



18世紀のプロイセン民事訴訟法(3) : 職権主義訴訟法の構造

鈴木, 正裕

(Citation)

神戸法學雜誌, 24(4):333-355

(Issue Date)

1975-03

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81004491>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81004491>



一八世紀のプロイセン民事訴訟法 (三)

——職權主義訴訟法の構造——

鈴木正裕

目次

- 一 はじめに
- 二 C F M
- 三 シュレージェン新司法官僚の登場 (以上、二三巻三・四号)
- 四 C J F (二四巻二号)
- 五 A G O

一三 (本号)

四 (以下、続稿)

六 一八三三年法・四六年法——職權主義思想の凋落

五 A G O

一 偉大な訴訟法教科書

A G O は、一七九三年七月六日、国王から勅許状 (Patent) をえて、正式に公布 (Publication) された。もっとも、その第一編が印刷されたのが翌年一二月、また、第二編・第三編が印刷されたのが翌々年七月、そして各裁判所がこの印刷された法典を受けとった時点から法典が発効するという、今日ではちよつと考えられない超スローモーぶりであった。国王も代がわりして、フリートリヒ大王はすでに亡く(一七八六年歿)、彼に男系の相続人がいなかったために、その甥であるフリートリヒ・ヴィルヘルム二世が王位を継いでいた。

A G O は、その前身である C J F にくらべると、その内容の点では、のちに述べる訴訟代理人 (Bevollmächtigter, Assistent) に関する規定を除いては、大した変化はみられないが、その体裁の点になると、両者の間にかなり大きな差異がみられた。すなわち、C J F は、全四編にわかれ、第一編には通常訴訟に関する規定、第二編には下級裁判所、略式訴訟に関する規定がおかれ、第三編には司法職員(裁判官を含む)に関する規定が、さらに第四編には、「訴訟法をより詳細に定める規定」として、管轄権、当事者(能力・適格)などに関する規定がおかれていた。⁽¹⁾ところが、A G O になると、全三編に整理統合され、C J F の第一編、第二編、第四編が一つの編にまとめられて、第一編「訴訟法」とよばれ、第二編には、C J F にはみられなかった非訟事件手続(das gerichtliche Verfahren in nicht streitigen Angelegenheiten)に関する規定がおかれ、第三編には、C J F の第三編と同じく司法職員に関する規定がおかれていた。第二編「非訟事件手続法」は、非訟事件手続に関する諸ラントの立法中、もっとも古い時期に属するものの一つで、その後のドイツにおける同手続の立法に大きな影響を与えたものであった。⁽²⁾

さらに、A G O には、C J F にみられないものとして、〈Einleitung in die Prozeßordnung〉(「訴訟法の序章」)

とても訳すべきか」というのが、第一編の巻頭におかれていた。その内容は、「一般原則」、「手続の経過」、「裁判官の恣意から当事者を保護するための諸方策」、「裁判の効果とその有効性」という四つの部分からなっていたから、ほぼCJFにおける「Vorbericht」に匹敵するものとみてよいが、しかし、内容の点でも多少異なっていたし、また一々条文の体裁をとっていたから(全六七か条からなっている)、厳密な意味で「前文」とよぶこともできず、さりとて、各種の訴訟手続に共通に適用のある一般的规定を抽出したわけでもないから、「総則」とよぶこともできない。したがって、この Einleitung の存在じたいが、今日のわれわれの感覚からすれば奇妙であるばかりでなく、またその内容が、とくに第一部の「一般原則」の部分が、「傑作」ぞういなのである。

たとえば、その第一条は、「私権 (Privateigentum) の対象である物、または権利をめぐる全ての紛争は、示談 (gütliches Uebereinkommen) が成立しない限り、裁判所の裁判によって解決されるべきである」と定めている。この第一条は、刑事事件、行政事件との対比において、民事事件の範囲を明確にするものとして、それなりに法典中に規定する意義があったのかも知れない。しかし、つぎの第二条になると、「右の紛争を法律に従って裁判するため、裁判所でなされる審理 (Verhandlung) を、訴訟 (Prozeß) という」と、「訴訟」の概念定義まで行っている。

また、CJFや、このAGOでもしばしば問題となるものに、訴訟の「Instruktion」とよばれる手続があるが、この Instruktion を定義して、「訴訟中に問題となり、かつ判決の基礎となる事実を採用 (Aufnehmung) し、また探知 (Untersuchung) することである」と定義していたこと(第八条)はすでに紹介したが(前稿一五〇頁注15)、この Instruktion において、裁判官の果たすべき役割について、「この Instruktion において、裁判官の果たすべき役割は、次の重要な原則のうちに存する。すなわち、訴訟の基礎に存する重要な事実の真实性を、最も確実にして、しかも同時に最も簡便な方法を用いて、探究しかつ発見する (erforschen und ausmitteln) ことに存する」(第一〇条)。この第一〇条は、つぎの規定、すなわち、「いずれの訴訟においても、なかなすくどの事実が訴訟の基礎となる事

実であり、またその事実が真実と合致するか否かが、「職権によつて」探知され (untersuchen) るべきである」(第五条) という規定とあいまって、AGO のかかげる「真実探究」——しかも裁判所の職権による——を高唱するものとして、きわめて高名な規定であり、後代でも——AGO の真骨頂を示すものとして——しばしば引用をみる規定である。しかしこゝまではよいとして、右の第一〇条の法文中に、「訴訟の基礎に存する重要な事実」というのがあったが、この「重要な事実」を定義して、「係争中の請求 (streitiger Anspruch) の法律上理由があること、または理由のないことが、ある事実の真実または不真実に、直接的ないし間接的に、あるいはまた全部的または一部の、依存しているとき、この事実を重要な (erheblich) と称する」(第一条)。重要な事実 (つまり、今日の言葉でいえば主要事実) に関する定義を、わざわざ法典中にかかげているわけである。この立法者の懇切さ丁寧さというべきか、それとも立法者の氣負いというべきか、いささか恐れるばかりである。

この頃のプロイセンの立法を目して、後代の学者は「国王の商号の下に発行された偉大な教科書」という悪口を浴びせたといわれているが(上山・一、八七頁)、AGO も、その選にもれず、まことに「偉大な訴訟法教科書(9)」であったというべきであらう。

