

論 説

日本の民事訴訟法に与えたアメリカ法の影響

中 村 英 郎

- I. はじめに
- II. 民事訴訟法におけるアメリカ法思考とは何か
- III. 日本の民事訴訟法に与えたアメリカ法思考の影響
 1. アメリカ法思考は、はじめ 民事訴訟制度目的論で登場した
 2. 訴訟対象の問題についてのアメリカ法の考え方
 - a. 一部請求の禁止
 - b. 反訴の強制
 - c. 既判力
 3. 訴訟当事者の問題についてのアメリカ法の考え方
 - a. 当事者適格
 - b. 原告・被告の意味
 4. 証拠法の領域におけるアメリカ法の考え方
 - a. 立証責任
 - b. 証拠の優越的蓋然性
 5. 裁判所の役割についてのアメリカ法の考え方
 6. 当事者中心主義
- IV. 日本の民事司法に与えたアメリカ法の影響
 1. 民事司法についてのアメリカ法の影響
 - a. 行政裁判所の廃止
 - b. 家庭裁判所の新設
 - c. 民事訴訟規則の制定
 2. 民事訴訟法に導入されたアメリカの制度
 - a. 交互尋問制
 - b. 変更判決制度

- c. 継続審理主義
 - d. 上告制限
 - e. 少額事件訴訟手続き
 - f. 訴え提起前の証拠収集手続き
- V. 日本の民事訴訟法に導入されなかったアメリカの制度
- a. クラスアクション
 - b. 陪審制
- VI. おわりに

I. はじめに

日本は明治維新において近代国家として出発する際、はじめフランス法を模範とした法整備をはかったが、その後憲法制定に際しプロイセン憲法を模範としたのを転機としてドイツ法の影響をうけることとなり、その後はドイツ法を模範とした法制度を整備した。民事訴訟法は1877年のドイツ民事訴訟法を模範とした民事訴訟法を1890年に制定し、民法についても財産法はドイツ民法を模範とした法を整備し、かくして日本法はドイツ法系のもので成立した。第二次世界大戦後は、それまで日本を支配した封建制が否定され、民主主義が強調されたが、それに伴い天皇制を中心とする封建制の憲法は廃止され民主主義憲法が制定された。また、裁判所法、刑事訴訟法も全面的に改正され、封建制を基調とする民法の親族編、相続編も全面的に改正された。民事訴訟法そのものは、もともと当事者主義を基調とするものであり、大きな変更はなかったが、いくつかの条文が改正され、また多くの面においてアメリカ法からの影響をうけた。アメリカ法の影響は、一つはアメリカ法の日本と異なる訴訟についての考え方の違いによる影響であり、他はアメリカ民事訴訟法に規定されているその特有の訴訟制度の影響である。本稿では、日本の民事訴訟法が戦後アメリカ法から受けた影響を概観することを目的とするが、まず民事訴訟におけるアメ

リカ法思考とは何か、またそれはどの問題について どのような影響を与えたか、また、どのようなアメリカの制度が日本にとり入れられたかを概観したい。

日本民事訴訟法へのアメリカ法の影響についてはこれまでいくつかの論文⁽¹⁾を執筆した。しかし、それ等はいずれも外国の研究者のため独文で執筆したものであるので、日本の読者のため本稿を作成することとした。

II. 民事訴訟法におけるアメリカ法思考とは何か

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。大陸法系諸国は成文法国家であり訴訟以前に法がある。紛争が生じたとき、人は法の定める事件について裁判所の判断を求めるのであり、それが訴訟である。それに対し、英米法系諸国は判例法国家であり訴訟以前に法は存在しない。法は事件のうちから発見するものであり、それが裁判だと考えられている。訴訟・裁判を「規範」から出発してとらえるのが大陸法であり、それを「事実」から出発してとらえるのが英米法だということができよう。そこに両者の基本的な違いがある⁽²⁾。

この考え方の違いはどこからきたのだろうか。訴訟制度は歴史の所産で

(1) Der Einfluss des amerikanischen Rechts auf den japanischen Zivilprozess, Gedächtnisschrift für Peter Arens, München (1993) S.309-322 ; Der Einfluss des amerikanischen Rechtsdenkens auf die japanische Zivilprozessrechtswissenschaft, Dike 32 Bd. (2001) S.172-180 ; Der Einfluss des amerikanischen Rechts auf den japanischen Zivilprozess und seine Begrenzung, Festschrift für Kostas E. Beys, Bd. 1. Athen (2003) S.1105-1124.

(2) 詳細については、中村英郎「民事訴訟における二つの型」比較法学22巻(1988) 1号1頁以下参照。

ある。大陸法系民事訴訟はローマ法から、英米法系民事訴訟はゲルマン法から長い歴史を経て発展してきたものであり、筆者は、訴訟における事実出発型、規範出発型の違いはローマ法とゲルマン法に遡るものと考えて⁽³⁾いる。

ローマ法にはアクチオ制が支配していた。ローマ法初期の訴訟制度は法律訴訟(*legis actio*)手続きとよばれるが、そこではすべての事件が裁判されたわけではなく、国家権力をもって解決すべき事件は、法律によって具体的な事実⁽³⁾に即し個別に規定されており(アクチオ)、それ以外の事件について国家権力が関与することはなかった。アクチオ制と呼ばれるものである。アクチオとは、現代法のいう私法上の請求権と訴訟法上の訴権の二つの機能をもつものであり、このアクチオを出発点として訴訟を考えるとこの考え方がその後のローマの訴訟制度を支配していた。これがローマの訴訟制度の基本構造であり(規範出発型)その構造、この思考方法がその後ヨーロッパ大陸法に引き継がれ、ことにドイツ民事訴訟法の基礎を構成しているということができよう。

以上とは異なるタイプの訴訟の源泉はゲルマン法にある。そこは不文法の世界であり、そこにはローマ法のような法は存在しない。社会には時空を超えて行われなければならない絶対の正義があり、その正義は事件の中から裁判により発見されるべきものと考えられていた。訴訟は事件について行われるべき法または正義を発見するものであり、ここでは訴訟は事実から出発して捉えられている(事実出発型)。この制度とこの考え方が英米法系民事訴訟に伝えられ、その基礎をなしているということができよう。

ヨーロッパ大陸法系の民事訴訟と英米法系民事訴訟の以上のような差異は、法律の形式の上にも現れている。ヨーロッパ大陸法系民事訴訟では、

(3) 詳細については、中村英郎「民事訴訟におけるローマ法理とゲルマン法理」民事訴訟論集 1 卷 (1977) 1 頁以下、同「民事訴訟における制度と理論の法系的考察」初出、民商法 84 卷 6 号、85 卷 1 号 (1981)。後に、中村・民事訴訟論集 5 卷 (1986) 1 頁以下参照。

実体法の定めた権利の存否についての裁判所の裁判をもとめる事件を訴訟事件 (Streitsache) とよび、それ以外の裁判所の判断を求める事件を非訟事件 (außer Streitsache od. freiwillige Gerichtsbarkeit) とよんで、この両者を区別する。それに対し、英米法系の民事訴訟のもとでは、要するに事件の中から正義を発見するのが裁判だと考えるから、訴訟事件と非訟事件の区別をしない。英米法には非訟事件という概念が存在しない。

