

ける民事訴訟法研究の一助ともなれば幸である。

## 一 積極的裁判官——管理的裁判官

——アメリカ及びドイツ民事訴訟における裁判官の権限に関して——

### ペーター・ゴットヴァルト

アメリカ、西ドイツそして日本の民事訴訟は、原則的に、<sup>(1)</sup> 事実的訴訟資料の調達については当事者が責任を負うということを前提としている。しかし、それぞれの民事訴訟は、訴訟資料を収集し、整理するために、裁判官がどの程度まで実質的な訴訟指揮権を与えられ、補充的に行動しうるか、またしなければならぬかという点においてかなりの相違をみせている。

ドイツの民事訴訟においては、当事者の権限があまりにも限定的であるため、それを調整するものとして、資料収集に際しての裁判官の権限は絶えず拡大されてきた。<sup>(2)</sup> 時折りみら

れる裁判官の「行動の行き過ぎ (Überaktivitäten)」は、誰が實際上、訴訟を進行するのか、裁判官なのかそれとも弁護士なのか、<sup>(3)</sup> ということについての徹底的な議論を引き起こした。その議論の経過の中で、一部では、積極的な裁判官に対する強い疑いが明らかにされた。裁判官の積極的行動を批判する者は、裁判官はその行動をもっと控え目にすることを主張し、そして、それに代わって、当事者及びその代理人が裁判手続の結果に自己責任を有することを強調した。これと相応じて、当事者の訴訟追行義務の意義と範囲<sup>(4)</sup> についても疑いがもたれ、弁論主義に依拠する権利保護の保障が再び強く主張され、<sup>(5)</sup>

また、裁判官の指摘義務については控へ目に取り扱うことが支持されている<sup>(6)</sup>。

アメリカ合衆国の訴訟法で、手続過程において、裁判官が当事者の申立てなしに積極的に行動するようになったのは、比較的最近のことである。約二五年前には、まだ、プレトリアル手続の裁判官による積極的形成の問題は存在しないものと答えられていた。裁判官の役割をこのように消極的に解する理由としては、アドバサリ―原則と裁判官の中立義務が挙げられていた。さらにはコモン・ロー訴訟の構造もまた、原則的には、裁判所が、言うに値するような積極的役割を手続において果たすには、あまり適したものとはいえない<sup>(8)</sup>。それゆえ、近年、アメリカにおいて、「管理的裁判(manageial judging)」という明確な傾向を追証できることへの驚きは大きいのである。アメリカにおいてこのような傾向が生じる原因が――まさにドイツとは逆に――おそらく、訴訟資料収集に際して、当事者の権限があまりにも広範になったという点にあるのは明白である<sup>(10)</sup>。

## 一

手続を規律するという裁判所の「本来の権能(inherent power)」から、アメリカの裁判官の多くは、前々から、形式

的及び実質的訴訟指揮権を引き出してきた。州地裁の多くは、この点につき、連邦民事訴訟規則八三条の授權に基づき、州規則を發布してきた<sup>(11)</sup>。一九六四年の効率的プレトリアル訴訟に関する手引書は、すでに、積極的でよく訴訟の準備をしている裁判官は、効率的プレトリアル手続が行われるための「最も重要な存在」であるということを強調していた。それでもやはり、注目に値するのは、「行動的裁判官(Active)」という本質的要請が、長期間に及ぶ調査と審議の後、警告の声があったにもかかわらず、一九八三年八月一日の連邦民事訴訟規則改正法により、一般的に義務づけられるものとして、達成され得たということである。裁判官に付与されたこれらの新たな権限は、総じて、訴訟における適正な弁論及び訴訟の処理を確保することを考慮したものであり、それゆえ第一次的には、裁判官の実質的な訴訟指揮に關連している<sup>(15)</sup>。

裁判官による訴訟指揮に関しては、伝統的には、英米法の手続理論におけるよりも、むしろドイツ法の手続理論において議論されていた<sup>(16)</sup>。純粹なアドバサリ―原則を適用することから導き出されるのは、裁判所はトリアルまで書面の消極的な供託所にすぎないということ、裁判官によるいかなる訴訟指揮も行われないということ、そして特に裁判官は、証拠

調べのために訴訟資料を事前に審査し、保全もしないということであった。裁判官の積極的活動のすべてが、自由主義的訴訟のこうした原則を不適法に侵害するものとされていたのである。今日でもまた、(通常、弁護士は行動を補完するにすぎないとされる) 裁判官の権限を強化することを擁護することを、糾問主義的、当局よりの思想の表現として主張し、それに対して、純粹な、変造されてない当事者主義的訴訟を、高度の民主主義的伝統と正統性をもった、市民のための手続として主張することが非常によく行われている。<sup>(18)</sup> そのような歴史的関係は、確かに否定することはできない。しかし、この関係を今日の分析及び評価の基準とすること、そしてそこから性急な結論を引き出し、裁判官の積極的行動を一般に否定することは警戒されなければならない。<sup>(19)</sup> むしろ、裁判官の消極性は、以下の限りでのみ有用にすぎないのである。つまり、「裁判所の前に裁判を求める市民の列がなく、弁護士の法廷闘争が、その職務規定、すなわち弁護士の実際上の協働をねらいとし、関係人がそれを拘束的な「競技規則」としてそれに従うような職務規定によって、実務上制限される限りにおいてである。<sup>(20)</sup> このような条件を充足することが少なければ少ないほど、ますます、裁判官は、スポーツにおける審判のように一関係人に「フェア・プレー」をすることを勧め

