

と云ふ規定を附加へることを提案するものである。此の後段に於けるが如く不服を申立てることを許さないものとするのは、(d)の項下で論ずる考察に由り是認せしめられる次第であり、尙そこには第九十一條第二項第二段に對する相當の追加條項の提案をも存するのである。

(註八六) 拙著教科書第一三九節I。四六七頁、四六八頁並にそれに加へて近頃では RAG. Bd. II S. 210. を参照。

尙オーストリア法第四百四十六條も、はたまた一九一八年七月七日のスイスのベルン州民事訴訟法第二百八十八條も、辯論期日の懈怠に對しても原状回復を許して居ることを一言して置きたし。

(2) 原状回復の條件は既に俚諺のやうになつて了つて居る型通りの「天災其の他避くべからざる事變に因つて妨げられたる」と云ふ字句に代へて、「事情上當事者にとつて期待せらるべき一切の注意を拂ひたるにも拘らず……妨げられたるとき」と云ふ字句を以て表明されることになつた。併し實質上の變動は存在する次第ではないのであつて、現行法の第二百三十三條は從來既に、少くとも大戰の第一年以後は爾く解せられて來たものである。かやうな次第であるから新法文はわたしには必要ではないやうに思はれる。草案第三百四十五條中にまだ舊來の法文が出て來ることは、既に本書第二章第二節に於て述べた通りである。

第八百十條第一項に於て、支拂命令に對する異議申立の期間の懈怠に對する原状回復が「懈怠につき責任あらざりしこと」に繋らしめられてある以上は、かく第八十七條に異なる字句を設けることにしたのは此の場合に於ける原状回復を容易ならしめる爲に殊更にやつたことなのであるか、それとも見落しに基くものなのであるかを問はざるを得ない。

(3) 原状回復を求める申立の爲の期間は二週間（現行法第二百三十四條第一項）から一ヶ月に伸長されることとなつて居る（草案第八十八條）。かやうに伸長したことについて理由書三〇七頁（譯書一五三頁）は何等辯明の言葉をつらねて居ないのであるが、訴訟促進の爲に合議裁判所の闕席判決に對する故障申立の期間を二週間から一週間に短縮し（第六章第一節「一〇」末尾參照）、また上訴期間の短縮が考慮され、提案されて居る（本書第六章第六節「一五」第五款參照）やうな當今の時世に於ては伸長は須らく見合せて然るべきだと思ふ（註八七）。況んや原状回復を求める申立は極めて尠少の準備を必要とするに過ぎず、兎に角控訴や上告を提起するの決意から見ると遙に僅の準備を以て足りるのであるに於ておや。

(註八七) 同說 Reinberger, JR. 1932, 75.

(4) 草案第九十一條第二項は、現行法第二百三十八條第二項に於けると同様原状回復を求める申立に關して言渡された裁判の不服申立をば、追完された訴訟行為に關する裁判の爲に設

けられてある規定に屬せしめて居る。此のことは原狀回復を求める申立が却下された場合にあっては適當な結果に到達することが出来るけれども、之に反し其の申立の容れられた場合にあっては理解し兼ねるやうな矛盾に到達するに至るものである。即ち控訴院の決定を以て現行法第五百十九條b第二項(草案第四百八十五條第二項第一段)に依り申立の容れられた場合にあっては (R.G. 125, 69) 及び *Seuf. Arch.* 76 Nr. 56 = *JW.* 1925, 1370 は現行法第五百十九條b第二項及び第五百五十四條a第二項の場合に於て、決定に由つて原狀回復を許すのを適法たるものと宣言して居る)、之に對しては上訴は許されない。何となれば此の場合に於ては抗告丈しか問題とはならないのであるが、抗告は控訴院の決定に對しては現行法第五百十九條b第三項(草案第五百三十三條第三項)に依り控訴が棄却された場合でなければ許されず、控訴が適法たるものと宣言された場合に於ては抗告は許されるものではないからである。けれども控訴院が判決を以て原狀回復を許した場合に於ては、此の原狀回復は上告を以てする不服申立に服するものである。かくの如き區別を設ける理由としては絶對に何の根據をも擧げることとは出来ない。否、反對に若し何等かの區別を設けやうとするなら、決定に對してこそ上訴を許すの必要があるべく、決定よりも優つた裁判形態たる判決に對して上訴を許す必要はないのではあるまいかと思はれる(註八八)。けれども適當な處置はと云へば、總じて原狀回復を許す

裁判に對しては不服を申立てることを得ないものと宣言することである。是はオーストリア法第五百五十三條のやつて居ることであり、また草案第八百十條第三項第二段が督促手續に於ける異議申立期間の懈怠に對しての原狀回復を求める申立に關して裁判する決定(勿論申立の却下された場合に於ても尙)について行つて居ることである。其の程度に於ては第九十一條第二項第一段は變史修正する必要があるものである。

(註八八) 拙著教科書第七節II 318(三三六頁、二三七頁)。

同時に曩に(4)の下で述べた所に従ひ、期日の懈怠に對する原狀回復の認許一般に關しては、なく、寧ろ第三百五十四條のみについての追加が是認されるのであるならば、第九十一條第二項第二段にも同じ追加が爲される必要があらう。そこでわたしは第九十一條第二項第二段に

「事情上當事者にとつて期待せらるべき一切の注意を拂ひたるにも拘らず當事者が原狀回復の申立に關する辯論の期日に出席することを妨げられたりしときは此の限にあらざらず」

と云ふ法文を追加すると共に、第九十一條の第二項と第三項との間に次のやうな一項を挿入することを提案するものである。曰く、

「原状回復の申立を容るゝ裁判、竝に當事者の差支を理由とする故障の申立を適法なりと宣言する裁判に對しては不服を申立つることを得ず」

と。従つてまた第九十一條第二項に於ては、「裁判に對する不服の申立」と云ふ字句の次に

「にして原状回復の申立を棄却するもの」

と云ふ字句を挿入する必要があるものと考へる。

〔九〕

第三節 送 達

第一款 草案の改正した事項

送達に關する規定についての複雑至難な規律は現行法中で非難不平の種子となつた所であつて、其の非難不平も誠に無理からぬ次第であるが、草案では送達に關する規定は根本的に改造されて居るのであつて、其の間改善された點も少くはない。

一 職權進行主義を一般的に施行することになつた結果として送達は大抵の場合職權を以て行はれる次第なのであるから（第三百三十四條）、「職權を以てする送達」が先頭第一に置かれてあり（第三百三十四條乃至第六十七條）、之に續いて「當事者進行主義に依る送達」についての少數の規定が並べられてあり（第六十八條乃至第七十一條）、此の後なる規定には一般

的に職權送達に關する規定が準用される（第六十八條第一項）。當事者進行主義に於て送達されるのは民法第三百三十二條に依る意思表示、國取消法第四條に依る取消の意圖の通知を別にしては仲裁判斷（草案第七百五十三條第二項及び第四項）、差押の豫告の意思表示（Vorpfändungserklärung）（第九百二十四條）、控訴及び上告の判決にして言渡と同時に確定するに至るもの（此の判決は職權を以ては送達されないからである）（第五百五條第二項第一段、第五百三十一條）、和解及び執行力ある證書（第七百九十二條第二號、第六號、第七號）及び恐らくは尙其の他の、職權を以ては送達すべからざる債務名義にして執行することを得んが爲には送達を必要とするもの（第八百十四條第一項）などである。當事者双方が辯護士に由つて代理されて居る訴訟に於て書面を送達すべきときは、二つの種類の送達の何れをも利用することが出来る。即ち書面は職權を以ても送達することが出来れば、また辯護士から辯護士へ送達することも出来る。但し同時に相手方に裁判所の處置を通知することを必要とする場合は別である。例へば期日の指定の如し（第七十條第二項）。

控訴判決及び上告判決にして言渡と同時に確定するに至るものを當事者進行主義に於て送達するの必要、竝に前掲の債務名義に基いて強制執行を行ふことを得んが爲に（第八百十四條第一項）それを當事者進行主義に於て送達するの必要は、わたしの見る所では考慮されては居な

いやうである。成る程第七百七十條第二項は、執行裁判所が差押の爲執達吏に差押の申請を交付した場合にあつては、「送達の指示を存しない以上は」、其の中には債務名義の送達の委任をも併せ包含する旨を規定しては居るけれども、併し執行裁判所は職権を以て實施すべき送達のみを爲さしめることが出来るに止まり（第三百三十五條）、従つて第七百七十條第二項第二段は、職権を以ては送達されない債務名義に關しては、制限を受けない譯にはいかないのである。

二 草案は全然新しい用語を使用して、裁判所書記（第三百三十五條第一段）又は當事者の一方から出る送達の發議（Veranlassung）と、其の施行（Ausführung）（第四百四十九條）とを區別して居る。送達の施行は郵便又は廷丁（Gerichtswachtmeister）の擔任する所とし、執行裁判所に於ける手續竝に當事者進行主義に基く送達の場合にあつては執達吏の擔任する所である。執達吏は是が爲にまた郵便をも利用することが出来る（第三百三十五條第二段、第六百六十九條第一項。第六百六十九條第一項第二段が執行裁判所の發議に基いて執達吏の施行する送達にも適用のあるものであることは、言明はされて居ないけれども爾く認めない譯にはいかない）。送達の施行は送致（Zuleitung）である（第三百三十六條、第三百三十八條、第三百三十九條）。換言すれば送達せらるべき書面の正本又は認證した謄本（第三百三十六條）を送達の指向された（gerichtet）

者（第三百三十九條第一項、第四百四十七條、第四百四十九條。「送達」と云ふ舊來の語辭は尙第四百四十八條中に存在して居る）又は送達の宛てられた（bestimmt）者（第四百四十九條）に届けること（Zugänglichmachung）である。

三 送致は従來同様原則として送達せらるべき書面の正本又は謄本を手交すること（第五百十條乃至第六十一條、第六十九條、是は現行法の「引渡に由る送達」（Zustellung durch Übergabe）たるものである）に由り、公示送達（öffentliche Zustellung）（第六十二條乃至第六十六條、第七十一條）に由り、竝に官廳への囑託に由つて行ふ。此の最後の方法は特に外國に於て送達を行はうとする場合に執られる方法である（第六十六條、第六十七條、第七十一條）。

四 補充送達（Ersatzzustellung）は「轉達を要請して」（mit der Aufforderung zur Weitergabe）行はれる（第五百十三條、第五十四條）。補充送達を爲し得る場合は、人事を取扱ふ爲の特別の部の設置されて居る經營に於ては此の部に屬する吏員若は使用人に（第五百十三條第一項）、病院に於ける入院患者又は刑務所に於ける囚人の代りとしては病院長若は刑務所長又は其の規則に依る代理人に（第五百十四條第一項）、また送達が全然到達することの出来ないか、又は非常な困難を以てするのでなければ到達することの出来ない地に於ける經營の所屬

員に向つて爲されることを必要とする場合にあつては、經營本部の吏員又は使用人に（第五十四條第二項）も書面を手交することが出来るやうになつたことに因つて擴張されることゝなつた。是は事宜に適したことである。

五 更に別段の改正事項は次の第二款で論ずる。

第二款 變更修正の提案

一 非常に事宜に適しては居るもの、併し修正を加へる必要があるのは、現行法第八十七條から生じた草案第三百三十九條の規定に

「送達に關する強行規定に違反して送致せられたる書面が法律に従つて送達の指向せられたる訴訟關係人又は送達を指向することを得たりし訴訟關係人の手中に到達したること判明するときは、關係者が書面を受領したる時に送達が行はれたるものと看做すことを得。」

裁判所は適式なる送達を缺くときは事實關係を自由に評價して送達の目的が達成せられたりや否や、關係者に宛てたる書面が其の受領する所となりたるは何時なりやを審査す。

此の裁判に對しては不服を申立つることを得ず」とあることである。

之を現行法第八十七條の規定に比較して進歩して居る點は、第三百三十九條は何れの送達についても適用があるのであつて、獨り呼出狀の送達について適用があるのみに止まるものではないこと、送達に關するどの強行規定に對する違反もかやうにして無害たらしめることが出来るのであつて、獨り補充送達に關する規定に對する違反のみに止まるものではないこと、及び受領の證明は獨り當事者の陳述のみに基いて行ひ得るものではなくて、寧ろ如何なる方法に於ても爲すことが出来るものであること（理由書三〇三頁「譯書一四一頁」が欲して居るやうに、「直ちに擧げる用意のある證據方法」 *sofort beraites Beweismittel* 丈が問題となるのであると云ふことは、草案の規定には見えて居ない）などであるが、併し他の半面に於ては第三百三十九條には幾多の瑕疵が纏はりついて居るのであつて、是等の瑕疵は除去する必要があるのである。

(1) 送達に關する「強行的」規定の違反が既に第三百三十九條の適用を受けるのであると云ふのであると云ふ以上、「非強行的」規定の違反は益々以て此の規定の適用下に在るものとはなればなるまい。且又如何なる規定が「強行的」規定であり、如何なる規定が「非強行的」規定であると云ふのであるか。送達機關にとつては送達に關する規定はすべて強行的の規定ではないのであるか。そこで結論として「強行的」と謂ふ語辭を削除して了つて、どの送達

規範の違反をも第三百三十九條の條件の下に救正し得るものとすべきであると思ふ。

(2) 第一項の第二項に對する關係が極めて曖昧である。蓋し第一項は送達に關する強行的規定の違反について云々し、第二項は適式な送達を缺くとき云々と云つて居るからである。此の兩者は同じことなのであるか。わたしには第二項の條件は送達に關する非強行的の規定に對する違反をも包括して居るのであるやうに思へるのである。更に第一項に依ると、送達は關係者が書面を受取つた時に行はれたものと看做されることになつて居るのであるが、併し第二項に依ると、裁判所は送達の目的が達成されたかどうか、書面は何時關係者の手に移つたものであるかなどを審査することになつて居る。して見ると草案の起草者達は關係者が書面を受取つたことを以て常に草案の目的が達成されたことにしやうとは思はないのであるか。それとも此の二つの條件の間に區別を立てることにしやうと云ふのであるか。最後に第二項は裁判所が謂ふ所の條件の存否を審査することを要求して居るのであるが、併し裁判所がそれについて裁判することを必要とするものであるかどうか、若し裁判することを必要とするのであるとすれば如何なる形態に於てすることを必要とするのであるかについては何等規定する所はない。其の末段の「此の裁判に對しては不服を申立つることを得ず」と云ふのも、わたしの感じでは宙に浮んで居るやうなものである。のみならずわたしの考では、事情に由つては非常に重大な意義を

有することあるべき裁判につき不服申立を爲すことを得ないことにするのは是認し兼ねる次第である。

(3) 送達の目的が達成されたものであるかどうか、書面が關係者の手に移つたものであるかどうかの審査が積極的結果を來した場合に限り、裁判所は送達が爲されたものと看做すことが出來ると云ふのは、わたしの考では關係者にとつて便宜ではない。けれども關係者は、例へば送達に基いて行爲を爲すことを強制されてある場合、例へば送達に基いて上訴を爲すことを強制される場合などにあつては、此の審査の終る迄待つことが出來るであらうか。だから第三百三十九條の條件は何人にとつても確認することの出來る簡單な事實であることを必要とするし、更にまた送達が爲されたものと看做すべしと云ふ第三百三十九條の結果は法律上當然に發生することを必要とし、自由な裁量に従つて下さるべき裁判所の裁判を俟つて初めて前記の結果を生ぜしむべきではない。

さればわたしは第三百三十條の法文を改めて

「送達に關する規定に違反して送致せられたる書面が、法律に従つて送達の指向せられたりし訴訟關係人又は送達を指向することを得たりし訴訟關係人の手中に到達したるときは、送達は關係人が書面を受領したる時に行はれたるものと看做すべし」

とすることを提案するものである。

二 送達は當事者自身に指向されることを必要とするものではなくて、代理人にも指向することが出来る。此の點については草案は三ヶ條を下らない規定を設けて居る。第四百十條に依ると、送達は「一般の法令上關係人を代理するの權を有する者」に指向することが出来るのであるし、第四百十二條に依ると、總理代人 (Generalbevollmächtigte) 又は商事に於ては代務人 (Prokurist) に之を指向することが出来るのであるし、最後に第四百十三條に依ると、送達代理人 (Zustellungsbevollmächtigte) に之を指向することが出来るのである。わたしの見る所では第四百十二條及び第四百十三條は、第四百十條が其の「一般の法令上」と云ふ字句を以てして何か特別の事柄を言明しやうとしたのでない以上、即ち何か認識することの出来ない事柄を言明しやうとしたのでない以上、既に第四百十條中に包含されて了つて居るのだと思ふ。だが此の字句は第四百十條中に於ても設けないで差支ないのだと思ふ。加之現行法にあつても明示的な法律の規範を存することなきも、尙送達代理人が送達を受取るの權を有するものであることは何人もの承知して居る所である以上は、それ丈で既に第四百十三條は無用である。併し最後に第四百十條自體も無用である。何となれば今日では一切の訴訟行爲を爲し、また一切の訴訟行爲を受けるのに代理を許されるものであることは極めて自明的のことなのであつて、從つ

て是が規律を設けるに當つては只其の例外を規律するのみを以て足り、わざ／＼原則を規律することは必要でないからである。かやうな次第であるからわたしは第四百十條、第四百十二條及び第四百十三條は削除して然るべしと云ふ考に賛成である。

三 第四百十五條は現行法第七十六條に於けるが如く訴訟代理人に送達を宛てることの必要を規定して居るものであるが、其の字句に「繫屬せる訴訟に於ては」と云ふことを云はないで、「繫屬せる手續に於ては」と云ふ風に規定すべきであつたと思ふ。蓋し現行法第七十六條は獨り訴訟 (即ち判決手續) に於て適用されるのみに止まらず、寧ろ何れの裁判所の手續 (註八九) に於ても適用されるものであることは何人もの認める所であり、例へば極く最近にも大審院 (R.G. 135, 182) が禁治產手續について言明したこともあるし、また草案第四百十五條は現行法に何等の變更をも加へやうとするものでないことは明白であるからである。だが此の現行法に何等の變更をも加へやうとするものでないことは、第四百十五條の法文に由つて非難を容れないやうな風に表現すべきであつたと思ふ (註九〇)。

(註八九) 拙著教科書第五〇節Ⅱ一五六頁、一五七頁参照。

(註九〇) それと同じ考慮からして草案の第九十二條に於ては「訴訟の費用」と云ふことを云はないで「手續の費用」と云ふ風に云ふべきであつたと思ふ。蓋し敗訴した當事者が費用を負担することを餘儀なくされると云ふ原則は、一般に適用のある原則たるものであるからである。次に第一千一條第一項第二段の特別規範は

假差押については無用たるものであらう。蓋し此の特別規範は究極に於て無用たるものであり、殆ど笑止に値するやうな争に由つて僅に現行法中に設けられることとなつた規定であるからである。

四 第五百十三條の末尾では相手方として手續に關與して居る者に對する補充送達 (Ergänzungsaussellung) を除外して居るのであるが、當人が共同訴訟人として關與して居る場合にあつても同じ原則を認めなければなるまい。蓋し補充送達が共同訴訟人に向つて行はれた所が、共同訴訟人は名宛人が訴訟を承知するのを欲しない所から送達された書面を握り潰して了ふと云ふやうなことが稀でないことは、わたし自身ですらも合名會社の社員でさう云ふことであつたのを承知して居る位であるからである。さう云ふ次第であるから第五百十三條の末文は、「當人が共同訴訟人として又は相手方として手續に關與せざる限り」とすべきであると思ふ。

五 第五百十七條は送達證書を作成して之に署名すべき旨を、第五百十八條は送達證書は特定の内容を有することを必要とする旨を、それ〴〵規定して居る。現行法第九十條、第九十一條の同じ字句からして、從來送達證書の作成は送達行爲の重要にして缺くべからざる成分たるものであつて、是なくしては送達は完結せず、又は效力を發生するには至らないものであること、竝に送達證書の瑕疵は是亦原則として送達の無効を招來するものであることが推論されたものであつた。けれども草案にあつては第三百二十九條は(本款(1)を見よ)かくの如き論結

を妨げる。蓋し第三百二十九條に依ると、書面が訴訟關係人の手に移つたかどうか、若し移つたとすれば何れの時期に於てであるかと云ふことの證明は如何なる方法を以ても爲すことを得べく、獨り送達證書に由つてしか立證出來ないことたるものではないからである。其の結果として第五百十七條及び第五百十八條は單なる當爲規定 (Sollvorschrift) に變ぜしむべきものである。

六 辯護士又は官廳への送達を證明する爲には、場所と時日の表示付の署名を具した受領確認書 (Empfangsbestätigung) を以て十分とするものである旨の規定も亦、第三百二十九條の方針に副ふものである。是亦非常に事宜に適した規定であつて、由つて以て依然としてかなり煩瑣たることを失はない送達證書を無用ならしめるのに足りるのである。だが辯護士又は官廳の受領確認書丈しかかくの如き效力を發生せしめるのに足りないこととして居るのは一體何が故であるか。何故どの訴訟關係人の受領確認書もかくの如き效力を發生せしめるのに十分ならしめることゝしないのであるか。書面の受領と其の時期の證明は、名宛人の署名と日附を具した受領確認書に由るよりも優れた證據力を有し得ると云ふのであるか。若し「辯護士又は官廳に對する」と云ふ字句と、「辯護士又は官廳の」と云ふ字句を削り去ることゝもするなら、第五百十九條は送達の制度を簡略ならしめるのに著しく寄與する所があるであらう。之れに由つて大抵

の場合には、オーストリア法第百十四條から取つて來た、それ自體としては極めて實際的な第百六十一條の規定を無用ならしめることが出来るであらう。此の規定は名宛人の受領確認書を必要とすることなく、寧ろ記録竝に手交せらるべき書面上に當該の官吏（判事、司法補助官 (Rechtspfleger)）又は裁判所書記）が、署名を具して記入を行ふことを必要として居ることによつて第百五十九條と區別されるものであつて、従つてまた第百五十九條と相並び存することを必要とするものである。

第六章 訴の手續又は判決手續各論

[107] 第一節 種々の手續及其の経過

第一款 概 観

今こゝで論ぜられるのを然るべしとしない特種の手續を度外視すると、問題となるのは通常
の訴の手續 (Klageverfahren) 又は判決手續 (Urteilsverfahren) (次款参照)と、其の中での記
録に據る裁判の場合に於ける手續 (Verfahren bei Entscheidung nach Lage der Akten) 第三
款参照)、草案第二百二十八條第二項の口頭辯論を伴はない手續 (第四款参照)、簡易判決手
續 (Schiedsurteilsverfahren) (第五款参照) 及び闕席手續 (Versäumnisverfahren) (第六款參
照) などである。

第二款 通常の訴の手續又は判決手續

一 訴の提起

判決手續が訴の提起を以て始まるのは從來に於けると同様であるが、訴の提起は原則として

書面を以て行はれ、又は訴訟繫屬の發生後に請求を主張する方法としては口頭辯論に於ける演述に由つても行はれる(第二百六十四條)。書面を以てする訴の提起が三つの行爲に於て行はれるのは現行法に於けると同じ。即ち訴狀の提出又は區裁判所の手續に於ては口頭で裁判所書記の記録を以ての訴の關係(第二百六條第一項、第四百六十條、第四百六十一條第一項第一段)、期日の指定(第七十二條、第二百十七條第三項)、訴狀の送達の三者である。訴狀の送達は職權を以て行ひ、若し異議があるならば其の證據方法を具して遲滞なく書面を以て裁判所に通知すべき旨の被告に宛てた公の催告を之に添付する(第二百十三條第二項)。地方裁判所にあつては辯護士の必要を指示し、裁判長の裁量に依つては訴に對する答辯書提出の爲の期間を定めて置く(第四百六十二條第一項。この點については後出本章第三節「一二」第二款三(3)參照)。

二 訴狀の内容

訴狀の内容は、「起したる請求の客體及び原因の一定の表示」竝に「一定の申立」と云ふ字句の代りに、「一定の申立の形式に於てする、原告の要求する所のもの、開示」(第二百六條第二項第二號)と「申立の根據を示すに役立てんとする事實の開示」(第三號)とを要求して居る點に於て、特に現行法の第二百五十三條第二項と相違して居る。然も草案の第五十九條第

一項と第八百二條第一項第三號とに於ては、現行法第二百五十三條第二項の前掲の二つの字句を依然掲げて居るのである。

(1) 此の第二號の字句は現行法のそれよりも遙に優つて居る。何となれば起した請求の客體の開示と一定の申立とは結局同じことに歸著するものであつて、即ち「原告の要求する所のもの、開示」に外ならないからである。只恐らくは第二號の「申立」と云ふ語に代ふるに「訴の申立」(Klagantrag)と云ふ語を以てする方が適當であつたと思ふ。其の故は草案は多數の規定中で、訴の申立と云ふ語辭を使用して居るからであり(例へば第七十七條第二項、第二百六條第二段、第二百二十條第二項第二號、第二百六十三條を參照)、また此の語を以てして第二百六條第二項第二號と同じことが意味されるものであることは明白であるからである。

(2) けれどもわたしの見る所では、第三號の法文は改善の餘地がある。訴の根據を示すのに役立てやうとする事實の開示の要求されて居るのに對しては何等異議の唱ふべきものを存しないうが、只理由書三〇九頁(譯書一五六頁)はそれに由つて草案を「明瞭に事實記載主義の立場に置いた」ものと考へて居るのであるが、併しそれは間違ひである。法律關係表示主義(Dividualisierungstheorie)と雖近頃それに與へられて居るやうな形態に於ては訴狀に於ける事實の開示を以て足るものとして居るのである。蓋し法律關係表示主義は、訴の根據を示す爲の原

告の開示を特定の概念又は規範の下に包攝するのが原告の任務たるものでないことを明白に承知して居るのであつて、従つてまた前記の法文に由つて自分が敗けたとは白状しないであらうからである（註九一）。立法者は現在の理論に於ける學說上の争に對して態度を示すの任務を有するものではなくて、寧ろ己れの規範に合目的性と實際上の應用性とを與へるの任務を有するに過ぎず、若し夫れ學說を樹立するの一事に至つては之を理論家に一任すればそれでいゝのである。わけても訴狀の内容に關する規定は事實記載主義か、それとも法律關係表示主義かの問題を裁定するのに適當な場所では全然ない。此の二つの説の背景を成す問題は、訴訟物の問題であつて、然も訴訟物の問題にとつては前記の二説は二つながら役に立つものではなく、且既に超克されて了つて居るのである（註九二）。訴訟の目的物を成す所のものが何なのであるかは、全然別個の方法で確めなければならぬ。勿論此の點については草案には明瞭と云ふことが缺けて居る。何となれば草案には此の問題の全貌が知れて居ないからである。此の點については第十三節で序に論及する心算である。

（註九一） 見解の争は既に行はれて居る。ギンテル及びゴールドシュミット（Günther und Goldschmidt, JW, 1931, S. 2442 n. 2448）は草案が事實記載主義を公認したことを見認し、ラインベルゲン（Reinberger, JR. 1932, 87）は法律關係表示主義に左袒して居る。

（註九二） 拙著教科書第八八節II二七九頁、二八一頁、及び第九一節II2bの末尾、二九七頁、二九八頁を参照。

第二百六條第二項にとつて問題となるのは、訴が適法である爲には訴狀は如何なる内容を具へることを必要とするものであるかの問題である。従つて第三號の任務は、原告が如何なる（訴訟上の）請求を繫屬せしめやうと欲するものであるかと云ふことを、裁判所と相手方とにとつて認識し得られる方法で明確に確定する爲に、原告が開示することを必要とする所のものの最小限を定めるに在る。是が爲には恐らく訴の根據となる一切の事實を開示することは必要ではない。蓋し草案も亦既に、此の事實は口頭辯論の終結するに至る迄の間は提出するを得べく、加補することを得べく、また更生することを得べきものであると云ふ、現行法に屬する正當な見解を奉じて居るものであるからである（第二百二十條第一項第一號、第二百六十條第一項參照）。草案の説明書も亦控訴理由書を論ずるに當つて其の機會に、「當該の訴訟に於て原告の意圖する所に係る主張が原告の訴狀中に完全に掲げられてあることを原告に要求す（次第ではない）」（理由書三四九頁〔譯書二四七乃至二四八頁〕）と云つて居る。とは云へ開示完備の命令（第二百二十八條第三項）は實際の所訴狀についても既に適用があるのであつて、原告は訴の根據となる事實を訴狀中に完全に開示すべき筈のものなのである。併し訴の適否がそれに由つて左右される次第ではない。

わたしは、訴訟上の請求は原告が訴を以てして達成しやうと欲する所のものを明白ならしめ

る訴の申立と、此の訴の申立を辯明する事実上の事實とに由つて決定されるものであると云ふ認識から出發して、第二百六條第二項第三號を、

「3. 訴の根柢を成す事実上の事實の開示」、又は「起されたる請求の演繹せらるゝ根本たる事実上の事實の開示」

と云ふ風にすることを提案するものである。

かくの如き法文を以てするときは、草案第五百五十八條（現行法第五百九十二條）の言つて居るやうに「請求を論證する爲に必要なすべての事實」の開示が訴の適否の條件となるものではなくて、寧ろ原告が其の請求を演繹する根本たる具體的の歴史的事件の開示、即ち事實上の事實の開示のみが訴の適否の條件となるものであることが明白となつて來るのである。わたしは「事実上の事實」(tatsächlicher Vorgang) と云ふ語辭は、「構成事實」(Tatbestand) と云ふやうな曖昧な語辭や、又は「事實關係」(Sachverhalt) と云ふやうな無色で中立的な語辭よりも數等優つて居ると考へる者である。キッシュの如きも反訴の適否についての自己の法律案につき、「……反訴は……同一の……事實上の事實に基いて……」(註九三)と云つて同じ語辭を使用して居るのである。尙序乍ら一九一三年四月十三日のスウキスのベルン州民事訴訟法も、訴狀には「事實に關する訴の原因は簡潔に、然れども精確に記載すべき」

ことを要求して居るのを一言して置きたい(第二百二十三條第一項第一段)。

(註九三) Kisch, *Judicium* 3 Sp. 254.

三 訴訟繫屬

「訴訟事件は訴狀の送達と共に裁判所に繫屬するに至る」(第二百十八條第一項)。送達に由つて何等かの期間を遵守しやうとするとき、又は時効期間若は其の他の期間を中斷しやうとするのであるときにあつては、「其の後直ちに送達の行はれたる以上は」、訴狀の提出又は口頭を以てする訴の申出の時に遡つて效力を生ずる(第二百十八條第二項)。「其の後直ちに」(demnächst) と云ふ語辭は極めて不確定であるから、其の代りに單に「後に」(später) とのみ云つて置く必要がある。蓋し訴狀は職權を以て送達されるのであり、且又當事者はそれに對して何等の作用をも及ぼすことは出來ないのであるから、送達がいつ行はれやうとも、苟も只それが結局に於て行はれさへすれば、遡及効は常に發生せざるを得ないのだからである(第八百六條第二項についても同じことが云ひ得られる)。遡及効の別段の場合については第五十九條第三項及び第七十一條第三段(此の場合にあつては「其の後直ちに」の語辭は其の儘に差置く必要があらう)を參照ありたい。

訴訟繫屬 (Rechtshängigkeit) の效力は第二百十九條乃至第二百二十六條に規律されて居るの

であるが、訴の變更並に訴訟物に於ける権利の承繼に關しては部分的には現行法と異つて居る。訴の變更としての任意的の當事者の變更並に權利承繼の取扱に對しては、既に第四章第一節第四款一及二に於て意見を述べて置いた。其の外訴の變更については第十三節の(四)を參照ありたい。

四 訴訟の口頭辯論

訴訟の辯論としては口頭辯論が原則たるものとして規定されて居る(第二百二十八條第一項)。此の點竝に其の例外については本章第二節中で論ぜられて居るのである。

(1) 書 面

口頭辯論は書面に由つて準備される。書面の提出は區裁判所に向つての場合にあつては當事者に一任されてあるのであるが、裁判所としても之を命ずることも出来る(第二百十四條)。また其の地方裁判所に向つての提出の場合にあつては書面が新しい主張を包含して居るのである以上は、適時に提出して相手方をして次の口頭辯論に於て之に對する陳述を爲すを得しめることを必要とするのであつて、之に反する場合には其の新しい提供を却下することが出来る(第四百六十二條第二項及び第二百十六條第一項)。此の規定に基いて、地方裁判所の手續に於ては當事者双方は書面を以てして口頭辯論を準備するの負擔を負ふものであると推論して差

支ない。只此のことは別に言明されてはない。

本章第三節は手續の促進と云ふことを論じ、わが國の現在の書面制度の内的的缺陷や、書面の累積と其の冗長さや、論述援用の不斷の反覆と之に因つて生ぜしめられる紛糾や、事實に關する主張と法律に關する論議の交錯亂雜やを指摘する心算であるが、之に對してはオーストリア法第七十六條の模範に倣つて、準備書面は事實に關する主張を簡潔得要領を得易い文體を以て適切に案配排置し、反覆を避けて開陳し、法律に關する論述とは區別すべき旨を規定し、更にオーストリア法第八十五條竝にスウエスのチュエーリヒ州民事訴訟法第一百五十五條に倚據して、此の規定を遵守しない書面——草案第二百六條、第二百七條を遵守しない訴狀も亦——は短期間を定めて更生の爲に還付し、更生の行はれないときは之を斟酌しないこと、竝に書面に由つて例へば訴狀や又は陳述書を提出すべき旨の、當事者に對する裁判所の催告(草案第二百二十八條第二項第二段、第二百三十六條第二項第一號、第二百三十九條、第四百二十六條第一項第二段を參照)の場合につき往々にして見るやうに、何等かの期間を遵守しやうとする場合にあつては不動産登記法第十八條に相當する手續の行はれることを規定するのが適當である。

(2) 經 過

口頭辯論の経過は大體に於て現行法と一致して居る（第二百二十九條、第二百三十條、第二百三十五條）。辯論が一回の審問で終局するやうにすること（草案第二百三十六條第一項、第七百四十條第二項第一段、現行法第二百七十二條第一項、第三百四十九條第二項第一段）は、現在では第二百三十條第一項が區裁判所判事の、又は地方裁判所にあつては裁判長の、訴訟指揮の義務の内容ともならしめて居る所である（第四百六十五條第一項第一段）。

(3) 區裁判所に於ける必要的和解の辯論

區裁判所の手續に於ては、第二百三十四條（現行法第四百九十五條第一項第一號、第三號、第四號、第六號）の擧げて居る場合に於けるの外は、争訟辯論（Streitverhandlung）に先だつて必要的和解の辯論（Güteverhandlung）が行はれる（第二百三十一條乃至第二百三十三條）。けれども此の必要的和解の辯論は現行法に於けるが如く、決して争訟辯論と區別された獨立の手續たるものではなく、寧ろ結局訴訟の口頭辯論の一部を成すものである。かくの如き處置を以てして草案は現行法の必要的和解手續が訴訟遅延の因を成して居ると云ふ屢次の愁訴をよく受け容れた次第なのであり、裁判所の負擔軽減令第十八條の必要的和解手續に復歸したものである。また此の方式は勞働裁判所法（第四十六條第二項第二段、第五十四條、第五十五條）の認めて居る所でもあるのである。けれども此の擧は決して必要的和解の考案の價値を傷

けるものではないのであつて、此の價値をもつともつと助長する爲には、一八九八年の現行法第五百十條に相當する規定を新民事訴訟法中に收容せんことが提案されてある。それは訴の提起後に至つて初めて必要的和解手續を開始せしめることなく、寧ろそれ以前に既に、且訴を避ける爲に之を開始することを得しめる爲である。

(4) 地方裁判所に於ける單獨判事

地方裁判所の手續に於ては部の面前に於ける辯論を準備せしめる爲に、先づ單獨判事の面前で辯論を行ふことになつて居るのであるが、此の單獨判事の面前に於ける辯論は、事情上準備が必要でないと思はれる場合に於ては、裁判長の指圖に由つてそれを見合はせることが出来るのである（第四百六十九條第一項）。けれども訴狀の到達が部の面前に於ける期日を指定して然るべきものなのであるか、それとも事件を單獨判事に附託して然るべきであるかの問題に裁判長を直面せしめるときにあつては、以上に述べたやうな事情は原則として裁判長には知れて居ないのを常とすること、思ふ。草案は現行法上の係争問題を解決して、明示的に單獨判事に配當されて居る任務に附け加へるのに、第二百四十三條乃至第二百五十三條の場合（第四百七十條第一項第一號）に於ける分離、併合及び中止の處置、訴訟上の受救權の申請にして手續の開始後單獨判事の面前に提出されたものについての裁判（第二號）及び強制執行の停止

(第七號)などを以てして居る。手續上の抗辯や二、三の特に擧げた訴訟條件に關する裁判は、現行法第三百四十九條第一項第二號に於けると同様、「それについて別に辯論及び裁判を爲す」と云ふことに繋らしめられてある(第三號)。是は現行法上に於て既に無用な、遵守することの出來ない條件たるものなのであるが(註九四)、とりわけ草案の規定にとつては、現行法第二百七十五條が草案第二百五十八條第一項及び第三項に由つて變更されて居るのに顧るときは、全然無意味となつて了つて居るのである。

(註九四) 拙著教科書一〇節Ⅲと三六七頁、三六八頁参照。

是等の明示的に擧げられてある單獨判事の任務は單獨判事にとつて大きな仕事の上の負擔を意味するものでもなければ、また部にとつて著しい仕事の負擔の輕減を意味するものでもないが、是等の任務を除外して考へると、單獨判事は訴訟の和解的解決(gütliche Beilegung)の試みが失敗に終つたときに、事實關係竝に係争關係の全般に亘つての遺漏のない究明に配慮し(第四百七十條第一項第一段、第二段)、事件をして成るべく部の面前に於ける一回丈の辯論に由つて完結することを得しめるやうに、事件を促進することになつて居る(第四百七十條第二項第一段)。此の目的の爲に單獨判事は證據を調べて差支ないのであるが、併し——是は新規のことであるが——それは單獨判事としては例外とし爲すべきことなのであつて、即ち「證

據調が部の面前に於ける辯論を簡捷ならしめる爲に望ましいことであり、且部が證據調の経過(註九五)につき直接の印象を受けることなきも尙、證據調の結果を適切に評價することが出来るやうな種類の證據調である限りに於て」のみ爲し得ることなのである。フォルクマールは之を説明して、單獨判事は「合議裁判所の證據調の負擔の中で價値の大きくない、ごく小さな勞を省いてやることが出来るに過ぎない」のであつて、「之に反し主たる證人(Hauptzeuge)の訊問の如きは絶対に合議裁判所の手に留保されなければならぬ」(註九六)と云つてゐる。此の制限は實質上非常に大きな意義を有することであつて、證據調の直接主義の利益上ひたすら歓迎の外はないのである(註九七)。所が單獨判事は前記の二つの條件の下に於てのみ證據調を爲すことになつて居るのであり、且適切な證據の評価は原則として證據調の経過竝に内容の直接な印象を要求する次第なのであるから、第二の條件の存在は豫め肯定する譯にはいかないことが多いの致す所として、草案の意味に於ての單獨判事による證據調は極く稀有の例外に屬することであらう。

(註九五) ポラック (Pollak, *Judicium* 3 Sp. 300) が此の場合には證據調の内容と云ふことも擧げて置く必要がある。と云つて注意を促したのは至當である。

(註九六) Volkmar, *Judicium* 4 Sp. 98.

