung, S. 17 (1898); Wenger, op. cit., p. 199, note 37.

(五) Endemann, op. cit., SS. 466, 447.

以上三種の宣誓の中、司法的宣誓は眞實發見の資料としての宣誓、即ち證據としての宣誓であるから、之を證據宣誓 (Beweis Eid) と呼ぶに對し、前二者は、當事者の行爲により裁判所による眞實の調査を不必要ならしむるものであつて、之を仲裁宣誓 (Schieds Eid) と呼ぶ。<sup>(六)</sup>

訴訟法上問題とすべき必要の宣誓と司法的宣誓とを比較するに、必要の宣誓は、當事者より當事者に對し要求する (a parte parti delatum) ものなるに反し、司法的宣誓は、審判人が要求する (a iudice delatum) ものである。更に又、必要の宣誓は、請求自體即ち法律的判斷についての宣誓、即ち權利宣誓 (Rechtseid) であるに對し司法的宣誓は、事實についての宣誓、即ち事實宣誓 (Tatsacheneid) である。これらの區別は、宣誓の其の後の發展に於て注意すべき事柄である。

35) Endemann, op. cit., S. 442.

## 二、後期ローマ訴訟法（職權審査手續）に於ける證據法

六 職權審査手續に於ても、初めは自由心證主義が行はれてゐたが、後其の時代となるや徐々に法定證據主義が行はれるやうになつた。<sup>(1)</sup> デオクレチアヌス (Diocletianus, 285—305) の多くの法令は尙自由心證主義の繼續せることを示してゐるが、コンスタンチヌス (Constantinus, 324—337) の多くの法令は法定證據主義に基く規定を有し、その後の皇帝は之に従つた。これ、一方に於て裁判官の専恣を制限せんと考へたと、他方に於て總ての證據法上生じ得る不正 (偽證、證書の偽造等) を法律をもつて匡正せんと考へたのによるのであるが、その法則自體が一部分は却つて甚だ専恣的なものであつた。<sup>(2)</sup>

(1) Wenger, op. cit., p. 201 note 46, p. 293.

† Bethmann-Hollweg, op. cit., Bd. I, S. 272 (1866)

七 (1) 人證及び書證 一人の證人の證言は證據とならず (testis unus, testis nullus) との法則を作つたのはコ

ンスタンチヌスであつて、これ、後世の法定證據法の基本原則たる「二人の信用し得べき證人の證言が完全なる證據を爲す」との法則の基礎を爲す。一人の證人の證言は證據とならずとの法則は、聖書にその源を有し、キリスト教徒たる皇帝がこれを世俗の法として採用したものである。

(一) 舊譯。ミンヌウ紀略三十五章三十節 「凡て人を殺せる者すなはち故殺人は、證人の口にしたがひて殺さるべし。然ど、只一人の證人の言にしたがひて人を殺すことを、爲べからず。」

シンメイ記十七章六節 「殺すべき者は、二人の證人または三人の證人の口に依て、これを殺すべし。惟一人の證人の口のみをもてこれを殺すことは、爲すべからず。」

同十九章十五節 「何の悪にもあれ、凡てその犯すところの罪は、只一人の證人によりて定むべからず。二人の證人の口により、または三人の證人の口によりて、その事を定むべし。」

新譯。マタイ傳十八章十六節 「もし聽ずば、兩三人の口に由て證をなし、凡の言を定んが爲に一人二人を伴ひ往。」  
ヨハネ傳八章十七節 「二人の證は眞なりと、兩曹の律法に錄されたり。」

コリント後書十三章一節 「我いま第三次なんぢらに至らん。二人あるひは三人の證人の口に憑て、凡の事定むべし。」  
テモテ前書五章十九節 「長老を訴る者のあらんに、二人三人證人なくば、納べからず」

ヘブル書十章二十八節 「モーセの律法を廢る者、もし二三人の證あらば、恤まるること無して死べし。」

八 コンスタンチヌスの時代には未だ人證より書證を重んずる法則は出來上つてゐなかつたが、書證の價値を重んずる思想が東方より傳來し、ユスチニアヌス (Justinianus, 527-565) の法律に於ては、明らかに書證に優先

權を與へた。債務の成立が書證を以つて立證せられたときは、その辨濟の立證には五人の證人を必要とするとしたのであつた。<sup>(一)</sup>又書證の成立及び證據力につき諸種の法則が作られた。例へば公證人 (caudatario) が、その作成したる證書の眞正を、裁判所に於て宣誓の上證言したるときは、その書證は完全なる證據力を有し、又私文書に於ても、三人の證人が之に署名し、裁判所に於て宣誓の上これを證言したときは、右と同等の證據力を有するとせられた。<sup>(二)</sup>

① Bethmann-Hollweg, op. cit., Bd. I, S. 276.

② Bethmann-Hollweg, op. cit., Bd. I, SS. 281, 282.

ユスチニアヌスの時代に初めて、總ての自由人が證人義務を負ふ事となつた。しかし、近親者間及び奴隸より自由人とせられた者と主人との間に於ては、相互に證言を強制せられる事はなかつた。<sup>(三)</sup>又證言の證據力も身分、資産等によつて異なつた。例へば貴族、役人、富豪は無條件に證言の資格があつたが、之に反し微賤の者の證言は、同等の階級の者に信用に値すと表明せられた場合、及び拷問の結果證言した場合にのみ、信用せられた。<sup>(四)</sup>

③ Bethmann-Hollweg, op. cit., Bd. I, S. 276.

