



18世紀のプロイセン民事訴訟法(1) : 職権主義訴訟法の構造

鈴木, 正裕

(Citation)

神戸法學雜誌, 23(3/4):115-179

(Issue Date)

1974-03

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81004486>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81004486>



一八世紀のプロイセン民事訴訟法 (一)

——職權主義訴訟法の構造——

鈴木正裕

謹んで本稿を山本戸克己先生に捧げる

目次

- 一 はじめに
- 二 CFM
- 三 シュレージエン新司法官僚の登場
- 四 CJF (以下、続稿)
- 五 AGO
- 六 一八三三年法・四六年法——職權主義思想の凋落

一 は じ め に

本稿は一八世紀のプロイセン民事訴訟法の内容やその史的背景を紹介しようとするものである。

「民事訴訟法史上の突発的変異」と呼ばれ、職権主義訴訟法の権化として今日までその名(悪名)が伝わっているこの民事訴訟法が、人々に好奇の目をもって見られる割合にその内容が充分伝えられていないことも、また人々によく知るところである。このささやかな草稿が、わが國のドイツ民事訴訟法史研究のこの「間隙」を埋めることができれば望外の幸わせである。

本稿はもと、山木戸先生の秀篇「弁論主義の法構造」に教示を受けて開始した、わたくしの弁論主義史研究の一部であり、最初の作品でもある。右の論文で、山木戸先生は、弁論主義と弁論権の峻別をこころみられ、まことに先生ならではの鋭い着想と鋭陣な論理をもって概念の精緻化と体系化をはかれるとともに、裁判上の自白、釈明権、真実義務などについても重要な問題提起を行なわれた。その後、学界の一部においては、主要事実・間接事実の区別などという弁論主義の基本問題にまで疑問が投げかけられ、さらに三ヶ月教授の年来のはげしい通説批判とあわせ考えると、いまや弁論主義は大激動期に直面しているといっても決して過言ではあるまい。

このような時期に遭遇して、わたくしなりに従来の学説・判例の整理をこころみ、そのうえに立って自己独自の見解を学界に呈示することは、一つの許された方法であり、いな、学界の従来の論調に照らすともっとも堅実で、オーソドックスな方法と評することができよう。しかし、人も知る法律家としての天賦の才能に恵まれ、豊かな着想力を蔵しながら、その着想を軽々に表白することをせず、それが完全に熟しきるまで何年でも抱えておられる山木戸先生の研究態度(右の「弁論主義の法構造」もそのような態度の一つの所産だった)を身近かに知る機会をもった者にとって、そのような「着想」に活き、それを論理整然たる形で展開することなどどうい思いも寄らぬことであった。

そこで、わたくしのころみた「脱出方法」は、まさに古藤にいう「急がば廻れ」を實行することで、この弁論主義という基本概念の生成の過程を克明に追跡することであつた。いま弁論主義を一つのエンジンにたとえるなら、その回転翼がスピードをまじ轟音が一段と高まっていることを承知しながら、もう一度このエンジンをこわごわ覗きこみ、それを組成している一々の部品の構造なり、機能なりを自分の眼で確かめてみようとする方法であつた。

だが、このわたくしのいわば分解作業は、当初の計画がいささか「膨大」にすぎた。わたくしの当初の計画では、はじめに、弁論主義の命名者として著名であり、山木戸先生も引用されている、一九世紀初頭の学者ゲンナーの所説を顧りみ、彼の弁論主義・職権探知主義に関する理論を多少立ち入って紹介し、ついで、彼がその弁論主義・職権探知主義という対概念発見の素材とした、一八世紀の普通民事訴訟法、一八世紀のプロイセン民事訴訟法を研究の狙いにおせ、彼の理論がはたして正当かどうかを検証しようと試みた。ついで、再び目を一九世紀にリターンさせ、ゲンナー以後の学説の展開の跡をたどり、これらの学説の具体化をはかった諸ラントの立法、とくにハノーヴァー王国の訴訟法の構造をさぐり、そして、このハノーヴァー法を出発点とし、その後いくたの草案をつみ重ね、ようやくにして一八七七年の帝国民事訴訟法として結実したドイツ帝国法の制定過程とその内容を紹介し、そして最後に、これらの法典を追跡しただけではフォローしきれない弁論主義を構成している個々の原理——主張共通の原則、証述共通の原則、主要事実と間接事実の区別など——の変遷の過程をたどりこれらの過程を紹介しようとして試みたものであつた。

もちろん、このあとには、その後のわが国およびドイツにおける法発展にきわめて重大な影響を与えた、一八九五年のオーストリー民事訴訟法の紹介、その成立過程の分析、そしてこのオーストリー法の有形無形の影響のもとに、その後いく度となく変遷を重ねた二〇世紀のドイツ民事訴訟法の進展、ならびにこれと関連した学説の展開、さらには、わが国の判例・学説の整理・位置づけ、そして自己流の見解の提示という、困難にして厄介な仕事が続構えている。しかし、この一八九五年のオーストリー民事訴訟法以下の部分は、資料の蒐集が今一つ完全ではなく、集めてき

た資料も相当な量にのほり、これを読みこなすにはまだかなりの時間を要すると考えたので、とりあえず、既述した一八、九世紀の部分からさきに執筆することを意図した。そして、実際に執筆をはじめて、この部分がわたくしの予想をはるかにうわ回る「膨大」なものであり、予定された枚数ではとても収めきれないことを知っていきさか狼狽した。かてて加えて、当初は入手を断念し参照しないうままに執筆をすることを覚悟していた、一八七七年のドイツ民事訴訟法の制定過程の二つの草案（ハノーヴァー草案、北ドイツ草案）の審議録（Protokolle）も入手できる目途が立った。入手できるとなればやはり読んでみたい衝動にかられる。それやこれやで、結局、若干の逡巡を重ねたのち、一九世紀の部分は切りすて、一八世紀の部分も縮少して、比較的まとまりのよいプロイセン民事訴訟法の部分をとりにあげることにしたのである——これが、本稿の生い立ちの配である。

以上のような言葉を前置きにして、実は本稿は、山木戸先生の遺歴記念論文集のために執筆した。ところが、やがてご覧のとおり、このプロイセン民事訴訟法の部分ですら長大なものになり、同論文集の指定された枚数をはるかに突破する仕儀になってしまった。なにぶん取扱ったのが一世紀（正確には、一九世紀中頃までの一世紀半）におよぶ長い年月であり、しかもその間に回顧しなければならなかった法典も一個だけではなく、三個の長大な法典と、二個の短い法典の計五つにものほり、加えて、もうこのようなほこりっぽいシミだらけの法典は二度と同学の人々の手を汚させることはあってはならないというわたくしなりの悲願（いまから思えば、気負いにしすぎなかったが）があったりして、このような膨大な草稿になってしまったのであるが、これはなんとしてわたくしの不明と非力のいたすところである。まして、わたくしは右の論文集の発起人の一人であり、指定された枚数はできるだけ守らなければならぬ立場に立たされている。そこでやむなく、本稿は神戸法学雑誌に掲載して頂き、右の論文集のためには別に小稿を草することにした。いずれにしても、なんとも不器用な話であるが、山木戸先生をはじめ、論文集の発起人の方々には深くお詫び申し上げておく次第である。

なお、本稿は「一八世紀のプロイセン民事訴訟法」と題しているが、先に述べたような執筆の動機からして、同法の特色をなす職権探知主義、ならびにそれに関連する問題に考察の範囲を限定している。プロイセン法の強制執行法の部分については、すでに周知のように伊藤真助教授のすぐれた研究(不動産競売における消除主義・引受主義の問題・法協八八巻四号一頁以下、八九巻五号五九頁以下)がある。

本稿で引用の頻度数の多い文献は左記のとおりで、本文では以下に掲げた略称を用いた。

略称	著者名	著書・論文名
石部	石部 雅亮	啓蒙的絶対主義の法構造(一九六九年)
上山	上山 安敏	法社会史(一九六六年)
上山・官僚制	〃	ドイツ官僚制成立論(一九六四年)
宮崎	宮崎 良夫	プロイセンにおける官府裁判(Kammerjustiz)・社会科学者研究三四巻五・六合併号(一九七三年)
村上	村上 淳一	プロイセンにおけるMachtspruch・ドイツの近代法学(一九六四年)所収
Abbeg	Jurjus Friedrich Heinrich Abbeg	Versuch einer Geschichte der Preussischen Civil-Prozess-Gesetzgebung (1848)
Bomsdorf	Falk Bomsdorf	Prozelnaximen und Rechtswirklichkeit, Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime im deutschen Zivilprozess (1971)
Dahlmanns	Gerhard J. Dahlmanns	Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert (1971)

- | | | |
|--------------------|-------------------------------|---|
| Döhning | Erich Döhning | Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500 (1953) |
| Holtze | Friedrich Holtze | Geschichte des Kammergerichts in Brandenburg-Preußen,
Teil 3 (1901) |
| Kampitz | | Jahrbücher für die Preussische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, Bde. 42 (1833), 58, 59 (1842) |
| Koch | Christian Friedrich Koch | Der Preussische Civil-Prozess, 2. Ausgabe (1855) |
| Mittermaier | Karl Joseph Anton Mittermaier | Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß, Erster Beitrag 2. Aufl. (1822) |
| Schwartz | Johann Christoph Schwartz | Vierhundert Jahre deutscher Civilproceß=Gesetzgebung (1898) |
| Springer | Max Springer | Die Coccejische Justizreform (1914) |
| Stölzel | Adolf Stölzel | Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, Bd. 2 (1888) |
| Stölzel, Svarez | " | Carl Gottlieb Svarez (1885) |
| Weißler | Adolf Weißler | Geschichte der Rechtsanwaltschaft, 1905 (Nachdruck, 1967) |
| Weißler, Umbildung | " | Die Umbildung der Anwaltschaft unter Friedrich dem Großen (1891) |

I C F M

一 三つの訴訟法典

この一八世紀を通じてプロイセン王国(プロイセンは一七〇一年、選帝侯国から王国に昇格した)は、その全領土にわたって適用範囲をもつ三つの民事訴訟法典をもった。その一は、一七四八年施行の「マルク・フリートリヒ勅法(草案)」(Project des Codicis Fredericiand Marchni. 以下、CJMと略す)、その二は、一七八一年の「フリートリヒ法大全、第一部訴訟法」(Corpus Juris Fredericianum, Erstes Buch von der Prozess-Ordnung. 以下、CJFと略す)、その三は、一七九三年の「プロイセン一般裁判所法」(Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten. 以下、AGOと略す)であった。

このうち、職権主義訴訟法の極化として今日までその名(悪名)が伝わるのは、CJFとAGOであるが、私見によると、そのいわば露払いの役割を演じたのが、やはりCFMであった。以下では、まずCFMの紹介からはじめることにしたい。

二 CFMの制定前史——CFPとCFM

一七四五年のクリスマススの日、プロイセン王国の首都ベルリンの市民達は、二重の喜びにわき立っていた。その一は、いりまでもなく、われらが教世主イエス・クリストの誕生を寿ぐ喜びであり、その二は、年来のオーストリーとの戦争にプロイセン軍が見事に勝利をおさめ、ドレーズデンで講和条約が結ばれたという報せが伝わったためであった。同年十二月二十八日、国王フリートリヒ二世は、「われらが大王万才」と叫ぶ市民達の歓声につつまれて懐しのベルリンへと凱旋した。思えば、フリートリヒ二世(フリートリヒ大王)は、父王フリートリヒ・グイルヘルム一世の死去の後を襲って一七四〇年に即位して以来、ほとんど戦衣を脱ぐ暇がなかった。即位をした年の十二月、同

じ年に即位したオーストリーの女帝マリア・テレジアに挑戦して第一次シュレージエン戦争をひき起し、四二年六月ブレスラウで講和条約を結んだのもつかの間、一七四四年にはブラーク(Prague)に侵入して第二次シュレージエン戦争を起し、一年有余の戦闘ののちここにドレースデンで講和条約を結んだのであった。しかし、この両度の戦争を通じて、フリードリヒ大王は開戦当時オーストリーの国庫収入の四分の一を占めたといわれる豊かな資源をもつシュレージエンを確保できたのであった。

いずれにせよ、フリードリヒ大王は久方ぶりに戦塵から解放され、ここに本格的に王国内の内治へとその目を向けることができた。

内治のうち、法律關係に關して大王の指令がとんだのは、意外に早かった。翌四六年一月一二日、父王以来の老臣で司法大臣のコックツェイ(Cocceji)に対して、つぎのようなはげしい語調の閣令(Kabinetordre)が發せられた。⁽²⁾

「朕に伝えられた多数の実例からして、わが領内のいたるところで聞かれる司法に対する不満の聲は、決していわれがないものではないと思われる。いまや平和が訪れた今日、朕はこの問題に沈黙することなく、あえてこの問題に自からを投ずる決心である。朕は汝に対して、わが全裁判所に対しつぎのような回状を發することを命ずる。そこでは、爾後朕の最大の不興と仮借のない処罰を恐れるならば、何人に対しても差別することなく、迅速にして確實な裁判を、しかも過大なる手数料と費用を要せずして、付与することを命ずべきである……。」

コックツェイは王の命ずるまま、各裁判所に対して回状を發したが、一月二六日、王に対して次のような上奏書を提出した。「国王陛下の御意向のままを表現しようと思致しますならば、(1)少数の、しかも半識と経験に富み、誠実な人柄の長官と裁判官を裁判所に集め、その裁判所に弁護士を監視せしめ、(2)この裁判官達に必要な報酬を与えてやるのが必須かと存じます。この二つの点に国王陛下がご同意下さいますならば、私のほうで、すべての訴訟を

一年内で終了せしめるべきプランをご覧に供します。」右の優秀な裁判官を育成すること、彼らに定額の報酬を与えることは、コックツェイの年来くり返してきた主張であった。フリートリヒはこの提案をよしとし、彼のいう「プラン」を提出するよう命じた。しかし、このプランの提出はどうしたことが遅れていたが、やがて大王の再度の督促に応じて五月九日、「司法改善に関する卑見ならびに卑見に関する説明」と題する書面が提出された。これは、優秀な裁判官を育成すること、彼らに定額の報酬を与えること、という従来の主張を根幹に、弁護士制度の改革や、ドイツ語で書かれたプロイセン独自の実体法を制定する必要があること、従来訴訟に関して発せられた布令は多数にのほり、しかも相互に矛盾がみられるので統一的な訴訟法典を制定する必要があること、などを力説したものであった。ところが、意外なことに大王の返事は冷たかった。コックツェイの労を多とし、その改革案を是としながらも、「先立つものは、金銭の問題である。つぎに、誠実な者達を裁判所に集めるといいうが、それが簡単にできるだろうか。もし汝がそれに成功するなら、朕は汝に最大限のボーナスを与えるであろう。」ここに金銭の問題というのは、裁判官に報酬をとった場合の財源の問題である。強大な常備軍をもち、徹底した行政機構を組織したプロイセンでは、裁判官に報酬にあてがわれる財源は極少で、それまでも当事者から支払われる裁判手数料によって裁判官の収入をまかなってきたのである。非常によい案だ、検討に値いするとつばやきながら、大王はあっさり湯治旅行に旅立った。

ところが、八月にはいると事態は一変した。大王のもとに、無名氏から手紙が届き、「ボンメルン (Pommern, ポメラニア) の主都シュテッティン (Stettin, 現在ポーランド領 Szczecin) の裁判所が腐敗乱雑をきわめている。誰か中央から査察にやっ来て、そこの裁判所長官と裁判官達を、新しい長官と裁判官達によって交替させて頂きますように」と懇願してきた。大王はこの手紙をコックツェイに送るとともに、「この手紙の内容は真実かどうか。またこれが真実とした場合には、どのような処置をとればよいか真申せよ」と命じた。コックツェイはわが意を得たりとばかり、「この手紙の内容は真実であります。査察のためにはどうかわたくしを派遣してください。シュテッティンへまい

り、わたくしの改革案どおりに司法の改革を實行し、主な訴訟を一年以内に解決してお目にかけます」と答えた。そして、従来二つあったシエッチェインの裁判所を統合し、裁判官の員数を減少すれば、彼らの報酬を従来の手数料で支払うことができるので、大王の国庫には一銭も迷惑をかけませんとつけくわえることも忘れなかった。今度は、フリートリヒも、コックツェイの提案を採用した。しかし、国王は権力をその一身に集中するとともに、いっさいの仕事は自らの責任において処理すべきである、それが人民の第一の従僕としての任務である——と信じているフリートリヒは、この一州の司法改革という仕事さえ、コックツェイの自由裁量には委ねなかった。九月一日、彼は、コックツェイにベルリートの王宮に出頭しボンメルンでの司法改革の計画について口頭で説明するよう命じた。この直接の聴聞が終つたのち、コックツェイは、「朕が彼に口頭で開陳したプランに従い、彼がボンメルンでの司法をいかに整備すべきかについて、朕の大臣コックツェイに命ずる指令 (Instruktion)」と題する草稿を提出した。フリートリヒは、この指令は「すべての点にわたつて朕が理念と意図に合致するもの」と解して、草稿に署名した上コックツェイに送りかえた。この指令は右にも述べたようにコックツェイ自身が草したものであり、九月一日の口頭聴聞ももちろん彼がリードしたことはまちがいないのであるが、このような「朕が彼に口頭で開陳したプラン」という表現をつけることが、当時の宮廷作法として、またボンメルン州への政治的配慮として、やはり必要視されていたのであろう。やがて、ボンメルンの各裁判所に対し、「わが国王陛下には畏くも、司法を新しい、また確実な基礎に立つて整備することを決心し給うた。ついでには、そのために大臣コックツェイをボンメルンへ派遣して司法改革を開始すべきことを命じ給うたが、彼の到着に対してボンメルンの裁判所は何を準備すべきかということ」と題する訓令 (Reskript) が発せられた。前述した「指令」の内容を伝えるとともに、「朕が代理人」コックツェイに協力、服従すべきことを命ずるものであった。コックツェイのボンメルンへの出発の準備は万端整つた。

