

は「判決事實を記述するに當つては、準備書面の内容及び法廷調書を以て確定したる所のものを採用することを妨げず」と規定して居たものである。

然るに從來の民事訴訟法第三百十三條第二項及び第五百四十三條を解釋するに當つて、上級の裁判所たる大審院及び控訴院は、自己に下隸する裁判所の判決である限りは、判決事實中に於ける採用には非常に敵意を持つて居ると云ふ甚だ奇妙な現象が目についた。此の判例は云ふまでもなく今日では第三百十三條第二項の新法文に因つて、大部分は既に無用のものとなつて了つた次第であるが、何れにしても大審院が従前下級裁判所の完全な判決事實を下級裁判所から受取ると云ふ其の口實を、如何に熱心に固執したかを示す爲に、此の程の大審院の判決中の若干者をこゝに掲げて見たいと思ふ。

- (a) 控訴判決中に於ける第一審の判決の採用に關しては、大審院は一九一四年五月十四日の判決中に於て (Wann. 1914 S. 336) 左の如く判示して居る。訴訟法上の點に於て、上告論旨が就中控訴判決の判決事實の法定の要件に合致せざるを責問せるは、必ずしも理由なしとせず。控訴裁判所は單に僅少の新しき申述に依つて補充せらるゝに過ぎざる地方裁判所の判決の判決事實を採用するを以て足れりとするも、此の採用(民事訴訟法第五百四十三條)は、地方裁判所の判決が規定に従つて起案したる事實を包含する場合に限り認められたる所なり。然れども此の二つの判決の判決事實は本來の係争問題が明かならしめらるゝことなく、且解釋上に重要な遺言の規定、並に之に關聯する當事者の申述が、完全に報告せられざる程度に於ては、欠缺を伴ふものと云はざるべからずして、然も實際また此の判決事實は、實體法上の判斷にも影響を及ぼしたるもの

なり。然り而して此の欠缺が、それ自體のみにて既に必然的に判決の廢棄を招來することを余儀なくせしむるものなりや否やは、斯く之を問はずして可なりとす。蓋し此の裁判所は實體法上よりも亦異論を挿むべき次第のものなるを以てなり……」

- (b) 民事訴訟法第三百十三條第二項に關しては大審院は、一九一四年一月十六日の判決 (Recht 1914 Nr. 658) 中で、左の如く判示して居る。「判決の判決事實が事實及び争點を詳細に記述したる後、尚ほ當事者の主張に關しては準備書面を採用す」の文言を掲げたるときは、此の判決事實は第三百十三條第一項第三號の必要とする所の如き「事實及び争點の摘示」 eine gekürzte Darstellung des Sach- und Streitstandes を成すものにあらず。蓋し之に依つて合計約二百六十頁に上る一切の第二審の書面の内容は、悉く判決事實の一部を成すに至る次第なるを以てなり。然も余りに廣汎なる範圍に亘る採用の結果、本件の場合に於ても判決の審査は著しく困難となり、時には之を不可能ならしむることすらなきにあらず。上告を以て前審の判決が或る主張を斟酌せず又は之を不當に評價するを責問するに當り、此の主張が果して最終の辯論に於て演述せられたりしや否や、及び上告を以て不服を申立つる確認が、當事者の陳述する所と一致するや否やを確認するは極めて難く、時には全然之を不可能とすることすらあり。其の之を不可能とするは、準備書面の内容が相互に、又は判決事實に於ける記述と相矛盾するが故を以てなり」。

- (c) 一九一五年六月二十一日の大審院の判決も亦、第三百十三條第二項に關係するものであるが併し卑見に據れば此の判決は其語調に於て、非常に珍らしいものである。即ち曰く「控訴審の前

判決の廢棄せられたるは、前判決には法律に従ひたる判決事實を缺き、且其の判決理由として擧ぐる所のものも、全然不完全なりしが爲なり。上告論旨は、訴を棄却する第一審の判決に對する控訴を再び棄却したる、現在不服を申立てられつゝある控訴判決にも、同じ欠缺の伴へるを責問するものにして、此の責問は、判決事實に關しては、それ自體理由あり。控訴判決の判決事實は、地方裁判所の判決が既に双方の側に於ける主張を實體的に整頓して、容易に是が要領を捕捉し得しむるやうに、判決せられたる當事者の主張の、少くとも綱要を表示しあるにあらざる限りは、結局自己に於て此の處置を爲すこと絶對的に必要なり。他の訴訟を數多く援用せるもの、中より、物の用に立ち得べき判決事實を形成するが如きは、到底上告裁判所の任務たる能はず。現に不服を申立てられたる判決の判決事實も亦、前掲の要件を掲げず。而して従前の上告判決に於て、かくの如き判決事實が秩序ある司法と如何に相容れざるものなるか、また上告裁判所の任務を如何に甚だしく困難ならしむるか、指摘せられ居たりしに顧みるときは、此の判決の判決事實が前掲の要件を掲げざるは、一層人の注意を惹く次第なりと云はざるべからざるなり。其の然るに拘らず判決部が現に行はれたる責問に對して、従前の控訴判決に與へたと同一の結果を與ふることを爲さざりしは、現に不服を申立てられたる判決の判決事實に據れば、原告は如何なる主張を被告に對して主張したりしやの點に關して、少くとも全然疑念を生ぜしめざることを、判決部が當事者の利益の爲、且又既に多年に亘つて繫屬中なる訴訟を終局的に裁判せんが爲に、同時に繫屬せる被告の夫に對する原告の訴訟事件に於ける訴訟資料の援用せられたるもの

を基礎として、一個の判決事實を纏め上ぐるの任務を引受けたることゝに因るものなり。

一九一九年九月九日及び一九一六年五月十八日の裁判所の負擔の輕減に關する告示の第二十四條は、民事訴訟法第三百十三條第二項の本來の法文に於けるよりも、遂に廣い範圍に亘つて援用を許して居る。此の規定に曰く「判決事實の記述は準備書面の内容及び法廷調書を以て確定したる所のものが事實及び争點を正確完全に録載せる限りは、準備書面の内容及び法廷調書を以て確定したる所のものを援用することに因つて之を補充することを得」と。

今裁判所の實際を見るのに、此の規定は随分廣く適用されて居て「云々の記録を援用す」と云ふ文句付きの判決事實は、大抵の裁判所に普通に見る所となつて居る。

大審院は各種の判決に於て、かくの如く廣汎な援用に反對しやうとして、負擔輕減令第二十四條の末文に「事實及び争點を正確完全に録載せる限りは」とあるのを論據として居る。即ち例へば一九一六年六月二十二日の判決に於ては、大審院は左の如く述べて居る(Warn. 1916 S. 294)。「先づ第一に責問せらるゝは、法律に適合せる判決事實の欠缺せる點なり。惟ふに「事實」と題する判決の部分に關しては、此の責問は當れりと云はざるべからず。蓋し判決の此の部分の包含する所は、申立を除いては殆ど書面並に第一審の判決の援用のみに限られ、第一審の判決はまたそれ自體、幾多の援用を包含する次第なるを以てなり。加之其の援用する所は、時にまた極めて廣汎なる範圍に亘る書面にして、其の中に於ては當事者双方は、其の隨時の訴訟の狀況に應じて陳述を爲し、裁判所の負擔輕減に關する一九一五年九月五日の帝國宰相の告示第二十四條の規定する所の如き判決の基礎となる最終の口頭辯論に於ける事實及

び争點を、正確完全に録載することを目的とするものにあらず、また録載するに適するものにもあらざるなり。然れども前審の判事は、其の判決の冒頭に於て、實體上の記述 Sachdarstellung を爲し、此の實體上の記述は前審の判事の爾他の記述や援用したる記録の部分と相俟つて判決を審査することを得しむるが故に、従つてまた事實及び争點を更に明確ならしめんが爲に、事件を差戻すことを不必要と認めしむ(JW. 1912, 249 Nr. 18)。更に援用したる書面の内容が悉く、口頭辯論に於て演述さるゝ筈なしと云ふ上告論旨は、重要視することを得ず。蓋し此の論旨は判決の確走したる所と矛盾する次第にして、事實の更正は行はれざるを以てなり……」

こゝで大審院が認めて居るかの如く思はれるやうに、果して眞に裁判所の負擔輕減令第二十四條に據れば、書面其他が最終の口頭辯論に適當した場合に限り、援用し得るものゝ一部として適法であつたかどうかは、極めて疑はしいものがあると云つていゝ。何れにして此の見解は、第三百十三條第二項の新しい法文に據れば、到底之を維持することは出来ない。即ち現在では書面其他の援用は、之に因つて事實及び争點を正確完全に明かにすることの出来る場合に、適法であると云ふことになつて居ると云つても、書面其他が援用に際し基礎として役立つことを得んが爲には、判決に先だつ最終の口頭辯論の訴訟状態に、適合することを必要とする、と云ふ意味では決してない。

けれどもスタイン・ヨナス(Stein-Jonas, 12. Aufl. S. 824 Anm. IV 4 zu § 313 ZPO.)は、民事訴訟法の現在の法文についても、大審院が負擔輕減令第二十四條に對して執つた厳格な見解を辯護して居るやうに見受けられる。即ち同書は援用されたる書面が裁判にとつて標準たる當期に、事實及び争點を正確

完全に録載して居ると云ふことが條件である。従つて當事者が訴訟の經過中に其の主張を變更したときは、裁判所は只當事者の書面を時日の順序に列擧する chronologische Auführung に止めることは出来なし」と述べて居るのである。之に比較すればバウムバッツ(Baumbach, 3. Aufl. S. 317 Anm. 7 zu § 313 ZPO.)の所説の方が遙に正しいかも知れなし。

裁判所の實際を見るのに、大審院の態度が右に述べたやうなものであるにも拘らず、裁判所の負擔輕減令第二十四條の認めて居るやうな援用は、廣く行はれて居る。援用をかくの如く廣く利用することに對しては、學說中には異論も少くないが、裁判所の實際には、此等の異論は余り顧慮されては居ないのである。

かくの如く余りに廣く援用を行ふと云ふことには反對するのが、學說上では通説となつて居るが、此の傾向は民事訴訟法の一部改正の際にも勝を制して、現在では、裁判所の負擔輕減令第二十四條に相當する援用を許す規定に、次のやうな重要な一句が付け加へられることになつた。「然れども何れの場合にあつても起したる請求は充分に表示し、之に關して提出せられたる攻撃及び防禦の方法は、其の性質に従つて擧示すべし」。

されば判決事實は、今日では少くとも當事者の陳述の骨組を掲げるものであらねばならない。即ち「記録中に於ける相矛盾する論旨を、相對立せしめて評價することなく、事實及び争點を完全に描き出したもの」であることを必要とするのである。(同説 Baumbach, Anm. 3 zu § 313 ZPO.)

従つて今後は、判決事實 Urteilsstoffbestand が單なる援用に收縮して、之に因つて判決を、それ自體として

は不可解のものたらしめるやうなことは、深く戒めて避けなければならぬ。「將來は何れの場合に於ても判決事實それ自體からして、如何なる種類の請求が起されたか、そしてまた原告が請求を理由付ける爲、また被告が之を防禦する爲に陳述した事實は如何なる種類に屬するものであるか、明かにされなければならぬ。然る上で細かい事項の叙説は、援用を以て補充することを得るのである」(Volkmar, „Die VO. über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. 2. 1924“—Bensheimer 1914 S. 126)。

現今判決事實中に於ては請求を「表示」攻撃及び防禦の方法を其の性質に従つて舉示するを要するのであるが、それは法律上の論述とか、法律的構成とか云ふものを、事實及び争點の摘示中に差加へる必要があると云ふやうな意味を持つ次第ではなく、寧ろ只單に請求並に攻撃及び防禦の方法の核子を成す事實を報告すべきであることと云ふ丈のことに外ならない。此の點に於てはゴールドシュミットの説明(Goldschmidt, Die neue Zivilprozessordnung, 1924 S. 89)に左祖しなければならぬ。其の說に曰く、起したる請求の請求、反訴の請求と云ふのは、こゝでは——他の場合に於けると同様——攻撃の目的の爲に主張したる法律上の主張 Rechtsbehauptung である。即ち請求された権利を理由付けるであらう所の個別化された實體的事實で、原告の主張に係るものである。即ち法文の必要なりとして居る起されたる請求の「表示」と云ふことは、其の爲に提出された攻撃方法換言すれば、訴の原因[第四百四十六條]の舉示と云ふ、同時に要求されて居る事項を伴ふことなくしては、全然不可能である。而して消極的確認の訴の場合にあつては、原告に於て否認を要求する権利を理由付けるであらう所の事實を、表示する必要が

ある。其の他の一切の「攻撃及び防禦の方法」も——獨り獨立した攻撃及び防禦の方法第四百四十六條、第二百八十九條、第四百六十一條のみに限らず、單なる争も亦——「其の性質に従つて換言すれば其の攻撃及び防禦の方法としての特色を示す性質に於て之を舉示する」を要する。

かやうにして全然援用を伴はないで判決事實の骨組を與へたとして、此の骨組に肉を附ける上に於て、援用の道が開かれる譯である。此の援用の形式については、記録の讀者特に上級の裁判所も、はたまた當事者も、事實及び争點の何れの點に援用が欲せられるのであるかを、何時も正確に知つて居る必要があるものであることに、注意を拂はなければならぬ。例へば證據決定及び證據調の結果が援用せられる場合には、裁判所は一九二六年十二月一日及び一九二七年一月二の證據決定に従つて、舉證 Be- weiserhebung を命じたり。此の點については一九二六年十二月十五日及び一九二七年一月十四日の調書に録取したる證據決定の文言及び證據調の結果を援用すと記すべきである。

大審院は一九一八年三月二十二日の判決——JV. 1918 S. 562——中に於て、只記録の丁數丈の援用では充分でないと言明して居る。即ち此の判決中に於て曰く、民法第一千五百六十八條に因る離婚の訴に關する判決理由の記述に關し、上告論旨は、訴訟記録の丁數を指示すること屢々なるを非難せり。上告論旨が此の手續に對して、當事者及び辯護士は訴訟記録を有せざるが故に、之に因つて判決を理解し得ざるに至らしめらるべしと論駁したるは、誠に理由あり。民事訴訟法第三百十三條第四號の規定に據れば、判決中には裁判の理由を掲ぐるを要するものなるが故に、同條は當事者をして判決理由を理解せしむることを、絶對的に必要なりとして要求するものに外ならずして、従つて判決理由が單に

訴訟記録の丁数を採用するに過ぎざるは、判決理由を充分に掲ぐるものとは稱し難し。

一九二一年七月九日の判決(Bd. 102 S. 380)も亦、刑事訴訟記録の内容を採用するに當つては、此の訴訟記録に基いて演述せられた部分を、正確に表示することが必要であるとして、同じやうなことを要求して居る。「特に甲某に對する刑事訴訟記録の内容が問題たる限りに於ては、當事者が此の記録に因り何事を演述したるか、控訴裁判所が此の訴訟記録の内容に基きて何事を確認したるか、看取し難し。當事者双方が此の訴訟記録に基きて、訴訟に關係ある事項を演述したりと云ふのみにては、不充分なり。蓋し訴訟記録中何事が演述したりと看做さるゝや、之を以てしては甚だ不確實にして、且當事者にとつては審査する能はざる所とす。何となれば此の記録中に録取せられたる出來事が、訴訟に關係を有するものなりや否やの問題に關しては、種々なる意見を存することあるべきを以てなり。訴訟記録中演述せられたる部分は、正確に表示するの必要あり」。

當事者の書面、恐らくは當事者の提出したる若干の證書を採用するの必要あるときは、判決事實の終尾に於て之を爲すを適當とする。此の場合にあつては、裁判所の實際に於ては、證據調を伴ふ判決事實の終尾は次のやうな外觀をとることとなる。

「當事者の提出に關しては、當事者の書面の演述せられたる内容を一々採用す。即ち原告の……の書面記録第……丁……の書面記録第……丁、被告の……書面記録第……丁……の書面記録第……丁及び……の書面記録第……丁を採用す。同様にして原告の提出し、被告に於て其の眞正なる……を承認したる證書、即ち……の債務證書記録第……丁及び……の契約書記録第……丁の文言をも

採用す。

民事訴訟法の範圍内に於ける採用に基き、裁判所の實際上弘く行はれて居た、採用を伴ふ控訴判決の判決事實は、ほゞ次のやうに構成されて居たものである。「こゝに採用し、當事者に於て演述したる判決に對し、原告は正規の期間内に合式に控訴を提起し、判決を變更して第一審の自己の申立に従ふ判決あらんことを申立てたり。被告は控訴の棄却を求むと申立てたり。申立の理由として當事者は、第一審に於ける自己の陳述を反覆し、其の……の書面の内容を採用して、之を補充せり」。誤解を避けんが爲、こゝでもまた今一度明示的に高調して置かなければならぬのは、試験作業については原則として、全然採用を差控ふべきであると云ふことである。

第四節 判決事實に於ける措辭

文字詞句を正しく取扱ふと云ふことは、判決事實を明快に、然もまた判り易く記述する爲には、大切な補助手段である。若しそれが出來得ることならば、判決事實の冒頭の一段に於て早くも既に原告及び被告としての當事者を、訴訟資料に對する其の地位に於て紹介し、次に平易簡潔な文句で、事實及び争點を組立つべきである。

裁判所の實際に於ては、判決事實の記述に關する措辭の方面に於ても、或る種の慣例、一定の規則が發達して來て居て、之を正確に遵守するときは、判決事實の理解を容易ならしむる上に寄與する所非常に大なるものがあるが、逆に此の規則に反するときは、立所に此の規則に慣れ來つた讀者若は聽者を惱ま

しめ讀者若は聽者の胸中すぐに、此の判決事實を書いた人間は、裁判所で判決事實を記述するに普通に行はれて居る方式に、思ひ及ばないのであるまいかの感を、禁ぜざるに至らしめるであらう。試験作業にあつては、かくの如き印象を與へるのを避けるに越したことはないのは、素より喋々するまでもないことである。

當事者を常に當事者として、其の本來の地位に於て表示すればそのこと丈で、既に或る程度までは判決事實を記述する上に、平易と均齊を達成することが出来る譯である。當事者を指稱するには常に「原告」「被告」の語を用ふべく、即ち當事者を呼ぶに其の氏名を以てし、例へば「商人フランツ・ミュラー」は云々などと記すことがあつてはならない。蓋し讀者又は聽者は當事者の氏名を知らうと思へば、判決の冒頭書から之を知ることが出来るからである。然も判決事實中で當事者を指稱するに、其の氏名を以てされることになる、今問題となつて居るのは原告であるか、それとも被告であるのかを、一寸念頭に浮べ難いことが少くない。只「原告」「被告」とさへ云へばそれで充分であつて「原告兼被告控訴人」とか「被告兼控訴人」とか、乃至はまた「被告兼反訴原告」「原告兼反诉被告」とか記すことは必要でない。尙ほ原告又は被告を表示するには常に「der Kläger」又は「der Beklagte」と定冠詞を伴はしめるのを正當であると考へる。定冠詞を附せないで、只單に「Kläger」又は「Beklagte」と云ひ、又は事務多端な裁判所でよく見かけるやうに「Pl.」など、略字を使用するのは、卑見に據れば甚だ不體裁な感じを與へる。試験作業などにあつては、かゝる不體裁な記述は、絶對的に避けなければならぬ。

當事者を表示するのに「原告」又は「被告」の名稱を使用するの方針は、證書の文字上の旨趣を録載する場

合にあつても、之を固執するを要する。それが簡單には實行し得られない場合には、證書を録載するに當つて問題たる當事者の氏名を初めて擧げた直後に、現在の訴訟に於ける當事者の地位を括弧の中に收めて記載して置くことは如何なる事情の下に於ても、適當である。大審院も亦例へば *Bd. 105 S. 36* に於て「原告は従前 D 市所在爆發物製造合資會社エル・エス商會の無限責任社員たりしものなり。被告は株式會社の創立に際し該合資會社の業務を引受け、従來の關係に因る原告の請求を満足せしむる爲原告との間に次の如き合意を爲し組合契約 *Gesellschaftsvertrag* 第二十八條に之を收めたり。曰く「N 某即ち原告並に其の權利承繼人は、年六分の配當を株主に支拂ひたる後に残存する株式會社の分配し得べき純益年額中より四割を受くるものとし、残余の六割は別配當として更に株主に配當す。株式會社は現金を以て支拂ふべき二十五萬馬克を以て、前記 N 某に許與した優先權を濟清するの權利を有す……本條に於て N 某に許與したる優先權は、其の可能なる場合には、享益證券 *Genussschein* を以て證書に作成せらるべきものなり」と云ふ風に處置して居る。

更に裁判所の實際に於ては、判決事實の各部の組立について、全然一定した動詞の時稱形が行はれて居る。よし此の慣例に従はうとしないまでも、多くの試補諸君に不思議にも共通の弊であるやうに、時稱の應用が不斷に變動するやうなことは、如何なる場合に於ても全然しないやうに心掛けなければならぬ。一番いゝのは此の場合にあつても、古くから行はれて居る慣例に従ふことである。

原則としては、争なき事項を叙説するには、過去形を用ふべきであるが、余程以前の出來事である場合所謂事件の來歴 *Vorgeschichte* の場合にあつては、大過去を用ひるのを適當とするとも少くない。現

在完了並に現在は、争なき事項を記述する場合には、成るべく之を避くべきで、只現在に於て尙ほ展開しつゝあるか、又は全然現在にのみ屬する事實の提出せられる場合に限り、之を使用することが出来る。當事者の主張は現在形で記し、主張の内容は間接説話、現在若は過去可能法にする。例へば「原告は一九二七年一月一日を以て被告に對し、消費貸借として金三千馬克を交付したり」と主張するものなりとか、又は「被告は、原告が被告に對し、消費貸借金の返還に關して、一九二七年七月一日まで猶予を與へたりと主張するものなり」とか、又は「原告は、被告が原告に對し、使用貸借上引渡したる住居は、居住に堪へずと主張するものなり」とするものである。

當事者の申立も同じやうにして録載する。例へば「原告は被告は原告に對し、金百馬克を支拂ふべしとの判決を求むと申立つるものなり」とか、又は「被告は訴棄却の判決を求むと申立つるものなり」とかするるのである。

控訴判決の判決事實にあつては、第一審に於ける當事者の主張及び申立は、現在完了で、第二審に於ける當事者の主張及び申立は、現在で書くのが適當である。訴訟の経路、即ち特に當事者の訴訟上の行爲證據決定の言渡及び證據調は、現在完了に於て記述し、例へば「裁判所は云々の點について證據を取調べたり」とするのがよい。

判決に不服を申立てられた裁判所は「區裁判所」又は「地方裁判所」として表示するのが、一番いゝやり方である。「前審の判事」とか「第一審の判事」とか云ふ語辭は、其の響きが如何にも不體裁である。

尙ほ記述の全部を通して、使用した専門上の用語が、其の特殊の意義を失ふことのないやうに、またそ

れが用ふべからざる場所に用ひられるやうな失態のないやうに、嚴重に注意を拂はなければならぬ。そう云ふ譯で「主張する」behaupten とか「争ふ」bestreiten とか云ふ語辭は、單に事實に關する説明文に使用すべく「論述す」ausführen と云ふ語辭は、單に法律上の議論文に使用すべきである。併し試補諸君は此の語辭の特別な意義に、充分斟酌を拂つて居ないやうに思はれる。されば著者はこゝでもう一度、此の點を繰返して置きたいと思ふ。

最後にもう一度繰返して忠告して置かなければならないのは、當事者の訴訟上の陳述 *Prozessuale Erklärung* は、之を主張 *Behauptung* として掲げないやうにすることである。此の規則に違反する者も随分少くない。即ち被告は相殺を爲す旨を陳述せりとか「原告は取消を爲す旨を主張せり」とか「被告は反訴を提起する旨を陳述せり」とか書いてはならない。是等の字句は全然謬りであつて、絶對的に避けることを必要とする。是等の場合にあつては「被告は相殺を爲せり」「原告は取消を爲せり」「被告は反訴を提起せり」とか記すを要する。

第四章 判決理由

第一節 總論

(a) 形式

「判決理由」*Entscheidungsgründe* は「形式上事實」*Tatsbestand* と區別しなければならぬ。裁判所の實際

に於ては、比較的簡単な事件にあつては、判決理由と事實とを總括して取扱ひ「事實及び判決理由」として表題を設けることが時々ある。また若干の場合、闕席判決、認諾判決に於ては、民事訴訟法第三百十三條第三項に因る略式の判決 *das abgekürzte Urteil* が問題たるにあらざる限りは、公式の定型に於てすら此の事が規定されてある。併し試験作業に於ては、絶對的に「事實」と「判決理由」との區別を守らなければならぬ。大審院も「事實」と「判決理由」とを一括するのに反對して居る。即ち一九二一年七月九日の判決 (Bd. 102 S. 329) 中で左の如く判示した。「然れども控訴判決中に於て、事實と判決理由とが不明瞭に混淆せられ従つて判決に因り當事者の提出を明瞭確實に明かにする能はざるの點に於て、上告は理由ありとせざるべからず。勿論事實と判決理由とを形式的に區別すべきものとは、明示的に規定せらるゝ次第にはあらざれども、然も事實と判決理由とを總括するに當つては、何が當事者の施爲にして、何が判事の詮議なりやを明かならしむるを要す。然も此の要件は、控訴裁判所の満足せしめざりし所に屬せりと。」

判決理由の表題は「判決理由」とするのが正しく、單に「理由」と書くのは、刑事判決や決定の場合に普通に行はれる所である。

(b) 結果の公正

判決理由は公正な結果を辯明するを要する。此のことは幾ら高調しても、足りない。判決は法規の目的を實現する「正當な裁判をする」と云ふのは、公正に裁判をする」と云ふことである。判決は法規の目的を實現する場合に限り、公正である。然らば法規の目的とは何であるか。それは即ち社會全體の精神的、經濟的利

益を助長促進する生活關係の合理的な秩序を創り出して、訴訟に於て之を認めさせるに在るのである。

判決者自身が裁判の不正を感じて居り乍ら、不當にも之を法律の責任たらしめることが少くない。苟も眞に正義の爲に身を捧げた者にあつては、法律を合理的に運用することに因つて、公正に裁判を爲すことを得るに於ては、立法者の救済を求めるとはしない。若し眞に正義の爲に身を捧げた者が、固く眞面目に、公正な裁判を爲さんとするならば、必ず之を爲し得る。必ずしも常に爲し得ないまでも、殆ど常に爲し得るのである。[Hellwig in Liebmann, "Die Juristische Fakultät der Universität Berlin," mitgeteilt nach Liebmann's Deutschem Juristen-Kalender 11. November 1913.]

(c) 判決理由と意見書

意見書と判決理由との間の内容形式の相違にも、試補諸君は餘り注意しないのが常である。また意見書を只單に切縮めたものに外ならないやうな判決理由を見かけるのは始終のことである。判決を理由付けるの如き方法に於てするのは、單に形式上から見ても、絶對的に避けなければならぬ所に屬する。蓋しかくの如き判決理由は、それが只意見書と一致して居ると云ふ丈で、直ちに其の起案者に對して、不精怠惰の有力な嫌疑を喚起するのみに止まらず、更に其の以上に亘つて判決を理由づけるそれ／＼のやり方の主たる要件に、迂遠であると云ふ非難を是認せしめることゝなるからである。凡そ意見書と判決理由との間には、實體上の點に於ても、はたまた形式上の點に於ても、極めて大なる相違を存する。従つて實地作業の作成についての司法試験委員の訓示には、左の如く言明してあつたものである。「判決理由は、發見したる裁判を辯明するに必要な事項に限り、之を掲ぐべし。加之判決

理由は、大抵の場合法律に通曉せざる當事者を目當とするものなるが故に、其の範圍及び形式に於て、常に意見書と區別せらるゝものなり。此の訓示の現在の法文には、此等の條項は掲げられては居ないけれども、それは「意見書」と「判決理由」との兩者の區別は、實際此の兩者の本質から直ちに生じて來るのであつて、訓示中で特に明示的に之を特筆するのは、無用であるやうに考へられる爲に過ぎない。

「意見書」と「判決理由」とが充分に區別されて居ないのに對して、司法試験委員が如何に反對の態度を執つて居るか、は、一九二二年の年報中に於ける試験委員長の説明に見えて居る。曰く「意見書」と「判決理由」とは、全然別個の目的の爲に役立たしめらるべきものなるに拘らず、判決理由が只單に切縮めたる形式に於ての意見書を、反覆するに止まるの失態を演ずるものも、往々にして見かくる所なり。意見書の思想の經路が *actio, an sit fundata, an sit probata, an sit exoptione alia* の衆知の形式に従ふに於ては、普通之を是認することを得べしと雖、判決理由が是と同じ思想の經路を執るに於ては、原則として謬れりとするべく、其の謬れるは、恰も建築家が木造の穹窿の上に、石造の建築物を建築せるに等しかるべし。若し受験者にして事務修習の勤務中に其の課せられたる判決案に従事するを常としたると同じ公平無私の態度を以て、問題の處理に當るに於ては、委員の賞讃する所となること多かるべきは疑を容れざるべし。

かうした木造の穹窿建築家の詩味に富んだ譬喩を以てしても、合點することの出來ない者は、意見書と判決理由とがそれ／＼構成を異にして居ることを、深く念頭に置くがよい。即ち判決理由は既に發見された論結を辯明し理由付けるべきものであり、また意見書の方は、正しい論結を見出す爲の道を指

示しやうとするものなのである。

如何にすれば論結を發見することが出來るか、それを説明するのが意見書の任とする所である。即ち意見書にあつては、幾多の紆餘曲折を経て、結局或る論結に到達した思想の經路を説明すべきである。恐らく或る論結に反對するかも知れないと考へられる懸念を究明するを要するのである。或る論結に反對する意見、又は或る論結に反對するやうに見受けられる意見を排撃し、之を不當として説明しなければならぬのである。

かう云ふ風に見て來れば、判決理由が前に意見書の存在することを、前提條件とするものであることが明白となつて來る。之に對して、裁判所の實際に於ては意見書の作成と云ふことは、少くとも大都會の下級裁判所に關する限りは、もはや普通には行はれて居ないと云つて、反對を唱へる譯には行かない。判決理由を書かうとする場合に、あつては、書面にした意見書が存在することは必要でなく、判決を起草する人物が思想の經路を我がものとし、自己の想像上に於て、精神の上で意見書を作成して居る丈で充分なのである。若し夫れ既に數年に亘つて判決を書いて居る判事の如きは、かくの如き意見書の思想の經路に慣熟して居て、普通無意識の間に此の經路を通過するを常とするのである。

けれども判決理由それ自體からは決して、起草者が——意識的にせよ、無意識的にせよ——意見書の思想の經路を經由して判決の論結に到達したことが判明するやうなことがあつてはならない。判決理由は、格別の紆餘曲折を経ることなくして、只裁判を辯明するに足る所のもの文を、掲ぐるを得るに過ぎない。意見書も反對の意見の存在することを豫期する必要があり、従つてまた之を反駁するを要す

るものであるから、一切の懸念、一切の問題を究明しなければならぬが、是等の懸念や問題やは判決理由を書くに當つては全然之を除外し、與へられた目的からは全然乖離することなく、判決主文が明瞭精確に、訴訟の唯一の公正なる論結を成すやうにすべきである。

終りに臨んでもう一度切に警告して置かなければならないのは、特に試験作業に於ては判決理由として單に意見書の一節文を抜萃したやうなものを掲げて済まして置いてはならないと云ふことである。寧ろ反對に、判決理由は何時も獨立して全然新に、且又意見書には全然倚據することなくして、之を構成しなければならぬ。

(d) 判決理由中に於ける措辭

意見書と判決とに依つて、文字詞句の取扱に區別を立てる上に於ての原則としては、曩に——意見書を記述するに當つて——ペーアの名言を掲げて置いた。事の完全を期する爲、こゝで更に判決理由の措辭について、判決理由は全く發見された論結を辯明しやうとするものであると云ふ、判決理由の出發點から推論される二三の論結を擧げて見たいと思ふ。

判決理由に於ては、裁判所が裁判所として當事者に話しかけるのであつて、裁判所の各判事が、裁判所に對して其の意見を主張するのではない。されば苟も個人の態度を想起せしめるやうなものは、嚴重に之を避けなければならぬ。

従つて「余は云々」と云つたやうな形式は、單獨判事としての區裁判所判事の場合にあつても、全然禁ぜられる所であるし、また法律家の非常に好んで用ひる「余の見る所の如くんば」「meines Erachtens」とか

「單見に據れば」「meiner Ansicht nach」とか云ふ詞句も亦同様である。「吾人の」と云ふ用語も、時々見かける所ではあるけれども、是亦謬りであると考へる。されば、今吾人の取扱へる案件に於ては、事件は全然其の性質を異にすとか、又は「今吾人の取扱へる訴訟は即ち……の問題に外ならず」とか云ふ風に記すべきでなく、寧ろ判決起草者の個人的關係とは、全然没交渉な字句を選ばなければならぬ。されば前記の字句に於ては、此の場合にあつては事件は著しく異なるものあり及び「此の場合は即ち……の問題に外ならず」とか云ふべきで「目下の訴訟に於ては」とか「吾人の取扱へる訴訟に於ては」とか云ふのは、全然無用である。蓋し判決が何時も現在の訴訟文に關するものであることは、自明的の事柄であるからである。

同じ理由で「假定的の場合に於ては」「im gegebenen Falle」と云ふ Warn. 1914 S. 376. の大審院の判決に用ひられてある字句も、用語上不體裁な感じを與へることは度外視するにしても、不適當であると考へる。

更に其の發見せられたる論結は、充分なる信念を以て、斷定的に之を正當なりとして主張するを要する。論結を發見するに當つて疑念を懐くことはあつても、此の疑念は判決を理由付けるに當つては、單に之を暗示するに止むべく、或は全然言及しないのが一番いゝ。従つて「……の證據は提出せられたるものと見受けらる」とか、又は「裁判所の心證に據れば、證人の證明に因つて……の事項を立證せられたり」とか云ふ字句は、適當でないと考へる。そんなことはしないで寧ろ斷定的に「……の證據は提出せられたり」とか「……の證人の證明に因つて……の事項立證せられたり」と表明するを要する。苟も裁判所が

確信を缺くことを推論せしめるやうな字句は判決中では決して適當としないのである。

敗訴した當事者としては、事件を取扱つた判事が長いこと右すべきかはたまた左すべきかを思ひ煩つた上で、然も心中疑念を懐き乍らやうやくにして、自分に不利益な論結に到達したのだと聞かされるのは決していゝ心持ではないであらう。また上級裁判所はかくの如き字句に依つて、恐らくは懸念を懐かしめられるのを禁じ得ないであらう。けれどもかうは云つたからとて、如何なる論結も疑を容れないものとして、記述せよと云ふ心算は全然ない。寧ろ「法律家と云ふものは、逆が正當である場合に何時も疑を容れないと云ふ」とは、著者の記憶にして謬らすんば、エルンスト・チーテルマンが嘗て喝破した言葉である。それは少し判決理由に眼を通して見れば、すぐ首肯出来ることである。何等かの疑問、何等かの懸念を存する場合に、きまつて「疑を容れない」と云ふ言葉にぶつかると考へて差支ない。されば「疑を容れない」と云ふ言葉は、全然若い法律家の語彙から取除いて了ふがよいのである。少くとも試験作業の場合に然りとす。

けれども判決理由中に於ても、かくの如き字句は上級の裁判所に責問——多少にまれ正當である所の——を爲すの機會を與へることが少くないであらうと思ふ。即ち例へば一九一九年五月二十二日の判決（Recht 1919 Nr. 2004）に於ては左の如く判示して居る。

「明白に」offensichtlich とか「一見したる所」anscheinend とか云ふ語辭は、之に充分なる事實上の理由の與へらるゝ場合には、必ずしも有害ならず。上告論旨は重要な事實上の確認が明かに」とか「明白に」とか「多分は」とか「恐らくはまた」とか「二見したる所」とか云へる、前審の判決中に使用せられある字句より

見て推知せらるゝが如く、單純なる推定に基く論結に外ならざるを責問する次第なれども、此の責問はかくの如き字句が随分汎く使用せられつゝあるを見るからには、或る程度の根據を缺くものと謂はざるべからず。かくの如き字句は之を基礎としての議論が、事實上の基礎を缺き、従つて裁判所の全然專斷的なる推定に過ぎざるかの如き外觀を喚起するものなるが故に、本來適當なる判決理由の要件に適合せざるものなりと雖、前後の關係上、裁判所が民事訴訟法第二百八十六條の範圍内に於て、開示せられたる一定の事實に基き抽出したる斷案にほかならざるが故に、此の責問は判決の破毀を導くに足らざるものなり。また一九一五年十二月二十一日の判決（Recht 1916 Nr. 397）中には、左の如く述べてある。

「乃至は」と云ふ語の中に觀念上包含せらるゝ不明確の點は、相當なる解釋に依つて、之を除去すべきものなり。最後の破毀の原因が何時も不手際にして、本件の場合に於ては無意味なる「乃至は」の語に依つて、結合せられあるの一事は、前後四個の解消原因が獨立にして且同價値の原因として明瞭に並列的に列舉せらるゝことを、寸毫も左右するに足らざるなり」

「云は」Gewissermassen の語も亦、拙であつて且無意味な語であるやうに、著者には考へられる。勿論此の語を愛用する者にとつては、大審院ですらも時々此の語を使用することを憚らないと云ふ事實が、辯解の辭として役立つかも知れない。例へば一九二二年十月十七日の判決（DRl. 105 S. 230）に於て見る所で、此の判決に於ては大審院は、成立中なる有限責任會社について左の如く説明して居る。「然れども有限責任會社の爾後に於ける業務の執行につき發起人組合 Gründungsgesellschaft の業務執行人の——其の權限を超越して——締結したる双務契約が、有限責任會社の成立後に至つて、直ちに之をして權

利を有し、義務を負ふに至らしむるものにあらざるの事實よりしては、決して、控訴裁判所の考ふる所の如く、有限責任會社と他の契約當事者との間に新しき契約の締結を必要とするの論結を生ずるものにあらず。かくの如き法律上の見地は、契約締結の當時契約當事者の一方が未だ存在せず、有限責任會社がそれ自體として成立しあらざりし事實を以てするも、未だ以て之を理由付くるには足らざるなり。蓋し有限責任會社は兎に角當時成立中なりしものにして、云はゞ一個の胎兒 *Nasciturus* たり、發起人組合の業務執行人に依つて法律上に代理せらるゝものなるを以てなり。

實質上は何事をも言明して居ない言廻しとか、慣用語句とかは、嚴重に之を避けなければならぬ。此の點にかけては「信義誠實」の觀念とか「善良の風俗に反して」の觀念とかを取扱ふに當つて、特に細心の注意を拂はなければならぬ。けれども就中用心すべきは、餘りに辛辣な文句をつかはないやうにすることである。「合理的に解釋すに依ては、是々の見解を正しとするの外なし」とか「當事者の意思を別様に解釋するに於ては……と云ふ無意味なる結果に到達せしむば止まざるべし」とか「かくの如き解釋は如何なる生活經驗とも相容れざるべし」とか云ふ字句は、極めて危険であると云はなければならぬ。蓋しかくの如き措辭は、別様の見解を懷抱する者を侮辱するものであり、また大抵の場合爾く苛烈な字句を以て主張される見解は謬りであつて「如何なる生活經驗、如何なる合理的の精神にも矛盾する」と稱せられる相手の意見の方が正しいことが多いのである。

判決中に於ける苛烈な措辭が、更に苛烈な批評を如何に挑發し易いかは、一九二二年五月十六日のダームスタット地方裁判所の判決 (*JW. 1922 S. 1735 Nr. 5*) が好個の實例を示して居る。即ち曰く「原告が援用し提出したる別様の判決は、すべて従弟の受くる給料も亦、個々の觀方の恣意より解放されて、一般的に效力を有する勞働協約中に規律せらるべきものなりと云ふ、經濟上の思想の命ずる所に出でたるものなり。此の思想たるや、新時代の經濟的、社會的思想より觀察する時は、全然之を正當なりとすることを得べけんも、然も此の思想に重きを置く爲に、明確なる法律觀念を紛糾せしむるの結果を導くが如きことあるべからず。加之是は法律學者の世事に迂遠なる概念上の遊戯にあらずして、今日現に活動せる人間の熟知せる明確なる區別に屬せり。而して批評家は此の判決に對して「ダームスタット」地方裁判所の第一民事部は、殆ど何れの經營に於ても新しき勞働の行はるゝ場合にあつては、是が爲に勞働者を技術的に指導することを必要とするものなること、恐らく何れの大經營に於ても勞働者は、其の要求されたる作業を獨立して實施するものにあらずして、是が上位に在る經營の吏員に依つて不斷の指導の行はるゝものなることを、知悉しあらざるものゝ如し。熟練勞働者の仕事にあつても、經營内に於て熟練する限りは、此の見解に據れば、勞務契約の目的たるものにあらざるべし。勞務契約法の最も簡單なる基礎をかくの如く誤認しあるに顧みるときは、裁判所が相手方の見解を非難して「明確なる法律觀念を紛淆せしむるものなり」と云ひ、又は「法律觀念を無理に曲解したるものなり」と云へるは、可なりは無謀なりとすべきが如し。「加之判決の目的、内容及び形式に關するステルツェル一派の薰陶を受けたる法律家の趣味より云ふも、恐らく稀有のことたるべし」と云はざるを得なかつた。

