

歴史叙述としての民事訴訟 (5・完)

——ヴァン・カネヘム『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』を中心に——

貝 瀬 幸 雄

1. 序 言
2. ヴァン・カネヘム『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』の紹介
 - (1)~(4)(iv) (以上・立教法務研究6号)
 - (4)(v)~(6) (以上・同7号)
3. 歴史小品——ヴァン・カネヘム『ヨーロッパ民事訴訟の歴史』の基礎にあるもの——
4. ヴァン・レーの比較民事訴訟法史——ヴァン・カネヘムに続くもの—— (以上・同9号)
5. クヌート・ヴォルフガング・ネルの『ヨーロッパ大陸民事訴訟概史』 (以上・同10号)
6. 手続的ユス・コムーネの再生
 - 第1節 序 言
 - 第2節 ヨーロッパ民事訴訟法学の基礎とハーモナイゼーション——シュテュルナーの場合
 - 第3節 法史学からの貢献——ヴァン・レーのハーモナイゼーション理論
 - 第4節 比較法学からの挑戦——グレンの法伝統論を中心に
 - 第5節 結 語 (以上・本号)

6. 手続的ユス・コムーネの再生

第1節 序 言

「現代比較訴訟法学のライトモチーフは、訴訟制度の近接化（または『ハーモナイゼーション』）である」と、『ケンブリッジ比較法コンパニオン』に寄せた論稿「比較民事司法」においてチェイスおよびヴァラーノは指摘する¹⁾。本章では、法史学・比較法・民事訴訟法の立場から（ヨーロッパを中心とする）民事手続法のハーモナイゼーションの基礎理論を検討する若干の代表的論稿の紹介をこころみる。

なお、本章はヨーロッパ民事訴訟法現代史に関する筆者の既発表の論考「ヨーロッパ民事訴訟法序説」（初出は、『小島武司先生古稀記念論文集 民事司法の法理と政策』〔2008年刊〕）と「手続的ユス・コムーネの再生」（初出は、『伊藤眞先生古稀祝賀論文集 民事手続の現代的使命』〔2015年〕）の主要部分に加筆のうえ再構成し、簡潔な展望を付したものである（第2節の「ヨーロッパ民事訴訟法学の基礎とハーモナイゼーション」の5(2)は新稿である）。

第2節 ヨーロッパ民事訴訟法学の基礎とハーモナイゼーション ——シュテュルナーの場合

1 (1) シュテュルナーの本格的な比較民事手続法研究の最初期に位置する論考「アメリカ合衆国およびヨーロッパの手続観」（1987年）は、アメリカ・ヨーロッパ間の「司法摩擦」を契機として、相互の歩み寄りの要請から、「民事訴訟におけるアメリカとヨーロッパの手続観の相違」を徹底的に検討する必要が生じた、という認識を出発点としている。すなわち、異なる訴訟制度は異なる歴史的経験・共同体の基本的確信・法文化の産物である、と理解できて初めて相互に尊重するきっかけが生まれるのである²⁾。

1) Chase/Varano, Comparative Civil Justice, in: Bussani/ Mattei (eds.), The Cambridge Companion to Comparative Law (2012), at 210, 236.

(2) この研究は、①各国の訴訟制度自体の相違、②歴史的与件、③デモクラシーと手続観の三部に分かれる。まず、①の部分では手続構造論として次のように説く。(i)ヨーロッパ大陸の訴訟は準備段階と本来の口頭弁論とから構成されるが、準備段階においても、関連性によるコントロールを通じて、法的に重要な事実の収集・初めから法と結合した事実関係の解明(die von vorneherein rechtsgebundene Sachverhaltsaufklärung)を実現する。これに対してアメリカ合衆国の訴訟は、自由な事実解明手続(プリトライアル)と厳格に法規の適用と結びついた手続(トライアル)とに二分され、素人である陪審のために歴史的全事実関係の解明を企てるものであり、ヨーロッパの訴訟の構造とは対応しない(イギリス高等法院の手続は両者の中間的位置を占める)。

さらにシュテュルナーは、このような制度的差異は歴史的与件の結果でもあると指摘する(前掲②)。すなわち、事実資料を早期に法的フィルターにかけるヨーロッパ訴訟と、広範囲にわたる事実の探求を認める英米の訴訟は、それぞれローマ的思考モデルとゲルマン的思考モデルの異なった影響を受けている。まずゲルマン訴訟では、裁判官の指示を受けた審判人(die Schöffen)が、厳格な法規によらずに当事者の事実の陳述にもとづいて、法的平和を回復する可能性を判定する。このゲルマン訴訟は、イングランドの大法官裁判所(Chancery-Court)がイタリア・カノン訴訟から発展させたプリトライアルと混合して、プリトライアル・ディスカヴァリを伴う今日の陪審手続の原型となった。これに対し、ヨーロッパ大陸では、ローマ訴訟のアクチオ思想をイタリア・カノン訴訟とともに受け継ぎ、その影響が今日に及んでいる。要するに出発点が歴史的事実関係かアクチオかの違いである³⁾。

以上が手続構造上の差異についての分析である。次いでシュテュルナーは、裁判官と当事者の訴訟上の役割分担の違いを比較法的に検討する。まずヨーロ

2) Stürner, U.S.-amerikanisches und europäisches Verfahrensverständnis, Festschrift für Ernst C. Stiefel (1987) 763, 763-764. 同論文にもとづくシュテュルナーの講演(前掲論文の第2章「歴史的与件と制度上の相違」(S.775-781)を省略した内容)の翻訳として、シュテュルナー(石川=藤井訳)「アメリカ及びヨーロッパ大陸の手続法の理解」(慶大法学研究65巻9号75頁(1992年)がある。

3) Id., 764-766, 775.

