



18世紀のプロイセン民事訴訟法(2) : 職権主義訴訟法の構造

鈴木, 正裕

(Citation)

神戸法學雜誌, 24(2):109-164

(Issue Date)

1974-09

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81004490>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81004490>



神戸法學雜誌 第二四卷二號 一九七四年九月

一八世紀のプロイセン民事訴訟法 (二)

——職權主義訴訟法の構造——

鈴木正裕

一 はじめに

二 CFM

三 シュレージエン新司法官僚の登場(以上、二三卷三・四号)

四 CJF(本号)

五 AGO

六 一八三三年法・四六年法——職權主義思想の凋落

四 CJF

さきに一において、本稿において引用の頻度数の多い文献の一覧表を掲げておいたが(二三卷三・四号一九一―二〇頁、この

四、および次の五において、引用の頻度数の多い文献として、熊谷弘「民事訴訟に於ける弁論主義の研究」司法研究報告第三一輯一五（昭和十七年）（略称、熊谷）を追加しておきたい。

一 その制定過程

カルマーが大法官に就任したからといって、直ちに彼の年来の宿願、「訴訟法の改革」に着手できたわけではなかった。

まず当面は、アーノルト事件で裁判官や訴訟手続にすっかりつむじを曲げてしまった「老」フリートリヒをなだめ、彼に一応の満足と得心を与えてやるという仕事が続いていた。

訴訟手続のほうでいうと、就任後三日目に出した「全裁判所に対する訓令」(Instruction für sämtliche Justiz-Collegia. 一七七九年二月二十八日)の中で、和解手続を熱心に行なえ、しかもできるだけ事件が紛糾しないように、「弁護士を排除して」行なえという指令や、農民訴訟に関して特例を定めた「農民訴訟に関する手続規則」(二三卷三・四号、以下、前掲と略す)一七六頁(二)参照)などがそれであった(カルマーが大法官に就任すると同時にフリートリヒから彼に交付された閣令の中で、アーノルト事件を契機として従来の訴訟手続に対する不満が露呈されてあり、訴訟はできるだけ和解で終了させよとか、農民訴訟で裁判官や弁護士がえてして領主側に有利に行動するのは許されない、などと述べられてあった)。

しかし、この当面の任務が終了すると、カルマーやその幕僚たるスワルツらは、しばらくの間は訴訟法の改革に没頭することができた。一七八〇年四月一四日には、彼らのその後の立法活動の指針をしめした有名な「司法改善に関する閣令」も発令された(この閣令については、後述参照)。そのうえ、訴訟法については、すでに一七七五年幕「改訂フリートリヒ勅法の草案」としてその大綱を確定していたので、それほど仕事に困難はなかった。CFMの制定後コックツェイやヤリグスらで組織された改正委員会(前掲一七七頁注8参照)の資料を発見し、これを参照しながら自分達の訴訟法案を若干手直しをするという必要にも迫られたが、なにしろ、彼らシュレージエン新司法官僚が本拠

を構えたベルリン、アレクサンダー通り七〇番の大法官邸で朝五時から夜一〇時半まで働きつづけたという(精勵きわまる)スワルトツである。同年五月末頃には、もうほとんど新訴訟法案を完成していた。しかし、彼らは大事をとった。ベルリン旧司法官僚にも法案を示してその意見を徴した(意見を乞われた者の中には、ルプール、ケーネンらもいた)。また、スワルトツが筆をとった「新旧同訴訟法の相違点に関する、全司法職員のための暫定的教示」(Vorläufiger Unterricht für sämtliche Justizbedienten über den Unterschied der alten und der neu einzuführenden Prozeßordnung. 一七八〇年八月一四日。のちに「CJFの中に」"Vorbericht"として再録された——後述参照)や、スワルトツとバウムガルテンの共同執筆になる、「プロイセンにおける現在の司法改革に関する往復書簡」(Briefwechsel über die gegenwärtige Justiz-Reform in den Preussischen Staaten)など(3)も、彼らが新法普及のために試みたプロバガンダであった。反面、彼らはまだ新法が正式に発令されていないうちに、全裁判所に新法を送付して、一七八一年一月以降事件(係属中の事件も含む)は新法に従って処理せよ、と命ずるせつちかな一面も見せていた。新法は、同年四月二六日国王の勅許状(Patent)をえて、正式に施行された。(3)

二 四月一四日の閣令と Vorbericht

CJFは、その体裁の点からみると、既述したCFMと全く同じ体裁をとっている。すなわち、全編が四つの編(Teil)にわかれ、その各編がさらにいくつかの章(Titel)にわけられ(章によっては、さらに節(Abschnitt)によって細分化されている)、その各章ごとに条文番号が始算されるという体裁をとっている(したがって、条文の総数そのものは不明である)。そして、これら全四編のいわば前文の形で、既述した一七八〇年四月一四日の閣令と、同年八月一四日スワルトツの執筆した Vorbericht が収録されている(以前の名称が "Vorläufiger Unterricht" であるものである)。この閣令と Vorbericht の二つは、相まってこれから展開されようとするCJFの基本構造を宣明したものであるということが出来る。以下では、この二つについてその要点を簡単に紹介していつてみよう。

(1) 四月一四日の閣令⁽⁴⁾ 正確には、「司法制度の改善 (Verbesserung des Justizwesens)」に関する閣令という。閣令は、まず最初に、一七四六年以降コックツエイによって遂行された司法改革の業績を回顧している。閣令によれば、この改革では次の三つの目標が追求されたという。(一) 裁判所に、有能で、誠実な裁判官を集めること、(二) 訴訟法をはんきな形式主義から解放し、訴訟を一年以内に終了させること、(三) 分裂し、混乱している実体法典を整備すること。このうち、(一)については、ほぼ所期の目標を達成することができたと満足の意を表している(もっともこの満足は、閣令の名宛人であるカルマーではなく、コックツエイにこそ表されるべきものであったが)。(二)の訴訟法については、当時はびこっていた適用こそ姿を消したが、なお次のような不満をかくすことができないとして、大略以下のように述べている。

「今日の訴訟法(いうまでもなくCFMのこと)は、すでに教世紀にわたって全ドイツにおいて不満を唱えられている、かの教会法の不適切な構造をそのまま引継ぐものである⁽⁵⁾。

まず第一に、訴訟当事者が自己の訴えなり不服を、裁判官によって直接聴聞して貰うことができず、弁護士を通じてでないと自己の要求を裁判官に陳述できないというのは、なんといっても自然の理法に反するものである。しかもその弁護士たるや、訴訟を遅延させ混乱させることにのみうき身をやつしている。なぜならば、この遅延と混乱こそが彼らの収入源であり、彼らの全生活がそれにかかっているからである。

裁判官は、弁護士がその書面を通じて事実を恣意的にひん曲げ、不明瞭にし、または欠点だらけに陳述するまで、事件の一件記録を手にすることができない仕組みになっている。そのため彼は、法律上の正しい観点を見失い、不適切な証拠であっても取調べることを強制され、かくして押しつけられた誤った道を歩むために、しばしば自己の確信に反しても正義に反する判決を宣言することをせいられるのである。

朕は、かつての古えのしかも賢明なる諸立法者が、かくのごとき自然の理法に反する訴訟法を立法しようなどとい

う想いにとらわれたとはとうてい思えないのである。これはきつと後代の蛮性 (Barbare) と、裁判官のこの訴訟法を快道とするなまけ心とが、かかる訴訟法を生み出したものと信じているのである。

しかもローマの歴史を眺め返しても、朕のこの確信をくつがえす何ものも見出すことができないのである。ローマ人の裁判官は、当事者の依頼した弁護士の弁論を聞き、判決を言い渡すまえに、事実をみずから調査することを義務づけられていたし、また、かの法皇の法ですら、弁護士は当事者の権利について陳述(法律上の意見の陳述)ができるだけで、事実については裁判官が調査すべきことを、明瞭に規定していた。かくて朕の如上の確信はいよいよ深まるのである。

彼ら古えの賢人達が望んだことは、また朕の望むところである。すなわち、朕は、朕の裁判官に対して次のように命ずる。——以後裁判官は、当事者の訴えや答弁について、当事者を直接取調べ、彼らの陳述と持参した証拠とを比較対照し、かくして紛争の基盤となった事実の真の関連をみずから調査すべきである。」

以下、和解の奨励、証拠判決の廃止、在来の弁護士 (Advocat) に代わる Assistentat の制度、などについて述べているが、これらは次述のそれぞれの項で言及することにしよう。

それにしても、かつては「決して一般化されてはならない」と叫んだ糾問主義を、今や正当として「朕の裁判官」に押しつけようとしている。しかも、以前はあれ程嫌悪感を示した法皇の法を、今では自説の權威づけに引用しようとしている。なんとこの豹変ぶりだろうか。これには、フェルストに代ってカルマーの登場という政治的激変もさることながら、そもそもフリートリヒ大王に糾問主義が何か、それが訴訟の審理・訴訟の当事者にどのような影響を与えるかにつき基本的な理解がなく、そのときどきの廷臣によって動かされる皮相な判断しかなかったことを示しているのではなからうか。

第三に、実体法については、「自国語で書かれ、厳密に規定され、遺漏なく集められた」実体法が、互いに異なっ

た制度・慣習をもつ各州（プロヴィンツ）に固有のものと、それを補充しプロイセン全土に適用範囲をもつ一般法の、それぞれ両面にわたって制定されなければならないという。——このうち、一般法の要請が、のちのプロイセン「一般法典」（Allgemeines Gesetzbuch、結局施行されず）、「一般国法」（Allgemeines Landrecht、一七九四年）として実現されたことは、ひろく人の知るところである。^(a)最後に、閣令は、学者はもちろん、裁判官の恣意的な法解釈を避けるために、法律委員会（Gesetz-Commission）を設置すること^(b)、裁判官は法解釈に疑義が生じたときには法律委員会に問い合わせなければならないこと、などを宣言して、その筆をとりついている。

(2) Vorbericht 前述した一七八〇年八月一日スワルトツの執筆した「全司法職員のための暫定的教示」を再録したものである（Vorberichtとは、題詞に窮するが、一応「前文」とでも訳すべきものか）。その前半は、右の四月一日の閣令の論調をそのままくり返したものにすぎないが、その後半には、CJFの手続原則やその体裁について幾項目かにわけて説明が加えられている。その一々については、次に「CJFの手続の概要」としてみていく予定なので、ここでは言及をさけておくが、その手続原則のうちの最たるものとして、(i) 裁判官をして、自ら真実を探究しうるような状態におくこと、(ii) その裁判官の恣意的な権力行使に対して、当事者を防衛するよう努めること、の二点があげられていることを指摘しておく。CJFを立法したスワルトツらシュレージエン新司法官僚の法思想（いわゆる啓蒙的自然法思想）として、国家権力による後見的介入と、市民の自然的自由の保護という、本来二律背反的な二つの側面があることがしばしば指摘されているが、ここにこの二つの側面が端的に表現されているといえよう。なお、閣令に Vorbericht では、Assistenzrat 制度の在り方についても微妙なニュアンスの差がみられるが、この点も後に Assistenzrat の項で紹介することにしよう。以下、さっそく、CJFの示した手続の概要をみていくことにしよう。

三 手続の概要^(a)

CJFの示した訴訟手続は、端的にいってしまえば、ドイツ法系の民事訴訟法史上でまったく類例をみない珍奇な

もの、⁽⁹⁾ といつて悪ければ、まったく独創的なものであるといつてよい。これは基本的には、弁護士制度の全廃といふこれまた古今未曾有の新例から導かれたものであるが、いずれにしろ珍奇、新奇な制度の連続ばかりなので、今日のわれわれからみれば理解に苦しむ場面も多いことをあらかじめお断りしておきたい。⁽¹⁰⁾ なお、この「独創性」を導きたせるために、若干の個所で当時の支配的な訴訟法、つまり普通民事訴訟法との対比を試みておいた。⁽¹¹⁾

(1) 訴えの *Anmeldung* (*Anmeldung* とは、申出、登録の意) 訴訟手続は、原告が裁判所に対してする「訴えの *Anmeldung*」によって開始される。訴えの *Anmeldung* は、原告またはその代理人が、書面または口頭をもって行なう(1, 2, § 1, 第一編第二章第一条を参照して)。以下(同じ)。この *Anmeldung* においては、書面(*Anzeige*)による場合はもちろん、口頭による場合も、つぎの各項を明らかにしなければならない——原告・被告の氏名・住所・身分(*Stand*)、原告が被告に対して請求する目的物、原告が後述の *Instruktion* (審理)に出頭できるか否か、できない場合にはその理由(§ 4)。

(2) 訴えの *Anmeldung* があると、その旨が *Dezernat* とよばれる裁判官によって、裁判所(合議体)に報告される(§ 6)。裁判所は、管轄権の有無などを調査し(§ 7 ff. 実際上は *Dezernat* が先に調査し、その結果を裁判所に報告することになる)、訴えの *Anmeldung* を適法と認めたときには、裁判官の中から一人の *Assistenzrat* を指名する。他方原告には、この *Assistenzrat* のもとに出頭して、訴えに関する取調べを受けるよう通知する(§ 11)。なお、この取調べに出頭するのは原告本人であつて、彼が出頭できない場合にかぎって、取調べを受ける事項について十分精通している他人を出頭させるか、または *Assistenzrat* と書面によって通信することが認められている(1, 3, §§ 2, 3)。

(3) *Assistenzrat* に対する取調べ *Assistenzrat* は、出頭した原告から、「訴えについて必要なすべての事情を聴取し、これについて調査書(*Informationsprotokoll*)を作成しなければならない」(§ 1)。前述したように、*Assistenzrat*

は、裁判官の中から指名される。したがって、彼は性質的にはあくまで裁判官なのであるが、ここでの彼の活動は、むしろ原告側に付いた弁護士のそれに酷似しているといつてよい。つまり、彼は、後に訴状を作成するために原告からいろいろな必要な情報 (Information) を聴取するのであり、彼が調書を作成するのも、こののちの訴状を作成するための心覚えであるといつてよい。

したがってまた、以下に述べる諸規定も、Assistentrat が情報を聴取するにあたっての、また訴状を作成するにさいしての、立法者の側からする注意書きであるとみてよい。

たとえば、「Assistentrat は、訴えの目的物 (原告が請求する目的物) に関しては、とくにそれが有体物の場合には、その物の状況、境界、面積、重量その他によって、その目的物を他の類似物からはっきり区別し、いさゝかの誤解、錯覚、あい昧さが生じないようにしなければならない」(§ 4, Ziff. 3)。「請求の発生原因とされた事実、行為、または出来事については、それに関する主な一切の事情、または附随的な事情であっても、それが事件の解明に役立つと思慮するかぎりには、原告から詳細にかつ十分に聴取しなければならない。とくに下層の者を相手とし、この者が物事に対する理解力を欠き、自己の要求を簡潔にしかも関連させて述べる能力に不足しているときは、Assistentrat は注意深くかつ我慢に我慢を重ねて質問をくり返さなければならない。……要するに、species facti (請求を理由づけるために必要な事実)⁽³²⁾ は、どこにその問題があり、またこの事実から請求がいかにして導かれてくるかを、一見して明瞭な形で整理しておくべきである」(Ziff. 4)。また、「請求については、それが本来何を要求し、またその程度・量はどうなるものか。たとえば、原告は元本のみを要求するのか、それとも利息をもあわせて要求するのか、またあわせて要求するとして、その根拠はどんなものであるかなどを、原告から明確に聴取しておくべきである」(Ziff. 5)。そのほか、Assistentrat は、「二重起訴の有無や、原告の当事者資格などにも十分注意を払うべきである」(Ziff. 2, 6)。また、とくに前述した species facti については、Assistentrat が原告とともにそのメイン・ポイントとして「検

討し、もしこれが被告によって否認された場合には、原告はその立証のためにいかなる証拠を有するかを問い正し(§5)。また、被告側から提出が予想される抗弁について原告に説明を与え、彼がこれを自白するか、否認するか、またはこの抗弁を否定する別の事実(再抗弁)を主張するか、などについて問い正さなければならぬ(§6)。

以上の規定を読むと、原告側に弁護士が付いた場合に、その弁護士が注意を払うべき心覚えとほとんど同じである。しかし、以下のような規定を読むと、やはり、Assistenzratの裁判官としての性格が露骨に表現されている。

Assistenzratは、その取調へにあたって、裁判所の管轄権や原告の当事者資格などにつき疑いが生じたときには、直ちにその旨を裁判所に報告しなければならぬ(§11)。また、Assistenzratは、原告の請求が法律上理由なしとみえる場合や、被告から提出が予想される抗弁に対して原告が十分な反駁の材料をもたず彼の敗訴が必至とみえる場合にも、やはり裁判所に対して報告しなければならぬ(§12)。

さて、Assistenzratは、もはや取調べが十分に行なわれ、原告から聴取すべき必要な事情はなくなったと判断したときには、その Informationsprotokollを原告に対して読み聞かせ、彼が文字を書くことができるときには、この Protokollに署名させる(§8)。その後、Assistenzratは、Hauptbericht(主報告書)の作成にとりかからねばならない。この Hauptberichtは、次のような記載事項からも明らかのように、訴状に相当するものである。すなわち、(1) 請求の発生源因たる事実の完全な記載。(2) この事実を立証するための証拠方法の明白な表示。なお、証拠方法が文書である場合には、その原本、もしくは正確な謄(抄)本を添付しなければならない。(3) 一義的な「申立」(請求の趣旨)の表示(§14)。

