

# 19世紀後半オーストリアにおける 民事訴訟立法作業とアントン・メンガー

上 田 理恵子

## Anton Menger: On Making the Austrian Code of Civil Procedure in the Late 1800s

Rieko UEDA

(Received October 1, 2015)

The purpose of this paper is to clarify the idea of Anton Menger in making the Austrian code of the civil procedure. The Austrian Code of Civil Procedure of 1895 is in force today and famous for strengthening the initiative of judges to speed the suit and to help the poor parties, on the basis of social thought. Franz Klein, the drafter of the Code of 1895, was one of student of Anton Menger, professor of law of civil procedure at the University of Vienna and later one of the famous socialists for his works *Civil Law and the Poor* (1890) or *The right to the whole produce of labour* (1865) etc. It is often said that Menger's idea influenced on Klein's Code. When Menger was the professor of law of civil procedure, however, Menger supported the bill of 1876, which not cleared the Diet. Inspired by the liberal thought of the French Revolution, this bill was with rather liberal principles of court procedure; the initiative law-suit must be held by the parties, in the open court under the oral proceedings.

Through analysing papers written by Menger in the 1870s and comparing his later statements, it is clarified firstly whether he changed his opinion, and secondly how he influenced on the principles of the Code of Civil Procedure of 1895.

**Key words :** Anton Menger (1841-1906), Franz Klein (1854-1926), Bill of Austrian Code of Civil Procedure of 1876, Austrian Code of Civil Procedure of 1895

### はじめに

本稿の目的は、19世紀後半のオーストリアにおける民事訴訟立法作業に対して民事訴訟法学者としてのアントン・メンガーがどのように関わっていたかを、明らかにすることにある。

オーストリア=ハンガリー二重君主国末期の1895年、いわゆるオーストリア側に成立した民事訴訟法（以下、1895年民事訴訟法と称す）<sup>1</sup>は、国内外で高い評価を受けた立法例の一つである。日本の大正期における法改正も含め、諸外国の民事訴訟立法や改正に際して少なからぬ影響を与えた。<sup>2</sup>

この訴訟法は、しばしば「社会的民事訴訟法」と称される。その理由については、国家の役割についての考えを反映してのことである、という説明が代表的である。<sup>3</sup> 制度としての訴訟は国家作用の一つであるため、各時代

の国家の在り方に決定づけられるからである。フランス革命以降、ヨーロッパの大陸部分で支配的な国家理念は「自由主義」であった。訴訟の場におけるこの理念の反映とは、公開の法廷で、自由な個人が自身の主導権（当事者主義）により「権利のための闘争」を口頭で行うことである。その際、裁判官には、公正中立な審判者であることが、徹底して求められた。民事訴訟法の分野において、この趣旨に沿ったという意味で最も完成度が高いのは、1877年に制定されたドイツ帝国民事訴訟法<sup>4</sup>であった。その特徴は当事者の主導権の強化と口頭審理の重視にあったという。<sup>5</sup>

これに対して、1895年民事訴訟法の眼目は、口頭審理や当事者主義を制限し、裁判官の指揮権（職権主義）を強化した点にある。起草者フランツ・クライン（Franz Klein, 1854-1926）によれば、訴訟は国家の「福祉制度」の一つとみなされる。それに適うのは、裁判所が「職権によって」経済的・社会的弱者へ配慮できる訴訟制度で

あった。<sup>6</sup>

民事訴訟という高度に技術的な法律にも社会政策としての意味を見出すという考え方について、クラインの先駆者とされるのが、アントン・メンガー (Anton Menger, 1841-1906) である。しかし、この名が知られるのは、社会主義思想家として、あるいは無産者階級の立場からのドイツ民法草案批判によってであろう。<sup>7</sup>

社会理論家としての業績に比べ、訴訟法学者としてのメンガーの仕事について、後世で注目されることはあまりない。アントン・メンガーがウィーン大学で民事訴訟法の講座に就職したのは、専ら「生活上の便宜」にすぎなかったというのが追悼文や評伝での一致した見解である。ただし、メンガーの民事訴訟法学上の著作に対する評価は、決して低くない。<sup>8</sup>

さらに、たとえ「パンのために」就職した講座とはいえ、メンガーは民事訴訟学の教授であった。当時のオーストリアでは、統一的な民事訴訟立法作業が挫折を繰り返しながらも進められていた最中である。立法作業に対して何も語らずに済ますことはできなかつたはずである。

そこで本稿では、民事訴訟に関するメンガー自身の論稿、さらには追悼文と評伝に基づきながら生涯と業績を、次にメンガーが訴訟法学者として活躍した当時のオーストリアにおける立法作業を概観する。さらに民事訴訟法分野における主要な業績について、当時の立法作業との関連の深いと認められるものを中心に検討する。それによって、民事訴訟法作業やクラインとの関わり、またメンガー自身にとって、訴訟法学者としての活動がどのような意味をもっていたかを考える手がかりとしたい。

## 1. アントン・メンガーの生涯と業績の概略

### (1) 生涯と業績

アントン・メンガーは1841年、オーストリア領ガリツィアのマニオウという都市で生まれた。クラクフで大学入学資格を取得し、ウィーン大学で法学博士の学位を修めたのが1865年のこと、政治家の長兄マックス、後に著名な経済学者となるカールと同じ道をたどったことになる。<sup>9</sup> 同年、法律事務所に修習生 (Konzipient) として入り、3年後、弁護士資格を取得する。1872年に『民事執行法論』<sup>10</sup> を著してウィーン大学で教授資格を取得、1875年に同大学で員外教授、1877年に正教授となり、ウィーン大学で民事訴訟法を教えている。在任中には法学部長を二度務めたほか、新しいオーストリア民事訴訟法が成立した1895年にはウィーン大学学長となる。1899年に退職した後は1906年にローマで没するまで、社会主義に関する著述に専念した。

1872年から1906年にかけてアントン・メンガーの著作は共著もあわせて29点が挙げられている。このほかユリウス・ベルクボーム (Dr. Julius Bergbohm) というペンネームで数学に関する4点の著作を1891年から1893年にかけて出版している。<sup>11</sup> 「徹底して合理主義を信じ、行動の動機としては知的なものしか信じなかった」点を数学者としての側面から説明する記述もある。<sup>12</sup>

メンガーの主著として挙げられるのは『全労働収益権史』(1886)、『民法と無産者階級』(1890)、『新国家論』(1903)の三点であろう。いずれも版を重ね、日本語も含めて複数の言語に翻訳されている。<sup>13</sup> ウィーン大学学長就任演説『法学の社会的使命』(1895)も短いながら、メンガーの思想を簡明に表現するとして引用されることが多い。<sup>14</sup> 日本語訳された著作には、これら4点に加え『新道徳論』(1905)、『民衆政治』(1906)等がある。<sup>15</sup>

社会理論家としてのメンガーの活動は、著作に集約されている。そのなかでメンガーは、全労働収益権・生存権・労働権の三大経済的基本権によって人間たるに値する生活を保障することを社会主義法秩序の最終目標として掲げ、その実現のため、「民衆の労働国家」を構想するにいたった。それらを通して、後の労働法や社会学の研究にも影響を及ぼすにいたる。

その一方で、権利観念を基礎とするメンガーの世界観は、エンゲルス (Friedrich Engels, 1820-1895) らによって「法曹社会主義」<sup>16</sup> と命名され、厳しく批判された。