るという要請が高くなるのである。それゆえ、アメリカの法改正の動因となったのは、特に、連邦裁判所で事件の取扱件数が著しく増加したことと、デイスカバリーの濫用について絶えず不平が唱えられていたということであった。同時に、手続の処理を促進し、費用を軽減することも望まれた。<sup>(21)</sup>

## 二

より詳細にみれば、アメリカの連邦裁判官が一九七五年七月一日の連邦証拠規則により有した諸権限は、すでに、アドバサリー原則ないし純粹な弁論主義に決して合致するものではなかった。連邦証拠規則六一四条(a)によれば、地裁判事は、「職権または当事者の申立てにより (on its own motion or at the suggestion of a party)」、証人を召喚することができ、証人が裁判所によって召喚されたか、一方当事者によって召喚されたかに関係なく、証人自身を尋問することができるのである(連邦証拠規則六一四条(b))。<sup>(24)</sup> 裁判所が実務上ほとんど職権によって活動しないことは、その授權についてもなんなら変わりはない。こうした授權は、オーストリア法(ÖZPO 一八三条一項四号)とは比較できるが、しかし、ドイツ法(ZPO 三三七三条)とは比較できない。ドイツ法では、裁判所は、通常の民事訴訟においては、例外なく当事者の一方

による証拠申立てに拘束されるのである。<sup>(26)</sup> 多くの人々が、このことを時代錯誤と考えているのはもちろんである。<sup>(27)</sup> しかし、そのほかに存在する職権による証拠調べの可能性は、もっぱら当事者支配という一般原則の例外として認識されており、実務においても、むしろ限定的に取り扱われている。<sup>(28)</sup>

アメリカの地裁判事は、また他の証拠方法をも当事者の申立てなしに利用することができる。さらにアメリカの地裁判事は、鑑定人を職権または申立てによって任命することもできる。なるほど、裁判所は、当事者と一致してその指定した鑑定人を任命すべきであるが、しかし、裁判所は独自に鑑定人を選定することもでき、理由を付した決定を下すことによって職権でその任命を拒否することもできるのである（連邦証拠規則七〇六条(a)）。この権限もまた実務上は利用されてなく、しかもこのような権限があることを知らない場合がしばしばのである。<sup>(29)</sup> しかし、この権限は、純法律的には、ドイツ法とほとんど相違はない（ZPO四〇四条参照）。アメリカの地裁判事はまた、検証または文書の提出を、たとえドイツの裁判官がZPO一四四条による授權によってそれを命じる場合よりは、利用することがまれであることが明らかであるとしても、慣習法により、職権によって命じることができ<sup>(30)</sup>るのである。<sup>(31)</sup> これらの規定は、まさに、ドイツにおける当

局的、準糾問主義的手続に対立するモン・ロー手続における完全な当事者自由という観念は、現実的なものではなく、むしろ願望的なものである、ということを示している。

### 三

裁判官の訴訟指揮権のこうした強化傾向は、公共訴訟<sup>(32)</sup>と巨大訴訟<sup>(33)</sup>を出発点としている。これらの訴訟は、ドイツ的理解によれば、ほとんどが行政事件に属するものである。しかも、この傾向は、そこから通常の民事訴訟にも広がってきた。それゆえ、裁判官からの強い要請に基づき、一九八三年の改正法は、プレトリアル手続における裁判官の事件管理権（case management）を強化し、そしてより厳密に規定するという明確な目標を達成したのである。<sup>(35)</sup>

一 それと相応して、改正法は、以前から許容されているプレトリアル・カンファレンスの内容と目的を、著しく詳細に規定した。改正された諸規則は、表面的には、裁判所は一回または数回のプレトリアル・カンファレンスを独自の裁量に従って開催できるということを規定するにすぎない。このプレトリアル・カンファレンスで、裁判官が、弁護士、または代理人のついてない当事者と協議することは、以下のことに役立つとされる。すなわち、(1)事件処理の促進、(2)事

件の処理を時間的に遅延させないための、早期かつ継続的な裁判所によるコントロールの実施、(3)無駄なトライアルの防止、(4)徹底した訴訟の準備を通じてのトライアルの質の改善、(5)事件の和解による解決を容易にすることである(連邦民訴規則一六条(a))。そして、この中でも今やプレトライアル・カンファレンスでの和解締結の促進についてはつきりと言及することは、特に重要なことである。特定の訴えの方法が地裁規則によって認められていない限りで、裁判官(または地裁規則によって授權された司法補助官—Magistrate)は、当事者を審尋した後、スケジュール命令(Scheduling Order)を発すべきことになっている。すなわち、この命令で、(1)他の当事者の引き入れとブリーディングの修正の期日、(2)申立ての提出と討議の期日、<sup>35)</sup>及び、(3)デイスカバリ―手続の終了に関する期日を定めることにより、手続計画を立てることになっている。この命令では、なお、(4)今後の協議期日、プレトライアル・カンファレンスの終了期日、そしてトライアル自体の期日を定めること、さらに、(5)それが個々の事件の状況に即して適切と思われる限りで、他の点についても規律することができる。この命令は、訴状提出後一二〇日以内に出されなければならない、また、正当な理由がある場合にのみ変更することができる。

