



証人と証言（二）

著者	岡 徹
雑誌名	関西大学法学論集
巻	58
号	2
ページ	131-143
発行年	2008-07-15
その他のタイトル	Testis and testimonium(2)
URL	http://hdl.handle.net/10112/5310

証人と証言(二)

岡 徹

ハ・D. 22, 5, 3 (前出⁽¹⁾) に引く Susanne Lepsius の見解。

Susanne Lepsius, *Der Richter und die Zeugen* は、⁽²⁾ のように説く。

「訴訟法の個別的問題の、数世紀を超えて追究する大規模な理論史的研究から、また、証拠法の細部にわたる特別研究から、民族移動時代以来のヨーロッパの西部の証拠法の屈折なく継続する上昇的發展の明確な像が際立つ。

この研究によれば、すでに古典的ローマ法において、学説彙纂 22. 5. 3 の Callistratus の断章のなかに最も明瞭に表現されているのが見られるように、裁判官による自由な証拠評価の原理が妥当した。皇帝ハドリアヌスは、ここで一人の属州長官に、彼が実行した一つの証拠調べをどのように判断すべきでしようかという彼の質問に解答した。」と述べ、続いて、D. 22, 5, 3, 1 および 2 を——過去に作られたドイツ語訳があるにもかかわらず——ドイツ語に訳している(七頁以下)。

そして、「自由な証拠評価は、したがって、ローマ法の確かな「成果 *Errungenschaft*」であると文献において言われている。……」と述べている。

二. 右のハに関連する Max Kaser の見解。

Susanne Lepsius の「成果 Errungenschaft」という表現は、Max Kaser, Das römische Zivilprozessrecht (一九六六年)⁽⁴⁾からの引用である(カーザー・二七八頁)。それは、同書の第二部 第五章 判決裁判所の面前での手続 (Das Verfahren vor dem Urteilsgesicht) の証拠手続 (Beweisverfahren) の節でもある。

そのほか、„Als aber allmählich die Urteilsfindung nach sachlichen Kriterien die Alleinherrschaft erreicht, gehört das Prinzip der 'freien Beweiswürdigung' zu den gesicherten Errungenschaften der römischen Rechtskultur"と書かれている。すなわち、「自由な証拠評価」の原理は、ローマの法文化の確かな「成果」に属する」と分析されているのである。

ホ. 標題について。

D. 22, 5 の標題は、De testibus⁽⁵⁾である。C. 4, 20 (後述も見よ) の標題は、同く、De testibus⁽⁶⁾である。前述⁽⁷⁾のアルカディウス・カリシウスのモノグラフの標題も De testibus⁽⁸⁾である。

では、Bartolus の証人について論文のタイトルは何だろうか。Susanne Lepsius, Der Richter und die Zeugen⁽⁹⁾の点について、Zur literarischen Gattung der Traktate の節 (一〇七頁以下)において論じている(バルトルスのテキストは、一三三頁以下に提示されている)。これについては、本稿では後に考察するが、あらかじめ問題の存在を指摘しておく。

サヴィニーは、『中世におけるローマ法の歴史』においてバルトルスの個別論文に言及した(第五章)⁽⁹⁾とき⁽¹⁰⁾、

と書いた。

(1) 五二卷三十一頁以下。

(2) 前掲。五二卷三十一頁。

(3) カッリストラトゥスは、ハドリアヌス皇帝の時代の人物ではない。 “The safe course is to assume that, while the use of *divus* is usually a sign that the emperor is dead (not infallible since a text can be altered retrospectively), its absence is no sure sign that the emperor is alive.” (Honoré, Ulpian, p. 161) “There are admittedly signs that Hadrian had to deal with serious abuses against agricultural workers, but his rescripts on the subject come from Callistratus; they cannot be linked to any particular lawyer in our period and must be taken to express the combined wisdom of the *consilium* as a whole.” (Bauman, Lawyers, p. 306)

