

民事訴訟における二つの型

——大陸法系民事訴訟と英米法系民事訴訟——

中 村 英 郎

- | | | | |
|---|--------------------|---|---------------------|
| 一 | はじめに | 二 | 訴訟対象 |
| 二 | ローマの民事訴訟とゲルマンの民事訴訟 | 三 | 訴訟当事者 |
| 一 | ローマの民事訴訟 | 四 | 証明 |
| 二 | ゲルマンの民事訴訟 | 五 | 立法・行政との関係における裁判所の役割 |
| 三 | 大陸法系民事訴訟と英米法系民事訴訟 | 四 | むすび |
| 一 | 訴訟制度の目的 | | |

一 はじめに

同じ民事訴訟といっても、事件処理の方法は国によって様々である。たとえば、Bが自分のものだとして所有するセザンヌの油絵について、Aが自己の所有権を主張してその返還を求める訴訟を起こしたと想定してみよう。大陸法系諸国であれば、Aがその油絵について所有権のあることを主張し、かつそれについて裁判官に確信をもたせるほど

の証拠を提出できればAの主張は認められるが、そうでない限りAの主張は認められない。その間、Bはその油絵について自己の所有権を主張・立証する必要はなく、ただ原告の主張・立証を争い、裁判官がAの主張立証について確信を抱くのを妨げていればそれで足りる。これに対し、それが英米法系の国であればどうであろうか。Aが自己の所有に属することについて相当程度の証拠を提出して返還を求めたとき、Bもそれにつき、自己に所有権があることを主張しかつ立証する必要がある。そしてこの場合、裁判所（または陪審）はABの主張立証を比較した上、Aの主張立証がBのそれより優勢であると認めれば、たとえ、それについて確信をもつに至らなかった場合でも、Aに所有権を認める判決を言い渡すことになる。

以上二つの方法は訴訟制度としていずれも合理的なものといえることができる。しかし、どうしてこのような二つの違った制度があるのだろうか。

訴訟あるいは裁判について、それは一般に「当事者間に争いのある事実を認定し、それに法を適用することである」などといわれるが、そこからも明らかであるように、訴訟あるいは裁判という概念には「事実」と「法」（規範）という二つの要素がある。大陸法系の諸国においては、訴訟を「法」（規範）から出発してとらえ、英米法系諸国ではこれを「事実」から出発してとらえている。そこにこの二つの違った訴訟制度が存在する原因がある。

すなわち大陸法系諸国においては、訴訟以前に法、そしてそれから導かれる権利のあることを前提とし、その権利が侵害されたとき当該権利の存在することについて裁判所の裁判を求めるのが訴訟だと考えている。したがって、権利を主張する者は自己に権利があることを主張し、かつ立証しなければならぬのであり、相当程度の証拠を提出しても、それによって裁判官が確信を得るに至らなかったときは、原告勝訴の判決を言い渡すことはできない。これに

対して英米法系諸国では、事実から出発して訴訟をとらえ、事件の中から法を発見するのが裁判だと考えている。前例についていえば、油絵が誰のものかをめぐって争いがあるという事実を出発点とし、その所有権者は誰かを発見するのが訴訟だとするのであり、したがって事件の関係者全員に主張立証させ、その中から一番もっともらしい者に所有権ありと裁判することになる。

制度は歴史の所産である。したがって制度を正しく理解するには、その歴史をふり返って見る必要がある。実は、規範から出発して訴訟をとらえる「規範出発型」の思考は遠くローマ法に端を発するものであり、それはドイツ普通法に伝えられ、さらに今日の大陸法系民事訴訟において行なわれているのである。また、事実から出発して訴訟を把握する「事実出発型」の思考はゲルマン法にその源を見出すものであり、民族大移動とともにイギリスに渡り、今日の英米法系の民事訴訟制度に伝えられた。⁽¹⁾

ローマ法およびゲルマン法は、それぞれ長い歴史の過程において様々の変容を上げていくが、訴訟を規範から出発してとらえ、それを法を実現するための制度とみるローマ法の見方と、それを、事実から出発してとらえ、事件の中から法を発見するのが訴訟制度だとするゲルマン法の考え方は、それぞれ現代の大陸法と英米法に、一貫して伝えられている。現代の大陸法系民事訴訟と英米法系民事訴訟の違いは、この「規範出発型」と「事実出発型」の思考の差違に基づくものということができる。

ローマおよびゲルマンの民事訴訟がどのようなものであったか、またそれがどのようにして現在の大陸法、英米法に伝えられたのかについては、既に別稿において考察したことがある。⁽²⁾ 詳細はそれに譲り、本稿ではそれを概観するのにとどめ、「規範出発型」と「事実出発型」のローマ法およびゲルマン法の思考が、現代の大陸法系および英米法

系民事訴訟にどのように現われているかをさぐり、この両者の違いを明らかにしたい。

- (1) この問題の詳細については、中村「民事訴訟における制度と理論の法系的考察」民訴論集五巻一頁以下参照。
(2) 前掲論文参照。

二 ローマの民事訴訟とゲルマンの民事訴訟

一 ローマの民事訴訟⁽³⁾

ローマの民事訴訟は時代を経るに従って発展したが、その中心にあったのはアクチオ制であったということができよう。ローマは早くから成文法をもち、すべての法律問題はこの成文法を出発点として考えられた。紀元前四五五年に制定された十二表法 (*lex duodecim tabularum*) には、すでにいくつかのアクチオが規定されている。アクチオとは、有名なインスチチュオオーネスによれば、「吾人のまさに得べきところのものを、裁判所において主張する権利」 (*actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur*)⁽⁴⁾ であり、現在いうところの実体法上の請求権と訴訟法上の訴権とを合わせものである。ローマ法の初期においては、事件が生じたとき、その事件はすべて裁判所で裁判してもらえたというわけではなく、それが法律の規定に該当し、そこにアクチオがあると考えられる場合にだけ裁判してもらうことができた。すなわち、訴訟はこのアクチオを出発点として考えられたのであり、それがローマの民事訴訟における基本型態であったといえることができる。

アクチオはその後次第に数を増し、また訴訟制度が法律訴訟手続 (*Legisaktionsverfahren*) から方式書訴訟手続

(Formularverfahren)に、またさらに非常訴訟手続(Kognitionsverfahren)に発展するにつれてその意味も変ってきている。しかし、訴訟以前に法があり、訴訟はその法の認めるアクチオ(権利)を実現するためにあるとする点では一貫していたといえることができる。

ローマ法は、ローマ帝国の没落ととともに、一時その姿を消していたが、その後注釈法学派の手により再び中世において復活し、それはドイツにおけるローマ法の継受とともにドイツに入った。ドイツには古代よりゲルマン法が行なわれていたが、それは不文法であってその存在は明瞭でなく、次第にローマ法に押され、ローマ法がドイツ帝国の普通法として支配的な地位を占めるに至った。

かくして現在のドイツ法は、ローマ法を主流とするその流れの上にあるといえることができる。

- (3) ローアの民事訴訟法に関する文献は枚挙にいとまがない。主なものとして、Bethmann-Hollweg, Der römische Civilprozeß, Bd. 1-3, 1864-1866, Neudruck 1959; Engelmann, Der Civilprozeß, Geschichte und System, Bd. 2, Heft 2, 1981 (これについては、小野木常・中野貞一郎教授の翻訳「アルトゥール・エンゲルマン著・民事訴訟法概史七ー八」阪大法学三〇一四六号がある)；Wenger, Institutionen des römischen Zivilprozeßrechts, 1925；Kaser, Römische Rechtsschichte, 2. Aufl. 1967；Kaser, Das römische Zivilprozeßrecht, 1966, 船田章一・ロー法五巻をめぐって(1966)。
なお、中村「民事訴訟におけるロー法理とゲルマン法理」民訴論集第一巻八頁以下、および同所引用の文献参照。
- (4) Inst. Pr. 1. de act (4.6.)

