

辯護士制度の研究

A STUDY ON ADVOCATE SYSTEMS

I.

教 授

中 村 宗 雄

PROF. M. NAKAMURA

1936

目 次

第一章 序 説	1
第二章 辯護士制度の沿革	8
第一節 ギリシア並にローマの辯護士制度	8
第二節 古ゲルマン並にドイツの辯護士制度	42
第一 古ゲルマン法時代	43
第二 封建法時代	49
第三 近世法時代	58
第三節 フランスの辯護士制度	74
第四節 イギリスの辯護士制度	86
第三章 現今の各國辯護士制度	107
第一節 ドイツ	108
第二節 オーストリー	119
第三節 フランス	127
第四節 イギリス	134
第五節 中華民國並に滿洲國	147
第六節 其の他の諸國	155
I. イタリア
II. スイス
III. ソヴェット・ロシア
IV. 其の他の諸國	

辯護士制度の研究

中村宗雄

第一章 序 説

I.

辯護士 Rechtsanwalt, advocate, avocat と稱せらるる法律業務は、凡べての時代を通じ、殆んどあらゆる國に於て見受けられる。其の業務とする處、裁判上、裁判外を問はず、廣く法律事務全般に亙るのであるが、其の主要の任務は、素より法廷に於ける活動であつて、民事訴訟に於ては當事者の代理人として、又、刑事訴訟に於ては被告人の爲めの辯護人として、其の職務を行ふのである。

此の辯護士といふ職業は、本稿にも述ぶるが如く、遠くギリシア、ローマの昔に遡り其の存在を發見し得る。我國に於ても、明治維新後、歐米文化の輸入に伴ひ、その系統を引ける辯護士制度が設けらるゝに至つたのであるが、夫れ以前、舊幕時代にも、比較的新らしき制度ではあるが、公事師、^{くじし}出入師^{ていし}等と稱せらるゝ者があり、法律事務の取扱を爲せしことは文獻の示す處である。

II.

斯く法律事務の取扱、法律事件の處理等の爲め、夫れ等を專

門とする職業の發生し、發達することは、文化の發展、昂上に伴ふ當然の現象と見るべきであつて、従つて將來に向ひ、此の職業は、益々、發達するの可能性をば多分に包藏する。而して、今、辯護士なる制度の過去を顧み、又、現在各國に於ける其の實狀を比較考察するならば、その職業的機能に於て、或はその社會的地位に於て、其の他種々の點に於て、著しき變遷と其の間の差異とを發見し得る。例之、現今の辯護士の起原とも見るべきローマの *orator, advocatus*, 古ゲルマンの *Rechtsweiser* (法の指示者)の如き、孰れも高き社會的地位を占め、他面、裁判所に對する法律指示の職能を兼ね、當事者に對する法律上の補助を以て、無報酬を原則とする名譽的業務と做したのであつた。然るに後世、經濟事情の變遷に伴ひ、漸次、夫れが有償を原則とする自由職業とせらるゝに及むで、之れに伴ひ、著しきその社會的地位の低下を見た。かゝる現象は、ドイツ普通法の下に於て殊に甚しく、我國に於ても、舊幕時代の公事師、出入師の當時は勿論、明治初年の代言人に就ても亦、同様であつた。此等は、現在に於て尙、辯護士なるものが、社會的に不當に低く評價せらるゝ傾向の存する重大なる原因であらねばならぬ。尤もイギリスに於ては、*Barrister* が高き社會的地位を占むるのであるが、夫れはイギリス特有の制度に基くのであつて、(註一)而かも其の高き社會的地位には、同じく法曹家たる *Attorney* (現在の *Solicitor*) の不當なる社會的地位の低下、若くは夫れと *Bar-*

risters) との間の不當なる社會的差別といふ犠牲の支拂はれあることに留意しなければならぬ。

(註一) Inns of Court を策源地として、如何に Barrister の地位の昂揚が劃策せられしかは、イギリスの辯護士制度を述ぶる際に詳述する。尙、イギリスに於て、Barrister の地位高きは、その司法國家 Justizstaat たることも、亦、重大なる原因であらねばならぬ。

更に又、辯護士の職務は、法律事務の全般に互り、我が辯護士法第一條の示すが如く「訴訟＝關スル行爲其ノ他一般ノ法律事務ヲ行フコトヲ職務トス」るのであるが、その主要なるべき職務は、訴訟事件の處理、法廷に於ける辯論である。而して法廷に於ける辯論には、單に法律學の知識若くは法律事務處理の事務的訓練の外、一種の才能竝に技術を必要とするが爲め、それに沿革的原因をも附加せられて、辯護士の職務をば、法廷に於ける辯論と、夫れ以外とに分ち、異なる種類の辯護士に分擔せしむるの法制を生じた。(註一) 現今のイギリス、フランス、イタリーに於ける、即ち夫れである。(註二) 尙、辯護士といふ業務を法認するとして、法律事務の處理をその獨占に委するか否か、又、民刑事事件に付き辯護士の使用を強制するか否か等は、(註三) 其の國の社會的事情を顧慮して決定せらるべき一國の法制上の問題であり、従つて此の點に關しても、各國の法制、必ずしも其の揆を一にせぬ。又、辯護士の業務は、一般にそれを自由職業 Freie Berufe の一となすのであるが、或は之れを免許職業と爲す法制もあり、進んでは、それに官吏たるの身分を付與したる事例

も存する。(註四)

(註一) 辯護士の職務中、法廷に於ける辯論以外のものは、概して事務的内容のものが大部分である。従つて辯護士に種類を生じたる場合には、法廷に於ける辯論を専らとする辯護士の社會的地位の、より高かるべきことは當然の現象であらう。例之、イギリスに於ける Barrister と Solicitor との關係の如き夫れである。

尙、法廷に於ける辯論を専らにする種類の辯護士は、口頭主義の訴訟制度の下に於てのみ、其の出現を要請せられる。去れば書面審理主義を執れるドイツ普通法の下に於ては、本稿に於ても述べらるゝが如く、過去より傳承せる二種類の法律業務、即ち Advokat と Prokurator との間の區別を喪失したることは、素より當然の歸結であると云はなければならぬ。現今、ドイツ、オーストリー、スイス等の辯護士制度、更に我國の辯護士制度が、單一制を執る所以のものは、かゝる沿革の理由に基く。

(註二) イギリスに於ては、辯護士が Barrister と Solicitor とに、フランスに於ては、avocat と avoué とに、又、イタリーにては avvocato と procuratore とに分たれる。尙、イタリーには、第三の種類として、双方の職務を一身に委ぬる者が認められる。此等詳細は、夫れ夫れの場所に於て述ぶる。

(註三) 辯護士は、醫師の醫學乃至醫術に對する關係に於けると異なり、素より法律家の全部でもなく、又、従つて法律知識を夫れ自身に獨占するものでもない。従つて辯護士に依る法律事務處理の獨占と云ふことは考へられ得ないのであるが、問題となる事は、非辯護士の職業的なる法律事件の處理に對する取締(所謂、三百の取締)、並に法廷に於ける當事者代理の辯護士に依る獨占、更に進むでは辯護士使用の強制等の問題である。我が今回の辯護士法の改正が、三百の業務禁止を以て其の主要の眼目とせることは、爰に云ふ迄もない。又、現在、中華民國にては、民事訴訟に付き辯護士(律師)に非ざる者の當事者代理を積極的に禁止しないのであるが(同國民訴訟法六八條)、其の他の先進諸國にては、法廷に於ける職務執行は、原則的に之れを辯護士の獨占とする(但しソヴェット・ロシアを除く)。而して問題とせらるゝのは、

當事者に對し辯護士の使用を強制するか否かの點であつて、例之、我國にては、刑事訴訟に於ける上告に限り辯護士たる辯護人のみそれを爲し得べく（刑訴四三〇、四三一條）、被告人が自ら辯論を爲すことを許されぬ。

（註四） 例之、ソヴィエツト・ロシア革命の頭初、一九一八年の法制改革に依り、辯護士の職を執る權利代理人 *prawosastupniki* に對し官吏たる身分を與へ、之れに俸給を給與して、依頼人より報酬を收受することを禁じたのであるが失敗に歸し、一九二〇年に早くも官吏たる身分を消滅せしめた。斯く辯護士に官吏たる身分を與へ、之れに國家的統整を加ふる組織は、既に第十八世紀の末葉、プロシアのフリードリヒ大王治下に於ける法制改革の際試みられ、同じく失敗に歸した先例がある。此等に關しては、本稿に於て、夫れ夫れ詳細に述ぶる。

以上述ぶるが如く、辯護士の職能と其の社會的地位とに於て、著しき變遷と其の間の差異との存することは、聽がて辯護士なるものが、複雑せる機能をも有することを示すものに外ならぬ。即ち其の營む處の機能が單一ならざることが、此の業務に従事する者の間に、人格的にも、社會的にも著しき間隔を存せしめ、（註一）又、社會のそれに対する認識に、著しき高下と矛盾とを生ぜしむるの因となつて居る。（註二）かゝる複雑なる機能と地位との主體たる辯護士は、夫れを或は沿革的に、或は比較法制的に各方面より研究することに因りてのみ、初めて其の本質を明かにし、その正しき認識に到達し得るであらう。

（註一） 社會一流の人士も、辯護士の職に従事する。例之、我國に於ても、物故せられし岸、花井兩博士、尙、健在せらるゝ原博士を初めとし、多數の一流人士が此の職に従事し、又、従事せられしことあり、又、歴史上には、ゲーテが、其の壯年の當時、辯護士たりしことがあり、Vgl. Wieruszowski, A.,

Goethe als Rechtsanwalt, 1909. 又、ペーコンが、エリザベス女皇の治世に、Queen's Counsel に任ぜられしことは、餘りにも有名である。然るに他方、人物として香ばしからざる者が此の職に従事し、社會的害毒を流すの事實は、獨り我國のみに止まらざる現象である。

(註二) 辯護士に對する社會的認識乃至評價が、時に依り、場所に依り、又、其の者の人物如何に依り著しき差異の存することは、我々の日常見聞する處である。現に Barrister の地位著しく高く、「紳士中の紳士」など稱せらるゝ英國に於てすら、之に對し、「ウエストミンスター・ホールの老翁なる蜘蛛」とか、「田舎物を喰物にする猫」とか呼ばれた時代もあつたと云ひ(長嶋毅氏、辯護士法、現代法學全集八卷二一四頁)、又、現在に於ても、Barrister に對する惡聲は、跡を斷つて居らぬ。尙、此の長嶋毅氏も、前掲現代法學全集に辯護士法を執筆するに當り、其の序言に辯護士法を執筆することが、貧乏籤云々と述べ、小山法相の帝國、第一兩辯護士會招待會(昭和七年十二月)の席上、鹽谷帝國辯護士會理事に依り其の不都合を指摘せられ、同氏より釋明の上、遺憾の意を表した等のエピソードもある(正義九卷昭和八年一月號九三頁以下)。

III.

次に辯護士に關する近代法制としては、一六三八年のオーストリー法典 codex austriacus 中の當該規定の如きを、その最も早きものとして擧げ得るであらう。(註一) 素より夫れ以前と雖も、イギリス、フランス、ドイツ等の諸國に於て、夫れ夫れ必要に應じ、辯護士に關する規定が逐次制定せられたのであつて、更に古くはローマにても、辯護士に關する法制が著しく完備せしことは、本稿に於て述ぶるが如くである。我國、明治維新以後、歐洲文化を輸入したる後の法制としては、明治五年八月三日の「司法職務定制」(太政官無號達)中に代言人職制の規定せら

れたるを其の嚆矢とし、翌明治六年六月十八日の「代人規則」(太政官布告第二一五號)を経て、明治九年二月二十日の「代言人規則」(司法省^{甲第一}號布達)となり、爾來、數次に互る修正を経て、明治二十六年に辯護士法が制定せられ、更に昭和八年の新辯護士法(昭和十一年四月一日より施行)となつたのである。

(註一) Kübl, F., Geschichte der österreichischen Advokatur, 1925, 3. 52.

此等、各國の辯護士法制を、其の沿革に顧み、其の規定の内容に立入り研究を爲すことは、當然に爲されなければならぬ處であらう。

IV.

本稿にては、先づ辯護士制度の沿革を述べ、續いて各國の辯護士法規の内容を概観し、以て辯護士制度の發達と變遷との跡を探り、現代の辯護士制度の據つて來る處の根源と、其の現状とを明かならしめむとする。但し其の範圍廣きに互る大問題であり、各部分に付き詳細に立入ることは一論文の克く爲し得ざる處であるが故に、本稿にては、その概観に止め、各部分に付き及ぶ限り多數の文獻を挙げ、(註一) 以て他日の研究に資することとする。而して最後に、本稿は、我が新辯護士法制定を機縁として執筆したものであるが故に、此の新辯護士法の規定に則し、其の批評と共に、辯護士制度に關する根本問題、例之、其の資格、地域制、報酬問題等につき考察を試むる考へである。

(註一) その大多數は、我が早稻田大學圖書館に所藏せらるゝものを掲記した。

第二章 辯護士制度の沿革

第一節 ギリシア並にローマの辯護士制度

文 獻

I. ギリシアの裁判制度に関するもの（多少なり辯護士制度に關係あるもの）

Meier, M. H. E. u. Schömann, G. F., *Der attische Prozess*, 1824.; Heffter, A. W., *Die athenäische Gerichtsverfassung*, 1822.; Platner, E., *Der Process und die Klagen bei den Attikern*, 2 Bde, 1824.; Zücker, F., *Beiträge zur Kenntnis der Gerichtsorganisation im Ptolemaeischen und Römischen Aegypten*, 1911.; Wagner, E., *Eine Gerichtsverhandlung in Athen*, 1894.; Gilbert, G., *Beiträge zur Entwicklungsgeschichte des griechischen Gerichtsverfahrens und des griechischen Rechts*, 1897.; Lipsius, H., *Das Attische Recht und Rechtsverfahren*, Bd. I. 1905.; Weber, H., *Attisches Prozessrecht in den attischen Seebundstaaten*, 1908.; Smith, G., *The Administration of Justice from Hesiod to Solon*. 1924.; Bonner, R. J. & Smith, G., *Administration of Justice from Homer to Aristotles*. Vol. I. 1930.

穂積陳重博士、代言職の起原（明治十九年）（遺文集第一冊 pp. 479-480）。同博士、代言制の進化（明治二十五年）（遺文集第二冊 pp. 243-245）。高木豊三氏、代言至要（明治十七年）pp. 230-266。高柳賢三教授、法律哲學原理 pp. 438-443。

II. ローマの辯護士制度に関するもの

Weissler: *Geschichte der Rechtsanwaltschaft* (1905). S. 93-100.; Wenger.: *Die Anwaltschaft im römischen Recht*. im "Magnus: Die Rechtsanwaltschaft"

(1929); Derselbe: Institutionen des römischen Zivilprozessrechts (1925). S. 84-89. 151. 312 f.; Kübl: Geschichte der österreichischen Advokatur (1925). S. 3-15.; Wlassak: Zur Geschichte der Cognitur. in der Breslauer Festgabe für R. von Ihering (1892).; Eisele: Cognitur und Procuratur (1881).; Bethmann-Hollweg: Der römische Civilprocess. II. III.; Jörs: Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik (1888).; Mommsen: Römisches Strafrecht (1899). S. 376-378.; Mommsen-Blümner: Der Maixmaltarif des Diocletian (1893).; Buteau, H.: De la profession d'avocat à Rome, Thèse (1895). pp. 1-84.; Weitere Quellen bei Wenger. Institutionen. S. 84. N. 29. u. S. 312. N. 24.

穂積陳重博士、代言職の起原(前掲)。同博士、代言制の進化(前掲)。諸外國に於ける辯護士制度概観(司法資料第九五號) pp. 1-3. (本書は Magnus 前掲書舊版の抄譯である)。高木豊三氏、代言至要(前掲) pp. 297-313. 佐伯好郎氏、羅馬法に於ける辯護士並に醫師の成功謝金問題及び成功謝金廢止善後策(法律及政治一卷大正十一年六號、七號)。高柳教授、法律哲學原理 pp. 445-449.

I.

ギリシアの法制下に於ける辯護士制度に關しては、之れと纏りたる文獻が存せぬ。兎に角、ギリシアには、後世の *advocatus* に該當する階級乃至職業なるものを存せず、且つ初期古代法の特徴として、代理 *Stellvertretung* をば法律取引に於て認めざりし結果、訴訟に關しても當事者自身の出頭を必要と爲せしことに疑義がない。(註一) 併しながらギリシアにては、辯論の術が盛に行はれし國情の爲め、辯論が強力に法廷を支配せしことを容易に想像し得る。即ちソロン(凡そ 639-558 B.C.) 以後の法制としては、法廷に他人を伴ひ辯論せしめ得ることとなり、總

べて市民権を有し、自己の事件に付き出廷するの権利ある者は、他人の事件に付き出廷し、辯論するの権利を有した。(註二)

(註一) Heffter, A. W., a. a. O. S. 103.; Platner, a. a. O. Theil I S. 94. 尙、初期ローマ法並にゲルマン法にても、夫れ夫れに就て後述するが如く、代理を認めず、従つて訴訟に付き本人出頭主義が行はれた。

(註二) Heffter, a. a. O. S. 105.

而して斯く法廷に他人を伴ひ、辯論を爲さしむることを許さるるとせば、辯術に巧みなる者に依頼せむとするは素より當然であり、勢ひかゝる依頼は、辯論術に長じたる一部の者に集中せざるを得ぬ。即ち此の種の依頼をば、當時、ギリシアを風靡したるかの詭辯學派 Sophist に屬する人々が好むで引受けたのであるが、(註一) 此の派の者が、かゝる依頼を引受けたりし所以のものは、ローマの辯論人 orator の如く、(註二) 其の名譽の爲め、若くは社會的義務心の發露に基きしものではなく、寧ろ其の生活の爲めに爲されたのであらうが故に、かゝる依頼を引受くるに際し、其の勞力に報酬を受くるの習慣を生じたことは、素より當然の成行である。而して報酬を得て法廷の辯論を引受けたる最初の人、Sophist の一人たるアンチホン(480-411 B.C.) であると傳へられて居る。(註三)

(註一) 本文に掲げたる Antiphon を初めとし、Isocrates (436-338 B.C.). Demosthenes (384-322 B.C.) 等、Sophist の驍將が、孰れも準職業的に法廷の辯論を引受けたと云ふ(穂積博士、前掲書參照)。尙、此等 Sophist に關しては、和田講師、ソフィストの自然法思想(早稻田法學第十三卷)參照。

(註二) 本稿一七頁參照。

(註三) 穂積博士、前掲遺文集第一冊 p. 480 参照。

此等、法廷の辯論人は、當事者の代理人ではなく、當事者と共に法廷に現はれ、その辯舌を以て依頼人たる當事者を補助したのであつて、此の點ローマの辯論人 orator に近似する。(註一) 併しながらローマの辯論人 orator は、後述するが如く、かの「保護者」patronus を以て、其の初期の型態となし、社會上流の人士が、社會奉仕の念を以て、名譽的に、無報酬に其の任務を行ふたのである。従つて、報酬を目的とし、自己の辯舌に酔ふて爲せしギリシアの Sophist とは、其の出發點に於て異なる。即ちローマの orator が、正義の觀念に燃え、正義の爲め法廷にて闘へるに對し、(註二) ギリシアの Sophist は、報酬を得て、依頼人の爲めに其の辯舌を振ふたのであつて、去れば訴訟を有利に展開せしむる爲めには、勢ひ詭辯に馳せざるを得なかつた。斯くてギリシアの辯論人は、ローマの夫れと異なり、餘り高き社會的評價を享くることなく、その爲す處に對し、相當、社會的批難も存せしものゝ如くである。即ちプラトンの「法治國家論」νόμοι(nomoi) のうちにも、そのやうな一節がある。(註三)

(註一) ギリシアにては、ローマの法律顧問 juris consulti に該當する者が現はるゝには至らなかつた。蓋しギリシアに於ては、法律文化が、ローマに於けるが如く發達しなかつたが爲めであつて、必要なる法律論は、Sophist の學力を以て充分に間に合はされたのであらう。

(註二) ローマの orator は、かゝる傳統的意識を堅持せしが爲め、後世、advocatus と改まり、報酬を得て法廷に於て辯論を爲すに至つても、尙、正義の

代表者として行動したのである(本稿三四頁以下)。現在の辯護士制度は、此のローマの *advocatus* に起源すること後述する如くである。

(註三) Apelt, O., *Platon, Sämtliche Dialoge. Bd. VII., Gesetze, Erste Buch*, 937. (S. 476). 「そして正義の代辯者 *σύνδικτοι*——即ち辯護士——は高尚なものではないであらうか。それに拘らず、技術といふ美しい名稱のもとに、我々の前に現はれてゐるこの辯護士の職業の上に悪い評判が襲つて來てゐる。先づ第一に我々は辯護士の巧妙な辯論とその助けによつて法律は人に正不正の別なく、特殊の訴訟を勝たせ得るといふ事、及びその結果、技術とその中に含まれる言論の力とはそれに對してよく報酬を支拂ふ人に一層よく奉仕するといふことを聞かされる。……何人でも欲する人は、法律の濫用と虚偽の辯護とに對して彼を告發することを許される」云々(鈴木明子氏譯プラトン法治國論 pp. 492-493 に據る)。上掲は、プラトンが、新國家としての法治國の法典を述べた第十一卷中の一節であるが、當時の辯論人(辯護士)に對する社會の感情乃至意識が、最も明瞭に現はされて居る。

尙、ギリシア末期には、訴訟代理も、亦、或る範圍に於て許されしものゝ如くである。(註一) 此等ギリシアの法制は、孰れも、ローマに傳はり、ローマの法制に尠なからず影響を及ぼしたのであるが、後世の辯護士制度としては、直接、ギリシアの夫れと關連を有たぬ。現代に影響を及ぼせる、その初めの辯護士制度は、素よりローマの夫れである。

(註一) その例證として、Plutarch (46 頃-120 以後)の傳中に、Isocrates (436-338 B.C.) が病氣の故を以て出延せず其の養子を遣し出延せしめ、而かも遂に勝訴したとの記述の存することを擧げ得る。Vgl. Platner, a. a. O. S. 94.

II.

ローマの辯護士制度は、訴訟代理 *Prozessvertretung* の原則的に否認せられし法律訴訟 *legis actio* 時代に於て、先づ辯論人

orator 竝に法律顧問 *juris consulti* 等の形態に始まり、訴訟代理権なき訴訟輔佐人 *advocatus* へと展開せられた。此の *advocatus* なるものは、後述するが如く、訴訟に付き法廷に於て當事者を代理するの権限なく、法廷に於ては、辯論人 *orator* として當事者と共に出頭し、事件に付き辯論を爲すことを以て、其の専らの任務と爲したのである。併しながら訴訟に於て當事者の代理を許さざることは、尠なからざる實際上の不便を醸し、時として不可能に邁きことあるが爲め、かゝる實際的必要に迫られ、方式書訴訟 *Formular Prozess* 時代に至り、代訟人 *cognitor* 竝に代理人 *procurator* と云ふ二種の訴訟代理人が認めらるゝに至つたのである。

而して此の代訟人 *cognitor* と代理人 *procurator* との區別は、主として沿革的理由に基くものであり、其の間に特に職能的差別なるものなく、(註一) ユスチニアン法典(529 A.D.) 當時には、既に其の間の區別が消滅したのであつた。(註二) 併しながら訴訟輔佐 *Rechtsbeistand* と訴訟代理 *Prozessvertretung* との對立、即ち一方に於ては訴訟代理権なく、法廷に於ける辯論、及び法廷外に於ける法律鑑定を其の任務と爲す *advocatus* 若くは *juris consulti* と、他方に於ては訴訟代理権を有し、法廷に於ける當事者の代理を職務とする *cognitor* 若くは *procurator* との職能的分割は、中世の教會法典 *Codex Canonici* を通じ、現在、英、佛、伊に於けるが如き辯護士を二階級に分つ制度の根源を爲し

たのである。(註三)

(註一) Weissler : a. a. O. S. 101.

(註二) Weissler : a. a. O. S. 99. ; Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 445.

(註三) 現今、英國にては、辯護士を *solicitor* と *barrister* とに、佛蘭西にては、*avoué* と *avocat* とに、又、伊太利にては、*procuratore* と *avvocato* とに分つが、此等は、孰れも、ローマ法の影響を受けたる中世の寺院法 *Kanonisches Recht* に基く。Vgl. Magnus : *Die Rechtsanwaltschaft* (1929). S. 3. ; Weissler : a. a. O. S. 110. 即ち現在の英、佛、伊等に於て執らるゝ辯護士二分制は、制度としては、教會法、而かも其の後期に屬する新教會法典 *Codex Juris Canonici* (cc 1655-1666) に根據するのであるが、此の二分的傾向は、ローマ法に迄、遡り得るのである。Vgl. Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 444.

III.

ローマに於ける辯護士制度の淵源は、可成、曖昧であるが、

(註一) 一般に、原始ローマ時代に於ける保護者 *patronus* の制度に遡り得ると云はれて居る。(註二) *patroni* とは、古代ローマに於て、上流有産家族の首長を指し、此の者と多數無産階級の者との間に、中世の封建制とは異なる一種の從屬關係が発生したのであつた。即ち保護者は、何等かの形式に於て、彼に從屬する者 *crien* に生活方法を與へ、且つ公法上の事項に付き庇護の手段を執ると同時に、其の者は、*patroni* に對し、各種の財産上の給付義務を負擔した。而して *crien* に何等か訴訟事件が惹起するときは、*patroni* は、其の者の爲め法廷に出頭し、代つて處理するの責を負擔したのであつた。(註三) 斯くして古代ローマに於ける法廷の辯論は、當時の有識、有産階級たる *patroni*

の任とせられ、又 *patroni* は、此の仕事で以て其の階級に負はしめられたる名譽的負擔と做し、素より、夫れが爲めに特に報酬を受くるが如きことは、なかつたのである。(註四)

(註一) Wenger : a. a. O. im Magnus, S. 443 ff.

(註二) Kübl : a. a. O. S. 1. 尙、其の後、一部に於て、辯論人 *Redner* を *patroni* 依頼人を *crien* と稱したるは、此の沿革を示す例證の一となし得る。Wenger : a. a. O. im Magnus, S. 455. N. 3.

(註三) Kübl : a. a. O. S. 1.

(註四) Kübl : a. a. O. S. 4. ; Weissler : a. a. O. S. 94.

是れと同時に、古代ローマに於ては、僧侶が、法律生活に付き重要な役割を演じた。即ち當時に於ける法律知識は、僧侶のみの有したる祕密の學問とせられ、僧侶は、求めに應じ、祈禱の形式と同様に、當事者に對し訴の形式を與へたのであつて、裁判は、僧侶の鑑定に依りて行はれたのであつた。(註一) 其の後、平民 *plebs* の要求に依り、法律の大綱が公表せられ、かの十二銅表 *Twelf Tafeln* (451 B. C.) となつたのであるが、訴訟手續、殊に訴の形式は、尙、依然として僧侶の祕密として其の知識が獨占せられ、是れが公知となれるには、更に百餘年の歲月を費して居る。(註二)

(註一) Weissler : a. a. O. S. 92. 古代ローマに於ては、其の他の民族の法律制度と同じく、極端に形式主義であつた。即ち訴の提起は、一定の形式に結合せられ、其の形式に違ふときは、訴訟に敗るの危険があつた。されば人は、訴訟の開始前、豫め、如何なる形式を以て訴を提起すべきかを僧侶に問ひ、又、裁判機關としては、法律學の素養なきかの俗人判官 *Judex* が其の任に

當れるが爲め、裁判に際しては、常に、僧侶に法律上の鑑定を求めたのであつた。

(註二) 此の僧侶の獨占する祕密知識は、紀元前三百二十餘年の頃、偶然の事故に因り、一般に公表せられたと傳へられて居る。即ち當時、Gnaus Flavius と稱する僧院の書記が、私憤を晴らす手段として、嚴に祕密に附せられし「訴の形式」を公表し、爾來、僧侶の訴訟に於ける優越の權が消滅したと云ふ。Kübl: a. a. O. S. 4.; 末松博士、ウルピアヌス羅馬法範、p. 187. 参照。

斯くして法律的知識が、支配階級の獨占より放たるゝや、忽ちにして一般化し、爰に法律的専門知識を備へ、一般に對し法律上の相談 *Rechtsberatung* に應ずる法律學者 *juris prudentis* の一團が形成せられた。之れを法律顧問 *juris consulti* と稱した。(註一) 此の法律顧問 *juris consulti* は、主として法廷外に於ける法律相談竝に鑑定を主と爲したのであつて、法廷の辯論は、前述の *patroni* の任とせられ、之れを辯論人 *orator* と稱した。(註二) 此の辯論人 *orator* は、其の辯舌を以て、依頼人の爲め法廷に於ける其の權利の伸張、防衛に盡したのであつて、雄辯が其の固有の武器であり、〔註三〕其の法律上の知識は、必要に應じ、法律顧問 *juris consulti* より、之れを得たのであつた。(註四)

(註一) Kübl: a. a. O. S. 4.; Weissler: a. a. O. S. 92.

(註二) Wenger: *Institutionen*, S. 312. 穂積博士、遺文集第二冊 p. 246 参照。

(註三) ローマの初期に當り、法規範未だ精微ならずして、且つ法廷が市場の中央廣場 *Forum* の青天井の下に開かれたる當時に於ては、雄辯が法廷を支配する最良の武器たりしことは疑ひを容れぬ。其の後、法廷が室内に移りたる後も、尙、法廷は辯論が支配し、辯論技術が、あらゆる角度から研究せられたのであつた。即ち當時には、Cicero, Quintilian, Tacitus 等の著作が、法

廷辯論の範とせられ、Cicero の如きは、屢々「ローマに於ては、雄辯が第一位にして、法律學が第二次的技術なり」と稱し、Vgl. Jörs: Römische Rechtswissenschaft. S. 255. N. 2. 彼自身、辯論に先立ち、其の全部を手記し、一語一語を推敲したりと云ふ。斯くて有名なる事件には、多數の辯論人が現はれて、終日の長きに亙る辯論を爲し、弊の極まる處を知らざりしが爲め、漸次、法廷に現はるべき辯論人の數と、其の辯論の長さとは制限せらるゝに至つたのである。此の點に就ては、本稿三一頁（註二）参照。

（註四） Wenger: a. a. O. im Magnus. S. 452.

此の辯論人 orator には、沿革的に、社會上流の人士が、之れに従事し、名譽あるの任務とせられた。従つて其の勞力に對しては、贈與を受けたりとするも、報酬を受くるが如きことは、なかつたのである。（註一）如何に此の orator の社會的地位が高かつたかは、Augustus 帝 (31-14 B. C.) に關する逸話が示して居る。（註二）尙、我々は、共和時代竝に帝政初期の時代に於て、法廷に於て辯論を爲せる者の中に、Cato, Scipio, Tiberius u. Caius Grachus, Marcus Antonius, Pompeius, Cicero, Brutus, Cäsar. 更に又、前述の Augustus の如き、史上有名なる多數の人々を發見し得る。（註三）併しながら此等人士が、單に名譽的義務若くは好事心より、法廷の辯論を爲せりとは、現實的なるローマ國民としてあり得ざる處であつて、要之、其の政治的目的達成の手段と爲されしものと考へられる。（註四）

（註一） Bethmann-Hollweg: Der röm. Civilprocess. II. S. 167 N. 55.;
Weissler: a. a. O. S. 94.

（註二） Augustus が、或る時、其の部下の老兵より、法廷に於ける辯論を懇願

せられ、彼は其の求めに應じ代表者を差向けむとした處、其の老兵は、其の身體にある疵痕を示し、昂然として曰く「私は、戰爭に際し、陛下の爲め自ら戦ひ、決して代表者は送らなかつた」と。已むなく帝は、自ら法廷に赴いたと云ふ。此の逸話の眞偽は保證の限りではないが、當時、如何に法廷に於ける辯論が、高貴の地位に相應したかを示す好個の材料であらう。Vgl. Weissler: a. a. O. S. 93.

(註三) 偉大な辯論家は、其の若年の時代に、既に重要な事件に關與した。Tacitus に依れば、Lucius Licinius Crassus は、既に十九歳の時、Caius Carb に對し、又、Cäsar は、其の二十一歳の時、Dolabella に對し、法廷にて辯論せりと云ふ。又、Cicero が、Roscius の爲め辯論せしは、彼の未だ滿二十六歳に達せざる頃であつた。Vgl. Kübl: a. a. O. S. 6/7.

(註四) 此の辯論人の任務は、更に又、ローマの有産上流階級の子弟が將來の政治的飛躍を爲す温床の役目を爲したのであつて、従つて孰れにせよ、無報酬にて悦むで、此職務が執られたのであつた。Vgl. Kübl: a. a. O. S. 5.; Weissler: a. a. O. S. 93.; Wenger: a. a. O. im Magnus. S. 451.

斯く辯論人 *orator* の社會的地位高く、社會的上流且つ有名な人士が此の職に就きしに比し、法律顧問 *juris consulti* の社會的地位は遙かに低く、且つ史上有名な者に乏しい。其の故は、法律顧問 *juris consulti* の職に従事せる者は、主として當時の法律學者にして、政治家の之れを顧みざりしと、更に辯論人が、其の辯舌竝に著作を通じ、殊更に *juris consulti* の地位を低下せしむるが如き言動ありしに由る。(註一) 併しながら共和制末期に至りては、社會的要求の爲め、法律家が辯論人 *orator* として法廷に現はるゝに至り、(註二) 此の時代より漸次、辯論人と法律顧問との區別が失はれ、訴訟輔佐人 *advocatus* なるものゝ成

立を見るに至つたのである。(註三) 是れと同時に著しく職業化し來り、後述するが如く、其の勞務に對する有報酬の原則が確立せられ、寧ろ世は、其の報酬額の高きに苦み、Diocretianus 帝 (284-305 A. D.) の時、最高手數料法 (301 A. D.) が定めらるゝに至つたのである。(註四)

(註一) Kübl: a. a. O. S. 6/7.; Wenger: a. a. O. im Magnus. S. 451.

(註二) 例之、Caius Sulpicius Galba, Lucius Licinius Crassus, Servius Sulpicius Rufus 等の如し。Vgl. Kübl. a. a. O. S. 7.

(註三) 此の推移を更に詳細に説明するならば、advocatus は、其の初めの頃は、法律顧問 *juris consultus* と同じく、法律上の鑑定をなし、若くは單に法廷に同行せしに止まり、一般に無言の補助者と稱せられ、重大なる事件に際し、當事者又は辯論人 *orator* が、彼を法廷に伴ひ、其の名聲に依る有利なる影響を齎らしめんとしたのであつた。Wenger: a. a. O. im Magnus. S. 452. N. 3.; Mommsen: Röm. Strafrecht. S. 377. N. 7.; Bethmann-Hollweg: Der röm. Civilprocess. II. S. 205. 而してかゝる段階を経て、法律學の素養ある *advocatus* が、辯論人 *orator* の地位を繼ぎしものである。

此の推移の過程は、頗る曖昧であるが、兎に角、帝政時代に至りては、*patronus*, *advocatus* 等の名稱は、其の間の區別を失ひ、凡べて當事者と共に法廷に現はれ、辯論をなす者を、一般に *advocatus* と稱せしものゝ如くである。Vgl. Kübl: a. a. O. S. 5.

(註四) Weissler: a. a. O. S. 94.; Mommsen-Blümner: Der Maximaltarif des Diocletian (1893). S. 120.