連邦民訴規則一六条(c)によれば、プレトライアル・カンファレンスの参加者は、以下の点を協議することができる、またそのために適切な措置を講ずることができる。すなわち、彼らは、(1)争訟問題をより詳細に明確化し、そして簡素化すること、特に軽率な訴えまたは防御方法を排除すること、(2)必要な、または望ましい方法で訴答書面を修正すること、(3)必要な証拠調べを回避するために、事実または文書の内容を自白し、文書の真正で一致すること。裁判所は、あらかじめ、証拠方法の許否について決定できる。(4) unnecessary 証拠調べ及び余分な証拠方法をどのようにしたら避けられるかを協議し、(5)証人及び書証を確認すること。つまり、プレトライアル手続での書面(すなわち、法律文書の提出及び交換についての必要性と日程を協議し、かつその後の討議及びトライアルについての一回または複数の期日を定めること、(6)司法補助官または裁判官補助官(Master)に個々の業務を委ねること、(7)和解による訴訟の処理あるいは紛争解決のための裁判外の手続の利用可能性、(8)プレトライアル命令の形式と内容、(9)係属中の手続での様々な申立ての処理を協議すること、(10)複雑な訴訟または長期にわたる訴訟、つまり、複雑な争点、多数当事者を伴う手続、困難な法律上の問題あるいは通常でない証拠調べを内容とする訴訟を解決するために、特別の手

続方法が必要かを協議すること、そして、(1)訴訟を処理するのに役立ちうるようなその他の事項を取り入れることができる。ここでリストアップしたものにより、裁判所は手続についてより良い計画を立て、より良い訴訟指揮をすることを奨励されている。というのは、裁判官による手続のコントロールを強化することは、プレトリアル手続の間、事件の調査及び処理を促進し、かつ関係人に時間と費用を節約させるからである。<sup>36)</sup>この規定により、裁判所は事件について当事者及び弁護士と討論することができる。裁判官に期待されているのは、個々の争点または法律上の問題点の限定、及び処理に関してのあらゆる可能性について、全体にわたってその影響を及ぼし、そして争いとなっている問題点を明確にすることを補助するということである。<sup>37)</sup>しかし、裁判官は、当事者に訴訟の簡素化を強制することはできないし、またプレトリアル・カンファレンスの枠内では証拠調べはできない。<sup>38)</sup>いづれにせよ、この規定から明らかとなるのは、裁判所はトリアルを時間的に計画するだけでなく、プレトリアル手続の包括的で実質的な指揮をなすべきであるという点である。

違反があった場合の制裁として、連邦民訴規則二六条(f)は、次のことを規定している。つまり、一方当事者または一方の

弁護士がスケジュール命令ないしプレトリアル命令に従わない場合、またはスケジュール協議ないしプレトリアル協議に出席しない場合、そしてまたその協議に準備もせず参加したり、あるいは誠意をもって (in good faith) 参加していない場合には、裁判官は、当事者の申立てもしくは職権によって、当該当事者の攻撃防御方法を排除し、また新たな証拠方法の提出を排除することができる(三七条(b)(2)(B))。また、違反が著しく極端な場合には、訴答を全部取り消すことができ、その請求を(根拠のないものとして)棄却することもでき、また、欠席判決を命じることもでき(三七条(b)(2)(C))、さらには、協力が無いことを裁判所侮辱として罰することもできる(三七条(a)(2)(D))。これに代わって、また補充的に、裁判官は、違反が事後的に実質的に理由があり、また他の理由から費用制裁が不当と認められない限りでは、当事者またはその弁護士ないしその両者に、弁護士費用を含めた、違反によって生じた相当額の費用の支払いを相手方に課さねばならない。争点を明確にし、争訟を和解によって解決し、そしてその後の手続進行を定めるために、<sup>39)</sup>裁判所が積極的に関与する、「通常の商取引におけると同様の」<sup>40)</sup>「広範囲に形式にとらわれない弁論は、比較法的に見た場合、「典型的なドイツ式」といえる。アメリカではプレトリアル手続において、すべて

の事件の九〇%以上が、通常、和解、訴えの取下げ、または（不適法ないし根拠のないことを理由とした）訴えの却下によって終了するので、事前手続において裁判官の権限をこのように強化することは、陪審をとまなうトライアルにおいて純粹なアドバサリー原則を継続的に適用すること以上に、きわめて広範囲に及び、そして結局、より重大な意義を有している。<sup>(4)</sup>プレトライアル手続を指揮する裁判官の権限の強化は、それゆえ、間違いなく近年における最も重大な手続改正であった。

二 裁判官の訴訟指揮権は、デイスカバリーの濫用に対して従来よりも強い対応措置をすることができるという権限によつて、同時に強化されている。またこのような改正は、大型の手続では特に効果を發揮している。というのは、事件の半数以上において、そもそもデイスカバリー手続は行われていないからである。<sup>(5)</sup>

とはいふものの、一九八三年の改正法は、デイスカバリー要請の範囲を、多くの助言に反して、事実上争われている問題の解明に限定したのではなく、<sup>(6)</sup>デイスカバリーの諸権限を間接的に制限したにすぎない。連邦民訴規則二六条(b)(1)第二項によれば、裁判所は、職権で、適切な制裁を課することによりまたは当事者の申立てにより、デイスカバリーの回数な

いし範囲を制限することができるのである。このような処分は、以下のことを目的としてなすことができる。すなわち、(1)二重または数回に及ぶ尋問を禁じるため、また、別の方法による、より都合良く、あまり負担もかからず、またより少ない費用でできる（事案の）解明のため、(2)手続においてデイスカバリーを要求する当事者が既に十分その機会を有していたような場合に、断固たる対応措置をとるため、または、(3)個々の事件の特殊性、訴額、当事者に限られた手段しかないこと、及びその争訟にとって争いとなつて問題の意義を考慮すると、要求された事案の解明が不当に負担となるか、またはより高い費用を必要とする場合に、対応措置をとるためである。この権限は、連邦民訴規則二六条(c)の申立てによる保護命令を発する権限ほど広くはない。しかし、實際上、この両権限は至るところで一致している。新連邦民訴規則二六条(b)によれば、いずれにせよ、裁判所は、従来よりもより積極的にデイスカバリー手続に関与し、かつデイスカバリーの濫用や行き過ぎに、より厳しく対処することが期待されている。<sup>(7)</sup>

