

韓国におけるドイツ民事訴訟法継受 120年の史的考察

胡 文 赫

- I 韓国民事訴訟法前史
- II 立法的継受
- III 学問的継受
- IV 評 価

I 韓国民事訴訟法前史

韓国は伝統的に中国法の影響下にあった。特に、李氏朝鮮時代には、儒教思想の支配下にあり、徳治主義や礼治主義を重視し、法治主義は理想的な統治理念としては考えられてこなかった。それ故、法学は独立の学問分野として取り扱われず、法を学んだ官吏達は中人階級に属し、裁判機能を担当した行政官吏の補助的な役割を果たすに過ぎなかった⁽¹⁾。

開化期まで民事訴訟法が独自に編纂されたことはなく、民事訴訟と刑事訴訟は制度的にも未分離の状態であった。しかしながら、民事訴訟と刑事訴訟は事案別にみると区別されていたし、民事訴訟においては、相続、田畑、住宅、奴婢等が主たる対象になった。民事訴訟法典が編纂されることはなかったが、当時の記録を推して考えるに、現代の訴訟制度と比較しても遜色がない程度に合理的な民事訴訟が行われていたことがみてとれる⁽²⁾。高麗後期以降には、訴訟の遅滞状態が続いたため、訴訟の迅速な解決が国家の最大の関心事の一つでもあった。

(1) 韓国の司法制度の歴史については、金炳華、韓国司法史（中世編）、1982を参照されたい。

(2) 李氏朝鮮時代前期の民事訴訟については、任相燮、朝鮮 前期 民事訴訟과 訴訟理論의 展開, 서울대학교 박사학위논문, 2000を参照されたい。

残念なことに、このような伝統的な訴訟制度は、韓国の法意識と社会事情に見合った制度として発展する機会を喪失した。近代的意味における訴訟制度の実現は、甲午更張以降である1895年3月25日の法律第1号として裁判所構成法が制定・頒布され、同年4月29日法部令第3号として民・刑訴訟規定が制定されたことにより為された。しかし、当時の手続法は、きわめて粗雑なものであったし、法院⁽³⁾組織も法規定が定めどおりには整備されず、その意義が大きかったとはとてもいえない状況であった⁽⁴⁾。その上、韓国に日本の統監府が設置され、日本による統治が本格化されると、韓国の法制度も日本の絶対的な影響の下、その制度が整えられていき、日本総督府による完全統治以降には自発的な法発展の命脈は完全に絶たれることとなった。

日本統治時代には、朝鮮民事令によって、日本の民事訴訟法が依用されたため、若干の特例を除けば、基本的には日本民事訴訟法が適用されることとなった。すなわち、総督府は朝鮮の特殊な事情を考慮した法令の制定のための審議に着手し、1912年3月18日に朝鮮民事令など多数の法令などを制定、公布した。これによれば民事裁判手続においては、訴訟当事者は、日本人、朝鮮人を問わず民事訴訟法によることが原則とされたが、朝鮮の特殊な現状に適用させるべく多数の例外を設け、手続を簡略化していた⁽⁵⁾。ここにいう朝鮮の特殊な現象とは、社会実情の相違のみならず、日本による統治のための必要性なども当然含まれていた。当時、依用された日本民事訴訟法は、いわゆる日本の旧民事訴訟法であり、その制定過程は以下のとおりである。すなわち、明治政府は、Preußenの参事官である Hermann Techow を招聘し草案の作成に着手し、Tchow は2年間、日本に滞在しつつ1877年のドイツ民事訴訟法を土台として草案をまとめ、1886年に提出した。この草案を修正し、1890年に公布し1891年に日本の旧民事訴訟法が施行された⁽⁶⁾。

(3) (訳者註) 韓国における法院は、日本における裁判所に該当するものであるが、本翻訳においては、原文の内容にしたがって、韓国の裁判所を指すときには「法院」、ドイツおよび日本の裁判所を指すときには「裁判所」と記すこととする。なお、同様に、裁判官についても、韓国の裁判官を指すときは「法官」、ドイツおよび日本の裁判官を指すときには「裁判官」と記す。

(4) 旧韓末の民事訴訟の法規については、胡文赫，“民事訴訟의 変遷과 将来展望” 韓国法学50年一過去・現在・未来 (II)，1998，184頁以下を参照されたい。

(5) 日本統治時代の民事訴訟法法規については、胡・前掲190頁以下参照。

(6) Nakamura, Japan und das deutsche Zivilprozessrecht, in: Habscheid

その後、1948年に韓国政府が樹立された直後である1948年9月から法典編纂作業が始められたのであるが、同年12月20日に民事訴訟法分科委員会において民事訴訟法要項が作成し提出された。これにもとづき1949年末までは民事訴訟法全編にわたってその起草を完了する予定であった。しかし、朝鮮動乱をはじめ様々な紆余曲折を経て、ようやく1959年12月28日に当時の国会であった民議院を通過し、1960年4月4日に法律第547号として公布され、同年7月1日から施行されるに至った⁽⁷⁾。韓国民事訴訟法は形式的には新しく制定された法律であるが、その実質においては旧民事訴訟法の改正に過ぎなかった。これは、立法作業、すなわち、法典の起草作業を担当した法典編纂委員会の基本方針が、「巧遅よりも拙速、やむを得ざる場合には翻訳程度の立法であってもよい」⁽⁸⁾ という当時の状況からみてとれる。したがって、1948年に作成された民事訴訟法要綱も「名称は民事訴訟法要綱であるが、その実質においては現行民事訴訟法の改正要綱にすぎなかった⁽⁹⁾。したがって、韓国の民事訴訟法はその系統から考えるに、日本の民事訴訟法を受け入れ修正したものであり、前述したように、これは日本の旧民事訴訟法を改正したものであり、日本の旧民事訴訟法はドイツの1877年の民事訴訟法（CPO）を継受したものである。

それ故、我が国は、大韓帝国末期に日本の影響の下で近代的な民事訴訟に関する法令の制定に着手し始めたのであり、日本による統治以降である1912年からは日本の旧民事訴訟法を本格的に受け容れたのであるが、日本の旧民事訴訟法はそのほとんどがドイツ法の影響の下に制定されたものであるといえよう。本稿においては、このような歴史的背景を前提とし、主に韓国民事訴訟法の立法以降の学説と立法に際してのドイツ民事訴訟法の影響について考察したい。

II 立法的継受

韓国民事訴訟法におけるドイツ法的要素を列挙するのは適切ではないと考え

(hr gb), Das deutsche Zivilprozeßrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen, Bielefeld 1991, S. 420.

(7) 方順元, 新民事訴訟法の 特異性—新旧法を 対照하여 新法の 特異性を 糾明한다—法学 2 卷 2 号240頁; 民事訴訟法制定経過, 법제월보 3 卷 4 号 (60) 33면 참조.

(8) 金甲洙, 民事訴訟法要綱解説, 法政 3 卷11号 (1948), 20면.

(9) 金甲洙・前掲20면.

る。なぜなら、若干の例外を除いて、ほとんどの制度がドイツ法を継受したからである。したがって、本節においては、部分的な概括的説明にとどまるとともに、ドイツ法との相違点の中でも重要な点について俯瞰しつつ簡単な説明を加えたい。

一 訴訟の主体

(1) 当事者

当事者能力、訴訟能力などについては、とりたててドイツ法と異なる点はみあたらない。ただし、ドイツ法が、権利能力なき社団に被告適格としての当事者能力を認めているのに対し（ZPO50条2項）、韓国民事訴訟法においては、権利能力なき社団と財団に代表者と管理人がいることを要件とし、当事者能力を認める（韓国民事訴訟法52条）。

当事者適格と関連し、集团的紛争の解決のための制度としてドイツにおいては団体訴訟（Verbandsklage）を認めるが、韓国民事訴訟法は、選定当事者制度をおいている。この選定当事者制度は、日本においてアメリカ class action に修正を加えて創案された制度であるが、ドイツ法的な当事者適格、特に、訴訟担当の概念とも一定の調和を保つ制度である。しかし、この制度では不十分であるとし、近年、集団訴訟法案をまとめはしたものの、証券関連の事件を解決することがより急務であるとし、2004年に証券関連損害賠償事件を規律する証券関連集団訴訟法を制定し、2005年1月から施行する予定である。同法は、米国の class action をおおいに参考にしたように思われるが、詳細に検討すると、米国の制度をそのまま導入したものでもなく、訴訟許可など韓国の訴訟法体系と相容れない制度などを設けたため、今後の運用において多くの問題があらわれるものと思われる⁽¹⁰⁾。外国の法制度を導入する際には、その制度が韓国の法体系全体を混乱をきたしたり、異質の副作用を及ぼすことが生じないように慎重に検討しなければならないにもかかわらず、訴訟法的な検討を尽くすことなく同法が制定されたのであるが、これは重大な問題であると考え。ドイツにおいて代表当事者訴訟を認めず、団体訴訟を認めた理由を深く考慮し立法するべきであったと考える。

共同訴訟に関しては、ドイツでは多数説、判例が予備的共同訴訟を認めない

(10) 訴訟法的な観点から指摘された同法草案に対する諸問題については、오정후, 증권관련 집단 소송 법안에 대한 민사소송법적 고찰, 한림법학 FORUM13卷 (2003), 203면以下を参照されたい。

のに対し、韓国においては、2002年改正においてこれを許容した点がきわめて大きな相違点である。さらに、韓国においては、選択的共同訴訟までも認められた（韓国民事訴訟法70条）。この種の共同訴訟を認めるに際しては、どのような問題が生じるのかについて詳細に検討したのちに、別段、問題が生じ得ないと確信するに至ってはじめてこれらの制度を認めなければならないのにもかかわらず、原告にとって便利であり、矛盾が生じない紛争解決を期待することができるとする漠然とした理由によって、このような共同訴訟を認めてしまった。予備的共同訴訟は、特に、控訴審において当事者達の訴訟活動に矛盾をきたし、手続きをきわめて複雑なものとする百害無益な制度であり、選択的共同訴訟は、当事者が特定されない不適法な訴えを認めることであり、典型的な投網式の訴訟を助長する制度である。

