

令和 2 年 5 月 21 日現在

機関番号：10101
研究種目：基盤研究(C) (一般)
研究期間：2016～2019
課題番号：16K03250
研究課題名(和文) 民事訴訟における職権介入の虚像と実像 実務のまなざしから出発する法史学への試み
研究課題名(英文) Reality of judge's directive power in Japanese civil procedure (1891-1929): history of legal practice, our first attempt
研究代表者
水野 浩二 (MIZUNO, Koji)
北海道大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：80399782
交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,300,000円

研究成果の概要(和文)：近代日本はドイツから民事訴訟法を「直訳的に受容した」と言われるが、制度はともかく実際の運用＝実務を受容することは困難だった。本研究は、明治民法の時期(1891～1929年)における実務レベルの問題状況を、口頭審理における職権の適切な介入、すなわち適切な争点整理と適切な事実認定のために、裁判官は口頭審理を通じて一定程度まで当事者のために介入すべきではないかという論点について、当時の代表的な法曹メディアたる『法律新聞』と「実務向け文献」(訴訟手引書や書式集)を主な史料として分析したものである。

研究成果の学術的意義や社会的意義

明治20年代に近代法の受容が一応完了して以降の民事訴訟について、先行研究はごく少なく、表層的な理解にとどまる部分が大半を占めてきた。本研究により、裁判官と当事者の役割分担、そして口頭審理という民事訴訟手続の根本的なテーマを軸として、当時の民事訴訟の実態につき全体的な見取り図を描き出すことができた。民事訴訟の審理過程に関するテクニカルなファクターや「日本的法意識」など、通時的に妥当しうる論点を多数抽出することができ、現代日本の民事訴訟のあり方を考えるうえでも有益な成果と考えられる。

研究成果の概要(英文)：Japan adopted modern civil procedure from Germany (Meiji Civil Procedure Code (1891)), which has been believed to be “literal translation” of German Civil Procedure Code (1879). However, Japan has had so much difficulty in understanding German legal practice and its backgrounds.

In this research I tried to make clear real situation of civil procedure under Meiji Code (1891-1929), how legal practitioners felt about it and its backgrounds, using as sources legal periodical Horitsu Shimbun and practical manuals for attorneys and laymen. I took up especially judge's directive powers for fixing issues and proof-taking, especially exercised orally.

研究分野：法史学

キーワード：日本 近代 民事訴訟 裁判官 当事者 弁護士 実務 職権

1. 研究開始当初の背景

(1) 法史学・民事訴訟法学は民事訴訟について、伝統的に当事者の主体性を重視する立場から議論を行ってきた。職権の介入は謙抑的であるべきであり、当事者が裁判所を民主的にコントロールするという側面から口頭審理は理解されてきた。しかし近年のドイツの法史研究では、「当事者主義」という概念、そしてその顕揚は、自由主義思潮の影響を受けた19世紀の学説の所産であること、同時代の立法・実務は職権の一定の積極性を維持し、職権が適宜介入するための場として口頭審理が位置づけられていた可能性を示唆している。

この〈口頭審理における職権の適切な介入〉は、ドイツにおいては民訴法改正(1924年・1976年)を通じて定着し、訴訟の初期段階での争点整理や証拠調べにおいて、裁判官が「気軽に」口頭で介入しつつ事件を取りさばいてゆく実務が通例となっている。他方「ドイツ民訴法典(1879年)を直訳的に継受した」日本では、口頭審理は長年形骸化し、職権の介入も裁判官の個人差が大きいといわれてきた。平成民訴法改正(1996年)では、ドイツ同様に「気軽に」口頭での介入によって早期に争点整理を行う審理モデルが追求されたが、施行後20年を経て、裁判官・弁護士双方の消極的な姿勢が今日では指摘されるようになっている。

(2) 日本とドイツが19世紀末にほぼ同一の法典から出発しながら、大きな相違が生まれた原因を考えるためには、明治民訴法施行(1891年)によってドイツから継受された民事訴訟手続が〈口頭審理における職権の適切な介入〉に関してはどのように定着したのか、そしてその際生じた問題に対応するために行われた大正民訴法改正(1926年)において、〈口頭審理における職権の適切な介入〉についていかなる改善が図られたのか(釈明権・職権探知の強化、争点整理手続の一般化)、さらにその失敗を分析することが必要と思われる。