二 ゲルマンの民事訴訟⁽⁵⁾

ローマは強大な国家権力を背景とし、早くから全領土に行なわれる制定法をもっていたが、同時代のゲルマンには民事訴訟における二つの型(中村)

これに比すべき法は存在しなかった。そこには、しかし、先祖より子孫に代々伝えられた正義と平和の秩序が不文の慣習法として支配していた。それは古代ギリシア法にいうノモス(nómos)⁽⁶⁾とほぼ同じものということができる。法は人々の法的確信の中にあつたのであり、それは人によつて意識的に制定されるものではなく、発見されるものであつた。⁽⁷⁾ゲルマン社会の共同体の法的平和が侵害されたとき、人は裁判所に対し平和の侵害されたことを批難し、その回復を求めて訴えを提起した。裁判とは、その事件につき行なわれるべき法を発見し、ノモスの主権を回復することであつた。

ゲルマンの民事訴訟がローマのそれと異なるその基本にあるものは、ゲルマン法の下においては、訴訟以前に法はなく、訴訟は事実から出発して考えられた——これに対し、ローマ法は規範より出発している——という点にあるということができる。

以上のようなゲルマン民事訴訟のあり方は、ゲルマン民族とともに後世に伝えられたが、ヨーロッパ大陸におけるそれは、ローマ法の侵入により衰退し、主流の座をこれに譲っている。一方、民族大移動とともにイギリスに渡つたゲルマン法は、この地において独自の生成発展をとげた。すなわち、五世紀の頃、ゲルマン民族のアングル、ジュート、サクソンのいわゆるアングロ・サクソン族はイギリスに侵入し、まずその地にゲルマン法を伝えた。その後、一〇六六年になり、ノルマンディー公ウィリアム(Wilhelm I. um 1027-1087)がイギリスに入りノルマン朝を建設したが、ノルマン族もゲルマン民族に属するものであり、その故にノルマン王朝は、すでに行なわれていたゲルマン法の延長線上にイギリス法を発展させた。一二・三世紀の頃、イギリスではコモン・ロー(common law)とよばれる判例法が成立し、それがイギリス法となつたが、それはゲルマン法以外の何ものでもない。⁽⁸⁾

イギリス法はその後アメリカに渡り、英米法 (anglo-american law) とよばれる一つの法圏を形成した。英米法は右に概観したような次第でゲルマン法の流れに属し、その考え方を忠実に伝えている。民事訴訟の分野においても、ゲルマン民事訴訟の事実から出発してその中から法を発見するという思考が、現在なおその本質的なものとして行なわれている。

(5) ゲルマンの民事訴訟については Bethmann-Hollweg, *Der germanisch-romantische Civilprozeß*, Bd. 1-3, 1868-1874, Neudruck 1959; Engelmann, *Der Civilprozeß, Geschichte und System*, Bd. 2, Heft 1, 1890 (以下同じ)；小野木常・中野貞一郎教授の翻訳「アルトゥール・ヨングマン著『民事訴訟法概史』一六」版大法学二三一一八号がある；Schwein-Thieme, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, 1950, S. 26 ff.; Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Bd. 1, 1954, S. 42 ff.; Mittels-Lieberich, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 15. Aufl. 1978, S. 34 ff. (本書の第十一版)；世良晃志郎教授の翻訳「ミッタース・リーベリッヒ著『ドイツ法制史概説』」改訂版一九七一年」がある等参照。なお、中村「民事訴訟におけるローマ法理とゲルマン法理」民事論集一卷二頁以下および同所引用の文献参照。

(6) ノモスはギリシア語の *nomos* (分ける、配分する) から転化した語であり、元来、配分されたもの (*zugeteilte*) を意味する (Heyses, *Fremdwörterbuch*, 1922, S. 579)。人々は社会において、昔から一定の方法で配分され、定められた身分、財産、権力等々の定めの下で生活している。ノモスとは、そのような社会の定め、法、慣習、制度を意味する (尾高朝雄・法思想史序説二頁、船田亨二・法思想史五三頁、なお、中村「前掲論文」二四頁参照)。

(7) Schwein-Thieme, *aaO*, S. 20; Conrad, *aaO*, S. 40 ff.; Mittels-Lieberich, *aaO*, S. 13.

(8) ハウランドは「英米法は、今日ではドイツ法そのものよりゲルマン的である」といっている (Pound, *Spirit of the Common Law* 17 (1921))。なお、高柳賢三・英米法の基礎九頁参照。

三 大陸法系民事訴訟と英米法系民事訴訟

規範出發型民事訴訟と事実出發型民事訴訟の源流をなすローマおよびゲルマンの民事訴訟制度の概要と、それらがその後、大陸法（ことにドイツ法）および英米法に伝えられた経緯については、前項に略述したとおりである。

かくしてローマ法の系統をひく大陸法系民事訴訟と、ゲルマン法の系統をひく英米法系の民事訴訟制度は、それぞれその系統を異にすることによって対蹠的に異なった存在構造を示している。もともと大陸法系あるいは英米法系の民事訴訟制度といっても、国によってそれぞれ異なったものがあり、一概にこれを論じることとはできない。ここでは大陸法系としては最も典型的なドイツ法とそれを継受した日本法を主とし、また、英米法系としては連邦地裁民事訴訟規則(Federal Rules of Civil Procedure for the United States District Courts)、リステイトメント(Restatement)などにより比較的その構造が第三者にもわかりやすいアメリカ法を主とし、その民事訴訟制度と理論を明らかにし、この両者を比較することにする。

以下、訴訟制度の目的、訴訟対象、訴訟主体、証明の問題、立法・行政との関係における裁判所の役割の各項目に分け考察することとしよう。⁽⁹⁾

(9) 訴訟制度の目的、訴訟対象、訴訟主体をめぐる問題については、中村「民事訴訟における制度と理論の法系的考察」論文(民訴論集五卷)三九頁以下、四六頁以下、五六頁以下においてより詳細な考察を試みた。ここでは、本論文のテーマに合わせてそれを要約する程度にとどめた。

一 訴訟制度の目的

1 大陸法系民事訴訟における訴訟制度の目的

ローマは早くから成文法をもち、この成文法の認めるアクチオの存否を判断するのがローマの裁判であった。アクチオとは現代法における請求権と訴権を意味するが、法の定めるところによりかかる権利ありとする者が、その権利の実現を求めて訴えを起こしたのであって、ローマにおける民事訴訟制度の目的は、当事者の権利を保護するためにあったといえることができるであろう。以上の関係は、そのまま大陸法系の民事訴訟に引きつがれている。

大陸法系（ドイツ・日本）の民事訴訟は、整備された実体法体系の存在を前提として構成されている。実体法は訴訟以前において社会生活規範として機能するが、そこで認められた権利が義務者の自発的意思によって実現されず、また法律関係が破られたとき、関係者はその権利の実現、法律関係の回復を求めて裁判所へ訴えを提起する。⁽¹⁰⁾ この意味において、大陸法系民事訴訟制度におけるその制度目的は、当事者の権利保護がその基本的な考え方になっているといえることができる。

