

Title	「大韓国民民事訴訟法改正試案」について
Sub Title	Über den Entwurf zur Änderung der Zivilprozeßordnung in der Republik Korea
Author	石川, 明(Ishikawa, Akira) 河, 正慶(Kawa, Masayoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1987
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.60, No.10 (1987. 10) ,p.60- 93
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19871028-0060">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19871028-0060</a>

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.

資料

「大韓国民民事訴訟法改正試案」について

石川 正 慶  
河 正 慶

解 題 （石川 明）

一、はじめに

二、総則と訴訟手続に関する改正試案紹介

Ⅰ、序

Ⅱ、本 論

三、試案に関する若干の考察

解 題

解題を除きすべて河正慶君執筆の本稿は、我が国の民事訴訟法と極めて類似する内容の現行大韓国民民事訴訟法のもとで、民事事件の著しい増加、訴訟遅延に対して、改正試案がいかに

対処しようとしているかを明らかにしているという点で、将来我が国の民事訴訟法の改正を考える場合非常に参考になるものと思われる。

その意味で、私はかねてより韓国民民事訴訟法の全面改正作業に注目し、韓国の民事訴訟法学の専門家と意見交換を続けてきた。この試案は、最終的ではないが、中間案としての一応の成案であり、我が国に紹介する意義があるものと認める。

本稿は、そのなかに河君により掲記されているように李在性弁護士論稿に負うところが大きい。河君が秀れた民訴学者である私の畏友である同氏の御協力を得られたことは、私並びに河君にとり望外の幸せであった。

私は、河君が私の韓国民民事訴訟法研究を助け、本稿を執筆されたことに感謝の意を表したい。

(石川 明)

## 一、はじめに

韓民法務部（日本の法務省に該当する（筆者註））は、一九八四年四月に現行民事訴訟法を全面的に再検討することとし、以降民事訴訟法の改正作業を推進してきた。そして、二年近くわたる審議を経た結果、総則と訴訟手続に関する改正試案は一九八五年七月に成案となり、強制執行編に関する改正試案は一九八六年三月に成案となった。

総則と訴訟手続に関する改正の要点は以下のごとくである。

同改正試案は、一九八一年三月一日に施行された「訴訟促進等に関する特例法」（概要については、石川明・韓国「訴訟促進等に関する特例法」ジュリスト七四九参照）の運用実績を踏まえたものを含むものであるが、現行民事訴訟法の技本的大改正の試みといえる。

韓国の新憲法第二六条第三項は、「すべての国民は迅速な裁判を受ける権利を有する」と規定している。この基本的人権を実効あらしめるために、民事訴訟法は、適正な裁判と迅速な裁判というしばしば相対立する二つの要請に同時に応えなければ

ならない。

同試案は、この両要請に応えるために、訴訟行為に対する一般条項として信義則条項を第一条に規定する。

また、上告を制限することにより、上告審の負担を軽減し、迅速な裁判を目標としつつも、適正な裁判実現のために、一定の要件のもとに釈明義務を明文化するに至っている。

現在の複雑化した法律制度のもとでは、権利実現は、弁護士 の助力なくして事実上不可能に近い。そこで試案は、高等法院以上の法院に訴え又は上訴を提起した者に対して弁護士強制主義の適用を定め、これにあわせて民事国選弁護士制度を創設している。

本改正試案は、ドイツ型の「縦の弁論」へと移行する過渡期に位置する立法案である、と理解することができる。

つまり、「ドイツ型の審理がドイツにおいて一応成功している」とみられるのは、なんといっても、①弁護士強制の採用、②裁判所の攻防への指導、介入によってであるといえよう（特に釈明の強化、本人出頭命令の早期実施、精力的な和解勸試が奏功している）。「横の弁論」というのは、法廷で当事者が互いに弁論することを中心とし、「縦の弁論」とは、当事者と裁判所で弁論（討論）が展開されることをいう。かようなドイツ型の「縦の弁論」というやり方のもとでは、初めから当事者は不要な事情を自制し、不適切な証拠を見合わせるようになるし、また、右のごとき「縦の弁論」の中から裁判所の見方をはっきりつかむことに

よって、和解にふみきるとか、あるいは必要な攻防を準備提出することが可能になる」のである(木川純一郎「比較民事訴訟政策の研究」二七八頁以下)。

本改正試案における釈明義務の内容が裁判所の攻防への指導、介入という積極的意味において規定されているとは理解しがたく、また、弁護士強制主義も、高等法院以上において適用されるものであるが、その進もうとする方向性からして、本試案については、右のような性格付けが可能ではないかと思われる。

本稿は、二、総則と訴訟手続に関する改正試案及び改正理由の紹介、三、改正試案に関する若干の批判的考察からなる(強制執行編に関しては、近い将来別の機会を得て発表することにした)。

二は、主として大韓弁護士協合理事兼法制委員の李在性弁護士が、大韓弁護士協会雑誌(大韓弁護士協会刊行)一九八六年六月号、七月号、九月号、十二月号に民事訴訟法改正試案管見(I)(II)(III)(IV)と題し、掲載した論稿に負うところが多いことをおことわりしておきたい。

紹介にあたっては、韓国現行民事訴訟法全条文、改正試案全条文を紹介することが望ましいが、現行法については、法務大臣官房司法法制調査部編集の韓国六法(株式会社ぎょうせい刊行)を参照していただき、本項においては、実質的に改正に至った部分について紹介することにする。

そして、三、においては、改正試案に対する若干の考察を加えることにする。

日本民事訴訟法と淵源を同じくする韓国民事訴訟法の全面改正に対する考察は、今後の日本における法改正にとっても一つの参考資料になるものであると考えられるので、ここに本稿を発表するものである。

## 二、総則と訴訟手続に関する改正試案紹介

### I、序

韓国に近代的民事訴訟制度が導入されたのは今世紀初頭のことであった。

一九世紀末に激しく吹いた西勢東漸の風は韓国にも清国を通じて影響を及ぼしていたが、それを受け入れ消化できぬまま日本の統治下に入った。

一九一二年三月一八日朝鮮総督府政令第七号、朝鮮民事令第一条は当時日本に適用していた民法、商法、民事訴訟法等二〇余の法律をそのまま韓国に適用すると規定し、日本の法制をほとんどそのまま実施するという状態が一九四五年解放まで継続した。

一九四五年からは米国の軍政が始まったが、長期間施行していた法制を即時に変えることが難しかったのか米国軍政令第二一号は既存法令の尊重を宣言し、国権が回復した一九四八年七月一七日制定した韓国最初の憲法においても既存法令の尊重は

そのまま引き継がれ、朝鮮戦争以後初めて独自の民事訴訟法を制定したが、それは当時の日本の民事訴訟法とほとんど同じ法典であった。

したがってその淵源は大陸法系に属するドイツ法系の法律であった。

現行民事訴訟法は、一九六〇年七月一日から施行され、その間一九六〇年と一九六三年二回にわたって部分的改正があり、一九七三年と一九七七年に大法院が改正案を作り、各界の意見を聴したが、法改正までは至らなかった。

一九六一年に制定された民事訴訟に関する臨時措置法と一九八一年に制定された訴訟促進等に関する特例法は、民事訴訟法に対する特例規定の形式で民事訴訟法に実質的修正を加えた。

しかしこれらは民事訴訟手続法の中でその時々を生じた問題に対する部分的改正にすぎず、現行民事訴訟法の全面的改正の試みはいまだかつてなかった。

しかし法務部は一九八四年四月に現行民事訴訟法を全面的に再検討し、民事訴訟法の改正作業を推進することにした。法務諮問委員会内に民事訴訟法改正特別分科委員会を設置し、二年近く審議した結果、総則と訴訟手続に関する改正試案は一九八五年七月に成案となり、強制執行編に関する改正試案は一九八六年三月に成案とされ、現在関連機関に意見の照会中である。

この試案は、再度各界の意見を反映して修正を加えた後、政府案として国会に提出される予定である。

本稿においては、右試案中字句の訂正にとどまるものについては扱わず、実質的修正を加えた条文と新設条文及び削除条文、その理由について編別、条文の順序に従い検討することにする。

## II 本 論

### 第一編 総則

#### (I) 「第一条 (信義誠実の原則)」

「法院は、訴訟手続を公正、迅速で経済的に進行しなくてはならず、当事者及び関係人は、信義に従い誠実にこれに協力しなくてはならない。」

この条文は新設されたものであり、これによって現行法第一条(普通裁判籍)は、第一条ノ二になった。

今日、信義誠実の原則が実体法、手続法のみならず、あらゆる法分野において一般原則になっている点について疑いをさしはさむ者はいない。韓国の現行法においても以下のように法が明文をもって規定している。民法第二条第一項「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実にしなくてはならない」。第二項「権利は濫用できない」。その他、民法一五〇条、国税基本法一五条、予算會計法七〇条にその例をみることができ。

これまでの法院判例には、当事者の実体上の権利行使が信義則に反するとしてその請求を棄却した例は多いが、訴権の行使が信義則に反するという理由で訴を却下した判例を見ることはできない。

本条の新設によって訴権の行使が信義則に反する場合に、これを却下できるという確固たる根拠を与え、さらに訴訟手続中信義則に反する訴訟行為を阻止するために本条が新設されたものと思われる。

大韓弁協は、「解釈上混乱を生じさせるおそれがある」として反対意見を提示しているし、法院の一部からも「法院は、訴訟手続を公正、迅速で経済的に進行しなくてはならず」と規定している点について異論がある。だが、現行民事訴訟規則第二条に「法院は、審理が公正かつ迅速に進行するように努め、当事者その他訴訟関係人は、これに協力しなくてはならない。」との規定を置いていることが参考になるものと思われる。

(2) 「第五条ノ二（勤務地の特別裁判籍）」

「事務所または営業所に継続して勤務する者に対する訴は、その事務所または営業所所在地を管轄する法院に提起することができ。」

これまでは訴訟促進等に関する特例法第一七条により、少額事件に関してのみ被告の勤務地に人的特別裁判籍が認められたが、本条が実施されれば、民事訴訟事件全般について勤務地の特別裁判籍が認められることになる。

