

# 法領域における当事者権

——フランス及びわが国における理論状況の素描——

堤 龍 彌

- 一 まえがき
- 二 フランスにおける理論状況
- 三 R. Martin の見解
- 四 わが国における理論状況
- 五 あとがき

## 一 ま え が き

筆者は、かつてフランス新民事訴訟法（以下新法と略す<sup>①</sup>）が裁判官の職権をかなり強化する方向で規定されていることについて、簡単な紹介を試みたことがある。<sup>②</sup>より具体的には、裁判官が訴訟資料収集面に及ぼす支配力を中

法領域における当事者権 堤

心に、その職権主義強化の傾向を考察した。その際に少し触れたことであるが、他方で、法領域に対する当事者の支配権についても、新法を契機に、改めて議論の対象とされていることに興味を覚えたことであった。すなわち、問題の視角は、主として新法一六条により明文化されるに至った対審主義（防御権の尊重）との関係から、裁判官の専断的な法の解釈・適用に、一定の限度で当事者の介入権（法的対論権）を制度的に保障しようとするものであった。<sup>(3)</sup>これに関連する法文は、コンセイユ・デタをも交えて二転三転したが、<sup>(4)</sup>これは *autorisé* された裁判官のプラグマチズム的傾向と、フランスにおける防御権意識の強さとの相克、その複雑性を表わしているものといえよう。本稿は、フランスにおけるかような議論を契機として、法領域における当事者支配の可能性について、防御権尊重（対審主義）による制約という観点のみに限定されず、（処分権主義、弁論主義の適用可能性、訴訟契約等をも含めた）より一般的・全体的な視野から、この問題を考察しようと思つて試みるものである。<sup>(5)</sup>これは、従来いわば当然視されてきた「裁判官は法を知る」、「法は裁判官に」等で表現されている原則の、今日的視野に立つてのささやかな再評価（検討）の試みでもある。

考察の順序としては、まず当然のこととして、本稿の契機となったフランスにおける理論状況を一瞥した<sup>(6)</sup>後（二）、とりわけ本稿とその問題意識を同じくする、おそらくは現在のフランスにおいては異説であろうと思われる R. Martin の見解を紹介することにする（三）。最後に、わが国における理論状況を、可能な限りフランスのそれに対応させながら考察しようと思つ（四）。

（一）以下で扱うフランス新民事訴訟法の条文訳については、法務大臣官房司法法制調査部編「注釈フランス新民事訴訟法典」

(法務資料四三四号)「谷口安平Ⅱ若林安雄Ⅱ上北武男Ⅱ徳田和幸Ⅱ」を参考にさせていただいた。なお、本文又は注において、単に条項のみの引用で済ませた箇所も少なくない。それらの条文訳については、以下の訳書を参照されたい。新民訴法については、右訳書。旧民訴法については、フランス民事訴訟法典翻訳委員会「フランス民事訴訟法典の翻訳」法学協会雑誌七八巻一号〜九〇巻一一号。民法については、法務大臣官房司法法制調査部編「フランス民法典Ⅰ物権・債権関係Ⅰ」(法務資料四四一号)〔稲本洋之助他訳〕。

(2) 拙稿①「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二号一八九頁以下、②「民事訴訟の理想と裁判官の役割—フランス法の場合—」神戸学院法学一四巻四号四七頁以下。

(3) 同様な関心から、主として防御権の尊重と法適用について、フランスの理論状況を立法・学説・判例にわたって詳細に検討したものととして、徳田和幸①(紹介)「モトユルスキ『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」民商法雑誌七三巻五号一二三頁以下、②「フランス民事訴訟における防禦権理論(二)完」—最近のフランス民事訴訟法改正の一断面—民商法雑誌七六巻一号三二頁以下、③「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三一頁以下、④「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がある。本稿も、これら徳田和幸助教授の論稿に負っているところが大きい。従って、重複すると思われるところは、意識的に省略又はなるべく徳田・前掲論文の引用もしくは参照を促すことで済ませた箇所も少なくないことを予めお断わりする次第である。

(4) 徳田②三九頁以下、③三四頁以下、④一二七頁以下、北村一郎「フランス判例研究Ⅱ」判例タイムズ四三三五号六六頁以下、拙稿①二〇一頁以下、②六一頁以下参照。なお、一九八二年五月二日デクレ第五〇〇号による改正が最新のものである。

(5) 法領域に対する当事者支配といっても、いろいろな段階・程度が想定されえ、まったく当事者による法的評価が裁判官法領域における当事者権 堤

を拘束してしまう段階から、防御権尊重による法的対論の制度的要請を経て、単なる事実上のものまで多種多様なものが考えられる。そして、本稿は、審理の充実・適正化とそれによる納得のゆく適正な裁判という観点から、そのいずれの場合においても問題となりうる裁判所・当事者相互間の法的対論の重要性を明らかにしようとするものである。

なお、本稿で処分権主義という言葉を使うときは、いわゆる申立主義の意味で使っていることを予めお断わりする次第である。

(6) 前注(3)でも触れたように、主として防御権尊重の観点からではあるが、フランスの主たる学説・判例のあらまは、既に徳田・前掲論文によって紹介されているので、詳しくはそちらに譲ることにしようと思う。なお、立法の変遷についての概略も、同様に徳田③三三頁以下を参照されたい。

## 二 フランスにおける理論状況

(一) 「争訟は当事者の事柄である」とされていた時代であっても、法の解釈・適用は、一般には裁判官の専権事項と解されていたようである。<sup>(7)</sup> それゆえフランスにおいては、いわゆる訴訟観と法に対する支配権の帰属との間に直接的な関連性は存しないと一応いいえようか。古来からの「法詔」裁判官は法を知る (*Jura novit curia*)<sup>(8)</sup> が、何ら疑われず、半ばア・プリオリに当然視されてきたことの結果であらう。<sup>(8)</sup> 裁判官は、法の存在及びその内容を熟知しているものとみなされているのである。そこには、一応適用されるべき法の不明はありえず、裁判官の行う法の解釈・適用はいつも正しいものであるとの信念ともいえるべき(それが崩れたら裁判制度そのものの存立基盤が崩れかねないともいうような)前提(擬制)<sup>(9)</sup> が存する。新法一二条一項が、「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」と規定しているのが、その端的な表われである。<sup>(10)</sup>

それでは、通常、当事者に付いている弁護士が、依頼者の請求を特定し理由あらしめるためにする法的評価の申立て及び主張を、前記のような法に関する裁判官の専権との関係で、どのように評価し、取り扱えばよいのだろうか。これが本稿の問題提起であり、又ここでの問題のすべてでもある。<sup>(11)</sup>法に関する裁判官の専権を強調すれば、そのようなものは何の意味も持たない、裁判官は全く独自に法的評価できる、といい切ってもよさそうであるが、フランスにおける取扱いはそれほど極端ではない。以下、主として現行法下の取扱いを中心に、順を追ってみてゆくことにしたい。

(二) なるほど、一般に裁判官は、法を熟知し又は熟知しなければならない結果、その任務は、当事者により主張・証明された事実、争訟の適切な解決という観点からそれらに適合する法規範を適用することにあるから、当事者の提示する法的評価には何ら拘束されず、むしろ当事者がその請求及び主張を法的に色付けすることさえ無用なものである(そのような権能はおろか義務もない)との命題が引き出されよう。<sup>(12)</sup>

新法一二条二項及び三項も、「裁判官は、当事者がそれについて提示した呼称にかかわらず、係争事実及び行為に適切な法的評価を与え又はこれを修正しなければならない」(傍点筆者。以下同様)「裁判官は、当事者によって採用された法的理由がどのようなであれ、純粋に法的な攻撃防御方法を職権で採用することができる」とさえ規定している。<sup>(13)</sup>

(三) (1)しかしながら、他方です、法律自身が、裁判官の法適用に際し、当事者の協力を制度化していることに

注意しなければならぬ。すなわち、新法一三条は、<sup>(14)</sup>「裁判官は、当事者を促して、争訟の解決に必要と判断する法の説明を行わせることができる」と規定し、法的対論の場の設定につき、当事者の役割を一定の範囲で予定しているのである。<sup>(15)</sup>

(2)次に、裁判官による防御権尊重義務の観点から、裁判官が、当事者の主張する法的評価とは異なった独自の観点から事件を法的に処理しようとする場合は、予め必ず、それについて当事者の意見を聴取しなければならぬとされていることである(一九八一年五月一二日デクレ第五〇〇号による改正後の新法一六条三項……<sup>(16)</sup>対審主義による法的制約)。

(3)また、特殊ではあるが、法規範の一種である外国法・慣習法等については、裁判官の専権的な法適用は後退せざるをえないことが、フランスにおいても一般に承認されている。すなわち、その専権性の前提となる外国法・慣習法等についての熟知が、必ずしも裁判官に予定、期待され又は義務づけられてはいないからである。それを職権で調査、適用することもできるとはされているものの、一応その適用を有利とする当事者がそれを主張・立証すべきものと解されている。<sup>(17)</sup>

(4)さらに、新法独自の制度として、一二条四項(五八条参照)は、一定の要式に則った明示の合意によって、その主張する法的観点到裁判官を拘束する権能を当事者に認めている。<sup>(18)</sup>すなわち、「当事者が、その自由に処分できる権利に関し、明示の合意により、その弁論を制限しようとする法的評価又は法的観点到裁判官を拘束したときは、裁判官は、その法的呼称又は法的理由を変更することはできない」。

(5)最後に、実務上、裁判官の法適用は自由であるとの前提の下に判示している判例群がある一方で、しばしば當事者の提示する法的評価に裁判官は拘束されるべきことを説いているかのように思われる判例群がみうけられる。それら(後者)をここに要約・列挙して、一応の参考に供しようと思う。<sup>(22)</sup>

それらは、主として損害賠償請求と父を定める訴え(法律が規定するそれらの権利の発生原因)に関する判例である点にその特徴を見出しうる。<sup>(23)</sup> そのうち、ここでは、前者について触れるだけで必要にして十分であろう。<sup>(24)</sup>

まず、人の過失行為を理由とする訴え(民法一三八二条、一三八三条)に対し、物の瑕疵を理由に(民法一三八四条一項)賠償を言い渡すことはできないし、<sup>(24a)</sup> その逆も同様である。<sup>(24b)</sup> 同様の原理は、当然に他の不法行為責任の領域(その相互間)にも適用されうる。<sup>(24c)</sup> いわんや、裁判官は、不法行為上の過失又は物自体の瑕疵による責任を理由とする訴えに対し、それを契約上の過失として(民法一一四七条等)認容することはできないし、<sup>(24d)</sup> 又その逆も同様である。<sup>(24e)(24f)</sup>

他に、事実の法的評価に関連して、当事者間でなされた法律行為の法的評価について、若干興味を引く判例が散見されるので紹介する。それによると、当事者間でなされた契約の法的評価につき、当事者間で一定の合意があった場合、<sup>(25)</sup> 又は一方の主張する法的評価を他方が争わなかった場合には、<sup>(26)</sup> それら当事者による法的評価に裁判官は拘束されるとされるのである。<sup>(27)</sup> これは、前記(4)で叙述した新法一二条四項を推測させうるものであり、そこで新法が要求している一定の要件(明示の合意の存在、共同申請書による申立て)を実務上不要化させうる可能性をもっている判例でもある。<sup>(28)</sup>

(6)他に無視できないものとして、当事者の法的主張の裁判官に与える事実上の拘束力についても触れておこう。

元来、新法一二条一項は、「裁判官は、それに適用されるべき法規範に従って、争訟を解決しなければならぬ、」(一九七一年九月九日デクレ)と規定されていたのが、先にみたように「……争訟を解決する」という表現になって、その義務的色彩が薄らいでいる。また同三項も、「裁判官は、当事者によって援用された法的理由がどのようであれ、純粹に法的な攻撃防御方法を職権で採用することができ、」と規定しており、同二項にもかかわらず、裁判官に対しあらゆる可能な法律上の観点から争訟の解決をはかるべきことを必ずしも義務づけてはいない。<sup>(29)</sup>

それゆえ、当事者としては、理論上はともかく、当該事実又は法律行為等に適用可能なあらゆる自己に有利な法的主張をしておくべき実質的な利益及び必要があるとともに、事実上裁判官も、かような当事者による法的主張をもとに又は複数の法的主張の中からより適切だと判断し選択したものに基ついて、争訟の解決をはかることになり易いのが道理であらう。<sup>(31)</sup> また、当事者の設定し又は主張し合う法的土俵外で、裁判官独自の法的観点から争訟の解決をはかることには、極めて消極的になりがちである(私的自治という観点からは極めて妥当な態度ではあるが)ように思われる。むしろ、原告による法的評価が、その請求の輪郭を明らかにし、その真意を裁判官に知らせるとともに、被告に対してもその防御の対象を明確化するに役立つであらう、とさえ評価されているくらいである。<sup>(32)</sup> ことに、事実上、当事者の法的主張が裁判官を拘束する契機を見出しうるであらう。

(四) 以上を要約するに、フランスの現在の通説及び実務<sup>(33)</sup>によれば、法については、(言葉の使い方としては不正確なきらいはあるが)わが国でいう処分権主義はもちろん弁論主義の適用をも認められず、それゆえ裁判官は、当



事者のいかなるレベルでの法的評価にも何ら拘束されることなく、当事者により付託された事実<sup>(34)</sup>に自己が適切と判断する法規を適用しうる事が、一般に承認されているものと解しえようか。ただ、法に関する一定の合意がある場合及び対審主義（防御権の尊重）並びにそれと関連する適時の積明権（義務）の行使による制約のみが、現在のフランスの裁判官に課せられた法適用に際しての拘束ということに一応なろうかと思われる。<sup>(35)</sup>

(7) 当事者は、必ずしも申立書において、その請求を法的に特定し、理由づける必要はないと解されていたことについては、*Glason-Tissier-Morel, Traité de procédure civile*, 3e éd., t. II, n° 487, p. 460 ; P. Esmein, obs., J. C. P. 1961, II, 11980 参照。

もつとも、他方で、旧法下においても当事者の法的請求原因に裁判官は拘束されるとするのが通説であったとするのは、R. Martin<sup>1</sup> 後掲⑤<sup>1</sup> n° 8. なお、後注(12)(13)参照。

(8) E. Blanc et J. Viatte, *Nouveau code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles*, t. I, p. 26 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, 2e éd., t. I, n° 209, p. 369 ; P. Jourdain, obs., J. C. P. 1984, II, 20152, I-n° 3.

