

とを申立てたとすれば、原告は果して訴訟を抛棄しやうとするものであるかどうかは、疑の餘地がある。
 (本案の落着についての此の判決の見解を、メンデルスゾーン(JW. 1921 S. 241)並にローゼンタール(JW. 1921 S. 730)の兩氏が維持すべからざるものとして論難したのは、卑見に據れば誠に尤もである。
 今こゝに擧げた大審院の判決中の一節よりして明かであるやうに、此の問題は極めて困難な問題である。當事者双方は、本案が落着したかどうかを争ふものであるから、申出中に於ては「訴訟が本案に於て落着した旨が表明され、之に續いて訴訟費用の裁判の爲されるのを常とする。従つて意見書の構成に於ては、普通先づ當事者の申立の究明から始めて、併せて落着の問題並に訴訟費用に關する裁判の爲に本案に言及することが如何なる程度まで必要であるかを認定すべきであらう。本案に於て如何に裁判すべきであつたらうかと云ふ調査が必要であるならば、此の時以後は——事件から自然に發生する細事を除外すれば——通常の場合に於ける意見書の組立から乖離することは、もはや適當でない。之に反し本案自體に言及するの必要が否認せられるときは、事情に依つては——少くとも試験の爲の作業にとつては——本案に於て如何に裁判すべきであつたかの副意見書を避けることは出來ない。

第三節 反訴

反訴が提起された場合には、請求の方を究明した上で、反訴は獨立して取調べるのが適當であると云つていふ。即ち先づ請求についての意見を完全に終結せしめた上で、初めて反訴に言及するのである。けれども事件の狀況如何に依つては、先づ反訴の方から始めて行くのが、適當であることもあり得る。

即ち例へば大審院は、Bl. 103 S. 424. に於て意見書にも通用する見解を示して、左の如く云つて居る。「當事者間の根本的の争は、訴よりも反訴に於て遙に顯著に現はるゝものなるが故に、先づ反訴の究明に着手すべきものなり」。

即ち實際の所訴について一通、反訴について一通と都合二通の意見書を作らなければならぬ次第である。併し訴と反訴との間に密接な法律上若は事實上の關係を存するときは、被告の答辯の審査と相關聯して、反訴を取扱ふの道を選ぶを要する。かくの如くいろいろと方法のある中で、其の何れを選ぶかは、一に狀況の如何に依つて定まる次第であるが、事情に依つては先づあらゆる方法に於て、意見書の構成を試み、然る上で最もよいと思はれる態様を執ることを、避くべきではあるまいと思ふ。

反訴の實體的取扱には、意見書を如何に組立てるを問はず、全然特別を存するものではなく、本訴自體に於けると同様、それ自體理由ありや否や等を正確に審査する。只其の際原告を被告として、被告を原告として取扱ふべきであることは、勿論である。特に通常の場合に於て、反訴の許否に關して全然懸念を存せず、且何れの方面からも懸念の聲が擧げられないときは、反訴が訴訟法上適法であることの説明は全然無用である。尙ほ又注意するを要するのは、反訴の不適法は、專屬的の裁判籍を存しない限りは相手方の方ではが欠缺を主張しないことに因つて、補正されることである(RG. Warn. 1908, S. 541 Nr. 66)。併し乍ら相手方が反訴は不適法である旨を主張するとすれば、詳細な複雑した議論を必要とすることがないでもない。民事訴訟法第三十三條の註釋には、此の點についての學說判例が載せてあるのが常である。

此の點に於ても、一九二四年六月一日以來施行されて居る民事訴訟法改正法は、若干の點に於て改正を加へて居ることを看過してはならない。特に反訴は、今後はもはや其の口頭辯論に於て主張されるに及んで初めて、訴訟繫屬となるものではなく、第二百八十一條は現在の法文では寧ろ訴訟の進行中に至つて初めて起されたる請求の訴訟繫屬は、此の請求が口頭辯論に於て主張されたる時期又は第二百五十三條第二項第二號の要件に合致する書面の送達ありたる時期又は第四百九十六條第四項に因り通知せられたる時期を以て、發生す」と規定して居るのである。

大審院の比較的近時の判例中、特に擧ぐべきものは左の通りである。

(a)、一九二六年六月二十五日の判決(Bd. 114 S. 171)。「民事訴訟法第七百二十二條に因る執行判決の言渡を求むる訴に對しては、外國の判決中に於て確認せられたる請求に關する異議は、強制執行手續に於て認めらるべき範圍に於てのみ、之を起すことを得」民事訴訟法第七百六十七條第二項。

(b)、一九一六年三月二十九日の判決(Warn. 1916 S. 225)は、離婚訴訟に於て取下げた訴を反訴に對する反訴として、新に起すことが出来るかどうかの問題について、左の如く判示して居る。「即ち是は原告が事實上試みたる、繫屬中の反訴に對する反訴の提起に外ならず。然り而して大審院の第四民事部は、新に生じたる訴の原因についての訴に關する一分判決の言渡後にあつては、離婚手續の性質に顧み、かくの如き反訴は懸念なきものと認めたり」。

(c)、一九一六年十二月七日の判決(JW. 1917 S. 295 = „Recht“ 1917 Nr. 427)は、訴訟無能力者の起した訴に對して反訴の提起を見、そして此の訴訟無能力者の死後訴訟能力ある其の相続人が訴訟に加入した

場合を取扱つて居る。此の特異な事實上の狀況及び法律上の狀況に關して、大審院は特に左の如く述べて居る。「訴につき一切の訴訟條件を存せざる場合に、反訴を不合法と認むべしと云ふ論結は、第三十三條よりも、はたまた民事訴訟法の他の規定よりも、推論することを得べからず。従つて訴の提起の當時原告が訴訟能力を缺き、かくの如き事由に基いて訴を却下するを要すると云ふの事情は、本來反訴の適法を妨ぐるものにあらず。只反訴自體につき訴訟條件を存し、即ち訴訟當事者が反訴提起の際、訴訟能力を有することを必要とするのみ……訴の取下は、訴の取下前に既に起されたる反訴の效力を失はしむることを得ず。蓋し訴の繫屬は反訴提起の條件たるに止り、其の存続の條件たるものにはあらざるを以てなり」民事訴訟法第三百一條を參照。

(d)、一九二三年一月二十二日の判決(Bd. 106 S. 220)は、宣誓力確認手續 *Läuterungsverfahren* に於ける離婚の反訴 *Scheidungsabwehrklage* の提起を、不適當として居る。曰く「訴も反訴も同一の訴訟物、即ち離婚に關するものにして、従つて本訴の裁判は反訴にも及ぶものなるが故に、本訴に關し既判力ある條件付の裁判ありたる後にあつては、もはや反訴の提起を許すことを得ず。上告論旨の高調する婚姻事件に於ける裁判の統一の原則は、正に此の論結に到達せざるべからず。離婚につき宣誓力確認の判決の言渡されたる場合に、あつては、被告たる配偶者の一方は、條件付終局判決の既判力の發生後に至つて、初めて發生したるか、又は之を知るに至りたる離婚原因の主張を禁ぜらるゝことは、誠に上告論旨の云ふ所の如しと雖、是は條件付終局判決の既判力の作用の、避くべからざる一結果として、甘受せざるべからざるなり」。

第四節 控訴

一八二

第二審に於ける訴訟に關する意見書は、第一審に於ける事件についての意見書と、全然同一に取扱ふのが最もいゝ方法である。そして意見書の冒頭には、控訴提起の適法合式に對して懸念を存するや否やを言明すべきである。

控訴の適否に關する詳細は、曩に訴訟條件を論ずるに當つて既に論じた所である。特に新民事訴訟法の法文に依つて認められることになつた改正は、恰も此の點に於て重要視される次第であることも、同じ箇所指摘した通りである。

爾他の訴訟條件は、第二審に於ける訴訟に關する意見書の場合にあつても、何等か懸念を挿んだか、又は懸念の理由ある場合に限り、之に言及すべきである。尙ほ又新民事訴訟法第五百二十八條に依り、第一審にあつては常に職權を以て其の欠缺を斟酌すべき各個の訴訟條件も、第二審に於てはかくの如き斟酌を行はないことに注意すべきである。

勿論大審院は(Bd. 98, S. 316)は、新民事訴訟法第五百二十八條について、拋棄することを得べき妨訴抗辯と雖、相手方の同意があれば、控訴審に於て追完することが出来る旨を判示して居るのである。

此の場合にあつても提案は、意見書の本論よりも前に置く必要がある。尙ほ又提案は控訴が許されるか否かの點を、目的とすべきである。即ち例へば第一審の裁判官は訴を却下したけれども、提案は訴を許すことを目的とするならば「訴を許すべし」と提案すとは記すべきでない。蓋し讀者も聽者も、控訴

が成功するか否かを知つては居ないからである。提案は寧ろ「控訴を許すべし」と提案す」と記すべきである。同じ筆法で「控訴を却下すべし」と提案す」と記すべく「訴を却下すべし」と提案す」とは記すべきでない。之に反し提案の理由は、第一審の訴訟に對する意見書と全然異らしむべきでなく、特に著者の経験する所に據ると、第一審の裁判官の所論を出發點として、此の所論がどの程度まで正しくあり、どの程度まで間違つて居るかを審査するが如きは、決して適當でない。そう云ふやうなことをすると、第一審の裁判官の思想の経路に余りに甚だしく拘泥しすぎて、従つてまた事實上の状況や、法律上の状況に對し獨自一己の見方をする妨げとなることが多い。然も試験作業としては、特にかうした獨特の觀察を望ましとするものであることは、素より言ふまでもない次第である以上、右に述べたやうな誤に陥るのは、受験者にとつて嚴に慎戒すべき所であらねばならない。然も意見書の成るべく終尾に至つて初めて第一審の裁判官の意見を検討し、其の所論に左袒するか、乃至はまたどの程度まで不服を申立てられた判決の説明と見る所を異にするか、其の原因は那邊に在るか等を簡單に指摘することゝするならば、右に述べたやうな弊害に陥ることは全然避け得られるであらう。

裁判自體については、特に所謂 *reformatio in ius* (上訴の不利益に於てする判決の變更)の禁止を看過することは出来ない。即ち新民事訴訟法第五百三十六條に據れば、控訴人の不利益に於てする判決の變更は、全然許されないことになつて居る。併し *reformatio in peius* の禁止の正しい限界を定めるのは、具體の場合に於て随分困難を伴ふ。此の點についての學說判例は、新民事訴訟法註釋書の第五百三十六條の項下に、普通掲げられてあるのが常である。

大審院は法曹評論 Juristische Rundschau 1926, S. 1368 Nr. 1876. 誌上に於て、控訴裁判所が宣誓義務者の附帶控訴を俟つことなく、第一審の宣誓の負擔 *erstinstanzliche Fidesanfrage* を廢棄するのを適法であるとした。曰く、

「第一審の宣誓の負擔が、宣誓義務者の附帶控訴に俟つことなくして、控訴裁判所に於て廢棄することを得るものなりや否やの問題に對しては、大審院の判決は、それ／＼案件の事情に従つて、異なる解答を與へたり。即ち新しき證據調の結果にもせよ、若は其の他事實上の狀況が第二審に於て著しく變動し、宣誓の廢棄か控訴人の現實の不利益を意味せざるとき(RGZ. 15, 211, 44, 366)又は重きを爲す新しき離婚原因が、宣誓を爲さざる場合につきて言明せらるゝ訴の却下を、固執することを不可能ならしめたる場合に於ては、積極的の解答を與へたり。(RGZ. 103, 168) 本案件にあつても、事態は頗る相似たるものありて存す。……かくの如き事情の下に於ては、宣誓を廢棄するも、法律上斟酌するに値ひする被告の現實の不利益をも存することなければ、また重要ならずとして判決せられたる、宣誓の不履行の場合につきて言明せられたる訴の却下の結果を維持することも、不可能なり。」

提案の判決の文體は、判決の取扱に際して示した例からして、自ら推知せられる。こゝでは只不服を申立てられた判決の一分文が、變更せられたに過ぎない場合に於ては、判決を全然新に構成し、第二審の判決に於ける變改の點文を記載すると云ふやうな、ことのないやうにするのが適當である場合の多いのを、指示する丈に止めて置く。かやうにするときは、當事者が第一審の判決と第二審の判決との双方を骨を折つて比較して見て、初めて何が本來正しいのであるかを、確めることを余儀なくされる弊を

避けることが出来るのである。

訴訟費用の裁判を理由付けるに當つては、標準となる規定は民事訴訟法第九十七條であつて、第九十一條ではないことに、注意を拂ふ必要がある。

第二審に於ける訴訟の完全な意見書は、設例三、四及び七の掲げる所である。

第五章 副意見書

副意見書 *Hilfsgutachten* (豫備意見書 *Eventualgutachten*) は、原則として之を作るのを避くべきで、少くともそれが偶々答案を作つた人物の不安を表明し、其の決斷力の足りないことを示す所以に外ならぬか、又はそうであるらしく見受けられる場合に特に然りとす。そしてそれは必ずしも困難なことではなく、少しく變通の才を廻らすに於ては、一定の判斷を妨げる疑の原因に其の判斷自體に及ぼす影響とを併せて、巧みに之を意見書組立中で取扱ひ、副意見書を必要としないやうに運ぶことが出来るに相違ないのである。

之に反し主たる意見書 *Hauptgutachten* が、全然本案の争に言及せず、又は全資料中の一小部分文に言及して居るに止まる場合に於ては、少なくとも試験作業にとつては、副意見書は避くべからざる所のものに屬する。

例へば主たる申立 *Hauptantrag* と副たる申立 *Hilfsantrag* (*Prinzipalantrag* und *Eventualantrag*)とを存す

る場合に、主たる申立に従つて判決されたとすると、副たる申立も是と同時に落着して了ふ次第であるけれども、事件の状況の如何に依つては、副意見書中に於て副たる申立に言及するを要するであらう。特に當事者の争が大部分副たる申立に關する場合に然りとする。或はまた本案が落着して了つて、何人が訴訟費用を負担すべきやを決定する爲に、本案自体に言及することがもはや必要でないときの如き又は管轄違、無訴權又は訴訟條件に於ける其他の欠缺、控訴の不適法、不適法なる訴の變更の承認に基いて訴が却下せられ、本案に於て裁判の爲されなかつた場合の如き、最後に意見書は證據調を必要と宣言することなく、本案に於ける裁判に到達したのに反し、記録中には證據調を包含して居るときなど、亦然りとする。是等の一切の場合を通じて、副意見書を必要とするものであることは、司法試験委員の試験作業の作成に關する訓示の明示的に言明する所である。即ち左の如し。「意見書は、訴訟法上の問題又は其他本案の審査に先行する問題に制限することを得ずして、此の問題の答解が訴訟の裁判に到達するときは、副意見書中に於て本案の争を究明すべし。證據調の評価及び之に因り生ずる事案の判断は證據調の必要の否認せらるゝ場合にあつても、副意見書中に於て之を爲すべし」。

副意見書を差出す場合には、副意見書の緒論の劈頭直ちに、如何なる理由に因り主たる意見書の外に尙ほ副意見書を差出すことを必要とするかを言明するのが至當である。例へば「訴は裁判所の管轄違に因り却下せらるゝが故に、本案に言及することは元來必要ならず。只若し意見書と見る所を異にして裁判所を管轄權ありと認むる場合の爲には、本案の審査を爲すの必要あり。然もかくの如き本案の審査も、訴を棄却するの結果に到達せずんばあらざるべし。其の理由は左の如し……」とでも云ふやう

にすべきである。

それから先は副意見書中に於ても、主たる意見書中に於けると全然同様に、本案の審査を行ひ、又は之を續行する次第であるが、只副意見書は普通其の範圍の上から見て、主たる意見書に於けるよりも幾分簡潔に、緊密にすることが出来やうと思ふ。然し之を外にしては、特則は全然なく、特に證據決定や證據調の結果に對しては、主たる意見書自体に於けると同様、意見を表明するを要する。

完全な副意見書は、設例三及び六に附け加へてある。

第六章 意見書中に於ける措辭

第一節 緒論

數年間實地の修業を積んだ最高學府の出身者を讀者とする書物が、提出すべき作業の措辭の上の取扱をも、其の考察の範圍内に加へると云ふのは、確に風變なことであると云はなければならぬ。此の意味に於て著者は、此の種の事項の考究を本書の目的の範圍外に屬するものと解して、従つて本書の初版に於ては、全然此の種の考究を掲げることをしなかつたのであるが、然も爾後の經驗は著者をして其の見解を豹變せざるを得ざるに至らしめた。即ち有爲有能の試補諸君ですらも、其の書いてある内容の價値を著しく低下せなければ止まないやうな用語で、其の作業を書き現はすものであることを發見したのである。

加之司法試験委員長の報告の如きも、試補が材料を取扱ふ上に於て、文字の運用が頗る拙劣であることを反覆して歎いて居る。即ち一九一三年二月五日の報告には、試補の中には其の作業を作るに當つて叙述の形式を看却する者依然として多し。表現や行文の上に於て、措辭と云ふことに對する感覺の缺如せるを示す者少からずと云ひ、一九一五年二月八日の報告中には、叙述表現の點に於ける瑕瑾の露呈するもの依然として極めて屢々なり。文脈錯綜して、理解に非常の困難を感ぜしむるが如き文章の構造を偏愛する傾向の見受けらるゝと亦少からず。従つて思想を成るべく簡明なる形式に於て書下し、獨逸語として適切なる文字詞句を使用するに、特に注意を拂はんことを、こゝに繰返して少壯法律家に警告するものなりと云ひ、更に一九一八年一月十六日の報告中には、宿題作業に於ても、はたまた訴訟事件の取扱にあつても、試補が措辭の明瞭純一と云ふ點に余り重きを置かざること文脈錯綜して理解に頗る困難なる文章の構造を偏愛して、不必要に外國語や専門語を使用すること等の依然として反覆せらるるを見る。當事者目當の判決中に於ては、一般的には全然知られあらず、且取引上に於ても普通には使用せられざる専門的の法律語は、原則として之を避くるを要すべし。こゝに於てか少壯法律家は其の事務修習の爲の期間中に獨逸語として適切なる表現方法を學び得て、あらゆる思想を成るべく明瞭、簡單なる形式に於て書き下すことを得るやう、眞摯にして永續的なる努力を拂ふ必要あるべしと述べて居る。

かくの如き次第であるから、本書中に於ても、試補諸君の作業の措辭上の方面を、全然看過しない方がいゝやうに思はれる。

勿論此の方面にかけては意見次第で如何やうにも議論を立て得る事柄の多いのは、直ちに承認しなければならぬ所で、甲の認めて以て非常に適當であるとす文章も、乙にとつては余りに誇張であり、余りに作爲を弄し過ぎるゝとして非難されるゝこともあるのみならず、少くも著者自身の經驗に據れば、此の方面にかけては我國の試補諸君は、教訓を受け容れる熱心さが非常に稀薄である傾がある。純然たる法律に關する點にかけては、如何なる教訓をも受け容れるけれども、事一度文體ミか用語の純一とか云ふ問題の段になると、もうとくの昔に完成の最高段階に達して居て、此の點に於て他の何人の後塵をも拜するものでないと云ふ矜持を、暗々裡、明々地に著者に向つて示す試補に出會したことは、一再にして止まらなう。

けれども著者が以下に於て實地作業一般、特に意見書に於ける措辭に關する二三の原則を論ぜんとするのは、作業の措辭の方面から見た取扱の點にかけては、指導は全然不必要であると云ふ考へが、試補諸君の間に非常に廣く流布して居るが爲に外ならない。事實や判決理由中に於ける措辭は、後に事實や判決理由そのものを考究するに當つて論ずることにするが、併し著者は、經驗上何時も試補諸君の違反するを常とする主たる原則を述べる丈に止める。特に自ら信じて、作業の措辭上の點にかけては、他人の教導に俟つ必要は全然ないと自負しつゝある試補諸君の、普通に犯す過誤文を擧げるに止めやうかと思ふ。

此の點に關する詳細は、*Deinhardt, "Die Sprache in den Prüfungsarbeiten, Frisches Deutsch" S. 94-99 der Thüringer juristischen Prüfungsordnung* von Stephan (7. Aufl., 1925)

中に取扱はれて居る。

第二節 實地作業に於ける措辭

試補諸君の練習作業にしる、試験作業にしる、大抵一つの共通の缺點を持つて居ないものはない。それは作業の讀者なり、聽者なりの時間や、注意力や、消化力やに余りに多大の要求を課すると云ふ一事である。實際作業を作つた當の人物は、自分の作業を見てくれる人が、日がな一日、あらゆる神経の働きを緊張させて、自分の作業を査閲する以外には、全然此の世で仕事を持つて居ないのであるかの如く、考へて居るのではないかと思はれることが再々ある。若しそうでないとするとするなら、何故作業を作製するに當つて想像に余る程の煩はしい文字詞句で、退屈極まる文體で、同じことを幾度も繰返すやうなやり方をするのであるか、誠に想像に苦む次第である。云はなければならぬ。然も作業に特色を與へるものは實に文字詞句と文體とに在る。即ち文字詞句と文體にして巧みに運用せられんか、恐らくは單に中庸の出來榮えであるに過ぎない作業も、優の評點を贏ち得るに足るであらう。と同時に逆に措辭の方面を等閑にし、試験委員の消化力に余り斟酌を拂はないときは、作業の評點が一段下つて了ふことを免れないのも、随分多く見受ける所である。

されば作業を仕上げるに當つては、措辭の方面に幾ら多くの注意を拂つても、決して充分であるとは云ひ兼ねる。そして此の事は、作業を起案する最初の日から、深く念頭に置かなければならない。最初は叙述の措辭の方面には、少しも注意を拂ふことをしないで、作業を起案し、文字詞句の妥當でないもの、

取捨選擇は、之を後日の推敲の節に譲るが如きは、凡そ是より間違つたやり方はない。此の時期に及んではもはや、かくの如く根本的な彫琢を加へる丈の時日の余裕を剩さない危険が生じ易いのであるし、且又後日の推敲の際には、誤謬の看過されることの非常に多いことも、亦顧慮しなければならぬ。成程草稿の出來上つた上で、措辭の方面にかけて再び審査を加へると云ふのも、確に推稱すべき處置であることを失はないのであつて、特に綴字や句讀法に若し謬りがあつたら、之を除去することを忘れてはならないけれども、かくの如き措辭の方面にかけての再審が充分の意義を有することゝなるのは、當初からして此の點に多大の注意の拂はれてある場合に限られる。

措辭の點に於て、作業に課せざるを得ない最初の、而して最も重要な要件は、叙述に興味を持たせる *anregend (interessant)* ことを必要とするの一事である。

試験委員が只最初の一語を讀んだ丈で、非常に心の惹かれ、非常に面白味を感じて、最後の語を讀み終るまで作業の巻を手から離すことが出來ないやうに、書かれてあることを必要とする。而して此の如き結果は、文字詞句の組立、叙述のやり方丈で收められなければならない。刺戟的な叙述の方法と云へば、一つ一つの句を成るべく短くすると、それ丈で既に半ば其の目的を達成することが出来る。何時でも二回以上讀み返して見ないでは、凡そ受験者本人が一體何を云はうとして居るのであるかを曉ることの出來ないやうな、從屬文章、澤山の長たらしい文章程、試験委員を困疲させるものはない。所が叙述が容易に理解し得られると、同時に或る程度まで文章が流暢快適になつて來るものである。だが是等の事項はすべて目立たぬやうに、またあまり露骨に作爲を弄したやうなあとの見えないやうに、施爲す

ることを必要とする。即ち文章の構造の然らしむる所既に文字詞句の上で試験委員に謎題を課するやうな難解な筆致を用ひることを慎むと同時に、通俗文藝の娯樂ものに見かけるやうな餘りに簡潔に過ぎる文章を、何等の聯絡もなしに並べ立てるやうなことも、深く戒めなければならぬ。

更に特に讀む人に嫌惡の念を喚起せしめるやうな、不愉快な語の配列も避くべきである。かくの如き不愉快な語の配列の中に數へたいと思ふのは、例へばよく用ひられる「一方では」「他方では」「einerseits,」「andererseits」を對立させた文章である。「何々する所の者」「der-jenige, welcher」「同人が」「derselbe」「後者は」「der Letztere」などのやうな語をつかつた云ひ廻しも、餘りよい響きを與へない場合が多い。其の外、簡素な言葉を使用することに、重きを置く必要がある。もつと遙に簡単に説明することの出来る事柄を、調子の高い澤山の言葉を使用して云ひ現はす誇張の云ひ廻しは、やゝもすれば不愉快な作用を及ぼす大袈裟な文章に墮し易い。例へば「控訴裁判所の論結は……：理義の一貫を缺く」Die Folgerung des Berufungsgerichts……entbeht der Schlüssigkeitなど、云ふのは、垢抜けのした云ひ廻しではないと考へる。それよりも此の論結は理義一貫せず」Die Folgerung……ist nicht schlüssigとやる方が措辭の上から見て正確でもあり、また簡素でもあらう。「目下の場合に於て」im vorliegenden Fallとか「本意見書の場合に於て」in unserem Fallとか「目下の訴に於て」in der vorliegenden Klageとか云ふやうな字句も多く用ひられる所ではあるが、著者には不必要であり、無用であり、従つてまた垢抜けのした云ひ廻しと稱することは出来ないと思はれる。苟も作業中で説述されて居る所の事項は、すべて目下の場合に關係して居ないものはないのである。果して然らば、此の自明的の事項を贅き贅きする程までに、間斷なく繰返す必

要がどこにあるか。概して同じ言葉若は同じ云ひ廻しを、餘りに頻繁に使用するのは、成るべく戒めたと思ふ。特に一つ一つの句が巧みに前後の聯絡を保つて居るやうにすることに、重きを置く必要がある。それ／＼の句は叙述を進展させて行くものであらねばならない。新しい思想を包含するものであらねばならない。けれども其の内容の上から云へば、後から続く句は、前に進んだ句と相關聯するものでなければならぬ。同じ議論を繰返すのは成るべく全然之を見合はすのを可とする。また作業の別の箇所の参照を求めるのは、通讀の妨げを爲す次第で、垢抜けのしたやり方ではないと思ふ。一切の資料を巧みに配列して、どの思想も只一度だけ表現されるに止まるやうにするのを以て、巧妙な叙述の方法であるとすべきである。けれども他の箇所の参照を求めることが、現實に避くべからざることであるならば、それを巧みに叙述の経路中に編み込んで、試験委員がその前に既に述べてある事柄の反覆であり、参照であることに全然氣がつかぬやうにすべきである。然し決して自分から試験委員に向つて、それが前に述べた事柄の反覆であることを指摘すべきでない。所が練習作業、試験作業にして此の原則に違ふものは、殆ど其の跡を絶たない。「曩に論したるが如く」wie oben ausgeführtとか「既に述べたる所の如く」wie schon gesagtとか、其他之に類似の字句の毎頁に發見することの出来るやうな作業すらもある。假に受験者がかくの如き指示をしなかつたとしたら、試験委員は恐らくそれが反覆であり、即ち普通少くとも叙述中に於ける目障りの箇所を成すものであることに、氣付かないで了つたであらう。併し受験者が實際に、かう云ふ風に参照を指示しないと不十分であると考へたのだとするならば、少くとも實地作業の作成についての司法試験委員の訓示に「作業の或る箇所に於て、他の箇所の参

照を求むる場合には、其の丁數を示すべし」とあるのに、注意を拂ふ必要がある。特に邪魔になるのは、著者の見る所では、後に至つて作業の経過中に出て來べき記述の参照を求めることである。かくの如き場合にあつては、若しそれが出來ることであるならば、最初の箇所で實體的の説明を加へ、後の記述に際して、前に記述した所のものの参照を求めるとが正しいやり方であると考へる。かう云ふ風にすれば、試験委員が少くとも普通の記憶力を持つた人であり、且参照を求めるとやり方が非常に拙劣でない限りは、前の箇所に立戻つてもう一度読み返して見ることが、強ひられるやうなことはないであらう。けれども叙述を始めた後直ちに、後に記述する所の援用を求めることにするならば、試験委員は多くの場合、前後の關係から離れて、参照を求められた箇所を、先廻りをして一讀しなければならぬことになる。こんな試験委員の煩はしさは、受験者の方で叙述を巧妙にしさへすれば、全く之を省くことが出來る次第なのである。

作業の措辭に關する一面を取扱ふに當つて、特に注意を要求する點は、一切の外國語を擧げて之を淘汰すること、是は仲々面倒なことである。

今日外國語排斥の運動が、次第に許容することの出來る限界を超越して來たのは、確に看過すべくもない事實であつて、此の意味から云つてストルツツが(JW. 1917 S. 446)「今日猖獗を極めつゝある、人に依つては既に怪奇趣味に隣する境地にまで立至つて居る言語上の國粹熱を、弾劾して居るのも決して無理でない。實際特に専門上の語には、非常に内容が豊富であり、また確定的でもあつて、他の語を以て代へることの不可能なものも、少くない次第であるから、外國語を全然獨乙語から驅逐して了ふと云ふこ

とは、卑見に據れば結局言葉の範圍と、表現の方法とを狭めるものに外ならない。従つて餘りに劇しく外國語を排斥することにすると、竟には之に對して或る種の反動運動を生ずるに至ることは、知れ切つたことである。それでは著者一個人の經驗に過ぎないが、比較的若い法學生の間には、既に此の外國語排斥の運動に對する反抗的態度が往々にして見受けられるやうである。かのカントロウキツツは(RZ. 1919 S. 330)「今日既に記録に積つた塵や外國の金びか細工から淨化された法律語の、高貴な力を極めて汎い範圍の間に感知することが出來る」と稱して居るけれども、此の連中の中には、小壯法律家の多くは加はつて居ないのである。さればこそ外國語を使用することに對する警戒は、愈々以て切實なるものがあると云はなければならぬ。即ち試験作業は、よしんば客氣にはやる青年學徒にとつては、決して自分の氣に喰はぬ風潮に對する、不平不満を洩らすに適した場所ではない。抑も試験委員の間に於ける傾向が、外國語を歓迎して居るものでないことは、試験委員が受験者に向つて與へた訓示について見るも明かなるものがあるのである。即ち極く近頃まで實地作業作成についての試験委員の訓示には「獨乙語として適切なる文字詞句を用ふるに、特に注意を拂ふべし」とある。此の要求を訓示中に適入する理由として、司法試験委員長の一九一三年二月五日の報告中に述べて居る所は、實に左の通りである。「司法官試補が獨乙語として適切なる文字詞句を用ふるに、特に注意を拂ふを要する旨の警告を挿入したるは、作業を作るに當つて、叙述の形式を閑却する試補が、依然として尙ほ多きに居るの事實に顧み、特に余の提案に係るものなり。表現並に文の構造に於ける用語についての感覺の缺乏の、曝露せらるゝこと決して稀ならず。外國語や専門語の不必要に使用せらるゝの風は、更に廣汎なる範圍に亘

れり。されば同法官試補は、此の點に於て嚴格なる自制を加ふるの必要あるべし。外國語や専門語を偏愛するの念は、特に學力の比較的薄弱なる試補について見る所にして、是等の試補はかくの如き表現方法を使用することに依つて、問題の複雑さを瞞着し、思想の鋭さと明確さを缺くを糊塗せんとするなり。即ちこゝでは要するに、外國語や専門語に對する偏愛の念は、本人が學力の薄弱な試補であり、思想の鋭さと明確さを缺くと云ふ推測を、理由付けるものであると述べられてある次第である。著者はかくの如き論結は、餘りに速断に過ぎるものであると考へるのであるが、併し司法試験委員長のかうした見解に對して、如何なる意見を懷かうと、それはその人々の自由であるが、試験作業を作る受験者としては、兎に角試験委員の間に行はれて居るかゝの如き傾向に、直ちに服従することを強ひられるものと謂はなければならぬ。然り而して近頃になつても司法試験委員の間には、かくの如き見解が行はれて居るものであることは、一九一八年一月十六日の司法試験委員長の報告の、明かに示して居る通りである。曰く「宿題作業に於ても、はたまた訴訟事件の取扱に於ても、試補が文字詞句の明確と純一とに多く重きを置かざること、特に理解に容易ならざる錯綜せる文體を偏愛し、不必要に外國語と専門語とを使用しつゝあること益々明かなるものあり。然れども當事者に向つて言渡すことを目的とす判決中に於ては、餘り一般には知らるゝことなく、且又取引上普通には使用せらるゝことなき、専門的の法律語を使用することは、原則として之を避くることを必要とすべし。されば司法官試補は、事務修習の爲の期間中眞面目に、且永續的に、獨乙語として適切なる語法を修得して、如何なる思想をも成るべく明確にして簡素なる形式に於て書き下すことを得るやうに、努力せざるべからざるべし」。

かう云ふ次第であるから、既に其の草稿を起案する時からして既に、外國語は成るべく一切用ひないことにするのが適當である。けれども若しかうした斟酌を拂ふことに慣れないで、是が爲に實質上表現の道をも妨げられると云ふやうなことであれば、之を免れるの方法は只一つあるのみである。即ち先づ最初には外國語が紛れ込むと否とには頓着しないで、只ひたすらに作業を書き上げ、其の全部脱稿した上で、不必要な外國語に代ふるに獨乙語を以てする丈の爲に、もう一度作業を読み返して見ると云ふやり方である。尙ほまた無雜作に理解することの出来るやうなものであるなら、時には新しく造語することをも尻込みすべきではない。

若し此の點に於て懸念を挿むならば、自分の新造した語の次に括弧をして、之に該當する外國語を掲げて置くのが恐らく適當であらう。大審院の如きもかうした處置を執つて居る。即ち例へば *Entscheidung* 78, 60 ff. に於て *„valutiert“* なる語に代ふるに「支拂に因つて發生したる」 *durch Zahlung zur Entstehung gebracht* と云ふ獨乙語の字句を以てし、また *Urteil* 87, 3 に於ては *„konkret“* と云ふ語に代ふるに「各個の場合につきて特定せる」 *für den einzelnen Fall bestimmt* なる字句を用ひ、更に *RG*, 88, 219 に於ては *„kumulativ“* なる語の代りに「重疊せる」 *gehäuft* なる語を以てし居るやうな次第である。

第三節 意見書に於ける措辭各論

文字詞句の純一と、叙述の明晰とに對する感情は、其の發達の程度に多少の別はあれ、研究の所少くとも時々、我が國の試補諸君の間にも見受けられることがあるが、意見書は全然特殊の態様を要求するもの

であること並に叙述の點に於て、思想の順序の組立に於て、専ら意見書に獨特な表現の方法を存するものであることを、理解して居る者に至つては、殆ど決して無いと云つてもいい。試補諸君は大抵、恰も判決の理由を記述する場合に於けると全然同じ様に、意見書の思想を順序を逐ふて叙述する。所が意見書の思想の展開と、判決の理由との間には、本質的の相違があるのである。

ベールは其の著書「大審院判決批評」(Bahr, Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen 1893)の序文中に此の相違を極めて明瞭に説明して居る。即ちベールは左の如く述べて居るのである。「判事は評議室で演述を爲すと、公衆の面前で判決の言渡を爲すに依つて、それ／＼違つた言葉を使用するやうに、絶へず注意を拂ふことを必要とする。評議室に於ける判事の演述——若は從來大の人のつかつて居る言葉に依れば、報告 Relation——は、あらゆる方面に亘つて法律的に事件を究明し、自分の驅使することの出来る時間の許す限り精到に、深刻に議論を試みることを必要とするの外、當事者が持出したと否との關係なく、あらゆる種類の疑の原因をも、論すべきである。況んやまた法律問題については、學問上の權威者の意見も亦、斟酌すべきものであることは、自明的の事項に屬する。一言にして盡せば、合議部の内部に於ける演述は、全然學問的の議論の性質を有するものと云ふことが出来る。

所が判事が公衆の面前に於て爲す判決の語調に至つては、全然其の趣を異にする。裁判所の判決も亦確に一個の國家行爲 Staatsakt であつて、國家行爲たるにふさはしい相當な形式を保つことを決して忘却してはなるまいが、判決について必要なるものとして要求される明晰と云ふ要件と相並んで、第一の要件を成すものは簡潔 Bündige Kürze と云ふ一事である。判決は決して、學說の對論に墮するやうな

ことがあつてはならぬ。判事は判決を爲すに當つて、胸中を往來した一切の事項を、公にさらけ出して見せる職分は持つて居ない。特に判事は其のすぐ後で、自分の口から重要でないこと云ふことを言明するやうな問題を、討究すべきでない。判決は只判決の現實の原因 rationes decidendi を言ひ現はすに止むべきである。併し此の裁判の現實の原因は、曖昧であつたり、又は動搖して右往左往するやうなことがあつてはならぬ。寧ろ確定的であり、確實であることを必要とする。疑の原因 rationes dubitandi は當事者が之を持出したか、又は前審の判決に依つて刺戟された場合に限り、之を取上げて、之に反駁を加ふべきである。學問上の典據を示すことは、判決中では不必要である。況んや之を論難攻撃をするが如きことに於ておや。判事は須らく獨自一己の見解を提げて、獨立して行動を爲すべく、此の判事が如何にして其の見解を築き上げたかと云ふことは、事の本筋とは何等關係のないことである。若し府縣の官廳か財務官廳が其の裁決に於て、くゞしく疑問を論究し、其の間學者の所説を博引旁證して、之を隨所に挿入すると云ふやうなことをやつたとしたら、人は果して之を何と云ふであらうか。かうしたことは府縣の官廳や財務官廳にとつて似合はしいことでないやうに、裁判所にとつても亦ふさはしいことではない。然るに獨乙の多くの裁判所は、判決のかくの如き簡潔な形式についての感受性を全然失つて了ひ、裁判の理由は廣く學說上の見解を披瀝する所のものである形式を執りつゝある。それは即ち裁判の中に、報告と其のあらゆる主觀とを併せ盛り込んだものに外ならない。

所が此の最後の一句は、意見書の本來の形式と稱したと思ふ所の一切のものを包括して居るものと考へる。意見書は或る程度まで、其の作成者の人格を反映する反射鏡に外ならないので、作成者は意見

書中に於て其の個人的意見を表明し、之を理由付けるに自分の發見した、若は自分の是認した理由を以てし、自分の懐抱した疑問を打ち明けるのである。されば作成者の「自我」、即ち作成者の人格は、絶對的に意見書中に現はれて居ることを必要とする。若し試補諸君が、多くは恐らく謬れる謙遜の念よりして、意見書中で全然自我を没却し、自我を發揮する代りに、毫も個性を認めることの出来ない、有り觸れた態様の字句でお茶を濁して置くとするれば、それは全然意見書の本質を、誤認したものと云はなければならぬ。即ち例へば、之に對して……と認むるを以て正しとすべきか如しと云ふ風にやらないで「此の理由に因り余は……と認むるを正當なりと考ふ」と云ふ風に、率直に述べるべきである。更に意見書中で取扱つて居る問題につき、學說や判例中に發表されて居る見解に對し、意見書の作成者としての個人的立場から、意見を述べると云ふのは、全然意見書の範圍内に屬する仕事であると云はなければならぬ。勿論かうした場合に、かうした議論の爲に餘り多くの時間を試験委員に費させるのは、序乍ら堅く戒めて置かなければならない所であるが、或る程度まで委曲に互るのは、意見書としては確に許されてあることである。只終始念頭に置く必要のあるのは、意見書の目的とする所が、提案を理由付けるにあると云ふことである。苟も此の目的と直接關係を持たないことは、一切之を拋棄しなければならぬ。従つて實地作業作成についての司法試験委員の訓示は、以前には「意見書は、定の提案に到達するを要す」と云ふ、今日でも尙ほ存置されて居る句と相關聯して、更に「其の際考慮に上る事實問題及び法律問題は、根本的に究明するを要するも、本論を離れて枝葉末節に言及し、又は同一主旨を反覆することを避くべし」と云ふ文句を掲げて居たものなのである。此の一句は今日では全然削除されて予つて

