

## 一九世紀後半オーストリア民事訴訟における口頭審理と法曹たち

上 田 理恵子

はじめに

- 一 一九世紀ヨーロッパ大陸諸国の民事訴訟立法における口頭主義
- 二 一九世紀オーストリアの民事訴訟立法作業における口頭審理の扱いの変遷
- 三 オーストリア民事訴訟法草案批判
- 四 一八九五年民事訴訟法における「口頭主義」と弁護士層  
おわりに

はじめに

一九世紀のヨーロッパ大陸諸国における訴訟法の立法作業には、「審理の公開」や「口頭審理」が諸原則の中に必ず入って来る。閉鎖された空間で、ひたすら膨大な書面の審理が行われ、当事者は一方的に判決を受け取るのみ、しかも三百代言が引き延ばしに暗躍する、という暗いイメージにかわって、およそ法的紛争というものは、市民に

監視された公開の法廷で、自由で自律した市民である当事者が、活性ある弁論を通じ、法と良心にのみ拘束される公平な裁判官によって見守られつつ、迅速に対処されねばならないとする理想像が出来上がって来る。<sup>(1)</sup>

市民革命期以降、陪審制ほど華々しくはなかったとはいえ、民事訴訟法においても、こうした共通の理念のもと立法作業が急がれた。その嚆矢がフランス民事訴訟法（一八〇六年）なら、いわば集大成がドイツ帝国民事訴訟法（一八七七年）である。当時の訴訟原則では、審理の公開とならんで審理における口頭主義がことさらに強く求められていた。ここにいう口頭主義とは、書面（審理）主義と対立する概念である。今日の民事訴訟法で定義されるのと同じく①当事者・裁判所の訴訟行為、ことに弁論（事実・証拠の提出行為）と証拠調べは口頭で行わなければならない、また、②当事者が口頭で陳述したもののだけが訴訟資料として判決の基礎となりうる、という原則である。この原則を徹底させようと、ことさらに当時の立法者たちがこだわった理由は、それが純粹に訴訟実務の観点から合理的というだけでなく、「自由な」市民による訴訟理念に合致するからという動機に後押しされることが大きかったからだという。<sup>(2)</sup>

このドイツ帝国民事訴訟法とは対照的に、オーストリア民事訴訟法（一八九五年）<sup>(3)</sup>は、「社会的民事訴訟法」と評されることが多い。<sup>(4)</sup>起草者フランツ・クライン（Franz Klein）（一八五四—一九二六年）は、訴訟は当事者の「権利のための闘争」ではなくして国家の「福祉制度」であると明言し、実体的真実発見や訴訟の迅速化のためには、裁判官の権限を強化し、当事者の権限や口頭主義を大幅に制限することもいとわなかったからである。<sup>(5)</sup>

このクラインの草案が法律となるまでには、厳しい批判にもさらされた。批判者を代表する立場の一つは、従来の訴訟法の理念を重視する立場や、当事者の自由を擁護する訴訟法学者である。しかし、そのような批判者たちが支持するような、口頭主義を徹底させた訴訟法案は、オーストリア国内ですでに幾度も作成されては失敗に終わっ

ていた。

もう一つの立場は、国内の弁護士層である。他の多くのヨーロッパ諸国と同様、一九世紀前半になって弁護士は民衆の味方、として描かれるようになっていた。<sup>(6)</sup>それに対してクラインは、訴訟の引き延ばしを図る張本人として弁護士に対する牽制を強め、「裁判官との協働」を要求したとされる。このように聞けば、オーストリアの弁護士層の反対も、その昔プロイセンで試みられた自由業としての弁護士の廃止を思い出していることと想像されよう。<sup>(7)</sup>ところが、その一方で、新訴訟法に関わる著作や文献を数多く発表し、新訴訟法の定着に向けて取り組む協力的な弁護士像が語られることも少なくない。<sup>(8)</sup>

口頭主義を徹底させた訴訟法案が何度も挫折した事情や、「批判者」でもあり「協力者」でもあったとされる弁護士の関わり方について、先行研究ではあまり多くを語らない。「口頭主義を重んじた自由主義的訴訟法立法作業が挫折を繰り返したのは、力の入れかたが足りなかったから」、弁護士層が協力的になったのは「クラインが最後まで粘り強く説得したから」という簡単な説明に終始されがちである。<sup>(9)</sup>

そこで本稿の目的は、一九世紀後半にオーストリアでは、そもそも口頭主義の導入に向けて、理論面と実務面からみてどのように対応されていたかという観点から、この短い説明を今少し詳述することにある。

そのために、本稿では以下の手順を踏む。まず、当時のヨーロッパ大陸諸国の民事訴訟法における口頭審理がどのように規定されていたか（第一節）、次にクラインの草案にいたるまで、オーストリアにおける立法作業では、それがどのように変遷していったか（第二節）を概観する。そのうえで、口頭主義に関する批判的立場の理論面（第三節）と弁護士による実務面での対応（第四節）を当時の専門雑誌に即して明らかにする。

一 一九世紀ヨーロッパ大陸諸国の民事訴訟立法における口頭主義

一〇一 フランス民事訴訟法からドイツ帝国民事訴訟法案へ

一八〇六年四月二七日に公布されたフランス民事訴訟法 (Code de procédure civile) が自由主義の理念を訴訟法の分野において具体化した最初の近代的法典であるかどうかについては、議論がある。しかも、実際には一六六七年王令 (Code Louis, t.1. Ordonnance civile 1667) の「改訂版にすぎない」との見方が優位である。それでも、裁判の公開、口頭主義、証拠判断における自由心証主義といった近代的訴訟原則が盛り込まれた「古い法の伝統と革命期の混合物」としての評価に落ち着いてきているようである。<sup>(11)</sup>

本稿との関係で注目されるのは、この民事訴訟法が自由主義法典として評価され、ドイツ各地で公開主義と口頭審理原則に基づく訴訟法制定を求める運動となった、という点である。<sup>(12)</sup> その最初の諸成果が一八四八年二月、フランクフルト国民議会「ドイツ民族の基本権に関する法律」<sup>(13)</sup> 第四五条や、一八四九年ドイツ帝国憲法における口頭審理に基づく訴訟法の実現の宣言であり、一八五〇年におけるハノーファー一般民事訴訟法 (Allgemeine bürgerliche Prozedurordnung für das Königreich Hannover, 1850) である。<sup>(14)</sup>

ハノーファー一般民事訴訟法の定める口頭審理の原則とは、起草者のレオンハルト (Adolf Leonhardt) によれば、裁判所の面前で口頭によって陳述されたものだけが判決資料となることを意味する。<sup>(15)</sup> 判決をなす裁判官の直接の面前で、当事者間の争いがあるのままに展開され、そこから裁判官によって直接得られる心証に基づいて判決が下されることにこそ、訴訟の迅速かつ適正な解決が期待されたからである。<sup>(16)</sup> その一方で、旧来の訴訟原則を全て廃止す

ることもなく、弁論の準備や口頭弁論の準備や目的の固定のために、書面の重要性を認めていたことも指摘され、口頭主義の徹底あるいは旧制度からの転換という視点からみれば、いわば「片足を伝統的地盤の上に残していた」という評価が与えられている。<sup>(17)</sup>

周知の通り、一八六〇年代から一八七一年のドイツ帝国成立にかけては、普墺戦争 (一八六六年) や普仏戦争 (一八七〇―七一年) のように政治的動乱の時期である。そのなかで途切れながらも続けられた立法作業とその成果としての諸草案<sup>(18)</sup>のなかで、後にドイツ帝国民事訴訟法 (一八七七年) の骨格となったと評されるのが、上述のレオンハルトを中心とした起草委員会による一八六六年に通称「ハノーファー草案」<sup>(19)</sup>であり、ハノーファー一般民事訴訟法よりも証拠の認定における自由心証主義や口頭審理原則を一層貫徹させていた。<sup>(20)</sup>

一〇二 一八七七年ドイツ帝国民事訴訟法における口頭審理の規定と問題点

一八七七年帝国民事訴訟法が、良くも悪くも自由主義的民事訴訟法の集大成であることに異論はなく、「当時の自由主義的法治国家の国家像に、訴訟法のみをもって為しうる限界まで近づいた」と称される。ここ口頭主義に対しては「驚くばかりに厚い信頼」をよせていると評される。<sup>(21)</sup>

