

# 大正期の法律家によるオーストリア民事訴訟法の受容過程

## —大正15年における民事訴訟法改正と雉本朗造—

上 田 理恵子

### 1. 問題提起

平成8年6月18日に国会で成立、同月26日に公布された新民事訴訟法<sup>(1)</sup>も、平成10年1月1日を以って施行されている。大正15年(1926年)に制定されて以来、70年余り続いてきた改正法(以下、大正15年法と称す)は、これをもってその役割を終えたこととなる。

日本民事訴訟法の沿革の中で、大正15年の民事訴訟法改正を語る場合、①当時の日本資本主義経済の急速な発展に伴う紛争の増大と性格変化に対処するためであったこと、内容については、②職権主義的要素を強化したこと、③オーストリア民事訴訟法(1895年)およびドイツ民事訴訟法の改正が参考とされたことが指摘されている。ドイツにおける改正は、民事訴訟法に福祉国家の視点を導入したオーストリア民事訴訟法(1895年)の路線に沿っている<sup>(2)</sup>。

大正15年法の評価を検討してみると、確かに訴訟促進という要請に応えていないまま年月を重ねてきていたこと、ひいては中野貞一郎教授の指摘にあるとおり<sup>(3)</sup>、継受した法制度の不消化が批判的となっており、こうした批判の高まりが今回の改正につながったと考えられる。したがって、明治23年の制定から平成8年の改正の間であって、大正15年の法改正の不徹底さ、過渡的性格は否めない。

しかし他方で、日本における近代法史の流れに即してみると、大正15年法は、四十年近くの近代的な司法実務経験に基づき、日本の実情に合わせた民事訴訟立法に向けられた努力の一成果でもある。この点、1877年のドイツ帝国民事訴訟法からの翻訳的継受と称される明治23年法の成立過程とは明らかに対比される<sup>(4)</sup>。

上述のとおり、改正作業にあたって最も注目されたのがオーストリア法であったことも、翻訳的継受からの脱皮を裏付けている。フランツ・クラインの起草によるオーストリア民事訴訟法（1895年）は、これに先立つ自由主義的な訴訟立法とりわけ1877年のドイツ帝国民事訴訟法に対置して「社会的法治国家最初の民事訴訟法」として知られ、訴訟の促進および福祉主義の理念に基づいて当事者主義を制限し、裁判官の役割を強化するところに特徴が認められる<sup>(5)</sup>。

明治23年の民事訴訟法制定以来、日本の民事訴訟法は立法、学界ともにドイツ法の影響を最も強く受けた分野として知られていた。このことは、兼子一「民事訴訟法学のあゆみ」においても、他の分野の法学者から、民訴法学者について「ちっとも自分達同士で直接の論争をしないで、両方ともドイツの判例や学説ばかり引合いに出して、向こうの土俵で相撲をとっているんだねと冷やかされても仕方がなかった程ドイツ法の影響は直接だった」と述べられるとおりである<sup>(6)</sup>。これに対して大正15年の改正は、日本の民事訴訟法学界が、独り歩きを始めるに貢献したことになる。

もともと、大正15年の法改正においても、ドイツにおける修正民事訴訟法の制定が強く影響していることには違いないし、改正後もドイツ法の影響が依然として強いことには変わりない。それでも、このような諸外国での法の動きに合わせてオーストリア法そのものに注目するようになったところにも、大正期の法律家たちの中に、いわゆる「ドイツ一辺倒」から脱却し、主体的な外国法の継受を始めた意味で、我が国の民事訴訟立法史における一つの転回点であったとは考えられないだろうか。

本稿では、日本の法律家がオーストリア民事訴訟法をどのように理解し、受け容れていったかを考察することにより、大正期の民事訴訟法改正における主体性と、当時の外国法の継受の限界という二つの側面を同時に明らかにすることを試みる。その方法として、最初に改正作業における直接的な影響を考察し、次に民事訴訟法学界の対応まで考察対象を広げることとする。

## 2. 改正作業におけるオーストリア民事訴訟法の影響

明治23年（1890年）に公布、翌年から施行されたわが国最初の近代的民事訴訟法典に対する改正の試みが始まるのは、はやくも施行から四年後の明治28年（1895年）、司法省に民事訴訟法調査委員会が設けられた時である。明治36年に

はその成果として最初の改正草案が公表されているが、議会で提出されずに終わっている<sup>(7)</sup>。しかし、この時の改正案は、他の諸法典との調整、条文の構成や学説・実務の裏付けのための修正が主な内容となっており、訴訟の促進という課題に向けた深刻な取り組みはまだみられていなかった。そのため、法案の性格からみても「陽の目を見ずに終わる運命にあった」とされている<sup>(8)</sup>。

従って、訴訟の促進という明確な目的を掲げた大正15年の法改正に直接関わる改正作業は、日露戦争終結から二年後の明治40年（1907年）に設置された法律取調委員会によって始められることとなる。

この委員会はさらに主査委員会を組織し、成文の起草に先立って24の重要問題を選び、個別に議決を経るという審議方式をとっている。本稿ではオーストリア法の導入に直接関わる部分に限って検討するため、作業の過程全体については立ち入らないが<sup>(9)</sup>、実際には総ての議決を経ないうちに起草が着手されたり、改正作業の母体も途中で法律取調委員会が廃止となって改正調査委員会に替わるといったように、改正作業が完成するまでには紆余曲折を経ることとなる。

## 2.1 主査委員会の審議とオーストリア民事訴訟法

改正作業の過程で、主査委員会における議論はいわば改正法の原型を作り出す役割を果たしている。後の変更も少なくはないが、改正事項となる論点は、ここでほぼすべて出揃っているからである。『主査委員会日誌』<sup>(10)</sup>の議事速記録に依れば、ここでの各議題の審議に際しては、必ず諸外国の立法例が紹介され、検討されている。立法例の有無が議題の賛否に関わるほど重視されることからみても、外国法の影響は少なからぬものがあると考えられるが、そのなかでも目立って言及されるのがオーストリア法である。法案起草以後の改正作業の議事録で諸外国の立法例にこれほど言及されるものは見当たらないので、民事訴訟法の基本書で頻繁に前置きとして用いられる「オーストリア法の影響」が決定されるのは、この審議の過程であると思われる。以下では、特にその影響が認められる議題を列挙して検討することとする。

### ①弁護士制度について（議題2）

弁護士強制を導入するべきか否かという問題をめぐっては、明治23年法の制定時や明治36年改正案作成時も議論が紛糾したが、賛成派も否定派も妥協する

ことがなかった。

オーストリア民事訴訟法では、27条以下で弁護士強制を採用しているが、弁護士による代理を義務づける必要的弁護士強制 (absolute Anwaltspflicht) と、代理を立てる場合は弁護士によるとする相対的弁護士強制 (relative Anwaltspflicht) とを区別し、ドイツ法と比べれば随分と柔軟になっている。興味深いのは、主査委員会の議論においてこのことが弁護士強制制度支持者にも反対者にも根拠とされていることである<sup>(11)</sup>。反対者はオーストリアで人事訴訟には弁護士強制が採用されていない点を強調し、支持者はオーストリアでも原則は弁護士強制である点を主張している。

