

## 弁論主義考

——オーストリア民法における事実資料収集過程での  
裁判官と当事者の役割分担からの示唆——

松村和徳

- 一 問題の所在
- 二 フランツ・クラインの訴訟理念と弁論主義
- 三 現代オーストリア民事訴訟法における弁論主義論
- 四 おわりに——オーストリア民事訴訟法学からの示唆——

### 一 問題の所在

民事訴訟法が制定されて一〇〇年が経過した。この一〇〇年の発展において、社会はより複雑にかつ高度化したといえる。そして、この発展が民事裁判の機能や役割を拡張し、変容してきたことは明かであろう。<sup>(1)</sup>これに伴い、民事訴訟法の解釈、訴訟運営などにおいて基礎を形成する訴訟原則にも何らかの変容が生じることが予測される。

平成の民訴法改正が行われた今、このことを鑑みれば、民事訴訟における訴訟原則のあり方を問うことは不可欠の作業であろう。<sup>(2)</sup>そして、訴訟原則のなかでもこれまで民事訴訟の審理構造の根幹を形成するために最も盛んに議論されてきたといえるが、弁論主義である。<sup>(3)</sup>本稿は、この弁論主義を考察対象とするものである。その理由は次の点にある。

まず第一に、今回の民訴法改正に際し、民事訴訟法の骨格を形成する訴訟原則についての検討が必ずしも十分に行われていなかった点にある。とくに、審理の充実、促進化を狙いとする法改正にとって弁論主義をどう評価するかの問題は、修正論が多数を占める現在の議論の中で最重要課題と思われるからである。<sup>(4)</sup>

第二に、争点整理手続と集中証拠調べを明文化した今回の民事訴訟法改正において、審理の過程は従来とは違ったものとなることが予測される。その場合における事実資料収集の役割分担はこのままでよいか、検討の必要がある。<sup>(5)</sup>またすでに、一部の実務家によって集中審理方式など民事裁判審理改善の試みがなされてきた。<sup>(6)</sup>そこでの審理は、裁判官の積極性という点で共通しており、弁論主義に囚われない審理形態が裁判の充実、促進の点で大きな成果を挙げていることが注目される。<sup>(7)</sup>とくに、「裁判官の積極性」という観点は、世界的趨勢であり、<sup>(8)</sup>裁判所と当事者との役割分担をめぐる議論の中でこの一〇〇年の発展における重点の転換傾向を示しているといわれる。<sup>(9)</sup>そして、それは後に定義するような純粋な弁論主義は今日もはや維持できない点でほぼ一致した理解を形成する。<sup>(9a)</sup>

第三に、今日の弁論主義論は弁論主義自体を評価規範として絶対化しているのではないかと、筆者は危惧を抱く。原則の絶対化による思考の硬直化に対する危惧である。<sup>(10)</sup>わが国の実務での弁論主義を愚直に守ることによりかえって弁論主義違反が生じているとの指摘は、まさにそれではなからうか。<sup>(11)</sup>

またこれと関連するが、第四に、審理における裁判所や弁護士のサボタージュが指摘されたりするが、弁論主義がその温床になっているのではないかという疑念も筆者にはある。<sup>(12)</sup>

第五に、弁論主義違反とされてきた事例は弁論主義とは別の釈明義務などの概念でも説明可能と思われる<sup>(13)</sup>、また弁論主義の機能として挙げられる不意打ち防止なども弁論主義の問題ではなく、審問請求権とか公正手続請求権の保障問題とも言える。<sup>(14)</sup> そうすると、弁論主義が機能する局面とはどこかという問題が生じてくるのではなからうか。

ここで挙げた問題は、弁論主義の存在意義を問うことにはほかならない。筆者の研究の最終目標もそこにある。ただ本稿では、この目標のために「前提問題」としてオーストリア民事訴訟法を検討する。

ここで何故オーストリア民事訴訟法に注目したかという点、比較法的にみて、まずオーストリア法は、審理の充実と促進という点で非常に高い評価が与えられてきた点がある。<sup>(15)</sup> しかも、大正一五年のわが国民民事訴訟法改正に影響を与え、さらにドイツ簡素化法にも多大な影響を与えた<sup>(16)</sup>とされている。<sup>(19)</sup> そこで、こうした改革議論の基礎となつたオーストリア民事訴訟法を研究することは、確かにオーストリア法の特殊性も指摘されるが、本研究の前提作業として十分に有意義と思われる。そして、より重要と思われるのは、オーストリア法では事実資料収集の役割分担に際し、訴訟目的の実現のための合目的思考から弁論主義の採用が控えられた点である。各国の民訴法において弁論主義が採用されたのは、イデオロギー的影響を除けば、本来的に審理の充実と促進のための最も合理的な事実資料収集の役割分担基準とみなされた点にあったと思われる。弁論主義の存在意義が問われるならば、やはり最初の思考に戻るべきであらう。そして、それはまさにオーストリア民事訴訟法がとつた方法であり、その結果が弁論主義の不採用であった。それゆえ、ここでオーストリア民事訴訟法を研究する意義は大きいと思われる。以下で

は、そのオーストリア民事訴訟法学における議論から、わが国弁論主義論にどのような示唆を得ることができるかを中心に考察する。

なお、本稿では、弁論主義とは判決の基礎となる事実資料の提出について当事者のみがもつばらその権限と責任を負うとする原則であり、事実資料収集における裁判所と当事者間の役割分担基準として機能するものとして議論していく。以下で「弁論主義」というのは、この意味である。そして、裁判所は当事者の主張しない事実を判決の基礎としてはならない（第一テーゼ）、当事者間に争いのない事実が判決の基礎としなければならぬ（第二テーゼ）、当事者間に争いのある事実を認定するには、必ず当事者の申し出た証拠によらねばならない（第三テーゼ）という弁論主義の三つの内容により、裁判所と当事者間の役割分担が規律されているものとして議論を進め、この内容にそって議論していく。<sup>17)</sup>

したがって、以下では、まずオーストリア民事訴訟法における弁論主義論を、換言すれば、事実資料収集における裁判所と当事者間の役割分担のあり方を紹介する（二と三において）。そして、それに基づきわが国の弁論主義論の検討とそこからわが国においてどのような示唆を得ることができるかを論じるつもりである（四において）。

(1) 例えば、現代型訴訟の登場、秘密保護などの問題は、民事訴訟法がその制定時に予想もしなかった問題であろう。また、隣人訴訟などの紛争で顕在化した法律家と市民の意識のズレなどは、審理構造や審理原則とも関連してくるように思われる（拙稿「秘密保護」「司法改革」松村・住吉編・法学最新線（一九九六）一三〇頁、三三五頁参照）。

(2) 筆者の本来の意図は、訴訟原則全体の再検討にある。それは、訴訟原則を絶対的原則として、二一世紀にむけこのまま維持していけるかを問うものである。ただ、いまここで訴訟原則全体を問うことは、筆者の能力では到底およばない。そこで、最も議論されてきた弁論主義にまずその対象を限定して議論することにした。

(3) 弁論主義に関する文献は、多数におよぶ。最近のものでは、高橋宏志「弁論主義(1)」(4)法教(一九九〇)一一〇号九二頁、同一二二〇号一三〇頁、同一二二七号七八頁、同一二三三号八三頁が最も議論状況を詳細かつ簡明に論じており、基本的文献はそこに網羅されている。本稿では、関連する文献のみをピックアップしていく引用方法をとりたい。

(4) 母国ドイツでは、いわゆる簡素化法制定時に弁論主義をめぐる大論争が展開された。とくに、この法改正による審理過程での裁判官の義務・権限および当事者の義務の強化は、事実資料収集の役割分担基準をなす弁論主義を再考する契機となったのである。まず、Wassermann, *Der soziale Zivilprozess* (1978)。(森勇訳・社会的民事訴訟(一九八八))により、弁論主義の終焉と法治国原則に基づく協働主義の採用が唱えられた。これに対し、Leipold, *Zivilprozess und Ideologie*, JZ 1982, S. 441ff. がイデオロギーの側面も加えて批判を唱えた。これに反論したのが、Bender, *Nochmals: Zivilprozess und Ideologie-Eine Erwiderung auf Leipold in JZ 1982, 441ff.* JZ 1982, S. 709ff. である(両論文については、森勇訳(アーレンス編 西独民事訴訟法の現在六一頁・九六頁以下(一九八九)がある)。この論争については、吉野正三郎「西ドイツにおける弁論主義論争」同・民事訴訟における裁判官の役割(一九九〇)一七三頁以下参照。また、弁論主義と協働主義との関係については、鼎談(ペーター・ギレンスII井上正三II小島武司)「協働主義をめぐって(上)(中)(下)」判タ五三三三三三頁、五三四号三三三頁、五三五号五五頁(一九八四)参照。審理過程における裁判官と当事者の権限分担に変容があれば、弁論主義自体が問われうるのは当然のことと思われる。

(5) すでにこのような指摘は、伊藤眞教授(竹下守夫II伊藤眞編・注釈民事訴訟法(3)(一九九三)五一頁)や吉野正三郎教授(吉野「争点整理手続の導入と弁論主義の変容」木川古稀記念上巻(一九九五)四四四頁以下)によりなされており、争点整理手続の導入により弁論主義変容の可能性がすでに示唆されている。

(6) ここ二、三年で公表されたものだけでも多数にのぼる。例えば、井垣敏生「民事集中審理について」判タ七九八号六頁(一九九三)、八木一洋「福岡地方裁判所における民事訴訟の審理の充実・促進方策の実施状況について」判タ八一六号六頁(一九九三)、西口元ほか「チームワークによる汎用的訴訟運営を目指して(1)」(5)判タ八四六号七頁、八四七号一頁、八四九号一四頁、八五二号一八頁、八五八号五一頁(一九九四)、菅野博之「弁論兼和解と集中的証拠調べ」判時一五二三号二六頁(一九九五)、楠井敏郎「高知における集中証拠調べのささやかな試み」判タ八七五号四頁(一九九五)、篠塚勝美・民事訴訟の新しい審理方法に関する研究(司法研究報告書四八輯一号)(一九九六)、水戸地裁集中証拠調べ研究会「中小裁判所における民事集中証拠調べの試み(1)(2)」判時一五五六号七頁、一五五七号一〇頁(一九九六)などが最近報告されている実務の試みである。

(7) 例えば、当事者の主張しない事実は判決の基礎にしてはならないという弁論主義から導かれる原則（第一テーゼ）があるが、最近の集中審理方式においては、形式的にはこの当事者からの事実提出が確かに維持されている。しかし、実質的には釈明権の積極的行使により、裁判所主導の事実提出、争点整理が行われているといえよう。また、職権証拠調べの禁止（第三テーゼ）についても、とくに鑑定や検証で顕著であるが、当事者からの証拠提出が裁判官の訴訟指揮により促されており、実質的には職権証拠調べに近いように思われる。これらは、純粹な弁論主義に囚われない柔軟な審理形態が実践されたことを意味するのではなからうか。なお、この点については、西口元二・藪口康夫・松村和徳、「集中審理をめぐって——二世紀の民事裁判の方向——」山形大学法政論叢第五号（一九九六）七七頁以下参照。筆者の本稿での弁論主義に対する分析視座は、一部はこの集中審理方式（とくにNコート方式）の影響を受けた。つまり、争点整理そして集中証拠調べという審理過程を経る場合に、弁論主義はどのような変容をうけるのか、あるいは何ら変わらないのかという問題意識である。

(8) この「裁判官の積極性」という観点の有する意義およびその問題点については、拙稿「裁判官の積極性とフランツ・クラインの訴訟理念」木川古稀記念下巻二二四頁以下（一九九四）参照。

(9) Baur, Parteirechte und Richterrpflichten im modernen Zivilprozess. Wadlungen und Erfahrungen, FS für Kralik, 1986, S. 74ff.

