

弁論主義の制限について(一)

中 村 雅 磨

- 一 序
- 二 ヨーロッパ諸国の場合
- 三 ドイツの場合
- 四 アメリカの場合
- 五 わが国の場合
- 六 結びに代えて

一 序

弁論主義は民事訴訟の本質に基づくものであるとする立場に立つか、実体的眞実を発見するための純粋な合目的的考慮の産物 (Ergebnis einer reinen Zweckmäßigkeitserwägung)⁽¹⁾ であるとする立場に立つかによって、弁論主義の制限についての考え方も異なつて来る。前者に立てば消極的にならざるを得ないし、後者に立てば積極的になる。原則として弁論主義を採用しながら、これに何らかの制限(修正)を加えているのが諸国の傾向である。積極的制限は職権探知主義または糾問主義 (Untersuchungs- oder Inquisitionsgrundsatz)⁽²⁾ によるものであり、消極的制限には、内部

的には主要事実や訴訟物による場合があり、外部的には釈明権（義務）による場合がある。

殊に、釈明権（義務）は重要な問題である。裁判官の釈明権の行使に應ずるか否かは当事者の自由であり、その態度が弁論の全趣旨に帰属し、それによって裁判官の自由心証の資料になることは別にして、それが如何に強調されようと、イニシアチブ（Initiative）が当事者にある以上、弁論主義とは矛盾しない⁽¹⁾。むしろ、弁論主義の補充的機能を果す貴重な制度である。

ドイツでは一九二五年に民事訴訟法の一部改正が行なわれ、五〇二条が削除され、一三九条に統一された結果、形式的には、地方裁判所以上と簡易裁判所とを問わず、事実関係および訴訟関係（Sach- und Streitverhältnis）を事実上および法律上の両面から解明することができるようになったが、実質的には、弁護士訴訟（Anwaltsprozess）か本人訴訟（Partiprozess）かによって、釈明権（義務）行使（履行）に若干の区別がなされるのが一般である⁽²⁾。

本稿（一）においては、主としてNagelを中心として、ヨーロッパ諸国の場合を眺めた上、本稿（一）および次稿（二）において、その他の文献も参照の上、ドイツ法の実態を能う限り把握し、ドイツの制度についての一応の結論を導き、アメリカその他の諸外国およびわが国の場合と比較できればと思つてゐる次第である。

(一) Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 10. Aufl., 1969, § 78.I.3. (S. 369)

(二) Heinrich Nagel, Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess, Eine rechtsvergleichende Studie, 1967, II. Die Begrenzung des Verhandlungsgrundsatzes durch den Untersuchungsgrundsatz, S. 40 ff.
(三) Untersuchungsgrundsatz od. — maxime v. Inquisitionsgrundsatz od. — maxime v. Richtergrundsatz

Rosenberg-Schwab, aaO, § 78 I 1. Lent-Jauernig, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., § 25 III 1. Nagel, aaO, S. 40.
わが国に於ける調停と 申立調停の 申立調停の 申立調停の 申立調停の 申立調停の 申立調停の 申立調停の 申立調停の 申立調停の
Kommentar zur ZPO, 30. Aufl., 1970, S. 306. Rosenberg-Schwab, aaO, S. 370.

(4) Nagel, aao, S. 42, 43.

(5) Lent-Jaurnis, aao, § 25 VII, S. 66f. Nagel, aao, S. 42.

二 ヨーロッパ諸国の場合

Heinrich Nagel は、処分権主義は、西洋諸国では、公益が重視されかつ実体法が当事者から処分権能をなく奪している場合にほんの僅かしか制限されていないのに、弁論主義は著しく職権探知主義もしくは糾問主義 (Untersuchungs- oder Inquisitionsgrundsatz) によって制限されているとし、ヨーロッパ諸国における職権主義による弁論主義の制限の問題を追究している。

一 スウェーデンの場合⁽⁶⁾ スウェーデンでは刑事訴訟と民事訴訟が一つの法典に統一的に規定されていることは周知の通りであるが、その新スウェーデン訴訟法においては、弁論主義は、ドイツ民法におけると同様、職権探知主義によって制限されている。スウェーデン理論にはドイツの訴訟理論から発達した原則(主義)に対する嫌悪があるので、独自の道を歩んでいるということができよう。まず、職権探知主義または糾問主義という名称は避けられ、その代りに „domar-princip“ (裁判官主義) という言葉が用いられている。第二に、RB (一九四八、一一、一七以降施行されているスウェーデン訴訟法) が、裁判所に職権によって (ex officio) 事実関係の解明を行なうよう命じていることは重要である。刑事訴訟同様民事訴訟をできるだけ一回の公判 (Hauptverhandlung) で終結させようとする集中審理の考え (Konzentrationsgedanken) から、裁判所に特別の準備義務が課せられている。これに関しては、訴訟法第四二条が規定している。第九條によれば、その準備は原則として口頭でなされなければならない。既に、口頭主義を要請していること自体が当事者によって陳述された事実関係の解明を裁判官に強制しているということが出来る。この間の事情に関連して、Cappelletti は

口頭主義によって裁判官は少なくとも訴訟指揮が強制されるとし、Matz は、この訴訟指揮を形式的訴訟指揮と実質的訴訟指揮 (formelle und materielle Prozessleitung) に区別し、後者を訴訟を完全に把握すべき裁判所の義務と解している。さらに、十一條は、書面による答弁 (Klagerwiderung) につき、この答弁が完全でない場合は、裁判所は質問 (Fragen) によりこれを救済しなければならないと規定している。

公判 (Hauptverhandlung) において当事者はありのまま陳述すべきであり、当事者が前に提出したものに矛盾があるときは、裁判所は訴訟法四三章六條 (Kap. 43 § 6 RB) により、それにつき説明しよう当事者に要求しなければならぬ。この釈明義務は、なかならず、争いあるもの (das Streitige) を争いたくないもの (das Unstreitigen) から分離する趣旨である。準備手続においては、裁判所は、当事者と訴訟法上の問題 (prozessrechtliche Fragen) も検討しなければならぬ (Kap. 42 § 13 RB)。裁判所は、その釈明義務を無方式の当事者尋問 (formlose Befragung der Parteien) により最もよく果すことができる。したがって、このようにして当事者の陳述が明らかにされることは、実務においてはしばしばあることである。裁判官が不明瞭かつ矛盾に満ちた陳述を解明しなければならないことを規定しているこれまで引用した規定および訴訟法四三章四條 (Kap. 43 § 4 RB) は、裁判所にドイツ民事訴訟法第一三九條同様の権能を与えている。職権探知主義は、スウェーデン法においては、処分権に基かない訴 (Klagen aus indispositivem Recht) が問題になっている限り、明らかに、証拠調査 (Beweiserhebung) のために認められている。このような場合は、裁判所は真実の事実関係を職権で確定しなければならない。その限りで裁判所はすべての証拠を職権で (ex officio) 調査することができる。

