

## 民事訴訟の理想と裁判官の役割

——フランス法の場合——

堤 龍 彌

### 一 序 論

「年年歳歳花相似、歳歳年年人不<sub>レ</sub>同」（劉廷芝詩）と言われるが、制度としての人についても、同じことが言えるであろうか。<sup>(1)</sup>近年、法の分野では、裁判官のあり方、その役割が、訴訟の果すべき機能・役割との関連において（潜在的にはあるが）改めて問い直され始めているように思われる。<sup>(2)</sup>社会は、これまで、その対内的諸状況の変化・進展に対応して、様々な紛争解決機構を作り上げてきた。そして現在のわが国の制度も、それら歴史的産物の一つであるが、それは言わば国家による強制的紛争解決制度としての「訴訟」を中心とす

るものであって、<sup>(3)</sup>その主宰者として裁判官が位置づけられているというのが、これまでのわが国における一般的な理解ではなかつたろうか。

ところで、かような「民事訴訟の主宰者としての」裁判官の役割が、（訴訟中における自主的解決を別にすれば）当事者により提起された民事紛争の法による適正・公平・迅速かつ経済的な解決（及びそれによる権利の保護又は法秩序の維持）への奉仕にあるというのが、やはり同じくこれまでの一般的な理解であつたように思われるが、<sup>(4)</sup>問題はその目指されている解決態様たる適正・公平・迅速・経済相互間のバランスの取り方であつて、その際の職務活動としての重点の置き方

が、主として訴訟促進との関係で再考され始めているように思われる。<sup>(5)</sup>そして、さらに問題は、何れに重点を置くにしても、裁判官の如何なる訴訟内活動態様が最もそれに資することになると考えるべきかという点において、論者の中で価値観が微妙に対立し、多様化してきていることであろう。

フランスにおいても、最近の民訴法の大改正を契機に、以上問題にしたような点に対する学界・実務界の(積極的)とまで言い得るかはともかく、自覚的な対応が促されつつあるようである。今回のフランス民訴法の改正が、社会の進展、紛争の増加及び複雑化と、それに伴う慢性的な訴訟遅延がその大きな原動力となっていることは周知のところであるが、他面で、その遅延が、訴訟内における当事者と裁判官の役割分担のあり方に由来していることもしばしば指摘されてきたところである。<sup>(8)</sup>

筆者は、先に、主として改正後のフランス民訴法における裁判官の事案説明権能について論じたジャック・ノルマン教授の論文を紹介したが、<sup>(9)</sup>本稿では、もう少し一般的な観点から、訴訟内における裁判官の役割について論じたロジェ・ペロ教授の研究報告を主として紹介することにした。<sup>(10)</sup>周知のとおり、ペロ教授(パリ大学)は、一九六九年四月に設置さ

れた民訴法改正委員会及び一九七〇年一〇月に設けられた同改正小委員会(ここで今回改正法の原案となる改正草案が作成された)の学者側参加委員であって、<sup>(11)</sup>その発言は、今回の改正法の精神及びその内容を理解する上での貴重な手掛りになるものと思われる。

採り上げる題材は、改正後まもなく発表された「現代社会における裁判官の役割」と題されたシンポジウム用 Rapport (Gaz. Pal. 1977. 1<sup>er</sup> sem. Doctr. p. 91)であり、<sup>(12)</sup>ここから本稿のテーマに関する部分を引用・要約した後、これに若干筆者のコメントを付した上で(二)、資料として同教授の講義案である「民事裁判法講義」(Cours de Droit judiciaire privé, Fascicule I, 1980) から該当部分(同二八四頁～二九三頁)の抄訳を最後に掲載して、この問題に対する一般的理解に資することとした(三)。

(1) いかなる制度を作っても、その善し悪しは、それを運用する人間次第である、とはよく言われる言葉であり、制度としての裁判官のあり方とは別に、その人としての個性もまた問題とされなければならないであろうが、本稿では論外とする(なお、萩原金美「訴訟指揮と当事者」新実務民事訴訟講座Ⅰ二〇五頁以下参照)。

ところで、民事訴訟における裁判官の役割論は、裁判官が民事

事件とどのように(方法・程度)関わっているか又は関わるべきかの問題であつて(他方で、これは、もう一方の不可欠な訴訟主体である当事者との役割分担の問題でもあることは言うまでもない。それに弁護士がどう関わってくるかも、後述するように重要な問題となる)、外形的には、制度論をも含めた裁判官の訴訟内における権利・義務(又は権能・負担)の問題であり、内面的には、その訴訟に対する姿勢(心構え)・考え方・人格そのものの問題でもあることを指摘するに止める(もちろん、これらは通常は明確に分離できず、互いにももの両面のような関係にあるが、あえて言えば、後者は主として法哲学・法社会学等の分野に属するものといふべきか)。

(2) シンポジウム「訴訟機能と手続保障」民事訴訟雑誌二七号(一九八一年)を初めとする、井上治典「手続保障の第三の波(一)」「法学教室一八号四三頁注(3)」に引用の文献参照。