Assistenzratは、この Hauptberichtを作成すると、これに自己の Informationsprotokollを添えて、裁判所の受付係(登録係、Registrar)に提出する。これでいわば、訴状が裁判所の窓口へ提出された形である。

当時の普通法訴訟では、現代の訴訟と同じく、原告(またはその弁護士)が訴状を作成し、これを裁判所の窓口

提出すれば、それで訴え提起行為は完結する。ところが、このプロイセン法では、弁護士を排除し、それに代うるに Assistentzrat をあてたために、原告の訴えの Anmeldung にはじまり、Assistentzrat の指名、Assistentzrat による事情の聴取、訴状の作成、その訴状の受付係への提出という手続をなまねばならず、しかもこの手続が、それを主宰するのが裁判官 (Assistentzrat) であったために、訴訟手続の中にわざわざ取りこまねばならず、また法律でも規定を置かなければならなかったのである。ともかく、このプロイセン法は、はじめから現代のわれわれの理解をこえる形で、その怪異な姿を顕わしはじめたのである。

(3) Dezerent による審査 さて、Hauptbericht などを受領した受付係は、Dezerent (前出。訴えの Anmeldung のさいにこれを受領し裁判所に報告した裁判官) にこれらの書類を交付し、Dezerent はこの旨を裁判所に報告する (1.4, §1. 報告するといつても、週三、四回開かれる裁判所の会議のさいに、裁判官全員に対して報告するのである)。なお、この報告に先立って、Dezerent は Assistentzrat の提出した Informationsprotokoll を精査し、これに欠点、不備を見出したときには、一定期間を設けて Assistentzrat に補正を命じ、また必要がある場合には、原告に連絡 (書面により) して、もう一度 Assistentzrat のもとに出頭し、その陳述を補充、訂正することを命ずることができる (§2, §3)。(前述したように、CJF は裁判官の恣意的な権力行使を抑制するために、裁判官による相互監視のシステムを導入したが、この Dezerent による Informationsprotokoll のチェックは、その一つの現われであるといふことができる。)

そのほか、Dezerent は、原告の請求が法律上理由がないとみえるときには、ただちに原告の請求を棄却することができ(理由をふした裁判でもって行なう)、これに対して原告は上訴することができず、Dezerent の所屬する裁判所に異議の申立ができるだけである⁽¹⁴⁾ (§5)。

(4) 被告の答弁とその取調べ Informationsprotokoll あるいは Hauptbericht に疑義がないか、またはこの疑

義が解消されたときには、これらの書類の写しが被告に送達される (§8)。この送達にさいしては、同時に、裁判所の定める一定期間内に、原告の請求を認諾するか、それとも争うかを応答すべき旨の催告状も送達される (§9)。もし被告が争う旨を応答すると、彼のために Assistentrat が任命され (原告側の Assistentrat とは別人である)。¹⁾ その答弁について原告の場合と同様な取調べが行なわれる (§9, Ziff. 2; 1.7, §1 ff.)。この取調べが終了すると、Assistentrat は Hauptbericht (「答弁書」に相当する) を作成し (§15)。²⁾ それと Informationsprotokoll を一緒にして裁判所の受付係に提出する。これが Dezerent に交付され、彼の審査を受けたうえで裁判所に報告されることなど、原告の場合とまったく同様である (§14; 1.8, §1 ff.)。裁判所が被告側の Hauptbericht, Informationsprotokoll を承認すると、これらの写しが原告側に送達され、同時に以後の手続のための期日が指定される (1.8, §6)。いよいよ、訴訟手続は、事件審理の正念場へと踏みこんでいくわけである。

(b) Instruktion 右にいう以後の手続は、事件の状況に応じて次の二つに区分されている。(i) 原告の訴えと被告の答弁を比較してみて、両者間に事実についての争いがなく、ただその事実から原告の主張する権利がはたして導けるかどうか (法律問題) についてだけ争いがあるときには、事件の審理は行なわれず、和解の試みと法律上の陳述を行なうためだけの期日が指定される。この期日には、両当事者本人が出頭するか、または和解条項について充分な指示を与えられた代理人が出頭しなければならない (1.8, §8)。期日に和解が不調に終わった場合には、直ちに Assistentrat による法律上の陳述が行なわれ (法律上の陳述——Deduktion——については、後述参照)、事件の記録 (Akten) が判決起案のために裁判所に提出される (§9, なお Vorbericht Ziff. 3)。

(ii) これに対して、被告が原告の主張する事実を争い、または事実に関する抗弁を提出するなどして、当事者間に事実についての一致をみないときには、Instruktion のための期日が指定される (§10)。

Instruktion は、次の四つの目的を有している。(a) 争いとなっている事態につき当事者をより一層詳しく取調べ

ること、(b)当事者間の争点 (status controversiae) を整理すること、(c) その争点につき証拠調べを行なうこと、(d) 当事者間に和解を試みること (3.10; 1.10, § 1)° Instruction は、最後の (d) を別とすると、右の (a) → (c) の順序で進められていく⁽²³⁾。

Instruction を主宰するのは、Deputierter ではなくて裁判官である。通常、Assistenzrat よりは上位の、したがってそれだけ経験豊富な裁判官が選ばれる⁽²⁴⁾ (1.10, § 1; 3.3, § 3)° Instruction の進行、その期日の変更、続行など、すべて彼の自由裁量によって決せられる。「Deputierter は Instruction にとって必要なすべての事項を職権によって行なうことができる。当事者は Deputierter の指示に従わなければならない」(1.10, § 2)°。

Assistenzrat は、いわば Instruction に参加するものである (3.1)°。しかし彼は、彼は一面、Deputierter の協力者であるとともに、他面その監視者として現われてくる。たとえば、上述した Deputierter が Instruction にとって必要な処置を行なうにあたっては、「彼 (Deputierter) は事前に Assistenzrat から意見を聴き、その上で必要な処置を決しなければならぬ。もし Assistenzrat からの Deputierter の処置に不満があるときは、彼は裁判所に対して異議申立ができる」(3.3)°。

Instruction の期日には、当事者は、たとえ彼が裁判所から遠く離れた所に住んでいる場合でも、できるだけ本人自身が出頭しなければならない (1.8, § 17)°。もし正当な事由がなくこの出頭を怠ると、相手方の主張を自由したものとみなされる (強制自由) (3.23)°。また当事者は、この期日に出頭するにあたっては、文書の原本または謄本を持参したり、相手方の文書の成立に対する認否、宣誓要求に対する応否などに態度を決定したりえて、期日に出頭しなければならぬ (3.11 ff)°。

さて、Instruction は具体的にはどのようなように進行していくのか。上述した Instruction の四つの目的に即しながら、順次検討してらう。

(a) 当事者双方の取調へ *Deputierter* は、当事者双方に対して訴訟記録に記載された *species facti* を示し、これが彼の意図または意見どおりに記載されているかどうか、またそこに含まれた事項が、事案の真実に即応し、彼らの知る限り正確に述べられたものかどうかを尋問する(1,10,§8)。

この尋問が、後に述べる AGO のように原告——被告——原告——被告の順序で行なわれたかどうかは不明である。しかし、たぶんそのような順序で行なわれたのであろう。⁽¹⁷⁾とにかく、*Deputierter* は、この尋問(それは必要に応じて何度もくり返されるのであるが)を通じて、事件のポイントごとに、当事者が事実を告白するか、それとも否認するかを確かめていく。そして事件の全ポイントについて、当事者の告白、または否認がはっきりしたところで、つぎに述べる争点の整理へと移行していく。なお、右の尋問にさいしては、「*Deputierter* は、当事者を自由に誘導したり、それへせき立ててはならない。むしろ当事者の告白があった場合には、それが彼の真意に基づくものかどうかを問ひ正さなければならぬ。とくに、その当事者が下層の者で訴訟に不慣れた者であるときは、告白の法律上の効果について十分説明を与えなければならない」(§10) という規定があるかと思うと、反面「*Deputierter* は、当事者の尋問にさいして、彼に裁判所の前では真実を述べること、悪意ある、放埒な否認をしたときには、法律上の刑罰に問われることを嚴重に言渡すべきである」(§8) という規定もある。前述したように、CJF は、市民的自由に対する後見的保護と、国家権力によるあくなき真実探究という本来二律背反的な目的を掲げているのであるが、この二つの規定に、そのCJF のもつ二つの目的、側面が、端的に示されているといえよう。しかしこの種の規定は、ここばかりでなく、一々指摘しなかったが、CJF の全編を通じていたるところにちりばめられているといつてよい。

(b) 争点の整理 (*Regulierung des status contraversiae*) へ、当事者が何につき告白し、また否認するかが明らかになってくると、おのずから当事者間の争点 (*status contraversiae*) も確定されてくる。「*Deputierter* は、この告白、否認ならびに争点を、簡潔でしかも一般にも理解が容易な文章にして、調書に記載させなければならぬ

5) (§ 11. Deputierter が文章にして口授し、それを書記が調書に記入するのである)。原・被告側の Assistentrat は、この争点の整理にまゝして Deputierter を十分監視しなければならない。「彼ら (Assistentrat) は、この Informationsprotokoll を執行」もし Deputierter がみ落したり、あるいは明白な形で十分整理しない事柄があるときには、その点について Deputierter に注意をうながし、そのようにしてこの争点整理に関し、Deputierter を注意深く監視 (Kontrolle) しなければならない」 (§ 12)。

ともかく、このようにして争点が確定すると、Deputierter は、両当事者および Assistentrat を立ちあわせた上で、争点のうちどれが裁判にとって重要であり、したがってまた証拠調べを要するかにつき彼の判断を示す (§ 13)。もし当事者または Assistentrat がこの判断に反対で、その争点が裁判にとって重要でなく、これを取り調べることにが無用な時間、費用の浪費であると考えたときには、その旨を裁判所に申し立てる (§ 15)。また反対に、Deputierter が事件にとって重要でないと判断した争点が、彼らの見地からすると重要で取調べを要すると考えたときには、やはりその旨を裁判所に申し立てることができる (§ 16)。この申し立てに対して、Deputierter がその申し立ては当事者らの頑固さから出たものであり、あるいは手続を遅延させるための意図だけから出たものと判断したときには、訴訟記録を添付して、その旨を裁判所に申し出る (§ 17)。以上の申し立てに対して裁判所が裁判をし、争いが解決すると、つぎに述べる「証拠調べ」にはいる。⁽¹⁸⁾

(c) 証拠調べ 証拠調べに関する規定はきわめて詳細、かつ膨大である。その一々をフォローすることはとてもできないので、以下では要点と思われる二、三の点をピックアップして述べるにとどめたい。

(i) 証拠方法 文書、証人、宣誓(要求)、検証物の四種類が認められ、それぞれについて独立した証拠調べの規定がおかれている (§ 25 ff.; 75 ff.; 128 ff.; 171 ff.; 4.6; 23 ff.)。現代の証拠法とくらべると、証拠方法としての鑑定人が欠けているが、鑑定人については右のような独立した証拠調べの規定はおかれず、それに関する規定が法典の各

所に不統一な形で散在している(職権による鑑定人の指名(J.8.3.27)、鑑定の証明力に関する規定(4.6.128 Ziff. 7)など)。もっとも、このように鑑定人に関する独立した証拠調べの規定が欠けていることが、当事者が証拠方法としての鑑定人を申し出ることまで阻止する意図であったとは思われない(このことは、のちのAGO——ここでも鑑定人に関する規定は不統一であったが——がその追記(AGOの制定後に追加された規定)として、当事者の合意による鑑定人の選任を認めていたことから明らかである。Anhang §64 zu AGO §38)。なお、この当時には、自白が裁判官に要証事実について完全な確信をいだかせるもの——それゆえにまた、要証事実について他の証拠の取調べを不必要にするのだ——という見地から、自白をも証拠方法の一——しかも最も有力・確実な証拠方法——に数える見解が支配的であったが、CJFはこの支配的な見解に従わず、自白を証拠方法の中に数えていない(Vgl. 4.6.177ff. 自白を証拠調べの各論で規定せず、総論中で規定するにとどまっている)。これに対して、後年のAGOでは、再び自白を証拠方法の中に数える態度にもどっている(AGO 1,10,138ff. 「自白による証拠について」という項目を設け、これを証拠調べの各論の最初の部分においている)。

(ii) 証拠調べの方法 CJFが、普通法の証拠判決に代えて争点整理の手續を認め、また証拠の申出を事実の主張と分離せず、両者を同時にすることを要求したことから、証拠調べの方法の点でも、CJFは当時の普通法とはかなりおもむきを異にした規定をおいている。以下では、一例として証人尋問をとって、この両法のちがいを明らかにしてみよう。

普通法では、証拠判決後、筆証者は判決によって定められた期間(筆証期間)内に、証人尋問を書面をもって申し出る。この書面には、証人の氏名、住所などのほか、要証事実(これも証拠判決で定められている)と証人の関係、およびこの証人について尋問を希望する事項の一覧表を併記する。尋問申出を受けた裁判所は、相手方にその旨を通知するとともに、一定の期間内にその証人の能力・信憑性に関する証拠抗弁をやはり書面にして提出するよう催告す

る。相手方がこの証拠抗弁を提出しないか、提出しても裁判所がこれを排斥する決定をした場合には、証人尋問のための期日が指定される。

証人尋問期日では、まず挙証者が証人の紹介を行ない、ついで証人の宣誓が行なわれる。この段階までは両当事者の立会いが認められているが、やがて両当事者は退席させられ、以後は裁判官が一人で証人の尋問にあたる（なお、裁判所が合議体で尋問にあたることはなく、必ず一人の受命、受託裁判官が選ばれた。これを普通法では *Konni-sar, Deputierter* と呼んでいた）。尋問にあたっては、当事者から提出した尋問事項書が尊重されるのは当然であるが、しかし、裁判官は必ずしもこれに拘束されず、彼の裁量でかなり自由な尋問をすることができた。尋問が終了すると、尋問事項とこれに対する証人の応答を記載した特別の調書を作り、これを証人に読み聞かせた上、署名させる。

これで証人尋問期日は終り、その後一定の期日を定め、両当事者を呼び出して、右の調書の読みきかせ、聞説が行なわれる。さらにその後、終結手続 (*Schlussverfahren*) とよばれる手続が行なわれ、両当事者に証人尋問の結果に対する弁論 (*証拠弁論*) をやはり書面にして提出する機会が与えられる。

以上の証人尋問の手続は、裁判官の口頭による尋問を別とすれば、すべて書面を通じて行なわれている点、および両当事者に証人尋問への立会権が認められていない点とその特色として挙げることができよう。これに対して、CJFの証人尋問はどうであろうか。普通法にくらべると、かなり弾力的な、そして簡易な証人尋問の手続が認められている。

まず、ここでは裁判官の定める「挙証期間」という概念がない。証人尋問の申出は、すでに訴え、または答弁に関する取調べの段階、あるいは *Instruction* の争点整理の段階までに行なわれ、また行なわれるべきであるから (1.10, §75)、いわばこの訴えの取調べから争点整理の間の期間が、実質上の挙証期間といえる。

つぎに、証人の能力・信憑性に関する証提抗弁についても、その提出、審理のための特別の手続は行なわれない。この種の抗弁は右の實質上の挙証期間、さらには現実に証人尋問が開始されるまでいつでも提出することが認められていたが、この種の抗弁が提出されたところで、*Deputierter* は直ちに裁判を行なうわけではない。むしろそのまま証人尋問を続行し、のちに裁判所が本案判決をするときに、——その証人の証言を採用するか否かに関連して——この抗弁の当否についても判断する仕組みになっていた (§ 124ff.)。

証人尋問は、*Instruktion* の争点の整理の終了前、したがって正式の証提調べがはじまる以前でも、裁判所が必要と思えば証人を呼び出して取調べることができたが、通常は争点の整理終了後特別の尋問期日を定めて証人を呼び出した。

証人の尋問にあたっては、両当事者の退席が命ぜられるのはいつでも同じである。しかし、ここでは、*Assistenzrat* の立会が認められていた。*Assistenzrat* の立会が認められたのは、*Assistenzrat* ならば証人も心理的な影響を受けることが少ないこと、*Assistenzrat* によって *Deputierter* を監視させようという意図があったこと、の二点に求められると思う。後年のように、証提調べにおける当事者の権利の保証という観点からこの立会が認められたとは *CJF* の性格上とうてい思えない。立会を許された *Assistenzrat* は、*Deputierter* の尋問を中止させ、彼が代って尋問することまでは認められていない。彼はただ、「証人の証言に関連して、*Deputierter* が尋問した事項以外で、なお尋問を要すると思う事項があるときは、その旨を *Deputierter* に申し出るべきである。 *Deputierter* はその事項について証人に適切な尋問をしなければならない」 (§ 99)。

CJF では、普通法と異なつて、当事者から特に尋問事項書を提出することは認められていない。尋問事項に関する要望は、おそらく争点の整理の段階、または証人尋問の開始に先立って申し立てられ、そして右の *Assistenzrat* の「抑制された」求問権によってその要望の補充がなされたのであろう。