(3) 「第四条（…又は、忌避申請却下と処理）」

① 除斥又は忌避申請が第四〇条の規定に違背したり、訴

訟の遅延を目的とすることが明白なときは、申立てを受けた法院又は法官は、決定で、これを却下する。

② 字句修正のみ

現行第四条第一項は、除斥又は忌避の申請が前条の規定に違背するときは、申立てを受けた法院又は法官は、決定で、これを却下すると規定しているが、適式の除斥又は忌避申立てがあれば、その申立てに対する裁判が確定するときまで訴訟手続を停止することになっていたので（民法第四〇条）除斥又は忌避の申立ては悪用されやすい。

そこで、訴訟促進等に関する特例法第五条第一項は「除斥又は忌避の申立てが訴訟遅延を目的とすることが明白なときは、申請を受けた法院又は法官は、決定で、これを却下する」と規定しているが、本条は、これを受容れたものである。

大韓弁協は「ややもすると当事者の忌避権が訴訟遅延の目的という理由で不当に制限されるおそれがあり、現行第四〇条但書で、訴訟遅延がある程度防止できる」という理由で反対意見を提示している。

(4) 「第四条（本院手続の停止）」

「除斥又は忌避の申立てがあったときは、その裁判の確定に至るまで、訴訟手続を停止しなければならない。ただし、除斥又は忌避の申立てが却下された場合、終局判決の言渡し及び緊急を要する行為については、この限りではない。」

本条本文は従前と同じであるが、但書が「終局判決の言渡し及び緊急を要する行為については、この限りでない」と規定していたのを右のように修正したのである。

従前は、除斥又は忌避の申立てが不適法であるとして却下されても当事者がその却下決定に対して即時抗告（民訴法第四三条）を提起すれば、その裁判が確定するまで訴訟手続を停止しなければならなかった。

そこで、訴訟促進等に関する特例法第五条第四項は「除斥又は忌避の申立てが却下されたときは、訴訟手続は停止されない」と規定していたが、本条但書の修正は、これを受容れたものである。

(5) 「第六三条（必要的共同訴訟の特則）」

「第一項乃至第三項無修正  
第四項新設

共同訴訟人の一部を脱漏したことが明白なときは、法院は第一審弁論終結時まで、原告の申立てにより、決定で、共同訴訟人の追加を許可することができる。」

本条は、別訴を提起して、脱漏した原告、被告を、二つの訴訟を併合することによって引き入れる迂遠な方法を避け、当該訴訟内において法院が原告の申立てによって原告又は被告の追加を許可できるようにしたのである。ただし、原告の追加には、その原告の同意が必要である。

本条と類似した立法例

人事訴訟法第七条第一項

「原告は、事実審理の終結に至るまで被告を更正し、他の共同被告を指名して請求を併合することができるし、請求の趣旨又は原因を変更することができる。」

行政訴訟法第一四条第一項

「原告が被告を誤って指定したときは、法院は原告の申立てにより、決定で、被告の更正を許可することができる。」

(6) 「第七四條（承継人の訴訟参加）」

「訴訟の係属中に、その訴訟の目的たる権利又は義務の全部又は一部を譲受けたことを主張し、第七二條の規定によつて訴訟に参加したときは、その参加は、訴訟の係属の初めに遡及して時効の中断又は法律上の期間遵守の効力を生ずる。」

従前、本条は、権利承継人の訴訟参加のみを規定していたが、本条の修正によつて義務承継人が能動的に訴訟に参加する道が開かれた。本条は、従来の通説的見解を条文化したものにすぎない。

(7) 「第七五條（承継人の訴訟引受）」

「①訴訟の係属中に、第三者がその訴訟の目的たる権利又は義務の全部又は一部を承継したときは、法院は、当事者

の申立てにより、その第三者に訴訟を引き受けさせることができる。

②無修正

③無修正

従前、本条は、債務承継人の訴訟引受のみを規定していたが、本条の修正によって権利承継人の訴訟引受についても規定するに至った。本条も、通説の見解を条文化したものにすぎない。

(8)「第八〇条（訴訟代理人の資格）」

①法律により裁判上の行為をすることができる代理人のほかは、弁護士でなければ訴訟代理人となることができない。ただし、単独判事が審判する事件において、当事者と親族、雇用その他特別な関係にある者が、法院の許可を得たときは、この限りでない。

②無修正

訴額が少額で争点が簡単な事件においてまで弁護士強制主義を取ることは無理であり、現行第八〇条第一項但書は「ただし、単独判事が審判する事件において法院の許可を得た者は、この限りでない」と規定し、法院の許可を得て非弁護士が訴訟代理人になる道が開かれていた。

しかし、これはややもすると、非弁護士が訴訟代理を業とすることを容認することになるおそれがあり、これに「当事者と親族、雇用その他特別な関係がある者」という要件を追加した。

現行少額事件審判法第一条第一項は「当事者の配偶者、直系血族、兄弟姉妹又は戸主は、法院の許可なくして訴訟代理人になることができる」という規定を置いているが、親族中右に列挙されていない者（例、従兄弟）が訴訟代理人になる場合は、本条により法院の許可を得ることになる。

(9)「第八〇条ノ二（訴訟代理に関する特則）」

①高等法院以上の法院に訴又は上訴を提起した者は、弁護士を訴訟代理人に選任せずして本案に関する訴訟行為をすることができない。ただし、訴又は上訴を提起した者が、弁護士資格を有するときは、この限りでない。

②前項の規定により、本案に関する訴訟行為をすることができない者が、弁護士を訴訟代理人に選任しない場合には、裁判長は、相当な期間を定めて、その期間内に、弁護士を訴訟代理人に選任すべきことを命じなければならない。③前項の命令を受けた者が訴訟代理人を選任しないとき、第八〇条ノ三第一項の規定による申立てがないとき及びその申立てが棄却されたときは、裁判長は、命令で、訴状又は上訴状を却下しなければならない。

④前項の命令に対しては、即時抗告をすることができ  
る

本条は、韓国の司法制度に弁護士強制主義を漸進的に導入するために新設された条文といえる。

韓国の実情からみて、今直ちに弁護士強制主義を取ることは難しく、まずは暫定的に、上訴審においては、弁護士でなければ訴訟行為をすることができないように制限し、当分の間これを実施してみ、その結果によって全面的な弁護士強制主義に転換すべきか否かを決定するのが好ましいと思われる。

数年前に現代社会研究所が実施した法曹に対するアンケート調査結果によれば、「第一審合議事件と控訴審事件においては、弁護士でなければ訴訟行為をすることができないとすべきである」という意見が解答者の五七・一%を占め、「上告審においてのみ弁護士でなければ訴訟行為をすることができないとすべきである」とする意見が三・九%、弁護士強制主義でない「現行制度が良い」という意見は、一九・六%にすぎなかった（現代社会研究所刊・民事訴訟手続の実態と改善策六二頁参照）。

理論的に考えてみると、訴の提起は被告に対する攻撃であるが、上訴の提起は、被告に対する攻撃または原告に対する防禦という側面がやや後退し、原審判決が違法であるという主張、即ち、原審判決をした下級法院に対する攻撃という面が前面に出てくる。

したがって、訴えを提起して、まだ判決を得ていない段階においては、当事者は法廷において事実を述べ、必要な証拠を提出すれば法院が法律を適用して適正な判決をしてくれるとの期待を有するに至るが、一旦法院の判決が言渡された後は、当該判決が不当であるとの争いが表面化するわけであるから、上訴

審の段階は、一審とはその事情を異にする。

この場合、法院が法律専門家である法官をして事件を審理、判断させたのであるから、その判決が不当であると主張しようとするならば、その不当を主張する以上、当該判決の当否について適正な判断をできるだけの専門知識を持たねばならないものと思われる。

もし、そうでなくして専門家である法官が判決したものをその当否も知らずして、不服を主張することは単なる個人的感情によるものにすぎないと、いうことができる。

したがって、訴の提起は弁護士の助力なくしてできるが、法院が言渡した判決に対する不服の申立てにならば、弁護士の代理を強制することは、十分な理論的根拠を有するものと考えられる。

本条第一項は「高等法院以上の法院に訴又は上訴を提起した者」にのみ弁護士強制主義を適用するように定めている。

したがって、上訴人のみ弁護士強制主義の適用を受け、被上訴人にはその適用がない。

しかし、弁護士の助力の必要性は、上訴人と被上訴人とで格段の差異があるとは思われない。

特に、控訴審においては、第一審と同様、法廷で弁論しなくてはならない。極端な事例であるが、第一審で擬制自由により敗訴した被告が控訴した場合、二審で上訴人たる被告がなすべきことは特になく、被上訴人たる原告側が事実主張と証拠を整理

理しなくてはならない。

したがって、被上訴人を弁護士強制主義の対象から除外したことは、それだけこの制度を弱体化させる結果になるという意見が提示されている。

又、行政訴訟事件は、一審から高等法院において審理するた  
めに一審から弁護士強制主義が適用され、民事単独事件に対す  
る控訴事件は二審でも地方法院において審理するために弁護士  
強制主義が適用されないというアンバランスが認められる。

よって、法院の上下によって区別するのではなく、審級の差  
異によって区別する方がより理論的であると考えられ、本条第  
一項は妥当性がないとの意見が提唱されている。

本条第一項により制限をうけるのは、上訴審において「本案  
に関する訴訟行為をすること」のみで、上訴の提起自体は、こ  
れを当事者本人が直接することができる。

本条第二項は、当事者本人が直接上訴を提起して弁護士を訴  
訟代理人に選任しない場合、裁判長をして上訴状を却下する前  
提行為として、相当な期間内に弁護士を選任することを命じる  
ことにした。

この命令は、上訴状に対する一種の補正命令の性格を有する  
ものと解釈できる。

上訴状の提出、即ち、上訴の提起自体は当事者本人が単独で  
できるが、その上訴状が上訴審裁判長に到達した後、相当な期  
間内に弁護士を訴訟代理人に選任することを解除条件とするも