ドイツ帝国民事訴訟法における「口頭弁論」の具体的内容、意義、問題点は、すでに竹下論文や鈴木論文で詳細に検討されている。<sup>(22)</sup> ここでは、後述するオーストリアの一八九五年民事訴訟法との比較に必要な限りで、それらについて確認しておきたい。

ドイツ帝国民事訴訟法第一編「総則」第三章「訴訟手続」第一節「口頭弁論」の冒頭では、受訴裁判所の面前における法的紛争に関する当事者の弁論は口頭弁論とするという大原則を規定する (一一九条)。当事者の陳述、よ

り具体的には原告の申立て、被告の応答、双方の主張に対する認否および抗弁、証拠の申し出等はすべて「自由な陳述」(in freier Rede)でなければならず、書面の引用や朗読は許されない(二二八条)。

一方、口頭弁論のためには準備書面も提出することとされたが、提出しなくても実体的に不利益を受けることなく、当事者は、準備書面に記載しなかった事項でも口頭弁論で陳述することができた(二二〇条)。口頭で陳述されたものは、書面に記載されていないことも判決資料となり、書面に記載されていても口頭で陳述されていなければ判決資料とならないことを意味する。その準備書目の記載も、概括的にのみ記載すべきものとされ、詳細であってはならなかった。

また、攻撃防御方法の提出は「口頭弁論の終結まで」の随時提出が認められ(二五一條)、執行期日において当事者が欠席した場合には、それ以前の弁論や証拠調べの結果は一切無視されて欠席判決をすべきものとされた(二九七條)ことも、口頭審理方式の一体性や実施の徹底をはかるための制度であった。

ドイツ帝国民事訴訟法が口頭審理を絶対化したため、かえって手続の遅延や当事者の公平に反する結果を招いた。ハノーファー一般民事訴訟法からドイツ帝国民事訴訟法の成立にいたるまで深くかわったレオンハルト(Adolph Leonhardt)(一八一五—一八八〇年)の発言からは、このことは予見されていたことがうかがえる。しかし、当時は「政治上の要請」として口頭主義が徹底されてしまったようである。<sup>(22)</sup>

書面の必要性を再認識し、また審理内容拡散の防止のためには口頭弁論の一体性に固執せず弁論を集中させる手段を構築するべく、ドイツ帝国民事訴訟法改正の検討が始まったのは、施行後五年目の一八八二年のことであった。<sup>(23)</sup>

口頭主義を徹底させることが現実的でないという認識は、ドイツにおいてすら、制定当初から皆無ではなかった。

ただ、実務の積み重ねでそれがつきつけられるまでには、まだ政治的要請の方が強かったのである。

## 二 一九世紀オーストリアの民事訴訟立法作業における口頭審理の扱いの変遷

### 二一 オーストリア国内における自由主義的民事訴訟立法作業

一九世紀オーストリアにおける民事訴訟立法作業は二種類に分かれる。一つは前述でも言及したドイツ同盟内でドイツ諸邦と足並みをそろえた統一訴訟法典編纂の試み、もう一つは一八六二年、一八六七年、一八七六年、一八八一年の四度にわたるオーストリア独自の民事訴訟法の草案である。<sup>(24)</sup> とはいえ、最初の二つの案はいずれもドイツ同盟内でのハノーファー法やハノーファー草案の改訂版である。また、一八八一年の草案は一八七六年草案の改訂版である。

これに対して一八七六年草案は、オーストリア国内のために本格的に起草された民事訴訟法草案である。起草を指揮した当時の司法大臣ユリウス・グラザー(Julius Gasson)(一八三一—一八八五年)は、自由主義の理念を投影した一八七三年刑事訴訟法の起草者でもある。この刑事訴訟法には、一八四八年革命以来、政治的スローガンとも結びついてきた公開主義、口頭主義、判決裁判官が審理をするという直接主義、証拠における自由心証主義、さらには一度中断された陪審制まで復活させている。

民事訴訟法分野でグラザーの訴訟理念を実現するはずであった一八七六年草案が議会の審議を通過しなかった理由については、当時の政権交代によるグラザーの辞任と審議が重なったという偶発的事情だけで説明されがちである。

では、そのような事情さえなければ、速やかに新法が成立していただろうか。実は、そうとも言い切れない要素もあった。たしかに、草案の口頭審理の規定は、当時すでに公表されていたドイツ帝国民事訴訟法草案に忠実につくられていた。しかし、その導入については段階的に行うよう、グラッザー自身が提案していたのである。<sup>28)</sup> 当時のオーストリアでは、「政治的」要請から徹底した口頭主義を主張する勢いもまだ強かった。ドイツの新しい訴訟実務も本格的に開始されていなかった当時、それらの人々とグラッザーとの間で議論が紛糾したことも十分考えられる。

一八九五年民事訴訟法が成立するまで、民事訴訟の分野において口頭主義や審理の公開を法実務面で実施する根拠となった法制度はわずかに、少額事件訴訟法<sup>29)</sup>によって維持されていた。一八七三年に同じくグラッザーによって起草された、訴額が二五グルテン以下の場合に適用される訴訟手続である。ここでは審理の公開が原則とされ（一七条）、口頭主義にいたっては「裁判官の面前における紛争に関わる審理は口頭とする。書面の朗読は認めない」と明文で示されていた（一六条）。

## 二二二 一八九五年民事訴訟法における口頭審理の規定とクラインの訴訟観

前述の通り、度重なる挫折の末、一八九五年にようやく成立した民事訴訟法における口頭主義に関わる諸規定をまずは概観したうえで、背景となる起草者クラインの考え方を確認しておきたい。

ドイツ帝国民事訴訟法の「口頭弁論」に相当する規定は、オーストリア民事訴訟法では第一篇「総則」第三章「口頭審理」第二節「当事者の陳述と訴訟指揮」から始まる。受訴裁判所においては、当事者は訴訟事件につき口頭で弁論しなければならず、準備書面は弁護士による代理を必要とする訴訟事件および本法律で定められた場合に

限り必要とされる（一七六条）。ドイツ法同様、口頭弁論では書面を朗読することは許されない（一七七条）。

しかし、「自由な陳述」を規定したドイツ法と異なり、当事者には「真実に従い完全かつ確定的に」陳述することが義務付けられている（二七八条）。

弁論の進行や秩序づけ、論点の整理に関して裁判官に訴訟指揮権が認められるところはドイツ法と同様ではあるが、当事者の申し立てに限らず、訴訟促進を目的として、事実の陳述や期日の指定、証拠の提出まで職権で命ずることができた（一八〇―一八三条）。

当事者の陳述が準備書面の内容と矛盾するか、裁判官が職権で調査できる他の訴訟書類と符合しない場合、裁判官は当事者に注意しなければならず（一八二条二項）、一定の範囲について自ら調査することもできた（一八三条）。

口頭弁論調書もドイツ法とは異なり、「進行の概要」に加えて「当事者双方が事実関係に陳述したこと」の要点部分、証拠方法が記載されねばならず、裁判所は申立てまたは職権によってさらに詳細な調書の記載を命ずることもできた（二〇九条）。当事者は、準備書面や準備手続の記載を引用することも認められ、口頭弁論については、それらと「重要な差異がある」場合のみ調書に記載することで足りる（二一〇条）。しかも、当事者が作成への協力を拒否していても調書を作成することは認められていた（同条）。

攻撃防御の方法の提出はドイツ法同様に口頭弁論の終結まで認められるが、それが訴訟を遅延する原因となると認めれば、裁判官は当事者の申し立てまたは職権により、その提出を認めないことができる（二七九条、二七五条二項、二七八条二項、三〇九条等）。

このように、ドイツ帝国民事訴訟法に比べてオーストリア民事訴訟法の口頭審理では、内容、進行面ともに裁判官の指揮による制限が意図されている。

一八九五年民事訴訟法全体を見れば、基本的にはドイツ帝国民事訴訟法やこれに倣った先行する諸法令を受け継いでいることが指摘される。<sup>(36)</sup>

にもかかわらず、それらと区別される理由は、ともすれば絶対視されがちな訴訟原則を、新しい視点から相対化したことにある。その好例が、口頭主義に対する姿勢である。そのことを、クライン自身の表現から確認しておきたい。

