



民事政策と辯護士制度(其二)

齋藤, 常三郎

(Citation)

經濟學商業學國民經濟雜誌, 38(6):957-990

(Issue Date)

1925-06

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/00053761>



民事政策と辯護士制度(其二)

齋藤常三郎

八

一、吾國に於ては辯護士に對して地域の制限がないので、従つて一地方にある辯護士は日本中到處の裁判所に行き當事者の訴訟代理人として辯論を爲すことが出来る。東京に居る辯護士は北海道でも九州でも將た臺灣にまで行つても當事者の爲に辯論を爲すことが出来る。此の如きの自由所謂出張辯護(Umherzieh-)は訴訟の終結を遅延ならしむる一原因となるのである(勿論裁判所側にも其責はあるがこれは前に述べた通り茲には論じない)。民事訴訟の審理を爲す際に或る裁判が期日を指定せんとする所が双方の辯護士又は一方の辯護士が其裁判所管轄内に居住して居らぬ關係上双方の都合のよき日が丁度ない。例へば神戸地方裁判所に民事訴訟事件が繫屬する、一方の辯護士は神戸市在住の人、他方の辯護士は東京市在住の辯護士と假定する。東京市在住の辯護士は東京の方に受任訴

訟事件もあるし且神戸は遠方であるので神戸市在住の相手方辯護士との間に双方の希望の日が丁度近き日にないので、一ヶ月も二ヶ月も先きの日を期日に指定されんことを裁判所に希望する。裁判所も双方の都合よき日を可成選んで第一回の辯論期日を定むる、これが爲めに勢ひ二ヶ月も先きに裁判所が期日を指定することとなる。双方辯護士が神戸市在住の人であるならば餘程短き日に期日を指定することが出来る。第二回の續行期日、第三回の續行期日を定むるにも同じことで、二ヶ月も二ヶ月半も先きの日に期日を指定しねばならぬことになる。斯様なことが度々重なるので事件の終結は非常に長引き双方の辯護士が神戸市在住の者なら一年で事件が終結するものをも一方の辯護士が東京市在住の者なる爲め一年半も二年も懸つて其の終結が甚だ遲滯することとなる。若し又双方の辯護士が神戸市以外の在住の人ならば一方は東京市在住の人、他方は京都市若くは大阪市在住の人尙更其事件の終結が延滯することとなるのである。此の弊害を除去する一方法としては辯護士の職務執行に付ての地域を制限する必要がある。

二、獨逸に於ては辯護士の出廷に付ては勿論地域制限主義(Lokalisierung)を採用

して居る(獨逸辯護士法第八條)。即ち辯護士は或一定の裁判所に於てのみ認可されるのであつて、従つて或る一定の地域に於ける總ての裁判所又は或る一聯邦國若くは帝國全體に於ける總ての裁判所に出廷の上辯護士事務を執ることが出來なく、却て或る地方の階級の一裁判所にのみ出廷し且つ執職し得ることを得るが原則である。例へば同じ普魯西のライン、ランド州でもトリエル地方裁判所とか、若くはケルン控訴院とか、又は同じザクセン州でもドレスデン區裁判所とか、若くはライプチヒ地方裁判所とかと其執務區域が制限せられて居るのである。然し司法上の利益(Interesse der Rechtspflege)ある場合に限り(辯護士の個人の利益に依るにあらず)控訴院の決議に基き右例外を許すこともある、一の裁判所に出廷を許された辯護士は特に一定の條件の下に其上級合議裁判所に出廷するを許さることがある、左れば或區裁判所に於て出廷を許された辯護士が同時に上級地方裁判所に出廷を許さることは屢々ある(同時許可 Simultanzulassung)。

獨逸に於ける地域制限主義採用の根本理由は「訴訟追行に付ては裁判所及び辯護士は元々或る程度まで統一し又適應する全體を爲すべきものである」との思想に基くものであるが(Vgl. A. Kneep, Die deutsche Rechtsanwaltschaft S. 17)この外に尙訴訟の迅速を圖らんが爲めの

考も亦其一部を爲して居るものと思はるるのである。

三、辯護士地域制限主義に對しては固より反對もある。其一二を擧げて見ようならば、(一)此主義は訴訟當事者の利益を害すると云ふのである。即ち訴訟當事者が自己の信用する辯護士を訴訟代理人と爲さんとしても地域に制限があるので之れを爲すことが出来ない、例へば神戸在住の人が東京市とか名古屋市とかに居る自己の信頼する辯護士を自己の訴訟代理人として神戸地方裁判所に出廷し貰はんとしてもこれを爲すことが出来ぬ、それで神戸市とか大阪市とかに在住し居る辯護士で自己の餘り信頼せざる人でも已むなく自己の訴訟代理人として出廷せしむるの外なきこととなり、従つて訴訟に敗ける様な結果を來たすことが少くない。又辯護士に訴訟を依頼するには依頼者は其關係一切を辯護士に説明する必要がある、これには書面を以て爲すよりも辯護士に直接面會の上口頭で爲すのが便宜で且精確である。然るに地域の制限あるが爲め已むなく遠方の地に居る辯護士に依頼せざるべからざる結果口頭上の説明を爲すことが出来ず、書面上の説明を爲すの已むなき爲め其事件の關係を明確にすることが出来ない。之れを明確にせんが爲めには依頼者は一々遠方に出掛け其地に居る辯護士に面會せ

