慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

| | |
|---|---|
| Title | 千九百三十三年十月の獨逸民事訴訟法の改正に就て |
| Sub Title | |
| Author | 宮崎, 澄夫(Miyazaki, Sumio) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1934 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.13, No.2 (1934. 7) ,p.21- 45 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19340721-0021 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 千九百三十三年十月の獨逸民事訴訟法の改正に就て

宮崎澄夫

去る千九百三十三年十月二十七日の「民事訴訟法手續の改正に關する法律」は獨逸民事訴訟法に重大なる改正を齎した。勿論それ以前に於ても千九百二十四年の改正以來幾多の新法令が發布せられてゐるが、この千九百三十三年十月二十七日の法律は其改正の根本精神に於ても亦其の個々の改正規定に於ても誠に意義深きものであると信ずるので、茲に其の大要を紹介し併せて一、二の意見を述べんとするものである。

吾人は先づこの改正法律の根本精神が何れに在りやに付述べ、然る後に改正せられたる個々の規定に付其の重要なる點を記すことにしやう。

## 第一章　改正の根本精神

改正の根本精神が何れにあるやを知るが爲には、我々は是非とも改正法律の前文及理由書を一讀しなければならない。

先づ前文から述べることにしやう。曰く「國民的な裁判は、其の訴訟手續が容易に國民に理解し得らるゝと同時に、確實にして而も迅速なる權利保護を與ふることを得るものでなければならない。當事者及其の代理人は、裁判が單に自己にのみならず同時に、而も主として國民全體の權利の保證に役立つべきことを常に念頭に置かねばならぬ。

如何なる當事者も、不眞實によつて裁判所を迷はしめてはならぬと同時に、惡意若くは過失によつて訴訟を遲延せしめ因つて裁判所に無益なる勞力を掛けることを許されない。何人も權利の保護を請求し得ると同時に、誠實且つ注意深き訴訟の實施により、裁判所をして權利の發見を容易ならしめる義務を負ふものである。

裁判官の任務は、一面に於て訴訟を嚴格に指揮すると共に、他方に於て、當事者と密接に接觸し由つて以て凡ゆる訴訟を根本的に準備し、可及的一回の口頭辯論に於て事情を明かにし且判決を爲し得るやう努力することに存する。故に裁判官は、實質上已むを得ざる場合の外、辯論を延期することを避け且時機に後れたる提出に因つて訴訟の遲延することを防止しなければならない。

以上の如くにして始めて、完全なる口頭主義と直接審理主義とに依る活きた手續が可能であり、斯る手續のみが、裁判官をして確實の現實なる發見を可能ならしめ。且その結果に付當事者の理解と信頼とを贏得べきである。

以上の如き諸種の目的を達せんが爲めには、現在の法律が認めたる手段を一層强固にすると共に尙手續に他の適當なる改正を加ふるの必要あるを認め政府は以下の法律を制定したり」と。

次に理由書であるが、これは、千九百三十三年十一月二日の官報を以て司法大臣から發表せられたもので、可成長文であるから此處には單に其の要點だけを譯出することに止める。即ち左の如くである。

「判決手續に於ける指導的原理は、判決の正當なることを出來る限り保證すると同時に、手續を出來得る限り促進することに存しなければならない。この兩目的を達する最も適當なる方法は、裁判官の嚴格なる指揮の下に訴訟資料の集中(Konzentration des prozessstoffes)を計ること、辯論殊に證據調に關する直接主義を復活せしむること及び形式的なる制限殊に形式的な證據規定から裁判官を解放すること等である。

民事訴訟に於ける裁判官の任務は單に裁判を爲すことのみに存し其他の點に於ては總て當事者が

手續の制御權を握つてゐると云ふ考は、既に過去の遺物である。過ぐる千九百二十四年の民事訴訟法の改正は根本に於ては右の見解に據つてゐたのではあるが、實際に於て、訴訟資料の集中と手續の促進とに關する規定は、立法者の企圖したるが如くには實現せられなかつた。其の原因は、當時に於ては裁判官の負擔が重すぎたことにも在るが、就中辯護士の多數が無意識的惰性によつてではなく、寧ろ意識的に新しい精神を否定し之に適合した行動を取らなかつたことに在る。然し今日に於ては事情は全く異つてゐる。蓋し新しい獨乙國家の立法者の努力が、その根本的精神に於て、獨り裁判官の職に在る者のみならず、辯護士の職に在る者からも亦完全なる理解と同意とを得ることは疑のない所であるからである。殊にこのことは、裁判所の保護を求むる者は、其の訴訟實施に際して、單に個人的なる利益を眼中に置くのみでなく、同時に裁判所をしてその高尚なる任務即ち國民に正當であると同時に迅速なる權利保護を與へると云ふ任務の達成を容易ならしむべく必要なる努力をしなければならないと云ふ點に於て然りである。