二 代理人 (Bevollmächtigter) と補助者 (Assistent)

さきにも (CJF の崩潰の項で) 触れたように、AGO は、CJF にかわる新しい「皮袋」として出現したのであった。つまり、CJF は、訴訟代理人としての弁護士 (Advocat) を訴訟手続から全面的に駆逐し、そのかわりに若手裁判官である Assistenten を起用し、この Assistenten が従来の弁護士にかわる職能、つまり当事者と接触し、その情報を聴取し、また法廷活動でも補助にあたるという、新しい構想を示したのであった。ところが、この新構想が、実際の要請に押されて、CJF の制定後わずか二年あまりで、すっかり崩れ去ってしまった。今や Assistenten はまったく後景にしりぞき、訴訟代理人としての弁護士が——Justizkommissar という新しい名称のもとに——輝

台の正面へと躍り出して来た。このように *Assistenzrat* が後景にしりぞき、訴訟代理人としての弁護士が復活してくると、もともと右の新構想を前提して、その全訴訟手続を構築していた C J F は、もはやその利用に耐ええなくなってしまった。C J F は、けっして新しい酒をもる古き皮袋ではなく、もはやずたずたに切り裂かれてちりあぐたも同然になった古い皮袋であった。新しい酒をもるためには、新しい皮袋が必要である。その新しい皮袋として出現したのが、A G O であった。したがってまた、われわれは、この A G O の C J F とくらべての特色をさぐるためにも、またのちに述べる A G O の訴訟手続の概要を知るためにも、まず、A G O における「訴訟代理人」制に目を向けなければならぬのである。

(4) 本人出頭主義 A G O でも、本人出頭主義、つまり、法廷にはできるだけ当事者本人が出頭すべきで、みだりに他人を代理人として出頭させるべきではないというたてまえがとられていた。

まず、序章において、「当事者は通常、彼自身の事件について裁判官にもっともよく事情を知らせることができる者である。したがって当事者は、その訴訟の *Instruktion* (の期日) にはできるだけ彼自身が出頭すべきである」(Einf. § 12)。また、法典の本文中にも、その第一編第三章(これは、次に述べる代理人、補助者について規定した部分である)の冒頭に、次のような一条が掲げられていた。「経験の教えるところによれば、代理人 (*Bevollmächtigter*) と弁護士 (*Sachwalter*) (正確には、代理人は往時の *Prokurator* に相当し、弁護士は往時の *Advocat* に相当する) によって進行される訴訟は、主としては、彼らが訴訟の基礎となる事実関係について「当事者から」十分な情報をえていないことが多いために、手続の遅延と、混乱におちいる危険がある。そこで当事者は、とくに訴えの取調べ、答弁の取調べ、*Instruktion* の開始、および争点の整理のために定められた期日には、できるだけ彼自身が出頭し、事件の事実の解明にとって必要なあらゆる報告を行い、また文書を提出すべきである」(1.3.8.1)。

(4) 本人出頭の免除 しかし、この本人出頭の義務は、次のような場合には免除されていた。(a) 「当事者が病

気、高齢、裁判所への出頭によって公務または業務に支障をきたす場合」(85)。b) 「当事者の住所地が裁判所の所在地から遠く離れており、法廷への出頭に要する旅費、滞在費、および事業上生ずる損害が、訴訟の目的物」の価格」および彼自身が *Instruktion* に出頭することから生ずる利益にくらべて、はるかにこれを上回る場合」(86)。(c) 事件がきわめて明白単純で、*Instruktion* が全然必要でないか、もしくはごく簡単な *Instruktion* の必要しか予見されない場合(88)。もっとも、この後の場合には、裁判官は、必要に応じて当事者に *Instruktion* への出頭を命ずることができた(89)。

(x) 代理人の選任——*Justizkommissar* の復活 以上の(a)、(b)、(c)の諸場合には、当事者は自分に代って代理人(*Bevollmächtigter*)を法廷に出頭させることができる。代理人を当事者自身が選任するときには、当該裁判所に所属する *Justizkommissar* の中から選ばなければならない(82)。当事者が個人的な知己がないか、その他の事情によって自身で代理人を選任できないときには、裁判所に申し出てその選任を求めることができる。裁判所は、その裁判所所属の *Justizkommissar* または事件の状況に応じて陪席裁判官(*Beisitzer*)、もしくは裁判官試補(*Referendar*)を、その代理人に選任する(83)。もっとも、実際上は、員数の少ない陪席裁判官の中から代理人を選任することは考えられなかったし、また、裁判官試補も通常は下級裁判所に配属されなかったから、結局 *Justizkommissar* の中から代理人が選任されたことであろう。(84)つまり、前述した当事者が自身で代理人を選任する場合とあわせて、代理人に関するかぎり *Justizkommissar* の独占が行われていたことになる。

ところで、実は前述した(a)、(b)、(c)の諸場合、つまり本人出頭免除の諸場合は、AGOの前身CJFにおいては認められていなかった。もっとも、CJFも、当事者が病氣、高齢などの場合まで、せひとも法廷に出てこいとはいっていないので、その場合には事情に精通した他人(従業員など)を出頭させることを認めていた。しかし、その他人として *Justizkommissar* (代理人としての)を出頭させることまでは認めていなかった。右の他人(従業員など)を

出頭させたりえで、その面倒をみるのは、Assistentratの職責であった。ところが、C J Fの制定後間もなく、右に述べた(a)、(b)、(c)の各場合が順次認められていき、これらの場合には Justizkommissar (代理人としての)の出頭が認められるに至ったのである。さらに、C J Fの崩壊過程にふれたさいに(前掲一三七頁以下)、(訴訟)代理人としての Justizkommissar の復活という現象を指摘したが、それは右のような事態をさしていたのである。