ッパ大陸の民事訴訟においては、弁論主義を原則とするが、裁判官には常に「補充的な事実の提出」(ergänzenden Tatsachenvortrag)を求める権限があり、原則として職権による証拠の収集も可能である(実質的訴訟指揮権〔das materielle Prozessleitungsrecht〕)。またヨーロッパ大陸においては期日指定・送達・期間の設定・証拠調べの指揮などの形式的訴訟指揮の重点は裁判官にあるといっても過言ではない。英米のプリトライアルでは当事者のイニシアティブが支配的であり、アメリカ合衆国のトライアル・ジャッジには自ら証人を召喚するなどの実質的訴訟指揮(materiellen Leitungsmassnahmen)が認められているが、それが行使されることは稀である。また、英米においては、裁判官の形式的訴訟指揮が完全に排除されているわけではないものの、当事者が必要な活動をしないうちに稀に行使されるにすぎない⁴⁾。シュテュルナーはこのように訴訟上の役割分担の相異を整理したうえで、裁判官の訴訟指揮権が定着してゆく歴史的过程を検証する。すなわち、ヨーロッパ大陸の民事訴訟も英米の民事訴訟も、既述のようにイタリア・カノン訴訟を共通の起源としており、この訴訟手続は当事者支配をかなり純粋に実現する内容であった。いずれの国においても、裁判官の訴訟指揮権が次第に強化されてゆくが、その原因はヨーロッパと英米とで異なっている(ちなみに、ヨーロッパ大陸に多大の影響を与えたナポレオン法典も形式的訴訟指揮を当事者に大幅に委ねていた)。ヨーロッパでは、①裁判官の責任を拡大したフリードリヒ大王のプロイセン裁判所法がドイツ地方特別訴訟法(partikularen Prozessordnungen)およびドイツ民事訴訟法に影響を及ぼし、次いで②社会・福祉国家思想にもとづくフランツ・クラインのオーストリア民事訴訟法が、裁判官の権限を紛争解決の鍵と位置づけて、ヨーロッパ大陸の裁判官訴訟(Richterprozess)に刺激を与えた⁵⁾。しかるに英米の訴訟では、裁判官の訴訟指揮権が導入されたのは、厳格なコモン・ロー手続そのものを廃止するとともに、コモン・ロー裁判所およびエクイティ裁判所の二元性をも廃

4) Id., 766-770. なお、シュテュルナーの指導を受けた Piekenbrock, Der italienische Zivilprozess im eunopäischen Umfeld (1998) 328ff. が、実質的訴訟指揮(判決内容に直接影響を与える訴訟資料に関する裁判官の措置)と手続の外形的進行に関する形式的訴訟指揮とに分けて、イタリアを中心とするヨーロッパ民事訴訟法の特徴を概観している。

5) Id., 775-776.

止するという手続適合性・体系的整合性を求める動きによるものであった。裁判官と陪審の役割分担は裁判官の訴訟指揮を当初は制約したが、コモン・ロー裁判所にも、コート・マネージメントに親しむプリトリアル・ディスカヴァリーが導入され、コモン・ローとエクイティ両裁判所の手続が統合されると、このような制約は消滅した。プリトリアル・カンファレンスにみられるようなアメリカにおける裁判官の訴訟指揮権の強化も、ヨーロッパの社会的訴訟改革運動(sozialen Prozessbewegung)とは異なり、体系的整合性を求める動き(systemeingepasste Züge)のあらわれである。裁判官の母体となる自立的・独立的な弁護士団体の伝統があったために、19世紀の英米の改革はヨーロッパ大陸に比べて裁判官主導型の思想(Gedanken richterlicher Instruktion)に期待する傾向がはるかに乏しかったのである⁶⁾。要するに、「訴訟の歴史の示すところによれば、訴訟における役割分担の違いは、訴訟形態史上の偶然にもよるが、福祉国家的・社会国家的基本思潮を受容する姿勢の違いと、司法における自己管理思想(それは、素人の協力と自由弁護士の効率性として表われる)の定着度の違いも原因となっている⁷⁾(なお、秘匿特権の歴史を述べた部分は省略する)。

シュテュルナーは、「デモクラシーと手続観」の章(前掲③)では、ヨーロッパ大陸の手続と英米の手続との主要な違いは、裁判官と当事者の訴訟上の役割分担のみではなく、「真実に対する理解」の違いでもあるという。当事者中心の訴訟(Parteiprozess)は本来は「形式的」真実に傾くものであろうが、アメリカの訴訟における当事者の権限は、ヨーロッパの裁判官主導の訴訟(Richterprozess)とは無縁の解明厳格主義(Aufklärungsrigorismus)と結びついているのである。すなわち、陪審という形での素人参加は直接民主主義の具体化であり、素人にとっては法的フィルターにかけない完全な真の事実関係(訴訟上の真実ではない、実体的真実)がまず第一であるから、裁判における直接民主主義の要請が強いほど、実体的正義に傾く⁸⁾。これに対して、大陸ヨーロッパでは、司法を国家の社会福祉的配慮にもとづく行為として理解する一方

6) Id., 776-778.

7) Id., 778.

8) Id., 781-782.

で（したがって、裁判官の立場は強い）、国家および裁判所の権力が完全に異常をきたしたかつての経験から、司法による干渉の可能性を最小限に抑える手続（僅かな協力義務、稀な直接強制、広い拒絶権を伴う）を採用している。「大陸の訴訟は社会福祉国家的要素と保護的自由主義（schutzendem Liberalismus）とから成る独自の中間的存在である。アメリカの訴訟は、一種の『真実自由主義（Wahrheitsliberalismus）』と、選挙で選ばれた裁判官からの保護と権利を追求・立証しようとする市民からの（相手方の）保護は無用であるという基本思想とから、説明できる⁹⁾」。

以上の分析を経て、シュテュルナーは、ごく最近では双方の訴訟制度が接近するきざしがみられるとしつつ、ヨーロッパの法思考が——裁判官と当事者の役割分担の問題や、relevancy, privileges といった問題について——アメリカの手続を豊かにできるかどうかは来るべき将来に明らかになるであろう、実体法とは異なり、訴訟の領域ではアメリカ法のヨーロッパへの一方的継受はほぼ確実に行われないであろう、と同論文をしめくくっている¹⁰⁾。