法社会学者オイゲン・エーアリッヒはメンガーを「禁欲的性格の人」と称し、その性格が研究に良くも悪くも及ぼす影響を的確に指摘している。「財産を持たない人々」に同情して論陣を張る一方、「実際に存在する人間、一片のパンと同様に喜びと享楽を必要とする人間」を思い描くことはできなかつたという。<sup>17</sup>

類似する表現はジョンストンの叙述でも認められる。メンガーは「法律を教えるユートピアン」であり、「財産を持たない人々に深い同情を寄せ」ながら「自分の考えがなぜ社会にまともに受け入れられないのか理解できなかつた」とされる。<sup>18</sup>

日本では、大正期に森戸辰男 (1888-1984) や恒藤恭 (1888-1967) らによって注目され、「新鮮味をもって迎え入れられた思想」であった。しかし、すでに1950年代当時の状況では、その名が全く登場しないか、わずか数行触れられるのみ、といった法思想史の書物が「ほとんどすべて」とされる。<sup>19</sup>

それでもなお、その批判的検討も含め、法思想史上も、また当時のオーストリアの知識社会を語る上でも、忘れ難い存在ではある。<sup>20</sup>

## (2) 大学における教育活動より

オーストリア学派を形成した経済学者の兄カールと異なり、アントン・メンガーは決して学派を形成することがなかった。その理由は「あまりに変人だったから」<sup>21</sup>とも、「特定の弟子たちに囲まれて」いては「学問の発展の障害となる」にすぎないからと拒否し、あえて孤高を保ったとも説明される。<sup>22</sup>

しかし、学生たちには親切で、「弟子たち」(Schüler)には事欠かず、敬愛されていたという。評伝の著者たちも、アントン・メンガーがフランツ・クラインら、優秀な人材を育てたことを、メンガーの大学における教育活動の功績に数えている。<sup>23</sup>クラインのほか、法社会学者オイゲン・エーアリッヒ、フランクフルトに社会調査研究所を設立したカール・グリューンベルク (Karl Grünberg, 1861-1940) が代表的な「弟子」と目されている。<sup>24</sup>

クラインが、メンガーを民事訴訟法学の師として仰いでいた証拠はいくつも存在する。ウィーン大学法学部で学んだクラインは、アントン・メンガーによる民事訴訟法の講義を聴講していたことを追悼文に記している。それによれば二、三名の聴講生しかおらず、ときには自分しかいないこともあったが、講義の内容というよりメンガーその人に魅せられて、クラインは熱心に受講していたという。<sup>25</sup>さらに、クラインの教授資格請求論文『訴訟行為における当事者の有責性』<sup>26</sup>にも「わが師 アントン・メンガー」へ、と献辞が記されている。メンガーも論文の考査委員会の構成員として、鑑定意見を記し、それがクライン合格を決定づけたという。<sup>27</sup>自身の著作のなかでもクラインは、メンガーを「我々後進の者に、法生活や法規範の社会的視角を教えてくれた」人物であると評している。<sup>28</sup>

## 2. 19世紀後半オーストリアにおける訴訟法編纂作業

1867年に成立したオーストリア＝ハンガリー二重君主国体制を称して、歴史家オーキーは「リベラルな国家が法治国家になろうとしていた」と表現し、オーストリア側が司法面の強化を図ったことに注目する。<sup>29</sup>この体制下の1876年、本格的な民事訴訟法案が議会で提出された。起草の指揮にあたった司法大臣ユリウス・グラザー (Julius Glaser, 1831-1885) は、当時の時代思潮に沿った法整備を進めた人物として知られる。自身が起草した1873年刑事訴訟法<sup>30</sup>は、公開主義、口頭主義、受訴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、さらには陪審制も導入していた。民事訴訟の分野でも、同じく1873年に制定された少額事件訴訟法(訴額が25グルテン以下の場合に適用される訴訟手続)を起草し、この中で口頭主義や審理の公開を盛り込ん

でいる。<sup>31</sup>そのグラザーの委託を受けて起草を担当したハラソウスキー (Philipp Harras von Harrasowsky, 1833-1890) も、裁判官や司法官僚を歴任したほか、後にはオーストリア一般民法典編纂資料の研究でも名を知られることとなる著名な人物である。

1876年民事訴訟法草案<sup>32</sup>は条文数647条、構成は以下の通りである。

- 第1編 総則
- 第2編 第一審の訴訟手続
- 第3編 上訴
- 第4編 再審
- 第5編 特別手続

全872条あるドイツ帝国民事訴訟法に比べると、強制執行の編が含まれていないため、条文数が少ないこと、督促手続や手形訴訟、婚姻事件等の特別な手続を「特別手続」(Besondere Arten des Verfahrens)として一つの編にまとめる、といった形式的な違いはあるが、個別の条文の文言は極めて類似するものが多く、本質的にドイツ法に忠実な草案となっていた。

1876年訴訟法案は下院 (Abgeordnetenhaus) に提出されたものの、通過することはなかった。1881年に提出された改訂版もまた、同じ運命をたどることとなる。

民事訴訟法案がなかなか成立へと至らなかった理由については、政権交代や司法大臣グラザーの辞任といった外的事情も確かにあろう。

では、内的な事情はどうだったか。口頭審理に関する段階的導入を主張するグラザーの理由書や、当時の議事速記録、法律専門雑誌からうかがえるのは、草案を通過させることについて、大いに積極的であったとは認められない政府側、法曹界の姿勢である。<sup>33</sup>

アントン・メンガーの民事訴訟法分野の仕事のほとんどが、こうした時期のものである。

## 3. 民事訴訟法学に関するアントン・メンガーの著作

訴訟法に関するアントン・メンガーの論稿は、評伝作者たちが整理した一覧表によれば、著書から書評まで含めて10点を数える。<sup>34</sup>そのなかから以下では、1876年訴訟法案との関連が特に深いと認められる著書と論文について検討する。

### (1) 著書

ア. 『上級審における新事実の提出』(1873)<sup>35</sup>

全172頁、6節から構成される最初の単著である。序論によれば、執筆の動機となったのは、当時のドイツ民事訴訟法草案である。1877年に法制化されることとな

るドイツ帝国民事訴訟法は、1871年にプロイセン司法省で草案が作成され、1872年に上訴の可能性を広げるという大幅な変更が加えられていた。メンガーが参照したのはこの段階で公刊された草案資料<sup>36</sup>であったらしい。上訴に関する立法例を古くはローマ法に遡って歴史的に検討すること、以下、本書の構成はローマ法、中・近世における立法作業におけるローマ法の継続、オーストリア法、フランス法及びその影響下の諸立法、現行法上の問題へと展開する。

審理の公開と口頭審理の徹底をはかるドイツ民事訴訟法案をメンガーは全体的としては支持している。ただし、上訴についてメンガー自身が依拠するのは、第一審での手続に集中し、上訴審で新証拠を持ち出すことを極力排除ないし制限しようとする立場である。<sup>37</sup>この立場から、とりわけ口頭審理が上訴審で充実しうるのは、メンガーは疑問視している。<sup>38</sup>メンガーは「民衆司法と判決」を推し進めて、民衆と法律家一緒になった民事裁判所を第一審に導入するべき、という思いきった考えも示している。<sup>39</sup>

#### イ. 『オーストリア訴訟法体系 第1巻』(1876)<sup>40</sup>

全412頁。以下の通り、序論と5章から構成される。

##### 序論

- 第1章 権利の追及に向けた民事訴訟の位置づけ
- 第2章 オーストリア民事訴訟法の法令・文献
- 第3章 民事訴訟法規の解釈
- 第4章 民事訴訟法の事物管轄と時的管轄
- 第5章 オーストリア民事訴訟法の体系と諸原則