④ 奴隸に「いふべし」の拷問の結果をこゝの陳述は證據とせられた (Bethmann-Hollweg, op. cit., Bd. I, S. 274)。

⑤ Bethmann-Hollweg, op. cit., Bd. I, S. 275.

九(2) 宣誓 宣誓の制度についても、自由心證主義より法定證據主義への轉向を見ることが出来る。法廷手續と審理手續との區別がなくなるや、次第に法廷手續に於て用ひられた必要的宣誓と、審理手續に於て行はれた

司法的宣誓とが融合して、新たな一つの宣誓が出来上つた。(一)

それは、事實についての證據方法としてのみ許され、判決の代用を爲すものではなかつた。又特定種類の事件に限らず、如何なる事件に於ても用ひられた。この宣誓は、原告よりのみでなく被告よりも（抗辯事實につき）相手方に要求し得、裁判所はその要求を許すのみならず、自らも之を命じ得た。而してその要求、下命、履行、拒絶、反對要求等について、詳しい法則が出来上つた。その前時代の司法的宣誓と異なる主要點は、前時代のそれは少くとも理論上は自由心證主義の支配するところであつたが、この宣誓については法定證據主義行はれ、裁判官が、宣誓の履行又は拒絶の効果を、自由に判斷することは許されなかつたことである。宣誓を履行したときは、その宣誓の目的たる事實に基き判決を爲すことを要し、宣誓を拒絶したるときは、その宣誓の目的たる事實の反對に基き判決を爲すことを要したのである。而してこの新たに出来た宣誓をも、必要的宣誓と呼んだ。(二)(三)(四)(五)

(一) Engelmann, op. cit., Bd. I. 2, SS. 117, 118, Translation, op. cit., pp. 359, 360; Endemann, op. cit., SS. 450-453.

(二) Wenger, op. cit., p. 200, note 40; Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd. I, S. 288 (1896).

(三) Engelmann, op. cit., Bd. I. 2, S. 118, Translation, op. cit., p. 360.

(四) Wenger, op. cit., p. 297; Planck, Lehrbuch, Bd. I, S. 288.

(五) 尙當時に於ても、任意的宣誓、舊時代の（仲裁宣誓としての）必要的宣誓、及び司法的宣誓も殘存してゐたものの如くであるが（Bethmann-Hollweg, op. cit., Bd. I, S. 287; Planck, Lehrbuch, Bd. I, S. 288）、重要なのはこの新しく出来た（證據宣誓としての）必要的宣誓のみである。

第二節 ゲルマン法

一〇 ゲルマン古法に於ける訴訟手續は、ローマ法や現代法に於けるそれと甚だしく異つてゐた。裁判官は單に訴訟を指揮するのみであつて、判決は人民集會自體により、後にはその代表者たる判決人 (*Urtreier, Urteifinder*) によつて爲された。<sup>(一)</sup> その判決は證據判決であつて、同時に又條件附終局判決であつた。例へば、被告に一定の形式による立證を爲すか又は支拂を爲す旨の誓約を爲すべきことを命ずるのである。而して被告が、その判決に定められた立證に成功すれば被告勝訴となり、不成功に終つたときは、被告は原告に支拂を爲さなければならぬ、即ち原告勝訴となるのである。

(一) ゲルマンの一部族たるフランク族の裁判制度につき、久保正幡教授世良晃志郎氏共譯、ゾーム、フランク法とローマ法、譯者解説二〇頁以下(昭和一七年)參照。

(二) ローマに於ても *praetor* と *index* との對立はあつたが、*index* はその裁判權限を *praetor* から授與せられたものであつて、それはゲルマンに於けるが如き人民と官憲との眞の對立ではなかつた (*Schwartz, Vierhundert Jahre deutscher Civilprozess-Gesetzgebung, S. 15 (1898)*).

立證は裁判所に對して爲すものでなく、當事者から當事者に對し爲すものであり、且古くは裁判所外に於て裁判官の監督を受けずに爲された。立證を爲すのは、判決によつて立證を命ぜられた當事者のみであつて、その立證が法定の形式を満足せしめた場合には、立證に成功したのであつて、相手方の反證を許さない。<sup>(三)</sup> 又立證者がその形式を満すことを得なかつたときには、そのみで、換言すれば相手方の立證を要せずして、相手方勝訴とな

つた。又その立證は、事實を明らかにし裁判所に事實についての確信を得せしむることを目的とするものではなくして、純粹に形式的に争ある請求自體について勝敗を決するのであつて、形式的證據主義である。<sup>(四)</sup>

(三) 若し反證を許すとすれば、それも形式的要件を満すことによつて成立するわけであるから、同一價値ある本證と反證とが矛盾することとなり、訴訟の結末がつかなくなる。

(四) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte (DRG.), 2. Aufl., Bd. I, S. 256 ff. (1906); Brunner-v. Schverin, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 8. Aufl., S. 22 (1930); Planck, Deutsches Gerichtsverfahren im Mittelalter (DGV.), Bd. I, S. 12 ff. (1879); Engelmann, op. cit., Bd. I, 1, S. 85 ff., S. 59 ff. (1890), Translation, op. cit., p. 142 et seq., p. 151 et seq.; Bethmann-Holtweg, op. cit., Bd. VI, S. 31 (1868).