(3) 以上の第一論文は、欧米の民事訴訟制度が、イタリア=カノン訴訟を共通の起源としつつも、アクチオ思考を出発点とするヨーロッパ大陸の訴訟構造と、ゲルマンの訴訟制度と混合して歴史的全事実関係の解明を基本とするにいたった英米の訴訟構造とに分岐してゆく訴訟形態史を明らかにしている。それとともに、福祉国家的基本思潮の受容の程度、司法の自己管理思想の定着度、手続観の基本にあるデモクラシー思想の内容といった各要因が訴訟構造に及ぼした影響を巨視的に分析し、シュテュルナーの比較民事訴訟法研究の主要な道具概念を提示している点でこの論文は重要な意義をもつ。しかしながら、本論文は、その末尾で欧米の民事訴訟制度の近接化の動向に言及はするものの、依然としてヨーロッパとアメリカの訴訟制度の異質性を強調しているといえよう。これは、本論文がヨーロッパとアメリカの「司法衝突」を契機として執筆されたこと（発表時期からいっても、1985年にシュテュルナーが行った高名な報告「アメリカ合衆国とヨーロッパとの間の司法摩擦」—シュテュルナー〔春日偉知郎訳〕

9) Id., 782-783.

10) Id., 783-784.

『国際司法摩擦』所収一の続編として位置づけられるべきであろう), および, 後に述べるような世界的規模での訴訟制度のハーモナイゼーションのころみに先立つ段階で本論文が発表されているという事情によるものであろう。

2 (1) ところで, この第一論文からもうかがわれるように, シュテュルナーの比較訴訟法学は該博な比較法史的知見に裏打ちされている。シュテュルナーが「ヨーロッパ民事訴訟法」の研究によって, その共通のヨーロッパ的基礎 (gemeineuropäische Grundlinien) を析出しようとする努力を続ける根底には, 「ヨーロッパは訴訟法の緊密な継受を通じた歴史的な意味統一体 (Sinneinheit) を形成している」という確信があるものと思われる (「意味統一体」については, クルツィウス『ヨーロッパ文学とラテン中世』を参照されたい)。次のパッサウ報告は, シュテュルナーの訴訟法継受論をもっとも本格的かつ具体的に展開した大作である。

(2) 1989年にドイツのパッサウで開催された国際手続法学会におけるテーマ「ドイツ民事訴訟法と他の法域へのその影響」に寄せたドイツ側からの報告書の冒頭で, シュテュルナーは, 「このテーマが訴訟法的な汎ゲルマン主義のあらわれであると誤解してはならない (kein prozessualer Pangermanismus)」, 「ヨーロッパ訴訟手続の基本構造の多くはローマ的, イタリア=カノンの, 統一普通法的訴訟手続という共通の根元にまで遡ることができ, ナショナルな独自性に比較的乏しい」と, まず注意を促している¹¹⁾。

シュテュルナーがこの報告のモチーフとして重視しているのは, 歴史的比較法 (Historische Rechtsvergleichung) への寄与, 各国の訴訟制度のオープンな競争を刺激すること (学問的・法実務的動機に裏付けられた継受の促進), (各国が同

11) Stürner, Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen—von Deutschland aus gesehen, in: Habscheid (hrsg.), Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen (1991) 5-6. 同論文については, 貝瀬『比較訴訟法学の精神』(1996年) 234-235頁も参照。法の継受に関するシュテュルナーの業績としては, このほかに, Stürner, Die Rezeption U. S.-amerikanischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland, Ftschr. Kurt Rebmann (1989) 839; Stürner, Gegenstand und Formen der Rezeption im neueren Prozessrecht, Law in East and West (1988) 287がある。

種の研究を行うことによる) 国際訴訟法学・共通訴訟法学への寄与なのである¹²⁾。

以上のテーマの選定動機についての注釈に続き、①継受の対象(訴訟法規範・訴訟法学・判例)、②継受の形態(権力政治的行為としての継受・精神的共同体的発展の結果としての継受・国家主導的政治的改革行為としての継受・文化的連帯[kultureller Verbundenheit]から生ずる継受・学問的手続としての継受)、③逆継受(Umkehr der Rezeption)の順でシュテュルナーは訴訟法継受の総論を展開する。

第一の継受の対象の項目では、規範の継受(文言の継受・内容的継受・法典体系そのものの継受)とともに、継受された規範の解釈・形成を容易にするための広汎な学説継受が行われることが多いが(日本におけるドイツ訴訟法学への強い関心、ギリシャにおける「ドイツ学派」の形成)、訴訟法学の場合には規範の継受とは独立に他国訴訟法学に影響を与えることがある、と指摘する(たとえば、20世紀初頭のイタリア訴訟法学に対するドイツ訴訟法学とオーストリアの訴訟法改革思想[Reformgeist]の大きな影響、スイスおよび北欧とドイツ訴訟法学との交流、イペロアメリカ訴訟法学に対するイタリア訴訟法学の多大な影響)¹³⁾。とりわけドイツ訴訟法学が広汎な普及力(Ausstrahlungskraft)を獲得した理由は、①19世紀に学問的对象としての訴訟法を構築するにあたりドイツ訴訟法学が貢献したこと(手工業的テクニクにすぎなかった訴訟手続を法的素材に昇格させた)、②これと密接に関連するが、ドイツ訴訟法学が学問的構成により高度の体系化を達成し、訴訟に独自のGerechtigkeitswertを与えたため、ナショナルな手工業的技術を越えた国際性を獲得するにいたったことの2点にある¹⁴⁾。

第二の継受の形態は流動的で、時代の進展に応じて移行する場合もあるものの(たとえば、意図的な政治的改革行為に始まり、文化的連帯にもとづく継続的継受にいたる)、個別的に継受の媒体(Katalysator)を探求するためには以下のカテゴリー化が有益である¹⁵⁾。第一に、征服・占領などの強権的政治行為によ

12) Id., 6-7.

13) Id., 10-11.

14) Id., 11-12.