右の考え方は、実体法を社会規範かつ裁判規範とみる通説的見解を前提とするものであるが、実体法をただ裁判規範とみる考え方もある。この見解によれば、訴訟は具体的事件に法を適用して、具体法を創り出すことであり、そこでの制度目的は、国家の法秩序維持ということになる。⁽¹¹⁾ この考え方は訴訟制度を個人のためにあるのではなく、全体のためにあるのだとするナチスの考え方とも符節を合するため、戦前、ドイツの学界において広く行なわれた。戦後のドイツにおいては、民事訴訟の制度目的をもって当事者の権利保護と国家の法秩序維持の二つであるとする見解が支配的に行なわれているとみることができる。⁽¹²⁾ 訴訟制度の目的の理解の仕方は、時の政治思想の影響をもうけ、時代

によって変るものであるが、制度それ自身が担う本質的な性質が当事者の権利保護であることを、学説は再び適確に承認したものであることができよう。

2 英米法系民事訴訟における訴訟制度の目的

ゲルマンの社会には、ローマにおけるような成文の実体法体系は存在しない。その社会には、先祖より伝えられた正義と平和の秩序が支配していると考えられていたのであり、この秩序が破られたとき、人は裁判所へその回復を求めて訴えを起こした。訴えとは、社会の平和を破られたことに対する非難であり、判決はそこに行なわれるべき法を発見し秩序を回復することであった。ここでの訴訟制度の目的は社会の平和を維持することであり、換言すれば紛争の解決であった。

右の考え方は、現代の英米法に伝えられている。イギリス、アメリカは成文の実体法体系をもたず、そこには自然法が支配していると考えている。その自然法が破られ、平和が害されたとき、その事件につき行なわれるべき法を発見するのが裁判である。⁽¹³⁾ 裁判の目的は平和の回復、紛争解決にあるとみることができるのであり、アメリカでは、民事訴訟の制度目的を紛争解決であるとする見解が支配的に行なわれている。⁽¹⁴⁾

3 大陸法系民事訴訟における訴訟制度の目的としての紛争解決

訴訟制度の目的としては、以上概観したように、権利保護、法秩序維持、紛争解決の三つがあげられている。ところでこの三者は、いずれも大陸法系であれ、英米法系であれ、どの訴訟制度においても尊重されて然るべきものである。また、当事者の権利を保護すればそれは国家の法秩序を維持したことになり、また紛争を解決することにもなるという関係にあって、互に矛盾したものでもない。したがって大陸法系の民事訴訟制度の下において、その制度目的

として紛争解決をあげることも可能である。しかし、大陸法系民事訴訟と英米法系民事訴訟はその発想の出発点を異にするものであり、その性質を異にしている。大陸法系訴訟制度は前段で考察したように当事者の権利保護を目的として生成した制度であり、これを抜きにして訴訟制度の目的を論じることはいできない。

大陸法系に属するわが民事訴訟法の下において、戦後、その制度目的を紛争解決にあるとする見解が有力に主張されて⁽¹⁵⁾いる。わが国の民事訴訟法学に新たな息吹きを与え、それをめぐる議論を深化した点にその意義を認めることができる。しかし、大陸法系に属するわが民事訴訟制度の下で、「当事者の権利保護」に代わるものとして「紛争解決」をその制度目的とみることは、わが国の訴訟制度の理解の仕方として根本的に誤まっている。

(10) ウィンドシャイド(Windscheid, 1817-1892)は、実体法の規定に基づき請求権が生じ、その請求権が満足せしめられない場合に国家に対する訴権が発生するとして⁽¹⁶⁾ (Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrecht*, 1856, S.221 ff.)。この考え方が、ドイツ民法学の基本となっている。

(11) 戦前、兼子一教授はこの考え方にくみしていた(兼子・民法概論〔昭一三〕一頁以下)。なお、この考え方は、訴訟の後にはじめて実体法が機能すると考えるのであって、この点、ゲルマン法系におけるそれと共通点をもっている。この意味で、この見解は、ローマ法系民事訴訟とゲルマン法系民事訴訟の中間にあると評することもできる。

(12) たとえば、Rosenberg-Schwab, *Zivilprozeßrecht*, 14. Aufl. 1986, S.3.

(13) 裁判をするには判例にしたがってこれを行なうが、それは方法であって、訴訟以前に判例法の体系があり、それを実現するために訴訟制度があるというわけではない。この点、大陸法系の訴訟制度につき、法秩序維持説の論者が、実体法体系の実現のために訴訟制度があるとするのと本質的に異なる。

(14) たとえば、F. JAMES & G. HAZARD, *CIVIL PROCEDURE* 2 (3d. ed. 1985) ; J. FRIEDENTHAL, M. KANE & A. MILLER,

Civil Procedure 1 (1985).

(15) 兼子教授が、戦後書かれた論文「民事訴訟の出発点に立返って」(法協六五巻二号(昭二二)収載)において主張されて以来、その門下、三ヶ月、小山教授等により精力的に主張された。

二 訴訟対象

1 大陸法系民事訴訟における訴訟対象

ローマ法の下においては、生じたすべての事件が訴訟の対象となるのではなく、法がアクチオありと定める一定の場合にだけ訴えの提起が可能であった。そこでの審判の対象は、十二表法その他のローマ法が認める権利・法律関係であり、それは規範によって画されたものである⁽¹⁶⁾。

右の考え方は、大陸法系(ドイツおよび日本)民事訴訟制度に伝えられ、その基本的なものとして行なわれている。すなわち事件が生じたとき、原告は事件を実体法の構成要件に当てはめ、その結果、彼に認められる権利を主張し、その権利の存否について裁判所の裁判を求めるのである。すなわち権利主張面からいえば実体法によって認められるいわゆる訴訟上の請求が、権利根拠面からみればそのような請求を生ぜしめる実体法の構成要件によって画される事実の存否が審判の対象とされる。したがって、具体的には同一、一個の事件であっても、それについて別の法的評価が可能な場合には、それは別個の訴訟対象とされることになり、それについて裁判所の判断を求めるためには、訴え提起の当初においては客体的訴えの併合の手続を、また訴訟の進行中であれば訴え変更の手続を必要とすることになる。

右の制度の下、訴訟対象の範囲は原告の意思の決定するところ（訴状の記載、訴え変更の申立書）に従い明確であり、したがって、既判力の客体的範囲も明瞭である。ただし、場合によっては、裁判所が一度判決しただけでは、事件が全面的に解決しないという不便を伴うことがありうる。

2 英米法系民事訴訟における訴訟対象

大陸法系民事訴訟が以上のように規範から出発して訴訟対象をとらえたのに対し、英米法系民事訴訟ではこれを事実から出発してとらえている。

ゲルマンの社会には、ローマにおけるような法はなく、ただ先祖より伝えられたノモスの主権が支配していると考えられた。ジッペの平和が破られたとき、すなわちノモスの主権が侵害されたとき、人は訴えを提起したのであり、裁判とは当該事件に行なわれるべきノモス（法）を発見することであった。⁽¹⁷⁾このような訴訟における訴訟対象とは、社会の平和・秩序を破った生まの事件そのものであったのであり、この考え方はそのまま英米法系民事訴訟に伝えられている。

英米法系民事訴訟の下では、訴訟対象は原告によって法的に把握された事件ではなく、生じた事件、生まの紛争であると考えられている。ところで事件は事実と事実の連鎖であるから、どこからどこまでを訴訟対象とするかは、原告の意思だけで画することはできない。原告は、裁判所に事件を提示するだけであって、その事件の事実と関連する限り、場合によっては強制的に、また場合によっては訴訟当事者（事件関係者）のその後の訴訟行為によって原告の予想しなかった事実も訴訟対象とされる。このように、英米法系民事訴訟は事実出発型であることから、大陸法系民事訴訟にみられない特殊な取り扱いが行なわれている。その主だったものをアメリカの民事訴訟の中から拾い上げてみ