結局、弁護士強制は議会通過の見込みがないという理由で否決されている<sup>(12)</sup>。なぜ通過の見込みがないのか説明はされていないが、弁護士訴訟に対する一般的な抵抗が強かったことは想像するに難くない。

さらに、弁護士に代理を依頼するだけの経済的余裕のない当事者を保護する訴訟救助の問題についても、例えばドイツ、オーストリアとも「無報酬で」弁護士が付けられることが紹介され、議論されたが、採決にはいたらなかった。

## ②弁論の準備について

弁論に先立って準備手続きを原則として義務づけること (議題4) は、法改正の最も重要な課題の一つであり、オーストリア法の中で最も注目されたのもこれに関する制度であった。

明治23年法によれば、攻撃防禦方法は、若干の例外 (旧民訴法201条) を除いて、口頭弁論一体性の原則に従って、口頭弁論が終結するまでに提出することができた (同209条)。その結果、「近来民事訴訟が非常ニ延滞スルヲ以テ此延滞ヲ防グ」ことが必要となり、一定期間内に当事者双方に準備書面を交換させて、ここに掲げない次項は主張することを認めないとする方針が提案されたのである。

この動きは、染野教授から、日本の民事訴訟が歴史的経験を経ないために、いわば随時提出主義から同時提出主義へ容易に「逆行」したのだとみられている<sup>(13)</sup>。すなわち、ドイツ普通法のもとでは、攻撃防禦方法の提出時期を定めた同時提出主義がとられた結果、失権を恐れた当事者がむやみに仮定主張や仮定抗弁を並べ立て、無用の資料が膨れ上がって訴訟遅延を招いた。このような不利益に鑑み、革命後のフランス法では、随時提出主義を採用し、それが近代

訴訟法の原則の一つになっていったからである。その意味では、主査委員会での議論もまた日本が表面的にドイツ法を継受していたことの証明となるのかもしれない。

ドイツ、オーストリー、ハンガリーにおいても一方で弁論の一体性を原則に据えていることには変わりがない。ただ、同時にさまざまな規定で弁論の集中をはかる試みもまたなされていたのである。例えばオーストリー民法149条では、原状回復を申し立てる場合には、原状回復の理由となるすべての事情を掲げることが求められている。借家法(33条)にも同時提出主義を求める規定がみられるなど、理由はさまざまであるがこれを完全に廃するわけにはいかないようである。

日本についてみれば、民事訴訟が西欧諸国の「歴史的経験」に拘束される必要は毛頭ない、実際に適用して弊害の出た制度を改めるのは当然であり、ことに民事訴訟法のように技術性の高いものは、必要に応じて新しい制度に改めて差し支えないという反論もまた成り立つはずである。講学上の「同時提出主義」<sup>14)</sup>、「随時提出主義」を区別することよりも主査委員たちが重視したのは、広義の「弁論の集中」による訴訟促進であったと思われる。

さらに反論を重ねるならば、主査委員たちの念頭にあったのは、ドイツ普通法時代さながらの同時提出主義でなく、イギリス法における審理や、とりわけオーストリア1895年法の弁論集中主義に依る審理であった。といっても、かつてのようにそのままオーストリア法が継受されようとしたのではなかった。まずは、原告被告間における準備書面の交換について、議論は交換の回数や期間に終始していた。そこへ横田五郎委員から「奥国ノ民事訴訟法ヲ骨子トシタ」修正案が出され、裁判官の面前における準備手続という構想が明らかにされたのである<sup>14)</sup>。1877年のドイツ法(ドイツ帝国民事訴訟法313条)にならった明治23年法(266条)でも、「計算ノ当否、財産ノ分別又ハ此ニ類スル関係ヲ目的トスル訴訟」については裁判官の面前における準備手続が認められていたが、ここでオーストリア1895年法(奥民訴245条以下)に従って、訴訟一般に準備手続が拡大適用される方針となったのである。内容については、この準備制度に最も関係の深い横田委員ら三名を起草委員に加えて特別委員会が構成され、具体案が練られることとなった<sup>15)</sup>。こうして、弁論の準備を準備書面による弁論の準備と準備手続きとに分けて規定する具体案<sup>16)</sup>が参考案として議題に

付され、総会に提出されることとなったのである。

③ 迅速な訴訟をはかるその他の新しい構想のうち、立法例としてオーストリア民事訴訟法が詳細に紹介されていることで注目されるのが訴訟要件を具備しない訴えの却下（議題8）<sup>(17)</sup>、欠席判決の制限（議題11, 12）<sup>(18)</sup>、上訴制限に関する諸議題（議題16, 17, 18）<sup>(19)</sup>についてであり、いずれもほとんど反対も無く可決されている。この上訴制限は後に議会で削除される制度であるが、起草者側は、一致して採用に賛成であったことには留意しておかねばならない。

このほか、制定法化の後、世界でも例のない規定だと非難されることになる職権証拠調べ（議題13）も主査委員会ではほとんど反対なく可決されていた。染野教授の指摘では、各種の問題において当事者の自由や恣意を制限する傾向があるところから、証拠調べにたいしても、それが「次元の違う側面」であるにもかかわらず、いわば「勇み足」となってこの傾向を及ぼしたのではないかとされる<sup>(20)</sup>。

諸外国の立法例については起草委員から順次説明があり、主査委員一人一人に予め資料が行き渡っていたが、オーストリア法の解説、これに基づいた改正案の提言を担当したのは検事、横田五郎である<sup>(21)</sup>。先に例示した論点からもうかがえるように、この人物の発言は議事録の中でも目立って多く、重視されている。

横田委員がとりわけ熱意を以って充実を図ったのは、論点②で述べたとおり準備手続きの制度である。オーストリアにおける民事訴訟の場で、例えばさまざまに食い違う証言を質問や対質によって明快に整理されていく様子を視察し、弁論の集中が、迅速かつ実体的真実発見に即した紛争解決に貢献するという確信を得たことは、自身も認めている<sup>(22)</sup>。反面、視察の過程でオーストリア法における第一期日の制度（墺民訴229条以下）が必ずしも成功していないことも見て取っていたため、日本法の改正に際しては、第一期日と続行期日との間で手続きを区別する必要はないと断言している<sup>(23)</sup>。

法制度の取捨選択についても、このように、立法者と外国法との距離の取り方の点で、明治23年法の成立過程との明らかに異なっている。もはや好ましい制度を一方的に継受するのではなく、その国での実務のあり方、日本にとって適切か否かを併せて検討しようとする姿勢が認められるからである。

## 2.2 起草過程における影響

改正作業は複雑な経過を経ており、主査委員会の審議結果が正確に起草に反映されたわけではない。起案の過程で独自に加えられたり削除された内容もある。その中で注目される内容は、合意に基づく期日の変更（明治23年法169条）や期間の伸縮（同法170条）の廃止である。この制度は近代的民事訴訟法としては、オーストリア法によってはじめて採用されており、当事者の自由を最大限保障する自由主義的民事訴訟法と対照させるために、しばしば引き合いに出されるように、同法の性格を表す典型的な内容であることから、おそらくオーストリア民事訴訟法に倣ったものと考えられる<sup>(94)</sup>。ここにもまた、民事訴訟法改正案ではオーストリア民事訴訟法による影響が強められていった形跡がうかがえる。