証人尋問が終了すると、その尋問を録取した調書の朗読が行なわれ、証人に異論がないときは、ここではじめて彼の宣誓が行なわれる(§§100,102)。宣誓終了後、右の尋問調書に *Deputierter*, *Assistentrat*, 証人が署名し、その後この調書、またはその謄本が当事者に交付される(§106)。普通法の終結手続(当事者に証人尋問の機会を与える手続)は、(1)では証人調べ(したがって *Instruktion*)の段階では行なわれず、後述する「*Beschluß der Sache*」の中で *Assistentrat* による「法律上の陳述」(*Deduktion*)という形をとって行なわれる。

(d) 和解の試み これについては、次に述べる「*Beschluß der Sache*」の項を参照されたい。

(8) *Beschluß der Sache* 証人調べがおわり、*Instruktion* が終了すると、次に *Beschluß der Sache* と呼ばれる手続が行なわれる。この手続では、(a) *Deputierter* による和解の試み、(b) *Assistentrat* による法律上の陳述、(c) 訴訟記録の編綴・封緘という三つの段階がみられる。

(a) 和解の試み ここでの和解の試みは、いわば証人調べ終了後の和解の試みである。しかし、和解の試みは、すでに *Instruktion* の途中でも、とくに「争点の整理」を行なう段階で強力にすすめることが要請され、さらには、*Assistentrat* が自らの当事者と接触する(訴え・答弁の)取調べの段階でも要請されていた。すでに C F M に開いて言及したところであるが、この時期のプロイセンの立法者は、和解の試みにきわめて熱心であった。C J F でも、和解の試みについては別に一章(1,11)が設けられているが、その冒頭の第一条は次のようにいっている。「一旦発生した法的紛争をできるだけ和解によって解決し、それを通じて、訴訟の方法によるときはどうしても避けられない当事者の時間的・経済的損失を防ぎ、また紛争の継続によって家族、市民間に生ずる敵対関係、不和状態を防止することは、わが国王陛下のまことに不断のご意願である。

それゆえに、*Assistentrat* は、彼に割り当てられた当事者を最初に尋問するときから、とくに事件に疑問があったり長時間を要する見込みがあるときには、できるだけ和解にするよう当事者に働きかけ、また *Deputierter* も、

その *Instruktion* の継続中はいつでも、主としては争点の整理後にはあるが、しかし証拠調べの終了後においてもなお、和解が成立するようその全力を傾けるべきである。訴訟が離婚事件である場合にも、なお和解を試み、そのときには一人の聖職者 (*Geistlicher*) を関与させるべきである。」(なお、ほぼ同じような内容の規定は後年のAGOにもあり、これについて廣谷・二二三頁に解説がある。)

和解を当事者に強制する手段としては、ここでもCFMと同様に、和解を頑強に拒否した当事者が、その後の判決で和解のさいに提示されたと同程度か、またはそれを下回る程度で認容されたときには、彼に(勝訴者にもかかわらず)訴訟費用の支払いを命ずる旨の規定がおかれている(§12)。

(b) *Assistenzrat* による法律上の陳述 右の和解の試みが失敗に終ると、この *Assistenzrat* による法律上の(意見の)陳述が行なわれる。この陳述は、*Deduktion* (演繹)とよばれ、取調べられた事実から法律に従うとどのような結果が導かれるかについて意見を述べるものである(§1, §12, §5 ff.; §3, §30 f. なおこの *Deduktion* には、前述した証拠調べの結果に対する弁論も当然に含まれてこよう)。

(c) 訴訟記録の編綴・封緘 この *Assistenzrat* による陳述がおむると、*Deputierter* は書記に命じて訴訟記録を編綴、封緘させる。なお、そのまゝに、この記録を *Assistenzrat* にも閲覧させ、彼に異論のないときは、その旨を封緘の下に付記させる(§1, §12, §3)。 *Deputierter* は、この訴訟記録および *Assistenzrat* の *Informationsprotokoll* を一括して裁判所の受付係に交付し、裁判所へ提出せしめる(§8)。これで、彼 *Deputierter* の任務は全部終了したわけである。

(7) 判決の起案ならびに告知 いよいよ手続の最終段階として、判決の起案ならびに告知が行なわれる(§1, §13. なお *Vorbericht* Nr. 10)。判決の起案には、裁判所の所長によって指名された一人の裁判官(これを *Referent* と呼ぶ)があたり、重要で複雑な事件の場合にはいまだ一人の裁判官 (*Korreferent*) が指名される(§1)。これらの *Referent*, *Korreferent* は、前述した *Deputierter* と同じ人物であつてはならない。また裁判官の多い裁判所では、*Dezer-*

ment」と同じ人物を選ぶこともできるだけ避けねばならない(§2)。Referent は、事件の Instruktion が完全にまた適法に行なわれたかを調査し、もし欠点をみ出したときには Deputierter に補正を命ずることが出来る (§§ 3, 4)。いわゆる裁判官の相互監視の一つの現われである。Instruktion に欠点がみ出されないときには、彼は判決の起案にかかる。そして、起草した判決の草案を、裁判所の全員の前で朗読する。この朗読にあたつては、まず「事実」(「事者間に争いのない事実、status causae」)について述べ、ついで事実上・法律上の「争点」を明らかにし、その争点ごとに証拠方法ないし法規を提示し、そして最後に事件に対する彼じしんの見解(「判決理由」)ならびに「判決主文」を述べなければならない(§5)。裁判所の合議は、多数決によって決せられる(§7)。もっとも、法律上の解釈に疑問があるときには、やはり多数決によって法律委員会(前述一四頁)に問い合わせ、その意見を基礎にして判決をしなければならぬ(同)。判決書には(出席した)裁判官全員が署名し、つぎの開廷日に Assistenzrat に対して告知される。判決書は四通の写しを作成し、両当事者の Assistenzrat に二通づつ交付される。各 Assistenzrat はそのうちの一通を自己の当事者に渡し、そのさいに上訴する意思があるか否かを問い正さなければならない (§§ 15, 16)。

以下、手続は上訴審の手続へと移っていくのであるが、ここでは、前述したように第一審の手続だけを紹介するにとどめたい。ただ、この第一審の手続についても、なお留意すべき点が残っているので、つぎの三点ばかりを追記しておきたい。

(1) Prozeß inter absentes と Prozeß inter praesentes 右述した第一審の手続は、じつは Prozeß inter absentes、つまり法律じしんの表現に従えば、「原告または被告の一方、もしくはその双方が裁判所の所在地から遠方に住み、あるいはその他の事情によって、彼らがそろって裁判所の Instruktion に出席できない場合」を予想しての手続であった (§3, §7; 1, 9, §1)。この「あつておらず」Prozeß inter praesentes、すなわち「訴えの

Anmeldung から、原告・被告の双方が裁判所の所在地に住むか、またはそれ程遠くないところに住んでいることが判明した場合、ないしは被告が右のいずれかの場所に住み、原告は遙か離れたところに住んでいるが、彼が *Instruktion* が終了するまでいつでも裁判所に出頭すると表示した場合」には (I. 3, § 6; I. 9, § 2) 前の *Prozess inter absentes* にはみられない、つぎのような特別が定められている。(1) *Prozess inter absentes* の場合には「被告の答弁すべき期間は裁判所の定める期間内とされていたが(前述一一九頁参照)、ここでは八日間と法律で限定されている(I. 9, § 5)。(2) 右の答弁のさい、被告が訴えを争うと答弁したときには、彼が出頭するのは彼の *Assistenzrat* のところではなく、*Instruktion* を行なう *Deputierter* のところへ直接出頭する(同)。そして、この *Deputierter* から、彼の *Assistenzrat* の立会いのもとに、答弁についての取調べを受ける。この取調べにさいしては原告の立会いは許されない。取調べの終了後、*Deputierter* は二通の調査を作り、一方を被告の *Assistenzrat* に交付するとともに、自分の手許に残った他方を原告に提示し、これに対する原告の陳述(再抗弁など)を聴取する。そして以下、自動的に前述した *Instruktion* の手続へと進んでいく (§ 13, 14)。(3) なお、右の取調べの期日も含めて、当事者双方はできるだけ期日に本人出頭することが要求されている。例外はごく限られた場合にしか許されていない (§ 11)。

(四) *Obergericht* (上級裁判所) と *Untergerecht* (下級裁判所) *CJF* は、裁判所を二分して、*Obergericht* と *Untergerecht* に区別している。そして、上述した第一審手続はもっぱら *Obergericht* に委ねられるものとして、*Untergerecht* については、また特別の手続を定めている。もともと、*Obergericht*, *Untergerecht* と云つても、必ずしも今日的な意味での上級裁判所、下級裁判所といった区別が妥当するものではない。なるほど、*Obergericht* は *Untergerecht* の上訴事件の審理も担当するが、そのほかに第一審裁判所として担当する数多くの事件を抱えている。当時の身分制社会を反映して、上級階層(貴族、僧侶など)は第一審として *Obergericht* の審理を受ける特権を有していたし、また、ある種の不動産訴訟、離婚訴訟なども *Obergericht* を第一審裁判所とすると定められてい

た(4.2.332.26ff) (以上の他に) Obergericht, Untergericht といつても、必ずしも今日の意味での上級裁判所、下級裁判所の区別が妥当するものではないが、以下では叙述の便宜上、上級裁判所、下級裁判所と訳して行くことにする)。

法律によると、上級裁判所とは Landesjustizkollegium (Landes-Justiz-Collegium) といはれる裁判所を、下級裁判所とは、これ以外のすべての裁判所を總稱するものであるとされている。もっとも、この下級裁判所は、その規模に応じてさらに次の二つに区分されている。(a) 裁判所の管轄区域も広く、したがってそれだけ重要な事件も数多く持ちこまれるので、多数の裁判官・その補助者を擁している裁判所(第一級の下級裁判所とよばれている)(2.1.32 Ziff.1; 3.8.37)。

(b) 管轄区域もせまく、持ちこまれる事件も重要なものが少ないので、裁判官やその補助者がごく少数な裁判所(第二級の下級裁判所とよばれている)(2.1.32 Ziff.2)。⁽²⁰⁾

前の第一級の下級裁判所は、その手続の点で上級裁判所とはほとんど異なるところがない。僅かに、管轄区域が広いといつても、上級裁判所のそれ程ではないので、当事者が裁判所に出頭することも比較的容易になり、それだけ期日や期間はできるだけ短縮すべきであるとか(46)、「争点の整理」をするにあたって、法律問題に疑義が生じたときには、みずからこの疑義を解決せずに、上級裁判所にその意見を徴すべきである(48)、といった規定が目立つ程度である。これに反して、第二級の下級裁判所では、裁判官の数がごく少ないので、上級裁判所や第一級の下級裁判所のように、裁判官の任務を Assistentrat, Dezentrat, Deputyreferent, Referent と分担するわけにはいかない。そこで、訴えを取調べる裁判官、Instruktion を行なう裁判官、そして Referent になる裁判官はできるだけ分担する(別の人間がなる)ことが望ましいとして(47) もし裁判官がただ一人の場合には、訴え・答弁の取調(Informationenprotokoll・Hauptbericht の作成、Instruktion の実施、判決の起案などは一人の裁判官でやるほかな

いとしている (§41ff)。ただ、この場合には、Instruktion を実施する裁判官がそのまま判決の起案にもあたるので、(本来なら Assistentrat によって行なわれる) 法律上の陳述は必要ないとしている (§46)。(21)

(4) 少額事件 訴額五〇ターラーまでの事件は、少額事件とされ、特別の手続が定められている (§22)。訴額五〇ターラーまでに限る点は、CFMと同じである(前稿一三九頁)。少額事件の手続については特記すべきものが少ないが、それが上級裁判所の事件であれ下級裁判所の事件であれ、Assistentrat の制度が不要とされている点 (§§4, 20) が注目されるべきであらう。そのため、(2)では訴えの Anmeldung があると、直ちに Deputierter による Insturktion が開始されることになっている。なお、かならずしも少額事件の範疇にははいらないが、五〇ターラー以上一〇〇ターラーを超えない事件でも、Assistentrat の制度は不要とされている (§31)。

III Assistentrat と Justizkommissar

さて、以上でわれわれはCJFの示した訴訟手続のひと通りの展望をおえたわけである。

はじめにもお断りしたとおり、なにぶん今日のわれわれからみれば物珍しい制度、制度の連続であったし、そのうえわたくしの叙述の不手際も手伝って、読者はいたるところで理解に苦しまれ、また、もうそろそろアンニエイを覚えておられるかも知れない。しかし、今しばらくおつき合い願って、従来はCJFの訴訟手続の面ばかりをみてきたので、CJFの人的側面、とくに従来の特許士に代って登場した Assistentrat と、その弁護士としての「なれの果て」 Justizkommissar について、一応の説明を試みておきたい。

(1) Assistentrat Assistentrat については今までもしばしば言及してきたが、以下では裁判所の組織面からみた Assistentrat について述べておきたい。

Assistentrat は、裁判官の中から、しかも若手裁判官の中から選ばれる。(22) — CJFが裁判所として主として念頭においた — Obergericht は、一人の裁判所の長官(所長) (Präsident または Direktor) と、多数の裁判官

(Rat) からなり立っている。このうち裁判官は、さらに第一級(または上級)の裁判官と、第二級(または下級)の裁判官からなり、後者の裁判官に Assistentrat の名が与えられている(3.1, § 3; 3.3, § 2)。Assistentrat も裁判官であり、裁判所のすべての会議に参加することができ、投票権も認められている(3.3, § 3)。もともと「自己が担当した事件については裁判所の会議に参加できず、投票権も認められていない」(§ 16)。Assistentrat (第二級の裁判官)から、第一級の裁判官に昇進するためには、特別の選抜試験は行なわれず、Assistentrat としての職務に就き、勤勉さ、そして才能を示した者が選ばれる(§ 4)。

しかし、Assistentrat は右のような裁判官としての性格をもつ反面、訴訟手続においては当事者の擁護者、協力者としても現われてくる。Assistentrat の訴訟手続上とくに Instruction における「役割」について、CJF 自身はつぎのようにいっている。「Instruction において Assistentrat は二重の性格(doppeltes Qualitat)をもつ者として考察されなければならない。事実の探知に関しては、彼は裁判所と Deputierter の補助者ならびに監視者であり、法律上の陳述(Deduktion)に関しては彼は当事者の協力者である」(§ 22)。だが、この二重の性格、裁判所・Deputierter の補助者(監視者)の面と、当事者の協力者の面の、そのいずれに重点がおかれたのであろうか。Assistentrat が訴訟手続上その任務を遂行するにあたって、二つの面に平等にウエイトをおくことが要請されたのか、それともいずれか一方に傾斜することが要請されたのであろうか。この点で、さきに紹介した一七八〇年四月一四日の閣令(したがってフリードリヒと大王の見解)と、Vorbericht(したがってカルマー・スワルツらの見解)との間に、微妙なニュアンスの対立がみられるのである。

すなわち、まず閣令では、裁判官による事件の直接の取調べの必要を強調したあとで、「しかし、その裁判官の取調べにあたって、当事者から法有識者の補助者を導くことは決して朕の真意ではない。朕はむしろ、原告のためにも被告のためにも、事実の探知にさいして弁護士(Advocat)を随行させることが必要だと考えている。」と述べ、こ

のように弁護士を随行させることが、裁判官がその不注意から、また依怙ひいきから事実の探知を十分に行なわないときに、彼に注意を喚起し、これをコントロールするために有益であり、また当事者のために法律上の意見を述べ、彼の安全をあらゆる面から配慮するために必要であると述べている。ただ、この「新しい弁護士が従来の誤った道におちいらないようにしなければならぬ。裁判の遅延と訴訟の混乱に利益を感じる弁護士ではなく、もっとちがった点に生きがいと利益をみつける弁護士を作らなければならない。」と述べて、そのつぎに *Assistentrat* の制度へと言及していつているのである (*Kabinetordre*, S. 8 ff.)。ここで *Assistentrat* の当事者の補助者・援助者の側面が強調されているとみて誤りはあるまい。

ところが、これに対して、*Vorbericht* のほうでは、「*Assistentrat* の職務は、事実の探知に関していう限り、真実に裁判官職である。彼は決して当事者の輔人、代弁者ではなく、裁判官の助言者であり補助者である。その職務は本質的には、事実の探知に努力する裁判所を援助することであり、この究極目的に向けて裁判所と一心同体になることにある。彼は自己が発見し経験した事項は、僅かのちゅうちよもなく、またその事項が自己の当事者の利益になるものであれ、不利益になるものであれ、何の顧慮も与えることなく、そのすべてを裁判所に忠実にそして正確に報告すべきである。」「ただ、一点で、*Assistentrat* は従来の *Advocat* と同じ任務を行なう。それは *Instruktion* で現われた問題点につき、またそこで取調べられるべき証拠方法について、当事者と協議しあうことである。しかしその場合にも、事実を故意にばやけさせたり、法律をわざと曲解するようなことをしてはならない。このような試みは罰せられる」(S. 15 f.)。こゝでは、閣令とちがって、当事者の援助者の側面が影をひそめ、裁判官職の強固が前面にでてゐることは何人も否定できまい。そして、法律 (CJF) の本文じしんは、この裁判官職の強固によって真ねかれてゐるといってよい。たとえばつぎのような条文がみいだされるのである。「*Assistentrat* は真実への奉仕者 (*Dienst der Wahrheit*) である。」したがって彼は、言い逃れ、不真実、悪意、二枚舌を弄するような当事者を監視

