

資 料

令和四年度 法学特修演習Ⅱ ゲスト講義

民事訴訟法と法制史 — 弁論主義の諸相

本学大学院人文社会科学研究部准教授 河野 憲一郎
北海道大学大学院法学研究科教授 水野 浩二

本講演の開催にあたって

ここに資料として紹介するのは、令和5年1月30日月曜日4限（14時40分～16時10分）の「法学特修演習Ⅱ」の講義時間帯に、北海道大学大学院法学研究科・水野浩二教授をお招きして実施した講演の記録である。同演習は、熊本大学法学部の法曹コース（法曹プログラム）所属の学生を対象としたものであり、水野教授には、「条文にない民訴の原則・理論」（法教168号7頁参照）の背景を考えるというコンセプトで、弁論主義に光を当ててご講演いただいた。当該演習の性質上、「民事訴訟法についてはひと通り学んでいる法曹志望の学生を念頭に、しかし歴史、特に世界史に関しては、文字通り平均的な知識と関心しか有していないであろうことを前提に」という無理なお願いをさせていただいたにもかかわらず、水野教授は、学生にわかりやすく初歩から西洋史の流れを語りかけつつも、学問的に非常に水準の高い内容を話すという、まさに離れ業をやったのけられた。今後の民事訴訟法の研究・教育にとっても裨益するところ大と思われるので、一般の閲覧に供すべく、水野教授のご許諾を得て、講演原稿を掲載させていただくこととした次第である。貴重なお話をしてくださった上に、原稿の掲載をご快諾くださった水野教授に改めて心から感謝申し上げます。

河野憲一郎 記

* * *

1 民事訴訟法の学習に法制史は必要か？

民事訴訟法に限らず、「実定法の学習に法制史は役に立つのか」という疑問は、ほとんどの法学部生が一度は持ったことがあると思います。私を含め法制史学者にとって、この問題は「法制史学とはどういう学問か」という根本的な問題であり、様々な議論がなされてきました。しかしこの講演では一般論ではなくあくまで民事訴訟法プロパーの内容、具体的には副題とした「弁論主義」に引き付けて、民事訴訟法と法制史の関係を皆さんと一緒に考えてみたいと思います。

この点について、著名な民事訴訟法学者は以下のように述べています。

鈴木正裕氏「実定法学者のくせになぜ歴史を調べるのか、とよく人に聞かれる。…概念や理論が形成されてきた歴史を探ると、なぜその概念や理論が必要的とされてきたかという事情を知ることができる。そして、そのことがその概念や理論の持つ絶対性（先人の権威に由来）からわれわれを解放し、自由で幅のある議論を展開させてくれることがある」⁽¹⁾

三ヶ月章氏「当事者主義というものをみても、諸外国ではローマ法以来の伝統がありますから、目に見えないところでそれを支えている一つの雰囲気といいますか、伝統といいますか、体質といいますか、そういうふうなものに突き当たります。そしてそれと絡み合っただけでその原則が生み出され、逆にいえば、そういうところだからこそ、そういう原則が『抽出』されてくるという関係にあるということに気がつきます。もっともそういうことは決して本には書いてない。本に書いてあるところは、すでに、これを前提として、抽出され形作られた理論だけが説かれているのでして、こういうからくりの上にその原則はのっかっているのだということ、もう当然のこととして前提されてしまっている。ところが日本の場合にはまさしくその前提がいちばん違っているということでもあります」⁽²⁾

三ヶ月氏のコメントは弁論主義に限らず、民事訴訟法、そしてわが国が明治以降一括して継受した西洋近代法一般に当てはまるものといえます。この講演で

は弁論主義を例として、三ヶ月氏の指摘を敷衍してみたいと思います。例えば『LegalQuest民事訴訟法』では弁論主義の歴史についてこう説明しています⁽³⁾。「わが国の民訴法が弁論主義を採用していることは…異論の余地なく承認されている。まず、歴史的には、ドイツ普通法の時代から民事訴訟の基本原則とされてきたという経緯がある」、「18世紀のドイツにおいて、相互に関係なく生成してきた主張の法理や自白の法理などを包括するものとして、19世紀初頭に学者によって理念的に提唱された概念が『弁論主義』である。すなわち、もともと『弁論主義』という概念が先にあって、そこから各原則〔主張／自白／証拠原則。『弁論主義の三つのテーゼ』とも呼ばれる〕が派生したというわけではない」。これはどういうことなのでしょう。

2 「民事訴訟法」のなりたち ——中世後期の法学の発展と学識法曹

この講演では19世紀以降のドイツと、そこから民事訴訟手続を継受した近代日本の状況を主に取り上げますが、その前提として、ヨーロッパにおける民事訴訟法の歴史的ななりたちをごく簡単にお話ししなければなりません⁽⁴⁾。

(1) 中世ローマ法学・カノン法学

ヨーロッパの法学の起源は古代ローマに求めることができます。ローマ法学では実体法と手続法を区別する意識に乏しかったとされ、6世紀半ばに成立したローマ法大全も、訴訟手続をまとめた形で叙述してはいませんでした。その後11世紀半ばまで、西ヨーロッパでは法学と呼べるような知的営みは事実上見られず、その間行われていた「民事訴訟」は、今日とはおよそ異なるものでした。

わが国を含め大陸法諸国の今日の民事訴訟法の直接の起源は、11世紀末以降西ヨーロッパで復活した法学に求められます。世界史の授業で「ボローニャ大学では法学が盛んだった」と教わった人もいるでしょう。6世紀半ばに編纂されたローマ法大全が11世紀末にイタリア中部の都市ボローニャで学問的に再発見され、法文の解釈論（その方法は今日の実定法学と基本的に同一です）を専門的に行う知

資 料

的な営みとしての法学が成立し（中世ローマ法学）、そしてその専門家たる法学者が出現しました。キリスト教（カトリック教会）の法（カノン法）の法文についても同様の形でカノン法学（者）が12世紀前半までに成立しています。中世ローマ法学とカノン法学は、西ヨーロッパ全域に相次いで設立されていった大学の法学部ではほぼ同じ方法・内容で教育されました（各地域の法（固有法）は、法学部教育の直接の対象にはされませんでした）。その結果西ヨーロッパ全域で、共通の法学識を身につけた学識法曹が大学から社会に持続的に送り出されるようになりました。学識法曹は法実務（弁護士・裁判官・公証人）だけでなく、カトリック教会や世俗権力の今でいう行政部門（司教・官僚など）にも進出していったのです。学識法曹がヨーロッパ史上初めて大きな社会的重要性を持つに至ったことは、ヨーロッパの法と国家、そして社会に今日にまで至る根本的な変化を引きおこした事件というべきでしょう。

こういう状況のなか法学者は、ローマ法大全（特に後古典期の職権審理訴訟）や種々のカノン法源（12世紀後半の教皇令が大きく寄与した）に散在していた手続関連の法文を土台として、13世紀初めにはすべての事例に一般的に適用される訴訟手続を一通り整備するに至ります（ローマ・カノン法的訴訟手続）。このことは、民事訴訟手続についての規範すなわち「民事訴訟法」が、具体的な権利義務を扱う法（＝実体法）から自立した法分野として徐々に認識されるようになる一つの契機となりました⁽⁵⁾。