審議の議事録は見つかっていないが、管見の限りでは当該規定の構想は、次のような過程をたどっている。まず、起案委員会決定案で最初に、裁判長が申し立てまたは職権により、期日を変更することができ（164条）、また期間を伸縮することができる（168条）とする案が出され、起草委員会決義案でも同様の規定が残されている（162条、170条）。その後、起草委員会案では期日変更の規定が除かれ、期間については申し立てによるという部分が削除されている（148条）。

## 2.3 評価

ここまでの考察から、大正期の改正委員たちがオーストリア民事訴訟法の諸制度を導入するにあたっては、改正の目的にあわせて主体的に取捨選択を行ってきたことを明らかにしてきた。

しかし、その主体性が必ずしも肯定的にばかり働いたとは限らない。起草者側による職権主義や迅速性の重視は裁判所側の便宜に終始したため、もともと当事者の私的自治をも尊重していたクラインの訴訟理念<sup>(95)</sup>を超えて行き過ぎ、日本の在野法曹や国民一般ともかけ離れてしまいがちであった。

このことは、議会における審議によって、合意による期日変更の禁止の緩和（改正法案152条4項で最初の口頭弁論期日に当事者の合意変更を認めたこと）、上訴制限が廃止（改正法案361条の排除）という、いずれも重要な改正点が職権主義を緩和する方向に法案が修正されてしまった事実や、法案に対する在野

法曹のさまざまな批判<sup>(26)</sup>によっても立証されている。

オーストリア法の採用した新工夫ないし法技術に注目しても、そもそもオーストリア法が依って立つ原則に対する配慮の不足こそが、日本におけるオーストリア民事訴訟法導入における重要な反省点のひとつとしては位置づけられないだろうか。

### 3. 雉本朗造とオーストリア民事訴訟法

明治に「お雇い外国人」が活躍した当時と異なり、彼らの尽力によって成立した諸法典・制度が改正される頃になると、西欧人が改正作業の前面に登場することは少なくなってきている。前述の横田委員が直接ラインから訴訟制度について教示をうけたかどうかは定かではない。ラインと日本の法曹との間に面識がなかったわけではないが<sup>(27)</sup>、それでもかつてのロレンツ・フォン・シュタイン (Lorenz von Stein, 1815-1890) における場合のような関わりかたと同列に扱うことは到底できない。

そこで、直接ラインに接したりオーストリアに留学していたわけではなくとも、一般に日本の訴訟法学者や法曹が、1895年のオーストリア民事訴訟法をどの程度注目していたか、さらに民事訴訟法改正と結び付けて検討していたかを次の考察の対象としたい。

その手がかりをみつけるために、当時に発表された著作や雑誌論文の記事を検索してみてもオーストリア民事訴訟法を中心に論じていると思われるものはめったにみかけない。その中であって、オーストリア民事訴訟法を積極的に参考にしながら日本の法改正を論じようとしている点で注目されるのが雉本朗造である。

#### 3.1 雉本朗造の民事訴訟法學上における位置づけ

雉本は明治9年(1876年)愛知県鳴尾村に生まれ、東京帝国大学法科卒業した明治36年から京都帝国大学講師、翌年には助教授を勤めた。明治41年から1年ほどドイツ、イギリス、フランスへと留学し、帰国後は教授となり、博士の学位を取得している。その後は大正11年の不慮の死まで、京都大学教授として民事訴訟法學では権利保護請求権説の支持者として理論構築にはげむ一方で、立命館大学を經營し、文官高等試験の委員も勤めていた。当人の言によれば、



自分は「日常現行民事訴訟法の解釈に従事すと雖も、訴訟の實際に干与しつつあるにあらず」<sup>(28)</sup>としているものの、訴訟実務上の諸問題についても法律相談所の創設や小作争議への支援を惜しまなかったように、研究者としても実務家としても優れた人物であったと評価されている<sup>(29)</sup>。

雉本の問題意識一般については、次の三つの特徴を挙げておきたい。

一つには、小作争議で小作人の味方となる行動からも、雉本の社会的関心の高さは明らかであるが、国民が国家に対して「権利として」私権の保護を請求する権利を有するという考えが、その思想的基盤を形成していたことである。訴訟法学においては、雉本は権利保護請求権説を代表する学者であるといわれている<sup>(30)</sup>。訴権学説中の権利保護請求権説は今日から見ればすでに克服された学説であるが、「国民がようやく権利意識に目覚めはじめた、いわゆる大正デモクラシー期において、私人が国家に対して権利を持ち、国家が義務者となるという考え方」が日本の学界に清新な風を吹き込んだとされるのは、もっともなことであった。

次に、自身もドイツに留学し、ヘルヴィヒ (Konrad Hellwig, 1856-1913) の影響を強く受けたにもかかわらず、雉本が日本の学界におけるドイツ一辺倒を強く批判していたことである<sup>(31)</sup>。雉本が目指したのは、我が国独自の法学を樹立することにあつたからである。

この点とも関連する三番目の特徴は、雉本が現実の課題を論ずる場合に必ずローマ法、ゲルマン法以来の沿革をたずね、本質を解明しようとする歴史的実証的分析手法をとったことである。ドイツ法の継受にあきたらず、このような方法にこだわったのも、日本固有の法学を打ち立てようとする意図から出たものであるとされる<sup>(32)</sup>。

民事訴訟法の改正に対する雉本の見解についても、これら三つの特徴と照らし合わせながら検討していくこととする。

### 3.2 オーストリア民事訴訟法と日本の民事訴訟法改正に対する雉本朗造の見解

民事訴訟法改正に関連する雉本の執筆活動は、以下の諸論文の中で展開されている。すなわち、①「民事訴訟法改正草案研究致愚録前史」(明治41年—明治42年)<sup>(33)</sup>、②「獨乙ニ於ケル民事訴訟法改正ノ氣運」(明治42年)<sup>(34)</sup>、③「民事訴訟関係法規改正私義」(明治44年—明治45年)<sup>(35)</sup>、④「商事裁判所及商

事部ニ関スル獨、 澳ノ現行法制」(同年)<sup>(36)</sup>、そして⑤「民事訴訟制度の変遷及改正運動 附 澳太利新民事訴訟法及び匈牙利新民事訴訟法」(大正2年)<sup>(37)</sup>である。(以下、便宜上この順序で第1論文、第2論文---と称していく。)

### 3.2.1 最初の構想

第1論文は、表題にふさわしく、民事訴訟法改正問題に対する雉本の研究にとって序章の役割を果たしている。この論文が発表された時期が法律取調委員会が発足した翌年ということもあって、雉本は民事訴訟法の改正が他の法律と比べて特に遅れている、と指摘することから始め、改正作業に従事することになる当局側に対して、明治36年における作業に鑑みて三点の要求を挙げている。

まず、改正の前提として実務家の見解、意見が公表されることである。当時の現行民事訴訟法である明治23年法が(イ)日本固有の事情に適合しているか、(ロ)社会上、経済上重大な任務を努めているかが実務家の所見によって明らかにされねばならないにもかかわらず、これまでそのような研究が見当たらないからである<sup>(38)</sup>。