オーストリアの法曹界でクラインを一躍有名にし、法案の起草が任されるきっかけとなったという論稿「未来に向けて」(Pro futuro)<sup>(37)</sup>の序章において、すでにクラインは口頭主義、公開主義、証拠における自由心証主義の原則に対して、「それ自体では至福をもたらすわけではない三対」と評している。さらに、司法政策的にも経済的にも利益があるとされ、一八七六年草案まで貫かれてきた口頭主義の流れに対して自身の草案が反動となることも、「裁判の正当性」が守られるためにはかまわない、という。<sup>(38)</sup>

しかし、矛盾するようだがクラインは、新しい訴訟法こそ逆に「真の口頭主義」を守っているとも主張する。<sup>(39)</sup>当事者が「口頭かつ直接の弁論」で裁判所と論議し、裁判官の強い訴訟指揮を受けて、短い間に決定的な事実関係が洗い出され、関係者がそれらの論点に集中することに成功する場合が多いこと、証拠方法については真偽不明の場合には宣誓を証拠として位置づけるという当事者宣誓<sup>(40)</sup>を当事者尋問に替えたこと、口頭による控訴審弁論を規定したことなどが、根拠として挙げられている。

クラインも、当事者が自分の口で語るといふ口頭審理を重視していた。ただし、「権利のための闘争」の責任を当事者自身に負わせるためではなく、あくまで「正しい裁判」が行われるためである。この目的が伴わなければ、口頭主義を採用する意味がない、ということになる。ここにいう「正しい裁判」が望めるのは、現実には「訴訟が

個々人にかなり強くもたらす煩雑さと危険を軽減するために司法が手を差し伸べる」場合だけである。刑事はいうまでもなく民事においても、人が司法と接触するのは「ほとんどいつでも、快適でない悲しい動機があるとき」だけだから、というのである。<sup>(41)</sup>

クラインの訴訟に対する考え方によって、口頭主義は政治的要請からいわば解放され、訴訟手続の合理化や迅速化等、実務に即した扱いが可能になったたといっても過言ではない。ただし、そのことを強調するあまり、根底にあるべき「市民の自由」が没却されてしまう危険性が潜んでいたことも否めない。次節で扱う批判者たちが指摘するのも、その点であった。

### 三 オーストリア民事訴訟法草案批判

#### 三― アドルフ・ヴァッハ「オーストリア民事訴訟法草案における口頭主義」

アドルフ・ヴァッハ (Adolf Gustav Eduard Louis Wach) (一八四三―一九二六年)<sup>(42)</sup>とクラインは没したのも同年という同時代人であり、ともに一九二〇年に設立された民事訴訟法学者協会 (Vereinigung der Zivilprozessrechtler) 会員であった。具体的に両者の学者あるいは起草者としての交流があったかもしれないと推測できる。

一八九五年一月にヴァッハはウィーン法律家協会 (Wiener Juristische Gesellschaft) において、また草案段階の民事訴訟法について講演し、同年のうちに「オーストリア民事訴訟法草案における口頭主義」と題して刊行している。<sup>(43)</sup>ヴァッハの論稿の目的は、オーストリアの草案の「実用的かどうかを検証する」ことにある。そのなかでも口頭審理の原則がどのように扱われているかに焦点をあて、口頭審理と書面主義の理想的な関係の在り方を明らかにし

ようとする。

前提として、ヴァッハ自身も口頭審理を教条主義的に崇める姿勢には反対である。したがって、クラインの作成した草案が、いわゆる口頭主義という形式に固執することを避け、明快さと実用性を守っている点については高く評価している。

その一方で草案には、ドイツ法の規定する口頭審理に伴う危険を過度に怖れるあまり、かえって口頭審理の無力化を惹き起す危険があるという<sup>(38)</sup>。例えば、証拠を小出しにしつつ訴訟を長引かせようとするねらいを防止するため草案には証拠調べ後に新証拠の提出を制限する諸規定(草案三一九条等)が設けられた。ヴァッハも規定の趣旨には賛同するが、徹底すれば、かつての普通法訴訟で悪評だった、証拠の「同時提出主義」(Eventualmaxime)を復活させてしまう危険がある、として批判的である。その判断こそむしろ裁判所の裁量に委ねよ、というのがヴァッハによる提言である<sup>(39)</sup>。

同じ目的で、期日の変更制限や審理の中断が繰り返された場合、訴えを却下できる規定についてもヴァッハは批判している。裁判所の側にも肩入れし、弁護士に対する強い不信感で満ちすぎている、という<sup>(40)</sup>。裁判所にも納得がいく理由での期日の変更は、当事者の権利でもある。期日の変更や期限の延長について訴訟の引き延ばしが疑われる場合の制裁も、例えば罰金で対処すれば充分ではないか、としている。

草案のなかで、ヴァッハが強く批判しているのは、口頭弁論における準備書面の義務化である。とりわけ書面による抗弁を提出しなかった場合に欠席判決を下す一方で、調書があればそれを用いて口頭審理を準備させるという規定については、「もはや口頭審理とは呼べない」として強く批判している<sup>(41)</sup>。

ヴァッハによれば、口頭審理をめぐる議論の中心は、事実関係を書面で残すことを強制するか否かにある。なぜ

なら、口頭で述べられたことを確定する必要と、口頭審理を活性化させるという必要性はしばしば矛盾するからである。ヴァッハはハノーファーやクアヘッセンの訴訟法に関わった経験を生かし、できるかぎり口頭弁論の書面化を抑えようとする。折衷案としてヴァッハは、事実関係については三日以内に裁判所に提出し、事実関係が矛盾する場合は、口頭弁論を繰り返すべきである、と提言している<sup>(42)</sup>。そうすることでハノーファー法モデルにならない、口頭審理を原則としながらも、裁判官の裁量等により書面化もある程度義務付けられ、事実関係についても納得いくまで争えるという「健全な、あるべき口頭審理が実現される」という<sup>(43)</sup>。

草案の上訴についてもヴァッハは「書面主義の牙城」である、と厳しく批判を投げかけている<sup>(44)</sup>。欠席判決については、自ら出頭してこない以上、調書に立ちいらぬ方がよい、その点ではドイツ法の方が理に適っている、と言いきっている<sup>(45)</sup>。

最後に、ヴァッハは繰り返し、口頭審理の本来の意義を没却しかねないため、調書手続や準備手続について再検討が必要だと指摘する。

これらのヴァッハの批判や提言が成立当初のオーストリア民事訴訟法に直接的に影響を及ぼしたようには見受けられないし、ヴァッハもそれを希望していたわけではない。あくまで「よそ者」としての自分の立場から所見を述べる、とことわって<sup>(46)</sup>もいる。

しかし、この時点で今一度、原則は口頭主義の採用にあること、さもなければ、近代的訴訟法以前に逆戻りしてしまいかねないという指摘は重要である。後のハンガリー王国民事訴訟法(一九一一年)のように、オーストリア法の口頭審理規定を緩和して採用する動きも出てくるからである<sup>(47)</sup>。

三二二 コーンフェルト「口頭主義にもとづく民事訴訟における言葉と書面」

口頭主義の趣旨に立ち戻っての批判の声は国内でも聞かれた。ウィーン大学の教授であったデメリウス (Ernst Demelius) は「口頭主義の歪曲化」と呼び、シュペア (Hans Speer) は調書の重視は口頭主義を「化石化」すると非難している。<sup>(48)</sup>

法実務家の中にも、立場を同じくする者がみられた。一八九五年から一八九六年にかけて、後述する法律専門雑誌『一般裁判新聞』や『法律新聞』には、ウィーンの弁護士イグナツ・コーンフェルト (Ignatz Kornfeld) の名がたびたび登場することになる。このうち、一八九六年一月から『法律新聞』で連載された「口頭主義にもとづく民事訴訟における言葉と書面」は、冊子としても刊行されている。<sup>(49)</sup>

論旨の展開についてコーンフェルトは、以下の大きく三つの問いを立てている。

- I. 草案の審理形態は口頭主義・直接主義に沿った訴訟か。
- II. 草案の審理形態は歴史上に類似するものがあるか。
- III. 草案の審理は「目的に適って」機能的か。

