HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	措問手続（項目手続）覚書
Author(s)	小菅, 芳太郎; KOSUGE, Yoshitaro
Citation	北大法学論集, 38(4), 1-40
Issue Date	1988-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16583
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(4)_p1-40.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

措問手続（項目手続）覚書

小山昇先生古稀お祝ひ申上げつつ

小菅芳太郎

ロオマ・カノン法訴訟では、[1][2] 訴訟応諾と証拠調との間に、非策謀宣誓、措問、これに対する答弁、立証項目書作成、証人反対尋問書作成がある。[3][4] 措問手続では、原告が、宣誓の上、その請求を支へる諸事実を一箇づつに分解し、「余は措問す」の語で始まる単純命題列挙のかたちでこれを主張し、裁判官は被告をして宣誓の上逐一その認否を答弁せしめ、その結果、肯定された措問の事実は自白として立証不要（沈黙は擬制自白）、否定された措問の事実につき証拠調が必要となる。かくて立証負担が軽減される。[5] 被告の抗弁（さらに原告の反抗弁、被告の再抗弁、等）も同様に措問（書）および答弁（書）手続による。抗弁ごとに措問手続、さらに立証手続が個別に成立し、かつ中間判決の対象となりうる。[6][7]

カノン法家たちが土着的法廷慣行[8]を措問制度へ彫琢した際のロオマ法源は法廷質問（interrogatio in iure）であった[9]

から、措問の当初は裁判官釈明権としての当事者尋問（interrogatio）として成立した。この裁判官を名宛人とする尋問請求形式が、やがて弁論主義的に直接、相手方当事者を名宛人とする発問形式に変じたものが措問である。[10] 裁判官は内容の不適切な措問は許さず、[11][12] 相手方に答弁義務はない。措問はいかに作成すべきか等、中世イタリアの訴訟文献では恰好の論題だったやうである。[13][14]

措問の結果が吟味整理されて立証項目 articuli が作成される。[15] 前述のやうに諸措問のうち否認されたものが項目に転ずるのが大筋であるから、法廷慣習上は措問（書）も項目（書）と呼ばれ、あるいは両者が融合し、多様な偏差態が教会裁判所で、さらに世俗法廷で展開する。[16]

「立証項目書 articuli については法廷慣習 Observanz ごとに多様な偏差態が見出されるので、訴訟手続のリズムに対する慣習法 consuetudo の影響のよい一例といへる。ロオマ教皇庁法廷では立証項目書作成術が重視され（同法廷では一般に精緻な諸技術が駆使され、判決準備書作成 Rubrizieren[18] もその一つだった）、同法廷判事ドゥランティスは同法廷諸慣習を繰返し強調してゐる。しかし彼は逸脱する慣行にも言及する。所によっては措問 positiones も項目 articuli も作成されずに裁判官が訴状の要点ごとに質問する。この点でヨハネス・アンドレエは逆の慣行を挙げてをり、つまり、訴［状］なしに直ちに項目書が存在し、これが二つの役目、請求 petitio と項目書本来の役目とを同時に果す。さらにまた別の慣行は措問と項目とを融合させて《措問しかつ立証希求す ponit et probare intendit》なる一箇の方式で済ませる。……最後に言及した慣行は略式訴訟手続では教皇令 Clem. Saepe に則して原則化され、教皇庁法廷でも同様になる。通常訴訟手続では、教会裁判所に関する限りこの慣行は部分的にしか貫徹せず（ドイツで明らか）、教皇庁法廷でも措問と項目の融合には両当事者合意を要求してゐる。ドゥランティスやヨ・アンドレエの言及した慣習法を世俗裁判所、とくにイタリアやフランスの世俗法廷慣習に関係させてみると面白いのではないか。イタリ

アについては、一三世紀につき例へばアレッツォ市の実務をあげうるが、これはGratia (2.5) によれば別個に項目書があるのではなくて訴状で代用され、ボロニア市の条令でも同様（但しcapitulaとかintentionesと呼ばれる）[19]。一五世紀になるとフェララのヨハネ・ペトルスの黄金実務書の中では、否認された措問がそのまま項目（capitula）として使われる場合がある。フランスでは、例へばパリ最高法院では項目書が慣用され、デュ・ブルウィ（1330）の記述をみればこれが同時に措問の課題も実行してゐるのがわかる。引続き項目書は例へばブテエ（ソム・リュラル、一四世紀末）では、立証希求書面écriture par intenditの形態で登場する。ドイツの帝国最高法院は措問と項目とを融合させ、その傍、項目式訴状artikulierter Klaglibellを認めてゐる。なほ、私の知る限りでは、訴訟文献中ではまずシェナのベンチヴェネ（一一八九年）が項目を（同じく尋問項目書interrgatoriaをも）tituliの名称で使ってをり（一二四〇年頃のライネリウスにもこの名称がある）、しかもおよそ措問との、また（未だにヴェンチヴェネでのやうに）尋問interrogationesとの関連は存在してゐない。伝統的土着的訴訟における項目手続の先駆如何は、措問からは切離して問題設定さるべきものかもしれぬ。」

パリ最高法院（一四世紀）では、口頭弁論[20]の結果「主張事実が相反する状態にin factis contrariis」あるときは証人尋問手続に移行し、各当事者は要証事実を書面で項目化することになり[21][22]、ここにカノン法訴訟の項目書が継受されてゐる。証拠調に進む要点判決により提出されるこの書面には、最高法院訴訟手続方例集やソム・リュラルによると「反対事実によるpar faits contraires」もののほかに「立証希求によるpar intendit」ものがあって[23]後者の方が既述カノン法的ないしイタリア実務的由来を名称上も示してはゐるが両者の関係は不明[24]である。いづれにせよ、《反対事実による》書面の内容は、まづ請求（または防御）の申立と、立証項目ならびにその立証申立とであり、これに自己側の諸論拠と、先行訴答から知りえた相手側のそれに対する反論とが付加されてゐたやうであり[25][26][27]、のちに一六六七年王令ではこの要点

判決が《法に関する》それと呼ばれてゐるのは、このやうな法問題を含んでゐた書面内容の故であらう。[28] 次いで提出書面をめぐり調整手続が行はれ、既述カノン法の措問手続の課題がここでは項目書（の調整）により遂行されてゐるわけである。[29]

調整済項目書の提出により証人尋問手続に移るが、この手続の最初の準備行為として当事者双方に対する当事者尋問が行はれた。相手方から自白を得て証拠調を減量せんとの目的のもと、余は信ず、余は信ぜずの語 paroles de croire et non croire を以て答弁せしめる。[30] この技術はカノン法の措問、相手方にるその認否（credo-non credo）をそっくり模した忠実な再現である。[31] 一五三九年王令[32] は当事者尋問を証人尋問手続の中では禁止した上で、審理のいかなる段階でも可能な独自の制度に改め、以後、事実項目に関する当事者尋問 interrogatoire sur faits et articles と呼ばれる。[33]

イギリス[34][35] の中央裁判所にも尋問項目書 interrogatories が浸透する。[36] ロオマカノン法の合理的技術の受容は人民訴訟裁判所では差当り阻止されてゐたが、そのための比較的停滞が却って同法に依拠する衡平法裁判所手続を出現せしめ、措問手続に由来する尋問項目書もここに受容[37] されたのち、衡平法手続を介する普通法手続との交渉の一齣となる。[38]

ドイツでは一四九五年帝国最高法院令が帝国普通法としてのロオマ法受容のほか訴訟手続について書面併用を承認し[39]（第一四条）、ここに項目手続（Artikel-od. Positionalverfahren）の継受が可能となった。訴の陳述は二段に分かれ、まづ原告が訴の根拠たる諸事実を一箇の切目ない語りとして書面により述べ（Summari-Klage, einfacher Libell）被告応訴（responsio ad libellum）後、訴訟応諾および非策謀宣誓が行はれる。次に、原告が陳述済の訴の全内容を被告が然り、否（《真実なりと信ず》または《信ぜず》glaub oder nicht glaub wahr seyn）で答へうるやうな個々の措問（項目）に分解する。[40]

被告により否定された項目につき証拠調の結果が出た後に、被告は原告の訴の場合同様個々の措問に分解された形の

抗弁を提出し、原告により否定された項目(Exceptionspositionen)を立証する。かくて訴と抗弁とが各証拠調を伴ひつつ、累積的にではなく継起的に進行し、その他の附随的諸抗弁についても同様であった。これに対して[41]、一五二一年の最高法院令は、例へば被告をして訴に対する答弁（Responsion）と同時に諸消滅抗弁（Peremptorialartikel）を提起せしめる等[42]、その都度の訴訟段階で可能な攻撃ないし防御手段を相手方項目に対する答弁と共に同時に提出せしめた。

審理集中を訴提起の段階に戻ってみると、つとに原告は期日節約のため、被告応訴の以前に当初から訴を項目化された形（artikulierte Klage）で提起しえてゐたが、曲折を経て[43]一五五五年帝国最高法院令は既述の単純訴状とこの項目式訴状との選択を確認した。当初の一四九五年の最高法院令が法廷構成を主眼としてゐたのに対して、法院訴訟手続の本格的規律といはれるこの一五五五年最高法院令のもとでの訴訟進行は次のやうに描かれてゐる。

「第一期日に原告は、相手方を適式に法廷召喚せる証たる書類、訴訟代理人なら委任状、および訴状を差出す。訴を第一期日に既に《項目式 articulsweis で提起するか、それとも単純 summarie に申立てる》かは自由であるが、後者もいづれ項目 Artkel に変形されねばならず、訴訟手続全体が項目形態で演ぜられる。　項目形態は先進のロオマカノン訴訟に由来し、そこでは原告は訴提起および戦争確認［訴訟応諾］後に陳述素材を輪郭截然たる諸主張（措問 positiones、項目 articuli）に分解することが命ぜられてゐた。被告はこれに即応して一点一点反論する義務があった。最高法院訴訟は一義的陳述を求めてこの項目化を継受した。もし原告が取敢へず措問を先取りして、期日節約のために単純訴状の代りに即座に項目で訴へるなら、彼はあとから項目式訴かまたは単純式訴 artkulierte u. summarische Klage かの選択ができる。ザクセン訴訟はこの措問と答弁という重苦しく長たらしい応訴手続を拒否してゐたが、やっとこの影響下に一六五四年最新帝国最終決定が項目化を、立証手続の中では別として、下級審でも上訴審でも廃止した。　第二期日に被告は、延期抗弁に基づく（同様に項目化された）中間手続を持込まぬ限りは、訴に対して答

弁し争訟を引受けねばならぬ。訴訟応諾の盛式行為は、被告の、吾は訴を認諾せず、而して吾を本訴から《費用、損害の塡補のもとに免れしめんことを》請ふとの宣言により為される。これに続いて原告が訴を繰返す。訴が単純式なら原告は第三期日にこれを分解せねばならず、答弁者はこれに対処するためその謄本を受取る。原告が項目を既に訴状の中に盛りこみ済なら、彼は書面一点と期日一箇とを節約できて、得をするわけである。　帝国最高法院令の第四期日を扱ふ章によれば、被告は防御素材全部を累積的に申立つべきものとされた。尤も、この同時提出主義はもはや証拠申立の分離を伴ふものではない。もとはといへば、訴状項目の提起と否認の後直ちに立証となり原告はこれを申出ねばならず、訴の立証の結果を俟ってから被告は消滅抗弁を申立てればよく、それから同抗弁につき立証手続が行はれ、反抗弁 Replik についても同様だったのが、当事者が先行攻撃に対する答弁と同時にそれに対する反撃をも同時にこれに結合すべしと命ぜられて以来、その点は変わらざるをえず、一五二一年および一五二三年の最高法院令は、事実に関する討論の終るまでドイツ的意味合で立証手続を延期しておいて、その後で一方または双方当事者に《立証を課す》ことにしてゐたのであった。これに対して一五五五年の仕組では、いかなる段階でも主張事実の否認があるや否や直ちに立証申立をさせるのであり、証拠調は本案審理に併行する派遣ないし委託手続の中で行はれた。　項目手続では両当事者は一般的な非策謀宣誓とは別にさらに提出項目のおよび項目答弁の真実宣誓 iuramenta articulorum (dandorum und respondendorum) をせねばならぬ。答弁は判断に由来するものなる以上、答えぬか不十分な答は自認と看做される。各当事者は自己が提出し相手方により争はれた項目を証明せねばならぬ。〔以下、第五期日以降〕両当事は自己の主張し相手方により否定された諸事実の立証を申出るべく、その際自力で立証テエマを精確に決めねばならぬ。帝国訴訟法には証拠判決制度は遂に存在しなかったのである。立証延期 dilatio probandi は法廷が決めるが、法廷は以前よりもますますこの点を厳しくするに努めた。証拠調以後も書面交換が許される。最後に、

書面交換打切があって、判決案報告、判決発見および云渡となる。[44]」

項目手続は引続き訴訟促進論議のもとで[45]前述のやうに一六五四年最新帝国最終決定により、立証段階のそれ（Probatorialartikel）は別として訴答段階のそれ（Positionalartikel）につき廃止された。しかし項目の功罪については慎重に討議されたやうであり、いづれにせよ、項目手続の実態にさしたる変化はなかったらしい。[46][47]

措問ないし項目の意義を顧みると、措問は訴答次元での攻撃防御方法（訴、抗弁、反抗弁等）のそれぞれにつきその内部でその立証を合理化する技術である限り、争点整理の課題を直接に担ふものではない。[48]しかし、実務上は訴答自体が項目形態で行はれたし（項目式訴状、パリ最高法院の項目調整手続、等）、訴答上の主張の要件事実は項目形態で陳述される[49]点に留意すれば、措問はいづれにせよ個々の攻撃防御方法の枠内においては争点整理を再生産するものであるから、その意味では継受カノン法訴訟手続の分析的学問的性格を最低辺で担ふものといへやう。一般にカノン法訴訟手続の意義はドイツの場合次のやうに顧みられてゐるが、上記の意味合でこれを特殊的には措問手続のそれとみてもよいであらう。