ねばならぬ、従つて依頼者は時と費用とを多く費やすこととなる。例へば尼ヶ崎に居る當事者が神戸地方裁判所に出訴せんとするに必ず神戸市在住の辯護士に其事件を依頼することを要し、大阪市在住の辯護士に依頼することが出来ぬとなれば當事者には大に不便である、當事者は神戸市よりも自己の住所に近き大阪市のほうが大に便利なるに拘らず、一々遠方の神戸市に出掛くるの已むなきことなるので大に不便である。依頼すべき辯護士が遠き所に居れば居る程其不便は大きなもので入費も時も多く掛かる。下ノ關市に居る人〔廣島控訴院管内〕が長崎控訴院に控訴せんとする場合に長崎市在住の辯護士に依頼するよりも其不便且に利益は頗る多い。斯となれば下ノ關に居る辯護士に依頼するよりも其不便且に利益は頗る多い。斯くの如きは當事者の利益を害すること甚大なるものなりと云ふのである。(二)他管内に居る辯護士に依頼する様な事件は最大なる事件であつてそう數がない、年僅か許りしかない、それで遠方より辯護士の出張することは多くないから事件が遅延するとしてもその様なものは極く少數である。(三)今日の如き交通機關が発達して居る時代には辯護士の出張は左程時間を要せぬので、従つて出張の爲めに訴訟が遅延すると云ふことはない、辯護士が神戸市に居るも東京市に居るも現

今では、そう變りはないと云ふのである。(註)

(註) 獨逸に於ても議論のある所であつて、地域制限に、反對の議論を主張した人は Boelm, Das Lokalisierung der d. Rechtsanwaltsordg, Deutsche Juristen-Zeitung, Jahrg. II 1897, S. 235 ff; Darselbe Zur Eingabe des Kammervorstandes zu Nürnberg Juristische Wochenschrift 36 Jahrg. 1907, S. 122; E. Auerbach, Zur Reform der Rechtsanwaltsord, Deutsche Juristen-Zeitung 18. Jahrg. S. 1028 f (Nr. 16—17.)

四、以上の反對論は必ずしも正當でない。(一)反對論の一は「當事者は自己の信賴する辯護士に事件を依頼することが出來なくなる」と云ふにあるも、然し若し地域制限主義を採れば世人の良好なりと認むる辯護士は、地域無制限主義の今日よりも多く地方地方に分布さるのである。田舎にも今よりは良好なりと認めらるる辯護士が多くなるので、従つて必ずしも大都會の辯護士を煩す必要がなくなる。區域を餘り細かく別けずに相當廣くすれば例へば後に云ふが如く一控訴院管内位にすれば其地域内には當事者が信賴すべき辯護士は必ず相當數多く居ることとなる。當事者が一地域内の辯護士に依頼し、それでも不安心と思へば其已に依頼したる辯護士を経若くは之れを経すして、自ら大都會に在る知名の辯護士の鑑定を徴し其意見を求めて其足らずと思ふ所を補充すれば可いのである。よく世人が辯護士を醫士に比較する、田舎に於ける病人は大都會に出て知名の醫者

の治療を受ける必要はあらんもこれは其田舎の近邊の都會に相當信頼すべき醫者が無い場合に限る。現今の狀態では御影に居る人が大阪若くは京都の醫院に行かずに態々東京まで出掛けて治療を受けるに及ぶまい、九州に居る人が福岡に在る醫院の診察を受けずに遙々東京の醫院まで出掛くる必要はない。又反對論者は「事件の内容を辯護士に説明するには書面よりは口頭の方が宜いので、従つて近邊の辯護士に依頼する方便利だ」と云ふ。成程これも一理はあるも辯護士は専門家だから一二度依頼者より其内容の説明を聞けば大抵は其内容が判るし又證據の蒐集をも出来る、何も事件の始めから其終結に至るまでの間辯護士は一々當事者を呼出して其口頭上の説明を求めなくとも可く、初度の場合は兎も角もとして二度目三度目となれば大概のことは書面上の説明によりても事足りるのである。従つて地域制限主義を認めたからとて其認めざる時よりも當事者に取り時間及び費用に於て不利益となることは限らない。若し地域制限主義が悪いとすれば今の裁判所土地、管轄區域の制度も悪いと云はなければならぬ、假りに東京及び大阪の裁判所丈けに比較的良好的な判事がありとすれば日本全國に於ける争は皆東京若くは大阪の裁判所の審判を受く方が可いとなる譯だが、現今の制度では何

も東京及大阪の裁判所丈けに良好と認めらるる判事のみが揃つて居ることも限らなく、右以外の裁判所にも良好なりと認めらるる判事がそれ相當に分布されて居る。辯護士に付ても右と同様であつて地域制限主義を認めなば各地方地方に良好なりと認めらるる辯護士が分布さるるのである。現に獨逸の現状を見ても判る、何も良好なりと認めらるる辯護士が獨り伯林とか萊府とかミュンヘンとかにのみ集つて居るのでない。(二)反對論者は遠方の辯護士に依頼する様な事件は極く小數だと云ふ。極く小數だか否やは確と判らないが假りに極小數だからこてこれを以て事件の延滞に影響がないと云ふ譯には行かない、小數でも其影響する所は多大である。小數でも其小數なる大事件それ自體が出張辯護の爲めに前述の如く期日が最近に開始されないの、従つてその事件は延滞することは前説明の通りである、加之大事件に關する出張辯護の爲めに他の多數の事件の進捗に大に影響を及ぼすのである。蓋し裁判上の辯論は前記の如く當事者一方丈けの出廷では不十分であつて必ず當事者双方の出廷を要する、双方の訴訟代理人たる辯護士が揃はなければ辯論を爲さぬのが通例である。所謂出張辯護を爲す辯護士は遠方から來るのであり且自分の居住管轄の裁判所にも自分受任の事件が繫屬