参加制度に関しては、韓国は、ドイツ法の主参加（Hauptintervention）制度を認めない代わりに、日本法にしたがい独立当事者参加制度を認めている点で異なる。ただし、この参加訴訟の構造については学説上対立がある。この制度の趣旨を強調するのが三面訴訟説であり、この制度の実情を分析的に捉えるのが三側訴訟併合説である。独立当事者参加について、過去には、双面的参加のみを許容したために、実際にこの制度の有効性を高めることができずにいた。このような問題点を改善するために2002年の改正において片面的参加を認めた。

(2) 法 院

i 管 轄

法院の組織と管轄については、独韓両国において相違点がある。ドイツでは、裁判権が通常裁判権、行政裁判権、財政裁判権、社会裁判権、労働裁判権に分離され、それぞれ独自の裁判体の組織と審級制度を有しているのが特徴である。韓国においては、行政法院、特許法院、家庭法院等が設置されているが、主にソウルに限定されており、独自の上诉状として連結されている審級制度も設けられてはいない。ドイツにおいては、通常の民事事件を管轄する裁判所も第一審裁判所が地方裁判所（Landgericht）と簡易裁判所（Amtsgericht）⁽¹¹⁾に分かれている。韓国における事物管轄は、地方法院の合議部と単独法官の間

(11) Amtsgericht を日本の訳にならって区裁判所と翻訳する訳者が多い。しかし、ドイツの Amtsgericht の設置現況は、韓国の行政単位である区に該当するものとはなんら関係がないため、このような翻訳は韓国においては適切ではない。むしろ、管轄事件の内容を活かし簡易裁判所と訳することが適切であろう。

の事務の配分の基準であるが、ドイツにおいては、事物管轄は、地方裁判所と簡易裁判所間の事務の配分基準である。

ドイツにおける事物管轄が管轄として認められるのは、別々の組織体としての事務の配分基準として意味があるが、韓国における事物管轄を旧法と同様に単純な事件の配当基準としてではなく、管轄として規定したことに意味があるのかという点については疑わしい。特に、近年、裁定合議事件を認めたために、事物管轄の規定が管轄として有する意味は大きく後退したと考える。

ii 司法補佐官

法院の職務のうちその一部は、ドイツにおいて司法補佐官 (Rechtspfleger) に任されており、韓国においても、この制度を導入し、法院組織法において規定がおかれているが、未だ本格的に施行されてはいない。現在、司法補佐官法が立法予告されている。ドイツにおける司法補佐官 (Rechtspfleger) は、上級職の司法公務員であり、3年間の専門教育課程を修了し、司法補佐官試験に合格した者でなければならない。専門大学 (Fachhochschule) の課程が含まれる同教育課程においては、大学入学者資格試験 (Abitur) を経た者もしくはその他同等の教育を受けた者が入学することができ、中級司法公務員は、3年以上の経歴を積んだのちに、その資質が認められた場合、この教育課程に進むことができる (RPflG 2条2項)。司法補佐官は、裁判官ではないが、裁判機関としての中核的な権限を除いた広範囲の権限を有し、その独立性によって簡易法裁判所の裁判官と類似した地位と権限を有する。司法補佐官は、特に、非訟事件、強制執行、倒産手続および督促手続などを担当する。

韓国の司法補佐官法案によれば、ドイツの制度と近似しているが、その資格要件として、主に、裁判所事務官試験合格者の中から、一定期間経験を積んだ者を司法補佐官として任命することになっており、この程度の資格では、ややともすれば「裁判官による裁判を受ける権利」に対する侵害という批判を受ける可能性がある。

二 手続の進行

(1) 手続諸原則

手続における処分権主義、弁論主義、口頭主義、公開主義、直接主義などが適用されることは、韓独両国において共通している。ドイツにおいては、1924年の改正法以来、名目上採られてきた集中審理主義が、1976年の簡素化改正法 (Vereinfachungs novelle) として、一層強化されたが、韓国法においては、

1990年改正時にこれに関する規定をおき、2002年改正時に準備手続の大幅な強化と裁定期間制度の新設などにより、実質的に弁論の集中が保障されるようにした。韓国においては、2002年改正法において、従前の随時提出主義を廃止し、適時提出主義を採用したが、ドイツ法においては随時提出主義に該当する内容を口頭弁論の一体性 (Einheit der mündlichen Verhandlung) としている。簡素化改正法によって、口頭弁論の一体性が廃止され、集中審理主義がより強化されることとなり、過去に採用した Eventualmaxime に向かう様相をみせている。このようにみると、韓国において集中審理主義とは別に適時提出主義の採用を宣言したことにはいかなる意味があるのかという疑問がある。しかも、韓国においては訴訟遅延がドイツほど深刻ではない状態であり、訴訟の迅速化よりも審理の集中がより重要であるということを考慮すると、集中審理主義の採用で十分であったと考える。

(2) 将来給付の訴え

韓国においては、ただ一箇条において、将来給付の訴えにつき「あらかじめ請求をする必要」をその要件として認めている (韓国民事訴訟法251条)。これとは異なり、ドイツにおいては場合を分け、三箇条によって規律している。まず、反対給付に係らない金銭債権の主張、又は他人の居住目的以外に使用される土地若しくは空間の明渡しを求める請求権が、暦日の発生に係るとき (ZPO257条)、反復的給付を目的とする場合 (ZPO258条)、そのほか適時の給付が行われないおそれがある場合 (ZPO259条) に、将来給付の訴えを提起することができるとしている。ここで、先のふたつの場合 (ZPO257～258条) は、別途、権利保護の必要を求めてはおらず、条文において規定された要件だけ満たせば、その訴えは適法となる。最後の規定 (ZPO259条) における不履行のおそれが、韓国における「あらかじめ請求をする必要」と対応するものであり、ドイツにおいては権利保護の必要と同様に不真正訴訟要件であるとする⁽¹²⁾。

(3) 準備手続

元来、ドイツにおいても、裁判所は多数の事件を併行審理し、それぞれ併行して弁論期日を開く方式で審理が行われていた。しかし、このような弊害を是

(12) Stein/Jonas/Schumann, 21Aufl., § 259 Rdnr. 20.

正するため、1976年民事訴訟法を大幅に改正し⁽¹³⁾、弁論準備を徹底して行うようにし、本質的な弁論期日を一回だけ開くという集中審理方式を採用した。具体的にみると、各裁判所は、担当事件について、書面による事前手続 (schriftliche Vorverfahren) と早期一回期日 (früher erster Termin) のうちどちらかひとつを選択し、弁論を徹底的に準備するようにし (ZPO272条2項)、準備手続が終わった後の一回の主要期日 (Haupttermin) において手続を終結させることとした (ZPO272条1項)。

韓国においても、最近まで、多数の事件を併行審理する方式を採用し審理が集中されることはなかった。このような弊害を取り除くため、ドイツの簡素化改正法を参考とし、弁論準備手続を大幅に強化する方向で民事訴訟法を改正した。そこで、原則として、あらゆる民事事件において書面交換による弁論準備手続を経ることとし (韓国民事訴訟法272条)、その過程において必要と認められる場合には、両当事者を呼び出し弁論準備期日を開けるようにした (韓国民事訴訟法282条)。このように、原則として一回の弁論期日において審理を終結させることとしたのである。二つの手続のうちひとつを選択するドイツの弁論準備手続制度より、二つの手続を併行することを可能にしより融通性をもたせた韓国の制度が優れていると考える。但し、準備手続の進行中に、随時に弁論準備期日を開くか否かについて、法院はこれを決めなければならない負担をおうこととなった。さらに、韓国においては、弁論準備手続に過度の比重をおくことで、証人と当事者に対する尋問を除いた証拠調査まで行えるようにしたため、ややともすれば、弁論期日を証人尋問期日へとその意味を縮小させるおそれがある。かりにこのようになった場合、口頭主義と公開主義が有名無実なものとなるであろう。特に、受命法官に準備手続が委ねられた場合、直接主義違反という問題も生じうる。

(4) 釈明権

韓国における釈明権の規定は、初期のドイツ法の規定を受け容れたものである。しかし、ドイツにおいては、裁判官の釈明義務が大幅に強化され、韓国法とは顕著な相違をみせている。韓国においては、訴訟関係が不明瞭な場合に、これを明らかにすべく釈明権を認めている (韓国民事訴訟法136条)。すなわち、不明瞭な訴訟関係を明らかにする目的に限ってのみ釈明権の行使が可能で

(13) 同法は、簡素化改正法 (Vereinfachungs novelle) と略される。

あり、当事者の主張が明らかである以上いかに不完全であったとしても、これに対して示唆したり、質問をする釈明権の行使は認められていないと解される。

しかし、ドイツの現行法においては、当事者が重要な事実のすべてについて完全な陳述や適切な申立てをなすよう、また、特に、主張した事実の不十分な摘示を補充し、証拠方法を提出するよう裁判長は努めなければならない規定されており、この目的のために裁判長は、両当事者とともに事実的、法的側面において事実関係及び紛争関係を究明し、質問を発しなければならないと規定している（ZPO139条1項）。このように釈明義務を拡大することによって、ドイツにおいては弁論主義が顕著に弱められたと考えられる⁽¹⁴⁾。

法院の釈明義務と関連し、韓国において議論されたのは、1990年の改正時に新たに規定された法的観点に対する法院の指摘義務である（ZPO旧126条4項＝現行ZPO136条4項）。同規定は、ドイツの簡素化改正法（Vereinfachungs novelle）において、新設されたZPO旧278条3項において導入されたものであるが⁽¹⁵⁾、同規定をどのように解釈するのかについては、ドイツにおいてもいまだ定説がない。韓国においては、これについて、法院の釈明義務が強化されたものである、または、積極的な釈明が認められたものであるとする見解が主張されているが、このような主張は、弁論主義と釈明権の関係の一貫性を崩す解釈論であり、適切ではない。法院がこのような指摘義務を負うのは、当事者と法院がお互いに異なる法律が適用されると考える場合や、異なる法的観点から訴訟に臨む場合に限られるとすれば、弁論主義と釈明権の限界との関係において、適切に解することができるであろう⁽¹⁶⁾。

かりに、韓国における法院の釈明義務の範囲をドイツにおけるのと同様に拡大し、第136条4項の解釈を多数説のように捉えるなら、それは、まさに職権探知主義への接近を意味するものであり、いわゆる「殿様」裁判になる可能性がきわめて高い。韓国における一般人には、訴訟の形式的厳格性という観念に欠けるからである。一般人は、訴訟を行いつつ裁判官がすべてのことを理解して処理してくれることを望んでいるが、法院は、いかようにであれ、紛争を解

(14) Jauernig, Zivilprozessrecht, 28. Aufl. München 2003, § 25 VII.