この目的のために、裁判所は、すでに一九八〇年に導入された連邦民訴規則二六条(f)に基づき、当事者の弁護士とデイスカバリー・カンファレンスを開催することができ、そして、

一方がこのことを申請してきた時には、デイスカバリー・カンファレンスを開催しなければならないのである。この協議の後、裁判所は、次のような命令を発しなければならない。すなわち、その命令において、デイスカバリー手続で争いとなる問題が暫定的に記録され、そしてデイスカバリー手続の進行のための内容的かつ時間的計画が定められる。デイスカバリーにより明らかにされる問題を、すでに早期のプレトリアル・カンファレンスにおいて討議するという「積極的な」裁判所の慣行を、この新たな授權によつて制限すべきではない。それゆえ、裁判所は、その独自の裁量によつてデイスカバリー・カンファレンスをプレトリアル・カンファレンスと併合させることができるのである。<sup>(46)</sup>

三 プレトリアル手続の引き締めのために、一九八三年の改正法は、同時に、事前手続の準備と実行に際しての当事者の義務を拡大し、そして裁判所にはその違反を処罰する権限を認めた。法技術的には、適切な間接的な方法で、当事者の義務を尖鋭化することが行われたのである。すでに従来から連邦規則は、署名されてない申立てを、訴訟資料から最終的に削除するという裁判所の権限を規定していた。この点についても、今や一九八三年の新規定は考えに入れてゐる。新規定によれば、裁判所は、署名がなく、そしてその署名がすぐ

に補完されない場合には、署名のない訴答書面、申立て、デイスカバリーの要請またはそれに対する異議ないし当事者のその他の文書を削除することができる。署名でもつて、弁護士（または当事者）は、彼がその文書を読んだということ、その文書は最良の知識と良心及び適切な調査によつて記したものであるということ、その文書は事実上の観点において、十分な調査を経て記されたものであるということ、既存の法に合致していること、またその拡張ないし変更の適切な理由が存在することを証明しているのであり、そして、以下のような不当な目的のため、つまり、特に相手方に煩わしい思いをさせるため、もしくは事件を不必要に遅らせるため、また手続費用を無用に高くするために申立てがなされたものではないということ、を証明しているのである。裁判所が、このような保障が違反されたという確信に達した場合には、申立てもしくは職権により、制裁を課することができる。しかも、署名者、代理されてる当事者またはその両者に対して制裁を課することができる。裁判所は、なかならず、問題のある文書の提出によつて生じる弁護士費用を含めた費用を、他方当事者に負わせることができる（連邦民訴規則一一一条第七文、一六条(f)、二六条(f)第二項）。この規定はまた、警告的に作用し、それによつて手続の濫用を当初から防止することをね



ら<sup>47)</sup>いと<sup>48)</sup>する。

これらの措置すべては、結局、一つのまとまったものと考えねばならない。それゆえ、諮問委員会は、その答申で、繰り返し以下のことを強調している。すなわち、裁判所制度の効果的運営のために裁判所の責任は強化されるべきだということである。同時に、諮問委員会は、無駄なプレトリアル・カンファレンスが単に儀式化することに反対して、以下のことを強調している。すなわち、裁判官が、すでに手続の早期の段階で補助的に介入し、手続過程をコントロールし、そして当事者によるプレトリアル手続の重要な段階の終結のためのスケジュール計画を定めるときには、多くの事件がより迅速にかつ公正に和解により解決され、または効率的なトライアルに導かれる、と。もちろん、この新规定すべてが強制的ものではない。それゆえ、その効果は、裁判官が積極的に事案に携わり、弁護士に事実上の限界を示すことをその前提としている。

四 最後に、一九八三年の改正法は、また新たに、裁判所は、特に難しい事件においてはスペシヤル・マスター (special master) を任命することができるということも規定している。<sup>49)</sup> このスペシヤル・マスターに、裁判所は特に、特別争われている問題についての報告、または証拠の取り調べ、

そしてそれについての報告を委任できる。証拠の調査に関しては、スペシヤル・マスターは当該手続を規律する権限を有している。スペシヤル・マスターは、すべて書面による証拠方法、特に書籍、業務上の書類、証券、証書及びその他の書面を、提出させることができる。スペシヤル・マスターは、証人を宣誓させ、そして証人を自ら尋問することができる、また両当事者を召喚し、宣誓のもと尋問することができる(連邦民訴規則五三条(c)第三・四文)。このような広範な権限を有する「裁判官補助者」を加えたことは、アドバサリ制度へ影響を及ぼすことになる。<sup>50)</sup> ラングバインは、ここからまた、事実関係確定手続についての裁判官の指揮権が発展するということが考えられるといっている。<sup>51)</sup>

#### 四

一 一九八三年の連邦民訴規則改正法から、アメリカのプレトリアル手続における裁判官の包括的な訴訟指揮権はすでに一般的に通常のものとなっている、ということを導き出すことはできない。一つには、連邦規則は連邦裁判所だけに適用されるにすぎないからである。さらにまた、裁判官の實質的な訴訟指揮の諸権限は、たとえ調査結果によって、裁判官はますます「積極的な管理者 (active manager)」として