(9) もつとも、他方で、現在の民事訴訟は、法の解釈・適用に関しては、三審制を予定している。これと、本文に記した前提とがどのように調和するのかも一応問題となりえよう。ここには、個々の裁判官の法解釈・適用に対する一種の不信が表明されているともみゆるからである。外国法・慣習法等の主張・証明についても、同様な問題点が指摘しうるが、これについては、後述参照。

(10) もつとも、J. Normand 教授の指摘によれば、「この要請は、控え目に理解されなければならない。豊富な法、すなわち錯綜し、不安定で、しかも次第に専門分化してゆく法規を、ほぼ間違いなく知ることを裁判官に当然のように期待することは無理である。裁判官が、その権限を委譲することなく、法の調査を容易ならしめるために、鑑定人に委嘱することがで

そのことを判例が認めている理由が、それゆゑ (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 27 juin 1972, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 427, p. 310; Cass. soc. 21 janv. 1955, J. C. P. 1955. II, 8837) (J.-Cl., procédure civile, fasc. 151, n<sup>o</sup> 84) によらなければならない。判例は、本稿との関係では重要である。

(11) 通常、当事者は、その弁護士を通じて提出する申立書において、裁判官の手掛りを与えるために、それぞれの主張する理論の法的優越性を彼に説得しよう試みるために、又は各自自らの有利となる争訟の解決を彼に示唆するために、学説及び判例の研究成果を裁判官に提示することが多いが、(E. Blanc et J. Viatte, op. cit., p. 26) その実務上の有用性については、P. Jourdain, Les conclusions dans le procès civil devant les juridictions du fond, G. P. 21-22 oct. 1983, Doctr. p. 4, n<sup>o</sup> 20 及び J. Normand, J.-Cl., op. cit., n<sup>o</sup> 118 参照 (「うかなる原理」そのこととすべし) を要求しようとする訳ではない。しかし、慣行がそれを要求しており、それは必ずしも理由のなることではない。論争には、明確な対象が必要である。訴訟は闘争である。虚空の中では、互いに闘争することはできない。なお、その事実上の効果については、後述⑩参照。

(12) J. Normand, Le juge et le litige, n<sup>o</sup> 169, p. 160 (若林安雄・『紹介』民事訴訟雑誌15号117頁); J.-Cl., op. cit., n<sup>o</sup> 83, 88 et s.; H. Motulsky, ①Protégomènes pour un futur Code de procédure civile, Ecries, t. 1, p. 292 et s., n<sup>o</sup> 32-35, 38, 44 (徳田①116頁以下参照); ②La cause de la demande dans la délimitation de l'office juge, Ecries, t. 1, p. 104 et s., n<sup>o</sup> 5 et s.; ③Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, Ecries, t. 1, p. 44 et s., n<sup>o</sup> 12 et s.; ④Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, thèse Lyon, 1948, n<sup>o</sup> 81 et s. (P. Jourdain, Doctr., op. cit., n<sup>o</sup> 5 45頁以下); J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, 20<sup>e</sup> éd., 1981, n<sup>o</sup> 392; P. Catala et F. Terré, Procédure civile et voies d'exécution, 1976, p. 258-259; E. Blanc et J. Viatte, op. cit., p. 26, 28; G. Goubeaux et P. Bihir, Répertoire de procédure civile, 2<sup>e</sup> éd., v<sup>o</sup> Preuve, n<sup>o</sup> 56 et s.; P. Jourdain, obs., op. cit., II, n<sup>o</sup> 2; P. Esmein, obs., op. cit. etc. (なお、同題の判例については、

ぞれの文献に引用の判例を参照されたい。

なお、新法五六条一項二号にいう呼出状(申立書の種類)の必要的記載事項中の請求の目的及び理由についても、その法的根拠の明示は、有益ではあっても、必要的とはされていない(P. Jourdain, *Doctr.*, op. cit., p. 2-3, n°s 5, 6, 9, 11, 15 参照。但し、P. Martin, 後掲⑦, n° 4 は、反対の解釈であることについては、後注(47) 参照)。

もっとも、新法一五条は、相手方の防御のために、その援用する法律上の攻撃防御方法を、申立書により、適時に相手方に知らせなければならぬ(これは、同時に裁判所にも送達される……七五三条二項)旨規定していることから、通常は、当事者が法律上の主張をすることを予定しているとも解しえよう。この点を強調するものとして、R. Martin, 後掲⑧, n° 11.; ⑨, n° 4 参照。

(13) しかし、改正以前のフランスの通説は、むしろ反対に、裁判官は、当事者の付けた請求の法的理由を変更することはできないと解していたようである(これは、不正確ながらわが国でいう旧訴訟物理論の下での請求原因不可侵原則に由来するものである)(P. Jourdain, *obs.*, op. cit., II n° 1 参照)。なお、この点につき、「当事者は、単にその権利の支配者であるのみならず、さらに裁判上その権利を引き出す手段の支配者でもある」と判例分析に基づいて J. Normand 教授の感想(*obs.*, *Rev. trim. dr. civ.* 1983, 381) が参考となる(なお、P. Hébraud, *Rev. trim. dr. civ.* 1985, 701; 1966, 129; G. P. 1975, II, *Doctr.* 540 参照)。

新法一二条は、旧民訴法には存在していなかった規定であり、一九七一年九月九日デクレ第七四〇号により初めて規定されるに至ったことに注意すべきである。すなわち、この改正法の立場は、その当時の少数説であった H. Motulsky (新訴訟物論者) 及び彼がその著書において引用している若干の判例(La cause ②, n°s 5, 14 及び注参照) の立場に由来しているものと思われる。もっとも、改正後の判例が、必ずしもこの法文に忠実に従っているとは解せられないこと及びその原因については、後述判例の分析の箇所の他、P. Jourdain, *obs.*, op. cit., II n°s 5-7; J. Normand, *obs.*, op. cit., 381

及び拙稿①二〇四頁、③「フランス判例研究④」判例タイムズ五四〇号八頁以下参照。

(14) これは、新法八条と合わさって、わが国民訴訟法一二七条に相当する条文である。

(15) J. Normand, J.-Cl., op. cit. n. 85. 本条の前身である一九七一年九月九日デクレ一三条の解説において、若林安雄教授も同様な指摘をされている(フランス民事訴訟法一九七一年九月九日デクレ(仮訳)について(一)・近大法学二二巻二号一八一—一九頁)。

なお、同趣旨の規定は、この他新法四四二条、七六五条、八四四条、八六二条、九四〇条等にも見出しうる。また、四四四条一項は、弁論の終結後でも、必要な法的弁明が当事者によりなされていない場合には、必ず弁論の再開を命じなければならぬ」と規定している。

(16) なお、この改正以前においても、本条の前身である一九七一年九月九日デクレ一六条においては、以上の趣旨がより明確に表現されていた。改正以前においても、同趣旨の見解を表明していたものとして、G. Couchez, J.-Cl. de procédure civile, Fasc. 156, p. 10, n. 55; P. Jourdain, obs., op. cit., II-n. 9 参照。なお、これらの立法の経過及びその内容については Cass. ch. mixte, 10 juill. 1981, D. 1981, 637 に述べられている J. Cabannes & Conclusions に詳し。

(17) もともと、そのべき義務はなすと解されている(Cass. civ. 1<sup>er</sup> 13 juin 1967, Bull. civ. I, n. 212. p. 154)。

(18) J. Normand, J.-Cl., op. cit., n. 101, 102; G. Goubeaux et P. Bihl, op. cit., n. 60 et s.; G. Marty et P. Raynaud, op. cit., n. 209, p. 369 及びこれらの文献に引用の判例参照。なお、若林安雄「フランスにおける立証責任(序説)」判例タイムズ三三四号二〇頁参照。

(19) J. Boré, obs., J. C. P. 1979, II. 19214 によれば、かような規定の趣旨から、「このことは、当事者がある意見を表明する機会を与えられることなくして、新たな法的評価を対抗させられることはないことを意味しているように思われる」とされている。

なぞ、この規定の詳しい内容をいって、J. Mignot, *Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit* (article 12, alinéa 4 du Nouveau Code de Procédure Civile), *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, p. 567 et s. 参照。

(20) J. Normand, *J.-Cl.*, op. cit., n°s 88 et s.; E. Blanc et J. Viatte, op. cit., p. 28; P. Jourdain, obs., op. cit., *l.n.* 4 に引用の判例参照。

(21) この後者の判例群の見方については、大きく次の三つに分かれるように思われる。これは、主として、後注(24)で採り上げた判例の詳しい事実関係が不明なこと、及び法と事実の区別による裁判官の権限の明確化ということについての破毀院のあいまいさに由来しているものといえようか。

① *Le juge, l'écrit*, J. Normand 教授の考え方もあつた (J.-Cl., op. cit., n°s 125 et s.; *Le juge et le fondement du litige*, op. cit., n° 14 (拙稿①一九九頁))、彼によれば、これら一見裁判官の法適用の自由を制限し、その限りで当事者の法的支配を容認しているかにみうる(処分権主義違反、弁論主義違反、対審主義違反等の実質的理由づけはともかく)判例群も、その大部分は、実は裁判所の職権による弁論外の実事採用を非難したもの(すなわち、通常、法的評価の変更は、その要件事実及びそれを構成する生の実事の変更に由来する)であろうとの推測がなされている。Normand 教授自身も認めているように (n° 128)、そこに、一見明白であるかのような事実と法の境界のあいまいさが現われているともいえようか。

② 二つ目は、これとは逆に、その大部分の場合、具体的な事実相互間に若干の相違はあれ、原審裁判官が職権で適用した法規の要件事実を構成しうる生の事実は、既に当事者によって弁論中に上程され、当事者相互及び裁判所間で十分討議され又はされうる状態にあった(「事実審裁判官が、多くの場合において、弁論中に援用されなかった事実に依拠している」とは信じ難いことである)として、破毀院の態度を、裁判官の法適用の自由原則に反するものとして、非難する考え方 (P. Esmein, obs., op. cit.; Y. Lambert-Faivre, note, D. 1970. 527 同頁)である。

同様に、上級審を意識せざるをえないであろう立場にある *Seine* 民事裁判所（後掲判例②参照）が、かつて、同一事実であれ、職権で当事者の主張している法的評価から主張していないそれへの変更はできないとの前提の下に、新たな法的評価の基礎となる生の事実が当事者により主張されていた場合であるにもかかわらず（これは、裁判所自身の認定による）、その法規範を職権で適用せず原告の請求を棄却した例、及びそれをそのような理解の下に非難している *Notusky* の評釈からすれば、破毀院の一部は、やはりその理由づけはともあれ当事者の付けた法的評価に、裁判官が一定の限度で拘束されるべきことを、後述するようなある種の事案においては、認めているのかもしれないとの本文のような推測も成り立ちうる。

③三つ目は、②と同様、裁判官の職権による新たな法的評価の基礎となる生の事実が当事者により主張されていたことを前提に、しかし職権で適用しようとするその新たな法的評価については当事者の明示的な主張のなかったことを理由に、破毀院は、原判決を破毀したものであると理解し（E. Blanc et J. Yatte, *op. cit.*, p. 27）、改正以前の判例については、一応同様に理解しているといえようか）、それに賛意を表する考え方（後述 *Martin* 氏の見解、とくに⑦、p. 7 がその代表。P. Hébraud, *obs. Rev. trim. dr. civ.* 1961. 721 も同旨か。そして *Hébraud* は、このような場合、適切な積明権の行使によって、訴訟遅延の原因となりうる無用な破毀を避けるべきことを主張する（*Rev. trim. dr. civ.* 1971. 193）である。以上のうち、果して後述する破毀院判例が、いずれの立場に立っているかは、もちろん筆者のよく分析しようところではないが、フランスの代表的な研究者間でさえ意見の分かれる余地を残していること自体、この問題の根の深さを表わしているものといえないだろうか。

なお、改正後の破毀院判例の動向については、拙稿①二〇二頁以下参照。

蛇足ながら、旧法下では、*requête civile*（再審申請）に関する旧民訴法四八〇条三項、四項において、処分権主義（申立主義）が表明されていたように思われる。そして、これが同時に破毀開始事由（上告理由）にもなると解されていたことについては、後注（24）以下に掲載の判例③一五頁、⑤三五九頁、⑩の各判例評釈参照。

(22) これら二つの判例群間の矛盾とそれら判例の実用主義的傾向については、R. Martin, 後掲②, n.° 16, 22 及び同注 23 参照。

(23) J. Normand, J.-Cl., op. cit., n.° 120; P. Jourdain, Doctr., op. cit., p. 4, n.° 19.

