

## 科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成 25 年 5 月 21 日現在

機関番号：10101

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2010～2012

課題番号：22730001

研究課題名（和文） 紛争解決における裁判官の積極的役割——近代民訴法の基層の探求

研究課題名（英文） Judge's initiative in dispute resolution---Hidden basement of modern civil procedure

研究代表者

水野 浩二（MIZUNO KOJI）

北海道大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号：80399782

研究成果の概要（和文）：西洋中・近世、ならびにその延長線上にある近代ドイツ・明治以降のわが民事訴訟手続は伝統的通説における当事者主導のイメージとは異なり、裁判官の積極的な職権的介入を学説上予定し、実務でもかなり積極的に展開させていた。職権介入は当事者・弁護士サイドからも強く期待され訴訟戦術として利用され得るものであり、西洋の民事訴訟の一つの「系譜」として位置付けられるべきと考える。

研究成果の概要（英文）：In former studies civil procedure from medieval/ early modern learned law to modern German and Japanese law was basically party-controlled. On the contrary this research has made clear that in theoretical works, and in practice too, *officium iudicis* played a rather active role. Intervention of judges were highly expected also from parties and their lawyers as strategic measure. We can say that the initiative of judge has been one tradition for european civil procedure.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2010年度	1,100,000	330,000	1,430,000
2011年度	1,100,000	330,000	1,430,000
2012年度	700,000	210,000	910,000
年度			
年度			
総計	2,900,000	870,000	3,770,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・基礎法学

キーワード：民事訴訟 裁判官 職権 中世 近世 近代 ドイツ 日本

### 1. 研究開始当初の背景

(1) 西洋法の民事訴訟においては伝統的に当事者主義が基本原理だったとされ、手続進行における裁判官の職権の積極的関与は十分に検討されてこなかった。本研究代表者は、中世法学（中世ローマ法学・教会法学）、それを受けついで初期近世法学（パンデクテンの現代的慣用）の時期においては、紛争解決に際し裁判官・原告・被告の三者の間で活発な交渉・駆け引きが行われていたと考えた。

本研究においては理論・実務の両面からこの仮説を論証し、近代民事訴訟法の歴史的基層を具体的に解明することを当初は目指していた。

(2) 中・近世法学において当事者・職権が民事訴訟手続の進行についていかなる役割を担わされていたかについて概説を超えた研究は少ない。しかもそこでは当事者主義の支配という大前提が広く共有され、職権の役割は概して消極的に、そして当事者の役割とは

切断された形で把握されてきた。取り上げられた対象も学説の形成・変動についての概してごく表面的な知見に留まっていた、職権関与の具体的なメカニズムは殆ど明らかにされてこなかったのである。

(3) これに対して研究代表者は博士論文で、中世後期（12～15世紀）の「訴訟法書」（訴訟手続に特化した、実務むき解説を行う文献類型）の叙述を時系列に沿って検討し、14世紀以降原告・被告・裁判官の間で活発な相互作用がなされるようになっていったという仮説を提示し、中世法学の時期についてその具体的論証を試みてきた。所有権をめぐる訴訟での訴訟物特定に際して職権・当事者間でなされた交渉・駆け引きや、原告が訴状の末尾に「効用ある一節（*clausula salutaris*）」と呼ばれるフレーズを挿入することで、職権の広範な介入を嘆願する手法についての、13～15世紀の動向を明らかにしてきた（科学研究費基盤研究 S「法のクレオールと主体的法形成の研究」（研究代表者・長谷川晃。2005～2009年度）・若手研究 B「主体の権利から主体間の法的関係へ」（2006～2007年度）、若手研究 B「法的関係の動態的把握と訴権概念」・フンボルト財団（ドイツ）助成による在独研究（2008～2009年度））。

(4) 依然表面的・断片的にしか解明されていない職権の関与を検討するに際して、代表者は自身がこれまで研究してきた中世法学に加え、近世法学（パンデクテンの現代的慣用）までを一連の時期として取り扱う必要性を認識するに至った。近世の議論は中世法学からの直接的な連続性を持つ一方で、本テーマについて近代法に連なる本質的な変動が見られ、近代民事訴訟の基層の解明には一貫した洞察が不可欠だからである。