辯論集中の强化と手續の直接主義とは改正法の中心點である。辯論集中に關する千九百二十四年の改正法律は弱きに過ぎたが故に、本改正法律は第一項目IIに於て適當に之を强化した（二七九條第二項、五一九條第三項、五二九條）。控訴審に於て新なる提出の却下される危險の存することが、

第一審に於ける辯論の集中に有效であることは既に勞働裁判所の手續に於ける經驗が之を示して居る。又直接主義の立場から、受命判事の使用は出來得る限り之を避けねばならない。受命判事の介入に必然的に隨伴する辯論證據調又は證據調の結果に關する辯論の分離は合議裁判所に於ける手續の進行を遲滯せしむる主たる原因の一つである。

次に改正法の要點は、形式的な證據規定から裁判官を解放したことである。法律は當事者宣誓、評價宣誓及び提出宣誓の制度を廢止して、證人訊問類似の方法に依る當事者本人訊問の制度を採用した。證人又は鑑定人の訊問に際して宣誓を爲さしむべきや否やも、自由心證の原則に依り、出來得る限り裁判官の自由に任した。

第一三八條第一項に挿入された「當事者ハ事實上ノ事情ニ關スル陳述ヲ完全ニ且眞實ニ從ッテ爲サザル可ラズ」との規定は一般的、根本的な意味を有する。古い手續に於て、稀ならず唱へられてゐた、當事者は虛言を述ぶる權利あり、その虛言と鬪ふことは相手方の仕事であると云ふ考は、新しい國家に於ては許されざる所であつて、これこの法律に於て、訴訟に於ても亦當事者は誠實に戰はねばならぬことを宣言する所以である。明文を以て之を規定することは、就中、訴訟代理人と當事者との關係に付實益がある。即ち辯護士は、假令委託者たる本人の主張であつても、それが眞實

ならざる場合には之を主張すべきではない。之に對する違反は辯護士法によつて之を處罰し得るであらう。又反對に辯護士は、その眞實ならざることに付確信を有する事實を主張せざりしとするも何等の責任を負ふものではない。」

理由書の中總論と題するものの趣旨は大略右の通りである。

扨我々は右の前文及理由書から何を觀取することが出來るであらうか。

私は先づ、立法者が民事訴訟に於ける二個の重且大なる要求を明にしたことを看過し得ないものである。二個の要求とは何ぞ、他なし、眞實の發見及手續の迅速が之である。この二個のものは訴訟自體の目的ではない。訴訟の目的は、權利關係の概念的形成並に現實的形成に存する。又この目的に對する手段でもない。この目的に對する手段は、裁判自體又は執行行爲に外ならない。必畢眞實の發見及手續の迅速は訴訟手續自體の持つ要求なのである。即ち訴訟が其の理念に從つて持つ性質であり、現實の訴訟がかゝる性質を具ふべしとの點より之を云へば、それは即ち要求なのである。而してこの要求は、原則として實體上の權利關係を、概念的又は現實的に形成することを目的とする訴訟の本質より當然發生すべき根本的要求である。

第一に、改正法律の立法者が、眞實の發見を以て民事訴訟の要求と爲したことは、前記前文中に『眞

實の確實なる發見(Sichere Findung der Wahrheit)」と云ふ言葉を使用して居る點に於て極めて明白であるが、尙我々は前文及理由書の至る所に於て、右の趣旨を窺知するに難くはない。元來、民事訴訟に於ては刑事訴訟法に於けると異り所謂形式的眞實を以て滿足すべしとの議論は可成廣く行はれた處である。然しながらこの形式的眞實なる考は如何なる意味に於ても正當ではない。即ち、(1)民事訴訟に於てはその訴訟の性質上實質的眞實發見を志すの必要がないと云ふ意味に於ても、(2)民事訴訟に於ては實質的眞實發見の要求はあるのであるが、辯論主義が行はるゝ限りに於ては實質的眞實の發見は不可能であり形式的眞實の發見に甘んずるの外なく、職權審理主義を採る刑事訴訟に於てのみ實質的眞實の發見が可能であると云ふ意味に於ても、或は又(3)民事訴訟が辯論主義を採用したるは立法者が形式的眞實の發見を以て滿足すべしと爲したるものに外ならぬと云ふ意味に於ても何れも正當ではない。(1)の見解は、權利保護の請求に關する當事者の處分權を不當に擴張して、當事者は眞實に關しても亦處分權を有するものとなすに外ならない。民事訴訟が原則として私法上の權利又は法律關係の具體的形成を目的とするものなること疑なく、而も、現在に於ける私法關係に對する一般の考に依れば、訴を提起すると否と、又如何なる範圍に於て之を提起すると、將又一旦爲したる訴を取下ぐることは原則として當事者の自由に任ずべきこと勿論であるが、これが爲民事訴