(15) 2002年改正法においては、ZPO139条2項に該当する。

(16) 詳細については、胡文赫，“民事訴訟에 있어서의 法律的 事項에 관한 示唆義務”，民事訴訟法研究（I）1998，255면下；胡文赫，民事訴訟法，第3版2003，336면以下を参照されたい。

決さえすればよいと考える傾向がある。この危険性は、まさに法院が権力機関である事を見落としている点にある。訴訟においても、国民個人を国家権力から保護しなければならないとする憲法的当為が妥当するということを忘れてはならない。

(5) 訴えの変更

韓国法とドイツ法の訴えの変更に関する部分は、当初から、相当に異なる要件が定められていた。ドイツ法においては、被告が同意するか裁判所が相当であると認めた場合に訴えの変更が許されると定めており (ZPO263条)、請求原因を変更することなく、単に事実上又は法律上の申立てを補充又は訂正する場合、請求の趣旨を拡張又は縮小する場合、後に生じた事情変更を理由として、当初請求した目的物に代えて別の目的物又は利益を請求する場合には、前条の要件を満たさなくてもよいとしている (ZPO264条)。これとは異なり、韓国においては、請求の基礎が同一であり訴訟手続を著しく遅滞させないことを要件として訴えの変更を認めている (韓国民事訴訟法262条1項)。

(6) 交互尋問

韓国民事訴訟法が制定された直後の1961年9月に同法は改正され、英米式の交互尋問制度が導入された。この制度は、本来、英米式の陪審裁判を前提とするものであるが、証人尋問の公正性を確保するために導入したものである。しかし、この方式が成功するためには、弁護士と法官が交互尋問の規定を正確に認識し、特に、弁護士が精通しなければならないが、そのような前提が欠けていたために有名無実のものとなっている⁽¹⁷⁾。このような問題を解決するため、改正民事訴訟規則においては、交互尋問の順序、誘導尋問に対する制限などに対する詳細な規定をおいている (韓国民訴規89条以下)。

交互尋問の制度は、法律の専門家である法官が証拠を調べ事実を認定するドイツ式の訴訟制度とは調和しないともいえる。しかし、韓国のように偽証が盛んな風潮においては、主尋問において誘導尋問を禁止し反対尋問を活用する交互尋問がきちんと行えれば、偽証の可能性を相当程度排除することが可能となる。このような意味において、交互尋問が定着するように努めなければならない。

(17) このような問題点を予見し、最初に批判したものに、李英燮，新民事訴訟法 (上) 第7改訂版，博栄社，1972，292頁がある。

(7) 当事者尋問

ドイツ法においては、その初期に当事者宣誓 (Parteieid) 制度を設けたが、1933年にこれを廃止し、当事者尋問を認めた。法的取り扱い、二つに分けられ、証明責任を負う当事者の申立てによる場合に補充性を認め、自己の義務に属する証明を他の証拠方法をもって完全になさないか、他の証拠方法がない場合には申立てることができることと定め (ZPO445条)、弁論および証拠調査の結果が十分でない場合には、当事者の申立てがなくても裁判所は証明すべき事実が真実であること又は不真実であることについての心証を得るために証明責任を斟酌することなく、当事者一方又は双方の尋問を命じることができるとしている (ZPO448条)。

従前は、韓国においては、当事者人尋問を補充的にのみ行えることになっていたが、2002年改正によって補充性を廃止した。補充性を廃止した理由としては、事情にもっともよく精通している者は両当事者であることを挙げていたが、このような理由付けは、両当事者が訴訟資料を提出する弁論主義採用の根拠であり、当事者を証拠調べの対象とする根拠とはならない。このような立法姿勢は、当事者は訴訟の主体であるとする民事訴訟の基本構造を崩すこととなるおそれがある。

(8) 情報収録物 (準文書・情報を表すために作成された物件)

ドイツにおいては、録音テープや磁気ディスクなどに録取された物件を書証の取調べ手続によるのか、検証によって調査するののかに関し、これを定めた規定がなく、解釈上争われていたが、これは検証の対象であるとするのが多数説、判例であった⁽¹⁸⁾。しかし、現在は、これらの電子文書を検証の対象として取り扱っている (ZPO371条 1 項 2 号)。これらの文書は、その変造が容易であるため、書証手続として規律するのは適切ではないことが理由とされる⁽¹⁹⁾。

韓国においては、2002年民事訴訟法改正時にこれらの磁気ディスク、録音テープ、録画テープ、図面、写真等の情報収録物などの証拠方法につき、証拠調べ手続によることとし、その手続を、別途、大法院規則に規定した (韓国民事

(18) Blomayer, Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Aufl. Berlin 1985, § 71 I 2 b; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., München 1993, § 112 III 1; BGH NJW 89, 2761.

(19) Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl., 2004, § 117 Rdnr. 4.

訴訟法374条)。これにより、民事訴訟規則において、磁気ディスクなどに記憶された文字情報を証拠方法とする場合には、閲読できるように出力した文書を提出することができるようにした(韓国民訴規120条1項)。これは書証手続において証拠調べをすることを意味する。そして、音声・映像資料については、検証の方法で調査する(韓国民訴規121条2項)。その他、凶面、写真などは、それぞれ対象物と立証の目的によって、鑑定、書証、検証の証拠調べによる手続によることとした(韓国民訴規122条)。ドイツ法と比較すると一歩進んだ立法であると考えられる。

三 訴訟の終了

(1) 裁判上の和解

訴訟上の和解が、訴訟を終了させる事由となる点については、ドイツ法と韓国法ともに共通する。但し、韓国法においては、裁判上の和解を準再審の対象としているため(韓国民事訴訟法461条)、解釈上も既判力を認めざるを得ないこととしたのに対し、ドイツ法においては、このような規定を設けていないので、訴訟法上、このような和解は調書に記載されることによって訴訟終了効と執行力が認められるに過ぎない。

韓国においては、提訴前和解が認められているが、ドイツ法においては、初期にこそ同制度を設けていたが、1924年に和解的解決手続(Güteverfahren)前置主義を採用したため、同手続と提訴前和解は手続として重複するため提訴前和解を廃止した⁽²⁰⁾。しかし、その後、和解的解決手続(Güteverfahren)を「意義のない失敗した」制度であるとし、1950年に廃止し⁽²¹⁾、提訴前和解制度を復活させることはなかった。韓国の学説においては、提訴前和解と訴訟上の和解の法的性質は同一であるとするが、両制度は、その起源および性質が全く異なるものであり、ドイツにおいても、過去にこの制度が存在したときにも、両者をひとまとめに説明することはなかった。

ドイツにおいては、2002年改正法において、和解的弁論前置主義を採択し、口頭弁論前に原則として、和解的弁論(Güteverhandlung)を前置するよう規定した(ZPO278条2項)。この制度は、以前の和解的解決手続(Güteverfahren)と同様の発想であるといえる。のみならず、裁判所をして同方式によ

(20) その過程については、趙宣然、裁判上和解의 法的 性質에 대한 研究, 서울대학교 석사학위논문 2001, 3 面以下参照。

(21) Jauernig, aaO., § 28 II 2.