は居るけれども、それは此の文句が本來自明的である事柄を掲げて居る所から、竟に削除されたのであることは明白である。而して意見書に於ける叙述は、長たらしく紹介の序説をしないで、始終歩を進めて行かなくてはならぬ。今論ぜられつゝあるのが何れの點であるかを、一々説明するのは無用である。それは叙述それ自體からして直ちに明白であるべき筈のものであらう。「……の點が問題なり」とか「次に……の點を論ずべし」とか、其他かう云つたやうな紹介の文句は、偶々以て退屈な、煩はしい感じを與へるに過ぎない。

恐らく大抵の意見書について見る所であるが、澤山の法律問題を論ずる必要がある場合に於ては、個々の問題を検討する委曲の程度に關して、差別を設けるのを相當とすることがあるであらう。特に學說や判例の間に新に發生した着眼點であつて、今日までまだ餘り學問的に論ぜられて居ないものは詳細に論議し、之に反し従來論し盡されてある問題は、比較的簡單に片付けて了ふのが、場合に依つては適當である。かう云ふ風にするときは、意見書は、個々の問題を取扱ふ上に於ての區別に依つて、既に刺戟的作用を及ぼす次第なのである。

然るに試補諸君の作業中には、以上に述べた所と全然正反對なやり方を非常に多く見掛けるのは、誠に不思議なことであるとしなければならぬ。即ち是等の作業にあつては、自明的な、早くから論じ盡されて居る問題は、沉く周匝精細に論し立て、置き乍ら、主眼とする點については、それが優に詳密な説明の機會を與へて居る場合に於ても、極めて簡單に片付けて了ふのである。かうしたやり方は、獨り行文上、形式上、謬りであるのみならず、また獨り意見書の合理的な組立に反するものであるのみならず

實體的の議論そのものに於ける缺陷として稱さなければならぬ。

意見書中で法規を援用するに當つては判決の場合に於けるとは全然異なり左の區別を爲すの必要がある。

長文の規定を其の文字章句の儘に引用するのは、普通試験委員にうるさいと云ふ感じを與へる。凡そ意見書を読む程の人物は、重要な法律の主なる規定位は悉く讀じて居るものと豫定して、いゝ次第なのであるから、法規を文字章句の儘に引用することを必要とするのは、平素引合に出されることの餘りない規定を先づ第一として、次に各個の案件につき、法規の正確な字句に重きを置く場合に、恐らく限られるものと思ふ。其の他の場合にあつては、法規判例集、學說等を援用するには、普通に使用される略語を用ふることを妨げられるのではない。かくの如く普通に使用される略語を、規則正しく用ふることを、とゞするときは、叙述は非常に要領を掴み易くなつて来る。之に反し、それ自體からして直ちに理解することの出来ない珍しい略語は、全然用ひないがよろしい。かくの如き略語は、偶々以て試験委員の通讀を妨げ、其の注意を作業の實質上の内容から、他へ轉向させるからである。

同じ理由に因り、意見書の明朗透徹を妨げざらんが爲には、文章の中に學說判例からの引用文を挿入するのを、避けるのを可とする。一番いゝのは之を括弧の中に收めて、其の由來を證明すべき句の終尾に置くのである。此の場合に参考書は比較的小さな文字で記し、他の記載との間には幾分の間隔を設けて置くことにするときは、参考書の引用を讀まうと思はない者は、之を飛ばして先へ進むことが出来るので、頗る好都合である。またかうした指示にも注意を拂ふ者は、格別時間を費することなく、また

あちらこちらへ眼を配る必要なくして、之を併せ讀むことが出来るのである。

また例へば國際私法上の問題に因り、獨乙語以外の國語を以てする引用を爲すべきときは、普通其の翻譯文を附記して置く必要があるのであらう。但フランス語、イギリス語、及びラテン語については、例外を認めることが出来る。蓋し是等の國語の知識は意見書を査閲する程の人物にしては、少くとも引用文位を理解するに、格別の困難を感じないことを豫期して差支ないからである。

意見書の作成者の個性が、提案を理由付けるに當つて表面に流露すると云ふ點に、意見書の文體に於ける本質特色が見られるものであるとするならば、またそれ丈に此の個性の流露が、不遜若は驕傲の感じを與へることのないやうに、よく／＼戒慎するの必要がある。かくの如き忠告は、試験作業に於ては本來無用な筈なのであるが、試験諸君もつと正確に云へば特に意見書の本來の文體、意見書の本來の性質が、専ら提案を理由付けるに當つての、個性を發揮する方法であることに、全然何等の豫想をも持つて居ない人々の中には、此の忠告を無視する者が仲々少くない。けれども徹頭徹尾個性を發揮した方法で提案を理由付けると云ふことゝ、叙述の調子や叙述に於ける作者の態度の、或る程度まで謙遜であると云ふことゝは決して兩立し得ないものである。

そしてまた試験作業について、何が一番不愉快であり、嫌惡の心を生ぜしめるかと云つて、驕傲な態度や、他人の意見を批評するに、餘りに苛烈の言議を逞ふするより甚だしいものはない。所が他人の意見を批評するに餘りに苛烈であり、若はまた侮辱的の言葉をすら吐いて、他人の説を蔑視すると云ふ弊風は、遺憾なことには益々蔓延する一方であるやうに見受けられる。さればこゝでは、此の弊風に陥るこ

となきやう、堅く試補諸君を戒めたいと思ふ。例へば某々氏及び某々氏は如何にしてかくの如き説を唱ふることを得るか誠に解し難しとか又は「某々氏の推論は全然謬れり」とか云つたやうな詞句は常に其の當人を悪し様に云ひ立てるものに外ならない。随分と有力な法律學者に對して、自己の優越感を示すやうな字句についても亦同じ。作業中で「余は某々氏が其の説明の及ぶ範圍を悉く意識し居たりしものとは思料せず」など、云ふ風に論し立てるとすれば、かくの如き倨傲の態度は、偶々以て作成者自身に對する反感を挑發する所以に外ならない。

試験作業中で冗談を弄するのも適當でない。特に他人を洒落の槍玉に擧げるが如きは、大の禁物である。例へば意見書中で證人は實際控訴裁判官より遙に深邃な法律上の知識を持合すものなり」と洒落てあつたとすれば、それは怪しからぬことに感ぜられるであらう。而してかくの如き惡趣味が、作業に評點を下されるに當つて、非常に作成者の不利益に重きを爲すのは、殆ど當然のことであらうと思ふ。而して大審院一九一九年四月三十日の判決 *Warn. 1919 S. 218* が、控訴裁判所——ケルン控訴院——を公然蔑視することを躊躇しなかつた事例の如きは、作成者の爲に辯解の辭と爲すには恐らく足りないのである。

且又氏の場合にあつても、經驗の教へる所に據れば、倨傲な態度や他人の意見に對する餘りに苛烈な批評は、作成者の主張する意見の實質上全然不當である場合に見受けられると云ふ事實である。是は例へば大審院や其の他の上級裁判所の裁判の場合にあつても、自己固有の見解が決して非難を容れないものではない場合に、下級裁判所に對して特に辛辣な語調を洩すものであることが證據立てられるのである。

其の實例

(1) 即ち將來の給付を求むる訴は、即時支拂を求むる訴の不可能が原告自身の責任に歸着しないことを條件とする。即時給付を求めたる訴を提起し得ないことにつき、自分自身責任を持つ債權者には法律は必ずしも救済を與へやうとはしないのであると云ふ、ベルリン控訴院の確に不當でない見解に對し、大審院は *Warn. 1917 S. 193 Nr. 127* (一九一七年二月二十日の判決) に於て「控訴裁判所は、自己が何に因つてかくの如き法律の意思を明かにしたりしかを言明せず」と云ふ句を以て、其の見解を反駁して居る。著者の感じから云へば、かくの如き文句は純然たる嘲弄同様の、作用を及ぼすものと謂はなければならぬ。従つてかくの如き他人を傷けるやうな方法で、自分の論旨を理由付けて居る場合には、試験委員としては、形式を峻酷にすることに因つて、實質上の理由の不足を補はうとして居るのではないか、さうかを審査して見る見を起さしめられるであらう。

(2) *RG. 89, 5* (一九一六年十月十七日の判決) は、美術展覽會の首脳部は美術品返送の際に於ける、包装の不完全についての責任を除外したかどうかの點に關する。當該の規定の解釋に關しては、意見は極めて區々たるものがあり得るにも拘らず、大審院は控訴裁判所たるカールスルーへ控訴院が、展覽會首脳部の責任の阻却を言渡したのに對し、非常に辛辣な方法で、其の見解を反駁し、特に左の如く述べて居る。「控訴裁判官の理由とする所は、全然法律上の錯誤たるものと認めざるべからず」。「加之控訴院が論據とする今一つの考慮も亦、原告の論旨に賛同するものと爲すことを得べからず。蓋し是等の考慮は

徹頭徹尾謬れるものなるを以てなり」「控訴裁判官が如何にして……を想定せんことを欲したるものなるか、全く解することを得ず」「同様にして……の比較對照も不相當たると共に……と云ふ説明も誠に奇怪なり」「其の認めたる額は全然無意義たりとす」。かくの如き字句が上級裁判所の自己に從屬する裁判所に對する判決中に於てすらも——そしてまたそれが或る點丈に止まる次第であるにしても——果して相當であり、辯解することの出来るものであるかどうかは、こゝでは囁々するを欲しない。

試験作業に於てはかくの如き言廻しは、作業そのものや作成者の人物に關する評點に、非常に不利な影響を及ぼすことがある。所が最も熱心であり、また最も勉強家である試補諸君こそ、かうした點に於ても大審院の掣に倣ふ危険が、特に大なるものがある次第なのであるから、此の點は特に一層高調して置く必要がある。

自分の意見を高調するに不遜であるの危険は、控訴事件の場合に、第一審の裁判官の見地を排撃するに當つて、特に大なるものがある。かくの如き危険を避ける爲に、著者は第二審に於ての意見書を組立てるに當つて、不服を申立てられた判決の理由に拘泥しないことを提案した。假に此の提案には左袒しない場合にあつても、少くとも第一審の裁判官の見解に對して自分の見を表明するに當り、之を侮蔑するやうな語調を弄することは、嚴重に之を避くべきである。

形式上尊大であつて、然も其の内容上は殆ど何事をも言明して居ないやうな措辭は、推稱するに値ひしないものと考へる。例へば「明々白々なり」*es ist offenbar*とか「一目瞭然たり」*es liegt auf der Hand*とか「疑を容れざる所なり」*es ist zweifellos*とか「問題たるの餘地なし」*ausser Frage*等の字句がそれである。

試験作業に於ては「疑を容れざる所なり」とか「一目瞭然たり」とか云ふ事柄は、全然あり得ない。すべての事項悉く之を充分に理由付けることを必要とする。けれども右に述べたやうな大言壯語は、畢竟何の理由をも示すものではなく、寧ろ逆に理由の不備を示す窮餘の言廻しであることが多い。

以上述べ來つた所を簡單に要約すると、意見書は其の特有の文體を要求する。意見書の作成者は理由を示す上に於て、其の個性の全部を擧げなければならぬ。けれども謙遜であるべきことと、叙述の心髓を失はぬこととの二法則には、違ふことを許さないと云ふに歸着する。

第一編 證據決定

證據決定 *Beweisbeschluss* を正しく簡潔に、然も脱漏なく起案するの能力は、試補に於て事務修習の期間中に、必ず修得しなければならない所に屬する。民事裁判所の實際に於ては、證據決定は始終頻繁に行はれることであつて、恰も家常茶飯の事に屬するやうな次第であるから、試補諸君は、民事裁判所(區裁判所の民事係、地方裁判所の民事部並に商事部、控訴院の民事部に於ける事務の修習に際して、到る所に困難に遭遇せざらんが爲には、成るべく速に複雑な範圍の頗る廣汎な事件に於ても、正しい證據決定の案を作るのを學ぶことに、當初から骨を折る必要があらうと思ふ。

試験作業に於ては、證據決定は結果としては普通問題とならないこと、既に述べた通りである。

證據決定の案については、法律の規定は主として民事訴訟法第三百五十九條に由來する。即ち同條

には、

「證據決定には左の諸件を掲ぐ。

- (1) 證據を調ぶべき係争事實の表示
- (2) 訊問すべき證人及び鑑定人を指名しての證據方法の表示
- (3) 事實上の主張の證明若は辯駁の爲に證據資料 *Beweismaterial* を採用したる當事者の表示
- (4) 要求に係る宣誓を爲さしむべきこと *Abnahme eines zugeschobenen Eides* の命ぜらるゝときは

宣誓方式 *Eidesnorm*」

此の最後の宣誓方式に關するものは、こゝでは論じないこととする。それは宣誓方式を構成する問題については、後に(條件付終局判決 *bedingtes Endurteil*)の方式を論ずるに當つて(詳細に論ずる必要があるからである。其の他の點に於ては法律は、可也に詳密に證據決定の内容を示して居る次第である。

それ〴〵の場合に一切の係争事實に關して、證據のすべてを擧げるべきであるか、それともまた漸進的に歩を進めて行くべきであるか、問題たることがある。併し試験作業としては、前なる方針を執つて、即ち證據決定を遺漏なく形成するのが適當であらうと思ふ。

また従來の證據調が一定の結果を有すべき場合について、單に豫備的のみ證據調 *Beweiserhebung* の一分を命ずると云ふのも、試験作業としては斷じて戒むべき所である。若し此の戒告を顧みないならば、少くとも如何なる條件の下に證據調の全部を處理すべきであるかを、確定的に表示したいものである。著者の嘗て一度見掛けたやうに「場合に依つては更に……の點について證據を調ぶべし」と簡單

に言明するのは、拙劣な言ひ廻しであると考え。後に至つて事件を手掛くべき裁判官は、元來如何なる場合に上述した意味に於ての證據調が續行せらるべく、如何なる場合に續行せらるべからざるやを全然知らないからである。けれども豫備的な證據調命令 *eventuelle Beweisordnung* の方法に對する反對論を、適切に言明して居るのは、證據が或る一定の結果を有するかどうかは、受訴裁判所が口頭辯論に基いてのみ裁判し得る所であるが、然も豫備的の決定は恰も此の場合については、全然何等の意義をも持たないのであると云ふ、*Stein-Jönas* 〵ヨーナスの誠に尤もな懸念である。(Stein-Jönas 12. Aufl., S. 244 Anm. I zu § 359 ZPO.)

だが裁判所の實際は、訴訟を促進する目的の爲に、かくの如き懸念に頓着しては居ないのであるが、少くとも控訴裁判所若は上告裁判所の審査を受ける訴訟手續を爲した裁判所にとつて、是が如何に危険なことであるのかを示すものは、例へば *Bl. 96, 356* に於ける大審院の判決である。此の案件に於ては、證據決定中で、證據決定の處理は差當り先づ證據決定の一分、即ち證人の訊問に制限すべき旨を言明すると云ふやり方で、豫備的證據命令が行はれたのであるが、次いで後に至つて口頭辯論を経ることなくして宣誓を爲さしめることに因つて證據調の補充が行はれたのである。大審院はかくの如き手續を不適法とし、當事者の側に於ける責問權の拋棄に依る、訴訟法違反 *Prozessverstoß* の補正すらも不可能なりとした。蓋し裁判は口頭辯論に基きてのみ爲すことを得ると規定してある法條の遵守は、當事者に於て有効に拋棄することを得ない所のものだからである。

大審院の見解がかくの如く嚴格である以上、少くとも試験作業については、證據決定中で證據調の一

分を豫備的に命ずるやり方を嚴戒すると云ふ著者の所見は、斷然之を維持しなければならぬと考へる。一九二四年六月一日以來施行中なる新民事訴訟法の法文に據れば、口頭辯論を経ることなきも尙ほ或る制限内に於ては、證據決定の變更及び補充を許すことは、言ふまでもない。

即ち民事訴訟法第三百十六條は、現今では、證據決定の既濟以前には、何れの當事者も從來の辯論に基きては、其の變更を請求することを得ず。然れども相手方が承諾するか、又は單に決定中に記載せられたる證據事實の更生若は補充たるに止まるか、若は證據決定中に記載せられたる證人若は鑑定人以外の者の訊問たるに止まる程度に於ては、裁判所は口頭辯論を更新することなきも尙ほ當事者の申立に因り、又は職權を以て、證據決定を變更することを得。受命判事若は受託判事は、同様の權限を有す。當事者は成るべく豫め之を訊問すべく、何れの場合に於ても變更は遲滯なく之を當事者に通知すべし」と規定されてある。

けれども此の新規定からも、豫備的な證據命令的確を推論することは、不可能であると考へる。立證すべき個々の係争事實は、確定的に表示するを要するが、さりとて盲從的に當事者の主張に拘泥することを、必要とする次第ではない。當事者の長文の説明を一句に要約し、乃至は個々の主張の言外の意味を解釋することも、決して不可能ではないのである。

當事者の主張を餘りに小心翼翼と再録するのは、裁判所の實際上、非常に煩はしいことが明かとなつて居る。特に當該の事件に精通して居ない受託判事に於て、證據調を爲すを要する場合に甚だしきものがあつた。時には受命判事に依る證據調の場合にすら、其の弊の認められることがある。其の結果第二

十一回獨乙辯護士大會は「民事訴訟に於ける眞實の調査」と云ふ題目について、綱要第六として左の如く發表するに至つた。

「裁判所は舉證を包括的にし、證據決定の字句を一般的にし、成るべく、受託裁判所自體の面前に於て證人及び鑑定人を詳細に訊問することに因つて、眞實の調査に盡力することを必要とす。證據

決定に一般的の字句を認むるやう、法律の改正あらんことを希望す」(S. 98 der „Zugabe“ zur JW.

Nr. 20, 1913)。

證據決定の一般的な字句に關する限りに於ては、今日既に、第三百五十九條の法文と相矛盾することなくして、兎に角右に述べたやうな希望を容れることが出来る。法律が規定して居るやうに、現實に係争事實を表示し、之に關する當事者の主張を文字章句の儘に再録しないことに因つて、少しは其の目的を成就することが出来るのである。

けれども其の字句が餘りに自由で一般的に過ぎるのは、少くとも試験作業としては、避けなければならぬ。特に職權を以てする施行を暗示するやうに考へられる字句、即ち一九二四年一月一日の事故は、如何にして發生したるやについて、證據を調べべし」と云ふやうな字句は、慎まなければならぬ。而して事實それ自體を記載する代りに、書面の参照を求めるのは、試験作業としては、通例之を不當と稱せなければならぬ。

且又是は裁判所の實際の上から云つても、適當でない。蓋し特に受託判事にとつては、書面中の如何なる主張や、如何なる係争事實が、舉證上特に考慮せらるゝものであるかを、確認するのは、非常に不便で

あり、時にはまた困難でもあるからである。それと同じ理由で、受託判事若は受命判事に依る證人若は鑑定人の訊問につき、是々の書面に因る當事者の陳述を、證人又は鑑定人に示すべしと命ずるが如きは差控ふべきである。

何人が係争事實を主張したかを、證據決定中に記載するのは、法律の規定する所ではないが、其の書面に於て、主張を見出すことを得べき箇所を示すと同時に、主張する當事者をも掲げるのは、裁判所の實際に於て屢々見かける所である。證據決定をかう云ふ風に構成するのは、訊問裁判官にとつて非常に快適なことであり、また時間を節約する所以ともなるのであるから、著者は法律には別に規定されてはいけれども、かう云ふやり方を切におすゝめしたいと思ふ。

證據方法の表示は、證明せらるべき主張又は辯駁せらるべき主張と、直接相關聯せしめるのが最も適當である。全然證據決定の終尾に至つて初めて、個々の證人其の他を證據決定の各個の項目に上すと云ふやり方は、大分汎くに行はれて居る所ではあるけれども、それは證據決定の概観を難からしめる所以に外ならない。

證人は、それが種々の項目について訊問せらるべきや否やには關係なく、其の順序に従つて番號を附するのを最もよろしとする。そして同一の證人が種々の項目につき擧げられるにしても、何時も同一の番號を附することにする。そう云ふことにすれば、證據決定は非常に概観に樂になつて、すべての關係者をして、總計幾人の證人が考慮されるものであるかを、直ちに識認し得させる。證人は正確に表示して、此の表示に従つて呼出しを爲すことを得しめなければならぬが、或る條件の下に(民事訴訟法第

三百七十二條、第四百二條)留保することが出来るのは、言ふまでもない。

證據決定中に係争事實を主張した者を擧示することは、法律の規定する所でないのに、反し、當該の證據方法を採用した者は、證據決定中に掲ぐべき法律に規定されてある。此の場合にあつても、採用の行はれた書面若は記録中の箇所を示すのが、概観を容易ならしめる爲に適當である。何れの當事者も證據方法を採用しなかつたときは、例へば裁判所が職權を以て檢證の施行又は鑑定人に依る鑑定を命じたるるとき——民事訴訟法第四百四條——の如し、此の記載が全然いらなくなるのは云ふまでもない。此の場合にあつては、檢證が職權を以て施行される旨を言明することは、必要でもなければ、また普通に行はれることでもない。裁判所が職權を以て、官廳其の他の報告を要求する場合亦同じである(かくの如き處置の適法なることについては、RG. Warn. 19 S. 152, RG. JW. 1926 S. 2630; RG. 114 S. 102を参照せられたらう)。

證據決定は、民事訴訟法第三百五十九條中に記載したる内容の外、尙ほ其の他にいろいろの記載を掲ぐるを要する。例へば何人の面前に於て、何れの場所に於て證據調期日 *Beweistermin* が開始せらるゝやを言明するを要する。加之、少くとも大都會に於ては、裁判所の事務の負擔の過重な爲に、受命判事の面前で證據調を行はしめる必要のあることが、裁判所の實際上明かとなつて來た。けれども試験作業としては、證據調は原則として、受訴裁判所の面前に於て施行することを必要とする旨の、法律の規定を嚴格に遵守する方を推稱して、差支あるまい(民事訴訟法第三百五十五條)。即ち受命判事の面前に於ける證據調は、決して之を命ずる必要はあるまいと思ふ。けれども受託判事の面前に於ける證據調には、

懸念を挿まないでよからう。

最後に證據決定中には、尙ほ口頭辯論續行期日に關しても、命令を發することが出来る(民事訴訟法第三百七十條)。

事情如何に依つては、證據決定中にまだ外の内容を掲げることとも出来る(例へば民事訴訟法第三百六十四條及び第三百七十九條を参照)。

之に據れば、證據決定の一例は左の如くなるであらう。勿論受命判事の面前に於ける證據調を命ずる證據決定である。

〔證據決定〕

(I) 左の諸件について證據を取調ぶべし。

(a) 原告を突倒したる被告の所有馬は、逸走したる馬なりしや否や、又被告は此の事實を知り居たるや否や。此の事實は、原告の申出に因り(記録第十丁)原告の指名に係る(記録第十一丁)

(1) 被告の許より呼出すべき被告の使役する馬丁ジャンオムメルツ

(2) ケルン市ノイマルクト十番地居住リツハルドラキヒタア

を證人として訊問することに依り證明すべし。

(b) 被告馭者業ザウエルは、過去及び現在其の地位に於て、熟練なる馭者として認められ、また現に認められつゝありや否や。此の事實は被告の申出に因り(記録第二十丁)被告の指名したる(記録第二十六丁及び第二十八丁)。

(2) 前掲フキヒタア

(3) ケルン市アルトマルクト三十番地居住フリツツパイラア

(4) ケルン市ハンザリング二十番地居住ハンス・エンジグ

を證人として訊問することに依り、之を證明すべし。

(II) 陪席判事ドクトルグリユンドリヒを受命判事とし、右證人訊問期日を一九二五年一月八日木曜日午前十時と定め、ケルン市ライヘンベルガアブラツツ司法廳第二百三十號法廷に於て開廷す。

(III) 口頭辯論續行期日は一九二五年一月十日土曜日午前十時と定む。

地方裁判所第三民事部

右の例に於て、受託判事に依る證據調が命ぜられたとすれば(II)の代りに左の如く記載するを要するであらう。

(II) 證人の訊問は管轄區裁判所に囑託すべく、記録も亦此の區裁判所に送附するを要す。

證據調が單獨判事の面前で行はれたときは例へば一九二四年六月一日以來施行の法文に於ける民事訴訟法第三百四十九條参照(II)及び(III)の代りに、

(II) 單獨判事の面前に於ける證據調期日及び口頭辯論續行期日は……と定む。

地方裁判所第三民事部

單獨判事 何某

最後に受訴裁判所の面前に於ける證據調が命ぜられたときは、(II)及び(III)の代りに左の如く記載することを必要とするものと考へる。

(II) 受訴裁判所の面前に於ける證據調期日及び口頭辯論期日は……と定む。證據決定の言渡があつたときは、嚴格に解釋すれば、證據決定に日附を附することは必要でないが併し實際上からは、かくの如き日附を記載するのが普通に行はれて居ることでもあり、恐らくはまた事の宜きを得た措置である。即ち、裁判所書記は判決に言渡の日附を記入し、此の記入に署名するを要すとする民事訴訟法第三百十五條第三項の規定は、證據決定には適用ないものと言明されてあるのである。併し現在例へば一九二四年五月十六日の告示の法文に於ける一九一五年九月九日の裁判所の負擔輕減令第七條に據る、口頭辯論を経ない裁判の場合に見掛けることのあるやうな言渡されない證據決定にありては、日附は寧ろ必要であるとさへ稱さなければならぬ。

民事訴訟法第三百七十九條に據り、費用の豫納を命ずる場合にあつては、(II)の條項に更に「證人の呼出は、原告が……までに……馬克の立替金を豫納することを條件とす」とでも云ふ文句を追加する必要がある。

・受託判事に依る證據調の場合にあつては、(II)の第一段に準じて「囑託は……其他を條件とす」と云ふ追加文句を追加することにする。

之を實際の上から考へると、證人の訊問を立替金の豫納に繋らしめることが餘りに頻繁に過ぎるときは、往々にして訴訟の遅延を招來することが少くない。されば國庫の利益と兩立し得る限りに於て

は裁判所は成るべく、民事訴訟法第三百七十九條の適用を除外すべきであらうと考へる。

職權を以てして鑑定人の鑑定を命じたるとき、又は原告に訴訟上の受救權を附與せられたときは、民事訴訟法第三百七十九條及び第四百二條に據る豫納の義務を存しないことになる(RG 109, 66)。

第三編 判決案

緒論

意見書 Gutachten は本來試験作業に於て初めて、試補にとつて充分な意義を有するに至るのであるのに反し、判決案 Urteilsentwurf は事務修習の期間の起頭から終尾に至るまで、司法官試補の本務を成すものである。併し判決を正しく書く能力は、獨り事務修習の期間に在る試補から期待される許りでなく、後になつても、裁判官が眞に實際的の裁判官として、其の任務を正しく處理して行くことが出来る程度を示す決定的の標準を與へるものである。判決案が試補の事務の修習や實際上の作用にとつて、かくの如く重大な意義を有するのに顧み、判決案の作成は試験に於ても亦非常に重きを爲す。特に實地作業に於ては、何時も判決案を作らなければならぬし、其の外筆記試験に於ても、經驗上判決案を作らせられることが、非常に多い。否、總計三種の筆記試験作業の中二種までが、それ／＼一つの判決案の作成を題目として居ることすら決して稀ではない。以上述べた所に據れば、判決案は、試補にとつて非常

に重い意味を持つものであるにも拘らず、試補諸君の中には、只形式上間違ひのないやうに判決を書くだけのことすら爲し得ない連中のあるのを時々見かける。否、判決を書く機会に生じて来る形式上の問題こそ、試補諸君にとつて非常な苦手とする所であることが、決して少なくないことさへ云ふことが出来る。されば以下に於ては、判決案を作る上に於て考慮される一切の形式上の問題を、成るべく包括的に論じて見る心算であるが、尙ほまた経験上最も多く困難を醸し、また最も多く過誤を惹起する點には、特に重きを置く考で居る。

第一章 判決の冒頭書 Urteilsengang Urteilsrbrum

第一節 總論

判決は、裁判所の爲す、當事者間の争の裁判である。判決の成分は、民事訴訟法第三百十三條中に列挙してあるが、今事實上裁判所の裁判に出て来る順序に従つて、之を擧げると左の通りである。

- (1) 「當事者、其の法定代理人及び訴訟代理人の氏名、身分若しくは職業、住所及び當事者としての地位に依る表示」
- (2) 「裁判所の表示及び此の裁判に參與したる判事の氏名」
- (3) 「判決事實及び判決理由の記述と外見上區別せらるべき判決主文 Urteilsformel」
- (4) 「當事者の口頭の演述を基礎とし、其の提出したる申立を表示して爲す事實及び争點の摘示(判

決事實」

(5) 「判決理由」

(1) 及び(2)の項下に記載した所のもの、即ち當事者、其の法定代理人及び訴訟代理人、裁判所及び裁判官の表示は、普通判決の冒頭書 *Urteilsengang* (*Urteilstkopf*, *Urteilsrbrum*) なる名稱の下に總括して呼ばれることになつて居るが、判決の冒頭書を書くについては、裁判所に一定の定型があつて、之に従ふのが例になつて居り、従つて試験作業の場合にあつても、之を念頭に置いてかゝるのが適當である。

此の公に使はれて居る一定の定型に従ふのが、直ちに誤りであるといへば、同時に斷言し去ることは出来なけれども、かくの如き形式上の點に於て常則に違反するのは、同時にまた實體上の點に於ての過誤をも伴ひ易いものであることは、否み難い。此の場合には、かくの如き形式上の點に於ける常則の違背は如何にもかゝる違背を敢てした試補が、裁判所で判決が普通どう云ふ風にして作成されるものであるかにつき、明かに全然智識を持つて居らず、若しくは持つて居たにしろ、其の程度は随分と淺薄なものであるが如き印象を、一見して喚起せしめることを免れない。併しそれが宿題作業であるにせよ、筆記作業であるにせよ、試験作業にあつては、少くともかくの如き印象を與へることは、極力避けるのが最も賢明な處置であると云はなければならぬ。加之之を経験に徴するのに、我が國の試補諸君は、判決の冒頭書に於て、過誤を冒す傾向が非常に多い。其の然る所以は、恐らく、多くの裁判所では、判決の冒頭書の作成は、書記課に託してあるのが普通であつて、試補の如きも亦廣く此の方法を執つて居るやうに見受けられると云ふ事實に、歸着せしめなければなるまい。蓋しそう云ふ風に解釋するに於て初めて、宿題作業や

筆記試験の際判決の冒頭書の公に使用されて居る定型を思出せない者が非常に多いと云ふ現象も説明がつくと云つたものである。

プロシヤの裁判所で、地方裁判所の判決につき定められて居る定型は、左の通りである。

「國民の名に於て！」

原告

何某

右訴訟代理人辯護士

何某

被告

何某

右訴訟代理人

何某

右當事者間の事件に於て、N地方裁判所民事部は、一九〇〇年〇月〇日の口頭辯論に基き、地方裁判所の協力の下に判決すること左の如し。」

「N地方裁判所は、地方裁判所部長判事何某及び地方裁判所判事何某及び同判事何某の參與の下に、判決すること左の如し」としたり、又は「地方裁判所部長判事何某及び地方裁判所判事何某、同判事何某を以て構成せらるゝN地方裁判所は、判決すること左の如し」とするやり方は、少くとも著者の知つて居る限りには、プロシヤの裁判所では普通に用ひられて居ない形式である。

單獨判事の裁判の場合にあつては、「……の參與の下に」と云ふ代りに「單獨判事たる地方裁判所判事何某に於て」とする必要があるであらう。

スタイン・ヨーナス(Ziffer 7 zu § 349 ZPO, S. 935 der 12. Aufl.)は「判決の冒頭書を『地方裁判所第〇〇民事

部の代りに』とするか、又は『地方裁判所第〇〇民事部は單獨判事たる判事何某を通して』とするかは、形式上の問題で、全然實質上の意義を持たない」と記載して居る。

けれども之に對してミッテルスタインが(Hanseatische Rechtszeitschrift 1925 S. 800)「單獨判事は部を代表する。……けれども此の場合にあつては、部は單獨判事を通じて判決をするので、單獨判事が部に代つて判決をするのではない」と力説して居るのは正當であると云はなければならぬ。

區裁判所の判決の定型は「地方裁判所の民事部及び地方裁判所の協力の下に」と云ふ字句の代りに「區裁判所は判事何某を通じて」の字句を以てし、控訴院の判決の場合にあつては「地方裁判所の民事部」と云ふ代りに「控訴院の民事部」と稱し、商事部にあつては「民事部」と云ふ代りに「商事部」と稱する。

「使用貸賃借參審裁判所」Mietschhofengerichtの判決の場合にあつては、「……區裁判所使用貸賃借判決部(Mietspruchkammer)は〇〇年〇月〇日の開廷に於て、(1)裁判長判事何某、(2)陪席員何某及び(3)同何某を參與せしめて判決すること左の如し」とするのが普通である。

裁判所書記が判決書に附記する記入例へば執行力ある正本や、既判力證明書の付與の記入は、削除するを要する。それは本來自明的の事柄である筈のもだからである。然るにも拘らず、試補の作業について判決案面に「〇〇年〇月〇日言渡日附を記入す！」裁判所書記何某と記入してあるのに、出會すること屢々である。かくの如き全然無意味な處置は、多くの試補が調書の錄取を命ぜられ、裁判所書記として判決面の言渡の記載 Verkündungsvermerk (例へば闕席判決及び認諾判決の場合に見る所の如し)をも爲すに當つて、此の記載は判決案を作成する際に於ける判事の仕事の一に屬するものと許りに思ひ込ん

でしまつたが爲であると解するに於てのみ説明がつくやうに考へられるのである。

第二節 判決の冒頭書の個々の成分

(a) 頭書 (Berschrift)

一九一八年の革命當時までは判決は國王の御名に於て「!」と云ふ一句を以て、始まることになつて居た。是はプロシヤ聯邦憲法第八十六條に基くものであるけれども、其の第八十七條は明示的に除外例を規定し、而してかくの如き除外例は、例へば聯邦間の邦際條約に因つて、同時にプロシヤ以外の邦の裁判所に代つて判決を爲す、プロシヤの裁判所に見る所であつた。試験作業にかくの如き案件が出題されたときには、何人の名に於て當該の判決を言渡すを要するかは、當該の邦際條約又は法令中で確定しなければならぬ次第である。

當今プロシヤ自由國の新憲法は、此の點について、何等明示的の規定を設けては居ないけれども、現今でもかくの如き邦際條約の締結されることもあり得る。例へば一九二一年六月十五日の邦際條約中には、最初の三條に左の如き規定を掲げて居る。

「第一條

プロシヤ邦のナウムブルグ控訴院は、チューリンゲン區裁判所管區ゾングルスハウゼン、グロイゼン、エーベゲーベン、フランケンハウゼン、シュロートハイム、アルステット並に舊司法管區フォルケンローダの控訴院とし、プロシヤ邦のエルフルト地方裁判所を以て是等管區に於ける地方裁判所とす。

第二條

第一條に掲げたる管區(北チューリンゲン諸邦)については、ゾンデルスハウゼン區裁判所に刑事部、商事部各一部を設置す。

第三條

北チューリンゲン諸邦より生じたる事件に於ける裁判所は、チューリンゲン諸邦の名に於てす。材料としての取扱の爲試験委員から交付される多くの記録に於ては、判決言渡の日附は、革命以前の時期に屬する。所が受験者は判決が當該の記録に於て、現實に判決として利用され得るやうに、之を作るものと豫期することが出来る次第であるから、判決の頭書も亦革命以前の時期に由来する規定に従ふべく、且又裁判所も國王の御名に依つて裁判をするものと稱さなければならぬ。かくの如き場合については著者は、本書の従前の版に於て、判決は記録の内容上革命以前に言渡されたものと想定せざるを得ないが故に、判決の頭書及び裁判所の表示も亦當時效力を有した規定に基いて作成した旨を註の中で指摘して置くのを適當なりとした。著者自身も亦説例七に於て、かう云ふやり方で處置したのである。けれども著者は、現在に於ては、かくの如き指示が無用であるものと考へるものである。如何なる事由に依り判決の頭書が、従來の法規を遵守して作成せらるゝに至つたかは、全般の狀況に顧み試験委員に於ても決して疑念を挿むの餘地はあるまいと思はれるからである。

革命後初めの中は、公の定型には、判決の頭書と云ふものが全然無かつた。當時にあつては著者は、判決案全體の頭書として「判決」の二字を冒頭に置くのを實際的であると思料し、是と共に多くの模倣者を

も見出したのであるが、かう云ふ風にするとき、特に例へば「一分判決」又は「中間判決」其の他につき、それが如何なる種類の判決であるかを、立所に目につくやうに表明することが出来た譯である。

然るに現在では、一九二〇年十一月三十日のプロシヤ自由國憲法第八條第二項（一九二〇年十二月三十日を以て公布同時に施行せらるる）は「判決は國民の名に於て、之を言渡し、之を執行す」と規定してあり、是が標準となるので従つて「判決の頭書に關する一九二〇年十二月十一日の普通命令」は、裁判所の各種の判決の冒頭には將來、特に憲法第八條第二項の施行の當日以後は國民の名に於て「」の頭書を置くを要するものと規定して居るのである。

(b) 當事者の表示

頭書に續いて當事者の表示を載せる。此の表示は「原告何某、被告何某間の事件に於て……」と云ふ字句に於てすることになつて居る。

是等の字句は存置するのが適當であると思ふ。別様の字句、例へば「原告何某、被告何某間の訴訟事件に於て」など、云ふやうな字句を用ひると、如何にもそう云ふ字句を用ひる試補が、公の定型に通じて居ないやうに見受けられ従つて判決を作成する上に充分の實際上の練習を、まだ積んで居ないかのやうに見られ易いから、かくの如き印象を與へるやうなやり方は、成るべく避けるに若くはない。

同じ事由に因り、當事者を表示する上に何等係はりのない無用な記載は、すべて省略することを切實に勸告しなければならぬ。即ち例へば當事者の一方が訴訟上の受救權を付與せられてあると云ふことを記載するが如きはそれである。判決は、當事者の一方が訴訟上の受救權を付與せられたかどうか

かの點についての報告を與へるのに適當な場所でないことは暫く度外視するにしても、かくの如き事項を記載するのは、當の當事者の心中に「訴訟上の受救權の付與」が掲載されてあることに因つて、判決が自分に不利益な影響を被りはしないかと云ふ邪推を喚起することは免れない。

當事者の順序及び其の訴訟上の地位に依る呼稱に關しては、次の諸點を特筆するを要する。先づ原告を記し、次に被告を記載する。假差押手續に於ては、假差押原告 Arrestkläger に假差押被告 Arrestbeklagter と稱し、假處分手續に於ては、申請人 Antragsteller に被申請人 Antragseegner と云ふ。尙ほ又假差押手續及び假處分手續については、何人が訴を提起する當事者、即ち攻撃當事者と看做すべきであるかが、時に曖昧であることがあり得る。例へば假差押を命ずる決定に對する異議の申立の場合——民事訴訟法第九百二十四條——にあつては、異議を申立てる債務者が原告ではなくて、債權者が原告であるし、之に反し民事訴訟法第九百二十七條譯者註の場合に於ては、關係は逆である。また反訴の提起された場合に於ては、此の事實をも表示するを要する。即ち原告は「原告兼反訴被告」と、被告は「被告兼反訴原告」と表示しなければならぬ。控訴手續に於ては、控訴人を前に置くべきであるが第一審の呼稱をも併せ掲ぐるを要する。即ち例へば「控訴人兼被告」と記載するを要する。併し裁判所の實際に於ては、時には本來の當事者としての呼稱を常に存置する慣例のあることがある。即ち最初原告たる地位にあつた者は、それが被控訴人たる地位に立つやうな場合になつても、之を前に置くと云ふのである。かくの如きやり方は、關係者全員にとつても快いことでもあり、また一見して要領を得るに容易であるけれども、少くとも試験作業にとつては、推稱する譯には行き兼ねる。當事者双方が控訴を提起したとすれば