ところで、従来、訴訟には、次の二つの役割ないし機能が期待されてきたように思われる。すなわち、一つは、原告が裁判所の「権力」を引き出す手続であり、自分の言い分を相手方が認めない場合、自力救済が禁止されている現在の社会では、最終的には国家権力に頼らざるを得ず、自己の請求の法的正当性を主張して、裁判所を説得するための場として訴訟がイメージされていたように思われる(かような理解は、論者により、あるいは訴訟の機能又は裁判官の役割に過大な期待をかけすぎるといふ批判を受けるかもしれないが、訴訟が現実的に果している機能に対する議論はおくとしても、不十分ながら、それが訴訟本来の又は最低限その

## 民事訴訟の理想と裁判官の役割 堤

利用者により期待されてきた機能ではなかつたらうか。そして、それと危惧されるような裁判所の職権的介入の増大ということとは別次元の問題であり、訴訟のそういう機能ないし目的の下に、当事者相互間及び当事者と裁判官の役割分担はいかにあるべきかを探究してゆくべきではないかと考えている)。そして、かような原告の裁判を受ける権利(憲法三二条)及びそれを保障するための前提となる被告の一般的な応訴義務(これは文字通り義務であると同時に、他面では、公平(双方審尋主義)の観点からする一種の権利とも言い得る)をも含めたかような権力構造又は裁判権の発生根拠としては、ア・ブリオリなものと言うよりは、やはり一種の擬制的合意とも言うべき社会契約(憲法前文参照)が想定・理念化されていたのではなかつたらうか。国籍離脱(国家権力からの逃避)の自由(憲法二二条二項)が認められているのもそのことを示しているように思われる。かような意味でこの場合、(判断規範として法律による拘束の有無という相違はあるものの)機能としては、仲裁がこれと同列にならう。そして、もう一つの機能としては、本来訴訟外で可能な又は行うべき相手方との交渉を、第三者(裁判所)の面前で、その監督の下に行うという、言わば相手方を説得する場としての訴訟のイメージである。この場合、その機能としては、ほぼ和解及び調停と同列にならう。そして、何れが訴訟本来の機能・目的であるべきかはともかく、訴訟が他の紛争解決方式と異なる点は主として前者であつて、それが従来は訴訟に特有の機能として強調されてきたように思われる。ところが、最近では、前者の機能を排して、後者の機能のみ

を強調し、訴権及び応訴義務をも含めたその場合の訴訟における当事者間の権利・義務を、すべて実体法上存在し得べきはずの交渉ルールから導き出そうと試み、さらには第三者の関与の必要性をも疑問視して、訴訟を純粹な当事者間の対論の場と考えてゆこうとする見解が散見し得る。この考えによると、当然和解・調停と訴訟との機能的区別はなくなるものと思われ、また論者によればそのような区別は何ら必要でないと考えているのかも知れない。

しかしながら現在の訴訟法がそれを前提(訴訟要件)にしていると言うわけではもちろんないが、相手方と交渉もしないで、いきなり裁判所に訴えを提起してくる者が果してどれだけいるであろうか。かような状況を考慮するならば、提訴するに至った以上は、原告がいまさら当事者間でのみ交渉しようとすることを期待していると考えることは不自然であり(それ故、訴訟を、単に当事者間の対論の場であるにすぎない訴訟外の交渉の延長と単純に考えることには若干の抵抗を覚える)、やはり前記一又は二の機能ないし目的を期待して提訴してきていると考えるべきであり、又それに見合った訴訟法理論を模索してゆくべきようにも思われる。もっとも、訴訟の途中で、当事者が和解の方を希望するに至ることもある(そして、これが実際上は非常に多いことも事実である)が、そのような現象は、もともと原告の方が訴え提起を和解(ないし示談)の手段として意図している場合(被告としてもまさか提訴されるとは思っていなかったというような場合)以外は、審理(裁判所及び相手方との対論)の結果、一方で、自己の主張の誤りに気づき、又予想される不利な判断を事前に回避し、

他方で、迅速な紛争解決を期待するに至ることによるものであって(後者は、遅い判決の現状に対する批判であって、なお問題点として留保すべきところであるが)、やはりその背後には、国家機関としての裁判官の関与及び判決による強制的解決の担保が、暗々裡に意識されているからではないだろうか。当事者の意識から、これらを取り除き又は無視して、果してどの程度和解に至り得るかは疑問である。また、和解にしても、結局調書に記載されたらば、判決と同様の執行力が簡易に生じるわけで、その点を無視した理論の構築は、当事者権意識の薄いとされるわが国の下でのスローガンとしては、あるいは十分その意義を認めねばならないものの、あまり現実的ではないように思われる。もちろん、現実の訴訟実務と訴訟理論との乖離が叫ばれて久しく、指摘されているような弁論の活性化の必要を痛感することは同様であるが、その実現策として、当事者間の対論を強調するのみで、果して当事者とくに提訴するまでに決意した原告の期待に応え得るものとなるか、それが国家機関の関与する訴訟のふさわしい姿と言い得るか、論者によると裁判官の役割、弁護士役割がそれにどのような形でコミットしてくるのか等、今しばらく考えてみたいと思う。

ただ、慢性的な訴訟遅延の現実を前にして、果して当事者として原告が判決による紛争の解決を期待して訴えを提起してきているのであるとかとの疑問は、先にも留保したように、今後十分に考慮されなければならないものを含んでいるように思われる。「もし、辛抱強いエネルギーによって、われわれの裁判組織を徐々に蝕んでいるかのような真の欠陥(訴訟遅延)に救済策をもたら