って当該事件を解決できるように留意すべき旨規定を設けている（ZPO278条1項）。

韓国においては、訴訟の進行程度と関係なく、和解を勧告するよう定め（韓国民事訴訟法461条）、2002年韓国民事訴訟法改正においては、裁判によって和解の内容を決定しこれを勧告する制度を新設した。同制度の趣旨は、当事者が些末な点において意見の一致をみない場合や、漠然とした勝訴に対する期待のために和解に応じない場合が多く、このような場合に和解の可能性を高めると説明されている⁽²²⁾。しかし、法院が和解勧告を行うだけで、当事者および代理人には相当の心理的負担をかけられるにもかかわらず、和解の内容まで定める裁判を行うことは、和解の本質又は裁判外紛争解決という本来の意味に正面から抵触するものであると考える。

(2) 請求の放棄・認諾

請求の放棄・認諾があれば、訴訟が終了するという点も、両国法において共通している。しかし、ドイツ法においてはその手続が韓国法と異なる。ドイツにおいては、放棄の意思表示があれば、裁判所がこれに対し棄却する判決を宣告することによって訴訟を終了させ（ZPO306条）、認諾の場合も同様に認諾に応じて敗訴判決を宣告することとなっている（ZPO307条）。これに対し、韓国においては、このような意思表示があれば、これを弁論調書に記載し、事後に、放棄調書、認諾調書を作成する（韓国民事訴訟法220条）。

四 強制執行

(1) 法体系

韓国の強制執行法もその法体系はドイツ法を継受したものである。したがって、執行機関、執行当事者、執行方法、違法執行・不当執行に対する救済手段、保全手続を含めた債権回収のための諸手段、債務者の保護などの全体的な枠組みは韓国法とドイツ法において共通している。

ドイツにおいては、強制執行編を民事訴訟法典の中で規定しているが、これは韓国法が2002年に改正される前と同様の編纂方式である。但し、強制競売と強制管理は、別の法律によって規律されるという点で異なる。その理由は、ド

(22) 法院行政処, 民事訴訟法改正案, 52頁。

イツにおいて民事訴訟法制定に際しては、未だ民法典の編纂が完了しておらず、特に、不動産執行は民法において所有権と抵当権の規定の定め方によって左右されるため、いったん立法を保留し、民法典制定と同時に「強制競売と強制管理法」(Gesetz über die Zwangsvollstreckung und die Zwangsverwaltung v.24.3.1897=ZVG)を制定したためである。2002年に韓国において民事執行法を単行法として制定したのは、日本の立法例によっている。しかし、韓国の民事執行法の単独制定は、それ自体意義が疑わしいばかりでなく、法体系上も問題がある。すなわち、保全手続は、その内容として、判決手続に対応する保全命令を発令する手続と執行手続に対応する保全執行手続が定められているが、これらを同様に民事執行法典に含めるのは適切ではない。かといって、日本の立法例にならって、保全手続を規律する民事保全法を単行法として新たに制定することも、ことさら、法体系を複雑なものとするおそれもある。

(2) 優先主義と平等主義

ドイツ民事訴訟法は、ゲルマン法の伝統にしたがって強制執行を個別執行として構成し、これに対応する差押債権者優先主義を採択した。しかし、韓国法は、フランス法、イタリア法、ギリシャ法、日本法と同様にローマ法の伝統にしたがい、平等主義を採用している。

i) ドイツ強制執行法における優先主義

ドイツ民事訴訟法は、動産と債権に対する強制執行において、差押質権(Pfandungspfandrecht)とその順位にしたがった配当優先権を認め、不動産においては、差押優先権(Beschlagnahmeverrecht)とこれに基づく配当順位において売却代金請求権が認められている。

イ 差押質権

動産に対して差押えがなされた場合、債権者は差押えられた目的物に対する質権を取得する(ZPO804条)。これによって、差押質権者は他の債権者との関係において、契約によって占有質権が成立したのと同様の権利を取得する(ZPO804条2項)。したがって、契約に基づく質権やこれと同等の他の権利に対しては、優先主義の基準に基づいて取得時期にしたがって順位が定められることとなる。占有質権は強制執行が行われた場合、売却代金上に生じることとなり、配当を受けることによって消滅する。このようにして債権者は、売却代金から満足を得る権利を取得する。差押質権者同士であっても、先に差押えに

より生じた質権は、後の差押えによって生じた質権に優先する (ZPO804条)。

ロ 差押優先権

不動産に対する執行においては、債権者が差押えた場合、執行の対象となった不動産から満足を受ける権利を取得するが、この場合、差押債権者のみならず、他の債権者も満足を得ることができるため、複数の債権者に対する順位が以下のように定められている (ZVG10条 1 項)。

①売却許可時まで、強制管理を実施した債権者がその土地の維持及び改善に支出した費が他の方法によって支給されない場合には、その費用に補償を求める請求権。

②農業又は林業の用地については、その土地の耕作などに従事する者の雇用または労務関係に対する貸金債権。

③土地に対する公租公課金債権のうち最後の 4 年間の金額又は回帰的給付と分割償還する金額のうち当期及び最後の 2 年の未済額。

④土地上の権利に基づく請求権。これらの順位は実体法の定めに従う。ここには当期及び最後の 2 年間の未済額についての利子と定期金債権が含まれる。

⑤執行債権者の請求権。執行債権者が先の①～④の順位の権利を有する場合には、先順位の地位に基づいて執行し、時期的制限に触れる利子債権については第 5 順位となる。債権者が、物権的請求権 (4 順位) と債権的請求権 (5 順位) に対し執行する場合には、先順位にて、1 回に限って満足を受けることができる。

⑥差押えによって債権者に対し無効とされる第 4 順位の物権に基づく請求権。例えば、差押えの効力が生じた後に成立した物権などがこれにあたる。

⑦公租公課のうち第 3 順位に該当しないその時期的制限に触れる請求権。

⑧第 4 順位の物権に対する回帰的給付請求権のうち第 4 順位に含まれない時期的制限に触れるもの。この場合、第 7 順位および第 8 順位の請求権の執行に際しては第 5 順位となる。

一般債権者が不動産に対し強制執行をする場合、同順位内においては、差押えの先後に応じて優先権を有する。この優先権は、動産に対する差押質権のような物権的請求権ではない。買受人が代金を支払った後には、原則として、売却代金に対する保有権を有する。

ii) 韓国民事執行法における平等主義

韓国民事執行法においては、債権者平等主義を採用し、同順位の債権者には

その債権額に比例し平等に配当することを原則としている。すなわち、不動産に対する執行においては、売却代金として配当に参加したすべての債権者を満足させることができない場合には、法が定める優先順位にしたがった配当がなされる旨のみを規定している（韓国民事執行法145条2項）。動産執行または債権及びその他の財産権に対する強制執行においても、平等主義を前提として規律されている。

韓国民事執行法においては、平等主義を採用しているため、執行債権者は他の債権者が配当要求をする場合に備えて超過差押えをする傾向にあり、個別執行たる民事執行が包括執行としての倒産手続と同様に行われており、結局のところ債務者はその全財産に対し強制執行を受けるため、事実上の倒産と相違がない。このような弊害を是正するため、優先主義と平等主義を折衷した群団優先主義を採用する改正案を提出した。しかし、国会審議過程において、継続して平等主義を維持することとし、その代わりに配当要求権者を制限する方向での法改正がなされた。

イ 不動産執行の配当要求権者

改正前の民事訴訟法においては、競落期日まで配当を要求した債権者は配当に与えることができると定められていたが、民事執行法においてはその時期を、配当要求の終期を最初の売却期日以前へと前倒して定めた（韓国民事執行法84条1項）。このように終期を前倒したのは、債権者平等主義の弊害を克服し、優先主義と同様の効果を導きだし⁽²³⁾、競売手続を安定させることを目的としている。

ロ 動産執行の配当要求権者

有体動産に対する執行に基づく配当は、実体法上、優先弁済請求権を有している債権に限って配当要求を認めている（韓国民事執行法217条）。配当要求に準じて取り扱われるものとして、夫婦の共有動産に対する強制執行において、債務者の配偶者が自らの持分相当額の給付を請求する場合である（韓国民事執行法221条1項）。その他の債権者は執行力ある債務名義の正本を有していても配当要求をすることができない。これらの者が強制執行に参加しようとする場合、執行開始の要件まで備え、先行する差押えの目的物に対し、差押えを申し立てるほか方法がない（韓国民事執行法215条）。この点において不動産執行と

(23) 実際には、終期を事前に定めて公告し、その時期も前倒すことで、配当要求をする債権者は、権利行使においてきわめて積極的になり、単に勞せず配当に与ろうとする場合と比べ明確な差があらわれるといえよう。

異なる。1990年改正法以前においては、配当要求をすることができる債権者に制限がなく、執行力ある正本すら有さない一般債権者にも配当要求が認められた。しかし、1990年改正法によって配当要求は現行法のように改正された。このように規律した目的は、平等主義の弊害である超過差押えを排除し、超過差押えの禁止（韓国民事執行法188条2項）の実効性を高めるためである。配当要求の始期は、執行官が金銭を差し押さえたとき、売却代金を受領したとき、若しくは、執行官が手形小切手以外の金銭の支払いを目的とする有価証券によって金銭の支払いを受けたときである（韓国民事執行法220条1項）。

ハ 債権に対する執行の配当要求権者

債権者が複数いる場合、どの債権者が配当要求をすることができるのかについては、優先弁済権ある債権者が含まれるという点については、有体動産に対する場合と同じであるが、執行力ある債務名義の正本を有する債権者であれば、自ら差押えをせずとも他の債権者が行う強制執行手続に参加し、配当要求をすることができる点である（韓国民事執行法247条1項）。

ニ 執行権原

ドイツ法上の執行権原（Vollstreckungstitel）において、韓国民事執行法と異なるのは、忍受権原（Duldungstitel）を認めている点と担保権実行のための強制執行においても執行権原が要求されるという点である。

iii) 忍受権原

ドイツ法においては、債務者の財産が第三者の使用収益権や管理権の目的となっている場合に、当該財産に対して強制執行を使用とする場合、当該財産の所有者に対する執行権原以外の使用収益権者や管理権者に対する強制執行の忍受を命ずる執行権原が必要となる（ZPO737条1項、同2項、748条2項、743条）。これを忍受権原という。ここにいう使用収益権と管理権の例としては、用益権や遺言執行者の管理権などを挙げることができる。

ドイツ法とは異なり、韓国民事執行法においては、第三者が使用収益したり管理する物に対しては、債務者が第三者に対して有している引渡請求権を差押え若しくは取立てによって物の引渡を受けた後に、その物を換価する方法を採用している（韓国民事執行法243条、244条）。

iv) 担保権実行としての競売

韓国民事訴訟法上、担保権実行としての競売を行うためには、不動産と債権

及びその他の財産権に対する競売の場合、債権者が担保権の存在を証明する文書を添付し申立てなければならない(韓国民事執行法264条, 273条)。有体動産の場合には、占有によって担保権の存在が推認されるため、証明は要求されない。