本来の順序を存置すべきであると言ふまでもなく、之に反し附帯控訴の場合にあつては、控訴人を先にすべきである。前の場合には「原告、控訴人兼被控訴人」とすべく、後の場合にあつては「被告、控訴人兼附帯被控訴人」とすべきである。従参加人も亦判決の冒頭書に掲ぐべく、特に當人の附随した當事者に從つて記載するを要する。即ち原告甲、原告の従参加人乙と記載するが如し。

〔譯者註〕この民事訴訟法第九百二十七條の規定は左の通りである。

假差押を許したる後にあつても、事情に變動ありたるの故を以て、特に假差押理由の消滅したるの故を以て、又は保證の提供ありたるに因り、假差押の取消を申請することを得。(第二項)此の裁判は終局判決を以て言渡すを要するものとし、假差押を命じたる裁判所に於て之を行ひ、本案が繫屬せる場合に於ては、本案の裁判所に於て之を行ふ。

尙ほまた従参加人及び従参加を表はすに *Nebenintervenient* 及び *Nebenintervention* の語の代りに、本来の獨逸語を使用しやうとするならば *Streitgehilfe* 及び *Streithilfe* の語を使用するのが、其の間に無理もなく、また理解し易い。勿論裁判所の實際に於ては、此の語は今日まで餘り屢々使はれては居ないけれども、それでも之を試験作業に於ても使用するのには、全然何等の懸念をも存し得ない。けれども、従参加人を擧げるの條件は、従参加人が現實に當事者の一方を補佐する爲に、當事者の一方に味方をしたと云ふ事實に在る。單に訴訟告知 *Streitverkündung* が行はれたと云ふ丈で、被告知人が従参加人として行動をしなかつた場合にあつては、被告知人は全然掲げないで差支ない。

時の關係に於て、當事者を表示する上に於ての出發點として標準となるのは、此の場合にあつても亦、

最後の口頭辯論の終結した時期又は是と同視せらるゝ瞬間である。従つて當事者として記載することの出来るのは、最後の口頭辯論の終結の際、現實にまた當事者であつた者丈に限られる。數人の原告中一人が訴を取下げたとき、被告が數人である場合に、其の中の一人に對して訴の取下のあつたとき、數人の當事者が既に一分判決に依つて訴訟から脱退したるとき、又は數人の共同訴訟人中の一人に對して、只一個の判決文が言渡さるべきときには、常に判決の現實に言渡される關係に在る當事者文を、記載するを要する。訴訟の進行中に同一當事者の表示中に變動が行はれたときは「従前の……」とでも云つたやうな文句を附け加へて、此の變動を明かにするのが最もいゝやり方である。例へばヨハンナ・ミユラアと云ふ未婚の婦女が當事者であつたのが、控訴審では婚姻して、今ではエミール・シュミッツ妻と稱することゝなつたとすれば、判決の冒頭書に此の事を表明し、即ち「原告エミール・シュミッツ妻、従前のヨハンナ・ミユラアとするか、又は「原告ヨハンナ・ミユラア、現にエミール・シュミッツ妻」とするが一番いゝと思ふ。

當事者の一人は破産の開始があつて、破産管財人が訴訟を受繼いだときは、判決の冒頭に記載すべきは、もはやもとの當事者ではなくて、破産管財人である。最初に遺産管理人が訴を提起し、次いで遺産破産管財人が訴訟を續行した場合に於ける、遺産破産管財人についても同じことが云ひ得られる。

新しい當事者の加入に對して、不適法なる訴の變更の異議が有効に申立てられたときは、原則として舊來の當事者の表示を其儘に差置くの必要があるべく、只新しい當事者に對して此の新しい當事者の干渉を却下する判決に限り、其の冒頭書に新しい當事者を掲げることとを必要とするであらう。

當事者を表示する上に標準となるのは、先づ第一に訴状 *Klageschrift* であるが、併し訴状が標準であると云ふことは、明白な誤謬を無雑作に訂正することを妨げるものではない。此の場合には意見書の冒頭乃至は事情に依つては判決理由中で、簡単に一言して置けば充分である。

事情に依つては判決理由中(若は意見書中)で全然辯明することをしないで、暗黙の裡にかくの如き訴状の明白な誤謬を訂正することも出来ないではない。

法律上の誤謬も同様に取扱ふを要する。此の方面にあつては破産管財人が訴へ又は訴へられる場合には、訴状中に當事者が誤つて表示されることが非常に多い。即ち此の場合には「破産管財人甲」又は「甲破産財團」又は「甲破産財團の代理人」としての破産管財人乙を當事者として、訴状中に掲げることが随分と多い。かくの如き見解は、破産管財人の地位についての通説たる所謂公吏説 *Amtslehre* と合致しないものと云はなければならない。かくの如き場合に於ては、例へば「甲破産財團の代理人」としての破産管財人の訴にあつては、公吏説に従つて判決中に原告商人甲の財産に關して開始せられたる破産の破産管財人としての資格に於てする辯護士何某と記載するに於て、別段の懸念を生ずることはあるまい。而して破産管財人について適用のある法則は、破産管財人の法律上の地位と同じやうに争のある法律上の地位を有する他の人物にも適用することが出来るであらう。特に強制管理人、遺産執行人、遺産管理人其他の者について然りとす。同様にして、本人の代りに代理人が當事者として表示されるやうな場合、例へば「未成年の男子たる直系卑屬甲某の法定代理人乙某」と云ふ訴の表示 *Klagebezei-ehnung* の代りに、判決中で「未成年者甲某右法定代理人父乙某」とするならば、訴状の當事者の表示を、無

雑作に判決の爲に改善することが出来るであらう。大審院も亦訴状に於ける當事者の表示の明白な誤謬は、判決中に於て無雑作に訂正すべく、此の場合には訂正の趣を簡単に判決理由中で一言して置くことと云ふやり方で、處置することにして居るのである。即ち例へば一九一五年三月十一日の判決 *(W. 1915, 582)* に於て見る所の如し。此の判決にあつては「夫を補佐して」*im Beistand ihres Ehemanns* 訴を提起する旨の原告たる婦人の表示の意義を問題として居るのであるが、大審院は此の點につき左の如く述べて居る。

「前審の判決に於ては、訴状と一致して、原告を表示するに當つて第一號の下に、夫の補佐名義に於て、占有者の妻 *M.S.* を掲げたり。此の表現方法は舊法の適用下に於ては、普通に行はれたる所なるも、法定財産制 *gesetzliches Güterstand* に於て生活する妻の訴訟に、夫を關與せしむることを要求せざる新法の適用下に於ては、原則として、かくの如くにして妻の訴訟遂行に對する夫の同意を、明かならしめんとするものに外ならずして、夫が當事者として妻と相並んで、訴訟行爲な爲さんとするの意思にはあらざるものと解釋する以外に、解釋の方法はあり得ざるなり。現在の場合につきて、別段の見解を是認せしむるに足るべき特殊の事情は、之を看取することを得べからず。夫が訴訟委任に共同署名を爲したるものと推定することを、餘は、必ずしも常に夫が訴訟に於て共同原告として、行動するの意思を有したるものと推定することを、餘儀なくせしむるものにあらず *(RG. 60, 86)*; *(Wann, Rechtspr. 1908 S. 469 Nr. 593)* 従つて控訴判決の事實中に度々反覆して、原告側を「原告たる婦女達」*Klägerinnen* と表示せるに因り明かなるが如く、控訴裁判所が夫 *S.* を當事者と目することなかりしに對しては、敢て異議を唱ふることを得べからず。然も同時に

また判決の冒頭書に於て、原告を表示するに當つて、夫Sの氏名を掲げざりしことも、自らは認し得らるる次第なりとす。

當事者の正當なる表示の選擇、即ち特に訴狀の記載する所に、無雜作に従つて行つていゝものであるかどうかの審査は、註釋書や判例を参照して、仔細に法律的研究を試みる必要のあることが時々ある。かくの如き困難は例へば權利能力を有せざる社團 Verein が訴訟する場合に、發生するものである。今權利能力を有せざる社團が訴を提起するときは、社員の一部を當事者として列擧するを要する次第であるのに反し、權利能力を有せざる社團が訴を受ける場合に於ては、それは必要でない。

當事者を表示するに當つて、商人商號 Kaufmännische Firma を正しく取扱ふのも、經驗上困難とする試補諸君が多いやうである。否、裁判所の中にすら、此の點に於て過誤の責を免れないものが時々あるのである。今商法第十七條に據れば、商人は其の商號の下に訴へ、若は訴へられることが出来るのである。即ち此の商號の下に行爲を爲す商人が何人であるのかは、敢て開示する必要はないのであるが、若しそれを開示するのならば、甲商會なる商號の下に行爲を爲す商人乙某と記載するの必要があるであらう。商號が商人の氏名と完全に合致する場合には、單に「商人甲某」となすべきである。それは訴狀中に明示的に「甲商會、營業主商人甲某又は「甲商會の商號の下に行爲を爲す商人甲某」と書かれてある場合に於ても、尙ほ且然りとす。

大審院はかう云ふ風にして、同名の商會の唯一の營業主につき、反覆して判決の冒頭書を訂正した。

即ち例へば一九一〇年六月十六日の判決 (JW. 1910, 828) には、從來常に「ヨット・エル商會、此の營業主商人ヨット・エル」と稱し來りたる、冒頭書に於ける被告の表示は、無意味なるが故に訂正するを必要としたりしものなり」と云ひ、従つて大審院の判決は、被告として商人ヨット・エル文を擧げて居る。一五一六年四月三日の判決 (Warn. 1816 S. 258) に於ても亦前審の判決の冒頭書に於ては、原告としてアルフレッド・ゲー・ペー商會を掲げたりしも、當裁判所の判決に於ては、原告としてアルフレッド・ゲー・ペー商會の唯一の營業主たる商人アルフレッド・ゲー・ペーを掲ぐることに訂正したり」と云ふ處置を執つて居る。

商號と商人とを二人の當事者として (a) 甲商會 (b) 商人甲某 とするが如きは、全然謬りである。或はかくの如き自然的の事項は、全然特に言及する必要がないと考へるかも知れないが、大審院ですらも一九〇七年六月十四日の判決 (Recht 1908 Nr. 1659) 中で、單獨商人 Einzelkaufmann の商號と此の商號の主體とに聯帶的に判決を言渡すが如きは、到底問題たることを得ず。商號及び其の主體は、同一の法的人格者 Rechtsperson たり。商號それ自體は、單に當事者の表示 Parteibezeichnung に過ぎざるなり「商法第十七條第二項」と判示して居るのである。

之を實際の上から見るのに、單獨商人の商號については、商號と商號の主體とが各別の當事者として訴を受けると云ふ過誤を、訂正しなければならぬことが少くなかつた。それはかくの如き格別の判決の言渡が、執行にとつて非常に便利であることが明かとなつたのと、且かう云ふ風にするのが、多くの困難を避けるに適する事實とに歸着せしむべきである。けれどもかくの如き處置は、法律上不適法であつて試験作業に於ては、重大な過失と稱さなければならぬことになつて居る。

之に反し合名會社 offene Handelsgesellschaft にあつては、單獨商人の場合に於けるとは異り、合名會社の商號の外に社員自身をも當事者として表示するの必要がある。蓋し合名會社の場合にあつては、いろ／＼の當事者が存するからである。されば(a)合名會社甲乙商會(b)右社員甲乙丙とすることが出来る譯である。

尙ほまた合名會社の場合にあつては、合名會社を合名會社として、當事者として記載するを要するが其の外に代表権ある社員をも掲げなければならぬ。けれども此の場合にはもはや當事者自身の表示と云ふ譯ではなくて、寧ろ法定代理人 *Gesetzlicher Vertreter* の記載に外ならないのであるから、代表社員を表示する文で充分で、代表権を持たない社員までも一所にして、すべての社員を掲げるのは、無用でもあれば、また不當でもある。商號の表示について、それが單獨商人の商號なのであるか、それともまた會社特に合名會社若は合資會社の商號なのであるかは、決して一概には判るものではない。例へば「ヤコビ兄弟商會」が訴を提起した場合について云へば、此の場合には判事の質問權を行使することに依つて、それが單獨商人の商號なのであるか、それともまた會社の商號なのであるかを、明かにする必要がありと考へる。それは、商號が會社の商號である場合にあつては、判決の冒頭書に完全の記載を爲す爲には、會社の法定代理人を記載することが必要だからである。勿論此の場合に單獨商人が訴を提起して居ることが明かとなれば、當該の商號の下に訴を提起する單獨商人の氏名が、何と云ふのであるかを調査する義務は、裁判官には全然ない。けれども他の半面に於ては、判事の質問權を行使することに依つて調査し得た所の事項を、判決の冒頭書の爲に、訴狀中に於ける當事者の表示の誤謬を訂正するに利用

するのを妨げる理由は全然無い。只此の場合には、訴の提起の當時商會の營業主である者が當事者であり従つてまた判決中に、當事者として表示するの必要があると云ふ原則に、注意を拂はなければならぬ。此の問題については大審院は、一九一四年十一月二十六日の判決中に於て (JW. 1915 S. 194) 従前合名會社であつた商號の下に、營業を經營し、此の商號の下に訴へられた單獨商人について、左の如く論述して居る。

「合名會社が合名會社として訴へ、若は訴へらるることを得べき旨を規定する商法第二百二十四條の規定に據り、合名會社が當事者能力 *Parteilähigkeit* を與へられたること、換言すれば積極的、消極的に訴訟の主體たるの能力を與へられたることは、確實なりと雖、さればとて商法第二十二條の認むる所に據り、合名會社の營業が、合名會社の商號を存置して營業を續行する單獨商人に移轉したる場合に、之に因つて合名會社の商號の下に訴訟を爲す當事者の、當事者能力を問題たらしむるが如き論結は、全然生ずるの餘地なきものと謂はざるべからず。蓋し商法第十七條第二項に據れば、單獨商人も亦其の商號の下に訴へらるる事を得べく、然も此の商號が外見上合名會社の商號らしく見受けらるゝか、又は單獨商人の商號らしく見受けらるゝかは、全然問ふ所にあらざるを以てなり。即ちハ一が本訴提起の當時既にハ一ウントウ一商會の唯一の營業主たりしときは、訴はハ一に對して指向せられたるものと看做すべく、表題中に明示的に「ハ一ウントウ一合名會社」に指向する旨の文句ありたるの事情も、何等の變動をも來さしむること能はざるものなり。蓋し此の追加文句は *falsa demonstratio* (不當の表示) として無害なるを以てなり。實際商法第十七條第二項及び商法第二百二十四條は、商號の背後に何人が潜めるを問は

す、商人又は合名會社が「商號」の下に訴へ、若は訴へらるゝの權限を明示的に授與せるが故に或る商號に指向せらるゝ訴は——それが單獨商人の商號なるにせよ、はたまた合名會社の商號なるにもせよ——常に訴の提起の當時被告たる商號の營業主たる個人又は複數人に指向せらるゝものに外ならざるなり。

試験作業に於ては、訴狀に於ける當事者の表示が、こゝに論議したる方向に向つて不完全なる場合に於ては、すべて裁判官の質問權の行使を想定し、意見書に於ける想定を簡單に辯明し、此の想定の結果を判決案中に於て利用し、尙ほまた註を設けて、其の中で想定を指摘して置くのが適當である。筆記試験作業については、原則として判決の冒頭書に於て想定を利用し、此の想定を簡單に辯明して置けば充分であらうと思ふ。以上二つの場合を通して、それ〴〵案件の事情に應じて、尙ほ判決理由中に簡單な注意書を設け、大審院が前記の例に於て處置したやうな具合にするのも、適當かも知れない。

當事者の表示が成るべく正確であることを必要とするのは、法定代理人及び委任代理人に於けると同様民事訴訟法第三百十三條に於て明示的に、氏名、身分若は營業及び住居を記載することを要求して居る法律自體から、既に推論される所なのである。

一八八三年三月十七日のプロシヤ司法大臣の命令に據れば、判決中に於ては當事者の氏名は、其の自然人たる限りは、獨り其の姓のみに止まらず、個人名をも完全に記載すべく、妻及び寡婦の場合にあつては、其の姓をも完全に掲ぐるを要す」としてある。普通の場合にあつては、此の命令の規定に同意する事も出來やうが、特殊の事情の下に於ては、例へば當事者が小都會の住民で稀に見る姓名の持主である場

合にあつては、個人名の最初の頭文字を記載した丈で充分であつて、従つて個人名の全部を表示する事は見合せて差支なく、此の點に於て裁判官の質問權を行使する必要はない。また逆に個人名を記載しても未だ以て當事者を表示するには足りない場合もあり得る。即ち例へば、父子が其の個人名を同じくする場合などがそれである。かくの如き場合にあつては、完全なる氏名即ち姓と個人名との兩者を包含すの外に、尙ほ相當の追加文句を追加する事を必要とする。例へば senior, junior (父子)と云ふが如し。之に對する獨乙語(der Ältere, der Jüngere (老、少), Vater, Sohn (父、子))は、今日までの所では、少くとも著者一己の體驗に據れば、裁判所の實際や日常生活の用語上に、まだ餘り用ひられては居ないやうである。儀禮上の語句、例へば對話の際の呼稱とか、書狀に於ける敬語とかは、之に反し、當事者を表示する上には必要ではなす。

是は例へば尊臺 Hochwohlgeboren とか、令夫人 gnädige Frau とか、閣下 Exzellenz とか、殿下 Durchlaucht とか云つたやうな語について云ひ得る所である。特に未婚の婦人を嬢 Fräulein と稱し、男子を君 Herr と稱するが如きは、普通に行はれることでない。但し昔は、高位の貴族については例外が認められ、高位の貴族に屬する者は、判決の冒頭書で明示的に君と稱せられることを要請するの權利を持つて居た。例へば「原告公爵甲某君」と云ふが如し。かくの如き特權が、少くとも革命當時までは認められて居たことは、エツケルト及びヨゼフの兩氏が RZ. 1917 S. 417 & S. 418. で指摘して居る通りである。所で新憲法第九九條に據れば、門地とか身分とかの公法上の特權は、廢止されて了ひはしたが、然もプロシヤに於ては、高位の貴族の家族の判決の冒頭書で「君」と明示的に稱せられる特權は、一九二〇年に至つて初めて廢

止されることになつたので、一九二〇年六月二十三日の「貴族の身分上の特権の廢止及び家産の廢止に關する法律は第一條に於て特に(1)プロシヤ邦の公法に立脚する從來の貴族の特権、並に民法施行法第五十七條及び五十八條に掲げたる家及びホルスタイン侯家及び此の家の家族の特権は廢止す。

(II) 特に左の特権を廢止す。

(III) 陛下、殿下等の如き尊稱及び特別の榮譽を表彰する事項に對する權利。

序に一言すべきは一九二三年十一月二十七日の「從來邦の君主たりし家の家族の名稱に關する命令」で、是には「從來邦の君主たりし家の家族は「プロシヤ皇族」Prinz von Preussenなる名稱を享有す」と規定してあつて、従つて今後公の登記登録、證書の署名並に宛名には此の名稱のみを考慮すべく「獨逸皇帝兼プロシヤ王」「皇帝兼國王」「皇后」「皇太子」「皇太子妃」などの名稱は、すべてもはや之を使用することを許されな

す。之に反し、稱號「Hr.」が儀禮上の語である計りでなく、職務若は職業を示すに役立たしめられ、若はまた大學の學位を示すに役立たしめられる以上は、當事者の表示に屬するものであると考へる。蓋し此の種の稱號は兎に角多少は「氏名、身分若は營業の記載に屬するものだからである。

數人が原告であり、又は被告である場合にあつては、各個の者が當事者たる場合に必要とするやうに其の全員のすべてを正確に表示しなければならぬ。即ち「原告甲某並に其の一味の連中」と記す丈では決して充分でない。また其の一味の連中を表示するのに「氏名それ自體を擧げることをしてしないで、簡單に書面を援用するが如きは許されぬ。

之に反し、雅號を以て當事者を表示するが如きは、成るべく正確に當事者を表示せよと云ふ誠に、抵觸するものではないと考へる(KG. in JZ. 1912 S. 742)。従つてかくの如き訴は之を適法なりとし、判決の冒頭書に於ける當事者の記載をも、之に従つて作成しなければならぬ。只此の點に懸念を挿んで、判決の冒頭書では從來用ひ來つた雅號の代りに、當の當事者の姓名を載せることとしたにしても、それは恐らく適法な訂正と目することが出来るであらう。

(c) 法定代理人の表示

當事者の法定代理人の表示についても亦、判決の言渡の時期が標準となるものであるから、代理人に更迭のあつたときは、判決の言渡の當時法定代理人たる者のみ掲ぐべきである。更に法律は、當事者の法定代理人が常に自然人であるものとして、それを起點として規律を進めて行つて居るのであるが、然も此の事實は未だ以て、決して多數人の一團が、法定代理人たることを認めないものではない。例へば市會の市參事會とか、教會の長老會とか云つたものが、法定代理人となることを妨げられる次第ではないのである。けれどもかくの如き場合に於ては、少くとも法律の文理の上から云へば、代理人各個の氏名、身分及び住居を列擧すべきである。

勿論裁判所の實際に於ては、此の點にかけては、前述せる多くの他の點に於けるが如く、爾く嚴格には民事訴訟法第三百十三條を運用しては居ないのである。こゝに於てか、大審院の判決中には、大審院が下級裁判所の判決に於ける當事者の表示の欠缺を補正するを要する場合が頻繁に見受けられる。例へば一九一四年四月二十七日の判決中では、大審院は左の如く述べて居る。「前審は其の判決の冒頭書

に於て被告が「取締役に依つて代理せらるゝものとして」表示したり。是は商法第二百三十一條に據り自明的の事項なりとす。然れども法律民事訴訟法第三百十三條第一號は判決中に於ては當事者の法定代理人が氏名其の他に依つて表示せらるゝことを要求するものなるが故に、本判決に於ては、かくの如き欠缺を補正することゝしたり。一九一三年十月三日の判決に於ても、同じ主旨が述べてある。「判決の冒頭書に於ては、前二審に於ける表示は異り、近衛軍團經理部を、此訴訟に於ける國庫の代理人として表示せずして、近衛軍團經理部長を、國庫の代理人として表示することゝしたり。其の組織に於て會議的の構成を有するにあらざる官廳が、訴訟に於て國庫の法定代理人たるにあらすして、自己の責任を以て此の官廳を指揮し、此の官廳を代表する此の官廳の最高の官吏が、訴訟に於ける國庫の法定代理人たるものなり」。

試験作業に於ても、法律の字句は嚴密に固守する必要があると思ふ。従つて訴狀に於て、並に記録の其の他の内容に於て、法定代理人が氏名、身分、及び住居に従つて表示せられないときは、意見書中で、こゝに問題となる方向に向つて質問權が行使せられ、類似の結果が達成せられたものと想定する旨を掲げ次に判決の冒頭書に於て裁判所の知り得た完全なる表示を與ふるを適當とすべく、かう云ふ風にすれば註を設けて、細心に意見書の相當の箇所を指示することが出来るのである。筆記試験の場合にあつても、同じやうに處置するのが適當であらうが、只此の場合にあつては、普通想定を判決の冒頭書に收容し、註の中で想定を辯明するを以て充分とするであらう。

(d) 訴訟代理人の表示

法定代理人と訴訟代理人との中間の地位を占めるのは、例へば特許法第十二條に據る内國代理人 *Inlandsvertreter* で、此の規定に據れば、内國に居住せざる者は、内國に代理人一人を設けた場合に限り、特許に基く權利を行使することが出来る。此の代理人は、特許に關する民事訴訟に於て、本人を代理するの權限を有するけれども、特許法第十二條に據る選任に基いては、此の代理人は、民事訴訟法第五十一條及び第五十六條に所謂法定代理人 *gesetzlicher Vertreter* たるものではなく、寧ろ特許權者 *Patentinhaber* の法定の委任代理人 *gesetzlicher Bevollmächtigter* に外ならぬ (*Seligsohn, Annm. 8 zu § 12 Patges.*)。従つて判決の冒頭書に於ては、代理人をば、選任を行つた當事者の側に持つて來るのに、特許法に據り選任したる代理人、商人……若は、特許法第十二條に據る内國代理人、商人……と云ふ追加文句を用ひることが必要である。

訴訟代理人についても、法定代理人に於けるが如く、一般に、訴訟代理人若は法定代理人の表示を以て、當事者自身の記載に代ふる事を得ずと云ふ原則が認められる。即ち相續人の一般的代理人 *Generalbevollmächtigter* としての當事者の表示は、未だ以て充分でなく、寧ろ相續人は別に當事者として掲げることを必要とする (*BG., JW. 06, 394*)。更に訴訟代理人の表示についても、標準となる時期は、一に判決言渡の時期であつて、訴訟代理人として擧げることの出来るのは、此の時期に尙ほ訴訟代理人である者に限られる。従つて訴訟代理人に更迭のあつたことは、判決それ自體からは、之を明かにすることは出来ない譯である。而して訴訟代理人が現實に更迭したかどうかの問題については、民事訴訟法第八十七條譯者註の規定を閑却することは出来ない。

(譯者註) 民事訴訟法第八十七條に曰く、相手方に對しては訴訟委任契約の解約申入は、訴訟委任の消滅の告知に因つて、初めて法律上の效力を獲得し、辯護士訴訟法に於ては別の辯護士を依頼し、たることの通知に因つて、初めて法律上の效力を獲得す。(第二項)訴訟代理人は自己の側より爲したる解約申入に因つて、委任者が別の方法に於て、自己の権利を防衛する爲に配慮を爲す迄の間、委任者の爲に行爲を爲すを妨げらるゝことなし。

此の規定の影響に關しては、大審院は、救助辯護士 *Armenanwalt* の訴訟委任は、只他の辯護士を附添はしめる丈で、消滅するに至るものなりや否やの問題につき、一九一九年五月九日の判決(JW. 1919 S. 727)中で、左の如く論じて居る。「辯護士甲の訴訟委任は、訴訟法上の方法に於いてのみ、廢罷することを得たりしものなり。只是が爲には附添はしめられたる辯護士が、只附添の一事のみにて救助を受けたる當事者の訴訟代理人となるが如く、他の辯護士を附添はしむるのみにては、未だ以て充分とせず(BG. 89, 42)寧ろ訴訟委任を廢罷するには、當事者の名義を以て、裁判所及び相手方に與ふる意思表示を必要とす。今民事訴訟法第八十七條第一項に據れば、相手方に對しては訴訟委任の解約申入は、訴訟委任の消滅の通知に因つて初めて法律上の效力を獲得し、辯護士訴訟に於ては、他の辯護士の依頼の通知に因つて初めて、法律上の效力を獲得するものなるが、裁判所との關係についても、同じ主旨を認めざるべからず。然るに此の種の明示的の通知は、現在の場合に於ては行はるゝことなかりしものなり。由來此の通知は、RG. 38, 416. に關聯して専ら認められつゝあるが如く、特殊の形式を必要とするものにあらず、特に書面の送達を必要とするものにあらずして、それ自體理由ある行爲 *schlüssige Handlung* 即ち例へば新辯

護士の適當なる辯論に依つても、行はれ得るものなりと雖(BG. 89, 42, 44. 参照)かくの如き暗黙の通知は、當事者がもはや従來の訴訟代理人をして、自己を代理せしむることを欲せず、別の訴訟代理人をして代理せしめんことをのみ欲しつゝあることを、當事者の舉措に依つて識認し得る場合に限り、之を認むることを得るものなりとす。

區裁判所の事件に於ては、此の區裁判所で職務を執行する辯護士が、外國の辯護士の下請代理人 *Unterbevollmächtigter* に過ぎないことが少くないことを、看過する譯には行かない。此の如き場合に於ては、常に主たる代理人 *Hauptbevollmächtigter* を掲ぐべきである。逆に辯護士訴訟に於ては、受訴裁判所に於て認められたる辯護士のみを擧ぐべく記録に因り恐らく明かにせらるべき外國の委任辯護士は、掲げてはならない。況んや第二審に於ては第一審の訴訟代理人の如きは、掲ぐべからざること勿論である。蓋し第一審の訴訟代理人は、第二審の裁判所では、全然辯護士として認められないことがあるかも知れないからである。

地方裁判所の事件に於ては、當事者に代つて行動をする辯護士は——民事訴訟法第六百十三條、第六百四十條、第六百四十一條の各場合を除くれば——其の委任狀が記録中に存在しない場合に於つても、訴訟代理人として表示すべきである。之に反し區裁判所の事件——而して地方裁判所の事件に於ても、民事訴訟法第六百十三條、第六百四十條、第六百四十一條の各場合に於ては同様——に於ては、訴訟委任の證明を要求すべきである(民事訴訟法第八十八條第二項)。記録中に委任狀を存せざるときは、判事の質問權を相當に行使して、委任狀が提出せられた結果に到達したものと想定するを要するであら

う。訴訟代理人が訴訟委任を有するか否かにつき、争を存するとするも、常に此の訴訟代理人の代理するものと自稱する當事者自身を掲ぐべく、訴訟代理人を當事者として掲げるべきではない。

(e) 事件の表示

判決を作成するについての公の定型には、當事者の表示と裁判所の記載との間に、所謂事件の表示 *Bericht* のための餘白を存し、定型中には是が爲に「wegen……」の語が置かれてある。こゝでは訴訟の目的とする所が何れにあるのであるか、何が當事者の争なのであるかを簡潔に示さなければならぬ。法律は、民事訴訟法第三百十三條中では、判決についてかくの如き記載を規定しては居ないのであるから、試験作業についても、はたまた裁判所の日常の實際に於て言渡すべき判決にあつても、所謂事件の表示は簡単に之を省略し、即ち——裁判所の實際に於ては——公の定型中での「wegen」以下の字句を、無雜作に削除して了ふと云ふやり方を、推稱して差支ないかも知れない。と云ふのは、内容上、そしてまた同時に文字詞句の上で妥當に、訴訟の目的を簡潔に記載すると云ふことは、甚だ困難なことであつて、且特に試験にとつては、假令試験作業に於ても、此の點を巧みに取扱ふことの出来るのは、極めて稀にのみ見る所だからである。就中「確認事件」*Sachen wegen Feststellung* とか、又は「請求事件」*Sachen wegen Forderung* とかする形式は、非常に好んで用ひられる所ではあるけれども、それ文では決して充分でない。寧ろ此の場合にあつては、それが如何なる請求に關するものであるのかをも、正確詳細に記載すべきである。例へば「鐵道事故に因る損害賠償請求事件」*Sachen wegen einer Schadensersatzforderung aus einem Eisenbahnunfall* と云つた風に、記載する必要があるのである。

かくの如き正確詳細な表示は、裁判所の實際に於ては、訴訟の目的が事務の分配にとつて意義を有する場合に、特に必要とする所である。

特に第二審に於ては、各種の事件を地方裁判所の控訴部や、控訴院の各部に分配するのに、何が訴訟の目的であるか、標準となることが多い。此の條件にして該當するならば、事件の表示を正確詳細ならしめることに因つて、事件を第二審のそれ／＼の係りに配當する上に、便宜を與へるのは、正しく第一審の裁判官の職務上の義務であらねばならぬ。

(f) 裁判所及び判事の表示

裁判所及び判事の表示についても、實地作業や試験作業に於ては、比較的誤りを生じ易い。只此の誤りは多くは不注意に因る遺漏であつて、例へば最終の口頭辯論の判事や日附を表示するに當つて、最終の口頭辯論が標準となることは自明的の事項であるのに、裁判の言渡に際し問題となる判事及び日附の記載を掲げるが如き、それである。之に反し、試験が判決を書くのに、充分の練習を積んで居ないのでないかと云ふ邪推を、理由付け易い別種の過誤を存する。著者が此の種の過誤に數へたいと思ふのは、法律には判事の官氏名の記載を要求して居るに過ぎないし、且又裁判所の實際に於ても、裁判所書記の氏名は、判決の冒頭書には記載しないことになつて居るにも拘らず、裁判所を表示するに當つて、裁判所書記の官氏名をすら、麗々と書き立てることである。更に控訴判決の場合に、判決の冒頭書に控訴の提起された第一審の判決を掲げ、又はそこに何人が控訴を提起したかを記載するが如きは、裁判所で普通に行はれては居ない所である。されば刑事事件に於けるが如く、判決の冒頭書で當裁判所は……

の判決に對し原告の提起したる控訴に關して判決すること次の如し」と言明すべきではなく、寧ろ控訴を提起した當事者を表示するのに、控訴人を記載するを以て充分とする。そして控訴の指向される判決は判決の冒頭書中には記載しないで、判決主文 *Urteilsspruch* 中に掲げるのが普通である。

第二章 判決主文

第一節 總論

判決主文 *Urteilsformel* は裁判所が判決した *für Recht erkannt hat* 所のものを公示するので、裁判所の命令的宣言 *imperativer Ausspruch des Gerichts* 即ち裁判官の裁判を爲す作用の本質上の極致である。裁判所の裁判に具象化された國家の行爲の成分を包含する。(RGZ. 85, 21-Urteil vom 4. Mai 1914.)

判決主文は、外見上判決の冒頭書 *Urteilsengang* に接続する。今法律の明示的の規定(民事訴訟法第三百十三條第三號)に據れば、判決主文は、事實の摘示及び判決理由と外見上區別することを必要とする。また判決主文は判決の冒頭書とも明瞭に區別され、分離されてあることを必要とする。従つて例へば「當裁判所は、關席判決を廢棄して判決すること次の如し」とするのは失當であつて、寧ろ「當裁判所は判決すること次の如し。關席判決を廢棄して……」とすべきである。

判決主文の措辭には、實體上の點に於ても、はたまた文字詞句の點に於ても、極力重きを置かなければならない。即ち判決主文は簡單であり、確定的であり、また明瞭であつて、特に素人にとつても判り易くあることを必要とすると共に、強制執行を爲し得る限りは、判決主文は同時に、強制執行の確實な基礎ともなり得るやうにしなければならぬ。例へば被告が利子を支拂ふことを必要とするときは、此の義務の始期を曆に従つて示すべく、特に區裁判所の訴の *Amtsgerichtsklag* の場合に於ては、記録に基き訴狀の送達の日を記入すべきである。地方裁判所の事件の場合に於ては、記録に因り訴狀の送達の日を記入することは不可能であるから、従つて當事者の記載を存しないときは、少くとも訴狀の送達の當日を、利息の進行の始期として固執するを要する。また判決主文に他の文書を援用することは、原則として避くべきであるが、併し他の文書を援用することが、例へば圖面上に於ける文字に従つて必要の通路を表示する爲に、避くべからざる必要であるときは、成し得る限り此の圖面を附録として判決主文に添附しなければならぬ。

豫備的な判決の言渡 *Eventual Verurteilung* —— 例へば物の引渡、又は其の價額の賠償を命ずる判決の言渡 —— は如何なる場合に於ても、全然之を避くべきで、寧ろ意見書中で述べた所に従つて必要となつて来る。かくの如き豫備關係が如何なる意味を有するのであるかの審査の結果を判決主文中で明瞭に表明し、例へば「被告は物を引渡すべし。然れども……馬克を支拂ふに於ては、此の引渡の義務を免除す」と爲すべきである。

判決主文は、完全であることを必要とする。そしてそれが終局判決である場合には、當事者間の訴訟の全部を裁判しなければならぬ。されば訴の全部を認めない場合には、判決主文中に於て、相當の棄

却を言渡すことを必要とし、その額が極めて些細であつて、例へば只一パーセントの利子の増加請求に止まるにせよ、それでも判決主文中で之を棄却しなければならぬ。それからまた、當事者双方のどの申立も看過してはならない。即ち假執行の宣言を求むる申立の如きも之を看過してはならないのである。かくの如き申立を認めることが出来ない場合には、それ／＼案件の事情に従つて、此の主旨を判決主文中に表明することを必要とする。判決が言渡と同時に既判力を有するときは、例へば地方裁判所に於ける控訴判決の如きものにあつては、判決の理由中に於て、假執行の宣言に關する申立は判決が言渡と同時に既判力を有するに至ることに依つて、落着する旨を言明するを以て充分とするであらう。また反訴及び附帶控訴の如きも、之を看過することは出来ない。被告を連帶債務者として言渡さんことを求める申立の如きも、亦同様である。然り而して從參加を存する場合の如きは、從參加の費用に關して判決を爲すべきである。

けれどもまた他の一面に於ては、判決主文中では、無用な文句は全然差加ふべきでない。従つて訴は理由なしとして棄却す。反訴は不適法として却下す。控訴は理由なしとして棄却す。被告は二百馬克の賣買代金を支拂ふべしと云ふが如きは謬りである。棄却が實體上の原因に基きて行はれず、寧ろ訴訟條件の欠缺を理由として行はれたるときも、亦同様である。此の場合にあつても、訴は「管轄違として」又は「過早に提起せられたりとして」又は「無訴權なりとして」却下すとするが如きは判決主文としては適當でない。豫備的申立 *Eventualantrag* については、主たる申立を認める場合にあつては、判決することを必要としないが、之に反し逆に、結局豫備的の申立に従つて判決をする場合にあつては、主たる申立

に言及する必要がある。尙ほ此の場合に於ては、既に説明した通り、關係の判例學說——民事訴訟法註釋書第二百六十條の註釋中に掲げてある——を取調べるのが得策である。争なき反對債權を以てする未必相殺 *Eventualanrechnung* が問題であつて、裁判が宣誓に依つて左右される場合も亦同様である。此の場合には——學說判例は例へば *Stein-Jonas, 12. Aufl., S. 789 Anm. I C 3 zu § 300 ZPO.* に掲げてある——棄却が請求の存否に基いて行はれたものであるか、それとも相殺に因つて行はれたものであるかを判決主文中に入られるのが適當であることが多い。その何れに左袒するにしても、第一審に於て相殺に基いて訴が却下されたのに、控訴裁判所は請求を理由なしとして棄却した場合に、控訴判決にあつても同じやうに此の旨を、控訴裁判所の判決主文中でも表明するが如きは、推稱すべきことゝは考へられなく。

之を内容の上から云へば、判決主文は大體に於て當事者の申立に従ふことゝなるであらう。且又判決は意見書中に於て、訴のそれ自體理由ありや否やを審査する機會に、當事者の申立を論究した其の結論を示すものに外ならない。特に判決主文は、事件に應じ、または用語に應じて當事者の申立を是正し之に明確なる表現を與へることが非常に多い。

けれども判決は、實體上當事者の現實に要求する所のもの以上に、出でることの出来ないものであることを、序にこゝで高調して置かなければならない。例へば原告が被告に向つて、貯蓄銀行の通帳の「引渡」を言渡さんことを要求するのであるならば、判決主文中で、藪から棒に被告に、貯蓄銀行の通帳の「返還」を言渡すことは許されない。

第二節 各個の場合に於ける判決主文の例

判決主文を正しく書くと云ふことは、事務修習の期間中にあつても、はたまた試験作業に於ても、経験上試補にとつて随分困難とする所である。そこでこゝでは裁判所の實際に於て、及び試験作業の場合に多く見かける例を幾つか挙げやうと思ふ。序に同時に是等の場合に最も陥り易い過誤を簡単に指摘するであらう。