第1章(第1節～第4節)では、訴訟とは権利の追及(Rechtsverfolgung)を目的として国家によって秩序づけられた手段であること、オーストリア国民(Staatsbürger)の権利追求を担う裁判所、訴訟の種類や態様が概観されている。続く第2章(第5節～第9節)はオーストリアにおける民事訴訟の法源と文献の整理である。当時のオーストリアには1781年に制定された一般裁判所法<sup>41</sup>、および本質的にはこれと同じ内容で、手形、鉱山、軍事裁判所等の規定が追加された西ガリツィア裁判所法<sup>42</sup>があった。しかし、「フランスやドイツ諸邦のように、個別立法を「包括するような法典」として編纂されているのではなく、オーストリア国内においてすら「一般民法典<sup>43</sup>のように、現在や将来の司法判断に決定的な影響を及ぼすまでには至らず」、<sup>44</sup>様々な時期に出された膨大な諸法令と合わせて運用されている。1873年に開始された少額事件手続<sup>45</sup>まで含めて手続ごとの法源の綿密な整理のほか、法源としての慣習法の活用にまで言及している。加えて、当時の民事訴訟に関する文

献整理に移り、当時の民事訴訟法のいわゆる基本書と、歴史法学者として知られるウンガー(Josef Unger, 1828-1913)の私法体系との関連も指摘する。<sup>46</sup>第3章では法規の解釈方法について歴史的解釈と実務上の便宜を考えた解釈を区別してみせ、第4章(第12節～第15節)は大半で土地管轄を、最後に時的管轄を扱う。

本論が始まる第5章(第16節～第29節)では、民事訴訟法制度の体系づけに関する先行研究の紹介(第16節)から始まり、第17節以降は、民事訴訟における裁判官の地位、(処分権主義および弁論主義(Verhandlungsmaxime)、当事者尋問、訴訟の諸類型、少額事件訴訟、一括集中審理主義(Eventualprinzip)へと進む。

最後の第29節は「口頭主義と書面主義、直接主義と間接主義の諸原則」という見出しである。ただし、ここから読み取れるのは訴訟手続のなかにどのような位置づけ方があるか、客観的に解明しようと試みる、という姿勢のようである。後年の論稿のように積極的な反論や提言は見られない。このなかでの中心的な叙述は、口頭主義や書面主義をそれぞれ直接主義や間接主義と組み合わせ手続の形式的分類にある。口頭審理の方法や効果についての本質的な議論とは言い難い。この点について、当時に書かれた書評の一つでも、口頭審理に関する部分について、「抽象的」な理論では賛同できても、そのような分類方法にこだわることにどれほど実務上「価値」があるのか疑問視されている。<sup>47</sup>

本書について、二つの試みを評価する指摘がある。<sup>48</sup>一つ目は体系づけの方法についてである。19世紀の民事法・民事訴訟法学の基本書は「パンデクテン体系」に倣うことが支配的であった。フーゴ(Gustav Hugo, 1764-1844)やハイゼ(Georg Arnold Heise, 1778-1851)といった法学者により始められ、やがては歴史法学派の祖と呼ばれるサヴィニー(Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861)にも受け継がれる精緻な学問体系ではある。これに対してメンガーが目指したのは、マルティン(Christoph Reinhard Dietrich Martin, 1772-1857)の『ドイツ普通法訴訟教科書』<sup>49</sup>に基づき、裁判官、当事者、訴訟手続へと分類する構成である。「1875年当時にはまだ珍しい方法」であったが、メンガーの選択は、より訴訟の実際面に即しているという。

二つ目は、「訴訟原則」に従って散在するオーストリアの法源を分類しようとする試みである。<sup>50</sup>メンガーは訴訟原則を「複雑な民事訴訟規定の塊に生命を吹き込み、統一的なまとまりごとに分類すべき」指標だとする。<sup>51</sup>もっとも、ここにいう原則は普通法民事訴訟理論に由来している。<sup>52</sup>ことさら新たな視角を提供しようとしているのではなさそうである。

むしろ本書の意義は、「従来のオーストリアの訴訟制

度に関する法源を学問的に整理検討しようという試みにある。個別立法や命令が数限りなく出されていた状況のなかで、複雑に混乱した法資料を客観的に測った基準に基づいて法令を整理し、そして同時に民事訴訟に関する諸制度を関連づけ、「差異や類似点を確認しやすいよう、換言すれば、発展可能な学術上の骨組みを作り上げる」ことであった。その意味で、未完が惜しまれる労作となっている。

## (2) オーストリア 1876 年民事訴訟法草案関連の諸論稿

『オーストリア民事訴訟法体系』の序言でメンガーは、同年に発表された 1876 年民事訴訟法草案について詳細な検討ができなかった、とことわっている。それを補填する目的もあったようだ。『オーストリア一般裁判所新聞』では 1876 年から 1877 年にかけて、この草案の内容から占有妨害 (Besitzstörung) の訴え、上訴制度 (Revision)、訴訟障害の抗弁 (proceßhindernde Einreden) の 3 点に関するメンガーの論稿が連載されている。<sup>53</sup>

ア. 占有妨害 (Besitzstörung) の訴えについて。最初の論稿にある占有妨害の訴えとは、占有という事実的支配を保護するための訴えである。社会的秩序維持のためにし占有を正当化する実質的権利 (本権) による訴えとは別に予定されている。<sup>54</sup> 1876 年民事訴訟法草案には、「第 5 章 占有妨害の争いに関する手続」に第 621 条から第 626 条までが割り当ててあった。

メンガーの意見では、この部分は「削除されるべき」である。<sup>55</sup> それができないなら、せめてこの訴えの方式を、より厳格に制限するよう提言する。占有に関する訴訟は専ら「最近の事実上の支配の確認とその妨害」に限定せよというのである。占有妨害の訴え以外に、すでにオーストリア物権法では、ローマ法に由来して「プーブリキウス訴権」(actio publiciana) と呼ばれる占有保護の訴えが規定されている。占有妨害排除の訴えと異なり、「所有権者であることが法的に推定される」(オーストリア一般民法第 372 条) ことが要件となっている。この訴え以外に、占有妨害の訴えが様々に起こり、権利関係を錯綜させてしまうことを危惧していたようである。

なお、1895 年民事訴訟法でも占有の訴えについては第 454 条から第 459 条に規定されている。ただし、区裁判所における手続の中に吸収され、別に章を構成していない。必ずしもメンガーの提案通りでないにせよ、明快さと簡潔化が目指されているようである。

イ. 上訴制度について。1876 年民事訴訟法草案では、第一審が地方裁判所の場合、前者については上訴審に新事実を提出することを大幅に制限しようとする。これに対して、単独裁判官による裁判の場合には、新事実の提

出も大幅に認めようとしていた。

メンガーは 1873 年に発表した著書における態度を維持する。したがって、1876 年民事訴訟法草案についても、細部についてはより明快になるよう修正されることはあっても、制度の基本はこれ以上変更されないよう、要望している。<sup>56</sup> 本論で展開されるのは、むしろ上訴制限の擁護である。その理由は大別すれば、以下の三点にまとめられよう。一つ目は、批判に対する反論である。事実問題と法律問題の区別が困難であるため、第二審以降でも事実を新たに審理し直す必要を説くドイツやオーストリアの「最近の論者たち」は唱える。しかし、両者の区別が必要なのは、どの民事訴訟でも同じことだと反論する。ことさらに上級裁判所の裁判官に委ねずとも、第一審の証拠調べの段階で、証拠の提出、証人尋問、当事者宣誓という方法を駆使して、すでに尽されてきたことだという。<sup>57</sup>