ドイツ法においては、抵当権、土地債務、定期土地債務(Rentenschuld)などを実行するための不動産の換価は、強制執行の方法により(BGB1147条)、担保権者を満足させるために土地の所有権を他の方法で債権者に移転させる目的で債権の期限満了前に合意することを禁じている(BGB1149条)。担保権実行も強制執行であるため執行権原が必要となる⁽²⁴⁾。これに対し、動産に対する担保権実行の場合には、担保権者が担保目的物を売却する場合には、執行権原が要求されない(BGB1228条)。しかし、強制執行手続を利用する場合には、執行権原が要求される(ZPO806条, BGB1233条2項)。

イ 強制抵当

ドイツ法に規定される強制抵当権(Zwangshypothek)は、韓国法に存在しない不動産執行方法であり、これは不動産登記簿に強制的に記入する保全抵当である。他の執行方法とは異なり、債権者を直接満足させる効力はなく、債権者に物権の一種である抵当権を取得させることにより、強制競売や強制管理の際に自らの抵当権の順位にしたがって満足を得る執行方法である。これは、担保物権を有さない債権者がいったん順位を確保し、執行に適した時期を待つことを目的として利用する方法である。これも強制執行の一種であり執行権原が要求される。

強制抵当権は、執行権原を有する債権者の申立てによって登記簿に記入されることによって成立する(ZPO867条1項)。強制抵当権によって保全される債権は、金銭債権でありかその額が750ユーロを超えねばならない(ZPO866条3項)。その趣旨は、登記簿が多数の少額債権による抵当権によって権利関係が複雑になることを避けることにある。また、日常的な取引によって発生する債務によって不動産の所有権をおびやかされることはないという信頼を債務者に与える付随的效果もある⁽²⁵⁾。

ロ 人的執行

(24) このときの執行権原の内容は、担保目的物の所有者に対する受忍権原であるとするのが、多数説、判例である。

(25) Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 20. Aufl., München 1996, § 1 III.

強制執行は、その対象に応じ物的執行と人的執行に分けることができる。物的執行は、債務者の執行可能な財産を執行の対象とするものであり、人的執行は債務者自身を執行の対象とするものである。人的執行の是非については、従来から争いが絶えなかった。債務者を、ある意味、隷属化させその労働力を弁済の方法として用いたり、債務者を拘束することによって債務の履行を間接的に強制する債務拘束などの方法が利用されてきた。しかし、19世紀に、金銭債権を実現するための手段としての人的執行は廃止された。したがって、ドイツ法においては、間接的な強制方法としての強制拘束、秩序拘束、保全拘束などの人的執行のみが認められている。

v) 強制拘束

強制拘束 (Zwangshaft) には、不代替的作為を間接的に強制するためのものと、宣誓に代わる保証を強制するためのものがある。不代替的作為を強制しようとする場合、第一審裁判所は、その作為がもつばら債務者の意思に依存するときは、申立てによって、強制拘束を命じ、又は、債務者に強制金を賦課したにもかかわらずこれを徴収することができない場合には強制拘束を命ずる (ZPO888条1項)。宣誓に代わる保証をするために指定された期日に債務者が出頭せず又は理由なく宣誓に代わる保証を拒絶した場合、執行裁判所は、強制金を賦課するか若しくは強制拘束をすることとなる (ZPO889条2項, 901条)。

韓国民事訴訟法においては、間接強制の方法により、履行が遅れる期間に応じ一定の賠償をするよう命じたり、即時に損害賠償をするよう命じることができ (韓国民事訴訟法261条)、強制拘束のような人的執行を認めていない。韓国において宣誓に代わる保証と同様に機能を果たすのは、1990年民事訴訟法改正時に新設された財産関係明示制度であるが、旧法では、正当な理由なく財産明示期日の欠席、財産目録の提出拒否、宣誓拒否、虚偽の財産目録の提出などの行為を行った者には、3年以下の懲役若しくは500万ウォン以下の罰金を課すことができることとした (旧韓国民訴524条の8)。2002年改正においては、これらをわけ、正当な理由なく財産明示期日の欠席、財産目録の提出拒否、宣誓拒否の場合には、20日の以下の拘留に処し、虚偽の財産目録を提出した者には刑事罰を課すこととした (韓国民執68条)。

vi) 秩序拘束

秩序拘束 (Ordnungshaft) は、忍受義務や不作為債務に違反した行為がなされた場合に課される。この場合、債権者は、申立てに基づき第一審裁判所が秩序拘束若しくは秩序金 (Ordnungsgeld) を賦課することになるが、秩序金が徴取することができない場合には秩序拘束をすることになる。秩序金は25万ユーロを超えることはできず、秩序拘束は2年を超えてはならない (ZPO890条1項)。

韓国法においては、このような場合には、債務者の費用を以て違反物を除却し、将来のための適当の処分を法院に請求することができるとしており、これは損害賠償になんら影響を与えるものではない (韓国民389条3項, 4項)。

vii) 保全拘束 (人的保全仮差押え)

韓国においては、保全処分は物や権利だけをその対象とするが、ドイツ法においては、金銭債権や金銭債権に転換することができる債権を保全する方法で仮差押え以外の人的保全仮差押え (persönlicher Sicherheitsarrest) を認めている。その理由は、債務者の財産に対する強制執行の実施が危ぶまれ、これを保全するために必要があるときに実施される (ZPO918条)。これは、物に対する仮差押えによるのみでは十分ではない場合に認められるとするのが通説である⁽²⁶⁾。人的保全仮差押えにおいては、債務者がその対象となり、債務者を拘束するか又はその他の方法で人的自由を制限するものである (ZPO933条)。

III 学問的継受

一 歴史的過程

(1) 胎動期

韓国において、近代的な意味における訴訟法がはじめて学問の対象となったのは、1895年に設立された法官養成所であった。その後、1905年に普成専門学校⁽²⁷⁾が設立され、訴訟法に関する本格的な専門教育が開始された。当時の法学部では、主に、日本で法学教育を受けた者と法官養成所にて教育された者たちなどが教授となり民事訴訟法を教えた。その後、京城帝国大学法文学部が設

(26) Vgl. Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., München 1997, § 75 I.

(27) (訳者註) 1905年5月に設立された現高麗大学校の前身である。

立されたが、同学部の教授は全員が日本人であり、また、韓国人学生は少数であった。これらの教育機関にて教育を受けた者、日本への留学した者が、法律家として活動していた。

学問分野においては、日本を介してのドイツ民事訴訟法の継受がなされ、当時の大学では、ドイツ語とドイツ法の教育が徹底的に行われていた。

(2) 政府樹立後の法学

第二次世界大戦後、韓国政府が樹立されたが、各分野において、人材不足が深刻であった。法学の分野もその例外ではなく、日本統治時代に、日本で法学を学んだ少数の者が学界、実務界で中心的な役割を果たした。政府樹立後に韓国での法編纂作業が開始されたが、不安定な政治情勢と朝鮮動乱などによって1950年代末に至りようやく多くの法律が制定されはじめ、それまでは日本の法律をそのまま依用していた。このような状況であったため、法学も基本的に日本の法学との連続性を維持し、法学教育の教材も日本の教材を翻訳もしくは翻案したものをそのまま利用していた。

政府樹立後初期の法学者は、日本統治時代に、きわめて少数ではあったが、ドイツ法の影響を受けた日本の体系的教育を受けたといえる。しかし、これらの者のうち相当数が法官や検察官として実務界に進出し、戦争によって、研究機関が破壊されたため、法学研究及び教育は、まさに荒地状態に戻ってしまった。このような状況は民事訴訟法学においても同様であり、戦争後、大学が再度開校され、論文を書く者の数も増えてきたが、日本統治時代に少数の者達が習得錬磨した体系的基礎は忘れ去られ、また、外国、特にドイツの学術書籍を購入することは、ほとんど不可能な状態であった。このような状況の中で実体法の分野においては、ドイツ留学生が1960年代から帰国し、各大学に就職することで、ドイツ法学の直接的な輸入が始まったが、訴訟法学においては、いまだそのような状況ではなかった。1960年代末まで、第二次世界大戦20余年が過ぎたが、ドイツの訴訟法学はすでに忘れ去られ、むしろ日本法学への傾倒がいつそうすすんでいた。ドイツの訴訟法学は、日本に伝えられたのを少数の学者、実務家などが韓国で紹介するのが、精一杯の状況であった。

(3) 近年の動向

前述した訴訟法学の日本法学への傾倒状況は1960年代末に転換点を向かえつつあった。1969年からドイツ訴訟法の直接的な紹介と交流がはじまった。1970

年には、1年間のドイツ留学を終え帰国した当時のソウル大学校法学部の教授である李時潤教授がドイツの訴訟物理論と司法制度などを紹介しはじめ⁽²⁸⁾、アメリカで学位を得て帰国して、李時潤教授の後任としてソウル大学校法学部の教授に赴任した宋相現教授が英米の訴訟法学を本格的に紹介し始めた。その後、ドイツに1年ほど留学した者に、金洪奎教授、宋相現教授などがいる。ドイツにおいて家族法を専攻し、家族法の博士号を取得して帰国した梁炳晦教授は、韓国において民事訴訟法を専攻し、ドイツの理論を紹介してきた。その後、胡文赫教授が1980年中頃に民事訴訟法学においてはドイツで初めて博士号を取得して帰国し、その何年かして鄭仙珠教授が博士号を取得し帰国した。その後、1990年代に入り、柳勝薰教授、金容泰教授、丁海宗教授など多くの学者がドイツで博士号を取得し帰国し、2000年代に入り、南東鉉教授、呉延厚教授などが博士号を取得し帰国した。学界におけるこのような方向転換とは異なり、実務界においては、その後も依然として、日本の判例と学説を金科玉条とする現象はかわらなかった。

