HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	葛藤する法廷（２）：『法律新聞』の描いた裁判官・民事訴訟・そして近代日本
Author(s)	水野, 浩二
Citation	北大法学論集, 67(5), 47-107
Issue Date	2017-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/64413
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol67no5_03.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

葛藤する法廷（二）

――『法律新聞』の描いた裁判官・民事訴訟・そして近代日本――

水野浩二

目　次

はじめに
一章　釈明権の行使
一節　釈明権行使への見方

二節　弁護士に対する行使
三節　本人訴訟
二章　証拠調
一節「真相を得ない」裁判と後見的な真実解明への見方
二節　形式的訊問・「証拠裁判」批判と改善策の提案
三節「真相を得ない」裁判のテクニカルな理由
三章　口頭審理
一節　口頭か書面か
二節　準備書面と準備手続
三節　闕席判決
四章　裁判官の理想と現実
五章　西洋近代法と日常生活
おわりに

（以上、六七巻四号）

（以上、本号）

二章　証拠調

「[刑事では冤罪は百の中一二三程度だろうが」民事に至りては則ち、或は債権者にして狡猾なる債務者の為めに欺かれ、或は又之と反対に債務者の債権者の為に陥れらるる等の弊ありて、之に対するの判決は未だ必ずしも其情を得ざるが如きあらば…」

「[判例批評は事実認定は正しいという前提で、法適用の当否を論評するものだが」事実の認定は事実裁判官の権限内

ではあるが、明定せられた法律其ものさえ適用を誤まる位ならば、錯綜せる事実の認定克く誤りなきを得るであろうか。而かも其認定権の不可侵なる丈には表面上其瑕疵も世に発表されんが、実際家の方では非常に怖がって居るのだ」

「[神戸のある外国商人が]縦令相手方が違約しても他の方法で始末をして、日本の裁判所の厄介にならぬ様にして呉れろと云う…日本の裁判は兎角時日が遷延するのと、形式に拘泥して事実の真相を得ることが少いから困るのだと答たそうな」[1]

これらの記事に示されている「事実の真相を得ない」民事訴訟について、当時の実務法曹はどのような問題意識を持っていたのだろうか。裁判が事実の真相を得ない理由としては、裁判官が法律一辺倒で「非常識」であることや西洋近代法がなお浸透しきれていないこともしばしば指摘されていたが、それについては四章・五章でとりあげることにし、ここでは証拠調における事実認定プロパーの論点に絞って検討する。

一節　「真相を得ない」裁判と後見的な真実探求への見方

一　不干渉主義批判と職権介入への期待

訴訟関係の明瞭な認識についてと同様、事実認定・真実探究に関しても明治民訴法の不干渉主義は批判されていた。

○明四二・一一・二〇　神戸地方裁判所部長波多野高吉氏談片[2]　は、不干渉主義ゆえ今一歩踏み込んで調べれば事実の真相が得られると思っても、当事者の申立がないとどうしようもできず遂に真相を得ないまま裁判することがある、「予は民事訴訟に於ては裁判官たらんよりは、寧ろ弁護士となり訴訟を取扱うこと面白からんと思考す」ともの足りなさを述懐する。○大一一・一・一　新年に際し余が希望の一、二　大審院判事菰淵清雄君[3]　も任他主義［当時、不干渉

主義と同様の意味で使われていた概念」ゆえ真相の看破は困難としたうえで、「余が大正八年六月以来大審院民事部判事の席末を汚してより爾来今日に至る迄、日々全国下級裁判所の訴訟記録を閲読せし際、事案の真相は判決に認定したるが如き事実にあらずして、他に存することの感想を抱きたること一再に止らず」と懸念する。

弁護士からも、「論者又或は曰わん。民事の裁判は不干渉主義に基づき、当事者の主張以外に立入って深く事実を究むる能わずと。然れども不干渉主義とは当事者に権利の処分を許したりと云うまでのことにして、之が為め事実の真相を究むる能わざるが如きものにあらず。裁判官は民事と雖ども刑事に於けると同じく、事実の真相に就ての心証は之を得ざるべからず」（〇明三九・六・五　法衙月旦　社員稲村藾月(4)）。「我［民事］訴訟法は放任主義であるが、余の考としては職権主義を加味する方がよかろうと思う。何となれば現行法の様に放任主義では、証拠方法でも何でも凡(すべ)て当事者から提供しなければならぬ。であるから当事者の気の付かない様な有力な証拠があっても、之を採用しないから…正しい当事者でありながら敗訴することも随分多い」（〇大元・一二・二〇　手形法と民事訴訟法（下）法学博士青木徹二君談(5)）。原被の間には知恵や経験に優劣があり、相撲のように力量の近い者を組み合わせるのではない状況の下で、あくまで訴訟資料の蒐集に職権発動を禁ずるのは久しく遺憾とするところ、「仮真」でなく「実真」の私権保護のために職権調査を拡張して真相を闡明(せんめい)し、弱きものを救わねばならない。「当事者に立証を責め、其足らざるの故に直に保護を拒むが如きは無慈悲なり」（〇大一〇・一二・二五　民事訴訟法改正私論（四）弁護士齋藤巖君(6)）。

この時期において不干渉主義は、裁判官・弁護士の双方から、真相に当らない判決の元凶になっていると認識され、職権の一定の介入が期待されていたのである。

大正民訴法改正の起草・立法過程に携わっていたハイレベルの司法官僚も同様の認識を示す。大正改正の中心人物たる山内確三郎は、〇大七・一〇・二三　民事訴訟法改正私見　司法省参事官法学博士山内確三郎君談　で

「△職権主義の加味　現行民事訴訟法の改正せざるべからざる点の第一は、職権主義を加味せざるべからざることなり。例えば当事者の提出せざる証拠を、裁判所に於て職権を以て之を集め、以て争訟の真相を捉え、是非曲直を正す上に於て違算なきを期せんとするものなり。若し夫れ現行法の如く、当事者に於て主張せざる以上は、裁判所に於て如何に事実の真相を捉うるに必要なる証拠なりと思惟するも之を蒐集し得ざるに於ては、邪曲の者或は勝訴し、正直の者時に或は敗訴することなきを保すべからず。之れ明かに訴訟の真精神を没却するものにして、予輩の採らざる所なり」と説明している。当時司法官僚として強い影響力を持ち大正改正の起草過程にも関与していた平沼騏一郎[7]も、不干渉主義の現行民訴法のもとでも裁判所は形式的な事実認定で満足することなく、法律の許す範囲内で適当な方法により事実の真相に適した裁判をくだすことに努めねばならない、と訓示せざるをえなかった（〇大一一・五・二五　司法官会議（第三日）平沼大審院長訓示）。

二　職権介入への批判　(1)　熱意過剰と権威主義

もちろん、裁判官の真実解明の熱意が過剰で高圧的だと皮肉をこめて描写されることはある。「去る二十日、民事第一部（乙）裁判長前田直之助氏[8]一証人を訊問し、例の調子にて追窮を試み、貴様と呼びソンな馬鹿なことがあるか馬鹿なことを云うな抔と頻りに怒号を極む。蓋し同裁判長の調振は天下第一也。此の裁判長を有する我が東京地方裁判所は実に名誉也」。「名川裁判長一証人を喝して云う、間違いないかッ嘘を言うと監獄へ行くぞゥ…エイかアア是れ近時、若手法官連の好んで使用する証人訊問上の一法語也[9]」。

明示的な批判もみられる。証人を侮辱するような言葉使いや、二言目には虚言をつくと監獄に入れると威嚇するのは決して有能な裁判長のすべきことではない。「東京地方裁判所民事第一部長代理の鈴木英男君[10]、一証人を訊問し証人の陳述が前後相違するや、例の鈴木式獅子吼で『宜い加減のことを云うと不可ぬ』と叱咤一番するや［原文は「するゝ」］

証人ドギマギして、答うる所益々要領を得ざること夥(おびただ)しい」。ふたたび前田直之助について「去る九日、裁判長前田直之助氏一証人を訊問し、午前十時半に始まり正午十二時過に至りて止む。其審理の周密にして且つ熱心なる、誠に事実の真相を究めずんば止まざるの風あり。而かも其余りに問うに敏且詳(びんたんしょう)にして、聴くに疎且冷なるの恨あるを免かれざるが如し…吾人は同裁判長の自重を祈る」[11]。

(2)　不干渉主義の主張は？　(a)支持の少なさ

不干渉主義を民事訴訟の原則とする立場から、職権が真実探究のために積極的に介入することを批判する主張は、この時期の『法律新聞』ではまれである。○明三六・八・二五　民事訴訟法改正案理由　草案起草委員法学博士河村譲三郎氏の談　は、いわゆる明治三六年草案(旧法典調査会案)における職権進行の強化を論じる文脈で、「改正の程度に付て、純然たる職権主義は手続の進行上には頗(すこ)ぶる便宜なるべしと雖も、裁判の適当ならんことを望む上には甚だ不適当なりと謂わざるべからず。而して古来各国の経験に徴するも、事実の真相を観破するには当事者主義を以て最も機宜を得たりと謂わざるを得ざるは、実験上更に疑いなき所たり」とさらりと触れる。その他、当事者が言ってもいないことを職権で認定し判決を下すことが非難される記事などもあるが、わずかにとどまる[12]。

とはいえ、職権の介入が一方当事者に対して有利にはたらくことは、他方当事者の不満を呼び起こしうるものであった。○大一一・三・二三　裁判官に対する忌避権に就て（法律新聞）　は、判事の忌避の申請が採用された例が民刑ともほとんどないことを批判したうえで次のように指摘する。「英米の裁判制度にては証人訊問に就ても、原被中其申請を為したる側の弁護士が先ず主たる訊問(チーフ、エキザミネーション)を為し、其反対訊問(クロス、エキザミネーション)は必らず相手側弁護士が之を行うを以て、裁判官が自ら争論の渦中に没頭して当事者と押問答を為すが如き場合なく、従って当事者より偏頗を理由として忌避せらるること又極めて尠(すくな)し。然るに日本の制度にては訊問権は専ら裁判官にありて、当事者は先ず裁判官を通じて其所要の訊

問を行い得るに過ぎざるを以て、裁判官は常に原被双方の争議の渦中に没入する結果、其問自ら当事者より不公平なりとの推断を受け忌避せらるる場合多き所以にして、恐くは日本独特の顕象ならん」。忌避を実際に機能させるよう忌避申請の判断を裁判官に独占させず、弁護士会長など民間法曹を参加させよという。

(b)　当事者の訊問権・交互尋問制の主張

右の記事にあるように、明治民訴法はドイツ法にならって、当事者ではなく裁判長が証人を訊問することとしていた（三一五条の反対解釈。これは大正改正法でも維持され、アメリカにならい当事者による交互尋問制が導入されたのは昭和二三年改正二九四条による）。

三一五条　①陪席判事ハ裁判長ニ告ケテ証人ニ問ヲ発スルコトヲ得
②当事者ハ証人ニ対シ自ラ問ヲ発スルコトヲ得ス然レトモ当事者ハ証人ノ供述ヲ明白ナラシムル為ニ其必要ナリトスル問ヲ発センコトヲ裁判長ニ申立ツルコトヲ得　（以下省略）

当事者が証人に自ら訊問を行うことを認めない三一五条二項への批判として、当事者（弁護士）の直接の訊問権や交互尋問制を認めたほうが真実探究につながるという主張は早くから見られる[13]。大半の記事でドイツでなくcross examinationなど英米の制度が引き合いに出されていることは注目される[14]。

○明四四・六・一〇　法服と証人に就て　弁護士奥戸善之助氏[15]談　は「今日の制度では弁護士が直接に証人を訊問することが出来ない。…斯う云う事では到底事件の真相を発見することが出来ない」として直接訊問権を求め、弁護士が誘導訊問や証人を威嚇するおそれがあるなどというのは弁護士への侮辱であり、「今日の弁護士は識見と云い人格と云い決して在朝法曹の人後に落ちるものでないのみならず、常識に於ては其職務上在朝法曹より大に発達して居る点がある故に…裁判長の不備の点を補うて事件の真相を発見することが出来ようと思う」とする。○明四一・八・五　法界漫

言　弁護士の訊問権と弁護面会に於る看守の立会　も、英米弁護士の法廷での活動ぶりは我々にとって驚くべきものとして、「弁護士が、一番力瘤を入れて、自分の主張する所の事実を証明せしめくれんすものをと、其の呼出された証人に対して、ジカに訊問を始めるのだ。其中判事殿は唯黙して之を聞いて居るばかりだ。…今度は対手の方から反対訊問を遣るのだ。即ち此の反対訊問と対照して見ると、自然と証言の真偽如何が顕われて来るのである。…其の睨合いの両弁護士の遣り方は非常に巧妙なもので…間髪を容れる余地もない位だ。夫れだから偶には原告方の証人の陳述が、上手な被告弁護士の訊問にかかって、スッカリ其の効力を失ってしまう例もないではない」。日本のように一々裁判長を通して訊問してもらうのでは、「兎角に間の抜けたことばかりで、十中の七八は其の効力を減じてしまうのだ」。英米の証拠収集の方法の発達は驚くべきものであり、わが国の現状は事実の真相を発見するうえで非常に不利益と認めざるをえない、偽証も交互訊問でジカに訊問するなら防止できる、という。(16)

この背景には、当事者からの訊問の求めを裁判官が受けいれたがらないという実務の現状があった。(17)当事者の訊問権を求める動議は各地の弁護士大会で散発的に提案されているが、撤回されるケースが見られることは注目される。(18)大正改正法の起草過程では、起案を行った司法官僚たちは当事者の直接訊問権に否定的なスタンスをとり、改正刑訴法（大正一一年成立、施行は一三年）と同様に認めるべきとする弁護士委員・原嘉道との激論を経て、はじめて認められることになる。(19)弁護士大会での提案撤回が司法当局の意向に沿うものだったのか、それとも裁判官の介入に期待する姿勢が強かったということなのかは、判別し難い。

三　迅速化との関係は？

「真相を得ない」裁判が行われる背景として、事件の迅速な処理が裁判所内で要求される結果、証拠調がなおざりになったり証拠申請が認められないことがしばしば批判されている。(20)〇明四四・一二・一〇　松田法相に望む　福井弁護士帯

刀吉五郎君　は「司法事務監督の方法を一新せられたし」と題して、

「司法官の民刑事取扱に関しては、其審理日数を計上せる統計表を作成し其表に依て事件取扱の遅速を観、其速なるものを以て当該司法官の敏腕を賞揚せられつつありと。…名利に汲々たる当該官は滔々（とうとう）とし審理日数の一日も速かならんことを欲するの余り、当事者は訴訟材料提供の不足を感じつつも遂に結審に到るものあるが如し」と批判し、裁判においては真実を犠牲にした迅速より、真相の看破の方が重要なことは自明だと強く主張する。〇大一〇・八・一〇　暑中の法廷　岡予審判事の精勤と朝五時半破天荒の取調　も、誰の目にも必要とおもわれたのに裁判長が事件の進行のみに焦り、弁護士からの証人への訊問の求めに対して不必要の旨を告げたことを批判する。多くの証人は当事者や法律家と打合せをしてどう証言するかきめて出てくるのであるから、「其証言に依て不利を蒙る者の為めに充分訊問を求むるの自由を与えなければ、甚だ不都合の結果を生ずることがある。然るに裁判長たる者が弁護士から訊問を求むる場合に、頭から不必要なりと宣言して、其訊問請求の鼻柱をビチャリと挫く様な事は大いに慎しまなければならぬ」。弁護士大会でも、近時の裁判は形式に流れ真相を尽くさない弊がある、「是れ司法省が裁判の審理日数に重きを措くは其一因なりと認むるを以て、其矯正を司法大臣に建議する事」が決議され、法相も拙速に流れることを戒めざるを得なかった[21]。機械的な迅速化により真実探究をないがしろにすることは否定的に受け止められていたといってよいだろう。

二節　形式的訊問・「証拠裁判」批判と改善策の提案

『法律新聞』において事実認定・証拠調における職権の積極的介入が支持されていた背景には、裁判官が「するべき干渉」をしていないという実態があったと考えられる。以下では、いかなる裁判官の「不干渉」がやり玉に挙げられ、それに

対していかなる改善策が提案されていたのかを論じたい。

一　形式に流れる証人訊問

(1)　裁判官の証人訊問の手法が拙劣、なおざりとする批判は多い。人証の申請は証人が訊問を受けるべき事実を表示して行い、証拠決定を経て出される証人の呼出状にはその事実が表示される（二九一・二九二条）[22]。当事者から提出された訊問事項をただ順序どおりに読み上げて一口か二口問うのみ、疑問点を突っ込んで聞こうとしない裁判官がしばしば批判される[23]。