さなければ、弁護士も裁判官も、もはや忘れられるべき時代遅れ以外の何物でもなくなるであろう」(B. Fossier et J.-F. Le Petit, *infra*, p. 369)との指摘は、深刻かつ重大である。

(3) これは、理念的に言っこのように考えられてきたという意味であり、実際の民事紛争の解決手段として訴訟が最もよく利用されているという趣旨ではない。往々にして、他のあらゆる紛争解決制度の背後に、言わば最後の手段として訴訟が控えているという比喩的表現がなされている(三ヶ月章・民事訴訟法四頁、新堂幸司・民事訴訟法一〇頁参照)。

(4) もっとも、この点に関して、近時異論が出始めているようであるが、本稿では触れない。

(5) 昨年(一九八三年)、中央大学で行われた第五三回民法学会大会でのシンポジウムが「民事訴訟の促進について」であるというのも時宜にかなったものと言えようか。その前の学会でのシンポジウム(第五〇回大会、一九八〇年)のテーマが「訴訟機能と手続保障」であったことと照し合せて考えれば、今後しばらくは、手続保障と訴訟促進をめぐっての対立、議論、混迷が続くものも予想される。もっとも、これを、当事者主義か職権主義かというような単純な図式で分類・整理することは不可能・不適當であることはもちろんで、要は、その「配合と傾向の問題」(R. Perrot, Cours, p. 286)であらう。

(6) わが国においても、従来から、裁判官による訴訟指揮のあり方、とりわけ弁論主義との関連から重要となる釈明権行使のあり方をめぐり、学説・判例が対立してきたことは周知のとおりであ

り、これに関する文献だけでもかなりな量になる。ここでは差し当たり、ブラクティス研究会「訴訟指揮」法の支配三三〇七五頁以下、三三〇七四頁以下を挙げておく。

(7) 一九七一年デクレから一九七七年までの文献については、谷口若林||上北||徳田・注釈フランス新民事訴訟法典・法務資料第四三四号の参考文献欄参照。その他については、J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 20<sup>e</sup> éd., 1981, pp. 402 et s. の脚注参考文献参照。

(8) 一九三五年の訴訟進行係裁判官(juge chargé de suivre la procédure)及び一九六五年の準備手続裁判官(juge de la mise en état)の新設が、その辺りの事情をよく表わしているように思われる(J. Vincent et S. Guinchard, *op. cit.*, n<sup>o</sup>s 383-388. なお、これについては、野田良之「フランス民事訴訟法における準備手続の一研究」菊井先生献呈論集「裁判と法」下八二六頁以下に詳しい)。

フランスでも、事件数の増加(裁判官の負担過重)を遠因として、紛争の複雑化による裁判官への期待等から、民事訴訟の理想を達成するために、釈明権(裁判官の職権)が強化されてきているように考えるのは筆者だけの独断であろうか。そのような方向は是非とともに、その権限の範囲、その行使態様が、今後主として問題とされなければならないように思われる。もちろん、思想的背景・制度的基盤の相違をも十分考慮しつつ、またそのような傾向をどう評価するかも問題となるのが、同じような悩みを抱えている現在のわが国の実務の運用、今後の立法改正に際し、かよ

うなフランスの改正法・現状が、大いに参考になるものと思われる。

なお、この問題を実務家サイドから扱っている最近の文献としては、Bernard Fossier et Jean-François Le Petit, Pour une justice rapide, Gaz. Pal. 1980, 2<sup>e</sup> sem. pp. 369 et s. (Spec. p. 371) がある(全体としては、近時の法改正による裁判官の職権強化には消極的な論調である。訴訟は、原告、被告、それぞれの弁護士及び裁判官による共同作業であり、それ故各人がそれぞれの役割を自覚して十分に果たすべきことを強調するのみ)。

(9) 拙稿「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」神戸学院法学一四巻三号一八九頁以下。  
(10) なお、制度としての裁判官の役割を民事訴訟の理想(適正・公平・迅速・経済)との関係で論じる場合、次のような視点が重要となる。①裁判官の増員、②裁判所(官)の専門分化、③弁護士強制の導入とその訴訟費用化(拙稿「弁護士費用の敗訴者負担に関する一研究」神戸学院法学一巻四号三三頁以下参照)、④事前手続の強化(集中審理方式)(野田・前掲論文参照)、⑤口頭弁論における裁判官の訴訟指揮・事案説明権能(義務)の適正・強化(拙稿・前掲(紹介)参照)。本稿でも、⑤の問題が中心となるが、本文にも述べたとおり、それをより一般的な立場から紹介、検討することになる。

(11) Claude Parodi, L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile, nos 8-10 (若林安雄◎紹介)

介◎民事訴訟雑誌二四号二〇頁)参照。

## 二 「現代社会における裁判官の役割」

「考え方が変化した。訴訟をしようとする者が、より気難しくなった。それは、おそらく彼の知識が増え、より深い教養を身につけ、そしてより高い教育を受けるようになったが故に、何故そして如何にして防御すべきかを、彼が知り得るようになったからである。……訴訟当事者は、もはや宗教的靈感を伴った畏敬の念によって得られるご神託を匿名で与える、はるか雲の上のような没個性的な裁判官では満足しないのである。