もともとコックツェイは、一〇月中頃にはボンメルンへ出発する心づもりだったらしい。しかし、ある高官のスパ

イ事件が発覚したり、その他外交関係の事情があったりして、コックツェイの出發は延引された。彼はこの間を利用して、「プロイセン国王陛下下の指示し給うた命令により、ボンメルンにおける訴訟を三審級を通じて一年以内に解決する方法」につき、フリートリヒと連署の指示を作成してこれをボンメルンの各裁判所へ送るなどの精勵奮りをみせた。これは、前述した「訓令」のうち、とくに訴訟手続に関する内容を詳細に補充したものであった。翌四七年一月一日、いよいよボンメルンへと出發した。もともと彼は単身で旅立つたわけではなかった。「彼のボンメルンでの仕事に協力し、また彼の方法を各地に伝えるため」という名目で、ベルリンから二名、各州から四名の計六名の裁判官が選ばれて彼に同行した。ベルリンから選ばれた裁判官は、その後も彼の兩輪としてはたらく、ヤリグス(Jarigs)と、フェルスト(Ferst)の二人であった。⁽¹⁶⁾

さて、ボンメルンへ到着したものの、コックツェイと彼の助手達の活躍は、まことに目覚ましいものがあつたらしい。コックツェイが五月のはじめにフリートリヒ大王に報告しているところによれば、シュテッティンで前年度に係属していた一六〇〇にのぼる事件の大半を解決し、ボンメルンのもう一つの都市クスリーン(Kaslin、現在ポーランド領 Kasalin)では前年度係属の八〇〇の事件のうちわずか八〇を未解決で残すのみであった。(コックツェイがベルリンに帰還したのものであるが、一七四八年一月ボンメルンから発せられた報告によると、四七年度中シュテッティンで係属した旧受事件一六〇〇、新受事件六八四のうち、旧受事件はすべて解決され、新受事件は一八三を残すのみ。またクスリーンでは旧受事件八〇〇、新受事件三一〇のうち、新受事件一六九を残すのみと報ぜられている。)このようなすさまじいスピードで事件を解決するためには、彼らは相当強引な手法を用いたらしい。弁護士に和解をしい、残った事件についても複雑な訴訟資料から簡単な摘要書を作り、中間の争いなどはそのままほったらかして、一ないし数個の争点にすばりと裁判したらしい。⁽¹⁷⁾それはともかく、一年内に訴訟を終了するというフリートリヒ大王の意向は一応みたされたし、また裁判所の機構統合、改革も当初の思惑どおりに進行したらしい。大王は喜んで、す

でに三月八日、コックツェイに大法官 (Großkanzler) の称号を授けた。⁽⁷⁾

コックツェイのボンメルンでの改革の作業は、ほぼ五月末の段階で終了したもようである。しかし彼はなお同地にとどまって、ちょうど一年程前大王に提出した「司法改善に関する意見」の中でその必要を力説していた。「統一的訴訟法典」の執筆にかかった。それが七月六日付で発表された *Project des Codicis Fredericiani Pomeranic* (ボンメルン・フリートリヒ勅法の草案) であった。「草案」の形式がとられたのは、なお同地の尊族 (Stände、土地貴族ら) や弁護士の見解を聴取するためであった。八月一六日ベルリンへ帰還し直ちにその旨をフリートリヒに報告した。

しかしフリートリヒは、この六八才にもなろうとする老臣に、ほとんど休息らしい休息を与えなかつた。すでに八月二一日には、コックツェイにヘルリンの *Kammergericht* などの改革が命ぜられた。もともとプロイセン王国の発祥の地マルク・ブランデンブルクを管轄地とし、司法界のエリート達が爛築し、そして元来が反コックツェイ勢力の強かつたところである。前述には絶大な困難が予想されたが、コックツェイはフリートリヒの信任を背景とし、またもやヤリグス、フェルストらを駆使して、大たんに機構改革にメスをふるい、年来停滞していた訴訟の駆逐に成功した。(一) 一月六日付の報告によると、改革着手後わずか二カ月で、*Kammergericht* で四〇〇の判決を行ない、ヘルリンのいま一つの裁判所で、プロイセンの多くの地方の最上級審の性格をもっていた *Tribunal* では、やはり二カ月間で「最も重要で困難な事件」を一五〇件も解決したと報じている。コックツェイはこのベルリンでの経験をもとにし、「CFPでは取急いだために書き忘れたことを補充して」再び統一的な訴訟法典を起草した。これが、本章でとりあげようとする CFM (マルク・フリートリヒ勅法の草案) である。これが「草案」の形をとったのは、ここでも尊族や裁判所に意見書の提出を求め——一年以内に——、そのうえで最終的な法案を作成する予定であったためだが、その一年もまた相ついで上級裁判所、下級裁判所に遵守が命ぜられ、遂には「草案」という名称をふし

たままて実定法化されるに至つたのである。それまで、各地方ごとに特別法や、慣行によつて訴訟手続を規律してきたが、ここにはじめてプロイセン全土にわたる訴訟法典をもつことができたのである。⁽⁸⁾フリードリヒ大王は、CFMの制定をつげ上級裁判所にその遵守を命ずる回状(一七四八年四月八日付)の中で、「この改革案に従えばもはや何人も迅速な訴訟に僅がため、愚をつく必要はなくなろう」と高唱したが、その帰趨ははたしてどうであつたらうか。

三 CFMの体裁

CFMは、四つの編(Title)からなり、各編がいくつかの章(Title)にわかれ、章によつては数個の節(Section)を有するものもあるが、条文番号が各章ごとに計算されているので、全体の正確な条文総数は不明である(同じような体裁は後述のCJF、AGOにおいてもとられ、したがってこれらにおいてもその条文総数は不明である)。しかし、執行、破産に関する詳細な細則のようなものを別としても、概算一六〇〇条をうわ回るかなりな条文数である。もっとも内容的には、今日でいう民事訴訟法、強制執行法、破産法のほか、裁判所法、弁護士法、公証人法などにあたるものも含まれている。以下では、これらの広汎な内容を一々紹介する余裕もなく、またその必要もみないと思われるので、審理方法、裁判官、弁護士の三つのテーマにしほつてそれぞれに関する規定をみていくことにする。ただし敘述の便宜上、まず弁護士についてみ、ついで審理方法、裁判官という順でみていくことにする。なお、文中、たとえば(Titel, §)とあるのは、第一編第一七章第一条をさしている。⁽⁹⁾

四 弁護士哀史

なにもCFMに限ることではなく、この時期のプロイセン訴訟法をひもといてみると、われわれの目に強くやまつくのは、弁護士に対する圧制、強圧の連続、また連続である。まことに一八世紀プロイセン訴訟法をつらぬく一すじの赤い糸をさぐれば、それはまぎれもなく、弁護士の受難の歴史であり、弁護士哀史であつた。上山教授の表現⁽¹⁰⁾を拝借していえば、「絶対主義国家形成の過程は弁護士階層の苦難の過程でもあつた。」

一般に、一七、八世紀において、ドイツにおける弁護士階層に対する社会的評価が著しく下落したことが伝えられている。⁽¹⁾このように社会的評価が下落すると、いきおいその階層に不純分子が集まってきて、さらにその社会的評価が下落するという、一種の悪循環がくりかえされるのであるが、この時期のプロイセンには、この弁護士階層に対する社会的評価を一段と下落させる種々の要因が重なりあっていたように思われる。すなわち、この時期のプロイセンは、強力な軍事国家、官僚国家体制をしくのであるが、このような国家体制のもとにあつては、自由営業としての弁護士が、反体制的な分子として人々の目に映り、官尊民卑の社会的差別をつけられることは見やすいところであろう。わが国の明治初期から中期の代言人に対する体制的社会的圧迫を想起し、大平洋戦争中に「弁護士なんかやめて、もつともまともな正業につけ」と怒鳴られたというエピソードをおもひ起せば、今日のわれわれからも比較的簡単に追体験できるであろう。それに、弁護士に対する社会的反感の一要因として、人々の苦悩の象徴である「訴訟」によって生計を維持しているという嫌悪感があり、この嫌悪感をルッターらの宗教的指導者がより一層あおったといわれているが、プロイセンが国王をはじめ敬虔なプロテスタントの国家であつたという事実も付記しておくべきであろう。

しかし、それにしても、プロイセンにおいて弁護士がかくまで悲惨な歴史をたどつた背景としては、右の軍事国家、官僚国家の確立者、促進者であり、しかも酷烈きわまりない個性をもつていた二人の国王、フリードリヒ・グイルヘルム一世、フリードリヒ大王の存在を見逃すことができないであろう。

フリードリヒ・グイルヘルム一世は、一九一三年に即位し、その後二七年間統治者の地位にあつたが、その統治のはじめと、終期に、弁護士に対して苛酷というか、グロテスクとしかいいようのない二つの処分をしたことで有名である。その一は、即位の年に命じた黒マント着用令である。「人々が詐欺師をすぐ遠くから認めることができ、彼から身を守ることができるために」、弁護士(Advocat)にはひびきまでたれる黒マントを着用することを命じた。もと

もと黒色は学識を象徵する色であったし、帝室裁判所 (Reichskammergericht) でも弁護士は黒マントを着用していたといわれるが、これ以来プロイセンでは黒マントは賤業を示す職衣となった⁽¹²⁾。その二は、晩年近く(一七四〇年没)、一七三九年に命じた「首くくり令」である。この時期のプロイセン司法に重大な影響を与えたものとして、国王の *Machtspruch* (大権判決) の制度がある。国王が人民の請願 (*Supplikation*) に答えてその延宕を使って彼自由に裁判し、その結果は司法府の一旦した確定判決をもくつがえすという制度であった⁽¹³⁾。この *Machtspruch* を国王は頒発する一方、人民の側からの請願の氾濫にも耐えかねて、請願書には弁護士を必要とする、などの一定の制限を課していた。ところで、この粗暴にして質実なフリートリヒ・ヴィルヘルムにも、唯一つといつてよいホビイがあった。それは自己の親衛隊に巨漢を集めて悦にしているという道楽であった。人民も、そうなると賢明である。この巨漢兵を通じて請願書を提出することを試みた。自己のいわば唯一の拉きどころをつかれた国王は激怒した。一七三九年一月二五日、「明日より八日間、弁護士が兵士を通じて請願書を提出したときは、その弁護士は免職の余地なく絞首に処する。彼の不名譽を一層きわだたせるために、彼の横に犬を一匹ぶらさげる」⁽¹⁴⁾。フリートリヒ大王は、さすがに父王のような露骨な、センスレスな処分はとらなかつた。しかし本稿が参照できた限られた資料のなかでも、いたるところで弁護士に対するむき出しの憎悪を示しているし、また彼はコックツェイラの再三の上申にもかかわらず、父王以来の黒マント令の撤回を許さなかつた(一四八頁注6参照)。また、弁護士を全民事訴訟手続から排斥するという、近世に類をみない民事訴訟法(後述するCJF)を裁可したのも、彼であった。

CJFは、このような弁護士に対する臣制の連続であるプロイセン訴訟法史の中にあっても一つのエポックを画した法律である。以下では、このCJFにおける弁護士の規制ぶりをみていこう。

(1) Prokurator の廃止 プロイセンでも、教会法に端を発するといわれる、弁護士⁽¹⁵⁾の二分制、Advocat (アドヴァカター)と Prokurator (プロクurator) の二分制が認められていた。Advocat は「書き役」、つまり訴訟書面の作成を担当し、Prokurator は「しゃべり役」、つまりこの訴訟書面を裁判所に提出し、当事者の代りに裁判所で弁論するというのが彼の役割だった。そして、一般的には、継受されたローマ法が高度の法知識を要求し、しかも訴訟手続では書面主義をとったために、社会的評価は「しゃべり役」よりも、むしろ「書き役」のほうが高かったとい⁽¹⁶⁾う。しかし、プロイセンでは、比較的早い時期から(とくに一八世紀にはいつてから)、Prokurator についてもかなり高度の法知識を要求し、厳格な試験を行なったし、他方 Advocat にも法廷で当事者に代って弁論することを認めたから⁽¹⁶⁾、往時の「書き役」、「しゃべり役」の厳密な区別、それは端的には法廷で当事者を代理する権限があるか否かに現われてくるのであるが、事実上消滅していたと考えられる。

しかし、このように権限の区別は事実上消滅したものの、弁護士が当事者と接触する順序は従前のままだった。すなわち、まず Prokurator が当事者と接触し、事件の事情を聴取した上で、自分の懇意な Advocat に連絡し、必要な訴訟書面を作成してもらおうという順序であった。しかしこのような伝統的な順序を遵守している限り、当事者は Prokurator と Advocat の双方に対して、二重に謝礼を支払わなければならない。「訴訟」は高価につくものとして、人民達の怨嗟の的となる一要因となった。しかも、加えて、Advocat は自分では当事者と直接接触せず、Prokurator から伝えきいた事情に基づいて書面を作成するため、事件に不適切な書面が多く、いきおい裁判所に期日の延期を申請することになるが、それだけ訴訟の遅延がひどくなって、ますます人民の怨嗟の的となったのである。ロクツェイが「Prokuratorこそ、司法における眞の病菌(wahre Pest)」と断じたのも⁽¹⁷⁾、このような事情によるものと思われる。ロクツェイは、まえにも一度 Prokurator 制の廃止を試みたことがあ⁽¹⁸⁾ったが、この CFM においていよいよそれを断行したのであった。

すなわち、「今後は、Prokuratorが訴訟ならし裁判上の行為に開与することを一切禁止する」(1,17, §1)。「もしこれに違反した場合には、「解職するとともに、体罰に処する」(§3)。もっとも、このようにして職場を失なってしまった Prokurator の行先が問題となるが、「もし Advocate が Prokurator をその死亡するまで、彼の書記役として当事者との交信その他に利用するならば、われわれは満足に思うものである」という虫のいい一条もあった(§2)。

だが、いずれにせよプロイセンの弁護士制度から Prokurator はその姿を消してしまった。以下でわれわれが「弁護士」というときは Advocate だけを指しているのである。

(2) 認可試験 弁護士となるための試験は、当時としては大変難しいものであった。上級裁判所の弁護士と、下級裁判所の弁護士とにわけられ、上級裁判所の弁護士となるためには、「最低限四年間下級裁判所で実務を経験するか、あるいは有能な弁護士の許で長年にわたって働いた者で、その実務能力と優秀さについて裁判所の全裁判官の署名があるか、本人自身が宣誓した者にかぎり」、受験資格が認められた。認可試験そのものは、たとえばマルク地方の上級裁判所の例をとると、「ベルリンで二日間にわたり、法理論(Theoria Juris)の試験を Kammergericht の全裁判官、所属弁護士、有職者の立会いのもとに行ない(この有職者を募集するために、新聞などで広告が行なわれた)、第三日目は、二人の裁判官を試験官に選んで、マルク地方の訴訟法に関する試験を行なう。さらに二人の受験者に相互に同一事件について起案(Probe Relation)を行なわせ、最後に、弁護士には明白で、かつ簡潔な弁論能力が必要であるから、モデルケースについて弁論能力のテストを行なう。」というのであった。この試験は、当時の裁判官の任用試験と同等か、最後の弁論能力のテストが付加されているだけ、それだけ難しい試験だと評されていた。これに対して、下級裁判所の弁護士のほうはそれほど難しくはなく、法理論と訴訟法の試験だけが規定されていた(以上、1,14, §4)。なお、当時の身分制社会を露骨に反映して、「いやしくて食いたい素姓の者は弁護士に採用し

てはならない。また、手工業者の子弟も容易なことで弁護士に採用してはならない。なぜなら、この類いの者は、良い理論を勉強するのに十分な資力を欠いているから。」という規定があった(前掲同条)。もっとも、この規定は後に削除された。

(3) 定員制 このような厳しい試験に合格しても、すぐに弁護士の地位に就けるといふ保障はなかった。各裁判所ごとに弁護士定員制が布かれており、たとえば *Kammergericht* では一七—一三年に弁護士の定員は二四名と定められていたが、この C.F.M. のときに、さらに一二名と半減された (§2)。若い弁護士は、下級裁判所で働きながら、先輩弁護士が老齢でやめて行くのを一日千秋の想いで待たねばならなかった。

(4) 分属制 (*Lokalisierung*) 弁護士の分属制と、裁判所所在地での居住義務が命ぜられた。すなわち、*Kammergericht* で活動できる弁護士は、*Kammergericht* で所属が認可された者で、ヘルリンに居住する弁護士に限られた。*Kammergericht* の所属が認可されたが、ヘルリン以外の都市に住む弁護士は、*Kammergericht* で活動することが禁止されたし、また、*Kammergericht* 所属の弁護士が他の裁判所で活動することも禁止された (§§ 2, 5)。

(5) 兼業禁止 弁護士にいわば専従義務が課せられた。彼が他の職務 (*Amt*)、とくに *Justizium* や、地方の *Kommissar* (いずれも後述) になることは固く禁じられ、違反した場合には弁護士を失格した (§5)。これは、この頃裁判官に兼業禁止が命ぜられたのと平行したものであったが、この点でも、弁護士は、裁判官と同等の者、つまり裁判所の職員視されたのであった。

(6) 受任拒否 弁護士が相応の事由 (この事由の中には委任者の人柄に対する恐怖心は含まれない) がないのに、受任を拒否した場合には、二〇ターターの過料に処せられる。しかし反面、弁護士が事件は明らかに不当であると信じたときには、事件の受任を拒否し、当事者に、訴訟の費用が高価につくこと、「神の怒りに触れること」、裁判官より刑罰に処せられることなどをよく言いつて聞かせ、訴訟を思いとどまるよう忠告すべきである (§§ 7, 13)。