よう。

(a) アメリカの民事訴訟においては、訴訟対象は、個々の実体法上の権利から切り離された一定範囲の事実の集合体であるとされている。そのため、同一生活関係(same transaction)から生じる原告の請求を理由あらしめる訴訟原因(cause of action)は、すべてとりまとめ一度に提出しなければならないとされ、その一部の訴訟原因をとり出して別に訴えを起こすことを認めない。もし、一部のものにつき訴えが起され、判決が言い渡された場合は、それによって事件に決着がつき、当事者は残余の訴訟原因をあげて、再度争うことは許されない(rule against splitting a cause of action 訴訟原因分割禁止の法則⁽¹⁸⁾)。要するに生じた事件がそのまま訴訟対象となるのであり、事件に対する法的評価は事件の範囲を画する機能をもっていない。その故に、法的評価をAからBに変えること(大陸法系民事訴訟における訴えの変更)は、当事者にとって自由であるのはもち論、裁判所にとっても自由である。たとえば、債務不履行を訴訟原因とする訴えが起されたとき、裁判所は社会的事実として同一である限り、その事件を、不法行為として判決できる。

(b) 大陸法系民事訴訟においては、生じた事件を法律的に構成し、それを訴訟の対象とする。したがって、たとえば具体的には一千万円の貸金債権のある事件でも、訴訟においてはその中五〇〇万円の債権につき事件を指定し、それについて裁判を求めることが可能である(一部請求)。しかし、英米法系民事訴訟では、生じた事件がそのまま訴訟対象となるから、原告が五〇〇万円の支払を求める訴えを提起した場合であっても、実際には一千万円の債権の存在が認められる場合、裁判所は原告の申立に拘束されないで一千万円の支払を命じる判決を言い渡すことができる⁽¹⁹⁾(アメリカ連邦地裁民訴規則五四条c)。

(c) 原告によって裁判所にもち出された事件に関連して、被告にも主張すべき権利があるとき、英米法系民事訴訟では、そもそも訴訟の対象となるのは生じた紛争事件そのものと考えるから、その被告の主張についても同時に判断すべきことになる。そのためアメリカ法には、ドイツ法に例のない反訴の強制 (compulsory counterclaims, 強制的反訴) という制度が認められている⁽²⁰⁾ (アメリカ連邦地裁民訴規則一三条 a 参照)。

アメリカの民事訴訟においても、訴えを提起するのは原告であるが、それは事件を裁判所に持ち出すことであり、訴訟対象はそれを手がかりとしてさらに拡大する可能性をもつ。抽象的に考えればそれは無限の広がりをもち、裁判所・当事者の思いも及ばなかったところも訴訟対象となりうることになるが、それを押さえ、訴訟対象を現実に具體的妥当な範囲に画するのは、アメリカの民事訴訟に特有のアドバサリー・システムである。

アドバサリー・システム⁽²¹⁾ (adversary system) は陪審制との関係において発達した制度である。訴訟進行の責任を全面的に当事者に負わせ、法律上如何なる主張をし、またどのような証拠を提出するかは、当事者に任せる訴訟の進行方法である。訴訟を陪審員の前ににおける闘争とみるものであり、裁判所は両当事者がルールに従って訴訟を遂行しているかを監視する消極的な機能をもつものとしてとらえている。結局、この制度の下では、原告の提示した事件と連鎖関係にある事件の中、どこからどこまでが訴訟対象となるかは、原告・被告・参加人の訴訟活動によって決まることになる。英米法系民事訴訟においては手続保障がやかましく論じられるが、要するに、当事者の手続が充分行なわれたか否かが事件の範囲、したがって言い渡された判決の既判力の範囲を決めることになるからである。

訴訟対象の範囲は、大陸法系民事訴訟の下では、実体法の構成要件に画されて明確であるのに比べて、英米法系民事訴訟の下では不明確であり、しかも一般的に広い。しかし、一度裁判所により判決が言い渡されると、当該事件は

全面的に解決するという利点がある。

- (16) 中村「民事訴訟におけるローマ法理とゲルマン法理」民訴論集一卷一一頁以下参照。
- (17) 中村「前掲論文」二二頁以下参照。
- (18) F. JAMES & G. HAZARD, CIVIL PROCEDURE 590-591 (3d. ed. 1985) ; J. FRIEDENTHAL, M. KANE & A. MILLER, CIVIL PROCEDURE 606-607 (1985). なおミシガン州におけるこの問題の取扱については、小松良正「ミシガン州における請求の必要の併合」早大法研論集三六号一四七頁以下参照。
- (19) F. JAMES & G. HAZARD, *id.* at 150 ; J. FRIEDENTHAL, M. KANE & A. MILLER, *id.* at 4, 272-273, 516.
- (20) F. JAMES & G. HAZARD, *id.* at 489, 613 ; J. FRIEDENTHAL, M. KANE & A. MILLER, *id.* at 350-354, 636. 上野泰男「反訴の強制による訴訟の単一化」大阪市大法学雑誌一九卷二号一〇七頁以下。
- (21) F. JAMES & G. HAZARD, *id.* at 4. ; J. FRIEDENTHAL, M. KANE & A. MILLER, *id.* at 2-3. 小林秀之・アメリカ民訴法一〇六頁以下。

三 訴訟当事者

1 大陸法系民事訴訟における訴訟当事者

ローマ法のアクチオ制の下では、すべての法律関係は、権利・義務の関係としてとらえられており、事件が生じたとき、アクチオ上の権利者が義務者を相手として訴えを提起した。そこでは二当事者主義が訴訟の基本構造として行なわれていたのであり、大陸法系民事訴訟には右の構造がそのまま引き継がれている。

すなわち、大陸法系民事訴訟法の下では、実体法の認める権利もしくは法律関係の存否が審判の対象となるのであ

り、このような権利ありと主張する者が原告、この原告により義務者として相手方当事者に指定された者が被告となる。具体的には同一の事件に関係する者であっても、訴訟対象とされない権利・法律関係の主体は訴訟当事者とはならない。訴訟対象たる権利法律関係の主体（権利者・義務者）が訴訟当事者となるということに基づき、訴訟においては、二当事者主義がその本質的なものとして行なわれている。

以上が大陸法系民事訴訟における訴訟当事者についての基本的な考え方である。しかし、大陸法系の民事訴訟制度は、ローマ法が中世においてイタリアに入り、ローマ・カノン法となった時代、ゲルマン法と接触した。そのため、ゲルマン法の事件の關係者が当事者となるという考え方（後述）も、参加の制度としてその中にとり入れられている。すなわち係属中の訴訟の訴訟対象につき利害關係を有する第三者はこの訴訟に参加することができるのであり、参加により自己の権利を主張しそれに対する判決を求める場合を主参加（Hauptintervention）といい、これに対し、自己の権利を主張しないがそれを防禦すべく当事者の一方を補助する場合を従参加（Nebenintervention）としている。主参加は、原告・被告・参加人の三当事者間に訴訟が係属する訴訟形態であり、ドイツ普通法時代には、二当事者主義に対する例外として、専ら実務的な観点からその存在が認められていた。しかし、一八七七年のドイツ民事訴訟法は、主参加を、係属中の訴訟の原告・被告を共同被告とする参加人の訴えとして規定し⁽²²⁾（独旧民訴六一条、現民訴六四条）、ドイツ普通法時代の主参加を原告対被告間の訴訟、および、参加人对原告・被告間の訴訟の二つの二当事者対立訴訟の組み合わせとして把握した。これによって、二当事者主義の原則が貫徹されることになった。

2 英米法系民事訴訟における訴訟当事者

大陸法系の民事訴訟において、訴訟当事者は、以上のように規範（実定法）から出発して考えられているのに対し、

英米法系の訴訟当事者は、事実から出発してとらえられているといふことができる。すなわち、ゲルマン法の下においては、生じた事件がそのまま訴訟対象であり、その事件に関係する者すべてが当事者となるものとされていた。そのため、訴訟当事者は二当事者と限らず、三どもえの争いがあれば三当事者の訴訟が成立した。