最初の問いでは、近代的民事訴訟法にはもはや純然たる口頭主義はありえないとしながらも、草案自体、「口頭主義の助けを借りた書面主義」ではなく「書面主義の助けを借りた口頭主義」をめざしていた、すなわち原則は依然として口頭主義と直接主義にあったはずだと指摘する。さりながら、口頭審理が自発的なものではなくて、真実発見のために必要な機関であり続け、そのために裁判官や弁護士もいるのだと認識されるようになれば、当面は上からめっきがほどこされたように推進されるかもしれないが、真に根付くことはないだろうし、これまでの「少額事件訴訟にみられたような」いわゆる口頭および集中審理とは違って、諸機関も次第に麻痺してしまうだろう、と

いう。<sup>(50)</sup>

先行するハノーファー草案 (一八五〇年) やドイツ帝国民事訴訟法 (一八七七年) の類似規定と比べ、オーストリア法案では、文言を素直に解釈すれば裁判所の面前に口頭弁論調書が提出されれば、それに先立つ口頭弁論に優先されること (草案二〇一巻)<sup>(51)</sup>、第一回期日に当事者の一方が欠席した場合こそ出席当事者の提出した証拠のみ採用されるといふ「欠席判決」が下されるものの、その後については口頭弁論期日に欠席していても準備書面が提出されているかぎりはその考慮しなければならないこと (草案四〇一巻)<sup>(52)</sup>、単独裁判官の前における手続でも調書がきわめて重視されることから、「実務においては調書がきわめて慎重かつできるかぎり綿密に作成され」ねばならず、書面作成のための弁護士の介在が欠かせなくなると指摘している。<sup>(53)</sup>

次の問いに関しては、クラインの『口頭主義の諸類型』で主張されている調書制度の歴史的基盤が考察の対象となる。結論からいえば、草案の口頭弁論調書制度に歴史的基盤を求めることはできない。口頭弁論の内容についての証明を越えて、独自で証拠となってしまうという特殊な制度だといふ。<sup>(54)</sup>

第三の問いについては、草案中の合議裁判所、単独判事裁判所、上訴審の手続を吟味した結果、調書や準備手続の介在によって、実質的な口頭審理を受訴裁判官ができなくなることと危惧している。ドイツ帝国民事訴訟法やハンガリーの略式手続法<sup>(55)</sup>のように裁判官の面前における口頭審理の徹底を評価し、「諸外国の制度については慎重に活用」しなければならぬ、と締めくくる。<sup>(56)</sup>

では、コーンフェルトらのように、口頭主義の本旨に立ち返って新民事訴訟法を批判する立場は弁護士全体のみならず、大勢を占めていたのか、そうでなかったのか。次節では、一九世紀当時における弁護士の社会的状況を踏まえ、法律雑誌のなかで職能団体としての弁護士集団の意見表明の場で口頭主義がどのように扱われていたのかを検討す

ることとする。

#### 四 一八九五年民事訴訟法における「口頭主義」と弁護士層

四一— オーストリアにおける法律雑誌——本稿で扱う雑誌の性格

オーストリアで近代的な法専門職としての弁護士<sup>(57)</sup>の歴史が始まるのは一九世紀に入ってからのことである。

当時の弁護士層の声を集める手段として、月並みであっても、まずは一九世紀後半にオーストリアで刊行された法律雑誌のなから、とくに弁護士層からの現状報告、要望や提言の検討に努めた。一九世紀はまた、他の国々あるいは他の分野と同様、ハプスブルク君主国領内においても、法律学や法実務の専門雑誌の刊行数が飛躍的に増加を続けることで知られている。<sup>(58)</sup>「ライタ川以西の地域(Cisleithanien)」と称される地域において、一九世紀後半の法律専門雑誌の種類、特徴や動向についてはブラウネダーの論稿で網羅されている。<sup>(59)</sup>それによれば、一九世紀半ばから帝国解体の時期について、全体的な動向は一八四九年と一八六七年に区切りを迎えるという。<sup>(60)</sup>一八六七年には言うまでもなく、ハプスブルク帝国の最後の国家形態としてオーストリアとハンガリーの二重君主国、「多民族主義を基盤とした立憲君主制の試み」が発足する。近代的な法整備がオーストリアで相次いで成立するのも一八六七年以降である。

一八九五年訴訟法が成立する前後にかけて、口頭審理の導入に対応した、弁護士層の動きを検討する手掛かりとして、その中から①一九世紀後半から二〇世紀初頭までに刊行され、②実務法曹を対象として広い地域で読まれ、

③とくに訴訟法改革に関する弁護士層の生の声を書き手も読み手も代表していると思える雑誌を選択した。

#### 四一—一 一八五〇年代の法律雑誌より

一八四九年から一八六七年は通常、新絶対主義の時代と称され、内務相アレクサンダー・バッフハ(一八〇六—一八七三)の指導のもと、中央集権的な絶対主義的君主国の構造が築かれる反動の時代として描かれることが多い。大枠では異は唱えられないながら、オーキーはこれを「波乱の移行期」と称し、鉄道建設に始まる産業・経済の近代化や多民族主義に基づく立憲君主制という次の時代への準備期である側面を従来よりも詳細に描いている。<sup>(61)</sup>

一八五〇年代に刊行された法律雑誌は、このような「移行期」の性格を反映していることがわかる。<sup>(62)</sup>

このうち本稿で参照するのは、『法および国家学——オーストリア帝国を中心として——』(Magazin für Rechts- und Staatswissenschaft mit besonderer Rücksicht auf das österr. Kaiserreich) (一八五〇—一八六六)、『一般裁判所新聞』(Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung 一八五〇—一九三一、略称 AÖG)、『法廷』(Gerichtshalle) (一八五七—一九三七、略称 GH) である。

『法および国家学——オーストリア帝国を中心として——』は創刊年から、一八四九年憲法<sup>(63)</sup>で明記された審理の公開と口頭審理に基づく民事訴訟改革を推進する立場を表明している。

『一般裁判所新聞』は官立雑誌として創刊されたが、編集者モリッツ・フォン・シュトゥーベンラウフ(Moritz von Stubenrauch)<sup>(64)</sup>はウィーン大学の公法・商法の教授職の傍ら一八四八年革命を推進する主要団体の一つであるウィーン法・政治読書協会の図書室長を務めていた。創刊の目的は大きく分けて二つあり、「帝国内で統一されて法学と実務が発達するため」(65)と、民衆が「自分たちの自由を保障する」ような司法制度を見ることができるよう、「法廷が一般大衆に向けて公開」されるためであるという。より具体的には、口頭手続や審理の公開、陪審制まで

導入した一八五〇年刑事訴訟法への支持まで表明している。<sup>(65)</sup> 創刊の辞にはまだ、ブラウネーダーのいう「一八四八年の空気」が残されていることがわかる。一八四八年革命期の理念を掲げる諸立法は、一八五〇年代を乗り越えることはできなかった。口頭主義、公開主義、陪審制も一八五三年の刑事訴訟法によって廃止される。しかしながら、『一般裁判所新聞』は何とか生き延び、一八六四年に民間の出版社に引き継がれることとなる。

裁判の公開や口頭審理の導入は、一八五七年に創刊された『法廷』にあっては刑事訴訟のみならず民事訴訟においても中心の課題とされている。当初の編集者はウィーンの弁護士イグナツ・ピスコ (Ignaz Pisko) であったが、その個性を発揮することができたのは編集者が交代する一八六七年になってからという。<sup>(67)</sup>

#### 四―一―二 一八六七年以降の法律雑誌より

ブラウネーダーにより作成された一覧表<sup>(68)</sup>には、一八五〇年から一九一八年はオーストリア・ハンガリー帝国を代表する諸邦(いわゆるオーストリア側)、一九一九年から一九四五年にかけてオーストリア共和国で発行されたドイツ語の法律雑誌四〇点が挙げられている。発行地は概ねウィーンである。<sup>(69)</sup> 創刊期別にみると、一八五〇年代が五点、一八六七年以降が二七点、一九一九年以降が八点となり、二重体制下の創刊数が圧倒的に多い。

この時期に創刊された雑誌からは、ドイツへの併合の時期に中断したものの、今日にいたるまで刊行が続く『法律新聞』(Juristische Blätter) (一八七二―一九三三、一九四六―現在・略称JB)を中心に検討することとしたい。ウィーンの弁護士マックス・ブリアン (Max Burian) とロタール・ヨハンニ (Lothar Johann) の編集する週刊新聞である。論文、書評、法曹界の人事異動・活動報告、国内外の法曹界の動向、判例集、破産宣告の公示にいたるまで、さまざまな情報を網羅的に掲載した当時の法律分野の総合誌と位置付けることができる。雑誌の趣旨は創刊の