(7) Information のとり方 ドイツでは、弁護士が当事者から事情を聴取することを Information をとるといっているが、CFMはこの Information のとり方についても(3)条(3)項とした規定をおいている。——いわく、訴えの基礎となる記録や、立証方法を、注意深く点検せよ。立証方法として証人が必要な場合には、その数、氏名、住所などを充分調査せよ。相手方からどのような抗弁の提出が予想されるか、当事者からよく聞き正せ、等々。

そして、このような Information を聴取したのちは、その結果を調査書 (Protokoll) に記録しておかなければならない。弁護士はいつでも法廷にこの調査書を携行しなければならない。もしこの携行を怠ったり、あるいはそもそも Information のとり方が不十分で、その当事者への問い直しのために訴訟が遅延することがあると、二ないし五タラーの過料が課せられる(以上、§§ 11, 12)。さらに弁護士は、裁判所の長官の要求があるときにはいつでも私的な手控え (Privatakten) を提出し、その手控えを通じてはたして彼が上述の Information のとり方を遵守したか、また精確な調査を作ったかについて検査をうける。もし彼がこの注意を守らず、不精確な調査を作り、そのために訴訟が遅延していることが判明したときには、五ないし一〇タラーの過料が課せられ、場合によっては弁護士失格が命ぜられる (§ 14)。

(8) 弁護士の監督 一般に弁護士は所属裁判所の長官の監督に服する。上述した諸種の過料を命ずるのも長官であるし、また「長官は、弁護士が本法に定める義務に違反した場合には、その旨を合議体に報告し、合議体の同意を得た場合には、当該弁護士を即座に——違反の原因に関する爾余の調査手続を経ることなく——失格させるべきである」(1.3, § 16)。また、弁護士は裁判所長官に対し、自己の受任した事件、その事件がどのような経過をたどったかにつき、年ごとに報告書を提出することを義務づけられている (§ 17)。

(9) 報酬 弁護士の報酬額は法定され、この法定額以上は、贈物、貸借、担保その他どのような名目のものであれ、受領することは固く禁じられた(違反すると失格。1.14, §§ 16, 21)。そのうえ、当事者が外国人である場合を

除いて、報酬をあらかじめ受領することも固く禁じられ、弁護士は各審級の終りに計算書を提出し、裁判所の厳格な審査を受け、しかもその支払いは全審級の終了（訴訟の終了）後にはじめて受領することができた。（§§ 17、18、23）。この、支払いは全審級の終了（訴訟の終了）後にという発想は、そうでないと弁護士は訴訟の促進に協力しないという、コックツイエの固い信念に基づくものであった。⁽¹⁸⁾ もっとも、このためまえば、その後CFMの制定された一七四八年中に改正され、弁護士は各審級の終りに報酬を受け取ることができるようになった。しかし、報酬額の法定→裁判所の審査→その後の受領という線は、一貫して崩されなかった。

四 弁護士の宣誓 最後に、「われわれ（立法者）の正当な、わが臣民の負担少かれとねがう意図」を尊重することを示すため、弁護士はおおよそ次のような宣誓をしなければならなかった。——「わたくしは、神に対して身命をかけて次のことを誓います。わたくしは明らかに不当であると知った事件を受任せず、この法律によって命ぜられていた資料（Information）を収集するまでは訴えを提起せず、真実に反したことはなにごとくも申し述べず、また否認もいたしません。疑いのある事件については当事者と和解・妥協をすすめる、訴訟が完全に終了するまでは、直接にしろ間接にしろ報酬を請求することをいたしません。また、特別の必要のない限りは延期を申請せず、不必要な中間の争いを申し立てて訴訟を遅延させず、一年以内に訴訟が終了するよう全力を尽します。もしわたくしが以上のことについて故意に違反した場合には、偽審罪として法律の定める刑罰を受けることも甘受いたします。最後に、わたくしは、この新しい訴訟法典を年一回注意深く読むことをお誓いいたします。神がイエス・クリストを通じてわたくしに加護を賜りますように。」（§61）。

さて、以上でCFMの弁護士に関する規定の紹介をおわりますが、これらの規定を読んで、読者はどのような感想をもたれたことであろうか。自由な職業としての弁護士になれ親しんでいるわれわれには、これはとても弁護士といえるしるものではあるまい。むしろ、裁判所の職員、それも裁判官の下風に立つ職員に他ならないのではなからうか。

ただ、しいて弁護士が裁判所の職員でない特性を探すと、当事者が弁護士を自由に選任することができたこと、この時期以降裁判官についてはその俸給の固定制(定額制)が採用されるにいたったが(これはコックツェイの多年の宿願がかなったものであった。一二三頁参照)、弁護士については、従来どおり、彼の費した労力に応じて報酬が支払われるという、いわゆる手数料制が維持された点に、せいぜいその職員でない特性をみいだすことができるだけである(しかし、このような手数料制をとり、しかも裁判所の職員である例は、今日でもわれわれは裁判所の執行官にみいだすことができる。しかも、この裁判所の執行官について、つい先頃まで、当事者による自由選択制が認められたことは、われわれにとって記憶にあたらしいところである)。

そのうえ、この時期の弁護士に関しては、彼らが何か行動を起そうとするたびに「過料」、「失格」という名の制裁がついて回ったことは、すでにわれわれも上述において若干の例をみたとおりである⁽²¹⁾。

同じ一八世紀のプロイセン人が、「弁護士の着る黒マントは、たんに彼らの職業を表する衣服ではなくなった。それはあたかも牧師の着る——「したがって謹厳と自制とを示す」——荣誉ある衣服となった」といっているのは、(彼ら)はどうも賞揚する意味でいっているらしいのだが、われわれはシニカルな意味で)充分首肯できるのである⁽²²⁾。

ともかく、このようにしてCFMにおける弁護士への抑圧ぶりは、まことにすさまじいものがあった。しかし、彼らが抑圧されたのは、なにも右に述べた認可試験、定員制、裁判所による監督、過料などの制裁に限らなかつた。彼らは、彼らの本来の活動の場所である訴訟手続からさえも、一部しめだされたのであった。以下、そのことをみるために、CFMにおける審理方法にわれわれの目を転じよう。

五 審理方法——口頭審理の進出

審理方法の点では、CFMは、基本的には当時の普通民事訴訟法に立脚していたといつてよい。専断主張の段階と、証拠調べの段階とをさいぜんと区別する証拠分離主義をとつたのははじめ、その各段階をいくつかのステップス

にわけ、そのステップごとに厳格な同時提出を強制するなど、これらの点ではCFMは普通民事訴訟法にくらべて特色らしい特色をみいだすことができない。しかし、普通民事訴訟法では、事実主張の段階で、当事者間の書面交換の方式(書面審理)がとられているのに対し、CFMでは、裁判官が直接当事者・弁護士から聴取するという口頭審理方式の進出が目立っている。

(1) 口頭聴聞 (mündliches Verhör) 複雑な陳述を必要とせず、特別な重要性もなく、また(もともと口頭審理に適さない)道徳に関する事件でない限りは、事件について口頭聴聞 (mündliches Verhör) が行なわれる(この口頭聴聞に適する事件として、手形事件、扶養事件、仮差押事件などが法律じしんによってあげられている)⁽²⁴⁾ §15. §11。この口頭聴聞は、受訴裁判所の全裁判官の面前で行なわれるが(指揮は裁判所長がとる)、別にこの聴聞の内容を調書にとり、これに基づいて判決の起案にあたる当番裁判官が定められている。ただし、判決書には審理にあたった全裁判官が署名する (§§ 2, 5, 6)。

(2) loco oralis 事件が複雑で口頭聴聞に適さないと思料される場合や、道徳に関する事件であるときには、口頭聴聞に代えて loco oralis とよばれる手続が行なわれる (loco oralis は、「準口頭聴聞」とでも訳すべきか)⁽²⁵⁾。この loco oralis は、当事者双方の主張を書面にして提出させる一種の書面手続であるが、この書面の提出期間が三日対三日、八日対八日、一日対一日と比較的短期間に定められている。すなわち、訴状が提出されたのち、被告に三日間の答弁書提出期間を認めるときには、原告にも三日間の再抗弁書提出期間、さらに被告に三日間の再々抗弁書提出期間を認めるといふ段取りである。もっとも、審理は再々抗弁書の提出をもって締切られ、それ以降の書面の提出は許されなく (2, 6, §§ 1, 4, 3, 1, § 2)。

この loco oralis は、実質的には書面訴訟の一種であるが、法形式的には前述した口頭聴聞に準ずるもの、これに代わるものと考えられている (2, 6, § 3 I)。そのために、書面提出期間の延長も絶対に許されないし、また弁護士

も、——特別の場合を除いて——口頭聴聞に應ずる報酬を請求できるだけで、書面作成の費用を別に請求することができなから (§311: *Sportel-Ordnung für die Advocaten* 4, 5))。これに代るだけ口頭聴聞を原則的な審理方法としようという狙いと、*Loco oralis* による場合にも弁護士に書面作成を急がせようという狙いがあったものと推測される。

(3) 通常訴訟 (*processus ordinarius*) 事件が重要・複雑であつて、とくに多数の書証が存在する場合には、通常訴訟が行なわれる。これは純然たる書面訴訟であつて、その書面提出期間も、三週間対三週間、四週間対四週間と *loco oralis* にくらへるとずっと長い期間が定められてゐる (3.1. §3; 5, §3)。

この訴訟が通常訴訟とよばれてゐるのに対して、口頭聴聞と *loco oralis* は一括して略式訴訟 (*processus summarium*) とよばれてゐる。そして、事件は普通、この略式訴訟によつてその審理がなされ、通常訴訟によるときはその旨の特別の裁判が必要であるとされてゐる (3.5, §1)。もっとも、口頭聴聞と *loco oralis* においても、後者によるかどうかは裁判官の裁量によるとされ、当事者が申請しても顧慮されないとされてゐるから、これを要するに、CFMは口頭聴聞をあくまでも手続の原則的な方法とする趣旨であつたと解される。⁽³⁾

通常訴訟は書面訴訟であり、その内容の点でも普通民事訴訟法の訴訟とまったく異なるところはなないが、*loco oralis* も、その法律上の分類こそ右にみたように略式訴訟であるが、その実質が書面訴訟であることには変りがない。ところがこのプロイセン法の二つの書面訴訟には、普通民事訴訟法にはみられない口頭審理が混入せしめられてゐるのである。それが次に述べる *Constitutionen* とよばれるいささか風変わりな名称の手続である。

(4) *Constitutionen* といふは裁判所の開廷日(通て三日ないし四日が普通、1.2, §1)に、その裁判所に所属する全弁護士に出頭を求め、その全弁護士があらかじめ定められた順番に、自己の事件の「訴訟の *Instruction*」に属する事項「につき口頭で陳述を行ない、相手方弁護士がやはり口頭で応答する」という仕組みである。ここに「訴訟の

「Instruction」とは、訴訟の進行とでも一応決すべきか、ともかくこれに属する事項としては、期日延期の申請、証人尋問開書の開被、強制執行の申立などがあげられている(23, 56)。そして、この Constitutionieren においても相手方弁護士が異議を申し立てたときには、直ちにその場で再反論、さらに再々反論まですることが許されたが(いずれも口頭による。ただし、再々反論以降は許されない)、これに対する裁判そのものは、直ちに言渡されず、全弁護士がその陳述を終り、法廷から退席したのち、裁判所が合議を開き、次の開廷日にその言渡が行なわれた(§§ 5, 6)。

もっとも、この「訴訟の Instruction に属する事項」であっても、それが複雑な陳述を必要としたり、当事者の一方に弁護士がついていない場合には(相手方当事者の弁護士が法廷に出頭しても弁論のしやうがなかったから)、書面で申述することが許されたし、また訴訟の Instruction に属せず、むしろ訴訟の附随的な点(Nebenspunkte)に関連する事項、たとえば審判に対する宣誓、訴訟担保の提供、証拠申出などは、書面によることが要求された(2, 4, §1)。なお、通常訴訟や loco oralis の手続において、訴訟の本案に関する事項が、書面によることが許されていたのはもちろんである。

この Constitutionieren なる制度は、もともと既存の訴訟(普通法型の訴訟)で書面がはならんし、そのために訴訟の遅延がおこり、また、人民が高価な書面の作成費用に苦しんでいたので、これらの難局を打破するために設けられた制度(23, §1)であったが、⁽²⁷⁾しかし、この制度のために、全弁護士は毎開廷日には朝八時に裁判所に出頭することを強制され(もともとの実際の審理は九時頃に開始されたもようだが)、もしこれを怠った場合には、またもや過料、失格という「酷罰」がついて回った(1, 14, §§ 51, 52; 2, 2, §§ 5, 6)。

右の Constitutionieren にせよ、また前述した口頭聴取(mündliches Verhör)にせよ、CFMにおける口頭審理手続は、いずれも訴訟の簡易化・迅速化を目指したものであった。Constitutionieren がこのような目的を目指し

ていることは、右にあげた制度の趣旨よりも明らかであるが、口頭聴聞も「略式訴訟」の一種に数えられていることから窺えるとおろ、やはり訴訟の簡易化・迅速化を目指したものであった。ところが、同じくCFMの口頭審理手続でも、以下に述べる口頭審理手続は、これらとはまたその目的を異にしており、どちらかといえば「弁護士の手続からの排除・裁判官の職権の強化」を目指したものであった。

なお、ちなみに、CFMははつきりと弁護士強制とはいっていないが、上述した諸手続のうち、通常訴訟と *Loco talis* においては、實際上弁護士強制が行なわれていた。というのは、これらの手続では、当事者の主張を書面に作成して提出することが要請されていたが、「裁判所に提出する書面は、弁護士の署名を必要とする。」とされていたからである(1.14, §§3, 24)。ところが、以下で述べる手続では、これとは逆に弁護士の手続への関与が排斥、ないしは制限されており、その反対形相として、裁判官の職権の強化・増大がはかられているのである。その手続とは、少額事件手続、ならびに下級裁判所の手続である。

(5) 少額事件手続 少額事件(五〇ターラー以下の事件。4.2, §9)については特別の審理手続が定められている。⁽²⁸⁾ その立法理由にいわく。「若干の良心を欠く弁護士(Advocat)が、軽微な事件であるにもかかわらず通常訴訟の手続に訴え、多数の延期的抗弁を提出し、中間の争いをひき起し、証拠・反対証拠を頒出し、裁判に対してとっかえひっかえ不眼申立をするなどして、わが臣民に訴訟物の価格を上回る費用を訴訟に支出することを強制している。そこで、われわれは、この種の軽微な事件についてはつぎのような規制をしたいと考える。」(§10)。この立法理由から明らかなのは、軽微な事件だから簡単な手続を定めるといっているのではない。むしろ、この種の事件から弁護士の関与をできるだけ排除したいという意図が露骨に現われている。

もっとも、この少額事件手続においても(なお、この手続においては口頭聴聞のみが許された)、弁護士の関与が全面的に排斥されていたわけではない。当事者(とくに原告)が弁護士を代理人として法廷に出頭させることは認め

られていた。しかし、被告については、「呼出を受けた者（被告）が期日に自から出頭した場合には、彼はその言分（Notdurft）を口頭で陳述し、裁判官はこの彼の抗弁を調書に記入し、このようにして手続を再々抗弁に至るまでその戦推で進行させなければならぬ。この場合には弁護士を許さない。」（§81）。この弁護士を許さないというのは、弁護士を全面的に許さないという意味ではなく、被告が本人出頭するときには弁護士の随行を許さないという趣旨であった。被告が法廷に出頭せず、弁護士を代りに出頭させることは許された。もっとも被告は、彼が病気がその他重要な障害事由がなければ代理人を出頭させることはできなかった（§82）。さらにまた、「一方の当事者が弁護士によって代理され、他方が本人出頭した場合には、まず弁護士の主張を調書に記入したのち、裁判官（彼は同時にこの調書記入の任務も担当しているのだが）は他方の当事者に対し、弁護士の主張したすべての事情とその理由づけを説明し、これに対してこの当事者がどのような抗弁を提出するかを聴取し、それを法律的に補充し、彼の言分を職権をもって斟酌し、このようにして手続が再々抗弁まで終了した場合には、本案につき法と正義にかなった裁判をすべきである。」（§82）。弁護士をふした当事者と、弁護士のつかない当事者の間の力のアンバランスを考慮し、後者の当事者のために、裁判官の職権活動を要請したものであった。

以上のように少額事件でも弁護士の手続からのしめ出し、制限はかなりの程度行なわれているが、これが下級裁判所の手続となると、そのしめ出しはますます強化された形で行なわれたのである。⁽²⁸⁾

(6) 下級裁判所の手続 下級裁判所では、「できるだけ (so viel möglich) 当事者を弁護士の付添いなしに取調べ、和解を試み、和解が成立しなかった場合には両当事者の陳述を調書に記載する。そして、とくに原告に対しては、彼の訴えが（被告によって）争われた場合には、いかなる証拠を提出するつもりかを質問し、また彼に、いかなる証拠を提出すべきかを教示すべきである。被告に対しても、彼によって証明されるべき抗弁について同様に取扱うべきである。」（§4, §11）。「もっとも、事件が複雑かつ重要で、弁護士の付添いを必要とする場合には、八日間対八

日間、一四日間對一四日間の loco orais の手續によつて処理すべきである。ただし、裁判所は事件を通常訴訟へ移行させてはならない。」(§12)。これは、下級裁判所の手續では口頭聽聞を原則とするが、事件によっては loco orais の手續も利用することがあるという趣旨である。