しあるが通例なので、従つて出張すべき他方の裁判所に繫屬せる事件の期日を定むるには自己の居住管轄裁判所に於ける辯論期日を先きに(將來の日に)指定し貰ふか、又は已に指定しある期日の變更を爲すの必要がある。出張辯護の爲めに期日が先きに指定され又は其期日の變更されて事件はそれだけ其進捗が遅滯する譯である。又相手方辯護士だとして成るべく出張辯護士の都合を計らんとて自己受任の事件に於ける期日を先きに指定し貰ふか又は指定しある期日の變更をする、これ又相手方辯護士の受任事件の進捗が遅延することとなる。一個の大事事件の爲めに斯く双方辯護士の其他の受任事件が數多延滞することとなるのである。是れ出張辯護が極小數だからとて事件の進捗に大した惡影響を及ぼすものでないといふと論せられぬ譯である。(三)交通機關が便利だから出張には多くの日子を要せず、従つて訴訟進行の遅延を來たすものでないといふ主張する。成程現今の吾交通機關發達の狀態では出張に費やす日子そのものだけでは餘り訴訟進行の遅延を來たす直接の原因とならないかも知れない。然し出張否旅行と云ふものは元來大儀なもので且煩いものだから、出張すべき他地方の裁判所の辯論期日に付ては訴訟代理人たる辯護士は人情上自然餘程先きの日に指定せらるることを希望し(出

張を要せざる地の裁判所ならば近き日に指定されることを希望するか)従つて裁判所でも先きの日に期日を指定することとなるし、又自己の住所を管轄する裁判所繫屬事件は出張そのものの爲めに前述の如く遅延することとなる。要するに訴訟は出張に要する日子そのものに因つては直接餘り其進捗如何に影響を及さないかも知れないが出張と云ふことに依つて出張すべき先方の裁判所に於ける事件の辯論期日及其住居地に於ける當方の裁判所に繫屬せる事件の辯論期日の指定が早く行かないことになり従つて事件の遅延を來することとなるのである。(註)

(註) 獨逸に在ては去る千九百十三年「プレスラー」市に開催せられた第二十一回獨逸辯護士會總會に於て辯護士地域制限の可否に付き論難せられたが、同會にては訴訟進行の統一及び訴訟遅延防止等の理由からして地域制限を廢せずして之れを維持する旨の決議を爲したのである(Vgl. D. J. R. 18 Jahrg. 1913 Nr. 19 S. 1178 f.; Gutachten. f. d. 21 D. Anwaltstag, Beilage z. J. W. 1913 und Verhandlungen I. Anwaltsstages.)

五、我國に於ては辯護士が訴訟代理人として出廷の上辯論することを得る地域を如何なる範圍とすべきやは問題であるが、私は辯護士は一控訴院管内の裁判所に限り受任事件の辯論を爲すことが出來ると定むる位が適當だと信ずる。現今吾國に於ては東京、大阪、名古屋、廣島、長崎、宮城及び札幌控訴院があつて全國を七

個の控訴院管轄區域に分けて居る。それで辯護士の辯論地域も此の七個の區域に分くる方が適當と思ふ。それで大阪控訴院管内の辯護士は其管轄内の裁判所に於てのみ當事者の爲めに辯論を爲し得るものと制限すべく、他の控訴院管内に出張して辯論が出来ないものと定むべきものと思ふのである。斯くの如くせば辯護士側より生ずる訴訟遲滯は今よりは餘程救済されて少なくなるものと信ぜらる。

九

一、現在の如き吾制度の下に於ては辯護士に對する謝禮 (Honorar, Vergütung) 等に付ては全く契約の自由なき姿と云ふても差支へなきのみならず、訴訟依頼者の無經驗の爲め、巨額の金額を支拂はねばならぬことが尠なく、從て依頼者は訴訟に勝つても結局は負けたと同一の状態となるのである。換言すれば訴訟は安値でなく、高價となる譯である。それで辯護士の報酬を一定して訴訟費用 (廣義の訴訟費用) を豫測することを得せしめ、而も其報酬額を多くなくする必要がある。

二、元來辯護士は報酬を依頼者より請求せず、無償で辯論を爲すべきものなり。

や否やとの議論がある。

(イ) 佛國及び英國等に在ては「辯護士は當事者より報酬を請求せず無償にて之れを援助すべきものであつて、報酬を請求し、特に之を裁判上訴求するが如きは辯護士たる地位の威嚴(Würde des Standes)に適はざるものなる旨」の思想が行はれて居る。然し此思想は所謂空想丈けで實行されて居ない。(Kisch, Unsere Gerichte und ihre Reform S. 101; kneer ebenda S. 23) 又獨逸社會民主黨(Sozialdemokratische Partei)は千八百九十一年のエルフルトに於ける總會に於て辯護士は醫士と同じく無報酬たるべき旨の決議を爲し(Das Erfurter Programm § 23) 又千九百二十一年ゲルリツチに開催せられた總會に於て司法制度の改全の一として社會的精神に基づく司法法規の新制定を討議し(Herkner, Die Arbeiterfrage S. 657) エルフルトの決議と同じく辯護士無報酬制度を定めんとする趣旨を決議した様である。斯る無報酬制度は社會が進化せざる時代例へば封建的世襲農民國(Patrimonial organisiert or Bauerstaat)の時代か、若くは共產主義的の社會かに於ては或は想像し得るかも知れないが現代の如き交通社會に於ては全く思惟することを得ざる謬論である(Kisch a. a. O. S. 101)。

(ロ) 現今に於ては各種の勞働は勞銀(Lohn)を得る價值あるものであつて、當に下級

の機械的なる肉體勞働のみが、この價值あるのみならず高尚なる精神的活動も亦その價值あるのである。裁判官、僧侶、學者及び士官等が其勤勞を無償にて提供せざる限りは公的の職務を執る辯護士が無償にて勤勞を提供すべき理由はないのである。官吏が國家より報酬を得ることと辯護士が私人より報酬を貰ふことは兩者又一理由に基くものだが、只其外形上に於て差異あるに過ぎないのである。左れば辯護士は原則として當事者より報酬を貰ふことが正當である。辯護士は公證人、醫士及び教員が報酬に對し仕事、治療若くは時間教授を爲し又學者が意見の發表に依り公衆より報酬を受け、若くは授業に對し學生より報酬を受くると同様に職務上の品位 (Würde des Berufes) を同ふして常に報酬を受くる契約關係にあるものである (Kisch a. a. O.)。又當事者側より見ても報酬を辯護士に出すのが至當であつて且自己の爲めにも可いのである。蓋し當事者は全然無償で人を使用し得るものでなきのみならず、純然たる業務上の見地より見て辯護士に其勤勞を要求し且辯護士より同情及び恩恵を受けざることに於てこそ之れに對し愈々自由に益々獨立に且公明に對立することを得るに至るからである (Kisch S. 101)。