また、中世後期以降の法学化した民事訴訟実務の重要性が近年ようやく認識され、研究が活発化していること、職権理論の発展は実務の動きに触発された部分が大きいと思われることに鑑み、これまでのような学説の検討のみならず、学説と実務の相互的フィードバックも取り上げることが必要だと考えた。

## 2. 研究の目的

(1) 職権と当事者の関係については古代ローマ法と19世紀以降については多くの研究があるが、中・近世は単なる「移行期」として軽視される傾向があった。本研究はこの時期を、職権関与が漸次強化される一方で当事者・弁護士もそれを戦略的に利用することにより、職権と当事者が緊密に協働して具体的事例に則した妥当な紛争解決を実現し得る民事訴訟手続を実現していたとして、積極的

に再定位することを目指した。

一般に当事者支配と理解され、当事者と職権が対立項で把握されている近代（19世紀以降）の民事訴訟手続にもこのような側面は何らかの形で影響を与えているはずであり、また近時の民事法学（内田貴『契約の時代』（2000）等）に見られる権利義務の動態的把握、客観的に妥当な結論を導くための職権の役割の強調などに対して、議論の視座を提供するという意図があった。

(2) 体系性を特徴とする近代法に対し、個々の問題への対応の集積という側面を持つ中・近世法学の発展にとって、法実務との相互作用は決定的に重要であったが、従前の民事訴訟法史の研究ではこの側面はなおざりにされてきた。本研究では実務を強く反映する「訴訟法書」と理論的性格の強い *Summa/Lectura* と呼ばれる文献の双方を史料として検討することで、実務と学説の相互作用を通じて職権の役割が強化されていったことを明らかにしようとした。

(3) なお、中・近世法学が訴訟実務にいかに向き合ったかを最もよく示す「訴訟法書」は、その文献としての特徴がこれまで殆ど解明されないまま放置されてきた。本研究は訴訟法書の叙述スタイルを時系列に沿って分析することで、中・近世を通じて法学文献の主要ジャンルであり続けた訴訟法書の特徴を解明することも当初は企図していた。

## 3. 研究の方法

(1) 職権と当事者の相互作用の具体相として、職権の発動に際して当事者からの嘆願がいつどこで発生しどのような役割を担わされていたのか、職権と当事者・弁護士の役割分担は時期によりどのように変遷していったかを検討した。前者については実務的な文献たる「訴訟法書」を、後者については理論性の強い史料（*Summa* や *Lectura*）を史料として用いた。

(2) 本研究期間の後半については、研究計画の大幅な変更を行った。民事訴訟の審理過程における裁判官の積極的介入は現代の民事訴訟法学でもその理論的解明が強く望まれている研究課題であることに鑑み、中・近世法学の議論が近・現代の法解釈論にいかなる影響を与えているのかにまで研究対象を拡大することとした。

19世紀ドイツの民事訴訟法（学）、継受によりその影響を強く受けた日本の民事訴訟法（学）が具体的な対象となるが、本研究では手始めに大正民事訴訟法改正（1926）を対象とすることにし、関連史料を検討すること

とした。

#### 4. 研究成果

##### (1) 西洋中・近世の学識的訴訟手続における、職権発動とそれへの当事者・弁護士への期待

① 西洋中世から近世にかけて民事訴訟の原告が裁判官の職権の積極的介入を嘆願するために用いたいわゆる「効用フレーズ (clausula salutaris)」の起源とその作用を、実務性の強い「訴訟法書」を史料とし 13 世紀半ばまでの時期について検討した。

効用フレーズは中世法学が訴訟法理論を発展させた 12 世紀後半に既に広く知られ、いわゆるアングロ・ノルマン学派の役割が大きいと推定される。効用フレーズを訴状に付記することには、当時における法学知識普及の不十分さに起因する訴訟上の危険を回避することと並んで、テクニカルな法知識を前提とした訴訟戦術上の配慮、さらには法源上訴権が手当てされていない法的地位の救済にも応用し得るものとして位置づけられていた。以上の知見については論文にて公表している。

② 民事訴訟手続における裁判官の積極的介入を根拠づける法文として、中世学識法学の解釈論で用いられたローマ法文の一つである C.2.10.un.に関する中世後期における解釈論の展開を分析した。