(註九七) 特にウォルフ (E. Wolff, *Judicium* 3, 290) やフーシネル (Frischel, *J.R.* 1932, 61) は同説であるが、ポラック (Pollak, *Judicium* 3, 303) にとっては第四百七十條第二項第二段はまだ「進歩の度が足りない」と云ふのである。之に反してフライザア (Preisler, *J.W.* 1931, 2438) やギンテル (Günther, *daselbst* 5, 2444) は惜しい裁革新を拒んで居るのである。

次に問題となるのは、此の制度は畢竟尙存在せしむべきものであるかどうかと云ふことである。蓋し草案の規律上此の制度につきて残存して居る僅少な利益には、重大な不利益の對峙するものを存するからである (註九八)。即ち部は行はれた證據調の模様を十分承知して居ない所から殆ど例外なしに、證據調の模様を十分承知して居る單獨判事の判決案に従ふこととなるであらうから、辯論の直接主義は妨げられ、合議裁判の考案は危殆ならしめられるに至るであらう。争訟辯論を部と單獨判事との間に分つと云ふことは口頭辯論の重複を來し、従つて辯論の反覆を招來し、従つてまた矛盾の結果に到達すること稀でなく、獨り手續の促進に資する所がないのみに止まらず、特に多數の辯護士の判斷に依れば寧ろ其の遅延を招くことが多いのである。現行法で單獨判事制度を採用したのは訴訟資料の蒐集や提出と云ふ點に關しては「まさに非常に有害な作用を及ぼした。それは事實に關する資料の供給、篩ひ分け並に按排と云ふやうなことは實は辯護士の仕事であるのに、今や此の仕事は單獨判事の負擔に屬せしめられることが多いからである」(第三百四十九條第一項第二段を參照) (註九九) とは一高級裁判官の觀察で

はなかつたか。今單獨判事から本案に於ける證據調を取上げて了ふと、第四百七十條第一項第三段に逐一列擧してある裁判や處置に至つては殆ど重きを爲すには足りないことどもなのであるから、剩す所は只「事實關係と係争關係のすべてを遺漏なく究明し盡す」(第四百七十條第一項第二段) と云ふこと丈でしかない。換言すれば裁判を適切に言渡さうとする場合に、とりわけ部の擔任すべき任務に外ならないのである。けれども「部の面前に於ける決定的の辯論の準備」(註一〇〇) の爲には單獨判事の介入することは必要ではない。是が爲には法律に通じた辯護士のあるあつて、當事者を此の目的の爲に強制するであらうし、また第二百三十六條の處置も此の爲にあるのである。「複雑錯綜した案件に於て」すらも一九二四年の改正法に至る迄は計算及び財産分別事件 (*Punktsachen*) (一八九八年の民事訴訟法第三百四十八條以下) に於ける準備手續は、當事者の一方の懈怠の場合 (第三百五十一條) 並に陳述の不存在又は拒絕の場合 (第三百五十四條) に於ける其の事宜に適した規範を以てして、今日單獨判事が爲し得る所よりも遙に優つた貢獻を致し、然も單獨判事の面前に於ける手續にまつはり付いて居るやうな不利益はなかつたのである。

(註九八) 單獨判事の制度に反對の意を表明する者は特に辯護士達である。E. Wolff, a. a. O. Sp. 285 ff. Rembert, *Ger. J.R.* 1923, 91 を參照。併し地方裁判所長ブンゲ (*Bunge, D.J.Z.* 1932, 203) も亦然。

(註九九) 即ちベルリン控訴院判事ゴールドマン (Goldmann JW. 1930, S. 98) の言である。

(註一〇〇) 此の理由に因りフオルクマール (Volkmar, *Judicium* 4 Sp. 98) は單獨判事の制度を必要であるとする。

以上の所論からして次のことが判る。單獨判事が證據調を行ひ、部が單獨判事の面前に於ける辯論並に單獨判事の手で行はれた證據調の結果の演述に基いてのみ裁判を爲すことを必要とするのでない以上は、部の負擔を本當に軽減することは出来ない。證據調の直接主義の利益上草案の至當に欲求して居る所の如く、本案に於ての證據調を單獨判事には許さぬこと、するならば、單獨判事の任務とする所は部の亦任務とする所であり、此の任務は部から取上げて了ふ譯にもいかなければ、また取上げて了ふべき筈のものでもないのである。果して然らば新民事訴訟法は單獨判事の面前に於ける手續を再び廢止して了つて、本當に複雑な事件に於ては舊民事訴訟法の計算及び財産分別事件に於ける手續に復歸するのがましなのではあるまいかと。

(5) 區裁判所の手續並に地方裁判所の手續に於ては、被告は除權 (Präkulsion) の危險を冒すことなからんが爲には、本案の辯論に先だつて所謂手續上の抗辯 (Verfahrenseinrede) として管轄違の抗辯 (專屬的管轄の場合は除く)、仲裁契約の抗辯、そしてまた前の訴訟が訴の取下に由つて完結して居る場合に於ては、訴訟費用の擔保欠缺の抗辯並に訴訟費用償還未済の抗辯を提出することを必要とすることになつて居るのであるが (第二百五十七條)、併し其の後

積んだ見識に従つて「訴訟繫屬の抗辯」は此の場合に提出することを必要とするものとはしなかつた。此の規律は現行法第二百七十四條に較べれば一つの進歩を意味する。蓋し現行法第二百七十四條は第一項と云ひ第二項と云ひ、何れも訴訟條件には宛てはまるものではないにも拘らず、訴訟障碍と二、三の訴訟條件とを一樣に取扱つて居るからである。管轄違の抗辯を手續上の抗辯の中に加へたのは錯誤に基くものであることは、既に本書第三章第二節「四」第三款一で説明した所である。また「仲裁契約の抗辯 (Einrede des Schiedsvertrages)」と云ふことは云はないで、「仲裁約款の抗辯」 (Einrede der Schiedsklausel) と稱して然るべきであらう。蓋し終意處分又は其の他の一方的處分に由る仲裁裁判權の指定も問題となることがあり得るからである (第七百六十八條)。

現行法第二百七十四條第二項が妨訴抗辯として取扱つて居る訴訟條件、即ち無訴權の抗辯、訴訟繫屬の抗辯、裁判所管轄違の抗辯、當事者能力、訴訟能力及び法律上代理の欠缺の抗辯は、第二百五十八條第二項に由りそれに関して懸念を存するとき、又は當事者の一方がそれを主張したるときは、手續上の抗辯について設けてある規律の適用を受けることになつて居る。即ちそれについて別に辯論及び裁判を爲し得ること (第二百五十八條第一項) と、それについて言渡のあつた中間判決には獨立して不服を申立てることが出来ること (第二百五十八條第三

項)とであるが、第五百二條第一項第二號(現行法第五百三十八條第一項第二號)に依ると、不服を申立てられた判決が手續上の抗辯の一つの故を以て又は第二百五十八條第二項に擧げた訴訟条件の一つの欠缺の故を以て訴を却下して居る場合に於ては、控訴裁判所に於て第一審へ差戻すことでもある。けれども第二百五十八條第二項に於ける列擧は餘りに狭きに失する。例へばオーストリア法第二百三十九條第二項、第二百四十條第三項、第二百六十一條が常に此の種類に屬するものとして數へて居る所謂既判力の抗辯が擧げられて居ないのであるが、此の抗辯は同じ目的を追求して居る「訴訟繫屬の抗辯」と取扱を異にする譯にはいかならないものである。けれども第五百三十八條第一項第二號については、此の規定は控訴裁判所の取消すなどの訴訟上の判決 (Prozessurteil) にも適用されるものであることが承認されて居て、訴が第二百五十四條第二項中には擧げられてない訴訟条件の一つ(例へば獨逸國の裁判權に服すること、訴訟遂行の權限、權利保護の利益等の如き)の存在しないが爲に却下されたのであるにもせよ、又は其の他の訴訟上の瑕疵の爲(例へば訴狀又は其の送達の瑕疵の爲)に却下されたのであるにせよ、それは問ふ所ではないのである(註101)。かくの如き職權を以て斟酌せらるべき瑕疵についても、第二百五十八條第一項及び第三項の規定する所である手續が適用されるのである。従つてわたしは若干の特に重要な訴訟条件の至極事宜に適した列擧は存置して、第二

百五十八條第二項に

「管轄、訴權の有無、訴訟繫屬又は既判力、當事者の一方の當事者能力又は訴訟能力若は其の法定代理に關し、又は其の他の職權を以て斟酌せらるべき事情にして其の存在せざるに於ては訴を不適法として却下することを必要とすべきものに關して懸念を存する」と云ふ字句を附加へることを提案するものである。

(註101) 拙著教科書第一四四節IIIb參照。そこに擧げてある大審院の判決の外、近頃では更に RG. 133. 370 の判決を存する。

第三款 記録に據る裁判の場合に於ける手續

記録に據る裁判 (Entscheidung nach Lage der Akten) の場合に於ける手續は現行法に於けると同様二つの場合に問題となる。即ち其の一つは當事者の一方の闕席した場合に相手方の申立に基いて爲す場合(第三百三十九條)であり、他の一つは當事者双方の闕席した場合に裁判所の裁量に従つて爲す場合(第三百五十七條)である。記録に據る判決が現行法第二百五十一條^a第一項第二段に見る如く、前に口頭辯論の行はれたことを條件として居ないことは新規な事柄であるが、言渡の猶豫、言渡期日の通知、竝に闕席の十分な免責の場合に於ける言渡の見合

せなどに關する規定は舊來の儘である（第三百三十九條第二段乃至第四段、第三百五十七條第一項第二段）。此の改正は、特に不適法なるものとして又は理由なきものとして訴を却下せざるを得ないことの直ちに明白であるの故を以て、證據調に俟つことなくして既に訴訟が裁判を爲すに熟するに至つて居る少數の場合に於てのみ實際上の價値を有するものと考へられるのであつて、此の場合にあつては先づ以て事宜に適するものと稱してよからうが（註一〇二）、大多數の場合に於ては豫め辯論を行ふことなくしては判決を下す譯にはいかないのではないかと思はれる。第三百二條第二段の規定に依ると、記録に據る裁判はそれに先だつて豫め口頭辯論の行はれた場合にあつても、此の口頭辯論に臨席しない判事に於て之を言渡すことが出来る。只此の判事は此の口頭辯論の内容をば言渡さるべき裁判の基礎に執ることを必要とする丈のことであると云ふことになつて居るのであるが、此の規定は新規な規定ではあるが排斥しなればならない（本書第五章第一節「七」第二款五a參照）。記録に據る裁判を爲すに當つてはどの程度まで演述されない書面や證書を斟酌することが出来るものであるかと云ふ、實際上極めて重要な問題には草案は解答を興へては居ないのであつて、其の理由として「かくの如き細目に互つての規律は法律中に設けて置くには適當しないのである」と云つて居るのであるが（理由書三一四頁「譯書一六八頁」）、此の問題は決して附帶枝葉の問題たるものではなくて、學說判例

に於ける見解の争に一任する譯にはいかない根本的問題なのであり、且又記録に據る裁判につきこゝで解答して了ふのに決して困難ではない問題なのである。即ち斟酌することの出来るのは闕席の行はれた期日に至る迄に裁判所に於て生じ又は到達した一切の證據記録と證書、並に此の時機迄に裁判所に提出されて相手方に送達されたか又は第二百十五條第一項第二段に依り相手方に通知された書面である。

（註一〇一） 見説 Preiser, JW. 1931, S. 2438.

當事者の一方が闕席した場合に他方の申立に由り記録に據る裁判をすると云ふことに對しては、わたしの見る限りに於ては異論はない。否、被告が本案について應訴した後、當事者の一方が闕席した場合に於て、出席した當事者の申立なきも尙記録に據る裁判を規定して然るべきものではないかどうかをも、考慮することも出来やうと思ふ（本節第六款を見よ）。之に反して當事者双方の闕席の場合に於ける記録に據る裁判には學者の反對がある（註一〇三）。だが併し此の場合に於ける記録に據る裁判は、當事者双方又は其の辯護士が出席しない上に、適時に闕席を通知して裁判所の無用の準備の勞を省く丈の心遣ひをするにも値しないことのやうに思惟して居る場合、又は出席した辯護士が闕席した辯護士に對する同業者の誼からか、又は其の他の理由からして闕席判決も申立てなければ、また記録に據る裁判の申立もしない場合のやう

な、一九二四年の改正法以前にあつては比較的頻繁に見かけた場合を豫防する爲に、わたしの見る所では全然缺く譯にはいかない壓迫の手段たるものである（第三百三十七條乃至第三百三十九條）。裁判所が手續の休止を命ずると云ふ當事者にとつての危険、竝に裁判所の許可なくしては三ヶ月の満了する以前には手續を再開することは出来ないと云ふ當事者にとつての危険（第三百五十七條第二項竝に第二百四條第二項）は、かくの如く期日を無にする當事者の擧に對して裁判所を保護する丈の十分な威力は持たないのであり、かくの如き場合につき特別の手数料を定めると云ふ方法も屢々辯護士側から推稱されては居るけれども、是亦同様に役には立たないのである。

（註一〇三） ヲオルフ (E. Wolf, *Judicium* 3 Sp. 281/82) の如きは其の一人である。

第四款 口頭辯論を経ない手續

口頭辯論を経ない手續は裁判所の負擔輕減令第七條の採用した所であるが、草案第二百二十八條第二項は之を存置することとし、第二百三十條第二項第二段に之を稱して「書面に依る辯論」(schriftliche Verhandlung) と云つて居る。此の手續は區裁判所に於ても許され、また地方裁判所に於ても許されるのであり（第四百六十條）、第一審に於ても許され、また控訴審や上告審に於ても許され（第四百九十條、第五百二十一條）、其の都度言渡さるべき裁判

への承諾を前提とするものである。草案は裁判を準備する爲に當事者双方の要求せらるゝことあるべき陳述書を、當事者双方が提出する上に標準となる期間を認めて居るのであるが、期間の遵守されない場合に結果を結び付けることを怠つて居るのであるが（第二百二十八條第二項第二段）、之に反し第二百三十九條は解明の必要のある場合につき一般的に、且第二百六十二條を顧慮して豫め備へをして居る。されば第二百二十八條第二項第二段は不用のものとして別に損害を生ずることもあるまいと思ふ。第二百三十條第二項第二段は現行法の係争問題を解決して、書面に依る手續に於ては、區裁判所判事の明示的の指定に依り、又は地方裁判所に於ては裁判長の明示的の指定に依つて、辯論の終結が行はれる（第四百六十五條第一項第一段）。換言すれば區裁判所判事又は裁判長が辯論の終結を宣言することに由つて（併し此のことはここではもはや言明することを必要としないものである。何となれば第二百三十條第二項第一段はそれを一切の辯論について規定して居るからである）、又は書面に認めた裁判所の裁判を當事者双方への送達の際に裁判所書記に交付することに由つて、又は、書面に依る手續に於ては判決は言渡されることを必要とする次第なのであるから（本書第五章第一節「七」第二款五b 參照）、其の言渡の爲の期日を指定することに由つて辯論の終結が行はれるものであるのは明白である。區裁判所に於ける手續又は地方裁判所の單獨判事の面前に於ける手續に關する限り

に於ては、第二百三十條第二項第二段は適切たるものと稱することが出来やうが、併し部自體の面前に於ける地方裁判所の手續にとつては、辯論の終結の標準たらしめるには送達を爲にする裁判所書記への裁判の交付と云ふことよりも裁判の下された瞬間、換言すれば裁判についての合議體の決議の瞬間の方が適當であるやうにわたしには思へる。演述されない書面や證書ほどの程度迄斟酌され得るものであるかと云ふ書面に依る手續の構成にとつて根本的の問題には、草案は記録に據る裁判の場合に於けると同じ謬つた著想に基いて、矢張解答を與へることをして居ない（理由書三一四頁〔譯書一六八頁〕）。けれども第三百二條第二段の規定は、書面に依る手續に基いて言渡さるべき裁判の場合にあつては、記録に據る裁判の場合に於けるとは違つて我慢することが出来る。蓋し當事者双方は口頭辯論の結果を度外視することを得べく、従つてまた書面に書き留められてある係争資料や證據資料に基いてのみ、換言すれば即ち豫め行はれた口頭辯論の印象に俟つことなくして、裁判の下されんことを要求し得るものであるからである。

第二百二十八條第二項の書面に依る手續は須らく廢止されて然るべきだと思ふ（註一〇四）。裁判所の負擔輕減令の暫定應急の處置としては此の手續も我慢することが出来たけれども、併し新民事訴訟法の恒久的な制度としては、當事者や辯護士は此の方法を行使するの誘惑に打ち勝

ち兼ねることが随分多からうと考へられる以上、此の手續は多くの點に於て有害な作用を及ぼさないでは居まいと思ふ。然も將來に於ても現行法に於けると同様何等特に取立て、擧げるに足るべき役目は果さないのだとすれば、之を廢止した所で別に缺陷を残すことはあるまい。況んやそれが意義を有するか又は意義を有するに至ることあるべき場合に於ては、他の方法を以て救正の道を講ずることが出来るに於ておや。尙此の點については次の節（本章第二節「一」第二款三）で序に論ずることとする心算である。

（註一〇四）同説 Kamn, Vossische Zeitung vom 3. September 1931, Nr. 205; Wolff, *Judicium* 3 Sp. 280/81.

かの裁判所の負擔輕減令第七條の規律の不十分なるの致す所として書面に依る手續の機會には幾多の困難を生じ、草案自身も是等の困難の若干者丈は解決すべく骨を折つて居るけれども、其の盡力と雖部分的には到底非難を免れることは出来ないのであるが、第二百二十八條第二項を削除して了ふことにすると、獨りかくの如き困難が避け得られるのみに止まらず、とりわけ從來民事訴訟法の系統外に置かれてあつた書面に依る手續を草案中に組入れることに因つて生ずる組織上の混亂が避け得られるのである。書面に依る手續を施行しつゝ判決の概念と適用の分野とを定めることの困難であるのは、既に第五章第一節「七」第一款一で指摘して置いた通りであるが、それよりもつと悪いのは「多くの單行規定（何故すべての單行規定でない

のか)に於て、法律が事情に由つては書面に依る辯論をも許して居るの事實に顧み、從來現行法の使用して居た「口頭辯論」と云ふ語辭に代へるに、只の「辯論」と云ふ語辭を以てした」ことから生ずる結果である(理由書二七五頁「譯書六九頁」(9))。此の一事から生じて來る所のものは決して好ましいものではない。一體争訟辯論の爲に役立てる心算の期日が、口頭辯論の爲より以外に定めることが出来るものであるか。然も基本となる第二百十三條第一項は單に「辯論の爲に」期日を指定しやうとして居るのであるが、之に反して草案の規定の多數は幸なこと「口頭辯論の爲の期日」と云ふ舊來の語辭を墨守して居るのである(第二百十七條第一項及び第三項、第三百十三條第三項第一段、第三百三十六條、第三百三十七條、第三百三十八條、第三百三十九條、第三百四十條、第三百四十九條、第三百六十九條、第四百八十六條、第五百十九條、第五百七十四條第三項を參照。何故第三百十三條第三項第一段が唯一の例として「第二百二十八條第二項の規定を妨げることなくして」と云ふ追加條項を附け加へて居るのであるかは解し難い)。「豫め口頭辯論を経ることなくして」又は「口頭辯論を経ずして」等の語辭は、單に「豫め辯論を経ることなくして」(例へば第三十八條第二項、第一百十二條第三項第二段、第三百十一條、第四百四十四條第二項第二段、第八十一條第一項などに於てはさうである)、又は「辯論を経ずして」(例へば第四百七十八條第二項第二段參照)となつたのである

が、併し本當には云ふ迄もなく一種の「辯論」は行はれるのであり、また是非とも行はれるとが必要なのであつて、只それが書面に依る辯論であつて差支ないと云ふ丈のことに過ぎないのである。第千三條第三項が、決定は「辯論に基いて」爲すことが出来ることと云ふ風に云つて居るのは正しい。だが非常に多くの場合に於ては「豫め口頭辯論を経ることなくして」(例へば第二百一十一條第二項、第二百二十七條第二項第二段、第三百十一條第二項第一段、第四百五十五條第一項、第五百十八條第二項第一段に於て然り)とか、又は「口頭辯論を経ることなくして」(第三百三十三條第二段、第四百八十五條第二項第一段、第七百五十八條第一項第一段に於けるが如し)とか云ふ舊來の字句を踏襲して居るのである。草案の用語法がどんなに不精確なものであるかと云ふことは、二つの非常に類似した場合に於て異つた表現方法が使用されてあるのを見ても判る。即ち訴の取下の結果に關する決定は「口頭辯論を経ることなくして」(第二百二十七條第二項第二段)爲すことが出来るのであるが、控訴の取下の結果に關する決定は「辯論を経ることなくして」(第四百七十八條第二項第二段)爲すことが出来るのである。また第二百二十八條第二項の規定に顧みるときは、第三百六條第一項第三號が當事者の「口頭の演述」に基いて事實を組成せしめて居るのなどは謬りである。かやうな次第で書面に依る手續を存置すると云ふことの有害な作用を及ぼすのは、一二の點にして止まらないのである。即ち

組織上の點に於ても、法律上の點に於ても、はたまた手續技術上の點に於ても有害な作用を及ぼすのである。然るに其の利益はと云へば極めて曖昧なるものがあり、それについては争があるものであり、其の最善の場合にあつても極く瑣細なものでしかないのである。

第二百二十八條第二項は控訴手續に於ても全然存在の理由を有するものではない。少くとも控訴について新事實提出の權利 (*ius novorum*) が存して居るに於て然りとするのであるが、併し上告審に於ては存在の權利がある。わたしと雖裁判官や辯護士の間にて在來大審院での口頭辯論に極めて重きを置いて居るのを知らないが、それにも拘らず大審院では多くの場合に於ては口頭辯論を見合すことが可能であるやうにわたしには思へるのである。第二百二十八條第二項第一段の規定を上告手續に移し用ひることゝしてもよい。また——一九二九年二月八日の法律の内容は草案中には取入れられてないけれども、此の法律に於て見たやうに——口頭辯論を経ないでする裁判を上告裁判所の裁量に任すことゝするのでもよい。兎に角大審院の負擔を軽減する爲には書面に依る辯論の道を遮斷して了ふべきではあるまいと思ふ。現在の上告金額は六千ライヒスマルクと云ふ既に非常に高い額に定められてあることであるから、此の金額を維持し、若は甚しきに至つては更に之を引上げると云ふやうな處置を講ずるよりも、口頭辯論を経ることなくして裁判する範圍を擴張する方が遙に優つて居る。草案は第五百

十九條第三項に於て、上告裁判所が全部員一致して、不服を申立てられた判決は上告を以て不服を申立てることを得べき法律の違背に基くものでなく、且事件は口頭辯論を必要とするものではないと云ふ意見であるときに限り、口頭辯論を経ることなくして上告を棄却することを許して居るに止まるのであるが、一九二九年二月八日の法律を復活させた規定を設けることゝすれば、それがかやうな餘りにも狭きに失する條件に結び付けられてある規範(註一〇五)は無用となつて了ふことゝ思はれる。

(註一〇五) フキリツピ (*Philippi, Judicium* 4 Sp. 5) は第五百十九條第三項を以て不十分たるものとして居るのであるが、之に反してカン (*Kann, Vossische Zeitung vom 3. September 1931, Nr. 205*) や、ラインベルゲル (*Reinberger, JR. 1932, 105*) や、クラーナー (*Kraemer, unten S. 414 ff. mit Lit.*) などは餘りに廣汎に過ぎるものとして之を排斥して居るのである。

第五款 簡易判決手續

裁判所の負擔軽減令第十八條乃至第二十條所定の簡易判決手續 (*Schiedurteilsverfahren*) は草案第四百五十九條に取入れられることになつた。勿論區裁判所の手續に於て財産權上の請求が起され、其の訴訟價額が訴提起の當時百ライヒスマルクを超えないと云ふ條件の下に、義務的の制度としてのみ認められて居るのである。草案上にあつても從來に於けると同様此の手續

の本質は、裁判所が自由な裁量に従つて其の手續を定めると云ふこと、此の手續を完結する判決（簡易判決手續に依る判決 *Schiedsurteil* と稱せられる）は、それが闕席判決として言渡される場合は別として、通常の手續に於て言渡された確定力ある終局判決と同視されると云ふことの二點に存する。従つて闕席判決に對しては、通常の手續に於て言渡された闕席判決に對する場合に於けると同様、故障申立の權が與へられるのであるが、是は一つの改善と見て差支あるまいと思ふ（註一〇六）。何となれば簡易判決手續に於て闕席判決を爲し得るものであるかどうかについては、從來争があつたからである。即ち裁判所の負擔軽減令第十八條第二項第二段は全然例外を認めて居ないのであるから、「闕席判決」に對しても確定力ある判決の效力を與へない譯にはいかないのである。

（註一〇六）ラインベルゲル（Reinberger, JR. 1932, 90）の如きは逆に此の革新の削除されるのを希望して居る。

此の簡易判決手續も當然廢止して了つて然るべきだと思ふ。不服申立の目的物の價額が百ライヒスマルクを超えない場合にあつては、財産權上の訴訟に於ては控訴は許されないものであるから（第四百七十三條）、かやうに訴訟價額の少い訴訟にあつては手續は特に注意深いものであつて然るべきだと思ふ。然るにそれどころか簡易判決手續は全然裁判所の恣意に委ねられ、それについての法律上の保障と云つたものは皆無であると云ふ有様である。然も是が爲に訴訟

價額こそ多からね、當事者にとつては訴訟價額の多い事件に於けると重要さの少しも變らない事件に關しては、誠に非社會的な作用が及ぼされるのである。其の悪いことは簡易判決手續に依る判決の不服を申立てる譯にはいかないと云ふことが、實體法上の點に於てもコーラン片手に裁きをする回々教の判官の司法 *Kadjustiz* に墮することであつて、此のことは例へば一九二七年一月二十一日のベルリン中央區裁判所の簡易判決手續に依る判決が、すつかり明かにして人を驚倒させて居るのである。即ち此の判決は證據調を行ふことなくして單に「多分の蓋然性に従つて」當事者双方の側に於ける責任を比較考量した上、原告の損害賠償の請求を三分の二丈け理由ありと宣言して居るのである（JW. 1927, 1331）。

惟ふに理由書三三八頁、三三九頁（譯書二二五頁）が簡易判決手續を辯護する爲に述べて居る所は、反對論者の間に起つた懸念を一掃するには到底足りない。成る程理由は「具體的の場合に失策が皆無ではなかつた」ことを認めては居るけれども、他の半面に於ては義務的の簡易判決手續は概して成績を挙げたのであると主張して居るのであるが、區裁判所所屬の辯護士（*Anfsgerichtsanwalt*）にして豊富な經驗を積んだ者は全然別な見方をして居る。即ち裁判所は口頭辯論を経ることなくして裁判をするのであるから、従つてまた「當該裁判所の管轄區域外に居住する被告の爲す十分理由を具へた異議と雖、必ずしも必然的に斟酌しないで置くことを

必要としない」と云ふことは、理由書が簡易判決手續の長所として稱揚して居る所であるが、それは一つの重大な缺陷であることが明白となつて居る。何となればそれは當事者をして口頭辯論の一切の長所を失はしめる所以だからである。それはまた訴訟遅延の一原因であることが判明して居る。蓋しヘルドも云つて居るやうに、「純然たる書面に依る手續を採用すると云ふことは、往々にして書面を認めることに慣熟して居ない人士の際限のない書面の交換を伴ふ所から」、時間と勞力との一大消費を惹起するのであるが、「かかる時間と勞力との消費は、口頭辯論を唯一回丈け開きさへすればもつと遙によく事實を認定することが出来る所から、優に省いて了ふことが出来るものなのである」(註一〇七)。加之當該裁判所の管轄區域外に居住する被告との論議の證據力も、合意に係る履行地がもはや全く裁判籍を設定することが出来なくなり、將來の争について裁判籍を合意することがもはや許されないことになる以上、著しく重大性を失ふことであらう(本書第三章第二節「四」第二款三參照)。

(註一〇七) Held, JW. 1931, 3502 zu 3.