しかしこの時期(明治民訴法期と呼ぶ)については、法史学・民事訴訟法学とも、研究自体が僅かにとどまる。比較検討されるべきドイツの民訴法典施行以降の時期(1879年～)についても、当時の実定法解釈論の史学的見地からの再定位は、なお未開拓の領域が大きいといわざるを得ない。

また先行研究に共通する問題点として、当時の立法・判例・学説の検討が、「当事者主義の維持か、職権主義への接近か」という学説の伝統的思考枠組にひきつけておこなわれてきたことが挙げられる。同時代の背景については、社会政策的配慮(代表例としてオーストリアの「社会的」民訴法典(1895年))以上の分析がなされてこなかった。とりわけ、立法・判例・学説の変化を引き起こす直接の動因であるはずの、訴訟実務レベルでの実務法曹や当事者本人の問題意識の学問的解明は、著名な実務法曹が残したわずかな「体験談」を超えたかたちでは、なお未開拓の領域であった。

(3) 研究代表者はそれまでの自分の研究により、西洋中・近世法学が生み出した民事訴訟手続においては、伝統的理解とは異なり、当事者の嘆願に応えるかたちで裁判官が積極的に口頭で釈明権を行使していた可能性を認識していた。また研究代表者は、大正民訴法改正の立法過程における議論を議事録を史料として釈明権や争点整理手続について検討し、改正法は条文上はドイツ・オーストリアの同時代の法改正に学んでおり、また当時の弁護士の一般的レベルの低さゆえ、一般論としては職権の一定の強化にコンセンサスが得られていたこと、しかし個々の論点レベルの議論は必ずしも深化せず、司法官僚が〈口頭審理における職権の適切な介入〉の試金石として位置づけた準備手続も、実務の現状を背景に単なる書面のやり取りと認識されがちだったことなどを明らかにしていた。

同時代(19世紀後半～1920年代)のドイツの立法・判例・学説における認識は、日本より遥かに深化していた可能性が高い。研究代表者はこの日独間の相違は、実務レベルにおける問題意識の相違、その背景たる法伝統の相違によって説明すべきものと考えた。実務の継受は立法・学説の継受に比べ非常に困難だからである。過去の実務の実態の解明は困難であるが、近年史料類型としての法曹雑誌の重要性が欧州学界において認識されるようになり、当時の実務家のナマの声を発掘できる素材として注目され始めていた。そこで研究代表者は、〈口頭審理における職権の適切な介入〉を近代日本はいかなる形で理解し、発展・変容させたのかというテーマについて、明治民訴法期の実務レベルの問題意識を、法曹雑誌の記事に重点を置いて解明するという着想を得、『法律新聞』からの関連する内容の記事の抽出(約1,550件)を終えていた。

2. 研究の目的

本研究では、それまでの研究代表者の研究内容を継続・完成させることを目指した。ほぼ同一の法典から出発したドイツと日本の民事訴訟手続の運用・発展が大きく異なるものになったのは何故だろうか。それは、法典の運用に際しての実務レベルの問題意識が異なるためと考えられる。法実務は移植(継受)が困難であり、その客観的・体系的把握の難しさゆえ、学問的検討がなお進んでいない。本研究は〈口頭審理における職権の適切な介入〉、即ち、裁判官は適切に争点を整理し真実に基づく裁判を実現するために、口頭審理を通じて一定程度まで積極的に介入すべきという視点について、近代日本とドイツにおける実務レベルでの問題意識を、法曹雑誌を

主たる史料として解明することを当初の目的としていた。

日独両国につき実務レベルの問題意識を解明し、そこから得られる視点に基づいて立法・判例・学説を総合的に再定位することで、従来「当事者主義 vs. 職権主義」などの理論的枠組からのみ把握されがちだった民事訴訟を、「現場」すなわち実務の視点に立って描き直し、実務上の一見テクニカルな論点が法の継受や審理過程の理論的考察において重要なキーになること、さらには現代日本の民事訴訟がなお抱える口頭コミュニケーション不全の原因について、比較法史の視座から指摘することを目指したのである。