二つ目はオーストリア固有の事情である。すなわち地方の慣習、言語や思考様式がきわめて複雑に入り乱れているため、当事者に近い第一審の裁判所の認定を維持するべきであるという。特に「農民の法や権利に関する状況は、長年、大きな都市部に住み慣れた上級裁判所の裁判官たちにはきわめて慣れない」ものだという。加えて、複数の民族が共存する地区の高等裁判所が、たいてい母国語しか話せない当事者や証人を召喚して審理するには大変な困難が伴う、と指摘する。<sup>58</sup>

さらに、上訴審において事実認定が拡大されることで、メンガーが最も危惧するのは、従来にもまして「訴訟の遅延という可能性が増大すること」である。陪審制を導入した刑事訴訟法<sup>59</sup>でも事実審が一回限りである点を引き合いに出しつつ、メンガーは民事訴訟も均衡を保たせるべきだというのである。控訴審以降も事実認定が長引けば、不利益を被るのは「より貧しい民衆」だから、という。<sup>60</sup>

1895 年民事訴訟法は、上訴制限を強めている。例えば、ドイツ法第 498 条や 1876 年民事訴訟法草案の第 495 条では、「相手方の同意」があれば、控訴審において「訴えの変更」が認められると規定されている。ところが、1895 年民事訴訟法第 494 条によれば、「相手方の同意があってももはや認められない」。また、控訴審において当事者が新事実を提出することも認められてはいるが、あくまで訴えの変更を伴わない範囲という限定つきである (第 498 条)。

「法が完全な純度で発見されえない」以上、多少の不確かさや誤りがあっても、訴訟が早く終了する方が商人や工業者など経済活動に従事する人々に資するため、第一審手続を充実させて上訴の負担を軽減させる、というのがクラインの方針であった。<sup>61</sup> 上訴の制限という点で、メンガーの主張と類似する点が認められる。

ウ. 訴訟障害の抗弁について. 一般に, 民事訴訟を起こす場合, 原告がその請求につき実質的な審理・判断を受けるために必要な前提諸条件を満たしているかが予め確認されねばならない. これは, 民事訴訟では訴訟要件の問題として扱われる. その訴訟要件の中で, ある事項の存在自体が訴えを不適法にするような要件を訴訟障害 (Prozeßhindernisse) または消極的訴訟要件 (negative Prozeßvoraussetzungen) という.

今日の民事訴訟法の説明によれば, 訴訟障害については, 例えば管轄違いのように裁判所が職権で調査しなければならない事項と, 被告が抗弁を出した場合に限って障害となる事項に区別される. 仲裁裁判官によって決定する合意がある場合等である.

制定当時のドイツ帝国民事訴訟法第 247 条では, 被告から弁論前に提出できる訴訟障害の抗弁<sup>62</sup>として①裁判所管轄違い, ②裁判上の方法 (Rechtsweg) が認められない場合, ③ (すでに) 訴訟係属済みである場合, ④訴訟費用に対する保証がないこと, ⑤再訴に必要な前訴訟費用が未済, ⑥当事者の訴訟能力の欠如もしくは法律上の訴訟代理人の不在という六つの場合を挙げている.

1876 年民事訴訟法草案でも第 285 条以下で, ドイツ帝国民事訴訟法第 247 条に類似した事由を挙げた規定が準備されていた. メンガーが草案に要求するのは, 裁判所の職権事項を明確化することである. 訴訟遅延を目論む当事者が, 実体的な抗弁を用意せずに, 常に訴訟障害の抗弁だけが持ち出されないよう, 裁判所が当事者の申し立てのみならず「職権によって」も本案審理の前に訴訟障害について審理できると明記するよう, 提案している.<sup>63</sup>

オーストリア 1895 年民事訴訟法第 189 条には, 裁判所管轄違い, 訴訟中であること (Streitanhängigkeit), 確定判決済みである旨, 被告から申し立てがあった場合は, 裁判所は先にこれらについて審理しなければならない, と規定している. この規定に限ってみれば, 当事者の申し立てをドイツ帝国民事訴訟法や 1876 年民事訴訟法草案と類似している. ただし, 障害事由を制限していること, 前後の一連の規定と合わせると, 訴訟の進行について裁判官の指揮権が強化されていることから, メンガーの提言にも少しは近い内容となっているのではないかと考えられる.

### (3) その他の論稿より

1877 年『オーストリア一般裁判所新聞』においては, 他の民事訴訟法学者が寄せた草案批判に関するメンガーの書評も掲載されている.<sup>64</sup> 対象とされたカンシュタイン (Raban Freiherr von Canstein, 1845-1911) はグラーツ大学民事訴訟法の教授である. 後にクラインの『オー

ストリア民事訴訟』の中で, 彼の執筆した『教科書』<sup>65</sup> は個別のオーストリア諸邦の訴訟制度の歴史に関する叙述に及び「今日にいたるまで最も優れた文献」であると, 高い評価を受けている.<sup>66</sup> 当時のオーストリア民事訴訟法学界でも中心人物だったはずで, メンガーも, 自身の論稿の中で個別論点について反対論者としてたびたび引用している. ただし, この書評については, 大半は法的論点よりも著者の「言語能力」が攻撃目標となってしまうている.

メンガーにとってはカンシュタインが「論敵」では飽き足らなかったのか. 上述した「占有妨害」の論稿も, 本題に入る前に民法学者アントン・ランダ (Anton Ritter von Randa, 1834-1914) の草案に対する「誤解」を指摘して始めている.<sup>67</sup>

評伝によれば, こうしたメンガーの手厳しい挑戦的・攻撃的な「批判精神」は, 「より社会的な活動の場」を求め, 社会主義的著作へと向かっていったという.<sup>68</sup>

「証拠判決 (Beweis-Interlocut) の廃止と新しい民事手続の確立について」(1879)<sup>69</sup> はウィーン法律家集会 (Juristische Gesellschaft zu Wien) における報告である. 証拠調べの開始について, 裁判官による採否決定が常に必要か否かを書証, 証人尋問, 当事者尋問と当事者宣誓等, 証拠の性質に即して検討する. 諸外国の立法例と比べられるが, ドイツ帝国民事訴訟法とともに 1876 年民事訴訟法草案の制度についても語られる. そのなかでメンガーが必ずしも「口頭主義」の信奉者ではなかったことをうかがわせる記述も散在する. 例えば, 証拠調べとなると常にドイツ=フランス型訴訟では, 「専ら口頭主義を過大評価」するのに対して, イングランドでは書面主義をも維持しているという.<sup>70</sup>

民事訴訟法学者としておそらく最後の論稿となるのは「オーストリア民事訴訟における訴訟当事者論」(1880)である. 「総説」(第 1 節)にはじまり「訴訟承継」, 第 12 節に終わる 66 頁分の論稿のなかには, 訴訟当事者の権利義務 (第 3 節), 訴訟参加 (主参加, 補助参加) (第 9 節), 貧しい当事者の訴訟費用に向けた訴訟救助といった項目も設けられている. しかしながら, 学説の争いや自説を論ずるというより, 徹底したオーストリア法源の提示に専念されている.

膨大な法源が散在するという当時のオーストリア民事訴訟法の状況を顧みれば, 法文発見のためのハンドブック作りという作業の存在価値を低く見ることもできない.

### (4) 小括

民事訴訟法分野の著作を概観して指摘できることは, 以下の 3 点ではなからうか.