ただ、代理人としての Justizkommissar の復活といっても、A G Oでは、——前述したように——まだやはり本人出頭主義を一応たてまえていたもので、代理人としての Justizkommissar の活動が許される範囲はきわめてせまく、右に述べた(a)、(b)、(c)の諸場合も、法典はあくまでも「例外」であるという口吻を示している。そこでわれわれは、ここで目を転じて、当事者が右の諸場合にあらならない場合、つまり彼自身が法廷に出頭しなければならない場合であるのに、あえて Justizkommissar を代理人として出頭させた場合、法典がどのような効果を認めていたかをみていこう。「このような場合であっても、裁判官は、まずその代理人によっていかなる程度事件の解明が可能になるかを試みるべし。そして、もしその代理人が必要な情報を欠き、彼と弁論を継続することが合目的々でないと思慮したときには、ただちに彼を退席させ、この旨を裁判所に届け出るべきである」(§12)。この場合には、欠席した当事者に、その期日の裁判費用はもとより、相手方に生じた旅費その他の費用の支払いを命じ、他方新しい期日を指定し、明白な警告を発したりえで、必ず当事者本人が出頭するよう命ずべきである (§13)。

一見したところ、A G Oは、あいかわらず本人出頭主義の堅持のために大意になっているようである。しかし、右の法文は、その反面解釈として、出頭した代理人さえ事件について十分な情報をもっているときはそのまま審理を続行してもよいという口吻を示している。代理人の退席や、当事者の費用負担などという制裁が発動されるのは、代理人が事件について十分な情報をもっていない場合に限られる。しかも、かりに代理人がこのように十分な情報をもっていない場合であっても、同じ裁判所に所屬する裁判官と、Justizkommissar の間柄である。どこまでこの制裁の

発動が期待できたのであろうか。いいかえれば、A G O の本人出頭主義の堅持は、はたしてどこまで実行されたのであろうか。

そして、あたかもこの事実を立法者自身が認めるかのように、A G O の制定後数年たった一七九九年十二月に、次のような回勅が発せられた。「当事者本人の出頭は、真実発見のために欠くべからざる場合にかぎって強要される。この主要目的〔真実発見〕が妨げられないかぎり、当事者は適法な代理人によって自らを代理させることができる。」この回勅は、その後追記（*Anhang*、注3参照）第一条として、序章第一二条の末尾に付記された（なお、序章第一二条については、前掲本人出頭主義の項参照）。「真実発見」という目的は強調しているが、当事者本人の出頭を必要欠くべからざる場合にかぎったというのは、運用のいかんにもかかわることだろうが、実情は釈明処分として当事者本人の出頭を認めている今日の訴訟法とほとんど交わらなかったのではあるまいか。

弁護士介在を排除し、当事者本人の法廷への出頭を強要し、裁判官が直接彼らから事実関係を聴取して真実発見に努めるというのが、C J F、また、かなり崩れたとはいえA G O の描いてきた、基本的なパターンであった。しかし、このパターンも、少くともこの時点から、法形式的にも全面的に崩壊したとみてよいであろう。

(二) 補助者 (Assistent) C J F の制定後、「代理人」がクロースアップされ、それが實際上 *Justizkommissar* によって独占されるにしたがって、*Assistentrat* は次第にその影を薄くしていった。A G O では、もはや *Assistentrat* の名の一片もみいだすことはできない。しかし、A G O でも、かつての *Assistentrat* の残像がまったくみいだされないわけでもない。ここに述べる補助者 (Assistent) が、その残像といえはいいえる。

この補助者の制度が設けられたのは、前述したように、A G O ではまだ本人出頭主義がまったく影をびそめたわけでもなく、通常の場合には本人自身が出頭してくることを予想していたことによる。その本人が出頭してきても、法律知識のある協力者 (*Beisatz*) が傍にいないことには、彼らの権利の擁護に不十分であらうという、いかにも当時

のプロイセンの立法らしい後見的配慮に基づくものであった。まず、その序章第四三条には、「当事者は、その訴訟の *Instruktion* において法律知識を有する (*rechtskundig*) *Beisatz* を用いる権利を有する。」つぎにこの規定をうけて、法典の本文中には、次のような一条が設けられていた。「事件の *Instruktion* に出頭する当事者は、裁判所において訴訟実務を許された *Justizkommissar* の中から一人の *Assistent* を選ぶか、または裁判所にその選任を依頼することができる。後の場合には、裁判所は、事情の性質と事件の重要性に応じて、陪席裁判官、すでに十分に習熟した裁判官候補、もしくは *Justizkommissar* の中から *Assistent* を選任すべきである。ただし、当事者が *Assistent* を希望しない場合には、彼の意向に反して *Assistent* を押しつけてはならない」(§ 14. なお、*End § 4*)。このうち、法文前段の当事者が自己の意思に基づいて *Justizkommissar* の中から *Assistent* を選ぶのは、先ほどの当事者が「代理人」としての *Justizkommissar* を選ぶというのと区別がまぎらわしいが、後者では訴訟の開始の段階から、つまり訴えの取調べ、答弁の取調べの段階から、*Justizkommissar* が当事者に代って法廷に出頭してくるのに対して、前者では訴訟の *Instruktion* の段階のみで、しかもすでに当事者本人が出頭しており、*Justizkommissar* はその傍らにあって補助するだけであるという点に大きな差異がある。また、法文後段の、陪席裁判官、裁判官候補 *Justizkommissar* の中から、裁判所が *Assistent* を選任するというのも、いさおい *Justizkommissar* の中から選任されたであらうことも、前述した裁判所が当事者のために「代理人」を選任する場合とまったく同じであつたろう。

Assistent は、格別当事者から代理権を与えられず、また、すでに出頭した当事者を補助するために法廷で活動するという点では、わが現行法の定める「輔佐人」とほぼ同じ機能を営んだことができる。しかし、次のような規定も存在する。「*Assistent* が、〔右のような法廷での補助活動をするにあたって〕必要と思われる行為を、期日外または期日間に行ふ必要が生じたときには、彼はその行為につき当事者の代理人 (*Bevollmächtigter*) とみなされる。

また、そのために彼には当事者から正規の代理権を授与されなければならない。⁽⁷⁾ とくに、当事者が裁判所の所在地に住んでいない場合には、たとえ彼が *Instruktion* の期日に自身で出頭するつもりであっても、期日間の行為を処理するために、必ずこの種の代理人を選任しなければならない」(§20)。この限りでは、*Assistent* は、輔佐人と代理人の性質を兼有していたことができる。

