HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「実務向け文献」に見る明治民事訴訟法 ： 審理の準備と審理過程をめぐって
Author(s)	水野, 浩二
Citation	北大法学論集, 70(3), 1-68
Issue Date	2019-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/75585
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_70_3_01_Mizuno.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

「実務向け文献」に見る明治民事訴訟法

―― 審理の準備と審理過程をめぐって ――

水　野　浩　二

目　次

はじめに　研究対象と研究方法
一章　審理の準備
　一節　訴訟に至るまで
　二節　訴状の作成
　三節　準備書面のやり取り
二章　審理過程
　一節　口頭弁論
　二節　証拠調
おわりに

はじめに　研究対象と研究方法

一　研究対象――法典解釈としての「実務向け文献」

訴訟関係を明瞭にし、整理された争点についてなるべく真実に近い事実認定をする。そのために口頭審理を通じて、職権が一定程度まで介入する。このような審理像が明治民事訴訟法（明治24年（1891）施行）のもとで問題意識として胚胎され、大正民訴法改正（大正15年（1926））においてそれなりに実現が目指された――この仮説に基づき旧稿では、明治民訴法の実務と大正改正法の起草・立法過程について検討を行った[1]。そ

[1] 水野浩二「〈口頭審理による後見的な真実解明への志向〉試論――一例として

の主たるアクターだった実務法曹たちのスタンスは、一般の裁判官・弁護士と法改正に直接関与したエリート層との間で大まかな方向性は一致していたが、具体的対策のレベルでは明確な温度差が見られたのである。

それでは、明治民訴法についての解釈はいかなる認識を示していただろうか。法典解釈として通常想起されるのは判例・裁判例と学説であろう。当時のわが民訴法学はなお未熟であり民訴法学者も僅少だったとはいえ[2]、これらには一定の蓄積が見られ、主として実定民訴法学による研究の対象とされてきた[3]。

しかし、判例や学説だけが明治民訴法への解釈だったのではない。実際に手続を行うさいに必要となるテクニカルな注意や戦術的配慮、提出すべき書面の書式、そして訴訟に先立って留意すべき諸々を指南する著作が、当時大量に生み出され流通していたのである。これらは明治民訴法の適切な運用方を、判例や学説よりも実用に近いレベルで示す「実務に密着した」解釈であり、実務法曹や当事者たる素人による明治民訴法の運用に、直接影響を与え（得）た知識ということができる。

「実務に密着した」解釈とは換言すれば、具体的局面でのある程度パターン化されたテクニックのことである。この種の知識は、法典や法学への高度な理解を持つ実務法曹にも至便であり、素人にも民事訴訟法の最低限の運用を可能にするゆえ、いつの時代にも必要とされるものである。

他方、わが国における近代的民事訴訟の継受という視点からみれば、母法たるドイツ民事訴訟法典（CPO・1879年（明治12年）施行）はローマ・カノン法訴訟手続以来数百年にわたる法伝統という基盤の上に成立した

の大正民訴法改正」法制史研究63号（平26）、同「葛藤する法廷――『法律新聞』の描いた裁判官・民事訴訟・そして近代日本（１）～（３・完）」北法67巻４～６号（平28～29）、同「節度ある職権介入の構想――大正民事訴訟法改正における職権証拠調と当事者訊問」北法68巻３号（平29）。

[2] 鈴木正裕「民事訴訟法の学説史」ジュリ971（平３）。

[3] 本稿のテーマの関連で最初の手がかりとなるものとして、『民事訴訟法の史的展開（鈴木正裕古稀）』（平14）所載の論考（笠井正俊「弁論主義の意義」、高田裕成「争点および証拠の整理手続終了後の新たな攻撃防御方法の提出」、堤龍弥「審理方式としての口頭弁論」、中島弘雅「口頭主義の原則と口頭弁論の在り方」）がある。

ものである。当時のわが国はそのような法伝統を全く欠き、「直訳的な」法典・制度の継受を行わざるを得なかったから、法典や法学への高度な理解はもとよりその適切な運用にも困難をきたすことが少なくなかったろう[4]。「実務に密着した」解釈、すなわちパターン化されたテクニックの効果さえ承知していれば、高度な理解は伴わずともそれなりに安全に民事訴訟を運用できるというメリットは、明治民訴法期においては大きかったと解される。

以上「実務に密着した」解釈には、通時的にも歴史的にも、判例や学説に決して劣らない重要性を認めてよいと思われる。しかし「実務に密着した」解釈が踏み込んだ形で研究されることは、これまでなかった。本稿では、「実務に密着した」解釈を化体した著作群を「実務向け文献」として一まとまりに認識する。そしてその各タイトルがもっとも重点を置いた内容に着眼し、四つの類型すなわち（1）手続の手引、（2）民訴法典のコンメンタール、（3）書式集、（4）素人向け手引に分けて扱うことにしたい[5]。

二　研究方法

本稿では旧稿と同様に、争点整理と証拠調（事実認定）における当事

---

[4] 民事訴訟手続について法典・制度レベルの整備と、実務レベルでの定着を区別する必要があることを強調したのが、中野貞一郎「手続法の継受と実務の継受」（同『民事手続の現在問題』（平元）所収）である。

[5] 「実務向け文献」の文献類型としての概略は、水野浩二「明治民事訴訟法の『使い方』――手続の手引・書式集・素人向け手引の検討」（松本尚子編『法を使う／紛争文化（法文化叢書17）』（令元刊行予定）所収）で整理したので、適宜参照されたい。その際掲載した「実務向け文献」リストに、大幅にタイトルを追加したものを本稿末尾に掲げる。もとより網羅的なものではなく、分類についてもさらに検討を要する。

「実務向け文献」はドイツの強い影響をうけて成立したと考えられ、CPO 施行下のドイツにおいて多数の「実務向け文献」が刊行されていたことが、ベルリン国立図書館などでの水野の調査で判明している。現時点では探索・分析ともおよそ体系的なものではないが、一応目を通すことができた「実務向け文献」（約40タイトル）から受けた印象や興味深い内容について、あくまで参考までに以下随時触れることとする。

者と職権の役割分担に着眼する。「実務向け文献」の叙述のうち関連する部分を取り上げ、また判例・学説とのスタンスの相違を検討するために、当時学説が展開される主な文献類型であった教科書の叙述を――個別論文はごく少なかった――、必要な限りで参照する。時期のバランスや著者の重要性に鑑みて、本多康直・今村信行『民事訴訟法註解』(明23)、深野達『民事訴訟法講義』(明25)[6]、高木豊三『民事訴訟法論綱』第一～三巻 (明28)[7]、仁井田益太郎『民事訴訟法要論』上巻 (大２)・中巻 (明41)、雉本朗造述『民事訴訟法』上巻～下巻 (大５)[8]、岩田一郎『民事訴訟

[6] 本多康直は安政３年 (1856) 生まれ。明治７年 (1874) 留学、法博 (ゲッチンゲン大学)。司法省参事官を経て25年大審院判事。日本法律学校創立に関与。今村信行は天保11年 (1840) 生まれ。明治５年 (1872) 司法省出仕、18年東京控訴院評定官、23年東京控訴院部長、27年大審院判事。深野達は明治25年 (1892) 名古屋控訴院判事、26年東京控訴院判事、30年大阪控訴院部長、34年徳島地裁所長、37年岡山地裁所長。この三人はいずれも明治民訴法起草に深く関わり、同法施行当時の僅かな「民事訴訟法通」だった。本多・今村の『民事訴訟法註解』は、明治民訴法の代表的コンメンタールとして大きな影響力を持ったとされる。

人物紹介については以下の文献を主として参照した。長野国助他編『法曹百年史』(昭44)、斎藤秀夫ほか『逸話で語る民訴学者の面影』(平９)、鈴木正裕「民事訴訟法の学説史」、同『近代民事訴訟法史・日本』(平16)、同『近代民事訴訟法史・日本２』(平18)、同「明治民訴法の成立と『ドイツ学者』」法の支配151 (平20)、松本博之『民事訴訟法の立法史と解釈学』(平27)。

[7] 高木豊三は嘉永５年 (1852) 生まれ、明治９年 (1876) 司法省法学校卒、司法省勤務。19 ～ 23年ドイツ出張。23年福島地裁所長、24年大審院判事、29年民刑局長、31年司法次官、同年退官して弁護士。帝国大学法科大学で民訴法講座担当 (26 ～ 29年)。彼の『民事訴訟法論綱』は「わが国が明治期にもった最も優良な体系書 (少なくともその一つ) ではなかったか」(鈴木『日本２』187頁)。

[8] 仁井田益太郎は明治元年 (1868) 生まれ、26年帝国大学法科大学卒。ドイツ・イギリスに留学。33年京都帝大法科大学教授、41年東京帝大法科大学教授。大正民訴法改正に向け法律取調委員 (明44 ～)、民訴法改正調査委員 (大８～) を歴任。第二東京弁護士会長 (初代、以降複数回再任)。民訴法の専門研究者の草分け的存在。雉本朗造は明治９年 (1876) 生まれ、36年東京帝大法科大学卒。37年京都帝大法科大学助教授、ドイツに留学。41年同教授。大正期を代表する民訴学者として評価が高い。本稿で検討する『民事訴訟法』は学生のノートをガリ版屋が出したもので (複数年度の版が存在する)、学生の間でたいへん愛

法原論（第21版）』（大10）[9]を取り上げることとしたい。

また、「実務向け文献」の叙述は同時代の実務の実態を反映している場合と、法典の理想的運用を示した（実務の実態とは距離がありうる）場合がありえるため、旧稿での『法律新聞』の検討から判明した当時の実務の状況と適宜照らし合わせる。

一章　審理の準備[10]

一節　訴訟に至るまで

本節では、訴訟に至るまでの当事者の行為のうち後の手続遂行に大きく影響しうるもの、すなわち紛争の予防とそのための書面の作成、訴訟以外の方法による紛争解決の勧め、そして弁護士依頼の要否について、「実務向け文献」が指南するところを紹介する。その内容からして、紛争の当事者本人＝素人向け手引において重点的に扱われている[11]。これらは教科書では全く叙述の対象とされておらず、「実務向け文献」の特徴をよく示す内容といえる。

一　書面実務の問題点

素人向け手引には、予防法学を詳細に扱うタイトルが多い。紛争が起こらないように契約を注意深く結ぶ、書面を慎重に作成する、履行の確

用されたといわれる。

[9] 岩田一郎は明治元年（1868）生まれ。28年帝国大学法科大学卒、司法官試補。36年東京控訴院判事、大正２年（1913）大審院判事。民訴法改正調査委員（大11～）として、大正民訴法改正に携わった。

[10] 史料引用にあたっては、多くのタイトルが国会図書館デジタルコレクションで参看可能であることと読みやすさに鑑み、いずれも新かな新漢字、カナ書きはひらがなに改め、適宜句読点・ふりがなを補った。［　］内は水野が補った内容である。史料編纂者による校訂が施されている箇所はそれに従った。書式は史料上すべて縦書きである。著者の所属・肩書については、本稿末尾に掲載した文献リストの説明を参照されたい。

[11] 当時の弁護士法１条（明治26年（1893）施行）が弁護士の職務を裁判所における訴訟行為として位置づけ、訴訟外の法律事務についての規定を欠いていたこともあり、予防法学への弁護士の関与が少ないと認識されていた（水野「葛藤する法廷（３）」52頁以下）。

保に努めることが強調される。法的アドバイスだけでなく「商売のコツ」的な内容もかなり重視されているが、以下では本稿のテーマに直接かかわる内容に限定して紹介したい。

実務法曹だけでなく素人を対象とした書式集が大量に出版されていたことが示すように、「実務向け文献」では、将来の書証となるべき書面の作成と収集が重視されている。多くのタイトルは書式を示すにとどまるが、いくつかの書式集では、実際に作成されている書面に少なからず問題があることが強調されている。

（1）書面の不作成・不適切な作成

実業者には法律の智識に富んだ者が寡く、「其結約の事実を証明すべき証拠は、如何にせば完全なりや否やを知らざるを以て、不識不知後日の証拠となるべき証書を不完全なる証書にて安息することあり」、そのせいで訴訟となると狼狽する者が多い。これでは文明国民の名実に反する（後藤本馬『民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密』（明35）５頁以下）。

電報電話等で迅速に契約を行う際も、なるべく速やかに完全な契約書を作成せよ。履行終了後や契約内容の変更の際は、前の契約に関する証拠の効力を消滅・変更するために、完全な証拠の作成保存に特に注意する必要がある。印刷された・他人が記載した契約書に署名捺印する際には、一字一句注意し、相手方や仲介人の口授だけでそうするべきではない（松倉慶三郎（弁護士）[12]『法律研究法律と生活　総論ノ部』（大10）２-３頁）。より具体的には、

（2）記載の不整序が生む誤解

従来一般に行われている証書には記載の方法順序がすこぶる乱雑で疑義百出、記載の要旨を理解しにくいものが少なくない。「司直の官と雖も、之れを解して、以て当事者の希望したりし意思をして満息ならしむる者は、頗る困難」、契約書があるためにかえって当事者の意思に反する解釈がなされることになる（萩原定一郎『民間必携訴訟勝利法』（明36）104頁以下）。商業帳簿は概して記載が粗雑なものが少なくなく、「前

[12] 松倉の経歴は詳らかでないが、大正末年の『法律新聞』や『中央法律新報』に頻繁に寄稿がみられ、「川越町におらるる弁護士で、法曹界革新運動に大に努力せられておる人です」（『中央法律新報』○大11・5・15　編輯餘録）。

後順序を追わざるのみか、日付を異にしたる帳簿が同一日・同墨色に記載したるものも、稀なりとせず」（内田良輔[13]『法律実用訴訟の心得及手続』（明32）12頁）。

（３）旧慣の温存

昔から遣り来たりの証書文面には、法律上当然で必要のない贅文は書いてあっても、必要な文句が抜けている。借用証文に「今般必要のために借りた」「貴殿に毫も迷惑を懸けぬ」と書き立て、そのくせ損害を予防し賠償させる方法や裁判管轄の合意など、債権者にとって有利な条項を欠いた証文が多い。売っている印刷した証文は民法発布前の慣習をひきずり、下らない冗文が多く入っている（岩崎徂堂『活きた証文有効な手形　権利の主張』（大２）４頁以下、46頁）[14]。

（４）書式の盲信と軽視

瀬木辰夫『書式手続総覧（大日本百科全集）』（昭３）は、自分の事例の内容をよく考えたうえで本書中の書式のいずれに該当するかを決める必要があり、たまたま見つけた書式を丸写しするのは極めて粗漏な態度である。また、相手方や仲介人の言に動かされて、本書の書式中の条項を改廃したり「何あに、この位で充分だろう」と考えるのは絶対禁物である。これは繁文を厭う心理であるが、「繁文」と感ぜられる書式は決して繁文ではない（３頁以下）。

以上要するに、法や書面の重要性への無理解、書式という「形式」の意義に対する認識不足が一般的であったといえよう[15]。

二　書面作成の注意点・戦術

では、書面の作成において何に気を付ければよいのか。形式面については、文体を簡明にし疑義を招く文字を用いない、数字を略字符号で記すのは変造される恐れがあるので正字（壹、貳、參…）を用いる、署名は必ず本人にさせる、押印の位置などが教示される。

---

[13] 安政５年（1858）生まれ。明治20年（1887）判事登用試験及第、判事試補。30年東京区裁判事、35年甲府区裁監督判事、大正２年（1913）千葉区裁監督判事。

[14] 同旨、日本法律研究会『証文の書方』（大８）３頁

[15] 当時の『法律新聞』でも、書面の作成をめぐり多くの問題が指摘されていた。水野「葛藤する法廷（３）」50-54頁参照。

書式集では具体的な事例ごとに詳細に、書面作成の方法とその前提たる実体法の解説が示される。そこで示されるアドバイスの中には、実務上の便法だけでなく脱法的な戦術も散見される。当時法律関係を中心として多彩な分野にわたり実用書を大量に出版していた、後藤本馬と岩崎徂堂（勝三郎）の手になるタイトルから、いくつか紹介してみる。

後藤本馬『民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密』（明35）７頁――商取引ではその都度受取書を出したり、判取帳［授受の証印を受ける帳面］や帳簿引合せの押印をする暇がなく、仮に時間があっても先方の感情を害することがある。帳簿整理などの名目で「先方の歓心を失わざる様注意して」延滞額を手形や証書に認めさせればよい。

後藤本馬『実業家法律顧問』（明39）64頁以下――いかなる証書が債務者にとって便宜であるかという問に、「公正証書よりも私成証書、完全なる証書より不完全なる証書を、債務者の便宜なりと謂わざるべからず。されども、不完全なる証書を債権者に渡さんことを努むるは、公益に害あるのみならず、場合によりては債務者詐欺取財の罪に陥ることなきを保せず」、公正証書と違い私成証書では裁判を経ないと執行ができない。さらに財産差押を防ぐために「悪智慧を付けるにはあらねど」、他人に売却して、その者から賃借している旨の確定日付ある賃貸借契約証書を作るという手段もある。もっとも債権者が廃罷訴権［旧民法の用語。詐害行為取消権のこと］を行使すれば画餅に帰するので、善良な債務者は速やかに弁済をするのがよい。

岩崎徂堂『活きた証文有効な手形　権利の主張』（大２）269頁――時効中断のための承認を債務者から得るのは実際上なかなか至難であるが、不徳な人物でもなければ借りた金を返さぬという者はない。この弱点に乗じて、親切に「今一度に返済（かえ）せぬという事ならば、何程ずつでも入れて呉れれば宜しい。元金（もときん）が入れられぬなら利子丈（だけ）でもよい」と持ちかけ、「何々借金の内へ金何程をば入金返済する」「確かに此借金をして居るによって、何月何日迄更（さら）に俟（ま）って呉れろ」と、債務を認めさせる証文を取る。債権者に厳しく攻められれば、つい証書を新たに書くに相違ない[16]。

[16] 岩崎勝三郎『売掛代金完収策 付停滞諸貸金復活法』（大12）は、私は主人の

岩崎勝三郎『債務者の顧問』（明38）33頁以下――当時普通の慣例として、家屋賃貸借については期限を定めず、「家主が入用の際は何時でも引渡す」と証文に記されている。このため民法617条（①当事者カ賃貸借ノ期間ヲ定メサリシトキハ各当事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ為スコトヲ得此場合ニ於テハ賃貸借ハ解約申入ノ後左ノ期間ヲ経過シタルニ因リテ終了ス（省略）二　建物ニ付テハ三个月（以下省略））が適用されず、即刻立ち退かざるを得ないという幾多の実例がある。賃借人は「貴殿の都合にて何時なりとも解約不苦候（くるしからずそろ）」と書き、直ちに立ち退くなどとあからさまに書いてはいけない。

岩崎勝三郎『貸家貸地立退き明渡し即決策』（大11）47頁以下――修理新築のために借家人を立ち退かせるためには、「今まで貸していた人に住んでもらえば、気も知れているので結構、他の申込者を排斥してでもお貸ししよう」といかにも親切なように話をする。疑われないように証書を差し上げてもよい。その証文には「新築家屋出来上り候節は（又は修繕出来候上は）更に契約協定相叶候上賃貸可仕候（あいかなえそろうえつかまつるべくそろ）」といった文句を書く。家賃や敷金を上げたうえでの契約が協定できねば、貸さないだけのことである。しかし借家人はまた借りられる、しかも書面での承諾も得ていると誤解して、家主のいう通りに速やかに立ち退いてくれる。

むろん、あらかじめ定型的な文言が印刷されている書式を利用すれば、実務的には問題を回避できることが少なくなかったろう。例えば素人向け書式集の久世正郎『国民必携　財産之礎』（明35）は巻末で、同書の印刷所たる「でき合品数百種販売店　永井誠務堂」による「でき合品各種」（請取紙領収証37種、約束手形、借用金証書３種、連帯借用金証書、地所賃借証書など、極めて多数）の広告を掲載している。