(2) 「弁論主義的」だったローマ・カノン法的訴訟手続

ではローマ・カノン法的訴訟手続は、弁論主義についてはどのようなスタンスを採っていたのでしょうか⁽⁶⁾。

今日の研究者は、判決の実体面の形成は今日と同様、基本的には「弁論主義的」に行われていたと評価しています。「裁判官は当事者により主張・立証された事柄に従って判決する（*iudex secundum allegata et probata partium iudicat*）」という格言はその表れといえます。ローマ・カノン法的訴訟手続で目を引くのは、原告は事実についての主張を分節した形で提出し、被告がその各々について認否を答弁することによって、証明を必要とする争点を整理する手法が生み出されたことで

す。一例として、14世紀初頭の南フランスで活躍したローマ法学者ピエール・ジャコビの『黄金実務』（1311年）から、所有権に基づく物の取戻しの訴え（今でいう物権の請求権）の攻撃防御のごく一部を紹介します⁽⁷⁾。原告は「所有権の取得事由」（例えば皇帝からの贈与）、そして「被告が占有していること」を主張します。それに対して被告は例えば「贈与者（皇帝）が持っていたのは永小作権のみである」と主張します。これにより争点は「原告の前主が持っていたのは、所有権か永小作権か」となり、原告は所有権の証明ができなければ敗訴するわけです。今日の要件事実のダイアグラムの走りともいえるものでしょう。

13世紀以降、ローマ・カノン法的訴訟手続を分かり易く解説する手引書が多く普及しました⁽⁸⁾。手引書では典型的な紛争事例ごとに提出すべき書面（訴状、答弁書…）のモデル、そこで主張すべき事実が読者に示されています。攻撃防御方法を戦術的に提出することが訴訟上の利益をもたらすことも明瞭に認識され、手引書でも指摘されていました。ローマ・カノン法的訴訟手続は法学識を前提とした高度にテクニカルな内容をもつものでしたが、学識法にそれほど通じていない一般の実務家にも、手引書によって徐々に広く受け入れられていったのです。

手続が全体として「弁論主義的」に構築された大きな背景としては、ヨーロッパでは前近代末に至るまで裁判権力（国家）がそれほど強くなかったということが挙げられます。法のおもな主体だった家長は、一定の要件を満たせば、裁判によらず実力で権利を実現できるという考え方が現実があったのです（自力救済・フェーデ私戦⁽⁹⁾）。

他方、13世紀以降国家が集権化を開始したことと相まって、裁判官の職権を拡大する方向で活発な解釈論の展開が見られたことは、後世につながる重要な意義を持っています⁽¹⁰⁾。職権は開始された手続を適切に遂行するためのすべてを包含し、衡平（*aequitas*）の理念などにも支えられつつ⁽¹¹⁾、当事者が主張した法と事実についての補充（*suppletio*。いまの釈明権の機能に類似）、当事者への積極的な尋問、弁護士を依頼できない当事者には対等に戦えるよう弁護士を付与することなどが認められていました。

以上のように、基本的には「弁論主義的」な特徴を持っていたローマ・カノン

資 料

法的手続は、法学、そして法学を身につけた学識法曹とともに、中世後期から近世にかけて徐々にヨーロッパ大陸中に受容されてゆきます。ローマ・カノン法的手続は近世のドイツでは地域の元來の手続と融合して「普通訴訟法」と呼ばれ、実務でも広く行われるようになりました。普通訴訟法もローマ・カノン法的手続と同様に基本的には「弁論主義的」なものでありつつ、職権の介入を一定程度まで想定し、職権証拠調べも限定的に許していました。ちなみに、中世以来ドイツ一帯は神聖ローマ帝国が統治していましたが、そこでの統治行為の大部分は帝国を構成する大小の貴族や都市国家（これらを「領邦」と総称します）に委ねられ、ある意味で今日のEUにも似た連邦国家とも呼びうるものでした。従って法や司法制度も大まかには類似したものでしたが、領邦ごとに別だったことには注意する必要があります。

3 弁論主義理論の成立——19世紀ドイツ法学⁽¹²⁾

(1) 弁論主義——抽象化の産物

ここまでの議論では、中・近世ヨーロッパの民事訴訟について「弁論主義的」だったという曖昧な表現をしてきました。なぜなら、弁論主義そしてそれに対立する職権主義という概念や理論が創出されたのは、18世紀末のドイツで法学が自然法論の影響を受けて、今日の私たちが知るような体系的・抽象的なものへと変化したことに起因するためです。民事訴訟法学では「〇〇主義」という概念や理論が頻繁に出てきますが、これらはすべてドイツ語からの直訳で、弁論主義（Verhandlungsmaxime）とは「すべて当事者の弁論に依存する」という趣旨を表しています。

ニコラウス・タデウス・フォン・ゲンナー（1764–1827）は『ドイツ普通法訴訟論究』⁽¹³⁾で、民事訴訟を支える主導的な原則を論じました。民事訴訟は自力救済を代替するものであり、私権の実現を目的としている。各人は自分の権利を随意に処分できるのであるから、「何事も職権によらない（Nichts von Amts wegen）」が手続全体についての基本原理であるとして、弁論主義が演繹され（導

き出され) ます⁽¹⁴⁾。裁判官は当事者の主張・立証したことの範囲内でしか行動できず、職権証拠調べはできないこととなります⁽¹⁵⁾。他方で、「各人は自分の権利を随意に処分できる」を手の開始に限定する場合は、原告は提訴したことによって、裁判官が権利実現に必要なすべての措置をとることに同意したと考えられる。ここから「何事も職権による (Alles von Amts wegen)」職権探知主義 (Untersuchungsmaxime) が演繹され (導き出され) るのです。当事者の主張・立証は裁判官による探知を助ける手段にとどまり、裁判官はそれに拘束されず心証を得るためにあらゆる手段を用いることができます。

以上のゲンナーの議論では、理性に基づく演繹や二項対立が行き過ぎていることは否定できません。しかし先ほど述べたように、18世紀末までの民事訴訟手続はローマ法やカノン法、そして各地域の法など、様々な時代の多様な法源の集積と融合によって成立しているパッチワークのようなものでした。それらを素材としつつ一貫した民事訴訟の理論を打ち立てるためには、理性に基づく演繹や二項対立はやはり必要だったというべきでしょう⁽¹⁶⁾。また、ゲンナーは弁論主義の例として普通訴訟法、職権探知主義の最も重要な例として下記(2)で取り上げるプロイセン訴訟を挙げていますが、それはあくまで全体としての性格付けで、他方の原理に基づく規定が混合していても当然であると認めていたことも重要です。実際、ゲンナーは訴訟手続は「目的合理性という至上の法則」に沿って作られているとも述べています⁽¹⁷⁾。