その他、アメリカには大陸法系諸国にない陪審制(本稿 V. b 参照)があるとか、デイスカバリー⁽⁴⁾の制度 (IV. 2. f)、証人尋問において交互尋問制 (IV. 2. a)が行われるというようなことが、英米法系民事訴訟の特色としてあげられるが、これらはいずれも英米法系民事訴訟が事件の中から正義を発見する制度— 事実出発型制度であることに由来するものである。

日本は近代法を整備するにあたりドイツの法制度を模範とした。それ故、日本の民事訴訟制度はドイツのそれと同じく規範出発型の基盤の上に成立している。しかし第二次世界大戦終結後、日本はアメリカに占領され、アメリカ法の影響をうけることとなった。アメリカ法の実事から出発する考え方は、それまでの日本になかったものであり、新しいものを求める若い世代の研究者の関心を集め、その後の日本の訴訟法学の発展に大きな影響を与えることとなった。

以下においては、アメリカ法の考え方が、どのようにして日本の民事訴訟法学に入り、これに影響を与えるようになったのか、またそれはどのような意義をもったのかを明らかにしたい。

(4) 英米法系民事訴訟と大陸法系民事訴訟の違いとして、陪審制、デイスカバリー制度、交互尋問制の有無などその形式的な違いをあげる者が多い。英米法系民事訴訟にこのような制度があるのは、それが事件の中から正義を発見する制度 (事実出発型制度) であることに由来している。英米法系民事訴訟と大陸法系民事訴訟の違いは、その形式的な違いの底のある事実出発型か規範出発型かという本質的な違いから考察するのがより分かりやすいであろう。

III. 日本の民事訴訟法に与えたアメリカ法思考の影響

1. アメリカ法思考は、はじめ 民事訴訟制度目的論で登場した

アメリカ法思考は、第二次世界大戦後、民事訴訟の制度目的論において初めて登場した。

アメリカは判例法主義の国である。訴訟以前に成文法は存在せず、法(正義)は事件の中から発見されるべきものと考えられている。裁判所の裁判は事件の中から正義を発見し、その紛争に決着をつけるものである。このことからアメリカの民事訴訟法の教科書には、民事訴訟制度の目的は、紛争を解決するためにあるとする見解(紛争解決説)がしばしば述べられている。⁽⁵⁾

訴訟制度の目的について、これをどのように捉えるかにつき、ドイツでは、当事者の権利を保護するためにあるとする見解(権利保護説)が伝統的な見解であり、日本でもそれが通説として行われていた。しかし、1920年代後半、ナチスが政権をとった頃、民事訴訟の制度目的を国民の側からみるのは正しくなく、それは国家の法秩序を維持するためにあるとする主張(法秩序維持説)が新たな見解として説かれるようになった。東京大学の兼子一はいち早くこの見解に与したが、この見解はナチスの影響のもとに説かれたものであり、戦後、民主主義の強調された時代にそぐわなかった。ドイツでは法秩序維持説が否定され、再び権利保護説が復元したが、この情報は、当時日本には届かなかった。兼子は、戦後間もない時期(1947年)に、「民事訴訟の出発点に立ち返って」と題する論文を著し、第三の見⁽⁷⁾

(5) Field & Kaplan, *Materials for a Basic Course in Civil Procedure* 1-2 (3. ed., 1974), James & Hazard, *Civil Procedure* (2. ed., 1977) etc.

(6) 訴訟制度の目的についての私見については、中村英郎「民事訴訟制度の目的について」木川統一郎博士古稀祝賀・民事裁判の充実と促進(1994)上巻1頁以下参照。

解、紛争解決説を主張した。その主張の要旨は次のとおりである。すなわち、従来の権利保護説、法秩序維持説はいずれも訴訟以前に実体法があることを予定し、それに基づく権利の実現、あるいはその法秩序維持を主張したが、それは誤っている。まず紛争を解決しなければならないという国家目的があり、その裁判をする際の基準として実体法がある。訴訟制度の目的は紛争を解決するためにある。

兼子のこの論文には参考文献の引用がなく、また外国法の文献を閲覧するのは極めて困難な時代であったので、当時、読者はこの見解を兼子自身が独創したものと考え、時代に即した素早い理論の転換に注目した。⁽⁸⁾ 兼子はしかし、当時政府の役人として、米軍総司令部に接触する機会をもっていたので、彼がそこでアメリカの民事訴訟法の文献に触れ、そこから民事訴訟の制度目的は紛争解決にあるとする見解を学んだであろうことは、現在では、ほぼ誤りのない事実とみられている。⁽⁹⁾

英米法系民事訴訟とヨーロッパ大陸法系民事訴訟は本質的に異なるものであり、訴訟制度の目的を紛争解決だとする見解は、成文法をもたない事実出発型のアメリカの民事訴訟法のもとでは通用するが、成文法をもつ大陸法系民事訴訟のもとでは認められない考え方である。しかし兼子は、訴訟制度の目的についての「法秩序維持説」を取り下げ、それに代わる新たな見解を提示するのに急であって、紛争解決説がどのような訴訟制度の下で説かれた見解なのかについて考慮する暇もなく、「紛争解決」を自説として展開した。「訴訟制度の目的」は現実にある制度を前提とし、それと

(7) 兼子一「民事訴訟の出発点に立返って」法学協会雑誌65巻(1947)2号掲載、後に、兼子・民事法研究1巻(再版・1950)477頁以下。

(8) 三ヶ月は、紛争解決説を、兼子がプライの提唱した本案判決請求権説を自家薬籠中にとりこみ、それを換骨奪胎して発展させ、これを越えた学説と賞賛した(三ヶ月章「民事訴訟の目的」民事訴訟法の争点・ジュリスト増刊〔1979〕6頁)。しかし、これは弟子が師を買いかぶっての論評であり、見当はずれである。兼子の説くところは、アメリカ法文献の翻訳に他ならない。

(9) 高橋宏志「民事訴訟の目的論について(1)」法教103号(1989)66頁注3参照。

の関係において論ぜられるべきものである。⁽¹⁰⁾ 具体的な訴訟制度と離れて抽象的に論じても、それは全く無意味である。また、訴訟制度の目的を紛争解決だとするならば、その訴訟における訴訟対象は、実体法から把握した法律事件ではなく、紛争そのものとみななければならない。また訴訟当事者も実体法上の権利者義務者ではなく、紛争の主体でなければならない。兼子は訴訟制度の目的に関する記述を法秩序維持から紛争解決に改めたのにとどまり、訴訟対象論、訴訟当事者論等では実体法から出発する従来の見解を維持した。兼子理論は木に竹を接いだものであり、破綻していると言わざるをえない。兼子には多くの弟子がいるが、この重大な欠陥については気付かないのか、あるいは遠慮しているのか、この問題を指摘した者はいない。

兼子が紛争解決説を説いてから10年ほど経た1959年、三ヶ月は訴訟対象の問題につきいわゆる新訴訟物理論を説いた。⁽¹¹⁾ 訴訟対象について、日本では伝統的に実体法説が支配しており、実体法の定める構成要件によって評価される権利もしくは法律関係が訴訟対象になるとする見解が支配的に行われていた。しかし戦後 Schwab, Habscheid が訴訟法的訴訟対象論を説くと、三ヶ月、小山、新堂等もそれに従った。⁽¹²⁾ 訴訟法的訴訟対象論は、訴訟対象をそれまでのように実体法の構成要件からではなく訴訟法の座標からこれを把握しようとするものであり、それは規範からではなく事実から出発するアメリカ法の考え方と共通のものをもっている。訴訟法的訴訟対象論という考え方はドイツにおいて潜在的に行われていた事実から出発して訴訟を捉えるゲルマン法思考が顕在化したものであり、アメリカ法とは