し、刑罰によって罰せられることを警告し、この警告がきき容れられない場合には、裁判所にその旨を報告しなければならぬ」(3.3.3.26; 1.3.3.7)。しかし、それだけではない。「もし Assistentrat が、当事者のシカーネ、詐欺、その他の不正の道具になり果てたときには、彼じしんが懲役、拘禁に処せられる」(3.3.3.26)。また Assistentrat が訴えの取調べにさいし、原告の請求が法律上理由なしとみえる場合や、提出を予想される被告側の抗弁によって原告の敗訴が必至と思われる場合には、その旨を裁判所に報告しなければならぬとの規定があったことも前述したとおりである(一七頁)。また、Assistentrat は裁判所サイドに立つ者、裁判官職そのものである。彼は決して当事者の擁護者ではなく、むしろ当事者の監視者である。このような Assistentrat の眼前に立って、当事者ははたして彼に自己の利害・事実の真相を率直に吐露することができたであろうか。まして、相手は経験も知識も豊かでない若手裁判官である。Assistentrat の制度ができてからも、当事者の中には旧来の弁護士 (Advocat) の所に相談に行く者があつたと絶たなかつたといわれるのも、むべなるかなと思われるのである。

また、Assistentrat の職務の一として、裁判所、とくに Deputierter に対するコントローラー (監視役) の役割が期待されている。しかし、その Deputierter は、通常は、Assistentrat よりは上位の、第一級の裁判官の中から選ばれることになっている (3.3.3.3. そのほか、Dezernent, Referent も、第一級の裁判官の中から選ばれる)。つまり、Assistentrat によって Deputierter は同一裁判所内部の先輩裁判官である。しかも、Assistentrat (第二級の裁判官) にとっては、その第一級の裁判官の地位へ昇ることが、当面の努力目標であり、あこがれの的でもある。両者にこのような関係があるときは、はたしてどの程度 Assistentrat にコントローラーの役割が期待できたのであろうか。⁽³²⁾

なお、右のような裁判官 (Rat) とつづの Assistentrat が存在するのは、上級裁判所 (Landesjustizkollegium) においてのみである。第一級の下級裁判所では、Gerichtsassistent, Assessor, Beisitzer 及び Assistentrat の役割が課せられている (2.1.3.3)。これらの者の資格はやや透明さを欠くが、Referendar (裁判官候補) の古参から選

はれることもあり(3.4.5.32) 裁判所の構成員 (Mitglied) の地位を与えられることもあり、そうでない場合もある(3.8.5.7.9)。

第二級の下級裁判所では、このような Gerichtsassistent にもいないため、一人または少数の裁判官が、Assistentrat, Deputierter, Dezerent, Referent の役割を兼有せざることをえないことは前述したとおりである。また、少額事件では、手続上も Assistentrat の役割が不要とされていることも前述したとおりである。ところで、第二級の下級裁判所の事件で、しかも少額事件といえは、庶民のもっともよく出頭してくる事件であろう。その事件において、もともと形骸化しているとはいえ、裁判官のコントローラーとしての Assistentrat が認められていないというのは、石部教授も指摘されているように(石部・九〇頁)、「権力の自制的モメントが脱落して、後見的介入のモメントのみが残った」といわざるをえないであろう。もっとも、立法者もこの欠点には気づいていて、いろいろの配慮を試みてはいるが、その試みは十分に成功しているとはいいがたい。ほかに、手形訴訟、略式占有訴訟(占有簡略訴訟)、強制執行などにおいても、Assistentrat の関与は認められていなかった。

(2) Justizkommissar Assistentrat の制度が設けられた結果、従来の Advokat はその生活の糧である職場を失うことになったが、彼らの運命はたしてどうなったであろうか。

前述した一七八〇年四月一四日の関令の中で、フリードリヒ大王は次のように述べていた。「従来の Advokat のうちで、Assistentrat になれる資格を有する者はごく少数であろう。その結果として、彼らの大部分は失職者になるであろう。朕は、彼らのうちで有能で真面目な者のいる限り、彼らをできるだけ Magistrat (市参事会。当時の市参事会は市民に対する裁判権をもっていた) の補助者、Justizariat (裁判所、とくに領主裁判所における補助者の意か)、その他これに類する職種に採用するよう、適当な処置をとるであろう。但し、まったく劣悪な人間は顧慮 (Attention) に値しない」(S. 9 f.)。この約束に忠じて、幾人かの者は Assistentrat に選ばれ

(前注(22)参照)。その他の者のためには Justizkommissar とよばれる新しい職種が設けられたのである。

法律じしんは Justizkommissar となる資格として「相當な期間裁判所の Referendar として活動し、Justizkommissar に必要な知識に関する試験に合格した者」(3,4,§34; 7,§8 ff.)としていたが、一七八〇年二月八日の閣令によって、従来の Advocat に当然に Justizkommissar の地位が認められた(もっとも八人、一〇人の「まったく劣悪な者」が四月一四日の閣令にいう「願慮に値いしない」者として除かれ、しかも彼らは「従来からたんなり儲けすぎている」という理由で、一銭の金銭補償も与えられなかった)。

Justizkommissar には、次のような種々さまざまな権限が認められていた(とくに 3,7,§24 ff.)。

- (i) 訴訟事件を除くあらゆる法律事件(そのなかには、登記事件、後見事件、遺産事件などの、のちには非訟事件のカテゴリーに数えられる事件や、破産事件なども含まれていた)について、助言し、代理することができた(破産事件については、破産管財人になることもできた)。
- (ii) 公証人の権限が当然に認められた。
- (iii) 刑事事件において弁護人になることができた。
- (iv) 民事事件においても、訴えの Anmeldung、強制執行の申立の代理人になることができたし、また、ごく限られた範囲ではあるが、Assistentenrat に代って当事者を取調べ、また代理人になることもできた⁽²⁸⁾。

このようにみると、Justizkommissar の活動範囲は、意外に広いことが知られる。そのうえ、C J Fのもとでは、不動産上の権利に関する契約は、かならず裁判所、もしくは公証人(Justizkommissar には当然に公証人の権限が認められた)の認証が必要であるとされていた⁽²⁹⁾。さらに、前述した後見事件、遺産事件などにおいては、つねに Justizkommissar による代理が要求され、彼の作成した申立書のみが受理された。つまり、ここでは非訟事件にまで弁護士強制が拡大された形になっていた。いずれにしろ、Justizkommissar の収入はかなりよく、⁽³⁰⁾後年には裁判官の中から Justizkommissar になる志望者が続出し、立法者がそれを禁止するのに大苦になったという話も伝わ

っているくらいである。

しかし、このような経済的な収入の面はともかく、Justizkommissar は制度的にはきわめて劣悪な地位に立たされていた。彼らははっきりと司法職員 (Justizbediente) と性格づけられ (37, 38)、司法職員としての一般規律に服したほか (2, 3, 4)、厳格な道徳義務、受任義務などを課せられ、これらに違反した場合には、例によって過料、解任という制裁 (ヴァイスラーのいう「幽霊」) がついて回った (7, 8, 15 ff.)。また、所属する裁判所が限定され、その裁判所の管轄区域外では職務を行なうことができない (いわゆる分属制)、つねに裁判所の長の監視下に立たされ、またその監視を容易にするために彼らが共同の役場 (Kolegium) を設け、一人の責任者 (Direktor) を選出することまで義務づけられていた (5, 6)。

さきに CFM の弁護士制に言及したおり、弁護士は裁判所の職員化が今一步のところまで押し進められ、まるで弁護士は裁判官の下風に立つ観があると指摘したが、この CJF において右の「今一步」がついに乗りこえられ、弁護士は完全に裁判所の下級職員となったのであった。そして、このような弁護士をいわば国家の鎖にしばりつけておく態度は、その後の AGO を経て、一九世紀のプロイセン国家を通ずる一般的な態度となり、その後のドイツ帝国、ひいては今日の西ドイツの弁護士の在り方にもなにかの影を落していることは、しばしば識者によって指摘されているところである。⁽²⁶⁾

五 CJF の崩壊——訴訟代理人の復活

CJF は民事訴訟法に類例をみない、一つの壮絶な実験であったといつてよい。四海普通民事訴訟法に取囲まれた真ただ中において、これはどまてにつぎからつぎに新機軸を打ちだし、しかもそれを一つの完成した体系にまとめあげたスワルツらの独創性は、それなりに高く評価されるべきであらう。

しかし、これらの CJF の打ちだした新機軸の中にあって、その最大の特色をさがせば、なんといっても弁護士制

度の全廃であり、それに代わるものとして登場した *Assistentrat* 制度であった。もとより、従来の弁護士 (*Advocat*) が裁判所から全面的に放逐されたわけではなかった。彼らは——既述したように——*Justizkommissar* という形をとって残存した。しかし彼らは非訟事件は取扱えても、訴訟事件を取扱うことは許されなかった。換言すれば、訴訟当事者が自由にえらべる代理人 (訴訟代理人) は、すべての訴訟手続から姿を消し、その代わりに、裁判所から無理矢理押しつけられる *Assistentrat* が登場したのであった。訴訟当事者は、自己の判断で自己の協力者、補助者を選ぶ権利を奪われてしまった。

C J F は、その手続の職権主義的な構造のゆえをもって、今日までその名が喧伝されている。しかし、この職権主義的な構造の点では、のちにも詳しく述べるように、次代の A G O との間にあまり差異はない、やはり C J F は、その弁護士制度の全廃、これに代わる *Assistentrat* 制度の創出、つまり一言でいうと、従来何人もその存在に疑いの目を向けなかった弁護士制度に対する激烈な挑戦、によって、立法史上に一種の不朽の名をとどめることになる。

しかるに、この C J F の最大の売物ともいうべき弁護士制度の全廃、*Assistentrat* 制度の創出が、それこそ一瞬間に崩潰してしまったのである。C J F が制定されたのは一七八一年であったが、早くも一七八三年の中頃には、事実上 *Assistentrat* が訴訟からその姿を消し、代わって *Justizkommissar* (従来 *Advocat*) が訴訟代理人——当事者の自由に選べる代理人——として復活してきたのである。世に三日天下という言葉があるが、二年余りというのは、この輪奐壮大な法典にしては、あまりにも短い、うたかたの天下であったというべきであらう。しかし、このことはまた反面、民事訴訟において弁護士がいかに欠くべからざるものであるか、その存在意義をまざまざと見せつけており、C J F の出現とその崩潰は、みかたによつては一種の偉大な教訓劇だったとも評しえよう。

前述したように C J F が制定されたのは一七八一年であったが、すでにその年から、民事訴訟法の改正に関する法令がそれこそ大洪水のようにつぎからつぎに制定されていった。一年の間に同じ事項に関して内容を異にする法令が

数個制定されるといった具合だから、それこそ朝令暮改の騒ぎどころではなかった。この変転きわまりない法令の大群の中に、Justizkommissar に関する一団の法令も含まれていた。もとより、一挙にして——Assistentrat の後退、Justizkommissar の訴訟代理人としての復活——が表現したわけではなかった。最初のうちは、それこそひっそりとした形でこの交替劇が進行していったが、やがてこの交替劇が白日の下に照らされ、Justizkommissar が訴訟という舞台の正面に躍り出してくるまで、わずか二年有半しか要さなかったことは前述したとおりである。

この交替劇が時間的にどのような推移をへて運ばれていったか、その一々をフォローすることはここでは当面必要ないであろう。また、この交替劇が完成した結果、Justizkommissar にどのような形で訴訟代理人の地位が与えられたかも、われわれはつぎに述べる A G O を通じて窺い知ることができよう。ただし、A G O には、この交替劇が進行した結果、もはや C J F が使用に耐ええなくなり、それに代わるものとして制定されたといういきさつがあるからである。それよりも、われわれにとって興味深いことは、やはりこの Assistentrat の後退、Justizkommissar の訴訟代理人としての復活が、なぜ行なわれたかであろう。その原因をさぐることは、われわれが民事訴訟における弁護士の存在意義を省察するうえで、示唆に富む貴重な二、三の観点を教えてくれるであろう。(i) C J F は当事者本人の出頭をきびしく強制していたが、この本人出頭に対して激しいえんさの声があがった。当事者が裁判所に出頭した場合、彼の本来の業務、営業に支障をきたすことはいくまでもない。それから生ずる損害は、あるいは訴訟の勝訴判決から得られる利益を遙かにう回るかも知れない。しかも、このような無理を冒してまで裁判所に出頭しても、そこに待構えているのは謹厳峻烈をもって囁る裁判官様 (C J F は有形無形に裁判官にそのような態度をとることを要請したといえる) のきびしい尋問である。狂人として法廷に出頭することさえ、不満の声をきくのである。それが当事者として毎期日ごとに法廷に出頭しなければならぬとしたら、当事者の間に恨みの声がほうはいて起るのも当然であったといえよう。(ii) 当事者が、裁判所から押しつけられる Assistentrat に信頼を寄せなかった。たしかに

Assistentrat は、当事者の擁護者という一面ももっていたが、彼は基本的には裁判官職であった。当事者の訴え・答弁に欠点があったり、虚偽を述べているという疑いがあるときには、その旨を一々裁判所に報告するよう義務づけられていた。このような Assistentrat に対して、どうして当事者が自己の擁護者、協力者としての信頼を寄せることができたであろうか。その答え、Assistentrat は、若手・未熟な裁判官の中から選ばれた。当然のことながら、彼らの能力に対して、当事者が強い不安の念を示した。旧来の弁護士 (Advocat) ——現在の Justizkommissar——の所に相談にかけつける当事者が、跡をたたなかった。立法者もついに断念して、上述した法令の中には、「当事者がしばしば (Assistentrat に対して) 感じる不安と不信を解消するために、Instruktion の終了後、訴訟記録を彼の任意に選んだ Justizkommissar に閲覧させ、その Justizkommissar によって Deduktion (法律上の陳述) を書面にして提出することを認める。」というのがあった。い、当事者のみではなく、立法者じしんが Assistentrat に対して強い不満をもった。Assistentrat の中には、自己の担当した当事者の利益をはかるために、事件の事実関係をわざと歪曲したり、不利益な事実関係を故意に隠べい・沈黙する者が現われた。そうかと思えば、彼らの裁判官職としての側面を意識し過ぎたためか、当事者の主張の法律上の欠点を必要以上にほじくり出したり、ときには自分の意見に文句をいうなど当事者を威嚇・恐迫する者さえいた。また、彼らの経験不足、未熟さがたたってか、Hauptbericht (訴状・答弁書に相当する) に、本来無用な法律上の意見や、事件と直接関係のない事実関係を書きまくる者が続出した。さらに、Instruktion に臨んで十分準備してこない者が多く、そのために期日が延期されたり、審理が十分充たれないまま Instruktion が打ち切られる場面も多かった。——これらの点は、じつは、立法者がすでに往時の Advokat 制の欠点として指摘していたものとまったく同じである。立法者はこれらの欠点を克服すべく、Advokat 制を廃止し、Assistentrat を創出して、訴訟手続に新風を送りこもうとしたのであった。しかし、彼らの期待はみじんじんに打ちこわされ、じつは Assistentrat は、彼らにとっては桎梏となっても、魅力ある新制度としての存在意義

はまったく失われていた。⁽³⁰⁾

もともとCJFは、その制定当時から、はげしい批判の矢面に立たされていた。とくにベルリン旧司法官僚の生き残りで、カルマーによって Kammergericht から追放されるという憂き目にあったルプーは、しつようなまでの論陣をはった。⁽³¹⁾ そのほか、ルプーと同じような批判をこころみる者も多かった。もちろん、これらの批判に対しては、カルマー・スワルツの陣営からもけんめいの防御が行なわれた。⁽³²⁾ しかし、CJFのいわば中核ともいべき、Assistenzrat 制が後退し、Justizkommissar が訴訟代理人として登場してくると、もはやCJFは臨終寸前であった。大きな亀裂が走り、混乱の極に達した民事訴訟制度を建てなおすためには、CJFを断念し、新しい要請——Justizkommissar の訴訟代理人としての登場——をみたす新しい皮袋(訴訟法)が必要であった。

このような時代の趨勢におされ、一旦崩れ去った態勢を建てなおすために立法者の打ち出してきた法典、それが一七九三年のAGO (Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten) であつた。⁽³³⁾ 民事訴訟立法史上まれにみる「壮絶な実験」、CJFは、その制定後わずかに一二年で、形式的にも終りを告げたのであつた。

(1) この「Unterricht」は、その後印刷にみえられて、全裁判所あてに配付されたが、そのさいに、この「Unterricht」で記述されている新訴訟法の基本原則について疑問を有するときには、遠慮なく申し出るようにという「指令」が付記されていた。そこで、この指令に基づいて、Kammergericht が意見書を提出したが(ルプーの執筆にかかるといわれる)、その意見書はおおよそ次のような内容の、おそろしく冷淡な口調に充ちたものであつた。

すなわち、右の「Unterricht」では、新訴訟法の基本原則を一六ほどの項目に分けて解説していたが、その最後(第一六番目)の項目では、裁判官の行きすぎた権力行使を抑制するために、新訴訟法は裁判官の間に相互監視のシステムを導入すること、ついではその一環として、控訴、上告に対する審理・判決は、原判決をした裁判所とは「別の裁判所」によって行なわしめる