訟に於ては、實質的眞實を發見するの要なしとなすのは、誤れるも甚しきものと云はねばならない。民事訴訟は私法上の權利關係の形成を目的とすると同時に、それは又國家的、權威的な設備である。眞實に反すること明白なるに拘らず、當事者双方の一致ありとの理由に依り、裁判所は唯々諾々として之に從ひ判決を爲さざるべからざるものとする時は、裁判官は全く當事者の道具となり又之に愚弄せらるゝものと云はねばならない。勿論私人相互の間に於て任意に、債務の存在せざるに辨濟を爲し又は權利の存在するに拘らず之を行使せざる場合に、殊程の場合の外國家が進んで之に干渉するの要を見ないが、苟も當事者が訴訟と云ふ國家的設備を利用せんとする以上は、双方の一致に依り裁判官を愚弄し又は訴訟を惡用するが如きは許されざる處である。訴訟法は自白に對し、證明の必要を除去するの效力を附與してゐるが、これは、當事者が相手方の主張が自己に不利益なるにも拘らず之を認め又は之を爭はざる點より見て、右の事實の眞實なることが一般的に認め得らるゝからであつて、決して、事實の眞僞に付て當事者に處分權を認めたものではない。故に『自白が眞實ならざることが明白なる場合には裁判所は之に拘束せらるべきではない』(註一)。このことは又請求の拋棄或は認諾の場合に於ても同樣であつて、拋棄又は認諾が論理法則又は經驗則上の不合理を包含し、或は顯著なる事實に反する事實を前提とする時は、之を許すべきではない。又斯の如き場

合は、自白又は請求の拋棄若くは認諾に效力を賦與すべき何等の必要をも見ないのである。要するに(1)の見解は、訴訟の本質に對する認識が十分ならざること、即ち訴訟が私法上の法律關係に關するものなる方面のみを見て、之が國家的、權威的設備たることを看過したるの誤に出ずるものと云ふの外はない。(2)の見解は、眞實發見は民事訴訟の要求であるが、刑事訴訟が職權審理主義を採りたると異り、民事訴訟は辯論主義を採つたが故に、民事訴訟に於ては刑事訴訟と異り形式的眞實發見のみが可能であるとなすのであつて、民事訴訟に於ても實質的眞實發見の要求の存することを認むる點は正當であるが、職權主義を採用すれば眞實を發見し得べく、辯論主義の下に於ては眞實を發見することを得ずとなすは正當ではない。刑事訴訟に於ても職權主義を採用するにも拘らず、幾多の誤判事件が存在する。職權審理主義を採用したりとするも常に眞實を發見し得るものでもなく、又辯論主義を採用したるが故に常に眞實の發見が不可能でもない。兩主義何れも眞實發見なる要求を滿足せしむるの手段であり、その手段が異なるのは一に訴訟物より生ずる刑事訴訟と民事訴訟との差異に由來するのである。『職權審理主義即實體的眞實發見主義、辯論主義即形式的眞實發見主義と誤解し』(註二) 職權主義さへ採用すれば眞實の發見は可能なりと考へるのは、裁判官の自惚か學者の錯覺である。眞實發見の要求は如何なる主義に依るも現實には完全に滿足せしめ得ない要求

であると共に、我々が絶えず其のより多き滿足に向つて努力しなければならぬ要求なのである。最後に(3)の見解は、訴訟の本質を度外視し、手段に依つて目的を判斷せんとした誤に出たのみならず、其の手段も之を正當に理解しては居ない。詳細は細野氏要義第三卷十四頁及十五頁を參照せられたい。

以上述ぶるが如く、形式的眞實發見なる言葉は、如何なる意味に於ても、之を使用すべきではないと同時に、之に對する實質的眞實と云ふ言葉も之を使用するの必要なく單に眞實の發見と云ふを以て十分である。前記改正法律の前文が單に眞實の發見と云ふ言葉を使用したのは寔に正しいと云はねばならない。