(a) 本訴と反訴

賣主が賣買代金の支拂を訴求し、買主は反訴を以て契約の解除を要求したとすれば、判決主文は左の通りである。

「被告は原告に對し、金八百馬克及び之に對する訴狀送達の日より年四分の利子に相當する金額を支拂ふべし。

反訴は棄却す。

訴訟費用は被告の負擔とす。

此の判決は原告に於て金八百馬克の保證を立つるに於ては、假に執行することを得。

訴狀の送達の日が知れたるか、又は區裁判所の事件に於て記録に因り確認することが出来るときは、當該の日附を記入すべく、即ち例へば「訴狀の送達の日より」と云ふ代りに「一九一九年十二月十日より」と記載すべきである。

本訴も反訴も共に棄却する場合には、左の如く記載するを要する。

「本訴及び反訴を棄却す。

訴訟費用は之を相殺す。」

かくの如き場合に本訴の費用は原告に於て之を負擔し、反訴の費用は被告に於て之を負擔するやうに言渡すのは失當である。寧ろ費用の分配を行はなければならぬ。(尙ほ此の點に關する詳細は、民事訴訟法註釋書の第九十二條の項を参照せられたい)。

本訴は棄却したが、反訴は許すと云ふ場合に於ては、判決主文は次のやうになつて来る。

「訴を棄却す。

反訴に因り原告は、ゲルン市アーヘン街十番地の家屋を即時に明渡すべし。

訴訟費用は原告の負擔とす。

此の判決は被告に於て、千馬克の保證を立つるに於ては、假に執行することを得。」

(b) 假執行

一九二四年六月一日以來施行の民事訴訟法の改正法文は、假執行に關して重大な變改を加へて居る。即ち今後は既判力を有しない判決も悉く申立なきも尙ほ假執行を宣言するを要する。特に其の一部は、保證を立てしめることなくして假執行の宣言を爲すべく(民事訴訟法第七百八條、第七百九條)一部は、保證を立てしめるに於てのみ、其の宣言を爲すべきである(民事訴訟法第七百十條)。併し債權者の申立のあつたときは、此の場合に於ても場合に依つては保證を拋棄することが出来る(民事訴訟法第七百

十條。逆に、是亦申立のあつた場合丈に限られることであるが、裁判所は假執行を保證に繋らしめ、又は債權者が執行に先ち保證を立つべき旨を申出でない場合にあつては、債務者をして保證を立て、執行を免れることを得しめることが出来る(民事訴訟法第七十三條)。

かくの如き規律の設けられたことに因つて、民事訴訟法の舊法文について生じた幾多の係争問題は、其の意義を失ふことゝなつた。即ち例へば保證を立てることに對して、判決を執行力ありと宣言せんことを求める原告の申立に基き、裁判所は保證の規律なきも尙ほ、假執行を言渡すことを得るものであるかどうかの問題の如き、全く其の意義を失ふに至つたのである。

保證を立てしめることなくして、假執行を宣言すべき判決の場合にあつては、單に「此の判決は假に執行することを得」とすべきである。例へば、

「被告は、原告に金二百馬克を支拂ひ、且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。

とすべきである。

保證を立てしめて判決に假執行を宣言するときは、

「被告は、原告に對し金一千馬克を支拂ひ、且訴訟費用を負擔すべし。」

此の判決は、原告に於て金一千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、

とでも爲すべきである。

被告が民事訴訟法第七百十三條第二項に因る免除を請求したときは、判決主文は左の如くなる。

「被告は原告に對し、金二百馬克並に之に對する訴狀送達の日以後の利率年四分に相當する金額を支拂ふべく、且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、被告は金二百馬克の保證を立つるに於ては、執行を免るゝことを得。

只保證を立て、假執行を免除するのは、本來原告の保證なくして假に判決を執行することを得る場合に限り、問題となるに止まるものであることに注意する必要がある。されば判決が要するに保證を立つるに於てのみ、假に執行するを得るのであるときは、民事訴訟法第七百十三條第二項に因る被告の申立は、其の目的を失ふことゝなる。

民事訴訟法第七百十三條第二項に因る被告の申立に對して、原告も亦保證を立つべき旨を申出でたるときは、判決主文は左の如くすべきである。

「被告は原告に對し、金二百馬克並に之に對する訴狀送達の日より年四分の利子に相當する金額を支拂ふべく、且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、被告は原告にして金二百馬克の保證を立てざるに於ては、此の金額の保證を立て、執行を免るゝことを得。

以上が少くとも通説の奉ずる見解であるが、民事訴訟法第七百十三條第二項は、個々の點に於て多くの疑問を生ぜしめるものである。此の懸念は例へば「Fromherz, Der § 713 Abs. 2 ZPO, in der Praxis」(JV, 1914 S. 126) 並に「ハイン

の民事訴訟法第七百十三條解釋論」(Hein, "Zur Auslegung des 713 ZPO." (JW. 1914 S. 604))に詳細に論じてある。

「原告にして……の保證を立てざるに於ては」と云ふ第七百十三條第二項後半に依る債權者の爲の留保を職權を以て判決主文中に取入れるのは、實際上の需要に合致したものと云へやう。卑見に據れば、法律をかくの如く運用することは、特別の申立なきも尙ほ假執行力を言渡すべきものとなつた民事訴訟法第七百九條及び第七百十條の新しい法文の主旨とも一致する所以であらうと思ふ。註釋書は云ふまでもなく、全然民事訴訟法第七百十三條第二項は、保證を立つべき旨の債權者の特別の申出を條件とするものであると云ふ見解を奉ずるに於て一致して居るのである(Stein-Jonas, 12. Aufl., S. 420, Anm. ■ zu § 713 ZPO. を参照せられたる)。

此の第七百十三條第二項の「供託」Hinterlegungと云ふ文字は、訴訟物の供託即ち被告が給付を命ぜられた物の供託を指すものと解されるやうに補充して考ふべきであるのを看過する者が少くない。即ち判決中で「……馬克の保證を立つるに於ては」又は供託を爲して「執行を免るゝことを得るものと書くのは、全然謬りである。

國庫は假執行に關しては、何等特殊の地位を占めるものではない。従つて若し其の相手方も亦此の場合に、保證を要求するならば、國庫の爲にする判決も亦保證を立つるに於てのみ、假執行を宣言し得るに過ぎない。同時に國庫に對しても、他のあらゆる當事者に對すると同様、假執行を宣言することが出来る筈であるが、併し此の點については隨分と争があるのである。(Stein-Jonas, Anm. I 3 bei Ziffer 5 zu

§ 708 und Anm. I bei Ziffer 3 zu § 710 ZPO. und die dort zusammengestellte Lehre und Rechtsprechung; Hein, Handbuch der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., S. 49, sowie—entgegen gesetzt zu Heinn und übereinstimmend mit dem KG.—I.G. I Berlin im "Recht" 1921 Nr. 801. 「プロシヤ邦の邦金庫に對する判決は、假執行を宣言することを得ず」)

假執行は、獨り判決が直接に給付若しは強制執行の忍容を目的とする場合に、言渡すことを得るのみに止まらず、判決が狹義の強制執行に適當した内容を持たない場合に、之を言渡すことを得る。

例へば確認判決又は請求棄却の判決に於けるが如し。(同説 Stein-Jonas, 12. Aufl., Anm. I 3 und 4 zu § 708 ZPO. unter Zusammenstellung der Lehre und Rechtsprechung)。(形成判決については KG. JW. 1924 S. 1179 参照)。

民事訴訟法第七百九條第四號に因る費用に關しては、請求棄却の判決も亦假執行を宣言することを得る。

勿論スタイン・ヨナス(Anm. ■ zu § 709 ZPO. unter Zusammenstellung der Lehre und Rechtsprechung bei Ziffer 4)は、此の點について見解を異にして居る。即ち其の所説に曰く、之に反し本案に於て請求棄却の判決があつて、此の判決自體第七百八條第七百九條第一號乃至第三號第七百十條の理由の一に因り假執行を宣言するを得ない時は、よし費用の額が五百馬克を超えないものと豫期せられるにしても、第七百九條第四號は、費用負擔の言渡文に基いて假執行を宣言する爲の根據を與へるものでない。蓋し費用それ自體は、第三條乃至第九條に據つて計算すべき敗訴言渡の目的を成さないからである。けれ

ども第七百十條に因る執行力の宣言は認められる。其の外本案の落着後、費用についてのみ裁判される限りは、判決は第九十九條並に第七百九十四條第三號に因り、宣言なきも尙ほ即時に執行することを得る。……此の場合にあつては此の係争問題は根據を失ふこととなる譯である」と。けれども例へばホツへの如きは(JZ. 1926, S. 307)「現今では請求棄却の判決はすべて、申立なきも尙ほ職權を以て、假執行の宣言を爲すべく、特に原告の償還すべき費用が五百馬克を超えないときは、保證を立てしめることなくして假執行の宣言を爲すべく、其の他の場合にあつては保證を立てしめて、假執行の宣言を爲すべきである。かくの如き論結は、民事訴訟法第七百十條及び準用すべき第七百九條第四號から推論せられた所であつて、……よし第七百九條第四號は、嚴正なる文理解釋を施す場合にあつては、直接には適用されないかも知れないが、少くとも其の規定に表明されて居る思想を準用するには、全然何の懸念も存する譯のものではない」と反對して居り、其の所論の誠に正しいのを感じしめる。

信用を危殆ならしめる言説の停止を求める訴は、民事訴訟法第七百九條第四號に所謂財産權上の請求たるものである。従つて保證を立てしめることなくして、判決の假執行を宣言することが出来る。

控訴金額に達せざる所謂瑣末事件 *Bagatellsache* に於ける判決も亦、假執行の宣言を爲し得る。

瑣末事件に於けるかくの如き判決は、言渡と同時に既判力を有するに至るものであると云ふ見解は排斥しなければならぬ。

民事訴訟法第七百十三條^aの新規定も亦、瑣末事件に於ける判決の假執行を宣言することを適法とする思想を起點として居る。

新民事訴訟法の下にあつては、判決は殆とすべて、申立なきも尙ほ假執行の宣言を爲し得べきものであるが故に、かくの如き申立を却下することを必要とする場合(即ち例へば従前請求棄却の判決につき費用に關して假執行の宣言を求める申立の場合に見た所である)は、今後は殆ともはや生ずることはあるまい。果して然らばかくの如き申立を、判決主文中で特に却下することは、普通の場合については恐らく必要であるまいと思ふ。大抵は判決理由中で、相當の説明をして置く丈で充分とするのではあるまいか。例へば地方裁判所の控訴判決の、假執行の宣言の申立があつた場合などがそれである。此の場合にあつては、判決の假執行の宣言を求める申立は、判決が既に言渡と同時に既判力を有するに至つたが故を以て、無意義となつて了つた旨を、簡單に判決理由中に記載して置く丈で充分である。

以上少し計りの問題を論究した丈で、既に判決主文に於ける假執行の宣言は、多大の注意を以て取扱はなければならぬものであることが、明かになつて来る。此の點についての學說判例は、民事訴訟法註釋書の第七百八條、第七百九條、第七百十條、第七百十三條の項下に記載してある次第であるが、特に裁判所の實際上に頻々として現はれて来る各個の問題を、極めて明瞭に且要領よく取扱つて居るのは、ハインの強制執行提要(Hein Handbuch der Zwangsvollstreckung, 1914, 2. Aufl., S. 47 ff.)である。

けれどもこゝに深く心しなければならぬのは、民事訴訟法の條文が變改された以上は、古くからある参考書を利用するには、特別の注意を以てする必要があることである。と同時に逆に現今試験作業の際には、民事訴訟法の新法がまだ問題とならない時分の記録の出題されることが随分とあることも看過する譯には行かない。然も試験作業に於ては、原則として出題された記録に於ける判決の言渡に

合致する時期を以て、裁判の時期と認めることを必要とする次第なのであるから、かくの如き場合に於ては、當時の民事訴訟法の法文を基礎とする必要があるであらう。

(c) 共同訴訟人

共同訴訟人 *Streitgenosse* は判決の言渡が其の全員の爲に、若は其の全員に對して行はれる場合に於ては、單に原告又は被告として表示すべく、例へば共同訴訟人の一人が敗訴の言渡を受け、他の共同訴訟人に對しては訴が棄却された場合に、初めて區別を必要とするのである。此の場合には例へば左の如くすることを必要とするであらう。

「被告たる夫は原告に對し、一九一五年一月一日を以て出生したる子アマリー・シュミッツを引渡すべし。」

被告たる妻に對する訴は棄却す。

原告は訴訟費用の半額と、自己自身の訴訟外の費用の半額とを負擔し、被告たる妻及び被告たる夫は訴訟費用の半額と、原告の訴訟外の費用の半額と、並に自己自身の訴訟外の費用を負擔す。

判決は被告たる夫に對し敗訴を言渡す程度に於ては、一千馬克の保證を立て、假に執行することを得。

此の場合に於ける訴訟費用の裁判の書き表はし方には、非常に争がある。特に曩に行はれて居るやうに被告が辯護士に依つて代理されて居ることを斟酌していゝものであるかどうかは、曖昧であるやうに見受けられる。

だが比較的近時の裁判は、専らこゝに述べたやうな見解を示して居るのである。即ちスツツトガルト控訴院は、一九二五年二月十九日の決定 (*Richterzeitung* 1925 S. 112 Nr. 289) 中で、左の如く述べて居る。

「或る一個の訴訟に於て、一方の側に數人の共同訴訟人が關與し、其の中の一部が勝訴し、他の一部は敗訴したる場合には、判決中に於て、割合に應じて訴訟費用を分配するは、法律にも合致すればまた明確なる區分の必要にも、適合する所以なりと云はざるべからず。……此の原則よりして既に共同訴訟人の一人が勝訴したる場合には、自己の費用及び立替金のみを、相手方に對して賠償せしめ得るに止まるを常とすることが、推論せらるゝものと云はざるべからず。同じ精神に於て、共同訴訟人全部の勝訴したる場合に於ても、それ／＼の共同訴訟人は、自己にとつて生じたる訴訟費用のみに限り、敗訴したる相手方に向つて、賠償を請求するを得るものなる事も、第九十一條の規定に因り推論せらるゝ次第なり。……勿論辯護士手数料法第三條中には、數人の委任者を存する場合に、辯護士が其の中の一人に全力を傾注したりとするも、此の辯護士を非難することを得ざる旨を規定すると雖、然も是は單に辯護士と委任者との間の關係に於て認めらるゝ所たるに止まり。……相手方に對しては、普通結果に於て、兎に角關係者間の妥協に因り、數人の共同訴訟人が一人の共通の辯護士の費用を按分して、負擔すると云ふことを主眼とせざるべからず。之に異なる裁判は、例外として他の共同訴訟人が支拂不能なるか、又は特殊の場合に於て共同訴訟人相互間の法律關係が然らしむるとでも云ふの故を以て、共同訴訟人中の一人が、訴訟費用を終局的に負擔しつゝあるが如き場合に限り、之を是認することを得るに過ぎざるなり。」

合致する時期を以て、裁判の時期と認めることを必要とする次第なのであるから、かくの如き場合に於ては、當時の民事訴訟法の法文を基礎とする必要があるであらう。

(c) 共同訴訟人

共同訴訟人 *Streitgenosse* は判決の言渡が其の全員の爲に、若は其の全員に對して行はれる場合に於ては、單に「原告又は被告」として表示すべく、例へば共同訴訟人の一人が敗訴の言渡を受け、他の共同訴訟人に對しては訴が棄却された場合に、初めて區別を必要とするのである。此の場合には例へば左の如くすることを必要とするであらう。

「被告たる夫は原告に對し、一九一五年一月一日を以て出生したる子アマリーシュミッツを引渡すべし。」

被告たる妻に對する訴は棄却す。

原告は訴訟費用の半額と、自己自身の訴訟外の費用の半額とを負擔し、被告たる妻及び被告たる夫は訴訟費用の半額と、原告の訴訟外の費用の半額と、並に自己自身の訴訟外の費用を負擔す。

判決は被告たる夫に對し敗訴を言渡す程度に於ては、一千馬克の保證を立て、假に執行することを得。

此の場合に於ける訴訟費用の裁判の書き表はし方には、非常に争がある。特に曩に行はれて居るやうに被告が辯護士に依つて代理されて居ることを斟酌して、いゝものであるかどうかは、曖昧であるやうに見受けられる。

だが比較的近時の裁判は、専らこゝに述べたやうな見解を示して居るのである。即ちスツツトガルト控訴院は、一九二五年二月十九日の決定 (*Richterzeitung* 1925 S. 112 Nr. 289) 中で、左の如く述べて居る。

「或る一個の訴訟に於て、一方の側に數人の共同訴訟人が關與し、其の中の一部が勝訴し、他の一部は敗訴したる場合には、判決中に於て、割合に應じて訴訟費用を分配するは、法律にも合致すればまた明確なる區分の必要にも、適合する所以なりと云はざるべからず。……此の原則よりして既に共同訴訟人の一人が勝訴したる場合には、自己の費用及び立替金のみを、相手方に對して賠償せしめ得るに止まるを常とすることが、推論せらるゝものと云はざるべからず。同じ精神に於て、共同訴訟人全部の勝訴したる場合に於ても、それ〳〵の共同訴訟人は、自己にとつて生じたる訴訟費用のみに限り、敗訴したる相手方に向つて、賠償を請求するを得るものなる事も、第九十一條の規定に因り推論せらるゝ次第なり。……勿論辯護士手数料法第三條中には、數人の委任者を存する場合に、辯護士が其の中の一人に全力を傾注したりとするも、此の辯護士を非難することを得ざる旨を規定すると雖、然も是は單に辯護士と委任者との間の關係に於て、認めらるゝ所たるに止まり。……相手方に對しては普通結果に於て、兎に角關係者間の妥協に因り、數人の共同訴訟人が一人の共通の辯護士の費用を按分して、負擔すると云ふことを主眼とせざるべからず。之に異なる裁判は、例外として他の共同訴訟人が支拂不能なるか、又は特殊の場合に於て、共同訴訟人相互間の法律關係が然らしむるとでも云ふの故を以て、共同訴訟人中の一人が、訴訟費用を終局的に負擔しつゝあるが如き場合に限り、之を是認することを得るに過ぎざるなり。」

大審院、ミュンヘン地方裁判所、フランクフルト控訴院、スツットガルト控訴院、ベルリン・シエーネベルグ區裁判所なども、相似た見解を奉じて居る。

裁判所の實際に於ては、特に一分判決及び闕席判決について、民事訴訟法第百條の場合に於ける訴訟費用の裁判が、正しく處置せられないことが非常に多い。所が訴訟が續行せらるゝに當つて、後に至つて更に終局判決を言渡すを要する判事にとつては、何時も此の謬れる裁判と如何に妥協すべであるか特に今度は自分の側で、如何に訴訟費用の裁判を爲すべきであるかと云ふ、多大の困難を生ずるのである。是等の場合にあつては、常に學說判例の智慧を借りる必要があることと思ふが、此の點についての學說判例は、第百條の註釋の項下に普通之を見出すことが出来る。

(d) 從參加

從參加 *Nebenintervention* を存するとき、此の費用に關しては、例へば左の如く言明することを必要とするであらう。

「訴を棄却す。訴訟の費用、並に從參加人に生じたる費用は、原告の負擔とす。此の判決は假に執行することを得」。

此の例に於ては、從參加人が被告に附隨したものとしたのであるが、それが原告の從參加人である場合にあつては、判決主文は左の如くなるであらう。

「訴を棄却す。原告は訴訟の費用を負擔するを要するも、從參加に因つて生じたる費用は除外し、此の費用は從參加人の負擔とす。此の判決は假に執行することを得」。

從參加人のみが上訴を提起し、主たる當事者はもはや手續に關與しないときは、上訴棄却の場合には判決の冒頭書に於ては主たる當事者が當事者として記載してあつて、從參加人自身は單に從參加人として掲げてあるに止まるに拘らず、從參加人一人丈が訴訟費用を負擔すべきものと言渡さなければならぬ。

(e) 自稱債權者の争 *Forderungsprätendenstreit*

民事訴訟法第七十五條に據る債權に關して、數人の債權者に争のある場合には、判決主文は例へば左の如くなる。

「被告たる債權者テルチウスは、當地裁判所金庫に對し本來の被告デビートルが一九二五年一月二日を以て供託したる、一千馬克の金額並に之に對する利子の拂戻を受くるの權利を有す。

供託したる金額を自己に歸せんことを求むる原告の申立は、之を棄却す。

訴訟費用は、本來の被告デビートルに生じたる費用並に供託の費用を併せて、原告の負擔とす。

此の判決は金千五十馬克の保證を立つるに於ては、假に執行することを得」。

然るに別の見解に據れば、此の判決の第一項は左の如くすることを必要とする。

「原告は、本來の被告デビートルが、一九二五年一月二日に當地裁判所金庫に供託したる、金一千馬克の金額並に之に對する利子の、被告債權者テルチウスに交付せらるゝを承認すべし」。

此の場合にあつても、判決主文を終局的に書くに先だち、學說判例——民事訴訟法第七十五條を註釋する項下に掲げてある——を熟讀することを常に適當とする。

(f) 本案に於ける訴訟の落着

本案に於て訴訟が落着したけれども、實際そうであるかどうかについて當事者間に争があるときは左の如く言明すべきである。

「訴訟は本案に於て落着したり、訴訟費用は原告の負擔とす」

又は、

「訴訟は本案に於て落着したるものとの宣言あり。訴訟費用は被告の負擔とす」とする。

とする。

之に反して、訴訟が本案に於て落着したことにつき、争を存しないときは、簡單に、

「訴訟費用は原告の負擔とす」

とするか、又は

「被告は訴訟費用を負擔すべし」

にする丈で充分である。

原告又は被告の何れが訴訟費用を負擔するを要するかは、本案落着の事情に従つて定まる。此の點と關する詳細は、民事訴訟法註釋書の第九十一條の項下に掲げてあるし、並に曩に意見書に關して論ずるに當つて記載して置いた。

本案に於て裁判をすることなく、只訴訟費用の負擔のみを命ずる判決は、民事訴訟法第九十九條第三號の範圍内に於て、即時抗告を以て不服を申立てることが出来る。従つて此の判決は民事訴訟法第七

百九十四條第三號に據り、裁判所の別段の宣告を俟つことなくして、強制執行に適した債務名義を成すものである。さればかくの如き判決に假執行の宣言をするのは、無用であり、また謬りである。(Stein-Jonas, 12. Aufl., Anm. 14 zu § 708 ZPO. を參照)。

「假執行に關する規定は判決の言渡から既判力の發生するまでの時期に於ける、強制執行の規律にのみ役立つものである。されば言渡と同時にそれ丈で既に既判力を生ずるに至る判決に、假執行の宣言をするのは無用であり、従つてまた謬りである。然るに第九十九條第三項に據る訴訟費用の判決は、第七百九十四條第三號に據り、言渡と同時に執行力を有するに至るのであるから、是亦執行力の宣言を必要とするものでなす」(Hein, Handbuch der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., S. 48)。

(g) 民事訴訟法第百十三條に因る保證なき場合

民事訴訟法第百十三條譯者註の場合に於ては、判決主文は左の通りになる。

「訴は取下げられたるものと宣告す。訴訟費用は原告の負擔とす」

又は第二審の判決の場合にあつては、

「一九二五年一月二日を以て言渡したるケルン區裁判所第七十條の判決に對する原告の控訴は之を棄却し、訴訟費用は控訴人の負擔とす」

となるのである。

(譯者註) 民事訴訟法第百十三條に曰く、裁判所は保證を命ずるに當つて、原告に對し期間を定め此の期間内に保證を立つべしと命ずるを要す。此の期間の満了したる後、裁判に至るまで保證が

立てられざるときは、被告の申立に因り訴の取下ありたるものと宣言すべく、又は原告の訴に關して辯論すべきときは、上訴を棄却すべし。

(h) 不可量物放射の訴及び占有妨害の訴

放射の訴 *Immissionsklage* 及び占有妨害の訴 *Besitzverletzungsklage* 等の場合にあつては、一定の豫防的處置と云つたやうなものを、被告に命ずることを得ない程度に於ては、判決主文中で強制執行の先廻りをするを許されないことに、注意を拂ふ必要がある。寧ろ此の場合にあつては、判決主文の措辭を成るべく一般的にならしめることを適當とする。即ち、

「被告はケルン市アーヘン街百四番地の被告所有の土地より、アーヘン街百六番地の原告所有の土地に、酸性水蒸氣を放散することを止むべし。」

訴訟費用は被告の負擔とす。

此の判決は五千馬克の保證を立つるに於ては、假に執行することを得、
とでもすべきであらう。

(i) 確認の訴

確認の訴の場合にあつては、判決主文中に於て眞に法律關係が確認せられ、法律問題や事實が確認されないことに注意すべきである。

大審院の比較的近時の判例中、確認の訴の適法性に關して擧ぐべきものは左の通りである。

(a) 一九二三年十二月五日の判決 (*Bd. 107, S. 303*)。此の案件に於ては、原告は國營鐵道金庫に對して

訴を提起し、原告の施した包装材料がそれ自體として缺點のないものである限りは、國營鐵道金庫は、原告が或る方法に於て表示した煙草送品の運送を拒絶し送狀面に一定の記載を爲すべく要求するの權利を有しないことを確認せられんことを申立てた。

此の確認の訴に關して大審院は、特に左の如く判示して居る。「確認の訴の方法に於て與へらるべき權利保護は、決して任意的のものにあらずして、民事訴訟法第二百五十六條中に詳密に規定せらるゝものなり。今此の規定に據れば、權利保護の條件は、當事者に争の目的物を與ふる權利關係の存在することとなり。而して民事訴訟法第二百五十六條の規定の精神に於ける權利關係とは、法律的结果 *Rechtsfolge* として具體的の事實より流出する、甲なる人物の乙なる人物に對する關係を指すものと解すべし。……従つて控訴院が原告の請求を以て、法律問題に對する一般的の裁判を、要求するものと解したるは至當なり。かくの如き要求を爲すにつき、法律上の利益を存するや否やは問ふ所にあらず。されば主たる申立が問題たる限りに於ては、權利關係の存在せざるの故を以て、其の適法性を否定すべきなり。」

(b) 一九二三年四月十日の判決 (*Bd. 108, S. 201*)。此の案件にあつては大審院は、確認の訴と給付の訴との關係を左の如く説明して居る。(1) 「訴提起の當時確認の利益を存したる積極の確認の訴は、訴訟経過中に給付の訴の可能が生じたること因つて、不適法となるものにあらず。損害の展開の終了した場合にあつても、確認の訴を取下さる必要もなければ、また之を給付の訴に変更することも必要にあらず……」

(2) 「訴を起す際に損害の一部が既に發生し、更に尙ほ損害の發生を豫期すべしとするも、原告は其の

訴を給付の訴と確認の訴とに分離することを強ひらるゝものにあらず。原告は損害の全範囲に互つて、確認の訴を提起することを得べくして、訴訟の経過中に於ける引續いての損害の展開には關係なく確認の訴を固執することを得るなり……」

(c) 一九二六年五月十一日の判決(Bd. 113 S. 410)°

(1) 「第二百五十九條譯者註に據り訴を起すことを得ると云ふ單なる事實よりして、本來存したる確認の訴を不適法なりとする論結を生ずるものにあらず。寧ろ自己に歸屬する甲乙何れの法律上の救濟手段 *Rechtsbehelf* を行使すべきやの選擇權は、原告の有する所たらざるべからず。是は特に第二百五十九條中に要求せられたる、特殊の條件の故を以てなり」

(譯者註) 民事訴訟法第二百五十九條に曰く、將來の給付を求むる訴は、事情上債務者が適時の給付を免るべしとの懸念を理由あらしむる場合にあつては、第二百五十七條及び第二百五十八條の場合の外は、之を起すことを得。

(2) 「訴の提起前既に權利關係に争あり、且確認の申立が、既に一分的給付を目的とする訴中に收めらるゝとするも、それは民事訴訟法第二百八十條に據る確認の訴の適法性と相容れざるものにあらず……加之第二百八十條の中間の確認の訴 *Zwischenfeststellungsklage* の場合にあつては、第二百五十六條の要求する所の如き、即時の確認についての正當なる利益を證明することを必要とせず。此の證明は、訴訟の裁判が争ある法律關係に左右せらるることに因つて、補はるるものなり」

確認判決も亦、假執行を宣言することを得るものであることは、既に假執行を論ずるに當つて、大體特

筆した所である。

確認判決に關する判決主文は、左の如くにでもなるであらうか。

「被告は取消法の規定に因り、土地債務が原告に移轉したるを取消すの權利を有せざることを確認す。

訴訟費用は被告の負擔とす。此の判決は一萬馬克の保證を立つるに於ては、假に執行することを得。

(k) 妨訴抗辯

妨訴抗辯に基いて訴が却下される場合にあつても、實體上の理由に因り棄却された判決に比較して何等特別の性質を存するものではなく、特に判決主文中で、訴の却下文が問題となつて居るのを表明することは、普通には行はれない事である。

特殊の中間判決を以て妨訴抗辯を棄却するのは、一九二四年六月一日以來施行中なる民事訴訟法第二百七十五條の新法文に據れば、裁判所が申立に因り又は職權を以て、妨訴抗辯に關する辯論の分離を命ずる場合に限り見る所である。かくの如き判決は、

「裁判所の土地の管轄違の妨訴抗辯を棄却す」

とでもなるであらう。

訴訟費用の裁判は、かくの如き中間判決中に於ては、爲すべきではない。

(1) 評價宣誓 *Schätzungseid*.

民事訴訟法第二百八十七條に據る當事者の宣誓に因つて損害を調査する場合にあつては、判決主文の書き方に特に困難を生ずることがある。訴訟費用の裁判は、かくの如き場合に於ては、之を宣誓力確認の判決 *Lauterungsurteil* に留保することを得べく、敢て懸念を挿むを要しないが然もかくの如き處置は、必ずしも必要ではない。此の場合にあつては例へば、

〔1〕 被告は原告に對し、三千馬克並に之に對する訴狀送達の日より年四分の利子を支拂ふべく且訴訟費用の四分の三を負擔すべし。

〔2〕 左の宣誓を爲すことは原告の任意とす。

余の確信する所に據れば、一九二六年十一月十一日の火災に因つて余に生じたる損害は既に判決を以て余に與へられたる金三千馬克の外、更に……馬克に上るものなり。

然れども原告に於て更に申告すべき金額は、三千馬克を超ゆることを得ず。

〔3〕 原告が、裁判所に於て定めたる最高額を申告して宣誓を爲したるときは、被告は原告に對して更に三千馬克の金額並に之に對する訴狀送達の日より年四分の利子を支拂ふべく、且訴訟費用の殘餘の四分の一をも負擔すべし。

〔4〕 原告が全然宣誓を拒みたるか、又は裁判所の定めたる最高額の一分のみを申告するに止まれるときは、原告の宣誓せざる殘額に關しては、原告の訴を棄却するものとし、原告は訴訟費用の殘餘の四分の一を負擔すべし。被告は更に原告が宣誓して申告したる金額並に之に對する訴狀送達の日より年四分の利子を、原告に支拂ふべし。

〔5〕 此の判決は、今日既に被告の終局的敗訴を言渡せる限りに於ては、金三千馬克の保證を立てて、假に之を執行することを得、とすることが出來やう。

(m) 相殺の留保

民事訴訟法第三百二條に因る相殺の主張の場合にあつては、留保判決の書き方についても時々過誤が爲される。判決中で訴訟費用についても裁判することを必要とするものであること、及び此の判決は假に執行することを得るものであることを、看過し易い。此の場合にあつては判決主文は、左の如くすべきであらう。

「被告は原告に對し、金四百馬克並に之に對する一九二五年一月一日よりの年四分の利子を支拂ふべく、且訴訟費用を負擔すべし。

然れども此の判決は、被告に於て主張したる、原告の未熟の印刷技術に因る四百馬克の損害賠償債權との相殺に關する裁判の留保の下にのみ之を言渡す。

此の判決は假に執行することを得。」

此の場合にあつては敗訴の言渡を確認する終局判決は、敗訴の宣告を繰返し言渡すことを必要としない、單に、

「一九二五年三月一日を以て言渡したる判決裁判所の判決は、此の判決中に於て宣告したる相殺の留保を廢罷するの標準を以て之を確認す。訴訟の其の他の費用も被告の負擔とす。此の判決

は假に執行することを得」。

之に反し反對債権が證明せられるときは、左の如く言明すべきである。

「一九二五年三月一日を以て言渡したる判決裁判所の判決を廢罷して、訴を棄却す。訴訟費用は原告の負擔とす。本判決は假に執行することを得」。

(n) 請求の原因に關する判決

民事訴訟法第三百四條に因る請求の原因に關する判決は、左の如く書くべきである。

「請求は原因上より見て理由ありと認む」

或は幾分か詳細に、

「請求は原因上より見て理由ありと認められたるものと宣言す」

とすべきである。

併し此の場合にあつては、民事訴訟法第三百二條の場合に於けるとは逆に、訴訟費用に關する一切の宣言を避くべきで、殊に「訴訟費用に關しては、終局判決中に於て之を裁判す」などと言明する必要はない。民事訴訟法第三百四條に因る中間判決に對する上訴を棄却する判決の場合にあつては、上訴審の費用に關する宣言は、必要ではないけれども、併しそうかと云つてそれは不合法ではない。

之について判例は、左の如く述べて居る(RG. Bl. 110 S. 64)。

「被告に對する請求が、未だ終局的に明確ならしめられたるにあらずして、寧ろ是までの所は、單に原因の上より見て、正當なりと宣言せられたるに止まるものなるに拘らず、控訴裁判所は、控訴審の訴訟費用

に關しても裁判したり。此の訴訟費用の裁判は、形式上は必要ならざれども、然も法律上は必ずしも不合法にはあらざるなり……」。

請求が一分文正當と認められるときは、他の部分に關しては、直ちに訴を棄却するの必要があるものと考へる。例へば一萬馬克の損害賠償が請求された場合に、原因の上から見て其の二分の一についてのみ、請求を正當であると認めるならば、次のやうにでも云ふべきであらう。

「訴は五千馬克の額に於て棄却す。請求は其の原因より見て、其の半額文を正當なりと宣言す。

訴訟費用の半額は原告の負擔とす。訴訟費用の殘額に關する裁判は、之を終局判決に留保す。

本判決は、訴訟費用に關して敗訴の言渡の行はるる限りに於ては、假に執行することを得」。

かくの如き判決は、それが現在訴を棄却する限りに於ては、一分終局判決であるが、其の場合に於ては、民事訴訟法第三百四條に因る基本判決 Grundurteil である。けれども此の場合にあつては、一分については、終局判決を存するものであるから、其の程度に於ても訴訟費用の裁判を適當とするかも知れない。

請求に數個の原因を存し、其の中の一に因つてのみ訴が正當であると認められる場合には、更に多大の困難を生ずるものである。今一九二四年六月一日以來施行されて居る民事訴訟法第三百三條の新法文に據れば、獨立した個々の攻撃又は防禦の方法に關する中間判決は、もはや認められないことになつた。従つて或る特定の訴の原因は、數個の訴の原因の提出せられた場合に、あつては、かくの如き獨立の攻撃方法の一を意味するものに外ならぬ。(Sommer, „Das neue Zivilprozessrecht“ S. 95)。

それにも拘らず第三百四條の範圍内に於ては、個々の訴の原因に關するかくの如き裁判も、尙ほ認められるであらう。蓋し此の場合には、第三百三條に因る中間判決ではなくて、寧ろ第三百四條に因る中間判決たるものだからである。

此の一事は、既に第三百三條の舊法文についても、大審院の夙に承認した所で、即ち一九一八年一月十八日の判決中に於ては、左の如く述べて居る。「上告について相手方が其の適法性を争ふは不當なり。控訴裁判所は、請求が *Famb. H.G.* の違反を基礎とする限りに於ては、其の原因の上より見て、之を正當なりと宣言したり。今判決の理由とする所に據れば、是は請求が表示せられたる範圍内に於てのみ認めらるるに止まり、即ち請求が民法第三百三十三條、第八百二十六條に立脚するの程度に於ては、承認すべからざるを意味す。かくの如き判決は、請求の數字を附したる何れの部分も棄却せられざるが故に、一分判決を成すものにあらず(民事訴訟法第三百一條)と雖、然もまた上訴を許されざる、民事訴訟法第三百三條に因る裁判と目することを得ず。寧ろ第三百四條に因る中間判決を存する次第にして、此の中間判決は、訴訟法上許さるべき方法に於て、請求の原因を制限的に詳細に裁定したるものなり。此の制限は、數額に關する訴訟手續にとつて標準となるものなるが故に、廣汎なる申立を棄却せられたる原告は、此の判決に對して不服を申立つることを得べし。」

是と同じやうな説明は、一九一八年十二月十七日の大審院の判決(*J.W. 1919 S. 5*)中に見受けられる。同誌の論說には、此の判決を批評して特に左の如く述べて居るのである。「本審裁判所及び辯護士にとつては、前記の裁判は、凡そ原因に關する裁判なるものは、それが個々の法律原因を否認するのであるに

もせよ、若はまた其の他の方法に於て請求を制限するのであるにもせよ、一切の制限を判決主文中に於て表明すべく、獨り判決理由中に於て、之を表明するのみに止めないことが、絶對的に適當であると云ふ教訓を包含する。然らざれば原告は、原因の上で敗訴せる訴訟を判決主文の上では容易に勝訴し得ることとなり、且又かくの如き裁判に對して、不服を申立てるの道を奪はれるであらう。」

従つて著者は、請求の數上の棄却の外に、訴の原因をも正當ならずとして宣言した判決主文の例として、本書の舊版には左の通りの判決主文を掲げて置いた。

「訴は、一萬馬克の慰藉料を請求せる程度に於ては、之を棄却す。

不法行爲及び契約の訴の原因は、正當ならず。

請求は、國責務法の規定を基礎とせる程度に於ては、其の原因より見て正當なりと宣言す。

訴訟費用の半額は原告の負擔とす。訴訟費用の殘額に關する裁判は、終局判決に留保す。」

けれども民事訴訟法第三百三條の新法文に顧みるときは、今日判決理由中で訴の原因を棄却するものが許されたる唯一の方法ではないかどうか、著者は懸念を懐く。従つて少くとも民事訴訟法の新法文を基礎として言渡すべき判決については、判決主文は次の如くするのが、より正しいと考へたい。

「訴は、一萬馬克の慰藉料を請求せる程度に於ては、之を棄却す。

請求は、國責務法の規定に立脚せる程度に於ては、其の原因より見て正當なりと宣言す。

訴訟費用の半額は、原告の負擔とす。訴訟費用の殘額に關する裁判は、之を終局判決に留保す。

本判決は、訴訟費用に關しては、原告に對し假に之を執行することを得。」

民事訴訟法第三百四條に因る基本判決が、適法であるかどうかの問題は、往々にして非常に曖昧であることを免れない。大審院の比較的近時の判例中で、特に擧ぐべきものは左の通りである。

(a) 一九二三年四月十日の判決(Bd. 108 S. 201)。
遅滞の開始の確認は、遅滞の損害額に關する手續に留保することを得ない。

(b) 一九二三年三月六日の判決(Bd. 106 S. 346)。
有限責任會社の業務擔當者に對する、數種の義務違反を理由とする損害賠償の訴にあつては、加害的共同的行動が問題たるときは、請求の原因に關して豫先的裁判を爲す *vorbentscheiden* ことが出来る。

(c) 一九二一年六月三十日の判決(Bd. 103 S. 219)。
此の判決に於ては大審院は、本來の請求の既に原因上から見て正當と確認せられた後訴の擴張に因つて主張された増加請求 *Mehranspruch* に關して言渡す、民事訴訟法第三百四條に因る中間判決の要件を論じて居る。
其の原因の點に於て、大審院は次の如く詳論して居る。「請求の原因に關する第三百四條に因る中間判決は、此の中間判決の基礎となりたる口頭辯論の當時繫屬したりし範圍内に於てのみ、請求に作用を及ぼすものなり。請求が第一審に於て後に至つて擴張せられたる時は、其の程度に於ては請求を新に審査し其の原因に従つて之を確認することを必要とす。被告が此の確認に對し新しき見解を主張したるにあらざる限りは、此の確認は前の中間判決の原因を援用するこ