以上述ぶるが如く、共和制時代を通じ、法律顧問 *juris consulti* と、其の源を *patroni* に迄遡り得る辯論人 *orator* とが融合して、辯護士 *advocatus* なるものを形成したのであるが、前述の *orator* は素より、此の訴訟輔佐人 *advocatus* も、亦、法廷に於

ては、専ら辯論の任に當り、訴訟代理 *Prozessvertretung* の権限を有しなかつたのである。蓋しローマ法は、其の初期に於ては、極めて例外の場合の外、代理 *Stellvertretung* を許さなかつたが爲め、法廷に於ける訴訟代理 *Prozessvertretung* をも認めなかつたのである。(註一) 併しながら實際の必要上、後述するが如く、種々迂廻の方法に依り、方式書訴訟 *Formular Prozess* 時代に至りて、漸く訴訟上の代理を認むるに至り、而して其の訴訟代理権を有する者としては、沿革上の理由に基き、代訟人 *cognitor* と代理人 *procurator* とに分たれたのである。併しながら此の *cognitor* と *procurator* とは、職能上の區別なかりし爲め、帝政時代を通じて、漸次、相接近し、前述の如く儒帝法典時代には、既に其の間の區別が消滅せしのみならず、(註二) 更に訴訟輔佐人 *advocatus* に對し、訴訟代理権が與へらるゝに至つたのである。(註三) 去れば末期ローマに於ては、*advocatus* と云へば、訴訟代理をも包括し、今日の辯護士 *Rechtsanwalt* と同一意義に解し得る。(註四)

(註一) Rümelin, M., *Zur Geschichte der Stellvertretung*, 1886. S. 18. ff.; Weissler : a. a. O. S. 99.; Gaius : IV. 82. 「……往時法律訴訟手續の行はれたる世に於ては、格段なる場合を除くの外は、何人も他人の爲めに出訴することを得ざりき」(末松博士、ガイウス羅馬法解説 p. 466.)。

ローマ民事訴訟に於て、當事者の代理をば、容易に認めざりし傾向は、私法殊に債權法に於て代理 *Stellvertretung* を拒否したると同一範疇に屬する。蓋し當時、訴訟は、*litis contestatio* と稱する訴訟形式に關する契約に依りて開

始せられたるが故に、契約に關する私法法規が之れに適用せられたのである。

(註二) 本稿一四頁(註二)参照。

(註三) Wenger: a. a. O. im Magnus, S. 456/7.; Kübl: a. a. O. S. 15 本稿二八頁参照。

(註四) 故に本稿にては、末期ローマ以後の叙述には、advocatus を辯護士と譯する。

IV.

以上述ぶるが如くにして、ローマ法爛熟期たる帝政期に於ては、辯護士は、訴訟代理權の付與せらるゝ代訟人 cognitor と代理人 procurator 竝に、訴訟代理權を有せずして法廷に於ける辯論を専らにせる訴訟輔佐人 advocatus とに分たれるのであるが、此の外、當時の法學者 Rechtsgelehrter が、後述するが如き皇帝より與へられたる法律問題に關する解答權 jus respondendi に依り、訴訟に於て重要なる役割を演じたのであつた。

以下、夫々に付き略説を試むる。

第一 代訟人 cognitor と代理人 procurator (註一)

(註一) cognitor と procurator に關する詳細なる文獻は、Wenger: Institutionen, S. 84. N. 29.

訴訟代理が、法律訴訟 legis actio の下に於て、原則的に否定せられしことは、既にそれを述べた。(註一) Institutiones に依れば、被後見人の爲めにする後見人の訴、自由擁護の爲めにする自由擁護者 adsertor libertatis の訴等、特殊の場合に限り他人の爲にする訴の提起が許されたが、(註二) 此等は、孰れも今日

の訴訟理論を以てせば、訴訟代理に非ずして、寧ろ他人の事件に付き訴訟遂行権 *Prozessführungsrecht* の付與せられし場合と見るべきであつた。(註三) 然るに他人の爲めに爲す訴訟を、かかる極めて例外の場合のみに限ることは、事實上困難なりしが爲め、漸次、間接訴訟代理の法理を展開し、方式訴訟 *Formular Prozess* 時代に至りて、代訟人 *cognitor* 竝に代理人 *procurator* の制度を生み、遂には現代訴訟理論に於ける訴訟代理、即ち直接訴訟代理の域に迄、半ば到達したのであつた。(註四) 併しながら直接代理を原則的に否認するローマ法制の下に於ける發展なるを以て、其の經過は、今日よりそれを見るならば、洵に奇異にして且つ不徹底であつた。

(註一) 本稿二〇頁(註一) 参照。

(註二) *Institutiones*. IV. 10. pr. (末松博士ユスチニアヌス帝欽定羅馬法學提要 p. 522). 尙、同博士補註(ガイウス羅馬法解説 p. 539) 参照。併しながら此の例外に付き、疑問を挿む學者もある。Vgl. Wenger: *Institutionen*. S. 85. N. 31.

(註三) 訴訟遂行權に就ては、拙著、民事訴訟法要論(昭和八年) p. 123 以下参照。

(註四) *Gaius*. IV. 82. 「吾人は或は自己の爲め或は他人の爲め訴訟を提起し得ることを記憶せざるべからず、他人の爲め提起すとは例へば代訟人代理人後見人又は保佐人が出訴するを謂ふ。往時法律訴訟手續の行はれたる世に於ては格段なる場合を除くの外は何人も他人の爲めに出訴することを得ざりき。」(末松博士、ガイウス羅馬法解説 p. 466).

代訟人 *cognitor* は、其の發生の沿革、詳らかならざるも、訴

訟上の代理人として發達し來れる制度である。(註一) 而して其の初期の形態に就ては、異説あるも、主として老齡者竝に病者の爲めに許されたのであつて、(註二) 其の後法務官法 *Prätorisches Recht* に依り一般的に認められ、當事者は、自由に之れを選定し得るに至れるものゝ如くである。(註三) 而して其の選定には、本人が相手方の面前に於て、一定の方式語を以て其の代理として指定することを要した。(註四) 此の代訟人 *cognitor* が原告の爲めに任設せられたる場合には、本人との間に直接訴訟代理の關係を生じたのであつた。即ち原告の代訟人は、原告たる本人の地位に立つものと看做され、従つて代訟人は勿論本人も亦、保證 *satisfatio* を設定することを要せず、(註五) 而して判決は、本人の名に於て爲され、従つて其の効力は、直接、本人の爲め、且つ本人に對し生じたのであつた。(註六) 反之、被告の代訟人として現はるゝ場合には、其の關係著しく異なり、判決は、代訟人の名に於て言渡さるゝものにして、(註七) 之れに對し原告の利益を防衛するが爲め、被告たる本人は、相手方の求めに因り「判決履行の擔保」*satisfatio iudicatum solvi* を供するの義務あるものと做された。(註八、九) 因つて此等の關係を考較するならば、被告の代訟人は、被告本人に對し間接訴訟代理の關係に在り、今日の訴訟理論を以てせば、他人の事件に付き訴訟遂行權を有する當事者と見るべきであつた。

(註一) Wenger : a. u. G. im Magnus. S. 445. 末松博士、= 帝羅馬法學提要

p. 568 (同博士補註)参照。

(註二) Wenger : Institutionen. S. 85. N. 34.

(註三) Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 446. N. 1.; Weissler : a. a. O. S. 99.
尙、本文の如き斷定の根據は、一般に Gaius IV. 83 (末松博士、ガイウス
羅馬法解説 p. 467) とせられる。Wenger : Institutionen. S. 85. N. 35.

(註四) Gaius. IV. 83.『代訟人は訴訟事件に於て一定の方式語を以て對手の面前に於て本人の代表として指定するものとす、原告が其代訟人を指定する方法は例へば次の如し、「予は今汝を此不動産に關して出訴するが故に予は甲某を此事件に關し汝に對して予の代訟人たらしむ」、被告のなす所は次の如し、「汝は此不動産に付て予に對して出訴せるが故に予は此事件に關し乙某を以て予の代訟人とす」、原告は次の如き文句を用ふるも妨げなし、「予は汝に對して出訴せんと欲するが故に此事件の爲めに代訟人を選任す」、而して對手は又同じく次の如き文句を用ふ、「汝は予に對して出訴せんと欲するが故に予は其事件の爲めに代訟人を選任す」、代訟人たるべき者が其選任の際其面前に現在するや否やは問ふ所に非ず、然れども若し其者が選任の際不在なるときは其者は其事の通知を受け之を承諾したる後に於てのみ代訟人となる。』(末松博士、ガイウス前掲書 p. 468.)。

(註五) Gaius. IV. 97. 「加之假令代訟人を以て出訴する場合と雖も其代訟人又は本人よりも何等の保證を設定することを要せず、何となれば代訟人は一定且つ殆んど莊嚴なる言語を以て原告たる本人の地位に置かるゝが爲めに其者は正しく本人の地位に立つものと見做さるゝを以てなり。」(末松博士、ガイウス前掲書、p. 473/4.)。

(註六) Weissler : a. a. O. S. 99.

(註七) Gaius. IV. 87. 「又若し被告に於ても代訟人又は代理人を使用する場合には對人訴訟に於ては一定の請求中に本人が支拂ふべきことを記載し判決文中に於て其代人の名に變更す、對物訴訟の場合に於ては被告に付ては本人の名も代人の名も一定の請求文中には記載せず、何となれば一定の請求中に於ては單に其物件は原告某の所有物たりと記載するに過ぎざればなり。」(末松博士、ガイウス前掲書、p. 469.)。

(註八) Gaius. IV. 101. 「被告に付ては若し他人の爲めに防訴するときは如何なる場合にも保證を設定することを要す、何となれば如何なる人も保證の設定なくして他人の爲めに防訴をなすべき資格ありと認められざればなり、但し代訟人の場合には本人が保證を設定し、代理人の場合には代理人自己が保證を設定することを要す、此後段の規則は後見人又は保佐人にも適用するものとす。」(末松博士、ガイウス前掲書、p. 475.)。

(註九) 斯く被告本人をして保證を設定せしむる所以のものは、本文に述ぶるが如く、判決は、被告の代訟人に對し爲さるゝを以て、原告が、其の判決の満足を得るが爲め提起する「判決履行請求の訴訟」*actio iudicati* は、代訟人に對し爲すを要するが故である。Vgl. Wenger: Institutionen. S. 86. N. 40.

次に代理人 *procurator* は、代訟人 *cognitor* とは、全く異なる徑路に於て發達し來れるものなるも、之れに關しては、確實なる文獻が存せぬ。(註一) *procurator* とは、元來、一般事務を代行する者を云ひ、其の初めには一般代理人を指稱したのであるが、後には個々の行爲を爲す者をも、此の觀念に包括した。故に *procurator* と云へば、好意を以て他人の爲め或る仕事を爲す者を總稱し、從つて單に手紙を届くることを引受けたる者をも、亦、*procurator* と稱し得たのである。(註二) 而して此の *procurator* は、其の代理權の範圍内に於ては、早くより訴訟代理權を認められたのであるが、代訟人 *cognitor* の制度に刺激せられ、特に訴訟代理權のみの付與せられたる者を生じ、之れを訴訟代理人 *procurator litis* と稱した。此の代理人の代理權は、通常は、無方式の委任 *mandatum* に依り與へらるゝも、(註三) 例外的には、本人不在等の場合、委任なくして代理人たることが

許された。(註四) 即ち是れは現在の事務管理 *Geschäftsführung ohne Auftrag* に該る場合である。而して代理人の爲す訴の提起は、委任の存すると否とに拘らず、代理人の名に於て爲し、(註五) 且つ代理人自身、判決履行の擔保 *cautio iudicatum solvi* を立てなければならぬ。(註六) 而して判決は、代理人 *procurator* 自身の爲め、又、夫れ自身に對し其の效力を生じ、其の判決に基く強制執行も、亦、同様である。(註七) 因つて代理人 *procurator* と本人との關係は、一種の間接訴訟代理に外ならないのであつた。(註八)

(註一) Wenger : Institutionen. S. 86. ; Kübl : a. a. O. S. 13.

(註二) Kübl : a. a. O. S. 14. ; Weissler : a. a. O. S. 100. ; 末松博士、≡帝羅馬法學提要、p. 567 f. 同博士補註參照。

(註三、四) Wenger : Institutionen. S. 87 ; Gaius. IV. 84. 「之に反し代理人に於ては何等一定の方式語なく訴訟進行の爲めに本人の代人とするものにして單純なる委任を以て選任せらるゝものとす。且つ對手の不在中又は不知の間に於てするとも妨げなし。更に一步を進めて言へば茲に人あり假令本人より明白なる委任を受けざるも其者が善意に其事に當り且つ其爲す所は後日本人の承認を得べしとの保證を設定したるときは之を代理人と認むべしとの説を執る者あり。但し委任を受けたる代理人と雖も多くの場合に於て保證を設定するを要す。何となれば委任は出訴の初めに於ては之を祕密にし後に審判官の前に於て公示すること屢々之あればなり。」(末松博士、ガ－イウス前掲書、p. 468.)。

(註五) Gaius. IV. 98. 「代理人が自ら進みて出訴するとき云々」((註六) 參照)。Institutiones IV. 10. 「他人の爲めに訴へらるる者は代理人、……の如し」(末松博士、≡帝羅馬法學提要、p. 522)。

(註六) Wenger : Institutionen. S. 87.; 被告の場合、Gaius. IV. 10. (前掲); 原告の場合、Gaius. IV. 98. 「然れども代理人が自ら進みて出訴するときは其者は後日其訴訟進行の事項に付き本人の追認を受くべき爲めに保證を設定することを命ぜらる。何となれば若し斯の如くせざれば同一物に付き本人が更に別に出訴するの虞あればなり。代訟人を以て訴訟をなす場合には斯の如き虞なし。何となれば何人にも代訟人を以て出訴したる場合には本人が自ら訴訟を進行したると同様に同事件に付き再度の出訴を爲すことを得ざればなり。」(末松博士、ガイウス前掲書、p. 474)

(註七、八) Wenger : Institutionen. S. 88

以上の如くして、方式書訴訟 Formular Prozess の下に、一時、當事者の訴訟代理人として、代訟人 cognitor と代理人 procurator とが對立せしも、斯く二種類併存する必要なきと、前述の如く沿革に捉はれ、代理人 procurator には、間接代理權を認むるに止まり、實際上に不便なるとの爲め、代理人 procurator の權利は、漸次、代訟人の夫れと接近、吸収せられ、代理人 procurator として、法務官の面前に出頭せる當事者により口頭を以て委任せられ、之れを調書に記載せらるゝときは、代訟人 cognitor と同一の權限ありとせられ、(註一) 斯くしてユスチニアン法典の當時に至つては、代理人と代訟人との區別を失ひ、總べて代理人 procurator の名の下に、直接代理の法律關係が形成せらるゝに至つた。(註二) 加之、此の直接代理權ある代理人 procurator も、亦、沿革上、其の職務の執行に付き無償を原則とせるも、此の procurator に任設せらるゝには、法律上の知識

を以て其の要件とせず、實際上に於て不便なるが爲め、更に又、後述する別途の發達の徑路を執れる訴訟輔佐人 *advocatus* と合體し、後期帝政時代には、訴訟輔佐人 *advocatus* は、無條件に代理人に任設せられ得たと云ふ。(註三)

(註一、二) Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 446. ; Weissler : a. a. O. S. 99. ;
Weitere Quellen bei Wenger : Institutionen. S. 88. N. 47.

尙、*Corpus Juris* には、*cognitor* なる文字が見當らぬ。是れは、編纂に際し、改竄 *interpolatio* せられしものなることに争ひがない。即ちユスチニアヌス法典編纂者には、古典に付き、その必要と認むる *interpolatio* を施す権限を有したのであつた(武藤智雄氏、アレキサンドリア・ガイウス断片の發見、國家學會雜誌、四八卷一一號 p. 108. 參照)。併しながら改竄の個々の場所に就ては、學者間に、議論が盛である。Vgl. Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 445. N. 1.

(註三) Weissler : a. a. O. S. 102. ; Wenger : Institutionen. S. 313.

此等、代認人 *cognitor* と代理人 *procurator* との地位は、後述する辯護士 *advocatus* に比し、社會的に遙か低かりしものゝ如くである。(註一) 蓋し此等には、辯護士 *advocatus* に於ける如く、法律學者の如き上流階級に屬する者が従事せざりしと、其の職務の性質上、雜務を執る必要ありしに因る。次に此等の仕事の處理が、當時、職業として認められしや否や必ずしも明確でない。(註二) 併しながら孰れにせよ、代理人 *procurator* は其の事務の執行に付き、原則的に、報酬の收受が禁せられて居つたのである。(註三)

(註一) Kahl : a. a. O. S. 14 ; 代理人 *procurator* は、辯護士 *advocatus* と異なり、裁判所構成上の地位を有せず、自由職業として、辯護士に於けるが如き

資格、定員等の定めなく、又、名譽喪失者も、亦、之れに従事するを得たのであつた。Vgl. Weissler : a. a. O. S. 102.

(註二) 併しながら商業代理人にして、職業として商業用書類の作成を爲す傍らに訴訟代理を爲せる者ありしと同時に、Vgl. Weissler : a. a. O. S. 文献に依れば、Cicero の時代、更に降つて帝政時代に於て、代訟人 *cognitor* が職業として認められしとも云ふ。Bethmann-Hollweg : Der röm. Civilprocess. II. S. 419. ; Wirbel : Le *cognitor* (1911). S. 192.

(註三) Weissler : a. a. O. S. 100. ; 反之、代訟人 *cognitor* に就ては、報酬を受くることを許されしものゝ如くである。Vgl. Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 446. N. 6.

第二 訴訟輔佐人 *advocatus* と法律學者 *Rechtsgelehrter*.

共和制の末期に至り、古代の保護者 *patronus* の系統を牽ける辯論人 *orator* と、法律的素養を中心とする法律顧問 *juris consulti* とが、訴訟輔佐人 *advocatus* の名稱の下に總括せられしこと、既に述ぶるが如くである。(註一) 而して此の訴訟輔佐人 *advocatus* は、帝政期を通じて、制度的發展を遂げ、前述の *cognitor* 竝に *procurator* と相竝むで、訴訟上、重要なる役割を演じたのであつた。

(註一) 本稿一九頁 (註二) 参照。

即ち訴訟輔佐人 *advocatus* は、法廷に於ける申立と辯論とを専らの任務と爲し、訴訟に於ける當事者の代理は、本來、其の任務に非ずして、代訟人 *cognitor* 若くは代理人 *procurator* に委せられた。即ち訴訟成立の爲めにする争點決定 *litis contestatio* は、其の性質、一の訴訟法上の契約なるを以て、當事者自身、

尙、若し許さるゝ場合には、代訟人 *cognitor* 若くは代理人 *procurator* に依りて、之れを爲すべく、其の上にて訴訟輔佐人 *advocatus* が、當事者と共に法廷に出頭し、申立 *postulatio* を爲したのであつて、此の申立は、當事者本人の爲したると同一の效力を與へられた。(註一) 而してローマ法に於ては、各種の理由に基き、當事者自身が申立を爲す權なき者を認むるのであるが、此の場合には、必ず訴訟輔佐人 *advocatus* を使用する必要があつた。(註二) 申立無能力者として、*Codex* には、未だ十七年に至らざる者、其の他を擧ぐる。(註三)

(註一) *Cod. Just.* 2. 8. 1 (227 n. Chr.); Vgl. Wenger : a. a. O. im *Magnus*. S. 454. N. 3.

(註二) *Gaius*. IV. 182. (末松博士、*ガイウス*前掲書、p. 532); 尙、學說彙纂 *Digesta*. 中「法廷に於ける申立に就て」*De postulando* の章下に「汝、訴訟輔佐人なきときは、我之れを與へん」“*Si non habebunt advocatum, ego dabo.*” とある。*Dig.* 3. 1. 1. 4.

(註三) *Dig.* 3. 1. 1. 3.; 尙、學說彙纂 *Digesta* の此の章(第三卷第一章法廷に於ける申立に就て *De postulando*) は、其の前文に「本章は、法務官が、彼の尊嚴を維持し、且つ其の威望を傷けざらむが爲め、何人も、無差別に彼の面前に於て申立を爲すことを防止するために設けたるものなり」と掲げ、各種の申立無能力者を擧ぐるも、其の中には、盲目者は、彼の榮譽の徽章を看、尊敬の念を起し能はざるの故を以て、申立無能力者となせる等、滑稽極まるものもある。*Dig.* 3. 1. 1. 5. Vgl. Wenger : *Institutionen*. S. 453/4.

斯く訴訟輔佐人 *advocatus* は、法廷に於ける辯論を主となせる結果、辯舌の巧みなることが其の最も必要なる資格とせられ、此の事が、辯論を好みしローマの國民性と相待ち、辯論の時間

愈々延長せられ、殊に刑事訴訟に於ては、不自然なる方向に迄、發展した。即ち、刑事訴訟に於ては、元來、一被告人一辯護人の制度なりし處、共和制末期より帝政期初頭に互り、二人、四人と遂に十二人に迄漸次増加せられ、有名の事件にては、多數の辯護人が、夫々、終日の長きに互り辯論するの例が稀れならざるに至つた。(註一) 於是乎、辯護人の數竝に最長辯論時間の制限等が、行はるゝに至つたのである。(註二)

(註一) Mommsen : Röm. Strafprozess. S. 377. ; Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 455.

(註二) Weissler : a. a. O. S. 93. ; Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 455. ; 此の制限は、Pompeius の例外法に依りて初めて設けられたりと云ふ。Vgl. Mommsen : a. a. O. S. 377. N. 6.

此の訴訟輔佐人 *advocatus* なる者は、共和制末期より帝政期初頭に互り、漸次、職業化するに至つた。蓋し當時に於けるローマの經濟的躍進は、職業として此の任務に服する者を社會的に要求し、且つ容るゝに至つたが故である。(註一) 而して此の職業化せる *advocatus* の外に、純然たる法學者 *Rechtsgelehrter* が、訴訟に重大なる役割を演じたることは、見逃し能はぬ。即ち *advocatus* は、素より法律的素養を具へたる者ではあるが、困難なる問題に關しては、時の法學者の意見若くは鑑定を求めたのであつて、此の法學者が、當事者若くは訴訟輔佐人 *advocatus* の求めに因り、具體的の事件に付き與へたる法律上の鑑定は、長きに互り、且つ其の數を重ねるに従ひ、訴訟制度に尠なからざ

る影響を及ぼし、斯くして新たなる訴訟の形式 *Prozessformen* の構成せられしこと稀れなりとせぬ。(註二) 而して此の法學者の鑑定意見を、解答 *responsum* と稱し、殊に帝政期に至り、著名なる法學者に對し、皇帝が、解答權 *Jus respondendi* なるものを與ふるに及び、(註三) 法學者の見解は、公法的性質を帶ぶるに至つた。(註四)

(註一) Kübl: a. a. O. S. 5.

(註二) Wenger: a. a. O. im Magnus. S. 448/9.; Wenger: Institutionen. S. 312.

(註三) Pomponius. Dig. 1. 2. 2. 48 f.; Gaius. I. 7. 「法學者の解答とは法律解釋の特許を與へられたる者等の斷案及び見解を謂ふ。此等の諸説の互に一致したるものは法律の效力を有す。若し否らざるときには審判官は任意に自己の擇ぶ所の説を採ることを得。是れハヅリアーヌス帝の勅書に宣示せる所なり。」(末松博士、ガーイウス前掲書、p. 4)。

Inst. I. 2. 8. 「法學者の解答とは法律解釋の勅許を受けたる者の斷案及び見解を謂ふ。何んとなれば右は公然法律を解釋するを職業とし答案を與ふるの權を勅許せられたる者即ち法學専門家 *Juris consultus* の稱ある者の制度ありたればなり。是等の者の悉皆一致せる斷案及び見解は、勅法の規定ありて、審判官も之に準據せざるを得ざるの權威を有す。」(末松博士、ニ帝前掲書 p. 10)

(註四) Wenger: a. a. O. im Magnus. S. 450.; 末松博士、ニ帝前掲書、p. 31 (同博士註) 参照。

然るに帝政最盛期に至り、法律鑑定に専心する法學者の數が漸次、減少の一途を辿つた。〔註一〕蓋し凡べての法律問題は、帝王の勅書に依り解決せられ、敢へて法學者の解答 *responsum*

を待たざるに至つたが故である。而して Diocretianus 帝 (284-305 A. D.) 以來、法學者の特權たりし前述の解答權 *Jus respondendi* が消滅せしめらるゝに至り、(註二) 愈々、此の傾向を顯著ならしめた。而して其の反面として、法學者にして訴訟輔佐人 *advocatus* の職に従事する者が増加したると、(註三) 更に前述の如く *advocatus* が、漸次、*cognitor* 竝に *procurator* の職を兼ねるに至りしが爲め、(註四) 結局、後期帝政時代に至りては、*advocatus* は、訴訟に於ける、あらゆる職務を處理する、今日の辯護士 *Rechtsanwalt* と同様な機關となつたのである。(註五、六)

(註一) Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 456.

(註二) Kipp : Geschichte der Quellen des röm. Rechts (1919). S. 145.

(註三) 斯くて法學者は、*advocatus* として、當事者の爲め法廷に於て辯論を爲すと同時に、他面、法學者は、屢々、裁判の任に衝るべき陪席 *assessores* として招かれ、若くは審判員 *Judex* として選まるることありて、場合に依り、同一事件に付き、同一人が、判事にして且つ *advocatus* たること絶無ではなかつた。而して Justinianus 帝は、これを禁じたのであつた。Cod. Just. I. 51. 14. ; Cod. Just. II. 6. 6. pr. ; Vgl. Weissler : a. a. O. S. 98.

(註四) 本稿二〇頁並に二八頁 (註三) 参照。

(註五) Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 456/7.

(註六) 此の當時に至り、*advocatus* と、*Juris consulti* (法律顧問) との區別を失ひたるのみならず、自ら *scholastici* (學者) と稱し、又、其の職服 *toga* (上衣) に依り、*togati* とも稱した。Vgl. Bethmann-Hollweg : Der röm. Civil-process. III. S. 162. ; Wenger : Institutionen. S. 312.

V.

以上述ぶるが如くにして、advocatus なるものは、帝政時代を通じて發達し、保護者 patronus 乃至辯論人 orator の後裔として法廷に於ける辯論を専らにせし當時より、更に今日に於ける辯護士 Rechtsanwalt と同様に、訴訟に於けるあらゆる任務を執る機關にまで發展を遂げたのである。之れを制度的に觀察するならば、共和制末期より帝政期初頭に互り、前述の如く其の職業化せられて以來、更に社會的の狀勢に伴ひ、之れに國家的統整が加へられたのである。即ち此の職に従事するには、一定の資格を必要とし、且つ一定裁判所に登録することを必要とするが如き制度を生み、更に、今日に於て問題とせらるゝ定員制、地域制限、報酬制限等が、當時、既に論せられ、且つ立法問題とせられたのである。以下、此等の問題を一瞥する。(註一)

(註一) advocatus に關する詳細な文獻は、Wenger : Institutionen. S. 312. N. 24.

advocatus に對する國家的統整は、第三世紀以前、即ち帝政期中葉以後に於て、愈々、完備の域に達し、advocatus は、一種の官職化して、裁判所に從屬する司法機關たる形態を執るに至つた。其の國家的統整の第一として、advocatus の職に従事するには、一定の資格を必要と爲した。即ち其の資格の第一要件は、法律學の素養あることであつたが、後には正規の課目に依り法律學を修業したることが必要とせられ、(註一) 而して其の修業年

限は、初めは四ケ年であつたが、Justinianus 帝に依り、五ケ年に延長せられた。(註二) 次に *advocatus* たるの要件としては、其の就職に、皇帝若くは其の代理者の同意あることを必要とし、(註三) 更に紀元四六八年以後は、其の正教徒たることが必要とせられた。(註四) 尙、缺格條項としては、十七歳未滿の者竝に名譽喪失者 *infamie* 等が擧げられる。(註五)

(註一) Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 457. N. 4. ; Weissler : a. a. O. S. 95.

(註二) 修業課程としては、第一學年には、法學入門 *institutionen* とし、引續き三ケ年間は、古典法學者、殊に Papinian の講義に費し、最後の一年を、新らしき法律事件等の處理研究に専念せしめた。Vgl. Kübl : a. a. O. S. 10.

(註三) Cod. Just. 2. 6. 6. 6. ; Vgl. Kübl : a. a. O. S. 10. N. 3.

(註四) Bethmann-Hollweg : Der röm. Civilprocess. III. S. 164. N. 23. ; Kübl : a. a. O. S. 11. N. 1.

(註五) Dig. 3. 1. 1. 3. u. 6. ; Vgl. Kübl : a. a. O. S. 11.

斯く *advocatus* たるべく一定資格の必要とせらるゝと共に、之れに對する統整を容易ならしむる爲め、一定裁判所に所屬すべきものと爲し、其の結果として、更に地域制 *Lokalisierung* と定員制 *numerus clausus* とが、之れに隨伴したのであつた。先づ Constantinus 大帝 (306-337 A. D.) は、西曆三一九年、*advocatus* は、凡べて其の所屬の裁判所に於てのみ職務を行ふものと爲し、爰に地域制が確立せられた。(註一) 而して一定裁判所に於て免許せられたる *advocatus* は、集つて一の團體 *collegium togatorum* を構成し、其の長には、國庫辯護士 *advocatus*

fisci を以て充てた。(註二) 斯くて *advocatus* の一定裁判所への所屬が確立するに至れば、之れと同時に各裁判所に所屬すべき定員數の問題が當然に生ずる。併しながら此の當時に於ては、未だ員數を制限すること困難なりしが爲め、*advocatus* に二階級を設け、即ち定員 *statuti* の外に定員外 *supernumerarii* を認め、(註三) 而して前者のみ *advocatus* として完全なる權限を有し、且つ裁判所に備ふる名簿に登録せらるゝものと爲し、後者は、下級の官廳にて職務を執行する場合の外、正規の *advocatus* の補助者として職務を執るべきものとせられた。(註四) かゝる段階を経て、第五世紀に至り、原則的なる定員制 *numerus clausus* が行はるゝに至つたのである。(註五)

(註一) L. 1. 2. Cod. Theod. de postul. 2. 10; Kübl: a. a. O. S. 10. N. 1.;
Weissler: a. a. O. S. 95.

(註二) Bethmann-Hollweg: a. a. O. III. S. 164/5.; Weissler: a. a. O. S. 95.;
Cod. Just., 2. 8.

(註三) Cod. Just. 2. 7. 24.; Bethmann-Hollweg: Der röm. Civilprocess.
III. S. 163; Wenger: a. a. O. im Magnus. S. 457.

(註四) Kübl: a. a. O. S. 10.

(註五) 此の定員制は、一部、*advocatus* 自身の要求に因り、個々の裁判所に付き、例之、*urbi* 縣には八十名、*praetorio* 縣には百五十名と云ふが如く、夫夫れに規定せられしものゝ如くである。Vgl. Weissler: a. a. O. S. 95.; Bethmann-Hollweg: a. a. O. III. S. 162/3.

かゝる *advocatus* に對する國家的統整は、*advocatus* の地位に著しい變化を齎さずには置かなかつた。即ち *advocatus* なる

ものは、社會に於ける一の階級を構成し、身分的榮譽を擔ひたると同時に、其の職務上、一定の權利と共に、嚴重なる義務をも課せられたのである。就中、advocatus は、前述の如く一定裁判所に所屬するの結果として、身分上、其の裁判所の監督に服し、例之、其の職務を行ふ地域を離れ、長期に互り旅行せむとする場合の如きには、裁判所の許可を必要となしたる等の外、(註一) 更に進むでは、裁判所は、其の必要と認むるときは、advocatus に對し懲戒權を行使し、其の職務の執行を停止し、若くは禁止することを得た。(註二) 尙、advocatus は、裁判所に對し、恭敬の態度を執るべき義務を負ふた。

(註一) Bethmann-Hollweg: Der röm. Civilprocess. III. S. 166. No. 40.; Kübl: a. a. O. S. 11.

(註二) Bethmann-Hollweg: a. a. O. II. S. 165. 尙、當時の通弊たりし辯論の冗長に互れる場合の如き、裁判所は、懲戒を以て、之れを戒告することを得た。Kübl: a. a. O. S. 11.

advocatus の職務行爲、即ち法廷に於ける訴訟の輔佐竝に辯論に付き、金錢的報酬を對價として收受し得るに至つたのは、帝政時代に入つてからのことである。夫れ以前、即ち共和制時代に於ける advocatus は、其の前身たる辯論人 orator 若くは保護者 patronus に就て既に述べしが如く、(註一) 凡べて無償を以て原則と爲したのである。蓋し此の當時に於ては、未だ充分に職業化せず、有識、有産の者が、階級的義務として、若くは、其の政治的目的達成の手段として、之れに従事したるか爲めであ

つた。(註二) 併しながら此の當時に於ても、贈與の形式を以て報酬を受け、又、公然の祕密として報酬を求めしことは、例之、キンキア法 *lex cincia* (204 v. Chr.) 等に於て、法廷に於ける辯論の爲め金銭若くは贈與を收受することを禁じたるに依りても、(註三) 窺知することが出来る。

(註一) 本稿一五頁以下。

(註二) 本稿一七頁参照。

(註三) Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 456. ; Weissler : a. a. O. 94. ; 船田享二氏、羅馬法、p. 449. 参照。

斯く *advocatus* の職務行爲を以て一種の名譽的事務と做し、法律は、之れに對する報酬の收受を禁止し、更に Tacitus 其の他の文筆家は、口を揃へて之れを批難したのであつたが、(註一) 時代の經濟的躍進は、*advocatus* の職業的成立を齎らしたるの結果、帝政時代に入りては、嘗に金銭的報酬の收受を認めたるのみならず、特別審理手續 *extraordinaria cognitio* を以て報酬を請求することを許し、(註二) 更に Diocretianus 帝の時、最高手數料 *Maximaltarif* (301 A. D.) が法定せらるるに至つたのである。(註三)

(註一) Tacitus : *Annales*. IV. S. 52. ; Kübl : a. a. O. S. 8. ; Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 456. N. 2.

(註二) Dig. 17. 1. 7. 「代理人 *procurator* に對し約束せられたる報酬が、非常訴訟に依り訴求せられたる場合には、依頼人に於て初めに報酬を支拂ふ意思があり、従つて其の約束を履行することを必要とするものなりや、更に又、代理人が、善良の風俗に反し、高き金銭的報酬を以て、訴訟の危険を負擔した

リヤの點をも審査すべきものとす。」尙、Vgl. Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 456.

(註三) Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 456. N. 3.; Mommsen-Blümner : Der Maximaltarif des Diocretian (1893). S. 120. Diocretianus の定めたる最高手數料は、訴提起の申立 *postulatio* に付き 250 Denare. 訴訟代理 *cognitio* に付き 1.000 Denare であつたと云ふ。Weissler : a. a. O. S. 94.

而して當時に於ける *advocatus* の収入が、假令、其の全部の者に就てに非ずとするも、相當高額に昇りしことは、其の職務の性質と、當時、*advocatus* の社會的地位の比較的高かりしこと(註一)よりして容易に推測し得るのであるが、尙、ユスチニアン法典中に定めらるゝ其の最高手數料が、當時の經濟状態に比し、著しく高額なること等も、(註二)亦、其の證左と爲すに足りる。當時の *advocatus* の或る者が、極めて豪華の生活をなせしことは、文獻が、之れを示して居る。(註三)併しながら *advocatus* の収入の過大なることは、其の職務の性質上、相當、戒心を要する問題であり、夫れには、種々の惡弊が内在し、又、社會的弊害の因ともなつたのである。

(註一) 當時、*advocatus* は、前述の *collegium togatorum* に依りて、團體組織を有ち、且つ或る程度に於て、時の國家權力より獨立せる爲め、階級的獨立と、高き名聲とを有つた。Vgl. Bethmann-Hollweg : a. a. O. III. S. 166.; Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 455/6.; 尙、ユスチニアン勅法彙纂 *Codex* 中に、次の如く *advocatus* の功績を絶讃せるものがある。

Cod. Just. 2. 7. 14. (J. 469). 「疑はしき事件を、克く判斷し、其の熱烈なる辯論を以て、公私の事件に於て、陥れられたる者を救け、力竭きたる者を再び立たしむる *advocatus* は、人の爲め盡せる點に於て、彼の戰場に闘ひ、

傷き、以て祖國と兩親とを救へるに比し、決して劣るものに非ず。蓋し吾人は、獨り劍と盾と兜とに依りて闘へる者のみに止まらず、advocatus も、亦、我國の爲めに闘へるものと做すものとす。即ち advocatus は、其の輝ける辯舌を堡壘とし、急迫の状態に在る者の希望と生命と其の子孫との爲めに、防衛するなり。」

(註二) ユスチニアン法典、學說彙纂 Digesta 中の規定に依れば、一の訴訟事件に於て advocatus の收受し得る報酬の總額は、1,000 aureos を超え得ざるものとする (Dig. 50. 13. 1. 13.)。併して Wenger に依れば、此の金額は、現在の獨逸貨幣 2.175 金マルクに相當するとの事である。Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 456. N. 4.

