

【紹介】

「弁論主義から対審主義へ……」

Jacques Normand, *Le juge et le fondement
du litige, Mélanges offerts à Pierre Hébraud,*
1981 の紹介」

堤 龍 彌

一 はじめに

わが国では、防御権ないし対審主義に関する議論が、これまで直接的に研究対象とされることは少なかったように思われる（もっとも、弁論権・審問請求権に関する議論がこれに近いといふべきか。間接的には、訴訟物論争において、又は主要事実と間接事実の問題において、不意打ち禁止として問

「弁論主義から対審主義へ……」の紹介」堤

題とされてはいた）。これに関連しては、むしろ弁論主義（又は処分権主義）の問題として学界・実務界を賑わしてきたように思われる。すなわち、たとえば訴訟物論争においては、旧理論から新理論への非難として、当事者の予想していない法的観点から判決がなされるのは被告に対する不意打ちになる、又原告の主張する法的観点のみの正当性を判断して理由なしと判示した判決は、他の可能な法的観点からの再訴をも

遮断するが、それは原告に対する不意打ちになる等。それらの原・被告に対する不意打ちを避けるためには、裁判官の積極的な釈明活動が義務として要請されざるを得ず、実務の現状ではそれは困難であるとして、旧理論の立場から、それらの負担を処分権主義の枠内に押し止めようとしてきた。他方、弁論主義の適用に関する主要事実と間接事実の区別においても、重要な間接事実については不意打ち防止の観点から弁論主義の適用を認め、当事者の主張がなければ裁判所はそれらの事実を採用しえないと議論し、せいぜいその提出を促す釈明権の行使に期待するに止め、又重要でない主要事実が弁論主義の適用外として自由に裁判官の裁量に委ねてよいとする。いづれも不意打ち防止の問題を弁論主義（又は処分権主義）の枠内で、あるいはそういう観点からのみ論じ、それに関連して裁判官の事実（又は法）に対する主導権の範囲を画してきたといえよう。

しかしながら、防御権の尊重ないし対審主義⁽¹⁾と弁論主義の問題とは、理念的には明確に分けうるものであり、かつ実際上もその相違点がまさに浮き彫りにされた形で現れる場面が存在する。すなわち、フランスでは、事実（又は法—法については訴訟物論争とも絡んでいるが）に関する当事者の明確な

主張がない場合、又は当事者の主張とは異なったそれを裁判官が訴訟の解決にとって重要と考える場合、それを一概に当事者の主張責任（弁論主義）の問題としてのみ処理するのではなくて、むしろ適正、妥当かつ経済的な見地から、積極的、後見的に（もっとも、かような場合、わが国でも、弁論主義の枠内でどの程度積極的釈明ができるか、あるいはこれに関連してどの程度の心証披瀝が可能かという観点からの議論はなされているが、それ以上に、その枠を越えて）、どこまで職権を行使して紛争を妥当な解決に導いてゆけるかという観点からの議論が、近時の民訴法の改正を契機に表面化してきている。これは、かりに本来ならば弁論主義（又は処分権主義）の枠内で処理すべき（又はしてきた）問題を、それとはむしろ対立する形での防御権尊重ないし対審主義の問題として処理してゆこうとするものである。すなわち、裁判官が争訟の解決に決定的と考える資料（事実又は法）⁽²⁾が当事者の弁論に現れていない場合、弁論主義（又は処分権主義）を遵守すれば、裁判官は、せいぜいその提出を促しうるにすぎないわけであるが、フランスでは、さらにかような場合、弁論主義（又は処分権主義）に（若干語弊があるかも知れないが）違反しても、対審主義さえ遵守されれば—すなわち、当事者の対審

的な弁論の俎上に載せうれば―それらの資料を職権で採用しうるとする考え方が判例理論の検討を通じて明らかにされてきている。これは、民事訴訟(目的)観、裁判官の役割に対する考え方の変化もあろうが、形式的には、近時の民事訴訟法の改正がそのような裁判官の職権強化の傾向を促進しているといえよう。⁽³⁾

もっとも、かような議論に関連して、他方で、わが国では、法については裁判官の自由な評価に任されている面が強いわけであるが(もっとも、旧訴訟物理論を前提とすれば、法的评价の変更は訴訟物自体の変更につながるが多い)、この点について、今度は逆に、当事者の支配をある程度認めてゆく必要があるのではないか、当事者による法的评价の裁判官に対する拘束を何らかの形で考えてゆこうとする考え方も明らかにされている。具体的には、法的评价にも弁論主義的考え方を導入しようというのではなく、やはり広く防御権尊重(ないしは対審主義)という観点から、当事者の主張と違つた法的観点を裁判官が採る場合は、事前に当事者に示してその弁論に載せる必要があり、それをしないと違法になるという形で問題にされている。

これら一見全く逆方向への思考態度が、それぞれどのような

「弁論主義から対審主義へ……の紹介」堤

に関連するの―同じ根源、発想から出ているものなのか、一方が他方の反動として、相容れないものとして出されているのか―興味のあるところである。仮説としては、防御権尊重(対審主義)をメルクマールとして、それが事実的側面に関しては弁論主義(「事実当事者に」)を弱める形となり、法的側面では裁判官の自由な職権的活動(「法は裁判官の知るところ」)を規制する形となって現れているのではないかと考えている。⁽⁴⁾ もっとも、前者の面においても、当事者の申立書(conclusions)の範囲外の事実でも裁判官は必要であれば防御権(対審主義)を冒さない限り職権で顧慮しようという趣旨ではわが国でいう弁論主義をいわば無視する形となるわけであるが、かような見解によっても全くの無制約ではなく、一定の範囲内の事実(たとえば(当事者が明示的に申し立てていない部分をも含んだ広義での)弁論(débat)、請求の原因(cause)、訴訟資料(pièce de la procédure)、又は訴訟記録(dossier)内に現れた事実)に限られているようである。又後者の面においても、法的评价は自由だという前提そのものが、訴訟物理論の立て方によっては、わが国でいう処分権主義違反になる可能性を孕んでいる。それゆえ、かような当事者による裁判官の法的评价への規制も、旧訴訟