三　「最後の手段」たる通常訴訟

素人向け手引を中心に、訴訟とりわけ通常訴訟はコスト等を考えれば、できる限り回避すべき「最後の手段」とする認識が少なからずみられる。そもそも「実務向け文献」の叙述プランは明治民訴法の順列をベースに

使いなので一文も頂戴せずには帰れない、主人に「これだけではあるまい、お前がいくらかくすねたのではないか」と疑われてしまう、などとごく何の気も無いように頼んで書いてもらう、とアドバイスする（148頁）。

しながらも、最初に和解･督促手続[17]を紹介するなど実際に紛争が起こった際に取るべき順序に従い、大小の再構成を加えたタイトルが少なくない。

内容レベルでも､訴訟に踏み切る前に以下のような考慮が推奨される。

（１）慎重な考慮の必要性

素人向け手引を中心に、通常訴訟に訴えるに際しては十分慎重に考慮する必要があると諫める叙述が見出される。

弁護士の立場から書かれた殿木三郎『民刑訴訟必携』（明28）は、訴訟に対する否定的な姿勢を明確にする。訴訟はやむを得ずするものであり、利を得るための生産的行為とは全く異なる。「頑冥なる原告、若くは狡猾なる被告の間に起るものにして､其勝敗の結果より産を破り家を亡し、多年仇怨を搆え比隣敵視し､以て其害子孫に及ぶこと少なしとなさず」。ゆえに、訴訟はしないにこしたことはない（393頁）。

広島地裁所長・田丸税稔[18]の『民事訴訟独案内　付諸書式』（明35）は訴訟を起こしたいと述べる商人に対して、「訴訟を致せば案外費用が要る。又取引先きに向ては従来の交誼（よしみ）を破り、且将来の取引上甚だ面白くない。故に訴訟と云うものは容易に致すものではありませぬ」、「先方に身代がありても、種々の事を致して匿すことあり。結局費用儽（だお）れとなって、損の上塗を致す」と述べ、今一度駆け引きに慣れた者をやって交渉した方がよい、と諭す（２頁以下）。同じく判事の手になる内田良輔『法律実用訴訟の心得及手続』（明32）も、闕席判決に対して勝算もなくむやみに故障申立をすべきではない[19]、まして対席判決の場合は相手方の証拠方法がすでに判明している以上、上訴に勝算があるのかを慎重に考え

[17] 明治民訴法期には調停制度は存在せず、紛争解決の量的中心は督促によって担われていた。督促については林真貴子「勧解から督促手続への変化――最も利用された紛争解決制度の考察」法制史研究48（平11）を参照。

[18] 大阪地裁判事を経て明治26年（1893）福井地裁所長、同年徳島地裁所長、29年大阪控訴院部長、32年広島地裁所長、35年神戸地裁所長。

[19] 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（246条以下）。闕席判決に対しては無条件に故障申立が認められたため、遅延の原因になっていたとされる。

るべき、と説く（213頁以下）。

もちろん訴訟の回避にも限度がある。あるタイトルは督促［催促のこと］や交渉など種々の方法を尽くすことをすすめた上で、「対手人に於て、結局当方の請求を甘諾して履行するの決心なきときは、何程督促又は交渉に力を入れ、時日と費用とを掛くるも其効なし」。それどころか相手方が訴訟を警戒して財産を隠匿したり、証拠の収集・隠匿の機会を与えてしまうので、一・二回で次の段階、即ち証拠の収集と催告に移行すべきである（後藤本馬『訴訟並執行書式手続全書』（明38）26頁以下）。

（２）具体的なアドバイス

相手方の性格や人となりにより、訴訟の実効性は大きく変わってくる。訴えられても不面目とも思わず平気な人もいれば、名誉信用を重んじ訴えられることを嫌う者もある。提訴されれば驚いて義務を果たし、あるいは示談を申し込んでくるかもしれない。逆に財産を隠匿・処分してしまうような者ならば、それに先んじて相手方の財産の差押や仮処分申請をする必要がある。先方の意向と財産の有無をよく詮索し、常に機先を制する、駆け引きが重要になってくる[20]。

相手方の職業や身分によって、訴訟を起こすのにも時期の良し悪しがある。農業なら米穀の収穫は秋分の時期なのでその後が良い。野菜、養蚕、製茶など各々収穫収利の時期に合わせる必要がある。官吏なら俸給を受ける時期、出張、昇級、退職非職の時期を知らねばならない。相手の財産力が減少している時期に、多くの訴求をしても得るものはない[21]。

権利者であるからといって、いきなり訴えを起こしてはいけない。訴えを受けた被告が直ちに請求を認諾し、「原告が自分に督促［催促のこと］してきたら返却していたが、一度も促さずにだしぬけに出訴するのは、実に迷惑で驚いた。自分に責はないので、訴訟費用は原告の負担という御裁判を」と申立てれば、訴訟費用は原告の負担になってしまう[22]。

---

[20] 後藤本馬『民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密』（明35）10頁以下、佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』（大５）17頁以下。

[21] 後藤本馬『民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密』（明35）14頁以下。

[22] 佐瀬鷹雄『実地経験裁判勝利秘法　付訴訟独案内』（明27）11頁以下、佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』（大５）20頁など。明治民訴法74条（被告直チニ請求

（３）和解の慫慂

素人向け手引では、現実の利害得失に鑑みれば和解での解決が望ましいというスタンスが一般的であった[23]。

（イ）訴訟のコストの高さ　田丸稔稔『民事訴訟独案内　付諸書式』（明35）の仮設事例では、大審院まで行って原告勝訴で終了するも、執行の結果は請求額の８割しか取れなかった。ちょうど一年かかったとぼやく原告に、助言を与えた弁護士は、訴訟の結果は先ずそんなもの。８割は上出来としたうえで、

弁護士「行掛り上訴訟を起し、訴訟費用すら取ることの出来ぬことが屢々（しばしば）あります…」、「此事件は極めて容易なる事件で、且訴訟の進行も余程早くありました。然るに満一ヶ年掛ったとすれば、面倒なる事件になると、随分日数（ひかず）の掛ることが察せられます。夫（それ）が為め、自然商業上の妨げともなりますから、執行上十分の見込なき事件は少々勘弁するとも、可成（なるべく）内済示談する方が宜しいと思います」

商人「今後内済示談をする必要のあるときにも、先生は後見（うしろみ）をして下されましょうか」

弁護士「内済示談の手続なれば、尚更喜んで後見を致します」［傍点水野］（57頁以下）

（ロ）裁判上・裁判外の和解　裁判外の和解は避けよと勧めるのは、佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』（大５）である。ともかく貴下の要求を満足せしむる程度において和解するので、訴えだけは取下げて呉れろという相手方の奸言を信じ、必ず和解が成立するものと思ってまず訴えを取り下げると、これ幸いと和解の交渉を避けるということが世間にはよくある。和解は裁判所の判事の前で正確に行い、調書に認めてもらって、しかる後に訴えを落着させるに限る（87頁以下）。裁判外の和解の場合は、

ヲ認諾シ且其作為ニ因リ訴ヲ起スニ至ラシメタルニ非サルトキハ訴訟費用ハ原告ノ勝訴ト為リタルニ拘ハラス其負担ニ帰ス）にもとづき、被告敗訴の判決がなされる（229条）。大正改正では、被告が認諾した場合は判決は必要ないこととされた。

[23] 明治民訴法期の『法律新聞』でも、和解（明治民訴法施行までの勧解を含め）を称揚する記事は非常に多い。権利意識の称揚やいわゆる訴訟狂を評価するような記事は散見されるにとどまる。

後日の証拠のために証書をつくることが勧められる（内田良輔『法律実用訴訟の心得及手続』（明32）18頁）[24]。

（ハ）訴訟は和解のため　訴訟手続によって双方から主張・証拠が出てくれば、現われた材料によって、今まで互いに知らなかったり誤解したりしていた点を了解することができ、和解で解決することが珍しくない。「訴訟は相互諒解を得て、和解調停するの手段と為すべし」。利害得失を十分理解した上で有利に和解を行うためには、「訴訟方法十分に準備して、判決を受くるときは勝利疑なしとの点にまで、進ましめざるべからず」（松倉慶三郎『法律研究法律と生活　総論ノ部』（大10）８頁以下）。初めから和解といえば「相手方に弱点を見せるようなもの」なので、まず本訴を起こしてどこまでも自分の意向主張を強く見せ置き、先方の状況を見たうえで和解を持ち出すというアドバイス（佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』（大５）88頁）も、同じライン上にあると言えよう。

四　弁護士による訴訟代理の要否

いよいよ訴訟を行う段になった。素人は訴訟手続の遂行を法の専門家に委ねるべきか、それとも自分でやってよいものだろうか。

（１）弁護士代理のすすめ

（イ）弁護士に依頼して訴訟をしてもらうよう、強く勧めるタイトルは少なくない。証文が明白で事実が単純なら、別に弁護士を頼まんでもよいが、少し込み入った事実になれば弁護士に頼んで、万事をやって貰うことを強く勧める。反対当事者が弁護士を出してきて自分が本人だったために、飛んだ失敗をした例がある。自分の方にも相手の主張を打破できる立派な証人があると主張し申請すればよかったのに、黙っていたので、そのまま弁論は終結し敗訴した。法廷に出たのは生まれて初めて故戦々恐々とするばかり、相手の弁護士の前に自分の主張を一言だにいえぬまま弁論は終結し敗訴した…

弁護士だと報酬が高いと苦にして、三百代言や壮士などに依頼するの

[24] 明治民訴法期においては統計上裁判上の和解はわずかであり、多くは裁判外で和解が成立して訴が取下げられていたと思われる。参照、林屋礼二ほか『統計から見た明治期の民事裁判』（平17）［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23）［2-4-2-1］［2-4-7-1］。

は甚だ不利益である。債務者と通じて双方から報酬をせしめる。債務者から受け取った金を横領消費する。債権者の雇人という資格で法廷に立ったとして、裁判官の心証は悪い。三百らは「法律も何も詳知して居る訳でない、只一寸丈の経験に過ぎない」ので、相手方が真正の弁護士先生を頼んでくれば、「此方に正当の理由事実があったとせよ、先方弁護士の作戦に却って［相手方］勝訴を言渡される様な事が出来る」[25]。

（ロ）選任の際の注意点　もっとも明治民訴法期には、弁護士の資質には一定以上の疑義が認識されていた。殿木三郎『民刑訴訟必携』（明28）は弁護士への依頼を最善とした上で、「弁護士の一大弊風」に触れる。弁護士が依頼欲しさに、相談してきた依頼人に勝訴の見込が無いのにあると「詐欺の鑑定」をして、訴訟をさせることがままある。費用謝金を惜しんではいけない、「利益少なければ、事を執る精しからず、遂に怠慢に陥るは、人情の免るべからざるものなればなり」と述べたうえで、東京組合弁護士のうち良弁護士と認めた者を列挙する[26]。時代が下っても同様の指摘は散見される――三百代言と同様に弁護士のうちにも「無頼の奴」がある、高い報酬を取って不親切な取扱をする弁護士もあるかは知れぬが、「夫れは殆ど例外で、今日は決してそうではない」…[27]。

---

[25] 佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』（大５）15頁以下、岩崎勝三郎『売掛代金完収策 付停滞諸貸金復活法』（大12）216頁以下。当時の三百代言の実態については橋本誠一『在野「法曹」と地域社会』（平17）、三阪佳弘「近代日本の地域社会と弁護士――1900年代の滋賀県域を題材として」法と政治62-1（平23）、林真貴子「近代日本における無資格者による法廷代理とその終焉」（三阪佳弘編『「前段の司法」とその担い手をめぐる比較法史研究』（平31）所収）などを参照。

[26] 393頁以下。ほとんど全員ではないかと思うぐらい多数だが、磯部四郎（技倆家）、花井卓蔵（弁論家）、星亨（老成家）、増島六一郎（法律家）、ほかにも民事家・刑事家・商法家・老練家・熱心家・法理家・緻密家など一人ひとりに面白い短評が付されている。

[27] 金子亀次郎･禱苗代『書式詳説　訴訟の顧問』（明45）49頁以下、佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』（大５）15頁。大野正男（日弁連法務研究財団編）『職業史としての弁護士および弁護士団体の歴史』（平25・原著は昭45）は、当時の弁護士階層が玉石混交で、職業理念や資質に相当の偏差が現存していたことを的確に指摘している（66-69頁など）。資質に問題のある弁護士が一定数存在することを弁護士自身が自覚していたことは、水野「葛藤する法廷」で詳論した。

それゆえ、弁護士の選任に際しては元判事・元検事や法学士という肩書ではなく、能力に着眼せよと勧められる。判事・検事としての経験を応用できることは稀である。逆に長く弁護士の職にあるからといって、失敗の経験ばかりの者はダメである。「彼の老朽弁護士として、同僚中に指弾せられつつある者は、此失敗の歴史に富める規則代言人[28]の進化者、若くは司法官の職に堪えずして退職又は辞職したる、元の判事検事たりし者」である。「現今東京に於ては、学士とか博士とか云える肩書を有する者は、下は法学通論素読的の青書生より、上は老朽無能の自称紳士に至るまで、其数頗る多きを以て、実力を有する者の外は殆んど一顧の価な」いが、地方ではまだもてはやされがちなのは遺憾の極みである（後藤本馬『民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密』（明35）26頁以下）。当時における在朝・在野法曹の格差、いわゆる老朽司法官・弁護士の問題、そして帝大派と私学派の隠微な対立が反映された書きぶりといえよう[29]。

（２）本人訴訟のすすめ

広島地裁所長・田丸税稔の『民事訴訟独案内　付諸書式』（明35）は自序で、わが民訴法は主として本人自ら訴訟をなすべしという本人訴訟主義を採用しているのに、実際には本人訴訟はごく少ない。「訴訟には自ら難易の別あり。事理の繁雑錯綜して容易に勝敗を決し難きものと、簡単明白にして只裁判と云える一の形式を踏むのみを以て其目的を達志得るものとあり。前者は固より、法律専攻家の智識を借るにあらざれば能わずと雖も、後者は僅かに訴訟手続の一斑を知るを以て、何人も容易に之を行うことを得べし」[30]。田丸は続けて、「本人訴訟の出来ざるは訴訟

[28] 明治９年・13年（1876・80）の代言人規則に基づいて代言人になった世代の弁護士を指すと思われる。明治26年の弁護士法施行により、戦前の弁護士制度が確立する。

[29] 加藤誠一郎・浅野晴三郎『民事訴訟手続文例』（明36）巻末掲載の弁護士広告のうち、黒須竜太郎は「前司法官ニ非ズ　大学出身ニ非ズ」を宣伝文句にしている。黒須は明治元年（1868）生まれ、19年埼玉県師範学校卒。英吉利法律学校を経て25年弁護士。35年東京弁護士会副会長、45年から衆院議員（３期）。

[30] 岡山地裁書記・吉森献蔵の『民刑訴訟手続』（明24）凡例も本人訴訟の手引であるとうたったうえで、特別の手続や弁護士に委任しなければできないような

手続の不案内なるに因るあるのみ。去りとて弁護士に依頼せんか乙甲に亙るが為に、遂に起す可き訴訟も起すことを得ず、伸すべき権利も之を伸すこと能わずして止むに至る。遺憾何者か之に加えん、著者之を憂うこと久し」。訴訟手続に不案内なためにするべき訴訟をせず、権利主張がされないままになっているのは遺憾なので、素人のために指南書を著す、と宣言している。

同書では仮設事例（貸金請求）の時系列に沿って、弁護士と助言を求める商人（原告・酒造業者）の問答形式で叙述がなされる。訴訟を依頼しようとやってきた商人に、

> 弁護士「私が裁判所へ出ることにしますると、相当の謝金を申受けねばなりませぬ。然るに本件は少しの金高で、弁護士に御依頼になるのは得策と思いませぬから、貴下自ら裁判所に出で訴えなさる方が宜しいと思います」

と述べ、自らは助言役に留まる旨を告げる（３頁）。大阪地裁から原告勝訴の一審判決を受けた問答でも、

> 商人「裁判所に出ない内はどんなに怖い所かと案じて居ましたが、有体の事柄を其儘述べますには何の造作も無いことで、仰せの通、容易い事件は全く素人で出来るかの様に思います」
>
> 弁護士「左様、普通の事件ならば自分で出る方が宜しい。裁判所の様子を知らぬ人は其様子も判り、又今日は法律時代で、誰も法律の一班を承知して居らねば差支のある時節ですから、自然法律の必懸も出来て来ます。其上、弁護士へ依頼するの手数も要らないと云うので、余程勘定となる訳であります」（38頁）

と、本人訴訟の容易さを強調するストーリーになっている。被告による大阪控訴院への控訴をうけて、商人は「今度は先生に御願い致したいと存じます」と頼むが、弁護士は「此事件抔は、まだまだ弁護士は無用です」。途中で難しくなったら、その時に弁護士を出すことにしても決して遅くはありません、と答えている（43頁）。

日本法律研究会編『民事人事訴訟手続大全』（大９）は、本人訴訟のための手引である。その表紙は「本書を座右に備えて置けば、何んな込入っ

ことは取り扱わないと断っている。

た事件でも、弁護士や法律の専門家に行かなくとも、自分で訴状も書け其他必要の手続も出来き、思う様に訴訟を進行する事が出来る」と謳っている。瀬木辰夫（弁護士・弁理士）の『書式手続総覧（大日本百科全集）』（昭３）も、訴訟手続の「実情は、人々が考える如く爾く至難なものでない。勿論事件の性質によっては、専門の弁護士に委任する事の必要なるは言を要せざるも、事毎に然るかというに断じて然らずである」と力説する（４頁）。

しかし、このように本人訴訟を積極的かつ明示的に薦めるタイトルは、素人向け手引でもわずかであった。

二節　訴状の作成

190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）

訴状の作成は、何について訴えるかについての原告による最初の意思表示として重要な意味を持ち、「実務向け文献」も一様に重視している。複数の訴状の書式を例示し、記載方や関連するテクニカルな規定（印紙・用紙など）を丁寧に紹介するなど、かなりのスペースを割くタイトルが少なくない。教科書が訴状の記載事項について理論的な分析を詳細に展開するのとは[31]、叙述の力点を明確に異にしていた。

一　書式の普及

明治民訴法施行までの民事訴訟の規則であった訴答文例（明治６～23年）では、訴状の書式を代表的な事例について具体的に示していたが[32]、

[31] 特に重視されたのは「一定ノ目的物・原因・申立」（190条②第二・第三）である。本多＝今村第三冊576頁以下では、他の請求にかかわる事実と区別し、錯誤が生じないように開示する必要があることが強調される。仁井田中巻621頁以下では給付・確認・権利変更の訴という区別が導入され、雉本中巻338頁以下では同一認識説と事実記載説などの詳細な理論的検討が行われている。

[32] 訴答文例のテキストは法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書23』（昭61）所収による。

明治民訴法は190条その他の一般的な規定を持つのみであった。同法の明治24年（1891）１月１日の施行をうけ、書式集をはじめとして多数の訴状の書式が出回っている。例えば尾道区裁監督判事・脇屋雄六の『民事訴訟法文例』（明24）31頁以下では

> 貸金請求の訴
> ［原被告の住所・氏名　省略］
> 訴訟物の価格　一金百五拾円
> 事実上の関係
> 被告は、明治二十三年三月一日原告より月壹歩五朱の利子にて金百五拾円を借受け、且明治二十三年十二月三十日限り弁済することを契約したり。
> 証拠方法　一借用金証書
> 一定の申立
> 被告は原告に対し、右借用金百五拾円并（ならび）に明治二十三年三月一日より明治二十四年五月三十日迄の利子金三拾三円七拾五銭、合計金百八十八円七十五銭を弁済すべき様、御判決相成度候也。
> 明治二十四年六月一日　原告氏名［以下裁判所判事氏名省略］