(註三) Friedländer-Wissowa : Sittengeschichte Roms (9. Aufl. 1919). I. S. 182. 其の一節に曰く「感謝せる依頼人は、彼 (advocatus) の爲め、其の馬を馱し、若しくは四頭立の馬車に乗りたる像を立て、又、勝利の祝として棕櫚の枝を以て飾りたり」と。尙、Quellen が示されては無いが、佐伯好郎氏の論文中に、當時の advocatus の収入の多大なりし例を擧げて居る。同氏、「羅馬法に於ける辯護士竝に醫師の成功謝金問題及び謝金廢止善後策」(法律及政治一卷、大正十一年七號、p. 41.)。

尙、此の當時にても、下級の advocatus (Winkeladvokaten 三百代言) は、僅少の報酬を受くるに止まり、地方にては、金錢に代り、豚肉、魚類、果實、オリーブ油、酒類等の現物を以て渡されたと云ふ。Wenger : a. a. O. im Magnus. S. 456.

此の辯護士に對する報酬の問題は、辯護士に關する重要な問題として、今日、尙、論議の焦點となり、(註一) 各國とも、之れが立法竝に對策に付き苦心しつゝあるのであるが、既にローマの昔に於て、此の問題は、立法者の苦心の標的となつて居つたのである。以下、ユスチニアン法典を Quellen として略述するならば、advocatus の報酬は、特別訴訟手續に依り請求し得るもの

とし、(註二) 此の場合、裁判所は、「事件の大小、其の辯論の内容如何、竝に裁判慣習を參酌し、更に特に其の事件を審理する裁判所の慣行をも考慮して」其の額を決定すべきものとする (Cod. Just. 50.13.1.10)。而して一事件の報酬の總額は、一千オーレーを超過し得ざるものとせられ (Cod. Just. 50.13.1.13)。(註三) 最高額を超過したる額に就ては、返還の請求を許した (Cod. Just. 50.13.1.10)。是れと同時に、advocatus が、其の地位を利用し、當事者をして、勝訴の場合、係争物の過大なる部分を報酬名義にて引渡すべき旨の契約を爲さしめたるときは、其の職務の執行を禁止すべきものと爲した。(註四) 尙、序ながら advocatus のみに關する問題ではなく、寧ろ一般的問題と見るべきであるが、不當の利得を獲得する目的を以て事件を買入るゝこと、竝に訴訟費用を供給することを禁止して居ることに注意を要する。(註五)

(註一) 殊に我國に於ては、今日一般的慣行とせらるゝ成功報酬に付き、喧びすしき議論がある。此の點に就ては、後述する豫定である。

(註二) Dig. 17. 1.7. (本稿三八頁 (註二) に譯文掲記)。

(註三) 本稿四〇頁 (註二) 參照。

(註四) Cod. Just. 2. 6. 5. 「吾人の意思是、advocatus が、其の名譽を不當且つ不法に利用し、其の引受けたる事件の或る部分の利益を、報酬名義 *nomine honorariorum* を以て、當事者の著しき損害の下に納めんとすることを發見したるときは、彼が、かゝる批難すべき行爲を止めざる限り、其の職務の執行を禁止すべしと云ふに在り。」

(註五) Cod. Just. 4. 35. 20. 「汝が訴訟に依る不特定の収益を不法に買入る

るときは、禁止せる契約として、其の履行の請求を爲し得ざるものとす。§ 1. 併しながら汝が、無償にて其の委任を受けたるものなるときは、汝は、誠實、信用の原則に遵ひ、其の立替へたるものゝ償還を請求することを得。」

Dig. 2. 14. 53. 「争訟の當事者の一方の爲め、費用を立替ふることは、批難すべきものに非ず。併しながら其の場合、支出したる金額の元利とせずして、訴訟に依りて収益したるものゝ半額を取得することを約するは違法なりとす。」

最後に、advocatus の職業的犯罪としては、法源には、當事者より寄託せられし文書を不法に相手方に交付すること、竝に當事者双方より寄託せられたる文書を、不法に其の一方のみに對して返還すること等が擧げられる。(註一) 尙、義務違背 *praevaricatio* として、相手方を不当に利益することを擧ぐるも、此の義務違背 *praevaricatio* なるものは、獨り *advocatus* のみに限らざる身分犯罪である。(註二)

(註一) Mommsen: Strafrecht. S. 675 ff.

(註二) Mommsen: a. a. O. S. 501 ff.; Dig. 47. 15. 1 pr.

第二節 古ゲルマン竝にドイツの 辯護士制度

文 獻

Weissler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft (1905). S. 3-83. u. 104 ff.; Kübl, Geschichte der österreichischen Advokatur, S. 15-19.; Schwerin, Die Anwaltschaft im deutschen Recht, im "Magnus: Die Rechtsanwaltschaft (1929)."; Brix, A., Organisation der Advokatur (1869).; Schwartz, Vier-

hundert Jahre deutscher Civilprocess-Gesetzgebung (1898); Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter, 2 Bde (1879).; Schröder-Künssberg, Lehrbuch der deut. Rechtsgeschichte (1922); Brunner, H., Forschungen zur Geschichte des deut. u. französ. Rechtes (1893). S. 389-443.; Weessler, A., Die Umbildung der Anwaltschaft unter Friedrich dem Grossen (1891).; Stein, F., Freie Advocatur (1867). S. 1-31.; Lesse, Th., Die preussische Rechtsanwaltschaft während der letzten 50 Jahren, im "Festgabe für Dr. R. Wilke (1900)."

諸外國に於ける辯護士制度概観 (司法資料 大正十五年 第九五號) pp. 4-8. (本書は前掲 Magnus 著の抄譯とす)。金子要人氏、改正辯護士法精義(昭和九年) p. 3.

第一 古ゲルマン法時代

I.

爰に古ゲルマン法時代とは、カール大帝の死 (814 A. D.) に至る迄の一般にフランク時代 fränkische Zeit と稱せらるゝ時代を云ふ。古ゲルマン法に於ては、ローマ法に於けると同様、「代理」Stellvertretung なるものを認めなかつた。而してローマ法が、前述の如く、夙くより不徹底の態度を以てその例外を認め、その爲め訴訟上に於ては、當事者を代理する辯護士制度なるものが發達するに至つたのであるが、古ゲルマン法に於ては、此の原則は嚴重に支持せられ、極めて例外の場合にのみ、例之、無學者、女子竝に病人等の爲め必要已むを得ざるが如き場合にのみ、代理を許した。(註一) 斯くゲルマン法にては、「代理」を原則的に許容せざるの結果として、訴訟上に於て、今日の如き辯

護士制度が発達すること能はず、唯、後述するが如き他の必要からして、今日の辯護士とは、其の性質竝に職能に於て全く異なる「法の告知者」Künder des Rechts 竝に「言葉の指導者」Wortführer なる制度が現はれたのであつた。

(註一) Weissler, a. a. O. S. 104.

II.

古ゲルマン法に於て、多少なり今日の辯護士としての要素を含むものとして擧げ得るものは、所謂「法の告知者」Künder des Rechts である。古ゲルマン法に於ては、法は神に淵源するのであつて、其の法を識り、必要に應じ之れを告知する者が僧侶であつた。而して法を識り、必要に應じ之れを告知する者を、アゼガ asega 若くはアジンゲ asinge と稱したのであるが、(註一) 此の法を告知するの僧侶の一人は、必ず此のアゼガに屬するものでなければならなかつた。(註二)

(註一) 古ゲルマン原始時代からの傳説として、或る時、國王カールがフリーゼン海岸地方より十二名の「法の告知者」voerspreken を選み、フリーゼン法 friesisches Recht に就て問を發した處、何等答ふことが出来なかつたので、夫れ等の者を舵も帆も綱もなき船に投じ海に流した。流されし皆の者は、其の一人の提案に依り神に祈つた處、何時の間にか彼等と姿同じき十三人目の男が船に座し、木切れを以て船を岸に漕ぎ寄せ、然る上に法を告げたと云ふ。Vgl. Weissler. a. a. O. S. 3.

而して法を告知する者を asega 若くは asinge と稱するのであるが、asinge の語源は、神 Asen に遡る。又、asega の a は「法」を意味し、sega は「述べる人」を示し、結局、「法を述べる人」といふことを示すのであるが、上記

船に投ぜられし十二人の者を asega と稱したのであつた。Weissler, a. a. O. S.

(註二) Weissler, a. a. O. S. 3.

此のアセガなるものは、法を識る者であり、その初めは、一の官職でもなく、又、特定人の定まれる任務でもなかつたのであるが、(註一) 後に至り、法律の知識があり、相當の年輩にして且つ經驗に富める者が一般民衆より選出せられ、國王に對し宣誓することに因り、此の職務を執ることゝなつた。(註二) 斯くして此の asega は、「法の告知者」として、一の階級 Stand を構成するに至つたのである。併しながら asega は、裁判官ではなかつた。蓋し古ゲルマン法制に依れば、裁判權を有するものは、武士と農民とよりなる裁判集會 Gerichtsversammlung であり、(註三) asega は、具體的事件に付き、判決案 Urteilsvorschlag を作成し、それを此の裁判集會に提示せしに止まる。而して裁判集會は、此の判決原案に拘束せられしものではなかつたが、其の人の信用せらるゝ限り、多くは採擇せられしこと勿論であつた。(註四)

(註一) Kübl : a. a. O. S. 16. 尙、此の asega は、或は eisago, lagman 等とも稱せられた。

(註二) Weissler : a. a. O. S. 4.

(註三) Sohm, E. :—Die fränkische Reichs- u. Gerichtsverfassung. § 4 (S. 57 f.) u. § 11 (S. 278 f.).

(註四) Kübl : a. a. O. S. 16.

かゝる「法の告知者」なるものゝ存する限り、人が、訴を提

起するに先立ち、豫め其の人の意見を問ひ、勝敗を案することは當然考へらるゝ處であつて、當時の如き、慣習法も、尙、未だ乏しく、正義觀に出發する所謂法律感情 Rechtsgefühl に従て裁判せらるゝの範圍廣汎なる時代には、殊にその必要があつたとも云へる。即ち此の asega は、又、フリーゼン Friesen 地方に於てラーグマン lagman (法の人) 若くはレドヂェバ redjeva (忠言人) とも稱し、裁判集會に對し、前述の如く法を告知し、判決原案を提示するの外、私人に對しては、法律問題に付き其の意見を述べた。(註一) かゝる行爲、即ち具體的事件に關し法律上の意見を陳述することは、一の鑑定に外ならないのであつて、今日に於て云ふならば辯護士の職務に屬するのであるが、當時としては、其の事件が訴訟となるならば判決原案を作るであらう處の lagman(法の人)が、個人の爲めかゝる行動に出づることをば怪しまなかつたのである。蓋しかゝる行爲に因り個人を援助するのではなく、公の人として其の法的確信を述ぶるに過ぎずと考へられたが爲めであらう。(註二) その代り夫れ等の行爲は無償にのみ爲され、報酬を受くることを得なかつた。(註三)

(註一) Weissler, a. a. O. S. 5. u. 16 f.

(註二、三) Kübl, a. a. O. S. 16.

要之、asega は、元來、法律を識らざる軍人と農民とを以て構成せらるゝ裁判集會に對し、法律上の知識を供給するの機關であつた。(註一) 然るに其の後、redjeva (忠言人) 若くは lagman

(法の人)とも稱せらるゝに至り、一般民衆に對し具體的事件に關する其の法律上の意見を述ぶるの慣習を生じ、更に進むでは當事者が訴訟の提起に際し、豫め此等の者より得たる其の法律上の意見、即ち鑑定をば裁判所に提出し、又、redjeva 自身が、當事者と共に法廷に現はれ、辯論を爲すの風習を生じたのであつた。斯くて今日の法制を以てするならば、判事に準ずるの地位と辯護士の夫れとが、一身に集中せられたのであつた。

(註一) asega は、裁判集會に對し、今日云ふ實體法上の知識のみならず訴訟法上の知識をも供給したのであつた。例之、訴訟手續が適法に爲されたるか、證據が充分に蒐集せられたるか、若くは不充分なるを以て、決闘 *Zweikampf* 若くは宣誓 *Eid* を必要とするや等々に付き、其の意見を與へたのであつた。Vgl. Weisler, a. a. O. S. 14.

III.

古ゲルマン法に於て、上述、「法の告知者」asega と相並び、他人の訴訟に干與したる者として *furisprecho*, 即ち「言葉の指導者」*Wortführer* なるものがあつた。(註一) 此の *Wortführer* は、古ゲルマン法に特有なる訴訟に於ける甚しき形式嚴格 *Formenstreng* の産物であつて、古ゲルマン法に於ては、當事者の訴訟に於て爲す總べての間と答とは、一定の古來より傳來せる形式 *Form* に従ふことを必要とし、「極り言葉」を云ひ誤りたる場合は勿論のこと、音の抑揚若くは態度の末に至る迄、定められたる形式に従はざるときは、權利を失ふの結果を齎らしたのであつた。(註二) 即ち此の宿命的なる形式嚴格に基く當事者の困難を

克服すべく發生せる制度が、此の「言葉の指導者」Wortführerであつて、法廷に於て、先づ Wortführer が、正しき形式 Form を以て申立、其の他の陳述を爲し、當事者は、其の發聲に追隨し、同一なる形式竝に態度を以て、同一の陳述を反覆し、斯くして失權の効果を附せられたる形式違背を免かれたのであつた。(註三)

(註一) Weissler, a. a. O. S. 22. ; Schwerin, Die Anwaltschaft im deutschen Recht, im "Magnus: Die Rechtsanwaltschaft" (1929). S. 460.

(註二、三) Kübl, a. a. O. S. 17.

此の制度は、ローマ人と特に接觸のあつた民族ロンゴバルデン longobarden の間に最初發生した。因つて或は、之れもローマ文化の影響を受けた制度ではあるまいか、例へば、ローマの辯論人 orator (註一) の制度の模倣に非ざるかとも考へられるのであるが、その確證は存せぬ。(註二) 兩者共通する處と云へば、共に當事者の代理に非ずして法廷に立つ點であるが、ローマの orator は、法廷に於ける辯論、即ち其の知識を以て當事者を應援し、此の古ゲルマン法の Wortführer は、口を以て當事者を支持した點に於て異なる。兎に角、此の Wortführer の制度が漸次發展して、封建法 Lehnrecht 時代に於ける「代辯人」Vorsprech の制度となつたのである。

(註一) 本稿一六頁以下。

(註二) Kübl, a. a. O. S. 17.

IV.

ローマの法制が、古ゲルマン法制に影響を及ぼしたことは爰に云ふ迄もない。その關係を辯護士制度に就て見るならば、西ローマ帝國の末期に於て、其の種類を増加を來せし法律顧問 *Rechtsbeistand* の制度が、古ゲルマン法固有の制度と混同するに及び、第七、八世紀の交には過渡期の現象として、其の種類が益々複雑となり、名稱も、亦、多様にして一定せざるに至つた。加之、ゲルマン固有の制度にラテンの名稱を附するに及び、愈々、複雑化し、名稱の元來の意味に變更をも生ずるに至つた。例之、*advocatus* とは、ローマ帝政時代に於ては、今日の辯護士の如き職を意味したのであつたが、(註一) 第八、九世紀の頃には、變つて僧院の財産管理者 *Vermögensverwalter eines Kloster* を指稱し、之れに反しローマ法の意義に於ける辯護士は、別に *clamator od. causidicus* と稱した。(註二) 又、前述の「法の告知者」*Künder des Recht* を *judex* 若くは *judex et advocatus* とも云ひ、又、此の名稱は、時として前述の「言葉の指導者」*Wortführer* をも指稱した。(註三)

(註一) 本稿二〇頁参照。

(註二、三) Kübl, a. a. O. S. 18.; Brix, A., *Organisation der Advokatur* (1869). S. 306.

第二 封建法時代

I.

爰に封建法 *Lehnrecht* 時代とは、カール大帝の死 (814 A.D.)

より、第十六世紀初葉ルーテル Luther の宗教改革に至る迄の約七世紀間（中世時代後期）を指す。此の時代に於ては、法律制度が漸次複雑化するに伴ひ、前述せる古ゲルマン法時代の「法の告知者」Künder des Rechts 並に「言葉の指導者」Wortführer の制度が發達、變形して、今日の辯護士制度に近きものが現はるゝに至つた。

先づ前時代の furisprecho 即ち「言葉の指導者」Wortführer の制度は、發展して代辯人 Vorsprecher となり、他方、代理、殊に直接代理が廣範圍に認めらるゝに至つて、今日の辯護士の前身とも謂ふべき Anwald なるものが現はるゝに至つた。此の Vorsprecher と Anwald との對立が、今日のフランスに於ける avocat と avoué との二元的辯護士制度の出發點を爲して居る。

(註一)

(註一) Weissler, a. a. O. S. 108.

II.

前述せる「言葉の指導者」Wortführer より發達した、此の時代の代辯人 Vorsprecher は、(註一) 著しく今日の辯護士若くは輔佐人に近き形態を執つて現はれた。此の Vorsprecher は、かの Wortführer と同じく、當時の訴訟手續が甚しき形式主義なりしが爲め、訴訟形式に通曉せざる當事者補助の爲め發達せしものであるが、(註二) Wortführer と異なる點と云へば、Vorsprecher と共に法廷に現はれたる當事者は、訴の申立 Klaggeschrei 並に

宣誓 Eid に限りて、Vorsprecher の指示する處に従ひ、其の發聲を追ひ復唱するを必要と爲すに止まり、(註三) 其の他の訴訟行爲に就ては、當事者は、之れを模倣若くは復唱するの必要がなかつた。即ち夫れ等 Vorsprecher の訴訟行爲は、其の儘にては當事者を拘束せず、唯、當事者の追認に依りてのみ其の效力を有した。従つて Vorsprecher が誤り陳述したるときは、當事者は、夫れを補正若くは撤回することを得たのであつて、之れを「補正及び撤回」*Holung und Wandel* と稱した。(註四)

(註一) 此の場合、Vorsprecher の指示に背き、腕を上ぐ可からざるときに腕を擧げ、又は發言を誤つたときは、其の訴訟行爲は瑕疵あるものとせられた。Weissler, a. a. O. S. 40.

(註二) Brunner, *Forschungen*, S. 389.

(註三) Schwerin, a. a. O. S. 461.; Weissler, a. a. O. S. 46 f. *Sachsenspiegel* (I. 60. § 1) に依れば、Vorsprecher なくして當事者自ら訴の申立を爲し、又、答辯を爲すことを得るも、其の陳述を誤りたる場合、それを撤回することを許さぬと。されば當事者は、自身の言葉に拘束せられざるが爲めにも、亦、Vorsprecher を立つる必要があつた。Weissler, a. a. O. S. 40. u. 47.

(註四) Weissler, a. a. O. S. 46.

此の代辯人 Vorsprecher は、裁判所が、それに必要なる知識、經驗を有する者の中より選任したのであるが、當事者も、自己の適當と信ずる者を擧げ、裁判所に對し其の任命を求むることが出來た。(註一) 而して裁判所より選任せられたる者は、特別な拒絶原因なき限り、其の任命を拒否することが出來なかつた。蓋し當時に於ては、代辯者たることは正義を扶くる一般の義務

として、證人並に判斷人 *Urteiler* たるの義務と相並び、一般民衆に課せられたのである。(註二)

(註一) *Weissler*, a. a. O. S. 27.

(註二) *Schwerin*, a. a. O. S. 461.

代辯人の任務とする處は、當事者と共に法廷に現はれ、當事者の利益の爲め訴訟を遂行するのであつたが、他面、裁判所より任命せられたる公の機關たるの性質を有し、當該事件に付き正しき法の發見に努力するの責任をも負擔した。(註一) 要之、此の當時の代辯人 *Vorsprecher* は、當事者の利益を代表する私的要素を多分に備ふるに至つたのであるが、尙、本質的には裁判所を補助する公の機關たるの性質を有し、従つて裁判所が之れを任命したのであつた。而して其の選任は、當事者の指定を許したのであるが、公の義務として選任せらるゝのであるが爲め、之れに對し報酬を與へらるゝことなく、又、其の選任は、其の裁判日限りのものであり、特定當事者の爲め事件の終了に至る迄繼續的に任命せらるゝと云ふことはなかつた。(註二)

(註一) *Weissler*, a. a. O. S. 33.; *Schwerin*, a. a. O. S. 461.

(註二) *Weissler*, a. a. O. S. 26 f. u. 53 f.; *Schwerin*, a. a. O. S. 462.

併しながら此の代辯人 *Vorsprecher* の制度が、漸次、普遍化し、確定せらるゝに連れ、訴訟の審理に缺く可からざる機關となり、一面に於ては常設の機關として、之れに従事する者の職業化を來すと同時に、(註一) 他面、代辯人強制 *Vorsprecherzwang* の制度が實現するに至つた。(註二) 斯くして中世紀の末葉に至つ

て、今日の辯護士の前身たる自由職業としての代辯人制度 *Vorsprecheramt* が完成せられたのであつた。(註三)

(註一) *Sachsenspiegel* に依れば、代辯人 *Vorsprecher* は、一の名譽職 *Ehrenamt* であつたが、尙、職業としての代辯人の存在を認めた規定があり (I. 61. § 4). 其の後の法源は、孰れも代辯人の職業的存在を認めて居る。Vgl. *Weissler*, a. a. O. S. 58 f.

(註二) *Schwerin*, a. a. O. S. 461.; 代辯人は、當事者の爲め任設せられたのであるが、裁判所を構成する判断人自身が法律知識を具備せざる一般民衆より選出せられしものであるが爲め、代辯人より法律上の知識を受くるの必要があり、或る意味に於ては、裁判所の必要上、代辯人強制の制度が實現せられたのである。Vgl. *Weissler*, a. a. O. S. 39. f.

(註三) 職業的代辯人に關する最も早き法令は、一三四〇年に公布せられし皇帝 *Ludwig* の命令であると謂ふ。此の命令に依れば、代辯人は、各裁判所が職權を以て任命したのであつて、職業代辯人は、宣誓することに依り、裁判所其他の官廳にて職務を執ることが許された。Vgl. *Schwerin*, a. a. O. S. 462.

代辯人制度が、その初め公法的色彩の濃厚なりし當時に於ては、之れに對する報酬の供與は素より許されなかつたので、第十世紀頃迄は、代辯人に對する報酬の提供は、贈賄 *Bestechung* の一種と認められたのであつた。(註一) 併しながら其の後、代辯人と當事者との間の私的交渉の密となるに伴ひ、當事者がこれに報酬を支拂はんとするのは當然の成行きであり、一二四〇年のリュベック法 *Lubisches Recht* 竝に一二七〇年のハンブルグ法 *Hamburgisches Recht* は、既に法定手數料を規定したのであつた。(註二) 尤も南獨逸の法源は、第十五世紀に至るも、尙、代辯人に對する報酬の供與を認めず、*Sachsenspiegel* の註釋者も、

第十四世紀の頃、尙、代辯人に對する報酬の許否を論議して居つた。(註三) 斯くてバイエルン Bayern の如きは、第十五世紀の末葉に至り、漸く手數料法を設けたのであつた。(註四)

(註一) Weissler, a. a. O. S. 54. 尤も代辯人に對する立替金の辨濟は、之れとは無關係に早くより當事者の義務とせられた。Vgl. Schwerin, a. a. O. S. 462

(註二) Schwerin, a. a. O. S. 462.

(註三) Schwerin, a. a. O. S. 462.; Weissler, a. a. O. S. 55.

(註四) 代辯人に對する報酬給與の原則の確立と共に、他面、貧困者に對する無償の代辯義務が認めらるゝに至つた。一五五五年の帝國裁判所法 Reichskammergerichtsordnung は、特にその爲めの規定をも設けた。Schwerin, a. a. O. S. 462.

III.

當事者が代辯人 Vorsprecher の補助を以て満足せざる場合、更に當該事案に付き法律家の意見を聴くの途が存した。かゝる法律上の意見を與ふる者に對しては、種々なる名稱が附せられたのであるが、例之、ザクセン法にては Horcher 若くは Warner と云ひ、南獨逸にては Ratgeber と稱し、其の名稱の異なるが如く、其の任務も、亦、必ずしも同一でなかつた。(註一) 即ちザクセン法の夫れは、自らも法廷に現はれ、當事者竝に代辯人を指導したのであるが、南獨逸の Ratgeber は、單に法廷外に於て、當事者の求めに依り其の意見を與ふるに止まつた。(註二) 孰れにせよ、此等の者は、法律制度が、稍、特殊化し、専門知識を必要とするに至つて、初めて發達せるものであり、純然たる當事者の顧問であるが故に、之れに報酬を與ふることに付き、何人

も疑ひを挿まなかつた。(註三)

(註一) Schwerin, a. a. O. S. 463. 斯く名稱が時代に依り、場合に依り同一でなかつたことは、此の制度の發生が一元的でなかつたことを示すのであるが、此等補助機關は、總べて Run und Rat の名稱を以て一括せられた。Vgl. Weessler, a. a. O. S. 50.

(註二、三) Schwerin, a. a. O. S. 463.

IV.

以上述ぶる代辯人 Vorsprecher 竝にザクセン法の Horcher の如き、孰れも當事者の代理人ではなく、従つて法廷には此等の者の外、當事者自身の出頭を必要と爲した。即ち訴訟に於て廣く代理(直接代理)の認められたのは、遙かに後世のことである。

既に一言したるが如く、古ゲルマン法制は、ローマ法と同様、代理 Stellvertretung、殊に直接代理を原則的に拒否したが爲め、訴訟に於ても直接代理が認められず、古ゲルマン法制としては、嚴重に訴訟に於ける當事者自身の出頭を要求したのであつた。

(註一) 併しながら斯かる原則も、自身法廷に出頭し難き病人、若くは自身出頭するも自から訴訟を遂行し難き無學者等に對しては、例外を設くる外はなかつたのであるが、斯くして設けられたる例外は、漸次擴大せられ、(註二) 更に、中世期後半に至つて愈々其の範圍が廣められた。(註三)

(註一) 斯く訴訟に於ける直接代理を原則的に許容せざりし理由としては、例へば、八〇二年竝に八一三年の Kapitularien に「法廷に於ては、雄辯者が、訥辯の者を不當に壓迫することなからしめむが爲め、何人も慣行的に gewohnheitsmässig 他人の爲め訴訟を遂行することを得ず」との旨が規定せられてあ

ることは、参考と爲すに足る。Vgl. Weissler, a. a. O. S. 104. f.

(註二) 前記 Kapitularien に「病人並に無學者の爲めには、裁判所が、其の職員中より、若くは其の事件を識れる信用すべき者の中より代理人を選任すべき旨が規定せられ、而して八一七年の Kapitulare は、此の規定を寡婦並に貧民に及ぼしたのであつた。Vgl. Weissler, a. a. O. S. 105.

(註三) 例之、中世の都市法 Stadtrecht は、不在者に對しても、その自ら選任せる後見人 Vormund に訴訟代理を爲さしむることを許した。Vgl. Schwerin, a. a. O. S. 460.

更に又、以上とは異なる方面よりも、古ゲルマン法の支持したる直接代理禁止の原則は壞られた。即ち權力團體若くは權威者の如き、夫れ自身法律取引に干與せざるを相當とする者に對しては、法律取引に於て其の者に代るべき者、即ち直接代理権限ある者の存在を認めざるを得なかつた。即ち國庫、教會及び僧院、高き僧職に在る者、伯並に國王の直臣等は、其の財産の管理、訴訟の遂行等に關し、其の者を直接に代理する職員を有したのである。(註一) 而してかゝる代理権限ある職員をば、Vögte 若くは Advocati と稱した。(註二)

(註一) Weissler, a. a. O. S. 106.

(註二) Weissler, a. a. O. S. 106.; Schwerin, a. a. O. S. 460. 序ながら advocatus なる語は、中世期を通じ、僧院の財産管理者、即ち直接代理権限ある其の職員を指稱し、代辯人 Vorsprecher 若くは今日の意味に於けるが如き「辯護士」を指稱せしことは極めて稀れであつた。Vgl. Weissler, a. a. O. 而して今日の意味に於ける辯護士としては、clamator od. causidicus と云ふ語の有せしことは既述の如くである(本稿四九頁参照)。

代理(直接代理)を許さざる古ゲルマン法の原則は、其の根

抵深く、中世を通じ殊に私法方面に於て此の原則が支持せられたのであるが、(註一) 訴訟法の方面にては、上述の如き萬已むを得ざる事情の下に、部分的ながら直接代理たる訴訟代理が認められ、漸次その範圍が擴大せられた。而して夫れ等代理人を *Muntpols* (*Mompar*), *Vormunt*, *Gewalthaber*, *Vogt*. 等と云ひ、又、後には *Anwald* とも稱した。(註二) 併しながら此等は、孰れも限られたる範圍と條件との下に訴訟代理權を有したのであつて、一般的に訴訟代理(直接代理)の認めらるゝに至つたのは、ローマ法承繼後の普通法時代のことである。(註三)

(註一) Brunner, H. :—Forschungen zur Geschichte des deut. u. frans. Rechtes, (1893). S. 559. ; Hübner, R. :—Grundzüge des deut. Privatrechts, S. 522.

(註二) Weissler, a. a. O. S. 107. 此の *Anwald* は、ローマ法に於ける代理人 *procurator* と同様、必ずしも職業とすることを要せず、又、其の代理權限を訴訟代理にのみ限定せざる一般の代理人を指稱する。

(註三) Weissler, a. a. O. S. 107.

兎に角、此の *Anwald* (代理人) なる者は、中世紀の末葉に至り、訴訟に於て當事者を代理する權限ある者として、其の訴訟法上の地位を認めらるゝに至つた。而してその代辯人 *Vorsprecher* と異なる點と云へば、*Vorsprecher* は當事者を代理する權限なく、當事者と共に出廷し、其の法律上竝に訴訟手續上の知識に依り當事者を補助したるに止まり、従つて *Vorsprecher* の陳述は、前述の如く直ちに當事者を拘束するの力を有しなかつた。然るに此の *Anwald* は、法廷に於て當事者を代理するの

権限を有し、従つて Anwald の出廷する場合には當事者自身の出頭を要せざると同時に、Anwald の陳述は、其の儘、當事者を拘束したのであつた。(註一) かゝる Vorsprecher と Anwald とを對立せしむる制度は、フランスの法制に於て存續せしめられ、後述するが如く中世より近世に及ぶ avocat と procureur の對立となつたのであつて、更に之れに引續き、現在の佛蘭西に於ては、法廷に於ける辯論を専らにする辯護士 avocat と、代訟人 avoué と稱する特別なる訴訟代理人とを設け、(註二) 且、獨其の他の諸國に於けるが如く辯護士に訴訟代理權を與ふる單元的法制を採用して居らぬ。

(註一) Weissler, a. a. O. S. 107.

(註二) 獨逸に於ても、佛蘭西に於けると相似たる經過を執り、代辯人 Vorsprecher には訴訟代理權限が與へられずして、Anwald が Vorsprecher と共に出廷したる例も存するのであるが、中世紀の末葉より近世紀に及び、事實上此の兩者は混同せらるゝに至つた。Vgl. Weissler, a. a. O. S. 108.

第三 近世法時代

I.

爰に近世法時代と云ふは、第十六世紀の初葉に於けるルーテルの宗教改革に始まるのであるが、近世法としての一大飛躍は、第十六世紀の末葉から第十七世紀の初頭にかけて行はれしローマ法の承繼 *Rezeption des römischen Rechts* に因りて行はれて居る。即ち此の *Rezeption* を通じ、獨逸の固有法制は根柢的に

破壊せられ、所謂、普通法 Pandektenrecht の時代に入りて、學ばれざりし民族法 Volksrecht に代り、法律家法 Juristenrecht の時代となつたが爲め、裁判所の構成も、亦、非法律家の手を離れ、法律専門家の手に移り、所謂、職業判事 Berufsrichter が、裁判の衝に當ることゝなつたのである。(註一)

(註一) Rezeption の詳細、並にそれに因り如何に裁判機關の構成に變更を生ぜしかに就ては、Schroeder-Künssberg;—Lehrbuch der deut. Rechtsgeschichte (1922), S. 865—875.; Brie, S., Die Stellung der deut. Rechtsgelehrten der Rezeptionzeit zum gewohnheitsrecht, in Festgabe für Felix Dahn. (1905); 小林正三氏、宗教改革期の獨逸農民と羅馬法繼受 (史觀第三冊所載) 參照。

獨逸の法制に、かゝる一大轉機を爲せる Rezeption は、その辯護士制度にも著しい變化を齎らさないでは置かなかつた。(註二) 殊に普通民事訴訟法が書面主義 Schriftlichkeit を採るに至る迄に、既に訴訟に於ける當事者の補助機關に職能的分割を生じ、Prokurator (代訟人) と Advokat (辯護士) の二種類を生ずるに至つた。(註三) 而して此の兩者は、全く異なる任務を有つたのであつて、辯護士 Advokat の任務は、當事者の爲め訴訟に必要な文書を作成することであり、代訟人 Prokurator は、當事者を代理して裁判所に出頭し、當事者の爲め訴訟に付き辯論を爲すことを其の任務となした。(註三)

(註一) 爰に現代に於ける辯護士制度の礎石が、築かれたのである。即ち此の Rezeption 以前の辯護士制度は、根本に於て、後年の夫れとは異なつて居る。Vgl. Schwerin, a. a. O. S. 459.; Kisch W.:—Unsere Gerichte, S. 92.

(註二) 斯く代訟人 Prokurator と辯護士 Advokat とを對立せしめ、其の間

に訴訟事務を分割することは、ローマ法にも存しないのであつて、恐らく制度としては教會法 *kanonisches Recht* に淵源するものとも考へられるのであるが、之れとても充分なる證據はない。Vgl. Weissmann, a. a. O. S. 110 f.

(註三) 此の辯護士 *Advokat* の任務は、専ら法廷外に於て行はるゝのであつて、中世の南獨逸に於ける *Ratgebern* の夫れに近いのであるが、それをザクセン法の *Horcher* に比するは適當でない(本稿五四頁參照)。尙、代訟人 *Prokurator* は、其の任務を主として法廷に於て行ふのであつて、前述の *Ratgebern* とは區別せられなければならないのであるが、法廷に於て當事者の爲め代理權を有する點に於て代辯人 *Vorsprecher* と異なる。Vgl. Schwerin, a. a. O. S. 463. 併しながら法廷に於て其の職務を執る點に於て或は前述したる中世末期の *Anwald* を通じ、*Vorsprecher* にまで遡り得る制度とも考へられ得る。

此の *Prokurator* (代訟人) と *Advokat* (辯護士) との制度は、先づ宮廷裁判所 *Reichskammergericht* に行はれ、中世の *Vorsprecher* の制度と混同を生じた。即ちその初めに於ては此の新たな *Prokurator* と従來の *Vorsprecher* との間に劃然たる區別が設けられなかつたのであるが、(註一) 更に *Prokurator* と *Advokat* との間をも充分に分ち難く、屢々、此の両者が、他に屬する職務をば併せ行ひし事例も存した。(註二) 要之、此の當時の辯護士 *Advokat* は、法廷外の職務のみを執るものとせられしが爲め、裁判所に於ける手續に付き必ずしも不可缺の機關ではなく、従つて處に依り辯護士 *Advokat* の缺けたる處もあり、従來の代辯人 *Vorsprecher* より轉業したる代訟人 *Prokurator* のみにて法律事務を處理したる場所も、亦、尠なくなつた。(註三)

(註一) 例之、一四七一年の宮廷裁判所法 Reichskammergerichtordnung v 1471 には、Fürsprech oder Procurator (代言人若くは代訟人) とあり、此の兩者の區別を設けて居らぬ。Vgl. Schwerin, a. a. O. S. 464.

(註二) 因つて一五五五年の宮廷裁判所法は、Advokat が Procurator の職務を執ることを禁じて居る。此の法律が、Advokat に對してのみ制限を附したのは、後述する Advokat 壓迫の一現象であらう。

(註三) 中世末期より近世期初葉に於ける、即ち Vorsprecher の制度より Prokurator と Advokat の制度への過渡期には、法律の素養なくして、尙、代訟人 Prokurator たることを得た。されば此の當時、下級裁判所に於ける代訟人 Prokurator と云へば、多くは無教養の素人であつたと云ふ。Vgl. Schwerin, a. a. O. S. 464.

II.