(2) プロイセンの「職権主義的」民事訴訟

それでは、ゲンナーが職権探知主義の典型例とした、当時のプロイセン民事訴訟とはいかなるものだったのでしょうか。

北ドイツに位置するプロイセン王国は、神聖ローマ帝国のなかでも南のオーストリア大公国と並んで抜kindでた存在でした。プロイセンでは18世紀後半にフリードリヒ2世 (位1740-86。世界史の授業では「啓蒙専制君主」の代表例として習った人が多いでしょう) の下で大規模な民事訴訟改革が行われました。つまり1781年にフリードリヒ法典 (Corpus juris Friedricianum) が、そして1793年にはそれを修正するプロイセン一般訴訟法 (Allgemeine Gerichtsordnung für die

資 料

Preußischen Staaten) が制定されたのです⁽¹⁸⁾。伝統的な理解では、これらの法典の手続は「職権主義の極致」「民事訴訟法史上の突発的変異」などと極めて否定的に評価されていました。しかし、近年の研究におけるイメージはある程度異なるものになってきています⁽¹⁹⁾。

フリードリヒ法典では弁護士制度を廃止し、その代わりに補佐裁判官(Assistenzrat)を両当事者にそれぞれ任命して、訴状・答弁書の作成から証拠調べに至るまで付き添わせることにしました。背景には、当時の弁護士が主張を大量に提出するなど不適切な行為によって、手続を混乱させ長引かせているという認識がありました。弁護士制度の廃止は、今日の日本から見ればドラスティックで異様にも思える施策です。但し、古代ローマ末期以来前近代ヨーロッパの弁護士はそもそも「当事者の利益の擁護者」というよりむしろ「裁判所の補助者」として位置づけられており、弁護士には当事者を監督し、その訴求が客観的にみて妥当なものであることを担保する役割が期待されていたことは考慮する必要があります⁽²⁰⁾。弁護士制度の廃止には、当事者の財産の多寡により弁護士への依頼可能性に格差が生じ、訴訟の勝敗が左右されることを是正する意図もあったとされています⁽²¹⁾。職権証拠調べが認められる範囲も、それまでの普通訴訟法との相違はそれほど大きくはありませんでした。他方、裁判官が当事者本人を出頭させて口頭で尋問(求釈明)し早期に争点整理を行うという仕組みは、書面審理を旨とする普通訴訟法との明確な相違点であり、「市民の自由を破壊する」という非難もありましたが、早くから高い評価をうけ、わが現行法の弁論準備手続にまで受け継がれています⁽²²⁾。

以上要するに、18世紀後半のプロイセン訴訟は、伝統的な理解ではフリードリヒ2世の「啓蒙専制主義」の発露として理解されてきましたが、近年の研究では従来の普通訴訟法と大きく異なるものではなく、弁論主義の基本を踏まえた内容であり、我々にとって異様なものでもなかったことに光が当てられる傾向にあります。評価が変化した背景としては、20世紀以降のドイツ(そして日本)における民事訴訟手続改革の方向性に一致する面がプロイセン訴訟に見いだされることが大きいと思われます。加えて、かつての図式的な「啓蒙専制主義」理解、すな

わち「市民層が未熟で後進的だった中東欧の国々において、君主が上からの近代化を図った」という評価が相対化されつつあることも影響しているでしょう⁽²³⁾。

4 19世紀ドイツの弁論主義の動向

19世紀のヨーロッパでは、フランス革命に典型的に見られるように、これまで統治に関する様々な権限をある程度分有していた中間団体（例えば各地域や職業団体）を否定して主権国家が確立に向かい、それまでの雑多な法秩序が否定されて法典の制定（ナポレオン法典など）による法の統一・司法制度の統一が実現に向かいます。ドイツ一帯もその例外ではありませんでした。フランス革命の影響で自由主義の運動が活発化したのと並行して、ナポレオンの侵略による神聖ローマ帝国の崩壊（1806年）の後、多くの領邦に分裂していたドイツ一帯の政治的統一が目指されるようになったのです。19世紀後半にはオーストリアを盟主として統一を実現する「大ドイツ主義」と、プロイセンを中心とし（オーストリアを排除して）統一を目指す「小ドイツ主義」の間で激しい闘争が起きました。オーストリアとの戦いに勝利したプロイセンは1871年にドイツ帝国（1871-1918）を樹立し、他方オーストリアは領内のマジャール人と妥協する形でオーストリア＝ハンガリー帝国（1867-1918）を成立させ、中欧の大国としての地位をなお維持しました。

(1) 学説・思想と立法の差異

ゲンナー以降のドイツでは弁論主義が支持され、職権探知主義は厳しい非難にさらされます。自力救済を否定した近代主権国家において、弁論主義を支える思想となったのは私的自治論でした。弁論主義の根拠としての私的自治説やイエーリングの『権利のための闘争』（1872年）を想起してもらえればと思います⁽²⁴⁾。民事訴訟は自力救済の代替物であり、当事者間の「制御された戦争」として位置付けられ、職権による介入は例外とされたのです⁽²⁵⁾。その前提として、近代＝19世紀にはなお前代と同様に、法の主体たる「人」として主に家長（典型的には大地主などの有産層）、つまり全ての個人ではなく「強い個人」が想定されて

資 料

いたということがあります（民法の「妻の無能力」（昭和22年改正前14条）や、制限選挙を想起してください）。「市民^{ブルジョワ}≒強い個人」の自由に親和的とみられた弁論主義は、自由主義という当時の政治的潮流と結びつけられるようになりました。

他方、これらの理念レベルの動きは、普通法や各地域の法の延長線上で19世紀中にドイツ各国で盛んにおこなわれた民事訴訟関連の立法（草案含む）や実務に対して、大きな影響を与えたとは必ずしもいえません⁽²⁶⁾。これらの立法には、当事者本人の出頭命令、証人や鑑定人への広範な尋問権、職権証拠調べ（検証・鑑定）、本人訴訟における職権の積極的発動を定める規定が広く見出されます。釈明権について、本人訴訟だけでなく有能な弁護士でもミスはあり得るため、当事者の権利が損なわれないように裁判官の訴訟指揮は極めて重要だとする見解もみられました。興味深いのは、ドイツ各国の多くの民事訴訟立法や判例において、判決の実体面形成における裁判官の権限の拡大、つまり釈明権の積極的行使や、実体的真実解明という刑事訴訟の原則の影響を受けた自由心証主義の導入・人証の重視といった「弁論主義の修正」への動きが、口頭での審理すなわち口頭主義と結び付けられていたということです。自由主義的政治思潮と結び付いた議論では、フランス民訴法（1806年）の口頭主義を「当事者は自らの実体的請求権に基づき、その訴訟による実現に際して、裁判所の行為をコントロールし監視する権利がある」（フォイエルバッハ）として称揚する傾向がみられましたが⁽²⁷⁾、手続の具体的な局面ではテクニカルな配慮が重視されていたわけです。

ドイツ一帯は1871年にプロイセン王国主導のもとドイツ帝国として統一され、民訴法も帝国民訴法（Civilprozeßordnung（CPO）・1877年）によって統一が実現しました。この帝国民訴法も釈明義務や当事者本人の出頭命令、職権証拠調べ（検証・鑑定）を認めています。連邦参議院委員会は同法が弁論主義に基づくことは明らかとした上で、口頭弁論での訴訟指揮の強化によって弁論主義を実務上の必要に応じて限定し、普通訴訟法におけるような腐敗を招かぬよう配慮したと説明しています。

