

6 わが国におけるオーストリア民事 手続法の受容

——「手続集中」理念と大正民事訴訟法改正——

松 村 和 徳

- I はじめに—研究対象とその目的—
- II オーストリア民事訴訟法の特徴
- III 大正民事訴訟法改正におけるオーストリア民事訴訟法受容のプロセス
- IV 日本和議法の母法としてのオーストリア和議法
- V おわりに

I はじめに—研究対象とその目的—

「日本法の中の外国法」と題した連続講演では、「外国法が何らかの日本的修正を経て日本法として定着した」点に重点をおいて、外国法の視点から日本法を考察していくことをテーマとする。この観点から、民事手続法、とくに日本民事訴訟法を考察することが、筆者に与えられた課題である。そして、筆者は、その考察対象たる外国法としてオーストリア民事訴訟法を取り上げたいと思う。わが国民民事訴訟法はドイツ法を母法とする。それにも関わらず、何故、オーストリア民事訴訟法なのか。以下に示すように、近代化（西洋化）の要請に基づきドイツ民事訴訟法を範としたわが国民訴訟法が「固有の民事訴訟法」へ変容していく過程において大きな影響を与えたのがオーストリア民事訴訟法と言えるからである。

わが国における近代的司法制度の創設は、周知のように、明治期においてである。明治初期の民事訴訟手続は、江戸時代の訴訟手続を引き継ぐ形であ

った⁽¹⁾。しかし、諸外国との不平等条約の撤廃を目的とした明治政府は、近代的（西洋的）司法制度の創設を急務の目的とし、民事訴訟手続も近代化（西洋化）が急がれた⁽²⁾。その手段として、明治政府は、外国法、とくに近代的法制度を構築していたヨーロッパ諸国の法制度を継受する途を選んだ⁽³⁾。そして、本稿の対象である民事訴訟法（明治23年法律第29号、以下「明治民訴法」と称する）はドイツ民事訴訟法をモデルとしたものであった⁽⁴⁾。

しかし、この明治民訴法は、外国法（ドイツ法）を、基本的には条文の翻訳という形でそのまま導入したものであった⁽⁵⁾。この外国法を導入した後、民事訴訟実務では、「プロクルステスの寝台」のように、それをわが国の実情に合わせながら、適用していったものと思われる⁽⁶⁾。明治民訴法は、借り物の乗り物であり、わが国の固有の乗り物というにはまだ遠い存在だったと言えよう。立法後、すぐに明治民訴法の改正作業が開始される。その目的は、まだ、わが国固有の民訴法構築への作業ではなかった⁽⁷⁾。しかし、その過程の中で、わが国固有法の創設作業が始まっていく。そして、民事手続法の中でこの第一段階となるのが、「大正民事訴訟法改正」である。ここに、「日本の民事訴訟法」への本格的第一歩が刻まれたといえる。

古来、わが国は、外来の社会文化や制度を取り入れ、それらと従来から存した多様な独自の方法を組み合わせて、新たなわが国固有のものに変容させてきた。漢字であり、仏教であり、そして律令をはじめとした法制度も外から来て、摂取され、それを構成要素としつつ日本的なものを発展させてきたと言えるのである。ここに日本という国の特色があると思われる。外国法と日本法との関係についての筆者の認識は、「外国法はわが国の法に取り入れられるが、わが国はその法を内生化し、日本固有の法を作り上げて行った」と考える。そして、この観点からみると、詳細は後述するが、大正期における一連の民事手続法改正は、わが国固有の民事手続法形成、つまり日本法化への本格的な一歩であったと思われる。大正改正においては、ドイツ法のみならず、フランス法、イギリス法、ベルギー法、イタリア法など世界の法が参照された。その中で、この改正において大きな影響をもって介在してきたと言われるのがオーストリア民事手続法である⁽⁸⁾。つまり、オーストリア民

事訴訟法は大正民事訴訟法（旧民事訴訟法）に、オーストリア和議法はわが国和議法の母法として影響を及ぼすことになった⁽⁹⁾。いずれも大正期に制定された法律であるが、オーストリア法が何故わが国において多大な影響を及ぼすことになったのか、また、どのような形で、わが国の法の中に取り入れられたのか、つまり、オーストリア法のどのような絹糸が大和錦（固有の日本法）に織り込まれようとしたのか、そしてそれはわが国の法の中でどのような影響を及ぼすことになったのか、この三つを本稿の中心テーマとした。これにより、連続講演のテーマである「日本法の中の外国法」、つまり、外国法の視点から日本法を考察していくことになるを考える。なお、以下の叙述は、紙幅の関係上、民事訴訟法の改正が中心となる。

II オーストリア民事訴訟法の特徴

まず、本稿の前提として、オーストリア民事訴訟法はどのような特色をもった法律であったかを紹介していく。大正民事訴訟法改正の時に考慮されたのは、1895年（明治28年）のオーストリア民事訴訟法（以下「オーストリア民訴法」と称する）である。この民事訴訟法は、フランツ・クラインにより創設され、後に「社会的民事訴訟」と呼ばれる、当時の最新の民事訴訟法典であった。

オーストリア民訴法は、一言でいうと、「真実発見と迅速な訴訟の実現」をめざした「社会的」訴訟手続法と言える。では、なぜオーストリア民訴法は「真実発見」と「迅速な訴訟」に重大な価値を置いたのか。また、なぜオーストリア民訴法は、「社会的民事訴訟」と称されるにいたったのか。この「真実発見と迅速な訴訟」実現のために、オーストリア民訴法はどのような工夫を施していたのか。これらの点を明らかにすることで、オーストリア民訴法の特徴を紹介できると考える。以下、概略であるが、これらを明らかにしていきたい。

1 フランツ・クラインの訴訟観

なぜオーストリア民法は「真実発見」と「迅速な訴訟」に重大な価値を置いたのか、この点を明らかにするには、その創設者フランツ・クラインの訴訟観を明らかにする必要がある。そして、そのためには、クラインの訴訟観が支持を得るに至る背景を知ることが不可欠であるといえよう。それには、以下の三つの社会的背景がキーポイントとなってくる。

(1) フランツ・クラインの訴訟観の背景

第一に、1895年以前のオーストリアの民事訴訟をめぐる立法状況と民事裁判実務の現状である⁽¹⁰⁾。当時のオーストリア民事訴訟では、「訴訟の遅延、審理の形骸化」が深刻な状況にあった。その最大の要因は、当時の民事訴訟法典であった「オーストリア一般裁判所法」は、ほとんど無制限な当事者支配に基づく手続であった点にある。当事者訴訟進行主義、同時提出主義、法定証拠主義の採用がとくに問題とされた。オーストリア一般裁判所法に基づく訴訟実務においては、期日は数ヶ月もかかり、膨大な書面の交換、長期に及ぶ期日・期間の延期などが、著しい訴訟遅延を引き起こしたのである。また、オーストリア一般裁判所法では、裁判官の権限が著しく制限されていた。その結果、裁判手続自体が著しい機能不全に陥っていたと言えるのである。

その改善をめざしたオーストリア司法改革は、しかしながら、失敗を繰り返していた。当初の改革案においては、手続の公開主義、口頭主義、自由心証主義という訴訟原則に基づくフランス法、ドイツ法を参考に草案がつけられたが、口頭主義の実効性への信頼の欠如等により失敗におわった。そして、当時、著しい訴訟遅延を起こす原因となった1877年ドイツ民事訴訟法への批判が極めて大きかったのである。

第二に、オーストリアの「社会経済情勢」もポイントとなる⁽¹¹⁾。すなわち、19世紀末からの経済活動の活発化と新時代の取引要請（迅速化）、労働者人口の激増である。工業化された大衆社会への移行という経済的、社会的

状況の急激な変化は、高度の生産性と収益性が要請され、資本の円滑な利用を重視することになる。それゆえ、資本をめぐる紛争は、その障害であり、紛争の存続は国民経済的意味をもつと把握されるに至る。訴訟の激増も予想され、その結果、訴訟の迅速性の要求が重要な問題となったのである。社会経済の発展に伴う労働者人口の激増もまた、紛争の増大への対応のみならず、当事者像の変容を要求した。

第三に、こうした社会経済情勢を背景にして登場してきた「社会思想の潮流」の影響も無視できない。とりわけ、「社会主義及び福祉国家理念の登場」は、クラインに大きな影響を与えていたようである。クラインは、近代国家は、社会政策上の計画の中で訴訟を統合すべきとする。そこから福祉国家制度としての民事訴訟の位置づけ、当事者像としての社会的弱者という概念が出てくるのである。

そして、これらの背景に基づきクラインが構築したのが、いわゆる「社会的民事訴訟モデル」である。

(2) 社会的民事訴訟モデル

クラインによって創設された「社会的民事訴訟モデル」は、次のようなクラインの民事訴訟制度についての考え方から特徴づけられる⁽¹²⁾。

イ) 紛争観・訴訟観

まず、クラインの民事裁判に関する紛争観、訴訟観が特色を有する。クラインは、民事紛争及びその解決のための訴訟制度につき、次のように捉えた。すなわち、クラインは、民事訴訟を社会現象として把握する。しかも、訴訟に至りうる紛争は、社会的大量現象であり、社会組織の循環に障害を引き起こす社会的疾病であるとした。そして、民事訴訟制度は、これを取り除き、治癒することがその目的である⁽¹³⁾。その救済は、適切かつ迅速に、そして廉価でなされねばならないとする⁽¹⁴⁾。さらに、民事訴訟制度は、福祉制度であり、社会的利益及び個人的利益の保護のための「一種の行政措置」と位置づけ⁽¹⁵⁾、訴訟は、個人的利害を保護する義務と同時により高度な社会的価値を満足させる義務を負うとしたのであった⁽¹⁶⁾。ここにおいて、訴

訟における「真実発見」と「迅速な訴訟」に重大な価値が置かれることになったのである。

ロ) 当事者像

クラインはまた、その師たるアントン・メンガーなどの影響を受け⁽¹⁷⁾、民事訴訟の当事者像についても新たな像を想定した。つまり、合理的理性人ではない、法的にも知識と経験に乏しい「社会的・経済的弱者」たる市民を当事者として想定したのである。訴訟制度を社会政策の一環と位置づけ、弱者救済をめざしたとの評価もできよう。そして、この点において、訴訟の「社会性」が重視されてくる。

ハ) 裁判官像（積極的裁判官像）

こうした当事者像からは、その当時の訴訟においては、当事者間の対等性は保障されておらず、「当事者の対等化」をなす必要があった。クラインがその担い手としたのが裁判官である。他方、上記の訴訟観に基づく場合には、裁判の適正、迅速化が重視され、そして、この点においてもクラインが重視したのは、またその指揮をとる裁判官であった。そして、登場してきたのが、「積極的裁判官像」である⁽¹⁸⁾。ここに、オーストリア民事訴訟法の特徴のひとつが存することになる。

2 オーストリア民事訴訟法の特徴

(1) 目的：真実に即した裁判・迅速な裁判の実現

以上のようなクラインの訴訟観において、オーストリア民訴法はなぜその制度設計上「真実発見」と「迅速な訴訟」に重大な価値を置いたのかが明らかになったと思われる。では、具体的に、この「真実発見と迅速な訴訟」の実現のために、オーストリア民訴法はどのような手続上の工夫を施していたのか。この点を明らかにする必要がある。

真実発見に基づく適正な裁判と迅速な裁判、相反するとみなされていたこれらの理念を結びつけたのは、「手続集中 (Verfahrenskonzentration)」という考えであった⁽¹⁹⁾。手続を集中させることにより、真実に即した裁判と迅速な裁判の実現が可能と考えたのである。後に詳述するように、クラインが

後の各国の訴訟法及び理論に、そして大正民事訴訟法改正に決定的影響を与えたのは、この「手続集中」という概念であったと考えられる。

(2) 手段：手続の集中化

では、手続の集中化のために、クラインはどのような工夫を施したのか。これは、二つの側面から整理できると思われる⁽²⁰⁾。

ひとつは、1) 審理構造(システム)の変革(第一回期日、準備手続、上訴制限と更新禁止など)の側面である。他は、2) 訴訟主体の行為規律(裁判官の実体的訴訟指揮義務と当事者の行為義務化)の側面である。なお、クライン自身、手続集中化の諸方策のうちどれがキーポイントとなるかは述べていない。むしろ、「事実上、迅速な訴訟追行を保障する「ひとつの」有効な措置は存在せず、相互に密接に関連し合い(ineinandergreifen)かつ相互に補完する「措置の束全体」が重要でなければならない」⁽²¹⁾とするのである。

イ) 審理構造(システム)の変革

まずは、審理構造(システム)の変革について概説する。

オーストリア民事訴訟法の標準的な審理構造は、訴え提起⇒第一回期日⇒答弁書提出命令⇒(⇒準備手続)⇒争訟的口頭弁論⇒判決の段階をとる。

ここでの第一のポイントは、「第一回期日」である⁽²²⁾。第一回期日の目的は、争いのある事件(口頭弁論の必要な事件)と欠席判決で終わる事件を振り分け、さらに、争いのある事件については、被告が訴訟上の抗弁を提出するか否かを確定することにある。和解もできる。期日の延期事由(オ民訴134条)があれば、期日の続行もできる。事件が第一回期日で終了せず、口頭弁論が開かれることになると、裁判官は、被告に答弁書提出命令を発することになる(オ民訴243条)。

(参考条文)⁽²³⁾

第231条：【第一回期日の指定】

1. 第一回期日は、訴状の送達に必要なと予想される時間を考慮して、送達と期日との間におおよそ14日の間隔を置いて指定しなければならない。一略—

第239条：【第一回期日】

1. 第一回期日は、合議部の裁判長又はこの者から命じられた合議部の一人の裁判官の面前で開かれる。
2. 第一回期日は、和解の試みのため、及び無訴権の抗弁、裁判所の管轄違いの抗弁、訴訟係属の抗弁若しくは確定済みの訴訟事件であることの抗弁の提出のため、並びに原告の陳述を聴取するためにこれを指定する。また、訴訟費用の担保の提供を求める申立ては、第一回期日においてしなければならない。同様に、第一回期日において、請求の認諾若しくは放棄に基づき又は欠席を理由として、判決により訴訟事件を終了させることができ、又は原告は訴えの変更の同意を求める申立てを提出することができる。
3. 訴訟費用の担保提供又は訴えの変更の許可を求める申立てについて、並びに当事者が第一回期日において提出した、訴訟能力の不存在又は代理人として出頭した者の代理権の不存在を理由として行った訴えの却下の申立てについては、第一回期日において直ちに審理を行い、裁判しなければならない。代理人として出席した者の代理権の不存在又は当事者間の明示の合意により治癒し得ぬ裁判所の管轄違いについては、職権によっても第一回期日において審理し、かつこれに基づいて手続の停止について決定をすることができる。
4. 前三項に掲げるもの以外のすべての主張及び裁判は、第一回期日においてすることができない。

第243条【答弁書提出命令】

1. 第一回期日の開廷を命じられた裁判官は、この事実の結果に応じて争訟的口頭弁論を命ずることが必要であると認めるときは、直ちにその期日において、決定で被告に訴状に対する答弁を命じ、かつ個別の事件の事情に即して、答弁のために4週間以内の期間を定めなければならない。この決定に対しては、独立の上訴は許されない。
2. 答弁は、準備書面によってしなければならない。—略—
3. 4. —略—

被告の答弁が出ると、本来の口頭弁論（争訟的口頭弁論）となるが、オーストリア民訴法は、この間に事件の状況に応じて、「準備手続」を備えている⁽²⁴⁾。これが第二の審理構造上のポイントである。第一回期日に加え、準備手続なる制度を設けることで、その迅速かつ円滑な審理の進行をめざしたのである。

「オーストリア民訴法における準備手続」は、(1) 類似の関係がある複数請求又は反対請求・異議事件、(2) 手続の迅速、簡易化のために事実上の主張の整理が必要な事件、(3) 口頭弁論外での証拠調べ等が必要な事件に限り、認められる(オ民訴245条)。複雑な訴訟の内容を口頭弁論において整理し、直接、攻撃防御の方法の取捨選択をしたのでは長時間を要することになることから、準備手続において、訴訟資料を収集整理し、口頭弁論の準備を充実することで、訴訟促進をねらったのである。準備手続においては、受命裁判官は、裁判長と同様の権限を有する(オ民訴249条)。

準備手続において弁論が準備されると、次に、争訟的口頭弁論が開始される(オ民訴257条)。これが、本来の口頭弁論で、人証調べなどが実施され、判決に到る。

(参考条文)