——今日のわれわれの感覚からすれば、むしろ当然のことであつたが——と述べられていた。

ところで、当時の Kammergericht は、ロクツツマイの司法改革以来そうであつたが、三つの部(Senat)にわけられ、とくにその第二部と第三部は、控訴、上告の審理・判決を担当していた。すなわちこうである。(1) マルク地方に住む市民や農民は、第一審として同地方の下級裁判所(Untergericht)の判決を受けなければならなかつたが、この判決に不服があるときには、Kammergericht の第二部に控訴することができ、さらにその判決に対しては第三部に上告することができた。これに反して、何、貴族、僧侶などの特権を有する者は、第一審として Kammergericht (その第二部) の判決を受けることができ、この判決に対する控訴はその第三部にすることができた。第三部の判決に対する上告は、Kammergericht とは一応別に設けられた Tribunal にする(2)とができた(なお、Kammergericht の第一部は、少額事件や、刑事事件などを取扱つた。以上、CFM 2,7,334,5)。つまり、Kammergericht の第二部のした判決に対しては、それが控訴であれ、上告であれ、要するに上訴は同一 Kammergericht の第三部にわたるのである。ところが、右の Untergericht によれば、もはやこのような同一裁判所内部での控訴、上告は認められず、Kammergericht がした判決に対する上訴は、つねに Kammergericht 以外の「別の裁判所」によって審理・判決されなければならないというのである。しかし、「マルク地方の最も上級にして、しかも最も權威ある裁判所」つまり、Kammergericht が、このような「別の裁判所」の下屬に立つことができたであらうか……。だいたい、新訴訟法(CJF)の内容をみると、(後述するように)訴訟手続の改革に重きをおいて、裁判所の組織・權威には触れないという建前をとっているのに、この控訴、上告の場面においてだけ従来の裁判所の組織・權威に急激な変更を加えるというのは、理論的に矛盾した態度ではあるまいか。以上のように批判した後で、最後には、およそ国家行爲の一般に通ずる原則であるが、新規な改革の範囲はできるだけ抑制し、そして重要でない点ではむしろ旧慣を尊重するというのが、穩当にして、賢明な態度ではあるまいかと、これはもうまるで説教口調であつた。

当然のことながら、カルマー達はこの意見書に激怒した。彼らは、この意見書を Kammergericht によるスタンドフレーであり、Kammergericht のパトロンであるマルク地方の等族達(彼らは、Kammergericht の維持のために財政的に援助し、

彼らの間の出身者を *Kammergericht* の裁判官に送りこんでいた。また、国王の斬新な改革に対してつねに警戒の念をもっていた) に対する新法の悪宣伝であると受けとった(ちなみに、ルプフルも、ワッサーマルク(マルク地方を構成する一州)の *Criegen* の騎士領の領主であった)。しかし、当面は、カルマー達も、新法は訴訟手続の改革のみを意図するものであって、けっして裁判所の組織・構成まで変更するものではない、したがって *Kammergericht* のそれも従来どおり維持される、と答えねばならなかった。

しかし、彼らの敵意は、やがて次のような形で爆発した——新法の施行を間近かに控えた一七八〇年十二月、国王の名で *Kammergericht* の構成員に対して「人々の間で、新法の悪口をいうこと」が固く禁じられ、違反した場合には「解任」の制裁をもって威嚇された。さらに至八一年一月には、*Kammergericht* の構成員に「新法について何らかの著述をするときは大法官(カルマー)の許可を得なければならない」という命令が発せられた。カルマーは、ライバル・ルプフルの率いる *Kammergericht* に対して「緘口令」をもって報いたわけである(以下について、Stölzel, Svarcz, SS. 192, 204 f.; Holtze, SS. 334 ff., 356)。

なお、ちなみに、裁判所の組織については、CJFの施行後一年以上もたってから、「司法制度の将来の整備のための規則」(一七八二年一月三〇日。この規則については石部・九二頁参照)が発令されて、ようやくその改正が試みられるに至った。この規則は、主としてマルク地方の等族の設置する領主裁判所(家産裁判所。後述参照)の改革を狙ったものであったが、同時に *Kammergericht* にも改革のメスをやる。従来の「三部」制を廃止して、審理部 (*Instruktionen-Senat*) と、控訴部 (*Oberrappellations-Senat*) の二部制を布くに至った。このうち、審理部は、*Kammergericht* に持ちこたれる第一審事件の審理と判決、*Kammergericht* を控訴裁判所とする事件の審理、およびマルク地方の下級裁判所の監視の任務を担当し、控訴部は、*Kammergericht* を控訴裁判所とする事件の判決のみを担当した。また、従来の *Tribunal* の *Gehöimes Overtribunal* と改称され、*Kammergericht* の判決に対する上告の審理と判決を担当した (Holtze, S. 352 ff.)。

(2) この往復書簡は、第一部(一七八〇年出版)、第二部(一七八一年)、第三部(一七八三年)の三部からなり、ベルリンに

住む一法律家が、ゲッチンゲン大学(当時、蘭國のハノーヴァー領)の法学部教授をしている友人から寄せられた、プロイセンの新訴訟法に関するいろいろな疑問に答えるという体裁をとり、併せて、具体的な訴訟事件を想定してそれに関する詳細な訴訟記録を付録として掲載している。執筆者は明示されていないが、第一部、第二部、それに第三部の一部はバウムガルテンが執筆し、第三部の残りの部分はスワルツが執筆したといわれる。

バウムガルテン(Baumgarten)は、一七四四年ベルリンに生まれ、一七六九年には早くもKammergerichtの裁判官に選ばれたが、当時フェルスト、ルプーエル派で固められたKammergerichtの裁判官の中にあつて、ただ一人カルマーらの立法活動に好意的で、いろいろな面で彼らに助力したと伝えられる。そのせいか、一七八三年二月にはGeheimes Obertribunalの裁判官に抜擢され、後述する法律委員会のメンバーにも加えられたが、その性格が災いしてか、一七八三年秋頃にはカルマーの傘下から追放されたという(Stölzel, Svarcz, SS. 176 f, 203; Holtze, S. 370 ff.)。スワルツが第三部の残りの部分を執筆せざるを得なくなったのもこのような事情によるものではないかと推測されている。しかし、いずれにせよ、この第三部は、CJFの立法者の意図、見解を探るうえできわめて貴重な文獻であるといえる。ただし、この第三部が出版された頃は、CJFの制定後ようやくにしてこれに対する批判が高まり、また立法面でも、後述するようにAssistentenrat制が後退し、Justizkommissar(弁護士)が訴訟代理人として復活してゐることを認めざるを得なかった時期だけに、スワルツがこれらの新事態に対して、どのような弁明、または反駁を試みているかを探るうえで逸すべからざる文獻であるといえるのである。しかし、残念なことにわたたくしは、第一部、第二部の書簡部分を参照し得ただけで、第三部は——本稿執筆時までは——ついに参照することができなかった。なお、第一部から第三部までに収録された各訴訟記録については、Holtze, SS. 339 ff. 360 ff. に詳しい紹介がある。

- (3) 以上「石版・八三頁以下、一八五頁」Abbeg, S. 80 ff.; Stölzel, SS. 284 ff, 293 f und Svarcz, SS. 151 ff, 191 ff, 217; Weibler, Umbildung, S. 74 ff.

- (4) この閉令は、後述二篇のとおり、訴訟法や立法政策になみなみならぬ違背を示しているが、もとよりフリートリヒ個人の学説に基づくものではなく、カルマーが提出した意見書の記述に基づくものであった。すなわち、一七八〇年四月四日、カ

ルマーはフリートリヒに對し、その頃の立法の進み具合、あるいは彼の今後の立法の抱負を示した *Promemoria* (意見書、建白書) を提出したといわれる。いまこの *Promemoria* を直接参照することはできなかったが、これに對してフリートリヒが送った返評(同月六日付のカルマーに對する閣令、Kampfer, Bd. 9 (1835), S. 225 ff.) から推測すると、右の閣令とこの *Promemoria* の内容とはほぼ一致していることが看取できるのである。

なお、この返評(四月六日付の閣令)から、本稿に關係のある部分を抜粋してみると、フリートリヒの終生変らぬ弁護士に對する嫌惡感が露骨に示されている。「汝の従来(の訴訟法)「CFMのこと」に關する叙述は、朕も正当であると信ずる。また、汝の裁判官に事件の真実を自ら探究せしめ、弁護士(のことは全く無視するという提案も、朕は正當であると考へる。ただし、弁護士達は從來、訴訟を遅延せしめ混亂せしめることにのみ利益を有してきたからである。」また、訴訟を減少せしめるために不勵産取引に登記制度を導入すべきであるという意見を示したのちに「この意見は、すでにフェルストラがフリートリヒにくり返し提案していたところであった」、「もしこのような制度が実現すれば、(訴訟数が減少して) 弁護士 (*Advocaten*) 達や、*Procurator* 達は、その職を失うことになる。しかし、彼らが弁護士をやめて、商人や手工業者になるほうがよほど國のためになるであろう。なぜなら、物事をはつきりと見つめる限り、弁護士達は人々の不幸によって生活している者だからである。」かつてカルマーが、「弁護士は人々の不幸を食いものにしている」という発想を示したことがあったが(二、注(6)、前編一七三頁)、フリートリヒはこのカルマーと同じ弁護士観に立っていたのである。

(5) CFMが、教会法、したがってまたいわゆるローマ・カノン法を下敷にし、その上にコックツェイの個人的な経験、学識をおりなして作られたものであることは、すでに前述したとおりである。

後年スワルトツも「われわれの先の訴訟法(CFMのこと)は、その根本を教会法から学び、そのうえに一部はドイツ帝國(神聖ローマ帝國)の一般法(『普通法』)から、また一部はそれまでのわが國の個々の訴訟法令(これらの法令も多くはコックツェイが起草した)から得られた種多な夾雜物をさしこみ、なんとも混亂した、無用な形式主義にみち、複雑で冗漫をきわめた訴訟法であった」と酷評し(彼はまた他の箇所、CFMは「法皇法と、ドイツ帝國法と、ザクセン法の無秩序な混成物

であった」ともいっている。その点、彼らのCJFは、「啓蒙と実践哲学の精神に基づくものであり、健全な人間悟性の存在する限り、未来永劫に存続するであらう」と暗示していた(Stolzel, *Synozis*, SS. 158 f., 201. なお、庫谷・一九五一六頁)。

(6) 四月一四日の閣令と、一般法典、一般國法との關係については、石部・一二五頁以下、一四〇頁以下、一四七頁以下。

ちなみに——プロイセンでは右の一般國法が施行されるまで、いくどとなく、その全土を通ずる一般的な実体法を創設しようとしたが、そのつど失敗、または未完に終わった。たとえば、コックツェイ(彼はこの一般的な実体法の創設に最も熱心な一人であった)は、一七四六年五月フリートリヒ大王に提出した「司法改善に関する意見」の中で、訴訟促進のために、従来のようにラテン語で書かれたローマ法に依拠することをやめ、プロイセンの特性に立脚したドイツ語で書かれた一般的な実体法を創設する必要があると説き、同年九月の口頭聽聞を通じてフリートリヒの認可を得た(Kaupz, Bd. 59, SS. 77, 83, 98, 193. なお前掲一二三頁以下参照)。そして、一七四七年のC.F.P.、C.F.M.の起草のうち、右の実体法の執筆に着手し、早くも一七四九年、つづいて一七五一年には、その草案の一部が印刷、公表された。この草案は、*Project des Corporis Juris Friedrichiani* (フリートリヒ法大全の草案)とよばれ、一七四九年に発表された第一部には、親族法、婚姻法、後見法などが含まれ、一七五一年の第二部には物権法、相続法が含まれた。第三部は債權法、刑事法(ノ)について規定される予定であったが、コックツェイの草稿の紛失、彼の死去などの事象が重なってついに実現しなかった。しかもすでに公表された部分も、婚姻法、後見法が一部の州で実施されたのみで、プロイセン全土を通ずる法典まで結実するには至らなかった(Kaupz, Bd. 59, S. 145 ff.)。

コックツェイに引き続いて、フェルストもフリートリヒ大王に対して、訴訟の減少をはかるためには一般的な実体法の創設が必要であると説いた。彼はカルマーとの有名な御前時論を行なう前日(一七七六年一月三日、前掲一六三頁参照)、大王に対して「全領土において訴訟数を減少させるための最善の方法」について提案を行ない、その中で、「現在の訴訟の大部分は、実体法の不完全さから起っているものであります。……もしわたくしにベルリンと他の諸州から六ないし八人の助手を選任することをお許し頂くなら、九ないし十か月内にこの実体法典を完成してお目にかけます。」と主張した。フェルストとカル

マーの権力闘争が一応フェルスト側の勝利に終わったことは前に述べたとおりであるが、のちのアーノルト事件が起るまでフェルストがこの実体法典の起草に着手したかどうかは不明である。結局、プロイセン全土を通ずる実体法典の創設は、カルマー・スワルトツらの手をまたねばならなかったのである。

なお、以上の経過を通じて、プロイセンにおける訴訟の激発、遅延が、決してフリートリヒ大王が考えたように、弁護士の豫謀、技巧、怠慢だけに基づくものでなかったこと、むしろ実体法典の欠落、不完全というモーメントがその大きな原因をなしていたこと、しかもそのことをコックツェイ、フェルストらの司法為政者が十分熟知し、その改善に努力を傾けていたことなどが看取されるであろう。

また、CJF (Corpus Juris Fridericianum, Erstes Buch von der Prozeß-Ordnung) の名も、決してカルマー、スワルトツらの創出にかかるとはならず、一七五〇年代のコックツェイの「Project」を踏襲したものであること、さらにCJFは「第二部」(Zweites Buch)として、実体法典を予想していたが、後のそれにあたる一般法典、一般国法になると、このCJFの名が消えてしまっていることを付言しておく。

(7) 法律委員会については、石部・とくに一一六頁以下、一四二頁以下。

(8) 以下では、一まずCJFの訴訟手続のアウトラインを明らかにするために、訴えにはじまり、判決におわる一審手続を概観するとともに、この手続を組成している職権主義訴訟の個々の問題（たとえば、職権による事実の探知・証拠の蒐集、請求の放棄・認諾の制限、期日欠席の効果など）については、のちにAGOの訴訟手続を同じく概観したのちに、AGOの職権主義訴訟の諸問題とともに一括して論じることにした。

(9) CJFで示される制度がわれわれにとって珍奇、新奇であるばかりではなく、その制度に関する規定の数が膨大な数にのぼり、しかもその一々の規定の内容が呆れるほど詳細である。規定の数の点でいえば、Schwartz (S. 676) の計算によると、第一編だけで七九九か条にものぼり（もっともこの第一編は、次の第二編とともに、全四編中最も浩瀚な部分であるが、またStölzel (Svarez, S. 217) によれば、CJF全体でフキリオ版三一二頁にのぼったという。また、規定の内容の点でいうと、

これは恐れ入るばかりの報告と冗漫であり、裁判官をまるで初学者扱いにして、手とり足とり指導して憐むことを知らないという観がある。

後年一般法典の草案が発表されたとき、やはりこの法典の詳細さと膨大さが問題とされ、フリートリヒ大王までが法典はもっと簡潔でなければならないのではないかと疑問をはさんだというが、カルマーはこれらの批判に答えて、裁判官の恣意を防ぎ、彼らを法規に拘束しておくためには、その法規を詳細にしておく以外方法はない、と論じたといわれる（石部・一〇二頁・一四一頁）。このスワルツの思想は、すでにCJFのときにその実現をみていたといつてよいであらう。

- (10) 以下で、CJFと普通民事訴訟法の対比を試みるにあたり、わたくしが主として参考にしたのは、Mittermaierの著作（前掲文献表参照）であった。これは、後述するAGOと、その頃の普通民事訴訟法、フランス法などとの対比を試みたものであるが、AGOとCJFの間には基本的な構造の点で差異がないので、CJFを理解する上でも大いに役立った。なお、そのほかにも一八世紀末、一九世紀の普通民事訴訟法の文献も随時参照したが、CJF制定以前の——したがって、CJFがそれとの対決を志した——普通民事訴訟法の文献は参照できなかった。その意味で不完全のそしりをまぬがれないことを、あらかじめお断りしておきたい。

- (11) この当時は、訴え（訴状）を審理したうえ受領することとを、訴えを *deservieren* するとよんでいた。なお、*Decernent* は、法典では当時の書記法に従い、*Decernent* と書かれているが、ここでは現代ふうの書記法に従った。後述の *Assistent-Rath* → *Assistentrat*, *Deputierter* → *Deputierter* など、みな同じである。

- (12) 今日でいう請求原因事実と相当する *species facti* の詳細については、木川統一郎「物権訴訟の訴訟物の史的研究」民事訴訟法雑誌序説三〇二頁以下。

- (13) (a) の *Hauptbericht* の記載事項と、当時の普通民事訴訟法の訴状の記載事項との比較を以下みておくと——「請求の発生原因たる事実の完全な記載」（法文上正確には、請求の発生原因たる事実の明白にして完全、かつ総合的な記載）は、当時の普通民事訴訟法に支那的であった事実記載説をそのまゝ踏襲したものである。一六五四年、神聖ローマ帝国の議会がいわゆる最終決議

(Der jüngste Reichsbescheid)を行ない、その第三四条によって訴訟には「事実(Factum)を簡単かつ違漏なく(nervose)」しかも明白かつ正確に」記載しなければならないとして以来(木川・前掲三〇一頁)、当時の普通民訴訟はザクセン法系の事実記載説によって席巻されたのである。