る継受がある。第二に、精神的・共同体的発展の結果としての継受がある。第三に、国家の指導にもとづく政治的改革行為としての継受がある。第四に、言語・文化を共通にする文化的統合体内部での継受である。第五に、訴訟上の専門技術やノウ・ハウが学問的比較研究によって輸入される学問的手続としての継受がある。

最後に、継受の反転・逆継受(Umkehr der Rezeption)という現象がある。これは継受法がさらに発展して当初の国に逆流することで、継受国に独自の訴訟文化が存在する場合(ドイツ訴訟法を継受したオーストリアからの反転)や、ドイツ訴訟法の古典的継受国(ギリシャ、日本)との関係において生じうる¹⁶⁾。

(3) 以上の総論に続き、シュテュルナーは、オーストリア、スイス、日本と東アジア、ギリシャ、イタリア、スペイン・ポルトガル・ラテンアメリカ、スカンディナヴィア、東欧諸国、旧東ドイツ、トルコ、フランス、英米の各国におけるドイツ民事訴訟法(学)の継受を個別的に追跡して、次のように結論づける。

①ドイツ民事訴訟法が原型のまま継受された例は稀であるが、オーストリアでは永続的な類似性を残したまま再発展している。20世紀前半にはドイツがオーストリアから重要な刺激を受け、オーストリア・モデルの穏健なドイツ種が育っている。したがって、オーストリアの重要性が減少しているとか、オーストリア訴訟が孤立した現象であると把握するのは誤りである。(オーストリアの促進力は、ドイツの体系・制度の学問が新しい社会理念と結合されたためである)。訴訟法史では、オーストリア＝ドイツ間の影響を論ずるのがもっとも適切である¹⁷⁾。

②ドイツ訴訟法学は、法規範の継受から相対的に独立した形で、その体系思考および制度学が普及していった。これはオープンな内容をもち、イデオロギー的に補充可能な体系・制度学である。かかる制度学はいかなるイデオロギーのもとでも法的安定および訴訟手続の利害関係人の主体的地位の強化に重要な

15) Id., 12.

16) 以上は、Id., 12-18.

17) Id., 39-40.

貢献を行った。訴訟は手工業的な規則の体系から主体的権利の体系となったのである¹⁸⁾。

③現代のヨーロッパ大陸訴訟法に重要な点で決定的な影響を与えたのはオーストリア＝ドイツ訴訟法である。たとえばフランス法はこのモデルに接近している（イデオロギーに左右されやすい「当事者と裁判官の役割分担」の問題では、フランスはオーストリアの職権を強化した社会訴訟法を志向している）。このドイツ＝フランス間の接近は、将来のヨーロッパ訴訟に魅力的なモデルを提供している¹⁹⁾。

④訴訟に国家的プライドは不適切である。ヨーロッパ大陸の訴訟法は各国相互のギブ・アンド・テイクを通じて時代ごとに変化している（たとえば、ドイツ＝オーストリア訴訟も、イタリアおよびフランスの Grundlegung なしでは考えられない）。したがって共通の訴訟文化の発展を促すようなナショナルな伝統を育むことこそが重要なのである²⁰⁾。

(4) このパッサウ報告は、ドイツの訴訟法規範および訴訟法学の継受のネットワーク・鳥瞰図を描き出すことを通じて、訴訟法・訴訟文化の普遍性を強調しているところに大きな特色があろう。このような普遍性を構築するにあたって、体系思考を特色とし、イデオロギー的に無色なドイツ訴訟法学が貢献したと指摘されるのである。訴訟法学の継受を支えた多様な歴史的要因（継受の媒体）も詳しく分類されているが、今日では、各国単位の継受プロセスの分析（古典的な継受論）を超えたより広い法域（あるいは全世界的規範）でのハーモナイゼーションの基礎理論の構築とナショナルな訴訟法学の位置づけとが喫緊の課題となると思われる。かかる問題意識がシュテュルナーの「ヨーロッパ民事訴訟法」研究を深化させ、以下に紹介する一連の珠玉の論稿に結実してゆくのであろう。

3 (1) シュテュルナーがヨーロッパ民事訴訟法研究の構想を最も包括的に示したのは、フリッツ・パウアの80歳を祝して行われたチュービンゲン・シ

18) Id., 40.

19) Id., 40.

20) Id., 40.

ンボジウムの報告を収めた『ヨーロッパ民事訴訟法への道』(1992年)の巻頭論文「ヨーロッパ民事訴訟法——統一かそれとも多様性の維持か?」においてである。この論文の目的は、ヨーロッパにおける法の統一が各国の訴訟および訴訟法学をどのように変容させるのかを予想し、将来のヨーロッパ民事訴訟法においてドイツ訴訟法学の伝統(とくに、そのドグマティック)がどのような役割を果しうるのかを考察するところにもあった²¹⁾。

(2) シュテュルナーは、法史的知見に照らしてヨーロッパ訴訟法発展の基本モデルは5つ考えられるという。それらが混合形態をとることもありうる。第一が、全ヨーロッパの裁判所が同等の訴訟法を適用する「統一的解決モデル」である(たとえば1879年ドイツ帝国)。第二が、これとは反対に、各国訴訟法の多様性を維持し、その発展をフリー・マーケットに委ねたうえで、比較法による限定的・漸次的ハーモナイゼーションをはかる「各国多様性維持モデル」である。このモデルにおいては、各国が網目状に結びつくため、共通の国際訴訟法と司法共助規則が発達し、共通の上級裁判所がその適用をコントロールする。第三が、各国での訴訟手続と、ヨーロッパ共通法につき判断権を有する特別に組織された裁判所におけるヨーロッパ共通訴訟法に従った訴訟手続とが並存する「複線モデル」である。第四が、共同体に法的大綱を作成する権限を認め、各国がその細目を埋める「共通法的大綱設定モデル」(gemeinsamer rechtlicher Rahmen)である。第五が、立法権は欠くけれども政治的・専門的権威を有するグループが、法的拘束力を有しないモデル法を起草し、各国の立法者が当該グループの権威を基礎にハーモナイゼーションをはかるという「モデル法案モデル」である²²⁾。

シュテュルナーは以下のように基本モデルを整理したうえで、従来のヨーロッパ共同体内での民事訴訟法・執行法のハーモナイゼーションは、明らかに「共通の国際訴訟・執行法を伴う各国多様性維持モデル」(第二のモデル)に従

21) Stürner, Das Europäische Zivilprozessrecht—Einheit oder Vielfalt?, in: Grunsky/Stürner/Walter/Wolf (hrsg.), Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht (1992) 1-2. 同論文については、貝瀬・前掲注11) 259-262頁を参照されたい。

22) 以上の整理は、Id., 2-5.