物理論に立っていたときは、大部分処分権主義の問題として当事者の主導権・自主性が確保されていたのに対し、Mottlsky (新訴訟物論者) の影響を強く受けたとされている新法の下では、もはや処分権主義違反による歯止めが利かないことも考えられ、それゆえ防御権理論を使つての当事者による裁判官の法的評価への規制として、裁判官の職権強化の下で若干弱められた形で、当事者権が再生したのではないかと憶測している。比喩的に言えば、事実及び法の取扱いに關し、弁論主義及び処分権主義がそれぞれ左右から中央の対審主義に収束しつつある現象といえようか。

いづれにせよ、かようにわが国とフランスでは、もちろん法理論を支える制度の相違もさることながら、理念的な思考方法としても歴史的・社会的にかなり異質な原理が支配しているように思われる。

最近、ツールーズ大学社会科学部の名誉教授である P. Hébraud に捧げられた記念論文集中の一編において、J. Normand 教授が以上のような問題について論じているので、この論文の紹介を通じて、以下若干この問題について考えてみたい。⁽⁵⁾

ところで、裁判官の負担過重はフランスにおいてもわが国

とそれほど変らないと思われるが、フランスにおけるかような裁判官の職権強化は、同時に義務的なものとしても当然作用する面を持っており(裁判官の職権に關する規定である新法七条二項、一二条三項等は「できる(peut)」となつてゐるが、当事者間の公平を考慮すればかなりの程度義務的ともならざるを得ない面を持つてゐると解すべきである。もつとも、その違反が直接上訴の対象となるかは、わが国での積明権・積明義務(民訴法一二七条)の問題と同様、訴訟政策上からも議論があり、フランスではそれはあくまでも「権利」であつて「義務」ではないとされているようである。後述注(24)、p. 21 参照)、そのような面から評価すれば、かような傾向を一概に当事者主義に反するとして非難ばかりはできず、むしろ社会政策的、福祉国家的な思想の現れとして把握すべき点もあろうかと思われる。

「裁判官と訴訟の基礎 (Le juge et le fondement du litige)」と題されたこの論文は、要約して言えば、裁判官は訴訟上の請求の根拠となる構成要素(事実及び法)についての程度の主導権・職権を行使しうるか、を論じたものであるが、その視点を従来のが国のように弁論主義ないし処分主義の観点からのみでなく、むしろそれと微妙に交錯する⁽⁶⁾

対審主義ないし防御権尊重の視点から考察・検討しようとしているところにその特色があるように思われる。

それから、この論文を理解するうえで重要なポイントになるものとして、著者の民事訴訟(目的)観ないし民事裁判官像にも触れておく必要があるだろう。すなわち、裁判官の職務は争訟を解決することであってそれを引き起こすことではないとの見解に対して、それは訴訟上の請求(Objet des prétentions)に対してだけであって、請求の根拠(fondement des prétentions)には関係ないと著者は言う(n. 38、原注(138))。ちなみに「裁判官は、具体的な資料(éléments matériels)が弁論(débat)中に存在するときは、自らそれについての論争(contestations)を提起することができ、又しなければならぬ」(同上)と主張する。また「裁判官の職務は、紛争をただ鎮めるだけではない。彼に付託された具体的な事件において、法を述べること、同様にその職務に属する」(n. 42)と述べている。

以上を前提にして、以下著者の見解を論文にそって考察してゆくことにする。

論文の構成は三部に分かれており、まず「まえがき」の部分で、著者のこの問題に対する取り組み方・視点を明らかに

「弁論主義から対審主義へ……の紹介」堤

し、一般的な概観を施したのち、第二部(Ⅰ—改正の構造)では、A改正のいきさつ、B改正者の意図(事実・法・対審)を探究し、第三部(Ⅱ—改正の運用)において、著者は、自己の見解をも若干交えながら、主としては破毀院のこの問題(事実及び法)に対する裁判官の主導権の範囲)に対する態度(判例の傾向)を明らかにしようとする。努めている。

(1) 以下で防御権の尊重とは、さしあたりわが国でいう不意打ち防正とはほぼ同義で使うことにし、又対審主義も、厳密に言えば議論が存するようであるが、ここでは防御権尊重と同義(この意味では対審の討議の可能性で足りよう。著者は、本論文では明確でないが、主にこの意味で使っていると思われる—cf. Normand, Office du litige, Détermination des éléments de l'instance, Juris-Classeur de procédure civile, Fas. 151, 1974, n. 76)ないしはその一適用形態(この場合は、積極的積明にかなり近い)として使うことにする。たとえば、かような意味では弁論主義(又は処分権主義)も積明権も対審主義も、程度手段の差はあれ、すべて防御権尊重のための機能概念、その一適用形態であると言える。ちなみに、積明権は、本来弁論主義の枠内でその不備を補充するものであるが、対審主義は、それを一歩越え、その枠外でも機能しうる概念であると言えよう。

(2) なお、法については、以下でも詳しく論じるように、フランスにおいても、一応職権探知主義が支配していると言えらるわけであるが、それにもかかわらず、当事者による明示の主張と異なる