しかし、この *Assistent* のほかに、当事者は、なお次のような *Beistand* を利用することができた。すなわち、当事者は「とくに彼が信頼を寄せ、事件で問題となる事実関係を熟知しているか、または事件で特殊な専門知識が必要となり、この専門知識を十分有していると思われる者」を、自己の *Beistand* として任意に法廷に同行することができた (§21)。この *Beistand* は、輔佐人と、鑑定人の性質を兼有していたことができる。

なお、*Assistent* の職責は、前時代の *Assistentat* のそれと、ほぼ同様であった。すなわち、彼は、*Deputierter* (訴訟の *Instruktion* を行う裁判官) に協力して、事件を早急にかつ完全に真実の光に照らすようにしなければならぬ (§16)。また、*Deputierter* の審理が不適切、不完全な形で行われた場合には、「礼儀になつたやり方で」その旨を彼に指摘し、この指摘がき容れられなかった場合には、その旨を裁判所に届け出なければならなかった (§17)。なお *Entl.* §§ 50-2)。そのほか、当事者の裁判所での弁論、証人尋問に立会う権利が認められた (§18)。また *Instruktion* の終了後、当事者のために法律上の陳述ができたとされていたのも、*Assistentat* の場合と同様であった (§19)。

(例) 代理人 (*Bevollmächtigter*) *Assistent* の職責にふれたついでに、「代理人」にどのような地位が与えられたかについても述べておこう。すぐ次にみられるとおりに、この「代理人」の地位はきわめて抑圧されたものであった。その抑圧のげしさは、せっかく自分達の考案した *Assistentat* 制を放棄せざるをえなかったカルマー・スワルツらの、最後に試みた「抵抗」であつたと評しえよう。けだし、「一旦訴訟外に駆逐した *Justizkommissar* に「代

理人」としての復活を認め、しかもその Justizkommissar に訴訟上鞏固な地位を与えるなら、せっかく彼らを訴訟外に追い出し、裁判官に回復した訴訟内の主導権を、再び彼らに奪回されることになる。裁判官の主導型による真実発見を目指していた彼らにとって、これはまさに譲ることのできない「最後の一线」であつたろう。

「当事者に代って代理人に [Instruction] に」出頭することを認めることは、Instruction のありかたを何ひとつ変えるものではない。Instruction を監督し追行するのはただだ裁判官だけである。調書に「裁判官のほか」に代理人が文書を添付したり、書きとらせたり、要約をのせることを許さない。むしろ裁判官は、代理人に、あたかも当事者にそれを命ずるように尋問したり質問したりしなければならぬ。代理人もまた、事件に属するあらゆる事情について必要な解答をしたり、説明したりするのは、ちょうど当事者本人が出頭した場合と同じようにしなければならない」(§71. note, Einl. § 46)。「それゆえまた代理人は、とくに彼が Justizkommissar である場合には、(「当事者から」)十分で完全な情報を聴取するよう配慮しなければならない。その情報を聴取するさいには、以下の第五章と第六章で当事者から情報を聴取するさいに裁判官に命じている規定(第五章は訴えの取調べ、第六章は答弁の取調べ)に關して規定している。つまり、前述した C J F で Assistenten が訴えの取調べ、答弁の取調べにさいして遵守を命ぜられた規定と同内容である)を、彼もまたそのまま全部遵守しなければならない」(§72)。もし代理人が当事者から十分な情報を聴取しないまま法廷に臨んだときには、彼には法律上の罰則が科せられるし (Einl. § 48)、「Justiz-kommissar が当事者から十分な情報を聴取できない事情があるときには、その旨を彼の手控え(Manual = Akten)を添えて裁判所に申し出るべきである」(§74)。そのほか、証拠調べに立会えること、Instruction の終了後、当事者のために法律上の意見を陳述することができるとなど、いずれも前述した Assistent の場合と同様である (§75)。

三 訴訟手続の概要

次に、A G O の示した訴訟手続の概要に目を転じてみよう。この点では、A G O は、前述した C J F のそれとほと

んど変るところはないようである。ただ、「代理人」としての Justizkommissar の復活を認め、その反面 Assistentenrat の制度を撤廃しているので、この面からする「変容」を免がれたいことはいうまでもない。なかでも、すく次に述べるように、訴訟開始の段階（訴え——答弁の段階）では、完全に普通法訴訟への回歸現象を示している。

(1) 訴えの Anmeldung についても、訴訟手続は原告の訴えの Anmeldung によって始められる。訴えの Anmeldung は、「原告またはその代理人が、書面もしくは口頭をもって行う」(1,4,§11)。この場合の代理人は、必ずしも Justizkommissar である必要はない。Anmeldung を受取った Dezernent（前出。訴えや答弁を受領し、審査する裁判官）は、その旨を裁判所に報告する (§§12,13)。

(2) 訴えに関する取調べ Dezernent の報告を受けた裁判所は、訴えの取調べを行う Deputyterter を指名し、期日を指定したうえ、原告を呼び出す (§§9)。Deputyterter による訴えの取調べは、前述した CJF における Assistentenrat のそれと、まったく同じ方式をもって行われる (1,5,§4ff)。もし原告が Justizkommissar を代理人として訴訟追行を委任しているときには、Justizkommissar が原告から事情を聴取するときにもこれと同じ方式をふむことが要求されている (§11)。訴えの取調べが終了すると、訴状 (Klageprotokoll) が作成され、これが裁判所に提出される。もっともこの訴状は、普通には特別に作成する必要はなく、取調べ中に作成した Informationsprotokoll をもってこれに代えることができる (§§14ff)。

右の訴えの Anmeldung、訴えに関する取調べにおおづては CJF によって別段変ったところはなく、Assistentenrat の名が消えて、それに代って Deputyterter が登場していると思えばよい程度である。ただ、AGO は、ここで次のような大きな例外を認めている。「原告が Justizkommissar に訴訟追行を委任しており、その Justizkommissar がもはや原告から十分に情報を聴取したと考えたときには、彼は書面による訴えの Anmeldung に併せて、訴えを提起（訴状を提出）することができ」(1,4,§§23,24)。原告が Justizkommissar に訴訟を委任するの