辞にあるように「法律学と現実の生活を結びつける」こと、「法律学や法実務に対する関心を法律家でない者にも惹き起す」ことにある。<sup>(70)</sup> そのため「各地の法生活の拠点を形成し、そのあらゆる改革に必ず関わる」弁護士層の関心をとくに反映するという。ただし、話題については弁護士の関心に合致したものをとりあげるとはいえ、『法律新聞』はあくまで中立な立場を貫き、弁護士層を代弁する立場とは一線を画していた。

この点に鑑み、同じくウィーンの弁護士ベルンハルト・シュタール (Bernhard Stal) の創刊した『弁護士新聞』(Österreichische Anwaltszeitung) (一八七八―一八七九、後雑誌 Juristenzeitung は一八九六年まで存続) も参照することとした。

#### 四―二 一九世紀当時における弁護士の状況と口頭主義

オーストリアの弁護士の歴史について、先行研究の出発点に挙げられるのは、キューブルの『オーストリア弁護士の歴史』(一九二五年)である。その冒頭では「オーストリア弁護士層の歴史は長い」ものの、「今日にみられる伝統は短い」と明言されている。<sup>(71)</sup>

少なくとも在野の自由業としての弁護士という点で、近代的な弁護士制度の出発点は、一七八一年の一般裁判所法 (Allgemeine Gerichtsordnung)<sup>(72)</sup> に遡ることができ。裁判所の所在地への分属化 (Lokalisierung) と人数の上制限が廃止され、大学の法学博士号を取得し、三年の実務修習を経て控訴裁判所の試験に合格すれば、誰でも自由に弁護士として営業することができるようになったからである。しかしながら、ヨーゼフ二世の死後は再び種々の制限が科せられ、弁護士職が自由な専門職集団として発展するには、一九世紀後半の展開を待たなければならなかった。より具体的に活動時期の区分をすれば、一八四八年革命では「民衆の味方」として指導的役割を担った弁護士

の活躍が目立つ<sup>(73)</sup>。その革命が挫折して、一八五二年から一〇年余りの「新絶対主義」の時代のもとでは再び弁護士  
の自由にとつては厳しい時代を迎えることとなるが、それでも一八六〇年代初頭からはドイツと同様、ハプスブル  
ク帝国のいたるところで政治代表機関に進出する弁護士も再び増加し、政治面と専門職集団としての地位向上に向  
けた活動、すなわち機関誌の刊行や弁護士大会などの集会等を通して弁護士層としての提言や要望を公表する活動  
が、一八六八年弁護士法の成立にはじまる一八七〇年代にかけての時期に本格化する。

この時期に、目指すべき弁護士の在り方として引用されたのが、「自由な弁護士」すなわち「弁護士は活動内容  
に関して行政府からも裁判所からも職務の認定、業務遂行において完全に独立すべきである<sup>(76)</sup>」という表現である。  
口頭主義、公開主義に立脚した民事訴訟法の早期制定は、こうした「自由な弁護士」の前提となる原則の一つと  
して、この時期に刊行された弁護士層の意見表明にしばしば登場する。とくにオーストリアの場合、同じ訴訟原則  
に立脚する刑事訴訟法および陪審法は一八七三年に制定できたため、民事訴訟法の制定への要望だけが二〇年近く  
残されることとなったのである。

一八七八年『弁護士新聞』の創刊号にも「自由な弁護士は訴訟手続の口頭主義と公開主義という土壌にのみ根付  
き、発展しうる<sup>(77)</sup>」と明記され、一八八一年に弁護士新聞を引き継いだ『法律家新聞<sup>(78)</sup>』においても、一八六七年基本  
法に約束されたように「口頭主義、公開主義、自由な証拠の認定<sup>(79)</sup>」を実現し、「法治主義の支配する文化先進諸國  
と足並みをそろえ<sup>(80)</sup>」ねばならない、とある。

『弁護士新聞』にはこのほか、不定期に諸地域の弁護士からの投稿を掲載する「オーストリア・ハンガリーの弁  
護士諸君からの手紙<sup>(81)</sup>」欄が設けられていた。ここでも、裁判の公開と口頭審理に関する記事が見出せる。トラウテ  
ナウ（現チェコ共和国北部の都市トゥルツォフ Turov のドイツ語名）から寄せられたクベルカ Kubelka という弁  
護士の投稿記事には、裁判の公開と口頭審理の原則について、理念には賛同しながらも、弁護士不足に悩む辺境の地  
では、とにかく「弁の立つ人」に話してほしいという当事者が「もぐり弁護士」(Winkelschreiber) を頼んでしま  
うかもしれない、という懸念が述べられている。クベルカのささやかな提言の一つは、本人自らが出頭するか、同伴  
または代理人を頼むなら弁護士 (Advokat) か公証人 (Notar) に限定すること、二つ目には、当事者から裁判所に  
提出される書類には、弁護士または公証人の署名を義務付けることである。

一八七八年の『法律新聞』で二か月間にわたって連載された、「弁護士改革に関する往復書簡<sup>(82)</sup>」では、ちょうど  
オーストリアの一八七六年草案の立法化が挫折して二年になる当時、裁判の公開と口頭審理を備えた新しい民事訴  
訟法の実現に向けて、都市と地方の弁護士が意見交換するくだりがある。「都市の弁護士」が一八四八年革命以来  
の理念を熱く語るのに対し、「地方の弁護士」は、口頭論議のために弁護士が弁論術を字ばねばならないのに方法  
がないことを心配する。それでいて、地方で法廷に立つ弁護士を求める需要が地方で高まれば、都市から地方に  
来る弁護士も次第に増加し、都市部と地方の弁護士数の均衡もとれてくるのではないか、また、口頭審理ならば裁判  
官によって「もぐり弁護士」は見破られるだろうから、かえってその数も減るだろうか、という期待も口にす  
る<sup>(83)</sup>。

法律雑誌創刊が相次いだ時期からクラインの草案が登場するまでの間、これらの雑誌の記事からは、断片的にせ  
よ、ハプスブルク君主国内の各地、とくに「地方」の弁護士が抱く漠然とした不安も垣間見えていたのである。

#### 四一三 オーストリア弁護士大会における口頭主義の扱い

一八七五年ウィーンでの第一回大会以降、当時、モラヴィアの工業都市として栄えた（現在ではチェコ共和国第二

表. オーストリア弁護士大会（第1回から第9回）における口頭主義をめぐる議論

開催年	開催地	民事訴訟法または口頭主義に関する議論	
第1回	1875 ウィーン	公開主義と口頭主義に基づいた民事訴訟法の早期成立を要求。政府の草案作成が急がれるべき。	
第2回	1876 プラハ	動議はなし。但し第1回の決議の維持を表明。	
第3回	1877 グラーツ 9. 24-26	公開主義と口頭主義に基づいた民事訴訟法の成立に先駆け、訴訟手続の改善と簡略化のための暫定法を要求。当事者宣誓は維持。自由な証拠認定に向けた動議は不採択。	
第4回	1878. 9. 16-18	ブルノ	民事訴訟の公開主義と口頭主義、それらと不可分に結び付いた裁判所改革は自由な弁護士にとって不可欠の条件である。
第5回	1880 8. 23-25	ザルツブルク	無
第6回	1882 9. 25-27	ウィーン	無
第7回	1884 10. 6-8	プラハ	行政裁判所における手続に公開主義・口頭主義・直接主義・証拠における自由心証主義の導入を要求。
第8回	1887 10. 18-21	グラーツ	無
第9回	1891 10. 5-7	ウィーン	口頭手続にもとづく少額事件訴訟の導入の改正。

(Bl. 1875-1891掲載記事により筆者作成。)

の都市) プルノで開催された第四回大会までは、弁護士大会は毎年開催されている。大会の報告(Bericht)の記載や第一回参加名簿によれば、参加者数は第一回大会で六六七人、第二回大会二四六六人、第三、第四回大会一八〇人、第五回の四六八人となっている。第六回以降は『法律新聞』の報告には明記されていないが、回を重ねるにつれ減少してきているらしく、一八九一年の第九回大会については各弁護士会からの代表者のみの集まりであったとされる。<sup>85)</sup> 第一〇回大会が開催されるのは、一八九五年法制定後の一八九六年である。