のと解することができる。

本条第二項は、上訴状却下の要件を規定したものである。

当事者が上訴を提起して、上訴法院の裁判長から一定期間内  
に弁護士を選任すべき旨の命令を受ければ、その期間内に弁護  
士を訴訟代理人として選任して上訴法院に届出をしなければな  
らない。当事者が無資力で弁護士を選任することができなけれ  
ば、法院に対して弁護士選任の申立てをしなければならぬ  
(第八〇条ノ三第一項)。

したがって、当事者が上訴審の裁判長から弁護士選任命令を  
受け、その期間内に自ら弁護士を選任せず、第八〇条ノ三第  
一項の規定による弁護士選任の申立てをもしないときは、上訴状  
を却下せざるを得ない。

上訴人が法院に対して弁護士の選任を申立てた場合は、上訴  
状却下を免れるが、法院がその申立てを理由なしとして棄却し  
た場合も上訴状を却下せざるを得なくなる。弁護士選任の申立  
てを棄却する決定に対して当事者は、通常抗告(民訴法四〇九条  
を提起することができるが、通常抗告には執行停止の効力がな  
いため、抗告しても上訴状を却下せざるを得なくなる。

本条第三項は、上訴状却下命令に対して即時抗告をすること  
ができる旨規定しているが、上訴状却下命令に対する即時抗告  
は民訴法四一二条により再抗告の性格を帯び、再抗告の理由は、  
上告理由と同様の制限を受けるのであるから(四一二条参照)、  
抗告を提起した後で弁護士を選任しても、その瑕疵は治癒され

ない。

控訴人が弁護士を選任したが、控訴審の弁論の途中において辞任した場合、控訴人は再び他の弁護士を選任すべきであり、さもなければ期日の懈怠として処理されることになる。

(四) 「第八〇条ノ三(国選代理人)」

『①第八〇条ノ二第二項の規定により、弁護士である訴訟代理人の選任命令を受けた者が無資力であり、その権利主張が相当であると認められるときは、法院は、当事者の申立てにより、弁護士の中から訴訟代理人を選定しなければならぬ。』

②前項の規定により選任した訴訟代理人に対しては、大法院規則が定めるところにより、国庫からその報酬を支給する。』

本条は、前条により高等法院以上の法院における訴訟事件において弁護士強制主義を採用した結果、無資力によって正当な当事者が上訴の機会を喪失することのないように、民事国選弁護士制度を創設しようとするものである。

これまで、刑事訴訟手続においては、国選弁護士制度があったが(刑訴法三二条)、民事訴訟手続においては初めての試みである。

本条第一項は、国選弁護士選任の申立ての要件を規定している。

まず、弁護士選任命令を受けた当事者が無資力でなくてはならない。ここで無資力とは、現行民訴法第一一八条における「訴訟費用を支出する資力なき者」と同じ意味である。即ち、自己の生計を脅かさずには弁護士の選任報酬を支払うことのできない者をいう。

次に、当事者の主張が相当であると認められるものでなくてはならない。主張が相当だというのは、その主張どおりなら上訴審において原判決が取消又は変更される可能性があることをいう。

本条第二項は、国選弁護士の報酬に関して規定したものである。

民事訴訟において弁護士の報酬は訴訟費用に算入することになつていたので(訴訟促進に関する特例法第一六条、国選弁護士の助力を得た当事者が勝訴すれば、訴訟費用は、敗訴者負担の原則により、相手方から償還を受けることになる)。

したがって、今後、大法院規則で国選弁護士の報酬を定めるときにも、この点を看過してはならない。

即ち、国選弁護士の報酬は、国庫から支給することを原則とするが、相手方当事者から償還を受け得るときまで国庫がその報酬を負担すべき理由はない。

このため、国選弁護士と被救助者の間には通常の例とは異なる報酬約定があるものと擬制し、被救助者が勝訴した場合、その額を相手方当事者から償還を受ければ、それで充分であり、

国庫からは、国選弁護士が被救助者やその相手方から報酬を受けることができないときのみ、通常の例に従った報酬額とは異なる、最少限の報酬額を定めて支給するようにするのが相当であるという意見が提示されている。

(II) 「第一一二条（担保提供の方式）」

『担保の提供は、金銭又は法院が認める有価証券の供託、大法院規則が定めるところにより支給保証委託契約を締結した文書を提出する方法による。ただし、当事者間に特約があれば、それに従う。』

従来、担保提供につき、現金や法院の認める有価証券を供託する方法のみを規定していたが、これに「大法院規則が定めるところにより支給保証委託契約を締結した文書を提出する方法」を追加した。

本条でいう「支給保証委託契約を締結した文書」とは、「保証保険証券」をいう。

担保提供者は、一定の保険料のみ出捐すれば足り、金銭供託により長期間現金を凍結されることによる経済的不利益を、法院が認める有価証券を供託する場合以上に回避することができるようになる。

(II) 「第一一八条（救助の要件）」

『①法院は、訴訟費用を支払う資力のない者の申立てによ

り、各審で訴訟上の救助をすることができる。ただし、敗訴することが明白な場合は、この限りでない。

②無修正

現行第一一八条但書は「ただし、勝訴の見込みがないときは、この限りでない」となっているが、これを右のように変更し、訴訟救助制度の活性化を図ろうとするものである。

一九七五年から一九八四年までの一〇年間に全国の法院に申立てられた訴訟救助の申立ては、総三一件で、年平均三・一件にすぎず、その中で救助が許容されたのは一五件で、年平均一・五件にすぎない。

右の試算どおり法が改正されれば、申立人が、勝訴の見込みがない場合でも敗訴することが明白でない限り、訴訟救助を受けることができるようになる。

(III) 「第一一九条（救助の効力の物的範囲）」

『①訴訟及び強制執行についての訴訟上の救助は、次の通りである。

一、無修正

二、弁護士並びに執達吏の報酬及び立替金の支払猶予

三、無修正

②前項第二号の場合に、弁護士及び執達吏が報酬を受けることができないときは、国庫から相当な金額を支給する。』

本条は、第一項第二号を修正し、第二項を新設した。

現行一九九条二号は「法院において附添を命じた弁護士報酬」のみを訴訟救助の物的範囲に包含している。

ここにいう「法院において附添を命じた弁護士」とは、民法一三四条により、当事者が弁論能力を欠く場合の処理として命じる場合である。しかし、訴訟促進等に關する特例法一六条が、弁護士報酬を訴訟費用として認めている以上、法院が附添を命じた場合でなくても、訴訟救助の対象に包含することが相当である。

この結果、弁護士は、訴訟救助を受ける当事者から訴訟委任を受けるときは、事件受任の報酬を後払いにして事件を受任処理せざるを得なくなつた。

そして、救助を受ける当事者が敗訴したり、又は勝訴しても相手方当事者から訴訟費用の償還を受けることができない場合に、國家が補償しようとするものである。

ここで「相当な金額」とは、弁護士が当事者と約定した報酬額に關係なく、國家が相当であると認める金額をいう。

具体的金額は、試案第八〇条ノ三による国選弁護士の報酬とともに、大法院規則でその基準を定めることになる。

(4) 「第一二六条（釈明権、求問権）」

①、②、③無修正

④法院は、当事者が明白に看過していると認められる法

律上の事項に關して、当事者に意見陳述の機会を与えなくてはならない。」

現行一二六条一項乃至三項は、条文の文理上釈明権という側面から規定したものであり、釈明義務という側面を捨象している。

試案が第四項を新設しようとするのは、この捨象した釈明義務を明文で明示し、その最少限の限界を明示しようとするものである。

(5) 「第一四二条（形式的記載事項）、第一五〇条（申立て、申述の方法）、第一五一条（訴訟記録の閲覧、証明書の交付請求）」

右三条文が「署名捺印」と規定していたものを、訴訟促進等に關する特例法七条二項の規定を受容れ「記名捺印」に変更した。

(6) 「第一四六条（關係人の調書読み聞かせ請求権）」

①調書は、關係人の申立てがあるときは、その者に読み聞かせ、又は閲覧させなければならない。

②無修正

現行一四六条は、調書を読み聞かせ、閲覧させた場合に、その事由を調書に記載するように規定しているが、その必要性の欠如により削除した。

(17) 「第一四八条（弁論の速記、録取）」

『①法院は、職権で又は当事者の申立てにより、口頭弁論の全部若しくは一部を速記者に筆記させ、又は録音装置を使って録取させることができる。』

ただし、当事者の申立てがあるときは、法院は、特別の事由がない限り、速記又は録取しなくてはならない。

②無修正

理想としては、口頭弁論すべてを録取し、それを速記して録取書を作成し、訴訟記録に添付することが望ましいが、現在、それだけの速記官が確保されていない。

そこで、試案は第一項但書を新設し、少なくとも当事者の申立てがある事件に関しては、原則的に法院が録取の義務を負うことにしたのである。

(18) 「第一六〇条（訴訟行為の追完）」

『①当事者がその責に帰することのできない事由によって不変期間を遵守することができなかった場合においては、その事由が止んだ後二週間内に、懈怠した訴訟行為を追完することができる。ただし、外国にいる当事者については、この期間を三〇日とする。』

②前項の期間については、前条の規定は適用しない。』

現行一六〇条が、国内外を区別せずに一律に二週間と定めて

いるものを、国外にいる当事者の実情を顧慮し、三〇日に改めた。

尚、一九八四年の行政訴訟法の全面改正において、同法第五条は、国外にいる当事者の訴訟行為の追完期間を三〇日と定めている。

(19) 「第一六三条（送達機関）」

①、② 無修正

③送達機関が送達に関して抵抗を受けるときは、警察公務員の援助を請求することができる。』

送達を受けた者が正当な事由なくして送達の受領を拒否したときは、送達機関は、その送達する書類を送達する場所に放置することによって送達の効力が生じる（民訴法一七二条二項）。