(10) 中村・前掲論文(注6)2頁参照。

(11) 三ヶ月章・民事訴訟法(1959)80頁以下

(12) 三ヶ月章・民事訴訟法(1959)80頁以下、小山昇「訴訟物論」北大法学会論集11巻(1961)3号、新堂幸司「訴訟物の再構成(1・2)」法学協会雑誌75巻(1958)1・2号。

同根である。訴訟法的訴訟対象論では、従来の実体法を基準とする実体法的訴訟対象論より訴訟対象の範囲を広く捉えることになるが、三ヶ月はこの考え方を支えるため「紛争の一回的解決」を標榜し紛争解決説を利用した。兼子の「紛争解決説」は三ヶ月の「新訴訟物理論」とあいまち、東京大学グループ⁽¹³⁾により燎原の火の如く日本国中に広まった。

兼子は、アメリカ民事訴訟法でいう「紛争解決」という概念を「法秩序維持」に代わるものとして日本にもちこみ、三ヶ月は新訴訟物理論を援護するため「紛争解決説」を支持した。しかし両者とも「紛争解決説」が本来何を意味するのかについての理解は全く欠けていた。「紛争解決説」は

(13) 明治維新の際、東京帝国大学法学部が日本の近代化に果たした役割は甚だ大きい。その後も東京大学教授の学説が学界をリードし、そこで学んだ門弟が地方の大学で教員として活躍して、東京大学グループが日本の法文化の向上に役立つことも確かである。しかし、そこで生じた東京大学への信仰から東京大学グループの見解を常に正しいと考えることは大いに警戒しなければならない。兼子の紛争解決説、三ヶ月の新訴訟物理論は、現在では日本で通用しない理論であることがほぼ明らかになったが、戦後の一時期、しかも相当長期間にわたり支配的見解として学界を風靡した。これは、東京大学グループおよびそのシンパがその内部での褒め合いによって生じた結果である。もしこの理論がグループ外の学者の見解であったら、これほどの広まりを見せることはなかったであろう。東京大学信仰が誤った結果をもたらした事例は枚挙に暇がない。一つだけ挙げよう。

ドイツ語の *Prozessführungsrecht* は、ドイツ法を移入した頃「訴訟遂行権」と翻訳され、それが用いられてきた。この「遂行」は「すいこう」と読むのが正しく、「ついこう」はいわゆる田舎読みであり、誤りである（岩波国語辞典・第1版〔1963〕参照）。兼子はこれを「ついこう」と読み、さらに「追行」という漢字を用いた（兼子一・民事訴訟法概論〔1938〕179頁）。兼子のこの誤った用い方は、東京大学グループにより広く伝播し、1996年の民事訴訟法改正に際しては条文でも用いられるに至っている（例えば民訴244条。「追行」とは追いかけてゆくことであり、成し遂げることを意味する「遂行」とは異なる（例えば、「任務遂行」は正しいが「任務追行」は誤りである）。もっとも法務当局が、訴訟は当事者が主体的に行なうのではなく、当事者がそれを追いかけてゆくものだとして理解するのであれば、漢字の用い方は正しい。しかし、訴訟に主体性があり、当事者がそれを追いかける関係として訴訟を把握すること自体誤りである。誤った東京大学信仰が、日本の国語文化を破壊していると言わなければならない。

成文法をもたない判例法国家アメリカにおいてのみ通用する見解である。アメリカには成文法はなく、訴訟以前に法は存在しない。事件の中からその事件について行われるべき法（正義）を発見し、それにより紛争を解決するのが裁判所の役割である。その故に訴訟の制度目的は紛争解決にあるとするのである。ここでは訴訟の対象は紛争自体であり、訴訟の当事者は紛争の主体である。兼子は民事訴訟の制度目的は「紛争解決」だといいながら、訴訟対象、訴訟当事者については従来の実体法に依拠した見解を維持し、三ヶ月は訴訟対象については実体法から脱却した理論を展開したが、訴訟当事者については実体法に依拠した学説を維持している。これを要するに「紛争解決説」を標榜しながら、兼子も三ヶ月も、自己の学説にとって都合のよい範囲でそれを利用したのにとどまり、「紛争解決説」の本来の意味を、全く理解していないと言わなければならない。⁽¹⁴⁾

2. 訴訟対象の問題についてのアメリカ法の考え方

訴訟対象の問題について、日本では伝統的に実体法説が支配していたが、戦後 Schwab, Habscheid が訴訟法的訴訟対象論を説くと、三ヶ月、小山、新堂等もそれに従った。⁽¹⁵⁾ いわゆる新訴訟物理論がそれである。日本の民事訴訟法学は、ドイツ民事訴訟法学を模範として成立したものであり、成立後もその後を追って発展してきた。三ヶ月、小山等はドイツで学説が変われば、日本の学説もいずれはその方向に変わるものと考えたのであろう、精力的に新訴訟物理論を説き、そしてまた新しいものを好む多数の学者がこれに与した。この見解は戦後の一時期、学説として多数説となつた。⁽¹⁶⁾

(14) 現在でも紛争解決説が正しいとする文献があり、東京大学グループの影響力の強さを物語っている。日常用語の使い方として、民事訴訟はまさに紛争を解決するものであり、その意味で「紛争解決」は正しい。しかし、「民事訴訟の制度目的」を論じる場合、「紛争解決」は成文法をもたない国、アメリカの民事訴訟においてのみ通用する見解であることを銘記しなければならない。

(15) 注12参照。

ドイツでは、この訴訟法的訴訟対象論がしだいに勢力を拡大し、学説判例ともこれに従ったが、その理由は、ドイツでは訴えの変更が原則として禁止されており（独民訴263条）、訴訟の実務では、訴訟対象の範囲を、訴え提起の時点から広く捉えておきたいという需要があったからだといえることができる。これに対し日本の民事訴訟法は1926年の改正において、訴えの変更につきこれを許す立場に原則を改めており、訴訟対象の範囲を広く捉える必要がない。裁判所の実務では、訴え提起の時点で訴状に記載した請求の趣旨、原因で具合が悪ければ訴えを変更すればよい、訴訟対象を広く捉えるとその範囲が、また判決が下された後は既判力の及ぶ範囲が明確でなくなる、という理由から、いわゆる新訴訟物理論をとらず、従来の実体法を基準としたいわゆる旧訴訟物理論を維持した。ここに日本特有の学説と実務の分離が始まった。

〔学説と実務の分離〕 ドイツでは、多くの場合、社会の変動とともに新しい判例が現れ、それをうけてコンメンタールが書き換えられ、新しい学説が生まれるという経過をたどっている。実務と学説はほぼ一致している。日本では外国法の影響をうけて学説が先走りし、実務との間に亀裂を生じた。三ヶ月は、実務家は不勉強だと非難するが、果たしてそうなのか。実務家に言わせれば、学者はもう少し実務を勉強してくれということになろう。学説と実務はほぼ一致して、学説はその一步前を行き、それを指導する程度が望ましい。ところが、当時、多数説となったいわゆる新訴訟物理論は、法律の規定を無視して理論のための理論を展開した。新訴訟物理論が説かれた後10年ほど経つと、その間アメリカ法の研究が進み、今度は紛争から出発して考えるアメリカ法流の訴訟当事者論、訴訟対象論、立証責任論などが天馬空を行くが如く説かれ、学界を賑わした。ある