第二に訴訟促進の要求であるが、これは前文及び理由書の明らかに力說する處であり、去る我民事訴訟法の改正に際しても大いに唱へられた處であるから敢て多言を要しない。

右二個の要求は現實の訴訟が斯くあらねばならぬと云ふ點より立言すれば要求と云ふべきであるが、その要求を滿足せしむる爲に採らるゝ手段に對しては目的として顯はれる。

而して改正法は右の、訴訟の本質より當然發生すべき且それ自身矛盾せざる二個の目的を達する爲左の如き方法を採つた。

（一） 訴訟資料の集中

（二） 直接主義の强化

（三） 自由心證主義の徹底

（四） 眞實義務の明言

而して右の抽象的手段が如何なる規定となつて表はれたかは、次に章を分つて述べねばならない。

（註一） 細野氏要義三卷、十一頁。

（註二） James Goldschmidt, Zivilprozessrecht, S. 44.

## 第二章　改正せられたる重なる規定

### 第一節　訴訟資料の集中に關するもの

（イ） 第二百七十九條第二項

改正前に於ては、第二百七十九條は「當事者カ時機ニ後レテ提出シタル攻擊防禦ノ方法ハ、之カ爲訴訟ノ完結ヲ遲延セシムヘク且裁判所ノ自由ナル判斷ニ從ヒ當事者カ故意ニ訴訟ヲ遲延セシムル爲又ハ重大ナル過失ニ因リ之カ提出ヲ遲延シタリト認ムヘキトキハ、之ヲ却下スルコトヲ得」と云ふのであるが、改正法は新にその第二項として「當事者カ準備書面（二百七十二條）ヲ以テ攻擊防禦

ノ方法ヲ適當ナル時期ニ通知セサリシ場合ニ於テモ第一項ノ條件アルトキニ限リ之ヲ却下スルコトヲ得」と規定したのである。即ち從來は當事者が口頭辯論に於て攻擊若くは防禦方法の提出を訴訟遲延の故意を以てか又は重過失に因り遲延したる場合にのみ之を却下し得たのであるが、改正法に依れば右の場合のみならず既に攻擊防禦の方法を故意又は重過失に因り準備書面に依つて之を通知せざりし場合又は適當なる時期に通知せざりし場合に於ても同樣の結果を見るのである。

（ロ）第五百二十九條

第五百二十九條は控訴審に於ける攻擊防禦の方法の提出に關する規定であるが、左の如く改正せられた。

「當事者ハ第一審ニ於テ提出セサリシ攻擊若クハ防禦ノ方法殊ニ新ナル事實及證據方法ヲ提出スルコトヲ得」。

第一審ニ於テ提出シ得ヘカリシ攻擊防禦ノ方法、證據方法及證據抗辯ニシテ之ヲ顧慮スルコトカ訴訟ノ完結ヲ遲延セシムヘキモノハ、裁判所ノ自由ナル確信ニ從ヒ、當事者カ之ヲ第一審ニ提出セサリシコトカ訴訟ヲ遲延セシムル爲ノ故意ニ因ルモノニモ非ス又重過失ニ因ルモノニモ非サルコトカ認メラルル場合ニ限リ之ヲ提出スルコトヲ許ス。コノ規定ハ第一審ニ於テ第二百七十九條、第二百

七十九條a、第二百八十三條第二項ニ從ヒ却下セラレタル申出ニ之ヲ準用ス。

第二項前段ノ規定ハ、控訴人カ控訴審ニ於テ提出シ得ヘキ新ナル申出ヲ第五百十九條ノ規定ニ從ヒ控訴理由書ニ記載セサリシ場合ニ之ヲ準用ス。

反訴ノ提起ハ相手方カ同意シタル場合又ハ裁判所カ反訴ニ依リ該手續ニ於テ請求ヲ主張セシムルヲ適當ナリト認メタル場合ニ限リ之ヲ許ス。

被告カ反對債權ニ依ル相殺ヲ主張シタルトキハ、該相殺ニ基ク抗辯ハ原告カ之ニ同意シタル場合又ハ裁判所カ該訴訟手續ニ於テ之ヲ主張セシムルヲ相當ナリト認メタル場合ニ限リ之ヲ許ス」