以上のように、韓国の研究者達がドイツに留学し博士号を取得する数が少しずつ増えるにしたがい、ドイツとの学術交流も活発に行われ始めた。民事訴訟法分野において、はじめて韓国を訪問し講演をしたのは、1982年に訪韓した Peter Arens であった。その後、引き続き、Peter Gilles, Walther J. Habscheid, Karl Heinz Scwab, Hanns Prütting, Peter Gottwald, Dieter Leipold などが韓国を訪問し、講演及び学会発表を行った。2004年には、Peter Gilles がソウル大学校法学部にて1年間にわたり学部および大学院にて講義を担当した。

二 学問的継受の内容

ここでは、民事訴訟法学においてドイツの理論が韓国の学説に直接、間接的に影響を及ぼした事項についてその現況を説明し、問題点について若干の検討を加えたい。

(1) 制度の目的論

ドイツにおいては、民事訴訟制度の目的について、19世紀から様々な学説が主張されていた。はじめは、権利保護説が通説であったが、その後、私法秩序

(28) その結実といえるのが、ソウル大学博士學位論文として提出された李時潤教授の、訴訟物에 관한 研究, 1977である。

維持説, 紛争解決説が主張されている。近年では, 権利保護と法秩序維持が民事訴訟の目的であるとする見解も主張され⁽²⁹⁾, 権利保護と紛争解決を目的として列挙しつつ, 公益の実現は団体訴訟 (Verbandsklage) などの特殊な場合に該当するものであり, 私法秩序維持と法的平和の維持は, 権利保護を離れた独自の目的ではないとする指摘もある⁽³⁰⁾。そして, 権利保護, 法的確実性の付与, 法的安定, 法発展などの多様な事項を挙げつつ, 法秩序維持は権利保護とは別個独立の目的とはいえないとする見解もある⁽³¹⁾。

韓国においては, 権利保護説⁽³²⁾, 紛争解決説⁽³³⁾, 紛争解決を根幹に据え, 権利保護, 私法秩序維持, 手続保障などの目的をすべて調和させることができるよう包摂しなければならないとする見解⁽³⁴⁾, 私権保護および法秩序維持説⁽³⁵⁾, 権利の確定と実現が主たる目的であり, その付随的効果として私法秩序維持と紛争解決を挙げる見解⁽³⁶⁾, 権利保護, 私法秩序維持, 紛争解決, 手続保障, 公平・適正・迅速・訴訟経済がすべて制度の目的であるとする見解⁽³⁷⁾などが主張されている。

韓国におけるこれらの学説をみると, ドイツと日本の影響を入り交じっているということがみてとれる。ドイツにおいてCPO 制定時には, 民事訴訟が権利保護のための制度であるという点についてなんら疑義は存在しなかった。しかし, 20世紀に入り, 特に, ナチス時代に全体主義的訴訟観によって私法秩序維持説が台頭した。この見解によれば, 権利の保護は法秩序の維持が反映されたものにすぎず, 制度の独自の目的とはなれないと主張されていた⁽³⁸⁾。この見解は, 超個人的な訴訟観を前面におしだすことで, 個人の権利保護を制限す

(29) Lütke, Zivilprozessrecht, 8. Aufl., Rdnr. 4.

(30) Rosenberg/Gaul/Schilken, aaO, 16., Aufl., § 1Rdnr. 5 ff.

(31) Stein/Jonas/Brehm, 22Aufl., vor § Rdnr. 5 ff.

(32) 강현중, 민사소송법 제5판, 2002, 11頁, 鄭東潤, 民事訴訟法〔第4全訂版〕, 1995, 24면.

(33) 韓宗烈, 民事訴訟法 (上), 1993, 58면.

(34) 金洪奎, 民事訴訟法〔第5版〕, 2002, 4면.

(35) 李時潤, 新民事訴訟法, 第5版, 2002, 4면。但し, この見解は権利保護が優先的であるとする。

(36) 김용진, 실통본 민사소송법, 제2판, 2004, 7면.

(37) 田炳西, 民事訴訟法講義, 제4판, 2002, 17면.

(38) Schönke, Rechtsschutzbedürfnis, 1950S. 11f.; de Boor, Die Auflockerung des Zivilprozesses, 1939, S. 35ff.

ることを正当化しようと試みたものである⁽³⁹⁾。

紛争解決説は、ドイツにおいてはそれほど主張されていないが、日本においては、かつて通説の地位を占めていたし、前述したように韓国においても支持されていた。しかし、紛争解決を目的とするということは厳密にみればその内容をふたつに分けることが可能であると考えられる。ひとつは、法に基づいた、すなわち実体私法の内容に基づいた紛争の解決を目的とすることであり、他のひとつは、実体私法からはずれる内容であっても、紛争を終息させることを目的とすることである。前者の意味であれば、紛争解決という民事訴訟の目的はその独自の意義を喪失する。なぜなら、これはまさしく権利保護を意味するからである。後者である場合には、これは民事訴訟の目的ではなく、調停、和解などのいわゆる ADR の目的である。ADR の中でもその判断の内容が法に基づかなければならない仲裁は除かれるであろう。のみならず、民事訴訟の目的を個人の主観的な意識である権利保護を度外視することは妥当ではない。

日本において主張された手続保障説は、紛争解決説の一類型であると思われる。適切な手続保障を最高課題とする思考方式は、いかなる方法であれ紛争を終息させればよいとする思考と一脈相通するものがあるのではなかろうか。手続保障説においては、訴訟は判決のみによって終了するものではないため、一里塚としての手続過程が公正かつ適法に保障されるべきであると主張されるが、たしかに、訴訟は、取下げ、放棄・認諾など判決によらず終了することも否定できないが、権利保護をその目的としていないという点については大いに疑問がある。

(2) 訴訟物理論

韓国において、初めてドイツの訴訟物理論を紹介したのは、1959年に李英燮氏による論文であった⁽⁴⁰⁾。同論文は、資料の不備などからそれほど完成度が高い論文であるとはいえないが、ドイツの文献を直接参照し、ドイツの理論を紹介したという点で、韓国においては、意義が深い論文であった。その後、ドイツのいわゆる新訴訟物理論を紹介した若干の文献があるが、これらは、日本において三ヶ月教授が紹介した内容をそのまま移し替えたものに過ぎなかつ

(39) Schönke, aaO.

(40) 李英燮, “訴訟物에 대한 論議”, 法曹 8 권 4 号 (1959), 1 면이하。その後の文献として, 李英燮, “新訴訟物論”, 法学 3 권 1 号 (1961), 1 면이하。

た⁽⁴¹⁾。その結果、当時、韓国においては、三ヶ月教授が Schwab 教授の理論を修正して導入した一元説がドイツの新訴訟物理論であると認識され、これがドイツの新訴訟物理論のすべてであると考えられていた。ドイツの訴訟物理論を本格的に紹介し、新訴訟法物理論を支持したのは、李時潤教授であったが、李教授の論文⁽⁴²⁾は、ドイツの Erlangen 大学の Schwab 教授のもとで研究した内容をまとめたものであった。この論文を契機として、ドイツの訴訟物論争が韓国においてもおおいに争われることとなった。現在、韓国においては、判例が旧実体法説を維持しているが、学説ではそのほとんどが新訴訟物理論を支持している。ただし、学説においても、二分肢説と一分肢説がおおいに争われている。

訴訟物論争において、新訴訟物理論を支持する学説は、ヨーロッパの中世以降に確立した“*jura novit curia*”, “*da mihi factum, dabo tibi ius*”を強調し、当事者が法的知識を有する必要がない旨強く主張しているが、他方においてこれらの学説は、旧実体法説が個人の権利保護のため権利中心の法体系を重視する立場にあることを軽視し、権利の実現と保護のため実体法と手続法が緊密な共助関係を維持しなければならないという要請を看過しているという点で問題があると考えられる。したがって、新訴訟物理論の中でも、個人の権利保護により資するという理由と具体的妥当性を得ることができるという点で、私は、二分肢説が妥当すると考える。

韓国における訴訟物論争において注目すべきは、まさに日本での訴訟物論争である。前述したとおり、ドイツの新訴訟物理論を本格的に紹介し、主張したのは三ヶ月教授であった。三ヶ月教授は、Schwab 教授の一分肢説が適切であると主張しつつ、一分肢説の欠点である既判力の客観的範囲を二分肢説の基準にしたがって確定するのは妥当ではないとし、ここでも一分肢説を貫徹する理論構成を採用された。これが、一時期、韓国においてドイツの新訴訟物理論として「誤解」されていたものである。日本において、この理論が通用したひとつの要因は、「裁判所の権威」をきわめて重視する点に求められよう。裁判所によってひとたび判決が下されれば紛争は解決するという「紛争解決の一回性」を強調することも、このような裁判所の権威を重視する点に求めることができよう。韓国においては、このような事情を熟知することなく、日本におけ

(41) 例えば、柳宅馨，新民事訴訟法研究（第1巻），1971。

(42) 李時潤，“訴訟物理論에 대한 發展과 動向”，法学11권 2호（1970），12권 1호（1971）。

る新訴訟物理論がまさにドイツの新訴訟物理論であると「錯覚」したのであるが、今後、このような事態は十分に警戒する必要があると考える。

(3) 訴訟要件理論

法院が訴訟事件を審理する際に、原則として、訴訟要件が具備されていることを要求する理由は、法院が本案判決をするに際して無益な訴訟を排除する趣旨であるとか、法院の審理が当事者間において不平等をもたらさないかという点に求められる。前者の場合が通常の訴訟要件に該当し、後者の場合は、主に管轄権の問題にあたる。その他にも、本案審理をすることが無意味ではないが、法院が過度に必要以上の費用と労力を費やす結果になることを防止しようとする目的（訴訟経済）もある。これに該当するのが、権利保護要件である。