(24) 以下に紹介する判例は、主として J. Normand, J.-Cl., op. cit., n.° 121, 122, 93 補遺; P. Jourdain, obs., op. cit. I.n.° 1, 2, II.n.° 3, 5 及び R. Martin, 後掲④, n.° 7, etc. に引用されていたものを中心に、それ以外のものは、若干筆者がフォローしたものである。それ故、決して網羅的なものでないことを予めお断わりしておかなければならない。また、それらは、判例の流れを理解するうえからも、一応改正以前の判例をも含めて紹介することにした。なお、その他の領域についても、同趣旨の判例が存するが、それらについては、J. Normand, J.-Cl., op. cit., n.° 123, 124 を参照されたい。

ところで、これら判例群にはば共通する一般的な傾向について簡単に述べておくと、①いずれの判例も、「事実審裁判官は、当事者の申立書により定められた範囲内で裁判しなければならず、申立ての目的及び原因を職権で変更することはできない」との一般的な説示をした上で、具体的な事案の検討及び原審の措置を評価した後、結論的には、「原審は、当事者が申立書において主張せず、また弁論（又は釈明）するよう促されてもいなかった申立てを職権で採用した」と認定し、これが職権による適用法条の変更を理由に破毀する際の判決スタイルになっている。②先にも述べたように、職権変更した法的評価の要件事実を構成する生の事実の当事者による主張の有無が不明なものが多い（その辺りの明確な認定が意識的になされていないように思われる）。③たゞ、まゝは処分主義、弁論主義違反でも、ほんねは対審主義違反、いわゆる防御権侵害（又は釈明義務違反）に対する非難であり、不意打ちの禁止を意図しているようにみうけられ、本来、性格・目的の異なる両者間で（も）っとも、前者のうちには、後者の要請が含まれているともみうるが、常に両者が相伴うものではない。前者が専ら後者の代替として使われている側面が強いように思われ、その後の判例・学説及び立法の展開を暗示しているようでもある。

(24 a) ④ Cass. civ. 19 mars 1912, D. P. 1912. 1. 325.

A 臨港駅で発生した火災により、そこに隣接して敷設していた線路等に多大の損害を被ったX路面鉄道会社が、その損害の発生及び拡大は、同駅の倉庫内に貯蔵されていた引火物に延焼したのが原因であるとして、それらの保管者であるY鉄道会社を相手取り、民法一三八二条（一般不法行為責任）及び一三八三条（準不法行為責任）を根拠に、損害賠償を請求した。第一審は、同条を適用して、Xの請求を認容したが、これに対してYが控訴。控訴審は、第一審とは異なり、Yの過失を認めず、前記法条の不適用を宣言したにもかかわらず、他方で、民法一三八四条（無生物又は他人の行為による不法行為責任）を適用して、結局はXの請求を認容した（控訴棄却）。これに対して、Yが、請求外の事項について判決した権限踰越の違法あり（処分権主義違反）として、破毀申立したのが本件である。△原判決破毀移送▽

② Cass. civ. 25 mars 1924, D. P. 1924. 1. 48, S. 1924. 1. 15.

Y所有の不動産から発生した火災が、X所有の建物に延焼した。その結果損害を被ったXが、Yの過失を主張して民法一三八二条、一三八三条を根拠に、その賠償請求の訴えを提起した。第一審は、Xの請求をそのまま認容した。Y控訴。原審においても、Xは同様の主張を繰り返すのみであったのに対し、原審は、YにXの主張する民法一三八二条、一三八三条の構成要件たる過失はないと判断、それゆえ一審が行った同条の適用は正当でないとした後、しかしながら一三八四条による過失の推定により、被告は本件災害の結果につき有責であり、またこの推定をくつがえずに足る何らの事実も被告により主張・証明されていないとして、結局はYの控訴を棄却した。これに対して、Yから破毀申立。△原判決破毀移送▽

③ Cass. civ. 27 juill. 1926, S. 1926. 1. 359.

Xの息子Aが、Y所有・運転の車に轢かれ、死亡した。そこで、Xが、Yの過失を理由として、民法一三八二条、一三八三条を根拠に、生じた損害の賠償を請求した。第一審は、Xの主張するYの過失の証明がないとして、Xの請求を棄却した。Xは控訴したが、原審においても第一審と同様の呼出状及び申立書記載の主張を繰り返した。これに対し、原審は、一審同様、このXの主張を排斥したうえで、民法一三八四条一項の過失推定及びそれをくつがえずに足る何らの事実も主張・証明



されていないことを理由として、事故の結果に対するYの責任を認め、損害賠償を言い渡した。Yから破毀申立。△原判決破毀移送▽

④ Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 janv. 1970, Bull. civ. II, n° 24, p. 17; D. 1970. 525, note Y. Lambert-Faivre.

市内の路上で、Xの車とY<sub>1</sub>会社所有でY<sub>2</sub>の運転する車が正面衝突した。Y<sub>2</sub>運転の車に同乗して負傷したY<sub>1</sub>が、X及びその保険会社を相手取り、損害賠償の訴えを提起した。これに対し、Xとその保険会社も、Y<sub>2</sub>、Y<sub>1</sub>会社及びその保険会社を相手に、損害賠償の訴えを提起した。原審は、Y<sub>1</sub>のXらに対する請求を全面的に認めたが、他方で、XらのY<sub>1</sub>に対する民法一三八二条、一三八四条五項（使用者の責任）を根拠とした請求に対しては、Y<sub>2</sub>に過失なしとして排斥したにもかかわらず、Xらが何ら援用していない民法一三八四条一項を適用して、結局これを認容したので、Y<sub>1</sub>らが破毀申立。△原判決破毀移送▽

(24 a) ⑤ Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 janv. 1966, Bull. civ. II, n° 14, p. 10.

ある道路上で、自転車運転中のXが、Y所有で使用人A運転の車と衝突し、負傷した。未成年者であるXの父が、代理人として、Yを相手に損害賠償の訴えを提起した。他方、Aは過失傷害罪で起訴されたが、結局は過失なしとして無罪となっていた。原審において提出された申立書において、当事者は、その請求を民法一三八四条一項に依拠させることで合意が成立していたにもかかわらず、原審は、それを同一三八二条に基づいて、Aの過失を考慮し、責任の分配を言い渡した。Yからの破毀申立理由は二点あり、一つは、刑事判決の既判力が民事裁判に及ぼす拘束力を理由とするものと、もう一つは、本稿で問題としている当事者の援用しない法条の職権適用の違法である。△原判決破毀移送▽

⑥ Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 22 janv. 1970, D. 1970. somm. 95.

詳しい事案内容は不明ゆえ、判旨のみ引用する。「民法一三八四条一項に基づいて裁判する裁判官は、被害者の申立てを認容するにつき、加害者の過失という角度から事実を検討し、それを考慮して申立書に応答する必要はない」。

⑦ Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 27 oct. 1976, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 291, p. 228; J. C. P. 1976. IV. 375.

X<sub>1</sub>夫妻は、夫人の両親であるX<sub>2</sub>夫妻を訪問した際、浴室でシャワーを浴びていて、ガス中毒に罹った。そこで、X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>が生じた損害の賠償を求めて、X<sub>3</sub>が借りている家の所有者であるYを訴えた。原審は、X<sub>1</sub>らの請求を認容するに当り、X<sub>1</sub>らがその申立書において根拠とした民法一七二一条（貸貸人の瑕疵担保責任）及び同一三八四一条に基づいてではなく、彼らが何ら援用していなかった民法一三二二条を適用したので、Yが破毀申立に及んだ。破毀院は、「人の行為による責任と物の瑕疵による責任は、それぞれその固有の領域を持っている」と述べたうえで、「この破毀申立を容れ、原判決を破毀移送した。」

⑧ Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 6 juill. 1978, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 181, p. 142; G. P. 3-4 janv. 1979, p. 11; J. C. P. 1979. II. 19214, obs. J. Boré. (徳田・前掲⑤五三一—五四頁参照)

Yが使用している部屋にいたXは、直接ガラス張りの屋根に通ずる扉を開けた途端、その屋根をつき破って落ちてしまった。負傷したXは、Y及びその保険会社を相手取り、生じた損害の賠償を、民法一三八六条（建物所有者の責任）及び同一三八四一条に基づいて請求した。これに対し、原審は、その扉が締め切られておらず、危険を予告する掲示等もなされていなかったことを指摘した後、新民訴法一二条を適用して、Yによって犯された注意義務違反を民法一三二二条の意味での過失ありと認定し、Yに全責任があるととした。Yから、新民訴法一六一条一項（対審主義）違反を理由とする破毀申立。破毀院は、この破毀申立を容れ、原判決を破毀移送した。

⑨ Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 27 oct. 1982, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 135, p. 98; D. 1984. J. 292, note R. Martin; J. C. P. 1984. II. 20152, obs. P. Jourdain; J. C. P. 1983. IV. 19; Rev. trim. dr. civ. 1983, 378, obs. J. Normand. (拙稿・前掲⑥参照)

ある道路上で、X<sub>1</sub>運転のオートバイと反対方向からやってきたY<sub>1</sub>の運転するY<sub>2</sub>会社のトラックが衝突した。この事故によって負傷したX<sub>1</sub>とその両親であるX<sub>2</sub>、X<sub>3</sub>が、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>会社及びその保険会社を相手取り、民法一三八四一条に基づいて、損害賠償の訴えを提起した。原審は、X<sub>1</sub>に一部責任があることを宣言したうえで、事故は、Y<sub>1</sub>とX<sub>1</sub>の共同過失によるものであ

り、民法一三八二条がここに適用されるべきものであると判示した。これに対し、X<sub>1</sub>側が、新民訴法四条（処分権主義）違反を理由として破毀申立。破毀院は、X<sub>1</sub>側の破毀申立を容れて、原判決を破毀移送した。

⑩ Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 3 févr. 1983, G. P. I. panor. 168, note F. Chabas.

事案の詳細は不明であるが、Xの車とYの車が衝突し、損害を被ったXが、Yを相手に、民法一三八四条一項に基づきその賠償を求めて訴えを提起したのに対し、原審が、民法一三八二条を適用して、Xの過失を斟酌し、過失相殺の結果、一部認容したので、Xが破毀申立。▲原判決破毀移送▼

なお、類似判例として Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 30 nov. 1983, G. P. 18-19 avr. 1984, p. 110, note F. Chabas.; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 25 janv. 1984, D. 1984. J. 242, note C. Larroumet があげ。

(24) ⑪ Cass. civ. 8 janv. 1924, S. 1924. 1. 13; D. P. 1924. 1. 48.

Y所有地上に築かれた堤防の決壊により、川の水が流入し、收穫物に損害を受けたとして、Xが、民法一三八六条に基づいて、Yに対し損害賠償請求の訴えを提起した。第一審は、このXの請求を認容したので、Yが控訴。これに対し、原審は、本件で問題となっている堤防はXがその請求の根拠として主張する民法一三八六条にいう建築物には当たらないとしたうえで、職権で民法一三八四条の適用の有無を検討し、結局、第一審の判決を是認、Yの控訴を棄却した。Yから破毀申立。▲原判決破毀移送▼

⑫ Cass. civ. 29 nov. 1934, D. H. 1935. 18.

Y所有の車馬の運転者であったAが、それを運転中、B空輸サービスの雇用者の運転する付随車と道路上ですれ違った際発生した事故により死亡するに至った。そこで、未亡人となったAの妻Xが、B空輸サービスを管理・経営する立場にあった国及びYを被告として、被告らの行為により生じた損害の賠償を求めて訴えを提起した。しかしながら、Xは、その主張するところの被告の過失を構成する事実を証明する証拠を提出しなかったもので、一審は、被告らに過失は認められず、むしろ

法領域における当事者権 堤

る事故の原因は、Aの過失により生じた馬の突発的行動に帰すべきものであるとして、その申立てを排斥した。これに対し、Xが控訴し、一審の事実認定は誤っており、証人尋問の結果からも、被告らの過失は明白であるとして、彼らの連帯責任を主張した一審における申立てを繰り返した。原審は、すれ違った車間で衝突が起こったことは証明されていないと判示し、B空輸サービスの担当者は事故とは無関係であるとした点については一審判決を是認したが、事故の状況につき、Aの操作する馬の突発的行動によりAは地面に投げ出され、その際に負った傷がもとで死亡するに至ったと認定、それゆえ、事故がAの過失によって生じたことはいまだ証明されていないとした。かように認定した後、原審は、民法一三八五条(動物の所有者の責任)に規定された責任推定を適用して、Yの馬によって惹き起こされた事故を理由に、Yを有責と判示した。これに対し、Yから破毀申立。△原判決破毀移送▽

⑬ Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 4 janv. 1961, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 2, p. 1.

前夫との間に生まれた、Y<sub>1</sub>の十歳になる息子Aが、パチンコ遊びをしていてXを負傷させてしまったので、Xの父Bが、Xに代理して、Y<sub>1</sub>及び現在の夫のY<sub>2</sub>を相手取り、民法一三八四条四項(未成年者の父母の監督責任)に基づいて、損害賠償の訴えを提起した。第一審は、前記法条に規定された責任推定をY<sub>2</sub>に対抗させることはできないとして、Y<sub>2</sub>に対する請求を棄却したので、Xが控訴。原審において、Xは、一方で一審の認定を争いつつ、他方で、補足的に、民法一三八四条五項(使用者の責任)を援用した。原審は、Xの主張する民法一三八四条四項の適用を排斥したものの、Aの共同後見人として、子供に気を配るべき立場にあるY<sub>2</sub>には、自己の監督外のところ危険な遊びをさせた点につき過失ありと認定し、当事者が何ら援用していない民法一三八二条に基づいて、Y<sub>2</sub>を有責と判示した。これに対して、Y<sub>2</sub>が破毀申立。△原判決破毀移送▽

(24) Cass. civ. 14 mai 1935, D. H. 1935. 362.