三、辯護士は報酬を得べきものであり、依頼者は報酬を出さねばならぬものと

なれば、茲に進んで其額は如何なる程度のもので可きかの問題となる。換言すれば、其額は全然辯護士と依頼者との合意に放任して差支へなきものなりやとの疑問が起るのである。辯護士が或る額を依頼者に請求し依頼者に於て之れに應じなば其額が如何に多大なものでも其合意は有効で、從て之れを要求する權利が辯護士にあり、之れを支拂ふべき義務が依頼者にあるものであると爲すべきやは考慮の餘地大にあるのである。此問題を決するには先づ(一)辯護士事務の性質從て辯護士の法律上に於ける地位、並に(二)辯護士と依頼者との地位的差別の有無を論じ、次で双方の合意が社會的妥當性を缺かざるか否や、即ち信實誠義 (hreu u. glauben) に適合するや否やを考察してから後のことにしなければならぬ。

(イ) 辯護士の事務從て辯護士の法律上に於ける地位は之れを二方面より觀察せねばならぬ。(一) 辯護士は報酬を受けて依頼者の爲めに或る一定の事務を處理するものであつて、收入 (Gewinnabsicht) の爲めに行動する辯護士の此行爲は營業の性質 (gewerbliche Natur) を有するものと云ふて差支へない。辯護士の事務は主として法律上に定められたものであり且其事務は辯護士に限り之れを行ひ得るからとて(所謂獨占)之れを以て直ちに其事務が營業的性質を失ふものとは云へない。(註二)

然し(二)他面に於ては辯護士の業務は、私權保護の目的に重大なる關係あるものであつて、其業務が如何に行はれ又如何なる方法にて行はるかは法律の進歩發達に大なる關係があり、裁判をして適切且良好ならしめん爲めには辯護士の關與が大に力あるのである。それで辯護士は同時に司法の機關(Organ der Rechtspflege)であつて公共設備の重要な一部を爲すものであると云ふ可きである。辯護士は全然國家の官吏(Beamte)とは謂ひ得ぬけれども公の官職(öffentliches Amt)の性質を有するものと云ふべきである。(註二) 辯護士は獨り依頼者の辯護人である許りでなく、其名の明示するが如く法の辯護人たるものである。(註三)

(註一) Kisch S. 97 f; Zürcher Schweizerisches Anwalterrecht 1920 S. 40 f;

(註二) Kisch a O; Kneer S. 20 f; Levin, Die rechtliche u. wirtschaftliche Bedeutung des Rechtsanwalts 1916 S. 72 f; Friedländer Kommentar z. Rechtsanwaltsordnung 2te Aufl. S. 4te ff;

(註三) Kisch a O.

(四) 辯護士は依頼者の爲めに其訴訟代理人として裁判所に出廷し辯論し且其受任事務を取扱ふのであるが双方の其關係は前述の如く契約關係であるとは云へ事實上は對當の關係に立ち居るものとは云へない。依頼人は例へば病人(Patienten) 辯護士は醫者の如きもので、即ち辯護士と依頼人との關係は醫者と病人との

關係の如きものであるので、従つて依頼人は常に辯護士の指圖請求に服従すべき状態にあつて事實上両者は對當の地位に立ち居らず、辯護士は依頼人に對し優越的地位を有して居るのである (Zürcher S. 123, A. Weisler Geschichte)。
(der Rechtsanwaltschaft S. 604)

一〇

一、叙上の如く辯護士は官、吏、的のもので又依頼人は辯護士よりも弱者たる服従者の地位に立つて居るものである。従つて辯護士は他の營業者の如く儲くる丈け儲くると云ふは其性質上より見て穩當でない、又依頼人が辯護士よりの申出額を承諾したとしても其承諾は本意から出たことがあり、云はば契約の自由を持たぬ姿と云ふものであるから其報酬額の程度を定むるのに全然双方の合意にのみ放任して置いて不當でないと云ふ譯には行かない、此額の程度は辯護士の法律上の地位と辯護士及び依頼人の地位的關係とを參酌し且信義誠實の觀念に従ひて之れを定むべきものである。

二、獨逸民法第一三八條には「善良ノ風俗ニ反スル行爲ハ無效トス、特ニ他人ノ窮迫(Notlage)輕忽(Leichtsinn)又ハ無經驗(Unerfahrenheit)ニ乘シ自己ノ爲シタル給付ニ對

シ自己又ハ第三者ニ財産上ノ利益ヲ得セシメ又ハ之ヲ擔保セシムル法律行為ハ其財産上ノ利益カ給付ノ價格ヲ超過シ且其當時ノ事情ニ從ヘハ其超過カ著シク權衡ヲ失スルトキハ之ヲ無効トス」と定めて居つて所謂暴利行為(Wuchergeschäft)を禁止して居る。吾民法第九十條には「公ノ秩序又ハ善良ナル風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トス」と定めて居るも、獨逸民法の如く直接に暴利行為禁止の規定を掲げてない。然し吾民法第九十條の規定は結局社會的妥當性を缺く法律行為は無効とする趣旨と解すべきものであるので、従つて暴利行為を禁止して居る規定なりと説明して差支へないものと思はる(震災當時に於ては生活必需品に關する暴利取締令を發した、

大正十二年九月七日
緊急勅令第四〇五號)

