

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 29 年 5 月 18 日現在

機関番号：10101

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2013～2016

課題番号：25380001

研究課題名(和文)「当事者のために介入する裁判官」の歴史的系譜 ヨーロッパ私法史から大正民訴改正へ

研究課題名(英文) Judge's intervention for parties in civil procedure: from early modern Europe to Taisho-Revision.

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) 3,500,000円

研究成果の概要(和文)：当事者によって主導される(べき)ものと認識されてきた近代法の民事訴訟手続は、実際には中近世ヨーロッパ以来の一定程度に積極的な裁判官の職権による介入を当初から内包し、裁判官が口頭審理において適切に介入することで、真実に基づく裁判を実現してゆくという理解が存在していた。本研究はこのテーゼを、中近世ヨーロッパ法学における蓄積を前提とした近代ドイツの民事訴訟、そしてそれを継受した明治民事訴訟法(1890年)施行下の状況と、そのもとで生じた問題に対処した大正民事訴訟法改正(1926年)について検討したものである。

研究成果の概要(英文)： It has been widely believed that Modern Civil Procedure is, and should be, party-oriented. In reality, it has contained from its beginning quite strong directive power of judge: Judges should intervene properly for the benefit of both parties in oral discussion and try to clarify "truth".

In order to demonstrate this thesis, I took up Japanese civil procedure in modern times, from Meiji Civil Procedure Code (1890) to its Taisho Revision (1926), and its mother law in contemporary Germany, including learned law procedure in late medieval Europe as its historical origin.

研究分野：法学史

キーワード：民事訴訟 裁判官 釈明権 近代 日本 弁護士 ドイツ 中世

## 1. 研究開始当初の背景

当事者主義に基づくとされてきた近代法の民事訴訟手続は、実際には中近世以来のかなり積極的な裁判官の職権による介入を当初から内包し、裁判官が口頭審理で適切に介入することで真実に基づく裁判を実現してゆくという理解（以下〈口頭での職権介入〉と表記）が存在していたのではないか——本研究はこの問題意識に基づき、17～20世紀初頭のドイツ民訴とその日本への継受、即ち明治民訴法（1890年）施行下の状況と、そのもとで生じた問題に対処した大正民訴法改正（1926年）について検討しようとしたものである。

### (1) 先行研究の状況

#### ①近世・近代ドイツ

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・補助的なものとしてきた。しかし近年の研究のなかには、当事者主義 vs. 職権主義という対抗軸並びに前者の顕揚は近代の学説・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」に囚われることなく、職権の一定の積極性を維持していたと主張するものがある。そして、19世紀の立法者においては、裁判官が当事者と直接相対する口頭審理は、裁判官が釈明権を行使して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、と示唆される。しかし、この〈口頭での職権介入〉という視点はなお問題提起の段階に留まり、実務や政治レベルの反応、オーストリア「社会的民訴法」（1895年）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の状態であった。

#### ②近代（明治・大正期）日本

「ドイツ民訴法典（1879年）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で、学説・実務とも〈口頭での職権介入〉への認識は弱かった。しかし平成民訴法改正（1996年）は、争点整理手続の導入により口頭審理の活性化・職権介入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、〈口頭での職権介入〉に関して平成改正の起源ということが出来る大正民訴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。しかし、明治民訴法施行から大正改正までの時期については、現行法解釈論の前史としての不十分な扱いに事実上とどまり、とりわけ実務や政治・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ていた。

### (2) 本研究の問題意識

研究代表者はこれまで、近代民訴法の原型となった中世法学の訴訟手続（ローマ・カノン法的訴訟手続）における裁判官と当事者の関係の分析を重ね、伝統的通説とは異なり、中世法学の民訴手続が〈口頭での職権介入〉に基づく当事者と裁判官の動的なコミュニケーションの側面を持つことを明らかにしてきた。

また法継受という現象について、学説に比べ実務の継受は困難であること、継受の水準には実務法曹内部に大きな相違がありえるということ、したがってわが国における近代ドイツ民訴の定着期＝明治民訴法期を評価する際には、「法継受国」として実務（法曹）のありようがカギになること、を認識するに至った。

## 2. 研究の目的

以上の認識に基づいて研究代表者は、〈口頭での職権介入〉が中世から近代にかけてのヨーロッパで一定の掣肘を受けつつも民訴手続の一つの系譜として意識され続けたのではないか、それを近代日本はいかなる形で継受したのかを、学説のみならず立法・実務、政治・社会的背景、各レベルのアクター間の姿勢の異同を精確に理解しつつ解明することで、歴史の視座から民事訴訟の「近代的原则」を相対化し、新たな手続モデルへの示唆を与えるという問題設定を行った。より具体的には、

(1) 日本近代法史が西洋私法史の視座からいかに位置づけられるかを探る。継受された近代的民事訴訟制度の定着期＝明治民訴法施行後から大正改正に至る時期の状況についての、事実上初の本格的歴史研究をおこなう。