(9a) 例えば、前掲・鼎談「協働主義をめぐって（上）」判タ五三三三号三五頁（ギレス発言）参照。また新法の議論のなかでも、弁論主義、とくに古典的弁論主義から新法は決別したとの発言もある（研究会・新民訴訟法をめぐって（2）ジュリー一一〇二号九〇頁伊藤眞教授の発言）。

(10) 確かに、弁論主義は今日評価規範として機能する。弁論主義違反が問題になるのはその意味である。しかし、本来的には弁論主義は、適正、公平かつ迅速な裁判制度のために当事者と裁判所の事実資料収集役割分担基準の一つにすぎなかったと思われる。つまり、裁判の目的にとつて、最も合理的かつ合理的な役割分担基準は何かという点にその出発点があったといえよう。すでに、鈴木正裕教授が指摘したように、弁論主義はその当初より一種の原則に反する例外を含んだ複合物的存在であったのである（鈴木「弁論主義に関する諸問題」司研七七号一四頁（一九八六））。このことは行為規範として弁論主義が機能したことをも意味するのではなからうか。誤解を恐れずというならば、弁論主義は絶対的評価規範というより、事実資料収集の仕方の一つの呼称にすぎず、それは適正、公平かつ迅速な裁判（筆者は、これを訴訟目的とする——後述——）のための手段にすぎないという点を見落と

すべきではない。筆者がここで危惧するのは、今日、弁論主義が絶対的評価規範となつていゝのではないかという点である。手段が目的化し、本来の目的より優位にたつという状況に陥つていゝのではないかという危惧である。かつて、小林秀之教授は、「資力と能力のある対等当事者が有能な弁護士に代理されるという理想的な状況下では、当事者に十分な手続保障と満足感を与へかつ真実を発見するための裁判制度としては、現在までしられていゝなかでは弁論主義が最良に近いシステムであることが歴史的に実証されており、弁論主義をどのように修正すべきなのか」が課題であると述べられた（小林「弁論主義の現代的意義」講座民訴第四卷一二三頁―同・民事裁判の審理（一九八七）三二頁―）。これが、今日の民事訴訟法学における基本的認識であらう。しかし、教授のいう「理想的状況」が現実存在することはまずないことは明らかである。まず存在しないことをその議論の前提とすることには疑問がある。むしろ、逆ではなからうか。また、弁論主義の最良性が歴史的に実証されたのであらうか。修正論自体が、それを否定してゐるのではなからうか。もつとも、小林教授もそれを認識のうえで弁論主義修正論を展開してゐると思われ。こうしたことを念頭におくと、弁論主義の存在意義に対する疑念がでてくるのである。

(11) 藤原弘道「弁論主義は黄昏か」司研八九号（一九九三）一頁以下参照。

(12) 例えば、裁判所側からは、弁護士に対して準備書面などが適時に提出されず、弁論期日において提出されることが頻繁であり、弁論は単なる書面の交換となり、口頭弁論は形骸化してゐるとの指摘は周知のことであらう。また、弁護士側からは期日に裁判官が準備書面をきちんと読んできてくれないとの指摘があるのも周知のことであらう。両方の側から聞くこのような声が、なぜ絶えることがないのであらうか。この背景には、裁判官側には裁判官不足による負担の過重があるであらうし、弁護士側からすれば、手持ち事件数や情報収集面での手段、権限の少なさからいって、弁論の準備が十分にできないことが推察される。しかし、これが改善されないのはさらに、裁判官には弁論主義が妥当するので当事者の主張も待つしかなく全部主張が出揃つてから提出資料を検討しても十分に間に合うという意識が、また弁護士には弁論主義が妥当するので当事者の主張・立証がないかぎり裁判にはならないという意識が、潜在的にあるのではないか。こういう疑念が筆者にはあるのである。裁判所側が公平かつ適正に積極的に行動し、弁護士側も同様に訴訟を遂行すれば、現行民訴法の枠内でも十分に適正・公平かつ迅速な裁判が実現されると思われる。あるいは、現行でも十分に集中審理が可能といえよう。しかし、現実にはそうではないというのが筆者の認識であり、かかる認識からまた、現在の裁判の人的・物的環境を考慮して、できるだけ裁判官及び弁護士（当事者）等が小さな労力で効率よく、「適正・公平かつ迅速な裁判」という目的実現のための役割分担は何かを探求していこうというのが本稿の目的である。

- (13) 小林・前掲論文（注）(10) 九五頁は、弁論主義違反の判例を分析すると、裁判所の釈明義務違反と密接な関係にあることがわかると指摘する。
- (14) 弁論主義論において登場してきた「不意打ち防止」の観点は、後述するように、憲法上保障される当事者権の観点から論じるべきものでなからうかというのが、筆者の問題意識である。弁論主義の反対概念とされる職権探知主義の手續においても、当事者権の保障は不可欠であり、「不意打ち防止」の観点は有用である。これは、弁論主義に限られるものではない。
- (15) Dammann, Der Einfluß der Ideen Franz Klein auf den Deutschen Zivilprozeß, in: Forschungsband Franz Klein, 1988, S. 157 ff.; Sprung, Die Ausgangspositionen österreichischer Zivilprozessualistik und ihr Einfluß auf das Deutsche Recht, ZZP 92 (1979), S. 4ff. など参照。わが国では、木川統一郎「オーストリー民事訴訟の迅速性と経済性」同・民事訴訟政策序説（一九六七）一四一頁参照。
- (16) わが国大正民法改正法への影響については、中村宗雄・改正民事訴訟法評釋（一九三〇）五頁以下など参照。簡素化法との関連については、Baur, aaO., S. 76f. 参照。
- (17) つまり、伝統的に教科書等により定義されてきた、従来の基本的な弁論主義の理解を出発点とする。そして、本稿では、弁論主義は事実資料収集の点で裁判所と当事者間の最適な役割分担を形成するかという点の検証を試みたい。

## 二 フランツ・クラインの訴訟理念と弁論主義

では、オーストリア民事訴訟法において、事実資料の収集をめぐる裁判所と当事者の役割分担はどう規律されているか、つまり、弁論主義がどのように評価されているかをみてみることにしたい。そして、それを知るためには、周知のように、まず創設者フランツ・クラインから出発すべきであろう。

## (1) 弁論主義不採用の背景

クラインの創設したオーストリア民事訴訟法は、自由主義的思想を背景として成立した一八七七年のドイツ民事訴訟法のアンチテーゼとして立法化された。そしてこの民事訴訟法における特色の一つが、一方で処分権主義を維持しつつ、他方で弁論主義を採用しなかったことである。問題は、なぜクラインは弁論主義を採用しなかったかである。まずその背景をみてみる。

ひとつは、当時適用されていたオーストリア一般裁判所法は、無制限な当事者支配の採用の結果、著しい訴訟遅延を引き起こし、司法不信を招いていたこと、また同時期ドイツで制定された民事訴訟法(CPO)も、当事者主義の採用により同様の批判をあげていたことが、従来の訴訟法の反省点として挙げられたことである。次に、工業化された大衆社会への移行という経済的、社会的状況の変化も挙げられる。この結果、一方で社会的弱者が顕在化し、当事者間の平等化の必要性が増大した。また他方で、紛争の大量化、複雑化が生じ、紛争の迅速な処理と訴訟の複雑化からの当事者の責任と危険の緩和が要請された。こうした諸状況が、弁論主義の不採用に関わったといえる。<sup>(18)</sup>そして、クラインの場合には、その社会主義的イデオロギーの影響も存在したといえる。これが、その後のイデオロギー批判につながる。<sup>(19)</sup>しかし、ここで考慮すべきはイデオロギー的側面を排除したときのその実際の意義であろう。ここでは、クラインの訴訟理念とそれに基づく裁判所と当事者の役割分担が重要である。

## (2) クライインの訴訟理念と裁判所・当事者間の役割分担

クライインは、以上のような当時の立法に対する批判、社会経済状況の激変などを考慮して、独自の訴訟理念を形成した。そして、この理念をベースにして、事実資料収集に際しての裁判所と当事者間の役割分担を、弁論主義を用いず、新たに規律したのである。その訴訟理念は、以下の二つのキーワードによって特徴づけられると言える。

一つは、「当事者の実質的対等化」である。これは、クライインが社会的弱者に民事訴訟の当事者像を射程した点に尽きると言える。<sup>(20)</sup> この当事者の実質的対等化のために裁判官の積極性が導き出され、裁判官の指摘・教示義務が強化された。

第二のキーワードは、「民事訴訟の社会性」である。クライインにとって、民事訴訟は社会的現象であり、大量現象として把握された<sup>(21)</sup>。そして、「訴訟は疾病であり、その治療手段を与えるのが実体法である。訴訟は、病気を正しく認識し、それに対する正しい手段を選択し、病気が蔓延することを防ぐという医師の役割が割り与えられる。法的生活におけるそのような病状は、紛争当事者と並んで、その大きさに関係なく、社会集団にとっても重要なことである」と述べている。<sup>(22)</sup> こうした観念から、クライインは、民事訴訟は福祉制度であり、社会的利益及び個人的利益保護のための一種の行政措置と位置づける。そして、訴訟は公法の制度であり、それとともに、個人的利害を保護する義務と同時により高度な社会的価値を満足させる義務を負うとした。<sup>(24)</sup>

この「民事訴訟の社会性」の観点から、クライインはまず「真実発見—事案解明の完全性」に重大な価値を付与した。そして、「その時の最良の真実」の発見が適正な裁判の条件とする。<sup>(25)</sup> その結果、この条件を満たすために、裁

判官と当事者双方が協力することを義務づけた。それは、一方で当事者に真実義務・完全陳述義務を課し、他方で裁判官に実質的訴訟指揮義務を課すことで実施された<sup>(26)</sup>。裁判官は、職権による証拠調べも可能となった<sup>(27)</sup>。しかし、このことは裁判官の権限を拡大し、単に当事者の権限を縮減することを意味したのではない。当事者には、相手方当事者に対する質問権が付与され、また双方当事者の合意により裁判官の書証及び人証の証拠調べに異議を唱えることができ裁判官の職権を制限することができたのである<sup>(28)</sup>。クラインが、考慮したのはむしろ、当事者と裁判官の権限のバランスをいかにとるかであった<sup>(29)</sup>。

また、この社会性の観点から民事訴訟の迅速性に重大な価値が置かれた。訴訟の遅延は、法的安定性の衰退および判決の正当性にも重大な影響を及ぼすと考えたのである。手続の集中化が試みられ、裁判官の厳格な訴訟指揮と当事者の訴訟引き延ばしなどに対する失権効が強化された<sup>(30)</sup>。こうした、裁判所と当事者の関係は「作業共同体 (Arbeitsgemeinschaft)」と称されている。

そして、以上のような当事者と裁判所との責任規律に際し、ここで重要なのは、クラインの考察方法である。つまり、従来の訴訟原則は、目的ではなく、訴訟の目的のための手段でしかないという考え方である。クラインにとって、例えば、家の建築においてそのスタイルではなく、居住性や有用性に合目的な部屋の区分が決定的な役割を有すると同様、訴訟原則は訴訟目的の合目的的手段だったのである<sup>(31)</sup>。クラインは、訴訟の役割とは紛争によって引き起こされた平和と経済の秩序障害をできるだけ迅速かつ適正に排除することにあるとし、そして、手続の迅速性と真実発見のためには、一方で口頭主義と直接主義が適切と判断し、他方、適正な判決の条件としての真実発見のための訴訟資料収集における合目的な訴訟運営は、弁論主義でもなく、職権探知主義でもなく、その両者のバランス

スの中に存ずると考えたと言えるのである。その結果が、弁論主義を理念型としてのみ残すという選択だったのである。そして、このように訴訟目的と基本原則との目的関連性を中心においた訴訟法は、いかなるドクマにも制限されない最も自由な民事訴訟としてみなされた<sup>(32)</sup>。

### (3) クラインのオーストリア民事訴訟法に対する批判

このようにして創設された一八九五年のオーストリア民事訴訟法は、審理の充実と迅速性の点で、著しい成果を挙げた<sup>(33)</sup>。しかし、反面でクラインに対する批判も唱えられた。それは、大別して二つにまとめることができよう。一つは、裁判官によるインフォーマルな手続形成の可能性は、法的安定性と武器対等原則に危惧を与えるというものである<sup>(34)</sup>。もう一つは、当事者を操作し、その主体性を損なうというものであった。後者は、とくに弁護士側から唱えられた批判である<sup>(35)</sup>。しかし、こうした批判は、クラインの示した民事訴訟法における裁判所と当事者の役割分担が、その後も改正されることなく、後述のように、現在も維持されていることを鑑みると、危惧に留まっているといえよう<sup>(36)</sup>。しかし、ここで注意しなければならないのは、クラインにおけるオーストリア民事訴訟法改革がその実効性を当初の意図どおり十分に果たしたといえるのは、施行後一〇年あまりであったという点である（もともと、比較法的にみれば迅速性の点などで極めてすぐれているといえる<sup>(37)</sup>）。そして、その原因が裁判所の懈怠にあったという点である。

(18) この背景事情の詳細については、拙稿・前掲論文（注（8））二四五頁以下参照。

(19) Leipold, aO., JZ 1982, S. 441ff. 参照。

(20) Franz Klein, Pro futuro, JBl 1890, S. 522.; ders. Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse. Vortrag, gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden 9.11.1901, S. 128.; Langer, Rechtsuchender und Richter in Österreich, JZ 1977, S. 376ff. 参照。なす' 背景に(こ)てな' 拙稿・前掲論文(注(∞))一三四頁以下参照。

(21) Franz Klein, aaO. (Zeit-); Baur, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, JBl 1970, S. 445.

(22) Klein/Engel, Der Zivilprozess Österreichs, 1927, S. 190.

(23) Klein/Engel, aaO., S. 190. クラインによれば、手続は、社会的要請に合致しなければならぬ。そして、そのことを最も明確に示しているのが、手続における裁判官の権限の拡張であった(Franz Klein, Vorlesungen über die Praxis des Zivilprocesses (1900), S. 55f.). ただ、こうした思考が官僚主義的民事訴訟を惹起せしめたことについての問題点について、拙稿・前掲論文(注(∞))一五二頁参照。

(24) Klein/Engel, aaO., S. 190.; S. 188f.; Schoibl, Die Entwicklung des österreichischen Zivilverfahrensrechts, 1987., S. 47f..