当事者が提出した法・事実の不適切な点に対する職権による補充 *suppletio iudicis* を扱う本法文の解釈論は以下のように推移した。弁護士との役割分担によって職権関与を限定する初期の思考から、両当事者に対等なふるまうという思考を経て、14 世紀半ば以降には当事者の姿勢とかかわりのない形で端的に職権の介入を肯定するように明確に変化していったのである。この解釈論は近世法にもそのまま受容されたとみられる。以上の知見は現時点では未公表であるが、学会報告やドイツの専門研究者において高い評価を受けており、欧文雑誌での公表に向けて準備中である。

③ 以上に加え、ドイツでの長期滞在・出張により、民事訴訟における裁判官の積極的介入に関連すると思われる史料の収集を行った。理論的文献としては、ローマ法文 C.3.1.9、D.11.1.21、教会法文 X 2.3.3 に関する中世から近世にかけての注釈・注解である。裁判官による当事者尋問などについての法文の解釈論の内容・時系列的変動の検討にも一部着手しており、①②で示した見通しが一般的に正当であることの論証に努めてゆきたい。

実務的文献たる「訴訟法書」についても、上記①での検討に引き続く時期である 17～18 世紀について史料の収集を行った。効用フレーズについてドイツの帝国裁判所規則はその禁止と認容を繰り返して、1613 年の最終的な禁止後も学説・実務の姿勢は様々であったとされる。職権と当事者の関係についての中世的あり方が 19 世紀以降の近代民事訴訟法(学)へどのような形で連結してゆくことになるのかについては、今研究期間中にはなお明確な見通しを得るには至らなかった。いずれにせよ先行研究における当事者主義的な位置づけとは異なり、中・近世の学識的訴訟手続において職権の積極性が漸次強化されていったこと、それが当事者・弁護士サイドの期待に応える側面をもっていたことはほぼ明らかにできたと思われる。今後は下記(2)の研究成果と合わせ、中世から現代に至る民事訴訟の一つの「系譜」を示すことを目指したい。

##### (2) 日本近代の民事訴訟——その西洋私法史からの位置づけ

① 伝統的通説は学説中心の検討により、中世法学から今日に至る民事訴訟手続は当事者主義に基づき、釈明権などの裁判官の職権は消極的・補助的なものだけとしてきた。しかし 19 世紀ドイツについて近年の研究は、当事者主義 vs. 職権主義という対抗軸並びに前者の頭揚は当時の学説・自由主義的政治思潮が創出した「理念型」であり、立法・実務は「主義」に囚われず職権の一定の積極性を維持していたと主張する。一部の研究者は 19 世紀の立法者において、裁判官が当事者と直接相対する口頭審理は、裁判官が職権(釈明権)を行使し真実に基づく裁判を行うための手段として認識されていたと示唆する。これは通説が口頭主義を、フランス革命の影響を受けた(当事者(たる市民)の主導性)の表れと評価してきたのとは正反対である。

しかしこの(口頭審理における職権探知への志向)という視点はなお問題提起の段階に留まっており、実務や政治レベルの反応、オーストリアのいわゆる「社会的民訴法」(1895)での職権強化の評価、ひいては当事者「主義」の実際の射程の再定位という重要な問題はなお手つかずである。(口頭審理における職権探知への志向)の成立過程も判然としていない。近代法の基盤となった近世ドイツの普通法訴訟手続についてテクニカルな側面の研究が進まず、帝国裁判所規則の表面的検討による「当事者主義・書面主義に基づく」という認識に留まっているため、近年の研究傾向を反映した抜本的研究が必要とされている。

「ドイツ民訴法典(1879)を直訳的に継受

した」と通常理解されてきた近代日本では、学説での当事者主義の「原則」化・実務での口頭審理の形骸化の下、学説・実務ともく口頭審理における職権探知への志向への認識は弱かった。しかし平成民法改正（1996）は争点整理手続の導入により口頭審理の活性化・職権行使の活発化を引き起し、その理論的精緻化が強く求められている。そのためにはく口頭審理における職権探知への志向に関して平成改正の起源とすることができる大正民法改正の経緯とその失敗の検討が極めて有用と思われるが、明治民法施行から大正改正の時期は、現行法解釈論の前史としての不十分な扱いに留まってきた。ごくわずかな歴史的研究も「近代化論」（染野義信）や現行法の当事者主義（鈴木正裕）を前提にしており、学説・制度のみならず実務や政治・社会的背景まで視野に入れた本格的な歴史的研究が待望される。