他方で、裁判官も、もはや支配者の化身ではあり得ない。できるだけ少く関わり合うことで、気高い品位を守ろうとするよりもむしろ、適用法規を誤らずかつより間違いのない手で公平な立場を取ろうとする(消極的な)配慮から、弁論から遠ざかり、慎重で控え目な態度に逃げ込もうとしてきた、冷徹でよそよそしくかつ超俗的な裁判官は、今や無くなりつつある人物である。若い世代の司法官は、時に論争に加わる危険を冒しても、自らすべてを知り、すべてを理解することを望んでいる」(九六頁)。

「この著しい変貌は、裁判官が、訴訟当事者を△引き受け▽、その面倒をみ、その過失を避けさせ、彼をそのあるべき方向に導くために手助けするよう努めるべきであるという考え方に根拠を置いているものであることを強調するのは余計なことではなからう。

もはやその祖父がそうであったような受動的な仲裁人ではあり得ない現代の裁判官によるかのような配慮は、次の二つの面において現れ又は現れ得るのである。すなわち、一方で彼は、直接の対話の作出者であり得るとともに、他方で彼は、時に△忠告者▽たらんと欲するのである。……確かなことは、立法者が、かような裁判官と訴訟当事者との直接的な対話を奨励しようとしていることである。すなわち、立法者がこのような対論を出現させ、それを一つの制度に仕立てているのである。……今日、裁判官をして、直接的な対話のあくなき探究に向かわせようとする思想傾向が存在していると言えよう（九七頁）。

従来、はるか空の彼方の架空の存在であるかのような裁判官と当事者との隔り、その隔離状態が非難されてきたことからすれば、かような思想傾向それ自体としては、それほど非難されるべきものでないことは認めねばならないし、裁判官

に個性味を与えようとする変化にも反対するものではないが、問題は、そのような裁判官と当事者との間に期待されている対話の内味、その範囲である。これをきちんと押えておかなければ危険である。と言うのは、十分に時間的余裕のある時代・社会においてならともかく（当事者との何気ない時間つぶしのような雑談からでも紛争解決への糸口を期待し得ようが）、そのような時間的余裕のない現代の裁判官の下では、必ず一定の法効果に結び付く話し合い（対論）に限られてござるを得ない。先の場合ならともかく、そのような場面で、自己の法的主張が如何に正当であるかを相手方との抗争の中から裁判官に納得せしめるためには、現実当事者間に力の差が存する限り、やはり弁護士を無用の夾雑物として排斥してしまうわけにはいかないのである（和解の場合にしても、その範囲と効果を正しく判断するためには、同様のことが言えよう）。もちろん、そのような当事者間の不平等を裁判官自身が直接是正すべきであるという考え方がここに当然出てくるであろうし、先思想傾向からすれば、裁判官にそのような忠告者としての職務を付与すべきであるとの誘惑に駆られがちであるが、その危険性には十分注意しなければならない（九七頁）。

なるほど、新民訴訟法は、裁判官の事案解明権能を強化しており（七条二項、八条、一〇条、一二条二項、三項、一三条参照）、とくに八条、一三条では、事実上及び法律上の点について当事者に直接質問する、つまり当事者と対話し得る可能性を広く認めているわけであるが、それは、何もこのような規定があるから生ずる特権と言うよりは、言わば裁判官の職務に固有の権能とも言い得る反面、一步誤ればその職務のあるべき限度を踏み越えかねない危険を内包している。すな

わち、裁判官による示唆が当事者に与えるインパクトの大きさが故に当事者の自由な意思活動を基礎とする弁論主義がないがしろにされる危険性を孕むこともさることながら、他面で「裁判官によるすべての示唆・助言は、当事者の心に誤った安心感を抱せる危険がある。というのも、もし彼が訴訟に勝つことができず又は彼が期待したものを手に入れることができないとき、すぐに彼は、その裁判官に裏切られたような気持ちになるであろう。さらに、裁判官の活動は、事実上及び法律上の攻撃防御方法に対して客観的な目を絶えず持ち続けることを余儀なくさせ得る一定の△隔り▽を必ず前提とすべき権力行為に通じていることを決して忘れてはならない。裁判するに十分な冷静さを何ら失うことなく、適正・公平に助言

し得るためには、まさに一種の超人であらねばならない。弁護士こそが、まさにその役割が専ら裁判官を説得することにあるが故に、遠慮なく助言活動を行うことができるのである。裁判官は、その職務の性格そのものを危うくすることなくして、あえて論争に加わることができない。私見によれば、裁判の最悪の事態は、法廷を告解場に、裁判官を教導者にそして弁護士を雑用係に変えるそれであろう」（九八頁）。

ペロ教授は、ここで、実に様々な利益考量を行っていることが分かる。右に紹介した Rapport は、民事訴訟の理想、すなわち適正・公平・迅速・経済的な紛争解決のために最低限必要不可欠な視点を提供してくれているように思われる。もちろん、それは、既にみたように一筋縄では行かないことは言うまでもない。そもそも、一八〇六年以降のフランス民訴訟法の歴史は、極端な当事者自由主義から、その利点を残しつつも、それによって生じた直接的・間接的な弊害除去の歴史でもあった。