ゲルマン法における右の考え方は、そのまま英米法に伝えられている。英米法においては、訴訟対象とされるのは法的評価を経ない生まの事件そのものであり、その事件につき利益を主張する者が原告、反対の利益をもつ者が被告として登場する。また、ゲルマン法系における裁判の本質は、事件の中からそこに行なわれるべき法を発見することであるから、事件について利害関係のある者は、すべて当事者として訴訟に参加することを要請される。そのため、英米法の下では大陸法系民事訴訟におけるよりも広い範囲で第三者の訴訟参加を認めるとともに、場合によっては第三者を訴訟に引き込むことができ、また事件について共同の利害関係を有する者に、原告または被告のいずれか一方の共同当事者となることを強制することもある。アメリカ連邦地裁民事訴訟規則の定めるところに従って、この関係を概観してみよう。

- (a) 起された事件について共同の利害関係を有する者が、一定の条件を具備する場合、裁判所はこの者に当事者となることを命令する⁽²³⁾(必要のおよび不可欠の当事者〔Necessary and Indispensable Parties〕規則一九条a)。
- (b) 同一の権利または義務に関し、複数の関係者から重複し矛盾した請求をされる係争物の受益者は、対立するすべての請求権者を訴訟に引き入れることができる⁽²⁴⁾(インタープリーダー〔Interpleader〕規則二二条)。
- (c) 係属中の訴訟において自己が敗訴した場合にそなえ、自己に対し責任を負う訴外の第三者を訴訟に引き込むことができる⁽²⁵⁾(イムプリーダー〔Impleader〕規則一四条)。

英米法系民事訴訟における訴訟当事者は、要するに事件を中心として考えられるものであり、事件の関係者が訴訟当事者となる。ところで事件は事実と事実の連鎖であるからその範囲は無限に拡大する可能性を秘めている。それを現実の訴訟において適当に限界づけるのは、前項で述べたアドバサリー・システムであり、当事者すなわち事件関係者の訴訟活動である。

大陸法系民事訴訟制度と英米法系民事訴訟制度における訴訟当事者を比較すると、およそつぎのように要約することができよう。

大陸法系民事訴訟制度の下では、訴訟対象たる権利・法律関係を基準とし、その主体が訴訟当事者となるのであり、その範囲は原則として原告の意思によって決まる。それに対して、英米法系民事訴訟制度の下では、訴訟当事者は事件を基準として決せられるものであり、その範囲は、原告の意思から離れて拡大する可能性が多分にある。関係者の範囲が広く、それだけに動きがとれ難いという欠点もあるが、一度判決が言い渡されると、事件が全面的に解決するという利点もある。

なお、英米法系民事訴訟では、事件につき利益を主張する者が原告、反対の利益をもつ者が被告となり、ここでも形式的には二当事者対立の構造がとられている。しかし、英米法における二当事者対立は、二当事者間の攻撃防禦の展開の中に事件の真相を把握しようとするアドバサリー・システムに由来するものであり、この点、訴訟対象たる権利法律関係を基準とし、その主体（権利者・義務者）が訴訟当事者となる大陸法系民事訴訟の下での二当事者構造とは本質的に異なっている。大陸法系民事訴訟においては、一般に権利者が原告、義務者が被告となり、主張立証責任の大部分は原告が負担するというのが通例である。したがって、訴訟において原告になるのか被告なのかは極めて重要

な意味をもっている。これに反して、英米法の下では、当事者として訴訟に参加し、法廷で言いたいことを言えるか否かが重要であり、その際、原告となるのかそれとも被告となるかという訴訟上の地位は、重要ではない。そのため、元来、原告と共同訴訟人となるべき者が、共同原告となることを拒んだときは、それを被告に加えて訴訟を進行させることができる⁽²⁶⁾（アメリカ連邦地裁判規則一九条a）。

3 大量当事者訴訟における訴訟当事者

訴訟当事者の範囲は、以上概観したように、ローマ法の系統をひく大陸法系民事訴訟では規範から出発して、また、ゲルマン法の系統をひく英米法系民事訴訟では事件から出発してとらえられるが、このとらえ方の違いは、近年、社会、経済の発展とともに問題となっている大量当事者紛争の解決方法の違いにも現われている。

消費者紛争の解決方法として、アメリカ法にはクラスアクション（Class action）、ドイツ法には団体訴訟（Verbandsklage）の制度がある⁽²⁷⁾。アメリカ法のクラスアクションは、同じ被害をうけた関係者が多数であって、共同訴訟が困難であり、事実上および法律上の問題点が全員に共通であって、代表当事者の主張や抗弁が全員のそのの典型をなしているような場合に、一人以上の関係者が全員の代表として訴訟を遂行し、その判決の効力を全員に及ぼせるといふものである（アメリカ連邦地裁判規則二三条）。一方、ドイツの団体訴訟は、多数の消費者に不利益をもたらす不正競争行為の差止めや、違法な契約約款の使用の差止め、推薦の撤回を裁判上求める権能を、一定の要件を具備する消費者団体に付与するものであつて（不正競争防止法一三条、普通取引約款法一三条）、消費者団体はこの法律により認められた権限に基づき、個別の消費者に代わつて訴訟を遂行するものとされている。

アメリカのクラスアクションの制度は、たとえば、ある会社の製品によつて多数の者が損害を受けたという事実を

出発点として、訴訟当事者を考えているところにその特色がある。すなわち製品によって被害をうけた者全員を訴訟の主体としてとらえた上、その代表者に訴訟遂行権を与えるのがクラスアクションである。一方、ドイツの団体訴訟は、法律が一定の要件を具備した消費者団体に、企業に対しある行為の差止め等を請求する権能を認め、この権能の行使として消費者団体の訴訟の成立を認める。ここでは法規を出発点として訴訟主体をとらえており、ここにも事実出発型、規範出発型訴訟の特色がよく出ているといえることができる。

(22) わが旧民訴法も、一八七七年のドイツ民訴法にならって同様の規定を設けていた(日旧民訴五一条、現六〇条)。しかし、この規定によった場合、実際には一箇の事件でありながら二つの訴訟に分断され、両訴訟間の調整に困難を生じる場合がある。そこで、大正一五年の改正に際し、係属中の訴訟に第三者が加入することを認める独立当事者参加の制度を規定した(日現民訴七一条)。この制度をめぐっては、それがドイツ普通法時代の主参加の系統をひくものであることを理由とし、三面訴訟であるとする見解も有力に主張されている(たとえば、兼子一・民訴法体系四一〇頁、三ヶ月章・民訴法〔有斐閣〕二二三頁など)。しかし、大陸法系民事訴訟において、二当事者主義の訴訟構造は、実体法が権利・義務の関係で規定されていることに由来する動かすことのできない原則である。この訴訟は、原告対被告間の訴訟および参加人対本訴原告・被告間の訴訟の組み合わせとして理解すべきである。この問題についての詳細は、中村「独立当事者参加」民訴論集三巻六七頁以下、同「民事訴訟における制度と理論の法系的考察」民訴論集五巻六一頁以下参照。

(23) F. JAMES & G. HAZARD, *CIVIL PROCEDURE* 530-548 (3d ed. 1985) : J. FRIEDENTHAL, M. KANE & A. MILLER, *CIVIL PROCEDURE* 334-344 (1985). なお、アメリカ連邦民事訴訟規則における多数当事者の規整につき、高橋宏志「必要的共同訴訟論の試み(一)」法学協会雑誌九二巻五号五〇二頁以下に詳細な紹介がある。

(24) F. JAMES & G. HAZARD, *id.* at 558-562 : J. FRIEDENTHAL, M. KANE & A. MILLER, *id.* at 763-775.