第六款 闕席手續

闕席手續は殆ど何等の進歩をも見せては居ない。第三百三十七條乃至第三百五十六條の規定は、本節「一〇」第三款で既に擧げた草案第三百三十九條を以て現行法の第三百三十一條を

變更して居るのを除けば、文字段落の末に至る迄現行法第三百三十條乃至第三百四十七條、第五百八條第二項と一致するものである。抑も一九二四年の改正法に至る迄は、當事者の一方の闕席した場合にあつては相手方の申立に基いて、それまでの訴訟の結果如何には關係なく(現行法第三百三十二條、草案第三百四十條)、闕席判決を言渡すことが出来たのであつて、此の闕席判決に對してはフランスの模範に倣つて故障の申立を爲すことを得べく、謂ふ所の故障の申立は理由も必要でなければ、また免責も必要とはしないのである。かくの如き規律は訴訟の遅延を助成すること大なるものがある。蓋し當事者は闕席した所で闕席判決を言渡されるより以上には懸念すべき何ものもないのであるし、其の闕席判決にした所が只故障の申立と云ふ單純な一つの意思表示に由つて、無雜作に一掃して了ふことが出来るのであるからである。だから一九二四年の改正法が出席した當事者の申立如何に由つて、闕席判決の外に記録に據る裁判を許すことにしたのは一進歩なのであつた(現行法第三百三十一條^a、草案第三百三十九條)。蓋し記録に據る裁判は争訟辯論を経た上で言渡される裁判と同一の效力と意義とを有するものであつて、従つてまた判決として之に對しては控訴か上告の何れか一方丈しか爲すことは許されないからである。

抑も故障の制度がフランス法から現行法に踏襲されるに至つたのは、或る意味に於て一種の

誤解に歸すべきものであることは周知の事實である。何となればフランス法は被告が最初の辯論期日 (jour d' audience) に闕席したか、又は何等の申立をも爲さなかつた場合 (faute de comparaitre ou de conclure) に限り闕席判決を認めるのであつて、之に對しては故障 (opposition) を申立てることが出来るのであるが、辯護士 (avocats) が理由を具した申立 (Conclusions motivées) を提出して之を朗讀することに由つて、訴訟が終局的に對席的のものとなる (mis en état) に至つた場合にあつては、闕席判決は認められるものではないからである。獨りフランス法のみならず、イタリヤ法と云ひ、イギリス法と云ひ、オーストリア法 (民事訴訟法第三百九十九條) と云ひ、乃至は其の他の外國法にあつても、本案についての被告の應訴のあつた後に於てはもはや闕席判決は許すものではなく、寧ろわが記録に據る裁判に見る所の如く、當事者双方の主張並に陳述及び調べられたる證據の結果を斟酌してのみ裁判が爲されるのである。従つて我が國に於ても争訟辯論の後にあつてはもはや記録に據る裁判丈しか許さないこととし、闕席判決は許さないことにしやう、少くとも第三百四十條は廢止して被告の闕席の場合に於ける自白の擬制は、それ迄の辯論なり證據調なりの結果が反對して居る程度に於ては發生せしめないことにしやうと云ふことが屢々考慮されもし、提案されもして居るのである (註一〇八)。然るに理由書三三〇頁 (譯書二〇四頁) は現行法を其の儘に差置かうとし、出席した當事

者が闕席判決と記録に據る裁判との間に選擇權を有するのを一つの長所であると見て居るのである。其の理由とする所は、當事者の一方が辯論に出席しないのは當事者みづから訴訟に敗けたものと自認したが爲であることがある。かゝる場合にあつては闕席判決を求める申立は至極當を得たものと謂はなければならない。一方訴訟に勝つこと必定であつたに拘らず闕席判決の言渡を受けた當事者としては、かゝる不利益を被つたのは己れが注意を缺くことの致す所に外ならないのであるから、かゝる不利益と雖甘受しない譯にはいかなないのであると云ふに在る。

(註一〇八) 即ちラインベルゲル (Reinberger, JR. 1932, 30) の主張する所である。

理由書の此の考慮は必ずしも不當ではないかも知れない。併し如何なる場合に於ても闕席判決に對する故障の申立を從來同様無雜作に許すと云ふ理由は全然成立たない。抑も原則としては當事者は懈怠した訴訟行為を爲すの權利を失ふに至るものであつて (草案第百八十五條、現行法第百三十條)、只不變期間並に其の他の二、三の期間の懈怠に對し、必ずしも極めて容易であるとは云はれない條件の下に原狀回復の方法が與へられて居る丈である (草案第百八十七條以下、現行法第百三十條以下)。然るにそれよりも決して價値の少しとしない口頭辯論期日の懈怠の結果丈が、全然懈怠の免責を行はないでも原狀回復を許されることになつて居るのは一體何が故であるかと云へば、それは現行法がフランス法の故障の制度を踏襲したが爲で

あつて、然も既に明かにした通り肝心要めの點に誤解のあつたことに歸著せしめるの外はない。若し將來闕席した當事者が、草案第百八十七條に於て原狀回復の條件として形成されて居るやうに、「事情上當事者に期待せらるべきあらゆる注意を拂ひたるにも拘らず」期日を遵守することを「妨げられたりしとき」か、又は少くとも當事者が第三百三十九條（現行法では第三百三十一條）に於て云つてあるやうに、「辯論期日に於て其の過誤にあらざして闕席した」ときに限り故障の申立を許すこととするならば、闕席した當事者（理由書三三〇頁「譯書二〇五頁」が注意の缺けて居ることを指摘して居る）の感情も大して傷けることなく、然も勤勉な當事者には特典を施して、然も亦訴訟促進の上には一大貢獻を爲すことが出来るであらう。わたし自身としては前記の二つの法文の中第一のものを執りたいと思ふのである（本書第五章第二節「八」第六款ニ參照）。況んやオーストリア法（第四百十六條）の如きも此の見解を奉じて居るに於ておや。けれども第二の法文を執るのでも現行法の一大改善であるとするのである。そして草案の第三百四十六條にはそれに相當した一條項を與へることを必要とするものと思ふ。

尙指摘して置かなければならないのは、草案第三百四十七條が區裁判所の手續に宛てはめたものとして、現行法第五百八條第二項に於けると同様故障申立の期間を一週間に定めて居るこ

とである。所が地方裁判所に於ける手續には特別の規範と云ふものは存在して居ないことであるから、地方裁判所の闕席判決又はそれ以上の高級裁判所の闕席判決（第四百九十條、第五百二十一條）に對しても草案に依ると、故障申立の期間は從來のやうに二週間ではなくて、僅に一週間に過ぎないのである。訴訟の促進の利益上から見てかやうに故障申立期間の短縮されたのは、ひたすら歓迎するの外はない。

〔一一〕

第二節 口頭辯論

第一款 原則

一 口頭主義を讚美し、竝に手續の品質、裁判の正確にとつて口頭主義の有する意義は何れの訴訟に於ても然らざるはないけれども、民事訴訟に於て特に大なるもの、あることを高唱する讚歌に、今更こゝで唱和する必要はない。此の點については全世界が見る所を一にして居るのであつて、素より草案の理由書（理由書二七九頁、二八〇頁「譯書七八乃至八〇頁」）と雖其の外に在るものではない。只實際家はいろ／＼の理由からして、口頭主義に對して敬意を拂ふことを拒まないで然も之を回避することに、過去に於て努めて來たし、現在またそれに努めつつある。だが此の點については其の方面にかけて特に極めて適任者であるベルリン辯護士會長

辯護士ドクトル・エー・ウォルフの秀傑な論文 (E. Wolff, *Judicium* 3, 275 ff.) 中に示されて居る判断を援用したい。氏は口頭主義の原則の實際上に遵奉されて居る程度は其の理論の上で認識されて居る程度と反比例するものであること、口頭主義に對して理論の上で非難攻撃する者は殆んどないけれども、實際の上では此の原則は益々忘却されて行く傾向に在ること、一九二四年の改正法以來も此の形勢は決して好くなつては居ないこと、其の爲に司法の品質がこなはれたことは何人も争ふ譯にはいかない事實であることなどを確認し、裁判の公行と云ふことは裁判所と國民との間の信頼關係にとつて極めて大なる意義を有するものであるが、若し口頭主義を要求しないことにするならば事實上辯論の公行を實施することは不可能であると共に、口頭主義を認めないとするとは後進の法曹の養成に困難を感ずると云ふ理由からも口頭主義を要求して居る。曰く、「實際裁判官は當事者の申分を聞き分けるの能力を學び損ね、辯護士は辯論駁の能力を學び損ふと云ふことになる」と。今現在の訴訟に於て口頭主義のいぢけて居るのは、わが國の裁判所に於ける訴訟部 (Prozessabteilung) の期日票 (Terminzettel) の過當に多いことが原因となつて居るのである以上、似て非なる口頭辯論が専ら書面の援用を事として居る所から、實際には決して裁判所の勞力の輕減を意味するものではないことを明かにして居るウォルフの所論は、極めて適切なるものがあると謂はなければならぬ。氏曰く、「個々の期

日の爲には時間の餘裕が得られるけれども、訴訟を全體として見るときは、決して時間の餘裕は得られるものではない。然もかのフランツ・クラインが反覆して警告の意味で指摘した、書面主義は己れの爲に開放されて居る搦手の城戸から潜入して口頭主義を追つ拂つて了ふのだと云ふ危険は、事務の蟻集するときに見せかけ丈の口頭辯論の手段を執ることの出来る誘惑の存在することが原因となつて居るものである。此の問題に於ては立法者はどれ丈徹底的であつても行き過ぎると云ふことはない。節約の時代、整理縮小の時代、従つてまたそれに起因する個々の裁判官の負擔の過重な時代たる當今のやうな時世に於ては、例外なしに口頭主義を貫徹するか、それとも残る隅なくそれを撤廢して了ふか、二つに一つの外はないのである」と。氏の此の素破らしい所論は事實上の状態に通じた深遠な知識から出て居るものであつて、われわれの須らく遵守して然るべき所、立法者の宜しく以て規矩準繩とすべき所であると思ふ。一つの事件に於ける期日の累積することに因つて裁判所自身にも責任なきにあらざして生じた裁判所の過重な負擔に對處するに寄與する所あるべしとわれわれの思惟する所ものは、次節に於て「訴訟事件促進の處置」を論ずるに當つて開陳する心算であるが、草案も成るべく只一回丈の潑刺たる口頭辯論に基いて訴訟を裁判に迄持つて來るやうに努力しては居るけれども (第二百三十條第一項、第二百三十六條第一項、第四百七十條第二項第一段。尙現行法第二百七十二條

b、第三百四十九條をも参照)、併し此の目的を確保する爲には、必ずしも盡すべきあらゆる手段を盡したものは謂へないやうにわたしには思へる。然も此の目的たるやどんなことがあつても必ず達成せずには置くことは出来ないものなのである。

二 草案も判決裁判所に於ける争訟の辯論は口頭辯論たらしめると云ふ建前から發足して居る。只例外は認めて居るのであつて(第二百二十八條第一項)、それについては次款に於て論ずることゝするが、要するに一つの方向に於て除去することを得んが爲に他の方向に於て擴張することを得しめる例外である。けれども草案は、書面の援用をもちや無雜作には許すことをしないで、只當事者の演述を加補する爲にのみ許すことゝすることに因つて(第二百三十七條第二段)、見せかけ丈の口頭主義(Scheinmündlichkeit)を排撃しやうと試みて居る。謂ふ所の見せかけ丈の口頭主義とは本當の口頭辯論ではなくて、書面の参照を求めるのであり、一九二四年二月十三日の法文に於ける現行法の第三百三十七條第三項が法律上に認めた所のものである。草案の執つた處置は非常に事宜に適したことであり、舊法文の第三百三十七條第三項の極端主義よりは數等優つて居る。蓋し舊法文の第三百三十七條第三項は、口頭辯論をしないで書面を援用するのを一般的に不適法たるものとして宣言して居るのであるが、實際の上で難破の厄に遭つて了つたものであるからである。

三 草案第二百二十八條第一項は法文の點で現行法の之に相當する規定と異つて居る。即ち現行法第二百二十八條は、「判決裁判所の面前に於ける訴訟に關する當事者の辯論は口頭とす」と規定して居るのに反し、草案第二百二十八條第一項は、

「判決裁判所は訴訟に關し口頭を以て當事者と辯論す」と規定して居る。それは理由書三一三頁(譯書一六七頁)の言明して居る通り「裁判所は獨り

受動的に當事者の演述を聴取することを必要とするのみに止まらず、寧ろ當事者と協同して訴訟資料の形成に積極的に參與することを必要とするものであると云ふ精神を明瞭に表明する爲である」。けれどもこんなことは決して新規なことではないのであつて、一九二四年の改正法に遡及する現行法の第三百三十九條第一項第二段中に既に掲げられて居ることである。此の現行法の法文は草案第二百三十五條第二項第二段に於て文字段落の末に至る迄反覆されて居て、之に依ると區裁判所判事、地方裁判所にあつては裁判長(草案第四百六十五條第一項第一段)は、「其の必要なる限りは事實關係並に係争關係を事實上及び法律上の兩面に亘つて當事者と共に遺漏なく解明し、問を發することを必要とす」るものである。けれども口頭辯論は草案上にあつても裁判所の面前に於ける當事者の辯論たるものであることは、草案第三百二條第一段自身の言明して居る所である。蓋し口頭辯論と云ふのは區裁判所の手續に於てすらも今後も從

前同様、當事者が申立を爲し（第二百三十五條第一項）、自由なる辯論に於て（in freier Rede）係争關係につき陳述を爲す（第二百三十七條第一段。當事者の「陳述」とか、「陳述する」とか云ふことを云つて居るのは、第二百三十七條第二段、第二百六十八條第二項、第三百六條第一項第三號、第四百九十二條第一項及び第二項）ことなのであつて、従つて裁判所が單に當事者と辯論することなどではないからである。されば第二百二十八條第一項の法文は、口頭辯論についての間違つた觀念を喚起する嫌がある。其の概念の純潔を保持する爲から見て此の法文よりも現行法第二百二十八條の法文の方を執るべきである（註一〇九）。

（註一〇九） 尙 Kann, Vossische Zeitung, vom 3. September 1931, Nr. 205 を參照。

第二款 口頭辯論を必要とすることに對する例外

一 口頭辯論主義の原則に對する極めて廣汎な範圍に亘る例外を成すものは、第二百二十八條第二項（裁判所の負擔輕減令第七條）中に規律されてゐる書面に依る手續であつて、何れの裁判所に於ても、はたまた何れの審級に於ても當事者双方の承諾さへあれば許される所のものである。此の手續については第六章第一節「一〇」第四款で既に論じたのであるが、そこで述べた此の種の手續を廢止してはうと云ふ要求にとつて、とりわけ決定的な力を與へるものはそれがまるで口頭主義を除外して居ることの一事である。即ち草案自身「原則たる場合に於ては口頭辯論は事

實を解明する爲の一番確實で、また一番いゝ手段たるものである」（理由書二八〇頁「譯書八〇頁」）と云ふ建前から發足して居るのである以上は、全然何等の制限をも伴ふことなくして訴訟の全部を包括して了ふことの出来るやうな例外を許すべき筈のものではなかつたと思ふのである。一八七七年の民事訴訟法に於て口頭主義を過重視して居る弊は、別の方法で對應の處置を講ずることが出来るのであるし、また實際別の方法で對應の處置を講じなければならぬものなのである（本款三參照）。裁判所の負擔輕減令第七條を採用するに當つて、度々辯論された事件に於ては最終の辯論（Schlussverhandlung）は畢竟書面丈の參照を求めずに止まる所から無用たるものであり、従つてまた第七條に由つて無用たらしめやうと云ふことが考慮されたのであるが、併し其の際念頭に置かれて在つた主なる場合は總じて口頭主義の行き過ぎの結果たるものでは決してなくて、寧ろ期日の無用に累積されることの一つの結果に外ならないのであつて、此の期間の無用に累積されると云ふことは口頭主義の責任に歸著せしめる譯にはいかなないのであり、訴訟を成る丈一回限りの濺刺たる口頭辯論に基いて完結せしめると云ふ草案の目的にして達成される曉には、將來もはや豫期しないことなのである（本節第一款一末尾）。そして理由書二八〇頁（譯書七九頁）が第二百二十八條第二項を辯護する爲に更に擧げて居る場合、即ち「訴訟が既に全く根本的に究明されて了つて、今は唯一つの證據調丈が

濟まずに残つて居る」と云ふやうな場合は、第二百二十八條第二項がやつて居るやうに裁判所と當事者との一般的の授權をしないでも満足な個別的解決を見出すことが出来るのであるし、また其の上オーストリア法第九十三條第三項との關聯も存在する爲、同時に獨逸國とオーストリア國との間の法制の統一に、別に一つの礎石が置かれることとなる次第なのである（本款三(3)参照）。

二 口頭辯論の必要と云ふことに對する更に別段な廣汎な一つの例外を成すものは簡易判決手續 (Schiedsurteilverfahren) である。蓋し裁判所は自由裁量に従つて此の手續を定め（第四百五十九條）、従つてまた口頭辯論をも見合はせることが出来るのだからである。だが此の場合にあつても口頭主義を除外して居ることは手續の一つの缺陷であつて、簡易判決手續を撤廢すべしとする要求を促す原因の一つは實に此の一事に存する（前節「一〇」第五款参照）。此の要求を充すことに由つても、草案第二百二十八條第二項の書面に依る辯論の廢止の場合と同じ様に、新民事訴訟法の組織を正し、其の實際的適應性を増し、且口頭辯論の概念の純潔を保持する上に資する所大なるものがあるであらう。

之に反して記録に據る裁判の場合に於ける手續に於て口頭主義の原則に例外を設けるのは（前節「一〇」第三款参照）、口頭辯論期日を遵守するに當つての當事者の緩怠を制止する必

要の避くべからざる一結果であり、また無害なことでもあるのである。何となれば十分な注意を拂ふことに因つて記録に據る裁判をされるやうな原因を興へないことにすると否とは、一に當事者の權内に存することであるからである。

三 口頭辯論の負擔を輕減する爲の提案 口頭主義は決してそれ自體が目的たるものではなくて、訴訟法上の原則がすべてそれならぬはないやうに是亦合目的性 (Zweckmässigkeit) の一つの命令に外ならないのであり、従つてまた合目的性がそれを必要とし、または認する程度に於てのみ實施せらるべきものである。一八七七年の民事訴訟法に於ては口頭主義は確に行き過ぎた節が多かつたには違ひないが、併し此の行き過ぎは決して、それ迄に屢々口頭を以て辯論された場合にあつても最終の辯論が口頭であることを必要とし、終局判決は口頭辯論を経ることなしには言渡すことが出来なかつたと云ふ點に存するものではないのである。蓋し此の弊害は期日の分配が多きに過ぎたこと、裁判所も當事者も期日の準備が不十分であること、の結果であるからである。行き過ぎは寧ろ口頭辯論が過重の負擔に惱んで居ること（本項(a)の下に論ずる所を参照）と、判決裁判所のすべての裁判が、そしてどの裁判もが口頭辯論なしには行はず、従つてまた往々にして訴訟を遅延させるやうな新时期の指定の下にしか言渡され得ないこと、に存する。そこで口頭辯論を以てする準備なくして濟ましても別に害を残すことのない

裁判も、中には随分あるのである。草案も此の種の裁判は澤山認めて居るのであるが、併しわたしの考では此の種の裁判の数はまだ一増大すると思ふのである（本項(b)乃至(d)の下に論ずる所を参照）。蓋し口頭主義は其の必要缺くべからざるものがある點に於て適用すべく、そして苟も口頭主義を適用することが必要である點に於ては、之を貫徹するに於て隅隅限々に迄行き渡らせると云ふことが目的であらねばならぬ。そして此のことは本來の争訟辯論についての口頭主義に關して云ひ得られることである。此の點に於ては口頭主義に十二分の餘地を與へて、口頭主義が其の多幸な、何ものにも換へ難い作用を發揮することが出来るやうに仕向ける必要がある。

何れにせよ口頭辯論の負擔を軽くすると云ふのが正しい方法であるやうにわたしには思へる。此の方法の長所は、如何なる場合に、そして如何なる條件の下に口頭主義の必要を無視することが出来るものであるかと云ふことを定めるのは法律であつて、裁判所や當事者の任意の定める所ではない點に存する。以下の提案は何れも此の方向に於て動いて居るものである。

(1) 草案第二百六十八條第二項（現行法第二百八十五條第二項）が要求して居るやうに、當事者をして受命判事（又は受託判事）の證據調の審問調書（Kommissarische Beweisverhandlung）に基いて演述を爲さしめる必要はない。受命判事（又は受託判事）の證據調の審問調書は當事

者の演述なきも尙判決の資料たらしめること、例へば控訴審の闕席手續（第五百四條第二項、現行法第五百四十二條第二項）に於て見る所の如くならしめる必要があらう。そして受訴裁判所の面前で行はれた證據調と同様、當然辯論の單なる客體たらしむべきものであると思ふ（第二百六十八條第一項）。第二百六十八條第二項は他の箇所に於ける草案の傾向とは趣を異にして當事者をして證據資料の主人公たらしめて居る。蓋し此の規定は、當事者双方が己れの訊問に關する調書を演述することを拒んだ場合に於ては、裁判所が受命判事又は受託判事の面前に於ける證人の訊問を斟酌することを妨げて居るからである。従つて第二百六十八條第二項は當然削除して然るべきだと思ふ。

更に上訴審に於て不服申立のあつた裁判並に前審の辯論の演述を當事者に一任することゝし居るのは、少くとも不適當である（第四百九十二條、第五百三十一條、現行法第五百二十六條、第五百六十六條。更に草案第六百三十六條、第六百四十六條第四項、第六百五十條第四項、第六百五十二條第四項をも参照）。オーストリア法（第四百八十六條）でも規定して居るやうに係判事（Richterreferent）一人を置くことにすれば、普通辯護士と云ふ者は控訴裁判所の重要視するのはどの點であるかと云ふことを承知しない所から、其の演述は廣汎に過ぎることが多いのであるから、係判事の任設は獨り口頭辯論を短縮するのに役立つのみには止まらない

で、辯護士も亦係判事の演述からして、係判事はどの點に價値を置いて居るものであるかと云ふことを承知することが出來ると共に、己れの演述中で係判事の演述に對して意見を述べ、係判事の誤解を正し、謬つた見解を反駁することが出來、然も係判事の報告の加補される見込が遮斷されることもなくて済むと云ふ當事者側にとつても利益が齎されるであらう。かく公判前の辯論 (Vorverhandlung) の重荷を免ぜられた上からは辯護士はそれ丈よく當事者の事件を代理することが出來て、控訴審の辯論に特に適當した本當の、そしてまた控訴審の辯論によさしい辯論を行ふことが出來るであらう (註110)。

(註110) 此の點については特に M. Leo, Die Frage der Behandlung der Zivilsachen in der oberlandesgerichtlichen Berufungsinstanz, Hans RGZ, Abt. A, 1931 Sp. 449 ff. 參照。特に係判事の問題を取扱つて居る所を見よ。

(2) 一九〇五年六月五日の改正法は口頭辯論を経ることなくして決定を以て上告を棄却することを許したのであるが (現行法第五百五十三條 a)、一九二四年二月十三日の改正法は此の方法を控訴の棄却にまで擴張し (現行法第五百十九條 b 第二項)、また口頭辯論を経ることなくして證據決定を變更するのをも適法であると宣言した (現行法第三百六十條)。草案は是等の規定を存置して (第三百六十三條、第四百八十五條、第五百十六條)、同一の道を歩み續

け、訴訟救助の棄却を求める申立、證言拒絶權、訴や控訴や上告の取下の結果などに關しても口頭辯論を経ることなくして決定を以て裁判せしめることとし (第七十二條、第三百八十六條、第二百二十七條第二項第三段、第四百七十八條第二項第三段、第五百三十一條)、また事實の更正の場合にあつても口頭辯論を行はないこととして居るのである (第三百十二條第二項第二段)。けれども其の外でも例へば被告が答辯書中で管轄違を責問し、原告が之に對して書面を以て移送を申立てた場合に於ける管轄裁判所への移送 (第二百五十九條) なども、口頭辯論を経ることなくして許すこととする必要があらう。また商事部から民事部への移送や、逆に民事部から商事部への移送の如き (裁判所構成法第九十七條、第九十八條)、手續の中断、中止、休止に關する裁判の如き、訴訟の分離又は併合に關する裁判の如き、其の完結又は取消に關する裁判の如き (第九十二條乃至第二百四條、第二百四十三條乃至第二百五十三條)、獨立して不服を申立てることを得べき中間判決の言渡後本案について辯論すべき旨の命の如き (第二百五十八條第三項、第二百九十八條第二項)、主たる請求又は從たる請求の脱漏 (Übersehunge) 又は其他第二百九十六條第二項、第三百十三條、第三百二十三條及び第五百六十四條第二項中に挙げられてある場合に於ける判決の加補に關する裁判の如き (是が爲に辯論を必要とするのは極めて稀にのみ見る所であるからである)、當事者双方が拋棄の判決又は認諾

の判決を爲すに必要な意思表示をば書面を以て爲した場合に於ける拋棄の判決又は認諾の判決の言渡の如き(第三百六十條、第三百六十一條)、われ／＼の提案上地方裁判所の手續に於ては必要的に、本人訴訟(Partheiprozess)に於ては任意的に被告に向つて指定せらるべき、及び指定せられたる答辯書提出の期間を被告が徒過した場合に於ける闕席判決の言渡の如き(次節「一二」第二款二參照)、何れも口頭辯論を経ることなくして許されねばならぬ所のものであらう。確に此の方向にかけてはまだ、澤山の提案を爲すことが出来やうと思ふ。只一寸一言して置かなければならないのは、證據決定にして口頭辯論を経ることなくしては言渡すことの出来なゝもの、言渡は、裁判所にして第二百三十六條を正しく行使しさへすれば、大抵の場合には第三百六十二條第一項に依り無用となるに至るものであること、竝に解明の決定(Aufklärungsbefehl) (第二百三十九條) は口頭辯論に基づくことをしないでも口頭辯論なきも尙常に第二百三十六條第二項第一號に依り言渡すことを得べく、また當然かやうにして言渡すべきものなのであると云ふことである。

(3) 理由書二八〇頁(譯書七九頁)に書面に依る手續(第二百二十八條第二項)を辯護する爲に擧げてある。訴訟は既に根本からして究明され盡し、只尙唯一の證據調(受命判事又は受託判事の面前に於ける)丈がまだ濟まされずにある場合(本項一に説いた所を參照)は、オ

ストリヤ民事訴訟法第九十三條第三項に倚據して草案第二百六十三條に次のやうな追加條項を附け加へることに由つて規律することが出来やう。即ち第二百六十八條第一項は「裁判所は當事者をして證據調の結果に關して陳述を爲さしむるやう促すことを必要とす」とある法文を捨て、曩に本節「一一」前款三に述べた所に従つて大體に於て現行法第二百八十五條第一項の舊法文を復活せしめて、

「當事者双方は證據調の結果に關して辯論することを必要とす」とし、之に前置として

「受命判事又は受託判事に由つて行はるべき證據調のみが未濟にして、裁判所が之についての口頭辯論を必要ならずと認めたるか、又は新に口頭辯論を経ることなくして裁判の言渡さるゝことを當事者双方が承諾したる場合に於けるの外は」と云ふ字句を附け加へるのである。

(4) 一九一四年六月一日のオストリヤの裁判所の負擔輕減の爲の第一次改正法は第六條第十八號に於て裁判所の從來の慣行に従ひ、口頭辯論期日への適正な呼出の證明の存在して居ない場合につき所謂條件付の闕席判決(bedingtes Versäumnisurteil)の制度を設け、八日内に送達證書が到達して被告を適時に呼出したものであることが判明した場合には、書面を以て闕席

判決が言渡されることにした（オーストリア法第四百二條第一號）。所が實際家は更に此の方法を、當時者の代理人の法定代理權又は任意代理權に關する證書の期日に提出され得ない場合に適用した。此の手續は新口頭辯論期日と新口頭辯論期日への呼出とを無用ならしめるものであるから、其の合目的であるの然らしめる所としてわが國に於ても之を模倣するに適當するものである。此の手續は職權を以て斟酌せらるべき點が公文書又は公の認證を経た（委任狀！）證書に由つて證明することが出來（例へば送達及び代理權の外、商業登記簿、社團登記簿、船舶登記簿、婚姻登記簿又は其の他の公の登記簿乃至は土地臺帳への登記等の如き）、且最後の口頭辯論以後一週間の期間内に裁判所に對し證明し得られる場合であつて、其の他の點に於て事件が判決を爲すに熟する限りは、どの場合にも擴張適用することが出來やうと思ふ。そしてそれは草案第二百六十八條の第二項（a）及び（b）を參照）の形式で第三百四十三條第一項第一號の法文を利用して次のやうにして實現することが出來ると思ふ。

「更に、職權を以て斟酌せらるべき事情に關して必要な證明が最終の口頭辯論に於ては尙未だ存せざるも、一週間の期間内に公文書又は公に認證せられたる證書を以て裁判所に提出せらるゝときにも新口頭辯論を必要とせず。特に第三百四十三條第一項第一號及び第二號の場合について然りとす」。

口頭辯論を経ることなくして決定を以て控訴及び上告を棄却するのを適法であると宣言するのも同じ思想に立脚するものである。蓋し此の點についての裁判は一部分は事實の裁判所に顯著なることに由つて可能となるのであるけれども、併し大部分は公文書に基いて可能となる次第であるからである。

〔一一〕

第三節 手續の促進

第一款 訴訟促進の必要

一 訴訟が長期間繼續すること 訴訟の促進 (Beschleunigung der Prozesse) と云ふことは訴訟制度改正の一番重要で且一番緊迫した問題たるものである。此の一事は衆説の一致する所であつて、草案の理由書の如きも手續の促進を以て草案の三大目的の一であるものとし、剩へ之を第一位に置いて居るのである（理由書二五二頁「譯書二二頁」）。わたしは此の點についての論議を以て理由書の言明することを必要とする所のものゝ白眉であると考へる。理由書に記して曰く、「訴訟が長期間繼續すると云ふことは債務者にとつては、訴訟に應ずること因つて支拂の猶豫を受けると共に、うまく行けば大抵の場合資金を必要とすること切なるものある相手方は、實體上は全然其の理由はないにしても其の債權額を切捨てるの犠牲は拂つても訴訟を敏

速に終結せしめるやうに取計らふであらうと云ふ見込を伴ふ一つの大きな刺戟である。かやうな次第で訴訟の延滞は訴訟の輻湊に寄與し、従つてまた裁判所の負擔の増大に貢獻するやうな形になつて來たのであるが、かく適時に債權を取立てることの出來ない實業家は、己れ自身の債務を辨濟することも困難になつて來て、それがまた新しい訴訟の端を開くことになる。されば國民の何れの方面に屬する者であるを問はず訴訟の延滞を以て殆んど恰も權利の否認であるかの如く深く憤慨し、爲に我が國司法の人望は殆ど地を掃はんとしつゝある。今日仲裁裁判の制度 (Schiedsgerichtsbarkeit) が汎く普及し、特別裁判の制度 (Sondergerichtsbarkeit) の占める範圍の増大しつゝあるのは實に是が爲である。されば訴訟手續を促進する爲の方法は其の全部を擧げて極力施用する必要があるのである」と(理由書二五一頁、二五二頁「譯書二二頁」)。理由書が「裁判の敏速」(Fixigkeit) は必然的に裁判の「正確」(Richtigkeit) を犠牲とせざるを得ない」と云ふ反對論を以て「其の本當に在るが儘の事實と、獨逸國の司法の脅威せられつゝある由々しい危険を看過するものであつて、危険な議論である」(二五一頁「譯書二二頁」)と見て居るのは誠に至當である。「併しまた——理由書二五二頁(譯書二四頁)に曰く——訴訟が長引きさへすれば其の裁判も亦それ丈根本的で、それ丈公正な結果に終るに相違ないと信ずる程謬りはない。事實は全く逆である。蓋し辯論の資料を數多くの期日に

分散させること、書面が山のやうに持出されること、前後遠く相隔絶した證據調期日に證據資料を散在させること、之に因つて同時に口頭主義、直接主義の没落の招來されることなどは裁判官の適時に訴訟資料を通覽し、手續を適正な軌道に導き入れることを困難ならしめると共に、書面と調書とを片手に判決を書くの余儀なきに至らしめ、かくの如くにして口頭主義の本來の精神を没却し、掴み得た觀念をしてあらゆる點に於て現實と相乖離したものに終らせる。即ちわれ／＼の有する所は實體的の眞實ではなくて、記録裁判 (Aktenjustiz) であり、調書裁判 (Protokolljustiz) であると云ふことにならう」。

理由書の此の叙説は決して余りに悲觀的に事實を描き出して居ると云つたやうなものではない。わが國の民事裁判の緩慢であることについての苦情や其の經濟生活に及ぼす荒廢的結果についての不平は一般的に高まつて居り、わけでも工業、商業、手工業の代表機關に由つて反覆して唱へられて居て、以下に援用する裁判官や辯護士の論文に由つて迄も確認されるに至つて居る。

二 訴訟延滞の原因 此の訴訟の延滞の原因についても亦大體に於て衆説の一致を見て居る。理由書(二五三頁「譯書二五頁」以下)が此の點について擧げて居る所は、期日の準備の不十分なるの結果期日並に證據調の不適切に累積すること、長い間隔を置いて訴訟資料を一つ／＼

提出すること、新しい主張を適時に相手方に通知しないこと（其の結果として辯論の延期が必要となる）、證據調の間接的であること、見せかけ丈の口頭主義に基いて裁判をすることであり、是等はすべて争のない所でもあるし、また争ふ譯にはいかないものであるが、其の一部は手續の促進を取扱つて居る我が國の法律雜誌上に於ける裁判官や辯護士の報告に由つてもつと遙に鮮明に曝露されても居るのである。

特に頻繁に見かけるのは、辯護士が訴訟資料を完全に且要領を得易いやうには通知しないで事實關係の或は此の部分をも、或はあの部分をと云ふ風に切れ〜に通知すること、事實の報告が欠缺や瑕疵だらけで訴は十分な省察が加へられて居らず、其の理義の一貫や其の理解し易さの點が吟味されて居ないこと、書面が冗漫に過ぎること、無益な反覆が行はれて居ること、事實に關する主張が法律論の展開と區別されて居ないこと（此の點については既に本章第一節「一〇」第二款四(a)で論じた所を参照）、證書の提出が時機に後れ且缺陷が多く、往々にして要領を得にくいやうな錯雜混亂した状態に在ること等に關する苦情である（註一一）。

（註一一） 是は大體に於てベルリン控訴院判事ゴールドマン（Goldmann, JW. 1930 S. 98）の所論であるが、其の苦情は辯護士ハイルベルグ（Heilberg, das. S. 99）が正當であるとして居る。地方裁判所部長ブンゲ（Bunge, DJZ. 1932 Sp. 1552, 1554）並に辯護士ミュンスタア（Münster, DRZ. 1930 S. 55）などの所論もゴールドマンと相似たるものがある。尚レフキン並にマグヌスの手に成る手續の促進に關する社説（Levin und

Magnus, JW. 1923 S. 5, 1929 S. 82 und 1932 S. 1231/32）を参照。

だが併し訴訟の延滞には裁判所にも少なからぬ責任がある。一九二四年の改正法は現行法第二百七十二條b（草案第二百三十六條）を以てして期日を準備する爲の非常に、手段を興へ、此の手段は區裁判所の手續については一九一〇年の改正法が既に第五百一條として興へた所であつたにも拘らず、裁判所は一九二四年の改正法の興へた手段に至つては殆ど全然行使しないのも同然であり、また舊法文の第五百一條の如きも大體に於て紙上の空文にして了つて居るのである。裁判官は此のことを確認して居る（註一二）。辯護士は此の點について苦情を云つて居る（註一三）。そしてベルリン中央區裁判所監督判事が一九二九年九月十六日の適切な廻章指令（Rundverfügung）（JW. 1930, 590）の（一）の（4）で「特に力を込めて」、口頭辯論を準備すると云ふことは第二百七十二條bに由つて判事の義務とされて居るものであることを指摘したのは、裁判所の實際がさうさせる因を興へたことの明證である。また期日に至つて初めて、又は期日の直前に至つて初めて問が發せられたり、又は書面が要求されたりして、それに因つて辯論の延期が必要となるに至ることや、又は其の時に至つて初めて證書の提出又は前の訴訟の訴訟記録、刑事裁判所の訴訟記録、不動産登記に關する書類又は其の他の附屬書類の取寄せに關する證據決定を行ふことを必要とするのなどは、期日の準備がよく出來て居らず、現行法第二

百七十二條りの強行規定の遵守されて居ない證據である。此の點に於て少くとも一回の期日と非常に多くの時間とが節約し得られると思ふ。わたしは嘗て西部の某地方裁判所で行はれた、二つの自動車の衝突に基く損害賠償事件の訴訟記録を閲覽する機会があつたが、此の事件などでは同一の事故に基いて繫屬するに至つた刑事訴訟記録の提出に關する決定が二回迄行はれて居て、其の第一回目は一九三一年二月に行はれて六週間の辯論の延期を伴ひ、第二回目は同年十一月に行はれて新时期はなんと四週間後に定められて居るではないか。現行法第二百七十二條りの意義は少數の例外を除けば獨逸の裁判所には失はれて了つて居るのである。此の規定がどう云ふ貢獻を爲し得るかと云ふことに至つては本節「一二」第二款三(c)でオーストリアの裁判上の實際を論ずるに當つて——併せ論ずることゝする心算である。