法的観点を裁判所が採ろうとする場合は、事実資料の場合と同様、当事者に対する不意打ちを避けるために対審主義の要請が論じられているのである。

(3) かような取扱いは、一見敗訴の当事者には不公平な訴訟活動と映ずるであろうかもしれないけれども、適正な(いわゆる落ち着きのよい)裁判をするというのは洋の東西を問わず裁判官の職業の本能とも言うべきものかもしれない。又指摘されるような訴訟経済的・促進的な配慮からすれば、対審主義が実質的な形で(その程度・具体的な行使態様がまさに問題となるわけであるが)後述p. 21参照)保障される限り、一考に価する法技術ではなからうかと考える。もっとも、かような見解に対しては、前記裁判官の公平の問題以外にも、裁判官が考える(あるいは作り上げる)事件に、何故訴訟の主体たるべき当事者が組み込まれ、又は裁判官の目でみた紛争の場において半ば強制的な形で、当事者が議論しなければならぬのか、との反論も予想されうる。かような「裁判官の役割」論を背景にした議論について、筆者は、いまだ明確な見識を持つに至っていない。しかしながら、一国の訴訟制度が、かつての極端なまでの当事者主義からかような職権主義的考慮を加味した訴訟制度に変わりつつあるには、それなりの理念的・実務的な要請があることは確かであり、そういう訴訟政策的・現実的な配慮を無視した役割論だけでは、なお不十分なものと云わざるをえないのではなからうか。本稿の紹介も、一つには、比較法的にそのような背景を探究しながら、色々の制度的可能性を明らかにしようとするものに他ならない。

(4) 若干、視点は異なるが、同様な指摘をしているものに、徳

田・後掲・民商法雑誌七六卷一号五一頁及び同・吉川追悼一二二六頁がある。

(5) なお、この問題に関するフランスでの文献については、本論文の脚注を参照していただきたいが、それ以外に、わが国では、とりわけ徳田和幸助教授が、フランスにおける防衛権の問題につき精力的に研究を進められ、既にその成果がいくつか発表されている(紹介)「モチュルスキ」将来の民事訴訟法典のための序説・一九七一年九月九日デクレによる民事訴訟の指導原則の容認」民商法雑誌七三卷五号一二三頁以下(一九七七)、「フランス民事訴訟における防禦権理論(一)(二・完)——最近のフランス民事訴訟法改正の一断面——」民商法雑誌七五卷六号四頁以下・七六卷一号三二頁以下(一九七七)、「フランス民事訴訟における防禦権と法適用」民事訴訟雑誌二六号三二頁以下(一九八〇)、「法領域における手続権保障」吉川大二郎博士追悼論集・手続法の理論と実践上巻一二五頁以下(一九八〇)。なお、北村一郎「フランス判例研究(II)判例タイムズ四三三三頁以下(一九八二)」にも、本論文が対象としているフランスの対審主義に関し、要領のよい解説がなされている。従って、それ以上に、取り立ててここで論じ、付加することはないようにも思われるが、かような問題については、フランスでの一つの有力説たりうる「Normand」の論文でもあり、又若干違った視点も採り入れられているようにも思われるので、あえて蛇足を恐れずに、その紹介を試みる次第である。

(6) なお、フランスでは処分権主義(Principe dispositif)という言葉を用いており、いわゆるわが国で言う弁論主義をも含めて用いているようであるが、便宜上、本稿では原文に捉われ

ないで、その内容に応じて——不正確ながらわが国の概念に近づけて——これら二つの用語を使い分けてゆくことにしたい。

二 1 (まえがき)

「手続のリズムを促進し、かつ事実の真相により近く、よりいっそう法に適った、よりよい裁判を施すために、裁判官の権限が、この十年間で著しく進展した。」かような書き出しで、まず著者は、一般的に一九七一年デクレに始まる民法改正作業における裁判官の権限の増大化について述べる。伝統的な当事者主導型の訴訟手続は、表面的・制限的なものとなり(新民訴訟法二条—以下引用の条文はとくに断らない限り新民訴訟法の条文を示す)、代って裁判官による監督(実質上は職権進行型)の強化が謳われている(三条)。とりわけ、一般的な職権証拠調べの導入(一〇条)により、証拠の探究においてそれが顯著である。訴訟の構成要素(とくに当事者、訴訟物)についても、伝統的な不干渉の肯定を前提としたうえでではあるが、多かれ少なかれ広範囲な例外がそれに結び付けられている(とくに、著者は、第三者の訴訟関与に関する裁判官の主導権の強化(三三二条)を挙げている)(a. 1)。

そして、かような変動を生ぜしめている問題のうち、もっとも微妙なものが、本論文で問題にしようとしている訴訟上

「弁論主義から対審主義へ……の紹介」堤

の請求の基礎 (*fondement des prétentions litigieuses*) を対象とするものである。これまでも非常に長い間、事実資料の弁論への供給に際して、また適用法条の選択に際して、裁判官と当事者のそれぞれの役割についての議論がなされてきた。「この問題は、単なる技術(やり方)云々で済むものではない。言い換えれば、本質的には当事者の私的利益が問題となつてはいるが、公益上の考慮に無関心ではいられない公権力機関に服しているところの紛争に関して、どこまで私人(当事者)の支配力(主導権)が及ぶかを知ることが問題なのである。」これにつき、通説は、訴訟上の請求の根拠となる「事実」の排他的選択権を、当事者に認めている(六条。しかしながら七条二項、二二三条参照)。従って、その不提出によって生じる危険(不利益)を当事者が負担すること(事実主張責任)を一応肯認している。