は、通常は訴え提起 (Proyosen法では訴えの Anmeldeung) 以前であり、その以前の段階ですでに Justizkommissar が前述した方式に従って原告から十分に情報をえているときは、書面による Anmeldeung に併せて、訴状の必要的記載事項を書いた書面を提出すれば、それをもって訴状とみなす (訴え提起があったとみなす) というのである。この書面 (訴状) が提出されたときには、*Deputierter* による訴えの取調べは行われない。

つまり、原告の訴えの Anmeldeung にはじまり、裁判官による訴えの取調べ、その裁判官による訴状の作成・提出という、Proyosen法特有の訴え提起の方式は、ここに完全に消失してしまったのである。その代りに、原告 (その代理人) による訴状の提出をもって訴え提起行為は完結する、という普通法の形式に回帰してしまったのである。かりにProyosen法の訴え提起の方式が活用されるとしても、それは原告が Justizkommissar を選任せず、彼自身が訴えの Anmeldeung を行った場合、つまり「本人訴訟の場合」に限定されてしまったのである。そして、法律自身は、この「訴状」の提出による方式をあくまでも例外とみたい口吻であったが、実務ではたちまちこの方式が通常の形態になったという。⁽¹⁶⁾

(3) 訴状の審査・期日の指定 *Deputierter* の作成した訴状にしろ、*Justizkommissar* の作成した「訴状」にしろ、*Dezernent* がこれを受領し、右の訴状が法定の方式を備えているか、原告の請求が法律上理由がある (*schlüssig*) か、原告が当事者適格を備えているかなどを審査する。これらに不備がみられるときは、彼の裁判で訴状が却下されることは、CJFにおけると同様である (J.G. S.I.F. なお前稿一一八頁および同注14)。*Dezernent* が訴状に不備がないと認めたときには、以後の手続のための期日を指定する。この期日は、事件の状況に応じて次の二つに区分されている。

(4) 事件が複雑でないと認めたときは、*Instruktion* のための期日を指定し、当事者双方を呼び出す。何 事件が複雑であると認めたときは、答弁 (*Klagebeantwortung*) のための期日を指定し、被告だけを呼び出す。右 (4)、何い

すれの場合にも、被告を呼び出すときには、原告の訴状およびそれに添付された Informationsprotokoll の写しを送付しなければならない (§ 11 ff.)。

(4) 答弁に関する取調べ 右の何の場合、つまり答弁のための特別期日が指定されると、一人の Deputyter が指名され、彼が被告の取調べにあたる。その取調べの方法は、前述した Deputyter による原告の取調べ、つまり往時の Assistenzrat による取調べと同一の方式である。この取調べが終了すると、答弁書に相当する Beantwortungsprotokoll が作成され、これが裁判所に提出される (§ 9, § 1 ff.)。この提出された Beantwortungsprotokoll が Dezerent によって審査を受ける点は、前述した原告側が訴状を提出した場合と同様である (§ 18 ff.)。Dezerent がこの文書に不備がないと認めたときには、Instruktion のための期日を指定し、当事者双方を呼び出す。原告の呼出状には、右の Beantwortungsprotokoll の写しを添付しなければならない (§ 24 ff.)。

しかし、AGO は、ここでも一つの大きな例外を認めた。それは、被告、もしくはその代理人が、右の答弁のための特別期日前、Promemoria とよばれる文書を提出し、この文書が答弁書に必要な記載事項をすべて備えているときには、裁判所は右の答弁のための特別期日を取消し、ただちに Instruktion のための期日を指定する、というのである (§ 15)。つまり、この場合には、右の答弁のための特別期日が取消される結果、被告の期日への出頭、Deputyter による被告の取調べ、その Deputyter による答弁書の作成、提出という手続は、いさゝか行われないうのである。このことが、前述した原告 (その Justizkommissar) による訴状の提出と軌を同じくしていることはいうまでもなからう。(11) つまり、約言すれば、この両者はあいまって、プロイセン法に特有の手続——訴訟開始の段階への裁判官の関与——を見失わしめ、訴訟の開始は原告の訴状提出・被告の答弁書の提出をもって終了し、後には事件の審理 (プロイセン法では Instruktion) が残るだけであるという、普通法訴訟と同一構造への回帰をもたらしたのである。わずかにプロイセン法の特色らしい特色をさがせば、それは次に述べる Instruktion へのものであ

らう。

(5) Instruktion 1) Instruktion を主宰する裁判官の Deputyter とよびられているが Deputyter is Dezerment と同一人物であつてはならないとされているものの (その限りで、裁判官の相互監視はなお維持されているといえる)、前出した答弁のための特別期日が開かれた場合には、その期日に被告の取調べにあつた Deputyter が、そのまま Instruktion も主宰するとされている (§26)。(2)

Instruktion の第一段階として、原告・被告双方に対する尋問が行われるが (1, 10, § 1 Ziff. 1) この尋問の順序は、前述の答弁のための特別の期日が開かれたかどうかによつて、その順序が大いに異なってくる。(1) 答弁のための期日が開かれず、訴状の受理後ただちに Instruktion の期日が指定された場合には (前掲(3)(1))、被告側の答弁の聴聞から開始される (§20. 被告には、すでに原告側の訴状、Informationsprotokoll の写しが送達されている)。(2) すでに答弁のための特別期日が開かれている場合には (3)(2)、原告の答弁に対する陳述から聴取する (§21. 原告には、すでに Beantwortungsprotokoll の写しが送達されている)。以後、(1) の場合には、原告の反論、(2) の場合には、被告の反論をそれぞれ聴取し、双方の間の争点が煮つまるまで尋問を続行していく。なお、右の(1)の場合には原告およびその代理人、Assistent の立会いが認められず、(2)の場合には、被告は退席させられ、その代理人、Assistent のみが立会いを許されている。以後の各反論の手続においても、代理人と Assistent の立会ひのみが許されている。ただし、Deputyter は必要ありと認めたときには、当事者双方に対質を命ずることができる (§22 ff.; Enl. § 28)。