迅速という観点からは、何よりも当事者進行主義による訴訟遅延を解消するため、職権主導型の事前手続を導入・強化<sup>(12)</sup>し、経済性という観点からは、とくに一種書面主義の残滓で



もあつた代訴士を廃止し、弁護士一元化に努めたし、<sup>(13)</sup>又鑑定  
の多用による訴訟費用の増大を合理化し合わせて裁判官の職  
務権限の明確化に努め、適正という観点からは、主として裁  
判官の受動性を排して事案解明権能を強化し、<sup>(15)</sup>それが、本来  
なら当事者間の公平にもつながるはずであつたように思われ  
る。

ところが、現実には、ペロ教授も指摘されているように、  
裁判官の事案解明権能を強化することが弁護士の役割、その  
存在意義を希薄化させる危険性を孕み、それ以上に、本来客  
観的な目を持っているべきはずの裁判官が、当事者の一方に  
助言することによつていつの間にか主観的な目に転化してし  
まう危険を生じさせる。これは、かような形で適正化が必  
ずしも公平化につながらないことを教えるとともに、なまじ  
の職権行使が却つて適正化からも遠ざかる恐れを暗示して  
いるようにも思われる。かような点で、裁判官が弁護士の役割  
を果してはいけないとの指摘は、意味深いものがある。先  
ほどの迅速性及び経済性とも関連するが、基本的には法廷で  
の弁護士の役割を容認むしろ重視し<sup>(16)</sup>、その点に裁判官の職務  
権能の限界をみていふように思われる。

もちろん、以上は、その思想的背景、制度的基盤がかなり

民事訴訟の理想と裁判官の役割 堤

異なる下での提言故に、わが国との早急な比較は困難である  
が、現代における裁判官の役割、そのあり方について、近時  
の西ドイツと並んで一つのヨーロッパにおける思想傾向をみ  
ることができるとともに、何らか示唆されるところもあろう  
かと考ふる次第である。<sup>(17)</sup>

(12) 野田・前掲論文参照。

(13) 拙稿・前掲論文参照。

(14) これが、他面で訴訟遅延の大きな原因の一つとなつていたこ  
とについては周知のところであるが(拙稿々紹介)民事訴訟雑誌  
二九号(二二頁参照)、それと同時に、裁判官が鑑定人に従属し  
てきたこれまでの実務のあり方を非難し、今回の改正を機に、そ  
れぞれがその本来あるべき役割に戻るべきことを強く主張するも  
のと(1) B. Fossier et J.-F. Le Petit, op. cit., p. 372 参  
照。

(15) 拙稿・前掲(紹介)参照。

(16) フランスでは一般に弁護士強制主義が採られていると言われ  
てきたが、法廷での弁論活動は本人自身でも行うことができ、こ  
の場合の弁護士費用はわが国と同じく自己負担が原則であること  
につき、拙稿・前掲論文参照。

(17) わが国においても、裁判官の主導権及び裁判官と当事者の対  
論の必要性を実務上指摘する最近の文献として、西理「民事裁判  
における訴訟運営の理論と実際」(上)判例時報一一〇二号八頁  
参照。

### 三 「裁判官と当事者の役割」

新民訴訟法典は、訴訟を支配するいくつかの原則を列挙している。実を言えば、そこには新しいものはなく、そのいくつかは、ずっと以前から判例において認められていた。現代の立法者は、かなり目立つ方法で裁判官の権限を強調するために、法文を利用して、その中に判例上認められていた諸原則を表現せしめたにすぎない。

まず最初に、立法上考え得る相異なつた方式を紹介することに努め(A)、ついでフランス民事裁判法の展開を明らかにした後(B)、最後に、新民訴訟法に照して現在行われている実定法上の解決手続を紹介するに至るであろう(C)。

#### A 考え得る立法方式

立法上、二つの極端な方法が考えられ得る。すなわち、審問方式と告発方式がそれである。

審問方式——この場合、法律は、裁判官に自ら訴訟手続をリードしていく権限を与える。すなわち、手続を促進し又は遅らせ、真実を発見するため必要と考えられる証拠調べ(証人尋問、鑑定など)を命ずべき責任は専ら裁判官にあり、事件が口頭弁論(法廷)に乗せ得るほどに十分事前手続がなされたかどうかの時期を判断するのも彼である。一言で言えば、裁判官は、審問権限を付与された文字通りの予審判事のように訴訟手続を行うのである。

この方式は、裁判は公役務であり、裁判官は事件を受理するや、場合によっては当事者自身の意に反しても、真実を発見するために万策を講ずべき義務がある、との考え方からその着想を得ている。

告発方式、先の方式とは逆に、法律は、手続の主導権を、当事者の発意とそのままに、より正確には当事者を代理すべき義務を負っている法律家のそれに委ねる。この方式では、裁判官は脇役である。すなわち、事件を支配しているのは当事者であり、各当事者は、その立論を自由に展開し、必要があれば、当を得たと思われる証拠調べを命じてくれるよう裁判官に申立て、かようにして、彼は、事件を口頭弁論(法廷)に乗せしめるに有効と思われるその日のために、彼独自の一件書類を準備するのである。