三、辯護士と依頼人との間の報酬契約は縱令双方の任意に出でたものであつても其行為が暴利行為禁止に違反せざる場合なきとも限らない。先般新聞紙の傳ふる所に依れば東京の或る富豪の人と有名な辯護士との間に報酬問題の訴訟が起つたとのことであるが、右當事者の主張の孰れが正當なりやは今俄かに論斷するを得ない。然るに瑞西國に於て先年報酬契約に付ての爭が起つた、その大要は次ぎの如くである。ベルン州の辯護士ウイレル(Wyler)氏が依頼人の爲めに其共

同相續人に對する遺産請求の訴訟を引受け之れを治安裁判所(Friedensrichtamt)に提起し、其訴訟は氏の盡力に依り勝訴の見込が立つて來た。然るに其後和解成立しウイレル氏の依頼人は其遺産請求を共同相續人に四十萬九千法蘭で賣却した。ウイレル氏と依頼人との報酬契約は三十萬法蘭を超過するものの半額(即ち五萬四千五百法蘭)をウイレル氏に支拂べき約束であつて已に其中三萬法蘭だけは支拂濟となつたが殘額の二萬四千五百法蘭は其授受がない。そこで氏は其の殘額に付ての請求訴訟を裁判所に提起した。所で依頼人は一方已に支拂濟の三萬法蘭の返還を反訴として請求した。ペルン控訴院はウイレル氏の二萬四千五百法蘭の請求訴訟及び依頼人の反訴を共に理由なしとして棄却した、双方よりの上告の結果大審院(聯邦裁判所)ではウイレル氏の上告を理由なしとして棄却し、依頼人の反訴は理由ありとして控訴判決を破つた。そこでウイレル氏は已に受取濟となつた三萬法蘭を依頼人に返還するの已むなきに至つた上に尙殘額の二萬四千五百法蘭を受取ることが出來なくなり、結局何も報酬を貰はれざることとなつたのである。(註一)

右事案に對する大審院の裁判の理由の趣旨は次に述ぶるが如くである。曰く

辯護士報酬契約は元來ベルン州法律の禁止する所なるのみならず、其内容は、不法の目的を有し、且善良の風俗に反する事項を目的としたものである。所以瑞西債務法第二十條（（我民法第九條に該る））の規定に依り無効である。従つて原告ウイレル氏は已に受領したものを同法第六十二條（（我民法第七〇條に該る））に依る不當利得として依頼人に返還すべきものである。不當利得の返還請求を拒絶することを定めてある同法第六十六條（（我民法第七〇條））は此場合に適用がない。蓋し依頼人は不法又は道德に反する效果を生ぜしむる目的を以て報酬金を交付したるものでなく、却つて法律上許容され且有效なる契約を履行せんと、の謬見に基き支拂ふたからである。法律違反は受領者たる原告の人格及び意向（*Person v. Gesinnung*）に關して成立するのみであつて金錢授與者たる被告の人格及び意向に依つて成立しない。報酬契約を法律上禁止するは全然被告の利益を保護するに出たものであるからである。（註二）此案件は千九百十二三年頃起つたものであつて餘り古くはない。我國では案件の如き場合を瑞西法と同一に取扱ふべきものなりや否やは固より議論あらんも右大審院の判決理由は大に參考とするに足るものである。

（註一、二） *Zürcher S. 122 f.*

一

一、辯護士と依頼人との契約で報酬額が相當のものならば何も問題がないが前に述べた通り辯護士は依頼人に比し優越の地位に立ち居るので兎角報酬の額が高過ぎる傾となり暴利的になり易く、従つて訴訟の費用が多額に過ぎ訴訟が安値に行かざるのみならず報酬が高くなるのを云ふので訴訟を提起し又は追行することが困難となるので(Vlg. Zürcher S. 115; Weisler a. O.)報酬額を一定しよう云ふ考が起つた。此考に依つて立法されたものは獨逸の辯護士手数料規則(Die Gebührenordnung für Rechtsanwälte)及び瑞西各州(大抵)の手数料規定(Taxordnungen, Gebührentarif)等である。尤も此等の國の立法の理由は他にもある、即ち(一)手数料規則があれば事件の依頼人は訴訟を爲すに先つて其費用を豫知し得る利益あるは勿論、辯護士も事件開始前に先ち報酬の取極を爲さねばならぬ苦痛も免れ、又事件終了後報酬額の多寡に付き裁判上の紛議を爲すの虞なきの便がある。(Friedlander Gebührenor.) (二)又辯護士は其報酬を依頼人の好意に依りて受くるにあらずして(恰も料理屋の給仕が心付なるトリンケルドを客より受くるが如くに)形式上の請求權に基き法律上

一定せる標準の額を受くるは辯護士の品位より見て、も適應せるものである、(Knech S. 102) と云ふにあるのである。

私は訴訟を安値にしたいとの理由よりして我國に於ても獨逸等の如く報酬一定を希望する。勿論獨逸に於ても特別の契約に因り法律上の一定額よりも多額の報酬を定むることを妨げないが(獨逸辯護士手數料規則第九三條)然し實際は斯る特約を爲すのは極く少數なりこのことである。(Kneer S. 37)この少なき理由は蓋し法定の報酬額を出して良好なる辯護士に事件を依頼することが出来るからこのことである。

二、(1)獨逸に於て辯護士手數料規則を始めて定めたのは千八百七十九年七月七日であつて之れを施行したのが同年十月一日である。其後屢々之れが改正補充を爲し、最近なる昨、千九百二十四年六月一日にも大改正を行つたのである。而して此大改正に基く現行法の下に於ける民事事件に關する辯護士手數料額は左の如くである。

訴訟物の價額(金貨馬克)

手數料及び百分割合
(金貨馬克)