次に、明治36年の旧法典調査会案の理由書が公開されることである。この法案については、上述のとおり法案自体は公開されているが、実務家の意見も知ることができず、当局側の意図も知れないまま、法律の修正の存否も修正の方針も窺い知ることができなければ、「机上」で民事訴訟法改正法案を論ずるに過ぎないというのが雉本の主張である。今日からみれば至極当然の要求内容に思えるが、「民ハ依ラシム可ク知ラシム可カラズ」という「古代ニ於ケル治世ノ大原則」が意識すると無意識とにかかわらずなおも当局側に残存していたらしい。そこで、ドイツにおける草案の審議のように、理由まで含めて公開することが求められている<sup>(39)</sup>。

第三に掲げられる要求は、改正に際して綿密な比較法的研究が尽くされねばならないということである<sup>(40)</sup>。比較の対象として雉本が挙げているのは、ドイツ、オーストリア、イギリスである。それというのも雉本は、すでに1877年のドイツ帝国民事訴訟法が、自国で評判芳しからず、1895年制定のオーストリア法に向けて「根本的修正」を為そうとしていたことに注目していたからである<sup>(41)</sup>。その流れに反して、日本ではドイツ帝国民事訴訟法の翻訳的継受から

抜け出すべく始められたはずの明治36年草案が、「愈愈千八百七十七年若クハ千八百九十八年ノ獨逸民事訴訟法」に近づいていっていることを、雉本は厳しく批判している<sup>(42)</sup>。そこでまず、自らこの要求を實踐するべく、ドイツにおける民事訴訟法改正の動きとオーストリア民事訴訟法の成績の研究を順次明らかにしていく意向を明らかにしつつ、この稿は終了している。

イギリス法に注目したのも、民事司法の成績が良好であるという評判を顧慮してのことであつたらしいが、「外觀ニ過キ」ないか「英国ニ固有ナル国情」によるものではないか、と雉本自身は推測していたらしい。それでも「充分ノ研究ヲナシタル」後、必要な制度があれば導入するべきであると、自分もドイツにおける論争を通して逐次イギリス法にも言及していく予定であつたらしい<sup>(43)</sup>。

第2論文は、最初の課題であるドイツにおける民事訴訟法改正の動きを論じようとしたもので、その構成はすでに第1論文に示されている<sup>(44)</sup>。

- 一、改正ノ氣運ノ由来及其推移
- 二、改正ノ聲（獨逸民事訴訟法（一八七七年）及其成績ニ対スル批評一斑）
- 三、獨逸民事訴訟法（一八七七年）ノ應急的修正
  - （イ）一八九八年ノ修正即獨逸新民事訴訟法
  - （ロ）一九〇五年ノ修正法（所謂大審院事務減少法）
- 四、獨逸工業裁判所及商人裁判所ニ於ケル特別手続
- 五、一九〇七乃至八年ノ獨逸裁判所構成法、民事訴訟法、裁判費用法及弁護士手数料等に関する應急的改正法案ノ成立由来及之ニ対スル批評一斑（此ノ法案ノ規定ハ包装機時第十八卷第一号ニ記載セラレタリ）
- 六、結論

「総言」と題される第1項<sup>(45)</sup>では、民事訴訟法においては他の法律よりも「立法政策上ノ方針」が重大な意義を有すると主張することから始まっている。ここにいう「立法政策上ノ方針」とは、「当事者処分主義」や職権調査主義、口頭主義や書面主義、公開主義や非公開主義等々の個別の訴訟原則のことである。そして、「善良ニシテ適切、敏速ニシテ廉直」な民事訴訟法を實現するために「幾對ノ立法主義ヲ如何ニ結合スルカ、殊ニ各對ニ於ケル立法主義を如何ニ調和」するべきかが今日にいたるまで苦心されてきているため、その過程を明らかにすることが我が国の民事訴訟法改正に急務であると確信されている。

この目的のため、第2論文では、我が国の民事訴訟法の母法たるドイツ帝国民事訴訟法が考察の対象となっている。その成立過程で雫本が手がけたのは、ドイツ普通民事訴訟法における訴訟原則を明らかにすることであったが、これと対照させてフリードリッヒ大王の「一般裁判所法」(Allgemeine Gerichtsordnung)の検討を始めるつもりだったらしい。なぜなら雫本の理解するところでは、フランス民事訴訟法を「歓迎シテ」継受したドイツ帝国民事訴訟法が「必シモ予期ノ如クナラス」に、「普国一般訴訟法ノ系統ヲ受ケ」た1895年のオーストリア民事訴訟法が極めて良好な成績を挙げていることに注目していたからである。

しかしながら、第2項「獨乙普通訴訟法ノ成立由来、其立法主義及手続ノ一斑」では、普通訴訟法の検討半ばにして未完のままに終わっている。

### 3.2.2 裁判機構の改革に対する具体的提案

第3論文が発表された明治44年から45年にかけては、民事訴訟法改正作業のうち、起草委員会による議題の選択が開始されている。

ここで雫本が新たに指摘しているのは、訴訟法の運用にあたるべき機関に関する規定、即ち裁判所構成法及びその付屬法規、弁護士法が、明治23年法の成績不良の重要な一因を為している点である。そこで、今回はこれらの法規の改正を「絶叫」し、次に訴訟法の修正を論ずる構想が示されている<sup>(46)</sup>。

では、どのような改正が必要であると雫本は指摘していたのか。この論文も未完に終わっているので、二つの提案しかわかっていない。一つは、合議裁判所の組織を改革することであり、もう一つは商事裁判所の設置である。

裁判所の組織改革で雫本が提唱するのは、上級審へ進むにつれて三人、五人、七人と増加する制度(旧裁判所構成法11, 32, 40, 53条)を批判して、まず裁判官の総数を減少させることである。数が多くなっても実体的真実が保障されるのでもない、それよりも優秀な裁判官が、特に一審で求められている、とする量より質の主張は、当時の司法当局者にとってかなり痛烈な批判となったと推察される。さもないと、「国民ハ、第一審ヲ視テ、上級審ノ裁判ヲ受クルカ為ニ経過セサルヘカラサルヤムヲ得サルノ階段ト為スニ至ルヘシ」とし、審級制の意義を説いているのももっともな批判であると考えられる。外国の立法例の中で雫本が引き合いに出してくるのは、イギリス法制であり、一定の事件に

ついて単独判事を用いるオーストリアやフランスの例である<sup>(47)</sup>。

商事部の設置<sup>(48)</sup>は、商慣習の独自性と商取引の迅速、簡易性に貢献するために出された提案である。最初に商人という身分ではなく、事件の特別性が問題となるので、司法権の独立を侵害することにはならない、という前提が明らかにされている。雉本の構想によれば、商事部は通常裁判所の中に設けられ、商事事件だけを扱い、「商人階級ヨリ選任セラレタル素人判事」<sup>(49)</sup>が導入されるべきであるとする。これに加えて、判事補の銀行、企業等での商実務の研修が必要であるとも提案している。

第3論文では、オーストリア民事訴訟法に対する注目がいっそう具体的になってくる。裁判官の人数や商事部の構想も、具体的にはオーストリア法を参考に行っている部分が多い。

第3論文と同じ号に掲載されている第4論文はごく短く、現行法制の説明でしかないため、雑録として分類されているが、ここでも、主眼とされているのはオーストリアの商事裁判所及び商事部についてである。雉本にしてみれば、商事裁判所設置の議論が盛り上がることを期待して、その場合には資料に供しなかったのではないかと考えられる。