とに因つて、之を爲すことを得……裁判所が後に請求せられたる金額に關して、請求の原因につき、第三百四條に因る新しき中間判決を言渡すことを必要と思惟したるときは、此の中間判決については、此の種の裁判につき、一般に成立する同一の原則の適用あるものなり。而して此の種の裁判に屬するは、就中、請求が其の數額上より見て、果して現實に成立するや否やの確認なりとす。數上算定すべき損害の存否について、反證を容れざる確實性の證明せらるることは、必要ならずと雖、少くとも事情全般より見て、數上確認することを得べき損害額が、後日の調査に因つて明白となるべきものと認むるの必要あるなり……案件の詳細なる事情上、請求が存在せざることを明かなるを豫期する能はざる限りは、原因に關する豫先裁判 *Vorbentscheidung* を爲すの餘地を存せず。今本來の請求の擴張に關して、原因上評價を爲す中間判決に對し、此の原則を適用するに於ては、損害の發生が疏明されるも未だ以て充分とせず、寧ろ本來の請求を超えて、訴の擴張の範圍内にも及ぶ損害額についての、充分なる根據の存在するを必要とすること明かなり。損害が其の數額上より見て、本來の請求を超過するや否や疑はしきものあるときは、後に起したる別段の請求の原因に關して、豫先裁判を爲すこと能はざるなり」。

(d) Bd. 98 S. 222 の判決。
「民法第八百四十三條に因る年金の期間は、金額に關する手續に留保することを得るも、之に反し民法第八百四十四條の場合にあつては然らず」。

(e) Bd. 103 S. 406 の判決。

「損害賠償請求権の原因に關する判決は、此の損害が利益に因つて充分に補償せられたることの反證を容れざるまでに主張せらるるときは、之を言渡すことを得ず」。

(o) 闕席判決

闕席判決それ自體は其の書き方に於て、何等特別の方式を示すものではないが、之に反し故障に對して言渡される判決は、多少特別な方式を持つ。特に次の場合を考へることが出来る。民事訴訟法第三百四十一條。

「一九二五年三月二日言渡されたる判決裁判所の闕席判決に對する故障は、不適法として、費用を申立人の負擔として之を棄却す。本判決は假に執行することを得」。

第二百四十三條。

「一九二五年三月十二日言渡されたる判決裁判所の闕席判決は、之を維持す。其の他の訴訟費用も被告の負擔とす。本判決は假に執行することを得」。

第三百四十三條、第三百四十四條。

「一九二五年三月二日言渡されたる判決裁判所の闕席判決を廢棄して、訴を棄却す。

被告の懈怠に因つて生ずるに至りたる費用を除き、原告は訴訟費用を負擔すべし。本判決は假に執行することを得」。

第三百四十五條。

「一九二五年三月一日言渡されたる判決裁判所の闕席判決に對する故障は、訴訟費用を申立人の

負擔として之を棄却す。本判決は假に執行することを得」。

闕席判決の一分廢棄の場合には、特に注意を拂ふ必要がある。例へば宣誓の諾否を條件とする裁判が被告に對する闕席判決に代るときは、闕席判決の維持又は廢棄は宣誓力確認の判決中に於て、初めて之を言渡すべきである。(RG. Wam. 1920 S. 110) かくの如き案件の實施は、設例七の掲げる所であるが之に反し新判決中に於て、請求が單に原因の上より見て正當と宣言せられるならば、少くとも此の判決の本文中に於ては既に、其の程度に於て闕席判決の維持と否とに對して、態度を表明しなければならぬ (Stein-Jonas, 12. Aufl., Ann II zu § 343 ZPO.; Seuffert zu § 343 ZPO. 参照)。

故障期間の懈怠に對して原狀回復の申立のあつた場合に、同時に故障それ自體に關して裁判されるならば、原狀回復の點について、判決主文中で特に判決をするのは不必要でもあるし、また謬りでもある。之に反し裁判所が原狀回復の申立文に關して、中間判決を言渡したときは、例へば故障それ自體に關する裁判が、未だ判決に熟せざるの故を以て、次のやうにでも言ふべきであらう。

「被告に對し一九二四年十二月十一日の判決裁判所の判決に對する、故障申立期間の懈怠に對する原狀回復を許す」。

故障に關して既に裁判があり、其の後に至つて初めて故障申立期間の懈怠に對する原狀回復の申立のあつた場合には、此の申立を棄却する判決は、終局判決である。此の場合にあつては、判決は左の如くであらう。

「一九一九年十二月十一日の判決裁判所の判決に對する故障申立期間の懈怠に對し、原狀回復を

許さんことを求むる被告の申立は、費用を被告の負擔として之を棄却す。此の判決は假に執行することを得。」

之に反し原状回復を許すときは、之に關する獨立の裁判は、是亦單に一個の中間判決に止まる。而して同時に本案について判決される場合には、原状回復に關する判決を判決主文中に載せることを見合すべきである。

(D) 條件付終局判決

條件付の終局判決 *bedingtes Urteil* の場合に於ける判決主文の書き方には、特に注意する必要がある。こゝに論ぜられて居る大抵の問題は、證據決定に於て宣誓を命ずる場合(民事訴訟法第四百六十一條、第五百九十五條)の書き方についても生ずるのである。従つて以下に於て説明して居る所のものは、證據決定に依つて宣誓を命ずる場合についても同じやうに適用がある。只此の場合にあつては、宣誓の内容それ自體を作ることとを必要とするに反し、給付又は不給付の結果を判示することを必要としない丈が、趣を異にするに過ぎない。

先づ第一に宣誓義務者の人物を、詳細に表示することを必要とする。特に當事者が商號を表示して記載されて居るか、又は當事者が會社、法人、未成年者等である場合にあつては、特に此の點に注意を拂ふ必要がある。即ちかくの如き場合に於ては、事情に依つては、判事の質問權を行使することに因つて初めて、宣誓義務者の人物を詳細に確認することが出来るのである。試験作業の場合にあつては、裁判官の質問權の行使と一定の結果とを想定すべく、此の想定を運用するに當つては、註を設けて簡単に想定

を指示して置くべきである。

RG. Pal. 113 S. 335 に據れば、裏書人及び民事訴訟法第四百四十五條に所謂其の前者は、裏書讓受人の前者である。曰く「民事訴訟法第四百四十五條に所謂權利承繼 *Rechtsnachfolge* の觀念にとつては、特に善意の取得の場合に、前者に對して對抗し得るに相違なき個々の異議、又は一切の異議が權利承繼人に對して除外せらるゝものなりや否やは、無意義なり。權利が權利者にあらざる者より傳承せらるゝとするも(民法第三百三十五條第二項其の然るに拘らず其の處分が權利承繼の原因を成せる程度に於ては處分者は他人の前者たることを失はざるなり)。」

更にまた當事者にとつて裁判所の側よりする一定の宣誓の催足と認められるるに適した、措辭は避くべきである。

従つて「原告に對し、次の宣誓を命ず」と云ふやうな措辭は、慎戒したいと思ふ。此の點に於ては、次の宣誓を爲すことは原告の任意とすとするのが、一番當事者にとつて危険の少い形式であると考へる。實體上に於ては、恐らく幾分か催告を想ひ起さすものがあるとするも、措辭の上に於て遙に簡潔なのは、原告は次の宣誓を爲すを可とすと云ふ字句である。尙ほ宣誓力確認の判決の字句は、出来る文明確ならしむべきである。宣誓力確認の判決の假の執行力に關する宣言——條件付の終局判決は、其の性質上假に執行することは出来ない——は、條件付終局判決中では必要でなく、従つて之を爲さないのを適當とする。蓋し判決の宣誓力確認に關する口頭辯論中に於て、まだ、假執行に關して申立の提出されるのを、全然禁することは出来ないからである。

訴訟費用に關しては、條件付の終局判決中で、既に裁判して了ふのが一番よいのであるけれども、此の場合にあつては、宣誓又は宣誓の拒絶の個々の結果と同時に之を掲ぐべく、後に至つて判決主文の特殊の部分中に、之を掲げるやうなことがあつてはならない。判決主文の各部が、結局宣誓若しくは宣誓の拒絶に左右されないならば、之を先頭に置くべきである。例へば、

〔1〕 次の宣誓を爲すことは、被告の任意とす。

一九二七年四月一日堅洋琴を取得するに當つては、余は債權者に不利益を與へんとする破産債務者の意圖を知らざりしものなり。

〔2〕 被告が此の宣誓を爲したるときは、左の通り判決すべし。

〔訴を棄却す。原告は訴訟費用を負担すべし。〕

〔3〕 被告が此の宣誓を爲さざるときは左の通り判決すべし。

〔被告は一九二七年四月一日破産債務者甲某より取得したる堅洋琴を、原告の管理する破産財團に提供すべし。訴訟費用は被告の負擔とす。〕

數個の事實が宣誓形式の内容を成すときは、左の區別を爲すを要する。

かくの如き事實は先づ、それがすべて宣誓の客體たることを必要とするの、意義を持つことが出来る。例へば樽の賣主は、其の樽が緊密でないと云ふの故を以て、損害の賠償を訴求されたとせよ、そして原告は宣誓要求に因つて、被告は原告に對つて、樽の緊密であることを確言したにも拘らず、被告は契約締結の際樽の緊密でないのを知つて居たものであることを證明したとせよ、然らば訴を理由づける爲には他

の一切の點に争がないとすれば、是等の主張の何れを以てしても充分である、擇一的關係 *alternatives Verhältnis*。即ち被告が宣誓に因つて訴を棄却せしめやうとするならば、被告は原告の二つの主張を、宣誓に因つて否認 *abschwören* しなければならぬ。即ち宣誓文 *Eidesform* 中で此の二つの主張を、且又の一語で結合する必要がある(重疊的關係 *kumulatives Verhältnis*)。即ち次の如くにでも云ふべきであらうと思ふ。

〔1〕 次の宣誓を爲すことは、被告の任意とす。

一九二七年三月二日樽を賣却するに當つて、余は樽の緊密なるを原告に確言せず、且又樽の緊密ならざるを知らざりしものなり。〕

〔2〕 被告が此の宣誓を爲したるときは、訴を棄却して訴訟費用は原告の負擔とす。

〔3〕 被告が此の宣誓を爲さざるときは、被告は原告に對し四百馬克、並に之に對する訴狀送達の日より年四分の利子を支拂ひ、且訴訟費用を負担すべし。〕

けれども逆に主張も亦、重疊的關係に在ることがあるであらう。換言すれば數個の主張を結合するに於て初めて、宣誓要求 *Eideszuschreibung* に因つて證明された事實から推論せらるべき論結を、是認し得ることがある。是は例へば、樽を賣却するに當つて被告が、樽は契約締結の當時までは緊密であつて、其の事は被告自身壓力試験に因つて確信した所であり、従つて契約の締結後に至つて初めて、緊密を缺くに至つたことを主張すると云ふやうな場合に、見る所であらう。此の場合にあつては原告は、緊密の確言が自分に向つて爲されて居り、且又樽は買入の當時既に緊密でなかつた場合に限り、勝訴することが

出来るであらう。此の場合にあつては被告は、是等の主張中の一を宣誓に因つて否認するに於て既に訴の棄却を導くに充分である。此の場合には宣誓文中に此の主旨を表明し、此の二つの事實が被告に課した宣誓文中で「又は」と云ふ一語で結合されてあるやうにする必要がある（擇一的關係）。即ち此の場合にあつては、次の如くにでも云ふべきであらう。

〔1〕左の宣誓を爲すは、被告の任意とす。

「一九二七年四月一日樽の賣買契約を締結するに當つて、余は原告に向つて「樽は緊密なり」と確言したるこゝなし」。

又は、

「一九二七年四月一日の賣買契約を締結する直前に、余は壓力試験を爲すことに依つて、樽の緊密なるを確言したり」。

(2) 被告が是等の宣誓の一を爲したるときは、訴を棄却して訴訟費用は原告の負擔とす。

(3) 被告が此の二つの宣誓を爲さざるときは、被告は原告に對し金四百馬克並に之に對する訴狀

送達の日よりの年四分の利子を支拂ひ、訴訟費用を負擔すべし」。

本來から云へば、宣誓が數個であるときには、或る種の場合についての裁判を、宣誓力確認の手續 *Läuterungsverfahren* に留保することを妨げるものではない。即ち例へば案件の錯綜して居る爲に、あるゆる場合を豫見することの出来ない場合に見る所である。

大審院は *Warn. 1920 S. 106 Nr. 82* に於て、此の點につき左の如く述べて居る。「被告の一人丈は宣誓

を爲したるも、他の被告は宣誓を拒みたる場合につき、控訴裁判所が裁判を留保したりとするも、それは何等法律上の懸念を挿ましむるものにあらず。若し種々なる方向に向つて制限的の宣誓も亦之を爲すことを得べく、然も此の制限の不確實なるものあるに顧み、あらゆる未必關係の結果を豫め確定することを適當とせざる場合にあつては、かくの如き留保も適法なりとす」。

大審院はまた *Warn. 1920 S. 266 Nr. 208* に於て「課したる宣誓の數個なるとき、又は案件の錯綜せるの故を以て、あらゆる見込を豫見すること能はざるときは、民事訴訟法第四百六十二條舊來の第四百二十七條の規定にも拘らず、宣誓又は宣誓の拒絶の結果を條件付の終局判決中に於て、詳細に確定することを斷念して、之を宣誓力確認手續に一任することを得べく、裁判所は條件付の終局判決中に於て、當事者の一方に課したるすべての宣誓、又は其の拒絶の結果のみを、確定するに止むることを得べし」との見解を、主張して居る。

従來試験に於ても、はたまた實際に於ても、條件付の終局判決を過重視するの風が往々にしてあつたが、今日では此の傾向の非常に減退したのは、誠に喜ぶべきことである。

けれども特に條件付終局判決の形式に於ては、當事者宣誓 *Parteieid* は畢竟應急的の救濟手段に外ならないので、決斷力に富んだ判事にあつては、大抵の場合避けることの出来るものに屬する。従つて現在では試験作業、特に筆記作業にあつては、條件付終局判決は成るべく之を避けるやう、忠告することが出来る。

日常の實際について注意すべきは、一九二四年六月一日以來施行されて居る新法文に於ける民事訴

訟法第四百六十一條に據れば、宣誓を命ずるに條件付終局判決を以てしないで、證據決定を以てするの道が、非常に擴張されることゝなつたことである。

„Parteid über eigene strafbare Handlungen“ (Richterzeitung 1926 S. 178) 及び „Der Gegenstand der Fides-zuschreibung“ (Rhein. Ztg. 1923 S. 389) の二つの論文は、最近の學說判例を網羅して、多くの問題を論じて居る。

本書所載の説例(一)は判決案としての條件付終局判決を掲げて居る。

(q) 控訴判決

控訴判決中に於ける判決主文の措辭についても、同じやうな謬りが反覆される許りでなく、直接間違ひと云ふべき點はない場合に於つても、控訴裁判所に普通に行はれて居る判決主文には、餘り親んで居ないやうに見受けられるものが少くない。それは控訴人が勝訴しなかつた場合について、

「一九二六年十二月十二日に言渡されたるクレーフエルド區裁判所第一係の判決に對する控訴は、訴訟費用を原告の負擔として之を棄却す」

とし、控訴人が控訴に勝訴した場合には、

「控訴に因り、一九二六年十二月十二日に言渡されたるクレーフエルド區裁判所第一係の判決を變更して、訴を棄却し、訴訟費用を原告の負擔とす」

とするか、又はイエーガー(Jäger, 5. Aufl., zu § 146 KO)が破産法第四百六十六條の場合について報告して居る判決主文に倚據して、

「控訴に因り、一九二六年十二月十二日に言渡されたるケルン商人裁判所の判決を變更すること左の如し。

原告がガントハイム市居住商人フランツ・アールレルの財産に關する破産に於て届出でたる、一九二六年前半期に致したる勤勞の報酬請求權は、五百馬克の額を以て、破産法第六十一條第一號の特權を伴ふ破産債權として、之を確認す。訴訟費用は被告の負擔とす」

とすべきである。

多くの控訴裁判所にとつては、こゝに掲げた判決主文の措辭も、まだまだ詳細に過ぎるやうに見受けられる。即ち是等の控訴裁判所に於ては「……に言渡されたる判決」と云ふ代りに、單に「……の判決」とする文であり、また「控訴に因り」の字句を省略して居る。

此の場合にあつては、判決主文は次の如くなるであらう。

「一九二六年十二月十二日のクレーフエルド區裁判所第一係の判決を變更し、訴を棄却して訴訟費用を原告の負擔とす」

又は、

「一九二六年十二月十二日のケルン商人裁判所の判決を左の如く變更す」

第二審に於て一分判決の言渡があると、此の一分判決は、控訴に部分的に影響を及ぼさざるを得ない。原告が一分判決に對して控訴を提起し、被告が終局判決に對して控訴を提起して、此の双方の控訴が棄却されたときは、判決中では訴訟費用を按分して、此の二つの控訴を棄却する必要があるであらう。

とする。

地方裁判所の判決に對する控訴の場合にあつては、此の點につき左の如く云ふことを必要とするであらう。

「控訴に因り、一九二六年十二月十二日に言渡されたるエルベルフェルド地方裁判所第五民事部の判決は廢棄し、更に辯論及び裁判を爲さしむる爲、事件を此の裁判所に差戻す。

第二審の訴訟費用をも包含する訴訟費用に關する裁判は、此の地方裁判所に一任す。此の判決は假に執行することを得。」

是は往々にして全然看過されて居ることであるが、控訴院の判決は、民事訴訟法第七百八條第七號の範圍内に於ては、申立なきも尙ほ假に執行し得べき旨を宣言すべきである。逆にまた第二審に於ける地方裁判所の判決が、言渡と同時に既判力を有するに至ることも、看過するを許されない。従つてかくの如き判決を、假に執行し得べきものと宣言することを得ないのは、素より自然的の事項である。

舊來の民事訴訟法第五百四十條の規定上認められて居たやうな、防禦方法の主張の留保の下に判決を爲すことを得るの道は、民事訴訟法の新法文上もはや廢止されて了つた。

かくの如き留保判決は例へば次の如くであらう。

「一九一九年十二月十二日を以てケルン營業裁判所の言渡したる判決に對する控訴は、之を却下し、訴訟費用は被告の負擔とす。

然れども故意に因る機械の毀損に基く金額二百五十馬克の原告に對する損害賠償請求權との

相殺の主張は、之を被告に留保す。」

前審の判事と見る所を異にして、裁判が當事者の宣誓を目的とするときは、既に條件付終局判決中に於て第一の判決を變更すべく、控訴に關する裁判を、宣誓力確認の判決に留保するが如きことがあつてはならない。例へば抵當權の訴 Hypothekenzlage — 其の措辭については、常に豫め民法註釋書の第千百四十七條の項を熟覽する必要がある——であつて、且前審の判事が之を棄却したとせよ、然るときには左の如くすることを必要とするであらう。

「控訴に因り、一九二六年十二月十二日ケルン區裁判所第六十六係の言渡したる判決を變更すること次の如し。

(1) 左の宣誓を爲すことは、被告の任意とす。

「余は被告に對して、一九二六年四月一日以前には元本の支拂を請求せずと約束したることなし。」

(2) 原告が此の宣誓を爲したるときは、被告はケルン登記所第三部登記簿第三號第十卷第二十丁に登記したる抵當權に基く三萬馬克の元本に關し、原告に辨濟する爲、ケルン市フリーゼン街十番地、地籍第十(83)1000號區劃の被告所有の土地に於ける強制執行を認容すべく、且訴訟費用を負擔すべし。

(3) 原告が此の宣誓を爲さざるときは、訴を棄却し訴訟費用を原告の負擔とす。」

第一審では被告が無雜作に敗訴の言渡を受けたけれども、控訴裁判所は原告の請求を、被告の給付の

實施と交換的にのみ承認しやうとする場合には、大分面倒となつて来る。此の場合に生ずる問題は、シェーファアが第二審に於ける留置權(Schäfer, „Das Zurückbehaltungsrecht in der zweiten Instanz, JW. 1915 S. 217 ff.)と題する論文中で、詳細に論じて居るが、此はまた次のやうな判決主文を適當であるとして居る。

「第一審の判決を變更し、原告は被告の爲したる給付を返還すべし。次に被告は同一の給付を、原告の給付の提供と交換的に爲すを要す。原告は自己の給付を爲すことに因つて、被告の給付の返還を免るゝことを得。

此の判決は假に執行することを得るも、各當事者は相手方が執行に先だち、保證を立つることを申出でざる限りは、……馬克の保證を立つることに因つて、強制執行を免るゝことを許さるゝものなり」。

控訴期間の懈怠に對して原状回復の申立あつたときは、闕席判決につき、故障期間の懈怠に對して原状回復の申立のあつた場合に於けると同様である(巽に此の點を論じた箇所を参照せられたい)。従つて特に判決中に於て同時に控訴自體に關して裁判される場合には、判決主文中で原状回復に關して、判決をするのは無用でもあり、また不當でもある。

最後に第二審についても、不服を申立てられた判決を變更するに當つては、第一審に於て闕席判決の言渡がありはしなかつたかどうか、注意を拂ふ必要がある。往々にして見かけるやうに、不服を申立てられた判決が闕席判決を看過したやうな場合には、控訴裁判所自體之を斟酌しなければならぬ。

である。

第二審に於ける從參加人の地位に關しては、巽に(d)從參加の題名の下に説明した所を参照せられたる。

(r) 手續の再始

無效確認の訴又は原状回復の訴の適法性が否認される場合には、訴は却下すべきでなくて、寧ろ不適法として之を棄却すべきである(RG. Wann. 20, S. 155, Nr. 126)。

(s) 證書訴訟及び爲替訴訟

證書訴訟及び爲替訴訟については、二三の特別に注意するの必要がある。例へば、民事訴訟法第五百九十七條第二項の場合に於ては、左の如く云ふべきであらう。

「訴は證書訴訟に於ては不適法として之を却下し、訴訟費用を原告の負擔とす」。

次に民事訴訟法第五百九十九條の場合にあつては、假執行に關して第七百八條第四號をも注意するを要するから、次の如くなる。

「被告は原告に對して金三千馬克、並に之に對する一九二七年一月一日よりの年五分の利子を支拂ひ、且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。

被告に其の權利の實行を留保す」。

爾後の判決の措辭は、先に論じた(m)の項民事訴訟法第三百二條の場合に於ける措辭と一致する。

(t) 婚姻事件

婚姻事件に於ては、配偶者の一方又は双方の責任の宣言 *Schuldigerklärung* を如何に表現すべきやの問題が、面倒を生ずることが多い。裁判所の實際は此の點に於て、民法第一千五百七十四條の法文に倚據すること極めて大なるものがある。即ち左の如く云ふべきである。

「離婚の責任は被告にあり。訴訟費用は被告の負擔とす」。

次のやうな措辭は、餘り稀に見かける所ではないが、不體裁でもあるし、また裁判所の威嚴にもふさはしからぬものとして、避くべきであると考えらる。

「原告は被告と離婚す。被告は責任と、訴訟費用とを負擔す」。

本訴と反訴とが存するときは、判決主文は左の如くなる。

「本訴並に反訴に因り、原告は被告と離婚す。責任は配偶者双方に在りと宣言す。訴訟費用は相殺す」。

最後に反訴が起されることなくして、單に民法第一千五百七十四條に因る申立が提出されたに止まるときは、左の如く云ふことを必要とするであらう。

「原告は被告と離婚す。離婚の責任は被告に在り。」

責任は原告にも在りと宣言す。

訴訟費用は被告の負擔とす」。

婚姻事件に於ける一分判決及び中間判決については、特別の注意を必要とする。婚姻事件に於ては

少くとも單に婚姻生活の回復を求める訴たるにあらざる限りは、只統一的にのみ裁判し得るに止まるの原則が行はれて居るからである。此の點に於ては、大審院の比較的近時の裁判を援用したいと思ふ。

RG. 97, 259; 98, 152; 107, 350; Warn. 20, 156.

民事訴訟法第七百四條の明示的の規定に據れば、婚姻事件に於ける判決は、假に執行力を有するものと宣言するこゝを得ない。法律の字句の明示的なるものあるに顧みるときは、此の禁止は訴を却下する判決についても必然的に認められるし、また訴訟費用についても然りとしなければならぬ (Baumbach, 3. Aufl. Anm. 4 zu § 704 ZPO. 參照)。

(u) 執行命令に對する故障

督促手續の場合にあつては、民事訴訟法第七百條中で、執行命令を闕席判決と同視する旨を言明して居る點から面倒を生ずる。此の場合に故障が許されるならば、判決主文は左の如くすることを必要とするであらう。

「ケルン區裁判所書記の一九二六年十二月四日の執行命令を廢棄して、訴を却下す。

前行せる督促手續の費用を包含する訴訟費用は原告の負擔とするも、被告の責任に屬する故障の費用を除外す。

此の判決は假に執行することを得。

之に反し故障が正當でない場合には、左の如く云ふべきである。

「ケルン區裁判所書記の一九二六年十二月四日の執行命令を維持す。爾他の費用も被告の負擔

とす。

此の判決は假に執行することを得。

(v) 妻の持参財産に於ける強制執行の忍容

民事訴訟法第七百三十九條の場合に於ては、判決主文——訴訟費用の裁判に關しては、Stein-Jones, 12. Aufl., S. 484 Anm. II 5 zu § 739 ZPO. を参照せられたい——は左の通りにすべきであらう。

「被告たる妻は、原告に對し金百馬克、並に之に對する訴狀送達の日より年四分の利子を支拂ふべし。」

被告たる夫は債權者の債權に關して、妻の持参財産に於ける強制執行を忍容すべし。

訴訟費用は、被告兩人に於て各其の半額を負担す。

此の判決は假に執行することを得。

(w) 執行に對する異議の訴

執行文の判決主文(民事訴訟法第七百六十七條)は、

「判決裁判所の一九二六年十二月十三日に言渡したる判決に因る強制執行は、不適法なりと宣告す。」

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。

である。

(x) 異議の訴

民事訴訟法第七百七十一條の場合にあつては、左の如く云ふべきである。

「一九二六年十二月十三日に被告の委任に因り、ケルン市居住商人フリッツ・ミュラアの許に於て執達吏シュミッツの差押へたる椅子十二脚と卓六脚と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。

此の判決は假に執行することを得。

かくの如き場合に判決主文を左の如くするるのは謬りである。

「被告は差押を解くべし。」

此の場合にあつては、曩に意見書を論ずるに當つて詳細に説明したやうに、原告の申立に法律上非難を容れない措辭を與ふべきである。

(y) 民事訴訟法第八百五條に因る優先的辨濟を求むる訴

例へば貸貸人が其の賃借料の債權に關して、賃借人の他の債權者の差押へたピアノの賣得金について、優先的辨濟を請求する場合には、民事訴訟法第八百五條に因る判決主文は左の通りになる。

「原告は其の金額一千馬克の賃貸料債權に對し、被告の委任に因り執達吏何某の何年何月何日に差押へたるピアノの賣得金より、被告に先立つて辨濟を受くべし。」

訴訟費用は被告の負擔とす。

此の判決は、一千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。

(2) 相続人の制限的責任の留保

相続人の制限的責任の留保 *Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung* — 民事訴訟法第七百八十條 — は、次のやうな方法で表明することを必要とするであらう。

「被告は、ケルン登記所不動産登記簿第十卷第二百丁地籍第五區、區劃號 100/50 に登記したるケルン市ホーエ街十番地所在の土地を原告に譲與すべし。

被告の責任を亡ペーテル・ミシユミツツの遺産に制限するの權を被告に留保す。

訴訟費用は被告の負擔とす。

此の判決は金一萬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。

大審院は一九一四年三月二十三日の判決に於ける留保につき、

「被告の責任を被相続人馬車運送業アルベルト・エスの遺産に制限するの權を、引續き被告に留保す。」

と云ふ言廻しを執つて居る。

(aa) 假差押及び假處分

民事訴訟法第九百十六條以下 — 假差押及び假處分 — については、恐らく次の場合を擧ぐべきであらう。

決定に因つて命ぜられた假差押が、取消される場合には、民事訴訟法第七百八條第五號を遵守して、左の如く言明すべきである。

「當裁判所の一九二四年十二月十三日の假差押命令は、之を取消す。

假差押被告 *Arrestbeklagter* に對して、有體動産の假差押を行はんことを求むる假差押原告の申請を却下す。

訴訟費用 *Die Kosten des Rechtsstreits* は假差押原告の負擔とす。

此の判決は假に執行することを得。

之に反して異議が理由のなかつた場合に於ては、判決主文の文言は左の通りである。

「當裁判所の一九二四年十二月十三日の假差押命令は、之を認可す。

訴訟費用は假差押被告の負擔とす。」

また假差押の申請に關して口頭辯論を命じたる場合に於ては、判決主文の措辭に特に多大の注意を拂ふことを必要とする(こゝに考慮に上るいろ／＼の問題については、*Stein-Jonas, insbesondere Ann.*,

IV und V zu § 922 參照)。一番いゝのは此の場合に於ても決定について規定されてある公の定型に従ふことである。例へば、

「ケルン市ホーエ街十番地所在の家屋の賣買代金三千馬克の支拂を求むる、假差押原告に於て疏明したる、假差押原告の假差押被告に對する請求に關し、ケルン區裁判所管轄區域内に存する假差押被告の動産に對する、一萬馬克の額に於ける有體動産の假差押を命ず。此の假差押の執行は、一萬馬克を供託することに因つて阻止せらるゝものとし、假差押被告は、執行されたる假差押を取消さんことを求むる申請を爲すの權利を有す。

此の手續の費用は假差押被告の負擔とす。

此の場合に民事訴訟法第九百二十一條に因る假差押の命令が債權者の立てる保證を條件たらしめらるべきときは判決主文中に於て前記文言の第一項中の「……に對する請求に關し」の次に假差押原告が一萬馬克の保證を立つるに於ては「の文句を追加するやうに言明することが許されるものと考へる。けれども保證と交換的にする此の假差押の命令の取扱には、非常に争があつて従つて此の問題は常に民事訴訟法註釋書を手にして其の第九百二十一條の項下を仔細に審究するを適當とする。

假差押は假差押裁判所の管轄区域内に存在する假差押被告の財産にのみ及ぶべきものであるかどうかも亦同じやうに常に審査する必要がある。曩に述べた實例中に於ては假差押原告がかくの如く制限的の申立を爲したに過ぎないことを前提として居るけれども、そうでない場合に於ては實例中のケルン區裁判所の管轄区域内に存すると云ふ字句の代りに「國內に存する」と云ふ字句を以てすることを必要とする。(此の點についてはHein, Handbuch der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 1914 S. 627—628; Stein-Jonas bei Ziffer 36 zu § 919 ZPO. を参照せられたす)。

判決に因つて假處分を言渡す場合に於ては例へば左の如く云ふべきである。

「假處分の方法に於てケルン登記所不動産登記簿第三部第十冊第十丁地籍第十區區劃號 100/30 所載のケルン市ホーエ街十番地所在の被申請人 Antragsgegner 所有の土地について、ホーエ街十番地の新築家屋に關する錠前作業の實施に對する、金一萬馬克の額の保全抵當の設定を求むる申請人の請求保全の爲の假登記を爲すべきを命令す。

不動産登記簿に登記を爲すは申請人の任意とす。

此の手續の費用は被申請人の負擔とす。

即時の執行力は假差押及び假處分の本質中に包含されるものであるから此の點については判決主文中で何等特別の判決をする必要はない。之に反し判決主文中でも明示的に「假處分の方法に於て」とか又は「假處分に因つて」とか云ふ字句を以てしてそれが假處分の命令であることを高調するのは、以上に述べたやうな理由からも重要なのである。

(bb) 賃借人保護法に因る判決

賃借人保護法に因る判決は多くは非常に判決主文が長いのを特色とする。法律が發生の餘地を與へて居るいろいろの場合の中取消の訴の實際上最も重要な場合を擧げて見ると左の通りである。

(1) 某々の家屋内に設けたる某々の住居に關する當事者間の賃貸借關係は即時の效力を以て之を取消す。

(2) 被告は原告に對して直ちに其の賃借せる居室を明渡すべし。

(3) 訴訟費用は被告の負擔とす。

(4) 此の判決は假に之を執行することを得。

(5) 此の判決には控訴を以て不服を申立つることを得。控訴は判決の送達一ヶ月内に、且遅くも其の言渡後六ヶ月内に、何々地方裁判所に於て認許せらるゝ辯護士を通じて、此の地方裁判所に提起するを要す。

第三章 判決事實 Tatbestand.

第一節 近時の立法並に學說に於ける判決事實の評價

最近の立法は判決事實 Tatbestand に對して、再び幾分か親みを見せるやうになつて來た。

即ち一九二四年六月一日以來施行の新法文に於ける民事訴訟法第三百十三條第二項は、左の通り規定して居るのである。「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に因り、事實 Sachstand 及び争點 Streitstand が正確完全に明かとなる限りは、是等の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。然れども何れの場合にあつても、起したる請求を充分に表示し、之に關して提出せられたる攻撃及び防禦の方法を、其の性質に従つて舉示すべし」。

かくの如きは即ち、ゴールドシュミット (Goldschmidt) "die neue ZPO." S. 80) の正しく特筆して居る通り「判決事實に復歸するの一步」たるものに外ならない。蓋し一九一五年九月九日の、裁判所の負擔軽減に關する告示第二十四條は「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」と規定して居るからである。

此の規定は、著者が嘗て雑誌「Recht」1915 S. 535誌上に掲載した小論文中で説明した通り、事案そ

のものに於て判決事實を完全に排斥するの結果を來し、かくの如く判決事實を輕視するのが、法律上及び經濟上果して理由ある所であつたかどうかの問題は、激烈な論争の目的となり、獨り「司法官新聞」紙上で一九一六年に既に盛んに判決事實が辯護された計りでなく、一九一九年及び一九二〇年には、判決事實の評價の問題に關して、幾多の論文の續出するのを見るに至つた。

著者一個人としての意見に據れば、判決事實を特別に判決に書き載せると云ふことは、訴訟が事實上に於て、言葉の完全な意味に於ての眞の口頭辯論に基いて判決された場合に限り、實質上是認することが出来るのである。然も今日かうした事がもはや全然行はれて居ないのは、少しく事情に通じた人の誰もが知悉して居る所なのである (Grünbaum in JW. 1921 S. 710; 尙ほ Volkmar in JW. 1924 S. 17 参照)。今日の所では、口頭辯論なるものは、獨り全然記録の援用より成るのみに止まらず、既に記録に書かれてあること文を演述すると云ふのが、口頭辯論の全く普通の態様である。かくの如き事情の下にあつては、既に記録中に書面として記載されてあることを、もう一度骨を折つて一定の秩序に概括するのは、卑見に據れば、全く無用な時間潰しであると云ふの外はなす。

今日既に民事訴訟法第三百十三條第二項の新規定の、及ぼす影響を見通し得る限りに於ては、判決事實を起案するに當つて、廣く援用を行ふの傾向は、決して減退しては居ないやうに見受けられる。されば裁判所の實際に於ては、判決事實は非常に其の意義を失つて了つたのである。

之に反し試験作業については、相變らず判決事實を重く評價すると云ふ風が行はれ、實地作業の作成に於ける司法試験委員の訓示の如きは、判決案の判決事實につき明示的に、

「判決事實中に於ては、書面や調書を以て確定したるものを援用することは、普通之を差控ふべく特に證據調に關する審問調書 *Beweisverhandlung* の援用をも見合はすべし。控訴事件に於て第一審の判決を援用する亦之に同じ。範圍の廣汎なる契約書、計算書、書簡又は其の他の文書については、此の原則を適用せず。」

と言明して居るである。

加之邦司法試験事務局長の一九二七年二月八日の報告も亦試補の事務修習の範圍内に於ては、判決事實を正しく書く修業が如何に重要であるかを高調して居るのである。

こゝに於てか本書の目的上判決事實文を取分けて、別に之を説明することが必要になつて来る。先づ試験について要求されるやうな援用を伴はない判決事實 *Tatbestand ohne Bezugnahme* を論じ、次に裁判所の實際に於て普通に行はれて居るやうな援用を伴ふ判決事實を論ずるであらう。

第二節 援用を伴はない判決事實

(a) 總論

A. 判決事實の觀念

判決事實の定義は、法律自身民事訴訟法第三百十三條第三號で下して居る。之に據れば判決事實とは、

當事者の口頭の演述に基き、其の爲したる申立を表示して、事實及び争點を摘示する、

ことである。

之に據れば判決事實とは、裁判所の裁判の基礎及び目的物を成す資料を、成るべく要領よく、且組織的に要約概説することを云ふのである。同時に資料を眞に要領よく且組織的に摘載することには、最も力を注がなければならぬ。資料を單に録載する文では、無意義に終るであらう。蓋し當事者は既に資料を知つて居るのであるし、また訴訟が上級の裁判所に持出される場合に於ては、かくの如き裁判所は、記録からして資料を推知することが出来やうからである。

現在では口頭辯論に於て、記録中に掲げられて居ないか、又は口頭辯論調書中に登載することに因つて初めて記録の内容となる譯でない事實が提供されるのは、非常な例外となつて了つたことであるから、今こゝでは全然此の種の事實を度外視することが出来る。また試験作業にとつては、かくの如き事實の出で来る可能性は、全然存しない。と云ふのは、試験作業は實に全然記録の内容を基礎として、作らるべきものだからである。

B. 事實及び争點の摘示の起點たる時期

「事實及び争點の摘示の起點たるべき標準たる時期は、裁判を爲すの基礎となる最終の口頭辯論の時期である。口頭辯論を経ないで言渡される判決、又は調書を基礎とする判決の場合にあつては、従來口頭辯論を経べき事件を解明する上に於て、口頭辯論の終結と同視される時期を以て標準とする。

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、左の通り規定されてある。「意見書及び判決案の基礎とすべきは、最終の口頭辯論の内容にして、慎重に記録を評價し、若し試験の場合に於ける

利用の爲に添付せられたる注意書を存するときは、之を熟讀することに因つて、推知することを得るままの、最終の口頭辯論の内容を基礎と爲すべし。

されば口頭辯論の終結以前には、恐らく當事者の間に於ける激烈な争の目的であつても、何等かの方法で解決されて了つて、裁判所にはもはや全然影響を及ぼさぬ事項は、すべて之を不問に附さなければならぬ。

此の原則は一見した所、非常に見易いことであり、自明的の事柄であるやうに見受けられるに拘らず、試補諸君の演習作業、試験作業中には始終此の原則に牴觸するものがある。即ち例へば證據は夙の昔に既に調べられて了つた場合に於つても、當事者の主張の所で證據の申出が掲げられることがある。けれども少くとも最終の口頭辯論に於ては、證據が既に調べられた場合に於つては、もはや證據方法を申出せることはあるまい。或はまた當事者の一方が、自分に不利な供述をするものと豫見される、證人の信憑力を攻撃しても、其の證人が期待に反して、自分に利益の證言を爲すに於ては、此の當事者が最終辯論に於て、證人の供述は信憑に値ひせずと云ふ自分の主張を、反覆しないであらうことは明白である。従つて證人の信憑力に關する此の當事者の主張は、全然省略して了ふべきだ。

更に注意すべきは、最終の口頭辯論に於ては、當事者双方が其の陳述を他の證據調の結果と一致せしめやうとすることが多いと云ふことである。

當事者の提供のかくの如き變更又は補充は、書面中に明示的には表示されない場合に於つても、普通の場合に於ては、全般の關係から推知することが出来る。それは專斷的な想定ではなくて、反對に試験