その他の処分権に基づく訴 (Klagen aus dispositivem Recht) の場合は、人証においてはドイツにおけると同様弁論主義が支配的である。したがって、裁判所は、当事者が呼び出した証人のみを尋問することができる (Kap. 35 § 6 RB)。職権で他の証人を呼出すことは許されない。裁判所は、ただ当事者によって指定された証人を当事者が申立てた事項とは別

の事項につき尋問することができるだけである。これと全く同様に、スウェーデンの裁判官は、当事者が援用した証書の原本 (Vorlage) のみを請求することができる。しかし、裁判官は、官庁の証書および意見 (Äusserung) は職権で請求することができる。その他のすべての証拠方法すなわち真实性保証のある当事者尋問 (Parteiabfragung unter wahrheitsversicherung)、鑑定および検証は、自ら訴えた (処分権に基く) 事件 (dispositive Sachen) においても、職権によって行なうことができる。要するに、一般に (im Grossen und Ganzen) 弁論主義は証明 (証拠) の場合、ドイツの訴訟法による場合と全く同様に、職権探知主義によって制限されている。とにかく、弁論主義が、人証および書証につき、新スウェーデン訴訟法によって一層明確に確認されていることは奇異なことである。

二 フランスの場合⁽⁸⁾ フランス民事訴訟においては、„systeme accusatoire“ (起訴制度…処分権主義?) は、時が経つにつれて、著しい制限を受けてきた。これは、フランスの裁判官の地位が、„systeme inquisitorial“ (糾問制度) の拡大のために、事実関係の調査および確定の際、裁判官が単なる一種の中立的な „arbitre Supérieur“ (上級仲裁人) にならないように、かなり積極的なものに変ってきたからである。一八六〇年にフランス民事訴訟の偉大な崇拜者 Zink が、弁論主義はあらゆる手続において古いドイツにおけると同様徹底して貫徹されてはならないと書いているように、彼はこの発展のきざしを既に早くから認めていた。そして、裁判官像に関する古いドイツの見解を揶揄して、「(あたかも) 残忍な獅子のように裁判官席に坐り、足組みをしていなければならない」と象徴的に表現している。

中立的な裁判官という古典的な概念が職権探知主義の進出を特に困難にしていることは自明のことである。そこで、訴訟指揮および事実関係の確定の際の裁判所の積極的な活動の要求は、いつも緊要なものとして出されてきた。このような要求を受けた裁判の発展および一九五八年二月二日の立法により、裁判所も責任を負担することになった。

また、フランスの裁判官は、当事者を直接尋問することにより、その事件の経過を当事者に補充または正しく叙述させることに関与させられている。そのために、フランス民事訴訟法九条および八一条 (Art. 9 et Art. 81 c. pr. c.) は、裁

判所にこの関与の機会を与えている。それは、これらの規定により、当事者は呼出状に記載されている期日に自ら出廷するかあるいは代理させなければならず、裁判官は必要だと思われる一切の指示を職権により行うことができるからである。この目的のために、九条は、最近の政令六五—一〇〇六号によって拡張され、一九六五年一月二六日から、外国に住んでいる被告もフランス内に住所の選定 (*élection de domicile en France*) をしなければならなくなっている。しかし、九条および八一条は、代理人による出頭を認め、必ずしも当事者本人の出頭を強制していないので、当事者本人の出頭および裁判所の面前におけるその尋問は、民法法三二四条から三三六条によって規定されている。そして、そのために常に一つの判決—予備判決 (*jugement préparatoire*)—が前提になっている。実務は、今なお形式的にしか規定されていない当事者尋問からの逃げ道を見つけた。裁判所は、当事者を尋問するため、前以って当事者の出頭を判決によって命ずることなく、出頭させるということがしばしば行なわれている。このような無方式の当事者尋問が、証拠によらずまたは証明を開始させることなくできる事実関係の解明の道をきり開いている。フランスの裁判所がこのような実務をとっているときは、当事者の陳述を明確にするため、職権で即ち糾問主義に基づいて行なっている。つまり、彼らはドイツの同業者 (裁判官) たちがドイツ民事訴訟法一三九条によっているのと同じ方法で活動している。本来は当事者が証人を呼び出さなければならぬのであるが、そういうことなしに、フランスの裁判官はいつでも証人を職権で尋問できるという限りにおいて、証拠調査に関しては、職権探知主義は、ドイツ法による場合よりも著しく広げられている。これは、一九五八年—二月二二日の政令五八—一二八九号による民事訴訟法二五二条の新しい解釈から出ている。すなわち、裁判所は、個々の事件において証人尋問による証拠調べが行なわれるべきかどうかについて独立して判断する。このように拡大された裁判所の権限は、また、人証がフランスでは原則として多くの場合に書証によって締め出されるということによって弱められない。なぜなら、「一応の証拠」 (*commencement de la preuve*) の方法を使って、人証は広く認められているからである。

他方において、書証を職権で命ずることのできるフランスの裁判官の権限は、ドイツの同業者(裁判官)の権限ほど広くは与えられていない。原則として、裁判官は、原告に書証を証拠に出すよう要求することはできない。一つの例外は、裁判所が商法 (code de commerce) 一四条乃至一七条に従って各当事者に提出させることのできる商業帳簿である。これに反して、フランスの裁判官は、検証 (Art. 295 c. pr. c.)、鑑定 (Art. 302 in Verbindung Art. 81 c. pr. c.)、尋問のための当事者本人の出頭 (Art. 324) および当事者による補充宣誓の履行を職権で命ずることができる。

さらに、民事訴訟法四二九条により (商事) 仲裁人 „arbitre rapporteur“ に庇護を求めることのできるフランスの商事裁判官の権限から一つの特色が生ずる。法律上複雑にからまった事件においては、商事裁判官は仲裁人としての弁論士にしかるべく頼むことができる。その際、商事裁判官が、一般に自らの程度事実関係を確定し、それに応じて法律問題を判断するのかを決めるのは当然のことながら難しい問題である。商事裁判官がその裁判官の職務を一部断念し、仲裁人に委ねることができるとすれば、彼は訴訟の推移にかなり干渉することになる。また、それによって弁論主義は間接的に侵害される。このような商事裁判官の処置は強く批判されている。これとの関連で、職業裁判官を裁判長に、二人の商人を商事裁判官に任命するドイツの商事部の制度が、模範的なものとして引用される。ちなみに、この制度は、フランス東部のアルサス・ローレン Elsass-Lothringen (fr. Alsace-Lorraine) 地方でも、ドイツ法に基づき引続き維持されてきている。