Xは、Y飲料販売店において炭酸入りレモネードを一瓶買ったところ、その口を止めている栓の締めが不十分なため、突然栓が飛び出し、その結果目に重大な傷害を負ったとして、それにより生じた損害の賠償を求めた。一審は、この突発的

事故は、栓の不完全なビンが呈する危険を消費者に警告すべき義務を負っている売主の特別な過失により起こったと判示した。原審において、Yは、本件申立ては民法一三八二条を根拠とする以外の何ものでもなく、そして被告は何らの過失をも冒していないと主張したのに対し、Xは、専ら一審判決の是認を申立てるに止めた。かような当事者の主張に対し、原審は、次のような理由で第一審判決を取り消した。すなわち、「いかなる明白かつ確実な事実も、Yに対する非難を正当化しえず、むしろ、Xがビンの不良状態について用心すべきであり、非難された警告の不備も、事故とは直接的な関係はないものとみなされねばならない」。Xは、破毀申立し、一方で、レモネードのビンの管理者に対する民法一三八四条一項に規定された責任推定を、他方で売主Yと買主Xとの間でなされた黙示の契約に由来する債務の履行におけるYの過失から生じうる契約上の責任を、それぞれ考慮しなかった原審の措置を非難した。これに対し、破毀院は、「しかしながら事実審裁判官は、当事者の申立書の厳格な制限内で裁判すべき義務を負っており、職権で、専ら民法一三八二条に基づいて付託された申立てを、それとに別の請求原因たる民法一三八四条一項あるいは同一一四七条（債務不履行による損害賠償責任）に基づく申立てに置き換える権限を与えられていない」が故に、余分な理由を考慮せず、前記のような判示をした原審の措置は正当なものとして是認しうるとして、Xの破毀申立を棄却した。

⑨ Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 1960, J. C. P. 1961. II. 11980, obs. P. Esmein; Rev. trim. dr. civ. 1961. 720, obs. P. Hébraud.

Y交通機関は、その輸送列車の運行上必要となった公営噴水池の取壊しをX市に求め、その指示の下に、取壊しが行われた。その後、Xがこの取壊し作業及びその現場の修復に要した費用の償還を、それによって利益を得たYに求めたところ、Yが拒絶したので、Yを相手に損害賠償の訴えを提起した。ところで、訴訟開始文書（呼出状）及び控訴申立書において、Xは、その申立てを、専ら民法一三八二条及び一三八四条に基づいて行なっていた。原審は、まずかような不法行為責任を理由とする訴えを斥けた後、職権で、前記池の取壊しを行なうに当り、Xは、Yの事務管理者となっていたとして準契約の

存在を認定し、後者に対し、支出した費用の償還として(民法一三七五条(本人の義務)、請求された金額を支払うよう命じた。これに対して、Yから破毀申立。△原判決破毀移送▽

⑩ Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 17 nov. 1961, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 768, p. 540.

Xは、Y会社が設置・運営する海水浴場に行き、そこで海水浴客が自由に使用できる状態に置かれていた遊戯具の中からブランコを使って遊んでいたところ、安全上体を支えるために備えつけられていたベルトが破れ、ブランコから振り落され、負傷するに至った。そこで、Xは、Yを相手に、民法一三八二条及び同一三八四条一項を根拠に、被った損害の賠償を求めて訴えを提起した。前記法条に基づくXの請求を棄却した一審判決を是認した原判決に対し、Xは破毀申立し、原審が、Yがその利用者に対して負っている安全配慮義務違反という契約責任の観点から、Yの責任の有無を考慮しなかったことを非難した。これに対し、破毀院は、「Xが、専らその請求を民法一三八二条及び同一三八四条一項に基づいてのみなしているが故に、当事者の申立書の範囲内でのみ裁判すべき義務を負っている原審裁判官は、自己に付託された申立てを、その請求原因においてそれとは異なった、民法一一四七条(債務不履行責任)に基づく申立てに職権で換き換える権限を与えられていなかった」と判示して、Xの破毀申立を棄却した。

⑪ Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 1970, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 228, p. 174; Rev. trim. dr. civ. 1971, 193, obs. P. Hébraud, 377, obs. G. Durry.

Y会社による採石場での作業中、仕事場正面の一部が崩れ、その作業に使われていたX会社の機械が破損した。そこで、XがYを相手に、民法一三八四条一項に基づいて、損害賠償の訴えを提起した。原審は、損害は、X・Y間に存在する契約の履行中に生じたこと、従って、本件事故を惹き起こしたについての責任は、専ら契約上のものしかありえないとしたうえで、Yはその負っている義務を十分に果たしていたとして、Xの請求を斥けたので、Xから破毀申立。破毀院は、Xのこの申立てを容れ、申立ての原因を職権で変更した違法ありとして、原判決を破毀移送した。

⑱ Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 29 nov. 1978, Bull. civ. I, n° 369, p. 287; D. 1979. 381. note A. Bénabent; D. Inf. rap. 344. obs. C. Larroutet; J. C. P. 1979. IV. 47; Rev. trim. dr. civ. 1979. 423. obs. J. Normand, 1980. 768. obs. G. Durry. (徳田・前掲⑤五五頁参照)

Yは、Xから車を借りて自動車競走に参加したが、夜間に帰宅後、車を破損させてしまった。そこで、Xが、Yに対し、民法一三八二条、一三八三条、一三八四条一項に基づいて、損害賠償請求をした。これに対し、原審は、Xの請求を正当とするにつき、Yは借りた物の保管に注意し、又使用後狂いのないようにしておくことを約束していたのであるから、過失によりその約束を違えた以上、Yは貸主に与えた損害を賠償すべきであるとした。Yから新民訴訟一三条三項違反を理由に破毀申立。破毀院は、Yの破毀申立てを容れ、Xの損害賠償請求が不法行為ないし準不法行為責任に基づいてなされているにもかかわらず、Yの契約責任を考慮することにより、前記法条に違反したとして、原判決を破毀移送した。

(24 e) ⑲ Paris, 20 avr. 1921, D. P. 1922. 2. 12.

Xは、Yの管理下にあった引火物の爆発により生じた損害の賠償を、民法一七三二条(賃借物の毀損・滅失に対する賃借人の責任)、同一七三三条(火災についての賃借人の責任)及び賃貸借契約の存在が認められない場合を慮って、同一八八〇条(使用借主の善管注意義務)、同一八八二条(選択的使用の危険負担)を根拠に請求した。これに対し、第一審は、Xの主張するそれら契約上の責任を排斥したうえで、職権で不法行為上の責任の有無を検討し、結局は、Xの請求を認容したこれに対し、Yが控訴。《原判決取消》

⑳ Cass. com. 30 janv. 1950, Bull. civ. III, n° 35, p. 24; D. 1950. 718.

Xは、その所有する自動車の運搬をY海運会社に依頼したところ、Yは、その船積み作業の監督をA商事会社に任せた。ところが、この船積み作業中、当該車が波止場に落下し、破損してしまった。そこで、Xが、Yを被告として、被った損害の賠償を求めて訴えを提起した(ちなみに、YもAを相手に損害賠償請求をしている)。原審において、Xは、旅券に挿入

されていた責任限定条項の排除を求める申立書を提出するとともに、Yの契約責任を主張した。これに対し、原審は、事故は専らAの重過失によるものでありYに契約上の責任はないとしたうえで、さらに職権でYの責任を民法一三八四条（使用者責任）の観点から考慮して、結局はXの請求を認容した。Yから破毀申立。△原判決破毀移送▽

⑳ Trib. civ. Seine, 18 mars 1953, S. 1954, 2, 50, note H. Motulsky.

Xは、Yが個人的に経営するA出版社によるある作家の全集出版公告に対し、申込みの意思表示をし、最初の数巻を購入したが、その後続巻が配本されてこないので、Yに対し、欠けている巻の引渡しと、被った損害の賠償等を求めて訴えを提起した。裁判所は、Xの主張するYとの予約購入契約の存在を認めず、その主張を排斥した後、「Yによる全集出版の中断は、おそらくは、とりわけ広告及び前宣伝ゆえに、準不法行為的過失を構成しうるであろうことは疑いないが、原告が、この領域（準不法行為責任）にその議論を置いていない」ことを理由に、結局はXの請求を棄却した。

本件に付された Motulsky の評釈によれば、本件裁判所の措置は納得できないようである。すなわち、なるほど「裁判官の中立性」は、当事者の提出した事実及び証拠に基づいてのみ裁判すべきことを要請しており、これがいわゆる処分権主義・弁論主義の内容となっているものであるが、それは専ら事実領域にのみ関するものであって、「法は裁判官の専有物」である。これについて当事者によりなされる説明は、示唆の域を出ないし、裁判官は、確定した判例が述べているように、「常に事件を支配する法律に従って」裁判しなければならぬのである。もっとも、裁判官に禁じられた申立原因の変更と許された法律適用の自由との区別は微妙であるが、そのメルクマールは、△純粹に法的な攻防方法▽か△事実及び法の混合した攻防方法▽かである。すなわち、裁判官は、原告の主張する権利を認容しうるあらゆる法的観点から、問題を検討することができ、又しなければならぬのに対し、もし当事者により援用された法的評価の変更が、その申立ての根拠として当事者が主張していない事実の評価の提出を含むとき、すなわち事実と法の混合した攻防方法の場合には、そのような変更は禁止されるのである。判例もこのような区別を認めている。本件についてみれば、なるほど本件では当事者により契約が援



用されているが、それは既に指摘したように、単なる純粋な法的評価にすぎない。裁判官は、当事者の主張する事実を準不法行為と認定して認容できたはずであり、これは何ら請求原因の変更にはならないし、さらに申立の対象(目的)も、同じ欠けた本の引渡しと損害賠償の請求であった。本件で、裁判官は、何ら実体関係を変更することなしに、契約責任の主張に対し、準不法行為責任で認容しえた事案であったとする。なお、実務上かような変更が往々にして実現不可能となるが、それは実体関係が同じであるからにすぎない。すなわち、いわゆる「結果」責任の領域においては、「客観的な不履行」が契約責任を導き易く、従ってこの場合、「過失」は請求の根拠とはならないのである。これに反し、不法行為においては、むしろ後者が重要となつてき、前者は問題とならないのである。しかし、本件のような準不法行為責任の場合は、事情が異なり、当事者は、同じ事実を契約と法的評価し、裁判官は準不法行為と認定しただけである。本件で当事者により付けられた誤った法的評価に拘束されて、裁判官が原告の請求を排斥したのは納得し難く、法的評価に対しては当事者は何らの影響力をもっていないとする。

⑳ Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 24 janv. 1964, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 89, p. 67.

Yは、Xの牧草地に植えられていたポプラを買い、伐採したものの、材木となった丸太をその場に置いておいたところ、Xの牛がそれに躓いて怪我をした結果、Xはやむなくその牛を殺さざるをえなくなった。そこで、Xが、それによって被った損害の賠償を求めてYを訴えた。原審は、民法一三八四条に基づいてXの請求を認容した。ところで、訴訟開始文書において、Xは、その申立てを、X・Y間でなされた契約によりYが負っていた樹木の伐採後当該丸太を他所に移すべき義務の不履行に基づかせていた。その点を捉えて、Yから破毀申立。△原判決破毀移送▽

㉑ Cass. com. 1<sup>er</sup> fév. 1965, Bull. civ. III, n<sup>o</sup> 81, p. 69.

Yは、その所有する不動産の一部に属する店舗を、そこでパン屋を営む予定のXに賃貸し、その際Xとの間で、「Xの営業と類似のそれを営むために、本件店舗を含む同一不動産の他の部分を使用し又はそれらをそのような目的をもつ他の者に

賃貸してはならない。但し、Yの所有するそれとは別の不動産内に住んでいる商人との商売上の競争については、Yは責任を負わない。」との義務条項を定めた。それにもかかわらず、その後Yは、前記不動産の一部である土地を、食料品をメインとするスーパーマーケットを営む予定のA会社に売却した。そこで、Xは、YがXに対して負っている前記賃貸借契約上の義務に違反したとして、損害賠償等の訴えを提起した。かようなXの申立てに対して、原審は、Yが問題の土地の一部をAに売るにつき持っていた権利を悪意で濫用したと認定し、それを理由にXの請求を認容したので、Yから破毀申立。△原判決破毀移送▽

⑳ Cass. com. 2 mai 1966, Bull. civ. III, n° 215, p. 193.

Yは、X会社の委託を受けてその計算の下に、Aと交渉し、彼に、Xより送られてきた果物と野菜を売却したところ、その後、Xが、Yを相手に、Yのまづい債務の履行によって生じた損害を賠償するよう、不当にかかった経費、返送されず倉庫に放置された果物と野菜の価格等様々な名目で請求してきた。原審は、一審判決を支持して、Yに対し、八八五一八九F及び損害賠償として二五〇Fを支払うよう命じた。ところで、原審において、Xは、後者の損害賠償を、民法四六四条に基づいて、第一審の裁判後に生じた契約上の損害として付帯請求していたのに対し、原審はそれを訴訟の解決を不当に遅延させたことによりXが生じたYの準不法行為的過失に基づく損害として認容したものであった。この点に対し、Yから破毀申立。破毀院は、このYの申立てを容れ、その限度で原判決を破毀移送した。

㉑ Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 20 mars 1972, Bull. civ. II, n° 89, p. 68.

火事により、Y所有、Xの賃借・居住する家屋が全焼した。この火事により、その所有動産を失ったXが、Y及びその保険会社を相手取り、損害賠償の訴えを提起した。第一審裁判官は、その判決理由において、民法一三八四条三項により、同二項（火災に対する所有者の不法行為責任）は本件に適用されないと述べたうえで、民法一七三四条二項に基づきYの責任を認めた。しかしながら、かように民法一三八四条二項の適用が第一審裁判官により排除され、しかも原告であるXも、そ

の原審における申立書において、前記のような理由に基づいて下された第一審判決の是認のみを求めるに止めていたにもかかわらず、原審は、民法一三八四条二項を適用して、Yを有責と宣言したので、Yから破毀申立がなされた。破毀院は、このYの申立てを容れ、原審はその審理の限度を逸脱したとして、原判決を破毀移送した。

(24 f) その他、これらに類する判例としては、次のものがある。

②⑥ Cass. soc. 16 avr. 1959, Bull. civ. IV, n° 478, p. 394.