(2) 「弱者」の保護

さて、19世紀後半になると産業革命が進展し、都市労働者を中心とする社会的「弱者」は一大勢力となって、社会主義政党が成立し伸長しました。社会の変化を受け、体制側も社会政策（ドイツ帝国の社会保険制度）など、「なすにまかせよ」の夜警国家から現代の福祉国家へと変化を余儀なくされます。私法においても近代法から現代法への変化、民法のいわゆる「社会化」（賃借人の保護、信義則の重視、暴利行為の制限など）、今日の消費者法へとつながる変化が引き起こされました。

民事訴訟もこの潮流の例外ではありませんでした。ドイツ統一から除外されたオーストリアでは、1895年に司法省高官フランツ・クライン（1854-1926）が主導して新しい民事訴訟法が公布されました⁽²⁸⁾。この民事訴訟法は「社会的」と評されています。クラインは民事訴訟を「社会の病気を除去する」福祉としてとらえ、「国家は民事紛争の対象に関心を持たないというドグマ、それに依拠した弁論主義」に激しく反対しました。当事者は実質的に対等の立場におかれるべきであり、訴訟指揮は「事物の本性に属し（ゲンナーを引用）、われらの訴訟の生命線である」と考えます。裁判官と当事者は訴訟資料を完全にし真実を解明するために、「作業共同体」としてバランスをとって協働しなければならないと考えたのです。このように紹介すると、この「社会的」民法はかなり過激なものという印象を皆さんは持たれるかもしれません。しかし、同法の訴訟指揮に関わる規定は実はそれほど新奇な内容ではなく、既存の諸法律ですでに導入されていた諸制度を修正したものでした。

クラインの弁論主義に対する懐疑的な姿勢は、当時の社会主義思想の影響を受けたものと一般に考えられています。クラインの大学時代の恩師アントン・メンガー（1841-1906）は、「富者に弁護士代理を認めるのならば、裁判官は貧者を代理して、両者の均衡を保つべきである」と主張していました。しかし弁論主義への批判的姿勢は、すでに「啓蒙専制君主」ヨーゼフ2世（位1765-90。フリードリヒ2世と同時代の人物です）の思考にも見られたことが指摘されています。鈴木正裕氏は、弁論主義をめぐる論争は論者によって立つ世界観やイデオロギーに影響されるところが少なくない、「私的自治説は、個人主義・自由主義を志向

資 料

する学者によって主張され、手段説は、訴訟制度を社会政策的・福祉国家的制度としてとらえ、その公益的性格を強調する論者によって展開される」と指摘しています⁽²⁹⁾。他方でドイツ民事訴訟法史の研究者の間では、個々の時代の学説や政治思潮は立法にはあまり影響せず、立法は実務にあまり影響していないという評価も見られます⁽³⁰⁾。民事訴訟手続のあり方に世界観やイデオロギーがどこまで影響しているのかは、さらなる研究を要するテーマなのです。

5 近代日本への継受——実務とそのインフラ

以上のようにヨーロッパの歴史の中で形成されてきた弁論主義は、明治以降の日本にはどのように受け入れられたのでしょうか。

一般的な認識に従って説明すると、わが国最初の近代的民事訴訟法である旧旧民事訴訟法(明治24年(1891)施行)はドイツ帝国民訴法の強い影響を受けており、その弁論主義も一緒に導入されました。その後オーストリアの「社会的」民訴法の影響をうけて大正15年(1926)に旧旧法の判決手続を全面改正した旧民事訴訟法では、準備手続の一般化による争点整理の強化、そして職権証拠調の一般規定(261条「裁判所ハ当事者ノ申出テタル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ時其ノ他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ証拠調ヲ為スコトヲ得」)が新設されています。昭和戦前期には釈明権の行使が重視され、終戦直後はアメリカ法の影響により当事者自治への回帰がみられたものの(昭和23年改正による、上記261条の削除など)、昭和30年代以降は基本的に釈明権は積極化の方向に向かったと理解されています。

旧旧民訴法はドイツ法の強い影響の下に成立したと一般に理解されています。例えばその条文は確かに「ドイツ帝国民訴法の直訳的受容」と呼ぶにふさわしいものです。旧旧法施行の直後に出版された高木豊三『日独民事訴訟法対比』(明25)では、ドイツ帝国民訴法の条文の和訳が上段、それに対応する旧旧民事訴訟法の条文が下段に配置されており、一部の条文を除いて極めてよく似ていることは明白です。しかし重要なのは、ドイツにおける民訴法の実際の運用、つまり実

務をわが国が継受できたのかです。この問題を以下では、戦前のわが国を代表する法曹メディアだった『法律新聞』の記事や当時の訴訟手引書を主な史料として考えてみましょう⁽³¹⁾。

(1) 実務法曹の状況

まず大前提として、実務法曹の不足と偏在を指摘しておく必要があります。表1に明らかなように、同時期のドイツに比して日本の裁判官・弁護士数は非常に少なかったと言わざるを得ません⁽³²⁾。とくに地方で弁護士は非常に少数であり、その活動は殆ど都市部に限られていました(表2)。その代わりに代書人や三百代言が、身近な補助者として重要な役割を果たしていたのです⁽³³⁾。ドイツ帝国民訴訟法では地裁以上について弁護士強制が採用されていましたが(CPO74条1項)、わが国旧民訴訟法では弁護士依頼に費用を要することも考慮し、本人訴訟を無制限に認めざるを得ませんでした。

表1 日本とドイツにおける裁判官・
弁護士の数

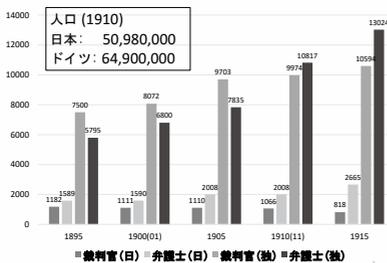
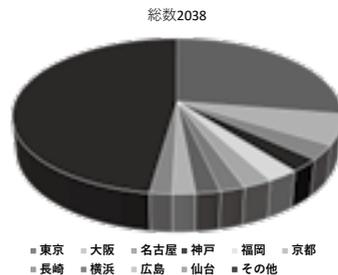


表2 国内(外地含む)の弁護士数分布
(明治45年(1912)現在)



次いで、裁判官・弁護士・当事者本人の能力や意欲に問題がある場合が少なくなかったことを指摘できます。ここで「能力」とは、法知識をどの程度持ち運用できるかについての客観的な評価を指します。「意欲」とは、訴訟手続に適切かつ積極的に関与し行為しようとする、つまり弁護士や当事者本人は訴訟事件の適切かつ迅速な解決に資するようふるまい、裁判官は法が認める権限を適宜行使するという自発性のことを指します⁽³⁴⁾。