(25) Franz Klein, aaO. (Zeit-), S.122/126. 参照。

(26) この点について、オーストリア民事訴訟法の条文は、次のようになっている。

(関連条文試訳)

[ZPO一七八条]

いずれの当事者も、その陳述において個々の事例において自己の申立てを理由づけるために必要な事実状況すべてを真実に即して完全にかつ特定して主張(angeben)しなければならない。相手方によって提出された事実主張および申し出のあった証拠について特定して態度を表明しなければならない。また当事者は、取り調べられた証拠の結果を陳述しなければならない。そして相手方の関連する陳述について特定して意見を表明しなければならない。

[ZPO一八〇条]

(1)口頭弁論は、通常裁判所では、争訟が割り当てられた合議体の裁判長によって指揮される。

(2)裁判長は、口頭弁論を開始し、指揮しかつ終結する。裁判長は、発言を許し、その命令に従わない者には発言を封じることが出来る。裁判長は、立証の目的のために供述しなければならない者を尋問し、そして合議体の裁判を言い渡す。

(3)裁判長は、事件につき討論を尽くさせ、さらにまた弁論が冗長かつ重要でない付随的弁論によって延びないように、それ

てできる限り弁論が中断なく終結に至るように配慮しなければならない。

〔ZPO一八一一条〕

(1)すでに開かれた弁論が後の期日に変更して続行されねばならない場合には、裁判長は、これが可能な限り、即座に期日を指定しなければならないのみならず、同時に職権によって、争訟事件を直近の期日で処理できるために必要なすべての処分をなさねばならない。この処分を出す前に、裁判長は、それが必要と思われる場合には、合議体の決定を求めることができる。

(2)同時に定められるべき期間内に、証拠方法として利用できる文書を相手方の閲覧のために裁判所に提出し、かつ尋問すべき証人の氏名および住所を公表することを特に当事者に命ずることができる。当事者が、訴訟を遅延させる意図をもってその命令に従わず、かつ命じられた証拠方法を、続行した口頭弁論期日において初めて提出する場合には、この提出を、合議体は、これにより弁論の続行を遅延させるであろう場合には、申立てまたは職権により、不適法（*unstatthaft*）と宣言することができる。

〔ZPO一八二条〕

(1)裁判長は、口頭弁論において、発問によってまたはその他の方法で、裁判にとって重要な事実主張がなされ、請求の理由づけもしくはこれを争うために主張された事情に関する不十分な主張（*Angaben*）を完全なものにし、この主張のための証拠方法が示され、または申し出た証拠が補充され、かつ当事者によって主張された権利及び請求の要件事実を真実に即して確定するために必要と思われるすべての説明がなされるように努めねばならない。

(2)一方当事者の陳述が提出した準備書面の内容と食い違う場合、または両当事者の陳述が斟酌すべきその他の訴訟記録と一致しない場合には、裁判長は、そのことにつき注意を喚起しなければならない。裁判長はまた、職権により、斟酌すべき点を顧慮して、存する疑問を指摘しなければならぬ。裁判所の管轄について疑いがあるときには、裁判長は、これについて裁判をするに先立って、当事者に対して、管轄違いを治癒する（*JN一〇四条三項*）機会を与えねばならず、また場合によっては、事件を管轄裁判所へ移送すること（*二六一一条六項*）を求める申立ての機会を与えなければならない。

(3)裁判長以外に合議体の他の裁判官も、訴訟関係の調査および要件事実の確定のために適切な問いを発することができる。

る。

(ZPO一八三条)

(1) 裁判長は、一八二条により自己に課された義務を履行するために、特に次の各号に掲げる処分をすることができる。

- 1 当事者に対して口頭弁論に出席するよう命じること
- 2 当事者の所持する文書で当事者もしくはその相手方が訴訟で引用したもの、記録、情報物件または検証物の他、図、地図、設計図およびその他の図面ならびに編成表を提出し、かつ一定期間裁判所に寄託することを命ずること
- 3 官公庁または公証人が保管する文書で当事者の一方に関係したもの、情報物件及び検証物の提出を求めること
- 4 当事者の立会いの下での検証の実施および鑑定人による鑑定を命じ、訴状もしくは審理の経過から重要な事実の解明を期待できる者を証人として呼び出し、またはすでに争訟的口頭弁論期日が開かれた場合にはその者を当事者の立会いの下で受託裁判官に尋問させること

(2) しかし、これらの処分について双方の当事者が異議を主張する場合には、裁判長は、文書および証人についてその処分を行うことができない。

(3) これらの取り調べは、これを行わないと、裁判にとって重要な事実の確定がもはやできなくなり、または後からでは証拠方法がもはや使用できずもしくはその使用が著しく困難になるおそれがある場合には、口頭弁論の開始前であってもこれを命ずることができる。

(27) 関連条文として次の二八八条がある (筆者試訳)。

(ZPO二八八条)

(1) 証拠調べのために必要な呼出しおよび証拠調べのために必要なその他のすべての措置については、証拠調べが判決裁判所において行われるときは、その合議部の裁判長が、その他の場合には証拠調べを担当する裁判官が、職権によりこれを配慮しなければならない。証拠調べを担当する裁判官は、証拠調べの期日についても職権により指定しなければならない。

(2) 省略

(28) Franz Klein, Pro futuro, JBl 1890, S. 555ff. 参照。『S点を指摘するものと』 Krallik, Die Verwirklichung der Ideen

Franz Kleins in der Zivilprozessordnung von 1895, in: Hofmeister (Hrsg.) Forschungsband Franz Klein, 1988, S. 89ff. がある。関連条文として、一八三条二項のほか、次のものがある（筆者試訳）。

[ZPO一八四条]

(1) いずれの当事者も、事実関係の解明のために、争訟または口頭弁論の対象に係る訴訟遂行にとって重要であるすべての事情について、とりわけ訴訟遂行に役立つ文書、情報物件および検証物の存在および性状について、出席している相手方当事者またはその代理人に対して、裁判長に発問させ、またはその同意を得て自ら発問することができる。

(2) 発問が裁判長によって不適当として却下され、または相手方が発問の適法性を争う場合には、当事者はこれについて合議体での裁判を求めることができる。

[ZPO三〇二条]

文書が有効に提出された後は、拳証者は相手方の同意あるときにかぎり、この証拠方法を放棄することができる。

[ZPO三四五条]

当事者は、自ら申し出た証人を放棄することができる。ただし、相手方は証人がすでに尋問のために出席している場合には、この放棄にもかかわらず、証人を尋問することを求めることができ、または尋問がすでに開始しているときには尋問を続行することを求めることができる。

(29) 「この点を高く評価するものとして」 Fasching, Die Weiterentwicklung des Zivilprozessrechts im Lichte der Ideen Franz Kleins, in: Hofmeister (Hrsg.), Forschungsband Franz Klein, 1988, S.102. があげ。筆者が「S・バランスの重要性をかつて指摘した。拙稿・前掲木川古稀（注（8））二五〇頁以下。

(30) 「この点については」 Schothl, aaO., S. 53f. 参照。

(31) Leonhard, Zur Geschichte der österreichischen Justizreform von Jhare 1898, in: FS 50 Jahre ZPO, 1948, S.129.

(32) Fasching, aaO., S.102.（注（28））参照。

(33) 拙稿「近年におけるオーストリア民事訴訟改革とその評価（1）」山形大学法政論叢創刊号一頁以下（とくに二〇頁）参照。

(34) Fasching, aaO., S.103.（注（29））参照。

(35) Fasching, aaO., S.103.（注（29））参照。このような異議は、すでに一八九五年当時に知られていたし、ドイツのZPO草案に

対しても述べられていた。

(36) 逆に、立法者はクラインの基本思想を強化しようとした(たとえば、後述のA S G G三九条二項参照。Fasching, aaO., S.105. (注(29) 参照。))

(37) Fasching, aaO., S.107. (注(29) 参照)

### 三 現代オーストリア民事訴訟法における弁論主義論

以上のように、オーストリア民事訴訟法における裁判所と当事者間の役割分担は、クラインにより刻印され、現在に至っている。そこで、次には現在のオーストリア民事訴訟法学で、裁判所と当事者との関係がどのように規律されているか、まずその基本姿勢を見てみることにしたい。それにより、オーストリアにおいて弁論主義が現在どのように評価されているかを知ることができよう。

#### (1) オーストリア民事訴訟法学の基本姿勢

この点につき、オーストリア民事訴訟法学界を代表する訴訟法学者、ファッシング教授の見解が示唆的である。<sup>(38)</sup> ファッシング教授によれば、**眞実発見を追求するならば、(純粹な) 職権探知主義が優先されるとする。しかし、次のような問題点から、オーストリア民事訴訟法学は職権探知主義をとれないとするのである。すなわち、職権による眞実探究は、裁判官が探究のための十分な拠り所を有しない場合には、限界があること、どの程度、裁判官は**

職権により調査しなければならないかは、裁判官のイニシアティブ、自己責任、使用時間に依存している点、当事者は一般に紛争の事実基礎を誰よりもよく知っているということ、訴訟への当事者の固有の利益は、たいてい、適正な裁判への公益よりもより直接的でかつより重大なものであるという点である。そして続けて、ファッシング教授は、オーストリア民事訴訟法学では、弁論主義をとることもできないとする。なぜなら、弁論主義は、適正な司法および法秩序の維持について裁判官を制限し、権利を無に帰せしめる可能性を増大させ、訴訟の帰結を広範に当事者のイニシアティブや巧みに依存させてしまい、実際に権利を有する者が勝訴することにはならないとするからである。<sup>(39)</sup>そこで、オーストリア民事訴訟法学がとったのは、両原則の利点を統合し、その欠点をできるだけ回避しようという方向であるという。<sup>(40)</sup>換言すれば、オーストリア法では、純粹な弁論主義と同じく純粹な職権探知主義を理念型として両極におき、若干職権探知主義より裁判所と当事者の役割分担を規律しているイメージでいかと思われる。もともと、その基点の置き方は、論者によって微妙に異なっている。<sup>(41)</sup>

このように、オーストリア民事訴訟法学では、当事者の義務強化と裁判所の実質的訴訟指揮により、訴訟目的を達成しようとしているといえよう。そしてこれは、もはや弁論主義でもなく、職権探知主義でもないというのである。オーストリアでは、このような裁判所と当事者間の責任規律を、「緩和された職権探知主義 (der abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz)」<sup>(42)</sup>あるいは「混合された弁論主義 (gemischte Verhandlungsmaxime)」<sup>(43)</sup>とか、「協同主義 (Kooperationsgrundsatz)」<sup>(44)</sup>「収集主義 (Sammelmaxime)」<sup>(45)</sup>とかという形で様々に表現されている。

## (2) 主張整理（争点整理）面と立証面における具体的役割分担の特徴<sup>(46)</sup>

つぎに、主張整理、つまり争点整理面と、立証面における具体的責任分担をみてみる。一言で言えば、オーストリア法では「主張の一貫性審査」と「証拠決定」を基点として、手続の集中化をめざし主張整理と立証との構造的峻別のもとに当事者と裁判所との共同責任体制がとられているといえよう。以下、具体的に説明する。

### (1) 主張整理（争点整理）面での当事者と裁判所の役割分担

まず、当事者が第一義的に事実主張をなす。しかし、当事者の裁量は、**真実義務・完全陳述義務**（オ民訴法一七八条）により、極めて狭められ、当事者は裁判に必要な**事実主張を、真実に即し、完全にかつ特定して提出しな**ければならないのである。ここでの**真実義務は、わが国における理解のような消極的義務ではない**。すべての重要な**事実を陳述し、いかなる事実も差し控えないとする積極的義務をも含む、制裁を伴う法的義務である**。<sup>(47)</sup>

他方、オーストリア法では、**裁判所（裁判官）には主張整理面で次のような義務が課されている**。まず、**裁判官は、当事者の申し立てた訴訟対象の枠内で（処分権主義はオーストリアでもまったく変わりなく妥当する）、実質的訴訟指揮義務により、口頭弁論において当事者に発問および他の方法で当事者に裁判に重要なすべての主張をなさしめ、不完全な陳述を完全にし、相応する証拠申し出をさせ、事実の真実に即した確定のために必要なすべての説明をなさしめる義務を負っている**（オ民訴法一八二、一八三条）。この**裁判官の実質的訴訟指揮義務は、指摘（教示）義務（Anleitungspflicht）と真実探究義務（Wahrheitsforschungspflicht）または事案解明義務**に<sup>(48)</sup>分けられる。そのなかで、**裁判官の指摘義務は主張整理面で全面に出でくる**。そして、**当事者の真実義務・完全陳述義務の実行に作用を**