一一 一方的立證に成功すれば勝訴となるのであるから、立證を爲し得る當事者に有利であつて、ローマ法や現代訴訟法の立證責任に對し、立證權の觀念が成り立つ。<sup>(一)</sup> 而してこの立證權が原則として被告に屬したことは疑ひのない點であるが、例外的に原告に屬することもあり、この立證權分配に關する法則如何については、議論が分れてゐる。<sup>(二)</sup> 有力な説は、眞實の蓋然性の考慮が標準をなすとす。即ち、兩當事者の總ての主張、陳述、提出を比較して、當該事態に於てより眞實らしきをもつた主張を爲した當事者に、立證權ありと爲すのである。<sup>(三)</sup>

更に詳言すれば、特別な事情なき限り、被告が要證事項につきより良く知識を持つてゐると考へ、従つて原則として被告に立證權があるとするのであるが、かゝる豫想を爲すべからざる事項に關するか、又は原告が被告の自由にはならないより良き證據方法(殊に人證又は書證)を提出し、若しくは被告が自白することによつて、原

告の請求が眞實らしくなつた場合には、立證權が原告にあるものとせられてゐたのである。

① Planck, DGV, Bd. I, S. 15.

② Engelmann, op. cit., Bd. I, SS. 51, 52, Translation, op. cit., pp. 135, 136.

③ Brunner-v. Schwerin, DRG, 2. Aufl., Bd. II, S. 498 ff. (1928).

二 このゲルマンの特色ある訴訟法は、ゲルマン自由人の強き自己意識に基いてゐた。ゲルマン人は法に服従するのみであつて、他人の判断を自己の判断よりも高きものとすることは、許すことの出来ない事であつた。<sup>(一)</sup>従つて、近代訴訟法に於けるが如く、當事者が請求を理由あらしめる事實の陳述を爲し、事實についての證據を提出し、裁判官の爲すその證據に基く事實判断に拘束せられるが如きは、認容することが出来なかつた。かゝる自己意識の強いゲルマン人の意思に拘束を加へるのは、全體の意思のみであつて、全體の意思が個人の意思を拘束する爲めに用ひられた手段は形式であつた。證據についても個々の證據方法につき形式を法定し置き、その形式を滿すか否かによつて、兩當事者の權利主張の當否を決したのであつた。<sup>(二)</sup><sup>(三)</sup>

尤もゲルマンの證據法が形式的證據主義を採つてゐると云つても、全體としては實質的眞實を全然無視したものではなかつた。前に述べた如く立證權の分配は、眞實の蓋然性を基礎として定められたものであり、證據方法として主として用ひられたのは當事者の宣誓であつたが、内面的には、眞實を述べんとする當事者の人格及び當事者の事實に對する知識が、宣誓の保證であつた。<sup>(四)</sup>更に人證や書證が、漸次用ひられるやうになつたことも實質

的眞實探求思想の萌芽である。(四)

- (一) Engelmann, op. cit., Bd. I. 1, S. 59, Translation, op. cit., p. 152; Behmann-Hollweg, op. cit., Bd. IV, S. 28; Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Aufl., S. 188 (1878).
- (二) Brunner, DRG., Bd. I, SS. 256, 257; Schwartz, op. cit., SS. 3, 4.
- (三) ローマの通常訴訟手續が公力と私力との聯合であることは前に述べたが、これもローマ自由人の自己意識に基くものである。しかしローマに於ては、法を個人の上にある觀念的支配者なりと考へたが、ゲルマンに於ては、個人の自由を固く持し、法を人民の自由意思の必然的一致の結果なりと考へた。即ち、法を自由人全體の中にあるものと考へたのである (Endemann, op. cit., SS. 8, 27, 28)。
- (四) 宣誓には通常一定数の宣誓補助者を必要としてゐた(後述)。當時ゲルマン民族は素朴な村落生活をしてゐたので、人の信用し得るや否やにつき、更に事實についても部落民は知つてゐた。従つて正當ならざる主張を爲す者は、定数の宣誓補助者を得ることが出来なかつた (Schwartz, op. cit., S. 12)。
- (五) Endemann, op. cit., S. 29.

### 一、ゲルマン固有の證據方法

一三 ゲルマンの證據方法としては、古くより宣誓、神判、人證が存在し、宣誓には更に當事者一人の宣誓と宣誓補助者と共にする宣誓とがあつた。(一) 而して如何なる證據方法によるべきかは各場合につき定まつてゐたのである。(二) しかもそれは專恣的に定められてゐたのではなく、少くとも一般的民族信念に於て、要證事項の眞實を發見するに高い蓋然性を與へるやうに選擇せられてあつた。(三)

(一) ゲルマン固有法の一つたる英國古法の證據方法につき、高柳教授、イギリス法系の誕生(二)、法協六〇卷九號一四七九頁(昭和十七年)参照。

(二) 詳しくは Bethmann-Hollweg, op. cit., Bd. W, SS. 35-66 参照。

(三) Engelmann, op. cit., Bd. I. 1, S. 61, Translation, op. cit., p. 153; Planck, DGV, Bd. I, S. 3; Bethmann-Hollweg, Bd. W, SS. 31, 32.