数度にわたりやり玉に挙げられている例として藤波元雄がある。〇明四一・七・三〇　大阪法廷見聞録　大阪支局松生　は「地方裁判所第三民事部長藤波元雄氏、某証人に注意して云う。宜しいモウ宜しい、此方から尋ねたことに就て答をすればソレでヨイ…此方から問いもしないことまで其方で云うと、何うも順序が乱れて不可ん」。この手の注意を藤波はしばしばするとした上で「敢て問う、些しは臨機応変の訊問方法も是れなきや奈何」と。〇明四二・二・一五　大阪地方裁判所部長評　大阪支局麗東生　でも、ある弁護士が藤波を、緻密に取調べをする誠に思慮あるいい裁判官だとほめたのに対し、別の弁護士は藤波の証人調べが訊問事項をそのまま朗読的に質問したり、田舎の爺さんに向かって難しい法律語をやたら使ったりで、到底事実の真相を捕捉することなどできない、証人の言葉の些細な点や微妙な態度を読みとる点では零点以下だと酷評している。

批判の対象はむろん藤波だけではなかった。〇明四一・八・三〇　弁護士武内作平氏談　松生　では大阪控訴院の浜田［道紀・民事第二］部長について、裁判所内では理想的部長などといわれているが「証人訊問の態度は何うかと云うと、些しも証人の態度と云うものに注意を払わないで只だ自分の手控と首引で訊問して居る。アレでは到底証言の真否と云うものは正当に判断することは出来まい」。この一点をもってみてもあの人はそれほどの裁判官じゃない、とこき下ろす。

○大一〇・八・一〇　暑中の法廷　岡予審判事の精勤と朝五時半破天荒の取調　も、証人に対して「ある」とか「ない」とか結局を答えればよいという裁判長もあるが、複雑な事柄をただイエスノーのような簡単な言葉で事情が尽せるものではない、とする。他方、裁判とはしょせんそんなもの、手続上のことで裁判所と争うは下策、「証人訊問一事でも前以て訊問の書類を入念に拵えておいて、自分からはあんまり追究せんがよい相な」と弁護士に処世術をアドバイスするものもある（○大七・一一・八　漫録　新米物語（下）弁護士よた十）。

「田舎の弁護士」に東京の裁判所の取調ぶりはどう映ったか（○明四四・六・三○　田舎者の見た中央裁判所　田舎の弁護士）。「之れは人にも依るが、一体に調振が雑で事件審理上の熱心と同情が薄いようだ。之れは田舎者の余り回り遠い性質からソウいう風に見えるのかも知れぬが、何うも［東京］地方裁判所の若手判事の多くは、一寸したことにでも余り理屈が雑り過ぎて事実の審理が充分でないようだ。一寸例を挙げると『オ前の云うことは時間と場所を云わぬから分らぬ』抔と云った風で、田舎者の僕では何にもソンな六つヶ敷ことを聞かずとも、能く分って居ることでも兎角理屈に走り過ぎ小六ッ敷いことを聞く。…ソウかと思うと又『ソンなことを聞くのでない、余計なことは云わんでも宜い』抔と一寸したことにも叱付たり怒鳴付たり一向合点の行かぬことが多い」。これがいわゆる敏腕家なるものなのかは田舎者には分らない、と皮肉っている。他方、田舎の判事のほうが昔ながらの官僚気分がひどいという意見もある（○大一○・九・一五　（漫録）近頃裁判所感　弁護士井上豊太郎君談）。「個人としては極人間のよい人でも、いざ審理となると全く下手で屢証人なぞを棒立にさせたりするのを見かけるが、どうしてああギコチなくやらなくてはならないのかと思う事が屢々見受けられる」。その手の判事は東京や大阪に来てもすぐ田舎へ転任させられるようであり、もう少しくだけた態度に出られないものかとこちらに惻隠の情が起こるくらいだ…。

いくら訊問しても、相手に問いの意味が分らなければそもそも話になるまい。○明四二・一二・二○　東京地方裁判

所法廷雑観　は、「▲一証人あり親族なる語を解せず。裁判長三宅高時氏[24]証人に対し当事者との親族関係の有無を問い、親族なる語を繰返すこと再三にして遂に通ぜず。始めて其意義を解せざることを知り、親戚なる語を用いて漸く通ず。這般（しゃはん）のこと世間敢て珍らしきことにあらず…▲岩本裁判長[25]借地事件に付一婦人を証人として訊問するに際し、先ず証人は地上権の意義を知れりや否やを確め後訊問に入る。以て証人の訊問上に於ける用意の周到なるを見る」。

(2)　嘱託訊問についても同様の指摘があるが、こちらはテクニカルな理由も伴っていた。〇大一二・四・二〇　九州沖縄聯合弁護士大会に提出したる議案に就き敢て当局の清鑑に供す（上）弁護士齋藤巖君　は、嘱託訊問は事件の真相をあやまる危険がある。せっかく多額の旅費を出して立ち会っても、「東京区裁判所の如く、訊問事項以外のことは、縦令関係事項と雖も、将（は）た証人の証言の信用に関する事項と雖も、殆んど一切追求訊問を許さざる処ありては、何等の詮もなく」何度重ねても真相を得られないまま手続が遅延する。加えて、受託裁判所に当該事件について十分な情報が与えられていないという事情があった。証拠決定（二七六条）では「第一　証ス可キ係争事実ノ表示」即ち立証事項の掲記がもとめられ、証拠調の嘱託の際には立証事項は当然明瞭にされるべきなのに、「実際の取扱は只当事者竝（ならび）に事件名の証拠方法を掲げ、単に検証鑑定＝訊問事項を付するに過ぎず」。それゆえ受託裁判所には何のためにその証拠調が必要で、いかなる争点にいかなる関係があるのか不明なので[26]、「受託裁判所は其託せられたる事項を咀嚼して取調ぶる能わず、之れを丸飲みにして其調書を作るの外なきに至り、隔靴掻痒の遺憾雲烟万里の嘆声なき能わず。親切なる判事の努めて訊問を詳密にせんとするあるも、其本目明かならざる為め、多くは枝葉＝争点以外に脱出して、徒らに証人を苦しましむる」。まして書記の能力が低かろうものなら証言の全趣旨が減却されてしまうのである。

　証人訊問が形式に流れがちというこれらの批判は、人証の信憑性が低いという認識（三節参照）とあいまって、次にとりあげる「証拠裁判」の一因になっていたと思われる。

二　「証拠裁判」への不満

裁判官や弁護士がこの事件の「真相」はこうだと思ってもそれを根拠づける証明が十分になされない・できない場合に、形式的に証拠が備わっている側の主張に沿って「真相」に反する形で判決がなされているという指摘は少なくなく、「証拠裁判」などと称されて厳しく批判される(27)。

○明三八・七・三○　長野地方裁判所長齋藤覃次君の法界所感(一)　は「従来の方針を一新せざるべからず」と題して、今日の裁判について「弁護士は単に証拠なきを主張して事実の真相を否認せんとし、裁判所も確実なる心証ありながら証拠なきが為めに事実に反対なる裁判を下して憚らざる傾きは、掩(おお)うべからざる事実とす。勿論民事に就ては処分権主義の行わるる結果、多少此趨勢あるは免るべからずと雖ども…予は今少し民事刑事に通じて或る程度迄事実の真相を捉え、之に正確なる裁判を与うるに意を用いるの必要あるべしと信ず」。さもなくば人民は裁判を賭博視し、裁判上の勝敗は事実に関するものではないと考えるようになろう、とする。

弁護士からも厳しい批判があった。○明三八・一・二五　弁護士田沢鎭太郎君経験談　は明治一七年に代言人になって以来、裁判官の証拠のとり方が制限証拠法（法定証拠主義のこと）から自由心証法へ、そして今日はまた制限証拠法になっているという。「[明治]十七八年頃に於ては書面に認めた利益の証拠であれば必ず勝つ、俗に云う証拠裁判で情況などは一向役に立ぬ。…十九年の八九月頃帰京したところが、東京は其間ズッと進歩して所謂自由心証で、他の情況に於て裁判官が全然公正証書に記載したる事柄迄打破ると云やうな傾きであった。…[明治民訴法施行後も]目下の如く形式に拘泥せず、自ら敗訴しながらもどうして斯く腹の中まで見抜れたと云うように思った。之れ実に自由心証の行われた時代であって、従って私共は何でも事実を細かに書て、情況証拠の牽連したもので裁判官の心証を動かすにあると云う考えを持て居りまして、随分骨折甲斐があった。…唯今の東京地方裁判所は証拠法に於ては極めて厳格で、私共

が骨を折て証拠を蒐集しても少しも効力がないことがある」と批判する。〇大二・一一・三〇　司法雑観　弁護士法学士花岡敏夫君談　も、社会の真相や各事件について詳細に観察せずに、形式一遍にもとづいて処理する司法官が歓迎され昇進が早いようにみえる、「例えば民事々件としては書証にのみ重きを置き、証人訊問の如き最も手腕と識見とを要すべき方面に対しては少しも重きを置かず、従って事件の審理は徒らに形式に流れ」ていると批判する。〇大一二・五・一五　弁護士の真使命（弁護士ＴＨ君）　はこうした状況を悪用する弁護士を指弾した。「民事に在りても誠実の原則信義の軌道を逸脱し、随分危ぶないことを往々演ずる者を見る。証拠なきを倖とし徳義観念を無視し公然聖廷に虚偽不実の申立を為す者の如き…弁護士の本来的価値に値せず」。

裁判官が実業界の実情について「非常識」であることへの批判と結びつけられる例もみられる。〇明四一・七・一五　商業地の裁判官　大阪銀行小僧　は、商取引の実際と現状を踏まえてほしいとして「多くの裁判官には、株式の売買にも雑喉場［魚市場のこと］の取引にも殆んど公正証書同様の証書を要求するものあり。例えば近頃は便利なる電話なるものありて、電鈴一たび鳴りて立ち処に数千円数万円の取引成立する事あり［原文は「なり」］」。裁判官は、平素此簡便なる文明の利器を使用する商人の『商業振』を百も承知しながら、斯の如き巨額の取引を電話にてなしたりとは信じ難しとて、尚書証を要求するが如き事例少なからざるなり」[28]。

記事の中には、「弱者」に対し強い感情移入が見られるものがある。弁護士から判事になり、浦和区裁監督判事をつとめる小林清蔵[29]について「没要領の証拠物に拘泥し却（かえっ）て曲者をして勝を得せしめ、為めに朴実なる良民をして竟（つい）に泣かしめ、法衙をして怨府たらしむるなきが如きは、君に於て最も意を致す所たり。…君は多年民間に在りて社会の事情に精通せる効果たるを疑わず。其の君が常識に富める大岡流裁判は、今日のハイカラ的ドブ板裁判に勝るや遠し。人民は寧ろ君の裁判を歓迎すべきを知る」（〇明三六・九・五　法曹人物短評（小林清蔵君））。〇大一一・四・一五　合法

裁判より合理裁判へ（下）判事片山通夫君[30]も、「正直な田舎者」が百円を親切に貸与したが、この真実な事実を物語る証文も証人もないという例をあげ、「私は彼田舎者の嘆声を、法律を知らざる無知者の夜迷言として一笑に付するに忍びない。私は此不合理は訴訟法上事止むを得ずとし、手を拱いて空しく看過傍観するは、果して真に人権衡平保持の忠実なるものなるかを疑うものである。蓋し裁判はあく迄も心から悦服するものでありたい。腑に落ちない裁判合点のゆかない判断、呑み込めない裁決は決して司法の使命を全うしたものということが出来ない。…私は世人に顧られない此種の問題が、社会問題として重要なる一場面であらねばならぬ事をつくづくと感ずるものである」と述べている。

三　「真相」の内実

上記の記事は、証拠により形式的に認定される事実と裁判官の心証が示す「真相」が一致しない場合、「真相」に基づいて判決はなされるべきではないのかという実務法曹や当事者の苦しみ、そして憧憬を示すものである。これはパターナリズムにもとづく一種の「名判官」待望論といえようが、他方で当時のわが国において予防法学的配慮がいまだ普及していなかったことの帰結でもあったろう[31]。

「真相」についての心証はいかにして形成されるべきものと考えられていたのだろうか。『法律新聞』の記事においては心証形成は自明の前提とされ、明示的に示されているわけではない。概して、当事者の属性（下層民、しおらしい・お人よしそう、高利貸・三百代言、強欲そう・悪ずれしている）や事件内容にともなう常識的判断（商人の取引慣行・借地借家事件・金銭消費貸借事件など）から経験的に、「自由心証」として形成される、という認識が記事全体からは読み取れる[32]。このようにして形成される「真相」の心証が真実と結果として一致する可能性は、キャリアをつんだ裁判官であれば必ずしも小さいとはいえないだろうし、経験則にもとづくある程度の「すじ」「見立て」は訴訟の運営に不可避なものでもある[33]。法文の形式的理解・適用をおこなう「非常識な」裁判官が強く批判され、常識・情理にもとづく

裁判が高唱されていた当時の風潮も、このような心証形成を支持する方向に作用していたであろう(34)。

しかし、このようにして形成された「真相」の心証が常に真実と一致するわけではむろんない。思い込み・予断のみにしか基づかない判断を「常識的」として得意になる裁判官への批判(35)として、〇明四四・一二・一〇　松田法相に望む　福井弁護士帯刀吉五郎君　は

「真相を得たる裁判とし謂えば、多少法律の解釈及適用の点に欠くる所あるも明裁判として囃さるるは、当今の習いなり。是れ必ずしも不可ならず。然るに此の美名の下に隠して情実裁判の伏在せるものありと伝えらるるに至りては、沙汰の限りと云わざるべからず。何をか情実裁判と謂う。曰く事実の真相を得るに必要なる材料以外に馳せて、裁判官の脳裏に存在する或ものを以て事案審理の基礎と為すの謂いなり。仮えば当事者又は代理人其人の地位、来歴等によりて、始めより権利なし義務なしとの予断を懐き、以て審理裁判するが如き即是なりとす」と厳しく批判する。

長崎弁護士会から法相への抗議は、「司法官にして訴訟人若くは証人の供述を聴かずして、『アーデアロー』『コーデアロー』と自ら事実を想像して之を訴訟人等に押し付け、訴訟人証人をして自由の供述を為さしめざるものあり」（〇大八・一〇・一八　第十四回九州沖縄聯合弁護士大会）。裁判官が自分の「見立て」を押しとおし、証人や当事者本人が思うところを十分に述べることができないならば、かえって真相から離れてしまう危険性があっただろう。

〇大二・一一・三〇　司法雑観　弁護士法学士花岡敏夫君談(36)　は「司法官の社会主義」と題して、「…民事々件に於ても、身分上社会上の地位高き者に対して敗訴の言渡を与え、而して司法権が完全に行われたりとして其形式を喜ぶの風がある…未だ学校生活以外に社会の世故に通ぜざる者をして、一遍の卓上論の下に於て、地位ある者が社会に害毒を流すは一般普通の者よりも特に悪むべき所為なりとの単純の観念、若くは資産ある者は比較的証拠蒐集其他に便宜を得るが故に、民事上立証の便否に於て斟酌する処あるは已むを得ざるものとの観念を前提として」裁判をするのは嘆かわしいと

批判しているが、このように「弱者」保護に心証形成が偏する危険性が明示的に指摘されることは『法律新聞』ではまれであった。

四　手続化への試み

とはいえ、実務法曹の実務法曹たるゆえんは、証明によって根拠づけられない心証のみにもとづいて判決してよいとすることなく、「真相」への憧憬に対して手続レベルの裏づけを与えようとしていたことにあったと解する。一章で論じた釈明権行使の強化もまさにそのための改善策に他ならないが、証拠調についてもさまざまな改善策の提案がみられた。

(1)　突っ込んだ証人訊問を

明治民訴法の不干渉主義が真実に基づく裁判の実現を阻んでいるという理解の下、突っ込んだ・丁寧な訊問を行なう裁判官は賞揚され、またそれが望まれる。「証人の云う処、前後矛盾して相容れず、同［杉坂］裁判長熱心に推問を繰返すこと幾たび、証人尚お固執して言を改めず。乃ち同裁判長襟を正し偽証の罪責あることを諭し真実を述べんことを以てする処、…予は氏が民事裁判長として局に当りて熱心なるを歓取せずんばあらず。同裁判長予に語りて云う、予は唯だ勝敗の如何に拘わらず、審理に就て当事者双方が遺憾を感ぜざらんことを欲す矣と」。

弁護士・裁判官からは、証人訊問で判事は当事者作成の訊問申請書に記された訊問事項に拘泥せず、証人申請事項の範囲内でもっぱら真実を得るために自由に質問すべきである。証人に訊問事項を読み聞かせて証言させるようでは、あらかじめ考えたとおりに直ちに答えるだけになってしまい、偽証を見抜けない、と指摘される[37]。〇大三・一・一〇　弁護士より裁判官に望む（弁護士法学士喜多村桂一郎君）　は、判事の訊問の拙劣さを改善するために判事に訊問学を講習させるべきである。またかつて自分が判事だった折に、「合議制の部に於て、部長のみが訊問権を有して居るのは宜