併し他の半面に於ては、更に一つの問題を解決するを要す」とか「更に解答すべき問題あり」とか指示する字句も、避けなければならぬ。

此の場合に念頭に上るのは「こゝに於てか……の問題を審査するの必要あり」とか「次には……を審査するを要す」とか云ふ字句である。かくの如き字句は意見書には適當するかも知れないが、意見書にあつても巧妙な序説の言葉であるとは到底考へられない。併し意見書に於ては問題を究明し、之を審査し、之に解答を與へることが必要なのであるから、意見書中では是等の字句も、或は適當であるかも知れない。けれども判決理由中には、もはや解決すべき問題は全然ないのである。こゝでは寧ろ發見した解答を記述し、之を辯明することが必要なのである。されば判決理由中では「次には……の點が問題なり」と云つたやうな字句は、適當しないのである。

註解を施すことは、試験作業にあつては絶対に避けなければならない。只想定——想定を許される限りに於て——を指示する必要がある場合丈には、試験作業にあつても例外を認めることが出来る。司法試験委員の訓示には、従前は判決理由は法律に通曉しない當事者にも、容易に理解し得られるやうなものであることを必要とする旨の、誓告が掲げてあつた。此の誓告の字句は再三變更されたのは云ふまでもなく、最初には先づ「判決理由は、發見せられたる判決を辯明するに必要な事項のみを掲ぐべし。且又判決理由は、大抵は、法律に通曉することなき當事者を目當とするものなるが故に、其の範圍及び形式に於て常に意見書と區別せらるべきものなり。従つて當事者にとつて理解し難き専門上の用語は、之を避くるを要す」としてあつたが、後には「判決理由は、發見せられたる判決を辯明するに必要な事項のみを掲ぐべし。當事者にとつて理解に困難なる専門用語は、之を避くべし」と云ふやうになつた。今ではかくの如き誓告は、訓示中には掲げられては居ないが、それは此の誓告を不當であると認める

やうになつたが爲ではなくて、判決理由の性質上自明的の事項である爲である。

更に一九二六年二月十三日の「裁判所の判決に於ける文字詞句に關する命令」中に於ては、司法長官は繰返し判決を判り易い文字詞句で起案するの必要を高調して居る。

「人民と裁判所との間に理解あり、信頼に充ちたる關係を來す上にとつて重要な裁判の民衆化は、司法官廳の判決、決定及び命令が、流暢にして理解し易き措辭に於て起案せらるゝことに因つて、著しく助長せらるゝものなり。特に外國語や、素人にとつて理解し易からざる専門語は、成るべく之を避くべきものなり。」

即ち判決理由は、法律家でない者にとつても、明瞭に理解し得らるゝやうに書くべきもので、従つて當事者にとつて理解に困難な専門上の用語は、避けなければならぬのである。従つて多く見かけるやうに判決理由を始めるのに「訴はそれ自體理由あり」die Klage ist schlüssigなる句を以てするのは、適當でない。蓋し「それ自體理由あり」schlüssigと云ふ觀念は、右述べる所に謂ふ専門上の用語であるからである。尙ほ其の他の點についても、判決理由を成るべく判り易いやうに記述する爲には、百方努力を傾注すべきである。

此の例は一九二〇年十一月二十六日の判決(Bd. 100, S. 275)中で、大審院が示して居つて、そこには實體上の説明に入るに先だち、判決理由の冒頭で次の如く述べて居る。「原告は讓渡に因つて、其の死亡したる兄の一切の権利を取得したるものなるが故に、以下に於ては簡潔を期する爲、原告が其の兄と共に行為を爲すものとして現はるゝ場合にあつても、只原告一人のみについて云々すべし。」

法條は文字章句をそつくりその儘、又は其の内容を録載するのが一番いゝ。蓋し當事者は大抵は法律の規定を知らないか、又は其たしきに至つては、法律を手にかかるとさへ不可能事だからである。

裁判所は適用した法條を掲出する義務を負ふものであるかどうかの問題については、大審院は一九一四年三月十七日の判決(Recht v. 1914 Nr. 1508)中で左の如く判示して居る。「適用したる法條を掲出せざることは、民事訴訟法第五百五十一條第七號に所謂理由の欠缺を意味するものにあらず。上告論旨は民事訴訟法第三百十三條に對する違反は、控訴院が其の適用したる法律の規定を掲げざりし點に存すと稱すれども、裁判所は訴訟法上、法律の規定を掲ぐるの義務を負ふものにあらず。判決が理由を具備する場合には、法律の表示を爲さざることは、民事訴訟法第二百八十六條第五百五十一條第七號に所謂理由の欠缺を成す次第にあらざるなり」。

けれども試験作業については、獨り適用したる法條を掲出するのみに止まらず、文字章句をそつくりその儘、又は少くとも其の内容を録載するのが適當であらうと思ふ。

判決理由の末文に従つて前記の通り判決するを必要とせりと云つたやうな文句を置くのは無用であつて、其の内容の無意味であるのに顧み、かう云ふ文句に省略するのが一番いゝ。

(e) 判決理由中に於て係争問題に對する態度

判決理由は法律上の種類に屬する係争問題に對して、如何なる態度を執るべきであるかは、判決理由が専ら發見された正しい論結を辯明すべき筈のものであると云ふ要件から、自ら明かとなつて來る。けれどもそうかと云つて、判決理由が學問上の論文になつて了ふやうなことがあつてはならない。論

結が立法論として通説たる見解と相反する場合にあつても、通説を簡単に説明し、之を不當として簡単に論駁するを以て足るのである。之に反し、論結が理由に於て通説たる見解と合致するときは、通説たる見解に同じて是々を認むる旨を言明するを以て、大抵の場合には充分とする。

學說判例の上で此の通説たる見解を主張する、學者裁判所の全部を悉く列擧した名簿のやうなものを掲げる必要はない。寧ろ此の點に於ては、比較的著名の註釋書中の一を擧げて、そこには是々の箇所、に幾多の學說判例が掲げてある旨を附記する事で充分である。けれども、通説を記載する上においては、常に控目勝でありたいと思ふ。凡そ判決を起案する者の中には、其の論結を理由付けるに適した所のものは、すべて之を通説として記載する傾向を有する者が随分と多い。そしてそれは誠に尤もなことであると考へるのである。問題が眞に争があつて、完全に通説であると見ることの出来る見解が、存在しない場合にあつては、判決中に主張されて居る見解に左袒する原因を、極めて簡単に説明すべく、此の場合にあつては、此の摘示の終尾に、括弧の中に收めて簡単に、之に同意の學說判例を開示すべきである。併し例へば判例に示された理由を判例の理由として簡単に掲げるのは、少くとも試験作業については失當であると著者は考へる。例へば大審院は云々の判決に於て、賃貸の住居内に於て賃借人の物件を購入するに當つては、普通賃貸人質權 *Vermieterpfandrecht* の存在を豫期すべきものと判示せり。當裁判所は此の見解に従ふものなり」と云ふ風に書くのは拙くもあり、また失當でもあると考へる。かくの如き場合にあつては、寧ろ判例中に掲げられた原因を獨立して開陳し、次に括弧中で、「大審院も云々の判決に於て、同じ主旨を判示せり」と附加すべきである。

(f) 判決理由の完備の要件

判決理由を書くに當つては判決理由は獨り當事者文を目當とするものでないことを忘却してはならない。併し判決が上級審の審査を受ける場合に於ては又は試験作業の場合に於けるが如く、一人又は數人の試験官の審査を受ける場合に於ては是等の事情に對する考慮をも全然度外視する譯には行き兼ねる。従つて判決理由は獨り大抵は法律に通曉して居ない當事者文を説服するを要するのみに止まらず、また上級裁判所及び試験官の明察に對しても、其の地歩を維持することが出来なければならぬ。

これが爲に先づ必要であるのは判決理由が完備して居て、一切を網羅してあるを必要とすると云ふことである。特に判決理由は當事者の提出した所のもの、全部を評價し、當事者のあらゆる争點を取扱ひ、そして之を解決せしめるを要する。一つの請求が主張せらるゝならば、此の請求を理由付けるに足るべき、あらゆる着眼點を究明しなければならぬ。それが行はれた場合に初めて、此の請求は理由がないと云ふ斷案を下すことが出来るのである。けれどもかう云つたからと云つて、意見書とは違つて、請求を棄却し、又は之を原告に歸する見解に、直ちに重點を置いてはならないと云ふ譯ではない。或る一つの請求が數個の着眼點から理由付けられるとき、又は數個の着眼點から棄却に熟するときは、是等の着眼點の全部を擧げて究明することは、失當であるとされることが少くない。即ち例へばゴールドマン(Goldmann in RZ. 1921 S. 249)の如きは「理由は一つで充分である。勿論二つのものが結合されてある場合には、より以上有力であることは云ふまでもないが、併し此の場合に於ては、理由のそれぞ

れが獨立して、それ丈で充分有力であることを必要とする。數個の理由を寄せ集めて見た所で、その中の一個若は數個が疑はしいものである場合には、判事自身がその判決に、充分信頼を置くことが出来ないのであるかの如き疑念を、懐かしめることを免れまい」と述べて居る。

併し著者は此の見解に左袒することは出来ない。上級裁判所又は試験官が判決中に言明されてある甲又は乙の理由に於て、意見を異にするとするも、單に補充又は補充の爲に併せ調査されて居る甲又は乙の見解には、恐らく與みすること、思はれる。従つて少くとも判決の主たる點、又は判決の數個の主たる點については、數個の理由を掲げるのも、時には適當であるやうに思はれる。只附帶的の點例へば如何なる程度に於て、利子を歸すべきか、訴訟費用の裁判を如何ならしむべきか、判決に假執行の宣言を附すべきや否や等、等)にあつては、數個の理由を掲げるのは大抵の場合不體裁な感じを與へるもので従つてまた之を避ける必要があるであらう。

更に請求が訴訟上不適法である場合に、實體的に請求を審査するのは、失當である。けれども是は、請求を辯護する數個の實體的理由を、全部掲げるのが適當であるかどうかの問題とは、全然交渉である。而して此の問題に對する解答はどうであるかと云へば、是は以上に説明したやうな原因に基き、之を肯定したいと思ふ。

判決理由を完全ならしめんが爲には、更に當事者の申立の全部を擧げて、判決理由中で之を考査することが必要である。例へば利子、訴訟費用、假執行の宣言等の如き附帶的の點、及び附帶的の請求の如きものすら、之を看過してはならない。勿論是は主たる請求の歸せられる場合文に關すること、主たる

請求を棄却するを要する場合にあつては、是と同時に附帶的の請求も亦直ちに之を棄却するを要する。此の場合には是が審査をする必要はないのである。

ダイムハルト(De'nhardt, Vom Buchstabengeist zum Wirklichkeitsgeist im Zivilurteil. Kleine Winke—S. 66 der von Stephan herausgegebenen Thüringer Juristischen Prüfungsordnung 7. Aufl., 1925)は普通の場合に於ての訴訟費用の裁判を無用であるとして居る。曰く、

「訴訟費用の點に關しては、此の判決を正當たらしむるは、民事訴訟法第九十一條(第九十七條なり)と云ふ判で捺したやうな文句で終るのが、殆どすべての判決に見る所であるが、専門家にとつては此の紋切型は全く無意味であるし、何も知らない素人としても、敗けた者が支拂はなければならぬのは、獨り戦争や賭博に限られたことではなく、訴訟沙汰に於ても同様であることは心得て居る。何人にとつても疑の餘地のない事柄は取立て、言明する必要はない。開いて居る扉は、突き開けるまでもないことである。空が蒼いとか、陽が輝いて居るとか、雨が降ると濡れるとか、きまり切つた事柄を書くのは全く無用である。訴訟費用に關してかくの如き言葉の綾を飾つて見た所で、何人も之を読みはしないのである。讀者胸裡の本能は、自動的に自己防衛をする。果して然らば、かやうなことを書き立てる必要は、益々以てない譯である。

只當事者の何れもが勝訴すると同時に、敗訴もして居る場合に於ては、如何なる標準に従つて、訴訟費用を分配すべきかの着眼點を明確に記載すべきで、大抵第九十二條参照以外に何事かを言明する必要があるのである」と。

併し著者は此の説に反對して、如何なる場合に於ても、訴訟費用の裁判も辯明する必要があると云ふ著者の持論を固執したいと思ふ。さもないと辯明の絶對的に必要である疑はしい場合に、理由が省略されるかも知れないと云ふ點丈から見ても、既にそうする必要があるのである。加之普通に行はれて居るやうな、理由の美辭麗句も、判決主文中に於て訴訟費用の裁判が看過されることに、注意を惹くこともあるのである。

然し乍ら判決理由に於ては、當事者の主張も遺漏なく論じ盡すことに、特に重きを置かなければならぬ。當事者の一方の只一つの獨立した防禦の方法と雖之を看過するやうなことがあつてはならぬ。

之については大審院は、*Juristische Rundschau* 1925 S. 1219 Nr. 1688. に於て左の如く述べて居る。

「控訴裁判所が契約の履行の異議を看過することに因つて、民事訴訟法第五百五十一條第七號の規定に違反したりと云ふ責問は、適切なり。控訴判決の判決事實に據れば、被告は、賣掛代金の殘額については、原告に久しき以前に既に辨濟を受けたものなりと抗辯したるに拘らず、控訴判決の理由に於ては、此の賣掛代金殘額の早く辨濟せられたることの辯駁について、言及せる箇所全くなく、只判決事實中に於て、一九二二年七月一日以來進行中の契約上の支拂期間内に、六千馬克の支拂はれざりしを争なき事項として掲ぐるのみ。然れども此の抗辯は、民事訴訟法第四百十六條、第二百八十九條、第四百六十一條に所謂獨立の防禦方法たるものにして、若し是が理由あるに於ては、それのみにて訴の請求を斥くるに足るものなり。此の抗辯は、訴訟の成行に對してかくの如く重大なる意義を有するものなるが故に、上

告を以て不服を申立てられたる裁判の判決理由が、此の抗辯を看過するに於ては、該判決は民事訴訟法第五百五十一條第七號の意味に於て、理由を具備せざるものなりと認めざるを得ざらしむ[RGZ, 109, 304]。被告が其の控訴答辯書に於ても、此の抗辯を明示的に反覆せざりし事情に因り、此の抗辯を抛棄したるものなりと判定することを得ず。従つて不服を申立てられたる判決は、法律の違背に立脚するものなり。

當事者の一方の只一つの獨立した攻撃の方法も、之を判決理由中に掲げることが必要とする。此の點に、大審院が *Wann, 1926 S. 283 Nr. 196* で高調して居る所である。

「上告論旨は、原告の最終の口頭辯論に於て主張したる事實上の主張が、共同責任の申立を理由付くるに適し、且原告は之を證明したるにも拘らず、此の主張、即ち被告が姦通の責任ありとする主張を、控訴裁判所が斟酌することなかりしを抗議したり。

此の主張は、一九二六年四月十二日の原告の書面中に記載せらるゝものにして、該書面は、その上に記載せらるゝ注意書に據れば、當日の最終の口頭辯論に於て、裁判所に提出せられたるものにして、控訴判決の判決事實並に事件の経過に關する一九二六年五月六日の控訴院の決判中に記す所に據れば、前記の書面の内容は、口頭を以て控訴裁判所に演述せられたりしものとなさざるべからず。

果して然らば、之を判決理由中に掲げざるは、獨り民事訴訟法第二百八十六條に對する違背たるのみに止まらず、また第五百五十一條第七號に對する違背たるものと謂はざるべからず。是は實に一個の特別なる攻撃の方法に屬す。蓋し姦通の主張はそれ自體原告の提出したる共同責任の申立を辯護す

るに適したりしものなるを以てなり。従つて此の違背は、控訴判決の廢棄と、事件の前審への差戻を必要ならしむるものと謂はざるべからざるなり。

當事者の法律上の論述に關しては、裁判所には判決理由中に於て、當事者の當該の説明を遺漏なく評價する義務のないことは、素より言を俟たない。

「法律を解釋するに當つては、判事は當事者の一方の一切の抗辯を、特に裁判するの義務を負ふものにあらず」[RG, 105, S. 114]

けれども當事者の提出の事實上の内容に至つては、裁判所は判決理由中に於て、遺漏なく之を論じ盡すことを必要とする。

大審院が *Bd. 94 S. 165* 中に於て判示して居る所に據れば、判決理由は就中訴訟當事者に對しても、判決の基礎となれる考察を説明するを要するものなり。裁判所は形式上及び實體上當事者に對し、充分に合法的なる陳述を爲すの機會を與へたること、裁判所は當事者の提出を了解したること、また其の申立の提出あるや、之に對して如何なる態度を執りたるかの點を、判決理由中に於て一切清算するを要す。是が爲には特に立證せられたるものと認めらるゝ事實、又は立證せられざるものと認めらるゝ事實の實體上充分にして且平易なる説明を必要とするなり。

法律は、或る事實を眞實なりと認むべきや、眞實なりと認むべからざるやの裁判官の心證の基礎に關し、特に嚴重なる要件を設けて居る。

民事訴訟法第二百八十六條に據れば、裁判所は「口頭辯論の内容の全斑及び若し證據調が行はれたる

ときは、其の結果を斟酌して、自由なる心證に従ひ、事實上の主張を眞實なりと認むべきや、眞實なりと認むべからざるやを裁判するを要する。また判決中には、裁判官の心證にとつて有力であつた理由を記載するを要するのである。

従つて法律は、民事判決の理由については、刑事判決の理由に於けるよりも、遙に峻嚴なる要件を課して居るものと謂はなければならぬ。

即ち判決は上級審の判事(並に試験官)に對して、裁判所(並に判決案起草者)が如何にして或る主張の眞實若は不眞實を認むるに至つたのであるかを、審査することを得しむるを要する。「裁判所は口頭辯論及び證據調の結果に基き、此の心證を得るに至りたりと云つたやうな、通り一遍の慣用句では不十分なのである。否、裁判所は寧ろ調べた證據、及び其の他の要素の全部を擧げて其の前後の關係に於て之を審査し、其の斟酌しなかつたことを理由付けなければならぬ」(Stein-Jonas, 12. Aufl., S. 753 Anm. I zu § 286 ZPO.)

勿論此の點に於ては、判決理由に餘り多大の要求を課する譯に行かないことは、云ふまでもない。

「證據調のあらゆる具體的事項を判決中で取扱ふのは、裁判所にとつて不可能のことであり、従つて裁判所はかくの如き義務を負ふものでない」(RGZ. 84, 424.)

「一切の事項のそれ〴〵について、明示的に意見を示すことを裁判所に強ふる能はず」(Warn. 1915, S. 179.)

「事實裁判官 Tatsichter は其の心證にとつて有力なりし理由を開示するの義務を負ふのみに止まり、當

事者の個々の提出のそれ〴〵について、明示的に判定を爲すことを強ひらるゝものにあらず。有力なりとして表示せらるゝ考察の原因の立場より見て、論究せられざる事項の無意義なることが、直ちに明白となる場合に於ては、兎に角之を以て充分とするなり」(RG. Recht 1914 Nr. 3026.)

申出でられたる證據を、顧慮するに足らぬものと思惟する場合については、多大の注意を拂ふことが必要である。判例は此の場合に理由に對して特に非常に峻嚴なる要件を課して居るが、判決起草者は此の要件を充分守らないことが多いのである。されば申出でられた證據を顧慮すまいとする場合には、理由を認めるに當つて是等の判例を深く念頭に置くことを適當とする。(此の點についての詳細は民事訴訟法註釋書第二百八十六條の項を参照せられたい。)

大審院の判例中、此の點に關して特に擧ぐべきものは左の通りである。

(a) 一九一六年十月二十五日の判決(Warn. 1917 S. 46 Nr. 36) 「原告の妻が原告の主張したる所の事項を證明するも、原告の妻は訴訟の成行に深甚なる關心を有するが故に、其の供述する所は深く信用するに足らずと云ふの理由を以て、控訴裁判官が原告の妻を證人として訊問することを拒みたるを以て、民事訴訟法第二百八十六條に對する違背と爲すことを得べからず。民事訴訟法第二百八十六條の掲ぐる自由採證主義の原則は、證言せらるべき主張の逆が既に立證せられ、且判事の見る所に據れば案件の特殊の事情に顧み、特に證人が舉證者と親近なる關係に在り、従つてまた是が爲に證人が訴訟の成行に甚大なる關心を有するの點より考ふるも、此の證人に訊問するにしても反證を提出することはあらずと云ふ理由に因つて、申出でられたる證人の訊問を拒むの權

をも亦裁判官に與ふものなり」

(b) 一九一五年十一月二十七日の判決(Recht 1915 Nr. 2703)「第三者が過去に於て意圖したる所の事項に關して、證人を訊問せられんことを求むる申出あるも、證人が當事者の一方に特に偏頗なる同情を有することを免れざるものゝ如く考へらるゝ場合には、事件に影響なきの故を以て、之を拒むことを得べし。勿論證人の訊問は、其の供述が狀況を判斷する上に何等の作用を及ぼすことなかるべきの理由を以て、之を拒むことを得ざるは云ふまでもなし。然れども此の原則は、供述に全然何等の意義をも認めしめざる特殊の原因を存する場合にあつては、例外を認めらるゝものなり。此の原因は證人の資格に存することあり、また其の他の事情に存することありと雖、何れにしても此の原因は、之を判決中に於て説明せざるべからず。

(c) 一九一四年三月十四日の判決(Recht 1914 Nr. 1593)「證人甲某が宣誓の上にて、證人乙某の宣誓して證言した所と異なる事項を供述したりとせば、此の二つの同等の價値を有する宣誓供述は、互に相矛盾するに至るべく、かくの如きは、原告にとつても有利なる結果を招來する所以にあらざるべしと云ふの理由を以て、證人の訊問を拒むは不當なり。此の證人の訊問の拒絶は、未だ全然行はれざる證人の供述を豫め評價して、之を拒絶の基礎となしたるものなり。然れども裁判所は申出でられたる證據を取調べ、此の證人の或る一定の供述を得たる場合に限り、それ自體として争ひの餘地なき證人の供述を、適當に判斷することを得るものなり。民事訴訟法第二百八十六條に因る裁判官の心證を形成する上に於ての、充分なる基礎が造り出さるゝは、證人のかくの如き證明を存す

る場合に初めて見る所なり」

判決理由が、單に他の判決の判決理由を援用することに於て成立せるに止まるときは、判決理由の完備に重大なる欠缺を存する次第なりとす。かくの如き援用は、普通裁判所の實際に於ても、不適當と稱すべきなり。

大審院は此の點につき、一九一四年四月八日の判決(JW. 1914 S. 880)中で、左の如く判示して居る。「判決理由が個々の點に於ける無益の反覆を避くる爲に、既に是等の點を解決したる他の判決の判決理由を援用することに因つて、之を補充することを得べきは、勿論大審院の判例の承認したる所に屬すれども、然も此の場合には援用されたる判決が同一の訴訟に於て、又は少くとも同一當事者間の或る訴訟に於て言渡されたるものにして、且送達せられたるものなることを條件とす。即ち其の理由が、當事者双方に知れ居るものと認むることを得べき判決なることを條件とするなり」

試験作業については、司法試験委員の訓示が一切の援用を普遍的に禁止し居るのに顧みるも、既にかかる處置の不適法であることは明白である。

之に反し事實上の事情に關し例へば證人の證明等の如き判決理由中で記録中の相當な箇所を援用するのは、裁判所の實際に於て、判決理由の完備の要件に對する瑕瑾と見ることは出來ない。

「事實の摘示は、民事訴訟法第三百十三條第二項の明示的の規定に據れば、準備書面の内容や、法廷調書を以てして行はれたる確認を援用することを得べく、一九一五年九月九日の聯邦參議院令第二十四條に據れば、かくの如き援用を以て補充することをすら得るが如く、判決理由の記述についても、訴訟上の

書面 Prozessschrift、證書及び裁判所の調書の内容のかくの如き援用は、原則として許されざるものと認めむべからずして、寧ろ實際上の需要に従つて普通に行はるゝ所に屬す〔R.G. 94, 165〕。

只此の場合にあつては、當事者双方も亦、何時たりとも記録の援用されたる部分を、其の手控其の他の中に見出すことが出来るやうにして、援用を行ふことに注意を拂ふを要する。

是が爲には判決理由中で、援用された箇所を單に記録の丁數丈で表示するのでは、不充分である。大審院は一九一八年十一月二十一日の裁判に於て此の要件に對する違反を理由として、ドレスデン控訴院の判決を廢棄し、其の理由として次の如く述べて居る。「援用されたる書面が、當事者及び其の訴訟代理人の手控中に、發見し得らるゝやうにして援用せらるゝときは、裁判所の記録中にのみ之を發見することを得る援用方法に比較して、實際上に著しき相違を存するものなること直ちに明白なり。此の後なる援用方法は、通常の場合については——事相の極めて單純なる場合を除き——當事者の要求に満足を與ふるものにあらず。當事者も亦民事訴訟法第二百九十九條に據り、訴訟記録を閱覽し、是が抄本、謄本及び正本の付與を求むるの權利を有するものなれども、然も他の半面に於ては、當事者は、自己にとつて標準となる判決の部分を理解し、審査し、上訴の提起に關して決心を爲すことを得んが爲に、かくの如き補助手段を利用するの義務を、負擔せしめらるゝものにあらず。されば不服を申立てられたる援用方法が、こゝに問題となれる判決理由の部分の裁判所に依る審査を、必ずしも甚だしく妨げたるにあらざる場合にあつても、當事者が自己の爲に課すべき前記の要件を判決が具備せざるの理由のみを以ても、判決は廢棄することを餘儀なくせられたりしものなり」。

以上述べたる所に據り、本來は援用の許される場合にあつても、司法試験委員の訓示に據れば、試験作業にあつては援用は一切してならないことになつて居る。

(g) 判決理由中に於ては無用の説明を爲すべからざること

判決理由が完備して居て遺漏なきことを必要とするのは、以上に述べた通りであるが、然も他の半面に於ては、判決理由に屬しない事項は決して之を判決理由中に差加へてはならない。然らば判決理由中に屬しないものとは何であるか。既に判決事實中で述べられた事項、又は判決事實中で述べることを必要としたであらう所の事項がそれである。特に判決理由の冒頭に一種の簡約した判決事實をもう一度掲げるが如きは失當であると考へるのである。

大審院の判決にあつては、判決理由を公表することを目的とする次第なのであるから、右に述べたやうなやり方も、或は適當であるかも知れない。更にまた裁判所の實際に於て例へば控訴裁判所で、單に援用文に基いて判決事實を構成するやうな場合にあつては、此の方法も随分多く行はれるので、かくの如き場合にあつては、此の處置に對して、別段非難すべき點はないが、試験作業については、判決理由中にもう一度判決事實を掲げるやり方は、何時も誠に煩はしいことであり、無用の反覆の感じを與へることを免れない。

更に判決理由中では決して當事者に助言を與へてはならない。特に敗訴した當事者に助言を與へるやうなことがあつてはならない。例へば敗訴した當事者に向つて、其の期しつゝある結果を達成せんが爲には、不服を申立てる必要がある旨を判決中で諭示するが如きは、裁判官の任務の範圍を逸脱す

ること甚大なるものがあると云はなければならぬ。加之かくの如き助言は全然無意義である。蓋し後に至つて裁判を爲すべき裁判官は、前の裁判官の言明した助言に従つて裁判を爲すやうに、羈束されるものでは決してないからである。

最後に判決理由の中には、訴が訴訟法上の理由又は之に類似の理由に因つて却下されるにも拘らず争の實體的方面にまで立入るものが少くない。例へば無訴権に因り訴の却下される場合に、裁判所が本案について如何なる裁判を爲すであらうかを言明するのは、全然無用であつて、堅く避けなければならぬ所に屬する。訴の變更を存する場合にあつても亦同じ。裁判所が訴の變更を存すると云ふ理由で、原告は其の現在執つて居る見地に立脚することは出来ないとい判決する場合には、新しい訴の理由に據れば、訴が果して理由があるのであるかどうかの點についての判決は、全然差控ふべきである。

大審院も亦、反覆して此の意味を言明して居る。即ち例へば一九一五年一月五日の判決に於て、民事訴訟法第五百二十九條第二項に因る申立を不合法なりとし、同時に實體上理由なしと宣告するは不合法なりと雖、是が爲に判決の廢棄を必要とするの結果を生ずるものにあらず。

然り而して控訴裁判所は、申立を訴訟法上不合法なりと宣言したるものなるが故に、實體上の理由には論及すべからざりし次第なりと雖、JW. 1906 S. 394, 21に於て類似の場合につき見たるが如く、之に因り判決は廢棄せざるべからずとの論結を爲すことを得ず。控訴裁判所は、申立の訴訟上の適否を不問に附したるにあらずして、確定的に之を否定したるものなるが故に、申立は之に因つて訴訟法上不合法として却下せられたりしものなり。若し夫れ其の實體的の理由に關する論述に至つては、右の訴訟

法上の問題の論述に比較すれば、多く考慮するに足らざるものにして、無用にはあれども、然も之を存すればとて格別有害なるにはあらず。従つて全然存在せざるものとして、之を取扱ふことを得べし。されば此の判決の既判力も亦、只訴訟法上の不合法の點に及ぶのみに止まりて、請求の實體的理由に關する控訴裁判所の論述に、及ぶものにはあらざるなりと判示して居る。

普通判決發見の原則 Grundsatz der Rechtsfindung としては、

不必要なる事項については、決して裁判を爲すべからず Nie über etwas entscheiden, was nicht vomoten ist.

と稱することが出来る。

此の原則を無視することが、如何に危険なる作用を及ぼすことがあるかは、バウムバッハが、JZ. 1927 S. 498. に於て、JW. 1927, 513. の大審院の判決について説明して居る。こゝでは大審院は成功謝金を約束した辯護士の所行を目して、其の身分にふさはしからぬ振舞であり、また敗徳な行爲であると稱して居るのであるが、バウムバッハの説く所に據れば、辯護士が身分にふさはしからぬ行爲を爲したことの取調は無用であつたのである。「即ち大審院は、不必要なる事項については、決して裁判を爲すべからずと云ふ判決發見の原則を無視したものである。けれども大審院が、辯護士界に重きを爲す人物に對し其の身分を代表する機關の意見を顧みず、其の反對の陳述を評價することを爲さずして、身分にふさはしからぬ行爲と云ふ非難を浴せたのは、恰も蜂の巢をつゝくが如き舉であるのを、當然知悉して居たに相違ないことを思ひ廻らして見ると、大審院の此の舉は、益々以て遺憾なことであると云はなければならぬ。」

らなす』

「従つて以上の如く判決するを要したりしものなり」と云ふやうな判決理由の末文は、無用でもあるしまた内容上無意味なのであるから、之を省略するのが一番いゝのである。

既に前に掲げてある判決をもう一度掲げて、判決の末文に重々しい調子で嚴かに「かくの如き次第なるを以て以上の通り判決することを必要としたりしものなり」とか「かくの如き次第なるを以て請求を棄却するを必要としたりしものなり」とか、事々しく斷るべきでない。それは空虚な常套語であり、馬鹿げたことであり、前言の反覆であつて、全然無意味な文句に過ぎないのである。讀者が事件は何が争はれつゝあるのであるか、どう云ふ風に判決せられたのであるか、その時までには忘れてにしても、かくの如き勿體振つた文句に依つて、毫も恫巧にはならないのである。

學校で作る論文にあつては、派手な結句(誠語とか總括の文句とか)に終らしめるのが慣はしであるかも知れないが、判決にあつては、結句を最後に置く事は無意味である。成程判決に締め括りをつける必要のあるのは、確かであるが、併しそれが爲に各節に段落を切つて、それをバラ／＼にして「了ふやうなことがあつてはならない。然も起頭を何遍も繰返すときは、そう云ふやうなことになつて了ふのである。若し請求を棄却す」を判決として掲げ「即ち控訴は理由なし」を以て理由を終るとするならば、それで立派に締め括りはついて、仕上を終ることが出来るに違ひない。此の文句は控訴を棄却するの起頭と結び合はざるもので、また是と前後相照應するものである。併しそれを言明する必要はない。それは前に既に言明してあることだからである。(Deinhardt, „Vom Buchstabengeist zum Wirklichkeitsgeist im Zivil-

urteil, Kleine Winke.“ S. 61 der „Türinger Juristischen Prüfungsordnung“—Herausgegeben von Steplau, 7. Aufl. 1925—)

實地作業の作成についての司法試験委員の訓示も、以前には判決理由に無用の説明を掲げないやうにとの注意を高調して居たもので「判決理由は、発見せられたる判決を辯明する爲に必要な事項に限り掲ぐべし」と、明示的に言明して居た。此の文句は成程現在の法文には削除されて居るけれども、其の削除されたのは、此の文句が無意味になつたが爲ではなくして、寧ろ逆に判決理由の性質上直ちに明白で、明示的に特筆する必要がないやうに認められるからである。

第二節 各個の場合に於ける判決理由の構成

判決理由の構成は經驗上、試補諸君にとつては随分とむつかしい仕事であつて、大抵の者は判決理由として、單に切縮めた意見書を提出する文に過ぎないし、また試補諸君が事務修習の期間中、豫め意見書を作成することなくして提出する所の判決の如きも、其の構成に於ては、何時も意見書の構成と一致して居るのである。けれども此の如き構成が、少くとも普通の場合については、必ずしも正當であり得ないことは、曩に詳細に説明した意見書と判決理由との相違からして、自ら明白なるものがあるのである。こゝでもう一度一九二三年の司法省公報(JMB. 1923 S. 329)の巧妙なる譬喩を繰返すならば、判決理由をして意見書と同一の思想の経路内にあらしめることの謬つて居るのは、恰も建築家が石造窟窿の基礎工事として、木造の工事を爲すのが謬りであると、同様なのである。

試補として判決理由の正しい構成を習得することの困難さは、此の點について一般に通用する法則を設けることが殆ど不可能である爲に、益々大となつて來るのであるが、意見書にあつては、聊か其の趣を異にする。即ち意見書の目的とする所は、或る論結を見出す爲の方法を求め、在つて、是が爲の方針は、其の性質上常に同一である意見書の任務に因つて、大體に於て定められるものである。判決理由にあつては全然異り、是は單に、既に存在して居る所の論結を辯明するに止まり、或る論結に到達する爲の道を求めるのではない。加之此の辯明は、それ〴〵發見された論結に依つて、全然別様に構成せられ形成せられるので、是は事柄の性質上から見ても明白なことである。即ち判決理由の構成は、各個の場合に依つて、多少異つて來ることを免れない。

従つて意見書の構成についての規則を、簡單に判決理由についても標準たるものと稱するが如きは全然不當であると考へるのである。

例へば賣買契約に基いて、民法第三百二十六條に因る損害賠償の請求が起されたときは、賣買契約締結の當時、被告は意識を喪失する程度に酩酊して居たと云ふ、被告の抗辯の立證せられたのを考へ合せて見ると、具體的の計算法に依る損害賠償の請求が是認せらるゝや、はたまた抽象的の計算法に依る損害賠償の請求が是認せらるゝやを詳細に説明することは、判決理由にとつては全然無用である。

意見書にあつては全然異り、此の場合にあつては、如何なる法律上の見地に因り、訴がそれ自體理由あるのであるかを詳細に取調べることは、全く適當な處置であるのである。

判決理由の構成について、一般的に通用する規則を設けることは、不可能であることを認めるにも拘らず、本書では少くとも主なる場合について、一種の示導を與へるやうにする心算である。尙ほまた證據調を取扱ふことを必要とする判決と、證據調を取扱ふ必要のない判決との間には、純然たる形式の上で、區別を立てる必要があらうと思ふ。

(a) 證據調を伴はない判決

證據調を伴ふことなくして、或る論結に到達する判決の中で、先づ他と區別することの出来るのは、訴訟法上又は其の他の本案に觸れない理由に基いて、訴を却下する判決である。かくの如き場合に於ては、訴それ自體には全然言及するの必要なく、單刀直入直ちに判決理由の重心を却下に到達せしめる理由に置いて、明快截然と論すべきである。かくの如き場合に於ては、例へば直ちに「當裁判所は土地の管轄權を有せず」と云ふ文句を以て始め、然る後此の理由が訴を却下するに至らしめたること、及び其の何故に然るかを論述すべきである。

勿論此の見地は、それ〴〵案件の狀況に應じて非常に詳細に取扱ふことを必要とする。當事者には此の裁判所が法律上及び判例上眞實に訴訟の實體に立入つて裁判をする權限のないことを、心から信ぜしめなければならぬ。かくの如き場合に於て、尙ほ本案に於て裁判をするのは全然謬りである。所が不思議なことには、裁判所で、かうした處置を見かけることが少くない。それと云ふのも、かう云ふ風にして、裁判所の管轄違其の他の幻滅を味はせられる當事者にせめてもの慰藉を與へ、本案に於ても亦訴は棄却されたのだと云ふことを、指示しやうとするかの如き觀がある。かくの如き慰藉が當の當事者にとつては、殆ど慰藉として受容られることのないのは、全然度外視するにしても、實質の上から云

つても、かくの如き慰藉は全然何の意義をも持たない。後に至つて本案に於て裁判をするを要する裁判所は、最初に判決を爲す裁判所の判決理由の、此の部分に羈束されるものではないからである。

此の意味に於て例へば大審院は、一九二二年九月二十二日の判決に於て(BL. 105 S. 196)左の如く判示して居る。「控訴裁判所は無訴権に因る訴の却下を是認し、然も原告の控訴が實體上の理由より云ふも許すことを得べからざるべき旨を、長文に於て附言したり。かくの如く理由を重疊せしむるは、不適法にして、訴権が認められざる場合に於ては、訴の實體上の理由に言及することをも得ざる次第なり」と雖、本件の場合に於ては控訴裁判所が原告に向つて、原告は實體上に於ても、其の請求を貫徹する見込を全然有せざるべきを指示せんとしたるに止まるものなることは明白にして、裁判それ自體は無訴権の認定に立脚するに過ぎざるものなり。されば訴の實體上の見込に關する論述は、無害なるものと認むべく、かくの如き論述が全然存せざるかの如く取扱ふことを得べきなり」。

例へば時効の抗辯が提出されて、其の事實上の條件に争なきの故を以て、此の抗辯が直ちに目的を達する場合にあつては、訴訟法上の見地に基く却下の場合に於けると、同じやうに處置するを要する。此の場合には、時効の抗辯は理由あり」と云ふ文句で、判決理由を始めるのが正しい。而して此の場合にあつては、判決理由は、訴に因る請求については如何なる時効期間が問題となるのであるか、及び期間の満了についての事實上の條件は果して存在するかどうかを説明するを要するに過ぎない。此の場合にあつても判決を支持する所の唯一の見地は、詳細に之を論ずるを要する。只訴訟法上の理由に因る却下に比較して重大なる相違を存する點が一つある。時効は本來本案に於ける裁判を成すものであ

るから、時効の外に、同じやうに請求の棄却を導くべき他の見地を指示するにしても、直ちに之を以て過誤であるとし、不適法と稱することは出来ない。而してそれが如何なる範圍に於て行はれるのであるかは、勿論各個の場合の事情に依つて定まるべきことである。

證據調について論ずることを必要としないもう一つの種類の判決は、それ自體理由のない訴の場合に於ける判決である。此の場合にあつても判決理由の劈頭に、例へば「請求を棄却す。原告の本來の主張は、其の正當なるを想定するとするも、請求を是認せしむるに適せず」なる文句を掲ぐべきである。そして爾後の記述に於ては判決理由は、之を布衍して論ずるに止められる。勿論此の記述は判決を支持する唯一のものであるから、何時も可なりに詳細であることを必要とする。云ふまでもなく訴をそれ自體として理由あらしむべき、一切の着眼點を一々吟味し(此の點については、曩に意見書に關する相當の論述を参照せられたい)それぞれの着眼點について、何故それが該當しないのであるかを、詳細に説明する必要のないのは確である。けれども當事者自身陳述した法律上の見地、又はどうかかうか現在の事相に適合することの出来る法律上の見地は、少くとも之を掲載し、簡單に之を不適當として斥けることを必要とする。之に反し被告の防禦に言及するのは無用であり、また不必要である。勿論法律上來は支持することの得られる請求も、是々の見地に因り棄却するを要する旨を簡單に記載するとしても、直ちに之を謬れるものと稱することは出来まいと思ふ。

逆に、訴を理由付ける主張に争なく、且被告が有力なる抗辯を提出しない爲に、直ちに訴を原告に歸することの出来る判決は、また別の種類を形成する。此の場合にあつては理由の劈頭直ちに、訴の事實上

の基礎に争がないこと、原告の主張は其の請求を是認せしむるにも適する旨を、言明するを適當とすることが多いであらう。例へば「原告が訴の請求の基礎とせる事實上の主張には全然争なく、且又是等の主張は、原告の要求を是認せしむるにも適せり」と記すべきである。「訴の請求」とか「要求」とか云ふ不定の語辭の代りに、原告の要求した目的物そのものを簡単に表示するに於ては、一層明確で、判り易くなつて来る。例へば「原告は、被告の争はざる原告の陳述に因り、被告に賃貸したる住居の明渡を要求することを得とするのである。かくの如き結合は、別に無理をしないでも出来る。此の場合には原告の争なき主張に據れば、訴の請求の理由あることの論述と、被告の抗辯の理由なきことの説明とは、互に相連繫する次第である。