それでは、「法規範の選択権は誰が持っているのか、誰が究極のところ論争の場及び裁判の法的根拠を決めるのか。」当事者なのか (*Hébraud*)⁽⁸⁾、それとも裁判官なのか (*Motulsky*)⁽⁹⁾ (a. 2)。この点につき、伝統的な判例によれば、「裁判官は、たとえその適用が当事者によって明示的に主張されていないとしても、その事件を支配する法律に従って争訟を解決しなけれ

ばならない」(Civ. 20 févr. 1854, D. P. 1854. I. 62)とされてきた。そして、新法は次のように規定している。

「裁判官は、当事者がそれについて提出した呼称にかかわらず、係争事実及び文書に正確な法的評価を与え、又はこれを訂正しなければならぬ」(二二条一項)

「裁判官は、当事者によって援用された法的根拠がどのようであれ、純粹に法律上の攻撃防御方法を職権で顧慮することができる」(同三項)。

改正法立案者の意図は、これらの法文が前記対立する学派の一〇 (Motulsky) からその着想を得ていることから明らかである。かように解した後、著者は、それに関連して裁判官の主導権がそれではどこまで拡大するのか、その限界を見究めることは、改正後間もない現段階では困難であるとする(n. 3)。

この点に関する破毀院の態度も、なお不明瞭なものである。それは、原審の裁判官の行為が、四条(処分権主義)違反なのか、七条一項(弁論主義)違反なのか、あるいは一六条(10) (対審主義)違反なのか、当事者も破毀院もなお不明瞭な主張及び認定をしていることによるものである。そのことが、ひいては裁判官の事実及び法に対して有している「権限の範

囲]をあいまいにしている」と著者は指摘する(n. 4)。それを明確にするために、以下で著者は、まず改正者の意図をもう一度探究し直し、それとの関連でこの問題に対する判例の傾向を明らかにしようと試みる(n. 5)。

(7) 本稿で引用する条文の邦訳については、谷口安平・若林安雄
 上北武男・徳田和幸・注釈フランク新民事訴訟法典・法務資料
 第四三四号(一九七〇)を参考にさせていただいた。

第七條一項「弁論の資料中、裁判官は、当事者がその請求を基礎付けるためとくに援用しなかつた事実でも、これを考慮に入れなければならない」

(8) Hébraud, Rev. trim. dr. civ. 1955, 700, 1960, 609, 1966, 125, 1967, 203, 1971, 193; Rappr. Rapport de synthèse, Journées d'Etudes des Avoués près les C. app., Gaz. Pal. 1975. II. Doctr. 538 et s., spéc. 540-541; La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge, Ann. Université Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p. 396 et s. 同註 R. Perrot, Le rôle du juge dans la société moderne, Gaz. Pal. 1977. I. Doctr. 91, spéc. p. 97 et 98; R. Martin, Le fait et le droit ou les parties et le juge, J. C. P. 1974. I. 2625.

(9) Motulsky, Prolegomènes pour un futur code de procédure civile, La consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, D. 1972, Chr. 91, nos 33, 43 et 44 (Écrits, Études et notes de procé-

dure, t. I, p. 275 et s.) — 徳田・前掲・民商法雑誌七三卷五号 —
一三頁以下； Cours de Droit processuel, Ed. Montchrestien,
1973, p. 198.

(10) 第一六条「裁判官は、あらゆる場合において、対審主義を遵守せなければならぬ。

裁判官は、当事者により援用又は提出された攻撃防御方法、説明及び文書を、当事者が対審的に弁論することができた場合のみ、裁判の基礎とすることができる。」

2 (一) 改正の構造)

訴訟上の請求の基礎に関する裁判官と当事者のそれぞれの権限の分配は、長い間、請求の原因 (cause) 概念が引き起こす争いによって支配され、不明瞭にされてきた (フランス民事訴訟における伝統的な訴訟の不変性の原則 (principe de l'immutabilité du litige)⁽¹¹⁾ によれば、当事者も裁判官も訴訟の枠組み (当事者及びその資格、請求の目的及びその原因等) を変更できないとされ、従って裁判官も当事者の主張する請求の目的・原因に拘束されてきた)。すなわち、請求の原因を、法的に評価された事実の総体とする説 (Hebraud)⁽¹²⁾ と、当事者によって主張された法的評価とは別の、請求の根拠として援用される事実の複合体 (complexe)⁽¹³⁾ 又は《事実体系 (édifice de fait)》⁽¹³⁾ そのものについて説 (Motulsky)

「弁論主義から対審主義へ……の紹介」堤

との間に存する争いは、妥協するところを知らなかった。かような定義の選択は、裁判官の権限のうえに直接的な影響を持った。前説によれば、裁判官は当事者により主張された法的評価に拘束される。後説によれば、裁判官が法条及びその評価の選択権を有する、そして、その法的評価の自由は、法条を適用するに際し請求の根拠として主張されたのとは別の実事を取り上げてはいけない義務によってのみ拘束されていた (n. 6)。

ところが、一九七一年デクレに続く新法は、この争いを一挙に解決してしまった。大雑把に言えば、当事者が事実を主張し (六条)、「裁判官は、それに適用されるべき法規範に従って争訟を解決する」(二二条一項)。そして、新法七条一項が、遠回しな表現を用いてその限界を画している (裁判官は、弁論 (débat) に現れない事実に基づいて、その裁判を根拠づけてはならない) (n. 7)。

ここから、著者の関心は、かような改正者の意図が、果して前記論争の解決のみに止まるのか、さらにそれ以上の意図 (裁判官の職権強化) を有していたのか、という問題に移ってゆく (n. 8)。

(11) それについては、Jacques Miguet, Immutabilité et évolution du litige, 1977 (徳田和幸《紹介》民事訴訟雑誌二五号

一五九頁以下(一九七九)参照。

- (21) Hébraud, Rev. trim. dr. civ. 1955, 699, 1959, 775, 1960, 514 et 709, 1966, 125, 1967, 203, 1971, 193; Rapport au V^e Colloque des Instituts d'Études judiciaires, «La logique judiciaire», P. U. F., 1969, p. 23 et s. 同前「Vizioz, Études de Procédure, p. 56 et s. 231 et s.; Cornu et Foyer, Procédure civile, P. U. F. 1956, p. 404; Vincent, Procédure civile, 19^e éd., n° 383, p. 492; Mignuet, op. cit., n° 40 et s.; R. Martin, op. cit., et note au J. C. P. 1975, II. 18107 sous Civ. 3, 15 janv. 1974.