右の條文中、第一項の規定は從來の通りであつて唯 Welche と云ふ關係代名詞が die に變つたに過ぎぬ。

改正の重點は第二項前段に在る。即ち從前の第二項に於ては、第一審に於て提出せられざりし攻撃防禦の方法、證據方法及證據抗辯は、之を許すに於ては訴訟の完結を遲延せしむべく且當事者が訴訟遲延の故意を以て又は重大なる過失に因り提出せざりしものと認めらるゝときに限り之を却下し得べき旨を規定したのであるが、改正法第二項は、當事者に訴訟を遲延せしめんとの故意もなく且重過失もなかりしことの證明せらるざる限り裁判所は之を却下しはければならぬことに定めたの

である。換言すれば、從來は當事者に訴訟を遲延せしむるの故意ありしこと又は重過失ありしことが認められて初めて之を却下することを得べく且訴訟遲延の故意又は不提出に關し重過失の認めらるゝ場合に於ても新なる提出を却下すると否とは裁判所の自由なりしも、改正法に於ては、第一審に於ける不提出が訴訟遲延の故意に出でたるものにも非ず又重過失に因るものにも非ざることが認められざる限り裁判所は必ず之を却下しなければならぬのである。即ち『從來の却下の權能は却下の義務と變り、從來は却下が理由づけられねばならなかつたのであるが、改正法に於ては、新なる提出を許すべきことが理由づけられねばならなくなつたのである』(註一)。

而してこの第二項前段の規定が、第三項に依つて、控訴人が新なる提出を第五百十九條第三項第二號の規定(後述(ハ)參照)に從つて控訴理由書に記載しなかつた場合に準用されてゐることは舊法と同樣であるが、前述の如くその準用せらるゝ第二項前段の內容が變つてゐるのであるから、自然其の限度に於て第三項の內容が變更されてゐる譯である。即ち控訴人が控訴理由書に第五百十九條の規定が命ずる如く記載せざりし新なる提出は、訴訟を遲延せしむる爲に記載せざりしにも非ず又重過失に基くものにも非ざることが證明せられざる限り裁判所は之を却下しなければならないのである。

第四項及第五項も亦改正せられてゐるが、比較的重要な改正ではないから言及しない。

（八） 控訴理由書に關する第五百十九條の改正

第五百十九條は控訴理由書の提出及其の記載要件に關する規定であるが、改正法に依つて改正せられたのは其の第三項第二號及第六項である。即ち第三項第二號は從來「當事者ヵ主張セントスル新ナル事實、證據方法及證據抗辯」と規定したのであるが、改正法は「取消ヲ求ムル詳細ナル理由（控訴理由）及控訴ヲ維持センカ爲提出セントスル事實、證據方法及證據抗辯ノ明確ナル記載」と改めた。即ち改正法に依れば、控訴理由書には、獨り新なる事實、證據方法及證據抗辯を明確に記載せざる可らざるのみならず、如何なる理由に因つて原判決の取消を要求するや、『原判決の如何なる點が不服なりやを明確に記載しなければならない。例之、手續欠缺、實質規定、適用の誤、證據判斷の誤等に付詳細に記載しなければならない』(註二)

而してこの規定の趣旨は『これに依つて裁判所及び被控訴人をして控訴審の手續が如何なる方向に動くべきやを可及的速に知ることを得せしめ、以て控訴審に於ける適當なる準備と辯論の集中とを可能ならしめんとするに在る』(註三)

若しこの規定に違背し『控訴理由書に控訴理由を詳細に且明確に記載せざる時は控訴は許すべか

らざるものとして却下せらるべく(五百十九條b)、新なる事實、證據方法若くは證據抗辯を明確に記載せざりし時は、五百二十九條第二項に依り、其記載せざりしことが訴訟遲延の故意に基くものにも非ず又重過失に基くものにも非ざることが證明せられざる限り、裁判所は之を却下すべきものである』(註四)

尙第五百十九條第六項も改正せられてゐるが重要なものではないから省略する。

## 第二節　直接審理主義强化の爲に爲されたる改正

(イ)　證人訊問を受命判事又は受託判事に依つて爲し得る場合に關する第三百七十五條の改正

從來第三百七十五條は、受命判事又は受託判事に依り證人訊問を爲し得る場合として「證人ヲ現場ニ於テ訊問スルコトカ眞實ノ調査ニ適當ナリト思料セラルル場合」(第一項第一號)「受訴裁判所ニ於ケル證據調カ著シク困難ナル場合」(第一項第二號)「證人カ裁判所ニ出頭スルニ付支障アル場合」(第一項第三號)「證人カ裁判所ノ所在地ヨリ著シク遠隔ノ地ニ在ル場合」(第一項第四號)の四を規定してゐたが、改正法第百七十五條第一項は「證人ヲ現場ニ於テ訊問スルコトカ眞實ノ調査ニ適當ナリト思料セラルル場合若クハ法律ノ規定ニ從ヒ證人カ裁判所以外ノ場所ニ於テ訊問セラルヘキ場合」(第一號)「證人カ受訴裁判所ニ出頭スルニ付支障アル場合」(第二號)「證人カ受訴裁判所ヨリ著