第245条：【準備手続】

次に掲げる場合においては、口頭弁論の準備のために受命裁判官の面前における準備手続を命ずることができる。

- (1) 計算の当否、財産分割その他類似する関係があり、これに関して争いがあ多数の請求又は反対請求及び異議が存する事件
- (2) 準備書面に包含する事実上の主張がその範囲又は種類に従って、口頭弁論の完結を迅速ならしめ、又は簡易ならしめるために、予めこれを整理しかつ区分する必要があるとき
- (3) 当事者が争いある重要な事実の真実を証明するため、受訴裁判所における口頭弁論においてなすことができない証拠調べを申し立て又はその証拠調べが口頭弁論を甚だしく困難ならしめ若しくは非常に遅延せしめることが予測されるときはとくに、当事者が受訴裁判所若しくはその近郊に住んでいない証人の尋問を申し立てるとき又は、真実の発見のために申し出た証人を口頭弁論以外の現場で尋問する必要があるとき。

第246条

1. 準備手続は、原告の申立てにより口頭弁論の期日の指定があった後といえども、合議部においてこれを命ずることができる。但し、答弁書の送達後一週間内に申立てがあるときに限る。—略—

第249条：【準備手続における受命裁判官の権限】

1. 受命裁判官は、準備手続において第180条乃至第185条の規定に従って、裁判長に属するすべての権限及び義務を有する。
2. 受命裁判官は、準備手続において許されている証拠調べを命じ、これを自ら施行し、又は他の裁判官に嘱託してこれを施行せしめることができる。証拠調べについては、受命裁判官はとくに地方裁判所の手続において判決裁判所における証拠調べのため裁判長が行うことのできる権限を行使でき、又は受命裁判官は受託裁判官の送付した証拠調べの記録に関して裁判長に属する義務を負う。
3. 準備手続においては、宣誓の上で当事者の尋問をすることはできない。

第250条：

1. 第245条第1項の規定に従って訴訟を準備手続に付したときは、当事者はこの手続においてその主張する各請求及び反対請求、攻撃又は防御の方法、異議及び弁明について受命裁判官の定めた順序に従って口頭で各別に弁論をなさなければならない。この弁論においては、次の諸件を調書にて明確にしなければならない。
 - (1) いかなる請求及び反対請求を主張するのか及びいかなる攻撃及び防御の方法を主張するのか。
 - (2) いずれの請求、反対請求、攻撃及び防御の方法を争うかまたは争わないか。
 - (3) 争いあるものに関しては、当事者の申し出た証拠方法、主張した証拠抗弁、及び証拠方法及び証拠抗弁に対する陳述を掲げうえて、当事者の陳述に基づき完全な事件関係を記載しなければならない。
2. 受命裁判官は、又は同時に当事者をしてその争いある主張を証するために援用した証書にして弁論の結果に基づき証拠の用に供せられるべきとみなされるものを提出させねばならない。この証書は法律の規定する手続に従って受命裁判官がこれを提出させねばならない。証拠の用に供せられるべき情報物件、検証物件で裁判所に取り寄せることができるものについてもまた同一の規定を適用する。
3. 準備手続における証拠調べは、この証拠に関し第245条3号に掲げた事情があるとき又は証拠を保全する目的のためにそれが必要であるときに限り、これをなさなければならない。

手続集中の観点から、審理構造上、重要となるのが、「控訴制限」と「更新禁止」である。控訴制限は、オーストリア民訴法第501条（第501条：微細

事件については、第一審判決は、第477条1号乃至7号に掲げたる無効利用に基づくときに限り、控訴をなすことができる。）において規定され、訴額が小さな事件は、再審事由（無効理由、法律判断の誤り）の場合を除いて、控訴できないとした。

この観点でとくに重要なのが、「更新禁止」原則である。第一審において事実関係をできる限り完全に探求するとのこの基本方針によってまさに、クラインによる訴訟モデルにより、オーストリア民訴法において今日まで最も有効な制度としてみなされた手続集中の措置が可能になったのである。それが、上訴手続における更新禁止原則である。オーストリア民訴法第482条は、以下のように規定する。

（参考条文）

第482条：【更新禁止】

1. 控訴裁判所の弁論においては、控訴手続の費用の償還請求を除き、新たな請求又は新たな抗弁を提出することは許されない。
2. 判決の内容及びその他の訴訟記録の内容によれば第一審において提出されていなかった事実及び証拠については、控訴手続において、当事者は主張された控訴理由を立証し又は反駁するためにのみこれを提出することが許される。また、これら新たに提出されたものは、控訴状又は控訴答弁書（468条）を通じて予め相手方に通知されていた場合に限り、斟酌することができる。

上告審においてもまた当然に、新たな事実上の主張又は証拠の提出は、無効原因またはその他の訴訟上の欠缺を支持ないし争うためにのみ許されているにすぎない。

したがって、オーストリア民訴法の通常手続における更新禁止の若干の例外は、控訴理由の立証または反駁のための更新（同時提出主義に服するのはもちろんである）並びにその時職権によって考慮された諸事情（訴訟要件及び上訴要件のような）を説明するための事実及び証拠調べである⁽²⁵⁾。

オーストリア民訴法による控訴は、第一審手続のやり直し（Wiederholung）に役立つのではなく、第一審手続のコントロールに役立つものと位置づけられている。控訴審の対象は、控訴提起者によってなされた控訴申立

ての枠内での第一審判決の正当性についての再審理のみである。控訴は、「訴訟をコントロールするのであって、現実をコントロールするのではない」⁽²⁶⁾のである。ここに第一審中心主義の思考が現れていると言えよう。

ロ) 訴訟主体の行為規律

第二のポイントが、訴訟主体の行為規律（裁判官の実体的訴訟指揮義務と当事者の行為義務化）である。当事者の真実義務・完全陳述義務の規定（オ民訴178条）、及び時期に後れた攻撃防御方法の却下（オ民訴179条）、訴訟行為の懈怠による訴訟行為の排除（オ民訴144条）などの失権規定の強化は、「当事者の訴訟協力義務」を顕在化させた。また、訴訟促進との関係では、当事者に起因する訴訟遅延には訴訟費用負担のサンクションが課せられた（オ民訴44条、48条、49条）。

（参考条文）

第44条

1. 当事者の提出した事実上の主張又は証拠方法の取調べのため、訴訟の遅延が生じた場合に、裁判所がもっと早期に提出することができたとの心証を得たときには、裁判所は、その者が勝訴した場合であっても、訴訟費用の全部または一部をその当事者に負担させることができる。
2. 前項の規定は、勝訴した当事者が提出した準備書面において提出することができた陳述又は証拠申出であって、取調べのため口頭弁論又は訴訟の終局の遅延を生じさせたときにも、これを適用する。

第178条：【当事者の真実義務及び完全陳述義務】

いずれの当事者も、その陳述において、個々の事件に関し自己の申立てを理由づけるのに必要なすべての事実を、真実に即して、完全にかつ特定して主張し、その主張を特定するために必要な証拠を届け出て、相手方がした事実の主張及び申し出た証拠について明確に意見を述べ、取り調べられた証拠の結果について説明し、かつ、相手方当事者の関連する主張について明確に意見を述べなければならない。

第179条：【訴訟の引き延ばしを意図とした提出の不許】

1. 当事者は、口頭弁論の終結に至るまで、この弁論の目的に関係ある新たな事実上の主張及び証拠方法を提出することができる。ただし、裁判所は、新たな主張及び証拠の提出が明らかに訴訟を引き延ばす意図をもってより早期

に提出しなかった場合において、その提出を許すならば、訴訟の完結が著しく遅延する場合には、申立てにより、又は職権で、その提出を許さざる旨を宣言することができる。

2. 一略—

さらに、職権進行主義、釈明義務、釈明処分⁽²⁷⁾の基盤である「裁判所の実体的訴訟指揮義務」⁽²⁸⁾は、手続の集中化において重要な手段とされたのである⁽²⁸⁾。そして、オーストリア民事訴訟における手続集中理念は、裁判官の実体的訴訟指揮権限と最も密接に関連する。裁判所はその訴訟指揮機能の範囲で民事手続の集中化を一また関連して当事者利益の点でも一目指さねばならない。このことは、オーストリア民事訴訟にとってクライン以来、今日においても承認されていることである。

オーストリア法における裁判官のこの強い地位は、訴訟経済を促進する、つまり、時間、費用、労力を節約し、そして、当事者による訴訟引延しに対処する一連の裁判官の権限の中に示される。手続集中の目的は、とくに、訴訟引延し意図を理由とした事実主張及び証拠申出または証拠方法の提出を不許として宣言するないし却下する裁判官の諸権限に示される（オ民訴179条1項、181条2項、275条2項、278条2項）⁽²⁹⁾。さらに、証拠調べが不特定の期間の障害があるとき、証拠調べを実施できるか疑わしいとき、又は外国で証拠調べを行うときには、裁判所は、オーストリア民訴法279条により申立てに基づき立証の期間を定めることもできるのである⁽³⁰⁾。職権による呼出し及び職権送達（オ民訴87条）もそうである。

こうした厳格な手続集中は、事実関係の完全な解明を抑える危険もまたもたらすものである。しかし、実体的訴訟指揮権は、裁判官にまさにいわゆる「実体的真実」を探求する権限、つまり、完全な事実関係の確定を手に入れる権限をもたらすものとされた。資料収集の範囲におけるオーストリアの裁判官の諸義務は、最終的には「緩和された職権探知主義」と称されるに至るのである。それは、始めから当事者の主張なしに事実を探求することは認められてない点において糾問主義とは異なる。しかし、その他の点では、裁判

官は発問して、または他の方法で、できる限り真実に即した事実関係を確定しなければならない。つまり、裁判官は、証拠方法の提出を要求できるだけでなく、原則として職権で、「訴え提起後または弁論の進行後に重要な事実についての解明が期待されうる」すべての証拠方法を取り調べることであったのである（オ民訴183条1項4号）。

（参考条文）

第180条：【裁判長による訴訟指揮】

1. 口頭弁論は、裁判所においては、事件が割り当てられた合議部の裁判長によって、指揮される。
2. 裁判長は、口頭弁論を開始し、これを指揮し、かつ終結する。裁判長は、発言を許し、またその命令に従わない者に対して発言を禁ずることができる。裁判長は、証拠調べのために陳述をしなければならない者を尋問し、合議部の裁判を言渡す。
3. 裁判長は、事件をもれなく審理し、弁論が争点の逸脱及び重要でない付随的な弁論によって間延びしてしまうことのないように配慮し、かつ、できる限り中断することなく終結に至るように、配慮しなければならない。

第182条：【釈明義務】

1. 裁判長は、口頭弁論において、発問によって又はその他の方法で、裁判に重要な事実主張がなされ、請求を基礎づけ若しくはこれを争うために主張された事実関係に関する不十分な主張を完全なものにし、この主張のための証拠方法が示され又は提出された証拠が補充され、かつ、当事者が主張する権利及び請求の要件事実を真実に即して確定するために必要と思われるすべての説明が行われるよう、努めなければならない。
2. 当事者の陳述が提出した準備書面の内容と異なる陳述をし、又は当事者の陳述が職権で斟酌すべきその他の訴訟記録と一致しない場合には、裁判長は、そのことにつき注意を喚起しなければならない。裁判長はまた、職権により斟酌すべき点について存する疑問を指摘しなければならない。
3. 裁判長以外の合議部の他の裁判官も、訴訟関係の調査及び要件事実の確定のために適切な問いを発することができる。

第183条：【釈明処分】

1. 裁判長は、第182条により自己に課された義務を履行するために、特に、次の各号に掲げる処分をすることができる。

- 1) 当事者本人に対して口頭弁論に出席するよう命ずること
 - 2) 当事者の所持する文書でその当事者若しくは相手方が訴訟で引用したものの、記録、情報物件又は検証物のほか、系図、地図、設計図及びその他の図面並びに編成表を提出し、かつ一定期間裁判所に寄託することを命ずること
 - 3) 当事者の一方が関係した公官庁又は公証人が保管する文書、情報物件及び検証物の提出を求めること
 - 4) 当事者の立会いの下での検証の実施、及び鑑定人による鑑定を命じ、訴状若しくは審理の経過から重要な事実の解明を期待できる者を証人として呼び出すこと
2. 但し、これらの処分について双方の当事者が反対であると主張する場合には、裁判長は、文書及び証人については、その処分を行うことができない。
3. これらの取調べは、これを行わないと、裁判にとって重要な事実が確定できなくなり、又は後からでは証拠方法が使用不可能若しくはその使用が著しく困難になるおそれがある場合には、口頭弁論の開始前であってもこれを命ずることができる。

Ⅲ 大正民事訴訟法改正におけるオーストリア民事訴訟法受容のプロセス

では、以上のような特色をもつオーストリア民事訴訟法を大正民事訴訟法改正ではどのように受容していったのであろうか。

1 明治期における改正議論

(1) 明治民事訴訟法改正の動因

明治23年民事訴訟法の制定後すぐに、その改正作業は着手された。つまり、明治28年には、民事訴訟法調査委員会が設置され、改正作業が開始されている⁽³¹⁾。明治23年民訴法は、手続煩瑣により、実際の運用上不備な点が少なからずあった。まずこの修正が目的とされた。さらに、新たに編纂された民法前三編（総則、物権、債権の各論）との整合化も問題となったのである。つまり、その目的は、明文がないための不都合や、逆に明文があるため

に差し支えが生じたりしていた欠陥を修正すること、条文を読みやすくすることにあったとされる⁽³²⁾。この改正作業は、明治32年の法典調査会に引き継がれる。法典調査会は、明治36年改正草案を脱稿、公表し、調査会は廃止される⁽³³⁾。

その後、明治40年に「法律取調委員会」が設置された。しかし、民事訴訟法の改正に着手されたのは、明治44年に法律取調委員会に民訴法改正が付議されてからであった（設立当時は商法の改正が主として審議された）。ここに大正民事訴訟法改正の本格的作業が開始されたのである。法律取調委員会における改正作業は、裁判所、弁護士会の意見を徴しつつ実施されていく。そして、その際には、ドイツ、フランス、オーストリア、イタリア、ベルギーなどの外国法が翻訳され、参考資料とされた。

しかし、この法律取調委員会は、大正8年、廃止され、その後は同時に設置された司法省における民事訴訟法改正調査委員会により継続され、成案されることになる。このように、紆余曲折を経て、大正民事訴訟法改正は実施された。

ここで留意すべきは、改正議論が結実した大正民事訴訟法改正では、その主眼は、「現行法中訴訟遅延ノ原因ト認ムベキ諸規定ヲ改メ、専ラ其ノ円滑ナル進捗ト審理ノ適正トヲ図リタル点（句読点及び旧漢字体等の修正は筆者一以下同様―）」にあった点である⁽³⁴⁾。旧法典調査会案には、この手続促進（訴訟遅延）への考慮がほぼない。明治28年に着手された時とは、大きく目的が変容しているのである。ここに大正改正のポイントがあると言える。そして、大正民事訴訟法改正における最大の眼目が、この迅速なかつ適正な裁判をめざした「準備手続」の創設（形式的には、明治民訴法266条以下規定の準備手続の改正であるが、その実質は、以下で示すように、わが国固有の「準備手続の創設」であったといえる）であった⁽³⁵⁾。

本稿では、この準備手続の創設プロセスを辿ることで、オーストリア法の影響を明らかにしていきたい。

(2) 明治期におけるオーストリア民事訴訟法の評価

では、明治期においてオーストリア民訴法はわが国においてどのように評価されていたのであろうか。まずは、この点を明らかにしていきたい。

オーストリア民訴法は、明治民訴法の改正が着手された明治28年(1895年)に制定されている。時期的には、改正作業において当時最新の民事訴訟法典であるオーストリア民訴法の存在は周知されていたと思われる⁽³⁶⁾。この関係で注目されるのが、大正民事訴訟法改正の時期にオーストリア民訴法を積極的に評価し、紹介した雫本朗造博士の一連の研究である⁽³⁷⁾(雫本朗造「民事訴訟法改正草案研究到愚録前史」京都法学会雑誌3巻7号157頁(明治41年・1908年)(①論文)、同「獨乙ニ於ケル民事訴訟法改正ノ氣運」同雑誌4巻2号150頁(明治42年・1909年)(②論文)、同「民事訴訟関係法規改正私義」同雑誌6巻12号86頁(明治44年・1911年)(③論文)、7巻2号69頁(大正元年・1912年)、同「商事裁判所及商事部ニ関スル獨、澳ノ現行法制」同雑誌7巻2号89頁(大正元年・1912年)(④論文)、同「民事訴訟制度の變遷及改正運動(一)~(十一)」法律新聞836号~844号, 847号, 848号(大正二年・1913年)(⑤論文))。これらの研究の中で、雫本博士は、①論文「民事訴訟法改正草案研究到愚録前史」において⁽³⁸⁾、なによりも条約改正のため応急的に又盲從的に外国法を継受したるものとして、必ずしも継受すべき必要を明らかにし、もしくは継受後の成績を予測して後、制定されたものではない、とし、さらに、わが国固有の事情に適合しているか、民事訴訟法の社会上、經濟上の重大なる任務に善く尽くしたるかは疑いなくはない、と指摘して、日本の固有の事情に適合した民事訴訟法が求める声を挙げていた。そして、この雫本論文の主眼は明治36年の法典調査会の改正草案に対する批判であった。つまり、明治36年改正草案がドイツの1977年民訴法もしくは1989年の改正法に拠っているが、ドイツではそれらは不評であり、改正の氣運があり、しかもそれはオーストリア民訴法とその実績に影響を受けていることは疑いないところであるとし、ドイツ、オーストリア法の比較法的研究が不可欠であるとする⁽³⁹⁾。そして、オーストリア民訴法を高く評価し、大正2年に法律新聞に連載した⑤論文「民事訴訟制度の變遷及改正運動」でヨーロッパにおける民事訴訟法の歴史