しかし、送達する場所へ行こうとするのを実力で阻止するような場合は、送達を行なう執達吏や郵便集配人は、直接、管轄警察署に援助を要請することができる。

これは、現行四九六条二項が、執達吏が強制執行を実行するに際して抵抗を受けるときは、警察又は国軍の援助を請求することができる」と規定しているものと平仄を合わせたものである。

(20) 「第一九三条（判決書の記載事項）」

①無修正

②理由の記載においては、主文が正当であることを認め

ることができる限定において、当事者の主張その他攻撃又は防禦の方法の全部につき判断を表示する。ただし、認定する事実と抵触する証拠の判断は、これを省略することができる。

③無修正

民事訴訟事件が年々急増する事情下において、判決書の簡素化を考えざるを得ない。

試案は、証拠の取捨選択を法官の自由な心証に任せる自由心証主義の原則に立脚し、法院が採用しなかった証拠について、その採用しない理由を書く労力を省くために、第二項に但書を新設しようとするものである。

だが、法院がある重要な証拠について本条二項但書によりその判断を省略した場合、形式上は当然本条に反しないが、記録上その証拠を採用しないことが経験則や論理法則に違反する場合は、従前と同様に上訴の理由になる。

大韓弁協は本条第二項但書の新設について「抵触する証拠までを判断してはじめて全体判断の正確を期することができる」という理由により反対意見を提示している。しかし、民事一審提訴事件が最近一〇年間に、二・八倍も急増している現実を勘案すれば、判決の簡素化のための努力は、継続されなければならない。

(2)「第二二二条（法人の合併による中断）」

①無修正

②削除

一九六二年に現行商法施行前の旧商法一〇〇条によれば、法人の合併による消滅を債権者に対して主張することができなかったため、第二項のような規定が必要であったが、現行商法にはそのような規定がなく、本条第二項を削除することにしたのである。

第二編 第一審の訴訟手続

(1)「第三二一条（裁判長の訴状審査権）」

①ないし③ 無修正

④削除

本条第四項は、裁判長が命令で訴状を却下するとき、その却下した訴状を原告に返還すべきことを前提にして、原告が訴状却下命令に対して即時抗告をするときは、その却下された訴状を添付すべきである旨を規定している。

しかし、現在、実務上、裁判長の命令で訴状を却下するとき「訴状却下命令」という裁判書を作り、原告に送達するのが通常であり、却下した訴状は、法院が記録として保管している。

仮りに、本条第四項を生かそうとするならば、裁判長が訴状を却下するとき、その訴状を原告に返還し、法院は訴状の副本や謄本を作成して保管するほかはないことになる。

試案は、現行四項を生かすよりも、実務の慣行に合わせる方

が相当であると判断し、本条第四項を削除した。

(2) 「第二三二条（訴状副本の送達）」

『①訴状の副本は、被告に送達しなければならない。』

②前項の規定により送達をする場合には、被告に対してその送達を受けた日から一〇日以内に、原告の主張に対する具体的答弁、証拠方法及び立証趣旨を明示した答弁書の提出を命じることができる。

③前条の規定は、訴状の副本を送達することができない場合に準用する。』

本条の「訴状」という表現を実務慣例に従い「訴状の副本」という表現に改めた。

現在、実務においては、訴状は、受訴法院が訴訟記録として保管し、被告には訴状の副本を送達しているために、この実務慣例を成文化したものである。

本条第二項は新設したものであり、これにより現行第二項は、第三項になる。

第二項を新設した理由は、被告をして、できる限り早く応訴の準備をなさしめ、訴訟審理の促進を図るためである。

現行少額事件審判法第六条第二項は、答弁書の提出を命じなければならないと規定しているが、本条においては、それを、法院の裁量とした。

ここで「一〇日以内」というのは、通常、一〇日程度あれば、

答弁書の提出が可能であると考え規定したにとどまり、事情により一〇日以内に答弁書を提出できない場合に、それにより被告が失権するということはない。

大韓弁協は、本条第二項の新設について「第一に、法院の命令にも拘らず被告が答弁書等を提出しなくとも、何ら制裁を科することができないのであるから実効性があるとはいえず、第二に、現行第一二七条の準備命令の活用で十分である」という理由で、反対意見を提示している。

(3) 「第二三三条（弁論期日の指定）」

『訴の提起があったときは、裁判長は、遅滞なく口頭弁論期日を定め、当事者呼び出さなければならない。』

現行二三二条は「一〇日以内」としていたが、実務の實際を考慮し、「遅滞なく」に改めた。

(4) 「第二三四条ノ二（被告の更正）」

『①原告が被告を誤って指定したことが明白なときは、第一審法院は、口頭弁論の終結時までに原告の申立てにより、決定で、被告の更正を許可することができる。ただし、被告が本案に関する準備書面を提出し、準備手続において陳述し、又は弁論をした後には、その同意を得なくてはならない。』

②被告の更正は、書面で申立てなくてはならない。

③前項の書面は、相手方に送達しなくてはならない。

④ 法院は、第一項の規定による決定の正本を新たな被告に送達しなければならない。

⑤ 第一項の規定による決定があるときは、従前の被告に對する訴は、取下げられたものとみなす。」

本条は、新設したものである。

例えば、不在者である父を原告にしなければならないのに、その財産管理人が自ら原告となり提訴した場合、相続人を被告にしなければならないのに、死亡した被相続人を被告として提訴したような場合に、訴訟を新たに提起しなおすのではなく、当事者の表示又は当事者の変更として、その訴訟手続をそのまま利用できないか、という問題が生じる。

現行民事訴訟法の条文のみをもってしては、当事者の訂正ではなく当事者の変更は許容されないとするのが韓国の通説、判例である。

判例には、実質的に当事者の変更に該当するものを当事者表示の訂正の名のもとに許容する例もあるが、自ずからそこには限界がある。

そこで試案は、当事者を変更できることを前提にして、本条で被告の更正手続を規定した。

当事者変更の本質については、学説は、訴変更説、新訴提起旧訴取下説、特殊行為説等に分けられるが、本条は、新訴提起旧訴取下説に立脚したものとみることができ。

本条は、試案第六三条第四項と軌を同じくするものである。

本条は、被告の更正のみを規定し、原告の更正については規定していないため、今後、本条を類推して原告も更正できるか、という問題は、学説、判例に課せられた課題といえよう。

大韓弁協は「新たな被告に不測の損害を与える虞れがある」として反対意見を提示している。

(5) 「第二四一条（双方不出頭）」

① 無修正

② 無修正

③ 当事者が相当な理由により前項の期日に出頭することができなかった場合においては、その事由が止んだ日から一週間内に、期日指定の申立てをすることができる。

④ 削除

口頭弁論期日に当事者双方が欠席した場合の処理方法として、日本民事訴訟法は、いわゆる「休止」（これは旧制度ではなく現行制度に対する呼称として用いている）筆者注」という制度を置いている。かつての朝鮮民事令は、いわゆる「双不」という制度を置き、このような場合に法院は、職権で口頭弁論期日を指定して当事者双方を呼び出し、再び当事者双方が欠席した場合には、その訴は、取下げられたものとみなしていた。

一九六〇年に民事訴訟法を制定するに際して、ほとんど全て日本民事訴訟法を模範としたが、この部分については、かつての朝鮮民事令の規定に従い、「双不」制度を採用した。

どちらの制度によるべきか、双方とも一長一短を有し、速断し難い。「双不」制度においては、当事者が口頭弁論期日の懈怠を反復する余地はないために訴訟遅延を生じさせる虞れはないが、法院が、本条第三項を過度に厳格に解釈すれば、当事者は、その意思に反して訴取下の効果を受けてしまう。

試案は、「双不」前度をそのまま維持しつつ、本条第三項による期日指定の申立ての要件を、「当事者がその責めに帰すことのできない事由により前項の期日に出頭することができなかった場合」から「当事者が相当な理由により」に改め、その要件を緩和しつつ、期日指定の申立ての期間を二週間から一週間に短縮した。

第四項を削除したのは、上訴審における口頭弁論期日の選定に関して試案第三六三条ノ二が別途に規定したためであり、準備手続に関しては、第二六〇条が本条を準用すると規定しているので重複を避ける為である。

大韓弁協は「第一に、現行法上の双不取下制度は、そもそも、その制定にいたる過去の経緯からして、過度に法院の便宜を優先し当事者に不利な不合理な制度であり、第二に、試案が現行法と同じく期日指定の申立ての機会を与えないことは、訴訟を継続する意思を有する当事者が已むを得ない事情により、二回乃至三回口頭弁論期日に出席できない場合、当事者の意思に反して訴取下の効果が生じてしまう、という問題があること、第三に、訴を取下げたものとみなされてしまう場合、再訴をしよう

うとしても、行政訴訟の除斥期間、時効完成等により再訴不可能な場合もあり、第四に、現行法上、双方欠席による訴取下の擬制が、欠席当事者又は代理人に対する懲罰として誤って行使されているような嫌いがあること」等の理由により反対意見を提示し、代案として「当事者双方が口頭弁論期日に出頭しない場合、六〇日以内に期日指定の申立てがなければ、訴の取下げがあったものとみなす」ものと改正すべきである、と主張している。

即ち、大韓弁協の意見は「双不取下」制度ではなく、訴訟「休止満了」制度を採るべきである、とする。

(6) 「第二四二条（反訴）」

「①被告は、口頭弁論の終結に至るまで、訴訟手続を著しく遅延させない限りにおいて、本訴の係属する法院に反訴を提起することができる。ただし、目的たる請求が他の法院の管轄に専属せず、本訴の請求又は防禦の方法と牽連するときに限る。」

②「無修正」

現行法は、「反訴を提起できる時的限界を「口頭弁論の終結時」までと規定したために訴訟実務においては、反訴の提起によって本訴の訴訟手続が著しく遅延される場合が少なくなかった。