委員の訓示中に豫定されて居るやうを、慎重な記録の評価に外ならない。

C. 訴訟資料の要約

所謂判決事實は、訴訟資料の要約でなければならぬ。而して是が記録は、法律の規定して居る通りに「摘示」gedringte Darstellungであることを必要とする。けれども他の一面に於ては事實の摘録は、同時にまた完全であることを必要とする。即ち重要な事項は何一つとして、決して之を遺脱してはならない。

是等の要件は、法律自體からして既に明かな次第であるが、實地作業の作成についての司法試験委員の訓示の如きも嘗て一度は——其の後訓示の文言の更新されるに際し省略されて了ひはしたが——「判決事實に於ては、事實及び争點を一目瞭然たらしめ、完全と云ふ要件の許す程度に於て、之を摘示すべし」と指示することに因つて、此の點を高調したものである。然し乍ら「完全な記述」と「簡潔な摘示」との二つの要求の間に立つて、正しい中庸の道を見出すと云ふことは、決して容易なことではなく、長い長い事件の経過を簡潔な字句で表現し、當事者双方の詳細な説明を僅少の文言に要約するときは、兎角完全と云ふ要求からは、相隔たるに至ることを免れない。

之に反し、當事者の主張が、全然事件と何等相交渉するものでないことが、明々白々である場合は勿論、此の限りではないが、只漫然と當事者の主張を全然省略すると云ふのは、随分と懸念すべきことであるやうに考へられる。大審院は此の點について一九一五年十一月二十九日の判決中で、「……事實の摘示をして簡潔にして要領を得しめんが爲に、其完全を傷くるが如きことあるべからず。當事者は、其の主

張が全然脱線的にして、裁判と何等の關係をも有せざるにあらざる限りは、判決裁判所が之を重要ならずと思惟したる場合に於つても、完全に判決事實中に收容せられんことを求むる權利を有するものなり。蓋し最終の口頭辯論の調書が既に必要な確認を包含する場合を除外すれば、上級審の審査が前者に於て提出せられたる訴訟資料の全般に及ぶの保障は、訴訟資料が判決事實中に收容される場合に限り、與へらるゝものなるを以てなり、民事訴訟法第三百十四條」と述べて居る。即ち大審院は此の判決中に於ては事實の摘示の完全と云ふ點に、非常に重きを置いて居るのであるが之に反し一九一五年五月十七日の判決は、一見反對の見解を奉じて居る。「……判決事實は當事者の各個の主張の全部を悉皆網羅することを目的とするものにあらずして、寧ろ法律の明示的の規定民事訴訟法第三百十三條第一項第三號に因り、事實及び争點の摘示のみを掲ぐべきものなり」。事情かくの如くなるに於ては、當事者の一方の事實に關する主張を省略しやうとするならば、常に周到細心なる審査を適當とすべく、其の懸念を存する場合に於ては、假令主張を極めて要約して係載するにしても、全然之を省略して了ふよりは優れりとすべきであらうと考へる。

就中特に注意するを要するのは、判決事實中には、無用な事項は一切載せないやうにすることである。最終の口頭辯論の瞬間に、裁判にとつて重要でない事項は、それで記録中ではそんなに多くの場所をふさいで居る場合に於つても、すべて之を省略しなければならぬ。

従つて當事者が訴訟上の受救權 *Armenrecht* を付與せられたかどうか、此の訴訟上の受救權を再び取消されたかどうか、當事者の一方が其の請求について、假處分を獲得したかどうか、かくの如き申請を却

下せられたかどうか、訴訟手續の長期に亘る停止が行はれたかどうか、之を一言にして盡せば、普通訴訟の來歴 *Prozessgeschichte* として稱せられる所のは、判決事實中には包含せしむべきではない。其の外、此の意味に於ての訴訟の來歴に屬し、従つて判決事實中に掲ぐべからざるは、任意的和解の試みの施行、證言の拒絶に關する中間の争、時機に後れて提出した證書の提出に關する辯論、裁判所の催告の遵奉せられる場合に於ける、主張を闡明し又は補充する裁判所の催告請求の原因に關して豫め裁判すべき當事者の申出 *Anregung*、被告知人が訴訟に参加せざりし場合に於ける當事者の訴訟告知、管轄違の抗辯が既判力を以て棄却せられたる場合に於ける、裁判所の管轄に關する中間の争等である。

支拂命令の發せられたこと、當事者の一方が、證人の一人の職務上の黙秘の義務を免除したことも掲ぐべきでない。決定を以てして宣誓が命ぜられたけれども、後に至つて宣誓義務ある當事者の指名したる證人が、宣誓の文言に關して訊問せられた場合に於ては、宣誓に關する證據決定は無用とするこゝとが出来る。最後に書面を起案し、提出し、又は送達した日も、記載してはならない。

けれども以上に述べた所は、すべて、絶對的に裁判所にとつて意義を持たないと云ふ條件の下に、認められることなのであつて、即ち例へば、闕席裁判の言渡のあつたこと、故障の申立てられたこと等は、絶對的に之を掲げることが必要とする。特に書面に依つて一定の意思表示錯誤に因る取消、解除について、の期間を遵守するの必要があり、且期間の遵守につき當事者の間に争を存するときは、書面の送達の日が意義を有することがある。同様にして書面の提出の日が、控訴の提起や闕席判決に對する故障の申立等の適時なりや否やを決定する上に、影響を及ぼすこともあり得る。また訴狀の送達の日は、利息

進行の始期として重要であつたり、除斥期間の遵守について重要であることが少くなす (RG. Bd. II, S. 126 参照)。是等の場合に於てはすべて例外として、普通の場合に重要でない事實を判決事實中に簡単に録載するを要するのである。

判決事實は訴訴資料を要約概括したものであり、其の簡約して要領を得た摘録であらねばならぬと云ふ要件をも試補諸君の演習作業、試験作業は満足させないことが非常に多い。即ち當事者の書面を御丁寧にも反覆して、當事者が其の書面に於て委曲を書き連ねたことを、一字一句其の儘に長々と繰返すやうな判決事實を、何時も何時も見かけるのである。

かくの如き記述は、判決事實の本質を完全に誤認したものに外ならないので、本當の判決事實の記述は、何の思慮もなく唯漫然と當事者の書面を並べ立てたと云ふやうなものではなく、寧ろ簡單ではあつても、少くとも完全に、明瞭に、當事者の争を描き出したものであらねばならない。所が著者の觀察し得る限りに於ては、試補の事務の修習中には、判決事實を正しく纏め上げると云ふ能力の養成は、非常に却されて居るやうに見受けられるから、益々以てこゝに論述した根本原則の、注意を促す必要があるのである。

以上記載した所は、本書の從來の版に、既に掲げてあつた所であつたが、今では一九二七年二月八日の邦司法試験委員長の報告に據つて實質上からも其の正しいことが確認されるに至つた。即ち其の報告に曰く、

「實地作業の判決案は、多くは判決事實の點を甚だ不充分とすること依然たるものあり。判決事實

の本質を誤認するは、獨り劣等の試補のみに限らずして、其の他の點に於ては有爲有能なる試補すらも、其の弊を免れざること少からず。判決と稱して記録の單なる拔萃を掲ぐるに止まるもの、比々として皆是なり。されば此の點に於て、更に「教導と演練とを積むの必要あるべし。

D. 判決事實に於ける公平

判決事實は絶對的に公平であることを必要とするの一事は、特に力を込めて高調しなければならぬ所である。判決事實を録載するに、眞實の資料と矛盾して、裁判所の裁判を唯一の正當なる裁判として主張しやうとするが如きは、幾ら非難しても足りないのである。

兎に角裁判所とは見解を異にする何人にとつても、判決事實は憑據することの出来る基礎であらねばならぬことを、深く念頭に置く必要がある。此の事の問題となるのは、就中控訴を受ける第一審の判決、及び上告を受ける第二審の判決の場合である。即ち是等の場合に判決事實が公平に記載されてあると、上訴の見込を審査し、又は其の理由を纏め上げることが餘儀なくせしめられる辯護士は、非常に仕事やりにくくなるし、また判決を審査するの任を有する裁判所の仕事も、随分困難となつて来る。最後に試験作業に於ては、受験者が作業に於て主張せられる見解に適合しないか、又は實際は適合して居ても、外觀丈でも適合しないかの如き感を與へる一切の事項に、全然頓着して居ないやうな判決事實を答案として差出すやうなことがあつたら、受験者本人に關する試験官の見込に、非常に不利な影響を及さないでは止まないであらう。

試補諸君の間には、自分の意見にのみ適合するやうに、判決事實を整理するの傾向が、非常に多く認め

られるのは誠に不可能なことであるとしなければならぬ。之には、先づ意見書を書き、次に初めて判決事實に及ぶことにせよと云ふ、從來屢々推稱した原則の影響が與つて力あるやうに著者には考へられる。成程訴訟資料のあらゆる方向に向つて、完全に之に精通する迄は、判決事實を書いてはいけなと云ふ原則は、確に正しいのであるが、然し著者個人としては逆に明確にして要領よく組織整理された簡約な判決事實を掴み得るに至るまでは、意見書を書いてはならないと云ひたいと思ふ。只かくの如くするに於てのみ先入の見を以て判決事實を作り上げ、其の中に含まれて居ないものを込めて見たり若はまた逆に、實際には含まれて居る重要な着眼點を見落したりするの危険を、確實に避けることが出来るのである。けれども本當に今ここで非難して居る原則を遵奉して行く場合に於つては、判決事實が假令自分の主張する意見と全然一致しやうとはしない場合に於つても、之を公平に録載すると云ふ困難な問題を巧みに處理して行かんが爲には、二重に注意を拂ふの必要があらう。

判決事實中に於て既に裁判所が、甲又は乙の争點について意見を表明するのは、判決事實が絶對的に公平であることを必要とするの要件と、相容れないものであると考へる。即ち判決事實中には事實丈を録載することを得るに止まり、裁判所の論結を録載することは許されぬ。裁判所の論結は、之を判決理由中に譲らなければならぬのである。即ち故障又は控訴の場合に於つては、故障又は控訴が適正なる方式及び期間内に提起若は申立てられたと云ふことを判決事實中で言明すべきでなく、寧ろ單に個々の記載を爲すに止め、次に判決理由中に於て此の記載から如上の論結を抽出すべきである。

此の點についても試補諸君の中には——是は敢て獨り試補諸君文に限つたことではないが——そ

う云ふことは些々たる意見の相違であるに止まり、控訴は適正な方式及び期間内に提起せられたと云ふことを判決事實中で直ちに言明して悪い理由は、別に見當らないと云ふ意見を主張する者が少くない。それにも拘らず著者は斷然として判決事實と判決理由とを、明確に區別するやり方を辯護したいと思ふ。特に是は獨り試験作業についてのみ云はるべきことではなくて、事務修習の爲の期間中に作成すべき作業についても、認めらるべきことである。さもないときは、控訴又は故障若は其の他如何なる法律上の救済手段であるにせよ、が、適正な方式及び期間内に提起せられたと云ふやうな字句を、何の考もなく判決事實中に収めて、本當に細心に其の基礎とする所のものを、審査することをしない弊に陥り易い。之に反し、今ここに提案したやうに判決理由と判決事實との兩者を、明確に區別するに於ては、直ちに必然的に、それ／＼の場合に於ける控訴の方式の適否の審査を、周到細心に行ふことを餘儀ならしめるのである。

(b) 普通の場合に於ける判決事實の構成

意見書について然りとするが如く、判決事實についても亦往々にして、是が構成につき一般的に通用する法則を樹てることは、全然不可能であると云ふ意見を奉ずる者が少くない。特に實地作業の作成についての司法試験委員の訓示の如きも、古くは「訴訟資料の案配は、案件の性質に適合するを要す」と言明して居たものである。(訓示「今日の法文には、もはや此の句はなす」)

邦司法試験副委員長ヘルシエルの如きも、同じやうな見解を懐抱して、「Juristische Rundschau」 1927

S. 95. 誌上で「試補諸君は、判決事實についても、はたまた判決理由についても、何れの場合にも通用する

一定の方式と云ふものはなく、實際上に役に立つ判決を書く能力は、只間斷なき演練に因つてのみ獲得することが出来るものであることを、顧慮するの必要がある」と云つて居る。

之に對して著者は、意見書に於けると同じやうな譯で、かう云ふ指導法では我が國の試補諸君の大多數は、事實を纏め上げるにつき餘り救はれるものではないと云ふ懸念を、洩らさずには居られない。大抵の試補諸君は、原則たる場合について如何に判決事實を構成すべきであるかを、まだ知つては居ないのである。

判決事實を纏め上げる上には、一般的な原則を樹てることが出来ないといふ見解は、反駁する必要がある。即ち實際に於ては、經驗上大抵の場合に、案件の性質に適合するやうに見受けられる判決事實の記述の進行についての普遍的の原則を存する。そしてかくの如き原則として定評あるのは、經驗上事實の記述についての次の方式である。

1. 争なき事項(訴訟の來歴の叙述 *Geschichtserzählung*. [事相 *Sachverhalt*])
2. 原告の主張
3. 原告の申立
4. 被告の申立
5. 被告の主張
6. (若し是ありたるときは、當事者の反對主張 *Gegenbehauptung*)
7. 證據決定

6. 證據調

是は證據調を伴ふ第一審の記録についての方式である。以下に於ては此の方式から推論される所に従つて、此の順序の儘に判決事實の個々の部分を論ずるであらう。別様の内容を伴ふ記録、特に控訴判決の判決事實についての特別及び措置は、後で論ずることとする。

著者の經驗する所に據れば、著者のここに掲げた方式は、充分各案件の性質に正しい取扱をすることを得しめるものである。惟ふに判決事實を纏め上げるに當つて、一切の傳來的の原則を無視しやうとする多くの試補諸君の病弊は、随分と危険なものである。併しまた逆に試補諸君が判決事實を纏めるに當つて餘りに甚だしく著者の與へた例に拘泥し、甚だしきは其の誤植をすら丁寧にも併せ寫し取るが如きは、是亦推稱する限りでないこと勿論である。

A. 争なき事項(訴訟の來歴の叙述事相)

判決事實は判決主文に接続する。只之を判決理由と區別して「事實」と云ふ表題を附するのが、普通に行はれるやり方である。

判決事實の爲に、特別の序説を設けることは無用である。尤も序説の文句を多少連ねて讀者又は聽者に、それが本來如何なる訴訟であるのかを明かにするのを適當とする場合も決して少くはない。例へば原告は被告の列車が脱線を爲すに當つて、原告に傷害を與へたるの故を以て、被告に向つて損害の賠償を要求するものなり」とか、又は「原告は、被告が原告に對して債務證書を發行したる、金一萬馬克の消費貸借の拂戻を請求するものなり」とかするものであつて、場合に依つては、かくの如き處置も合宜的であ

るかも知れないが、併し原則として云ふならば、之を推稱しやうとは思はない。即ち判決事實は、かくの如き紹介、案内を施さないでも尚ほ、もつと手取早く、讀者に大した骨を折らせないで、之を當事者の争の眞只中に引張り込むことが出来るやうに、構成することを必要とするのである。

是が爲には、當事者が事相 *Sachverhalt* について如何なる役割を勤めて居るのであるかを、當初からして明かならしめると、換言すれば特に成るべく、劈頭の一句に於て、原告又は被告、理想的に云へば當事者双方についての何事かを持出すことにすると、非常に役に立つ。けれど、訴訟の全部をもう一度序説の中に要約するのは、卑見に據れば餘りにやり過ぎることを免れない。それは退屈な反覆と、不必要に冗長な判決事實を招來する所以に外ならない。不必要な冗長と退屈な反覆とは暫く度外視するにしても、かくの如き序説の中では、法律上又は事實上の點に於て餘りに固定して、了ひ易く、事實に關する資料を、序説中に記載されてある或る一つの見地からのみ觀察して、其の他の見込には一切注意を拂はぬと云ふ、重大な懸念をも存する。最後にかくの如き序説は、卑見に據れば、餘りに驕傲不遜の感じを試験官に與へるの嫌がある。即ちここに提出することを餘儀なくせらるる作業は、非常にむづかしく、非常に複雑に、また非常に理解に困難である所のものであつて、従つて學識の深くない讀者又は聽者には、判決事實に關する序説は絶対に必要であると、大聲叱呼してでも居るかの如き感じを禁じ難い。所が受験者にとつて幸なことには、かくの如く複雑で困難な記録の出題されることは、司法大試験の場合にもないことなのである。従つて少くとも通常の場合については、判決事實に序説を設けるのは、全然差控へなければならぬ。

判決事實は、争なき事項の記述を以て始まる。凡そ何れの訴訟と雖、當事者相互の關係に關する若干の事實に、立脚しないものはない。勿論是等の事實が、實際には只同一の事實でしかあり得ないこともあるのは、素より言ふまでもない。問題となるのは、ウキルドハーゲン *(Wildhagen, Tatbestand und Sachverhalt im bürgerlichen Rechtsstreit 1914)* の稱して所謂事相 *Sachverhalt* と呼んで居る所のものの一種に過ぎない。裁判所は遺憾乍ら、人知のあらゆる手段を盡して、此の事相の探究に従事すると云ふ譯には行き兼ねるので、寧ろ先づ當事者双方が其の主張中で、此の事相について裁判所に報告して居る所のものを、たよりとしなければならぬ。此の當事者の報告が一致して居る限りに於ては、それは當事者を羈束するの力を有し、其の程度に於ては裁判所にとつて現在既に、あらゆる證據調から獨立した立場に在る事相の一部を成すものである。そして此の如き當事者の主張から生じて來る事相が、判決事實 *Tatbestand* 中の第一版たる「事實」*Sachstand* を成すのである。

或る訴訟に於て當事者双方の主張から、此の「事相」中に取入れる所のものの分量が多ければ多い丈、事實上の關係に於て、訴訟が不實な基礎の上に立脚するものでないと云ふ保障は、愈々大なるものがあると謂はなければならぬ。従つて何れの訴訟たるを問はず、成る丈多くのものを争なき事項に取入れ得るやうに、心すべきである。只之に因つて「事相」の構成に不利益を被らせるやうなことがあつてはならない。即ち恐らく争のない事實ではあるけれども、被告の主張した、全然岐路にそれて居る反對債權 *Gegenforderung* に關するに止まる事實を、只それが全く争がないと云ふ丈の理由で、之を判決事實の先頭に位置せしめてはならぬ。

更に通常の場合には、債権の原因及び數額に關する争については、單に請求の數額に關するに過ぎない事實は、請求の原因に關する争なき事相には屬しない。

従つて實地作業の作成についての司法試験委員の訓示は「争なき事項は、記述の理解と其の前後の關係を妨ぐることなき場合に限り、之を先頭に位置せしむべし」と、明示的に言明されて居たのである。此の文句は、訓示の法文を改新するに當つて、削除されて了つたのであるが、此の注意書からは勿論、文字に現はれた所のものより以上のことを、汲み取る譯には行かないかも知れない。特に此の訓示は、記録中に包含されて居る資料中から、争のあるものと争のないものとを拾ひ集める仕事を省かうとして居るものでもなければ、また實際そう云ふ仕事を省くことが出来る譯のものでもないことは明白であらうと思ふ。そして此の仕事は各個の場合に於ては、随分と骨が折れることであるかも知れないが、併しそれはどうしても必要なものであつて、法律自身も亦判決事實の觀念を定義するに當つて「事實」[Sachstand]と「争點」[Streitstand]との間に區別を設けて居るのである。併し此の兩者を區別した上で、争がないと認められた所のは、前後の關係に於て全然先頭に位置せしむべきであるか、それともまた後に適當な場所を與へる方がいいのであるかは、別個の問題に屬する。必ずしも常に争なき事項を先頭に位置せしめる必要はないとは、随分いろ／＼の書物の中に掲げられてある訓戒であるが、此の訓戒は答案の筆者が争なき事項と争のある事項とを周到細心に分類整頓するのに、無精であつた場合に、其の辯解の辭として引合に出されるのを見かけたことが随分あつた。そこで著者は、先づ第一に争なき事項の一切を整頓して、之を先頭に位置せしめ、然る後初めてそれが果して先頭に置かるべきものであるか、其の中の何

れのものかは先頭に置かるべきでないのかを、決定することをおすすめる。かう云ふ風にするときには、大抵の場合、判決事實の先頭に置かれる争なき事相は、判決事實の全斑を明確にし、其の要領を得しめるのに寄與する所大なるものあるのを、氣がつかれるであらう。勿論此の場合には、争なき事項の中でも訴訟と關係を持つて居る事實の部分は、直ちに識別することが出来るやうに、細心の注意を拂はなければならぬ。此のことは、讀者又は聽者をして、當事者と此の事實との間には、如何なる關係があるのかを明確ならしめる丈で、既に或る程度までは達成することが出来るのである。即ち特に原告及び被告は、出来る丈早く争なき事實とも關係を持たせる必要がある。若し何等かの方法でそう云ふことが出来るなら、既に判決事實の最初の文句中でそうすべきである。

成るべく多くのものを、争なき事項の中に收めると云ふ、ここに提案した方法からして、訴の理由 [Klagebegründung] にとつて争なき所のもの丈が、訴訟の來歴の叙説 [Geschichtszählung] に屬するものであるか、それともまた訴訟 [Rechtsstreit] にとつて全然争のない所のものも、訴訟の來歴の叙説に屬するものであるかの問題に對する態度も、自ら決定されることになる。著者は訴の理由に關して争のない所のもの丈が、先頭に置かるべきであるとする見解には、左袒することは出来ない。

かくの如き訴訟の來歴の叙説が、不完全であり、不明確な作用を及ぼすのは、何時も見かける所であるが、加ふるに次に、更に訴の理由についての不當な見解から出發して、争のない事項を無理強ひに、此の不當なる見解の下に屬せしめると云ふ、非常な危険を存する。かくの如くにしてあらゆる着眼や「事相」のあらゆる方面を公正に取扱ふ正しい見解に到達する事を、われからに不可能ならしめるものである。

之に反して争のない事相の全斑を先頭に位置せしめるに於ては、訴訟資料全斑に對する偏頗な餘りに狭隘な見解から脱脚するに遙に容易であるであらう。

逆に「訴訟の來歴の叙説中に收めることの出来るのは、眞に争のない所のもの丈に限られる。偏頗な見解から單純に、自己の見解上争なきものと考へられる事項を争なき事項として主張するが如きは、返す返すも深く戒むべきことである。それにも拘らずかうした過誤が、益々反覆されるのを見かける。凡そ或る事柄は、それが證據調で立證されたからと云つて、争がないと云ふ次第ではない。相手方は依然として、反證を提出することが出来るのである。記録中では、それがまだ爲されて居ない場合に、あつても、少くとも判決がまだ言渡されないので、更に一つの證據決定が言渡されたに止まる場合、又は言渡された判決が控訴された場合に、あつては、相手方は曩に懈怠した所のものを追完することが出来るのである。

確定の判例に據れば、(民事訴訟法註釋書第二、百八十五條の項を参照せられたり)かくの如き反證 (Gegenbeweis) は、既に反對の證據が擧げられたと云ふの故を以て、之を却下する事は出来ない。また相手方が相當の主張に對して、全然答辯をしなかつた云ふの故を以て、或る事柄が争がないと云ふ譯のものではない。民事訴訟法第三百三十八條は此の點に於て餘りに廣汎に解釋される嫌がある。即ち此の規定は、獨り「明示的に争はれざる事實は、自白したるものと看做すべし」と云ふ風に規定するのみに止まらず「當事者の他の意思表示よりして、之を争はんとする意圖が明かとなるにあらざるときは」と云ふ至極重要な條件文章を伴つて居るのである。此の條件文章は、隨分と看過されて居る有様であるが、是は決して

て看過してはならない。民事訴訟法第三百三十八條第二項に據る主張は、自白せられたものと看做すべきや否やにつき、懸念を存するときは、常に判決事實中で「被告又は原告は云々の主張に對して、何の主張をも爲したることなし」と言明するのが適當である。そしてかくの如き事實を以て、自白されたものとして看做すべきであると論結するのは、冷靜に之を判決理由に任せることにしたらよからうと思ふ。

著者個人の意見に據れば、檢證 Augenscheinseinnahme の結果も亦、争なき事項には屬しない。之については、普通には反對の説が主張され、特に例へばステルツェル (Stölzel, 'Über Proberelationen S. 19) の如きを其の尤たるものとするが、或る一つの點に關して當事者の間に争を存し、此の争點について證據調が行はれたとするも、それが判事に依る檢證であるの故を以て、證據調の内容を争なきものとして取扱ふべきではないと考へる。勿論之に異なる見解も、卑見に據れば、當事者が後に至つて檢證の結果を正當なりとして自白した場合には、之を主張することを得べく、ステルツェルの如きも只それを説かうとするものに外なるまいが、此の場合にあつては、檢證と云ふ特殊の事項についての議論ではなくて、寧ろ一般普通の見地に過ぎない。

之に反し檢證調書を當事者に讀聞かせ、當事者が之を承諾した事情のみで、檢證の結果を争なき事項中に收めることを、是認し得られるかどうかは、疑はしいものがあるやうに考へられる。何れにしても此の點に於ては、當事者の一方が檢證調書を承諾したにも拘らず、後に至つて檢證の要件の正否を問題とするときは、著者の考では懸念を挿まざるを得まいと思ふ。

何が争ある事項であり、何が争なき事項であるかの問題を、審査するについての時期上の起點は、判決

事實全斑を纏める場合に於けると同様、争なき事項の整理分類についても亦、最終の口頭辯論の時期である。

此の場合についても、口頭辯論を伴はない裁判及び調書に據る裁判にあつては、曩にかくの如き場合について、口頭辯論の終結の時期と同視した時期が標準となる次第である。

此の時期に至つてもはや争はれない事項は、それが以前には如何に甚だしく當事者双方の間に於て争はれた所の事項であるにもせよ、また如何に廣汎なる範圍に互る證據調を惹起した所の事項であるにもせよ、争なき事項として之を先頭に位置せしめるを要する。此の争點に關する證據決定及び證據調は、判決事實中に於ては全然省略することが出来る。精々の所訴訟費用の裁判に關して、云々の主張が證據調の行はれた後に至つて初めて、争なきに至つた旨を簡単に記載する必要があるに過ぎない。

通常の場合については、或る事實がどう云ふ風にして争なきに至つたかについての、一切の説明は無用である。例へば裁判所が當事者の一方に、此の當事者の主張したる時期の正否について、證據を申出づべきの負擔を命じ、そして其の結果として當事者の間に、一定の時期を基礎とするについての合意が行はれたときは、裁判所の側で舉證を負擔せしめることがなかつたなら、當該の主張には相變らず争があつたであらうと云ふことは、此の時以後は全然枝葉末節の事柄である。唯一の標準である最終の口頭辯論の時期については、裁判所の側で舉證の負擔を命じたことには全然言及しないで、簡単に當該の事實を争なきものとして記述すべきである。

口頭辯論の終結後に書面が提出されたときは、此の書面は原則としてもはや之を斟酌することは出

來ない。精々の所書面の提出に關して關係の當事者に、書面の内容を口頭辯論の目的物とするの機會を與へんが爲に、口頭辯論を再開すべきではないかどうかの問題を生ずるに過ぎない。かくの如き場合に口頭辯論を開かなければならないと云ふ裁判所の義務は、決して存在しないのである。

此の點については大審院は、一九一七年十一月二十二日の判決(Warn. 1918, S. 60)中に於て、左の如く判示して居る。「當事者の一方が後に至つて新しき主張を爲し、書面を以てして之を裁判所に通知するも之に因つて此の當事者は決して、口頭辯論の再開を求むる權利を獲得するものにあらず。此提出が終結したる辯論に於て、民事訴訟法第百三十九條に因る質問權を行使するの機會を與ふべかりし場合に限り、裁判所は、他の場合に於ては裁判所の自由なる裁量に屬せしめらるる(民事訴訟法第百五十六條)辯論の再開を決定するの義務を負ふものなり。而して婚姻事件についても、原則として何等例外の認めらるるものあるを見ず……」。

勿論口頭辯論を伴はない裁判、並に調書に據る裁判の場合にあつては、別様の判断を生ずることのあるのは、素より云ふまでもない。此の點に於ては、曩に述べた所の参照を求めることが出来る。

試験作業については、最終の口頭辯論の終結後に、其の取扱ふべき記録に編入された書面は、原則として斟酌するの必要はあるまいと思ふ。只全班の關係上、かくの如き處置を適當ならずと思惟されたときは、口頭辯論の再開後に、書面の内容も亦演述されたものと想定するのを適當とする。

記録を慎重に評價するに當つては、提出された書面の内容が、單に最終の口頭辯論に因る當事者の演述を整理し、反覆することを意味するものに外ならないと、無雜作に斷定し去ることを、是認せしめられ

ることが少くない。此の場合にあつては、口頭辯論の再開を想定しないでも、書面の利用を妨げる事情は全然ない。

争なき事項を記述するに當つて困難とするのは、自白された主張と、争はれない主張との間の區別である。當事者は其の自白には羈束されるに反し、民事訴訟法第二百九十條及び第五百三十二條單に陳述を爲さざるか、又は陳述を拒絶したに止まる場合にあつては、後に至つて此の陳述を追完することを得る（民事訴訟法第五百三十一條）のである以上は、此の兩者の區別は、絶對的に明確にして置く、必要があるものと謂はなければならない。

各個の事實について一々、それが争はれなかつた旨を記載することは必要でない。寧ろそれ等の事實を争なき事項の中に收め、争なき事項の終尾の所に、總括的の一句を設けて置く丈で充分である。之に反し自白は、どんなものでも、すべて明示的に掲げて置くことを必要とする。當該の事實の所には、相當の文句を附加えて置かなければならない。只かう云ふ風にするときは、さもない限り恐らく脈絡貫通して居るであらう事相が、時あつてか中斷を餘儀なくされたのが、誠に遺憾とすべきことである。大抵の場合には、争なき事項の終尾に聯絡を執る爲の一句を挿んで、例へば「此の事實は當事者の間に争なく、消費貸借の受領は被告に於て自白したる所なり」とでも斷つて置く丈で、充分である。

事情に依つては、只相殺に言及したと云ふ丈の、原告の請求に對する被告の防禦方法中に、訴を理由づける事實の自白を認めることの出来る場合もある。

「此の審級丈については、主張を争はうとは思はない旨の當事者の陳述は、普通には自白と解釋すべき

でなく、寧ろ單に之を争はなす Nichtbestreiten に止まるものと解すべきであらう。（此の點については Stein-Jonas, 12. Aufl., S. 763 Anm. II 2 a bei Ziffer 21 zu § 286 ZPO.; Baumbach, 3. Aufl., Anm. 3 zu § 288 ZPO. を参照せられたす）。

證書の受領とか書面の交換とか、裁判所の認證した契約の締結並に其の内容とか云ふやうなこともすべて争なき事實に屬することがあり得る。此の場合にあつては、それが證書であるの事實に因り一箇の特則と云ふやうなものを演繹することは出来ない。證書が提出されるにしても、それは——すべての事項に争がないのであるのを、常に深く念頭に置かれたい——立證の目的の爲にする提出と云つたやうな次第ではない。證書の内容とか契約の成立とか、信書の交換とか其の他の事柄は、此の場合にあつては、其の他の争なき事實に於けると全然同様に、争なきものとして記述すべきである。尙ほまたここでは特に「摘示」gedrängte Darstellung」と云ふことに重きを置く必要がある。即ち證書の文面中、役にも立たない書出しの文句や結びの言葉など、若は附帶的の取極等は、全然之を削除して了ふべきである。證書それ自體をそのまま録載する代りに、其の内容を概括要約するなど、例へば信書の交換の場合には、適切とすることが非常に多い。

同様にして、不動産登記簿の紙面とか、商業登記簿の抄本とか、そう云つたやうなものの内容は、争なき事項として録載すべきである。

訴訟の來歴の叙説中に於ける證書の録載の好個の一例は、一九二二年六月二十七日の大審院の判決 (Bd. 105 S. 81) に於て之を見る。曰く原告は一九一九年十一月十一日友人某と共に、被告の經營に係る

企業の一たる「舞臺座」の興行の見物に赴き、其の入口に掲示せられたる所に従つて、外套、杖等の物件を携帶品預所に預け、手数料として預品一點につき各五十ペニヒを支拂ひて、預證(灰白色にして番號第七十三號及び第六十四號とす)の交付を受けたり。この預證には左の記載を掲ぐるのみにして、他に別段の標識を掲げず。

御携帶品預證

第六十三號(第六十四號)

御携帶品は此の證券と引替にのみ御渡し可申上候

券面に印刷されたる商號は、印刷所の商號にして、此の印刷所は他の興行企業者の爲にも、かくの如き預證を製作したりしものなり。

原告が預證(第六十三號)と引替に預けたる物件は、毛皮の外套にして、其の自稱價格二萬馬克、友人某の預けたるは第六十四號黒皮の折靴なり。

既にして原告並に其の友人某は演戲(演戲時間約一時間十五分なり)の終了する直前に、使丁の一人に證券を交付して預品の返還を求めたるに、右の物件は約一時間前、開演後間もなく二名の男に、第六十三號及び第六十四號の證券と引替に、既に手交を了したりとの答辯を得たり。かくの如くにして交付せ

られたる二個の證券と、原告の手に在る第六十三號の證券の提出せられたるものを見るに、形狀、色彩及び印刷せられたる文句等何れも同一にして、只被告の提出したる證券の商號の、幾分不明瞭なるを見るのみ。

圖形を録載したる事實の例は、*Bd. 110 S. 2 & 21.* の大審院の判決である。

記録、證書等が眞に口頭辯論の目的たるときは、それは裁判長の訴訟指揮の命令に因つて、提出せしめられたものであるか、それともまた當事者に依つて演述されたものであるかは、問ふ所ではない。

此の點については、大審院は、一九二一年七月九日の判決中に於て(*Bd. 102 S. 329*)、左の如く述べて居る。「刑事訴訟記録の提出は、證據調の範圍内に於てのみ行ふことを得べかりしものなり」と云ふ、上告論旨は不當なり。加之當事者が、其の法律上の主張を理由づくる爲に適當と思料したる所のものを、記録に基いて演述することに因つて、記録の内容が當事者の陳述として訴訟に採用せらるるは、是亦適法なりと謂はざるべからず。而してかくの如き事例は、證書訴訟に於ても見得る所なりとす。蓋し此の種の訴訟について、制限的の規定を存するは、其の主張を立證するの點について然りとするに止まり、當事者の演述については、制限的の規定を存する次第にはあらざるを以てなり。相手方が記録に基き演述せられたる事項に異議を唱へず、換言すれば演述せられたる所の事項の、事實上引用せられたる記録中に存することを、相手方が争はざるは、普通に見る所の現象たるべけれども、此の場合に推論さるるは、只單に記録の内容が正確に録載せられあること、記録は當事者の一方の演述したる所のものを包含することのみに止まるは、素より言を俟たずして、演述されたる記録の内容の實體的に正當なりや否やに關

しては、全然何等の結論をも與ふるものにあらず。然りと雖如上の事實は決して、記録の提出に因る立證を不必要ならしむる次第にはあらず。蓋し書證 *Urkundenbeweis* の場合にあつても、證書の實體的證據力は、證書の内容のみに依つて決定せらるるものにあらざるを以てなり。此の場合に於ても證書に依つて確定せらるるものは、證書が何事を包含するかと云ふに止まり、其の中に表示せらるる所のものが、果して正當なりや否やを確定する次第にはあらず。されば本件に於て實際に行はれたる所の如く、只單に當事者の演述に因りてのみ、刑事訴訟記録の内容を評價するには、全然何等の懸念もなく、民事訴訟法第五百九十二條及び第五百九十五條の規定の如きも、決して之を禁止することなし。蓋し當事者の申述に關して争を存せざるときは、證書訴訟に於ても立證は問題たることなきを以てなり。然れども刑事訴訟法記録の提出に關して證據調を必要とせず、またかくの如き證據調が事實上行はれざるときは、證據は、刑事訴訟記録を單に一般的にのみ援用することに依つては、合式に申出でられたるものにあらざること、苟も證據として合式に申出でられんが爲には寧ろ立證すべき事實と證據として援用されたる記録の箇所を、正確に、且具體的に擧示することを必要としたるものなりとして、不服を申立つることをも得ざる次第なり。

之に反して記録其の他が、單に訴訟指揮の命令に因つて招來せられたるも、口頭辯論の目的とならざるときは、かくの如き記録は我が國訴訟法の原則に據り、之を斟酌する譯には行かない。只此の事は、事務修習期間の訴訟記録に關する報告や、口頭辯論を伴はない裁判、調書に據る裁判については、必ずしも無雜作に認められるものではない(此の後なる點については、*Sonnen. „Das neue Zivilprozessrecht“* S. 41.