最初に, 訴訟法学者メンガーの目的はまず, 当時

のオーストリアの訴訟法制を正確に位置づけることにあった。これは、当時のオーストリアにおける訴訟法学界の中心課題であり、メンガーはそれに果敢に取り組もうとした。

法社会学者エアリッヒが『オーストリア民事訴訟法体系』を評価するのも、「学術的資料整理」としての価値にほかならない。同書は「明晰明瞭に整理され、的確かつ鋭敏に活用された「学術的資料の無尽蔵の宝庫」であり、「目立たない註の数行」から膨大な知識量がうかがえることを、例を挙げつつ指摘している。<sup>71</sup>

次に、1876年民事訴訟法草案に対しては、法制化を見据えて、実質的かつ丁寧な検討を加えていたことがうかがえる。あくまで法文の適用や運用上の問題点を指摘し、改善に向けて具体的に提言している。

クラインが1895年民事訴訟法の起草者に選ばれたきっかけとなった論稿が『未来に向けて』である。その中で、従来の立法作業では「三つの原則、すなわち口頭主義、公開主義、自由な証拠評価が、それだけで至福を与えるのではない」のに、そのことだけに専念されてきた、と批判している。<sup>72</sup>また、この草案も含めて、オーストリアで何度も立法作業が挫折した原因を立法作業担当者たちの「力の入れようが不足していた」から、と断ずる指摘もある。<sup>73</sup>しかし、少なくとも法曹界にはメンガーのように、提出された草案に対して専門的な立場から真摯に向き合い、法律の成立に向けて協力しようとする姿勢もみられたのである。

最後の点は、当時「貧しい者」への眼差しも垣間見られることである。メンガーの訴訟法学上の執筆活動は、確かに、社会政策としての訴訟を論ずるにはいたっていない。しかし、後年の社会主義思想の著作に対する視点と叙述のスタイルが確立する萌芽期と位置付けることもできるのではないだろうか。

#### 4. 1895年民事訴訟法について

1895年民事訴訟法をめぐっては、クラインによる草案が公刊された段階から、それこそドイツやオーストリアの法曹界で賛否に分かれて議論が白熱していたというのに、メンガー自身は、少なくとも1876年民事訴訟法草案評のような専門的な執筆活動によってこの論戦に参加することはなかった。<sup>74</sup>そのかわり、簡潔かつ政策的な提言や賛辞を認めることができる。

##### (1) 『法学の社会的使命』・『新自由新聞』紙の記事より

1895年10月24日に行われたウィーン大学学長就任演説『法学の社会的使命』(1905)では1895年民事訴訟法に対する賛辞が述べられている。ドイツ民法典の第二草案でも「民意に適った」法典とはならないであろう、

と予見してみせた上で、むしろそれは「自然法及び啓蒙時代の最後の侍女」ともいえる一般民法典を持つオーストリアに期待されている、という。<sup>75</sup>

しかしながら、この変革は単に一般の歴史経過によってのみならず、我々がオーストリアという位置づけに固有の発達によってもまた求められているのだ。最近、民事訴訟法の改革が完成し、わたくしが述べてきた多くの思想を実現したところだ。社会的使命という改革事業が完結するのも遠からぬことであろう。

1867年体制下初期にはリベラル派の日刊紙として知られた『新自由新聞』に、メンガーによる「社会的民事訴訟」の成立を寿ぐ記事が掲載されることとなった。<sup>76</sup>新たな訴訟法においては「これまでの法制に比べて農民層や貧民層の利益を著しく増すものであって市民層の便宜にとってはさまざまな方面で後退させられている」こと、その眼目は貧しい階層の訴訟追行を軽減するために「訴訟と執行手続において裁判官が職権で指揮できるのが原則になったこと」であると強調する。

最後にはドイツ帝国民事訴訟法を引き合いに出しつつ、勝ち誇るかのようだ。<sup>77</sup>

民法と民事訴訟を社会的現象として捉えるオーストリア法律家たちの功績によって、無論ためらいがちに、慎重にはあるが、今日の社会的な時代思潮の中心に位置づけられる立法が実現したのだ。

ただし、こうした訴訟原則を実現するために「我が国の裁判官や弁護士たちは大きな荷を肩に負わされることになるだろう」と、実務法曹の苦労を正しく予見して締めくくっている。<sup>78</sup>

##### (2) 『民法と無産者階級』(初版1890、第3版1903)と訴訟制度

ドイツ民法第一草案批判を社会主義の立場から批判したことで日本でも広く知られた本書は、第3版でスイス民法、オーストリア民事訴訟法の制定後の記述が加えられている。

初版のうちから訴訟制度に関しては二つの具体的な提言を試みている。第一の提言は、貧民に対する法律の教示義務を裁判官に課すことである。<sup>79</sup>

民事裁判官は個々の国民にことに貧民に無償で現行法を教えるべき義務、および私権の確保について補助を与えるべき義務をおわねばならぬ

第二の、より本質的な提案こそ、裁判所の職権の強化である。<sup>80</sup>

裁判官は、一度訴訟が提起され、被告が主張された請求を争うときは、職権をもって訴訟を進行しなければならぬ。訴訟において弁護士に代理せしめることを有産者に許すならば、判事は、判事自身貧乏な方の当事者の代理をつとめることによって、双方の平等を維持せねばならぬ。

「過渡期」においては「国家によって俸給を与え」られ、「貧民の法律以外の事件を扱うことを禁じられた」「貧民弁護士 (Armenadvokaten)」を設けることもあわせて提案する。<sup>81</sup>

自由業としての弁護士廃止の試みや「職権主義」で知られるプロイセン 1793 年一般裁判所法<sup>82</sup>は、18 世紀プロイセン国王フリードリッヒ 2 世により進められたことで知られる。これらを、むしろメンガーは好意的に評価する。18 世紀に比べて、今日の民事裁判が「たいそう良くなった」点は認めるものの、受動的な裁判官や弁護士等の介在によって、これらを有効に活用できる有産階級に利益のある制度となってしまう、「国民の大多数には手の届かないもの」になってしまった、と批判する。フランス革命以来、公開主義および口頭弁論主義を伴ったフランス式民事訴訟法が先進的モデルとされたが、それすら有産者階級が自らの利益を守るのに都合がよいため、こちらを「偏愛」したのだ、とメンガーは非難する。<sup>83</sup>

その当時の無産階級は反対の声を上げ得なかった。今日であったならば、無産階級は啓蒙時代の偉大な立法上の政策を反抗なしには奪われなかったであろう。

訴訟技術としては 18 世紀プロイセンに類似する制度を復活させることになるが、そのことに抵抗はないようだ。あくまで「無産者階級」にとって、現在どのような制度がよいのか、メンガーの関心はその一点に尽きる。

『民法と無産者階級』の第 3 版は 1895 年民事訴訟法の制定後に刊行された。この訴訟法についてメンガーは、殊に三つの方向で自分の見解に近づいている、と評価する。第一に、費用のかかる従来執達吏 (Gerichtsvollzieher) に替えて、送達や強制執行を裁判所の権限としたこと、第二に区裁判所判事 (Einzelrichter) に対し、弁護士に代理されずに出頭してきた貧しい当事者に法律に関して教示するよう、広く義務を課したこと (第 432 条～第 435 条)、最後に、最も重要な点として、法律上、また実務上はそれ以上に強力に職権主義的手続

を導入したことであるという。最後の関連条文として挙げられるのは、裁判官の権限を明文で強化した民事訴訟法第 180 条以下や、強制執行手続法第 16 条である。<sup>84</sup>