其の上で案件の状況に應じて、訴のそれ自體理由ありや否やの問題、又は被告の抗辯を理由なしとする問題に特に詳細に論及するを要する。

(b) 證據調を伴ふ判決

記録を取扱ふ方の側では、證據調を無用であるとする見解を奉じて居るのに、記録には證據調の含まれてある場合には、随分と厄介な問題を生ずることがあるものである。かう云ふ場合に於ては、先づ證據調には一切頓着なく、判決理由の組立に従事し、然る上で初めて極めて簡単に、證據調に關して態度を決する必要があるであらう。證據調の結果が、判決それ自體と矛盾するときは、判決理由に於て論述して來た今までの論結に據れば、證據調は重要でないこと、従つて證據調並に其の結果が、判決自體に作用を及ぼしたものは認め得ないことを、簡単に指示するを要するであらう。之に及し證據調の結果

が、假令別の着眼點に基いてなりとも、判決それ自體を支持するに適するときは、常に此の點について簡単に注意を促して置くのが、適當であらうと思ふ。かくの如き場合に於ては、判決理由中で全然證據調を省略し、即ち全然之を掲載しないにしても、少くとも裁判所の實際に於ては、直ちに之を以て謬りであると稱することは出来まいと思ふが、併し試験作業については、如何なる場合に於ても證據調を取扱ふこととし、只案件の状況に應じて多少之を簡単に取扱ふこと、曩に説明した所の如くするのが正しいと考へるものである。けれども誤解の發生する餘地をなからしめるために、こゝでもう一度明示的に高調して置きたく思ふのは、それは判決理由の立場から見て、記録中に包含されて居る證據調が無用であり、不必要である場合丈の話であることである。

こまかしい點になると、一切は當該の案件の状況如何に依つて左右されることになる。例へば契約解除の訴に對して、賣買契約の成立に關する證據調の行はれたる後に至つて初めて、時効の理由ある抗辯が提出されたと云ふやうな場合には、判決理由中に於ては、全然證據調を省略するのが正しいかも知れない。精々の所恐らくは判決理由の末文に於て、當時被告は時効の抗辯を援用しなかつたが故に、裁判所は證據を取調べたる旨を簡単に指示すのは、必ずしも不適當ではないであらう。

判決理由の立場から見ても重要である證據調に對して、態度を決定する、必要のある判決は、判決理由の構成上、是亦特別な一個の種類を成すものである。

こゝでは例へばウィルドハーゲンが其の示唆に富んだ著書 *Willhagen, Tatbestand und Sachverhalt im bürgerlichen Rechtsstreit, 1914* 中で推稱して居る方法が、非常に適當であるやうに思はれる。裁判所が證

據調に基き立證せられたものと認める事項の説明を以て判決理由を始めると云ふ方法である。即ちウイルドハーゲンの擧げて居る實例も亦裁判所は以下の事相を立證せられたものと認む」と云ふ一句を以て判決理由を始めて居る。けれども著者は少くとも試験作業については、かくの如き方法は、斷然戒めなければなるまいと考へる。ウイルドハーゲンの提案が、裁判所の實際に受容られる見込があるかどうかは、非常に疑はしいものがあるやうに思ふ。現在の處では、ウイルドハーゲンの説く所やりに方に従つて行はれるのは、非常に稀にのみ見る所であるとは、氏自身の述べて居る所で、例へばマツトヒューセンの如きも亦其の論文中(Mathiessen, RZ. 1914 S. 381)でウイルドハーゲンの提案に反對の説を唱へて居るのである。

此の論文中で紹介したのは、次の一節である。「けれども法律上の判断が獨り本來の當事者の提出文に制限せられるのみに止まらず、當事者が最終の辯論に於て、判決の資料として裁判所に提供した證據調に因つて生じた事實の全景を包括するを要するものとするの程度に於ては、ウイルドハーゲンの見解も正しい。此の點に於ては、ウイルドハーゲンが其の實例に於て示して居るやうに、判決理由が單に狹義に於ての當事者の提出文を法律的に評價して居るに止まり、證明の結果に因つて加味される色調とか、事實上の相異とか云つたものを斟酌しない爲に、失敗の行はれることが時々ある。ウイルドハーゲンは、先づ事相を證明されたものと裁判所の認めるが儘に、判決が事相を記述して居ること、及び氏の事相は法律的に評價せられる必要のあることを要求して居り、ローベ(Tolbe, R. O.)は従前既にウイルドハーゲンに依つて表明された此の見解に同意である旨を述べて居る。凡そプロシヤの法律家が、ス

テルツェル一派の薰陶を受けたものである限りは、是等の法律家としては先づ當事者のそれ／＼の主張に法律上の尺度を宛て、然る上で初めてそれは證明されてあるかどうか、證明されてあるとすれば如何なる程度に於てあるかの問題を解決するに傾き易い。但しそれが形式的に行はれるの結果として、辯駁せられたる主張や、又は全然立證されて居ない主張についても、判決理由中に於てもつと詳細に其の法律上の意義に論及する必要を生ぜしめるやうなことがあつてはならないのは勿論である。けれども舉證の責任と云ふ重要な問題に對する斟酌は、それ丈で既に當事者の個々の主張それ自體の、法律的究明を強ひるのが普通であつて、即ち舊來の法則は少くとも論理的に正當であり、實際的に剴切であつて、従つて *actis probata* の問題に先だち、常に *actio fundata* の問題を解決する必要があるやうに、著者には考へられる。此の一事を念頭に置き、更にまた證明の結果に因つて變動のあつた情況をも、法律的に評價せずには置かないならば、證明せられたものと裁判所の思料する儘に、判決理由中で先づ事相の脈絡貫通した記述をするのが個々の場合に果して適當であるかどうか、或は又此の點を度外視してひたすら個々の主張に論及するかは、卑見に據れば、實體的には餘り重要でない判決技術上の問題である。事實上錯綜した事件に於ては、前なる記述方法を適當とすることが多いであらうが、併し一般的普遍的に通用する法則を樹てることは、不可能である。

要するに主張とする所は、訴訟關係者の全部が事實問題と法律問題とについて、平等一律に判断を受け得るやうにするに在る。

著者の觀察する範圍内に於ては、近頃試補諸君の間には、ウイルドハーゲンの模範に従つて、證明され

た所の事項の説明を判決理由の劈頭に置く傾向が漸増して来て居るやうである。それと云ふのも、判決事實に於ける援用の餘りに廣汎なるものあるに顧み、判決理由の劈頭に、少くともほゞウィルドハーゲンの精神に於てする、極めて簡單なる事相を掲げることによつて、判決を幾分か判り易く形成しやうと云ふ努力も、與つて力あるやうに思はれる。併し著者はかくの如き處置を危険であると考へる。特に事務修習中に於ける試補諸君の作業についてもそうであるが、試験作業中實地の宿題作業に關して原則として援用を禁止されることになつて居るものにあつては、益々そうである。試補諸君の作業にとつて出發點となるのは、通常の場合に於ては、證據調を評價するに先だち、先づ何故に證據調が必要であるかを辯明することであらねばならぬ。

大審院も亦一九二〇年五月三十一日の判決(Wann, 1921 S. 20 Nr. 16)に於て、法律上の論究は、事實の評價に先行するを要すると云ふ見解を奉じて居る。其の説に曰く、然れども上告論旨は、控訴裁判所が自身に言及せるが如く、豫め確定せる法律上の觀念を基礎として、事實の評價に着手せるものなるからには、其の處置當を失するものにして、其の結果現實の出來事が知らず識らずの間に不當なる方法、即ち前に獲得したる法律觀念に隸屬する方法に於て、觀察せらるゝの虞ありと述ぶ。然れども此の方向に於ける何等かの過誤は、毫も控訴裁判所の責任たるものにあらず。先づ問題たる法律問題に對して態度を決定し、次に之に従つて、裁判を爲す上に如何なる事實を重要視するを要するかを判斷する手續は、全然非難の餘地なきものにして、例へば證據決定を言渡すが如き場合にあつては、常に遵守するを要する所に屬せり。然り而して控訴裁判所が何れの箇所に於て、證明の結果を不當に判斷するに至れるやは、

必ずしも明白ならず……」

何故に證據調が是認せられたかの説明を、意見書の思想の経路に追從せしめることは、如何なる場合も決して許されない。特に此の辯明は、意見書の説明よりも常に著しく短縮されてあることを必要とする。例へば被告のいろ／＼の抗辯中で、只一つ文がそれ自體理由あり、此の抗辯が其の事實上の條件に於て、證據調に因つて立證せられたときは、被告の他の抗辯には論及するを要しない。此の場合にあつては、主張 *Klagebehauptung* が提出 *Klagevorbringen* を是認せしめるに適して居ること、被告の抗辯は重要であること、けれども原告の側で之を争つて居るのに顧み、それが事實上理由ありや否やの證據調を必要としたことを説明するを以て充分とする。此の場合に初めて、證據調の結果の評價に言及すべきである。舉證責任の問題は、必要な證據の提出せられた場合には、全然言及するを要しないか、又は極めて簡單に之に言及する丈で充分であるが、逆に當事者の一方に舉證の義務があり乍ら證據を提出しない場合にあつては、事情に依つては、舉證責任の問題は、随分と重大な意義を持つことを餘儀なくせらるであらう。

かやうな次第であるから、判決理由の構成は、證據調の結果に應じて、其の基礎及び範圍上全然異なるものがあるのである。尙ほ又單に訴訟法上の見地に基く指揮の場合にあつても、證據調を必要としたことを妨げるものではない。此の場合にあつては、判決理由の構成は、證據調が當事者の實體的の争に及ぶ場合に於けるそれと、相類似する。

(c) 控訴判決

控訴判決の控訴理由は、經驗上困難を醸すことが非常に多い。著者は大抵の場合、控訴判決の判決理由にあつても、全然第一審の判決の判決理由を取扱ふかの如き態度で、判決理由を書くのが矢張一番簡單なやり方であると痛感したのである。勿論判決理由の劈頭に、控訴は適法に提起された旨を簡單に言明するのは、普通に行はれることである。例へば、控訴はそれ自體適法にして、正規の期間内に合式に提起せられ、且又充分に辯明せられたるものなり」とか、又は、控訴はそれ自體適法にして、正規の期間内に合式に提起せられたるものなるも、然も辯明せられたるものと云ふことを得ず」とするのである。けれども其の後は、全然恰も第一審の判決を取扱ふのであるかの如く、續けて行つて差支ない。前審の判事の判決理由の終尾まで手を觸れずに残して置くことにする。そうすれば判決理由の終尾に至つて、假令恐らくは他の理由に因つて、前審の判事と意見が一致するに於ては、此の趣を簡單に言明すればいい譯である。例へば、從つて、假令理由は別の理由に因るとは云へ、前審の裁判官と同じく訴を許さるへからず」とか、されは前審の裁判官の裁判と同じく、訴を却下するを要す」とか云ふべきである。「前審の裁判官」Vorderrichterと云ふ語辭は、語調の上から云ふと頗る感心しないけれども、始終區裁判所又は地方裁判所と云はなくても済むやうに、只事の簡單を期する爲に本書では使用するのである。個々の判決については、問題たる裁判所を表示するのが、語調の上からはいいのであると考へる。されば例へば、控訴裁判所は區裁判所と同じく、請求を失當なりと認む」とか、又は、されば訴は地方裁判所と同じく、之を許さるゝことを得」とか記述すべきである。然るときは末文で、從つて控訴を棄却すべく、また訴訟費用は如何に處置すべきやを、言明することが出来るのである。

勿論訴訟が許される場合には、前審の裁判官の裁判を論議するのを避けることは出来ないが、此の場合にあつても著者の經驗に據れば、判決理由の構成にとつては、先づ全然第一審の判決を獨立して理由付けるのであるかの如く、判決理由を構成するのが一番簡單なやり方である。かくの如くして或る論結に到達した上、今度は前審の裁判官の判決理由に對して意見を表明する。此の場合にあつては、從つて……の點に於ては前審の裁判官に同意する能はず」とか、又は、從つて當控訴裁判所は前審の裁判官とは異り、……の見解を奉ずるものなり」とか云ふ短い文句を以て、此の思想の脈絡を辿り始めるのが一番いい。此の場合にはどんなことがあつても、丁寧を缺いたり、不遜な調子の含まれて居る文句を使用すべきでないことは、特に囁々するまでもないことである。大審院の裁判に於ては餘り珍らしくない字句でも、試験作業にあつては、使用してならぬものゝあることも少くない。何故に控訴裁判所は別様の見解を奉ずるのであるかの實體的の説明は、當事者や、はたまた變更せらるべき判決を爲した裁判所を服せしめる上に、啓蒙や自負の調子の含まれて居る理由よりも、遙に優れるものがあるであらう。而して第一審に於ては未だ見通すことの不可能であつた着眼點に基いて、控訴裁判所が前審の裁判官と見る所を異にするに至つたのであるならば、即ち例へば當事者の新しい事實上の提出、又は新しい證據若は其の他のものに基いて、控訴裁判所が前審の裁判官と見る所を異にするに至つたのであるならば、更に一步を進めて、此の事を明示的に判決理由中に記載して置くのが、適當であらうと考へる。

控訴判決の理由をも獨立して説明すると云ふ、こゝに提案した一路を辿るならば、判決理由が全然前審の裁判官の理由を指示するに止まるが如き、控訴判決の場合に往々にして見かける失策も、之を避け

ることが出来る。けれども前審の裁判官が……と認定したるは至當なり」とか「前審の裁判官の……と云ふ適切なる説明に對し、原告は何等有力なる反對を爲すの方法を解せざりしものなり」とか「前審の裁判官の全然正當にして遺漏なき論述には、當控訴裁判所はあらゆる點に於て同意するものなり」とか甚だしきに至つては「徹頭徹尾」とか云ふやうな文句は、非常に不體裁であるから避くべきである。よし控訴裁判所が眞に全然前審の裁判官と見地を同じくし、實際また此の旨を其の理由中で言明し、此の點に於て其の独自の着眼點を、充分に理由付けるに足るものと認める場合にあつても、裁判所の實際に於ては、之に對して何等異論を挿むを要しないであらう。けれども試験作業としてかくの如き處置を執るは、常に過誤と認めなければなるまいと思ふ。蓋しかくの如き處置は、判決起案者をして獨立な態度を失はしめるものだからである。然も實體上はかくの如き處置に對して異論を挿むを要しないとするも、形式上の點に於てはかくの如き理由は、實際の内容を伴ふことなき單なる美辭麗句や、大言壯語に過ぎないかの如き印象を試験官の胸裡に喚起し易いと云ふ、多大の懸念を存することを免れない。若し失れ著者の提案に倚る方法に至つては、實に是等の懸念を避けることが出来るのである。

第四編 判事試験に於ける筆記試験問題として の意見書並に判決案

司法官試補事務修習規程第五十七條及び第六十條に據れば、判事試験筆記試験は、試補をして相連続

する週日三日間に亘つて、記録の謄本に従つて三種の案件を處理せしめることになつて居る。此三種の案件は、普通異つた法域から出すことになつて居て、其の中の一は私法の問題であり、また一は刑法の問題である。處理は、裁判所に於て爲すべき裁判の案を作るにあつて、即ち民法上の記録の場合には、普通判決案であるのを常とする。只法律が理由を附することを認めて居ない場合に限り、裁判の理由の代りに、意見書中で理由を説明するを要するのである。是は例へば受験者が證據決定を言渡すを要すと云ふ論結に到達するやうな場合に、見る所であらう。何れにしても、受験者からして單に證據決定を期待する記録が試験問題として提出されることは、餘り多くはあるまいと考へる。されば民法の筆記試験作業についての原則は、民事訴訟の裁判が問題たる場合には判決案を作成するに在ると云ふことが出来る。

之を経験に徴するの二つの筆記試験作業に於て、處理の結果として判決案を提出しなければならぬことが、必ずしも全然稀ではないが、然も訴訟事件は普通いろ／＼の法域から採ることを必要とするると云ふ規定は、決してかくの如き結果を妨げるものではない。蓋し是等の判決案が全然別個の法域に關係するであらうことは、直ちに合點の行くことだからである。従つて筆記試験を首尾よく突破する上に、従つてまた試験全般の運命を決定する上に、標準となるものは、受験者が判決案を確實完全に作成し得るかどうかと云ふ一事にある。

曩に判決案の作成について述べた法則や、助言は、筆記試験作業に於て提出すべき判決案についても大體に於て其の意義を有するものである。

只受験者の爲に與へられる時間は、可也に短いのであるから、判決事實について丈は例外を認めることを餘儀なしとされて居る。即ち筆記試験作業に及第點を取る爲には、極めて簡潔な摘示に於て、事實及び争點に關して概説を試みる丈で充分である。特に證據決定や證據調の結果を録載するに當つては、成るべく簡潔なるをよしとする。證據決定や證人若は鑑定人の冗長なる證明を、文字章句の儘に録載することは、避けなければならぬ。普通は當事者の關係の主張に連絡する記述を以て充分とするであらう。例へば「争ある當事者の主張に關して、證人A某、B某、C某及びD某を宣誓せしめて訊問したり。證人A某及びB某は原告の陳述を證明し、證人C某及びD某は被告の陳述を證明したり」と云ふやうな形式に於てする。裁判所が争ある主張の只一部のみについて證據を調べた時は「簡単な見出語例へば消費貸借の返還、時効の中断等と云ふが如きに依つて相當の主張を總括し、之を表示するを要する。かくの如く當事者の主張を目當とする録載が不可能であるときは、筆記試験作業の判決事實に於ては、普通に認められる範圍内に於ての援用を行使することが出来る。

凡そ筆記試験作業の重心は、事實に關する記録の内容を録載するの點に存しないで、之を法律的に評價するの點に存する。加之必要な決斷力を以て、健全な人間の悟性から見て自明的な公正の結果を追求するを要する。されば筆記試験作業の場合にあつては、宿題作業の場合に於けるよりも遙に條件付の終局判決 *bedingtes Endurteil* を避けなければならぬ。蓋し條件付の終局判決は大抵の場合決して、判事の決斷力を推斷せしめる所以ではないからである。

筆記試験作業に於る判決の判決理由も亦、判決を起案するのに比較的短時間をしか使用することが出来ない事情を斟酌して、起案するを要する。次に就中判決理由をして單に發見せられた論結を辯明する丈に止まるやうにし、常にそうであることに注意しなければならぬ。また論結は如何すれば發見することが出来るかは、受験者に於て思想の経路中に明かにするを要する所に屬する。此の思想の経路は意見書の思想の経路に全然同じく唯意見書の場合にあつては、この思想の経路を書面に作製するを要しない點が違ふ丈である。

併し意見書の思想の経路を、遺漏なく精査することは常に必要である。些細の事項も、決して之を看過してはならない。就中訴訟法上の種類に屬する先決問題を審査するに先だち、既に本案に論及することは、切に戒めなければならぬ。只筆記試験作業としては、訴訟法上の懸念に基いて、訴を却下するを要する記録が、好んで出題されることが多いが、此の場合にあつては、受験者が本案の審理に入ることかどうかの先決問題を持出すことをしないのは、重大な過誤であること明白である。

例へば破産管財人が破産の開始後に差押へた財團の一分の解放を訴求するときは、先づ最初に、かくの如き差押の不適法であることを主張する爲に、訴權が與へられるかどうかを審査するを要する。そうすると此の審査の結果は、かくの如き不適法は、民事訴訟法第七百六十六條に因る異議の方法に於てのみ責問することが出来るので、訴の方法に於ては主張することを得ないと云ふことになる。それにも拘らずかくの如き場合に、多くの受験者が本案に論及して、差押が果して眞に破産開始後に至つて行はれたものであるかどうかを審査したとするならば、それは意見書の爲に纏め上げた思想の経路の

手引に依つて、訴訟そのものを解明することを怠つた明白な證據である。されば常に先づ意見書の思想の経路を精査することを、切におすゝめしたいと思ふ。また訴訟法上若は其の他類似の理由に基く却下の場合にあつては、副意見書中に於て常に本案に言及するを要すると云ふ、實地作業については、設けた法則は、筆記試験作業については之を維持することは出来ない。寧ろ筆記試験作業については、裁判所も亦當該の事件に於て爲したであらうと思はれるやうに、裁判をする丈で充分なのである。そしてそれは單に訴訟上の見地からのみ行はれたのであるにせよ、兎に角訴の却下である。試補が前註又は意見書中に於て、訴訟の實體的側面にまでも言及して、以て自分が本案に於ても正しい裁判を爲し得ることを示す必要がありはしないかどうかの問題に至つては、全然別個の問題であるが、此の問題が肯定しなければならぬのは、言ふまでもない。併しそれは與へられた時間が、判決に必要な訴訟法上の議論の外に、尙ほ意見書又は前註に於て、更に實體上の争に手を染めるに充分であることを條件とするのは勿論のことである。

裁判が記録に載せられた事實上及び法律上の資料を決して徹底的に究めては居ない、或る單一の着眼點から生じて來る場合にあつても、同じやうな處置を相當とすることがあり得る。此の場合にあつては、前註若は追加文若は意見書を添付して、そこで當事者の本來の争に言及するのが適當であることが少くない。例へば想像し得られるあらゆる着眼點の下に、時効期間の満了して居ると云ふ理由で訴を却下するを要するときは、前註に於てでも、時効期間は何れの場合に於ても既に満了したるが故に判決理由中に於ては、請求は果して實體的に之を辯護することを得べきものなりや否や、若し之を辯護す

ることを得べしとせば、如何なる見地に因り然るものなりやの審査に入ることを得ず。此の點についての卑見は、左の如く之を要約せんとするものなり……。

筆記試験作業の場合にあつては、大部の註釋書を利用することは出来ない。司法官試補事務修習規程第六十條第四號並に第十二條第三號に據れば、袖珍の註釋書は使用することが出来る。是等の袖珍註釋書は其の目的上からして既に明白なるものがあるやうに、必ずしも多くの問題に言及することは出来ないにしても、暗示と主なる着眼點とは與へて居るのが常である。此の理由に因り、曩に特に困難なるものにして指示された問題は、筆記試験作業に入るに先だち、出来る丈仔細に檢分して置くのを適當とする。普通は註釋書に従つて、關係の問題を熟覽して置けば充分であるが、此の目的の爲の註釋書としては、スタイン・ヨーン・ナスを以て白眉とすることは云ふまでもない。

此の試験作業を少しでも容易ならしめんが爲に、著者は、曩に經驗上筆記試験作業に反覆して出題されるやうな、主要なる問題に關して、ものに依つては註釋書中にもまた載せられて居ない最近の判例を少くとも拔萃して掲載するに努めたが、こゝでも主なる仕事は勿論常に受験者自身に依つて爲さるべきものであることを高調力説したいと思ふ。若し始終見受けるやうに、かくの如き筆試験作業に従事するに當つて、受験者が昂奮の態で、多少なりとも問題たる案件に適當するやうに思はれる判例を、袖珍註釋書から檢索し出すのに、與へられた時間の大部分を費して了ふとするならば、それは筆記試験作業が受験者から要求して居る所のものを、全然誤認するものに外ならない。受験者は少くとも自力を以てして實際上役に立つやうに、訴訟を裁判し得ることを示さなければならぬ。多少にまた當該の案

件に適當する大審院の判決を、註釋書中に見出すことが出來ると云ふ丈で、満足すべきでないことは今更云ふまでもないのである。

更に注意すべきは、作業を作成する爲に與へられる五時間の時間は、差當つての上から見ると、充分餘裕があるやうに見受けられるけれども、此の一見餘裕のあるやうに見受けられる時間も、眞に困難な問題に出會すると、只餘りにも匆卒の間に經過して了ふのである。嘗て演習に於て、二十人の試補諸君に同時に同一の記録を取扱はせて見た處が、資料を迅速に取扱ふの能力にかけては、各人の間に非常な差違があるのであるが、最も有能な人間が最も早く處理を終るものとは、斷言することは出來なかつた。逆に最も早く提出される作業は、普通或る程度まで上滑りであり、淺薄な作業であることを免れなかつた。特に就中注意に値ひする次第であつたのは、短期間の演習を経ると、敏速に、然も正確に作業を爲し得るの能力に於て、立所に歴然たる進歩を示したことである。

筆記試験作業に際して見かける手なる過誤は、拙著「司法試験に於ける典型的の過誤中、實地作業に於ける典型的過誤」及び「筆記誠驗作業に於ける典型的過誤」と題する章中に分類細説した所であるが、本書に於ても常に、最も屢々見かける過誤を指示したのである。其中筆記試験に特に頻繁に現はれて來るのは、與へられた時間の短い爲に余儀なくされる過誤、又は少くとも與へられた時間の短いために、余儀なくされるものやうに見受けられる過誤である。即ち特に事實上の資料を自分の勝手にさつさと片付けて了つたり、法律上の裁判のために事實を恣に枉げて整頓したりするやうな處置がそれである。

されば取扱ふべき記録を精密に檢分し、其の主眼とする所が果して何れに在るやを、立入つて明かにするのが必要であることは、され程高調しても未だ以て充分とすることは出來ない。此の場合に、事案に適當した判例であると自ら考へる所のものを檢索するのが、却つて非常に有害であることが少くない。偶々當該の事件に適當したやうに見受けられる大審院の判例を、發見し得たものと考へても、それは事實中に於て、大審院の裁判と一致せしめることの出來ない一切の事項について盲目であり、無關心である結果であることが多いのである。けれども試験作業に於て處理するを要するのは、自分の勝手に事實を枉げて整頓した記録ではなくして、現に在るが儘の記録であるのである。

作業の答解を認めるに當つて、先づ最初には下書を作り、充分仕上げた上で清書すると云ふ習慣は、經驗上非常に悪い結果を及ぼすのであるから、成るべくはすぐ清書するやうな心持で書き下して行けるやうにするのが適當である。何れの場合を問はず、作業の答解を提出するに當つても、う一度精密に査閲し、その時に書き落し、書損じ、反覆等の不様を除去するやうに、切におすゝめしたいと思ふ。

試補諸君の大抵の者とまでは云はずとも、其の多くの者は筆記試験作業に従事するに當つて、神經過敏の状態に陥り、多大の壓迫を感じるの結果でもあらうが、最後の瞬間に於て判決の論結そのものを變更して居るのを見かける事が少くない。例へば起案者は訴を却下すべしとする論結に到達して居り、判決及び判決理由は此の結果にあてはめてあるにも拘らず、最後の瞬間に至つて受験者は從來の其の意見を翻して、訴を許さうと思ひ立ち、大急ぎで判決主文並に判決理由を僅かに新しい結果に基いて變更する。併し使用し得る時間の短い爲に、其の爲す所はすべて淺薄であり、皮相に止まつて精密に審査

をする丈の餘裕はないのであるから従つてかくの如く變更を行つた爲に、筆記試験作業全體の結果までが曖昧たらしめられるやうになる。かくの如き理由に因り著者は、最後の刹那に至つて判決の主眼點を變更することは、堅く戒めたいと思ふ。判決が大點に於て既に完成した場合に、尙ほ眞に懸念を存するときは、此の懸念が果して眞に理由あるものであるかどうか、其の往々にして見かけられる所であるやうに、單に神経が餘りに過敏である爲に、そなたに過ぎないのでないかどうかを、先づ考量すべきである。けれども實際理由ある懸念にぶつかつたものと考へられる場合には、此の懸念を判決の終尾で簡単に記述し、次に二三行を費して、それを不當とする理由を開示するの道を選ぶべきであると考へる。かくの如く懸念を不當とする理由は、受験者自身が懸念を誠に根據ありとして感ずる場合に、あつても、何とかして常に之を見出すことが出来ないことはあるまい。かう云ふやうな處置を執ることになると、最後の瞬間に至つて、其の結果の上から見て、裁判全體の秩序を紊して、了ふやうなやり方に出る場合に於けるよりも、其の理由に於て遙にまとまつた、正しい結果に到達することが出来るのは、著者の始終目睹する所なのである。されば著者のこゝに説明したやうな處置は推稱すべきものであつて、最後の瞬間に至つて、裁判を反轉させるやうなことは、戒むべきであると考へるのである。

それでも筆記試験作業は、試補諸君にとつては、多大の困難を感じしめるものであるが、此の困難は筆記試験作業に特別の熟練を積むことに依つて、初めて克く之を征服することが出来るのである。凡そ何事に依らず名人上手は、練磨を積むことに因つて生れ出るものであることは、判り切つたことであるにも拘らず、著者の試補指導官としての經驗に依ると、試補諸君は筆記試験作業を練習する上に、極めて

不承不承やつて居るやうな節の見えるのは、誠に不可思議千萬な次第であると謂はなければならぬ。それと云ふのも、此の演習には、事の性質上、學校然とした所がまつはり易く、従つて試補諸君の中には、之に對して反感を懷いて居る者も少なくないと思ふ。事情も、與つて力あるものと謂はなければならぬ。事態かくの如くなるものある以上、著者が本書に於て、筆記試験作業として、判決案を作成するの能力を、或る程度まで涵養するの機會をも與へやうとするのは、欠缺を補正する所以であると考へる。此の目的の爲著者は、もと／＼意見書及び判決案の作成の爲の雛型として、掲げた設例に、記録の抄本をも添付して、筆記試験の練習にも利用することが出来るやうにすることにした。是等の設例は、本書中で論じた法則の適用を、如何にして行ふべきかをも示さうとするものであるけれども、然も是等の設例について、記録の抄本を添付することも必要でないこともあるまいと思ふ。

記録の抄本に關しては、本書の讀者たる者が先づ筆記試験の場に臨んで、判決案又は意見書を作成することを餘儀なくせられるやうな心持で、記録の抄本を利用するやうに考案されてある。従つて讀者は自分の案を作成した上は、其の作業を著者が設例について掲げて置いた作例と比較し、尙ほ之を本書の説明と對照して見るときは、自分の作業に果して瑕疵があるかどうか、若し瑕疵があると思ふれば如何なる點に之を存するのであるかを、明かにする上に、格別の困難を感ずることもあるまいと思ふ。かくの如くにして、讀者がすべての設例を熱心に研究するに於ては、筆記試験作業を作成する上に於ても、或る程度の練習を積むことが出来るであらう。

設例は、案件の難易に従つて配列してある。

本書の第三版を公にした後に積んだ経験の結果として、著者の胸中には、同時に三週間の宿題作業の爲めの法則の適用を明かならしむべき設例を筆記試験作業についても標準たるものとして、主張するのが果して正當であるかどうかと云ふ懸念が湧いて來た。著者個人としては此の懸念を以て、理由なきものと思惟する次第で、曩に筆記試験作業について與へた指圖、特に事實の簡潔なる摘示の要件を高調した點が、充分に遵守せられるに於ては、筆記試験作業についても著者の掲げた例を應用することが、可能であり、有益であるものと考へる。何れにしても著者は、此の席に於ても亦、著者がベルリン市のフランチプアーレン書房から發行して居る雜誌「青年法律學徒」には、毎號筆記試験問題と解答とを載せて居ることを指示して置きたい。

第五編 判事試験に於ける演述の題目

としての意見書竝に判決案

司法官試補事務修習規程第六十二條に據れば、判事の口頭試験に於ては、試験せらるべき試補は各自に、記録に據つて自由なる演述を爲す *freier Vortrag aus Akten* ことになつて居り、是等の記録は、口頭試験の期日の三日前に、試補に交付されるものときまつて居る。

此の演述も亦經驗上、試補諸君にとつて多大の困難を意味するものである。そして此の困難も試補諸君が事務修習の期間中、自由な口頭の演述を爲すの必要な機會を、餘り與へられなかつたが爲である

ことが非常に多い。

勿論司法官試補事務修習規程中に於ても、はたまた是が爲に發せられた命令中に於ても、試補は自由なる演述の點に於て修習を爲さしむるを要する旨が、反覆して指示されてあるので、即ち司法官試補事務修習規程第三十七條に據れば、試補は、普通法廷に出席して、其の自身に取扱つた事件を自由に演述し他の事件に於ても自己の意見を述べることが促されるものである。而して辯護士の許に服務して居る間は、試験は事實上及び法律上錯綜した事件の場合にあつても、口頭辯論に於て訴訟代理人と相並んで當事者の演述を引受けることに因つて、自由なる演述を演練するを要する。更に事務修習規程第四十四條及び第四十六條に據れば、常置的の施設である試補の演習會は、試補に向つて、自由なる演述を練習するの機會を與へる必要がある。此の規定が好意に出でた規定であることは確かであるが、然も此の規定の實際上の結果は、著者の見込むことの出来る範圍内に於ては、非常に微力なものである。試補指導の任に當る判事や、又は事務修習の爲に試補の配屬せしめられる裁判所は、裁判すべき訴訟に關して、試補の委曲を盡した演述に耳を傾ける丈の時間を、殆ど持合して居ないのが常である。加之試補其の人も亦、偶々記録に基づく演述にかけて練習を積むの機會を提供されるにしても、只不承不承に、厭々乍らに此の機會を使用するに過ぎない。それは曩にも既に述べた通り、事務の修習と云ふ事柄それ自體の然らしめるところとして、多少學校的の臭味を帯びることは免れ難い所乍ら、既に一廉の紳士となつて居る連中をつかまへて、かくの如き方式で事務を修習せしめることに對する、試補諸君の反感に基くものでかゝる反感も誠に尤もなことではあるが、併しかくの如き状態の結果として、試補諸君は試験に

際し、及第に必要な程度には、訴訟記録に基く口頭の演述に、熟達して居ないと云ふやうな事になつて来る。

記録に基く自由な演述の目的物は、判事も亦評議に於て、部に持出す所の資料である。即ち先づ第一に裁判すべき事實及び争點の報告であり、次に如何に裁判すべきやの提案であり、而してまた此の提案の理由である。従つて演述の事項並に順序としては、口頭試験の爲の記録に基く自由な演述は、事實と意見とから成る次第であると云ふことが出来る。此の兩者即ち事實についても、はたまた意見についても原則として、曩に實地作業について詳細に説明した所と同じ規則が適用される。而して事實を演述するに當つては、全然援用を差控ふべきであることは、特に言ふまでもないことである。蓋しそれは口頭の演述の性質からして、直ちに生じて来る所の結論だからである。けれどもそれは實地作業に比較して別に特別を意味する次第ではない。何となれば實地作業にあつても事實は援用を用ひずに記述すべきものだからである。

演述は普通訴訟の當事者の氏名を擧げることから始める必要があらうと思ふ。當事者の表示は、曩に判決の冒頭について説明した所と全然同様ならしめ、訴訟が此の當事者間の訴訟に關するものであることを示さなければならぬ。當事者の氏名を擧示した上は、次には特殊な序説の文句や、事實を演述するについての、一種の表題と云つたやうなものが必要である。即ち「事相」 Sachverhalt とか又は其の他かう云ふやうなことを云ふ必要はない。「判決事實」 Tahbestand と云ふやうな語辭は如何なる事情の下に於ても全然之を避けなければならない。蓋し此の語辭は、一定の専門語としての意義を有し、判決に

於ける事實及び争點の摘録を指すもので、然も今此の場合には、判決中に於ける事實及び争點の摘録が問題となつて居るものではないからである。寧ろ當事者の氏名を擧げた後は、一寸間を置いた上で、すぐに事實の叙述を初めれば充分である。事實の順序と規模とは、何れの點に於ても曩に——判決案を取扱ふに當つて——之について述べた所と一致するが、只今此の場合に於ては叙述の簡約と云ふことに非常に重きを置かなければならない。更に注意すべきは、口頭の演述に追従して行くことは、書面に書いたものを讀むよりも、著しく困難であると云ふことである。従つて、叙述を簡單にし、文句を簡潔にし、用語を明確に判り易くして、此の困難を少しでも軽減することに、細心の注意を拂ふことを必要とする聽者を退屈させ、之を倦疲させるやうなことは、一切絶対に之を避けなければならない。

此の場合に於ける事實と、判決事實との間の詳細な點に於ける相違は、殆ど常に、此の場合に於ける事實が、叙述を簡約にし、之を判り易からしめることを必要とするの點から、自ら推知される。それは特に證據決定並に證據調の結果の演述について認められることである。即ち此の場合にあつては、就中證據決定及證據調の結果を、當事者の之に對應する主張に指向することに依つて出来る丈簡潔を期さなければならぬ(曩に筆記試験作業の事實について提案した所と類似の處置に依るのである)事情に依つては事實關係に於て、證據調の演述を全然行はず、其の代りに單に反覆を避ける爲に證據調の結果は、結果の評價と併せて演述すべき旨を述べ、置くに止めるのを適當とすることもあり得る。

事相の所で多くの氏名を羅列することは、如何なる事情の下にあつても之を避けなければならない。蓋し聽者は多くの人物の氏名を、其の訴訟にとつて有する意義に應じて、念頭に置いておくことは不可

能だからである。例へば數人の署名を載せてある手形が問題である場合に於ては、先づ原告及び被告の此の手形に對する地位を明かにするを要するので、其の他の手形關係人の氏名は、事相を理解するに絶對的に必要である程度に於てのみ、之を擧ぐべきである。

事相の演述から意見に移つて行く際には、一種の表題と云つたやうなもの、又は特別な序説の文句は無用である。事實を演述した後一寸間を置いて、すぐに「余は原告の申立を許さんことを提案する」とか其の他提案の文句を續けて行くを以て充分とする。尙ほまた提案の理由を述べるに當つても、曩に意見書の作成について言明した所と同じことが認められる。只聊か趣を異にするのは、此の場合にあつても、それが口頭の演述であると云ふ點に、特に重きを置かなければならないと云ふことである。されば聽者に退屈や倦疲の感じを與へるやうなことは、如何なる場合にも戒慎しなければならぬ。また反覆と云ふやうなことは、本來屢々使用するの必要のある専門的の言廻しであつても、之を避けなければならぬ。即ち若し聽者が不斷に、「それ自體理由あり」の詞句の刺戟を感じしめられざるを得ないとすれば、それは頗る不體裁であり、また退屈な作用を及ぼすことを免れない。さればかくの如き専門的の言廻しを余りに頻繁に使用することは、避けなければならぬ。従つて一切の事項は、聽者の關心(利益を喚起し、昂揚し、演述の終尾に至るまで關心を要求することを目當とされてあらねばならぬ。著者は實地作業について同一の目標を、骨折甲斐のある目標として主張した。されば著者の助言を几帳面に遵守するに於ては、口頭の演述についても、待望の結果が生じて來るものと思はれる。勿論極めて巧慧なる試補は、自分の演述して居る間に、どの位の程度まで自分が聽者を魅して、其の關心を確保す

ることが出來て居るかを判断するに相違なく、聽者の關心が減退し、冷却したと見るや餘りに長く續くことの明白である詳細な詮議立を切り縮めて、自分の演述を事態に順應させることも場合に依つては、あるに相違あるまい。また逆に自分の理由が、聽者を呆れさせ、自分の述べるところを信ぜしめるに足りないと見るに於ては、場合に依つては説明の中のあるものを別の語句で反覆するに違ひない。併しそう云ふことはすべて意見の規模なり、構成なりが、原則として曩に筆頭の作業について説明された所に合致することを、毫も妨げるものではないのである。

司法官試補事務修習規程の明示的の法文に據ると、演述は自由に行ふことを必要とする。換言すれば即ち演述者は記録の内容を熟知して居て、一々記録をめぐつて見ることを餘儀なくされるやうなことがあつてはならないのである。況んやまた意見の實體的内容に至つては、完全に之を誦んじて了つて居て、現實に自由に演述を行ふに於て此の困難をも感ずることがあつてはならない。著者は、演述の全般に互つて原稿を作るのは、適當でないと考へる。と云ふのは、もし演述に原稿を作るときは、おのづから此の原稿をたよりにして、最悪の場合には、何時でも原稿の援助を求めることが出來るやうに、思ひ込むの誘惑に陥り易い。著者の經驗に據れば、思想の順序の要點文を書き留めて置くに止め、あとは書面には作らずに、頭の中で練り上げて置く方がいゝやうである。一番いゝのは、時計を片手に、恰も試験場内に在るやうな調子で、數回聲を出して演述をやつて見る方法であると考へる。かう云ふ風にすれば、原稿なしでも演述をやることにも慣れる譯である。其の外注意するを要するのは、演述をして、餘りに長きに失することなからしめるやうにすることである。蓋し本來既に餘り長からぬ時間内に、五人

の試補の試験をすることになつて居るのであるから、自分の演述の爲に餘りに過大な時間を要求しやうとするのは、少くとも厚顔しいと云ふ感じを與へるのは、知れ切つたことだからである。同時にそれが各個人の能力及ぶ限りに於て、元氣に、活潑に、興奮の色を示すことなく演述するに努むべきである。之に反して餘りに悠暢に述べ立てるのは、得策でない。蓋しそれは試験官の爲に、中斷させられる原因となることがあり易いからである。

論してこゝに至れば、經驗上試験に於て、試補諸君が非常に不愉快に感ずる點に到達するものである。即ち受験者は、云々の點例へば證據調の演述と云ふか如きは省略して、云々の點例へば意見の如きから演述を始むべき旨を、試験官から申渡されることが少くない。是は實際の所、演述の一定の順序と、其の特殊な構成を細心に準備して居た者にとつて、非常に不愉快なことである。特に試験には、或る程度の興奮を伴ふこと疑を容れないのを、併せ考ふるに於て益々以て然りとす。併し試験官の此の處置は他の半面から云へば、受験者の變通の才を試験するには確に適したものであつて、従つてまた試験の目的上から見て、確かに全然是認し得られる次第なのである。事情かくの如くなるに當つては、試補諸君は試験に於てかう云ふやうな具合に、演述を中斷されることを覺悟し、順序を度外視し、前後の關係と切離しても、何れの箇所をも自由に演述することが出来るやうに、用意して置くのをおすゝめするの外はない。かくの如き用意が随分と至難なことであるのは、誤認することは出来ない。蓋しこゝで示すことを要求されるのは、全く一風變つた頭腦の働きであるからである。著者は、試験に於て要求される此の種の作用についても、練習の機會を與へるに心を用ひ、特に拙著 *Neuere Reichsgerichtsentscheidungen*

als Examenprotokolle (2. Aufl. 1926) 並に *Examinatorium und Repetitorium über das gesamte Rechtsgebiet an der Hand von Fällen mit Antworten für die Referendar-, Doktor- und Assessorprüfung* (4. Aufl. 1926) に於て、其の點に力を注いだものである。