言い換えれば、当事者こそが、自ら手続をリードし、それぞれの請求を正当化するであろうと思われるすべての証拠資料を自由に収集しながら、その固有事件の事前手続を行うのである。

このような方式は、驚くべきように思われるかもしれない。実際、それは、係争利益は私益であり、「訴訟は当事者のこと」がらである」との考えに基づいている。この場合、裁判官の役割は、当事者自身が自ら進んで裁判官に提出してきた証拠資料との関連で、二者の争いに裁断を下す責任を負っているにすぎない仲裁人のそれに帰する。ティッシエの適切な表現によれば、「裁判官は、人がそこから判決を引き出すために訴訟資料を入れてやる一種の自動装置である」。時として、人は、民事裁判官は中立であるという表現で、この觀念を要約する。そこに、理解され得る一つの方式がある。すなわち、もし当事者

が和解の方を期待し、望んでいるのであれば、どうしても裁判を下す必要があるのか。

考察、実を言えば、実際上は、かような対立はそれほど顕著ではない。世界中の何処にも、審問又は告発方式が、純粹な状態で現れているところは存在しない。実際、それは、主として配合と傾向の問題である。すなわち、いくつかの司法制度においては、告発的傾向がより顕著であるのに対し、別の司法制度においては、審問的な特色がより強調されている。

しかし、かような見地からみれば、全般的な進展は、審問方式のために告発方式の衰退を証明している。

#### B—フランス民事裁判法の進展

一九世紀の訴訟法典における方式の告発的傾向—民事訴訟法の起草者は、一八〇六年、明らかに告発方式に有利な立場を採った。すなわち、訴訟の主導権は、当事者又は少くともその代理人に属していたのに対し、裁判官は、専ら訴訟の過程で仲裁人の役割のみを果すべきものとされた。かような考え方は、法律面では、一九世紀を特徴づけた極端な自由主義の現れであったが、私法関係とは無関係な当局者の干渉を許すべきでないとの配慮に答えるものであった。確かに、裁判は公役務であるが、それは専ら当事者の自由処分に残されているはずであり、彼らは、それぞれの利益のために最善となるように、自分達の訴訟を制御する自由を持っているに相違ない。

#### 民事訴訟の理想と裁判官の役割 堤

しかしながら、そこから、裁判官がその権限を奪われていたとの結論を引き出すことはゆきすぎであろう。すなわち、この時代から既に、裁判官は、証人尋問を始めとするいくつかの証拠調べを職権で命ずる権能を有していたのである。しかし、実際上、裁判官が法律によって彼らに付与されていた武器をほとんど使わなかったこともまた十分に認めなければならない。

一九世紀も終りに至るや、早くもこの方式はかなり強く非難されるようになった。指摘された点は、裁判官の受動性が、引き延ばし戦術を助長し、不当に裁判の進行を遅らせ、そして何よりも重大なことは、専ら訴訟の解決を遅らせることのみを意を用いている非良心的な相手方の思うがままに当事者の一方を委ねてしまう危険を生じさせることであった。この全く正当とも言える最後の意見に影響されて、多くの学者達は、それ故、手続がもはや当事者のみの恣意に委ねられるのではなく、主として事前手続の監督のためにではあるが裁判官がもっと直接介入できるような方式の採用を強く勧めることになるのである。

このような学説の動向は、裁判といふものは何よりも公役務であるという考えに基づくものであったが、さらに、いくつかの諸外国における試みによっても助長された。実際、一九世紀の末から二〇世紀の初頭にかけて、もっと直接に審問方式から着想を得た考えに与した多くの外国法典が制定公布されたのである。すなわち、ドイツ民事訴訟法典（一八七七）、オーストリア民事訴訟法典（一八九五）、さらにフランスがチュニジア（一九一〇）及びモロッコ（一九一三）に与えた法典もそこに付け加えなければならない。

現代の改正—告発方式の衰退—告発方式に対して表明された批判は、とりわけ民事裁判所（一九五八年以後は大審裁判所）における事前手続の上にもたらされた一連の改正に帰着する。ここでは、次の二つの大事件を取り上げることとする。すなわち、一九三五年と一九六五年のそれ。

a) 一九三五年一月三〇日のデクレ・ロワは、「訴訟進行係裁判官」を創設したが、その役割は、その名が示すような、訴訟手続をリードし、コントロールすることではなくて、単に訴訟の事前手続を監督することであった。これは失敗であった。実際は、大審裁判所において、この裁判官は、彼に付託された事件をはるか遠くからのみ見守るにすぎず、積極的な役割を有するどころか、彼は、往々にして当事者の申立てに応答するに止まったのである。

b) この失敗にもかかわらず、一九六五年一月三日のデクレは、訴訟進行係裁判官を、その訴訟手続を促進すべき義務を負っている程度に広げてもつとずつと拡大された権限を与えられた「準備手続裁判官」に置き換えただけで、同じ方法に固執した。

もちろん、そこから、かような改正により、現代の立法者がかもはや告発方式を放棄してしまっているとの結論を引き出すことはゆきすぎであろう。しかし、これら相次ぐ二つの改正が、当然新民事訴訟法典が方式化しなければならなかった、訴訟手続の主導に及ぼす裁判官のより著しい支配力を表現しているであろうことは疑いない。