だが、次の「証拠方法の明白な表示」(正確には、証拠方法の完全にして、かつ一義的な表示)に至ると、プロイセン法は、当時の普通民訴訟とははっきりと袂をわかつてゐる。すなわち、当時の普通民訴訟では、当事者が事実を主張する段階(Beweisverfahren)と、裁判所が証拠調べをする段階(Beweisverfahren)とが明確に区別され、しかも他面で頑固なまでの同時提出主義を採つたために、事実を主張する段階で当事者が証拠方法を申し出ることが固く禁じられ、証拠方法の申出は証拠調べの段階に至ってはじめて許されたのであった(厳密にいえば、事実を主張する段階と証拠調べの段階の中間にあって、裁判所が証拠判決を行ない、この判決で要証事実、要証義務者、要証期間を指定し、この判決が確定して、はじめて当事者(要証義務者)は証拠方法を申し出ることができたのである)。もっとも、これには若干の例外もあって、とくに文書が証拠方法の場合には、できるだけ早い時期に相手方から文書の成立の認可を聞きだし、証拠調べの手続の簡略化をはかるという見地から、文書についてはすでに事実主張の段階、とくに訴訟、答弁書にその原本、または謄(抄)本を添付することが認められていた。

他方プロイセン法では、前述したシュレージエン新司法官像とバルリン旧司法官像の権力闘争の時期、一七七六年一月にフュルスト、ルプーールが提出した第二次「主要原則要綱」では、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ていたが、この主要原則要綱が実際に法典化された、同月一日の「訴訟を短縮するための新法令」では、最初の態度をすつと後退させて、ただ文書についてのみ早期の提出を要求した(前掲一七七頁注(13))。ところが、このCJFでは(したがって、カルマー・スワルトは)、再び右の「主要原則要綱」の線に戻って、すべての証拠方法はすでに訴訟、および答弁書(これについては後述参照)にそのいわば一覽表を掲載せよと要求したのであった。

なお、同じような態度は、CJFと同じ年に制定されたオーストリー一般裁判所法(Allgemeine Gerichtsordnung für Österreich usw.)でも採用されたため(Kapitel II, § 37) この両法の態度の是非をめぐって、その後のドイツ法學界を大い

に服わせることになったが、一八七七年の帝國訴訟法が、証憑結合主義、つまり事実の主張と証憑の申出を同時にすることを中心から認める建前をとったため、この問題も自然解消するにいたった。

- (14) 当時の普通民訴法でも、原告から訴状を提出すると、それを受領した裁判官に訴状の審査権限が認められ、原告の請求が法律上理由がないとみえる場合(いわゆる *Unschlüssigkeit* の場合)には、直ちに略式の裁判でもって請求棄却をすることが認められていた(学説の詳細は、*Sinshäuser (Wilhelm), Zur Entwicklung des Verhältnisses vom materiellen Recht und Prozeßrecht seit Savigny, 1965, bes. S. 64 ff.*。ノロマン法文化)の権限を *Hauptbericht (訴状) の受領係 (Dezernent)* に認めたのである。

- (15) 1) の *Instruction* も、訴訟に對する言葉である。熊谷・一九七頁以下は、「予審」と訳されている。たしかに *Instruction* は、刑事訴訟においては予審と訳される場合が多い。しかし、1) にいう *Instruction* を予審と訳することは、刑事訴訟で親しまれた用語を民事訴訟に持ちこむことの適切さを欠いておいても、次のような疑問を禁ずることができない。(a) 後年の *AGO* でも、この *CJD* と同じ意味で *Instruction* の語が用いられているが、その *AGO* では 1) の *Instruction* を定義して、「訴訟中二問題トナリ且判決ヲ為スニ必要ナル事実ノ採用 (*Aufnahme*) 及調査 (*Untersuchung*)」のことであると述べている (*AGO, Einleitung § 8*。熊谷・二一九頁の訳による。文中 *Aufnahme* とは、当事者の主張から事実を採用することの意味)。また *Untersuchung* とは、「裁判所が職権で事実を探知することの意味している」。つまり、「一言でいえば、*Instruction* は事件の事実に関する審理くらいの意味であろう。同 予審は、通例の用語法に従うと、後に公判手続が行なわれることを予想している。その公判手続では、当事者の陳述の聴取、証拠調べなどが行なわれ、その後判決の起案、言渡がなされる。ところが、この *Instruction* では、右の当事者の陳述の聴取、証拠調べなどがすべて行なわれ、あとに残るのは、後述するように判決の起案、および言渡だけである。つまり、この *Instruction* は予審ではなく、むしろ公判手続に相当する」。1) *CJD* においては、この *Instruction* の語は他の場面でも用いられ、訴えの *Anmeldung* があつた後、*Assistenzrat* がその訴えに關して原告を取調べる(1)を目して、*Instruction der Klage* とよんでいる (1, 3の表題)。この *Assistenzrat* による取

調べでも、「必要ナル事実ノ採用及調査」がなされるからであろう(本文中では、訴えの取調べと訳しておいた)。ところで、この *Assistenzrat* による取調べが終了すると、前述したように彼は *Hauptbericht* を作成し、これを受訴裁判所に提出する。そうすると、(本文にも述べるように)受訴裁判所のほうで *Deputierter* を任命して、*Assistenzrat* による *Instruktion* が開始されるのである。*Assistenzrat* による *Instruktion* は、前述したように公判手続に相当し、右の *Assistenzrat* による *Instruktion* der *Klage* のほかに、*Assistenzrat* による「予審」の各に相当するところ(なお、*Assistenzrat* による *Instruktion* は、右の *Instruktion* der *Klage* と区別して、正式には *Instruktion der Sache zur Definitiv-Erkennung* といわれている。「終局判決のための事件(本案)の取調べ」とでも訳すべきか)。

なお、そのほかにも、ここにいう *Instruktion* については、「職権審理」(中村英郎「訴の変更理論の再検討」中田博士還暦記念・民事訴訟の理論上二六四頁)、「訴訟資料ノ調査」(柏木邦良「訴訟要件の審理と判断」)北海学園法学研究五巻二号四〇三頁)などという訳語もあり、わたくしじしんもあれこれ悩まうに迷ったが、結局、原語のまま使用することにした。

(16) *Deputierter* はふつう受命(託)裁判官の意味であるが、ここでは原語のまま用いた。

Deputierter については、次のような立法上のエピソードが伝わっている。カルマー・スワルトツがフェルスト・ルプールの権力闘争の過程で「改訂フリートリヒ勅法の草案」と称する訴訟法案を提出してきたことは前述したが、この訴訟法案では、受訴裁判所の構成員から一名のコミナル(*Kommisat*)を選び、このコミナルが訴訟当事者の住所に出かけ、訴えの取調べ、答弁の聴取、さらには *Instruktion* までも行ない、そのうえ彼の滞在費などは当事者が負担するという仕組みになっていた(*Rebeut, aao* (前編一七五頁注(11)) *S. 6 f.; Welher, Umbildung, S. 80 f.*)。しかし、このような仕組みでは、往年のかの悪名高き、C.F.M.でもその改善が試みられた、コミナル制の復活である(前編一五三頁注(23)(1))。当然のことながら、フェルスト・ルプールの、この点にはげしい集中砲火を浴びせた。とくにフェルストは、一七七六年一月フリートリヒ大王の御前で開かれたカルマーとの討論のさいに、この点こそがカルマーの訴訟法案の最も危険な点であるとするとく非難した。もちろん、これに対しては、カルマーのほうでもいろいろと反論を試みたが、結局、フリートリヒ大王はフェルストの意

見を採用して、「Instruction は決してコミサールによってなされてはならない。必らず受審裁判所の面前において行なわれるべきである。」と命じた (Kamps, Bd. 58, S. 31)。もしこのフリートリと大王の命令がそのまま実現されていたら、次の一九世紀にドイツ法学界を賑わせた「直接主義」の採用は、すでにC J Fの段階において実現をみていたであろうが、しかしこの大王の命令は見事に裏切られた。すなわち、後述するように、C J FではInstructionを行なうこの *Deputierter* と判決の起案にあたる *Referent*、およびこの起案に基づいて判決を言渡す受審裁判所の他のメンバーがはっきりと区別され、事件の審理にあたる裁判官がそのまま判決の起案・言渡も行なうという直接主義の原則はついに開花されなかったのである。もっとも、フェルストからコミサールのことを言及され、「コミサール? コミサールとは何だ」と質問し、カルマーからその説明を聞いてはじめて納得したというフリートリと大王に、この裏切りを監視する程の神経のこまやかさを要求するのは無理な話であった。

(17) A G Oで原告—被告—原告—被告の順で尋問が行なわれたのは(詳細は後述する)、普通民訴法で訴え(原告)—答弁(被告)—再抗弁(原告)—再々抗弁(被告)という順で事実主張が行なわれたのに照応するのである。ただし、A G OやC J Fでは、この尋問は当事者間の争点が煮つまるまで継続されたのに対し、普通民訴法では原則として再々抗弁をもって事実主張は打ち切られたし、またA G OやC J Fでは、これらの主張はつねに口頭をもって行なわれたのであるが、普通民訴法では書面をもってなされた点に大きな差異がみられるのである。

(18) このような争点整理の手続は、当時の普通民訴法では認められていなかった。普通民訴法では、当事者間の書面交換が終ると、直ちに証拠判決が言渡されて、そのまま証拠調べにはいってしまうのであった。もちろん、証拠判決をする裁判官は、それ以前に当事者間で交換された書面を閱讀し、何が争点かを自ら整理した上で、証拠判決ではこの争点につき当事者に証拠の申出を命ずるのであったが、この争点整理の手続のように、書面交換(訴状—答弁書)がおわったところで、当事者双方を呼び出し、彼らの陳述を聴いた上で争点を整理するという手続は認められていなかった。この点で、この争点整理の手続は、むしろアメリカ法の *Pre-trial Conference* の手続に相当するのではなからうか。いな、この争点整理の手続をも含んだ

Instruction の手続全体が、Pre-trial Conference の手続にきわめて酷似しているのではなからうか。すなわち、Pre-trial Conference の手続の目的として、当事者間の書面交換 (Pleading) が終わったのに、(1) 当事者双方 (その訴訟代理人) を呼びだし、双方の攻撃・防御の要点を聴取すること、(2) その聴取を通じて事件の真の争点を発見すること、(3) 当事者に文書を提出させるなどして証拠の整理につとめること、(4) この機会に和解を勧告すること、などがあげられているが、これらの手続目的は Instruction のそれとまったく相通するものである。ただ、しいていえば、Pre-trial Conference では証拠調べが行なわれず、証拠調べはのちの Trial に留保されているが、Instruction ではそのまま証拠調べに立入ってしまう点に相異点がみいだされる程度である (もっとも、アメリカ法でも、Pre-trial Conference を主宰する裁判官がその Trial の主宰裁判官にもなるのが実情だといわれている)。しかも、アメリカ法ではこの Pre-trial Conference の手続が考案・普及されたのが、一九三〇年前後からだといわれているから、プロイセン法では、これに先立つこと一五〇年程前からすでに Instruction を案出、実施していたわけである。四海普通民訴訟法に取込まれた当時の状況をあわせ考えると、これはそれなりに偉大な独創であったと呼んでも決して過言ではあるまい。当のプロイセンの法学者が、「これこそ (争点整理のこと)、プロイセン法の最大の特色 (Haupteigenthümlichkeit) であり、極致 (Glanzpunkt) であつた」と自画自賛しているのも (Abbe, S. 174, Anm. 378) 十分首肯できるのである。

それだけにまた、この争点整理の手続は、他の諸ラントの法学者達の注目も浴びたし、ラントの立法例の中には、全体として普通民訴訟法を模倣しながら、この争点整理の手続だけを導入するものもみられた (Mitterniet, S. 181 ff.)。しかしこの帝國訴訟法 (一八七七年) にいたると、もはやこの争点整理の手続は捨ててかえりみられなかった。なぜなら、この争点整理の手続は、事実主張 (書面交換) と証拠調べを分離するたてまえ (証拠分離主義) のもとでこそ、その中間にあつて争点を確定し証拠調べの対象を固定するものとして威力を発揮したが、帝國訴訟法のように事実主張と証拠調べは結合して行ない、しかも証拠調べの終了後にまた事実主張を認めるという法制 (証拠結合主義と随時提出主義) のもとでは、この手続はその実効性を発揮する場面をもちあつてしまつていたのである。

(19) 事件の審理に直接タッチした *Doguetter* が判決を起案せず、審理に直接タッチせず訴訟記録をみるだけの *Referent* が判決の起案にあたり、しかもこの起案に基づいてこれまた審理にノータッチの受訴裁判所の裁判官達が判決の評決にあたるというのは、直接主義に馴れ親しんだわれわれには何とも奇妙な感じを与える。しかし、この当時には、審理に直接タッチせず訴訟記録をみるだけの者が裁判したほうが、当事者への情におおはれず、純粹に公平な裁判ができるという思想が支配的であったらしい (*Dahlmanns*, S. 18 ff.)。そういえば、わが国でも、さる名奉行が、当事者と顔をつき合わせると、どうしても情が移るというので、障子越しに彼らの陳述を聞いたという「逸話」が伝わっている。

とにかく、この当時のドイツ法では、今日のわれわれからみると意外なほど、「裁判官の中立、公平」に対して細かな神経が使われている。普通民訴法で書面（審理）主義が採用されたのも、裁判官が直接当事者と面接すると、どうしても好悪の感情に支配され、また口頭陳述を聞くだけでは、裁判官の脳裏に長く記憶にとどめがたいので、客觀的に公平な裁判をしがたいという理由に基づくものであったし、また一九世紀後半に至るまで「自由心証主義」に根づよい抵抗が行なわれたのも、「裁判官の恣意」に対する強い危機の念に基づくものであった。——いいかえるなら、今日の訴訟法は、当時の訴訟法にくらべると、はるかに「裁判官の資質に対する絶大な信用」に依拠しているということができよう。

(20) この下級裁判所の区別の仕方は、後述の A G O になると多少ちがってきて、第一級の下級裁判所を、少くとも三人の有資格の判事からなる合議体を有する裁判所、第二級の下級裁判所を、ただ一人の有資格の判事がいる裁判所としている (A G O I, 25, § 3)。この点、C J F では、第二級の下級裁判所でも三人の判事の合議体を有する場合を予想しているし (C J F, § 47 Ziff. I)。また、そもそもある下級裁判所を第一級、第二級のいずれに属せしめるかは、その裁判所の所在するプロヴィンツ (州) が決定すべき事柄であるとしていた (§ 8, § 1)。

(21) この機会に、一八世紀のプロイセンの裁判所組織について一言しておきたいと思う。もっとも、以下にみられるように、この時期のプロイセンの裁判所組織は複雑かつ多岐にわたっており、簡潔な裁判所組織になれたわれわれの理解を遙かにこえるものがある。このようにこの時期のプロイセンの裁判所組織が複雑かつ多岐になった原因として、プロイセンがマルク・フ

ラシデンブルクを中心として、相つゞ戦争や相続を通じて従来制度、組織を異にした諸國を吸収し膨張していったこと、しかも國王が土地土地の貴族(Stände等族)と妥協して彼らの裁判權の温存をはかったこと、そのうえプロイセンが不上訴特權(訴訟當事者にドイツ帝國の裁判所(たとえば帝室裁判所)への上訴を禁じ、自國の裁判所を最終審とさせる特權)の入手に遅れ、漸次的に、しかも土地土地によって異時的に入手していったこと、などをあげることができると思うが、それにしてもこの時期の裁判所組織の複雑さと不統一は、今日のわれわれからみるとあきれるほどのものであり、よくこれで國王の制定した实体法、訴訟法が浸透していったものだと言をかしげなくなるぐらいのものである。以下、資料の関係で、一八世紀も押しつづめた一七九三年(AGO制定の年)を基準にして、その頃のプロイセンの裁判所組織をそれとく大づかみに紹介してみたい(なお、以下は主として、Duesberg, Übersicht der Justiz-Verfassung in den Preussischen Staaten, Kamptz, Bd. 42(1883), S. 3 ff.を参照した。また宮崎・四八頁注(6)に「一六世紀中頃のプロイセンの裁判所組織が図示されているが、この頃の裁判所組織はそのまゝ一八世紀のプロイセンを通じてほぼ不変であったといふことができる」。

(1) 上級裁判所 (Obergericht) 本文にも述べたように、Landesjustizkollegiumのことであるが、このLandesjustizkollegiumは、法律によると、「國王陛下によって、その御領地の司法のために定められた」裁判所であり(CF 3, 3, §1) Landesherr (國王)によって付託された裁判權を行使する裁判所 (§2 Ziff. 1, §5)であるから、これが國王の直轄裁判所をなすことは明らかである。また、この裁判所は特權を有する者または一定の財産につき第一審裁判所として裁判を行なうほか、管下の下級裁判所の裁判に対する上訴を取扱う、司法査察(Justizvisitation)を行なうなどとして、下級裁判所に対する監督權を有している (§2)。しかしながら、Landesjustizkollegiumとらう名の裁判所があるわけではなく、その名称は地方によって異なり、Regierungと称するものが最も多かったが、シニェーヴィンではOberamtsregierung、ボンメルンなどではHofgerichtと称し、ターンブラン(Kurmark)ではKammergericht (ビルリーン在)、マルトヤルクトとツッカーマルクト(Altmark u. Uckermark)ではObergerichtと称した。また、裁判所の規模も地方によってまちまちで、ターンブランのKammergerichtのやうに三〇人以上の裁判官を擁する裁判所もあれば、この裁判所の構成については、前注(1)参照)リン