活動するつもりであり、そして弁護士は、裁判官をおおむね濫用的行為をなす相手方に対する好都合な援助者と考えていることが明らかにされようとも、例外なく任意的な性質のものだからである。<sup>52)</sup>確かに、諮問委員会は裁判官に対して、新たな権限を強く利用し、そして「無制限の討論から生じる遅延」と戦うことを勧告している。連邦規則は、裁判官に対して確かに種々の権限を付与している、しかし、わずかな点についてしか拘束力のある義務を課していないので、個々の地裁判事が、プレトリアル手続において積極的に行動するか否か、またどの程度までそのようにするかは、今後、おおむねその個々の地裁判事の裁量にまかされている。さらにまた、地裁は、裁判所規則によって標準的事例の多くを、強化された裁判官の訴訟指揮の範囲から再び解き放つことは自由である。したがって、裁判官の訴訟指揮は、今後、個々の裁判官の個人的な流儀に、または地裁判事の多数決に委ねられていくことになる。

こうしたアメリカの実務をドイツの実務と比べてみると、このような観察は、たとえ、いくら違った平面のものだとしても、結局ドイツにも妥当する。裁判所の義務は、ZPO 一三九条、二七三条によれば、当事者に対しその陳述の曖昧な点並びに不完全な点を指摘し、そしてそれらの点を両当事

者と討論することである。どの程度裁判所が、それに対して指示を与えるか、そしてZPO 二七三条二項、二五七条以下による実質的訴訟指揮のどういった具体的な措置を裁判所が行うかは、ドイツにおいてもまた裁判官の裁量に委ねられている（裁判所は「……できる (kann)」と規定されている）。それゆえ、ドイツにおいても、実務では、依然として積極的な裁判官と消極的な裁判官とは区別することができる。多くの学者はこのことを批判する。彼らは、裁判官の指摘権は指摘義務の裏返しにすぎないであろうと考えている。<sup>53)</sup>しかし、裁判官の権限に関する法律は、一定の弁論スタイルを決めることも、その可能性もなく、弁論の積極的な準備及び指揮を要求するので、実務では、裁判官の指摘義務と実質的訴訟指揮の範囲は、ひっくり返めて著しく多様に取り扱われ、また、上告裁判所も、明白な濫用がある場合にのみ、判決を破棄できるということは、否定できない。

裁判官の積極性に対しては、アメリカでもドイツでも次のような反対論が唱えられている。すなわち、「裁判官の積極性によって、当事者に対する必要な手続保障が損なわれるかもしれない」、「積極的裁判官は先入観を持っている」、「積極的裁判官は、非常に早く結論を出し、別の可能性を追求しない」、また「自ら問い、そして指摘することにより弁護士の過誤の

作用を限定しまたは回避する裁判官は、事実上中立ではない<sup>(55)</sup>といった反対論である。また慎重、中立、公正は裁判官の権限と迅速性の犠牲とされるであろうとの批判、すなわち、裁判官は目隠しと天秤を取り除き、そして刀剣のみを用いようとするであろうとの批判も挙げられている。

しかし、これらの批判者は、もちろん次のことを明確に解き明かすことはできない。すなわち、なぜ裁判官の完全な無知または世事にうといことが、効率の良い権利追求を保障するために良い手段となりうるのか、または訴訟上の濫用に対する厳格な「手段」を発展させるが、しかし、その濫用を犯す前の「外科医」に目隠しすることがいかなる意味を持つことになるかということである。<sup>(57)</sup>高尚な抑制は、確かに、裁判所の美德となりうる。しかしながら、それが単に不十分な訴訟の準備に起因しうるのもよくあることであろう。というのは、訴訟の流れを真剣に促進しようとする裁判官は、弁論を開始し、弁護士が議論しようとすることを待つことができるだけでなく、事件のあらゆる面を事前に書面の状況から自主的に熟考し、そして代替的な解決策を用意しなければならぬいからである。この点での裁判官の積極性は、当然裁判官の活動上の負担を大きくする、<sup>(58)</sup>しかし、それにもかかわらず、同時に時間を節約するならば、またその限りにおいて、より

多くの、そしてより迅速な処理を結果として引き起こすのである。なんとすれば、無駄な議論、不必要な証拠調べ、そして遅延がなくなり、ひいては訴訟の空転が回避されるからである。このことから結論として引き出されるのは、積極的であつ中立的な裁判官に対する要求は、当事者によって支配された弁論の聞き手にすぎない消極的裁判官に対するものよりは、著しくもとめることが多いことである。<sup>(59)</sup>それゆえ、有意義に行使される裁判官の積極性は、単に命令によって規定されるだけではなく、その裁判官の積極性が自明かつ効果的な裁判官の行動様式となるならば、他の裁判官に説得力ある模範として示され、教えられ、そして習得されねばならないのである。<sup>(60)</sup>

二 大陸法と英米法を比較した場合、しばしばその同一の政治的かつ経済的状況から、この両法圏の接近を予言する傾向がみられる。<sup>(61)</sup>アメリカ憲法修正七条がモン・ロー手続に関する陪審審理を規定し、そしてイギリスでは高等法院の面前でのソリスターとバリスターの役割分担が存在する限りでは、このような統一化にはもちろん大きな限界がある。しかし、プレトリアル手続に関する連邦裁判所でのアメリカの訴訟は、大陸型の事実関係調査へ次第に接近する傾向にあることを示している。<sup>(62)</sup>かりに積極的裁判官がまだ「アドバサリ