(2) 先行研究が重視してきた学説・理論よりも立法・実務を重視して検討し、アクター（司法官僚・裁判官・弁護士・法学者）間の姿勢の異同を明確にする。そうすることで、今日なお維持されている当事者主義・弁論主義・口頭主義という民事訴訟の「原則」が、種々の要素により左右され得る相対的なものであったことを示し、これらの「原則」のあるべき射程を再定位することを目指す。

(3) 当事者が裁判官の介入を期待することは、それが適正な範囲内である限り活発なコミュニケーションとしての民事訴訟手続に不可欠であり、私法史上普遍的に存在してきた要素であることを示す。

## 3. 研究の方法

### (1) 近代日本——明治民訴法期

明治民訴法施行下の状況について、立法・実務の状況を以下のように検討した。

① 明治民訴法施行後まもなく、改正に向けた検討が開始されている。それを明治民訴法について認識されていた種々の問題を反映するものとしてとらえ、以下の点に注目して検討した。大正改正にむけての起草過程・立法過程について作成された速記録を主たる史料とする。〈口頭での職権介入〉への認識のありようが先鋭に表出している論点として、積明権の行使・(争点整理のための)準備手続・職権証拠調の導入・当事者訊問の強化を選ぶ。アクター(議論に委員として参加する、司法官僚と弁護士委員)の間のスタンスの異同とその背景を解明する。

② 同時期の実務、すなわち非エリート層の実務法曹において、〈口頭での職権介入〉がどのように認識されていたのかの実態を解明した。史料としては法曹メディアを検討した。弁護士よりとされる『法律新聞』を中心として、『日本弁護士協会録事』、『社会運動』系の『中央法律新報』も参照した。

## (2) 近世・近代ドイツ

1と2で示したように、当初の計画では近世・近代ドイツについても詳細に検討する予定であったが、近代日本の検討に予想以上に時間を要したため、近世・近代ドイツについての検討は部分的なものにとどまった。

① 近世ドイツの訴訟手続については、中世後期(とくに14世紀)以来の〈口頭での職権介入〉のラインが維持強化されたことを示すための前提作業として、その学説上の基盤になったと思われる、中世法学における職権補充 *suppletio iudicis* を扱った解釈論の変遷を分析した。

② 近代ドイツにおける〈口頭での職権介入〉については、学説・立法については先行研究の一定の蓄積がある。本研究ではそれらと実務のスタンスの異同を解明するため、実務法曹や素人向けに当時多数出版されていた、「実務向け文献」(判例集・書式集・手続マニュアル本など)の関連叙述を検討することにした。

## 4. 研究成果

(1) 明治民訴法期——大正改正にむけた、起草・立法過程における議論

① 〈口頭での職権介入〉への肯定的スタンス  
起草・立法過程の速記録の検討から、以下の内容が明らかになった。積明権の強化は一応支持されたが、その内容の理解は曖昧であり、積明の範囲をテクニカルに確定しようと

する志向はドイツと異なり見られなかった。改正案の起案者(司法官僚)は〈口頭での職権介入〉の実現にこだわったが、当時書面審理化していた実務に寄りかかる弁護士委員の反対などにより、相当の相対化を余儀なくされることになった。当時職権の介入がポジティブに評価された背景としては、当事者本人はもとより専門家たる弁護士の資質の低さについて、弁護士層自身を含めてコンセンサスがあったことがあげられる。

## ② 〈口頭での職権介入〉の強度

それでは、〈口頭での職権介入〉の強度はどの程度のものであると考えられていたのだろうか。証拠調による事実認定、すなわち職権証拠調と当事者訊問について検討を試みた。

起案者(司法官僚)が考える「職権探知の強化」は、真実をどこまでも追求するという極度のものではなく、当事者のみに立証を委ねておくのではあまりに不適切な場合に、補充的に後見的介入を行うというスタンスであった。当事者主義を旗印にする批判は、あくまで極度の職権探知を危惧したものであり、あるべき介入の強度については弁護士を含めほとんどのアクターの間には、緩やかなコンセンサスが成立していたのである。

以上の内容のうち前半部分は雑誌論文(3)において公表し、書評等で高い評価を得た。後半部分は学会発表(2)をおこない、『節度ある』職権介入の構想——大正民訴改正における職権証拠調と当事者訊問」と題し記念論文集に投稿したが、出版サイドの事情で研究期間内には公刊に至らなかった。

(2) 明治民訴法期——実務の実態と実務法曹のスタンス

## ① 実務の実態の解明の必要性

他方、起草・立法過程とは別の次元、すなわち民事訴訟実務の場においては〈口頭での職権介入〉ならびに関連制度はどのように認識されていたのだろうか。

実務における実務法曹(や当事者本人)のパフォーマンスや問題意識は、立法・判例・学説の変化を引き起こす大きな動因であったと思われるが、実務法曹の回顧録に残された「体験談」を超えたかたちでの検討はほとんど存在しなかった。

本研究ではその解明のために、法曹メディア(主として『法律新聞』)から関連記事(約1,550件)を抽出し、積明権の行使、職権探知、口頭審理、裁判官・弁護士の資質、西洋近代法へのスタンスという観点から分類、整理をまずおこない、次いで具体的な分析を行った。