及ぼすものと位置づけられている。<sup>(49)</sup> この義務を裁判官が履行しない場合または不完全な履行の場合には、重大な手続瑕疵となる。<sup>(50)</sup> この義務は、当事者間の実質的対等性保障のために、弁護士訴訟においても存する。<sup>(51)</sup> この裁判官の指摘にもかかわらず、当事者がそれに応じない場合には、その不利益を当事者が負うことになる。ここに当事者の主張責任が観念されてくるといえよう。しかし、ここで注意しなければならないのは、オーストリア法では当事者の主張がない場合には、裁判官は、この指摘義務により主張の適正化及び補完化を必ず指摘しなければならないという点である。<sup>(52)</sup> この裁判官の指摘にもかかわらず、なお当事者が事実を主張しない場合に初めて、当事者の責任が浮かび上がってくる。この前提には、裁判所による主張の一貫性審査がある。<sup>(53)</sup> この審査により、当事者が事実を主張しない場合には、主張の一貫性がないとして棄却判決が下される。<sup>(54)</sup> またここでは、当事者は訴状、答弁書または準備書面において、争訟的口頭弁論前に基本的にすべての事実および証拠方法を提出しなければならない、争訟的口頭弁論後は原則的に準備書面の交換はできないこと、そして裁判官はこの準備段階で重要な争点を明らかにしなければならない点<sup>(55)</sup>が、裁判所と当事者間の役割分担の基準として重要である。つぎに立証面での当事者と裁判所の役割分担についてみてみる。

#### (ロ)立証面での当事者と裁判所の役割分担

オーストリア法では、原則として一貫性審査を通った事実主張に関してのみ、証拠決定を経て証拠調べが実施される。<sup>(56)</sup> つまり、原則として当事者の要求する裁判にとって重要な主張のすべてが提出されていることが確認されるから、立証段階に移行するという審理構造となっているといえよう。そして、立証面でも、証拠調べは、第一義的に当事者によって申し立てられた証拠方法につきなされる。<sup>(57)</sup> また、当事者による模索的証明も許されている。<sup>(58)</sup> 裁判

所は、訴訟指揮により補充された当事者の事実陳述によって画定される範囲でその主張の真実を探究しなければならないのである。ここに実質的訴訟指揮義務のもう一つの内容である真実探究義務が全面に出てくることになる。それゆえ、オーストリア法では、裁判官はその裁量権により職権ですべての証拠調べをなすことができることになっている<sup>(59)</sup>。つまり、証拠調べは、第一義的には当事者の申出に基づくが、当事者が証拠申出をなさない場合には、裁判所は実質的訴訟指揮義務を行使して、当事者に証拠の申出を命じねばならないのである。この命令に当事者が従わない場合には、相応した主張は証明されなかったことになる<sup>(60)</sup>。しかし、ここで重要なことは、裁判所の審査(法的重要性審査と証明必要性審査)に基づき、証明の必要な事実と必要でない事実が裁判所の「証拠決定」によって特定されることである。そして必要があるれば、裁判所は当事者と事実陳述の重要性および一貫性について討論しなければならないという点である<sup>(61)</sup>。

もつとも、裁判所は、判例によれば、当事者の自白に原則的に拘束される―後述―。また、文書の提出および証人の呼び出しについての当事者双方による異議(一八二条二項)がある場合には、裁判所の事案解明義務は制限されることになる(検証、鑑定、当事者尋問は職権でいつでも可能である<sup>(62)</sup>)。

以上が、現行オーストリア民事訴訟法における裁判所と当事者の役割分担における基本姿勢である。なお、こうした第一審集中型の役割分担は、オーストリアでは厳格な更新禁止原則が背後にあることも考慮に入れていなければならないであろう(しかし、その反面で再審の許容範囲は広い)。

(58) Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. 1990, S.341ff.

(59) Fasching, aaO. (Lehrbuch), S.359f., (Rz 664).

- (40) Fasching, aO. (Lehrbuch), S.350, (Rz 665).
- (41) 筆者の理解によつて例えれば Holzhammer, Österreichisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl (1976). 之を職権探知主義に近づける Fasching, aO. (Lehrbuch) によつて弁論主義に近づける裁判所と当事者間の役割分担を規律するものとして述べられている。
- (42) Reehberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, 4. Aufl. (1994), S.140.
- (43) Sprung/König, „Jura novit curia“ und rechtliches Gehör, JBl 1976, S. 4.; Klein/Engel, aO, S.325.; Petschek/Stagel, Der österreichische Zivilprozessrecht (1963), S.226.
- (44) Ballon, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht. Streitiges Verfahren, 4. Aufl. (1993), S.26.; Holzhammer, PrKZPR (1992), S.88.
- (45) Holzhammer, aO., (Zivilprozessrecht), S.127f.
- (46) 1962年12月24日 Fasching, aO. (Lehrbuch); Reehberger/Simotta, aO. (Grundriss); Reehberger (Hrsg.), ZPO Kommentar (1994); Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, II (1962); ders, Aktive Verfahrensgestaltung durch den Richter im österreichischen Zivilprozess, in: Österr Landesreferate zum IX. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Teheran (1974), S.75ff.; Holzhammer, aO., (Zivilprozessrecht); Schragel, Verfahrenstechnik im Zivilprozess, RZ 1978, S.21ff.; Hagen, Die Vorbereitung der Streitverhandlung, JBl 1970, S.120ff. 之を参考してください。
- (47) オーストリア法における真実義務は、有利不利の関係なくその状況を陳述するものと当事者に義務づけられる (Pollak, System des österreichischen Zivilprozessrechtes unter Einschluß des Exekutionsrechtes, 2. Aufl. (1932), S.482.; Fasching, aO. (Lehrbuch), S.345.; Fasching, Kommentar II, S.847.; Holzhammer, aO. (Zivilprozessrecht), S.128. 之を参考してください)。また真実義務の概念は、一般の民事訴訟法に於ける権利 (権限) の概念 (権限) Pinner, Zur Begründung des Richters zur Zurückweisung verspäteten Vorbringens und Beweisanbietens nach §179 Abs 1 Satz 2 ZPO, JBl 1983, S.129f. 参考) と自由心証の枠内 (二七二条) での考慮 (弁論の全趣意) があるが、それと並んで訴訟費用上の制裁 (四四二条、四八条参照) や損害賠償請求権 (四〇八条、損害賠償法) や故意罰 (三三三三条参照) が考慮されている (損害賠償法) によつて Bydlinki, Schadenersatz wegen materiell rechtswidriger Verfahrenshandlungen, JBl 1986, S.626ff. 参照)。オーストリアによつて民事訴訟の目的は、当事者の申立ての枠内にとどまるだけでなく完全に正しい事実基礎に基づく裁判によるものと認識のものと (Fasching, aO. (Lehrbuch), S.344.) あり

事者はこの目的達成のために、法的に重要な状況を真実に即して完全かつ特定して主張しなければならない (angeben) のである。この点が、わが国における真実義務の興味とまったく異なる点でもある (拙稿「真実義務」宮脇・林屋編・民事手続法事典中八五五頁(一九九五)参照)。なお、ドイツ民事訴訟法においては、一九三三年にはじめて真実義務が導入された (詳細は、Olzen, Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess, ZJP 98 (1985), S.403ff (413ff).; Oberhammer, Richtermacht, Wahrheitspflicht und Parteienvertretung, Gesichtspunkte der "Arbeitgemeinschaft Zivilprozess", in: Kralik/Rechberger (Hrsg.), Konfliktvermeidung und Konfliktregelung (1993), S.31ff. (66f.) 参照)。

(関連条文試訳)

(ZPO 四四条)

(1) 当事者がもっと早期に主張しえたと裁判所が確信を得た事情の下、事実上の主張または証拠方法が提出されたが、そうした提出を許すことにより訴訟の解決が遅延する場合には、裁判所は、申立てによりまたは職権により、そうした提出をした当事者に対してこの者が勝訴する場合であっても、訴訟費用の全部または一部を償還させることができる。

(2) 前項の規定は、勝訴当事者が提出した準備書面において予め提出すべきであった陳述または証拠申出であって、かつその時機に遅れた提出が弁論または訴訟の解決の遅延を生じせしめた場合にもこれを適用する。

(ZPO 四八条)

(1) 当事者の一方に、相手方当事者の事実上の陳述または証拠申出が時機に遅れて有責に提出されることにより、または手續の過程において相手方の責めに帰すべき事由もしくは相手方に生じた出来事に起因する偶然の事件により費用が生じるときは、裁判所は申立てによりまたは職権で訴訟の勝敗に関係なく、この費用の償還を相手方に命じることができるとする。—省略—

(2) —省略—

(ZPO 一七九条)

(1) 当事者は、口頭弁論の終結に至るまで、弁論の対象に関連する新たな事実上の主張及び証拠方法を提出することができる。ただし、裁判所は、新たな主張及び証拠が明らかに訴訟を引き延ばす意図により早期に提出されず、かつこの提出を許すならば訴訟の解決が著しく遅延するであろう場合には、申立てによりまたは職権で、その提出を禁じることができるとする。

きゐる。  
(2) 前項の場合に当事者の弁護士にも重大な責めに帰すべき事由がある限り、さらにその弁護士に対して秩序罰を科すこともできる。

〔ZPO二七二条〕

(1) 裁判所は、この法律中に別段の定めがない限り、弁論及び証拠調べの全結果を慎重に考慮して、自由な心証により、事實上の主張を真実とみなすか否かについて判断しなければならない。

(2) とくに、当事者が裁判長もしくはその合議体の同意の下に行われた発問に対して回答を拒否した場合には、これが事件の判断にどのような影響を及ぼすかについても、裁判所は前項と同様に判断しなければならない。

(3) 裁判所の心証の基準となつた事情および衡量は、判決理由の中で示さなければならない。

〔ZPO三二三条〕

文書の真正を故意に争つた当事者は、故意罰 (Mutwillensstrafe) をもつて処罰される。

〔ZPO四〇八条〕

(1) 裁判所は、敗訴当事者が明らかに故意に訴訟遂行をしたと認めるときには、勝訴当事者の申立てに基づいて、これに相応した損害額の給付を敗訴当事者に対して命ずることができる。

(2) この申立てについての弁論によつて、本案の裁判が妨げられてはならない。

(3) この損害額は、裁判所の自由な心証によつて定められる。

(48) この分類の仕方は、Fasching, aaO. (Lehrbuch), S.346. に拠つた。

(49) Fasching, aaO. (Lehrbuch), S.346.

(50) Recheberger (Hrsg.), ZPO (Fueck), S.562f.; Fasching, aaO. (Lehrbuch), S.346. 及び過ぎたき指摘 (わが国で言えば、行き過ぎた釈明) の場合は、予断を生じさせるものかも知れないが、手続瑕疵とはならないといふ (Recheberger (Hrsg.), ZPO (Fueck), S.563.; Fasching, aaO. (Lehrbuch), S.413. わが国の議論については、竹下・伊藤編・注釈民事訴訟法 (3) (松本) 一六九頁 (一九九三) 以下参照)。

(51) Recheberger (Hrsg.), ZPO (Fueck), S.562. この点に関する判例として JBI 1962, S.440; JBI 1977, S.319; JBI 1990, S.802. な

とがある。

(25) Reehberger (Hrsg.), ZPO (Fuecik), S.562.; 判例例 JBI 1975, S.645.; JBI 1979, S.153.; RZ 1978, S.120.; RZ 1979, S.91. など参照。なお、区(簡易)裁判所手続では、訴状審査の段階で裁判官は代理されてない当事者に法性決定または包摂の結果一貫性のない請求を一貫性ある請求に変えることを教示していいことになっている(四三五条一項)。

(関連条文試訳)

[ZPO 四三五条]

(1) 書面で提出された訴えが、裁判官の見解によれば、ある点において補充もしくは明確化を必要とする場合、または手続の開始に対して疑問が生じている場合には、裁判官は原告に対して、この者が弁護士により代理されてないときには、訴えを処理するに先だつて相応の完全化または訂正をさせるために必要な指摘(Anteilung)をしなければならぬ。

(2) 調書上に口頭でなされた訴えが、法的救済方法(Rechtsweg)の不適法、裁判所の管轄違い、請求権限の欠缺または被告の訴訟能力の欠缺を理由として不適法とみなされる場合には、この点について、原告に対して口頭でまたは要求あるときは書面で、教示しなければならない。訴えが明らかに理由のないものと認められる場合にも、同様に、原告に対して口頭で適切な教示をしなければならない。但し、教示にもかかわらず原告が調書に記載することに固執する場合には、訴えの受理を拒絶してはならない。