(16) いわゆる新訴訟物理論を否定したのは、戦後派の学者としては、伊東乾、木川統一郎、中村英郎その他少数にとどまった。

(17) 三ヶ月章・民事訴訟法（弘文堂1979）114頁。

裁判所の高官が、最近の民事訴訟法学者の理論は空想科学小説だと評したのは尤もである。学説がこのように実務とかけ離れては、その存在意義がなくなる。学説と実務の分離の現象をどのように見るか、またどのように対処すべきかは将来に残された大きな問題である。⁽¹⁸⁾

三ヶ月、小山等の説く訴訟法的訴訟対象論は、事実から出発するゲルマン法理が現代のドイツにおいて再生したものともみることができ、紛争そのものを訴訟対象とみるアメリカ法とは同根である。いわゆる新訴訟物理論がしだいに勢力を拡大すると平行して、アメリカの事実から出発する訴訟対象論も本格的に研究されるようになり、さらに、その考え方を日本の民事訴訟制度の下にもちこもうとする主張もあらわれた。一部請求の禁止、反訴の強制そして既判力に関する新しい主張などそれである。

a) 一部請求の禁止

規範出発型の大陸法系民事訴訟制度の下では、たとえば1000万円の貸し金のうち100万円の支払いを求める一部請求をみとめる。しかし事実出発型のアメリカ民事訴訟法の下では、生じた事件そのものを訴訟対象と考えるので一部請求をみとめない。この考え方は日本にも紹介され、かつ日本でも行われるべきだとする主張が若手の研究者によりなされた。⁽¹⁹⁾

b) 反訴の強制

たとえば、売買の目的物の引渡しを求める訴えが提起されたという事件において、被告がまだ代金を受け取っていないとき、被告はこれを反訴によって主張してもよく、また別訴を起こして請求してもよい。これが規範出発型の大陸法系民事訴訟法のもとにおけるやり方である。しかし事実出発型のアメリカ法の下では、「原告・被告の間に売買契約が締結されたが、目的物が引き渡されず、また代金が支払われていない」という紛争を一個

(18) なお、注28本文参照。

(19) 一部請求後の残額請求を認めないという主張として、新堂幸司・民事訴訟法(1974) 227頁以下など。

の事件とみるので、代金支払い請求は必ず反訴として主張しなければならないということになる（compulsory counterclaims アメリカ連邦民事訴訟規則13条）。事件を単純化するため、日本でもこの方法を採用すべきだとする見解が二・三の研究者によって主張された。⁽²⁰⁾

c) 既判力

訴訟対象についても、アメリカ流の事実出発型思考により、訴訟対象の範囲を広く取ろうとする考え方が広まってくると、既判力の範囲の拡大をはかる考え方がしだいに有力になった。何人かの学者の主張するところによると、判決の既判力は訴訟上の請求についてばかりではなく、訴訟において争われたその他の争点にも及ぶものとされた。この考え方を主張する論者によれば、訴訟に対する判決は、訴訟において当事者が十分に攻撃しまた防御した点についても既判力が及ぶものとすべきだということになる。アメリカの民事訴訟法では、よく「手続き保障」(due process of law)ということが強調されている。新堂は、既判力は、訴訟手続きが充分行われたところに生じるものと論じている。⁽²¹⁾何人かの論者はこの考え方により、既判力の基礎を、アメリカ法で行われる「手続き保障」に求めようとしている。

以上、a) および b) に掲げた「一部請求の禁止」および「反訴の強制」についての新しい見解は、学説として主張されるにとどまり、実務では無視されている。c) にあげた「既判力」に関する新しい主張は、いくつかの下級裁判所の判決で採用されたが、最高裁判所はこれを否定している。⁽²²⁾

3. 訴訟当事者の問題についてのアメリカ法の考え方

訴訟当事者をめぐる事実出発型のアメリカ法の考え方は、紛争解決を標

(20) 新堂幸司・民事訴訟法（1974）464頁その他。

(21) 新堂幸司・民事訴訟法（1974）425頁その他。

(22) 昭和44年（1969）6月24日最高3判決、判時569号48頁。

傍したいわゆる新訴訟物理論が唱えられてからかなりの歳月を経て、若い世代の研究者によりアメリカ法を手本として主張された。

規範から出発する大陸法系民事訴訟法のもとでは、訴訟当事者は訴訟において主張される権利もしくは法律関係の主体である。しかし、事実から出発する英米法系民事訴訟法のもとでは、この問題は紛争を中心として考えられることになる。以下の問題に関連してアメリカ法理論が日本でも主張されるようになった。

a) 当事者適格

アメリカにおける民事訴訟の制度目的は紛争解決である。したがって、そこでは訴訟の目的とされる紛争の事実上の主体が訴訟当事者となるのであり、その者が当該紛争の法律上の権利者・義務者であるか否かを問わない。

そこで、日本でも、たとえばある工場の騒音が問題となるような場合には、付近の住民は、その工場と特別に権利義務の法律関係のない場合でもその工場に対し夜間の操業停止を求め、あるいは防音設備の設置を求めたりする訴えを提起することができるという見解が現れた。⁽²³⁾ また極端な例では、自然環境の保全を求める訴訟で、当該森林に生息する鳥その他の動物が原告となることができるとする訴えも提起されるにいたった。⁽²⁴⁾

b) 原告・被告の意味

アメリカの民事訴訟において裁判とは、争われている事件の中からその事件について行われるべき法（正義）を発見することである。この訴訟では、争いに関係した者全員が当事者として裁判所に現われることが重要であり、その際それが原告としてなのか被告なのかは問題ではない。必要的共同訴訟の事件で、共同原告となるべき者が訴えの提起を拒んだときは、

(23) 例えば、伊藤真・民事訴訟の当事者（1978）113頁以下など。

(24) ゴルフ場開発をめぐる、自然環境保護団体が奄美大島の黒ウサギを共同原告として県知事に開発許可の取り消しを求める訴えが提起されたことがある（原告適格否定、訴え却下、平成13年〔2001〕1月22日鹿児島地裁判決）。

他の共同訴訟人はその者を被告として訴えを提起することができる（アメリカ連邦民事訴訟規則19条a）。

以上のような考え方を日本の民事訴訟においても認めるべきだとする見解が一部の学者によって主張されている⁽²⁵⁾。近年、このような事例が最高裁判所に係属し、裁判所は当該事件を非訟事件としてこの取り扱いを認めた⁽²⁶⁾。