となっているのに対し、和歌山地裁判事・樋山広業の『民事訴訟手続訴答書式』（明24）付録22頁では、

> 貸金請求の訴　［原被告の情報　省略］
> 一金何円　請求高
> 内訳　金何円　何年何月何日貸金元額
> 金何円　何年何月より何年月日迄で何月間壹月何歩の利子
> 私儀何年何月何日被告何某の依賭（ママ）に応じ、元金何円に付利子金何円の約定にて金何円貸与申候処、同人儀は期限後之を弁済せず、依て毎度催促仕り候得共、一向請求に応じ呉れず、因りて此度不得已（やむをえず）本訴提起仕候。
> 以上の事実は別紙甲第何号証被告より原告への貸金依頼書、甲第何号被告より差入たる借用金証書、及び返金延期依頼書状に依て明瞭なる義に御座候。

故に被告人より、元金何円及び何年何月よりの利子金何円、合何円至急弁済致す可く様、御判決相成り度候。
別紙付属書を以て署名者は資格ある者に御座候（付属書類は委任状のことなり）。
［以下弁護士氏名、提出先名省略］

となっている。明治民訴法が施行された明治24年中までに刊行された「実務向け文献」には、裁判所関係者によるものや地方で刊行されたものも少なくなく[33]、いずれの書式も190条（準備書面についての105条も参照）の要件をみたしているが、多少の相違がみられる。

裁判所サイドが作成する書面については、司法省により『民事訴訟法書式』が明治民訴法施行を控えて急ぎ作成され、施行の数日前に（明治23年12月27日）大木喬任法相により「民事訴訟法ニ関スル書式草案及配付候条成ヘク之ニ準拠ス可シ」と訓令されていた[34]。裁判所の書式については新法施行にあわせ司法当局から普及が図られたのに対し、当事者サイドの書式についてはそのようなことは行われず、現場レベルの対応に委ねられていたということになる。明治25年２月になって、東京控訴院は「訴状並準備書面書式」を決議し、同年の『法曹記事』[35]に掲載された。

［原告とその訴訟代理人、被告の記載　省略］
　何々事件の訴
　請求の目的
一　何々（例えば元金何円何銭）

[33]「実務向け文献」リストを参照。

[34]『民事訴訟法書式』の成立の経緯については鈴木『日本』228頁を参照。訴状や答弁書など当事者が作成する書面は扱わず、裁判所が作成する書類の書式のみが紹介されており、恐らく裁判所の内部文書扱いであったと思われる。

[35] ５号（明25）76頁以下。明治24年７月に「法律応用ノ当否ヲ攻究シ裁判ノ実務ニ便スルヲ以テ主旨ト」する（会則総則３条）法曹会が司法部内官吏を主たる会員として発足し（発足当時の会員は3,658名）、中心的な事業として雑誌『法曹記事』を刊行した。同誌は法適用上の疑義に対する法曹会決議、判例や訓令、外国法の紹介などを掲載し、創刊号は6,000部（代書人・公証人など非会員への頒布数を含む）印刷されたという（法曹会編『法曹会史』（昭44）5-16頁）。

一　何々（例えば利金何円何銭）
　　合計（例えば何円何銭）
　請求の原因
何々（例えば明治何年何月何日被告に金何円を貸与し、利子は百円に付月何銭、返済期日は何年何月何日と定めたり。然るに被告は返済期日を経過するも、其義務を尽さず）
　一定の申立
右の次第なるを以て、被告は原告に対し何々（例えば金何円を弁済し）、且訴訟入費を負担すべしとの判決相成度候也
　証拠方法
一　何々（例えば貸金証書）
　付属書類の表示［訴訟代理委任状・証書謄本など　省略］
［以下提出先名　省略］

他の書式例も法定の記載項目の順序を定めた程度のものであり、高木豊三はこの書式について「余は未だ之を完全の書式なりとは云わず」と言わざるをえなかった[36]。とはいえこの書式は東京地裁から東京組合弁護士に下付され、彼らは一般にこれを遵守していたという[37]。大阪控訴院も若干異なる訴状の書式を参考として配布しており[38]、司法当局が当事者が作成する書面の規格化に関心を向けるようになったことがわかる。

当時の『法律新聞』からは、実務においてそもそも当事者――弁護士を含む――が何を主張しようとしているのか、事実関係がどうだったのかの把握に苦労することが少なくなかったことが読み取れる[39]。書式の流通により訴状が規格化され、それなりに整理された記載をもつ訴状が

[36] マ井エル・高木豊三訳補『民事訴訟法実習』（明25）46頁
[37] 殿木三郎『民刑訴訟必携』（明28）50頁以下。同書は個々の事例についてこの書式に沿った書式を紹介している。この書式をほぼそのまま掲載している例として、相原稲造編『鼈頭法規　実例民事訴訟法』（明27）98頁、肥田健吉編『実例民事訴訟法』（明40）113頁。
[38] 樋山広業『民法及戸籍法関係　裁判所申請例式全　付民事訴訟手続書式』（明32）は、大阪控訴院から各裁判所に参考として交付された書式に基づくという。
[39] 水野「葛藤する法廷（1）」一章を参照。

提出されるようにすることは、手続を適切に進めるために極めて重要な意味を持っていたといえよう。

二　具体的事例ごとの書式

特に書式集において、多くのタイトルが貸金返還・家賃・家屋明渡・売掛代金・買受物引渡といった典型的な事例の書式を紹介している。このことはこれらの事例が数的に大部分を占めており、事例が単純である限り高度な知識を要せず、書式を写せばそれなりに対処できると考えられていたことを示唆する。典型的書式の普及、そしてそのメディアたる書式集が素人向けにも多数出版されたことは、その必須の前提であった。

但し、正確な知識を伴わない書式の丸写しにはリスクが伴う。一部のタイトルが「契約解除請求の訴状」を紹介していたのは、その一例である。後藤本馬『訴訟並執行書式手続全書』（明38）は、

> 請求の目的
> 一　何契約解除の件
> 一定の申立
> 被告は、原告との間に取結びたる何契約の解除を承諾し、且訴訟費用は被告の負担たる様、判決相成度候。
> 請求の原因
> 被告は原告と明治何年何月何日何の契約を取結び、仝日（どうじつ）より二週間内に其物件の引渡しを為すべき筈なりしに、被告は之を其期間内に引渡さざる為め、原告は契約上云々の行為を為す能わざるに依り、折角取結びたる契約は終に其目的を達するを得ざる次第と相成り候に付、茲（ここ）に該契約解除の訴を提起致し候。

一定の日時・期間内に履行するのでなければ契約の目的を達することができない場合に、当事者の一方が履行しないでその時期を経過したときは、相手方は直ちに契約解除の訴えをすることができる、と説明している（148頁）。これと同一の書式は大正後期の「実務向け文献」にいたるまで見出すことができる[40]。

[40] 後藤本馬『実業家法律顧問』（明39）、法律研究会『訴訟執行不動産登記戸籍ニ関スル出願申請手続書』（明44）、田淵田『民事人事訴訟書式全書』（大２）、

明治23年(1890)に公布されていた旧民法では財産編421条２項･561条、売買契約についての財産取得編81条で、契約解除には訴えが必要とされていた[41]。しかし明治31年 (1898) に施行された明治民法では、契約の解除そのものに訴えは必要なく、解除の意思を相手方に伝えればよい[42]。契約解除の訴えの訴状を紹介する「実務向け文献」がその後も長い間存在したことは、明治民法施行後も実務レベルでは解除のための提訴があり得たことを示唆する[43]。実務法曹の法知識に時として問題があったこと、そして書式を丸写しすることの陥穽を示す好例といえよう。

三　区裁判所での口頭による訴

374条　訴ハ書面又ハ口頭ヲ以テ裁判所ニ之ヲ為スコトヲ得
378条①　当事者ハ通常ノ裁判日ニ於テハ予メ期日ノ指定ナクシテ裁判所ニ出頭シ訴訟ニ付キ弁論ヲ為スコトヲ得
②　此場合ニ於テ訴ノ提起ハ口頭ノ演述ヲ以テ之ヲ為ス

佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』(大５)、岩崎勝三郎『売掛代金完収策 付停滞諸貸金復活法』(大12)。

41 北川善太郎『日本法学の歴史と理論　民法学を中心として』(昭43) 86-88頁。

42 大判明治41年２月21日民録14輯141頁は、明治民法施行前の買戻契約によりその施行後に買戻権を実行する場合も、相手方への意思表示で足り、旧民法に従って売買契約解除のための訴をする必要はないと判示している。

43 大正末期の『法律新聞』の記事 (〇大10・9・23　或日の傍聴 (法廷子))。「細川裁判長が原告の弁護士の申立が不明なので、『之れは被告に対し解除を求めると云われるのですか』と尋ねると、某弁護士は『左様…解除の行為を求めるのです』と答えたので、同裁判長笑(えみ)を殺して『解除に相手方の行為を要しますか…解除は一方行為ではないですか…』とソレとなく注意を与えると、弁護士先生、之れは何んだか少々勝手が違ったと云ったような顔付で頻(しき)りと考え込んでいた。スルと同裁判長『一体本件請求の原因は何ですか』と聞くと弁護士先生『買戻』だと云う。細川裁判長『然らば買戻をしたら宜いではありませんか』と押返して尋ねたが、何んのことだか分らぬので弁護士先生『買戻権を実行しようとして買戻に応ぜぬので、実行が出来ないから解除を求めるのです』との振った答弁…細川裁判長も泣く子と地頭には何んとやら云うのと同様、仕末に終えぬので結局、『解除か買戻か、何方(どち)らか次回までに取調べた上申立つることにして、当日は何も申立がなかったことにして置きましょう』と云うことで続行になった」。

明治民訴法は373条以下で区裁手続について特則を定め、簡便さを考えて口頭での訴えを認めていた（374条ほか）。明治民訴法下では区裁のほうが地裁よりも事件数は圧倒的に多かったが[44]、教科書における区裁手続の叙述はほとんどの場合条文のパラフレーズにとどまり、具体的イメージを与えるものではなかった。

裁判所書記・奥野綱城の『実用民事訴訟手続』（明24）は通常の訴状の書式を紹介した後で、「口頭訴のこと」として丁寧に説明している（88頁以下）。口頭で訴を起こすときは区裁判所書記課応接所に出頭し、第一に自己と相手人の住所氏名、第二に相手方に請求すべき目的物（例えば、何月何日貸付の金何円利子何円）、第三に請求の一定の原因（例えば、何月何日期限なるに返済を怠たること）を述べ、証拠物があるときは開示する。そして第四に一定の申立（例えば、何年何月被告に貸付けたる金何円に、年何割の利子を付し返済すべき裁判あらんことを乞う）を行い、書記の作った調書に署名捺印する。

司法当局は、口頭での訴えをそれなり以上に想定していたと思われる。明治民訴法施行に合わせ司法省が裁判所に向け訓令した書式集『民事訴訟法書式』（明23）では、売買代金請求、買受物引渡請求、貸金請求、家賃請求、貸家明渡請求、為替訴訟の口頭訴訟調書の書式が紹介される。書式のほとんどの部分は定型文言としてあらかじめ印刷してある（傍線部は、原文では赤字で印刷され、記入例を示す）。例えば貸金請求ならば、

> 貸金請求口頭訴調書
> ［住所・職　省略］原告　某
> ［住所・職　省略］被告　某
> 事実
> 被告は明治　　年　　月　　日原告より年／月　　利子にて金　　を借受け、且明治　　年　　月　　日限り弁済することを約したり。
> 証拠方法
> 一　借用金証書

[44] 林屋ほか『統計から見た明治期の民事裁判』［2-4-1］［2-4-6］、同『統計から見た大正・昭和戦前期の民事裁判』［2-4-1］［2-4-6］

申立
被告は原告に対し右借用金　　并に明治　　年　　月　　日より明治　　年　　月　　日までの利子金　　合計金　　を弁済すべき様、御判決相成度候也。
右調書は原告承諾の上記名調印せり。
某　印
区裁判所　明治　　年　　月　　日　書記　某　印

実務においてこの種の単純かつ定型的な事案は、かなりの部分を占めていたであろう。当事者本人に書面の適切な作成を期待することが難しいなか、最低限の書証さえ備わっていれば[45]、印刷された定型文言の空欄を埋めてゆくだけでそれなりに事件処理が可能だろうという見通しを、司法当局が持っていたことがうかがえる[46]。

しかし、新法施行時点での「一つの運用の理想像」を反映したこれらの書式は、実際にはあまり使われなかったようである。岩崎勝三郎『債務者の顧問』(明38) は、区裁の訴訟は書面又は口頭でできると訴訟法に書いてあるが、「実際は悉く書面を出させて居る。是等の事は自分が書くよりも、代書所に行って書いて貰うがよい、五銭か十銭も出せば結構書いて呉れる」(285頁)[47]。「実務向け文献」は法典の順列に従わずに区裁への提訴を地裁手続より先に取り上げるなど、実務における区裁の重要性を十分認識していたが、口頭による訴を詳しく扱ったタイトルはほと

[45] ほかの書式でも、証拠方法はすべて書証である。
[46] 齋藤孝治・緩鹿実彰『民事訴訟提要』(明24) 40, 78頁ではこの書式に沿った口頭訴訟調書を紹介している。ちなみに現在の簡易裁判所でも、基本的類型の事件については定型訴状を用意しており、空欄を埋めてゆけば必要な記載が満たされるようになっている (園部厚『簡裁民事訴訟マニュアル』(平28) 14-31頁)。
[47] 同旨、金子亀次郎・禱苗代『書式詳説　訴訟の顧問』(明45) 60頁。教科書が区裁手続の現状について簡略ではあるが言及した例として、仁井田中巻804頁は口頭による訴について「殆ど之を見ざるなり」としている。当時の『法律新聞』にも、口頭での訴が死文化している実態を批判する記事が散見される (○明35・10・13　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39・1・20　通俗一口ばなし　藤浪生)。

んど存在しない。実務では口頭による訴の代わりに司法代書人や三百代言が利用されることとなったが、彼らの資質には疑念が感じられたため、大正期に入ると一部の大都市圏裁判所において口頭受付が導入されるのである[48]。

三節　準備書面のやり取り

103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
104条　口頭弁論ハ書面ヲ以テ之ヲ準備ス
105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
106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
107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）

訴状提出に引き続いて、本節では被告の答弁書以下を含めた準備書面の扱いについて取り上げる。答弁書については訴状ほどではないが、多くのタイトルで書式が示されている。

訴訟上の書面は一行に二十字、半枚（半分に折って冊子状にする）十二行に認める[49]、特別の規定がない限り美濃紙の罫紙を用いる。村落

[48] 水野「葛藤する法廷（1）」41-42頁。
ドイツの「実務向け文献」では、区裁での複数の提訴方法について、具体的な用途や実態に触れたものがみられる。
[49] 民事訴訟費用法（明治24年（1891）施行）２条１項は、「訴状其他総テ書類ノ書記料ハ半枚十二行二十字詰ニ付キ金二銭五厘トス但半枚ニ満タサルモノモ亦同シ」と規定していた。

等で罫紙の入手が困難な場合は白紙でもよいが、十一行ぐらいで規律正しく書き認め、綴目を一寸五分くらい空けておくこと。複数枚にわたる場合は表紙を付し冊子体にして、綴目に割印を押す。表紙には年月日・書面の標目・提出者姓名を記す…。

事実の記載は事項ごとに箇条書きにする。複数の事項をまとめて書き流すことは、繁雑を避ける為になるべく避ける。書類が不鮮明だと調査の進行が妨げられるので、多数の挿入削除を行った場合は改めて清書する[50]。「書類の作成粗漏なる為め、其事件に就て取調を為す判事に於て、事件の調査に粗漏を来すことあるを免かれざれば、書類の作成を粗漏にし、之を調査するに手数を要するごときことあらば、判事は之を棄てて閲読することを為さず、為めに敗訴の言渡を受くることあるべし」(福井淳編『原被必携裁判勝利手続　付口頭弁論法』(明27) 9頁)[51]。準備書面に必要な情報が整理された形で書かれていないことは、「真相に反する」判決の一因になり得るものであった。

一　準備書面のやり取り——争点整理に向けて

両当事者の主張が、訴状以下の準備書面のやり取りにおいてどう衝突してゆくのか具体的に紹介した例として、三坂繁人『民事訴訟法釈要　上巻』(明23) を取り上げる。まずは原告の訴状である (４頁以下)。

> ［住所 (東京市日本橋区) 省略］原告人　甲野辰次郎
> 右弁護士　丁山巽
> 貸金催促の訴
> ［住所 (横浜市) 省略］被告人　乙田寅太郎
> 請求元金高百五十円也　外に貳拾円は明治二十一年十二月以来の利息
> 私儀、明治二十一年十二月二十五日元金百円に付利息金壹円の約定にて、金百五拾円を被告人に貸付申候処、被告人は期限経過するも之を弁済せざるに因り、出訴仕候。此事実は、被告人より原告人に渡した

[50] 例えば福井淳編『原被必携裁判勝利手続　付口頭弁論法』(明27) 81頁、田丸稔『民事訴訟独案内　付諸書式』(明35) 61頁、武藤円『人事訴訟非訟事［件］民事訴訟不動産登記及戸籍法ニ関スル訴申請申立書式』(明36) 注意事項、木俣亮『訴訟非訟事件実用手続提要』(大２) 注意事項。

[51] 参照、木俣亮『訴訟非訟事件実用手続提要』(大２) 序文。

る借用証文、及び被告人の隣家なる靴商人丙村卯吉を以て、証拠立てんと思考致候。
私は左の一定の申立を為すものに御坐候。
被告人が明治二十一年十二月二十五日以来支払わざる所の、元金百円に付壹円の割合の利息と共に、元金百五拾円を弁済す可しとの判決を下されんことを請求仕候。
別紙付属書に依り、署名者の資格を有することを証拠立て候。
　明治二十三年十二月二日　右弁護士　丁山巽　印
　横浜地方裁判所　民事第一部長某殿
別紙付属書
　［訴訟委任状　省略］
　借用証文
一　金百五拾円也
　右の金額要用に付、借用候処実正也。利息の儀は、元金百円に付壹ヶ月壹円の割合と定め、来る明治二十二年九月二十五日限り、元利相揃無相違御返済可致、若し右期限に至り返済相滞候わば、如何様の御処分に相成も異議申間敷候。依て証文如件。
　横浜弁天通一丁目十番地　乙田寅太郎
　明治二十一年十二月二十五日　甲野辰次郎殿

被告人の答弁書は以下の通りである（38頁以下）。

　［住所（省略）］原告人　甲野辰次郎　右弁護士　丁山巽
　［住所（省略）］被告人　乙田寅太郎　右弁護士　乾清明
右原告人甲野辰次郎より私に対する百五十円の貸金事件の訴に付ての答弁書及び反訴第一号第二号付属書添
私は原告人の訴を却下せられ、而して反訴に対し、答弁書送達の日より拾円に六朱の割の利息を付し、原告人より被告人へ弁済す可き様、判決あらんことを申立候。
私は、原告人が百五十円を渡したりと主張することに付、争う可し。即ち私は単に七拾五円を受取たるのみに御坐候。
右に付、左の弁駁を致し候。
一　七拾五円は、元売懸金を貸金と為したるものに有之。然るに右売