一、二〇馬克マデ

二馬克

三、六〇馬克—一〇〇馬克マデ

六馬克

二、二〇馬克—六〇馬克マデ

四馬克

四、一〇〇馬克—一五〇馬克マデ

八馬克

五、一五〇馬克—二〇〇馬克マデ

一〇馬克

六、二〇〇馬克—五〇〇馬克マデ	五分	九、一萬馬克マデ	二分
七、一〇〇〇馬克マデ	四分	十、十萬馬克マデ	一分
八、五〇〇〇馬克マデ	三分	十一、十萬馬克以上	五厘

辯護士が訴訟代理人として訴訟を爲す際には、一方に於ては調査其他職務上の行為に對する訴訟手数料(Prozessgebühr)として前掲の手數料を、又他方に於ては口頭辯論を爲すの手數料(Verhandlungsgebühr)として前表の手數料を又證據調料として其半額を依頼人より受くるのであるので(手数料規則第一三條參照)依頼人は訴訟を爲すには結局前表の額及び率の二倍半を辯護士に拂ふことを要するを通例とするのである。

(ロ) 瑞西に於ては各州は大抵辯護士手数料規則を定めて居ることは前記の如くだが(註)今チュリヒ(Nürich)に於けるものを舉ぐれば左の如くである。

訴訟價額	總括手数料
一、〇—三〇〇法蘭	一〇—三〇法蘭
二、三〇〇—六〇〇法蘭	三〇—二二〇法蘭
三、六〇〇—一〇〇〇法蘭	六〇—二二〇法蘭
四、一〇〇〇—一五〇〇法蘭	一〇〇—二九〇法蘭
五、一五〇〇—二〇〇〇法蘭	一五〇—三三〇法蘭
六、二〇〇〇—三〇〇〇法蘭	二〇〇—三八〇法蘭
七、三〇〇〇—五〇〇〇法蘭	三〇〇—四五〇法蘭
八、五千—一萬法蘭	四〇〇—六〇〇法蘭
九、一萬—二萬法蘭	五〇〇—七五〇法蘭
十、二萬—五萬法蘭	六五〇—一二〇〇法蘭

五萬法蘭以上のものは訴訟價額の百分の二乃至二半と爲すのである(規則第二

條。尤も公判に於て數回の辯論を爲すか又は公判手續以外に於て別に證據手續を要した等の場合には右標準手数料に割増 (Zuschläge) を附するのである(同第三條)。

(註) 例へば(一)Zürich. 一九一八年九月二十四日の辯護士手数料規則(一)Bern. 一八五〇年四月十二日の民事訴訟に於ける手数料規則(三)Luzern. 一九〇三年三月四日の手数料標準規則(四)Glarus. 一八九五年五月五日の民事訴訟手数料規則(五)Baselstätt. 一九一〇年十二月十九日の控訴院令(六)Appenzell Innerrhoden. 一九〇一年の辯護士職務行使規則第一七條第一八條(七)St. Gallen. 一九〇一年の辯護士及び代務人手數料表(八)Aargau. 一九一九年三月六日の民事及び商事事件に於て辯護士公證人及び代務人の報酬表(九)Turgau. 一八八〇年三月十八日の辯護士法第八條第一五條、(一〇)Tessin. 手數料表(一一)Waadt. 一八八〇年十一月二十日の辯護士法報酬表第二二條第二三條、(一二)Valais. 一八八三年十二月一日の裁判所手數料及び訴訟費用規則(一三)Genève. 一八九一年十二月二十六日の民事事件に於ける辯護士執達吏及び書記の報酬表(一八九二年一月五日の規則、一八九二年八月十六日の規則及び一九〇七年七月十六日の規則に依り修正されたるもの)。

尤も右瑞西各州の法令は一九二〇年現在のものであるので現在では或は變更されて居るものもあるかも知れない。

(ハ)獨逸に於ては(イ)に説明した其表に掲げある標準額の三倍(辯論手数料とか訴訟手数料とかを拂ふから)を、又瑞西に於ては(ロ)に述べた其表に記載しある標準額及び其割増を辯護士に實際支拂ふものとしても其報酬額は餘り多額とならぬの

である(尤も訴訟額の極く少なきものに對しては報酬額は多過ぎることとなるが)。例へば獨逸に在ては訴訟額千馬克のものに對しては一割二分、訴訟額一萬馬克のものに對しては六分又瑞西に在ては訴訟額千法蘭のものに對しては一割か精々三割、訴訟額一萬法蘭のものに對しては五分か精々八分である。之れに依つて看れば辯護士に對する報酬は餘り高くなく獨逸に於ては特に高過ぎると云ふことがないと思はる。一寸一言して置くが此等の報酬は辯護士が受任事件の成功と否とに係らず依頼人より請求することが出来るのである。

一二

辯護士の報酬を訴訟額に依り劃一的に定むることに對する非難も仲々ある其主なるものは次ぎの如くである。

一、辯護士の勞力は精神的勤勞である、訴訟額が莫大なものであつても其事件が極めて單純なものもあり、従つて勤勞が少なくて済むものもあり、反之訴訟額が僅少なものでも難問題が多く従つて勤勞が非常に多く要することもある。一の簡單なる辯論(Pleadoyer)でも又二三頁の書面でも長き研究の結果に依ることがあ

る、然るに長き辯論でも又數十頁の廣汎なる内容の書面でも必ずしも長き時間と勢力とを要せざるものもある。左れば訴訟額の多寡に依り報酬額を一定するは事公平を缺く不當のものであるとの非難である。此非難は曾て獨逸ドレスデンの辯護會士に於て解決すべからざる問題(Unlösbares Problem)として論議された所であつて一應最ものことである(Erichlaender)。辯護士の仕事の内部的價值は本來辯護士自身の定むべきものであつて辯護士が其價值を自己の勤勞以上に評價し且公衆を欺くことは萬々なきものではあるが、訴訟開始前に之れに因り生ずる仕事の難易は必ずしも豫想することは出来ない。此點に於ては辯護士の精神的勤勞が往々比較せらるる技術家又は美術家(Techniker od. Künstler)の勤勞仕事と其趣を異にするのである。訴訟前に於ける自己評價は多くの場合に於て依頼人に對するのみならず辯護士自身に對しても不利なる結果となることがある。若し斯る不利が訴訟後に起るとすれば辯護士に對する信任(Vertrauen)を失墜することともなり又悲むべき爭議の原因ともなることがある。然るに一定の標準があれば事件の依頼人は訴訟提起前に先づ訴訟より生ずる費用の額を豫知し得るの利益あるは勿論辯護士も亦訴訟開始前に依頼人と報酬の額を定めざるべからざるが如き苦