(2) 能力の問題——法学識の不十分な理解

〔明42 (1909)・11・30 法廷見聞録 田知本生〕「詐害行為取消請求事件の原告訴訟代理人弁護士某あり、被告に対し、被告が訴外人某との間に為したる其所有不動産の売買は債権者を害するものなりとして当該行為の取消を求むるや、裁判長三宅高時氏被告に対し、他に尚お財産ありて債務の弁済を為すに妨げなきや否を問ひ、被告より他に現に取立て得べき債権三千円以上ありて、債務の弁済に事^か缺かずとの答弁を得て、原告訴訟代理人に対し…アナタの考は如何ですかと問う。某弁護士得々として、被告に他に債権があるか何うかソレは私は知りません……と、^き左も利口そうに跳返すや否や、三宅裁判長^{すか}際さず他に債権があるかないか知らんじゃありません。アナタが被告の行為は債権者を害すると云うのじゃありませんか。然らば被告は他に債権がないかと云うことはアナタが立証しなくちゃならん訳でありませんか……と言下に一本突入れられ、其儘開いた口の塞がらざりしこそ…気の毒に見えたるも是非なし」

詐害行為取消を求めた原告代理人の弁護士が「被告が無資力になるかどうか知らない」と述べ、裁判長から「詐害行為だというからには、被告に他に債権がないことを原告が主張し立証しなければならない」と叱られています。請求原因事実についての主張・証明責任を原告が理解していないことになります。弁護士であっても基本的な知識を欠いているがゆえのミス（あるいはうっかりかもしれません）の例は大量に見出されます⁽³⁵⁾。

〔明41 (1908)・7・20 大阪だより 大阪支局竹生〕大阪商人に対する弁護士三島亀四郎氏の批判を紹介。「彼等の商業帳簿と云うものは頗る不整頓に出来て居る。…大きな商店^{など}杯になれば別だが、小さな商店では商業帳簿は大概ソノ年限りで^{ほこ}反古にして仕舞う。又た取引に関する信書や、其の他の証拠書類をキッシリ保存して居る杯^{すこぶ}云うものは誠に少ない。…イザ訴訟となった場合には何うも裁判上の^{すこぶ}挙証が頗る困難で^{はなはだ}手数を要することが太甚しい。是れは畢竟大阪商人が法律思想に乏しいからでもあろうが…司法上の^ど繁雑を醸す許りでなく、大阪商人各自がその商業取引の确实、安全を謀る上に於ても、又た国家経済の関係上に於ても重大な関係を持って居ることである…」

大阪の商人は取引に関する書面をきちんと保存する習慣が乏しく、その結果証明に困難をきたしていることが指摘されます。『法律新聞』記事からは、当時一般に紛争を予防するための配慮（予防法学）が稀薄であり、契約の際に弁護士に相談することもなく、契約書も作成しないことが普通だったことが読み取れます（今でもそうなのかもしれません）。争点について関連する事実を証明できなければ、敗訴してしまいます。当時のわが国で出回っていた訴訟手引書でも、書証となるべき書面（契約書など）の適切な作成とその確保の重要性は強調されていたのですが、十分浸透はしていなかったということでしょう。それに対してヨーロッパでは、中世以来公証人が広く用いられ、契約・遺言・訴訟上の助言と書面作成に関与する実務が広く普及していました。

(3) 意欲の問題——不十分な準備・訴訟戦術

『法律新聞』記事には、口頭弁論に先立ってしておくべき準備が十分でないために、主張が不十分あるいは整理されておらず、釈明が求められる事例が多くみられます。

安田忠治『民事裁判の新傾向（司法研究報告書8集1）』（昭3）66-68頁「従来十中八九迄は訴状を認むる際に、立証方法として追って口頭弁論の際立証仕る可く云々と記載するのが、普通の如く見受けらる。書式大全等にも此種の書式が掲げられてあり、其為という訳でもあるまいが、殆んど之が普通の如く慣用され、寧ろ濫用されて居るが如き傾あるが、余輩の常に遺憾として居た所である」。弁護士が「訴状の提起に際して、全然証拠方法不明なりというが如き事は殆んど考えられない」。判明している証拠方法だけは必ず訴状に掲記して欲しい（十中八九までは可能はず）。「現にオーストリアの司法省の発表して居る書式に依れば、訴の原因事實は段を分ち、簡明に之を記載する傍ら、各段毎に此点は何々の書証若しくは何某の人証によって立証す可く、又何々の点は検証若しくは何某の人証によって之を証すと、各段毎に必ず一々証拠方法を明記させる事を求めて居る」と述べ、裁判所と弁護士・司法代書人の協働、模範的書式の頒布を訴える。

この文章が指摘するように、漠然と単に法定の要件を記載しただけの訴状や答弁書が多いため、請求の趣旨や原因が明確になるのに四回ぐらゐの期日を要する、

資 料

と裁判官は『法律新聞』で嘆いていました。このような曖昧な申立は、時間稼ぎや被告の出方を見てから対応を決めたいという訴訟戦術として、意図的に行われることも珍しくありませんでした。逆にやはり訴訟戦術として、むやみに多くの攻撃防御方法を提出する弁護士も批判されています。当事者が事実や証拠を適切に提出しないことは手続を長引かせ、判決が真実から遠ざかる原因として厳しく批判されていました。上の文章が論じたオーストリアのモデル書式のように、事実を簡条書きにし各々について具体的に証拠方法を示すことの重要性は明確に認識されていましたが、わが国の訴訟手引書では戦術的に証拠方法を後出しにする書式がしばしば紹介されていたのです。

以上要するに旧旧民訴法の訴訟実務では、弁護士と当事者本人の適切とはいいいがたい状態が早くから顕在化し、強く問題視されていました。こうした状況の中で『法律新聞』では、裁判所が弁論主義を文字通りに実践して受け身的な姿勢に終始しがちなことがしばしば批判されていました。裁判官が一定程度まで積極的に関与し、争点整理と事実認定を適切に行って妥当な解決へと導くことが、強く期待されていたのです。

(4) 釈明権の積極的行使

まず釈明権の行使について、旧旧法112条2項では「裁判長ハ問ヲ發シテ不明瞭ナル申立ヲ釈明シ主張シタル事実ノ不十分ナル証明ヲ補充シ証拠方法ヲ申出テ其他事件ノ関係ヲ定ムルニ必要ナル陳述ヲ為サシム可シ」と、現行法(149条1項)とほぼ同じ内容の規定をしていました。『法律新聞』の記事からは、旧旧法下の実務では「不干涉主義(今の当事者主義)」が金科玉条とされ、裁判官は釈明権の行使に消極的であり、弁護士の側にも積極的な行使に反発する声があったことが窺えます。他方この状況に対して、実務法曹の間には釈明権の積極的行使を期待し良しとする声が多量に存在したことも分かります。特に本人訴訟の場合には裁判官の積極的関与が強く期待されていました。

[大6(1917)9・28 法廷総マクリ 黒法師] 東京区裁での家賃請求の訴で、被告(職人体の若い男)が森井判事から証拠の提出等注意されても一向分からず困っているのを、原告の三百屋がそれではこのままご結審を願って示談をしよう