4. 証拠法の領域におけるアメリカ法の考え方

事実から出発するアメリカ民事訴訟法の考え方は、証拠法の領域においても規範出発型の大陸法系民事訴訟とは異なった考え方をもたらす。

a) 立証責任

規範出発型の日本の民事訴訟法のもとでは、当然のことながら、立証責任について学説・判例はともに規範説によっている。しかし、社会生活が複雑化すると、この基準だけで問題を処理するのが適切でない場合が生じてくる。いわゆる現代型訴訟と呼ばれる分野、たとえば環境保全訴訟、医療過誤訴訟などでその欠点が目立ってきた。環境保全事件、医療関係事件は事実関係が複雑であり、権利を追求するにあたり、すべての要件事実の立証責任を原告に負わせることは適切ではなく、問題によっては、被告にその要件事実の不存在につき立証責任を負わせた方が当事者間の公平から見て適切と考えられる場合があるからである。事実出発型のアメリカの民事訴訟では、具体的な事件を前にして、原告・被告、どちらの方が立証しやすいか、真実性の考慮、証拠からの距離、蓋然性の高い経験則などを基準として立証責任の所在を定めるものとしている⁽²⁷⁾。このような考え方が日本で二・三の学者により主張されるようになり、また判例の中にもこの考

(25) 小島武司「共同所有をめぐる紛争とその集団的処理」ジュリスト500号（1972）331頁。新堂幸司・民事訴訟法（1974）474頁など。

(26) 平成11年（1999）11月9日最高3小判決、最判民集53巻1421頁。

(27) 石田稜・証拠法の再構成（1975）など。

え方によったものがあらわれている。

b) 証拠の優越的蓋然性

規範出発型の日本の民事訴訟法の下では、裁判所は、原告の主張するような権利もしくは法律関係の存否について裁判するのがその役割である。そこで原告がその主張する権利もしくは法律関係について証拠を提出し、裁判所がそれによって確かに間違いないと確信をもったとき原告の主張はみとめられる。提出された証拠により、裁判所がそれらしいという印象をもった場合でも確信に至らないときは原告の主張は認められない。

事実出発型のアメリカの民事訴訟の下では、以上と異なり、紛争の中からその事件について行われるべき法（正義）を発見するのが裁判所の役割である。訴訟においては、原告だけでなく被告も紛争事件について事実と証拠を提出するのであり、裁判所はその中からその事件について行われるべき法を発見する。裁判所は当事者から出された証拠により確信をもつに至らなかった場合でも、両者を比べ、優越的な蓋然性をもった証拠を提出した者の主張を認める。

これまでのところ、日本の裁判所の判例で証拠の優越的蓋然性の理論を正面から認めたものは見当たらない。実際問題としては、一つの事実について二つの相反する証拠が出てきたとき、そこに証拠の優越的蓋然性の理論がはたらき、裁判官は優越的蓋然性をもった証拠につきほぼ確信をもつに至り、それで問題を解決しているように思われる。

〔民事訴訟制度のアメリカ法的理解〕 アメリカ民事訴訟法の研究がしだいに本格的に行われるようになると、以上考察した訴訟対象（Ⅲ. 2）、訴訟当事者（Ⅲ. 3）、立証責任（Ⅲ. 4）の問題などについて、アメリカの事実出発型の新しい考え方が紹介され、さらにその考え方に従った主張が実務においても行われるようになった。この主張は規範出発型のわが民事訴訟法の下では通用しない議論であり、判例がこれを否定したのは当然のことである。しかし、これらの新しい見解は日本の民事訴訟法に新風をおく

り、民事訴訟法学を面白いものとした。それらが日本の民事訴訟法学の貴重な財産となったことは確かである。⁽²⁸⁾

5. 裁判所の役割についてのアメリカ法の考え方

どの範囲で裁判所はその機能を果たすことができるかという問題について、アメリカの訴訟法はヨーロッパ大陸のそれとは異なった考え方をしていいる。訴訟を事実から捉え、事件のなかからそこに行われるべき法（正義）を発見することが訴訟の目的だとするアメリカ法のもとでは、裁判所の活動領域は非常に広いものとなる。

1980年代から、日本では国会議員の定数は正が問題とされるようになった。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30年も時間が経過すると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、国会議員の選挙における1票の格差が次第に大きくなった。憲法は、国民の法の下における平等を規定している（憲法14条）、1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る。この状態は、国会が法律を改正し選挙区の定数を是正すれば解決するが、国会では各議員の利害が絡み法律改正はなかなか実現しない。このような場合、日本では、現行法の下での選挙は憲法に違反して無効であるという主張を裁判所においてすることができる。しかし日本は成文法主義の国であり、三権分立の原則の下、裁判所に対し判決による法律の改正を求める訴えを起すことはできない。アメリカでは、裁判とは事件の中からそこに行われるべき法を発見することであるから、このような事件では、関係者は裁判所に対し選挙の無効の宣言を求めるだけでなく、さらに裁判所の裁判による定数の是正を求めることができる。そこで、日本でも一部の学者によりこのような訴えを提起することができるという主張も、見られるようになった。⁽²⁹⁾

(28) 学説と実務の分離につき、注18本文参照。

(29) 田中英夫「定数配分不平等に対する司法的救済」初出、ジュリスト830号

6. 当事者中心主義

事実発覚型民事訴訟法の下での裁判所の役割は、裁判所に提起された紛争事件の中からその事件について行われるべき正義を発見することである。そしてこの正義を発見するためアメリカでは陪審制⁽³⁰⁾が行われていた。陪審員は俗人であり、その前でもとられる裁判官の言動はこれに大きな影響を与える。陪審員の判断に予断を与えず、正しい判断ができるよう、裁判官は裁判手続きにおいてできるだけ消極的に振舞ったのであり、ここに当事者主義が誕生した。さらに、アメリカの民事訴訟では、係属する事件に行われるべき正義は、両当事者の討議の中から最も良く見出されると考えられている。そのため、訴訟における強力な当事者支配がアメリカの民事訴訟法の基本構造となっている。

戦後日本では戦前の封建主義が否定され、民主主義の政治原則が強調されたが、当事者主義という民事訴訟の原則は、政治原則としての民主主義の一部として捉えられた面もあり、かなりの圧力をもって日本の民事訴訟法に入ってきた。戦後間もなく行われた1948年の民事訴訟法改正では、261条の規定する職権による証拠調べの規定が当事者主義に反するものとして削除され、また証人尋問については、当事者が尋問する交互尋問制が行われることになった(本稿IV. 2. a参照)。またその当時、裁判官の役割はテニスの審判と同じであり、両当事者がルールに従い訴訟行為をしているか監視していれば良い、というような見解も主張された。

(1985)、後に、田中・英米法研究1巻(1988)211頁以下。

(30) 現在、アメリカでは陪審裁判により決着のつけられる事件の数は減っている。しかし、アメリカの裁判の原型は陪審裁判であり、この制度はアメリカ法を理解するのについて重要な意味をもっている。ここで考察する当事者中心主義のほか、継続審理主義(IV. 2. c.)も陪審裁判の故に存在する方法である。

(31) 削除された旧民事訴訟法261条は次のように規定する。「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其ノ他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ証拠調べヲ為スコトヲ得」。この規定は当事者主義に反するものとして削除されたが、日本では陪審制が行われるわけではなく、証拠調べにより心証を得るのは裁判官であるから、この規定を削除したのは誤りである。

アメリカでは事実出発型の民事訴訟が行われており、裁判の原則は陪審制である。ここで当事者主義が尊重されるのは当然のことである。しかし、規範出発型の民事訴訟が行われ、法律専門家である裁判官が裁判を行うわが国ではこの考え方は通用しない。戦後の混乱した時期に、占領軍の示唆により裁判官の職権による証拠調べの規定が削除され、交互尋問制が導入され、また当事者に主体性をもたせるという発想から、裁判所の釈明権を狭く解する考え方が行われ、民事訴訟の運営に混乱をもたらした。裁判所の釈明権を限定する扱いは、1957年講和条約が締結されるまで続いたが、その後は回復した。