(註一一) 區裁判所判事ローゼンタール (Rosenthal, I.Z. 1930 Sp. 163) の所説である。

(註一二) 辯護士ハイベルグ (Heilberg, JW. 1930 S. 99) の所説参照。

訴訟の延滞の一番頻繁に見る原因の一つは以上論ずる所に由つて明にされた次第である。此の延滞は期日の準備の不十分や理由のない辯論の延期の結果たるものであるが、辯論の延期のもう一つの原因に對しては一九二四年の改正法は、期日の取消を合意し又は辯論の延期を請求

する當事者の權利を廢止し、重大な原因のあつた場合に限り辯論の延期を許すと云ふやうな處置で對抗したものである (現行法第二百二十七條、草案第八十三條)。此の規定は當初は實際一般的に正當に適用されたのであつたが、惜しい哉すべて裁判所又は當事者の實行力をあてにして居る訴訟法の規範のおしなべての運命を免れないで、次第に少からぬ裁判所、特に第一審のそれにて忘却されて了ひ、又は行はれないことになつて了つた。理由書二六二頁 (譯書四五頁) が「一九二四年の改正法の效果について存する一切の資料に基いて」、「裁判所の指定する期日がよく利用されるやうになり、前には一般的に苦情の聲の高かつた辯論の延期の弊害やそれと關聯する一部裁判所の徒勞なども大體に於て一掃されるに至つた」ことを推論することが出来ると思惟したのは、遺憾乍ら一つの錯誤に外ならなかつた。今日多くの裁判所に於て辯論の延期の極めて容易であることは、一九二四年の改正法以前に於けると聊かも異なる所はない。わたしは最近某大區裁判所の民事の法廷を一寸傍聽したことがあるのであるが、其の上席と云ふのは相當年を取つた、從來民事事件にのみ携つて來た老練な受訴判事 (Prozessrichter) であつたが、澤山の事件が呼上げられたにも拘らず一つとして口頭辯論の行はれたものはなく、一つの訴訟に於ては全然何等の理由もなくして辯論延期の申請があつて許可せられ、次の事件に於ては書面が一通、第三番目の事件に於ては信書が一通提出されて、其の何れに於ても

相手方の申立に基いて新期日が指定され、第四の事件に於ては辯護人は訴訟依頼人の信書を示して之を書面に作成しなければならぬのだと云ひ、申立に由り相手方の異議もなくして新期日の指定を受けた。其の他二三の事件に於ても同じやうなことであつたが、判事は此の辯論延期の申請の洪水を防ぎ止める堤防を築かうともしないのである。然も是が決して稀に見る現象たるものでないことは、中部獨逸の比較的大きな或る區裁判所の記録を見て判つたのである。即ち此の記録で見ると、事件は比較的簡單なものであるやうにわたしには見受けられるのに、前後半年の長きに亘つて居る六回の期日に於て辯論の延期が行はれて居る。蓋し何れの期日にもかたみがり一方の辯護士が新しい書面を提出すると相手方の辯護士が之に對する陳述の爲に新期日を申請して居るからであつて、然も其の書面はと云へば、とつくの昔に提供した所のものを只反覆して居る丈に過ぎないのである。かやうな次第で何れの書面と雖期日外に送達されて居るものとは一通とては一通と云ふ有様なのである。

勿論辯論の延期は、現行法に依るも草案に依るも口頭辯論期日は既に訴狀の提出のあつたときに指定されることを必要とするのであるが、有效な辯論は書面の交換が終了して訴訟資料が出揃つたときに至つては行ふことは出来ないものであることに因つて必要となることが多いのである。従つて書面の交換が終了して訴訟資料が出揃ふ迄は、當然の事理として常に

無雜作に辯論の延期を行はざるを得ないのである。だが辯護士の多くは、相手方のどう云ふ書面に對してもそれを反駁することをしないで置くことが出来ないで、よしんば新規の事柄はもはや全然吐露する余地のない場合にあつても、尙且一言を應酬することなくしては濟まざないと云ふ傾向を持つて居る結果として、本當に必要とする所よりも遙に多くの書面が交換され、實際に必要であるよりも遙に多くの辯論の延期が行はれ、従つてまた訴訟は緊密な訴訟指導の行はれる場合に實際に然るよりも、遙に多くの時日を経過した後初めて辯論に入るのである。かやうな次第で書面の間斷なき大きな流れが一つの主張を繰り返し捲き返して絶へず反覆しつゝ、裁判所と相手方とに注ぎ掛けられるやうなことになるのであるが、かくの如く亂然雜然たる書面の堆積に處しては裁判所も相手方も、時には是等の書面を認めた當の辯護士其の人士へも途方に暮れざるを得ない。況んや只それに署名した丈の辯護士に於ておや。かくの如くにして訴訟は困難なものとなつて來る。蓋し事實は本來簡單なのであるが、其の記述が頗るやゝこしいからである。かやうにしてわれ／＼は本款の冒頭で訴訟の延滞を論じ始めたときの立場に立戻る次第である。

第二款 促進された新しい手續

一 新手續の經過 われ／＼は、徹底的な訴訟の促進の要求の容れられる場合に、新民事訴訟

法上の訴訟がどんな外貌を呈するに至るものであるかと云ふことを以上に述べたやうな缺陷からして學び取る必要がある。此の新しい手續は大體次のやうに行はれるに相違ない。口頭辯論期日は書面の交換が大體終了したときに至つて初めて指定される。書面の交換の大體に於て終結する爲には、開示完備の命令(第二百二十八條第三項)と曩に本章第一節「一〇」第二款四(4)中で提案された書面の内容に關する規定を斟酌するに於て、原則として訴狀と答辯書とを以て十分たるものとせざるを得ない。兎に角答辯書の提出のあつたときは期日を指定することが出来る。蓋し期日までには當事者はまだ別段の書面の爲の時日を有するからである。けれども書面交換の期間は今日所謂バルメル及びハムブルゲル手續に於て實際に見るやうに、當事者の任意、従つてまた當事者の延滞するが儘に任せて置くことは出来ないものであつて、寧ろ答辯書の期間に由りまた口頭辯論に由つて界限することを必要とするものである。訴狀並に答辯書と共に當事者の占有に係る證書は原本又は謄本を以て、時間的に秩序を立て、提出することを必要とする(此のことは曩に本章第一節「一〇」第二款四(1)で提案した所に係る書面の内容に關する規定の追加條項中で、全然一般的に規定して置く必要がある)。適時に提供されない主張並に證據方法は、遅延が十分に免責されたときでなければ斟酌される譯にはいかない。辯論期日迄の十分な時日は、裁判長又は係判事に於て書面を徹底的に検討し、問や申出に由つて事實

に關する資料や證據に關する資料の解明や加補に配慮することを必要とする。此の場合に裁判長や係判事は己れの法律上の見解を秘匿して置く必要は決してないのであつて、逆に當事者が裁判所の法律上の見解を承知することが早ければ早い丈(此の法律上の見解は一九二四年の改正法に由つて新に設けられた現行法第三百三十九條第一項第二段、草案では第二百三十五條第二項第二段に依るも、既に當事者にとつて決して秘密にはしないと云ふことになつて居るのである)、結構である。何となれば當事者双方は此の場合には容易に重要な事項を無用な事項と區別することが出来るからである。辯論期日自體に於ては裁判長は、當事者双方の書面からして見て取ることの出来る證據方法を草案第二百三十六條に従つて用意し、以て重要な事項を高調する當事者双方の演述(此の當事者双方の演述は裁判所の解明的な問や指示に由つて支持することを必要とするものである)と直接聯續して證據調を爲し、其の爲し得る限りに於ては裁判(中間判決、留保判決、一部判決又は終局全部判決(Vollendurteil)、必要な場合には證據決定も)を言渡すこともするのである。判決の言渡されることが敏速であればある丈、それ丈當事者は益々新しい、訴訟を遅延させる主張や證據の申出を後から出す機會と見込とを奪はれて了ふこととなる譯である。苟も期日とあればどの期日に於ても當然辯論が行はるべきであつて、辯論を行はないうで辯論の延期をすると云ふが如きは、稀有の例外に屬さなければならな

い。證據決定を何度もやるが如きは避くべきことで、證據は成る丈一度に調べるべきものである。かやうにすれば平均一つの事件に於て一回又は精々二回の口頭辯論が行はれる丈で済むやうにすることが出来る。證據調の直接主義と云ふことは草案の確保しやうとして努力して居る所であつて、それは誠に喜ばしいことであるが（本章第十五節「一四」第二款二(b)参照）、此の主義こそは無用な主張や證據の申出を斷つ爲の、そしてまた裁判を促進する爲の絶好の手段として如何なる事情の下に於ても是非貫徹されなければならぬ。事實關係を敏速に解明し、従つてまた訴訟の終結を促進する上に重大な意義を有するのは、新に發生して來ると云ふ問題に對しても報告を與へることが出来るやうに、當事者双方が何時も在廷して居ると云ふことである（註一一四）。「苟も判事たらん程の者は當事者と口頭辯論することの素破らしい効果を十分經驗したことと思ふ」（註一一五）。されば當事者双方がどの口頭辯論にも在廷して居ると云ふことは誠に望ましいことでもあり、また將來は口頭辯論の行はれる回数が極く少いのである以上、實際達成し得られることなのである。況んや草案の當事者本人の訊問（第四百三十四條以下）は、わたしの提案（本章第五節「一四」第二款四参照）に依ると常に爲し得ることになつて居るに於ておや。

（註一一四） Senatspräsident Golthardt, DRZ. 1930, S. 140/2 を参照。

（註一一五） 地方裁判所判事カール・ミンツェル（Karl Minzel, DRZ. 1930, S. 182）の説く所。

二 草案の規定する方法 之に反し草案は「訴訟を促進する爲のあらゆる方法を極力施用しやう」と希望して居るには違ひないけれども、多少の改正は加へて居るもの、究極に於ては一九二四年の改正法の處置以上には出でては居ない。國司法省は其の訴訟促進に寄與する所以の道を解して居る限りに於ては其の全部を擧げて明かに此の改正法中に盛り込んで了つたものと覺しく、原則として新規な事柄はもはや提供することは出来なかつた。草案は辯論の集中（註一一六）に努力し、成るべく一回丈しか口頭辯論を行はないことにすると云ふことを言明して居るのであるが（第二百三十條第一項、第二百三十六條第一項、第四百七十條第二項第一段）、併しわたしは本當に訴訟の終結を促進すると云ふ目標と相去ること遠い點に於ては、草案も一九二四年の改正法と五十歩百歩であらうことを懸念するものである。

（註一一六） 理由書二五八頁（譯書三五頁）が「訴訟資料集中主義」（Konzentrationsmaxime）の名稱を以て「キールドシユニットに由來するものと云つて居るのは謬りである（之に對してはカン（Kann, Namburger Kammerzeitung, 1932, S. 65）も反對の意見を述べて居るのを参照）。此の語辭はオーストリアではずっと久しい以前から普通に行なれて居た所であつて、フォン・カンスタイン（v. Canstein, Die rationalen Grundlagen des Zivilprozesses, 1. Abt. 1877）の如きは其の著書の中（二四五頁以下）で「Konzentrationsmaxime」の爲に長い議論を費して居るのである。一八九五年のオーストリア民事訴訟法の爲の豫備作業に於ては隨分度々「Concentration」と云ふことに言及されて居る（Materialien zu den neuen österr. Zivilprozessgesetzen

Bd. I, 1867, S. 193, 291, 303, 342, 742, u. ö. 参照。クラインフェラーの獨逸民事訴訟法教科書 (Kleinfeller, Lehrb. des deutschen Zivilprozessrechts, 1905, S. 195) は「訴訟資料集中主義」の語辭をカンスタインから踏襲して居る。カンも亦早くから此の語辭を使用して居る (Toerster-Kann, ZPO, Anm. I zu § 512, 2 c. vor § 606, I zu § 614, 4 zu § 615)。

事實上の事情に關して完全な開示を爲すことは、當事者双方の義務とされて居る (第二百二十八條第三項)。また原告には訴の申立を論證するに役立つ事實を開示する負擔が課せられて居る (第二百六條第二項第三號)。然るに證據方法となると原告は之を訴狀中にのみ登載すべきものとなつて居るのである (第二百七條第一項第三號)。併し被告としては「原告の主張に對して提出すべき異議あるときは、此の異議並に證據方法は證せらるべき事實を精確に表示して遲滞なく裁判所に書面を以て通知すべし」きものとなつて居る (第二百十三條第二項)。地方裁判所にあつては裁判長は被告に向つて答辯書を提出する爲の特定の期間を指定することも出来る (第四百六十二條第一項第一段)。また區裁判所又は地方裁判所は各當事者について別段の書面の提出を命ずることが出来る (第二百十四條)。とりわけ一定の期間内に解明の必要ある點についての陳述を爲すべく命ずるのである (第二百二十八條第二項第一段、第二百三十九條。尙現行法第二百七十九條を参照)。新しい提供を記載した準備書面は適時に之を提出して、相手方をして次の口頭辯論に於て之に關する陳述を爲すことを得しめるやう

にすべき旨の規定 (第二百十六條第一項) は重大な意義を有する。證書の添付に至つては草案は原告に對してのみ、且當爲規定を以てしてのみ課して居るに止まり (第二百七條第三項)、被告には之を課することをして居ないのである。

是等の規定の不遵守には草案はいろ／＼の結果を結び付けて居るのであるが、原則としては訴訟引伸しの意圖又は重大な過失の存在した場合にあつては、裁判所の裁量に従つて時機に後れた提供を却下する (第二百六十一條、第二百六十六條第二項、第四百六十二條第二項)。之に反して解明の命令の遵奉されなかつたとき又は地方裁判所の答辯書提出期間の遵守されなかつたときには、時機に後れたことの十分な免責のあつた場合の外は、直ちに當該の訴訟資料を斟酌しないのである (第二百六十二條、第二百六十六條第二項、第四百六十二條第一項第二段)。併し是亦裁判所の自由裁量に基いてのみ行はれる (第二百六十二條に「得」(Kann)とあるのを参照)、然るに控訴審に於ては時機に後れた攻撃及び防禦の方法、證據方法及び證據抗辯は總じて訴訟引伸しの意圖も重大なる過失も存在しなかつた場合でなければ許されない (第四百九十四條第二項)。尙最後に訴訟費用上の不利益があり (第百條第二項、第二百六十六條第二項、第二百六十條第二項、第二百六十六條第二項)、また若干の場合に於ては更に手数料の全額に相當する過料 (Strafgebühr) の制裁があるのである (第二百十六條第二項、第四百

六十條、第五百二十一條。

三 手續促進の爲の提案 此の規律は全體として觀察するに於て要領を得易くなく、また其の繁らしめられてある條件にもいろいろの變化があるの致す所として、決して感銘の深いものではない。加之結果を重疊して居るにも拘らず訴訟資料の速かな調達を保障するには適しないものである。それは統一的の原則を缺くと共に、此の統一的の原則を徹底的に實施することをし居ないからである。

(1) 先づ特殊の訴訟費用上の不利益を法定するのは、經驗の示す所に依ると、當事者の主張の提出を促進させると云ふ上には全然効力がないか、又は其の効力たるや極めて少いものしかない。況んや裁判所は己れの裁量（即ち第百條第二項に於て然りとす）又は己れの自由心證（第二百六十條第二項に於けるが如し）如何に由る場合に於ては其の適用を決意することが極めて稀であるか、又は全然決意することが出来ないに於てあや。

(2) 時機に後れた申出を斟酌せざることを主張竝に證據方法を集結させるやうにする爲の主なる手段である、時機に後れた提供を却下すると云ふ制裁は、結局は十分な作用を及ぼすことは出来ない。何となれば裁判所は重要な主張が恐らく除外されて了つて、訴訟の裁判が全く嘘のものとなるのを虞れるの餘り此の手段をも適用することを敢てしないからである。かゝる軟

弱な態度は是非排斥して了はなければならぬ。當事者双方は現在竝に將來の訴訟に於て、さうでなくてさへ訴訟の遂行が不手際であるか又は注意が不十分であることに由り、特に大切な主張を爲すことをしないことに因つて、有利な法律状態を破滅させて了ふことがあるのは暫く措いて問はずとするも、立法者と云はず裁判官と云はず辯護士と云はず當事者と云はず、關係者がすべて須らく念頭に置いて然るべきは、外の場合にあつては緩急な行ひをする者は只われとわが身に損害を招くに過ぎないのであるが、只一つ民事訴訟に於ては損をするのは相手方であつて、當事者の一方の懈怠や訴訟の引伸ばしはすべて相手方に害を及ぼすものであると云ふことである。従つて時機に後れた提供を却下すると云ふことは、當事者其の人の利益にも役立つことである。蓋し當事者は訴訟の敏速に終結することにつき最も深い利害關係を有するものであり、且又わが國の訴訟の遅々たる爲に惱むことの今日は他人の身の悲みも明日はわが身の禍となることは、此の點についての正當な苦情が國民のあらゆる階級から反覆して聞えて來るのに徴しても明かであるからである。かの一九二四年の改正法に於て却下の權限が力強く高調せらるゝや、當初は訴訟慣習の改善に寄與すること大なるものがあつたのであるが、裁判所が却下を好まず、また其の適用に組織的の籌策を缺くものであることや、上訴裁判所も亦不服を申立てられた判決を通じて結局一度爲された却下に對して余り十分な理解を示すものでないことやに當事者が氣付くや、多くの事柄が再び悪い方に向つて了へたのであることは全然疑を

容れないことである。

裁判所のかくの如き態度に著しく寄與したのは間違つた心理状態であつて、此の間違つた心理状態が一九二四年の改正法に於ける却下の權の規律の基礎ともなつて居れば、また草案に於けるその根柢をも成して居るのである。蓋し此の規律は却下を裁判所の裁量に屬せしめ、之を餘りに重い條件（訴訟引伸しの意圖又は重大な不注意）に繋らしめ、却下についての裁判所の注意に俟つことを必要ならしめて居るのであるが、裁判所としては辯護士との間の同僚としての關係を曇らせまいとする念からして既に、却下の決意は往々にして行はれないで了ふのである。其の結果として次の論結が出て来る。當事者双方の時機に後れた主張や證據方法は當事者が其の時機に後れたことを十分に免責した場合に於けるの外は、其の之を斟酌することが手續を遅延せしめる虞のあるときは、現在第四百九十四條第二項に規定されて居るやうに、裁判所に由つて特に却下されるのを俟たずして常に斟酌されないで了ふことゝすべきものである（第二百十六條第二項末文及び第二百六十二條はかくの如し）。即ち決意を必要とするのは却下についてではなくして、寧ろ時機に後れた、訴訟を遅延せしめる主張を斟酌することについてであると同時に、斟酌は單純な責任の存する場合に既に阻却せらるべく、重大な不注意又は更に一步を進めて訴訟を引伸すの意圖と云ふやうなものを存するのを俟つて初めて阻却される

ものではないのである。

(3) オーストリア民事訴訟法の例に依る答辯期間 加之當事者双方は何時迄に其の訴訟資料を裁判所に提出することを必要とするのかと云ふ確たる標準も必要である。此の點に於ては草案が新しい提供を記載した書面の提出の適時であつて、相手方をして次の口頭辯論に於て之に對する陳述を爲すことを得しめることを要求すると共に（第二百十六條第一項）、此の規範の違反につき、時機に後れたことの十分な免責のあつた場合は別として、辯論を延期した期日の費用の負擔と過料とを言渡すべきことを強制的に命じて居るの外（第二百十六條第二項）、地方裁判所の手續に於ては訴訟を遅延させる新しい提供の却下を結果として結び付けて居ることは草案の一進歩たるものである。尤も新しい提供の却下は其の提出の時機に後れたことが訴訟遅延の意圖又は重大な不注意に基づく場合のみに限られることであつて（第四百六十二條第二項）、不斟酌を以て直ちに裁判所の義務たらしめることはして居ないのである。此の不斟酌の危険は書面の提出を適時ならしめる上に於て、訴訟費用の負擔を以てする威嚇よりも遙に優れた強制手段たるものであることは何れ明かになることと思ふ。尤も訴訟費用負擔の威嚇も、強制的であつて裁判所の裁量に屬せしめられては居ないのであるから、效力を發揮することは出來るものと思はれる。けれども疑のある場合には書面の時機に後れた提出の結果としては新し

い提供が斟酌されないこととなるべく、相手方をして陳述を爲すことを得しめる目的を以て辯論が延期されることはないであらう。けれども書面が第二百六十六條第一項の意味に於て適時に相手方に到達した場合にあつては、當事者が辯護士に此の書面についての指圖を與へなかつたと云ふ理由に因り、又は辯護士が其の指圖された所を書面に認めることがまだ出来なかつたと云ふ廉を以て、裁判所が辯論の延期を許す譯にはいかなないと云ふことは、同時に第四百六十二條第二項からして推論することが出来ることである。かやうな次第で第四百六十二條第二項は特に頻繁に見る辯論の延期の原因——書面が期日に至つて初めて、又は期日の直前に至つて初めて提出されること——を除去するのに役立つことが出来るのである。

けれども被告に向つて只答辯書を「遲滞なく」(unverzüglich) 提出すべきことを命ずる丈で、此の命令の不遵守は原則として第二百六十六條第二項の——強制的の結果ではあるが——訴訟費用負擔の結果丈しか伴はないと云ふのでは十分ではない。地方裁判所に於ては裁判長は少くとも自分の裁量に従つて答辯書提出の爲の期間を定めることが出来るのであつて、其の徒過された場合にあつては裁判所は時機に後れて追完された被告の抗辯やそれについての證據方法は、十分な免責のあつた場合は別として、斟酌しないで了つて差支ないのである(第四百六十二條第二項及び第三項並に第二百六十二條、第二百六十六條第二項)。けれども此の規律はま

だ軟弱に過ぎるものであつて、わたしの見る所ではオーストリア法の規律に遙に若かない。即ちわが國の地方裁判所の訴訟に相當するオーストリアの裁判所の訴訟に於ては、所謂 *erste Tagsatzung* と稱せられる第一の期日は裁判長又は受命判事の面前に於て行はれ(オーストリア法第二百三十九條第一項)、此の期日には辯護士訴訟主義の支配はなく(同上第二十七條第二項)、結局此の期日は争訟辯論 (*Streitverhandlung*) の爲に定められてあるものではないのである。妨訴抗辯は此の期日に於て提出することを必要とするのであるが、認諾判決、拋棄判決及び闕席判決は此の期日に言渡すことが出来る(第二百三十九條)。だが肝要なことはかくの如き判決の行はれないときは、裁判所は被告に向つて答辯書提出の爲の期間を指定すると云ふことである。此の期間は四週間を超えることを得ず(實際には三乃至四週間であるのを常とする)、また之を伸長することを得ない。答辯書が期日に従つて提出されないときは、原告の申立に由り被告に對して八日以内に口頭辯論を経ることなくして闕席判決が言渡される(第三百九十八條)。此の闕席判決に對しては無條件の故障を申立てる權が與へられるのではなくて、寧ろ單に原狀回復(第四百四十六條)又は控訴の權が與へられる丈に過ぎない。其の結果として答辯書は被告が結局應訴しやうと云ふ意思を持つて居る限りは適時に提出されるのである。且又訴狀についても答辯書についても開示完備の命令の適用があることであり、辯護士は絶對的に

之を遵奉することを必要とする次第であるから、極く僅の時間の後には既に大切な訴訟資料は出揃ふ譯である。答辯書の提出のあるあつて初めて争訟辯論の期日が指定される（第二百四十四條）。けれども同時に第百八十三條の規定（此の規定はわが現行法第二百七十二條に並に草案第二百三十六條の模範である）に依り、恐らく例外なしに口頭辯論を準備する命令が發せられる。此の命令はわが國でも現行法の第二百七十二條の規定に依り發することが出来るのであるが、併し其の實際に行はれたことは未だ曾てないのである。第一の争訟辯論期日には訴狀又は答辯書中に擧げてある證人は全部呼出されるのであり、若し附隨記録（Beifügen）の必要があれば之を徴し、當事者自身の出頭を命じ、其の占有に係る證書（信書の交換等）は遅くも期日には提出すべき旨が命ぜられるのである。かやうにして第一の争訟辯論期日に於て既に證據資料の全部が出揃ふことであるから、判決迄も其の日に言渡されて了ふことが非常に多いと云ふ結果を收めることが出来る。従つて一九〇三年に於て此の裁判所の取扱つた訴訟事件全部につき、三ヶ月以内に完結したもののパーセンテージは八四・七、一九一〇年に於てウキーン市の此の裁判所で三ヶ月以内に完結した訴訟事件のパーセンテージは七九・九であつて、之を一九二八年及び一九二九年に於てプロシヤ邦の地方裁判所の取扱つた訴訟事件の全部につき六ヶ月以内に完結した事件のパーセンテージが僅に四〇・〇でしかないのに較べると、我が國に

於けるよりも數倍の能率を擧げて居る次第である。またプロシヤ邦で一九二八年及び一九二九年に一年以上裁判所に繫屬した事件のパーセンテージはそれ〴〵二四・〇並に二五・〇であるが、オーストリアの前記裁判所では一九〇三年に於て僅に〇・四、一九一〇年にウキーン市の同じ裁判所で僅々一・〇でしかない（註一七）。オーストリアでも素より辯論の延期はある。例へば證人の一人が出頭しないか又は住所不明であるとき、當事者の一方又は辯護士の一人が疾病に罹つたとき、又は其の他辯論の妨げられる其の他類似の原因に因つて行はれるのであるが、併しそれは稀に見る例外の場合に於てのことである。オーストリアでは辯論の延期の弊害などと云ふものは全く知らないのである。とりわけ辯護士がまだ訴訟依頼人の指圖を受けて居ないからとか、他の事件の爲に手が塞がつて居るからと云ふやうなことで辯論の延期の行はれることはないのである。其の結果としてどの事件に於ても期日は一回丈か、又は非常に少い回数で済むのである。其の代り期日には本當に口頭辯論が行はれるのであつて、従つて殆んどどの事件に於ても、否、控訴院の事件に於てすら當事者は自身を延するのである。それは事件が片付かない儘で家に歸ることを餘儀なくされると云ふやうな懸念をする必要が全くないからのことである。

（註一七） わたしは一面に於てはクライン・エンゲル（Klein-Engel, Der Zivilprozess österreicher, 1927, S. 330

(三)の報告に従ひ、他面に於ては草案理由書二六〇頁(譯書三八頁)以下、二八四頁、二八五頁(譯書八八乃至一〇七頁)の説明に従つて居るのである。

かくの如き潑刺たる、證據調をも併せ包括する口頭辯論は草案の考案にも上つて居るのである。即ち草案は第二百三十六條を以てして裁判所に是が爲の極めて重要な手段を興へて居るのである。只わが國が第一の期日の制度をも踏襲することをしなかつたのは、此の制度を知らなしか又は知つて居てもそれを誤解したが爲である。理由書が「第一の期日と答辯書提出期間とはオーストリア民事訴訟法の基礎を成す制度であるが、之を踏襲するのはいろ／＼の理由から云つて適當でない。特に多くの事件にとつてはそれに因つて訴訟遅延の危険を生ずるの結果として適當でないのである」(理由書三二九頁「譯書二〇四頁」、原書に二三九頁とあるは、三二九頁の誤植と思料する、譯者附記)と云つて居るのは、昔乍らの誤解が今日迄續いて居るものと謂はざるを得ない。だが苟も獨逸二國の民事訴訟の實際に通じて居る者は、獨逸に於ける訴訟の促進よりも此のオーストリアに於ける訴訟の遅延の方を遙に優れりとするであらう。だが理由書の筆者が他の箇所では「オーストリアでの例はとりわけ、適當な立法上の處置を執るに於ては訴訟を全く徹底的に促進すると云ふことも、決して可能の範圍外に存するものではないことを明かにするものである」と云つて居るのは、よく事情を承知して居るものであると云

つて、(理由書二五一頁「譯書二二頁」)。

だが將來もオーストリア民事訴訟法の第一の期日の制度を拒み続けやうとするのであるにしても(草案の第七十九條第二項第二段について適當することである。尙本書第四章第二節「六」第二款一參照)、非常に訴訟を促進するの作用を有する答辯書提出の期間の制度は少くとも踏襲して然るべきであると思ふ。此の期間は地方裁判所にあつては強制的ならしめることを必要とし(一九一八年七月七日のスウキスのベルン州民事訴訟法第六十五條第一項、第七十二條、第七十六條第三項、第八十九條も亦然り)、區裁判所にあつては適當な事件に於て(例へば目的物の比較的大なる場合)又は適當な被告について(銀行、商人、企業家等の如き)許すことを必要とするものと思ふ。期間に従ふ、且第二百十三條第二項の規定に定めてある諸件を具へて居る答辯書の提出するに於て初めて争訟辯論の期日を定むべく、此の期間の徒過された場合に於ては原告の申立に基き口頭辯論を経ることなくして闕席判決を言渡すべく、此の闕席判決に對しては曩に本章第一節「一〇」第六款に提案した所に従ひ、無條件の故障申立の權はもはや與へられないのである。

答辯書の到達後原告は期日に先だち(第二百十六條第一項)答辯書を辯駁するのに十分な時日を有するものである。被告が之に對して尙新規の提供を爲すことを必要とするに於ては、裁

判長が當該の訴訟事件の難件であるのを見越して最初から期日を十分遠い將來に定めて置かなかつたのである以上は、理由を附した適時の申立に基いて期日を變更することを必要とする。併し争訟の辯論にして一度開始された以上は、新しい主張及び證據方法であつてそれを斟酌するに於ては訴訟の完結を遅延せしめる虞のあるものは、草案第四百九十四條に於けると同様、十分な免責のあつたときに於けるの外は、それが訴訟の開始後に至つて初めて發生したか又は訴訟の開始後に至つて初めて知れるに至つた出來事を客體として居るとき、又は訴訟の經過に因つて、特に裁判所の法律上の見解の知れたことに因り又は證據調に因つて促されたものであるときでなければ許されることを得ないのであり、且又其の何れの場合たるを問はず常に（第二百十六條第一項）次の口頭辯論前適時に裁判所と相手方とに通知されたときでなければ許されることを得ないのである。

第三款 訴訟促進の可能性

かう云ふ風にすればわが國に於ても訴訟指導者にとつて、少數の期日又は一回丈の期日を以て間に合せ、第二百三十六條をば聰明に適用することによつて新しい辯論期日を必要ならしめる證據決定（第三百六十二條）を原則として回避し、事實の相當込み入つて居る場合にあつても一回か、精々二回の證據決定丈に制限することが出來ることゝなるであらう。

論者或はわれ／＼の念頭に在るやうな手續は、わが國のやうに少い人數で組立てられてある裁判所にとつては不可能であり、わが國の辯護士のやうに一部の者が過當に重い負擔に惱みつつあるやうな辯護士には期待する譯にはいかないと速断してはならぬ（註一八）。オーストリアの訴訟並に其の模範に倣つたわが國の勞働裁判所の手續などは反對の證據を示して居るのである。わが國に於て今日既に現行法第二百七十二條の助けに由り、並に現行法第三百五十五條第一項に由つて規定されて居る證據調の直接主義の助けを假りて、訴訟促進の目的を達成することが出來やうと思はれることは、オーストリア民事訴訟の方式で訓練された區裁判所判事シムメルブツシュのエムメリツヒに於ける實例の示して居る通りである（註一九）。若し將來何れの訴訟に於ても現在普通に行はれて居るやうに期日の數を無際限ならしめることをしないで、一回か、精々二回又は三回しか期日を開かぬことゝするならば、そして草案第二百三十六條に由つて必要とされて居る方法に於て辯論期日を準備することゝし、途中中斷を見ることなく（第二百三十條第一項）當事者の在廷して居る所で終局迄導かれることゝなるならば、また證據調の直接主義が受命判事や數多くの受託判事を解放することゝもなるならば、また本當の口頭辯論が不實の主張の化の皮を剥ぐか又は最初から不實の主張の出で來るのを妨げ、訴訟の敏速な辯論と裁判とが益々新なる主張や證據の申出の發見や追加を遮断して了ふことゝもなるな

らば、そしてまた最後に、訴訟關係者のすべてが善意であるならば、その曉には新しい手續の展開にとつても十分な時間が判決裁判所の面前に於て與へられることゝなるであらう。證人は現在の手續に於ても訊問されるのであり、否、裁判の爲に必要であり將來訊問されることを必要とするものと豫期される所よりもより以上に數多くの證人が訊問される。判事は今日でも證人の訊問の爲に用意を整へて居るのであり、辯護士は受託判事の面前に於ける期日の爲に往々にして遠路を多額の旅費をつかつて出張する。此の出張は云ふ迄もなく判決部の面前に於ける訊問よりは遙に多くの時間を要するものである。果して然らばわが國に於ても辯論の口頭主義と判決部の面前に於ける證據調の直接主義は是非とも貫徹することを必要とする。蓋し一般の判斷する所に依れば此の方法以外には訴訟の敏速と判決の品質の最善を保障するものはないからである。わたしは地方裁判所の民事部に於ても、はたまた區裁判所に於ても、どの期日にも期日は事件で一杯になつて居て（區裁判所によつては百二十件から百五十件迄の事件を擁して居るものもある）、是等の事件は全然辯論することは出來ず、また初めから辯論する心算でも居らず、従つて其の大抵のものは辯論を延期されるのであり、何回でも繰り返し捲き返して延期されると云ふ次第であるのは、決してわが國の裁判所の名譽と見る譯にはいかないものであると考へる。かやうにして裁判官や辯護士の勞力も時間も浪費され、無意義な期日の指定や辯

論の延期の傾向は助長され、訴訟法や其の訴訟を促進する規定に對する敬意はよしんば滅却されて了ひはしない迄も、少くとも著しく遞減させられ、また己れの訴訟の又もや辯論されないで先へ繰延べられるのは一體どうした譯からであるのかを理解しない當事者には、わが國の裁判所についての餘り愛想のよくない批評を下すに至る無理からぬ機會が與へられ辯護士にはわが國の民事司法一般についての酷評の尤もな機縁が與へられるのである。

(註一一八) 之に反對する學者としては、E. Wolf und Volkmar, *Judicium* 3, 290 ff. und 4, 97 ff.

(註一一九) Schmelhusch, *DJZ.* 1931, 613.

とは云へわれ、の推稱した手續は辯護士側については其の心からなる協力を必要とする。そして辯護士の此の協力は訴訟の開始前既に、兎に角第一回の争訟辯論の前には訴訟資料の全部を細心に、慎重に蒐集することを必要とするものである。また裁判所側についてはわれ、の推稱した手續には、裁判所の不斷の用意と大きな決斷力とが必要である。蓋し裁判所は「常住坐臥用心して居る」ことを必要とするものだからである。けれども何と云つても「訴訟に於ける進歩は常に精神作業の向上と云ふ代價を支拂ふに於てのみ得ることが出来る」と云つたものなのである(註一二〇)。

(註一二〇) Franz Klein, *Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses*, Wien 1900, S. 274.