## I 宣 誓

一四 ゲルマン訴訟法に於て最も重要な證據方法は宣誓であつた。宣誓は立證權を有するとせられた當事者が請求自體につき(多くの場合に於ては債務者たる被告が宣誓を爲すのであるが、この場合の宣誓は、責任を負はずとの宣誓、即ち無責宣誓 *Unschuldseid*、冤責(罪)宣誓 *Reinigungseid* である)<sup>(一)</sup>、一定の形式を以つてその確言を爲すのである。

宣誓の形式は、初めは魔法の言葉を以つて鬼神を呼び寄せ、正直な者を支持し不正直な者を罰すべきことを求めて、宣誓したのであるが、フランク時代にキリスト教の影響を受け、その形式もキリスト教化するに至つた。

(一) この宣誓は請求自體に關するものであるから、前に述べたローマ通常訴訟手續に於ける *Schiedseid* (*ius iurandum necessarium*) に相當するわけである(Endemann, op. cit., S. 466)。

(二) v. Amira, *Grundriss des germanischen Rechts*, 3. Aufl., S. 270 (1918) によれば、キリスト教以前に於ては、必ずしも神を呼寄せる必要なく、自己の武器、船、又は馬を神と同様に用ひた。この場合には、偽誓をすれば武器等がその者の生命を絶つと考へてゐたのである。又輕い宣誓の代用物としては身體の一部、自由、名譽、所有物を賭けるのみ

でも良かった。

(三) ゲルマン法制史の時代の区分は、フランク王国成立(五世紀末)までをゲルマン時代、それよりフランク王国崩壊(九世紀末)までをフランク時代、それより十五世紀の終りまでを中世と云ふを通例とする。

一五 宣誓には、當事者のみにて之を爲す場合(Eineid)と、一定数の宣誓補助者(Eidshelfer, consacramental, cominator)と共に之を爲す場合とがあつた。

宣誓補助者とは、宣誓する當事者の信用し得べき人間たることを宣誓する。換言すれば、その宣誓が「清淨にして偽誓でない」(rein und unnein)旨を宣誓するのである。その清淨にして偽誓でないと信する理由は何人にも開示することを要しなかつた。最初は一定数の補助者が一團となつて宣誓したのであるが、フランク時代より教會の影響の下に補助者が個々に宣誓することとなり、宣誓の成功が以前よりも困難となつた。<sup>(一)</sup>

宣誓補助者の數は、法源により、事件の性質により異なつたが、常に法により一定數が定められてゐた。その數は本来十二人が原則であつたが、後には六人(selbsiebt)、二人(selbdrht)が普通となつた。<sup>(二)</sup>初めは血族中より選ばれたが、後には血族に限られなくなつた。その選擇は全部宣誓當事者が之を爲すこともあつたが、又少くとも血族外の者よりの宣誓補助者の一部を相手方が選んだ場合もあつた。<sup>(三)</sup>

(一) Brunner-v. Schwerin, DRG., Bd. I, S. 575; dieselben, Grundzüge, SS. 22, 82.

(二) Engelmann, op. cit., Bd. II, 1, S. 65, Translation, op. cit., p. 157; Brunner-v. Schwerin, DRG., Bd. I, S. 520 ff; Planck, DGV., Bd. II, S. 129. 宣誓補助者の數の多い例としては Sachenspiegel, I, 6, § 2 が「七十二人を

要求してゐる（金澤理康教授、ザクセン・シュビーゲル、早稻田法學別冊第八卷二二頁（昭和二年）参照）。尙リプアリア法に於ける宣誓につき、久保正幡教授、リプアリア法典一七六頁（昭和十五年）参照。

(三) Brunner, DRG., Bd. I, S. 260.

如何なる場合に當事者のみの宣誓（單獨宣誓）を以つて足り、如何なる場合に宣誓補助者と共にする宣誓を必要としたかは、各法源により又時代により異なつたが、寧ろ前者が例外的であつた。<sup>(四)</sup>換言すれば、ゲルマン自由人の強き自己意識が尊重されてゐたとは云へ、原則として宣誓補助者を必要としたのであり、その場合には、當事者の清淨にして偽誓でないことを確言して呉れる一定數の自由人を發見し得ない限り、立證に成功しなかつたのであるから、訴訟の勝敗が被告獨りの良心のみに無條件にかゝつてゐたのではなかつた。<sup>(五)</sup>

(四) Brunner-v. Schwerin, DRG., Bd. I, S. 527; Engelmann, op. cit., Bd. I, 1, S. 64, Translation, op. cit., p. 156

ザクセン族は昔より單獨宣誓を認めてゐたのであるが（Brunner-v. Schwerin, DRG., Bd. I, S. 527）<sup>6</sup> Sachsen-spiegel（第十三世紀）によれば、單獨宣誓と宣誓補助者（ザクセン法に於ては、後述の如く、宣誓補助者をも證人と云ふ）と共にする宣誓との適用場合の區別は、大體次の如くであつた（Planck, Lehrbuch, Bd. II, Ss. 283, 284）。

(一) 今日の説明に當る場合、即ち主張を終局的に決定するのではない場合についての宣誓（Sicherungs Eid）は單獨宣誓である。(二) 主張を終局的に決定する宣誓（Einschuldungs Eid）については主張の内容如何により、(イ) 單純な否定主張の場合、即ち事實上も法律上も争なしに持つてゐる財物（金錢、動産、不動産）を與へるべき責任がないとの主張の場合（Unschuld Eid）には、原則として單獨宣誓である。但し (a) その責任を負はざることが、債務成立についての瑕疵又は債務の消滅に基くものなる場合に於ては、宣誓補助者と共に宣誓しなければならぬ。(b) 更に、一般法（Landrecht）に於てではないが、都市法（Stadtrecht）に於ては、原告が人證又は書證と共に訴へた場合、即ち訴提起に當り原告が、自己の主張を證明する爲めに、人證又は書證の申出をなした場合には、被告尙立證權を有するも、證人

(宣誓補助者)と共に宣誓することを要する。(ロ)宣誓せんとする主張が、争ある財物を保持することを正當化せんとする場合(Behaltungseid)には、殆んど常に宣誓補助者を必要とする。

㉔ Behmann-Hollweg, op. cit., Bd. VI, S. 29.