的、比較法的研究を展開し、わが国で最初の本格的なオーストリア法の紹介をなしている⁽⁴⁰⁾。また、清瀬一郎弁護士は、明治44年の法律新聞における「奥太利民事訴訟法の研究を望む」⁽⁴¹⁾と題した投稿原稿において、オーストリア法は「屈強の参考資料なり」として、それを範とすることを強く薦め、さらに「ドイツ訴訟法はその手続難渋、したがって多くの費用を要するため、細民は裁判に依り権利の保護を得ることあたはざるに至れり、…奥国訴訟法は、所謂社会政策的要求をいれ、細民をして権利の保護に遺憾なからしむることを努めたり（句読点、現代仮名化等の修正は筆者による—以下、原文引用以外は同様—）」として、福祉制度としての民訴法の観点を高く評価している⁽⁴²⁾。斎藤常三郎博士もオーストリア法を改正資料として強く薦めている（注（36）参照）。これらは、その公表年からみて、法律取調委員会が民訴法改正に着手したこと（明治44年）を契機としたものであると推測できる。また、法律取調委員会が民事訴訟法改正に着手したとき、各界から意見聴取をしたが、その中にオーストリア民訴法から教示を受けたと推測される意見がある旨を指摘するものもある⁽⁴³⁾。このように、明治の終わりまでには、オーストリア民訴法はかなり広く知られ、評価されていることが窺われる。

2 大正期における改正議論

（1）主査委員会での議論

1）第3回主査委員会

訴訟遅延が意識され、その改善に向かい民訴法改正作業が大きく転換した。その実質の出発点となるのが、明治44年に法律取調委員会に民訴法改正が付議され、主査委員が指名され、その主査委員会の審議（以下に示す主査委員会の審議内容は、『日本立法資料全集10 民事訴訟法〔大正改正編〕（1）』625頁以下（以下本文では、「日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）」で引用による）であった⁽⁴⁴⁾。オーストリア民訴法の大正民訴法改正への影響が現出してくるのがここでの審議からである。また、法律取調委員会では、主査委員会に並行して起草委員会が設置された。この起草委員会は、明治44年5月から大正3年6月まで、旧法典調査会案に基づいて109回の審議を行い、

その全部を議了する。起草委員会は、成文の起草にあたり、起草委員会において重要な問題を選んで（議民乙第一号問題）、主査委員会に提出し⁽⁴⁵⁾、主査委員会はそれを審議することになる（民事訴訟法改正主査委員会日誌第2回小山温委員発言参照。日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）626頁）⁽⁴⁶⁾。主査委員会は、大正3年11月18日の第2回委員会から本格的審議を開始する。訴訟遅延対策が明示的に立法目的として浮かび上がってくるのは、大正3年11月25日の第3回主査委員会である（松岡義正委員発言、日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）633頁）。

第3回委員会では、議題（4）「準備書面ニ掲ゲザリシ攻撃防御ノ方法（証拠方法ヲ含ム）ハ、口頭弁論ニ於テ、之ヲ提出スルコトヲ得ザルヲ本則トスベキヤ」、議題（5）「訴ノ拡張ニ依リ当事者ノ追加、変更ヲ許スベキヤ」、議題（6）「請求原因ノ変更ヲ許スベキ場合ヲ或程度マデ拡張スベキヤ」が審議対象となった。とくに議論となったのが、議題（4）である。

この議題（条文では第128条「口頭弁論ハ書面ヲ以テ之ヲ準備スベシ」について）は、大正2年6月25日の第71回民事訴訟法改正起草委員会で決議されたものであり（日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）602頁）、その際、訴訟遅延の弊害への対応策として議論されている。この委員会審議においては、仁井田益太郎委員から口頭主義の観点から反対の意見が出たものの、他の出席者のほとんどが賛成して決議されている。そして準備書面に記載しなかった攻撃防御方法を失権させる規定は、オーストリア民訴法を範としたとされている（日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）498, 499頁参照）。この民事訴訟法改正起草委員会での審議では、オーストリア民訴法のどの条文を参照にしたかは明らかでないが、この失権規定は、準備手続における失権規定条文を想定したものではないかと推定する⁽⁴⁷⁾。以後の議論で準備手続改正（創設）へと向かうからである。準備書面による失権規定は、大正2年6月27日の第89回民事訴訟法改正起草委員会でもこの128条につき議論され（日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）504頁）、「原告から被告の答弁書の反駁も準備書面を要するか」が議論され、書面によるべき旨が述べられ、さらにその期限につき、「準備期日」を設ける旨の発言（仁井田委員、山内確三郎委員発言）が

あり、準備手続への萌芽をみてとれると思われる（またこの議題は、起草委員会において大正3年6月4日に岩田囑託により提出された起第52号の第23条及び第24条に関わる問題であろう（「民事訴訟法改正起草委員会問題」日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）308頁）、同日の起第53号で「準備手続」が問題として提出されている（後述））。

主査委員会では、この問題は、「訴訟遅延を防止すべきための方法として」提示された。その趣旨は、「一定ノ期間内ニ当事者双方ニ準備書面ヲ交換セシメ、其書面ニ掲ゲザルコトハ主張セシメザルヲ本則トシ、多少ノ例外ヲ認ムルナリ。其例外ハ新タナル攻撃防御ノ方法又ハ過失ナクシテ前ニ主張スルコト能ハザリシモノヲ指スナリ」とされ、弁論集中主義（ないし弁論一体主義）をとったものとし、プロイセン一般裁判所法、ドイツ、オーストリア、ベルギー法が挙げられている（松岡委員発言、日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）633、634頁）⁽⁴⁸⁾。これに対して、真相の発見が重要、弁論一体主義では提出すべきものの漏脱が生じる、弁護士の手腕及び当事者の知識からは難しい、書面主義はかえって訴訟を遅延させるなどの反対意見が述べられ（長島鷲太郎委員発言、日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）634～636頁など）、具体的な案を提出することになり、決議は留保された。大正民訴法改正の主眼となる準備手続の改正は、この議題から出発し、以後議題に掲げられてくることになる。以下では、ここから大正民訴法改正の中心となった準備手続改正の流れを追っていくことにする。

2) 第8回主査委員会

そして、第8回主査委員会（大正3年12月16日）において、起草委員からの再提案に基づき再度議論がなされる（日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）675頁）。その議案（この議案は、起草委員会において大正3年12月2日に松岡委員により提出された起第54号、55号に該当する（「民事訴訟法改正起草委員会問題」日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）308、309頁））が以下のものである。

議民乙第一号ノ二問題中 (一) 及 (二)

(一) 裁判長ハ訴ニ付キ口頭弁論期日指定前左ノ手続ニ依リ、準備書面ノ提出ヲ命ズルコトヲ得ベキ規定ヲ設クベキヤ。

1. 訴状ノ送達後二週間ヲ下ラザル期間ヲ定メ、其ノ期間内ニ防御方法 (証拠方法ヲ含ム) ヲ記載シタル答弁書 (準備書面) ヲ裁判所ニ差出スベキコトヲ被告ニ命ズ。
2. 防御方法ヲ記載シタル答弁書送達後一週間ヲ下ラザル期間ヲ定メ、其ノ期間内ニ更ニ第一ノ防御方法ニ対スル攻撃方法ヲ準備書面ニ記載シテ、之ヲ裁判所ニ差出スベキコトヲ被告ニ命ズ。
3. 前号ノ準備書面送達後一週間ヲ下ラザル期間ヲ定メ、其ノ期間内ニ、更ニ第二ノ攻撃方法ニ対スル防御方法ヲ準備書面ニ記載シテ、之ヲ裁判所ニ差出スベキコトヲ被告ニ命ズ。

(二) 準備書面差出期間内ニ提出セザリシ攻撃防御ノ方法ハ新ニ成立シタルモノ又ハ当事者ノ過失ニ非ズシテ右期間内ニ提出シ能ハザリシコトヲ疎明シタルモノニ限り、之ヲ提出シ得ベキ規定ヲ設クベキヤ。

(参照)

裁判長ガ準備書面ノ差出ヲ命ゼザルトキハ攻撃及防御ノ方法ハ判決ニ接着スル口頭弁論ノ終結ニ至ルマデ之ヲ提出スルコトヲ得ベキモノトスベキヤ。

前項ノ場合ニ於テ受訴裁判所相当ト認ムルトキハ、受命判事ノ面前ニ於ケル準備手続ヲ命ズルコトヲ得ベキモノトスベキヤ。

この議案は、原告・被告から準備書面 (訴状、答弁書を含む) をそれぞれ一週間以内に提出させることにし (最初の答弁書のみ2週間)、その後は、攻撃防御方法の提出を打ち切るというものである。ここでの議論は、準備書面の回数や期限など書面主義による審理と失権の関係が中心に議論されている。この委員会に、本稿で取り上げる「準備手続」改正の提案が出てくるが、あくまで「参照」としてである。本稿のテーマとの関係で注目されるのは、横田五郎委員の発言である。横田委員は、オーストリア民訴法のような第一回期日、準備手続という手続編成を採らない理由は何かを問い、これに対して、松岡委員から、「我々モ其点ハ考究シタルガ、却テ手続繁雜トナルヲ以テ採用セズ」との答えがあった (日本立法資料全集10 [大正改正編] (1) 677頁以下参照)。つまり、この段階では、準備書面のみによる弁論の準備を

中心に構想していることがわかる。審議では、準備書面打ち切り主義について賛成が多いも、その方法で議論ありとなり、横田委員が次回に修正案を提出して議論することで閉会している（横田、山内委員はオーストリアに視察のため派遣されていた）。ここに、この委員会でオーストリア民訴法の規律（規定）が具体的に審議対象に挙がってきており、かつ準備手続改正が現出された。準備手続改正に関する本格的な議論はここから出発したと言ってよいであろう。

なお、準備手続改正に関しては、起草委員会における大正3年6月1日・第87回民事訴訟法起草委員会決議で確認される⁽⁴⁹⁾（日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）611頁）。

第87回民事訴訟法起草委員会決議

「準備手続ハ、現行法ノ如キ訴訟事件ノ種類ニ基テ制限ヲ為サズ、一般ノ訴訟手続ニ付キ相当ノ制限ノ下ニ之ヲ許スコト」

ここでは、準備手続を一般の訴訟手続で適用することが考えられていたことが確認できる。さらに、大正3年6月4日に岩田囑託により提出された起第53号（「民事訴訟法改正起草委員会問題」日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）308頁）に準備手続に関する記述を見て取れる。

起第53号

「答弁書ノ差出アリタル後ハ、裁判所ハ、当事者ノ申立ニ依リ又ハ職権ヲ以テ準備手続ヲ命ズルコトヲ得ルコトトシ、準備手続ニ於テ提出セザリシ攻撃若クハ防御方法、証拠方法、証拠抗弁ハ口頭弁論ニ於テ提出スルコトヲ許サザルコトトスルコト」

時期的にはほぼ同時といえるこれらの記述から、すでに、この段階で、準備手続を一般の訴訟手続で適用することが考えられていたこと、しかも、それは申立てでも職権でも開始できること、そして旧法典調査案より失権効が強く意図されていること（旧法典調査案310条は攻撃防御方法等の存在を知らなかったことを疎明すれば、提出が認められている（日本立法資料全集10〔大正改正

編〕(1) 67頁)。明治民訴法第263条も同様)が確認できる。上記した大正2年段階の起草委員会では準備手続に関する議論は見とれなかったが、このように、「準備手続」は大正3年段階で登場してくることがわかる。ただ、この段階では、上記したように、「準備手続による弁論準備」の考えはまだ中心ではなかったといえる。

3) 第9回主査委員会

第9回主査委員会(大正3年12月21日)で提出された横田委員修正案は、以下のものである(日本立法資料全集10〔大正改正編〕(1) 680頁以下)。

議民乙第一号ノ二問題中(一)及(二)修正案(横田委員提出案)

第一 訴状ニハ一定ノ請求及一切ノ攻撃方法ヲ具備スベキコト

第二 訴状ノ提出アリタルトキハ、裁判長ハ、直チニ口頭弁論期日ヲ指定スルカ又ハ準備手続ヲ命ズベキコト

第三 準備手続ハ左ノ方法トシ、裁判所又ハ裁判長ハ訴訟ノ如何ナル種類ナルト将タ如何ナル程度ニ在ルトヲ問ワズ、之ヲ命ジ得ルコト

(一) 書面ニ基ク準備手続

(二) 受命判事ノ面前ニ於ケル準備手続

第四 訴状ノ提出アリタルトキハ、裁判長ハ、被告ニ対シ訴状ノ送達ト同時ニ、二週間ヲ下ラザル期間ヲ定メ、其期間内ニ答弁書ノ提出ヲ命ジ得ルコト

(注) 此命令ニハ左ノ諸件ヲ掲グベキコト

(一) 原告ノ請求又ハ攻撃方法ヲ如何ナル点ニ於テ争フヤ否ヤノ旨

(二) 一切ノ防御方法ヲ提出スベキ旨

第五 期間内ニ答弁書ヲ提出セザルトキハ、裁判長ハ、直チニ口頭弁論期日ヲ指定スルコト

(注)

口頭弁論ニ於テハ被告ハ単ニ原告ノ請求又ハ攻撃方法ヲ否認シ得ルニ止マルコト(從テ証拠方法ノ提出ハ之ヲ許サザルコト)。若シ其否認ヨリシテ原告ニ举证責任アルトキハ原告ノ立証ヲ要スルコト

第六 期間内ニ答弁書ノ提出アリタルトキ

(一) 答弁書ニ於テ原告ノ請求若クハ事実上ノ主張ヲ認ムルカ又ハ争点明瞭ナルニ至リタルトキハ、裁判長ハ、直チニ口頭弁論期日ヲ指定スベキコト

- (二) 答弁書ニ於テ防御方法ノ提出アルカ又ハ争点不明瞭ナルカ其他必要ト認メタルトキハ、裁判所ハ、受命判事ノ面前ニ於ケル準備手続ヲ命ジ得ルコト

第七 攻撃若クハ防御方法ノ変更又ハ新提出ハ之ヲ許サザルコト。但シ、例外トシテ左ノ場合ニ限り之ヲ許スコト

- (一) 口頭弁論期日指定前ニ於テハ

(イ) 準備手続又ハ期日指定ノ遅延ヲ生ゼシムル虞ナキトキ

(ロ) 其原因ガ前攻撃若クハ防御方法ノ提出後ニ生ジタルカ又ハ当事者ノ過失ニ非ズシテ以前ニ提出スルコト能ハザリシ事由ヲ疎明シタルトキ

- (二) 口頭弁論ニ於テハ前号(ロ)ノ事由及ビ疎明アリタルトキ

横田委員は、提出した修正案はオーストリア民訴法を骨子とした案であるとするが⁽⁵⁰⁾、オーストリア民訴法における第一回期日方式は繁雑となり、弊害があるとしてこの方式は採用すべきでない旨を述べている。そして、「受命判事の面前における準備手続」が明示的に提案されたのである。また、横田委員は、準備手続は非公開でよく、応接室でも事務室でもいい旨を述べている⁽⁵¹⁾（日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）682頁）。起草委員案（参照案）との相違は、①準備手続を裁判所の裁量で命じる点では共通するが、口頭弁論指定後もできるとした点、②書面交換の回数を制限していない点、③攻撃防御方法の変更、新提出を制限している点（第7項）である。委員会の議論では、訴状、答弁書を充実させ、準備手続を改正して訴訟の進行を速やかにする点では一致している。また、従前の実務では口頭主義が十分に機能していない点でも議論は一致しており、失権の点では、準備書面の交換を怠った者に制限を加える点でもほぼ一致をみている。ここに大正民訴法改正におけるオーストリア民訴法の影響の一端が顕在化したと言えよう。ただ、その影響は、オーストリア民訴法を盲目的に追従したのではなく、わが国における民訴法の内生化が試みられている点が注目に値する。しかし、この案は決定には至らず、起草委員に加え、横田五郎、原嘉道、山内確三郎、長島鶯太郎の各委員で特別委員会を設置し、審議することとなる。この後の議論は、準備手続の内容へと移っていく。