要するに、結論において、裁判官の中立がくりかえし明らかにされたこの国において、この新たな発展が、事実関係の解明および確定の際、裁判官をして主導権 (Initiative) をとびせているとどういことが確認される。これは、Foyer によって代表される見解即ち „la neutralité du juge n'exprime rien d'autre qu' un corollaire du caractère contradictoire de la procedure civile“ (裁判官の中立は民事訴訟の矛盾した性格のコロラリー以外の何ものも表現していない) という見解に通ずる。

説

三 イタリアの場合⁹⁾ イタリアにおいても、弁論主義は、これまで論じてきた諸国におけると同様、糺問主義によって制限されている。その際、現代の理論は、訴訟上の非本来的の意味における処分権主義に訴訟上の非本来的の意味における糺問主義を対立させているように、実体上の本来(固有)の意味における処分権主義 (Dispositionsprinzip im materiellen, im eigentlichen Sinne) に実体上の本来(固有)の意味における糺問主義 (Inquisitionsprinzip im materiellen, eigentlichen Sinne) を対立させている。

裁判所は、無方式の当事者尋問 (formlose Parteibefragung) により、矛盾しているか、曖昧であるかまたは不完全な当事者の陳述を明らかにするため、つまり当事者が主張しようとしているものとかく聞き出すために、訴訟上の非本来的の意味における処分権主義を活用している。この場合もドイツ民事訴訟法一三九条 (§139 ZPO) による当事者尋問の場合と同様に、証拠調べが重要なものではな¹⁰⁾。der Richter „secundum allegata et probata a partibus“ という法則は、すでに、修正された意味における主張に関するものと解することができる。

Cappellati は当事者の主張を実体上の本来の意味における処分権主義の下で理解しているので、訴訟上の意味における当事者処分 (Partedisposition) の余地はほんの僅かしか残されていない。これは訴訟上の意味における糺問主義によってほとんど排除されている。証明の目的のための当事者尋問は、必然的に、弁論主義—訴訟上の非本来的の意味における処分権主義に対立するので、彼はこのような結論に到達したに違いない。われわれもまたこのような二つの主義の対立を認める。職権探知主義の領域と弁論主義の領域は互いに交叉し、職権による裁判官の活動形成 (Tätigerwerden) により、必然的に弁論主義は制限される。

それにもかかわらず、現行のイタリア訴訟法は、弁論主義に、証拠方法のタイトルの下で広い範囲を認めている。原則として、裁判官は、彼が関与している事件の当事者または検察官が呼出さなかった証人を職権で尋問することはできない。全く同様に、裁判官は、証書の原本、民事訴訟法二二八条ないし二二三条 (Art. 228 bis 232 codice pr. c.) による

形式的当事者尋問および強制的宣誓を職権で命ずることはできない。形式的でない当事者の尋問、現場視察 (Ortsbesichtigung)、人物調査、鑑定人の指定、官庁報告の収集および補充宣誓 (Ergänzungseid) を当事者に命ずる場合にのみ、裁判所は糾問主義に基づいて主導権を持つことができる。

この理論が糾問主義に基づく裁判官の権限の拡張のための先導者 (牽引車) なら、これは、まだ、実務においては、ドイツ、スウェーデンまたはフランスにおけるほど広範には形成されていない。

四 スペインの場合⁽¹⁰⁾ 他の既に述べた諸国と比較して、糾問主義—スペインの人たちが、„investigación oficial de los hechos y de la verdad“ と言っている—が、スペイン民事訴訟において極めて軽い意味しか持っていないということは奇妙である。この限りで、スペインの民事訴訟はイギリスの民事訴訟に近い。スペインの制度とりわけドイツの意味における釈明義務の欠缺には批判がなげかけられている。主張を提出し、そのための証拠を提示することのできる当事者の原則的な権能は、対応する裁判官の権能と対立していない。このような権能行使につき、当事者が協力を約さない場合は、裁判所は当事者にもっぱら職権によって補充宣誓を命じ、鑑定人を抽せんで指定することができる。更に、事件の性質から、検証の場合、裁判官の主導権の発展の可能性がある。

五 イギリスの場合⁽¹¹⁾ イギリス民事訴訟においては、弁論主義が強力に支配しているので、裁判官の探知の展開する余地は残されていない。民事訴訟は、依然として当事者の争い、とりわけ当事者の訴訟事件であるとみなされている。このことから、裁判官は、自ら証人を呼び出したり、または、書類を当事者の同意なしに証明の目的のために引用する権能はないという結論が導かれる。仲裁人も、裁判官と全く同様に、当事者の意思に反して、証人を呼び出す権利を持っていないという判決がなされている。また、裁判所によって呼び出された証人つまり当事者の証人でない証人は、当事者によって反対尋問ができるかどうか問題である (Fallon v. Carbert, 1960)。

それにもかかわらず、イギリスにおいても、離婚訴訟および婚姻無効訴訟の領域では、弁論主義は職権探知主義によっ

て制限されている。裁判所は、公益の必要から、夫婦の絆は安易に切り離せないところから発想する。それ故に、また、一九六五年の婚姻関係訴訟法 (Matrimonial Causes Act) 第五条により、特に当事者の側に諒解(合意)または(相手方の意を迎える)好意があるかどうかという事実に関して、裁判所による厳格な調査が要求されている。ここに至つて、Phipson-Elliott によれば、何か「糾問的な訴訟上の手段」類似のものが問題になる。

主張および証拠方法の許容性および重要性に関する調査は、他の場面に位置している。

職権探知主義の発展の他の傾向(手がかり)が、アメリカ合衆国において、鑑定人が職権により法廷に呼び出されるとき、形成されているように思われる。実際、裁判所は、当事者の申立てない鑑定人をその裁量で一人選任することができるが、当事者がそれを申立てた場合は常に選任することができる。

六 ソ連の場合⁽¹²⁾ ソヴィエット・ロシアでは、職権主義およびそれとの関係で糾問主義が広く行なわれているので、純粹の弁論主義の発展の余地は残されていない。それ故に、弁論主義と職権探知主義の境界の難しさはなくなっている。とにかく、他の既述の諸国においては、両主義の明確な境界標識はおかれていない。

(9) Nagel, aao, II, S. 40.