と甘く籠絡しようとする、「森井判事からハタと相手の三百を睨付け、自分^{ほか}勝ちの事を云って置いて相手に何も云わせないで済まそうなど云うことは不可^いぬ、と叱り付けられ一縮に縮上ったのは小気味が宜った △…森井判事が被告に向って、只だ自分が借りたのでないと云った^た丈けでは不可^いぬ。自分が借りたのでなければい^いと云う証拠を出さねば、裁判所は見て居たのでないから分らぬ。…民事ではお前等の方で証拠を出さねば、裁判所で勝手に調べてやると云う訳には不可^いぬのだから、証拠を出さねば不可^いぬと云うのだよと云って聞かした」が、被告がどうしても証拠申請ということを理解しないので、判事も困っていた。

これは立証の促しの例です。自分の主張について証明をする必要性、そして職権で証拠調べはできないことを裁判官が説明したにもかかわらず、なかなか当事者本人が理解しない。「これは窮屈な法律の為めだから仕方がないが、何^どうせ本人訴訟を許す位なら、序^{ついで}のことに証拠方法や、証拠申請の方法位^{ぐらい}教えてやるのも、一策ではあるまいか」と記者はまとめています。

(5) 証拠調

最後に、証拠調における職権の積極的関与への期待について。裁判官や弁護士がこの事件の「真相」はこうだと思ってもそれを根拠づける証明が十分になされない・できない場合、形式的に証拠（特に書証）が備わっている側の主張に沿って「真相」に反する形で判決がなされているとして、厳しく批判されることが少なくありませんでした。証拠により「形式的に」認定される事実と裁判官の心証が示す「真相」が一致しない場合、「真相」に基づいて判決はなされるべきではないのかと、実務法曹や当事者本人は苦しみ、かつそれを理想視するところがあったのです。

[大10 (1921) 12・25 民事訴訟法改正私論 (4) 弁護士齋藤巖君]「職権調査を拡張すべし …原被告等に言うも、それは言葉の上の対等のみ。知恵に於て経験に於て、両造 [原告と被告] 必ず優劣あり、相撲^{げっけん}撃剣の予め相当者を組合せ、其番付によりて力量を較すると同じからず。現行民事訴訟法が当事者の処分権主義を^{あくまで}飽迄推^あげ、訴訟資料の蒐集に迄裁判所の職権発動を禁じ、当事者が提示したる形式的^{ひさし}の訴訟資料のみによりて、事相の裁断をなさしめんとする、吾等の久く遺

憾としたる^{ところ}なり。民事裁判は『実真』の私権の保護を本義とし、『仮真』の私権の保護を目的とするものにあらず。…よろしく職権調査を拡張して真相^{ほんめい}を闡明し、弱きものを救うの途を開かざるべからず。当事者に立証^{その}を責め、其足らざるの故に直に保護を拒むが如きは無慈悲なり」

このような「名判官待望論」に、日本と欧米の相違、あるいはパターンリズム（温情的な干渉）を見て取る人もいるかもしれません。「あくまで真実を解明し、真実に従い正しい者が勝つべきで、そのために裁判所は積極的に介入してやるべき」という民事訴訟観と、「民事訴訟をルールにのっとりたゲームとして捉え、裁判所は公平なアンパイヤであればよい」とする民事訴訟観の対立というように。この対立はどちらかが100%正しい（あるいは間違っている）とは言いがたく、大変難しい問題です。但し、「ゲームの戦術」を満載したヨーロッパの予防法學手引書は古くから厳しい倫理的批判にさらされてきました⁽³⁶⁾、他方わが国の手引書も訴訟戦術をしばしば説いているので、「日本と欧米の相違」と捉えるのはいささか単純すぎると思います。

以上要するに、旧旧民法時代の時代には裁判官が弁論主義を文字通りに実践することに対しては強い批判・疑念が存在し、弁護士や当事者本人は裁判官の一定程度の積極的な関与を期待し、裁判官にも同様の考えを持つ者が少なくなかったと考えられます。明治・大正時代の日本がドイツを初めとする西洋諸国から継受できていたのは、民事訴訟法の法文・判例・学説、そして裁判所や法律家の制度だけだったのです。実務レベルの慣行、そして民事訴訟が社会の中でどう位置付けられ、実際にどう運営・利用されているかはハビトゥスというべきものであり、少なくとも短期間で移植することはおよそ困難なものです。冒頭で紹介した三ヶ月章氏の指摘のように、「本に書いてあるところ」だけ受け入れても、その意味を真に理解することは当時の日本人にはほぼ不可能だったでしょう。もしかすると、多くの人々にとっては今でも不可能なのかもしれません。

(6) 現状について

「裁判所は争点整理と事実認定について一定の限度で積極的に関与すべき」という潮流は、旧法成立に向けた改正作業（～大正15年（1926））にある程度まで

令和四年度 法学特修演習Ⅱ ゲスト講義
民事訴訟法と法制史 — 弁論主義の諸相

は影響を与えたと考えられます⁽³⁷⁾。ここでは、現在のわが国の民事訴訟実務の状況について若干触れておきましょう。

表3 第一審通常訴訟既済事件における
弁護士選任状況
(地裁／簡裁・令和3年度)
(裁判所HP掲載「司法統計」より作成)

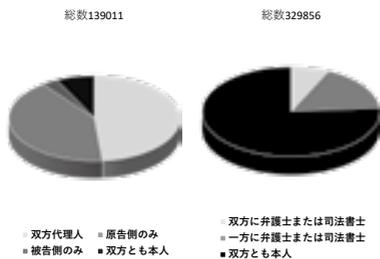


表4 裁判官と弁護士数の国際比較
(人口10万人あたり)
日本(2016)、フランス(2017)、ドイツ(2015)、
イングランド(2015)、アメリカ(2016)

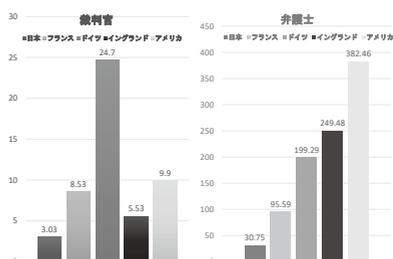
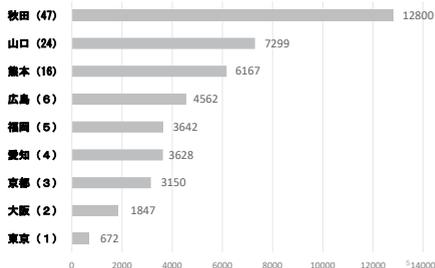


表5 都道府県別の弁護士1人あたり人口
(日弁連HP「基礎的な統計資料」2021年版)



現行法は、審理の充実・促進のために当事者が主体的に動きかつ責任を負うという理念に基づき立法されました⁽³⁸⁾。その施行から15年程度経ち、シンポジウムや法律雑誌の特集が多数企画されました⁽³⁹⁾。それらに示された裁判官と弁護士における認識では、「当事者主導の手續こそがあるべき民事訴訟の姿」とする意識は、圧倒的主流を占めているとまでは必ずしも言えないように思われます。争点整理と事実認定のいずれについても、弁護士や当事者本人が裁判所に「依存