## Ⅰ 人 證

一六 ゲルマン法に於ては人證は非常に制限せられてゐた。當時の證人は、今日の如くその經驗した事柄を詳しく述べるのではなく、當事者の主張を、宣誓を爲すことによつて肯定するか、宣誓を拒絶することによつて否定するかのみであつた。<sup>(一)</sup>従つて證人は宣誓補助者に非常に似て居り、法源によつては(例へばザクセン・シムピールゲル)兩者を明確に區別してゐない。<sup>(二)</sup>

㉕ Engelmann, op. cit., Bd. I, 1, SS. 66, 67, Translation, op. cit., pp. 158, 159; Endemann, op. cit., S. 190, 尙 Bruner-v. Schwerin, DRG., Bd. I, S. 528 ㉖ 表題を證人とせしに證人宣誓(Der Zeugeneid)としてゐる。

㉖ Sachsenspiegel を主たる法源として記述してゐる Planck の Deutsches Gerichtsverfahren im Mittelalter, Bd. I, SS. 45-143 ㉗ Der Eid mit Zeugen と題して、宣誓補助者を述べた述べてゐる Schwartz, op. cit., ㉘ S. 419 には mit Eideshelfer と云つてゐるが、S. 7 には mit helfende Zeuge と云つてゐる。

㉗ しかし兩者の區別は理論上尙存する。宣誓補助者は當事者と共に宣誓し、當事者の宣誓の清淨にして偽誓にならざることを宣誓するに反し、證人は當事者とは無關係に直接要證事項について宣誓するのみである(Engelmann, op. cit., Bd. I, 1, SS. 66, 67, Translation, op. cit., pp. 158, 159)。

證人は、かくの如く當事者の主張を單に肯定又は否定するのみであつたから、その要證事項につき知識を有してゐることの相當に確實な者に限り、證人として許された。即ち、證人として許されたのは、法律行為を爲す

に當つて特にある者が將來の證明の爲めにその行爲につき認識すべきことを要求せられてあつた場合（行爲證人 *Geschäftszeuge*）、一定の公知の事項に關する場合（公知證人 *Öffentlichkeitszeuge*）、及び隣人乃至部落民が部落に知られてゐる事項について證人となる場合（部落證人 *Gemeindezeuge*）であり、單に偶然に認識するに至つた者（偶然證人 *Zufallszeuge*）は證人として許されなかつた。<sup>(六)</sup>

人證の成功に必要な證人の數は、各法源によつて異なつてゐた。フランク法によれば、行爲證人及び公知證人については少くとも三人、部落證人については少くとも七人を要した。<sup>(四)</sup>

(四) 如何なる事項が公知の事項であるかは、各法源により異なつてゐたが、訴訟上の行爲がこの中に含まれてゐるとすることにについては一致してゐた。

(五) 前二者については證人義務が認められたが、最後の部落證人については證人義務がなかつた。

(六) *Brunner-v. Schwerin, DRG., Bd. I, SS. 529-532; Planitz, Germanische Rechtsgeschichte, S. 37 (1937).*

(七) *Brunner-v. Schwerin, DRG., Bd. II, SS. 534, 535.* フランク族の支族たるリプアリア族の證人の數につき、久保正幡教授、リプアリア法典一四三頁參照。

かくの如く證人の範圍が制限せられてゐる反面として、原告が人證を申出たときは、被告の立證權を奪ひ、立證權が原告に歸する効果を有した。<sup>(八)</sup> 従つて重要な取引には行爲證人たるべき者を呼ぶことが慣はしとなつた。

ローマに於いて儀式的證人 (*Solemnitätszeuge*) を用ひたのと同様である。

(八) 一五註四に述べた如く、ザクセンの都市法に於ては、この場合にも被告立證權を失はず、その代り被告が宣誓補助者（證人）と共に宣誓することを要した。

一七 尙證人の信憑性を増す爲めに、フランク時代には、一定の財産を持つた者のみに證人能力を認め、又カール大帝は裁判官による證人の自由なる訊問をも始めた。<sup>(1)</sup> その訊問は證人が要證事項について何等かの知識を持つてゐるか否かを知る爲めであつて、これにより未だ證據の形式性を全く除去したと云ひ得ないとは云へ、<sup>(2)</sup> 實質的證據主義へ一步接近したわけである。又部落證人については、立證者の相手方に反對證人の提出を許した。<sup>(3)</sup> これ亦實質的證據主義への接近であると云ふことが出来る。

(1) Brunner-v. Schwerin, DRG., Bd. I, S. 579; dieselben, Grundzüge, S. 83; Planitz, op. cit., S. 95.