4) 民事訴訟法改正特別委員会

特別委員会で具体案を作成することになったが、特別委員会は第一回（大正4年1月20日）を開き審議し、さらに小委員会を設け起案を委託し、これを第二回特別委員会で決定したとされる⁽⁵²⁾。その議案が下記のものである（日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）686頁以下。ただ、その日付けは必ずしも定かでなく、下記の日付の書き込みがあるとされている）。

民事訴訟法改正特別委員会議案（大正4年2月8日）

（一）被告ハ訴状ノ送達後十四日ノ期間内ニ答弁書ヲ差出スコトヲ要ス。

（二）前条ノ規定ニ従ヒ被告ガ答弁書ヲ差出サザルトキハ、裁判長ハ、直チニ口頭弁論期日ヲ指定シ、裁判所ハ其期日ニ被告ガ出頭シタルトキト雖モ、原告ノミヲ呼出シ、其事実上ノ口頭供述ニ基キ判決ヲ為ス。此判決ニ対シテハ、異議ノ申立ヲ為スコトヲ得。

（三）適法ナル期間内ニ答弁書ヲ差出アリタル場合ニ於テ、裁判所相当ト認ムルトキハ、訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハズ、訴訟ノ全部又ハ一部ニ付キ準備書面又ハ受命判事ノ面前ニ於ケル準備手続ニ依リ弁論ノ準備ヲ命ズルコトヲ得。

（四）準備書面ニ依リ弁論ノ準備ヲ為スベキ場合ニ於テハ、裁判長ハ、準備書面ノ差出ヲ命ジタル決定ノ送達後又ハ其言渡後、相当ノ期間ヲ定メ、其期間内ニ攻撃防御ノ方法（証拠方法ヲ包含ス）ヲ記載シタル準備書面ヲ差出スベキコトヲ当事者ニ命ズ。

（五）前条ノ場合ニ於テ、書面ニ依リテ準備セザリシ攻撃防御ノ方法ハ、訴訟ヲ遅延セシムル虞ナキモノ又ハ新ニ成立シタルモノ其他当事者ノ過失ニ非ズシテ右期間内ニ提出シ能ハザリシコトヲ疎明シタルモノニ限り、之ヲ提出スルコトヲ得。

（六）受命判事ノ面前ニ於ケル準備手続ヲ為スベキ場合ニ於テハ、受命判事ハ、調書ヲ以テ攻撃防御ノ方法ヲ明確ニシ、調書ヲ以テ明確ニセザリシ攻撃防御ノ方法ハ、訴訟ヲ遅延セシムル虞ナキモノ又ハ新ニ成立シタルモノ其他当事者ノ過失ニ非ズシテ右期間内ニ提出シ能ハザリシコトヲ疎明シタルモノニ限り、之ヲ提出スルコトヲ得。

この議案では、弁論準備制度は「準備書面による弁論の準備」と「受命判事の面前における準備手続」に分けられている。この点に関して、この委員会でどのような議論がなされたかは、その資料を発見できず、不明である。

以下の第10回主査委員会に提出されたのは、起草委員会案と横田委員案を折衷し、さらに修正したものである（日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）689頁，小山発言）。

5） 第10回主査委員会

第10回主査委員会（大正4年2月17日）は、以下の案を議題とした（日本立法資料全集10〔大正改正編〕（1）687頁以下）。

議民乙第一号ノ三

（議民乙第一号ノ二中（一），（二）及ビ横田委員修正案ヲ左ノ如ク修正ス）

（一）被告ハ訴状ノ送達後十四日ノ期間内ニ答弁書ヲ差出スコトヲ要ス。

（二）前条ノ規定ニ従ヒ被告ガ答弁書ヲ差出サザルトキハ，裁判所ハ，訴状ニ基キ決定ヲ以テ，原告勝訴ノ裁判ヲ為スコトヲ得。

裁判所ハ，前項ノ裁判ヲ為スニ付キ必要ト認メタルトキハ，原告ヲ審訊スルコトヲ得。

（三）被告ハ，前条ノ裁判ニ対シ，其裁判送達後七日ノ期間内ニ，異議ノ申立ヲ為スコトヲ得。

前項ノ異議申立ニハ答弁書ヲ添付スルコトヲ要ス。

（四）原告ハ第（二）条ノ裁判ニ因リ強制執行ヲ為スコトヲ得。

前項ノ強制執行ハ異議ノ申立ニ因リテ妨ゲラルルコトナシ。但シ，裁判所ハ申立ニ因リ保証ヲ立テシメ又ハ之ヲ立テシメズシテ，強制執行ノ停止ヲ命ズルコトヲ得。

（五）適法ナル期間内ニ答弁書ヲ差出アリタル場合ニ於テ，裁判所相当ト認ムルトキハ，訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハズ，訴訟ノ全部又ハ一部ニ付キ準備書面又ハ受命判事ノ面前ニ於ケル準備手続ニ依リ弁論ノ準備ヲ命ズルコトヲ得。

（六）準備書面ニ依リ弁論ノ準備ヲ為スベキ場合ニ於テハ，裁判長ハ，準備書面ノ差出ヲ命ジタル決定ノ送達後又ハ其言渡後相当ノ期間ヲ定メ，其期間内ニ攻撃防御ノ方法（証拠方法ヲ包含ス）ヲ記載シタル準備書面ヲ差出スベキコトヲ，当事者ニ命ズ。

（七）前条ノ場合ニ於テ，書面ニ依リテ準備セザリシ攻撃，防御ノ方法ハ，訴訟ヲ遅延セシムル虞ナキモノ又ハ新ニ成立シタルモノ其他当事者ノ過失ニ非ズシテ右期間内ニ提出シ能ハザリシコトヲ疎明シタルモノニ限り，之ヲ提出スルコトヲ得。

(八) 受命判事ノ面前ニ於ケル準備手続ヲ為スベキ場合ニ於テハ、受命判事ハ、調書ヲ以テ攻撃、防御ノ方法（証拠方法ヲ包含ス）ヲ明確ニシ、調書ヲ以テ明確ニセザリシ攻撃、防御ノ方法ハ、訴訟ヲ遅延セシムル虞ナキモノ又ハ新ニ成立シタルモノ其他当事者ノ過失ニ非ズシテ右期間内ニ提出シ能ハザリシコトヲ疎明シタルモノニ限り、之ヲ提出スルコトヲ得。

(九) 前条ノ場合ニ於テハ、受命判事相当ト認ムルトキハ、当事者ニ対シ相当ノ期間ヲ定メ其期間内ニ、前条ノ調書ニ代ヘ攻撃、防御ノ方法（証拠方法ヲ包含ス）ヲ記載シタル書面ノ提出ヲ命ズルコトヲ得。

第（七）条ノ規定ハ、前項ノ書面ヲ以テ準備セザリシ攻撃、防御ノ方法ニ之ヲ適用ス。

この議案では、上記した二つの弁論準備制度のそれぞれの具体的内容が規定されている。新たに加えられたのは、被告が答弁書を提出しない場合には、即座に原告勝訴の判決ができることを明確にし、かつ強制執行もできるようにした点（現行民訴法の調書判決に類似すると思われる）、及びこの判決に対する被告の異議を認めた点（被告の手続保障を考慮している）である。また、調書に代わる準備書面に失権効を認めている点である。この主査委員会では、答弁書の記載内容等をめぐり、訴訟遅延とからめて議論がなされたが、最終的には、委員総会には、「口頭弁論以外に書面による又は受命判事の面前における準備手続を設けること」という程度の問題とし、各具体案は参考として添付するに止まった⁽⁵³⁾。

委員総会（大正4年6月16日より7月14日まで5回開会）では、この準備手続については、二日間に亙り議論されたが、結局、仮決議という形で原案を可決し、後日具体的な成案を提出したときにさらに審議するとの決定がなされたにすぎなかった⁽⁵⁴⁾。

なお、この委員総会より先の大正4年3月8日の第112回起草委員会において今後の審議方針が決定されている。つまり、法文の起案について起案会を開催し、起稿した成文を起草委員会に提案し、これを起草委員会において審議する、その決議を主査委員会に提案し、さらに主査委員会はその決議を委員総会に提案し、委員総会の決議により成案を確定するという4段階の審

議である⁽⁵⁵⁾。しかし、その後の審議は、起案会から起草委員会までの第二段階までで終始した（起案会は大正4年3月12日から大正8年6月23日まで202回に及び、起草委員会は大正8年7月4日まで199回に及び、上訴に関する規定まで起案して終了した）。しかし、大正8年7月9日、突如、法律取調委員会は廃止され⁽⁵⁶⁾、民事訴訟法改正作業は、司法省に設けられた「民事訴訟法改正調査委員会」に引き継がれることになる。

(2) 民事訴訟法改正調査委員会での議論

民事訴訟法改正調査委員会は、大正8年9月23日に第一回委員総会を開催し、審議の方針を法律取調委員会当時と同様の方針に基づくことを決定した。法律取調委員会と異なり、民事訴訟法改正のみを対象とすることから、委員の数も削減され、主査委員会もない。ここでも起案会が成案を起案し（起案会は大正8年10月10日から大正9年7月16日まで14回を開催した）、起草委員会が審議・決定し（起草委員会は大正8年10月1日より大正10年5月25日まで40回に及んだ）、委員総会に提出した。起草委員会の提出した案は、強制執行に関するものを除き、民事訴訟法第一編乃至第五編まで（総則、第1審訴訟手続、上訴、再審、督促手続）の421の条項である。これが「民事訴訟法改正案（第一案）」である。委員総会は、大正10年12月15日から大正12年5月1日まで44回に及び、提出された提案は全部審議された。そして、委員総会の意見に基づき起草委員会を開き、総会の意見を斟酌し、修正変更をなし、その結果を再び総会に報告し、審議された。そして、委員総会は、大正14年10月15日を以て、民事訴訟法第一編乃至第五編の443の条項を議し、確定した。

以下では、民事訴訟法改正調査委員会での「準備手続の改正」についての経過をみていく。審議中に作成された改正案は、日本立法資料全集11〔大正改正編〕（2）12頁以下に詳細があるが、ここでは、紙幅の関係もあり、時系列的に節目となっている以下の案を中心にみていくことにしたい。

1) 民事訴訟法改正起案会決定案 (起草委員会議案)

これは、大正4年5月から大正9年7月までに起案会が作成したもので、起草委員会の審議対象になったものである。準備手続は、第一審の訴訟手続のなかで独立して規定されるに至っている。当初予定された「準備書面による弁論の準備」は、「準備手続」の中に吸収された形になっている。以後、準備手続において、同時提出主義の性質を有する規定が作成されていく。

民事訴訟法改正起案会決定案 (起草委員会議案) (日本立法資料集11 [大正改正編] (2) 80頁以下) 一条文の漢数字の変更は筆者 (以下同様) —

第二編 第一審ノ訴訟手続 第一章 地方裁判所ノ訴訟手続

第二節 準備手続

第205条 裁判所ハ相当ト認ムルトキハ、何時ニテモ訴訟ノ全部若クハ一部又ハ或争点ニ付キ、準備手続ヲ命ズルコトヲ得。此場合ニ於テハ裁判長ハ部員中ヨリ受命判事ヲ指定シ、其指揮ニ当ラシム。

第206条 準備手続ニ於テハ、調書ヲ作り、当事者ノ陳述ニ基キ第114条第4号及ビ第5号ニ掲ゲタル事項ヲ記載スベシ。

第207条 当事者ノ一方ガ期日ニ出頭セザルトキハ、前条ノ調書ノ謄本ヲ之ニ送達シ、新期日ヲ定メテ当事者双方ヲ呼出スベシ。

第208条 受命判事ハ当事者ノ提出シタル準備書面ヲ以テ、第206条ノ調書ニ代フルコトヲ得。此場合ニ於テハ、第198条ノ規定ヲ準用ス。

第209条 当事者ハ、口頭弁論ニ於テ準備手続ノ結果ヲ演述スベシ。

第210条 調書又ハ準備書面ニ記載セザル事項ハ、著シク訴訟手続ヲ遅延セシメザル場合又ハ重大ナル過失ナクシテ準備手続ニ於テ之ヲ提出スルコトヲ得ザリシコトヲ疎明スルニ非ザレバ、口頭弁論ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得ズ。但、職権ヲ以テ調査スベキ事項ハ此限ニ在ラズ。前項ノ規定ハ訴状及ビ準備手続前ニ提出シタル準備書面ニ記載アル事項ノ主張ヲ妨ゲス。

第211条 当事者ガ期日ニ出頭セズ又ハ第207条ノ期間内ニ準備書面ヲ提出セザルトキハ、受命判事ハ準備手続ヲ終結スルコトヲ得。

第212条 第117条2項 (裁判長の口頭弁論指揮権)、第118条第1項 (釈明権)、第119条 (訴訟指揮に対する異議権)、第120条 (釈明処分)、第122条乃至第127条 (弁論再開、通事立会い、弁護士附添命令、非弁活動の禁止、和解勧誘、随時提出主義)、第129条 (擬制自白) 及ビ第130条

(責問権の喪失)ノ規定ハ準備手續ニ之ヲ準用ス。(カッコ内は筆者記入)

2) 民事訴訟法改正起草委員会決議案(第一案)

これは、上記民事訴訟法改正起草会決定案を修正したものであり、第二読会の議案となったものである(日本立法資料全集11〔大正改正編〕(2)13頁)。基本的には同文であるが、第214条に準備手續取消しの規定を加えている(いずれも大正6年のもの)。

民事訴訟法改正起草委員会決議案(第一案)(日本立法資料集11 大正改正(2)120頁)

第二編 第一審ノ訴訟手續 第一章 地方裁判所ノ訴訟手續

第二節 準備手續

第207条 裁判所ハ相当ト認ムルトキハ、何時ニテモ訴訟ノ全部若クハ一部又ハ或争点ニ付キ受命判事ニ依ル準備手續ヲ命ズルコトヲ得。

第208, 209条⇒上記206条, 207条と同文

第210条 受命判事ハ当事者ヲシテ準備書面ヲ提出セシメ、之ヲ以テ第208条ノ陳述及ビ調書ニ代フルコトヲ得。此場合ニ於テハ、第113条ノ2ノ規定ヲ準用ス。(第113条ノ2は存在しない)

第211条⇒上記209条と同文

第212条 調書又ハ之ニ代ハルベキ準備書面ニ記載セザル事項ハ、職権ヲ以テ之ヲ調査スベキモノヲ除ク外、著スク訴訟手續ヲ遅延セシメザル場合又ハ重大ナル過失ナクシテ準備手續ニ於テ之ヲ提出スルコト能ハザリシコトヲ疎明シタル場合ニ限り、口頭弁論ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得。

前項ノ規定ハ、訴状及ビ準備手續前ニ提出シタル準備書面ニ記載アル事項ノ主張ヲ妨ゲス。

第213条 当事者ガ期日ニ出頭セズ又ハ第210条ノ規定ニ依リ裁判長ノ定メタル期間内ニ準備書面ヲ提出セザルトキハ、受命判事ハ準備手續ヲ終結スルコトヲ得。

第214条 裁判所ハ、準備手續ノ終結前其手續ヲ命ズル決定ヲ取消スコトヲ得。

第215条⇒上記212条とほぼ同文

3) 民事訴訟法改正案（起草委員会案）

上記2) 第一案を修正したものが、「民事訴訟法改正起草委員会決議第一案ニ対スル起案会修正案（起草委員会第二読会議案）（大正8年1月10日整理印刷）」（日本立法資料集11 大正改正編（2）139頁以下）で、それを踏まえて2) 第一案に修正を加えたものが、この「民事訴訟法改正案（起草委員会案）ある。ここでの注目は、それまで「準備手続」は独立して規定されていたが、準備書面に関する規定とともに、「弁論の準備」に組み込まれていることである（この点に関しては、上記起草委員会第二読会議案（日本立法資料集11 大正改正編（2）142頁）に「第二編第一章第二節ノ表題「準備手続」ヲ「弁論ノ準備」ニ改ム」との記述があるので、このときに変更されたと思われる。しかし、その理由についての記述はない）。ただし、条文は該当条文が変わっただけで内容に基本的に変更はない（日本立法資料集11 大正改正編（2）162頁以下）。条文の変更は、民事訴訟法改正起草委員会決議案（以下決議案）第207条⇒第213条、決議案208条⇒第214条、決議案209条⇒第215条（「呼出スベシ」が「呼出スコトヲ要ス」に変更）、決議案210条⇒第216条、決議案211条⇒第219条（「当事者ハ口頭弁論ニ於テ準備手続ノ結果ヲ演述スベシ」が「当事者ハ口頭弁論ニ於テ準備手続ノ結果ヲ演述スルコトヲ要ス」と変更されている、決議案212条⇒第220条、決議案213条⇒第217条、決議案214条⇒第218条、決議案215条⇒第221条、である。