(53) この点については、Fasching, aaO. (Lehrbuch), S.364f./460/539/736. 参照。一貫性審査は、争訟的口頭弁論の開始に際してすでに行われていなければならない。この審査は、一八二条および四三五条一項に基づく裁判官の實質的訴訟指揮権の基づく。そして、その審査は、主張された訴えの事実関係に適用できる法規範の何がある一つから請求において要求された法効果を導き出すことができるか否かという抽象的な審査である。なお、オーストリア法における支配的判例(JBI 1965, S.151.; SZ 22, S.332)は、弁護士の代理しての当事者の場合や弁護士訴訟の場合には、裁判官の中立性からこのような一貫性について指摘すべきではないとする(それゆえ、また判例は訴えの変更(JBI 1978, S.545)や請求の拡張(JBI 1988, S.730)の釈明につき批判的である)。しかし、この一貫性に関する指摘が適正な訴訟の終結をもたらすことは重要であり、また当事者が一貫性ある請求をしようとし(通常はそうである)、明らかに当事者が主張しようとしぬ請求をなさしめない限りでは、適正な本案の申立てを促すことが裁判官に義務づけらるるとされてゐる(Fasching, aaO. (Lehrbuch), S.364. 参照)。ドイツ法における主張の一貫性審査については、木川統

一郎・訴訟促進政策の新展開（一九八七）参照。

(54) Fasching, a.o. (Lehrbuch), S.460/539. 参照。他面からみれば、この点で当事者の最終的な主張の選択権が保障されているといえる。この主張（立証）についての当事者の意思決定の尊重という点に弁論主義の存在意義を強調する見解がある。弁論主義根拠論における私的自治説の主張である。本稿ではこの点を否定するものではない。しかし、この点をもって弁論主義の妥当性を強調することにどんな意味があるうか。イデオロギー論争となるだけである。このような自己決定権は、処分権主義をとる限り、いわば当然ともいえる。むしろ、重要なのは、民事訴訟制度の枠内でどうすれば主張（立証）について適正な意思決定が可能かという点ではなからうか。一貫性審査の局面での役割分担は、まさにこの点についての一つのモデルと思われる。

(55) オーストリア民事訴訟法二五七条、二五八条参照。

〔関連条文試訳〕

〔ZPO二五七条〕

(1) 争訟的口頭弁論の期日は、当事者が争訟的口頭弁論を準備するために、呼出状の送達から少なくとも八日間の期間の猶予を与えて、定めなければならない。

(2) 期日を定める場合には、裁判長は二二九条により準備書面においてなされた申立てについて、これが第一回期日を指定する際すでに処理されていない限り、必要な命令を出さなければならない。この命令に対しては、不服申立て (Rechtsmittel) は許されない。ただし、裁判長が認めなかった申立てを、争訟的口頭弁論において、当事者は改めて提出することができる。同様に、当事者は申立てについて裁判長によって出された命令に対して、争訟的口頭弁論において異議を提出することは自由である。

(3) 一省略一

〔ZPO二五八条〕

争訟的口頭弁論の指定からその開始までの間に、両当事者は相互に訴状または答弁書中に記載しなかった申立て、攻撃および防御方法、主張および証拠で、争訟的口頭弁論において提出しようとするものを別個の準備書面によって通知することができる。この間に当事者は二二九条に掲げる申立てを書面によりまたは裁判所の調書への記載によってすることができる。裁判長は、この申立てについて必要と認める命令を直ちに発しなければならない (二五七条)。

- (75) Fasching, aO. (Lehrbuch), S.444.
- (77) Fasching, aO. (Lehrbuch), S.347.
- (78) Fasching, aO. (Lehrbuch), S.347.; Reehberger (Hrsg.), ZPO (Fucik), S.556.; Reehberger/Simotta, aO. (Grundgriff) S.141.; 参考。なな Pollak, aO., S.483. を判例の多数 (RZ 1972, 16; JBL 1972, S.478. など) は、これに反対す。
- (79) Reehberger/Simotta, aO. (Grundgriff) S.141.
- (80) Fasching, aO. (Lehrbuch), S.347.
- (81) Fasching, aO. (Lehrbuch), S.444.
- (82) このことが弁論主義の表明として評価されることに対する批判として、Oberhammer, aO., S.50ff.; Reehberger/Simotta, aO. (Grundgriff) S.141. 参考。

### (3) 裁判所と当事者の役割分担をめぐる最近の動向

こうしたオーストリア民事訴訟法学において最近注目される動向として、一九八三年を境にした近年のオーストリア民法改正議論が重要である。<sup>(63)</sup> まず、その改正議論において、今述べた基本姿勢は、まったく変更されることはなかった点が重要である。むしろ、立法者は、裁判所の権限を強化しようとした面があるといえよう。<sup>(64)</sup> たとえば、一九八五年の労働及び社会裁判所法がそうである。すなわち、その三九条において、裁判官は専門知識のない当事者に、区(簡易)裁判所における裁判官の教示義務(四三二条、四三五条)を越えて、訴訟行為の形式だけでない、労働および社会裁判事件で生じた申立てや訴訟行為の内容についても教示することが義務づけられた。<sup>(65)</sup>

そして、この改正議論の中で、次に注目されるのが、審問請求権の強化に特徴づけられる、民事訴訟基本権の尊重傾向である。<sup>(66)</sup> これは、ヨーロッパ人権条約が憲法と同順位に位置づけられたことによって、いっそう議論は活発

化してきた。<sup>(67)</sup> とくに、一九八三年の改正での欠席判決に対する異議の導入、上訴期間の延長など法的審問権の強化指向は、特徴的である（しかし、ここでの個々の改正は反面でクラインの意図した訴訟理念から離反するという特徴も有している）。さらに、一九八九年の訴額改正法によって導入された、上級裁判所への当事者の期日申立権の創設は、「迅速な裁判請求権」という訴訟基本権を訴訟手続の中で具現化することをめざしたものだ<sup>(68)</sup>。そして、ここでは、訴訟原則は、この訴訟基本権を保障するものであり、手続形成に際し、すべての訴訟法はそれを守らねばならないという意識が高まっていたと言える。これにより、現代の民事訴訟には、両当事者の十分な法的審問を保障した、口頭、直接、公開の集中した手続が期待されたのである。そして、それはオーストリア民事訴訟法学においてはクラインの構想と合致するものといえる。つまり、口頭主義、直接主義および公開主義との関係と、当事者の真実・完全陳述義務と裁判官の実質的訴訟指揮義務の関係とは、ともに、個々の事例において適正な裁判を可能にする事実確定を保障するものとの認識が確認されたといえるのである。<sup>(69)</sup>

(63) 改正議論については、拙稿「近年におけるオーストリア民事訴訟改革とその評価（3）」山形大学法政論叢四号（一九九五）三七頁以下参照。なお文献については、同四一頁注（1）に掲げた文献を参照のこと。

(64) Fasching, aO., FG Klein, S.104, 参照。

(65) 詳細は Schönb, aO., S.97ff. 参照。しかし、反面で、弁護士訴訟における訴訟指揮義務の後退もこの規定からみてとれる。そして、この点については、学説は批判的である。というのは、適切な教示がなく敗訴してしまった当事者は、事後的に弁護士に対する損害賠償をするしか救済の道が残されていないからである。しかも、高い費用と時間をかけても、その訴訟に当事者が勝訴することはほとんどない状況にあるからである。それゆえ、むしろ従来どおりに裁判官の教示義務を認めるほうが、上訴において救済の道がひらけ、当事者にとっても権利保護に資すると主張されている（Fasching, aO., FG Klein, S.104, 参照）。

(66) 例えは Reicherger/Simotta, aO. (Grundgriff) S. 143ff. は fair trial を基本的訴訟原則としてあげ、手続形成を説明す

86. 木村、Ballon, Der Einfluß der Verfassung auf das Zivilprozeßrecht, ZJP 96 (1983), S.409ff. 参照。

(67) Matscher, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen, ZÖR 1980, S.1ff.

(68) 一九八三年の改正については、拙稿・前掲山法四号三七頁以下、三三三九頁以下参照。また、一九八九年の改正法は「迅速な裁判請求権」については、以下の文脈を参照。Schohl, Der Fristsetzungsantrag nach §91 GOG - eine Maßnahme zur Beschleunigung des Gerichtsverfahrens?, JBl 1991, S.14ff.; ders, Die überlange Dauer von Zivilverfahren im Lichte des Art 6 Abs 1 EMRK, RZ 1993, S.583ff.; Matscher, Zum Problem der überlangen Verfahrensdauer in Zivilprozeßrecht, FS für Fasching (1988), S.351ff.; Fucik, Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung in Zivilrechtssachen, RZ 1993, S. 218ff.; ユーレンの議論については、Henkel, Das Recht auf Entscheidung in angemessener Frist und der Anspruch auf rechtliche Gehör, FS Matscher (1993), S.185ff.; Leopold, Das Menschenrecht auf angemessene Verfahrensdauer, 木川古稀を巻六二頁(一九九四)など。なお、迅速な裁判を受ける権利に関しては別稿を準備している。

(69) Rehbenger/Simotta, aoO. (Grundgriff) S.144.

#### (4) 個別問題

次に、オーストリア民事訴訟法学において弁論主義に関連するいくつかの個別問題をめぐる議論を紹介することにする。

##### (イ) 法的観点指摘義務と法的討論義務

まず最初に、ドイツにおいて激しく議論された法適用過程における裁判官の法的観点指摘義務とそれに加わる裁判官と当事者間の法的討論をめぐる議論<sup>70)</sup>をみる。オーストリアでは、創設者ラインによる裁判官と当事者の「作業共同体」という役割分担方式は、元々事実調査の局面だけでなく、法発見の局面、つまり法適用過程における

裁判官と当事者との協働関係を維持するものであった。<sup>(71)</sup>そして、オ民訴法一七七条が当事者は争点関係に関する法律上の陳述に関して審問されうると規定し、事実関係および法律関係で判決の基礎となつてゐる事実 (Sachverhalt) についての意見表明の機会が、つまり、当事者には法律上の陳述の機会が与えられている。このことは法的審問権の保障と密接な関係を有し、この審問権を具体化したのが一七七条の当事者の陳述とされている。そして、この当事者の陳述と裁判所の実質的訴訟指揮権が完全な討論と理由ある判断の促進をなす「作業共同体」を形成するとされる。<sup>(72)</sup>

しかし、問題となつたのは、裁判所に弁論において当事者に法的観点を知らせる義務があるか、またそれを当事者と討論しなければならぬ義務があるかということであつた。オーストリアでは、すでに一九二〇年代ごろから、判例・学説により法的観点の指摘および当事者との討論義務は、裁判官に義務づけられており、その違反は判決の取消しとなる手続上の瑕疵とみなす（四九六条一項二号）という見解が主流であつた。<sup>(73)</sup>そして、この問題はオーストリアでは裁判官の事実説明義務—実質的訴訟指揮義務—の問題として理解され、法的審問請求権を根拠として理解されることはほとんどなかつた。<sup>(74)</sup>この見解に対して疑問を唱えたのがファッシング教授である。<sup>(75)</sup>つまり、裁判官が頭に浮かんだ法的観点すべてに注意を喚起しなければならないとするのは問題はなくはないとして、全面的な法的観点指摘義務・法的討論義務に対する疑念が投げかけられた。とくに、法的討論義務に対しては、一七七条により当事者の法律上の陳述を聞く義務は裁判官にあるが、しかし、法的討論義務はどこからも導き出すことはできないとする。<sup>(76)</sup>そして、ここで重視されたのが不意打ち防止の観点である。そこで、当事者と討論しなかつた新しい法的観点は指摘しなければならないとする見解が、有力に主張されている。<sup>(77)</sup>

## (四) 訴訟資料と証拠資料のズレ

次に取り上げるのは、訴訟資料と証拠資料とがズレる場合に、裁判所は証拠資料を裁判の基礎とすることができるとかという問題である。これについては、学説と支配的判例との間で争いがある。多数説および一部の判例は、当事者の主張を越える証拠結果も、たとえ事後的に当事者がその事実主張の対象としない場合や、裁判官の要請があつてもその主張を当事者が拒む場合であらうと、裁判官の実質的訴訟指揮義務（または真実義務から）や自由心証主義を根拠に判決の基礎にしなければならないとする<sup>(78)</sup>。それに対し、支配的判例は、証拠資料でわかつた結果を当事者が事後的に主張する場合にのみ、判決の基礎にできるとする<sup>(79)</sup>。この判例の見解に対して、学説は、不完全で正確な事実基礎に基づく判決を裁判官に強いるものであるとの批判を展開している<sup>(80)</sup>。そうした中で、ファッシング教授が、裁判所はこの証拠結果を当事者と討論しなければならないと主張し、個々の事例においては、手続瑕疵となりうる（四九六条一項一号）ことを指摘する点が注目される<sup>(81)</sup>。ここでも、当事者の法的審問権保障が考慮されて来ていることが確認できよう。

### (イ) 自白の拘束力

弁論主義との関連問題で、オーストリアにおいて最も学説と判例が対立しており、わが国やドイツとの議論と根本的相違をみせる問題に「自白の拘束力」の問題がある。オーストリアにおける判例は、民訴法二六六条の文言に忠実に、（明示的に）自白された事実は原則的に真実とみなされ、審理されることなく裁判の基礎としなければならないという立場を固辞している<sup>(82)</sup>。そして、オーストリアの判例は、自白の拘束力を否定する場合として、①自白された事実の反対事実が一般に承認されている場合、②自白が一般に承認されている経験則に矛盾する場合、③反