(2) Brunner-v. Schwerin, DRG., I, S. 579. 但し Bethmann-Hollweg, op. cit., Bd. V, SS. 126, 139-148 (1871) は、之に反し、フランク時代の人證をもつと近代的人證に近いもの、即ち判決人(判決人が定置的となり、之を參議員 Schöffen と呼んだ)に要證事項についての實質的眞實を確定せしめるものであるとする。

(3) Brunner-v. Schwerin, DRG., Bd. I, S. 579; dieselben, Grundzüge, S. 38. 兩證人が一致しない場合には、兩證人間の決闘により決した。

## II 神 判

一八 神判 (Gottesurteil, Ordal) には火判 (Feuerordal)、水判 (Wasserordal)、籤判 (Losordal) 及び決闘 (Zweikampf) があつた。<sup>(1)</sup> 良く用ひられたのは火判の一種たる神盟探湯 (Kesselfang) であつて、これは煮立つてゐる湯のはいつた釜の中から素手で指輪又は石を取り出し、一定期間内に腕や手が癒えると立證に成功したのである。上記四種の中前三者は一方的神判であるのに對し、最後の決闘は雙方的神判である。<sup>(2)</sup> 決闘に於ては、主

張の正當な者に神が武器の魔法を通して勝利を與へると考へられてゐたのである。

(一) フランク時代にキリスト教會は十字神判 (Kreuzort) なる神判を造つたが、之は第九世紀の初に廢止せられた。

(二) この神判は、雙方的であるから、いづれの當事者が立證權を有すると云ふこともなく、他の證據方法といさゝか趣を異にする。しかし形式的證據方法であることには變りはない。

神判は證據方法としては補充的であつた。例へば、宣誓に對し異議を唱へた場合決闘により決し、又非自由人や犯罪により法外人とせられた者の如く宣誓を爲し得ざる場合、或は所要の人數の宣誓補助者を得られなかつた場合に、一方的神判が用ひられた。(四)

(三) 被告が宣誓の申出を爲した場合に、原告は、偽誓の嫌疑を理由として之を拒絕し、神判を請求する權利を有してゐた (Behmann-Hollweg, op. cit., Bd. VI, S. 31)。

(四) Brunner-v. Schwerin, Grundzüge, S. 23; Engelmann, op. cit., Bd. I, 1, S. 62, Translation, op. cit., p. 155; Behmann-Hollweg, op. cit., Bd. IV, S. 31.

一九 キリスト教會は初め神判に好意を示し、その儀式をキリスト教化し、且つ十字神判 (Kreuzort) なる神判方法を作つた程であるが、一二一五年ラテラン會議によつて神判を禁止した。(一) 神判はこれにより直ちに消滅したわけではなかつたが、漸次用ひられなくなつた。たゞ決闘は中世を通じて尙行はれた。(二)

(一) これ、既に當時に於て、神判に對する信頼がうすらいでゐた事を示すものである (Brunner-v. Schwerin, Grundzüge, S. 179)。

(二) 例へば Sachsenspiegel, I, 18, § 3 (金澤理康教授、ザクセン・シュネビーゲル、早稻田法學別冊八卷三〇頁) は、證據判決に異議申立ありたる場合に、決闘により決定すべきことを言明してゐる。

## Ⅵ 書 證

二〇 文書が證據方法として認められるやうになつたのは、フランク時代に於いてである。しかも眞に獨立の證據方法と云ひ得るのは、國王の文書 (Königsurkunde) のみであつた (國王の文書には異議を主張することが許されなかつたのである)。私文書 (Privaturkunde) は相手方が之を認めた場合に限り、證據となり得たのであつて、相手方之に異議を主張した場合にはそれ自體證據とならず、證人、宣誓補助者附宣誓、又は決闘によつてその内容を證明することを要した。(一)

その後も私文書を證據として認めるか否かは種族によつて異つた。南獨逸に於て私印の押捺せられた文書には證據力ありとの法則が作り出され、この法則が第十三世紀中に漸次他の地方にも取入れられるやうになつた。(二)

第十三世紀にはイタリヤ法に倣つて、公證人作成の文書 (Notarielle Urkunde) が、先づ南獨逸に於いて、ついで獨逸全般に證據として用ひられるやうになつた。公證人は初めは國王により後には諸侯により任命せられ、公證人作成の文書はそれ故に公文書として證據力ありとせられたのであつた。(三)

書證に證據力あるときは、人證と同様に、宣誓等の形式的證據方法に優先するものであつた。(四)

- (一) 文書證人 (Urkundenzeuge) とは、前述の行爲證人 (Geschäftszeuge) の一種である。
- (二) Brunner-v. Schwerin, Grundzüge, SS. 45, 46, 83; Planitz, op. cit., SS. 95, 106, 107.
- (三) Brunner-v. Schwerin, Grundzüge, SS. 130, 178; Planitz, op. cit., SS. 223, 250.
- (四) Brunner-v. Schwerin, Grundzüge, S. 130; Planitz, op. cit., S. 250; Endemann, op. cit., S. 289.

③ Bethmann-Hollweg, op. cit., Bd. V, SS. 157, 158 (1871).

二、國王裁判所に於ける特別な證據方法

二一 フランク王國の成立するや、國王は自己の裁判所 (Königsgericht) を設立した。從來の裁判所に於て行はれた國民法 (Volksrecht) は、原則として保守的な嚴格法であつたのに對し、この國王裁判所に於て行はれた國王法 (Königsrecht) は、進歩的な衡平法であつた。<sup>(一)</sup> その國王裁判所に於て特別に行はれた證據方法として、裁判所證明 (Gerichtszeugnis) と糾問證據 (Inquisitionsbeweis) とがあつた。<sup>(二)</sup> これらは進歩的證據方法であり、形式的證據主義より全く離れてゐた。

中世にはこれらが國王裁判所以外の裁判所に於ても使用せられるやうになつた。<sup>(三)</sup> 尙ザクセン・シュビーゲル及び之と同一系統の法源は、裁判所證明に類する檢證 (Leibliche Beweissung) なる證據方法をも認めてゐた。<sup>(四)</sup>

(一) 従つて國民法と國王法との關係は、ローマ法制史上に於ける市民法 (ius civile) と法務官法 (ius praetorium) との關係、イギリス法制史上に於ける普通法 (common law) と衡平法 (equity) との關係と軌を一にしてゐた (久保正幡教授世良晃志郎氏共譯、ゾーム、フランク法とローマ法、譯者解説一八頁)。

(二) Brünner-v. Schwerin, Grundzüge, S. 84.