### (3) 『新国家論』(1903) より

最後に、ここでもわずかながら訴訟制度についての叙述がある。メンガーの目指す民衆の労働国家が最大多数の民衆の生活目的を真の「公共の福祉」とするならば、今日の民事・刑事・行政訴訟はすべて統一され、徹底的に職権の手続に委ねられねばならない、とする。そのために民事訴訟について『民法と無産者階級』で示した提案がオーストリアの民事訴訟法で実現されている、というのである。対照的にドイツでは、最近の改正に際しても、未だ「上流階級に有利な古い偏見」が維持されている、と批判してみせる。<sup>85</sup>

### (4) 小括

1876 年民事訴訟法草案の場合と異なり、1895 年民事訴訟法についてはもはや、アントン・メンガーは草案段階でも、制定後も訴訟法学者としての専門的な評論を加えることはなかった。そのかわり、この訴訟法に対する賛辞が後年の社会理論家らしい論調で繰り返されている。

### おわりに

19 世紀後半のオーストリアにおける民事訴訟立法作業に際して、アントン・メンガーは直接の参加者ではなかったが、訴訟法学者として生真面目に立法作業の受け手になろうとしていた。まず手掛けたのは、法制についての現状認識、訴訟原則の確認、1876 年民事訴訟法草案に対する批評と提言であった。社会政策的視点の萌芽も認められるものの、訴訟法学者としての立場から、論理性・整合性へのこだわりが強い。

メンガーによる一連の論稿が、後の立法作業に影響したことを具体的かつ明快に立証するのは、確かに難しい。しかし、訴訟法学に関するメンガーの論稿とクラインの発言や 1895 年民事訴訟法の内容を照合すると、少なくともメンガーが指摘した諸問題は、そのまま放置されていなかったことがわかる。

1895 年民事訴訟法の成立前後に関する諸論稿では、すでに『民法と無産者階級』の初版段階からも示されたように、専ら社会政策面を強調するようになる。訴訟法についてはクラインに託し、法学者から社会理論家へと転身したのだと捉えることもできよう。

しかし、その社会理論家としての活動については、最後に、森戸辰男による明快なメンガー評を挙げておく。<sup>86</sup>

メンガーはよい法律家であった、法律家として行き得る、恐らく最大限度迄行った。併し彼は法律家として留まった。彼は権力と法律との殻を破ることはできなかつたやうである。

オーストリアの立法作業にとっても、社会理論家としての素地を語るうえで、訴訟法学者としてのメンガーの活動は、簡単に見過されてよいものではない。

<sup>1</sup> Gesetz vom 1. August 1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilproceßordnung) RGBL.1895/Nr.113. なお、ここにいう「オーストリア側」の正規の名称は「帝国議会に代表を送る諸王国・諸州」(die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder), 1867年に結ばれた協定 (Ausgleich, 邦訳では「アウスグライヒ」[和協]等)以降のオーストリア=ハンガリー二重君主国のうちハンガリーを除く部分を指す。

<sup>2</sup> 民事訴訟法の影響について俯瞰的な研究を含むものに Schöniger-Hekele, B., *Die österreichische Zivilprozeßreform 1895: Wirkung im Inland bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges 1914: Ausstrahlung ins Ausland*, Ffm, 2000. 訴訟法も含め、ハプスブルク帝国崩壊後の周辺諸国への法制史を追跡したものとして Slapnicka, H., *Österreichs Recht ausserhalb Österreichs: Der Untergang des österreichischen Rechtsraums*, Wien 1973. 大正期における日本民事訴訟法の改正について最近の詳細な研究として水野浩二「〈口頭審理による後見的な真実解明への志向〉試論——例としての大正民法改正」法制史研究 63 (2013), 1-54 頁。

<sup>3</sup> Wassermann, R., *Der soziale Zivilprozess: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*, Neuwied / Darmstadt, 1978 (邦訳バツサーマン, R.『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』森勇訳, 成文堂 1990年) [以下 Wassermann: 1978 と略す], 52.

<sup>4</sup> RGBL. 1877, Nr. 6, p.83 ss.

<sup>5</sup> 19世紀ヨーロッパ大陸諸国の民事訴訟立法と口頭審理の扱いの変遷については拙稿「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」法制史研究 62 (2012), 1-34.

<sup>6</sup> 社会政策としての訴訟を強調する記述は多いが、代表的なものは Klein, F., *Der Zivilprozess Österreichs*, (mit Ergänzungen von Engel, Friedrich) Mannheim/Berlin/Leipzig, 1927 [以下 Klein/Engel: 1927 と略す] とくに 186-204 を参照。このほか訴訟観を簡潔にまとめたものに 1901年の講演を所収した Klein, F., *Zeit und Geistesströmungen im Prozesse*, in: *Franz Klein: Reden, Vorträge/Aufsätze, Briefe*, Wien 1927 [以下 Klein: 1927, *Reden, Vorträge/Aufsätze, Briefe* と略す], 117-138, 特に 137-138. 邦訳としてクライン, F.『訴訟における時代思潮』中野貞一郎訳, 信山社, 1989年。

<sup>7</sup> 社会性という観点からのドイツ民法典第一草案批判について、比較的最近の研究では Reppen, T., *Die soziale*

*Aufgabe des Privatrechts: Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, 2001.

<sup>8</sup> この点につき同時代の追悼文の中から Ehrlich, E., Anton Menger. in: *Süddeutsche Monatshefte*, Sonderabdruck III, September 1906 [以下 Ehrlich: 1906 と略す] 29 (邦訳文献としてエールリッヒ, E., 「アントン・メンガー」(1906) 油納芳生訳, 修道法学, 第17巻第2号 (1995), 189-204, 第18巻2号 (1996) 275-285, 第19巻第1号 (1996) 245-263); Klein, F., Anton Menger. in: *Die Zeit (Österreich)*, 8. Februar, 1906 [以下 Klein: 1906 と略す]; Grünberg, K., Anton Menger.; *Sein Leben und sein Lebenswerk.*, in: *Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung*, 1909, Nr. 18, 29-77 [以下 Grünberg: 1909 と略す], 訴訟法学者については特に 34-37; 追悼記事 (Nekrologe) には匿名が多いが、そのなかでこの点について詳しいものに Anton Menger, in: *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 33 (1906), 784-788, 特に 786; 1970年代に相次いで公刊された評伝について、以下を参照。Kästner, Karl-Hermann, *Anton Menger (1841-1906): Leben und Werk*, Tübingen, 1974 [以下 Kästner: 1974 と略す], 8-11; Müller, E., *Anton Mengers Rechts- und Gesellschaftssystem: Ein Beitrag zur Geschichte des sozialen Gedankens im Recht*, Berlin, 1975, 9-11; Willrodt-v. Westernhagen, D., *Recht und soziale Frage. die Sozial- und Rechtsphilosophie Anton Mengers*, Hamburg 1975 [以下, Willrodt-v. Westernhagen: 1975 と略す], 訴訟法学者としての活動については特に 132-134; Hörner, H., *Anton Menger: Recht und Sozialismus*, Frankfurt am Main, 1977 [以下, Hörner: 1977 と略す], 民事訴訟法学者としてのメンガーの活動については特に 18-19.