対事実が裁判所の職務活動の過程において知られた場合の三つを挙げている。<sup>(83)</sup>

これに対して、オーストリアの最近の学説は、一般に自白の拘束力を否定し、自白は裁判官の自由な証拠評価に服するとする。<sup>(84)</sup> その根拠として挙げられるのが、オーストリア一般裁判所法（AGO）から続く自白に対する基本理解である。<sup>(85)</sup> AGOは、裁判上の自白を証拠方法として規定していた。そして、自白は法定証拠理論によって始めからその証拠価値は確定されており、自白された状況は完全に証明されたものとみなされた。その背後には、自白は通常、真実と合致するという経験則が存在していたのである。それゆえ、自白は裁判所の自由心証に服し、反対事実の証拠がもたらされるや否やその効力は消滅すると解されていた。<sup>(86)</sup> そして、一八九五年の民事訴訟法はドイツモデルの自白規定を継受したが、それは自白の拘束力の法定証拠理論へのはめ込みを排除しようとしたものと解されている。<sup>(87)</sup> つまり、AGOとZPOは本質的 point においては相違ないと考えるのである。<sup>(88)</sup> また、民事訴訟法二六七条において、裁判外の自白や擬制自白を裁判官の自由裁量に委ねているのは、二七二条の自由心証主義の表現にすぎず、二六六条と二六七条との対比で二六六条も同様のものと解するのである。<sup>(89)</sup> そして、より根本的にはオーストリアでは、当事者に真実義務が課されていること、裁判官に事案解明義務があることもその根拠とされている。そして、自白の拘束力として理解されるべきは、裁判官は特定の状況において自白事実についてはもはやまったく証拠調べを必要としないことであるとする。<sup>(90)</sup>

この判例と学説の中間的立場をとるのが、ファッシング教授に代表される従来の通説の見解である。この説では、判例の挙げる三つの例外のほか、「従前の証拠調べにより自白と対立する証拠結果が裁判所に明白である場合」を挙げている。<sup>(91)</sup> つまり、時的に自白前の証拠結果から自白の拘束力の有無を判断しようとするのである。その結

果、この説に対しては、自白に反する証拠結果が自白時点において存在しない場合には、裁判官は明白に真実につき疑いがある場合にも、それを判決の基礎にしなければならないことになる、最近の多数説による批判がなされている。<sup>(92)</sup> なお、自白の拘束力については別稿を準備している。

(70) この議論状況については、山本和彦・民事訴訟審理構造論(一九九五)一六八頁注(2)において簡潔な紹介がある。基本的なそのでの状況と本稿で解説する状況は変わりはないといえる。

(71) Klein, aO., Vorlesung, S.144f.

(72) Sprung/König, aO., S.5.

〔関連条文試訳〕

〔ZPO一七七条〕

(1)事件の呼上げ後、両当事者は、その申立てについて、その理由づけのためにまたは相手方の申立てを争うための特定の事実上の提出並びに証拠及び証拠申出についておよび争点関係に関する法律上の陳述について審問されねばならない(当事者の陳述)。口頭の提出に代わる書面の朗読は、許されない。

(2)陳述において引用された書面については、この書面が裁判所または相手方にまだ知られていないときまたは文面上の内容が問題であるときに限ってのみ、これを朗読しなければならない。

(23) Pollak, aO., S.638.; Satter, ZZP 60 (1936/37), S.305f.; Schima, Prozeßgesetz und Prozeßpraxis, JBl 1967, S.547.; Hagen, aO., S.125.; OGH 23. 3. 1926 ZBl 1926 S. 203.; 13. 4. 1926 ZBl 1926. S. 204. など参照。

(74) Sprung/König, aO., S.2f. など Sonnen は裁判所の真実義務に根拠を求め (Sonnen, Zur Reform des Zivilprozessrechtes, FS Soldan (1933), S.104. / Guttmann 等、証拠決定の理由づけにさぐる指摘すれば足りぬと云ふ (Guttmann, Unmittelbarkeit und freie Beweiswürdigung und die Zukunft unserer Gerichts-Verfassung, 1907, S.126f.)。

(75) Fasching, Die Entwicklung des zivilgerichtlichen Berufungsverfahrens in der Rechtsprechung, ÖJZ 1963, S.536f. (『S 後好説』(Fasching, Kommentar III, S. 874. 参照))

- (9) Fasching, aO. (Lehrbuch), S.342.; Sprung/König, aO., S.6f.; Reehberger (Hrsg.), ZPO (Fucik), S. 554.
- (17) Reehberger (Hrsg.), ZPO (Fucik), S.563. は、裁判所は判決言ひ渡し前に当事者が法的見解を知らせる義務はないとする。しかし、この法的見解がそれについての討論が欠けていた結果当事者が考えなかった（考えねばならなかった）法的に重要な事実を提出してならう状況にたまる場合には、それは一八二条に違反するとする。なお、判例（JBI 1978, S.262; E.v.BI 1982/171など）参照。Schima, Prozeßgesetz und Prozeßpraxis, JBI 1967, S.547. の同様の指摘をよむ。
- (28) Fasching, aO. (Lehrbuch), S.348.; Pollak, aO., S.483.; Holzhammer, aO., (Zivilprozeßrecht), S.128.; Krallik, aO., (FB Klein), S.93.; Holzhammer, Der Beweisstand im Zivilprozeß, FS Wohlgenannt (1985), S.390.; ders., aO., PraktZPR, S.89.; ZVR 1964/162; JBI 1975, S.379, JBI 1986, S.121.
- (29) JBI 1961, S.123.; SZ 41/187; JBI 1972, S.271.
- (30) Fasching, aO. (Lehrbuch), S.348.
- (31) Fasching, aO. (Lehrbuch), S.472.
- (32) E.v.BI 1957/90.; E.v.BI 1974/29.; JBI 1990, S.590.
- (33) Reehberger (Hrsg.), ZPO, S.717 (Reehberger). 参照。
- (34) Holzhammer, aO., (Zivilprozeßrecht), S.244.; Holzhammer, aO., (Zivilprozeßrecht), S.312f.; Ballon, aO., (Einführung), S.137f.; Oberhammer, aO., 52ff.; Reehberger, Das Dogma von Bindungswirkung des Geständnisses, NZ 1991 S.69ff.; Simotta, Das „Zerüttungsgeständnis“ im Verfahren über die einvernehmliche Scheidung, FS für Krallik (1986); S. 329ff.
- (35) Reehberger, NZ 1991, S.71.; Pollak, Gerichtliches Geständnis im Zivilprozeß (1893). S.163. 108ff.
- (36) Pollak, Gerichtliches Geständnis im Zivilprozeß (1893). S.163. 108ff.
- (37) Reehberger, NZ 1991, S.71.
- (38) Reehberger, NZ 1991, S.71, Pollak, aO., (System), S.485.
- (39) Reehberger, NZ 1991, S.72. 第六二六条一項は、撤回及び裁判官の裁量を認め。
- (40) Reehberger, NZ 1991, S.74. など。Reehberger, NZ 1991, S.72. Oberhammer, aO., 54. は、自由の裁判所に対する拘束力は、結局は当事者の事実についての処分権から引き出されるが、それは事実関係についての完全かつ真実に即した確定に関する民事訴訟

訟法のすべての基本原則に矛盾するとする。

(16) Fasching, aaO. (Lehrbuch), S.449f. なお、こうした例外はすでに Pollak, aaO., (System), S.485.; Spertl, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtspflege (1925), S.299 により見いだされていた。

(26) Reehberger, NZ 1991, S.72f.

### (5) オーストリア民事訴訟実務における現在の姿勢と問題点

以上のような弁論主義をめぐる問題についてのオーストリア民事訴訟法学の議論状況は、現在の裁判実務に対する不信がその背後に見え隠れしているといえよう。そこで、以下では実務の現在の姿勢について概観する。なお、この点については、筆者は現実にオーストリアの民事裁判実務を見聞したわけではない。また、すでに河邊裁判官によって詳細なオーストリア民事訴訟実務の報告がなされている<sup>(93)</sup>。筆者の以下の叙述は河邊裁判官の報告や学説の中で取り上げられた実務状況からなるにすぎないことを、あらかじめ付言しておきたい。

オーストリアの民事訴訟実務においては、法律上認められた権限を裁判所が十分に利用しようとしておらず、また、裁判官の事案解明義務はきわめて制限的に解釈されているといわれている。職権による証拠調べはめったに利用されていない。それゆえ、判例の中にはオーストリアでも弁論主義が支配しているとするものもある<sup>(94)</sup>。こうした実務に対して、学説はこぞって批判的である。そして、さらに重要なことは、控訴審における変更自判、取消差戻しの割合が著しく高いことである。河邊裁判官の報告によれば<sup>(95)</sup>、ドイツでは、控訴で二二％程度、上告で二二％であるのに対し、オーストリアでは抗告事件四七・八％、控訴事件三七・八％、地裁の控訴事件三五・一％、さらに

上告事件でも二五・五％に達している。このことは、比較対象の点などで一概にはいえないが、裁判の質に重大な問題が潜んでいることを示唆しているようにも思える。そして、それはどうもオーストリア民事訴訟法が当初予定していた裁判所と当事者の役割分担を忠実に実行しない現実の実務の今述べた姿勢とも関連しているように思われる。というのは、クラインによって創設された当初の民事訴訟実務では（一九一〇年の統計資料から）、控訴審における変更自判、取消差戻しの割合は平均して二〇％を越えることはない。<sup>(96)</sup>ここに、裁判所の懈怠が存在するとの指摘もある。<sup>(97)</sup>また、こうした実務の姿勢に対する批判、不満が近年オーストリアにおける民事手続立法の諸改正の背景にあるとも推察できる（注（63）拙稿参照）。

(93) 河邊義典「オーストリアの司法制度（上・中・下）」法曹時報四六卷七号（上）三二頁、八号（中）二五頁、九号（下）一頁（一九九四）参照。

(94) RZ 1967, S.105; SZ 23/332.

(95) 河邊・前掲論文（中）五七頁以下参照。

(96) Klein/Engel, aaO., S.439f.

(97) Fasching, aaO., (Lehrbuch), S.350.

## 四 おわりに―オーストリア民事訴訟法学からの示唆―

### (1) オーストリア民事訴訟法学の基本的視点の整理

以上、オーストリア民事訴訟法学の現状を見てきた。そこでの議論から、当事者と裁判所間の役割分担の考察の際に重要と思われる点をまとめると、次のような視点が挙げられよう。

まず第一に注目すべきは、クラインによって挙げられ、維持されてきた、「訴訟の目的実現に合致した裁判所と当事者間の役割分担の形成」という視点である。訴訟原則は目的ではなく、あくまでも手段でしかない、弁論主義は絶対的原則ではないという視点である。

第二に、「当事者の実質的対等性」は訴訟開始時には存在しないという点である。オーストリア民事訴訟法における当事者像の問題である。

第三に、「訴訟の社会性」という視点である。訴訟を社会的疾病と捉え、裁判を国家の福祉制度と捉える視点である。そして、その結果、適正な判決のためには、真実発見と迅速性に重大な価値をおいた点である。

第四に、裁判の適正さと迅速性を効率よく確保するために、争点(主張)整理と証拠調べとを基本的に構造上分離する形をとり、集中審理体制をとっている点である。

第五に、以上の点に関連するが、このような視点を充足させるために、オーストリア法では弁論主義とか職権探

知主義とくに拘らず、合目的審理システムを当事者と裁判所の役割分担（「作業共同体」）で規律しようとした点である。つまり、当事者の申立ての枠内でできるだけ完全に正しい事実基礎に基づく裁判をめざし、その実現を、当事者側では真実義務・完全陳述義務が、裁判所側では実質的訴訟指揮義務と職権証拠調べが導入されることによつて達成しようとした点である。

## （2） オーストリア法の基本的視点のわが国における現代的意義

以上がオーストリア法から得た基本視点である。以下では、これらの視点が、わが国において現代的意義を有するかを検討し、その後、本稿での検討課題である「弁論主義は事実資料収集の点で裁判所と当事者間の最適な役割分担を形成するか」という点について、プログラムの、私見を若干言及してみたい。

まず第一の視点については、すでに三ヶ月博士により指摘されていた。しかし、従来の見解ではどのような目的に合致させるかが必ずしも明確でなかったし、また、弁論主義という枠組みを出ることはなかったと言える。<sup>(98)</sup> 今日的には、ここでの訴訟目的とはあるべき裁判像の問題と言い換えることができるかと思う。<sup>(99)</sup> そして、それは現在、最大公約数的には「適正、公平かつ迅速な裁判」ということになる。重要なのは、この目的実現のために、ドクマに囚われず、裁判所と当事者の役割分担をどう規律すべきかを問題にすることではなからうか。

第二の視点も、現在におけるわが国の裁判には重要と思われる。確かに、労働者を念頭においた社会的弱者に当事者像をおいた立法当時のオーストリア法は、今日的ではないかもしれない。<sup>(100)</sup> しかし、オーストリア法が実際上問題にしたのは、当事者の実質的対等性だったと思われる。そうすると、現在でもこの視点は色あせていないといえ