「理論」を破壊して排除しなかったとしても、口頭弁論前の処理は、すでに受動的裁判官モデルとの、ひいてはコモン・ロー手続の数百年の伝統との関係を断っているということとは明白かつ意識的なことである。<sup>(64)</sup> 当事者主義訴訟の虜となっている裁判官は、いづれにせよ、もはやアメリカ連邦裁判所の裁判官ではない。結局、これらの傾向が示すのは、「裁判のスポーツ理論」による純粹に自由主義的裁判手続は、今日もはや、裁判の真实性と正当性を同時に探究した場合には、有効な権利保護のための決定的理念ではないということである。司法維持手段が不足し、そしてすでにその遅延が法の拒絶への第一歩であることが認められるならば、<sup>(65)</sup> 裁判官の消極性は裁判官の見識というよりは気弱さ並びに無関心の徴候とみなされることになる。したがって、「弁論主義」と「アドバサリー原則」<sup>(66)</sup>との比較は、実際に示唆に富むことははっきりしているが、しかし、それはまたその純粹なモデルが現実において十分に機能していないことも明らかにしている。それゆえ、解決策は、「何物にも勝る弁論主義」<sup>(67)</sup>と「管理」というバラ色の新世界」でありえない。行動する、つまり訴訟促進義務を負う当事者（弁護士）とそれを補充する裁判官との「役割分担」というドイツの解決策が、手続を重要なものに限定し、そして実体に即した結果を獲得するのにいずれ

にせよ用いられるのである。<sup>(68)</sup> どの国においても、確かにその独自の問題に応じてその答えを中庸に求めようとする。いづれにせよ、ドイツの見地からすれば、現在のところアメリカの訴訟モデルならびにその配慮を羨む動機はない。

(1) K. Yanakido, Die Struktur der Verhandlungsmaxime, in: Baumgärtel (Hrsg.), Grundprobleme des Zivilprozessrechts (Japanisches Recht, Bd.1) 1976, 215-238; Nakamura, Einführung in das japanische Zivilprozessrecht (Japanisches Recht, Bd.4) 1978, 1. 4; ders. ZZP 84 (1971), 74, 88. 参照。

(2) R. Stürner, Parteilichkeiten bei der Sachverhaltsaufklärung, ZZP 98 (1985), 237, 255; ders., Gründe und Ursachen des Problems der Ineffizienz von Gerichtsverfahren, in: P. Gilles, Effiziente Rechtsverfolgung, 1987, S. 1. 10-12; 時期 6 月号 S. Jacoby, Das Erforschungsverfahren im amerikanischen Zivilprozess, Vorschläge für eine Reform der ZPO, ZZP 74 (1961), 145, 160-165. 参照。

(3) Birk, Wer führt den Zivilprozess?, NJW 1985, 1489; Brehm, Arbeitsteilung zwischen Gericht und Anwalt, Anwaltsblatt 1983, 193; Herr, Wer führt den Zivilpro-

zeß; DRIZ 1985, 349. 参照°

- (4) D. Leipold, Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZZP 93 (1980), 237, insb. 262-265.

- (5) Leipold, Zivilprozeß und Ideologie, JZ 1982, 441; W. Brehm, Bindung des Richters an den Parteivortrag und die Grenzen freier Verhandlungswirtdigung, 1982 (1) 5 堀下 聖子 法学雑誌 133 (1983), 201; H. Pritting, Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, NJW 1980, 361, 362f.

- (6) R. Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozeß, 1982; 1) 堀下 聖子 法学雑誌 133 (1983), 201; E. Peters, Richt-  
terliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, 1983; E. Schmidt, Die Verhandlungsmax-  
ime als Methodenproblem, Demokratie und Recht 12 (1984), 24-38; M. Vollkommer, Dis Stellung des  
Anwalts im Zivilprozeß, 1984, 50-53. 参照°

- (7) Jolowicz, The active role of the court in civil litigation, General Report to the 9th International Congress of Comparative Law (Teheran 1974), 1975, 239.

- (8) Jolowicz (Fn 7) p. 248. 一キニベシホズミ聞ニツザ  
O. Hartweg, Die Arbeitsteilung zwischen Anwälten und Richtern, ZZP 96 (1983), 37, 49-67; P. Schaaff,

Discovery und andere Mittel der Sachverhaltsaufklärung im englischen Pre-Trial-Verfahren, 1983. 参照°  
トハハベキニハキミナシク「審判官職手続」に照ニツザ  
P. Efthymios, Les pouvoirs d'office du juge dans la procédure civile française et dans la procédure civile  
grecque, Rev. int. dr. comp. 3-1987, 705-720. 参照°

- (9) J. Resnik, Managerial Judges, 96 Harv.L.Rev. 376 (1982); St. Flanders, Case Management and Court Management in United States District Courts, Federal Judicial Center, 1977; Schwarzer, Managing Civil Litigation: The Trial Judges Role, 61 Judicature 400 (1978); Brazil, The Adversary Character of Civil Discovery, 31 Vanderbilt L. Rev. 1295 (1978); ders., Improving Judicial Controls over Pre-Trial Development of Civil Actions, 4 Am. Bar Foundation Research J. 875-967 (1981) m. zahlr. w. Nachv. 参照°

- (10) Frankel, Partisan Justice, 1980, 17 et seq.; Powell, J., Concurring opinion zu Herbert v. Lando 441 US 153, 60 LEd 2d 115, 136 (1979); W. Brazil, Civil Discovery, 4 Am. Bar Foundation Research J. 789-902 (1980). 参照°

- (11) Cohn, Federal discovery: A survey of local rules and practices in view of proposed changes to the Federal