「学問的訴訟の受容。これが近世ドイツの法思考を根底から改鋳したのであって、従来のロオマ法研究上まづ注目される実体法の継受よりはずっと与って力ありしものであった。」「書面による審級訴訟といふものは後続訴訟での吟味に備へて当該手続の素材を予め精選しておかねばならぬから、《法的に重要な》陳述を《自然的構成事実》から孤立させ《法問題》を《事実問題》から切離す。……この両要求が他の訴訟手続史上の諸要因と合して《分節 artikulierter》訴訟を生む。ここでは各当事者の法的陳述は複合体的部分 Teilkomplexe へと、さらには孤立せしめられた諸措問 Positionen へと（《措問手続》）分解され、諸部分が独立して攻撃防御の対象となる。既に古典ロオマ法において訴 actio、抗弁 exceptio、反抗弁 replica が交互に展開されたやうにおよそ法的争訟には攻撃・防御・再攻撃の対話的交換

が胚胎してゐるが、分節訴訟は、その登りつめた極致である。但し、かかる訴と防御の競技は、普通はまだ法的構成を経ない事実的陳述との関係を保っているのに、分節訴訟の場合には、当初から訴による請求・抗弁・対抗権といふやうに、思考上既に包摂ずみ孤立化ずみのものに分解し尽くされ、今日なほ判事補養成教科書の中で事案吟味（Relation）、判決起案のために処方されているのと同じ過程になってしまってゐたのではあるが。[50]」

(1) 塙浩氏の訳業からこの上ない教示を得た（訳語は、措問 positiones を始め殆んどすべて同訳に従ふ）：フールニェ「フランス中世カノン法訴訟制度要説」（一）神法二二巻三・四号（一九七三）、「ルイ一四世民事訴訟王令（一六六七年四月）」（一）（二）神法二四巻二、三号（一九七四）、グラソン「フランス民事訴訟法の法源と史的発展」（一）（二）神法二九巻一、二号（一九七九）、タノン「一四世紀パリ・シャトレ裁判所の民事訴訟手続」（一）（二）産大法学一四巻三、四号（一九八〇）、シュヴァールバッハ「一四世紀パリ最高法院の民事訴訟手続」（一）（二）神法三一巻一、二号（一九八一）。

(2) 各裁判期日における訴訟行為進展の概観としてヨハネス・デ・ボノニア「書記便覧」（一二八一年）からの訳出が、中野貞一郎・栗田隆・角森正雄・角田猛之共訳・エンゲルマン民事訴訟法概史、阪法一一二号（一九七九）一四五頁にあり、次の諸期日が進行する。(1) 原告による被告代訴人委任状に対する、および被告による裁判命令状に対する異議。(2) 訴状提示。(3) 応訴または認諾。(4) 抗弁提出。(5) 原告側反抗弁。(6) 被告側再抗弁。(7) 中間判決、（訴訟応諾）、非策謀宣誓。(8) 措問提示。(9) 措問に対する答弁。(10) 立証項目提出（書証なら同時に証拠調）、(11) 受命尋問官選定および尋問委任状作成。(12) 証人反対尋問項目書提示。(13) 尋問委任状内容（立証項目および反対尋問項目）確認。(14) 供述書開示。(15) 弁論（結審申立）。(16) 判決。

(3) K.W.Nörr, Reihenfolgeprinzip, Terminsequenz und Schriftlichkeit, ZZP 85 (1972) 161：「序列主義は失権効のゆえに訴訟遅延防止に適してゐる。それが危険化するのは個々の訴訟段階ごとに一定の期日が決められるに至った時からであって、序列主義が必然的帰結としてこれを生むわけではないのに、その点が間違へられて責を問われてゐるのである。しかし、期日への分割は訴訟法学理論によるのでは全然なく、それは講学上、また多くの現場で恐らく実務上からも、要求されたことであって、実務はさもなければ新訴訟法は習得できなかったのである。いづれにせよ期日 tempora への分解はタンクレド

にはまだ存在せず、一三世紀前半の入門書……Summa Minorum で初めて現れる：

《我ら法の初習者は、日常卑近の訴訟事務取扱に通暁しえんがために、X.2.19.11［次註］に従ひて十箇の裁判期日 decem tempora を区別せんとす。第一日は召喚の前、第二日は召喚、第三日は両当事者の判事面前出頭、第四日は延期抗弁提出、第五日は訴訟応諾、第六日は証拠提出、第七日は証人提出終了、第八日は立証後の弁論、第九日は弁論終了と結審申立、第十日は終局判決》(ed. Wahrmund 1,2,p.1)

右の列挙は完全ではない。……訴状提出日でもある出頭日の後に、延期抗弁提出のために一両日がはいりうるし、これに対する原告側反抗弁に被告が応じた後にその抗弁に関する中間判決のための一期日が続く。訴訟応諾後には非策謀宣誓のための一期日が決まってゐる。これと証拠提出日との間に、措問と答弁の応酬のための一日がはいる。立証段階では立証期日が三、必要により四箇備へられてゐる。証言開示朗読期日が第七期日と第八期日との間にある。　これだけで一二ないし一五期日を算へたが、まだ足りない。……一三世紀末のドゥランティスでは立証を直接に準備する項目 articuli 作成が原則化してをり、原告被告が交互に措問し答弁し、項目を作成しこれに異議を唱へるから、ロオマ教皇庁法廷 audientia sacri palatii（のちの Rota）では措問にも項目化にもそれぞれにつき三ないし四期日を許すのが習ひである。……証言の前に相手方が証人反対尋問書 interrogatoria を作成することになればさらに期日が追加される。同様に、証言開始後に証人およびその供述に対する異議が出されるし、その際相手方は証人を却けるために自分の側から証人による立証申立をなしえ、この証人を今度は最初の立証側が却ける時も、同様になる。……被告は消滅抗弁を提出して、一箇の完全な立証段階（広義）を措問、項目、立証等によって紡ぎ取ってゆくことが出来る。原告の反抗弁についても同じことが生ずる。……かくて裁判期日はかなりの数に達しうる。」

（4）K.W.Nörr, loc. cit. 168：「書面主義を書面の使用と解するなら、一三世紀の《古典的》訴訟は口頭、書面混在手続としか言いやうがない。事の起りは周知の一二一五年第四ラテラノ公会議決定（c.38＝X.2.19.11［次掲］）であり、これにより調書作成強制が始ったが、調書作成 Protokollierung と口頭主義との間に断絶なき以上、書面主義とはいへない。書面主義の成立は、訴訟行為が口頭による陳述と同時に調書化されることがもはやなく、当初から書面として調書に添付されるに至った時からである。この展開は訴訟行為の期日 Termine への配当と併行する。例えば原告は一定期日に措問を、被告は次回期日にこれに対する答弁をすべしの如く。その際被告は調書に書面化された措問の謄本の受領で足りる。……ドゥランチスで

は書面主義と口頭文義との均衡がよくとれてゐる。」

X.2.19.11《不衡平な裁判官の誤れる主張によりて、無辜の当事者が真正否定の証明なる不可能事［但し後註11、12］に逢着することあり non potest veram negationem probare, 蓋し、事実否定者は事物本性上およそ直接証明を義務とすることなければなり quum negantis factum per rerum naturam nulla est directa probatio. かくて虚偽が真実を害せざるやう、また不衡平が衡平に優越せざるやう、吾人は決定す、通常訴訟にても特別訴訟にても、裁判は常に可能な限りは書記官一名を、然らずば、ふさはしき者二名を引具して、以下の全訴訟行為を記録せしむべしと。即ち、呼出と猶予 citationes et dilationes、忌避と抗弁 recusationes et exceptiones、措問と答弁 positiones et responsiones、当事者尋問と自白 interrogationes et confessiones、人証提出と書証提出 testium depositiones et instrumentorum productiones、中間判決と上訴 interloutiones et appellationes、立証終了 renunciationes、結審申立 conclusiones 等々、生起せるところはすべて所定の順序にて記録さるべく、時所人物が明示さるべし。すべて記録せられたるものは、原本は記録者のもとに留めた上で両当事者に配らるべく、かくて、裁判官の訴訟進行につき疑義生じたるときは、この記録のこの舵取りによりて高貴慎重な裁判官たちに知らされるに応じて真実が明らかにされ、無思慮不衡平な者たちにより無辜の者の正義の害されることなかるべし。これに反して本決定の順守を無視せる裁判官は、この無視による困難生ずるときは、上級裁判官より然るべき懲戒を受くべく、而して、審理に関して正式書類によりて確認されざる限りは、同人による訴訟進行とは認められざるべし。》

(5) 塙・フルニエ（一）一〇七。Durantis, II.2 (de positionibus).§2《見るべし、何故に措問は為されるやを。措問者が相手方の自白によりて証明の負担から解放されんがためなり ponens relevetur ab onere probationis per confessionem adversarii : VI.2.9.1. …… 証人による証明の負担は重し、相手方を証明負担へと押しやる方が得策なり、…… 証人提出よりは自白を得る方が易し、…… 自白ありたるのちは証人の必要なし。自白によりて事柄は公知 notoria となる…。以上の理由よりして、まず措問がその他の種類の証明に移る前に為さるべきこと明らかなり》(Wiegand, infra 48n.17 ; 53n.41所引)。

(6) 延期抗弁の措問は訴訟応諾の以前に行はれる。Endemann, Civilprozessverfahren nach der kanonistischen Lehre. ZZP 15 (1891) 237 :「訴訟応諾が争訟を、概して言へば、明らかにし、非策謀宣誓が為されると、次の一歩は措問の作成である。勿論、延期抗弁が争れるなら既に訴訟応諾以前の手続において措問が為されうる。措問は証人証言が必要となる場合には常に登場する。しかし、概して言へば、訴訟応諾の以後である。」

（7）消滅抗弁については、既にユスチニアヌス帝法において方式書の消滅により訴訟応諾以後随時提出可能となってをり、立証手続も立証負担（但、主観的 Beweisführungslast）に応じて原告段階と被告段階とに分かれ、まづ原告がその請求の諸根拠を立証した後で、被告が原告請求に密着した抗弁のみならず原告請求に対して独立の対抗権（Gegenrechte）としてのそれも含む実体法的防御全体（広義の抗弁）を主張・立証した（Kaser, Röm. Zivilpr. 488 ; D.Simon, Unters. zum justinian. Zivilpr.1969,147 ; 157 ; Musielak, Grundlagen der Beweislast in Zivilpr. 1975, 206 ; 261. 参照、本間靖規（紹介）「ゼーリヒ・実体法上の抗弁の訴訟上の取扱い」龍法一七巻三号一三〇頁下段）。ここに、訴と防禦との段階的交換（訴答）の起源があると思はれる。厳格な序列主義や同時提出主義はカノン法訴訟でも未だ存在しない（前註3）。一般に訴訟段階の問題について、小山昇（書評）「岡徹・書面訴訟についての学説史の一局面」法制史研究33（一九八三）二八四。

（8）Engelmann, Civilprozess. II－3（1895）62：「ところで、証明すべき主張はきっちりした文章の形にすること、このやうな定式化された主張によらざれば証明は不成功とみなされることがゲルマニアの仕来りだった。ゲルマニア訴訟法はかういふわけで過少評価すべからざる利点がある。即ち、当事者のはっきりせぬ不確定な未熟な陳述は今日裁判官の仕事を実に困難ならしめてゐるのだが、当事者は法廷でこの種の陳述は断念してその厳密な吟味とこの吟味の結果たる明確単純、考へぬかれた形の主張のみの提出を余儀なくされる。この慣行はイタリアの裁判所実務で維持されたので、ロオマ訴権法のもとで［証明対象がアクチオの基礎たる諸事実に変じたのち］も、両当事者は陳述すべき事実を簡潔な命題に仕立てること、相手方の命題にも明確に答弁することを余儀なくされた。この単なる法廷慣習として維持されてゐたものを学説がロオマ法上の制度たる法廷質問 interrogationes in iure に結びつけて一箇の法原理として叙述するのは難しいことではなかった。この法原理が原理としての地位を獲得することは、一般的法主張を諸命題に分解することは当時のスコラ学の思考法にふさはしかっただけに、法原理としての確立が容易にされたのである。」

措問が「ゲルマン法によって規定された当事者の要式的な陳述に由来する」こと、一般にロンバルド訴訟のロオマ化につき、中野貞一郎訳「キヨベンダ、民事訴訟におけるローマ的要素とゲルマン的要素」阪大法学七七、七八号（一九七一年）、二一七頁。林屋礼二「民事訴訟の歴史」法学（東北大）四八巻四号四頁註一二、一五頁註三七。

（9）但し措問の根拠法源としてはもう一つ法廷認諾（confessio in iure）があり、これが事実の自白に転釈された（Endemann. Beweislehre. 1860, 131 ss.）。塙・グラソン（一）一二九、（二）二三四：「カノン法は当事者の自白を、宣誓よりも、また

他のいかなる証拠以上にさえも好む。それ故に、カノン法は、ローマ法よりも注意深く、自白を誘発するべき手続を設ける（参照、X.2.18―比較 D.11.1）」同旨、塙・タノン（二）一一三。

(10) 塙・フルニエ（一）一〇六。田中和夫「訴訟資料の相手方よりの取得」法協五八巻三号六―九頁。海原文雄「英國衡平法の渕源（四）」金法六巻一号九六頁註四五。

Durantis II,2, §1《第一に、言はるべきことは、措問とは何か、その起源は何処からか。……措問は尋問に代へて為される loco interrogationis ponitur ものと言はる。かって尋問の形で措問されしものが今日では端的に措問される Olim sub forma interrogationis ponebatur, hodie de plano ponitur からである。例へば相続に関し汝を訴へんとした時は、余は、裁判官殿Tを、彼が某の相続人なるや、如何なる相続分につき然るやにつき尋問せられたし interrogetis、と言ってゐたが。……今日では次のやうに言はれる。余はTが某の相続人たることにつき措問す pono.》(Wiegand. infra 48n.16所引)

(11) 塙・フルニエ（一）一〇六、一〇七。

Engelmann（註8）64：「措問は当事者行為ではあるが、措問の作成に裁判官の協力が全く不要といふわけではない。措問作成の仕事はそれほど単純ではない。……答弁義務者は様々な観点から、相手方の選んだ措問はそのままでは認めらるべからずと抗弁を出すことができた。この抗弁を裁判官は逐一、中間判決 sententia interlocutoria で決定するを要したが、あくまで決定を下すに止り、自身が異議ありし措問を定式化する必要はなかった。立証項目が却けられたとき、別の措問を立てたり、もとの立証項目を別の形にするのは当事者だったから、立証テエマの提示もまた排他的に当事者だった。」

不適切 impertinens な措問としては、事案や当事者に無関係なもの、偽証を誘発しうるもの、複数命題から成るゆえに一義的否認の困難なもの、否定命題たるもの、法に関するもの等（e.g. Endemann（註6）242）。但し、否定命題措問禁止（X.2.19.11：註4）の緩和（VI.2.9.1）につき、塙・フルニエ（一）一〇四：「彼らは、この原則を緩和する。即ち、必然的に肯定を含む確定的否定的命題 proposition négative déterminée（即ち「肯定を孕める否定的命題 pregnans」）を立証することは強制される。例えば、余は、人が主張するごとくには、かくかくの日かくかくの場所にて婚姻を約したことはない、なぜならば、余はその日その場所にはいなかったから、との命題のごとし。否定的命題がまったく立証されないといはれるときは、不定的命題 proposition indéterminée が考えられているのである。即ち、例えば、余はかつてローマへ行ったことがない、との命題のごとし。」Mart. da Fano §6（後註13［六］；Musielak（註7）260.