よう。前述した(注(10))弁論主義の正当性を論じた最近の議論は、「資力と能力のある対等当事者が有能な弁護士に代理されているという理想的な状況下」を前提に、弁論主義の最良性を唱える。しかし、理想的な状況の存在することはまず現実的ではないこと、つまり、当事者間には対等性のないことをきちんと前提とすべきであろう。(10)

弁護士訴訟では、確かに訴訟遂行能力の点では対等性は保障されるかもしれない。しかし、わが国では弁護士強制がとられていない。それは制度的保障とならない。また、訴訟前における実体的対等性も情報収集の対等性も法的かつ構造的に保障されているとはいいがたい。(10)

そうすると、わが国では、弁論主義の最良性の前提には疑問があると言えるのではなからうか。

第三の視点「訴訟の社会性」も、現在の民事訴訟法にとって必要な視点だとおもわれる。今日的には、裁判所の利用という局面から考察すると明らかになる。つまり、当事者はなぜ裁判所を利用するか、その利用に際し、当事者は何らの責任も負うことはないのか、裁判所はどうかという考察である。(10)

当事者間ではどうしようもない状況に至ったとき、国家機関たる裁判所を利用するのが大半であろう。あるいは、裁判所の権威によるお墨付きをもらうためもある。(10)

いずれにせよ、国家によって主催されていることに、その利用のウエイトはあるように思われる。また視点を変えれば、確かに、当事者は自力救済を禁止され、国家が権利保護を独占する。その点では、権利保護のための制度が裁判制度と言えよう。しかし、反面で現代社会の高度化、複雑化の状況、国際化の進展や「法化現象」のなかでの一般条項の増加などを考慮し、さらに判例の法源性を肯定すると、現代の裁判から法創造および法秩序の維持という役割を外すことはできなくなってきたように思われる。(10)

また、裁判所が国税により運営される以上、

国民の納得できる公正かつ迅速な審理方式が求められているとも言える。<sup>(106)</sup> それゆえ、オーストリア法でクラインがめざしたように、現在でも一方で個人的利益が、他方で社会的利益を考慮した審理方式が探究されることになる。そして、ここでは、共通する前提として真実発見、公平性および迅速性というファクターは外せないように思われる。そうすると、裁判手続の利用に際しては、その審理過程において他の制度利用とは違う真実発見と公平・迅速化を目的とした義務が、裁判所にも当事者にも当然負わされるという考えが出てきていいのではなからうか。第五の視点である。この双方の義務・権限の強化という傾向は、ドイツ法においても同様に確認できる傾向である。<sup>(107)</sup> そして、ドイツ法でもオーストリア法でも、これにより、先に定義した純粹な弁論主義からはまったく離れた役割分担が形成されている。<sup>(108)</sup> そこでの弁論主義の存在意義は、非常に小さいと言えよう。ドイツでは、それを弁論主義とよぶのは適切ではないとの主張もある。<sup>(109)</sup>

第四に、集中審理システムについては、現在、実務の試みとしてかなりの成果が報告されている（注（6））。また、新法でも争点整理や集中証拠調べについて、規定が新たに設けられた。今後、わが国の民事裁判がドイツ、オーストリア同様に、集中審理構造になるのは十分に予測できる。また、上告制限もとられることになっている。問題は、こうした審理構造が当事者と裁判所間の役割分担にどのような作用を及ぼすかである。

### （3） 裁判所と当事者間の役割分担基準としての弁論主義の検討

第五の視点については、こうした視点を念頭におき、先に挙げた弁論主義の内容たる三つのテーゼに沿って、以下に検討する。

## (イ) 弁論主義の第一テーゼの検討

まず主張面の規律基準たる第一テーゼにつき見てみる。オーストリア民事訴訟法学では、完全に適正な事実基礎に基づき、迅速な裁判を実現するために、主張の一貫性審査と証拠決定を基点として、争点整理（主張面はここに出てくる）と立証との構造的峻別がなされているといえよう。ここでは、主張責任は裁判所の指摘（教示）義務を経て主張を修正するか否かの自己決定をなす、行為責任の意義しか有しないと見える。つまり、主張先行が前提であり、かつ主張に問題がある場合には、必ず裁判官の釈明がなされることが前提である。ドイツ法における議論も、すでに木川博士によって紹介されているところをみると（注（53））、ほぼ同様の指向を示しているように思われる。また、両法とも、釈明義務として位置づけることで上訴で争うことができ、ここで当事者権の保障が確保される形をとっている。<sup>(10)</sup> さらに重要なことは、両法とも、とくにオーストリア法では、当事者自身にも（積極的）真実義務・完全陳述義務という責任が課されていることである。加えて、当事者には訴訟の早期に事実資料は出すという責任が確立している。訴訟に出てきた以上、紛争は個人的なものだけでなく、社会的意義も出てくるとするのである。こうした主張面での役割分担が、公正で迅速な裁判確保の一要素となる。

これに対し、わが国では、この第一テーゼ（および第二テーゼ）が絶対化されているように思われる。確かに、弁論主義へのこだわりは裁判官の消極性を生み、適正な裁判の阻害原因となるという点、そこから釈明権強化による弁論主義修正の必要性の強調という点では、オーストリア・ドイツのこうした傾向と議論の一致をみるといえる。しかし、この裁判官の積極性を強調する議論では、当事者の権限・義務強化には消極的なまま、裁判所の権限強化を押し進めている傾向があるといえよう。また、釈明義務についての議論では、<sup>(11)</sup> 例えば、当事者の主張の一貫

性に問題があるとき、それについて必ず釈明しなければならぬという点は十分に論じられてない。この点で、オーストリアやドイツの議論傾向とはズレが存する。

さらにわが国では、五月雨式に主張・立証が展開され、十分な主張・証拠の整理もなく、集中した審理のないまま訴訟の終結をむかえる実務がまだ大半を占めているようである（注（6）参照）。その結果、訴訟資料と証拠資料のズレから第一テーゼ違反の例が報告されている（注（11）参照）。こうした中、第一テーゼ（および第二テーゼ）は当事者権の保障と裁判所の権限強化による裁判所の専横に対する歯止めとして期待されてきたといえよう。そして、それがわが国においては弁論主義の第一・第二テーゼの絶対化につながっているように思われる。ただこの結果、当事者に最終的判斷権が留保されていけば、裁判官の釈明権行使に限界はないという見解も現れている<sup>(12)</sup>。しかし、これは、わが国の裁判官の権威の大きさを勘案すると、逆に裁判所の専横を助長することにもなりえる。また、こうした当事者権の保障と裁判所の専横の歯止めとしての弁論主義絶対化の根拠とされる私的自治原則は実体法上その変容が議論されていることは、周知のことであろう。これらを鑑みると、従来の弁論主義論は、民事訴訟の審理のあり方という本来の目的からはまったくズレて来ているように思われる。

問題なのは、裁判官と当事者（代理人）双方の無責任なかつずきんな訴訟準備やラフ・ジャスティスの隠れ蓑に第一テーゼ（および第二テーゼ）がなりうる（なっている）ことではなからうか。裁判官にも当事者にも責任を負わせ、信頼関係のある緊張した審理を形成することが大事ではなからうか。そして、近時の学説が強調する、当事者権の保障と裁判官の専横の歯止めという弁論主義の機能問題（または評価規範としての問題）は当事者の訴訟基本権を憲法レベルに位置づけ、その保障を裁判所の義務として確立することで、弁論主義を問題にすることなく、

それは解消されていくように思われる。<sup>(13)</sup>

さらに、新法において争点整理の充実および集中証拠調べを明文で置いた。わが国の民事訴訟法も構造的にもドイツ、オーストリア法に近づいて審理の充実と促進をめざすとすると、弁論主義の第一テーゼの有する機能は、従来と変わると思われる。つまり、主張先行（主張と争点整理）をとる審理構造とそれに伴うその一貫性審査がまず実施されるとすると、裁判所が当事者の主張しない事実を判決の基礎とする場合が生じるのは、証拠資料と訴訟資料にズレがある場合に限られよう。しかもそれは、申立て段階での主張の一貫性はクリアーしていることから、基本的に法的構成（法適用）の問題に限られるといえる。<sup>(14)</sup>だとすると、そこでは当事者権の保障を裁判所の義務として構成すべきかが問題と言える。これは、弁論主義の問題であろうか。

#### (四) 弁論主義の第二テーゼの検討

弁論主義の第二テーゼ、とくに自白の拘束力についてもオーストリア法の議論は興味深い。オーストリア法の多数説は、当事者の積極的真實義務や裁判所の事実説明義務、さらに裁判外の自白、擬制自白などの均衡を考慮し、自白は自由心証の枠内とする。完全で適正な事実基礎に基づく公平かつ迅速な裁判という目的のために裁判所と当事者間の責任分担は規律されるべきとの考えから出てきた見解である。自白事実を真実とみなす従来の自白の拘束力の考え方は、こうした合目的的思考と合致しないであろう。また、近時の自白撤回要件の緩和論<sup>(15)</sup>は、自白事実を判決の基礎としうるにすぎないとするオーストリア法の解釈と近いように思われる。さらに、現在の自白の効力論において、裁判外の自白（とくに他の手続での自白）や当事者尋問での自白あるいは陳述書利用による自白については審判権排除効が認められないが、当事者の観点からは同価値ではなからうか。主張と証拠の峻別論だけでは

形式的すぎるのではなからうか。また反対に、間接事実の自白や権利自白については自白の拘束力を認めるのが近時有力であるが、これらとの均衡の問題もある。これらの問題は、すでに主張されてきているように、<sup>(16)</sup> 弁論主義だけではもはやその拘束力を説明できないことを意味していよう。そうすると、自白の拘束力は再考の余地があるように思われるのである。

では、自白の拘束力はどのように説明されようか。確かに、条文上は自白事実は「証スルコトヲ要セス」となっている。しかし、これはすでに論じられているように、相手方からすれば当該事実についての証明が不要となり、証明活動をやめる、したがって、その事実を判決の基礎にしてもらわれないとそれは不意打ちとなるから自白は拘束力を有すると考えるほうが、素直な解釈に思われる。<sup>(17)</sup> つまり、自白の拘束力の背景には、訴訟の迅速化と争いのない事実の真实性についての蓋然性の高さなどの考慮が沿革にあり、加えて法律の規定から当事者の公平の観念が存することになったといえよう。だとすれば、自白事実の真实性に疑問がある場合に、釈明などを通じた相手方の反証権の保障などにより当事者の公平を害さない限り、審判権排除効を外すことも可能かもしれない。以上を考慮すると、第二テーゼも再考の余地があると言えよう（なお、自白については別稿でもう一度論じる予定である）。

### （い）弁論主義の第三テーゼ（職権証拠調べの禁止）の検討

次に、立証面に関してみてみる。オーストリアでは、この局面では、完全に裁判所の主導が確認できる。裁判所には真実探究義務が課されている点が重要である。そこでは、訴訟の社会性の視点の下、「適正、公平かつ迅速な裁判」ために、真実発見というファクターが全面に出てくる。その結果が職権証拠調べの広範な許容である。確かにわが国では、職権証拠調べの規定は削除された。それゆえ、第三テーゼが生じる。この点で職権証拠調べを認め

る範圍の広いオーストリア法やドイツ法とは異なる。また、オーストリア法の更新禁止などによる第一審集中システムの違いもある。しかし、問題は、もっぱら当事者が証拠を申出、裁判所がそれを採否する責任分担が真実発見等につながり適正な裁判を保障しているのかということではなからうか。明確な証拠（争点）決定もしないまま証拠調べに入り、また当事者の人証申出が採用されるのが稀なわが国の大部分の実務が、問題なのである。例えば、わが国では職権証拠調べの規定はないが、証拠申出前に、要証事実を明確にし、どのような事実、どのような証拠方法で証拠調べをすべきかを指摘し、討論すべき義務を裁判官に課することは現行法でも可能と思われる（立法論的には、職権証拠調べを導入し、オーストリア法的に当事者双方の合意による職権証拠調べの一部制限を認めると、裁判所の専横にも歯止めができるので、一考に値しよう）。要は、適正な裁判を保障するために立証面での当事者と裁判所の合目的役割分担と考えることである。そうすると、弁論主義の第三テーゼによる役割分担基準も再考の余地があるように思われる。

## (二)小括——当事者と裁判所の役割分担の方向性——

以上の検討から、筆者は、現在次のような結論を有する。つまり、三つのテーゼで説明されてきた弁論主義は、その三つのテーゼ自体、資料収集面での当事者と裁判所の役割分担基準として十分に機能してなく、再考の余地があること、その結果、弁論主義は理念型として存在しうるが、さらに絶対的評価規範して存在しうるほどの意義を有するかは疑問であること、これらがオーストリア法（及びドイツ法）を題材にした考察からの現在の筆者の結論である。その他の国のシステムとの比較、新法の検討など、本稿での問題を考察するためにはまだ、継続研究が必要であるが、最後に当事者と裁判所の役割分担を考える上での方向性について、現在の筆者の私見を若干言及して