右からも明らかなように、下級裁判所の手續でも、弁護士の間与が全面的に排除されているわけではない。しかし、ここでは、——とくに相手方当事者が弁護士をふしていない場合には——当事者が弁護士を利用することが極端に制限されている。すなわち、まず「一方の当事者が弁護士を同行させ、他方の当事者が弁護士なしで出頭した場合には、その弁護士は退席させられる。この場合には、裁判官がその義務と良心に従つて職権で訴訟を進行させ、訴訟對して裁判を言渡すべきである。」(§131。傍点筆者)。つぎに、当事者自身が法廷に出頭せず、弁護士を代理人として出頭させることも認められているが、それは、「当事者が外国人、病人、または裁判所より遠方に住む者である場合にかぎる。そして、当事者の一方が弁護士を代理人として出頭させ、他方が弁護士なしで出頭した場合には、裁判所はその他方の当事者から充分に事情を聴取し、これを調書に書きとり、このようにして訴訟を職権で判決まで進行させなければならない。」(§14)。

かくして、下級裁判所では当事者による弁護士の利用が極度に制限されているのである。なかでも右の前の場合、つまり当事者が弁護士と一緒に法廷に同行させても、相手方が弁護士を同行していない（か、または代理出頭もさせていない）場合には、せっかく同行した弁護士を退席させられてしまうのだから、事実上弁護士を同行することを断念せざるをえない。そして、このように弁護士の利用が極端に制限されてくると、それではなんのために下級裁判所に弁護士を配置しているのか、疑問になってくるが、この点について法律自身は、「われわれが若干の場所に一ないし数人の弁護士を配置せしめているのは、彼らに通常訴訟を行なわしめようという意図のもとに配置しているのではない。むしろ、彼らに、重要な契約、分割（土地境界の分割などを意味するか）、その他これに類するもの、

あるいは住民が他の場所の裁判所で訴訟をする場合などに、適切な助言を与えしめるために彼らを配置しているのである。」(§130)。つまり、弁護士に予防法学的な機能を期待しているのであって、彼らの本来の活躍の場所である訴訟(とくに通常訴訟)からは彼らの活躍を排除してしまっているのである。前にも述べたように、少額事件手続では口頭聴聞のみが認められ、右の下級裁判所の手続でも *locus oralis* は例外とされ口頭聴聞が原則とされていた。この口頭聴聞という手続は、裁判官が直接当事者と交渉し、当事者の口から事件の真相を聞きだすのにもっとも適した手続である。裁判官さえ職権活動をする腹をくくれば、弁護士の介在は必要としない。これにくらべれば、書面訴訟においては、どうしても裁判官の職権活動が間接的になり、その書面の作成にも文人たる弁護士の援助を必要とする。プロイセンの下級裁判所の弁護士達は、この書面訴訟(通常訴訟も書面訴訟である)からその活動の場所を閉めだされたのである。彼らに予防法学的な機能しか付与されなかったのはしごく当然であろう。

しかし、いずれにせよ、この少額事件手続、下級裁判所の手続において、口頭聴聞の手続が重視され、それから弁護士の介在が排除され、他方裁判官の職権活動の強化が——法上も——しばしば言及されていることは、充分注目されてよいであろう。

次にきたる世紀——一九世紀においては、ドイツでもフランス法にならって口頭審理の採用が叫ばれ、立法上の大問題と化していくのであるが、このさいに口頭審理の採用が叫ばれたのは、審理における公開主義・直接主義の導入に関連してであった。ところが、この一八世紀のプロイセンにおいて、口頭審理の必要が強調されるときは、それは弁護士の介在排除、裁判官の職権活動の強化という、それとはまったく異別の目的を追求するためであった。所かわれば品かわるといふが、同じ訴訟法上の原則(口頭(審理)主義)が、その社会的政治的背景を異にすれば、こうもその機能を異にするものとわれわれの目をそばだたしめるのである。

六 裁判官層の変革——国王官僚化

さて、右にもみたように、一八世紀のプロイセンでは口頭審理の進出が目立っているが、それは、一方において弁護士介在の排除を狙い、他方では裁判官の職権活動の強化を狙ったものであった。その一方の主役、弁護士については、われわれはすでにCFMにおける規制ぶりを見た(それは、今日の自由な弁護士制になれたわれわれにはあつげにとられるほど、酷烈をきわめたものであった)。では、もう一方の主役、裁判官はCFMにおいてどのような規制を受けたであらうか。

かならずしもCFMだけによつたものではないが、CFMならびにその後数年間に与された法令によつて、プロイセンの裁判官にはきわめて徹底した官僚制が導入された。また、従来ともすると貴族(等族)側に傾いていた裁判官が、国王に忠実な裁判官に一変させられた。そして、この時期に試みられたコックツェイの一連の司法改革(CFMもその中に含む)は、この裁判官の官僚化(国王官僚化)こそ、その最大の目標としていたと指摘されている。以下、しばらく石部教授の表現を拝借すると、「一八世紀プロイセンの司法制度は、コックツェイの司法改革によつて、本質的な構造変化を遂げたことは明らか」である。「その改革は、基本的には、従来等族の影響下に在った裁判所を国王権力の支配手段として再編成し、等族の利益の擁護者であつた裁判官を国王の忠実な執行官である裁判官に矯正したのである。この過程は、司法における家産官僚制の身分的構造の克服あるいは脱皮と特徴付けることができよう。コックツェイは、このような方向を、国王の援助の下に、強力で推進した。(石部)」。しかし、この裁判官の官僚化、国王の意思の忠実な執行官たる裁判官への矯正の過程は、すでにわが国においてもいくつかのすぐれた研究によつて詳細な紹介をみている。本稿では、屋上屋を架する愚を避ける意味においても、あげてこれらの研究に頼つておこう。⁽⁵⁶⁾

さて、以上で、読者はCFMの描いた弁護士像、訴訟像、裁判官像を——はなはだ不十分なものであつたが——一

応把握されたのではないかと思う。

もう一度くり返していえば、まず弁護士は、これはもう悲惨きわまりない地位におかれた。彼はまるで裁判官の下風に立つ裁判所の職員であった。今日の感覚からはとうてい弁護士というしろものではなかった。また、訴訟手続の面では、その弁護士を手続の関与から排除、ないし制限し、他方裁判官の職権活動を強化する口頭審理の方式が進出してきた。そして、最後に、裁判官については、その官僚化、國王に忠実な裁判官への轉直しが行なわれ、ここにはじめて國王にとって信頼のおける裁判官ができた。

前にも——本章の冒頭の部分で——わたくしは、このCFMを目して、次にきたるCJFの露払いの役割を演じたと述べた。ところで、その次にきたるCJFは、おおよそ次のような輪郭のものであった。まず、弁護士が全訴訟手続から排斥された。彼らはや弁護士として全訴訟手続に関与することが許されなくなった。換言すれば、当事者は自己の意思に基づいてその訴訟代理人を選任することができなくなった。他方、その全訴訟手続は——國王の信頼のました——裁判官に委ねられた。弁護士に代って当事者のために配慮するのも裁判官であった。当事者のため、また真実発見のために、裁判に必要な訴訟資料、証拠資料を蒐集するのも、いつに裁判官の任務とされた——つまり、完全な職権主義訴訟法が出現したのである。

完全な職権主義訴訟法ときけば、今日のわれわれには異様な、ドラスティックな響きをもつが、前述したCFMの示した諸状況を参照すれば、この完全な職権主義訴訟法(CJF)へはあと一步の踏みこみさえあればよかった。しかし、さしものプロイセンでも、このあと一步の踏みこみにはかなりの躊躇が示された(弁護士を全訴訟手続から排除する立法例など、古今東西ほかにその例をみないであらう)。多くの論争がまき起され、司法官僚相互の間にもはげしい葛藤が生じた。そして、この葛藤において一方の急進派が勝利を占めることによって、ついにCFMからCJFへの移行が実現したのであった。このはげしい葛藤は、プロイセン司法史上の一大事件として今日でも語りつが

れている有名なものであるが、その直接の動機となったのはこのCFMかCJFかという論争であった。以下には、「シェレージエン新司法官僚の登場」と題してこの論争の経緯を素描してみよう。

ただ、この問題にはいるまえに、CFMについて今一点、しかも右述した論争にも多かれ少なかれ重要な影響をもつ問題として、CFM内にもられた「訴訟一年内終了」の要請について述べておきたい。

七 訴訟一年内終了の要請

CFMには一つの副題がふされており、「プロイセン国王陛下が自から指示し給うたプランに従って起草した、*Kammergericht*の法律。」⁽²²⁾というのであったことは前述した(一四九頁注(10))。しかし、その後引き続き今一つ、「この法律に従えば」すべての訴訟は一年以内にその全三審級を通じて終了できるはずであるし、また終了すべきである。」という副題がふされていた。

この「訴訟を一年以内に終了させよ」という要請は、⁽²³⁾なにもCFMにはじまったことではなく、すでにフリートリヒ・ヴィルヘルム一世即位の年に発布された法令の中でうたわれていたものであった。⁽²⁴⁾そして、その後フリートリヒ・ヴィルヘルム一世、フリートリヒ大王によって何度となくくり返された要請であった。法律にくらいこの二人の国王にとって、この要請こそ自己の裁判官、弁護士達の精励ぶりを測定する、唯一のそしてわかりやすい基準であったのであろう。

コックツェイがその司法改革を遂行するにあたり、フリートリヒ大王との間に訴訟の一年内終了をさかんに話題にし、そしてボンメルンやマルクにおいてこの要請を身をもって実現し、それによって大王の信頼を獲得したことは先の機会に述べたとおりである。

さて、CFMの制定後しばらくは、右の副題どおりに「大王の期待どおり」といってもよいが——、訴訟の一年内終了の要請は順調に果たされていった。しかしやがて、訴訟が停滞しだした。一七六〇年代の後半になるとそれが

いよいよひどくなってきた。しかし、これはなにも裁判官や弁護士怠慢によるものではなかった。いわゆる七年戦争（一七五六年——一七六三年）によってプロイセン領内がすっかり荒廃し、多数の戦災補償の訴えが起されたり、戦費調達のため通貨改鑄を行ない、そのため戦後になって悪性インフレが勃発し訴訟数が激増したためであった。よしせんは裁判所、裁判官の増設・増員によってのみ解決できる問題であった。しかしそのような手当もしないまま、大王は訴訟が一年内に終了しないということだけでイライラしはじめた。裁判官に対してきびしい訓令がとんだ。裁判官は訴訟の遅延はいつに弁護士せいであるとして苛酷な制裁を發動した。国王の不満→裁判官の恐慌→弁護士への転嫁というのは、一八世紀プロイセンの司法史にしばしばみられるサイクルであるが、この悲しむべきサイクルがここにも展開されたのであった。だがいずれにせよ、せつかくのCFMの制定にもかかわらず、いわば慢性ともいうべき国王の訴訟不満病がまたもやぶり返したことは、次期の展開にあたって見逃すことのできない事実である。

(1) 以下の叙述は、主として Kampfz, Bd. 59, S. 67 ff, Stölzel, S. 164 ff, Springer, S. 125 ff によつた。なお、CFM は、後述するボンメルン・フリードリヒ勅令の草案の略である。

(2) フリートリヒ大王が、その父王フリードリヒ・ヴィルヘルム一世と同様に、大臣達の合議体に親しく臨席せず、自からの執務室 (Kabinett) から各大臣宛に文書で指令 (＝閣令) を発したことは広く知られている。

なお、Cocceji (Samuel von) は、このコックツェイと和訓したが、この和訓法は人によって多少異なり、最近ではコックツェイと訓ずる人も多い。しかし、ここでは石部教授のそれに従った。後出のスマルツ (von Smarck) スマルツとする者が多い (らに) ついても同様である。なお、このコックツェイ、スマルツというドイツ離れしたラテン語だが、じつはドイツではよくありふれた姓氏の Koch, Schwartz に由来するところを、石部・一〇〇頁注4。また、コックツェイの経歴については、石部・二七頁以下、官略・一〇七頁注2。

(3) フリートリヒ大王の治世下では、その曾祖父「大選帝侯」フリートリヒ・ウィルヘルム¹の治世下(一六四〇—一六八八)に比べて、軍事費・行政費ははるかに増大したが、裁判所への出費は一ターラーも増額されなかったという。Hintze (Oho), *Preußens Entwicklung zum Rechtsstaat, in Regierung und Verwaltung*, 2. Aufl., 1967, S. 116. そのために、いかに裁判官は當事者から收納される手数料 (Sporein) に依拠することになったのだが、このように裁判官が手数料に依拠することから種々の弊害が生じたことはいうまでもない(上山・一九五頁以下、石部・二二頁以下、宮崎・九六頁以下)。コックツェイが裁判官に國王から定額の報酬を与えることを提言したのも、このような手数料制に依存することから生ずる弊害を打破するためであった。

(4) ポンメルンの司法制度については以前から種々の問題があり、フリートリヒ大王の悩みの種になっていた(一例として、Stölzel, S. 165 f.)。そのボンメルンについて再び苦情が無いこみ、大王にコックツェイの改革案を想起させたのだから、コックツェイにとってはまことにグッドタイミングだったわけである。あまりにグッドタイミングだっただけに、この手紙の筆者は実はコックツェイではなかったかと懐測されている(Stölzel, S. 174)。

(5) Jariges (Philip Joseph Pandia de) 注、一七〇六年一月三日ヘルリーンで生まれた。いわゆるエグノーの家系の出身である(前述した「大選帝侯」の時代に、父は財産をすべてフランスを去り、プロイセンで軍人となった)。幼児より頭角を現わしていたが、一七二七年以来裁判官の道を歩み、一七四〇年には、選ばれてヘルリーンの「フランス人上級裁判所」(das französische Obergericht) の裁判長となった。当時のプロイセンには多数のフランス人(エグノー)が居住していたが、彼らの訴訟事件を裁判するために「フランス人裁判所」が設けられており、右はその最上級裁判所であった。彼がコックツェイに指命されてボンメルンへ同行したのも、この職にあったときであった。その後ボンメルンでの功が認められて、一七四八年夏にはヘルリーンの上級裁判所の裁判官 (Tribunalarzt) になるなど、昇進を重ねていったが、やがて一七五五年一月、コックツェイの死去とともに大法官の地位に就いた。一七五〇年一月九日、在職中のまま死亡した。Allgemeine Deutsche Biographie (以下、ADBと略す)、Bd. 13, S. 721 f, Kamptz, Bd. 39, S. 93, Stölzel, S. 136. (編集後、不

正確な表現をしていることに気付いたので訂正しておく。「フランス人裁判所」は、フランス人裁判所の中では最上位の裁判所であったが、上訴裁判所ではなく、唯一の終極裁判所であった。上告は、Tribunal, のもの das geheime Obergericht などの普通の上告裁判所にする(ことができた)。

Furst (Carl Joseph Maximilian Freiherr von Furst und Kupferberg) は、シヤルレーゼンおよびホーメン(ホヘミヤ)に伝わる古い家系の出身で、一七一七年四月三〇日シュレージェンに生まれた。一七四〇年に始まった第一次シュレージェン戦争中にフリードリヒ大王の知遇を得、同年十二月にはスルリーンの上級裁判所の裁判官 (Geheimer Justizrath und Oberappellations-Gerichtsrath) の地位に拔擢された。一七四七年彼がコックツェイに同行したときも、この職に就いていた。彼がコックツェイに認められたのは、彼の才能もさることながら、彼の岳父がコックツェイの親友であったこともあつて力があつたらしい。(もっとも一七四六年九月七日コックツェイが大王に提出した同行予定者の名簿には彼の名がなく、同月三日提出された名簿の中で彼の名が追加された)。その後、一七五五年には Kammergericht の第二部の長官、一七六三年には同裁判所の首席長官などの要職を歴任し、一七七〇年一月、ヤリグスの死去の後を襲つて大法官に就任した。しかし一七七九年一月、後述するアーノルト事件の発生によつて大王の不興を買ひ、その地位を罷免され、一七九〇年三月二十六日、失意のうちに死亡した。ADB, Bd. 8, S. 213 ff, Kampf, Bd. 59, S. 93, Dehning, S. 384 ff.