カッリストラトゥスは、皇帝の死を告げるサインである。 Franz Wieacker / Josef Georg Wolf, Römische Rechtsgeschichte, 2. Abschnitt 47. カッリストラトゥスとその次の皇帝の証明である。 „Callistratus, ohne nachweisbare Ämter und vermutlich griechischer Herkunft und Muttersprache, wirkte unter den ersten Severen möglicherweise in einer Provinz. Sein umfangreiche Opus teilt sich in das alte, traditionelle *ius* und das neue Kaiserrecht. . . .” (S. 144. 上巻の 144 頁) Wieacker, Römische Rechtsgeschichte, 1. Abschnitt 47. S. 161 u. 167 (§ 8. Die Interpolationenkritik insbesondere) と言及がある。

Kunkel, Herkunft, S. 235. Wieacker, Textstufen, S. 152 ff.

Lenel, Palingenesia I, S. 82 ff. CALLISTRATUS (SUB IMP. SEVERO ET CARACALLA).

Jill Harries, Law and Crime in the Roman World, Cambridge, 2007 47. p. 9, p. 32, p. 37, p. 114 以下 Callistratus 2 言及している。

“Legal commentators acknowledged that certain types of hooligan could even be popular; if ‘Boys’, wrote the Severan Callistratus, have done nothing worse than stir things a little, ‘pandering to the applause of the mob’, they should simply

be given a mild beating and/or banned from attending public entertainments in future (D. 48. 19. 28. 3)" (p. 9) James Leigh Strachan-Davidson, Problems of the roman criminal law, 1912, vol-2, p. 161 を参照せよ。

"Callistratus' analysis reflects some independence of thought, perhaps the result of his non-governmental perspective, and a recognition of the consequences for the legal tradition of the now virtually universal operation of the *cognitio*, which responded not to outdated categories but to perceived contemporary needs." (p. 32)

- (4) Max Kaser, Das römische Zivilprozessrecht, München, 1966. (=RZ), S. 278.
- (5) Theodorus Mommsen/ Paulus Krueger (Wolfgangus Kunkel). 旧独訳 = Von den Zeugen (M. Robert Schneider/ C. E. Otto). 新独訳 = Über die Zeugen (Okko Behrends). Watson 編英訳 = Witness たむじ じゆん。
- (6) Paulus Krueger. (Wolfgangus Kunkel) 旧独訳 = Von Zeugen (Georg Carl Treitschke). 同シトナヘン語の三独訳が異なる理由については私は説明ができてゐない。Scott 英訳 = Concerning Witness.
- (7) 第五七卷三十三頁。
- (8) Lenel, Palingenesia, I, S. 60.
- (9) 初版第六卷 (一八三一年) 一五九頁。第二版第六卷 (一八五〇年) 一七九頁。
- (10) 本誌五七卷三十三頁以下・注(1)を参照されたい。
- (11) 注がある。第一二版の注のなすが詳しう。「Steht auch in Hänel's Miscellenband fol. 278-297, und im Cod, Estensis VI. F. 22. fol. 76-84 (Merkel). Abgedruckt in der Sammlung verschiedener Schriftsteller de testibus. Colon. 1596, p. 30., und zwar mit allen Additionen des Baldus u. s. w.」(第一版一七九頁注オ)

5. C. 4, 20⁽¹⁾の条文について

イ. C. 4, 20⁽²⁾⁽³⁾の概観⁽⁴⁾

C. 4, 20, 1.⁽⁵⁾

a. この条文において、「書かれた証言に、書かれていない証言は対抗できない」という趣旨が言われている。

b. 私は、この問題に関連する D. 22, 5, 3, 3 および 4 について前述した⁽⁶⁾。これらはハドリアヌス皇帝に関する条文で、「出廷した証人の証言と書面に書かれた証言」を比較すると、前者が圧倒的に重要であるという内容である、と説明した。このことと、C. 4, 20, 1. の規定は、逆ではないのか。私は理解を間違ったか。

Max Kaser は、⁽⁷⁾ のように説明している。「証人 (testes) による証明は——コンスタンティヌスの⁽⁸⁾もとでは書証となお同じ位置にあるが——、その後すぐに、強く顧慮されなくなった。ユースティニアヌスは、証人による証明に対する彼の敵意を隠さず、そしてそれに対して、文書による証明力より少ない証明力しか与えないことが明瞭である。」