4) 民事訴訟法改正案（第一案～第三案）と民事訴訟法改正案修正問題

この3) 起草委員会案に修正を加えたものが、「民事訴訟法改正案（第一案・議案）」（日本立法資料集11 大正改正編（2）200頁以下）であるが、準備手続に関する部分についての変更はない（第205条～第221条⇒民事訴訟法改正案（起草委員会案）第205条～第221条と同じ）。

大正12年5月1日に第45回民事訴訟法改正調査委員会総会が終了した後、その議に基づき起草委員会が検討事項を条文ごとに整理して作成されたものに、「民事訴訟法改正案修正問題」（日本立法資料集11 大正改正編（2）230頁以下）がある。準備手続の関係では、以下の点が挙げられている。①地裁以

上の訴訟手続については原則として準備手続を命ずることにするか、②215条関係：「要す」を「得」に改める必要があるのではないか、出頭の見込みがない場合には直ちに準備手続を終結できるとすべきではないか、③217条関係：215条の場合に、第一期日出頭、第二期日欠席の場合、または第一期日に当事者の一方が欠席の場合に217条を適用すべきか、「当事者期日ニ出頭セズ」の字句が意味明瞭に欠ける、「同一当事者が新期日に出頭しないときは自白したるものとみなし、当事者双方が欠席したときは取下げたるものとみなす」べきではないか、④220条関係：「著シク」を削除すべきか、である。①は準備手続を裁量適用から原則（義務）適用とすべきかを問うものである（この点は、後に詳述）。②～④は失権に関するものである。これらの問題については、後述の大正14年7月11日の改正調査委員会の審議で議論されている。

4）第一案・議案を修正したのが、「民事訴訟法改正案（第二案・議場用）」（日本立法資料集11 大正改正編（2）262頁以下）である。大正14年4月23日の委員総会に配布されたようである（日本立法資料集11 大正改正編（2）15頁）。準備手続に関しては、上記修正問題②は意見どおり修正されているが、①、③、④は修正されていない。また、第221条では、第117条（裁判長の口頭弁論指揮権）の準用がなくなっているが、他に変更はない。②により当事者双方の呼出が義務規定から裁量規定に変更されたことは、ここでも訴訟の迅速な進行が考慮されたように思われる⁽⁵⁷⁾。

第二案の起草委員会の再審議のために作成されたのが「民事訴訟法案（第三案）大正13年9月」（日本立法資料集11 大正改正編（2）308頁以下）である。大正14年4月から7月まで委員総会で審議されたようである（日本立法資料集11 大正改正編（2）16頁）。基本的には条文の番号が整理されており、準備手続に関しては、第213条～221条の規定が第245条～253条に変更されている。

5）民事訴訟法案中修正案（大正14年7月15日起草委員会決議）

第三案の修正案が「民事訴訟法案中修正案（大正14年6月8日起草委員会決

議)」(日本立法資料集11 大正改正編(2) 328頁)である。大正14年6月16日の委員総会で審議された。この修正案は、その日付により、「民事訴訟法案中修正案(大正14年6月23日起草委員会決議)」(日本立法資料集11 大正改正編(2) 328頁以下。これは、大正14年6月30日の委員総会で審議された)、「民事訴訟法案中修正案(大正14年7月15日起草委員会決議)」(日本立法資料集11 大正改正編(2) 329頁以下。これは、大正14年7月24日の委員総会で審議された)。準備手続が関わってくるのは、「民事訴訟法案中修正案(大正14年7月15日起草委員会決議)」である。ここで、第245条が次のように修正された。

＊第245条修正

「裁判所ハ相当ト認ムルトキハ、何時ニテモ訴訟ノ全部若クハ一部又ハ或争点ニ付キ受命判事ニ依ル準備手続ヲ命ズルコトヲ得」

⇒「訴訟ニ付テハ弁論ノ準備ノ為、受命判事ニ依ル準備手続ヲ為スコトヲ要ス。但シ、裁判所ハ相当ト認ムルトキハ、直ニ弁論ヲ命ジ又ハ訴訟ノ一部若クハ或争点ノミニ付キ準備手続ヲ命ズルコトヲ得」

準備手続の目的が「弁論の準備」であることが明示され、かつ準備手続の義務化が規定されることになる。ここに大きな方法転換が見て取れるのである。この転換の契機となったのが、大正14年7月11日の改正調査委員会の審議である(「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録第五五回」(日本立法資料集13 大正改正編(4) 76頁以下)。これは、前述の修正問題①をめぐる議論の結果となっている。この審議で、松岡義正委員は、「原則として準備手続を命ずるというような法文を設けなくても実際の目的を達するだろうと云うことでその問題についてがご趣旨に副わないことに致しました」と発言するが(「日本立法資料集13 大正改正編(4) 76頁)、これに対して原嘉道委員から反対意見が述べられる。

すなわち、「裁判所が訴状と答弁書だけをみてそうして此事件は相当に混雑するかどうかどうであろうということを見分けることは頗る困難だろうと思う。それに、今日の実際を見ると殆ど一回で済むようなものはないと思う、随分長引くことが多い。それは、詰り準備が不行届の結果に外ならぬと思

うのである。此民事訴訟法が行われても此俣で置けば矢張り準備が不十分で何回も何回もやり変えて無駄なことをして訴訟は唯長引くばかりだということになると思う」と主張し（同78, 79頁）、訴訟遅延を考慮して、準備手続を原則にすべき旨を主張した。その後、山内確三郎委員が「成程之は引っくり返した方がよいかも知れぬが、相当研究を要する…」と速記録には記載が続く（同79頁）、速記中止となっている。今日、この点に言及する論者のほとんどが原委員の意見を採用した、強く影響したとの記述を行っている⁽⁵⁸⁾。この点に関しては、山内委員が後に改正法についての解説した著書（山内確三郎『民事訴訟法の改正〔第二卷〕』（法律新報社・1930）41頁（復刻版 日本立法資料全集別巻547 548（信山社・2009）））において、「民事訴訟調査委員会に於いて、第一条として準備手続は裁判所が訴訟の全部若しくは一部又は争点のみに付、之を命ずるに依って為すものとし、原則として訴訟は準備手続なくして直ちに口頭弁論に入ることとしたのが、最終の決定に於て斯くては準備手続は或いは重要視せられないことになるの虞ありとして原則と例外を反転したのである」、「もし第一案の如くであったならば司法当局の説明する如く、旧法の計算事件等における準備手続を一般の民事訴訟に拡張したものといえるが、準備手続はこれを口頭弁論に原則的に必要なる前提手続となしたるの一点において旧手続を根本的に改めたものというを可とする。」の記述があり、改正法の最重要眼目とした準備手続の埋没を危惧した点が述べられている。上記原委員の意見が準備手続に付するかの判断は難しく、むしろ、多くの事件で弁論準備をなす必要がある点を準備手続原則化の理由に挙げている。しかし、この理由についてはこの制度改正の当初より議論されていたことでもあり、準備手続の原則化は様々な考慮の中で決せられたことと推察する。その決定的後押しとなったのは、準備手続埋没の危惧であったかもしれない。いずれにせよ、ここにわが国固有の民事訴訟法制度の一つが構築されることになったのである。

この後、起草委員提案の法案の修正案である「民事訴訟法案中修正案（起草委員提案）：大正14年7月20日印刷」がある（日本立法資料集11 大正改正編（2）330頁以下、332頁）。条文にほとんど変更はないが、250条（218条）「裁

判所ハ準備手続ノ終結前其手続ヲ命ズル決定ヲ取消スコトヲ得」が削除となっている。また、「民事訴訟法案中修正案（起草委員提案）：大正14年7月24日」（日本立法資料集11 大正改正編（2）342頁以下，345頁）では，第246条の修正がなされている（「準備手続ニ於テハ調書ヲ作り，当事者ノ陳述ニ基キ第114条第4号及ビ第5号ニ掲ゲタル事項ヲ記載スベシ」⇒「準備手続ニ於テハ調書ヲ作り，当事者ノ陳述ニ基キ第239条第4号及ビ第5号ニ掲グル事項ヲ記載シ，殊ニ証拠ニ付テハ其ノ申出ヲ明確ニスルコトヲ要ス」）。さらに，ほぼ同時に，民事訴訟法法案第三案を修正した「民事訴訟法案修正条項：大正14年7月23日印刷」（日本立法資料集11 大正改正編（2）337頁以下）があるが，準備手続に関する記述はない。

6）民事訴訟法案（第四案）：大正14年10月印刷

第二，三案を修正して大正14年10月15日に完成した民事訴訟法改正調査委員会による民事訴訟法改正案である（日本立法資料集11 大正改正編（2）382頁以下）。条文番号の変更のみである（第237条⇒253条⇒第242条⇒256条）。これが，大正民事訴訟法の条文となる。

改正民事訴訟法案会（第四案）

第二編 第一審ノ訴訟手続 第一章 地方裁判所ノ訴訟手続

第二節 弁論ノ準備

第249条 訴訟ニ付テハ弁論ノ準備ノ為，受命判事ニ依ル準備手続ヲ為スコトヲ要ス。但シ，裁判所相当ト認ムルトキハ，直ニ弁論ヲ命ジ又ハ訴訟ノ一部若クハ或争点ノミニ付キ受準備手続ヲ命ズルコトヲ得。

第250条 準備手続ニ於テハ調書ヲ作り，当事者ノ陳述ニ基キ，第244条第4号及ビ第5号ニ掲グル事項ヲ記載シ，殊ニ証拠ニ付テハ其ノ申出ヲ明確ニスルコトヲ要ス。

第251条 当事者ノ一方ガ期日ニ出頭セザルトキハ，前条ノ調書ノ謄本ヲ之ニ送達シ，新期日ヲ定メ当事者双方ヲ呼出スコトヲ得

第252条 受命判事ハ当事者ヲシテノ準備書面ヲ提出セシメ，之ヲ以テ，第250条ノ陳述及調書ニ代フルコトヲ得。此ノ場合ニ於テハ，第243条ノ規定ヲ準用ス

第253条 当事者が期日ニ出頭セズ又ハ前条ノ規定ニ依リ受名判事ノ定メタル期間内ニ準備書面ヲ提出セザルトキハ、受命判事ハ準備手続ヲ終結スルコトヲ得。

第253条 当事者ハ、口頭弁論ニ於テ準備手続ノ結果ヲ演述スルコトヲ要ス。

第254条 調書又ハ之ニ代ルベキ準備書面ニ記載セザル事項ハ、職権ヲ以テ調査スベキモノヲ除クノ外、著ク訴訟手続ヲ遅延セシメザル場合又ハ重大ナル過失ナクシテ準備手続ニ於テ之ヲ提出スルコトヲ能ハザリシコトヲ疎明シタル場合ニ限り、口頭弁論ニ於テ之ヲ主張スルコトヲ得。前項ノ規定ハ、訴状及ビ準備手続前ニ提出シタル準備書面ニ記載アル事項ノ主張ヲ妨ゲズ。

第255条 第126条乃至第129条、第131条、第133条乃至第141条及第238条ノ規定ハ準備手続ニ之ヲ準用ス。

その後、第四案の条文をさらに整理し、字句を修正した「民事訴訟法中改正法律案（議会提出・第五案）」（日本立法資料集11 大正改正編（2）424頁以下）がある。これが、大正15年2月12日に第51回帝国議会で提出される。民事訴訟法改正案は、若干の修正を経て、大正15年4月24日法律第61号として公布された。帝国議会で準備手続に関して加えられた修正条項はない（この修正条項をまとめたものが、民事訴訟法中改正法律案等の帝国議会における修正条項（日本立法資料集11 大正改正編（2）494頁以下）である）。ここに法律取調委員会における審議から15年の歳月を経て、判決手続における抜本的改正を目指した大正民事訴訟法改正は終了する。

3 小括—大正民事訴訟法改正とオーストリア民事訴訟法—

(1) 立法趣旨としての訴訟遅延とオーストリア民事訴訟法

以上、大正民訴法改正の最大の眼目であった準備手続改正のプロセスをみてきた。明治28年に始まった明治民訴法改正が法律取調委員会での民訴法改正審議から大きく方向を変え、わが国固有の民訴法構築が試みられたことが明らかになったと思われる。この転換点となったのが、「訴訟遅延」への対応である。明治民訴法におけるこの「訴訟遅延」の主原因と解されたのが、行き過ぎた当事者主義であった。つまり、訴訟の進行がまったくの当事者の

自由に委ねられ、裁判の基礎となる訴訟資料の提出についても随時提出主義が無制限に行われていた(五月雨式審理)点に当時の訴訟遅延の原因があるとされている⁽⁵⁹⁾。ここからわが国固有の準備手続創設へとつながる。そして、この訴訟遅延への対応という点で、オーストリア民訴法が注目されたのである⁽⁶⁰⁾。では、なぜオーストリア民訴法であったのか。

ひとつには、明治23年制定のわが国民訴法が範とした1887年のドイツ民訴法が著しい訴訟遅延を引き起こしたことに対する批判が強かった点を挙げることができよう⁽⁶¹⁾。それは、明治民訴法への批判ともなる。オーストリア民訴法はそれに対するアンチ・テーゼでもあった⁽⁶²⁾。そして、ドイツ民訴法と親近性を有するオーストリア民訴法が訴訟促進の点でセンセーショナルな成果を収めたことが世界的にも高く評価されていた点も、同じくドイツ民訴法の影響を受けたわが国民訴法における大正改正の立法担当者らにオーストリア法を意識させたものとみられる⁽⁶³⁾。

では、実際には、わが国の民事裁判の実情はどうであったのであろうか⁽⁶⁴⁾。明治期における民事事件数は、明治民訴法施行後、明治36年にピークを迎えるが、微増に止まっている。しかし、明治41年以来増加し、大正4年230,144件、5年がピークで、その後、大正8年まで落ち込む。大正9年(戦後大恐慌)より増加、年2万件の増加、15年は、8年の倍の数となり、増加は、昭和6年満州事変まで続く⁽⁶⁵⁾。他方、明治民訴法施行後から30年代までの審理期間は、あまり長期化したとのデータはない。ただ、審理期間が2年を超える事件数が増大している⁽⁶⁶⁾。さらに、大正2年の行政整理により裁判官数は減少する⁽⁶⁷⁾(大正2年には判事229人減。大正4年史上最低数となる)。そうすると、増加する事件との関係で、法律取調委員会の委員らにとって、とくに起草委員会、主査委員会の頃には、訴訟遅延対策が強く意識されたと思われる⁽⁶⁸⁾。絶対主義的国家体制に舵を切った当時の考え方でいえば、訴訟遅延は絶対的悪であり、国家的威信を傷つけるものでもあり、その対策は意識せざるを得なかったとも言える。

また、わが国の社会情勢を見過ぐすことはできない。推定でしかないが、台湾併合に続き、明治43年(1910年)の韓国併合は韓国での人的司法資源の

確保を必要とし、また、大正デモクラシーと称される思潮を生み出すことになる農民問題、労働問題に対する社会運動を契機とした原内閣による社会立法の動き、ロシア革命（1917年）の影響など、訴訟増加要因となりうる社会情勢が存在したことや社会政策に対する関心の高まりは、オーストリア民訴法ができた時代潮流と重なり合うものが多い。これらの点は、現在入手できた資料からは、実証できないところではあるが⁽⁶⁹⁾、オーストリア民訴法に対する関心の基礎になったようにも思われる。

（2）準備手続の創設とオーストリア民事訴訟法

オーストリア民訴法では、上記したように、手続集中理念の下、職権進行主義（当事者による期日変更・期間伸縮の廃止など）、訴訟遅延に対する裁判官の訴訟指揮権の強化、第一回期日、準備手続による事件の振り分けと準備の充実、上訴制限および更新禁止による第一審中心主義の導入などを訴訟遅延対策として規定した。すでに言及したように、オーストリア民訴法では、これらの方策が相互に関連し、機能することで訴訟促進（と真実発見）という目的を達成することを想定している。大正民訴法改正では、この方策相互間の関連に対する考慮が十分であったか、資料からは明らかではない。むしろ、ここで取り上げた準備手続に大いなる期待がかけられていたように思われる⁽⁷⁰⁾。大正民訴法改正では、諸方策の束が機能することで目的を達成しようとしたのではなく、当時の資料のほとんどで主要改正項目の筆頭に掲げられている準備手続にその役割を課したと言えよう。