(7) Nagel, aao, II 2 In Schweden.

(8) Nagel, aao, II 3 In Frankreich.

(6) Nagel, aao, II 4 In Italien.

(10) Nagel, aao, II 5 In Spanien.

(11) Nagel, aao, II 6 In England.

(12) Nagel, aao, II 6, S. 52.

三 ドイツの場合

1 Rosenberg-Schwab は、資料収集 (Stoffsammlung)、弁論主義 (Verhandlungs- oder Beibringungsgrundsatz) 殊に事実の主張 (Behauptung von Tatsachen) および事実の確定に対する当事者の影響 (Einfluss der Parteien auf die Feststellung von Tatsachen) について、次のように述べている。

まず、資料収集については次のように述べている。⁽¹³⁾

資料収集は、裁判の基礎となるべき事実資料 (Tatsachenstoff) の提出およびそのための証拠の調達である。それは一訴訟進行 (Prozessbetrieb) のように一裁判所にまかされるか、または当事者にまかされる。前者は、職権探知主義または糾問主義 (Untersuchungs- oder Inquisitionsgrundsatz) と呼ばれ、後者は、弁論主義または提出主義 (Verhandlungs- oder Beibringungsgrundsatz) と呼ばれる。

刑事訴訟における職権探知主義が、刑事手続の遂行という一般の利益に対応して行なわれているのに対し、民事訴訟は本案において、次のような素朴な経験、つまり各当事者はとりわけ事実関係の調査に利害関係があるので、たしかに自己の利益のためにその事実関係を有利に主張するが、両当事者の陳述が同時に争いある事象の適切な描出 (zutreffendes Bild der streitigen Vorgänge) に必要とされるという経験から、弁論主義に支配されている。裁判所は、また、数多くの民事上の争訟 (bürgerliche Rechtsstreitigkeit) において、この任務を果すことは決してできないし、国家は、それに公益 (öffentliche Interesse) がない場合は、個人の私法上の関係を国家の探知活動 (Untersuchungstätigkeit) の対象にすることも拒まなければならない。たしかに国家の探知 (調査) は訴訟資料の完全な提出および解明 (Aufhellung) を可能にしているが、それ以上に、当事者の利己主義およびその利益の相反は—特に真実義務 (§ 138 I) の保障の下では—訴訟資料の完全な提出および解明に役立っている。この目的のために、判決手続は、(一) 当事者対立の (二) 対抗関係におい

て (Kontradiktorisch) 形づくられてくる。

弁論主義は打ち破るごとのできない Dogma ではなく、純粹な合目的考慮の産物 (das Ergebnis einer reinen Zweckmäßigkeitserwägung) である。したがって、民事訴訟においても、公益が訴訟の対象を左右する手続では、職権探知主義が妥当するのであるが、弁論主義の領域でさえ、資料収集についての裁判所の協力は排除されるどころか、逆に利用され、規定されている。それ故、資料収集の主たる負担 (Hauptanteil) とそれについての主たる責任 (Hauptverantwortung) が当事者にある場合でもなお、資料収集に関する当事者と裁判所の協働 (Arbeitsgemeinschaft) を論ずることがある。

弁論主義は、訴訟資料の範囲および証拠の必要が当事者の行為に依存しているので、形式的真実主義 (das prinzip der formellen Wahrheit) と呼ばれるが、職権探知主義は、裁判所が無制限に訴訟資料の真実性を探知することが許された探知しなければならないところから、実体的真実主義 (das Prinzip der materiellen Wahrheit) と呼ばれる。しかし、実際には、形式的真実主義と実体的真実主義の区別はみかけだけのもので、一方の真実は他方の対立物ではなく、真実はただ一つあるだけであり、この真実を追求・確定することが弁論主義手続の目的である。それ故に、一般に指摘されるように、まさしく両当事者の口頭に基く真実の方が裁判所の探知による真実よりも明確になるからこそ弁論主義は採用されている。

次いで、弁論主義または提出主義の項目の下では、次のように述べている。⁽¹⁴⁾

弁論主義は、原則として、地方裁判所の手続においても簡易裁判所の手続においても適用され、真実義務と矛盾しない。それは、当事者が独力でその訴訟資料を訴訟に持ち込み、その確定の必要を決定し、かつその確定を促進させるが、裁判所は当事者によって提出されなかった事実を斟酌することは許されないし、通常、証拠を職権により採用することは許されないといふことを意味している (index indicare debet secundum allegata et approbata partium, non secundum

scientiam suam) へ裁判官は、自らの知識に基づいてではなく、当事者の陳述および証明に基づいて裁判しなければならない。したがって、弁論主義は、資料収集の二つの面すなわち事実資料の提出および確定 (Feststellung) には関連するが、裁判官が当事者の行動に依存しない法の適用 (da mihi factum, dabo tibi ius) へ我に事実を与えよ。さらば汝に法を与えん。へ) にも、裁判官が弁論の全趣旨を斟酌しなければならぬ心証 (§ 286) にも関係がない。それ故に弁論主義は、弁論特に証拠調べから生ずる間接事実 (証拠) や当事者の主張もしくはそれから導かれる結論の法的評価とは関係がない。この間接事実 (証拠) および法的評価については、当事者がそれを主張しなければならなかったという点ともなく、それについての両当事者の一致した意見に拘束されるということもなしに、裁判官はそれを利用することが許される。

また、弁論主義の概念の下で、訴訟物に関する当事者の処分自由の原則 (Grundsatz der Verfügungsfreiheit) が取扱われることが多い。当事者がその申立によって裁判官の審理の範囲を決定すること (§§ 308, 536, 559 ; ne eat index ultra petita partium) すなわち当事者が一旦提起した訴または上訴を取下げたり (§§ 271, 515, 566) 上訴を放棄したり (§§ 514, 566) また、請求の放棄 (§ 306) もしくは認諾 (§ 307) により裁判官の判決の内容を決定したりまたは和解により判決を不必要なものにできることは、ここに属する。しかし、これらはすべて資料収集とは無関係なので、これについては処分権主義で論ずるのが合目的的である。