- Rules, 63 Minnesota L. Rev. 253-297 (1979) 参照°
- (12) F. R. D. 37 (1965) 255. 国裁の取裁やムウのムウ  
M. Rosenberg, The Pretrial Conference and Effective Justice, 1964, 10-14.
- (13) M. Pollack, Discovery—its abuse and corrections, F. R. D. 80 (1979) 219-227; R. Peckham, The Federal Judge as a case manager: The new Role in Guiding a Case from Filing to Disposition, 69 Cal. L. Rev. 770-805 (1981) ; A. Rubin, The Managed Calendar: Some pragmatic Suggestions about Achieving the Just, Speedy, and Inexpensive Determination of Civil Cases in Federal Courts, 4 Justice System Journal 135-146 (1978) ; A. Miller, The Adversary System: Dinosaur or Phoenix?, 69 Minnesota L. Rev. 1-37 (1984) (Reporter for the Advisory Committee) ; Burger, Agenda for 2000 A. D. — A need for Systematic Anticipation, 70 F. R. D. 83, 92 (1983) ; Note, Pretrial Conference Procedures, 26 S. Carolina L. Rev. 481-523 (1974). 参照
- (14) Resnik, 96 Harv. L. Rev. 376, 424 et seq. (1982)
- (15) Fasching, Zivilprozeßrecht, 1984, Rdn. 781ff. 参照°
- (16) Langbein, The German Advantage in Civil Procedure, 52 Chicago L. Rev. 823, 825 (1985).
- (17) E. Cohn, Zur Ideologie des Zivilprozeßrechts, Erinnungsgabe für M. Grünhut, 1965, S. 31, 35-38.
- (18) R. Stürner, Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß, JZ 1986, 1089, 1093f.
- (19) W. Zeidler, Evaluation of the Adversary System: As comparison, some remarks on the investigatory system of procedure, Australian L. J. 55 (1981) 390, 393.
- (20) A. Miller, The Adversary System, 69 Minnesota L. Rev. 1, 4, 15, 32 (1984). 参照°
- (21) C. Wallace, Working paper-future of the judiciary, F. R. D. 94 (1982) 225, 228. 参照°
- (22) M. Rosenberg, Discovery Abuse, 7 Litigation 8 (Spring 1981)
- (23) Peckham, 69 Cal. L. Rev. 770/71 (1981) ; Miller, 69 Minnesota L. Rev. 1, 15, (1984). ヲストロムニ付た事ト  
トムトベトニ・スハトトムハスノ事トニ關テハ國裁ノ  
事ニ關シ關シ付テ Goldstein, Reflections on the possibilities and problems of accelerating the civil litigation process, Tel Aviv University Studies in Law 7 (1985-86) 50-76; 参照° 又ノ如ク 論議ノ結果 現行法ノ幅々  
ニ關シ付テ Weller/Ruhka/Martin, American Experiments for Reducing civil Trial Costs and Delays, 1 Civil Justice Quarterly (1982) 151-174. 参照°

- (24) H. Schack, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 1988, 54; Th. Braun, Die Rolle des Federal District Court Judge im Verhältnis zu den Parteien, 1986, 76 ff. 参照°
- (25) Fasching, Zivilprozessrecht, Rdn. 990.
- (26) Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 14 Aufl. 1986, § 123 VII 1.
- (27) B. Hahn, Kooperationsmaxime im Zivilprozess?, 1983, 295; Rüßmann, in Alternativkommentar zur ZPO, 1987, § 373 Rdn. 3.
- (28) Zöllner/Stephan, ZPO, 15 Aufl. 1987, Vor § 284 Rdn. 2.; Thomas/Putzo, ZPO, 15 Aufl. 1987, § 144 Anm.
- (29) Braun, (Fn 24) 86 f. 参考°
- (30) L. Rev. 823, 840 (1984). 参照°
- (31) Stürmer, US-amerikanisches und europäisches Ver-fahrensverständnis, Festschrift für Stiefel, 1987, 763, 769 ("Sonntagsfälle") 参照°
- (32) Braun, (Fn 24) 88
- (33) Galanter/Palen/Thomas, The crusading Judge: Judicial Activism in Trial Courts, S. Cal. L. Rev. 52 (1978-79) 699-741. 参照°
- (34) "Manual for Complex Litigation, Second, 1985" 参考°
- (35) 巨大訴訟における裁判官による資料収集の指揮に関し、参照°の断言が与えられ°。
- (36) Peckham, 69 Cal. L. Rev. 770/74 (1981).
- (37) J. Hall, New Rules Amendments are far reaching, 69 Am. Bar Ass. J. 1640, 1642 (1983); Vairo, Analysis of August 1, 1983, Amendments to the Federal Rules of Civil Produce, in : Civil Practice and Effective Litigation, Techniques in Federal and State Courts, (altaba Course of Study), August 1985 ed., 56, 122-144. (断たな実務に関する紹介を含む)°。
- (38) 適正な期日を設定する裁判所の能力に批判的なものとして R.Marcus/E.Sherman, Complex litigation, 1985, 601-604
- (39) Amendments to the Rules of Civil Procedure, 98th Congress, 1st Session, House Document No. 98-54 (April 28, 1983), Notes to Proposed Amendments, 49.
- (40) Langbein, 52 Chicago L. Rev. 823, 858 (1985). 参照°
- (41) Stürmer, US-amerikanisches und europäisches Ver-fahrensverständnis, Festschrift für Stiefel, 1987, 763. 参考°
- (42) 上掲の裁判官による強制権限は有るものとして Resnik, 96 Harv. L. Rev. 376, 407 (1982)
- (43) Langbein, 52 Chicago L. Rev. 823, 859 (1985).
- (44) Resnik, 96 Harv. L. Rev. 376, 405 (1982); Rubin, The managed calendar, 4 Justice System Journal 135,