よって試案は、反訴提起の要件として「本訴の訴訟手続を著しく遅延させない限りにおいて」を追加した。

これにより、本訴の訴訟手続を遅延させる目的で、本訴の口頭弁論終結日に反訴を提起することはなくなるであろう。

(7) 「第二七三条、第二八二条、第三二二条、第三三四条、第三

三八条、第三四二条」

過料の上限を現実に合わせて、右条文中三万ウォン以下の過料とするものを五〇万ウォン以下の過料に改めた。

(8) 「第二八一条ノ二（公正証書による証言）」

「法院は、事物の形状、立証事項の内容等を考慮し、書面による陳述で足りると認定するときは、証人をして出頭・証言に替え、尋問事項に対する答弁を記載した公正証書正本を提出させることができる。ただし、相手方の異議があるときは、この限りでない。」

法廷に出頭し、宣誓し、証言するという、いわゆる証人の三大義務を課せられる国民の負担を少しでも除去するために試案は、反対尋問の必要がなく、書面による陳述のみで事案を判断できると思われる場合に、証人が法廷に出席しなければならぬ義務を免除したのである。

本条による証人尋問の申出も、法廷に出席して証言する証人の申出と異なるものではない。

当事者は、証人の申出と同時に、法院に対し書面による陳述を希望するという意見を陳述することができるし、法院は、こ

のような意見の陳述がなくても書面による陳述を実施させることができる。

この場合、法院は、証人に尋問事項一通を送付し、一定の期間内にそれに対する答弁を公正証書にして作成し、その正本を提出すべきことを命じなければならない。

この命令を受けた証人は、その尋問事項を持って公証人事務所に出向き、公証人の面前で尋問事項に対する答弁をし、これを事実に対する公正証書（公証人法第二条参照）として作成してもらう。そして、この正本の交付を得て、法院に提出することになる。証人が予め陳述書を作成し公証人事務所に出向き認証をうけても、それは、公正証書とはいえず、本来の要件に適合しない。

証人が本来の書面陳述命令に応じないとき、それだけで制裁を課することはできない。どうしてもその証言が必要なときは、正式に法院に呼び出す外なく、当然これに応じない場合は、制裁を課することができる。

書面による陳述の場合、相手方当事者は反対尋問権を行使する機会がなくなるので、本条但書は、相手方当事者の異議があれば本条を適用できないものと規定する。

尚、訴訟促進等に関する特例法第一九条第二項は、少額事件審判に関する特例として同様な制度を規定しているが、これと試案が規定する制度とは、諸種の点において異なる。

(9) 「第二八二条ノ二（証人不出頭に対する刑罰）」

『①証人が正当な事由なく出頭しなかつたときは、五〇万ウォン以下の罰金又は拘留に処する。』

②前項の罪を犯した者には、情状により罰金及び拘留を併科することができる。』

現行二八二条のみでは証人の出頭義務を励行させるのに不十分であり、試案は、証人の理由なき出頭拒否に対しては、刑罰を科することができるものとした。

(10) 「第三一四条ノ二（鑑定に必要な処分）」

『①鑑定人は、鑑定に関して必要なときは、法院の許可を得て他人の土地、住居、看守者がいる家屋、建造物、航空機、船舶、車両その他施設の中に立入ることができる。』

②前項の場合、鑑定人が抵抗を受けたときは、警察公務員は援助を請求することができる。』

土地・住居等の管理者が法院の許可を無視して鑑定人の出入りを実力で阻止しようとするときは、本条第二項により警察公務員の援助を得て、実力で立ち入ることができるにとどまり、その外の制裁はない。

本条の主体として法院が含まれていないが、これは、法院の強制力行使を否定するものではなく、本条が成立すれば当然、解釈として、法院が現場を検証する際に必要なときは、土地、住居等に入ることができる、という解釈が出てくることが予想

される。

(11) 「第三五四条ノ二（口頭弁論における再尋問）」

『証拠保全手続において尋問した証人について当事者が口頭弁論における再尋問の申出をしたときは、法院は、その尋問をしなければならない。』

民事訴訟法が目的とする直接主義（法一八九条）の理念から、例えば、証拠保全の手続においてなされた証人尋問に関与した法官が受訴法院の法官でない場合には、当事者の申出により、再尋問することにしたのである。

(12) 「第三五五条（和解申立ての方式）」

『①無修正  
②前項の和解のための代理人選任権を相手方に委任することはできない。』

③法院は、必要な場合、代理権の有無を調査するために当事者本人又は法定代理人の出頭を命じることができる。

④現行法第二項をそのまま規定』

実務においては訴訟係属中和解期日に法院で和解を試みる例はほとんどなく、当事者間で訴訟外の合意をなし、その合意内容に公証力ないし執行力を付与するために起訴前の和解手続を利用するのが大部分である。

最も多く利用するのが高利の貸金業者である。彼らは、プロ

「カーを間に置き、高利貸金をなすに際し、債務者から借用証書をとる外に、高率の先利子、紹介料、仮登記費用、起訴前和解申立てのための弁護士費用等一切の費用を債務者の負担にして債務者から白紙委任状を得ておき、それをもちいて起訴前の和解申立て事件における債務者の代理人を選任するのに利用する」といった不当な現象が数多く生じている。

一九七五年七月一六日付でソウル第一弁護士会会長が大法院長に送った建議文においても、そのような現象を指摘して「弁護士法違反行為と弁護士懲戒事由が介在した法曹会の不条理現象」と指摘し、その是正のために「疑わしい場合には、当事者本人を出頭させ、訴訟委任の有無を確認した後に和解条項の趣旨を説明すべきである」旨を要請した。

近時、店舗賃貸人が店舗の明渡請求権を確保するために起訴前の和解を利用する場合は散見する。

試案は、こうした実情を勘案して規定するものであるが、大韓弁協は、本条の改正に反対している。

### 第三編 上訴

#### (1) 「第三六三条ノ二(控訴取下げの擬制)」

『①控訴審の口頭弁論期日に当事者双方が出頭せず、又は出頭しても弁論をしなかったときは、裁判長は、更に期日を定め、当事者双方を呼び出さなければならぬ。』

②前項の新时期又はその後の期日に当事者双方が出頭せ

ず又は出頭しても弁論をしなかったときは、控訴の取下げがあったものとみなす。ただし、この期日に出頭しない控訴人が、その日から一週間内に、期日指定の申立てをした場合は、この限りでない。

③前項但書の期日指定の申立てにより指定された期日又はその後の期日に当事者双方が出頭せず、又は出頭しても弁論をしないときは、控訴の取下げがあったものとみなす。④控訴人が相当の事由により第二項の期日に出頭できなかった場合は、その事由が止んだ日から一週間内に、期日指定の申立てをすることができる。』

「双不取下」制度は、第一審においては訴が取下げられたものとみなし、第二審においては控訴の取下げがあったものとみなすため、第一審において訴の取下げ擬制がなされても、再び訴訟を提起すればよいが、控訴審においては、再び控訴を提起できないのであるから控訴の取下げ擬制の方が当事者にとって酷である。

試案は、この点を重視し、控訴審の弁論においては、第一審とは異なり、二回不出頭により当然に取下げが擬制されるのではなく、そのような場合、期日に出頭できなかった控訴人が一週間内に期日指定の申立てをすれば控訴の取下げ擬制を免れるようにするために、第一審の関係規定を準用せず、本条を新設するに至った。

本条第四項は、「第二項の期日に出頭できなかった場合」につ

いてだけ、当事者が期日指定の申立てをすることができるとしているが、第三項の期日に已むを得ない事由により出頭できなかった場合にも第四項に基づく期日指定の申立てがみとめられるべきであり、第四項は「第二項又は第三項の期日に出頭できなかった場合」と規定すべきである。

大韓弁協は、「双不取下」制度ではなく「休止満了」制度を採るべきであると主張しているのだから、当然本条の改正には反対している。

(2) 「第三七一条（原審裁判長の控訴状審査権）」

『①控訴状が第三六七条第二項の規定に違背した場合、法律の規定に従って控訴状に印紙を貼付しなかった場合は、原審裁判長は、控訴人に対して相当の期間を定め、その期間内に欠缺を補正すべきことを命じなければならない。』

②控訴人が欠缺の補正をしないとき及び控訴期間を徒過したときは、原審裁判長は、命令により控訴状を却下しなければならぬ。

③前項の命令に対しては、即時抗告をすることができらる。

現行第三七一条は、控訴状に方式違背があったり、法定の印紙を貼付していない場合にも原審裁判長には控訴状を審査する権限はなく、控訴記録を送付し、控訴審裁判長が審査するものと規定している。

しかし、控訴状は、原審法院に提出することとされているのに、原審裁判長には控訴状に対する形式的審査権さえもないためにたとえ控訴人が法定の控訴状記載要件を充足せず又は法定の印紙を貼付せずして提出しても、原審法院においてその補正を要求することはできず、そのまま訴訟記録を控訴審法院に送付することになっている。

よって、控訴状に貼付する印紙が相当に高額な場合に、意図的に数百ウォン程度の印紙を貼付して控訴状を提出し、後日控訴法院において印紙を加貼するといった例がなくもない。

よって、訴訟促進に関する特例法第八条は、原審法院に控訴状の形式的審査権を付与することを立法化したのである。したがって、現行第三七一条は、既に死文化している。

大韓弁協は、控訴期間の徒過は、控訴権の消滅に該当する実質的事項であり、控訴期間の徒過については、本条の審査権の対象から除外すべきであるとの意見を提示している。

(3) 「第三七一条ノ二（控訴記録送付に関する特例）」

『第三七一条第一項の規定により原審裁判長が欠缺の補正を命じたときの控訴記録の送付は、その欠缺が補正された日から一週間内にしなくてはならない。』

第三七一条により補正を命じられた場合、第三六九条が規定する控訴記録の送付期間を遵守することが難しくなる事態が予想される。

そこで、これに対する例外規定を準備したのである。  
本条も訴訟促進等に関する特例法第九条をそのまま受容れたものである。

(4) 「第三七一条ノ三（控訴審裁判長の控訴状審査権）」

『第三七一条第二項の場合に、原審裁判長が控訴状を却下しないとき及び控訴状の副本を送送することができないときは、控訴審裁判長は、命令で、控訴状を却下しなければならない。』