Aは、Y映画会社に勤務していたが、就労中、その運転する小型トラックがB所有のトラックと衝突し、致命的な傷害を被った。Aの権利承継人であるXの、Y及びその保険会社を被告とする、一八九八年四月九日法七条及び民法一三八二条以下に基づく訴えに対し、原審は、前者法規二〇条に基づいて、Yの過失を認定し、被告らに対し、Xに被った損害の賠償をするよう命じた。これに対し、Yらから、原審の措置は、民訴法四八〇条三号（請求外の裁判に対する再審申請）に該当するとして、破毀申立がなされた。△原判決破毀移送▽

②⑦ Cass. soc. 23 mars 1964, Bull. civ. IV, n° 277, p. 228.

一九五二年三月七日、Aは、職務中、検疫所地方局長付の運転手であるYの運転する車にはねられ、負傷した。検察官の起訴に基づき、一九五三年四月二十九日、控訴院は、Yを過失傷害で有罪とし、三〇〇〇Fの罰金刑に処した（なお、この訴訟において、Aは付帯私訴を提起せず、またX社会保険金庫もこの訴訟には関与しなかった）。その後、一九五九年一二月一五日に至り、Xが、Y、その使用者及びその保険会社を相手取り、労災法によりXがAに支払い又支払わねばならない給付金の償還を求めて、民事裁判所に訴えを提起した。これに対し、Yらは、Xのこの訴権は既に三年の時効にかかっているとの抗弁を提出したが、原審は、この訴えを受理し、それを認容した。ところで、Aの請求権を代位行使してなされたXのこの訴えは、その申立書等からして、専ら刑事判決により確定されたYの責任をその根拠とするものであり、事故の原因となった物の保管から生ずる、すなわち民法一三八四条に由来する責任に依拠するものではなかったにもかかわらず、原審は、

Xの訴権を、民法一三八四条に基づき、従ってYらの主張する三年の時効ではなく三〇年の時効に服する通常民法上の法律原因から生ずるものと評価し、それを唯一の理由として認容したものであった。Yらから破毀申立。破毀院は、このYらの申立てを容れ、原審は訴訟関係を変更したとして、原判決を破毀移送した。

⑳ Cass. civ. 3e, 2 déc. 1981, G. P. 1982. 1. pan. jur. 156.

事実関係は不明であるが、相手方の不当な抗争に対し申し立てられた民法一三八二条を理由とする損害賠償請求を認容した一審判決を、過失は認められないとして取り消したうえで、当事者が何ら申し立てていない新民訴訟法七〇〇条を適用して、衡平を理由に、訴訟費用に含まれない手続費用の償還を命じた原判決が、訴訟関係を変更し、新民訴訟法四条及び五条(処分権主義)に違反するものであるとして、破毀された事案(但し、一般には、事実審裁判官によるかような取扱いを認めているのが実状のようである(J. Normand, Rev. trim. dr. civ. 1981, 433 et s.; 1983, 183-184 参照)。なお、新民訴訟法七〇〇条については、拙稿「弁護士費用の敗訴者負担に関する一研究」神戸学院法学一一巻四号二三頁以下を参照されたい)。

(25) Cass. com. 20 juin 1961, Bull. civ. III, n° 281, p. 241.

(26) Cass. civ. 2e, 15 févr. 1960, Bull. civ. II, n° 99, p. 81.

また G. Durry, obs., Rev. trim. dr. civ. 1971. 144 参照。

(27) J. Normand, J.-Cl., op. cit., n° 130.

(28) これは、訴訟契約(任意訴訟の原則的禁止との関係)又は、広義の権利自由、すなわち法的評価は自由の対象たりうるかという弁論主義適用にからむ問題を含んでいる。この点につき、狭義の権利自由についてのわが国の判例に関して、興味ある解説をしているものとして、新堂幸司・民事訴訟法判例百選(第二版)一七九頁及びこれと同旨の見解を述べているものとして、小島武司・法学教室二七号(演習)九五頁参照。

もっとも、新法下での、その先例的価値、効力は問題である。すなわち、既に、当事者の申立書間での単なる一致は、新

民訴法二二条四項の明示的な合意を構成しないとすする判例が出づる (Cass. civ. 3e, 10 oct. 1979, J. C. P. 1979. IV. 370)。

- (29) これは、主として、この点をめぐり生ずる恐れのある破毀院の負担を考慮 (事前に回避) したものであると思われる (P. Jourdain, Doctr., op. cit., p. 5, n° 26; obs., op. cit., II n° 4; G. Cornu, obs., Rev. trim. dr. civ. 1977. 570.)
- (30) J. Normand, J.-Cl., op. cit., n°s 132-134; P. Jourdain, Doctr., op. cit., p. 4, n°s 19 et s.
- (31) J. Vincent et S. Guinchard, op. cit., n° 392, p. 419; J. Normand, Le juge et le litige, n°s 203-205 (若林・前掲△紹介▽二二八—二一九頁)。

(32) P. Jourdain, Doctr., op. cit., p. 4, n° 20.

(33) もっとも、一部の破毀院判決が、改正後も、一見新法の精神とは相容れない頑な態度をとっているかにもうること及びそれをどのように理解し、評価すべきかについては、前述(三)(五)及び注(13)(24)参照。

(34) 裁判官が当事者の事実上の申立て及び主張に拘束される (処分権主義・弁論主義—新法四条〜七条) ことについては、いわば本稿では当然のこととして触れなかった。但し、近時、裁判官の職権強化との関連で、この原則についても問題があることについては、拙稿・前掲①一九〇頁以下参照。

(35) なお、適用法条により、同じ事実の法的効果がかなり変わってしまう場合の取扱いをどうするかについては、明らかでないが、これについてはとりあえず、後述三四及び後注(43)参照。

### III Raymond Martin (弁護士、ニース大学法学部講師) の見解<sup>(36)</sup>

(一) 氏によれば、手続法は一見ボール競技のルールのような根拠のない形式的手段とみなされがちであるが、否

法領域における当事者権 堤

それは他のもの以上に「価値 (valeurs)」を問題とするものであって、その制度目的を離れてこれを考察・議論することはできないとされる<sup>(37)</sup> (n. 1)。これは、いかなる説得力のある理論もこの制度目的に奉仕する以上のものではなく、大事なことは、一種の哲学的選択を伴った訴訟目的の把握であり、そのための適正手続の確保であるとの信念に基づくものといえよう。すなわち、氏は、近時のフランス民法の改正が目指している方向 (裁判官の職権強化による迅速・適正な司法の実現)<sup>(38)</sup> には基本的に反対の立場を取り、その内包している危険性 (国家権力の後見的役割と表裏する独断的専制への誘惑及び陥穽) に批判の目を向けている。

多数の賛同を得て成立したであろうと思われる新法の立場からすれば、異説ともみうる氏の見解ではあるが、個々の解釈論の点についてはともかく、その問題意識は本稿と共通するものがあると思われ、ここに紹介する次第である。

(二) まず、氏は、本稿の問題を論ずるに当り、重要な留意点として、弁護士役割を指摘する。フランスにおいては、通常、当事者は弁護士により補佐され代理されている (一定の場合にはそれが義務づけられている)<sup>(39)</sup> から、裁判官と当事者の権限関係を考えるに当たっても、弁護士抜きはいわゆる素人の当事者を前提として考えることは妥当でないとする。かくして、裁判官と当事者の関係は一変する。すなわち、弁護士も、裁判官と同様、法の専門家であり、法律学の分野においては裁判官と対等に扱われるであろうから、その結果、訴訟当事者は、もはや無知な一般大衆には属せず、裁判官の alter ego (分身) として、裁判行為の受動的客体から積極的主体となっている<sup>(40)</sup> (n. 4)。

(三) さて、近時の手続法の抜本的な改正は、主として Motulsky の見解を採用していることは周知のところであるが、氏は、この傾向を当事者自治の後退と司法權威主義の進展と評価・批判し、それは Motulsky の意図よりもさらに一步進んだものとさえなりかねない危険のあることを指摘する。すなわち、Motulsky (及びそれを受けた新法) がその当然の前提として裁判官と当事者の権限分配の基準としている法と事実の区別、その境界自体が、実はそれほど明確なものではなく(これについての分析は後に触れる)、それがひいては、裁判官の恣意にその扉を開いているとする (n. 5)。

(四) 以上の一般的な説示に続いて、氏は、まず処分権主義の法規範への適用可能性について論じる。すなわち、新法四条は、訴訟対象につき当事者の処分権を認めており、同五条は、申立主義を定めている。そして、申立ての目的(新法ではこれを請求 (prétention) と呼んでいる)を権利の実現(その主張)と解する立場からすれば、当然そのような法的効果を導き出すところの法規範の適用を当事者は意図し、それを申立てを特定するものとして掲げていると理解すべきであるから、裁判官は、この申立ての法的評価(観点)を変更できないはずであると論じる<sup>(4)</sup>。さらに、裁判官が拘束される申立ての目的を、権利の実現(その主張)ではなく、従って何ら法的評価(観点)を伴わない社会経済的利益の要求(事実主張)<sup>(42)</sup>であるとすれば、原告にもたらしうる社会経済的利益が変わらない限り、いかなる法的観点(権利の発生原因たる法条)によろうとも処分権主義違反にはならないということになるが、そのような利益の変更になるのかどうかの区別基準は甚だあいまいであり、結局は訴訟当事者の真意に合致しているかどうかという微妙な問題を残すことにもなるとする<sup>(43)</sup> (n. 15)。

(四) 次に、氏は、弁論主義の法規範への適用可能性について論じる。かつて、目的 (objet) と並んで訴訟の基本的構成要素の一つに数えられていた《cause》(原因) という概念が、新法においては廃止せられ、代わって《fait》(事実) という概念が申立ての原因を表わすものとして登場した。これにより、かつての原因概念をめぐる論争に終止符が打たれたと一般には理解されているようである。だが、果してそうであろうか。民法一三二一条(既判力の生ずる範囲) は、いまだに申立てを構成する要素として、申立てられた事項(目的) とともに原因概念を残している。そして、この場合の原因は、かつてのそれと同様、氏によれば、申立ての法的構成要素と解すべきものとされる(n° 21)。

ところで、Motulsky (新法) の体系の前提となっている事実と法の区別は、もともとは裁判所間での役割分担(すなわち破毀院は法律問題のみを扱う)の必要上、いわば制度論的・訴訟技術的に考え出されたものであって、その区別を、訴訟の基本的な構造にかかわる裁判官と当事者間の関係に持ち込む必然性は何ら存在しない(n° 31)。また、氏は、破毀院の判例からも事実と法の区別基準を引き出すことは不可能であるとする(n° 33)。

いったいに、裁判官も当事者(弁護士)も、規範(法)と現実(事実)をそれぞれ別個のものとして考察しうるであろうか。それぞれが訴訟上意味を帯びてくるのは、まさにその相互関係・作用の中においてである。これは一種の知的過程であり、それは法律家の法的推論によって行われる(n° 34)。そして、この法的推論はいわゆる三段論法によって行われるが、Perlemann<sup>(46)</sup>によると、そこでいう小前提(事実資料)には、事実の証明とともにその法的評価も含んでいるのである。法的評価、すなわち事実から法への移行(あてはめ)が行われるのは、この小前



提の内部においてである。大前提の仮定部分に当てはめられるべきは、まさに「法的に評価された事実」なのである。以上のような理解から、氏は、事実の法的評価を当事者の権能に留保する帰結を導き出す (n. 35)。

またフランスにおいて、訴訟は、一般に原告による呼出し (assignation) 以前に、前記のような弁護士による法的推論 (それは、依頼人による「語り (histoire)」を法的な主張に変えてゆく過程である) によって始まるのである。そして、呼出し (申立書の一環) は、かような最初の法実現の結果であり、それは、被告及び裁判官に、「事実の複合体」のみを提出するものではなく、一つの (又は可能な複数の) 法的評価の提示をも行う行為である。さらに、裁判官が介入する以前に、被告の弁護士も、原告の申立てに即してその申立書においてなされていると同様な推論を行うのである。彼は、原告の法的評価を承認したうえで、この法的評価の前提となる事実資料を争い、その請求を否認することもできよう (ここでは、証拠の問題が最も重要である)。あるいは、彼は、原告の法的評価そのものを争い、それとは別の一つ (又は複数) の可能な法的評価を主張することもできよう。これら原告・被告弁護士による推論は、その後の裁判官のそれと (同じ力学ではないにしても) 同一の構造をもつものである (n. 36)。<sup>(48)</sup> 弁護士によるかような訴訟の準備は、不必要 (又は余計) なものとして排斥すべきであろうか。先の二でもみたら、新法の下では、そのようにも解しえよう。しかしながら、この新法のとる仮定は、実務においては極めて例外的なものである。<sup>(49)</sup> むしろ、複雑化する法体系の下で、当事者は、弁護士の法的援助をますます必要と感じている (弁護士からその法的援助を取り除けば、いったい何のためにその補佐が義務づけられているのか—n. 51)。そして、例外的な本人訴訟の場合とはかくとして (ここでは、当事者の申立ては通常の日常用語で表現されてい

るが故に、裁判官は、それを法律的に評価すべき、その本来の役割においては隠れている助言者と判定者の役目を務めなければならぬであろう)、通常の場合においては、裁判官は、第三の解決を探究することなく、各弁護士により提示された法的評価の中から選択するのが通常であるように思われる。まして、もしある法的評価につき当事者間で合意がある場合に、裁判官がそれを別のものに置き換えるのは、道理に合わないように思われるとする(n° 37)。

以上の考察から、当事者と裁判官の権限関係を分けるために、訴訟事項を事実と法に分離することの不合理性及びその実務経験との乖離を見出しうるであろう(n° 38)。そして、氏は、かような事実から法への移行(いわゆる法的評価)、推論過程が、いわゆるような裁判官の専有物ではなく、それは裁判官と当事者の共有物であるとの結論に至る(n° 39)。ここに、当事者と裁判官の法的対論の可能性及びその必要性が出てくるように思われる。