3. 研究の方法

本研究では、以下の4つの異なる対象をそれぞれ異なる方法で検討した。

(1) 明治民法期『法律新聞』記事の検討

明治民法期の〈口頭審理における職権の適切な介入〉に関する実務の実態、そして実務法曹の問題意識を示す史料として、『法律新聞』から関連する記事を抽出し、分析を行った。『法律新聞』はその史料としての重要性は指摘されつつ、散発的かつ部分的な利用にとどまってきたが、本研究では対象期間(1900~1926年)の全頁を探索し、網羅的かつ広範な記事に基づいて多面的かつ深い分析を行うことができた。

(2) 大正民法改正が目指した、職権介入の強度の解明

事実認定に関連した職権介入を扱う大正民法改正法の条項として、職権証拠調の一般規定(261条)と当事者訊問(336条)を取り上げ(釈明権については、本研究に先立ってすでに検討済み)、起草・立法過程の議論において、どの程度の強度での介入が想定されていたのか、改正の起草・立法過程の議事録を中心的な史料として検討した。

(3) 明治民法期の「実務向け文献」の探索と検討

明治民法期の〈口頭審理における職権の適切な介入〉に関する判例・学説について検討するなかで、それらが実務法曹や素人に伝播する際の重要なメディアだった、訴訟手続マニュアルや書式集・判例集などの、いわば「実務向け文献」というべき史料群に出会い、本研究にとっての重要性を認識した。「実務向け文献」は従来、法史学でも民事訴訟法学でもおよそ研究対象とはされてこなかった史料群であるため、まず基礎作業として、いかなる文献がどの程度存在するかについての調査を、法務図書館や各大学図書館、そしてネット検索にて実施した。次いで類型の整理と各類型の基本的な特徴の把握を行ったうえで、〈口頭審理における職権の適切な介入〉に関連する「実務向け文献」の叙述の検討を行った。

(4) 同時代ドイツの「実務向け文献」の探索

明治民法期の「実務向け文献」にモデルとして影響を与えたと思われる、同時期ドイツの「実務向け文献」につき、ドイツ出張(マックス・ブランク欧州法史研究所・ベルリン国立図書館)により、タイトルの探索、叙述の構成・内容を中心に調査検討を試みた。

4. 研究成果

研究方法に即して、4つに分けて説明する。

(1) 明治民法期『法律新聞』記事の検討

明治民法期の『法律新聞』には、当事者主義に対する批判が強く見られた。釈明権の行使については積極化を求める声が支配的であり、その背景として、資質に問題のある弁護士が一定数存在したことが挙げられる。証拠調についても同様に、職権の積極的介入を求める声が支配的であり、種々のテクニカルな理由ゆえ、裁判所の判断が「真相を得た」ものになっていないと認識されていたことが分かった。他方、職権介入の「場」としての口頭審理についての認識は、表面的なものにとどまっていた。現実の裁判官はこうした高い期待に応えられる存在では必ずしもなく、時にスーパーマン的な「名判官」への期待が示されることはあっても、全体として実務法曹は、手続の具体的レベルでの改善策の提言に関心を向けていたことを明らかにした。

これらの諸問題は、あまりに急速に継受された西洋近代法と日本社会のあいだの葛藤というべきものであり、弁護士や当事者本人の法的知識の実態に鑑みて、その解決はしばしば裁判官に期待され(ざるを得なかつ)たということができる。『法律新聞』で展開された実務法曹の主張は、一定程度は大正改正法へと反映されてゆく。しかし、現場の実務法曹たちと改正に直接かかわった者たちの認識との間に少なからずズレがあったことは、大正改正法が所期の目標を必ずしも達成できなかった一因になったと思われる。

(2) 大正民法改正が目指した、職権介入の強度の解明

大正改正において新設・修正された職権証拠調の一般規定(261条)と当事者訊問(336条)の規定で念頭におかれていた職権介入は、「実体的真実をどこまでも追求する」というものでは