っていると指摘する。このモデルは、加盟国相互間での判決の承認・執行の簡易化を要請する EC 設立条約 (EWGV) 第 220 条が、「最小限の基準」として想定しているものである²³⁾。しかしながら、こうしたヨーロッパ民事訴訟法の発展にも変化の兆しがみられ、EC 委員会の委託を受けた学者グループがヨーロッパ民事訴訟モデル法 (eine europäische Modell-ZPO) を起草し、EC 構成国がこれに任意に従うことによって法のハーモナイゼーションをはかるというところが進められつつある (第五として掲げた「モデル法案モデル」)。将来は、このモデル法から、EC 構成国に共通の法的大綱 (einen gemeinsamen rechtlichen Rahmen) となる EC ディレクティブを作成しようというのが、EC 委員会の野心であろう、とシュテュルナーは指摘する²⁴⁾。

(3) シュテュルナーによれば、ヨーロッパ民事訴訟法がさらに発展してゆくためには、3つの基本的要請に従ってゆく必要がある。第一に、商品やサービスの自由な移動に対応して、域内市場における権利保護の実効性が等価なものでなければならない (die gleiche Effektivität des Rechtsschutzes)。権利保護の形式が多様であればそれだけで EC 構成国国民の武器平等にとって甚しい障害となるのか、それとも実際に権利保護に格差があって初めて等価性を欠くといえるのか (前者ならば統一が必要だが、後者ならば多様であっても等価であれば足りる) は、手続の最大限の “Angleichung” を要請するのみの EC 設立条件 (EWGV) からは明らかでない。第二に、多様な法域と言語圏を緊密に連結して、最大限に簡易に運用できる国際訴訟共通法が必要である。第三に、共同体法が統一的に適用されることが必要である。シュテュルナーはこれら3つの基本的要請に則したヨーロッパ民事訴訟法像を順次検討する²⁵⁾。

まず第一の手続法の形式的な統一を要するか実質的に等価であれば足りるかという問題は、後者の実質的等価性で足りる。なぜならば、①統一による簡易化の効用を過大評価してはならず、むしろ硬直化の危険があるのに比べ、同一

23) Id., 5.

24) Id., 6-7. 本文で言及したマルセル・ストーム案 (モデル法) については、貝瀬・前掲注 11) 257 頁以下、貝瀬『国際倒産法と比較法』(2003 年) 325 頁以下。

25) Id., 8.

の経済圏内で多様な法秩序が競合すれば、アメリカの例が示すように、刷新力(Innovationskraft)が生まれる。②手続法は有機的に成長する文化の一部であるため、巧妙にミックスされた非自生的な単一の法で統一することは望ましくないのみならず、少数の言語(英仏語)による支配をまねく。③新生ヨーロッパの「普通法(ius commune)」は、国民国家の時代と同様に、(内容の一致した法典よりも)各国の学問および実務に共通の価値観念(gemeinsamen Wertvorstellungen)によって表わされるべきものである²⁶⁾。

さらにシュテュルナーは、EC構成国の民事訴訟法は本質的に等価であって、周辺的な修正は必要であるが、それは自発的な法発展——この発展は、おそらくヨーロッパ共通の触媒(gemeineuropäische Katalysatoren)によって促進される——に委ねるべきであるという大胆なテーゼをたてる。すなわち、EC構成国の訴訟法が共通の歴史——イタリア、フランス、ドイツ＝オーストリア訴訟は歴史的にギブ・アンド・テイクの関係で発展し、ベネルクス諸国はこの発展と大幅に結びついてきたし、歴史的には独自の存在といえるイギリス、スペイン、ポルトガルにも、ヨーロッパに共通していたローマ＝カノン訴訟が浸透している——と共通のドグマティックを有すること(したがって、今日では共通ヨーロッパ民法よりも共通ヨーロッパ民事手続法を描く方が容易であること)を指摘し²⁷⁾、各国法制の共通点と相違点とを概観する。若干の具体例を紹介しよう。

第一に、訴訟構造については、訴訟資料収集のための組織体として二つの基本モデルがあるとする。すなわち、マスターによる準備手続と裁判官によるトリアルとを厳格に区別するイギリスの訴訟と、弁論裁判官と判決裁判官との同一性(die Identität von verhandelndem und erkennendem Richter)を強調するドイツの訴訟が両極にある。さらに、両者の中間を行くフランス・イタリアの事前手続裁判官モデル(die instruktionsrichterlichen Modelle)(フランス民事訴訟法763条以下・155条2項、イタリア民事訴訟法168条ないし174条)もあるため、これらすべての早急な統一は困難である²⁸⁾。

26) Id., 9-10.

27) Id., 10-11.

28) Id., 11.

第二に、書面主義と口頭主義の論争については、証拠調べにいたるまでの準備手続では書面を優先させ、本来の弁論では口頭主義を採用する混合形態が、ヨーロッパ人権条約6条1項にも対応するものとして支持できる²⁹⁾。

第三に、裁判官と当事者の権限の分配 (das Verhältnis von Richtermacht und Parteimacht) については、裁判官主導のドイツ・オーストリア訴訟 (さらにフランス新民事訴訟法および EC 裁判所の訴訟手続が同一方向に進み、イタリアとイベロアメリカがためらいがちにこれを追っている) と、当事者主導型のイギリス訴訟とが対置しており、後者の——法史的伝統にもとづく——過度のバリスター・システムに対しては国内の批判が強まっている³⁰⁾。

第四に、手続の促進の要請は、手続の各段階あるいは裁判官が定める期間と結びつけられた——かつ EC 裁判所の手続のように原則として過失を考慮に容れる——失権システムを備えた訴訟を求めるが、この領域は訴訟法史において急激な変化を経験しているのであって、全ヨーロッパ的統一によってプロクルテスの寝台に押し込むことは耐え難い³¹⁾。

第五に、証拠・証明法分野では、事案解明に積極的なイギリス法 (新フランス民事訴訟法10条・11条が同一志向) と、証言拒絶権を広く認め、事案解明により謙抑的なドイツ法とが両極に立つものの、事案解明に非協力的な行為態様に対する裁判官の消極的評価が多くの実定法上の格差をなくしているため、権利保護の上での差は殆ど生じていない³²⁾。

第六に、訴訟費用については、敗訴者負担の点ではほぼ同質的である³³⁾。

第七に、訴訟への第三者参加、略式手続の中の督促手続や満足の仮処分、執行法における優先主義と平等主義といった領域では、権利保護の格差を除去する必要がある³⁴⁾。

こうした検討を踏まえて、シュテュルナーは、規範レベルに限定してではあ

29) Id., 11.