事実の主張については、次のように述べている。⁽⁶¹⁾

まず第一に、当事者が裁判所の裁判において斟酌されることを欲している事実上の主張の陳述は当事者の責任である。

その裏面は、裁判所が当事者の事実の陳述 (Sachdarstellung) に拘束され、自己の知識 (Sog. „privates Wissen des Richters“ へ) による「裁判官の個人的知識私知」(私知) に基づいて訴訟資料を斟酌することは許されぬことである。ただ、当事者は自己の申立の理由づけに役立つ事実上の関係を述べ (§ 130 Ziff. 3) かつ——真実義務とは関係なく——主

張を訂正し (§§ 85 Satz 2, 90 II) あるいはまた取消することができただけである。判決における事実 (Sachstand) および争点 (Streisand) は、「当事者の口頭の陳述に基づいて」 auf, Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien¹⁹⁾ のみ表示される (§ 313 Ziff. 3) 当事者によって陳述されなかったかまたは取消された事實は、それが証拠調べの機会に明らかになった場合にもなお、判決の基礎にすることは許されない。裁判所は、その釈明権 (発問権 § 139) によって、陳述に相応した主張にするよう影響力を行使することができるだけである。これに反して、弁論主義は、その主張が正に主張責任および立証責任ある当事者から出ていることを必要としない。つまり当事者のいづれから出されておればよい (主張共通の原則)。

事實の確定に対する当事者の影響については、次のように述べている。¹⁹⁾

当事者の行動 (態度) が、また、陳述された主張の確定の必要および確定を決する。

(a) 当事者にわかっていて、しかも両当事者によって一致して陳述された事実もしくは当事者の一方によって主張され、他方によって争そわれなかった事実 (§§ 138 III, 439 III) または自白された事実 (§ 288) を、裁判所は、真実とみなされなければならない。当事者によって争そわれているものは、裁判所に対して証明する必要がある。

(b) 証拠の申出もまた当事者の任務 (Sache) とある (§§ 282, 359 Ziff. 3)。当事者は証拠方法を提示し、その取調べを行なわせる (§§ 371, 373, 402, 420, 421, 428, 432, 445, 447) また、それを放棄することもできる。 (§§ 399, 402, 436)

二 このような弁論主義は、ドイツにおいてはどのように制限されているであろうか。

Nagel は、Die Begrenzung des Verhandlungsgrundsatzes durch den Untersuchungsgrundsatz (職権探知主義による弁論主義の制限) の標題の下に、次のように述べている。¹⁷⁾

当事者の主張 (Partei behauptungen) を提出し、その主張を証明することのできる権能が弁論主義であると解している

通説 (h. M.) に従えば、職権探知主義または糾問主義 (Untersuchungs- oder Inquisitionsgrundsatz) は、(a) 当事者の主張については、裁判官による当事者の尋問、糾問として、(b) 事実関係の確定については、裁判所の側からの職権による証拠調査 (Beweiserhebung) として、機能する。

ドイツ民事訴訟法一三九条 (§ 139 ZPO) によれば、裁判長は、当事者がすべての重要な事実につき完全に説明し、適切な申立をなし、特にまた、主張されている事実に関する不十分な陳述を補充し、証拠方法を指示するということを目指して努力しなければならない。実務においては、裁判所の釈明義務は、どの程度まで裁判官の発問権 (釈明権) の行使が許されるのかというその境界が必ずしも制限されていないので、一定の困難を伴っている。職権探知主義は、一度び当事者が事実関係を不十分もしくは不完全に陳述した場合に、その活動を開始する。

第二に、裁判所は、そのものの中に矛盾があるかまたは不明瞭な当事者の陳述の場合は、関係当事者に、このような事情を釈明できるかということおよびどのような主張が目下有効に提出されるかということを質問することができる。一方の当事者が他方の当事者の主張を争っているかどうかが不明瞭な場合は、これは、質問 (Fragen) により明確にされなければならない。裁判所は、また、当事者が適切な申立をするよう働きかけなければならないので、当事者間の法律面も解明しなければならない。この任務を、立法者は、当事者の事実関係および訴訟関係を事実面および法律面から解明するよう裁判官に求めるといふ形で、一度だけ明白に描いている (§ 139 ZPO < Richterliche Aufklärungspflicht >)。このことから、訴が適切で (schlüssig) ないとかまたは被告の陳述が重要でないとと思われるあらゆる場合に、裁判所は当事者を承認しなければならないということが、推論されなければならない。

したがって、裁判所は、適切であると思われない訴を、最初の口領弁論後直ちに却下することはできない。たとえば、誰かが、自分がある機の所有者であるという主張の下に、被告がそれを占有しているということを同時に陳述することなく、その機の引渡しを求めて訴を提起した場合、裁判官は、自らの訴の適切性 (Schlüssigkeit) についての疑念を、原告

に示さなければならぬ。つまり、裁判官は、その机が被告の占有下にあることを主張するよう原告に求めるであろう。全く同様に、原告に対する一定の反対債権を述べたが、その反対債権で相殺することを明言しなかった被告に、裁判所は、相殺するかどうかを質問しなければならない。

また、当事者の事実関係および訴訟関係を法律的視点から (in rechtlicher Hinsicht) 説明すべき法上の義務から、裁判官がその裁判理由 (Entscheidungsgründe) を法律的基礎に依拠せしめようとするとき、それが訴訟で当事者によって述べられたものでもなく、口頭弁論でそれまで暗に示されたものでもないことを当事者に指示しなければならないということが導かれる。しかし、これは、あくまで裁判所が判決をする段階において価値があるのであって、判決時に至るまでの間法律上の釈明義務を行使しないのは明らかに釈明義務違反である (Baumbach-Lauterbach §139ZPO Anm. E)。

不意打判決 (Überraschungsentscheidungen) は避けなければならない。したがって、裁判官が、判決理由を起草する際、訴を別の法的観点から許すことができ、しかもそれが当事者の口頭弁論で説明されると悟った場合は、弁論を再開しなければならない。民事訴訟法一三九条 (§139 ZPO) による釈明主義 (Aufklärungsgrundsatz) は「連邦裁判所がつて明確に表現したように——単なる手落ちまたは見落としが当事者の不利益になること」を防止することを目的としている。この理由から、裁判所は、当事者がある主張につき証明しない場合は、証明するように当事者に指示しなければならない。連邦裁判所は、一九五三年一月三〇日の判決で、確かに、裁判所の義務は、被告の訴訟代理人に民法八三一条一項二号による被告に有利な証明 (Entlastungsbeweis) の可能性を指示する以上のものではないことを指摘した。