(12) 否定命題措問および法的措問の禁止緩和の釈義的過程に、Wiegand, Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit 1977 に従って触れておく。

否定命題立証不能の法諺 Affermanti non neganti incumbit probatio は、注釈学派が哲学の影響下にロオマ法源（C.4.19.23；D.22.3.2）から一般化したものだが、つとに疑問視され—Cynus ad C.4.19.23（Wiegand 18n.11）《肯定は有 ens なるが故に証明可能なるも否定は非有なる故に事物自然上 per rerum naturam 証明能はずとの言は精妙 subtilia なれども立法理由 mens legis には属さず、蓋し否定言辞も度々証明せらる：D.22.3.5. 加ふるに汝は驢ならずとせんか、有 ens に非ずと雖も種差 differentiae specificae によりて異別の有なるを証明され得。故に別の説明の方が尤もなるべく、事物自然によるとは即ち、諸因の慣流 solitus cursus, 慣習 consuetudo によるものと言ふべし》—、これに対する例外的諸事例の承認の釈義上の根拠法文は D.22.3, 5（「一方当事者が或る法が相手方には法律または勅法により特殊的に禁止されあるを主張するときはその当事者がこれを立証すべし。同じく、父権免除の適式に為されしを否定する者は自らこれを立証すべしと解答さる。」）だった。一六世紀末の Pacianus, Tractatus de probationibus (1593),cap.52「法否定 negativa iuris の立証負担は誰に落ちかかるか」の釈義をみると、該法文に倣って、某は代訟人たりえず、家父権免除行為をなしえず、契約を締結しえず、等と主張する者に立証負担ありと諸事例を確認するが、その際、「法により原則的に許容されてゐること regulariter permissum を某が禁止されてゐると主張する者がこれを証明する」とのいはば立法理由が付加され（但し既にバルドス、W.19n.22）、一般的許容対特殊的禁止、原則対例外の思考に導かれてゐる。かくて、「法否定命題は否定者によりて証明さるべし」Negativa iuris probanda est a negante［或者に対して彼がそれまで有してゐた権利を否定する者が彼にその権利の属せぬを証明すべし：Liebs, Lateinische Rechtssprichwörter, s. v.］のテエゼとなる（W.19n.17）。否定命題立証不能の論点が克服されると、次の問題は法的措問禁止（iura novit curia）との関係であるが、根拠法文の場合は《法否定命題が若干の事実混合 aliqua facti mistura を有する》（W.25n.53）即ち《汝はかくかくの障碍によりて弁護士または代訟人たることをえずと余が主張するやうな場合》（W.n.56）であって、《某がその為したるまたは為すべき行為を法上禁止されるに至らしめし事実を立証すべく、……例えば汝は偽造罪の有責判決等を受けたる故に代訟人または証人たりえずと余が主張する時は汝がその判決を受けし事実を余は証明すべく、この立証より汝が該行為を法上許されざること帰結さる：Baldus in D.22.3.5.》（W.26 n.58）。かく立証対象は事実（factum）に還元されて、法的措問の禁止との矛盾は調和される。それならば法否定命題が事実

問題に還元されぬ場合（quaedam negativa iuris quae nullam habet misturam facti : W.25n.53）は如何。さきの「事実混合」の場合では特定人につき否定された法は一般的には存在してゐたのに対して、ここでは端的に法が否定 simpliciter ius negare されるから、既述根拠法文の釈義はその限りでは関連性を失ひ、差当りはバルトルスに倣って法典を繙き（quae probatio fit per aperturam libri …ut ait Bartol in D.22.3.5 : W.27n.60）法を申立（allegare）ればよいとされる。但し否定された法の申立者は当然相手方となり立証負担が必然的に転換する。他方、立証負担転換の点で注意すべきは、根拠法文釈義における一般的許容対特殊的禁止、即ち原則対例外の思考が（既述）、さらに推定（praesumptio）思考と重なりながら（Pacianusは他の諸家に比して釈義不足ではあるが W.21ff）《法の原則によって自己を基礎づける者は十分に基礎づけられた主張を有すといはる。原則からの例外［抗弁］を主張する者に立証負担が落ちかかるから。satis fundatam intentionem dicitur is habere, qui se fundat in regula iuris, nam allegantiexceptionem a regula incumbit onus probandi.》（W.24n.51）なるテエゼにも到達してゐた点である。この関連では、前記のいはば法典繙読的申立（さらに裁判官による補充 supletio、究極的には立証不要：iura novit curia）の対象たる法は一般者としての成文法ないし普通法に限定される。両テエゼのかかる射程限定を Pacianus は法源釈義により繰返す。即ち《或者が端的に成文法を否定するときは相手方がこれを証明即ち申立つべし quis negat simpliciter ius scriptum et tunc adversarius debet illud probare hoc est allegare…但し裁判官がこれを補充しうる》（W.30n.72）《以上の伝承は成文普通法に関してのみ真実にして、これに対して特殊法 ius speciale が問題のときは、即ち、条例 statutum、慣習法 consuetudo、決定、官房規準、集外典規 extravagans については X.2.22.8 本文に依るべし。》（W.31n.77）《教皇アレクサンデルによれば、……裁判期日終了後に当事者は諸法を申立て allegare iura うるも、集外典規を申立てんとする時は然らず。蓋しそは裁判期日内に申立てかつ未公知慣習法と同様の仕方にて証明さるべく、裁判官はこれが知られざることあるも補充すべからず》（W.39n.118）《これよりして、普通法の措問に対しては、およそ法は証明不要なる故に答弁の要なしと雖も、……別の都市の法 ius municipale alicuius civitatis または集外典規が措問せらるときはこれに答弁すべし。蓋しそれらは証明さるべく、証明可能 probabilia なるものは措問可能 possibilia なれば：Bartal.D.34.2.37》（W.39n.121；45n.3）。かうして「法命題否定」の第二の場合（「およそ事実混合なし」「法の端的否定」）も事実問題として法措問禁止と調和された。当初テエゼ《法否定命題は否定者によりて立証》に戻ると、ここに至って当初とは別の含意が与へられた。即ち本準則は或る法規の妥当を推定してその非妥当立証を妥当否定者側に課すが、射程は普通法

ないし成文法に限られ、したがって、普通法を廃棄する特殊法についてはその介入否定者に立証負担なく、介入主張者がその特殊法を主張、立証する。Pacianus,cap. 8.n.5《立証者に有利なやうに次の限界が一般的に言って確定さるべし。即ち、原告であれ被告であれ、肯定文主張者であれ否定文主張者であれ、かれらの主張が法的推定または普通法または自然的推定または法準則等に根拠を有するとき立証負担は相手側に移る。intentio fundata in praesumptione iuris aut in iure communi…aut in regula iuris…transfert onus probandi in adversarium》(Wiegand, in Fschr. Kraus 1975, 136n.29)。「根拠ある主張」理論のその後につき、勝田、後註39。

法措問についてドゥランティスの関係個所：DurantisII,2, §7《考察すべき第十三点としては、法的措問positio iuris、例へば、我は措問す、未成熟者は遺言を為しえずと、……または、某［相手方］は正当に、あるいは法の順序に従って、あるいは適式に、手続を踏みたり、または或事がカノン通りにあるいは正しく為されたり、と。かかる、また類似の措問に対しては答弁を強ひられざること明らかなり。蓋し、証明を強ひられるは成文法に非ずして、法が生れてくる事実にあるから。故に措問も強制されない。法は不動、明確なるもの、それ自体証明済のものにして、これについて自白しても甲斐なきゆえ。……答弁者は己が事件につき法を宣すべからず。事実が立証されたるのち衡平と不衡平と、正と不正との間を弁別するはそは裁判官に属す。法を宣するが故に裁判官と言はる iudex quasi ius dicens. 法がかくあるを欲するやと尋問するならば効なし、蓋し、尋問されて法に反して contra ius 自白するなら効なきゆえ：D.11.1.13et14. あるいは法はかくありと自白するもそれが法ならざる時は同断。……慣習法 consuetudinarium ius につき問はれたる時は、これにつきては措問、証明可能なる故に別なり。……法律は法の措問に対しても、これにつき時として当事者間に質問生じうれば、答弁すべしと言ふが如し。しかし、以下の如く考ふべし。代訟人が本人に対し給料を請求し、いかに事務管理し労働せるかにつき次のやうに措問した：余は措問す、余はこの事務のゆえに百金に値す merui と。かかる措問は承認さるべきか？　余は否と答ふ。値すと言えるにより法に属すと観ぜられ、報酬は、法上、労働に則して与ふべきものなれば。……余は反対に考ふ。報酬は法上の義務として請求されうるも、措問せられたるは報酬の評価にしてこは事実に属す。蓋し、値す meritum とは労働奉仕に関し、措問されたるはこれにつきてなれば》(Wiegand op. cit. 52.ss.; 55n.48所引)

(13) 措問の簡便な手引書として Martino da Fano（一三世紀後半）の作と伝へられる断片的小品を訳出しておく（Nicolini, Scritti di storia del diritto italiano 1983, p. 220ss.: Incerti auctoris Tractatus《Cum usus positionum》)。

《措問使用は訴訟で不可欠なるゆえ、措問につき主として八点が予め注意さるべきである。第一に措問とは何か、第二に措問は如何様にあるべきか、第三に措問の効果如何、第四に措問し、これに答弁しうるは誰か、第五に何時為さるべきか、第六に如何なる言辞によって、第七に如何に答弁すべきか、第八に不答弁者に対する罰如何。

［一］措問は証明の代りに為さると言はれること以下の叙述よりして一段と明らかならむ。

［二］如何様に措問はあるべきかと言へば四点に注意すべし。即ち適切 pertirens なるあり不適切なるあり、余計なるあり、相反ないし矛盾 cortraria siue repugnans するあり。措問適切なる時は《然り est》または《否 non》とのみ答弁することを要す、例へば、汝が聖職者Pを激しく殴打せるが故に破門されあるを余が証明せんとし、汝がこれを否定するならば、余はかく措問するを得、《汝はPを激しく殴打せりと余は措問す》と。汝が認容するなら、さらに余は聖職者Pが汝を見たるを［?］措問し、汝これを認容せば汝は破門されあること立証せらる。汝もし否認する時は余は証人その他によりてPの聖職者なるを立証せねばならず、この立証あれば余の主張 intentio は証明さる。蓋し既に汝はPを激しく殴打したるを自白しあれば、ここに汝がカノン C.17,q.4,c.29 により破門されあること明白となる。かく、措問されしことが立証さるべきことに関する時、適切な措問といはる。不適切とは、措問されしことが証明さるべきことに触れざりし時にして、これが認容ないし自白されても措問者は立証負担を取除かれず、上記例において或いは《汝はPと争ひたり》と措問せんか、これが認容さるとも破門はおよそ証明されぬが故に本措問は効なく答弁の要なし。立証の認められざるが故に立証ありとても効なきが如き措問は認めらるべからざればなり：X.2.25.7；X.5.3.32；X.1.29.36. 措問は証明の地位を継承するものなれば、同一措問が既に認容または否定されし時は余計なり。即ち《汝はPの頭を殴打せりと余は措問す》と言はば、汝はPを殴打せるを既に認容したが故に、かつ、汝の破門の立証には、Pの身体のどの部分を汝が殴打せりやは関係なきが故に、立証すべきことに関し同じことが既に認容されてをり、立証に必要なことが十分答弁されてゐる。故にかかる措問は認めらるべからず：X.2.20.29. 相反ないし矛盾する措問は、措問されしことが既に認容または否定されしことに反対の時にして、上記例にて《Pは聾者なりと余は措問す》と措問するが如し、汝もし認容せば後に聖職者なりと言ふによりて自らに相反する故に、汝は答弁の義務なし。蓋し、人は自分の声で明晰に公言したることを自らの証言にて損なふべからざれば：X.2.19.10 C.4.30.13in fine.