<sup>9</sup> メンガー三兄弟の生涯に関する詳細について、日本における最近の研究では八木紀一郎『ウィーンの経済思想—メンガー兄弟から20世紀へ』ミネルヴァ書房, 2004年。本書の中心となるのはカール・メンガーおよび経済学におけるオーストリア学派であるが、アントンについても特に 81-98 頁参照。

<sup>10</sup> Menger, A., Beiträge zur Lehre von der Execution, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, 55. Bd., Heidelberg 1872, 371-418, 433-481. 1871年4月28日にウィーン大学に提出された教授資格請求論文全編を掲載。

<sup>11</sup> アントン・メンガーの著作数、一覧については Hörner: 1977, II-VI; Kästner: 1974, 225-227, Willrodt-v. Westernhagen: 1975, 195-197 を参照。

<sup>12</sup> Johnston, W., *The Austrian Mind: An Intellectual and Social History 1848-1938*, Berkley, Los Angeles: Univ. of California Press, 1972 [Johnston: 1972 と略す] (ジョンストン, W.M.『ウィーン精神—ハプスブルク帝国の思想と社会 1848-1938』井上修一・岩切正介・林部圭一訳, みすず書房, 1986年), 92.

<sup>13</sup> Menger, A., *Das Rechtauf dem vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, Stuttgart/Berlin 1886, 4. Aufl. 1910. (本書の邦訳として, アントン・メンガー『近世社会主義思想史』森戸辰男譯, 我等社 1921年, アントン・メンガー『全労働収益権史論』森戸辰男譯, 弘

- 文堂書房, 1924年; アントン・メンガー著『労働全収権史論』森田勉訳, 未来社, 1971年). Menger, A., *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen 1890, 3. Aufl. 1903, Neudruck 1968 [以下, 初版は Menger: 1890, Bürgerliches Recht, 第3版は Menger: 1903, Bürgerliches Recht と略す] (アントン・メンガー『民法と無産者階級』井上登記, 弘文堂書房 1926年; Menger, A., *Neue Staatslehre*, Jena 1903, 3. Aufl. 1906 (アントン・メンガー『新国家論』河村又介訳 聚英閣 1921年).
- <sup>14</sup> Menger, A., *Ueber die sozialen Aufgabender Rechtswissenschaft, Rektoratsrede*, Wien /Leipzig 1895, 2. Aufl. 1905 [以下 Menger: 1895 と略す] 邦訳ではメンガー, A.『法学の社会的使命に就て』上田操訳 法学論叢 第6巻5号 (1921), 57-79頁.
- <sup>15</sup> Menger, A., *Neue Sittenlehre*, Jena 1905 (アントン・メンガー『新道徳學』藤本直訳, 廣文館, 1923年); Menger, A., *Volkspolitik*, Jena 1906 (アントン・メンガー『民衆政治』河村又介訳, 吉野作造編『政治研究 第5輯』内外出版, 1923年; アントン・メンガー『民衆政策』藤本直訳, 廣文館, 1923年)
- <sup>16</sup> メンガーの著書『労働全収権史論』を徹底的に論駁するエンゲルス (Friedrich Engels, 1820-95) の書評論文「法曹社会主義」(Engels, F., *Juristen-Sozialismus*, in: *Die Neue Zeit*, Heft 2, 1887) の題名である。邦語訳ではエンゲルス著「法曹社会主義批判」(大形太郎訳, 解放社, 1946年)がある。
- <sup>17</sup> Ehrlich: 1906, 33.
- <sup>18</sup> Johnston: 1972, 93.
- <sup>19</sup> 松尾敬一「法曹社会主義」, 恒藤恭他編『法哲学講座』第4巻, (有斐閣, 1956年), 187頁。森戸辰男のアントン・メンガー研究・翻訳のほかでは恒藤恭「労働全収権生存権及び労働権の本質」同志社論叢, 第2号 (1920) 187-218頁; 山口正太郎「アントン・メンガー新國家組織ノ經濟的基礎」經濟學商業學國民經濟雜誌, 第30巻第4号 (1921) 600-612頁。
- <sup>20</sup> 戦後のメンガー研究および関連文献については, エーアリッヒの追悼文翻訳 (前註8), 八木紀男 (前註9), メンガーの著書の翻訳 (前註13) のほか, 大橋智之輔「アントン・メンガーの法思想」法学論叢, 第62巻第2号 (1956) 134-171頁; 喜多了祐「アントン・メンガーの永逝四十年: 「生存権的基本権」の法思想的背景」社会経済研究, 第4号 (1947) 1-16頁; 同「アントン・メンガー」一橋論叢, 第51巻第4号 (1964) 420-436頁; 田中成明・竹下賢・深田三徳・亀本洋・平野仁彦『法思想史』有斐閣, 1988, 142-143頁等。
- <sup>21</sup> Johnston: 1972, 93.
- <sup>22</sup> Grünberg: 1909, 37.
- <sup>23</sup> Kästner: 1974, 9; Willrodt-v. Westernhagen: 1975, 133; Hörner: 1977, 19; Langer, A., *Männer um die österreichische Zivilprozessordnung 1895: Zusammenspiel/ Soziales Ziel*, Frankfurt am Main, 1990, 19; Johnston: 1972, 92; なお邦文では Grünberg: 1909に基づく森戸辰男「理想の大学教授アントン・メンガー」『改造』第2巻第9号 (1920) 24-39頁。
- <sup>24</sup> Hörner: 1977, 15; Johnston: 1972, 93.
- <sup>25</sup> Klein, F., Anton Menger. in: *Die Zeit* (Österreich), 8. Februar, 1906 [以下 Klein: 1906 と略す]。
- <sup>26</sup> Klein, F., *Die schuldhafte Partei-handlung: Eine Untersuchung aus dem Civilprozessrechte*, Wien 1885.
- <sup>27</sup> Sprung, R., Der Lebensweg Franz Kleins, in: Hofmeister, H. (Hg.), *Forschungsband Franz Klein (1854-1926): Leben und Wirken: Beiträge des Symposiums „Franz Klein zum 60. Todestag“*, Wien, 1988, 24.
- <sup>28</sup> Klein: 1906.
- <sup>29</sup> Okey, R., *The Habsburg Monarchy: From Enlightenment to Eclipse*, New York: St. Martin's Press, 2001, 199.
- <sup>30</sup> Strafproceß-Ordnung, RGBl.1873/Nr.119.
- <sup>31</sup> Das Gesetz vom 27. April 1873 über das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen (Bagatellverfahren), RGBl.1873/Nr.66. 口頭主義については16条, 公開主義については17条などに明文化されている。
- <sup>32</sup> Regierungsvorlage Entwurf einer Civilproceßordnung. 535 der Beilagen zu den stenogr. Protokollendes Abgeordnetenhauses.-VIII.Session. 提出資料に年月日の記載はまだない。本稿では, 以下「1876年民事訴訟法草案」と略す。
- <sup>33</sup> このあたりの事情については拙稿 (前註5) 7-8頁に加え, *Die stenographischen Protokolle des Abgeordnetenhauses, VIII. Session. (1876)* 参照。本草案に関する議事は, 小委員会での検討に任せる日程の申し合わせが多く, 内容に踏み込んだ審議は記録されていない。
- <sup>34</sup> Hörner: 1977, II では, 1895年訴訟法を評した新聞記事まで含めて11点としている。本稿で言及する以外の論稿では, 1872年刊行の教授資格請求論文 (前註10) のほか, Willrodt-v. Westernhagen: 1975 や Hörner: 1977 の一覧表には, 最も初期の論稿として以下も挙げられている。ただし論文題目はなく, 解説記事である。Menger, A., *Über Proteste mangels Erfüllung nach Art. 358 HGB*, in: *Zeitschrift für das Notariat*, 1866, Nr. 8.
- <sup>35</sup> Menger, A., *Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen*, Wien 1873 [以下 Menger: 1873 と略す]。
- <sup>36</sup> Entwurf einer Deutschen Civilproceßordnung nebst Begründung, Berlin 1872.
- <sup>37</sup> Menger: 1873, 120.
- <sup>38</sup> Menger: 1873, 155-156.
- <sup>39</sup> Menger: 1873, 124.
- <sup>40</sup> Menger, A., *System des österreichischen Civilprocessrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Wien 1876 [以下 Menger: 1876, *System* と略す]。
- <sup>41</sup> Justizgesetzsammlung 1781 [略記 J.G.S.] Nr.13. Allgemeine Gerichtsordnung für Böhmen, Mähren, Schlesien, Oesterreich ob, und unter der Ennß, Steyermark, Kärnten, Krain, Görz, Gradiska, Triest, Tyrol und die Vorlanden, Wien 1781.
- <sup>42</sup> Allgemeine Gerichtsordnung für Westgalizien, Wien 1796. J.G.S.Nr.329.