なかった。当事者のみに立証を委ねるのでは不適切な結果になる場合に、あくまでも「節度ある」形で介入することを想定していたのであり、弁護士委員もそういうものとして必要性を受け入れていた。しかし改正法施行後、この制度趣旨は十分に継承されることはなく、当事者主義を過度に強調する解釈が一般化していったのである。一般の実務法曹の間では『法律新聞』記事に見られるように、職権介入の相当以上の強化を唱える声が少なくなかったにもかかわらず、立法関係者はあえて「穏当な」見解を採用したのであり、先行研究がいう「職権主義の極致」という評価は適切とは言いがたい。以上の研究成果の基本線は旧研究課題「当事者のために介入する裁判官の歴史的系譜」にて一応脱稿に至っていたが、出版サイドの理由で未刊だったものを、本研究の成果を踏まえて大幅に加筆修正を行い、公表した。

(3) 明治民訴法期の「実務向け文献」の探索と検討

① これまで研究対象とされることがなかった「実務向け文献」について、まず該当する史料タイトルの探索・収集を、ネットや国内図書館等での調査によりなるべく広範におこなった。次いで各タイトルの内容の検討を行い、文献類型としての「実務向け文献」の基本的特徴を明らかにし、重点の置かれた内容に着眼して「実務向け文献」の分類を提案し、リストに整理して公表することができた。また各タイトルの基本的特徴を端的に示すものとして序文に着眼し、「実務向け文献」の刊行にかかわる問題意識を浮き彫りにした。

「実務向け文献」は手続の手引、民訴法典のコンメンタール、書式集、素人向け手引の四つに分類することができると考えられる。また「実務向け文献」は、民訴法（典）の理解の難しさ・実体法に比して研究が遅れていること、民訴法解釈における実務の重要性、素人でも理解でき「自分でできる」ようにする、実用知識としての（民訴）法の重要性を強く意識して、編集されていたのである。

② 上記の書誌学的検討に引き続き、「実務向け文献」の扱った内容について、争点整理と事実認定における当事者と職権の役割分担に着眼して検討をおこなった。判例・学説とのスタンスの相違を明らかにし、『法律新聞』の検討から判明している当時の実務の状況と適宜照らし合わせるとともに、「実務向け文献」が具体的局面でのパターン化されたテクニックを広く普及させた点で、近代法の継受に大きな役割を果たしたことを論じた。

「実務向け文献」は難解な条文や学説を平易に言い換え、実際の使用に合うかたちに再構成し、法典や教科書からは具体的にイメージしにくい内容を広範に補うものであった。法典や学説は十分に理解できずとも、具体的局面でのパターン化されたテクニックの効果は承知して「そこそこ安全に」法を利用可能にするために、「実務向け文献」は大きな役割を担ったメディアと評価できる。「実務向け文献」によるパターン化されたテクニックの普及の程度は、当事者に対する裁判官の介入のあり方にも大きく影響しうるファクターであったといえよう。

(4) 同時代ドイツの「実務向け文献」の探索と検討

わが「実務向け文献」のモデルとして影響を与えたと思われる、同時期ドイツの「実務向け文献」についても、先行研究は事実上存在しない。そこでドイツの図書館において、タイトルの探索・叙述の構成・内容を中心に調査を行なった。内容については本研究の対象に関連するポイント、すなわち訴訟に至るまでの段階（訴訟回避のすすめ、弁護士依頼の要否）、準備書面作成と口頭主義の関係、釈明権の行使へのスタンス、証拠調のあり方について、重点的に検討を行った。

「法典の規定を実際の使用に合わせて引き直す」点では、わが国の「実務向け文献」と大差はない。他方、訴訟戦術や手続の「実態」を描き出す叙述は、わが国に比べむしろ少なめという印象を持っている。ドイツの「実務向け文献」では、人証や宣誓のみを証拠方法として挙げてある訴状の雛形が少なくなく、口頭のやり取りのみで成立した契約が一定以上存在した可能性が読みとれる。種々の制約ゆえに、本研究での検討はなお部分的なものにとどまるとはいえ、ドイツについても「実務向け文献」が訴訟・契約実務の解明に新たな光をもたらしうる有望な史料類型であることを明らかにできた、と考えている。

近代法継受が一応完了した以降の時期のわが民事訴訟について、法史学・民事訴訟法学における先行研究はごく少なく、表層的な理解にとどまる部分が大半を占めてきた。本研究により、「職権と当事者の関係」と「口頭審理」という民事訴訟手続の根本的なテーマを軸として、当時の状況につき全体的な見取り図を描き出すことができたと考えている。上記の成果については学会報告ならびに論文として公表をおこなっており、今後の議論の出発点を学界に提示しえたと思う。