［三］措問の効果として、自白せるものは有責判決されしもの convictus と看做さる：VI.2.9.2. 但し……。

［四］措問は本人が為すを要す：X.2.1.14. 但し、同教皇令にいふ裁判官の許可により本人の欠席が他人により補充されうる

ほどに密接な人々の場合、または同教皇令の注釈中で認められた人々の場合は別である。今日の法廷慣習 usus in causis では、実際は、弁護人が措問を為し、当事者本人が宣誓後、自らの弁護人が措問することは真なりと信ずるやと尋問され、然りと答へれば［自ら］措問したるが如し。

［五］訴訟応諾の前にても後にても同様に措問は為さるべく、かつ為すを得。訴訟応諾以前とは即ち、汝が、Tの破門され、故に彼の訴は認められずとする如き事実の抗弁において：X2.19.7.. または、書状が真実隠蔽・虚偽示唆により懇請せられたるため無効なる如き：X.1.3.20. これらの抗弁につきても訴訟応諾および非策謀宣誓が為さるべしと注釈はいふ：X.1.29.21 gl.Ex confessione. 抗弁につき訴訟応諾なき限りは同抗弁の立証につき証人を提出しえざればなり：X.2.6.5.. 但し、教皇令本文ならびに注釈に記されし場合は除く。抗弁につきて非策謀宣誓が為さるべし。但し、カノン法教授諸氏は、措問者は悪意 malitia もて抗弁せりとの彼に不利な推定 presumi ある時は抗弁は燃え尽きたりと言ひて、これを示すらしき教皇令に耳を傾ける者あり：X.1.6.32 et X.2.13.13. 然る時はその宣誓は無悪意宣誓 de malitia にして非策謀 de calumpnia 宣誓にあらず。この宣誓ならば訴訟事件全体につき唯一回のみ：N49.3.1. ……しかし、注意すべきは、本案に関する措問は審理終了に至るまでいつにても、即ち附随事件 incidens においてさへも、また判決時においてさへも後から提出するを得：X.2.22.9. 蓋しいづれの場合にも証人たちの場合とは異り買収 subornatio の恐れなければ。

［六］否定言辞 verba negativa の措問もイノケンチウス四世教皇令によればこれを為し得：IV.2.9.1. 但し否定言辞はたとえ措問可能と雖も直接証明は能はず：X.1.6.23.、こは事実の単純否定命題につき真なり：X.1.6.23. 他方、繋辞または多義辞によりて措問されることなきやう注意すべし。蓋し一部分のみ偽なるに全文を否定するとき相手方に有利な結果を引受けざるをえぬことに至ればなり：X.2.19.8.

［七］措問を向けられたる者は、知り scireかつ信ずる credereところに従ひて、今日はイノケンチウス四世の新教皇令に従ひて答弁すべし：VI.2.9.1.,X.2.20.31. こは非策謀宣誓のとき真にして、真実陳弁宣誓 de veritate dicenda ならば然らず、答弁は知る scire ところに従ひて為す故：X.2.7.2 しかし、被措問者が何がありしか知りも信じもせぬ故に確信なく疑ふ時は如何。然る時は《余は疑ふ》との言ひ方にて答弁し得、彼に熟慮期間が与へられる。但し某注釈によれば真実陳弁宣誓の時は知るか知らぬかのどちらかゆえ《余は疑ふ》とは言ふを得ざるも：gl.《Veritate》X.2.24.32. しかし不軽信［宣誓］de credulitate にて答弁せねばならぬ時は別。知りも信じもせず、その一事には注意が向かなかったために全く不確かなことは

よくある故に。しかし、汝が全く不確かな事実につき裁判官が頑固に応答を強制する時は如何。その時は汝は否定を前置してかく答弁すべし、即ち、《Tは死せりと余は措問す》に対して《彼が死せるを余は信ぜず》と汝は答弁し得。そこから汝は彼の生を信ずとは帰結されない。汝が彼につき何も知らず何かを聞きもせぬ以上は彼の生も死も信ぜずといふことは当然ありうる。

［八］最後に、答弁せねば如何を見るに、自白者 confessus と看做さるべしと信ず。答弁を欲せずして偽誓を恐れをり、その故に法がこの場合につき推定すること、非策謀宣誓を欲せぬ者の場合と同じ。蓋し、被告が自白者と看做さるは偽誓を恐れて然かするが故：X.2.77.. 措問小論ここに述了。》

(14) Aegidius de Fuscarariis［後註17］《Ordo iudiciarius》の全二一一節に達する大著の中の一節：CLX Qualiter positiones formandae sint（ed.Wahrmund, Quellen zur Gesch. des röm.-kanonischen Prozesses im Mittelalter III－1,p.220ss)

《措問はいかに作らるべきか。原告の弁護士は原告の請求ないし訴状 petitio sive libellus を入念に吟味して、原告は主張を基礎づける intentionem fundare ために何を如何ほど証明すべきかを検討すべきだ。証人提出すべき事柄すべてにつき原告本人に合はせて in personam 措問を作らねばならぬ。自白まはた措問は争訟のもとたる事柄につき為されねば効力がないから：D.11.1.13；X.1.29.33. どんな迂路 diverticula を用ひてでも、見事に cavillose に原告弁護士は被告を原告の主張へと、措問によって、学識よりは天分によって誘ひうるし、すべきである。弁護人は、法律の最良の解釈者たる慣習に則して：X.1.4.8、措問を読上げるべく、これが原告本人に合はせて読上げられてこそ原告はこれを用ひうる：X.2.1.14. 原告自身が自分の事実を確信してゐなければならぬゆえ：X.1.3.41. それが済むと裁判官が尋問する D.11.1.4；11§4.

措問は肯定辞によりて作らるべく、否定辞によってはならぬ X.2.19.11［註4］；X.1.6.23；X.2.12.3. 証明可能事のみが措問さるべきゆえ。否定文は直接には証明され得ざること上記の諸法の示す通りにて、故に措問されてはならぬ。但し汝の事件がイノケンチウス四世による最新法 VI.2.9.1 に立脚する場合は別である。

設例による方が真理把握に到達し易きゆえ C.2.3.?. 吾人はここに事例を供す。某が占有者Rに対し物の取戻訴訟 rei vindicatio を提起せんと欲し、家屋または土地を請求してこれが所有権などの権利により自身に属すと主張するとせよ。あるいは、消費貸借を原因として相手方により為された約束に基き自身に支払はるべき百金を請求する。あるいは、彼のもとに寄託した書物を請求する。あるいは、某が自身の選挙のため争ひ、相手方の自白によりて自身の選出を証明せんと欲するもの

とせよ。

第一例はかく始むべし：《某は宣誓によりて措問す、該地はM殿に属したりきと》。判事は某に問ふべし《汝はこれを汝の宣誓によりて措問するや Ponis tu hoc tuo iuramento?》 某は《然り sic》と言はねばならぬ。然る後、被告弁護人は遠くに退けられて、かくて合図、頷きその他により被告が教示され堕落することなからしめられて、判事は被告に対して、被告が確実に答弁しうるやう一連の措問を一語一語知らしめつつ、措問せられしところを信ずるや否やと問ふ。即ち曰く《汝が心に疚しからずして為したる宣誓によりて答弁せよ。これを信ずるや Responde per sacramentum ……, credis hoc ?》被告が《我信ず credo》または《我信ぜず non credo》または《我否定す》と言へば、その答弁が調書に記載さる。かくて各措問の終るごとに《Nは宣誓によりて答弁せり、彼は信ず》または《彼は自白す》まちは《彼は否定す》または《彼は信ぜず》と。

自白あれば原告は第二措問に進むべし《同じく彼は宣誓によりて措問す、Mは原告に該地を代価百金にて売りたりと》。被告自白すれば第三措問に進むべし《同じく彼は措問す、Mは原告に該地の有体的占有を引渡したりと》。自白あれば第四措問に進むべし《同じく彼は措問す、原告は上記Mに該地の代価として百金を支払ひたりと》。被告自白すれば、既に原告は彼の主張 intentio を有す。蓋し、物を自身が真所有者から買ひ、該物が自身に引渡され代価支払はれたるを証明した、かくて物の所有権が彼に属するを証明したればなり。従って該物を持ち続くべし、被告より別段の提示なき限りは：D.6.1.23；C.2.3.20；C.4.19.12.

第二例、消費貸借につき汝は述ぶべし《某は措問す、彼はNに十金を消費貸与せりと。同じく措問す、Nは前記十金の返済を彼に約せりと》。被告自白せば既に原告は彼の主張 intentio を有す。蓋し支払あれば自然的に返済を義務づけられ：D.12.1.32. 返済を約せる後は市民的に返済を義務づけられ：D.d.l. この市民的債務に基きて正当に原告は提訴したれば：I.3.13.1；D.45.1.1.

第三例につきては《某は措問す、彼はMのもとに彼の書を寄託せりと。同じく、該書は羊皮紙なりきと。同じく、アクルシウスの付註ありきと。同じく、上方に苺の樹皮を有したりと。同じく、彼は該書を寄託として受領したりと。同じく、彼は寄託に身を献げたりと》。被告自白せば原告は自身の主張を有す：D.16.3.1；X.3.16.2. 寄託物のしるしは、請求におけると同様と言ふべし：D.10.4.3.

第四例につきては《某は宣誓によりて措問す、自身が、聖アウグスチヌス教会主管者に関する聖職推挙権を占有ないし準占有する人人によりて、カノンに則して上記教会主管者職に選出せられたりと。同じく彼は措問す、上記教会への推挙権を有するは次の十名にして即ちB、T、G、H等。同じく彼は措問す、彼らのうち六名は某を司教殿に対し推挙したりと。同じく措問す、かの六名は某を推挙せる時、共に推挙に携わる残りの四名に対し某をかの職に推挙するにつき同調せんことを求めたりと。同じく措問す、四名のうち二名、即ちPおよびNはかの六名により為されたる推挙を追認したりと》

被告が第一措問、即ち、某がカノンに則して選出されたるは否定し、但し、吾人が既述せる爾余につき自白せるときは、もはやこれ以外のいかなる証明も要せずして彼は訴訟に勝ったのであって、彼の勝訴の判決が下さるべく、余はこれを汝に明かにしよう。蓋し、上述の如く十名の、推挙権準占有者たる保護者がゐると措問者は述べ、この点は被告自身が自白した。……さらに、自分は十名のうち六名により推挙されたと彼は述べた。かくて彼が過半数によりて推挙されたるが確定し、したがって彼の選出ないし推挙が勝たねばならぬ：X.3.38.3.……保護者たちが真正保護者たるにせよ、誤想保護者たるにせよ、彼の選出が勝つべきである：X.1.6.24；X.2.27.18；X.3.38.19. 同様に、彼を推挙せる六名が他の四名に対して、上記聖職者職推挙につき自分たちと共に歩み同調すべきを求めたことも述べ、被告自身これを自白した。これよりしてかの六名が手続進行中にかの四名を無視しこれに懇請しなかったのではないこと明かであり、さもなくば彼の選出は失効したかもしれないが：X.1.6.23,28,34,36. 同じく措問者は述べた、かの六名により為されたる彼の推挙ののち上記四名は正しく為されえたりと同意せりと。これよりして過半数を構成せる人人により推挙されたのである：X.1.6.28,57. 選挙において追認しうること既掲諸法における如し：……X.1.6.29. にも不拘。

これよりして、汝が相手方自白によりて汝の権利を示すなら、訴訟に勝つべきこと明かなり。措問は証明の代りに為さること明かなり。蓋し、証人によりて己の主張を証明する probare intentionem のと同様に、原告の措問に対して為されたる自白によりてもこれを証すること上述の如し。［一六〇終］

(15) Engelmenn（註8）76：「宣誓に続いて証明側は証人尋問せんとする事柄を、先行した措問手続にも不拘、一連の別々の質問に分解し（articuli, intentiones, capitula, assertiones）、これを裁判官に提出する。裁判官はこれを相手方に伝へ、異議と反対質問とを受取り、尋問の適否、形式に関する当事者間の争を決着させ、両当事者不在の場で証人尋問の上、調書を取らせる。……調書開示によりいわゆる忌避 reprobationes が始る。即ち、相手方にとってやっと判明した証人適性に対す

る異議と証言に対する異議とが始り、そこでまた反対証明の証人を立てて全く同じ手続が進行する。証人尋問がすべて終ると証拠調べの結果について討論［disputationes et allegationes］が始るが、まづ各当事者が各自証明されたと考へる諸項目に全く機械的にしるしをつけ、双方からそれを集めた裁判官としては、どの項目が証明され、どの項目がされないかを評価するだけである。［後註18］……結局、正しい判断には却って有害な分解作業を以て、証拠調べの成果の《殆んど算術的な計算》を以て、全手続は終了するのである。」　さらに Endemann, ZZP 15（註6）271 ss.; 282 ss..