- (22) Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du Droit privé, Thèse Lyon, n° 81; Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, Études de dr. contemp., Sirey, 1959, t. XV, Fasc. II, p. 355 et s.; Cornu, p. 38 et s.); La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, D. 1964, chr. 235 et s. (Écrits, p. 101 et s.); prolegomènes, op. cit., n°31 et s. (Écrits, p. 293 et s.).

A—改正のつぎへ

それを検討するために、著者は、再び旧法時代の取扱いを振り返る。

請求の原因 (cause) は、実務上は、当事者がその請求の

根拠として主張しようとする事実の全体あるいはなまの事実の報告 (exposé de pur fait) として扱われていたように思われる。そして、それらの事実資料には、訴訟記録となる書類 (pièces du dossier) から生ずるすべての資料 (たとえば、証明書、証人尋問調書、鑑定書等) が含まれていた。そして、それらが、請求の原因 (cause) の一部を構成するものとなれ、他方で、これら以外の資料はすべて、弁論 (débat) 外のものとなれてきた (n. 10)。

かような原因によって画された請求に対して、「裁判官」は、比較的広い「職権」を持っていた。それは、最も法的な意味において争訟を解決⁽¹⁵⁾し、《その適用が当事者によって明示的には要求されていない場合でも、当該事件を支配する法律に従って》争訟を解決すべき義務の当然の代償と理解されてきた (n. 11)。かくして、正当な法適用のために、裁判官は、当事者によって明示的には要求されていないが、より決定的 (déterminant) と考える事実を、請求の原因 (cause) を構成する資料の中から引き出すことが可能とされてきたのである⁽¹⁷⁾。

かような裁判官の権限は、なにも原告の請求を根拠づけるためのみでなく、それを排斥する(被告の主張を根拠づける)

すべての資料の収集に対しても行使されてきたことは言うまでもなく⁽¹⁸⁾ (n. 12)。

しかし、裁判官の主導権は、さらにそれ以上のものであった。その裁判の法的正当性を確保する責任上、裁判官は、主張・提出された事実・文書に対し、適切な「法的評価」を与えねばならず、その結果、それは裁判官をして少なからず最初に主張されたそれとは別の法規範を当該争訟に適用すべきように導く。そして、とりわけ、そのみで争訟の解決をもたらす新たな(別の)法規範の適用を正当化しうる事実資料を原因 (cause) の中から取り出すために、当初の法的論争を全く放棄する権能が認められてきた⁽¹⁹⁾ (n. 13)。

しかしである、と著者は、過去十年間の判例の考察を通じて次のように指摘する。実際上は、非常に多くの場合において、裁判官による新たな法的評価は、多少とも請求の原因 (cause) 外の事実の考慮を含んでいたのではないか、それは裁判官の権限をもってしても禁止されていたことではなかったか、と (n. 14)。それゆえ、著者によれば、破毀院は、弁論主義と対審主義との狭間で苦慮してきたように思われる、とする。そして、かような裁判官の権限の拡大は、前者を犠牲にしてのみ形成されてきたが、他方で、すべての規定が、

「弁論主義から対審主義へ……の紹介」 堤

後者の尊重を確保するために用意されてきたのも、まさにそれに対応するための処置であったことを指摘する。それは、疑いもなく新法の巻頭規定の基礎となっている哲学である (n. 15)。

(14) 本論文で弁論 (débat) とは、わが国で言う証拠調べを含めた広義の、いわゆる「審理」の意味で使っていることが多い。

(15) Req. 19 juill. 1888, D. P. 1889, I. 345.

(16) Civ. 20 févr. 1854, D. P. 1854, I. 62.

(17) Civ. 16 juin 1929, S. 1929, I. 309 以下で認められた原則。わが国流に言えば、証拠資料をもって訴訟資料に代えたわけである。たとえば、不法行為責任の訴えを受理した裁判官は、訴訟記録を構成する様々な書類 (pièces du dossier) の中から、過失 (faute) を構成するすべての事実を任意に採用することが認められてきた。Civ. 5 mai 1964, Bull. civ. I, n. 232, p. 180 etc. 原注(27)参照。

(18) Civ. 2, 21 janv. 1965, Bull. n. 61, p. 43, etc. 原注(28)参照。

(19) Com. 12 juill. 1948, Bull. civ. III, n. 182, p. 735, etc. 原注(32)参照。もっとも、かような判例群の中においても、当事者により主張された法的評価の裁判官に対する間接的・心理的な拘束力は認められていたようである。なお、J. Normand, Le juge et le litige, L. G. D. J. 1965, n. 168 et 169 (若林「紹介」民事訴訟雑誌二五号二二六、二二七頁(一九六九))参照。