(25) F. JAMES & G. HAZARD, *id.* at 554-558 : J. FRIEDENTHAL, M. KANE & A. MILLER, *id.* at 360-365.

- (26) F. JAMES & G. HAZARD, *id.* at 540 ; J. FRIEDRICH, M. KANE & A. MILLER, *id.* at 340.
(27) クラスアクションおよび団体訴訟につき、中村「前掲論文」民訴訟集五卷六三頁以下、および同所掲載の文献参照。

四 証 明

1 大陸法系民事訴訟における立証責任

ローマのアクチオ制の下において、アクチオは具体的事実在即して認められたものであったから、アクチオを主張しようとする原告は、当該アクチオを構成する事実の存在を主張しかつそれを立証する必要があった。一方、アクチオ上の権利を排除する抗弁事由は、被告において主張立証の責任があるとされたのであり、ローマ法の下における立証責任はアクチオ（規範）を基準として分けられていたといつてよい。

右の考え方は、大陸法系民事訴訟の下において行なわれている。ドイツ法の下では普通法以来、権利を発生せしめる要件事実については原告に立証責任があり、権利の発生を阻止し、また一旦生じた権利を消滅せしめる要件事実については被告に立証責任があるという考え方が支配していた。この考え方は、一九世紀末のドイツ民法典の起草に際しても考慮されており、ここでは、権利を成立せしめる要件事実は本文に、それ以外の事実は但書もしくは第二文に規定されている。かくして本文記載の事実については原告に、但書もしくは第二文記載の事実については被告に立証責任があるというのが、ドイツにおいてその基本的な考え方になっている。わが民法の規定は、その制定に際し立証責任を充分意識していない。そのためドイツ法の下におけるように、実体法の規定に全面的に依拠することはできない。しかし、規範から出発して立証責任の問題を考え、権利を主張する者は、その権利の存否について主張立証責任

を負うという考え方がその基本をなしている。

2 英米法系民事訴訟における立証責任

ゲルマン法の下においては、社会の平和が害されたとき、人はノモスの主権の回復を求めて訴えを提起し、裁判所は事件の関係者から事情をきいた上その事件について行なわるべき法を発見して判決を言い渡した（我に事実を与えよ、汝に法を与えん）。すなわち裁判は、その事件において侵害されたノモスの主権を回復するにはどのようにしたらよいかを発見することであり、そこでは、過去の事実関係を確定する必要はなかった。したがって、現代的意味での立証あるいは立証責任という概念は、当時はまだ存在していなかった。後の時代になって、過去の事実を確定した上、裁判するということが行なわれるようになり、ここではじめて立証あるいは立証責任という概念が登場してくる。その当初、立証責任は、裁判所が当事者の言い分をきいた後事件ごとに定めたものであり、ドイツ普通法時代、ザクセンの訴訟においては、それは証拠中間判決（Beweisurteil）⁽²⁸⁾というかたちで示された。イギリスに渡ったゲルマン法においても事情はほぼ同じであった。法廷において陳述された事実の真否を誰に立証させるかは、当事者の公平という観点から、事件ごとに裁判官が決めることであって、特に法則はなかったようである。しかし、裁判がつみ重ねられると、どのような事実について誰が立証しなければならぬか、そこに自ずから一つの法則が生じるのであり、それが紆余曲折を経て現在、英米法において証拠法として行なわれるようになっていいる。

英米法における立証責任の特色は、主張される権利（規範）の側からではなく、訴訟対象たる個々の事実を基準として考えられている点にある。すなわち、英米法では、まず第一に証拠との距離が問題とされ、証明さるべき事実についての証拠に近い距離にある者が立証責任を負うものとし、また、「事実の性質による立証の難易」を基準として立

証の容易な者が立証責任を負うとし、あるいは事物の「蓋然性」を基準として、その働らく事実については、蓋然性を否定する者が立証責任を負うというような法則が行なわれている。⁽²⁹⁾

3 証明の程度の問題

以上、立証責任の問題をめぐって大陸法系民事訴訟と英米法系民事訴訟の相違を明らかにしたが、証明の程度の問題についてもこの両者には大きな相違が見出される。

大陸法系民事訴訟は、原告の主張するような権利・法律関係の存否について裁判することをその本来的使命とする。そのため、前述したように、原告は当該権利の存在することについて主張しかつ立証責任を負うのであるが、また、その立証に当っては裁判官に確信を得させることが必要である。逆に言う、証拠を提出しても、それによって裁判官が確信をもつに至らなかったときは、原告の主張は認められない。

以上とは異なり、英米法系の民事訴訟では、訴訟はある事実をめぐる両当事者の争いであり、したがって両当事者からそれぞれ事実と証拠が提出されたとき、裁判所（または陪審）としてはどちらの言い分がもっともらしいか、どちらの証拠がより優れているかにより事実を認定することができる。裁判官（陪審）は提出された証拠によってその事実の存否について確信をもつ必要はない。これは英米法系民事訴訟が事件の中から法を発見するのをその任務とすることに由来している。ここでの裁判は、過去の事件の具体的真実を疑いもなく明らかにすることを絶対には必要としない。むしろ将来に向い、当該事件について行なわれるべき法を明らかにすることがその主要な役割だから、両当事者から提出された二つの証拠を比較し、その優越的蓋然性（preponderance of evidence）によって事件を判断することができ⁽³⁰⁾る。

(28) ザクセン訴訟法は、ゲルマン法の伝統を強く維持するものと目されている。この訴訟では、手続を主張の段階と立証の段階の二つに分け、まず主張の段階で両当事者の言い分をきいた上、要証事実、立証責任につき証拠中間判決を言い渡すものとした(Janernig, *Zivilprozeßrecht*, 18. Aufl, 1977, S. 309.)。

(29) F. JAMES & G. HAZARD, *CIVIL PROCEDURE* 324-325(3d. ed. 1985). なお、小林秀之・アメリカ民訴訟法二五五頁以下参照。

(30) F. JAMES & G. HAZARD, *id.* at 313-321.

五 立法・行政との関係における裁判所の役割

1 大陸法系および英米法系訴訟制度の本質的差異

近代国家はいずれも国家作用を立法・司法・行政の三権に分立させている。ところで、その国における訴訟制度が規範出発型かそれとも事実出発型かということが、その国の司法を、立法および行政の関係においてどのように位置づけるかについて極めて重要な意味をもっており、それは大陸法と英米法とでかなり異なっている。まず規範出発型訴訟制度と事実出発型訴訟制度の本質的差異を明らかにした上、立法と行政との関係における裁判所の役割について考察してみよう。

ローマのアクチオ制の下では、十二表法その他の市民法の認めるアクチオのある場合にのみ裁判をしたのであり、訴訟は法の存在を前提として考えられた。この考え方は紆余曲折を経て現代の大陸法系諸国に伝えられている。

大陸法系諸国では、成文法主義が行なわれている。すなわち、法律はすべて議会がこれを制定するものとし、この議会の制定した法が法源としての効力をもつ。この制定法は訴訟以前においては国民の間で社会規範として機能し、

それが侵害されたとき、人はその規範上の権利の実現を求めて訴えを提起する。裁判所はこの法に従って裁判するのであり、要するに大陸法系の成文法主義の下では、裁判所はこの意味で立法機関のコントロールの下にある。

以上と異なり、ゲルマン法の流れをくむ英米法系諸国では判例法主義が行なわれている。すなわち裁判所の下した判決の先例に法源としての効力を認めるものであり、その範囲において、裁判所は立法機関とは別に独自の立法権をもつ。このようなあり方は、ゲルマン法時代からの伝統をうけついでものである。