痛(Painliche Notwendigkeit)もなく、又事件終了後裁判所側より命ぜられた報酬の減額に甘せざるべからざるが如き恐もなし(例へば前記瑞西に於ける事件の如くに)。左れば一定の標準があれば辯護士は依頼人との争議を斷つことを得べく、これなき場合には必ず報酬に關する紛争を生すべきである(Erfiaender)。右理由に依り右非難は採用し難いのである。

二、報酬一定は必ずしも依頼人に利益でないとの非難がある。蓋し報酬額の標準あれば辯護士は事件の依頼を受くれば兎に角其額丈けは貰ひる、事件に成功しようがしまいが一定の報酬丈けは取れる、それで辯護士は事件に熱心とならず努力しない、従つて勝てる事件も勝てなくなる。特に勤勞に對して特別な報酬を得ず又其報酬が勤勞の十分の一にしか當らないと思はるる場合には其弊害が最も多かるべきであるからである(Erfiaender)。然し此非難も當らない、何となれば報酬額の多寡に依つて其努力に差異を附ける辯護士ありとせばその辯護士は世間より排斥され、輕薄な辯護士(Leichterlegr Anwalt)として非難され其結果依頼者が少なくなる。評判の良くない辯護士は門前雀羅を張るし、評判の良い辯護士は門前市を爲すのである。報酬が一定し居れば何人も評判の良い辯護士の所に行

き之れに依頼することとなる。それで辯護士は報酬額が自己の勤勞に相當するや否やを問はず一般に事件に努力し勉勵することとなるのである(S.15 Friedländer)。

一三

辯護士の經濟狀態 (Wirtschaftliche Lage) は如何と云ふに我國では勿論外國に於ても正確にこれを知ることが得ない。然し獨逸人が獨逸及び英國の辯護士の收入等に付き述べて居る所は左の如くである。

一、獨逸の辯護士の所得。(イ)一九〇四年ドレステンでは二百二十一人の辯護士があつて内六十七人が一萬麻克以上、二十八人が千麻克乃至三千麻克、六十五人が四千麻克乃至六千麻克、残りの六十一人が七千麻克乃至一萬麻克の收入があつた。趣で、同年以後は減少したとのことである。同年頃ニュルンブルヒの辯護士會の報告によれば、同市辯護士の收入は一人年平均五千麻克であり、全バエイルンの辯護士に付て云へば約五千麻克の收入があつたとのことである。又一九一三年獨逸辯護士協會の取調に依れば、民事事件に關し辯護士の取得する純收入は、控訴院所屬の者は七千九麻克、地方裁判所所屬の者は四千九百三十四麻克、區裁判所所

屬の者は三千六百六十四麻克あつたものである。以上は辯護士クニール氏
が其著書に報じて居る(Kneer a.a.)。□クットマン氏の調査に依れば戦争前伯林の辯
護士は三千麻克其他の地方に於ては四千麻克乃至五千麻克の収入があつたこの
ことである(Handwörterbuch der S. W.)。○辯護士ワイスレル氏の報ずる所によれば辯護
士は確に醫師よりは多き収入があると(Handbuch der Politik)然し同氏は醫師の収入が
幾何あるかを云ふてないから従つて同氏の言に依つては辯護士の収入額を知る
ことを得ない。

戦争前に於ける獨逸辯護士の純收入は一人一年平均三四千麻克あつたものと
見て差支へないと思はる。右ワイスレル氏は「斯る収入では困る何んとかして、今
少し多くの収入がある様にせねば辯護士たる品位を保つことが出来ぬ、収入を多
からしめんが爲めには辯護士の員數(註)を制限する必要あり」と唱へて居る(Hand-
buch der P. a a O.)。

(註)獨逸に於ける辯護士の數及び人口との比例數を舉ぐれば左の如くである(Kneer S. 85 f. 及び
erk Jahrg. 13. S. 10に依る尤も辯護士の數に付きクニール氏の掲ぐる所と獨
逸司法統計の記する所とは異なるものがある。此場合には後者に據つた)。

年度

辯護士(一月一日現在)

人口(六月現在)

比例

一八八〇

四、〇九一

四五、〇九五、〇〇〇

一一〇五七

一八八五	四、五三六	四六、七〇七、〇〇〇	一
一八九〇	五、二四六	四九、二四一、〇〇〇	一
一八九五	五、七九二	五二、〇〇一、〇〇〇	八九〇〇
一九〇〇	六、八一四	五六、〇四六、〇〇〇	一
一九〇一	六、八〇〇	五六、八七四、〇〇〇	七六八八
一九〇三	七、二三五	五八、六二九、〇〇〇	七七九一
一九〇五	七、八三五	六〇、三一四、〇〇〇	七一九四
一九〇七	八、六〇八	六二、〇一三、〇〇〇	六五四八
一九〇九	九、五七八	六三、七一七、〇〇〇	六三三一
一九一一	一〇、八一七	六五、三五九、〇〇〇	五六〇六
一九一三	一二、二九七	六六、九七八、〇〇〇	五二八〇
一九一五	一三、〇四四	六八、五〇〇、〇〇〇	四九八五
一九一七	一二、三九三		