カーザーは、その理由について、Ehrlichkeit⁽⁹⁾ および Rechtschaffenheit⁽⁹⁾ の一般的な後退を指摘し、それは Denkbequemlichkeit⁽⁹⁾ および Bürokratisierung をともなうとらっている。カーザーは帝国の人びとの世界観の変容と訴訟法の構造の変化によるものであるととらえている、と私は理解する。

私は、先にジーモンがこの C. 4, 20 の内容を三点にして示したのを引用した⁽¹⁰⁾。その第一点が Glaubwürdigkeit der Zeugenaussage 「証人の供述の信頼性」であったが、この条文がそれに該当することは明らかである。c. この問題は、さらに詳しく論じられるべきものである⁽¹¹⁾。

C. 4, 20, 2. (二二三年四月)

a. あなたに対して、自由身分の生まれであるかどうか争いになるならば、証書 (instrumentum : 複数形で) および論拠 (argumentum : 複数形で)⁽¹²⁾ が防御の役に立つ (defende causam)。なぜなら、証人だけでは自由

の生れであることの証明 (probatio) として十分でない (non sufficit) からである。

b. 一二二三年はウルピアヌスの事件の年である。⁽¹³⁾ このころに既に、証人の役割の否定がいわれていたかどうか問題である。前述のように、ハドリアヌス皇帝 (一一七年—一三八年) のときには、証人が重要だったのである。

右記のカーザーの説明によれば、コンスタンティヌス皇帝 (二七二・二七三年—三三七年) のときは証人が書証と同格である。とすると、一二二三年の場合をどう説明すべきか。

ジーモンも、この条文から文書の重要性を読みとりうるようになってくる (... kann man die Höherwertigkeit der Urkunde durchaus herauslesen)⁽¹⁴⁾。

そうだとすると、interpolatio とどうことになる可能性が大きいであろう。⁽¹⁵⁾

Leopold Wenger ¹⁶ „Reichliche Interpolationen sollen das neue Recht über das alte legen : aber das alte ist nicht hinreichend vertuscht, um die Augen des modernen Kritikers zu täuschen. Die Tendenz zu dieser Herabdrückung des Zeugnisses gegenüber der Urkunde dürfen wir wohl dem Wandel des römischen Prinzips zur orientalischen Monarchie zuschreiben.“⁽¹⁶⁾ と書じた。

c. 他の資料との関係がさらに検討されるべきである。

C. 4, 20, 3. (二五五年四月)

a. 市民法 (ius civile)⁽¹⁷⁾ によつても (etiam) 家族の証言 (domesticii testimonii) の信頼性 (fides)⁽¹⁸⁾ によつても (etiam) 証明される、という条文。

d. Heumann/Seckel の domesticus の定義の説明がある。「domest. *testimonium*, das Zeugnis eines Hausgenossen (is qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris): „reprobatum est in es re (sc. in testando) domesticum *testimonium*” (Gai. II, 105; cf. I. 3 C. 4, 20)」

c. 証人不適格の問題について。

ジーモンは、相対的証人不適格 (Relative Zeugnisunfähigkeit)⁽²⁰⁾ の項目を設けており (Absolute Zeugnisunfähigkeit と対比される)、そこにおいて論じられている。

ジーモンは、古典法においては、*testimonium domesticum* という表現は「遺言の証人」の場合にのみ現れると指摘しており、その例として、下記の資料が引用されている (右記参照)。

Gaius, *Institutiones*, 2-105.⁽²¹⁾ In testibus autem non debet is esse qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, ... itaque reprobatum est in ea re domesticum *testimonium*. 「証人中には、家産の買主または遺言人自身の権力に服する者を含ませることを許さない。……したがって、これについて同一家族内の者が証人となることは禁止されたのである。」(船田訳)⁽²²⁾ 「証人中には家産購買者又は遺言者の権力内に在る者を包含すべからず……随て……同一家族内の者は其事に関して証人たることを禁じたればなり。」(末松訳)⁽²³⁾⁽²⁴⁾