(16)「世俗裁判所では、［別段、措問書なるものは改めては必要でなくて、当事者が既に裁判所に提出していた］諸書面中で立証に附されるべく項目化アルチキュレ［即ち枚挙エニュメレ］されていた諸事実について行われていたのであって、従って、これらの書面［即ち立証項目書 articuli, articles］が措問書の代りをしていたのである。」（塙・タノン（二）一一三）「教会判事裁判所の訴訟手続自体には、措問書の作成と立証項目書のそれとの間の形式上の相違は、殆んど存しないのが常であった。即ち、《甲は措問す Ponit T》または、《甲は立証を希求す Probare intendit》という形であった。しかし、往々にして、この両方式例は結合されていた。即ち《甲は措問しかつ立証を希求す Ponit T et probare intendit》と。そして、措問書を立証項目書として与えていたのである。」（同、一四一）

「項目とカノン法が呼ぶのは措問と答弁との内容であって、この内容は自身の中に将来証明さるべきものをも含んでゐるからこそ立証項目といはれる。然るにドイツでは措問自体が項目と繰返し呼ばれた。かくて措問項目と立証項目 Positional- und Probatorialartikel といふやうに区別された。」（Buchda, Handwörterb. zur deut. RG,s.v. Artikelprozess）「《項目 articuli》はカノン法では措問および答弁の内容を指す。故に X.1.6.54.3 および X.2.5.1 では《諸項目につき為されたる措問および答弁 positiones et responsiones super quibusdam articulis factae》といはれ、VI. 2.10.2 では《どの措問に盛られたるどの項目につきても逐一、当事者相互をして十分に答弁せしむべし》。したがって項目は同時に、証人尋問せらるべき事柄でもあった。証明者は否定された項目を措問中から抜き出してこれを法廷に提出し（dare articulos）、これにつき証人が尋問される。……措問は《余は措問す Pono, quod》項目は《余は立証せんとす Volo probare, quod》で始る。……Clem. 5.11.2 の言はおのづとわかる：《措問は当事者の自白によりて争訟遂行を容易ならしむるため、項目は立証を明晰ならしむるため、年経る法延慣行がこれを認めしもの》。帝国訴訟では措問は項目（Positional-Artikel, Probatorial-Artikel）と呼ばれる方が普通だが専門的意味はなく、両者の同一は帝国最高法院令……からわかる」（Wetzell（後註40）947n22.）

Andr. Gaill. pract. observatt. lib I.obs. 79《博士たちは、措問と項目とは違ふ、何故なら、措問は、相手方の答弁如何、つまり自白によって措問者が立証負担を免れるといふ極めて強力な効果を求めて作成されるが、項目の方は、否定された事柄を証人または書証によって証明するためのものであり、したがって措問が先行し項目はそれに続くべきものなのだから、と言ふ。しかし、さういふ相違は実務では、特に帝国最高法院ではそのやうに厳格に守られてはをらず、項目式訴状 libellus articulatus が、訴訟応諾および非策謀宣誓のあとで、措問および立証項目の代りに提出されてゐる》(Hinschius(後註49) 122 n.30 所引)。参照、後註43。

(17) 以下、K.W.Nörr (註3) 165. なほ、各地の法廷慣習の記録者としてのドゥランティスについて、「ロオマカノン訴訟法は決して一箇の完結せる統一体ではなくて、その根本を理解するなら、どのやうな consuetudines や stilus curiae に対しても開かれてゐた。訴訟法とは、第一次的には、訴を提起された法廷の法であるとの中世的理解がその背景なのであって、この点は、たとへ、多くの、またはすべての諸法廷で妥当すべき成文規範が最終的には遥かに圧倒的になるとしても、さうなのである。例へばタンクレエドの叙述するのは教会諸裁判所での訴訟であり、Aegidius Fuscararius [前註14] ならボロニアの実務、ドゥランティスなら、彼自身が語る限りは、とりわけロオマ教皇庁法廷(のちの Rota) の慣行である。ドゥランティスの糧は、Observanzen の多様性にほかならない。これが彼の訴訟鑑 Speculum の頁を充してをり、同書の矛盾と不揃の原因であって、彼はその解消と凹凸をならすのには成功しなかった(彼は良き裁判官、政為者かもしれぬが著述家としては精々二流)。」(Nörr, SZ, Kan.1986.439)

(18) (訳註)「証言調書の開示朗読ののち、証言の価値について論ずるための一日が与えられる。弁護士たち……は、自身の依頼人に有利な証言を明かにし、相手方証人の不調和と矛盾とをきわだたせる…。一方では確認される供述を、他方では矛盾している供述を、特別の記号でマークする。」(塙・フルニエ (一) 一一五頁)。「これが周知の rubricae 起草であって、裁判官はこれを受取って自ら研究するか、または〝discreet persons〟の検討に委ねた。弁護士は党派的すぎるから、多くの法廷は rubricae 作成作業を特別の examinatores にさせた(この rubricae および examinatores rubricarum はパリ最高法院では〝extracts〟および rapporteurs として現れる)」(V.Caenegem (後註25) 19,cf.35)

パリ最高法院での抜書 extrait につき塙・グラソン (二) 二二八。

(19) (訳註) Nörr は原註で史料の一つとして Aegidius Fuscararius [註14参照] L II (Wahrmund p.101) を挙げるが、私に

はボロニアの条令につき本文所述の趣旨を同史料からはよく読み取れなかった。

(20) 口頭弁論の経過は、まづ、原告の訴に対する被告の否認答弁ないしは消滅抗弁申立により訴訟応諾が成立する。訴答進行はさらに、原告の反抗弁 replique（第二答弁）、被告の再反抗弁 duplique（第二答弁）まで（のちには、口頭弁論に先立つ準備書面交換のかたちで、実質上、訴答が行はれる）。以上、塙・シュヴァールバッハ（一）一四三、（二）三三五、（三）五三二、五四〇。要点判決については、塙・タノン（一）五六以下、同・グラソン（二）二二六。

(21) フランスでは一三世紀後半から教会裁判所の書面手続が世俗法廷にはいりこむ。まづ弁論などの記録が書面に留められ［Beaumanoir 次掲］一二九〇年にはパリ最高法院で訴状が使用されてゐる。立証項目書（articuli）も現れ、これは当初から訴状に付加しておくことができたし、本来の訴状だけを使用して訴訟を始めてゐた時は立証項目書の冒頭に訴状（訴の内容）を再掲すべきものとされた。《パリ最高法院では命ぜられたり、立証項目使用に当りてはその冒頭に訴状の全内容を掲ぐべく、然る後、訴状に依拠したる立証項目を作成すべしと》以上 Tardif, La procédure civile et criminelle aux XIII e et XIV e siecles 1885 (réimpr. 1974) p.72f.. 同旨 Glasson (Hist. du dr. et des inst. de laFrance, vol.4) transl. by Millar, in : Continental Legal History Series. vol.7 (Hist. of Cont. Civil Procedure) 1969.654.

(22) Beaumanoir,6.15(＝211)《バイイまたは裁判官は、両当事者が何ごとにつきて判決を受けむと欲するやを、手短かに書面に留め置くべくまた留め置きうるなり。しかしてまた、両当事者の一が他に対していくつかの事項［articles］を立証すべきとき、彼らは彼らが立証せむと欲する［il entendent a prover］ことを書面にして渡しう。かかる書面を人は、訴訟記録（rebriche）と呼ぶ。……しかして、もし両当事者が訴訟記録につきて、それは法延弁論に忠実に作成せられいずといいて、意見を異にするときは、それらは、その訴訟に臨みおりてしかも判決をなすべき者たる主君または参審家臣たちにより、作成調整せらるべきなり。》（塙・ボーマノアール「ボーヴェジ慣習法書」神法一五巻四号（一九六六）七四四頁）。なほボーマノアルの rubricaの用語法はカノン法のそれと異なる（註18）。

(23) 「《立証希求の語をもって》作成される書面は、事実に関する項目的陳述 articulation が起草される際に慣習上従われた方式、即ち《何某は立証することを希求す Talis probare intendt》—《殿の前にて何某は諸事実を立証することを希求す Devant vous tel entend les faits á prouver》なる方式から、その名を取って来ていた。」（塙・タノン（一）六五）

(24) タルディフは「この両者は殆ど同じもの」とする（塙・タノン（二）一三七訳者註）。

Stein (Gesch. d. franz. Strafr, u. Proz. 1845) transl. by. Millar, in : The Continental Legl Histoty Series VII (A History of Continental Civil Procedure) 673；676によれば、訴状の三種につき、覚書仕様による請求 (par maniére de mémoire［塙・タノン（一）六五］) に続いて「第二種は the simple articulated complaint (demande par intendit) である。これは被告により請求全体およびその基礎たる諸事実の存在が全面的に否認されたとき使用される。訴の原因の正確な陳述を内容とし、各構成事実の立証申出ないし（書証の場合は）その事実の証明に役立つ書類自体の提出を伴ふ。この形態は、それ故、被告の側での事前の否認を前提とする。否認の態様は不明だが、原告が予め否定的訴訟応諾を先取するならこの形態を当初から選びえたことは確かである。Bouteiller XXXIIIa の挙げる例は多分この種のものだらう。第三種は the affirmatively and negatively articulated complaint (demande par faits contraires) で、これが主要形態である。但しこの形態は立証手続の一部分であり、防御を前提せずしては存在しえないものであるから、その説明は後に譲る。」「被告による防御は訴と同様な形態で、覚書 (mémoire)、simple articulation (intendit)、または affirmative and negative articulation (faits contraires) による答弁として行はれる。」さらに、項目書の調整手続（後述）に関する一三六三年王令九条に言及して「両当事者は要点判決により各自の事実を法廷へ提出を命ぜられた apunctatae ad tradenda curiae sua factaが、訴および防禦の事実のみ facta positiva et defenesva に限られた、蓋し、法的理由書 rationes iuris が問題になるのは立証の後でだから。」(680；683) (rationes iuris につき同旨、Engelmann (註8) 182＝中野・渡辺惺之・三成賢次・内山衛次訳「エンゲルマン民事訴訟法概史」阪法一四三号二一三頁。参照、一六六七年王令第二〇章第一条：塙・同上訳（一）二七四)

塙・タノン（一）六六によれば、「一般には、反対事実 faits contraires について弁論交換が行われている場合には、二回の猶予が許されていた。しかし原告のみが単なる《立証希求の語》によって彼の事実を申立てるときには、一猶予しか許されなかった。即ち『いかなる訴訟におきても、事実、原因および理由に関するときは、人は、提出のために二回の猶予を有す。即ち、一は初回のものにして、他は再度のものなり。……しかれども、当事者の一方のみより《立証希求の語》による提出が為され、その相手方が訴訟応諾の用意ある状態にあるときは、人は提出につきては唯一回の猶予を有するに過ぎず。』」

Grand Coutumier (後註30) p.776《甲を相手取りて乙の為す訴訟につきて云はば、乙はその請求を立証希求の語仕様によりて par maniire de interdit、甲はこれに対する訴訟応諾を、八日先の日迄に書面によりて提出すべく、而して両当事者合意の上、我らの受任官の面前にて真実を宣誓し陳弁すべし》

中世イギリス婚姻訴訟の一記録（後出註34末尾：Suardby v. Wald 1372）では“……traditis positionibus et articulis, secutisque responsionibus ad easdem positiones, proposita etiam quadam exceptione per viam facti contrarii per partem ream predictam, qua sub modo admissa, nonnullisque testibus per dictam partem ream super exceptione predicta productis……”（Helmholz,（註34）p. 212. 下線は引用者）とある。以上を勘案して、《faits contraires》は被告側抗弁（同様に、原告側反抗弁）としての主張事実だとすれば、訴答が被告側の単なる否認答弁で終了せぬ限りは《par faits contraires》が書面訴訟の「主要形態」（Stein 前述）になる、但し、その本体は主張事実の立証申立であるから結局《par intendit》と「殆んど同じもの」（Tardif 前述）になるのではないか、と思はれる（参照、次註 Caenegem の説明）。

(25) V.Caenegem,History of European Civil Procedure (International Encyclopedia of Comparative Law,vol. 14.ch.2) p.34：「反対事実に関する要点判決 appointement en faits contraires は、立証希求 intendit（請求 demand と趣意申立 conclusions）および諸立証項目 articles（諸事実ならびに特定された証人または書証によるその立証申立）を含んだ。この要点判決の起草は、弁護士稼業の重要部分を占め、彼らの役割は終始目ざましいものがあった。両当事者は一項目ごとに証人十名までを提出でき、自己の書類を上記の立証希求および諸項目にくっつけた。各弁護人は彼自身の諸論拠と、先行訴答から知った相手方のそれに対する論駁とを含ましめた。」rationes につき次註および Stein（前註24）。

Ourliac, Un nouveau style du parlement de Paris, in : do, Etudes de droit de l'histoire II (1980) 14：「《反対事実に関する要点判決》が下されると、各当事者は、請求を intendit のかたちで提出し、次いで、自己の趣意申立を内容とするところの、かつ証人により立証せんと申立てるところの諸項目を régler する。」

(26) シャトレ裁判所の要点判決例でこの点をみると、「当事者双方の各々が…申立て、弁論し、また否認したる自身の事実および理由」leurs faiz et raisons proposez, plaidoiez et nyez de chascune des dictes parties（塙・タノン（一）六六）といふ定式があり、これに「原告乙の請求につきても被告甲の防御につきても」en demandant de par ledit R et en deffendant de par ledit B（同（二）一一二、一一四、一一八）といふ限定がつく。この raisons（「条理」前掲個所、なほ「条理弁明書」同一三八）について、「当事者双方は、夫々、請求 demande および答弁 réponse を、しかも、裁判官に既に口頭で示した限りのそれを、事実上および法上の諸々の主要要素を取り上げる形で、自身の代表者をして、書面にして裁判官に提出せしめていた。」（塙・タノン、六六、傍点引用者）さらに、「裁判所が当事者双方から提出を求めた法理陳述書 ratio iurisや書

面」（塙・シュヴァルバッハ（三）五三二）。なほ Stein 672 は訴の構成について maior（法ないし慣習法等援用）、minor（当該事件陳述）、conclusio（法適用申立）といふ説明をしてゐる。以上、提出書面の一半を成す法的な「論拠 arguments」（前註ならびに本文）につき、次註との関係でこれを付記した。なお、一三世紀カンタベリィ大司教区裁判所関係の実務書類（brief）中の〝rationes〟の例につき Donahue, 72 Michigan LR（1974）684。

(27) positiones の実例として次の史料紹介がある。R.Caillemer, Un fragment de〝Positiones〟en cour d'église dans la seconde moitie du XIIIe siécle. Mél. Fitting I（1907）155ss によれば、本写本の本来の題名 quaedam disputationes contra subsequens instrumentum にも不拘、これは disputatio ないし quaestio ではなくて positiones であって、写字生がこの訴訟文書をロフレドゥスの訴状論写本にはさみこむ際に学校討論の外観を与へたのである。加へられた変更は大司教や付属司教名、文書作成日時場所名、証人名等の削除に止り、他方、論拠は Dig. Cod. Nov. Grat. Extr. の援用で溢れ、論点と無関係な面が多く論拠の質には無頓着だが、文書作成者（M修道院）は博学多識によって判事や相手方を圧倒せんとしたのだと言ふ。私見では、法論を含む以上は「措問書」ではないが、弁論後提出書面の一半は法的論拠だから（前註）、広い意味で positiones の実例なのかもしれない。現存部分は第四〇項で中断してゐる長文のものであり、その中、第一項（仲裁文書およびその中で言及された寄進文書の無効の抗弁）、第六項（寄進文書無効）、第三一項（仲裁文書の手続瑕疵による無効）、を恣意的に取出してみると、

《第一、第一に反論す、相手方［B修道院］が特権として持出したる仲裁文書は効力なし。関係大司教ならびに司教は該文書が自身の面前にて発給されたりとは主張せず、発給者名もなく、発給者は贈与権能もなく、該教会所有者でもなく、かくて該教会所有権は準所有権にせよ直接所有権にせよこれを移転しえざればなり。故に該文書は無効。何人も自己の有する以上の権利を移転しえず、法上与へ得ざる者により与へられたる物は与へられたりとは看做されず：D.41.1.20；C.9.47.2；X.4.20.6.