適切な申立をさせるよう努力しなければならない義務があるので、たとえば、報告の申立もしくは確認の申立 (Auskunfts- oder Feststellungsantrag) はたしかに適切になされていないが、給付の申立は適切になされていると思われる場合に、裁判所は当事者にその説明を求める。しかし、弁論主義がドイツ民事訴訟を支配しているので、それに適っていると思われる申立をすること即ち彼らの主張を事実即して陳述し、そのための証拠を挙げることは、原則として、当事者の

任務である。裁判所の釈明義務が誇張されることは許されない。それは、当事者に法律的知恵 (Rechtsauskunft) を授けたり、当事者に細部にわたって (im einzelnen) その訴えの強化のために陳述し得る何らかの事実関係を助言したり、または一審大審院がかつて表現したように「訴により請求された請求の別の理由づけに向って努力したり、彼に予め彼らが勝利に導かれる基礎を授ける」ところまでは及ばない (RGZ 109 S. 69, 70)。

とりわけ、裁判官は、一方の当事者または他方の当事者のみのために、その発問権を不公平に行使することは許されない。弁護士訴訟 (Anwaltsprozess) において、たとえ、裁判官が請求が時効にかかっていると思うとき、被告に時効の抗弁 (Einwand) を提出するかどうかを質問することは許されない。これに反して、簡易裁判所判事は、非常に難しい情況において一方の当事者は弁護士に代理されているが他方が代理されていないために、彼らの権利が明らかに不適當であるときは、前述のような釈明権 (発問権) の行使が認められている。能力の均衡を確保するために、裁判官は、当事者の事実関係および訴訟関係を特に注意深く解明するであろうし、また当事者に一定の可能なことを指示しなければならぬ。その際、債権が既に時効にかかっていることが判明しているならば、簡易裁判所判事は、原告に、それでもなおその債権を主張するのかどうかを尋ねなければならぬし、被告には、時効を援用するのかどうかを尋ねなければならぬであろう。原告が明白に極めて僅かな金額を訴求している扶養 (請求) 訴訟 (Unterhaltsrechtsstreit) においても、簡易裁判所判事は、当事者間の関係を詳細に解明し、更に、原告はおそらく彼が求めているよりも多くの金額を要求できるだろうということを指示しなければならない。弁論主義は、能力の劣った未熟な当事者に著しい不利益をもたらすので、裁判官の釈明義務によって補充されなければならない (Ann. 44 <Blomeyer, S. 68>)。

発問権を正当に行使できるように、裁判所は、事実関係の釈明のために、当事者本人の出頭を適宜命ずる。民事訴訟法 一四一条 (§141 ZPO) によりそれをするのは、裁判所の裁量にまかされている。その上、当事者本人の出頭は秩序罰 (Ordnungsstrafe) によって強制することができる。他方、それにもかかわらず、当事者は、裁判官の質問に対し釈明 (

説明)することまで強制されない。

被告本人の出頭は、結局彼が応訴することが確定している場合にはじめて意義があるので、あらゆる最初の弁論期日に直ちに両当事者本人の出頭を命ずることはできない。当事者に質問することは、民事訴訟法一三九条 (§139 ZPO) の裁判官の釈明義務によって制限されている。したがって、これを越えて当事者に質問することは許されない。当事者は、このような機会に、彼らの弁護士の陳述と矛盾することを述べたり、特に彼らの訴訟上の要求 (Prozessbegehren) に不利な事実をも暴露したりするので、民事訴訟法一四一条 (§141 ZPO) は、真実の事実関係を究明する絶好の機会を裁判所に与えている。患者がその医者にしはしばその病歴の一部のみを述べるように、当事者はその弁護士にしはしば不完全に教える。更に、当事者の中には、裁判所の面前ではじめて真実の事実関係を述べる義務があると信じている者がある。既に、このような理由から、事実関係の解明のための当事者からの十分な聴取が是認されている。

もちろん、事実関係が当事者によって完全に明白かつ明瞭に陳述されている場合は、それにつき、当事者を更に尋問することは無用である。民事訴訟法一四一条 (§141 ZPO) により当事者本人の出頭を命ずる多くの決定 (Beschlüsse) はなお的確な証拠決定 (Beweisbeschluss) には達し得なかったので、残念なことに、それには裁判所の当惑した判断のみが含まれている。したがって、それらは手続の促進には役立たない。第一審で事実関係が十分に解明された場合にも、控訴裁判所は、当事者本人の出頭を適宜命ずべきであろう。

釈明義務は、ドイツ法においては、もちろん、それに直接の制裁の可能性 (Sanktionsmöglichkeit) が欠けている限りで、僅かしか発達させられていない。それは、ほとんど弁論主義を侵害しない。裁判所は、当事者に、事実関係の解明のためになされる質問に答えるよう強制することはできない。それでもなお、裁判所は、当事者が、正当な理由なしに、なされた質問に答えることを拒むときは、その当事者の態度から一定の結論を導く (推論する) ことができる。その上、この釈明義務は、証拠調べの外にある。裁判官の釈明の結果は、もちろん弁論の全趣旨に属し、それによって民事訴訟法二八六

条 (§ 286 ZPO) による裁判官の自由心証の基礎になっている。

職権で証拠を収集できるという職権探知主義の第二の面は、弁論主義の作用(機能)を更に徹底させる意義がある。職権探知主義の第一の面すなわち積明義務は、ほとんど自動的に証拠を職権で収集できる権能に移行する。したがって、第一の面たる積明義務に対して、第二の面の一つである民事訴訟法一四二条 (§ 142 ZPO) は、特に新たな觀念を含んでいない。裁判官がこれによって、「当事者が受取ってその手許にある証書ならびに系図、設計図、見取図およびその他の図画を提出するよう」命ずることができるなら、この権能は、すでに、民事訴訟法一三九条 (§ 139 ZPO) の根本思想から生じている。当事者が証書を受取ったならば、彼はその内容を完全に陳述しなければならない。しかし、同時に、裁判所は、これによって書証の一部を職権によって調査する権能を取得する。この権能は、なお、個々の書証に関し、民事訴訟法二七二条 (§ 272 ZPO) によって拡張されている。さらに、民事訴訟法一四四条 (§ 144 ZPO) から、裁判所は、検証 (Einnahme des Augenscheins) および鑑定を職権で命ずることができるという結論が導かれる。最後に、裁判所は民事訴訟法四四八条 (§ 448 ZPO) による当事者尋問により証拠も職権で命ずることができ、また民事訴訟法二七二条 B 二項二号 (§ 272 b Abs. 2 Ziffer 2 ZPO) によって、官庁または公務員に証書の通知または公の報告の付与を囑託することができる。それ故に、ドイツ法の五つの証拠方法の中、三つの証拠は何らの制限なしに、第四の書証は一部職権にあり、そしてその限りで当事者の証拠調べの申立に拘束されることなく、収集することができる。ただ、書証はなお全く当事者の手中にある—もちろん、圧倒的な公益をもつ訴は別にして。