(三) Brunner-v. Schwerin, Grundzüge, S. 179.

(四) Planck, DGV., Bd. I, SS. 9 ff., 148 ff.; Schwartz, op. cit., S. 13 ff.)

二二 (1) 裁判所證明 (Gerichtszugnis) これ、判決其の他裁判所に於て行はれた行爲に關しての證明であり、國王裁判所に於ては裁判所自らがその認識に基づいて證明し得たのである。<sup>(1)</sup> 中世に於て國王裁判所以外の裁判所に於てもこの證據方法が用ひられるに至り、裁判所自らが證明する方式(ザクセン式)の外に、當事者が二名又は數名の裁判員と共に證明する方式(シューベン式)が出來た。<sup>(2)</sup>

この證明は、形式的證據方法に優先し、且つこの證明には異議を主張することが許されなかつたから、取引を確實にする爲めに豫め假裝訴訟を行ひ、この證明を利用することが廣く行はれた。<sup>(3)</sup>

① Brunner-v. Schwerin, DRG., Bd. I, S. 688.

② Brunner-v. Schwerin, Grundzüge, S. 179; 久保正幡教授世良晃志郎氏共譯、ソーム、フランク法とローマ法、一五七頁譯者註一〇三。

③ Brunner-v. Schwerin, Grundzüge, S. 179.

二三 (2) 檢證 (leibliche Beweisung, Augenschein) ザクセン・シュビーゲル及び之と同一系統の法源は、裁判所證明以外に檢證なる證據方法をも認めてゐる。これは、請求の基礎たる人又は物を裁判所自體に認識せしめる證據方法である。裁判所證明は、裁判所自らが裁判所に於て行はれた行爲について、認識を得る證據方法であるから、檢證はこれに類した證據方法であると云ふことが出來、その効果も之と同様であつた。<sup>(1)</sup>

① Planck, DGV., SS. 9 ff., 148 ff.; Schwartz, op. cit., S. 13 f.

二四 (3) 糾問證據 (Inquisitionsbeweis) フランク時代に國王裁判所に於て、部落證人 (Gemeindezeuge) か

ら糾問證據なる證據方法が發達し、これが後の英國に於ける陪審制度の淵源を爲してゐる。

前述の如く、本來部落證人には證人義務がなかつたのであるが、その爲め國王は、國王自身が原告たる訴訟に於て、不便を感じざるを得なかつた。それ故國王は、證人を部落民としてではなく、臣下として呼び出した。これれ糾問證人 (Inquisitionszeuge) であつて、臣下として國王の命に従ひ證人たるべき義務を負ひ、且つ普通の證人の如く單に當事者の請求自體を肯定又は否定するのではなく、質問せられた個々の事實に對し答辯しなければならなかつた。<sup>(一)</sup> 又その證言は、普通の證人の證言と異り、原告の爲めにも被告の爲めにも役立つた。<sup>(二)</sup> 即ち、糾問證人はローマ式の證人であつたのである。

この證人の數は通常六人以上であり、十二人以上であることも稀ではなかつた。<sup>(三)</sup> 糾問證人たるべきことを命ずる權限は、國王又はその授權した者のみに存したが、教會其他一定の當事者も之を裁判所に要求する權利を有するに至つた。<sup>(四)</sup>

- (一) Engelmann, op. cit., Bd. I. 1, S. 67, Translation, op. cit., p. 160; Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., SS. 61, 62 (1906). 糾問手續は初め刑事事件に於て用ひられ (行政上にも用ひられた) 後に民事事件に於ても用ひられるやうになつたのである (Brunner-v. Scherwin, Grundzüge, S. 81)。
- (二) Brunner-v. Scherwin, DRG., Bd. I, S. 689; Engelmann, op. cit., Bd. I. 1, S. 67, Translation, op. cit., p. 160; Schmidt, op. cit., SS. 61, 62.
- (三) Brunner-v. Scherwin, DRG., Bd. I, S. 689.
- (四) Brunner-v. Scherwin, DRG., I, S. 690; dieselben, Grundzüge, S. 84.

この糾問の方法には、個々の證人に別々に訊問を爲し答辯せしむる方法と、數人の證人が一團となつて質問に答へる方法とあり、後者の方が屢用ひられた。而して後者に於ては、訊問事實を肯定又は否定するのみであつてその肯定又は否定を爲す理由を明らかにする必要なく、従つてゲルマン式證人により近かつた。この後者から後の陪審制度が發達したのである。<sup>(四)</sup>

(四) Engelmann, op. cit. Bd. II, 1, S. 63, Translation, op. cit., pp. 160, 161.