口頭の演述についても亦、考慮さるべき法律問題には、精通して居る必要のあることは、恐らく特に高調するまでもないことである。勿論使用することの出来る三日の期間は、極めて短いのであるから、必要な文献(参考書)を集めるのに困難することもあるであらうが、併し此の點にかけては、大貸出圖書館の閲覧室は、問題たる註譯書、雜誌、判例集、教科書等を読覽するのに充分な機會を與へることと思ふ。

試験の興奮の爲に犯し易い二三の失策は、拙著「司法試験に於ける典型的過誤。應試術綱要」Die typischen Fehler in den juristischen Prüfungen. Ein Grundriss der Examenstechnik (1924) 中の「口頭演述の際に於ける典型的過誤」と題する章に於て特筆し、かくの如き過誤に陥ることを防ぐ爲の用心をも、そこに掲げて置いた。それ等の箇所に記してあることや、本書の以上に記載した助言を堅く遵守するに於ては、試験の際訴訟記録に基いて自由に演述をするに當つても、打ち克つことの出来ない程の困難には、出會ふこともあるまいかと考へる次第である。

第六編 事務修習の期間中に於ける 「訴訟記録に關する報告」

判事試験の爲の實地作業は、一九一三年六月十七日の試験規程の施行の當日たる、一九一三年七月一日までは、事件の報告 *Sachbericht* をも包含することになつて居たのであるが、此の事件に關する報告は作業と共に差出すべき判決の事實に於けると同様、「事實關係及び法律關係の完全にして組織立つた記述」を包含するを要するのであるから、實際上大抵の作業に於ては、事實は二重に存在する次第であつた。一は事相 *Sachverhalt* としてであり、一は判決事實 *Urteilsstatbestand* としてである。されば一九二三年八月十一日の司法官試補事務修習規程が、(一九一三年六月十七日の試験規程が夙に既にそうであつたやうに)特殊な事件に關する報告を要求することを止めにしたのは、誠に尤もな次第であるが、是は作業に際して實際に判決案の差出される場合に限り、是認せらるる所なのである。

作業について實際に判決案の差出されない場合にあつては、事相は再び其の本來の意義を回復するのは、必然のことであると謂はなければならない。こゝに於てか試補諸君の事務修習の期間について判決案を要求しない作業が規定されることになつた。それは一九二〇年五月十七日、一九二三年九月十九日の兩度の改正を経たる一九二四年二月二十六日の民事訴訟に於ける司法官試補の事務修習に

關する普通命令に基く、「訴訟記録に關する報告」である。

此の命令は、改正された點をも併せ斟酌すると其の文言は左の通りである。

- 1、試補に對しては事務を修習せしむるの目的を以て、間斷なく、民事訴訟に於て裁判所の言渡す判決、及び其の他の裁判の作成を命ずべし。
- 2、其の外試補は繫屬せる事件に於て、記録に基き、訴訟記録に關する報告を作成するを要するものとし、事實及び争點を簡潔なる形式に於て記述し、裁判所の裁判を準備する爲の意見を具申するを要するものにして、特に地方裁判所に於て三回、控訴院に於て二回作成するを要するも、其の差出したる報告の成績上より見て、事實及び争點の記述に於て、更に修習を爲さしむる必要がある場合には、更にそれ以上の回数に互つて、訴訟記録に關する報告の作成を命ずることを得。
- 3、更に試補に對し、繫屬中の事件に於て、記録に基き意見書を差出すべき旨を命ずるを要す。此の意見書に於ては、記録の内容は既知なるものと豫定す。
- 4、試補が訴訟記録に關する報告又は意見書を作成したる事件に於ては、普通判決の作成をも命ずべし。試補が訴訟記録に關する報告、又は意見書を作成したる事件以外の事件に於ても、此の命令を爲すことを得るも、此の場合に於ては、其の爲し得る限り、は判決を作成するの基礎となるべき記録を、口頭辯論に先たち試補に交付するを要す。
- 5、報告の作成を指導したる判事は、報告に關して證明書を付與し、特に報告が完全、正當にして且組織立てるや否やを言明するを要するものとし、此の證明書は他の證明書、事務修習規程第三十五條、第四

十八條の後に編綴するを要す。

従つて此の意味に於ての訴訟記録に關する報告は、事件の記述 Sachdarstellung (事實及び争點の最も簡潔なる形式に於てする摘示)と意見書とから成る。試験作業の場合にあつては、意見書の方を前に置くのであるけれども、訴訟記録に關する報告の場合にあつては、其の之を構成する二箇の成分は、事件の記述と意見書と云ふ順序に於てするを要する。

作業の標題は報告 Bericht (甲地方裁判所の記録號原告乙某の被告丙某に對する某事件に於ける裁判に關する試補丁某の)とすべく、Relationなる文字は、試補の往々にして使用する所であるけれども、之を避くべきである。

表題の次に事件に關する記述を掲げる。即ち最も簡潔なる形式に於てする、事實及び争點の記述である。

事件に關する記述は、「完全、正當にして且組織立つて居る」ことを必要とする次第であるが、それは命令第五號の規定する所に因り明白である。けれども是は判決事實に比較して、何等特異の事項を意味するものではない。蓋し判決事實も亦同じ要件を具備するを要するものだからである。

されば事件の記述は大體に於て、本書が曩に採用を伴はない事實に關して、説明した事項に合致するものである。只其の間若干の相違があり、以下に於て指摘する必要がある次第である。

先づ最初に述ふべきは、報告を作成する際に於ける出發點についてである。判決事實の場合にあつては、標準となるのは、判決を言渡すの基礎となるべき最終の口頭辯論の時期であり、口頭辯論を伴はな

い裁判にあつては、最終の口頭辯論の時期と同視すべき時期である。之に反し事件に關する記述は、繫属中なる事件に於て、記録に基いて行ふを要する。即ち記録の隨時の状態に従つて爲すに止まるのであつて、口頭辯論を前提とするものではない。此の相違は一見した所では、其の本當に持つて居る所の意義よりも、遂に重大な意義を持つて居るやうに見受けられる。けれども當事者が口頭辯論に於て、記録中に含まれて居る所と著しく違つた主張をすると云ふのは、今日では寧ろ例外たる場合に屬し、少くとも大都會の事務多端な裁判所にあつては、當事者は只記録を援用する爲にのみ、口頭辯論を利用すると云ふのが、殆ど既に原則とまでなつて了つて居る。従つて此の場合にあつては、事件の報告が口頭辯論前に行はれたのであるか、それとも口頭辯論に基いて行はれたのであるかは、結果にとつては全然何等の相違をも來すものではない。況んや試験作業を比較に持出すに於ては、益々以て重大な相違は全然なくなつて了ふ。蓋し試験作業の場合にあつては、處理すべき法律上の資料や事實上の資料は、單に記録の内容から成るに止まり、記録の末尾に口頭辯論調書が掲げられてあつて、事實は此の口頭辯論の結末の立場からこれを構成するを要する場合にあつても、そうであることを失はない次第だからである。

最後に一九二四年六月一日以來施行の民事訴訟法の新法文に據れば、裁判所の實際についても、口頭辯論に基かないで言渡す裁判が認められて居る。

何れにしても、判決事實と事件の記述の兩者が出發點たる時期を異にして居る所から、尙ほ若干の相違が生じて來る。即ち事件の記述については、記録が單に通知の目的の爲にのみ添付せられるに止ま

る場合に於つても、附隨記録 *Beilagen* の内容を斟酌することを許される。試補諸君は間もなく此の附隨記録が適法に訴訟の目的物となるものとして、行動することが出来るのである。判決事實の場合にあつては、かくの如き附隨記録の内容の評価は、其の内容が口頭辯論に於て演述された場合に限り許されるに過ぎない。

更に事件の記述の場合にあつては、事件の記述中に於ける記載事項の所在を示す記録の丁数を、欄外に掲ぐる事が普通に行はれて居る。然も判決事實の場合にあつては、かくの如き記載は無用である。蓋しかくの如き記載は、最終の口頭辯論に基く事實及び争點の摘録であると云ふ、判決事實の本質と全然相容れない所だからである。

附隨記録の利用を指示する爲にも、報告の欄外にそれ／＼の記録の關係丁数を記載するを以て充分とする。報告の欄外にかくの如き指示を附記するのは、讀者をして、附隨記録の問題たる箇所の發見を容易ならしめる爲にも、適當するのである。

當事者の何れの申立が、訴訟にとつて標準となるものであるかの問題は、判決事實に據れば、最終の口頭辯論に關する調書の記載からして、直ちに之を解決することが出来るが、事件の記述については、左の區別を設けることを必要とするものと考へる。即ち記録の内容上、既に一度口頭辯論の行はれた場合に於つては、最後の口頭辯論に於て、當事者の提出したる申立を基礎とすることが出来るが、只後に至つて申立が書面に於て變更せられる場合は、例外であること言ふまでもなく、此の場合にあつては、記録上まだ口頭辯論の全然行はれなかつた場合に於けると同様、書面を標準として、次の最終辯論に提出され

るものと豫見されるが儘に、當事者の申立を録載するを要する。けれどもそれは原則として、格別の困難を成す次第ではなく、判決事實に對しても殆ど根本的な相違を示すものではない。蓋し結局訴訟の大多數にあつても亦、當事者は既に其の書面中に豫告した申立を、口頭辯論に於て提出するものだからである。

更に繫屬中なる事件に於て行はれた記述は、當事者の口頭の提出に關して、證據を供給することを目的とするものではない(民事訴訟法第三百十四條即ち證據調の結果は演述せられ、口頭辯論の目的物となりたり)とか、第一審の判決は當事者の演述する所となりたりとか云つたやうな認定は、なくなる。けれども近頃では判決事實についても、かくの如き自明的の認定は、大抵は無用として表示されること、曩に説明した通りである。従つて結局に於ては、「事件の記述」と「判決事實」との間のかくの如き相違も、亦同じやうになくなつて了ふのである。

更に事件の記述と「判決事實」との間の相違は、本來判決事實の場合にあつては——少くとも法律上は——或る限度内に於て援用を許すに反し、事件の記述の場合にあつては、援用は原則として全然除外される。此の點に於ても、實際には相違は殆ど顧慮するには足りないのである。蓋し「實地作業」についての司法試験委員の訓示に據れば、「判決事實」についても亦極めて狭小なる範圍内に於てのみ、援用を許されるに止まる次第だからである。

本來の報告 *Relation* の場合にあつては、「事件の報告」 *Sachbericht* と判決事實との間には、尙ほ其の外に事件の報告中では記録の内容は判決事實の場合に於けるよりも、遂に完全に録載することが出来た

と云ふ相違があつた。然るに司法官試補の事務の修習に關する一九一四年一月二十六日の命令の新法文は、民事訴訟の處理に關して、獨り此の相違を廢止するのみに止まらず、逆に判決事實を目して「事件に關する記述のやうに爾く簡潔に、要約的なもの」としては居ないのである。即ち民事訴訟法(第三百十三條)の規定する所に據れば、判決事實は事實及び争點の「摘示」を成すものであるに反し、事件の記述は、「最も簡潔なる形式に於てする、事實及び争點の記述なのである。」

此の最も簡潔な形式を實現せんか爲には、争なき事項や當事者の主張の摘録は、成し得る限り要約することが必要である。證據決定や證據調を記述するに當つては、曩に筆記試験作業について提案した所よりも遙により以上に亘つて、記録の内容をそつくり其の儘に反覆することを避けて、其の代りに關係の當事者の主張文を指すことに因つて、極力簡潔を期さなければならぬ。

一九二四年十一月十一日のベルリン控訴院長の訓示も亦、此の着眼點を高調して居る。曰く「假令事實及び争點の摘示は、報告 Relation の場合に必要としたるが如くに、當事者の一切の陳述の委曲を盡すやうに組立つることは不可能なりとするも、少くとも摘示も亦當事者の立場より見て、若は裁判所の側より見て、重要なりと思惟せらるる主張及び訴訟上の出來事は、簡潔にして然も含蓄ある文句を以て、悉皆之を擧げ盡さざるべからず。即ち争なき事實と争ある事實とを明かにして、採用したる所を正當明確に分類するを以て、最も重しとすべきは、今後も猶ほ舊の如かるべし。證據調の結果の録載は、全然見合ふことを必要とするか、さもなければ單に最も重要な結果のみを、簡單に暗示するの形式に於てのみ、行ふことを必要とすべし。」

かかる制限を除外すれば、訴訟記録に關する報告の「記述」についても亦、本書に掲げてある事實を書く上に於ての示導が標準となるものである。

實地作業の意見と、訴訟記録に關する報告の意見との間の相違は、事實と事件の記述との間の相違よりも、更に明かにし難い。只全然形式的の點について云へば、訴訟記録に關する報告の意見書中では、其の事實上豫定した事項の所在を示す記録の丁數を、欄外で指摘して置くのは、不必要であらうと思ふ。蓋し相當の記載を伴ふ事件の報告が、意見書の直前に置かれてある次第だからである。けれども訴訟記録に關する報告の意見書についても亦、事實上の内容の取扱はれてある記録の丁數を欄外に指摘して置くとするも、之を謬りであると稱する譯には行くまいかと思ふ。

實地作業の意見書との間の唯一の相違は、訴訟記録に關する報告の意見書に於けると同様、形式上の點に關する懸念と、判事の發問權の行使とに對して意見を開陳するを要するの點に存する。實地作業については、それが試験問題としての其の目的を果さうとするならば、纏つた訴訟資料を基礎として持つことが常に必要である。従つて判事の發問權を一定の方向に於て行使することの提案は、試験作業の場合にあつては、恐らく何時も常道の逸脱であるとすべく、且又實地作業作成に關する司法試験委員の訓示の、明示的に禁止して居る所なのである。

「法定の制限内に於て判事の發問權を行使することを必要と認めらるるも、それにも拘らず係争状態は、先づ解明が行はれざるものと看做して、之を審査するを要す。只特殊の事情上發せられたる間が、一定の方法に於て解答せらるるものと認定を、是認せしむるに足るときに限り、此の結果を爾後の論述

の基礎と爲すべし。』

訴訟記録に關する報告の意見書の場合にあつては、全然面目を異にし、是は或る意味に於て口頭辯論の準備に役立つものであるが故に、ここでも甲の點に於ては尙ほ形式を追完すべく(例へば當事者の表示を完全にし、法定代理人を記載し、法定代理人の選任を審査する等)乙の點に於ては判事の發問權を行使せんことを指示するを得べく、また指示するを必要とするのである。勿論此の場合にあつても意見書が、ここに至つて初めて一度判事の發問權を行使すべしと云ふ提案を以て満足するならば、それは訴訟記録に關する報告についての意見書としては不完全であらう。

けれども實地作業の意見書との相違は、訴訟記録に關する報告が、判事の發問權の一定の結果を想定するを要しない點に於て明白である。寧ろ此の場合にあつては、意見書は、判事の發問權の行使から生ずることあるべき問題たる一切の公算を吟味し、之を論議の範圍内に加へるの自由を有すると共に、従つてまた其の義務をも負ふものである。

此の兩個の意見書が取調の結果としての證據決定に對して、如何なる態度を執るかの區別も類似の領域に存する。試験作業はどんな事情の下にあつても、受験者から判決案を要求するものであることは既に述べた通りであるから、或る意味に於て、論究の結果としての證據決定とは氷炭相容れない。何れにしても試験にとつては、かくの如き提案文では充分でない。蓋し實地作業の作成についての司法試験委員の訓示は、此の點について左の如く規定して居るからである。

「提案が記録上施行せらるることなく且條件付の終局判決に依つて課せらるべき宣誓に於て成立す

るにあらざる證據調を目的とするときは處理については、證據調が命ぜられて一定の結果に到達したるものとを想定すべし。訴訟記録に關する報告の意見書については、かくの如き規定を設けることは出來ない。かくの如き報告は、單に事件の記述と意見書とのみから成つて居るに止まるのであるから、意見書が提案の目的物としての證據決定を以て、終結することも想像し得られるし、またそう云ふこともあり得るのである。そして此の場合にあつては、訴訟記録に關する報告については意見書の任務は果される譯である。試験作業の場合に於けるが如く、證據調の一定の結果を想定し、此の立場からして提案の目的としての判決に到達する迄、持つて行くことは決して必要でない。

最後にここでもう一度言及して置きたいと思ふのは、訴訟記録に關する報告の意見書については、試験作業の場合に於ける如く、すべての場合を通じて司法試験委員の訓示に、「意見書は訴訟上の問題、又は其他實體的の審査に先行する問題の究明に、限定することを得ず。此の問題の解答の結果として訴訟の裁判を招來する場合には、實體上の争は、副意見書中に於て之を究明するを要す」とあるのを、準則として主張することは出來ないと云ふことである。寧ろ訴訟が訴訟法上の理由に基き、却下を爲すに熟するに拘らず、如何なる程度まで本案に論及するを要するの否かは、全然各個の場合の状況に従つて裁判するを要する所に屬する。訴訟法上の原因は果して事案を却下に導くものであるかどうかの問題が、疑はしいときは、本案にも言及することは、確に相當な處置であると謂はなければならぬ。併し訴訟法上の原因に基いて、訴を却下するを要することに、全然少しの疑をも存しないときは、訴訟記録に關する報告の意見書については、本案に言及することは、原則として必要でない。

逆に繋屬せる訴訟に於ける意見書は、意見書中で主張された所とは違ふ見解が正當であるとして、評議中に裁判所の承認する所となることがあり得るのを、覺悟しなければならぬ。即ちかくの如き意見書は、若し疑問が発生した場合には試験作業の意見書に於けるよりも、恐らく遙により以上に此の疑問に言及し、意見書中に於て主張せらるる見解が裁判所の斥ける所となる場合についてののみ、意義を有することあるべき諸般の着眼點を斟酌し、少くとも簡單に之を究明することを必要とするのである。けれども之を大體について云へば、本書中に於て、試験作業の意見書や判決事實について與へた助言は、直ちに訴訟記録に關する報告の事件の記述や意見についても、之を適用することが出来るのである。試験作業の場合にあつては、試験諸君は作業の終尾に於て、「此の作業は他人の助力を借ることなくして作成し、且又ここに記載したる文獻以外の文獻を利用することなかりし」を、保證することを必要とするのであるが、併し事務修習の期間中に於ける訴訟記録に關する報告の場合にあつては、かくの如き保證は恐らく何等の意義をも有せざるべく、全然之を省略することも出来るのである。

ベルリン控訴院長は、曩にも既に擧げた一九二四年十一月十一日の訓示中に於て、事件の報告の新形式は教育上多大の價値を有する旨を高調して居るが、そこでは更に左の如く命ぜられてある。「報告は判事に於て欄外に批評を記入し、全般に亘る講評を終尾に掲げ、其の外口頭を以て試験に向ひ詳細に講評を加ふべし。」

且又著者は、著者の刊行する雑誌「青年法律學徒」に掲載した、「事務修習の期間中に於ける訴訟記録に關する報告」に關する小論文中に於て、試験諸君は「訴訟記録に關する報告」をも演習指導官に提出し、査閱

講評を求めるがよろしいと云ふ助言を與へて居る。其の論文中で著者も云つて居る通り、試験教導の任に當る判事は事務の修習中に於ける筆頭の作業や、試験の爲の筆頭の作業を作成するについての最近の命令には、必ずしも深く通曉しては居ないかも知れないけれども、演習指導官は、作業を査閱するに當つて、試験教導の任に當る判事の見落した缺點が若しあつたとすれば、此の缺點を補正することが出来る。果して然るに於ては、ベルリン控訴院長が前記の命令中に於て、新形式の報告に認めた多大の教育上の價値も、完全に發揮することが出来るものと思はれる。

第七編 試験として實施された實地 作業並に記録の抄本の設例

緒論

一、以下に掲げた設例は、本書中で論じた規則の適用を示さうとするものに外ならない。取扱ふべき記録は、抄本として掲げ、けれども、紙幅の増大を避ける爲に、極く必要である限度に止めた。それに續くものは試験としての實施である。けれども、是亦紙幅の増大を避ける爲に、左の諸件を省略することにした。

(a) 實地作業の冒頭書

是は設例一に於ては、左の通りである。

司法官試補ドクトル、アルツール、ワインマン

原告ケルン市ハーネン街六番地小間物製造女工アルマ、ミュラア、被告ケルン市シュウオ
ルレハウス居住ベルトルド・シエルツェ妻マリー間の事件——此の記録號、ケルン區裁
判所五五C 1200/35——に於ける意見書及び判決案、

(b) 引用したる著書論文の一覽表。是は作業の前に置くを要する。

(c) 作業は獨立して作成されたる旨の終尾の保證。

二、設例は何れも、筆記試験作業の準備の爲にも、之を利用することが出来る。此の點については本書第四編中に、必要な事項を記載してある。

三、設例はすべて、實生活から採つたものである。

四、試補諸君の中には著者の所へ、設例の數を増し、各設例も其の範圍を廣汎に形成して貰ひたいと云つてよこされた人が、随分多くあつた。本書の頁數はもともと相當多きに上つて居ることであるから、本書の範圍内に於ては、かくの如き要求に従ふことは出来ないが、之に反し著者の刊行して居る雑誌「青年法律學徒」には、毎號原則として、民事判決を目的とする筆記試験作業と、其の答解とを掲げて居るのである。

五、最後の設例は「ワグナー・ウオルフの著訴訟事件」Wagner und Wolff, „Prozessfälle“, Verlag Rotsch, 11d Berlin und Leipzig, 2. Aufl, 1912/13) 中の第四の訴訟事件を取扱つたものである。該書の著者たる兩氏がかくの如く其の著書を利用するのを、好意を以て聽許せられたのは誠に感謝に堪へない。

設例一、「高價な帽子」

A、設例一に關する記録の内容、

(一) 原告ケルン市ハーネン街六番地小間物商アルマ・ミュラア、被告ケルン市シュウオルレハウス居住ベルトルド・シエルツェ妻マリー、舊姓シユミツツ間の訴。

申立、金百馬克並に之に對する訴狀送達の日(一九二五年七月一日)以來年四分の利子。

理由、

被告は一九二五年一月十日原告の店頭に於て代價百馬克の帽子一個を購入し、住所氏名を記載せる名刺を交付したり、被告の身形、態度は貴婦人然たるものありしが爲に原告は現金の支拂を受くることなくして、帽子を被告の許に送り届くるに至りたり。被告の夫は闕席手續に於て敗訴の言渡を受けたれども、執行は全然效果なくして終りたり。蓋し被告の夫は全然無財産にして、昨年中再三反覆して公示宣誓を爲したるも、常に其の債權者に損害を加ふるの結果に終るの一方なりしを以てなり。是等の事情は一切を舉げて被告の知悉する所にして、然も被告は極めて富裕なる状態に在りとす。(證明、宣誓要求)。されば被告は帽子の代金を支拂ふの義務を負ふものとす。

(二) 答辯書、

被告は實際また貴婦人たるものにして従つて貴婦人然たる身形、態度を爲すべからざるの理由を存することなし。若しそれ被告の夫の狀況に至つては、被告の全然與り知らざる所なり。被

告の夫が反覆して公示宣誓を爲したることは、被告の争はんを欲する所にあらず。其の差押ふる能はざることも亦然り。然れども是等は被告の知らざりし所なり。而して此の點に關して要求せられたる宣誓は、重要ならずと陳述するも、場合に依つては之を受諾するものなり。以上の如き次第なるを以て、被告は請求を棄却して判決に假執行の宣言を爲さんことを求むと申立て、また必要に依つては、保證を立てて執行を免るることを、被告に許されんことを求むと申立つるものなり。

第一意見書

夫の財産状態を知れりや否やに關する被告の宣告を、裁判の條件とせんことを提案す。

(記録第一丁)

原告は、被告が原告より取得したる帽子の代金の支拂を請求するものなり。

本訴が、賣買代金請求の訴と解釋すべきものなることは明白なり。然れども此の見地より見るときは、本訴はそれ自體理由ありとする事を得ざるべし。家事に關する妻の事務處理の權限 Schlüsselgewalt に關する民法の規定、即ち民法第三百五十七條は、かくの如き解釋を妨ぐることあるべし。家族の爲に必要な、即ち妻自身の爲にも必要な衣類の調達は、家事に關する妻の事務處理の權限の範圍内に屬するものにして、是は學說判例に於て全く通説たる見解たるものなり。(Staudinger 3a, Kommentar der Reichsgerichtsräte A. 3 zu § 1357 B.G.B.) 此の場合に標準となるは、配偶者の事實上の行動に相當する支出なり。然れども此の行動が夫の現實の財産状態と一致するや否やは重要にあらず、曩に擧げたる註釋書、其の外 R.G. 61. 81 も同説。此の場合にあつ

(記録第二丁)

(記録第二丁)

ては被告が家事に關する妻の事務處理の權限の範圍内に止まりたるや否やの懸念は、生ずること能はず。被告が自身資産を有し、然もシュウオルレハウスの名稱よりして推知し得らるる如く、其の夫と所領の地に同棲せるものとすれば、被告が百馬克の代價を以つて帽子を購入するとするも、そは此の配偶者双方の生活様式に適合するものと謂はざるべからず。然れども家事に關する妻の事務處理の權限の條件にして、具はらんか、契約當事者としての帽子の取得に因り義務を負擔する者は、只夫あるのみにして、被告自身が其の義務を負擔するものにあらず。勿論民法第三百五十七條第一項第二段に、「此の事務の範圍内に於て妻の爲す法律行爲は、事情上別段の結果を生ずるにあらざる限りは、夫の名に於て爲したるものと看做す」と云へる規定に因り、例外として妻自身も亦家事に關する妻の事務處理の權限内に於てする法律行爲に因つて、義務を負擔することあるを推論し得る次第なれども、それは此の法律の法文よりして知り得らるるが如く、妻が明示的に自己の爲に行爲を爲したるか、又は其の夫の爲に行爲を爲すの意思を有せざりし事情が明かとなることを條件とす。然も此の方面に向つての主張は、原告の主張する能はざりし所なり。逆に原告自身は、此の契約に因り被告の夫が原告に對して責任を負ふと云ふの見解を奉じつつあるものなり。蓋し原告は先づ被告の夫に對して、訴訟上の處置を執りたるを以てなり。従つて原告の主張は、賣買契約の見地に因り、訴の請求を辯明するに適せず。

然れども不當利得の着眼點も亦之を排斥さるべからず。蓋し原告と被告の夫との間には、有效なる賣買契約を存するが故に、被告は法律上の原因なくして「原告の費用に於て」帽子を取得し

たる次第にはあらざるを以てなり。

之に反し不法行為の見地に因るときは、訴はそれ自體理由あり。惟ふに資産ある妻が其の夫の無資力なるを知り乍ら、また夫は代金の極く少部分をすら支拂ふの能力を有せず、また其の意思をも持合せざること、及び賣主が強制執行の方法に於て、夫より代金を受取らんが爲に百方盡力するとも結局其の效なく、只賣主としては無益の失費を重ねるのみなることを確實に承知し居るに拘らず、賣主に對しては、賣主は被告の夫より代金を受くるに於て、格別の困難を感ずることなきかの如く装ふは、苟も公平正當なる思想を懷く者の端正都雅の精神 *Anstandesgefühl* と相容れざるものと謂はざるべからず。即ちかくの如き仕打は、民法第八百二十六條の規定の事實を具現するものにして、善良の風俗に反して故意に他人に損害を加ふることを意味す。加之是と同じ見解は判例の奉ずる所にして、即ち例へばベルリン控訴院の如し(控訴院判例集二十三卷四百五頁)。勿論ベルリン控訴院は此の場合に夫は數年前既に公示の宣誓を爲したりと云ふの故を以て、民法第八百二十六條の適用を拒みたれども、此の理由それ自體よりして既に、ベルリン控訴院が法律上ここに主張したる見解と、見る所を同じくするものなること明白なるものあり。然るに本件の場合にあつては、公示宣誓は前年に行はれ、現在の賣買の行はれたる當時にあつては、被告の夫の財産状態は極めて不良なり。さればベルリン控訴院の懸念する所は、本件の場合には該當せざるものと謂はざるべからず。然り而して原告は、被告は其の夫の財産状態を知り居たるものなりと明示的に主張する次第なるが故に、本來損害賠償義務が是認せらるるの程度

(記録第三丁)

に於ては、訴はそれ自體理由あり。勿論此の損害賠償請求權を賣買代金額の支拂に指向することを得るや否やは、疑問たることあるべく、此の損害は帽子の取得に於て成立し、従つて被告は單に帽子の返還又は帽子の目下の價額の返還の義務を負ふものにあらずやとの懸念を懷くものなきにあらざるべし。然れどもかくの如き見解は、是認することを得べからざるべし。原告の損害は原告が被告の無資力なる夫よりして賣渡したる帽子の代金を受取ること能はざるの點に存す。されば損害は卑見に據れば、賣買代金の額に於て成立す。

利息債權の正當なるは、民法第二百九十一條に據り明かなり。

(記録第四丁)

被告の答辯は、法律上訴の否認 *Klagelugnung* として解釋すべく、従つて被告が其の夫の財産状態を知りし居たることを争ふは、重要なり。

訴を理由付くべき他の事實には争なきが故に、従つて眼目とする所は、全く被告の此の知了についての證明に在り。而して訴を理由付くべき事實の正當なるを立證するの義務は、原告の負擔する所にして、原告は宣誓要求 *Eideszuschreibung* に因つて、證據を申出でたり。此の宣誓は重要とす。惟ふに狀況全般の上より見て、被告が其の夫の財産状態を知り居たるに相違なきことが判然たるに至るものとは、一概に斷言すること恐らく不可能なり。妻が其の夫の財産状態を知りし居るは、多くの場合に於て見る所たるべしと雖、然も如何なる場合に於ても妻が夫の財産状態を知りし居るものなりと、かくの如く一般的に主張することは、殆ど不可能たるべし。ここに於てか本件の裁判は、被告が帽子を取得したるの當時其の夫の財産状態を知悉し居たりしや否

(記録第二丁)

やの宣誓にのみ是れ繋るものなり。然も決定を以て宣誓を命ずることを許すべき場合は、一つも存在することなきを以て、宣誓は條件付の終局判決を以て之を命ずることを必要とす。

被告が當時其の夫の財産状態を知悉しあらざりしことを誓言したるときは、訴訟費用は民事訴訟法第九十一條に因るものとして、請求を棄却するを要す。蓋し此の場合にあつては、原告は訴を理由付くべき事實について、舉證の義務を負ふこと依然たるものある次第なるを以てなり。之に反して被告にして宣誓を拒みなば、訴を理由付べき事實はかくの如くにして證明せらるるものなり。従つて訴は其の全部を許して、民事訴訟法第九十一條に因り、被告に訴訟費用の負擔を言渡すを要す。

以上の次第なるを以て、余は次の如き判決を提案するものなり。

- 一、次の宣誓を爲すことを被告の任意とす。『一九二五年一月十日帽子を取得するの當時に於ては、被告は夫の財産状態を知らざりしものなり。』
- 二、被告が此の宣誓を爲したるときは、左の如く判決すべし。原告の請求を棄却す。訴訟費用は原告の負擔とす。
- 三、被告が此の宣誓を爲さざるときは、左の如く判決すべし。被告は原告に金百馬克並に之に對する一九二五年七月一日以來年四分の利子を支拂ふべし。訴訟費用は被告の負擔とす。』

第二、判決案、

國民の名に於て！

原告ケルン市ハーネン街六番地小間物商アルマ、ミユラア

被告ケルン市シュウオルレハウス居住ベルトルド・シュルツエ妻マリー

右當事者間の事件に於て、ケルン區裁判所第五十五係は一九二五年十二月二十三日の口頭辯論に基き、區裁判所判事マイヤアを通じて判決するこゝ次の如し。

- 一、左の宣誓を爲すを被告の任意とす。
『一九二五年一月十日帽子を取得するに當つて、被告は夫の財産状態を知らざりしものなり。』
- 二、被告が此の宣誓を爲したるときは、左の如く判決すべし。原告の請求を棄却す。訴訟費用は原告の負擔とす。
- 三、被告が此の宣誓を爲さざるときは、左の如く判決すべし。被告は原告に金百馬克並に之に對する一九二五年七月一日以來年四分の利子を支拂ふべし。訴訟費用は被告の負擔とす。

事實

被告は一九二五年一月十日を以て、原告の店舗に於て價額金百馬克の帽子一箇を買求めたり。當時被告は貴婦人としての身形態度にして、原告に住所氏名を記載せる名刺を交付し、原告は之に對し現金の支拂を受くることなくして右の帽子を送り届けたり。然るに被告は全然代金の支拂を爲さざるを以て、原告は被告の夫に對し、帽子の代金の支拂を訴求したりしに、被告自身は資力あるに拘らず、其の夫は再三反覆して公示宣誓を爲すの止を得ざるに至りたる次第にして、差押不可能の状態に

在りとす。原告は被告の夫に對し闕席判決を贏ち得たれども、強制執行は其の効果を收むること能はずして終りたり。

此の事實については當事者間に争なし。

原告は被告が其の夫の財産状態を知悉し、之に對する訴訟上の處置は、偶々以て債權者に損害を加ふるのみに終ることを、知悉しあるものなりと主張せり（證據、宣誓要求）。

原告は、被告は原告に對し金百馬克、並に之に對する訴狀送達の日たる一九二五年七月一日以來年四分の利子を支拂ふべしとの判決を求むるに申立てたり。

被告は、請求棄却の判決を求むるに申立てたり。

被告は、自己が夫の財産状態を知悉し居たりと云ふ原告の主張を争ひ、之に關して要求せられたる宣誓を重要ならずと陳述せるも、然も如何なる場合にも之を受諾せり。

判決理由

本訴は、原告の主張が正當なりとすれば、不法行為の着眼點に因り、是認することを得るものなり。此の當事者の間には、契約關係は存在せず。蓋し帽子の買入に因りて買主としての義務を負擔するは、被告の夫のみに限らるるものなるを以てなり。是は民法第千三百五十七條より推論せらるる次第にして、同條には「妻は其の家事上の事務の範圍に於て、夫に代つて其の事務を處理し、且夫を代理するの權利を有す。妻の此の事務の範圍内に於て爲したる法律行為は、事情上別段の結果を生ずるにあらざる限りは、夫の名義に於て爲したるものと看做す」と規定し、妻の手に依つて行はるる衣類の

購入も、亦此の規定の適用範圍に屬す。法律の規定したる夫の契約上の義務に、例外を生ぜしむべき事情は、存在することなし。

之に反し、被告の行為は、民法第八百二十六條に、「善良の風俗に反する方法に於て故意に他人に損害を加へたる者は、此の他人に對し損害を賠償するの義務を負ふ」とある事實を實現するものなり。即ち妻として、賣主が夫よりは一文半錢をすら受くる能はざるべきを知悉し乍ら、それにも拘らず賣主に對しては、賣主が夫より代金の支拂を受くるに於て格別の困難なきかの如く裝ひ、かくの如くにして賣主をして品物を交付せしむるに至らしむるが如きは、苟も公平正當なる思想を懷抱する者の端正都雅の精神と相容れざる次第にして、かくの如き行為は被告をして、民法第八百二十六條に因る損害賠償の義務を負擔せしむるものなり。然り而して本件の場合に於ては、此の賠償は、帽子の代金の支拂に於て成る。

被告は帽子取得の當時に於ける其の夫の財産状態を知悉し居たるものなりと云ふ原告の主張を争ふものなるが故に、此の智識に關して、原告の被告に要求したる宣誓は重要なり。被告にして此の宣誓を爲すに於ては、被告が夫の財産状態を知悉しあらざりしことは、證明せらるるものと謂ふべく此の場合にあつては、被告は、損害賠償の義務を伴ふ行為の責任を負擔せしめらるることなく、従つてまた此の場合に於ては、請求を棄却せざるべからず。之に反し被告にして此の宣誓を爲さざるに於ては、訴は其の全部に亘つて之を許すことを必要とす。

利子の點に於て標準たるは民法第二百九十一條にして、訴訟費用の點について標準たるは民事訴

訟法第九十一條なり。

説例二、アルツールとエルゼ、

A、説例二に關する記録の内容、

一、訴(地方裁判所に提起せらる)。

原告ケルン市ハーネン街六番地アダムミュラア妻アンナ(舊姓シュミツツ)

右訴訟代理人ケルン市辯護士ウエルテル、

被告ケルン市ボーエ街二番地原告の夫商人アダムミュラア

被告ケルン市ミュールハイム市ブリユツケン街三番地郵便配達人フリードリヒ・シユルツエ

原告と被告アダムミュラアとは既判力を以て離婚を宣言せられ、被告アダムミュラアに責任ありとの判決ありたり。原告被告間の婚姻に因り、一九二〇年一月二日アルツールとエルゼの二子の出生を見たるが、此の二子は被告アダムミュラアより被告フリードリヒ・シユルツエの許に養育の爲遣はされあるものなり。

原告は、被告兩人は聯帶債務者として訴訟費用を負担すべし。原告に於て保證を立つるに於てはアルツールとエルゼの二子を原告に引渡すべしとの假執行の宣言を求むと申立てたり。

二、答辯書、

被告ミュラア及びシユルツエの訴訟代理人辯護士ツエーテル、

申立、請求を棄却すとの判決を求む。また必要に依つては保證を立て、強制執行を免るゝを

許されんことを求む。

此の二子は被告シユルツエの許に於て、充分に養育せられつゝあるに反し、原告は子の教育並に世話を爲すに適せずして、子に對して注意を拂ふことなく、之を虐待するのみならず、原告は男性と如何はしき交際を續けつゝあるものなり。(證據、宣誓)

被告シユルツエは二子の養育に關して、金一千馬克の支拂を求むる請求權を有す。此の請求權に基き被告シユルツエは、子について留置權を主張するの外子の引渡を命ずる判決に假執行を宣言すること、又は被告を聯帶債務者として判決するを得ることを争ふものなり。

三、原告の辯駁、

子に對して留置權を主張し得ることを争ふ。且又一千馬克の額は、多額に過ぐ。要求されたる宣誓は重要ならずと陳述するも、場合に依つては之を受諾するものなり。

第一、意見書、

訴の申立に従つて判決せんことを提案す。

(記録第一丁)
婚姻は離婚に終り、夫は責任ある當事者として宣言せられたるものなるが故に、民法第一千六百三十五條に因り、子の世話を爲すは原告の權限に歸屬す。然も子の世話を爲す權限は民法第一千六百三十二條に因り、母に對して違法に抑留を爲すすべての人物よりして、子の引渡を請求するの權利を包括するものにして、此の民法第一千六百三十二條の規定は、此の場合に、母の地位についても直接に適用せらるべきものなり。事實上子を養育するの衝に當り居たりし被告シユルツエが、民法第一千六百三十

一條の意味に於て、子を抑留したるものと爲すには、恐らく全然懸念を挿むことなくして可なるべきも、事實上子を手許に置きたるにあらざる被告ミュラアまでが、子を被告シュルツェに託したることに因つて、子を抑留したるものと爲すを得るや否やに至つては、恐らく疑問たることを免れざるべし。然も此の問題は積極的に肯定せざるを得ず。凡そ抑留なる觀念は、全然受動的にはあらざる行爲を條件とするものなるが故に、被告が子の保護権者の子に近接するを妨げ、子の連行に抗拒し、又は子の引渡を求むるの権利を争ふ場合にすら、既に抑留を存するものなり。(同説 Staudinger 2. zu § 1632BGB.) 苟も其の事實上の行爲に因つて、子に對する親権者の親権の獲得を妨ぐる者は、民法第千六百三十二條に因る訴を提起さるゝことを免れず。(同説 Kommentar von Reichsgerichtsräten Ann. 1 zu § 1632 BGB.; ferner: RG., JW. 1924, 539.; Recht 1915 Nr. 1354.; Warn. 1914, S. 176.; Recht 1914 Nr. 1580.; JW. 16, 910.; „Recht“ 1917 Nr. 2023.; Warn. 18 S. 22 und 297.) 今こゝに裁判すべき事件に對し此の原則を適用するときは、被告兩人に對する民法第千六百三十二條の適用は、是認すべきものと認むべし。加之被告兩人の抑留は、民法第千六百三十二條の精神に於ても違法なり。蓋し少くとも原告の説明する所に據れば、被告兩人は決して抑留の権利を有することなきを以てなり。

更に被告兩人を聯帶債務者として、子の引渡を言渡すことも適法なり。勿論此の論結に對しては、被告の兩人につき給付はそれ〴〵其の内容を異にし、被告シュルツェにあつては、子を引渡すを要することが其の給付なれども、被告ミュラアにあつては、單に此の引渡を認容するに過ぎざるの相違ありとして、論駁することを得ざるにあらずと雖、かくの如き區別は、後の強制執行の問題を豫決するも

のに外ならず。加之此の區別は、之に因つて被告兩人の給付が、現實に内容上異なる給付となるに至るまでに、爾く深刻なるものとは認むるを得ず。従つて不可分給付の債務者は、聯帶債務者として其の責に任すべき旨の、民法第四百三十一條の原則を固執せざるを得ず。加之被告兩人は、其の行爲に因つて、子に對する原告の権利を侵害したるものなりと云ふ考察も、同一の論結に到達するものなり。此の權利は、民法第八百二十三條に所謂、其他の權利として解釋することを得べし。されば被告は損害賠償の見地よりするも、原状回復の義務あり。即ち子の引渡の義務を負ふ次第なり。然り而して被告兩人は、其の犯したる不法行爲に因り生じたる此の義務に對し、民法第八百三十條及び第八百四十條に據り、連帶債務者として其の責に任ずるものなり。最後に子の引渡を言渡す判決に付き、民事訴訟法第七十條に據り、假執行の宣言を爲す能はざるの理由は認め難し。

之に反し、被告の抗辯は重要ならず。果して原告の許に於ては子の監護が宜きを得ず、被告シュルツェの許に於ては宜きを得るや否やの事情は、民法第千六百三十五條、第千六百三十二條に因る訴としては全然問ふ所にあらず。勿論後見裁判所は民法第千六百三十五條に因り、特殊の事情上子の利益に於て必要とするときは、第千六百三十五條の法定の規律に異なる命令を出すことを得れども、後見裁判所の此の權限は、子の引渡に關する訴訟の場合にあつては、無雜作に受訴裁判所に移行するものにあらず。寧ろ受訴裁判所は、民法第千六百三十五條第一項一段の確定せる規範に従つて、宣言的に裁判を爲す。(同説 RG. 3 279.) 即ち民法第千六百三十二條に因る訴は、子が被告の許に残留することを、子の利益が要求すると云ふことを論據として、辯駁することを得ず。(同

説 Standinger I c, b zu § 1635 BGB.) 勿論スタウチンゲル氏の論するが如く、被告が子の引渡を求むるの訴に對して、民法第二百二十六條を論據とすることあるべしと雖、此の規定の前提とする所は、被告の主張する所にあらず。また全般の状況上より云ふも、之を認むること能はざるなり。

(記録第三丁)

被告シュルツエの請求したる留置權を主張する爲には、被告自身の主張を基礎にとる場合にあつても、其の條件に缺くる所あり。被告は原告に對して請求權を有せず——蓋し原告は被告シュルツエに對して、子の扶養料支拂の義務を負ふものにあらず。またかくの如き請求權は、民法第二百七十三條に所謂同一の法律關係に因り、生ずることもなかるべきを以てなり。最後に子は、留置權の目的たることを得べき物にはあらざるなり。(OLG. Jena in JZ. 1914 S. 447.)