斯く Prokurator (代訟人) と Advokat (辯護士) との區別は、其の初期の頃には充分に明確にせられなかつたのであるが、夫れは恐らく此の制度が、社會の必要に應じ漸次的に發達し來つたが爲めであらう。

即ち中世に於て、當事者を法廷にて補助する機關と云へば、前述せる代辯人 Vorsprecher であつた。此の Vorsprecher は、今日の辯護士と異なり法廷に於ける代理權を有しなかつたが故に、當事者は、共に出廷することを必要としたのみならず、此の Vorsprecher は、訴訟手續上の知識に通曉したるも、今日謂ふ實體法上の知識に就ては、必ずしも充分とは限らなかつたが爲めに、別に Ratgeber 若くは Horcher なるものが現はれたのであつた。中世紀に於ける法律生活は、かゝる程度の補助者を以

て、當事者の権利保護に充分であつたのであらう。

然るに中世紀の末葉に始まれる獨逸へのローマ法の侵入、續いて其の承繼 Reception に因り、時代が民族法 Volksrecht の夫れより法律家法 Juristenrecht の夫れへと遷るに伴ひ、訴訟に於ける當事者の補助機關にも重大なる變革を必要と爲すに至つた。即ち時代は、訴訟に於ける當事者の補助機關として、唯、訴訟手續に通曉せる代辯人 Vorsprecher のみを以て足れりとせず、法律的専門知識ある者の繼續的補助を必要と爲せると同時に、社會生活の複雑化は、古ゲルマン法の當事者本人出頭主義を必ずしも支持し難く、代理人に依る訴訟の進行を認めざるを得なかつた。(註一) かゝる社會的要求と、法律専門家が當事者の代理人として法廷に現はるゝを妨げむとする裁判所方面の欲求とが、相交錯して出來上りしものが、此の Prokurator (代訟人) と Advokat (辯護士) の對立の制度であらう。即ち當時の法律生活は、既に當事者の爲め訴訟に法律専門家の繼續的干與を必要と爲したのであつて、かゝる需用に應ずるが爲め、法律的専門知識を具備する辯護士 Advokat なるものの出現を促した。併しながら此の新たなる辯護士 Advokat に對し、裁判所側は必ずしも好感を有しなかつた。即ち夫れが法律的専門知識を有するが爲め、法廷に於ける裁判所の獨裁的地位を危ふくするを虞れ、辯護士 Advokat が、當事者の代理人として法廷に現はるゝことを嫌惡したのであつた。(註二) 其の結果として、辯護士の職務は

法廷外に於ける訴訟文書の作成に限局せられ、法廷に於ける辯論に就ては、別に Prokurator (代訟人) を設け、従來の代辯人 Vorsprecher に當事者代理權を與へたる者を以て之れに充てたのであらう。前述の中世末期に於ける Anwald は、(註三) 此の Vorsprecher より Prokurator への發展の過渡期の形態と觀ることが出来る。

(註一) 古ゲルマン法が、當事者本人出頭主義を執れる所以のものは、訴訟に於て和解を以て事件が解決せられざるときは、結局、決闘 Zweikampf に至る外なかつたが爲めである。然るに中世紀末葉に及むでは、最早やかゝる必要の爲め當事者自身の出頭を必要とせざるに至つた。Vgl. Schwerin, a. a. O. S. 459.

(註二) 當時の裁判所が、法律的専門知識を備ふる Advokat の出廷を嫌忌したる證左として、前述の如く Prokurator と Advokat と其の職務範圍が混同せられたるに對し、一五五五年の宮廷裁判所法が、獨り Advokat に對してのみ Prokurator の職務を行ひ法廷に現はるゝことを禁止したることを擧げ得るであらう(本稿六一頁(註二)參照)。加之、遙か後世に至りて、尙、裁判所が、學殖深き者が當事者の代理人となることを悦ばざりし實例もある。Vgl. Schwerin, a. a. O. S. 463.

(註三) 本稿五七頁參照。

兎に角、法律的専門知識ある者が、假令、法廷に於て當事者を代理せずとしても、尙、今日、辯護士に屬する法律事務の一部を分擔するに至つたことは一大進歩であつた。素より、かゝる法律的専門知識ある者に對し、法廷に於ける職務執行を拒否したことは、前述の如き特殊の事情に基いたのであつて、永續すべき理なきことは當然であつた。加之、民事訴訟手續が、カ

ノン法の影響を受けて書面主義 *Schriftlichkeit* を採用し、書面審理を以て訴訟審理の形式と爲すに及び、法廷に於て當事者を代理すべき *Prokurator* の元來の職務範圍なるものは、爰に消滅するに至つたのである。されば代訟人 *Prokurator* の側に強き反對はあつたのであるが、大勢は斯くの如くにて、此の兩者間の職務上の限界は、漸次に消滅せしめられ、第十八世に及むでは、*Prokurator* と *Advokat* とは、共に當事者の代理人であり、單に名稱を異にするに止まるものと一般より看らるゝに至つたのである。(註一)

(註一) 詳言するならば、一七五三年のバイエルン法典 *Codex juris bavarici judicarii* は、此の兩者を區別したるも、*Kreittmeyer* の註に依れば、*Prokurator* は下級裁判所に於て、又、*Advokat* は上級裁判所に於て其の職務を執るものとせられた。次に *Sachsen* に於ては、一七六六年の命令に依り此の兩者の區別が撤廢せられ、*Preussen* に於ては、一七三八年の命令に依り *Prokurator* が事實上廢止せられたのであつた。Vgl. *Schwerin*, a. a. O. S. 464/5.

III.

以上述ぶるが如く *Rezeption* に依り、訴訟に於ける當事者の補助機關に一大變革を齎らした。而して *Rezeption* 當時に於ける特殊なる事情に基き、代訟人 *Prokurator* と辯護士 *Advokat* の二元的構成制度が産れたのであるが、かゝる不合理なる對立は、素より永續せず、漸次的に解消せしめられしこと上述の如く、即ち斯くして第十九世に及び、爰に此の制度に一大改革が行はれ、現今の辯護士制度が確立せられたのであつた。而して

その間、特にプロシアに於ては、フリードリヒ第二世の治下、司法制度の大改革が行はれ、辯護士制度にも一大變革を蒙り、一時的ながら特異なる形態が執られたのであつたが、此のプロシアに於ける辯護士制度の改革に就ては、別に之れを述ぶることとなし、以下、獨逸普通法當時の辯護士制度に共通せる重なる二三の點に付き述ぶる。

前述せし處によりて明かなるが如く、普通法當時に於ける代訟人 Prokurator と辯護士 Advokat とは、中世に於て代辯人 Vorsprecher の任務が公法上の一般市民義務として遂行せられしとは異なり、既に一の職業として成立した。而して夫れが職業たるに至つて、之れに従事する者の職業的専門知識の其の資格としての具備と、此等の者に對する業務上の監督組織とが要求せらるゝこと素より當然である。即ち Rezeption 以降、代訟人 Prokurator 竝に辯護士 Advokat の業務に従事するの資格として、一般的に大學の課程を履修せしことを要求したのであるが、(註一) 更に業務上に於ける監督に必要なが爲め、所定資格を具備して認可を受くることを以て、此の職に従事するの要件と爲した。而して其の認可の要件の最も嚴重であつたのは、宮廷裁判所の規定である。(註二)

(註一) Rezeption 以降に於ても、暫らくの間、下級裁判所に於ては専門的知識に缺けたる者が當事者の代理人として活動することが認許せられ、又、Steiermark に於ては第十七世紀に至りて、尙、法律家が當事者の代理人たることを拒否せられし事例もある。併しながら一般的には、此等の職に従事するに

は大學教育を受けたることを必要となし、殊に Advokat に就ては、其の學習年限を四ヶ年とし、法律教育のみならず、哲學其の他一般自由教育を享けたることを必要とした。尙、Prokurator に就ては、業務の性質上、屢々、Advokat に比し短かき年限の修習を以て足れりとせられた。Vgl. Schwerin, a. a. O. S. 465.

(註二) 一五五五年の宮廷裁判所法 Reichskammergerichtsordnung に依れば、五ヶ年の大學教育を受け、大學の學位を有し、更に裁判所の爲す試験に合格することを必要となし（尙、一六七二年以降は、更に二ヶ年の實習を必要とした）、此等の要件を具備したるときは、先づ Advokat たることを許され、其の後、更に Prokurator たることを得た。尙、宮廷裁判所以外の裁判所に於ては、其の條件が稍緩和せられ、Advokat たることは、概して、自由とせられたのであるが、但し裁判所が不適當と認むる者を其の職より退かしむる權を有した。Prokurator に就ては、單に形式上の認可のみが必要とせられた。Vgl. Schwerin, a. a. O. S. 465.

斯くの如く普通法の下に於て、代訟人 Prokurator 若くは辯護士 Advokat の職に従事する者に對し嚴重なる認可制度を執つたことは、或る意味に於て此等の職を公法上の官職と見たのである。而して此の傾向、即ち公法上の官職視するの傾向は、殊に Prokurator に付き顯著であり、Prokurator に就職するには、特に任命せらるゝことを必要とし、且つ其の任命に際し職務に忠實なるべき宣誓 Diensteid を爲すことを要した。殊に宮廷裁判所に於ては、其の所屬の代訟人 Prokurator に付き人員制限 numerus clausus が行はれたのであつた。(註一) 斯く Prokurator を公法上の官職視するの傾向は、第十八世紀初葉のプロシアに於ける司法制度の大改革に於て其の極點に達し、其の名稱を

Justiz-Commissare (司法委員)と改め、之れを裁判所の職員に加へたのであるが、此の制度は畢に永續しなかつた。之れに關しては項を改めて述ぶる。

(註一) 一五五五年の宮廷裁判所法 Reichskammergerichtsordnung は、其の所屬の Prokurator の數を二四名と定め、一五七〇年の帝國決議 Reichsabschied は、それを三〇名と改めた。

其の後、此の人員制限 numerus clausus は一般化して、宮廷裁判所以外の裁判所並に Prokurator のみならず Advokat にまで及むだ。即ちバイエルンは一六七七年に於て、プロイセンは一七一〇年に於て、夫れ夫れ人員制限を實施し、殊にプロイセンに於ては、一七一三年、異常なる努力を以て、Prokurator と Advokat の人員を整理し其の數を減少せしめたのであつた。Vgl. Schwerin, a. a. O. S. 466.

代訟人 Prokurator 並に辯護士 Advokat の職が、一面より公法上の官職と看られたとしても、其の職務執行は、全く當事者の依頼に依りてのみ爲されたのであるが故に、此等職業上の行動に付き、報酬請求權の存することに何人も疑ひを挿まなかつた。初め宮廷裁判所に於ては、此等の者に對する報酬は、當事者との協議に委し、積極的に干與しなかつたのであるが、一七一三年に至り代訟人 Prokurator に付き手數料法 Gebührenordnung を制定した。(註一) 尤も辯護士 Advokat に就ては、裁判所が、其の都度決定するものと爲したのである。(註二) 尙、是れ以外、各邦 Land が、特殊法 Partikularrecht を以て、夫れ夫れ手數料法を制定したのであつた。

(註一) Schwerin, a. a. O. S. 466. 尙、Weissler に依れば、一六〇九年以來既

に手数料法が存し、Prokurator の手数料は、共同の金庫に入れ、其の収納金は、平等に分配せられたと云ふ。Vgl. Weissler, a. a. O. S. 109.

(註二) Schwerin, a. a. O. S. 466.

最後に、辯護士強制 Anwaltzwang の制度であるが、中世の専門教育を缺ける代辯人 Vorsprecher より、職業的専門教育を其の資格として具備せる Prokurator 竝に Advokat への推移に伴ひ、其の強制の制度が一般化するに至つた。訴訟に此等補助機關を強制的に使用せしむる所謂、強制主義は、既に中世に於て部分的ながら代辯人強制 Vorsprecherzwang として現はれたのであるが、(註一) Rezeption 以降、普通法時代に至り先づ宮廷裁判所に於て、代訟人強制 Prokuratorenzwang として現はれ、引續き辯護士強制 Advokatenzwang が行はれた。(註二) 併しながら其の他の裁判所にては、此等強制制度が一般化するに至らず、反つて二三の邦にては積極的に法令を以て、其の強制を許さなかつた。(註三)

(註一) 本稿五五頁参照。

(註二) 此の場合の辯護士強制は、辯護士 Advokat の署名したる書類のみが裁判所に提出せられ得る規定を以て行はれた。Vgl. Schwerin, a. a. O. S. 468.

(註三) Schwerin, a. a. O. S. 468.

IV.

プロシヤに於ける司法制度の大改革

プロシヤに於ては、初めの頃は其の他の諸邦と同じく、Prokurator と Advokat とを併存せしめたのであるが、第十八世紀

フリードリヒ大王 Friedrich der Grosse (1840—86) の治下に於て、司法制度の大改革があり、辯護士制度にも甚しい變革を來したのであつた。

既にプロシヤに於ては、一七一三年の司法制度改善に依り、各裁判所に一定數の辯護士 Advokat を所屬せしむるものと爲し、之れに因り、教養低き代訟人 Prokurator をして其の職を退かしたるのであるが、更に一七三八年に至り Prokurator は事實上廢止せらるゝに至つた。(註一) 然るに一八四〇年フリードリヒ大王が即位するや、此の残れる辯護士 Advokat の制度にも、亦、根本的革新を加へんとした。(註二) 其の改革の指導觀念と云へば、民事訴訟にも、刑事訴訟に於けるが如き積極的審理主義 Untersuchungsmaxime を導入し、裁判所と當事者との直接的辯論 Unmittelbare Verhandlung に依り裁判所をして事件の真相を把握せしめんとするのであつて、即ちかゝる見地に立ち、當事者一方の利益のみを代表する辯護士 Advokat なるものに對し、好感を抱かなかつたのである。(註三)

(註一) Brix, A. :—Organisation der Advokatur (1869), Preussen, S. 1.; Schwerin, a. a. O. S. 465.

(註二) フリードリヒ大王は、一七四二年の頃、既に辯護士制度改善の一端として、辯護士に一定の年金 Jahresgehalt を與ふことに因り、其の訴訟手数料を國庫に收納するの案を立て、又、一七五〇年には、後の大宰相カメル Carmer が、辯護士の廢止をば提議した。Vgl. Schwerin, a. a. O. S. 467.

(註三) 過去に於ける無教養なる代訟人 Prokurator の非行に因り、辯護士制度に對する反感は、第十八世紀に於ける趨勢であつた。Vgl. Brix, a. a. O.

S. 1.; Stein, Freie Advocatur, S. 4. 即ちフリードリヒ大王は、此の趨勢を察知、代表せられたのであつて、大王の辯護士に對する悪感情は、一七八〇年四月十四日の勅令 Kabinettsordre に於て遺憾なく表現せられてある。曰く「當事者が、其の訴と抗告とに付き、裁判官の面前に於て自ら陳述することを得ずして、辯護士に依り其の必要なるべき行爲を代理せしめざる可からざることは自然に反する。即ち訴訟が殊更に複雑にせられ、且つ遷延せしめらるゝことは、辯護士に大なる責任がある。蓋し斯くすることに因り、彼の利益と幸福とが齎らさるゝが故である。云々」Vgl. Brix, a. a. O. S. 1.

一七八一年のフレデリック法典 Corpus Juris Fridericianum は、以上の如き指導原理（積極審理主義）の下に、其の訴訟篇が構成せられ、判事は、當事者の申立に拘束せらるゝことなく實體的眞實發見に努むべく、當事者は、假令、自己に不利益なりとも眞實を述ぶる義務あるものとせられた。(註一) かゝる基本主義の下に、從來の辯護士制度を全く廢止し、之れに代へ Assistenzrätthe (司法補助員)なるものを設けたのである。(註二) 此の Assistenzrätthe は、國家より俸給を與へらるゝ官吏であり、裁判所より指定せられたる當事者の爲め、其の權利の伸張、訴訟資料の蒐集、提出等に努むることを以て其の任務となした。即ち此の Assistenzrätthe は、その指定せられし當事者の利益の爲めに活動するも、其の委任に基き職務を執るのではなく、而かも指定せられたる當事者の利益にのみ偏せず、實體的眞實の發見に努むべき責任を負擔するのであつて、結局、その指定せられたる當事者の爲めの官選法律顧問にして、同時に裁判所の補助機關たるものであつた。(註三) 尙、此の外、其の職に離れたる辯護士

の爲め、別に Justizkommissariat なるものを設け、非訟事件の擔任と公證事務とを之れに行はしめた。(註四)

(註一) Brix, a. a. O. S. 2.

(註二) Brix, a. a. O. S. 2.; Schwerin, a. a. O. S. 467.; Weissler, a. a. O. 347 ff.

(註三) Brix, a. a. O. S. 2/3.

(註四) Schwerin, a. a. O. S. 467.; Stein, Freie Advocatur, S. 12 ff.; Magnus, J. :—Die Rechtsanwaltschaft, S. 4/5. 今日、尙、プロシアに於ては、辯護士と公證人の職とが併合せられつゝあるは、之れに由來すると云ふ。Vgl. Schwerin, a. a. O.

此の司法補助員 Assistenzrätthe の制度は、官權主義の裁判所の爲めには、其の手足として便宜なる制度であつたかは別問題として、畢に永續することが出来なかつた。即ち Assistenzrätthe に任せられし人の才能の不足に因するか、若くは其の定額収入なるが爲め臨機果敢の活動を厭ひたる爲めか、此の assistenzrätthe には、嘗て當事者が Advokat に對し求めたるが如き活動を期待し得ざりしのみならず、當事者としては、之れを以て自己の法律顧問と見るべきか、或は裁判所の手先きと做すべきか迷はざるを得ず、當事者は、之れに何等の信用を置かざるに至つたが爲めである。(註一)

(註一) Brix, a. a. O. S. 3.; Weissler, a. a. O. S. 355 ff.

斯くて此の司法補助員 Assistenzrätthe の制度は、施行後忽ちにして其の修正を必要とするに至り、翌一七八二年十一月廿一日の指令 Anweisung 竝に一七八三年九月廿日の命令 Verordnung に依り、重要なる變更が加へられた。(註一) 此の修正に依

れば、訴訟事件に付き従來の如く司法補助員の付添を強制せず、而して前述の司法委員 Justiz-Commissare の職務範圍を擴張し、當事者は、自己の代理人として Justiz-Commissare を選任し、自らは法廷に出頭せざることを得るものと爲した。即ち Assistenzrätthe は、當事者が任意に Justiz-Commissare を選任せざりし場合にのみ、裁判所より當事者の爲め指定することに改められたのである。此の修正に依り、司法補助員 Assistenzrätthe の制度は事實上に於て廢止せられたのであるが、一七九三年の普通裁判所法 Allgemeine Gerichtsordnung f. d. Preuss. Staaten は、更に之れを制度上にも全廢し、司法委員 Justiz-Commissare を以て代らしめた。(註二)

(註一) Brix, a. a. O. S. 3.; Weissler, a. a. O. S. 357 f.; Weissler, Die Umbildung der Anwaltschaft unter Friedrich dem Grossen (1891). S. 144 ff.; Stein, Freie Advocatur, S. 12 ff.

(註二) Brix, a. a. O. S. 4.; Schwerin, a. a. O. S. 467.

併しながら此の司法委員 Justiz-Commissare は、過去の辯護士 Advokaten 制度の其の儘の復活ではなかつた。即ち此の改革に依り Justiz-Commissare は、訴訟に付き過去に於ける Advokat と同様の地位を占め、當事者の選任に依りて事件を擔任すると同時に、其の報酬は、自己の個人収入と爲すことを得たのであるが、(註一) 身分としては、普通裁判所法附則第四六二條に規定するが如く、官吏 Staatsdiener と看做さるゝ者であり、以上述ぶるが如き當事者との特殊關係を除けば、前述の Assistenzrätthe と

同じく裁判所の補助機關であつた。(註二) 併しながら、斯く當事者の利益擁護の機關なるが如く、又、裁判所の補助機關なるが如き不自然なる状態は、到底、永續すべくもなく、漸次、裁判所の補助機關たる職能を喪失して、之れに對する獨立の地位が歩一步一步と實踐的に獲得せられたのであつた。(註三)

(註一) Brix, a. a. O. S. 4.

(註二) Weissler, a. a. O. S. 360 ff.; Briv, a. a. O. S. 4.

(註三) Brix, a. a. O. S. 5.

而して此の Justiz-Commissare に對し、一八四九年のプロシア裁判所構成法 die Gerichtsorganisations-Verordnung は、Rechtsanwalt なる官名 Amtstitel を與へ、(註一) 其の地位の昂上を圖つたのであるが、事實上には、唯、官名が改められたるに止まり從來と異なる處もなく、(註二) 斯くして一八七九年の現行辯護士法 Rechtsanwaltsordnung の施行に及むたのである。

(註一) Rechtsanwalt なる名稱を最初に使用した法律は、一八〇四年八月十三日に公布せられたバイエレンの命令 Verordnung であつて、此の法律は、Rechtsanwalt を以て、裁判所に出席し法廷にて職務を執ることを許されたる辯護士 Advokat を意味した。Vgl. Weissler, a. a. O. S. 421.

而して此の名稱は、一八四九年のプロシア裁判所構成法に於て官名として使用せられ (Verordnung, 2. Januar, 1849, § 30) 更に一八六七年にはシュレスウイク・ホルスタイン並にヘツセン・ナツサウに於ても亦、それを官名として使用したのであるが、一八七九年の現行獨逸辯護士法は、此の Rechtsanwalt を自由職業としての Advokat (辯護士) の意に解し、夫れ自身を Rechtsanwaltsordnung と稱した。

(註二) Rechtsanwalt とは「法を處理する者」の意であり、一八四九年のプロ

シア裁判所構成法は、之れを Staatsanwalt (検事) と對立せしめたのであるから、立法者としては、従來の Justiz-Commissare を斯く改むることに依り、裁判所の補助機關たる地位を昂上せしめ、判事、検事と同格ならしめんと企圖したのであらう。併しながら事實上には、單なる官名の變更に止まり、従來とは異なる地位を獲得し能はざりしこと本文に述ぶるが如くであつた。Vgl. Brix, a. a. O. S. 5.; Stein, Freie Advocatur, S. 20 ff.

第三節 フランスの辯護士制度

文 獻

Appleton, J., Traité de la profession d'avocat, (1925) pp. 22—65.; Brix, A., Organisation der Advokatur (1869), S. 306—343.; Brunner, H., Forschungen zur Geschichte des deut. und französischen Rechtes (1893). S. 289—443.; Buteau, H., De l'ordre des avocats, Thèse (1895). pp. 85—327.; Fournel, Histoire des avocats au Parlement et au barreau de Paris.; Brissaud, J.; A History of french public law, translated by Garner (1915). pp. 461—5.

英佛の辯護士法制(司法資料大正十一年第十二號)。佛國司法制度後編(同上昭和六年第一六五號) pp. 119—242.

I.

フランスの辯護士制度に關する回顧は、遙かに古代に及ぶ。かのユリウス・ケーザル Julius Caesar が、ガリア Gallia に遠征し(58—50 B.C.)、爾來ローマ帝國が此の地方を領有して以來、ローマの文化と慣習とが此處に移植せられた。斯くしてローマの法律と共に、其の辯論人 orator の制度が、(註一) ガリアに齎られ、且つ廣められたのであつた。(註二) 後フランクの侵入に因

りローマの文物、制度は悉く排除せられ、ゲルマンの制度が之れに代つた(400—695 A. D.)。即ち是れ以來、カルロ大帝の制覇を経て、紀元八四三年ヴェルダン Verdun の條約に依り、フランク王國の版土がルイー世の三子間に分割の約さるゝ迄、ゲルマンの代辯人 Vorsprecher の制度が、(註三) 其の儘、此の地方に行はれたのであつた。(註四)

(註一) 本稿一六頁以下参照。

(註二) Brix, a. a. O. S. 306.

(註三) 本稿五〇頁以下参照。

(註四) Forschungen, S. 389 ff.

II.

此のヴェルダン條約に基き、大體に於て現在のフランスの版土たる地方が、西フランク王國として區劃せられたのであつて、夫れ以來、此の國には、ドイツの夫れとは異なる法制の發達が遂げられ、辯護士制度に就ても、亦、特異ある發展の過程が執られたのである。

辯護士制度としては、此の時よりカペー王朝のルイ九世(1226—70)に至る迄の間は、所謂暗黒時代として、徴すべき資料を缺いて居る。(註一) 併しながら恐らく此の時代には、尙、ゲルマンの代辯人 Vorsprecher の制度が、著しき變革なくして其の儘、存續せられたのであらう。(註二) 兎に角、辯護士制度が、稍、其の形態を整へ、組織の確立せられたのは、第十二世紀に至り、ローマ法復活の機運を生じて以來のことである。(註三)

(註一) Brix, a. a. O. S. 307.

(註二) フランク王國にては、貴族及び僧侶より成る議會 Parliament が、最高の國王裁判所であり、此の裁判所は、一定の所在地なく、都市より都市へ移轉するのであつて、辯護士は、此の最高裁判所に所屬した。Vgl. Brix, a. a. O. S. 306.

(註三) 當時、僧侶が、判事として、仲裁人として、更に又、辯護士として裁判に付き重要な役割を演じたのであるが、夫れは、僧侶が當時に於ける知識の源泉であることに因り各國に通ずる現象であつたと同時に、是れが古代の裁判に付き、神判 Gottesurteil と云ふが如き宗教的色彩濃厚なる方法の採用せられし、有力なる原因であつたことに疑ひはない。

兎に角、此の僧侶が、當時、ローマ法の復活に伴ひ、ローマ法を學び、ローマ法の知識と精神とを以て裁判の衝に當つたのであるが、此のローマ法の合理主義的理論は、キリスト教の教義と矛盾する數多の例を生じ、軀がてローマ法王の絶對的權威を冒瀆することゝもなつた。因つてローマ法王は、僧侶がローマ法を研究することを禁止すると共に、更に宗門出身の辯護士 *avocats* は、宗教裁判所に於てのみ其の職務を執るべく、俗人裁判所に於ける職務の執行を許さざることゝなした。Vgl. Brix, a. a. O. S. 307. 斯くて當時の有力階級たる僧侶が辯護士の職に従事せざるに至りし結果として、辯護士なる者の社會的地位が、爾來、昂揚せらるゝに至らなかつたが、是れと同時に、僧侶が一般裁判所より其の手を引きたる結果として、訴訟に於ける宗教的色彩が失はるゝに至つた。第十二世紀に於ける神判裁判所の消滅は、時代の進歩の外、かゝる原因をも除外し能はぬ。

紀元一二七〇年に於て、當時の法學者の精粹を網羅し、フランス法の基礎を爲したとも云はるゝ立法が完成せられたのであるが、(註一) 立法者は、此の法律中に、特に「辯護士又は代言人」と題する一章を設け(第十四章)、その職業的統整を圖つたのである。即ち此の法律に於て、辯護士は、不正の事件を引受けざ

ること、竝に貧民、寡婦竝に孤兒の爲めには、必要に因り職務として（無償に）其の事件を擔任することを命ぜられ、且つ裁判所に於ては、事件に關する一切の事實、即ち相手方に不利益なる事實は勿論、夫れ以外の事實をも陳述するの義務を課せられた。又、事件の繫屬中は、當事者と報酬の契約を爲し得ざるものと定められた。(註二)

(註一) Brix, a. a. O. S. 308. 此の立法に依り、神判裁判所が廢止せられた。

(註二) Brix, a. a. O. S. 308.

次に辯護士の報酬に付き、一二七四年、リヨン Lyon の宗教會議 Konzil に於て、總べて事件の難易を問はず最高額を二十リーブル Livres と爲し、辯護士は、此の額以上を收受せざることを毎年宣誓すべきものと決議した。(註一) 然るに此の決議に對し、辯護士側より、宗門會議には、かゝる俗界の事象に干渉するの權限なしとの反對が提起せられ、因つて、國王フィリップ三世(1270—85)は、同年十月廿三日に勅令を發布し、辯護士の報酬の最高額を三十リーブルに昂め、事件の重要性と辯護士の努力如何に依り、其の額を裁量し得るものと爲した。(註二) 其の後、一三一四年、フィリップ四世(1284—1314)は、上記の勅令の一部を改正し、辯護士の報酬額の決定に當つては、所屬辯護士會の慣行と、依頼人の財産状態とを斟酌すべきものと爲した。(註三)

(註一) Brix, a. a. O. S. 308

(註二) 此の勅令に依り、國王は、同時に宗教會議の決議を承認せざることを

表明したのであつた。尙、此の金額に就ては、Vgl. Weissler, a. a. O. S. 394.

(註三) Brix. a. a. O. S. 309.

斯くて辯護士の業務範圍の擴大と共に、夫れ自身の統整が必要とせられ、辯護士組合 *barreau* の組織が一般化するに至つた。(註一)。此の *barreau* の組織は、フランスに於ては、第十二世紀の頃にまで遡るのであつて、主としてローマの辯護士制度に倣ひしものである。(註二) 而して辯護士なる者の特殊なる職業的地位と其の社會的尊敬とに基き、辯護士組合 *barreau* をば、その當時發生したる同業組合 *gilde* と區別する爲め、當時、特に之れに階級 *ordre* なる名稱が附せられた。後、一三二七年、時の攝政バロアのフィリップが、命令を以て、辯護士組合に備付けられたる名簿 *tableau* に登録せられ、且つ宣誓を爲したる辯護士に限り、法廷に於て辯論を爲すことを許した。是れが恐らく辯護士名簿に關する最初の立法であらう。此の當時の *barreau* は、今日謂ふ辯護士の外、檢事 *ministère public* (註三) をも包括したのであつて、後者が純然たる公職とせられたる結果、辯護士團體と分離せらるゝに至つたのは、遙かに後世(十五、六世紀)のことである。(註四)

(註一) Appleton, *Traité*, p. 29 et s.

(註二) Brix, a. a. O. S. 309 f.

(註三、四) Brissaud, *History of French Public Law*, pp. 462, 466.

此の頃、一三〇三年に於て、當時の最高裁判所たる議會 *Par-*

lament は、國王フィリップ四世(1285—1314)に依り、パリ Paris を以て其の永久的所在地と定められたのであるが、(註一) 此の Parlement が、一三四四年に至り、命令 ordonnance の形式を以て、初めて辯護士會 barreau に關する規定を設けた。即ち此の命令に依り、Parlement は、從來の規定を確認すると同時に、新たな若干の規定を補足したのであるが、其の重なる點と云へば、辯護士組合の名簿には、宣誓を爲したる職務執行の可能な辯護士のみを登録すべしと爲したることと、辯護士の職を執るには、實務修習 stage を經たることを必要と爲した點であつた。(註二) 尙、此の命令は、若き辯護士は、常に先輩辯護士に對し敬意を表すべき旨を規定すると共に、辯護士の階級をば、1. consilarii (法律顧問)、2. advocati proponentes (法廷に於て申立主に辯論を爲す辯護士) 3. nobi seu audientes (見習辯護士、或は stagiaires と稱する) とに分つた。(註三)(註四)

(註一) Brix, a. a. O. S. 309.

(註二) 是れが、恐らく辯護士の實務修習に關する規定の最初のものであらう。

(註三) Brix, a. a. O. S. 311 f.

(註四) 當時、立法家と同じき名聲を有せるラロシユ・フラヴイン Loroche-Flavin に依れば、各時代を通じたる辯護士に關する規定は、凡そ次の如くであると云ふ。Vgl Brix, a. a. O. S. 312 f. 當時の辯護士の状態を識るが爲めの好資料なるを以て、煩を厭はず、以下に摘記する。

1. 法廷に現はるべき辯護士は、法律全科(民事並に教會法)を修業し、且つ宣誓を爲したること。
2. 前の事件を終了せざるに先立ち、自己の事件に付き陳述せざること。

3. 辯論開始前に出廷すること。之れに違反するときは、損害賠償を命ぜらるゝことがある。
4. 辯論と書面とは、共に簡明なるべきこと。
5. 文書は眞實に讀上ぐべく、殊更に脱落、中斷若くは歪曲せざること。
6. 法廷を退くには裁判所の許可を受くること。
7. 相手方若くは他人に對し、侮辱的の言語を以て應對すべからざること。
8. 裁判所の所在する都市を離るゝ際には、申立書を代訟人 procureur に交付し、且つ其の代理人を設くること。
9. 法廷に於ては、端正なる衣服の上に長き上衣を羽織り、圓き冠を頂くに非ざれば、其の席に着し得ざること。
10. 判事として召集せられたるときは、當事者の利益を圖らず、且つ其の協議に與らざる旨を宣誓すること。
11. 同時に當事者双方を代辯せざること。
12. 貧民の爲め代辯を爲すこと。
13. 法廷に於ては、他人に對し同感又は否難の聲を擧げ、又、裁判所の許可なくして發言し、若くは他人の發言を止めざること。
14. 不正の事件を正當なりとして支持せざること。

III.

以上は、中世に於ける *avocat* (辯護士) の發達過程の概觀であるが、之れに比し、*procureur* (代訟人) は、制度としては遙かに遅れて發達した。

フランク時代には、國王の特許なくば代理を許されなかつたのであるから、其の當時には、代訟人 *procureur* の如き者の存在の餘地がなかつた。(註一) 併しながら封建法の時代に至つて、教會法の訴訟手續が、かゝる制限を設けざるに影響せられ、當事者は、特許狀 *lettres de grâce* を受くるならば、*counsel* に依

り代理せらるゝことを許された。(註二) 斯くして、*procureur* (代
訟人) の制度が觸つたのであるが、(註三) 是れが今日のフランス
に於ける *avoué* の前身とも見るべきものである。

(註一) 古ゲルマン法に於ては、代理を原則的に許容せざりしこと既に述ぶる
が如くである。本稿四三頁参照。

(註二) *Brissaud, ibid. p. 464. n. 3.*

(註三) 法廷に於ける辯論を専らにする *avocat* の外に、訴訟に付き當事者を
代理する *procureur* を置くの制度は、中世カノン法を通じ、遠くローマ法に
於ける *cognitor* (代訟人) 若くは *procurator* (代理人) と *advocatus* (訴
訟輔佐人) 若くは *juris consulti* (法律顧問) との對立にまで遡り得るので
あるが (本稿一四頁(註三)参照)。尙、近くは、中世ゲルマン法に於ける、*Vor-
sprecher* (代辯人) と *Anwald* との對立にも關連を有する。Vgl. *Weissler,*
a. a. O. S. 108. 本稿五七頁参照。

訴訟に於ける代理の禁止は、規定としては遙かに後世にまで
存續し、一五二八年一月十五日の命令 *ordonnance* に依り消滅せ
しめられたのであるが、事實上は、上述の特許狀 *lettres de grâce*
の形式に依り、第十二世の頃より、代訟人 *procureur* の雇用が
行はれ、漸次、夫れが一般化するに至つた。蓋しローマ法の復活
に伴ひ、法律制度が複雑化し、訴訟に於ける代理機關をば、社
會が需用したが爲めである。(註一) 此の代訟人 *procureur* は、辯
護士 *avocat* が、最高裁判所たる *Parlament* に所屬したるに對
し、各地の裁判所に所屬して夫れ夫れ組合を組織し、職業的統
整を保つた。而して其の職業上の地位は、初めは賣買を許され
たが、後には一の官職とせらるるに至つた。(註二)

(註一) Brissaud, *ibid.* p. 464/5.

(註二) Brissaud, *ibid.* p. 465.

IV.

此の *avocat* (辯護士) と *procureur* (代訟人) との對立の制度は、其の儘、近世期に齎らされ、而かもドイツに於けるとは異なり、(註一) 近世期に於て、更に此の制度が發展せしめられ、今日のフランスに於ける *avocat* と *avoué* の制度となつたのである。斯く *avocat* と *procureur* の二元的制度が、フランスに於て發展を遂げた所以のものは、フランスに於ては、*avocat* が、古ゲルマンの *Vorsprecher* の傳統を遂ひ、法廷に於ける辯論を以て其の天職と心得、且つ其の職を名譽ある自由職業として、法廷に於ける當事者の代理を拒否したることに歸しなければならぬ。(註二) 即ち *avocat* が、法廷に於ける辯論のみを専らにしたるが爲め、當事者は *avocat* と共に出廷するか、然らざれば其の代理人を別に設くる必要があつたので、斯くして *procureur* (代訟人) なる職の出現を促がしたのであつた。併しなから夫れのみ止まらず、フランスに於ては、ドイツに於けると異なり、(註三) 民事訴訟の審理に付き、終始、口頭主義 *Mündlichkeit* が執られ、口頭辯論を以て訴訟審理の形式となしたが爲め、訴訟に於ける當事者の補助機關として、特に口舌の士たる *avocat* が必要とせられしことも、亦、その重要な原因であつたことに疑ひはない。(註四)

(註一) ドイツに於ては、Rezeption 以降、Advokat と Prokurator とが、漸次、其の職能的區別を失ひ、第十七、八世の頃に及び、兩者、混同せらるゝに至りしことは既に述べたるが如くである。本稿六四頁参照。

(註二) Weissler a. a. O. S. 108. 391, 尙、ゲルランドは、英國に於ける barrister と solicitor との區分をば、此の國に於ける裁判所の集中主義に歸せしめて居る。然るにフランスに於ても、avocat は Parliament (最高裁判所) に所屬し、procureur は各地方の裁判所に夫れ夫れ分屬したのであるから、英國に於けると同じくフランスに於ても、辯護士二分制の原因として、裁判所の集中主義を擧ぐることが出来るであらう。

(註三) ドイツに於ては、民事訴訟に付き書面審理主義の採用せられたる結果として、Prokurator と Advokat との職務的對立の意義を失ひ、第十八世に及むで、此の兩者の區別が、事實上に消滅せしめられしこと既に述ぶるが如くである。本稿六四頁参照。

(註四) Weissler, a. a. O. S. 389.