この準備手続の創設に、オーストリア民訴法はどのように作用したのであろうか。すでに見てきたように、立法過程の中でオーストリア民訴法の第一回期日、準備手続が検討されたことは明らかである。しかし、準備手続の創設にあたり、参照されたのはオーストリア民訴法だけではない。1924年ドイツ民訴法改正法（民事訴訟法改正律令）における「単独判事の面前における手続」、イギリス法のマスターによるプリーディング手続も参照されている⁽⁷¹⁾。1924年ドイツ民訴法改正法は、オーストリア民訴法の影響を受けたことは明らかであり、その目的も弁論集中にあったといえる⁽⁷²⁾。イギリス

法のマスターによる準備手続は、おそらくオーストリア民訴法が参照したと思われる制度であり、やはりこれも弁論集中を目的とする。しかし、大正民訴法改正で創設された準備手続も同じ目的を有するが、上記のように、独自の制度といえる。ただ、その規律の仕方はオーストリア民訴法が最も近い⁽⁷³⁾。しかし、この規定の親近性のみをオーストリア民訴法の影響とするのは早計であろう。例えば、この大正民訴法改正による準備手続の失権効をもって、わが国民事訴訟法は、同時提出主義を採用したものといえる。しかし、オーストリア民訴法は、逆に、同時提出主義から遠ざかっていったのである⁽⁷⁴⁾。オーストリア民訴法では準備手続に、わが国のような原則的失権効は認めていない。訴訟引き延ばし行為など訴訟遅延行為に対するサンクションとしての失権効を認める。そして、同時提出主義は、個々の訴訟段階の硬直した細分化によって手続を鈍重で見通しのきかないものに形成したと評価され、クラインは、「扱いにくい同時提出主義は直接的な口頭の弁論では適用できない」としている⁽⁷⁵⁾。ただ、オーストリア民訴法では、控訴審における更新禁止の原則により同時提出主義の一定の要素を内包する⁽⁷⁶⁾。しかし、この規定はわが国では採用されなかったのは、前述のとおりである。その結果、わが国における準備手続による失権効は、個々の書面の提出の規制ではなく、硬直した手続の細分化を回避できるとは言えよう。だが、準備手続における受命判事の権限が小さく、失権効の存在により不要な、重要でない主張や証拠の提出を招き、結局は準備手続が十分に機能しないことは、いち早く中村宗雄博士により指摘されていた⁽⁷⁷⁾。そうすると、大正民訴法における準備手続創設においてオーストリア民訴法の影響とは何であったのであろうか。

このことを示すのは、準備手続の目的についての理解である。これまで見てきたように、「訴訟遅延」対策として準備手続が考案されたことに疑いはない⁽⁷⁸⁾。立法当初の大正改正法についての議論もこの点を中心に展開された。しかし、前述の立法理由書（「現行法中訴訟遅延ノ原因ト認ムベキ諸規定ヲ改メ、専ラ其ノ円滑ナル進捗ト審理ノ適正トヲ図リタル点」）をはじめ、立法に関与した者の多くが、「訴訟遅延」対策だけでなく、「適正な裁判」を準備手

続の使命と考えていた⁽⁷⁹⁾。筆者は、ここにオーストリア民訴法の影響をみることができると考える。立法改正議論においてオーストリア民訴法に依った法案を提示した横田（当時、高等法院長）が、京城三法院判事集会における改正民訴法に関する講演（横田五郎「民事訴訟法解釈の基礎觀念たる新法改正の趣旨と其の運用に就いて」司法協會雜誌9巻5号1頁（昭和5年・1930年）以下参照。）で、「訴訟遅延の防止」と「裁判の適正」が改正の趣旨であり、「裁判の適正は弁論を集中し、直截に判断することによって得られるのでありますから、私はこの手段に着目してこれを弁論集中と呼び、これを以って新法解釈の指導的觀念としたいと思います」（同4頁）と述べ、「裁判の適正」を期する手段をして、新法は「職権主義の拡張」と「準備手続の拡張」をもって答えた（同13頁）としている。そして、オーストリア民訴法における弁論集中主義を適正裁判の手段として最も優れたものと評価した点（同19頁以下、とくに20頁）からも、まさにオーストリア民訴法がいう手続集中の理念を採用したことの証左と思われる。そうすると、オーストリア民訴法は、個々の制度、規定のモデルになったのではなく、大正改正を貫く理念、つまり、その根幹と、その実現のための方法（手段）（審理システムの改革と裁判官の権限拡張）という点で決定的影響を大正改正に及ぼしたということができのではなからうか。

本稿で詳細に取り上げることができなかったが、オーストリアでは、手続集中の方策として裁判官の権限拡張もなされた。それを範としたと思われる大正民訴法改正では、職権調査主義（第三者の文書・検証物提出命令など。職権証拠調べはオーストリア法になし）や職権進行主義（合意による期日変更・期間伸長の廃止、職権送達主義の採用、職権による時機に遅れた攻撃防御方法の却下）など裁判官の権限が著しく拡張している。これらは、オーストリア民訴法の影響を受けたと言えるであろうが、例えば、職権証拠調べの規定はオーストリア民訴法にはなく、むしろオーストリア民訴法より裁判官の権限は拡張している。この観点においても、わが国は、影響を受けつつも、固有の規律を目指したものといえよう⁽⁸⁰⁾。なお、本稿では、紙幅の関係で、これらについて検討できなかった。今後の課題として、詳細は別稿に譲りたい。

以上のように、大正民法改正は、オーストリア民法を多くの点でモチーフとしたが、それを日本法にアレンジする形で、わが国固有の法整備を実施したと言えよう。しかし、オーストリア民法が根幹とした「手続集中（弁論集中）」の理念は、まさに大正民法の指導理念ともなったことは、上述の準備手続についての記述からも明らかであろう。そして、その実現方法として審理構造の改革と裁判官の権限拡張というツールもわが国大正民法改正に取り入れられたのである。つまり、オーストリア民法という絹糸は「手続集中（弁論集中）」の理念であったのであり、これがわが国民訴訟法の根幹に織り込まれたと言えよう。

(3) 準備手続のその後

大正民法改正で導入された新たな準備手続は、昭和4年から施行され、その後2、3年の実施状況は良好である旨が述べられている⁽⁸¹⁾。しかし、その後立法当初の意図とはかけ離れ、ほとんど利用されなくなってしまいう⁽⁸²⁾。そして、昭和23年の改正で、準備手続は例外的な運用となった。昭和25年にもまた、集中審理による訴訟の促進と裁判の適正への改革の一環として準備手続の改革がなされ、再度、準備手続に付することが原則的となったが、予期したほどの成果もなく、昭和31年の改正では準備的口頭弁論による弁論の準備がなされる試みがなされた。しかし、これもうまくいかなかった⁽⁸³⁾。その後、わが国民訴訟実務は、弁論兼和解という審理方法を生み出し、その隆盛を迎え、平成8年の民事訴訟法大改正となる。そして、大正期にわが国民訴訟法の根幹に織り込まれた「手続集中」理念は、平成8年の民事訴訟法改正の指導理念としてまた注目を浴びることになる。この点は、別稿にてその詳細は明らかにしていきたい。

IV 日本和議法の母法としてのオーストリア和議法

オーストリア法は、民事訴訟法だけではなく、わが国倒産処理法制にも大きな影響を与えている。つまり、オーストリア和議法がわが国和議法（現行

民事再生法)の母法になったのである。和議法は、破産法改正と同時に創設されたのであるが、その立法作業の詳細は現在筆者が入手できた資料からは、不明である。ただ、その立法担当者の記述や立法理由などから、オーストリア和議法がわが国和議法の母法となったのは明らかである。以下では、紙幅の関係もあり、オーストリア和議法がなぜわが国和議法のモデルとなったかについてのみ明らかにすることにしたい。

和議法の立法理由につき、和議法理由(司法省編集『改正破産法理由附和議法理由』(大正11年・東京中央社))1頁において、次のように、記されている。

「現行法は、支払猶予の手続を定めたるも広く破産外の和議を認めず、破産外の和議或いは破産防止のためにする和議に関する立法は奥太利法を以て最完備せるものとす。本法は、これに倣ひたるものにして、その立法の理由とするところ、第1条の明示する如く、破産の防止を目的とするものたるは言をまたず。けだし、これによりて債務者をして破産防止によりその惨禍を免るることを得。債権者をして、相互の協和により、円滑なる権利の実行を為すことを得しめ、以て社会政策に資する所あらむとするものなり。」

この記述から明らかなように、「破産防止」が和議法創設の理由である。では、なぜ「破産防止」が考慮されたのであろうか。この点に関しては、倒産法の立法担当者であった加藤正治博士の叙述が参考になろう(加藤正治『和議法案概説』(大正11年)破産法研究第5巻(有斐閣・大正12年)487頁以下参照)。和議法の必要につき、加藤博士は、まず債務者側を考慮して、現行法での債務者に対する破産宣告の過酷な結果の回避が必要であると主張する。すなわち、

「破産宣告というものが、…(身分上の制限がある)…過酷な結果を生じますから、商業上に破綻を來した者であっても、できるだけ破産の宣告を回避するようになるのが現今の普通の状態であります。また…破産犯罪に就いても破産宣告をその処罰条件としておりますから、破産犯罪を事実上行っている者はできるだけ破産宣告を回避するのであります…もし破産宣告を受けずに、当たり前にも事業も継続していき、曲がりなりにも商業上の地位信用等を維持して行けるという

方法があるとするならば、非常にそういうものの成立を希望するのが当然である。」(前掲書488, 489頁)

また、債権者側の利益も考慮し、破産手続をやってみたが、費用倒れに終わってさほど利益とならない旨を指摘する。そして、社会一般から言えば、なるだけ急激な変動を起こさないで、経済社会の状態を維持して行ければそうありたい。このような考えからは、破産宣告をせずに和議が成立して、破産者を救済していくことができれば、望ましいというのである(前掲書489頁)。破産法に規定のある強制和議の場合には、一旦破産宣告が出され、公告しているので、信用上の失態は大きなものであるし、破産後に強制和議が成り立つのでは事業を継続していくことは非常に困難である。それゆえ、社会には和議法が必要であるとする(前掲書490頁以下)。

では、このような「破産予防」のための和議法を制定するには、どうすればいいか。立法担当者が選択したのが「オーストリア和議法」の参照⁽⁸⁴⁾であったのである。なぜ、オーストリア法であったのか。この点につき、参考になるのが、斎藤常三郎『各国破産予防和議法』(弘文堂・大正15年)419頁以下である。斎藤博士は、破産予防を目的とする和議法制を三つのモデルに分類する。すなわち、①イギリス法型モデル(破産前置手続としての和議法)、②フランス法型モデル(緩和された裁判上の清算手続)、③ベルギー法型モデル(破産手続とは独立した和議法)である。これらの法制については、次のような評価がなされた。イギリス法型モデルは、整理証書法(裁判外の和議)であり、普通の和議法もない国で簡単に和議ができるようになるか疑問がある。他方、フランス法型モデルは、その実質は、破産手続にすぎない(同書422頁)。破産法がモデルにしたドイツ法では、強制和議しかなく、思想がそもそも異なるのである(加藤・前掲書492頁以下)。そうすると、単独法による法制をとるベルギー法型モデルがよいということになる。そして、このモデルの中で、オーストリアの和議法が最も新しくかつ詳細であるとする(上記立法理由及び加藤・前掲書498頁。また、オーストリア法では和議不許可の場合に破産宣告を認めない点も考慮されたものと思われる)。これが、オーストリア

法がわが国和議法のモデルとして選択された理由である。そして、ここでもわが国固有の和議法構築が試みられている⁽⁸⁵⁾。

V おわりに

以上、わが国において固有の民事手続法の創設が試みられた大正民事手続法改正においてオーストリア民訴法がどのような影響を与え、わが国はどのようにそれを受容したかを一定程度は明らかにできたと思われる。そして、この大正民訴法改正時におけるオーストリア民訴法の影響として、「手続集中」理念に基づく「適正かつ迅速な裁判」実現がわが国の民訴法の手続形成に大きな影響を与えていたことが分かった。ここに、「外国法が何らかの日本的修正を経て日本法として定着した」点があると言えよう。本稿では、「手続集中」の理念がどのような背景の下で登場してきたか、そして、「適正かつ迅速な裁判」実現の手段としての手続集中が①審理構造の改革と②訴訟主体の行為規制により実現されようとしたこと、わが国大正民事訴訟法改正では、この①の局面で準備手続を創設し、②の局面で裁判官の職権拡大で対処したことを、本稿では「準備手続」の創設プロセスを中心に論じつつ、明らかにしてきた。しかし、これは、「真実に合致した裁判と迅速な裁判の実現」のために大正民事訴訟法改正の試みの一端を明らかにしたにすぎない。その後のわが国における試みを網羅的に追証し、検証したものではない。しかも、準備手続はその後何度か改正され、現行民事訴訟法の争点整理手続に至っている。また、とくに職権主義についても評価、検証が不可欠であるが、この点は本稿で十分に取り上げることはできなかった。他方、わが国が範としたオーストリア民訴法の手続集中理念は、わが国民民事訴訟法の母法国であるドイツにも大きな影響を与え、とくに1924年、1977年の改正法はこの理念に基づくものであり、これがわが国にも大きく影響を及ぼしている。さらに、オーストリア民訴法では、この審理構造が1983年、2002年の大改正で大きく改正されている。つまり、オーストリア民訴法では、1983年の改正で準備手続が、2002年の改正で第一回期日が廃止され、準備期日が創設された。

また、訴訟促進義務、法的討論義務、不意打ち判決の禁止規定が設けられ、失権規定も強化されている。そして、近時では、「公正な裁判（フェアな裁判）の実現」にも重要な価値が与えられている⁽⁸⁶⁾。これらの変遷を辿ることで「真実に合致した裁判と迅速な裁判の実現」のために何が目指され、どのような試みと議論がなされてきたかを明らかにすることは、わが国民事訴訟法学及び民事訴訟実務にとって重要な課題と思われ、それは筆者に残された課題でもある。これらの研究の結果は、別稿にて明らかにしていきたい。

- (1) 明治初期の民事裁判に関しては、林屋礼二『明治期民事裁判の近代化』（東北大学出版・2006）29頁以下など参照。
- (2) この民事訴訟手続の近代化と外国法の影響については、中村英郎「近代的司法制度の成立と外国法の影響」『訴訟および司法制度の研究』（成文堂・1976）117頁以下、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』（有斐閣・2004）115頁以下、林屋・前掲書81頁以下、など参照。
- (3) 雄本朗造博士は、この立法を応急的又は盲従的に外国法を継受したものと評価し、明治憲法制定の頃からわが国の国情に適合した立法・法改正が試みられてきているとする。そして、当時、憲法起草にも加わり、法制局長官、文部大臣をも歴任することになる井上毅は、憲法の法制化への心構えを短歌で『外つ国の千種の糸をかせぎあげて、大和錦に織りなまさしを』と表現したとされる（雄本朗造「民事訴訟法改正草案研究致愚録前史」京都法学会雑誌3巻7号158頁以下（明治41年・1908）参照。なお、井上の歴史法学的思想につき、坂井雄吉「井上毅と明治国家」（東京大学出版会・1983）など参照）。
- (4) 民事訴訟法の法典編纂については、当初はフランス法に基づく民事訴訟法編纂が意図されていたようである。すでに1883年ボアソナードの起草した「日本民事訴訟法財産差押草案」があり、さらにそれに手を入れたとみられる日本民事訴訟法草案も作成されていた。しかし、憲法がドイツ法を模範とし、また民事訴訟法についてもドイツはヨーロッパ最新の訴訟法（1877年CPO）を具備していたことがドイツ法を範とした民事訴訟法の立法化へ向かったと考えられている。この点の詳細は、中村（英）・前掲書146頁以下など参照。なお、一部ではイギリス法の影響もあった。すでに、明治初期の訴答文例（明治6年7月17日の太政官布告）、出訴制限規則（同年11月5日の太政官布告）は、イギリス法の影響を受けたものと推定されており、明治民法においても当事者尋問の規定はその例とされている。中村（英）・前掲書150頁参照。