B—改正者の意図

かような巻頭規定は、新法によって新たに規定されるに至ったものであるが、それを十分に理解するためには、それを鼓舞し、かつその改正作業にも密接に参画した H. Motulsky の未完の解説書(すなわち、Prolégomènes, op. cit.) を読むことが重要であることを指摘する(n. 16)。

訴訟上の請求の根拠に関する規定は、事実 (fact) と法 (droit) の完全な分離に基づいた、裁判官の役割と当事者のそれとの対立という、二つの調整された区別の上に構築されている。そして、この完全な分離は、第三番目の要素である対審 (contradiction) の媒介によってのみ可能となることを付加しなければならぬであろう、とする。かように解した後、以下著者は、新法典の順序に従って、事実、法、対審に関する裁判官の権限について考察を続ける(n. 17)。

(1) 事実

まず、裁判官の事実面における権能を画する基準となってきた原因 (cause) —さらには弁論 (débat) —に含まれる事実資料に対する Motulsky の考え方自体に変化があったことを指摘する。当初は、それを、請求の根拠として当事者により主張された事実資料に限っていた⁽²¹⁾のに対し、一九六五年一〇

月二三日デクレの注釈⁽²²⁾においては、もはやかような制限は現れていないが、なお原因 (cause) 内容について非常に慎重な態度を示していた。しかるに、一九七一年九月九日デクレの直後から、弁論 (débat) の内容を非常に広義の意味に解して使っているように思われる、と指摘する⁽²³⁾。そして、著者によれば、かような原因(又は弁論)概念に対する考え方の変化は、一九六五年(旧民法八二条)と一九七一年(同デクレ一六条)に、初めて裁判官の主導権を対審の尊重に服従させる手続的技術が規定されたことによるものである、とされる(n. 18)。

(2) 法

争訟を、それに適用さるべき法規範に従って解決すべき義務は、今後ますます大きくなる(一二条一項)。事実資料を法的に評価する権限(義務)(一二条二項)は、もはや旧法下におけるそのように、当事者の意思がもたらしうる有益な事実の範囲によって間接的にも制限されていない。法文も、裁判官は、△当事者がそれについて与えた呼称に捉われ▽てはいけないことを明らかにしている。さらに、一二条三項は、裁判官に、△当事者により援用された法的根拠がいかなるものであれ▽純粹に法律上の攻撃防御方法を職権で取

り上げる権能を付与している。⁽²⁴⁾ この規定から生ずる裁判官の主導権の範囲は、注釈者がかようなタイプの攻撃防御方法に非常に大きな意義（配慮）を置いているだけに、ますます大きなものとなりうるだろう、と指摘する。すなわち、必要な事実が訴訟記録（dossier）に現れている以上、注釈者の言によれば、⁽²⁵⁾ 裁判官が、援用された民法一三八二条（一般不法行為責任）の代りに、同一三八四条一項（無主物又は他人の行為による不法行為責任）を適用し、又は契約責任の主張に対して不法行為責任として取り上げるのは、純粹に法律上の攻撃防御方法なのである、と（n. 19）。しかしながら、当事者間で議論がなされている不法行為責任の型から、本来論争外に残っている他の型への転換は、少くとも部分的に違った情況（circumstances）の考慮が必然的に前提となる。たとえそのような違った情況が、訴訟記録の閲読（lecture du dossier—これは、それらが弁論（débat）に現れるためには不可欠なものである）に際して明らかになったとしても、それらについては討議（débatte）されていないので、その存在自体及びその有効範囲（契約が問題となっている場合は、債務の性質及び内容はそれに依存している）を確認（立証）する作業が残されているはずである。それゆえ、裁判官は、そ

「弁論主義から対審主義へ……の紹介」堤

れに関する当事者の説明（explications）を引き出した後でのみ、それらの攻撃防御方法を考慮することができると解すべきである、とする（積明義務、さらには後述の対審主義による制約を主張）（n. 20）。

(3) 対審

著者によると、これが改正の中では最も重要な部分であり、裁判官の権限の拡大も、これなしには理解されえないものであることを強調する。それゆえ、新民訴訟法典が、一九七一年デクレ（一六条二項）においては適切にも一般的な射程距離を持つものとして規定されていた予備的審問（interpellation préalable）義務を廃止したのは、無分別であったと批判する。もっとも、その後 Conseil d'Etat は、一二条三項の「純粹に法律上の攻撃防御方法」を職権で採用する場合にも、改めてその前に当事者への審問を先行させなければならないことを確認している（n. 21）。

以上を整理すると、まず裁判官は、当事者により主張された事実又は少なくとも訴訟記録（dossier）に現れた事実を考慮する義務を負っているにすぎない。他方、当事者により主張された法律構成は、原則として示唆の価値を出ない。それゆえ、法に関する当事者の支配は二次的な形でしか現れない

い。すなわち、裁判官は、《弁論(débat)》の限度内、当事者の選択の誤りを訂正し、それによって争訟に《最も法的な解決》を与える権限を有しているのである。以上が、改正者の意図である、と著者は言う。そして、本論文の残った仕事としては、かような意図が、実務(判例)によって迎え入れられたかどうかを明らかにする(n° 23)。

(20) 同じく、題旨の次のものも、註文獻でもあげられてくる。
Cl. Parodi, L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile, Ed. Répertoire Not. Défrénois, 1976—若林安雄《紹介》『民事訴訟雑誌』四号二二八頁以下(一九七六); G. Cornu, Regards sur le Titre III du livre III du Code civil, Cours D. E. A., Paris 1977 (Ed. Les cours du droit); Rapport de Synthèse au XI colloque des Instituts d'Études judiciaires, Poitiers 1977, Rev. trim. dr. civ. 1977, 569.