以上の如くにて、avocat と procureur の職務的對立を以て、フランス大革命に及むだ。(註一) avocat (辯護士) は、一の自由職業として、procureur に比し、社會的に高き地位を占めたのであつて、當事者としては、訴訟に付き avocat を選任することを必ずしも強制せられざるものとし、其の報酬は、其の都度の協定に委せられた。(註二) 反之、procureur (代訟人) は、訴訟手續の進捗を圖る爲め、當事者として其の選任を強制せらるゝものとし、其の報酬は、手數料法の規定に従ふものとせられた。(註三) 斯く avocat と procureur とは、嚴重に區別せられたのであるが、事實上は屢々、混同せられ、下級裁判所にては、procureur が同時に avocat の職務を併せ行ひ、又、時として判事

の夫れすらをも兼ねたと云ふ。(註四)

(註一) Appleton, *Traité*, p. 33.

(註二) 外面的には、*avocat* は、*procureur* と異なり當事者が任意に提供する金額を收受することに依り満足すべきものとせられた。Vgl. Brix, a. a. O. S. 314. 是れは、ローマの辯護士 *advocatus* に付き報酬の取得を禁止したキンキア法 *lex Cincia* (204 v. Chr.) (本稿三八頁参照) の影響に基くのであつて、斯くすることが名譽ある *avocat* の地位に相應すると考へられたのである。去れば此の當時より、*avocat* に對し支拂ふ金額を *honoraire* (報酬) と稱し、之れを *procureur* に對して支拂ふ *salaire* (給料) と區別した。

(註三) Brissaud, *ibid*, p. 465.; Brix, a. a. O. S. 314

(註四) Brissaud, *ibid*, p. 465. p. 4.

V.

此の *avocat* と *procureur* の制度は、フランス大革命に依り、一時的ながら根柢的に覆されたのであつた。即ち第十八世紀は、辯護士の不信任、否、寧ろ之れを蛇蝎視したる時代であつて、プロシアに於ては、フリードリヒ大王に依り *Advokat* を廢止して *Justiz-Commissare* を以て代へたること前述の如くであるが、(註一) フランスに於ても、大革命の初頭、先づ *avocat* が廢止せられたのである。

(註一) 本稿七二頁以下参照。

即ち一七九〇年九月二日、立憲議會 *Assemblée Constituante* は、満場一致を以て、*Parlament* (國王裁判所) と共に職業團體の一種たる *barreau* (辯護士組合) の禁止を決議し、之れを法律として發布すると同時に、*avocat* (辯護士) の稱號をも廢止した

のであつた。(註一) 其の第二條に曰く「從來、辯護士 *avocat* と稱せられたる“法の人” *hommes de loi* は、今後、階級 *stage* を構成せず、又、職業組合 *syndicat* を組織すべからざるものとし、且つ其の職務の執行に際し特別の制服を着用すべからず」とあり、爾後、當事者は自ら法廷に於て辯論を爲し得るは勿論、尙、その適當と認むる者をして代理せしむることをも得るに至つた。(註二) 之れに續いて一七九一年一月廿九日の命令は、*avoué* (代訟人)の制度を設け、舊制の *avocat* (辯護士) が之れに登録し就職することを許したのであるが、此の制度も共和曆二年霧月三日(一七九三年十月)の法律に依り廢止せられ、斯くて共和曆十二年に至る迄は、便宜主義の訴訟手續が行はれ、何人も自由に非公式辯護人 *défenseur officieux* として他人の爲め訴訟代理を爲すことを得たのであつた。

(註一) *Appleton, Traité, pp. 38. et s.* 此の立憲議會は、一七九〇年より一七九一年に亘り、行政、司法、宗教上に大改革を施したのであつて、此の辯護士組合、同時に辯護士の稱號の廢止は、從來の辯護士制度に對する國民的反感に基けるは勿論なりとするも、尙、時代の要求たりし *Parlement* (國王裁判所)の廢止と各種職業團體の解散とに伴はれし必然的の結果でもあつたのである。

(註二) *Brix, a. a. O. S. 320. ; Brissaud, ibid. p. 463.*

併しながら、かゝる無秩序なる訴訟手續の状態は、革命が建設期に入るに及むでは存續し能はぬことは言ふ迄もない。即ち共和曆八年風月廿七日(一八〇〇年三月)の法律を以て、先づ *avoué* (代訟

人)の制度が復活せられ、(註一)續いて共和曆十二年風月廿二日(一八〇四年三月)の法律を以て、法律學校と *avocat* (辯護士)の制度とが復活せられた。(註二)更に一八一〇年十二月十四日の命令は、辯護士組合 *barreau* の再組織を規定し、且つ法廷に於ける辯論を *avocat* の獨占たらしめた。(註三)尙、其の後必要に應じ *avocat* 竝に *avoué* に關する單行法令を公布し、今日に及むで居る。(註四)

(註一) 此の法律に依り、一度廢止せられし *avoué* (代訟人)の制度が復活せられ、代訟人は、其の所屬裁判所に於て他人の爲め訴訟手續を爲し、又、申立を爲すことを得るものとせられたのであるが、同時に當事者も、亦、從來通り、自ら辯論を爲し、若くは其の適當と認むる者をして辯論を爲さしむることを許されたのであつて(同九四條)、此の改革は極めて不徹底のものであつた。

(註二) *Appleton, Traité*, pp. 43. et s. 此の法律に於て、*avocat* として其の職務を行ふが爲めには、法學士の稱號を有すること、辯護士名簿に登録せらるゝこと、竝に辯護士として職務に忠實なるべきことの宣誓をなすことを以て、其の要件と爲した(同二四、二九、三一條)。

(註三) *Appleton, Traité* p. 46.

(註四) *Appleton, Traité*, pp. 48—65.

第四節 イギリスの辯護士制度

文 獻

Christian E. B. V., *Solicitors, An Outline of their History* (1925); —, *A Short History of Solicitors* (1896); Jenks, E., *A Short History of English Law* (1924). pp. 200—205.; Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. II. pp.

311—319, 484—509. Vol. VI. pp. 431—499.; Blackstone, W., Commentaries on the Laws of England, vol. III. pp. 25—29.; Jenks, E.; The Book of English Law (1928), pp. 78—88.; Odgers, The Common Law of England (1927), Vol. II. pp. 813—837.; Magnus, J., Die Rechtsanwaltschaft (1929), S. 52—53.; Brix, Organisation der Advocatur (1869). S. 344—367.; Brunner, H., Forschungen zur Geschichte des deut. u. franz. Rechtes (1893). S. 414 ff.; Gerland, H., Die englische Gerichtsverfassung' (1910) 2 Bde.

英佛の辯護士法制 (司法資料大正十一年第一二號)。英國裁判所構成論(同上大正十三年第四六號) pp. 52—181。冠木精喜氏、英國の辯護士(法律論叢十卷昭和六年二、三號)。穂積重威氏、英國法制研究, pp. 86—115。戸倉廣氏、羅馬法制史概論 pp. 271—302。

I.

イギリスに於て辯護士制度の略ぼ確立せられたのは、エドワード一世 (1272—1307) の時代であると云はれて居る。(註一) 而して此の時、既に attorney (代訟人) と pleader (*narratores* or *counteurs* or *serjeant-counteurs*) (代辯人) が、異なる種類の職業とせられ、(註二) 爾來、此の辯護士機能の二分制が、フランスに於けると同様、其の儘に發展を遂げ、今日の barrister (狀師) と solicitor (訟師) の制度となつたのである。

(註一) Holdsworth, History, vol. II. p. 311., Magnus, a. a. O. 52.

(註二) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 311.; Jenks, English Law. p. 79.

尤も此のエドワード一世の時代に至るまで、既に今日の辯護士制度の淵源とも見るべき制度が、相當の程度に於て發達せしものゝ如く、或はウイリアム二世 (1087—1100) の時、既に法律に通じ、且つ法律事件に關する辯論の術を學びたる者が存した

と云ひ、又、Bracton は、ヘンリー三世 (1216—1272) の治世に、counsel pleader 並に advocate の存したることを明言して居る。(註一) 併しながら更に遡つて、ノルマン征服(第十一世紀)以前に於て如何なる制度が存したるかに就ては、文獻の徴すべきものがない。併しながら此の國には、ノルマン民族の侵入に因り、早くより古ゲルマンの法制が移植せられたであらうと同時に、ローマ法の影響を受けたる中世(前期)ゲルマン法も、亦、此の國に傳へられしことゝ考へる。兎に角、かのゲルマン法に於ける *Furisprecho* (言葉の指導者)(註二)の制度が、此の國に齎らされ、夫れが此の國に特有なる辯護士制度の發達を遂ぐるの基礎となつたであらうことに疑ひはない。(註三)

(註一) Magnus, a. a. O. S. 52.

(註二) 本稿四七頁参照。

(註三) イギリスの法制史家は、比較法學的の研究をば閑却するが爲め、此の方面の研究が不充分であるが、attorney と pleader との發生並に分裂過程は、ゲルマン法(封建法時代)に於て、Vorsprecher と Anwald とが、ローマ法の影響を享け、對立的に發生、發達したる其の過程と符節を合するが如くであり、其の間の交渉の密接なることを想はしむる。尙、Brunner に依れば、英國に於ける attorney の制度は、直接、古代ノルマン法に淵源すると云ふ。Vgl. Brunner, Forschungen, S. 422 ff.

而して第十三世紀に至り、訴訟事件の取扱が、素人の手を離れ職業化するに至つた。畢竟するに夫れは、當時に於けるイギリス文化の躍進的發展に伴ひ、訴訟事件の數が著しく増加したると、他方には、複雑化せるローマ法の影響に因り法規の複雑

化竝に法律知識の専門化を來したるとに原因するのであらうが更に Odgers は、其の直接原因として、一二〇七年に於て、從來、好むで法律事件を處理した僧侶に對し、カノン法が、俗人裁判所 Secular Court に出廷するを禁止したることと、(註一) 一二一五年に至り、かの大憲章に依り、Court of Common Plea を一定地(ウエストミンスター)に常置することゝなりたることを擧ぐる。(註二) 即ち斯くして此の中央裁判所の所在地に、當時の法律家が集り、又、新たなる法律家が養成せられて、爰に訴訟事件の取扱を専門とする職業人を輩出するに至つたのであると。而して其の職業的専門家は、初めより、法廷に於ける辯論を専らにする者と、法廷外に於ける事件の處理を主とする者との岐れたのであつた。(註三)

(註一) Odgers, Common Law, Vol. II. p. 813.; Holdsworth, *ibid.* p. 313.

尙、僧侶の俗人裁判所への出廷禁止は、前述せしが如く、當時、フランスに於ても行はれたのであるが(本稿七六頁(註三)参照)、其の理由とする處は、恐らくイギリスに於ても、亦フランスに於けると同様、教義との矛盾竝にローマ法王の權威の冒瀆と云ふにあつたのであらう(前掲註参照)。

(註二) Odgers, *ibid.*, vol II. p. 813.

(註三) Holdsworth, *ibid.*, vol. II. p. 311.

II.

イギリスの法廷に於ては、その初めより即ち原始的に、他人の爲め法廷に於て辯論することを許したであらうか否かに就ては、イギリスの法制史家は、何等、見るべき研究を遂げて居ら

ぬ。(註一) 兎に角、第十一世紀に及び、ウィリアム二世 (1087—1100) の治世には、前述の如くゲルマンの *Vorsprecher* (代辯人) 若くはローマの *orator* (辯論人) に類似せる者が存するに至りしものゝ如く、(註二) 又、Holdsworth に依れば、次の國王ヘンリー一世 (1100—1135) の法律は、重罪事件を除き、他人の爲め法廷に於て辯論を爲す者を認めたと云ふ。(註三) 而して此等の者は、ローマに於ける *orator* (辯論人) と同じく、友情乃至社會奉仕的好意を以て法廷に於ける辯論の任を引受けたのであつて、未だ職業化するに至らず、従つて其の勞に對し報酬を受くることもなく、(註四) 又、法廷に於て當事者を代理することを爲さなかつたのである。(註五) 當時此等の者を *amicus curiae* (法廷の友) と稱した。(註六)

(註一) Holdsworth は、此の點に就ては確言すること困難であると云ふに止まり (*ibid*, p. 312.)、又、Jenks は、原始時代の法廷の模様、竝に職業的代辯者としての拳闘家 *pugilist* の出現を述ぶるも、其の記載、概して抽象的且つ茫漠たるものである (Jenks, *History*, p. 200.)。

(註二) ローマの *orator* (辯論人) に就ては、本稿一六頁以下、及びゲルマンの *Vorsprecher* (代辯人) に就ては、本稿四七頁以下参照。

(註三) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 312.

(註四) Odgers, *Common Law*, Vol. II. p. 1436. 他人の爲めにする法廷の辯論は、非職業的に、即ち一種の好事家の仕事として始められしものなることは、英國の法制史家の認むる處であり、従つて其の初め、之れに對し報酬の供與せられなかつたであらうことは考へられるのであるが、何時頃より報酬の供與が行はるゝに至つたかは、文獻の徴すべきものがない。

(註五) Holdsworth, *ibid*. vol, II. p. 311.

(註六) Holdsworth, *ibid.* vol. II. p. 314. 此の *amicus curiae* (法廷の友)は、ローマに於ける *juris consultus* (法律顧問) 若くはゲルマンに於ける *Künder des Rechtes* (法の告知者)と同様、其の法律上の意見は、裁判所に依りても、亦、權威あるものと認められたのである。

斯く他人の爲め法廷に於て辯論を爲すことが、漸次、一般化せらるゝに伴ひ、(註一) 前述の如き原因に因り夫れが職業化すると同時に、之れに従事する者に對し、*narrator, counteur* 若くは *serjeant-counteur* と云ふが如き名稱が附せらるゝに至つた。而して夫れが全く職業化するに至つたのは、第十三世紀、エドワード一世の時代であると云はれて居るが、既に一二五三年に於て、非職業の者が、法廷に於て辯論せしときは過料に處するとの規定が設けられたと云ふ。(註二) 尙、此の時代から、此の法廷に於ける辯論を職とする者の間に、特殊の職服と冠 *coif* とを着するの習慣を生じたのであつた。(註三)

(註一) Holdsworth に依れば、當事者自ら辯論せし場合、其の失言の取消は不可能であつたが、他人をして辯論を爲さしめた場合、其の者の失言には當事者は拘束せられずして之れを否認し得た (*ibid.* p. 312)。是れなども、辯論人の制度を一般化せしむるに付き有力なる原因となつたことであらう。序ながら此の辯論人の失言を否認し得る法廷の慣行は、ゲルマン法に於ける *Vorsprecher* (代辯人) の失言に對する *Holung und Wandel* (補正及び撤回) (本稿五一頁參照) の制度と相通ずる點あることを看過し能はぬ。

(註二) Holdsworth, *ibid.* Vol. II. p. 313.

(註三) Holdsworth, *ibid.* Vol. II. p. 314.

而してエドワード一世は、司法制度改善の一端として、*counteur* の優秀なる者を選びて *serjeant at law* (*seviens ad legem*)

の稱號を賦與し、且つウエストミンスター國王裁判所に於ける辯論の特許を與へた。(註一) 是れと同時に *apprentitii ad legem* (司法見習生)を設け、一定期間の修習を経て *serjeant at law* たらしむることゝ爲し、(註二) 其の修習をば、専ら先輩たる *serjeant at law* が自治的に組織せし職業團體に委託した。(註三) 此の團體を *Inns of Court and Chancery* と稱し、後に *barrister* (狀師)養成の唯一の機關となりし *Inns of Court* (法學院) の前身と考へられる。(註四)

(註一) Odgers, *ibid*, Vol. II. 813/4. 尙、*serjeant at law* の名稱をエドワード一世が設けしことに就ては、Holdsworth は疑ひを存し明言しては居らぬ。Holdsworth, *ibid*, vol. II. pp. 314. 484.

(註二) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 314/5. 尙、Blackstone に依れば、此の修習期間は、十六ヶ年であつたと云ふ。(Comm. Vol. III. p. 27.)

(註三) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 493/4.

(註四) *Inns of Court* の成立並に發展に就ては、後段に於て述ぶる (本稿九七頁以下)。

斯くして第十三世紀の末葉には、*serjeant at law* なるものは、國王裁判所に所屬する辯論人として、その見習生たる *apprentitii ad legem* (司法見習生) とも、又、當時同じく職業化するに至つた *Attornus* (代訟人) とも明確に區別せられ、(註一) 且つ自治的なる團體をも構成するに至りしこと前述の如くである。(註二) 而して此の團體は、第十四世紀の末葉に至り、愈々、其の基礎強固を加へ、判事の缺員は、此の團體に屬する *serjeant at law* より補充することゝなつた。(註三) 其の他、*serjeant at law* の資

格に附せられし特権の多くは、概して此の當時に賦與せられ、斯くて *serjeant at law* の地位は、學位號 (*degree of Doctors*) よりも、遙か尊敬に値したと云はれて居る。(註四) 現在の *barrister* (狀師) は、此の *serjeant at law* の後身とも觀るべきものなること、後述の如くである。

(註一) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 484.

(註二) *serjeant at law* が、自治的なる團體を構成するに至りし原因として、Odgers は、其の所屬員、即ち國王裁判所に於て辯論すべき *serjeant* の數の増減を其の自治的決定に委せし爲め、特定の場所に組織體を有つに至れるものと述べて居る (*ibid*, Vol. II. p. 814.)。

(註三) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 485.

(註四) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 486.

III.

次にイギリスに於て、前述の *counteur*、後の *serjeant at law* と相竝むで發達したものに *attorney (attornus)* (代訟人) がある。此の *attorney* は、現今の *solicitor* の前身とも看るべきものであつて、*counteur* と異なり、法廷に於ける當事者の代理機關として發達したものである。其の淵源に就ては、未だ充分なる研究が遂げられて居らないのであるが、古ノルマンの法制に遡り得ると云ふ Brunner の説が、諸般の事情より推して正鵠を得て居るものゝ如くである。(註一) 兎に角、イギリスに於ても、ローマ法若くは古ゲルマン法に於けると同様、その初めには法廷に於ける代理は勿論、一般法律取引に於ける代理をも認めな

かつたのであつて、従つて *attornus* (代訟人) の如き者の存在する餘地がなかつたのである。(註二) 併しながら文化の發達に伴ふ社會組織の複雑化は、漸次、法廷に於ける代理人の必要を感せしめ、因つて法廷に於ける辯論を専らにする *counteur* (代辯人) の外、訴訟に於て當事者を代理する *attornus* (代訟人) なる者の出現を促がすに至つたのである。(註三)

(註一) 本稿八八頁(註三)参照。

(註二) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 311/2. 斯く法律取引に於て代理を認めざることは、原始法制の特徴であり、古ゲルマン法に於ても、又、ギリシア並にローマ法に於ても同様であつたことは、既に夫れ夫れの項にて述べた。

(註三) *attornus* (代訟人) は、その初め、訴訟に於ける當事者の代理と云ふよりも、寧ろ法廷に於ける手續の指導の爲めに出現し、其の後、本文に述ぶるが如き社會的事情に因り、漸次、法廷に於て當事者を代理するに至れるものとも觀察せられ得る。即ち Holdsworth に依れば、*attornus* も、尙、其の初期の頃には充分なる當事者の代理權を有しなかつたと云はれ (*ibid*, Vol. II. p. 312. n. 1.)、又、Brunner が、アングロ・サクソン法にては、法廷に於ける辯論と當事者の訴訟代理とを、必ずしも嚴格に區別しなかつたと述べて居るが如き (Forschungen, S. 423)、孰れも上記の如き主張の論據と爲すに足りる。

訴訟に付き *attorney* (代訟人) を使用することが一般的に公認せられたのは、エドワード一世(1272—1307)の時である。夫れ以前、尠くとも一二三五年迄は、*attorney* に依る代理を一般的に許さなかつたのであつて、(註一) 唯、當事者自ら訴訟を遂行し難き特殊の場合に限り、例外的に *attorney* に依る代理が許されたのである。而して其の代理には、國王の特許が必要であり、其

の特許は、當該訴訟にのみ限られたものであつた。(註二) 然るに其の後、かゝる制限は漸次に緩和せられ、エドワード一世の發したウエストミンスター條例は、(註三) attorney に依る訴の提起と、當事者不出廷の場合、attorney に依り訴訟を進行せしむることとを一般的に許容したのである。(註四) 此の attorney (代訟人)の一般的使用は、先づ地方の裁判所に行はれたのであるが、(註五) 斯くして國王裁判所に於ても一般的に許さるゝこととなり、爰に serjeant と attorney との職能的區分が明かとなるに至つたのである。

(註一) Jenks, History, p. 203.

(註二) Blackstone, *ibid*, Vol. III. p. 25/6.; Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 315.

斯く國王の特許に依り attorney の使用を許されたことは、前述せる中世フランスに於ける lettres de grâce (特許狀) の制度に近似せることに注意を要する(本稿八〇頁参照)。

(註三) Statute of Westminster, 2. c. 10.

(註四) Blackstone, *ibid*, Vol. III. p. 26.; Magnus, a. a. O. S. 53.

(註五) Jenks, History, p. 203/4.

attorney (代訟人)が職業化したのは、エドワード一世の時であると云はれる。(註一) 尤も夫れ以後にも、非職業的 attorney の存在は法律上可能ではあつたが、夫れが職業として認められて以來、職業的 attorney の數、頗みに増加し、非職業的 attorney を依頼すること稀れなるに至つた。(註二) 初め職業的 attorney は、serjeant at law と相並び、國王裁判所に所屬せしめられ、正規の職業團體を組織したのであつたが、後には各裁判所に分

屬せしめられ、その宣誓し、所屬する裁判所に於てのみ、職務を執り得ることとなつたのである。(註三)

(註一) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 317.

(註二) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 504. 尙、Jenks に依れば、attorney の職業性は、一四〇二年の條例に於て、初めて認められ得ると云ふのであるが、(History, p. 204.) 此の條例は、同書にも述べらるゝが如く専門的知識を缺く非職業的 attorney (即ち處定の法律學科を履修し、免許を受けたるに非ざる者) を禁止する規定であつて(後述)、寧ろ此の時に attorney が職業としての獨占性が確立せられたと看るべきであらう。

(註三) Blackstone, *ibid*, Vol. III. p. 26.; Brunner, a. a. O. S. 423, 443. 斯く attorney が、各裁判所に分屬せられ、其の裁判所に於てのみ執務し得るに至つたことは、國王裁判所に所屬する serjeant at law との間の職業的區分並に對立を、一層、助長したものと考へられる。

斯くして attorney が職業化し、其の人員が増加するに伴ひ、裁判所の之れに對する統整、監督が當然其の嚴密の度を加へた。即ちヘンリー四世(1399—1413)の時、先づ一四〇三年には、専門的知識を缺く attorney を其の職より退かしむるの規定を設け、(註一)續いて條例を以て、attorney の登録を受くるには、先づ判事の爲す試験に合格することを必要ならしめ、同時に、學識あり、品行方正にして、且つ裁判所に於て其の義務に忠實なるべく宣誓を爲したる者に非ざれば、attorney の職を執り得ざるものと定めた。(註二)尙、以上の外、裁判所も、亦、必要に應じ其の取締の規定を設けたのであつて、斯く attorney が種々なる形式に於て裁判所の周到なる取締、監督を受けたることゝ、夫

れが各裁判所に専屬し、其の所屬裁判所に於てのみ職務を執り得たこととが、此の attorney をして、裁判所の職員たるの性質を有せしむるに至つた。(註三) 是れと同時に、從來、attorney は、依頼人の爲め法廷に於て辯論を爲すことを得、又、Inns of Court (法學院)にも所屬することを得て、serjeant at law と、未だ充分に分岐せられなかつたのであるが、前述の如く裁判所の職員、而かも判事に從屬する下級職員たるに及むで、先づ法廷に於て辯論を爲すの權を奪はれ、後、第十六世紀に至り、Inns of Court よりも除かるゝことゝなつた。(註四)

(註一) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 505.

(註二) Blackstone, *ibid*, Vol. III. p. 26.

(註三) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 504/5.

(註四) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 504/5. ; Vol. III. p. 654. ; Vol. VI. p. 441

IV.

以上は、イギリスに於ける辯護士制度の濫觴、竝に中世に於ける其の發達の概觀であるが、尙、之れと關聯し、辯護士制度に付き、イギリスに特有なる諸點を理解、把握するが爲めには、barrister (狀師) の團體にして、且つ其の養成機關として現在にまで存續せる Inns of Court (法學院)に就ての觀察を缺き能はぬ。

此の Inns of Court の起原は、古記録の喪失に因り、必ずしも明瞭ではない。Holdsworth は、確實の處としては第十四世紀まで遡り得るに止まると述べて居るが、(註一) 一般の認むる處に

依れば、Jenks の云ふが如く、第十二、三世紀の頃ウエストミンスター所屬の counteur (代辯人) が、自治的に組織した社交乃至職業團體を以て其の前身となすものゝ如くである。(註二) 果して然らば、前述の如くエドワード一世 (1272—1307) が、serjeant at law の組織する團體に、apprentitii ad legem (司法見習生) の修習を委託したのであるが、(註三) 即ち此の團體が、現在の Inns of Court の前身と云ふことゝなるのである。(註四)

(註一) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 494.

(註二) Jenks, *Book*, p. 80.; Odgers, *ibid*, Vol. II. p. 813/4.; Gerland, H.B., *Die Englische Gerichtsverfassung* (1910) Bd. II. S. 928. N. 3.

(註三) 本稿九二頁参照。

(註四) serjeant at law の團體が、其の職業團體でありながら、同時に後進の養成機關となり、且つ Inns of Court といふ名稱を有つに至つた過程に就ては、種々、憶説せられて居る。想ふに、當時、第十二、三世紀の頃、ロンドンには、多數の法學生が集合し、その爲めの學寮 Inns が主として寺院内に設けられしものゝ如くである。而してエドワード一世が serjeant at law の稱號を有する辯護士に對し、國王裁判所に於て辯論するの特權と、その他、自治的權能を賦與すると共に、後進たる apprentitii ad legem の指導、修習の任務を之れに課したが爲め、ウエストミンスターの國王裁判所に附屬して學寮 Inn を設け、此處にて後進の指導、修習を行ふと同時に、職業團體としての事務をも執つたのであらう。斯くして職業團體にして同時に後進の養成機關たる團體が Inns of Court と云ふ名稱に於て成立したと考へられる。Odgers, *ibid*, Vol. II. pp. 813—815. 鹽谷氏、英國辯護士制度 pp. 3—6. 参照。

斯くして Inns of Court は、一面に於て serjeant at law の職業團體として成立したのであるが、中世期を通じ、寧ろ法律家の養成機關として發達を遂げたのであつた。即ち Inns of

Courtは、法律實務家養成の獨占機關として、*apprentitii ad legem* (司法見習生)に修習を施し、其の修習を了へたる者に對し法廷に於て辯論することを許可するの特權 (*privilege of "calling to the bar"*) を有した。(註一)而して其の修習人員の増加と共に、漸次、其の規模が擴大せられ、第十五世紀の末葉には、現在の如き *Lincoln's Inn, Gray's Inn, Inner Temple* 及び *Middle Temple* の四法學院が、夫れ夫れ修習施設を有つに至つた。(註二)

(註一) Jenks, *History*, p. 202.

(註二) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. pp. 499—502. 尙、*Inns of Court* の外に、法學教育施設として *Inns of Chancery* が存したのであるが、是れは *Inns of Court* より下級の教育施設とせられ、主として *attorney* が、之れに所屬した(尙、*attorney* は *Inns of Court* に所屬することも許された)。然るに第十六世紀に至り *attorney* が *Inns of Court* より除かれたるが爲め、此の *Inns of Chancery* は、*attorney* の專屬施設となつたのであるが、後、衰滅して、現存せざるに至つた。Odgers, *ibid*, Vol. II. p. 815.; Holdsworth, *ibid*. Vol. II. p. 505.

而して中世紀に於ては、*serjeant at law* と *attorney* とが職能的に充分に分岐せらるゝに至らざりしこと前述せしが如く、(註一) 従つて此の兩者に對する法律教育の方法は大體に於て同一であり、*attorney* も、亦、*Inns of Court* に所屬し、且つ其の依頼を受けし事件に付き、法廷に於て辯論することを許された。(註二) 然るに第十五、六世紀に及むで、*attorney* が、前述の如く *serjeant at law* とは別異の發達を遂げ、全く異なる職能を有つに至れるが爲め、種々なる經緯の下に *Inns of Court* よ

り除かるゝに至つた。(註三) 爾來、Inns of Court は、barrister の職業團體として、且つ其の養成機關として今日に及むで居る。

(註一) 本稿九七頁参照。

(註二) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 505.

(註三) Holdsworth, *ibid*, Vol. II. p. 505.; Vol. III. p. 654.; Vol. VI. 441.

Inns of Court の最盛期は、第十六世紀前半の頃であつたと云ふ。(註一) 即ち此の時代は、後述するが如く barrister の興隆期であり、此の新興の barrister の職業團體であり、且つ其の養成機關である Inns of Court が、當時の社會的要求に適應する存在として發達を遂げたことは、素より當然であらう。然るに此の頃を黄金時代として衰退期に入り、漸次に其の特權を剝奪せられ、クロムウエルの共和政治時代 (1649—1660) に至りて愈々衰微し、第十七、八世紀の交には、其の教育施設としての機能をも失ふに至つた。(註二) 然るに第十九世紀に入りてその再建の機運に赴き、殊に一八五二年、四法學院の代表者に依り法學教育施設を復活するに及むで、其の勢力を加へ、(註三) 現在、Lincoln's Inn, Inner Temple, Middle Temple, 及び Gray's Inn の四法學院が、イギリスに於ける法律實務家を代表する barrister の團體として、法律實務生活の中心を爲して居ることは、爰に言ふ迄もない。(註四)

(註一) Holdsworth, *ibid*, Vol VI. p. 481. 此の時代には、相踵いて種々なる特權を賦與せられ、些か傍若無人の存在であつたものゝ如く、第十六世紀の頃、國王が、此の機關を通ぜずして barrister を養成するの案を立てられた

こともあると云ふ。但し此の案は、裁判所側の反對により實現するに至らなかつた。Vgl. Gerland. H., a. a. O. S. 928. N. 1.

(註二) Holdsworth, *ibid*, Vol. VI. pp. 481—499.

(註三) Jenks, *History*, p. 203.

(註四) 現在の Inns of Court に關する文獻としては數あるも、Barton & others, *Story of our Inns of Court* (1924). Lofties, W. J., *The Inns of Court and Chancery*, 1898.; Bellot, H. H. L., *The Inner and Middle Temple*, 1902.
鹽谷氏、英國辯護士制度 pp. 9—23. 穂積重威氏、英國法制研究 pp. 91—100.
英國裁判所構成論(司法資料四六號) pp. 111—116.

V.

以上述ぶるが如くにて、イギリスに於ては、辯護士制度の創始より、既に法廷に於て辯論を爲す *counteur* (代辯人) と法廷に於ける當事者の代理を以て其の任務とする *attorney* (代訟人) との區別を存したのであるが、此の區別は、中世紀を通じて支持、發展せしめられ、近世期に至り *barrister* (狀師) (註一) 及び *solicitor* (訟師) と夫れ夫れ稱せらるゝに及むで、完全なる職能的區分を生じ、其の間に上級、下級の關係をも生ずるに至つた。而して斯くなれる原因としては、素より此の國に特有なる種々なる事情を擧げ得るであらうが、要之、その重なる原因としては、次の三點に歸着するものと考へる。(註二)

(註一) *barrister* と云ふ語は古くより存し、*apprentitii ad barras* (辯護士見習) から出たと云はれて居るが、第十六世紀の頃より、一般的に使用せらるゝに至つた。

(註二) 此等原因を、フランスに於ける *avocat* と *procureur* との岐れたる原因と比較するならば、其の間に著しき相似點あることが觀取せられる。但し

此處には其の詳説を省く(本稿八〇頁以下参照)。

第一、 第十六世紀に至り、attorney が Inns of Court のメンバーから除かれたことは、既に述べた如くであるが、此の頃から barrister は、一種、貴族的の政策を執り、例之、従來、Inns of Court に於て一般の者と會見し、法律鑑定並に事件の依頼等に應じたのであつたが、漸次、此の慣行を改め、依頼者との間に attorney を立て、自らは直接、依頼者と交通せざることゝ爲し、自らを高きに恃した。(註一) 而してかかる高踏的態度をば、嘗に職業上のみならず、イギリスの精華たる Gentlemanship の體現として社交上にも及ぼした爲め、barrister の地位を著しく昂上せしめたのであるが、是れと同時に、solicitor の地位が裁判所の從屬機關であることと、其の教養程度が概して barrister の夫れに及ばなかつた結果として、兩者間に上級、下級の關係をも生ずるに至つたのである。(註二)

(註一) Holdsworth, *ibid*, Vol. VI. pp. 439—440, 444.; Jenks, *Book*, p. 80.

(註二) 現在に於ては、法律上 barrister と solicitor とは、同一水準に置かれて居るが、社會上の地位としては、若干、其の間に徑庭あることを否み能はぬ。

第二、 次に barrister は、ロンドンに在る Inns of Court を、其の唯一の職業團體とし、之れに加入せることを以て barrister たるの絶對的資格要件となし、夫れ自身、集中主義を執ると同時に、solicitor に對しては、之れを Inns of Court

のメンバーより除く等、其の間の分離を策した。之れに對し、solicitor は、各地方の裁判所に分屬し、各地にて團體を組織し、barrister の如く集中的團體を設くるに至らなかつた。斯く barrister が、團體的集中主義を執れることが、solicitor と職能上にも、又、社會的にも分離するに至れる一原因と考へられる。(註一)

(註一) Gerland. H. B., Die Englische Gerichtsverfassung. Bd. II. (1910). S. 891.

第三、 以上は、假令、意識的ではなかつたとするも、barrister の側の solicitor を排して自ら高きに居らんとする作爲的行動に基因するのであるが、尙、外部的にも、此の兩者を職能的に分岐せしむるに付き、重大なる原因が存した。即ちその一は、近世紀のイギリス法に於て特に顯著なる證據法 law of evidence の發達であつて、夫れが爲め法廷に於ける證據の取扱に付き、特殊の技能と經驗とを必要ならしめたることであり、その二は、イギリスにては陪審制度が廣範圍に行はるゝ結果、法廷に於ける對陪審員の駈引乃至辯論の技術が特に必要とせられたることである。斯くしてイギリスの訴訟法が、法廷に於ける辯論に付き、特殊なる技能と經驗とを要求せしことが、barrister をして、職能的に全く solicitor より分離せしむるに至りし決定的原因をなしたと考へられる。(註一)

(註一) Holdsworth, *ibid*, Vol. III. p. 654.

以上述ぶるが如き諸原因に基き、barrister は、職能上にも、

社會上にも、全く solicitor とは分離するに至り、barrister は、所謂、「紳士中の紳士」として社會的に高き地位を占め、政治的にも有力なる勢力の源泉を爲すに至つた。(註一) 併しながら是れと同時に訴訟手續上には、solicitor の夫れとは著しき差異を生じたのであつて、即ち barrister は、當事者と直接交通せず solicitor を仲介とするが爲め、當事者の代理人は solicitor であり、自らは寧ろ輔佐人たるの立場に立つことゝなつた。(註二) その爲め barrister は、自己の報酬に付き何等拘束的の契約を爲すことを得ず、且つ報酬の請求訴訟を提起し得ざるものとせられた。(註三) 又、法廷に於ける其の辯論は、依頼者たる當事者を拘束し得ないのであるが、其の反面には職務を誠實に執行する限り、依頼者より怠慢、不熟練等の理由に依り出訴せられざること、其の他の特權が與へられてある。(註四)

(註一) 尙、Inns of Court は普通法の爲めに存した施設であつたことは、爰に云ふ迄もなく、従つて普通法と衡平法との對立の激化が、solicitor を Inns of Court より排斥するの一因をなしたものと考へられる。

(註二) Gerland, a. a. O. S. 890. 鹽谷氏、英國辯護士制度 p. 74.