以上の如くにして、被告の抗辯はすべて重要ならず。然も訴の主張には争なきが故に、訴は理由あり。而して民事訴訟法第九十一條に據れば、被告は訴訟の費用をも負擔するの必要あり。特に民事訴訟法第百條第四項に因り、連帶債務者として負擔するを要するものとす。判決の假執行に對する保證の額は、裁判費用法第十一條と關聯して金一千馬克と確定するを要す。而して保證を立つることとに因つて、執行を免るゝことを許されんことを求むる被告の申立は、原告は保證を立つるに於てのみ假執行を許すと判決することに因つて、落著するものなり。然れどもかくの如き場合に於ては、民事訴訟法第七百十三條第二項に因る免除 Nachlass の餘地を剩さず。

されば余は左の提案を爲すものなり。

「被告兩人は連帶債務者として訴訟費用を負擔し、原告に對し一九二〇年一月二日出生の二子

アルツール、エルゼを引渡すべし。

此の判決は金一千馬克の保證を立つるに於ては、假に執行することを得。」

第二、判決案、

國民の名に於て！

原告ケルン市ハーネン街六番地アダム・ミユラア妻アンナ舊姓シュミッツ

右訴訟代理人ケルン市居住辯護士ウエルナア

被告ケルン市ホーエ街二番地商人アダム・ミユラア

被告ケルン市ハルムハイム市ブリユツケン街三番地郵便配達人フリードリヒ・シ

ユルツエ、

右訴訟代理人ケルン市居住辯護士ツエーテル、

右當事者間の訴訟に於てケルン市地方裁判所第十六民事部は、一九二五年十二月十二日の口頭辯論に基き、地方裁判所部長判事シュナイディヒと判事フォアジヒチヒ、及び判事チュヒチヒの參與の下に、判決すること左の如し。

被告兩人は連帶債務者として訴訟費用を負擔し、原告に對して一九二〇年一月二日出生の二子アルツール及びエルゼを引渡すべし。

此の判決は金一千馬克の保證を立つるに於ては、之を執行することを得。

事 實

原告は被告アダム・ミュラアと婚姻したれども裁判上の離婚を爲し、此の離婚は夫に責任ありと宣言せられたるものなり。被告ミュラアは此の婚姻に因り出生したる二子アルツール及びエルゼを被告シュルツェの許に遣はして養育せしめつゝありたり。

以上の事實は當事者間に争なし。

原告は被告兩人を連帶債務者として、原告に對して二子を引渡すべしとの判決を求むと申立てたり。

被告兩人は請求棄却の判決を求むと申立て、若し被告敗訴の判決あるべき場合には、保證を立つることに因つて執行を免るゝを許されんことを求むと申立てたり。被告兩人は、二子は現在被告シュルツェの許に於て適當に養育せられつゝあり。之に反し原告は二子を教育し其の世話を爲すに適せず原告は子を監護することを爲さずして寧ろ之を虐待するのみならず、男性と如何はしき交際を爲しつゝあり(證據、宣誓要求)且又被告シュルツェは二子を扶養したるに因り、金一千馬克の支拂を求むる請求權を有するものなりと主張し、此の請求權に因り、被告シュルツェは二子に關して留置權を主張せり。

原告は被告の主張を争ひ特に金一千馬克の金額を以て多額に失するものと爲し要求せられたる宣誓は重要ならずと陳述するも、然も如何なる場合についても之を受諾するものなり。

判決理由

原告は民法第六百三十二條第六百三十五條に因り、被告に向つて子の引渡を請求するの權利

を有す。原告と被告との婚姻については離婚の判決與へられ、且其の夫たる被告ミュラアのみ責任ありとの宣言ありたるものなるが故に、原告は民法第六百三十五條に據り、子の一身につき、監護をなすの權利を有す。而して民法第六百三十二條に據れば、子の一身の監護は、監護權利者に對して違法に抑留をなすすべての者に向つて、子の引渡を請求するの權利を包括するものなるが、今被告兩人はかくの如き抑留を爲すものとす。被告シュルツェは事實上二子を其の手許に置くを以て、抑留を爲すと云ふなり。また被告ミュラアが抑留を爲すと云ふは、當人が被告シュルツェの許に子を託して是が養育を爲さしむるを以てなり。然も被告兩人は、かくの如き抑留を爲すの權利を有するにあらず。特に子は原告の許に於ては適當に養育せられざるも、被告シュルツェの許に於ては適當に養育せられつゝありと云ふ理由を以て、訴の請求に對抗するを得ず。子の利益に反する養育に對して干涉を爲すは、後見裁判所の任とする所にして、後見裁判所は民法第六百三十五條に據り、「子の利益上特殊の事由に因り必要とするときは、法律中に規定したる規律と異なる處分を爲すことを得るが故に、從つて受訴裁判所は、此の問題には全然干涉することを得ざるものなり。最後に被告シュルツェが二子に關して、留置權を主張するの條件は全然存せず。即ち被告シュルツェは原告に對して、二子の扶養料の支拂を求むる請求權を全然有することなし。加之此の點を度外視するも、子は畢竟留置權の目的たり得る物にはあらざるなり。

されば被告の抗辯は重要ならず。

然り而して訴の基礎となる事實關係については當事者間に争なきが故に、訴は原告に歸せざるを

得ず。尙ほまた被告兩人は民法第四百三十一條に據り連帶債務者として言渡すべきものとす。蓋し被告兩人は、數人にして一個の不可分給付を負ふものに外ならざるを以てなり。

訴訟費用に關して標準となるは、民事訴訟法第九十一條、第百條第四項にして、假執行の命令に關して標準となるは、民事訴訟法第七百十條なり。而して民事訴訟法第七百十三條第二項に據り、保證を立つることに因つて執行を免るるを許されんことを求むる被告の申立は、原告は保證を立つるに於てのみ判決を假に執行することを得るものと判決することに因つて、落著するものなり。

設例三、訴の変更、

A、設例三に關する記録の内容、

一、訴(ケルン區裁判所に提起す)、

原告ブリュール居住アドルフ・マイヤア妻アンナ舊姓シュミッツ

被告ケルン・リンドンター市デュレナア街十一番地年金生活者フベルト・シュルツェ

被告の委任に因り執達吏クツプエルは一九二四年七月九日を以て、訴の申立中に表示したる物體を差押へたり。然るに此の物體については原告は處分を妨ぐる權利を有す。蓋し此の物體は原告の所有物にして、婚姻と共に持参したるものなり。之については現に別産制 *Gütertrennung* を存する次第なるを以てなり(證據原告の夫、従つて原告は左の如く判決せられんことを申立つるものなり。

被告の委任に於てブリュール居住の原告の夫アドルフ・マイヤアに對し、(1)机(2)引出仕

二、被告の申立、
掛卓子(3)長椅子及び(4)調膳臺について爲したる強制執行を不適法と宣言す。訴訟費用は被告の負擔とす。此の判決は假に執行することを得。

三、一九二四年十月七日の口頭辯論、
被告は所有權契約 *Eigentumsvertrag* を虚偽の契約 *Scheinvertrag* として、取消し得べきものと辯駁す。

訊問に因り原告は、差押へられたる物體は原告の兄の所有に屬す。原告は此の兄より消費貸借を受くるものにして、此の消費貸借の完済せらるゝまでは、是等の家具の所有權は、原告の兄に屬するものなりと陳述せり。

四、區裁判所第六十六係の判決は、一九二四年十月七日を以て言渡さる。
請求を棄却し、訴訟費用を原告の負擔とす。
事實。判決理由。口頭辯論に於ける原告自身の陳述に據れば、原告は積極的當事者適格 *Aktiv-legitimation* を有せざるが故に、訴訟費用に關しては民事訴訟法第九十一條に因るものとして其の請求を棄却するを要す。

五、判決の原告に送達せられたるは、一九二四年十月二十日なり。
六、原告の控訴は、一九二四年十月三十日を以て、ケルン市居住辯護士アーベルを通じて提起せられ

たり。

申立、判決を變更し訴の申立に従つて判決せられんことを求む。

七、ケルン市居住辯護士ベーターを通じて爲したる被告の申立、

控訴棄却の判決を求む。

八、控訴理由、

原告は其の見より家具を借用せるものにして、借主として當事者適格を有するものとす。蓋し債權も亦處分を妨ぐる權利たり得るものなるを以てなり。

九、被告の辯駁、

(1) 控訴理由は訴の變更を包含す。之に對し異議を述べ。

(2) 處分を妨ぐるの權利を有するは、貸主あるのみ。

十、原告の辯駁、

(1) 訴の變更を存せず。參加の訴 *Interventionsklage* は訴訟的性質を有するものにして、否認の訴 *negatoria* にあらず。

(2) 原告は使用貸借契約に因り占有權を有するものにして、債務者との關係に於ては「第三者」なり。

B、試験として實施されたる設例三の取扱、

第一、意見書、

(記録第三丁)

控訴提起の適法形式なるや否やに對しては懸念を存せず
本案に於ては、控訴棄却を提案するものなり。

(記録第五丁)

控訴審に於ては原告は、借主としての其の法律上の地位を論據とするに過ぎざれども、被告は此の原告の辯駁を以て不合法なる訴の變更たるものと爲すが故に、訴の變更を存せざる場合に限り、實體的に原告の現在の見地に論及することを得べきなり
訴の變更が適切 *sachdienlich* なりや否や(民事訴訟法第二百六十四條)は、此の場合重要にあらず
蓋し控訴審に於ては訴の變更は、被告の異議あるときは全然不合法なるを以てなり(民事訴訟法第五百二十七條)。

(記録第二丁及第十二丁)

原告は第一審に於ても、はたまた第二審に於ても、其の夫の許に於て差押へられたる家具の強制執行を、不合法として宣言せんことを要求するものにして、即ち申立それ自體に關しては、全然原告の立脚地の變更を存せず。變更は寧ろ此の要求の事實上の理由の點に於て、成立するに止まるものなり。即ち第一審に於ては原告は家具の所有權を主張し、第二審に於ては單に借主たるに止まらんことを欲しつゝあるものなり。

(記録第十二丁)

此の二つの場合を通じて、訴は法律上、民事訴訟法第七七十一條に因る異議の訴 *Widerspruchsklage* と解すべきものなるが、此の訴の法律上の性質に關しては、學說上判例上熾んなる争あり。此の争に於て何れかの見解に與して態度を決することは、一方の見解に據れば、此の場合に不合法なる訴の變更を存するも、他方の見解に據れば、不合法なる訴の變更を存することなき場合に限り、必要とするに

過ぎざるべし。然れども卑見に據れば此の問題は、特に主張せらるゝ兩個の見解に従つて、統一的に之を決定すべく、従つて係事問題そのものに對しては、態度を決定することを必要とすることなし。

民事訴訟法第七七一條に因る訴の、法律上の性質に關する一つの意見は、實體法の見解にして、此の見解に據れば訴の原因は、異議を申立つる者に屬する實體法上の權利にして、此の權利は執行債權者の促したる強制執行に因つて、侵害せらるゝものなり。されば訴の原因は、異議申立人の請求する權利の性質に依つて、常に其の面目を異にするものなりと云ふなり。此の見解は通説にはあらざれども、然も尙ほ其の主張せらるゝこと少からず。(Stein Ziffer 9 zu § 771 に之を列擧す)今此の見解に従はんか、本件に於ては直ちに訴の變更を認むるを要すべし。蓋し原告は最初物權たる所有權を論據とし、之に反して今は單に、債權債務の關係より生ずる其の地位を主張するに止まるを以てなり。然れども此の點に於ては、訴を理由付くる事實の變更あるに過ぎず。「請求の同一なる場合に於ては、訴の原因を形造る訴の事實 Klagefatsachen を變更して、事實と防禦方法とを全然別個のものたらしむるやうにすることを得べし」。(Stein Ann. I zu § 268 ZPO.)

また一方の通説たる訴訟法の見解は、國家の強制執行の侵害と云ふことを、考察の出發點とするものにして、訴の目的は、全く執行行為の適否に關する裁判に在りとするなり。此の見地よりするも、本件の場合に於ては訴の變更を認めざるを得ず。此の見解に據るときは、訴の提起あるも、必ずしも權利それ自體が主張せらるゝにはあらざれども、訴の原因、即ち訴の請求の理由あることを明かならしむる事實は、其の然るに拘らず、統一的の確定不動のものたることを必要とす。訴はよし訴訟法的性

質のものなるにもせよ、判事に對しては、訴訟法上強制執行の不法を明かならしむべき一定の事實を開示せざるべからず。若し此の事實にして全然別個のものに代へられんか、此の場合にあつても「訴の原因を形造る所の事實を變更して、事實及び防禦方法を別個のものたらしむる場合を存す」(Stein a. a. O. 参照)。かのスタイン氏が異議の訴に關して、「訴訟法の性質を有する訴例へば民事訴訟法第七七一條に因る訴を理由付くる爲に、全然別個の法律關係を援用する場合にあつては、訴の變更を存す」と論ぜるは、スタイン氏も亦見る所を同じくするものなり。(Stein, Ann. II 2 bei Ziffer 24 zu § 268 ZPO.)

以上の如き次第なるを以て、民事訴訟法第七七一條に因る訴の法律的性質に關して、如何なる見解を奉ずるにせよ、原告の新しき主張は如何なる事情の下に於ても、不法なる訴の變更を存するもの」と謂はざるべからず。

されば被告の異議に顧みるときは、原告の新しき主張は、實體的には斟酌することを得ず。

然も原告自身はもはや、差押へられたる物の所有者たるものと主張せざるが故に、其の請求は棄却せざるべからず。蓋し原告はかくの如き請求を辯明するに適すべき事項を、全然提出することなきを以てなり。然り而して原告は、民事訴訟法第九十七條に因り、訴訟費用を負擔するを要す。

以上の如くなるを以て、余は左の如く判決せんことを提案す。

一九二四年十月七日を以て言渡したるケルン區裁判所第六十六條の判決に對する原告の控

訴を棄却す。訴訟費用を原告の負擔とす。

副意見書

原告の新しい主張を目して訴の變更と爲さざるか、又は原告自身物の所有者にあらずして、其の兄が物の所有者たるなりと云ふ、第一審に於ける原告の追加的辯駁を以て、よし明示的には使用貸借の借主としての原告の地位を指示したるものにはあらずとするも、少くとも默示的には、之を指示したるものなりとするの見解を奉ずるに於ては、控訴審に於て初めて提出されたる原告の主張を斟酌して、實體的の審査を爲すことを必要とすべし。

然れども、卑見に據れば、原告の新しい主張を斟酌して、控訴審に於ける當事者の實體的の争を解明するも、結局原告の控訴は、是認することを得ざるの論結に到達するものなり。

裁判は専ら、原告は其の兄より家具を借用せるものなりと云ふ原告の主張が、果して異議の訴を理由付くるに適せりやの問題を、如何に解答すべきやの點に繋る。然も此の問題は消極的に答へざるを得ず。債權も亦、異議の訴の基礎を形成することを得るものなるは、之を認むべく、訴訟法の見解を奉ずる論者は、異議の訴の性質に關する其の見地よりして、既に此の見解に到達し、實體法の見解を奉ずる論者は、少くとも部分的には、債權も亦、異議の訴を理由付くることあり得べしと思惟すると雖、(Seuffert, II. Aufl. S. 424 Anm. 1 b zu § 771 ZPO. 参照)此の場合には常に此の債權が、債務者の財産に屬せざる物の引渡を目的としあることを前提とす(Stein II C zu § 771 ZPO. 参照)。然れども、異議申立人が第三者に對して物の借主たるの事實は、異議の訴を理由付くるには足らざるなり。

更に原告の説明中には、強制執行は、占有者としての原告の地位を侵害したるものなりと云ふ主張

を認むることを得べし。而して少くとも強制執行が、占有者としての地位を問題たらしむべき場合には、此の占有者としての地位は、民事訴訟法第七七一條の意味に於ての「處分を妨ぐる權利」たるものなることは、恐らく肯定することを得べし。學説及び判例の主なる意見も、此の趣旨を言明せり。(Stein II 1 b, Seuffert 2 C zu § 771 参照。更に RG. Bd. 81 S. 66に據れば、強制執行の處分が占有を其儘に差置く場合には、占有は全然處分を妨ぐる權利にあらざるなり。然れども原告は差押の當時に於ては、全然差押へられたる家具の占有者と、目するを得ざるものなることは、原告自身の陳述に據り明白なるものあり、即ち家具は原告の夫の許に於て差押へられたるものにして、且又家具は普通家庭に於て家具として使用せらるべき世帯の日用品に屬し、然も法律上の意味に於て、かくの如き物件につき占有權を有するは、獨り夫のみに限られ、家族の各個が之を有するものにあらず。妻と雖亦然り(同説 Stein II 2, Seuffert 2 zu § 808 ZPO. RG. Recht 1914 Nr. 217)妻の特殊なる占有權を認むることを得るは、只特別なる事情を存する場合の例外に限らるゝものなり(Seuffert a. a. O.; RG. JW. 23, 93 勿論例へば Levison in JW. 1915, 269は余りに過當なるの嫌あり。之に反し Harder in JW. 1915, 749の説く所は至極道理あり)然もかくの如き特殊の事情は、共同的の世帯に屬する物件の場合にあつては、殆ど存すること能はざるなり。

されば原告の新しい主張も亦、其の事實上の正當なるを想定する場合にあつても、訴の請求を是認せしむるに適せざるべし。

第二 判決案

國民の名に於て！

控訴人(第一審原告)ブリュール居住アドルフ・マイヤア妻アンナ舊姓シュミッツ

右訴訟代理人ケルン市辯護士アーベル

被控訴人(第一審被告)ケルン＝リンゲンタール市デュレーナア街十一番地年金生活者フベルト・シュルツェ

右訴訟代理人ケルン市辯護士ベーター

右當事者間の事件に於て、ケルン地方裁判所第十四民事部は一九二四年十二月三日の口頭辯論に基き、地方裁判所部長判事クレフチヒ、判事シュワツハ、判事ミツテルの參與の下に判決すること左の如し。

一九二五年十月七日のケルン區裁判所第六十六係の判決に對する控訴を棄却す。訴訟費用は原告の負擔とす。

事 實

執達吏クツベルは被告の委任に因り、一九二四年七月九日ブリュール市居住の原告の夫アドルフ・マイヤアの許に於て、訴の申立中に記載されたる家具を差押へたり。此の事實については當事者間に争なし。

原告は、被告の委任に於て原告の夫たるブリュール町居住アドルフ・マイヤアに對し、(1)机(2)引出し仕掛卓子(3)長椅子及び(4)調膳臺について爲したる強制執行を、不適法として宣言せんことを申立てたり。

原告は先づ是等の物件は原告の所有物にして、婚姻と同時に原告の持参したる所のものに係り、別産制 (Gütertrennung) の下に在るものなりと主張したれども、後に至つて訊問に因り、是等の物件は原告の兄の所有に屬し、原告は此の兄より消費貸借を受くるものにして、其の完済を見るまでは、差押へられたる家具の所有權は、此の兄に屬するものなりと陳述せり。

被告は請求棄却の判決を求むと申立てたり。

ケルン區裁判所第六十六係は、一九二四年十月七日言渡したる判決を以て、左の如く判決したり。

〔請求を棄却し、訴訟費用を原告の負擔とす。〕

其の判決理由に於て區裁判所は、原告本人の陳述する所に據れば、原告は實體上訴を爲すの權を有せざるものなり(積極的當事者適格を有せず (nicht aktiv legitimiert)) と判示せり。

此の判決は、一九二四年十月二十日を以て送達せられたるが、此の當事者に於て演述したる判決に對し、原告は一九二四年十月二十日控訴裁判所に控訴狀を提出して、控訴を提起したり。

原告は判決を變更して、訴の申立に従つて判決せられんことを申立てたり。

被告は控訴棄却の判決を求むと申立てたり。

原告は此の時に及んで、右の家具は原告の兄より借用しつゝあるものなりと主張したり。被告はかくの如き主張は訴の變更なりと解して、之に異議を申立てたり。

判決理由

控訴はそれ自體適法にして、且又適當なる期間内に合式に提起せられたるものなるも、然も正當ならず。

訴は被告の委任に於て原告の夫に對して差押へたる家具についての強制執行の適否を目的とするものなれども、第一審に於ては原告は、先づ家具についての原告の所有權を論據とし、第二審に於ては家具の借主及び占有者としての、其の法律上の地位を主張したり。被告が原告の此の新しき主張を以て、訴の變更となすは誠に理由あり。民事訴訟法第七百七十一條に因る訴が、法律上如何なる性質のものなるにせよ、其の點には論及することなくして差支なし。之を以て、單に訴訟法的性質を有する訴と解する場合にあつても、今本件について見るか如く、全然新しき法律關係を其の理由として採用するに於ては、別個の事實を存するものにして、従つてまた訴の變更を存するものなり。(同說の *hein, bei Ziffer 24 zu § 268 ZPO*)。然れども民事訴訟法第五百二十七條に據れば、第二審に於ては訴の變更は、之に因つて被告の防禦方法を著しく困難ならしむることなき場合にあつても、相手方の承諾なきときは常に不適法なるが故に、借主の權利が民事訴訟法第七百七十一條に所謂處分を妨ぐる權利たるものなりや否や、又は妻は共同の世帯内に在る家具につき、占有權若は共同占有權を有するものなりや否やの問題には、言及することを得ず。

然り而して訴訟費用の裁判は、民事訴訟法第九十七條に據る。

設例四、一策 畧

A、設例四に關する記録の内容、

一、訴(區裁判所に提起す)

原判ケルン市ハーネン街六番地アダム・ミューラア商會此の營業主商人フランツ・シュミッツ、被告エルベルフェルド市ホーエ街二番地商人ベルトール・ド・スタイン、

申立、被告は原告に對し金四百馬克並に之に對する一九二四年四月十五日以來年五分の利子を支拂ふべしとの判決を求め、必要に依つては、被告は其の名義に於て經營する煙草賣捌業の營業に於ける強制執行を認容すべしとの判決を求む。

原告は一九二三年十二月十六日、ノイセル街六番地に在る煙草賣捌業の爲に、煙草四百馬克を供給したり。註文は此の營業の爲に、當時の營業主フリッツ・ツェーターに依つて行はれたるものにしてツェーターは支拂の爲一九二四年五月十六日を支拂期日とする約束手形を交付したり。然れども事實上營業は此の當時には、フリッツ・ツェーター妻の名義に移り居たるものなり。手形は一九二四年五月十七日支拂を拒絶せられ判決に基く強制執行は其の效なくして終りたり。一九二四年五月十六日にはツェーター妻は、合計三千馬克の貯藏煙草を併せて營業を被告に讓渡したり。被告はツェーター妻と姻族にして、被告の妻はフリッツ・ツェーターの實妹なり。

されば此の場合の行爲は、債權者を詐害するの目的を以て行はれたる、明白なる策畧 *offenbare Scheibung* にして、ツェーター妻は今日尙ほ該營業の販賣の世話を爲しつゝあり。被告はエルベルフェルド市に居住中にして、全然販賣の面倒を見ることなし。而して供給せられたる煙草は、供給以來今日に至るまで毎日、營業所に於て販賣せられつゝあり。

被告は民法第四百十九條及び破産外に於ける債務者の法律上の行爲の取消に關する法律第三條第二號に據り、其の責に任するものなり。萬一支拂を求むる申立にして容れられざるべしとせば、原告は豫備的の申立 Eventualantrag を提出す。

二、被告の答辯書

申立、請求の棄却

債務者はツエータア妻にあらずして其の夫ツエータアなり。然れともツエータアは未だ會て處分を爲したることなく、營業は決してツエータアに屬したることなく、營業は其の妻ツエータアの取得する所にして、一九二四年五月十六日被告に讓渡するまでは營業は常に妻の名義に於て行はれたるものなり。更に原告は營業が被告に讓渡せられたることに因つて、不利益を被りたるを立證するの必要あり。原告が營業の被告に讓渡せらるゝことに因つて不利益を被るは、取得者の側より讓渡人の財産に移れる反對給付が、讓渡せられたる營業と等價にあらざる場合に限り、見る所たるべし。加之被告は、債權者に不利益を被らしめんとするツエータア妻の意圖については、全然知る所なく、かくの如き意圖は實際上存したることなし。(證據ツエータア夫妻の證言)被告自身は寧ろツエータア夫妻に對し、消費貸借に因る債權を有するものにして、ツエータア妻は其の支拂期日たる一九二四年四月十五日に、支拂を爲すこと能はず、被告は消費貸借に因る其の貸金に關して懸念する所ありたるが故に、自身ケルン市に赴き、ツエータア妻を強ひて、其の債務を履行する代りに、營業を被告に讓渡せしめたる次第なり。(證據ツエータア夫妻の證

言。

三、原告の辯駁

ツエータア妻は正しく債務者たるものなり。煙草の註文の行はれたるもツエータア妻に屬する營業の爲なれば、また註文されたる煙草の消費せられたるも、之に屬する營業に於てなり。加之ツエータア妻は既にケルン區裁判所に依つて、既判力を以て訴の申立中に記載せられたる金額の支拂の言渡を受けたるものとす。(證據訴訟記録)若し必要なりとせば、營業の被告に讓渡されたるに因つて、原告が事實上不利益を被りたることについては、原告は證人Xに依る立證を申出づるものなり。

加之被告は、民法第八百二十六條に因つても亦、其の責に任するものとす。

四、一九二四年十月二十六日のケルン區裁判所第三十六條の判決、

請求を棄却し、訴訟費用を原告の負擔とす。

判決理由

原告は債務者の財産に於ける強制執行が債務の完済を見るに至らざりしか又は債務の完済を見るに至ることなかるべきものと認むべきの證據を提出せず。而して原告自身の開示する所に據れば、所謂策畧と云ふは營業の讓渡たるに止まり、契約を以てする全財産の引受にあらざるが故に、原告の請求は、民法第四百十九條に據るも是認すること能はざるものなり。

五、辯護士アーベルを通して爲したる原告の控訴(一九二四年十一月八日を以て提起せらる。判決

の送達は一九二四年十一月三日なり。

申立、判決を變更して訴の申立に従つて判決せられんことを求む。

六、辯護士デンノホを通して爲したる被告の申立、

控訴の棄却、

七、一九二四年十一月十五日の控訴理由書、

原告は一九二四年十月二十七日を以て債務者ツエータ妻の許に於て差押を爲さしめたる所
執達吏は單に全然日常生活の必要品たる衣類を發見したるに過ず然も債權者は更に三馬克の
執行費用を支拂ふことを餘儀なくせられたり。

營業はツエータ妻の唯一の財産なるが故に、第四百十九條は此の場合に該當す。

前審の判事は第八百二十六條を全然評價せず。

八、被告の辯駁、

第四百十九條も第八百二十六條も、其の事實に關する基礎より見て該當することなし。加之煙
草そのものが全然販賣するに堪へざる安物に過ぎずして、今日までに多大の勞力を費して僅に
貯藏品の半を賣捌きたるに止まり、之を販賣するに於ても二百馬克以上を利する能はず。即ち
其の仕入價格を償ふに足らざるなり。

第一、意見書

控訴はそれ自體適法にして、且適當の期間内に合式に提起せられたるものなり。

本案に於ては余は、控訴を許さんことを提案す。

原告は主たる申立及び予備的の申立の形式に於て、其の請求を提出したり。かくの如き手續の適
否に對しては、此の場合には何等の懸念をも存せず。蓋し此の場合にあつては、原告の提出したる事
實の全體より種々なる申立を演繹することを得べき場合を存する次第なるを以てなり。即ち訴の
原因は同一にして、單一なり。「起されたる所のものは只一個の請求、一個の訴に過ぎず。蓋し主張せ
られたる所のものは、只一つの事實あるのみなるを以てなり……」[同說 Stein Anm. II 2 zu § 260 ZPO.]
されば決して眞の訴の併合を存するものにあらず、第一の請求の棄却の場合の爲にする、第二の訴の
提起にあらず。即ち本件については、二つの訴の予備的重疊 eine eventuelle Häufung が適法なりや否
やの問題(此の點については、Stein II 3 zu 260 ZPO. を参照)に言及することを必要とせず。然も單一
の訴の原因に因り、此の場合に於けるが如く、種々なる申立を演繹することに對しては、學說判
例中に殆ど異論あるを見ざるなり (Stein a. a. O. und Anm. 9 vor § 128 ZPO. 参照)。

然れども予備的の申立の提出を許すは、更に當該の當事者が、主たる申立として提出せられたる所
のもの、理由なきこと明かとなりたる場合に初めて、而してかくの如き場合に限り、予備的に、提出せ
られたる申立の斟酌せられんことを、請求するを得るの意味をも有す (Stein a. a. O.)。

原告の主張したる事實は、其の正當なるを想定するときは、被告に支拂を命ずる申立を是認せしむ
るに適せり。

先づ財産の引受 Vermögensübernahme の着眼點より論ぜんに、此の點に於て區裁判所の懷きたる、第

(記録第三十)

一審につきても理由なき懸念は、營業はツエータア妻の全財産たりしものなりと、明示的に主張すること因つて、今は原告に於て之を一掃したり。然も是は民法第四百十九條に因る被告の支拂の義務を理由付くるに充分なり。ツエータア妻の財産にして眞に被告に移轉せられたるものなりとせば引受の當時存立し居たる債權は、引受人としての被告に對しても、之を主張することを得べし。假に民法第四百十九條に因る被告の代當責任にして成立せりとせば、此の場合に民法第三百十一條に因る讓渡の形式を遵守せざるに因つて、此の責任を除却する能はざるべし。蓋し若し此の見解に従はざるものとすれば、契約當事者は事實上は財産の移轉を行ひ、然も民法第三百十一條の形式は遵守せざることに因つて、簡単に引受人の代當責任を除却することを得べければなり。實際また大審院の判例に於ても、財産の移轉の事實が、民法第四百十九條に因る代當責任を理由付くるに充分なることは、汎く認めらるゝ次第なりとす (RG. 69, 416; 76, 1; 85, 169; 92, 85; Wurm. 14 S. 406 Nr. 282; Recht 1918 Nr. 499 參照)。

更にツエータア妻と被告とが専らツエータア妻の債權者の辨濟を受くるを妨ぐるの意圖に於てのみ營業の讓渡を行ひたりとせば、民法第八百二十六條の條件はこゝに充されたるものなりとの認定を是認せしむるに足るべく、かくの如き方法に於て債權者に損害を加ふるが如きは、苟も公平公正なる思想を懷く者の端正都雅の精神と相容れざるものと謂はざるべからず。

然れども第八百二十六條の適用に對しては、別様の懸念を禁じ得ざるものあり。不法行爲を成すべき事實が、同時に法律的行爲の取消に關する法律の規定上、取消事實 *Anfechtungstatbestand* を成す場

合にあつては、不法行爲に關する民法の規定は、如何なる程度まで適用を見合さざるべからざるか。此の場合には、卑見に據れば、一に取消法の規定のみ適用あるものなり。 (Hartmann-Meikel, 1913 S. 26; こゝには大審院の判決をも擧示したり。其の外 *Zitelmann in JZ. 15 448*)。此の見解を奉ぜざるに於ては、何故に爾く複雑なる取消法の規定を必要とせるかを、到底理解する能はざるべし。大審院も嘗て此の精神に於て判示したることあり (Recht 1910 Nr. 3604, RG. Bd. 74, 224 ff.)。之に據れば、債權者の取消に關する特別法の規定は、最後の性質を有す。若し此の法律第三條第一號の事實以外に何もをも存せず。また是より以上の何ものをも存せざる時は、……立法者が此の事實について専ら意中に置きもし、また確定もしたりし法律上の結果たる、此の特別法の定むる所に據る取消適性 *Anfechtbarkeit* のみを生じ、是と相並んで、民法の規定に據る不法行爲に基く損害賠償の義務を生ずることなれば、また民法第三百三十四條及び第三百三十八條に據る無効をも生ずることなし (RG. Bd. 74 S. 226) かく云へばとて、不法なる行爲の事實が、取消事實以外に及ぶ場合に再び不法行爲に關する規定の適用せらるゝことゝなるを、妨ぐる次第にはあらず。「詐欺乃至は債權者に損害を與ふる策畧を、悪意に因り隠蔽するとき、本來取消法の事實とは何の交渉をも有することなき要素を、取消法の事實に加味することとなることあるべし」 (RG. a. a. O.)。然も本件の場合に於ては、原告はかくの如き特殊の事情を、説明すること能はざりしものなるが故に、單に取消の事實のみを存するに於ては、不法行爲に關する規定は、此の場合に適用すべからざるの本則に止まらざるを得ず。

此の點に於ては、それが取消の一般的條件や特に取消適性の問題に關する限りは、全然懸念の存す

るを見ず。先づ此の後なる點について論ぜば、取消適性は取消法第三條第二號に因り既に明白なるものあり。此の規定に據れば取消前一年内に締結したる債務者、即ち此の場合に於てはツエータア妻の「自己又は其の配偶者の同父母の兄弟姉妹及び父母の何れか一方を異にせる兄弟姉妹との間の有償契約、又は是等の者の配偶者との間の有償契約」は、取消すことを得べきものとす。本件の場合に於ては被告は、債務者の夫の實妹の夫なり。即ち第三條第二號は、此の場合に該當す。蓋し原告も亦今控訴審に於ては、債務者の財産に於ける強制執行が、完全なる辨済を受くるに至らざりしことを、明示的に陳述したるを以てなり。加之余は區裁判所とは異り、自己は營業の讓渡に因つて、事實上不利益を被りたるものなりと云ふ、第一審に於て既に證人に依つて立證せられたる主張の中に、かくの如き主張を認めんとするものなり。加之何れの取消の一般的の條件も、充分原告の主張する所なり。之に對して營業の讓渡は、結局全體として取消を受くるものなりや否やの方向に向つて、懸念の禁じ得ざるものあり。大審院は、詳細なる理由を附したる *141 To St. 226-234* の裁判中に於て此の問題を消極的に解したり。此の判例に對しては、例へばドレスデン控訴院は、スタッフと同主旨に於て、確信に値ひする理由を以て「攻撃を加へたれども、此の論争に於ては大審院に同意せざるを得ず。勿論此の論争に於て大審院に同意せざるべからずと云ふは、全體としての營業に對する強制執行なるものを存せず。營業全體と云ふが如きものに對しては、全然物權を存せずと爲す、大審院の懸念に因るにあらず、大審院の懸念は恐らく未だ以讓渡の取消を除外するものにあらざるべし、余の目して決定的なりとするは統一休としての商事會社には、全然強制執行より除外せらるる若干の物體あり、例へ

(記録第十丁)

ば商號、營業主の其の使用人、顧客、貸人、供給者等に對する個人的の信任關係及び營業主の個人的經營動作是なりと云ふ、大審院の説明なり。更に取得者が營業の取得後に其の經營に於て爲したる事柄は、取得者の固有の營利行爲の發露にして、また其の營業の經營に於て購入したる所の物は、其の所有物たり、其の營業上の作用に因つて設定したる債權は、其債權なりと云ふ、大審院の論旨は、人をして納得せしむるに足り、之に對しては、充分の理由ある反對論は、殆ど主張すること能はざるべし。加之學說判例中、大審院の所説に反對して主張せらるる意見も、恐らくは大審院の喚起したる懸念を全然一掃するには足らず。即ち大審院の所説に同じて、全體としての營業の讓渡の取消は、認むること能はざるべし。

さればとて債權者が營業の讓渡に對して、全然對抗の手段なしと云ふにはあらず。債權者は如何なる事情の下に於ても、營業の讓渡の當時存在したりし貯藏品の讓渡を取消すことを得べく、此の一事は大審院も、明示的に之を認む。(R.G. 70, S. 233) 今此の場合に於ても原告が全體としての營業の讓渡を取消すとせば、此の取消の中には、此の取消がよし營業の全部に互ること能はずとするも、少くともそれが苟くも適法なるの程度に於て、效力を有せしめんとするの意思を包含するものにして、即ち營業の讓渡の當時存在したりし商品の移轉に關しては、取消をして效力を有せしむるの意思を包含するものなり。勿論取消の目標は、單に被告をして尙ほ現存せる商品に對して爲す強制執行を、忍容するの義務を負担せしむるにあつて、支拂の義務を負担せしむるものにあらず。取消に基く支拂の義務の負擔を生ずることあるは、取消債務者たる被告が自己に取消し得べき方法にて讓渡せられた

(記録第三十)

る物體を、もはや占有しあらざる場合に限らるゝものなり。(RG. 70, 233; Sydow und Busch Ann. 7 zu § 7 AufG. und die dort angeführten Entscheidungen) 然るに被告は此の場合に少くとも原告の債務者ツエーターアに供給したる煙草の半を轉讓し、之に對して二百馬克の賣上金を得たるものなるが、一方移轉の當時存在したる殘餘の煙草價額三千馬克中、約五分の一は現存する次第なり。かくの如き次第なるを以て取消法に基き支拂を求むる原告の請求は理由なし。蓋し原告が辨濟を受くる爲に強制執行を指向することを得べき物體は、尙ほ充分に之を存するを以てなり。只營業の移轉の際既に存在し居たりし煙草の貯藏品に於ける強制執行の、忍容を求むる予備的の申立のみは、以上述べたる所に依り是認せらるゝものと思惟す。

原告がかくの如く其の申立を變形し、又は解釋せんとしたるや否やの問題を究明する爲には、口頭辯論の再開や判事の發問權の相當なる行使を必要とするや否やは疑問なり。余は此の問題は、消極的に解答することを得るものと考ふ。蓋し訴の申立をかくの如くに解釋することは、少くとも全般の狀況上原告にとつて最も有利にして、是以上原告が何れかの方向に向つての別段なる解明を爲すことを得べしとは恐らく認むべからざるを以てなり。

かくの如き次第なるを以て、民法第四百十九條の見地よりするときは、主たる申立は悉く理由あり取消法の見地よりするときは、讓渡の當時現存せる煙草手持品についての強制執行の忍容を目的とする予備的の申立は、理由あり。之に反し不法行爲の見地よりするときは、訴は理由なしとす。

(記録第二十)