普通法訴訟では、訴状——答弁書——再抗弁書——再々抗弁書という順序で当事者の弁論が展開されたことはすでに前に述べたが (前掲一五二頁注17)、右のプロイセン法はこの順序をそのまま当事者の尋問に持ちこんだということができる。ただし、普通法では、当事者間の弁論が右のような書面交換の形がとられたので、そこに当事者の立会

権という観念を容れる余地がなく、またその必要もなかったといえるが、この点、プロイセン法のように当事者の尋問——したがって、口頭陳述——の形式がとられてくると、そこに、やはり当事者の立会権の観念を容れ、それを通じて当事者の権利の保障を考える必要が生じてくる。その点では、プロイセン法ははなはだ不備であったことは、右にもみられたとおりである。これは、相手方当事者が在廷していると、当事者がエキサイトしてしまつて、尋問がうまくいかないという当時としてはごくふつうの配慮——証人尋問において、普通法においてもプロイセン法においても、当事者の立会いが許されなかったことにつき、前稿一二四、五頁参照——に基づくものであつたろうが、それにしても、当事者の立会権が全面的に排除され、わずかに彼の代理人、Assistent の立会いのみが許されているのである（なお、序章第四九条は、「Instruction を行う裁判官は、当事者によって選任され、または彼の求めに応じて選任された Beisatz、または代理人を、Instruction におけるすべての弁論に立会わさなければならぬ」と規定していた）。しかし、その代理人、Assistent らは（かりに Justizkommissar が選ばれていても）、国家裁判官の強い統制の下に立たされた存在であつたし、また彼らの立会いですら、上述したように被告側の答弁を聴聞するさいには、原告側の代理人、Assistent が退席させられたのであつた。⁽¹⁵⁾

Instruction のこの手続、つまり争点の整理、証拠調べ、和解の勧誘などは、いずれも C J F におけるそれとまったく同じである。ただ、争点の整理は、C J F では *Regulierung des status controversiae* とよばれていたのが、ここでは *Regulierung des status causae et controversiae*（事実および争点の整理）とよばれている。これは、争点の整理といっても、その順序としてまず当事者間に争いのない事実（*status causae*）を確定し、ついで当事者間の争点を確定するという順序をふむので、両者を一括して「事実および争点の整理」とよんだものであろう。しかし、名称は変つても、その実質は C J F における「争点の整理」とまったく同じである。⁽¹⁶⁾ 以下、代理人、Assistent による法律上の陳述（*Deduktion*）、Referent による判決の起案、合議休による解決・覆渡と、いずれも C J F にお

けると同様な手続で進められていく。

(1) この第四編の冒頭には、「以下では、もし訴訟法に導入するとその全体のバランスを崩すが (deren Paden zerräuben)」とあれば、それと不可分離の關係にある理論的な諸法規 (theoretische Rechtssätze) を取扱う」という前置きがおかれ、その後、本文でも述べたように、管轄権、当事者 (能力・適格)、その他の規定が続くのである。

しかし、これらの規定をみても、もしそれを「訴訟法に導入するとその全体のバランスを崩す」ほどのものなのかどうか、また、他の普通の規定と区別してとくに「理論的」とよびうるほどのものなのかどうか、いずれも大いに首を傾げたくなるものばかりである。——たとえば、自白が、第一編の証拠調べの中で規定されず、この第四編に至ってはじめて規定されているのであるが、自白を証拠調べの中で規定すると全体のバランスが崩れるのであろうか。また、他の法規と一緒にできないほどとび抜けて「理論的な規定」であつたのだろうか。——そのうえ、このような編別の態度は、CJFに先行するCFMではみられなかったし、また、CJFと同じ年(一七八一年)に制定されたオーストリー一般裁判所法などでもみられない。おそらく、CJFで独自に考えられた編別方法であつたと思われる。わたくしは、この第四編に定められた諸規定は、立法者が当初それを規定するのに難渋を覚えたか、あるいは第一編、第二編を起草したときに、書き落した部分をあわせてこの第四編で書き足したのではないかと、——多少いじ悪な見方かもしれないが——臆測しているしだいである。

そして、それからあらぬか、AGO制定のときには、(本文で後述するように)この第四編に定められた諸規定は、「訴訟法」(AGOの第一編)の各關係部分に、それぞれ挿入吸収されているのである。「これらの規定を訴訟法に導入する」ことは、けつして「その全体のバランスを崩す」ことにはならなかったのである(なお、自白は、「証拠調べ」の規定の中に挿入され、その証拠方法の一に教えられている、二四巻二号(以下、前編と略す)二三頁参照)。

(2) AGOの非訟事件手続については、佐上善和「古典的非訟事件研究の序説」(二一完)「民商法雑誌六七巻五号七四三頁以下」に紹介がある。なお、今日、西ドイツにおいて非訟事件の「古典的領域」の典型と目されている後見事件は、CJF、AGOともに、訴訟手続のなかに規定がおかれていた(CJF, 2.15; AGO, 1.39)。

(3) この *Einleitung* (序章) については、熊谷・二七頁以下に、その全訳がある。熊谷判事は、そのほかにも A G O 中の重要と目される若干の規定について、熊谷を試みておられる。いずれも、的確な、名訳ばかりで、ただただ教服のほかはない。ただその熊谷が片かなまじりの文語調であるため、本稿では、当面わたくし自身の拙訳によったが、その拙訳にさいして、右の熊谷判事の名称からいろいろ教示を受けたことはいうまでもない。なお、熊谷判事は、*Einleitung* の第十五条の條訳にさいし、A 後の改正に依り削除されたものの如し V と書かれているが、この第十五条は、そのまえの第一条第四項として載訳されている部分で、じつはそれである。これは、おそらく熊谷判事が用いられた (二一六頁参照) A G O の一八二八年版に、ミスプリントがあったためであろう。この時分の法典にはこの種のミスプリントが珍しくない。わたくし自身は、A G O の初版 (大阪市大蔵) と一八三一年版を用いたが、それぞれの後尾に相当な数の正誤表がふされている。また、この *Einleitung* については、柏木・北海学園法学研究五巻二四〇三、四頁にも抄訳がみられる。