懸金は時効を経たるものに付、最早出訴す可き権利なきものなり。此事に付ては、同商業人横浜市弁天通三丁目某を証人として、証拠立つ可し。
二　明治二十二年九月二十五日に金拾円を返済せり。此証拠は、東京市京橋区築地一丁目に住居する某を以て、証拠立つ可し。
三　別紙勘定書の通、原告人の注文にて裁縫いたし候。此価は、土地にて普通適当なる価に有之候。此証拠は、私の職業帳簿にて証拠立つ可し。此の如くなるに付、反対の請求を為し、差引勘定致し度、然れども原告人に於て、此差引勘定の請求を承諾致さざるならば、反訴を起さんと決心仕候。
　明治二十二年十二月十七日　右弁護士　乾清明
　付属書
東京市日本橋区檜物町甲野君に対する裁縫店乙田寅太郎の計算
　（内容省略）総計金八円六拾銭

これを受け取った原告弁護士は、以下の書面を提出した。

百五拾円の貸金に付被告人横浜市弁天通一丁目平民商乙田寅太郎に対する原告人東京市日本橋区檜物町平民商甲野辰次郎の弁明
　被告人の答弁に対して、左に弁明致し候。
私は七拾五円を慥（たしか）に現金にて相渡し候。其事実は左の如し。
被告人は私より品物を受取り、種々の払方を為したり。明治二十一年十二月二十五日原被告の間に決算を遂げ、而して其際被告は七拾五円の借りを看認（みと）めたり。又同時に原告は、被告に右の外に現金七拾五円を貸したり。右二口を合せて、百五拾円の貸金となりたるなり。依て右の時より、百円に付き壹円の割の利息を付することを約束したり。
被告が時効経過の抗弁は、甚だ理由なきものなり。如何となれば、明治二十一年十二月二十五日に更に借りたればなり。
拾円を弁済したりとの被告の答弁に就ては、原告は十分之を争わざる可からず。而して被告に於て証人を出さんとならば、勝手に之を出す可し。
被告が裁縫の計算は、正当なるものに之あり。然れども、原告は明治二十一年八月一日に之を払いたり。此証拠は、東京市芝区何町某を証

人と為す可し。
原告は、被告の反訴を却下せられんことを申立んとす。（以下省略）

主張は個別に分けられ、各々証拠方法を伴うかたちで示される。相手方はその一々に自らの主張と証拠方法を示して応じる。模範的な攻撃防御の構造が訴状と答弁書、それを受けたさらなる準備書面のやり取りにより展開されている。著者の三坂繁人は、テヒョー草案（明治19年（1886）６月）に大修正を加えることになる法律取調委員会の報告委員として（明治20年（1887）11月４日任命）、明治民訴法の起草に関与した人物である[52]。明治民訴法の施行半年前に手続の手引として刊行された本書の叙述からは、三坂が準備書面のやり取りによる争点と証拠方法の整理に期待していたことがうかがえる[53]。準備書面が適切に作成され適切にやり取りされれば、早い段階で争点を整理し、その後の手続を迅速化させることが可能となるはずである。

二　口頭主義との微妙な関係

（１）ドイツの状況[54]

しかし、このように準備書面に積極的な位置づけを認めることは、母法国たる19世紀ドイツでは自明のことではなかった。「裁判官に対する民主的コントロールの必要性」という政治化された形で、口頭主義が高唱されていたからである。プロイセン法のように書面での主張・証拠方法のやり取りを経た上で、最後に口頭での審理を行い争点を整理する手

[52] 法律取調委員会の設置の経緯については、松本博之『民事訴訟法の立法史と解釈学』（平27）23頁以下を参照。三坂は本書出版時（明治23年６月）は東京控訴院評定官。同年８月甲府地裁所長、25年広島地裁所長、27年退職。

[53] 裁判所サイドの者の手になる脇屋雄六『民事訴訟法文例』（明24）31頁以下、中江猪三朗『訴訟書類文例釈解』（明25）81頁以下も、貸金返還請求事件について準備書面のやり取りによる争点整理を同様に示している。

[54] 本項の内容については以下のモノグラフにおける稠密な検討を参照。Martin Ahrens, Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess. Einhundert Jahre legislative Reform des deutschen Zivilverfahrensrechts vom Ausgang des 18. Jahrhunderts bis zur Verabschiedung der Reichszivilprozessordnung. Tübingen 2007. 鈴木正裕『近代民事訴訟法史・ドイツ』（平23）。

続が存在したにもかかわらず、CPO の成立（1877年）に至るまで準備書面と口頭主義の関係いかんは激しく争われることとなる。結局成法は口頭主義と随時提出主義を強調したものとなり、口頭弁論の準備や争点整理についての手あては乏しいものとなった[55]。CPO 立案者は、口頭主義が行われているドイツ国内外の経験に徴して、口頭弁論前の書面は訴状・答弁書の二通で十分という認識を示したのである[56]。

マ井エル・高木豊三訳補『民事訴訟法実習』（明25、原著刊行は1888年（明21））は訴状を含む準備書面について、「仮令準備書面に欠点あるも、事物上一も不利を招くこと是れあらざる」、「第百二十一条［明治民訴法一〇五条］の規定たる、之に違背するも多くは何等の影響も是れあるなし。例えば訴訟物を表示せざる場合の如し」、「訴状に必らず包含すべき要件は、第二百三十条第一第二及び第三（［明治民訴法］一九〇第一第二第三）に記載せり。然れども法律は、此要件を尽く含蓄せざるものは全然訴状にあらず、と云わざるなり」としている（36頁以下）。裁判所が口頭弁論期日に先立ち準備書面に基づいて準備することについても、口頭弁論を形骸化させる危険性を強く意識した叙述となっている（76頁以下）。

CPO の「純化された」口頭主義は、その施行後間もなく実務で機能不全が強く指摘されるようになり、準備書面の適切な運用が口頭弁論を成功させるための前提条件であるという認識がそれなり以上に広まるに至った[57]。右のマ井エル『民事訴訟法実習』も結論部では、CPO が導入し

---

[55] 鈴木正裕「争点整理の方策について――その史的考察」（『改革期の民事手続法（原井龍一郎古稀）』（平12）所収）。

[56] Hahn- Stegemann, Die gesammten Materialien zur Civilprozessordnung. 2. Aufl. 1881. S. 263. 鈴木『日本』95頁。

[57] CPO 施行後の実務アンケートに基づくベールの論考、それに対するヴァッハの反論が有名である。Otto Bähr, Der deutsche Civilprozeß in praktischer Bethätigung. in: JherJb 23 (1885) S. 339-434, Adolf Wach, Die Civilprozessordnung und die Praxis. Leipzig 1886. 近藤完爾「口頭主義の反省」（同『民事訴訟論考　第二巻』（昭53）所収）。書面重視に向けた ZPO の改正（1909（明42）、1924（大13）年）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. を参照。

た「新規なる口頭審理の制」においては弁護士は書面により完全に口頭弁論を準備し、裁判所に事件の内容をあらかじめ知らせて手続がスムーズに進むよう努めねばならない、と指摘していた[58]。

（２）わが国への継受とその帰結

明治民訴法の起草過程では、テヒョー草案は訴状に始まる二往復までの準備書面の交換を認めていた（217 ～ 223条）。ひきつづく法律取調委員会では、準備書面の位置づけについて口頭主義との関連で激しい議論を経て、成法はドイツ法同様の規定となった[59]。証拠方法についても同

---

[58] 同書966頁。「新規なる口頭審理の制たる、判事并（ならび）に弁護士の一種の知能を具え、且つ善く其職務に忠実なるを要すること、鮮（すく）なからず。…弁護士にして優々として［不熱心に］事に従い、殊に証拠方法に付き適当なる時間に十分の委托を得ることを力めず、或は書面を以て完全に口頭弁論を準備せず、又口頭演述の用意を為さず､為めに裁判所をして事件の状況を知悉せしむることなく、却て其紛雑を招くが如きことあらば、何を以て良好の効果を収むることを得んや」

[59] テヒョー草案についてモッセは、口頭弁論の準備のためには訴状と答弁書だけで十分であると批判している（松本博之他編『民事訴訟法〔明治23年〕（５）』（日本立法資料全集198）（平27）［資料179b］310頁。鈴木『日本』146頁）。

法律取調委員会をへて成法の規定に落ち着くまでの議論の詳細については、史料上の制約があり必ずしも明瞭ではない。法律取調委員会の審議では、明治21年４月20日に105条のもとになる案文について、松岡康毅（大審院刑事第二局長。のち、民訴法の立案を担当する訴訟法組合長）は、口頭弁論を書面で準備せねばならないようなニュアンスを出すべきでない、「答書を必らず取ると云うことは、口頭審理の要則に反する」と強く主張している。他の委員も「［準備書面には左の諸件を］掲ぐべし」は「例とす」「準備することを得」ぐらいで良いと同調している（松本他編『民事訴訟法〔明治23年〕（２）』（日本立法資料全集195）（平26）［資料95］279頁以下）。

さらに同年５月５日の審議では、山田顕義委員長（法相）が「口で言うを聞いて直ちに裁判の出来る人もあろうけれども、過半は書面に依るが多い。相手方も聞いて済ます事は出来まい。原被告はどれ丈（だ）けの学問をしてどれ丈けに分るものか、中々分らん。況んや此法律では本人が出るのだから、代言人すら分らん、其れを本人が出て来て饒舌（しゃべ）るのだから、何所に要点があるやは分らん。又聞く方も未（こ）だ馴れて居らん。又書く書記も是迄、中半書いた物に依て居るのだからね。斯う云う事は一概に理論にのみ偏すると、法律は立派だが人民に害

様の経緯がみられる。訴答文例では訴状・答書に書証全文を写載することが求められ、テヒョー草案でも記載が義務付けられていた[60]。しかし成法では随時提出主義に反するとして、訴状の必要的記載事項（190条２項）から削除され、任意的記載事項として意識的に位置づけられたのである[61]。

「実務向け文献」における口頭主義の説明でも、書面による準備の意義を極小に理解するものがみられる。小野沢弥三郎『民事訴訟法要覧』（明24）は、従前は弁駁書・上申書・始末書あるいは弁明書などを再々取り交わしたうえで口頭弁論を開いていたが、明治民訴法では口頭審理を採用した以上「訴状答弁書の外は、書面を以て訴訟を為すことを許さず」（21頁）。甲府地方裁判所書記課『法廷必携民事訴訟文例』（明24）も、答弁書に対する原告の弁駁書は「差出すも苦しからずと雖（いえ）ども、可成（なるべく）口頭弁論の際弁論するを良しとす」（11丁裏）と位置づける。後藤本馬『訴訟並執行書式手続全書』（明38）は答弁書についての解説で、以下のように指

を与えて、実際大層不便なものを作った事になる」と準備書面の重要性を強く主張し、わが国の現状では口頭主義の運用は不可能である、「原則上尤も千万ですが、実際に差支がありはせんか」と繰り返し疑義を呈した。それに対してここでも松岡は「［実際の不都合がないと］保証は出来ませんけれども、口頭審理の基礎を定めれば、矢張やらなければなりません」「併（しか）し難易は何事にもあるもので御座います」と譲らず、他の委員も同様の見解を示す（同［資料100］309頁以下）。

106条を「訴答文例当時の書面主義を徹底的に放逐しようとする意図に出た」ものと位置づける見解として、染野「わが国民事訴訟法の近代化の過程」（同『近代的転換における裁判制度』（昭63）所収）224頁、中野「実務の継受」63頁。

[60] 滝川叡一「訴答文例小考」（同『日本裁判制度史論考』（平３）所収）48-52頁、鈴木『日本』４，82-83，93頁。

テヒョー草案209条　訴状ハ準備書面ノ規則ニ従ヒ之ヲ作リ且左ノ諸件ヲ記載ス可シ［「可シ」は独語版では“muss”となっている。］

一　訴訟物件ノ価格

二　請求ノ原因タル事実

三　立証方法

四　一定ノ申立

[61] 鈴木『日本』145-146頁。

南した（151頁以下）。

答弁書は一の準備書面に外ならざるが故に、被告は其答弁書に掲げたる事項に拘束せらるることなく、自由に其申立を変更し、又は事実上の陳述茲に証拠方法を更正変更し、又は新に防御方法を提出することを得べし。而して裁判所は、実際被告が口頭弁論に於て陳述したる申立及事実上の供述に基きて裁判すべきものにして、答弁書に掲げたる事項は全く度外視すべきものとす[62]。

口頭主義を採用する限り、準備書面に記載した内容でも口頭弁論で陳述しない限りは訴訟資料として考慮されず、記載しなかった内容を口頭弁論で陳述することもできる。これは当時の教科書でも、口頭主義の説明として示していた内容である[63]。しかし、準備書面の役割を極小化する口頭主義理解と随時提出主義（209・214条[64]）が結びつけば、文字通りに＝濫用的に利用される危険性は少なくなかった。明治民訴法期の実務においては、訴状・答弁書・その他準備書面の提出とその記載が不十分なことが少なくなく、しばしば訴訟戦術として意図的にそうされていたのである[65]。その一例として、証拠方法の提示の扱いをとり上げてみたい。

---

[62] 内田良輔（判事）『法律実用訴訟の心得及手続』（明32）134頁以下は、貸金請求事件の答弁書として具体的な抗弁事実・証拠方法を記載した書式を挙げたうえで、単に以下のような記載でも可として、「一定の申立　一　原告請求を棄却し、訴訟費用は原告負担たる可きことの判決相成度候　右答弁致候也」と、いっさい具体的な主張・証拠方法を掲げない書式も紹介している。

[63] 本多＝今村第二冊にはその根拠について、やや踏み込んだ説明がみられる。準備書面の作成が任意であることは、105条１項が「要ス」ではなく「可シ」という語を用いていることからも知られる（342頁以下）。106条の規定は、従前訴状や答弁書に事実・説明・討論等を冗長に記載する弊があったため、書面審理化を避けるために設けたものだろう（349頁以下）。

[64] 209条　攻撃及ヒ防御ノ方法（反訴、抗弁、再抗弁等）ハ第二百一条ニ規定スル制限ヲ以テ判決ニ接著スル口頭弁論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ提出スルコトヲ得
214条　①証拠方法及ヒ証拠抗弁ハ判決ニ接著スル口頭弁論ノ終結ニ至ルマテ之ヲ主張スルコトヲ得（以下省略）

[65] 答弁書以下の準備書面はほとんど無内容なものが提出されることが珍しくなく、口頭弁論期日までに答弁書が提出されないケースも少なくなかった（水野「葛藤する法廷（２）」89頁以下）。

三　証拠方法の提示

上述のように、明治民訴法の起草者たちは随時提出主義に基づいて、訴状の必要的記載事項から証拠方法を意図的に除外した。「実務向け文献」には口頭主義、それと結びついた随時提出主義、その帰結としての準備書面の役割の矮小化を、戦術的に利用するスタンスが看取される。教科書にはこのような戦術的指摘は見られない。

（1）提示の先送り

実戦的なアドバイスに富む後藤本馬『民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密』（明35）31頁は、収集した証拠をすべて訴状に記すべきかについて、以下の助言を与えている。

> 訴状は準備書面なるを以て、争点を明にし、一応の憑拠となるべき事実の立証を為せば足るものにて、蒐集したる証拠を悉く訴状に記するの要なし。若（も）し之を記するときは、被告をして其証拠に付て、抗弁の材料となるべき考案の機会を与うるに至るなり。果して然れば、蒐集したる証拠は訴状に記するものの外、何れの場合に之を応用するの機会ありやと云うに、這（これ）は口頭弁論の時提出の必要ありと云わざるを得ず。

訴状はあくまで準備書面なので、争点を明らかにするためにとりあえず必要な証拠方法だけ記しておけばよく、被告に手のうちをあえて早い段階から見せて防御方法を考える機会を与えるべきでない、と指南するのである。

明治民訴法期の「実務向け文献」が紹介する訴状・答弁書の書式は、大抵何らかの証拠方法の記載を含んでいるが、具体的な証拠方法を記載した上で「それ以外は口頭弁論で立証する」とする書式は散見される[66]。

---

[66] 川瀬重治（宮崎地裁構内代書人）『民事訴訟法書式正解』（大４）89頁以下（貸金請求、境界確認請求、所有権登記抹消請求）、二宮丘一（朝鮮高等法院書記）『実際的民事訴訟執行手続詳解』（大14）116頁以下（不法行為に基づく損害賠償請求）。新井正三郎編『新民訴人訴非訟新書式全集』（昭４）81頁以下で紹介される訴状の書式では、証拠方法を具体的に挙げた上で「其他必要に応じ立証可仕候」と記し、注として「此一句、文体古く且つ必要なきも、従来の多き実例を示す」とする。同様の例については、下記（２）も参照のこと。

大正民訴法改正後に宮城控訴院判事・安田忠治[67]は回顧して、「従来十中八九迄は訴状を認(したた)むる際に、立証方法として追って口頭弁論の際立証仕る可く云々と記載するのが、普通の如く見受けらる。書式大全等にも此種の書式が掲げられてあり、其為という訳でもあるまいが、殆んど之が普通の如く慣用され、寧ろ濫用されて居るが如き傾あるが、余輩の常に遺憾として居た所である」と述べている。反対当事者の出方を見ながら証拠方法を小出しにするタクティクスは、珍しくなかったといえよう[68]。

（２）書式適正化の提案

このような実務の実態については明治民訴法期においても強い批判があり、『法律新聞』には証拠方法の早期の提示を強く求める声が多数掲載されている[69]。裁判所も苦しめられたゆえか、裁判所サイドによる「実務向け文献」には、証拠方法提示について踏み込んだ見解を示すタイトルが存在する。

洲本区裁監督書記・武藤円は、早くも明治36年に以下のように指摘していた（『人事訴訟非訟事［件］民事訴訟不動産登記及戸籍法ニ関スル訴申請申立書式』（明36）注意事項）。訴状や答弁書には一の主張事実・証拠方法のみを掲げて、口頭弁論開始後に漸次その他の主張・証拠方法を出すというのではなく、初めから洩れ無く認めることを要する。「人証を以て立証すべし」とだけ書くのではなく、人証が誰なのか明らかに記載する必要がある。訴状や答弁書に証書写が添付されていても、それがいかなることの立証方法なのか記載が無く、口頭弁論期日まで判明しないことが少なくない。準備書面を口頭弁論当日になって提出する者が往々あり、相手方が準備をできず延期せざるを得ないことになるため、必ず期日数日前に提出しておくことが緊要である…

---

[67] 明治21年（1888）生まれ。大正３年（1914）東京帝大法科大学卒、弁護士。７年東京地裁予備判事。福島・秋田地裁判事などを経て昭和２年（1927）宮城控訴院判事。

[68] 安田忠治『民事裁判の新傾向（司法研究報告書８集１）』（昭３）66-67頁。『法律新聞』にも、駆け引きはある程度やむを得ないとする見解がみられる（○明42･6･25　函館法界日誌抄　巴港生　○大2･7･25　新潟裁判所の訴訟進行法）。

[69] 水野「葛藤する法廷（１）」24、30頁以下。

裁判官にかなり読まれたとされる大阪控訴院判事・齋藤常三郎[70]の『註釈訴訟記録』（大６）は、証拠方法は口頭弁論の終結まで提出することができ、「証拠方法は準備書面に記載すべき事項にして（第百五条第五号）、訴状に記載すべき要素にあらざるを以て」訴状に記載せずとも訴状は無効にはならない。しかし「原告は出来得る限り、全力を尽して其証拠方法を訴状に記載することを努むべく、…相手方は予め之に対する防御方法を講じ、直に之が証拠方法を提出すべき準備を為し得べきが故に、訴訟の完結を早からしむる利益あるや疑なし」。被告についても全く同様のことがいえる。しかしわが国の実際は遺憾ながら、「訴状に又は答弁書若くは準備書面には、何等証拠方法を記載せずして、只単に証拠は追て後日口頭弁論の際提出すべき旨を記載せるもの多し」。「独逸の実際に行わるる如く、出来得る丈（だ）けの証拠方法を記載し、相手方の準備に其（そな）え、兼ねて訴訟を速かに完結せしむる様努むべきものとす」（24頁以下）。口頭主義を文字通りに解釈して、準備書面の提出や記載を重視しない姿勢を示していた教科書とは、大きく異なる審理像を描き出したのである[71]。