- (5) しかし、同じくドイツ法の影響を受けて成立した裁判所構成法（明治23年法律第6号）は、必ずしもドイツ法の模写ではなかった。絶対君主主義の国家体制の形成を決めていた政府により、司法権は絶対主義的性格を有する傾向をもつことになったからであるとされる。また、一部ではフランス法に由来する規定も存した。これらの点についての詳細は、中村（英）・前掲書139頁以下参照。また、他方で、明治初期の法曹養成はフランス法に基づいていた。詳細は、林屋・前掲書267頁以下など参照。
- (6) 明治民訴法施行後の混乱については、鈴木（正）・前掲書231頁以下参照。もっとも、林屋・前掲書115頁以下、445頁以下は、フランス民訴法により近代的法感覚をもった裁判官を創設するという司法省の政策に基づき司法省法学校等で教育を受けた裁判官たちによって、明治前期には、民事訴訟手続の近代化に向けての新たな一歩を踏み出し始めていたのであって、明治民訴法でもって初めて近代的訴訟原理に遭遇したのではなく、それゆえ、制定後8ヶ月の準備期間で新法の施行に漕ぎつけることができたとする。
- (7) 鈴木（正）・前掲書234頁。その内容は後述。
- (8) 大正民訴法改正期におけるオーストリア民訴法の受容についての研究として、上田准教授の一連の研究がある。上田理恵子「大正期の法律家によるオーストリア民事訴訟法の受容過程」一橋研究23巻1号67頁以下（1998）、同「大正期における民事訴訟法改正作業と在野法曹」熊本大学教育学部紀要51号1頁（2002）など。
- (9) なお、ここで取り上げる大正期において議論されたオーストリア民訴法の受容の意味合いは、後述するように、大正民訴法を大改正した平成8年の現行民事訴訟法の争点中心審理主義の採用、裁判迅速化法の制定及びその検証過程で明らかになってきた改正理念の緩みの指摘（例えば、「民事訴訟の迅速化に関するシンポジウム」判タ1366号4頁以下（2012）など）などに関しての考察においても意義あるものと考えらる。
- (10) 拙稿「近年におけるオーストリア民事訴訟改革とその評価（一）」山形法政論叢1号（1994）9頁以下参照。1895年以前のオーストリア一般裁判所法及びその実務状況の概要については、Bernhard Schöniger - Hekele, Die österreichische Zivilprozeßreform 1895, S. 13ff. (2000)., Schoibl, Die Entwicklung des österreichischen Zivilverfahrensrechts, S. 33ff. (1987)., Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrecht. 2. Aufl. (1990) Rz. 34ff. など参照。
- (11) 拙稿「裁判官の積極性とフランツ・クラインの訴訟理念」木川古稀下（1994）246頁以下、Schöniger-Hekele, aaO., s. 18など参照。
- (12) 以下の叙述は、拙稿・前掲木川古稀下237頁以下参照。
- (13) この観点から、実体法と訴訟の役割を次のように説明する。「この紛争（障害）に対して治療手段を与えるのが実体法であり、訴訟制度には、病気を正しく認識し、

- それに対する正しい手続を選択し、病気が蔓延することを防ぐという医師の役割が割り当てられる。」(Klein=Engel, *Der Zivilprozess Österreichs* (1927), S. 190.)
- (14) クラインのこうした紛争観は、プロイセンのフレデリック大王の考えの承継したものであるとされている。この点に関しては、雫本朗造「民事訴訟制度の變遷及改正運動 (三), (七)」法律新聞838号6 (112) 頁, 842号4 (204) 頁以下 (大正2年) 参照。
- (15) Klein=Engel, aaO., S. 190. は, 「訴訟は公法上の制度である。この点において, 私人の利益と並んでより高次の社会的利益を充足させる義務がある」とする。なお, Franz Klein, *Die neuen Österreichischen Civilprocess-Gesetzsentwurf*, ZZP 19 (1894) S. 25. 参照。
- (16) Franz Klein, *Vorlesungen über die praxis des Civilprocesses*. (1900) S. 9f.
- (17) メンガーの影響については, さしあたり, Scoibl, *Die Entwicklung des österreichischen Zivilverfahrensrechts*, 1987, S. 46f. など参照。
- (18) この結果, 職権主義の色合いが濃くなってきた。積極的裁判官像に関しては, 拙稿・前掲木川古稀下237頁以下参照。また, 弁論主義との関係につき, 拙稿「弁論主義考—オーストリア民訴法における事実資料収集過程での裁判官と当事者の役割分担からの示唆—」早法72巻4号429頁 (1997) 以下参照。
- (19) Klein=Engel, aaO., S. 244f. 参照。なお, クラインによる手続集中の考え方についての評価等に関しては, Rechberger, „Die Verfahrenskonzentration im österreichischen Zivilprozeß“, in M. K. YILDIRIM (Hg), *Zivilprozessrecht im Lichte der Maximen*, Istanbul (1999), S1ff. など参照。
- (20) Rechberger, aaO., S. 3ff. は, 手続編成, 裁判官の実体的訴訟指揮, 上訴審における更新禁止原則を手続集中のための措置として分類している。
- (21) Klein=Engel, aaO., S. 245., Rechberger aaO., S. 2はこの点を強調する。
- (22) ドイツでは, 1924年の改正草案では第一回期日を取り入れたが, 立法化されず, 単独判事による審理を選択する。その後, 1977年の簡素化法により, 早期第一回期日 (ド民訴272条2項, 275条) を導入した (詳細は, 木川統一郎『訴訟促進政策の新展開』(日本評論社・1987) 1頁以下など参照)。
- (23) 1895年のオーストリア民訴法の条文訳については, 日本立法資料全集46 民事訴訟法 (4) (明治36年草案) 121頁以下がある。本稿では, それを参照しつつ, 若干の修正を加えた。
- (24) 準備手続は, オーストリアにおいては, 1983年の改正に際して規定が削除され, 廃止された。また, 第一回期日も2002年の改正に際して廃止された。それに代わったのが「準備期日」概念 (オ民訴258条) である。2002年改正法に関しては, 別稿で紹介の予定である。さしあたり, Beran=Klaus=Liebhart=Nigl=Pühringer=

Rassi=Roch=Strinhauer, (Franz) Klein, aber fein. RZ 2002, S. 258ff. など参照。
2002年改正前のオーストリア民事訴訟の状況については、河邊義典「オーストリアの司法制度」法曹会編『ヨーロッパにおける民事訴訟の実情（上）』（法曹会・1998）323頁以下が詳細である。

- (25) オーストリア民事訴訟においては、婚姻の無効宣告又は婚姻存在ないし不存在確認に関する手続においては控訴についての更新禁止は存在しない（民訴438条のa2項）。非嫡出児の親子関係（UeKG 5章5文）及び認知の承認又は争い（FamRANG-IV 3章6条1項1文）に関する争訟、並びに労働契約法事件についての争訟及びAGGG50条1項による労働関係の存続をめぐる労働協約上の争訟においても同様である。
- (26) Klein=Engel ,aaO., S. 403
- (27) Klein=Engel ,aaO., S. 309ff.
- (28) クラインは、訴訟手続を、法発見の目的により特定され、結合される裁判所、当事者及び訴訟上の関係人の協同（Zusammenwirken）のもとでの作為または不作為とみなした。それゆえ、クラインは当事者の出席ととくに裁判官の訴訟指揮義務及び解明（釈明）義務を手続における鍵となる役割を割り当てたのである。裁判官の権限と当事者の権限は綿密に相互に調和されるべきであり、特定の規定において厳密に規定されるべきとしたのである（Schoibl, aaO., S. 49.）。
- (29) 特に訴訟の引延しへの対応を考慮したのが、オーストリア民訴法第179条である。この条文については、Primmer, Zur Befugnis des Richters zur Zurückweisung verspäteten Vorbringens und Beweisanbietens nach § 179 Abs 1 Satyz 2, JBl 1983 „S. 129ff. 参照。
- (30) さらに、裁判官は、費用法の措置によって当事者が訴訟引延しの措置をとることを妨げることを試みる。ここで考量されるべきは、いわゆる費用負担の分離である。つまり、当事者が有責に時機に遅れて事実または証拠の提出をなすことによりその相手方により多くの費用を引き起こさせる場合に、訴訟の結果に関係なく手続のある段階の費用を課すことである（Rechberger, aaO., S. 5.）。
- (31) 改正の経緯については、鈴木（正）・前掲書231頁以下、染野義信「わが国民民事訴訟制度における転換点—大正15年改正の経緯と本質—」中田還暦『民事訴訟の理論（上）』（有斐閣・1969）1頁，5頁以下、鈴木玄之助「新民事訴訟法の受胎より出産まで」法曹会雑誌8巻12号428頁（1930）など参照。
- (32) 鈴木（正）・前掲書234頁。
- (33) この草案は、議会への提出を予定するものではなく、その後続く法律取調委員会の審議資料となっていく。詳細は、鈴木（正）・前掲書234頁以下参照。
- (34) 司法省編纂『民事訴訟法中改正理由書』（東京清水書店・1926（大正15年））2

頁。帝国議会でも、同様の改正趣旨が表明されている(松本博之=河野正憲=徳田和幸編著『日本立法資料全集13 民事訴訟法〔大正改正編〕(4)』(信山社・1993) 287頁)。

- (35) 大正民事訴訟法改正における主要な改正点としては、以下の点が挙げられている(加藤正治『改正民事訴訟法概説』(有斐閣・1937, 初出は法学協会雑誌44巻2, 3, 5号) 3頁以下)。①準備手続の一般的実行, ②職権調査主義, ③書面審理主義, ④管轄の移送, ⑤現状回復の改正, ⑥訴えの基礎及び原因の区別, ⑦欠席判決の廃止, ⑧督促手続の改正, ⑨上訴の制限(改正民事訴訟法案361条(控訴に凶る利益が300円に満たざる場合は普通には控訴を許さない。再審の理由がある場合には控訴できる(421条。))⇒衆議院の修正により削除), ⑩一審より直ちにす上告, ⑪証書訴訟及び為替訴訟の廃止, ⑫中断の規定の明確化, ⑬責問権の規定新設, ⑭独立的参加, ⑮確認の訴えの拡張, ⑯将来給付の訴え, ⑰疎明の為の宣誓である。なお, 前掲・民事訴訟法中改正法律案理由書2頁以下は, ①, ④, ⑦, ⑭のほか, 当事者による期日変更の廃止, 時機に後れた攻撃防御方法の却下, 選定当事者を改正主要事項とする。
- (36) 斎藤常三郎「奥太利民事訴訟法ニ就キテ」(京都法学会雑誌6巻11号89頁(1911))(明治44年), 7巻4号104頁, 7巻7号144頁(未完のままである), 同・6巻11号90頁において, 「聞ク奥太利民事訴訟法ハ世界最新ノ訴訟法典ニシテ而モ極メテ良法ナルモノナレバ, 民訴ノ改正ニ付キ最モ参考スベキ一大資料ナリト」との記述があるように, 明治期においてオーストリア法(の評価)はある程度周知されていたと思われる。
- (37) 雫本論文によるオーストリア民事訴訟法の紹介については, 上田・前掲(注2)論文(一橋研究)74頁が詳細である。
- (38) 雫本・①論文161頁。
- (39) 雫本・①論文163頁以下。ドイツ法の改正におけるオーストリア法の影響については, ②論文に紹介されている。
- (40) 雫本論文の意図は, 民事訴訟法改正に関する提言だけでなく, 司法改革にもあった。この点では, クラインがオーストリアで行った司法改革と通じるものがある。
- (41) 清瀬一郎「奥太利民事訴訟法の研究を望む」法律新聞727号5頁(1911)以下。
- (42) 社会的民事訴訟法と称されるオーストリア民法法の特徴のひとつが「社会政策」の中で民法法を位置づけている点であることは前述した。しかし, この観点から法改正を唱える見解はほとんどない。鈴木(正)・前掲書303頁注(128)は, 片山哲「無産階級より見たる新民事訴訟法」法時創刊号13頁以下(1929)を挙げ, 大正民事訴訟法は社会政策とは無縁であったと評している。
- (43) この点につき, 鈴木(正)・前掲書285頁参照。
- (44) 法律調査委員会の審議作業のやり方は, まず主査委員(15~16名)を指名し, そ

れらにより構成される主査委員会と、主査委員の中から指名された起草委員3名が指名され（後には6名まで増える）、起草委員会を構成した。そして、起草委員会が原案の起草に従事し、その原案を主査委員会の議に付し、そのうえで、委員総会で決議するというものであった。鈴木（玄）・前掲論文485頁以下。なお、法律調査委員会等の委員については、松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集10 民事訴訟法〔大正改正編〕（1）』（信山社・1993）16頁以下（以下〔大正改正編〕（1）で引用）参照。

(45) 主査委員会に付議された問題は以下のものである。

民事訴訟法改正起草委員会決議（第92回一大正3年6月22日）（〔大正改正編〕（1）613頁以下）

議題（1）「無能力者ノ為シタル訴訟行為ノ追認ニ因リテ、其効力ヲ生ズベキモノト為スベキヤ」、議題（2）「合議裁判所ニ於ケル訴訟ハ弁護士ニ依ラシムルコトヲ必要トスベキヤ」、議題（3）「弁護士ノ受クベキ報酬ニ付キ相當ノ額ヲ定メ之ヲ訴訟費用中ニ参入スベキヤ」、議題（4）「準備書面ニ掲ゲザリシ攻撃防御ノ方法（証拠方法ヲ含ム）ハ、口頭弁論ニ於テ、之ヲ提出スルコトヲ得ザルヲ本則トスベキヤ」、議題（5）「訴ノ拡張ニ依リ当事者ノ追加、変更ヲ許スベキヤ」、議題（6）「請求原因ノ変更ヲ許スベキ場合ヲ或程度マデ拡張スベキヤ」、議題（7）「送達ハ当事者之ヲ為スベキヤ」、議題（8）「訴状ニ依リ訴ガ訴訟条件ヲ具備セザルコト明カナルトキハ、口頭弁論ヲ開カズシテ訴ヲ却下スルコトヲ得ベキ規定ヲ設クベキヤ」、議題（9）「準備書面ニ依リ本案ノ請求ガ不当ナルコト明カナルトキハ、口頭弁論ヲ開カズシテ請求ヲ却下スルコトヲ得ベキ規定ヲ設クベキヤ」、議題（10）「請求ノ放棄又ハ認諾アリタルトキハ之ヲ調書ニ記載シ放棄判決又ハ認諾判決ヲ為サザルコトトシ、其調書ハ和解調書ト共ニ確定判決ト同一ノ効力ヲ有スベキモノトスベキヤ」、議題（11）「欠席判決ハ第一回口頭弁論ヲ懈怠シタルトキニ限り、之ヲ為シ。続行期日ヲ懈怠シタル場合ニ於テハ、既ニ提出アリタル訴訟材料ニ基キ対席判決ヲ為スコトトスベキヤ」、議題（12）「欠席判決ニ対シテハ期日ノ懈怠ニ付キ重大ナル過失ナカリシコトヲ理由トスル場合ニ限り、故障ヲ申立ツルコトヲ得ベキモノトシ、其他ノ場合ニ於テハ直チニ控訴ヲ為スコトヲ得ルモノトスベキヤ」、議題（13）「証拠調ニ職権主義ヲ加味スベキヤ」、議題（14）「受訴裁判所ハ或範圍内ヲ以テ管轄地域外ニ於テモ証拠調ヲ為スコトヲ得ルモノトスベキヤ」、議題（15）「裁判所ノ任意ノ裁量ニ依ルニ非ザレバ決スルコト能ハザル事件ニ付キ、特別ノ手続ヲ定ムベキヤ。（例）境界ヲ定ムル訴。共有物分割ノ訴。遺産分割ノ訴。地上権ノ存続期間ヲ定ムル訴。扶養ノ程度ハ方法ヲ定ムルコトヲ目的トスル訴等」、議題（16）「財産権上ノ請求ニ関スル判決ニ付テハ上訴ヲ制限スベキヤ」、議題（17）「第二審ニ於テハ、第一審ニ於テ重大ナル過失ナクシテ主張スルコト能ハザリシ事実ノ外、新ナル事実ハ之ヲ主張スルコトヲ得ザルモノトスベキヤ」、議

題 (18)「上訴審ニ於テ当事者が口頭弁論ヲ経ズシテ判決ヲ受クベキコトノ合意ヲ為シタルトキハ、裁判所ハ書面ニ依リ審理判決ヲ為スコトヲ得ルモノトスベキヤ」、議題 (19)「控訴審ニ於テハ控訴人ノ欠席ノ場合ニ限り、第一審ノ欠席判決ニ関スル規定ヲ準用スベキヤ」、議題 (20)「第一審判決後当事者が控訴ヲ為サザルコトヲ合意シタルトキハ直チニ上訴ヲ為スコトヲ得ルモノトスベキヤ」、議題 (21)「人事訴訟手続ハ民事訴訟法中ニ之ヲ規定スベキヤ」、議題 (22)「相続回復ノ訴及ビ後見人、後見監督人、保佐人、親族会員ノ免黜ヲ目的トスル訴ハ之ヲ人事訴訟ト為スベキヤ」、議題 (23)「差押債権者ニハ特別ノ利益ヲ与フベキヤ」、議題 (24)「裁判上ノ仲裁手続ニ関スル規定ヲ設クベキヤ」