(*Institutiones Iustiniani*, 2. 10. 9. In testibus autem non debet esse qui in potestate testatoris est...⁽²⁵⁾ は、それにに対応する)。Simon, S. 245, Anm. 223 は両者を並べている。Simon は、また、VIR [=Vocabularium Iurisprudentiae Romanae, 1894 ff.] の domesticus の参照を指示している。

そうだとすると、古典期以後は「遺言の証人」以外の場合にも「家族の証言 (domesticii testimonii) の信

「頼性」は問題視されることになったか。それを実証する資料は存在するか。

また、別の論点として、「*Ius civile* [右では市民法と訳した] によっても」という表現が用いられているが、これを民事法であると理解するならば、刑事法 (*Ius criminalis*) ではどうなるだろうか、というものがある。

このような問題があるので、この条文は、一見したところ見えているよりも理解困難な問題をかかえているということが出来る⁽²⁶⁾。

C. 4, 20, 4. (二八四年十一月)

a. 証人以外に、適切に支えとなるもの (*Igitimum adminiculum*)⁽²⁷⁾ がない事実は確実とはいえないという内容である。

b. 証人の役割の低下は前述のとおりであるが、さらにそれに関連する条文である。

Simon は、*„Alia adminicula — seien es die aussagenden Zeugen selbst, andere Zeugen oder Urkunden — wurden schon vor 284 für einen vollen Beweis für erforderlich gehalten.“*と述べ、C. 4, 19, 5を指示している⁽²⁸⁾。これは、二四五年である。すなわち二八四年以前である。

c. C. 4, 19, 5は、一定の種類⁽²⁹⁾の文書や証人について、その他の支えがなければ単独では証拠となりえないという内容である。すなわち、Simonの指摘するところによれば、二四五年には、一つの証拠だけでは不十分で他の証拠が必要である場合がある(条文の文章からは、どのような場合であるかを具体的に明確に示すことは困難であると私は思う)ということが言われているのである。

C. 4, 20, 5. (二八六年四月)

a. 真実 (veritas) を支える (iuvare)⁽³⁰⁾ ために、すべての恩顧や権力よりも、裁判所での信頼性を優先することのできる人物が証人となるべきであるという趣旨の規定である。⁽³¹⁾

C. 4, 20, 6. (二九四年二月)

a. 両親と子供は、相互に証人となることが容認されるべきではないことについての条文。

b. 前述の Aszendenten と Deszendenten⁽³²⁾ および前出 C. 4, 20, 3. c. を参照せよ。

c. さらに論じられるべき多くの論点があるが、後述する。⁽³³⁾

C. 4, 20, 7. (二九三年四月)

a. 相手方に証明せよと求めても無理で、自分で証明せよという話題である。⁽³⁴⁾ Kaser と Simon もこの条文を論じていない。⁽³⁵⁾

- (1) De testibus. 前出・本誌第五七卷三号五頁以下参照。このタイトルと Barolus の論文のテキストとの関係について Susanne Lepsius, Der Richter und die Zeugen, aO., S. 108 を参照せよ。バルトルスの論文の冒頭に「S. 233 を見よ」。
- (2) テキストは Corpus Iuris Civilis, Volumen Secundum, Codex Iustinianus, Recognovit et Retractavit, PAULUS KRUEGER, Apud Weidmannos によらる。
- (3) 前後に関連分野の条文がある。C. 4, 19 は De probationibus. (後掲の独訳 = Von Beweisen.) によらる。C. 4, 21 は De fide instrumentorum, et amissione eorum, et de apochis et antapochis faciendis, et de his, quae sine scriptura fieri possunt. (独訳 = Von der Beweiskraft der Urkunden, von ihrem Verlorengehen, von Abfassung der Quittungen und Gegenquittungen und von dem, was ohne Niederschreibung geschehen kann.)
- (4) 外国語訳をよく参照した。とくに一八三三年の独訳 (übersetzt von Dr. Georg Carl Treitschke, Beisitzer der Juristenfakultät zu Leipzig, Verlag von Carl Focke. Dr. C. F. F. Sintenis の序文がよる) によらる Scott 英訳を参照した。