一八七五年の第一回オーストリア弁護士大会においても、「公開主義と口頭主義にもとづいた民事訴訟法の早期成立」を要望することが主要議題として動議され、満場一致で決議表明されている。

その後、一八九五年法制定まで、すなわち第一回から第九回までの弁護士大会について、口頭主義にもとづく民事訴訟法の制定に関する動議と決議の有無を次頁の表に整理した。

『法律新聞』には告示から大会の議題、実施後の報告が詳細に掲載される。どの回も、二部構成で、第一部は法・司法制度全般に関わる議題、第二部は弁護士固有の諸問題が論じられることになる。第一回(一八七五年)、第三回(一八七七年)、第四回(一八七八年)では第一部で口頭主義を民事訴訟に採用しようとする要望することが必ず繰り返されている。第二部でも、間接的に弁護士職の発展との関係で口頭主義に言及される場合まである。第二回(一八七六年)には動議として提出はない。ただし、報告によれば、口頭主義に関する第一回決議事項の維持は確認されている。<sup>86)</sup> 第五回では一般民法典の損害賠償制度、第六回(一八八二年)には陪審制の改革に議題の中心が移行している。第七回の主要議題は、一八七五年に設置されていた行政裁判所における手続であったが、ここに、公開の法廷において、口頭弁論で審理をすること、証拠に関する自由心証主義も要望することが決議とされている。第八回では再び他の議題、とくに不動産登記法の改正や地方における破産法の運用実態が中心に議論され、口頭主義

や公開主義の語は登場しない。第九回には、口頭手続による訴訟の簡略化という動議を受けて口頭主義が主要議題となり、決議文が出されている。<sup>87)</sup>

「弁護士大会は、口頭主義と公開主義にもとづく訴訟手続をオーストリアにもたらすという改革こそが立法作業上の最優先の課題である、と確信する」

四度にわたる立法作業と弁護士大会の議論の時期を比べると、一八七六年や一八八一年草案との関係では、草案完成あるいは審議間近になると、弁護士大会でも主要議題となり、法案の不成立直後では、後退するという関係がひとまず見受けられる。さらに、一八九一年弁護士大会決議が記されたと同じ一八九一年およびその前年である一八九〇年の『法律新聞』には、クラインを一躍起草者へと抜擢するきっかけとなった前述の論文「未来に向けて」が連載され、新草案を待ち望む姿勢は示されている。

ただし、報告を読むかぎりでは、草案そのものの審議がこの場で詳細に議論されたというより、草案の原則を支持するという確認が繰り返されるにとどまっている印象を受

ける。そもそも、弁護士大会が帝国内の弁護士の大半の意向を受けて後押ししたり、あるいは阻止したりできるほどの強い影響力を持つ存在であったかは、報告を読むかぎりでは疑問である。

#### 四一四 一八九五年民事訴訟法施行時における弁護士業務

一八九六年から一九〇〇年にかけて、上述の諸雑誌には時折、弁護士たちのさまざまな声を代弁する記事が掲載される。

新訴訟法のなかでも口頭審理によって弁護士の生活に惹き起された変化の内容は、大きく二つ分けることができる。一つ目は、弁護士の政治活動の変化である。一九世紀前半のいわゆる「三月前期」以来、政治活動に携わるなかで「自由な弁護士」としての社会的地位向上を目指した弁護士は数多くいた。民事訴訟法が施行された一八九八年当時、議員五〇〇名のうち四八名の弁護士と四名の法律事務所職員がいたという<sup>(88)</sup>。皮肉なことに、少なくとも地方在住の弁護士にとってそれが可能だったのは、従来の一般裁判所法（一七八一年）のもとで間接主義と結びついた書面審理が中心であったためだという。優秀な助手さえ雇っていれば、特に裁判所に出頭することも求められず、会期中ウィーンに滞在することも可能だったからだ。ところが新民事訴訟法施行後は、口頭審理の原則のせいで、顧客を手放したくないと思うなら裁判所の近くから離れるわけにいかなくなったというのである<sup>(89)</sup>。

二つ目は、口頭審理における弁護士の関わり方の変化である。一般裁判所法のもとでは、当事者は厳格な形式主義や書面に拘束されるため、どちらかといえば形式面に精通し、実体的権利の有無に関わらず引き延ばしや揚げ足取りによっても勝つ能力を備えた弁護士を必要としてきた<sup>(90)</sup>。今や新訴訟法では、弁護士は「書く人」から「語る人」となるよう望まれている<sup>(91)</sup>。「口頭審理が弁護士たちにとどのような難題をつきつけているか、想像するに難くない。

訴訟資料を完璧に理解し、よくよく策を練り、法廷へ赴かねばならないのだ。法廷では得意即妙に振舞い、相手方の術策にも通じておかねばならない。常人にはとても期待できない才能<sup>(92)</sup>であるというのだ。

しかも、従来の弁護士の収入源が書面の量に応じて決まっていたことから、審理の重点が口頭弁論に移ったことには当惑したに違いない。今後は、従来の厳格かつ長々しい書き方に替えて、依頼人の利益について簡明に、事実関係を論理的に、法的争点を鋭くえぐりだし、相手方に対する説得的な反論を展開することが求められたからである。ただし、「語る人」としての弁護士の役割も、裁判官の強い統制の下に置かれて制限されてしまうために十分に機能しにくいという声もある<sup>(93)</sup>。それでも、例えば下オーストリア州の弁護士会は、口頭審理に馴れるために自主的な勉強会を毎週実施している旨、報告している<sup>(94)</sup>。

書面主義の廃止と裁判官の指揮権強化により減少が心配された弁護士の数も、新訴訟法における弁護士の役割が認知されるにつれ、むしろ増加の一途をたどっていた<sup>(95)</sup>。

一八九五年民事訴訟法には、訴訟当事者が悪徳弁護士の犠牲とならないよう、弁護士に対してさまざまな不利益と解釈できる規定が盛り込まれており、成立から施行当初にかけて不満も根強く、起草者クラインが説得に時間をかけている。口頭審理をはじめとして訴訟全体にわたる裁判官の指揮権強化（一八〇条以下）、手続停止については弁護士が代理していても当事者に通知するという規定（一七〇条二項）、訴訟代理人の故意・過失にもとづく賠償義務（四九条）、弁護士費用の制限等がその例にあたる<sup>(96)</sup>。

法律諸雑誌のどこどこに見受けられる新訴訟法への弁護士実務の現場での取り組みからは、口頭審理そのものに対する強い否定や、旧法の方がよかったという意見が飛び出すことはない。むしろ新しい弁護士の在り方に馴れるべく苦心する様こそが浮かびあがってくるのである。

ハプスブルク君主国の最後の形態となったオーストリア＝ハンガリー二重君主体制が発見した頃、オーストリアは、口頭主義については、その政治的動機ごと取り入れた民事訴訟法を作成しようと模索していた。裁判実務の最前線を担う弁護士層もまた、団体で意見表明する際には、審理の公開とともに口頭主義を標榜してやまなかった。ただし、その意見表明は、クラインも見抜いていた通り、法実務からの要請に基づいていたわけではなかった。

その一方で、広大な君主国内には、どれほど問題が多くても書面審理にもとづく法実務に慣れ親しみ、口頭主義を速やかに受け容れることのできない地方在住の弁護士が各地に散在していたのである。そのような彼らにとって、いきなり早期に包括的な民事訴訟法が成立するよりは、一八七〇年代に陪審制度や少額事件法を経る方が望ましかったのではないだろうか。したがって、訴訟法の成立に時間がかかったのは、冒頭に紹介したように、「自由主義者の力の入れようが足りなかった」ではなく、弁護士側からみれば「口頭主義を導入する準備態勢が法実務側で整っていなかった」あるいは段階的に受け入れようとしていたと評価することもできるのではないだろうか。

ヴァッハやコーンフェルトから批判されるとおり、新訴訟法の口頭主義には、裁判官の権限強化や書面の義務付け等に基づく種々の制限がついている。そのような訴訟制度に対してさえ、口頭主義そのものに馴れることに弁護士層が苦心しつつも早く対応できるよう努力する様子が諸雑誌からうかがえる。