### 三、ゲルマン證據法の其の後の發展

**二五** 以上述べたところによつても本來形式的證據主義であつたゲルマンの證據法が、漸次實質的證據主義に接近しつゝあつたことを知り得る。獨逸に於ける證據法が全く實質的證據主義となつたのは、外國法の輸入即ちイタリヤ・カノン法の繼受によつてであるが、それまでにこれを取り入れることを可能ならしめる素地が、次に述べる如く、作られてゐたのであつた。

**二六** (1) 裁判所の構成 前述の如くゲルマンの裁判所は、裁判官と人民集會又はその代表者たる判決人とよりなつてゐたが、後には法律問題に争のない場合には、(人民集會又は判決人の任務は法を發見宣言することにあつたので) 裁判官のみで裁判を爲し得るやうになり、又法律問題に争ある場合に於ても簡單な事件については、事件を迅速に解決すべき必要上兩當事者の合意によつて裁判官のみの裁判を受けるやうになつた。他方に於て、

人民集會の代表者のみが判決人となつたのは、判決の爲め集會することが一般人の負擔となつたからであるが、後にはその代表者たる判決人と裁判官とが合議體をなし（裁判官がその合議體の指揮者）、裁判官も判決宣言に關與するやうになつた。而してその結果當事者は、その裁判合議體の下に立つこととなつた。<sup>(1)</sup>斯くして裁判所の構成がローマ系統の法のそれに近づいた。

(1) Schwartz, op. cit., S. 11.

二七 (2) 立證の目的 ゲルマン古法に於ける立證の目的は、當事者の請求即ち法律的主張自體であつて、事實ではなかつたが、後には當事者に法律的主張の證明を許す前に、その主張の基礎たる事實狀態を次第に精確に陳述することを要求するやうになつた。その結果、一方に於ては、陳述せられた事實狀態より主張せられた法律的結論を導き得ない場合には、裁判所がその當事者の法律的主張を證據を俟たずして却下するやうになり、他方立證を許す場合には、立證の目的を、實は當事者の主張した法律的結論ではなくて、その基礎を爲す事實狀態である<sup>(1)</sup>と考へるやうになつた。

加之、國王裁判所にその源を發した裁判所證明、糾問證據、及びザクセン族に行はれた檢證、並びに漸次廣く用ひられるやうになつた書證は、これにより法律的主張自體を決することもあるが、その證明の直接目的は個々の事實そのものに外ならなかつた。斯くしてこの點に於ても、ローマ系統の法に近付いたわけである。

(1) Planck, Lehrbuch, Bd. I, S. 156.

二八 (3) 證據方法の改善 此等と共に證據方法も改善せられた。次第に形式的證據方法を去つて、實質的證據方法を用ひるやうになつたのである。

イ、人智の進むに従つて、神判殊に一方的神判は、事態の真相、主張の是非を明らかにするに役立たないことが次第に自覺せられ、漸次用ひられなくなつた。<sup>(1)(2)</sup>

(1) しかし決闘は中世を通じて尙行はれた。

(2) Planck, Lehrbuch, Bd. II, S. 156.

ロ、訴訟の勝敗を當事者の良心（即ち宣誓）のみに委ねなくなつた。宣誓は、素朴な村落生活をしてゐた時代には眞實の發見を確保し得た。即ち、宣誓は宣誓補助者と共に履行するのが原則であり、各人の信頼に値ひするか否かはその時代に於ては隣人に知られてゐたから、信頼に値ひしない者は自己の爲めの宣誓補助者を發見し得ず、結局この證據方法により眞實に到達し得た。然るに交通が開け、取引きが擴大せらるるに至り、見知らぬ者が近くに生活するやうになると、右の前提が崩れ、宣誓が眞實の發見を確保し得なくなつた。かくして他の證據方法を要求するやうになつたのであるが、この傾向は従つて都市に於て殊に著しかつた。かくして證人の制度が都市に於て多く用ひられるやうになつた。<sup>(3)</sup>

(3) Schwartz, op. cit., S. 12; Planck, Lehrbuch, Bd. I, S. 156.

ハ、人證の制度自體も改善せられた。證人調が裁判所の監督のもとに行はれ、證人をして單に當事者の法律的

主張を肯定する旨宣誓せしめるのみでなく、裁判所が證人を訊問して、證人がその事件に關し知識を有するや否やを明らかにし、更に進んで當事者の主張の基礎たる事實關係につき確信を得、以つて價値なき證人の宣誓を除去する爲めの處置を取り得る方向に進んだ。殊に刑事事件に於て現行犯の場合に Schreimann を證人として訊問するやうになり、<sup>(四)</sup>一般にこれに倣つて經驗證人 (Erfahrungzeuge) を許す方向に進んだ。かくして人證も實質的證據主義の段階に這入つて行つたのである。<sup>(五)</sup>

(四) Schreimann は、從來ならば宣誓補助者となつたのであつて、これ宣誓補助者より證人への發展の一例である。

(五) Schwartz, op. cit., S. 13; Planck, Lehrbuch, Bd. I, SS. 157, 191; Brunner-v. Scherwin, Grundzüge, S. 178; Planitz, op. cit., S. 223.

ニ、更に實質的證據主義は、ゲルマン法自體も裁判所證明及び檢證に於て既に採用してゐるところであつた。この證據方法は改善せられた人證と共に益々信頼を得るに至つた。裁判所證明及び檢證を尊重する思想を更に發展せしむれば、一般の事實につき人證や書證により裁判所が確信を得、これに基づいて判決を爲すと云ふ近代的證據法に到達することは當然の經路である。而して、上述の如く人證は改善せられ、又既述の如く書證の使用が南獨逸より始まつて、漸次廣く且つ益々盛んに行はれるに至つてゐたのである。<sup>(六)</sup>

(六) Schwartz, op. cit., S. 14; Planck, Lehrbuch, Bd. I, S. 157.