(註三) Holdsworth, *ibid.* Vol. VI. p. 440.; Blackstone, *ibid.* Vol. III. p. 28. 鹽谷氏、前掲 pp. 76—77. 91—98.

(註四) Blackstone, *ibid.* Vol. III. p. 29; Jenks, *Book*, p. 79. 鹽谷氏前掲 pp. 103—104.

以上述ぶるが如くにて、barrister が、高踏的態度を持して依頼者との直接の接觸を避け、且つ主として法廷に於ける辯論に其の活働を集中することゝなれるが爲め、現在にては、別に

solicitor (訟師) なる者が存し、當事者と barrister との間に介在し、當事者の眞の代理人として、barrister の職務に屬する法廷に於ける辯論を除くの外、其の他訴訟に關する一切の事務を執つて居る。

此の solicitor (訟師) は、前述せる attorney (代訟人) の後身とも看るべきものであるが、attorney 其の者の變形ではない。(註一) 元來、solicitor は、各種の事業を計劃し、諸般の職務を處理する者の名稱であつたが、後、夫れが訴訟手續に干與することとなり、第十六世紀の末葉には、大法官廳に提出せられし事件が、其の補助判事室 (chambers of the masters in Chancery) に停滯せる場合、其の審理の促進を運動 (solicit) することを以て専らの仕事となした。(註二) 然るに第十七世紀の初頭には、更に進むで此の solicitor が、訴訟手續上には、attorney と同一地歩を占むる職業として認めらるゝに至り、其の後、前述の如き barrister の高踏的政策に依り Inns of Court より脱退せしめらるるに及むで、此の兩者は、共に Inns of Chancery に所屬し、種種なる經緯があつて、遂に兩者合體したのである。(註三) 即ち一八七三年の裁判所構成法 (Judicature Act) は、barrister を除く一切の法律職業を一團として、之れに最高法院訟師 (solicitors of the Supreme Court) の名稱を附したのである。(註四)

(註一) solicitor の沿革に就ては、Holdsworth, *ibid*, Vol. VI. pp. 448—457.; Jenks, Book. p. 85.

(註二) 要之、Solicitor は、第十六、七世紀に於ける衡平法 Equity の長足的進歩に伴ひ法律職業家として新たに擡頭せしものであつた。

(註三) Holdsworth, *ibid*, Vol. VI. p. 457.; Jenks, *Book*, p. 85.

(註四) Jenks, *Book*, p. 85.

斯くして barrister に對立し、之れに屬せざる一切の訴訟事務を處理する機關として solicitor なるものが成立した。此の solicitor は、依頼人と直接に接觸し、事件を引受くるのであつて、當事者の眞の代理人と見るべきものであるが、(註一) 尙、他の一面には、高等法院 (Supreme Court) に所屬する官吏たるの資格を有つのである。(註二) 尙、solicitor は、相集つて Incorporated Law Society (社團法人法律協會) を組織する。(註三)

(註一) Gerland, *a. a. O.* S. 890.

(註二) 即ち solicitor は、其の所屬する Supreme Court の懲戒權に服する。

(註三) 此の Incorporated Law Society は、第十八世紀に消滅したる Inns of Chancery の再建と看ることが出来るのであつて、その solicitor との關係は、大體に於て Inns of Court の barrister に對する關係に匹敵せしめ得る。Jenks, *Book*. p. 85/6.

第三章 現今の各國辯護士制度

前章に於ては、辯護士制度が、過去、如何なる發展の過程を執つたかを概説したるが、續いて本章にては、現今の各國辯護士制度を叙説する。併しながら現行の制度に就ては、云ふまでもなく資料が極めて豊富であり、寧ろ過多とも稱すべきであるが故に、此等資料を整理して、各國の辯護士制度を通觀することは、他日の機會に譲り、本稿には、唯、其の文獻を擧げ、併せて概説するの程度に止むる。

而して各國の辯護士制度の夫れ夫れに關する文獻、主に特殊問題に關する資料は、孰れも其の場所に就て擧ぐることゝなし、爰に各國の辯護士制度を通觀せる文獻のみを擧ぐる。但し其の種類極めて乏しい。

1) Magnus, J., Die Rechtsanwaltschaft, 1929.

本書は、I. ヨーロッパ、II. アフリカ、III. アメリカ、IV. アジア、V. オーストラリア に分ち、殆んど世界各國の辯護士制度が、夫れ夫れ主として其の國の法律家の手に依り簡明に叙述せられてあり、我が國の辯護士制度は、升本重夫氏が執筆せられて居る (S. 425—439)。尙、卷末、「辯護士史」の部には、本稿に屢々引用せられし、Wenger の「ローマ法に於ける辯護士制度」並に Schwerin の「ゲルマン法に於ける辯護士制度」が載せられてある。

- 2) Appleton, J., *Traité de la Profession d'avocat*, 1928, Paris, pp. 77—122.

本書中、*legislations étrangères* の題下にて、イギリス、ドイツ其の他約十七ヶ國に付き、辯護士制度を簡明に紹介して居る。

- 3) 諸外國に於ける辯護士制度概観（司法資料、大正十五年、第九五號）

本書は、前掲マグヌス著書舊版の部分的抄譯であり、ドイツ、オーストリア、イギリス、フランス、イタリー等を初めとし、總計二十三ヶ國の辯護士制度が概説せられてある。

- 4) 小齋甚治郎氏「各國の辯護士制度大觀」（法律新報、昭和九年二月第三五二乃至三五四號）

本稿は、それより先、帝國辯護士會發行機關誌「正義」昭和八年（第九卷）十一月、十二月號並に昭和九年（第一〇卷）一月、二月號に連載せられしものと同一であり、大體、前掲 3) に依れるものである。

- 5) 升本重夫氏、世界各國の辯護士制度（法律新聞三一四九、三一五〇號）

- 6) Möller, H. A., *Europas Advokaten Handbuch*, 1913.

本書は、辯護士の國際年鑑とも云ふべきものにして、コペンハーゲンの辯護士である Möller 氏を主腦として編纂せられしものであり、獨、英、佛の三ヶ國語を以て記述せられてある。

第一節 ドイツ

I.

ドイツの司法制度は、ナチス治下に於て著しい變革を蒙り、辯護士制度も、亦、其の例に洩れないのであるが、基本の法律と

しては、依然として、一八七八年の辯護士法 *Rechtsanwaltsordnung, vom 1. Juli, 1878* である。(註一) 而してナチスは、一九三四年一月三十日の「新國家建設法」*Reichsgesetz über den Neuaufbau des Reichs, vom 30. Januar 1934.* に依り、其の政綱たる中央集權の目的を達成し、各邦 *Länder* の主權を國 *Reich* に移讓せしめたのであるが、(同第二條)、更に之れに基き司法權を完全に國 *Reich* に集中せしむるの趣旨を以て、辯護士法の規定を改正し、(註二) 又、新たに統一せる「司法官養成規則」*Justizausbildungsordnung* を制定した。(註三)(註四)

(註一) 此のドイツ辯護士法の註釋としては、*Friedländer, M., Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung, 1920.* が有名である。尙、本法の邦譯は、「獨逸辯護士法制」(司法資料大正十一年第十三號)、及び司法省刑事局發刊、「辯護士法改正法律案參考資料」に掲載せられてある。

(註二) ナチス政權下に於ける辯護士法の改正としては、先づ一九三三年七月二十日の法律 *Reichsgesetz zur Aenderung einiger Vorschriften der Rechtsanwaltsordnung, der Zivilprozessordnung und des Arbeitsgerichtsgesetzes, vom 20. Juli, 1933 (RGBl. I. 522.)* 第一條に依り、辯護士の認可に關する辯護士法第五條、第六條に、拒絶原因たる新たなる事項を追加し、且つ同十四條 a, 二十一條 a を加へたのであるが、一九三四年二月十六日の「司法ヲ國ニ移讓スルコトニ關スル第一次法律」*Erstes Gesetz zur Ueberleitung der Rechtspflege auf das Reich, vom 16. Februar 1934 (RGBl. I. 91)* 第三條は、司法權を各邦 *Länder* より國 *Reich* に集中すの目的を以て、辯護士法第三條を修正し、第四條を廢止した(本法の譯文は、法曹會雜誌一三卷四號に掲載せられてある)。而して同年十二月二十日の法律 *Gesetz zur Aenderung der Rechtsanwaltsordnung, vom 20. Dezember 1934. (BGBl. I. 1258)* に因り、辯護士認可の拒絶に關する第五條、第六條に、更に新拒絶原因事項を追加した。

此等に就ては後述する。

(註三) 此の司法官養成規則は、一九三四年七月廿二日に司法省令として公布せられ、Justizausbildungsordnung des RJM., vom 22 Juli, 1934 (RGBl. I. 727.) 後、試験の方法に關する規定に付き、數回に亙る修正が爲された。凡べて判事、検事竝に辯護士たらむとする者は、本規則に依る考試竝に修習を受くることを必要となし、斯くてドイツ國內全般に亙り司法官養成の規定が統一せられたのである。Vgl. Wagner, M., Justizausbildungsordnung des neuen Reichs, 1934. 尙此の規則の譯文は、法曹會雜誌一三卷昭和十年四號に掲載せられてある。尙、本規則制定以前のドイツに於ける舊司法官養成制度に就ては、Weber, K., Die Entwicklung des juristischen Prüfungs- und Ausbildungswesens in Preussen, (Zeitsch. f. dent. ZPO. Bd. LIX. Heft. 5). 齋藤常三郎博士、獨逸ザクセン州の第一回司法官試補登用試験(一九二二年正月)の實況(破産法及和議法研究第二卷附録)。同博士、司法官及び辯護士の養成(同上第三卷附録)竝に齋藤秀夫氏、ナチスの民訴觀(法學四卷昭和十年四號 pp. 97—101)プロシアに於ける司法官教育關係法令彙纂(司法資料一八五號)。

(註四) ナチス治下に於けるドイツ辯護士制度に關しては、次の如き文献がある。Fiedler, E., Der Rechtsanwalt im Dritten Reich, 1933.; Neubert, R., Wesen und Bedeutung der Anwaltschaft im Dritten Reich (Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 2. Jahrg. 1935. Heft. 2.) 龜井秀夫氏「ナチスと辯護士」(民商法雜誌二卷四號)(本稿は、前掲、Neubert の論文の抄譯に依る紹介である)。

尙、特に辯護士のみに關した問題ではないのであるが、非アリアン人種、就中ユデア人排斥はナチス政綱の一であつて、爲めに辯護士に關しても、一九三三年四月七日の法律竝に同七月二十日の其の施行令に依り、其の排斥が規定せられた。(註一) 即ち此等法令に依り、世界大戦参加者竝に老齡の辯護士に對し相

當の考慮は拂はれては居るが、非アリアン人に對する辯護士たることの認可の拒絶竝に現に辯護士たる非アリアン人の期限を附しての退職を規定した。(註二) 尙、共產黨員も、亦、同時に辯護士の業務より總べて之れを放逐した(前掲一九三三年四月七日法律第三條)。

(註一) Reichsgesetz über die Zulassung der Rechtsanwaltschaft, vom 7. April, 1933 (RGBl. I. 178), Verordnung des RK zur Durchführung der Gesetze über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und zur Patentanwaltschaft, vom 20 Juli 1933 (RGBl. I. 528). 杉村章三郎氏外三氏共著、ナチスの法律(昭和九年)、pp. 21—22.

(註二) 其の結果として、プロシアの裁判所に出入を許されたるユデア系辯護士の數は、三、三七八名より二、〇六六名に減少したと云ふ(法曹會雜誌十二卷昭和九年七號五〇頁參照)。

II.

ドイツに於ては、辯護士 *Rechtsanwalt* たるの資格は、判事の夫れと同一である(辯護士法一條)。即ち、前掲「司法官養成規則」は、判檢事又は辯護士たらむとする者に對する共通せる考試竝に修習の規則であつて、(註一) 之れに依れば、三ケ年以上五ケ年以下正規の大學にて法律學を學びたることを要件として(同三條)、第一次司法國家試験 *Erste juristische Staatsprüfung* を受けしめ(其他の受験資格は同二條に定む)、此の試験に合格したる者 *Rechtskundige* の中より其の願出に依り適當の者を修習勤務 *Vorbereitungsdienst* に採用する(同二條)。而して其の修習勤務の期間を三ケ年とし、其の修習の場所は素より主として裁判所であるが、尙、辯護士の下にて

も五ヶ月以上修習すべきものとせられる<sup>(同二
九條)</sup>。此の修習勤務を
畢りたる者に對し、第二次の大國家試験 Die grosse Staatsprü-
fung を課し、其の全人格——即ち専門的竝に一般的の知識、事
務の處理に就ての實際的技能、品性其の他個人的特質——が、
「司法官たるの資格」Fähigkeit zum Richtersamt に相應するや
否やを確定する<sup>(同三
九條)</sup>。(註二)

(註一) ドイツに於ては、辯護士志望者の考試、修習が、判檢事の夫れと同一
であり、將來、判檢事たらむとする者も、尙、一度は辯護士事務所にて修習
することを必要と爲して居る。此の點、兩者の修習過程を全く分離せるオー
ストリーの夫れと著しき相違を示し、イギリスの Inns of Court に於ける共
通的修習に著しき近似性を發見する。在朝、在野の法曹の提携を密ならしめ、
併せて法曹夫れ自身の社會的地位を昂上せしむる方法として、我國に於ても、
將來、試補修習制度の改正に際し、考慮せらるゝ必要がある。

(註二) 此の大試験に於ては、實に専門的知識のみに止まらず、品性其の他の
個人的特質をも考査する點に、其の特異性が見出される。

而して此の大國家試験に合格したる者は、判事たるの資格を
有し、又、國 Reich の現行法規に従ひ、各州に於て辯護士とし
て認可せられ得る。即ちナチス政權下に於ては、判事たる資格
ある者は、各州に於て當然、辯護士として認可せらるゝことを
原則とし、所謂、自由辯護士主義が、國 Reich の全般に互り原
則的に行はれる。(註一) 併しながら他方に於て認可拒絶に關する
辯護士法第五條の規定を改正し、認定事項を増加したるが爲め、
事實上には、全國的に一種の免許主義が行はるることとなつた。
而して新たに認可拒絶の原因とせられたる事項中には、注目

に値するものがある。例之、定年に達し退職したる官公吏に對しては當然認可を拒絶すべく、又、滿五十五年を越えたる者に對しては、其の認可を拒絶し得るものとなせるが如き即ち夫れである。(註二)

(註一) 前掲、一九三四年二月十六日の「司法ヲ國ニ移譲スルコトニ關スル第一次法律」第三條一項に「判事タルノ資格ヲ得タル者ニ對シテハ、國ノ現行法規ニ從ヒ各州ニ於テ辯護士ヲ認可スルコトヲ要ス」と規定し、所謂、自由辯護士主義 Die Freigabe der Rechtsanwaltschaft をば國 Reich の全般に互り採用する旨を明かにした。即ち夫れ迄は、大國家試験が各州に於て各別に行はれしが爲め、辯護士法第四條の規定に依り自由辯護士主義も、自ら其の試験に及第せる州にのみ限定せられたのであつたが、ナチス政權下に於て前述の如く司法權を國 Reich に集中し、統一せる司法官養成規則を制定せし結果として、自由辯護士主義を全國に互り擴大せむとし、前掲第一次法律第三條第一項の規定を以て、從來、免許主義を執れる辯護士法第二條の規定に代らしめ、同時に同第四條の規定を廢止したのである(前掲第三條二項)。

(註二) 辯護士法第五條は、辯護士認可の絶對的拒絶原因を規定し、又、同第六條は裁定的拒絶原因を規定するのであるが、兩條とも、前掲、一九三三年七月二十日の法律竝に一九三四年十二月二十日の法律に依り、(本稿一〇九頁註二参照) 其の拒絶原因たる事項を増加せられた。

即ち辯護士法第五條の規定する、辯護士たることの認可の絶對的拒絶原因の第七號として、前掲一九三三年七月二十日の法律は、「申立人ガ、國、地方自治體、公共團體其ノ他ノ公法團體ノ官公吏トシテ定年ニ達シ、退職シタル者」を加へ、更に前掲一九三四年十二月二十日の法律は、同條第四號乃至第六號に代へ、新たに第四號乃至第七號の廣範圍に互る認可の絶對的拒絶原因を規定し、前掲第七號を第八號に繰下げた。その新たに規定せられたる事項は、要之、申立人の從來の行狀に徴し、信頼し得べき職務の執行を期待し得ざるか、若くは其の經濟事情が、依頼者の利益を傷くる虞れあるが如き場合であつて、

此等の場合にも、其の認可を拒絶すべきものとなしたのである。而して此等新拒絶原因は、孰れも自由裁定の範圍廣汎であり、去れば自由辯護士主義と云ふも、事實上、斯くして一種の免許主義が採用せられしものと考へられる。此等新拒絶原因に基き認可の拒絶ありたる場合、申立人の請求あるときは、懲戒裁判所 Ehrengericht に於て、其の拒絶の理由に付き裁判するものとし(同十六條二項)、尙、此等新拒絶原因が後に生じたるときは、其の認可は取消すべきものと定むる(同二十一條 a)。

次に辯護士法第六條は、辯護士認可に付き裁定的拒絶原因を規定する。而して前掲一九三三年七月二十日の法律は、新たなる認可の拒絶原因として第四號竝に第五號を追加したのであるが、其の第四號は「申立人ガ、國、邦、地方自治體、公共團體其ノ他ノ公法團體ノ官公吏トシテ、其ノ職務ニ忠實ナラザリシ爲メ定年ニ達スル以前ニ休職トセラレシ者」と云ふのであり、更に前掲一九三四年十二月二十日の法律は、第六號として「申立人カ申立ノトキ滿五十五年ニ達シタルトキ」と追加し、此等に該當する者に對しても、認可の拒絶を爲し得るものと爲したのである。

III.

次に辯護士の職務に就てであるが、ドイツに於ては、辯護士單一主義を採り、辯護士に屬する一切の職務行爲は、總べて一人にて遂行し得るものとし、其の擔任すべき職務の如何に依り辯護士に種類を設けぬ。(註一) 尤もドイツが聯邦國家たる關係上、ライプチヒの帝國裁判所 Reichsgericht を特殊化し、所長の自由裁量に依る認可を得たる者のみが、此の裁判所に於て職務を執り得るものとし(辯護士法_{九九條})、此の認可を得たる帝國裁判所所屬辯護士は、他の裁判所に於て認可を受け、若くは、他の裁判所に出廷し得ざるものとする(辯_{一〇}條_〇)。

(註一) ドイツに於ても、過去には辯護士の職務が、Advokat と Prokurator とに分たれしこと前述の如くである(本稿五九頁以下)。然るに獨逸普通法に於て民事訴訟に付き書面審理の行はるゝに至りし結果、法廷外、並に法廷内辯護士の區別を存する要なきに至りたるを重なる原因として、辯護士の種類の單一化せられしことも、亦、説述せし處である(本稿六四頁参照)。

以上大審院辯護士を除き、一般の辯護士は、控訴院以下の各裁判所に於て民事刑事に付き其の職務を行ふのであるが(註二)、民事に關しては一種の地域制が行はれ、合議裁判所の手續に關しては、辯護士は、其の所屬の裁判所に於てのみ、當事者を代理し得るものとせられる(民訴七八條一項、辯二七條)。(註一) 尙、プロシア、ザクセン其の他、北ドイツ諸州にては、辯護士の一部が公證人 Notar の職務を兼ねる。(註二)

(註一) 民事訴訟に就ては、區裁判所手續を除き、辯護士直接強制主義を執ると共に、受訴裁判所所屬の辯護士に限り、訴訟代理人たることを許す一種の區域制 Lokalisierung が行はれる(民訴七八條一項)。即ち辯護士法第二七條は、上記民訴七八條の規定を補足するに止まるのであつて(Vgl. Friedländer, a. a. O. zu § 27. I. (S. 95)). 従つて之れに該當せざる場合には、其の職務執行に關し、何等地域的制限を蒙らぬ(辯二六條)。

(註二) 斯く辯護士に公證人の職務を兼ねしむることは、フリードリヒ大王の司法制度改革に際し、従來の Advokat を廢止し、Assistenzrätthe(司法補助員)を以て代へたるが爲め、失業せる Advokat に公證事務を執らしめたるに其の端を發する。此の經緯は、既に述べたるが如くである(本稿七一頁参照)。

辯護士の數は、ドイツに於ても最近著しく増加し、一九三三年一月一日現在にて、一九、二七六名であると云ふ。(註一) 之れを一九〇五年一月一日の現在數、七、八六三名に比すれば、二倍半

に相當するのであつて、かゝる辯護士數の急激なる増加は、必然的に其の素質竝に社會的地位の低下を齎らざるを得ぬ。(註二) かゝる弊害は、既に一般に認められ、員數の制限 numerus clausus 其他の方法が考究せられつゝあるのであるが、上記、ナチスの辯護士法改正も、亦、辯護士界の淨化が、其の主要なる目的である。(註三)

(註一) Statistisches Jahrbuch für das deutsche Reich, 1933. S. 530. (此の統計は、法曹會雜誌十三卷九號に譯載せらる)。尙、數字に示されたる辯護士中には、帝國裁判所所屬辯護士二四名、竝にバイエルン最高法院所屬辯護士三名が除かれてある。

(註二) 一八七八年ドイツ辯護士法施行以來の辯護士増加數は、Neubert 氏前掲論文中に表として示されてある (此の表も、亦、民商法雜誌二卷四號に掲載の龜井氏前掲紹介文中に譯載せらる)。

(註三) Neubert, a. a. O.

IV.

最後に辯護士の報酬に關しては、ドイツには一八七九年の辯護士手數料法 Die Gebührenordnung für Rechtsanwälte がある。

(註一) 辯護士の職務の重なるものは民事事件の處理であり、而して民事訴訟に關しては、區裁判所手續を除き、所謂、辯護士直接強制主義が採らるゝを以て、國家が辯護士の手數料を公定することは、素より當然であらねばならぬ。(註二) 併しながら事件に難易があり、又、辯護士の職務遂行には、著しく人的色彩が濃厚であるが故に、特に訴訟救助の爲め附添を命せられたるが

如き場合を除き、其の報酬に關し、依頼人との間に特殊の契約を爲すことが認められる(辯護士手数料法(九三條一、二項))。但し其の額が不當と認められたるときは、辯護士會々長の意見を徴し、訴訟手續に依り減額せられ得る(同條四項)。

(註一) 本法に關する註釋書としては、Friedländer, Die deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1878 in der Fassung vom 20. Mai 1898. 6. Aufl. 1921 がある。尙、本法の邦譯は、「獨逸ノ辯護士法制」(司法資料十三號) 及び「辯護士法改正法律案參考資料」(司法省刑事局發行) に掲載せられてある。

(註二) 手数料の算定方法としては、ドイツ辯護士手数料法は、訴訟物の價格に依るの方法を執り(同法九條)、且つ訴訟費用の算定の爲めにする價格の決定は、辯護士手数料の計算に準用するものとする(同法十一條)。

V.

既に掲記せる文獻を除き、ドイツ辯護士制度に關し見當りたる著作、論文を掲げて見る。

1) 著 書

Gneist, R., Freie Advocatur, 1911.; Rumpf, M., Anwalt und Anwaltstand 1926.; Kneer, A., Die deutsche Rechtsanwaltschaft, 1916.; Soldan, H.; Die Treuhand deutscher Rechtsanwälte und Notare, 1911.; Finger, R., Die Sendung des Rechtsanwalts. 1930.; Finger, R.; Die Kunst des Rechtsanwalts, 1926.; Meisner, Ch., Anwaltsbrevier, 1929.; Levin, L., Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Anwaltszwangs, 1916.; Benedikt, E., Die Advokatur unserer Zeit. 1912.; Kraft, J., Die Haftpflicht der Richter, Rechtsanwälte und Notare, 1911.; Wieruszowski, A., Goethe als Rechtsanwalt, 1909.; Kisch, W., Unsere Gerichte, 1908. S. 90—107 (本

稿の一部が、司法資料十三號「獨逸ノ辯護士法制」中に譯載せられてある。

2) 論文集中に掲載せられしもの

Wach, A., Die Wahrheitspflicht des Anwalts (Grundfragen u. Reform des ZP. 1914, S. 36—44); Wach, A., Die Stellung des Rechtsanwaltes (Vorträge über die Reichs ZPO. 1896. S. 80—97.); Axhausen, Die Rechtsanwaltschaft am Reichsgericht (Lobe's Fünfzig Jahre Reichsgericht, 1929, S. 206—219.); Linz, Verein der Richter und Rechtsanwälte am Reichsgericht (Lobe, a. a. O. S. 219—228.); Lesse, Th., Die preussische Rechtsanwaltschaft während der letzten fünfzig Jahre (Festgabe für Dr. R. Wilke, 1900. S. 187—206); Hirsch, L., Zur Haftpflicht des Rechtsanwalts, (Festschrift für Georg Cohn, 1915. S. 513—527).

3) 雑誌論文

Kraemer, W., Richter, Anwälte und Zivilprozessreform (ZZP. Bd. 50. 1926. S. 173ff.); Harnier, In wiefern stehen dem Rechtsanwalte Gebühren für Akte zu, welche ein Nicht-Rechtsanwalt als sein Substitut vorgenommen hat (ZZP. Bd. 7. 1884. S. 531ff.); Rördenbeck, Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts (ZZP. Bd. 9. 1886. S. 232ff.); Struckmann, Die Erstattung der Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts. (ZZP. Bd. 10. 1887. S. 350ff.); Begemann, Gebühren des Rechtsanwalts in den Fällen des § 30. Nr. 2. der Gebührenordnung für Rechtsanwälte (ZZP. Bd. 28. 1901. S. 447ff.); Böckel, Erstattung des Kosten mehrerer Anwälte (ZZP. Bd. 38. 1909. S. 477ff.); Jonas., Die erweiterte Zulassung der Rechtsanwälte vor den Arbeitsgerichten, (Deutsches Arbeitsrecht. Jahrg. III. Heft 9.)

4) 判例集

Die Entscheidungen des Ehrengerichtshofs für deutsche Rechtsanwälte, 1885—

5) 邦書

「獨逸ノ辯護士法制」(司法資料第十三號)。「辯護士法改正法律案參考資料」(司法省刑事局發行)(本書第一篇「獨逸の辯護士法制」は前掲司法資料第十三條

と同一内容)。「諸外國に於ける辯護士制度概観」(司法資料第九五號)pp. 1—33。齋藤常三郎博士、「司法官及辯護士の養成」(破産法及和議法研究第三卷)(本稿は、ドイツ舊司法官養成規則の解説である)。花岡博士、「獨逸に於ける辯護士の養成」(法曹會雜誌七卷昭和四年三號)。末川博士、「獨逸ニ於ケル辯護士ノ私法上ノ責任ニ就テ」(法叢一卷一號)(本稿は、前掲 Hirsch, L., Zur Haftpflicht des Rechtsanwalts の抄譯紹介である)。升本重夫氏、「獨逸辯護士の收入に就て」(法曹公論三五卷昭和六年五號)。

第二節 オーストリー

I.

オーストリーの辯護士制度は、第十二世紀若くは第十三世の頃まで遡り得るのであるが、史料に乏しい。(註一) 此の國の最初の辯護士法としては、一六三六年の辯護士法であつて、是れはウィーンの州知事裁判所 Landmarschallische Gericht im Wien に付き定められしものであつた。(註二) 此の當時は、國內各地方に依り訴訟手續法規を異にしたのであつて、辯護士法も、亦、地方に依り區々たるを免れなかつた。かゝる不統一は、マリア・テレジア (1740—1780) の當時にも、尙、存したのであつた。(註三)

(註一) 之れに觸れたる文献としては、Kübl, F., Geschichte der österreichischen Advokatur, 1926. S. 20ff.

(註二) Kübl, a. a. O. S. 52.

(註三) Magnus, Die Rechtsanwaltschaft, S. 164.

オーストリーに於て、統一せる辯護士制度の行はれたのは、ヨ

ゼフ二世 (1765—1790) の治世下に於ける中央集権の實現以來のことである。即ち同帝の公布せし一七八一年の普通裁判所法 Die Allgemeine Gerichtsordnung, vom 1. Mai, 1781 には、第三章「辯護士に就て」von dem Advokaten の題下に、辯護士に関する各種の規定が設けられた。(註一) 之れに引續き一八〇二年四月十二日の宮廷命令 Hofdekret は、辯護士制度に一大變革を齎らした。即ち此の時に至る迄、オーストリーにては自由辯護士主義が行はれたのであるが、此の宮廷命令に依り暫定的に辯護士試験を休止し、尙、之れに引續く諸命令に依り、辯護士の認可には、三ケ年に互る修習と皇帝の特許を要するものとせられ、斯くて辯護士定員制が施かるゝに至つたのである。(註二)

(註一) Vgl. Fuger-Wessely, Gerichtliches Verfahren in Streitsachen nach der österr. allgem. Gerichts- u. Konkursordnung vom 1. Mai, 1781. Bd. II. S. 108ff.

(註二) 既にマリア・テレジアの當時、辯護士並に代訟人の數増加の爲め、訴訟事件増加せりとの調査報告が爲されたることがあり、其の報告書中には、一六五二年に、宮廷命令を以て宮廷裁判所々屬辯護士並に代訟人の數を制限せしことある旨の記載がある (Brix., A., Organisation der Advocatur, 1869. S. 47.) 而して其の後種々の経緯があつて、一七八一年の普通裁判所法は、自由辯護士主義を採用し、其の趣旨に依る規定が設けられた (同 411 條以下)。然るに爾來、辯護士の數が必要以上に増加したるが爲め、人員制限の手段が執らるゝに至つたのである。Vgl. Brix, a. a. O. S. 47.; Magnus, a. a. O. S. 167.

此の定員制は、一八四八年迄支持せられたのであるが、當時のオーストリーに於ける革命的風潮は、辯護士制度に就ても、かかる官僚主義を容れず、自由辯護士主義と辯護士地位の獨立と

が叫ばれるに至つた。斯くて種々なる迂餘曲折を経て、一八六八年に至り自由辯護士主義と辯護士自治の原則の上に立てる現行辯護士法が制定せられたのである。(註一)

(註一) Magnus, a. a. O. S. 168.; Kübl, a. a. O. S. 106 ff.; Brix, a. a. O. S. 50 ff.

II.

オーストリーの辯護士制度に關する主要の法規は、前述せる一八六八年七月六日の辯護士法(註一)並にそれに附隨する一八七二年四月一日の辯護士並に辯護士試補懲戒法規(註二)であるが、此の兩法律とも、一九〇六年に一部改正せられ、更に一九一九年には、世界大戰後の國情の變更に因り著しき改正が加へられた。尙、此の改正に際し、從來、辯護士法を初めとし、關係條文に辯護士の名稱として Advokat とあつたのを、凡べて Rechtsanwalt と改め、従つて辯護士法夫れ自身も、爾來 Rechtsanwaltsordnung と改稱せられた。

(註一) Rechtsanwaltsordnung, vom 6. Juli, 1868. 此の法律は、初め Advokatenordnung と稱せられたのを、本文に述ぶるが如く一九一九年二月六日の法律に依り、前記の如く改められたのである。本法並に懲戒法規に關する註釋書としては、Lohsing, E., Österreichisches Anwaltsrecht. 1925.

(註二) Disziplinarstatut für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter, Gesetz vom 1. April, 1872. 本法も亦、一九一九年二月六日の法律に依り、表題並に條文中の Advokat を Rechtsanwalt に、又 Advokaturkandidaten を Rechtsanwaltsanwärter に改められた。

オーストリーにては、大學法律科出身者が公職に就くが爲めには、四ケ年(八學期 Semester) 間に分割受験の可能である、三

回に互る學術國家試験 theoretische Staatsprüfungen の通過を其の資格要件とする。(註一) 而して辯護士たらむとする者は、在學中大學にて施行する三回の學士試験 Rigorosen に及第し、Doktorat der Rechte の學位を獲たることをも必要とし、(註二) 即ち學士試験並に學術國家試験各三回、合計六回の試験に登第したる者が、初めて辯護士試補 Rechtsanwaltsanwärter に採用せられる。而して辯護士試補に採用せられたる者は、七ヶ年に互る事務修習を必要とせられる。但し修習開始後四ヶ年を経過するときは、控訴院 Oberlandesgericht にて施行する辯護士試験 Rechtsanwaltsprüfung に應試し得るものとし、此の試験を通過するときは、爾後の修習期間は、辯護士と共同してのみ事件を擔任することを許される。即ち獨立して合議裁判所の事件を擔任することは、七ヶ年の修習期間を終了したる後である。

(註一) 學術國家試験 theoretische Staatsprüfungen は、法制史、司法並に國法學 rechtshistorische, judizielle und staatswissenschaftliche の三部に分たれ、四ヶ年間の在學中に分割、受験することが出来る。而して試験委員には、大學教授、辯護士、官吏が任命せられる。

序ながらオーストリーにては、公職に就くには、所定期間の大學課程を履修したる上、此の學術國家試験に及第したることを以て其の資格要件と爲し、學士試験 Rigorosen に通過して Doktor の稱號を有することを必須とせぬ。例之、判事たるが爲めには、先づ學術國家試験に通過し、三ヶ年の試補修習期間を経て判事試験 Richteramtsprüfungを受くるものとする。Vgl. Gerichtsorganisationsgesetz § 4.

オーストリーに於ける法律學並に國法學の學修課程に關する法規は、次の

書に蒐められてある。Beck-Kelle, Die österreichischen Universitätsgesetze, Wien, 1906. S. 805 ff.

(註二) 此の學士試験 Rigorosen は、各大學にて行ふ。而して法學部にて行ふ學士試験の内容は、學術國家試験の夫れと大體同一にて、同じく三部に分たれ、在學中、分割して受験せしむる。其の詳細の規程に就ては、Beck-Kelle, a. a. O. S. 865 ff.

以上述ぶるが如く、オーストリーにては、辯護士たるの資格要件は、他に比類なき程に過酷であり、判事の試補修習期間が三ケ年なるに對し七ケ年の長きに互り、而かも一般公職に就く者に要求せられざる學士試験の登第をも、其の要件の一に加ふる。(註一) 斯くの如く單り辯護士に就てのみ過重の資格要件を附するに就ては、種々なる理由も附せられて居るのであるが、(註二) 要之、辯護士の人員制限 numerus clausus の爲めに爲されたるものに外ならぬ。(註三)

(註一) 去れば判事たるが爲めには、辯護士試験に登第したることを以て、判事試験の應試に代ふることを許される。Vgl. Gerichtsorganisationsgesetz § 4. 即ちオーストリーにては、辯護士は判事たるの資格を有するも、判事は、直ちに辯護士となる資格が與へられて居らぬ。爰にも本文に述ぶる辯護士の爲めの人員制限 numerus clausus が考へられて居る。

(註二) 例之、辯護士の職務とする處は、單に法廷に於ける事件處理のみに止まらず、法廷外に於ける法律事務の擔任處理(例之、財産管理、法律顧問)に其の活動範圍を見出すものなれば、法廷に於ける任務、殊に當事者の主張を待ち其の眞偽、當否を判斷すると云ふが如き消極的任務のみを専らとする判事に比し、長年月の修習を必要とすと云ふが如き類である。

(註三) 即ちオーストリーにては、前述の如く、自由辯護士主義 Die Freigabe der Rechtsanwaltschaft か、或は其の人員制限 numerus clausus かは、一七

八一年の普通裁判所法以來、否、夫れ以前より論争せられ來つたのであつて、現行辯護士法制定に際しても、同じく議論の焦點となり、遂に自由主義に立脚せる現行辯護士法としては、自由辯護士主義を採用せざるを得なかつたのであるが、他面、特に辯護士に就てのみ其の資格要件を嚴重となし、判事よりの轉職の途を止め、以て事實上の定員制限を齎らすことに依り、既得權階級たる辯護士界方面の反對を緩和したのである。

オーストリーに於ては、辯護士に付き何等の種類若くは階級を設けず、従つて凡べて辯護士に屬する法律事務は、一人にて處理することが出来る。(註一) 又、婦人辯護士は、嘗ては許されなかつたのであるが、一九二〇年の法律改正に依り、婦人に對し辯護士たるの途が與へられ、現に何名かが此の職に従事して居る。(註二)

(註一) Magnus, a. a. O. S. 170.

(註二) Lohsing, a. a. O. S. 62.; Magnus, a. a. O. S. 170.

III.