C 現在の実定法

訴訟手続に及ぼす裁判官の支配力—それは当然、判決それ自体の時点でその頂点に達するわけであるが—は、手続の全体を通じて様々な段階で現れる。その点に関して、もし裁判官と当事者のそれぞれの権限に対する明確な視野を持つことを望むのであれば、次のような区別がぜひとも必要となってくる。

1°—訴訟の存在とその範囲—

この特権は、本質的に当事者の自由な決定権に属する。すなわち、われわれの私権の裁判上の表明である民事訴訟に、裁判官は介入すべきではない。そこから、多くの帰結が出てくる。すなわち、

a) 当事者のみが訴訟を開始する（新民訴訟法一条）。原則として、裁判官は自ら事件を採り上げることはできない。Ne procedat iudex ex officio。人はそれを容易に理解する。すなわち、もし裁判官が自ら訴訟を開始することが認められるとすれば、彼は自己の立場を決めざるを得なくなるであろうし、又かような主導権が彼の側に一種の偏見をもたらしうる程度に広げると、その主導権は裁判官の職務と相入れなくなるであろう。

しかしながら、新民訴訟法一条は、「法律が別に規定する場合を除き」と付加している。それは、次のような場合があり得るからである。すなわち、とくに職権による破産（宣告）と育成扶助手続（民三七五

①の場合を挙げ得よう。しかし、それはまさに例外的な場合であつて、それはそのような場合に止められねばならない。

しかしながら、檢察官が、公序の擁護のために、主たる訴えの方法によつて起訴することができることを想起するであらう（新民訴訟法四一三条）。もはや以前のように、公序が「直接にかつ主として」関係することさえ要求されていない。こゝそりと（そして、改正委員会の討議もなしに）入り込んだかような削除は、重大な結果を招く可能性がある。もちろん、檢察官は裁判官ではない。それでもやはり、かような修正が示唆的であることに変わりはない。何故なら、公序の概念ほど不明確なものが他に存在するであらうか。

b) 反対の方向で、当事者はいつでも訴訟を終らせることができ、（新民訴訟法一条）。もし当事者が示談し、彼らが裁判上和解し、さらに原告がその訴えを取り下げたとすれば、裁判官は、ただかような当事者の裁量の自由に従うことができるだけである。

c) 当事者は、自ら係争事項の範囲を決定する。新民訴訟法四条に規定されているこの原則は、裁判官に対し、何れの当事者によつても付託されていない係争問題を探り上げることが禁じている。同法五条が、さらにその理由を付加している。すなわち、裁判官は、申立てられたすべての事項について裁判しなければならぬ反面、申立てられた事項についてのみ裁判すべきであつて、《請求外（の事項）》を裁判することは禁じられているのである。

## 民事訴訟の理想と裁判官の役割 堤

### 2°—訴訟手続の主導権—

新民訴訟二条は、理論上「当事者が訴訟を進行させる」と規定している。実際、必要な訴訟行為を行うのは彼らである。

しかし、それを誤解してはいけない。もはや訴訟手続の「速度」が最も熱心な当事者のインシニアティヴに委ねられていたような時代ではないのである。実際、新民訴訟三条は、「裁判官は、訴訟手続の正しい進展を監督する」と付加しているのである。この文言は、重大な結果を孕んでいる。それは、合理的な期間内に急いでするよう当事者に義務づける法廷命令を発する権限を持つ「準備手続裁判官」の介入を予告している。とりわけ、当事者に対し、申立期間を付与し、事件が事前手続を終結して裁判するに熟したと思われる時点を判断するのは、裁判官自身である。

### 3°—申立ての審理—

真実の探究は、裁判官の自然な特性である。つねに、必要な場合には職権で、証拠調べ（証人尋問、鑑定など）を命ずる権限が裁判官に認められてきた。そこには何ら非難に値するものは存在しない。そして、この原則が新民訴訟一〇条において再び採用されたことは当然である。

同様に、裁判官が当事者に積戻するよう促すことができることも、同じく当然である（新民訴訟八条）。すなわち、当事者の説明が裁判

官には不十分だと思われるときに(当事者に)問い合わせる権利をどうして彼に否定することができようか。もっとも、かような裁判官の権利は、つねに存在した。すなわち、それを彼に認めるためには、何らの法文も必要ではない。それほど、この特権は、裁判官の職務と切離し難く結びついているのである。しかし、彼はその権利をほとんど使わず、そして、しばしば法廷が両弁護士による二つの独白から成っていたことを認めなければならない。それ故、この法文は、立法者の意図においては、教唆の価値を持ってはいるはずである。危険—現に一つの危険はとにかく存在している—それは、裁判官が、求釈明にかこつけて、その役割を逸脱し、「忠告者」に早替りすることである。裁判官の思慮分別が、おそらくかような危険を回避させるであろう。

4° 裁判資料—

裁判官の裁判は、原因たる事実とともに、それに適用されるべき法規により支配されている。

ところで、この点に、裁判官と当事者の特権の配分を見い出す。すなわち、事実を提出する責任は当事者に、法を述べるのは裁判官に。そこに、ドイツの学説によって現代に伝播された古代ローマ法諺の湧出がある。すなわち、「我に事実を与えよ。されば汝に法を与えん」。実際、この一見合理的な区別も、その利用がしばしば困難であり、現実にあつては、それは実現性の乏しい簡潔さであることが分かる。

a) 事実の探究

仮に、裁判官が弁論に現れていない事実に基づいてその裁判を根拠づけることができないというのはその通りだとしても、これに反し、「裁判官は、当事者がその請求を基礎づけるために特に援用しなかつた事実でもこれを考慮に入れることができる」のである(新民訴訟法七条二項)。