IV. 日本の民事司法に与えたアメリカ法の影響

1. 民事司法についてのアメリカ法の影響

アメリカの民事司法制度が日本の民事司法制度に与えた影響も少なくない。戦後の制度改革により、従来存在した行政裁判所が廃止され、家庭裁判所が新設されたこと、民事訴訟法のほか最高裁判所の定める民事訴訟規則という制度が登場したことなどが、その主たるものである。

a) 行政裁判所の廃止

旧憲法時代、日本には行政庁の行う行政権の行使を監督するものとして、行政裁判所がおかれていた。これには裁判所という名称が与えられていたが、司法権の系列に属するものではなく、行政権の系統に属する一種の内部監査機関であった。アメリカ憲法の下では、立法、司法、行政三権の分離独立が強調されている。戦後制定された日本の憲法は特別裁判所の設置を禁止し（憲法76条2項）、行政裁判所を廃止し、行政事件も通常裁判所で民事訴訟法に従い裁判されることになった。

b) 家庭裁判所の新設

日本は第二次世界大戦後、アメリカの例にならい、家庭裁判所制度を設けた。家庭事件は財産事件と異なる性格をもっている。日本には戦前か

ら、少年裁判所の制度があり、また家事調停法の制度もあって、家庭にかんする事件を特別に取り扱うという環境は整っていた。アメリカのいくつかの州に家庭裁判所があるのを知り、それを契機として日本でも家庭裁判所が設けられた。

c) 民事訴訟規則の制定

戦後、憲法改正に際し、最高裁判所に規則制定権が認められた(憲法77条)。これはアメリカの最高裁判所が訴訟手続きにつき規則を定める権限をもっていることになったものである。アメリカには民事訴訟法は存在しない。したがって最高裁判所が訴訟手続きにつき規則を定めるということは重要な意味をもっている。しかし、日本には民事訴訟法が存在するのであり、その上さらに規則を定める必要はない。規則制定権の利点として、それは法律ではないから、その変更国会の同意を得る必要はなく、実務に需要に容易に対応できることなどがあげられていた。しかし、これまでの経過をみても、裁判所規則が臨機応変に変更されたということはなく、実際には民事訴訟法が二つあるのと変わらない。占領軍の意向に沿って設けられたものであり、法律改正を担当した当時の法務当局の訴訟についての学問的水準の低さを露呈している。同様な助言をうけたドイツの司法当局はそれに一顧も与えなかったということである。

2. 民事訴訟法に導入されたアメリカの制度

終戦直後とその後の民事訴訟法改正により、アメリカ民事訴訟法にあるいろいろな制度が日本の民事訴訟法に数多く移植された。日本の民事訴訟法に定着した制度もあるが、実際には行われなかった制度もある。

a) 交互尋問制

終戦後、1948年の民事訴訟法改正において、占領軍の示唆に基づきこの制度が採り入れられた。当時は政治原則としての民主主義が強調された時代であったが、それに対応し訴訟において当事者主義が強調され、裁判所の職権行使が否定されるという時代であった。証人尋問については裁判官

が尋問するというそれまでの方法は誤りであり、これからは、アメリカで行われているように、当事者の交互尋問の中から裁判所は真実を発見すべきだとされ、交互尋問制が導入された（旧民訴294条）。

交互尋問制はアメリカの陪審制の下で発達した制度である。一人の証人を、先ずその証人を申請した当事者側から尋問して証言させ、ついで相手側当事者の反対尋問を許し、この両者の尋問の比較により陪審員にその証言の真否について心証を得させようという手法である。日本は陪審制をとらず、職業裁判官による裁判が行われるのであるからこの制度を日本の民事訴訟に導入する意味はまったくない。しかし占領下の民事訴訟法改正であり、また、当時法律改正作業を担当した法務当局には、西欧の民事訴訟の構造を的確に理解した人物は存在せず、占領軍当局の示唆を鵜呑みにしてこの制度を導入した。⁽³²⁾ 時を同じくして、ドイツでもアメリカの占領軍は日本に対するのと同様、交互尋問制導入を推薦したが、民事訴訟に長い歴史と経験をもつドイツの司法当局は、この申し出を直ちに拒絶したということである。

交互尋問制が行われた当初、裁判官にとって、それまでは、自分の思うとおりに証人を尋問し、事件についての心証をうることができたが、それができなくなって隔靴搔痒の感がある。当事者、弁護士にとっては、それまで証人を尋問した経験がなくやりにくいということで、この制度の評判は大変悪かった。しかし、時の経過とともに状況が変化し、この制度を維持すべきだという見解も現れてきた。すなわち、裁判官にとっては、裁判官が自ら証人尋問をするときは、期日前に事件の内容について下調べをしておかなければならなかった。しかし、交互尋問制の場合は、下調べをしなくても、法廷に入ってから、両当事者のやり取りを聞いている間に、しだいに事件の内容を知ることができ、この点裁判官にとっては楽である。弁護士にとっては、交互尋問を巧みに展開することにより、傍聴のため

(32) 木川統一郎「戦後最大のエラー・交互尋問の導入」判例タイムズ400号（1980）96頁。

延していた依頼人に良い印象を与えることができ、それが高額な報酬の獲得につながるという利点がある。かくして、本来、直ちに廃止されて然るべき交互尋問制の規定は、その後ある程度修正されたが依然としてその命脈を保っている（民訴202条）。

b) 変更判決制度

1948年の民事訴訟法改正に際し、アメリカ法の motion for new trial の制度を模範とした変更判決の制度が新たに設けられた（旧民訴193条の2、現民訴256条）。裁判所が判決を言い渡した後、その判決が法令に違反していることを裁判所が発見したときは、裁判所はその言い渡し後一週間以内に限り、変更の判決をすることができるとする制度である。アメリカではかなりの頻度で法令違背の判決が言い渡されたが、この制度により速やかな判決の是正と上級審の負担を軽減することができたようである。占領軍の立法担当者は、日本でもこの制度が役立つものと考え提案してきた。

常に正しい裁判をし、誤った裁判をすることはないと自負する日本の裁判官からみれば、このような規定は無用であり、この規定が設けられたとき、それは裁判官を侮辱するものと捉えられた。この規定は、使われることはなかったが、1996年の民事訴訟法改正の際もそのまま継続し現行法に伝えられている。

c) 継続審理主義

戦後の日本の民事訴訟は訴訟遅延が甚だしくその促進が緊急の課題であった。当時アメリカ側の招待で同地を訪問した裁判官および法務省の役人は、そこで、一つの事件が始まるとそれに決着がつくまで審理を継続して行う継続審理の裁判を見聞した。陪審裁判に際しては、その前に長い準備手続きが行われるが、彼らはそれに気付かなかったのであろう。もっぱら継続審理の手続きが訴訟促進のため大いに役立つものと考え、1950年、民事訴訟法および民事訴訟規則⁽³³⁾を改正してこの制度を導入した。