(9) Holtze, S. 218. ホンメルンの弁護士連もこの中央の査察者達の職能がりによく協力したらしい。ホンメルンの弁護士達の精励ぶりを高く評価したコックツェイは、従来彼らに着衣が強制され彼らの差別的となつていた「黒マント」令(後述一三八頁参照)の緩和を上請したが、フリードリヒ大王の許すところとはならなかつた。

(7) 大法官という称号は、特別の実質的な権限は伴わず、たんに従来の首席司法大臣の職を不す名誉称号にとどまつたらしい (Stolzel, S. 184)。コックツェイはフリードリヒ・ヴィルヘルム一世から Ministre chef de justice の称号を貰つたが、フリードリヒ大王はこの時期までコックツェイを呼ぶのにこの称号を用いず、たんに大臣 (Eratr-Minister) と呼んでいた。なお、コックツェイが以前にこの大法官という称号を用いることを提案し、フリードリヒ・ヴィルヘルム一世から拒否された

ことにつき、上山・官僚制二七六頁。

(8) フリートリヒ・ヴィルヘルム一世は、個々の官僚の権限が強大になることを恐れて、厳格な合議制を導入した。司法行政に ついても然りて、コックツェイは司法大臣になった後も、アルニム(Georg Dietrich von Arnim)らの同輩をかかえて、彼らと合議の上でなければならぬことも決定することができなかった。彼の年末の宿願である司法改革がなかなか実現しなかったのも、そのためであった。そして、ライバル・アルニムらの背景には、司法界のユリート達を網羅し、急激な司法改革に反情を示す *Kammergericht* が控えていたのであった。

ところが、この点、フリートリヒ大王の治世になると、個々の官僚に専情的に重要な任務をゆだね、これを國王が指揮するという方法がとられるに至った。ドレーズデンの諸和条約直後コックツェイに司法改革が命ぜられたのも、その一つの現われであるといえる。これによってコックツェイはその宿願をはたすはじめての機会をもったのである。上山・官僚制二二二頁以下、石部・二八頁、高橋・一〇六頁注1。

(9) C F M以前のおびただしい数のプロイセン訴訟法については、Abbe, S. 12 ff, Bomsdorf, S. 66 ff, 及び Schwartz, S. 435 ff. C F Mは、これらの諸法典、とくに18世紀にはいつてからのその組合とも目されるもので、以下でも必要に応じてこれらの諸法典を引用する。

しかしこれらの諸法典も、主として *Kammergericht* の訴訟法典が紹介されているので、これらがはたして各地方の裁判所でも行なわれていたものか、とくに下級裁判所においても行なわれていたものかは、疑問である。その点、C F Mは下級裁判所に関する規定も設け、その規定が下級裁判所によって遵守されることが強制されたのであるから、その内容の包括さ、詳密さとあいまって、もっとも完備した統一的訴訟法典であったといえる。ただしこのC F Mも、各地方に施行するにあたっては、各地方の慣行、特殊性と調整をはかるために、多くの施行令を定めなければならなかった。後述するC F M制定後のコックツェイの査察旅行(Visitationsreise)も、その理由の大半はここにあった。

(10) C F Mには、Project(草案)という差題がつけられていることは前述したとおりだが、わたくしが参照した法典(ロ

ビー。フランクフルトとライプチヒに書業所を有する書店が、プロイセン王国の許可を受けて原本を印刷にふしたもので、その Project の部分が Grundris (要綱) となっているが、法律は全文そのまま収録されているようである。

なお、この法律には、「プロイセン国王陛下が自から指示し給うたプツェンに従って起草した、Kammergericht の法律 (Kammergerichts-Ordnung)」という副題が添えられている。前述したやうに一七四六年九月一五日フリードリヒが行なつた口頭顧問ののち、コッタツェイが草した指令 (Instruktion) にも、「朕が彼 (コッタツェイ) に口頭で指示したプツェンに従い……」という表題が示されていたし、また C F P の副題にも、この C F M と同じような副題が添えられていたようである。さらにはまた、フリードリヒ自身がその一七六八年の第三回目の政治宣言 (Politisches Testament) の中で、「朕は改革のプツェンを下書きし、それを大法官コッタツェイに渡した」と述べているので、はたしてフリードリヒが実際にそのプツェンを作成したかどうかが論じられている。しかし、フリードリヒが法の一般的、基礎的な知識をもっていたことはともかく、司法制度、訴訟手続のこまかな知識をもっていたとはとうてい考えられない。この法典がコッタツェイの年来の主張を実現し、いままで彼がなん度か実定法化を試みてきた諸制度の集大成であること (後述参照) を思うなら、この副題ならば彼の宮廷作法、法典の「はく」づけのために行なわれたとみるのが至当であらう (Springer, S. 153 ff, Hintze (Otto), Friedrich der Große und die preussischen Justizreform des 18. Jahrhunderts, Recht und Wirtschaft, 1, Jhg. (1912), S. 129)。

(11) その原因については、上山・七一頁以下、一四一頁以下、とくに二四五頁、同・宮殿制三七頁、同「近代ドイツの憲法状況と司法の構造」・10「法律時報四六巻二二一〇四頁以下、Weibler, S. 236 ff, Dörning, S. 129 ff.

(12) 上山・一九四頁以下、Weibler, S. 310 ff.

なお、同じ即位の年に、しかも即位後二か月もたないうちに、弁護士を従来は裁判所の許可制であったのを国王の許可制にきりかえ、高額の許可料を請求するとともに、弁護士の設定を大はばに削減し (ホルリンの Kammergericht の弁護士は従来の方の三分の一に減らされ、残り三分の二の弁護士はなんの補償もなく失職した)、また弁護士の手数を従来の方の二分の一以下に減額させるという大なたをふるった。しかもこれはなんら大臣連に相談することなく、まったくフリードリヒ・ヴァル

くニットの独断によつたものであつた。Weibler, S. 296 ff.

(13) Machtspruch によつては、村上・八十五頁以下。

(14) Stölzel, S. 137, Weibler, S. 319 ff.

(15) 中野貞一郎「ドイツの弁護士制度」三ヶ月の「各国弁護士制度の研究所収」二二六頁以下、上山・二二九頁、Weibler, S. 168 ff, Döhring, SS. 119 ff, 131 f.

(16) Weibler, S. 287 ff.

(17) 前述した、一七四六年五月九日にフリードリヒ大王に提出した「司法改善に関する意見の説明書」のなかで、この言葉を述べた。Kampitz, Bd. 59, S. 81. のことである。Prokurator 制が存在するため、Advocat がみずから事件の調査を知り、また当事者が二重取りをしようとする事実を指摘、非難している。

(18) 一七二八年の法令で Prokurator を法廷から閉め出すこととしたが、アルニム(前注(8)参照)らの反対であつた。一七四〇年の法令で Prokurator を復活せよとせよとなつた。Weibler, S. 324 ff, Stölzel, S. 144, Springer, SS. 53, 87 f.

(19) コットンネイは、前述した「司法改善に関する意見の説明書」のなかで、「臣の四六年間にわたる経験(コットンネイは一七〇二年、オーデン河畔のフロンツァンツト大学の教授となり、一七〇四年ハルバーシュタットの Regierungsrat を成きりに司法官僚制にはいつている)よりして、弁護士に訴訟が終了し、最後の判決によつて彼の寄与度が確定されるまで、当事者から報酬を受け取ることが無い、これに違反した場合には失格の制裁を課するという以外、弁護士をして訴訟促進に一生懸命にならせる方法を知りません。……もつともこのような方法をとつたところまで、弁護士は支払いの差延をそれ程心配することはありません。なにしろ訴訟は一年以内に終了するのでありますから……」(Kampitz, Bd. 59, S. 80 f.)。

(20) だが、その手数料制については、フリードリヒ大王は弁護士に「一定額のしかも充分な年俸」を支給し、正式に裁判所の職員とするという意向を二度にわたつてもらっている。しかしもしも、コットンネイはこれに対して沈黙をもつて答え、またアルニムは、その年俸をどこから捻出するのか、弁護士間にどのように事件を割り振りするのか、などの技術上の難点があつ

知ります」と同じく消極的に答えてゐる。Weibler, S. 327 f.

(21) しかし、このような弁護士に対する制裁は、本文に述べた若干の例にとどまらず、CFMの全編にわたってみちみちていたといつてよい。たとえば、被告がゆえなく不明瞭な答弁をしたり、否認したりすると、弁護士まで五ターラーの過料に処せられたし(§ 9, § 14)、相手方が欠席しているのに欠席判決を申立てなかつたからといって、弁護士に五ターラーの過料が課せられた(§ 16, § 9)。しかも、これらの過料が、この領裁判所ごとに新設された手数料金庫(Sportkasse)に収納され、裁判官の報酬はこの手数料金庫から支払われるという仕組み(§ 9)になっていた。

ドイツ弁護士史の権威ツァイスターは、このCFMにおける弁護士の制裁の厳しさを皮肉つて、「弁護士が何かしようとする、必ず後から手数料金庫の過料という名の幽霊がおどろおどろとついて廻つた。」と評している。Weibler, Umbildung, S. 36.

(22) Vgl. Weibler, S. 313, Springer, S. 370.

(23) なお、CFMにおける弁護士制度に関連して、つぎの二、三の問題に言及しておきたい。

[1] コミサル(Kommissar)制 コミサルとは、本来代理人、派遣官、代官などの意味で、プロイセンでは行政機構上重要な役割をになつた一つの職種とされているが(上山・官僚制一八八頁以下、官制・五八頁)、訴訟手続のほうでこの語が使用されるときは、もともと証人尋問を行なう裁判官、現地検証におもむく裁判官などをさし、したがつて今日の言葉でいえば受命・受託裁判官を意味している。ところが、プロイセンでは、このコミサルには右のほかにも、現地に赴いて当事者の意見を聴取したのち、裁判をする権限まで認められ、また必ずしも職業裁判官である必要はなく、法有識者、経験者ならば誰でもよいとされ、さらにこのコミサルは当事者の推せんに基づいて選任されることになっていた。

ところで、コミサルに選ばれて現地に赴いたところで、当時のことであるから交通は不便であるし、村々には旅館などないところもあるいきおい当事者のどちらか一方の家に宿泊するということになるし、そうなると思慮はうけるし、また賄賂を受けとる可能性もでてくる(当時の裁判官が当事者から「賄物」を受けるとほとんど無感覚であつたことにつき、

Doiring, S. 98 ff.)。そのうえ、既に述べたように当時の裁判官にとって当事者の収める手数料が唯一の収入源であり、しかもコミサールに選ばれることの手数料はその者だけが独占できたので、裁判官はコミサールに選ばれると喜んで現地へと出張した。しかし、このことは、その裁判官の本務地の訴訟の訴訟が滞滞することを意味したし、また、前述したようにこのコミサールの推せんは当事者の側からなされたが、当事者が一々の裁判官を知っているわけではないので、いきおい自分の弁護士に推せんを頼むこととなる。そうなるといわばこれらの弁護士が裁判官のスポンサーとなり、彼らが事実上裁判所を支配するものとなる(Springer, S. 104, Neufeld(Hans), Die Friedrichianische Justizreform bis zum Jahre 1780 (Diss. Göttingen), 1910, S. 71 ff.)。コミサール制はプロイセン法廷のレベリマンだてたところである。

コックツェイは、その改革にあたってこのコミサール制にも、全面的といえないまでもかなりメスをふるっている(コミサール制の全廃は一九世紀まで持ちこたれた)。まずコミサールの職務範囲を明確にし(4, 6, §2) Kammergericht の裁判官がコミサールとして地方に出かけることは厳禁し(§11)、ちつと現地近づくは住む Bürgermeister, Syndikus (以下「市町の法律・裁判担当」)、あるいは裁判官候補 (Referendar)、参事官 (Auskultator) などを選ばなくてはならぬ(§12)。また、コミサールは一日ニターラーの割合いで裁判所の手数料金庫から日当をうけ、それ以外に当事者から金品を受領したときは解任事由となる(§44)。その上、当事者の宅に宿泊することも禁止され、現地に旅館などがないときは、近くの町または村で宿泊すべきであるといわれている(§46)。そして、このコミサールの選任にあたっては、裁判所が職権に基づきその多数決によって選任し、ただ当事者双方が合意してコミサールを推せんしてきたときはその者を選ぶべきであるとしている(コミサールに仲裁人としての役割を期待したのである)(§45)。弁護士の側から「直接」コミサールを推せんすることは固く禁止された(違反すると五ターラーの過料。I, 14, §44)。

(2) 農民弁護士 この時代のプロイセンには、土持頭主 (Obriegkeit, Gutsherr) と、農民 (Untertan, Bauer) の間に訴訟が激発し(これを農民訴訟といふ、Bauernprozesse)、この訴訟の激発がひびいてはその後のプロイセン法の発展にとって重要な意義をもつのであるが、その詳細は後述することになりゆかり、ここではCFRに次のような興味深い一条のあること

を紹介しておきたら。「弁護士や Konsulent (地方の一種のもつて弁護士) が Untertan をそのかじ、その Obrigkeit またはその代官に対して反抗的な態度をとらせたり、とくに地方法 (Landesverfassung) を協約の明らかな規定に反して当事者の一方 (Oberkeit) にシカーネを試みたり、地方に住む人々に訴訟を起すよう扇動したときは、その弁護士または Konsulent は、自己の側の当事者のみならず相手方当事者に生じた全費用も支払い、また事情によっては失格、体刑を命ずる) ことがある」(I, 14, § 55)。後年モロイセンの論者は、もつて農民の側には「農民弁護士 (Bauernadvocat) がうぬ」を列挙し、これに対する普及の念を表明してゐるが (Svarez, Unterricht für das Volk über die Gesetze, 1798, in E. Wolf, Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, S. 186, 乃至「序」三三九頁、Weibler, S. 468)、すでに CFM において農民弁護士の存在が暗示され、それに対する制裁が設けられているのが注目される。

(24) これらの事件は、当時の普通民訴法理論においてもいわゆる「略式訴訟」の中に教えられていた事件である。略式訴訟については、当時においても普通の訴訟—書面訴訟から區別され口頭審理の方式が相当大幅に認められていた。しかし CFM では、これらの事件を略式訴訟として特別扱いをせず、むしろ普通の訴訟のなかに数を入れて普通の訴訟でも口頭審理が原則的な方法であることの例示としていたことに注目すべきである。いいかえれば、CFM では普通法理論では略式訴訟についてのみ認められていた口頭審理を普通の訴訟でも一般化したところとその特色があるといえる。

(25) 上の loco orals の手続は、すでに一七〇九年の Neu-verfäbte Cammer-Gerichts-Ordnung in der Chur- und Marck Brandenburg にも認められていた (Abbgg, S. 39, Schwartz, S. 463 f.)。同法は、一八世紀前半のモロイセン民訴訴訟法 (以下 C F M) のエッセツクを画したとされる法律で、CFM の最初口頭審理がきつて、ついで loco orals の手続、そして最後に後述の通常訴訟がくるという整理の順序づけなど、この法律に端を発しているところによつてよい。

(26) もつともこの口頭審理を原則的な方法とするという立法者の意図が、訴訟の実践の場ではどの程度表現できたかははなはだ疑わしい。CFM が定着してつた後年はさておいても、普通法の書面訴訟になれた裁判官、弁護士等は、緊張と迅速を要求される口頭審理よりも、書面審理の性質を有する loco orals の手続を愛用してつたのではなからかと推測される。vgl. Sch-

wartz, S. 489.

(27) 1713年4月16日、普魯士 Kammergericht の裁判の職を帯びたハンナ・マートが頒布した Verordnung, wosach bey dem Chur-Mibrechtischen Hof- und Cammer-Gericht das Justiz-Wesen eingerichtet und verfahren werden soll によつて定められたる法律の中で述べた條が、その法は「帝国の諸裁判所や、わがプロイセン王国には絶えずあるべき Chumark (ポツタン地方) の Kammergericht にも、訴訟の Instruction に關する事項は、今後は普面による申出を許さず、全弁護士の立会ひの下に口頭で行なうこととする。」と定められていた (Schwartz, S. 471, Abbeig, S. 52 ff.)。プロイセン王国では絶えずあつたかといふかは知らないが、帝国の諸裁判所 (すべて帝室裁判所) になつては開廷日を所屬の Prokurator 全員が出陣し、その訴訟書類を出したり諸權の申出をするといふ慣行が行なわれていたといふ (Weißler, S. 169, Schwartz, SS. 92, 471)。ハンナ・マートは一七一〇年から四年間普魯士・マツラー (Wetzlar) にあつた帝國裁判所にプロイセンの代表として派遣されてゐたので、その間に右の慣行にも密着する機会をもち、後年の Constitutioneren のコントを得たのではないかと推測されてゐる (Springer, S. 22 ff.)。なお、余談ではあるが、ヴェツラー (Frankfurt-am-Main の北西、ギーセンの西方にある小都會) は、一四九五年フランクフルトに設置されてから、その後縣々と所在地を変えた帝室裁判所の最後の所在地になつたところであり (一八〇六年神聖ローマ帝國が崩潰するまで)、その頃法律を志す若者の一度は訪むべき「聖地」であつたようである。当初弁護士志望であつたゾーテがこの地を訪れ、その出世作「若きヴェツラーの極み」の着想をえたことは有名である。

(28) 一七三九年二月十四日、當時すでに Ministre chef de Justice の職にあつたロツクツェイは、少額事件の手續について規則を定めた勅令を發布した (一般には Edict von Bagatellsachen と記し慣わされてゐるが、ほんとうはもつと長々しい題の勅令である)。それによつて、五〇ターナーまでの少額事件では、必ず口頭審問によるものとされ、通牒訴訟によることは許されず、反面弁護士立会ひは排除され、訴訟の進行・審理は裁判所の職權によるものとされてゐた。しかも、五〇ターナーを超える事件でも当事者の一方が弁護士に付添ひなしで出頭した場合には、やはりこの手續が適用されるものとされてゐた。し

かし、この少額事件の手續に關する特別には、論敵マルニムや Kammergericht の裁判官達の反対が強く、彼らは一七四〇年十一月二三日の Declaration des Edicts von Bagatellsachen (フリートリヒ大王治下の最初の訴訟法典である) によつて、この特別を一〇ターター以下の事件に限定し、一〇ターターを越える事件については、下級裁判所では弁護士を依頼することは当事者の自由だが、上級裁判所では弁護士への依頼を強制されるとした。——これに対して、コックツェイは巻き返しをはかつたのである。ボンメルンでの改革に先立って彼が示した改革案では、訴訟二五ターターに限定して右の特別の復活をはかつたが、CFMでは再び訴訟額を五〇ターターに引き上げるとともに、その手續については右の特別を若干緩和した形で復活をさせていることは本文にもみるとおりである。

(29) 弁護士の手続からのしめ出しという点では、和解手續についても弁護士のしめ出しが行なわれている。この時期を通じてンロイセンの立法者は和解についてきわめて熱心であつたが、CFMにおいても、大略次のような手續が定められている。まず、すべての訴訟手續の開始に先立って極力和解を勧めるべきであるとして (4. 7. 1. 2)、いわば和解前置主義を採っている。次に、その勧解を行なう期日に当事者と弁護士を一時切り離して、当事者だけを法定の付屬部屋 (Nebenzimmer) に呼び入れる。そして、そこで裁判官が直接当事者を尋問し、また持参した書証を闡説するなどして、その審理の結果を調書に記入する (4. 8. 2)。調書の記入が終つたところで、裁判官が当事者に対して和解案を提示するが、このときにはじめて弁護士を立会わしめる (4. 8. 3)。このように和解案の提示に先立ってまず弁護士を排除するのは、往々弁護士が報酬額の増大を狙つて、和解の成立を妨害するのでそれを防止するためであると説明されている。もし和解が一方の当事者、またはその弁護士の拒否にあつて成立しなかつた場合には、將來の判決においてその当事者に敗訴判決が言渡されるか、あるいは勝訴しても認容額が和解案で提示された額を下廻つてゐるときには、当事者には相手方に生じた全費用の賠償が命ぜられ、また弁護士にはその報酬額の受領が禁じられ、当事者が支払つた報酬額は手数料金庫に収納される (4. 9. 2)。これに対して和解が成立した場合には、弁護士に対して一定額が手数料金庫から支払われることになる (4. 9. 3)。

(30) 村上・九四頁以下、上山・官價制二六三頁以下、石部・一二頁以下、宮崎・とくに九四頁以下。

(31) この訴訟を一年以内に終了させよという要請を履行するために、前述したコミサール制(注(23)(1))が利用された。ある裁判所で訴訟が一年経っても終了していないことが報告されたときには、コミサールが任命されて、これが記録を取り寄せ調査にあたった。そして、裁判官、当事者、弁護士のうち、誰が有責者であるかが判明したときには、この者にコミサールの費用の負担が命ぜられ、また裁判官、弁護士の場合には、解任(失格)事由とされた(1, 14, §60: 4, 6, §22)。

(32) 一七二三年六月二日の Allgemeine Ordnung, die Verbesserung des Justizwesens betreffend (フリートリコ・ヤールヘルム一世治下の最初の訴訟法典である)。Vgl. Abbe, S. 39, Schwartz, S. 468.