被告の答辯は、被告が全財産の移轉の行はれたるを争ふの程度に於て、法律上訴の否認なり。訴の否

認としては此の答辯は重要なり。

之に反し、被告の答辯が取消に關する限りに於ては、それは重要にあらず。取消法第三條第二號に因る取消に對しては、取消義務者にとつては、「自分は契約締結の當時債權者に不利益を加ふる債務者の意圖を知らざりし」の反證を擧ぐるの道を存す。今本件の場合に於て、成程被告は此の點を主張したりと雖、被告は同時に、自己の貸金の運命に關して懸念する所ありたるが故に、特にケルン市に赴き、債務者に強ひて、其の債務の履行に代へて、被告に營業を移轉せしめたりと陳述したり。かくの如き被告自身の陳述に因れば、債務者は債權者に不利益を加ふるの意圖を有し居たりしこと、及び被告は此の意圖を知り居たりしこと明白なり。被告が其の貸金の運命を懸念したるは、被告は自己に優先することあるべき他の債權者の存在を、予期し居たればなり。而して被告が此の懸念に因り、「債務の履行の爲に營業の移轉を要求し、是が移轉を受けたるは、此の移轉行爲の當事者双方が、之に因つて他の債權者に優先して被告に辨濟し、他の債權者を犠牲にして、不當なる辨濟方法に因り被告を確保せんとするの意識に於て、行爲を爲したるものなり。即ち此の移轉行爲の當事者双方は、其の行爲に因つて他の債權者に損害を與ふべきを確實に予期したるものなり。然もかくの如き行爲は、債權者に不利益を被らしむるの意圖が債務者であり、債權者は之を知りたるの事實を認定するに充分なりとす。(Sydow-Busch Ann. 3 zu § 3 AufG. 及びそこに引用せられたる判例)されば債權者に不利益を加ふる債務者の意圖を存し、被告も亦之を知り居たりしは、被告自身の陳述に因り之を推知することを得べし。

(記録第十丁)

(記録第十丁)

五〇一

かくの如き次第なるを以て、被告の答辯中重要なるは、民法第四百十九條に因る訴の理由に對する訴の否認のみに限る。原告は全財産の移轉の行はれたることに關して、立證の義務あり。然も原告は、區裁判所の判決理由が既に原告に對して之を促したるに相違なきに拘らず、原告は此の方向に向つての證據を申出づることを爲さず。されば此の點に於て判事の質問權を行使する爲に、口頭辯論を再開するの必要なし。訴訟が第二審に於て繫屬中なる今、原告の債務者に對して爲したる差押は債務者が營業の移轉の當時既に他に財産を有せざりしや否やを證明する上に、何等の意味をも有する能はざるなり。

されば民法第四百十九條が問題たる限りは、主たる申立は理由なし。之に反し取消は正當なり。然も取消は主たる申立を支持すること能はず。此の一事は、予備的の申立の提出ありたるにも拘らず、判決の主文中に於ても之を言明するを要すそれは裁判が其の程度に於ても既判力を有することを必要とするの見地より見るも、既におのづから明白なるものあり。只單に判決理由中に於て之を明言するに止まる場合にあつては、恐らくかくの如き結果を招來する能はざるべければなり。

予備的の申立は、曩に述べたる制限的の範圍内に於て、之を原告に歸すべきものなりとす。以上述べたる所に據れば、原告の申立は一分棄却せらるゝものなるが故に、訴訟費用も亦一分を原告に於て負擔せざるべからず。而して此の訴訟費用負擔の割合は、一に對する四の割合に於てするを事態に適するものと考ふ。蓋し原告は當初より自己の申立の棄却の場合に對して、豫備的の申立

を提出し被告は此の申立に對しても、異議を述べたる次第なるを以てなり。

されば余は左の判決を提案するものなり。

「原告の控訴に因り、一九二四年十月二十六日言渡したるケルン區裁判所第三十係の判決を左の如く變更す。

四百馬克並之に對する一九二四年四月十五日以後年五分の利子に於ける、ケルン市ノイセル街六番地フリッツツェータア妻に對する原告の判決に因る債權 *Urteilsforderung* (記録號ケルン區裁判所三四〇四六—一九)に基き、被告は一九一九年五月十六日ツェータア妻より讓渡せられたるケルン市ノイセル街六番地の、被告名義に於て經營中の煙草賣捌業の、手持品に對する強制執行を忍容すべし。
其の他の點に於ては請求を棄却す。

訴訟費用の四分の一は原告、四分の三は被告の負擔とす。

第二、判決案

國民の名に於て！

控訴人第一審原告 アダム・ミュラア商會の商號の下に行爲を爲すケルン市ハーネン街六番地商人フランツ・シュミッツ
右訴訟代理人ケルン市辯護士アーベル、
被控訴人(第一審被告)エルベルフェルド市ホーエ街二番地商人ベルトールド・スタイ

右訴訟代理人ケルン市辯護士デンノホ、

右當事者間の事件に於て、ケルン地方裁判所第十八民事部は地方裁判所部長判事ゲレヒト判事ドクトル・アインジヒチヒ及び判事ブラクチツシユの參與の下に、一九二四年十二月十日の口頭辯論に基き判決すること次の如し。

〔控訴に因り一九二四年十月二十六日に言渡したるケルン區裁判所第三十六係の判決は左の如く變更す。〕

被告は四百馬克並に之に對する一九二四年四月十五日以後年五分の利子に於ける、ケルン市ノイセル街六番地フリッツツヴェータア妻に對する原告の判決に因る債權記録號ケルン區裁判所三四〇四六(一九)に基き、一九一九年五月十六日ツヴェータア妻より被告に讓渡ありたるケルン市ノイセル街六番地の被告名義に於て經營中の煙草賣捌業の手持品に對する強制執行を忍容すべし。

其の他の點に於ては、請求を棄却す。

訴訟費用の四分の一は原告、四分の三は被告の負擔とす。

事 實

原告は一九二三年十二月十六日當時フリッツツヴェータア妻の名義の下に、ケルン市ノイセル街六番地の店舗に於て經營中の煙草賣捌業の爲に、煙草四百馬克を供給したり。此の註文はフリッツツ

ヴェータアに依つて行はれたるものなるが、支拂の目的の爲にフリッツツヴェータアより交付せられたる、一九二四年五月十六日を支拂期日とする手形は一九二四年五月十七日を以て支拂を拒絶せられ、後日に至つてフリッツツヴェータアに對して得たる判決に基き強制執行も、効果を收むること能はずして終りたり。こゝに於てか原告はツヴェータア妻を相手取つて、煙草の賣買代金の支拂を訴求し、ツヴェータア妻はケルン區裁判所の判決記録號三四〇四六(二四)に因つて、既判力を以て四百馬克並に之に對する一九二四年四月十五日以後年五分の利子の支拂を言渡されたり。

然るにツヴェータア妻は、一九二四年五月十六日を以て、被告に營業を讓渡したり。被告の妻はフリッツツヴェータアの實妹にして、爾來營業は被告の名義を以て經營せられつゝあり、原告の供給したる煙草は尙ほ半を剩し、營業讓渡の當時現存せる爾他の手持品約三千馬克は、尙ほ五分の一を殘存せり。原告は、ツヴェータア妻より被告への營業の讓渡は、單に債權者に損害を加へんが爲に行はれたるに止まり、ツヴェータア妻は今日尙ほ依然として煙草の賣捌の面倒を見つゝあり、被告は毫も是が爲に配慮する所なし。即ち原告自身營業の讓渡に因つて不利益を被りたるものなりと主張せり。證據、人證、原告は取消法に據り營業の讓渡を取消し、被告は民法第四百十九條第八百二十六條及び取消法第三條第二號に據り原告に對して責任を負ふものなりと主張せり。

原告は被告に對して、金四百馬克並に之に對する一九二四年四月十五日以後年五分の利子を原告に支拂ふべしとの判決を求め、

支拂を求むる申立の許されざるべき場合につき、

被告に對し其の名義に於て經營中の煙草賣捌業に於ける強制執行を忍容すべしとの判決を求む。

なる豫備的の申立を爲したり。

被告は請求を棄却せられんことを申立て、原告が營業の讓渡に因つて不利益を被りたりと云ふことを争ひ、更に被告は債權者に不利益を被らしめんとするツエータ妻の意圖を知らず。かくの如き意圖は實際には存在したることなし。證據、人證。被告は寧ろ自身ツエータ夫妻に對して、消費貸借に基く債權を有するものなるが、ツエータ夫妻は此の消費貸借の支拂期日たる、一九二四年四月十五日に支拂を爲すこと能はず、被告は其の貸金について懸念する所ありたるが故に、自らケルン市に赴き、ツエータ夫妻を強ひて、其の債務の履行の爲、營業を讓渡するに至らしめたるものなりと主張せり。(證據、人證)。

ケルン區裁判所第三十六係は、一九二四年十月二十六日を以て、請求を棄却す。訴訟費用は原告の負擔とす。と判決し、其の理由として、原告は債務者の財産に對する強制執行が定全なる辨濟に見ざりしこと、又は完全なる辨濟を見ざるべしと認むべきことを證明せず。且又原告自身の陳述する所に據れば、營業の讓渡を存するのみにして、従つて全財産の引受を存するにあらずと判示せり。

此の當事者に於て演述したる判決は一九二四年十一月三日に送達せられたるが、之に對して原告は、一九二四年十一月八日控訴裁判所に提出したる控訴狀を以て、控訴を提起したり。原告は判決を變更して、訴の申立に従つて判決せられんことを申立てたり。

被告は控訴を棄却せられんことを申立てたり。

申立を理由付くる爲、當事者双方は第一審に於て提出したる所を反覆し、原告は更に進んで、自己は一九二四年十月二十七日を以て、債務者ツエータ妻の許に於て差押を爲したる所、執達吏は單に日常生活に全然缺くべからざる衣類を發見したるに過ぎずと主張し、また營業はツエータ妻の唯一の財産なりしことを主張せり。

之に對して被告は、營業がツエータ妻の唯一の財産なりしことを争ひ、更に原告の供給したる煙草は價值少くして賣行悪しく、既に賣却濟の半を販賣するに當つても、仕入價額の二百馬克以上を利する能はざりしことを主張したり。

判決理由、

控訴はそれ自體適法にして且適當の期間内に合式に提起せられ、且是が辯明も行はれたり。

全財産の讓渡は、民法第四百十九條に據れば、事情に因つては讓渡人の債務に對する引受人の責任を理由付くるに適當するものありと雖、被告の之を争ふに對しては、被告が事實上債務者の全財産を引受けたるの事實に對する證據を提出するは、原告の任とする所たらずんばあらず。然も讓渡の當時營業が債務者の全財産を成したることに對しては、今に至るまで何等の根據をも存することなく、特に今控訴審の進行中に原告の爲したる債務者に對する差押を以て、營業の讓渡の當時既に債務者が營業の外に全然財産を有せざりしことを證明するは不可能なり。されば民法第四百十九條に基く被告の代當責任は、原告が此の規定の事實上の條件の存否につき、依然として舉證の義務を負擔する

の故を以ても既に之を除外することを必要とするなり。

民法第八百二十六條に基く被告の責任——善良の風俗に反する故意の加害行爲の場合に於ける損害の賠償——も亦之を存せず。其の然りと云ふは、取消の特殊の事實の發生する場合には、民法第八百二十六條の規定は一般的の規定として、適用を差控へざるべからざるが爲なり。然も本件の場合は、實に取消法の特種の事實の發生せる場合なり。

勿論全體としての營業の讓渡は、取消を受くるものにあらず。營業それ自體は全體としては、強制執行や物權の客體たり得るものにあらざるを以てなり。且又かくの如き取消は、營業引受人の後日に取得したる所のものや、其の個人的活動の成果や、營業引受人が、自身の資金を以て購入したる物品等を讓渡人の債權者の捕捉する所の儘に委することゝなるべし。(同說、RG. 70, 226 ff.)之に反し、手持品の引受人に對する讓渡は、之を取消すことを得へし。而して假令原告の豫備的の申立が強制執行の客體としての煙草賣捌業について云々したりとするも、此の申立を制限的に解釋して、原告は、若しかくの如き判決を爲すことを得べくんば、被告の引受けたる煙草の手持品に對する原告の強制執行を忍容する被告の義務を、宣言せられんことを欲するものと解するに於て、全然懸念を存せず。金錢支拂の義務は、取消義務者が取消し得べき方法に於て讓渡を受けたる物件を、現在もはや占有しあらざる場合に限り取消法の範圍内に於てする強制執行の忍容の義務に代るものなれども、本件の場合に於ては、被告は債權者の引受けたる約三千馬克の煙草手持品の中、約五分の一丈、即ち原告の辨濟を受くるに必要なる量以上の量を、其の名義の下に經營中なる營業に於て保有するものなるが故に、取

消し得べき方法に於て讓渡を受けたる物件を、取消義務者がもはや占有しあらざるものと謂ふべからず。されば本件の場合に於ては、強制執行を忍容すべき被告の義務を存するものと、謂はざるべからざるなり。

被告のかくの如き義務は、被告に對する取消が現實に實施し得らるゝ場合に限り、之を存する次第なるが、取消法の規定に據れば、本件の場合は、被告に對する取消が現實に實施し得らるゝ場合なり。蓋し債權者の夫は被告の妻の兄にして、且又營業の讓渡は、取消の前一年内に行はれたるものなるが故に、取消法第三條第二號に該當する次第なるを以てなり。即ち此の規定に據れば、「取消前一年内に債權者が自己若は其の配偶者の兄弟姉妹、又は是等の者の中の一人の配偶者と締結したる有償契約は、之を取消すことを得。此の場合に更に條件となるは、契約の締結に因つて、此の債權者の債權者が不利益を被りたる事なれども、本件の場合に於ては、債權者は確に不利益を被りたり。蓋し營業の讓渡に因り營業上の手持品は、債權者に於て捕捉する能はざることゝなり、債權者にとつて捕捉し得べき對價は、債權者の財産中に流入する事なかりしを以てなり。債權者の財産に對する強制執行が債權者の完全なる辨濟を見るに至らざりし事實の證明は、區裁判所が其の是なきを難したる所なれども、現在にては、此の證明は債權者に對する差押が、其の效を收むること能はざりし事實の中に之を存す。何となれば、被告も亦此の事實を争はざればなり。勿論第三條第二號に據れば、被告は、「契約締結の當時、自己は債權者に不利益を與ふる債權者の意圖を知らざりし」反證を、擧ぐることを得れども、被告自身の陳述する所に因り、被告は債權者と同様かくの如き不利益を加ふるの意圖に於て、行爲を爲したることを推論することを得。被告が被告自身の主張する所の如く、自己の貸金の運命を懸

念して従つてまた債務者に強ひて債務を履行する爲に營業を讓渡するに至らしめたるは、此の讓渡行爲の當事者双方が、其の處置の必然的結果として、他の債權者に營業上の手持品の捕捉を不可能ならしめ、かくの如くして債權者に、手痛き損害を與ふべきを豫期したるものなり。債權者に不利益を被らしめたるの故を以てする取消は、實に他の債權者を犠牲にして不當なる辨濟の方法に因り、かくの如く只一人の債權者に、辨濟を與ふる行爲をこそ目的とするなれ。即ち被告自身の陳述に因り、被告が第三條第二號に規定せられたる證據を、擧ぐる能はざることが明かとなれる以上は、被告が其の陳述の正當なるにつき提出したる證據をも、重要とすること能はざるなり。

以上の如き次第なるを以て、被告は債務者に對する原告の判決に因る債權に關し、取消に基き、債務者に於て引受けたる煙草の手持品に對する強制執行を忍容せざるべからず。而して支拂を求むる主たる申立及び營業に對して強制執行を忍容すべしと云ふ、廣汎なる豫備的の申立は棄却すること必要とするなり。

而して訴訟費用の裁判は、民事訴訟法第九十一條第九十二條及び第九十七條に據る。

設例五、「四線泌乳の牝牛、」

A、設例五に關する記録の内容、

一、訴ケルン區裁判所に提起す

原告ケルン郊外ストムメルン土地所有者アダム・ミュラア

被告ケルン郊外クナップザック借地人ベルトルド・シュミッツ、

訴狀の提出、一九二四年五月二十四日、

申立、被告は一九二四年三月三十日を以て當事者間に締結したる、原告が代金二千馬克を以て懐胎せる牝牛一頭を被告より買受くる旨の賣買契約を解除することを承諾し、且原告に對し二千馬克竝に之に對する訴の提起の日以後年四分の利子を支拂ひ、且一九二四年三月三十日以後此の牝牛引取の日に至るまで、原告に對し毎日十馬克の飼養料を支拂ふべしとの判決を求む。

理由、原告は一九二三年三月三十日代金二千馬克を以て、被告より懐胎せる牝牛一頭を買入れたり。當時被告は、該牝牛に瑕疵を存せざる旨を保證したるに因り、原告は被告に代金二千馬克を支拂ひたり(證據、證人乙)。該牝牛は、四月九日を以て分娩したるが、此の牝牛は三線泌乳たるに止まり、左後部の乳房は全然乾涸して、一滴も泌乳せざること判明したり。即ち此の牝牛は決して瑕疵なきものにあらず(證據、鑑定)。従つて、被告は解除の義務を負ふ次第なるに拘らず、之を拒絶せり。毎日十馬克の飼養料は相當なり。原告は一九二四年四月二十日附の信書を以て、直ちに此の瑕疵を被告に通知したり(證據、書狀の提出)。此の信書は謄本に於て左に之を掲ぐ。

書面を以て申入候、過日貴殿より買受候牝牛が、只三線泌乳たるに止まる旨を通知致すの止むを得ざるに立至りたるは、拙者の遺憾に堪へざる所に候。此の事實は貴殿に於ては必ずや御承知ありたるに相違なく、従つて貴殿は拙者に、右牝牛を賣渡さることを得ざりし儀と存候。依つて拙者に於ては、拙者に屬する一切の權利を保留すること勿論に御座候。此段及御通知候也

ペルト・トルド・シュミツツ殿

二、口頭辯論、證據決定は左の如く言渡したり。

左の諸點に關して證據を調ぶべし。

(a)、被告は牝牛に瑕疵を存せざる旨を明示的に保證したるや否や(證人、原告の許に雇傭せらるゝ下男ペータア・ツエータア)。

(b)、牝牛は分娩前四線より泌乳したりしや否や(證人、ケルン市ポスト街五番地フリーダ・ウエーベル)。

三、ツエータアの供述(宣誓の上にて)。余は原告の委任を受けて、三月十八日又は十九日に牝牛を買受け、其の際被告に向つて此の牝牛は、分娩後も四線より泌乳すべきや否やを問ひたり。當時牝牛は乾涸状態に在りて、従つて余は自身親しく是が検査を爲すこと能はざりしが、被告は余に向つて、此の牝牛は四線より泌乳すべく、即ち全然瑕疵なきものなる旨を保證せり。牝牛は三月三十日を以て引渡さるべく、四月三日に分娩の筈なりき。

四、ウエーバーの供述(宣誓の上にて)。原告が被告より買受けたる牝牛は、一九二四年二月頃まで余の搾乳したりし所のものなるが、當時は常に四線より泌乳したり。余は一九二四年末まで、被告の許に下婢たりしものなり。

五、被告の書面、

假執行の宣言を伴ふ判決を以て、請求を棄却せられんことを求む。(a)、時効の抗辯を提出す。

(b)、原告は解除請求權を拋棄したるものなり。即ち原告は瑕疵を知りて訴の提起後に至り牝牛を轉讓したり。學說判例の通説と認むべき説に據れば、かくの如き行爲は解除權の拋棄に外ならざるものとす。

六、原告の辯駁、

(a)、解除請求權が時効に罹れるものにあらざることとは裁判所が證據決定を言渡したる事實に因つて見ても明白なり。

(b)、轉讓は解除請求權の拋棄を意味するものにあらず。被告の法律に關する論述を争ふ。

(c)、賣渡前に、牝牛が四線より泌乳したりしや否やは、問ふ所にあらず。被告は牝牛が原告の許に於て分娩後に於ても、四線より泌乳すべき保證を爲したるものなり。原告は牝牛と其の所生の犢を賣却したり。費用買入代金、飼養料、獸醫治療料として、支出せるは、總計三千馬克にして、收入として收得したるは、合計牝牛並に犢の賣却代金、牛乳の賣得金二千四百馬克なるが故に、原告は今左の如き申立を爲すものなり。

原告が一九二四年三月三十日を以て當事者間に締結したる、賣買契約を解除するの權利を有することを確認して、被告に向つて、原告に對し六百馬克並に之に對する訴の提起の日以後年四分の利子を支拂ふべしとの判決を求む。

七、被告の辯駁、

原告の擧げたる數字は争ふの必要なし。

B、試験として實施せられたる設例五の取扱、

第一、意見書、

余は原告の訴を棄却せんことを提案するものなり。原告は牝牛を賣渡すに當つて爲したる擔保を遵守せざるを理由として、被告に請求を爲すものなり。此の訴が解除の訴として解すべきものなることは明白なり。かくの如き論結に到達せしむるは原告が賣買契約の解除を爲すの権利を有するを確認せんことを求むる、訴の申立の前半なり。然れども卑見に據れば、此の訴の申立の前半は、畢竟するに獨立せし請求を追求するものにあらずして、寧ろ往々にして見受くるが如く、訴の申立中に於て先廻りを爲して、判決理由を言明したるものに外ならず。原告としては獨立の確認の訴を起すが如きは、全く想ひ及ばざる所に屬し、獨立の確認の訴に必要な主張に至つては、原告は全然之を爲すことなし。従つて申立の前半に對しては判決の標準たる部分に於ても、全然何等の意見を開示することを必要とせず。特に此の論結は、解除それ自體に關して契約説 *Vertragstheorie* を奉ずると、現狀回復説 *Restitutiotheorie* を奉ずるとに依つて、左右せらるゝものにあらざるなり。されば Stein, Ann. 1 zu § 3 ZPO. の所説の程度にまで論旨を進めて、被告敗訴の判決を目的とする申立の前半すら、解除契約 *Wandlungsvertrag* の締結には無用にして従つて無意義たるものなりと認定することを得るや否やの點は、論究することなくして可なりとす。蓋し原告は全然かくの如き申立を爲したることなく、寧ろ更に一層無意義なる申立、即ち原

(記録第五丁)

告が解除の権利を有するを確認せられんことを求むる申立を爲すものに外ならざるを以てなり。

(記録第十丁)

申立の後半は、恐らく純然たる形式上より云へば、直ちに之を解除の訴 *Wandlungsklage* の申立としては識認し難けれども、原告が如何にして此の申立の數字に到達せるやを仔細に觀察するときは、直ちに自ら明白なるものあるべし。即ち原告は、解除の場合に於けると全然同様に、買入代金の拂戻、飼養料及び獣醫料の賠償を要求するものなるが、是等の請求權は、解除の場合にあつては、民法第四百八十七條、第四百八十八條及び第四百六十七條に依り、買主に歸屬するものなり。然り而して原告は買主として、買入れたる動物の返還又は其の價額の支拂及び其の收めたる利益の賠償の義務を負ふものなるが故に、民法第四百八十七條原告が此の場合解除に基きて自己に歸屬する請求の中より、此の額を控除せるの程度に於ては、原告は既に自ら如上の事實に斟酌を拂へるものなり、其の然るに拘らず解除に關する民法の規定に基きて請求を起すと云ふ原告の出發點は、假令原告が自身に於ても亦既に被告の反對請求 *Gegenanspruch* を控除せりとするも、之に因つて全然變更を來すことなし。

(記録第十丁)

解除の請求が正當なりや否やの問題を解答するに當つては、解除の法律上の性質に關する争に對し、契約説若は原狀回復説の何れが正しきやの意見を開陳することは必要ならず。契約説を奉ずる場合にあつても、給付の請求のみが起さるゝ場合にあつては、以て充分たるものと認めざるべからず。蓋し賣主をして解除を承諾せしむべき判決を求むる請求は、自ら此の申立中に包含せらるゝ次第なるを以てなり。大審院が一九〇四年九月十六日の判決 (RG. 58. 424) 中に於て一度此の原則を言明して以來は、各裁判所の判決は殆ど例外なしに之に聽從し、學說も亦偶々契約説を奉ずる學者にあつ

でも、多くは之を遵奉して今日に及べり。(民法註釋書の第四百六十二條若は第四百六十五條の項例へば大審院判事の註釋書に於て、第四百六十五條の下に掲げたる大審院の判決、及びスタウヂンゲル民法註釋書第四百六十二條の下に掲げたる學說中の異說一覽表を参照)。

勿論原告の擧げざる瑕疵は民法第四百八十二條に所謂重要なる瑕疵「Hauptmangel」たるものにあらざることは、云ふまでもなしと雖、重要なる瑕疵は除外するも、賣主は動物の無瑕疵について、一般的に擔保することを得るは、民法第四百九十二條の明示的に規定する所なり。然も四個の乳房より泌乳せずして、三個の乳房より泌乳するに止まるは、牝牛の瑕疵なるのみならず、原告の主張に依れば被告は牝牛が四個の乳房より泌乳するを明示的に擔保したるものなり。

民法第四百九十二條に依れば、賣主の爲したるかくの如き擔保の的確ならざる場合には、家畜の買入に關する民法の大抵の規定、特に民法第四百八十七條及び第四百八十八條の如きも其の適用を見るものにして、此の規定は明示的に買主に解除の權利、及び飼養料の賠償を求むる權利等を與ふるものなり。然り而して、擔保の期間 *Gewährfrist* は此の場合合意せられあらざるが故に、瑕疵は引渡の當時又は——確約 *Zusicherung* の場合にあつては——契約締結の當時に存在したることを必要とす。原告が其の主張を以て此の事實を言明せんとしつゝあるものなることは、全然疑を容れず。而して利子を支拂ふべき被告の義務は、民法第二百九十一條に因り既に明白なり。

以上の如き次第なるを以て、解除の見地に因る訴は理由あり。

勿論被告が、牝牛は原告の許に於て、分娩後も四個の乳房より泌乳すべき旨を擔保したりと云ふ原

(記録第三丁)

告の主張に重きを置くに於ては、原告の陳述に従つて尙ほ別様の解釋を爲すことをも得ざるにあらず。而して之に依れば、牝牛が契約締結の當時若は引渡の當時、果して瑕疵なかりしもなりや否やは全然重要視するに足らざるべし。即ち被告は牝牛が契約締結後に至つて、且又引渡後に至つて初めて、例へば豫期せざる疾病に罹りたるの結果として、只三個の乳房より泌乳するに過ぎざることゝなりたるにもせよ、其の場合にあつても被告は之について責任を負ふことを必要とすべし。民法の認むる契約自由の原則に顧みるときは、被告が本来、爾く廣汎なる擔保を爲すことを得るものなりや否やに對しては、敢て懸念を挿むを要せず。(RG. JW. 1926 S. 2562 参照) 然もかくの如き擔保をも亦、第四百九十二條の適用の下に置くことを得るものなりや否や、否、畢竟するに賣買の場合に於ける瑕疵に對する代當責任 *Mangell Haftung* に關する民法の規定の適用の下に置くことを得るものなりや否やは、疑を容るゝの餘地ありと認む。勿論是等の規定の直接の適用は、之を否認せざるべからず。蓋し此の場合にあつては、賣買物件が、賣買若は引渡の當時瑕疵を有し居たりしや否やは、もはや全然重要にあらざるを以てなり。之に反して該當する規定特に解除若は減額に關する規定を準用することは、少くとも必要にして、且又當事者の意思に最もよく適合する所以たらすんばあらざるべし。若し此の當事者の意思に與するものとせんか。解除と共に此の場合にも亦解除に相當する結果の追求せらるゝ限りに於ては、訴は亦それ自體理由あるべし。

勿論學說實際の兩方面に於ける通説は、擔保契約 *Garantievertrag* を民法第四百五十九條以下の適用の下に置くことなし。即ちスタウヂンゲル (*Staudinger IV 1 zu § 459*) の如きは、「危険の移轉 *Ge-*

fahrübergang の當時存在せる性質が將來も亦存続すべしと云ふ擔保は第四百五十九條以下特に擔保請求權に關する第四百七十七條及び第四百七十八條の規則の適用を受くることなき特殊の擔保契約 Garantievertrag の客體たるものなり」と論じ、人審院も亦若干の裁判に於て同一の見解を披瀝せり(例へば Standinger a. a. O.; 更に RG. in Recht 1909 Nr. 652)。而して大審院判事の註釋書(Kommentar von Reichsgerichtsräten Anm. 8 S. 471 zu § 459)に「或る性質が將來も存続すると云ふこと、或る利益が將來發生すると云ふこと、或る損害が將來發生せざるべしと云ふことの擔保は、他の法則に従ふ擔保契約を包含することあり」と述べたるは、同じ意味を表明したるものに外ならず。今此の見解に與するときは、解除に關する規定の準用も不可能たるは言ふまでもなかるべしと雖、何れにしても擔保の履行せられざる場合にあつては、被告の損害賠償の義務を認むることを得べし。然れどもかくの如き損害賠償請求權の立場よりするときは、原告の計算は維持することを得べく、従つて擔保契約の見地よりも亦訴は理由あるべし。

(記録第三丁)

被告の提出したる時効の抗辯は、被告自身の主張する所に依るも、正當ならずと考ふ。牝牛が果して眞に四個の乳房より泌乳すべきや否やは、分娩後に至つて初めて知ることを得べかりし所に屬し、其の以前にあつては賣買及び契約締結の當時にあつても、牝牛は乾涸の状態に在り。事態かくの如くなるに顧みるときは、牝牛の引渡の時より既に時効の進行を開始せしむるは、當事者の意思に合致するものと爲す能はず。果してかくの如くんば民法第四百九十條及び第四百九十二條の六週間の時効期間が疾くの昔に經過し去りたるの曉に至つて初めて、瑕疵の現はるゝが如き場合頻々として

(記録第十丁)

生ずべし。時効期間は契約に依つて伸長することを得るが故に——民法第四百七十七條、第四百九十條第四百九十二條——、本件の場合の如きは、時効は分娩の時に至つて初めて進行を開始することにして、時効期間の默示的の伸長を行ひたるものと認めざるべからず。(Standinger 5 zu 477, 1 d zu 492 BGB., Kommentar der Reichsgerichtsräte Anm. 4 zu 492; ferner RG. in Recht 1914 Nr. 1403 bezüglich der Zusicherung, dass ein Hengst „decke und erbe“; dazu: Schefold JW. 1914, 780)。然り而して此の時効期間は、訴狀の提出(民事訴訟法第四百九十六條第三項)の際には、未だ以て經過しあらざりしものなり。今此の訴を以て擔保契約に基く訴なりとするときは、通説たる見解上短期の時効期間は、全然問題たるものにあらざるなり。

(記録第二十丁)

原告は瑕疵を知り乍ら轉讓を爲すことに依つて、解除請求權を拋棄したるものなりと爲す被告の辯駁も、訴の請求を棄却せしむるに適せざるものなり。勿論各個の場合に於て特殊の事情を存するときは、瑕疵を知り乍ら爲す轉讓を解除請求權の拋棄として解釋することを得べきは、普通否定すべからざる所なれども(RG. 98, 231 參照)、之を一個の法則として看做すことを得ざるは、少くとも家畜の賣買については、民法第四百八十七條の規定により明白なり。即ち同條に於ては、「買主に於て其の責に任するを要する事情の結果として、特に當該の動物に關する處分の結果として、當該の動物を返還する能はざる場合について、返還の代りに此の動物の價額を辨償すべき買主の義務を言明しありて、法律がかくの如き場合に直ちに全然解除を除外せんとするものにあらざることとは、此の規定に因り明白に識認することを得る次第なり。従つて余は往々にして(例へば Kommentar der Reichs-

gerichtsräte Ann. 2 zu § 487 見受くるが如く、瑕疵を知り且解除請求権を主張したる後、屠殺の爲に轉讓したる事實に因り、一概に解除請求権の拋棄を推論するは不當なりと思惟するものにして (Staudinger Ann. II 1 c zu 467 und II 4 d zu 487 及びそこに掲載せる學說判決參照)、寧ろ民法第四百八十七條に基き、此の轉讓は原則として解除権を除外するものにあらずと云ふ、今こゝに認められたる結果に到達せるツアイアの論文「賣買物件、特に買受けたる動物の轉讓の、買主の解除権に及ぼす影響」中に於ける詳細なる説明 (JW. 08 S. 292) に左袒せんとす。然も現在の案件に於ては此の原則に乖離すべき理由は、全然之を存せず。否、原告は寧ろ逆に訴の提起に依つて、自己が解除を爲さんとするものなることを明確に識認せしめたるものにして、且又動物を轉讓したるに拘らず、訴訟を續行するは原告が解除請求権を拋棄するの意思なきことを、明白ならしむるものと謂はざるべからず。

(記録第二十
丁及び第二
十一丁)

之に反して被告が原告の主張したる擔保を争ひ、更に牝牛は、分娩前にあつては四個の乳房より泌乳したるものなりと主張するは、重要なり。只此の後なる主張の重要なるは、被告の約束がそれ自體としては立證せられたるも、將來に亘つてまで擔保を爲すと云ふが如き廣汎なる意味は、被告の念頭にあらざりし場合に限るものなり。

以上述べたる所に依り重要なる當事者の主張中、被告の擔保に關する主張、及び賣買並に契約締結の當時に於ける、牝牛の無瑕疵に關する主張については争あり。

(記録第十丁)

擔保の行はれたることにつき舉證の義務あるは原告なるが、原告は證人を指名することに依つて亦證據を申出でたり。而して牝牛が契約の締結當時及び引渡の當時無瑕疵たりしことについて、舉

證の義務あるは被告なり。此の點について被告に舉證の義務ありと云ふは牝牛が現在三個の乳房より泌乳するに止まることは、争を容れざる事實にして、且又或る程度の蓋然性や生活經驗より推論せらるゝ推定も、瑕疵が既に以前に存在し居たりしことを、信ぜしむるに有利なるを以てなり。(同說ヘルトマン Oertmann, Recht 1908 S. 346 の曰く、「現に存在せる瑕疵の證明は………：精々の所採

(記録第十丁)

證理由 Beweisgrund の意義を有することあるに止まれども、現在確定せる瑕疵の性質は、此の瑕疵が前の時期に既に存在し居たりと云ふ認定を、是認せしむることあり。民法第三百六十三條の規定は右に掲ぐる論結を妨ぐることを得ず。蓋し此の規定は、原告が物を受領するに當つて、苟も瑕疵を識認することを得たりし場合に限り、是認せらるゝ次第なるを以てなり (RG. 05 S. 394)。然れども此の點は本案件には該當せざる所なり。何となれば牝牛は受領の當時にあつては乾涸の状態に在り、全然泌乳することなかりしを以てなり。従つて本案件の特別なる事情の然らしむる所として、被告は舉證の責任を負擔するものなり。即ち凡そ賣買の場合に瑕疵の存否についての舉證の責任は何れの側にあるものなりやの一般的问题 (Staudinger VII zu 456 及びそこに掲げてある學說や判決) には、全然論及するの必要なく、而して以上述べたるが如き次第を以て被告の負擔する所たる、分娩前、即ち契約の締結及び引渡の瞬間に於ける無瑕疵についての證明は、被告が證人を指名することに因つて申出でたる所に屬す。

(記録第二十
三丁)

されば裁判所の命したる證據調は、正當たりしものなり。

(記録第四丁)

證據調の結果は、牝牛の無瑕疵に關する限りに於ては、之を左の如く要約概括することを得べし。

(記録第四十)

牝牛が分娩前四個の乳房より泌乳し居たりしことは、證明せられたるものと謂ふことを得べし。證人ウエーベルは、以前に下婢として被告の使用したりしものなるも、其の訊問せられたる當時にあつては、暇を取りて以來既に隨分の時日を経過したりしものなり。されば其の宣誓の上にてする特定の證言を信憑すべからざるの理由は存在せず。然れども證人ウエーベルの供述する所に従へば、牝牛が始終四個の乳房より泌乳し居たりしことは、確定の事實なり。然も證人ウエーベルは、此の點につき證言を爲すに特に適するものとす。蓋し證人は、一九二四年以來親しく此の牝牛を搾乳し、引續き一九二四年三月下旬まで、被告の許に雇傭せられしものなるが故に、従つてまた始終此の牝牛を観察することを得たる次第なるを以てなり。かくの如き次第なるが故に、牝牛が後に至つて瑕疵を生じたるの原因としては、牝牛が分娩の際疾病に罹れるの結果として、又は其の他の何等かの事情に因り、四個の乳房より泌乳せざるに至りたるものと説明するの外なしとす。

然れども牝牛が分娩前に瑕疵無かりしとせば、原告の請求は、被告が將來についても擔保を爲したりし場合に限り、理由あるものなり。然も此の點に於ては、原告は依然として舉證の義務を負ふものなれど、證人ウエーベルの證言に據れば、被告がかくの如き擔保を爲したるものとは推論する事を得ずして、此の證言に依れば、被告は寧ろ牝牛の當時の無瑕疵について、擔保を爲すの意思を有したりしに、止まるものなり之を要するに賣主がかくの如き擔保を無雜作に爲すものとは認め難く、其の然るに拘らず、證人ウエーベルの證言上被告の爲したる擔保をかくの如く解釋するの根據を發見することを得ず。逆に牝牛の分娩の直後に、原告が被告に宛て、發したる書狀は明白にかくの如き解釋に

(記録第三十)

反對するものと謂ふべく、此の書狀中に於ては原告は、被告は牝牛が三個の乳房より泌乳するを知り居たるに相違なく、原告に對して此の牝牛を賣渡すことを得べからざりしものなりと明示的に言明せるが、然も被告にして若し牝牛の將來の無瑕疵をも、擔保したりしならんには、原告はかくの如き書狀を被告に向つて發するの理由は、全然なかりしならん。蓋し、被告にして若し牝牛の將來の無瑕疵をも擔保したりしとせば、瑕疵が以前に存したりしと否とは、全然問ふ所にあらざるべければなり以上の如く觀察し來るときは、被告が牝牛の將來の無瑕疵をも擔保したりしものとは、到底認むることを得ず。然も原告は他に證據を擧ぐることを爲さず。當事者の何れか一方に對して、裁判官の裁定に因る當事者本人の宣誓 *richterlicher Eid* を命ずるの理由をも、存することなきなり。

然れども被告は、以上に述べたる所に依り證明せられたる擔保の責任を果したるものなり。蓋し牝牛は分娩前契約の締結及び引渡の當時瑕疵なかりしものなるを以てなり。

されば此の訴は棄却すべきものなり。

而して訴訟費用は第九十一條に依り、原告に於て負擔せざるべからず。

民事訴訟法の從來の法文に依れば、通説上訴を棄却する判決は、訴訟費用に關しても、假執行の宣言を爲すことを得ざりしものなり。少くとも、民事訴訟法第七百九條第四號に依れば然りとす。是が理由として説明せらるゝ所は、多くは、民事訴訟法第七百九條は、敗訴の判決の目的物を條件とするも訴を棄却する判決の場合にあつては、かくの如き目的物を存せずと云ふに在り。然れども一九二四年六月一日以後の、民事訴訟法の新法文に對しては、かくの如き解釋は維持することを得ざるものと

思惟す。寧ろ此の新法文に依れば、訴訟費用を負擔すべき旨を原告に命ずる訴棄却の判決にあつても、職權を以て假執行の宣言を爲すを正當と爲さざるべからず。現在民事訴訟法の掲ぐる執行力の新規律は、成し得る限り廣汎なる範圍に亘つて、判決に假執行の宣言を爲さんとして努力しつゝあるものゝ如く推察せらるゝなり。果してかくの如くんば、訴の棄却の行はるゝ幾多の場合に於て、訴訟費用の即時の徴收につき原告に執行力ある名義を拒むが如きは、經濟生活の要求と相容れざる所たるべし。

されば余は左の如き判決を提案するものなり。

「訴を棄却す。

原告は訴訟費用を負擔すべし。

此の判決は假に執行することを得」

第二 判決案

國民の名義に於て！

原告ケルン郊外ストムルン土地所有者アダム・ミュラア、

被告ケルン郊外クナツプザツク借地人ベルトルド・シュミッツ

右當事者間の事件に於て、ケルン區裁判所第六十係は、一九二四年十月三十日の口頭辯論に基き、區裁判所判事マイヤアを以て判決すること左の如し。

原告の訴を棄却し、訴訟費用の負擔を命ず。

此の判決は假に執行することを得。

事 實

原告は一九二四年三月十八日又は十九日に其の下男ツェータアを通して、代金二千馬克を以て懷胎せる牝牛一頭を被告より買受け、一九二四年三月三十日を以て引渡を了し、被告は代金の支拂を受けた。牝牛は一九二四年四月十九日に至つて分娩したるが、其の結果として牝牛は單に三個の乳房より泌乳するに止まるものなること判明したり。原告は一九二四年四月二十日附の信書を以て此の趣を被告に通知し、更に附言して、「此の事實は貴殿に於ては必ずや御承知ありたるに相違なく従つて貴殿は拙者に右牝牛を賣渡さるることを得ざりし儀と存候、依つて拙者に於ては、拙者に屬する一切の權利を留保すること勿論に御座候」と云ひたり。訴訟の進行中——訴狀は一九二四年五月二十四日に裁判所に提出せられたり——原告は牝牛並に犢を第三者に轉讓し、收入として原告の得たる所は牝牛並に犢の代金と、牛乳の賣得金と合計二千四百馬克なるに對し、買入代金、飼養料、獸醫療料等支出合計三千馬克なり。

以上の事實に關しては當事者間に争なし。

原告は收入と支出との差額六百馬克を被告に於て賠償せんことを要求し、被告は牝牛が分娩後無瑕疵たるべきことを明示的に擔保し、牝牛が原告の許に於て、分娩後四個の乳房より泌乳すべきを擔保したりと主張せり。

原告は、「當事者間に一九二四年三月三十日を以て締結したる賣買契約の解除を爲すの權利を有するものなるを確認して」、被告に對し、原告に金六百馬克並に之に對する訴狀の送達の日以後年四

分の利子を支拂ふべしとの判決を求むる旨を申立たり。

被告は訴を棄却せられんことを申立てたり。

被告は時効の抗辯を提出したる外、更に原告が瑕疵を知り乍ら牝牛を轉讓したるは、解除請求權を拋棄したるものに外ならずと辯駁し、原告の主張せる擔保を爲したることを争ひ、更に事實上牝牛は分娩以前にあつては、四個の乳房より泌乳せるものなりと主張せり。