訴訟法成立から施行までにみられたような争い、すなわちクラインの口頭主義が福祉的見地から発せられ、それに対してヴァッハたちが当事者の自由が過度に侵害される危険を指摘するような論争は、あくまで訴訟理念における争いであって、必ずしも、オーストリアのあらゆる地域における弁護士たちの実情に根差してはいなかったのである。

- (1) Wassermann, R., *Der soziale Zivilprozess*, Neuwied und Darmstadt 1978, 30. (以下、Wassermann: 1978と略す) 邦訳にハッサーマン／森勇訳『社会的民事訴訟——社会法治国家における民事訴訟の理論と実務』(成文堂、一九九〇年)がある。

- (2) 民事訴訟法史の分野では、立法時の議論、学説の対立・変遷を中心とした理論・制度史を中心に、民事訴訟法学者による研究が蓄積されている。鈴木正裕『近代民事訴訟法史・ドイツ』(信山社、二〇一一年) (以下、鈴木、二〇一一年と略す)は、プロイセン法から日本法にいたるまでの系譜を究明した三部作のひとつであり、ドイツ帝国民事訴訟法の成立史を起草者レオンハルトの生涯とあわせ、浩瀚な立法資料を丹念に追った論稿や、それに先駆けた後見の民事訴訟法プロイセン一般裁判所法の採用した諸原則とがあわせて論じられる。また、とくに本稿との関係で口頭主義の歴史的考察、概念については、竹下守夫『口頭弁論』の歴史的意義と将来の展望』新堂幸司(編)『講座 民事訴訟④ 審理』(弘文堂、一九八五年)一一四〇頁(以下、竹下、一九八五年と略

- す)、中島弘雅「口頭主義の原則と口頭弁論の在り方」福永有利・井上治典・伊藤眞他編『鈴木正裕先生古稀祝賀 民事訴訟法の史的展開』(有斐閣、二〇〇二年)三一—三三—三七頁、波多野雅子『訴訟当事者からみた民事訴訟』(法律文化社、二〇〇六年)がある。このほか、民事訴訟法における個別の原則や制度に焦点をあてつつ学界での議論に遡った最近の論稿として、北村賢哲「欠席判決論序説(一)(二)(三)」千葉大学法学論集二二巻三号(二〇〇七年)一五一—五九頁、二三巻四号(二〇〇八年)一一—三四頁、二三巻三号(二〇〇八年)一一—四六頁、小野寺忍「弁論主義の変容に関する覚書」専修法学論集一一巻(二〇一一年)一一—二八頁、鑑定制度についての杉山悦子『民事訴訟法と専門家』(有斐閣、二〇〇七年)などがある。

- (3) Gesetz vom 1. August 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprozessordnung) RGBl. 1895/ Nr. 113. なお、本稿にいう「オーストリア」とは、正規には「帝国議会に代表を送る諸王国・諸州」(die im Reichsrathe vertretenen Kö-



- rechtsgeschichte*, Bd. III/2, München 1982, 272Z-2729; 草稿「一八九五年オーストリア民事訴訟法成立の背景——自由主義的訴訟法典編纂の試みと挫折——」一橋研究第一二二巻三号(一九九五年)所収、一五五—一六七頁。
- (45) RGBL 1873/Nr. 119
- (46) 「一八九九年のオーストリア」(Edward Traffe, Gf.) 文庫の巻末。
- (47) Glaser, J., Studie zu einem das mündliche Verfahren erweiternden Übergangsgesetz 1879, in: *Gesammelte Schriften*, 2. Auflage, Wien 1883, 243.
- (48) Das Gesetz vom 27. April 1873 über das Verfahren in geringfügigen Rechtsachen (Bagatellverfahren), RGBL 1873/Nr. 66.
- (49) Schneider, K., Derneueösterreichische Entwurf einer Civilproccessorordnung, in: *Archiv für öffentliches Recht* 9 (1894), 69.
- (50) Klein, F., *Pro futuro: Sonderausgabe aus „Juristischen Blätter“ aus den Jahren 1890 u. 1891*, Leipzig und Wien 1891, 5-6.
- (51) Klein: 1894, 45.
- (52) Klein, F., *Zeit und Geistesströmungen im Prozesse*. Vortrag, gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden, 9. November 1901, in: *Franz Klein, Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe*, Bd. 1, Wien 1927 (ZfL-Klein: 1927-Vol. 1), 136.
- (53) ユーレン帝国民事訴訟法における当事者宣誓制度の解説・解説については川嶋四郎「一八七七年のドイツ民事訴訟法における当事者宣誓制度(一)〜(三)」法政論集六六巻三号(一九九九年)一六四—一三二六頁、六六巻四号(二〇〇〇年)一九〇—一八八頁、六七巻一号(二〇〇〇年)三五〇—三三九頁。
- (54) Klein: 1927, 137.
- (55) ユーマンの生涯および民事訴訟法學上の業績については以下の文献を参照。Unger, D., *Adolf Wach* (1843-1926) *und das liberale Zivilprozessrecht*, Berlin, 2005° 西フロイゼンの都市クルムで生まれ、ベルリン、ハイデルブルク、ケーニヒスブルク、ゲッティンゲンの各大学で法學を修めた後、ケーニヒスブルク、ロストク、ボン大学で教職を執つた。ライプチヒ大学に落ち着いたのは訴訟法の教授を四年間勤める傍ら数々の著作も発表した。ユーレン帝国民事訴訟法の改正をはじめとする立法作業にも深く関わつてきた。ユーレン民事訴訟法學史の巻末に後述の要旨を記す。
- (56) Wach, A., *Die Mündlichkeit im österreichischen Civilprocess-Entwurf*, Wien 1895. (ZfL-Wach: 1895-Vol. 1)
- (57) Wach: 1895, 2.
- (58) Wach: 1895, 7.
- (59) Wach: 1895, 12-13.
- (60) Wach: 1895, 15-17.
- (61) Kornfeld, I., *Wort und Schriftimündlichen Civilproccesse. Ein Beitrag zur österreichischen Civilproccesreform*, Wien 1895 (ZfL-Kornfeld: 1895-Vol. 1)
- (62) Kornfeld: 1895, 5.
- (63) JBl. 1895, 6.
- (64) JBl. 1895, 9.
- (65) JBl. 1895, 14.
- (66) JBl. 1895, 33.
- (67) 1893, t.c. XVIII
- (68) JBl. 1895, 77.
- (69) ホースタリナの弁護士の歴史については、以下を参照した。Wrabetz: 1986; Kübl, F., *Geschichte der österreichischen Advokatur*, Graz 1925 (ZfL-Kübl: 1925-Vol. 1); Neschwara, C., Die Entwicklung der Advokatur in Cisleithanien. Österreich im Spiegel der Gesetzgebung vom Ende des 18. Jahrhunderts bis zum Ende der Monarchie 1918, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* Bd. 115 (1998), 441-473.
- (70) モーロンの法律博士雑誌にのこつた Stolles M. / Simon, T. (Hg.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, Frankfurt am Main, 2006; ホースタリナの共著および著者定期刊行物の図書館を中心とした運動した読書協会(Les-
- (17) Wach: 1895, 18-30.
- (18) Wach: 1895, 31-35.
- (19) Wach: 1895, 44.
- (20) Wach: 1895, 47-49.
- (21) Wach: 1895, 53.
- (22) Wach: 1895, 1-2.
- (23) 1911, t.c. I A polgári perrendtartásról. ハンガリー民事訴訟法がオーストリア民事訴訟法とのかつ大正期の民事訴訟法學者から注目されてきたことにつき、熊本朗道「民事訴訟制度の變遷及改正運動 附塊太利新民事訴訟法及匈牙利民事訴訟法(一)〜(十一)」法律新聞八三六—八四八号(一九一三年)。最近に自国の民事訴訟法學者による報告イシトウマン・ウマルガ／垣内秀介訳「ハンガリー民事訴訟法に対する外国の影響」(松本・出口、二〇〇八年所収)一五—一六六頁がある。
- (24) ほかにも拙稿「オーストリア法曹とハンガリー一九一一年民事訴訟法の成立」熊本大学教育學部雑誌六〇号(二〇一一年)一—一六頁。
- (25) Demelius, E., *Kritische Studien zu den Gesetzentwürfen aus dem Jahre 1893 betreffend die Reform des civilgerichtlichen Verfahrens in Oesterreich*, Heft-II, Wien 1894-1895; Spertl, H., Franz Klein, in: *Zeitschrift für Zivilprozess* 51 (1926), 414; Kralik, W., Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der ZPO von 1895, in: Hofmeis-