しかし、裁判所サイドのスタンスは一様ではなかったようにみえる。田山卓爾[72]（東京地裁部長判事）『実例民事訴訟手続総攬』（大８）は、証

---

[70] 明治11年（1878）生まれ。36年京都帝大法科大学卒、司法官試補。大阪地裁判事を経て大正３年（1914）大阪控訴院判事、８年神戸高商教授。

[71] 安田『民事裁判の新傾向』67-68頁にも同旨の主張が見られる。弁護士が「訴状の提起に際して、全然証拠方法不明なりというが如き事は殆んど考えられない」。判明している証拠方法だけは必ず訴状に掲記して欲しい（十中八九までは可能なはず）。「現にオーストリヤの司法省の発表して居る書式に依れば、訴の原因事実は段を分ち、簡明に之を記載する傍ら、各段毎に此点は何々の書証若しくは何某の人証によって立証す可く、又何々の点は検証若しくは何某の人証によって之を証すと各段毎に必ず一々証拠方法を明記させる事を求めて居る」と述べ、裁判所と弁護士・司法代書人の協働、模範的書式の頒布を訴える。『法律新聞』には、裁判所が管内弁護士に対し正式な形で改善を求めたことを伝える記事がみられる（○明33・12・24　訴状答弁書の記載及提出方に就き　○明39・11・5　富山地方裁判所の管内彙報発刊　○明44・1・15　京都裁判所と弁護士との協訂事項）。

[72] 明治12年（1879）生まれ。33年和仏法律学校卒、35年司法官試補。地裁判事を経て大正２年（1913）東京地裁部長。大審院判事を経て12年弁護士。

拠方法は訴状の絶対要件ではなく、記載を欠いても効力に影響はないが、「訴訟進行の便宜上之が記載を要するものとす」としており、紹介された訴状の書式は証拠方法を記載していない（133頁以下）。東京地裁・区裁の書記３名により編集された『書式総攬　第一輯（民事訴訟法、競売法）』（大13）所載の訴状の書式では、証拠方法はいずれも「口頭弁論の際適宜提出す」「被告の認否に依り立証す」とされていた。前田直之助（大審院判事）[73]『修習訴訟記録第一審（土地所有権確認事件）』（大11）、同『修習訴訟記録』（大12）は司法官試補に向けた教材と思われるが、そこでの訴状・答弁書も同様である。これらは、実際の訴状が必ずしも証拠方法の提示をともなっていなかったことを反映したものといえるだろう[74]。

二章　審理過程

本章では「実務向け文献」の口頭弁論と証拠調についての叙述を、争点整理と事実認定における当事者と職権の役割分担いかんという視点から検討する。

一節　口頭弁論

「口頭弁論とは従前の対審、即（すなわち）審問弁論を総称したるものにして」、従前は原告の訴状→被告の答弁書→原告の弁論書→被告の反駁書・再答書・上申書と、「総て書面にて弁論を為すが如き傾きありしも、新訴訟法［明治民訴法のこと］は口答（ママ）審理の制を用い、総て口頭を以て弁論を為すことに定めたり。故に書面を以て弁論駁撃するを得ず」（村上誠太郎『民事訴訟登記実用』（明24）34頁以下）。

書面がかなり重視されていたと思われる従前の手続に対して[75]、明治

---

[73] 明治７年（1874）生まれ、37年東京帝大法科大学卒。44年東京控訴院判事、大正10年（1921）大審院判事、昭和10年（1935）大審院部長判事。

[74] ドイツの「実務向け文献」の訴状では、証拠方法を「口頭弁論の際に提示する」として全く示さない書式は、管見の限り見出されなかった。

[75] 明治民訴法施行までの民事訴訟手続について、中野「手続法の継受と実務の継受」60頁ならびに同所引用の文献では「一貫した書面中心主義の手続」としてとらえられている。他方、林屋礼二『明治期民事裁判の近代化』（平18）第二章・

民訴法は「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」（103条）と宣言し、口頭主義をとることを明示している。「実務向け文献」は口頭弁論をどのように解釈し、いかなるアドバイスを与えていたのだろうか。

一　口頭弁論の意義

口頭弁論の位置付けについての「実務向け文献」の叙述は、教科書での説明と大差は見られない。わが民訴法は口頭審理を原則としており、裁判所が判決をするにあたっては法廷での口頭陳述に依拠する。準備書面は手続の適切な進行の点で、口頭弁論にとって付属的に必要だというにすぎず、絶対的に必要なものではない。「当時［現在のこと］の訴訟手続は昔と異なり、書面訴訟にあらざれば、訴状、答書、弁駁書、拡張書等、名義如何に係わらず、記載したる事柄は、已（すで）に申立済みなりと思うべからず。仮令書面上の記載あるにも拘わらず、必らず口頭弁論に至りて、供述せざるべからず。然らざれば、申立てする（ママ）［「ざる」の誤り］と同一となるべし…而（しか）して訴状、答書に記載なきことにても、口頭弁論にて初めて申立を為すことは、差支なし」[76]。

当事者から提出された書類のみで審理する書面審理だと、「或は一方のみの陳述あり、双方の陳述書あるも亦十分ならざるものあり、其口頭

第十章では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が示唆されており、なお検討を要すると思われる。

本多＝今村第二冊329頁以下では次のように評価している。「本邦に於て従前施行し来る所の審理手続は、純粋の書面審理にもあらず、又純粋の口頭審理にもあらずして、書面審理と口頭審理と相混同せしものと云わざるを得ず。何んとなれば、明治十年二月十九日の布告第十九号控訴上告手続第十五条中に、『上告状は、正本一冊及び副本五冊を差出すべし』（五名の判事各閲読す可き為めならん）とあり、又其次項に、一切の書類を添え差出すべき規定あり。而して其第二十四条に依れば、『原被対審の節は、判事席に臨み云々原被交互の論弁を審聴し云々』とありて、一面は書面に就き之を審究し、一面は交互の論弁を審聴することを要する規定なればなり」。

[76] 佐瀬鷹雄『実地経験裁判勝利秘法　付訴訟独案内』（明27）緒言。唐沢長十『大審院判例法曹会決議諸法令対照　実用民事訴訟法典』（明30）は103条について、控訴状に記載あっても口頭弁論で陳述しなければ申立なきものとする判例を紹介している（大判明治29年10月24日民録２輯２巻97頁）。

の書面に優る、数等なりとす」[77]。自由心証主義を採用することのコロラリーとする説明もある。「自由心証主義に拠るときは、当事者及び証人等の陳述は裁判官の心証に重要なる影響を及ぼすものなれば、訴訟の審理を為すに当り直接に陳述を聴くに非ざれば、其目的を達すること能わざる」ゆえに、口頭審理主義を採用しなければならない（佐伯兼次郎『民事訴訟法通義』（法典釈義全書４）（明42）21-22頁）[78]。

二　口頭弁論期日の心得

口頭弁論の重要性ゆえに、出廷のしかたから始まり、口頭弁論期日の手続の進行を具体例を挙げて説明するタイトルが見られる。教科書に比して「実務向け文献」の特徴が強く表われる内容であり、素人たる本人はもとより、実務修習のシステムが存在しなかった弁護士にとっても法廷の具体的なイメージを得ることができ、大変助けになったろう[79]。

（１）出廷

萩原定一郎編『民間必携訴訟勝利法』（明36）は、公判当日どのように振る舞うべきかをヴィヴィッドに描く。

裁判所に出頭した当事者はまず人民控所に入り、出頭を裁判所書記に届け出る。控所にいる代書人に依頼すれば、すぐにその手続をしてもらえる。初めて訴訟をする人でも一度控所に入れば、忽ち法律通訴訟通になれる。「若し夫（そ）れ此処に集れる人民の談話に耳を傾くる時は、貸金の催促に遇うて巧みに其督促を免れたる自慢話、訴訟手続を誤りて充分勝利ある訴訟に負けたる失敗談、偖（さて）は其裁判所に執務する判事の僻、之に

---

[77] 樋山広業『民事訴訟手続　訴答書式』（明24）94頁。

[78] 自由心証主義と口頭審理を、事案の解明の観点から明確に結びつける認識は教科書でも散見されるが（例えば岩田236頁）、通説とはいえない。

[79] 水野「明治民訴法の『使い方』」２（１）など参照。教科書における叙述はあるとしてもごく大雑把なもので、例えば深野238頁は「弁論進行の順序は、第一当事者は一定の申立を為す。第二其申立の理由及び相手方の理由に対して演述す。其理由とは事実上及び法律上に亘るものとす。第三申立の理由に基き証拠調を為す。第四証拠調の結果に付き、更に申立の理由及び相手方の理由に対して演述す。第五裁判所は判決の言渡を為す。是れ普通進行の大要なり」としている。ちなみにドイツの「実務向け文献」は制度の説明と書式が中心で、この種の具体的な叙述には乏しいように見受けられる。

応ずる手段等、四方八方の話を取まぜて語る処の者、一として訴訟法律の問題ならざるはなし。如何なる訴訟に慣れする人にても、此処にては心強く、家にありて兎や角考えしよりも、案外攻撃防御の方法を考えらるるなり」。

そのうち廷丁の呼上が始まる。最初に原告の姓名、次いで被告の姓名である。呼上げられた当事者はかねて通知された公判廷に入る。原告の席は判事席の下段右側、被告の席は原告の左方にあり、これらは廷丁の指図で決まる。やがて法廷に入ってくる関係書類を携えた人物は書記である。つづいて裁判長と陪席判事が入ってくるので、原被告・弁護士・傍聴人一同は立礼し、裁判長の着席を見て静かに着席するのが例である。正面中央が裁判長であり、弁論の指示を行う。その左右は陪席判事で始終沈黙しており、訴訟進行については基本的に発言しない…（98頁以下）

（２）口頭弁論

口頭弁論における陳述は裁判所の判断の基礎になるものであるから、当事者は陳述の内容・態様に十分気を配る必要がある。田丸税稔『民事訴訟独案内　付諸書式』（明35）は、民事訴訟は不干渉主義に基づくものであるから、当事者は口頭弁論において自らの主張立証を能動的に提出しなければならない、と説く（19頁以下）[80]。

商人「始めて裁判所へ出たときには、裁判官の尋ねに応じて答を致せば宜しい訳でありましょうか」

弁護士「…民事は刑事と違い、開廷期日に当事者出廷すれば、裁判官は是より何々の事件の審理を始める、と云うのみにて、裁判官の方より進んで尋ねは先ず無い訳で、原告と被告とが裁判官の前で口頭弁論とて、互に自分の主張せんとする所を申述ぶれば、裁判官は双方の述ぶる所を聴き、何れが理か非かの裁判を致されるのであります。故に有る丈（だけ）の証拠は出し、有る丈（だ）けの権利は主張するが能（よ）いのです」

福井淳編『原被必携裁判勝利手続　付口頭弁論法』（明27）は「弁論」の章で以下のように説く。喧噪ではなく温和な語気で、「賢明なる判官」などとへつらうのは判事には不快、華麗な言葉ではなく簡明に…。「弁論中相手の弁解を予想して、彼の言（ことば）を待たず直ちに之を弁駁するを為

[80] 同旨、金井太郎『新訂再版民事要解書式集』（明36）210頁

すものあれども、是れ等は未だ駁撃せられざるに自己の訴訟を弁解するに同じく」、かえって判事に奇異の感を与え不利益に作用することが多いので、避けねばならない。最も重要なのは、主張の順序をよく整えることである。「其排列の順序を立つるは如何と云うに、其訴訟の争点と、其争点の依りて基く証拠とを決すべし。之をさえ決すれば、自然の順序に従いて其証拠を排列するは難からざるなり」(11頁以下)。特に当事者本人において陳述のあり方にかなりの問題がありえたことは、当時の『法律新聞』の記事からもうかがえるところである[81]。

日本法律研究会編『民事人事訴訟手続大全』(大９) は、「三寸の舌端火を吐いて弁護士そこ退けの雄弁家もあれば、又自己に充分の権利がありながら、吃々として云う能わざる訥弁家もある。此場合、訥弁家に有力なる証拠物のない限り、先ず雄弁家の勝訴と思わねばならぬ。何でも固くなっては気が臆して可けない。場慣れぬ人は法廷へ立つとガタガタ慄え出す者などもあるが、小胆の為とは申せ、あれは損な性質である。自分に疚しい所さえなかったら、虚心平気で事実のありのままを堂々と主張したが宜しい。…申開きが下手な為に、勝つべき裁判に負けたなど云う例は決して世間にないではない。大胆なれ、放胆なれ、而して正直なれ。これ法廷に立つの秘訣！」(77-78頁) とはげます。

三　ライブ口頭弁論（その１）地裁の弁護士代理訴訟

口頭弁論期日の具体的な進行について、まず三坂繁人『民事訴訟法釈要　上巻』(明23) から、一章三節一で準備書面のやり取りを紹介した地裁事件の仮設事例を取り上げたい (45頁以下)[82]。原被告双方とも弁護士代理である。裁判長が甲野辰次郎より乙田寅太郎に対する貸金事件の口頭弁論を開く旨を告げる。原告弁護士と被告弁護士が原被本人の代理人であることを述べる。

原告弁護士 (読む) 私は、被告人より百五拾円及び明治二十一年十二月二十五日以来の利息を払う可き様、判決あらんことを申立 (此は準

[81] 水野「葛藤する法廷 (１)」一章を参照。

[82] 樋山広業『文例続篇　民事訴訟手続』(明24) 58-59頁、後藤本馬『訴訟並執行書式手続全書』(明38) 44-46頁には、口頭弁論の進行について具体的な説明が簡潔に示されている。

備書面に依て朗読するなり　第二百二十二条第一項)。

被告弁護士（読む）私は、原告の訴状の却下を申立。之れに反して被告は反訴を以て、八円六十銭及び答弁書送達の日より五朱の利息を原告より弁済する様、判決あらんことを申立。

原告弁護士（読む）私は反訴の却下を申立。

つづいて原告弁護士は口頭で演述していわく、

原告は明治二十一年十二月二十五日に被告人と決算を為し、其時被告人は此決算の内より、七拾五円を原告より借りたりと云うことを承諾したり。此時原被告双方、被告が七拾五円を借金として、此日より百円に付壹円の割合の利息を払う可きことを協議したり。又此時に於て、別に七拾五円を現金にて貸渡し、利息を百円に付壹円の割に定めたり。故に総貸金百五拾円と為りたるなり。併しながら原告は右百五拾円の内より、既に拾円の弁済を受けたるものと看做さんと思う。…

被告弁護士は

私は先ず、許す可からざる所の訴の変更に付、弁駁致し候（第百九十五条第二項三号)。元来訴状には、一の総額に於て挙げたる貸金を記載せり。然るに今原告弁護士に於て、現金は唯だ七拾五円のみを貸したりと云うに非ずや。私は左の事を陳述致し候。抑（そもそ）も原告人が、決算とか或は借金を承諾したりとか云うは、全く虚誕なり。原告人は被告人に七拾五円を百円に付壹円の割の利息にて貸与え、其時此外の借金の事に付て二三の談話を為したるのみにて、決算を為したることなし。…尚お左の弁駁を為さんとす。第一、被告は品物の代価に付ては、時効を経たる事。第二、被告は明治二十二年九月二十五日に金拾円を、確（しか）と弁済したる事。第三、私は裁縫業にて八円六拾銭の要求を以て、差引勘定を立度事を主張致し候。…而して右の事実に基き、私は反訴を起したるなり。…

原告弁護士いわく、

決して訴の変更に非ず。訴状には唯だ此事を主張したり（と云うて訴状を読む畢て）訴状は此の如くなるに因り、訴訟法第百九十六条に従えば、変更したるに非ざるなり。訴の内七拾五円と其利子とは、既に明瞭なるものに之れ有り。決算の上貸金と為りたることに関しては、私は、被告人の隣家なる靴職人丙村卯吉を証人に立つ可し。又此の如

き証書も有り（此時証書を読む）。…

被告弁護士は、

其証書を拝見致したし。（被告弁護士は書翰を熟視したる後）此署名は、どうも看認め難し。

原告弁護士は

然らば此書翰の署名に付ては、鑑定人をして之を鑑定せしめ、以て被告が署名したることを証拠立つ可し。又被告が時効経過云々の抗弁は、全く其理由なきものなり。如何となれば、既に之を認めて借金と為したればなり。又第二第三の被告の抗弁は、互いに連絡したるものなれば、之を一に纏めて答うるを良とす。…抑も被告人は原告に対し、答弁書に付属せる書類と同一なる正当の計算書を送りたり。其後八月一日に至り、被告人は原告人の宅に来りて、壹円四拾銭を現金にて払いたり。此壹円四拾銭に、私の払う可き八円六拾銭を合せて拾円となるより、此金額は即ち私の要求の内より差引たり。

被告弁護士いわく、

拾円は現金にて払いあり。而して私は、被告が裁縫の金は未だ払済に至らずと云（いう）に止れり。若し原告人が、八円六拾銭を決算して済したりと云わば、之を証拠立んことを望む。

原告弁護士は、

事実足下（そっか）［貴殿］の云うが如きものに非ず。元来八円六拾銭を要求するの権あることは、争いあるに非ず。然れども私の方にて八円六拾銭を計算し、之を返済に見込んで遣わしたり。依て此争いは私が主張する如く、被告は果して現金にて壹円四拾銭を払うたるものなるや否やの点に在り。故に此点に付ては、被告より其証拠を挙られんことを望む。

被告弁護士がそれは正当でないと言って後を続けようとした時、裁判長は原告弁護士に「足下の先の証書を、裁判所の書類中に入れよ（第百十五条第一項）」。原告弁護士いわく「爰（ここ）に」（裁判長の命の如く為す）。

裁判長は部員にむかって何かささやいた後（これで十分な説明を行ったとすべきか否かを問うた。部員たちも異議なしとする）、裁判長は「口頭弁論は是れにて終れり。就ては判決は直ちに之を言渡すならん」と述べる。

すでに準備書面での詳細な主張のやり取りを経ており、口頭弁論で新たになされた主張はそれほど多くない。弁護士同士のやり取りによって争点が徐々に絞られており、裁判官はほとんど介入＝求釈明していない。準備書面についてすでに述べたように（一章三節一）、これが明治民訴法の起草の一端を担った三坂個人の理想とした、口頭弁論のすがたであった[83]。

四　ライブ口頭弁論（その２）区裁の本人訴訟

区裁判所の手続では「準備書面ノ交換ハ之ヲ為スコトヲ要セス」（375条２項）とされていた。被告は答弁書を提出する必要がなかったから、第一回口頭弁論において初めて被告の主張が明らかになり、地裁での手続なら準備書面によりなされうるやりとりも口頭弁論において展開されることとなる。以下、弁護士・井関源八郎が『法律案内』に連載した「民事訴訟手続」で紹介される、原被告とも本人訴訟の売掛代金請求事件の設例を紹介する[84]。

訴状では、原告が被告に明治37年３月10日から10月５日まで、一回の代金５円で白米を十五回売渡した。代金は毎月末日支払のはずで再三督促した［催促のこと］がいまだ未済のため、75円と利息を請求する、とされる。口頭弁論で原告は訴状の記載に従い、一定の申立と請求原因を陳述する。被告は一定の申立として請求棄却を求めた上で、答弁事実を判事に問われ、

> 被告　私は原告より昨年三月以後、一回に付金五円に相当する白米を買入れましたは、只だ四回のみでありまして、其代金貳拾円は昨年七月十五日全部支払を致しました…原告の主張する、拾五度白米を買入れたる事実は認めません。