第四節 訴訟物、(訴訟上の請求、訴の併合、
既判力、訴の變更)

第一款 請求の概念の意義

訴訟法の最も重要な概念の一つは訴訟物 (Streitgegenstand) の概念、又はそれと同義語である所の訴訟上の請求 (prozessualer Anspruch) の概念である。所謂「訴訟繫属の抗辯」 (Einrede der Rechtshängigkeit) 又は「既判力の抗辯」 (Einrede der Rechtskraft) が第二の訴に於て許されるかどうか、一の訴訟に於て數個の請求が存するの否か、それとも同一の請求についての請求原因が數個であるに止まるものであるか、更に一定の場合に訴の變更が爲されたと認むべきであるかどうかと云ふ問題に對する答解の正否は、一に訴訟物の概念又は訴訟上の請求の概念如何に懸つてゐることである。所が草案は此の大切で中心的概念に對して、其の内容に關しても、はたまた其の意義に關しても決して十分な理解を示しては居ないのである。此のことは用語の點にも現はれて居る。また此のことはそれについての實體的の規律の點にも現はれて居る。此の點にかけては現行法の方が草案よりも遙に優つて居るのである。

第二款 訴訟上の請求の標識

訴訟物と云ふ概念は随分長い間誤解されて來たものであるが、かやうに訴訟物と云ふ概念の誤解されたことについて興つて大いに力のあるのは、事實記載主義 (Fakultanzierungstheorie) と法律關係記載主義 (Individualisierungstheorie) との間の不幸な争である。然も此の争は全然妥當でない箇所、即ち現行法第二百五十三條第二項第二號の規定の解釋に際して行はれて居るのである。わたし自身と雖十有餘年に亘る努力研鑽と實地觀察の餘初めて此の概念を正當に且有益に定めるの業を成就することが出來たのである。蓋しわたしは前掲の二つの傳來的な觀念の中に人となり、長い間其の礎因となつて居たものであるからである。嘗て本誌上で公にした拙稿の「民事訴訟に於ける法律の見解の變遷」と題する論文 (Rosenberg, Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozesse, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess, Bd. 49 S. 38 以下) 中ではわたしはまだ完全な眞理には到達しては居なかつたけれども、併し既に眞理の一步手前にはあつたのであつた。拙著の教科書 (第一版及び第二版では第八七節、第三版では第八八節) では適切な定義を與へることが出來たものと信じて居る。此の定義をわたしは前後二篇の論文で反對論者の駁論に對し辯護した (註二二)。従つて詳細は敢て此の論文の參照を求めることにする。だが其の要點は、訴訟上の請求は申立と事實上の事實 (factualischer Vorgang) に由つて特示されるものであると云ふことである。申立は原告が訴を以てして追求する所のもの

が何であるかを認識せしめるのであるし、事實上の事實は原告が申立の根據を論證する歴史的の出來事 (das historische Ereignis) である。従つて同一の申立が同一の事實上の事實からして演繹される場合に於ては、法律上の根據 (契約であるか、それとも利得であるか、所有權であるか、それとも犯罪 (Delikt) であるか等の如き) はどんなに異つて居やうとも請求の同一が存する譯である。また逆に異つた幾つかの申立 (事實關係の同一である場合に於ても) が提出されたか、又は異つた事實上の事實が援用された (同一の申立の根據として) あつても (尙) 場合に於ては、數個の請求を存するものであつて、従つてまた訴の變更を存するものである。由來大審院の判決はわたしを導いて正理を認識するに至らしめてくれたものであり、それ自體極く大抵の場合には正しい道の上に立つものであるが、わたしは其の後大審院が RG. 63, 269 中で、「民事訴訟法第二百六十四條及び第二百六十八條上肝要なるは寧ろ専ら訴の原因 (事實上の) と訴の申立 (訴の請求 (Klagenspruch)) とに在りとす。苟も此の兩者にして變更せらるゝことなくして舊態を維持しありとせんか、訴の變更は決して存在するものにはあらざるなり」と云つて居るのは、わたしの懐く所のものと同じ思想を殆んど同じ方法で表明して居るものであることに氣が付いた。加之キツシュの如き學者も亦其の本稿で屢次援用して居る論文 (Kisch, *Judicium* 3, 248) 中でわたしと同一の論結に到達して居るのは、わたしにとつ

て一つの非常に大きな喜びである。蓋し氏は「訴訟物は一面に於ては申立に由つて個性を興へられ、他の一面に於ては其の事實上の理由に由つて個性を興へられるものである。従つて申立も、事實上の理由も同一である場合でなければ同一と云ふことを云ふことは出來ないのである」と説いて居るからである。レンツの見解に依るも、「原告の法律上の主張は常に事實關係と申立とに由つて個性を興へられる」、又は「事實と申立とに由つて………明確に決定される」と云ふのである (註二二二)。此の論結はもはや確保されたものと見て差支あるまじ。

(註二二一) 訴訟物についての理論として、リッパルト・シュミットの祝賀論文中で「刑法と訴訟法」(Festgabe für Richard Schmidt, *Straf- und Prozessrecht* 1932.) と題したのが一つ。レンツの論文に對する辯駁文として本誌上に公にした「數個の請求と數個の訴の原因との區別について」(Zur Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe in dieser Zeitschrift Bd. 57 S. 76 ff., 1932.) と題するものが一つ。
(註二二三) Lent in diesem Bande oben S. 12 vor Ziff. 2, S. 32 Zeile 7/6 von unten.

第三款 草案の地位

訴訟物の概念を以上に述べたやうに定めるのに基礎となつたのは、現行民事訴訟法の規定であるが、それ等の規定は大抵訴訟物について請求 (Anspruch) と云ふ語辭を使用して居る。だが此の概念たるや給付の訴についても、確認の訴についても、はたまた形成の訴についても一様に使用することが出来るのであるから、民法上の請求の概念とは聊か其の意味を異にするも

のである（例へば R.G. 118, 262/63 を参照）。即ち今前款に論じたやうな意味に於ての訴訟物 (Streitgegenstand) を意味するものであることは、訴訟法學上に於ても、はたまた司法の上に於ても全然異論を容れない程度に確立して居ることである。

けれども草案は二つの決定的の箇所て請求と云ふ語辭を使用することを避けて居る。即ち其の一つは數個の請求や又は第五百七十九條第一項、第五百八十八條、第五百九十八條第一項、第六百五條第二項、第六百六條第三項、第六百三十四條第一項及び第八百四十三條第一項第一號の云つて居るやうに訴の併合を規律して居る第二百八條に於てあり、他の一つは實體的の確定力の範圍に關する規定である第三百二十七條に於てある。前なる規定に於てはもはや現行法第二百六十條に於けるが如く數個の請求と云ふことは云はないで數個の申立と云つて居り、後なる規定に於ては主張された請求に關する裁判（現行法第三百二十二條第一項）と云ふことは云はないで、主張された法律上の結果 (Rechtsfolge) に關する裁判と云つて居るのである。此の二つの革新は重大な、そしてわたしの見る所では忍ぶべからざる改惡であつて、それに較べると現行法の措辭の方を優れりとしなければならぬ。

一 用語法、先づ第一に明かなのは、既にも屢々述べた通り草案の語辭が到底首尾一貫して居るものとは稱し難いことである。即ち草案第五條、第二百四十三條及び第二百九十一條に於て

は今後も從來と同様に「一つの訴中に於て主張せられたる數個の請求」とか又は「起されたる請求」とか云つて居り、また請求の語辭を舊來の意味に於て使用して居る草案の規定に至つては其の數を知らない程である（例へば第十條第一項、第二十三條、第三十五條、第五十九條第一項、第七十九條第二項第二段、第九十四條第一項、第二百二十四條、第二百七條第二項、第二百三十四條第一號及び第四號、第二百五十九條第四項、第二百六十四條、第二百八十一條第二項第一號、第二百九十八條、第三百條、第三百一一條、第三百六條第二項第二段、第三百十三條第一項、第三百三十一條第一項、第三百三十二條第二項、第三百五十六條第一項、第四百七十七條第一項第四號、第四百七十三條第一項及び第四項、第四百七十五條、第四百九十四條第四項、第五百一一條、第五百二條第一項第三號、第五百八條第一項、第五百九條第二號、第五百五十八條、第五百六十二條第一項、第五百六十四條、第七百六十六條等参照）。かやうな次第でわれ／＼は草案では同一の概念について七つの表現方法が用ひられて居るのを見るものである。即ち請求、申立、法律上の結果、訴の要求 (Klagebegehren)（第二百八條第二段、第二百十條第二項）、訴訟物（例へば第二條、第三條、第六條、第六十二條、第二百七條第二項第一號）、訴訟事件 (Streitsache)（第二百十八條第一項、第二百十九條第一號）、訴又は反訴の目的物 (Gegenstand)（第二十三條、第三十五條、第二百二十條第一項第三號）などである。

若し請求と云ふ語辭が民法と訴訟法とで二重の意義を持つのを避ける爲に、訴訟物について別個の語辭を使用しやうとするのであるならば、「訴の要求」(Klagebegehren)と云ふ語辭が一番適當であると稱することが出来やう(一九一三年四月十三日のスウキスのチューリヒ州民事訴訟法第二百二十六條第二號に「……………請求(法律上の要求(Rechtsbegehren))」とあるのを参照)。併しわれ／＼獨逸國の法律家として約三十五年の久しきに亘つて民法と民事訴訟法との二つの法域上で、請求と云ふ語辭の異つて使用されて居るのに慣れて來て居る上からは、安んじて從來の用語法を墨守して差支あるまい。況んや請求と云ふ語辭は訴の要求と云ふ語辭よりも使用し易くあるに於ておや。

二 訴の併合、若し訴の併合(Klagenverbindung)と云ふことを以て申立が數個あることであるとしか考へないとしたら、それは訴の併合の本質に適合するものでは全然ない。訴の併合を以て申立が數個あることであると解するのはスタインの見解(Stein, Erl. II zu § 260 ZPO.)であり、従つて草案第二百八條の法文は亦スタインの見解に遡るものである(理由書三〇九頁「譯書一五八頁」)。キッシェ(Kisch, a. a. O. Sp. 254)は既に、給付を被告に言渡さんこと、訴訟費用の負擔を被告に言渡さんこと、判決に執行力を宣言せられんことなどを原告が申立てるのは、草案第二百八條の意味に於ての訴の併合を存することなくして數個の請求が提出された

ものなのであると指摘し、即ち第二百八條に於ては丁度第三百十六條が主たる請求(Hauptanspruch)と従たる請求(Nebanspruch)と云ふことを云つて居るのと同じやうに、數個の主たる申立(Hauptansatz)と稱する必要があるであつた所なのであると云つて居る。けれども曩に第二款で確認した二つの概念標識に依れば、數個の(主たる)申立が爲されたか、又は例へば原告が同一の金額を手形と消費貸借とに基いて、又は賣買と債務の承認(Schuldanerkenntnis)とに基いて請求し、同一の物を所有權と使用貸借とに基いて請求する場合に於けるが如く、數個の事實上の事實が訴の基礎となつて居る場合に於ては、數個の訴訟上の請求が起されたものであることは決定的の事柄である(註一二三)。所が現行法の第四百十六條、草案では第二百四十四條の取扱つて居るやうな請求の根據の論證がいろ／＼である場合は全然趣を異にするのであつて(註一二四)、這般の消息を認識しなかつたと云ふことが、スタインの錯誤に陥つた原因である。兎に角草案の第二百八條に於ては其の第五條、第二百三十四條、第二百九十一條に於けると同様、將來も「數個の請求」とか、又は「數個の訴の要求」とか稱することを必要とするのであつて、「數個の申立」と云ふことを云つてはならないのである。

(註一二三) 拙著教科書第八八節イ、ロ、二七七頁、及び第九三節一三〇五頁、三〇六頁參照。

(註一二四) 拙著教科書第九三節Ⅲ、三一〇頁、三一二頁、

序に同時に言及して置かうと思ふのは、受訴裁判所がすべての訴の要求につき（現行法第二百六十條は「すべての請求につき」と云つて居る）管轄権を有することが訴の併合の條件であつてはならないと云ふことである。蓋し受訴裁判所が數個の請求の一つについての管轄を持合せて居ないときは、訴の併合に特有な結果は全然發生することはなくて、寧ろ當該の裁判所が管轄権を持合せて居ない請求は訴訟の分離を俟たずして棄却若は却下されるものであるからである（註二二五）。數個の請求につき同種の訴訟を要求するのと同じことである。草案第二百八條は現行法第二百六十條に於けるが如く、數個の請求につき同種の訴訟の許されることを必要とはしないで（註二二六）、寧ろ同一の種類の訴訟で主張されることを要求して居るに過ぎないのは誠に至當である。蓋し訴の併合の條件たることを得るものは此の一事あるのみであるからである。訴訟の種類の適法性、換言すれば證書訴訟又は爲替訴訟の適法性は一つの統一的な規律（草案第五百六十二條第二項、現行法第五百九十七條第二項）を受けると、なり、此の統一的規律は獨立の訴も、はたまた併合された訴も一樣に捕捉するのである。

（註二二五） 拙著教科書第九三節Ⅱ三〇七頁參照。

（註二二六） 此の點に於てラインベルゲル（Reinberger, J.R. 1932, 87）の考は間違つて居る。

三 既判力について、

(1) だが實體的の既判力の範圍を表示する爲に第三百二十七條第一項中に使用されてある法律上の結果（Rechtsfolge）と云ふ語辭は、全く役に立たない語辭である。此の語辭は既判力に關する理論中では極めて普通に使用されて居るのではあるけれども、少くとも其の意義の曖昧であつて（註二二七）、其の然るが故に不明確であるの致す所として、既判力の效力の法定の定義についての専門的な語辭としては不適當なのである。然り而して判決は獨り訴又は反訴に由つて主張された法律上の結果に關して裁判された程度に於て既判力を有し得るのみに止まらず、「手續法の法律上の結果について裁判された」程度に於ても既判力を有し得るとは、一體どう云ふことを意味するのであるか。字句の暗示して居る所の如く、如何なる訴訟上の問題についての裁判も既判力を生ぜしめること、しやうと云ふのであるか。わたしは第三百二十七條第一項がさう云ふ意味であるのだとは考へない。寧ろ草案は訴訟法上の原因、例へば提訴された裁判所の管轄違であることを理由とする訴の却下を等しく既判力の下に服せしめやうとして居るものなのであると考へるのである。けれども是が爲には第三百二十七條第一項の、手際の悪い法文は必要でないのである。蓋し壓倒的に通説である見解は、現行法第三百二十二條第一項の助けを假りて既に同一の結果に到達して居るからである。われ／＼として只「訴又は反訴に由つて主張された請求」を訴訟法上の原因に基いて却下する裁判も亦、「訴又は反訴に由つ

て主張された請求に關する裁判」たるものであることを承知して居る必要がある丈である。此のことは草案第三百四十三條（現行法第三百三十五條）と比較して見れば明かである。蓋し闕席判決又は記録に據る裁判の言渡を求め申立を却下する決定は決して主張された請求に關する裁判たるものではなくて、只之を拒絶する裁判たるものである。之に反して草案第二百二條（現行法第九十九條）に於ては「本案に關する裁判」を以て訴訟法上の原因に基く訴の却下をも指すものとし、また草案第二百四十六條（現行法第四百四十八條）は「訴訟の裁判」を以て訴訟法上の原因に基く訴の却下をも指すものと解して居る。そして別に争のあるのを聞かない。従つて現行法第三百二十二條の法文は何れの點に於ても適切であつて、一切の需要を満足せしめるに足るものであり、従つてまたは非復活せしむべきものなのである。第三百二十二條は「唯請求に關する裁判文を既判力に屬せしめるものであるが、一方純然たる訴訟法上の裁判、例へば管轄に關する裁判の如きものも既判力を有するに至ることが出来るのである」と云ふ、理由書三二六頁（譯書一九六頁）に報告してあるスタインの批評は、正しくないことが明白なのである。

（註二二七）此の點については拙著「舉證責任論」（Rosenberg, Beweislast S. 159 f.）を参照。

（2）草案第三百二十七條第二項は、相殺の爲に主張したる反對債權（Gegenforderung）に關

する裁判をば、反對債權が成立せるものとして認められ、且相殺が理由ありとして宣言された場合にあつても既判力に服せしめて居るのであつて、従つて一八七七年の民事訴訟法の狀態が一八九八年の改正の際ロタル・ゾイフェルトの謬つた提案（註二二八）の犠牲となつて捨てられて了つて居たのが、再び現状に回復されることとなつた次第で誠に喜ぶべきこと、云はなければならぬ（註二二九）。素より第三百二十七條第二項の法文の内容はわたしの考では現在のそれよりもつと非常に簡單にすることが出来る。例へば

「被告が反對債權の相殺を主張したるときは、此の反對債權に關する裁判は相殺の主張せられたりし數額までは確定することを得」

とでも云ふやうにするのである。

（註二二八）Lothar Seuffert in dieser Zeitschrift Bd. 16 S. 469 ff.

（註二二九）反對意見 Reinberger, JR. 1932, 89. 之に對する駁論としては拙著教科書第一五六節Ⅱ2五三〇頁參照。

（3）草案第三百三十三條第一項第一號は外國の判決の既判力を規律するに當つて、現行法第三百二十八條第一項第一號の「當該の外國裁判所の屬する國家の裁判所が獨逸國の國法上管轄權を有せざるときは」と云ふ字句を反覆して居るのであるが、問題となつて居る判決を言渡した外國の裁判所が獨逸國の國法上管轄權を有して居たかどうかと云ふことは肝要でないことは

人の知る通りであつて、寧ろ肝要なのは外國のどの裁判所か、兎に角管轄權を有して居ると云ふことで、判決を言渡した裁判所以外の裁判所が管轄權を有して居たのでも一向差支はないのである (P.C. 51, 130/1)。別の言葉で云へば、外國は其の判決の承認の當時施行中であつた獨逸國の國法の定める所に従ひ、當該の事件につき裁判權を有することを必要とするものである (註一三〇)。従つて第三百三十三條第一項第一號は

「土、當該外國裁判所の所屬する國が獨逸國の國法上裁判權を有せざるとき、」
として然るべきであらう。

(註一三〇) 拙著教科書第一五五節IIb五二五頁參照。

そして第三百三十三條第一項第五號については、第一百十三條第三項及び第一百十八條の規定が此の場合にも設けらるべきこと、特に國司法大臣は第五號の條件 (相互主義 (Gegenseitigkeit) の保證) が果して存在するものであるかどうかを公告すべきこと、及び此の公告は裁判所にとつて羈束力を有するものであることの規定を設くべき旨が提案されるのである。

(4) 風俗に反する行狀に由つて獲得された判決は其の確定して既判力を生じて居るに拘らず之を廢止することが出来るものであるかどうか、若し出来るとすれば如何なる範圍に於てであるかと云ふ周知の係争問題は、草案は當該の判決に對して原狀回復の訴 (Restitutionsklage) を

起す權を認めることに由つて解決した (第五百四十六條第六號)。此の解決は喝采に値するものであるが、併し第五百四十六條第六號の規定は一般的に善良な風俗に對する違反を目標たらしめることに由つて其の適用の分野が更に廣くなり、現在の法文に於けるよりもつと役に立つやうになることと思はれる (註一三一)。

(註一三一) 此の點については Stoll, D.Z. 1932, 410/12 を參照。

(5) 最後にもう一言注意して置かうと思ふのは、現行法第七百六十七條第二項は缺くべからざる必要の規定であるにも拘らず、草案中に反覆されて居ない。理由書三二六頁 (譯書一九七頁) は第七百六十七條第二項の規定が強制執行法の上で間違つた地位に置かれてあることを指摘して居る (此の點理由なしとしない)。此の事實からして其の判決手續に關する規定中に收容されなかつたのは見落しに基くものであると推論して差支ない。

第四款 特に訴の變更について

一 訴の變更 (Klageänderung) が不満足な取扱を受けて來たことは随分久しいものであるが、それは事實記載主義と法律關係表示主義との間の争の影響の下に、訴の變更と云ふものは一體どう云ふ場合に存在するものなのであるかと云ふことが明確でなく、其の結果として辯護士は苟も訴の事實又は法律に關する根據に何等かの變更があれば常に之を訴の變更であるとして責

問し、此の責問は大抵の場合理由のないものであるにも拘らず、裁判所は殆ど原則として之を容れるのを常とした。大審院は随分と正常な判決を下したものであつたが(註一三二)、此の正常な判決も下級裁判所の認識する所とならず、兎に角遵守はされなかつた。其の後改正法が廣汎な範圍に亘つて訴の變更を許し、とりわけ一九二四年の改正法が適切な訴の變更を適法なるものとして宣言するや、事態は幾分か改善されるに至り、訴の變更を庇護するやうな立法上の傾向は、裁判の上に一つの有益な作用を及ぼしたのであつたが(註一三三)、訴の變更の責問が必要と適當の程度を超えて容れられることは相變らず依然たるものがあつた。

(註一三二) 此の點に付、拙稿 *Zeitschrift F. D. Z. P. Bd. 49s. 55ff* 参照。

(註一三三) *RG. Bd. 71 S. 360, Bd. 88 S. 60, Bd. 100 S. 95; JW. 1928, 107* を参照。

二 草案は、適切なるの故を以て訴の變更を許すのを控訴審にまで擴張して居る(現行法第五百二十七條は削除された)。併し其の他の點に於ては訴の變更の理論に於て何等の進歩をも見せては居ないのである。

(a) 適切なるの故を以て控訴審に於て訴の變更を許すのは、反訴を許すのと同じやうな譯で(第三章第二節「四」第二款四末尾を參照)事宜に適したことなのであるやうにわたしには思へる。是は例へば原告が此の時に至つて初めて争はれるやうになつた先決的の法律關係をば、

訴の申立を擴張することに由つて、まだ第二審に於て確定力ある裁判に服せしめることに由り爲し得られることである。さう云ふことにすると當事者は事實審を一つ丈失ふことゝなる譯であると云ふ異論(註一三四)は、わたしとしては此の場合大して威力を有するものであるとは思はない。それは經驗の教へる所に依ると、新しい請求はもとの請求と同一の事實關係に基づくのを常とするからである。

(註一三四) *Kisch, Judicium 3, 261* の高唱する所である。

(b) 現行法第二百六十四條及び第二百六十八條は草案第二百二十條中で幾らか形態を異にして反覆されて居るのであるが、内容改善の目的は達成されては居ないのである。過去に於て幾多の疑義の因を成した、現行法第二百六十八條の「訴の原因を變更することなくして」と云ふ字句は捨て、了つて、今では「訴の根據が大體に於て同一なることを失はざる以上は」と云ふ、餘り啓發的でない字句がつかつてある。特にそれは第一號(事實上又は法律上の申述の補充又は更正)の下に於てはもう一度云はれて居るのであるが、第二號及び第三號については適用はないのである。更に「訴の變更たるものと看做すべからざる」現行法第二百六十八條の三つの場合は、草案の第二百二十條第一項に於て同じ意味で反覆されて居る。蓋し第二項は「前項以外の訴の變更は」と云ふ字句を以てして、第一項の三つの場合に於ては訴の變更を存する

ものであること、それ丈は適法なるものとして宣言されてあるものであることを表明して居る次第だからである。之に由つて更に訴の變更の概念の定義がむづかしくなつて來て居る。何となれば第一の場合（事實上又は法律上の申述の補充又は更正）に於ては、訴は畢竟變更されては居ないからである。最後に實際上の觀察は（本當の）訴の變更の許される場合を擴張するところが必要であるのを示して居る。只控訴審に於ける法律状態は訴の變更を許す範圍を擴張するの必要をば、もはや現行法に於けるが如く緊迫して見せるものではない。蓋し現行法にあつては第二審に於ては訴の變更は被告の承諾がなければ許さないことになつて居るからである（現行法第五百二十七條）。けれども此の場合にあつても理論の全部が鞏固な基礎の上に置かれてあることは、ひたすらよしとするの外はない。

三 即ち草案は先づ訴の變更の概念を明確にしてかゝる必要があらうと思はれる。學說の上では細目の點にかけての見解の相違は誠に甚しいものがあるけれども、訴の變更が訴訟物の變更たるものであること、又は別の言葉を以て云へば在來の請求の代りに、又は在來の請求と相並んで（所謂訴の擴張として）ある。例へば草案第二百二十條第一項第二號、第二百六十三條、現行法第二百六十八條第二號、第二百八十條參照）新しい（訴訟法上の）請求を起すことの謂であるとする點については衆說の間に一致を存するのである（註一三五）。曩に本節第二款に確認

した訴訟法上の請求の概念標識に依ると、別個の訴の申立が提出されるか、又は訴の申立は舊來の儘であるが別の事實上の事實が其の根柢とされる點に於てしか、訴の變更は存することは出来ない。訴の申立や事實上の事實が舊來の儘であつて只法律上の見地に變動があつたに過ぎないもの、又は同一の事實上の事實に關して興へられた記述の補充又は更正は訴の變更たるものではない。契約に因る訴から利得に因る訴への移行（契約が成立しなかつたか又は無効であると云ふやうな理由から）、所有權に因る訴（民法第九百八十五條以下）から不法行為に因る訴（民法第八百二十三條）への移行が訴の變更であるとは殆んど常に云はれて居る所であるけれども、訴の申立と事實上の事實とが同一であるか、又は現行法第二百六十八條の限界内に於てのみ變更されたに止まる場合に於ては、之を訴の變更と見るのは不當である。何となればましんば新しい法律上の見地に應じて事實上の事實についての從來の記述に甲又は乙の半面が附け加へられることはあるにしても、此の場合にあつては畢竟同一の事實の法律的判斷が違つて來ると云ふ丈のことではかないからである。苟もかゝる記述に變更があればそれがどんな變更であるにしても直ちに以て新しい事實關係の援用であると見、此の訴の根柢を成して居る歴史的の出來事は舊來の儘で變つては居ないことに氣が付かないのは、實際の上で屢々見る過誤である。是こそ現行法第二百六十八條第一號（草案では第二百二十條第一項第一號）の正に防

過しやうとして居る所なのであつて、さればこそわたしは第二百六條第二項第二號に「訴の基礎となる事實上の事實の開示を」要求する法文を提案したのであり（本章第一節「一〇」第二款二參照）、以てかくの如き判決を將來不可能ならしめやうとするものなのである。

（註一三五） Richard Schmidt, Die Klageänderung, 1888, S. 162, 166, 173; 拙著教科書第一〇〇節一三二頁以下、RG. 63, 269 und 118, 210 参考。

四 以上で訴の變更の概念が確定された上からは、今度は問題となるのは、訴の變更は如何なる場合に、又は如何なる條件の下に許すこととして然るべきであるかと云ふことである。被告が訴の變更を承諾した場合とは別として、草案第二百二十條に依るも現行法第二百六十四條及び第二百六十八條に依るも、訴の變更は、訴の申立が（事實上の事實は同一の儘であつて）擴張若は制限されたとき、又は後に至つて生じたか又は後に至つて知れるに至つた變動の結果として最初に要求された目的物の代りに他の目的物が要求されるべき（利益を特に擧げるのは無用である。それは利益も亦他の目的たることあり得るからである）、又は裁判所が訴の變更を適切であると認めたとときに、許されることになつて居るのである。前記の規定を以てするとき、恐らく大抵の場合には、客觀的に是認される訴の變更を許さうとする需要を満足せしめることが出来るであらうが、併し法律が此の場合根本的な新規律を以てして、或る種の小心翼翼々

たる裁判所の懸念をもつと未然に防ぐこととして然るべきではないかどうかは問題である（註一三六）。一九一八年のスウキスのベルン州民事訴訟法は隨一の現代的立法であり、わたしの承知する限りに於ては、此の點に於て新しい道を示した唯一の手續法である。此の民事訴訟法は第九十四條に於て「訴又は反訴の要求の變更にして從來より以上のもの、又は從來より以外のもの、要求せらるゝもの」を訴の變更であるとし、「同一の訴の原因を根據として最初の請求の代りに他の請求又は主張されたる請求と關係を有する別段の請求の起されたる場合に於ては」、相手方の承認を俟つことなくして訴の變更を許すものと宣言して居るのである。

（註一三六） わたしはこゝで拙著教科書第一〇〇節I.2.三三〇頁で取扱つて居る場合に想到したのである。

五 訴の變更に關する規定の法文をかやうな風にすると云ふことは、わが國に於ても適當とする所である。之に由つて第二百二十條第一項第二號及び第三號中に特に擧げてあるやうな場合の列擧は無用となるのであるし、とりわけ訴の變更の責問は實際上に於て其の恐怖を除かれることとなるであらう。第二百二十條第一項第一號は概念の構成を正確ならしめるときは究極に於て無用たるものである。併し訴の基礎となつて居る事實上の事實の記述の單なる補充若は更正、又は法律上の見地の變更が訴の變更として見られるのを防遏する爲に新規定の第二項として存置されるであらう。かやうな次第でわたしは草案の第二百二十條が

「訴訟繫屬の發生後に至つて原告が新しき請求を起す(訴の變更)は、此の新しき請求が訴の中に於て主張せられある請求と同一の事實上の事實に立脚せるか、又は是と法律的若は經濟的關係を有するとき、又は其の他の事由に因り裁判所が訴の變更を以て適切なものと認めたるときは、被告の承諾なきも尙適法たるものとす。

原告の事實又は法律に關する演述を補充又は更生するは訴の變更にあらずとす」と云ふ法文を與へられることを提案する者である。

第五節 證據

第一款 證據の必要

證明の必要 (Beweisbedürftigkeit) の問題に關しては述ぶべき點は左の諸件である。

一 自白 草案に於ける自白 (Geständnis) の規律 (第二百七十一條乃至第二百七十三條) は、曩に第二章第一節「二」一に擧げた點を除けば、現行法のそれ (第二百八十八條乃至第二百九十條) と一致するものである。わたしは第二百七十二條を削除せんことを提案する。それは此の規定の第一項は、自白の不可分についてのフランスの學説を排斥する爲に設けられたものであつて、今日の時世にはもはや全然價值を持たない次第であり (註一三七)、然も其の第二項は

裁判所に由る解釋を指示して自明的の事柄を言明する次第だからである。わたしは第二百七十二條を削除すると共に、自白の取消に關する第二百七十三條の規定の法文を新にしたいと思ふ。自白の取消が、自白の不實や其の爲された際に於ける錯誤の證明されるや否やに由つて左右されるのは、眞實の審査を犠牲にして自白の取消を餘りに甚しく困難ならしめるものである。新民事訴訟法は須らく、取消の影響をば「一切の事情を注意深く考慮することを旨とする裁判所の裁量」に屬せしめることとして居るオーストリア民事訴訟法第二百六十六條の規律 (註一三八) か、又は「當事者の一方が或る事實を錯誤に因つて自白したること又は相手方の有責なる施爲に因つて爾く自白するに至らしめられたるものなることを疏明したるとき」は、當事者の一方は「己れの自白を取消すことを得」るものであるとなつて居る、一九一八年七月七日のスウキスのベルン州民事訴訟法第二百十六條の規律か、二者何れかの間に選擇を行つて然るべきであつたと思ふ。

(註一三七) 拙著學證責任論三〇二頁、三〇三頁。Arch. Ziv. Prax. 94, 51 ff. を參照。
(註一三八) Pollak, Judicium 2, 50/1 を參照。

二 推定 草案の第二百七十五條も亦文字段落其の儘現行法の第二百九十二條と一致して居るのであつて、従つて推定 (Vermutung) と云ふことは獨り事實について存するのみに止まるも

のではなくて、権利の存否についても存するものであることに注意を拂つて居ない（例へば民法第八百九十一條、第九百二十一條、第一千六條、第一千三百六十二條、第一千五百二十七條、第一千九百六十四條、第二千三百六十五條を參照）。されば第二百七十五條中では「事實」の次に「又は権利」と云ふ語辭を挿入するか、或は「事實の存否」の次に「権利に關して」と語辭を挿入して然るべきだと思ふのである。

第二款 個々の證據方法

個々の證據方法に關しては左の諸件を述べて置きたい。

一 檢 證

檢證 (Beweis durch Augenschein) の場合にあつては草案が身體檢査 (Körperliche Untersuchung) を認容するの義務を認めることを拒み (理由書三三二頁「譯書二一〇頁」)、舉證者の相手が檢證を実施するのに必要な協力を拒んだ場合 (第三百七十條第二項) については、裁判官の自由心證を指示する丈で足るものとしたのは、至當なことであると思ふ。此の規定は全然十分なるものであり、且又今日既に通説である見解と合致するものである。此の規定は第四百一條第二段に於て鑑定に由る立證に適用あるものと宣言されて居り、此の場合にあつては例へば血液檢査の場合などに實際的となり得るものである。

二 人 證

(1) 人證に代ふるに書證を以てすることを得ず。

草案は法律行爲の内容に關する人證 (Zeugenbeweis) に代へるに書證 (Urkundenbeweis) を以てしやうとする提案は取上げることをしなかつたのであるが、それについての理由書の辯明する所 (理由書二七二頁「譯書六三頁」) には賛成せざるを得ないものと考へられる。リュベック市で開催された第三十六回獨逸法曹大會も同じ見解を生じて居るのであつて、報告委員ドクトル・カンの提案に従ひ、實體法上形式を必要とする法律行爲の範圍は取引の通念を斟酌して擴張すべく、また商行爲をば普通の民事上の法律行爲よりも遙に廣汎な範圍に亘つて、形式の強制から免れしめて居る原則は緩和すべき旨を決議し、正確でない又は完備して居ないと當事者側の自稱して居る意思表示の錄取についての舉證、竝に普通の用語法と異つて居る證書の文言についての舉證は例外としてのみ裁判所に認めさせることとしやうと云ふ見解に賛成の意を表明した (註一三九)。此の第一の點は立法者に向けられたものであつて、恐らくは其の傾聽する所となるであらうと思はれるのであるし、第二のものは今日既に裁判所の實際と大審院の理解に充ちた協力とに由つて、實行に移すことが出来るものである。

(註一三九) 第三十六回獨逸法曹大會の議事録 (Verhandlungen des 36. DJT., Bd. 2, 1932, S. 651 ff., 688, 730/1)。

けれども草案は第九十五條後半の訴訟費用に關する規定を以てして間接的に證書作成の強制 (Urkundenzwang) を実施しやうとして居るのであつて、即ち草案は、事情上訴訟の目的物を成す法律行為に關して證書を作成することを期待し得べかりしに拘らず、勝訴した当事者が之を作成することを懈つた廉を以て、又は不完全若は不明確の録取を生ずるに至らしめた廉を以て、訴訟費用の一部を勝訴した当事者に負擔せしめるの權を裁判所に與へて居るのである。だがわたしは此の規定とは仲好しにはなれない (註一四〇)。法律行為が法律上不要式であるに拘らず當事者の一方に向つて、それについての證書を作成することを期待することが出来ること云ふのは一體如何なる場合に於てのことなのであるか。相手方も亦當該の約定を證書に作成すべき理由を持つものではなからうか。且又逆に、敗訴した相手方は法律行為の成立を否認することに因つて口頭の約定についての證據調を行ふの餘儀なきに至らしめたものであるが、其の否認は不實であつたことが明白となつたことであるから、此の敗訴した相手方こそそれについての訴訟費用を負擔するに値するものであると云ふことは出来ないものであらうか (註一四一)。加之第九十五條は、證書を作成することに因つて争が避け得られたであらうと云ふことを表明して居ない程度に於ては、其の法文は宜しきを得たものと稱することは出来ない (註一四二)。