- (5) Scott 英訳の条文数および内容と対比された (Vol. 13, p. 36-)。
- (6) 本誌・第五七卷三三三頁以下。
- (7) Max Kaser, RZ, aaO. S. 493 f. Kaser/Hackl, S. 605.
- (8) c. AD 272/3-337. OCD p. 378 (R. P. D.)
- (9) 普通の独和辞典に出ている意味である。
- (10) 第五七卷三三三頁以下。
- (11) Simon, S, 263 ff. 後述参照。
- (12) Heumann/Seckel: argumentum = Beweisgrund, Beweismittel. この条文が引用されている。よって「証拠方法」などの訳語をめぐりうる問題。
- (13) 「ウルピアーヌスはア帝を輔佐して汝々之を匡正せり近衛兵の恨みを買ひしも實に之が為めなりと云ふ暴兵遂に帝宮に乱入しウルピアーヌスは帝と帝母との面前に於て其毒手に斃れたり實に紀元二百二十八年なり」末松謙澄『ウルピアーヌス羅馬法範』(帝國學士院・大雄閣書房・引用に際し漢字の一部を変えた。)一一頁以下。„The resulting clashes allowed the praetorian troops, with whom he lacked authority, to mutiny and murder him in 223.“ (OCD, p. 493. T. H.) Nach der herkömmlichen Meinung geschah das 228, nach neuerer Erkenntnis bereits Mitte 223 (Wieacker, Römische Rechtsgeschichte, 2. Abschnitt. S. 131).
- (14) Simon, S. 270, Anm. 328.
- (15) Riccobono, SZ 34 (1913), S. 242 ff., Kaser, RZ, S. 494, Anm. 61., Kaser/Hackl, S. 605, Anm. 61.
Index interpolationum quae in iustiniani codice inesse dicuntur 及び Krüger, Nicolau, Riccobono, Wenger 及びその註。
- (16) Leopold Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozessrecht, München, 1925, S. 283 f. ザンガの本書に対するジーモンの評価について Simon, S. 1 を参照せよ。
- (17) 独訳 = Das bürgerliche Recht. 英訳 = Civil Law.
- (18) 五七卷三三三頁一四頁を参照。及び後述論の。Susanne Lepsius, Von Zweifeln zur Überzeugung, Der Zeugenbeweis im

gelehrten Recht ausgehend von der Abhandlung des Bartolus von Sassoferrato, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 2003 (前掲), S. 171 ff. を参照せよ。その部分に、Für Bartolus ist stattdessen der Begriff der *fides* zentral. と始まる。バルトルスにとつて、*fides* は中心的概念だところである。S. 309, Anm. 311 も参照せよ。

(19) ドイツ語の *Zeugnisunfähigkeit* (←*Zeugnisfähigkeit*) と表現される。たとえば、Simon, S. 232 ff. を見よ。

(20) 本誌第五七卷三二八頁注(40)

(21) Zulueta のテキストによる。

(22) 有斐閣・一四三頁。

(23) 帝國学士院・大雄閣書房・一六二頁。

(24) 注がある。「ウ氏法範二十の三、四及び五に詳なり往時は實際相続人が家産購買者たりし為め此の禁制あり……」ウ氏法範二十の三「遺言者又は家産購買者の権力内に属する者は証人又は持衡器者として使用することを得ず、何となれば家産の銅衡式売買は遺言者と家産購買者との間の取引事務なるが故に彼等の家族内の者は証人として使用することを得ざるものとすればなり。」同四「家族者が家産購買者なるときは其父は証人たることを得ず。」同五「同一の父の権力に服する二人の兄弟に付ては其一人は家産購買者となり他の一人は証人となることを得ず何となれば彼等の一人が銅衡式売買に依りて取得するものは其父の取得に帰するものとす子は父の為に証人となることを得ざればなり。」(末松訳『ウルピアーヌス羅馬法範』・五五頁。また、同書冒頭に、穂積陳重序・大正三年九月があり、「……ウルピアーヌスの『法範』及びガイウスの『ローマ法解説』は法律史上の二地点にして……」とある。) 末松謙澄はウルピアーヌスの「法範」について、つぎのように説明している。「ウルピアーヌスの法範と称するもの元来二種あり一は七巻を以て成れるもの一は一卷を以て成れるものなり是亦完全には非ず、此現存の古写本は元仏国フルーリー、スル、ロアールの一僧院の藏なり一千五百六十二年の宗教乱に其僧院破壊せられ此本転じて羅馬法皇宮の文庫に入れり説者曰く此本は紀元三百二十年を過ぐること遠からざる際に何人かウルピアーヌスの原本を抄録せしものを第十世紀に謄写せしものなりと甚しきはウ氏諸著書より抜粋したるものなりとす之に反する者は曰く抄録には非ずウ氏の自筆なり唯事故の爲め処々散逸あるに過ぎずと……」(一二頁以下)