---

[83] 続いて示される、口頭弁論を受けた裁判官同士の合議（裁判所構成法119条以下）のやり取りでは、争点についての事実認定と証拠調の判断がなされている。

[84] ８号（明38・２・25）。『法律案内』は明治37年（1904）11月10日創刊。発行主体は「法律顧問会」で、井関が後々まで刊行の中軸を担ったほか、「本会は実地に長けたる判、検事弁護士数十名の協力に成れり」（一面下部の記載）。会員からの法律に関する実務上の質問への回答・実用的な法律講話・判例・書式・ニュースを内容とし、『法律新聞』とある程度まで似通った紙面構成であった。創刊３周年（64号、明40・11・10）をもって『法律日日』に改題。

判事　原告、この被告の答弁に対しての事実は如何(どう)だ。

原告　否、原告は確かに十五回に総計代金七拾五円に相当する白米を、昨年三月より十月までに売渡したるに相違ありません。尤も、被告が申立つる金貳拾円は、昨年七月中に請取ったことは相違ありませんが、それは昨年二月までに売渡した白米残代金であって、本件には関係ありません。

判事　被告、ただ今の原告の申立に対する答弁は如何であるか。

被告　原告の申立は認めません。昨年二月までの白米代金は、其当時全部支払済でありまして、七月に渡した金貳拾円は三月以後の代金であります。

判事　原告の立証方法は。

原告　此の帳簿を以て、被告に昨年三月以後十五回、一回代金五円宛(ずつ)の白米を受渡(うりわた)したることを立証いたします（判取帳。原告が被告に白米交付の度毎に被告の捺印を受けている）

原告は訴状ではいっさい立証方法に触れておらず、ここで初めて提示したものである。

判事　此の帳簿は甲第一号証に為(す)るのか、然らば謄本(うつし)を出せ、後刻(あと)でよろしい。

原告　ハイ。

判事が被告に帳簿の認否を問うと、被告は一切認めない。すると原告が、

原告　此の帳簿の印形は、被告の実印でありませんが、被告の店印に相違ありません。今一応被告にお確めを願います。

判事　認めないと云うのだから、再応聞く必要あるまい。

原告　それでは此の帳簿にある印は被告の店印にてはなきか、お尋を願います。

被告は店印ということも認めない。すると原告は、

原告　それでは、この端書(はがき)を甲第二号証に差出します。これは昨年六月中、被告より原告に、白米代金の滞りを延期して貰いたいと云う挨拶状であります…

判事　被告、此の端書は。

被告　此の端書は、自分が原告方に遣わしたるものに相違ありません。

けれども、これは昨年二月以前［「以降」の誤り？[85]］の白米代金のことで、即ち昨年七月に支払せる金二十円のことであって、原告の請求する三月以後の白米代ではありません。

はがきもここで初めて立証方法として提示されたものである。原告はさらに追いうちをかけるように、三月以後に十五回被告方に白米を持参した早野長吉を、証人として申請する。被告は、早野が原告の傭人であるため忌避を申立てるも（303条）、原告は昨年十二月に解雇しているので現在は傭人ではないと切り返し、裁判官も証人として採用した。

以上のやりとりには、準備書面の交換を要さない旨明文で規定されていた区裁手続においては、口頭弁論における駆け引きがより大きな意味を持ちえ、攻撃防御方法の提示を遅らせる戦術にそれなりの効用があるという認識が見て取れよう[86]。

五　釈明権の行使・釈明処分

112条①　裁判長ハ職権上調査ス可キ点ニ関シ相手方ヨリ起ササル疑ノ存スルトキハ其疑ニ付キ注意ヲ為スコトヲ得

②　裁判長ハ問ヲ発シテ不明瞭ナル申立ヲ釈明シ主張シタル事実ノ不十分ナル証明ヲ補充シ証拠方法ヲ申出テ其他事件ノ関係ヲ定ムルニ必要ナル陳述ヲ為サシム可シ

③　陪席判事ハ裁判長ニ告ケテ問ヲ発スルコトヲ得

④　当事者ハ相手方ニ対シ自ラ問ヲ発スルコトヲ得ス然レトモ其問ヲ発ス可キ旨ヲ裁判長ニ求ムルコトヲ得

⑤　若シ其問ニ対シテ答ヘス又ハ判然答ヘサルトキハ相手方ノ利益ト為ル可キ答ヲ為シタルモノト看做スコトヲ得

114条　裁判所ハ事件ノ関係ヲ明瞭ナラシムル為メ原告若クハ被告ノ自身出頭ヲ命スルコトヲ得

115条①　裁判所ハ原告若クハ被告ノ援用シタル証書ニシテ其手中ニ存スルモノヲ提出ス可キヲ命スルコトヲ得

②　裁判所ハ外国語ヲ以テ作リタル証書ニ付テハ其訳書ヲ添附ス可キヲ命スルコトヲ得

116条　裁判所ハ当事者ノ所持スル訴訟記録ニシテ事件ノ弁論及ヒ裁判ニ関スルモノヲ提出ス可キヲ命スルコトヲ得

---

[85] 証拠調の後での原被告による最終弁論（10号（明38・3・25））の内容からは、被告が七月に弁済した20円が二月までの白米の代金か、それとも三月より後の白米の代金かが争点とされているため、「二月以降」の誤植であると解する。但し、被告の主張が揺れていると解釈することも可能かもしれない。

[86] 一章三節**三**を参照。

117条①　裁判所ハ検証及ヒ鑑定ヲ命スルコトヲ得
②　此手続ハ申立ニ因リ命スル検証及ヒ鑑定ニ付テノ規定ニ従フ

釈明権の行使や釈明処分を詳細に扱う「実務向け文献」はわずかであり、当時の教科書と同様に、大抵は条文をパラフレーズした紹介をするにとどまる[87]。不干渉主義は「唯当事者の意思に反し、職権を以て強(しい)て行為を為さしむるを得ずとの意味に過ぎず」、当事者の意思に反しない限りは、問いを発し事実を明瞭にすることができる[88]。「実務向け文献」の大半のタイトルは、当事者に向かって「これからどうふるまうべきか」を指南するものであったから、釈明権の行使を当然のものとして期待するような叙述がなされないとしても、不思議ではない[89]。

以下では釈明権について踏み込んだ叙述をした「実務向け文献」として、明治民訴法の成立または普及に深く関わった裁判官二人が、同法施行にあわせて刊行したタイトルを紹介する。

（１）不干渉主義の範囲内での行使

三坂繁人『民事訴訟法釈要　上巻』（明23）は112条の説明として、裁判長は審理にあたり原被告の弁論を指揮しその進行を助け発達せしめ、場合により「審理原則の範囲内に於て」翼賛することがあり得る。本条の質問権は事件の蘊奥を尽くさしめるための方法であり、質問権は同時に質問義務でもある（但し不行使に対し、当事者は不服を述べることは

[87] 釈明処分の内115 ～ 117条について、学説には（ドイツと同様に）職権証拠調を認める規定とするものも見られた。参照、笠井正俊「弁論主義の意義」（『民事訴訟法の史的展開（鈴木正裕古稀）』（平14）所収）389頁注５。

[88] 佐伯兼次郎『民事訴訟法通義（法典釈義全書４）』（明42）142頁。

[89] 裁判所向けの例外的な叙述として、判事試補・樋山広業の『民事訴訟法釈義上巻』（明23）170頁がある。当事者本人の出頭を求める114条は、訴訟代理を認める見地からすれば甚だ当事者の自由を害するように見えるが、事実を明瞭にするには本人に如くものはない。本条は「反(かえっ)て［当事者の］保護の点より、又は不正当の代理人を斥けるの点よりして、充分利益あるものとす」としており、弁護士の資質への疑念が要因の一にされていることが注目される。樋山広業は和歌山地裁・高松地裁判事を経て明治34年（1901）神戸地裁判事、韓国政府による聘用を経て42年退職。

できない)。こう説明したうえで、２項について裁判官に対し注意を喚起する。「該質問権を誤用し、審理原則の範囲外に於て質問を為し、又は証拠方法を申出しむる等のことある可からざればなり」(56頁以下)。

115 ～ 117条についても裁判所が注意すべき点がある。「原被告の提出するものの範囲内に於ては、裁判所は固(もと)とより任意の取捨を為すを得可(うべ)しと雖も、苟くも原被告双方の争訟以外に渉り、若くは一方より主張せざる部分に立入る可からざること是れなり。之を再言すれば、仮令い原告の提出する書類中に、被告の利益となる可き文詞あるも、此点に付き曾て被告より何等の弁論をも為さず、且全く争点外に属するものなるときは、裁判所自ら之に立入るが如きことあるを得ざるを云う」(61頁以下)。三坂は釈明権の行使について、具体的に何ができるかではなく、「審理原則」すなわち不干渉主義の範囲内でしか行使してはならないことに重点を置いているといえよう。

（２）口頭審理との結びつき

三坂とは異なる視角がみてとれるのが、マ井エル・高木豊三訳補『民事訴訟法実習』(明25) である。マイエルは緒論で民事訴訟の原則の六番目として口頭弁論を掲げ、詳細な説明を加えている（８頁以下)。口頭弁論主義を採用した理由は二つある。第一に「当事者をして口頭を以て互に弁論せしむると同時に、裁判官の質問権を実行する時は、事件の本躰(ほんたい)を明かに知悉することを得べし」。第二に、書類に基づいて裁判するときは「裁判所は勢い報告官をして書類を検閲せしめ、是れに依て以て事物を観察するが故に、訴訟の事物は単に之を間接に知るに止ま」る。世人がふつう口頭(マ)直接主(マ)義の根拠とするのはもっぱら第二の点であるが、それは「報告官や書面によって知るというのではいけない」という消極的意義に過ぎない。マイエルは第一の点、裁判所が当事者の「演述する所果して正当且つ充分なるや否を斟酌する」ことの重要性を強調し、釈明権を説明している[90]。釈明権行使のための場として口頭審理に着眼

[90] 原著 (Hermann Meyer, Anleitung zur Prozesspraxis der Civilprozessordnung in Beispielen an Rechtsfällen. 2. Aufl. 1888. S. 1-3) では、五番目までの原則については一切説明はなく (和訳では高木による丁寧な補注が付されている)、六番目の「手続の口頭性 Mündlichkeit des Verfahrens」のみ詳細に説明されて

することは、19世紀ドイツでは特に珍しいものではなかった[91]。

マイエルは区裁手続での口頭弁論について、地裁で口頭演述に熟練した弁護士が簡明に事件を陳述する（少なくもそうすべきである）のとは、全く性質が異なる。判事の質問権は通常手続の場合よりもさらに拡張され（CPO464条[92]。明治民訴法にはない）、大いに適用を拡張すべきである。「蓋し区裁判所判事は、往々本案に関係なき冗長の陳述を聴取せざるを得ず、又仮令当事者が弁護士をして代理せしめたるときと雖ども、其弁論は地方裁判所に於けると全く異なるべし。是れ畢竟、事物の性質上勢い然らざるを得ざるものあるなり」[93]。つづく仮設事例において、原告は

いる。本文で紹介した部分は、”Man hat ein mündliches Verfahren wesentlich aus zwei Gründen eingeführt, einmal, weil bei mündlicher Rede und Gegenrede unter Ausübung des Fragerechts die Sache sich besser einprägt und besser aufgeklärt wird, zweitens, weil es nicht ausführbar ist, daß alle Richter die Akten mit der erforderlichen Sorgfalt durchstudieren, und daher das Gericht, wenn es auf Grund der Akten entscheidet, durch die Brille des Referenten sieht, und auf dessen Gewissenhaftigkeit und Objektivität angewiesen ist, also den Prozeßstoff nur mittelbar kennen lernt.....” となっており、第一の点の趣旨が和訳より明瞭である。

[91] 水野「口頭審理」３頁注（８）に掲げた文献ならびに竹下守夫「『口頭弁論』の歴史的意義と将来の展望」（『講座民事訴訟４　審理』（昭60）所収）を参照。教科書では、口頭主義の意義としてマイエル同様の認識を見出すことができる。本多＝今村第二冊331頁、仁井田上巻191頁。雉本上巻27頁、30頁は、書面主義のもとでは「裁判所が釈明権を行使して不明瞭なる陳述を釈明し難」く、口頭主義においては「仮令相手方又は裁判所が其陳述を誤解するが如き場合に於ても、質問によりて其の陳述を明白ならしむることを得」と指摘している。

[92] 釈明権の通則（CPO130条）に対する特則である。高木豊三『日独民事訴訟法対比』（明25）の訳は、

130条　①裁判長は問を発して不明瞭なる申立を釈明し、主張したる事実の不十分なる弁解を補充し、及び証拠方法を表示せしむる等、総て事件の関係を定むる為に必要なる陳述を為さしむ　（二項以下省略）

464条　口頭弁論の際、裁判所は当事者に総て重要なる事実に付き十分に陳述を為さしめ、及び事件に必用なる申立を為すことを務めざる可らず

[93] Erwin Filitz, Wie führe ich meine Prozesse beim Amtsgericht, Schöffengericht und Gewerbegericht? Gemeinverständliche Darstellung nebst

訴状で時計代金として32マルクの支払いを被告に請求したのに対し、被告は口頭弁論で原告に対する90マルク50ペニヒの計算書を提出する。判事は被告がその計算書によって相殺を欲するのか、それともその残額を領収しようと欲するのかを質問した。被告は原告の請求を全部争い、90マルク50ペニヒ全額を得ようと考えると答弁した。区裁判事は被告に、「然らば余、今足下の言を復言すれば、足下は訴を却下し、且つ原告を被反訴人とし、彼をして九十マルク五十ペンニヒを支払わしむる様判決せんことを申立つるの意か。又足下は（原告に向い）、反訴の却下を申立つるの意か」。マイエルはこれに続けて、464条はまさにこのように応用すべきものであると述べる。高木はコメントを付して、この条文を持たないわが民訴法では112条２項でこの種の問を発することができると信ずる、としている（377頁以下）。

その後の明治民訴法下の実務では、釈明権の行使が消極的なものに留まることが少なくなかった。三坂にみられた、「不干渉主義という大原則の枠内でしか行使できない」ことを強調するラインが主流を占めたのであり、釈明権行使の具体的な態様が意識的に検討されることは学説でも立法過程でも見られないままであった[94]。同時代の「実務向け文献」における叙述の薄さは、そのことと裏表の関係にあるように思われる。

二節　証拠調

一章一節で論じたように、「実務向け文献」では証拠方法の確保、とりわけ書面の適切な作成・収集が重視されていた。対して証拠調そのものの叙述は概して平板であり、教科書と同様に手続を条文のパラフレーズによって紹介するにとどまるタイトルが圧倒的多数を占めている。

証拠調による事実認定について、明治民訴法期の実務法曹には「真相を得ていない」という厳しい批判が少なくなく、例えば証人訊問の不十分さが取りざたされていた。とはいえ明治民訴法ではCPOにならい、

Mustern für Parteischriften. Minden 1901, S. 80は、法に通じていない素人が出てくる区裁手続では釈明権の積極的行使が必要なことを強調している。

[94] 水野「口頭審理」15, 26-27頁、同「葛藤する法廷（１）」一章を参照。

証人訊問を行なうのは当事者ではなく裁判長であったから（315条）[95]、当事者にとって証拠調とは、確保した証拠方法を定められた手続に従って適切に提出することに半ば尽きるものだったといえよう[96]。

一　ライブ証人訊問

例外として、弁護士・井関源八郎が『法律案内』に連載した「民事訴訟手続」では、一節**四**で紹介した売掛代金請求事件についての証人訊問の展開が具体的に示されている[97]。原告が提出した証拠調申請書では、訊問事項は「証人は原告中川利吉方に奉公中、明治三十七年三月以後、被告水野要助方に白米を持参したることありや。若しあらば其事実詳細如何」と指定されている。判事は出廷した証人に確認と宣誓を行わせたうえで、訊問事項について問い始める。

判事　汝（おまえ）は原告中川利吉方に被傭（やとわれ）中、被告水野要助方に白米を持参せしことあるか。

証人　あります。

判事　それは何時（いつ）のことか、又何度持参いたしたか。

証人　一昨年の夏頃より、被告方の注文で一度代金五円に相当する白米を時々持参いたしました。

判事　昨年の三月後は如何（どう）だ。

証人　持参いたしました。

判事　其三月以後持参せしは何時（いつ）か。

証人　度々の事で、日付と度数は記憶（おぼえ）て居りません。併し私は原告方に奉公中私が受渡し致した米に付ては、手帳に一々記してあります。

---

[95] 315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）
当事者による交互尋問制がアメリカにならい導入されるのは、昭和23年改正294条による。

[96] 但し、現時点までに探索できた「実務向け文献」のほとんどは弁護士や当事者本人に向けたものである。裁判所向けの「実務向け文献」の検討が進めば、興味深い叙述が見出せるかもしれない。

[97] 10号（明38・3・25）。

判事は手帳を見て証言するよう命じ、証人は三月十日から十月五日まで15回、5円ずつの白米を持参したと証言する。判事は手帳を調べた上で、原告に何か訊問することがないか尋ねる。

原告　証人は被告方へ再三、其白米代金の催促に参りたることある筈です。其時に被告は支払の延期を求めたことがあります。其事実を訊ねたい。

判事　其は証拠調の訊問事項外であるで、訊ねることは出来ない。

原告　それでは、其白米を持参せしとき何時も代金を請取らなんだか如何かを、お訊ね願いたい。

判事　証人、それは如何だ。

証人　代金を頂戴したことは一度もありません。

原告　そして、この甲一号証、判取帳は証人が被告方で記名調印して貰いしものか、お訊ねを願います。

判事　証人、それは如何だ。

証人　それは、一々私が筆記（かき）まして、被告方で捺印（はん）を貰いましたのです。

判事は今度は被告に尋ねることがないか問う。

被告　被告は証人より白米を請取ったことは一度もありませんが、全躰（ぜんたい）証人は何人（だれ）に渡したか、訊ねたい。

判事　証人、汝が十五度持参したときは、何処で何人（だれ）に渡したのか。

証人　被告方に持参いたしまして、被告の妻（かない）、時には下婢に渡しました。

ここで判事は証拠調終了を宣言し、証人に退廷を命ずる。裁判官はそれなりに突っ込んだ証人訊問をしているといえるが、当時の実務では必ずしもそうではなく、当事者提出の訊問事項の項目をただ読み上げるだけの裁判官も多かったようである[98]。

[98] 教科書では313条に関して、本多＝今村第五冊942頁、仁井田上巻322頁が「初めより問題を設け箇条に為し、問答を為すが如きは本法の精神に非ず」と述べており、訊問事項の棒読みは訊問方法として不適切だという認識が示されている。当時の『法律新聞』記事からは裁判官の証人訊問の手法が生硬・形式的なため、真相を得ることができないという強い不満があったことが知られ、改善

二　証明責任

（１）訴訟の帰趨を左右することの説論

不干渉主義や証明責任につき、教科書では今日の学説と同様の説明が与えられていた[99]。「実務向け文献」でもそれは踏襲されるが、民事訴訟は不干渉主義に基づくゆえに、当事者は自分の主張を十分に証明せねばならないこと（いわゆる主観的証明責任）を懇切に諭すタイトルが存在する[100]。

樋山広業『民事訴訟手続　訴答書式』（明24）は、事物の通常の状態や、既得の地位に反対する事実を申立てる側が挙証責任を負うとした上で、例を挙げる。「所有権に関し常態なるは其権利を行うもの、即ち占有者にありとす。而して此常態を変して占有を取戻さんとするものは、物件上に所有権のあることを証明せざるべからず」。債権債務については「債権の已(すで)に存在せりと証明せんか、此の証明者は債権者の現状は已得の地位を成せり。此の已得の地位を変せんとする債務者は、已に弁済せり又は消滅せりと証明せざるべからず」。債権者が自分に債権ありと証明しない場合は、債務者は決して債務を負わないことになる。なぜなら「人間相互に併立するときは、共に普通且常存の状態なりとし、義務と称する拘束的たる変態なきものと看做すは、正当なりとす」（135-137頁）[101]。