おきたい。

わが国では、弁論主義が条文上明記されているわけではない。弁論主義の概念自体を否定する必要はないが、以上を考慮すると、弁論主義または職権探知主義へのこだわりをすて、あるべき裁判像のための裁判所と当事者の役割分担基準を再考する必要があると思われる。そして筆者は、その新たな基準となるのが、オーストリア法的な裁判所—当事者間の共同責任体制の方向、つまりすでに述べた裁判所と当事者双方の義務、責任強化による事実資料収集の協働体制たる *Arbeitsgemeinschaft* の形成と思ふのである。

しかし、このように考えてくると、利害対立関係にある当事者がなぜ *Arbeitsgemeinschaft* に参加し、協働しなければならぬのかが問われるであろう。確かに、当事者間の争いは個人対個人の争いである。しかし、裁判制度の利用を通して、その争いは後の類似の争いについての一応の基準となる。また、裁判により、争いは法的には解決されるが、しかし、それをとりまく社会生活関係は継続性を有すると一般にはいうことができよう。「自由・競争」から「共生」への現代における市民意識の高揚はこの継続性を維持することを現代の裁判制度の役割の一つとして期待していると、言えるのではなからうか。そして、継続性維持のためには、訴訟関係を闘争関係として位置づけるのではなく、むしろ訴訟過程を一種の信頼関係回復過程としても位置づけ、社会生活関係の循環を考える必要がでてくると思われる。そしてそのためには、フェアな手続と真実義務、協力義務が重要になってくる。また、裁判制度が税金で運営される以上、その運営についてはとくに効率性、迅速性のために、一定の制約を受けることを当事者は甘受しなければならない。加えて、客観的真実が当事者の納得を生むのではなからうか。当事者が主張したいことを主張しただけで裁判の結果に当事者が納得するとは思われない。やはり、真実の発見とそれに加

えてフェアーな手続が前提となり裁判に対する納得が形成されるのではなからうか。そしてそのためには、裁判官と当事者双方の間での情報の共有が不可欠の前提と思われる。そして、その前提を可能にするためには、Arbeitsgemeinschaft 的協働審理体制が最も効率的な役割分担に思われるのである。<sup>(118)</sup>

このように、弁論主義によらない当事者と裁判所の役割分担基準をどういうかは、表現の問題にすぎないことを強調しておきたい。むしろ、より適正・公平かつ迅速な裁判の最も効率的な確保のため、個々の局面で裁判所と当事者がどういう義務を負うかを明らかにすることで十分ではなからうか。<sup>(119)</sup>そして、この義務の明確化が今後の検討課題である。また、新法において具体的にどうなっていくのかについては、別稿にて明らかにする予定である。

(98) 三ヶ月章「弁論主義の動向」、「弁論主義の最近の動向をめぐる若干の問題」民事訴訟法研究一卷四九頁（一九六二）、同五巻二二九頁（一九七二）。三ヶ月説は、訴訟目的に合目的な裁判所と当事者の役割分担という視点をすでに有していたといえよう。しかし、三ヶ月説にあつては、弁論主義を所与のものとして受け入れられていた点に問題があるように思われる。その結果が、根拠論として的手段説の主張となつた。しかし、弁論主義の枠にこだわりながら、合目的思考をとれば（三ヶ月説ではさらに機能的考察も相まって）、根拠論における多元説の台頭（三ヶ月説における多元説への改説―同・民事訴訟法一九五頁（一九七九））は予測されることであつたといえよう。というのは、弁論主義が本来的にはあるべき裁判のための合目的主張・立証方法として多様なファクターの考慮の結果であることを勘案すれば、多元的把握が生じてくるのは当然であらうからである。またこのことは、従来の弁論主義論では根拠論と機能論の混乱があるとの指摘（山本克己「弁論主義論のための予備的考察」民訴三九号一七〇頁（一九九三））にもつながってくる。そうすると、そうした混乱を整理し、多様なファクターのうち有益なものを抽出して弁論主義を厳格に定義していくことで、あるべき裁判のための合目的主張・立証方法としての弁論主義がでてくるかもしれない。しかし、弁論主義の枠にこだわるかぎり、先に挙げた問題の解決にはいたらないと思われる。筆者が本稿で主張したいのは、弁論主義とか職権探知主義とかの概念へのこだわりを捨て、訴訟を取り巻く現代の状況の変化に着目し、もう一度白紙の状態から出発して訴訟の目的に合致する裁判所と当事者の役割分担を考えようということである。

(99) 従来の民事訴訟法における目的論をここで論じるつもりはない。目的論が解釈論と直接結びつかないのは、すでに指摘されている（高橋宏志「民事訴訟の目的論について」法教一〇三号（一九八九）六四頁、一〇四号五二頁以下参照）。むしろここで問われるべきは、あるべき裁判像は何かであろう。最大公約数的にいえば、「適正、公平かつ迅速な裁判」ということにならうか。従来、民事訴訟の理念とされてきたものである。実践的レベルでは、この適正、公平かつ迅速な裁判の確保が当事者の納得、満足につながり、司法の信頼につながると思われる。

(100) しかし、従来前提とされてきた合理的理性人を当事者像とすること自体、筆者には疑問に思われる（拙稿・前掲木川古稀二四八頁以下）。すでに、社会学では従来の平均的日本人像が必ずしも平均的とは言えなかったとの反省が生じている（例えば、人口比率でいえば、非大卒の学歴、中小企業勤務の女性が平均的日本人として浮かび上がってくる（杉本良夫「日本文化という神話」岩波講座現代社会学23・日本文化の社会学八頁（一九九六））。訴訟法学も再考の時機にきているのではなからうか。

(101) 太田勝造「弁論主義の根拠についての一視角」木川古稀中巻（一九九四）三三九頁以下も弁論主義の最良性を唱えるが、一定の条件が満たされることを前提としている。筆者の認識は、その条件が満たされるかという点への疑問から出発する。なお、民事訴訟の当事者像については拙稿・前掲木川古稀二四八頁以下を参照のこと。

(102) 木川統一郎・民事訴訟法改正問題（一九九二）二二三頁以下。

(103) 最近では、納税者の視点が強調されている（伊藤眞・注釈民事訴訟法（3）五四頁など）。

(104) 例えば、伏見和史「商社法務部と民事紛争」山形大学法政論叢5号（一九九六）四三頁参照。伏見論文では、企業が自ら裁判を利用するのは稀れであることそして利用の一つとしてこの点を強調する。実証的調査はなされてないが、筆者は、わが国では一般の市民にもこうした意識が大いにあるのではないかという認識をもってゐる。

(105) 一般条項についての弁論主義の適用問題について最近公表された、山本和彦「狭義の一般条項と弁論主義の適用」広中古稀（一九九六）六六頁以下は、弁論主義と職権探知主義の中間に職権顧慮主義なる概念をいれてきめ細やかな考察を展開し、注目される。この見解は、弁論主義や職権探知主義の枠にはまりきれない内容があることを明確化した点で、弁論主義論の新たな一展開といえよう。しかし、中間概念を用いても枠をつくる限り、常にその限界が問題となる。むしろ、枠をきめずより柔軟で合目的な役割分担を考察すべきとするのが、筆者の立場である。

(106) これまで、弁論主義論では迅速性という観点はあまり議論されなかった。しかし、迅速性は現代の裁判を考えるうえで不可欠

といえる。とくに、筆者のようにあるべき裁判像から役割分担を考察する場合はそうである。

(107) Baur, aO., (FS Kralik) 参照。わが国新民訴訟法第二条の規定がここで重要となつてくると思われる。

(108) 上記 Wassermann 的などドイツの社会的民事訴訟論とクラインによるオーストリア的社会的民事訴訟論の違いについて言及しておく。Wassermann の社会的民事訴訟論では憲法上の社会的法治国家概念から出発し、社会的弱者の平等化が主眼であったといえよう。これに対し、オーストリア法では、訴訟目的が出発点にある。また、紛争を大量現象と考え、社会的病理とした。訴訟を通して社会的病理を治癒し、また社会の中にもどすことがその意図にあった。さらに、社会的弱者の救済がこれに加わる。したがって、両者は必ずしも一致するものではない。わが国でドイツ法的議論を展開するものとして、上村明広「社会的弁論主義について」染野古稀(一九八九)一一三頁以下がある。

(109) Wassermann, aO.; Hahn, Kooperationsmaxime im Zivilprozess? (1983) は、とくにドイツの民事訴訟実務では、弁論主義とは明らかに異なる結論を示す個別的現象が存することを実証的に検討している。

(110) ドイツでは、弁論主義よりも、審問請求権や公正手続請求権などの当事者権が重要視されている(吉野・前掲論文四六四頁以下参照)。また、オーストリア法の状況については、注(66)(67)参照。

(111) 詳細は、松本博之・前掲注釈民事訴訟法(3)一一〇頁以下参照。

(112) 伊藤眞・注釈民事訴訟法(3)五七頁参照。ここでは、裁判官の中立性が考慮されてこよう。オーストリア法では、適正かつ公正な裁判のために真実発見をめざすという点がその根底にある。いわば、裁判官の中立性は訴訟の社会性との政策的調和の中に存することになる。この点に相違がでてる。

(113) こうした観点は、山木戸克己「弁論主義の法構造」中田還暦下(一九七〇)(同・民事訴訟法論集一頁以下)ですでにその萌芽をみるが、この当事者権を十分にこれまで議論しなかったことにわが国の問題があるといえるのではなからうか。例えば、憲法との関連については、中野貞一郎教授の一連の研究があるにすぎない(中野「民事裁判と憲法」講座民訴第一巻(一九八三)一頁、同「公正な手続を求める権利」民訴三二号(一九八五)一頁など)。

(114) ここに当事者と裁判官との法的討論が重要となる。法的討論については、吉野正三郎・民事訴訟における裁判官の役割(一九九〇)四三頁以下など参照。

(115) 議論の詳細は、松本博之・民事自白論(一九九四)一三頁以下、佐上義和・注釈民事訴訟法(6)一一三頁以下など参照。

(116) 伊東乾・弁論主義（一九七五）一一七頁以下、伊藤眞「証明を要しない事実」井上ほか・これからの民事訴訟法一二五頁以下など参照。

(117) 伊藤前掲論文（注（116））一二六頁参照。

(118) そして、このような考え方では、弁護士役割が重要になる。つまり、裁判官と対等な法律専門家として、対当事者または対裁判所との関係であるべき裁判像のために責任と義務を担いうる者として重要なのである。筆者がここで展開した議論は、ともすれば、当事者の客体化につながるのと批判が予想される。しかし、事実収集の局面で、裁判所の権限、義務をいくら拡張しても限界があるのは、すでにFasching教授の指摘にあるとおりである。当事者のイニシアティブ、つまり専門性と機動性を具備する弁護士のそれが重要になるのである。そこが共同責任のゆえんであり、かつそこに当事者の主体性がでてくるのである。弁論主義以上、こうした考え方では、当事者の主体性が重要となることを付言しておきたい。

(119) しかし、これは「適正・公平かつ迅速な裁判」のためのあくまで一つ的手段であって、口頭主義・直接主義・公開主義などの他の手続原則、また上訴制度などの審理構造、さらには弁護士制度等の民事裁判関連制度の充実等があいまって達成されるという認識をもつことが必要である。また、本稿のような比較法的考察を加えた研究には、輸入法学的思考との声が必ず出てくる。しかし、千年を越える裁判制度の歴史の中では、いずれかの時代にいずれかの場所で人間は同じことを考えてきたのである。重要なことは、歴史的所産をまたその時代における社会・経済状況やわが国における風土・国民意識等に合致しうるようアレンジできるからである。

\*本稿は、平成八年度民事訴訟法学会において筆者が報告した「オーストリア民事訴訟法における弁論主義論」を基本的にそのまま原稿にしたものである。大会では、伊藤眞教授、井上治典教授、木川統一郎博士、山本克己教授にご質問を頂き、貴重な御教示を賜った。本稿では、十分ではないが、そこでの質問に対する現在の筆者の考えを述べた。まだ理解が浅く、適切な答えとなっていないであろうが、今後の検討課題として継続研究していくことにしたい。

なお、本稿は、内田武吉先生の古稀祝賀記念論集への献呈論文である。学会報告論文を献呈することには、躊躇をおぼえたが、内田先生には「真実義務」（民訴法の争点（旧版）七五）に関する論稿もあり、先生の研究と関連すると思ひ、本稿を献呈することにした。内田先生には、直接ご教示を賜ったことはないが、早稲田大学大学院時代から研究会などで

よく声をかけて頂いた。また、内田先生編の民事執行・保全法要説（一九九六）の執筆者に加えて頂き、当該書作成作業の手伝いもさせて頂いた。また、先生のお人柄に感銘を受けつつ、かつ大変勉強になった。このような拙い論文を先生の古稀記念に献呈することを、今後もおおかつ研究に精進することでお許し頂きたい。先生の、今後ますますのご活躍とご健康をお祈り申し上げます。