30) Id., 12.

31) Id., 12-13.

32) Id., 13-14.

33) Id., 14-15.

34) Id., 15-16.

るが EC 諸国間の権利保護の落差の程度が確定され、原則として等価な訴訟秩序が存在することが明らかになったと分析する。シュテュルナーは、より良い訴訟法秩序を求めての自由競争に対する介入は控えるべきであり、モデル法がよりすぐれた解決のオーソリティにとどまる限りでは異論はない(ディレクティブに転化させるのは命取りである)と評価するのである³⁵⁾。同論文の末尾で、シュテュルナーは統一的ヨーロッパ民事訴訟法(シュテュルナーは統一の程度があまり高くないことを望む)への発展と、各国の訴訟法学との関係に言及するが³⁶⁾、このテーマは5年後の別稿でさらに周到に考察されることになる。

(4) 先のパッサウ報告が「ヨーロッパ民事訴訟法」の歴史的基礎づけに貢献するものであったのに対し、このチュービンゲン・シンポジウム報告は、権利保護の等価性こそがヨーロッパ民事訴訟法の形成に不可欠であると指摘し、現在の EU 構成国の民事手続法は主要な点で実質的に等価であると論証したところにその不朽の価値を認めることができよう。かかる「ヨーロッパ民事訴訟法」は、統一法典よりも、各国の学問と実務に共通の価値観念によって形成されてゆくことを指摘したことも、同報告の功績であろう。すなわち、この報告は、将来の「ヨーロッパ民事訴訟法学」の基礎づけをこころみているのである。

しかしながら、同報告の眼目はヨーロッパ民事訴訟法学の構想・全体像を提示することにあり、残された課題は少なくない。まず第一に、シュテュルナー自身が認めているように、権利保護の実質的等価性を各論的に検証した部分は、「ヨーロッパ内での比較訴訟のすべての重要問題」を網羅的に論じているわけではなく、訴訟物や既判力などの魅力的な——しかし実際の法交通においてはマージナルな——論点を省いているため³⁷⁾、より多くの個別問題を詳細に検証する必要がある。第二に、各論的な検証と並行して、ヨーロッパ民事訴訟法の普遍的な全体構造を比較法的手法を通じて描き出す必要がある。第三に、本報告では簡略にふれているにとどまるが、ヨーロッパ民事訴訟法学とナショナルな(各国の)民事訴訟法学との(フィードバックとでも表現すべき)相互関係

35) Id., 16-17.

36) Id., 22-23. その要約として、貝瀬・前掲注 11) 261-262 頁。

37) Id., 16.

の解明がさらになされるべきであろう。

このチュービンゲン・シンポジウム報告では、ドイツとイギリスの訴訟構造が対極にあるものとして位置づけられていたけれども、1999年のイギリス民事訴訟規則の改正によって両者は一挙に近接化を遂げることになる。

4 (1) チュービンゲン・シンポジウムののち、シュテュルナーは、「スイス民事訴訟とヨーロッパ訴訟文化」(1993年)³⁸⁾、シュタットラーとの共著の「比較訴訟法の独自性」(1995年)³⁹⁾、「フランスおよびイギリス強制執行法——ヨーロッパにおける改革と伝統」(1996年)⁴⁰⁾、「20世紀末におけるドイツ訴訟法学者」(1997年)⁴¹⁾といった比較ヨーロッパ民事訴訟法学に関する論稿を発表している。ここでは、ヨーロッパ訴訟法学の生成に際してドイツ民事訴訟法学が果たすべき役割について、チュービンゲン・シンポジウムでの論旨をさらに深化させた最後の1997年論文をとりあげておこう。

(2) 同論文においてシュテュルナーは、19世紀ドイツ訴訟法学が、「学問的体系化」の方法によって単なる訴訟手続を学問の対象にまで高め、ナチの破局後には、学問のイデオロギー化に対する警戒から中立的・体系的な理論構成 (konstruktiven Dogmatik; systematische Konstruktion) の客観化機能に信頼が置かれたこと (つまり、体系的な理論構成こそがドイツ訴訟法学の伝統的特質であること) をまず指摘する⁴²⁾。しかるに、① EC 裁判所を通じて形成された固有の——ただし、英仏法の強い影響下にある——ヨーロッパ訴訟法の継受⁴³⁾、② 法情報収集システムの国際化⁴⁴⁾、③ 訴訟制度の規制緩和 (die Deregulierung)⁴⁵⁾ といった一連のファクターによって、ドイツ民事訴訟法学に革命の変革がもた

38) Stürner, Der schweizerische Zivilprozess und die europäische Prozesskultur, Gedächtnisschrift für Peter Arens (1993) 399.

39) Stürner/ Stadler, Eigenarten der Prozessrechtsvergleichung, in: Gilles (hrsg.), Transnationales Prozessrecht (1995) 263. この論文の骨子は、貝瀬・前掲注24) 314頁以下で紹介した。

40) Stürner, Das französische und englische Zwangsvollstreckungsrecht: Reform und Tradition in Europa, Ftschr. Hideo Nakamura (1996) 599.