古代から中世にかけてのゲルマンの社会には、ローマにおけるような国家もなく、また法もなかった。そこには先祖より伝えられた正義と平和の秩序があつたのであり、いわばノモスの主権が支配していた。ゲルマンの国家的作用は、すべてこのノモスの主権を発見し具体化することにより行なわれていた。⁽³¹⁾ すなわち、社会の平和が侵害されると、それはノモスの主権が侵害されたことであるから、それを回復するため当該事件について行なわるべきノモス(法)を発見することにより裁判をした(司法)。社会に行なわるべきノモスが不明であるとき、そのノモスを発見して法を宣告し⁽³²⁾(立法)、また国の政治(行政)はノモスを発見することによりこれを行なったのである。それらは、いづれも法を発見する行為として、同じ手続に従ってなされたのであり、立法・司法・行政の区別は存在しなかった。現代いうところの裁判は、同時に立法・行政の性質をもっていたことができる。

ゲルマン法の以上のような考え方は、そのまま英米法に伝えられている。⁽³³⁾ そこには先祖より伝えられた自然法ともいふべき法が支配しており、裁判とは生じた事件の中からそこに行なわれるべき法を発見することをその本質とした。⁽³⁴⁾ ところで同様な事件について同様な判決がくり返されると、そこに判例法が形成され、爾後の裁判は判例法を基準としてなされる。しかし、判例法はつきつめれば裁判所の法発見に由来するものであり、裁判所に立法権を認めた

ものであることを留意しなければならない。現在、イギリス、アメリカにおいても議會は相當広い範圍で立法活動を行い成文法を制定している。その限りに於いて裁判所も議會の制定した法に準拠して裁判しなければならない。しかし、裁判所の任務は、元來事件の中からそこに行なわれるべき自然法を発見することであり、したがって制定法が自然法に反するとき、これを排除して裁判することができる（アメリカにおける裁判所の司法審査権⁽³⁵⁾）。また裁判により行政を行なうことも可能である。

2 立法との関係における裁判所の役割

立法機關がその役割を充分果たさないため、元來それらのなすべき仕事は裁判所にもちこまれるという例が、いずれの国においても最近では増加している。日本に例をとれば、たとえば国会議員の定数は正の問題などそれである。

国会議員選出のための各選挙区における議員の定数は、終戦後間もない時代に定められたものである。その後三〇年以上も経過した現在では、経済社会構造の変動に伴って、住民の都市への移動が激しく、選挙における一票の格差は次第に大きくなっている、憲法は、国民の法の下での平等を規定しているので（憲一四條）、一票の格差が著しい状態の下での選挙は憲法違反ということになり、現行法の下での選挙は無効という主張が裁判所においてなされ、さらにその際、裁判所に裁判による定数の是正を求めることもできるとする主張も見られるようになって⁽³⁶⁾いる。

前者の主張について裁判所が審理・判決できることについて疑いはない。裁判所は法に従って裁判しなければならないが、法律が憲法に違反するか否かの問題については、裁判所はこれを審査できるのであって（憲八一條）、立法と司法との間における抑制と均衡の良好な関係が見出される。後者の議員定数の是正を求める主張についてもアメリカの裁判所はこれを認めている⁽³⁷⁾。すなわち、裁判所は定数配分の不平等な選挙を無効とするだけでなく、判決により自

から選挙区割を決めるということもしている。⁽³⁸⁾ そのため、日本でも裁判所に対してこのような権限を認めて差し支えないのではないかという議論が展開されたのである。この主張は果して認められるだろうか。

アメリカの裁判は事件の中から法を発見することをその本質とする。立法も、行政も、英米法系諸国では法の発見に基づくものであり、「法の発見」という共通項により、裁判は時に立法、行政の性質をもつことができる。アメリカの裁判所が選挙区割を判決において定めることができるというのは、裁判の本質に反するものではない。しかし大陸法系諸国の規範出発型訴訟制度の下では、訴訟はそれ以前に法のあることを前提として組み立てられている。裁判によって立法に立ち入ることは、その本質に反するものとして許されない。

3 行政との関係における裁判所の役割

右と同様な関係は、行政との関係における裁判所の役割についても見出される。

最近二〇年代の間にアメリカでは、公立学校における人種差別撤廃を求める訴訟が多数提起されている。一九五〇年代の半ばまで、アメリカの公立学校の多くでは人種による別学が行なわれており、この人種差別について立法機関も行政機関も有効に対処しなかった。そこで黒人校の生徒側から、市の教育委員会を相手として人種差別のあったことを確認する宣言判決と、それを是正するインジャンクションを求める訴えが提起された。この訴えについて裁判所は当該事件において人種差別があり、憲法違反であることを宣言した上、教育委員会に対しては当該公立学校における黒人系生徒の比率が、地区の平均より一〇%を上廻らないよう生徒の通学区分を変更するよう命じ、また、市交通局に対しては、右の計画に応じ、生徒の通学のためのバスの運行を命じる判決を言い渡した。⁽³⁹⁾ これは元来、教育委員会等行政機関のなすべき事柄であり、大陸法系諸国では考えられないことである。アメリカでもこのような判決がで

きるか否かについて議論は別れたようであるが、それにも拘らずそれができたのは何故か。それはアメリカの裁判が事実の中から法を発見することをその本質とすることに由来している。人種差別撤廃という法を実現するためには現状が憲法違反であることを宣言するだけでは充分でなく、それを実現するよう行政機関に働きかけ、それが効を奏さないときは自ら判決でその措置を構こづけることができるのである。そこに行なわれるべき法の発見、実現のため、裁判所は行政の性質をもつ行為をすることもできるのである。

勿論、アメリカの裁判所が時に立法・行政の所管事項にふみこんだ裁判ができるのについては、裁判制度それ自身にそれを可能ならしめる要素を備えていることを忘れてはならない。一つはアドバサリー・システム (adversary system) であり、他はアメリカの裁判官が選挙によって選任され、裁判が民意を反映する制度になっている点である。アドバサリー・システムの下、訴訟進行のための資料の提出はすべて両当事者の責任とされており、訴訟における審理・判決が当事者の意思を越えて逸脱する心配がないこと、また、裁判官は選挙制により選任され、したがって選挙を通じて国民の批判を受ける地位におかれていることまた、裁判所がその政策を決定するのについて裁判所の友 (amicus curiae)、またスペシャル・マスター (special master) の制度があること等が重要である。大陸法系諸国でも、弁論主義が行なわれるが、それにもまして裁判所の職権活動が広く認められており、また、裁判官は任命制であって国民の批判をうけることはない。また裁判官は法律専門家であってそれぞれの問題の専門家ではない。以上のことと、裁判が規範出発型の構造の上に成立していることを考えると、ここでは、裁判に立法・行政の任務を負わせることはできない相談といわなければならない。