Blomeyer は、実体法により当事者から争いある権利関係についての処分権 (Verfügung) が奪われている事件について述べている。即ち、離婚、婚姻の取消および結婚生活の回復 (Herstellung des ehelichen Lebens) を求める訴の場合、**札問主義 (Inquisitionsmaxime)** は、結婚に好都合な(婚姻維持のための)事実 (chefreundliche Tatsachen) だけに制限されている(「いわゆる片面的職権探知主義」)。同じことが、子の嫡出否認の訴 (Klage auf Aufhebung der Ehelichkeit

eines Kindes) の場合、それから子の嫡出性が導かれる事実のみに妥当する。その他の点では、裁判所は、婚姻事件、身分事件 (Stausachen)、公示催告手続において、無制限に、証拠を収集することができる。更に、行政裁判所、社会裁判所および財政裁判所の面前手続では、裁判につき公的利害 (Öffentliche Belange) があるので、これらの手続で裁判官に広い探知義務が認められているのは自明のことである。Blomeyer は、弁論主義による通常の民事訴訟と職権探知主義による行政訴訟とは、事実関係の解明につき対立関係にあるという根本的区別に基づいて理論を展開している。

人事訴訟においても、弁論主義はなお十分に (in vollem Maße) 発達している。裁判所は、人証を得るため、当事者に十分助言 (忠告) することができる。しかし、それでも当事者がこの助言 (忠告) に従わなければ、その人証は当該事件において除外される。

証拠の収集につき広範な職権探知主義が認められれば、それ相応に弁論主義は制限される。

三 以上のように、Nagel は、「職権探知主義による弁論主義の制限」という標題の下に、弁論主義の制限一般について触れているが、その大部分は、釈明権 (義務) による制限の問題である。そこで、続いて、釈明権 (発問権) または釈明義務 (発問義務) の問題に進むことにする。

まず、Rosenberg-Schwab は、資料収集の際の裁判所の協力は、事実資料 (Tatsachennaterial) の収集の場合にも証拠資料 (Beweismaterial) の収集の場合にもなされると述べた後、発問権 (Fragerecht) について次のように述べている。⁽⁹⁾ 裁判所に義務があり、かつ裁判長 (§ 139 I) および各陪席裁判官 (§ 139 III) により行使されるいわゆる発問権 (Fragerecht) または (よりよくは) 発問義務 (Fragepflicht) ならびに当事者本人の出頭命令 (§ 141) により、裁判所は事実資料の収集に重大な影響を及ぼす。しかし、両者は、当事者を促して主張の陳述 (提出) をさせるようにすることができるのである。裁判所は自ら訴訟資料 (Prozessstoff) を収集して、判決の基礎にすることは決して許されない。

紛争事件の解明に必要であると思われる限り、裁判長は、当事者の事実関係および訴訟関係を、口頭弁論において、事

実面および法律面より解明しなければならぬし、各陪席裁判官も解明することが許される。そしてまた、質問することにより、適切なすなわち事実状態および法律状態に適合した申立の提出、——しかし、弁護士訴訟では新たな請求の持ち込みのための新たな申立の提出に対してはなし得ないが——すべての重要な事実の陳述および相手方の主張に対する解明の交付さらには証拠方法の表示を旨指して、裁判長は努力しなければならないし、各陪席裁判官は努力することが許される(§§ 139 I, 349 I 2, 510)。この目的のために、各当事者は、口頭弁論に先だって、その準備書面の補充または説明(§ 272b II Ziff. 1)を命ぜられ、そして、口頭弁論に基づきかつ争点(Streitstand)の説明に従って、一定の期間内にある点の釈明をすること(§ 279a)を命ぜられる。裁判所はまた、上告回避のため、立証問題(Beweisfrage)に関する書証(schriftlichen Unterlage)の存在につき、尋問前にある証人によってなされた指摘を当事者に知らせるよう義務づけられ、かつ当該証人の尋問の際にもこの通知を考慮するよう義務づけられている。

この釈明義務(Aufklärungspflicht)は、訴訟資料(Streitsstoff)を補充するための訴訟指揮の最も重要な手段である。それは、その遂行のため、大審院(Reichsgericht)が下級裁判所に繰り返しさせてきた裁判所の義務である。これは、口頭弁論の準備にのみ役立つので(RG 152, 216)、その違反は上告理由であって、もちろん二七二条b違反ではない。しかし、この義務は、被告がその物を占有していないかまたはもはや占有していない場合は、裁判所が原告にある物の引渡を求める請求を変更させ、損害賠償を求めさせるべきだということまで行っていない(BGH 7, 211)。しかし、ただ単に、ある主張が提出されていないとかまたはそのために証拠方法が提出されていないとかあるいは目的にかなった申立がなされていないとかいったようなことで、一定の裁判(請求棄却または訴却下の判決)がなされることは許されない。そのような場合は、裁判所は、そのことを当事者に釈明させなければならない。そして、このことは特に、裁判所が当事者がしたとは別個の法的観点に基づいて斟酌する場合に妥当する。裁判所は、当事者にこの「法的観点の変更」„Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes“を指示し、これによって彼らの主張を適合させなければならない(vgl.