《第六、さらに、負担ないし条件が贈与または売買に付せられたるときは負担ないし条件の成就によりて法上当然に贈与または売買は解除さる：X.3.21.4；D.18.2.2；C.8.54.［55］1 et 2. ところで、寄進文書［B地領主によるB修道院 abbatia に対するM教会 monasterium 寄進］に次の条件ないし負担あり「もし神寵によりM教会の財力充実の時には修道院に設立替さるべし云云」［したがって、M修道院が現に設立されてゐる以上は寄進文書が失効してM修道院はもはやB修道院の支配に服す

る理なしの強弁か？」、しかも、M修道院はB修道院に服すべしとの文言もなければ、Mが現に設立されてもゐる以上は、上記負担ないし条件の成就によりBがMに対し何らの権利回復請求しえざること明かなり、何はさておき一修道院が他修道院に服することあるべからざれば：Decr Gr. I. d. 21. c.4)；D.4.8.4. 同等者は同等者に対し命令権なし：D.36.1.13.4.

《三一、同じく、該文書は効力なく、判事は該文書について裁きえず。裁判命令状 rescriptum には同文書ないし特権への言及なく、言及されたるは古く認められたる慣習 consuetudo にして、これによらざればBはMに対する権利回復請求がBにありと主張しえざるものなれば。Bは別様には請求を為しえず。一原因に基き余のものたる物はさらに余のもたる能はず、一の入口は他の出口なり：I.4.6.14；C.4.38.4.et 10；C.5.12.6. 裁判命令状は厳正法に属しそこに含まれざるものは審理対象たりえず：X.1.29.32－31－33.「呼出さるべき者は呼出して」の条項も、上記慣習法を指す故に、妨げなし：X.2.28.71.》

(28) 一六六七年王令以前には法に関する要点判決 appointement en droit に両種あり、《書面にて提出 app. à écrire et produire》のそれは各当事者が自身の諸証拠および諸論拠を提出するのみ、《書面にて反論 app. à écrire et contredire》のそれは相手方の主張に対する攻撃も含んだが、一六六七年王令（第一四章七、八条）で合体された（Stein, in CLHS（註24）716；V.Caenegem（註25）62n.121）。そして上記両種の主張形態は、それぞれ Bouteiller のいふ defense par intendit または defense par faits contraires にほかならなかったとされる（Stein. loc. cit.）。

項目書面起草は弁護士の仕事だったが、一五三九年王令で裁判官の地位が強化され（余計な立証項目の削除）、一六六七年王令に至ったといふ（V.Caenegem（註25）61n.117）。参照、前註25、塙・タノン（一）六五、（二）一四一。

(29) 「立証項目書の交換の結果として、適合的であってかつ争われている pertinent et contesté、と思われる諸項目が集められた。これが、立証項目を調整する concordare articulos と称せられていたものである。……一三世紀末に、その慣行は、法を訴状 libellus と称される一書面によって提起することが開始されまた普及した」（塙・グラソン（一）一一一）。「原告は彼の立証項目書 rubrica のなかで、立証されるべき諸事実を表示し、被告は別の一書面で答弁するが、この書面のなかで、被告は、それらの事実を否認するか、または、それらが適当で pertinent ない旨を主張するかする。この場合には、裁判官が、介入し、そして、いかなる諸事実が立証されるべきかを決定するが、しかし、裁判官自身は、彼が立証されるべきであると思う事実をそれに新しく挿入する権利は有しない。」（同一二三）

「法院は事実に無関係な立証項目を却けるということはしないで、立証項目の調整のための ad concordandos articulos、

即ち、何が争われまた何が争われていないかを確定する目的で当事者間で為される弁論の指揮および録取のための受任官衆を指名する。」（塙・シュヴァルバッハ（三）五四〇）。一二七七年王令「当事者によりて申立てられかつ否認されたる事実は、直ちに裁判官衆の意見によりて調整 ordener せらるべく、……聴訟官衆に送らるべし」（塙・タノン（二）一四一）

中野ほか訳エンゲルマン（註24）阪法一四三号二一五頁。

(30) Le Grand Coutumier de France (éd.1868 par Laboulaye, réimpr. 1969) p.417《汝は答弁する前に、もしも相手方の次のやうな事実項目 articles du faict に答弁することになれば［大変だ］と抗議すべし。即ち、疑はしく、不適切な、ひっかけるやうな、否定命題形の、而して中間判決 interlocutoire［要点判決］に含まれざりしもの。あるいは、汝に、または汝が代訟人なるときは本人の事件に不利を斎すが故に答弁する義務なきやうなもの。蓋し或る理由により事実項目が沢山提出されその中には本案に進み得るかないしは進むべき以前にまづ証明ないし決定されるを適当とするものあるは常の事なれども、汝は中間判決に盛られたる事実にあらざれば答弁の要なければなり。

《同じく、事実項目の答弁に当り、汝は疑はしきそれに対する答弁につき一期日を受取るべく、同期日に答弁すべく用心す。蓋し、さもなくばその諸項目は相手方に対する自白の効果を有するに至ればなり。

《注意せよ、相手方が明瞭かつ理解可能に答弁せざるとき汝は相手を難じて混濁を鮮明にせしむべし。両当事者が諸項目に対して、余はそれを信ず je le croy または余はそれを信ぜず je ne le croy mie と言明したる時は汝は先んじて事実を証すべく一期日を受取るべし。》参照、塙・タノン（二）一一五註二。一四二下段註二。

(31) 塙・タノン（二）一一三―六。V.Caenegem（註25）34は、受任尋問官による証人尋問手続（local enquête）での「信ず信ぜずの語による答弁」と、最高法院大審部での事実項目肯認手続（真実設否答弁 réponse de vérité）とを区別して、後者を一五三九年以後の当事者尋問制度の由来とするやうであるが、私には不明。Stein（註24）718の表現も項目調整手続（註29）がその由来とする。カノン法措問・答弁用語については Aegidius Fusc.（註14）第一設例。

なほ、塙・シュヴァルバッハ（三）五四二：「原告は、期日が来ると、委任状および立証項目書を提出すること、および、受任官がその立証項目書を開封しかつその委任状に従って更に手続を進められたい旨を申立てることを要する。開封された立証項目書は、先ず、原告によってその真である旨が宣誓され、次いで、被告によって宣誓をもって答弁されねばならない。……もし被告が答弁しないときはその立証項目書は承認されたものとされる、ということについては、訴訟手続方例集［一

三三〇年頃］は述べてはおらず、唯、恰も被告が承認したかの如くに以後手続が進められる旨、および、被告は、彼が答弁を拒絶する事由を書面にして提出するべき旨を、述べるにすぎない。（Styl.27.3）」

(32)「フランスではルイ一二世……被告は、原告のその書面の各項目 articleについて真実のものと信じない旨を宣誓することを要した。これは《信ずまたは信ぜず》の語をもってする答弁 reponses de credit vel non creditと称せられていた。裁判官たちには、当事者が答弁ないし宣誓を為し終るまで彼を彼の家に居させて厳重に監視し彼を禁足にすることが許されてさえいたように思われる。……フランソア一世の一五三九年王令（第三七条）は《信ずまたは信ぜず》の語をもってする、この強制的答弁の制度を廃止し、当事者双方のために、これに代えるに、銘々が事実項目 faits et articlesにつき裁判官に当事者尋問をしてもらう権能をもってした。事実項目に関する当事者尋問は、この王令から一六六七年王令のなかに持ち込まれ［第一〇章］、そして更に、民事訴訟法典中に持ち込まれたのである［第一五章］」（塙・グラソン（二）一三四）

「当事者双方は、自身らは不軽信の［de credulitate］宣誓には厳格に拘束されないとの見解の中に浸された結果として、この宣誓を為すに際して、最早、偽誓することを恐れないでいることが注目されるに到った。一五三九年の王令は、その第三六条で、この答弁を廃止した。……当事者双方は、最早、尋問受任官の前で予め当事者尋問に服することを強制されなかった。王令は、かの強制的な方式に代えるに、単純なそして一層一般的な権能をもってした。即ち、これは、最早、不軽信の宣誓ではなくて真実陳弁の宣誓を根拠として、訴訟の期間中、いつでも自身のために相手当事者を裁判官に当事者尋問してもらうことを請求する、当事者に認められる権利から成っていた。即ち、《信ずまたは信ぜず》の語をもってする答弁は、最早有るべからず（第三六条）。しかれども、朕は、当事者双方に、訴訟中、しかして、訴訟を遅延せしむることなくして、その訴訟に関する、彼らの間にて争われている諸事実項目 faits et articlesにつき、その訴訟の裁判官によりまたは当事者双方の住所に近き他の裁判官によりて、相互に自身のため相手方を当事者尋問してもらうことを許す（第三七条）。」（塙・タノン（二）一一六）

田中和夫（註10）法協五八巻三号一〇、一一頁。中野ほか訳エンゲルマン（註24）阪法一四三号二二二頁。

(33) 尋問（書）interrogatoriaの用語を整理してみると、(1)措問の前身ないしは措問の別称としてのもの（但し、措問の指揮もその一つであるところの、裁判官の釈明権的尋問は書面主義とは別である）、(2)被証言側当事者が証人提出側の措問ないし項目書に対抗して作成する証人反対尋問書、(3)当事者尋問項目書、(4)（事実項目の肯認を経て）証人尋問項目書。以上、項

目（措問）手続の基礎書面たる項目（措問）書が機能する諸局面。cf. Nörr, SZ, Kan. 1986,437.°

(34) 一四・五世紀ヨオク大司教裁判所の婚姻訴訟の場合、Helmholz, Marriage litigation in medieval England, 1974, 15 ss. によれば：「措問 positions の現存するものは長さおよび事実特定度の点でその間の偏差が著しい。……たいていは、長いものでさへも、原告主張を支へる諸事実を正確には陳述せず、XおよびY間に合法的婚姻締結ありと述べるやうなものでもよかった。婚姻契約の日時・諸事情に言及せぬものが普通だった。……一三三八年のヨオクの一事件では原告による一九項の措問に対して被告の［肯定］答弁の結果、証人尋問に回された事実質問項目は三箇にまで減ってゐる。……しかし、措問使用の効果のほどはヨオクの婚姻訴訟例にみる限りは、制度の趣旨に沿ふものだったとは思はれない。答弁はほぼきまりきって、《信ぜず》または《措問の如くには信ぜず》であって、後者の答弁形態の不明確さが激しく非難されたのは当然である。……限定つきの答弁によって後の偽誓訴追の危険を免れるわけであり、……実際、被告はもっと曖昧な言葉で：《何とも言へないね》、《知らぬ》、さらに《よく考へてみたい》とさへ答弁した。どんな措問に対してであれ認容拒否がかくも常態化した理由は措問に対して答弁したのは代訟人や弁護士だったからだとみて間違ひなからう。理論上は当事者本人がこれに答弁すべきだったのではあるが。……ヨオクに現存する記録すべてに措問があったわけではなく、ドゥランティスも《多くの地方で措問が使用されなかった》と記す。……例へばリッチフィルドの或る事件では《原告は項目化された訴状を措問の代りに繰返し読上ぐ》……たいていの婚姻事件では諸争点は明快で、訴状にはこれが不足なく示されてゐる。措問に対して紋切型の否認答弁が常態だったことからすれば、訴を諸措問に技術的に分解しても得るところはなかったのである。逐次的に認容させるのが見込みない事件では、措問に代へて訴状を繰返す実務は実情に則していた。」「項目 articles は殆んど常に措問に結合してゐた。記録は《同じく、措問しかつ立証希求す Item ponit et probare intendit……》と始まる。措問使用の目的たる争点縮減の余地は前述のやうに通常は存在しなかったからこの結合は十分理由があった。……項目が措問に結合されもせず、およそ使用もされぬ場合さへあった。ドゥランティスも項目の全面的不使用を承認する《項目が作成されずとも私はこれを罪とは思はぬ。訴訟手続は当該地の慣習 consuetudo loci によるべきであるから。》」(p. 17)「被告作成による反対尋問項目書 interrogatories は二大別される。第一種の目的は証人の信憑性を崩すにある。証人の事実実見機会、当事者との家族関係、当事者からの受贈事実に関する質問 questions がその典型例である。第二種の目的は被告が自己の主張のための積極的証拠を得るにある。例へば、婚姻有効確認請求に対して強迫の抗弁を対抗する場合、証人に対する反対尋問項目によ