資 料

する傾向」が指摘されているのです。理由としては、口頭議論の前提となる準備書面の提出の遅延、釈明権行使の消極性、弁護士の主体性や能力(特に若手弁護士)の低下、弁護士と依頼人のコミュニケーション不全などが指摘されており、釈明権のより積極的な行使、その場としての口頭議論の活性化などが提案されています。裁判官には釈明権行使の一定の積極化を支持する声がかなり多く、弁護士もそれをある程度まで期待しているように見えます。

当事者については、少なくとも一方当事者が本人である訴訟はなお非常に多い状況です(表3)。本人訴訟の場合に本来弁護士が果たすべき役割を裁判官がカバーすべきなのか否かは、わが国では依然アクチュアルな論点といえるでしょう。法学識へのアクセスの容易さについて言えば、今世紀初めに政府が推進した司法制度改革によって全国に多数の法科大学院(ロースクール)と法テラス(日本司法支援センター)が設置されました。しかし、表4にあるようにドイツをはじめとする母法国とわが国の間にはなお大きな相違があり⁽⁴⁰⁾、地域格差も決して小さくはありません(表5)。

やや極端な言い方をするなら、わが国における弁論主義を取り巻く状況は、明治・大正の旧旧法の頃と質的には必ずしも大きくは変化していないのかもしれない。

6 おわりに

最後に、講演の内容をまとめてみたいと思います。弁論主義とは、ヨーロッパの国家や法の歴史の中で徐々に成立してきた民事訴訟手続の全体としての特徴を理論的・一般的に把握するために、19世紀初めの学説が生み出したモデルです。それはいわば理念形であり、現実の手続の個々の局面すべてを包摂するものとはそもそも考えられていませんでした。実際、弁論主義には各々の時代・地域において多様な意義が付与され、またさまざまな問題を引き起こし、評価も揺れ動いてきたのです。

また、学説・立法・実務の間にはしばしばある程度の相違が存在していること

には注意する必要があります。このことは自国については容易に認識可能でしょうが、外国法を継受する局面ではリスクは決して小さくありません。三ヶ月章氏が指摘したように、「本」に書いてある」制度や学説をそっくり導入することはできて、それを支えるインフラ・慣行・意識が異なれば、実際の運用は大きく異なるものになるでしょう。法学では「大陸法系・英米法系」「母法・子法」という系譜がしばしば重要視されますが、背景となる諸々の状況まで十分に考え合わせなければ、大きな誤解につながるかもしれません。学説や立法が目指すところを実務において実現するためには、適切なモデル書式の普及などインフラ面の「ナッジ」(?)も重要な意味を持ち得ます。

民事紛争は当事者個人の私的領域なのか、社会病理の表出とみるべきなのか。当事者のサポートは弁護士や法律相談⁽⁴¹⁾に委ねるべきか、対等に闘えるよう裁判官自身が配慮すべきか。裁判官はえこひいきの印象を持たれないようにすべきなのか、弁護士のミスのコストを当事者本人に負わせて良いのか。実体的真実から乖離した判決は司法制度への信頼を損なうのではないか、「正しい者が勝つべき」という考え方をどう評価するか……。三ヶ月氏は「裁判実務は、その国の実務家のレベルに制約されるもので、背伸びをしてみたところで、自分の身の丈以上の成果は上がらないものだ」とも述べたといえます⁽⁴²⁾。「対等な資力と能力を備えた当事者が、判断を絶対に誤らない有能な弁護士に代理される」という、物理学のような理想状況が恒常的に実現されることはまずあり得ないとすれば、弁論主義の具体的なあり方については、当該時代・地域における裁判所や法曹の制度、弁護士強制の有無、アクターの能力と意欲の実態、政治・経済や思想の状況など多様なファクターを考慮して解を得る必要があるでしょう。そもそも何が考慮すべきファクターなのか、状況によって大きく左右されます。「唯一の正答」はどこにも存在しないのです。

「長々面倒くさい話をして、論点をいろいろ並べた挙句、正答は言わないのか。それでも学問といえるのか」と感じている人もいるでしょう。最後に少し厳しい言い方が許されるなら、「法学は大人の学問である」といわれるのは、法的な判断をする前提として人間や社会や国家を多面的に考察することが求められるか

資 料

ら、換言すれば、自分自身の思想や利害や好き嫌いだけで即断することは許されないし、白黒をはっきりつけられない、あるいはつけるべきでない「曖昧さ」「鬱陶しさ」に耐える必要があるからではないでしょうか。そこに法学の魅力を多少なりとも感じてもらえれば幸いに思います。ご清聴ありがとうございました。

註

* 講演の機会を与您とてくださった熊本大学法学部、河野憲一郎准教授、並びに当日の聴講者にお礼を申し上げる。

* 講演原稿という性質に鑑み、参考文献の引用は基本的なもの、読者にとり参照が比較的容易なものに限った。

- (1) 鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』（平16）はしがき
- (2) 三ヶ月章『弁論主義の最近の動向をめぐる若干の問題』（『民事訴訟法研究 第五巻』（昭47、初出昭42））275-276頁
- (3) 三木浩一ほか『LegalQuest民事訴訟法（第3版）』（平30）202、205頁
- (4) 入門・概説として、クヌート・W・ネル『ヨーロッパ法史入門 権利保護の歴史』（平11）、林屋礼二『西欧における民事裁判の発達と展開 西欧大陸民事訴訟史概観』（令3）。
- (5) いわゆる「実体法と手続法の分離」の歴史的展開については、様々な視点から多くの議論がなされてきた。問題状況と二次文献についてはさしあたり水野浩二「西洋中世における訴権の訴訟上の意義—『訴権を軸とする文献』についての一考察（1）」法協122巻5号（平17）第一編第一章を参照されたい。
- (6) ローマ・カノン法的訴訟手続についてはさしあたり、Knut Wolfgang Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus. Heidelberg 2012、小川浩三『『ヨーロッパ法史入門』註解』（ネル『ヨーロッパ法史入門』所収）を参照。
- (7) Petrus Jacobi, Aurea Practica. Köln 1575. I. De rei vindicatione, quae competit ratione directi domini.
- (8) Linda Fowler-Magerl, Ordines iudicarii and Libelli de ordine iudiciorum (from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century). Turnhout 1994. 水野浩二「民事訴訟手引書の系譜—中世後期ヨーロッパから近代日本へ」(松園潤一朗編『法の手引書／マニュアルの法文化（法文化叢書19）』（令4）所収）。
- (9) 村上淳一『権利のための闘争』を読む』（昭58）第2章。