オーストリア法が良好な成果を挙げている主な要因を、雉本は次のようにみている<sup>(50)</sup>。

同国ノ法曹ガ其訴訟法規ヲ以テ同国ノ誇ト為シ、獨逸民事訴訟法ヲ母法トシタルニ係ハラズ、其成績ヲシテ遙ニ後者ノ上ニアラシメントシ、裁判官タルト弁護士タルトヲ問ハズ、挙国一致、銳意誠心其職務ヲ行フニアリ。夫レ、奥国訴訟法ノ威蹟ヲ見テ、之ガ運用ノ任ニ當タレル人士ノ熱心ヲ視サルハ、浅見ナリト言ハサルベカラズ。又之ヲ視テ、我構成法及弁護士法ノ規定ニ留意セサルハ、吾人ノ解スル能ハサル所ナリ

ここでは法曹の意欲が誇張さえされているように思えるし、新民事訴訟法制定前後にわたるクラインと弁護士との間の対立を想起すれば必ずしもこのとおりではない、と反論したくはなる。にもかかわらず、民事訴訟法の改正には裁判所の組織、弁護士法の改正が急務であるという雉本の強い主張ならびに具体的な構想には、実際にこれらを伴わなかったために改正法施行後さまざまの不都合が生じてくることを思い合わせるとき、いかに先見の明があったかを思い

知らされずにはいられない。

### 3.2.3 民事訴訟制度の歴史的変遷とドイツ、オーストリア、ハンガリー法 に対する評価

これまでの研究構想を通じて、民事訴訟法改正について論ずる前提として、まず過去に於いてどのような改正運動があり、それはどのように変遷して現代にいたり、また現代諸国においてはどのような改正運動があるかを知っておかなければならない、という基本方針を雉本が貫いてきたことは明らかである。しかしその構想は、「不幸にして甚だ余暇少なく」<sup>(61)</sup>、二度とも未完のままに終わっている。そこで、大正2年1月から3月にかけて法律新聞に連載された第5論文において、雉本は少なくともこの前提となる作業の概観だけは仕上げようとしたらしい。折りしも改正作業の方は、主査委員会の審議が始まる前年であり、議題がそろそろ出そろう頃であったと思われる。

論文の構成は三つに大別される。すなわち、最初にドイツ帝国民事訴訟法(1877年)の制定に至るまでの訴訟制度の変遷及び改正運動を論じ(第一款)、次に「最近に於ける二大訴訟立法と称すべき」オーストリア民事訴訟法(1895年)とハンガリー訴訟法(1911年)のそれぞれについて由来及び特色を論ずる(第二、第三款)。

#### 3.2.3.1 ドイツ民事訴訟法史

第一款はさらに細かく四つに分けられている。最初に北部イタリアに発達した訴訟制度とザクセン法圏との対立を論じ、次いでドイツ普通訴訟法へと移る。この中には、弁論主義や当事者処分権主義も認められる一方で書面主義、非公開主義、同時提出主義、証拠分離主義、法定証拠主義など、後に自由主義的訴訟立法者たちから攻撃にさらされることとなる訴訟原則が揃っている。「真実の実現」と「救済の迅速」を目的としているとして、雉本がこれらを必ずしも否定的には捉えていないのは、後になって部分的に形を変えながら再活用されることになるからであろう。

しかしながら実際には、ドイツ普通法の下で「裁判は真実に合せず又訴訟は甚しく遅延」し、さらに秘密主義のために、国民は裁判官に対する信頼を失っていた。このことから、二種類の改正運動が生じたと雉本はみており、第三、第

四に各改正運動を論じている。

一つは「フレデリック大王の遺志を襲き」一般裁判所規則（1793年）による改正であり、雉本のみるところではオーストリア民事訴訟法は沿革上この思想を踏襲しているとする<sup>(62)</sup>。目的、内容ともにこの訴訟法は雉本の高い評価を得ており、失敗の原因は専ら急激な自由業としての弁護士廃止<sup>(63)</sup>という実験に求められている。

もう一つはフランス民事訴訟法（1806年）の認める口頭主義及び公開主義、証拠認定における自由心証主義に倣う運動で、ドイツ民事訴訟法ひいては日本の明治23年法はこの成果である。注目すべきは、すでにフランス民事訴訟法において、口頭主義という原則にもかかわらず実際は「訴訟事件の百分の九十は書証のみによりて」裁判され、「事実上の弁論は一期日に完結するを」常としていることに雉本が注目していることである。このことから、この訴訟の良好な成績は、「(イ)主として弁護士に因る訴訟の準備と(ロ)仏国法に特有なる書証尊重主義に依」<sup>(64)</sup>ることを、雉本は確信している。

この主張は、口頭主義の行き過ぎた尊重が訴訟遅延の弊害を引き起こしている当時の日本の現状に対する批判を、間接的に代弁しているとも受け取れる。

### 3.2.3.2. オーストリア民事訴訟法（1895年）

明治末期から大正の民事訴訟法改正にいたるまで、法律新聞記事の項目を見渡したところ、海外通信などの雑録に属する記事を除いてオーストリアやハンガリーの法制度が正面から取り上げられているものは、欧米諸国関係の記事の中ではごく少なく<sup>(65)</sup>、その中でも民事訴訟法がこれだけ詳しく紹介されているものは、この論文しか見当たらない。

ここで強調しているのは、個々の規定がいかに実体真実の発見と訴訟の促進を目指して定められているかについてである。雉本は各々の目的に応じて、この民事訴訟法に特徴的な制度を二つに分類している。実体的真実発見の規定としては真実義務（嘆民訴178, 406, 313条）、裁判官の釈明義務（182条, 183条1項, 2項）、口頭弁論集中（第一期日に関する規定239-243条、準備手続に関する規定243条3項, 244-246条, 251-253条, 262-264条、証拠の随時提出主義の制限278条）を挙げている。訴訟の促進を目的とする制度には、当事者の合意による期日変更および期間の伸縮の制限（128, 134, 181, 185条）、

時宜に遅れた攻撃防禦方法の提出に対する制限（179条，202条，275条2項，417条3項，482条2項），当事者の欠席の場合の手続き（146条以下，396条，399条），上訴手続きの制限（482，483，492，509，512条，528条2項）が属している。

このような分類方法について，法規定の中には両方の目的に通ずるものもあり，二つの目的に分けきるには大胆すぎることは雫本自身認めている<sup>(56)</sup>。それを敢えてこの方法に踏み切ったのは，訴訟の目的を強調することの他に，これを資料の一つとして学界ないし法曹界の議論を喚起したかったからではないかと思われる。比較対照のために逐次ドイツ法と日本法の条文が引用されていることから，そのように推測される。

オーストリア民事訴訟法を詳細に紹介しながら高く評価する一方で，その抜本的な改革が特に当事者を犠牲として断行される例が少なくないことも雫本は忘れてはいない<sup>(57)</sup>。

雫本がハンガリー民事訴訟法（1911年）に注目した重要な理由は，この急進性を緩和する方向を求めたことにあると考えられる。

### 3.2.3.3. ハンガリー民事訴訟法（1911年）の評価

ハンガリー民事訴訟法の制定までにはかなり時間がかかっているが，いわゆる「後れてきた者の有利」のたとえに値するだけの価値があったと雫本はみていたようである<sup>(58)</sup>。