ゲン (Gingen, 一七〇二年プロイセン領となつたエムス河ぞいの小侯国) の Regierung のように、法定の最少限の裁判官しか有しない裁判所もあつた。Landesjustizkollegium を通する統一的な裁判所構成法とはなく、個々の裁判所ごとに勅令 (Instruktion, Reglement) を発して組織や機構を定めていた。

(3) 最上級裁判所 Geheimes Obergericht (ベルリン在) が、この頃のプロイセンの民事事件の唯一の最上級裁判所となつていた (プロイセンの最上級審の形成過程については、上山・官條制二六七頁以下、石部・一六頁以下、官衙・一一四頁注2。なお、前注(1))。

(3) 下級裁判所 (Untergerecht) 右の Landesjustizkollegium, Geheimes Obergericht 以外のすべての裁判所を下級裁判所と称するわけであるが、その名称、規模、組織、管轄区域の広狭など、まったくもうばらばらであつた。

(4) 直轄都市 国王の直轄 (國) 都市 (Unmittelstadt) では、市参事会 (Magistrat) が裁判事務も取扱い、そのための専門の職員 (Justizthugemeister) またはたんに Bürgermeister などによはれた。裁判官資格を有する (を) をおいていた。ベルリンなどの大都會では、市参事会の一分局として都市裁判所 (Stadtgericht, Waisenamt など) によはれた (を) を設け、そのほとんどは複数の裁判官からなり、合議体を形成できた。(4) 非直轄都市 (Mediastadt) および農村部 (Land) これらでは、都市や農村の貴族の設置する Patrimonialgericht (領主裁判所、家産裁判所と訳される)、また国王の御料地 (直轄地) の場合には、Domänenjustizamt (御料地司法職とでも訳すべきか) とよはれる裁判所が存在した。これらの裁判所は、おおむね単独の裁判官からなり (Justizium とよはれた。本来は裁判官一般をさす言葉であるが、これら下級裁判所、とくに Patrimonialgericht の裁判官として用いられた)、また、これらの裁判官が全部法律上の裁判官資格を有していたかもなはたは疑問であつた (もっともコックツェイの司法改革後は、少くとも各州で国王直轄の官庁の行なり程度試験に合格した法曹職者が配属されたという。石部・一五頁、九二頁 Koch, S. 56, Holze, S. 365. Vgl. CFM 3, 4, § 2 ff. 下級裁判所の数はきわめて多く、東プロイセンの一部を除くヘルベ河以東の地域で、Patrimonialgericht の数は六千以上 (7) にのぼつたといわれる。

下級裁判所が Landesjustizkollegium の文官・監官に服する(1)は前述したが、Domänenjustizamt の場合には、その直属の上級機関である Kriegs- und Domänenkammer (上山・官制制二〇二頁、宮崎・七七、一〇〇頁参照)の支配監督に服し、その裁判官の任命権もこの機関がもった。また、シュレージエンでは、その直轄都市の Magistrat のメンバーの任命権は州の軍政大臣 (Staats- und Kriegsminister) がもつ。Landesjustizkollegium にあたる Oberamtsregierung は裁判官の登用試験のみを行なった。

下級裁判所の中には、法律上は下級裁判所の性質をもちながら、Landesjustizkollegium の職務の一部を行なう裁判所もあった。たとえば、オーデル河畔のフランクフルトの都市裁判所 (Stadtericht) は、その管轄区域に住む特権者に対しても裁判権を有したし、貴族(等族)の管轄 Regierung (上山・官制制二六八、二七四頁、宮崎・五一頁) では、その管轄内の特権者(たんに国王直属の Beamte とくに御料地の賃借人 Domänenpächter 上山・官制制二六九頁、宮崎・九二頁)を除く、特権を有する財産についても裁判権をもち、またその管轄の下級裁判所の査察なども担当した。しかし、その下級裁判所の裁判に対する上訴を取扱うことはできなかった。

下級裁判所でも、Landesjustizkollegium と同じく、その組織、構成を定めた統一的な裁判所構成法ではなく、若干の州である種類の下級裁判所(クアアマルク、東プロイセン、マクデブルクでは Domänenjustizamt、クアアマルク、ノイマルク、東プロイセンなどでは Patrimonialgericht) について組織、機構等を定めた勅令があるのみで、その他の裁判所では古来からの伝統・慣例によっていた(なお、クアアマルク(またはミッテルマルク)、ノイマルク、前述したアルトマルク、ウツカールルクなどは、いずれもマルク・ブランデンブルクを形成していた地方群であった)。

(4) 特別裁判所 この時期のプロイセンには、特定種類の事件につき管轄権をもつ多数の特別裁判所が存在した。以下、その主なものを列挙してみると――

租税、地方警察、国王直属の公務員の勤務関係などに關する訴訟を扱う Kriegs- und Domänenkammer (前出。なお租税のうち、消費税、関税に關しては Registrator というのが存在した)、商事裁判所、海事裁判所、鉱山裁判所、郵政關係の訴

級を裁判する Generalpostamt、造幣局勤務の職員的事件を扱う Porzellan-Manufakturgericht、高くは事件を取扱う Ober-lotteriegericht、カトリックの僧侶の勤務関係、信者の婚姻関係の事件を取扱うカトリック教会裁判所、プロイセン在住のフランス人のためのフランス人裁判所（前編一四七頁注(5)）、軍人ならびにその家族の民刑事事件を扱う Militärgericht、大学構成員（教授、学生、職員）の民刑事事件を扱った大学裁判所（Akademischer Senat、各大学に付置された）などが存在した（なお、これらの特別裁判所、とくに行政関係のそれについては、宮崎・前掲論文に詳しい）。

- (22) もっとも、CJFの施行当時には、Referendar（裁判官候補）のみならず、若手の Advocate の中から Assistenzrat を起用している。Assistenzrat が総数としてどのくらい選ばれたかは不明であるが、カルマーがCJFの施行前各裁判所に Assistenzrat の推せんを求めたさう述べているところによれば、大きな裁判所で六ないし一〇名、中規模の裁判所で四ないし六名、小さな裁判所で二ないし三名を超えることはできなかつたとしていた（Weibler, Umbildung, S. 81, Holtze, S. 330）。また、Assistenzrat の収入であるが、一説によると年額二五〇マルクであるとしていた（Döring, S. 158、他の説では月額四五ターラー。Weibler, Umbildung, S. 83）。いずれにしても、この Assistenzrat の俸給を捻出するために、CJFでは、CFMとは態度をかえて、訴訟当事者に裁判費用（手数料）を訴訟の始めに予納させることとした（Holtze, S. 330）。

なお、この当時 Assistenzrat に選ばれた者の中には、のちに牧師シェルツ事件の弁護など有名な Anelung、シエレージェン、新司法官僚の一人で、スワルツらとともに一般国民の立法などに参画した Klein（Ernst Ferdinand）の名がみえる（Stölzel, Svarcz, S. 171; Weibler, SS. 383, 467 und Umbildung, S. 83 以下）。

- (23) 本文にもみたように、Assistenzrat にある Deputierter に対するコントロールの機能は、きわめて微弱で、まずないにひとしいものであったが、しかし立法者の主観では、この Assistenzrat によって Deputierter の意見をコントロールできるものと信じていたことはまちがいない。

CJFの立法者が、裁判官による実体的真実の発見のほかに、裁判官の恣意から訴訟当事者を保護することを、CJFの基本原則の二に数えていたことは前述したが（二一四頁）、立法者自身は、この裁判官の恣意から訴訟当事者を保護するのに具

体的にどのような手段があるかを明らかにしていない。しかし、後述のAGOではその Einleitung (序言)において、とくに「裁判官の恣意から訴訟当事者を保護するための諸手段」という項目を設け(§§55-63)、その諸手段についてかなり細かな説明をしている。CJFとAGOではその基本構造の点ではほとんどかわりはないから、以下ではこのAGOの説明を参照しながら、CJFにおいて立法者がどのような「保護手段」を考えていたかを探ってみよう。

(1) まずあげられるのは、やはり裁判官の細分化とその相互監視であろう。裁判官を Assistentrat, Dezernent, Deputy, Referent と細分化し、そのうち Assistentrat を Dezernent が監視し、Deputierter を Assistentrat と Referent が監視する、といったたぐいである。(2) 次に、各裁判官がその職務活動の結果を書面に記載し、それを客観化しなければならないというのも、この保護手段の一に数えられていたようである。たとえば、Assistentrat が当事者を取調べた結果を Informationsprotokoll, Hauptbericht に記載し、Deputierter が、Instruktion の結果を記録(Akten)に記載しなければならないとされているのがその例である。(3) 第三に、右の書面の記載にあたって、裁判官自身がこれを行なうことができず、必ず書記を随行して、彼によって記載させなければならないとされていたのも、保護手段の一に数えられていたようである(書記には、ちいさ Auskultor (司法修習生)、または Referendar (裁判官候補)があつた)。Assistentrat による取調べのちいさは Auskultor が、また Deputierter による Instruktion のちいさは Referendar が利用された。(1, 2, §12; 3, §7; 3, 4)。(4) 最後に立法者は、裁判に対する上訴制度を設けて、やはり(原審)裁判官の恣意に対する保護手段と考えていたようである(前注(1)参照)。

(24) 第二級の下級裁判所のように、一人の裁判官が Assistentrat と Deputierter, Referent などの役割を兼有せねばならないところでは、Instruktion に宣誓をした書記を立ち会わせ、彼に調書を作成させるか、この書記もないときには、その裁判所の管轄区域内に住み、少くとも読み書きのできる二人の者(Schöffe → Schöffe, 参審官)を選んで、彼らに Instruktion に立ち会わせ、調書は裁判官が作成したうえで、彼らにこの調書の記載が正確かどうかを判定させるという方法を採っている(2, 1, §47)。また、裁判官が一人の場合には、「誰も彼の審理を直接コントロールする者がいないため」Obergericht の

監視を十分に厳重にせよとも定めていた(3, 8, §12)。さらに、下級裁判所の事件で訴訟当事者が違方に住み(いわゆる *Proces inter absentes*)、しかも訴訟の大きな事件の場合には、後述の *Justizkommissar* を *Assistentrat* の代りに使用することを認めていた(2, 1, §48; 3, 8, §13)。

- (25) 前注の末尾に述べた場合のほか、*Justizkommissar* が *Assistentrat* に代って取調べ、または訴訟当事者の代理人となりうる場合として、次の場合があった。「たとえば、事件が複雑かつ複雑で、しかも訴訟当事者が *Assistentrat* の許へ出頭できず、また *Assistentrat* も彼のところへ出かけることができず、その上、両者間の書面による通信では必要な *Information* が充分に得られない場合には、裁判所は *Justizkommissar* に委任して、担当の *Assistentrat* の指示に従って、当事者の所へ赴き、必要な *Information* を聴取させることができる。また、重要かつ複雑な事件で、別の裁判所に事件の *Instruction* を依頼したが、担当の *Assistentrat* が距離、時間、または他の多忙な任務のために、その *Instruction* に出席できないときには、当事者に(裁判所の推せんする)数人の *Justizkommissar* の中から彼を補助してくれる者を選任し、彼の代理人としてその *Instruction* に関与し、彼の権利を適切に防御することを許さなければならない」(3, 7, §83)。もっとも、これらの場合には、「*Justizkommissar* は *Instruction* において当事者に許されている以上の影響力をふるまってはならない。彼は当事者と同様に、*Deputierter*、受託裁判官による事件の事実の取調べに眼さなければならない。もし彼が真実を隠蔽または歪曲し、さらには *Instruction* をいたすに引延ばした場合には当事者と同様に罰金または拘留に処する。」(3, 80) という「警告」を発することを忘れなかった。

- (26) この当時のプロイセンの立法者、またこれに教示されたフリードリヒ大王も、不動産取引をめぐる紛争をできるだけ減少させ、ひいては訴訟数の激増を防ぐという見地から、不動産取引に登記、それも裁判所の実質的調査権限を伴った登記制度の導入にきわめて熱心であった。そのことはすでに一七八〇年四月六日の閣令に関連してふれたが(注(4))、同年四月一四日の閣令にも次のような表現がみいだされる。「朕には、法律問題の規制にききて慥え目でなかったローマの立法者達も、法律問題に関する争いを防止し、訴訟を未然にふせぐという点では、あまり十分に顧慮をはらっていなかったように思われる。たと

えは、不動産をめぐる取引、契約から数限らない訴訟が生じていること、それが契約にさいして人々が怠りすぎ、明白かつ正確に表現しないことから起きていることは周知のとおりである。もしこれらの不動産をめぐる契約をすべて裁判所の目前において行なうことにし、裁判所が一方の当事者が他方をごまかしていないか、不当に利益を得ていないかを監視し、その契約の内容を慎重に確認した上で署名することになれば、これらの訴訟を未然に防ぐことができる。」

なお、石部・一六八頁以下、一八一頁以下、上田徹一郎「ドイツ民事訴訟法における証人無制限原則の成立」中田淳一先生還暦記念、民事訴訟の理論(上)二二七、二二九、二二三頁以下参照。