訴訟は、事実的にはもちろん、法律的にも、当事者によって枠づけられているのである。新法は、請求の理由づけのために当事者から提出される攻防方法を *moyen* と名づけたが、裁判官は、原則として弁護士がその申立書において主張する法的・事実的攻防方法に基づいてのみ、その判決を基礎づけようと解すべきであろう。

(六) 以上の結論として、氏は、裁判官が、当事者の提出した事実と法を見較べて、その法適用に必要な事実が不足しておれば(主張・証明責任の問題)、事実上の点について示唆しうるが(新法八条)、積極的に職権で必要な事実をとることはできないのと同様(新法七条参照)、その主張・証明する事実から別の法的構成が可能な場合でも、それを示唆しうるかはともかく(新法一三条参照)、積極的に職権で適切と考える法的観点と取り替えることはで

きないと解すべきではないか、あくまで、当事者の提出してきた事実と法の範囲内で結論を下すべきが原則、と主張しているように思われる。<sup>(50)</sup>

(四) さらに、氏は、自己の見解の補強として、新法の一二条四項、五八条を挙げている(前述、二(三)(4)及び(5)後段参照)。すなわち、これらの法文は、確かに一定の要件(当事者の共同申請書による明確な合意)の下にのみ、当事者の法的評価が裁判官を拘束することを制度上認めているものであるが、新法の下でその精神を活かそうとすれば、その非現実的な要件を取り除くにはないと主張する(n。52)。

(五) 次に、氏は、新法一六条が規定している対審主義について論じ、それは単に防御権の保障に奉仕するのみでなく、裁判上の相対的真実、可能な最もよい解決、想定された理想の一つの近似的なものに達するための合理的な方法でもあることを強調する。かような対論の活用は、そのような裁判上の真実の信頼性を保障し、人々が裁判に寄せている信頼の保障となるのである。それは裁判の存在根拠そのものにかかわる問題であるとして、その重要性を指摘している。<sup>(51)</sup>

(六) なるほど、裁判官の介入主義は、徐々に賛同を得ているかのようにあり、人々はそれにより完全な裁判を期待しているのであるが(そして、これが一見歴史の流れでもあるかのようにあるが)、氏によれば、ときに専制的となり、しかも所詮は不可能な完全を追求するよりも、国家権力に対峙している個人の権能をよりよく保障することの方が大事であるとされる。そして、法治国家の進歩は、後者のような考え方の中にこそ存在し、「大神官(pontifex maximus)」への復帰の中にはないと主張する(n。50)。

最後に、氏は、自己の見解の実現のために進む道が容易なものでないことを認めている。それは、一面で多くの弁護士を必要とする。他面で、それは、裁判官に対し、ときに不慣れた規程に服することを強制する。しかし、(裁判官の)自由は、自由放任(無干渉)よりも、形式主義により、よりよく実現されるものであることを強調しよう(n. 53)。

(36) 本節における R. Martin の見解については、以下の文献に拠っているが、紹介に当っては②を基本とした(本文中のニュメロは、同論文の該当箇所を指す。なお、注における個々の引用に際しては、便宜上次のまるつき数字で略称した)。

- ① Réflexion sur l'instruction du procès civil, Rev. trim. dr. civ. 1971, 279.
- ② Le fait et le droit ou les parties et le juge, J. C. P. 1974, I. 2625.
- ③ Sur la notion de moyen, J. C. P. 1976, I. 2768.
- ④ La crise du contradictoire entre juge et avocat, G. P. 1978, II. Doctr. 419.
- ⑤ Le double langage de la préention, J. C. P. 1981, I. 3024.
- ⑥ De la contradiction à la vérité judiciaire, G. P. 29-30 avr. 1980, Doctr. p. 2.
- ⑦ note, D. S. 1984, J. 292 (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 27 oct. 1982).

(37) これに関連して、「当事者と裁判官の権限関係は、訴訟の特徴及びその社会的意義を明らかにする一つの基本線である」と述べよう。

(38) 氏はこれを「司法介入主義 (interventionnisme judiciaire) 又は家父長的温情主義 (paternalisme) と呼んでいる。「それは、よりよい意図を内包しているものの、ずっと以前からいわれていることながら、父は専制君主 (tyran) の隠された仮面をもっているのである。穏健な専制主義 (absolutisme) とて専制主義に変わりないのと同様、好意的な家父長的

温情主義も權威主義 (authoritarianism) の一形態に他ならざらん」(②, p. 3) と断じ、権力を持っている者は、それを濫用すなわち逸脱する傾向があるとのモンテスキューの言葉を引用している(④, p. 7)。

(39) いかなる場合に弁護士による代理及び補佐が義務づけられているかについては、簡単ながら、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 一巻四号二六頁以下参照。

(40) 当事者は、弁護士の補佐により、その弁論においては、裁判官と同一の平面に立つとする(④, p. 5)。

もっとも、他面で、氏は、司法界の雰囲気・傾向は弁護士に対する裁判官の不信で満ちており、裁判官は、弁護士が自分を援助するどころか、悩まし、束縛する以外の何物でもないとして弁護士から遠ざかろうとしていることを認めている。そして、それは、裁判上の弁論の主役であるべきはずの弁護士の無能に帰因しているとの自己批判の下に、その資質の向上が必要であろうとする。新法の下では、裁判官の職権強化とは裏腹に、弁護士の役割が矮小化されているが、かつて代訴士と弁護士間の悪化が、前者の後者への吸収という形で解決されたように、弁護士と裁判官間の悪化が、前者の後者への吸収という形で解決されるようなことがあってはならない(それこそ、氏が危惧する司法の独断化につながる) とされる(④, p. 7)。

(41) ⑤ (とくへじ, p. 5, 6) 及び⑦, p. 2, 5 参照。

(42) H. Motulsky, ③, p. 44, n. 12; ①, p. 293, n. 32.

(43) なお、P. Jourdain, obs., op. cit., l.n. 5 は、処分権主義の対象となる請求は、Motulsky と同様、「純粋な事実概念」であり、それ故、裁判官は何ら当事者の付けた法的評価(観点)には拘束されないとの立場をとりながらも、たとえば、当事者による離婚請求に対して、裁判官は、請求の再評価という口実の下に、別居を言い渡すことはできないであろうとする。この場合、当事者によって付与された法的評価は、求める効果の決定についての明確な意思を表明しているし、しばしば彼が持っている選択権による特定の選択を表現しているのである。裁判官は、この場合、申立ての目的(請求)を変更

する危険なくして再評価することはできないであろうとする。これは、事実の法的評価にも限界があることを指摘しているとともに、当事者の付けた法的評価が処分権主義との関係で無視できない重要性を帯びてくる場合のあることを示唆しているものともいえよう。先の例を通説(新法)の立場から正当化しようとすれば、通常は、裁判官による事実の取り違え又は法適用の誤りということになるであろうが、理論的にはそうでない可能性(すなわち、法的には別居を構成する事実の主張を、原告が誤って離婚という法的評価の下に請求している場合)もありえ、通説からは、この後者の場合の説明がおそらくはできないか、しようと思えば設例自体の結論を否定(すなわち、原告としては初めから別居という法的経済的效果をねらっていたが、誤って離婚という法的評価の下に請求したにすぎないのだから、裁判所としては、何ら原告の意図する法的経済的效果(すなわち訴訟物)を変更することなく(それ故、処分権主義に違反することなく)、別居を言い渡すことができると)せざるをえないであろう。この場合にも設例の結論を承認しようとすれば、もはや当事者による法的評価の裁判官に対する拘束を認めざるをえないのではないかと考える。なぜなら、往々問題とされる損害賠償請求等の場合とは異なり、離婚と別居とは、その法的経済的效果が明らかに異なるからである。それ故、一応ここでの結論としては、法的経済的效果のかなり異なる事実の法的評価が問題となっている場合に限り、裁判官は、当事者に特に明白な誤謬が認められる場合は別として(なお、この場合でも、当事者の法に関する第一次的選択権を尊重する意味からも、裁判官に当事者との法的対論・示唆の義務が要請されると考えるべきである)、その法的評価に拘束されると解すべきことにならうか。

(44) 従って、後者の関係に法と事実の区別を持ち込むことの論理的かつ実質的必要性が問われなければならないであろうが、Motulsky はこれを当然のこととして分析の対象とはしていない。これは、Motulsky の独断的区別であって、実務上維持できないものであると批判する(⑦、ロ、4)。

そして、何よりも Motulsky (及びそれに依拠した法典)は、そのいうところの事実の定義を何らしていないところから、氏によれば、唯一裁判官が拘束されるべきものとして規定された当事者により提出される事実(新法六条、七条)とは、既

に予め法的に評価された事実(いわゆる法的事実 (*fait juridique*))と解すべきであると主張して、新法下における自説の補強を図っている(⑦, n.ºs. 4, 6, 7)。なお、次注(45)参照。

(45) 「当事者は、一方で事実を主張し、彼はこの主張の理論的独占権を持っている。この事実を主張しながら、他方で法を提示し、自己に有利な判決へと導く合理的過程の充足を目指す。事実を主張することは、事件の未分化かつ錯綜した情況の中から有益な要素を収集することに他ならない。それらの要素は、適用されるべき法規範(援用された法)を元にして、その法的評価の展望の下においてのみ有益なものたりうるのである。それ故、事実の主張は、提示された法規範に照して、行きつ戻りつしながら、具体的な事件と抽象的な法規範の比較対照を通して、構成されるのである(事実資料の選択は、弁護士が企図した法的評価により決定される一種の弁証法的行為であるとする—④, p. 5)。その法的攻防方法は、有益な事実が適用されるべき法規範を見出したとき形成されるのである。この(事実と法の)攻防方法が裁判官に提示される。彼は、理論的には、適用されるべきものとして採用された法規範に、その事実が適合するか否かを評価しうるのみである。もし、これを不適当と判断すれば、彼はその攻防方法を排斥する」(③, p. 11)。「攻防方法は、本来単一のものであり)それは、有益な事実とそれに適用されるべき法規範のダイナミック(動態的)な結合である」(③, p. 12)。この結合が、新法の下では失われてしまったが(もつとも、氏は、④, p. 2において、かつての *cause* を、新法下における事実と法、その複合物に対応すべきものと考えている)、唯一それを回復するものとして、一二条四項が挙げられている。

(46) Prelmann, *Etudes de logique juridique, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1961, p. 268.* (R. Martin, ②, n.º 35 より引用)。

(47) 新法五六条一項二号、一五条参照。なお、これらの条文と新法一二条との矛盾、及び前者が、後者における裁判官の自由に対する当事者による法的規制の根拠条文となりうる点については、⑦, p. 4 参照。

(48) 裁判上の弁論においては、弁護士は、裁判官とまったく対等であるとし、判決を導くに不可欠な存在であるとする(④,

n. 5)。

(49) 弁護士は、事実の主張とともに、それが包摂されることの法規範又は法的評価を提示するのが通常である(④・ロ。6)。  
(50) もっとも、これは、新法一二条一―三項からすれば、少し無理な解釈であるように思われる。但し、新法五六条一項二  
号、一五条との関係については、前注(47)参照。

(51) ⑥・ロ。1.そして、このような書面又は口頭での対論及びその保障が、一面で裁判上の真実へのある種の接近方法とな  
り、他面でそれが裁判官の恣意を抑え、判決の法規範への適合性に寄与することになるであろうとする(⑥・ロ。5)。

また、この対審主義は、先に検討した処分権主義、弁論主義に取って代わりうるものではなく、それらを補充し、相まっ  
て裁判官の職権を制限し、訴訟における当事者自治及びその主体性を確保する制度的保障になると解しているようである。

#### 四 わが国における理論状況

△問題の視角▽訴訟物の特定及び攻撃防御方法レベルでの当事者による法的主張の裁判官に対する拘束の有無及  
びその程度いかに

(一) 「裁判所ハ当事者ノ申立テザル事項ニ付判決ヲ為スコトヲ得ス」。わが民訴法一八六条でかように規定され  
ている処分権主義は、私的自治の原則の訴訟上の現れであり、制度に本質的な要請であることについては争いのな  
いところである、とされている。<sup>(52)</sup>

ところで、この処分権主義が問題となるのは、主として審判の対象、すなわち訴訟物のレベルであって、請求の  
当否の判断に必要な攻撃防御方法としての訴訟資料レベルでの当事者支配は、弁論主義が問題となる領域として截



然と區別してこれまでは考えられてきたように思われる（しかし、実際上は、以下に述べるように、この區別はそれほど明確ではない）。

そして、他方では、以上を前提としたうえで、訴訟物理論の立て方いかんによっては、処分権主義の適用領域に差が生ずる可能性が、何ら怪しまれることなく承認されてきた。<sup>(53)</sup>しかし、処分権主義は当事者による私的自治原則の訴訟上の現れであるとするためまえからすると、具体的な当事者の意思によらずにかように処分権主義の適用範囲が法律家による理論の立て方いかんによって変化することを認めること自体すこぶるおかしなことであるが、それは、私的自治原則が具体性を失って、いわば理念化されて考えられているからなのであろうか。あるいは、新訴訟物理論（以下、新理論と略称する）をとった場合に処分権主義の適用領域から外れていく分野は、攻防レベルでの訴訟資料の面（つまり弁論主義という観点）からの規制対象となりうるが故に、通説たる本質説に立てば弁論主義も同じ私的自治の訴訟上の現れでもある訳であるから、理論的にも別に不都合はないと考えられていることによるものであろうか。<sup>(54)</sup>

(二) ところで、新旧いずれの訴訟物理論によるも、本稿で問題とする処分権主義の内容としては、審判の対象の限定に関する当事者支配であることについては、異論のないところであらう。そして、新理論が、審判の対象（訴訟物）を、給付訴訟の例でいえば特定の給付を求めうる法律上の地位（又は受給権）<sup>(55)</sup>があるとの権利主張という表現で表わしているところから判断するに、それは、一定の法的効果の主張とみうるであらう。これは、まさに一種法的側面に関する当事者支配を訴訟物レベルで承認していることになるようにも思われるが、ただこの場合の法的