- <sup>43</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1.6. 1811 J.G.S.Nr.946.
- <sup>44</sup> Menger: 1876, *System*, 45-46.
- <sup>45</sup> RGBL.1873/Nr. 66.
- <sup>46</sup> Menger: 1876, *System*, 99-105.
- <sup>47</sup> Bar, L., System des österreichischen Civilprocessrechts in rechtsvergleichender Darstellung. Von Dr. Anto Menger, a. ö. Professor an der Universität in Wien. 1. Band. Derallgemeine Theil. Wien, Alfred Hölder. 1875. 8. V und 412S S., in: *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 4 (1877), 159.
- <sup>48</sup> Willrodt-v. Westernhagen: 1975, 132.
- <sup>49</sup> Martin, C., *Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes*, 13. Aufl., Leipzig 1862.
- <sup>50</sup> Willrodt-v. Westernhagen: 1975, 132-133.
- <sup>51</sup> Menger: 1876, *System*, 208.
- <sup>52</sup> Willrodt-v. Westernhagen: 1975, 132.
- <sup>53</sup> Menger, A., Das Besitzstörungsverfahren nach dem österr. Entwurfe einer Civilproceßordnung von 1876, in: *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*, 1876, 393-394, 397-398, 401-402 [以下 Menger: 1876, Besitzstörungsverfahren と略す]; Menger, A., Die Revision nach dem österreichischen Entwurf einer Civilproceßordnung von 1876, in: *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*, 1877, 125-127, 129-131 [以下 Menger: 1877, Revision と略す]; Menger, A., Die proceßhindernden Einreden nach dem österreichischen Entwurf von 1876, in: *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*, 1877, 133-136, 137-138, 141-142 [以下 Menger: 1877, Proceßhindernde Einreden と略す].
- <sup>54</sup> 日本の現行民法では占有の回収、妨害排除又は占有の保全を請求する権利を占有訴権とし、これに基づく訴えとして占有回収の訴え、占有保持の訴え、占有保全の訴えの三種を予定している(民法 197 条～202 条).
- <sup>55</sup> Menger: 1876, Besitzstörungsverfahren, 397.
- <sup>56</sup> Menger: 1877, Revision, 131.
- <sup>57</sup> Menger: 1877, Revision, 126-127.
- <sup>58</sup> Menger: 1877, Revision, 129.
- <sup>59</sup> RGBL. 1873/Nr. 119.
- <sup>60</sup> Menger: 1877, Revision, 130.
- <sup>61</sup> Klein: 1927, *Reden, Vorträge/Aufsätze, Briefe*, 132-133.
- <sup>62</sup> ドイツ帝国民事訴訟法の司法省訳は「妨訴ノ抗弁」という訳語を充てている(司法省『欧州各国民事訴訟法』清水書店, 1926 年)。なお, 1898 年改正当時のため, 該当する条文は 274 条となっている。また, 現行法制度のもとでは, 日本においても, 訴訟費用担保提供の申し立て以外は, 本案の弁論を拒絶する権利を被告に与えているわけではないから用語として不適当とされている。以上の指摘につき新堂幸司『民事訴訟法 第 5 版』弘文堂, 2011 年, 236 頁。
- <sup>63</sup> Menger: 1877, Proceßhindernde Einreden, 14.
- <sup>64</sup> Menger, A., Dr. Raban Freih. von Canstein, Professor in Czernowitz: Die rationellen Grundlagen des Civilprocesses und deren Durchführung in den neuesten Civilproceß-Gesetzentwürfen Oesterreichs und Deutschlands. Erste Abtheilung., Wien 1877, in: *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*, 1877, 45-46, 49-51
- <sup>65</sup> Canstein, Raban Freiherr von, *Lehrbuch der Geschichte und Theorie des Oesterreichischen Civilprozessrechts*, Bd.1-2, Berlin, 1880-82.
- <sup>66</sup> Klein/Engel: 1927, 51.
- <sup>67</sup> Menger: 1876, Besitzstörungsverfahren, 397.
- <sup>68</sup> Kästner: 1974, 11.
- <sup>69</sup> Menger, A., Über die Beweis-Interlocutes und eine neue Anordnung des Civilverfahrens, in: *Juristische Blätter*, 1879, 120-122, 134-137 [以下 Menger: 1879, Beweis-Interlocut と略す]
- <sup>70</sup> Menger: 1879, Beweis-Interlocut, 135.
- <sup>71</sup> Ehrlich: 1906, 28.
- <sup>72</sup> Klein, F, *Pro futuro: Über probleme der Civilproceßreform in Oesterreich*, Sonderausgabe aus „Juristische Blätter“ aus den Jahren 1890 u. 1891, Leipzig und Wien, 1891, 5.
- <sup>73</sup> Hofmeister, H., Franz Klein (1854-1926), zur 130. Wiederkehr seines Geburtstages, in: *Österreichische Richterzeitung*, 1984, 201.
- <sup>74</sup> 1895 年民事訴訟法をめぐる議論については拙稿(前註 5)のほか, 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, 第 119 巻第 1 号(1998), 101-118 頁。
- <sup>75</sup> Menger: 1895, 33.
- <sup>76</sup> Menger, A., Die neuen Proceßgesetze., in: *Neue Freie Presse*, Wien, 1. Januar 1898.
- <sup>77</sup> 同上(註 75)。
- <sup>78</sup> 新民事訴訟法施行当初の実務法曹については拙稿(前註 5) 24-25.
- <sup>79</sup> Menger: 1890, Bürgerliches Recht, 34.
- <sup>80</sup> Menger: 1890, *Bürgerliches Recht*, 34.
- <sup>81</sup> Menger: 1890, *Bürgerliches Recht*, 35.
- <sup>82</sup> 法令集にまとめられたものとして Allgemeine Gerichts-Ordnung für die Preußischen Staaten: Theil 1-3 nebst Register, 3Bde., Berlin, 1795-96.
- <sup>83</sup> Menger: 1890, *Bürgerliches Recht*, 36. プロイセンで実施された自由業としての弁護士の廃止については Weissler, A., *Die Umbildung der Anwaltschaft unter Friedrich dem Großen*, Königshütte, 1891; 上山安敏『法社会史』(みすず書房, 1966 年) 194-201 頁, 鈴木正裕『近代民事訴訟法史・ドイツ』信山社, 2011 年, 特に 301-324 頁。このほか, 異なる視角からの指摘として屋敷二郎「フリードリヒ大王の法観念: 私法の倫理性と法曹の社会的使命」一橋論叢, 第 116 巻 1 号(1996), 160-178 頁。
- <sup>84</sup> Menger: 1903, *Bürgerliches Recht*, 36-37.
- <sup>85</sup> Menger: 1903, *Neue Staatslehre*, 197-198
- <sup>86</sup> アントン・メンガー『近世社会主義思想史』森戸辰男譯, 我等社 1921 年, 譯者序, 4 頁。