を参照せられたい。

争なき事項は過去の語法を用ひ、其の以前に屬する訴訟の來歴は、大過去の語法を用ひるのが、普通に行はれるやり方であるが、只現在に於て尙ほ進展中である事實、又は全然現在にのみ屬する事實である限りは、現在完了若は現在の語法を適當とする。

B. 原告の主張

争なき事項の次に、原告の争ある主張が来る。當事者の申立又は少くとも訴の申立 *Klageantrag* を主張よりも先行せしめるのが、多く行はれて居る所であるが、原告の主張の終尾に、云はゞ其の主張から演繹される推論として、訴の申立を記載する方法は、事實の組立上無理がなく且よりよく目的に適合するやうに思はれる。只争ある原告の主張が全然存在しない場合に限り、即ち原告が單に争なき事項のみを基礎とする場合に限り、當事者の申立は、直ちに争なき事項に續くものである。

原告の主張も亦、全然裁判所の口頭辯論の立場から(又は前に述べたる所に據れば、口頭辯論の終結と同視される瞬間の立場から)之を記述すべきである。此の時期に至つて尙ほ原告が、自分の立場を理由付ける爲に演述する所に限り、争ある主張に屬する。それは従前の書面や従前の陳述中に包含されて居る所のものよりも、少いことがある。前に争はれた事項中、此の時期に至つてはもはや争はれないか又は他の方法で落着いたものも恐らくあるであらう。逆に原告は、其の從來爲さなかつた主張を、證人の主張から演繹し、之を自己のものとする機會をつかむことが出来る譯である。試験作業にあつては記録中には明示的に表示されて居ない場合にあつても、直ちに此の事を認め得る場合が多いであらう。

更に原告が其の立場を支持する爲其の請求を理由付ける爲に提出する、一切の主張を持つて来るを要する。是等の主張は、記録中に於ては必ずしも必然的に、すべて書面中に包含されるものではない。時には證據決定が書面中には全然掲げられて居ない事實に及ぶこともあるが、此の場合にあつては、原告が口頭辯論中に、新しい主張を提出したものと認むべきである。併し如何なる場合に於ても、當事者の相當な主張に立脚し得ない證據決定は判決事實中には出現する筈はない。

けれども判決事實中に録載するのは、請求を理由付けるに役立つべき主張文に限るべきである。單に被告の反對債權に關するに止まる主張、又は單に被告の抗辯の效力を減殺しやうとするに止まる主張は、被告の演述に對する原告の答辯中に初めて之を掲出すべく、原告の主張の最初の記述中に、既に之を掲出すべきではない。而して此の原則は、原告が被告の側よりするかくの如き抗辯の提出を見越し、訴狀中に既にかくの如き主張を掲げた場合にも、尙ほ且認められる所なのである。

原告の主張の順序は、成るべく時期上の連續を保全するやうに、録載しなければならぬが、然し他の一面に於ては、最も有力に請求を支持して居る記述を最後に掲出すことに因つて、或る程度まで緊張を來すことが出来るやうにすべきである。尙ほまた訴訟に於ける主張が、時期上如何なる順序に於て連續して居るかは、決して標準となるものではない。否、記録の一般に亘つて散在して居る原告の主張に基いて、纏まつた統一的の記述を築き上げる點に於て、裁判官としての伎倆を示すべきは、正に此の一擧にあるであらう。けれども證據調の後に至つて初めて提出することを得べき主張例へば證人の信憑力 *Glaubwürdigkeit* に對する攻撃の如きものは、證據調後に至つて初めて掲出すべきである。

尙ほまた原告が是々の主張を豫備的にのみ主張する旨を、明示的に表示した場合には、原告は事情に依つては、是が爲に其の提出する主張に、或る順序を執るを餘儀なくせしめられることがある(此の點に就ては、民事訴訟法註釋書例へば *Stein-Jonas, 12. Aufl., V 9 vor § 128 und zu § 260 ZPO.*; 其の外 *Stein JZ. 1913, S. 35.* 等を参照)。此の點には、原告の主張を録載するに當つても、斟酌する必要があるのである。

併し如何なる場合にも、原告の主張に別個の態様、別個の内容を與へることは決して許されない。此の場合にあつても亦先入の見を以て判決事實の起案に着手し、此の先入の見に合致しないものは、一切意識的若は無意識的に之を遺脱し、又は之を變改するやうな過誤に陥ることは、堅く之を戒めなければならぬ。かくの如き過誤は、やゝもすれば、事實上の基礎を報告しない爲に本來原告の主張中に包含されて居る重要な着眼を、看過するの結果を來し易いのである。

併し他の一面に於ては、原告の事實上の主張のみに限り之を掲ぐべきである。即ち法律上の論述 *Rechtsausführung* と其の論結に至つては、原則として之を判決事實中に掲ぐべきではない。此の原則は如何に極力高調しても、未だ以て充分としない重大な原則である。此の點に於て聊かでもゆるがせにする所があるに於ては、判決事實は不明瞭な要領を得ない、そしてまた退屈なものになつて了ふであらう。そしてそれはまた著者の從來非常に度々見かける所なのである。

例へば訴訟の全部が法律問題を中心にして争はれて居る爲に、眞實に法律上の論述の録載を避けることが出来ないと思ふにしても、それでも先づ一度は試みに、全然法律上の論述を一切ぬきにした判

決事實を書いて見るがよろしい。そうすれば大抵の場合に、法律上の論述それ自體の録載は、かくの如き場合に於ては、無用であることに気がつくであらう。然も法律上の論述を掲げない以上は、當事者の主張や争やを、全然理解することは出来まいと思はれる場合に限り、法律上の論述を録載するのを是認されるのである。

判決事實中には、成るべくは推論や、法律上の論述を掲げてはならないと云ふ原則に違反するのが、演習作業や試験作業に於ける試補諸君の、殆ど例外なしに犯す過誤であるのは、誠に不思議なことであると云はなければならぬ次第であるが、それは一つは試補諸君が不精をして、當事者の記述は果して眞に事實文を掲げて居るに止まるのか、それともまた推論若は法律上の論述をも包含して居るかを嚴密に審査することをしない爲でもあるらしく思はれる。また重要な事柄を遺脱する危険を冒すよりは、少し位無用なことでも書き載せて置いた方が安全だと云ふ、受験者の感情の手傳ふことも時には恐らくある。之に對しては、判決事實の讀者たり聽者たる者にとつて、何が不愉快であると云つて、法律上の論述や、又は推論文が何時も前に置かれてあつて、此の法律上の論述や推論の荒野の中から、自分自身で骨を折つて事實の筋道を探し出すのを餘儀なくされる程、腹立たしく感せられることはないと云ふ試験官側の言分を、只繰返して高調するの外はあるまい。試験官にかうした苦勞をさせないで済ます判決事實でなければ、判決事實として立派なものとするには出来ないと、著者は考へる。従つてこゝでもう一言云つて置きたい。當事者の推論若は法律上の論述は、判決事實の中には收めてはならないと。

原告の主張は、完全に且遺漏なく之を録載することを必要とするのであるが、尙ほまた看過してならないのは、此の場合にも摘示と云ふことが、絶對的に必要であると云ふことである。大抵の判決事實は恰も此の點に於て餘りに小心翼翼と形造られてある。豫備的交渉だの、契約の締結だのについての長たらしい記述は、僅々數語を以て、簡潔に要約し得ることが少くない。此の場合に於ても懸念を挿むならば、先づ少くとも一度は試みに成るべく簡潔な要約した記述を作つて見るべきである。大抵の場合には、かう云ふ風に要約することに因つて、記述は不完全にはならないで、其の要領を得易い點に於ては却つて非常に得る所があるのに氣が付くであらう。

原告の個々の主張を、其の一定の訴の原因に對する關係に従つて、順次番號や字母を附するのを推稱する人が随分ある。例へば破産管財人に依る抵當權の取消が問題である場合に、左の如く記載すべきであると云ふのである。

(1) の下には、破産に關する詐害行爲に因る取消の訴 Konkurspauliana の訴の原因特に、

(a) 支拂停止の事實

(b) 支拂停止後に於ける取得

(c) 支拂停止を知りたること

等。

次に(2)の下に詐害行爲廢罷の訴 *Transpauliana* の訴の原因

(a) 不利益を被らしむる法律的行爲

- (b) 債権者に不利益を被らしむるの意圖
- (c) 此の意圖を知れること

從つて此の場合に於ては、被告の主張、原告の反對主張等、證據決定、證據調の結果等も、相當の數字と字母とを附記するの必要がある。例へば被告の主張は、左の如く分たれることゝなるであらう。

(1) について……

(a) について……

(b) について……等。

併し此の種の判決事實の纏め方には、著者は斷然として反對したいと思ふ。かう云ふ風にすると、判決事實は聯絡のない、不細工なものになつて了つて、一見した丈で既に、氣障な感じを禁ずることが出来ないやうになると考へる。判決事實は究極に於て學生時代の記憶に在るやうな、論文執筆の爲の思想の排列であつてはならない。加之かう云ふやうな風に判決事實を記述するときは、讀者は始終記録の頁をめくることが必要になつて來るであらう。何となれば段々あとの方になつて來ると、前の(1)の(a)や(b)の下に何が掲げてあつたかを讀者は記憶しては居ないからである。然も判決事實が演述される場合にあつては、かくの如き處置は特に全然承認し難い。蓋し聽者側では後になると(1)の(a)、(b)の下で前に何事が述べられたかを、もはや記憶して居ないのは疑もないことであるから、演述される判決事實を理解しやうと試みないで、只聞き流しにして了ふまいとすれば、始終演述を止めさせて、前に(1)の(a)、(b)

の下では、何を論じたのであつたかを聞き返すことを餘儀なくされる。また數字や字母を使用して、記述を項目に分けることに因つては、判決事實が明確に、要領を得易くなつたと感じたことは、著者としては未だ曾てない。否、それ所ではない。原告の一切の主張を一定の訴の原因中に收めやうと云ふ癖は、稍々もすれば原告の説明を餘りに狹隘に、加之法律上恐らくは失當に、解釋するの弊に陥り易い。そう云ふ譯であるから、番號や字母を使用する記述方法は、堅く戒めなければならぬものと考へる。(Vasfi. : Goldmann in RZ. 1 21 S. 248.) としてかうした方法に俟たないでも、尙ほ判決事實を要領よく且明確に形成し得るものであることは、以下の例に於て示すことが出來ると信ずるものである。

原告が其の一つの主張に關して證據を申出たときは、是亦判決事實中に録載すべく、特に成るべくは證明せらるべき原告の主張と直接相關聯して録載すべきである。證據の申出は、被告が主張を争つたと云ふことが記載された上で、初めて記載することが出來るのであると云ふ見解は、失當であると考へる。卑見に據ればかくの如き見解は、判決事實にとつて標準となるのは、最終の口頭辯論の結果であると云ふ原則と、相容れないものである。加之かくの如き處置は、稍々もすれば判決事實が不體裁に分裂するの結果を來し、幾度となく反覆を行ふことを必要ならしめられるであらう。また證據の申出を記述する際には、[摘示]と云ふ要件には、最大の讓歩をする必要があるのである。例へば原告が何等かの主張について、多數の證人を申出たとするも、普通判決事實を書く上には、主張を録載した次に括弧して、「證據人證」と云ふ風にして置けば充分であつて、是が例外は、例へば判決理由中で、證人に關しては充分に表示されて居ない爲に、判決することが出來ないと記載されるやうな場合に必要とする。更に

例へば或る一人の證人が何等かの理由に基いて——例へば證人が有限責任會社の業務執行員として自身當事者の一方の代理人であるの理由に因り——證人たるに適しないものと表示された場合にも例外を生ずることがある。かくの如き場合に於ては、どう云ふ風にして證據が申出でられたかを、詳細に記載するを要するであらう。宣誓要求 *Eideszuschreibung* も亦證人の指名 *Zeugenbenennung* と同じやうな方法で、取扱はなければならぬが、只何等かの理由に因り判決事實の爲に既に精密なる確定を重要とする宣誓の文句の場合に限つては、此の精密な文句は判決事實中にも、之を録載するを可とする。だが大抵の場合には、立證すべき主張の次に單に、「證據宣誓要求」と記載するを以て充分とするであらう。後に至つて證據が調べられたときは、證據の申出は原則としてもはや記載すべきでない。蓋し最終の口頭辯論に於ては當事者の一方は、或る證據方法が既に調べられた場合にあつては、もはや此の證據方法を申出でることはあるまいからである。けれども此の場合にあつても、例へば訴訟費用の裁判に關して、何人が如何なる時期に此の證據方法を申出でたか、意義を有する場合にあつては、例外を存することがあるのである。

當事者の一方が其の主張を立證する爲に證書を提出したときは、此の證書の内容は、それが重要である限りは、成るべく直接接話に於て、且文字章句の儘に之を録載するを要する。例へば原告は一九二七年一月一日を以て被告に消費貸借として金一千馬克を交付し、一九二七年四月一日には解約申入なきも拂戻すべきものと約したる旨を主張し、是が立證の爲署名として被告の姓名の略字を掲げたる、左の文言を記載せる債務證書を提出せり……と云ふ風にする。

併し判決事實中に證據の申出を録載する場合には、常に現實の證據の申出であることを必要とするのに、注意すべきである。

そう云ふ譯で原告の占有中である證書の提出の申出は、充分なる證據の申出ではなく、従つて全然之を判決事實中に掲ぐべきではない。係争事實の宣誓の申出、特定の官廳の報告其の他を求むる申立の如きも亦同様である。かくの如き場合、又は之に類似の場合に於ては、證據の申出を判決事實中に録載する必要のないと云ふのは、只原則として認められる丈に過ぎないのであつて、例へば證據の申出が必ずしも無雜作に無効として明白ではなく、従つて此の點につき判決理由中で、事こまかに論述する事を必要とする場合は、此の限りではない。例へば原告の主張に對する證據として「證據原告の證言」と記されてある場合には、是は無雜作に判決事實中に掲げることをしてしないで差支あるまい。けれども例へば有限責任會社について「證據商人アウグスト・シュルツエの證言」と掲げられてあつて此のシュルツエなる人物が訴訟の經過中に、此の有限責任會社の業務執行員であること——即ちもはや證人たるの資格を持たないこと——が判明したときは、かくの如き證據の申出は、恐らく之を記載するを要するであらう。

原告の主張は間接説話で、現在又は現在完了の語法で書く。例へば原告は一九二七年一月一日を以て、消費貸借として被告に金三千馬克を交付したりと主張すとか、又は「原告は被告が使用貸借に因り引渡したる住宅は、居住に堪へずと主張す」と云つたやうな風にするのである。訴の變更の場合に於ては先づ本來の訴の原因に關する主張を現在完了で書き、次に變更された訴の原因に關する主張を現在

で書くのが適當であるであらう。

尙ほまた注意するを要するのは、録載する事柄の内容については、正しい語句を使用しなければならぬと云ふ一事である。

事實に關する記述は「原告の主張する所左の如し」と云ふ文句で始める。被告にあつては、之に相當する否認の文句は「被告の争ふ所次の如し」と云ふのである。之に反しそれが法律に關する論述であると

——原告が此の種の論述をするとすれば——原告の論述する所次の如しとすべきである。

原告の訴訟上の陳述は、主張として取扱ふべきでなく、それと同じことは被告についても認められる。されば、原告は云々を攻撃すと主張するものなりとか、原告は云々と計算すと主張するものなりとか、被告は云々の件を争はずと主張するものなりとか云ふのは、全然謬りで、寧ろ是等の場合に於てはすべて原告は云々を攻撃すとか、原告は云々と計算すとか、被告は之を争はずとか云ふべきである。

此の點に於ては、試補諸君の作業には、何時も同じ過誤の繰返されるのを見かけるから、もう一度こゝで言明して置かなければならない。「原告は其の損害を云々と計算すと主張するものなり」とか「原告は本訴を以て云々を要求すと演述するものなり」とか云ふべきではなく、正しくは——かくの如き字句を使用しやうとするものであることを條件として——「原告は其の損害を云々と計算するものなり」とか又は「原告は本訴を以て云々の要求を爲すものなり」とすべきである。

C. 訴の申立

原告の主張の記述の次に來るものは、原告の申立の録載である。法律——民事訴訟法第三百十三條

第三號——の字句に據れば、事實は「提出された申立を表示して記述するを要する。此の表示して」

unter Hervorhebungと云ふのは、普通原告の主張に従つて、段落を新にすると云ふ風にして行はれて居る。

例へば、

「原告は、被告は原告に對し、……すべしとの判決を求むと申立てたり」

と云ふやうな風にするのである。

「従つて」とか「之に因り」とか、又は「此の事實に基きて」とか、又は「そう云つたやうな字句を附け加へるのは懸念すべきことである」と考へる。判決事實中で原告の主張に關聯して「之に因り原告は……と申立てたり」と云ふ風に續けて行くことにすると、それは裁判所が判決事實中に於て、既に原告の肩を持つて居るかのやうな印象を與へ易いが、そう云ふ事は判決事實の絕對的公平の要件と相容れない次第であるから、此の種の字句は全然使用すべきでない。

「原告は某日を以て、云々の申立を以て訴を起したり」と云ふやうなことを書くのは、無用でもあるし、また卑見に據ればそれは失當でもある。蓋し訴の提起がなければ、申立に關して裁判を爲すの必要もない筈であるし、また訴の提起の日附は、普通には餘り重要ではない事柄だからである。従つて訴の提起の日又は訴狀提出の日すらも（民事訴訟法第四百九十六條第三項——何等かの理由に因りそれを記載することが裁判に影響を及ぼす場合に限り）例へば利子支拂の始期時効の中断、除斥期間の遵守等に關して之を記載すべきである。また訴の中に如何なる申立が掲げられてあるかと云ふことも重要ではなく、重要なのは只口頭辯論に於て、如何なる申立が提出されたかと云ふこと丈に過ぎない（只訴の變更の

異議の場合又は別である。此の點については、尙ほ以下に於て説く所を参照せられたる。

申立は其の實體的内容に於ては、絶對的に其の文字章句の儘を録載するを要する。と云つた所で何も別様の措辭を執ることを許されないと云ふ次第ではない。特に原告は區裁判所に於て左の判決を言渡されんことを求むと申立つるものなり。被告は……すべし云々と云ふ形式や其の他此の種の形式は、非常に不體裁な形式であるが、是等は常に文字詞句の上で遙に簡單で従つてまた遙に體裁のいゝ原告は被告は原告に對し……すべしとの判決を求むと申立つるものなり」と云ふ形式に變換することが出来る。また「原告」「被告」の語を申立中で幾度も反覆するのは句調が悪いから、是等は代名詞を用ひて適當に補充する。けれどもかくの如き處置は、何れもそうした處置を執ることに因つて訴の申立の實體的内容には現實に何等の變更をも來さない場合に限られることで、特に申立を變更して確認の訴を給付の訴に、また逆に給付の訴を確認の訴に變へて了ふやうなことは、堅く戒めなければならぬ。就中此の場合にあつても、先入の見を以て訴の申立を録載しやうとしたり、また先入の見を以て見るに於てのみ失當と感ぜられる想像上の失當を、恣に變形するやうなことは、堅く戒めたいと思ふ。一定の原因に基き、例へば申立の法律上の意義に關して疑義を挿んだ場合に、申立が全く判決事實中に記載した所の如くに提出されたことを指示しやうとするならば、申立を引用符中に收めるのが適當である。然も亦他の一面に於ては、當事者の「申立」として表示して居る所のものも、必ずしもすべてが申立ではない。即ち記録中には、請求の原因について豫斷をして居るやうな當事者の「申立」も隨分多く見かけるのである。是等の所謂「申立」は實は「申立」Antragではなくて、一個の申出 Ausgung に外ならないが、申出を申立を

して判決事實中に録載することは絶對に許されない。それは畢竟判決事實中に載すべきものではないからである。そして是は、實體上全く「申立」ではない訴訟上の要求についても、認められる所の法則である。

けれども逆に申立はまた、全く完全に録載することを必要とする。特に利子又は假執行の場合に往々にして見かける所のやうに、全然理由なく、且單なる形式に従つて申立てられたに止まる事が明白である場合にあつても、全然之を掲げないで済まして了ふことを許されない。之に反して訴訟費用の裁判に關する申立の部分は、大抵の場合には無用であつて、従つてまた之を掲げないで差支ない。蓋し裁判所は訴訟費用に關しては、申立なきも尙ほ、裁判を爲すことを必要とする次第だからである(民事訴訟法三百八條第二項)。

之に反し言渡された判決と對照するに於て無意義である申立は判決事實中には全然之を掲げることとを必要としない。

先頭に訴を棄却すとある場合には、原告が自分の申立に従つて「言渡される判決につき、自分の提供する保證に對して假執行を宣言せられんことを申立てた旨を記載する必要はない。また被告が原告の申立に従つて判決の言渡される場合について、執行の保護 Vollstreckungsschutz を請求した旨を掲げることとも無用である。原告の場合も被告の場合も、兩者は何れも全然發生しないで了つた譯で、是等の申立は其の程度に於ては自然落着して了つたものと謂ふべく、是等の申立は原告の主たる申立に従つて判決せらるべき場合についての、附帶の申立 Nebenantrag 及び補助の申立 Hilfsantrag たるに止まつたも

のである。講壇での法律學に於ても、獨りでに消滅して了ふ事項は幾らもある。此の種の事項をわざと復活せしめる必要は更にない。それは過去の葛藤を穿鑿立てするものに外ならないからである。

(同誌) Deinhardt S. 65 "der Thüringer Juristischen Prüfungsordnung," 7. Aufl., 1925, herausgegeben von Stephan)

原告が訴訟の経過中に、其の申立を變換したときは、常に最終の申立文を掲ぐべきである。前に別の申立が提出されてあると云ふことは、原則として全然之を記載する必要はないと思ふ。只訴訟費用の點に關して、恐らく重要であるかも知れない場合文は、聊か趣きを異にする。けれども被告が新しい申立の主張を以て、訴の變更であると認める場合、又は別の理由に因り、例へば被告が新しい申立を、訴の取下であると解するの故を以て、之に基いて異議を唱へる場合には、常にどの申立をも掲ぐべきである。かくの如き場合に於ては、何時初めの申立が提出され、何時新しい申立が提出されたかを、極めて精密に記載することが、時には寧ろ必要であらう。

例へば、

「原告は訴狀中に於ては、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てたり。然るに口頭辯論に於ては、原告は、被告は新債權者に對し、金百馬克を支拂ふべしとの判決を求むる旨を申立てたり」

とする。

前の申立の失當であることを明かにした證據調の後に至つて、初めて新しい申立が起されたときに

も、同じやうに處置すべきである。例へば、

「原告は先づ最初には、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る旨を申立て、即時の支拂を要求したり。

然るに原告が被告に對し、一九二八年一月一日まで猶豫を與へたりしや否やの點に關して、證據調の行はるゝや、今度は原告は、被告は原告に對し、一九二八年一月一日を以て、金百馬克を支拂ふべしとの判決を求むと申立たり」

とすべきである。

けれども是が單なる例外に過ぎないことは、曩に既に高調した通りであつて、原則としては別の申立が提出されたこと、そしてまたそれがどんな申立であるか等には全然言及することなく、只單に最終の申立文を録載するを要するのである。

申立はそれ自體に従つて、容易に理解され得なければならぬ。されば他の箇所を援用するのは、判決事實中の他の箇所を援用するのすらも、原則として之を避くべきである。

只數個の物件を録載すべき場合、例へば住居の設備の返還を求める訴、又は強制執行に對する異議の訴の場合にあつては、例外を許すのが普通であるが、かくの如き場合にも援用を避けやうとするならば訴訟の來歴の叙説、又は原告の主張の所で援用を行ふこととし、尙ほ訴の申立をも指示して置くやうにすれば出来る。例へば訴訟の來歴の叙説に於て「執達史某甲は一九二八年一月二日を以て、商人乙某の許に於て、訴の申立中に一々列擧したる若干の什器を差押へたり」と云ふが如し。

次に訴の申立中で個々の物件を列挙する。是等の場合に於てはすべて、訴の申立中には列挙されてあるけれども、訴訟の來歴の叙設中には掲げられてない個々の物件を看過しないやうに用心しなければならぬ。

D、被告の申立

被告の申立の記述は、原告の申立の記述の直後に來る。紹介の文句は全然無用である。例へば簡單に「被告は訴の棄却を求むと申立てたり」とか「被告は假執行の宣言を伴ふ判決を以て、訴の棄却を求むと申立てたり」とか、又は「被告は、訴を棄却すべく、必要な場合には、保證を立つるに於ては執行を免るゝことを許すとの判決を求むと申立てたり」と書くべきである。其の外被告の申立についても、大體に於て原告の申立に於けると全く同一の法則が認められる。

特に此の場合に於ても無用な事柄や判決と對照するに於て無意義となつて了つた事項は、すべて之を省略すべきである。従つて訴訟費用の裁判に關する申立の部分は、原則として之を省略すべく、訴が棄却される場合には、被告の側に於ける執行の免除の請求も、之を省略するを要する。

E、被告の主張

被告の申立に續いて、被告の主張を録載する。其の順序は成るべく裁判官が之を取扱ふに當つて、執るべき順序であることを必要とする。答辯書中で提出されて居るにもせよ、はたまた個々の書面に於て提出されて居るにせよ、決して被告がそれを提出した順序を以て標準とするやうなことがあつてはならない。けれども此の場合にあつても、被告は豫備的に、他の主張に立脚する其の異議の貫徹しな

つた場合についてのみ、個々の主張を斟酌せんことを、裁判官に強ひ得るの例外が認められる。即ち例へば時効の抗辯は、支拂の異議が貫徹しなかつた場合についてのみ、提出しやうとするものである旨を被告が明示的に陳述する場合はそれである。かゝる場合には其の豫備的提出の事實は、被告の主張を録載するに當つても、之を表示して置くべきである。そしてかくの如く只豫備的にのみ主張する主張は、被告の主張の記述の終尾に掲げるのが最もいゝやり方である。

被告が徹頭徹尾實體的に應訴することを拒み、又はさもないうまでも初めに之を拒んだときは、被告の立場を記述するに當つても、最初に此の旨を掲げるを要する。是は例へば原告の訴訟代理人の訴訟代理權の欠缺の責問、訴の變更の主張等の如き、純然たる訴訟法上の一切の防禦方法について認められる所である。

けれどもそうでない場合に於ては、争異議の主張、抗辯の主張、反對債權の順に配置するのが普通である。次に主張が此の個々の防禦方法と如何なる關係に在るかに従つて、前後の布置を定めるを要する。けれども此の場合に深く戒心しなければならないのは、こゝで早くも法律上の判断を表明して了つてはならないことで、被告の提出を直ちに成るべく正確に法律的に表示すると云ふのは、往々にして提案される方法ではあるけれども、それは非常に危険な方法であると考へる。

かうしたやり方は、判決事實の範圍を遙に逸脱するもので、そう云ふ風にするときは、こゝでも亦被告の提出を、全然先入の見を以て評價するの處れが大であるのみならず、不偏不黨の公平な摘録であるべき筈の判決事實中に於てまでも、かやうな先入の見を以て記述するの非常な危険を存する。即ち例へ

ば或る試補などは請求を民法に立却せしむることを得るものなりや否やは甚だしく疑問たるを免れざるべし」と云ふ被告の答辯を摘録して「被告は無訴権の妨訴抗辯を提出したり」とやつたことがあるしまた別の場合に被告が「此の土地に關しては、原告に於て済清するを要すべき道路開設費の未済なるものを存するが故に、被告は原告の訴求したる代金の支拂を拒むものなり」と述べたのに對し、或る試補は之を判決事實に摘示して「被告は……より生ずる損害賠償債權を以て相殺を對抗せり」と述べて居る。即ち被告の立場に關する法律上の見解を謬つたと云ふ事情の結果として、全然此の謬つた見地に基いて判決事實を構成し、之に因つて別の見地からも事態を評價することを、當然不可能ならしめるに至るのである。されば例へば「被告は債務免除の異議を申立てたり」と云ふが如きは、失當であると考へる。少くとも危険であると信ずる。寧ろかくの如き場合に於ては、爾く狭い法律上の意義を持たない字句を使用することを提案する。例へば前記の場合には「被告は、原告は被告に對し、其の債權を取立てざる旨を約束したりと主張せり」とでも云ふことにすれば、實質上は何等變りはない譯であつて、然も此の提出中にかくの如き「債務免除の異議が果して現實に存在して居るものであるかどうかを審査することを、少くとも不可能ならしめるものではない。只此の審査を早くも判決事實中で先廻りをしてやつて了ふと云ふのは、判決事實の任務を超えるものと謂はなければならぬ。

被告の主張は、連続した記述中に於て、前後の關係を持つて居ることを必要とする。此の場合にあつても、巧みに異議が漸次に騰められて行くやうな仕組 *Steigerung der Einwendungen* にするやうに、出来るだけ骨を折るべきである。また原告の主張の場合に於けるが如く、法律上の論述や推論は、原則とし

て一切省略すべく、またこゝでも摘示と簡潔な要約とを期さなければならぬ。證據の申出も原告の記述の録載の場合に於けるが如く、括弧内に簡単な語辭を置いて、個々の主張を聯繫するを要する。例へば「被告は土地を取得するに當つて、債權者に不利益を加ふる所有者の意圖を、知悉し居たることを争ふものなり(反證、人證)」と云ふ風にするのである。

被告の主張を記述するに當つても、個々の主張を、數字及び字母に従つて表示することは、堅く戒めたいと思ふ。それは原告の主張の記述に關して、曩に既にかくの如き處置に反對したと、同じ理由に基づくものである。所謂分離式の方式、換言すれば個々の訴の原因や之に相當する被告の異議、若は相當しない異議にすら數字を附し、其上で獨立してそれ／＼の訴の原因の許に被告の反對抗辯 *Gegeninwendung* を取扱ひ、次に再び原告の辯駁 *Futgeginnung* を持出すと云ふやうにする方式を應用するが如きは、一層戒むべきことであると考へる。此の方式も、非常に澤山の請求と多趣多様な理由とを伴ふ、極めて複雑錯綜した事態を取扱ふ場合には、適當であるかも知れないが、併し普通試験の材料として問題となるやうな作業の場合にあつては、大抵は不體裁でもあるし、また試験官に不遜な感じを與へることを免れないのである。

F. 原告及び被告の辯駁

多くの場合に於ては、原告と被告の記述を録載すれば、當事者双方の主張はそれで終結する次第であるが、被告の立場を記述した後で之に續いて、原告の辯駁を録載する必要がある場合も少くない。只此の原告の辯駁は、成るべく簡潔にするのが望ましい。即ち出來得る限りは、訴を理由付ける原告の主張

それ自體からして其の態度を明かにすることが出来なければならぬ。只訴を理由付ける原告の主張中に或る主張を掲示することが被告の記述を先廻りするものと認められる場合に又は此の原告の辯駁中に至つて初めて被告の記述に對する辯駁として掲ぐべきである。けれども其の他の點に於ては、こゝに録載すべき原告の主張についても、曩に訴を理由付ける主張の録載に關して爲されたと同じ注意が適用される。

次に原告の辯駁に對する再辯駁 *Gegenantwortung* を成す被告の主張も同じやうに取扱ふべきである。

けれども此の二つの反對陳述 *Gegenklärung* 中には普通當事者のすべての主張を收めて了はなければならぬ。原被兩造双方の側よりする、五個乃至六個の反對陳述を伴ふ判決事實は、讀者として非常に要領を得にくくもあるし、加之不體裁でもある。かくの如き判決事實の出て來るのは其の取扱はれて居る事實の然らしめる所であるとして、之を辯解の辭とし得ることは殆どなく、寧ろ専ら或る程度まで受験者が不精であつたが爲か、又は受験者が元來纏つて居る材料を要約するの能力を缺いて居たことに歸着せしむべきであつたのは、著者の何時も目睹した所であるのである。

G. 證據決定

當事者の主張の摘録に續いて證據決定を記載する。

證據決定は訴訟の來歴に屬するものであつて、従つて全然こゝに掲ぐべきでないといふ意見を主張する者も、時々はあるが、然し通説は別の見解を奉じて居る。即ち Baumbach, 3. Aufl., S. 316

Ann. 4 zu § 313 ZPO.)²⁾ 判決事實は、それに先行する法廷調書 *Sitzungsprotokoll* と相並んで、當事者の提出を公證するものであつて、口頭辯論の終結の際に於ける事實及び争點の全部を録載し、本案に於ける從來の裁判特に證據決定を包含するを要する」と述べて居るが、Stein-Jonas, 12. Aufl. S. 823 Ann. IV 2 zu § 313 ZPO.)²⁾ も同じ見解が見られる。

證據決定の摘録は「裁判所は……の點に關して證據を取調べたり」又は之に類似の文句で始めるのが一番よく、次に證據決定の内容を直接説話に於て摘録し、特に原則として現在完了の語法に於てする。(此の點に關する詳細は、以下に掲げたる判決事實の例に於ける證據決定の録載を参照せられたい)。數個の證據決定が言渡されたとしても、大抵の場合に於ては、一々之を掲出するのは無用である。證據の擧げられたものを、統一的に録載するを以て足れりとする。此の場合にあつても、裁判に先だつ最終の口頭辯論に於ける立場文が考慮されるに過ぎない。されば擧證の命ぜられた個々の點が、争なきに至つたときは、此の點について擧證の命ぜられたことに言及する必要は全然ない。只訴訟費用の問題、又は其の他裁判の何等かの點について、立證の命ぜられたと云ふ事實が重要であるかも知れない場合に限り、簡単に此の事實を擧示すべきである。同様にして裁判所が後に至つて何等かの原因に基き證據決定の一部を實施しなかつたときは、證據決定の相當の部分の録載を見合せることを適當とする場合もあるであらう。

裁判所が實際に簡潔な事宜に適した證據決定を言渡した例外たる場合文には、證據決定を其の字句の儘に報告しても失策ではない。併し困つたことには、證據決定と云ふと何頁かに上る尨大なもので

あつて、然も拙劣な獨乙語を以て只單に當事者の書面をそつくりその儘繰返して居る丈に止まるのを見かけることが非常に多い。時には裁判所が當事者の書面を手にして、幾頁かに亘る間を發する證據決定すらある。是等の場合にあつてはすべて證據決定をそつくりその儘録載するのは常に失策であると稱さなければなるまい。寧ろ證據決定の要領を、立派な獨乙語に要約することを得しめるやうな方便を、索むべきである。大抵の場合には、證據決定中に反覆されて居る當事者の若干の主張を、統一の着眼の下に收めることが出来るに違ひない。果して然らば證據決定を摘録するに當つては、前に行はれた當事者の相當の主張の記述を指示して、此の統一的の着眼を擧げることが出来る。尙ほまた數個の證據決定が言渡され、また數個の證明事項を存する場合には、之を統一的に概括するに當つては、論理上先頭に置かるべき事項は、裁判所の執つた順序が如何やうであらうとも、之を先頭に置くことに注意を拂はなければならぬ。一つの證據決定又は數個の證據決定の内容を録載するに當つては、常に證據調が果して眞に證據決定を遺漏なく實施して居るかどうかを、審査することを得しめるやうに、極めて簡潔で要領を得た録取をしなければならぬ。

裁判所が證據決定中に於て、證人又は鑑定人に課したる負擔例へば訊問に先たち土地を視察する等は、普通證據決定を摘録するに當つて之を掲げる必要はない。少くとも證人又は鑑定人が此の負擔に服した場合には、無用である。

同様にして、裁判所が證據決定中に於て當事者に課した負擔例へば一定の主張に關して更に證據を申出づべき旨の催告も亦當該の當事者が此の負擔を履行した場合にあつては、録載を見合はすべきで

ある。只當該の當事者が此の負擔を履行しなかつたときは、少くとも負擔の不履行から裁判にとつて何等かの論結の抽出される場合、例へば判事の發問權が所要の範圍内に於て行使されることの證據立てられる場合には、判決事實中に於て此の負擔に言及する必要があるであらう。

證據決定の言渡の日を記載するのは、全然謬りである。判決事實は最終の口頭辯論を摘録するの目的を有するのであるが、此の最終の口頭辯論に於て、當事者双方が、既済の證據決定の日附を申出る筈のないのは確實だからである。併し何等かの原因に基いて此の日附を重要とする場合に限り、例へば即時の認諾を存するや否やを審査するにつき、又は訴訟費用の負擔を分配するにつき、日附が重要である場合には、例外を認めるのを適當とすることがあるであらう。

五、證據調

證據決定の内容の摘録の次に來るのは、證據調の結果の記述である。

試験作業に於て、證據調の結果が、全然想定に基くとするも、恰も證據調が現實に行はれたのであるかの如く、判決事實を完結せしめるを要する。此點は實地作業の作成についての司法試験委員の訓示にも、明示的に左の如く言明されてある。「發問權の行使又は證據調の結果の想定は、判決事實中に簡單に記載すべく、註を設けて其の是が想定たるを明白ならしむべし」。

こゝに注意しなければならないのは、證據調の結果の全部を擧げて、之を判決事實中の或る一つの箇所て記述することは、必ずしも常に必要でないことである。例へば當事者双方が立證の爲に提出した證書は、之に因つて立證せらるべき個々の主張と關聯して、實質上既に録載された譯であるから

である。同様にして招致した附隨記録 *Beilagen* の内容は——少くとも大抵の場合に於ては——既に争なき事項の中に記述される。蓋し附隨記録にして一度招來せられんか、もはや當事者の何れもが、其の内容を争はないであらうからである。

證據調の内容は、其の全部を擧げて之を録載するを要する。即ち證人の證言や鑑定人の鑑定意見の外に例へば裁判所の求めた官廳の報告の如きも、等しく之を録載するを要する。

尙ほ序乍ら、裁判所が報告を求めたと云ふことは、重要な事柄であつて従つてまた之を報告するの必要があるけれども、之に反し當事者の求めた報告は、當事者の提出した其の他の證書と、取扱ひを異にするべき筈のものではない。

裁判所の求めた報告は、其の要領に従つて報告するを要するのであるが、訴訟の成行に對する其の意裁次第では、そつくりその儘の録載を適當とすることがあり得る。

證據調の記述についても、明確に高調して置く必要のあるのは、此の場合にあつても標準となるのは、最終の口頭辯論——又は之に相當する時期——に於ける立場に限られると云ふことで、此の時期に至つて争なき事項は、證據調の結果には屬しない。

證據調を録載するに當つては、意見の表明とか、判断とか云ふ事柄は、一切之を避くべきである。従つてまた例へば證人の信憑力 *Glaubwürdigkeit* を左右することあるべき事情は、提出せられず、また之を看取することを得ずと云ふやうな字句は、懸念すべきものと思惟する。

順序については、比較的重要でない供述を先にし、重要な供述を後にするとしてもして、或る程度まで結

果が漸次に高められて行くやうに普通試むべきである。記録中に存する順序は、全然事實にとつて羈束力を持つたり、又は標準となつたりするものではない。

けれども此の場合にあつても、成るべく實際の記録の内容を變更しない、委曲を盡した採録法が最も適當であると考へる。或る人にとつては比較的重要でないやうに思はれる、證人の證言の一部も、之を省略するが如きは、常に懸念すべきことである。證據決定が或る事實には及ばないと云ふ理由で、證人の供述中の或る一節を除却するが如きに至つては、更に一層懸念すべきことであると考へる。逆にかくの如き場合に於ては、恐らく何時も證言の利益に浴する當該の當事者の一方が、此の證言をも自分の主張として主張したものと認むべき限りである。さればと云つて、證人の供述をそつくりその儘判決事實の中に収めるのは、推稱すべき限りでない。著者の考から見て、行ふべきものと思惟する唯一の變更として提案し得るのは、證人の證言の直接の内容を間接談話に於て録取する方法丈に限られる。尙ほまた時日とか又は其の他の點に於ける證人の指示の中で判りにくいものは、其の精神を汲んで適當に形を變へる必要がある。例へば證人が「前年の五月に」と云ふことを供述したとすれば、それを其の儘録取することをしないで、「一九……年五月に」と云ふ風に記載するのである。また「係争事項とか、若は「問題たる」と云ふ風に記されてあつたらば常に此の所謂係争事項たり「問題」たる事項なるものが、一體如何なる事項を指して居るのであるかを一々精密に表示すべく、其の外證人が供述中に當事者の氏名を擧げた場合には、當事者の氏名に代ふるに、其の當事者としての地位を以てすべきである。證人が後に至つて其の供述を變更したとき例へば宣誓の場合には、供述の變更を事情に適合するやうにするを要

する。證人が當事者の一方の抗議 Vorhalt に基いてのみ個々の答辯を與へる場合にも、同じやうに此の事實をも判決事實中に於て報告して置くのが望ましいと思ふ。例へば「原告の抗議に因り……」と云つたやうな形式に於てするのである。證人が證書を提出したとき例へば計算書、認可書等の提出があつたときは、普通其の證言と關聯して之を掲げる必要があるであらう。即ち證人は左の如く證言したり被告は一九二六年春證人の爲に鑑接作業を実施し、此の作業に關し、被告は一九二七年一月一日を以て證人に計算書を送付し、證人は勘定を交付したり。其の文面左の如し。「……」と云ふ風にするのである。訴訟にとつての證書の意義の如何に因つて證書は——此の實例中に示されてあるやうに——此の證書をそつくりその儘録載したり、若はまた單に其の要領文を記載するに止めたりする。此の場合にあつても、證書の内容が後に至つて争はれないやうになつたときは、證書は證據調の結果の記述中にはもはや之を收むべきでなく、寧ろ一般的の原則に従つて、之を争なき事項中に收めるを要する。

當事者双方又は其の一方が、證書の眞正を承認し、又は之を争つたときは、證書を報告するに當つて、證人の證言を録載する中で、此の點に言及するのがいゝかも知れない。さもなければ、かくの如き陳述は證據調の結果に關する當事者の他の記述と併せて記載すべきである。

證人の身許の記載 Angaben des Zeugen zur Person は、それが裁判に影響を及ぼすことがあるものと考へられる程度に於ては、之を報告するを要する。

證人の住所書 Adresse は、大抵はどうでもいゝことであるから、従つて之を省略すべきである。只證人が宣誓した上で訊問を受けたかそれとも無宣誓で訊問されたかと云ふこと、並に證人が訴訟の成行