シク遠隔ノ地ニ在リテ受訴裁判所ニ於テ之ヲ訊問スルコトカ適當ナラスト思料セラルル場合」(第三號)と規定した。

この條文の改正に於ける中心點は從來の第二號の廢止である。即ち改正法に於ては、裁判所に於て證人訊問を爲すことが著しく困難なりとの理由に因つては受命判事又は受託判事に依る證人訊問は許されない。『例之裁判所の負擔が重しとの理由に因り又は證人が多數なりとの理由に因つては之を許し得ない』(註五)

尙從來の第四號(改正法第三號)に附加せられた「受訴裁判所ニ於テ之ヲ訊問スルコトカ適當ナラスト思料セラルル場合」との制限も亦直接審理主義の例外を狹めたものと云ふことが出來やう。

(ロ) 第三百四十九條の改正

第三百四十九條は單獨判事の權限に關する規定であるが改正を見たのは其の第二項である。第一項及第三項は從前の通りである。即從來同條第二項は、第一項が、その第一號乃至第五號に列記したる事項に付單獨判事に於て裁判を爲し得べき旨を規定したる後を受けて「單獨判事ハ訴訟カナルヘク受訴裁判所ニ於ケル一回ノ辯論ニヨツテ完結サレ得ルヤウ準備スルコトヲ要ス。證據調カ必要ナルトキハ、自由ナル判斷ニ從ヒ、自ラ證據ヲ決定シ且之ヲ取調ヘ又ハ之ヲ受訴裁判所ニ留保スルコト

ヲ得。訴訟カ受訴裁判所ニ於ケル辯論ニ熟シタルトキハ職權ヲ以テ右辯論ノ期日ヲ指定スヘシ」と規定し、單獨判事に許すに自由なる判斷に從ひ證據を決定し且之を取調ぶるの權を以てした。然るに改正法は之を「其他單獨判事ハ訴訟カナルヘク受訴裁判所ニ於ケル一回ノ辯論ニヨツテ完結サレ得ルヤウ準備スルコトヲ要ス。單獨判事ハコノ目的ノ爲ニ個々ノ證據ヲ取調フルコトヲ得、但シ自ラ證據調ヲ爲スコトカ、受訴裁判所ニ於ケル辯論ノ單純化ノ爲ニ望マシキノミナラス同時ニ受訴裁判所カ證據調ノ經過ニ直接接觸セサルモ該證據調ノ結果ヲ適當ニ判斷シ得ルモノト豫メ認メ得ル場合ニ限ル。訴訟カ受訴裁判所ニ於ケル辯論ヲ爲スニ熟シタルトキハ職權ヲ以テ右辯論ノ期日ヲ指定ス。訴訟カ辯論ヲ爲スニ熟シタリヤ否ヤニ付單獨判事ト裁判長トノ間ニ意見異ルトキハ受訴裁判所之ニ付裁判ヲ爲ス」と改めたのである。

この改正の重點は勿論單獨判事の證據調に關する强い制限であつて、此處にも亦直接審理主義强化の爲の立法者の努力が見られるのである。

## 第三節　自由心證主義の徹底

自由心證主義を徹底させる爲立法者は左の如き改正を行つた

（イ）　宣誓に據る證據の廢止と當事者訊問に關する規定の制限

從來獨逸民事訴訟法に於て宣誓に據る證據の制度程奇妙なるものは無かつたが、この奇妙なる存在も遂に其の姿を隱すことになつた。即ち從來の宣誓に依る證據に關する第四百四十五條乃至第四百七十七條の規定中、形式上第四百四十五條乃至第四百五十五條が保存され他は廢止せられたのみならず、形式上存在する第四百四十五條乃至第四百五十五條の規定も其の內容は全く別箇のものとなり、宣誓に依る證據の制度は全く廢止せられて當事者訊問に依る證據の制度が之に代り、「當事者宣誓ニ依ル證據」の表題も「當事者訊問ニ依ル證據」と改められた。