- (137) (1978) ; A. Miller, 69 Minnesota L. Rev. 1, 4, 14 (1984).
- (42) Langbein, 52 Chicago L. Rev. 823, 860, 863 (1985).
- (43) A. Miller, 69 Minnesota L. Rev. 1, 23 (1984). m. w. Nachw.
- (44) 邦平留さあふのふじふじ J. Friedenthal, A divided Supreme Court Adopts Discovery Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure, 69 Cal. L. Rev. 806-820 (1981) #42' M. Nordenberg, The Supreme Court and Discovery Reform: The continuing need for an umpire, 31 Syracuse L. Rev. 543 (1980).
- (45) Note to Proposed Amendments (Fn 36), 47, 57; のふに照るじが、ふじふじ M. Pollack, Discovery's abuse and corrections, F. R. D. 80 (1979) 219-227. ゑ明らかにじつじふ。批判的なるふじふじ Marcus/Sherman (Fn 35a) 604-606 ; Higginbotham, Discovery Management Consideration in Antitrust Cases, 51 Antitrust L.J. 231 (1982) ; Sherman/Kimard, Federal Court Discovery in the 80's—Making the Rules Work, 95 F.R.D. 245, 277-79 (1982) .
- (46) Advisory Committee Note, F. R. D. 80 (1979) 323, 332.
- (47) Note to Proposed Amendments (Fn 36), 36 et seq., 53, 60.
- (48) A. Miller, 69 Minnesota L. Rev. 1, 24 (1984).
- (49) W. Brazil, Authority to Refer Discovery Tasks to Special Masters, in: Brazil/Hazard/Rice, Managing Complex Litigation, 1983, 305, 384-388. ふたふたはふたふた提言を参照。
- (50) W. Brazil, Special Masters in the Pretrial Development of Big Cases, in: Brazil/Hazard/Rice, (Fn 49), 1, 71-75. 参照。
- (51) Langbein, 52 Chicago L. Rev. 823, 860 (1985).
- (52) A. Miller, 69 Minnesota L. Rev. 1, 21 (1984).
- (53) Brehm, (Fn 5) S. 221; Stüttner (Fn 6) Rdn. 27 ff. ヌーベンが幸福にならうば、むじの短縮じふ、じふじち「釈明義務」が問題とされてゐる。それゆへこの表現は少なくとも国際的にみした場合、誤解を招きやすい。なぜなら、この表現は、事実上は存在しない職権探知主義実施への移行を推測せざるならいふべし。例えど、Stüttner, aaO, Rbn. II (S. 16) せいけつは表現じつじふだ Zeidler, Australian L. J. 55 (1981) 390, 394 ("duty to discover the truth") は誤解を招く表現じふ。
- (54) Langbein, 52 Chicago L. Rev. 823, 843 (1985).
- (55) Brehm, (Fn 5) 219 ff; Laumen, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, 1983, 271 ff.



- (95) Resnik, 96 Harv. L. Rev. 376, 425 et seq. (1982)
- (97) A. Miller, 69 Minnesota L. Rev. 1, 34 (1984).
- (85) Jolowicz, (Fn 7) 265.
- (95) Jolowicz, (Fn 7) 277.
- (60) A. Miller, 69 Minnesota L. Rev. 1, 30 (1984).
- (61) Merryman, On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law, 17 Stanford Journal International Law, 357 (1981). 参照。
- (85) Langbein, 52 Chicalgo L. Rev. 823, 861 (1985); Schlesinger, Comparative Law, 4th ed, 1980, 492 (“perhaps to slowly”); Stüner, Festschrift für Stiefel, 1987, 763, 783 (“Ansätze zu einer Konvergenz”); Zeidler, Australian L. J. 55 (1981) 390, 400. (事前手續におけるイギリスの裁判官の職は、その範囲に及ぶ権限が、理論的には「純問主義的」であることが、その結果、体系の接近や融合の、よりよい結果である)。
- (93) Langbein, 52 Chicago L. Rev. 823, 866 (1985).
- (94) Resnik, 96 Harv. L. Rev. 376, 413 (1982); A. Miller, 69 Minnesota L. Rev. 1, 19-20, 33 (1984).; James/Hazard, Civil Procedure, 3rd ed, 1985, 5.
- (95) A. Miller, 69 Minnesota L. Rev. 1, 29 (1984).
- (96) 西ヶ谷<sup>33</sup> Kerameus, A Civilian looks at Common Law Procedure, 47 Louisiana L. Rev. 493-94 (1987)
- (79) A. Miller, 69 Minnesota L. Rev. 1, 34-35 (1984).
- (89) Birk, (Fn 3) NJW 1985, 489, 496, 註釋に於て B. Hahn, (Fn 27); M. Vollkommer, (Fn 6) 45-50; 参照。日韓法學に於て von Mehren, The Significance for Procedural Practice and Theory of the Concentrated Trial, Festschrift für Coing, Bd. II, 1982, 361-371; R. Greger, Rechtsstaatliche Erkenntnisse zu den Auswirkungen der Vereinfachungsnovelle in der Praxis, ZZP 100 (1987) 377-384.
- ペーター・ゴットヴァルト氏 (Prof. Dr. Peter Gottwald) 氏、西ドイツ、ノーティンブルク大学教授による論文原題を、Aktive Richter—Managerial Judges, Zur Richtermacht im amerikanischen und deutschen Zivilprozeß: Law in East and West—Recht in Ost und West, 1988, S. 705-718.

翻訳担当 松村和徳

早稲田大学大学院法学研究科博士課程学生