(33) Stözel, S. 251 ff. によると、Kammergericht に係属した訴訟数は、一七四八年に一〇八三、一七四九年に一八〇五であり、処理された訴訟数は、七年戦争は免の前半まで年間一〇七三から二二六四であった(なお、Springer, S. 308 によると、一七五〇、一七五一、一七五三年度の統計によれば、全王国にわたって一年をこえる事件がほとんどまれであったという)。しかるに、これが七年戦争の終了後になると、係属する訴訟数は一七六四年三〇四七、一七六五年三四九五、一七六六年四一六五と、うなぎのぼりになるのに対して、処理される訴訟数のほうは、一一〇四、一三九六、一八六八と、ほぼ戦前なみであり、裁判官の懸命の努力にもかかわらず、よほどの大幅な増員のない限り、彼らの処理できる事件数には限りがあったのである。それにもかかわらず、フリートリコ大王は一七六七年大法官(当時はヤリグス)に書面を送り、Kammergericht における訴訟の遅延ぶりを問詰し、これに対して Kammergericht 側は、弁護士の態度や、下級裁判所の欠点だらけの審理などに問題があるとし、「(法律的に)理由のない書面の悪意ある起草者」(= 弁護士)に対して体刑を命じている一七五三年のアルトマルク(マルク・ブランデンブルクの一地方)の上級裁規則を活用することを提案したのであった。

三 シュレージエン新司法官僚の登場

一 四人の大法官の勢ぞろい

ここに一つおもしろい挿話が伝わっている。CFMの制定後も、コックツェイは多忙をきわめ、半年とてヘルリー

ンに席が温まる暇がなかったという。CFMを各地方に導入するにあたり、各地方の実情や慣行に適した施行法を伴する必要や、彼が試みた裁判官制の改革、司法機構の統合は、当然のことながら各地方に混乱、衝突、反抗をもたらしたが、これを調整し、宥和し、監視するために、マルク以外の各地方をたび回らねばならなかったのである。もはや七〇歳を越えようとする老令とも思えず、まさにカーライルが呈したという「司法のヘラクレス」のニックネームに恥じない、まことに精神的な活動ぶりであった。彼が一七五〇年五月一日シュレージエンに向けて三か月の旅に旅立ったのも、そもそもはフリードリヒ・グイルヘルム一世の宮廷のフルル役をしており、その後フリードリヒ大王によってシュレージエンの有力官僚の地位につけて貰った男が、土地の裁判所の長官との間におこした喧嘩がもとであったというが、元来が右のような目的をもった——当時の言葉でいう——司法査察 (Justizvisitation) の旅だったのである。このときも、ボンメルンでの改革以来の手腕、ヤリグスとフェルストが同行した。そのほかに、シュレージエンに「若手の優秀な裁判官を派遣」する意味で、当時 Kammergerichte の裁判官候補 (Referendar) であつた、二八歳の青年カルマー (Carné) も同行した。総勢はこの計四名であつた。そして、じつは、ここに奇しくも、一八世紀後半のプロイセン司法界の最高権力を握った四人の大法官が勢ぞろいしたのである。一七五五年コックツェイの死後、ヤリグスがその後を襲つて大法官の地位につき、ヤリグスの死 (一七七〇年) 後はフェルストがその後をつぎ、フェルストとカルマーは、やがて述べる大角逐の末、一七七九年のアーノルト事件という思いがけぬ事件の出来によって、カルマーに最後の栄冠がほえんだのであつた (在職一七九八年まで)。

さて、コックツェイ一行は、シュレージエンの最初の訪問地として、同州の東南隅に位するオッペルン (Oppeln、現在ポーランド領 Opole) を訪ねた。ここで、彼ら一行は弁護士の狡猾なテクニクによって紛糾している、数多くの訴訟の事件記録をみた。コックツェイはため息をついて「一体せんたい、弁護士というものはなしにすまされないものだろうか」とつぶやいた。若いカルマーは果敢にも、「弁護士制度は全廃すべきである。そして、裁判官が

自から職権で事件の事実関係を調査すべきである」と応えた。しかし、他の二人の同行者、ヤリゲス、フェルストは鼻白んで容易にこれに賛意を表しなかつたという。——この挿話は、のちのフェルスト・カルマー間の大角逐の内容を予告するものとして、きわめて興味深いものがある。

さて予定どおり、シュレージェンに「残された」カルマーは、オッペルンの上級裁判所の裁判官を皮きりに、とんとん拍子に出世して、一七六八年には、シュレージェン州の司法大臣の地位にまで昇った。その間に、終生彼の右腕として働くスワルツ(Swartz)も得た。

そして、——以下は、カルマー自身の語るところによるのだが——一七五一年には、フリートリヒ大王の直接の命令によつて、オッペルン在のバツツィンスキー(Paczusky)対將軍ホルンシュテット(Bornstedt)間の一五におよぶ訴訟を(その訴訟は、当時の基準で半ダースの弁護士を五ないし一〇年間養うことができるといわれたが)、国王の命令どおり「専断の眞の関連を職権で探知し、煩瑣な手続によらずして審理し判決すること」につとめ、これを僅か八日間で解決して国王の希望に応えたのであった。その後カルマーは自己の職権主義訴訟(弁護士を排除する訴訟)に自信を深め、シュレージェンの下級裁判所に対し「いつの時点でも勸解を試みよ。しかも、能うかぎり弁護士を排除して」と命じていたが、やがて一七七〇年には、再び大王の命令に基づいて、シュレージェンの農民訴訟について自己の職権主義訴訟を制定法化するに至つたのである。

フリートリヒ大王はよく地方視察に出かけ、地方官僚との契帯を固くすることに努めたといわれるが、シュレージェンにもたびたび出かけ、そのつどカルマーとの個人的接觸を深くしたらしい。やがて、カルマーの手腕と実績を高く評価し、他方CFMの機能不全(訴訟遅延)に不満をつのらせていた大王は、カルマーに彼のアイデアを一般的な訴訟法案として提出することを命じた。その命令に応じて、一七七四年八月、当時シュレージェンに滞在していた大王に対して訴訟法案を提出した。同年九月、ヘルリン(ポツダム)に帰還したフリートリヒは、この法案をその頃

大法官であったフェルストに渡し、彼の意見書の提出を求めた。ここに、いよいよ、シュレーゲン新司法官僚（カルマー・スワルトツ）のベルリンのりこみ、これを迎え撃つベルリン旧司法官僚（フェルスト・ルポール）との間のはげしい権力闘争の幕が切れておとされたのである。（シュレーゲン新司法官僚の編は、上巻・官制第三一七頁）

二 新司法官僚と旧司法官僚の角逐

当時のベルリンには、王国の首府である以上当然のことであつたらうが、全プロイセンのより抜き司法官僚達が集まつていた。司法権力の最頂点に立つ大法官フェルストがいたし、また、Kammergerichtにも最優秀の裁判官達が揃えられていた。当時のKammergerichtは、たんにマルク地方の上級裁判所にとどまらず、同じベルリンにあったTribunalとともに、全プロイセンの最上級（（一）上告（二）裁判所の性質も兼有していた。）その上、その頃には、立法官僚・裁判官僚の明確な区別もありませんに、Kammergerichtの裁判官が立法、とくに訴訟法の制定などに関与していた。ところで、大法官フェルストにとっては当然のことであつたが、Kammergerichtの裁判官達にとつても、彼らの導きの星、精神上的「マイスター」は、いつでもコックツェイであつた。彼こそはプロイセン司法の大刷新を敢行し、その中央集権体制を確立するともに、Kammergerichtの今日の地位をあらしめた恩人であつた。そして、コックツェイその人とともに、彼の「偉大な遺産」であるCFMは、彼らにとっては金科玉条のバイブルであつた。（8）

そのCFMに対し、こともあろうに一個の地方官僚にすぎないカルマーが、真向から挑戦し、それを根本的に刷新する訴訟法案を提出してきたのである。しかも、その訴訟法案を大法官フェルストに交付したときのフリートリビ大王の閣令も、同法案に対してきわめて好意的な文章にあふれていた。これを受けとつたフェルストや、Kammergerichtのメンバーは、彼らが安住してきた権力の座が一瞬にして崩壊にさらされる思いがしたことであらう。法案を受けとつたフェルストは、それをさらにKammergerichtの長官メンバーに交付して、彼に意見書の提出を求め

たが、そのさいの彼の依頼の手紙はいつになく矛盾撞着にみちたものであったといふ。⁽¹⁰⁾

一方、挑戦を試みるカルマーのほうも、要領をこころえたものであった。彼がもしベルリンにいるフリートリヒにこの訴訟法案を提出したなら、おそらく一読もされないまま、フェルストに検討を命じるために交付され、そこで握りつぶされるか、カルマーに反論の機会も与えないままに一方的な批判書が提出されて「没」とされる運命にあつたらう。カルマーはフリートリヒが彼の司法官僚から切り離されて単独でシユレージエンへきた機会をねらつたのであつた。彼がその訴訟法案と同時に提出した上奏書には、「臣はこの新しい民事訴訟法典に寄せられるであらうすべての非難を先刻承知しております。臣はこれらの非難を十分熟考いたしました。その結果ただだ臣が恐れますのは、臣と同じ分野の人々の嫉妬と策略だけであります。と申しますのも、この新しい訴訟法典は彼らの従来の法律知識の、少なくとも三分の二は無意味にしてしまうからであります」。このようにフリートリヒに巧みに訴え、予想される——そしてその予想は見事に適中したが——ベルリンの旧司法官僚達の反撥への予防線をはりめぐらしたのであつた。

このシユレージエン新司法官僚対ベルリン旧司法官僚の角逐、闘争は、それは端的にカルマー・スワルツ対フェルスト・ルプールの論戦という形をとって現われるのであるが、最初のうちは圧倒的にシユレージエン側に有利に進展した。⁽¹¹⁾

一七七四年一二月、フェルストはルプールの意見書に基づく上奏書を提出したが、もちろんカルマーの新訴訟法案を全面的に批判するとともに、CFMも制定後二七年を経過し、時代の要請に應ずるために改正の必要が生じてきたが、この改正については現在ルプールの、ケーネンらが鋭意努力していると報告した。しかし、この上奏書に対するフリートリヒの返事は冷たかつた。訴訟が形式を尊重するあまり再び遅延し出していること、恣意的な解釈のはいりこまない簡にして要を得た法典を作成する必要のあること、そして最後に、ルプールのケーネンに法典改正の能力があ

りや否や疑問に思うという驚愕な言葉で結ばれていた。これを通じて、フェルストはあきらかにフリートリヒの心がカルマーに傾斜していることを感じとったにちがいない。まさに肩に炎が迫る想いがしたことであろう。翌一七七五年、この一年間を通じて彼は矢つぎばやに管下各裁判所に対して訴訟促進を命じるとともに、「改善不能な」弁護士をあるときは一挙に五名も大量に解任してしまつた。われわれは、さきに国王の不満→裁判官の恐慌→弁護士への転嫁というサイクルをみたが（一四六頁）、この恐るべきサイクルがここでも繰り返されたのであつた。その上、この時期に大量の「改善不能な」弁護士が存在することを認め、これを解任することは、かえつて「弁護士排除」を強調するカルマーに利するものであつたが、フェルストはこの利敵行為を敢然と実行したのであつた。これはそれだけ、彼がなりふりかまわぬ心境に迫いつめられていたということもできよう。

フェルストとは反対に大王の心はわが方にありと知つたカルマーは、彼がいいだしたもののか、あるいはフリートリヒがイニシアティブをとつたものか判らないが、CFMの全面的な改革に着手した。そして、カルマーがこの改革作業は一七七五年中に終了すると報じたためであろうか、一七七五年九月二八日フリートリヒからフェルストあてに閣令が發せられ、現在の訴訟法（CFM）には多くの致命的な欠点が見られるので大改革が必要であること、この改革を遂行するためにフリートリヒ自身も同年のベルリンでの冬期滞在期間をこれにあてること、および「わが司法部の協調をより促進するために」フェルストとカルマーにこの時期にベルリンへの出張を命ずる意向であること、などが報ぜられた。予言されていたCFMの大改革案は、一七七五年二月「改訂フリートリヒ勅法の草案」(Project des revidierten Codicis Friderician)と題して、カルマーによって提出された。一七七四年に彼が提出した訴訟法案は、フォリオ版一八頁の小冊子で、彼の新しい訴訟観の大綱を描出したものに過ぎなかつたが、今度の草案は、フォリオ版一五七頁の大部にのほり、内容的にもはるかに詳密・丹念をきわめたものであつた。そして、前者の執筆者は、カルマー自身であつたが、後者の執筆者は、彼の片腕スワルツであつた。^(註)「改訂フリートリ

ヒ勅法の草案」は二月六日、フリートリヒからフェルストに交付されるとともに、その検討が命ぜられた。フェルストは「委細承知つかまつりました」と返事するとともに、別に報告書を提出し、一七七五年を通じて全プロイセンの上級裁判所で処理された事件は一万八〇〇件にものほり、一年を越え未処理に終わっている事件はわずか五〇〇件強にすぎない、これを前年末までの総計一一〇〇ないし一六〇〇件にくらべると遙かに能率が上がっている、CFMのもとでも訴訟促進の実はあがっていると誇示するとともに、その理由を語る述べているが、それは敗者と決まった者の最後にあげるうめき声にも似ていた。

このまま推移すれば、カルマー側の勝利は確実であつたらう。ところが、ここで見事な逆転劇が演じられたのである。その逆転劇は、フリートリヒのいう「彼の冬期滞在期間」中にベルリン(ポツダム)で演じられた。この間に事はそれこそものすごいスピードで変転した。まるで素早く回る走馬燈をみせられる想いであるが、一国の訴訟法の消長という大問題がこれ程あつてなく独裁者の一存で逆転させられるのも驚きであつたし、また、この変転きわまりなき独裁者を相手に権力闘争にうき身をやつさねばならない彼ら宮廷人の姿もあわれであつた。

以下に、この逆転劇をいささか日誌風に描出してみると――一七七五年二月二日、フェルストとカルマーの双方に、新訴訟法案について意見を開陳するためベルリンに出頭するようにとの指令がとんだ。一七七六年一月四日、フェルストとカルマーの御前討論が行なわれた。そのさい、フェルストはすでに前日、全王国の訴訟数を減少させる方法として、実体法、破産法、抵当権法の制定ないし改善、全ての不動産取引に裁判所による公証を必要とすること、などを提案し、さらに当日には、ルプールの作成にかかる「訴訟を一年以内を終了させるための司法改革に關する主要原則要綱」(Kurze-Hauptprinzipia der Justizverbesserung, wonach die Prozesse in einem Jahre zu Ende zu bringen) を導いた。御前討論は、両者の経験年限の差によるものだろうか、それとも大法官と、たんなる一州の司法大臣という地位と賞祿の差異によるものだろうか、カルマーの無惨な敗北に終つた。カルマーは

何度か反論をこころみだが、そのつどフリートリヒから「汝のほうがちがっている」と叱責をうけた。しかし、それでもフリートリヒはなおカルマーの案に対する未練を捨てきれなかつたらしい。フェルスト、カルマーの双方に対し、今度はルプールの案をまじえて三者で訴訟法の改正について討議するよう命じた。一月九、一〇日、三者はベルリンに集まって討議を行ない、一時はかなりな歩みよりもみせたが、ついに「弁護士の全面的排除」という最後の二線で妥協することができず、会談は物別れに終つた。フェルストから討議不調の報に接したフリートリヒは、それでもなおカルマーの案を見ずする気になれなかつたらしい。フェルストは右の報告と同時に、ルプールの作成にかかり、三者会談のさいには彼ら側のたき台とした第二次の「司法改革に関する主要原則要綱」を提出したが、フリートリヒはこの要綱案にルプールの署名が欠けているという理由にもならない理由をつけて、今度はルプールの単独で出頭し、カルマーの法案ならびに彼らの「要綱」について意見を述べるよう命じた。明らかにフェルスト側に立っていたが、それでもフェルスト、カルマーに対して第三者的な立場にあつたルプールの意見をきいて、最後の断を下すはらを決めたいらしい。一月一二日、ルプールの命に応じて出頭したが、フリートリヒの発熱のため拜謁できなかった。翌日、フリートリヒはなお病床にあつたが、ルプールのそば近くによんで、彼の意見を熱心に聴取した。「大王」の精勵ぶりは驚くばかりであつた。この日のルプールの説明は——のちにも説くとおりに——まことに巧妙をきわめたものであつたらしい。大王はついに「かかる糾問的な方式は一般化されてはならない。」という有名な一句をはいて、カルマーの法案に対して最終的な「否」の断案を下した。一日おくれた一四日、カルマーはフリートリヒに上奏書を奉呈、最後の反論をこころみだが、時すでに遅かつた。フリートリヒの返事は、「親愛なる大臣カルマーよ。……しかし、問題はもはや全部解決した。すべてのことは、汝もすでに知っているとおりの形で処理されることになつた。」⁽¹³⁾という簡潔にして、しかも冷淡なものであつた。カルマーは完全に一敗地にまみれた。