なお、A G O は一七九四年、一七九五年に印刷されて以来、いくとか版を重ねているが、それは主として、プロイセンが新領土を併合するたびに、A G O の施行区域もひろがっていくので、その需要をみたすためであつたらしい。とくに一八一六年には、それまでに発令された A G O の内容を修正する数多い勅令、国令類を、追記 (*Anhang*) という形で、A G O の各關係条文の末尾に挿入するという形式をとり、以後の版では、この一八一六年版を無修正のままで印刷するという方式がとられている。

(4) *Einleitung* (序章) を法典の冒頭におくという体裁は、A G O に一年遅れて制定された一般国法典、またその前身であつた一般法典にもみられた体裁であるから、この当時のプロイセンの立法では決して珍しくなく、むしろ普通の体裁であつたらしい。ただ、他国の立法、たとえば一七八一年のオーストリー一般裁判所法などをみても、このような体裁はみあたらないから、これはやはりスワルツラシェレージュン新司法官標の独創にかかものであるであつたらしい。彼らがなぜこのような体裁を案出するに至つたかについては、(i) 当時の支配的な法理論であつた、ヴォルフらの自然法学の影響、(ii) 彼ら (シェレージュン新司法官標) が、大学教育に対して強い不信、輕侮の念をもっており、彼らの法典において、「理論的にも」自己完結した法

典を作ろうとしたこと、などを挙げられると思うが、これらの理由が正確なものかどうかは、いずれも議者のご教示を仰がねばならない。

(5) および(6) Koch, S. 227 の(1)の事実を認める。

(7) このために、実務では、当事者が Assistant の選任を申立てるさいには、代理人の名義を空白にした委任状を同時に提出するという慣行が行われていたらしい。Koch, S. 236 Ann. 1.

(8) このように AGO における代理人の地位はきわめて抑圧されたものであったし、またこのような抑圧された地位は、基本的には AGO が消滅するまで(したがって、一八七七年の帝国法が成立するまで)続くのであるが、しかしそれにしても、C J F におけるそれにくらべると大した変化であった。すなわち、C J F では、従来の Advocate は Justizkommissar と名称をかえられ、彼らは全訴訟手続から排除され、わずかに公証人の地位と、登記事件や遺言事件など、訴訟外の事件について助言と代理の権限が認められたにすぎなかった。ところが C J F の制定後間もなく、この徹底した弁護士抑圧政策に急激な変化がきたし、最初は法律上の陳述(Deduction)だけ当事者の差込んだ Justizkommissar にさせる(前掲一四〇頁参照)とか、一定の場合(当事者が病氣、高齢などの場合。本稿で「本人出頭の免除」として述べたもの)には例外的に Justizkommissar に代理人としての出頭を許す、などと小出しにしていたが、やがて急速に Justizkommissar に全訴訟手続への復帰を認めるにいたったのである。この立法者の意図が(まさに豹変といってもよいが)は、当然のことながら、ルプー——彼がカルマーによって Kammergericht から追放され、以後彼やスワルツらと相手として、はげしい文書合戦を展開したことは前述した(前掲一六二頁注31)——によって、絶好の攻撃目標とされた。彼は、やはりその「文書」の「Aufstellung zwölf falscher Behauptungen, die das Rachehen, betrifft: Über den unbekannten Tadel der neuen Proceß-Ordnung, enthält」の中で、次のような誹謗詩を発表したといわれる(Weibler, Umbildung, S. 160f. なお Weibler, S. 368 にも、この詩が一部省略された形で収録されている)。

カルマーは叫んだ。

Advocat よ、地表上からすっかり消えてなくなれ、

Assistentat よ、彼らに代って現われよ、裁判所の陪席

員 (Beisitzer) となれ、

Advocat よ、公証人になれ、

Advocat よ、Justizkommissar になれ、

変身した (verwandelt) Advocat よ、訴訟事件の行われ

るすべての裁判所から消えてなくなれ、

変身した Advocat よ、ただ裁判所外の事件において、助

言を与える法有識者としてのみ現われよ、

しかし、まもなくカルマーは再び叫んだ。

変身した Advocat よ、法律上の意見を陳述するためにだ

け裁判所に現われよ、

変身した Advocat よ、再び裁判所に現われよ、それが事

実の審理のさいであつても。しかし、く限られた例外的な場合
にだけだぞ、

変身した Advocat よ、再び以前のように現われよ、裁判

所にもちにまれるあらゆる訴訟事件につき攻撃するために、防
御するために。しかし、お前達は糾問的な取調べを受けねばな

らず、なかんずく、お前達には「再び」advocat という名はや
らないぞ。

(9) 訴えの Anmeldung には、時効中断の効果認められた (1.7, 450. なお ALR, 1.9, 8563)。

(10) Abbeig. S. 154 Ann. 318.

(11) 1) Promemoria を用ゐる方法も、法律はあくまで例外のような口吻をもちつていたが、原告 (そが Justizkommissar)

による訴状の提出と同じく、実務ではたまたまこれが通常の形態になったという。Abbeig. S. 163 Ann. 348.

(12) AGO を読んでどうもよく判らないのは、この被告の取調べにあたり、したがつてまた、Instruction をも主とする Depu-

tierter と、訴えにつき原告の取調べにあたる Deputierter とが、はたして同一人物を予定されていたのか、それとも別人物を

予定されていたのかという点である。Dezernent のように同一人物であつてはならないという明文規定もないし、また、法典

を通観すると、どうも同一人物を予定していたように思われるのである。また、実際上も、被告の取調べにあたる Deputierter

が、すでに Instruction の主宰者をも兼ねる以上、原告の取調べにあたる Deputierter だけを、とくに切り離して考える必

要も存しないであろう。

しかし、そうしてみると、AGOでは、裁判官の相互監視の制度はずっと後退したといふべきであろう。前身であるCJFでは、ともかくも、原告の取調べにあたる *Assistentat* と、被告の取調べにあたる *Assistentat* とを区別し、さらに *Instruktion* を主宰する *Deputierter* には、この両者とまた別の人物をあてて、実質的にはともかく(前稿一三四頁)、形式の上だけでも、「裁判官の相互監視」体制を貫徹しようとしたのであった。これにくらべて、まさにAGOでは、「権力の自制的コントロール」は脱落して、後見的介入のモメントのみが残った(「石部」といわざるをえないであろう)。