裁判所は證人を訊問することに依つて、被告は果して牝牛が分娩後も無瑕疵たるべきを明示的に擔保したるや否や、及び牝牛は果して分娩前には四個の乳房より泌乳したりしものなりや否やの點につき、證據を取調べたり。

證人の中、下男ツエータアは今日尙ほ原告の許に雇傭せらるゝ者なるに反し、下婢フリーダウエーベルの被告の許に雇傭せられたりしは、一九二四年三月末までなり。兩者共に宣誓せしめたる上訊問したり。

證人下男ツエータアは、自己が一九二四年三月十八日又は十九日に原告の爲に牝牛を買入れ、其の際被告に向つて、牝牛は分娩後も四個の乳房より泌乳するや否やを訊ねたる旨を證言したり。即ち牝牛は當時乾涸の状態に在りて、従つて自身四個の乳房よりの泌乳の有無を試験する能はざりしが、被告は證人に向つて、牝牛は四個の乳房より泌乳すべく、従つて無瑕疵たるを斷言し、牝牛は三月三十日に引渡され、四月三日を以て分娩したりと供述せり。

證人下婢フリーダウエーベルは、原告が被告より取得したる牝牛を、一九二四年二月頃まで搾乳し

居たれども、當時にあつては常に四個の乳房より泌乳せる旨を供述せり。

判決理由

原告は被告の原告に賣渡したる牝牛が、三個の乳房より泌乳するに過ぎずして、被告の原告に向つて約束したるが如く、四個の乳房より泌乳せざるの故を以て、被告に向つて請求を起したるものにして、被告に於て若し之を争ふときは、被告は果してかくの如き擔保を爲したるものなりや否や、及び牝牛は被告の主張する所の如く、分娩前は四個の乳房より泌乳し居たりしものなりや否やの點についての證明を、重要とせざるべからざるものなり。

證據調に因り、事實上牝牛は分娩前は無瑕疵なりしこと、特に始終四個の乳房より泌乳し居たりしこと證明せられたり。是は牝牛が乾涸状態に入るまで自ら搾乳し、其の賣渡さるゝに至るまでの間始終親しく之を觀察し居たりし、證人ウエーベルの宣誓の上にて證言したる所なり。證人ウエーベルの宣誓供述について疑念を挿むべき理由は、何れの點に於ても之を存せず。而して證人は以前下婢として、被告の許に雇傭せられ居たるものなるも、其の訊問せられたる當時にあつては、暇を取りて以來既に久しき日子を経過したるものなり。

然れども牝牛にして分娩前無瑕疵なりしとせば、牝牛が分娩前に四個の乳房より泌乳し居たりとするも、分娩後に於ても、三個の乳房より泌乳せざるべきを被告に於て擔保したりし場合に限り、原告は牝牛の後の状態に由來する權利を、享有することを得べし。然も被告が、かくの如く廣汎なる擔保を爲したるべしとは、日常の經驗の既に認め難しとする所なり。蓋し強制的の原因あるにあらざれ

ば、何人もかくの如く深刻にして、其の結果に於て殆ど豫測すべからざるものある約束を爲すことなかるべきを以てなり。加之證人ツエータアの證言に因るも、被告がかくの如き擔保を爲したりと推論することを得ずして、寧ろ此の供述に依れば、被告は單に契約締結の當時に於ける牝牛の無瑕疵、分娩前に於ける四個の乳房より泌乳する泌乳につき、責任を負ふの意思を有したるに過ぎず。原告自身が本來被告の約束をかくの如く解釋せることは、其の一九二四年四月二十日附の信書の明瞭に示す所なり。被告は三個の乳房より泌乳したることを知り居たるに相違なく、原告に牝牛を賣渡すことを得ざりしものなりと、信書に認めたりしは、被告にして若し今原告の陳述するが如く、後來偶然に生ずべき瑕疵についても、責任を負はざるべからざるものなりとせば、無用に於て無意義たるものなり。以上の如き次第なるを以て、原告の主張したる廣汎なる擔保は、證明せられざるものと謂はざるべからず。而して當事者双方の何れか一方に、裁判官の裁定に因る當事者本人の宣誓を命ずべき理由は、事態上少しも存することなきなり。

被告は其の爲したる擔保を履行し、然も廣汎なる義務を負擔することなきが故に、訴は此の理由よりするも是認することを得ず。

されば他の問題、特に時效の抗辯が理由ありや否や、又は原告の爲したる動物の轉讓は、果して解除の請求權の拋棄と目すべきものなりや否やの點には、言及するの必要なし。

而して訴訟費用は民事訴訟法第九十一條に依り、原告に於て之を負擔するを要す。

此の判決は民事訴訟法第七百九條第四號に依り、假執行の宣言を爲すを要するものなり。

設例六、〔所有權の留保〕

A、設例六に關する記録の内容、

一、訴(ケルン地方裁判所)

原告ケルン市アダム・ミュラア商會、營業主ケルン市ハーネン街六番地商人フリードリヒ・シユミツツ

右訴訟代理人辯護士ケルン市アーベル

被告ケルン市ホーエ街二番地ベルトールド・シユルツェ

申立、被告の一九二四年十月十七日にケルン市に於て執達吏クツプエルを通じて爲したる屢請機械二臺の差押を取消し、且被告に於て訴訟費用を負擔すべしとの判決、並に保證を條件とする假執行の宣言を求む。

理由、被告が訴外商人ツエータアの許に於て差押へたる物體は、原告の所有物なり。

二、一九二五年一月三十一日を以て闕席判決の言渡あり。訴狀の申立に従つて判決し、假執行を宣言せり。

三、此の判決は一九二五年二月十日を以て送達せらる。

四、被告は一九二五年二月十六日を以て、辯護士ケルン市ベールウエルを通じて故障を申立てたり。申立、故障を理由ありと認め、判決に假執行の宣言を附すべし。

理由

原告は一九二三年九月十九日差押へられたる物件を、差押債務者商人ツエータア及び商人デルタに共同的に賣渡し、特に代金九百馬克を以て、所有權留保月賦拂とせり。被告は差押債務者商人ツエータアに對しては、七百馬克の判決に因る債權 *Urteilsforderung* を有するものなるがツエータアは其の契約に因る一切の權利を舉げて、之をデルタに讓渡したり。代金として原告に支拂ふべき金額は、尙ほ二百馬克を剩す。デルタは、被告が此の代金殘額二百五十馬克を原告に支拂ふことを承諾し、被告は此の金額を原告に支拂ふ用意を爲して、既に此の金額を原告に提供したる所原告は是が受領を拒みたり。従つて被告は尙ほ未済の代金の支拂と交換的に強制執行の忍容を、原告に向つて要求することを得るものなり。

五、原告の辯駁、

故障を却下し、此の判決の假執行の宣言を求む。

差押債務者ツエータアが、契約に因る其の權利をデルタに讓渡したりと云ふは不當なり。寧ろツエータアは月賦拂を爲したるものにして、然も今日までの所其の支拂は規則正しく、且正確なり。然れどもツエータアは被告の支拂に異議を述ぶるものなるが故に、原告は獨り被告の提供を拒むの權利を有するのみに止まらず、更に一步を進めてツエータアに對して其の義務をすら負ふものなり。

六、證據決定、

ツエータア並にデルタの兩人は證人として、ツエータアは契約に因る其の權利をデルタに讓渡

したりしや否や、デルタは被告が二百五十馬克の代金殘額を、原告に支拂ふことを承諾したりしや否やにつき、受命判事の訊問を受くべきものなり。

七、證人訊問。證人兩名共無宣誓の訊問なり。

(a) ツエータア、

余は契約に因る余の權利をデルタに讓渡したるも、それはデルタが余に、既に支拂済の月賦額についての余の持分を支拂ふことを條件とす。然もデルタは今日に至るまで此の約束を履行せざるなり。

(b) デルタ

ツエータアの證言は不當なり。ツエータアは無條件を以て、契約に因る其の權利を余に讓渡したるものなり。被告が二百五十馬克を原告に支拂ふや否やは、余にとつて全然無頓着なる所なり。問題たる物件は差押債務者ツエータアの許に在りて、ツエータアは今日まで月賦拂を爲しつゝありたるものなり。

B、試験として實施されたる設例六の取扱

第一、意見書、

故障はそれ自體適法にして、また適正なる形式を以て、適當の期間内に申立てられたるものなり。余は訴を許すべしと提案す。

原告は其の所有物に對して行はれたる強制執行の不適法を宣言せられんことを要求するものに

して、即ち訴は民事訴訟法第七七十一條に因る異議の訴に外ならざるなり。

勿論此の訴の正當なる申立は、強制執行を不適法と宣言せんことを求むるに在り、然も異議の訴の法律上の性質の問題について、如何なる態度を執るかは何所にあらず。即ち此の訴を以て訴訟法上の訴なりと爲すの見解を奉ずるスタインの如きは (Ann. I zu 771)、「此の訴の申立は民事訴訟法第七七十五條第一號の規定に顧み、強制執行の取消を目的とすべきにあらずして、寧ろ明確に表示すべき物體に於ける強制執行を不適法として宣言し、又は之を停止することを目的とするものなり」(S. 551 Ann.) と論じ、また此の訴の實體法的性質に左袒するゾイフェルトは (S. 424 Ann. I b zu 771) それにも拘らず、「原告の申立は、或る執行行為を不適法として宣言することを目的とするを要す」と説明す。然も此の兩者並に此の兩者と共に通説は、申立は本件の場合に當初に行はれたるが如く、差押の取消を目的とすべからざることに於て一致す。然れども訴の申立の不當なる詞句は、其の爲に口頭辯論を開いて、正當なる申立を提出するに至らしむることを、原告に強ふるものにあらず。寧ろ申立を直ちに異議の訴の申立と解釋し、かくの如き申立として變形するに、些の懸念をも存するの餘地なかるべし。ゾイフェルトが、「解放を求むる無條件の申立は、形式上は謬れるも、前述の精神に於て更めて解釋すべきものなり」と云ひ、スタインが、「不手際に纏められたる申立も、目的物をして執行を免れしむるの要求文を、明確に識認せしむるに於ては、以て充分にして、無用の追加を除却せしむることを得べし」と論ぜるは、何れも見ゆる所を一にせるものなり。大審院の如きも亦、同一の主旨を反覆せり。例へば RG. 67 312 の如し。

従つて言渡ありたる闕席判決も亦、被告に向つて差押の取消を言渡すことを爲さずして、強制執行の不適法の宣言を爲すことを必要としたりしなるべし。判決主文に於ては、裁判所が實體上判決を維持するの意思を有したりし場合に、正しき字句を與ふることを必要とすべし。

闕席判決の言渡後に於ける、當事者双方の申立も亦不當なり。此の場合に被告の法律に適合したる申立は、「闕席判決を廢棄して訴を棄却せんことを求む」と云ふに在り(民事訴訟法第三百四十三條)而して原告の正當なる申立は、民事訴訟法第三百四十三條に依れば、「闕席判決を維持せんことを求む」と云ふにあらざるべからざるべし。然も此の場合には、不當の申立を法律に適合せる字句に變形せんことを求むる、民事訴訟法第七七十一條に因る申立の場合に於けるよりも、遂に懸念を存するにと少し。

(記録第二丁)

(記録第十二丁)

之を實體的方面より観るときは、民事訴訟法第七七十一條に因る訴は、直ちに理由あり。蓋し物は所有權の留保の下に賣渡されたるものなるが故に、原告は所有者として、買主の債權者に依る自己の所有物に對する強制執行に、異議を述ぶるの權利を有するを以てなり。被告の答辯は、訴の請求を理由なしと認めしむるに適せず。差押債務者ツェータアが契約に因る其の權利を、デルタに讓渡したることが正當なる場合に、是が爲に、果して然らば被告の提供したる支拂を、原告に於て受領することに對するツェータアの異議が、無意義たるべしと云ふ論結を是認することを得ざるべし。二人の者が買主として締結したる契約に因る權利を、かくの如く甲の買主より乙の買主に讓渡するも、それは讓渡人をもはや全然買主として、看做すことを得ずと云ふ意

義を有する次第にはあらず。かくの如きは、何人も債権者の同意を得ることなくして、其の債務者としての地位を失ふことなしと云ふ、民法の原則の許さざる所なり。此の原則は民法第四百十五條及び第四百十六條の債務引受に關する規定に因り、明瞭に推知することを得べし。されば原告に對しては、差押債務者ツエータアは、假令其の賣買契約に因る権利の全部を擧げて、デルタに譲渡したる場合にあつても、依然として債務者たることを失はざるものなり。然れども民法第二百六十七條に依り、他人特に債権者の側に於ける給付の受領に異議を述ぶることを得るは、債務者の地位より生ずる所の結果なり。此の規定に依れば、債権者は、「債務者が異議を述べたる場合には、他人に依る給付の受領を拒むの権利を有す。此の場合に本件に於て見るが如く、事情次第に依つて債権者より再び此の権利を褫奪するは不可能なり。蓋し債務者が異議を述べたりとするも、債務者はもはや充分なる範圍に亘つて債務者たるものにはあらざるを以てなり。若し債権者より此の権利を褫奪することゝせんか。そは債権者の法律上の地位に、殆ど忍ぶべからざる不安定を來すものに外ならざるべし。假に契約に因るツエータアの権利が、デルタに譲渡せられたるにも拘らず、ツエータアは尙ほ民法第二百六十七條第二項に依り、異議を述ぶることを得べし。従つて此の異議が本來注意に値ひするものなりや否やは疑問なり。人或はかゝる問題は、民法第二百六十七條の法文の字句の明確なるものあるに顧みるときは、全然生ずることあり得ざるべしとの意見を懐く者あらん。蓋し此の規定は「債務者が異議を述べたるときは、債権者は第三者の給付を拒むことを得」と明確に規定せるを以てなり。然れども汎く流布せる見解は、寧ろ其の反對を主張しつゝあり。論者は即ち曰く、債務者の異議

は差押質権者 Pfändungspfandgläubiger に歸屬する辨濟を、徒勞ならしむるの結果を來すが如きことあるべからず。然も賣主は買主外以の者の、買主に代る給付を拒む正當なる何等の原因をも有せず。其の然るに拘らず、賣主が買主と合意して、買主に對する強制執行を徒勞ならしめんが爲に、差押債権者に依る支拂を拒みたりとせば、善良の風俗に反する賣主の、惡意に因る行爲を存するものなりと謂はざるべからず。されば賣主は、買主に於て異議を述べたるにも拘らず、差押債権者の提供したる賣買代金の残額を受領するの義務を負ひ、賣主に於て之を拒みたるときは、賣主は既に賣買代金の残額を受取りたるかの如く取扱ふことを得ざるべからず。かくの如き見解を奉ずるに於ては、被告の答辯は注意に値することゝなるべし。蓋し被告は既に原告に對して賣買代金の残額を提供し、尙ほまた之に残額を支拂ふ事をも用意しつゝあるを以てなり。されば原告は、既に賣買代金の残額を受取りたるかの如く、取扱ふ事を得ざるべからずと。然れども賣買代金の残額の支拂と同時に、條件の效力に因り、所有權は直ちに買主に移轉すべく（民法第四百五十五條）、即ち原告は全然訴を起すの權利を有せざるべし。然れども余はすべての場合を通じて、買主が異議を述ぶるに當つては、差押債権者の提供したる賣買代金の残額を賣主に於て拒むを以て、惡意に因る行爲たり、善良の風俗に對する違反なりと爲すは、不當なる見解なりと考ふ。各個の場合に於て善良の風俗に反するかくの如き行爲を存することあるは、確に容認せざるべからず。例へば尙ほ支拂ふべき残額が極めて少額にして、只契約の目的物に於ける買主の債権者の側より生ずる、あらゆる強制執行に對抗することを得んが爲年餘に亘つて債務を未済の儘に放置するが如きことあるは、確に之を認めざるべからざる所なれど

も、今本件の場合が之に該當する場合なりとは爲すこと能はず。あとには尙ほ相当多額の未済額を剩し買主たる差押債務者は規則正しく且正確に、月賦額を支拂ひつゝある次第なるを以てなり。また原告が被告の強制執行を妨ぐる爲にのみ被告よりの残額の支拂の受領を拒みたるものと認むべき理由をも存せず。被告の支拂に因つて直ちに差押債務者の單獨所有権が発生し、ツエータアデルの組合の所有権の如きものは、發生の餘地なきものなりや否や、法律上は全然疑はしきものであるの事情などの、特に右に述べたる所の如き解釋を施すことに反對するものなり。以上に述べたる例外の場合を除外すれば、買主に於て異議を述べたる場合に於ける、賣主の支拂の拒絶は、悪意に因るものにして、且善良の風俗に反するものなりと云ふことを得ず。通常の場合に於て法律上自己に歸屬する権利を行使する者は、善良の風俗に違反するものにあらず。然り而して法律が事實上債務者の異議を述ぶる場合に、債権者に給付拒絶の権利を與へたることは、第二百六十七條第二項の明示的の規定に顧みるときは、全然疑を容るゝの餘地なし。實際こゝに主張されたる見解は、學說や判例の間にも通説として認められ (Stein bei Ziffer 131 und 136 zu § 857 ZPO. の表を参照)、之に賛成する者には、スタイン、ベルリン第一地方裁判所、ベルリン控訴院、ホルン、プロームヘルツ、エムメリヒ、マイヤア、グロント、ブランケ等あり。其中二三を擧ぐれば、プロームヘルツ (JW. 1913 S. 575) は、學說や判決の間に於て自己の所説に同するものを擧げたる後、「讓渡人が残額の支拂を拒むも、信義誠實の原則に反せる行爲を爲したるものにあらざることは、既に反覆説明したる所の如し。然れども債権者の支拂に對する債務者の異議も亦、善良の風俗に違反する次第にもあらざれば、また権利の濫用を意味するも

のにもあらず、況んやまた他の何等かの原因に因り、無効とか取消し得るとか云ふ次第にもあらざるなり。近時の研究は、最後に擧げたる裁判に於けるが如く、單純なる差押の方法は、讓渡人が支拂を受領する場合に限り、目的に導くものなりと云ふ結果に到達しつゝあり。かのベルリン中央區裁判所の判決は、ベルリン地方裁判所の認むる所にはあれども、ベルリン控訴院の度々繰返して非難したるが如く、謬見として認めらるゝ所なり」と論じ、ベルリン控訴院の裁判は更に一步を進めて (JZ. 1914 S. 102) 賣主は第三者として債権者の給付を拒むの義務を有す。「給付の受領は信義誠實に違反するものなり」(民法第二百四十二條)とせり。

是と正反對の見解を奉ずるは、就中ベルリン第一地方裁判所及びフレヒトハイムなり(スタイン前掲に掲げたり)。

かくの如き場合に、何時も賣主と買主との悪意を認定すると云ふ單純なる方法に於て、買主の異議を排除するの不可能なるは通説が貸道具 *Leihmóbel* に對する差押を有効に實施せんが爲には、契約に因る買主の一切の権利を差押ふるを必要なりとする點より見るも、明白なるものあり (Stein II 9 zu § 857 ZPO. 並に Planck 4 Aufl. 1914 S. 144 Anm. 2 zu § 267 BGB. に於ける分類表を参照)。買主の異議が全く注意するに、らずとせば、かくの如き迂路は必要ならざるべし。

以上の如き次第なるを以て、此の場合に被告の提供したる支拂を、原告が受領することに對する買主ツエータアの異議が、重要なりと認むるは正當にして、即ち原告は此の支拂を受領するの義務を負はず。されば支拂を受領することに依つて、原告が其の所有権を失ひたるかの如く、取扱ふことをも

得ざるなり。

されば被告の防禦は重要ならず。即ち卑見に依れば、ツエータは契約に因る其の権利を、デルタに譲渡したるものなりや否や、デルタは被告の爲す支拂に異議を述べざるや否やと云ふ、裁判所の擧げたる證據は、重要視すること能はず。

寧ろ訴は直ちに之を原告に歸すべきものなり。

裁判を爲すに當つては、民事訴訟法第三百四十三條に依り、闕席判決の維持せらるゝことを言明するを要す。然れども此の場合に判決には、民事訴訟法第七七十一條に相當する正確なる字句を與ふるを要す。而して訴訟費用は民事訴訟法第九十一條に依り、被告に於て負擔せざるべからず。また民事訴訟法第七百十條に依り、此の判決の假執行を宣言するの必要あり。更に保證を算定するに當つては、差押へられたる物體の價額が九百馬克なること、及び被告は七百馬克の債權に基きて、差押を爲したるものなることに注意するの要あり。本件の如き事態の下にあつては、七百馬克の保證を相當とするものと認む。

(記録第二十丁及第二十丁)

こゝに於てか余は、左の如き判決を提案するものなり。

一九二五年一月三十一日に言渡したる判決裁判所の闕席判決は、判決主文を左の如くするの標準を以て之を維持す。被告の委任に於て、一九二四年十月十七日執達吏クツベルを通じてケルン市に於て、商人ツエータの許に於て爲したる埴詰機械二臺に對する強制執行は、不適法なりと宣言す。

訴訟費用は被告の負擔とす。

此の判決は、七百馬克の保證を立つるに於ては、假に之を執行することを得。

副意見書、

證據調の評價及び之より推論せらるゝ事件の判斷は、全然別様の論結に到達すること能はざるものなり。裁判所の命じたる所の如き證據調は、主たる意見書中に於て認定したるが如く、債權者に於て提供したる給付を賣主が受領するに對する買主の異議を、注意に値ひするものと認むる場合に限り、重要とするなり。蓋し然らざれば一人の債務者が異議を唱ふるも、他の一人が之を唱へざるや否やは、問ふ所にあらざるべきを以てなり。従つて裁判所は證據調を命ずるに當つては、契約に因る權利を譲渡することに因つて、買主ツエータは民法第二百六十七條第二項に依り異議を述べざるの權利をも、併せてデルタに譲渡したるものなりと云ふことを基點として、論歩を進めざるべからず。勿論此の見地よりするときは、事實上かくの如き譲渡が行はれたるや否や、及びデルタは果して眞に原告が被告の提供したる給付を受領することに異議を述べざるや否やを、重要とすること云ふまでもなし。之について舉證の義務あるは、被告なり。蓋し被告は此の出來事よりして、其の提供を受領する原告の義務を演繹するものなるを以てなり。且又被告が、差押債務者も亦異議の權利を有したりし舊來の状態の變動を援用せる廉より見るも、被告に舉證の義務ありと謂はざるべからざるなり。然れども證據調の結果を見れば、差押債務者ツエータが契約に因る其の權利を、デルタに譲渡したるや否やは明ならず。

(記録第二十)
五丁

證人兩人共無宣誓の儘訊問を爲したるは、理由あり。蓋し兩人共訴訟の成行に利害關係を有する次第なるを以てなり第三百九十三條第四號。訴訟は實に所有權の留保の下に兩人の買受け、代金の大部分を支拂ひたる物件が、彼等の手より奪取せらるべきや否やの點に關するものなり。然れども證人兩人の供述は氷炭相容れず。即ちツエータアの證言に依れば、デルタに對する條件付の譲渡が行はれたるに止まり、然も此の條件は成就せざるなり。然もデルタの主張する所に依れば、譲渡は無條件を以て行はれたるものなりと稱す。事態の上より見れば、寧ろツエータアの證言を當れりとするものゝ如し。即ち物は現にツエータアの許にあり、ツエータアはまた事實上月賦拂をも爲したるにあらずや。さればツエータアが其の契約に因る權利を無雜作に、デルタに譲渡したるものとは認め難し。

従つて卑見に依れば被告は、依然として其の陳述の正當なることを立證するの義務を負ふものなり。

されば此の場合にあつても訴は原告に歸すべきものなり

第二、判決案、

國民の名義に於て！

原告ケルン市アダム・ミユラア商會の商號の下に行爲を爲すケルン市ハーネン街六番地商人フリードリヒ・シユミツツ、

右訴訟代理人ケルン市辯護士アーベル、

被告ケルン市ホーエ街二番地商人ベルトール・シユルツエ、

右訴訟代理人ケルン市辯護士ペーウエル

右當事者間の事件に於て、ケルン地方裁判所第十八民事部は一九二五年四月十日の口頭辯論に因り、地方裁判所部長判事ウムジヒチヒ、判事ゲレールト及び判事シユネルの參與の下に判決すること次の如し。

一九二五年一月三十一日に言渡したる判決裁判所の闕席判決は、判決主文を左の如くするの標準を以て之を維持す。被告の委任に於て一九二四年十月十七日にケルン市執達吏クツプエールを通じて、商人ツエータアの許に於て爲したる摺詰機械二臺に對する強制執行は、不適法と宣言す。

訴訟費用は被告の負擔とす。

此の判決は七百馬克の保證を立つるに於ては、假に之を執行することを得。

事實

原告は一九二三年九月十九日商人ツエータア及びデルタに對し、代金六百馬克を以て摺詰機械二臺を賣渡し、特に所有權留保、月賦拂を以て賣渡し、買主ツエータアは規則正しく且正確に月賦額を支拂ひつゝありて、従つて現在の所にては、尙ほ殘餘額二百五十馬克を支拂ふことを必要とするのみなり。

被告は商人ツエータアに對して、七百馬克の執行力ある判決に因る債權を有し、此の債權に因り、ケルン市執達吏クツプエールは、一九二四年十月十七日被告の委任に於て、商人ツエータアの許に於て摺

詰機械二臺を差押へたり。

被告は原告に賣買代金残額二百五十馬克の支拂を提供したるに、原告は之が受領を拒みたり。蓋し商人ツエータアは支拂の受領に異議を述べたるを以てなり。

以上の事實については、當事者間に争なし。

原告は先づ被告に對し、被告の一九二四年十月十七日ケルン市執達吏クツプエルを通じて爲したる差押を取消し、訴訟費用を被告の負擔とする判決を求むと申立てたり。

此の申立に依り一九二五年十月三十一日被告に對して、「訴狀の申立に従つて判決す。此の判決は假に執行することを得」との闕席判決の言渡ありたり。

此の判決は一九二五年二月十日を以て送達せられたるが、之に對して被告は、一九二五年二月十六日裁判所に故障申立書を提出して、故障を申し立てたり。

こゝに於てか原告は、故障却下の申立を爲したり。

依つて被告は、故障を理由ありと認められんことを申立てたり。

被告は、差押債務者ツエータアは契約に因る其の一切の權利を舉げて、原告と共に商人デルタに讓渡したり。デルタは被告が賣買代金残額二百五十馬克を、原告に支拂ふことを承諾したりと主張し、被告は此の残額の支拂に對して、原告が強制執行を忍容せんことを要求するを得るものなりと論じたり。

原告は被告の主張の正當なるを争ひたり。

裁判所はツエータア及びデルタを證人として訊問することに依つて、ツエータアは果して其の契約に因る權利をデルタに讓渡したるものなりや否や、デルタは被告が賣買代金残額二百五十馬克を原告に支拂ふことを承諾したりしや否やの點について、證據を擧げたり。證人は兩人共無宣誓を以て訊問せられたり。

ツエータアは、契約に因る其の權利をデルタに讓渡したれども、それはデルタが既に支拂済の月賦額に對する其の持分を支拂ふの條件の下にのみ行はれたる次第なれども、デルタは今日に至るまで此の事を實行せずと供述したり。

デルタは、ツエータアの供述は不當なり。ツエータアは其の契約に因る權利を、無條件にて證人に讓渡したるものなり。被告が賣買代金残額二百五十馬克を、原告に支拂ひたるや否やは全然問ふ所にあらず。物は現に差押債務者ツエータアの許に在りて、ツエータアは今日まで月賦額を支拂ひつゝありと供述せり。

判決理由

故障はそれ自體適法にして、また適正なる形式に於て、適當の期間内に申立てられたるも、理由なし。原告は其の所有物に對して行はれたる強制執行を、不適法として宣言せられんことを求むるものなり。差押へられたる摺詰機械に對する原告の所有權に關しては、争なきが故に、問題となるは只、被告が買主に代つて提供したる賣買代金残額の支拂を受領する原告の義務を存するや否やの一事に在り。蓋し民法第四百五十五條に依れば、所有權を留保する賣買の場合にあつては、事の疑はしきと

きは、代金の完全なる支拂を停止条件として、所有権の移轉が行はれたるものなるが故に、此の支拂を受領することに依つて、原告の所有権は直ちに消滅し、賣買契約に因る権利者に移轉するに至るべきを以てなり。然れども民法第二百六十七條第二項に依れば、債權者、本件の場合に於ては原告は「債務者」にして異議を述ぶるに於ては、第三者、本件の場合に於ては被告の提供したる給付を拒むの権利を有す。買主ツエータアは事實上、被告の提供したる給付を、原告が受領する事に異議を述べたり。勿論被告は、ツエータアは原告との契約に因る其の一切の権利を舉げて、之を共同買主のデルタに譲渡したるが故に、ツエータアはもはや全然債務者にあらずと陳述して、此の異議を斥けんとしたり。然れども被告の此の見解には従ふことを得ず。權利を一人の買主より他の買主に移轉することは、移轉を爲す買主が賣主との關係に於て、依然として「債務者」たるを失はしむること能はず。法律は債務者の一人が、債權者の同意を得ることなくして、債務者たることを失ふの道を與へず。然れども買主ツエータアが、其の契約に因る權利を譲渡したるにも拘らず、依然として尙ほ「債務者」たるものなりとせば、其の民法第二百六十七條第二項に依る異議も、債權者にとつては依然として「債務者」の異議たるものにして、従つてまた重要なり。債務者は第二百六十七條第二項に依り異議を述ぶることを得るも、之を以て「權利」としてのみ解釋することを得ず。従つてまた契約に因る一切の權利を譲渡すると共に、共同買主に移轉したるものと爲すことを得べからずして、かくの如き解釋は、少くとも債權者に或る權利を與へんとする、第二百六十七條の目的と兩立すること能はざるべし。されば買主ツエータアの異議は、被告の主張したる讓渡が行はれたる場合にあつても、原告にとつて注意に値ひするものなり。

のと謂はざるべからず。然れども此の異議が善良なる風俗に違反するか、又は惡意に因るものにして、従つて重要ならずとすべき證據は、全般の状況上之を存せず。買主は本件の場合に於ては、比較的多額の未済額を剩し、ツエータアは今日まで正確に、且規則正しく月賦額を支拂ひたり。されば原告がツエータアと通謀して、被告の強制執行を徒勞ならしめんが爲にのみ、被告の給付を拒むものと認むべからず。かく如き次第なれば、原告は被告の提供したる賣買代金の支拂を拒むの權利を有するものなり。

假に被告と見る所を一にして、ツエータアが契約に因る其の權利を、果してデルタに譲渡したるものなりや否やを重要視するとするも、同一の結果に到達す。而して此の讓渡につきて、舉證の義務を負ふは被告なり。蓋し被告は、之に因り權利を傳承するものなるを以てなり。然も被告は、其の責任たる證據を舉ぐることに能はず。自己は契約に因る其の權利を、只條件付にデルタに譲渡したるに止まり、然も此の條件は、未だ成就することなきなりと云ふツエータアの證言は、それ自體として見るときは、如何にも理由あるが如く思惟せらるゝなり。ツエータアは始終月賦額を支拂ひつゝあり、然もまた、物は現にツエータアの許に在るにあらずや。何れにしても、此の第三百九十三條第四號に依り無宣誓にて訊問されたる此の二人の證人の證言の、相矛盾するに顧みるときは、有效なる讓渡が事實上行はれたるの證據は、舉げられたるものと云ふことを得ず。

かくの如き次第なるを以て原告は、被告の提供したる、賣買代金殘額の支拂に依つて妨げらるゝことなくして、其の所有權を主張することを得べし。

従つて訴は原告に歸すべきものなり。

民事訴訟法第三百四十三條に依り、闕席判決を維持する旨を言渡すを必要としたりし次第なるも、それにも拘らず判決主文中に於て裁判を更正して、強制執行を不適法と宣言するを正しとしたり。尙ほ訴訟費用に關しては民事訴訟法第九十一條、假執行の命令に關しては民事訴訟法第七百十條に則れるものなり。

設例七「敏感なる駄馬」

A. 設例七に關する記録の内容

設例七の記録の内容については、ワグナー・ウオルフ著「法學の實地演習用訴訟事件集」(Wagner II Wolff, Prozessfälle für den praktischen Rechtsunterricht, 2 Aufl. 1912/13, Verlag: Rothschild, Berlin und Leipzig)の百十頁乃至百十三頁を参照せられたる。

著者に向つて、比較的浩瀚な訴訟記録を設例として取扱はんことを求めらるゝ人士も、随分少くないが、卑見に依ればかくの如き要請は、少くとも著者自身が、本書に於て與へて居る訴訟記録の意義を誤認するものに外ならない。著者は本書の紙幅をして、餘りに甚だしく増大することなからしめんが爲に、其の必要とする最後の極度まで、之を壓縮することを餘儀なくされて居る。然も事の實際に於ては、本書に掲載した拔萃のものとの記録は、其の規模に於ても、其の訴訟上の難易にかけても、決して試験作業に出題される訴訟記録に讓るものではない。とは云へ記録の抄本が、記録の一部のみを成すに止まることは、それ丈で試補にとつては可也負擔の軽減である。されば形式的にも大規模な訴

訟記録を取扱ふ機會を得たいと望まるゝ人士の爲に、ワグナー・ウオルフの訴訟事件の中から第五の案件を借り來つて、之を設例七とすることにした。該書の著者である前司法試験委員ドクトル・ワグナー、並に控訴院判事ドクトル・ウオルフの兩氏が、好意を以て此の利用を許されたのみでなく、ウオルフ氏が更に進んで案件の取扱ひにつき、著者に幾多の助言を與へられたことは、誠に感謝に堪へない所で、此の兩氏に對しては、こゝに深甚の謝意を表す。

此の訴訟記録そのものの全部をこゝに轉載すると云ふことは、不可能である。それは餘りに多くの紙幅を必要とするからである。されば記録それ自體については、ワグナー・ウオルフの著書を参照せられたい。時間の關係に於ては、記録の内容に全然手を觸れることをしなかつたから例へば判決の冒頭に「國王の御名に於て！」とあるなど、今日から見て時世に適せぬ點もないでもないが、それにしては兎に角大抵の部分は、今日でもまだまだ利用するに堪へられることと思ふ。

B. 試験として實施されたる設例七の取扱

第一、意見書

形式上の點に於ては先づ第一に、不服を申立てられた判決が、其の主文中に言渡されたる闕席判決を掲げざることを指摘せざるべからず。かくの如きは新辯論に基く裁判は、闕席判決を維持するか又は之を廢棄するを要する旨の、民事訴訟法第三百四十三條の規定に違反するものと謂はざるべからず。従つて今後言渡すべき判決に於ては、區裁判所の此の過失を更正して、第三百四十三條に依る闕席判決の裁判に對して、態度を決せざるべからず。

(記録第十一
丁第五丁)

(記録第一丁)

更に不服を申立てられたる裁判が、原告の申立の一部を完全に観察し盡さるるものにあらざるやの懸念を存す。訴の申立は、原告又は原告の訴訟代理人に對する支拂を求むるに在り。人或はかくの如き申立は、原告若は其の訴訟代理人に對する支拂を目的とするものにして、従つて民事訴訟法第二百五十三條第二號に規定したる確定性を缺くものなりと云ふ、見解を懐くことなきにあらざるべし。かくの如き見地より見るときは、原告の要求が、其の訴訟代理人に對する支拂を目的とする限りは判決主文中に於て、原告の要求を指示することを必要としたりしものなり。逆に原告又は其の訴訟代理人に對する、かくの如き支拂の言渡を適法と思惟するに於ては、其の他の點に於て訴を許す判決の主文も亦、之に相當する字句たることを必要としたる次第なれども、それにも拘らず判決が、訴の申立の此の部分を暗黙の裡に、輕々に片付けたるは是認し得られざるにあらず。訴の申立の此の部分は、只單に被告が免責的作用を以て、支拂を爲すことを得べき支拂所を、原告が指示する丈のことに止まり然も判決主文は、かくの如き指示を掲ぐるに適當なる箇所にあらず。加之原告が被告は原告自身に支拂を爲す代りに、其の訴訟代理人に支拂を爲すの權利を有する旨を、其申立を以て明示的に確認せんとしたるものとは、認むることを得べからず。従つて此の點に於ては、不服を申立てられたる裁判の、判決主文が完全なりや否やに關する懸念は、假に之を存したりとするも理由なし。

(記録第五丁)

畢竟闕席判決を言渡したる方法は、違法たるものとして異論を唱へざるべからず。然りと雖之れは、原告の述べたる所の如き理由に因るにあらず。蓋し辯護士に依つて代理せらるる當事者も亦是が爲に決して、區裁判所に於ける訴訟に於て、其の訴訟代理人の意思に反してすら、相手方に對する闕

(記録第三丁)

席判決を、獲得することを妨げらるるものにあらざるを以てなり。然れども闕席判決の言渡されたる期日は、證據調を爲すべき期日として指定せられたるものにして、辯論の續行の爲に指定せられたるにあらざりしものなり。勿論かくの如き場合につき學說中には、當事者の一方の不出頭の場合には直ちに證據調を抛棄して、申立に因り即座に闕席判決を言渡すことを得べしとの見解を主張するものあり。例へばマルウキツツの如きは (Marwitz, Das Urteil in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten S. 66)

闕席判決の言渡を求むる申立のなさるるや、訴訟は裁判を爲すに熟し、従つて裁判所は、民事訴訟法第三百條に依り之を言渡さざるべからずと云ふ説明を以て、此の見地を辯護し、アツシュの如きも亦證據調の終了する以前に於ける、出頭せざる當事者に對する闕席判決は、果して適法なりや否や (Aesch, Ist ein Versäumnisurteil gegen die nicht erschienene Partei vor Beendigung der Beweisaufnahme zulässig?

JZ. 1911 S. 589) と題する小論文中に於て、同じ見解を披瀝せり。アツシュは法律の成立ちと、他の見解より生ずる經濟生活にとつて不利益なる結果とを論據とするものにして、特にアツシュの高調する懸念の重きを爲すものなることは、到底看過すべくもあらず。何れにしても、これは法律の明確なる字句に對して、氏の見解を理由付くるに充分なるものとは認め難し。即ち民事訴訟法第三百六十七條に依れば、證據調の期日に當事者の一方が出頭せざるか、又は當事者双方が闕席せる場合に、あつても、其の然るに拘らず事件の状況上爲し得る限りは、證據調を實施すべきものなり。従つて此の場合に於けるが如く、期日が同時に證據調の爲と、口頭辯論の續行の爲とに指定されたるときは、期日は眞に證據調の行はれたる後に至つて初めて、口頭辯論の爲の期日の意義を有することを得。されば

當事者の一方の闕席せる場合に於ては、證據調の結了せる後に至つて初めて闕席判決を言渡すことを得べし。而して此の見解は學說判決の大多數の等しく奉ずる所なり。例へば RG. in JW. 1914 S. 938; Bd. I S. 239; Senffert Ann. I zu § 370, Stein Ann. I bei Ziffer 3 zu § 370 並にそこに列擧したる學說判決等の如し。

今通説に従ふときは、此の闕席判決は法的方法に於て言渡されたるものにあらず。此の一事は勿論實體的の裁判それ自體にとつては、何等の意義をも有するものにあらず。蓋し一度言渡されたる闕席判決は、其の全範圍に亘つて其の效力を保有するものなるを以てなり。之に反し闕席判決の違法の言渡は、訴訟費用の裁判には影響を及ぼすものとす。即ち懈怠せる當事者は、常に懈怠に因つて生じたる費用を負担するを要する旨の、民事訴訟法第三百四十四條の規定は、此の場合にはもはや適用すること能はず。寧ろ訴訟費用は全部統一的に之を取扱ひ、それが如何なる程度に於て懈怠に因つて生じたるものなりやの區別なく、全體として民事訴訟法第九十一條及び第九十二條に従つて之を負担せしむるを要するなり。(OLG. München, Recht 1915 Nr. 226; Stein Ann. I zu § 344 ZPO.)