②前項の場合には、第三七一条第一項及び第三項の規定を準用する。』

原審裁判長に控訴状の形式審査権が付与されたからといって、控訴審裁判長が控訴状の形式を審査する必要がなくなったのではない。

控訴審裁判長は、従前と同様に、訴訟記録の送付を受ければ、控訴状の形式から審査して、欠缺がないと認定してはじめて副本の送達を命じることになる。

万一、補正を要する欠缺事項を発見したときは期間を定めて補正を命じなければならない。

原審裁判長が、命じた補正期間内に欠缺の補正がなされなかったにもかかわらず、原審裁判長が控訴状を却下せずに控訴記録を控訴審に送付した場合、控訴審裁判長は、補正を命じることなくして控訴状を却下できるものと考ええる。

本条も訴訟促進等に関する特例法第一〇条をそのまま受容れたものである。

(5) 「第三九三条（上告理由）」

『判決に影響を及ぼす以下の各号に該当する事由があることを理由とするときは、権利上告をすることができる。』

一、憲法に違反するか、又は憲法解釈が不当なとき

二、命令、規則又は処分が法律違反であるか否かに対する判断が不当なとき

三、法律・命令・規則又は処分が大法院判例に反するとき

四、第四二二条に規定した再審事由があるとき』

本条は、訴訟促進等に関する特例法第十一条第一項を修正して受容れたものである。

右特例法が規定した権利上告制度及び許可上告制度は、上告理由の制限があまりにも厳しいとの非難が強く、本条においては、上告理由に対する制限を緩和した。

再審事由は、元来本条第四号のように明示しなくても、当然に権利上告の理由になるとするのが正当な訴訟法理論であるが、右特例法施行後、大法院は、数次にわたり再審事由は権利上告理由になりえないと判示したため、本条において明文化することにしたのである。

(6) 「第三九四条（許可上告）」

『第三九三条に規定する権利上告理由がないときにも、法令の解釈に関する重要な事項を含むと認められるとき又は判決に影響を及ぼす法令の違反があると認められるときは、大法院規則が定めるところにより許可上告をすることができる。』

②上告法院は、前項の上告を許可しない場合は、決定でこれを棄却する。ただし、許可する場合は、別途の決定を要しない。』

前述したように許可上告に対して、反対意見が多いことを参酌し、本条は、訴訟促進等に関する特例法第一二条を大幅に修正して受容れた。

第一に、上告許可の理由を大幅に広げた。右特例法第一二条においては、上告許可の要件を「法令の解釈に関する重要な事項を含むと認められる事件」に限定し、上告が許可された事件の判決破棄の要件として「原審判決を破棄しなければ顕著に正義と衡平に反すると認める」ときと規定したために、許可上告事件においては、判決に影響を及ぼす法律違反があっても上告を許可しないことができ、又は上告を許可して原判決に影響を及ぼす法律違反が認定された場合でも、原判決をそのまま確定させることが「顕著に正義と衡平に反し」ない場合には上告を棄却することができる。憲法で保障される正当な法律を適用した判決を受ける権利を侵害する虞れがある。そこで試案は、「判

決に影響を及ぼす法令の違反」があるときという要件を追加し、更にそのような事由が認められる限り上告を認容する判決をすることにした。

第二に、許可上告事件の手続を単純化した。

これまでの上告許可申立て手続においては、当事者が上告許可申立書を提出すれば、従前の上告状が提出された場合と同様に、上告記録を大法院に送付し（規則第六条）、二週間内に上告許可申立理由書を提出させた後、決定で、上告の許可の是非を定める裁判をし（規則第九条第一項）申立てを棄却した場合は、それで事件が終結するが（規則第二条）上告を許可した事件においては、印紙を加貼させた後（規則第三条）上告理由書を更に提出させ（規則第一四條）判決で上告の認否を定める裁判をすることになっている。

しかし、理由書の重複提出は意味のないものである。

また、大法院が上告を許可しておきながら上告を棄却するのは不当であるとの非難を受けることを虞れ、上告認容の可能性がない場合には、上告を許可しないという事態を予想することができ、このような場合には、法令の解釈に関する判例を明らかにする道が塞がれてしまうとの非難もある。

そこで試案は、理由書の二重提出は不要であるとし、上告を許可する場合は別途の決定を要せず、そのまま上告理由書だけで、判決で、上告を認容できるものとしたのである。

(7) 「第四〇五条ノ二(判例変更と上告棄却)」

「上告法院は、第三九三条第三号に規定する事由があるときで、大法院の従来判例を変更して原審判決を維持するのが相当であると認める場合には、上告を棄却しなければならぬ。」

本条は、訴訟促進等に関する特例法第一一条第二項をそのまま受容れたものである。

判例法主義ではなく成文法主義をとる韓国の訴訟において、判例には、法的拘束力はない。

だが、右特例法により創設された権利上告制度下においては「法律・命令・規則又は処分解釈が大法院判例に反するとき」を権利上告理由にしたために、それらの解釈に関する大法院判例には、ある意味で一定の範囲の法的拘束力が付与されたことになる。

しかし、社会の変遷にしたがい判例も変更を余儀なくされるものである。このような場合に、大法院は、先例を変更すべきであると判断するときは、上告を棄却することができることとしたのである。

本条は、下級審が大法院の判例に従い判決したのに、敗訴者が判例の変更を主張して原判決の取消しを求める場合について言及していないが、そのような場合にも大法院は、判例変更の必要を認めれば、原判決を取消することができるものと解する。

大韓弁協は、上告制度に関して訴訟促進等に関する特別法第

一条乃至第一条を廃止して、現行の民事訴訟法の条文をそのまま置こうという意見を提示しているのだから、本条は勿論、第三九三条及び第三九四条の改正にも反対意見を表示している。

(8) 「第四〇六条(破棄事由)」

「①上告法院は、上告を理由ありと認めるときは、原審判決を破棄しなければならない。」

②上告法院は、第三九四条の規定による上告を許可する場合、原審判決を破棄しなければ顯著に正義と衡平に反すると認めるにたる重大な法令違反がある場合には、原審判決を破棄しなければならない。」

本条第一項は、現行第一項を一部修正し、第二項は、訴訟促進等に関する特例法第一二条第二項をそのまま受容れて規定した。

試案は、現行第四〇六条中原判決に対する破棄事由のみを規定し、その手続に関しては第四〇六条ノ二を新設し、そこに規定した。

本条第一項については問題がないが、第二項は、憲法が保障する「裁判を受ける権利」(憲法第二六条第一項)との関係上異議の余地がないわけではないと思われる。

(9) 「第四〇六条ノ二(破棄差戻し、移送)」

『①第四〇六条の規定により原審判決を破棄する場合、上告法院は、事件を原審法院に差し戻し、又は同等の他の法院に移送しなければならない。』

② 差し戻し又は移送を受けた法院は、新たに口頭弁論により裁判をしなければならない。ただし、上告法院の破棄理由としてした事実上及び法律上の判断に羈束される。

③ 原判決に關与した判事は、前項の裁判に關与することができない。』

(10) 「第四一二条（再抗告）」

『抗告法院の決定並びに高等法院の決定及び命令に対しては、再抗告することができる。』

現行第四一二条は、再抗告の理由として「裁判に影響を及ぼした憲法、法律、命令又は規則の違反」を規定していたが、現行第四一三条第二項が、上告理由を規定した第三九三条及び第三九四条を再抗告の場合に準用しているために重複を避け、その部分を削除した。

(11) 「第四二〇条（特別抗告）」

『①不服申立てができない決定又は命令に対しては、第三九三条第一号及び第三号に規定する事由があることを理由としてするときに限り、大法院に特別抗告をすることができる。』

②、③無修正

現行法上の特別抗告は、その原型である日本民事訴訟法上の特別抗告（日本民訴四一九条ノ二）とは異なり、憲法違反のみならず、法律違反も抗告理由になるものとされていた。

しかし、一九八一年に訴訟促進等に関する特例法が通常の訴訟事件に対する上告理由を大幅に制限しつつ、同法第一三条において再抗告の理由も上告理由と同一水準に大幅に制限したが、特別抗告に対しては何ら措置を講じなかったために、元來再抗告理由の幅よりも特別抗告理由の幅のほうが狭くなくてはならないのに、逆に特別抗告理由の幅の方が広いという奇妙な現象を生んでいた。

そこで試案は、再抗告理由を規定した試案第三九三条（これが第四一三条第二項により再抗告理由になる）各号の事由の中から第一号、第三号のみが特別抗告理由になり、第二号、第四号は特別抗告理由にならないものとした。

大韓弁協は、上告制度に関するものはすべて右特例法以前の状態に戻そうという意見であるから、当然本条についても改正の必要なしという意見を提示している。

第四編 再審

「第四三一条（準再審）」

『即時抗告を似って不服を申し立てることができる決定又は命令が確定した場合において、第四二三条第一項に記載

する事由があるときは、確定判決に対する第四二二条ないし前条の規定に準じて再審を提起することができる。」

本条は、現行第四三一条の冒頭にある「第二〇六条の調書又は」という部分を削除して規定した。

第二〇六条の調書というのは、和解・放棄・認諾調書をいうのであるが、裁判上の和解の性質については、訴訟行為説、私行為説、両行為併存説等の対立がある。

そして、和解調書の効力を規定した第二〇六条の解釈においても各説の立場により見解が分かれている。

だがしかし、これらの諸見解の中でも、和解調書に完全な既判力を認める無制限的既判力説においてのみ和解調書に対する再審を考える必要があることになる。

したがって一九六一年九月に本条を設ける以前は、大法院判例は裁判上の和解を私法行為ないし両行為併存説の立場で把握していたが、法改正後は「裁判上の和解を調書に記載したときは、再審の訴により取消し又は変更がなない限り当事者はその和解の趣旨に反する主張をすることはできない」（四二九四民上九一四号、判決集一〇巻一集民二二三頁）と判示して訴訟行為説に立脚するに至った。