に如何なる利害關係を持つものであるか例へば證人が原告の訴求した債權の舊債權者であつて、證人は此の債權を讓渡したものであるかどうか、證人は質債務者であるかどうか、證人は當事者の一方に雇傭されて居るものであるかどうか過去に於て雇傭されたことがあるかどうか、證人は當事者と親族又は姻族の關係に在るものであるかどうか等の關係は、常に之を記載する必要があるであらう。之に反し、宣誓が後日特別の期日に行はれたのであるか、又は即時に訊問されたのであるかなどは、重要でなく、枝葉の事柄であつて、従つて之を掲げる必要は全然ない。之に反し證人又は鑑定人が、單に證人宣誓 Zeugeneid 又は鑑定人宣誓 Sachverständigeneid を爲したに止まるのかどうかと云ふことは、重要であり得る。證人が前に當事者の一方の重役、理事であつたかどうかと云ふことは、常に訴訟の成行に重要なことであつて、従つて之を掲げる必要がある(此の點については、Landgericht München mit der Anmerkung von Rosenberg in JW. 1921 S. 864. を参照せられたら)。

年齢性別、身分、教育等は、殆ど常に重大な意義を持つ次第であるから、是等の點の一を闡明するに足るべき、證人の身許に關する一切の報告は、すべて之を記載するを要する。是等の記載は、證人の證言の内容を摘録する以前に行ふのが適當である。例へば證人が宣誓したときは、讀者なり聽者なりは供述の實體的内容を知るに先だち、豫め證人の宣誓の事實を承知して居ることを必要とする。蓋し宣誓の事實を承知して居たならば、讀者なり聽者なりは、事情に依つては、供述に全然別趣の意義を認めるであらうからである。

されば例へば、

「證人は當時病臥中なりし甲某を除いては、すべて訊問せられ、特に全員悉く宣誓の上にての訊問なり。」

證人乙某は十年來簿記掛として原告に雇傭せらるゝものにして、左の如く供述せり。證人は當事者間の交渉に關しては、證人自身の觀察する所としては、何等知る所なし。然れども原告は一九二七年春——證人は時日を詳細に擧ぐるに能はず——證人に向つて、云々と語りたることありたり。」

證人が證言拒絶の権利を行使したときは、此の事實は普通之を記載するを要する。併し逆に訊問された證人が、證言拒絶の権利を指示されたにも拘らず、供述を爲したとするも、此の事實は余り重要ではなく、従つて常に之を省略すべきである。

證人又は鑑定人が當事者双方の同意を得て、此の證人又は鑑定人が證據決定中に於て、證人又は鑑定人として指名されて居ない問題に關して、受託判事に依つて訊問されたときは、此の證人又は鑑定人の供述を摘録するに當つては、供述の此の部分をも掲ぐるを要する。

事情に依つては、別々の證據調期日に於ける各種の出來事を、各別に録載することをさへ、適當とすることがある。停止の訴 *Unterlassungsklage* についての反覆の危険の條件を、明瞭ならしめんが爲に、證據調の結果をかくの如く記述することを必要とした一例は、*Der junge Rechtsgelehrte*, Jahrgang 1926, S. 272. に記載されてある。

民事訴訟法第三百七十七條第三項及び第四項に據れば、今後——一九二四年六月一日以後——は、從

來既に鑑定人の鑑定意見について見た通り、證人も亦或る事情の下に於ては、其の供述を書面を以て表示することが出来る。

かくの如き證人の書面に因る表示を存するときは、先づ次の如くにでも云ふべきである。「證人は裁判所の授權を得て書面を以て、原告は一九二六年に番頭手代 *Handlungsgelilfe* として證人の許に任用せられ、月俸二百馬克を受け居たるも、一九二七年にはもはや解任せられたるものなりと供述し、且つ其の報告の正確に關し、宣誓に代る保證を爲したり。」

かくの如き書面に依る供述が、稍もすれば枝葉末節に亘り易いのは、免れ難いことであるが、書面に依る供述が實際に枝葉末節に亘つたときは、本案に關係のない事項は、すべて之を省略するを要するであらう。

鑑定人の鑑定意見書の摘録も、同じやうな困難を來すことがある。

是等の鑑定意見書は、恐らく長からざらんとするも得ないのであらうが、實に驚嘆する程の長さになることを特徴とする。更にまた専門上の細かいこと、例へば計算書とか、比較表とか又はそうした種類のものが、鑑定意見書の主たる内容を成すことも少くないが、是等の事項は、裁判官に於て全然審査することの出來ないものであり、鑑定意見書の結果を理解する上に、全然何等の意義を持たないのである。加之鑑定人は、前に自分のなした大抵はもつと長たらしい私鑑定意見書 *Privatgutachten* の参照を求めることが少くない。かくの如き場合に於ては、恐らく常に意見書の眼目たる部分のみを摘録し、其の他の點は意見書を援用する丈で充分であらう。

かくの如き場合に於ては左の如く云ふべきであらう。

「鑑定人は一般的に爲したる鑑定人としての宣誓 *Sachverständigenid* を引合として、鑑定を爲したり。鑑定人は此の一九二六年十二月二日の鑑定意見書中に於て、原告より被告に引渡したる鑄造物が余りに多孔にして従つて是よりして不穿通の活栓を製造せんとする、當事者の意圖したる目的には、使用する能はずとの論結に到達せり。意見書の内容は、個々の點に於て一々援用する所なり」。

丁、判決事實の末尾

判決事實は普通證據調の結果を記述するを以て終る。

當事者は恐らく常に證據調の結果を長々しく記述して、是が評價を爲すであらうが、然し證據調の結果に關する當事者の意見は、之を判決事實中に收容すべきではない。蓋し是は事實に關する主張ではないからである。勿論此の評價中に、事實に關する主張の包含されて居る場合には、例外を必要とすることもあるであらう。例へば證人の信憑力の欠缺が幾つかの事實に因つて確められ、而して是等の事實が立證せらるゝときは、之を判決事實中に簡単に摘録することを必要とするのである。

従前は「證據調の結果は當事者に依つて演述せられ、口頭辯論の目的となりたり」と云ふ風な末文 *Schluss* が普通に使用された。けれども此の種の末文には、重大なる懸念を挿まなければならぬ。先づ第一に所謂末文なるものは無用である。何となれば、判決事實は其の本質上當事者に於て演述し口頭辯論の目的となつたものに限る、録載せられる次第だからである。けれどもまた法律の規定の文

句(第二百八十五條)を單純に録載するのは、無意味である。若し眞に當事者の相當な説明を掲げやうと欲するならば、當事者の一定の陳述を援用して、具體的に之を行ふことを必要とするのである。最後にかくの如き末文は、往々にして過誤に陥らしめる虞がある。即ち民事訴訟法第二百八十五條に依つて證據調の演述の規定されて居ない場合、即ち證據調が受訴裁判所の面前に於て行はれた場合にも、かくの如き末文を置いて、證據調の演述が實際なされたやうにして、了ふ失策を見ることが随分ある。そして受訴裁判所の面前に於けるかくの如き證據調は、證人が當初受命判事の面前に於ては無宣誓の儘訊問せられ、次に合議裁判所の面前に於ては、宣誓の上で訊問された場合にあつても、尙ほ之を存するのである。

是等の理由に因り、末文と云ふものは、少くとも従前普通に用ひられて居た無意味の形式に於ては、寧ろ之を省略するのを可とする。

(c) 特殊の場合に於ける判決事實の構成

以上に述べた所に據れば、大抵の場合判決事實を纏めると云ふことは、別に大してむづかしいことではないのであるが、只二三特殊の場合には、經驗上例に依つて失策の行はれるのを見かける。従つて試験作業の際最も屢々見かけられる特殊の場合を、こゝで簡単に論じて置かなければならない。

A、闕席判決

闕席判決の言渡があつた場合には、此の判決を得た當事者の本來の申立に従つて、之を報告するのが一番いゝ。そして判決の送達の時期と、裁判所に向つて故障の申立の行はれた時期とは、是亦記載する

を要する。只簡単に故障の申立は正規の期間内に合式に行はれたり」と云ふのは、裁判所の實際に於ては、普通に行はれる所であるが、之に反し試験作業については、嚴重に之を差控へなければならぬ。蓋し此の文句の中には、既に一つの判決を存する次第だからである。

そこで訴の申立に従つて闕席判決の言渡が行はれた場合に於ける判決事實の案は、(1)争なき事項、(2)原告の主張と置いて、次に、

「原告は先づ被告は原告に對し金百馬克並に之に對する一九二六年四月一日よりの年四分の利子を支拂ひ且訴訟費用を負擔すべしとの判決及び假執行の宣言を求むと申立て、一九二七年二月一日を以て此の申立に従ひ被告に對し闕席判決の言渡ありたる所被告は一九二七年二月二日を以て被告に送達せられたる判決に對し、一九二七年二月六日裁判所に差出したる書面を以て故障を申立てたり。

原告闕席判決維持の判決を求むと申立てたり。

被告は闕席判決を廢棄して訴却下の判決を求むと申立てたり」

と書き、次に例の通り被告の主張を之に續けり。

原告に對して闕席判決の言渡のあつた場合にも、同じやうに處置すべきである。此の場合に於ける判決事實の構成は次の通りになる。(1)争なき事項、(2)原告の主張次に左の如く續けて行く。

「原告は、被告は……の判決を求むと申立てたり。

被告は請求棄却の判決を求むと申立てたり。

此の被告の申立に従ひ、一九二七年二月一日を以て原告に對し請求を棄却し、訴訟費用を其の負擔とする旨の闕席判決の言渡ありたる所、此の一九二七年二月五日を以て送達せられたる判決に對し原告は一九二七年二月六日裁判所に差出したる書面を以て、故障を申立て、闕席判決を廢棄して訴の申立に因る判決あらんことを求むと申立てたり。

被告は闕席判決維持の判決を求むと申立てたり。」

此の場合にあつても、他の場合に於けると同様、此の次に被告の主張を置くのである。

闕席判決を伴ふ判決事實についての此の案は、闕席判決が證據調後に至つて言渡されるやうな場合にあつても、之を遵奉するを要する。特に闕席判決が證據調後に至つて初めて言渡されたことを、明示的に特筆するのは不必要である。寧ろ他の場合に於けるが如く、闕席判決を得た當事者の申立の直後に、之を報告すべきである。

闕席判決を援用することは無用である。闕席判決を援用することが必要であると認められるにしても、多分は試験作業についても此の場合、單なる援用で充分であらう。蓋し闕席判決の内容に深く立入ることは、眞に無用なる筆頭の仕事に過ぎないからである。

闕席判決を伴ふ記録についての判決事實は、設例六中に掲げてある。

B、反訴

反訴は原則として普通の判決事實に、著大な變更を來す因を成すものではない。

先づ通常の通りに争なき事項、原告の主張、訴の申立と並べて、さて其の次に、

「被告は訴の却下を申立て、原告は……の判決を求むとの申立を以て反訴を提起したり」
次に通常の通りに被告の答辯の記述を之に續ける。

此の點については實際上非常に多く見かけるやうに、訴と反訴とが同一の事實上の出来事から由来して居る場合には、反訴に關しては全然何事も述べる必要はない。勿論反訴が全然別個の事相から由来せしめられる場合に於つては、先づ訴に對する被告の答辯を提出し、次に反訴を理由付くる爲に被告は……を提出したりと續けるのが適當である。次に反訴に關する被告の主張の記述を正確に録載し、恰もそれが訴に關する原告の主張の記述であるかの如くする。

例外たる場合に於ては、反訴の事相が本訴の資料と非常に異つて居て、従つて反訴の申立は其の基礎となつて居る事實を知らないでは、全然理解することが出来ないやうになつて居ることがあり得る。此の場合にあつては、反訴の申立を直ちに訴却下の申立に接続せしめないで、反訴の申立にとつて重要な事實を録載した後始めて、之を掲げることにするのが適當である。

原告の辯駁の所では、先づ原告の申立を録載して「原告は反訴棄却の申立を爲したり」とでもした上、次に反訴に關する原告の答辯を載せ、何等特別の事項を記載することを必要としない。精々の所此の場合にあつても、訴及び反訴に關する事實が完全に異つて居るときは、先づ反訴に關する原告の答辯を掲げ、次に訴に關する被告の答辯に對する原告の辯駁を掲げると云ふ風にして、事項を區別して議論するを要するに過ぎないであらう。或はまた其の逆もあり得る。

所謂數項目包括事件 Punktsachen についてよく提案されるやうな分離式方式 Trennungsmethode に

従つて、反訴を伴ふ記録を取扱ふのは、著者の經驗に據れば適當でない。之に對しては、曩にかくの如き種類の處置に對して懐かれたると、同じ懸念を存するのである。

C. 一分判決と中間判決

一分判決と中間判決とは、試験作業中には之を見かけること頗る稀ではあるが、主として請求の原因に關して裁判を爲す場合、又は證書訴訟及び爲替訴訟に於ける留保判決の場合にあつては、それでも兎に角一分判決や中間判決の出で來ることもあり得る。裁判所の實際に於ては、かくの如き場合に判決の言渡までの當事者の提出を完全に掲げることが、非常に行はれて居て、其の理由としては、之に因つて後の判決の判決事實が容易ならしめられるからであると稱して居るが、試験作業については、かくの如き處置は、全然推稱すべきでなく、恐らく常に過誤として取扱ふことを必要とするであらう。寧ろ或る程度までしか訟訟資料を網羅して居るに過ぎない判決中に於ては、當事者の提出中で、裁判に影響を及ぼすべきもの、裁判に關係を持つもの、之を報告すべきである。

例へば請求の原因に關して判決を言渡す場合に於ては、請求の數額に關する當事者の一切の主張を省略するを要する。即ち如何なる數額に於て、且如何なる損害について賠償が請求せられるのであるかを、一々記載するを以て充分とする。併し是等の點は、後に至つて或は問題を生ずるやうなことのあつた場合に、訴の變更ありたるや否や、如何なる程度に於て時効の中斷ありたるや、終局判決に於ける訴訟費用の裁判等、確な基礎を與へんが爲に、之を記載することを必要とするのは、云ふまでもないことである。

同一の審級に於て既に一の一分判決若は中間判決の言渡のあつた記録を取扱ふことを必要とする場合に於ては最終の口頭辯論の見地からして、判決事實を纏めると云ふ原則を嚴重に恪守しなければならぬ。所で最終の辯論に於ては、當事者は、此の審級について一分判決や中間判決に依つて處理される争點は、もはや全然之を提出することはしないであらう。こゝに於てか判決事實を構成する上に次のやうな論結を生ずる。此の審級に於て、既に一分判決又は中間判決に依つて裁判された一切の事項は、判決事實にとつてはもはや全然問題とはならない。即ち判決事實からは全然之を除却するを要する。只判決が言渡されたと云ふ事實文は、一分判決若は中間判決の及ぶ點が當事者間に於てもはや全然争なく、然らざるまでも判決が全然裁判に影響を及ぼすことのない場合を除いては、普通判決事實中に簡單に之を掲げるを要するのである。

D. 身分に關する事件

民事訴訟法が辯論主義の原則の一部分を抛棄して、多少職權進行主義に接近する手續を認めて居る場合も若干ある。それは所謂身分事件 *Statussache*、婚姻事件(第六百六條以下)兒童事件 *Kinderschlafsache* (第六百四十條以下)及び禁治産事件(第六百四十五條以下)である。此の場合にあつても判決事實の構成は大體に於て普通の場合に於けると同一であるが、只職權進行主義の本質上から特別な法則を生ずる。特に此の場合にあつては、民事訴訟法第六百十七條譯者註が重要である。此の規定に因り自白又は事實の不爭 *Nichtbestreiten* が判事をして事實の正當を認めることを餘儀なくせしめるにあらざる限りは、是等の事實はまた争なき事相中に收めることは出來ない。寧ろ其の程度に於ては當事者の一切

の主張を、原告又は被告の陳述として録載し、直ちに又は相手方の反對陳述 *Gegenankündigung* の所で此の主張が如何なる程度まで自白されたものであり、又は争はれないものであるかを記載すべきである。尙ほ其の他の點に於ても判決事實の通常の構成とは、多少違つた箇所もあるが、それはそれ／＼個々の場合の事情に従つて、身分事件に關する民事訴訟法の規定から自ら推知される。従つてかくの如き事件に於ける判決を作成するに先だち、一通りざつとそれ等の規定に眼を通して置くことをおすゝめたいと思ふ。

(譯者註) 民事訴訟法第六百十七條の規定は左の通りである。

認諾の効果に關する規定を適用せず。(第二項)事實又は證書の眞否に關する無陳述又は陳述の拒絶の結果に關する規定、證人及び鑑定人の宣誓に對する當事者の抛棄に關する規定、裁判上の自白及び宣誓の免除の効果に關する規定、並に宣誓要求及び相手方に證書の提出を命ぜんことを求むる申立に關する規定は、離婚若は婚姻の取消又は婚姻生活の回復を拒む權利を理由付くべき事實に關しては、之を適用せず。(第三項)婚姻の無効又は當事者間に於ける婚姻の存否の確認を目的とする訴訟に於ては、婚姻の無効又は不存在を理由付くべき事實に關しても、はたまた婚姻の有効又は存在を理由付くべき事實に關しても、本條第二項に記載したる規定を適用せず。

例へば婚姻事件に於ける配偶者の國籍の審査に關する、一九二二年九月十八日の普通命令を擧げやう。此の命令には特に左の如く規定されてある。「司法省に提出せらるゝ婚姻事件の記録を檢閲するに、離婚訴訟に於て配偶者の國籍や、是より生ずる法律上の結果を審査する上に於て、必要なる注意を拂

はざるやうに見うけらるゝ裁判所の多きを屢次識認せしむるものあり。多くの場合に於ては是等の記録は、全然國籍の審査を行ひたるの根據を明かならしめず、また判決も此の點についての確認を掲ぐることなし。また他の場合に於ては判決は其の事實中に當事者の國籍に關する記載を掲ぐるも、それが事實上の關係に合致せざること少からず、また問題たる外國法にも充分なる斟酌の拂はれざること多きなり。

續いて更に外國に於ける獨乙國の判決の效力に對する配偶者の國籍の意義を、一々高調した後更に續けて左の訓誡を與へて居る。「従つて配偶者の國籍の確認は、婚姻事件に於ては常に缺くべからざるの必要にして、職權を以て行ふの必要あり。されば此の點を究明するに必要な注意を拂ひ場合に依つては問題たる外國法を適用せしめざるべからず。判決裁判所が此の外國法を知り得ざるときは、一九一〇年六月十六日の普通命令第五十四條を遵守して、問題たる事項を簡單に編成せる、外務長官への轉達に適したる覺書を提出するを要すべし。」

E、假差押及び假處分

口頭辯論に基き、假差押及び假處分に關して裁判を爲すべき判決にあつては、是亦假差押手續の特別な規定を閑却することを得ない。且又判決事實にとつて先づ考慮されるのは、當事者の主張は此の場合普通單に之を疎明するに止むべく、之を證明すべきでないことと云ふことである。是は就中、當事者の證據の申出を録載するに當つて明かとなつて來る。即ち例へば假差押原告の何等かの主張の後で、「證據人證」と記すべきでなく、寧ろ假差押原告は其の主張を疎明する爲に、甲某の宣誓に代る保證を提出し

たり。此の保證は次の文言を有するものなり。……とすべきである。其の他の點については、假差押及び假處分にあつても判決事實の構成は、通常の場合に於けるそれと本質的に相違するものではない。

F、從參加

從參加の行はれた場合についての特則は、從參加人の申立又は從參加人の主張が、此の從參加人の附隨した主たる當事者 *Hauptpartei* の主張と異なるものある場合に限り發見する。此の場合にあつては、先づ主たる當事者の申立と主張とを掲げ、次に之に續けて「被告の從參加人は……と申立て、之を理由付くる爲に……と主張せり」と書くべきであらう。

主たる當事者と從參加人が同一の申立を提出したが、併し其の事實に關する辯駁 *tatsächliche Einlassung* に於て見解を異にするときは、先づ被告並に其の從參加人は、請求棄却の判決を求むと申立て……と争ひたりとし、次に被告の辯駁を掲げ、更に被告の從參加人は、尙ほ左の如く陳述したり。……と云つたやうに處置すべきであらう。最後に裁判所の實際に於て屢々見かける所であるが、主たる當事者と從參加人の申立並に主張が一致するならば、單純に此の兩者を總括して擧げる丈で充分である。即ち被告及び其の從參加人は……と申立て……と争ひたり等、等とするので充分なのである。之に據れば從參加の行はれた場合にあつても、普通の場合に於ける判決事實の構成と異なる所はない。從參加人それ自體の事實は擧げる必要はない。蓋し此の事實は判決の冒頭書に因り、何人にも明瞭である次第だからである。其の然るにも拘らず、尙ほ其の上に判決事實中に於て、從參加を報告するを要するものと考へるならば、被告の訴訟告知に基き、甲某は從參加人として被告に附隨したり。從參加人は被告の

主張を反覆したるも、然も尙ほ其の上に……と主張したり」と云ふべきであらう。勿論従参加の適否に關して争を存するときは、事情に依つては訴訟告知の出來事、従参加人の附隨の形式及び之に關する當事者の陳述を、詳細に説明するを要する(尙ほ此の點については、RG. 102 S. 276. を参照)。之に據れば民事訴訟法第七十條第一項第二號に所謂利害關係の一定の開示の爲には、参加人が訴訟告知を受けたりとして表示するを以て充分とするものである。逆に訴訟告知の結果として別に参加の行はれなかつたときは、此の訴訟告知は全然判決事實中に掲げることが許さない。

G. 第二審に於ける判決

控訴判決の判決事實は、經驗上隨分と困難なものである許りでなく、試験作業に使用される記録は大部分第二審に於ける事件なのであるから、今こゝで控訴判決の判決事實に少しく深く立入つて、論議をするのを適當であると考へる。

本來控訴判決については、判決事實をいろ／＼に構成することが出来る。けれども以下に於て推薦する所のものは、大抵の場合について最も適當して居るやうに考へる。以下に於ては、第一審に於てもはたまた第二審に於ても證據調の行はれた場合を基本として、それから歩を進めることにした。之を證據調の行はれなかつた場合に應用するのは、格別の困難なくして爲し得ることであらうと思ふ。

先づ此の場合にあつても高調するを要するのは、大切なのは控訴判決を言渡す前に於ける、最終の口頭辯論の時期丈だと云ふことである。此の時期に於てもはや争の目的でない一切の事項は判決事實

中には全然之を掲げる必要はない。例へば請求の一分に關してのみ控訴の提起せられた場合にあつては、其のものは争の中に屬しない部分は、全然之を取扱ふことを必要としないのである。

けれども通常の場合に於ては、控訴事件に於ても、全然控訴の提起せられなかつたかの如く、第一審の判決事實を詳細に記載するを要する。即ち先づ第一に争なき事項を掲げる。只此の場合に、第一審の争なき事項文を掲ぐべきであるか、それとも第二審に至つて初めて争はれないことゝなつた事項をも附加するべきであるかを審査するの必要があり、そして此の審査は隨分と困難なことがあるのである。若し第二審に至つて初めて争はれないことゝなつた事項が、前審の判事の裁判に何の影響をも與へなかつたことが明白であるならば、そして若し此の争なき事項が、第一審に於て既に争なき事項として提出せられたのであるならば、第一審に於て既に先を越して一切の争なき事項を記述して了ふのが適當であるかも知れない。さもない限りは、第一審の判決事實を録載するに當つて、第一審に於て既に争のなかつた事項文を、争なき事項として掲げるのを適當とするであらう。新に争なきに至つた事項に關して、訴の變更の異議の申立てられたやうな場合には、單に第二審の提出を記述するに當つて、之を掲ぐるを要するに過ぎない。

争なき事項に續けて、第一審の判決事實の残りの内容を掲げる。只此の記載は、控訴審の提出と對照する爲に、常に現在完了の語法を使用するを要する。されば第一審の争點を記述するに當つては「原告は……と申立てたり……と主張したりなど」と書き、之に反し第二審のそれを記述するに當つては「原告は……と申立つるものなり……と主張するものなりなど」と書くべきである。只控訴審に於て争なき

に至つた事項又はもはや裁判の目的とならない事項はすべて、もはや當事者の主張、證據調の目的等として掲げることが必要としないのである。

此の如き着眼點からして、第一審で勝訴した當事者の申立も判決に依つて完結して了つたのであるからと云ふ理由で、控訴判決の判決事實中に録載するを要しないと見る見解を主張する者も時にはある。第一審から當事者の申立を假執行にまで持つて來ることが、恐らく無用であると云ふ程度に於ては、此の見解も正しいとしていゝかも知れない。蓋しその程度に於ては、現在第二審にとつては、當事者の當時の申立は現實には、全然何等の意義をも有しない次第だからである。併し其の他の點に於ては、著者は、此の見解に左祖したくはない。不服を申立てられた裁判の意義や、第二審に於ける當事者の申立の意義を判断するには、第一審の當事者の申立の實體的内容を録載するは、缺くべからざるの必要である。尙ほまた當事者の一切の申立が第二審に於ける争の目的であることを條件とすると云ふ前に、一言した原則は、こゝでも亦高調しなればならないのは云ふまでもない。さもない限りは、當事者の申立は省略するを要する。蓋しかくの如き申立の内容は、最終の口頭辯論と云ふ標準たる見地から見れば、裁判に影響を及ぼすことはあり得ないからである。

第一審の判決事實から明かにされたものを記述する終尾に、證據調の結果は當事者に依つて演述せられ、口頭辯論の目的となりたりと云ふことを特筆するのは無用である。

控訴判決の事實中で、本来第一審の判決事實を成すべき事項を録載した後、之に續くものは前審の判事の裁判の報告である。

此の前審の法事の裁判は、成るべくその文字章句をそつくりその儘掲げる必要がある。云ふまでもなく裁判が單に一分丈攻撃されるに止まる場合に於ては、前審の判事の職務の報告は、専ら攻撃された部分丈に關係するものであることは勿論であつて、判決主文の残りの内容は、尙ほ争はれつゝある殘餘の事項を理解するに必要な文を報告するに止むべきである。此の場合に兼て提案されたやうに、判決の言渡の日と裁判所とが、控訴裁發所の裁判の判決主文中に掲げられてあるならば、單に「區裁判所又は地方裁判所は不服を申立てられたる裁判を以て、左の如く判決したり」と云ふ丈で充分とする。

然らざる場合には、裁判所の言渡の日とを報告するを要する。例へば、

「ケルン區裁判所第六十八係は、一九二七年二月二日言渡したる判決を以て左の如く裁判したり……」

とするを要する。

不服を申立てられた判決に先だつて、中間判決の言渡があつたとするも、其の然るに拘らず、原則として不服を申立てられた判決主文を掲げるのみに止むべく、是が例外は、中間判決の裁判も亦併せて不服を申立てられた場合に限り、之を相當とするのである。

不服を申立てられた判決の判決事實を報告することは決して必要でないが、只判決事實中に於ては或る主張は争はれないものとして、又は自白せられたものとして掲げられてある旨を言明する必要があることがないでもない。即ち是は控訴審に於て此の點に關し争を存するとき、特に現在不服を申立

てられた判決の判決事實中に於て此の如く確認されて居るのに顧み、當該の當事者が之を争ふことを許されるや否やが疑問である場合に見る所である。

之に反し前審の判事の判決理由は、假令極めて簡潔にはあつても、其の要領を報告すべきである。勿論此の録載は、證人の供述でも前にするか、如く、只單に第一審判決の判決理由を繰返すが如き結果に陥つてはならないことは云ふまでもない。けれども前審の判事の論據として居る主たる見地は、少くとも之を明かにするを要する。併し此の場合にあつても前審の判事の法律上の論述は、全然之を省略するを要するか、又は少くとも不服を申立てられた裁判を理解する上に、兎に角必要とする程度に於てのみ之を記載すべきである。

判決の報告に續くものは、何人が控訴を提起したかの表明と、控訴が合式に提起されたかどうかの問題の審査に關する詳細な開示とである。

判決事實中に於て、控訴を合式に提起されたかどうかを簡單に言明するのは、懸念すべきことであると考へる。それは即ち判決に外ならないのであるから、従つてまた原則として、之を判決事實中に包含せしむべきでないこと云ふのが第一の理由で、次に原因の點に於ける確認は、寧ろ實際上の研究を必要ならしめるけれども、判決事實に於ける寧ろ形式的な確認は、期間其の他が眞に遵守されたかどうかの必要な審査を懈怠するに至らしめると云ふのが第二の理由である。之に反し判決事實中に於て期間が報告されたとすれば、控訴の適否に對して眞に懸念を存する場合には、此の懸念は殆ど看過されることはあり得ないであらう。尙ほ注意するを要するのは、試験作業に使用される記録中には、一九〇九年六

月一日の改正法施行以前の時期に於ける事件も、あることかあると云ふことである。此の場合にあつては控訴提起の方式は、此の時期に於て正しかつたやうに報告すべきであることは、素より自明的の事柄である(控訴裁判所に書面を提出する代りに、相手方に書面を送達するの方式を以てす)。

尙ほまた控訴の提起に關する記載を、如何なる程度まで掲ぐべきであるかは、各個の場合の具體的問題である。例へば何人が判決を送達したか、何人が控訴狀に署名したかを詳細に記載する必要があることも、場合に依つてはあり得る。併しそれはすべて此の點に關して、控訴の提起の效力についての懸念が挿まれ、又はその懸念が理由付けられる、事の疑はしい場合に限ることである。即ち例へば從參加人が、自己の名義に於て控訴を提起した場合の如し。(此の點については、RG. 102, 278. 並に從參加と上訴の提起と題する論文、*Streithilfe und Rechtsmittellegung* in JW. 1922 S. 421) 其の外如何なる程度まで從參加人は、主たる當事者の爲に、自分で有効に判決を送達せしめることが出来るのであるかの問題については、RG. Bd. 112 S. 164. を参照せられたす)。

控訴の提起に關する記載の報告には、副文章の形に於て、當事者双方が不服を申立てられた判決を演述したと云ふ記載を、結び付けるのが一番いゝやり方である(民事訴訟法第五百二十六條)。

勿論法律が特別にかう云ふことをして居るのでないことは云ふまでもなく、その點は大審院は、Bd. 102 S. 329. に於て第一審の判決に關して一般的に訓示して居るし、また *Recht* 1915 Nr. 1147. に於ては第一審の判決の判決事實に關して判示して居るのである。

即ち一九二一年七月九日の判決——Bd. 102, 329.——中には左の如く説明してある。「第一審の判決

の演述せられたことが判決事實中に於て確認せられざるの故を以て、上告を以て控訴判決に不服を申立つることを得ず。蓋し民事訴訟法第五百二十六條の規定の遵守が判決事實中に明示的に記録されるを必要とするものなることは、法律それ自體よりは推知する能はざるを以てなり。判決事實は、當事者が第一審判決の標準に従つて、控訴の辯論に於て訴訟資料を演述したることを識認せしむれば充分とす。然も此の一事は控訴判決に因り明かなり。蓋し控判判決の第三丁及び第四丁は、第一審の判決に關して、被告が第一審に於けると同一の抗辯を提出し、原告は其の書面に因れば、自身の陳述と異なるものを一切争ひたることを、特に明かならしめたるを以てなり。此の二つの事項は、當事者双方が第一審判決を基礎として、控訴裁判所の面前に於て辯論を爲し、従つてまた其の内容をも演述したることを意味するものに外ならざるを以てなり。

また一九一五年二月二十四日の判決——Recht 1915 Nr. 1147——の中では、次の如く論じて居る。「控訴判決の判決事實は、第一審判決の判決事實の演述せられたることを、明示的に記載するの必要なし。寧ろ判決事實の各部よりして、其の演述せられざることに特に確めらるゝにあらざる限りは、第一審の判決が控訴審の辯論の基礎たり、且控訴審の辯論に依つて控訴裁判所の知る所となりたるものと爲さるべからざるなり」(JW. 1910 S. 377 Nr. 18)。

されば先づ次のやうにでも云ふべきである。

「此の一九二七年二月一日を以て送達し、當事者の演述する所となりたる判決に對し、原告は一九二七年二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」。

當事者双方が控訴を提起したときは、此の事をも同じやうに記載するを要する。

さて其の次には、控訴審に於て提出された當事者の申出が来る。けれども第一審に於ける判決事實の構成に普通に見る所とは異り、當事者の一切の申立を直ちに提出することを必要とする。従つて此の場合にあつては、當事者の一方が相手方の控訴に附帶するに於ては、直ちに之を記載するを要する。されば「原告は不服を申立てられたる判決が、訴を却下せる程度に於て之を變更し、全然第一審の自己の申立に従ふ判決を求むと申立て、被告は、控訴棄却の判決を求むと申立てたり。被告は更に附帶控訴を提起し、判決を變更して原告の請求を却下すとの判決を求むと申立てたり。原告は附帶控訴棄却の判決を求むと申立てたり」とでも書くを要する。

申立としては、第一審に於けると同様に、眞に訴訟法に所謂申立である所のものに限り掲ぐべきである。此の場合にあつても例へば、請求の原因に關して先づ裁判を爲すべしとする申出 *Antrag* は、普通之を省略するを要する。裁判所をして民事訴訟法第五百三十九條不服を申立てられた判決の廢棄、及び第一審の裁判所への事件の差戻に從つて處置せしめんことを欲する要求 *Begehren* が、果して申立 *Antrag* を爲すものであるか、又は申出 *Antrag* を爲すに止まるものであるかは疑はしいことがあり得る。著者の解釋する所に據れば、それは單なる申出に過ぎないのであつて、判決事實中には全然之を記載するを要しないのである。註釋書や大審院の判決(例へば *RGZ. 37 S. 248*)中には、之を申立と稱して居るものもあり、例へば *RGZ. 37 S. 248* に於ては「控訴人は……と主張し、従つて民事訴訟法第……條に因り第一審の判決を廢棄して、事件を第一審に差戻すとの判決を求むと申立てたり」と判示して居るのであ

る。
 以上述べた所に因り、第一審の判決事實を録載するに當つて掲げることが得ない或る事相が、第二審に於て争なきに至つたときは、第二審の申立に從つて斷つて置くのが適當である。即ち左の如く書くを要する。

「第二審に於ては尙ほ次の事項が争なきに至りたり……」

さて其の次は控訴人の陳述であり、次は被控訴人の辯駁である。けれども當事者は常に其の本來の呼稱に從つて(即ち原告とか被告とか)掲ぐべきで、控訴人若は被控訴人として表示するやうなことがあつてはならない。

證據決定及び證據調の結果の録載は、第一審の事實について適用するものと全く同一の形式に從ふ。控訴審に於て闕席判決の言渡のあつたときは、闕席判決に先立つて提出された當事者の申立に從つて、之を掲げるのが最もよい。けれどもかくの如き場合に、如何なる方法に於て、如何なる期間内に控訴が提起せられたかと云ふことを、詳細に記載するのは必要でない。蓋し此の事は既に闕席判決自體中に於て、審査するを要する次第だからである。さればかくの如き場合に於ては、第一審の判決を録載した後でよい。

「此の判決に對し原告は、控訴を提起し、判決を變更して第一審に於ける自己の申立に從ふ判決を求むと申立て、被告は控訴棄却の判決を求むと申立てたり。此の被告の申立に因り一九二六年十一月十六日、左の主旨の闕席判決の言渡ありたり。〔ケルン區裁判所第六十八係の一九二六年十一

月二日の判決に對する原告の控訴は、之を棄却し、訴訟費用は原告の負擔とす。〕

此の一九二六年十二月十八日を以て送達せられたる判決に對し、原告は一九二六年十二月二十日に裁判所に提出したる故障申立書を以て故障を申立て、闕席判決を廢棄して、控訴を許さんことを申立てたり。

被告は闕席判決維持の判決を求むと申立てたり。』

と記すべきである。

H、數項目包括事件(分離手續 Trennungsverfahren)

只事の完全を期する爲、こゝで所謂數項目包括事件 Punktsachen について往々にして推稱されて居る判決事實の構成をも、簡單に論ずる必要がある。先づ最初に曩にも既に述べた所であるが、此の種の判決事實構成の方法——所謂「分離式の方式」Trennungsmethode——を使用するには充分慎重の態度が必要であると云ふことを、もう一度こゝで繰返して置きたい。其の然るに拘らず通常の判決事實では充分でないと思料される爲に、此の方法を執らうとするならば、少くとも、個々の點に關して直ちに判決理由を與へるやうなことをしないで、寧ろ此の場合にあつても、判決事實と判決理由とを區別すべきである。

稱して數項目包括事件 Punktsachen と云ふのは、極めて種々なる判決事實から、極めて種々なる請求を演繹することの出来る訴訟を指すのであつて、然もまた一つの判決事實から、假令種々なる理由を以てするにせよ、種々なる法律上の結果 Rechtsfolge を演繹することの出来る訴訟を指すこともある。か

くの如き場合に於ては、それ／＼の請求を訴それ自體であるかの如く取扱ふ判決事實の構成を想像することが出来る。さればすべての請求を通じて争なき事項を存する限りは、先づ争なき事項を掲げ、次に原告の申立が、全然異つた數個の請求を總括して居る場合に於つても、其の全體を概括して掲げることが適當である。次に被告の申立を掲ぐるのを適當とし、若し反訴の申立があつたときは、場合に依つては、既に此の場合に其の申立を掲げるのが適當である。さてそれから次に續くものは各個の「項目」
 „Punkt“ 即ち各個の獨立した請求で、それ／＼の項目の下には、それが一個の獨立した判決事實であるかの如く、先づ争なき事項を掲げ、次に理解に必要である限りは當事者の主張を記載し、また此の「項目」に關係を有して居る限りは、恐らくもう一度申立を掲げ、次に證據決定を、最後に證據調を記載するのであるが、是はすべて此の「項目」について問題となる程度に於てのみ、之を掲ぐるに過ぎない。かやうな次第で此の場合にあつては、判決事實は問題となる「項目」數丈の判決事實を合して組織される。かくの如き判決事實が多少不器用の嫌ひあり、また一寸要領を得難いものゝあるのは、直ちに首肯することの出来る所であるが、それにも拘らず「報告作成法」Referierkunstの教科書、特に其の古いものは非常に此の方法を推稱して居るのである。

加之モスラアの如きも、其の報告の作成に關する二三の原則(Mosler, „Einige Grundsätze für die Bearbeitung von Relationen“ (JZ. 1914, 672))と題する論文中で、斷然分離式的方式を辯護して「請求が數個の獨立した部分から成るとき(例へば個々の項目訴の原因が數個なるとき、數個の抗辯を存するとき等)には陳述、反對陳述、證據調の結果に於けるそれ／＼の點を、成るべく各別に取扱ひ、従つて聽者は次の點に移

り行く前に、此の點に關して、裁判を爲すに足る丈の餘蘊のない觀念を掴むことが出来るやうにすべきである。さもない記述は錯綜紛糾して、要領を得難いから、多忙な試験官はかゝる作業は抛擲して、了つて、多く顧みることをしてないであらう」と論じて居る。けれども著者は、前掲したやうな原因に依り、分離式的方式を推稱する意見には賛成し兼るのである。

第三節 援用を伴ふ判決事實

第三百十三條第二項は、一九二四年六月一日以來施行中なる新法文に於て「判決事實の記述は、準備書面の内容及び法廷調書 *Sitzungsprotokoll* を以て確定したる所のものに因り、事實又は争點が正確完全に明かとなる限りは、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。然れども何れの場合に於ても起したる請求を充分に表示し、之に關して提出せられたる攻撃及び防禦の方法は、其の性質に従つて舉示すべし」と規定してある。

第二審に於ける判決については、舊來の儘の民事訴訟法第五百四十三條は「判決に於ける判決事實の記述中に於ては、前審の判決を援用することを妨げず」と規定して居る。

第三百十三條第二項の新法文と共に、民事訴訟法上援用の可能は從來存在したる法律状態に比較して、或る程度まで制限されることゝなつた次第である。

勿論民事訴訟法の本來の法文に據れば、判決事實に於ける援用は、全然法律の認めたる單なる例外を成すに止まるものであることは、素より言ふまでもない次第で、即ち第三百十三條第二項は、舊法文に於て