然れども裁判費用に關しては、全般の状況に應じて、事件を正しく取扱ふに於ては發生することなかるべき費用を除外するの、裁判費用法第六條の裁判所に與へたる權限を行使するを相當とす。證據調及び口頭辯論の續行の爲に指定されたる、期日の性質に關する通説の立場よりするときは、闕席判決の言渡を以て、事件の不當なる取扱と爲す認定を是認するに取て懸念なかるべし。従つて余は、全訴訟の費用は統一的に取扱ふも、闕席判決の言渡に因つて生じたる裁判費用は、裁判費用法第六條

に依り之を除外せんことを提案するものなり。

控訴の適法と合式とに對しては、懸念を存せず。特に裁判にとつて標準となる權利の上より見るときは、不服申立の目的物 *Beschwerdegegenstand* の價額が四十五馬克を算するに止まることは、控訴の適法を妨ぐるものにあらざるなり。

實體上の關係に於ては、余は三十馬克の部分についてのみ控訴を許し、其の他の點については、之を棄却せんことを提案す。

(記録第一丁) 原告は貸貸人として賃借料を請求するものにして、訴は民法第五百三十五條に依り直ちに理由あり。利息請求權は民法第二百九十一條及び第二百八十八條に因り、是認さるゝものにして、原告が申立中に於て、其の訴訟代理人をも正當なる支拂受領者として表示せるは、裁判の目的たるべからざる支拂所の開示に外ならざるなり。

(記録第三丁
第二十三丁)

(記録第十丁)
丁(記録第十二)

原告の主張に係る賃貸借契約は、成立せざるものなりと云ふ被告の答辯は、訴の否認としてそれ自體重要なり。然れども被告が第一審に於ける其の答辯に顧み、其の之を争ふを認めらるゝを得るや否やは、疑はしきものありと考ふ。一九一一年九月三十日の裁判所の調書に、「被告はもはや賃貸借契約の締結せられたることを争はず」と記載せるが、之に對して、不服を申立てられたる判決の事實は被告は當初契約の確定的に締結せられたることを争へるも、後に至つて之を容認したり」と述ぶ。事實をかくの如く記載せるは、被告の自白を報告したるものと爲さざるべからず。蓋し被告が、「余は賃貸借契約の締結を自白す」と述べたるに、「余は賃貸借契約の締結を容認す」と陳述したるとは、何

等の相違をも來す能はざるを以てなり。尙ほまた被告は單に「契約の確定的締結を自白したるに止まりて、原告の主張する二頭の馬に對する二ヶ月の賃貸借契約が締結せられたることを自白したるものにはあらずとする、被告の言ひ分を容るる能はず。かくの如きは言葉の上の戯れに過ぎずして、訴訟に於ける當事者の一方の言分としては、到底容れられ得ざる所たるべし。原告にして馬二頭の二ヶ月間の賃貸借契約を主張し、次に被告が「契約」の締結を自白したりとせば、被告の陳述にして當然に合理的の意味を有すべき限りは、それが此の原告の主張したる契約の締結そのものを自白したるものと解することを得べく、また爾く解せざるを得ざるなり。然も實際に於て被告がかかる不服を申立てられたる判決の事實の報告する所の如き自白を爲したりとせば、民事訴訟法第二百八十八條、第二百八十九條、第二百九十条、第五百三十二條に依り、此の期に及んでは、契約は成立したるものにあらずとする被告の抗争は、もはや之を容るること能はず。馬二頭に對する二ヶ月間の賃貸借契約が成立したりや否やの問題は、純然たる事實上の問題にあらずして、法律的觀念も共に之に影響を及ぼすものなるの事情も、決して如上の論結を妨ぐるものにあらず。「賃貸借」と云ふが如き經濟界實業界に日常見かくるかくの如き單純なる法律的觀念は、民事訴訟法第二百八十八條、第二百八十九條、第二百九十条、第五百三十二條に所謂「事實」と同視するを要するなり（Seuffert 2 f. zu § 238 ZPO und Stein II 1 a zu § 288 und II 29 zu § 282 ZPO. 及びそこに掲げたる學說判決）。

（記録第十丁）

逆に、不服を申立てられたる判決の事實中に於ける確認が標準たるにあらずして、一九一一年九月三十日の調書に於ける確認が標準たるものなりとせば、此の期に及んでも、尙ほ被告の抗争は重要な

り。蓋し被告はもはや契約の締結を争はず云ふ、第一審に於ける被告の陳述は、第二審に於て再び抗争を爲すの可能を妨ぐるものにあらずざるを以てなり。（Seuffert Ann. 3 zu § 138, Ann. 1 zu § 529; Stein, Ann. 1 3 zu § 138 ZPO.; RGZ. 4 S. 421 参照）。

（記録第十丁）

以上述べたる所に依れば、被告が此の後に及んでも尙ほ契約の成立を争ふを認めらるることを得るや否やの問題にとつて重要なは、一九一一年九月三十日の調書に於ける被告にとつて有利なる認定は、不服を申立てられたる判決の事實中に於ける、被告に不利なる認定に優先するものなりや否やの問題なり。民事訴訟法第三百十四條に依れば、判決の事實は、「當事者の口頭の提供に關して證據を供給するものにして、此の證據は口頭辯論調書 Sitzungsprotokoll を以てするに於てのみ、失効せしむることを得るなり」。此の規定に因り推論せざるべからざるは、事實と最後の口頭辯論の調書との間に矛盾を存するときは、調書の確認を優先せしむと云ふことなり。（Seuffert Ann. 2 Stein Ann. II zu § 314 ZPO.）即ち賃貸借契約の成立に關して、被告が争ひたることは重要ななり。

（記録第十六丁第十七丁）

厩舎が馬を收容するに不適當なりと云ふ、被告の別段なる答辯は、法律上は民法第五百三十七條に依り、使用賃借物の適性喪失の場合につき使用賃借人に屬する權利を、此の使用賃借人が援用することを意味するものに外ならずして、權利否認の抗辯 rechtsverneinende Einwendung として重要ななり。

（記録第二十丁）

之に對して、厩舎は充分適當なりし旨の原告の辯駁は、重要な抗辯事實 Einwendungstatsache を争ひたるものとして、是亦注意に値ひする所とす。其の外被告は、厩舎に瑕疵ありとせば此の瑕疵を知れるか、又は知れるに相違なしと云ふ其の辯駁は、民法第五百三十九條及び第四百六十條に依り、重要

(記録第十二)

なる反対抗辯 *Gegenwendung* を成すものなり。

(記録第六丁)

被告は厩舎の瑕疵を知りたるものにあらず、また必然的に知らざるべからざりしものにあらずと云ふ、被告の反対陳述は、注意に値ひする反対抗辯事實を争ひたるものとして、重要なり。更に原告は悪意に因り、厩舎の瑕疵を被告に黙秘したるものなりと云ふ被告の答辯は、民法第五百三十九條及び第四百六十條に依り注意に値ひす。蓋し原告のかくの如き行爲は、被告が瑕疵を知りたるか、又は重大なる過失に因り之を知らざりし場合にあつても、瑕疵に對する使用賃貸人としての責任を基礎つくるに至るべきを以てなり。

(記録第六丁)

最後に之に對して、原告は悪意に因り瑕疵を黙秘したるものにあらずと云ふ原告の主張は、被告の反対陳述中の注意すべき事實を争ひたるものとして、是亦重要なりとす。

以上の如き次第なるを以て、原告の陳述も被告の答辯も、何れも重要なり。然れどもかくの如くにして、重要な當事者の主張は、すべて争はるるものなり。

舉證の義務については、使用賃貸借契約の成立、及び被告が厩舎の瑕疵を知れることにつき、舉證の義務あるは原告にして、瑕疵の存在及び原告が悪意に因り此の瑕疵を黙秘したることにつき、舉證の義務あるは被告なり。

舉證の義務ある當事者は、それぞれ所要の證據を申出て、裁判所は證據決定中に於て、舉證の命ぜられたる主張を一句の中に總括して、當事者の申出でたる證據が果して悉く網羅せられあるものなりや否やを、確實に認知すること能はざらしめたりと雖、特に受命判事に於て爲したる舉證の範圍をも

併せ含めて考慮するに於ては、證據決定は契約の成立の問題、厩舎が瑕疵を有したりしや否やの問題、被告は之を知れりしや否やの問題、又は原告は悪意に因り之を被告に黙秘したりしや否やの問題に關すとの解釋を、是認せしむるに足るもの如し。

(記録第三丁)

證據調の結果、先づ原告の主張したる、馬二頭に對する二箇月間の使用賃貸借契約が成立したることとは明かならず。寧ろ證人フロインドの供述に因り、二個の獨立したる使用賃貸借契約が考慮せらるるものにして、其の一は原告と證人フロインドとの間に於ける、フロインドの馬の收容に關する契約たり他は原告と被告との間に於ける、被告の馬の收容に關する契約なること、判明せるもの如く思考せらるるなり。蓋し被告とフロインドとの連帶責任 *Gesamtheit* を理由付くる事を得べき何等かの着眼點は、存することなきを以てなり。互に相知れる二人の者が同時にそれぞれ自己の馬の爲に、此の厩舎に於て、其の馬を收容する爲に厩舎を賃借せるの事情のみにては、未だ以て連帶債務關係 *Gesamtschuldverhältnis* を認むるに、充分なる基礎を提供するものにあらず。特に數人が契約に因つて共同的に、一個の可分的給付の義務を負ふと云ふ、民法第四百二十七條の事實は、決して實現せらるることなきやう考へらるるなり。此の見解に同するときは、フロインドの馬を收容する爲に支拂ふべき十五馬克の額に於ては、訴は區裁判所の裁判に於けるとは異りて、直ちに之を棄却するを要す。従つて此の十五馬克の額に於ては、控訴は理由ありとせざるべからず。

(記録第三丁)

被告自身の馬が問題たる限りに於ては、證人フロインドの供述に因り、此の馬に關しては兎に角一箇月につき、毎月十五馬克の賃借料に對して、使用賃貸借契約が成立し居たりとの論結を理由ありと

(記録第三丁)

思惟す。此の點は十五馬克は馬と車輛とに對して、一箇月につきて要求せられたるものなりと云ふフロインドの供述と、被告が馬を厩舎中に收容したりし事實とを結び付けて考ふるに於て、推知せらるる所なり。従つて十五馬克の額に於ては訴を許すべく、即ち此の額に於ては、原告の請求が其の或は存する厩舎の瑕疵の故を以て消滅するにあらざる限りは、控訴を棄却すべしと提案せんとするものなり。

之に反し使用貸借契約が第二月目についても成立し居たることの立證ありたるものとは、今迄の所思料せず。人或は使用貸借契約は、解約申入を缺くに於ては、第二月目についても效力を保有す。蓋し被告は全然解約申入を主張せざるを以てなりと云ふ見解を懷抱する者なきにあらざるべきも、然も之に對しては余は、證人フロインドの供述したるが如く、被告は馬を連れ去りて、此の事は原告に對しても到底隠蔽し了する能はざりし次第なる以上、之を以て充分なる解約申入と爲さるるべからずとする見解を奉ぜんとするものなり。勿論學說判決中には、賃借住宅の明渡ありたるの單なる事實は、只それのみにては未だ以て、解約申入の事實を是認せしむるに足らずとする見解も主張せられざるにあらざると雖 (OLG. Braunschweig im „Recht“ 1909 Nr. 452 Standinger Anm. II 1 zu § 564 BGB. も同説)、數頭の馬を收容するに役立たしめらるる厩舎内に、或る一頭の馬の收容せらるる本件の如き場合に於ては、余は此の見解に左袒するを欲せず。馬を厩舎より連れ去ることは、今後はもはや厩舎を共同的に使用するの意思なき旨を、賃借人に對して明白に表示したるものと解するの外なかるべし。是は即ち解約申入に外ならず。勿論別様の見解を奉ずるに於ては、第二月についての十五

馬克に關しても、訴を歸するを要すべけれども、余の見地よりする時は、原告は、第二月についても被告の馬の收容に關して、使用貸借契約が成立したことにつき、舉證の義務を負ふこと依然たるものあり。然も原告は此の場合につき、被告に對し宣誓を要求する方法を以て、別段なる證據を申出でたり。されば此の證據は、厩舎の瑕疵に因り訴を棄却するを要せざる場合に於ては、重要なり。原告の宣誓の要求に關しては、被告は陳述を爲さず、裁判所の側よりもまたかくの如き宣誓を督促せられたることなし。事態かくの如くなるものある以上、宣誓の要求に關して判決を爲すは、懸念せざるを得ず。第四百五十二條、第四百五十五條、第四百六十條に因り明白なるものあるが如く、相手方の要求に係る宣誓を命ずるは、宣誓義務を負ふ當事者が、宣誓の承諾又は不承諾に關して、陳述するの機會を有したることを條件とす (同説 Stein Anm. I bei Ziffer 2 zu § 460 ZPO.) 之に反し、第二月についての馬一頭に關する使用貸借に基く裁判が、裁判官の裁定に因る被告本人の宣誓を指すに於て、懸念を挿む理由はあらざるべし。民事訴訟法第四百七十五條の意味に於けるかくの如き當事者本人の裁判官の裁定に因る宣誓の爲の條件は、存することなし。蓋し辯論及び證據調の結果は、第二月に對する使用貸借に關する裁判所の心證を基礎付くる爲には、充分ならざるを以てなり。然り而して裁判官の裁定に因り當事者本人の宣誓を命ずるは、當事者の側に於ける受諾の有無とは無關係なり。 (同説 Stein Anm. I bei Ziffer 4 zu § 475 ZPO.) 加之被告に向つて裁判官の裁定に因る當事者本人の宣誓を命ずるは、狀況にもよく適合する次第なりとす。何となれば二箇月に亘る使用貸借契約は、事實上締結せられざりしことについての、或る程度の蓋然性は、證人フロインドの供述に因り、自ら明白な

(記録第三丁)

(記録第二十)

るものあればなり。蓋し證人は使用賃貸借契約の期間を幾分長期に亘らしむべき話は全然あらざりし旨を明示的に述べたるを以てなり。従つて裁判所は當事者側より相手方に對する宣誓を要求せられたるにも拘らず、本來舉證の義務ある原告に向つて、裁判官の裁定に因る當事者本人の宣誓を命ずるの権利をも有するものなりや否やの問題は、之を論究するの必要なきなり(此の點については *Seuffert Ann. 2 zu § 475 ZPO* を参照)。

宣誓は、被告が厩舎を確定的に二箇月の期間を定めて、賃借したるものなりや否やの事實に指向すべきものなり。被告が宣誓の上之を否認したるときは、訴は第二月に對する十五馬克に關しては、之を棄却すべく、其の程度に於ては控訴を許さざるべからず。之に反し被告が此の宣誓を爲さざるときは、此の十五馬克に關しては訴を原告に歸すべく、其程度に於ては控訴を棄却するを要するなり。

然れども以上述べたる所はすべて、厩舎の瑕疵に關する被告の抗辯が、理由なきの條件の下にのみ認めらるる所に屬するも、此の點に於ては卑見に依れば、厩舎が何等重大なる瑕疵を有するものにあらざること、證據調の結果明かとなりたる所なり。而して證人フロインドの開示したる事情、枯草藁等を置くべき場所なきこと、車庫の閉されあらざること、脂肪の臭氣が不快なることは、「契約に從ふ使用の爲の適性を喪失若は減少せしむる瑕疵として看做すことを得ず。かくの如きは精々の所多少にまれ何れの厩舎に於ても、忍ばざるべからざる些細の不快事に過ぎざるものなり。此の事は證人フロインドが單に道具の一部分や、若干の脂肪が紛失したりと云ふのみを以て、移轉したりし事實について見るも明白なるものありとす。然れども余にとつて標準たるものの如く考へら

(記録第二十)

(一丁)

(記録第二十)

るるは、是亦證人フロインドの供述に係る、厩舎中に長期に亘つて、陸軍將校の乗馬を收容しありたるの事情なり。此の種の馬匹は、少くともここに問題たる如き平時にあつては、非常に細心の注意を以て取扱はれ、注意するに値ひせざる些細の點に至るまで、完全なるにあらざる厩舎内には、一日たりとも留めらるることなかるべきを以てなり。之を裁判所に顯著なる事項として認定するに些の懸念をも存せざるものと思料す。

以上述べたる如き次第なるを以て、被告は、厩舎は瑕疵を露呈したりと云ふ自己の主張につき、舉證の義務あり。されば被告は瑕疵を知りたるや否や、又は過失に因り之を知らざりしや否や、更に進んで被告は原告の爲に瑕疵の存否に關して、惡意に因り欺罔せられたりしや否やの問題は、重要とする所にあらざるなり。

寧ろ證人フロインドの馬の爲にする使用賃貸借に關しては、第二月に對する十五馬克の額に於ては訴を棄却すべく、被告の馬の爲にする使用賃貸借に關しては、第一月に對する十五馬克の額に於ては訴を原告に歸すべく、第二月に對する是亦十五馬克の額に於ては、それぞれ條件付の終局判決に依つて、被告に命ぜらるべき宣誓を被告が爲したりや否やに従つて、或は訴を棄却すべく、或はまた訴を原告に歸すべきものなりと云ふ裁判を固執すること、もとの如し。

(意見書第四)

訴訟費用に關しては、闕席判決に關する裁判費用を除外することを、既に意見書の冒頭に説明したる所の如くなれども、尙ほ其の外本案に於ける裁判のそれぞれ三分の一に關して、民事訴訟法第九十一條、第九十二條及び第九十七條に依る訴訟費用の裁判之に續く。

判決主文の字句に關しては、訴の請求の三分の一は控訴が棄却せられ、之に反し三分の二については、控訴は許されたることを指摘せざるべからず。蓋し控訴は條件付の終局判決が、無條件の言渡に代る場合にあつても有効なるを以てなり (Stein Ann. II zu 343, § II 3 zu § 537 ZPO. 参照)。

判決主文中に於ては、言渡されたる闕席判決に對して意見を表明せざるべからず。當事者が宣誓を爲すと否とに依つて裁判が左右せらるるときは、裁判は宣誓力確認の判決に留保するを要す (RG. Warn. 1920, 110 参照)。

闕席判決は控訴判決の場合に於けるとは異りて、條件付の裁判が無條件の棄却に代る場合にあつても、未だ以て直ちに之を廢棄すべからず。勿論此の點については争あり (Stein Ann. II bei Ziffer 7 zu § 333 ZPO. に於ける列擧を参照)。

然も闕席判決については條件付の終局判決に依つては未だ以て闕席判決が實體上不当に言渡されたりしことが確定せざるの事實は、茲に主張せらるる見解を辯護するものと云はざるべからず。此の事は特に其の或は生ずることあるべき民事訴訟法第七十七條に依る損害賠償の問題に影響を及ぼさずんばあらざるなり (同説 Stein Ann. II 〇並にそこに列擧されたる學說判決)。

従つて判決主文の字句が極めて嚴正に形式を墨守せる場合にあつては、先づ闕席判決の相當の部分を廢棄するの方向に於て、不服を申立てられたる判決の字句を更正する標準を以て、十五馬克の額に於ては控訴を棄却するを要すべし。其の他の點に於ては、十五馬克の額については闕席判決を維持するも、殘餘の十五馬克に關しては、不服を申立てられたる判決を變更して裁判を宣誓を爲すと否とに繫らしむることとするの必要あるべし。然れどもかくの如き判決主文の構成は、非常に要領を

捕捉するに難かるべく、従つて不服を申立てられたる裁判の形式を利用することなく、判決主文の全部を擧げて新に之を改造することを適當とすべし。

されば余は左の如き判決を提案するものなり。一九一一年十月七日を以て言渡したるクレイフェルド區裁判所の判決は、控訴に因り左の如く之を變更す。

一、一九一一年六月十三日を以て言渡したるクレイフェルド區裁判所の闕席判決は、金十五馬克並に之に對する訴狀送達の日以後年四分の利子の額に於ては、訴を棄却するの程度に於て之を維持す。

二、被告は——闕席判決の此の部分の廢棄して——原告に對し金十五馬克並に之に對する訴狀送達の日以後年四分の利子を支拂ふべし。

三、被告は左の宣誓を爲すことを得。

余は一九一〇年十二月初めクレイフェルド所在の原告の厩舎を、確定的に二箇月の期間を以て賃借したるものにあらず。

(1) 被告が此の宣誓を爲したるときは、殘餘の金十五馬克並に之に對する訴狀の送達の日以後年四分の利子に關する闕席判決を維持す。

(2) 被告が此の宣誓を爲さざるときは、——更に闕席判決を廢棄して——被告は原告に對し更に金十五馬克並に之に對する訴狀送達の日以後年四分の利子を支拂ふべし。

四、闕席判決の言渡に因つて生じたる裁判費用は之を除外す。

兩他の訴訟費用は、原告及び被告は現在既に各三分の一宛を負担するを要するものにして、
残餘の三分の一は、宣誓の行はれたる場合に於ては原告に於て之を負担すべく、宣誓の爲
されざる場合に於ては、被告に於て之を負担するを要す。

第二、判決案、

國王の御名に於て！

控訴人第一審被告ゲルゼンキルヘン市アツケル街十一番地アルフレッドベツトガ

ア、

右訴訟代理人クレーフエルド市辯護士フリーベル、

被控訴人第一審原告クレーフエルド市バーンホーフ街七十一番地ハインリヒ・クロ

ーネの商號の下に商行爲を爲す商人アルフレッド・クローネ

右訴訟代理人クレーフエルド市辯護士ブルゲル、

右當事當間の訴訟に於てクレーフエルド地方裁判所第四民事部は、地方裁判所部長判事アー判事
ベー及び區裁判所判事ツエーの協力の下に、一九一二年三月三日の口頭辯論に基き、判決すること次
の如し。

一九一一年十月七日を以て言渡ししたるクレーフエルド區裁判所の判決は、控訴に因り左の如く
變更す。

一、一九一一年六月十三日を以て言渡ししたるクレーフエルド區裁判所の闕席判決は、金十五馬

克並に之に對する訴狀送達の日以後年四分の利子の額に於て、訴を棄却せるの程度に於て
は之を維持す。

二、被告は——闕席判決の此の部分を廢棄して——原告に對し、金十五馬克並に之に對する訴
狀送達の日以後年四分の利子を支拂ふべし。

三、被告は左の宣誓を爲すことを得。

余は一九一〇年十二月初めクレーフエルド市所在の原告の厩舎を、確定的に二箇月の期
間を以て賃借したるものにあらず。

(1) 被告が此の宣誓を爲したるときは、殘餘の十五馬克並に之に對する訴狀送達の日以
後年四分の利子に關する闕席判決を維持す。

(2) 被告が此の宣誓を爲さざるときは、被告は——更に闕席判決を廢棄して——原告に
對し更に金十五馬克並に之に對する訴狀送達の日以後年四分の利子を支拂ふべし。

四、闕席判決の言渡に因つて生じたる裁判費用は除外す。

兩他の訴訟費用は、今日既に原告及び被告にそれぞれ三分の一を負担せしめたり。殘餘
の三分の一は、宣誓の爲されたる場合に於ては原告に於て、其の爲されざる場合に於ては
被告に於てそれぞれ之を負担するを要す。

事實

被告は一九一〇年十二月中使用賃貸借契約に因り、クレーフエルド市所在原告所有の厩舎に馬一

頭を收容したるも、幾何もなくして之を他に移したり。

原告は、被告は一九一〇年十二月と一九一一年一月との二箇月につき、毎月三十馬克の賃借料を支拂ひて馬二頭を厩舎に收容すべきを、確定的に契約したり(證據、人證補助として宣誓要求)。然も賃借料二箇月合計六十馬克中、被告の支拂ひたるは、僅々十五馬克に過ぎずと主張せり。

原告は先づ被告に向つて、原告に對し又は原告の訴訟代理人に、金四十五馬克並に之に對する訴狀送達の日以後、年四分の利子を支拂ふべしとの判決を求むる旨を申立てたり。被告は、訴を棄却せられんことを申立てたり。一九一一年六月十三日の期日は、本來證人一人を訊問する爲に指定せられたる所なりしが、其の呼出狀は送達不能として返送され、また原告は此の期日に出頭せざりし爲、自身に出頭せる被告の申立に因り、「訴を棄却す。訴訟費用は原告の負擔とす」との原告に對する闕席判決の言渡ありたり。

此の闕席判決に對し原告は一九一一年六月十四日、裁判所書記の調書を以て故障を申立て、闕席判決の言渡を以て不適法なりと述べたり。蓋し被告は辯護士フーベルに依つて代理せらるるに拘らず、被告は辯護士フーベルの明示の意思に反して、自己の一存を以て auf eigene Faust 此の判決を申立てたるものなるを以てなり。(證據、辯護士ブルゲルの證言)。

ここに於てか原告は闕席判決を廢棄して、訴の申立に依り判決せられんことを申立てたり。被告は、闕席判決を維持せられんことを申立てたり。被告は先づ兎に角使用賃借契約の締結を争ひ、然も原告に於て證人として指名したるレーデは、其の宣誓訊問に際し、原告の陳述の一分を確認

したり。ここに於てか被告は、「使用賃借契約の締結せられたることをもはや争はず。

更に被告は、厩舎は石灰の臭氣甚だしくして、長く馬を安居せしむること不可能なりきと抗辯せり。之に對して原告は、假令厩舎は少しく石灰の臭氣發散するにしても、馬を收容するには全然適當なり(證據、鑑定人の鑑定)。加之被告は契約を締結するに當つて、厩舎の状態を知れるか、又は少くとも必然的に知らざるべからざりしものなりと主張せり。

被告は契約の締結に先だちて、厩舎を檢分したることを争ひたり。(反證、人證)。

區裁判所は不服を申立てられたる裁判に依つて、左の如く判決したり。

「被告は原告に對し金四十五馬克並に之に對する訴狀送達の日以後、年四分の利子を支拂ふべく六月十三日の闕席判決に因つて生じたる費用をも併せて、訴訟費用を負擔すべし。

此の判決は假に執行することを得るも、被告に對しては金六十馬克を供託することに依つて強制執行を免るることを許す。

判決事實は、使用賃借契約の締結に關して被告は最初は使用賃借契約の確定的に締結せられたるを争へるも、後に至つて之を自白したりと記載し、判決理由中に於ては、被告はよし契約に何等かの瑕疵ありとするも、之を論據とすること能はず。厩舎を事前に檢分するを懈りたることに因り被告は重大なる過失の行爲を爲したるものにして、之に因つて——契約の締結の際に於ける留保も、原告の惡意も主張せらるることなきが故に——民法第五百三十七條、第五百三十八條に因る權利は、假に之を有したりとするも、今となつては之を喪失せるものなり。然り而して闕席判決の費用も亦、之

を被告に負擔せしめざるべからず。蓋し此の闕席判決は、適法なる方法に於て言渡されたるものにあらざるを以てなり。

此の判決は一九一一年十月十六日を以て送達せられ、當事者の演述する所となりたるが、此の判決に對し被告は、一九一一年十月三十日控訴裁判所に控訴狀を提出することに依つて、控訴を提起したり。

被告は、第一審の自己の申立に従つて判決せられんことを申立てたり。

原告は、控訴を棄却せられんことを申立てたり。

當事者双方は其の申立を理由つくる爲、第一審に於ける陳述を反覆し、被告は二頭の馬の爲に二箇月に亘つて厩舎を賃借したることを争ひ、更に原告は厩舎の状態に關して、惡意に因り被告を欺罔したり。厩舎は瑕疵を有す。厩舎と隣接して原告所有の脂肪溶解施設を存し、此の施設が厩舎内に於て、動物を飼養するに耐へざらしむる臭氣を、發散するものなり。原告は此の瑕疵を知悉しありたるに拘らず、惡意に因り之を被告に黙秘したり。(證據、宣誓)。被告が厩舎を檢分せんとするや、原告は之に對して、被告は厩舎を檢分する必要なしと述べ、厩舎の状態は充分満足にして、加之被告を厩舎に案内すべき傭丁が、目下居合はさざる旨を被告に告げたりと主張せり。

之に對して原告は、使用賃貸借契約の締結に關して、不服を申立てられたる判決の事實を指示し、該判決の事實は、被告が原告の主張したる使用賃貸借契約の締結を自白したるを明示的に確認したりと指摘し、更にまた使用賃貸借契約が原告の主張通りに成立したるは、原告より被告に宛てたる一九

一〇年十二月十六日の信書に因り、明白なるものなりと陳述せり。此の信書の内容——此の内容に關しては當事者間に争なし——は次の如し

拜啓貴殿が一ヶ月三十馬克前拂にて支拂ふこととして少くとも、二ヶ月間、馬二頭の爲の厩舎を確定的に賃借せられ候以上、折返し先づ一ヶ月の賃借料を御支拂相成度、特に辻馬車馭者業フロイ
ンド氏より賃借料として十五馬克の支拂ありたるに顧み、殘額十五馬克の御支拂相成度此段及請
求候、

若し貴殿にして三日内に御支拂無之に於ては、拙者は此の事件を辯護士に委任するの餘儀なき
に立至るべく、然る上は貴殿は更に多額の失費を重ねられざるを得ざるべく候 敬具

一九一〇年十二月十六日

クレーフェルド市

ハインリヒ・クローネ

ゲルゼンキルヘン市

アルフルレツド・ベツトガア殿

追伸、若し貴殿にして直ちに支拂はるゝに於ては、拙者に於ても賃貸料一ヶ月分を棒引きとするの好意を以て之に報ゆべく候へども、之に反し少くとも一ヶ月間の賃貸料の支拂は固執せざるを得ず候。契約締結の當時明示的に申上げたる如く、拙者は日割を以て厩舎を賃貸するものにあ
らざるを以てなり。

補助手段として原告は、二ヶ月間の使用貸借契約の、確定的に締結せられたることの宣誓を反覆したり。

厩舎の状態に關しては、原告は被告の陳述を争ひ、厩舎は充分満足の状態に在り、陸軍の將校が其の貴重なる乗馬を收容するにすら、繼續的に利用しつゝあるの有様なり(證據人證補助的手段として鑑定人の意見書)。收容馬匹の飼料の攝取充分ならざるは、假に厩舎に、何等かの臭氣ありとするも、それとは全然關係なきことなりと主張せり。

裁判所は、被告が厩舎を検分せんとしたるに、原告は厩舎は充分満足の状態に在りと述べたりや否や、厩舎と隣接して原告の所有に屬する脂肪の溶解施設ありて、是より發散する臭氣は厩舎内に侵入するや否やの點につき、被告の指名したる證人、レーデ及びフロインドの兩人を訊問することに依つて、證據を取調べたり。

手車貸付業レーデ當六十年の宣誓は、當事者双方に於て之を拋棄したり。而して同人は、使用貸借契約が當事者間に於て成立したる當時、其の場に居合はさす。只被告が夜に入り其の馬を厩舎内に連れ來りたること、自己の記憶する所に依れば、翌日晝間、又は其の二日後に、當該の馬が一向飼料を攝取せんとせざるの故を以て被告が之を再び他所へつれ去りたる事を知れるのみ。何が爲に馬が飼料を攝取する事を欲せざるものなるかの理由に至つては、證人は之を明かにせず。多分は厩舎に隣接して脂肪溶解の施設ありて、是が臭氣を發散する爲なりと解するを、當れりとせんと供述したり。辻馬車取業者業フロインド、當三十一年は、宣誓の上供述して曰く、自分は、一九一〇年十二月初め、厩舎

を賃借するの目的を以て、被告と共に原告の許に赴きたるが、證人並に被告が此の厩舎を必要とせるは、それ／＼被告並に證人の所有に屬する、二頭の馬を收容せんが爲にして、此の點は、原告にも通知したる所なり。三人は事務所に於て賃借條件を談合し、馬匹並に車輛を一ヶ月間收容することに對して、金十五馬克を支拂ふことを約束したれども、一ヶ月を超ゆる賃借期間に言及したること、曾てなし。被告並に證人が、厩舎を一覽せんことを欲する旨を告ぐるや、原告の子息は、厩舎は閉鎖されありて、其の鍵を携帶せる傭丁某は、目下外出中にして不在なり。然れども證人等は、厩舎を検分するを要せず、厩舎の状態は萬事良好なりと述べて、檢分を謝絶したり。被告並に證人は、兩三日後の夕刻、共に其の所有の馬を厩舎に收容し、證人は一ヶ月間其の所有馬を厩舎内に置き、此の賃借料として金十五馬克を原告に支拂ひたるが、被告に至つては、其の夜と次の午前の間、馬を厩舎内に置きたるのみにて、再び之を他に移したり。其の理由として、少くとも被告の證人に語れる所は、馬が少しも飼料を攝取せんとせずと云ふに在り。かくの如き馬の舉措が、果して隣接せる脂肪溶解施設より發散する臭氣に起因するものなりや否やは、證人は之を知らず。只此の馬の食慾が平素は至極良好なりしことは、證人の證明する所なり。且又證人は、此の厩舎に馬を連れ來りたるの當初、被告に向つて、證人は若し此の厩舎を豫め檢分したりしならんには、馬を連れ來ることなかりしなると告白せり。蓋し先づ第一に、枯草糞の類を收藏すべき場所なく、車庫には鎖鑰の設備なく、且又隣接せる脂肪溶解の施設より發散する臭氣は、頗る不快なるものありたるを以てなり。厩舎の賃借を契約するに當つて、證人は、此の脂肪溶解の施設の隣接を知らざりしものなり。かくて其の後に至つて、馬具其の他の紛失ありた

るが故に、證人は一九一一年一月に、竟に他に馬を移したり。此の賃貸借契約の初めには、陸軍將校の乗馬二頭、尙ほ此の厩舎に收容せられありたりき。

判決理由

控訴は、それ自體適法合式にして、適正なる期間内に提起せられたるものなり。且又控訴は、實體上部分的には理由あり。

原告の主張する所の如き、二頭の馬に對する二ヶ月間の確定的の賃貸借契約が、締結せられたることについては、原告に立證の義務あり。勿論不服を申立てられたる判決の事實に依れば、被告は契約の確定的の締結を容認したるものなりと雖、此の記載は、一九一一年九月三十日の口頭辯論調書に於ける確認と相容れずして、該調書に依れば、被告は、使用賃貸借契約の締結せられたることを、單に争はざるに止まれり。然り而して事實と口頭辯論調書とが相違するときは、口頭辯論調書の確定する所に従ふべきものなること、民事訴訟法第三百十四條の規定する所なるが故に、被告は今となつても尙ほ其の之を争ひたることを主張するを得べし。

證據調の結果に因り、裁判所は現在既に當事者間には、馬二頭の收容に關する使用賃貸借契約は、全然成立せざりしことが明かにせられたるものと認む。寧ろ證人フロインドの證言に因り、證人は其の馬を收容する爲に、原告と特別の使用賃貸借契約を締結したるものなること、自ら明かなるものあり。フロインドの義務の爲にする被告の代當責任を、理由付くるに足るべき着眼點は、全般の状況上より見て、之を存することなきなり。

然れども裁判所は逆にまた、少くとも一ヶ月間については、當事者間に馬一頭に關する使用賃貸借契約の、確定的に締結せられたることが證明せられたるものと思惟するものなり。是は、一ヶ月間馬と車輛とを收容するに對し、十五馬克を支拂ふ事とせる旨の證人フロインドの供述と、被告が原告の厩舎に其の所有馬を收容するに争なかりし事情とを、照し合せて考ふるに於て、自ら瞭然たるものあり。然れども第二月については、使用賃貸借契約の締結は證明せらるゝことなく、被告が二三日後に馬を他に移したるは、全般の状況上、使用賃貸借契約の解約申入がありたるものと認めざるべからず。即ち原告は、當初より二ヶ月に對する確定的の賃貸借契約の締結せられ居たることを、更に證明することを得る場合に限り、此の月に對する使用賃借料の支拂を要求することを得るなり。従つて此の點に關して、原告が被告に向つて要求したる宣誓は重要なり。勿論被告は尙ほ未だ、宣誓の受諾を表示せず、また宣誓に關する陳述を催告せられたることなしと雖、單に此の理由のみに基きて、口頭辯論を再開するは無用なり。蓋し裁判所は、民事訴訟法第四百七十五條に依り、裁判官の裁定に因る當事者本人の宣誓として、被告に宣誓を命ずることを得ればなり。然も民事訴訟法第四百七十五條の條件は、之を存す。何となれば、第二月について、確定の使用賃貸借契約が成立したることは、今日まで明かにせられあらざるを以てなり。寧ろ逆に、一ヶ月を超ゆる使用賃貸借期間が問題たりしことなき旨の、證人フロインドの供述に因り、被告の答辯が正當なることの、或る程度の公算を推論することを得るものなり。只裁判所は、宣誓義務ある當事者が、尙ほ宣誓に關する陳述を催告せられざる場合にも、裁判官の裁定に因る當事者本人の宣誓を命ずるの權を有す。

勿論使用貸借契約成立の結果として、賃借料を支拂ふべき被告の義務を生ずるは、厩舎は馬匹を收容するに不適當なりしと云ふ被告の他の答辯も亦正當ならざることが明かにせられたる場合に限るものなれども、裁判所は、證據調の結果に基き、厩舎は瑕疵なく、馬匹を收容するに適したりしものなりとの心證を得たり。證人フロインドが、厩舎の瑕疵なりとして擧ぐる所は、枯草と糞を藏置すべき場所なく、且車庫に鎖鑰の設けなしと云ひ、また脂肪溶解の施設の發散する臭氣が、極めて不快なりと云ふに過ぎず。然れども是等の事情は、單に些事に止まつて、未だ以て厩舎が馬匹の收容に不適當なりと論結せしむるには足らず。此の事は、證人フロインド自身、其の馬を一ヶ月の間厩舎内に置き、最後に至つて全然別個の原因に基きて、其の馬を他に移したるの事實よりして、既に明白なるものあり。更に陸軍將校の乗馬が、久しきに亘つて此の厩舎内に收容せられありたりと云ふ、證人フロインドの證言したる事實は、厩舎が相當良好なるものなることを傍證するものと云はざるべからず。凡そ馬匹の飼養には、極めて細心なる注意の拂はるゝこと、經驗の教ふる所なるに顧みるときは、苟も馬匹の收容に不適當なりと稱せざるべからざるが如き厩舎には、陸軍將校の乗馬などは、一日たりとも留め置かるゝ筈なし。此の事實に比較すれば、被告の馬が新厩舎内に於て、食慾不振なりし事實の如きは、重きを爲すに足らず。馬のかくの如き舉措は、恐らくは場所に變動ありたる爲、環境に馴染まざるの致す所たるか、乃至は其の他の原因に歸着せしむるを得べし。以上の如き次第なるを以て、厩舎が良好なる状態に在るものと稱することを得べしとせば、裁判は一に繋つて、如何なる範圍まで此の使用貸借契約が成立せるやの點に依るべきなり。

然り而してフロインドの馬に關しては、賃借料を支拂ふべき被告の義務は、全然成立することなきが故に、現在既に此の馬を收容するに對して要求されたる十五馬克の額並に利子の額に於ける訴は、之を棄却せざるべからず。

逆に被告の馬を第一月間收容したることに對する十五馬克の額——並に民法第二百九十一條、同第二百八十八條に依る之に對する年四分の利子の額に於ける訴は、現在既に之を原告に歸すべきものなり。

之に反して、第二月に關しては、裁判は、それが被告の馬の收容に關する限りに於ては、被告は果して第二月につき、確定的に厩舎を賃借したるものなりや否やの點に關する、被告の宣誓を主眼とせざるべからず。被告にして此の宣誓を爲したりとせば、それは即ち被告が第二月について、厩舎を賃借することなかりしを立證するものに外ならず(民事訴訟法第四百六十三條)。此の場合にあつては、最後の十五馬克並に利子に關して訴を棄却せざるべからず。また逆に被告が此の宣誓を爲さざりしとせば、それは即ち被告が第二月につき、厩舎を確定的に賃借したることが立證せられたるものと看做すべく、此の場合にあつては、残余の十五馬克並に利子に關して、訴を原告に歸すべきなり。(民事訴訟法第四百六十四條)。

一九一一年十一月十三日の闕席判決は、適法に言渡されたるものにあらず。蓋し先づ證據調の期日が指定せられたりしものにして、證據調の完結に先だち、闕席判決を言渡すことを得ざりしものなればなり(民事訴訟法第三百六十七條)。此の理由に因り、裁判所は、裁判費用法第六條に従ひ、闕席判決

の言渡に因つて生じたる裁判費用を除外することゝしたり。蓋し此の裁判費用は、事件を不當に取扱ひたることに因つて、關係者の責任なくして生じたるものなるを以てなり。尙ほまた訴訟費用に關する裁判は、民事訴訟法第九十一條、第九十二條、第九十七條に由來するものなり。

判決を作成するに當つては、民事訴訟法第三百四十三條に因り、第一審に於て言渡されたる闕席判決に對して、實際に見たる所の如く意見を表明するを必要とせり。

第八編 附 録

一、實地作業の爲の記録を配付する際に於ける邦司法試験事務局長の諭示

こゝに實地作業作成の爲、…事件の記録を配付す。

- (一) 一九二三年八月十一日の司法官試補事務修習規程第五十九條第二號に依り、裁判所の裁判を準備する爲の意見書並に判決案を作成すべし。作成に當つては、次に掲げたる訓示を遵守すべし。

引用したる圖書文献は、作業の劈頭に掲ぐべし。

作業の終尾には、作業を作成するに他人の援助を受けざりしこと、劈頭に掲載したる文献以外の文献を利用せざりし旨を保證すべし。

従つて、作業につき他人と討論するを許さず。

- (二) 作業は、記録と同大の透視を許さざる紙に明瞭なる字體を以て記載し、且之を編綴すべし。各頁には番號を附するを要す。

自身に於て作業を清書せざるとき、又は口授に依つて作業を作成すべきときは、國の筆記吏員 *staatlicher Kanzleibeamte* 以外の者をして調製せしむべからず。

記録は、細心に保管すべく、第三者をして閲覽せしむべからず。

- (三) 作業は、問題の受領後三週間内に附帶報告と併せて、日曜祭日以外の日の午前九時より午後八時までに、司法省の使丁長に手交するか、又は郵便に附することに依つて差出すべし。任命の都合に依り、問題を受領したる日に相當する期間の末日が、日曜日又は祭日なるときは、翌日に差出すを以て足る。

- (四) 其の外、司法官試補事務修習規程第五十九條第四號及び第五號第六十八條を參照すべし。郵便に附したる日は、次便を以て試験事務局長に通知すべく、其の他住居の變更亦之に同じ。

二、實地作業作成についての訓示

- (一) 意見書並に判決案の基礎とすべきは、最終の口頭辯論の内容にして、記録を評價して、並に試験の際に於ける利用の爲に附加せられたる注意書ありたるときは、思慮分別を以て之をも併せ評價して、推知せらるべき所のものとす。勝手に想定することを許さず。書損、違算及び之に