(25) 「然れども遺言者の親権に服する者は其遺言の証人たることを得ず……」(末松訳『法学提要』一六六頁)

(26) Simon, S. 243 ff.

- (27) Heumann/Seckel に Admniculum の訳語として 'Unterstützung, Beistand, Unterstützungsmittel, Hilfsmittel' があげられてゐる。この条文は引用されてゐない。
- (28) S. 230.
- (29) C. 4, 19, 5. Instrumenta domestica seu privata testatio seu adnotatio, si non aliis quoque admniculis adiuventur, ad probationem sola non sufficient.
- Instrumentum とする語には複数の意味がある (Heumann/Seckel を参照した) が、狭義では schriftliches Beweismittel の意味があるように、この語ではこれに該当すると考えた (船田『ローマ法・第五卷』一七〇頁以下には「証拠 (testimonium, instrumenta) としては、当事者の主張の真实性または非真实性に関する審判人の確信を形成させるのに役立つあらゆる方法が用いられる。(一) 証人の証言…… (二) 当事者の証言 (三) 証拠書類 (instrumenta, tabulae) (四) その他、或る場合には検証 (inspectio) が行なわれ、また専門家の鑑定が求められる。……」とある。また、一八〇頁も参照された)。
- domestica instrumenta とする語 Heumann/Seckel (domesticus) が、この C. 4, 19, 5 を引用して im Hause aufgenommene Urkunden, Privaturkunden と訳してゐる。独訳の Im Hause aufgenommene Urkunden である。英訳の private papers である。
- testatio とする語 Heumann/Seckel が、(一) Zeugenaussage (この C. 4, 20, 4 などはこの語) (二) Erklärung vor Zeugen…; überhaupt Erklärung…; Beschaffung von Zeugen (三) vor Zeugen errichtete, von Zeugen unterschriebene Urkunde, Zeugenurkunde などとしてゐる。
- Adnotatio とする語 Heumann/Seckel が第五番目の意味として Aufzeichnung, Schrift をあげ、この C. 4, 19, 5 などを引用してゐる。
- admniculis adiuventur とする語 前出注(29)を見よ。
- (30) =adiuvare, helfen, unterstützen (Heumann/Seckel, Iuvare. 本条文は引用されてゐない)。
- (31) Susanne Lepsius, Von Zweifeln zur Überzeugung (前出), S. 471 に指示された個所を参照せよ。
- (32) 五七卷三二号一八頁注(40)

(33) Simon, S. 243 ff. およびそこに指示された文献を見よ。

(34) 原文も独訳も難しいように思う。英訳はやや難しくないように感じる。独訳を引用しておく。Zu hart ist, was ihr verlangt, dass der Gegentheil angehalten werde, Dasjenige, was ihm zu schaffen machen möchte, herauszugeben. Ihr sehet also, dass ihr für euer Klagenbringen eigne Beweise beizubringen und nicht dergleichen von den Gegnern wider sie selbst herzunehmen habt.

(35) Index interpolationum 及び Lenel, AcP 78 (1891) なる。

もし現代風の証明責任の問題であるとするならば取りあげられるであろうから、そういう性質の問題ではないのであろう。さらに検討が必要であると思う。