- (27) Dehning, S. 153. 当時の Justizkommissar の手数料額については Weibler, S. 363. Justizkommissar の収入がかなりよいことは、すでに立法者の側も予想していたらしく、弁護士が従来の職場を失って気の毒だという批判に答えて「Justizkommissar の収入は『Assistentrat』、いな上級裁判所の裁判官 (Regierungsrat) の収入と大して上回る」ことが予想されるの(Dehning, S. 153. 154. 155. 156. 157. 158. 159. 160. 161. 162. 163. 164. 165. 166. 167. 168. 169. 170. 171. 172. 173. 174. 175. 176. 177. 178. 179. 180. 181. 182. 183. 184. 185. 186. 187. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 195. 196. 197. 198. 199. 200. 201. 202. 203. 204. 205. 206. 207. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 214. 215. 216. 217. 218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. 227. 228. 229. 230. 231. 232. 233. 234. 235. 236. 237. 238. 239. 240. 241. 242. 243. 244. 245. 246. 247. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 255. 256. 257. 258. 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 809. 810. 811. 812. 813. 814. 815. 816. 817. 818. 819. 820. 821. 822. 823. 824. 825. 826. 827. 828. 829. 830. 831. 832. 833. 834. 835. 836. 837. 838. 839. 840. 841. 842. 843. 844. 845. 846. 847. 848. 849. 850. 851. 852. 853. 854. 855. 856. 857. 858. 859. 860. 861. 862. 863. 864. 865. 866. 867. 868. 869. 870. 871. 872. 873. 874. 875. 876. 877. 878. 879. 880. 881. 882. 883. 884. 885. 886. 887. 888. 889. 890. 891. 892. 893. 894. 895. 896. 897. 898. 899. 900. 901. 902. 903. 904. 905. 906. 907. 908. 909. 910. 911. 912. 913. 914. 915. 916. 917. 918. 919. 920. 921. 922. 923. 924. 925. 926. 927. 928. 929. 930. 931. 932. 933. 934. 935. 936. 937. 938. 939. 940. 941. 942. 943. 944. 945. 946. 947. 948. 949. 950. 951. 952. 953. 954. 955. 956. 957. 958. 959. 960. 961. 962. 963. 964. 965. 966. 967. 968. 969. 970. 971. 972. 973. 974. 975. 976. 977. 978. 979. 980. 981. 982. 983. 984. 985. 986. 987. 988. 989. 990. 991. 992. 993. 994. 995. 996. 997. 998. 999. 1000. 1001. 1002. 1003. 1004. 1005. 1006. 1007. 1008. 1009. 1010. 1011. 1012. 1013. 1014. 1015. 1016. 1017. 1018. 1019. 1020. 1021. 1022. 1023. 1024. 1025. 1026. 1027. 1028. 1029. 1030. 1031. 1032. 1033. 1034. 1035. 1036. 1037. 1038. 1039. 1040. 1041. 1042. 1043. 1044. 1045. 1046. 1047. 1048. 1049. 1050. 1051. 1052. 1053. 1054. 1055. 1056. 1057. 1058. 1059. 1060. 1061. 1062. 1063. 1064. 1065. 1066. 1067. 1068. 1069. 1070. 1071. 1072. 1073. 1074. 1075. 1076. 1077. 1078. 1079. 1080. 1081. 1082. 1083. 1084. 1085. 1086. 1087. 1088. 1089. 1090. 1091. 1092. 1093. 1094. 1095. 1096. 1097. 1098. 1099. 1100. 1101. 1102. 1103. 1104. 1105. 1106. 1107. 1108. 1109. 1110. 1111. 1112. 1113. 1114. 1115. 1116. 1117. 1118. 1119. 1120. 1121. 1122. 1123. 1124. 1125. 1126. 1127. 1128. 1129. 1130. 1131. 1132. 1133. 1134. 1135. 1136. 1137. 1138. 1139. 1140. 1141. 1142. 1143. 1144. 1145. 1146. 1147. 1148. 1149. 1150. 1151. 1152. 1153. 1154. 1155. 1156. 1157. 1158. 1159. 1160. 1161. 1162. 1163. 1164. 1165. 1166. 1167. 1168. 1169. 1170. 1171. 1172. 1173. 1174. 1175. 1176. 1177. 1178. 1179. 1180. 1181. 1182. 1183. 1184. 1185. 1186. 1187. 1188. 1189. 1190. 1191. 1192. 1193. 1194. 1195. 1196. 1197. 1198. 1199. 1200. 1201. 1202. 1203. 1204. 1205. 1206. 1207. 1208. 1209. 1210. 1211. 1212. 1213. 1214. 1215. 1216. 1217. 1218. 1219. 1220. 1221. 1222. 1223. 1224. 1225. 1226. 1227. 1228. 1229. 1230. 1231. 1232. 1233. 1234. 1235. 1236. 1237. 1238. 1239. 1240. 1241. 1242. 1243. 1244. 1245. 1246. 1247. 1248. 1249. 1250. 1251. 1252. 1253. 1254. 1255. 1256. 1257. 1258. 1259. 1260. 1261. 1262. 1263. 1264. 1265. 1266. 1267. 1268. 1269. 1270. 1271. 1272. 1273. 1274. 1275. 1276. 1277. 1278. 1279. 1280. 1281. 1282. 1283. 1284. 1285. 1286. 1287. 1288. 1289. 1290. 1291. 1292. 1293. 1294. 1295. 1296. 1297. 1298. 1299. 1300. 1301. 1302. 1303. 1304. 1305. 1306. 1307. 1308. 1309. 1310. 1311. 1312. 1313. 1314. 1315. 1316. 1317. 1318. 1319. 1320. 1321. 1322. 1323. 1324. 1325. 1326. 1327. 1328. 1329. 1330. 1331. 1332. 1333. 1334. 1335. 1336. 1337. 1338. 1339. 1340. 1341. 1342. 1343. 1344. 1345. 1346. 1347. 1348. 1349. 1350. 1351. 1352. 1353. 1354. 1355. 1356. 1357. 1358. 1359. 1360. 1361. 1362. 1363. 1364. 1365. 1366. 1367. 1368. 1369. 1370. 1371. 1372. 1373. 1374. 1375. 1376. 1377. 1378. 1379. 1380. 1381. 1382. 1383. 1384. 1385. 1386. 1387. 1388. 1389. 1390. 1391. 1392. 1393. 1394. 1395. 1396. 1397. 1398. 1399. 1400. 1401. 1402. 1403. 1404. 1405. 1406. 1407. 1408. 1409. 1410. 1411. 1412. 1413. 1414. 1415. 1416. 1417. 1418. 1419. 1420. 1421. 1422. 1423. 1424. 1425. 1426. 1427. 1428. 1429. 1430. 1431. 1432. 1433. 1434. 1435. 1436. 1437. 1438. 1439. 1440. 1441. 1442. 1443. 1444. 1445. 1446. 1447. 1448. 1449. 1450. 1451. 1452. 1453. 1454. 1455. 1456. 1457. 1458. 1459. 1460. 1461. 1462. 1463. 1464. 1465. 1466. 1467. 1468. 1469. 1470. 1471. 1472. 1473. 1474. 1475. 1476. 1477. 1478. 1479. 1480. 1481. 1482. 1483. 1484. 1485. 1486. 1487. 1488. 1489. 1490. 1491. 1492. 1493. 1494. 1495. 1496. 1497. 1498. 1499. 1500. 1501. 1502. 1503. 1504. 1505. 1506. 1507. 1508. 1509. 1510. 1511. 1512. 1513. 1514. 1515. 1516. 1517. 1518. 1519. 1520. 1521. 1522. 1523. 1524. 1525. 1526. 1527. 1528. 1529. 1530. 1531. 1532. 1533. 1534. 1535. 1536. 1537. 1538. 1539. 1540. 1541. 1542. 1543. 1544. 1545. 1546. 1547. 1548. 1549. 1550. 1551. 1552. 1553. 1554. 1555. 1556. 1557. 1558. 1559. 1560. 1561. 1562. 1563. 1564. 1565. 1566. 1567. 1568. 1569. 1570. 1571. 1572. 1573. 1574. 1575. 1576. 1577. 1578. 1579. 1580. 1581. 1582. 1583. 1584. 1585. 1586. 1587. 1588. 1589. 1590. 1591. 1592. 1593. 1594. 1595. 1596. 1597. 1598. 1599. 1600. 1601. 1602. 1603. 1604. 1605. 1606. 1607. 1608. 1609. 1610. 1611. 1612. 1613. 1614. 1615. 1616. 1617. 1618. 1619. 1620. 1621. 1622. 1623. 1624. 1625. 1626. 1627. 1628. 1629. 1630. 1631. 1632. 1633. 1634. 1635. 1636. 1637. 1638. 1639. 1640. 1641. 1642. 1643. 1644. 1645. 1646. 1647. 1648. 1649. 1650. 1651. 1652. 1653. 1654. 1655. 1656. 1657. 1658. 1659. 1660. 1661. 1662. 1663. 1664. 1665. 1666. 1667. 1668. 1669. 1670. 1671. 1672. 1673. 1674. 1675. 1676. 1677. 1678. 1679. 1680. 1681. 1682. 1683. 1684. 1685. 1686. 1687. 1688. 1689. 1690. 1691. 1692. 1693. 1694. 1695. 1696. 1697. 1698. 1699. 1700. 1701. 1702. 1703. 1704. 1705. 1706. 1707. 1708. 1709. 1710. 1711. 1712. 1713. 1714. 1715. 1716. 1717. 1718. 1719. 1720. 1721. 1722. 1723. 1724. 1725. 1726. 1727. 1728. 1729. 1730. 1731. 1732. 1733. 1734. 1735. 1736. 1737. 1738. 1739. 1740. 1741. 1742. 1743. 1744. 1745. 1746. 1747. 1748. 1749. 1750. 1751. 1752. 1753. 1754. 1755. 1756. 1757. 1758. 1759. 1760. 1761. 1762. 1763. 1764. 1765. 1766. 1767. 1768. 1769. 1770. 1771. 1772. 1773. 1774. 1775. 1776. 1777. 1778. 1779. 1780. 1781. 1782. 1783. 1784. 1785. 1786. 1787. 1788. 1789. 1790. 1791. 1792. 1793. 1794. 1795. 1796. 1797. 1798. 1799. 1800. 1801. 1802. 1803. 1804. 1805. 1806. 1807. 1808. 1809. 1810. 1811. 1812. 1813. 1814. 1815. 1816. 1817. 1818. 1819. 1820. 1821. 1822. 1823. 1824. 1825. 1826. 1827. 1828. 1829. 1830. 1831. 1832. 1833. 1834. 1835. 1836. 1837. 1838. 1839. 1840. 1841. 1842. 1843. 1844. 1845. 1846. 1847. 1848. 1849. 1850. 1851. 1852. 1853. 1854. 1855. 1856. 1857. 1858. 1859. 1860. 1861. 1862. 1863. 1864. 1865. 1866. 1867. 1868. 1869. 1870. 1871. 1872. 1873. 1874. 1875. 1876. 1877. 1878. 1879. 1880. 1881. 1882. 1883. 1884. 1885. 1886. 1887. 1888. 1889. 1890. 1891. 1892. 1893. 1894. 1895. 1896. 1897. 1898. 1899. 1900. 1901. 1902. 1903. 1904. 1905. 1906. 1907. 1908. 1909. 1910. 1911. 1912. 1913. 1914. 1915. 1916. 1917. 1918. 1919. 1920. 1921. 1922. 1923. 1924. 1925. 1926. 1927. 1928. 1929. 1930. 1931. 1932. 1933. 1934. 1935. 1936. 1937. 1938. 1939. 1940. 1941. 1942. 1943. 1944. 1945. 1946. 1947. 1948. 1949. 1950. 1951. 1952. 1953. 1954. 1955. 1956. 1957. 1958. 1959. 1960. 1961. 1962. 1963. 1964. 1965. 1966. 1967. 1968. 1969. 1970. 1971. 1972. 1973. 1974. 1975. 1976. 1977. 1978. 1979. 1980. 1981. 1982. 1983. 1984. 1985. 1986. 1987. 1988. 1989. 1990. 1991. 1992. 1993. 1994. 1995. 1996. 1997. 1998. 1999. 2000. 2001. 2002. 2003. 2004. 2005. 2006. 2007. 2008. 2009. 2010. 2011. 2012. 2013. 2014. 2015. 2016. 2017. 2018. 2019. 2020. 2021. 2022. 2023. 2024. 2025. 2026. 2027. 2028. 2029. 2030. 2031. 2032. 2033. 2034. 2035. 2036. 2037. 2038. 2039. 2040. 2041. 2042. 2043. 2044. 2045. 2046. 2047. 2048. 2049. 2050. 2051. 2052. 2053. 2054. 2055. 2056. 2057. 2058. 2059. 2060. 2061. 2062. 2063. 2064. 2065. 2066. 2067. 2068. 2069. 2070. 2071. 2072. 2073. 2074. 2075. 2076. 2077. 2078. 2079. 2080. 2081. 2082. 2083. 2084. 2085. 2086. 2087. 2088. 2089. 2090. 2091. 2092. 2093. 2094. 2095. 2096. 2097. 2098. 2099. 2100. 2101. 2102. 2103. 2104. 2105. 2106. 2107. 2108. 2109. 2110. 2111. 2112. 2113. 2114. 2115. 2116. 2117. 2118. 2119. 2120. 2121. 2122. 2123. 2124. 2125. 2126. 2127. 2128. 2129. 2130. 2131. 2132. 2133. 2134. 2135. 2136. 2137. 2138. 2139. 2140. 2141. 2142. 2143. 2144. 2145. 2146. 2147. 2148. 2149. 2150. 2151. 2152. 2153. 2154. 2155. 2156. 2157. 2158. 2159. 2160. 2161. 2162. 2163. 2164. 2165. 2166. 2167. 2168. 2169. 2170. 2171. 2172. 2173. 2174. 2175. 2176. 2177. 2178. 2179. 2180. 2181. 2182. 2183. 2184. 2185. 2186. 2187. 2188. 2189. 2190. 2191. 2192. 2193. 2194. 2195. 2196. 2197. 2198. 2199. 2200. 2201. 2202. 2203. 2204. 2205. 2206. 2207. 2208. 2209. 2210. 2211. 2212. 2213. 2214. 2215. 2216. 2217. 2218. 2219. 2220. 2221. 2222. 2223. 2224. 2225. 2226. 2227. 2228. 2229. 2230. 2231. 2232. 2233. 2234. 2235. 2236. 2237. 2238. 2239. 2240. 2241. 2242. 2243. 2244. 2245. 2246. 2247. 2248. 2249. 2250. 2251. 2252. 2253. 2254. 2255. 2256. 2257. 2258. 2259. 2260. 2261. 2262. 2263. 2264. 2265. 2266. 2267. 2268. 2269. 2270. 2271. 2272. 2273. 2274. 2275. 2276. 2277. 2278

の撤退、Justizkommissar の訴訟代理人としての登場の過程が、いかにも場あたりので、その間に理論的脈絡をみることはとてもできないし、また、当事者を訴訟の客体視して、取調べの対象とするという態度は、その後の A G O に至るまで一貫してとられたのであるから、これらの説はカルマー、スワルツにとって通算にすぎ、にわかに賛成しがたい気がする。

(31) ベルリン旧司法官僚のいま一人、フェルストがアーノルト事件で大法官の地位を去つてのちも、ルプールは Kammergericht に居残つた。しかし、ルプールと、新しく大法官の地位に就いたカルマーとの間に、いわば「冷戦」が継続された。スワルツの起草した「Unterrecht」に対してルプールの率いる Kammergericht が冷やかな意見書を提出し、カルマーらを激怒せしめたことは前述したが（注（1））、その後、一七八三年九月には、カルマーが、そのシュレージエンの領地で附近の農民と通行税をめぐる訴訟を起こし、ルプールが長官をしている Kammergericht の第二部（控訴部）で敗訴判決を受ける事件があり、これが新聞によってセンセーショナルに報道される騒ぎがあった。農民訴訟でその立身の途をきり開いたカルマーが（前掲一七三頁注（7）参照）、その農民訴訟で敗訴判決を受けるとは、歴史の皮肉といえは皮肉であった。

カルマーはさきに大法官に就任したとき、自己が今まで勤めてきたシュレージエンの司法大臣の後任としてルプールを推せんし、ルプールをベルリンから遠ざけようとしたが、このときはフリートリヒ大王の容れるところとならなかった。しかし、一七八四年一月、再びフリートリヒ大王を使つて、決定的ともいふべき巻き返しをはかった。ルプールは、その Kammergericht の裁判部の長官の地位を、シュテットティンの上級裁判所 (Regierung) の長官 Wyckersloot と交替するよう命ぜられた。彼としては、思ひもかけない左遷である。彼は遂に意を決して、シュテットティンへの赴任を拒否し、辞表を提出した。その辞表は同年五月受理されたが、Kammergericht での勤務実に三〇年間という功績にもかかわらず、一銭の恩給も与えられないという冷酷無残な処置であった。

ルプールはもはや一片の恩寵もフリートリヒ大王に感ぜず、カルマーに対する憎悪はつのる一方であった。今や完全に在野に回つたルプールは、C J F そのもの、あるいはカルマー、スワルツらに対して遠慮会釈のない非難・攻撃を開始した。ときに匿名で、ときに匿名で、つぎからつぎと批判文書、暴露文書を發表した（前掲一七七頁注（11）で引用したルプールの文獻

も、ベルリン旧司法官僚対シュレージェン新司法官僚の権力闘争の段階で、一時期フリートリヒ大王がカルマーの献儀(「C」IFの原型)に対して「否」の断定を下したという——今までプロイセン人に知られざる——事実を暴露したものである。これに対して、カルマー側の幕僚、とくにスワルトツが、やはり匿名で、ときに匿名で、はげしい語調の反駁文書を発表した。この文書合戦は、ついには屍沼化の様相を呈し、その罵詈雑言のやりとりは、後代の歴史家をしてひんしゆくさせるまでに至ったのである。

フリートリヒ大王は一七八六年に亡くなり、その甥フリートリヒ・ヴィルヘルム二世が後を襲って王位に就いた。ルプーは、この王位交替の時期を狙って、自己のパンフレットの二つを呈呈し、カルマーやスワルトツ達の「悪業」を並べた。しかし、新国王はこれに一顧だに与えず、厳しい語調の返事をした。ルプーの権力の座復帰への野望は、ここにはかなくも崩れ去ってしまったのである(以上「石部・九」頁以下、Stölzel, SS. 296, 310 und Svarcz, S. 205 ff.; Holze, SS. 326, 347 ff. 355 ff. 362 ff.; Weßler, Umbildung, S. 115 ff.)。

(32) 批判者としては、Selchow (当時、グッチテンゲン(Hofrat) Schlettwein (当時、ギーセンの Regierungsrat)らの名があがっている(当時グッチテンゲンやギーセンは、プロイセン領内に属さなかったから、いわば外国人による批判であった)。しかし、彼らの批判も、前注で述べたルプーの批判も、はたまたこれらの批判に対するカルマー・スワルトツ側の反論も、いずれもかつてベルリン旧司法官僚対シュレージェン新司法官僚の権力闘争の時期に現われた諸論点とはほぼ同じで(これらの論点については、前編一六五頁以下)、いわば二番せんじの態をまぬがれない(したがってまた、それだけわれわれは、あの時期のファストル、ルプーの先見の明をそれなりに高く評価しなければならぬ)。その上、右の権力闘争の時期には、われわれは第一次資料を忠実に再録した、Kampke, Bde. 58, 59 のような文献に恵まれたが、この時期には、著者が原資料を要約したり、断片的に引用したりしている第二次資料にしか恵まれず、隔靴搔痒、うしろの舌を否めない(前注末尾で引用した文獻のほか、Stölzel, SS. 198 ff., 200 ff.; Weßler, Umbildung, SS. 103 ff., 147 ff.; Baumgarten, Briefwechsel I, II, Ⅲのうち第一次資料とすべきものは Baumgarten, Briefwechsel のなかのⅡ)。この第二次資料で、この時期の論争を通じて

前稿(23巻3・4号)の正誤表

頁	行	誤	正	頁	行	誤	正
一二一	三	候	侯	一四七	七	命	名
一四七	一	候	侯	一五二	四	9, § 14	11, § 4
"	三			"	五	§ 9	§ 13
一三六	八	問	聞	一六六	四	Gerihtsrat	Gerihtsrat
一三七	一			一六八	一	Inquisitionprozess	Inquisitionprozess
一七五	一四	九	聞	一七一	四	Stell	Stelle
一二八	一六	徹	徹	一七二	四	團	團
一二九	一四						

もいくつかの論点が形成され、それなりの興味を否定できないのであるが、ここではすべて割愛する(なお、この時期の論争の最も大きな論点として、やはり弁護士(Advocat)制廃止の是非があったが、この論点でカルマー・スワルツ側が完全に敗北したことは、Justizkommissarの(訴訟代理人としての)復活という事実がそれを証明しているといえよう)。

(33) 訴訟代理人として「Justizkommissar」が復活してから(一七八三年九月)、AGOの制定にいたるまでかなり長い時間を要しているようであるが、これはこの間にカルマー・スワルツらが一般法典、一般国法の制定という大事業にその勢力と時間を費していたためであった。なお、AGOの制定過程については、Simon, Bericht über die szientivische Redaktion der Materialien der preussischen Gesetzgebung, Allgemeine Juristische Monatschrift für die preussischen Staaten, Bd. II (1811), S. 274 ff.; Abegg, S. 107 ff.