辯護士の報酬に關しては、一九二四年以來、手數料規則が改正せられ、(註一) 事件の種類、訴訟物の價格に依る手數料の公定が行はるゝに至つた。(註二) 但し辯護士は、公定の表に依らずして當事者と其の報酬を協定し得ると同時に、裁判所は、當事者より支拂ふべき金額が、必要にして、且つ合目的なりやを審査する權限がある。(註三) 民事事件に關する辯護士の報酬は、夫れが費用法に定めらるゝ範圍のものなる限り、訴訟費用額中に算入せられる(民訴四一)條二項)。

(註一) 辯護士の手數料に關しては、從來の手數料法に代り、一九二三年四月

四日の法律 Gesetz vom 4, April, 1923 が施行せられ、此の法律の委任に依り、一九二四年四月九日の命令を以て、新辯護士手数料規則が公布せられた。

Vgl. Lohsing, a. a. O. S. 267.

(註二) Magnus, a. a. O. S. 171.

(註三) 上記、一九二三年四月四日の法律第二條二項。

IV.

辯護士の懲戒に關しては、(註一) 辯護士法と引離して、別に辯護士竝に辯護士試補懲戒法規がある。(註二) 此の懲戒法規は、現行辯護士法が、辯護士自治の原則に立てるが爲め、同じく其の精神に基き規定して居る。即ち懲戒委員會 Disziplinarrat は、各辯護士會に設け、會員辯護士中より選出したる委員を以て構成し、辯護士會檢事 Der Anwalt der Kammer の訴追に依り、懲戒裁判手續を開始する。此の辯護士檢事は、辯護士會々員中より選出せらるゝものにして、即ちオーストリーにては、懲戒事件に就ては、其の起訴竝に裁判に付き自治を認むるのである。(註三) 此の懲戒委員會の裁判に對し不服なるときは、大審院に上訴し得る。而して大審院には、懲戒事件の上訴を審理、判決するが爲め懲戒事件部 Disziplinarsenat を置く。此の部は五名の判事を以て構成するものとし、裁判長竝に陪席判事二名は大審院判事とし、陪席判事中二名は、辯護士中より選任する辯護士判事 Anwaltrichter とする。(註四)

(註一) オーストリーの辯護士懲戒制度は、辯護士の自治の原則に立脚し、我國の夫れの如き官僚的懲戒裁判制度と好個の對照を爲す。因つて我が辯護士

懲戒裁判制度改善の機運を醸成する一助にもと思ひ、嘗つてオーストリーの制度を紹介したことがある。詳細は、夫れに就て看られたい。拙稿「塊太利に於ける辯護士懲戒裁判制度」(正義大正十四年一卷三號、四號)。

(註二) 前掲一二一頁(註二)参照。Vgl. Lohsing, a. a. O. S. 345 ff.

(註三) 反之、ドイツにては、懲戒事件の起訴は、刑事訴訟法の規定に従ひ、検事が之れを爲すものとする(辯護士法六六條、刑訴一五二條)。

(註四) 此の辯護士判事 *Anwaltrichter* の制度は、一九一九年二月六日の法律に依り設けられたのであつて、之れに依り上訴審迄、辯護士自治の精神を侵入せしめたのである。其の改正法律に關しては、Vgl. Lohsing, a. a. O. S. 455 f.

V.

オーストリーの辯護士制度に關する文獻は、其の數が多くない。前掲せしものを除き、見當りたるものを以下に掲ぐる。

1) 著書

Sternberg, M., *Die Konzipientur in Österreich*, Wien, 1904.; Ettinger, M., *Die Advocatur im modernen Verkehre*, Wien, 1900.; Krassa, B., *Altes und Neues über die Advokatur*, Wien, 1908.; Byloff, F., *Das Advokatorische Immunitätsrecht in Österreich*, Graz, 1914.; Kann, J., *Neu-Organisation oder Reform der Advokatur?* Wien, 1903.; Kastner, R., *Numerus Clausus oder freie Advokatur*, Wien, 1912.

2) 邦書

「諸外國に於ける辯護士制度概観」(司法資料九五號) pp. 33—44. 小齋甚治郎氏、「各國の辯護士制度大觀」(法律新報三五二號及び正義九卷一〇號)。拙稿、「塊太利に於ける辯護士懲戒裁判制度」(正義一卷三號、四號)。

第三節 フランス

I.

フランスにては、法律事務の取扱が、*avocat* (辯護士) と *avoué* (代訟人) とに分たれる。*avocat* は、イギリスに於ける *barrister* (狀師) と同じく専ら法廷に於ける辯論を以て其の職務となし、*avoué* は同じくイギリスの *solicitor* の如く、當事者を代理し、主として法廷外の訴訟事務を取扱ふ。*avocat* は、かの大革命當時、一時廢絶せられたのであるが、中世の *advocati* の發達せしものであり、又、*avoué* は、同じく大革命の際に、初め、*avocat* を廢止し之れに代るものとして設けられ、後、之れを廢止し、再び、革命前の *procureur* に代るものとして復活せしめられしものなること、既に之れを述べた。(註一) 又、何故に、フランスにては、斯く辯護士に二種類を生じたるかに就ても、同じく沿革に於て述べた。(註二) 因つて爰には再說せぬ。

(註一) 本稿八五頁以下參照。

(註二) 本稿八二頁參照。

フランスに於ては、辯護士制度に關する法令が纏つて居らぬ。即ち大革命當時以來、必要に應じ部分的なる單行法令を出して居るのであるが、その基本たるものとしては、*avocat* に關しては、「法學校ニ關スル共和十二年風月廿二日(一八〇四年三月十

三日)法律」Loi du 22 Ventôse an XII., Relative aux Écoles de Droit「辯護士ノ執務及ビ辯護士會ノ取締ニ關スル一九二〇年六月二十日命令」Décret du 20 juin 1922, Portant règlement d'administration publique sur l'exercice de la profession d'avocat et la discipline du barreau 等であり、avoué に関しては、「裁判所ノ構成ニ關スル共和八年(一八〇〇年)風月廿七日法律」、Loi du 27 Ventôse an VIII., Sur l'organisation des tribunaux. 前掲「法學校ニ關スル共和十二年風月廿二日法律」、並に「大審院、控訴院及ヒ始審裁判所附屬代訟人常議員會設置ニ關スル共和九年(一八〇一年)霜月十三日命令」Arrêté du 13 frimaire an IX., Qui établit une chambre des avoués auprès.... 等である。(註一)

(註一) 其の他、avocat 並に avoué に關する主なる法令は、Daloz, Code de Procédure Civile, にある。尙、其の邦譯は、「英佛ノ辯護士法制」(司法資料第十二號)に掲載せられてある。

II.

フランスに於て辯護士 avocat たらむとする者は、法學士の免狀 diplôme de licencié en droit を有し、且つ三年乃至五年の實務修習 stage を經なければならぬ。而して此の實務修習を許可せらるゝに就ては、若干の條件が附せられるのであるが、(註一) 此等條件を具備するときは、當然、修習を許可せらるべく、其の許可を拒絕せられたる場合には、控訴院に異議の申立を爲し得る。(註二)

(註一) Appleton, *Traité de la profession d'avocat* (1928), p. 169. 佛國司法制度後篇(司法資料一六五號) p. 125.

(註二) 前掲「佛國司法制度」後篇 pp. 125, 159—162.

實務修習の期間は、三年乃至五年とし、此の修習を畢へて後、初めて獨立に其の職務を執り得る。辯護士 *avocat* は、法廷に於ける辯論 *plaidoire* を以て、その専らの職務となし、訴訟に付き當事者を代理する權限を有せぬ。(註一) 併しながら治安裁判所、工業裁判所並に商事裁判所にては、例外的に其の代理權の認めらるゝ場合がある。(註二) 事件に付き *avocat* を選任する否とは、當事者の任意とし、選任する場合には、*avoué* を通じて爲すことを通例とする。

(註一) Appleton, *Traité*, p. 313.

(註二) Appleton, *Traité*, pp. 313. et s. 前掲「佛國司法制度」後篇 p. 141.

avocat は、後述する *avoué* と異なり、完全なる自由職業とせられる。(註一) 即ちフランスに於ては、かの *ancien régime* の頃以來、一貫して自由辯護士主義が採られ、過去にも現在にも人員制限 *numerus clausus* の制度が設けられて居らぬ。(註二) 但し特別の要件を備ふることに依り、特に許可せらるゝことを必要とする「參事院並に大審院附屬辯護士」*Avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation* に就ては、六十名と其の定員が規定せられる。(註三) 女子は、一九〇〇年十二月一日の法律に依り、辯護士たるの資格を與へられたのであるが、男性辯護士の如く、司法官の職務を補充することを得ぬ。(註四)

(註一) Appleton, *Traité*, p. 279.

(註二) Appleton, *Traité*, p. 196.

(註三) Haeger, W., *Der französische Zivilprozess*. S. 68. 前掲「佛國司法制度」後篇 pp. 240—242.

(註四) Haeger, W., a. a. O. S. 63. 前掲「佛國司法制度」後篇 p. 126.

III.

辯護士 *avocat* は、自治的に辯護士會 *barreau* を組織し、其の職業的統整竝に取締に任ずる。(註一) 即ち辯護士會 *barreau* は、各控訴院竝に主なる始審裁判所に附屬して設置せられ、夫れ夫れ常議員 *Conseil de l'Ordre* を置き、辯護士名簿登録に關する紛争、辯護士と依頼人との間の紛議、特に其の報酬に關する争ひ等を裁決する。(註二) 尙、此の常議員は、辯護士の風紀取締の任に當り、殊に懲戒事犯に關しては、自ら懲戒委員會 *Conseil de Discipline* を構成し、且つ自ら起訴權をも有する。(註三)

(註一) Appleton, *Traité*, pp. 123. et s.; Magnus, a. a. O. S. 94 ff. 前掲「佛國司法制度」後篇 pp. 153—174.

(註二) *Décret du 20 Juin 1920*. Art. 16. 前掲、「佛國司法制度」後篇、pp. 159—166.

(註三) *Décret du 20 Juin 1920*. Art. 31—43. 前掲、「佛國司法制度」後篇 pp. 167—182.

辯護士 *avocat* の報酬に關しては、別段に手數料法の規定なく、各事件に付き協定する處に委す。而して辯護士に對する報酬は、訴訟費用法中に規定せられたる小額の外は、敗訴の當事者の負擔たるべき訴訟費用中に算入せられぬ。(註一) 辯護士の報

酬に關しては、出訴を禁ずるの規定なきも、實際問題としては、多くの場合、*avocat* と依頼人との間には *avoué* が介在し、(註二) 従つて *avocat* が、直接、依頼人に對し報酬請求訴訟を提起するの必要なのみならず、偶々、紛議を生ずるも、各辯護士會附屬の常議員會 *Conseil de l'Ordre* に於て之れを審判、解決するものとし、各辯護士會にて、多くは規程を設け、辯護士 *avocat* 自身の出訴を禁ずる。(註三)

(註一) 前掲「佛國司法制度」後篇、p. 151.

(註二) 代訟人 *avoué* は、依頼者に代り辯護士 *avocat* に對し支拂ひたる報酬の立替に付き、夫れが過多ならざる限り、依頼者に對し償還を訴求することが出来る (一八三一年五月十一日ツールズ控訴院判決)。

(註三) *Appleton, Traité*, pp. 418—421. 斯く辯護士 *avocat* に對し、報酬請求訴訟を禁ずるは、其の地位の昂上、體面の保持の爲めに外ならないのであつて、判例は、前記の如く仲介に立てる代訟人 *avoué* に對し、辯護士 *avocat* に支拂ひたる報酬立替金に付き償還請求訴權を認むるが故に、事實上には、何等の不都合なく、充分に *avocat* の利益が擁護せられる。

IV.

訴訟に付き、法廷に於ける辯論以外の職務を執る者として、代訟人 *avoué* がある。*avoué* は、其の所屬する始審裁判所竝に控訴院に於て、訴訟に付き當事者を代理し、申立を爲す外、依頼人と *avocat* との間に立ち、主として法廷外に於ける諸般の事務を執る。(註一) 當事者は、始審裁判所竝に控訴院に於ては、代訟人 *avoué* をして代理せしむることを強制せられる。(註二)^(佛民訴七五條)

(註一) 一九一二年七月二日の命令に依り、辯護士に差支ある場合、例外的に

代訟人 *avoué* が、法廷に於て辯論することを許さるゝに至つた。前掲「佛國司法制度」後篇、p. 206.

(註二) 前掲「佛國司法制度」後篇 pp. 197—201.

斯く代訟人 *avoué* は、訴訟に於ける當事者の代理人であるが、他面に於て司法附屬吏 *officier ministériels* の身分を有し、且つ定員制 *numerus clausus* が行はれて居る。即ち代訟人たるの資格としては、法學士の免狀を有すること、五ヶ年間の實務修習を爲したること等、辯護士 *avocat* と同様な規定が設けられるも、(註一) 事實上、代訟人 *avoué* に任命せらるゝには、此等資格を具備するの外、尙、現任代訟人又は其の未亡人若くは相續人の推薦を必要とする。(註二)

(註一) 此等 *avoué* たるの資格に關しては、Haeger, a. a. O. S. 72 ff. 前掲「佛國司法制度」後篇 p. 195. 参照。

(註二) 此の推薦は、今日、我國に於ける公證人の夫れの如く、主として地位の賣買に依りて行はれる。Vgl. Haeger, a. a. O. S. 71.

代訟人 *avoué* は、其の所屬する各控訴院竝に始審裁判所に於て、夫れ夫れ常議員會 *Conseil de l'Ordre* を組織し、職業的統整竝に取締に任ずること、辯護士 *avocat* の場合と同様である。

V.

フランスの *avocat* 竝に *avoué* に關する文獻の主なるものは、上に引用してあるが、尙、念の爲め其の主なるもの、及び未だ引用せざるものを掲ぐれば次の如くである。

1) 著書

Appleton, J., *Traité de la profession d'avocat*, 1928 ; Garsonnet et Bru, *Traité*

théorique et pratique de prodédure, t. I. §§ 248 à 282.; Chadeaux, De la séparation des fonctions d'avocat et d'avoué, Thèse, 1912.; Cresson, M., Usage et règles de la profession d'avocat, 1888, 2 Vol.; Cresson, Abrégé des Usage et règles de la profession d'avocat, 1907.; Des Cressonnières. J., Entretien sur la profession d'avocat et les règles professionnelles, 1921; Duveau, G., Le titre d'avocat, 1913.; Fau, F., Le secret professionnel et l'avocat, Thèse, 1912.; Fournel, M., Histoire des avocats au parlement et du barreau de Paris, (1813), 2 Vol.; Labouret, Des honoraires des avocats, Thèse. 1906.; Leemans, De la responsabilité civile des avocats. Thèse, 1909.; Liouville, F., De la profession d'avocat, 1868.; Massonié, La juridiction du barreau, 1912.; Mollet, Règles de la profession d'avocat, 1866 2 Vol.; Payen et Duveau, Les règles de la profession d'avocat et les usages du barreau de Paris, 1925.; Pottier, P., Du droit des avocats et des avoués de représenter et plaider devant les tribunaux d'exception, Thèse, 1914.; Randoux, A., L'accès de la profession d'avocat et les pouvoirs du conseil de discipline, Thèse, 1912.; Robert, H., L'Avocat, 1923.; Sergeant, L., De la nature juridique du ministère de l'avocat, Responsabilité, honoraires, Thèse, 1901.; Vasseur, E., L'Ordre et le tableau des avocats, Thèse, 1900.

2) 邦 者

「英佛ノ辯護士法制」(司法資料第十二號)。辯護士法改正法律案參考資料(司法省刑事局發行)(本書第三篇、「佛國ノ辯護士法制」は、前掲司法資料第十二號と同一)。「諸外國に於ける辯護士制度概觀」(司法資料第九五號) pp. 93—100。「佛國司法制度」後篇(司法資料一六五號) pp. 119—242。小齋甚治郎氏「各國の辯護士制度」(正義九卷十一號及び法律新報五三三號。但し此の兩者は、同一内容である)。井上毅著、「佛國司法三職考」(明治十一年版、木版本)。近藤倫二氏、「佛蘭西の辯護士」(隨筆)(正義五卷一、七、一〇號)。

第四節 イギリス

I.

イギリスにては、在野の法曹が、其の職能上、Barrister (狀師) と Solicitor (訟師) (註一) とに分れて居る。此の辯護士職務の二分制は、單りイギリスのみに止まらず、フランス、イタリ一等に於ても見受けられ、(註二) 孰れもその發源を同じくするのであるが、イギリスに於ては、特異の發達を遂げ來つたのである。即ちその詳細は、既に之れを述べた。(註三)

(註一) barrister と solicitor とを、法廷内辯護士、法廷外辯護士と譯し、又、辯護士、代辯士とも譯される。孰れも必ずしも適譯と云ひ難き故、舊來の例を逐ひ、譯語としては、本文の如く「狀師」「訟師」と稱した。

(註二) 本稿一二七頁及び一五五頁参照。

(註三) 本稿八八頁以下参照。

而して此の Barrister と Solicitor とは、嘗ては、その専門的知識に於て、更に又、その社會的地位に於て著しき上下の差別があり、其の間に、上級、下級の區別を存したのであるが、現在に於ては、Solicitor の素質昂上の結果、其の差異が著しく狭ばまり、尠くとも専門的知識に於ては徑庭を存せざるに至つた。

イギリスの辯護士制度に關しては、本節、末尾に掲記せし諸

著書、論文の外、種々なる機會に於て我國に紹介せられあるが故に、爰には詳説せず、唯、其の梗概に止むる。

II.

宏く辯護士の職務に屬するものうち、法廷の辯論 pleading を専らにする者が、Barrister (狀師) である。此の Barrister たらむが爲めには、イギリスに特有なる施設として發達し來れる四法學院 Four Inns of Court の孰れかに入學し、(註一) 所定年限の學習を了へ、且つ現に夫れに所屬することを必要とする。即ち Barrister は、Inns of Court にて學習し、且つ現に夫れに所屬するが故に Barrister たるのであつて、Barrister と Inns of Court とは、不可分離の關係に在る。(註二)

(註一) Inns of Court の沿革は、既に之れを述べた (本稿九七頁以下參照)。

而して現在には、Lincoln's Inn, Inner Temple, Middle Temple 及び Gray's Inn の四法學院の存することも、亦、既に述べし如くである。

(註二) 此の關係は、我國若くはドイツに於て、辯護士が、其の職務執行の要件として辯護士會に加入するとは全く異なる。Vgl. Gerland, a. a. O. S. 925.

詳言すれば、Barrister たらむとする者は、先づ Inns of Court の孰れかに入學しなければならぬ。而して其の入學には、英語、ラテン語竝に英國史に關する試験があり、(註一) 且つ煩瑣なる手續を必要とする。其の在學期間は、通常十二學期^(一年四學期三年間)とし、特別の事情あるか、又は本試験に合格したる者は、二學期を短縮せられる。(註二) 本試験は二部に分たれ、孰れも法律に關する試験とし、第一部は入學後何時にても受験し得るものとし、第

二部は、第一部試験に合格し、且つ在學六學期を経た者でなければならぬ。(註三) 而して此の試験に合格し、且つ所定期間在學したる者は、Bencher 會議の承認を経、其の紹介にて初めて出廷し得る。而して其の際、百ポンドに近き手數料を納入しなければならぬ。(註四)

(註一) 此の入學試験は、四法學院により選定せられたる聯合試験委員會にて行ふ。而して特定の資格ある者には、此の試験を免ぜられる(鹽谷恒太郎氏、「英國辯護士制度」p. 250.)。

(註二) 講義せらるゝ科目に就ては、鹽谷氏前掲書 pp. 267—268 参照。

(註三) 鹽谷氏前掲書 pp. 271—273. 高柳賢三教授「新法學の基調」pp. 384—388.

(註四) 此の手數料は、當該法學院に納入するのであつて、印紙税を含め、最低八十九磅、最高九十九磅十志とする。

斯くて Barrister の資格を獲得したる者が、Barrister としての職務を行ふには、引續き法學院 Inns of Court に所屬しなければならぬ。即ち Inns of Court は、單純なる教育施設たるに止まらずして、此の施設に依りて教育せられし Barrister の職業團體である。かゝる複合せる目的の追求は、此の施設の發生並に發達の沿革の然らしむる處であつて、去ればその専門教育施設としては、現在と雖も、尙、極めて不完全の状態にあり、(註一)其の教育の方針は、寧ろ先輩の指導に依る、紳士中の紳士としての Barrister に傳統せる品格並に精神の養成と云ふ點に向けられて居る。(註二)

(註一) 法學院に於ける法律學の講義が、簡單であり、其の講師も亦、必ずし

も一流の學者とは限られて居らぬ。その爲め講義を聴講する學生は僅少であり、多數學生は、一〇〇ギニと云ふ高き手数料を支拂ひ Barrister の事務所にて實務を修習し、且つ試験準備を爲すと云ふ。Vgl. Gerland, a. a. O. S. 939. 又、Inns of Court 所在地附近には、受験準備専門の Barrister が多數ありて、學生の爲め coach を爲して居るとのことである。高柳教授前掲書 p. 388. 此等は、孰れも法學院が法律學の教授に付き施設不十分なることを示すものに外ならぬ。

(註二) 各法學院の種々なる施設は、凡べて Barrister に傳統せる品格並に精神の陶冶に向けられて居ることは、直ちに觀取せられるのであるが、殊に我國に屢々紹介せらるゝが如く、學生が本試験を受くるが爲め、講義を聴講することを條件とせられずして、毎學期尠くとも六回は、其の所屬する Inn の食堂にて一同と正式晚餐を取りしことを必要條件と爲し、而して其の晚餐には、先輩の Barrister が列席し、且つ種々なる傳統的風習の存すること等は、最もその適例である。此の晚餐の様子は、高柳教授前掲書 pp. 378—384 に詳細である。

此の Inns of Court が、斯くて單純なる辯護士の團體に非らず、又、其の養成機關に非ざる特異の組織は、廳がて其の構成員たる Barrister の社會的地位を昂上せしむるに付き特異の機能を發揮した。即ち其の特異なる機能は、結局する處、夫れが自主的職業團體として、其の後輩たるべき者の養成施設をも獨占したることに職由するものと考へられる。

先づ第一に、Inns of Court が、Barrister 養成の爲めの唯一の施設たるの特權的地位を利用し、種々なる方法を以て、Barrister の人員制限が策されて居る。即ちその方法としては、先づ煩瑣なる條件を附して Inns of Court への入學を著しく困難

ならしめ、且つ相當に高額の學費の外、在學中、竝に殊に Barrister に就職に際し、多額の手數料を徴收することゝなすなど、相當地位ある者の子弟にして、且つ選ばれたる者に非ざれば、此の關門を通過し Barrister たり得ざるの機構とせられる。斯くして Barrister の人員の増加を絶えず抑止、統整すると同時に、その素質の低下をも防ぐの機能が、Inns of Court に依りて營まるゝのである。

加之、此の Inns of Court は、Barrister の團體であり、それに所屬する Barrister は、辯護士の職を執るのであるが、一定の公職、殊に判事は、必ず此の Barrister より採用するものとせられ、(註一) 斯くして Barrister の名の下に、在朝、在野の法律實務家を統轄し、(註二) 而かも更に他面には、辯護士の職務中、當事者との交渉、其の他、雜務とも看るべき事務は、擧げて Solicitor の任務となし、且つ此の Solicitor をば Inns of Court より排除し、Barrister とは全く別種の法曹たらしめて居る。(註三)

(註一) 鹽谷氏、前掲書 pp. 237—248.

(註二) 尙、Barrister の資格を有する者にして、在朝、在野を問はず全く法律實務に従事せず、實業界、政治方面、其の他社會各方面に活動する者が多数存する。Vgl. Gerland, a. a. O. S. 942. 去れば、イギリスに於ける Barrister は、Inns of Court に所屬する法曹家と云ふことを意味し、他國に於ける辯護士と云ふ觀念とは必ずしも一致せざることに注意を要する。去れば、イギリスに於て、Barrister 中より判事を採用すると云ふことを以て、必ずしも、我國に於て辯護士中より判事を採用することゝ比較論斷し難い。

(註三) Solicitor の前身たる Attorney も、嘗ては法曹の一員として Inns of Court に所屬したのであるが、Barrister の地位昂上の爲めの排他的行動に因り、第十六世紀の頃、之れより退かしめられしこと既述の如くである (本稿九九頁参照。)

斯くして Barrister は、Inns of Court を其の城塞として、一方には其の人員の制限を行ふの外、他方、法律實務家 (辯護士) としては、其の高踏的態度に相應する法廷に於ける辯論 pleading のみを専らとし、而かも判事は、必ず此の Barrister より採用せらるゝの制度と爲したるに因り、愈々、其の地位を昂からしむるに成功したのであつた。(註一) 即ち現在イギリスに於ては、Barrister が、高き社會的地位を占め、嘗に法曹家としてのみならず、社會の各方面、殊に政治方面に於ける其の活躍の著しきことは、周知の事實である。(註二)

(註一) Barrister の法曹家としての地位の昂上は、同じ法曹家たる Solicitor の夫れを犠牲に供したものであることを觀過してはならぬ。

(註二) かゝる Barrister の特權的地位が、果して今後、何時まで存續し得るであらうかは、興味ある問題である。

III.

以上述ぶる處に依りて明かなるが如く、イギリスには、他國、例之、我國に於ける辯護士に其の儘該當するものは存しないのであつて、Barrister の資格を有する者が、辯護士の職務(殊に法廷に於ける辯論)を行ふのである。而して此の Barrister の資格を有する者、必ずしも法律事務に従事せざること前述の如くであると同時

に、此の Barrister の稱號を授與する權は、Inns of Court に屬し、國家の手に存せぬ。(註一) 此等が、他國の辯護士制度と異なる點である。又、Barrister には、Junior Barrister と King's Counsel とがあり、Junior Barrister は一般の夫れを云ひ、King's Counsel は、在職十年乃至十二年を超え、Lord Chancellor の上奏に基き國王之れを任命する。(註二) 一九一九年以來、女子も、亦、Barrister たり得るに至つた。

(註一) 辯護士たるの免許 Calling to the Bar は Inns of Court が、其の資格を供へたる者に對し、Bencher (理事) 會議の承認、其者の氏名公示等の手續を経て、之れを與ふる (鹽谷氏、前掲書 pp. 260—265)。而して此の認可は、Bencher 會議の自由なる認定に依る決議に基くのであつて、實際問題としても、其の認可を拒まれた例は、絶無ではない。Vgl. Gerland, a. a. O. S. 941. 鹽谷氏、前掲書 p. 12.

(註二) Gerland, a. a. O. S. 955 f. 鹽谷氏、前掲書 pp. 155—160. 此の King's Counsel は、單なる Barrister の資格である。然るに嘗て我國に於て、故星亨が、イギリス留學より歸朝し、代言人の職を執るに當り、當時、社會的地位低かりし一般の代言人の間に伍するを潔しとせず、司法卿大木喬任にイギリスの Queen's Counsel の制度を紹介し、司法省附屬代言人の制度を新設せしめ、自ら月俸百圓を給せられて、それに任命せられしことは、有名なる挿話である。奥平昌洪氏、日本辯護士史 pp. 232—237.

Barrister の主なる職務行爲は、法廷に於ける辯論 pleading である。(註一) 即ち Barrister は、其の依頼せられたる事件につき、裁判所に於て當事者を代理し、辯論を爲すの外、各種の申立を爲し、又、必要なる訴訟書類を作成し得る。(註二) 尙、Barrister は、依頼人の爲め、法律上の鑑定を爲し、又、其の意見

を陳述する。但し Solicitor の如く繼續的に特定會社若くは個人
の法律顧問となることは、其の地位に相應せざるものと一般よ
り認められて居る。

(註一) イギリスに於ける陪審裁判は、法廷に於ける辯論乃至所謂法廷戰術に
依る効果を極めて必要とするのであつて、是れが、慥がてかゝる辯舌並に技
能を有する Barrister なるものゝ出現を促した重大なる原因であると看るこ
とが出来る。

(註二) Gerland, a. a. O. S. 949.

Barrister は、前述せし如く、傳統的に自らを高きに持する結
果として、事件の擔任に付き、直接、訴訟依頼人と交渉すること
なく、常に Solicitor を仲介となし、其の報酬 Honorarium も、
亦、Solicitor より支拂を受け、Solicitor は、それを當事者より
取立つる。而して Barrister の報酬は、事件の要領書 Brief の
交付と同時に前拂にて支拂を受くるを通例とし、尙、其の際、要
求するも報酬の前拂を爲さざるときは、Brief の受領を拒絶し
得る。(註一) 去ればイギリスにては、Barrister に對し、報酬支
拂請求訴訟を禁止するも、それが爲め Barrister 自身の利益は
害せられて居らぬ。(註二)

(註一) 鹽谷氏、前掲書 p. 77.

(註二) Barrister に對し報酬の立替拂を爲したる Solicitor は、依頼人に對し、
其の辨濟を請求し得る。即ち Barrister に對し、報酬支拂の請求を認めざる
法律上の根據は、依頼人との間に何等の契約關係なしと云ふにあるも、かゝ
る制度の設けられたる所以のものは、Barrister の品位を昂むるにあつて、之
れあるが爲め、反つて Barrister に對しては、種々なる形式に於て報酬前拂の

慣行を生じたのである。Vgl. Gerland, a. a. O. S. 960. 鹽谷氏、前掲書、pp. 77. 91—103.

Barrister に對する懲戒權は、Inns of Court の夫れ夫れに屬する。即ち各法學院は、孰れも其の Bench (理事) に依り懲戒委員會を組織し、所屬の Barrister に對し懲戒權を行使する。而して其の裁判に對しては、監督廳たる King's Bench Division の判事に上訴し得る。(註一)

(註一) Gerland, a. a. O. S. 965.

IV.

以上述ぶる Barrister の職務に屬する以外の訴訟事務を執る者を Solicitor (訟師) とする。Solicitor は、Barrister と訴訟依頼人との間に立ちて其の仲介を爲し、主として法廷外の訴訟事務を専らにする。即ち Solicitor は、常に訴訟依頼人と直接交渉の地位に立ち、事件に付き當事者の代理人となるのであるが、他面、最高法院に所屬する司法官吏たるの身分を有し、其の監督を受くる。(註一) Solicitor は、Barrister の貴族的、高踏的政策の犠牲とせられ、同じく法曹にてありながら、社會的に遙か低く評價せらるゝの地位に置かれ、今、尙、其の傾向の存することは既に之れを述べた。(註二)

(註一) Solicitor が、裁判所に從屬する官吏たるの身分を有することは、沿革的事實に基く。而して現在にては、高等法院の懲戒權に服すること以外には、何等の關係を有せぬ。Vgl. Gerland, a. a. O. S. 898.

(註二) 本稿一〇二頁參照。但し現在に於ては、Barrister の特權的地位の崩壞

と共に、Solicitor の地位も著しく昂上し、其の數多きに非ざるも Barrister と同様、公生活に於て重要な役割を演ずる者を輩出するに至つた。Vgl. Gerland, a. a. O. S. 893.

Solicitor の養成方法は、Barrister の夫れとは著しく相違し、従つて其の資格も、亦、異なる。即ち Solicitor の養成方法は、概して實務的であり、Solicitor たるが爲めには、開業の Solicitor の下にて Articled Clerk (見習書記) として實務を修習することを必要とし、其の年限は、其の者の學歷に依り三年乃至五年とせられる。尤も Barrister が Solicitor に轉業せむとする場合には、此の實務修習を免せられる。而して此の Articled Clerk (見習書記) は、其の實務修習の前後を通じ、Law Society の施行する合計三回の試験に應試し、合格することを必要とするのであるが、前掲の Barrister 竝に Oxford, Cambridge 其の他特定の大學の Bachelor of Law の學位を有する者は、前二回の試験を免せられる。(註一) 第三回の最終試験は、法律學一般竝に訴訟手續に關する學術試験であつて、Solicitor を志望する總べての者に課せられる。(註二)

(註一) 第一回の豫備試験は、普通學の試験であつて、倫敦其の他の都市に於て行ひ、Articled Clerk として、雇用の契約書に署名する以前に此の試験に合格することを要する。第二回の中間試験は、法律學初歩に關する試験であつて、Articled Clerk として滿十二ヶ月以上勤務するときは、應試することを許される。

(註二) 此の試験は、純然たる學術試験であつて、従つて Articled Clerk として實務を修習するのみにては、それに應試するの學力をば獲がたきが爲め、

Solicitor の團體たる Incorporated Law Society にても、必要なる講義を開き、聴講せしむる。Vgl. Gerland, a. a. O. S. 905.

此の最終試験に合格するときは、Law Society より合格の證明書を交付すべく、而して Master of Rolls は、此の證明書を添付して Solicitor 開業の出願を爲したる者に對しては、其の要件を具備する限り、原則として之れを許可する。(註一) 即ち Solicitor に關しては、自由免許主義が行はれる。(註二) 序ながら Solicitor の免許を受くるには、滿二十一年以上の男子たることを必要とするが故に、女子は Solicitor たることを得ぬ。

(註一) Gerland, a. a. O. S. 906.

(註二) 但し Articled Clerk として三年乃至五年の長きに亙る實務修習を必要とし、且つ其の修習に付き指導の Solicitor に支拂ふべき謝禮金は、三百二十磅を下らずと云ひ、更に其の修習に付き Solicitor との間に作成する契約書には、印紙税八十磅を課せられる。尙、其の他、開業の際にも手数料並に印紙税を納付することを要するのであつて、此等費用を合算するならば、Solicitor となる迄の總經費は、千磅を超過すると云ふ。Vgl. Gerland, a. a. O. S. 901. 906. 斯くして Solicitor の人員増加が調節せられる。既述せるオーストリアに於ける辯護士試験の修習期間を特に七ケ年の長きに定めたのは、此のイギリスの制度に模倣せるものと考へられる(本稿一二三頁参照)。

Solicitor の職務は、法廷外に於ける法律事務の處理であつて、法律問題の鑑定竝に法律顧問の如きは、其の主なる職務範圍に屬する。而して Solicitor の職務執行に關しては、地域的制限が設けられないのであつて、(註一) 全國の各裁判所にて、法廷に於ける辯論を除くの外、事件に付き當事者の代理人として訴訟行爲を爲し、又、諸般の手續を執り得る。尙、例外として、County

Court 其他、Petty Session, Quarter Session 等の下級裁判所にては、Barrister と同じく辯論を爲すことが出来る。

(註一) Gerland, a. a. O. S. 910.

Solicitor は、其の勞務に對し依頼者より報酬を受くるに付き、事件の種類に依り特別の合意を爲すことを許されるのであるが、かゝる事例は稀れである。(註一) 即ち一般に Solicitor は、其の處理したる事件に付き、各裁判所に行はるゝ手数料規定に依り算定せられたる手数料を受くる。而して Solicitor には、Barrister に對すると異なり、其の立替金並に報酬に付き、依頼者に對し請求するの権利が認められて居る。(註二)

(註一) Gerland, a. a. O. S. 918.

(註二) 一八四三年訟師法三七、三八條。

Solicitor の團體として、Incorporated Law Society がある。此の團體は、法人格を有し、倫敦に所在地があり、Solicitor の職業的統整の衝に當つて居る。(註一) Solicitor の試験は、前述の如く此の Society が行ひ、又、開業の Solicitor に對しては毎年 Certificate を發行する。(註二) 但し Solicitor は、身分上高等法院 Supreme Court に所屬する官吏であり、従つて其の懲戒權は、此の Society に存せずして所屬の Supreme Court に在る。(註三)

(註一) Gerland, a. a. O. S. 898. 但しその Solicitor に對する關係は、Inns of Court が Barrister に關する一切の事項を自治的に掌理するに比し、遙かに狭少なる権限のみを有する。Jenks, The Book of English Law, p. 86.

(註二) Gerland, a. a. O. S. 906.

(註三) Gerland, a. a. O. S. 922.

V.

イギリスの辯護士制度に關する主要なる文獻は、既に夫れ夫れの場所に於て引用したるも、以下に、念の爲めその主なるものと、更に未だ引用せざりし文獻とを揚ぐる。

1) 著 書

Payler, F., *Law Court, Lawyers, a Litigants*, 1926.; Marchant, J. R. V., *Barrister at Law*, 1905.; Christian, E. B. W., *Solicitors, an Outline of their History*, 1925.; Poley, A. P., *A Treatise upon the Law affecting Solicitors of the Supreme Court*, 1897.; Rutherford, W., *The Inns of Court*, 1911.; Bellot, H. H. L., *The Inner and Middle Temple, Legal, Literary and Historic Associations*, 1902.; Loftie, W. J., *The Inns of Court and Chancery*, 1895.; Barton-Benham-Watt., *Story of Our Inns of Court*, 1924.; Durran, W., *Bench and Bar*, 1926.; Garsia, M., *A New Guide to the Bar*, 1928.; Robinson, S., *Bench and Bar*, 1891.; Jenks, E., *The Book of English Law*, 1926. pp. 78—88.; Odgers, W. B., *On the Common Law of England (1927)*. Vol. 2, pp. 813—837.