(註一四〇) 此の第九十五條の規定に對しては、わたしの知つて居る限りに於ては、批評家と云ふ批評家がすべて反

對して居る。Baumbach, DJZ. 1931, 1472; Bunge, DJZ. 1932, 201; Goldschmidt, JW. 1931, 2447; Hellbrunn, Judicium 4, 37/8; Held, JW. 1931, 3502; Kann, Verh. des 36. DJT. Bd. 2 S. 655; Reinberger, JR. 1932, 74を參照。是等の學者の説に倣はない者としては只 Langenbach, JW. 1932, 629 及びそのみに過ぎない。

(註一四一) Kann, a. a. O. はかくの如く云ふ。

(註一四二) わたしはバウムバッハの提案 (Baumbach, DJZ. 1931, Sp. 1472) が、裁判所の自由な裁量上勝訴した

當事者が其の行動に由つて訴訟費用を無益に増大せしめた場合に於ては、勝訴した當事者にも訴訟費用の一部を負擔せしめるの權を一般的に裁判所に與へて居るの方が遙に優つて居るやうに思はれる。之に由つて第九十五條の規定は無用となるであらう。之に類似の提案は一九二八年當時控訴院判事コルレル (OLGR. Correll, DJZ. 1928 Sp. 1605) が既に行つて居るのである。

(2) 證據調の直接主義を現行法に於けるよりも遙に徹底的ならしめやうとする草案の努力は、將來の訴訟にとつて非常に重大な意義を有することである。即ち證人は訊問の地が受訴裁判所の管轄區域外に在り、且證人を現地に於て訊問することが眞實を確める上に有益であるか若は證人が裁判所に出頭することを必要としないとき、又は證人が出頭を妨げられたか若は受訴裁判所から餘りに遠方に隔絶して居住して居るときでなければ、受託判事を通じて訊問することは許されないのである (第三百七十三條第一項)。また地方裁判所の手續に於ては證據調は、其の法廷内で行ふことを必要としないときでなければ受命判事に委任することは許されない (第四百六十七條第一項第一段)。従つて證人訊問は第三百七十三條の場合に於てのみ行は

れるものである。かやうな次第であるから受命判事を通じてする證人の訊問は、證人が受訴裁判所（地方裁判所及び第二審に於て控訴院）の管轄区域内に居住して居る場合に於ては、大多數の場合に於て實際上不可能たらしめられる次第である。曩に本章第一節「一〇」第二款四(4)で既に論じた、地方裁判所では例外としてのみ單獨判事に證據を調べしめることとして居る規定（第四百七十條第二項）はかやうな規律に照應するものである。

理由書二八一頁、二八二頁、特に三四一頁、三四二頁が直接受訴裁判所の面前に於ける證人訊問の必要について述べて居るのは、誠に卓見と云ふべきであつて、之に對して辯駁すると云ふことは全く出来ないことである。即ち證人の供述の内容が受命判事若は受託判事の調書を通じてしか受訴裁判所に到達されないとしたら、證據判斷 (Beweiswürdigung) にとつて缺くべからざる必要である所の、證據調の經過竝に内容の直接の印象と云ふものは、受訴裁判所にとつては決して得られない。匆卒の訊問の間に於て證人の供述を正確に、且明瞭であつて曖昧な點のない文句に於て再現することの困難である爲に、結局は證人の訊問調書が往々にして誤解せられ、假に證人が現に受訴裁判所に出廷して居るとすれば全然必要はない筈の解釋上の技術をも、施すことを餘儀なくされると云ふ結果を來すこととなるのである。加之證據調の直接主義と云ふことは訴訟促進にとつて必要缺くべからざる手段に屬するものである（此の點について

は曩に本章第三節「一二」で論じた所を参照）。蓋し理由書三四一頁（譯書二三〇頁）も至當に喝破して居るやうに、受命判事を通じて爲す證據調に「伴つて辯論と、證據調と、證據調の結果についての辯論とが分裂すると云ふことは、訴訟の進行を遅延せしめるについての主たる原因の一つたるものである」からである。加之證據調の直接主義を徹底的に助長勵行すると云ふ方法に由る以外には、訴訟上の虚言 (Pronessige) の傾向を有効に取締ることは全然出来ない。蓋し證據調の際に於ける眞實の確認と云ふことは嘘の主張と踵を接して行はれるのであつて、當事者にとつては此の確認は、主張の爲された後大分經つて初めて證據調が行はれ、證據調についての辯論迄には更にまた長い時日を経過して、己れの行つた證言の潑刺とした印象の代りに、上手に書かれて居ない調書に於て多少にまればつきりした證言の文句を存すると云ふ場合に於けるよりも、當事者にとつては遙に苦痛たるものであるからである。オーストリアの民事訴訟に於て、また勞働裁判所や刑事裁判所の手續に於て、證據調の直接主義の嘗めた經驗は、何れも極めて明確に其の長所をたゞへ、従つて受訴裁判所が事實關係を解明する爲の最善の手段であり、それを完全に闡明する爲の唯一の手段である。われとわが身を親しく證人を訊問すると云ふ方法を蔑視して、其の昔世界大戰の當時われ／＼の由つて以て生命を繋ぐべく餘儀なくされたあの代用食料品よりも、數等粗惡な代用品を以て満足して居るのに驚くの外はな

いのである。證言の價値の少いことについての意見は、現行の手續に於て普通に行はれて居る證據調の間接であることに立脚するものであつて、それは新民事訴訟法が證言の直接主義を實現した曉には、是正されるであらう所のものに屬する。

之に對して非常に遺憾に堪へないのは、實際家が随分と、第四百六十七條第一項の規定を以て廣汎に失するものとして、また到底實行の不可能であるものとして排撃して居ることである（註一四三）。だが他の一面に於て喜ばしいのはベルリンと云ふ、あの大規模な裁判所を擁し、其の裁判所は大抵過重の負擔に喘いで居るあの大都會の法律家達が、恰もまた第四百六十七條の規定に賛成である論者であると云ふことである。それは大學教授のゴールドシュミット、裁判官のビューシエル、辯護士のエー・ウオルフの諸氏であつて（註一四四）、是等の人々は特別の専門知識と經驗とを豊富に具へて居ることであるから、其の判斷には非常に重きが置かれる次第である。曩に本章第三節「一二」で訴訟手續促進の處置を論議するに當つて指摘したのであるが、裁判所がわたしの右に提案した所に従つて處置を爲し、特に草案第二百三十六條に従つて口頭辯論の爲に證據方法を用意し、刑事訴訟に於けるが如く辯論を一つの期間に於て實施することとするならば、今日のやうに期日の累積し、また訴訟資料と證據資料との分裂が仕事を増加させるのに較べて、當事者の口頭の演述や證人の訊問にとつて十分な時間が裁判所にとつて

提供されるに至るものであらう。若しオーストリアの裁判官が一八九五年以來成就して非常な効果を收め、辯護士と云はず當事者と云はず舉つて其の効果を認識するに於て衆口一致して居る所のものを、わが獨逸の裁判官がやつてのけることが出来ないことあつては、それは獨逸の裁判官のいとも情ない無能の證據と云ふの外はあるまい。されば證據調を直接的に形成すると云ふことはわが國でも吃度成就出来るに違ひない。蓋し此の證據調こそ一般の判斷上功を收める見込のある唯一の手段たるものであり、眞實を確めるの道を保證する唯一の方法たるものであり、それに由つて裁判の改善、従つてまた手續の促進にも役立つことが出来る次第だからである。

（註一四三） 是はカン（Kann, Vossische Zeitung vom 3. September 1931 Nr. 205）、フライザア竝にギェンテル（Preiser und Günther, JW. 1931, 2438 und 2446）、ラインベルゲル（Reinberger, JR. 1931, 91）などの諸氏の唱道する所である。之に對する駁論として非常に適切なのはフォルクマール（Volkmar, Judicium 4, Sp. 97/99）の如し。

（註一四四） Goldschmidt, JW. 1931 S. 2416; Püschel, JR. 1932, S. 61; E. Wolf, Judicium 3 Sp. 390 ff.

けれども獨逸の裁判官の不承不承である場合にあつては證據調の直接主義は、草案がそれを規定するよりもつと遙によく保全される必要がある。一八七七年の民事訴訟法第三百五十五條も草案第三百五十八條に於けると同じやうに、受訴裁判所の面前に於ける證據調を要求した

ものであるが、裁判所は受命判事又は受託判事を通じて證人を訊問せしめること次第に多く、竟には専ら其の方法に於てのみ證人を訊問せしめたものである。其の理由は現行法第三百五十五條第二項が、間接の證據調を命ずる決定に對しては不服を申立てることが出來ないものと宣言して居るからである。草案第三百五十八條第二項も同じ規定を包含して居るものであるが、われ／＼が現行法第三百五十五條と同じ經驗をしないでも濟むやうに、此の規定は削除して了ふことを必要とする。オーストリア法もかくの如き規定は設けては居ない（第二百七十七條第四項參照）。更に第三百七十三條第二號及び第三號は尙餘りにも行き過ぎた方法で、受託判事をして證人を訊問せしめる權能を受訴裁判所に與へて居る。證人の單なる（また一時的のものたりとも）差支や其の受訴裁判所から隔絶した地に居住することなども、今日の交通機關の發達に顧みるときは——特に比較的大きな目的物を有する訴訟に於ては——其の訊問を他の裁判所に委任する理由たることを餘儀なくせしめるものでは全然ないのである。此の場合にあつてもオーストリア法の第三百二十八條第一項第二號及び第三號は模範となり得る。此の規定に依ると、判決裁判所の面前に於てする證據調に著しい困難を伴ふとき、又は判決裁判所の面前で證人を訊問するに於ては不釣合に多額の費用を必要とするに至るべきときには、受命判事又は受託判事を通じて證人を訊問することが出來るのである。尙オーストリア法の第三百二十八條

第四號は證人の差支ある場合をも規定して居るのであるけれども、併し此の場合は第二號（著しい困難）に由つて十分包有されることが出來やう。

受託判事に由る證人の訊問を制限するのも、實際また司法の改善に役立つものである。受託判事はどう云ふ點が大切なのであるかをよく通知されて居ないし、己れは其の事件について判決を言渡すことを必要としないのであるから事件についての關心は薄いし、自分自身恐らくはまたさなきだに重い事務の負擔を負ふて居ることであるから、證人を訊問して其の恐らくは決定的である證言を調書の上で確定すると云ふ任務には、餘り適當しないのである。何れにしても事務章程は、遠方に離れて居住する證人たりとも、よしんば當事者の一方たりともそれを申請し、事情に由つては、増加費用を負擔する用意のある場合には、受訴裁判所の法廷に於て訊問せんことを裁判所に勸奨し（オーストリア法第三百二十八條第四項參照）、事實關係が餘りに甚しく簡單でなく、記録から丈では直ちに明白とはならない場合にあつては、オーストリアの訴訟の上で一般に行はれて居るやうに（一九三〇年三月五日の事務章程第六十一條の一）を參照）、囑託書（Ersuchungsschreiben）に事實報告書（Sachbericht）を添付して、それを見れば證人訊問の際裁判所にとつて肝要なのはどの點なのであるか、受託判事に判るやうにする處置を執ることを裁判所に命じて然るべきだと思ふ。

(3) オーストリアの學者は第三百七十六條に對して懸念を挿んで居るのであるが(註一四五) わたしは執らない。書面を以てする報告で事は足り、證人に裁判所の面前に出頭するの勞を省いてやることの出来る場合は澤山ある。之に反して證人が書面に認めたもの (schriftliche Anserkung) を指示して、それを自分の「證言」であるとして交付すると云ふ、近頃頻繁に行はれるやうになつて來て居る現象に對しての草案の態度には、わたしは遺憾である。此の(成る程極めて便利ではあるが)手續に對しては重大な懸念の存するものがある。わけてもポラックの報告して居るやうな、當事者の一方の辯護士が證人の陳述書を作成したと云ふやうな場合に於て特に然りとするのである(註一四六)。されば新民事訴訟法(第三百九十四條の第三項として)又は事務章程は、裁判官が當該の書面の來歴を検討し、其の内容について證人と熟談し、若し意義の曖昧であり、不明確であり、又は不正當な點のあつたときは證人に問を發してそれ等の瑕疵を除去することを必要とする旨を規定して然るべきだと思ふ(註一四七)。

(註一四五) Pollak, *Judicium* 3, 304.

(註一四六) Pollak, *Judicium* 4, 71/2.

(註一四七) 此の點については拙著教科書第二二二節IV 4 四〇九頁參照。

(4) 所謂偽誓病 (Meineidsucht) を撲滅する爲に、草案第三百八十八條は勞働裁判所法第

五十八條第二項に倚據して、證人は裁判所が證言の意義を斟酌するに於て、又は眞實に合致した證言を招來する爲に、宣誓せしめるの必要があるものと認められる場合でなければ宣誓せしむべからず、此の場合にあつても當事者双方が宣誓を拋棄したときにあつては、宣誓を爲さしむべからざるものと規定して居る。リュネベック市での第三十六回獨逸法曹大會は檢事正ドクトル・シュツルムの報告に基いて類似の見解を奉じ、證人(及び鑑定人)は裁判所が判決を發見するのにそれを必要であると認めるときでなければ、宣誓せしむべからざるものと決議して居る。此のテーゼは草案のそれよりも恐らく一層優れて居るものである。即ち其の中には證人が大切でないこと又は明白に不實なことを證言した場合に宣誓を爲さしめることを見合はせる裁判所への授權と、宣誓を判決の發見にとつて大切である證言の部分丈に制限する裁判所への義務の負課とを存するものである。後者は獨逸法曹大會が、具體的の場合に證言中の重要でない部分、例へば證人の年齢や證言された事實の場所又は時日に關する報告の如きものが宣誓されることを必要としないやうにする爲に、明瞭に言明して居るのである(註一四八)。

(註一四八) Verhandlungen des Deutschen Juristentages, Bd. 2 S. 638 ff., 733/4.

宣誓を證言中の重要な部分丈に制限すると云ふことは、非常に歡迎すべきことであるが、併し提案されて居るやうな條件の下に宣誓を見合はせる権限を裁判所に與へて果して然るべきも

のであるかどうかと云ふ一事に至つては、此の點についての要求は極めて汎く普及して居る所であるとは云つても、未だ以て爾く輕々には速断すべきものではあるまいと思ふ(註一四九)。裁判所は大抵の場合、全然何も知らずと自稱する證人又は重要でない事柄丈しか知らずと自稱する證人が不實を供述し、従つて第三百八十八條に依り宣誓せしめられて然るべきものでないのかどうかを判断することは出来ないのを常とするものである。最近刑事専門の一辯護士がわたしに向つて語ることに、自分は一證人の證言の上に己れの辯護の辯論を構築した所、此の證人は豫審に於ては自分の訴訟依頼人の利益に於て證言を爲したにも拘らず、公判に於ては被告人に重い罪を負はせて了つた。其の前の證言と異なる理由を尋ねた所が證人は答へて、豫審では無宣誓の訊問であつたから被告の不利益になるやうなことは云はなかつたけれども、公判では無宣誓の強制の下に在ることであるから本當のことを語らざるを得なかつたと云つたと云ふ。此の例で見ると、現代の宣誓廢止運動なるものは、證言の眞實性に及ぼす宣誓の勢力と云ふものを十分評價しては居ないのであり、われ／＼は草案第三百八十八條に由つて行はれて居るやうに、爾く容易に證人の證言の宣誓を抛棄すべきものではないことが判る。勞働裁判所の手續に於ける經驗は、移して以て刑事訴訟法にあてはめることが出来ないやうに、民事訴訟法にも無雜作に移して考へる譯にはいかないものであらうと思はれる。

(註一四九) 草案第三百八十八條に對する懸念を表明して居るのは、ポラック並にゲルランド(Pollak und Gerland, *Judicium* 3, 303/4 und 313)の二氏である。

草案第三百七十六條ではまた、第三百八十八條が證言の宣誓を許して居る場合でなければ、宣誓に代る保證(Versicherung an Eides Statt)を必要たるものとすべきではあるまいと思ふ(註一五〇)。

(註一五〇) Reinberger, JR. 1932, 90 を参照。

(5) 第三十六回獨逸法曹大會はカンの提案する所に従つて、人證の方法論(die Methodik des Zeugenbeweises)を従来よりも一層保護奨勵せられんことを要求した。此の點にかけても事務章程は決定的の刺戟や鼓舞を興へることが出来るものと思ふ。此の點について第三十六回獨逸法曹大會の席上に於けるカンの所論は、それについての絶好の道しるべを包含するものである(註一五一)。

(註一五一) Verhandlungen des 36. DJT, Bd. 2 S. 666 ff., 734.

三 當事者本人の訊問 草案が當事者本人の宣誓(Parteieid)の制度をば、其の當事者の要求した所のものたる裁判所の命じた所のものたることに論なく、當事者本人の訊問(Parteivernehmung) (第四百三十四條乃至第四百四十五條)に代へて了つたのは、喜ぶべき一進歩を見

せて居るものと云はなければならぬ(註二五二)。是で草案は、イギリス、北米合衆國、オーストリア、スウエーデンのチューリッ州、日本、ハンガリー、デーンマーク、スウエーデン及びノールウェー等澤山の外國法の仲間入りをした譯で、是等の諸國の訴訟法たる、其の細目の點に至つては素より當事者本人の訊問を規律する上に於て随分と様式を異にするものがあるとは云へ、すべての訴訟關係者の一致しての見解上至極のいゝ結果を收めて居るものである。だが其の心理的に最も精緻な發達を遂げて居るのはオーストリア法である。蓋しオーストリア法は、イギリスの模範に立脚して居る一八七三年四月二十七日の少額手續法 (Gesetz über das Begehrenverfahren) の、嘗めた經驗を利用することが出来たからである(オーストリア民事訴訟法第三百七十一條乃至第三百八十三條)。オーストリア法では當事者本人の訊問は申立に由つても命ずることが出来れば、また職權を以ても命ずることが出来る(第三百七十一條第二項)。原則としては當事者双方は、當事者の一方が係争の事實について全然知識を持つて居ない場合は別として、先づ無宣誓を以て訊問されるのであり(第三百七十一條第一項、第三百七十四條、第三百七十六條)。然る上で裁判官の心證を造る上に尙必要である以上は、當事者の一方を宣誓の上で訊問するのであるが、其の何れの當事者を選択するかにとつて標準となるのは、どちらの當事者の方が事實の知識を有することより深く、また信憑性を有することより大

であるかと云ふことである(第三百七十七條)。證據調の直接的であることには特に極めて大きな注意が拂はれてある(第三百七十五條第二項)。證言の爲又は宣誓の爲には出頭の強制は用ひない。證言又は宣誓の拒絶の意義に關しては自由な心證に従つて裁判する。當事者が證言を拒絶するの權利を有するのは證人に於けると同様である。只問に答へることが直接の財産上の不利益を結果として招來する虞のある場合は例外となつて居る(第三百八十條第一項)。だが併し當事者本人の訊問は補充的の制度たるものであつて、換言すれば證據が他の方法を以ては擧げることの出来ない場合、又は他の證據方法を使用することの不可能である場合でなければ、當事者本人の訊問は行はれないのである(第三百七十一條第二項)。此の當事者本人の訊問の補充的の性質は内面的には是認することは出来ないものであつて、オーストリアでもいろいろの方面から攻撃されて居る所なのであるし、またイギリスやスウエーデンのチューリッ州やデンマークなどの諸法、竝に是等の諸法に倣つて立法された諸法にはかくの如き補充的の性質は認められては居ないのである。蓋し宣誓の上たると無宣誓たるを問はず當事者本人の訊問が裁判官の自由な心證の下に服せしめられるのであるとすれば、何故それを反證を擧げる爲にも役立つことを得しめるやうにはしないのであるか、解することは出来ないからである。且又他の證據を調べて了つた後に至つて初めて當事者本人を訊問して、以て今迄の證據調の結果に對し

て當事者本人をして意見を述べしめることが出来るやうにすると云ふのは、随分事宜に適した
ことであるかも知れないには相違ないけれども、もつと早く當事者本人を訊問すると云ふこと
が適當である場合もそれと同じ程度に随分ある。否、寧ろそれよりも此の方が多いのである。
況んや成るべく早く當事者本人を訊問すると云ふことは訴訟促進の一手段たるものであつて、
其の他の證據の中には當事者本人の訊問に由つて無用たらしめられることのあるものも随分多
々あるに於ておや。従つて何時當事者本人を訊問することゝすべきかの問題を決するの權は、
裁判長の訴訟指導の權限に一任することゝするのが適當であらうと思ふ。第三十六回獨逸法曹
大會の如きも、かくの如き補充的性質を撤廢せんことを要求したのである(註一五三)。

(註一五二) 以下述べる所については第三十六回獨逸法曹大會の席上に於けるわたしの報告 (mein Referat auf dem

36. DJT, Verhandl. Bd. 2 S. 670 ff.) を参照。尙 Gerhand, Judicium 3, 309 ff. を参照。

(註一五三) Verhandlungen Bd. 2, S. 734.

草案はオーストリア法に比較して改善されてある點を唯一つ丈見せて居る。即ち草案は當事
者本人の供述を拒絶する原因の評價を裁判所の裁量に一任することゝして(第四百三十五條)、
證人が證言を拒絶することを得べき原因を此の場合の標準たるものと宣言しては居ないのであ
る。併し其の他の點に於ては草案はオーストリア法に比較して全然何等の進歩をも示しては居

らず、寧ろ多くの點に於て其の後塵を拜して居るに過ぎない。

(1) 即ち草案も當事者本人の訊問を以て補充的の性質を有するものとする見解を奉じ、當事
者の一方が「己れの責任に屬する證據を他の證據方法を以ては完全に擧ぐることを得ざるか、
又は他の證據方法を提供せざりしとき」でなければ當事者本人の訊問を許さず(第四百三十四
條第一項)、また「裁判所が反對の事實の立證ありたるものと認むる事實については」當事者
本人の訊問を許して居ない(第四百三十四條第二項)。併し曩に述べたやうな理由に因り宜し
く第三十六回獨逸法曹大會の決議に従つて此の補充的性質を撤廢すべきである。さうすれば草
案第四百三十九條第二項の規定もいらなくなる。

(2) 草案に依ると、當事者本人の訊問の行はれるのは原則として舉證責任負擔者 (Beweis-
lastträger) がそれを申立てたときに限ることになつて居る(第四百三十四條第一項)。果し
て然らば相手方は常に訊問されるけれども、舉證者 (Beweisführer) は當事者の一方がそれを
申立て、相手方がそれを承諾したときでなければ訊問はされないことゝなる譯である(第四百
三十六條)。裁判所は現行法上で裁判官の命ずることになつて居る宣誓を命ずることの出来る
條件の下にのみ、即ち「辯論及び其の或は行はれた證據調の結果が立證せらるべき事實の眞否
についての己れの心證の根據となるに足らざるとき」に限り、職權を以て當事者の一方又は双

方の訊問を命ずることが出来るものである。併しかくの如き規律は極めて不適當たるものであつて、由來當事者本人の訊問にはあてはまらないものであるのをも顧みず、宣誓に關する規定から踏襲されたものである。第三十六回獨逸法曹大會は、當事者本人の訊問についてはオーストリア民事訴訟法の模範を推稱し(註一五四)、前記の規律に對して反對の意を表明して居るのである。

(註一五四) Verhandlungen Bd. 2 S. 734 を參照。

舉證の責任を負擔する當事者でなければ相手方の訊問を申立てることが出来ないのだとするなら、其の訊問も申立人の舉證の責任に屬する主張丈に限定することを必要とするのが合理的である。けれども第四百四十條に依り適用することの出来る第三百九十四條の規定に依れば、相手方は其の訊問事項につき其の知れるものを牽聯して供述せしめられることになつて居るのであるから、舉證の責任を負ふ當事者が舉證の責任を負擔することを必要とするか、それとも相手方が舉證の責任を負擔することを必要とするかに従つて、區別を立てると云ふことは原則として全然不可能であるのを常としやう。そこで相手方が己れの舉證の責任に屬する事實までも「牽聯して」報告したら、相手方は中斷させられることになるのであるか。それとも相手方の證言は其の程度に於ては斟酌しないことにするか。且又當事者の一方が訊問されると

云ふのも極めて事宜には適しないことである。當事者双方を訊問し、かくの如くにして係争事實を比較對照して精査すると云ふことこそ事實關係を解明する上に決定的の意義を有することであり、當事者は事件が一定の結果に終ることにつき利害の關係を有する所から、或る程度の影響は被り易く、従つてまた決して信憑に値する證人たることは出来ないこと云ふ、當事者本人の訊問に免れることの出来ない缺點を補正する所以の手段でもあるのである。だが所詮は裁判所にも、係争の主張の眞實であることにつき何等の證據も提出されない場合にあつても、當事者本人を訊問するの自由が許されてあつて然るべきであると思ふ。特にわれ／＼の提案する所に従つて此の制度の補充的性質の撤廢される場合に然りとする所である(1)に説いた所を參照)。

されば第四百三十四條、第四百三十六條、第四百三十八條、第四百三十九條の諸規定の代りとしては只、

「係争の主張の證明は當事者本人の訊問を以ても爲すことを得。裁判所は當事者の一方の申立に由り又は職權を以て訊問を決定することを得。

當事者の訊問の決定せられたる辯論に於て當事者を訊問すること能はざりしときは、證據決定を通知して當事者本人を呼出すべし」

と規定する丈で事は足りる。

第二項の法文は第三百六十二條第一項との一致を求めるものである。現行法第三百五十八條の法文は草案第四百三十九條第一項第二段に於て反覆されてゐるのであるが、前掲の第二項の法文の構成は現行法第三百五十八條より遙に優つて居るのである（後出本節「一四」第三款一参照）。

(3) 當事者本人の訊問の制度は、それが判決裁判所自體の面前で行はれないことには其の目的を達成することは出来ない。草案も亦此の見解を奉ずるものであるが、併し第四百四十條を以て證人訊問につき設けられてある第三百七十三條の規定を適用するものと宣言することに由つて、餘りにも廣汎な範圍に亘つて受託判事を通じての當事者本人の訊問を許して居るのである。それから見るとオーストリア民事訴訟法第三百七十五條第二項第三段が、「當事者自身の出頭に超ゆべからざる障礙の妨げあるか、又は當事者自身の出頭が不釣合に多大の費用を惹起するの虞あるとき」でなければ、受託判事を通じての當事者本人の訊問を許さないと規定して居る方が遙に事宜に適して居る。わたしは新民事訴訟法に於てもかくの如き處置を執るべしとする意見である。

(4) 第四百三十五條は當事者の一方が證言を拒絶したか、又は裁判所が要求したにも拘らず

陳述を爲すことをしない場合を裁判所の自由な裁量に屬せしめて居る。併し訊問された當事者が宣誓をすることを拒んだとき（此の點については草案中には規範を缺いて居る）、又は訊問の爲若は宣誓の爲に定められた期日に出頭しないときにも同じ處置を執る必要がある。宣誓法（Eidesrecht）から踏襲した草案の第四百四十二條、第四百四十三條、第四百四十四條（現行法第四百六十五條乃至第四百六十八條を参照）は事宜に適しない規定であるし、また不必要な規定でもあつて、當然削除されて然るべきである（註一五五）。オーストリア法もかくの如き規定を設けては居ないが、別段それを必要とするやうな事情も生じはしないのである。

（註一五五） 同説（Gerland, *Judicium* 3, 319.

第三款 證據手續

一 證據調に關する總則

「證據調に關する總則」（第三百五十八條乃至第三百九十六條）は二つの革新を包含するものであるが、其の何れも歓迎すべき革新である。其の一つは證據調が決定された同じ辯論中でそれを實施することの出来ない場合でなければ特別の證據決定は必要でないと云ふ趣旨が、現行法第三百五十八條に於けるよりも遙に明確に規定されて居ると云ふことである（第三百六十二條第一項）。區裁判所判事又は裁判長は草案第二百三十六條に依り原則として既に口頭辯論

に於て證據方法を用意すべきものなのであることを斟酌するときは（本章第三節「一二」に論ずる所を参照）、將來は特別の證據決定は極めて稀にのみ見る所となるであらうと思はれる。更に一つは第三百六十七條に由つて、受託判事が己れの面前で行はれる證據調の機會に生じた争の裁判を受託裁判所に一任することを欲しない場合に於ては、みづから此の争を裁判する權限が受託判事に與へられて居ることである。此の規定は訴訟の促進に役立つことが出来るのであつて、従つて事宜に適するものである。

第三百五十八條中に規律されて居る證據調の直接主義に對しては、既に本節「一四」第二款二(b)で意見を示した。

二 證據保全

(1) 證據保全は「即時に證據を調べることが事實關係（註一五六）の完全な解明を保全する爲に必要と認めらるゝ」ときにあつても許されるものと宣言されてある（第四百五十二條）。例へば交通事故の場合に於けるが如し（理由書三三八頁「譯書二二四頁」）。此の擴張は結構なことであると思ふが、併しわたしとしてはもつと擴張して此の證據調が訴訟を避けるのに役立つことの出来る場合にも及ぼすことゝし「必要と認めらるゝとき」の字句の次に挿入すべき

「又は當事者間の訴訟を豫防するに適當と認められたるとき……」

とでも云ふやうな字句を以てしてそれを表明したいと思ふのである。

（註一五六）第四百五十二條には此の「事實關係」の語の上に「當事者の間に争のある」と云ふ字句が置かれてあるのであるが、それは不必要であるので、須らく削除されて然るべきである。

證據保全と云ふ制度の訴訟を妨止する作用は、わが國ではまだよく知られては居らず、又は利用されては居ないのであるが（註一五七）、それでも争が當事者の何れか一方の主張の眞否をめぐつて行はれて居るのであるに過ぎない場合に於ては、證據保全に由つて係争の事實に関する當事者の證據を取調べる事が出来、それに因つて事實關係が解明されることゝもならば、正式の訴訟は避け得られることが多々あるのであらうと思はれる。所が現在の所ではかくの如き場合に於ける證據保全は相手方の承諾に繋らしめられてあるのであつて、然も此の承諾は相手方の認識不足の致す所として與へられること稀に、司法行政の最高官廳すらもが大抵は之を拒むのが常なのである。そこで提案に係る擴張はこの相手方の承諾を無用ならしめやうとするものであるが、若しそこまで決心することが出来ないと思ふことであれば、少くとも訴訟豫防の爲に訴訟費用に關する一つの規定を設けて、證據保全に由つて訴訟を豫防することが出来るものと考へられる場合には、證據保全を求める相手方の申立に承諾を與へることを拒んだ當事者に、訴訟に因つて生じた増加費用を負擔せしめることゝする提案をしたいと思ふ。

(註一五七) 拙著教科書第一一八節一三九七頁參照。

(2) 證據保全は從來同様檢證と、證人竝に鑑定人の訊問の實施に關してのみ許されてあるのであるが(草案第四百五十二條、現行法第四百八十五條)、併し證書や當事者本人の訊問に關しても許すものと宣言されて然るべきであると思ふ(註一五八)。かの一八七四年の民事訴訟法案の理由書が證書の眞否の確證を求め訴に關して、證書についての證據保全の必要を否認して居るのは(註一五九)、一つの錯誤に在つたものであると謂はなければならぬ。蓋し證書の眞正は書面の對照 (Schriftvergleichung) に由つて (現行法第四百四十一條)、換言すれば檢證に由つて證明することが出来る次第であつて、従つて證據保全手續に於ても證明され得るものである。之に反し書證は證書の内容を以ての證明たるものである。草案が證書の眞否の確證を求め訴をもはや認めて居ないことは度外視するも(第二百九十四條)、證書にとつても滅失の危険、又は其の利用が困難ならしめられるの危険は成り立つものであることから云つても、また證據保全の爾他の目的の爲にも證書の閱覽は必要ことがあり得るものであることから云つても、證書に關する證據保全は必要である。證據保全手續に於ては當事者本人の宣誓を徴する譯にはいかなるものであることは、「敢て説明する迄もない」のは、理由書(前掲)の至當に言明して居る通りである。併し乍ら當事者本人の訊問の場合にあつては事態は全然趣を異に

するものなのであるから、第四百五十二條の規定は

「相手方の承諾ありたるときは、當事者の一方の申請に因り證據保全の爲證據調を命ずることを得」

と全然一般的の法文を以て規定を爲すのが然るべきであると思ふ。

(註一五八) 證書の發見された場合に限り原狀回復の訴 (Restitutionsklage) を許すと云ふのも理由のないことである(草案第五百四十六條第九號(b)、現行法第五百八十條第七號(b))。後に至つて愛の手紙が發見されたの故を以て離婚の訴を却下する判決に對し原狀回復の訴を許すのに、訴へられた配偶者の危険な地位を示すに足るやうな寫眞の發見されたの故を以ては原狀回復の訴を許さないと云ふのはどう云ふ理由からのことであるか (R.G. 82 S. 269 f. を參照)。此の點は恐らく辯明は出來まいと思ふ。第五百四十六條第九號(b)は宜しく如何なる證據方法の發見又は承知にも擴張されて然るべきであらうと思ふ(オーストリア民事訴訟法第五百三十條第七號、スウイスのベルン州民事訴訟法第三百六十八條第一號も亦同様である)。

(註一五九) C. Hahn, Die gesamten Materialien zur CPO, 1880, S. 342/3.