元來『宣誓に依る證據は近代の民事訴訟法學に於ける意味に於ては決して證據ではない。何となれば、近代の民事訴訟法學に於ては證據とは裁判官をして事實に付確信を得せしむるものでなければならないが、宣誓に依る證據は全く形式的な確定手段であるからである。即ち宣誓が爲され又は拒絕せられた時は、裁判所は其確信如何に拘らず、事實を眞實なり又は眞實に非ずと認めなければならなかつたのである』(註六) 自由心證主義の徹底を期する改正法の下に於て斯る形式的確定手段が除去せらるべきは勿論のことである。斯くて宣誓に依る證據の制度は今日に於ては僅かにデンマークに於て當事者訊問の制度と並んで存在するに過ぎざることゝなつた。

改正法が認めたる當事者訊問制度は、『範を主として墺國民訴を取つたもので』(註七) 大體に於て我

國のそれと類似してゐる。即ち『當事者は證人としてではないが證人と同樣に、爭ある事實に付知得したる事項を述ぶべく訊問せられ、其の陳述は辯論の其他の內容及び其他の證據調の結果と結合して、裁判所の自由なる判斷に從ひ係爭事實眞僞判斷の材料となるのである』(註八)。當事者の訊問が補充的なものであること、當事者の申立に因る場合の外裁判所職權を以ても亦當事者の訊問を爲し得る旨を規定したるは日本と同樣であるが、申立に因る場合に於ては原則として立證責任ある當事者の申立に因り其相手方を訊問するのであつて(第四百四十五條)立證責任ある當事者を訊問する爲には當事者一方の申立(但し何れの當事者たるを問はぬ)と相手方の之に對する同意あることを要するのである(第四百四十七條)。反之職權を以てする場合は、訊問せらるべき當事者は立證責任を有する者たると否とを問はず又當事者の一方のみを訊問するや將又双方を訊問するやも裁判所の自由である(第四百四十八條)。

宣誓の點から云ふと、當事者訊問は原則として宣誓を爲さしめずして之を訊問するが、當事者の陳述の結果が裁判所をして證明せらるべき事實に付確信を得せしむるに足らざる時は裁判所は當事者に其陳述したる所に付宣誓すべき旨を命ずることを得る(第四百五十二條第一項前段)。即ち、『當事者の陳述がそのまゝでは之によつて確信を得るに足らぬが、當事者が其の陳述したることに關し

宣誓するならば之を信用し得らるゝ場合に於てのみ宣誓せしむることを得るのである』(註九)。當事者双方を訊問したる場合には、同一事實に關する陳述に對する宣誓は當事者の一方のみをして之を爲さしむべきである。(同條第一項後段)。尙宣誓は訊問後宣誓である(同條第二項)。

當事者訊問の結果の證據力に付ては、自由心證の原則が例外なしに行はれる。(第四百五十三條第一項、第二百八十六條)。

最後に當事者が訊問に應ぜず又は訊問期日に出頭せざりし場合に付一言述べやう。

第四百四十五條に依つて立證責任ある當事者の相手方を訊問する場合、其者が訊問せらるゝことを肯ぜず又は裁判所の要求あるに拘らず何等陳述を爲さざるときは、裁判所は、一切の事情殊に拒絕の理由を顧慮し、主張せられたる事實を證明せられたりと認むべきや否やを自由なる確信に從つて裁判すべく(第四百四十六條)、この規定は、其他の場合に於て當事者が陳述若くは宣誓を拒絕したる場合に準用される(第四百五十三條第二項)。又當事者が訊問せらるべき期日又は宣誓の期日に出頭しなかつた場合には、裁判所は、一切の事情殊に當事者が提出した缺席の理由をも顧慮し自由なる心證に從ひ、當事者が陳述を拒絕したるものと認むべきや否やを裁判する(第四百五十四條)。

尙、右に伴つて、評價宣誓及提出宣誓に關する第二百八十七條、第四百二十六條及第四百二十七

條の規定も改正せられた。

（ロ）　證人及鑑定人の宣誓に關する規定の改正

從來證人の宣誓に關する第三百九十一條は、

「證人ハ、特ニ規定シタル場合ノ外、之ヲシテ宣誓セシムルコトヲ要ス。當事者ハ宣誓ヲ拋棄スルコトヲ得。」

と規定したのであるが、改正法は

「證人ハ、第三百九十三條ノ例外ヲ除キ、宣誓カ證言ノ意義ヨリ見テ必要ナリト認メラルルカ又ハ眞實ニ適シタル證言ヲ得ル爲必要ナリト認メラルル場合ニシテ且當事者カ宣誓ヲ拋棄セサル場合ニ限リ之ヲシテ宣誓セシムベシ。」と改めた。この規定は第四百二條に依つて鑑定人の訊問に準用せられる。