② 先行研究についての以上の認識に基づき、民事訴訟手続における裁判官の積極的介入という視点から、大正民法改正の起草・立法過程について検討した。

起草・立法過程においては当事者 vs. 職権という視点は口頭審理 vs. 書面審理という視点とリンクされ、く口頭審理における職権探知への志向に向けて緩やかなコンセンサスが成立していた。これまで大正改正の目玉と通常理解されてきた「迅速化のための」当事者の自己責任・職権進行主義は必ずしも至上命題とされてはいなかった。しかしく口頭審理における職権探知への志向は漠然としたイメージに留まり、口頭審理と職権の積極性の相補的關係は十分に理解されておらず、現状認識や制度趣旨の認識の未成熟、表面的な結論の一致が多く見られる。

上記のあり方の直接の背景として、弁護士能力の低さへのコンセンサス（含弁護士）の存在が挙げられる。「お上依存」気質や社会運動系の思潮は起草・立法過程に殆ど明示的な影響を与えていない。大正改正の目指したく口頭審理における職権探知への志向はオーストリアのいわゆる「社会的」民法（1895）の影響として従来理解されてきた。しかしこのラインは既に 19 世紀ドイツの民法諸立法（草案）に明瞭に見られたものである。更にいえば、(1)で論じたように、中世ローマ・教会法以来の民事訴訟手続の一つの「系譜」として把握すべきものと考えたい。

本研究によって、わが国における近代民法理論・実務両レベルの継受という、なお未開拓の研究領域の問題性が浮き彫りになったと考える。以上の知見は学会報告にて積極的な評価を得、2013 年 5 月 4 日の学会誌（査読あり）に投稿予定である。

### (3) 研究成果の国際的発信

効用フレーズの機能が中世末期以降に裁判官のより積極的な介入を導くものに変化したことを中心として、邦語で既発表の業績に加筆・修正を加えた独語論文を斯界最高水準の雑誌に掲載することができた。また、日独共同の研究プロジェクト「ヨーロッパ法史研究に対する日本の寄与」（代表者・屋敷二郎・一橋大学教授）に参加し、今回の研究テーマの前提となる研究内容についてのドイツ語論文をすでに校了済みである。

#### 5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計 3 件）

1. 水野浩二「書評 鈴木正裕『近代民事訴訟法史・ドイツ』（2011 年）」、法制史研究 62 号（2013 年）298-303 頁、査読なし
2. Mizuno, Koji, *Das officium iudicis und die Parteien im römisch-kanonischen Prozess des Mittelalters. Eine Betrachtung über die clausula salutaris. in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonische Abteilung*. Bd. 128 (2011) S. 76-111. 査読あり
3. 水野浩二「翻訳 アンダース・ウィンローズ『教皇の二つの仕事——普遍的教会の最高裁判官、そして司牧者』」、新世代法政策学研究 12 号（2011 年）177-196 頁、査読あり

〔学会発表〕（計 2 件）

1. 水野浩二「口頭審理と職権の積極性——民法史の中の大正民法改正」、第 2 回ローマ法研究会（2013 年 3 月 9 日）、京都大学吉田キャンパス
2. 水野浩二「西洋中・近世の民事訴訟における職権と当事者・弁護士」、第 419 回法制史学会近畿部会（2011 年 10 月 22 日）、京都大学吉田キャンパス

〔図書〕（計 1 件）

1. 水野浩二「訴訟法書・公証手引書における『職権と当事者』——12・13 世紀『法生活の学問化』の一断面」、長谷川晃編『法のクレオール序説 異法融合の秩序学』（2012 年、北海道大学出版会）93-116 頁

〔産業財産権〕

○出願状況（計 0 件）

○取得状況（計 0 件）

〔その他〕

ホームページ等

[http://www.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/LPG\\_vol12/12\\_5.pdf](http://www.juris.hokudai.ac.jp/gcoe/journal/LPG_vol12/12_5.pdf)

## 6. 研究組織

### (1)研究代表者

水野 浩二 (MIZUNO KOJI)

北海道大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号：80399782

(2)研究分担者 なし

(3)連携研究者 なし