(33) 旧民訴152条4・5項（1950年）、民事訴訟の継続審理に関する規則（昭和25年〔1950〕最高裁規則25号）。

継続審理主義は陪審制のためにある。裁判が陪審員の判断に任される制度のもとでは、審理は最短の期間で終了しなければならないが、継続審理が強制される。しかし日本のように通常の審理手続きが行われるところでは、継続審理しなければならないという必要性が存在しない。当時、改正された法律および規則には、継続審理を行うべきことが規定されたが、実際には行われなかった。

d) 上告制限

上告審の負担過重は、新憲法の下、50名近くの裁判官を擁した旧大審院を廃止し、15名の裁判官によって構成される最高裁判所になってから、絶えず問題とされたところである。旧民事訴訟法のもとでは、控訴審で言い渡された判決に事実認定の誤りがあっても上告はできなかったが、判決が法律に違反するときは常に上告をすることができた。実際には、判決に事実認定について誤りがあるときでもこれに法律違反の理由をつけて上告をする例が多く、上告審に係属する事件の数が非常に多かった。この上告をどのようにすれば制限できるかその対策が長年問題とされたが、1996年の民事訴訟法改正に際しアメリカの裁量上訴制度（*certiorari*）を模範とした上告受理申し立て制度を採用し、上告制限を強化した。アメリカ合衆国では、連邦控訴裁判所の判決に対する上告および各州の最上級裁判所の判決に対する上告は連邦最高裁判所の管轄とされ、連邦最高裁判所自らが上告受理の拒否を判断し、特別かつ重要な理由がある場合に限り上告を受理するものとしている。

改正された民事訴訟法は、最高裁判所に対して上告する場合、絶対的の上告理由がある場合を別として、原判決に最高裁判所の判例と相反する判断のある事件、その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件については、当事者からの申し立てにより、最高裁判所が、上告審として事件を受理するか否かを決定できるものとし、「上告受理申し立て制度」（民訴318条）を導入した。

アメリカは連邦国家であり、連邦最高裁判所と各州の裁判所とは系統を

異にする。したがって州の裁判所の判決に対し連邦最高裁判所に上告をするときは、上告受理の申し立てをするという制度は理由がある。しかし、日本は単一国家であり、その裁判所は最高裁判所から簡易裁判所に至るまで一つの系統に属している。ここでは制度上「上告受理申し立て制度」を導入すべき理由がない。法務当局がこの制度を上告制限の技術的な方法として導入したことは、まったく乱暴な方法であったと言わなければならない。

e) 少額事件訴訟手続き

アメリカの少額訴訟手続きが簡便で、紛争解決の役に立つものであることが、長年紹介されていたが、1996年、民事訴訟法の改正に際し日本はこの制度を導入した(民訴368-381条)。当初は戸惑いもあったが、現在ではこの制度は日本に定着したといえよう。

f) 訴え提起前の証拠収集手続き

2003年の民事訴訟法改正において、訴えの提起前における証拠収集手続きに関する規定(民訴132条の2-132条の9)が設けられた。これはアメリカのデイスカバリー(discovery)の制度を模範としたものである。

アメリカでは争いのある事件の中から、その事件について行われるべき正義を発見するという事実出発型の訴訟制度が行われている。そこで、トライアル(正式事実審理)の前にその準備のため、法廷外で当事者が互いに、事件に関する情報を開示し収集する手続き、デイスカバリーが設けられている。アメリカではトライアルは一回しか行われないので、それまでに紛争事実関係を正確に明らかにすることが是非とも必要である。そのためこの制度はかなり強力であり、また同時に多くの弊害も伴っている。日本の民事訴訟法には、訴え提起前相手方当事者の手許にある証拠を集める手段はない。1996年の民事訴訟法改正の際、この制度の導入が審議されたが、それに伴う弊害の大きさ故にその導入は見送られた。実務家はデイスカバリー制度の導入を希望し、その後もひき続き検討されていたが、デイスカバリーに伴う弊害が生じないように配慮した上、2003年の民事訴訟法の

一部改正によりこの制度が導入された。

日本の民事訴訟は規範出発型であり、原告の主張する権利の存否について審理が行われる構造になっている。また、事実の審理もアメリカのトライアルと異なり一回には限らない。この制度が日本の民事訴訟においてどの程度役に立つかは甚だ疑問である。

V. 日本の民事訴訟法に導入されなかったアメリカの制度

日本に導入されなかったアメリカの民事訴訟制度のうち重要なものは、クラスアクションと陪審制である。

a) クラスアクション

クラスアクションは多数の者が関係する紛争が生じたとき、紛争の解決をめざして、代表者が訴えを提起することを許すものであり、実務的には有効な制度であるといえることができる。この制度は日本でも精力的に研究され、ある研究グループはその法律草案⁽³⁴⁾を作成しその導入を図ったが成功しなかった。クラスアクションは、紛争から出発してそこに行われるべき正義を発見しようという事実出発型のアメリカ民事訴訟において認められる制度である、大陸法系民事訴訟は、関係者の権利義務から出発して訴訟を考えるものであり、クラスアクションは日本の訴訟制度になじまないからである。⁽³⁵⁾

b) 陪審制

陪審制については、司法改革が審議されたころ、国民の司法参加という

(34) クラスアクション立法研究会「代表当事者訴訟法試案」ジュリスト672号(1978)16頁以下。

(35) 現在日本の裁判所で行われている民事訴訟と関係なく、関係する行政庁（たとえば、粗悪な医薬品により多数の購入者に被害が生じた場合であれば厚生省）が主管してこのような制度を実行することは可能であろう。あるいはまた、非訟事件手続法を革命的に変えることにより、このような制度を実現することも可能であろう。

趣旨から、日本弁護士連合会が精力的にその導入を主張した。日弁連は日本の裁判を官僚主義のものと捉え、陪審制は裁判に国民の意思を反映させる良い方法と考えたようである。しかしそれはまったく間違った考え方である。アメリカの裁判は、事実出発型のものであり、事件の中からその事件について行なわれるべき正義を発見することである。裁判官は法律に精通した法律家であることを必要としないのであり、陪審制の導入が可能である。しかし、日本の裁判は、ドイツ法の系統に属する規範出発型のものであり、裁判は法律に精通した法律家でなければできない種類のものである。陪審制導入の矛先は、結局、刑事事件についての裁判員制度の創設でおさまった。

VI. おわりに

以上、アメリカ法がこれまで日本の民事訴訟法、民事司法制度に与えてきた影響を概観した。このほか法曹養成制度を抜本的に改革するものとして2004年からアメリカのロースクールにならった法科大学院制度が新たに設けられた。ここでもアメリカ法文化の影響が顕著にみられるが、この問題⁽³⁶⁾について立ち入ることはここでは割愛する。

(36) それまで少なすぎた法曹人口を大幅に拡大するための方法として、ロースクール制度が導入された。この制度を導入すべきであったか否かについて論じるとは、今さら無意味であるが、この制度を導入したことは大変な失敗であったと思う。アメリカの大学には法学部はない。大学では日本でいう一般教養科目を学び、法律家になろうとする者は、ロースクールではじめて法律を勉強するという制度になっている。日本には伝統のある法学部が存在し、長年法律家を養成してきた。ロースクールでの再度の法律教育は無用である。また、多様な人材を確保するため、経済学、理数系、医学系などの分野を学んだ者もロースクールの定員の3割程度採用し、3年間の教育後、司法試験の受験資格を与えるとしている。しかし、日本のロースクールの学生の大半は法学部出身者である。長年大学で法学部の学生の教育に関係した者として、理数系出身者が、法学部で4年、ロースクールで2年勉強した者と司法試験で互角に戦えるとはとても考えられない。多数の理数系出身学生がロースクールに金と時間を注ぎこんだ上、叶わぬ夢を見せられることになる。また