しくない。之れは代る代る裁判長となって審理すべきものである。若し斯くの如くするときは各自の天才を発揮し、訊問学も研究することが出来る」という意見書を法相に提出したことがあるという。

(2)　当事者訊問の活用を

また、英米のように宣誓のうえでの当事者訊問を一の証拠方法として積極的に活用せよという見解が見られる。ドイツ帝国民訴法は一九三三年（昭和八）改正まで当事者訊問についての規定を持っておらず、明治民訴法には当事者本人の訊問について規定は存在したが、宣誓をさせるというものではなかった（三六〇～三六四条）[38]。〇明四三・一一・一五　区裁判所傍聴感　大阪某弁護士談　では、本人訴訟においては不干渉主義に多少手心を加えてほしいとして、「私の傍聴した事件は原告［本人訴訟］に勝訴の理由がある様であった。併し十分証拠を挙ぐることが出来なかった様であるから、敗訴の言渡を受けたことと信ずるが、全体我民事訴訟法では英国の如く本人に宣誓を命じて其証言を聞くと云う制度がないから、如何に当事者の言う事が真実であったとした所が、苟くも法律の要求する証拠がなかった以上は敗訴の運命は到底免がれないのである。御承知の通り、英蘭（イングランド）銀行は古来未だ曾て預り証を出したことがない…若し我国に於て無証文にて預金返還［原文は「近還」］の訴訟起りたるときは、一も二もなく原告の敗訴に帰するであろう。現に数百円の取引を無証文に遣ったと云えば、判事は必ず之を疑うて再三訊問するのである。…民事訴訟法改正の暁には、証拠法の規定に何等かの改正を加うる必要ありと信ずるのである」と主張する[39]。

また判事の松山与三吉[40]は当事者訊問のいわゆる補充性を批判し、手続の当初に行うべしとする。その理由として松山は、早期に和解勧試をおこなって紛争を妥当迅速に解決できることに加え、「本人…は、最も明瞭に事実を知るものであり、自己を知るは自己なりの原則に基き、成るべく、之に依りて真実を捉うることに力めねばならぬ」。当事者本人以外の証拠方法はすでに滅失していたり、記憶があいまいだったり、証言拒絶や忌避を受けたり、それにより当事者本

人がかえって汚染されたりする。民訴法が実体的真実発見主義でなく制限的法定真実発見主義をとっていることは本人訊問を後回しにする理由にはならないと述べている。(41)

(3) 和解による終結の活用

裁判官の心証としては勝たせてやりたいが証拠が不十分な場合の救済策として、和解による終結を活用するというアイデアも見られた。

明治民訴法期の『法律新聞』には、訴訟上の和解勧試や調停（明治民訴法下では制度として存在していなかった）・仲裁など裁判外紛争解決をポジティブにとりあげる記事が極めて頻繁に見られ、その支持・促進が社論とされていたとみられる。和解勧試や裁判外紛争解決は紛争当事者に対する裁判官・裁定者の一定の積極的介入を前提とするものであり、釈明権の行使や職権探知への期待感が醸成されていた当時の傾向と同一ライン上にあるといえよう。裁判官による訴訟上の和解勧試は、一定以上強力、時に高圧的な勧試をふくめポジティブに評価されることが多い。但し、司法統計上はこの時期訴訟上の和解成立は少数にとどまっており(42)、実務では裁判官によって和解勧試へのスタンスには幅があったと考えられる。

裁判官が「真相」について形成した心証に一致する解決へ導く手法として、和解を積極的に利用すべしという主張が散発的に見られるのは、上述の「証拠裁判」批判を念頭に置いたものといえよう。(43) ○明三四・六・三　闇夜の一明星は「[明治民訴法施行前の勧解前置は少し極端だったとしても]近頃の如く、事実の真相に着眼せずして皮相の顕象に依り判断を下し、往々権利者権利の実を得ず義務者義務を免かるるが如き変体の裁判をなすものあるに比すれば、和解の結果の遥に優れるを認むるに誰れしも躊躇せざるべし」と指摘する。○大一一・四・一五　合法裁判より合理裁判へ（下）判事片山通夫君　は、証拠裁判はいかに法律上正当であっても事実の真否に合致しない不合理なものであり、救済策の

一案として強制和解制度の導入を提案する。これにより裁判は社会連帯と権利の合理的衡平に寄与するものとなり、法律上の正当が社会通念上の正当と接近することができると主張する。〇大一五・二・二〇　裁判及裁判制度の根本的改善（五）判事法学士松山与三吉君　は、「今日の民事訴訟に依りて権利義務を争わんとするも、形式的理論主義当事者処分権主義の下に於ては、実体的に其真実は発見し難く、如何に丁重に審理するも其目的に達するに由無く、却て反対の結果を見ること尠（すくな）しとせず、従いて、権利義務は持つべき者が持たず負うべき者が負わざることとなる。されど…和解裁判を為すときは比較的近き真実、即、個人関係事件としては、社会的妥当なる真実を発見することを得、…真実発見に依りて定まりたる権利義務の利益損失を適所適時適物的に差繰り交換を為し、以て公平円満に調和し互に相喜び相楽しむことが出来る」とする。

もっとも、厳しい批判もなくはなかった。〇大一〇・一二・一八　民事訴訟法改正私論（一）弁護士齋藤巖君　は、訴訟手続の渋滞や判決の負担を回避するという裁判所側の思惑で稍（しょうしょう）々高圧的に和解勧試がおこなわれ、「勧解の方便上、時に裁判は必ずしも事実と一致せず、勝敗容易に逆賭（ぎゃくと）すべからずと説き、裁判所自ら裁判の当てにならざることを示し、初心の訴訟者をして、国家裁判に不安を懐かしむるなしと限らず」。当事者を和解へと誘導するために、裁判の判決は必ずしも真実と一致しないと裁判官自身が語っていることを批判し、裁判をおこなう者と和解をおこなう者を別にするよう主張している。

三節　「真相を得ない」裁判のテクニカルな理由

ここまで論じてきたのは職権介入の積極化への期待とそのための手続の改善策であった。それと並んで『法律新聞』

では、証拠調のいわばテクニカルな側面について極めて具体的に問題が認識され、真実探究に向けた改善策が裁判官・裁判所のイニシアティブに期待するかたちで提案されていた。以下では特に指摘の多かった論点として、偽証の多さと調書の劣悪さを中心に論じてみたい[44]。

一　人証の問題

(1)　偽証の多さ

当時の民事訴訟における偽証の多さは、「真相を得ない」裁判が横行する原因として極めて頻繁に批判されている[45]。この点の実証は（まして今となっては）極めて困難であるが、『法律新聞』では裁判官・弁護士問わずコンセンサスが成立していたといってよく、民事では偽証が「半分」「三分の二」「十の七八」など極めて多いと認識されている。

○明三九・六・二五　法衙月旦　社員稲村蘿月　は「今日の実際」として、

「民事の裁判に於て最も多く利用せらるるものは書証と人証也。書証に就ては検真［私文書の成立の真正に関する特別の証拠調（三五二条以下）］の方法に依りて、覚束なきながらも真偽を確定するの方法あれども、人証に至ては全く之なく、裁判官も不干渉主義に依りてか、敢て追究して真偽を発見せんとするものは少し。或は偽証の制裁あれども、民事の法廷に表われたる証人に対し一々偽証の告訴を提起せんは、手数の上に於て容易のものにあらず。…訴訟術に長けたる者は、一に証人の偽造に依て勝を制せんとす。其弊や裁判の結果を以て殆んど一六勝負［ばくち］と同視する者さえ生ぜしむるに至れる…吾人は今日の法廷を見て、証人の殆んど総べてが前夜訴訟当事者に言含められて立てるものにあらざるなきやを疑う」と厳しい。この状態は大正改正を控えても変わらなかったようで、○大一二・七・一五　裁判教育と陪審　法学博士原嘉道君　は、ほとんどすべての事件の事実は人証によって証明されなければ分らないと強調した上で、「我国民中兎角証人として…出頭し陳述しても、成るべく知らぬ存ぜぬで押し通し訴訟関係人に悪まれぬ様にしようとしたり、或は甚きは関係人に遠慮したり頼まれたりして、虚偽の陳述を致しませぬと宣誓しながら、大それた虚偽の陳

述をする者が少なからぬ…実際から謂うと偽証の事実は極めて多い。民事訴訟の稍複雑なるものには、偽証は付きものだと謂うても能い程に思われる」と嘆じている。

民事訴訟では刑事訴訟と異なり検事の立会がなく、また故意に真実でない申立をすると見えしかもその証拠がなければ、偽証と認定することは困難であるから、検事局が偽証事件として検挙するものは少なく、偶然見つかったものだけを重く罰することもできないので科刑も軽くなっているという。記憶は本来時間の経過と共に薄弱になるにもかかわらず、裁判所は昨今の出来事のように判然と陳述した偽証を多く採用する傾向がある、とも指摘される。欧米では偽証は少なく、日本人の国民性・宗教観（宗教上の制裁がないなど）ゆえとする対比も見られるが[46]、ドイツでも偽証が多く宣誓は機能しないという指摘もある[47]。

(2)　偽証の改善策

このように人証が一般に信に値しないという認識は、書証を「偏重」して勝敗が決せられがちであることの一因になっていたと思われる。しかし書証のみに過度に依存した裁判も真相を得ない「証拠裁判」なのだとすれば、人証の信憑性を向上させるしかない。改善策として、(イ)人証の利用を前提とした上でその信憑性を高める。つまり宣誓の意義を証人によく理解させる、偽証罪による威嚇の強化などが多く主張されているが、(ロ)人証の利用そのものを制限すべしという見解も若干見うけられる。

(イ)　人証の利用を前提とした上でその信憑性を高める

宣誓の重要性をよく理解させるために、実務上おこなわれている書面宣誓（宣誓文句を印刷した用紙に証人が署名捺印）を廃して口頭宣誓（宣誓文句を証人が朗読）を採用する、荘重な雰囲気のもとにおこなわせる（法廷の他の者も起立する、陛下に対して宣誓させる[48]）、検事による偽証の告発を積極化・処罰を厳重におこなう[49]、証人の由緒をよく調べ

信憑力を慎重に判断するなど。[50]

(ロ)　人証の利用そのものを制限すべしという見解

○大一〇・九・二〇　証人訊問の実況に就て（法律新聞）　は英米法と対照させてわが国の立証の現状を批判する。「裁判官は証言が多くの場合に於て甚だ危険なることを看過し、却て証人を神の如く誤解し、所謂自由裁量主義に依りて伝聞証言は勿論証人の意見の如きも無制限に之を採用」してしまっている。「書証と人証との間に全く軽重の別を設けず、裁判官の心証と称する予断に依りて造れる鋳型に入り得べき証拠のみを採用し、之に反するものは唯単に『之を措信せず』との一言を以て之を排斥す」。大審院は事実認定の誤りを理由とする上訴を受付けず、多くの弁護士もそれを怪しまない。「要するに我国の訟廷に於ける立証原理の研究は官民共に之を無視し、其立証の方法は全く混沌として、雑然盲人の争闘の如しと謂うも過言に非ず」。

ここには自由心証主義への消極的評価が見出される。いかに立派に成立した証書でも人証により否定されうるため、有力な証拠を出し渋りがちなことが手続延滞の一因になっているという理由から、人証に制限を設けるべきとも主張される。[51]○大一三・七・五　人証を少なくしたい　在伯林東北帝国大学助教授石田文次郎君　は具体的に踏み込んだ提言を行った。

「現在の裁判の実際に於て、証人の証言が果して訴訟の延滞を補うて余りあるだけの証拠力を持っているだろうか。…一つの争点につき原告側の証人は右と云い、被告側の証人は左と云うことは事［一字読取不能］普通である。何れか一方が偽証している…からである。一々偽証罪を以って臨むことは裁判制度の自殺を意味するだろう。…裁判所は本人訊問にまで徹底するか、更に多くの証人調べを為して証言の数によりて形式的に争点を決するかの途を採らねばならぬ。而も共に証言の証拠力の少きことを物語るのである。　加之訴訟は証言に依て混乱して行く。…不法行為に関する事

件及び親族相続に関する事件については、人証が有力なる証拠方法であろうが…物権債権に関する法律取引につきては、他日の証拠のために、成るべく文書を作成する様に国民に対する司法当局の指令を欲する。而して裁判所もなるべく之等の事件に関しては人証の採用を少くして頂きたい。又弁護士に於ても、なるべく立証方法を人証以外の証拠方法に求めて頂きたい」。ここにみられる予防法学の普及の必要性は、この時期の『法律新聞』がしばしば取り上げていたテーマであり、五章で論じたい。

二　調書作成の劣悪さ

一二九条　①口頭弁論ニ付テハ調書ヲ作ル可シ（以下省略）
一三〇条　①弁論ノ進行ニ付テハ其要領ノミヲ調書ニ記載ス可シ
②調書ニ記載シテ明確ニス可キ諸件ハ左ノ如シ
第一　自白、認諾、抛棄及ヒ和解
第二　明確ニス可キ規定アル申立及ヒ陳述
第三　証人及ヒ鑑定人ノ供述但其供述ハ以前聴カサルモノナルトキ又ハ以前ノ供述ニ異ナルトキニ限ル
第四　検証ノ結果
第五　書面ニ作リ調書ニ添付セサル裁判（判決、決定及ヒ命令）
第六　裁判ノ言渡（以下省略）
一三一条　①前条第一号乃至第四号ニ掲ケタル調書ノ部分ハ法廷ニ於テ之ヲ関係人ニ読聞カセ又ハ閲覧ノ為メ之ヲ関係人ニ示ス
②調書ニハ前項ノ手続ヲ履ミタルコト及ヒ承諾ヲ為シタルコト又ハ承諾ヲ拒ミタル理由ヲ付記ス可シ

職権の口頭での介入によって訴訟関係の明瞭な認識や真実解明をはかるうえで、口頭弁論について作成される調書、とりわけ証人の証言を記録する訊問調書が、手続延滞による記憶の薄れはもとより嘱託訊問・頻繁な判事の交代・上訴

審での審理をかんがえれば、極めて重要であることはいうまでもない。[52] しかし、その調書作成の実情のひどさが弁護士からしばしば批判されていた。

○明四四・六・一〇　法服と証人に就て　弁護士奥戸善之助氏談　は、

「証言の如きも、書記にして遺憾なく之を筆記し得るものは暁星の如くで、唯其要領を筆記するか或は裁判長の口授に依り之を筆記すると云うのが今日の現状である。而して調書を証人に読聞かす場合に於ても、苟くも大体に於て間違がなければ証人は訂正の申立をしない。然れども、直接証人を取調べたる裁判所は証人の一挙手一投足に至るまで之を看察し居れば、容易に其真否を判断することが出来る故に、証人の証言と筆記の字句と多少の相違あるも敢て大なる妨げはないが、控訴審に至っては証人の調書が有力の証拠となるのである。然るに調書は如何と云うに前述の次第であるから、調書に信頼して断案を下すのは懸念の至りに堪えない。私は法廷に於ても速記を採用せられんことを希望する」

と批判している。

陳述の微細が証言の信憑力に影響するにもかかわらず、公判廷では能力不足のためにおおざっぱな記載にとどまり、後日清書したりするので正反対の内容になったりする。書記が作成すべきなのに裁判官が内容を要約して口授筆記させている。閉廷後に記載を変更したり判決文作成に便宜な意味に製造したりする。調書を読み聞かせず閲覧もさせないでそれをおこなった旨の調書を作成し、当事者や弁護士もそれを等閑に付して怪しまない。具体的解決策としては書記の能力の向上のほか、速記の採用を望むものが多い。[53]

裁判所や書記による差も大きかったようで、「木村米次郎君の話では、大阪控訴院及び地方裁判所には各三四人許り非常な腕利きの書記があって、証人調書は其場で調書を作って朗読するそうだが、或地方の裁判所などに行き書類を朗読して呉れと云うと、調書の整理に四五時間も待される所」もある。別の弁護士の見立てでは、民事記録は田舎の裁判

所では非常に精密でほとんど証人の口調まで彷彿とさせるのに、東京では要点のみである。田舎では書記も陳述者同様土着の人で調書を取りやすく、東京の書記は受験勉強のために調書をなるべく簡単に済ませたり頭が良過ぎて要点をつかみすぎる、と批判される[54]。他方、〇大七・二・二五　準備書面提出に関する清瀬弁護士の所論に就て　判事霞城君は書記の能力が低いという弁護士からの批判に反論して、「今日の書記は昔日の書記と選を異にする…今日都会の裁判所に在勤せる書記は、何れも相当に法律学を修養し、法廷に立つ前に記録の大体を通覧し事案大体を知悉するものなり。若し夫れ調書に誤ありとせば、聴者の罪に非ずして…近来弁護士は早呑込を為す結果から…本末転倒の陳述多を占むる為め、聴者に誤想を抱かしむるものなり」とむしろ弁護士のせいだとする。