41) Stürner, Der deutsche Prozessrechtslehrer am Ende des 20. Jahrhunderts, Ftschr. Gerhard Lüke (1997) 829. その翻訳として、ロルフ・シュテュルナー「20世紀末におけるドイツ民事訴訟法学者」(慶大) 法学研究 71 卷 4 号 83 頁 (1998 年)。

らされ、これらの発展によって Dogmatik の必要性が低下してきているとする⁴⁶⁾。EU 内では、相互に影響を与え合う多様な法秩序が緊密な共存関係にある連邦構造が発展し、各国の法システムの閉鎖性は失われることになるであろうから、ヨーロッパ共通訴訟法の基本方針(Grundlinien eines gemeineuropäischen Prozessrechtes)を比較法によって解明して、「開かれた」システム内の多様な法構造の協調をはかることが訴訟法学の使命となり(die koordinierende Prozessrechtswissenschaft)、従来のドイツ民事訴訟法学の体系的構成(至上)主義(Konstruktivismus)は放棄されるべきである、とシュテュルナーは論ずるのである⁴⁷⁾。しかしながら、統一法は必要な限度にとどめ、その余の部分は多様性を残しておくべきである(それ以上のハーモナイゼーションは学問と実務に委ねる)とする方向で見解は一致しており、民事訴訟法についても同様の認識が妥当するから、各国の民事訴訟法学は単一のヨーロッパ訴訟法学に吸収されるべきではない⁴⁸⁾。各国固有の思考および言語の伝統を打ち破っ

42) Id., 830-832. ドイツでは、ナチズムの経験から、イデオロギー化は危険なファクターであると警戒され、法社会学・手続社会学の隆盛期にも、社会学的訴訟法学(eine soziologische Prozessrechtswissenschaft)は十分に定着しなかった(Id., 832)。ただ、このような体系構成的性格(konstruktiv-systematischer Charakter)にもかかわらず、現代ドイツ訴訟法学においては比較法的努力が顕著であるが、そこでの比較法はきわめて静態的で、外国訴訟法を広い範囲で継受しようとするものではなかった(Id., 833)。

43) シュテュルナーは、顕著な一例として、裁判管轄および外国判決の承認・執行に関する EC 条約の自律的解釈によって、EC 裁判所がヨーロッパ共通の訴訟物概念を創造したことを挙げている(Id., 835-836)。詳細は、111ZZP. 399-462 (1998) 所掲の Rüßman, Walker, Heiderhoff の論稿および越山和広「欧州司法裁判所における訴訟物の捉え方」民事手続法研究創刊第 1 号(2005 年) 83 頁以下を参照されたい。

44) 法情報収集システムの発達によって各国法の孤立化・硬直化が抑制されるとともに、個別ケースの迅速な解決を法実務が強く要請するようになると、静的な訴訟法体系と体系構成的な思考モデルは研究としても評価されなくなる(Id., 838-839)。

45) ヨーロッパの裁判制度は、過度に規制された訴訟手続から簡素で自由な手続にいたる抜け道を密かに辿りつつあるとし、国際仲裁手続や EU 諸国の民事保全手続を例として挙げている(Id., 839)。

46) Id., 835, 840.

47) Id., 841. すなわち、「ドグマーティッシュな小品」によってではなく、各国の実定法規範の彼方にある基本的なつながり(Grundzusammenhängen)を認識する作業によって、訴訟法は初めて学問となるのである(Ibid.)。

て、外国の法文化と言語を全面的に継受するのは、ヨーロッパ訴訟文化の貧困化・画一化を招く誤った道である⁴⁹⁾。したがって、「現代ドイツ訴訟法学がパンデクテン的な体系的構成(至上)主義と訣別し、国際的・ヨーロッパ的協調という課題を受け容れるとしても、それはドイツ語およびドイツ文化と結びついた思考スタイル(Denkstil)を一般的に捨て去るという意味ではない。この思考スタイルをヨーロッパの演奏会(das europäische Konzert)にもち込み、その際に自らは寛容(Toleranz)を発揮するとともに他国にも寛容を求めることが重要なのである」⁵⁰⁾。

(3) 同論文は、比較法によって「ヨーロッパ共通訴訟法の基本方針」を解明して多様な法構造の協調をはかることが訴訟法学の使命となるから、伝統的ドイツ訴訟法学の体系的構成(至上)主義は放棄されるべきであるが、ヨーロッパ訴訟文化の豊饒さを失わないようにするために、各国固有の「思考スタイル」まで一般に捨てざるべきではない、とする。すなわち、比較法による「開かれた」訴訟法学を志向しているといえよう。1992年に発表された先のチュービンゲン・シンポジウム報告が、ドイツ訴訟法学の体系的性が再評価される「ヨーロッパのルネッサンス」の到来を強く期待していたのに対し、5年後の同論文では、「ヨーロッパ共通訴訟法」学の使命がより強調されているのではなからうか。

5 (1) ヨーロッパ民事訴訟法学の構想およびドイツ比較民事訴訟法学の課題を確定してからのシュテュルナーの研究は、①ヨーロッパ民事訴訟法の構造の解明、②証拠法史・証明責任の分配・当事者尋問・鑑定・第三者参加・既判力・仮の権利保護といった各論的テーマにおけるヨーロッパ共通訴訟法ないし

48) Id., 841-842. シュテュルナーは、法文化を含む世界文化ないし統一ヨーロッパ文化への発展は、珍奇な自国中心の誤解(bizarre nationale Verirrungen)を避け、世界的規模での情報収集を可能とし、全国家を一般的に承認されたルールで結合するという点で大きな長所を有する、と説く(Id., 842)。

49) Id., 843.

50) Id., 843. すなわち、共同体化と、自国のアイデンティティを意識することとは決して対立するものではなく、寛容の精神のもとでは両者は緊張関係に立ちつつ共存する(sich im Toleranzgebot wechselseitig bedingen)のである(Id., 842)。

共通の基本方針 (gemeinsame Grundlinien) の探求, ③欧米 (国際) 民事訴訟法のハーモナイゼーションの可能性の分析に重点が置かれるようになる⁵¹⁾。この③の分野は次に採り上げることにして, 本節では①の分野の総合的な論稿を紹介しておきたい。