それにしても、原告の代理人と被告の代理人、それに審理にあたる「判定者」の役割と、一人で三役を兼ね備えたというのは、今日の感覚ではいささか漫画的であるとともに、現実にもその任を課せられた裁判官は、大変な負担過剰にあえいだことであろう。事件が軽微・明白な事件ばかりで、その数もごく乏しい間は、裁判官もこの任務を遂行することができたであろうが、事件が複雑になり、その数も激増した場合には、裁判官はよくこの任務に耐えることができたであろうか。後述するように、プロイセン法は、裁判官にきわめて広汎な職権探知の権能を与えているのであるが、裁判官がこのような細人的な負担にあえいでいるとき、彼ははたしてこの種の権能を行使することができたであろうか、はなはだ疑問なきをえないのである。

- (13) もっとも、答弁のための特別期日を省略し、*Instruktion* においてはじめて被告の答弁を聞く場合にも、その聴聞の手続は答弁のための特別期日を開いた場合の手続に準ずるとされており、しかもその特別期日を開いた場合には原告側の代理人、*Assistent* の立会いは認めないとされていたので、それとのバランスを図ったのかもしれない。

- (14) 争点の整理が、要証事実(証拠調べを要する事実)などを決める点で、普通法でいう証拠判決に相当することは、前の機会にも述べたが(前稿一五二頁注18)、CJFではあまりはつきりなかった、この争点の整理に対する不服申立方法が、AGOでははつきりと打ちだされてきた。

まず、要証事実などについて *Deputierter* と当事者の意見が一致しないときには、当事者は裁判所(*Kollegium*)に対して異議の申立ができた。この異議の申立があると、裁判所は合議を開いて採否を決定した。この異議の申立を却下する裁判があっ

て、はじめて証拠調べを開始することができた (J. 10, § 45 ff. なお、(二)までは C J F でも認められていた、前稿一二三頁)。この異議の申立を却下した裁判に対して、上訴することは許されなかった。その代りに、*Deputierter* の判断(異議の申立がなかった場合)、あるいはその *Deputierter* の判断を支持した裁判所の裁判(異議の申立があり、これが却下された場合)には、いずれも拘束力(既判力)が認められなかった。したがって、のちに *Referent* が判決を作成するにあたり、まへの *Präsident* あるいは裁判所の判断に誤りがあり、ほかにもっと取調べを要する要証事実などがあると思慮したときには、その事実などの取調べのために *Instruktion* の再開を命ずることができた (§ 57)。

これは、普通法の証拠判決にくらべると、きわめてフレキシブルな取扱いであった。普通法では、証拠判決に独立した上訴を許していた。したがって、二審、三審をへて判決が確定したのち、はじめて証拠調べにはいることができた。また判決が確定すると、その判決の効力として拘束力(既判力)が生ずると解されていた。したがって、のちになって本案判決をする裁判官が、証拠判決をした裁判官の判断に誤りがあり、要証事実の選取、挙証責任の割り振りなどにミスがあると思っても、証拠判決に拘束されて、もはやこれを変更して新たに証拠調べを命ずることはできなかった。

以上のように、証拠判決は本案判決と全く同格に上訴、拘束力が認められたので、普通法では「*猶*」の一つと目されていた。なぜなら独立した上訴を認めたために、それだけ証拠調べにはいるのが遅れたし、また拘束力を認めていたために、本案判決をする裁判官が不当な証拠判決に拘束されて、そのまま不当な本案判決をしなければならなかった。

もつとも——証拠判決の制度は、古ゲルマン・サクセン法系から由来する制度なので、継受されたローマ・カノン法系の発想を駆逐するのに、かなり時間がかかったといわれている。それは、北ドイツから南ドイツ(ローマ・カノン法系の伝統が強かった)に及び、一八世紀頃になって学説、タレント法に浸透して、ようやく定説としての地位を確立するに至ったといわれている (Pranck (Julius Wilhelm), *Die Lehre von dem Beweisurteil*, 1848, S. 224 ff.)。そのような状況であったので、各タレント法も、必ずしも前述した証拠判決の取扱い——上訴・拘束力——をそのまま受容することをしなかった。たとえば、C J F の前身である C F M などは、証拠判決の制度は認め、また独立した上訴は許したものの、その上訴に手続停止の効果(証

絶調への開始を阻止する効果)は認めず、また第二審で証拠判決の判断が正当と支持された場合には、もはや第三審への不服申立は許さないとしていた(3, 1, §3)。また、証拠判決の拘束力についても、証拠判決の理論が確立した19世紀にはいってからも、なお有力な学者の間に異論があり、必ずしも一致した見解とはいえなかった(Vgl. Planck, bes. S. 312ff.; Mühl (Otto), Beweisinterlokut und Beweisbeschluss im hannoverschen Prozeßrecht und der geltenden Reichszivilprozeßordnung, ZZP, 66 (1953), S. 169 ff.)。

しかし、いずれにせよ、19世紀には証拠判決の制度がほぼ確立したものとして喧伝されていたし、そのうえ、この制度には前述のような難点があったところから、各ラント法はこの制度からの「逃避」に大意であった。その点で、プロイセン法の争点の整理の前述したフレキシブルな取扱いは、各立法者の目にきわめて魅力に富んだものとして映じたい。そのため、全体としての手続は普通法理論に依拠しながら、この争点の整理の部分だけプロイセン法から借用するラント法もあったことは、前の機会にもふれたが(前掲一五三頁)、ここではその一例として、本稿でも後にしばしば言及する、ハノーヴァー王国の一八二七年法について述べておきたい(Prozeß-Ordnung für die Unter-Gerichte im Königreiche Hannover, 1827)。すなわち、(i)では、当事者間で書面交換が行われたもの(ii)までは、普通法と同じ。裁判所は期日を定めて(通常は、書面交換後二四日以内)、当事者双方を呼び出し、彼らが書面によって主張した事実について口頭による意見の聴取を行う (§57)。この意見の聴取があったのも、証拠判決(Beweisinterlokut)を言渡す (§60)。この期日は、和解の試みのために利用されてもよかつたし(この点も、プロイセン法と同じである)、また当事者が、この期日に無断で欠席すると、一ないし五ターラーの過料が課せられた。