本研究の対象は、民事訴訟法学においては審理過程論とよばれる分野である。審理過程論は「実務家の領分」とみなされがちであり、研究がなお求められている領域である。本研究はもちろん一義的には明治・大正期を扱う歴史研究であり、現代日本とは時代や社会の背景に少なからず相違がある。しかし、手続のテクニカルな要素やいわゆる「日本的法意識」など、通時的に妥当しうるとされる論点を多数提示することができ、法史学にとどまらず、民事訴訟法学や法社会学などとの、学際的な議論の進展にも寄与できる研究成果を出すことができたと考えている。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計9件（うち査読付論文 0件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 2件）

1. 著者名 水野浩二	4. 巻 70巻3号
2. 論文標題 『実務向け文献』に見る明治民事訴訟法 審理の準備と審理過程をめぐって	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 北大法学論集	6. 最初と最後の頁 1 68
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -
1. 著者名 水野浩二	4. 巻
2. 論文標題 明治民事訴訟法の『使い方』：手続の手引・書式集・素人向け手引の検討	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 松本尚子【編】『法文化（歴史・比較・情報）叢書 17法を使う / 紛争文化』（国際書院）	6. 最初と最後の頁 183 205
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 水野浩二	4. 巻 90巻13号
2. 論文標題 学界回顧2018・法制史・西洋法制史（全般）	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 法律時報	6. 最初と最後の頁 236 237
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -
1. 著者名 水野浩二	4. 巻 90巻13号
2. 論文標題 学界回顧2018・法制史・西洋法制史（中世近世）	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 法律時報	6. 最初と最後の頁 238 239
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 水野浩二	4. 巻 68巻3号
2. 論文標題 節度ある職権介入の構想 大正民事訴訟法改正における職権証拠調と当事者訊問	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 北大法学論集	6. 最初と最後の頁 1 42
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスとしている (また、その予定である)	国際共著 -

1. 著者名 水野浩二	4. 巻 89巻13号
2. 論文標題 2017年学界回顧 法制史 (西洋法制史・3 中世・近世)	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 法律時報	6. 最初と最後の頁 239 240
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 水野浩二	4. 巻 67巻4号
2. 論文標題 葛藤する法廷 (1) 『法律新聞』の描いた裁判官・民事訴訟・そして近代日本	5. 発行年 2016年
3. 雑誌名 北大法学論集	6. 最初と最後の頁 1 53
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 水野浩二	4. 巻 67巻5号
2. 論文標題 葛藤する法廷 (2) 『法律新聞』の描いた裁判官・民事訴訟・そして近代日本	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 北大法学論集	6. 最初と最後の頁 47 107
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 水野浩二	4. 巻 67巻6号
2. 論文標題 葛藤する法廷(3・完) 『法律新聞』の描いた裁判官・民事訴訟・そして近代日本	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 北大法学論集	6. 最初と最後の頁 25 73
掲載論文のDOI(デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計2件(うち招待講演 1件/うち国際学会 0件)

1. 発表者名 水野浩二
2. 発表標題 「利用者にとっての」明治民事訴訟法 手続の手引・書式集・素人向け手引の研究序説
3. 学会等名 法制史学会東京部会第273回例会(招待講演)
4. 発表年 2018年

1. 発表者名 水野浩二
2. 発表標題 明治民訴法期における職権・当事者関係の一側面 『法律新聞』にみる実態(1900~26年)
3. 学会等名 法制史学会第68回総会
4. 発表年 2016年

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

北海道大学学術成果コレクション：HUSCAP http://hdl.handle.net/2115/75585 北海道大学学術成果コレクション：HUSCAP http://hdl.handle.net/2115/67208 北海道大学学術成果コレクション：HUSCAP http://hdl.handle.net/2115/63741 北海道大学学術成果コレクション：HUSCAP http://hdl.handle.net/2115/64413 北海道大学学術成果コレクション：HUSCAP http://hdl.handle.net/2115/65025

6. 研究組織

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
--	---------------------------	-----------------------	----