（２）証拠確保のテクニック

福井淳編『原被必携裁判勝利手続　付口頭弁論法』（明27）は一般的な要領を挙げる。「証拠は誠に瑣細(ささい)なるものにても意外に効力のあるもの」

のために裁判官に訊問の研修を受けさせるべきだという提案さえ見られた（水野「葛藤する法廷（２）」56頁以下、63頁）。

[99] 主張責任・挙証責任の分配について極めて詳細な理論的分析を展開したものとして、雉本中巻495頁以下がある。

[100] 以下紹介するもののほか、福井淳編『原被必携裁判勝利手続　付口頭弁論法』（明27）16頁、金井太郎『新訂再版民事要解書式集　国民必携』（明35）209頁以下、佐伯兼次郎『民事訴訟法通義（法典釈義全書４）』（明42）307頁、木俣亮『訴訟非訟事件実用手続提要』（大２）102頁。

[101] 内田良輔『法律実用訴訟の心得及手続』（明32）187頁は、いったん提出した書証・人証は相手方の承諾なくば撤回できないため、「証拠の幾部に於ては所謂訴訟政略なるもの存するものなるべし」（320・350条）としている。

であり、「［蒐集した証拠を］使用すると否とは一に己れの自由なれば」、その事件に関係するものは如何なるものでも収集し保存しておくべきである。蒐集した証拠は種類・日付によって整理し、必要ならば別紙に抜粋し簡単に意見を付記しておく。抜粋の際は誤解が生じないよう「其大躰（だいたい）の意味のみを取ることを為さず、其本源たる言語文字を成るべく其儘に写し取るを要す」。証拠は出廷の際は常に携帯しなければならない（７頁以下）。

証拠を準備していることを、相手方に知られないように注意すべきである。訴訟に至る前にまず督促［催促のこと］・交渉をすべきであるが、相手方の意思を読み取って「其訴訟に至ることを気付かざるに先ち、証拠の完備及び蒐集を為さざるべからず」。訴訟に至ると気づけば、相手方は自分に不利になるような証拠の付与や、その材料を与えようとは思わなくなるだろう。原告たる者は「各場合を計り、最も機敏に最も正確に、而して対手人の不意を襲うて」証拠の完成を期するべきである。「［証拠の］利用の方法は勿論、証拠自体の有無又は優劣等に付ても、之を秘密に為さざるべからず」。但し、相手方がその証拠の効力を知っても、財産隠匿など原告の請求に影響を及ぼすおそれがない場合は、「之を以て威嚇の一材料と為し、汝、余の権利の請求に応ぜざれば、余は已むなく此証拠を裁判上に利用すべしと告げ」ることで、訴訟を回避できることもある（後藤本馬『訴訟並執行書式手続全書』（明38）27頁以下）。

（３）いわゆる「証拠裁判」へのスタンス

今日の裁判はすべて証拠に依り判決をするものであって、「単に斯（か）くあるべし、斯くあらざるべからずと云うが如き、感情又は憶測のみを以て事実を認定し、勝敗を決するものにあらず、必ずや証拠に依らざるべからず」。証拠によらない認定は、不当不法として上訴理由となってしまう（後藤本馬『民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密』（明35）１頁以下[102]）。福井淳編『原被必携裁判勝利手続　付口頭弁論法』（明27）は、あけすけに訴訟の現実を指摘する。「陳（の）べ而して能く其証明を為すものは、其事実直（ちょく）ならずと雖も、訴訟に勝つことを得べし。能く弁論するも其証拠を明にせざる者は、仮令其事実が其の言う所に符合するも、其

[102] 同旨、萩原定一郎編『民間必携訴訟勝利法』（明36）102頁。

訴訟には敗を取るべし」（７頁）。証明に優れれば真実でなくとも勝訴でき、証明に失敗すれば真実でも負けてしまうというのである。佐藤貞雄『民事訴訟法　自問自答（法典須知３）』（明43）も、「今の裁判は証拠裁判にして、証拠なきときはいかにその事実が確実なりとも、直に以て勝訴となることを得ざればなり」。口頭弁論は証拠と証拠の喧嘩であり、証拠調は訴訟の第一の機関である、とその重要性を強調する（79頁以下）[103]。

東京区裁判事・内田良輔の『法律実用訴訟の心得及手続』（明32）は、証拠方法を持っているだけではダメで、手続を踏む必要があることを懇切に説く。「世人動（やや）もすれば、明瞭に挙証し得べき公正証書若くは私署証書を所持し…其立証を為し得べき地位に在りながら、形式的手続に於ける立証方法を供せずして…対手の之を是認せざるに拘わらず、之を立証に供せずして往々敗訴の不幸を受くる者ありと聞く」（177頁）。立証に供したとしても、私署証書の場合相手方が否認したら、検真の申立をせねばならない。「相手方の否認するに拘わらず、驕然誇言して、否や被告の否認するも確かに原告面前に自記捺印したる証書を受取りたるものなれば、他に何等の立証を要せずと、急速弁論終結を求め、其敗訴の判決を受くるに至りて初めて愕然たるもの、屢々（しばしば）ありと聞く」。こうした人は「全く形式的に於ける検真の手続を知らざると、一は民事訴訟上不干渉主義なるとを心得ざるの不注意に因らずんばあらず」（186頁）[104]。

---

[103] 同旨、遠藤恵『民事訴訟の相談相手』（大３）40頁、日本法律研究会編『民事人事訴訟手続大全』（大９）32, 86頁。

[104] 検真とは、私文書の成立の真正性について争いある場合に裁判所が真否を判断するために、明治民訴法で設けられていた手続である。352条は「私署証書ノ真否ニ付キ争アルトキハ裁判所ハ挙証者ノ申立ニ因リ検真ヲ為スコトヲ得」と規定し、挙証者による申立が必要とする解釈の余地があった。しかし判例（大判明治35年５月17日民録８輯５巻77頁など）は申立を不要とし、検真以外の証拠方法によっても成立の真正は認定できるとした。大正改正で検真は廃止され、作成名義人の署名又は捺印がある場合に真正性を推定する規定（326条）が新設されることになる（斎藤秀夫ほか『注解民事訴訟法（第２版）（８）』215頁以下）。『法律新聞』記事からは、当時書証の否認が濫用されがちだったことが読み取れ（〇明35・12・8　法廷見聞録、〇明36・1・1　平民的判事石川浅

証拠（とりわけ書証）が形式的に備わっていることのみで訴訟の勝敗が決まってしまうことへの複雑な思いは、当時実務法曹の間で「証拠裁判」という表現が批判的に用いられていたことによくあらわれている[105]。「実務向け文献」は証拠によって事実認定が行われるという冷徹な現実を指摘した上で、それを非難するのではなくそれを前提に対処すべきことを、読者に説諭したのである[106]。

之助氏)、○明39・1・20　通俗一口ばなし　藤浪生　では、被告（三百代言）に否認された原告本人がまごつくうちに若手裁判官が「独逸仕込の不干渉主義と云う学校的ハイカラ式」で即座に原告を敗訴させたことが批判されている。

宮川大寿『日本民事訴訟法註釈（日本法典全書第六編）』（明24）は、証拠提出の方法をはじめとする複雑難解な訴訟法の規則を能く知らないために直者でも敗訴することが往々あるとしても、訴訟法が無ければかえって不正な結果になるとして、モンテスキュー『法の精神』（第６編第２章）を引用する（４頁以下）。

[105] 水野「葛藤する法廷（２）」二章で詳論した。

[106] ドイツの「実務向け文献」が紹介する訴状の書式では、証拠方法としてしばしば当事者宣誓が挙げられていることが目を引く。当事者宣誓（CPO410～439条）とは、他の証拠方法によっては真偽不明の際に、当事者の申出により反対当事者が宣誓を行う、反対当事者が拒絶した場合は申し出た当事者が宣誓を行うことで、裁判所は宣誓された内容を真実と認定しなければならない（1933年改正で、当事者尋問の導入に伴い廃止）。

ドイツの訴状の書式では個々の主張ごとに証拠方法が提示されるが、売買・賃貸借・消費貸借などの典型的な事例だけ見ても、口頭でなされた契約の内容、契約成立後における内容の追加や不履行の際のやり取り、物品の受領など幅広い内容について宣誓が証拠方法として挙げられている。他の証拠方法（契約書・商業帳簿・証人など）を挙げ、予備的に（eventuell）宣誓が提示される事例も散見される。例えば J. Pospieszynski, Amtsgericht. Das Prozeßverfahren nach dem Gesetzesnovellen vom 1.juni 1909. 2. Aufl. Leipzig 1910, S. 72. の訴状は以下のようである。

Antrag: Ich werde beantragen:

> Die Beklagten zu verurteilen, an mich .....M. nebst 4% Zinsen von ....M. vom ... bis ...., von ....M. vom .....bis ..... und von ....M. seit dem ..... zu zahlen, derselben die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen und das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Begründung:

Die Beklagte hat von mir am ..... Vollmacht erhalten, mein Grundstück ..... im

三　旧民法の「書証優先」

「書証偏重の証拠裁判」という評価が生まれた背景として、明治民訴法施行当初の状況を考慮することが有益かもしれない。明治民法の施行（明治31年（1898）７月16日）まで、「民法」とはいわゆる旧民法のことであった。旧民法はフランス法にならい、書証を優先する規定を持っていた。

> 証拠編60条①　物権又ハ人権ヲ創設シ、移転シ、変更シ又ハ消滅セシムル性質アル総テノ所為ニ付テハ其所為ヨリ各当事者又ハ其一方ノ為メニ生スル利益カ当時五拾円ノ価額ヲ超過スルトキハ公正証書又ハ私署証書ヲ作ルコトヲ要ス
> ②　人証ハ右ノ価額ヲ超過スルニ於テハ法律上明示若クハ黙示ニテ例外ト為シタルトキニ非サレハ裁判所之ヲ受理セス

明治民訴法で自由心証主義を規定する217条では、「民法の規定に反しない限り」という限定が付されていた。

---

ganzen oder geteilt zu verkaufen.

Beweis: Die abschriftlich anl. Vollmacht.

Dieser Vollmacht lag ein Mäklervertrag zugrunde, dahingehend, daß die Beklagte den Verkauf meines Grundstücks vermitteln sollte, und zwar bis spätestens ....., daß der .....M. betragende Kaufpreis binnen 2 Wochen nach Verkaufsschluß an mich gezahlt werden, daß dagegen der etwaige Mehrerlös der Beklagten gehören solle.

Beweis: Eideszuschiebung.

Die Beklagte hat bisher an mich ...M. gezahlt, trotzdem die Schließung des Kaufvertrages zwischen ihr und dem Käufer am ..... erfolgte, der ganze Betrag von ....M. somit spätestens am ..... fällig war.

Da aber Zahlungen auch nach diesem Zeitpunkte erfolgten, und zwar zahlte die Beklagte ....M. am ..... und .....M. am ....., so verlange ich auch die Zinsen mit 4% für die Zeit seit dem .....

..... Abschriften liegen bei.

ドイツの「実務向け文献」においては、管見の限り「証拠裁判」批判は見受けられない。「実務向け文献」の性質の相違もあろうが、古くから公証人制度が存在し書面作成が浸透していたことに加え、書証も証人もない場合の手段として当事者宣誓が存在し、ごく普通に利用されていたことを考慮すべきかと思われる。CPO における当事者宣誓の条文と立法趣旨を解説した邦語文献として、川嶋四郎「1877年のドイツ民事訴訟法における当事者宣誓制度（１）～（３・完）」法政研究（九大）66-3, 4, 67-1（平11-12）。

217条　裁判所ハ民法又ハ此法律ノ規定ニ反セサル限リハ弁論ノ全旨趣及ヒ或ル証拠調ノ結果ヲ斟酌シ事実上ノ主張ヲ真実ナリト認ム可キヤ否ヤヲ自由ナル心証ヲ以テ判断ス可シ

岐阜地裁判事・横尾炳の『民事訴訟法問答全集』（明26）は、刑事訴訟は自由心証、民事訴訟は法定証拠に従うと対比したうえで、その理由を説明する（36頁以下）。

第一　民事と刑事とは告ぐる所に広狭の別あり　〇民事に在ては、判事は両造が所争の外に出づるを得ず。随て其採証方法も、自ら定限せざることを得ず。…刑事に於ては、検事の告ぐる所広くして、判事の理する所も亦自ら広し。即ち其罰す可きは罰し、其免ず可きは之を免じ、又其軽くす可きは軽くし、重くす可きは重くす。…

第二　民事の証拠は当事者に於て準備することを得れども、刑事の証拠は準備す可きものにあらず。　〇民事に在ては通常当事者は、先ず法律の規定に準拠し証書を調製し、而して其証書は、反て当事者間に於ては法律の効用を致すものなれば、此証拠に依拠す可きは勿論なり。刑事は之に反し、犯人は其不意に出るものなるが故に、予め其証拠を準備す可きにあらず。

法定証拠主義の根拠として第一では不干渉主義、第二では書証優先規定、さらに「合意ハ当事者ノ間ニ於テ法律ニ同シキ効力ヲ有ス」（財産編327条１項）があげられている。それゆえ旧民法の実施後は、人証は大いに減少するはずである（50頁）[107]。

旧民法のこのスタンスは、法典継受までのわが慣行に重なるところがあった。松岡康毅[108]は明治20年（1887）に、「万般の取引、多くは書類に依るの旧習なり。之に反したる人証は、互に争訟上無効たることに安ん

[107] 教科書では深野413頁が、地裁第一審の事物管轄（百円以上。裁判所構成法26条）ゆえに、人証は地裁第一審で用いられることは稀であり、区裁の訴訟で多く用いられるものであると指摘している。

[108] 弘化３年（1846）生まれ。明治４年（1871）司法省出仕、東京裁判所長や広島控訴裁判所長を経て19年欧州出張、23年東京控訴院長、24年検事総長。25年に弄花事件で退官後は行政裁判所長官、農商務相、枢密顧問官、貴族院議員を歴任。大正６年（1917）男爵。12年死去。法律取調委員として明治民訴法・旧民法・旧商法等の審議に従事した。

ぜり。故に之を持出すもの少し。仮令之を持出すも、証書を人証に依り打克つことは能わざるを例とす」、「旧来日本人の風習互に信義を重じ、無証拠取引は信用に止れり。…故に訴訟を為す位のものは初めより証書を取り、証書を取らざるものは其信義に依頼し訴訟を為さず」と説明している[109]。マ井エル・高木豊三訳補『民事訴訟法実習』（明25）も旧民法証拠編の規定について、「既に我国の裁判例、若くは法律上の習慣に依て証拠法則として適用し来れる所のものは、即民法の規定と同視す可きなり」。それゆえ、明治民訴法217条は文面の大体はCPO259条[110]と大差ないように見えるが、自由心証を用いることができる範囲には大きな相違があり、「裁判官及訴訟当局者の最も注意を要する所とす」（６頁）。

法典継受までのわが慣行、そして明治民訴法の初発において「制度上」書証優先の立場がとられ、かつフランス法教育を受けた法律家がかなりの数活動していたことが[111]、「書証の偏重」という批判が後に生まれる一因になったのかもしれない。明治民法施行後は、「実務向け文献」において自由心証主義が特に重点を置いた叙述の対象とされることはなくなり、今日の理解と同様の記載が一般になされている。

四　人証の評価

（１）「実務向け文献」では証拠方法として、まず書証が念頭におかれて

---

109 鈴木『日本』20頁。但し、書証優先については一定の相対化が明治前期において図られていた可能性を指摘する研究もある（伊藤孝夫「明治初年における契約と証書」論叢172巻４・５・６号（平25））。この点については今後さらなる検討が必要だろう。

110 高木『日独民事訴訟法対比』の訳は次のようである。

259条　裁判所ハ弁論ノ全旨及ヒ証拠調ヲナシタルトキハ其結果ヲ参酌シ其自由ナル心証ヲ以テ事実上ノ主張ヲ真実又ハ不真実ナリト認ムヘキヤ否ヲ判断ス判決ニハ判事ノ心証ノ標準トナリタル理由ヲ開示セサル可ラス

裁判所ハ此法律ニ記載シタル場合ニ限リ法律上ノ証拠規則ニ拘束セラル

111 高木は教科書（高木第三巻662頁）で、明治民訴施行直後の状況を活写している。「我国採る所の主義如何。此問題に対しては、之れが確答に苦まざるを得ず。今仮りに好言以て之れに答えん乎（か）、法定、自由の折衷主義を採るものと云うを得べし。若し夫（そ）れ之を今日の実際に徴して直言せん乎、之を混淆主義と云うを得ずんば、寧ろ一定の主義なく、各法官の所学若くは智識の程度に従て同じからずと云うの外なきなり」。

いたといえる。訴状の書式では、事例が多くの場合単純なものであることは斟酌せねばならないとしても、記載されている証拠方法は大抵の場合書面であった[112]。当時の『法律新聞』では、書証が備わっているという形式面を重視した事実認定を「証拠裁判」とよんで非難し、人証への尋問の充実が頻繁に高唱されていた。しかし「実務向け文献」にそういうかたちで人証を重視する叙述はほぼ見出されず、一章で述べたように書証の確保に圧倒的に重点がおかれていたのである。

その一因として、偽証が多いと認識されていたことがあげられる。証人は場合によっては不可欠ではあるが、往々にして事実を枉げることがある。「事実を枉げて之れが証明を為さんか、偽証の罪を免かるべからずと雖ども、人は一種の感情の為めに自己が見聞したる事実を枉げて、権利者を害することを得べきものなれば、其確実なりとして信用したる人も、為に水泡に帰するの憂いある［こ］とを免れず」。ゆえに証人に依存して証書の作成を怠ってはならない（萩原定一郎編『民間必携訴訟勝利法』（明36）102頁）。自分に利益なはずの証人が相手方に買収されることもある。「勿論事実に反する証言を為せば偽証罪という罪に処せられるが、併し之れとてもヨンドの場合でなければ問われぬので、結局夫れが為め敗を取る事がある」（佐藤修堂『債権物権訴訟必勝法』（大５）21頁）[113]。

もちろん証人にもメリットはあった。重要な約束をするときは、証書の作成と並んで「精確なる立会人を付すること。然も成る可く多数なること」。そうすれば約束の内容は明白に証明され、また一方当事者が違

[112] 同時期のドイツの「実務向け文献」中の訴状の書式で提示されている証拠方法は、管見の限り書証は必ずしも圧倒的でなく、証人や当事者宣誓がかなり多くみられる。

[113] 証人より書証が優る、など証人に対し否定的なスタンスを明示するものとして、樋山広業『訴答書式　民事訴訟手続』（明24）151頁、田丸税稔『民事訴訟独案内　付諸書式』（明35）31頁、金子亀次郎・禱苗代『書式詳説　訴訟の顧問』（明45）101頁、日本法律研究会編『民事人事訴訟手続大全』（大９）86頁。

当時の『法律新聞』でも、偽証は非常に多いとしばしば指摘されていた（水野「葛藤する法廷（２）」67頁以下参照）。教科書には、偽証の多さを指摘する叙述は見られない。

約の際には、立会人の調停によりある程度までは履行を確保できる（松倉慶三郎『法律研究法律と生活　総論ノ部』（大10）１頁）。

（２）当事者本人訊問（360条以下）について、和歌山区裁司法官試補（検事代理）・沢井重蔵[114]の『増訂民事訴訟実用』（明24）には異色の説明がみられる（78頁以下）。

本人の訊問を為すときは、大に事実の実相を発見することあり。裁判官其要点を訊問し、彼れ答弁する言語の中に、或は挙動の中に隠すより顕わるるはなきの語に違わず、言語は前後し挙動は何となく常を失い、遂に事実を其間に自ら表白するに至るものなり。甚だ以て必要なる証拠方法なりとす。