支配といつても、それは法的にはそれほど重要性を持たず（いわば無色な法的可能性<sup>56</sup>）、むしろ攻防レベルでの法的理由の方が、その具体的な内容として、新理論の発想とは逆に重要となるが故に、訴訟物レベルでそれほど当事者の法的支配を問題とする余地は少ないと思われる。<sup>57</sup>

次に、旧訴訟物理論（以下、旧理論と略称する）にいう訴訟物を、同じく給付訴訟の例でみると、特定の実体法上の法的請求原因を伴った一定の請求権の主張と構成しうるように思われる。それ故、新理論では訴訟物のレベルから外れていった特定の実体法上の法的請求原因が、旧理論ではいまだ訴訟物レベルに止まって、それが処分権主義の対象領域に取り込まれていることが分かるであろう。そして、この訴訟物の一部とされる特定の实体法上の法的請求原因も、やはり法領域に属するものというべきであつて、このことは法的側面に関する当事者支配を訴訟物レベルで承認することに他ならないように思われる。

以上、新旧いずれの結論に対しても、次のような反論が予想される。すなわち、特定の給付を求めうる法律上の地位の主張といい、特定の実体法上の法的請求原因を伴った一定の請求権の主張というも、いずれも一見当事者に、法的評価に関する独占的・排他的な権利及び義務を認め、そのような法的評価を伴った請求が処分権主義の対象として裁判官に対する拘束力を持っているかのようにみえるが、そうではなくて、それらは、いずれも審判者の目からみた、又は明示的であれ默示的であれ当事者の通常の意識を通した訴訟物の発現形態（外的現象形態）にすぎず、当事者支配の内容たる処分権主義の対象としては、あくまでそれらの法的権利主張の構成要素たる事実的要素なのである。これは、裁判官が当事者の申立てに拘束されるのはあくまでもその事実面であつて、その法的評

価は裁判官の専権事項であるとする伝統的発想を訴訟物レベルに適用・調和させたものに他ならない。

かような反論が重要性を帯びてくるのは、とりわけ旧理論にいう特定の実体法上の法的請求原因（例えば、特定物の引渡請求の場合の所有権と占有権、金銭支払請求の場合の不法行為、債務不履行、不当利得等）を処分権主義との関係でどのように取扱うかに関するのである。すなわち、旧理論によると、ある金銭支払請求をするのに、不法行為という法的観点からすると、不当利得という法的観点から請求するのでは、一応訴訟物は別個になると解されている。従って、当事者が不法行為に基づいてのみ訴えてきた場合には、裁判官が不当利得に基づいてその請求を認容することは処分権主義違反ということになりそうである。<sup>(58)</sup>この点を捉えていえば、いわば当事者の付けた法的観点到裁判官は拘束されたいえそうである。<sup>(59)</sup>もしかような理解が正しいとすれば、後でもみるように、弁論主義の適用対象は一般に事実資料だとされているが故に、訴訟物理論のいかんによって、当事者の請求原因たる法的主張が、ある場合は裁判官を拘束し（旧理論）、ある場合には拘束しない（新理論）という結果となることを認めることになろう（この場合、旧理論は、法は裁判官の専権事項との原則を訴訟物レベルでは否定する結果となる）。これに対して、先ほどの反対説からは、かりに旧理論の立場をとっても、当事者が同一事実を主張している限りは、それをかりに不法行為と呼称して請求してこようと、裁判官は不当利得という観点から当事者の請求原因たる事実を再評価し、それを認容することも可能ということになるであろう。<sup>(60)</sup>なぜなら、確かに請求を構成する（基礎づける）事実が当事者により主張されていなければならぬが（そうでなければ、旧理論によると審判の対象たる訴訟物そのものが特定しない）、その事実をどのように法的評価しようとそれは裁判官の自由である、いわ

ゆる法の適用は裁判官の専権なのだから、という訳である。すなわち、裁判官は、決して当事者の付けた法的観点に拘束されている訳ではなく、あくまでもその構成要素たる事実上の主張にのみ拘束されているのであると。

それでは、わが国の通説は、処分権主義の対象たる訴訟物の内容をどのようにみていたのであるうか。とりわけ問題となる旧理論の論者は、この問題をどのように捉えていたのか。旧理論の代表者たる故兼子博士によれば、「請求の原因とは、請求の趣旨と相まち、これを補足して、請求が特定の権利主張であることを明確にするに必要なその発生原因である事実を指す」(体系一六四頁、傍点筆者)とされ、「請求の趣旨及び原因によって、原告の請求が客観的に特定の法律的主張として明確になればよいのであって、その際その権利等の性質をば、法律的な術語呼称をもって表現し、或いは適用法条を示すことは、必要でもなければ、決定的でもない。請求の当否をどの法条を適用し、どのような権利関係として判断するかは、紛争解決規範としての実体法を適用する裁判所の職責であって、これに関する当事者の主張や意見に拘束されない」(同一六六頁)とされている。<sup>(61)</sup>又、山木戸教授も、『請求の内容たる権利関係の性質決定』という項で、次のように述べられている。すなわち、「請求原因の記載によって権利関係を特定せしめることを要するということは、原告にその権利関係の法的性質を特定する責任までも負わせる意味ではない。権利関係の性質は裁判所が法律を適用して判断すべきであり、原告がその権利関係を特定の法的名称で表示しても、裁判所はそれに拘束されない」(講義一〇五頁)。また、中田・講義上六〇頁、七六頁にも同趣旨の表現を見出しうる。

以上の記述から、この問題に関する旧理論の論者の考え方は明らかである。すなわち、処分権主義の適用対象た

る訴訟物の実体（内容）は、一定の事実とそれに基づく特定の審判要求であるということになる。<sup>(62)</sup>

かようにして、新旧いずれの訴訟物理論によっても、訴訟物レベルでの当事者の法的支配は、無意味か又は否定されていると考えるのが、わが国学説の考え方であることが分かった。

(三) それでは、次に弁論主義が適用される領域における当事者の法的支配を考察してみると、この場合は、どの説によっても、弁論主義が適用されるのは、訴訟資料のうちでも事実資料に限られ、当事者による法的主張の裁判官に対する拘束力を問題にする余地はまったくなさそうである。<sup>(63)</sup> ただ特殊な法規範、すなわち外国法や慣習法さらには高度に専門的な経験則等は、事実上主としてその適用が有利に働くであろう当事者からの主張がなければ裁判所は適用しえないであろうことから、その主張・証明の必要があることについては一般に承認されている。<sup>(64)</sup> もっとも、これはあくまでも事実上の効果の問題であって、だからといってそのような法規範に当事者支配が認められることにはならないとされている。すなわち、裁判所は、理論的にはそのような法規範であっても、それを職権で調査・探究する権利及び義務を負っていると考えられているのである。しかしながら、そのような特殊な、すなわち通常の平均的な裁判官が当然熟知していることが期待されないような法規範についてまで、通常の法規範と同様に裁判所の専権事項とすることの妥当性は、少しく問題とされなければならないように思われる。すなわち、ここでは通常の場合のような法適用の適正化が、必ずしも保障されているとは限らないからである。<sup>(65)</sup> そして、このような考え方を推し進めてゆけば、一つの可能性として、現在の民事訴訟において当然視されている法を裁判官の独占物としていること自体の妥当性いかに辿り着くのである。<sup>(66)</sup>

(四) なるほど、既に処分権主義・弁論主義の適用領域でみたように、従来から一般に法は裁判官の知るところとの法格言が今日までいわば当然視されてきている訳であるが、現在のわが国のように、当事者の法律知識の増大なくならず弁護士の存在を前提として改めて考えてみると、法の取扱いを裁判官の専権事項としておくことが、果して正しい法の解釈・適用ひいては適正な法の実現という観点からみて、望ましい在り方といえるかは疑問なしとしない。<sup>(68)</sup> だからといって、処分権主義や弁論主義の対象として、法的領域を取り込むことには少し非現実的かつ論理の飛躍があるようにも思われるが、何らかの形でかような考慮を、法をめぐる今日的情況の中で解釈論に活かさないものであろうか。<sup>(69)</sup> なるほど、最終的に事実<sup>(69)</sup>に法を適用して判断を下すのは、裁判官の排他的・絶対的な権利であり義務である(最終的には裁判官の判断が優先する)ことは、現在の民事訴訟の構造上否定しえないところであるが、それ以前の弁論の段階では、事実面のみならず法律上の見解についても、当事者(とりわけ弁護士)は、裁判官との討論を、事実上尊重されるという以上に、手続的・制度的に保障されてしかなるべきように思われるのである。<sup>(70)</sup>

(52) 松浦馨「処分権主義と弁論主義」法学教室(旧版)四号七五頁、納谷廣美「処分権主義と弁論主義との関係」法学教室(第二期)八号一五〇頁、菊井維大「処分権主義」全訂民事訴訟法・上一六一頁。

(53) 松浦・前掲七六頁。

(54) 新堂幸司・民事訴訟法(第二版)二二三頁注(1)。

(55) 三ヶ月章・民事訴訟法一〇二頁、新堂・前掲書二〇七頁。

(56) 三ヶ月・前掲書八六頁。

(57) 新理論によれば、請求権の法的属性はそれほど重要でなく、判決があれば消滅してしまう手段的なものにすぎないとさ

れるが（三ヶ月・前掲書八九頁）、むしろ手続内では、その判決の結論を左右する重要な問題であると考えるべきであろう。なお、前注（43）でも触れたが、新理論の下でも、わが国の例としては不適切であるが、たとえば原告による離婚請求に對し、請求原因事実の再評価という口実の下に（原告の示す請求原因事実は別居を指向しているという場合でも）別居を言い渡すことはできないということが承認されれば、そこでも触れたように、そのような異なる法的経済的効果にわたる可能性のある法的評価の変更が問題となる場合には、その限度で、裁判官は原告の付けた訴訟物レベルでの法的評価に拘束されるという結果になろうから、そのような場合には、訴訟物レベルでの当事者の法的支配ということがかなり重要なものとなつてこよう（もっとも、設例はあまり現実的なものとはいえず（設例のような場合は、訴訟物、すなわち原告の意図する、直接的な法的経済的効果の変更をきたすのが通常であろう）、そういう意味では、本文にも述べたように、理論上はともかく、實務上は、新理論の立場からは、あまり訴訟物レベルでの当事者の法的支配を問題とする余地はなさそうである。ただ訴訟類型の機能的差異を強調される三ヶ月博士の立場からは、確認訴訟においてのみ、当事者による一定の実体法上の権利又は法律関係の主張（すなわち当事者による事実の法的評価）に、裁判官は拘束されることを認めるべきことになろうか（三ヶ月、後掲・民訴法研究一卷二〇〇頁以下参照）。

（58） 松浦・前掲七六頁。

（59） もっとも、同一事実をめぐり、排他的な関係にある法的評価（ある契約が売買か請負か）と、両立しうる、関係にある法的評価（飛行機事故からは、不法行為と債務不履行の両法的評価が発生・両立しうる。但し、法条競合とみる場合は別）が考えられ、いずれの場合にも、本稿で扱っている問題は起こりうる。ただ、本文の例及び後者の場合には、通常は、複数の法的評価の可能性を含んだ複合的事実が主張されているとみるべき場合（請求併合）が多いであろう。

（60） もっとも、当事者の主張するのは異なった事実をもとに、別の法的構成で認容することは、旧理論の立場からも、処分権主義違反として許されないであろう。但し、前注（59）でも触れたように、当事者の主張する事実が複数の法的構成を

可能とするような複合的なものであれば、当事者の主張するそれとは別の他の可能な法的構成の下に裁判することは、旧理論の下でも処分権主義に触れずに、可能と解すべきか(事実上、請求の選択的併合があることになる。但し、この場合でも新たな法的構成に関する釈明義務の問題は残ろう。さらに、請求の併合があるとみうる場合でも、それぞれの法的経済的効果が目白に異なる場合には、当事者の申立意思を体现したとみうるその法的評価を尊重すべく、その限度で請求の黙示の予備的併合があると解すべき余地もあるように思われる)。

(61) 兼子一・実体法と訴訟法七二―七四頁、「給付訴訟における請求原因」民事法研究三卷八二頁参照。

(62) しかし、実は、かような旧理論の論者の結論自体が、そのたてまえと矛盾する不自然なものであることについては、三ヶ月・前掲書九〇頁、一〇二頁、「訴訟物をめぐる戦後の判例の動向とその問題点」民事訴訟雑誌五号一七七頁以下、一八六頁以下(民事訴訟法研究第一卷一八八頁以下、一九八頁以下所収)、伊東乾・弁論主義七九頁参照。

もっとも、井上正三教授は、原告がその請求を法的に評価づけする義務のないことを理由に、かような旧理論の結論は必ずしもそのたてまえと矛盾するものではないとする(井上「既判力の対象と裁判所の選択権(一)―請求―論争への一視点―」立命館法学三二号九一頁参照)。

なお、準消費貸借に基づく請求なのに、簡易の引渡しによる現金の授受を認定して、消費貸借による請求として原告の請求を認容したのを、当事者の主張の範囲内と認定した判例(大判昭九・六・三〇民集一三・一一九七)を批判して、「消費貸借と準消費貸借とは民法の規定から言っても、債権発生原因としてみても全く別個であるから、両者は全く別個とみるのが正しいと考える」とする説もある(村松俊夫「弁論主義」総合判例研究叢書民事訴訟法(1)二六頁)。

(63) 中野貞一郎||松浦馨||鈴木正裕編著・民事訴訟法講義(補訂版)一九五頁以下、新堂・前掲書二八二頁以下参照。

もっとも、当事者の法的評価に弁論主義の適用を認めているかにみうる近時の判例として、最判昭和五五年二月七日民集三四卷二号一一三三頁がある(上村明広・民事訴訟法判例百選(第二版)一六三頁、小林秀之・昭和五五年度重要判例解説一