(3) 草案第四百五十四條第四號は現行法第四百八十七條第四號と同様、第四百五十二條の革新を斟酌しないものである。此の規定は只

「4. 證據調を是認せしむるに足る理由の説明竝に疏明」とすれば事は足りるのである。

〔一五〕

第六節 控訴手續及び上告手續

本稿に續行するクレエマアの論文中で控訴手續並に上告手續の周匝に取扱はれるのに顧み、本稿では是等の點については只二三の、寧ろ技術的な提案を興へる丈に止める心算である。

一 上訴の合法性 (Stattlathigkeit) と適法性 (Nulässigkeith)

第四百七十二條に於ては、わたしの提案 (本章第一節「一〇」第五款參照) には反して簡易判決手續の存置される場合にあつても、「簡易判決手續に據る判決 (第四百五十九條) を除き」と云ふ字句を削除して然るべきだと思ふ。蓋し簡易判決手續に據る判決に對して不服を申立てることの出来ないものであることは、第四百五十九條第三段からして既に明白となつて來ることであるからである。理由書は簡易判決手續に據る判決と、控訴金額の不足であるの故を以て不服を申立てることの出来ない第一審の判決との間に區別を立て、此の區別を以て第四百七十二條が前なる判決は明示的に除外して居るけれども、後なる判決は除外はして居ないことを辯明して居るのであるが、わたしの見る所ではかくの如き區別は成立するものではない。蓋し理由書に、控訴金額の存否について裁判することの出來るのは控訴裁判所自身以外にはないのであるから、かくの如き (控訴金額の不足であるの故を以て不服を申立てることの出来ない) 判

決は、控訴期間が満了するか又は提起された控訴が不適法たるものとして棄却された場合に、初めて既判力を生ずるに至るものであると云つてあるのは (理由書三五九頁「譯書二六八頁」を參照)、謬りである。何となれば此の議論は控訴が「それ自體許されてある」 (an sich stathhalt) と云ふこと、「法定の期間内に法定の形式を履んで提起され、理由あるものとして」適法である (zulässig ist) と云ふこととの區別を看過して居るからである (第四百八十五條第一項)。

控訴が時機に後れたか、又は適式に提起されなかつたか、又は理由が無いと云ふの故を以て不適法として棄却された場合にあつては、既判力は常に控訴期間の満了と同時に發生する。蓋し上訴が既判力の發生を阻止しなかつたことは棄却に由つて確認される次第だからである (註一六〇)。併し控訴金額の不足であるの故を以て控訴の棄却された場合にあつては、それで控訴の「許すべからざるもの」であること、従つてまた既判力は判決の言渡と同時に既に發生したものであることが確認される次第である (註一六一)。従つて既判力の發生する時期に關しては、簡易判決手續に據る判決と控訴金額の不足なるの故を以て不服を申立てることの出来ない判決との間に、區別は全然成立しないのである。

(註一六〇) Stein-Jonas, ZPO, Anm. II 2 Abs. 2 zu § 705, 拙著教科書第一五三節 II b 八五—一五頁參照。

(註一六一) Stein-Jonas, Ann. II I bei Note 7 zu § 705. 拙著教科書第一五三節II a 末尾、五一五頁、RG. 13, 355 参照。

二 先決的裁判

草案第四百七十四條(現行法第五百十二條)も草案第五百十條(現行法第五百四十八條)も何れも共に、獨立して不服を申立てることの出来る中間判決並に留保判決のやうに、上訴に關して終局判決と看做される先決的裁判(Vorentscheidung)も亦、控訴裁判所及び上告裁判所に由る審査から除外されるものであることを斟酌して居ないのである(註一六二)。従つて第四百七十四條と第五百十條とは、

「終局判決に先行する裁判も本法の規定上不服を申立つるを得ざるに非ざるか、又は獨立しては不服を申立つることを得る以上は控訴裁判所(上告裁判所)の判断を受く」と云ふ法文にすることを必要とするものと考へる。

(註一六二) 拙著教科書第一四一節、四七三頁参照。近頃では RG. 136, 277 も亦同様。

三 控訴の抛棄

草案第四百七十七條は現行法第五百十四條に於けると同様亦判決の言渡後に表示された控訴の抛棄を規律して居るに過ぎない。併し其の以前に表示された抛棄の適否に關して疑義の存

するのに顧み、通説たる見解に従つて、判決の言渡に先たち契約を以て控訴の権利を抛棄することを得べき旨を規定するのが適當である。

四 控訴の取下

草案第四百七十八條第二項は現行法第五百十五條第三項に於けると同様、控訴の取下は「上訴権喪失の結果を來す」旨を規定して居るのであるが、通説は此の字句を解して、上訴権は結局失はれて了ふけれども、「上訴の更新の留保」は許されるのであつて、其の結果として此の場合にあつては控訴の取下のあつたにも拘らず、もう一度控訴を提起することが出来るものであるとして居る(註一六三)。かくの如き解釋は——素より現行法の理由書とは一致するものであるとは云へ——上訴権一般の喪失を生ぜしめることに由つて、控訴の抛棄と控訴の取下とを區別しないものであるが、他面假令暗黙の間に於てたりとも上訴の更新の留保を可能ならしめることに由つて、前掲の效力の發生を控訴人の任意に屬せしめるものであることは、今こゝで論ずる必要はない(註一六四)。けれども立法者たる者は一に合目的性の考慮に基いてのみ法律の規定を設くべき筈のものなのであるから、控訴の取下には提起された上訴の喪失を結び付けるに止めて、上訴権一般の喪失と云ふ結果は結び付けないことにするのが適當であるやうにわたしには思へる。従つて第四百七十八條第二項は

「取下は提起せられたる上訴の喪失の結果を招來す」と云ふ法文として然るべきであらう。

(註一六三) RG. Bd. 96 S. 186 ff., Bd. 134 S. 132. を参照。

(註一六四) 拙著教科書第一四一節VI 4 a 四七九頁参照。

五 控訴期間

控訴期間はオーストリア法(第四百六十四條第一項)に於けると同様、二週間丈に定めて然るべきであらう。少くとも區裁判所の判決に對する場合に於て然りとするのである(註一六五)。

(註一六五) 其の程度に於ては Goldschmidt, JW. 1931, 2447 も同説である。

六 上告裁判所に由る本案の裁判

草案第五百三十條第三項(現行法第五百六十五條第三項)は、上告裁判所は如何なる場合に「本案について裁判することを必要とする」のであるかを決疑的列擧の方法で規律して居るのであるが、第五百三十條第三項の第二號が、「裁判所の管轄違であるの故を以て、又は無訴権であるの故を以て判決が取消される」場合を擧げて居るに過ぎないのは、狭きに失するものである。蓋し上告裁判所は訴を不適法として却下することを必要とするすべての場合を通じて、本案について裁判することを必要とするものであるからである。加之第一號に於て實體法

について規定し、第二號に於て訴訟法について規定して兩者の間に區別を立てるのは不必要である。二つの場合を通じて同じことが云ひ得られる次第だからである。だから第五百三十條第三項は

「然れども上告裁判所は、事件が裁判を爲すに熟するときは、本案について裁判を爲すことを必要とす」

と規定するを以て足りるのである。

〔一六〕 第七章 結 論

以上論じた所を以て今度の民事訴訟法草案が現在の形態に於ては到底法律となり得るものではないことを明かにしたものと考へる。わたしの持出した修正案については勿論意見を異にする者があるであらうし、また實際意見を異にする者があらう。けれども草案を周匝に検討して見ると非常に多くの瑕疵や見落しが明白になつて來て、従つて根本的の改造しか問題にはなり得ないのである。

巷間或は傳ふるが如くんば今日の政情に顧み緊急命令を以て此の草案を施行せんとする提案があつたとか云ふ。そんなことは全く問題とはなり得ないことである。わたしの以上の所論は草案のすべての部分を對象とするものですらないが、それでも此のやうな提案の全く不可能であることは明かにし盡したと思ふ。

惟ふに民法典編纂の當時に於ける試験濟の模範もあることであるから、批評の十分出盡した曉を待つて専門家の粹を鍾めて委員會を作り、議會に提出せらるべき民事訴訟法案の終局的な仕上げに著手せしめるのが然るべきであらう。此の委員會に於ては其の外また理由書二四五頁（譯書一〇頁）も豫期して居るやうに、オーストリアとの間の法制の同化の問題についても態度を決すべきであらう。あのフランツ・クラインの傑作である一八九五年のオーストリア民事訴訟法を不斷に參考すると云ふことは、獨逸の法律改正の事業にとつてもひたすら有益であるの外はあるまい。即ち依つて以て草案に於て既に幾多の過誤を阻遏し、多くの進歩を招來することが出来るであらうと思はれる。

第二 クレトマー・一九三一年の民事訴訟法

草案に於ける控訴と上告

ハイルベルグは一九三一年法律週報二四三四頁所載の民事訴訟法草案に對する其の最初の論述に於て既に次のことを指摘してゐる。即ち草案の主要部分は其の字句に於て全く又は些細の修正を加へられただけで、現行法と同一であるといふことである。控訴及上告なる二つの上訴に就いても、草案は原則として現行の法律状態を固執し且些細なる修正を以て足れりとして居り、斯る傾向は概して一九二四年の訴訟法改正法に見受けられるところである。此の訴訟法改正法は「民族と國家の危難に鑑み」一九二三年十二月八日の授權法に基いて發せられたので、其の反對者からは、斯の如き改正法は立法者が暫定的に施行する意圖を有する場合に於ても存置されることを常とするものであるといふ經驗的事實が指摘せられた。此の豫想は裏切られな

かつた。此の授權法に基いて國會及參議院に與へられた命令の廢止を要求する權能は此の命令發布後九年間行使せられなかつた。今や其の内容は新民事訴訟法中に採り入れられんとしてゐる。それ故、草案の理由書が右の改正法の及ぼす影響を記述し且之に對する非難を駁撃することに對して廣いスペースをさいてゐるのは、理解出来ることである。私は此の改正法が訴訟に及ぼす影響に就いて尠なからざる懸念を抱いてゐたが、此の懸念は今日までの所では私の豫期してゐた如き大いさを以ては姿を現さなかつた。私は卒直にこのことを認めるが、併し私は此の際「今日までの所では」といふ語に重點を置かねばならぬ、民事訴訟が主として判事にして此の改正法の施行前に其の養成を終了せる者に依つて運営される間は、其の及ぼす實際的影響は其の全範圍に亘つては認められない。此の改正法以前に行はれてゐた法律状態を全く知らざる判事が出るに及んで、改正法の及ぼす影響に關する懸念が現實に根據なきものであつたか否かと、いふことが示されるであらう。理由書(三四八頁「譯書二四五頁」)も亦斯かる高量の餘地を與へてゐる。勿論、それから引出される、民事訴訟法第五二九條の能爲規定 *Kandvor-schrift* をば一箇の強行法規 *Mussvorschrift* (草案第四九四條第二項) に變更する必要があるといふ意味に於てあるが。

II

上訴手續の形成に付て、一九二四年の命令の核心を爲すのは、控訴審に於ける所謂 *beneficium novorum* 新たなる事實に基いて辯論の更新を求むる權利の峻嚴なる制限であつた。草案理由書の起草者にとつては、草案が終始一貫一九二四年の改正法の歩んだ道を追及せず、且此の權利 *beneficium* を除去するといふことは如何に腹膨れる業であつたかといふことが判かる。人々が完全なる、新たなる事實に基いて辯論の更新を求むる權利 *Novenrecht* を付與せられた控訴に慣れてゐるといふこと、獨逸辯護士界の一致的反對のあること、判事の間に着しい懸念のあること及此の點に於ける現行制度の變行上國會に於ける多數を獲得する見込のないこと(理由書三四七頁「譯書二四三頁」)は如何なる組織的事由でもなくして、主として便宜的事由である。此の際少なくとも獨逸辯護士界の一致的反對のあつたことは、新たなる事實に基いて辯論の更新を求むる權利の除去を熱狂的に信奉する者にとつては正に冷水千斗ともいふべきことであつたであらう。何となれば、辯護士の許に於ては債權者及債務者の利害關係が最も確實に反映されるからである。辯護士は一般に略同數の債權者及債務者の代理をする。従つて、辯護士は其の法律依頼者の心に於て、今日は此の新たなる事實に基いて辯論の更新を求むる權利の恩恵を體驗するかと思へば、明日は其の缺點を體驗するのである。故に、獨逸辯護士界が

一致して新たなる事實に基いて辯論の更新を求むる権利の除去に反對した所以のものは、訴訟當事者の一致的利益が此の *beneficium* なる制度の維持を必要とする爲に他ならないのである。それ許りではない。此の新たなる事實に基いて辯論の更新を求むる権利を更に制限せんとする理由書の主たる論據は理由書そのものから否定することが出来るのである。訴訟法改正法の施行後控訴院の面前に於ける手續の敏速化が行はれたとしても（理由書二六一頁「譯書四二乃至四三頁」）之に對しては地方裁判所の面前に於ける控訴手續に就いての反對の經驗がある以上（理由書二六二頁「譯書四三頁」）に依れば、一九二八年に早くも控訴審の繼續期間に就いては一九一三年と同一の數字が示されてゐるのである）、控訴院の面前に於ける敏速化は改正法に依る控訴手續の變更に歸せられるのではないのであつて、このことは同時に又地方裁判所の面前に於ける控訴手續に就いても言ふことが出来るのである。加之、新なる事實に基いて辯論の更新を求むる権利を制限することに依つて敏速化を圖ることが出来たといふ論證を用ひることは、統計が訴訟の全繼續期間を開示せずして、唯控訴審の繼續期間のみを明示する限り、一方的である。控訴審の敏速化を圖ることに依つて、上告審の救済を求めることが愈々増大するならば、控訴審に於て獲られた敏速化は相殺されるのみならず、訴訟の全繼續期間に不利益なる影響を及ぼすであらう。據つて以て、一九二四年の訴訟法改正法施行後上告の數が比較的

増加したか否かの問題の解答に對する據り所を獲ることの出来る統計資料は私の手許にない。併し、一九二六年の當初に遡る大審院の判例に對する私の記憶にして誤りなければ、上告の數は増加の傾向にあつたのである。或る部分まで茲に問題となつてゐる控訴手續の變更も亦此の現象の原因であるといふことに對する疑では、私個人としては持つてゐない。

最後に、新なる事實に基いて辯論の更新を求むる権利の制限に對する論據として手續の直接審理が阻害されるといふことが持出されるならば、——蓋し第二審裁判所は訴訟關係者たる當事者及證人に對し第一審裁判所よりも場所的により懸け離れた關係に立ち且第一審裁判所よりも廣大なる範圍に於て直接的證據調を見合はさざるを得ない、故に證人自身を見ることなく受託判事の調書に基いて裁判を爲すからであるといふのであるが（三四五頁「譯書二二九頁」）——此の證明は私にとつては、腹藏なく言ふならば、不可解である。控訴裁判所は事實評價の領域に於ては、多かれ少なかれ、第一審の蒐集せる資料を再審査する域内に止まるものであるならば、少なくとも證人に就いて直接的印象を獲る可能性はないのである。但し第一審の全證據調を自己の面前に於て再行する場合は此の限りでない。控訴裁判所は控訴審に於ける新なる事實の主張が許さるべきものなりや否やを顧慮することなく、然かすることを得るのであり、又爾かすることを得ないのである。

此の關聯に於て草案の現實に提議せる現行法律狀態の變更に對しては、唯控訴審に於ける新なる事實に基いて辯論の更新を求むる權利の制限に對する原則的懸念を主張することが出来るだけである。草案が現行法律狀態の變更に就いて提議するところのものは、私の見るところでは、餘りにも大なる効果を持つものではない。民事訴訟法第五二九條第二項の能爲規定 *Kautionvorschrift* は之を一箇の強行法規 *Mussvorschrift* (草案第四九四條第二項) に變更することを要するといふのである。成程、草案の此の規定は各裁判官をして、新なる事實が控訴審に於て自己に開示せられたときは、却下の條件を具備するや否やに就いて斷定を下すことを餘儀なからしめるであらうといふことは、正當である。が併し、此の規定がロイテ法律週報一九三二年一一八八頁の記述する如く、奇怪な結果を生ぜしめるであらうといふことは、私の信ぜざるどころである (註一)。

(註一) Vgl. auch *Ferge JW* 1932 1189.

上告審に於ける私の經驗に基くならば、現行法律狀態の下に於ては何かしら大きな範圍に於て却下の條件を具備するや否やの問題の検討が等閑に附せられたといふ蓋然性は全くない様に思料される。控訴審の調書 *Schriftsätze* 中にも將又控訴判決の理由書中にも、新なる事實が控訴審に於て主張せられたときは、民事訴訟法第五二九條の條件を具備するや否やに關する辯論

が見出されることが、通例である。一箇の能爲規定が問題となるからではなくして、控訴裁判所は却下の條件就中訴訟を遅延せしむる意圖又は甚しき不注意を認定することを得ないといふことよりして、此の却下の權能は屢々行使されない。此の認定は多かれ少なかれ又裁量事項でもある。草案第四九四條第二項は茲でも裁判所の自由なる心證に重點を置いてゐる。理由書は此の關聯に於て、草案に對應する勞働裁判所法第六十七條の規定は實際に適用せられて其の良好なることを認められた規定であるといふことを述べてゐるが、此の理由は再検討の餘地がない。何となれば、それは此の良好なることの擔つて立つ原因の何たるかを述べてゐないからである。尙奇異の感に打たれるのは、理由書が勞働裁判所所管訴訟の分野に於ける經驗をば區々に評價してゐるといふことである。理由書二七〇頁 (譯書五九頁) が勞働裁判所所管訴訟と區裁判所所管訴訟との間の著しい差異を指摘して勞働裁判所法に基く經驗を借り來ることを拒否してゐるのに、茲に問題となる點に於て (三四八頁 (譯書二四六頁)) 勞働裁判所所管訴訟に基く經驗をば一儀に及ばず現行法律狀態の變更を理由附ける爲に借り來り、然かも兩個の訴訟の相違を斟酌しないといふに至つては、啞然たらざるを得ないのである。

吾人は第四九四條第二項第二段を援用することをば唯體裁を損ふものとすることが出來やう、何となれば、實際界に於ける經驗は原則として斯の如き援用を避けることを制約するだら

うからである。私は茲では唯このことを引合に出すに止める。何となれば、理由書は此の援用に依つて闡明せんとする意圖である旨、即ち第一審に於ける却下は、控訴裁判所の自由なる心に依り遅延せしめる意圖も將又甚しき不注意も存在しない以上、第二審に對して影響を及ぼすものでないことを強調してゐるからである（三四九頁「譯書二四七頁」）。斯の如き援用に依つては闡明されるところが全くないといふことは、民事訴訟法第六二六條の援用の效果に對する判例の教へるところである。それ故、假令草案であつても其の確定的な字句としては援用をば出來得る限り避け且意欲せられた規定の明確なる設定に依つて疑問を闡明することを切にお薦めする次第である。

全く忽諾に附することを得ざるものと思料されるのは、ルカス、法律週報一九三一年三五〇頁が新たな事實に基いて辯論の更新を求むる権利の制限を強化せんとする提案の危険なることに就いて述べてゐるところのことである。此の権利を完全に除去せんとする傾向のある省附報告官 *Ministerialreferent* にとつては、實際制限の妥當なることに關する裁判所の將來に於ける報告から此の新たな事實に基いて辯論の更新を求むる権利の除去に對する事由を引出すことは、容易であらう。

特別の觀點よりして、草案第四九四條第二項の徹底的反對者たる（註一a）マグヌスは獨逸辯

護士協會に於て訴訟法改正法及工業所有權の保護に就いて試みた講演に於て此の規定を駁撃した。氏が其の席上に於て述べたのは、工業所有權保護の分野のみが其の規定を民事訴訟法に採り入れることを不可能たらしめるといふことである。大審院第一及第二民事部の愉るところなき慣例に依れば、特許の保護範圍及商標法第二十條に所謂商標の及ぶ效果は侵害手續 *Verfahrensvorfahren* に於て始めて認定される。此の認定は唯當事者間に於てのみ *inter partes* 效力を有する。従つて、裁判所の却下權能が却下義務にまで強化されるならば、一方の當事者に比し保護せられた權利 *Schutzrecht* により大なる効果が與られるといふ歸結が生じ得るのである。何となれば、其の提出せる制限的資料は時期に遅れて提出せられたものとして之を却下することを要するからである。保護せられた權利の他の相手方が時期に遅れて、出訴し且資料を時期に遅れて提出せる第二の訴訟に於ては、保護せられた權利は狭く解釋せられ、従つて同一の方法又は商標は前者に對しては禁ぜられ、後者に對しては許されるのである。勿論、保護せられた權利の範圍を限定するに當り斯の如き差異が生ずるといふ可能性は、就中、新たな資料が一方の裁判の確定した後始めて現はれる以上、全く之を防遏することは出來ない。このことが上來述べ來つたところに對する反對の論證でないことは、論を俟たない。何となれば、實際界は斯の如き區々の裁判が出來得る限り最小限度に止められることに重大なる利益を有するか

らである。

(註1c) Vgl. z. B. 28 Abg.-Vers. des DAV, im AnwsBl. 1932, Beilage S. 65 ff.

草案が控訴理由書の法定内容に關する規定に就いて行つた修正も亦私にとつては餘りにも大なる効果を有するものではない様に思料される。法律の現行字句は當事者が主張せんと企圖する新たな事實、證據方法及證據抗辯の開示を要求する。此の相對的字句は「當事者が其の控訴を辯明する爲に擧げるところの新たな事實……」なる字句に依つて取つて代へねばならぬ。これは控訴を辯明する爲の新たな申述の客觀的適合性に重點を置かんとするものである。然るに、現行法の字句は其の控訴を辯明する爲斯の如き新たな申述を利用せんとする當事者の主觀的意圖に重點を置くものである。このことは形式的に言語上の解釋を爲すに於ては、認めることが出来るであらう。私にとつては、此の差異は控訴理由を表明する時期が與準的であり且與準的であらねばならぬ間は、著しく實際的な意義を持つものではない様に思料される。草案の字句にあつても、控訴理由書の作成後始めて控訴の辯明上意義を獲得するところの新たな事實、證據方法及證據抗辯は之を奪ひ去ることを得ないのである。何となれば、それは控訴理由書中に未だ掲記されて居らぬからである。それが、客觀的に控訴を辯明するに適當なるものと思料される場合に於ても然るのである。

各個に掲記すべき不服申立の事由を明確に表示することを要求し、以て後日に於ける不服申立理由の擴大を阻止せんとすることは、より懸念すべきものと思料されるであらう。併し、私にとつては、それは草案の意圖ではない様に思料される。草案第四九四條第三項は民事訴訟法第五二九條第三項の規定を文字通り踏襲するものである。併し、吾人は草案の踏襲せる民事訴訟法の上告理由書の法定内容に關する規定が確立せる判例に従ひ上告人をして上告理由書中に缺除せる實體法上の責問 *Frage* を主張することを妨げないだけに、控訴理由書中に缺除せる不服申立事由をば新たな主張とすることを得ないであらう。そこで、理由書三五〇頁(譯書二五〇頁)と同じく、草案の開示する控訴理由書の内容に對する形式的要求として「法律觀」又は「第一審裁判官の證據判斷は肯察に中らざるものである」といふ字句を採入れることは適當ならずと看做すべきであつても、「第一審裁判官の法律觀は民法典第二四二條を侵害するものである」といふ字句は控訴理由に付ても形式規定を補足するものと看做すべきであらう。然るときは、草案第四九四條第三項は控訴人が控訴期間の經過後不服の申立ありたる判決に對して尙爾餘の法律的觀點を開陳し且第一審判決の證據判斷を反駁することを妨げないであらう。草案理由書も亦三五二頁(譯書二五一頁)に於て、次の如き認識に到達してゐる。即ち控訴理由書は新たな事實を包含せざるの故を以て形式的に許されざるものとして當初より之を棄却す

るといふことは、決して爲し得るところでないであらうといふのである。

草案の提議に係る理由附け強制 *Begründungszwang* を修正する主たる意義は提案せられた新たな字句の心理的作用の中に看取される様に思はれる。私は草案理由書の起草者が此の作用を過大に評價してゐると思ふ。法律上の變更の効果が判決に依つて闡明されるや否や、草案理由書が「所謂形式的控訴理由」と稱するところのものは、聊か變化せる内容を以て又しても控訴理由書の内容に對する法律上の要求を満すに足るものと看做されるであらう。實際界に於ては、常に訴訟の審理に應ずる當事者の準備及辯護士の義務意識が決定的な重要性を有するのである。大審院の慣例は上告理由の開示に對する期間の延長を求むる申立の取扱に當り此の點を斟酌してゐるが、これは洵に感謝すべきことである。斯の如き申立の却下は辯護士をして、期間を遵守する爲、實體法上の攻撃が問題となる限り、内容の空虚なる又は恐らく口頭辯論の基礎たることを得ざる上告理由を開示することを餘儀なからしめるであらう。

手續の集中及敏速化を目標とする一切の訴訟規定にあつては、一方的に裁判所の利益及手續の敏速なる遂行を迫る當事者の利益を斟酌することを得ないのであつて、攻撃を受ける當事者の防禦の可能性をも顧慮することを要するのである。このことは理由書の或る程度まで顧慮するところである。蓋し理由書二八二頁（譯書八四頁）は草案が第一審に就いても又控訴審に就

いても係争材料 *Streitstoff* の自由なる形成の原則を保持することを賞揚してゐるからである。このことは唯第四九四條第二項乃至第五項の規定に依つて設けられた制限を留保してのみ正當である。受訴裁判所が當事者の惡意又は不注意を認めんと欲するや否やは、決して確實に豫想することは出来ない。そこで、周到なる辯護士は、恐らく究極に於ては全然問題とならざる、併しそれを主張するに於ては事情に依つては權利争議を不必要に不愉快なものたらしめ、以て屢々和議の可能性を失はしめるところの法律上の救済手段の主張を當事者に對して慫慂することを餘儀なからしめられるであらう。

III

草案に於ける控訴手續の形成に對する右の原則的記述に對しては尙個々の點に付て補遺を加へねばならぬ。

一 民事訴訟法第四條第一項後段をば草案第四七三條へ移行させることは、それ自體としては成程正當である。何となれば、管轄を取扱ふ民事訴訟法第四條に於て控訴審及上告審に觸れることは、シュタイン^{II}ヨナス、Stein-Jonas, Ann. 12. § 4 ZPO が正當に述べてゐる如く、非組織的なことだからである。が併し、草案に依つても、權利争議中に増大する繼續的給付に

對する未拂額は抗告金額 *Beschwerdesumme* の計算に付て斟酌すべきや否やの論争問題は解決せられざる儘に止まる (Vgl. *Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren* II. Aufl. Anm. 72 zu § 10 RAGO; *Bannbach, Anm. 2 zu § 4 ZPO* ——氏は此の問題をば解決の見込なき論争問題とする —— *Sydow-Busch, Anm. 2 zu § 9 ZPO, Stein-Jonas Anm. I 2 zu § 4 ZPO, Anm. IV 1 zu § 546 ZPO*)。

二 大審院をして現實に無用なる一切の上告を免れしむることに左袒する者及實際的諸關係を知れる者にとつては、國家に關する事件 *fiskalische Sachen* に於ては上訴の許否は抗告の目的物の價額の如何に依つて左右されないといふ其の特別扱 *Privileg* を支持せる草案第四七三條第四項、第五〇九條の規定は、遺憾である。認めねばならぬのは、權利争議に於ける勝訴に對する國家的利益が繫屬せる事件の目的物を遙かに超える場合があり得るといふことである。例へば、印紙税問題及官吏の俸給に關する争議を想起せられたい。併し、このことだけが國家に關する事件の特別扱 *fiskalische Privileg* を理由あるものと爲し得るのではない。何となれば、之に類似する場合は純然たる私法上の争議にあつても存在することは、疑ひないところだからである。斯の如き場合が最も屢々姿を現はすであらう労働法の分野に於ては、労働裁判所法第六四條、第七二條の規定に依つて之に對する處置が講ぜられ、下級審の裁判所は權利争議

の原則的意義の故を以て抗告金額を缺く場合に於ても上訴をば許さるべきものなりと宣告することを得るものとせられてゐるのである。而して又例へば、使用賃貸借法の分野に於ても、控訴能力なき訴訟物に關する裁判が賃貸人にとつて控訴Ⅱ及上告金額を遙かに超ゆる財産法上の結果を生せしめる數多くの場合があるであらう。就中經驗の教ふるところに依れば、國家に關する事件の特別扱は其の創定當時論者の想到せる場合に於てさへ全く行はれないのである。上訴は原則的意義を有する問題が俎上に上る場合に提起されるのみならず、各個の場合に於て國家 *Fiskus* の責任ある代表者が不服を申立てらるべき裁判をば誤まれるものなりと思料する場合にも提起されるのである。國家 *Fiskus* の費用上の特別扱と關聯して、此の法律状態は上級審の裁判所をして其の經濟的意義が關係各裁判官及各辯護士の時間と勞力を費すところと全く權衡を得ざるが如き争議を取扱はしめるに至るのである。故に、國家に關する事件の特別扱は抗告金額を超ゆる利益が勝訴を言渡す裁判に對して存在することを疏明し得る場合に限ることが適當であらう。否、私は此の特權それ自體を除去し且上訴人が其の證明を爲し得る一切の場合に於て上訴を許さるべきものなりと宣告することさへも、敢えて異としなからう。

併し、現行の法律状態を固執すべきであるならば、法律に於て此の特權の効果を闡明することが絶對的に必要であらう。此の場合私の想起するのは、上告の許容は上告裁判所に對し、抗

告の目的物の價額の如何に拘らず地方裁判所の管轄を設定する訴の原因の再審査のみを可能ならしめるものなりや否や又は一度上告審に繫屬したる權利爭議は其の全範圍に亘つて上告審の再審査を受けるものなりや否やといふ大審院判決集一二六卷二八頁、一三〇卷四〇一頁（註二）の取扱へる論争問題である。第一三〇卷第四〇一頁に於て民事訴訟法第五四七條に與へられた解釋、即ち「或る請求が特權を與へられたものであり且之に付て民事訴訟法第五四七條第二號の條件が存在する限りに於てのみ、上告審に於ける其の再審査が可能であり、之と關聯ある其他の一切の訴の理由にして上告金額を缺けるものは、之を除く」といふことは、次の如き好ましからざる結果を生ぜしめるであらう。即ち、上告裁判所は法律の錯誤に因るものと *rechtes irrig* 認められた裁判の廢棄をば、假令前審裁判官 *Vorderrichter* の法律侵害が明かに認められても、妨げられるのである。斯の如き裁判が最高裁判所の權威を失墜せしめることは、疑ひなきところであり且それは何れにしても明確なる法律規定がそれを強要せざる以上、忍び得ざるところである。

（註二） Vgl. auch neuestens JW. 1932, 1736, 14.

三 草案が上訴取下の場合に於ける手續を簡捷化し、以て取下の結果をば口頭辯論を経ることなく決定を以て宣告することを要するものとする點に就いては、一儀に及ばず左祖すること

が出来ると（草案第四七八條）。

四 このことは、訴訟手数料の前拂證明に關する規定の修正に付ても言ふことが出来る。而して此の規定の文字通りの適用に依つて實際界に於ては忍び難き諸々の困難が生じたのであつた。草案第四八三條は民事訴訟法第五一九條第六項の規定を修正し、以て裁判長に於て定むべき期間内に訴訟手数料を支拂ふことを要するものとし、裁判所に對して其の支拂の證明を爲すことを要しないものとする。故に、數年草案の形成に發言權を以て參加せるライヒ司法省の關係官に此の提案を爲したとき、私に向つて述べられた金庫技術的困難は克服し得ざるものとは思料されないのである。事實上、例へば大審院にあつては、訴訟手数料の支拂が行はれたことに關する通知は金庫から支拂當日當該書記課に對して爲され且金庫の此の通知に依つて支拂の所定の證明は爲されたものと看做されるのである。

現行法及草案の範圍を超えて、プライゼル、法律週報一九三一年第二四三九頁は控訴人に對し上訴の提起に當り訴訟手数料の納付義務を課せんとする。氏は外見上は此の前拂義務をば唯經濟的窮迫を斟酌してのみ正當なりと思料するのであるが、併し見込なき控訴を排撃する爲に此の義務を強化せんとしてゐるのである。訴訟の件數を減少せしめることが經濟的利益の爲に望まじきことであるといふことは、一儀に及ばず認めねばならない。成程、辯護士界の或は生

すべき之と對立する利益も亦——これはブライゼルの否認するところである——合目的なる方法を以て斯の如き減少を圖り得る如何なる處置をも妨げることを得ない。が併し、法律依頼者に對し費用の過當なる引上及前拂義務の強化に依つて法律上の保護を與へざること又は著しく困難ならしめることは、理不盡にして殘酷な手段である。立法者は良好にして且正當なる法律を以て訴訟を妨止すべきである。司法行政廳は有能且良心的なる裁判官を以て第一審裁判所を組立てることに依り、不必要なる上訴を撃退すべきである。

私は草案第四八五條第二項第二號の規定をば訴訟手数料の支拂を證明する義務の除去と同様に合目的なりと思料する。而して此の草案の規定に依れば、支拂が所定の期間内に行はれたことが判明するときは、費用の前拂を缺くことの故を以て、上訴を棄却する決定は職權を以て之を廢棄することを要するものとするのである。幾多の困難に脅される冗長な現狀回復手續 *Wiederinsetzungsverfahren* ——其の終結は斯の如き場合に於てはそれ自體疑はしきものと思料されるのであるが——は此の方法に依つて避けられるのである。

五 費用支拂の領域に於て一新生面を拓くのは、又第四三八條第二項である。蓋しそれは救助權 *Armenrecht* の付與以外に、上訴人が其の財産状態に鑑み手数料の即時的支拂の困難なることを疏明するときは、之に對し費用の前拂を免除せられる見込を與へるからである。此の新

規定は裁判所費用法第七十四條第四項に適合するものであり、唯同條所定の訴訟代理人に選任せられた辯護士の表示を以てする疏明の容易化を缺くだけである。此の新規定が上訴審に對して意義を獲得するや否やを豫め判斷することは、困難である。私の記憶するところでは、裁判所費用法第七十四條第四項の規定は大して適用せられなかつた。

六 控訴審に依る救助權の拒否に對する抗告が各場合に於て禁ぜられたことに依つて（草案第一三二條）、救助權付與申請の提出に依る支拂期間の延長に關する規定をば民事訴訟法第五一九條第六項に比して著しく簡單化する可能性が生じた。併し、草案は尙更に一步を進め、救助權付與申請の提出又は費用前拂の免除を求むる申立に最早や支拂期間の經過に對する停止的效力を與へて居らぬのである。而して期間の延長は事實上此の停止的效力に依つて著しく擴張せられたのであつた。此の規定の改正に依つて、上訴人には一儀に及ばず、救助權の付與又は費用前拂の免除を拒否する決定の送達後二週間の期間が與へられたのであり、此の期間内に支拂を行ふことを要するのである。

七 附帶控訴に關する規定は變更せられなかつた。而して理由書三五六頁（譯書二六二乃至二六三頁）に、獨立的ならざる附帶控訴の爲に控訴理由開示期間を延長することは行はれざる旨の記述がない以上、私は此の法律上の救濟手段に付て言及すべき如何なる理由も持たないで

あらう。法律が斯の如き可能性を豫定せざることは、それ自體當を得たことである。が併し、控訴理由開示期間内に附帶控訴の理由をも開示すべしとする強制は附帶控訴人にも期間延長の申立を爲す権能を與ふるものにあらざるや否やといふ疑問はあるのである。大體に於て草案第四八三條第二項第四段と一致する民事訴訟法第五一九條第二項の字句は、私の見るところでは、爾かすることを禁ずるものではない。法律を以てそれを禁ぜんと企圖するならば、「申立」なる語の前に「控訴人の」なる語を挿入することに依つて明確なる規定を設けることをお薦めする。

八 如何なる實際的經驗が草案の起草者を驅つて、控訴審の單獨判事に對し民事訴訟法第五二三條^aを削除して權利爭議の裁判を爲す権能をも與へるに至らしめたかは、私の知らざるところである。當事者が單獨判事に一事案の辯論後確定的裁判を爲す權を委讓せんと欲するとき、當事者は爾後單獨判事の面前に於て辯論を爲し、以て其の爭議の確定的裁判を爲す可能性を得しめることを拒む旨の意思表示を爲すことを以て足れりとする草案理由書三五八頁（譯書二六五乃至二六六頁）に示された理論的立場は、私にとつては、當事者が控訴審の單獨判事に裁判權を委讓せんとする確かに稀な場合に付て十分である様に思料される。單獨判事に依る權利爭議の裁判には當事者の同意を必要とする限り、此の全問題が實際的意義を有するところは