我が国に於ける今次の改正に際し同法を参照することを要する理由は他なし，之れ同法は奥太利訴訟法を斟酌したるに拘はらず其起草者たる Franz von Klein 氏が多少熱情的（Temperamentarisch）に鼓吹したる幾多の主義上の修正を排斥し，主として獨逸訴訟法に則りたること及び訴訟運用上の細目に関する幾多の規定を加へ，醇乎として醇たる法律たることにあり。

ハンガリー民事訴訟法について，雫本は条文の構成という形式的な面でも評価している点がある。ドイツ帝国民事訴訟法や明治23年法において，区裁判所の手続きは地方裁判所の手続きを準用するのが大半であったのに対して，この訴訟法では各条文ごとに地方裁判所における場合と区裁判所における場合を明文で規定している点である。区裁判所の手続きが「極めて簡単にして且つ迅速



なるものたることを要す」という目的に適った手段だからという<sup>(60)</sup>。

オーストリア民事訴訟法の場合と同じように、雉本は、真実の発見と迅速性の二つの目的によってハンガリー民事訴訟法の内容を分けている。真実義務（ハンガリー民法222条2項）、裁判所による釈明権の拡大（228, 308, 326, 340, 343-345, 350, 368条）が前者に分類されるのもオーストリア法と同様である<sup>(61)</sup>。弁論の集中に関する規定も基本的にはここに分類されるが（応訴を目的とする弁論期 178-193条）、オーストリア法のように厳密な「準備手続及び又証拠分離主義を認め」てはいない<sup>(62)</sup>。

それよりも顕著にオーストリア法との差異がみえてくるのは、訴訟の迅速性に資するための制度についてである。期日の変更及び弁論の延期に関する規定（239-241条）では、重要な理由が説明された場合には期日の変更（239条）、または遅くとも弁論開始に先立つ八日前に合意を以って裁判所に届け出を為した場合は弁論の延期（240条）が認められている。また、遅れた攻撃若しくは防禦方法又は証拠方法の提出についても、オーストリア法のように制裁規定が存在しない。

なかでも、ドイツ法とオーストリア法を折衷する制度として雉本が注目しているのは、当事者が欠席した場合の手続き（439, 440, 445, 460条）と上訴制度（493条以下）である。まず、応訴のための弁論期日についてはドイツ法に近い。原告が欠席した場合に被告の申し立てにより決定を以って原告の為した呼び出しを廃棄すべきであると、被告が欠席した場合には原告の申し立てにより被告敗訴の判決を為すべきとする（439, 440条）。ただ、被告は「故障申し立て」を為すことができるが、以前に被告の申し立てによる期日の変更があったり、故障申し立てをしたことがある場合は、もはや故障申し立てを為すことができない（460条）、本案の弁論期日における当事者の一方の欠席についてはオーストリア法と等しく以前に弁論期日に於いてなされた弁論及び証拠調べの結果を斟酌し、出席当事者の提出した新事実及び新証拠は準備書面を以って欠席者に通知された場合にのみ斟酌される（450条）。こうしてくださった判決には故障申し立てができず、原状回復の申し立てのみ認められる（451条、456条4項）<sup>(62)</sup>。

上訴制度については、口頭弁論を経て裁判すべき控訴手続き（493, 494, 498条）と、口頭弁論を経ずに単に公開の法廷における陳述“öffentliche Vortrag”

に基づいて為す控訴手続き（512条以下）に分けられている。前者はドイツ法の影響を受けて控訴の申し立ての変更、付帯控訴、新事実の提出をも認める。これに対して後者は、当事者双方が口頭弁論を放棄した場合等、いくつかの特定の場合（512, 513条）に適用され、オーストリア法の影響を受けて付帯控訴も、新事実や新証拠の提出禁止が原則となる手続きであることが紹介されている。ハンガリー民事訴訟法におけるドイツ、オーストリア両法の受け入れかたについて、雉本は次のようにまとめている<sup>(63)</sup>。

之を要するに奥大利訴訟法が訴訟に依る救済の迅速を欲する必要上認めたる特殊の制度は其形式及其範囲に於いては匈牙利訴訟法の継承する所に非ず、匈牙利訴訟法は獨逸訴訟法を折衷し、奥大利訴訟法の急進的傾向を緩和したる者と云はざる可らず。

「訴訟による救済の迅速」を目的とするハンガリー法独自の工夫については、わずかしか述べられてはいないが、「明らかに上告を為すことを得ざる場合に」上告した者や、第一審を認める控訴判決に対して上告し、その上告が「判然理由無し」として棄却された者が「僥倖に依りて勝訴判決を得んと」したとして罰金を科される制度が紹介されている（544条）<sup>(64)</sup>。

第5論文によって、雉本は「現時に至るまで常に企てられ常に修正されつつありたる訴訟制度改正運動の傾向を考察し得た」としている。その結果発見されたのは、改正運動の方向が「所謂螺旋的に過ぎざること換言すれば旧時の制度を破壊しつつ又新しき形式に於いて更に旧時の制度を反復しつつあるに過ぎざること」であるという<sup>(65)</sup>。

このことに鑑み、民事訴訟制度の改正を談ずることの難しさを痛感しつつも、雉本は最後に「他の機会に於て現行訴訟法の改正に関する私見を公に」<sup>(66)</sup>することを約しているが、これまでたびたびそうであったように、雉本の私見は公表されないままに終わっている。

### 3.3 評価

ここでは、これまで挙げてきた諸論文の検討結果から、雉本の研究方針について先に挙げた諸特徴が民事訴訟法改正への取り組みにどのように作用してい

るかをまとめてみたい。

最初に指摘できるのは、民事訴訟法の改正に対する雉本の態度にも、三つの特徴のうち第二と第三の特徴、すなわちドイツ法の翻訳的継受からの独立方向と歴史実証研究が重なりあいながら作用している点である。

視野を広げて遡ってみれば、法の歴史の変遷をまず論じて現在の改正に生かすという雉本の主張は、サヴィニー (Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861) がドイツ民法典編纂に向けて歴史法学を樹立していった過程を想起させずにはおかない。雉本がサヴィニー以来の法史学に直接言及している資料は管見の限りでは見つかっていないが、間接的にせよ少なからぬ影響を受けた可能性は、雉本の主張の端々に表れている。

もっとも、サヴィニーの影響というなら、「民族精神」<sup>(67)</sup>を追求するべく日本法の歴史を研究するべきであったはずであるといわれるかもしれない<sup>(68)</sup>。従って、雉本が「日本独自の民事訴訟法学の樹立」<sup>(69)</sup>をめざしていたにもかかわらず、方法論的に雉本もドイツ法学に拘束され続けていたことになる。この点についてもサヴィニーひいては歴史法学派にとって「隠れた聖遺物」的存在であったローマ法の状況との類似性が想起されることになる。従って、雉本の関心は一見して中立的・技術的な法規定の検討に終始しているように見えるが、その背後に、ドイツ的方法と歴史を日本法の樹立に役立てようとしている姿勢が認められる。

雉本の歴史分析がこのような政策的意図にのみ基づいていると考えれば、各訴訟法の変遷や改正運動の社会的経済的背景との関連に対する洞察が、きわめて少ないことにもうなずける。雉本にとっての現代に応用することのできる限り、法の歴史研究が意味をもって来るからである。