- severein) の入版’ 邦題は Brauner, W., *Le-sereinen und Rechtskultur : Der Juristisch-politische Le-sereinen zu Wien 1840-1990*, Wien1992 年参照。
- (95) Brauner, W., Juristische Fachzeitschriften in Öster-reich/Cisleithanien als Zeichen rechtlicher Zäsuren in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. in : Stollis / Si-mon : 2006, 287-308.
- (96) Brauner : 2006, 303.
- (97) Okey, R., *The Habsburg Monarchy 1765-1918*, NY : St.Martin's Press, 2001, 157-190.
- (98) 本誌の発行者はたが『オーストリア公証人新-冊』(Österreichische Notariatszeitung) 発行者の現場の-見や反省を述べらる。
- (99) RGBL Nr. 150, Reichsverfassung für das Kaisertum Österreich vom 4. März 1849.
- (100) ナチスターゲントのドイツ語 Brauner : 1992, 407参照。 同誌は『オーストリア行政雑誌』(Öster-reichische Zeitschrift für Innere Verwaltung, 1856-1860) からの転載を述べらる。
- (101) AÖGZ, 1850., 1.
- (102) Brauner : 1992, 407
- (103) Adolf Kulka の同誌は小説家・新聞記者であり、ウ-ェーン新聞の編集者であり所載のことはドイツ。以下は Brauner : 2006, 291.
- (92) RGBL 1868/ Nr. 96
- (93) Jacques, F., *Die freie Advokatur und ihre legislative Organisation*, Wien 1868, 3.
- (94) Österreichische Advocalen = Zeitung, 15. Jan. 1878
- (95) Österreichische Allgemeine Juristen = Zeitung 1. Mai. 1881
- (96) RGBL 1868 Nr. 142, Staatsgrundgesetz. 21. Dezem-ber 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger.
- (97) “Briefe von Collegen aus Oesterreich-Ungarn” in : Österreichische Advocalen = Zeitung (1878-1879) 一〇〇年-半の回顧。一〇〇年の回顧の資料を述べらる。
- (98) Österreichische Advocalen = Zeitung, 1878, 62.
- (99) “Briefe über die Reform der Advocatur” I-XXIII, JBl 1878. 衆議院の議案はトウマンナム(Pfeschner-Eidler von Eichstätt) のドイツ語を、議定案のドイツ語を、ト-ル方のドイツ語を、田舎町の担任のドイツ語を、弁護士ウ-ェーンに働く弁護士の新聞のドイツ語を、ドイツ語を、オ-ペラ、歌劇場と東方それぞれ弁護士を扱った記事、法律問題のドイツ語、雑誌のドイツ語を扱った記事、本誌の語句を述べらる。
- (100) JBl. 1878, 302.
- (101) JBl. 1878, 329.
- (102) Kübl : 1925, 127-128.
- (103) JBl. 1876,

- (98) Brauner : 2006, 305-306.
- (99) 『オーストリア国家——オーストリア帝國を中心とし-て——』はフランスで創刊されたが一八五八年からの発行-所はウィーンに移る。『オーストリア行政雑誌』(Öster-reichische Zeitschrift für Verwaltung, 1868-1924, 1976-) もウィーンで創刊されたが、二年後ウィーンに移る。一-覧表の中で発行地がウィーン以外であったものは『在フ-ランスのオーストリア法律家協会時報』(Mitteilung des deutschen Juristenvereins in Prag, 1869-1881) であり、ウィーンに-来て創刊された別の雑誌を明記してあるのは『オース-トリア裁判官新聞』(Österreichische Richterzeitung, 1904-1938, 1954-) のチャルンヴァン(現ウツクマナ、チ-ハルニヴァン)の雑誌である。
- (100) JBl. 1872, 1-2.
- (101) Kübl : 1925, 1.
- (102) Allgemeine Gerichtsordnung für Böhmen, Mähren, Schlesien, Oesterreichob, undunter der Ennß, Steyermarkt, Kärnten, Krain, Görz, Gradiska, Triest, Tyrol, und die Vorlanden. JGS Nr. 13, Patent v. 11. Mai 1781.
- (103) Wrabetz : 1986, 200.
- (104) 一八四八年前後、フランクフルト議会に与る弁護-士の組合の報告として上山安雄『法社会史』(オ-ペラと新聞) 一九六六年) 参照。オーストリアのドイツ語 Brauner : 1992, 358-378.
- (98) JBl. 1891, 483.
- (99) Wagner, G., Notariat und Politik. in : *Notariatszeitung* 1914, 47.
- (100) Breitenstein, M./Pisko, I. (Hg.), Tages und Standes-fragen : Die neuen Civilproceßgesetze und die Abgeordnen-ten. in : GH, 1898, 213.
- (101) Friedlaender, J., Die anwaltschaftliche Vertretung der Parteien im Zivilprozeß. in : AÖGZ 1896, 129.
- (102) Wochenschrift, JBl. 1898, 399.
- (103) Breitenstein, M./Pisko, I. (Hg.) Tages und Standes-fragen : Niederösterreichischer Concipientenverein, in : GH, 1900, 119.
- (104) Bachrach, A., Interview über die Lage des Advocaten-standes in Folge des neuen Civilproceßes. in : GH 1899, 102.
- (105) Coumont, E./Mayr, M. (Hg.), *Festschrift der Wiener Advokaten-Gesellschaft Union aus Anlaß ihres 25 jährigen Bestandes*. Wien 1905, 167-168.
- (106) 一八九五年から一九〇〇年の間に、全オーストリアに-て、四二〇人増加した。以下は Schindler, R./Benedikt, E. (Hg.), Statistik der Advocatur, in : JBl. 1896, 319 ; JBl. 1900, 391 及び Schöniger : 2000, 94-95 参照。
- (107) 雑誌の冊数 (上田) 一九九八年 [雑誌] 一一一-

一三三頁参照。施行後も弁護士層からの要望が掲載されている例については、Wochenschau, JBl. 1899, 319.

#### 要約

本稿の目的は、一九世紀後半のオーストリア民事訴訟立法作業において口頭主義の導入をめぐる動きを明らかにするとともに、弁護士層が新民事訴訟法の「批判者」であるという従来の評価を見直すことにある。

フランス革命以降のヨーロッパ大陸諸国における民事訴訟立法では、自由で自律した市民が自身の言葉と責任で権利のために闘争するという自由主義的な訴訟観に支えられ、審理における口頭主義が公開主義とともに大原則の一つとなった。一八七七年に成立したドイツ帝国民事訴訟法は、その集大成であると位置付けられる。

このドイツ法にならって、オーストリア・ハンガリー二重君主体制下のオーストリアでも自由主義的な民事訴訟立法が数度にわたって試みられるが、いずれも失敗に終わる。ようやく一八九五年に成立した民事訴訟法の口頭審理には、訴訟の迅速化、真実発見のために大幅に制約が課せられていた。その基礎にあったのは、訴訟は個人による権利のための闘争というよりは、社会的に弱い当事者を保護するための福祉政策の一環であるという、起草者フランツ・クラインによる訴訟観の転換であった。

新民事訴訟法に対して、ドイツの著名な民事訴訟法学者で

あるアドルフ・ヴァッハやウィーンの弁護士イグナツ・コーンフェルトらは、市民の自由を尊重する立場から、口頭主義の制限を批判した。

オーストリアの弁護士団体も、長年にわたり、口頭主義や公開主義を原則とした民事訴訟法の制定を要求してきたため、一八九五年の新民事訴訟法に対しては批判者とみなされることが多い。

しかしながら、法律専門雑誌に寄せられた各地の弁護士から寄せられた記事を吟味すると、従来から口頭審理の導入に対して、実務に即して憂慮してきた声も散見される。さらに、新民事訴訟法に対する批判点は、専ら具体的に弁護士の利益に反する規定に対してであって、新しい民事訴訟制度全体に対しては、むしろ協力を惜しまない姿が浮かび上がってくる。

#### ●キーワード：オーストリア民事訴訟法（一八九五年）、

ドイツ帝国民事訴訟法（一八七七年）、

口頭審理、フランツ・クライン、弁護士

（オーストリア）、法律専門雑誌