権利保護要件が、訴訟要件としてあらわれたことについては歴史的な理由がある。19世紀初頭に、当時のドイツ普通法、すなわち、継受したローマ法上認められていなかった確認の訴えを認めるために、判例が、「即時確定の法律上の利益」が備わっていることを要件として認めたことにはじまる⁽⁴³⁾。すなわち、権利保護要件は、従来みとめられてこなかった権利保護を、新たに認めるための要件として登場したのである。この要件に理論的根拠を与えたのがWachの権利保護要求権説であり、同説は、実体法上権利として認められる要件が法律要件であるのと同様に、権保護請求権が認められるための要件として権利保護要件という概念を新たにもうけたのである⁽⁴⁴⁾。この説は、訴訟法の公法性を強調しつつも、個人の権利中心の法体系を擁護する自由主義、個人主義的な理論であった。しかし、1930年代からナチズムを信奉する法学者達が、自分たちの理論に背馳する権利保護要求権説を批判し、むしろ権利保護要件をいわゆる「一般的訴訟要件」(allgemeine Prozessvoraussetzung)であると、権利保護を制限または遮断する要件として、広く利用された。ナチスによる統治が終わった後も、ドイツの法学会においては「人的清算」がすすまず、過去のナチス法学者達が引き続き、このような影響から権利保護要件が訴訟要件、とりわけ、「一般的訴訟要件」とされたことについて、理論的な変化はみ

(43) このような事情は、韓国法において、確認の訴えのみならず、将来給付の訴えの場合にも、「あらかじめ請求する必要」という要件を満たせば、実体法上では本来認められない履行期未到来もしくは条件成就前の提訴を認めるという点において共通すると考える。

(44) Wach, Der Feststellungsanspruch, Leipzig 1889.

られなかった。ドイツにおいても、このような趨勢に対する批判がないわけではないが、いまだ通説は権利保護要件を少なくとも裁判所の職権調査事項である訴訟要件として把握している⁽⁴⁵⁾。韓国においても確認の利益をはじめとする権利保護の利益の適用に際し、とりわけ意識することなく権利保護を遮断する要件として用いられている⁽⁴⁶⁾。

以上とは異なり、ドイツでは権利保護の利益の具備如何が未だ明確でない段階で、本案についての判断が結論に至った場合に、本案判決を下すことができるかについて学説上の対立がある。判例と学説は、権利保護の利益がいまだ明確ではないが、請求が理由ないものとして判断される場合には請求棄却判決をすることができるとし、この意味において、確認の利益を不真正（若しくは条件附）訴訟要件であるとする⁽⁴⁷⁾。韓国においては、判例が権利保護の利益を一貫して通常の訴訟要件と同様に取り扱っている⁽⁴⁸⁾。学説においては、ドイツの通説を支持する見解がある⁽⁴⁹⁾。権利保護の利益を訴訟要件とすること自体にも問題があるが⁽⁵⁰⁾、通説にしたがってこれを訴訟要件とするのであれば不真正訴訟要件と解するのが妥当である。但し、ドイツの通説をさらにすすめて、権利保護の利益と請求の理由がともに否定される場合にも、請求棄却判決を許容することが正当である。前述したように、訴訟経済を追求することがこの要件の根拠のひとつであるとすると、いずれにせよ本案審理がすべて終わった段階であえて訴えを権利保護の利益に欠けるとして却下するより、究極的な判断である本案判決を下すほうが紛争の再発を防止する意味も有すると考えられるからである。

(45) 詳細については、胡文赫，“予備的請求에 대한 裁判漏落과 権利保護要件”，民事判例研究，〔XXVI〕2004，541면以下を参照されたい。

(46) これを明確に示す事例として，大判2002. 9. 4 98다 17145である。

(47) 詳細については，호문혁，민사소송법，제3판，2003，267면以下を参照されたい。

(48) 例えば，大判1995. 5. 26, 94다 59257および大判1995. 12. 8, 95다27233は，下級審が本案判決を下した事例につき，確認の利益に欠けるとし，訴え却下判決を下した。

(49) 강현중，민사소송법 제5판，2002，303면；金洪奎，民事訴訟法〔第5版〕，2002，242면。厳密にみるとこれらの見解は，ドイツの学説にしたがってるといふより日本の新堂幸司教授の『新民事訴訟法』（有斐閣，第2版補正版，1990）165～166頁における主張にしたがったものであるといえる。

(50) Ho, Zum Anspruchsbegriff bei der Feststellungsklage, 1986.

権利保護要件と関連し、韓国の訴訟法学が再検討しなければならない問題がある。従来、韓国においては、過去、ドイツにおいて権利保護要件を権利保護の資格、権利保護の利益、当事者適格に分け、それぞれその内容を説明していることを一おそらく日本を介して一そのまま受け容れて説明している。しかし、権利保護の要件の体系がドイツにおいては相当に変容している。権利保護要件を、提訴可能性 (Klagbarkeit)⁽⁵¹⁾ と、権利保護の資格 (Rechtsschutzfähigkeit)、権利保護の必要 (Rechtsschutzbedürfnis) に分け⁽⁵²⁾、権利保護の資格はその重要性が大きく減退しているといわれている⁽⁵³⁾。韓国においても、権利保護要件を中心とした訴訟要件の体系を全面的に再検討する必要があると考える。

(4) 弁論主義と弁護士強制

ドイツの訴訟法学においては、弁論主義をめぐっても激しい争いがあった。CPO 立法者は、当時の時代思潮にしたがって弁論主義を当然の原則であるとしてあえて明文の規定を設けなかった。しかし、社会主義、全体主義、共産主義などの諸体制においては弁論主義を激しく批判し、このような批判が落ち着いた後に、ドイツにおいては1970年代に、Rolf Bender, Rudolf Wassermannなどがいわゆる社会的訴訟観を提唱しつつ、釈明主義や協同主義に弁論主義を代替させる旨の主張を行った⁽⁵⁴⁾。ドイツの訴訟法学においては、このような主張はとりわけ反対にあわなかった。しかし、これらの主張が韓国に無意識的に影響を与え、「訴訟は法院の都合にあうように行うもの」というきわめて危険な認識がひろまっている。この現象が明確にあらわれている例として、韓国における学説、判例が、当事者が主張していない主要事実も、他の事情を勘案し主張されたものと取り扱ういわゆる間接的主張を認めていることと⁽⁵⁵⁾、前述した韓国民事訴訟法136条4項を積極的釈明が認められた条文であると解することなどを挙げることができる。実務では、調書にて、形式上、弁論主義が採られているように記載されているが、実際には、法院が訴訟資料を

(51) 韓国においては提訴可能性を権利保護資格に含めて説明している。

(52) Stein/Jonas/Schumann, 21. Aufl., vor § 253 Rdnr. 87ff.

(53) Stein/Jonas/Schumann, aaO. Rdnr 97.

(54) これらの議論についての詳細は、胡文赫，“民事訴訟에 있어서의 理念과 弁論主義에 관한 研究”，民事訴訟法研究 (I)，51頁以下を参照されたい。

(55) 大判2002.11.8, 2002다 38361-38378. 当事者の主張が明らかでない場合に

職権探知によって収集する方式での手続進行が蔓延しているといわれている。法官が法を厳守しないということも行われているようである。

実際には、法に熟知していない当事者が弁護士をつけることなく本人訴訟をする場合にはこのような必要性を感じる場合が多々あるために、一面においては法官を批判することができないとも考えられる。このような現象が起きている原因は、韓国の民事訴訟法の不備に求めることができよう。韓国の民事訴訟法は、弁論主義を前提としているが、その原則がそのまま機能する法的制度装置までは設けていないからである。弁論主義は、当事者能力と訴訟能力を有する当事者であれば誰でも、法院において訴訟を遂行しながら自らの利益を守ることができるとする前提の下に機能することが可能な制度である。しかし、実際に、法を熟知していない当事者は、訴訟を円滑に遂行することができないのが実情である。ドイツ民事訴訟法は、弁論主義を当然の前提とし、これらの欠点を補充するため弁護士強制主義を採用している。しかし、弁護士強制制度を採用するとなると経済的に逼迫している人たちは訴訟を起す道がふさがれることとなる。これを防止するためにドイツにおいては訴訟救助制度を設けている。このようにドイツ民事訴訟法は、弁論主義、弁護士強制主義、訴訟救助という三角構造をもった完璧な枠組みを揃えている。これとは異なり、韓国民事訴訟法は、弁護士強制主義を採用しておらず、訴訟救助制度もかたちだけのものとなっている。このような状況で、弁論主義がその本来の意味において維持されるべきであるのは、過度の期待である。問題解決の方向は二つある。すなわち、弁論主義を放棄もしくは後退させると、弁護士強制主義を採用し訴訟救助制度を改善することである。これら二つの方向のうち、どちらの方向を選択するのかは自明のことであろう。かつては、諸事情によって弁護士強制主義を採用することは不可能であったが、現在では、事情がおおいにかわってきている。まず、弁護士強制主義を採用し、訴訟救助制度を大幅に改善しつつ、法律扶助制度に頼る方法が望ましい⁽⁵⁶⁾。