現在においても大法院判例は、訴訟行為説を堅持しているが、実際の訴訟事件を解決するにおいては諸種の難点を露呈するに至っている。特に、数年前に韓国法務部において仮登記担保法案を起草するとき、起訴前の和解が確定判決と同一の効力をも

つことになるら仮登記担保法が追求する担保提供者の保護が難しくなるという議論が出て、裁判上の和解の本質を訴訟行為説ではなく、私法行為説又は両行為併存説の立場で把握することを希望する意見が提唱され、今回の修正に至ったのである。

よって、試案が法律として施行されれば、法院が、裁判上の和解の性質及び和解調書の効力に関する法理を慎重に再検討することが期待される。

大韓弁協は「第二〇六条の和解、請求の放棄、認諾調書の既判力を排除すれば、かえって法的安定性を害する虞れがある」という理由で反対意見を提示している。

## 第五編 督促手続

### (1) 「第四三三条（管轄法院）」

「督促手続は、債務者の普通裁判籍所在地の地方法院又は第五条ノ二若しくは第一〇条の規定による管轄法院の専属管轄とする。」

今回、試案第五条ノ二に勤務地の特別裁判籍に関する規定が新設されたが、それを支払命令申請の管轄にするのが適当であると判断し、現行第四三三条の条文の中間部に「第五条ノ二又は」という文言を挿入した。

### (2) 「第四三七条（支払命令の記載事項）」

『支払命令には、当事者、法定代理人、請求の趣旨及び原因を記載し、かつ、債務者が支払命令を送達された日から二週間内に異議を申し立てることができる旨を附記しなければならぬ。』

試案は、支払命令から仮執行宣言附支払命令をなくすことにし、その代わりに支払命令が確定しても執行力のみを付与し既判力を付与しないことにすることによって督促事件が簡便かつ迅速に処理されるようにした。

これにより、現行第四三七条がその末尾に「二週間内に異議を申し立てなかったときは、債権者の申立てにより、仮執行の宣言をすべき旨を附記しなければならない」と規定していた部分を「二週間内に異議を申し立てることができる旨を附記しなければならぬ」と改めた。

(3) 「第四三九条（異議）」

『債務者が異議の申立てをしたときは、支払命令は、異議の範囲内においてその効力を失う。』

本条は、仮執行宣言前の異議となっていたが、これを右のように改めた。

(4) 「第四〇条、第四一条、第四二条 削除」

仮執行宣言制度をなくすことにしたために、第四〇条（仮執行の宣言）、第四一条（支払命令の失効）、第四二条（仮執行宣言後の異議）の規定を削除することにした。

(5) 「第四四五条（支払命令の確定）」

『支払命令に対し異議の申立てがないとき、異議の申立てを取り下げたとき、又は異議却下の決定が確定したときは、支払命令の正本は、執行力ある債務名義と同一の効力を有する。』

現行第四四五条中冒頭にある「仮執行宣言がある」という部分は削除し、末尾部分の「支払命令は、確定判決と同一の効力を有する」を、「支払命令の正本は、執行力ある債務名義と同一の効力を有する」に改めた。

試案が現行第四四五条が「確定判決と同一の効力を有する」とする部分を「執行力ある債務名義と同一の効力を有する」としたのは、執行力のみ認め既判力は否定するという意味である。試案が法律として施行されれば、債務者は支払命令に対して異議の申立てをする機会を喪失しても請求異議の訴により債権の原始的不存在を主張することができるであろう。

したがって、試案は、支払命令に対する請求異議の方法を規定する第五二一条において第二項で「請求についての異議の訴に關しては、第五〇五条第二項前段の適用はない」と規定し、この趣旨を明確にした。

大韓弁協は、支払命令制度において仮執行宣言の段階をなくすことには賛成しながらも「支払命令の正本に執行力のみならず既判力をも付与する方が法的安定に資する」という理由によ

り本条の末尾部分は「支払命令は確定判決と同一の効力を有する」と規定すべきであるという意見を提示している。

しかし、委員会においては、仮執行宣言制度をなくしたために、それだけ債務者が異議の申立てをする機会が少なくなり、何も知らずに異議申立ての機会を逸した債務者に対して訴訟において敗訴した場合と同一の効力を及ぼすのは酷であると判断した。試案どおり施行された場合、債務者が争う方法は請求異議の訴になるが、このような場合請求異議の原告は、債務の消滅又は不存在を立証する責任を負うことになるので、債務者がむやみに請求異議をすることは稀であると思われる。

即ち、委員会は、試案どおり施行しても法的安定性を害することはないと解している。

## 第六編 公示催告

### (1) 第四四七条（管轄法院）

① 公示催告は、地方法院の管轄に専属する。

② 公示催告は、法律に規定がある場合を除いて失権する権利者の普通裁判籍を有する法院が管轄する。ただし、登記又は登録を抹消するための公示催告は、その登記又は登録をした公務所所在地の法院に申立てをすることができる。

③ 第四六三条の場合、証券又は証書に表示された履行地の法院が管轄する。ただし、証券又は証書に履行地の表示がないときは、発行人が発行の当時普通裁判籍を有して

いた地の法院が管轄する。』

現行法上公示催告をして除権判決を得ることができる二つの場合のうち、現行第四四七条は、有価証券を失効させるための公示催告についてのみ管轄法院を定め、抹消登記又は抹消登録をするための公示催告（これは、あまり利用されていないが）については、管轄法院を定める規定を置いていない。

試案は、公示催告の申立てに関する管轄は専属管轄にするのが相当であると考え第一項においてその旨を宣明し、第二項において抹消登記又は抹消登録をするための公示催告に関する管轄法院を定め、第三項において有価証券を失効させるための公示催告の管轄法院を規定した。

第三項の内容は、現行第四四七条第二項及び第三項をそのまま生かしたものである。

### (2) 第四五一条（公告の方法）

『公示催告の方法は、法院の掲示板に掲示し、新聞紙に二回以上掲載しなければならない。』

官報への掲載は、これといって実効性もなく、又その省略について主務官署からの希望もあり、現行第四五一条から「官報に掲載し」とする部分を削除した。

### (3) 第四五二条（公示催告期間）

『公示催告の期日は、公示催告を新聞紙に掲載した日から、

少なくとも三ヶ月の期間を置かなければならない。』  
 官報への掲載を省略したことに伴ない、現行四五二条から「官報又は公報及び」とする部分を削除した。

(4) 「第四六一条（除権判決に対する不服の訴訟）」

①無修正

②除権判決に対しては、次の場合においては、申立人に対する訴を以て催告法院に不服を申し立てることができる。

一、法律上公示催告手続が許されない場合のとき

二、公示催告の公示をせず、又は法律の定める方法で公告をしなかったとき

三、公示催告の期間を遵守しなかったとき

四、判決をした判事が法律により職務の執行から除外されたとき

五、専属管轄に関する規定に違反したとき

六、権利の届出又は請求があつたにもかかわらず、法律に違反する判決をしたとき

七、詐欺又は不正な方法で除権判決を得たとき

八、第四二二条第一項第四号ないし第八号の再審事由があるとき」

試案は、第一号ないし第四号は、単に字句のみを修正し、第五号及び第六号を新設したために、従前第五号は第六号に、従前第六号は第八号になる。

第五号を新設した理由は、試案が第四四七条第一項において公示催告法院の管轄を専属管轄にしたために、それに従い管轄違反を除権判決に対する不服の事由として追加した。

第六号については、委員会において若干の議論があつた。旧民事訴訟法第七八一条は「権利を裁判所に届出」と規定していたものを現行法第四六一条第二項第五号は「権利の届出又は請求」に改めた。これは、失権する権利を公示催告法院に届出したときばかりではなく、義務者に請求したときにも除権判決をしてはならず、除権判決をすれば不服の訴の理由になると解さざるを得ない。

だが、大法院は、権利の届出又は請求はすべて公示催告法院に対してしなければならず、公示催告の対象になった権利に関して給付訴訟が提起され、その受訴法院が法院組織法上公示催告法院と同一の法院であっても、それは、除権判決に対する不服事由とすることはできないと判示している（一九七九年四月一日判決）。

委員会において、現行第四六一条第二項第五号の存発ないし改正の是非について諸種の意見が出されたが、公示催告の申立人が有価証券の所持人を知っているばかりでなく、その所持人がその有価証券上の権利を行使するために訴訟を提起したことまで知っていながら公告催告の申立てをすることは許容できない、という趣旨において、現行第四六一条第二項第五号はそのまま維持し、今後、大法院が判例を変更することを期待する以

外にはないとする点で意見の一致をみた。

第七号を新設した理由は、次のごとくである。

そもそも公示催告制度の趣旨からして、登記、登録の抹消のための公示催告の場合、例えば、抵当権設定者が抵当権者の住所を知らなから、抵当権者が抹消登記に協力しないからといって公示催告の申立てをすることはできないのである。

しかし、法院は、不正な方法により除権判決を偏取した者が権利を行使するときでも、「いったん除権判決が言渡された以上その判決が不服の訴によって取消されない限り当然無効になるものではない」(一九七九年三月一九日判決)と判示している。

そこで委員会は、有価証券を紛失したのではなく(例、証券を任意譲渡した者)又は、証券の所在を知らなから公示催告法院を欺罔して除権判決を得た場合には、正当な権利者が除権判決に対する不服の訴を以ってその取消しを求めることができようにするために第七号を新設したのである。

### 三、試案に対する若干の考察

以下、試案のうち特に関心のある若干の問題点についてコメントしておきたい。

(一)、試案第一条は、信義誠実の原則を規定する。

たしかに、現在、信義誠実の原則が民事訴訟法に適用されることについて異論の余地はない。韓国民法第二条第一項が「權

利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実にしなくてはならない」と規定しているのに対し、同民法試案第一条は「法院は、訴訟手続を公正、迅速で経済的に進行しなくてはならず、当事者及び関係人は、信義に従い誠実にこれに協力しなくてはならない」と規定している。