訊問後宣誓主義は改められない（第三百九十二條）。

## 第四節　眞實義務の明定

眞實義務は夙に墺國民事訴訟法に於て明文を以て規定せられた（墺國民訴第百七十八條）。反之獨逸民事訴訟法上當事者眞實を述ぶる義務ありや否やに付ては從來大なる爭を見た。就中、我々は

ワッハ對ヘルウイッヒの烈しい論爭を思ひ起さずには居られない。(註十)。何れも訴訟法の解釋論として論議せられたのであるが、解釋論としては寧ろ贊成者少なかりしヘルウイッヒ一派の議論が、この度の改正に當り眞實義務を明定したる第百三十八條第一項を生むに至つたのは、一に彼の議論が訴訟の目的を正當に認識し、この目的に根ざして立論せられたが爲に外ならぬと考えられる(註十一)。

翻つて、第百三十八條を見るに、從來同條は其の第一項に於て「各當事者ハ相手方ヵ主張シタル事實ニ付陳述ヲ爲スコトヲ要ス」と規定し、第二項及第三項に於ては、我國民訴第百四十條第一項及第二項と同じく擬制的自白及不知の陳述に關して規定してゐたのであるが、改正法は同條第一項として「當事者ハ事實上ノ事情ニ關スル陳述ヲ完全ニ且眞實ニ從ツテ爲スコトヲ要ス」との規定を挿入し、從來の第一項乃至第三項は順次第二項以下に繰下げられたのである。即ちこの規定に依つて、民事訴訟に於ても亦當事者は誠實に訴訟を實施すべく、虛言を爲し又は陳述を曖昧にし以て眞實の發見を困難ならしむることの許されざることが明らかになつたのである。この義務の內容、義務違反の場合に於ける效果等に付、獨逸の學界に於ても尙大いに論議せらるべき所であり、我國民事訴訟の問題としても亦研究すべき所が頗る多いと思ふが、これは他日の研究に委ねやうと思ふ。

以上に於て大體改正の要點を述べることが出來たと思ふ。勿論この他の點に於ても目的主義の立

場から種々の改正が爲されてゐるが此處に述べる必要もないと思ふから省略する。

(註一) H. Hildebrandt, Die Grundgedanken der Zivilprozessreform, S. 20

(註二) Seuffert=Walsmann, Nachtrag zu Zivilprozessordnung. S. 55

(註三) H. Hildebrandt, a. a. O. S. 21

(註四) H. Hildebrandt, a. a. O. S. 21-22, Seuffert=Walsmann, a. a. O. S. 56

(註五) H. Hildebrandt, a. a. O. S. 22

(註六) Seuffert=Walsmann, a. a. O. S. 37

(註七) Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Nachtrag, S. 21

(註八) Rosenberg, a. a. O. S. 21

(註九) Rosenberg, a. a. O. S. 24

(註十) Wach, Grundfragen und reform des Zivilprozesses, S. 31

(註十一) Hellwig, Lehrbuch, II. § 71. ヘルウィッヒは眞實義務は訴訟の目的より當然認めらるる義務である。民事訴訟は權利保護の爲設けられた國家的設備であつて、偶然によつて勝負が決し又は技巧及背德の徒が勝訴するが如き設備ではないと力說し(Lehrbuch, II. S. 41)、ウルツェルも亦之に贊して、眞實の調査と虛言の許容とは統一し得ざる矛盾であるとなしてゐる(Wurzer, Z. Z. O. 48 Band, S. 474)。實に正當であると云はねばならぬ。

## 第三章　結論

以上を要するに、この改正は、訴訟の本質から眞實の發見及び手續の迅速と云ふ二個の要求を發

見し、この二個の要求を可及的滿足せしむる手段として辯論の集中、直接審理主義の强化、自由心證主義の徹底及び眞實義務の明定を選び、これに應じて個々の規定の改正を爲したるものと云ふことが出來る。果してこれらの手段に依り前記二個の要求が滿足せしめらるゝや否やはさておき、立法者が特に改正法の前文を以て眞實の發見及手續の迅速が民事訴訟法に缺く可らざる要求であり、辯論集中主義と云ひ直接審理主義と云ひ自由心證主義と云ふ畢竟右の要求を滿足せしむるの手段に過ぎざることを明らかにしたことは、民事訴訟の歷史に於て特筆すべきことであり、民事訴訟の前途に多大の光明と暗示とを與へたものと云はねばならない。

尙最後にこの改正法律は千九百三十四年一月一日より施行せられたことを附記する。