尠いのである。

九 民事訴訟法第五二七條を削除して、控訴裁判所が訴の變更を合目的的なりと思料するときは、被告の異議に反しても自己に於て之を變更することを許し得るものとすることに對しては、如何なる異議をも述べべきではないであらう（草案第二二〇條第二項）。訴變更の事情の存在及其の許否に關する争は實際界の最も好ましからざる現象に屬する。それ故、此の現象を制遏するに適當なる各規定は原則として歓迎すべきである。とは云へ、吾人は民事訴訟法第五二七條削除の影響を明かに知るべきであらう。其の可能ならしめるのは、第二審に於ては第一審に於けるとは異なる當事者が異なる法律的觀點より異なる請求に付て争ふことである。裁判所自身が訴の變更をば合目的的なりと看做すことを要するといふ必要は、斯の如き訴の變更に依つて不法が行はれることを防遏せんとするものである。

一〇 全く意義なきものでないのは、現行民事訴訟法第五二八條に比して變更せられた草案第四九三條の控訴審に於ける手續上の抗辯 *Verfahrenseinrede* の許否に關する規定である。それは、通常裁判所對特別裁判所の競合 *Konkurrenz* は訴訟方法 *Rechtswege* の許否に關する問題ではなくして、裁判所の管轄の問題であるといふ通説的判例を確認するものである。

一一 民事訴訟法第七一七條第三項の規定は草案第三二四條第三項の踏襲するところであ

る。此の轉置は假執行に關する規定を一般的に第八編（強制執行）から第二編（第一審に於ける手續）第一章第二節（判決）移行せしめる範圍内に於て行はれてゐる。事實上、判決の假執行に關する規定は強制執行に關する規定ではなくして、判決に關する規定に入れることが、組織的である。假令第七一七條第三項の規定にあつては最早や判決の内容に關する斯の如き規定が問題となつてゐるのではなくして、暫定的に執行し得べきものと宣告せられたる判決の執行の結果の問題となつてゐるにせよ、假執行に付て殘されてゐる是等の規定も亦それと共に第二編に入れられたことは、合目的なりと看做し得るであらう。故に、控訴院の判決の執行の故を以てする損害賠償の請求は依然として禁ぜられてゐるのである。勝訴の債務者は不當利得償還の請求に限られてゐるのである。此の法律状態は一九一〇年の改正法に依つて作られたのであるが、私にとつては懸念なきものとは思料されないであり、確定的な草案の作成に當つては再検討を加ふべきものであらう。私は勿論、債務者が債權者に對し損害賠償の請求に對する其の懸念を豫期し得る以上、幾多の場合に於て上告なる上訴が唯執行を引延ばす目的を以てのみ提起せられるであらうといふことを認めないものではない。他面に於て、第七一七條第三項の規定は同時に採入れられた民事訴訟法第七一九條第二項の規定に對して一箇の矛盾を包含するものである。第七一九條第二項の規定に依れば、上告裁判所は申立に基き、執行に

依り他の物を以ては代へ得ざる不利益が齎らされるであらうことが疏明せられるときは、暫定的に執行し得るものと宣告せられたる判決に基く強制執行を假に中止することを命ずることを要するものとするのである。強制執行が不當利得の償還請求に依つて相殺せられるより以外の不利益を齎らざる場合は殆んど考へることが出來ない。一切の強制執行は右以外の何等かの不利益を伴ふものである。故に、債權者の過失 *Verschulden* が存在せざる限り、損害賠償請求權を消滅せしめることは、通例、他の物を以ては代へ得ざる不利益を示すであらう。而して又問題となるのは、理由なき上告を撃退せんとする努力は理由ある上告を提起せる債務者の費用に於て之を實現し得るや否やといふことである。何となれば、此の場合に於てのみ、此の者に對しては第七一七條第三項がなければ民事訴訟法第七一七條第二項の損害賠償請求權が歸屬するだらうからである。民事訴訟法第七一七條第三項の對象となるのは、上訴をば惡意を以て提起せる債務者ではなくして、第二審に於て不法に假執行の言渡を受けた債務者である。

IV

將來に於ける上告審の形成に對する草案の提議中最も良好なのは、現行規定をば主として保持せんとするものである。就中極めて欣ぶべきことは、上告の許さるべきものなりや否やが本

審裁判 Instanzenentscheidung の差異に繋らしめられなかつたといふことである。所謂差別主義 Differenzialprinzip は實際上、権利争議は一般に第三審にかけらるべきものなりや否やの問題を控訴院の裁判に對して提出する。このことは、一九二四年一月一五日の命令の婚姻事件に於ける適用下に於ては正當であつたのであり、且一九三二年六月三〇日以後に言渡された婚姻事件に於ける裁判に付ては一九三二年六月一四日の緊急命令——法律公報第一部二八五頁以下——に依つて再び然るものとなつたのである(註三)。

(註三) 大審院長ブムケ博士が獨逸法曹新聞一九三一年第八五七頁に於て述べてゐる。離婚法の領域に於ては大審院の更に包括的なる活動が法の統一及大審院の婚姻事件に於ける判決を知るもの、等しく確認する判決の良善性を確保する上に於て特に不可缺のものであるといふ意見はライヒ司法部をして、當初規定せられた経過期日(一九二五年一月三一日)を超えて一九二四年一月一五日の命令の適用期間を延長することに關する討議に當り明かに否認せられた規定をば緊急命令の方法を以て再び施行することを妨げることを得なかつた。このことは、ブムケ博士の示す大審院の婚姻事件取扱豫定件數が其の後の趨勢に依つて減退を示した。überholen だけに、不可解なことである(ブムケ法律週報一九三二年第一一八五六以下を参照せられたい)。このことは一九三二年二月一日に於ける大審院第九民事部の廢止に依つて斟酌せられてゐる。一九三二年六月一四日の緊急命令こそ有效なる監督を欠除せる官僚政治の失敗を如實に證明するものである。

婚姻事件に於ける上告はそれが判決に於て許さるべきものなりと宣告せられた場合に限り行はれるものとする一九二四年一月一五日の命令第一の第二條の規定は其の適用期間中婚姻事件

に於ける上告なる上訴の實際的除外を結果した。何となれば、全く少數の場合に於てのみ控訴院が上告を許したからである。一九三二年六月一四日の緊急命令の適用下に於ける控訴院の判決が一九二四年一月一五日の命令の適用下に於けるとは別箇のものとなるといふことは、認めることを得ないであらう。大審院の宣示せる原則、就中民法典第一五六八條の適用に付て與學的な觀點が實際界の共有物となつたといふフォルクマール、法律週報一九三二年第一九二四頁の意見は婚姻法の領域に於ける程大審院に依る控訴院の判決の廢棄が行はれた法律分野はないといふ事實の教へる如く、控訴院の判決の大部分に付ては疑ひもなく當て嵌らないだけに、このことを期待することは出來ないのである。成程、婚姻事件に於ける上告を許さるべきものなりと宣告する權能を行使せざる控訴院の従前の運用法は勞働裁判所法第六四條、第七二條に依る經驗がある爲である。茲に於て認めることの出來るのは、本審裁判所 Instanzgericht が立法者に於て確實に期待することを得ず、且殆んど理解することを得ざる程度に上訴の許さるべきことを言渡す權能を行使する逆の現象である。が併し、此の反對の經驗こそ上訴の許否を客觀的條件に繋らしめずして、上訴を許さるべき裁判を爲したる本案の裁判官 Instanzrichter の意思に繋らしめる法律規定の不十分にして且非組織的なることを示すものである。これに付ては、勞働裁判所法第六九條第三項(第七二條第一項)の規定をば通常の上告手續に移し入れる

ことに左袒する——勿論負擔輕減の措置と考へられる右以外の上告の制限と關聯してあるが——ケーニヒスベルガー、獨逸法曹新聞一九三一年第三八二頁の論述も亦私をして狼狽せしめなす。

更に喜ぶべきことは、草案が民事訴訟法に於て上告審に付ても固執せられた口頭辯論主義を存置するのみならず、一九二九年二月八日の法律——法律公報第一部一九頁——に依り一九三二年一月三十一日までの期間に對して作られた法律状態を踏襲せざることである。前記の法律は甲又は乙の當事者が口頭辯論を経ずして裁判を爲すことに異議を述べた場合に於ても、上告裁判所が口頭辯論を経ずして裁判を爲す可能性を設けた。これに依つて、上告なる上訴は口頭辯論に關しては唯單にライヒ賦課條例の抗告訴訟として提起せられただけである。抗告訴訟に付ては、納稅義務者の要求あるときは口頭辯論を爲すことを要するのである（一九三一年五月二二日の修正ライヒ賦課條例第二九四條）。大審院民事部が一九二九年二月八日の法律の施行に依り著しく負擔を過重せられたにも拘らず、唯極めて乏しい範圍に於てのみかの負擔輕減手段を用ひたことに依つて、其の名聲は彌上にも擧つた。大審院判決集は今日迄唯一つの場合を記録するのみである。第一二四卷第一四二頁。訴訟法上の問題に對する態度決定の如何に依つて左右せられた裁判に關する此の事件に於て口頭辯論を経ずして裁判を爲す可能性が認められ、

たことに對しては、異議を述べることを得ないであらう。草案は上告審に對する特別規定を最早や包含せざるが故に、之に付ても口頭辯論を経ずして裁判を爲すことは、之を當事者の同意に繋らしめる草案第二二八條第二項が適用せられるのである（草案第五二一條を參照せられたら）。上告審に對する口頭辯論の必要性、合目的性又は不用性の問題に對しては事實審に對すると同様に一儀に及ばず解答を與へることを得ないことは、明かである。民事訴訟法の資料からも、法律の創造者が口頭辯論をば上告なる名稱を有する上訴の必要的標識と看做したか否かといふことに對する手掛を獲ることは出来ない。民事訴訟法草案理由書は成程上告なる上訴に付て考慮に入れた原則とフランスの破毀制度 *Kassationskursus* の規定とを比較對照してゐる。破毀制度に對する上告の標識として擧げられてゐるのは、上告裁判所の面前に於ける審理方法は全く口頭辯論主義に従ふものであるといふことである（*Hahn II 142*）。併し、これは其の關聯に於て、口頭辯論主義が必然的に上告なる上訴の基礎であらねばならぬ。故に此の主義を拋棄するに於てはそれは上告たる其の資格を失ふものであるといふことを言はんとするものではないことは、確かである。理由書の叙上の箇所は寧ろ當時の草案が據つて以て破毀制度と對蹠的な關係に立つ上告なる上訴を形成せる原則を示すに過ぎないのである。

然る後、一切の審級に於ける口頭辯論主義の遺漏なき遂行が民事訴訟法の中に移し入れられ

たのであり、そして一九一五年一月九日の負擔輕減令の發布せられる迄原則たるに止まつたのである。此の命令第二三條は當事者双方が辯護士に依つて代理せられた場合に付、裁判所が従前の口頭辯論に基き且或は行はれたる證據調の結果に鑑み事實資料及係争材料 *Sach=und Streitstoff* をば十分闡明せられたりと思料するときは、其の同意を得て口頭辯論を経ずに裁判を爲すことを許した。併し、此の規定をば控訴院及上告裁判所の面前に於ける手續に於て適用することは、明示的に禁ぜられた。此の規定をば區裁判所及地方裁判所に限ることに對する特別の理由は負擔輕減令理由書の云爲せざるところである。吾人は間接に、此の命令の草案が就中大區裁判所及大地方裁判所に於ける事務輻輳状態を緩和する爲に設けられた訴訟規定の運用と一致するところ大なるものがあるといふ點から、其の理由を引出すことが出来るのである。事實上、大都市の區及地方裁判所に於ける口頭辯論は全く一箇の空虚な形式と化したも同然であつた。辯護士は區裁判所判事が、地方裁判所にあつては裁判長及報告官が訴訟記録の内容を知れることを當にした。それ故、就中、證據調の結果の口頭に依る演述が必要なりと看做されたのは、極めて稀であり、剩へ區及地方裁判所は時間節約の目的を以て好んで之を等閑に附したのである。此の命令に依つて設けられた制限——當事者双方の辯護士に依る代理、双方の當事者代理人の同意、口頭辯論が豫め行はれたること——を以て、口頭辯論主義の熱烈な信奉者

と雖も例外に同意を與へた。ハイルベルグの如く、各場合に於て口頭辯論をば不可缺のものと思料する者は、彼と同じく、當事者の代理人としてそれを爲すことを得且口頭辯論を経ずして裁判を爲すことに對する其の同意を例外なく拒むことが出来た（法律週報一九二八年第一四八二頁註一を參照せられたい）。私の記憶するところでは、此の規定の適用範圍は著しく大ではなかつたのであり、不都合な事情の生じたといふことは、私の耳にせざるところであつた。

それにも拘らず、口頭辯論主義の信奉者は一九二三年一月二二日の命令が口頭辯論を経ずして裁判を爲すことの許さるべきものを容認せるかの負擔輕減令の一切の制限を放擲したとき、「芽の内に摘み取れ」, *Principis obsta* としふ警告の正當なることに付ての新たな證明を獲たのである。當事者が辯護士に依つて代理せらるゝと否とを問はず、唯其の同意だけが必要なるものとして殘された。此の同意は最初の口頭辯論の前に之を表示することを得るのであり且口頭辯論を経ずして裁判を爲すことの許さるべきことは一切の裁判所及一切の審級に及ぼされたのである。此の命令の施行は控訴院部の組立をば三名の部員に制限すること、殆んど同じくしたが故に、控訴院部に付てはそれより、従前地方裁判所民事部に對して適用せられたと同一の商量が適用せられたのである。判事の多數 *Meinhalt* は訴訟記録の内容を知つてゐるのであり、故に、地方裁判所の面前に於けるよりも廣汎なる範圍に於ては控訴院の面前に

於ける口頭に依る演述の必要はないのである。これに止まらず、一九二四年一月一五日の命令も亦一九二三年一月二二日の命令及控訴院部の組立の悪化と殆んど時を同じくして施行せられたのである。此の（命令第一の第一條に依れば上告は裁判が民事訴訟法第一三九條、第二八六條、第二八七條の侵害に基くものなることを其の理由とすることを得なかつたのである。是等一切の立法的措置の共同作用の結果は悲しむべきものである。一九二四年の當初以來控訴院の判決が悪化したことは、民事訴訟法草案理由書の起草者を除く如何なる専門家と雖も最早や否認することを得ないであらう（二七〇頁後段を参照せられたい）（註四）。

（註四）一九二四年一月一五日の命令第一の第一條に規定せられた上告の制限は一九二五年一月二二日、一九二六年一月一七日及び一九二八年三月二八日の各法律に依つて一九二九年六月三〇日まで持續せられた、此の時期を超えて延長することは、政府の能く爲し得るところでなかつた。政府は、クルルバウム、法律週報一九三二年第一一九〇頁の適切に述ぶる如く、一般的非認の傾向に讓步せざるを得なかつたのである。それにも拘らず、政府は一九三二年六月一四日の緊急命令に於て始源的状态を回復した。即ちそれは一九三二年六月三〇日以後に言渡された一切の判決に對する上告に付て再び行はれるに至つたからである。フォルクマール、法律週報一九三二年第一一九三頁は此の措置を理由附けるに、就中其の回復が大審院部員の止み難き要望であつたといふことを以てしてある。大審院所屬辯護士の態度に付ては、氏は一言も觸れてゐない。私の記憶するところでは、此の緊急命令發布前此の問題に對する辯護士會理事團の意見は全然微されなかつた。辯護士界からは、此の規定に依つて仕事及就中責任が尠なからざる範圍に亘つて奪はれる、即ち民事訴訟法第一三九條、第二八六條、第二八七條の違反に付ての前審裁判所の訴訟記録の審査が無用となるからで

ある。それにも拘らず、私の確信するのは、大審院の所屬として認可せられた辯護士の多數が此の制限の回復に付て不平を述べるといふことである。成程、民事訴訟法第一三九條、第二八六條、第二八七條の規定に對する違反は屢々實體法的法律規定をも侵害するといふことは、正しい。之に反して、絶對的上告原因を除き、其他の種類の訴訟法上の責問 *Reise* は民事訴訟法第二八六條の侵害に對する責問の禁止に依て禁せられたも同然であつた（大審院判決集第一一八卷第三八二頁を参照せられたい）。前記フォルクマールが試みてゐる民事訴訟法第一三九條、第二八六條、第二八七條の規定に對する重大なる違反と重大ならざる違反との區別は全く理解に苦しむところである。斯の如き違反が一般に存在するときは、控訴判決は實に訴訟法に違背して成立したのであり、上告の制限がなければ廢棄せらるべきものである。一九二四年一月一五日の命令の適用下にあつて如何に多くの場合に於て上告が責問禁止の爲に不成功に終つたかは、大審院の夥しい判決に於て、上告攻撃は實は今日許されたる民事訴訟法第二八六條の侵害に對する責問たることを示すものであるといふ論調が繰返し用ひられてゐることよりして判明するのである。

一九二四年一月一〇日（一九二三年一月二二日の命令の施行日）以來、通例權利爭議は三つの審級を通じて口頭辯論を経ることなく處理されることが可能である。勿論、之に付ては、一九二九年二月八日の法律が施行せられる迄は尙一切の（故に少なくとも六名の）關係辯護士の同意及各審級に於ける判事の多數 *Mehrheit* の同意が必要であつた。が實際は、斯の如き場合は生じなかつた。一九二九年二月八日の法律が施行せられる以前は、口頭辯論は大審院の面前に於ては義務的なものとして *als obligatorisch* 取扱はれた。私の念頭に浮ぶのは、辯護士が口頭辯論の終結に當り資格問題に付て疑義あることが明かになつたとき、部に對し此の疑義

の書面に依る闡明後更新の口頭辯論を経ることなく裁判することを提議したが、一儀に及ばず却下を受けた一場合である。

一九二九年二月八日の法律が施行せられてより三年以上も認められた上告裁判所の面前に於ける口頭辯論の必要性を堅持する此の態度は唯傳統といふことからしてのみ説明すべきであるか、又はそれは上訴の組織 *Organisation* 及前審に於ける手續の形成中に設定せられた其の内面的理由を有するものであるか。私は後者の意味に於て此の問題に對する解答を興ふべきであること考へる。現行訴訟手續は訴訟書類及訴訟調書をば訴訟記録中に採録し且それを動かさざることとを強要する。而して此の訴訟記録は手續の何か或る時期には重要性を有したであらうが、併し權利争議の経過に於て此の重要性を失ふことは疑ひなきところである。幾多の場合に於て、上告審に於ける辯論準備の爲數卷に亘る訴訟記録を整理するに當り明かになるのは、訴訟記録の多かれ少なかれ大なる部分、時としては其の殆んど大部分は上告審に於ては全く考慮の外に置くことが出来るといふことである。故に、口頭辯論主義の維持は上告裁判所をして、其の裁判上重要性を有するや否やを問はず、訴訟記録の全内容を取扱ふことを免れしめるのである。そこで、上告裁判所の裁判に於て問題となる事實の簡潔なる記述、不服の申立ありたる判決の主たる判決理由の開示及上告理由の口頭に依る供述を以て、上告裁判所の裁判上問題となる全事

實的^{II}及法律的資料 *Tatsachen und Rechtsstoff* の遺漏なき演述をば比較的短期間内に爲すことが可能となつたのである。假令これに依つて報告官及裁判長からは全訴訟記録を精査する必要は省かれなくとも——蓋し是等の者は當事者代理人の事實的演述 *Sachverhalt* が控訴審の事實と一致するや否やを監視することを要するからである——、判決裁判所の他の一切の部員は久しきに亘る一切の訴訟の事實審に於て累積することを常とする無用の夾雜物に依つて煩されず、に済むのである。このことは、上告裁判所の是等の部員の仕事の負擔を軽減するのみならず、其の結果として判事の多數 *Mejorzahl* は上告裁判所の裁判に於て與準的な係争材料 *Streitsstoff* の概觀的なる形式を以てする演述を受け且演述の完全なることの確信をば當事者代理人の相互的監督の可能なることより得ることが出来るのである。そこで、是等の者にとつては與準的な係争材料の判断が事實上極めて容易になるのであり、それに依つて裁判の信憑性が高められるのである。此の認識は私の確信するところに依れば、上告裁判所の部員が本審裁判所の部員とは反對に口頭辯論主義を制限せしめることを欲せざる原因である。同一の結果は書面に依る手續に於ては、二名の報告官が裁判所の領域から選任されるといふことに依つても、獲ることには出来ないであらう。其の何れと雖も當事者の代理人たることを自覺し得ないであらう。故に、今日の手續に於て各當事者の代理人の關與に依つて獲られた事實的演述——但し裁判上

für die Instanz 考慮に入れられる限り——の完全なることに對する保證を缺くのである。當事者の代理人の何れもが演述する必要なきものと思料するところのものは、——職權を以て審査すべき事情を除き——裁判所も亦顧慮することを要しないのである。

現行訴訟法の形成せる、そして草案の大體に於て保持せんとする形式に於ける上告なる上訴に對する口頭辯論主義の維持が必要であるといふことに付ては、極めて稀有ならざる場合に於て口頭辯論を経ずして救助權を付與せられた上告が口頭辯論に基いて却下せられるといふこと、そして假令比較的稀な場合であつても、口頭辯論を経ずして救助權を拒否せられた上告が口頭辯論に基いて補正せられる zum Erfolg führen といふ經驗も亦之を妥當とする。是等總ての場合に於ては、口頭辯論に依つて始めてそれを経ずして言渡されたる裁判の修正が爲されるのである。

それだけに不可解に堪えぬのは、草案が第五一九條第三項に於て一九二九年二月八日の法律に依る經驗にも拘らず、上告をば豫め辯論を行ふことなく決定を以て却下する可能性を設けんとしてゐることである。就中、其の許さるべきは、上告裁判所が全員一致を以て、不服を申立てられたる判決が上告を以て攻撃し得る法律違反を理由とせざるものであり且事案が口頭辯論を必要としなないといふ意見である場合である。此の提案に對しては、上告なる上訴の實際を知れ

る者からは熾烈な異議が述べられるに相違ない。此の異議を理由附ける爲には、私はクルルbaum、法律週報一九三二年第一一九〇頁以下、プランツ、法律週報一九三二年第二二一四頁及マイロヴィッツ、法律週報一九三二年二二一六頁の記述せるところを悉く自己の意見とすることが出来る。私の特に強調したいのは、此の規定よりして大審院の面前に於ける口頭辯論が脅かされるといふ危険である。此の規定は判決部をして、各上告をば口頭辯論を経ずして裁判を爲す條件を具備するや否やの問題に向つて審査することを強要する。其の結果として、各上告理由書は將來各個の考へ得べき上告攻撃をば最も仔細に亘つて開示することを要するのであり、それに依り之は部が口頭辯論の必要なるや否やの問題を審査するに當り斟酌せられるのである。併し、更に又被上告人の辯護士は其の當事者をして口頭辯論費用を免れしめんが爲に、口頭辯論を経ずして裁判を爲すといふ意味に於て部に影響を及ぼすことを考へねばならぬであらう。故に、彼は書面を以て一切の上告攻撃に對する態度を決定せねばならぬのであり、これに依つて上告人の辯護士からは書面に依る答辯が要求されるのである。故に、此の規定は必然的に上告手續の書面化を來さしめるのであり、然かも第五一九條第三項の規定を用ひることを得ざる。即ち口頭辯論を行ふことを要する場合に於て、上告の結果 *Erfolge* が確立してゐるが故に、口頭辯論は恐らく全く不用であるといふ奇妙な結果が生ずるのである。第五一九條第三

項の規定は口頭辯論の行はれる一切の場合に於て部が事案を二回審議することを強要し且其の上書面往復の輻輳は裁判所にとつても、必然的に仕事の負擔の増大を來さしめるが故に、此の規定の負擔輕減的作用は極めて問題である様に思料されるのである。吾人は精々それが一九二九年二月八日の法律と同一の効果を擧げるといふことを期待してそれを以て満足することが出来るだけである。併し、之に對してはクルルバウム、法律週報一九三二年第一一九一頁が正當に異議を述べてゐる。私は之に、一九二九年二月八日の法律の適用は時間的に制限せられてゐるといふこと及其の適用期間中は、尙其の施行前の時期に於ける經驗に基き其の適用に付て懷疑的な態度を採る裁判官がゐたといふことを附け加へたい。其の適用をば時間的制限に繋らしめざる新訴訟法の法典化に當つては、此の規定は、最早や現行訴訟法の原則に於て養成を受けざる裁判官は此の簡易化せられた手續の適用に對し上告棄却の傾向に走るといふ危険を醸成せしめるであらう。それ故、茲に於ても、芽の内に摘み取れ *principis obsta* といふことが適用されるのである。

尙懸念すべきは、ダヴィッドが獨逸法曹新聞一九三二年第一三五號欄に於て述べてゐる、上告をば決定を以て却下する可能性をば上告の受理 *Eringang* と同時に挿入せんとする考へ方である。ダヴィッドは、草案第五一九條第三項の包含する提案を尊重せず（註四a）且それは上告

が期間遵守の爲其の經過直前に提起せられた場合に付てのみ、即ち多くのバイエルンの上告理由書及上告理由書の不備なる點の生ずることの不可避なる場合——其の責は各個の辯護士自身が負ふべきである——に付て成功を約束するものであると考へる。彼の考へ方が過激であるといふことは認めねばならぬ。何となれば、それは上告審に於ける法律的審訊を求むる請求權の拒否以外の何物をも含まないからである。此の提案は、少なくとも決定に當り或は既に提出せられたる上告理由書の斟酌を禁ずるものではないが故に、上告人の辯護士をして、可能なる限り、上告の提起に當り既に其の理由を開示することを強要するであらう。前審の手持記録 *Handakten* 及屢々上告理由書の作成上必要缺くべからざる裁判所の記録 *Gerichtsbakten* を蒐集することの困難なることを知る者は、此の規定に依つて、上告人の辯護士が如何なる壓迫を受けるかといふことをありありと念頭に浮べることが出来るであらう。而して、判決部が上告の提起後も、併し或は行はるべき上告の却下に關する決定前に於て、受理せる理由書を斟酌することを要するならば、それは更に上告人の辯護士對判決部の競走を結果するであらう。上告の受理に當り却下する可能性は一切の上告に付て適用せらるべきや又は救助權に於て遂行せらるべき上告に付てのみ然るや否やは、ダヴィッドの意見からは十分明かでない。後者の場合に於ては、叙上の懸念には尙それに伴ふ救助權付與事件の無資格化 *Disqualifizierung* が加はるで

あらう。それが一切の上告に及ぼさるべきであるならば、此の手續は從來成功せる上告の約四割をば理由を聴取せらるゝことなく却下せられる運命に依つて脅かすであらう。上告が客觀的に理由ある是等總ての場合に於て、之を却下する、従つて上告にかけられる誤まれる控訴院判決を維持する可能性が成立するであらう。これに依つて、控訴院判決の良好性は必然的に更に一層減退するであらう。唯一切の控訴院判決の比較的些少なる部分が——統計的數字は私の手許にない——上告にかけられたのみであるといふこと——併しそれにも拘らず控訴院が特に慎重なる態度を以て理由附けたものと認められる判決にして當初より上告にかけられたもの、中約五分の二は大審院に依つて廢棄せられたといふことを思ひ浮べるならば、吾人はゲヰイドの提議が判決をば如何なる方向に向つて押し進めるであらうかを想像することが出来る。既に述べた如く、認めねばならぬのは、法律に對する此の提議は大審院の負擔の急激なる輕減を來さしめるであらうといふことである。が併し、それは、殆んど上告審一般の拒否を彼岸に控える限度に達するであらうし、故に、上告なる上訴の廢止と殆んど同一の結果を來さしめるであらう。

(註四 a) 大審院の他の部員も亦同一の意見である、Königsberger, DRZ. 31, 382.

上告手續の一群の問題に就いては既に控訴手續に對する相當規定と關聯して述べたところで

あり、茲ではそれを援用することが出来る。私の尙立入りたいのは、草案に於て解答を與へられて居らぬところの二つの問題である。其の一は上訴期間の經過に對する原狀回復に關するものであり、これは草案第一八七條、第一八八條の——回復原因の内容的擴大は別として——現行法律状態と一致して規定するところである(註五)。此の現行法律状態は次の如き好ましからざる結果を生ぜしめる。即ち救助權を頼りとする當事者に於ては、自己の費用に於て争ふ當事者に比し上訴期間が短縮されるといふことである。控訴及上告の提起は上訴裁判所の所屬として認可せられた辯護士に依つて行はねばならぬ。故に、當事者が斯の如き辯護士を見出すことを前提とするのである。これは貧困なる當事者の通例能く爲し得るところではない。故に、貧困なる當事者は救助權手續に於て一名の辯護士を附添はしめられることを頼りとするのである。此の申立に付ては、彼等は完全なる上訴期間を持有はさない。何となれば、判例は救助權が少なくとも上訴期間の經過する數日前に申請されたときのみ、其の時期に遅れたる付與の中に民事訴訟法第二三三條に所謂不可避的なる事故を看取するからである。大審院が救助權申請の提出と上告期間の經過の間に存在すべき期間の量定に於て漸次寛大な態度を採るに至つたことは、確かである。大審院は就中正當なる時期に救助權申請を提出することを要求しない。従つて正常なる事務處理を爲すに於ては、上訴期間の經過前に救助權申請に關する裁判を爲す

ことは、唯理論的のみ可能であらう。如何なる場合に於て大審院が回復を許さるとも、上訴期間の経過する四日前に救助権申請を受理するに於ては、其の不可能なることは疑ひないところである。何となれば、遠隔の地にある控訴院から前審の記録を取寄せることからしてが如何に迅速を期しても此の期間を必要とし、従つて上訴期間の経過前に上告裁判所が救助権申請を審査することは全く不可能だからである。大審院の此の判例に依つて極めて懸念ある不安全の状態が醸成される。救助権申請の提出と上訴期間の経過の間に存在する期間をば十分なりと思料せんと欲するや否やは、多かれ少なかれ大審院の裁量に依つて左右される。不可避なる事故に依つて妨げられたといふことの代りに事情の如何に依り當事者に對して期待せらるべき一切の注意が用ひられたにも拘らず妨げられたといふことを以てしても（草案第一八七條）、同じことである。最も簡単な解決は、上訴裁判所に依る救助権付與の場合に於ては上訴期間遵守の爲には救助権申請を以て足れりとするであらう。

（註五）以下掲ぐる記述に對しては、Cohn JW. 1932, 95 を参照せられたい。

他の解決を必要なりと思料する問題も亦救助権に關するものである。現行法に依れば、救助権を拒否する決定にも將又それを付與する決定にも理由を付することを要する。救助権付與の場合に於ては、其の爲に擧げられた理由は、關係者就中上訴人に附添ふ辯護士に對しては隱秘

されたまゝである。このことは上告審に付ては民事訴訟法第五五九條と關聯ある第五五四條第三項第二號(b)の規定——これは草案の第五一七條、第五二四條に規定するところである——を斟酌するならば特に好ましからざる結果を生ぜしめる。救助権が救助権申請の審査に當り上告裁判所の理由あるものなりと思料する訴訟上の責問 *Prozessrüge* を顧慮して付與されるならば、上告の成否は一に繋つて、貧困なる當事者に附添へる辯護士も亦此の訴訟上の違反 *Prozessverstoß* をば訴訟記録の中に見出すことに在る。多くの訴訟規定の解釋に付て相變らず存在する疑義は必ずしも然るものとはしない（註六）。

第五五四條第二號(b)の規定は裁判所をして主張せられた訴訟上の違反に對する理由を採す必要を免れしめんとする目的を有するものである（大審院判決集第一二六卷第二四九頁）。此の目的は裁判所が救助権申請そのもの、審査に當り訴訟上の違反を發見せる場合には消滅する。此の場合に於ては、裁判所それ自體が理由あるものなりと思料する訴訟上の責問の成否をば、それが上告理由書に於ても一度明示的に擧げられることに繋らしめることは、目的なき形式主義を意味する。此の形式主義は事情に依つては、當事者に對して著しい法律上の不利益を與へるのである。當事者は又如何なる事情があつても、辯護士に對する求償請求權 *Regressanspruch* を與へられることを得ない。恐らくは、當事者自身も判決の瑕疵を認識しなかつたであらう。

又辯護士の過失がない場合も考へることが出来る。故に、私個人としては最も合目的なりと思料するのであるが、上告裁判所が救助権申請に於て主張せられざりし觀點の下に救助権を付與する場合に於て、上告裁判所に對し救助権を付與する決定の理由を開示する義務を課することを欲しないならば、民事訴訟法第五五九條の規定に、裁判所は訴訟上の違反が上告理由書に於て責問せられざりし場合に於ても自身に於て認識せる訴訟上の違反をば斟酌することを要する旨の制限を附け加ふべきであらう。これに依つて、成程、上告理由書の作用は著しく阻害せられるであらうが、併し他面に於ては、救助権付與事件に對する特權の付與 Privilegierung が除かれるであらう。而してこの特權の付與といふことは、理由を附することなく當事者自身の提出せる救助権申請に基いて上告裁判所は全訴訟記録をば訴訟上の違反といふ點に付ても審査せねばならぬが、之に反して、救助権付與事件にあらざる事件に於ては其の審査は上告理由書中に掲げられた訴訟上の責問に限るといふ點に認めることが出来るのである。

(註六) 認めねばならぬのは、彼上の不良状態は一九三二年六月一日の緊急命令が再び採入れた。民事訴訟法第二八六條の侵害に對する責問の禁止に依つて意義を失つたといふことである。

V

フライゼルが法律週報一九三一年第二四三九頁に於て述べてゐる。草案をば速かに法律として施行したいといふ希望は、唯特別の留保條件を以てのみ私の左袒し得るところである。控訴及上告の領域に於ても現行の法律状態を改善することが可能であるといふことは、私の否認せざるところであり且私は草案それ自體の各個の改正さへも然るものと認めたのである。併し、草案の起草者が明かに主要なるものと看做せる上訴手續の變更、就中控訴審に於ける新たな事實に基いて辯論の更新を求むる權利を更に一層制限すること及口頭辯論を経ずして上告する上訴を却下することを可能ならしめることは之を拒否し且斷々乎として駁撃せねばならぬ。草案の齎らす改善は叙上の改悪を償つて餘りある程有意義なものではなく、寧ろ現行の法律状態を維持する方が草案全般の採用に優ること萬々であらう。

民事訴訟法第一三九條、第二八六條、第二八七條の侵害に對する責問の禁止を信奉する一人(ダヴィット、獨逸法曹新聞一九三二年一三四欄)——決定を以て上告を却下する可能性を擴大せんとする其の提案に對しては、前段に於て異議を述べたところである——はそれにも拘らず草案に對する其の考察をば次の如き認定に要約してゐる。曰く「故に、要之、草案は、茲に取扱へる分野が問題となる限り、五十年以上に亘つて存續せる立法事業の良好なることを證明するものである」(a. a. O. 135) 云々。私は無條件に此の確認に賛同する。それ故、私として