Rosenberg, Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes im Zivilprozess, ZZP 49, 38, 68ff.). それ故に、当事者とともになされる法律面の解明は、以前は簡易裁判所の手続 (§502) のためにのみおかれていたのであるが、それと同じように、今日では一三九条に規定されている。裁判所は、自らの当該訴訟の法的評価(解釈)を秘密にすべきではないし、判決は当事者に不意打を与えるべきではない(BGH, Vers R 1963, 1149 und E. Schneider, MDR 1968, 721) 控訴裁判所が、弁論の結果から、当事者がなお必要で詳細な主張を提出することができかつ提出する意思があったが、明らかな見落し(RG, JW 1906, 114)または法律状態の明白な誤認のためにそれをしなかったということを認定しなければならなかった場合は、その釈明義務違反により上告することができる(BGH, ZZP 65, 278)。

十分教育を受けていない訴訟代理人が、ある問題につき、口頭弁論では答えることができないが、ある書面では答えているときは、口頭弁論は再開されなければならない(RG, HRR 1931, 1968 = LZ 1931, 1386)。次に、Leut-Jaernigは、次のように述べている。⁽¹⁰⁾

現代の訴訟において、弁論主義は、著しく拡大された裁判所の発問義務および釈明義務(gerichtliche Frage- und Aufklärungspflicht)による重大な緩和を被っている。それは、まず第一に、裁判長によって行使されるが、また陪席裁判官によっても行使される (§139 I, III)。それは、当事者の行為と並んで同価値の要素として機能する。裁判所は、ただ当事者の主張を受け入れ、利用するだけではなく、自ら事実関係の全面的解明を目指して、主張の完全性(Vollständigkeit des Vortrags)に向って努力しなければならない。まずは真実に基づく勝利を助けるべきであるが、とりわけ両当事者の補助者として行動すべきである。裁判官の補助は、特に、当事者(本人)訴訟(Parteiprozess)において適切である。ここでは、たいいてい、その事件を自ら訴えた法律に暗い当事者が対立している。彼らは、一定程度、裁判官の補助を必要としている。何故なら、訴訟においては、熟練した、有能で、聡明な当事者が勝つべきではなく、正当な当事者が勝つべきだからである。そして、このことは決して忘れられてはならない。訴訟はフットボールではないし、裁判官は競技

規則の敲守のみに留意し、試合後に判定を下し、賞品を授与する審判ではない。この原則は、弁護士訴訟(Anwaltsprozess)に妥当すると全く同様に、本人訴訟(Parteiprozess)にも妥当する。一三九条はこの二つの訴訟の種類を区別していない。それにもかかわらず、弁護士により代理される当事者が、法律にうとい「凡人」„Mann von der Strasse“よりも補助の必要性が少ないことは自明である。

裁判所の釈明義務は次のような趨勢にある。

(1) 当事者の申立が十分明白であるとかまたは法律上異論がないとか認められなかった場合は、裁判所は、各当事者が実際に(真に)獲得するものを確定しななければならない。

そこで、大審院(RGN130, 267)は、引渡の申立がどのような事実に基づいているかを裁判所は解明(釈明)しななければならないと判示した。

(2) 当事者の立証が不十分で生活事象(Lebensvorgang)を不完全にしか説明できなかった場合は、裁判所は、完全性(Vollständigkeit)を目指して努力しなければならない。

例：原告が契約の履行を求める判決を訴求したが、被告が契約締結を争わないであろうという予測の下に、契約締結を正確に説明しないときは、裁判所は、原告に、契約締結を述べる電話がかかったとかまたは使用人が被告と契約を締結したということを直ちに正確に説明させる。

(3) 裁判所は、当事者の提出した事実ではその申立を是認することができない場合にも、不完全な当事者の主張の補充(Ergänzung)に配慮すべきであり、配慮することが許される(訴の適切性の瑕疵)。

たとえば、原告が、遅滞に基づく損害賠償を求めたが、民法三二六条により要求されている期間設定(Fristsetzung)については述べていない。こんなときは、法律を知らない当事者の場合に特に重要であるが、裁判所は、事実関係から脱落している事実も提出されたと仮定しなければならぬときは、その当事者に訴の不備(脱落)および非適切性(Unsch-

Missigkeit)を指摘しなければならない。その他の主張の僅かな可能性に裁判所は(いちいち)立ち入る必要はない。

(4) 裁判所が権利概念の分析に努力し、それに基づいて当事者がその事実を引用して表現するということは重要である。当事者は、これらの法的性質決定(rechtliche Qualifizierung)を導く(の根拠となる)事実を詳細に(im einzelnen)説明することなく、締結した「契約」、貸付けた「貸金」、「過失」についてのみしばしば陳述する。このような場合、法律上の推論(Subsumtion)に疑いがなければ、裁判所は、個々の事実の引用たとえば契約内容の陳述を強制する必要はない。

(5) 最後に、裁判所は、また、例外的な場合に、主張または申立の可能で事実に即した変更をさせる権限があると認められている。たとえば、訴の変更(Klageänderung)。

例：国家賠償訴訟(Staatshaftungsprozess)においては、金銭損害賠償しか請求できないに拘らず、原告が原状回復(Naturrestitution)を請求している。このような場合に、裁判所は原告に、まず第一に、または補助的に、金銭賠償を提起させることが許され、かつさせるべきである。というのは、これによって第二の訴訟が回避されるからである。原状回復を求める訴により棄却(却下)された原告は、今度は、金銭賠償に向けかえた新たな訴えをさせられることになろう。Vgl. RGZ 169, 356; einschränkend BGHZ 7, 208 auch B Verw GE 21, 217f., ferner BGH NJW 69, 693 (betr. Geldendmachung eines Zurückbehaltungsrechts)

この釈明義務の限界は、独断的に(dogmatisch)明白に画することはできない。それは、個々の事件において、裁判官が融通を利かせることができるように、その機才(Takt)と経験にまかせておかなければならない。殊に、当事者が弁護士によって代理されている場合には、裁判官は助言すること(Beratung)を義務づけられない。裁判官は、両当事者の側に立って助け、あたかも当事者の一方を一方的に支持しているかのような印象を避けることに気を配らなければならない(さもないと、不公平／偏見)の危惧による裁判官の忌避が可能)。いずれにせよ、裁判官のこのような活動は、訴訟手

続における彼の最も重要な任務であり、高度の实践的意義がある。それは裁判所の義務であり、その無視は上告理由となる。それはまた弁論主義と矛盾しない。何故なら、裁判所は当事者が提出した事実のみを使用することが許されているからである。当事者が裁判所の勧め (Anregung) に従わず、その主張の補充を怠るとき、職権による補充は排除される。(vgl. den Fall BGH NJW 58, 1590)。 (本章未完)

- (13) Rosenberg-Schwab, aaO, § 78 I, S. 369.
- (14) Rosenberg-Schwab, aaO, § 78 II, S. 370.
- (15) Rosenberg-Schwab, aaO, § 78 II 1 Behauptung von Tatsachen.
- (16) Rosenberg-Schwab, aaO, § 78 II 2 Einfluss der Parteien auf die Feststellung von Tatsachen.
- (17) Nagel, aaO, II 1 In Deutschland.
- (18) Rosenberg-Schwab, aaO, § 78 II 3 u. 3 a.
- (19) Lent-Jaetnig, aaO, § 25 VII, S. 66 ff.

(一九七二・一一・二〇)