- (31) 中村「民事訴訟におけるローマ法理とゲルマン法理」民訴論集一卷二九頁および同所掲の文献参照。
- (32) 不明な法を明らかにする手続をヴァイストウム (Weistum) とし、Schwerin-Thieme, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 1950, S. 49.。共同体の構成員全員が集まり、議長が、法発見人に何が法であるかを質問する。法発見人の提案に参会者全員が賛成すると、それは「法」として宣告された(世良晃志郎「中世法の理念と現実」岩波講座世界史七中世I四一〇、四一一頁)。
- (33) 田中和夫・英米法概説〔再訂版〕九頁以下、五八頁以下等参照。
- (34) 事実出発型の訴訟制度である。大陸法系民事訴訟はこれと反対に規範から出発してこれをとらえており、法規範によって認められた権利・法律関係の存否を審査するのが訴訟だとする。そのため、その判断を裁判所の裁量に任せるような事件、たとえば財団法人の寄附行為の補充(民四〇条)に関する事件などは、本来の民事訴訟事件でないところから、これを非訟事件(Freiwillige Gerichtsbarkeit)と呼び、これを区別している。しかし、英米法系の事実出発型訴訟では、訴訟以前に法は存在せず、裁判はすべて事件の中から法を発見するものとしてとらえる。そのため、ここでは訴訟事件と非訟事件の区別をしない(中村「家庭事件裁判制度の比較法的考察」民訴論集五卷九八頁参照)。
- (35) 木下毅「アメリカの司法審査」講座憲法訴訟一卷四九頁以下等。
- (36) 田中英夫「定数配分不平等に対する司法的救済」英米法研究一二二頁以下。
- (37) たとえば、Swann v. Adams, 263 F. Supp. 225, 226-227 (S.D. Fla. 1967)。
- (38) この問題については、田中和夫「アメリカにおける議員定数の是正と裁判所」ジュリスト五三二号七八頁以下に詳しい。なお、田中英夫「前掲論文」二二二頁以下。
- (39) この事件について、裁判所は数次にわたり判決をしている。その詳細については、小林秀之・アメリカ民法七二頁以下参照。
- (40) アドバサリー・システムと密接な関係において、裁判所は、当事者がルールに従って訴訟行為をしているか監視する立場に立ち、訴訟に職権をもって介入することがないというのが、アメリカ民事訴訟の基本姿勢である。一九八三年、アメリカ連邦地裁判規則は、その規定を改正して裁判官の職権を著しく強化したが、これは、これまでの当事者中心の訴訟進行による

無駄な審理手続を除去するためのものといふことができる。しかし、なお規定の運用次第によっては、裁判官により積極的な機能を認めることにもなりうる。今後、この規定がどのように運用されるか、興味のもたれるところである。

四　む　す　び

前段までに考察してきたところが、民事訴訟の基本に関する問題についての大陸法系（ローマ法系）民事訴訟と英米法系（ゲルマン法系）民事訴訟との対比である。

ローマ法においては、訴訟以前にアクチオ（規範）が存在し、このアクチオの認める権利の存否について判断するのが訴訟であった。一方、ゲルマン法においては訴訟以前に法は存在せず、事件の中から法を発見するのが裁判であった。この対蹠的な「規範出發型」と「事実出發型」の思考はそのまま現代の大陸法系、英米法系の民事訴訟制度に伝えられ、それぞれその法系の特色をなしているといふことができる。

古代のローマ法、ゲルマン法から現代の大陸法、英米法に至る長い歴史の間には、それらはいずれも大きく変貌している。にも拘らず右の基本的性格がそのまま維持されたのは、ローマ法についてはそれが注釈法学派、後期注釈法学派によって中世において再興して以来、主として大学において学者の手により研究の対象とされ、学者法として発展したこと、そしてゲルマン法は、イギリスに渡ってから主として裁判所において実務家の手によって扱われ、実務のための法として発展したことをあげなければならない。⁽⁴⁾前者、大陸法は学者法として、事実から離れた抽象的規範の体系として生長したのであり（それは一九世紀末、パンデクテン・システムの実体法体系として結実する）、訴訟は常に

この抽象的な規範から出発して考えられた。一方、英米法は実務家（裁判官・弁護士）によって扱われたため、法は紛争解決のための実務的なものとして発展したのであり、そこでの訴訟は常に事件から出発して考えられたのである。

注意しなければならないのは、この二つの制度とそれをめぐる理論が、相対立する二つの極の関係にある「規範」と「事実」という要素から出発して構成されているので、互に他にない優れた面とまた同時に劣った面をもっており、しかも一方において優れた面は、他方においては劣った面になるという関係があることである。訴訟対象、訴訟当事者、証明などをめぐる個別の問題における有利な面と不利な面については、それぞれの項で考察したとおりである。この二つの制度のいずれが優れているか断定することは困難である。訴訟制度とその理論は長い歴史の間に生成発展したものであり、そこで行なわれる実体法体系、またその背後にある文化的・社会的基盤とも深く結びついている。規範出発型訴訟と事実出発型訴訟は、それぞれその社会において一貫した合理性をもって存在しているということができる。

ただ、ごく大づかみにこの二つの制度を比較してみると、規範出発型訴訟は、実体法に規定のある日常多発する通常の事件の取扱いについては極めて明快で優れているが、実体法に規定のないいわゆる現代型訴訟の対処には不十分な面があり、また、逆に、事実出発型訴訟では、現代型訴訟については具体的妥当な対応が容易であるが、日常型の事件の対応は、やや個別決定的であり統一性に欠ける面があるという点を指摘することができよう。

このように、大陸法系民事訴訟と英米法系民事訴訟は互に他にない優れた面をもっているので、現代の学説・判例は、それぞれ他の法系の制度と理論における優れた点を己れの理論の中にとり入れることを試みている。近年、わが国の民事訴訟法学の分野で説かれた新しい学説の多くは、論者が意識したか否かは別として、アメリカ法にその範

型を見出すことができるものである。⁽⁴²⁾ 規範出發型訴訟と事実出發型訴訟はその性格を異にするが、全く異なった二つの制度というわけではなく、同じ民事訴訟制度として互に他の欠を補充して然るべき関係にある。大陸法系の学者が、英米法系の理論の導入をはかることは、それ自体適切かつ必要なものといえることができる。ただ、現在の学説の多くは、英米法系の訴訟制度とわが国の訴訟制度が、前段までに考察してきたように、それぞれ発想の出発点を異にするものであり、訴訟制度全体として本質的に異なった性質のものであることについて充分な認識がない。そのため、英米法系の民事訴訟理論を導入するのに当たっても、それが大陸法系の民事訴訟にない優れた面をもつことに目を奪われ、わが国の現行民事訴訟制度と相容れない議論を展開している。これらの学説が民事訴訟法学に新たな問題を提示し、将来の展開のための刺激を与えたことには意義が認められる。しかし、現行法からかけ離れたところで展開される理論は、理論としての理論にとどまり、訴訟法学としての意義を失うものと評しなければならない。

民事訴訟制度は歴史の所産である。大陸法系に属するわが民事訴訟制度の下では、その理論は、基本的に規範出發型の理論でなければならない。その欠けた部分を補充するものとして英米法系の、事実出發型の制度と理論を導入することは試みられて然るべきである。ただ、それを基本である規範出發型の理論とどのように組み合わせ、どの程度、どのように導入するかが問題であり、⁽⁴³⁾これが当面の民事訴訟法学の課題である。

(41) 中村「民事訴訟における制度と理論の法系的考察」民訴論集五卷二二頁参照。

(42) 訴訟対象、訴訟当事者、証拠をめぐる論文など、枚挙にいとまがない。なお、英米法系の民事訴訟学の中にも、ドイツ民事訴訟学の影響をうけたとみられる論文も見出されるのであり（中村「前掲論文」八二頁）、両者は、互に接近しているとい

うことが出来る。

(43) この問題につき、中村「前掲論文」八三頁以下参照。

あとがき

本稿は、昭和六三年五月一〇日、早稲田大学比較法研究所創立三〇周年記念講演会において、筆者が行なった講演を敷衍したものである。なお、ほぼ同じ内容の独文の論文として、つぎのものがある。Prof. Hideo Nakamura, Die zwei Typen des Zivilprozesses — Der Zivilprozeß in Kontinentalen und anglo-amerikanischen Rechtskreis, Recht in Ost und West — Festschrift zum 30-jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung an der Waseda Universität, Tokyo, 1988.