嘱託訊問の場合はなおさら深刻であった。訊問調書を朗読しない裁判所のばあい、嘱託訊問調書には事実の真相を得ないものが多く[55]、能力の低い書記にあたれば「時に証言の全趣旨を滅却して、当事者を呆然たらしむるものなしとせず」。調書からは証言の信憑力を十分に判断することは到底できないので、訴訟となったからには費用など当事者は顧みないのだから「万止むを得ざる場合の外、受訴裁判所に於て之を訊問せられんことを希望するものである[56]」。

口頭審理の内容を示す調書がそれほど信用できないと考えられていたことは、書証のみを重視する「証拠裁判」を助長していたといえよう。大正改正法案についても、これらの点については十分手が加えられていないという厳しい批判がある[57]。

三　証人・当事者本人の不出頭

〇明四三・七・二〇　吾人の希望　東京地方裁判所民事裁判長名川侃市氏談　はこう伝える。

「近頃も一人の証人が罰金を言渡しても出廷せぬ。三回目の呼出には旅中であるとのこと故、其旅行先の旅館に呼出状を交付した。然るに旅館よりは、宿泊したることなしとの付箋を貼りて返付して来た。更に住所に呼出状を送達する。

仲々の手数を費したのである。医師の診断書などは大多数虚偽である。私は此弊を改むるの手段として、医師を召喚して取調べたことさえあった」。

当事者本人の訊問について○大四・一〇・二〇　寸閑余滴（二）　判事菱川憲正君　は、訴訟代理人による訴訟で当事者本人に訊問をしようとすると、「訊問を受くることを厭い、又は其陳述を不利益と思惟する場合には、裁判所に出頭することを回避し、一面民事訴訟法第三百六十三条の制裁的認定[58]を免れんが為め、殊更ら住所を転換し居所を不明ならしめ、朝（あし）たには東より夕には西より自己の訴訟代理人にのみ通信を為し、百方呼出を避くる形跡顕著なる」も、呼出状を送達できないために相手方の主張を正当と認める（三六三条）こともできず制裁もできない、と規定の欠缺を批判する。

証人が出廷を渋るのは偽証と同様にさしさわりをおそれてのことと認識され、証人への制裁（罰金）の強化も提案されていた。もっとも裁判所側にも時間を励行せず、呼出した証人を長時間待たせるなど問題があったのも事実である。

小括

○大四・九・二五　裁判の真実を顕現せよ（法律新聞）　は、今日の裁判が民刑問わずなぜかくも真実性に乏しいのかにつき、以下の三つに整理して批判している――①裁判のための裁判　裁判は裁判のために行われるものではなく、当事者のために行われるものである。今日の裁判官は単に形式上の裁判をなすに急で、裁判の実質がないがしろにされるようでは、国民は裁判を信頼できず、またそのような裁判は我々の要求する真実を包含するものではない。②便宜なる証拠方法の蒐集　証拠による事実認定に問題がある。民訴は当事者の申立てた証拠と主張に羈束されるとはいえ、当

事者の言うところも形式的にではなくよく吟味して真実を読み取らねばならない。職権証拠の規定あるにおいておやである。③拙速よりも巧遅　拙速な事件処理がしきりに行われ、人事評価により助長されている。しかしそれは誠意・真実・満足と相容れず、著しく裁判の真実を毀損する。拙速で誤りあるよりは巧遅にして完全なるを尊ぶ――「裁判の真実を顕現することは、今日の急務也、敢て当局者の反省を求む」と記事は締めくくられている。

本章での検討は、この記事の問題意識を裏書するものであった。真実探究に関する不干渉主義批判と職権介入の強化の必要性について、『法律新聞』記事には明治民訴法期を通して裁判官・弁護士を問わず幅広いコンセンサスが見られたといってよい。但し、『法律新聞』から読みとれる実務法曹の問題意識は、同時代に行われていた大正民訴法改正に向けた起草・立法過程の議論とは偏差があったようにみえる。大正改正で新設される職権証拠調の一般規定（改正法二六一条「裁判所ハ当事者ノ申出テタル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其ノ他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ証拠調ヲ為スコトヲ得」。昭和二三年改正で削除）について起草過程前半（法律取調委員会・明治四四～大正四年）における関心は稀薄であった。起草過程後半（民事訴訟法改正調査委員会・大正八～一四年）と立法過程（貴衆両院での審議）においても、職権行使はあくまで補充的なものとする認識が支配的であり、同条を「職権主義の権化」とする後世の悪評は当らない。当事者本人訊問の強化（改正法三三六条「裁判所カ証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキハ申立ニ因リ又ハ職権ヲ以テ当事者本人ヲ訊問スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ当事者ヲシテ宣誓ヲ為サシムルコトヲ得」）についても議論はそれほど盛り上がることはなく、いわゆる「補充性」にもとづき謙抑的に行使されるべきものというコンセンサスがみられたのである[59]。

「真相に当たらない」裁判の原因が多面的であることは実務法曹たちに十分認識され、あまりに急速な法継受の帰結というべきものに加え、職権行使の形式性や手続上のテクニカルな問題が俎上にあげられていた。実務法曹たちはこれ

らの問題群に真摯に向きあい、さまざまな改善策を提言していった。その際に職権にはかなりの役割が期待されたのである。ときに裁判官の判断力への過剰な信頼と結びついて「名判官」待望論という形をとることがあったとしても、法伝統を全く異にする外国からの継受法をわが国に短期間で適応させるという、およそ実現不可能というべき命題を当時の実務法曹が突きつけられていたことを考えれば、無理からぬところがあったろう。彼ら実務法曹は手続レベルでの具体化への意欲を強く持っており、それは大正改正の個々の条項や大正末期の調停制度創設などにそれなりに取り入れられることになるのである。

（1）○明三六・五・一八　法の塵　○明三七・四・二○　法衙の近状に感あり　肋骨　○明三八・六・二○　裁判雑観　鉄堂子

（2）慶応三年（一八六七）生まれ。明治三〇年（一八九七）東京帝大法科大学卒、司法官試補。三七年神戸地裁部長、大正二年（一九一三）高松地裁所長、八年浦和地裁所長、一〇年新潟地裁所長。

（3）明治七年（一八七四）生まれ。二七年第三高等中学校法学部卒、司法官試補。三五年大阪地裁部長。東京地裁部長・控訴院部長などを経て大正七年（一九一八）大審院判事、昭和七年（一九三二）大審院部長。

（4）本名は稲村藤太郎といい、弁護士であった。

（5）明治七年（一八七四）生まれ。三〇年慶應義塾大学部法律科卒。検事代理、時事新報記者を経て三二年弁護士、ベルリン大留学を経て三五～四一年慶応義塾専任教員、その後弁護士として商事事件を主に扱った。昭和五年（一九三〇）死去。

（6）同旨、○明三九・一一・三○　枯葉落葉　広島大口細二君　○大一三・六・二五　民事訴訟法の改正　裁判に由る権利利益の保護の迅速並に其正当　弁護士松倉慶三郎君　○大一五・三・二八　改正民事訴訟法案に対する批判　弁護士松倉慶三郎君

（7）慶応三年（一八六七）生まれ。明治二一年（一八八八）帝国大学法科大学卒、司法省参事官試補。東京控訴院部長、検

事を経て三五年司法省参事官、三九年民刑局長、法律取調委員、四〇年欧米視察、四四年司法次官、大正元年（一九一二）検事総長、一〇年大審院長、一二年法相、一三年枢密顧問官、昭和一四年（一九三九）首相、二七年死去。平沼が明治民訴法の不干渉主義に対し明確に批判的なスタンスをとっていたことを示すのが、平沼騏一郎「旧民事訴訟法実施当時の追懐」曹誌八巻一二号（昭五）三〇－三二頁である。

（8）明治七年（一八七四）生まれ。三七年東京帝大法科大学卒、司法官試補。東京地裁判事を経て四四年東京控訴院判事、大正一〇年（一九二一）大審院判事、昭和一〇年（一九三五）大審院部長判事。二一年死去。

（9）○明四二・一二・三〇　東京地方裁判所法廷見聞録　タチモト生　○明四三・一一・五　法廷雑観　傍聴子。その他○大六・九・二〇　東京区裁判所法廷ノゾ記（五）

（10）明治一八年（一八八五）生まれ。四四年東京帝大法科大学卒、司法官試補。大正二年（一九一三）浜松区裁判事、三年水戸地裁判事。

（11）○明四二・一二・二〇　東京地方裁判所法廷雑観　○明四四・六・一〇　法服と証人に就て　弁護士奥戸善之助氏談　○大六・一二・三　東京各裁判所法廷ノゾ記（三）黒法師。そのほか○明四二・二・一五　大阪地方裁判所部長評　大阪支局麗東生　○大八・一〇・一八　第十四回九州沖縄聯合弁護士大会

（12）○明三七・八・五　司法省参事官兼東京控訴院検事齋藤十一郎君の時事談片　○明四五・三・一〇　支払命令申請と挙証　○大六・一・二〇　在野法曹より裁判所方面に対する希望（弁護士法学博士高根義人君談）

（13）以下紹介するほか○明三九・七・二五　米国法律学士弁護士沢田俊三君談片　○明四四・八・二五　司法大臣の諮問に係る民事訴訟法改正に就て（続）法学士弁護士林龍太郎氏談　○大一〇・八・一〇　暑中の法廷　岡予審判事の精勤と朝五時半破天荒の取調　○大一〇・九・二〇　証人訊問の実況に就て（法律新聞）　○大一一・二・一八　民事訴訟法中改正法律案　○大一三・一二・五　司法制度改善に関する意見書　東京弁護士会司法制度改善委員大塚春富君

（14）三一五条二項のもととなったドイツ帝国民訴法三六二条二項（一八九八年改正で三九七条二項）は裁判長の許可の下での当事者の訊問権を認めていたが、わが国でこれが採用されるのは大正改正（昭和二三年改正前二九九条）によってである。ドイツ法を明示的に引き合いに出すのは○明四四・八・二五　司法大臣の諮問に係る民事訴訟法改正に就て（続）法学士弁護士林龍太郎氏談　のみである。

（15）明治四年（一八七一）生まれ。明治法律学校卒、二四年司法官試補。広島地裁判事、大阪地裁部長を経て三三年弁護士。昭和三年（一九二八）死去。

（16）増島六一郎の英吉利法律学校での講義録『訴訟法』（明二一・参照は国会図書館デジタル）一八三頁には以下の説明がある。「『くろす、ゑきざみねーしよん』は『ゑきざみねーしよん、いん、ちーふ』とは全く其目的を異にす。之をなすの代言人は訊問せんとする証人と反対の位地に立つ故、自由に設問するの自由を存し居るものなり。…『くろす、ゑきざみねーしよん』をなすの目的に二あり。第一『ゑきざみねーしよん、いん、ちーふ』に証言ありたることを打消す為め、第二証人の信用を減ぜん為めなり」。

（17）○明四二・二・二〇　東京地方裁判所法廷雑観（「某裁判長或る弁護士よりの反対訊問を必要なしとして排反したるも、弁護士再三繰返して訊問を求むるや、裁判長乃ち謂う面倒臭いから聞きましょうと。妙な聞き様もあったもの…」）○大一〇・八・一〇　暑中の法廷　岡予審判事の精勤と朝五時半破天荒の取調　○大一〇・九・二〇　証人訊問の実況に就て（法律新聞）。参照、原嘉道「民事訴訟法雑観」曹誌八巻一二号（昭五）二一頁。

（18）撤回の例として○明四四・九・一〇　九州沖縄弁護士大会　大分市に於て開会　○大二・一一・一五　九州沖縄弁護士大会。可決したものとして○大一〇・二・三　司法制度改革の決議　○大一四・一一・一八　中部六県弁護士大会。採否不明のものとして○大一四・一一・二三　中国弁護士大会　岡山弁護士会主催

（19）松本博之ほか『日本立法資料全集一二　民事訴訟法（大正改正編）（三）』［608］（大一一・一二・五）、同『日本立法資料全集一三　民事訴訟法（大正改正編）（四）』［634］（大一四・七・一四）。

（20）以下紹介するもののほか、○明三六・一二・一五　東北地方法況視察（三十一）　○明三七・二・五　和解に就て　慷慨道人　○明三八・六・二〇　裁判雑観　鉄堂子　○明三八・八・二〇　弁護士常議員会議長山田泰造君談片　○明三九・一・二〇　通俗一口ばなし　藤浪生　○明四三・五・五　函館法界日誌抄　函館支局巴港　○大三・一・一〇　弁護士より裁判官に望む（弁護士法学士吉崎亀之助君、弁護士法学士木内清君）　○大三・三・五　時論評俎（二）弁護士松本重敏君　○大五・一一・三〇　司法官会議に於ける法相の訓示（法律新聞）　○大六・一・二三　在野法曹より裁判所方面に対する希望（弁護士牧野充安君談、弁護士鈴木富士弥君）　○大一〇・一二・二五　民事訴訟法改正私論（四）弁護士齋藤巌君

（21）○明四〇・五・五　東北弁護士聯合大会　○明四五・四・二〇　松田法相訓示　司法官会議席上

（22）二九一条　人証ノ申出ハ証人ヲ指名シ及ヒ証人ノ訊問ヲ受ク可キ事実ヲ表示シテ之ヲ為ス
二九二条　証人ノ呼出状ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス
第一　証人及ヒ当事者ノ表示
第二　証拠決定ノ旨趣ニ依リ訊問ヲ為ス可キ事実ノ表示（以下省略）
呼出状の一部をなす訊問事項の記載（二九二条二号）は例えば以下のようである。「訊問事項　昨年九月三十日原告が災害を蒙りたる当時は既に暗かりしや、原告は当時泥酔せしや、北区曽根崎八丁目二十一番地長屋にて土窖［掘られた穴のこと］に至るべき入口は如何なる構造を有せるや又土窖の戸の開放し且通路暗かりし為め原告が墜落せしや否や」（齋藤常三郎『注釈訴訟記録』一四七頁）
（23）以下紹介する例のほか、○明三九・六・二五　法衙月旦　社員稲村蘿月　○明三九・七・二五　米国法律学士弁護士沢田俊三君談片　○明四三・二・一五　大阪地方裁判所部長多喜沢君談片　○大三・一・一〇　弁護士より裁判官に望む（弁護士法学士喜多村桂一郎君）　○大六・一〇・一三　法廷総マクリ（四）黒法師
（24）明治八年（一八七五）生まれ。三五年東京帝大法科大学卒、司法官試補。神戸、横浜、東京地裁判事を経て四三年東京控訴院判事、大正七年（一九一八）大審院判事、一〇年司法省参事官、大臣官房秘書課長。
（25）岩本勇次郎。明治一三年（一八八〇）生まれ。三八年東京帝大法科大学卒、司法官試補。四〇年東京区裁判事、四四年東京地裁部長、大正三年（一九一四）東京控訴院判事、一〇年大審院判事。
（26）齋藤常三郎『注釈訴訟記録』（大六）一七八頁は、受訴裁判所は受託裁判所が証拠調をするのに遺漏なからしめるため、「嘱託書と共に訴訟記録を受託裁判所に送付するを可とす。独逸の実際に於ては右取扱方を為すものの如し」としており、わが実務では訊問事項のみが受託裁判所に知らされていたことが看取される。
（27）以下に示す例のほか○大二・一二・二五　司法省参事官応接振り　○大八・五・一八　原司法大臣に対する希望　法相訓示と吾人の希望　○大一〇・九・一五（漫録）近頃裁判所感　弁護士井上豊太郎君談　○大一一・一〇・二八　民事裁判に於ける自由裁量　判事片山通夫君　○大一五・二・一〇　裁判及裁判制度の根本的改善（二）判事法学士松山与三吉君
（28）同旨として○明四〇・六・五　大阪法廷見聞録　松生　○明四一・六・二五　地主対借地人の関係と裁判上の和解（法

律新聞）○明四三・五・三〇　実業家の司法観　神戸貿易商某君談。実業界への知識不足については四章で紹介する。

紹介したように、記事の中には書証の「偏重」を批判するものが一定数みられる。江戸以来の書証優先（明治初期における状況について伊藤孝夫「明治初年における契約と証書」論叢一七二巻四・五・六号（平二五））、仏民法の書証優先の考え方の影響いかんについては、判断が難しい。本研究の対象とする時代とは時間のへだたりがあり、また記事中でこれらの影響を示唆するものは管見のかぎり見当たらない。