三 論争の焦点

かくして、シュレージエン新司法官僚ベルリン旧司法官僚の論争は、一応ベルリン側の勝利をもって終止符がうたれた。しかし、上述ではこの論争の外形的推移の紹介のみに終始し、その論争の中味にまで立入った紹介はできなかつた。以下には、この論争の中味にまでふみこみ、わたくしなりにその論争の焦点を整理し、それぞれにスポットライトを当ててみたいと思う。(なお、この論争において、シュレージエン側の一方の雄スワルトは一度も表面に現われてこなかつた。しかし、彼が一七七六年一月二日以來カルマーに同行してベルリンに滞在していたことは史実が明らかにしている。彼はつねにカルマーの背後にあつてプロンプターの役割を演じていたのである。)

(1) 弁護士制度の存廃 兩陣營の論争の焦点は、以下に述べるようにいくつかに分かれるが、その最大のものは、なんとといっても弁護士制度の存廃であつた。ベルリン側(フェルスト、ルプール)はその存続を主張したのに対し、シュレージエン側(カルマー)はこれの全廃を主張したのであつた。

カルマーの主張は、こうである。現在の訴訟で眞実発見を妨げ、訴訟の遅延をもたらしている最大の元凶は、弁護士(Advocat)である。現在の訴訟では、裁判に必要な資料を蒐集し、これを裁判所に提出するのは、もっぱら弁護士にゆだねられている。ところが弁護士が、この権限を濫用し、必要な資料をわざとねじ曲げ、あるいは秘匿し、そして不必要な資料をわざと提出してくるために、裁判官はこれらの資料にはんろうされ、そのせつかくの努力にもかかわらず容易に事件の真相に達することができないでいる。また、裁判官がこれらの不必要な資料の彼をかきわけなんとか真相に達しようとするため、いきおいその訴訟審理が長期化し、また弁護士も自己の手数料の増大をはかつて、訴訟をできるだけ複雑化、長期化させようとするため、いよいよ訴訟の遅延に拍車がかけられている有様である。

そこで、カルマーは、このさい一挙に従来の弁護士を訴訟から放逐することを提案する。そして、これに代うる

に、弁護士には Referendar (裁判官試補) を数年経験した者を起用し、その弁護士としての活動に精勵と有能さを示した者の中から、将来の Gerichtsrat (判事) を選出すべきであるとした (一種の要則的な法曹一元制といえようか)。また、このように弁護士としての任務を行ないながら、実は裁判官職の一員であり、ただキャリアのうえから、Referendar 及び将来の Gerichtsrat の中間にあつて弁護士の任務を与えられているにすぎない者を、従来のよみた Advokat の各呼称を正しくなく、むしろ Assistentrat という名で呼ぶべきであらうとした。そしてさらに、このように裁判官職の一員であり、しかも将来の正規の裁判官になる者を弁護士に充てることによって、従来弁護士に寄せられていた社会的蔑視を全面的に払拭できるであらうと自画自賛した。

カルマーによれば、このように Assistentrat も裁判官職の一員であるから、弁護士と称しながら、実は單なる當事者の代理人、補佐者というのではない。むしろ正規の裁判官が訴訟で事實審理をするさいの協力者、補助者という性格をもつ。したがって、当事者が虚偽を陳述していると思えばこれを裁判所に報告する義務を負うし、当事者の有利・不利を問わず事件の真相を解明するのに役立つと思われる資料は、これを究明し、裁判所に提出する義務を負う。つまり Assistentrat では、弁護士という側面よりも、裁判官職という側面のほうが強調されているのである。⁽¹⁾がぜん、フェルスト、ルプー側への批判もこの点に集中された。フェルストは、弁護士として当事者から報酬を受けながら、当事者のかくしたがつている秘密を暴露し、当事者にとって不利な(したがつて相手方にとって有利な)事実までせんさくし、報告せよというのは、あまりに非人間的な要求ではないか。ある人から報酬をもらった以上、その人の利益のために行動するのは、人間として当然ではなからうかと批判した。

さらに彼は、弁護士と裁判官が制度的に一体化され、法廷から裁判官の監視者としての弁護士がいなくなる結果、裁判官の審理が専横に流れることを心配した。彼によると、訴訟の理想像は、弁護士が裁判官を監視し、裁判官が弁護士の恣意を抑制することであり、これによつてはじめて当事者の安全がはかれるとした。そして、もし不逞な弁護

士がおり、いたずらに虚言をはき、策略を用いて訴訟を複雑、遅延させる場合には、法を改正してこれに対する制裁をきびしくし、喬正不能な者はその資格を剥奪し、または刑罰を課するなどの厳格な処分をもって臨めばよいとした。彼がこの資格剥奪という弁護士に対する極刑を身をもって実行したことはすでに前述した。

これに対して、カルマーは、弁護士に対して苛斂誅求を行なうことは、善良な弁護士にとっては酷であるし、第一CFMでも弁護士に対するきびしい制裁が定められているが、三〇年を経過した今日でも、一向にその実があがっていないではないか。また、弁護士の虚言を指弾するというが、CFMのように書面審理が主な訴訟法のもとして、いったい裁判官はどうして弁護士の申述を虚偽として判定できるのであろうか(裁判官が当事者を呼び出し直接取調べる以外に方法がないではないか)。さらに、ほんとうに不逞な弁護士は、きびしい刑罰を恐れるものでないことは過去の経験の示すところであると反論した。

しかし、一七七六年一月四日、フリートリヒ大王の前で行なわれた御前討論では、大王は右のフェルストの指摘に一々うなずき、カルマーの示した弁護士像は不当であると非難した。とくに、一月三日、ルプールが大王に拝謁したさいの言い回しかたは巧妙をきわめ、「主権者が訴訟で、自己の権利主張を専門家によって代弁させることが認められているのに、⁽¹⁵⁾臣下が有能な法律家によって自己の権利を主張させることを許されず、自から弁護士を選ぶ自由を奪われますならば、臣下は不満を唱えましょう。」と説いた。⁽¹⁶⁾この言葉は「啓蒙君主」をもって任ずるフリートリヒ大王の気持をくすぐるものがあつたらしく、言下に、「汝のいうとおりだ。一般人民(De public)は苛酷に取扱われなければならない。」と述べ、従来の弁護士(Advocat)制度はそのまま維持されるべきであるという態度を示した。

(2) 裁判官による直接尋問 カルマーは、事件の真相を究明するため、裁判官が当事者を呼び出し、直接その尋問にあたるというプランを示した。これに対して、フェルスト、ルプールは次のように反論した。なるほど、当事者が裁判所の近くにすみ、事件も比較的簡單で、当事者自身が事件に関して弁論できる下級裁判所の事件ならば、カルマ

一の案も相当に有効である。しかし、そのような下級裁判所の事件について、当事者自身の出頭を求め裁判官が直接尋問するという方式は、すでにCFMにおいても認められている(二四〇頁(9)参照)。また管轄区域がひろく当事者がそこに出頭するのに経費と時間のかかる上級裁判所の事件について、一々当事者に出頭を求めるのは、酷であろうと非難した。さらに彼らは、当事者がはたして腹藏なく裁判官に陳述できるかどうかを危惧した。フェルストは前述した御前討論のさいに、「陛下。陛下は治下の諸ラントの住民がどのように相異なつた性格をもっているか最もよくご存知の方であります。シュレージエンの住民こそカルマー大臣の理想どおりに裁判官にもあけすけにものが言えるかも知れませんが、他のラントの住民はそれほど腹藏なくものが言えるとお考えではありませんか。」と巧妙というか、(同席していたカルマーにとつては)痛烈な皮肉をこぼしている。

(3) 裁判官の職権探知 カルマーは、裁判官が直接当事者を尋問することを認めたほか、裁判官に職権で事実を探知し証拠を蒐集する義務を負わせようとした。フェルスト、ルプーは、このカルマーの案を、当時すでに批判的となつていた糾問訴訟(Inquisitionprozess, Untersuchungsprozess)に墮するものであるとはげしく非難攻撃した。——フェルストによると、糾問訴訟を民事訴訟に導入することは事物の性質上適切ではない。なぜなら、民事訴訟は私権を対象にしており、その私権の実現をいかなる手段、方法によるかは当事者(私人)にゆだねるのが当然である。また、当事者が必要上から秘密にしており、相手方も別段要求していない事項を、職権であばき立てるのは裁判官の行きすぎではないかと批判した。これに対してカルマーは、事件の真相を明らかにするためにはどうしても裁判官の活動に頼らなければならない、弁護士にまかせておいてはとうてい眞実は見えないと、裁判官の能力に対して絶大な信頼を表明するとともに、裁判官があたかも弁護士が当事者と交渉するときにするのと同じことをやって、一体どこが悪いのかと聞き直つた。また、裁判官にあまりに過大な職権を与えることは危険だという批判に答えて、審理をする裁判官はAssistenzratが監視し、このAssistenzratからの指摘(異議申立)に対しては裁判所

(Kollegium) が裁判をし、さらに裁判所の内務主任(後叙) Deputierter, Dezerent, Referent の區別をさす) を定めて相互に監視させるから、職権濫用の心配は絶対にないと断言した。ほかに、裁判官が証拠蒐集の義務を負うから、従来とかく当事者をなやませてきた挙証責任 (Rechtssias) を軽減させることができると自説のメリットを数えることも忘れなかった。

しかし、この三者の論議のなかで、やはりもっとも巧妙な言い回し方をしたのは、ルプールであった。彼はフリードリヒ大王に糾問訴訟を説明して、「元来が法皇が考案したものであります。かくされた犯罪をあばきたて、ひめられた真実を明らかにするために、有効な方法かと存じます。しかし、もし弁護士がおらなくなりますと、激情的な裁判官がこれをむやみにふり回し、当事者に自分の気分のおもむくまま手のこんだ質問をして彼らを困惑させるなど、非常に濫用される危険があります。」プロテスタントであり、(彼の発意に基づくかどうかは甚だ疑わしいが) 即位後三日にして拷問を廃止させたほどの、「啓蒙君主」フリードリヒ大王に対してこれはきわめてエフェクティブな解説であった。自国語を野卑として嫌い、フランス語を愛好した大王が、「Cette méthode d'inquisition, et d'interrogatoires, ne doit pas de tout être généralisée. (1) のような糾問的、尋問(釈明)的方法は、決して一般化されてはならぬ」という有名な一句をはいたのも、このときであった。

(4) 訴訟終了まで何年かかるか フリートリヒ大王が「老フリッツ」とよばれる老醜をさらすまで、その司法官僚達に対しくり返しくり返し要求したのは、「訴訟を一年内に終了させよ」ということであった。専門的知識を有しない大王が、その司法官僚の精励ぶり、またその法典の機能ぶりをさぐるためには、この目に映りやすい具象的な基準しかなかったであろう(このことについては、すでに言及した。一四五頁)。しかしそれだけに、フェルストールプール、カルマーの両陣営の攻防もここにその焦点の一つがすえられた。カルマーは、——外部から眺めるわれわれにはとんとその根拠がわからないが——CFMによると裁判官・弁護士がその最善を尽した場合でも二年七カ月、も

し彼らが法によって許容された権能を自己のためにフルに活用した場合には四年半、さらに彼らがこの諸権能を悪意をもって利用した場合には、訴訟終了まで八年、一〇年、いなそれ以上の年月を要するであろうが、自己の案では一年と一四日間ですむと主張した。これに対して、フェルスト、ルプール側は、ことをもう少し実質的に、カルマーの改革案では、真実探究を強調するあまり、第三審にいたるまで当事者に新事実・新証拠の提出を許し、また裁判官に疑義の生じたときには審理の再開を認めていた点をつかまえて、このようなルーズな手続規制の仕方では、ちょっとこみいった事件でも三年、上告審で新事実・新証拠が主張されたら四年はかかるというのがわれわれの方の試算だと反論した。カルマーは自己の案では従来とかく長期化の因とされてきた証拠判決制を廃止し、また弁護士を排除する結果彼らによるシカーネがなくなるから訴訟はぐっと短期化できると再反論した。

しかし、このうち、フェルスト、ルプールの意見が正しく射ていたことは、——その計算の根拠こそこれもとんとわからないが——後年事実をもって証明された。

(5) 裁判官の増員 フェルスト、ルプールは、カルマーの案では裁判官の増員は必至であると指摘した。Assise-tribunal への若手裁判官の充当をはじめ、裁判所内部で任務分担を定め、手続の進行と裁判資料の蒐集に裁判官が責任を負うというシステムでは、彼らのいうように裁判官の増員は避けられざる運命であった。前にも述べたことであるが(一四七頁注3)、フリートリヒ大王の治世時代にはその曾祖父フリートリヒ・ディルヘルムの治世時代にくらべて、司法部への出費は一銭も増額されなかった。この裁判官の増員は必至という指摘は、あるいはフリートリヒ大王にとっては最も効果のある指摘であったかも知れない。

四 再度の逆転

一七七六年一月一四日カルマーが最後のあがきともいふべき上奏書を奉呈、大王がこれに対して、「問題はもはや全部解決した。すべてのことは、故もすでに知っているとおりの形で処理されることになった。」と冷たく返事をし

たとき、カルマーの敗北は確定的となった。このまま推移すれば、カルマーらの案、いわば職權主義訴訟法の権化ともいふべき案は、ついに陽の目をみずに聲り去られたことであらう。ところが、ここで再び、思いもかけない逆転劇が演じられたのである。水車屋(製粉屋)アーノルト事件の出来である。一七七九年二月一日「出て行け、お前はもうクビだ」(Marsch, Seine Stell ist schon vergeben)という一喝によってフェルストは解任され、同じ日大王によってすでにヘルリンへの出頭が命ぜられていたカルマーは、やがてその年のクリスマス、フェルストの後をおって大法官に就任した。

アーノルト事件は、「(コックツェイの司法改革によって)専門官僚となった裁判官が単に家産官僚として国王に対する恭順をこととするにとどまりえず、形式的合理性を重視する近代的官僚の性格をも帯びるに至った結果、家父長的恣意への服従を拒否したもの」⁽¹⁸⁾と評されている。したがって、この種の事件はプロイセンの家産的絶対君主制のもとでは、いずれ起るべき事件であつたのであらう(げんに一二、三年後には牧師シュルツ事件が起っている)。しかし、まさに職權主義訴訟法の導入をめぐってフェルストとカルマーが抗争していたこの時期に、このアーノルト事件が出来たというのは、まことに劇的であつた。

カルマーに対する信任がもとと厚く、強烈な個性をもつて鳴るフリートリヒ大王が生存したのは、それからわずか七年間であつた(彼は一七八六年に没した)。もしもこのフリートリヒ大王の生存中にこの種の事件が起きなければ、事態はよほど変わったものになつていただらう(フェルストの解任、その後任にカルマーの任命、という事態ははたして起つたであらうか)。そして、おそろくプロイセン法は、コックツェイ以来の普通民事訴訟法の基本的性格を維持したまま、ドイツ民事訴訟法にとって大動乱期となる一九世紀に突入し、フランス法の強烈な洗礼を受けてその姿を脱しきるといふ、他の諸ラントの民事訴訟法と同じ運命を辿つたことであらう。その反面、「民事訴訟法史上の突発的変異」⁽¹⁹⁾(「法律家」三五三)とよばれ、後代のわれわれから好奇の目をもつてみられる職權主義訴訟法(CJF, A.G.O.)は、つ

いられわれの眼前にその姿を出現しなかったかも知れない。歴史において「もしも」という表現はとうてい許されないことを承知しながらも、そのCJF、AGOの解明に立ち向うべき段階に至ってわたくしは、歴史のこの不可思議な接理の前に凝然としてたすむ想いがするのである。

- (1) シュローシマン発行の雑誌「Springer, S. 281 ff, Stolzel, S. 291 f.
- (2) Johann Heinrich Casimir von Carmer, 彼の経験について、石井・五二頁以下、高橋・一三四頁参照。
- (3) 以上の雑誌「Weidner, S. 343 f u. Umbildung, S. 45 f.
- (4) Carl Gottlieb Svarcz, 彼の経験について、石井・五二頁、高橋・一三九頁以下。
- (5) Kämpfz, Bd. 58, SS. 7, 55. など、石井・八三頁、Stolzel, Svarcz, S. 80 f., Weidner, Umbildung, S. 46 f.
- (6) カルマーがこのような弁護士を訴訟から排除するところを思案をめぐりからせんたが、彼が後年、自己の訴訟法案は「ヨーロッパの偉大な法学者達の願望にさうさうの」正面面鏡について(Kämpfz, Bd. 58, S. 55)も手塚について、その先駆者のがしがさかんと行なわれてくる(Weidner, Umbildung, S. 48 ff, Bomsdorf, S. 78 f, Schubert (Werner), Das Streben nach Prozessbeschleunigung und Verfahrensgliederung im Zivilprozessrecht des 19. Jahrhunderts, ZKG Germ. Abt., Bd. 85 (1983), S. 146 Anm. 100)。このようにして彼の手がめぐりかゝるべきである。わたしはまたこのように「先駆者さしがし」に参加する資格を有しないが、カルマーをとりまぐ次のような時代的、精神的雰囲気も見逃すことはできません。なかつたのではないかと考えている。すなわち、既に述べたように、CJFを中心とするコックツンメイの司法改革によって、裁判官に官僚制が導入され、その体制的、社会的地位は急速に上昇したが、他方弁護士の社会的地位はますます下落し、法制上もその裁判所の下級職員化が今一步のところまで押し進められた。また、訴訟手続の面でも弁護士を訴訟から排除し、裁判官の職権を強化する方向が促進されてきた。このような状況を背景にして、カルマーは前述したような Kammergerichtの裁判官候補という若手裁判官のキャリアコースを推進し、早くも司法界の最高権威者コックツンメイの注目をひける英才ぶりをあらわしていた。このような状況、彼のたどった履歴からして、彼が弁護士への蔑視、反面裁判官への自信、そしてそのか