オーストリア民事訴訟法はフリードリッヒ大王の遺志をついだものという評価<sup>(70)</sup>が繰り返されることに対して、啓蒙専制君主の思想と、自由主義の時代を経て社会的法治国家の思想がでてきた時代とを錯覚しているのではないかという疑問が生じて来ざるを得なかったが、これについても視点を訴訟原則の改正にのみ集中すれば、矛盾することなく説明される。思想基盤にまで眼を移さなければ、クラインが過去の立法技術を参考にして1895年法を起草しており、その中でプロイセン一般裁判所規則が重視されているからである<sup>(71)</sup>。

第一の特徴すなわち権利保護請求権が民事訴訟法の基礎であるとする思想は、

社会的民事訴訟法を要請するクラインの訴訟理念と通ずるところも認められないではないが、オーストリア民事訴訟法への支持する態度と基本的に矛盾しているようにもみえる。国民の「権利意識」の覚醒に注目するならば、クラインに比べてそれ以前の自由主義的訴訟法へといたるのが自然なはずだと考えられるからである。それをいきなり社会的訴訟法へと通り越していくのは、西欧的な意味での自由主義の時代を経て来なかった日本の独自の展開に因るとする見解もあるが<sup>(72)</sup>、雫本の訴訟観に限ってみるならば、オーストリアの場合のように民事訴訟法と社会性が結びついていないと考えた方が適切ではないだろうか。

その重要さに比べてオーストリア民事訴訟法研究が少ないことが、今日もお課題となっていることに鑑みれば<sup>(73)</sup>、大正期にここまで綿密に検討を重ねた雫本朗造の研究態度には、感嘆の念を禁じ得ない。

雫本が大正期の改正作業に間接的な影響を及ぼしたであろうことは、いろいろと推測のつくことではあるが、より直接的に、こうした研究が改正作業に生かすことはできなかったのだろうか。オーストリア民事訴訟法の基本思想に対する理解が、立法者やその他の法学者・法曹の間で吟味され、統一される試みがあった形跡は見つかっていない。主体的な外国法継受の成果である大正15年法の一限界を、筆者はここに認めている。

〈注〉

- (1) 平成8年(1996年)法律109号。
- (2) この点を明らかにした研究として、①Jurgen Damrau, *Der Einfluß der Ideen Franz Kleins auf den Deutschen Zivilprozeß*, in: Herbert Hofmeister (Hrsg.), *Forschungsband Franz Klein. Leben und Wirken*, Wien 1988, 157-172; ②Ders., *Die Entwicklung einzelner Prozeßmaximen seit der Reichszivilprozeßordnung von 1877*, Paderborn 1975; ③Reinhard Fehlig, *Einflüsse österreichischen Prozeßdenkens auf den deutschen Zivilprozeß*, Diss., Kiel 1966.
- (3) 中野貞一郎『解説 新民事訴訟法』(有斐閣, 1997年) 2-3頁。この中で、中野貞一郎教授の指摘によれば、今回の改正は「大正15年以来の大改正」にとどまらず、「不完全に継受された訴訟制度を日本の社会・国情に合わせて仕立て直す」という「旧法の制定当時から抱えてきた宿題」に対する現時点での解答であるという。

- (4) 明治23年の民事訴訟法制定と大正15年の法改正を対比した代表的な論文として①染野義信「わが国民民事訴訟法の近代化の過程」(三ヶ月章編『裁判と法』上, 有斐閣, 1967年所収)および②同「わが国民民事訴訟制度における転回点」中務俊昌『民事訴訟の理論』(有斐閣, 昭和45年所収)を挙げておく。他に中村英郎「近代的司法制度の成立と外国法の影響」民事訴訟論集第二巻(成文堂, 1976年)152頁; Nakamura, Hideo/Huber, Barbara, Die japanische ZPO in deutscher Sprache, Köln/Berlin/Bonn/München 1978, 2-3, を参照。
- (5) Peter Böhm, Die österreichischen Justizgesetze von 1895/96, in: Hofmeister (Hrsg.), Kodifikation als Mittel der Politik, Wien 1986, 63. なお, オーストリア民事訴訟法の基本思想およびドイツ帝国民民事訴訟法(1877年)との対比については, 拙稿「一八九五年オーストリア民事訴訟法の成立過程」一橋論叢119巻1号(1998年1月)101-118頁参照。
- (6) 兼子一「民事訴訟法学のあゆみ」同『民事法研究』III(酒井書店, 1969年)168頁。
- (7) 「改正民事訴訟法案審議の沿革」法曹会雑誌8巻12号(1930年)447頁。
- (8) 染野(註4②)18頁。
- (9) 改正作業の過程全般については鈴木玄之助「新民事訴訟法の受胎より出産まで」法曹会雑誌8/12, 482-512頁参照。
- (10) 民事訴訟法改正主査委員会日誌(法務図書館貴重書 XB500M 1-1)
- (11) 主査委員会日誌(註10)11-12頁。山内, 横田委員の発言参照。
- (12) 主査委員会日誌(註10)135-136頁。
- (13) 染野(註4②)26頁。
- (14) 主査委員会日誌(註10)114頁。
- (15) 横田委員, 主査委員会日誌(註10)114頁以下。
- (16) 主査委員会日誌(註10)123-125頁。
- (17) 主査委員会日誌(註10)35頁。ここではハンガリー法も併せて紹介されている。
- (18) 主査委員会日誌(註10)55頁。二度目の欠席判決に故障申し立てを認めないフランス法と並んで, 最初から故障申し立てを認めないオーストリア法, 被告欠席の場合にのみ欠席判決と故障申し立てを認めるハンガリー法が紹介されている。
- (19) 主査委員会日誌(註10)76-77頁。
- (20) 染野(註4②)6, 28頁。
- (21) 横田五郎については, 明治43年3月から1年ほど「欧米各国」へ派遣されたことが記録されている〔『日本法曹界人物事典』第1巻 司法編(帝国法曹大観編纂会『帝国法曹大観』大正4年)東京ゆまに書房1995年,