(21) Note, S. 1954, 2. 50 (Écrits, p. 339); Le rôle respectif du juge et des parties..., op. cit., n° 15 et s. (Écrits, p. 47); L'office du juge et la loi étrangère, Mélanges Maury, p. 537 et s., n° 11.

(22) La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 oct. 1965 et les principes directeurs du procès, J. C. P. 1966, I. 1996, n° 70 (Écrits, p. 174).

(23) Prologomènes, op. cit., n° 36—37, 43.

(24) もともと、Motulsky の留保 (Prologomènes, op. cit., n° 46) にもかかわらず、それはあくまで権能 (faculté) であつて義務 (obligation) ではないとされている。それは、当事者の一方が適用されるものとは全然考えてもいない他の法規や原則に照して争訟を検討しなかつた裁判官を、多かれ少なかれ非難する上訴によって破毀院が煩わされたいためである。

(25) Parodi, op. cit., p. 56—57; Cornu, Regards sur le titre III, op. cit., n° 184 et s.

(26) C. E. Ass. 12 oct. 1979, Rassemblement des Nouveaux Avocats de France. 』の判決を評釈した文獻及びその意義については、北村・前掲論文参照。

3 (II—改正の運用)

改正後、報告された事例をみてみると、对審主義違反を理由に破毀されているケースが目立つ。しかしながら、そのような場合でも、具体的な事案は、往々にして原審の裁判官が弁論(débat)外で得、かつ当事者の討議を経っていない事実に基づいて、その裁判を理由づけているのである。著者によれば、かような裁判例の傾向は、ひとつには裁判官の権限の範囲がいまだ不明確であることに由来している、とされる(n° 24)。

しかしながら、それでは防御権の保障さえなされていれば、

権限外の事実をも裁判官は斟酌しうることになるのだろうか。言い換えれば、当事者に与えられた予告 (avertissement) が、裁判官に対し、本来彼の有していない特権 (prérogative) を与え、又はその権限外の行為を治癒させることになるのだろうか、との疑問を提起する (n. 28)。一六条のみを理由に破毀している判例からは、これに対する明確な解答は得られない。そこで、著者は、以下において、主としてこの点を明らかにすべく、直接裁判官の権限の範囲を扱っている判例の検討へと移行する (n. 29)。

まず、著者は、裁判官は、法であれ事実であれ、新たな資料の持ち込みや彼に提出された法的構成の代りに彼独自の法的構成を用いることを、それほど望んでいるわけではないことを指摘する。それでは、何故裁判官による権限外の事実探知又はそれに基づく法適用が生じ、それが不服の対象とされるような事態が生じるのであろうか。著者によれば、それは、疑いもなく、負担過重な裁判官が、注意深く当事者から出された申立書 (conclusions) を読むことができないために、彼は、訴訟記録 (dossier) の迷路の中で途方に暮れてしまうのであり、結果として権限外の行為をし (弁論主義違反)、又防御権を冒してしまうのである、とされる。すなわち、破

「弁論主義から対審主義へ……の紹介」 堤

毀院がその破毀判決の中でよく使う表現によれば、裁判官は△争訟関係を歪め (déformer)▽してしまうのである (同様のことは、申立ての対象についても生じている (すなわち、処分権主義違反) (n. 30)。

ところで、そのような事態が生じているにせよ、判例を概観した全体の印象は、改正後も従来慣行と断絶したものである、というのが著者の感想である (n. 31)。

すなわち、損害賠償事件に関する破毀院民事部の判決 (たとえ *Civ. 1, 29 nov. 1978, Bull. civ. 1, n. 769, p. 287* この事案では、契約責任を主張する原告の申立てに対し、不法行為責任を認定・採用した原審判決が破毀されている) などをみる限りでは、新法一二条三項の規定△裁判官は……純粹に法律上の攻撃防御方法を職権で顧慮することができる▽にもかかわらず、この規定にそった形での、かつてより広い権限を裁判官に認める意図は現れていない、とする (もっとも、この△純粹に法律上の攻撃防御方法▽という概念自体のあいまいさも無視しえない—前記民事部判決も、本件は純粹に法律上の攻撃防御方法には該当しないとしている—ことは認めながらも) (n. 36)。

さらに、従来の判例においても、裁判官が、当事者間でなさ

れている議論とは無関係に、弁論を構成する資料 (élément du débat) 外で、彼が決定的 (décisif) と判断する事実資料を引き出して、それに基づいてその裁判を根拠づけることは、決して認められてこなかったが、近時の判例は、さらに、そこで言う弁論 (débat) の範囲を、より制限的に解してゆこうとしているように思われる。すなわち、それらの判例からみても、訴訟資料 (pièces de la procédure) に包含されているすべての事実を、弁論を構成する資料とみることは困難であるように思われる、とする (p. 37)。そして、裁判官の主導権 (pouvoir d'initiative) は、かように狭く解された弁論外には及ばない。すなわち、かように限定された領域外では、裁判官は、自己の裁判を根拠づけるために、何ら当事者間で争いとなっていない点について論争 (contestation) を引き起こすことはできないのである。改正以後、多くの下級審裁判例は、それを忘れたがゆえに破毀されてきた。破毀院判例は、この点でも伝統的なままであった⁽²⁷⁾。そして、破毀の根拠としては、四条 (処分権主義) 違反を理由とするものもあるが、より適切な七条一項 (弁論主義) 違反を援用している。以上に対し、裁判官は、具体的な資料 (éléments matériels) が弁論 (débat) 中に存在するときは、自らその