我國に於ける辯護士の數は左の如くである(第四十二回日本帝國統
計年鑑四二二頁に據る)。

年度(年末)	辯護士數	年度(年末)	辯護士數
明治四一年	一、九九九	大正五年	二、七九五
同 四二年	一、九八五	同 六年	二、九四七
同 四三年	二、〇〇五	同 七年	二、九五七
同 四四年	二、〇三六	同 八年	二、九九二
大正元年	二、一〇九	同 九年	三、四三六
同 二年	二、二五六	同 一〇年	三、五六八
同 三年	二、四八六	同 一一年	四、二六八
同 四年	二、六六五		

現今に於ける數を知るの資料が手許にないから其確なることは判然しないが、總數六千には達して居るものと思はる。

二、英國の辯護士の年收は幾何であるやと云ふに獨逸萊府大學の教授たりし故スタイン氏の云ふ所によれば英國のバリストルが判事に任命せらるるときは五千磅の俸給を受くるが、この收入は中流辯護士の收入にも及ばない^(Stein, Zur Justarreform 1907)。それに由て看れば英國のバリストルは一人平均五、六千磅の收入あるものと思はるるのである。

元來英國にはソリストル(Solicitor)とバリストル(Barrister)との二種の辯護士がある。前者は當事者の事件に關與する營業的相談役であつて、多くは多數の者が團結して組合を作り事務所を設け商號を有し且多數の使用人を有するのである。訴訟事務の外家屋管理、財産管理及び一切の業務の代理事務を行ふものであつて高等裁判所の公判手續(Open Court)に於ては原則として辯論することを得ない。此種の辯護は吾人の觀念上固有の法律家ではない。後者は民事刑事事件を問はず各裁判所に出頭して訴訟の辯論若くは代言を爲すものであつて、吾人の所謂辯護士とはこのバリストルを謂ふのである。バリストルは訴訟人より直接に訴訟事件

の依頼を受くるものでなく必ずソリストルよりの轉囑を受くるのである (Stein a. O. S. 41 f.) 而してソリストルには手数料規則があるもバリストルには手数料規則なく契約に依る報酬を受くるのである。當事者が特に重大なる訴訟を提起せんとすれば先づ契約金 (Engagementsgeld) を支拂はねばならぬ、是れ恰も劇場に於て座席を留保する爲め前金 (Aufgeld, retaining fee) を支拂はねばならぬと同じである。契約金は通常五十ギニー (一〇五〇麻克五二五圓) を拂はねばならず、場合に依つては極めて多額のものを支拂はねばならぬ。次にソリストルよりバリストルに信書 (Brief) を交付せる場合に約定の報酬が拂はるのである。訴訟が長引くときには別に茶菓料 (refreshers, Auffrischungsgeld) を支拂はねばならぬのである。而して英國に於て年額二萬五千磅を得る辯護士は少なくないことである (Stein S. 54 f.)。

三、吾國に於て將來地域制度と辯護士報酬一定制度とを採用し其地域を一控訴院管内とし又報酬額を獨逸の標準表に倣ふものをして考へて見れば辯護士の一年に於ける純收入は少くとも一人平均金千五百圓乃至二千圓の所には達するものと思はるのである。左すれば其の收入は現今に於ける官吏の平均俸給より悪いとは思はれない。辯護士の職務は前にも述べた如く純然たる營利的業務

(auf den Gelderwerb gerichtetes Gewerbe)でなく、國家の定めた法律事務で且司法事務であるので、従つて辯護士は商人でなく官吏に準すべき公的性質を帶ぶるものである。左れば地域制度及び報酬一定制度は、經濟上より見ても必ずしも辯護士に採り過酷のものとは思はれないと思はる。

一四

一、要之民事訴訟の裁判を適切ならしめんとせば、良好なる辯護士、良好なる判事の外にを得ることにある。之れには、辯護士の養成が第一に必要である。又裁判を迅速に行はしめんが爲めには、辯護士の職務行使の地域を制限する必要がある。次に裁判を安値に進行終了せしめんが爲めには、辯護士の報酬に付き一定の標準を設くるを可とする。これには現行辯護士法を改正せねばならぬのである。

二、普國一般裁判所法(Allgemeine Gerichtsordnung)は千七百九十三年に制定されたもので時の宰相 Carmer 氏が Svarez 氏の補助を得て起草したものである。此等起草者は訴訟が眞實に合せず且遲滯を來たし而も費用の高まる理由は主として辯

護士が訴訟裁判に干與するのである、故に民事訴訟の弊害を除去し其理想を實現せんには一方に於ては辯護士の干與を禁止し裁判所をして辯護士の爲すべき事務を行はしめ、他方に於ては裁判所は職權主義を勵行し、職權を以て事實上の關係を明瞭にすべきものである」と唱へたのである（拙稿獨逸民事訴訟法の改正法學論叢第一二卷三號八六頁以下 Abegg, Versuch einer Geschichte der Preuss. Cir[ivil]prozess）先般某新聞紙の報する所に依れば某陸軍少將が今の辯護士は詐欺師の如きものだ云ふたので非常の物議を起したこのことである、如何なる事由に依つて某少將が斯る言を爲したか判らないが、兎に角現代に於て斯の如き不祥の言があつたこの噂を聞く丈けでも甚だ不快に感ずるのである。吾人は辯護士に對し叙上の如き惡聲を放つ者を絶無ならしめたいのである。これが爲めには其一方法として辯護士法の改正が急務であると思ふ。

三、余が提案の趣旨の如くに辯護士法を改正するには帝國議會の通過如何の問題が生ずるのである。之れを通過せしむる爲めには其事務に通じ且責任を重する司法當局者なかるべからざるは勿論職務觀念に富める辯護士なかるべからずである。然し結局は法律的に覺醒せる國民なかるべからずであつて世間一般の輿論が最も必要である。左れば世人特に實業家に於ては裁判のことを彼岸の

火災視せずして之れが改全に付ての政策に注意せられんことを切に希望する次第である。(畢)