(29) 明治二〇年（一八八七）司法省法学校速成科卒、二一年無試験免許代言人。大正二年（一九一三）前橋区裁監督判事。

(30) 明治二四年（一八九一）生まれ。大正五年（一九一六）東京帝大法科大学卒、司法官試補。大阪地裁、区裁判事を経て一〇年高知地裁判事、一三年大阪地裁部長、昭和九年（一九三四）大阪控訴院部長、同年退官し弁護士。「民事裁判の基本問題としての具体的妥当性の研究」を命ぜられている（昭和二年）。片山哲（弁護士として大正後期から社会運動に関与。のち首相）の弟。

(31) 予防法学の欠落を批判し、その必要性を鼓吹することは当時の『法律新聞』の社論であった。この点については五章で論ずる。

(32) 大正改正の立法過程（貴族院での審議）における水上長次郎の発言（松本博之ほか編『日本立法資料全集一三　民事訴訟法（大正改正編）（四）』[646]（大一五・二・二二））「民事訴訟の事件に付ては証拠の如何に拘らず、弁論全体を参酌して、そうして自由なる心証に依って真否を決すると云うことになって居る。所が実際の模様を見ますると…真否の判断と云うよりは、寧ろ証拠の判断と云うことになって居りはしないか…固（もと）より証拠の判断をすれば、真実が其中に含まれて居るのでありますが、真否如何に拘らず証拠さえありさえすれば宜しい。此言葉の上から言えば形式上の真否主義と言いますか、実際証拠があれば真実であるか、証拠さえあれば真実でなくとも構わぬと云う意味合があるように思う」。水上は職権強化の立場で論陣を張った人物であるが（経歴は一章注（66）参照）、いわゆる「証拠裁判」を否定する意味あいで「自由心証」を理解していることが目を引く。

(33) 理論化は容易ではないとしても、裁判官の著作はこのことを認めているように思われる。村松俊夫「裁判についての一考察」「裁判官と法」（同『民事裁判の理論と実務』（昭四二）所収）、田尾桃二「『経験』、『勘』などについての思い出」法曹四八八号（平三）。

(34) 四章で論ずる。
(35) 以下紹介するもののほか、○明三八・七・一○　裁判雑観　○明四五・七・五　東京大阪両裁判所比較評　弁護士法学士清瀬一郎君談
(36) 明治七年（一八七四）生まれ。三四年東京帝大法科大学卒、三五年弁護士。第二東京弁護士会長を歴任。昭和一二年（一九三七）死去。
(37) ○明四○・四・一五　大阪法廷見聞録　松生　○明四三・二・一五　大阪地方裁判所部長多喜沢君談片。その他同旨、○明三五・一二・一五　東京控訴院各部長に対する弁護士控所の評判　○大五・二・一五　仙台法況　弁護士野副重一君談　○大五・四・一五　和仁大阪所長談　○大一○・一○・二五　評判の宜い東地民事第三部
(38) 三六○条　当事者ノ提出シタル許ス可キ証拠ヲ調ヘタル結果ニ因リ証ス可キ事実ノ真否ニ付キ裁判所カ心証ヲ得ルニ足ラサルトキハ申立ニ因リ又ハ職権ヲ以テ原告若クハ被告ノ本人ヲ訊問スルコトヲ得
　当事者訊問については、水野「『節度ある』職権介入の構想――大正民訴改正における職権証拠調と当事者訊問」（現時点で未刊行）を参照。当事者訊問の沿革について先行研究は、当事者訊問が証拠方法としての当事者宣誓の代替物として出現したという見地から、一九世紀中のイギリスやバイエルン、オーストリアの立法が徐々に採用していったと説明する（岩沢彰二郎「当事者による証拠方法」曹誌六巻一～三号（昭三）、中野貞一郎「当事者尋問の補充性」（同『民事手続の現在問題』（平元）所収）二○六頁）。本稿では、中世学識訴訟法の大家クヌート・ヴォルフガング・ネルにならい、釈明権が中世学識法手続以来、当事者訊問とほぼ同一の役割を果たしてきたことを強調しておきたい（Knut Wolfgang Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, Berlin 2012, S. 168）。
(39) 同旨、○大四・一・一　卯年気焔くらべ（弁護士法学博士岸清一君談）　○大一○・九・二五　当事者本人の訊問に就て（法律新聞）　○大一五・三・二八　改正民事訴訟法案に対する批判　弁護士松倉慶三郎君
(40) 明治一七年（一八八四）生まれ。大正三年（一九一四）京都帝大法科大学卒、弁護士。七年判事任官、金沢・大津地裁判事を経て一○年大阪区裁判事。
(41) ○大一五・二・一○　裁判及裁判制度の根本的改善（二）判事法学士松山与三吉君　○大一五・二・一八　裁判及裁判制度の根本的改善（四）判事法学士松山与三吉君　○大一五・二・二八　裁判及裁判制度の根本的改善（八）判事法学士

松山与三吉君。同旨、○大四・一・一　卯年気焔くらべ（弁護士法学博士岸清一君談）　○大一〇・九・二五　当事者本人の訊問に就て（法律新聞）

（42）林屋礼二ほか『統計から見た明治期の民事裁判』（平一七）［2－4－2］［2－4－7］、同『統計から見た大正・昭和戦前期の民事裁判』（平二三）［2－4－2－1］［2－4－7－1］。取下げのうち一定数は裁判外で和解が成立していると思われるので、その前提としての裁判所の和解勧試が一定程度機能していた可能性はありえる。実態について、現時点では判断することを差し控えたい。

（43）以下紹介するもののほか、○明三九・一・二〇　和解の活用（裁判官の技倆）　○明四一・六・二五　地主対借地人の関係と裁判上の和解（法律新聞）　○大一一・一〇・二八　民事裁判に於ける自由裁量　判事片山通夫君　○大一四・六・八　民事裁判所を全廃して新に仲裁調停所を設置せよ（訴訟の弊害と示談の効用）弁護士松倉慶三郎君

（44）その他、書証の成立の真正（いわゆる形式的証拠力。内容の真実性とは区別される）が濫りに争われがちであることをはじめ、鑑定の質の低さ、写真術の応用の必要、証拠調の予算の不十分等についての記事が散見されるが、本稿では省略する。

（45）○明三五・一〇・二〇　法廷見聞録（一）　○明三八・一・二五　弁護士田沢鎭太郎君経験談　○明三九・五・三〇　銀行倶楽部晩餐会（長谷川東京控訴院長）　○明三九・七・一〇　東京地方裁判所部長今村恭太郎君談片　○明四二・五・一〇　函館時事書感　支局巴港生　○明四二・六・二五　実業家と法律（二）大阪支局跳波生　○明四三・二・一〇　伏見部長の大阪に於ける民刑事件観　○明四三・七・二〇　吾人の希望　東京地方裁判所民事裁判長名川侃市氏談　○明四三・一二・二〇　法廷雑観　傍聴子　○大元・一一・一五　宣誓に就て　在大阪贅六生　○大四・一・一　卯年気焔くらべ（弁護士法学博士岸清一君談）　○大五・一・二〇　高崎法況　弁護士小林伊蔵君談　○大五・二・一五　仙台法況　弁護士野副重一君談　○大五・四・一五　和仁大阪所長談　○大五・五・二五　大阪弁護士談　○大一三・一二・二〇　司法制度の改善策　江口巴港君　○大一五・二・二七　裁判及裁判制度の根本的改善（七）判事法学士松山与三吉君

（46）○明三九・五・三〇　銀行倶楽部晩餐会（長谷川東京控訴院長）　○明三九・七・一〇　東京地方裁判所部長今村恭太郎君談片　○大五・二・一五　仙台法況　弁護士野副重一君談　○大五・四・一五　和仁大阪所長談　○大一二・七・一五　裁判教育と陪審　法学博士原嘉道君

（47）○大三・七・二五　独逸民事訴訟法の運用（宣誓の効果）在独逸法学士寺田四郎君
（48）○明四二・三・二〇　民事訴訟に於ける宣誓の方式　大阪控訴院判事榊原周次郎君　○明四二・五・一〇　函館時事書感　支局巴港生　○大元・一一・一五　宣誓に就て　在大阪贅六生　○大四・一・一　卯年気焔くらべ（弁護士法学博士岸清一君談）　○大一四・一一・二三　中国弁護士大会　岡山弁護士会主催　○大一五・三・二八　改正民事訴訟法案に対する批判　弁護士松倉慶三郎君。他方○明三六・一二・一〇　宣誓を廃す可し　判事栗原藤太郎　は、宣誓の基盤に宗教があって宗教心に富んでいる外国人（欧米人のこと）とは異なり、わが国の宣誓は単なる模倣にとどまり形骸化しているため廃止すべきである、とする。
（49）○明三六・一〇・一〇　民事訴訟法改正案に就て　無名氏　○明三九・一二・一〇　中国弁護士大会　○明四三・二・一〇　伏見部長の大阪に於ける民刑事件観　○明四五・二・二五　函館法曹雑話　巴港　○大六・七・二〇　東北弁護士大会（○大六・七・二三　東北弁護士大会決議　を参照）　○大一〇・一二・二三　民事訴訟法改正私論（三）弁護士齋藤巖君　○大一三・一二・二〇　司法制度の改善策　江口巴港君　○大一四・一〇・五　東京弁護士会の建護と其促進　○大一四・一〇・二〇　正義の秤に掛る証拠の取調は最も慎重を要す　ドクトル、ジユリス東京弁護士梅原錦三郎氏談　○大一四・一一・二三　中国弁護士大会　岡山弁護士会主催
（50）○明三九・六・二五　法衙月旦　社員稲村蘿月
（51）○大四・一・一　卯年気焔くらべ（弁護士法学博士岸清一君談）　○大五・五・二五　大阪弁護士談。イギリス法の立場からわが国における証拠法（証拠法則）の必要性を当時説いていたものとして、江木衷「証拠法制定ノ必要」新報二一巻四号（明四四）がある。江木は『法律新聞』に多く寄稿していた人物でもある。
（52）口頭弁論調書には、当事者の申立・陳述についての口頭弁論調書（狭義）と証人の証言についての訊問調書があるが、当事者の主張は書面でなされることが基本であった（後述のように、書面審理化していた）し、以下の記事も多くは訊問調書についてのものである。両者を包含して取り上げる記事も少なくないので、本稿では一括して取り上げた。
（53）○明四〇・八・三〇　長崎法界と民事裁判　○明四四・一・一五　京都裁判所と弁護士との協訂事項　○明四四・八・二五　司法大臣の諮問に係る民事訴訟法改正に就て（続）法学士弁護士林龍太郎氏談　○大三・一・一〇　弁護士より裁判官に望む　弁護士法学士喜多村桂一郎君　○大三・三・三〇　公判始末書改竄事件　○大四・一・二五　裁判所書記と

人材登用（訴訟手続の実質上の改革）（法律新聞）○大五・八・一八　官等俸給令中改正（法律新聞）○大六・二・二八　在野法曹より裁判所方面に対する希望　弁護士熊谷直太君談　○大七・二・一五　大阪管内に於ける書面排斥主義に就きて　弁護士清瀬一郎君　○大七・一一・五　原司法大臣に対する希望　司法改良諸問題に就て（判任官Z生）　○大一〇・二・三　司法制度改革の決議　○大一〇・一二・二五　民事訴訟法改正私論（四）弁護士齋藤巖君　○大一三・八・二三　司法改善の二三　弁護士齋藤巖君　○大一四・一・一八　司法革新の急務を論ず　弁護士土屋倫啓君。供述を文語体で記載すると真意がねじまげられるので、口語体での作成を求める指摘もある（○大一三・一二・二〇　司法制度の改善策　江口巴港君）。「其の品の中の一品は被告が之れを知って居ります」という申立を「其の品の中一品は被告が之れを存してゐると申立てた」と記載したため、被告がその中一品を保存しているという意味にとられ敗訴したという。

このように調書作成に対しては弁護士からはかなりの批判があったが、裁判所の見方は異なったようである。裁判所に資料として配布されていたゾキフェルト『独逸帝国民事訴訟法同施行条例註釈（上）』（明三二）二四四頁は、裁判官が口授して書記に書取らせることを認め、大正改正法でもそのスタンスは維持されたと思われる（松岡義正『新民事訴訟法註釈　第四巻』（昭九）八三〇頁）。読み聞かせについても大審院判例は、不遵守は手続上違法であるが調書を当然無効にはしないという姿勢であった。期日後の作成を含め、大正改正法について実務の実態に沿う形で運用がなされたことにつき、斎藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法(4)（第二版）』（平三）一四二－一四六条を参照。

(54) ○大五・一二・二〇　無題録　○大六・三・三　在野法曹より裁判所方面に対する希望　弁護士秋山襄君談

(55) 東京の裁判所に対する大阪の弁護士の不満として、○大三・一〇・二五　中央法衙の一隅より

(56) ○大三・一・一〇　弁護士より裁判官に望む　弁護士法学士喜多村桂一郎君　○大一二・四・二〇　九州沖縄聯合弁護士大会に提出したる議案に就き敢て当局の清鑑に供す（上）弁護士齋藤巖君

(57) ○大一五・二・一五　改正民事訴訟法案を評す（五）弁護士齋藤巖君

(58) 三六三条　原告若クハ被告カ十分ナル理由ナクシテ供述スルコトヲ拒ミ又ハ訊問期日ニ出頭セサルトキハ裁判所ハ其意見ヲ以テ訊問ニ因リテ挙証ス可キ相手方ノ主張ヲ正当ナリト認ムルコトヲ得

(59) 水野浩二「『節度ある』職権介入の構想――大正民訴改正における職権証拠調と当事者訊問」（寄稿済みだが現時点で未刊行。アイデアは水野「口頭審理」注（84）に示した）。証拠法各則についての議論の検討は今後にまちたい。

起草過程のリーダーの一人、松岡義正は「形式的真実と実体的真実」法律評論十周年記念論文集（大一〇）で、民訴が不干渉主義を採るのはそれによって多くの場合に真実を発見できるからである、民訴においては結果に直接の利害関係がある当事者に委ねるのが適切である、真実に反する裁判がなされるのは当事者の努力不足ゆえである、という「古典的」な不干渉主義理解を示している。

三章　口頭審理

ここまでの『法律新聞』記事の検討は、訴訟関係の明瞭な認識と真実探究のための裁判官の介入が、一定以上に積極的に評価されかつ期待されていたことを示していた。他方でそれはあくまで理想像であり、実務の現実がそれとは隔たっていたことも看取される。本章以降では現実がいかなるものであったのかを、審理の形態すなわち口頭審理か書面審理か（三章）、裁判官の実態（四章）、そして民事訴訟の利用者のありよう（五章）について論ずることにしたい。

大正民訴法改正の起草・立法過程での重要な論点として、準備手続の一般化と闕席判決の廃止があげられる(1)。そこでは訴訟関係の明瞭な認識と真実探究のための職権介入が、口頭審理という審理の形態とリンクされていた。「口頭審理での職権介入による丁寧な判断」と「書面審理による迅速化」という二つのアイデアを対立の軸として、激しい議論が展開されたのである。起案者＝司法官僚は「口頭審理での職権介入による丁寧な判断」に固執したが、明治民訴法下で書面審理化していた実務に慣れた委員たちは「書面審理による迅速化」を主張したため、口頭審理を重視する司法官僚たちのアイデアは成法ではかなりの相対化をこうむることになる(2)。本章では、口頭審理が訴訟関係の明瞭な認識と真実探究にいかなる関連を持ちうるのかについて、『法律新聞』が伝える明治民訴法下の実務の実態と実務法曹の認識を検

討することにする。

一節　口頭か書面か

一〇三条　判決裁判所ニ於ケル訴訟ニ付テノ当事者ノ弁論ハ口頭ナリトス但此法律ニ於テ口頭弁論ヲ経スシテ裁判ヲ為スコトヲ定メタルトキハ此限ニ在ラス

一〇四条　口頭弁論ハ書面ヲ以テ之ヲ準備ス

一一〇条②　当事者ノ演述ハ事実上及ヒ法律上ノ点ニ於ケル訴訟関係ヲ包括ス可シ

③　口頭演述ニ換ヘテ書類ヲ援用スルコトヲ許サス文字上ノ旨趣ヲ要用トスルトキハ其要用ナル部分ニ限リ之ヲ朗読スルコトヲ得

一　書面審理化した実務への肯定的評価

明治民訴法施行の直後は口頭審理が機械的に厳格に行われていた時期もあったようだが[3]、『法律新聞』に多くみられるのは、明治民訴法一〇三条などが定める口頭審理（当時は「口頭弁論主義」という概念が用いられていた[4]）の厳格な適用を手続遅延の一因として批判し、一定程度の書面審理化を主張する、あるいはそうなっている実務の現状を支持する記事である。よく指摘されるのは、手続の中で一々当事者の口頭での申立・陳述を求めることは手数がかかるというものであるが、不必要に長時間の弁論をおこなう弁護士の存在も指摘されている[5]。とくに上告審については、法律審であるという理由からも書面化が要望される[6]。