ような論争を提起することができ、又しなければならぬのである。それゆえ、問題は、すべてこの弁論の限界を定めることにある、と指摘する (p. 38)。

かような判例の検討を通じて、著者は、改正の運用は、係争請求の根拠に関し裁判官に認められてきた権限に、何らの著しい変更をももたらしていないように思われる、とする。

破毀院は、見たところ伝統的な判例に忠実で、改正者の意図にはほとんど影響されていない状態にある、と指摘する。そして、そのような実務の現状において、裁判官が採りうる唯一の確実な改革は、あくまでも防衛権 (対審主義) を尊重したうえで、純粋に法律上の攻撃防御方法の職権による採用のみである、と主張する (p. 39)。

これに関連して、著者は、四条 (処分権主義)、七条一項 (弁論主義) 違反を理由に破毀されている裁判例を仔細に検討してみれば、むしろ破毀院による非難の対象となっているのは、対審主義の無視にあるのではないか、という仮説を立てる。従って、かりに原審の裁判官が、その考慮の対象とした攻撃防御方法を職権で採用する前に、当事者に促してその意見 (observations) を提出させていたとすれば、それでもその裁判は破毀されていたであろうか、との疑問を提起する。

かような提案は、先に確認した破毀院の傾向(前述 p. 36) (38 参照)とは、一見相容れないものである。しかしながら、近時、破毀院社会部は、裁判官が、当事者による契約の履行の申立てを、契約上の損害賠償責任の角度から検討しようとするときは、そのような裁判をするにつき、当事者が十分に對審的に話し合えるよう、弁論の再開を命じたうえで、その裁判にそのような法的根拠を裁判官が付与することを肯定している (p. 40)。

かような取扱いは、まさに前記仮説を擁護するものであり、かりにそれが正しいとすれば、破毀院は、弁論の拡大的解釈に必ずしも反対ではないとの結論を認めないわけにはいかないであろう、とする。そこから、著者によれば、破毀院は、改正後の調整機能の一部をなしている對審主義が細心綿密に尊重されることのみを要求しているのではなからうか、とされる。

かように判例を分析してきた著者は、それでは、この問題についていかなる立場に立つのか。残念ながら、この点に関する著者自身の見解は、本論文においては、いまだ明確に展開されていない (p. 41)。

▲かりに、ムードが明らかに裁判官の権限を拡大する方向

「弁論主義から對審主義へ……の紹介」 堤

にあるとしても、その手段 (measure) は非常に不確定な状態に停滞し続けるであろう (29) との Hebraud 教授の見方に、著者も賛成している。そして、最後に、著者は、以上の分析から一つの結論を出すことは困難であるが、全体的な印象としては、判例は、改正後も従来からの慣行とは縁を切っていないことを指摘し、又その精神が根本的に変ってしまったわけでもなからうとの感想を述べている。それにもかかわらず、大胆な考え方を表明している判例をどう理解したらよいのか。それが、特殊例外的なものなのか、今後の判例の方向を暗示するものなのか、この謎を解く鍵を発見するまでは、さらに非常な注意と忍耐と模索が必要であろう、としている。

本論文で検討してきた請求の基礎 (根拠) に関する裁判官の権限について、著者自身は、Hebraud 教授を始めとする伝統的な見解を尊重しつつも、それをさらに一步踏み出そうとしているように感じられる。

著者は、裁判官の公平かつ適正な職権の発動を信じ、それがひいては、「原告においてはそれらの主導権が、当初の選択の誤りを新たな訴訟で回復する手間を避けさせることにならうし、その相手方においては、それらの主導権は、誤った防御方法による権利の取り返しのできない喪失を免れさせ

るのである」と結んでくる(n° 42)。

(27) たいへん、Civ. 3, 1^{er} févr. 1977, Bull. civ. III, n° 55, p. 49, etc. 原注(132) 参照。

(28) Soc. 8 nov. 1979, Bull. civ. V, n° 827, p. 613, J. C. P. 1980. IV. 25. 新民訴訟二二条、二三条、一六条に基づいて裁判。

(29) Hébraud, Rapport de synthèse, Journées Etudes Avoués, op. cit., Gaz. Pal. 1975. II. 540.

三 おわりに

以上で拙い紹介を終わらせていただくが、筆者自身の誤訳・誤解により、著者の意図を十分に明らかにしえなかったことを恐れている。

本論文は、最後にも触れたように、著者自身の見解がそれほど明確に出されていないがゆえに、なにかいま一つ訴えかけてくる迫力に欠けるところがある。がしかし、そのような非難は当らないであろう。本論文が自らに課した限界もさることながら、学説・判例の緻密な分析に基づく著者の慎重な態度が、かような抑制的表現となって現れているのである。今後の展開が期待されるところである。

本稿は、フランスにおける防御権理論(対審主義)を、主

として裁判官の権限との関連で論じた Normand 教授の論文を紹介することを通じて、それに関連する様々な問題を、若干違った角度から考え直すきっかけともなればとの意図で草したもの(30)にすぎない。裁判官の職権強化の是非は、直接的に訴訟観とも関連し、他方で長期的な訴訟政策的配慮を要する民訴訟上の大問題の一つであり、本稿がそれにいかほどの寄与をなしたかは定かではないが色々御指摘、御教示をいただいたうえで、不備な点を今後の課題としてさらに研究を深めてゆきたいと考えている。

(30) なお、ドイツでも、近時、協働主義(Kooperationsmaxime)という名の下に、裁判官の後見的機能を強調する考え方が、Wassermann, [Stürner 等]によって提唱されているが、これが本稿で取り上げたフランスの対審主義ごとのように関連するの(思想的基盤はともかく、結果的には同じ方向を指しているのか、あるいはそれとは似て非なるものなのか)、その歴史的・社会的意義を比較検討してみることも必要であるように思われる。