(5) 訴訟促進の強調

ドイツにおいては、以前から当事者に訴訟促進義務を課すべきであるか否か

は、法院が釈明権を行使することが法の規定に忠実な訴訟指揮であると考えられる。

(56) 韓国における法律扶助の現況と問題点については、호문혁·조국 “법률구조에 관한 연구” 2004, 4頁以下を参照されたい。

ということについて議論があったが、簡素化改正法によってこれを明文規定として定めた。すなわち、被告の答弁は訴訟手続の促進を考慮してこれを提出すべきであるとし (ZPO277条1項)、それぞれの当事者は、口頭弁論において、攻撃・防御方法を訴訟手続促進にかなうよう適時に提出しなければならないとし (ZPO282条1項)、これに対する異議も訴訟手続の促進にかなう訴訟追行になるよう提出しなければならない (ZPO340条3項1文)。当事者がこのように訴訟手続の促進にかなうよう訴訟を進行することを、一般的に訴訟促進義務 (Prozessförderungspflicht) という。ドイツにおいて簡素化改正法制定時にこのような規定を設けたことについては十分に理解することができる。当時は、訴訟遅延がきわめて深刻な状況であり、権利保護を求める市民の要求に十分応えられず、司法に対する信頼も損ねるような窮地にあったのであり、訴訟の迅速化がきわめて重要な課題となっていたのである⁽⁵⁷⁾。

しかし、韓国の状況はドイツとは異なる。2002年民事訴訟法改正前の統計をみると、例えば、1995年の第一審民事事件本案総数312,370件中、法定の判決言渡し期間が5ヶ月以内に判決を言渡した事件が263,113件であり、約84%に該当する⁽⁵⁸⁾。このうち、特に、長期にわたると推測される合議体管轄事件をみると、総数260,111件中、5ヶ月以内に判決を言い渡したのが11,984件であり、約46%に該当し、1年以内に判決を言渡したのは23,042件で、約88.6%にのぼる⁽⁵⁹⁾。

2000年の例をみると、第一審民事本案事件総数522,832件中、5ヶ月以内に判決を言渡したのは430,960件で82.4%にあたり、このうち、合議体管轄事件をみると、総数25,880件中5ヶ月以内に判決が言渡されたのは10,066件で38.9%であり、1年以内に判決を言渡したのは21,184件で81.9%にのぼる⁽⁶⁰⁾。このようにみると、合議体管轄事件においては法定期間内に判決が言渡される比率は低いが、1年以内に処理される事件が80%を超えるため、訴訟遅延はそれほど深刻な状況になっていないといえよう。それにもかかわらず、外国において訴訟促進が強調されるとして、韓国においてもこれを無条件に受け容れ、ま

(57) Bundesministerium der Justiz (hsgb), Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, 1977, S. 29.

i 韓国民事訴訟法199条

(58) 法院行政処, 司法年鑑1996, 758면이하.

(59) 法院行政処, 司法年鑑1996, 760면이하.

(60) 法院行政処, 司法年鑑2001, 405면이하.

さに訴訟促進こそが最高の価値であるように強調することには問題があると考ええる。さらに、本来、民事訴訟においては当事者は「義務」を負担しないのが原則であるのに対し、ドイツの用語をそのまま移植し、当事者が訴訟促進義務を負っているとみることはいっそう問題であると考え⁽⁶¹⁾。

当事者が、適時に訴訟資料を提出せず訴訟が遅延する結果となった場合、これは違法な行為となるのではなく、当事者の訴訟資料提出が遮断されるという不利益を被るにすぎないために、これを義務とするのは適切ではなく、主張責任、立証責任と同じく、「責任」とみることが妥当である。

韓国においては、本人訴訟の比率が高く、未だ国民の法意識が十分に確立されているとはいえないため、迅速な訴訟のみを強調すると、過った裁判が量産されるおそれ大きい。弁護士強制主義を採用し、国民の法意識がきわめて高い国々においても、適正と公平が裁判の生命であるといわれており、韓国の実情においては迅速な訴訟よりは適正かつ公平な訴訟がより重要であるといっても過言ではない。

IV 評 価

外国法の継受や外国法制度の導入のみならず、外国の法制度を導入して規定した、韓国における法解釈にとって、とりわけ留意しなければならないのは、外国の法制度や法規定が、当該国においてどのような背景のもとに生じ、どのような機能を果たしており、どのような問題点があるのかということとを正確に把握しなければならないということである。この点をきちんとおさえずに、むやみに外国法をそのまま持ち込んだり、一部の学説を無条件に受け容れたりすることはおおいに危険である。

韓国の民法と民事訴訟法が、基本的にドイツ法の体系を継受した以上、新たな社会現象に対応すべき新たな法制度を構築するにあたって、同様の問題にくわしているドイツにおいていかなる対応を採っているのかということとを斟酌

(61) ドイツにおいては、これを一般的に当事者の訴訟促進義務 (Prozessförderungspflicht) というが、これは義務ではなく敗訴の危険を負うという意味において責任であると指摘する見解も少なくない (Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht, 1996, Rdnr. 35; Gaul, "Prozeßhandlungen in der Zwangsvollstreckung, inGS Arens, 1993, S. 112; Stein/Jonas/Leipold, 20. Aufl., Rdnr. 4)。

する必要がある。例えば、集団的紛争に対処するための法制度を整備するに際しては、ドイツにおいてなぜ団体訴訟を採用しているのかという点について、深く検討しなければならない。このような検討をすることもなく、漠然とアメリカの class action を導入することは、法体系の混乱をもたらすことにもなりかねない。前述した証券関連集団訴訟法は実際の施行において、多くの問題点があらわれることが予想される。近年議論されている、陪審制も同様である。民事事件に陪審制を導入すると証拠法をはじめとする訴訟法体系全体に影響が及ぼされるが、この点を看過している傾向が見受けられることは憂慮すべきである。また、ドイツにおいて認められていない制度を軽率に取り入れ、大きな問題となっている代表例が予備的共同訴訟と選択的共同訴訟である。

外国の法制度の導入如何を検討する場合、韓国の法体系と調和するものであっても、その制度が実社会の状況に適するか否かについても検討しなければならない。いわゆる ADR を強調することは欧米各国で盛況であるが、それらの国々はすでにある程度、法治主義ないし法の支配が確立されているため、これに対する反作用として ADR を奨励することは「悪いことではない」⁽⁶²⁾ といえるが、韓国において法治主義が達成されるまでの道のりははるか遠く、いたずらに和解、調停などを奨励・強要すると、これは法治主義に至ろうとする努力を放棄することを意味するというのを忘れてはならない。

外国の法理論を紹介したり、受容したりする場合にも、やはり、その理論がどのような歴史的背景のなかで登場したのかを正確に把握すべきである。例えば、民事訴訟制度の目的に関する私法秩序維持説は、典型的なナチス法学においてあらわれた理論であるが、これらをきちんと理解せず、表現がもっともらしいという理由で追従したり、前述したように権利保護要件の拡大適用が歴史的にいかなる意味に用いられたのかを理解せず、権利保護を遮断する手段としてもちいてはならないであろう。このような現象は、ドイツの全体主義法学理論が日本に移植された事情をよくよく確知せずに無批判に韓国に導入したことによって生じることが多い。

最後に、外国法や外国理論の継受を論ずる際に、常に、言われていることであるが、韓国固有の法制度を継承、発展させることができなかったことに対する悔恨である。確かに、歴史的にこのような現象が起きたことはきわめて不幸なことである。しかし、このことをあまりにも強調すると、西洋の法制度は韓

(62) ここで「悪いことではない」と表現したのは、これらの国々においても ADR の強調が法治主義との関係で問題であると指摘されているためである。

国の実情にはあわないと主張し、ヨーロッパの人々が、過去の法体系であったローマ法を復活させたように、韓国においても伝統的な固有の法制度を再興する必要があると強調することになる。しかし、我々が看過してはならないことは、ローマ法を継受したヨーロッパにおいては、ローマ法が時間的には過去の法であったが、内容的にはそれは未来の法であったということである。地中海をその内海とする領土を有したローマ法は、活潑な交易と経済活動を後押しする法体系であったし、ローマの滅亡以降に退歩したヨーロッパの経済的状況が中世以降に再び勃興しつつ合理的な取引法であったローマ法を再度必要としたのである。これに対し、韓国の現情はこれとは大いに異なる。確かに、李氏朝鮮時代の訴訟制度が今日の視点からみてもそれほど遜色がなく合理的に運用されたとしても、根本的にはこれは我々にとって時間的、内容的に過去の法なのである。我々の伝統的な法制度を深く研究し立法論の参考にすることは意義を有するが、外国の法制度を排除し、韓国固有の法体系を復活されることは今日の現実にあわない主張である。

われわれは、国際化、グローバル化時代に生活しており、アメリカ化がすなわちグローバル化であると錯覚している人々が多数存在する。そうして、大学においても英語のみで講義をしなければならないとか、英語だけで講義をする大学を設立しなければならないとする主張もあらわれている。しかし、このようなくぶん偏狭な視覚は、世界の変化を正確に把握しきれていないところから生ずる誤解である。ハンガリーにおいては、最近、英語ではなく、ドイツ語を用いて講義する大学が設立されており、これは世界がまだまだ多様性を有していることを示す好例である。ドイツ法を継受した韓国の法学においては、ドイツ法とドイツの法理論を軽視することはできないと考える。

〔記者あとがき〕

本稿は、ソウル大学の胡文赫教授が、2003年11月15日に行われた韓独法律学会秋季学術大会における報告「獨逸 民事訴訟法の 繼受 120년 斗史的 考察」の邦語訳である（原文は、韓独法律学会『韓独法学』第15号47頁以下に収録されている）。本訳文が、胡文赫教授の主張されるところを誤ることなく伝えることができているとすれば、記者の喜びこれに過ぎるものはない。翻訳を快く承諾下さったうえ、邦語訳に際してご指導・ご教示を惜しまれなかつた胡文赫教授に対して、この場をお借りし、あらためて心より御礼申し上げる。紙幅との関係で本稿において引用された条文の邦語訳を示すことができなかつ

た。今後の課題として、韓国の民事手続法典の邦語訳に努めたい。

なお、本稿は、文部科学省平成17年度科学研究費補助金（若手研究（B）17730075）による研究成果の一部である。