他方、書面審理の利点として挙げられる中には、真実探究に関連するものがある。口頭での応答は不正確になりがち[7]、口頭弁論の時間はどうしても制限されるので十分に意を尽くせない[8]、審理が長引く結果裁判官の交代が常態化し

ており、同一裁判官でも記憶が薄れてしまう(9)、口頭審理についての弁論調書作成を行なう書記の能力に問題がある(10)、などが主張されている。

二　口頭審理の意義は？

訴訟関係の明瞭な認識と真実探究のための職権介入、とりわけ釈明権の行使は前章までの叙述で明らかなように、その一定部分は口頭審理において行われ得るものであった。しかしその積極的根拠について明示的に述べている記事は少ない。口頭審理（口頭弁論主義）が民事訴訟の原則であるという指摘はしばしば見られるが、その根拠はどこまで内在的に理解されていたのだろうか。

○大七・三・五　判事霞城氏に答ふ　弁護士清瀬一郎君　は、「如何に達意の文も、文字は畢竟死物なり。彼の単に論理と文法とより来る法律解釈の論さえも、之を演ぶる者の如何に依り、相手に与うる効果の異るは吾人の常に経験する所なり。況んや生きたる事実を含む事実的争点の供述に於てをや。故に余は徹頭徹尾、訴訟法典より口頭主義を排斥するを好まず」と述べる。○大六・六・一五　中央法衙審理の趨勢　も、「[大審院以外の]事実裁判所は民事にあれ刑事にあれ、口頭演述に依るにあらざれば心証を得るに由なし。然るに近来事実審も大審院の例に倣い、当事者の口頭演述を聴くことを厭う傾向あるは、洵に憂う可き現象ならずや。蓋し事実裁判所に於ける案件多き為め、不知不識此傾向を来したるものならんも、裁判の事実を得ると否とは実に当事者に取りて重大の関係あることなるを以て、此点に付敢て判官諸公の賢慮を煩す」としている。現在でも口頭主義の利点として指摘される、直接陳述を聞くことで新鮮な印象をえられる、拙速を図り準備書面でしか主張を事実上認めないのでは真相を得ることができない、という考え方といえる(11)。

○明四五・七・二五　敢望浜田部長　大阪贅六生　は、当事者が準備書面で主張した内容を口頭弁論で修正すること

に否定的な態度をとった裁判官を批判する。松尾寺の讃州金刀比羅神社に対する宝物取戻事件は世間の耳目を集めていた。したがって、裁判所もその審理を丁重にし当事者にいささかの遺憾も無いようにすべきであった。「然るに本月十日開廷せられたる同事件に於ては、世人の予期に反し、控訴人も被控訴人も殆んど一言の弁論を費さず終結せられたり。之を換言すれば、調書には準備書面に基き弁論し、又既に提出したる準備書面に漏れたる事項に就ては更に準備書面を提出せしむる条件の下に結審せられたり」。当事者がその簡便な方法で満足しているなら格別、もし当事者が正則にしたがって口頭弁論を希望する場合には、裁判所はそうしなければならない。いわんや本件のような世人の注目する事件ではなおさらである。「然るに裁判所は、被控訴人が準備書面に脱漏したる点に就て僅か十分間の弁論を為さんとしたるに対し、之を与うるに吝（やぶさか）なりしは、吾人其何の故たるを知るに苦しむものなり。既に控訴代理人中不平の声を漏らし、訴訟関係人の斯かる大事件に対して一言の弁論を為さざりしを其代理人に詰問したりと云うにあらずや」。ドイツ民訴法では準備手続結果の当事者による陳述は、その際に裁判官は釈明を求めて内容の正確な理解を行うことができ、当事者も不正確・不十分と考える部分についてその場で修正できるという実質的な役割を与えられていたが、わが国ではそのような理解は広まらなかったと思われる(12)。

口頭審理の上述の利点を代理人（弁護士）ではなく当事者本人に対して、それもできるだけ手続の早い段階で行使すべしと主張するのが、〇大一〇・九・二五　当事者本人の訊問に就て（法律新聞）である。

「英米の法廷では、事件の当事者を口頭弁論の初発に於て取調ぶるを常とする結果、問題の区域縮少し争点自ら簡単となるのみならず、又当事者をして宣誓せしむることが出来るので、出鱈目放題の陳述を予防するを得べし。日本でも現行民事訴訟法実施前は、事件は必ず勧解を経ることを要し、而かも勧解には代人出頭を許さざる為め、本人に対し協調策を講ずるを得…然るに現行民事訴訟法は、其実独逸民事訴訟法の翻訳に係り、其中二三ヶ条を除くの外他は悉（ことごと）く

之を其儘採用したので、裁判官は之れに拘束せらるる事多く、頗る其自由の活動を欠いて居る観がある。而かも紛議仲裁法の如き良法は之が翻訳を怠り、全然実施しなかった。現行法では審理の末に当事者を訊問するの規定があるも、此規定を適用せずに済ます場合甚だ多い。又当事者の側でも、体裁の悪い事件は代理人を出廷せしめて勝手放題の陳述を為さしむる等、事件の真相が法廷に現われぬことが尠くない。民事訴訟法も畢竟するに事実の真髄を捕捉するを其目的とするものであるから、之が運用の局に膺る者も亦宜しく此観念から離れてはならぬ。…民事訴訟法には当事者訊問の外に猶和解を為す規定がある。和解を為す為めには当事者を呼出し、或程度迄の事実を聴取し和解の方針を定めなければならぬ。法律は既に斯く本人取調の道を拓いて居るのであるから、英米の如く能うべくんば事件の初発より本人呼出を行うことも決して不可能ではない。…我国の司法官たる者も宜しく其心して審判に努め、徒らに条文に拘束せられて事実の真髄を逸するなからんことを期せざるべからず」。

本人を出頭させて早期に直接訴訟関係を明瞭にすることが、和解による解決につながるという認識である。事件の背景に前近代以来の法観念と近代法の齟齬や情誼的関係があることも少なくない状況では[13]、口頭審理は権利義務関係の解明とならんでフェース・トゥ・フェースの説得、和解勧試の場としても認識されていたのかもしれない。

以上要するに、口頭審理が訴訟関係の明瞭な認識や真実解明に資するという認識は、実務法曹において存在しなかったとはいえないがそれほど明確なものとはいえず、実務では書面審理によりかなりに相対化されていた。このことは、弁論の準備をどう性格づけるかにおいて明瞭に立ち現われる。

二節　準備書面と準備手続

大正改正の目玉であった準備手続の一般化について、先行研究は迅速化の手段として導入されたと位置づけてきた。筆者は旧稿で、起案者＝司法官僚が意図していたのは、裁判官と当事者が懇話的な雰囲気の中でのやり取りにより、訴訟の最初の段階で訴訟関係を明瞭に認識し争点整理を行うという「口頭審理での職権介入による丁寧な判断」にあり、迅速化はあくまでその結果として考えていたことを論じた。従って準備手続はむしろ口頭で行うものとして想定され、単なる準備書面の交換であってはならなかった。司法官僚には、明治民訴法下の実務において準備書面があまりに大量に出され、訴訟関係の認識に困難をきたしているという考えがあったのである(14)。では、『法律新聞』紙上に示された弁論の準備の実態と実務法曹の認識はどのようなものだったろうか。

一　準備「書面」の問題　(1)　内容の不十分・提出の遅延

明治民訴法期を通じて『法律新聞』で頻繁に批判されていたのは、当事者（弁護士）の準備不足による準備書面の記載の不十分さであり、提出の遅れであった。

最も早い例として○明三三・一二・二四　訴状答弁書の記載及提出方に就き　は、大阪地裁所長が大阪組合弁護士会長にあてて以下のような要望をしたとある。

「前年、訴状及答弁書の記載方及提出方等の義に付通達致置候処、近頃に至り再び旧時の状態を顕わし、訴状及答弁書甚だ簡短にして立証方法すら明示せざるあり。殊に答弁書の如きは何等事実の記載なく、而かも之を口頭弁論期日に提出する等、訴訟の進行を渋滞せしむる事実に尠（すくな）からざるに付、今般貴下より尚お貴会各位へ其の注意有之度希望致候也。

一　訴状［原文は「訴訟」］及答弁書には、民事訴訟法第百四条乃至第八条に従い、準備の諸件を記載して之を提出すること。

一　口頭弁論期日に切迫して準備書面を提出し、或は予め完全なる準備書面を提出せずして弁論期日に至り、新に主要なる事実及び立証方法を提出する等ありて、為めに相手方をして期日の変更弁論の延期等を申請するに至らしめざるこ

と。若し此等の申請を為すに至らしめたるものは、其費用を負担せしむることある事」

明治民訴法一〇五・一九〇・一九九条は原告の訴状・被告の答弁書の記すべき内容を明示していたが[15]、この記事にすでに典型的に見られるように、原告の訴状や被告の答弁書に一定の申立ぐらいしか記載がない、事実関係が記されておらず口頭弁論になって初めて判明する、答弁書の提出が遅れ口頭弁論期日になってようやく提出する、証拠方法を具体的に記載せず相手方の抗弁をうけて初めて提出する、証拠調申立書の提出が遅れる、といった実情が頻繁に報告されていた。つまり、準備書面が口頭弁論のための準備として実際上機能していないため、弁論の延期続行という結果をまねき、口頭弁論を数回重ねないと争点が明確になってこず、遅延の大きな原因になっているという批判は、この時期をつうじて極めて多かった[16]。

○明四二・七・二〇　大阪地方裁判所の観たる弁護士　は、大阪地裁が調べた「統計」を紹介している。それによれば、答弁書は一四日の期間内に提出するものは稀有である。最初の弁論期日までの提出が三割、結審までの提出が六、七割、結審後もなお提出しないものも往々ある。証拠写は期日当日の提出が二割、結審までが六割、結審後催促の末ようやく提出するものもある。期日前予め相手方に提出していないため、認否申立のために延期されるケースが二割。一定の申立訂正書は申立の当日提出が三割、結審までが六、七割、証拠調申請書は証拠期日までに提出するものが五割、などとなっている。

これらの批判記事の多くは裁判所サイドによる不満の表明・改善の希望であり、裁判所が管内弁護士に対して正式なかたちで改善を求めた例もすくなくない[17]。弁護士からは批判・改善策の提案が見られる一方で、駆引きとして相手方に情報を与えないようにするのはやむを得ない、抗弁や証拠を事前に全て提出せよというのは困難であるし口頭弁論主義に反する、依頼人が事実を隠蔽しており相手方の抗弁に接して初めて真相を知ることがあるという反論もあるが、それ

ほど多いとはいえない。[18]

(2)　大量提出？

一〇六条①　準備書面ニ於テ提出ス可キ事実ハ簡明ニ之ヲ記載ス可シ

②　此他事実上ノ関係ノ説明並ニ法律上ノ討論ハ書面ニ之ヲ掲クルコトヲ得ス

他方大阪方面の実務では、準備書面が余りに大量に提出されるため遅延の原因になったり、真相を得にくくなっているという批判がなされている。[19]

大阪では簡単な事件でも複雑になる傾向があり、抗弁が非常に緻密で証拠の出し方も多く、準備書面も精密であるとされ、法律上の議論を長々と論文のごとく書き連ねていると批判されていた。〇大七・二・一五　大阪管内に於ける書面排斥主義に就きて　弁護士清瀬一郎君[20]　によれば、「民事訴訟法第百六条に於ては『準備書面ニ於テ提出ス可キ事実ハ簡明ニ之ヲ記載ス可シ、此他事実上ノ関係ノ説明竝ニ法律上ノ討論ハ書面ニ之ヲ掲クルコトヲ得ス』と在るに拘らず、従来各地の裁判所に於ては…多少事実関係の説明及法律論を包含せる書面を提出せしめ来りたる慣行あり。弁護士も亦之を便なりとし、殊に熱心なる弁護士は努めて自己の主張を書面に認めて之を提出し来りたり」。大正七年（一九一八）前後には大阪控訴院管内で詳細すぎる準備書面は受理しない措置が講ぜられたとみられるが、その原因を〇大七・二・二五　準備書面提出に関する清瀬弁護士の所論に就て　判事霞城君　は辛辣に述べている。

「慎むべきは、討論を書き事件の筋書を記述するが如きは断然為すべきものに非ず（民訴法一〇六の(2)項）。…往々法廷に提出さるる準備書面は主張と証拠とを混用して、下手の長が長がしく見るからに戦慄すべき書面を提出する者あり。又準備書面を以て著述を為すが如く思惟する者あり。或は又演劇の筋書でも記述するが如き心地にて準備書面を認むるものあり。甚だ敷に至りては、短編小説を書くが如き筋書を以てする者あり。準備書面は徒らに容積の多きを以て尊し

とするに非ず。又書き振りの面白きを以て歓迎するに非ず」。大正改正前夜になっても和仁貞吉（東京控訴院長）から、「近時一般に準備書面の分量益嵩み、甚しきは数十枚の多きに達」し、書面審理主義に傾いた弊害なので、爾後は一切受理しないことにしたいと提案されたという（〇大一四・一二・一〇　口頭弁論主義と書面審理主義　弁護士松谷与二郎氏談）。

しかし『法律新聞』では全体的にみれば、準備書面が「浩瀚過ぎる」ことよりも「不十分な内容のものが遅々としか出てこない」ことのほうが問題視されていたと解される。大正改正の起草過程で多数を制したのも、準備書面が大量に提出され書面審理化することを警戒する起案者＝司法官僚の主張ではなく、まともに準備書面が提出されていないことを問題視する弁護士委員らの見解であった[21]。

二　準備「手続」への関心のありよう

(1)　効果――早期の争点確定か迅速化か

他方、準備手続のアイデアについては、オーストリア民訴を範とするかたちで紹介されていた[22]。もっとも早い例として〇明三六・八・二〇　民事訴訟法改正案理由　民事訴訟法草案起草委員法学博士河村譲三郎氏の談　では、明治民訴法の改正を要する第四点として訴訟の迅速化を挙げ、種々の改正点を列挙したうえで「特に一言を付加すべきものあり」として以下のようにいう。

「輓近欧州の諸国に於て訴訟の延滞と之に対する救済策とは、社会の一部に於て実に一大問題と為り居れること是なり。塊国が新訴訟法を編集するに当ても、頗ぶる此点に対して重きを置きたるものの如し。［第一期日で訴訟要件の審査を行ったうえで］若し又進んで更に事実の審理を為すべきを必要と認むるときは、裁判所は即ち準備手続を命じて、一人の受命判事をして証拠調其他の手続の準備を為さしめ、然して後口頭弁論を開始すと云う規定なり。而して之に依て大に訴訟の進行を迅速ならしむると云うは、同国人の唱道する所なり」

このコメントは確かに迅速化の観点から述べられているとはいえ、期間の短縮や職権進行とはことなり、手続冒頭に集中して訴訟関係を明瞭に認識し争点を確定する結果として迅速化を実現できるという立場であった。この後も『法律新聞』では間欠的に準備手続のアイデアが言及されているが[23]、「準備手続を確実にして置くならば、大抵の事件は一回の弁論で終る」など、手続の初期における争点確定によってそれ以降の口頭弁論の迅速化が実現できる、というスキームで論じられていた。〇大一三・一二・一〇　弁護士諸君に告ぐ　大審院長法学博士横田秀雄君[24]　は、イギリスで行われている訴訟準備が迅速化に極めて有用であるとした上で[25]、

「訴訟の争点を明かにするが為めには、事実点、法律点に渉って徹底的に事案の研究をしなければならぬのであります。…訴訟の争点を確定すれば、それと共に審理の範囲も自ら定まって、不必要なる訴訟手続を節略することが出来るのである。…争点は、通例当事者が事実の演述を了った時に、必ず極めたい、或は当事者が進んで争点を確定して之を裁判官の判断に委する、或は又釈明権を行使する裁判長が介入してそうして三者協議の結果争点を定める、孰れかの方法に依りたい」と述べている。同様に大正改正近くの記事には準備手続の採用を、「現行法のドイツ法主義の形式偏重を排し、実利的な英国の公判準備制度を採用した」とイギリス法の影響とするものがみられる[26]。

しかし、手続初期に訴訟関係の認識を丁寧かつ集中的に行うことで口頭弁論段階の迅速化を図るというこのアイデアは、「手続そのものの迅速化」と直結されてしまいがちだったようにみえる[27]。司法官僚サイドのスタンス、すなわち準備手続はあくまで丁寧に行うべきであり、その後の口頭弁論が迅速化されたとしても手続全体にかかる時間はさして変わらない、という認識とはへだたりが生じてゆくのである。