幾分あいまいなこの文言は、正しく理解されなければならない。それは、裁判官が私知の基礎たる一件書類外の事実をも弁論に編入できることを意味しているわけではなく(Cass. civ. 10 oct. 1973; Sem. jur. 1973. IV. 371. v° Divorce)。それは、専ら一件書類の範囲内で、当事者にはあまり重要でないと思われたが故に、その請求を理由づけるための申立書においてとくに援用しなかつた事実に基づいても、裁判官はつねにその裁判を根拠づけることができることを意味しているにすぎない。すなわち、もし裁判官が、反対にそれらが決定的な価値を有していると判断すれば、彼はつねにそれを考慮に入れることができるのである(Cass. civ. 15 janv. 1974; Sem. jur. 1974. IV. 78)。

b) 法の適用

I—新民訴訟法一二条は、「裁判官は、それに適用される法規範に従って争訟を解決すべき義務を負ふ」と定めている。それ自体としては、この原則は何ら驚くには値しない。すなわち、裁判官が、衡平に拠つてではなく、法に則つて裁判するのは当然のことである。実際には、新民訴訟法一二条に定められたこの原則は、それに加えられた進展故に

重要である。

一方で、裁判官は、彼に付託された法律行為を自ら自由に評価することができ、たとえ、当事者の一方によって売買であるとして提出された係争行為を、実際には贈与であると評価することし。

一方で二二条の当初の法文は（新民法により踏襲された一九七一年の文面において）、裁判官は、少くともそれらが「純粹に法律上のものでありかつ事実問題を含んでいない以上、「純粹に法律上の攻撃防禦方法を職権で採用する」ことができる（新民法二二条三項）と定めて了（Cass. civ. 29 nov. 1978, Bull. civ. 1978, 1. 287）。しかし、コンセイユ・ネタは一九七九年一月二二日の判決（Gaz. Pal. 2-3 janv. 1980, note Julien, Sem. jur. 1980, II 19288, concl. Comm. Govv. Franc, note Jacques Boré, D.S. 1979 606, note Bénabent）によって、新民法二二条三項を無効とした。純粹に法律上の攻撃防禦方法を職権で採用「できる」かのような裁判官に認められた「権能」は、「裁判の前での市民の平等原則」を無視するものであると言うのがその理由であった。しかし、実を言えば、この無効は何ら重大な結果を招かないのである。裁判官は、「それに適用される法規範に従って争訟を解決し」なければならぬ（新民法二二条一項）ことから、職権で純粹に法律上の攻撃防禦方法を採用することを裁判官に禁じ得るとは思われない。言い換えれば、新民法二二条一項は、三項の無効を補うに十分包括的であるように思われる。

II—とかく、以上のように規定された原則は、少くとも理論的に  
民事訴訟の理想と裁判官の役割 堤

は、重要な緩和物を含んでいる。すなわち、当事者は、争訟が彼らの自由に処分できる権利に向けられているときは（この要件について、Cass. soc. 18 février 1976, Sem. jur. 1976, IV. 125）、合意により、二二条に規定された原則を修正することができるのである。それは、二重の意味においてそうである。

当事者は、法文を踰越し「仲裁人」として裁判する権限、すなわち法規範から解放され衡平に則って裁判する権限を裁判官に付与することができる。そこでは、仲裁との特徴的な類似性が認められる。

—反対の方向で、新民法二二条四項は、当事者が彼らの欲する性質決定及び法的観点に弁論を制限することによって、裁判官を拘束する権能を当事者に認めて了（Cass. com. 9 oct. 1978, Bull. civ. 1978, 4. 181）。しかし、告発方式に対し払われているかような敬意も、当事者間の合意が前提とされている限りにおいて、現実のものとなる機会はほとんどないであろう。

結論—既に考察し得たように、われわれの民事裁判法の進展は、告発方式の絶えざる後退によって表現される。もちろん、現代の立法者が純粹な審問方式を是認したとまで主張するのはゆきすぎであろう。すなわち、当事者は、なお主導権の一部を保持しているのである。しかし、かような留保にもかかわらず、当事者に残されている主導権の幅は、絶えず狭くなっていることを認めねばならない。そして、今日では、もはや「争訟は当事者のこと」がらである」とは言えないのであ

る。

それに驚くには及ばない。すなわち、司法構造は、経済的及び社会的な構造に対応して進展するのであり、そして、それらと同様、司法構造からも、一九世紀を特徴づけていた自由な内味が無くなっているのである。

しかしながら、やはり越えるべきでない限界が存在する。それは、民事訴訟において争いとなっている権利は、依然当事者の各々がその絶対的な支配を保持し続けるべき私権である、との確認につながる。その点で、民事訴訟は、往々そのモデルとして提案が試みられている行政訴訟とは区別される。裁判は、あくまで当事者への奉仕に止まるべきであって、当事者を裁判官に隷属化させてはならないのである。