る質問の典型例は、婚姻締結時における脅迫諸手段の使用、武器の使用可能性、等々である（ドゥランティス《およそ質問には二種あり。第一種は証言を崩すためにして、事案ならびにその諸事情 causae et circumstantiae が質問されるが如し。第二種は証人提出者［原告］の主張または証人を差し向けられたもの［被告］の抗弁を根拠あらしめるためなり。ad fundandam intentionem producentis vel exceptionem eius contra quem producitur》」（p, 18）「終局判決は《主の御名によりアメン。本婚姻事件の諸要点が聴訟審理せられたるのち云々……》と始まる。……裁判官の法的諸論点に関する決定も事実認定もかなり一般的な言方を超えて記録されることは稀だったから、被告が原告主張の否認に加えて積極的防禦 affirmative difence をした場合には被告勝訴判決の決め手が防禦なのか否認なのかは明らかでないことが多い。証言録取書から判明することが多いとしても。」（p. 21）

同じく Helmholz, p. 209所収の婚姻確認請求事件 Suardby v. Wald（1372, York）における措問答弁実例：

《第一に In primis、原告J女の代証人は代証人の名において措問しかつ立証希求す、即ち上記T男およびJ女は、将来の言葉により婚約し、身体結合これに続きたり。かつ、現在の相互合意を表はす言葉により婚姻を、T男の妻の死後において相互に適式に締結したりと。被告T男は答へる、信ぜずと。

《同じく Item、措問しかつ立証希求す、T男は妻の死後J女と教区首席助祭の面前にて、T男は、自今J女を身体的に知るに陥るときは同女を妻に直す旨、同女同席の上、教会共通慣習法による裁判上の宣誓をなしたりと［abiuratio sub pena nubendi］。T男曰く、J女を妻とすることあるべき意思を以て宣誓したるには非ず、当時の首席助祭の強制と彼による破門の恐怖とに依りたるのみと。また、曰く、本宣誓の以前に、即ち正妻Mとの婚姻存続中に既にJ女を姦通により身体的に知りたり、かつ同女に対して存命中の正妻Mの死後に同女を妻に迎ふと約束せりと［姦通による婚姻障害の主張］。

《同じく、措問しかつ立証希求す、T男は上記宣誓以後に繰返しJ女を身体的に知りかつ同女によりて子を為したりと。T男曰く、宣誓を上記のごとく強制せられたる後にJ女を身体的に知れりと。

《同じく、措問し立証希求す、T男は上記経緯すべてにつき同女その他実直なる人々に対して法廷の内外において良心的自発的に告白を重ねたりと。曰く、措問されたるが如くには信ぜずと。

《同じく、措問し立証希求す。上記経緯は本教区近辺にては公知のことにして、風評公然今日に至ると。曰く、信ぜず、否認すと。》

(35) 一五一一年ヨオク大司教裁判所における宣誓違反事件の措問例としてHelmholz, Assumpsit and Fidei laesio, in : LQR 91 (1975) 413（なお、同時期同内容の事案が王座裁判所訴訟記録集の方では一息の切目ない文章で叙述された。）：

《第一にImprimis、前記代証人は証明せんと欲すintends to prove、前記Oが去る聖ラウレンチオ祝日以前の某日、代金額六ポンド、六シリング、八ペンス相当の羊四〇頭、仔山羊四〇頭、豚二〇頭を前記Gより購入し受領したりと。

《同じくItem、Oは前記羊、仔羊、豚の引渡ならびに受領日に、前記金額六ポンド、六シリング、八ペンスの一部として二六シリング、八ペンスを支払へりと。

《同じく、Oは前記六ポンド、六シリング、八ペンスの残額五ポンドを今は去る某日に支払ふ旨、宣誓によりGに対して信約したりと。

《同じく、Gは自身で、また人をして、本訴に及ぶ遥か以前に、OがGに対して前記残額五ポンドを支払ふやう適正に請求したりと。

《同じく、Oは、前記の請求にも拘らず、Gに対する前記五ポンドの支払ないし引渡をかつて遅延し拒絶し、現在もなほ遅延しありと。》

(36) K.W.Nörr（註3）160：「ロオマ・カノン訴訟の極めて重要周知の特色に算へられるものに措問positinesの制度があり、これはイタリアの地方実務に端を発し、今日にまで存続してゐる。例へばイギリスの訴訟にあっては（衡平法裁判所を介して）尋問書interrogatoriesの形で。ドイツでは最新帝国最終決定以来（項目Artikelとしては）不使用に帰してゐたが、最近の諸改革像の中でまたその音を奏でてゐる。」

(37) 田中和夫（註10）法協五八巻三号一七頁以下。同、「普通法の手続と衡平法の手続」（「菊井献呈論集・裁判と法（下）」所収）七〇九、七一三頁。Holdsworth, Hist. Eng. Law, IX, 383 n. 8 ; 397 (7) ; 400 ; 403.

小山貞夫「イングランド法の形成と近代的変容」二六三頁註一三：「一五七八年に星室裁判所は、その訴状、答弁書、原告第二訴答の量を、原則としてそれぞれ計一五枚（一枚は一五行以内）に制限しており、一六〇六年に一二五枚の訴状が出された際に、この制限が確認された（一六二七年には二〇枚までとなった）こと、一六三一年には、被告への質問書を原則として一五項目（一項目三質問以内）に限定していること……。」同じく星室裁判所について、Holdsworth, Hist. of. Engl. Law, V. 180 ssにより管見すると、(1)当事者尋問項目書は、被告側答弁（answer）後に原告により作成され、尋問官が一

項目を読上げては答弁させてから次の項目読上げに移る。項目書の濫用の例として、一方の側に一五五項目、他方では一二五項目に達した事件が伝へられる（180n. 9）。(2) 証人尋問項目書については、受任官による出張尋問の場合につき、エレズミア卿は、当事者たちがその開始後に成行をみて常に新たに反対尋問項目を作成するので偽証のもとになりかねないと思ひ、証人尋問のために発給される委任状には尋問項目すべてが含ましめらるべく、受任官はかく記入ずみ諸項目についてのみ尋問すべく、それ以外の追加変更は認められずと命じた（182n. 12）。

(38) 「大法官府の手続は概念上コモン・ローの手続よりもましであったし、実際上も究極的にはコモン・ロー手続に勝利を収めた。今日の高等法院で用いられている令状は、コモン・ローの令状よりは罰金付召喚令状［subpoena］によく似ている。最高法院主事 Master of the Supreme Court の面前での中間手続［interlocutory proceedings］とか当事者尋問［examination］とか宣誓供述書［affidavit］や質問書［interrogatory］とか、それら一切のものは大法官府の慣行から引き出してきたものであり、コモン・ロー上では不可能なことであった。しかしながら一八世紀までには、大法官府での訴答はコモン・ロー上の訴答より冗長で複雑になっており、綿密に作成された質問書の使用は訴訟手続を妨げる傾向があった。」（ベイカー著・小山貞夫訳「イングランド法制史概説」八五頁）　小山貞夫「イングランド法とルネサンス考」法学四八巻二号三〇頁註二五、田中和夫（註10）法協五八巻三号二頁（質問書の実例）。

(39) 勝田有恒「帝室裁判所規則（一四九五年）」（「久保・還記・西洋法制史料選Ⅲ」所収）一八頁。村上淳一「良き旧き法と帝国国制（二）」法協九〇巻一一号二九頁以下（沿革、組織、管轄）。中野ほか訳エンゲルマン（次註）阪法一三六号二九二頁以下。勝田、"Iura novit curia, und "Fundatam intentionem habere, Hitotsubashi Journ. of Law and Politics vol. 13（書評：小川浩三、法制史研究36（一九八六）四六三頁。「根拠ある主張」理論と法源釈義、措問手続との関係につき前出註12）。エーベル著・西川洋一訳「ドイツ立法史」一三〇頁註八。

世良訳「ミッタイスドイツ法制史概説（改訂版）」五〇五頁訳註2（訳者による法院訴訟の進行の簡潔な解説）。一七世紀ラント・ブランデンブルクの場合につき、上口裕「ヨハン・ブルネマン糺問手続法論」南山法学九巻三号一三九（被告人尋問項目、一六一頁以下に実例三件）、四号七五（証人尋問項目）、同七七（被告人防御項目）。

(40) Sellert, Prozessgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat, 1973, 145 ; 227. 本文所掲の答弁定式は RKGO (1555) III.15 §4 (Laufs. infra. 236). なほ、証人尋問段階での項目についてであるが、中野貞一郎・内山衛次・酒井一・エンゲル

マン民事訴訟法概史、阪大法学一三八号一六三頁（cf. Bomsdorf, Prozessmaximen u. Rechtswirklichkeit 1971, 54)。

Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses 1878 (Neudr. 1969) 945：「すべて有意味な主張には、原告が為すものであれ被告のそれであれ、相手方はこれに答弁せねばならぬ。ゆえに当事者はその主張に含まれる諸事実を十分特殊的に、即ちおよそ取違へが起こらぬやうに、かつ、推論の助けを借りずに直接認識されうるやうな単純な形態で、陳述せねばならぬ。このやうに特殊化された主張に対してのみ、相手方は答弁拒否はなしえぬのである。主張につきものの、この点の欠陥が相手方の自白により癒されるのは周知の通りだから、裁判官が、当事者が権利実現を不必要に困難ならしめられることのないやうにと、上記の要請の常に杓子定規な実行は自発的に (ex officio) 避けるなら、それは結構なことだ。必ずしも争訟関係の核心ではない事実、また正にそれ故に多分自白があるのではないかと期待されるやうな事実が問題である場合には、裁判官は並の場合よりも寛大であって差支へなからう。だから、例へば、息がその確認を訴へ出るなら、父子関係は内的な直接には認識しえぬ事実だから、裁判官はそれを次の主張に置換へるを要する。即ち彼の生母はその出生六ヶ月前に、父と目される被告と結婚してゐた。而して両者間の結婚は法上有効に成立してゐた、と。また相続事件で遙かに離れた親族関係が問題ならば、差当り次の主張で足りやう、即ちAはBの息なり、BはCの息なり、等々と。時間、場所、あるいは当該事実特定に必要なその他の指称が看過されたり、十分特殊的に示されてゐない場合におけると同様に、錯誤の主張や関知 Wissen の主張にも味方してやるのが普通である。かういふ事情のもとで答弁が拒否されるなら、欠けたところは最近接の行動で補って差支へないし、これに対して、否定主張の場合の立証は、証拠方法が立証対象に向かふやうに、はっきりせぬ implicit 主張はあからさまにし、不確定的に示されたものは一層具体的に確定するを要する。事実主張は今日ではいかなる場合にもはや要式行為ではない。カノン法およびイタリア実務で事実主張の着衣として当事者に課せられてゐた措問は、ドイツでは項目と呼ばれ、最新の帝国最終決定はこれを廃止し、但し立証手続でのみ所謂立証項目 Probatorial-Artikel としてこれを維持した。同最終決定以後は、事実は短く、綿密に nervose しかし分り易く、はっきりと distincte、明瞭に陳述すべしといふ以上には何も要求されぬ。」　参照、後註46。

(41)「項目訴訟手続の根本的欠陥は、当事者がしばしば、多くの期日にわたって、原告作成の個々の「措問」の承認をめぐり互ひに争ったことである。たいていの被告は、あれこれの項目に「然り」「否」では答へられない、その項目は幾つかの観点を含んでゐて一義的ではないから、と抗弁したり (exceptio positionis multiplicis)、exceptiones positionum impertinentium,

irrelevantium, irresponsalium, obscurarum et captiosarum を行使した［本稿註11］。確かにこれは必ずしもシカアネのため生じたのではなかった。被告は「然り」「否」でしか答へられないから、この訴訟段階では原告に対して不利だった。原告は措問を巧みに配列し、被告に有利になりうる措問は避けて訴訟を望む方向へもってゆけた。したがって被告は、措問に基く証拠調べが済んでからあとで行使しうる抗弁だけを当てにするのでもない限りは、既に措問の承認から争はねばならなかった。かくて必ずしも不当とはいへぬ訴訟の遅延が生じた。したがって一六五四年最新の帝国最終決定は、断固一歩を進めて項目式訴状を廃止した。」（Sellert, 146）

(42) 同様にして、消滅抗弁に対する答弁と反抗弁（Replik）とが、反抗弁に対する答弁と再抗弁（Duplik）とが（以下同様）、また、訴訟応諾に先行する延期抗弁に対する答弁とこれに関係する反抗弁とが、結合せしめられた。（Wetzell 969s.；Sellert 227；251）。Wetzell 969によれば、当初から同種の訴訟行為（諸延期抗弁、諸消滅抗弁、諸反抗弁、諸再反抗弁、等の各群）が同一期日に一括提出せしめられてゐたが、今や、異種の訴訟行為であっても最近接課題との関係で同一訴訟段階に属する限りは同様に規律されるに至ったと説明される。

(43) 訴状の構造は帝室法院（Reichshofrat）令でも一五五五年帝國最高法院令でも最新帝国最終決定でも規定されてをらず、法廷慣習（Stilus Curiae）に委ねられてゐたので、両法院実務で多様な formulae supplicationum が展開したが、訴状の構造に関する限りカノン訴訟の形態が尊重された（Sellert 140）。一五二一年には項目式訴状のみが許され（Laufs,（次註）15）、一五五五年には再び単純式訴状もまた許され、これに伴ひ一期日（立証項目書作成）が独立し、一五七〇年に三転して項目式訴状でなければならぬとされた（Buchda 註16）。

(44) Laufs, Reichskammergerichtsordnung von 1555, 1976, 47f.. 帝國最高法院訴訟は一週に三開廷日あり、通常事件の次回期日は第一二開廷日、即ち四週間先の日に確定してゐる。この固定期日に従って訴訟は自動的に進行し、その都度法廷召喚が発せられることはない。開廷日に法廷は、議事次第（Umfragen）に従って、出席代訟人たちに対して年功序列順に各自の担当訴訟追行を命ずる。第一議事は、既決分の判決ないし決定の言渡、第二議事は新件（召喚、各種命令書発給、等）、第三議事は猶予分訴訟行為の完済、第四議事は通常審理で、通常事件と簡略事件（ラント平和違反、等）とに交互に一開廷日全日が当てられる。第五、六は欠席判決。かく一五五五年の法院令では本質的裁判期日一一箇［一二回と算へるべきか、世良・ミッタイス前掲（註39）四九五頁］が規定されてゐる。以上、Laufs. 15；45 s..