(2)　態様への無関心

他方、準備手続の具体的なすすめ方について関心が向けられた例はごく少ない。〇明三九・一一・五　富山地方裁判

所の管内彙報発刊　で富山地裁所長が、弁護士に準備書面の適正化を求めたうえで、「此点に関する卑見は、弁論期日前事件主任官立会の上、当事者双方に付き事実の争点を確定せしめ、其証拠方法をも予知せしめたる上、弁論の開始するを得策と信ず」と論じたのが最も早いと思われる。[28]〇大一一・一・二五　民事訴訟法改正私論（九）弁護士齋藤巖君は

「裁判所の訴訟指揮権を弁論開始前に活躍せしむるを要す。[訴状・答弁書提出から弁論期日までの間に]訴訟指揮権の活用によりて、請求原因乃至答弁内容を明確ならしめざるべからず。釈明を要する事項を指示して、弁論前の研究を促すべし。其書面にて用を弁ずるものは書面を以てし、口頭にあらざれば用を足し難きものは口頭を以てすべし。之れが為めに別に法廷を開くを要せず。書記課の受付にても、裁判所の応接室にても、判事室にても可なり」とし、続けて弁論前の証拠方法の提示・証拠申請を認めるよう主張している。ざっくばらんな雰囲気のもと口頭で親しく釈明を求めつつ事案を解明してゆくという、大正改正に携わる司法官僚が温めていたアイデア「口頭審理での職権介入による丁寧な判断」と近似するイメージがここには読みとれる。

しかし、他の記事にはこのような認識を明確に見出すことはできない。大正改正法成立にいたるまで、『法律新聞』紙上で準備手続の具体的なすすめ方が活発に議論され深められていくことは結局なかった。[29]それどころか、起草過程の間内容が秘密にされていた改正法案が公にされると、準備手続を単なる準備書面の交換として認識し、準備手続の導入は書面審理化をもたらすという批判がなされたのである。起草にたずさわった司法官僚たちは、このことについて強い不満を隠そうとしていない。[30]

三　継受法国としての限界

当時、口頭主義の機械的適用が手続遅延の一因と目され、それへの対応として実務上書面審理化が進んでいたことを

念頭に置けば、弁論の準備とは「準備書面のやりとり」であり、準備の充実（による迅速化の実現）とは「準備書面の提出・内容の適正化」と考えられたのは、それとして自然な思考回路であったろう。それに対して大正改正を主導した司法官僚の発想は、準備書面のやりとりが引き起こしていた問題点を改善すべく、裁判官と当事者が口頭で親しくコミュニケーションする準備手続を一般化し、口頭弁論に向けた準備を充実させることで口頭弁論段階の迅速化を実現するというものであった。この「口頭審理での職権介入による丁寧な判断」というアイデアはしかし、「書面審理による迅速化」になずんだ実務法曹においてはほとんど共有されることはなかったのである。

大正改正法施行後に原嘉道は、自分の学生時代はまだ訴答文例の時代であったので明治民訴法の知識は条文と一、二の註釈書だけから得ざるをえなかった、とした上でこう回顧する。明治民訴法の条文及び精神からすれば、「口頭弁論は必ず書面を以て準備すべきものとして居るのであって、此の書面準備が不完全であれば、口頭弁論主義も其目的を達することが出来ぬのである」、「口頭弁論では、書面に既に現われて居る事柄を更に言語で敷衍陳述し、其趣旨を徹底せしむるに止ま」り、準備書面の規定が遵守されて裁判長が適当に職権を行使すれば、事件は迅速に判決されるはずと思っていた。しかし実務では訴訟準備は著しく不完全で、審理終結は非常に遅延し、期待は全く裏切られた。「尤（もっと）も後に聞いた所に依れば、旧民事訴訟法の模範とされた旧独逸民事訴訟法の下でも同一の現象が起って居たのであるから、我旧民事訴訟法制定当時にも能く独・墺諸国の実際を研究したならば、予め斯（かか）る弊害を防止する法則を採用する考も起ったのであろうが、当時は唯独逸民事訴訟の形式方面のみ模倣するに急であって、訴訟進行の実際の状況を取調べるまでの余裕がなかったので、遂に彼の国と同一の弊害を現出するに至ったものと思われる」[31]。

母法国ドイツでは、一八七九年（明治一二）の帝国民訴法施行後まもなくオットー・ベールによる実務アンケートを契機に[32]、口頭審理の適切な実施には書面での十分な準備や、裁判官・弁護士双方の積極的関与と高い能力が必要とされ

ることなど、具体的な運用レベルでの認識の深化がそれなりに進んでいた[33]。早期に書面審理化していたわが民訴実務のもとでは、書面による適切な準備と口頭審理とを有機的に結合させるアイデアは、実務法曹の共有するところとはならなかったようにみえる[34]。

三節　闕席判決

二四六条　原告若クハ被告口頭弁論ノ期日ニ出頭セサル場合ニ於テハ出頭シタル相手方ノ申立ニ因リ闕席判決ヲ為ス
二四七条　出頭セサル一方カ原告ナルトキハ裁判所ハ闕席判決ヲ以テ其訴ノ却下ヲ言渡ス可シ
二四八条　出頭セサル一方カ被告ナルトキハ裁判所ハ被告カ原告ノ事実上ノ口頭供述ヲ自白シタルモノト看做シ原告ノ請求ヲ正当ト為ストキハ闕席判決ヲ以テ被告ノ敗訴ヲ言渡シ又其請求ヲ正当ト為ササルトキハ其訴ノ却下ヲ言渡ス可シ
二五五条①　闕席判決ヲ受ケタル原告若クハ被告ハ其判決ニ対シ故障ヲ申立ツルコトヲ得（以下省略）
二六〇条　故障ヲ適法トスルトキハ訴訟ハ闕席前ノ程度ニ復ス

明治民訴法は口頭弁論期日に一方当事者が欠席した場合、それまでの弁論・証拠調の結果を顧慮せず欠席者を敗訴させる闕席判決の制度をもっていた。闕席判決に対しては無条件に故障申立が認められるため遅延の原因になっていたとして、大正改正では迅速化のために廃止されたと先行研究は理解してきた。筆者は同改正の起草・立法過程についての旧稿で、闕席判決に代わる制度をどうするかをめぐる激論を、起案者＝司法官僚を中心とする「口頭審理での職権介入による丁寧な判断」のアイデアと、書面審理化した実務を前提とした「書面審理による迅速化」のアイデアとの対立として整理をこころみた。口頭審理にこだわる論者は、一方当事者欠席の際にすでに提出されている準備書面の記載に依存して判決がどんどんなされてしまうならば、事件の真相から隔たったものになりかねないという危惧を持っていたの

である。[35] 本節では明治民訴法下の闕席判決の実態に対して、一般の実務法曹たちがいかなる認識を持っていたのかを検討する。

一　迅速化の手段――濫用への批判

明治末期より裁判所サイドから「時間励行」キャンペーンが行われ、当事者不在の場合に迅速な処理のために闕席判決がなされるケースは一定以上あり、「ささいな」遅刻による不在でも闕席判決がなされている実態を示す記事は少なくない。[36] そのほとんどは批判的なスタンスであり、「ささいな」ミスに対するあまりの形式主義的・権威主義的なとりあつかい、そして手続無視が批判されている。

東京区裁では近頃急に時間励行となり、八時の呼出を過ぎること一〇分くらいで開廷、出頭しない者にはドシドシ欠席判決を言渡すので多くの弁護士がこの奇禍（？）にあい、ある弁護士は八時三〇分に出廷すると既に欠席判決となっているという騒ぎ（〇明四五・七・二五　青嵐）。東地民事第四部の「裁判長の名川侃市君廷丁を顧みて原告代理人は何うした、ナニ見えない…出頭名刺が出て居るか…出て居ない…ソンならやって仕舞え…被告は原告は出て居らぬが欠席判決を求めるか…然らば欠席判決を言渡す…次の事件は何うしたと廷丁を急き立てる、廷丁は大急ぎで弁護士を呼びと行く有様は之れまでに見たことのない騒ぎようであった、聞けば時間励行の余勢だそうな」（〇大二・一一・二〇法廷ノート）。〇大二・一一・二五　横浜の時間励行　代議士弁護士安村竹松君談　は、東京だけでなく横浜地裁の近来の時間励行は劇しい、時間に在廷しない弁護士に対して呼込もせず、直ちに欠席判決や休止を言渡す。裁判所が裁判をなすのは義務であるという観念があるなら、僅か三分か五分の遅刻で直ちに欠席裁判や休止をなすはずがない。弁護士室でうっかりタバコでも吹かしていれば「もう休止になりました」といわれることは珍しくなく非難が多い、時間励行も所長が代わって物珍しいことをやってみた例の一つだ、と酷評している。[37]

本人訴訟の例として〇明四〇・一一・三〇　大阪区裁判所瞥見（一）松生　は、被告の親類と称して（「自分の小供を被告の方に呉れてあるから被告と親類だと云う」）出廷した被告代理人に対して、判事はそれは法律上の親属でないので代理人として訴訟行為をすることはできない、とかみ砕いて説明し、弁護士を頼んだほうがよいと勧めて退廷させた。「跡で原告は欠席判決の申立をして申立通りの判決を得た。素人訴訟には能くコンナ失敗が多い。チットは注意するが宜い」と筆者は冷ややかであるが、一章で紹介したような丁寧な対応があってよい事例であったとも思われる(38)。

裁判所が迅速化を図ろうとするあまり、手続を無視した実務を行っている例も紹介されている(39)。〇明三九・六・三〇天下一品の欠席判決（佐賀組合某弁護士談）は、

「〇〇区裁判所の呼出時間は午前八時であるが、サテ開廷は何時も十時頃である…是れも裁判所の御都合とあれば致し方なきことなるが、若し訴訟当事者にして八時半までに名刺を差出さざるときは、仮令裁判官は未だ昇庁せざるも裁判所に於ては休と看做して居る。若し又当事者の一方が名刺を差出し居る時は、仮令当事者本人が実際出頭し居らざるにも拘わらず之を出頭したる者と看做し、開廷せず直に欠席判決を言渡す習慣になって居るので、弁護士などは先ず書生をして名刺を差出さしめて、以て天下一品の欠席判決の予防を為し居れり。けれども御承知の通り、区裁判所事件は十中八九までは本人が出頭するので…休止又は闕席判決を言渡されて、狼狽為す所を知らざるものが少くない」。欠席判決は裁判所が為すのであって書記がなすのでないのに、裁判官が登庁していないうちに書記が欠席判決を言渡すなどとんでもない、と批判する。

二　真実探究からの批判

以上紹介した闕席判決の濫用＝拙速批判には、形式主義・権威主義への反発のほか、本来ならできたはずの主張・立証ができずそれまでの弁論・証拠調の結果も顧慮されずに、出席当事者の主張どおりの内容で判決が言渡され（二四七・

二四八条）、真実探究が放棄されていることへの違和感もあったと思われる。明示的にこの点を指摘する記事もわずかではあるが存在する[40]。

大正改正法案起草の中心人物・山内確三郎は、職権探知の加味により裁判所が事実の真相を積極的に解明すべしとしたうえで、「△欠席判決廃止　職権主義を加味して証拠蒐集等に違算なしと仮定せば、判決亦従て正鵠を得るに近かるべく、対席判決と欠席判決とに区別するの謂れなきを思わずんばあらず」として、欠席判決の廃止を主張する（〇大七・一〇・二三　民事訴訟法改正私見　司法省参事官法学博士山内確三郎君談）。弁護士の齋藤巖は、「欠席の故に有る権利を保護せず無き義務を擬制せんとするは、国家制度として褒むべからず」。「欠席以前の立証を全然看過し、適切なる反証あるに拘わらず、一視同仁の自白を擬制」する欠席手続を批判し、民事訴訟法は「飽迄『実真の私権』の保護を目的と」することを明らかにするべく、欠席手続は廃止あるいは制限すべきである。欠席当事者がすでになした主張立証は訴訟資料として考慮し、判決ができるならば判決し、未だ熟していないならば熟せしめた上で対席判決をすればいい。「而して欠席判決を廃止することは、書面審理の加味によりて愈々（いよいよ）必要となり、職権介入を許すことによりて倍々（ますます）効用あらん」（〇大一一・一・二八　民事訴訟法改正私論（十）　弁護士齋藤巖君[41]）。とはいえ、大正改正法の起草過程で当事者欠席の場合にあくまでその出頭を経たうえでの判決にこだわってゆく山内と、恐らくは準備書面の記載に依拠して判決することを念頭においていた齋藤の間には、口頭審理の位置づけに相違があったのではないか。

以上要するに『法律新聞』においては、一方当事者欠席の際に提出済みの準備書面の記載に依存して判決することは、真相からの隔たりにつながりうるとする「口頭審理での職権介入による丁寧な判断」を重視する視点は、起草・立法過程[42]とは対照的にほとんど見られない。実務法曹においては、闕席判決の濫用が拙速な事件処理につながることへの懸念が示されることはあっても、それが口頭審理の積極的位置づけと結び付けられるには至らなかったのである。

小括

一章・二章で論じたように、裁判官の一定程度積極的な介入により訴訟関係の明瞭な認識と真実探究を行うことは、明治民訴法期をつうじて『法律新聞』では積極的に評価され、その実現を期待する主張がマジョリティとなっていた。しかし、そのための重要な「場」の一つである口頭審理については、やはり当時強く求められていた迅速化、そしてそのための書面審理化という実務の実態のもとで、実務法曹の間では口頭審理の利点は明確に認識されるにはいたらず、口頭審理の運用の具体像についての議論が深まることもなかったと思われる。明治民訴法の下で早期に実務が書面審理化していたことの影響はやはり大きく[43]、司法官僚は欧米諸国の実状をそれなりにフォローした上で大正改正につなげようとしたが、実務法曹との認識の懸隔が埋まることはなかったのだった。

（1）起草過程終了をうけて作成された『改正法律案理由書』（松本ほか編『日本立法資料全集一三（大正改正編）（四）』［639］）では、七項目挙げられる「改正ノ要点」の第一・第二を占めている。

「一　準備手続の制度を拡張し、地方裁判所の管轄に属する訴訟に付ては準備手続を経ることを原則とせり。而して準備手続に於ては、受命判事は当事者をして一切の攻撃防御の方法を提出せしめて争点を整理し、之れが解決に必要なる総ての証拠の申出を為さしめ…以て口頭弁論に於ける審理の迅速と適正とを期したること

二　闕席判決の制を廃止し、当事者の一方が口頭弁論期日に出頭せざる場合と雖（いえども）、裁判所は其の提出したる訴状、答弁書、其の他の準備書面に記載しある事項を斟酌し、出頭したる当事者に弁論を為さしめ、通常の判決を為すことを得るものと為したること」

（2）以上の経緯については水野「口頭審理」の論述を参照されたい。明治民訴法期の口頭審理についての学説の理解と実務

の書面審理化については、さしあたり中島弘雅「口頭主義の原則と口頭弁論の在り方」（『民事訴訟法の史的展開』（鈴木正裕古稀）（平一四）所収）を参照。

（3）原嘉道『弁護士生活の回顧』三四、九九頁。前代からの影響について中野「手続法の継受」六〇頁ならびに同所引用の文献は、訴答文例（明治二三年廃止）の書面中心の手続が明治民訴法施行後も実務に大きく影響したのではないかと論ずる。他方、フランス法の影響で明治前期に口頭審理がそれなりに浸透していた可能性を示唆する研究（林屋礼二『明治期民事裁判の近代化』（平一八））もあり、前代からの影響いかんについてはなお検討が必要である。

（4）本間義信「弁論主義理論の展開過程――旧法時代」阪法三九巻三・四号（平二）五一〇－五一一頁によれば、「口頭弁論主義」という概念は今日の口頭主義と弁論主義が一体的に把握されていたことを示すという。口頭主義は当事者の訴訟行為が口頭によってなされることを意味し、当事者の口頭により陳述されたものに訴訟資料は限られるというのである。

（5）○明三三・一二・二四　大審院民事部の改良　○明四四・一・二五　原博士英米司法雑観（承前）　○明四五・六・二〇　法曹談片録　東京控訴院長谷川喬君　○大二・一一・一〇　訴訟延滞の理由　大阪地方裁判所所長和仁貞吉君談　○大一〇・一二・二五　民事訴訟法改正私論（四）弁護士齋藤巖君。証人や当事者を出廷させること自体が必ずしも容易でない場合があったことについては、二章三節三を参照。

（6）○明三七・一〇・二〇　法界革新の声（四）（大審院判事磯谷幸次郎君談）（前号の訂正）○大四・四・二五　第十回九州沖縄弁護士連合大会　○大五・一二・二五　無題録　○大六・七・三　民事訴訟法改正請願