四五頁参照)。なおこれには、同様の弁論主義違反の観点からの再上告審判決が出ている（最判昭和五七年四月二七日判例時報一〇四六号四一頁、判例タイムズ四七一号一〇五頁及び判例の評価として、「判例が法的効果の側から主張事実と認定事実の同一性を判断し、その上で、主張の解釈の方法で認定した事実の主張を擬制している点は問題である」と批判するのは、松本博之・昭和五七年度重要判例解説一二七頁）。

確かに、原告にとつては、いわゆる争点効が認められない限り（もつともこれを考慮して又はその事実上の効果を考慮して）対論の充実を要求してもよいと考えるが、一応いかなる法的理由によつて勝たせてもらつてもよいといえようが（この意味では、原告の法的理由づけは裁判所を拘束しないとする伝統的な立場を支持してもよからう。但し、認定される権利の性質による法的差異（たとえば、対世効の有無、相殺の可否等）の問題は残る）、被告は、原告の提示している法的理由づけを中心に争っているのであるから（裁判所によるあらゆる可能な法的理由づけを予想して、予め逐一反論しておくことを要求するのは酷である）、違つた法的観点から原告の請求が認容されると肩すかしをくつてしまう結果とならう。すなわち、判決の根拠となつた法的理由づけに対して、被告は法的に反論する機会をもたなかつたからである（なお、判決の法的理由づけが何らかの形で原告にも不利となりうる場合は、その限度で原告の防御権も保障されなければならないと解すべきである）。この場合、裁判所は、原告の付けた法的理由づけに拘束される（弁論主義の適用）とするのも一つであるが、それではあまりにも窮屈であり、又勝訴を期待している原告の通常の意味にも反しよう（しかも、その結果は、同一訴訟物である限り、他の可能な法的理由づけによる再訴を既判力により遮断してしまう）。むしろ、このような場合は、被告の立場を保護することで十分であらう。そして、その方法としては、裁判所が積明権を行使して、被告に、予め裁判所が考えている法的理由づけを示し、反駁の機会を与えるのが妥当であるように思われる（法に関する求積明の義務的行使。同様の指摘は、池田浩一・民訴法判例百選（第二版）一六七頁参照）。これをしないとときは、積明義務違反又は審理不盡として、破毀・取消の対象になると考える。これは、まさに、前述したフランスにおける防御権理論の帰結をわが国の解釈論に応用するも

のといえよう。

(64) 中野||松浦||鈴木・前掲書二九〇〜二九二頁、新堂・前掲書三三七〜三三八頁参照。

(65) 中野||松浦||鈴木・前掲書二九二頁。

フランスでの取扱いについては、前述二(三)及び前掲・注釈フランス新民法法典四三〜四四頁、J. Normand, J.-Cl., *op. cit.*, n<sup>os</sup> 100 et s.; *Le juge et le litige*, p. 200 et s. 参照。

(66) 何故に法の解釈・適用は、裁判官の職責となっているのか。

① 紛争の解決(訴訟)は、ひとり当事者のみの関心事ではない(しかし、それなら、解決の基礎たる事実の提出を何故に当事者の権能及び義務としているのか)。

② 法は、裁判官が熟知していることを前提としている(事實は、当事者が熟知していることと対になっている)。ところで、処分権主義はもちろん弁論主義も、本質説によれば、争いのないところに裁判官は介入しない私的自治に由来するとされているが、それが何故事実面のみに限定されているのか。処分できるのは、権利であって、事實ではない。それ故、その法的側面も、当事者の処分の対象となってもおかしくないと考えることもできよう(処分権主義・弁論主義の法規範への適用可能性)。かりに、通説のように、事実と法を、当事者と裁判官の役割分担の区別基準にするとすれば、それはやはり、それぞれ熟知していることが期待されていることがその前提となっている、すなわち結局は、できるだけ真実に合致した適切・妥当な紛争の解決という観点からくる要請と考えるべきことになるのではなからうか(手段説の立場)。

以上から、本文にも触れたように、当事者も裁判官も知っていることを前提とできないような法規範(外国法・慣習法等)の取扱いが問題となる。さらに、かりに適切・妥当な裁判ということを強調するとすれば、

① 事実面について、当事者が知らないときは、それを、当事者の権利・義務を阻害しない限度で(但し、公平の問題は残る)、補充する権能(義務)が裁判所にも認められるべきように思われる(釈明権及び義務の強化)。さらには、対審主義

さえ尊重すれば、職権で事実探知できる可能性も生じてこよう（弁論主義の変容）。

② 法的側面について、裁判官が知らないとき、というよりも当事者が法に通暁しているとき（とくに弁護士が付いている場合には、これが妥当しよう）は、法の解釈・適用の適正さを確保するためにも、裁判官と並んで、当事者に、それを補充的に主張・提出し討論する機会が制度的・手続的に十分保障されてしかるべきように思われる（とくに予想しない法的理由により判決されることによる不意打ち防止の要請。フランスにおいて、現代法の広範かつ複雑性を理由に、同様な指摘をするものとして、J. Boré, *obs.*, *op. cit.*）。

(67) もっとも、これとて万古不変の法理ではなくて、実はドイツ普通法上の産物にすぎないと指摘するのは、伊東・前掲書七七頁。かりに、この指摘が正しいとすれば、なおのこと、かような原理の是非及びその適用範囲が、今日の視野から、改めて再検討されうる余地があるように思われる。

(68) 極端な場合には、法の解釈・適用に関し、その道の専門家の鑑定を利用することも考えられない訳ではない。この点に關するフランスの理論状況については、前注(10)参照。わが国でも憲法解釈にその例がみられる（三菱樹脂事件等）。

(69) 同様の問題意識の下に、フランスにおける防衛権理論を使って、法領域における手続権保障という形で問題解決の糸口を見い出そうとされたのが、徳田和幸助教授の一連の労作であった（前注(3)参照）。また、本稿では触れえなかったが、この点に關する従来のわが国の判例の傾向については、徳田・前掲④一三六頁以下及び近藤完爾「当事者の主張しない事実」民事訴訟論考・第二卷一一〇頁以下を参照されたい。

(70) これは、一面で当事者に法解釈・適用の申立権（義務ではない）を認めることに他ならない。この場合、裁判所は、その審理内で（いわゆる判決説明は許されない）、それに応答しなければならぬと解すべきである。これは、法的側面に関する裁判官の心証開示につながる（実務上は、当事者の法的評価が不当と思う場合は説明権が行使され、それが間接的に心証開示につながる、被告の防衛権の保障にも資する結果となっていたように思われる）。そして、それは、必然的にその

基礎たる事実問題にも波及することは避け難いように思われる(他面で、和解への見通しがつき易くなる)。かりに、その結果、裁判官の心証(法的見解)が、その場その場で可変的なものとなっても、それが、当事者と裁判官及び当事者間の対論を生み出し、弁論の活性化につながるならば、望ましいことであり、それほど裁判所の権威や責任を問題とする必要はないように思われる。

また、他方で、かような法的対論の申立権が、当事者の一方により訴訟引延しに利用される恐れも十分考慮されなければならぬが、一方で当事者に対する真実義務等の要請による間接的強制、他方で釈明権を含む裁判所の適切な訴訟指揮により、それを避けることも十分可能と思われ、また何よりもそのような恐れを理由に、当事者との対論を避けようとすることが、かりにあるとするならば、そのような体質をこそ問題とされなければならないように思われる。

なお、訴訟法の基本的構造が異なっているとはいえ、英米民事訴訟手続における考え方として、「当事者は、事実問題についてばかりでなく、法律問題の判断についても、裁判官に対し、能う限りの資料を提供して補助すべきであり、この資料を基礎とする裁判官および双方弁護士との間の討論のうちこそ、正しい法の解釈や新しい判例法の発展が生まれてゆく」(田辺公一「米国民事訴訟における釈明」民事訴訟の動態と背景三一五頁)とされているのが参考になる。

## 五 あ と が き

事実及び法に関する当事者と裁判官の役割分担のいい意味でのバランス(十分なる対論と審理の充実)を可能な限り追求してみたいとの問題意識の下に、本稿は、従来裁判官の専権事項とされていた法領域に、当事者支配の可能性を探究すべく、フランス及びわが国における理論状況を素描したものであった。

民事訴訟は、結局は裁判官の最終的な判断に委ねられることが予定されているにせよ、訴訟の主体はあくまでも

当事者であり、第一次的にはまさに当事者のために民事訴訟手続はあらねばならないものと考える。それ故、①裁判官の法解釈・適用に関する自由裁量権（それは恣意を許すものではなく、適正・迅速な裁判のための一手段と考えるべきである。そこから、必ずしもこれは次の②と矛盾するものではないと考える）を侵さない範囲で、②最大限当事者の法的対論権が保障されなければならないであろう。むしろ、たてまえばともかく、裁判官の法律知識も絶対・万能ではないことを素直に解釈論に投影すれば（従来から、外国法・慣習法等については、このことが既に認められていたことについては前述）、当事者とりわけ弁護士に対しても、法律論を十分に討議しうる機会がいかなる場合にも手続的に保障されてしかるべきように思われる。<sup>(71)</sup>そして、本稿で問題としたように、かりに裁判官が当事者の法的主張とは異なった観点から事実の法的評価をしようとするときは、とりわけ当事者の手続権保障の必要性が要請されてこよう。<sup>(72)(73)</sup>

(71) 拙ない比喩ではあるが、多数決原理といえども、いきなり多数決で決めるのではなくて、その主眼は、むしろ少数意見の尊重、十分なる討議の方にあることを銘記すべきである。

かような提言は、一面で裁判官の負担と審理の停滞を招来するとの懸念も生じえようが、他面でそれが、裁判官に対し自らの法的判断を再検討させる機会を与え、その最終的判断の適切・公平さを担保することにも資することになるから、むしろ必要かつ重要なことと考える次第である。

なお、伊藤真助教授も、「法の適用について当事者に十分な意見陳述の機会を与えることは、裁判の結果を当事者に納得させるためにも必要と思われる」とされている（民事訴訟法教室・法学セミナー三四六号七八頁）。

(72) 同様の指摘としては、竹下守夫・民訴法判例百選（第二版）一七〇頁、鈴木正裕・法学教室一六号（演習）九九頁（演習）法領域における当事者権 堤

習民事訴訟法九九頁所収) 参照。

とくに、かような手続保障を裁判官に明示的に義務づけた実定法上の根拠はわが国には存在しないが、あえていえば釈明権に関する民法一二七条がその一つといえようし、又大きくは憲法三二条の裁判を受ける権利の具体的・実質的な内容ともいえようか。すなわち、当事者には、適切かつ適法な裁判を受ける権利が保障されているはずであるが、これが担保されるためのチェック機構が現在のところ皆無である(ただ、キャリア判事制が、法の解釈・適用の公正さの担保機能を担われ、期待されているというべきか)。もっとも、法の解釈・適用に不服があれば上訴できることにその担保機能を委ねているのかもしれないが、それならば、その審級内で、その点について、もっと当事者は裁判官と討論できる場が保障されてしかるべきようにも思われるのである(審級の利益の保障は、なにも事実認定に限定されていないはずである)。前注で述べたように、かような見解は、ともすれば訴訟遅延に結びつきがちで、裁判官の消極的反応を呼び込みそうであるが、むしろ各審級で十分に時間をかけて討議を尽す方が、上訴の可能性はより少なくなるのではなからうか。また、実務上の取扱いとしても、通常問題となる場合には、ほとんど釈明権を行使して、当事者との対論に努めているように思われるので、かような心配は不要なように思われ、むしろ現在の実務の在り方を理論的に方向づけるものと考ええる。もっとも、弁論終結後に、このような問題が生ずれば、再開することが多いと思われるが、いわゆる判決釈明も少なくないことを考え合わせれば、本稿の問題提起も少しは意味を持ちうるのではないかと考えている(なお、弁論再開に際し、手続的正義を強調する近時の判例として、最判昭和五六年九月二四日民集三五卷六号一〇八八頁がある)。

同様の問題指向は、裁判官の専権事項とされてきた他の分野でも(例えば、公害訴訟等で近時その重要性がクローズアップされている当事者適格、訴えの利益の判断等)、改めて再考されなければならない時期にきているように思われる(中野貞一郎「民事裁判と憲法」講座民事訴訟①一頁以下参照。なお、少し観点は異なるが、裁判を受ける権利の保障という面から、同様な方向をめざすものとして、藤井俊夫「裁判を受ける権利」法学教室五一号一〇頁参照)。

なお、本稿のテーマに関連すると思われる西ドイツの問題状況については、さしあたり徳田・前掲④一三二頁以下参照。西ドイツでも、裁判官の法的観点指摘義務の規定(ZPO § 278③)をめぐって、近時この問題が論議の対象となっているようである。

(73) なお、蛇足ながら、かような考え方は、一つは、昭和五七年一月一九日に下された最高裁判決(後述参照)に触れて、そこで抱いた疑問を掘り起こす過程で徐々に形成されたものであり、他は、前記二、三で紹介したフランスにおける理論状況(とりわけ R. Martin の考え方)に触発されたものであることを付記しておく。

(参考) 最判昭和五七年一月一九日判例時報一〇六二号八七頁△判示事項▽「口頭弁論を経ないで控訴を棄却する判決を言い渡す場合と、判決言渡期日の告知及び呼出手続の要否」

ところで、当事者の立場を法的な側面からも強化し、又それによる納得のゆく審理(運営)とその結果たる適正な裁判の確保をめざす本稿の立場から、若干この判例をコメントするならば、民訴法二〇二条にいう不適法な訴えかどうかは、もちろん最終的には裁判官が決定する訳であるが、その前に当事者の意見を十分に聞く(望ましくは、当事者とその点について法的討論する―ここでは、審尋という形がとられることになるるか)機会が、手続的・制度的に保障されてしかるべきように思われる。

(昭和五九年一月四日脱稿)