しかしながら、信義則の民事訴訟法における現象形態については、いまだ、理論の定着を待つべき段階であるといえる。

民事訴訟における信義則の機能については以下のような見解がある。「現代の民事訴訟では、裁判所と当事者の共同作業、責任分担の構成がとられている」。「民事訴訟が、このように、裁判所と当事者との協働関係であるとすれば、この協働によって所期される目的の実現のために、訴訟法の与えるあらゆる形式的規整をつらぬいて、普遍的に、かかる協働が各訴訟主体の「忠実」(Fidelity)と「信頼」(Goodwill)、つまり信義則に従って展開されるべきことが要請されてこざるをえないのである」(中野貞一郎「民事訴訟における信義誠実の原則」六四頁；訴訟関係と訴訟行為、所収)。

試案第一条は、右のような趣旨に基づき、信義則の民事訴訟法内における具現化を図るものとして理解することができる。

試案第一条が施行されれば、訴訟行為が信義誠実の原則に反する場合は、民法第一条違反となり、訴訟における実体権の主張が信義誠実の原則に反する場合は、民法第二条違反となる。このような取扱いにより解釈上の混乱も予想できないわけでは

いが、信義則の適用領域が分化されるのであるから、それだけ信義則の適用領域の明確化には、資するであろう。

だが、信義則の適用領域の明確化、機能の限界の明確化が充分になされていない現段階では、信義則の適用に際し、「一般条項への逃避」「法律の軟化現象」といった諸種の法律問題が生じている。

民事訴訟における信義則は、裁判所・当事者間においては、訴訟制度運営の必要性の見地から要請される裁判の迅速、経済、当事者相互間においては、両者の実質的衡平を維持する機能をもつべきものと解する（林屋礼二「民事訴訟における権利濫用と信義則の関係」一九〇頁・『新・実務民事訴訟講座Ⅰ』）。

だが、信義則の民事訴訟における具体的機能の明確化に関連して、ドイツ、日本においても明確な理解が確立されているとはいいがたい。現在の信義則に関する理論の段階からみて、民事訴訟法内における信義則の立法化は、暫時、理論の定着化を待つべき段階であって、時間尚早の感を否めないが、逆に、その立法化は、理論の定着を促進する側面もあるので、評価されてよいであろう。

(一)、試案第八〇条ノ二第一項は「高等法院以上の法院に訴又は上訴を提起した者」にのみ弁護士強制主義を適用する旨を定めている。

この点については、前記李在性弁護士が指摘するように、行政訴訟事件は、一審から高等法院において審理するために一審

から弁護士強制主義が適用され、民事単独事件に対する控訴事件は二審でも地方法院において審理されるために弁護士強制主義が適用されなくなる。高等法院から弁護士強制主義を採用する理論的根拠が、法律専門家である法官をして事件を審理、判断させたのであるから、その判決が不当であると主張するならば、その不服を主張する当事者も、その判決の当否について適正な判断をできるだけの専門知識を持っていなければならない、というところにあるのであるから、試案のように法院の上下によって区別するのではなく、審級の差異によって区別する方がより理論的であるといえる。

また、この制度を実効あらしめるためには、試案八〇条ノ三に定める国選弁護士制度の定備、充実が要求される。現行一一八条の救助の制度がほとんど利用されていない実情を勘案しても、高等法院以上における弁護士強制主義に関する物的人的制度の完備が充分でないままに、この制度が実施されれば、経済的貧困者の裁判を受ける権利を不当に奪う結果になりかねない、という懸念がないわけではない。

(二)、試案第一二六条は、第四項を新設し、積明義務を明示している。

積明を裁判所の義務とすることは、弁論主義を制限することになることがあるので慎重に検討されなければならない。即ち、積明義務を積極的積明という点にあまりにも広く認めすぎると弁論主義に対する不当な制限となり、逆に消極的積明に限

定するなど、それを認める範囲が狭すぎるときは、弁論主義は欠陥を露呈し具体的正義の実現に反することになる。

積明義務を立法化するに際しては、この二つの要請を慎重に考慮して立法しなくてはならない。この点に關し、本条第四項は、「当事者が明白に看過していると認められる法律上の事項」という限定を付すことによって両要請の調和を図ったという点で、注目すべき立法法であると考えられる。

四、試案第二三四条ノ二は、被告の更正手続を規定する。

本条は、李弁護士の解説によれば、新訴提起旧訴取下説に立脚したものであるとされる。

ここに、韓国における通説である新訴提起旧訴取下説の解説を紹介しておきたい。

即ち、当事者の更正を「新しく加入する新当事者にとっては新訴の提起であり、脱退する旧当事者にとっては旧訴の取下となり、このような二つの複合的訴訟行為とみる見解である。当事者の拡張の場合には、新訴の併合提起とみる。この説は、ドイツのKrogerにより提唱された理論であるが、現在、ドイツにおいては、この説に従う学者はいないが、日本における多数説であり、わが国における通説である。しかし、この見解は、当事者の変更を新訴の提起であるとみるために、第一審においてのみ許され、また、新旧当事者間に訴訟の連続性がとぎれるために実用性に乏しいという難点がある。また、当事者の変更は、一つの単一の現象であるのに、これを異質な二つの現象の複合

とみる理論的な難点もある。」(李時潤著「民事訴訟法」二七五頁)と説かれている。

この問題は結局、新当事者の裁判を受ける権利と訴訟経済の要求をいかに調和させるか、という点にあるが、立法にあたっては、訴訟経済の要請をどのように考慮できるか、という点が問題になる。右試案は、新当事者の裁判を受ける権利を重視したものである、といえよう。

四、試案第三五五条は、和解申立ての方式について規定する。この試案において注目すべきことは、第二項において和解の相手方当事者に代理人選任権を委任することを禁止し、第三項において法院が代理権の有無を調査するために当事者本人又は法定代理人の出頭を命じることができるとした点である。

起訴前の和解に關し右試案が問題とするような現象は、日本においても生じたことがある。

当事者が公正証書よりも低廉に債務名義を得る方法として、あるいは公正証書では債務名義を作出できない特定物引渡請求権等について簡便に債務名義を得る方法として、また、家屋、土地賃貸人若しくは金銭消費貸借の貸主が経済的強者の地位を利して一気に不当に有利な債務名義を得るために悪用する場合に、単に民事行政的公証行為となされる起訴前の和解は、そもそも起訴前の和解の要件たる「争いあること」に該当せず、許されない、という学説が日本において有力に主張されている(兼子一「新修民事訴訟法体系」四三〇頁)。

しかし、起訴前の和解が十分に訴訟を予防する機能を發揮するためには、ここでいう「争いあること」とは、現在のみならず将来において訴訟に発展する可能性がある場合を含むと解すべきである。

試案は、第二項において相手方当事者への代理人選任権の委任を禁止し、第三項において当事者の真意を確認できるようにしたが、この点注目に値する。

(六) 試案は、第三九三条において権利上告制を規定し、第三九四条において許可上告制を規定している。

これは、権利上告制において原則として上告理由を制限し、例外的に許可上告制によりこの制限を緩和しようとするものである。立法の趣旨は、上告理由をより制限することによって上告裁判所の過大な負担を軽減することにある。

試案が法律として成立すれば、現行民訴法第三九四条が規定する絶対的上告理由という概念は消滅する。絶対的上告理由を規定する現行第三九四条中、第一号、第二号、第四号は、再審事由と重複するものであり、問題はないが、第三号、第五号、第六号に該当する事由については、試案の解釈としては、試案第三九四条に規定する許可上告の理由に解消されるものと解するはかない。

現行民事訴訟法に規定する上告は、単一種であったが、試案は、「権利上告」と「許可上告」の二種に分けた。両者は、権利上告の場合は上告を棄却するときも常に判決によってしなけ

ればならないが、許可上告は決定で上告を棄却できるという点で異なる。とされる。

試案に対する李弁護士の解説によれば、訴訟促進等に関する特例法第一条ないし第一三条に規定する上告制度に関する規定が、あまりにも上告理由を制限しすぎているとの非難を受け、試案においては、上告許可の理由を大幅に広げ、許可上告事件の手續を単純化した。これにより右特例法及び同法施行規則が定める許可による上告は、大法院が許可してはじめて上告提起の効果が生じるが、試案における許可上告は、当事者が上告の許可を申し立てるのではなく、「許可上告」という上告をすることができるようになったのである。との説明がなされている。

上告裁判所の負担軽減は、日本においてもドイツにおいても重要な課題の一つである。だが、過度の上告制限は、国民の裁判を受ける権利に対する不当な制限となりかねない。この点を考慮して、試案は、上告に対する制限を緩和したのである。

ドイツにおいても、一九五〇年九月一二日の法律で民事刑事案件の上告裁判所である連邦通常裁判所(Bundesgerichtshof)の構成、手續を規定する裁判所構成法、民事訴訟法、刑事訴訟法も大改正を受け、民事訴訟について、従前にくらべて一段と上告の制限が強化されるとともに特別裁判所の手續を定めた法律も、それぞれ上告を制限する立法にふみ切った。しかし、その立法も奏効せず、その後も上告裁判所の負担過重が問題となった(山田晟「ドイツにおける上告制限の問題」菊井献呈論文集下一〇

四五頁以下)という事実を参酌しても、この問題解決のむずかしさを窺い知ることができる。

同試案が施行された場合の運用実績に注目したい。

(四)、以上、韓国民民事訴訟法改正試案のうちいくつかの問題点について考察を試みてみた。

本改正試案は、現代の民事訴訟に提起される課題について、抜本的解決を図ろうとしているが、批判の余地がないわけではない。

本改正試案に中心として流れる理念である「訴訟促進」といった現代の民事訴訟のかかげる目標へ進む過渡的措置と理解できる本改正試案が、今後、法律として成立し、施行された場合の運用実績に注目したいと思う。

なお、本研究は、日頃、御指導を賜わっている石川明教授とともに進めている韓国民民事法研究の一環であり、本研究について手続法研究所の援助を受けたことを付記し、同研究所に対し感謝の意を表するものである。

以上