Gerland, H. B., *Die Englische Gerichtsverfassung (1910)*, Bd. II. S. 888—968.; Schuster, E., *Die bürgerliche Rechtspflege in England, 1887*. S. 46—50.; Curti, A., *Englands Zivilprozess*, 1928. S. 1—5.; Magnus, J., *Die Rechtsanwaltschaft, (1929)*, S. 52—63.; Brix, A., *Organisation der Advocatur, 1869 (Wien)*, S. 344—367.

Appleton, J., *Traité de la profession d'avocat (1928)*, pp. 82—87.; Franqueville, de, *Le système judiciaire de la Grande Bretagne, t. 1. (1893)*.

2) 邦 書

鹽谷恒太郎氏譯註、「英國辯護士制度」(マーチャント原著譯)。「英佛ノ辯護士法制」(司法資料第十二號)。「辯護士法改正法律案參考資料」(司法省刑事局發

行) (本書第二編「英國ノ辯護士法制」は、前掲司法資料第十二號と同一)。「諸外國に於ける辯護士制度概観」(司法資料第九五號) pp. 79—92。「英國裁判所構成論」(司法資料第四六號) pp. 52—181。(本書は、前掲 Gerland 原著の翻譯である)。冠木精喜氏、「英國の辯護士」(法律論叢一〇卷昭和六年二、三號)(本稿は、前掲 Jenks' The Book of English Law の當該部分の抄譯である)。小齋甚治郎氏、「各國の辯護士制度」(正義一〇卷昭和九年一號及び法律新報三五三號、但し兩者同一内容)。穗積陳重博士、「穗積遺文集」第三冊 pp. 460—473 (英國の辯護士と公判)。高柳賢三教授、「新法學の基調」 pp. 367—390 (人間味のあるイギリスの法律家養成法)。穗積重威氏、「法律小話」 pp. 139—166 (英國の辯護士)。同氏、「英國法制研究」 pp. 86—129。同氏、「英國ノ辯護士」(正義一卷大正十四年一、二號)(本稿は同氏著、前掲「法律小話」の當該部分と同一内容)。鹽谷恒太郎氏、「英國四法學院共通學則」(正義二卷大正十五年九號)(本稿は、同氏著前掲「英國辯護士制度」に附録として再録せらる)

第五節 中華民國及び滿洲國

I.

中華民國の辯護士制度は、大體に於て我國の夫れを模倣して居る。即ち、その凡べてが「律師章程」(民國十六年七月廿三日)に規定せられて居るが、夫れは、我國の辯護士法と殆んど同様な規定となつて居る。以下、略述する。(註一)

(註一) 本稿は、主として民國留學生、北平大學法學士劉毓文君の提供せる資料に據れることを附言する。外に Magnus, a. a. O. S. 418—424. にも、民國の辯護士制度が略述せられてある。尙、以下、引用の條文は、民國二十三年一月發行、「中華民國現行法規大全」(上海商務印書館發行)に據る。

先づ「律師章程」は、律師の職務範圍を次の如く定むる(同一條)。

一、當事人ノ委託若クハ法院ノ命令ニ依リ、通常法院ニ於テ法定ノ職務ヲ執行スルコト。

二、特別ノ規定ニ基キ、特別審判機關ニ於テ共ノ職務ヲ行フコト。

三、當事人ノ委託ヲ受ケ、契約ヲ爲シ遺言（遺囑）ヲ證明シ、又、契約共ノ他ノ法律行爲ニ關スル書類ヲ代理作成スルコト。

律師章程の規定する律師の職務範圍は上述の如くであるが、民國の民事訴訟法に依れば、律師に非ざる訴訟代理人は、法院が裁定を以て禁止し得るに止まる（新民訴六八條）。即ち民國にては、民事訴訟に付き、未だ辯護士間接強制主義をも採用するに至らず、合議裁判所に於て、尙、律師に非ざる者の訴訟代理を認むることに注意を要する。

次に律師たる資格として、「律師章程」には、「一、中華民國人民ニシテ滿二十一歳以上ノ者。(註一) 二、律師考試令ニ依ル考試ニ合格シ、若クハ本章程ニ依リ考試ヲ免ゼラルル資格アル者」と規定し（同二條）、而して考試を経ずして律師たる資格あるものとして、次掲の者を列擧する（同三條）。但し現在に於ては律師考試令を缺くが故に、事實上、之れに該當する者のみが律師たることを得るものとし、此等の者に律師證書を給與するに就ては、比較的多額の手數料を徴收する。(註二)

一、司法官任用法令ニ依リ司法官タル資格ヲ有スル者

二、甄拔律師委員會ヲ經テ審議合格シタル者(註三)

三、嘗テ律師トシテ登録シ、後、其ノ請求ニ依リ、若クハ官吏其ノ他ノ俸給アル公職ニ就任シタルカ、又ハ商業ヲ營ミタルガ爲メ其ノ登録ヲ取消(撤銷)サレタル者

四、本章程施行前ニ律師證明書ヲ領有セシ者

(註一) 民國に於て領事裁判權を有せざる國の人民の利益保護の爲め、本國に於て律師たる資格ある其の國人に對し、民國に於て律師たることを許す。但し其の國人の訴訟事件のみを處理し得るものとす(無領事裁判權國律師出庭暫行章程一、三條參照)。

(註二) 書費百八十元、印花稅(印紙稅)二元(律師章程五條)。

(註三) 民國にては、現在、此の資格に依り律師證書を授與せられ、律師となる者が大多數である。而して之れに關し「甄拔律師委員會章程」(民國十七年十二月二十日司法行政部公布、同二十二年一月二十日修正)がある。本章程に依れば、甄拔律師委員會の甄拔を受けむとする者は、次に列擧する資格の一に該當することを要する(同一條)。

一、國立若クハ最高教育行政機關ヲ經テ立案又ハ承認シタル國內外ノ大學、獨立學院、專門學校ニ於テ、法律學ヲ三年以上修習シ、卒業證書ヲ有シ、且ツ成績特優ナル者

二、前項ノ卒業證書ヲ有シ、繼續シテ研究院ニ入り、若クハ外國ニ留學シ、法律ヲ一年半以上研究セシ者

三、第一項ノ卒業證書ヲ有シ、國立若クハ最高教育行政機關ヲ經テ立案又ハ承認シタル各大學、獨立學院、專門學校ニ於テ、法律主要科目ヲ一年以上教授シ、又ハ、法律主要科目ノ著作ヲ出版シタル者

四、第一項ノ卒業證書ヲ有シ、司法若クハ司法行政機關ニ於テ、委任(判任)以上ノ實職ニ一年以上在任シ、又ハ文官高等若クハ普通考試、又ハ縣長、承審員ノ考試ニ及格シタル者

五、國立若クハ最高教育行政機關ヲ經テ立案又ハ承認シタル大學、獨立學院、

専門學校＝於テ民刑事法五年以上ヲ教授スル者

六、最高教育行政機關ヲ經テ承認シタル外國大學、學院若クハ専門學校＝於テ法律ヲ三年以上學習シ、考試＝合格シ、外國律師憑照ヲ有スル者

以上に該当する者、律師の職務を行はむとするときは、資格證明書を添附して司法部に出願し、司法部より委員會の審議に附する。委員會は、書面に基きて審査し、委員多數の同意を以て可否を決する(同四條乃至六條)。而して審査意見書は、之れを司法行政部に送付し、部長の査定に依り、免試合格者に對して合格證書を給與する(同七條)。免試合格證書を領有したる者は、證書に記載の日より四ヶ月内に手續を爲すことを要し、此の期間を徒過するときは其の資格を失ふ(同八條)。

律師として其の職務を行ふには、先づ律師名簿に登録せられなければならぬ(同七條)。律師名簿は、之れを各高等法院に置き(同八條)、登録したる律師は、當該高等法院の管轄區域内に於て其の職務を行ふのであるが、地方法院に於ける其の職務執行に付き、著しき地域制限を設け、一地方法院の管轄區域を以て限と爲す。但し必要あるときは高等法院に呈請し、其の許可を得て、他の地方法院の管轄區域内に於ても、兼ねて其の職務を行ひ得る(同九條一項)。最高法院に於ける職務執行に關しては、何等の特別制限を設けず、登録を経たる律師は、凡べて最高法院に於て其の職務を行ひ得る。

律師たるの資格に付き、女子を除外する規定を存せざるを以て、女子も、亦、律師たることを得べく、現在、上海其の他の地に若干名を存する。

II.

律師章程は、律師の義務に付き特に一章を設け規定する（第五章第一三條乃至三五條）。例之、律師は官吏若くは其の他俸給ある公職を兼ね、又は商業を営むことを得ずと云ひ（同一三條）、或は、律師は、當事人間に係争の權利を收買することを得ずと云ふ等（同一七條）、大體に於て、我國舊辯護士法の規定に近似して居る。

律師は、律師公會を設立する。律師公會は、地方法院若くは高等分院附設地方法院分庭所在地に設け、之れに加入するに非ざれば、其の職務を執ることを得ぬ（同一四條）。律師公會は、所在地の地方法院首席檢察官若くは高等分院首席檢察官の監督を受くるものとし（同一五條）、其の他、之れに關する律師章程の規定は、大體に於て我が舊辯護士法の夫れに同じい（同第六章二四條乃至三四條）。

律師の報酬に關しては、律師章程に別段の規定なく、各事件に付き當事者との合意に委せられる。但し各律師公會が夫れ夫れ規定を設けて其の標準を示して居る。（註一）但し其の標準は、孰れも、實際事件の處理に付き最高限を示して居る由である。成功報酬に就ては、規定上、之れを禁止したるものなく、反つて慣習的に一般に行はるゝものゝ如くである。

（註一） 以下に、一例として北平律師公會の定めたる手数料規定を掲ぐる。

北平律師公會會員收取公費表

甲、分收公費辦法

- 一、徵求意見每小時五元以下 二、閱卷每次十元以下 三、接見在留人每次十元以下 四、節錄文稿或造具清冊每百字一角以下 五、撰函件及聲請書每

件十元以下 六、撰和解狀每件二十元以下 七、民事出庭費每次六十元以下 八、刑事出庭費每次三十元以下 九、出具專供委任人參考之意見書及其他文件每件五十元以下 十、撰民事第一審訴狀反訴狀辯訴狀每件六十元以下 十一、撰刑事第一審訴狀辯訴狀每件四十元以下 十二、撰民事第二審及第三審上訴狀抗告狀辯訴狀每件一百元以下 十三、撰刑事第二審及第三審上訴狀抗告狀辯訴狀每件六十元以下 十四、撰第一審民事案件追加理由書每件六十元以下 十五、撰第一審刑事案件辯護意旨書每件四十元以下 十六、撰第二審及第三審民事案件追加理由書每件百元以下 十七、撰第二審及第三審刑事案件辯護意旨書每件五十元以下 十八、辦理民事執行案件或處理和息事項公費四百元以下 十九、在本市管轄區域內履勘調查公費每次六十元以下 二十、在本市管轄區域外處理事務者除依各該款收取公費外每日二十元以下

乙、總收公費辦法

- 一、辦理民事案件第一第二兩審收取公費總額每審一千元以下第三審收取公費總額六百元以下但訴訟物價額在五萬元以上者得視訴訟價額為準其每審公費總額第一第二兩審均不得超過訴訟物價額百分之三第三審不得超過百分之二
- 二、辦理刑事案件第一第二兩審收取公費總額每審六百元以下第三審收取公費總額四百元以下但案情重大或因委任人有特殊身分地位者其公費得增加之惟每審公費總額仍不得超過一千元
- 三、辦理刑事訴訟附帶民事訴訟及行政訴訟或訴願案件者得依照本條辦理民事訴訟各規定收取公費
非訟事件之收取公費辦法得視該事件之性質關係數額及身分爲標準並參照乙種一款規定與委託人協議定之

III.

律師の懲戒に關しては、律師章程の末章に其の規定を設け(同第七章三五條)乃至三八條)、更に別に律師懲戒委員會規則(民國十八年五月十一日司)が^五ある。

懲戒を受くべき行爲は、律師章程並に所屬律師公會會則に違

反せる行爲とし、懲戒事犯に關する起訴權は、所屬律師公會會長竝に地方法院首席檢察官にあるものとする（同三條）。而して懲戒の申立あるときは、高等法院長を委員長として高等法院内に開かるゝ律師懲戒委員會に於て審査し、多數決を以て決議する（律師懲戒委員會規則一、一〇、一三條等）。此決議（裁判）に對しては、被懲戒人若くは高等法院首席檢察官より覆審の請求を爲し得るものとし、此の請求あるときは、最高法院長を委員長として最高法院に開かるゝ覆審查律師懲戒委員會の議に附する（律師章程三六條、前掲委員會規則二二條以下）。懲戒の處分は一、訓戒、二、停職一月以上二年以下、三、除名（但し除名處分を受けたる者は、四年を経過するに非ざれば、再び律師たることを得ず）の三種類とする（律師章程三七條）。

其の他、大體に於て我國に於ける辯護士懲戒手續と同様なる手續規定が設けられる。唯、異なれる點としては、我國に於けるが如く判事懲戒法の規定を準用せずして、前述の如く別に、律師懲戒委員會規則を設けたる點である。

IV.

次に滿洲國に於ては、建國後、尙、日淺きが爲め、未だ新たに律師法を制定するに至らず、目下、其の立案中のものゝ如くである。（註一）而して滿洲國に於ては、建國の初めに公布せし「暫行援用從前法令之件」（大同元年三月九日敕令第三號）に依り、從前施行せられし中華民國の法令は、建國の主旨、國情及び新たに公布せられし法令と牴觸せざる限り、其の效力を有せしめらるゝが故に（前掲敕令一條）、現在の處、律師に關しては、民國に於けると大體に於て同一の

規定が行はるゝわけである。(註二)

(註一) 滿洲國法曹協會の、當法學會よりの問合に對する回答に依れば、「目下、滿洲國司法部に於て律師法の完成施行を急ぎ居り、治外法權撤廢以前に辨理士法と並行して公布施行の豫定なり」とのことである。

(註二) 本文掲記の「暫行授用従前法令之件」は、其の規定曖昧であり、律師法に關しても、殆んど無法律の状態にて適當に處理するものゝ如く、例之、律師たるの資格に付ても、各地法學專門學校又は大學出身者は、當然律師たり得るものとなし、各地高等法院に届出若くは其の許可に依り開業しつゝありと云ふ(前掲回答)。

併しながら問題となつて居るのは、日本人辯護士の地位である。日本人辯護士は、素より帝國の領事裁判所に於て、其の資格を以て職務を執り得ること論を俟たないのであるが、滿洲國裁判所に於て其の資格が認められて居らぬ。因つて現在に於ては、日本人辯護士は、通常の訴訟代理人として滿洲國裁判所に於て當事者を代理し、其の職務を執ることを默認せらるゝ程度にある。(註一) 將來、治外法權撤廢の問題と共に、十二分に考究せられなければならぬ問題である。

(註一) 大塚市治郎氏、「滿洲國の辯護士制度に就て」(正義一〇卷昭和九年一一號九四頁)。瀧川政次郎氏、「滿洲國司法制度の現在及び將來」(法律時報七卷七號八頁)。尙、滿洲國辯護士の現況に關しては、本稿の外、日本辯護士協會滿洲國特派代表報告の第五、「滿洲國律師公會の現況」(法曹公論昭和八年十二月號一三六頁以下) 參照。但し其の掲載する民國の規程は、孰れも舊法にて現在施行のものではない。

第六節 其の他の諸國

I. イタリー

イタリーにては、往昔は、判事、辯護士、法學者の三者間に嚴密なる區別を存しなかつたのであるが、漸次、成文法律に依り公證人 *notaro*、辯護士 *avvocato* 及び代訟人 *procuratore* の區別を生ずるに至つた。(註一) 即ち公證人は之れを除き、訴訟事件の處理は、法廷の辯論を専らにする *avvocato* と、法廷外の訴訟事務を執る *procuratore* とに分たるゝこと、フランスの *avocat* と *avoué* とに於けると同じい。而して *procuratore* に對しては、別段に社會的尊敬が拂はれては居らぬが、*avvocato* の社會的地位は夫れに比し遙かに高く、此の職に従事せる者にして、社會的名聲を博せる者尠しとせぬ。(註二)

(註一) Magnus, a. a. O. S. 501.

(註二) Magnus, a. a. O. S. 501.

イタリーの辯護士制度は、一九二六年ロッコ Alfred Rocco に依りて行はれたる司法制度改革に依り、根本的なる變更を受けた。夫れ迄は、一八七四年六月八日の法律竝に同年七月二六日の同施行令に依りて規律せられたのであるが、年月の経過に依り根本的修正を必要とし、従前、屢々、大改正が試みられたので

あるが成功せず、而してフアッシオ政權下に於て、漸く夫れが實現せられたのである(註一)。

(註一) Magnus, a. a. O. S. 502 ff.

avvocato と procuratore との職務範圍の分配は、フランスの avocat と avoué の夫れに大體同じい。因つて爰には詳説を省く。但しイタリーには、avvocato と procuratore の兩職務を一身に兼ねる者が認められ、現在に於ては、寧ろ之れに屬する者が大多數であると云ふ。(註一) 而して斯く兩職業が一身に歸屬することの許されたる結果として、其の間の成文法上の區別も、亦、必ずしも明確ではない。唯、地域制限に關しては、明確なる區別を存し、即ち avvocato として其の職務を行ふ場合には、何等の制限を蒙らないのであるが、procuratore としては、其の所屬せる裁判所に於てのみ職務を行ひ得る。(註二)

(註一) Magnus, a. a. O. S. 505.

(註二) Magnus, a. a. O. S. 507.

文 獻

1) 洋 書

Ordinatio delle professioni di avvocato e di procuratore, 1934. ; Magnus, Die Rechtsanwaltschaft, (1929), S. 501—520. ; Appleton, J., Traité de la profession d'avocat, (1928). pp. 107—110. ; (沿革に關し) Deutsch, P., Die Anwaltschaft in Italien vom 7—12 Jahrhundert, 1903.

2) 邦 書

「諸外國に於ける辯護士制度概観」(司法資料九五號) pp. 206—226. 小齋甚治郎氏、「各國の辯護士制度」(正義九卷昭和八年一一號並に法律新報三五二號、但

し兩稿の内容同一)。

(附言) 前掲、司法資料九五號は、Magnus 舊版の邦譯にして、又、前掲、Appleton, Traité. 並に邦書全部は、孰れも、一九二六年の司法制度改革に及むで居らぬ。

II. スイス

スイス Schweiz は、各州 Kanton が宏大なる範圍の主權を有つ聯邦國家であり、辯護士制度に就ても、各州が、其の主權に基き夫れ夫れ別の規定を設くる。去ればスイスには、各州に辯護士制度を存するに止まり、統一的の夫れを缺いて居る。

スイスに於ける現在の辯護士制度は、一八〇三年、各州が其の主權と立法權とを回復して以來の發達にかゝるものである。(註一) 即ち此の時以來、辯護士制度は、各州に於て異なる立法の下に夫れ夫れの發達を遂げ來つたのであるが、民主主義の横溢せる國情の然らしむる處、自由免許主義の主張が盛であり、第十九世紀を通じ、屢々、此の主義が、成法に採用せられた。(註二) 併しながら社會狀勢の變轉は、自由免許主義の弊をば、漸次、一般的に痛感せしめ、その結果第十九世紀の末葉の頃よう、諸州が相踵で、辯護士に付き特定の資格條件を必要とする資格免許主義を執るに至つた。(註三)

(註一) スイスの辯護士制度の沿革に關しては、Zürcher, E., Schweizerisches Anwaltsrecht, (1920). S. 1—39.; Lindegger, T., Die Anwaltschaft im Gebiete des Kantons Aargau. Eine rechtshistorische Studie, (1911).; Zürcher, E., Zur Geschichte der Advokatur im Kanton Zürich, in der "Festgabe, dem Schweiz. Juristenverein gewidmet von der rechts- und staatswissenschaftlichen

Fakultät Zürich, (1908). 「瑞西國辯護士法」(司法資料四七號) pp. 1—33.

(本書は、チユルヘル前掲書の邦譯である)。

(註二) Zürcher, a. a. O. S. 23 ff. 「瑞西國辯護士法」 pp. 18—33.

(註三) Zürcher, a. a. O. S. 35 ff. 「瑞西國辯護士法」 pp. 29—32. 尙、現在にては、Glarus, Zug, Graubünden, Appenzell a. Rh., Schaffhausen 等の小カントンにては、依然として自由免許主義を執る。併しながら此等自由免許主義の採用は、傳統的なる民主主義の一顯現であつて、此の自由免許主義の支持せらるゝ反面に於て、自ら適當なる社會的統制が存し、決して辯護士の職務を、無秩序紊亂の裡に置くものではない。Vgl. Magnus, a. a. O. S. 259—260.; Zürcher, a. a. O. S. 61.

斯くして、現在、スイスに於ては、各州 Kanton が、夫れ夫れ辯護士に關する法規を設け、聯邦憲法は、單に其の基本規定を置くに過ぎぬ。従つて辯護士制度の巨細に互つては、各州の間に著しき差異を存する。(註一)

(註一) 例之、Uri に於ては、最近に至る迄、州會 Landesgemeinde (即ち表決權を有する市民の集會) が、毎年、官廳構成員の選舉並に法律案の裁決の爲め召集せらるゝに際し、代辯人 Fürsprecher をも選舉したのであるが、現在は、此の州會が廢止せられ、人民投票 Volksabstimmung にて決定せらるゝこととなつた。而して如何なる者を代辯人と爲すべきかは、未だ法規上明確にされて居らぬ。又、Turgau に於ては、第一審裁判所々長は、概ね辯護士であり、其の裁判所管轄區域外にては、在任中にては、辯護士の職務を行ふ。Vgl. Magnus, a. a. O. S. 256.; Zürcher, a. a. O. S. 63.

先づ第一に、辯護士たるの資格であるが、一八七四年の聯邦憲法第三三條に依り、其の資格を如何に定むるか、凡べて各州 Kanton の規定に委せられる。(註一) 而して州に依りては、辯護士に付き、尙、自由免許主義を執り、(註二) 若くは公選の方法に

依らしむる處もあるが、(註三) 多くの州は、其の者の人格、學歷を考査して免許するの主義を執つて居る。(註四) 但し其の資格要件は、州に依りて異なるも、學歷としては、概ね、大學に於て法律學を學修し卒業したるか、或は資格試験に通過したることを必要とし、尙、此の資格を有する者に對し、多數の州は、半ケ年乃至二ケ年に亙る實務修習 stage を要求する。(註五) 又、多くの州にては、女子が辯護士たることを認めて居る。(註六)

(註一) 聯邦憲法 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 29. Mai. 1874. 第三三條は、凡べての學術的職業に通ずる規定として、其等の業務を行ふに付き一定資格の證明にかゝらしむることを、各州の立法權限に委して居る。

(註二) 本稿一五八頁(註三)參照。

(註三) 例之、Kanton Uri の如し(本稿一五八頁(註一)參照)。

(註四) Zürcher, a. a. O. S. 64 ff.

(註五) Zürcher, a. a. O. S. 81 ff.; Magnus, a. a. O. S. 259.

(註六) Zürcher, a. a. O. S. 73 ff.; Magnus, a. a. O. S. 265.

以上述ぶるが如くにて、スイスに於ては、自由免許主義を執れる若干の州 Kanton を除いては、辯護士の業務に付き、免許主義が採られる。(註一) 而して其の免許は各州に依り與へらるゝのであるから、其の職務執行は、免許を與へられし州内に限られ、自ら地域制限が存する。但し其の擔任事件に就ては、最高裁判所たる聯邦裁判所 Bundesgericht に於ても辯論を爲し得る。(註二) 斯くスイスの辯護士には、其の職務執行に付き地域制限を課せらるゝのであるが、他方、憲法經過規定第五條に依り職業

的「移轉の自由」Freizügigkeit が認められ、(註三) 即ち一の州にて辯護士たる資格ある者は、他の州に於て辯護士の業務を行ひ得るものとせられる。併しなから州に依り著しく其の施行せらるゝ法規を異にし、又、辯護士たるの資格要件に高下、難易の差異を存するのみならず、州の所在の如何に依り使用する國語を異にする等の事情あるが爲め、事實上並に法規上、此の自由は著しく制限せられて居る。(註四)

(註一) Zürcher, a. a. O. S. 65.

(註二) 而して其の辯論には、其の居住する州の國語(獨、佛又は伊語)にて爲し得る。

(註三) 憲法經過規定 Übergangsbestimmung 第五條は、廣く學術的業務に従事する者に付き、「一ノ州又ハ多數ノ州ヲ代表スル宗務官廳 Konkordatsbehörde = 於テ其ノ資格ノ證明ヲ受ケタル者ハ、全聯邦内ニテ其ノ業務ヲ行フコトヲ得」と規定する。此の規定は、素より辯護士にも適用がある。 Vgl. Zürcher, a. a. O. S. 141 ff.

(註四) Magnus, a. a. O. S. 263.

スイスに於ては、各州を通じて辯護士單一制が行はれ、フランス若くはイタリーの如く、異なる種類の辯護士間に、其の職務を種類に依り分配するの制度は採られて居らぬ。(註一) 又、民事訴訟に關しては、各州とも辯護士に依る強制代理主義を採用せぬ。(註二) 辯護士に對する懲戒裁判權は、多くは各州の最高裁判所 höchsten kantonalen Gerichtshof がそれを有する。(註三)

(註一) Magnus, a. a. O. S. 263.

(註二) Zürcher, a. a. O. S. 154.

(註三) Zürcher, a. a. O. S. 102 ff.; Magnus, a. a. O. S. 265.

III. ソヴィエツト・ロシア

ソヴィエツト共和國の辯護士制度は、一九一七年の十月革命に依り、舊帝政時代の辯護士制度の崩壊せしめられて以來、(註一) 幾多の迂餘曲折を經、(註二) 現在に於ては、一九二四年十月廿一日の「裁判所構成ノ基本原則」第一七條を基本とし、(註三) 一九二六年十一月十九日の新裁判所構成法(第八〇條乃至第九〇條)(註四) に依りて規定せられる。

(註一) 舊帝政時代の辯護士制度は、一八六四年の裁判所構成法に依りて規定せられ、宣誓辯護士 *prissjaschnije powerennije* と稱した。同法制定に至る迄の沿革並に其の規定の詳細は、次の書に詳らかである。Magnus, *Die Rechtsanwaltschaft* (1929), S. 216—228.

(註二) 革命政府の司法制度改革は、當時の司法大臣ケレンスキーに依りて行はれた。即ち一九一七年の「十月革命」の結果、同十一月廿四日の「裁判所ノ組織ニ關スル布告」に依り、舊帝政時代の辯護士制度を廢止したのであるが、當時、混亂の時期にて、之れに代るべき制度を設くるに至らず、一時、辯護士の職務をば、何等の専門知識をも、其の他の資格要件をも必要とせざる絶對的自由職業となした。併しながら秩序稍整ふと共に、其の弊に耐えず早くも翌一九一八年には、數次に互つて「裁判所ノ組織ニ關スル布告」(第二號乃至第七號)を發し、辯護士に關する規定をば部分的には従前よりも寧ろ嚴重なる内容に於て復活した。新規律の設けらるゝに至りし過程には若干の経緯存するも、結局に於て、從來の辯護士をば官吏の身分に於て復活せしめ、之れに俸給を給與し、無償にて民事、刑事に關する辯護士の任務を行はしむると同時に、訴訟當事者に對しては原則的に其の附添を強制したのである。

併しながら此の制度は明かに失敗に歸した。即ち一九二〇年の布告に依り早くも、其の官吏たる身分が除かれ、續いて一九二一年に於ける新經濟政策(NEP)への移行は、辯護士制度をば一の自由職業として復活せしむること

となつた。即ち一九二二年五月廿六日の「辯護士＝關スル布告」に依り、その新たなる規定が設けられ、更に同年七月五日の「權利擁護人合議會＝關スル命令」と共に、一九二四年の裁判所構成法を経て（同三九條乃至四四條）最後に若干の修正を以て一九二六年十一月十九日の新裁判所構成法に繼承せられ（同八〇條乃至九〇條）、今日に及むで居る。

以上述ぶるロシア革命に於て、舊帝政時代の自由職業としての辯護士制度が崩壊し、新たなる辯護士制度の出現するに至りし其の過程は、フランス大革命に於ける夫れ、並に過去に於てはフリードリヒ大王の下に於ける司法制度の改革、現在に於てはナチス政權下に於ける同じく司法制度の改革等と比較して、其の間に興味ある共通點が發見せられ得る。而して此等過去の實驗は、辯護士なるものは、それに對する國家的統制の濃度如何は、其の國家組織乃至時代的イデオロギーの如何に歸着するも、基本的には自由職業としてのみ其の機能を發揮せしめ得るものなることを感得せしむる。

ロシア革命に於ける辯護士制度の變遷に關しては、次の資料參照。Freund, H., Strafgesetzbuch, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozessordnung Sowjetrusslands, (1926), S. 36—40.; Galin, L., Gerichtswesen und Strafsystem im revolutionären Russland, (1920), S. 20 ff.; Magnus, Die Rechtsanwaltschaft (1929). S. 228—237. 「諸外國に於ける辯護士制度概観」(司法資料九五號) pp. 154—170. 「勞農ロシアの辯護士」(法曹五卷昭和二年三號、本稿は、前掲司法資料九五號と同一内容にて、共に Magnus 舊版のロシアの部の邦譯である)。大喜多光氏、「ソヴェエツト・ロシアの刑事辯護人制度に就て」(法學志林二八卷大正十五年九號。本稿は、前掲、Freund 著の當該部分の抄譯である)。小山松吉氏、「ソヴェエツト露國の司法制度及訴訟手續」(法曹一卷大正十二年一號 pp. 155—157. 本稿の此の部分は、前掲 Galin 著の抄譯である)。

(註三) Freund, a. a. O. S. 447.

(註四) Freund, a. a. O. (1926). S. 325. 並に司法資料第一四九號掲載の「裁判所構成法」は、孰れも一九二二年の夫れの獨譯並に邦譯である。但し其の權利擁護人合議會に關する規定は、一九二六年の裁判所構成法改正に際し、若

干の變更を受けしに止まれること前註に述ぶるが如くである。尙、一九三五年二月五日の第七回全聯邦ソヴィエツト大會にてソヴィエツト聯邦憲法が修正せられ、従つて裁判所構成法の規定にも變更を生ぜしもの、如く考へらるるも、未だその資料を入手せぬ。

現在、ソヴィエツト共和國には、舊帝政時代の辯護士業 Адвокатура に相當するものは存續せぬ。即ち辯護士の職務は、權利擁護人合議會 Коллегия защитников の構成員に依りて行はれる。(註一) 此の合議會は、他國の辯護士會に相當し、(註二) 各、縣裁判所に附屬して設置せられ、其の最初の構成員は、縣裁判所の推薦に依り、縣執行委員會 Губернский исполнительный комитет (Gubispolkom) の幹部會がそれを任命し、其の後は、當該合議會の幹部會が、新加入の採否を決する。但し前掲、縣執行委員會 (Gubispolkom) は、その新たなる採用に對して拒否權を有する。(註三) 斯くて此の合議會の構成員が、辯護士の職務を執るのであるが、尙、必要ある場合には、裁判所は其の他の者をして特定事件に關する權利擁護の任務を執らしめ得る。(註四)

(註一) Магеровский, Основы советского права (1929), стр. 625—626.

同上邦譯書、山之内一郎氏譯、ソヴェート法論第四卷 p. 198—199. (本書原本は、江家義男講師より借用した。尙、ソヴィエツト辯護士制度に關連し、同講師の適切なる指示、協力ありたることを附記し、謝意を表す)。

(註二) 他國の辯護士會と異なる點は、辯護士たる資格を有するが故にそれに所屬するに非ずして、其の構成員が、權利擁護人の職務を行ふのであつて、此の點、イギリスの Inns of Court と Barrister との關係に類似する。

(註三) Магеровский, стр. 625. 山之内氏、前掲譯書 p. 199. 斯くして行政機關たる Gubispolkom の統整を直接、之れに加ふるの途が開かれて居る。

(註四) Магеровский, стр. 624—625. 山之内氏前掲譯書 p. 199. 此處にも、職業の獨占を許さざるソヴィエツト國家の理想が現はれて居る。

言ふ迄もなく、ソヴィエツト共和國は、勞農階級國家なるが故に、其の裁判組織も、亦、階級的イデオロギーを以て貫かれ、従つてソヴィエツト辯護士は、此の國家的階級裁判への奉仕を強要せられて居る。(註一) 即ち前述の如く、其の合議會の構成に付き、行政機關たる Gulbispolkom の支配の透徹せることは、その爲めの機構に外ならないのであるが、尙、此の合議會の構成員に採用せらるゝが爲めには、選舉權を有することを要件となし、(註二) 以て非革命的分子の此の職務に従事することを防止して居る。而して法律的素養に關しては、寧ろ之れを輕視し、二年以上、ソヴィエツト司法機關に於て少くとも豫審判事より下級に非ざる職に従事したるか、然らずむば二年間法律學校にて法律學を學習したるか、若くは各合議會の施行する試験に合格したることを以て足れりとする。(註三)

(註一) Магеровский, стр. 624. 山之内氏、前掲譯書 p. 198.

(註二) 一九二五年のソヴィエツト憲法は、滿十八歳以上の市民にして生産勞働に従事する者に對し選舉權を與へ、非勤勞階級に對しては、選舉權を與へて居らぬ(同六八、六九條)。Vgl., Magnus, a. a. O. S. 240.

(註三) Magnus, a. a. O. S. 240.; Laski, H. J., Law and Justice in Soviet Russia, 1935. p. 12.

權利擁護人の選任は、當事者自身之れを爲し得るも、概して公設の法律相談所を通じて爲さるゝものとし、其の報酬は、依頼人が、勤勞階級なりや否やに依りて其の額を異にするものとし

る。(註一) 而して其の報酬は、依頼人より合議會に支拂ひ、合議會は、改めて各所屬員に對し、其の職務執行の割合に應じ報酬を給與する。(註二)

(註一) 人民裁判所より救貧權を與へられし者は、凡べて民事並に刑事の事件に付き報酬の支拂を免ぜらるるの外、勞働者、被傭者、農民等は、手数料表の定むる處に依り其の報酬を支拂ふべく、其の他の者は、各事件に就て合意すべきものとする。Vgl. Magnus, a. a. O. S. 243.

(註二) その給與を受くる平均額は、熟練勞働者の收入と大體同一であると云ふ。Laski, *ibid*, p. 13.

IV. 其の他の諸國

以上述べたる以外の諸國の辯護士制度の記述は、他の機會に譲り、本章の初めに掲げたる文獻の外、其の他の諸國の辯護士制度に關する文獻にして、特に見當りたるものを掲ぐる。

1) デンマーク

Münch-Petersen, H., *Der Zivilprozess Dänemarks* (1932) S. 21—25.;
Abrahams, N., *Procuratorstanden i Danmark indtil Midten of det 18. Aarhundrede*, 1902.

2) ベルギー

Duchaine et Picard., *Manuel pratique de la profession d'avocat en Belgique*, 1869.

3) アメリカ合衆國

Rose, W. M., *Code of Federal Procedure* (1907), Vol. I. pp. 548—578.;
Baldwin, S. E., *The American Judiciary*, 1925. pp. 344—364.; Callender, C. N.,
American Courts, their Organisation and Procedure, 1927. pp. 1—16.;
Deering, J. H., *The Code of Civil Procedure of the State of California*, 1915.
§§ 275—299.; Warren, Ch., *History of the American Bar*, 1912.

堀江專一郎博士、「米國の辯護士の狀況」(正義五卷昭和四年九號)。花岡敏夫博士、「米國辯護士協會ノ目的、理想」(譯文)(正義一卷大正十四年二號)。宮本英雄氏「米國の裁判制度」(英法研究 pp. 474—497.)。川端登氏、「米國の辯護士」(法學論叢八卷大正十一年三號)。「北米合衆國裁判制度」(司法資料八二號) pp. 117—126. (本書は、Deering 前掲書の邦譯である)。「米國裁判所の組織及び訴訟手續」(司法資料一三〇號) pp. 1—24 (本書は、Callender 前掲書の邦譯である)。