ら、弁護士を訴訟手続から排除し、その代りに裁判官が全責任をもって事実の探知にあたるという発想へたどりついたのも、十分面白いような気がするのであるが、はたしてどんなものであろうか。

なお、カルマーは後年、一七七六年一月九日大王の命令でフェルスト、ルポールとの間に訴訟法の改正について三者会談を行なうが(詳細は後述する)、そのおりに、「現代の弁護士は、数多くの市民達の不幸によって生活している者であり、人々から高い尊敬をうけることもなく、ただひたすら營利にのみ汲々としている者である」といって、反対派のフェルストから、「医者も人々の不幸によって生活している人間だが、それでも結構尊敬を集めているよ」と皮肉られている(Weibler, Umbildung, S. 88)。この当時の弁護士蔑視の底には、人々の不幸をくいのにしているという嫌悪感、營利のみをこころとしていることに對する反感など、いずれも農民のキリスト教倫理から落した素朴な感情が横たわっていたと思われ、フリードリヒ・ヴィルヘルム一世、フリードリヒ大王が弁護士に對して横暴の限りをつくしたのも、これと同様な感情に支配されていたことが大きかったと思われるのであるが(二二八頁参照)、しかしカルマーのように、かなりの間法実務家生活を経験し、一州の司法大臣という要職にまでほりつめた男が、なおこの一般庶民や国王と同じレベルの反弁護士感情をいだいていたとは、われわれにとつて意外といふほかはない。

(7) カルマーがその職権主義訴訟観を実現するにあたって、最初に農民訴訟を運んだことは、農民訴訟のプロイセン法において占める意義を考えると、きわめて重要なことであつた。のちのCJF, AGOは、この職権主義訴訟観を一般の訴訟にまで拡大したものとみられるだけに、プロイセンの職権主義訴訟法は農民訴訟を出発点としている(村上・一一八頁、石部・八二頁)と指摘されているのである。以下に、農民訴訟のプロイセン法において占める意義や、カルマーの試みた制定法化などについて、若干のコメントをこころみておこう。

(1) プロイセンでは、土地の領主が直接に農場を経営し、その労働力を農民の賦役労働に求めるという、いわゆる農場領主制(Gutschenschaft)が確立、浸透するにともなつて(一七世紀後半以降)、農民(Bauer, Untertan)が、領主(Gutscherr, Obrigkeit)を相手として、自由に課せられた賦役の存否、額面をめぐつて争つ、いわゆる農民訴訟が激発した(Bauern-

prozess, Untertanenprozess. 法規で農民訴訟を不すときには、後者の表現が用いられている。なお、農民訴訟には、賦役をめぐる訴訟のほか、領主による農民の土地の収奪に関する訴訟を含めていわれることが多いが、CFMや、CJF、AGOで農民訴訟というときは、賦役をめぐる訴訟のみをさしている。

ところで、強力な常備軍を維持し、徹底した官僚機構を整備し、そして上からの重商主義政策を意図していた国王側にとって、農民は貴重な徴兵源であり、また収税源でもあった。その農民が、領主の苛斂誅求に耐えかね、農村を逃散したり、賦役に打ちひしがれ経済的に枯渇してしまふことは、国王にとって拱手傍観できない重大事であった。そこで、国王側も、その農民の保護を目ざし、農民の保有地の取り上げ禁止、賦役の制限あるいは廃止などの一連の政策を打ちだして行くが、この農民訴訟も、その解決に長時間と費用を要し、しかも往々にして領主側に有利な裁判のなされることが、国王にとって憂慮の種でありまた不満の種でもあった。フリートリヒ・ザイルヘルム一世治下の司法・訴訟改革も、その根幹にはこの農民保護の見地があったといわれているし(宮崎・八二頁、九二頁)、またコックツェイの改革も重商主義的配慮に基づくものであったと指摘されているのも(村上・九六頁)、その背景には右に述べたような「農民保護」という事情があったのである。フリートリヒ大王も、農民訴訟に関してしばしば裁判官、弁護士について強い不満を表明している。とにかく、この農民訴訟についてカルマーはその新しい訴訟観を適用し、しかもそれ相当の実績をあげたと伝えられているのであるが、それが大王の憂慮の種である農民訴訟であるだけに、カルマーの新しい職権主義訴訟観とその実績はフリートリヒの大きな注目浴びたことと推測される(なお、フロイセンにおける農民保護、重商主義政策などにつき、上山・官僚制五五頁以下、一四四頁以下、石部・七頁以下、三〇頁以下、八一頁以下参照)。

(2) しかし、残念なことに、そのカルマーがシェレージョンの農民訴訟につき施行させた訴訟法がどんな内容のものであったか、わたくしはこれを記載した資料を見出すことができなかった。ここでは、農民訴訟に密接に関連する次の二、三の法令を紹介するにとどめたい。

(1) 一七四八年、フリートリヒはみずからイニシアチブをとって、農民訴訟、とくに部落全体が領主との間にその賦役と

言納について訴訟を起したときには、正規の訴訟方式をとることを許さず、事件を簡潔にかつ能率よく (kurz und gut) しかも弁護士¹⁾の立会いを認めず、裁判所が当事者を直接尋問し、その尋問を通じて真実を探究するといふ職権主義訴訟法を制定したといわれる (Hinze, aao (一四九頁注(1)), S. 132)。

Acta Borussia の執筆者の一人であり、この時代のプロイセンの法令に最も通暁していたヒンツェであるから、たぶんこの訴訟法の存在は真実であつたと思われるが、わたくしは彼の叙述以外これを裏づける資料を知らない。なお、村上・一三〇頁(五、石部・三〇頁)。もしこのヒンツェの指摘が真実とすると、カルマーの職権主義訴訟(弁護士²⁾の排除・職権による事実探知)も決して彼の独創ではなくなり、また、彼の「国王の命令」に基づいてマッティンスキー対將軍ホルンシュテットの事件を解決したり、一七七〇年にシュレージエンの農民訴訟に職権主義訴訟法を制定したという叙述も、たんなる宮廷作法ではなく、いささか真実味のあるものとして響いてくるのであるが、はたしてどんなものであろうか。いずれにしろ最後の決定はわたくしが Acta Borussia をひもとく機会をもつまで留保したいと思ふ。

四 シュプリンガー (Springer, S. 232) によると、一七五〇年のシュレージエンの査察旅行が終つたのち、コックツェイは同州のためにCFMの施行令を起草したが、それはCFMの内容をほとんどそのまま施行するものであつたのに、ただ農民訴訟については次のような大きな特則が定められたという。「領主と農民間の訴訟では書面主義訴訟が排除される。両当事者は口頭聽問のため呼出を受け、そのさい農民団体側はその代表者を出頭させる。当事者は出頭にさいして耕地台帳、徴税台帳などの記録をけい行しなければならぬ。裁判所は一ないし二名の受命裁判官をえらび、これらの受命裁判官は弁護士を立ち合わせ、たうえ、当事者を判問訴訟の方式 (Inquisitionsmethode) で取調へ、その結果を調査に記載し、また訴訟を職権で進行させなければならない。受命裁判官はできる限り和解が成立するように努力し、それが失敗した場合には判決書を起草し、合議裁判所に送付すべきである。」この「特別」が成立するにあつてカルマーの意見がどの程度しんしゃくされているか、その頃カルマーがまだ若輩の裁判官であつたこと、また弁護士の立会いが認められていることから、彼独自の訴訟観は顕露されていまいとみるのが正当であらう。さらにこの特別は、一七五四年のマリゲスの報告によると全然遵守されていないといふ

から、ここにカルマーが彼独自の職権主義訴訟觀をシュレーシエンの農民訴訟で表現するチャンスがあったのであろう。

い さて、右の「特別」が定められたという、CFMの農民訴訟に關する規定そのものはどうだったのだろうか。「領主と農民間の賦役の拒否・量、新しい賦役に關する訴訟は、通常訴訟 (ordentlicher Prozeß) に依る」とを許さない。むしろ一人の受命裁判官を選び、その裁判官は——必要ある場合には現地に出張し——當事者を直接取調べ、その持参した記録・書証を閱讀し、証人を尋問し、その結果を調書に記載すべし。受命裁判官はできるだけ和解が成立するように努力し、これが不調に終つた場合には、審理の結果を Kammergericht に報告し、この報告に基づいて Kammergericht は裁判を行なふ。(CFM 4, 8, §7. なぞ Kamptz, Bd. 59, SS. 108, 131)。この規定を、シュレーシエンで行なわれた「特別」とくらべると、受命裁判官が一人に限定されていること、當事者の取調べにあたり糾問訴訟の方式によることが明不されていないことにその特色がみられるだけで、弁護士の全面的排除が明不されていないことなどが兩者に共通であり、シムリンガーのいりようにシュレーシエンのが「きわだった特別」であつたとは思えないのである。

い 後年、水車屋アーンholt事件という思わぬ出来事によつて、カルマーが大法官の地位に於いてからのことであるが、アーンholt事件を契機に農民訴訟のあり方に強い不満を表明したフリードリヒ大王 (Stolz, S. 287) をなだめるべく、カッセーに於て「農民訴訟に關する手続規則」(Reglement, wie in denen Prozeßen zwischen Gutsherrschaften und Untertanen Verfahren werden soll) を制定した(一七八〇年一月十七日)。それによると農民側が訴えを提起した場合には、最も有能な裁判官一人を選んで、弁護士を排除したりせず、その裁判官に訴えについていろいろ取調べを行なわせる。他方、農場地主側は、その弁護士を通じて訴えの提起ができる。さて、このようにして訴えの提起があると、いま一人の受命裁判官 (Kommissar) を選んで、両當事者をこの受命裁判官のもとに呼び出して和解を試みる。和解が不調に終ると、受命裁判官は職権で事實を豫知し、証拠調べまでを行なう。この証拠調べが終了したのを、はじめて弁護士に立会いを許し証拠調べの結果などについて意見の陳述を許す。往々手続延延の原因になりがちな証拠判決などは認めない、といつたのであつた (Weidner, Umbildung, S. 75 以下)。この手続は、訴えの取調べに「最も有能な裁判官の一人」をあてがう点を除いては、のちにカ

- ルマーがC J Fにおいて一般訴訟まで拡大した職権主義手続とそっくりそのままである。ヴァイスラーは、この手続は一七七〇年カルマーがシレージェンで行なった農民訴訟手続をそのまま再現したものではないかといっている (ao S. 47)。
- (8) Holze, S. 282 ff. C F Mの制定後まもなく、一七五一年にその改正のための小委員会が設けられ、その委員にはコックツェイ、ヤリナス、ノエヘルストらになり、コックツェイの死後は Kammergericht のメンバーであるルポール (Rebur) 、ターケン (Köden) なども加ったが、彼らはつねにこの C F Mの改正を最少限度にしようと定めるようにとめたのもであった (Vgl. Abegg, S. 77 ff.)。
- (9) Christian Ludwig von Rebur, ノムシエトリック (ハネリーン北方の都市) に生まれたが、その姓の示すとおりフランス系である。一七五五年に Kammergericht の裁判官となり、一七六四年以降同裁判所の第二部 (Kammergericht を第一審裁判所とすべきの特権者を除き、普通の市民・農民にとってこの第二部が民事事件の控訴裁判所であった) の長官となり、このカーンペーとの権力闘争の時期を通じてこの職にあった。一七八四年五月二二日、後述するようなカルマーとの角争に敗れついに Kammergericht を去り、その後一八〇九年一月一日ベルリンで亡くなった。Kampitz, Bd. 58, S. 312.
- (10) Weibler, Umbildung, S. 55.
- (11) 以下は、主として Kampitz, Bd. 58, SS. 3 ff, 311 ff に収録された諸資料を参照したが、同誌には、前述した一七七四年カルマーが提出した訴訟法案、後述する一七七五年二月カルマーが提出しスワルツが執筆したといわれる C F Mの改正案、一七七六年一月九、一〇日カルマー、ノエヘルスト、ルポールの三者間で行なわれた討論の各内容が収録されていないので、こゝではいづれを簡単な紹介したが、Weibler, Umbildung, S. 51 ff. をも参照した。ほかに、石部八三頁、八四頁注4、Stölzel, Svarcz, S. 137 ff, Holze, S. 295 ff, Rebur, Über den ungünstigen Anfang der von Carnerschen Justiz = Verbesserung, 1789.
- (12) Stölzel, Svarcz, SS, 138 ff, 217.
- (13) カルマーの案が葬り去られた結果、ノエヘルスト、ルポール側の「司法改革に關する主要原則要綱」が採用され、早くも一月

一五日に、「訴訟を短縮するための新法令」(Neue Verordnung, um die Prozesse zu verkürzen)と「」公布された。C F Mの存在を前提としその部分的改正を目指した点では変りはなかったが、この「新法令」と「主要原則要綱」とくに一月一〇日、フェルスト、ルプールが提出した第二次「主要原則要綱」との間にはいぢるしい差異がみられた。第二次「要綱」では、訴訟管理の促進をねらって、C F Mの事実主張と証拠調べの峻別、つまり証拠は事実主張の段階では申し出てはならないというたて前を改め、当事者はすでに訴え提起、答弁の段階で手持ちのあらゆる証拠方法を申し出るべしとしたが、「新法令」ではそれを書証のみに限定した。また、第二次「要綱」では、「裁判官は、民事訴訟の本性に適合した形で事実の真否の探究が促進されるよう、あらゆる努力を傾けなければならない。裁判官はそのために必要な手段は、たとえ当事者からの申出がなくても、職権をもって行使できる」と定め、抑制された表現ではあるが、民事訴訟においても職権探知主義を認めることを明らかにした。これは、一月九日フェルスト、ルプールとカルマーの間で開かれた三者会談で、フェルスト、ルプール側もこのさい思いついた譲歩をしなければならぬと決心し、カルマーの提案の「弁護士の全面的排除、裁判官による職権探知」のうち後者をとって歩み寄りを示した結果ではないかと憶測される。ところが、この職権探知主義が、「新法令」ではまったく姿を消してしまっている。一月二三日、ルプールがフリードリヒ大王に単独拜謁したさい、彼の巧みなリードによって大王が「かかる糾問的方法は決して一般化されてはならない」と叫んだことが、かえって彼らをしてこれを全面的に撤回するという皮肉な結果に至らしめたのであろうか。

(14) カルマーが一七七四年八月二四日に提出した訴訟法案と、一七七五年一二月に提出したスワルツ執筆の「改訂フリードリヒ勅法の草案」の間には、弁護士的位置づけについてかなり顕著な差がみられる。一七七四年提出の訴訟法案では、弁護士の訴訟法上の地位はすつと後退したが、従来の弁護士(Advocat)は一応温存され、原告自身が訴えの提起ができます、または被告自身が裁判所に出席し答弁できない場合には、例外的には、あるが弁護士が代って訴え提起、答弁をすることが認められた。また、この訴え提起、答弁後、当事者自身が裁判所に出席し取調べ(Instruction)を受けるさいにも弁護士を同行することが許された。さらに、取調べ(証拠調べも含む)の終了後弁護士が自己の依頼人のために Deduktion — 法律上の意見の陳述—をすることも認められた。ところが一七七五年の「改訂フリードリヒ勅法の草案」では、「この自由な——当事者が任

意に違へる——弁護士 (Advocat) 制は全廃され、その代りに「裁判官兼弁護士」の Assistentrat が登場したのである。

- (15) ルプーブルがここに「主権者 (君主: Souverain) がその権利主張を専門家 (Schriftsteller, 元來著述家の意であるが、この時代には法律家を意味して用いられることもある。当時が書面訴訟の時代であったことを想起されたい) によって代弁させる」というのが具体的にどのような事態をさしているのか、わたくしには明らかになることができないが、帝室裁判所で諸侯・貴族が自己のおかかえの Advocat, Procurator によって書面を作成させ弁護させたことは著名な事実であるし、また後年のカルマー案が現実化されたCJFに於いても、当事者が裁判所に本人出頭することを原則としながら、貴族にはその家令、役人、管理人などの代理出頭を許している (J. S. 419)。ただしこれは商人らがその業務が多忙なため出頭できない場合も同様で、帳簿担当者、倉庫係、通信員などの代理出頭が認められている。

- (16) ルプーブルがはかにカルマーの弁護士像を批判したものととして、彼がカルマーとの権力闘争の初期、カルマーの草案を大王から受けとったフェルストに送られるままに書いた意見書 (Gutachten) の中で、次のように述べている (なお、この意見書は一七七四年一〇月八日提出され、その内容は Weisler, Umbildung, S. 564 によって要約、紹介されている)。「すべての責任を弁護士に転嫁させるほど、ありきたりなこともなく容易なこともない。裁判官が直接調査することによって、はたして事件の真相が明らかになるかどうか疑問である。少くとも、単独の裁判官が事件の審理にあたる下級裁判所の場合には、このこととは大いに疑問である。なぜなら、これら単独裁判官の審理は、往々浅薄をきわめ、欠点だらけで、弁護士よりもっともっと軽率だからである。(カルマーのいう) 資料の不明瞭と訴訟の遅延は、なにも弁護士がついていようがいまいが生ずることである。ただし、多くの当事者自身が、軽率で、秘密すまきで、嘘をいう技巧を身につけているからである。また、弁護士を廃止すると、当事者は、もぐり弁護士、三百代言のもとに走ることになって、かえってわざわいが大きくなろう。」このルプーブルのもぐり弁護士に対する危惧は、その後事案によってその正当さが証明されたのである。

- (17) この有名な事件は、すでにわが国においてもいろいろな機会に紹介をみているが、もっとも詳しく論じたものとして、村上・一〇一—二頁以下。

- (18) 村上・一〇一—二頁。なお、次述の牧師シェルトン事件については、同・一一一頁以下。