令和四年度 法学特修演習Ⅱ ゲスト講義
民事訴訟法と法制史 — 弁論主義の諸相

- (10) 水野浩二「中世学識法訴訟における職権と当事者（１）（２・完）」北法60巻5, 6号（平22）、同「学識的民事訴訟における職権補充（suppletio iudicis）—中世末期の解釈論の変動」北法65巻1号（平26）。
- (11) Norbert Horn, *Aequitas in den Lehren des Baldus*. Köln 1968.
- (12) 以下3・4については、基本的に同旨かつ詳細な議論を水野浩二「当事者主義と職権主義」（小川浩三他編『キーコンセプト法学史 ローマ法・学識法から西洋法制史へ』（令5刊行予定）所収）にて展開しているので、参照されたい。
- (13) Nikolaus Thaddäus von Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses: in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände*. 2.Aufl. 4.Bde. Erlangen 1804.
- (14) ゲンナーの議論についての邦語文献として、鈴木正裕「弁論主義に関する諸問題」司法研修所論集77号（昭61）を参照。ゲンナーは「訴えなければ裁判なし」「各人は自分の権利を随意に処分できる」ことは指摘していたが、処分権主義を明確に認識するには至っていない。処分権主義を分節したのはカンスタイン（1877年）とされる。
- (15) 厳密には、「人証・書証の」職権証拠調べができない（Gönner, *Handbuch*, Bd.1. S.191）。
- (16) Peter Böhm, *Der Streit um die Verhandlungsmaxime. Zum Einfluß der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozeßverständnis*. in: *Ius Commune* 7 (1978), S. 140.
- (17) Gönner, *Handbuch*, Bd.1. S.193.
- (18) これらの法典については、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・ドイツ』（平23）の詳細な検討を参照。
- (19) Bert-Hagen Strodthoff, *Die richterliche Frage- und Erörterungspflicht im deutschen Zivilprozess in historischer Perspektive*. Frankfurt am Main 2004. Sebastian Adler, *Das Verhältnis von Richter und Parteien in der preußischen und deutschen Zivilprozeßgesetzgebung*. Hamburg 2006. Martin Ahrens, *Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess*. Tübingen 2007. これらの研究の共通の土台になっている研究として、Falk Bomsdorf, *Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit*. Berlin 1971.
- (20) James A. Brundage, *The medieval origins of the legal profession. Canonists, Civilians, and courts*. Chicago 2008.
- (21) Bomsdorf, *Prozeßmaximen*, S.81. ちなみにローマ・カノンの訴訟手続において、両当事者の対等をはかるために裁判所が弁護士を付する学説が発展していたことについては、Franck Roumy, *Le développement du système de l'avocat commis*

資 料

- d'office dans la procédure romano- canonique (XIII- XIVe siècle). in: TRG 71 (2003) S. 359-386.
- (22) 鈴木正裕「争点整理の方策について——その史的考察」(『改革期の民事手続法(原井龍一郎古稀)』(平12)所収)。
- (23) 研究状況につきさしあたり金澤周作監修『論点・西洋史学』(令2)180頁。
- (24) イェーリング『権利のための闘争』(岩波文庫)(昭57)。
- (25) Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit, S. 166.
- (26) 注(19)の文献を参照。
- (27) 1849年フランクフルト憲法(178条)の他、オーストリア・バイエルン・ハノーファー・ヴァルデック・オルデンブルクの憲法で口頭主義が規定された。
- (28) Böhm, Der Streit um die Verhandlungsmaxime, S. 153ff. Peter Böhm, Die österreichischen Justizgesetze von 1895/96. in: Herbert Hofmeister (hrsg.), Kodifikation als Mittel der Politik: Vorträge und Diskussionsbeiträge über die deutsche, schweizerische und österreichische Kodifikationsbewegung um 1900. Wien 1986. S. 59-66. フランツ・クライン『訴訟における時代思潮』(平元)、上田理恵子「19世紀後半オーストリアにおける民事訴訟立法作業とアントン・メンガー」熊大教育学部紀要64号(平27)、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・オーストリア』(平28)、松村和徳『手続集中論』(令元)。
- (29) 中野貞一郎他編『新民事訴訟法講義(第3版)』(平30)218頁。
- (30) Adler, Das Verhältnis von Richter und Parteien, S.368. Dieter Dannreuther, Der Zivilprozeß als Gegenstand der Rechtspolitik im Deutschen Reich 1871-1945. Ein Beitrag zur Geschichte des Zivilprozeßrechts in Deutschland. Frankfurt am Main 1987. S.555ff.
- (31) 以下の内容について、詳細は水野浩二『葛藤する法廷 ハイカラ民事訴訟と近代日本』(令4)第1章、第2章を参照。
- (32) 統計年次のカッコ内はドイツのもの。Hiroki Kawamura, Die Geschichte der Rechtsberatungshilfe in Deutschland. Berlin 2014. S.180. 林屋礼二他編『統計から見た明治期の民事裁判』(平17)[2-2-1]同編『統計から見た大正・昭和戦前期の民事裁判』(平23)[2-2-1]。
- (33) 表2の数値は奥平昌洪『日本弁護士史』(大3)による。代書人については中山弥保「司法代書人法制定沿革小史」慶大法学研究科論文集54号(平26)、三百代言については橋本誠一『在野「法曹」と地域社会』(平17)をさしあたり参照。
- (34) 現行の民事訴訟法で新設された、当事者及び裁判所の責務を定めた2条「裁

令和四年度 法学特修演習Ⅱ ゲスト講義
民事訴訟法と法制史 — 弁論主義の諸相

- 判所は、民事訴訟が公正かつ迅速に行われるように努め、当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならない。」と同内容を想定している。
- (35) 今日と違い弁護士には実務修習制度が存在せず、弁護士試験合格後ただちに on the job training を積むしかなかったのに対し（弁護士試補制度の導入は昭和8年（1933）の弁護士法改正による）、裁判官は司法官試補制度のおかげで相対的には良くトレーニングされていたと言い得る。
- (36) Andrea Marchisello, *Uno sguardo alla prassi del diritto comune: le Cautelae di Bartolomeo Cipolla (ca.1420-1475)*. in: *Rivista trimestrale di diritto procedura civile* 60 (2006), pp. 545-562.
- (37) 詳細は水野『葛藤する法廷』（令4）第4章を参照。
- (38) 福田剛久『民事訴訟の現在位置 利用しやすい民事訴訟に向けた法・理論・制度・実務からの再確認』（平29）。新設された2条「裁判所は、民事訴訟が公正かつ迅速に行われるように努め、当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならない。」は、その点で重要とされる（河野正憲「新民事訴訟法の理念とその実現」司法研修所論集99号（平9））。
- (39) 三木浩一ほか編『民事訴訟法の改正課題（ジュリスト増刊）』（平24）、「争点整理の現状と今後の在るべき姿について 東京3弁護士会有志によるアンケートを踏まえて」判タ1396号（平26）、「特集Ⅰ 次の世代の民事訴訟法に向かって—現行民事訴訟法20年を契機に」論ジュリ24（平30）など多数。
- (40) 『裁判所データブック2017』（裁判所HP）28頁。
- (41) ドイツでは19世紀末にかけて低所得層を主な対象として労組・社会主義系、カトリック系など多様な組織による法律相談事業が普及し、日本でも大正中期には弁護士や警察による法律相談が行われるようになった。
- (42) 法制審議会における現行法の制定作業の際の言葉とされる（福田『民事訴訟の現在位置』ii頁）。