（7）○明三六・四・一三　法廷見聞録　若翁　○大五・五・一五　逆耳寸言　巴港　○大七・三・一八　朝野法曹見参記（三五）弁護士法学士塩田環君　○大一〇・一二・二五　民事訴訟法改正私論（四）弁護士齋藤巖君。山内確三郎は宮城控訴院管内を視察したおりに、方言ゆえに裁判官が事実の真相を把握できない危険を痛感した。「この点は、割合に軽視されていて、しかも大きな問題だと思う」としている（「逗子閑談録（一四）」法律新報五八七号（昭一五））。

（8）○大五・六・一八　大審院弁護士室より　○大七・二・一五　大阪管内に於ける書面排斥主義に就きて　弁護士清瀬一郎君　○大七・三・五　判事霞城氏に答ふ　弁護士清瀬一郎君　○大一〇・一二・二五　民事訴訟法改正私論（四）弁護士齋藤巖君　○大一五・二・二七　裁判及裁判制度の根本的改善（七）判事法学士松山与三吉君

（9）○大七・二・一五　大阪管内に於ける書面排斥主義に就きて　弁護士清瀬一郎君　○大一四・一二・一〇　口頭弁論主

義と書面審理主義　弁護士松谷与二郎氏談　○大一五・二・二七　裁判及裁判制度の根本的改善（七）判事法学士松山与三吉君

（10）二章三節二で詳述した。

（11）○明四四・八・二〇　司法大臣の諮問に係る民事訴訟法改正に就て　弁護士法学士林龍太郎氏談　○大四・六・三〇　無題録　○大一〇・一二・二五　民事訴訟法改正私論（四）弁護士齋藤巖君。但し清瀬と齋藤の論は原則としての口頭主義を支持するも、書面審理の併用を主張するものである。

（12）鈴木正裕「当事者による『手続結果の陳述』」（『金融法の課題と展望（石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男還暦）（下）』（平二）所収）を参照。大正改正の起草過程でも理解は消極的なものにとどまった（水野「口頭審理」二〇－二一頁）。

（13）川口『明治大正町の法曹』序論、第二部第一章など参照。

（14）以上の内容につき、水野「口頭審理」参照。

（15）一〇五条　準備書面ニハ左ノ諸件ヲ掲ク可シ

第一　当事者及ヒ其法律上代理人ノ氏名、身分、職業、住所、裁判所、訴訟物及ヒ付属書類ノ表示

第二　原告若クハ被告カ法廷ニ於テ為サント欲スル申立

第三　申立ノ原因タル事実上ノ関係

第四　相手方ノ事実上ノ主張ニ対スル陳述

第五　原告若クハ被告カ事実上主張ノ証明又ハ攻撃ノ為メ用ヰントスル証拠方法及ヒ相手方ノ申出テタル証拠方法ニ対スル陳述

第六　原告若クハ被告又ハ其訴訟代理人ノ署名及ヒ捺印

第七　年月日

一〇七条①　準備書面ニハ訴訟ヲ為ス可キ資格ニ付テノ証書ノ原本、正本又ハ謄本其他総テ原告若クハ被告ノ手中ニ存スル証書ニシテ書面中ニ申立ノ原因トシテ引用シタルモノノ謄本ヲ添付ス可シ（以下省略）

一九〇条①　訴ノ提起ハ訴状ヲ裁判所ニ差出シテ之ヲ為ス

②　此訴状ニハ左ノ諸件ヲ具備スルコトヲ要ス

第一　当事者及ヒ裁判所ノ表示
第二　起シタル請求ノ一定ノ目的物及ヒ其請求ノ一定ノ原因
第三　一定ノ申立
③　此他訴状ハ準備書面ニ関スル一般ノ規定ニ従ヒ之ヲ作リ…（以下省略）
一九九条①　訴状送達ノ際十四日ノ期間内ニ答弁書ヲ差出ス可キコトヲ被告ニ催告ス可シ
②　答弁書ニハ準備書面ニ関スル一般ノ規定ヲ適用ス

(16) ○明三五・一〇・一三　司法制度改正意見　弁護士ドクトルオブロー山田福三郎　○明三六・五・一八　関西管見（一）　特派員煙山生　○明三七・九・一〇　法界革新の声（一）（馬場大審院判事の私見）　○明四一・八・五　民事訴訟減退の原因と其匡救　法学士林龍太郎君　○明四一・一〇・一五　日比谷法廷雑観（1）松岡皐城　○明四二・一一・一五　中国弁護士大会　○明四三・二・一五　大阪地方裁判所部長多喜沢君談片　○明四三・三・二五　土佐法況と其奇風　○明四四・八・二〇　司法大臣の諮問に係る民事訴訟法改正に就て　弁護士法学士林龍太郎氏談　○明四四・一〇・一五　手続法規の改正に就て（三）　弁護士佐藤重之君談　○明四五・一・二五　法政時観（民事訴訟の進行に就て　法学博士原嘉道君）（法学新報）　○明四五・五・五　民訴法と社会政策（上）　司法省民事局長法学博士齋藤十一郎君談　○大三・一・一　裁判官より弁護士に望む（東京地方裁判所長牧野菊之助君・大阪地方裁判所長和仁貞吉君）　○大三・一二・三〇　時間励行と訴訟準備　東京控訴院書記甲斐渡君談　○大六・一・一三　裁判所方面より見たる在野法曹に対する希望（東京地方裁判所長牧野菊之助君談）　○大六・一・一五　裁判所方面より在野法曹に対する希望　（東京地裁監督書記根岸澄太郎君談）　○大七・二・一五　大阪管内に於ける書面排斥主義に就きて　弁護士清瀬一郎君　○大一〇・一二・一〇　大阪控訴院弁護士室談

(17) ○明三三・一二・二四　訴状答弁書の記載及提出方に就き　○明三九・一一・五　富山地方裁判所の管内彙報発刊　○明四二・五・一〇　浦和地方裁判所の掲示　○明四二・六・二五　函館法界日誌抄　巴港生　○明四四・一・一五　京都裁判所と弁護士との協訂事項　○大二・一・一五　長崎弁護士会　○大二・七・二五　新潟裁判所の訴訟進行法　○大一一・八・八　神戸裁判所弁護士会間事務協議会協定事項

(18) ○明四二・六・二五　函館法界日誌抄　巴港生　○明四四・一・一五　京都裁判所と弁護士との協訂事項　○明四四・八・

二〇　司法大臣の諮問に係る民事訴訟法改正に就て　弁護士法学士林龍太郎氏談　〇大二・七・二五　新潟裁判所の訴訟進行法　〇大八・三・一三　休戦と裁判所　今村神戸所長談　〇大一〇・一二・二〇　民事訴訟法改正私論（二）　弁護士齋藤巖君

(19) 〇明四四・一・一五　京都裁判所と弁護士との協訂事項　〇大二・一一・一〇　訴訟延滞の理由　大阪地方裁判所々長和仁貞吉君談　〇大五・六・一八　大審院弁護士室より　〇大五・六・一八　大阪三裁判所時間励行　〇大七・三・五　判事霞城氏に答ふ　弁護士清瀬一郎君　〇大七・三・一〇　司法官に余裕を与えよ　弁護士笠原文太郎君　〇大七・三・一八　朝野法曹見参記（三五）　弁護士法学士塩田環君　〇大一五・一・二〇　民事訴訟法改正と訴訟の促進　東京地方裁判所々長判事今村恭太郎君

(20) 明治一七年（一八八四）生まれ。四一年京都帝大法科大学卒、弁護士。大正九年（一九二〇）衆院議員（一四期）、昭和三〇年（一九五五）文相、三五年衆院議長。極東裁判で弁護人。四二年死去。

(21) 水野「口頭審理」一六－二〇頁参照。弁護士委員の重鎮・原嘉道は『法律新聞』記事でも以下のように指摘していた。「民事訴訟進行遅延の一大病根は、準備書面の不完備に在り。原告の訴状には、自己の主張する事実上の関係を記載する外、その事実を証明すべき証拠方法を掲ぐるもの極めて少く、全く相手方をして之に対する陳述をなし、併せて自己の事実上の証拠方法を現出せしむるの準備を為すことを得ざらしむること」（〇明四五・一・二五　法政時観（民事訴訟の進行に就て　法学博士原嘉道君））。染野義信「わが国民事訴訟法の近代化の過程」「転回点」（同『近代的転換における裁判制度』所収）の両論文では、準備書面の大量提出による書面審理化を指摘するにとどまっている。

(22) 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　大正一五年における民事訴訟法改正と雉本朗造」一橋研究二三巻一号（平一〇）、松村和徳「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」（早大比較法研究所編『日本法の中の外国法　基本法の比較法的考察』（平二六）所収）。オーストリア民訴法の準備手続については松村和徳「『手続集中』理念とその方策としての弁論準備システム　オーストリア民事訴訟法における弁論準備システムの変遷を中心に」（『民事手続法の比較法的・歴史的研究（河野正憲古稀）』（平二六）所収）を参照。

(23) 〇明三九・一一・五　富山地方裁判所の管内彙報発刊　〇明四二・一一・一五　中国弁護士大会　〇明四三・三・三〇　横田博士を訪ふ　〇明四四・八・二五　司法大臣の諮問に係る民事訴訟法改正に就て（続）　法学士弁護士林龍太郎氏談

○大四・八・二五　民事訴訟と職権主義（上）独逸法学博士東京控訴院判事水口吉蔵君　○大一一・一・二五　民事訴訟法改正私論（九）弁護士齋藤巖君　○大一四・二・一五　中央法衙の地方、区裁判所に於ける訴訟事件渋滞の趨勢と原因東京控訴院長和仁貞吉氏談　○大一四・七・一五　裁判遅滞を根本的に防止する方法と在野法曹一同の覚悟　東京弁護士会新副会長谷村唯一氏談　○大一四・一〇・一五　民事訴訟法改正案

（24）文久二年（一八六二）生まれ。明治二一年（一八八八）東京帝国大学法科大学卒、司法省参事官試補。千葉地裁部長、東京控訴院判事などを経て三四年大審院判事、四二年欧米出張、大正二年（一九一三）大審院部長、一二年大審院長。明治大学学長。昭和一三年（一九三八）死去。

（25）『法律新聞』には、イギリスの民訴手続は日・米と比べ非常に迅速であると評価する記事がみられる。その一因として、手続の初めに争点整理（弁護士同士が書面を交換する、いわゆる訴答手続 Pleading）を行っていることを指摘するものとして、○明三九・七・二五　米国法律学士弁護士沢田俊三君談片　は「口頭審理の真面目と云うものに至っては日本の法廷では迚も見られない、英米の法廷に於て初めて之を知ることが出来る」、「少しく我邦の民事訴訟法を改正するか、縦し改正せずとも今日の如く食い噛りをせずに、口頭弁論を開いたら必ず其日に終結すると云う主義を執って、証人の必要な者は前以て呼出して置くとか或は自ら連れて来て置くとか、準備書面は前日迄に双方の弁護士間に要領書を交換して互に争点がチャンと分るようにして置いて、翌日法廷で証人を調べ証拠を調べ、弁論を終って直ぐ判決すると云うことになったらどうか」。同旨として○明四一・三・五　平沼民刑局長の談　○大一三・九・一三　スクラットンの裁判四鉄則と我民事訴訟（二）判事竹井廉君。

増島六一郎『英吉利訴訟法』（明二〇・参照は国会図書館デジタル版）六〇頁は、訴答手続を紹介した上でわが民訴（但し当時は明治民訴施行前）を批判していた。「英国訴答の法は再答書に至て大抵訴答の手続結了し、双方の争う所の点、即ち判事の判決すべき論点皆な明白に定まるを以て、頗る訴訟の手続を短縮するの利便多きを観る。今ま翻て本邦の訴訟法を案ずるに全く之に反し、双方に於て互に事実を隠蔽し、己れの主張せんとする所も速かに之を述べず、争点を定むるを務めず、従て判決すべき論点を定むることを知らず、悠々として徒らに日時を延引するの弊風多し。而して、代言人等往々之を倖とし、其弊に乗ずるを以て揚々乎して顧ざるものあり。誠に愚の至りと謂うべし」。

（26）同旨、○大一五・一・二〇　民事訴訟法改正と訴訟の促進 東京地方裁判所々長判事今村恭太郎君。なお、『日本立法資

料全集一一　民事訴訟法（大正改正編）（二）』［関連資料15・16］には、時期は不明だが「英国民事訴訟法に於ける準備手続の概要」についての立法調査が残されている。

（27）この点については水野「口頭審理」三四－三六頁、注（81）などで指摘した。

（28）実務上は弁護士が判事室におもむいて、事件について意見交換をすることがおこなわれていたが、裁判官のスタンスに左右されるものだったようである（〇明三九・六・一〇　法衙月旦　社員稲村蘿月　〇大五・六・一八　大審院弁護士室より）。

（29）Deutsche Richterzeitung 掲載のオーストリア民訴法紹介を翻訳した記事（〇大四・八・二五／三〇　民事訴訟と職権主義（上）（下）独逸法学博士東京控訴院判事水口吉蔵君）では準備手続が詳細に紹介されているが、それが口頭で行われること（二四五条以下）については特に触れられていない。ちなみに『日本立法資料全集一一　民事訴訟法（大正改正編）（二）』［関連資料17］では、立法資料（作成時期は不明）としてオーストリア民訴の準備手続の概要が紹介され、そこでは口頭で行われることが明示されていた。

（30）〇大一五・一・二〇　民事訴訟法改正と訴訟の促進　東京地方裁判所々長判事今村恭太郎君　〇大一五・二・一三　改正民事訴訟法案概観　小林亀郎君　〇大一五・二・一五　改正民事訴訟法案を評す（五）弁護士齋藤巖君。これは立法過程においても同様であった。水野「口頭審理」注（59）、二八頁、三四頁以下を参照。

（31）原嘉道「民事訴訟法雑感」曹誌八巻一二号（昭五）八－一一頁。

（32）Otto Bähr, Der deutsche Civilprozeß in praktischer Bethätigung. in: JherJb 23 (1885) S. 339-434. Adolf Wach, Die Civilprozessordnung und die Praxis. Leipzig 1886.

（33）ドイツの状況についてはさしあたり Hans-Gerhard Kip. Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip. Geschichte einer Episode des Deutschen Zivilprozesses. Köln-Berlin 1952. 邦語文献としては近藤完爾「口頭主義の反省」（同『民事訴訟論考　第二巻』（昭五三）所収）。

（34）当時の文献としては仁井田益太郎「口頭審理ノ弊及ヒ其救済」新報一二巻二号（明三五）が、裁判所と当事者（弁護士）に準備書面の適切な交換など法の規定を遵守する「徳義心」がなければ口頭審理の運用は無理、という簡潔な指摘がみられる。

（35）水野「口頭審理」一六、二八、三二頁以下を参照。

（36）但し統計上は、明治民訴法期を通じて地裁・区裁で闕席判決が終局合計に占める割合は五分の一から六分の一でほぼ安定しており、特定の時期を境に有意な変化があったとはいえない。林屋ほか『統計から見た明治期の民事裁判』［2－4－2－2］［2－4－7－2］、同『統計から見た大正・昭和戦前期の民事裁判』［2－4－2－1］［2－4－7－1－1］を参照。

（37）同旨、○明三四・七・八　事件の呼上と欠席判決　○明三七・四・二〇　官憲主義の流行（其二）　○大三・一・二〇　余録　○大六・三・五　在野法曹より裁判所方面に対する希望　弁護士大井静雄君談

（38）○大一〇・一〇・一五　区裁判所の和解即決近況　は、闕席判決で強制執行を受けることになりびっくりし、すでに故障申立期間も経過してしまってから駆け込んでくる者がいることを紹介している。当事者本人の法知識不足ゆえに闕席判決により敗訴となり、そこであわてて弁護士に依頼し上訴するケースは珍しくなかったようである。川口編著『明治大正町の法曹』三八二、三八七、三八九、三九二頁。水野「口頭審理」注（73）も参照。

（39）以下の例のほか○明四〇・一一・二五　神戸裁判所の三十分（十九世紀と二十一世紀）

（40）以下紹介のほか○大一四・四・二八　民事裁判の国民生活擁護実際化を望む　弁護士松倉慶三郎君

（41）齋藤の主張は闕席判決に代えて、すでになされた主張立証による訴訟資料を考慮したうえで通常の対席判決をするというものであり、ドイツ民訴法が一九二四年（大正一三）改正で導入する「記録の現状に基づく裁判 Entscheidung nach Lage der Akten（三三一a条）」に近似している。

（42）山内ら起案者＝司法官僚の主張は、起草過程では「書面審理による迅速化」の委員たちに多数決で敗れたが、立法過程（貴衆両院の委員会）では一定の賛同を得ることになる。この点については水野「口頭審理」一七－二〇頁、二八頁、三二－三三頁で詳細に論じた。

（43）「口頭主義の基礎が固まらないうちに、ずるずると［書面審理主義と］妥協してゆかざるを得なかった」という染野義信氏の指摘（「転回点」二八八頁）はこの点によく当てはまると思われる。

（未完）