なお、「多数ノ当事者アル特種ノ法律関係ニ付キ、一人又ハ数人ノ当事者が自己ノ名義ニ於テ總当事者ノ為メニ訴訟ヲ為スコトヲ許スベキヤ」という問題は主査委員会への提出が留保されている（〔大正改正編〕（1）614頁参照）。いずれも今日から見ても興味深い問題である。

(46) 民事訴訟法改正主査委員会日誌第2回小山委員発言参照。〔大正改正編〕（1）626頁。

(47) 具体的には、1895年オーストリア民訴法263条である。ただ、その時期を第一審で打ち切るとの発言（鈴木委員・前掲資料〔大正改正編〕（1）499頁）があることをみるとオーストリア民訴法482条の更新禁止規定をも想定に入れていたかもしれない。なお、この更新禁止規定について、主査委員会が議題（17）で取り上げているが、第6回主査委員会（大正3年12月7日）で議題（4）に関連するので留保との決議がなされている（〔大正改正編〕（1）651頁）。そして、第10回主査委員会で、全員異議なく、決議され委員総会に提出されている。決議案は、「第二審ニ於テハ攻撃防御ノ方法（証拠方法ヲ包含ス）ハ訴訟ヲ遅延セシムル虞ナキモノ、又ハ新ニ成立シタルモノ、其他当事者ノ重大ナル過失ニ非ズシテ、第一審ニ提出シ能ハザリシコトヲ疏明シタルモノニ限り、之ヲ提出スルコトヲ得トスベキヤ」である（〔大正改正編〕（1）693頁）。このように、大正4年段階では、更新禁止規定が考慮されていたが、大正7年の民事訴訟法改正起案会決定案（起草委員会議案）の第351条では「当事者ハ、控訴審ニ於テ新ナル攻撃又ハ防御ノ方法ヲ提出シ、其他新ナル主張ヲ為スコトヲ得」とある（〔大正改正編〕（2）93頁）。更新禁止規定が削除され、控訴審では新たな事実資料を提出することが原則自由となっている（民事訴訟法改正案（第一案・議案）359条「当事者ハ控訴審ニ於テ新ナル攻撃又ハ防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得」、同第2、3案359条まで同様。〔大正改正編〕（2）213、275、321頁。大正13年段階）。民事訴訟法改正案修正問題では、「第三五八条 第一審ニ於テ準備手続ヲ命ジタル場合ニ於テハ控訴審ノ弁論ニモ第220条所定ノ弁論制限ノ効力ガ及ブ主旨ヲ明定スルノ要ナキヤ」〔大正改正編〕（2）239頁となっており、議論がなされたようである。そし

て、その後、民事訴訟法案中修正案（起草委員提案）（大正14年）では、359条を第370条で「第一審ニ於テ為シタル準備手続ハ控訴審ニ於テモ其ノ効力ヲ有ス」と変更された（〔大正改正編〕（2）335頁）。以降、この規定についての変更、議論もない。これが大正民法381条となる。この間、どのような議論を経て、この規定の変遷がこのような帰結になったかは不明である。考えうることとしては、オーストリア民法と比べ準備手続の失権を強くしているため、控訴審での失権を不要と考えたのかもしれない。加藤・前掲書110頁は、新法は準備手続を一般に行うことにしたため、この規定をおくことにしたとする。ただ、この立法政策が、オーストリア民法と比べ、必ずしも成果が上がらなかった要因のひとつになっているかもしれない。

- (48) 染野・前掲論文26頁は、この提案は、同時提出主義の採用を提案したものであり、ドイツ普通法時代への逆戻りを提案したものであるとし、それに賛同が多かったのは、同時提出主義から随時提出主義への歴史的経験を経ていなかったせいであろうとしている。大正民法は、準備手続の失権強化により、同時提出主義を採用したと評価されることになるが、立法の議論過程をみると、その力点は随時提出主義の廃止（つまり、五月雨式審理の排除）にあったと思われ、オーストリア民法法での裁判官の権限強化の方向を読み違えたように思われる。大正民法制定後（施行前）に上梓された、柴田健太郎「改正民事訴訟法の準備手続に就て」司法研究第5輯（昭和2年）2頁以下（柴田は判事）は、「訴訟の現状を観るに、当事者は、訴状並びに準備書面に記載すべき事項をも十分に記載せず、一方答弁書にも何ら準備に関する記載をなさず、口頭弁論に至って突如攻撃防御の方法に出るため、第一回の口頭弁論期日に於いては何ら弁論の進行を見ずして、これを徒過し、さらに第二回の期日においても当事者は十分の準備なくてこれに臨み唯僅かの進行を見たるのみにて、再び続行期日が定められる。斯くごとくして、訴訟は宛も飴の棒を延すごとく引き伸ばさるのみならず、いわゆる弁論一貫主義の名の下に攻撃防御の方法はだらだらと無秩序に提出せられる。……訴訟の継続永き結果、訴訟の関係が判事の記録より遠くなることとなり、結局判事の新鮮なる印象を事実認定の基礎となすことを目的とする口頭弁論主義はその実を失わざるを得ない…」と述べ、改正要因として随時提出主義の問題点を挙げている。なお、これと同旨の主張が平成8年民事訴訟法改正における争点整理手続創設の立法趣旨でも述べられているのは興味深い（法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（商事法務研究会・1998）168頁以下参照）。

- (49) 旧法典調査会案では、303条～310条に準備手続に関する規定がある（〔大正改正編〕（1）67頁）。これらの規定は、明治民法第245条以下を簡略化したものといえ、実質の変更はないといえる。また、この旧法典調査会案に対する各裁判所、弁護士会の意見等を収録した「民事訴訟法改正案修正意見類聚」（〔大正改正編〕（1）147頁以下）には準備手続に関する部分は欠けており、どのような意見があったか定かでない。

く、ここで挙げた起草委員会の審議の中で準備手続に関する記述があるのが確認できるだけである。

- (50) オーストリア法では、「訴状提出」後⇒「第一回期日」(事件振り分け)⇒「答弁書提出⇒第一回争訟的口頭弁論」または「準備手続⇒第一回争訟的口頭弁論」となり、判決に至るが、横田案では、第一回期日を採用しないので、「訴状提出」後⇒「期日指定」⇒「答弁書提出⇒口頭弁論又は準備手続」となり、口頭弁論を経て判決に至る審理構造を想定しているようである。
- (51) 準備手続の主宰者は、受命判事となるが、1924年のドイツ民訴法改正法では単独判事による裁判の準備がなされる。後者は、訴訟経済をその目的とするが、わが国の場合は、それにとどまらず、当事者の主張を明らかにし、争点を定める手続は、裁判所の面前で厳格な手続によるよりも、受命判事との間で懇談的に行う方が、成果があるという認識の下で考案されたとされる(例えば、植山日二「準備手続の研究」司法研究第20輯7号(昭和10年)4, 5頁)。この横田発言の趣旨がこの点に反映されてきたのかもしれない。
- (52) 鈴木(玄)・前掲論文500頁にこの旨の記載がある。〔大正改正編〕(1)689頁小山委員発言も同様。
- (53) なお、この委員会では準備手続の問題と関連するということで留保されていた議案(17)についても「第二審ニ於テハ攻撃防御ノ方法(証拠方法ヲ包含ス)ハ、訴訟ヲ遅延セシムル虞ナキモノ、又ハ新ニ成立シタルモノ其他当事者ノ重大ナル過失ニ非ズシテ第一審ニ提出シ能ワザリシコトヲ疎明シタルモノニ限り、之ヲ提出スルコトヲ得ルモノト為スコト」として委員総会に提出することになった(〔大正改正編〕(1)694, 695頁)。注(47)も参照。
- (54) 鈴木(玄)・前掲論文506頁参照。
- (55) 鈴木(玄)・前掲論文507頁, 〔大正改正編〕(1)5頁参照。
- (56) 廃止の理由は、定かではない。〔大正改正編〕(1)10頁注(3)は、福島正夫教授の推測を引用し、日英同盟締結後の対露風雲の急を挙げているが、鈴木(玄)・前掲論文507頁は、「当時の原内閣が陪審法の制定及びわが国古来の涼風美俗に基づく民法改正を企画し、内閣に臨時法制審議会を設置したためこれと類似する一般的法律取調委員会というものは重複機関たるの嫌あるがためと思います」としている。後者の推測が説得的に思われるが、むろん、断定はできない。
- (57) この点について参考になるのが、大正14年7月11日の改正調査委員会における松岡委員の発言である(「民事訴訟法改正調査委員会議事速記録」〔日本立法資料集13〔大正改正編〕(4)76, 77頁)。②については、出頭の見込みのないときは直ちに準備手続を終結して訴訟を進行したらよいのではないかという問題であり、これは意見の趣旨により「得」に修正した、またこれにより③の問題は解消されるとした。そし

て、③の問題のなかで、「同一当事者が新期日に出頭しないときは自白したるものとみなし、当事者双方が欠席したときは取下げたるものとみなす」べきではないかについては、前段は211条で132条を準用し、後者は221条で211条を準用することで対処する、また、④については「著しく」を削除するとするが、削除されなかった。

- (58) 染野・前掲論文47頁注(13)、新堂ほか編・注釈民事訴訟法(5)(有斐閣・1998)412頁(坂原正夫)など参照。
- (59) 柴田・前掲司法研究2頁(注(48))、中島弘道「改正民事訴訟法の定めたる訴訟促進の方法」法曹公論33巻9号114頁以下(昭和4年)など参照。例えば、植山・前掲司法研究10頁は、この点に関して、次のように述べている。「口頭弁論をして徒らに遅延せしめたと同時に裁判の適正を失わしむるの虞れを多分に包蔵し居りたることが旧民事訴訟法の下に於ける訴訟手続の最も恐るべき弱点にして、而も其の源泉を遡るに、当事者をして訴訟の準備を為さずして、口頭弁論に臨ましめたることに其の端を発し居る…改正民事訴訟法の根本精神が旧民事訴訟法の有したる前記弱点を除去せんとするに在ること敢て多言を要せざるところなり。而して、之が目的を達せんが為の一方法として訴訟の準備を強制するの制度を創設したり。是れ即ち準備手続の制度にして、準備手続を以て新民事訴訟法の枢軸なりと称する所以」。なお、原嘉道「民事訴訟法雑感」法曹会雑誌8巻12号13頁以下(昭和5年・1930年)は、明治民訴法による口頭主義への転換により、大きな混乱が生じ、裁判所が準備書面の記載事項を緩和するに従い、反動的に準備書面が凡長となり、書面審理に逆戻りして訴訟遅延をもたらすに至ったとしている。
- (60) もっとも、この点だけでなく、多くの点でオーストリア法が注目されたことは、起草委員会、主査委員会で最も多くオーストリア法の引用がなされていた点からもわかる。同様の指摘は、染野・前掲論文35頁注(41)。
- (61) 例えば、松岡義正「民事訴訟法の改正の趣旨」法曹会雑誌8巻12号68頁以下(1930)では、フランス、ドイツの民事訴訟法が民事裁判の遅滞の弊に至り、迅速な裁判をいかにしてなすかが改正問題となった旨を指摘している。
- (62) 拙稿・木川古稀245頁以下とそこで挙げた文献、雫本⑤論文・法律新聞839号176頁など参照。その要因は、当事者進行主義や口頭主義の過重などにあったとされる。
- (63) 大正改正に対する批判の中で、当時著しい訴訟遅延はなかったとする、当時の東京地裁所長今村恭太郎「民事訴訟法改正と訴訟の促進」正義2巻2号2頁以下(大正15年)の認識に対して、中村宗雄『改正民事訴訟法評釈』(巖松堂・昭和5年)4頁以下では、オーストリア民訴法の統計(6頁)を掲げ、承服できないとしたのは、オーストリア法の実績が当時どのように評価されていたかの証左でもあろう。
- (64) 明治期における民事裁判の統計につき、林屋礼二＝菅原郁夫＝林真貴子『統計から見た明治期の民事裁判』(信山社・2005)参照。なお、大正11年から13年にかけて

の訴訟統計資料は、日本立法資料集11〔大正改正編〕(2) 639頁以下参照。

- (65) 中島・前掲法曹公論113頁以下は、東京地裁での事件数の増大を指摘している。
- (66) この点に関しては、林屋・前掲書452頁以下が詳しい。
- (67) 染野・前掲論文23頁以下参照。
- (68) 染野・前掲論文24頁。
- (69) 長島毅「新民事訴訟法の実践に際して一特に在野法曹各位に望む」法律新法195号29頁(昭和4年)で、「民事訴訟の遅延ということが、国民思想の上に将又国民の経済取引に於て洵に好ましからざる影響を与えているということを心から憂いている」と述べていることから、この時代思潮が垣間見える。
- (70) 例えば、柴田・前掲司法研究114頁は、「改正法が良く所期の目的を達成し得るや否やの大半は準備手続の運用が完全に行われるや否やに懸って居ると云っても過言ではあるまい」としている。また、植山・前掲司法研究10頁(注(59))参照。
- (71) 日本立法資料全集11〔大正改正編〕(2) 619頁以下に準備手続等に関する立法調査資料でイギリス法等の調査資料がある。
- (72) ドイツ法については、柴田・前掲司法研究54頁以下、菊井維大「弁論の準備」法学志林28巻4号、6号、11号(大正15年)など参照。なお、大正改正民訴法では、1924年(大正13年)のドイツ改正法(ドイツ民事訴訟法改正律令)も考慮されている。そして、職権主義の強化の規定に際しては、1924年ドイツ改正法を範としたされるが、このドイツ改正法が範としたのがオーストリア民訴法である。
- (73) 池田寅二郎「改正民事訴訟法に就て」臺法月報23巻7・8号9頁以下(昭和4年)参照。各手続の相違については、柴田・前掲司法研究が詳細である。また、同79頁以下が示すように、規定の仕方はオーストリア法との親近性がみとれる。
- (74) この関しては、Rechberger, aaO., S. 11. 参照。
- (75) Klein=Engel, aaO., S. 267.
- (76) この点に関しては、Rechberger, aaO., S. 6ff., S. 12ff. 参照。
- (77) 中村(宗)・前掲書209頁以下。
- (78) 兼子一『民事訴訟法概論』(岩波書店・1938)256頁は、訴訟資料の収集整理と合議体の負担軽減を図るものとするが、当初目的ではない。
- (79) この目的(使命)についての詳細は、村松俊夫『民事裁判の研究』(有信堂・1955)84頁以下(初出昭和13年(1938年))参照。
- (80) 石黒忍「改正民事訴訟法に於ける職権に依る証拠調と立証責任論との関係」司法研究第二輯六(大正15年)は、弁論主義との関係でこの職権証拠調べを論じている。立証責任との法則との関係をとくに検討している(20頁以下)。そして、この論文では、訴訟における当事者像としては、合理的理性人としてではなく、法律を知らず、訴訟に慣れてない当事者像が普通であり、裁判官の権限拡張は、真実に合致した裁判

をなすだけでなく、真実権利を有する当事者が不慮の敗訴の結果を被るに至ることを防ぐためになされているとする（とくに29頁以下）。弁論主義に制約を加えることで、最もよく訴訟の目的である権利保護を実現できるとする。他方、職権による行使は補充的運用を提唱し、行使に際しての裁判官の冷静な判断と公平な態度を要求している（31頁）。裁判官の権限拡張に背景にオーストリア法的な当事者像への意識、適正な裁判実現の理念が伺えるとは言えよう。

- (81) 長島毅「改正民事訴訟法実施の成績及之に関する希望」法曹会雑誌 8 巻12号70頁（1930）など参照。
- (82) その経緯等については、村松・前掲書96頁以下に詳細な報告がある。
- (83) これらの経緯は、司法研究所編『準備手続の実務上の諸問題』（法曹会・1989）9 頁以下参照のこと。
- (84) ここでは、紙幅の関係上、詳細な説明は記さない。オーストリア和議法に関しては、松村和徳編著『オーストリア倒産法』（岡山大学出版会・2010）200頁以下参照。
- (85) オーストリア法と他の諸国の和議法との比較は、加藤正治「奥国和議法」破産法研究 3 巻135頁以下、雫本朗造「破産予防の強制和議に関する立法例」京都法学会雑誌 8 巻 9 号153頁，同10号199頁，同 9 巻 7 号195頁など参照。
- (86) 例えば、Rechberger=Simotta, Zivilprozessrecht., 8Aufl. (2010) S. 228ff. など参照のこと。