(45) 一五七〇年帝国最終決定は、第二期日において、被告は延期抗弁の提出とこれに伴ふ可能的(eventualiter)訴訟応諾を為すのみならず、同時に、同抗弁不成立に備へて予め(in eventum)原告の項目に答弁しかつ消滅抗弁(Peremptorial-Artikel)を提出すべきものとした(Wetzell 970)。なほ、従来から形骸化してゐた訴訟応諾(原告による訴状内容の口頭反復の面)は、上記形態の抗弁と合体して消滅した(Sellert 241)。

(46) 或る提言文書(Abstellung der Libellorum Artikulatorum de Anno 1654)によれば、ザクセン訴訟の言及は一回しかなく(《フランス、ザクセンその他諸国では modus libellandi summarie が使用されてゐる》が、この手続はそのまま帝国法院には移せない云々)、議論は専ら実務的であり、項目手続維持理由としては《証明が答弁 responsiones を通じて容易となるのみならず、何が証明さるべく何が否かにつきさしたる骨折なしに裁判官の中間判決なしでも開眼させられる》とあり、判事たちは衡量の末、項目式訴状の廃止と立証項目の維持といふ中庸を提案した(Sellert 148)。「かういふわけで項目手続がまた適用されたのだから代り映えしない。……最新帝国最終決定三四条によれば原告が訴を Puncten-Weiss に、即ち個々の点に分解して陳述することは自由だった。勿論この可能性[libellus punctalis]は項目式訴[l. articulatus]と似てはゐるが混同されてはならないけれども。」(Sellert 149n. 396)。

最新帝国最終決定三四条および三七条は中野・内山・酒井・訳(註40)阪大法学一三七号二〇五頁：三四条《その訴えもしくは訴状を項目別でなく簡略なやり方で、その中に事実を簡潔かつ細心に、しかし明瞭かつ判然と陳述すべきであるが、原告が望む場合あるいは事案の幅の広さと事情がそれを必要とした場合には、各点を追って明瞭に編成し叙述すべく、さらに、結論と申請とをこれに附さなければならない。》　三七条《訴えに対しては、簡潔、細心かつ明瞭に答弁すべく、そのさい、原告が提出した事案と果たして異なるか、またどの点で異なるのか、及び事実が本来はどうであったのかを区別して明白に、すべての事情を附して各個の点に則して述べなければならない。》

(47) 前註所掲の提言文書と似たものが Hinschius (註49) 122n.31 にある。「起草者は項目制度出現理由を挙げて、その維持を主張する。《第一に、項目式 modus articulorum によるなら、法と事実 ius et factum とが、単なる語り simplex narratio によるよりもずっと分り易く呈示されうるし、(事件全体の要 Cardo totius negotii の存する)事実関係は、いかなるものであれ、個々の項目によるなら、切目ない語り continuata narratio によるよりも明瞭に記述されうる。第二に、これによって訴訟は若干引延されるかもしれないが、しかしそれに要した時間と費用は、項目式によればよるだけ豊かに償はれる。蓋し、

事件は項目式によればよるだけ、ずっと根本的に正確に述べられ熟考され、拙速を母とするどんな不正義からも守られるのだから。第三に、立証にこそ、（いづれの側にも過度の負担とならぬやうな、また立証が長びかぬやうな）立証手続にこそ真理の発見即ち適正な判決の促進が掛ってゐるのだから、項目手続 modus articulandi 創設の目的は何かといへば、原告は事実関係 narrationes facti を提出項目真実宣誓によって開示すべきこと、つまり虚偽のまたは反良心的なことは何事も項目化してはならぬこと、被告は項目答弁真実宣誓によって項目に遂一明確に答へねばならぬこと、これがその目的であらう。被告が答弁の中で自認すれば、それはもはや立証不要であり、原告は長たらしく物入りな立証は免れるだらう。被告の答弁の中で全部または一部の項目 articuli が立証必要となれば、措問ないし立証項目 Positional-oder Probatorial-Artikel を新たに作成の上これを法廷で手交する代りに訴状項目 articuli libelli を再度繰返しこれに基づく立証申立によって時間節約が可能にならう。》短所としては次を算へる：《しかし乍ら、従来項目手続の実務 in praxi での行はれ方からすれば、事実が、それ自体として頻繁に粉砕されてしまふほかに、冗長不必要な、事態の促進どころか却って複雑化、阻止にしかならぬ諸事情を沢山項目のお陰で付加され、その結果、混乱し分りにくくされ長たらしくされてゐる……のは否めない。さういふ訴状は百箇とまでは言はずともそれほど多くの項目の展開に至ること屢々であって、かうして打ちひしがれた判事の気持にあっては、さういふ訴状の熟考から得られる最善の効用でさへも有毒不快事たらざるをえないのである》」（das, gründliche Bedenken von articulirten Klag-Libellen, so beym Reichs-Tage zu Regenspurg durch einen fürnehmen Fürstlichen Gesandten aufgesetzt und im Nahmen derer zum Justiz-Wesen Herren Deputatoren übergeben worden, de an. 1653）

(48) cf. Nörr, Das Streitprogramm : eine historisch-vergleichende Skizze, in Fschr Baur 1981, 543「［イギリスの令状を始めとして］争訟プログラムは、多少の制限はあれ、訴訟手続の経過の中で初めて確定的に書上げられてゆくものだが、この種の諸々の可能性は、多くの訴訟手順が争訟資料を判決に至る途中で能ふ限り分解する用意周到さ、例へば措問 positiones や項目 articuli を手本にして争なきものを選別淘汰する分解作業、これと取違へられてはならない。［かやうな争訟プログラムの確定によって］就中獲得されるのが、争訟を決定する立証テエマであり、かくて、証拠判決に、あるいは訴答を経てコモンロー訴訟の争点 issue に、あるいはプロイセン訴訟での争点一覧 status causae et controversiae の整理に到達する。」プロイセン訴訟の争点整理については、鈴木正裕「一八世紀のプロイセン民事訴訟法」神法二四巻二号一二一頁以下、一五三頁註一八、四号三四八頁、三五三頁註一四。

(49) Paul Hinschius, Ist bei der Geltendmachung eines dinglichen Rechtes zur Substantiirung des Anspruchs die Angabe des Erwerbsgrundes in der Klagschrift erforderlich? AcP 47 (1864) 114ss「立証と措問との関連の強調は成るほど正しい。周知のやうに被告は自白擬制を避けようとすれば個々の措問に答弁せねばならぬのだから(VI.2.9.1)、答弁なき措問および認容された措問は立証不要である。かくて原告は、どの個別事実を立証せねばならぬかにつき確実な支点を獲得するし、一般的にいへば措問は、争点一覧 status causae et controversiae を創出し、個々の立証テエマを確定し、かくて立証手続に、即ち後期ロオマ時代の手続に比してカノン法訴訟ではいづれにせよ未だ法律的規律による確固たる位置づけのない立証手続に一層確実な出発点を与へる、といふ長所を有するものである。　然し乍ら、訴訟法学者の前にまづ立現れるこの機能は唯一のものではなく、措問はさらにもう一つの機能を果すのであって、この第二の機能の方が、第一のそれの前提だから、一層重要である。第二機能が中世訴訟法学者の間で現在のやうに強調されることのなかった理由は、中世訴訟と現時のそれとの違ひが初めてこの機能をはっきりさせてくれたのだが、訴訟の違ひが登場せぬ当時の学者はそれだけこれに気づかなかったからだ。　措問の第二機能は原告の権利の基礎たる個々の事実の叙述にあり、原告の請求は諸措問の中で substantiirt［要件事実記載］され、諸措問が合して一件を物語る。ドゥランティス (Durantis, II, II §5.Nr.17) によれば《要するに注意せよ、措問は、提起されたる訴の性質を考慮しつつ措問者の主張を基礎づけうるやうに作らるべきを ut fundent intentionem ponentis considerata natura propositae actionis》尤も、同時に《故に所有権の訴ならば、その証明に何々が必要なるかを考慮すべし》と付言されて直ちに立証と措問との関連へ再度立戻りはする。しかしこれに先立つ言明の意義はこれにより損なはれはしない。何が所有権証明に属するか原告がこの点をはっきりさせようとすれば、その為にはどの諸事実を主張し措問すべきかについてもまた自覚せざるをえぬからである。　措問が Substantiirung［要件事実記載］の目的を果してゐることは、抗弁についても措問が提示され……無関係な措問提示は許されぬと訴訟家たちが言ってゐることからだけでなく、ドゥランティスの挙げる例からもわかる。私はその中から本論文の対象に関連あるものとして所有物取戻の訴状および措問を選ぶことにする。訴状につき彼は次の方式を示す (IV, II, §4 Nr.5) :

《裁判官殿の面前にて余はPに対して請求す。Pは、某地所在の、四囲しかじかの余が土地を所持す。同土地は所有権または類似の権によりて我に属すと余は主張す。依って、同土地および、同地より十年間収取しえざりし百モディウス弱と見積れる果実を余は請求す。同地および果実につき余に正義の与へられんことを余は請ひ求む。》ドゥランティスのさらに示す

ところでは、原告はこの訴状につき以下のやうに措問を作らねばならぬ：［参照 Aeg. Fusc.（註14）第一設例］

《余は措問す、某は余にしかじかの物を売れりと。

同じく、該物を余に引渡せりと。

同じく、余はその代価を支払へりと。

同じく、売主は所有者なりしと。

同じく、汝は該物を現に所持す、または現に占有す、または悪意によりて占有を止めたりと。

同じく、余は該物をTより購入したり、かつ該物を動産ならば三年間、不動産ならば十年間所持したりと。》

措問はこの例でわかるやうに、物的請求の Substantiieung を、したがってこれに必要な取得原因明示をも内容とする。この作業の綿密さは、《その代金を余は支払ひたり》との措問からわかる。売買において売主の所有権は買主が代金を支払ふか信用されるかせねば移転せぬ（D.18.1.19）ことがこの措問の明白な理由である。但し、それ自体としては事実記載に当らぬ措問 die nicht in sich substantiirte P.：《売主は所有者なりしと》には疑義あらう。が、かかる措問も Bonaguida からわかるやうに許されてゐた。そのわけは言ふまでもなく、原告のために、その前主の所有権の原因たる諸事実の挙示を、つまりこれ以上の事実記載と時により必要な証明を、差当りは免じてやることだった。」（114ss）

idem Hinschius, 126ss：請求の Substantiirung は「原告が簡略訴状 Summari-Libell を提出したる時は項目化 artikulieren への道は切断さるべしとの一五七〇年帝国最終決定の規定との関係はどうなるのか？　同訴状では権利根拠たる諸事実の正確な指示は含まれず、しかも同法律が原告に対しかかる場合に項目化を禁ずるのだから、項目が帝国最高法院の訴訟では請求の Substantiirung の機能を有すとの私の説は却けられたと思はれるかもしれない。……しかし、実のところは、簡略訴状が提出されるなら事態は措問手続の出現以前と同じことなのだ。立証手続は当時はまだ独自の段階をなさず、上記帝国最終決定九〇条末尾によれば一五五五年帝国最高法院令に従って手続は進行すべしとされるから、原告は、一般的訴訟応諾によりその請求が否定された時はその根拠たる個々の事実を証明せねばならぬ、即ち、請求を一層詳しく substantiiren するために諸事実を示さざるをえない。簡略訴状提出の不利は、原告にとり第一に、被告が訴訟応諾に当り予め eventualiter 項目に答弁するを要せずまた不可能といふにあり、第二に、原告は項目につき自白獲得のための被告尋問をしてもらへず、個々の主張すべてにつき立証を申出ねばならぬといふことにある。……この点で重要なのは一六五四年最新帝国最終決定であ

る。第三四、三七条は形骸化しながらも固執されてきた従前の明示的訴訟応諾を廃止すると同時に項目式訴状を禁止し、その代り訴の中で事実を明瞭に示すことを、被告側としては訴の中で主張された個々の事実に明示的に答弁することを、要求した。これにより措問手続ないし項目手続の機能は訴訟の出発点に押しやられてゐる。第三四、三七条により提出さるべき訴状は外形上はもはや項目に分解させられはせぬが、従来措問ないし項目の中に書下されたと同じものを切目なき語り口で自身の中に含まねばならぬのである。つまり、請求の根拠たる事実全部が、物的訴訟の場合ならば物権の取得原因が、措問ないし項目の中に含まれてゐなければならなかったのと同様に、今や訴状が、従来の措問手続の機能を果すべき以上は、そのやうな事実を全部含まざるをえぬのである。一五七〇年の帝国最終決定と同じく一箇の画然たる訴訟段階として限定される立証手続をまだ知らぬ最新の帝国最終決定が主張審理と同時に為される証明審理を優遇する傾向があるのは、上述の変化と首尾一貫してゐた。訴状が最新の帝国最終決定に従って果すべき機能は今日に至るまで存続してをり、上述の史的展開を顧みるならば本論文表題の設問は肯定されざるをえない。」

(50) Wieacker, Privatrechtsgesch. 183 ; 185. artikulierter (Prozess) の語は広義に使用されてゐるので「分節」の訳語（鈴木禄弥訳「近世私法史」（一九六一）一九四頁）に従ふ。措問に極まる分析的思考への第一歩、抗弁（引用文中の Teilkomplex）の訴訟技術化はロオマ人の発見であり、以後の西洋諸法はこれを習得しえたが、時代的にその余徳に与れなかったギリシャ人の嘗めた辛酸については法学部研究年報 4（一九八七）二一一頁で触れた。