…訊問に答うる供述は必ず口頭なりとす。今ま万一書面を以てするを得べしとするときは、文を舞わし筆を弄して事実を掩飾すること易し。而して本人訊問の効、終（つい）に見るべからざるなり。

他の証拠方法の叙述が法文のパラフレーズであっさりしているのとは明らかに異質であり、当事者本人訊問が真実発見に有効であるという沢井の明確なメッセージがみてとれる。大抵の「実務向け文献」では当事者本人訊問について条文のパラフレーズ程度の叙述しかされていないなか、同書は孤立した存在であった[115]。

---

[114] 明治25年（1892）御坊区裁検事。以降甲府区裁・同地裁検事を歴任。

[115] 教科書における当事者本人訊問の叙述も、大抵条文のパラフレーズである。背景として、母法たるCPOが当事者本人訊問という制度をもっていなかったことがあるのかもしれない（導入は1933年改正による）。沢井著書と同時期、すなわち明治民訴法起草に関与したエキスパートによる教科書は、深野495頁以下では原案が塙法にならい宣誓をさせて証人として訊問するとしていたのを、「然るに此の民事訴訟法は最終の修正に於て惜むらくも之を変更し」宣誓させずに訊問することとしたため、本人訊問の結果は真正の証拠ではなく、裁判所の参考になるに過ぎない。他方高木第三巻762頁は、「余に於ては、既に第百十四条の規定［釈明処分としての当事者本人出頭命令］あり、又法律上民事の訴訟に於ては、所謂形式的真実を得るを以て足れりとする主義を採る以上は、斯の如き規定は寧ろ之を全廃するも可なり。蓋し、草案に於ては本人を証人として審問するが為め此規定を設けたるに比すれば、優れりと云う可きなり」と述べている。

明治民訴法期において実務法曹の間では、当事者本人訊問の強化を強く唱え

おわりに

「実務向け文献」は、難解な条文や学説を平易にパラフレーズすると同時に、それらを実際の使用に合うかたちに再構成し、法典や教科書の叙述からは具体的にイメージしにくい内容を広範に補うものであった。さらに、現実の利害を考慮したアドバイスや制度の「濫用」に近い予防法学や訴訟戦術の指南も、素人向け手引を中心にそれなりになされていたのである。

（1）これらの知識は、「実務向け文献」に相当する書物が現在でも多く出版されていることが示すように、通時的に需要が存在する。

他方歴史的観点からすれば、当時のわが国は近代法を極めて迅速に継受せざるを得なかった。この状況下では法典や学説に対する十分な理解を伴わずとも、具体的局面でのパターン化されたテクニックの効果は承知して、そこそこ安全に法を利用できるようにする現実の必要があった。「実務向け文献」は近代的民事訴訟がわが国の実務、そして社会一般へと浸透するために大きな役割を担ったメディアと評価することができる。本論で若干示唆したように、歴史的条件を大きくことにする母法国の「実務向け文献」とは内容に一定以上の相違があった可能性がある。「実務向け文献」がいかなる需要に応えいかなる形態をとるかは、当該国・地域の司法制度や実務法曹の状況、そして法伝統によって大きく異なりうるというべきだろう。

法典の解釈としては、ふつう判例や学説が想起される。しかし法典の適切な運用方をより実用に近いレベルで示した知識、そしてそれを伝えるメディアの形態を考察することで、法典をどう使わせようとしたのか、法典をどう使っていたのか、より立体的な把握が可能になろう。

（2）書式集タイトルの多さが示すように、書証となるべき書面や準備書面の作成にかかわる内容は、「実務向け文献」で大きなウエイトを占めていた。法典や教科書が証拠方法の間の優劣を論じなかったのに対し、「実務向け文献」では基本的に書証重視のスタンスがとられていた。当

る声が見られるようになり、大正改正法における宣誓の導入などにつながってゆく（参照、水野「葛藤する法廷（2）」64頁以下、「節度ある職権介入の構想」）。

時実務法曹の間では書証の偏重がやり玉に挙げられ、人証の重視が主張されていたが、「理想」と現実は区別されていたのである。

明治民訴法は口頭主義を採用していた。口頭主義は書面の適切な利用を伴って初めて有効に機能するものであるが、教科書の叙述は（随時提出主義と結合された）口頭主義の文字通りの理解を示し、書面の提出がそもそも不要であるかのような印象すら与えるものであった。「実務向け文献」の叙述では、一方で文字通りの理解を「濫用する」準備書面の戦術的提出がほのめかされ、他方で準備書面の適切な提出による口頭弁論準備への志向がみられ、手続進行をめぐるアクター間の利害の衝突が如実に反映されていた。ちなみに、明治民訴法期の実務では早期に口頭審理が形骸化し書面審理化していったとされるが[116]、この点については教科書と同様「実務向け文献」でも全く指摘されることはなかった。

（３）最後に、「実務向け文献」のかなりのタイトルが素人向けに刊行されていたことをどう評価すべきだろうか。ヨーロッパ（ドイツ）では、民訴手続は中世後期以降学識的なものとして、弁護士を主たるアクターと想定する法伝統が構築され、CPO74条は地裁以上で弁護士強制を採用していた[117]。契約書などの書面作成については、公証人が身近な存在

---

[116] 大阪控訴院判事・竹野竹三郎の『改正民事訴訟法と訴訟の促進（司法研究報告書12集６）』（昭５）45-47頁は、「私の浅き経験を以てするも、地方裁判所に於ける第一審の通常の標準的訴訟事件に付て、当事者の交換に係る準備書面其他之に類似する書面の数は、驚く勿れ十通を下ることは極く稀」であり、19世紀プロイセンの書面主義の訴訟手続よりかえって多い。とくに最近大都会の裁判所では、弁護士が同一期日に多数の事件の弁論をこなす必要があるため、できるだけ口頭の供述の代わりに書面の提出・援用で済ませるのが恒例になっている、とする。

[117] 但し区裁では、本人訴訟が一定以上におこなわれていたと考える。

①本論で若干紹介したように、CPO 施行を受けて本人訴訟用の素人向け手引が多数出版されていた。

②司法統計（Reichsjustizministerium (hrsg.), Deutsch Justiz-Statistik. Jahrgang 1-18 (1883-1920)）では、本人訴訟についての統計数値は管見の限り見出だされなかった。Jahrgang 13 (1913)　S. 30によれば、上級裁判所が存在しない地に所在する区裁のうち所属許可を受けた弁護士がいる比率は次表のとおり。CPO 施行後第一次大戦前（≒明治末期）までに比率は急速に上昇したとはいえ、一

になっていた[118]。

その種の法伝統を欠いたわが国では、弁護士代理が望ましいと認識しつつもそれが常に可能ではなく、現実には本人訴訟がそれなりの比率で存在していた[119]。素人による訴訟遂行は十全なものではなくとも、権利主張が全くなされずに放置されるよりはベターである。専門家に依頼するとしても、当事者自身がそれなりに手続を理解しておくことは有益である。書面の作成についても同様のことがいえよう[120]。

とはいえ、弁護士や公証人が行うことを前提として構築されたしくみを素人が運用することには、一定以上のリスクが伴う。裁判官は法廷にて当事者主義との関係で必然的に大きな葛藤に直面する[121]（いまで

定数以上の区裁は所属弁護士を持っていなかった。

年	1880	1885	1891	1903	1905	1907	1909	1911	1913
%	15	32	45	56	60	64	68	75	82

弁護士は区裁では所属許可なく活動可能であるが、管内に一名の弁護士も居住していない区裁の比率は次表のとおりで、一定数以上の区裁の管内では弁護士へのアクセスが限られていたことがうかがえる。

年	1880	1907	1909	1911	1913
%	56	33	29	23	16

[118] Mathias Schmoeckel et al. (hrsg.), Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen. Baden-Baden 2009, Mathias Schmoeckel et al. (hrsg.), Handbuch zur Geschichte des deutschen Notariats seit der Reichsnotariatsordnung von 1512. Baden-Baden 2012.

[119] 明治民訴法期の本人訴訟の数について、統計数値を見出すことはできなかった。しかし当時の弁護士数や、『法律新聞』に多数記載された本人訴訟関連の記事からして、一定以上の訴訟が本人により遂行されていたと推定できると解する。

[120] 明治民訴法期の司法当局が、三百代言や司法代書人の資質に問題があることを認識しつつ彼らの活動に一定の期待をしていたことも、同一のライン上に位置づけることができよう（中山弥保「司法代書人法制定沿革小史」慶大院法学研究科論文集54（平26）など）。

[121] 『法律新聞』には、本人訴訟を積極的に称揚する主張は見られない。しかし、釈明権の行使など職権の積極的介入によって本人訴訟の当事者を「保護」するべきだという見解は、裁判官や弁護士の間でも決して少なくはなかった（水野「葛藤する法廷」）。

も？）。「実務向け文献」を通じて、具体的局面でのパターン化されたテクニックがどの程度普及していたのかは、当事者に対する裁判官の介入のあり方にも大きく影響しうるファクターであったといえよう。

＊本稿の執筆にあたり、文部科学省科学研究費・基盤研究Ｃ「民事訴訟における職権介入の虚像と実像――実務のまなざしから出発する法史学への試み」（研究代表者・水野浩二）の助成を受けたことに感謝する。

また本稿の一部について報告の機会を与えられた、法制史学会東京部会にお礼申し上げる。平成30年９月の例会にて報告予定だったところ、直前に北海道胆振東部地震が発生したため、同年12月の第273回例会での報告を許されたことを、特に記しておきたい。

「実務向け文献」リスト

所属・肩書は原則として当該タイトル中に記載されたものである。
タイトル中に（詳細な）記載が無く、水野の調査により刊年当時の（詳細な）情報が判明したものについては、カッコ書きで表示する。年度中の異動時期が捕捉できない場合、刊行時の所属は異なっていることもあり得る。

（1）手続の手引

著者・編者	所属・肩書	タイトル	刊年
三坂繁人	東京控訴院評定官・法律取調報告委員	民事訴訟法釈要　上中下巻	明23
沢井重蔵	（和歌山区裁司法官試補）	民事訴訟実用	明24
奥野綱城	裁判所書記	実用民事訴訟手続	明24
樋山広業	（和歌山地裁判事）	文例続篇　民事訴訟手続	明24
奥田畯／後藤普次郎		民事訴訟手続　書式挿入	明24
マ井エル／高木豊三訳補	（マリエンヴェルダー控訴院評定官）／（大審院判事）	民事訴訟法実習	明25
井関源八郎	弁護士	民事訴訟手続（『法律案内』３～13号所収。但し未完）	明37～38
後藤本馬		訴訟並執行書式手続全書	明38

（2）法典のコンメンタール

著者・編者	所属・肩書	タイトル	刊年
保科規矩雄		民事訴訟法問答正解	明23
樋山広業	判事試補	民事訴訟法釈義　上下巻	明23
樋山広業	（和歌山地裁判事）	民事訴訟手続　訴答書式	明24
後藤本馬	東京法学院卒業生	日本民事訴訟法実地問答集	明24
齋藤孝治／綴鹿実彰	代言士／司法属	民事訴訟提要	明24
村上誠太郎	山形区裁監督書記	民事訴訟登記実用	明24
大戸復三郎	（岡山区裁監督判事）	民事訴訟法要解	明24
横尾炳	（岐阜地裁判事）	民事訴訟法問答全集	明26
青山幾之助		民事訴訟法実用	明30
唐沢長十	弁護士	大審院判例法曹会決議諸法令対照　実用民事訴訟法典	明30
増島六一郎	（弁護士）	民事訴訟法例解集	明31
三輪富十	東京法学院卒業	民事訴訟法正解　実例参照	明33

行森竜太／後藤本馬	法学士／法論社長	改正民事訴訟法釈義	明33
佐伯兼次郎		民事訴訟法通義(法典釈義全書4)	明42
河合廉一／末繁弥次郎	判事／弁護士	民事訴訟法要義全	明43
自治館編集局		民事訴訟法解義	大6
田山卓爾	東京地裁部長判事	実例民事訴訟手続総攬	大8
二宮丘一	朝鮮高等法院書記	実際的民事訴訟執行手続詳解	大14
二宮丘一	朝鮮高等法院書記	改訂実際的民事訴訟執行手続詳解	昭4
水本信夫	弁護士	新民事訴訟実例書式手続総攬	昭5

（3）書式集

著者・編者	所属・肩書	タイトル	刊年
司法省		民事訴訟法書式	明23
甲府地方裁判所書記課		法廷必携民事訴訟文例	明24
高橋節夫	(大審院書記)	民事訴訟法用式	明24
脇屋雄六	(尾道区裁監督判事)	民事訴訟法文例	明24
土居徹		民事訴訟文例	明24
高野義一	東京地裁認可筆耕人	民刑訴訟手続文案書	明24
九岐晰		民事訴訟文例	明24
湯沢茂八郎／八木沢久三郎	(新潟区裁書記／？)	民事訴訟人必携	明24
福井淳		鼈頭諸規則　現行書式全書	明25
中江猪三朗	大津地裁免許代書人	訴訟書類文例釈解	明25
相原稲造		鼈頭法規　実例民事訴訟法	明27
尾羽沢隆二郎		実地応用民事訴訟書式全集	明27
服部三六／久野錠次郎		民事訴訟文例大全	明28
樋山広業	(高松地裁判事)	民法及戸籍法関係　裁判所申請例式全　付民事訴訟手続書式	明32
増島六一郎	(弁護士)	法律立案雛形集　第一集、第二集	明34
加藤誠一郎／浅野晴三郎	明法学士／明法学士	民事訴訟手続文例	明36
武藤円	洲本区裁監督書記	人事訴訟非訟事［件］民事訴訟不動産登記及戸籍法ニ関スル訴申請申立書式	明36
加藤誠一郎／浅野晴三郎		民事訴訟手続文例	明36
自治館編輯局		書式大全　全	明40
肥田健吉	(東京区裁判事)	実例民事訴訟法	明40
明治大学出版部		証書文例詳解	明44
田淵田		民事人事訴訟書式全書	大2
川瀬重治	宮崎地裁構内代書人	民事訴訟法書式正解	大4
齋藤常三郎	(大阪控訴院判事→神戸高商教授)	註釈訴訟記録　第一審・第二審	大6・大8
田上博通	大日本代書業講習会長	代書大博士　竜之巻	大6
自治館編輯局		書式大全(修正増補)	大9
法律研究会		改正願届書式手続全書　附諸税法及諸手数料提要	大10
前田直之助	(大審院判事)	修習訴訟記録第一審(土地所有権確認事件)	大11
法典研究会		諸願届書式全書　法律対照	大11
前田直之助	(大審院判事)	修習民事訴訟記録	大12
中村秀雄／三島久二郎／山内伴治	東京区裁書記／東京地裁書記／東京区裁書記	書式総攬　第一輯(民事訴訟法、競売法)	大13
自治館編輯局		最新改訂書式大全	大13
岩崎高敏		学説判例決議実例　書式一切と其手続詳解	大13
尾高武治	(東京地裁判事)	民事商事に關するあらゆる種類の訴と其裁判上中下	大13～14
平尾廉平	弁護士	訴状一定の申立文例と大審院判例	昭2
自治館編輯局		書式大全(改版)	昭4

（4）素人向け手引

著者・編者	所属・肩書	タイトル	刊年
福井淳		民事訴訟法註釈(図書出版会社叢書)	明23

野沢正道		日本民事訴訟法註釈	明23
堀田康人	代言人	民事訴訟法実例　前編後編	明24
後藤本馬		国民必携民事訴訟書式案内	明24
三好守雄		民事訴訟手続	明24
小野沢弥三郎		民事訴訟法要覧	明24
福井淳		民事刑事訴訟手続	明24
宮川大寿		日本民事訴訟法註釈(日本法典全書第六編)	明24
吉森献蔵	(岡山地裁書記)	民刑訴訟手続	明24
村上千秋		民刑訴訟手続独案内	明24
矢野正学		民事訴訟出願必携	明25
岩井正次郎		民事訴訟法註釈	明26
福井淳		原被必携裁判勝利手続　付口頭弁論法	明27
佐瀬鷹雄	(大阪区裁書記)	実地経験裁判勝利秘法　付訴訟独案内	明27
鵜飼兵太郎		現行公用諸証文大全	明27
百井嘉吉		民間宝典実用集	明27
後藤本馬		現行法典貸借者必携	明28
殿木三郎		民刑訴訟必携全	明28
津田房之助		民刑訴訟書式手続大全	明29
戸籍法質疑会	安濃津区裁	訴状申請書及届出書式	明31
内田良輔	(東京区裁判事)	法律実用訴訟の心得及手続	明32
長田彪		改正法令現行書式全集	明32
北谷岩吉		裁判勝利法　貸金者心得	明33
樋山広業	(岡山地裁判事)	談判勝利裁判全捷賃借心得	明34
奥野綱城		現行願届申請書式全書	明34
長谷川武右衛門		民事提要	明34
田丸税稔	広島地裁所長	民事訴訟独案内　付諸書式	明35
後藤本馬		民事刑事裁判勝利法大全　一名訴訟之秘密	明35
		裁判必勝法　貸借者心得	明35
久世正郎		国民必携　財産之礎	明35
金井太郎	(岩村田区裁監督書記)	新訂再版民事要解書式集	明36
萩原定一郎		民間必携訴訟勝利法	明36
岩崎勝三郎	中央大学・日本大学卒業	債務者の顧問	明38
山本光行		民事刑事人事　訴訟書式手続(訂正14版)	明38
後藤本馬		実業家法律顧問	明39
林儀一郎	法学士	改正民事訴訟法釈義(新撰百科全書34)	明41
佐藤貞雄		民事訴訟法　自問自答(法典須知3)	明43
四元内治		自修顧問法律教師	明44
佐藤貞雄	法典研究会主幹	現行諸届書手続大全　法典参照	明44
法律研究会		訴訟執行不動産登記戸籍ニ関スル出願申請手続書	明44
中央堂編輯部		現行書式及文案全書	明44
渡部万蔵	バチェラー、オブ、ローズ	人一代の法律	明45
金子亀次郎／疇苗代	法学士・弁護士／弁護士	書式詳説　訴訟の顧問	明45
岩崎徂堂	中央・日本両大学法学士	活きた証文有効な手形　権利の主張	大2
木俣亮	(京都区裁書記)	訴訟非訟事件実用手続提要	大2
帝国法典研究会		人事物件法律顧問	大3
遠藤恵	明治大学・中央大学法学士	民事訴訟の相談相手	大3
佐藤修堂	弁護士	債権物権訴訟必勝法	大5
横塚泰助／尾崎俊次郎	法学士／法学士	六法詳解法律全書	大6
足立重次郎		代書手引	大6
日本法律研究会		証文の書方	大8
岩崎徂堂		活た書式と手続	大8
日本法律研究会		民事人事訴訟手続大全	大9
松倉慶三郎	(弁護士)	法律研究法律と生活　総論ノ部	大10
堀江新太郎		自身で完全に書ける金銭、土地、建物、貸借、売買、譲渡、登記、訴訟、執行、諸証書及願書の書方	大11

岩崎勝三郎	中央大学・日本大学法学士	貸家貸地立退き明渡し即決策	大11
岩崎勝三郎	中央大学・日本大学法学士	売掛代金完収策 付停滞諸貸金復活法	大12
日本法律研究会		間違ひのない証文の書き方	大13
五鬼上堅磐		民事人事訴訟手続便覧	大13
沼田照義／犀川長作	弁護士法学士／弁護士	債権者の顧問	昭2
瀬木辰夫	法学士・弁護士・弁理士	書式手続総覧(大日本百科全集)	昭3
渡正監	警察講習所教授・法学士	民事紛争と其解決	昭4
牧野孝		自分デ出来ル　訴ト其裁判	昭5