日本の民事訴訟法は、ドイツ民事訴訟法を模範として成立したものであり、ヨーロッパ大陸法系制度として生成してきたが、第二次世界大戦後、憲法を始めとする法律の改正により否応なくアメリカ法に向き合うことになった。ドイツ法系民事訴訟法によりようやく西欧の民事訴訟制度に慣れてきた日本の法務省の役人も、アメリカ法を充分理解するには至らず、戦後の法律改正では占領軍の示唆に従い、言われるままにアメリカ法に従った不合理な法律改正を行なった（本稿III.6, IV. 1. c, IV. 2. a, c等参照）。また学説の面では、民事訴訟の制度目的について、都合の悪くなった法秩序維持説に換え、成文法のある日本では通用しないアメリカの紛争解決説をそのまま主張する学説も現れた。当時人びとは、アメリカの民事訴訟法も日本の民事訴訟法も民事訴訟法としては同じだと考え、アメリカ占領軍の立法担当者はその裁量に従いアメリカで行われている制度のいくつかを日本に持ち込み、日本の学者も、自分に都合のよいアメリカ民事訴訟法の考え方を日本に持ち込んだものといえるだろう。

戦後の混乱期が終わり、それまでの英米法学者によるアメリカ法研究に代わり民事訴訟法研究者によるアメリカ民事訴訟法研究が本格的に行われるようになると、日本の民事訴訟法にないアメリカの制度ないし考え方が

この制度を実施するにあたっては、アメリカのロースクール制度を模範としたが、アメリカは判例法国家であり日本は成文法国家であって、法、訴訟、裁判についての考え方が根本的に異なる。2004年に出発した日本の法科大学院の教育にはこの点について配慮が欠けている。なお、法科大学院を修了し、司法試験に合格するとさらに1年間司法研修所での司法修習が義務づけられているが、これは研修所の出しゃばりであり無用である。法科大学院は法曹実務家を養成する機関として設立されたものであり、二重の研修は不必要である。司法研修所は裁判官・検察官志望者だけ教育すれば足りる。法学研究者を養成するため、これまで各大学に存在した大学院法学研究科の多くはロースクールに変身した。アメリカには法律実務家は多数いるが、学者はいない。日本も同じ運命をたどることになると思われる。なお、Nakamura, Die Justizreform in Japan, -Insbesondere das neue Juristenausbildungssystem, Dike, 37 Bd. (2006) S. 1214-1227. 参照。

紹介されるようになった。その中にはたとえば訴訟対象をめぐる問題として一部請求の禁止、反訴の強制、そして新しい当事者論など紛争から出発して考える考え方 (III. 2. 3. 4. 5) が、日本の民事訴訟において行われて然るべきものとして主張された。これらは日本の民事訴訟法とは発想を異にする日本にとっては斬新な制度、考え方であり、新しいものを求める若い世代の研究者により活発に研究された。アメリカ法思考は日本の民事訴訟法学界に新風を送りこれを面白いものとした。しかし実務はこれを採用せず、結局それらの主張は学説にとどまった。

昔からヨーロッパ大陸法にアングロアメリカ法を接木することは難しいといわれてきた。そしてその理由として実務的な訴訟手続きの違い、具体的には陪審制の有無、当事者支配の強弱などがあげられてきた。しかしアメリカ法の制度を大陸法に導入できない理由は、このような形式的な違いにあるのではなく、制度そのものの本質的な違いにあるといわなければならない。既に繰り返し述べたように民事訴訟には規範から出発してこれを捉え、原告の主張する権利の存否について裁判するヨーロッパ大陸法のそれと、事実から出発し、その事件について行われるべき正義を発見しようというアングロアメリカ法の二つの型がある。この二つの訴訟の本質にかかわる部分については、一方の制度ないし考え方を他方に持ち込むことは不可能である。—したがって、一部請求の禁止、反訴の強制、そして新しい当事者論などを、日本に持ち込むことはできない。—しかし、訴訟の本質にかかわらない技術的な制度を一方から他方に持ち込むことは可能である。

1998年の民事訴訟法改正では、アメリカの民事訴訟法にある上告制限、少額事件についての特別訴訟手続き (IV. 2. d, e) を導入したが、これらはいずれも事実出発型か規範出発型かという訴訟の本質にかかわりのない技術的な制度であり、その故にこれはそのまま日本の民事訴訟制度に採り入れられた。同様に戦後アメリカ占領軍の意向で導入された変更判決の制度 (IV. 2. b) も、訴訟の本質とは係わりのない技術的な制度であり、そのた

め使われはしないが排斥されることもなく、そのまま日本の民事訴訟法に附着している。クラスアクション（V. a）、陪審制（V. b）は、紛争事件の中から正義を発見しようというアメリカ民事訴訟法の本質に直結する制度であり、この制度が日本に導入されなかったのは当然のことである。戦後の一時期導入された継続審理手続きの制度（IV. 2. c）は、陪審制に由来する制度であり、その故に日本の民事訴訟の実務には適合しなかった。特別な例外は交互尋問制（IV. 2. a）である。この制度も陪審制に由来するものであり、大陸法系に属する日本の民事訴訟にはなじまない制度である。しかし、それが長年行われてきたあいだに、交互尋問制の本来の意味はなれて、弁護士および裁判官にある種の事実上の利益をもたらすことから、この制度は依然として存続している。規範出発型の日本の民事訴訟の下で交互尋問制は邪道であり、これは廃止すべきであろう。

アメリカの民事訴訟には、規範出発型のヨーロッパ大陸法系民事訴訟にない大変面白い制度と理論がある。したがってアメリカ民事訴訟の制度と理論を研究し、場合によってはその制度の導入を図ることはきわめて重要である。多数の人がそれぞれ少額の請求権をもつ事件で、それを一人ひとりの権利からではなく、生じた事件から捉えて事件の解決を図ろうとするクラスアクションの制度などは、近代においてしばしば生じる紛争を解決するのに適した制度だと言えるだろう。また事件によっては法律家である職業裁判官の裁判ではなく、国民の意思を聴くことのできる陪審制度が適している場合もあるかもしれない。日本が明治維新に際し近代化のためドイツ法を継受して日本の法体系ができてから100年以上も経過した。そしてその当時予想もしなかったような事件が生じている。このような事件の解決のためには、あるいは事実出発型のアングロアメリカ型の民事訴訟制度が適しているかもしれない。社会に起きる紛争が今日のように多種多様であるならば、紛争解決のための制度も多様であってもよいのではないかと思われる。

問題は規範出発型の民事訴訟制度の行われるわが国に、事実出発型の民事訴訟をどのようなかたちで受け入れるかということである。クラスアクションに該当するような事件については、裁判所ではなく事件を管轄する行政庁に事件の処理を任せるとも一つの方法であろう⁽³⁷⁾。また、嘗てイギリスでは、普通法裁判所の傍らに衡平法裁判所を設けた時代もあった。ヨーロッパ大陸法の国において、その固有の訴訟制度の傍らにアングロアメリカ型の訴訟をみとめることも可能であろう。あるいはまた非訟事件手続き法の革命的改革によって解決できるかも知れない。民事訴訟制度の前途にはまだ考えるべきことが多く残されている。

(了)

(37) 注35参照。