- 179頁)。横田自身の発言で「奥太利に派遣され、親しく彼の地の法制を調査致しました」とあるとおり、中心となったのはオーストリア民事訴訟実務の視察であった〔横田五郎「民事訴訟法解釋の基礎觀念たる新法改正の主旨と其の運用に就いて」司法協會雑誌9/1, 2(昭和5年), 19頁)。
- (22) 横田(註21), 20頁。
- (23) 主査委員会日誌(註10), 114頁。
- (24) 染野(註4②) 37頁。
- (25) この点につき, Hans Fasching, Die Weiterentwicklung des Zivilprozeßrechts im Lichte der Ideen Franz Kleins, in Hofmeister (Anm. 2①) 102; 邦語論文では 松村和徳「裁判官の積極性とフランツ・クラインの訴訟理念」〔木川統一郎古稀記念論集『民事裁判の充実と促進』下巻(判例タイムズ社, 1994年)所収] 240-241頁参照。
- (26) 改正作業が一般の法曹の意見を徴集していないことを批判したものとして, 今村恭太郎「民事訴訟法改正と訴訟の促進」法律新聞2496号(大正15年1月20日), 正義2巻2号(大正15年)及び帝国弁護士会「民事訴訟法改正案に対する大体及修正意見」法律新聞2513号(大正15年3月3日), 正義2巻3号(大正15年)。民衆の必要に応じていない点を指摘したものに片山哲「無産階級より見たる新民事訴訟法」法律時報1/1(昭和4年)などがある。
- (27) フランツ・クラインと日本の直接的なつながりを示す公的記録として唯一挙げることができるのは, 明治天皇によるクラインの叙勲の件である。すなわち明治36年(1903年)6月17日に, 「奥地利国司法省第一次官枢密顧問官フランツ・クライン」を「勲一等」に叙し, 「瑞寶章」を贈与することが決定されている(梅溪昇編『明治外国人叙勲史料集成』第4巻, 思文閣1991年, 51頁; Haus-, Hof- und Staatsarchiv, Kabinet-Kanzlei, Vorträge, Nr. 1048/1904; K. u. K. Justizministeriumsverordnungsblatt 1904, 183)。
- 叙勲の理由は, クラインが日本から法学者, 留学生, 研究ならびに視察のために派遣された際, 「最モ懇懇ニ」要求に応じ, 数々の便宜をはかり, 日本の「法学上の進歩発達ニ対シ功績少ナカラズ」, また司法省より派遣された検事たちの滞在中にも「種々ノ便益」をはかったことに謝意を表するためである, とされている。

派遣された者の中には, 法典調査会や法律取調委員会の委員となった穂積陳重(1855-1926), 勝本勘三郎(1866-1923), 斎藤十一郎(1867-1935)の名も挙げられているが, それだけでは法典の改正作業とクラインを安易に結び付けることはできない。日本人と撰した当時の役職, 立場を考え合わせると, むしろオーストリアへ派遣された日本人の印象には, クラインは法学者というよりも理解があり, 適切に事務を処理してくれる司法行政

官としての側面が強く残っていたのではないかと考えられる。叙勲も、そうしたクラインに対してなされたのであって、現段階ではクライン自身と日本の民事訴訟法改正にそれ以上の関わりを直接求めることは難しい。

- (28) 法律新聞836号（大正2年1月15日）7頁。
- (29) 雉本朗造については、①「雉本朗造」竹内・松尾・塩野編『新法律学辞典』（有斐閣 1989年）220頁，②染野義信「雉本朗造」法学セミナー1960年2月号，62-66頁，③雉本『民事訴訟法の諸問題』（有斐閣 1955年）の兼子一による序文を参照。
- (30) 染野（註29②）
- (31) 雉本「独逸学者評判記」（明治41年，染野（註29②）に引用）。
- (32) 染野（註29②）65頁。
- (33) 雉本「民事訴訟法改正草案研究致愚録前史」京都法学会雑誌3／7（明治41年）157-165頁，4／2（明治42年）150-164頁。
- (34) 同「獨乙ニ於ケル民事訴訟法改正ノ氣運」京都法学会雑誌4／2（明治42年）150-164頁。
- (35) 同「民事訴訟関係法規改正私義」京都法学会雑誌6／12（明治44年）86-96頁，7／2（明治45年）69-88頁。
- (36) 同「商事裁判所及商事部ニ関スル獨， 奥ノ現行法制」京都法学会雑誌7／2（明治45年）89-99頁。
- (37) 同「民事訴訟制度の変遷及改正運動 附 奥大利新民事訴訟法及び匈牙利新民事訴訟法」法律新聞836-844（大正2年1月15日—2月25日），847（同年3月10日），848（同年3月15日）。
- (38) 雉本（註33）161頁。
- (39) 雉本（註33）162頁。
- (40) 雉本（註33）164頁。
- (41) 雉本（註33）163頁。
- (42) 雉本（註33）163頁。
- (43) 雉本（註33）164頁。
- (44) 雉本（註33）165頁。旧字体は一部新字体に訂正ずみ。
- (45) 雉本（註34）150-153頁。
- (46) 雉本（註35）88頁。
- (47) 雉本（註35）6／12，93-94頁。
- (48) 雉本（註35）7／2，73-88頁。
- (49) 雉本（註35）7／2，75頁。
- (50) 雉本（註35）88頁。
- (51) 雉本（註37）836，7頁。
- (52) 雉本（註37）837，10頁。
- (53) 自由業としての弁護士(Advokat)を廃止し，司法補助官(Assistentsrat)

にその役割を代替させようとした実験が挫折するまでの経緯について、最近の研究ではChristian Grahl, *Die Abschaffung der Advokatur unter Friedrich dem Großen*, Diss., Göttingen 1994が挙げられる。邦語論文では、鈴木正裕「18世紀のプロイセン民事訴訟法(一)～(三)」神戸法学雑誌23/3・4, 24/2, 24/4 (1974—1975年)に詳細に論じられている。

- (54) 雉本(註37) 839, 8頁。
- (55) 雉本の記事以外では、オーストリア少年法草案(608号)、刑事訴訟法改正案(636)、匈牙利の民法編纂(889) 奥匈における経済財政立法(1031, 1032)、ウィーンにおける陪審裁判(2591)などが比較的長い記事である。
- (56) 雉本(註37) 843, 6頁。
- (57) 雉本(註37) 843, 6頁。
- (58) 雉本(註37) 847, 5頁。
- (59) 雉本(註37) 847, 5頁。
- (60) 雉本(註37) 847, 5—6頁。
- (61) 雉本(註37) 848, 4頁。
- (62) 雉本(註37) 848, 4—5頁。
- (63) 雉本(註37) 848, 5頁。
- (64) この罰金は千クローネン以下とされ、原則として上告書に署名した弁護士に課されるが、当事者の書面による特別の指揮によって上告した旨、当該弁護士が証明する場合に限って当事者に対して求償権を有する(同条2項)。ハンガリー民事訴訟法においては、訴額が千クローネン以上の場合(94条2項)、上級審(96条)に弁護士訴訟を義務づけていることが、弁護士に対する制裁原則の理由と考えられる。それにしても、オーストリア民事訴訟法同様、弁護士に対する不信がここでも前面に出ていると考えられる。
- (65) 雉本(註37) 848, 6頁。
- (66) 同上。
- (67) Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Freiburg 1814, 3. Aufl., 1892(『法典論争』大串兎代夫訳, 世界文学社1949年)。はじめは「民族の共同の確信」という訳語が充てられている。
- (68) 日本における法の歴史研究というテーマに関連して、平成9年8月19日から21日にかけて行われた国立歴史民族博物館大学院サマーセミナーにおいて、同博物館前館長の石井進教授が「歴史学と民俗学」という講演の中で、日本の法学は「輸入の学問」であるから、法社会学こそ成り立つのであって、ヨーロッパのような法民俗学は日本では成り立たない、と指摘しておられたが、これについて日本法制史・法文化史の研究者が議論を重ね



るべきではないかと考える。

- (69) 染野(註29②) 66頁。
- (70) 雉本(註37) 842, 4頁。
- (71) この点については、例えば拙稿(註5) 109頁参照。
- (72) 染野(註4②) 56—57頁を参照。
- (73) 中野貞一郎訳『フランツ・クライン 訴訟における時代思潮』(信山社, 1989年) 154頁解説より。なお、松村(註25) 232頁の註15では、木川統一郎ほかの研究例を紹介している。