② 〈職権介入〉への強い期待と議論の曖昧さ  
研究期間内に得られた大まかな見通しは

以下の通りである。

明治民法施行後早い時期から、不干渉主義（今日の弁論主義と処分権主義を包括する概念）はきわめて頻りに批判されていた。一定数以上の実務法曹において釈明権の積極的行使は肯定的に評価され、かつ強く期待されていた。低レベルな弁護士が少なからず存在したこと、本人訴訟が認められかなりの数行われていたこと、当事者保護の必要性が強く認識されていたことなどが背景として挙げられる。同様のことは、事実認定（証拠調）における職権介入の強化への要望という形でも強く期待されていたのである。

他方、こういった期待を手続レベルで具体的にいかにも実現すべきかについては必ずしも常に詰めた形では議論されていたといえない。実務法曹たちはともすれば「世情に通じた人徳ある名判官」の出現に、問題の解決を期待していたようにもみえるのである。

以上の内容については学会発表(1)をおこなった。

### (3) 近世・近代ドイツ

#### ①前提——中世末期の学説の変化

周知のように、近世・近代のドイツ・オーストリアの民事訴訟の理論的基盤を形成したのは、12世紀以降発展したローマ・カノン法的訴訟手続である。伝統的通説においては、それは当事者主義的なものとして再構成され、かつほぼ13世紀までで完成し、それ以降には大きな変化はなかったとみなされてきた。研究代表者はかねてよりこの見解に疑問を提示してきたが、今回〈口頭での職権介入〉に即した形でその具体像を明らかにすることが、その延長線上に位置する近世・近代民事訴訟の検討の前提として不可欠である、と考えた。

具体的には、職権補充 *suppletio iudicis* を扱った解釈論の変遷を分析した。法と事実双方の補充について、すでにローマ・カノン法的訴訟手続の成立期（13世紀前半）から職権にはある程度の自由が認められていた。重要なのは、14世紀中に議論の質が大きく変化し、職権のさらなる積極化が促されたと思われることである。職権介入の目的は単なる真実探求にとどまらず、「法専門家たる弁護士がミスを犯した際、そのリスクは（法曹「仲間」としての）裁判官が負うべきである」という視点がみられた。

以上の点については雑誌論文(2)として公表し、書評において高い評価を受けた。また関連する書評として(1)(4)を執筆した。

#### ②「実務向け文献」への着眼

近世・近代ドイツ民事訴訟における〈口頭での職権介入〉に関し、立法・判例・学説については先行研究の一定の蓄積がある。研究代表者は、立法・判例・学説の影響を正確に評価するためには、それらの実務法曹への伝

播・認識のありようが重要な意味を持つと考えた。そこで、判例・学説が実務法曹に行き渡るチャンネルとして、判例集・手続マニュアル・書式集などの「実務向け文献」を検討することとした。

「実務向け文献」は学術的価値に乏しいとみなされてきたため、先行研究は存在しない。そこで、実務系文献に強いと思われる法務図書館（東京）にて、同時代のわが国の「実務向け文献」について若干の準備的調査を行なった上で、ドイツ出張により調査を行なった。

すでに近世において「実務向け文献」という自己認識をもつ文献が版を重ねていた。ドイツ帝国民訴訟法典施行（CPO・1879年）にかけての時期には、具体的な事例を想定した書式集やマニュアルが多数出回っており、CPO施行後においては「実務向け文献」の質量はわが国に比べきわめて充実していたと思われる。

立法・判例・学説の内容を実務向けに咀嚼し、わかりやすく伝える著作が大量に出回っていたことは、当事者（弁護士を含む）のための職権介入の必要性・態様如何を考える上で無視できないポイントである。また、「実務向け文献」に素人むけの指南書も多くみられることは、「西洋では訴訟や法律事務は、日常的に弁護士や公証人が関与して行う」という（わが国における）「常識」に、再考を迫るものかもしれない。

#### 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4件）

- (1) 水野浩二「書評 上田理恵子『一九世紀後半オーストリア民事訴訟における口頭審理と法曹たち』」、法制史研究、査読なし、64号、2015年、521—524頁
- (2) 水野浩二「学識的民事訴訟における職権補充（*suppletio iudicis*）——中世末期の解釈論の変動」、北大法学論集、査読なし、65巻1号、2014年、1—36頁  
<http://hdl.handle.net/2115/56129>
- (3) 水野浩二「〈口頭審理による後見的な真実解明への志向〉試論——一例としての大正民法改正」、法制史研究、査読あり、63号、2014年、1—53頁
- (4) 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、査読なし、62号、2013年、298—303頁

〔学会発表〕（計2件）

- (1) 水野浩二「『法律新聞』にみる釈明権行使の実態（明治33～大正15年（1900～26））」、第五回ローマ法研究会、2016年

3月19日、京都大学法学部、京都府京都市

- (2) 水野浩二「「節度ある」職権介入の構想——大正民訴改正における職権証拠調と当事者訊問」、第三回ローマ法研究会、2014年3月9日、京都大学法学部、京都府京都市

〔図書〕（計0件）

〔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 なし

## 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・教授

研究者番号：80399782

(2) 研究分担者 なし

(3) 連携研究者 なし

(4) 研究協力者 なし