(2) 論文「ヨーロッパ民事訴訟の構造について」(2001年)で, シュテュルナーは, ヨーロッパ諸国の民事訴訟法はその構造上共通するところがあるとして, ①訴訟が原則として私人の訴えによって開始される, ②原告が自ら主張する法律効果を基礎づける事実を述べる, ③被告は, この事実を認め, あるいは否認するとともに, それと対立する権利および例外的要件 (Ausnahmetatbestände) を基礎づける新たな事実を提出できる, ④争いのある事実に関する証拠調べののちに, 裁判官が裁判の形で法律効果について意見を表明する, といった手続進行に関する共通の基本的理解をまとめている。シュテュルナーによれば, こうした基本的訴訟観は, 手続進行の基本的責任を当事者に負わせる「訴訟における当事者自治」を採用した結果である。法律以前のコモン・センスと実践性からしても, 当事者の権利が中心である以上は, 当事者が法律効果を主張し事実を提出する (判決の前に事案解明段階が来る) 訴訟構造が当然である, とする。シュテュルナーは, 以上の共通する基本的訴訟観 (das gemeinsame prozessuale Grundverständnis) は共通の訴訟法の歴史から生まれたものでもあるとさらに指摘し, ヨーロッパ訴訟法史の概観に進む⁵²⁾。

51) シュテュルナーのこれらの業績および比較民事訴訟法の基礎理論については, 貝瀬・前掲注24) 298頁, 314-319頁 (そこでの文献リストに, Stürner, Europäische Justiz und Demokratie, Fsch. für Winfried Brohm [2002] 153; ders., Die Organisation des Beweisverfahrens im europäischen Verfahrensrecht, Magister Artis Boni et Aequi: Studia in Honorem Németh János [2003] 817; ders., Parteidisposition über Tatsachen und Beweismittel im Prozess ausgewählter europäischer Staaten, Fsch. für Kollhosser [2004] 725; ders., Parteidisposition über Anfang, Gegenstand und Umfang des Verfahrens in wichtigen europäischen Prozessordnungen, Fsch. für Andreas Heldrich [2005] 1061の四編を追加する)。翻訳として, ロルフ・シュテュルナー (春日偉知郎訳) 「ヨーロッパにおける仮の権利保護」竹下守夫先生古稀祝賀・権利実現過程の基本構造 (2002年) 405頁, 春日偉知郎 『『涉外民事訴訟ルール草案』に対するヨーロッパ側の反応——シュテュルナー鑑定意見の翻訳——』国際商事法務 28巻3号 281頁・同4号 407頁 (2000年)。

まずシュテュルナーは、①手続の早期第一段階終了後は、「同一の対象についてさらに手続を進めることは許されず、現在の手続の訴訟上の基礎 (prozessualen Grundlagen) は争われないという根本思想」, 「遅れた異議の排除 (Präklusion verspäteten Vorbringens) という一般思想」の限度で、ローマ訴訟手続の二段階構造——裁判所政務官による法廷手続と審判人による審判手続——が現代ヨーロッパ訴訟法に痕跡を残しているにとどまるとする。シュテュルナーによれば、「ローマ訴訟において、ローマ制定法の形式的アクチオを実現した法律訴訟 (Legisaktionsprozess) も、共和政中期に登場した——法務官の衡平法を通用させた——方式書手続も、裁判所法務官 (Gerichtsmagistrat) の面前での *in iure* 手続および裁判人の面前における *apud iudicem* 手続という2つの区分を知っていた。この区分は、第1の手続部分において、選定された裁判所法務官が適用さるべき法ルールを確定すべきであり、当事者は判決の基礎としてこの法ルールに服従しなければならないとする見解を反映するものであった (争点決定 *litis contestatio*)。こうした服従があって初めて、裁判人のもとでの本来の訴訟が開始される。この訴訟は、あまり形式的でなく構成された弁論 (*Verhandlung*) である。……裁判人の面前での手続それ自体は、将来に強い影響を及ぼすほどには構造化されていなかった」⁵³⁾。

さらに、②形式主義的な陳述と反対陳述 (*formasierter Rede und Gegenrede*) から成る初期ゲルマン訴訟の本案弁論 (*Hauptverhandlung*) がイギリス訴訟の基本モデルとして継承された。すなわち、「初期のゲルマン訴訟は、形式化された陳述と反対陳述を通じた紛争の審理——それに続いて、法的識見を有するゲマインデ団体 (*Gemeindegensossen*) の判決がなされる——を特色とする。その判決は『二段式の』判決であり、証明を命ずると同時に証明の結果に応じて何が生ずべきかを決定するものである。後期ゲルマン訴訟においては、陳述と反対陳述という形式主義と証拠法の形式主義は次第に緩和された。残ったのは

52) 以上は、Stürner, Zur Struktur des europäischen Zivilprozesses, Ftschr. für Ekkehard Schumann (2001) 491. なお、Stürner, Die Struktur des deutschen und des europäischen Zivilprozesses, Ftschr. Broniewicz (1998, Lodz) 417 という論稿が文献リストに掲げられているが (Nagel/ Gottwald, IZPR (5. Aufl., 2002) 26), 筆者は未見である。

53) *Id.*, 491-492.

証拠判決 (Beweisurteil) であり、証明の結果は裁判所により確定され (形式主義が緩和された結果である)、その際には多くの等価な判決がなされる可能性がある。初期ゲルマン訴訟の本案弁論 (die Hauptverhandlung) とそれに部分的に組み込まれた証拠調べのみがヨーロッパ法史に影響を残したにとどまり、イギリス訴訟の基本モデル (Grundmuster) として生き残った。証拠判決が実際にゲルマン的訴訟文化の子孫であるかどうかは疑わしいが、古典コグニチオ手続 (das klassische Kognitionsverfahren) は類似の形態 (interlocutio) をすでに認めていた⁵⁴⁾。

シュテュルナーは、③「イタリア=カノン訴訟による根本的・構造的影響」として、こう解説する。「上部イタリアのゲルマン=ローマの混合訴訟と、とりわけ教会裁判所が育んだ後期ローマ的伝統とから、ヨーロッパに根本的影響を及ぼしたイタリア=カノン訴訟が14世紀および15世紀に発展した。訴状における原告の権利主張に、被告の反対主張・答弁 (Gegenbehauptung) が続き、許容性に対する抗弁を被告が提出しない場合には、争点決定 (litis contestatio) に到る。それに続く書面による『訴点手続』(Positionalverfahren) において、当事者は個別の主張および反対主張を掲げる。争いある主張についての証明主題 (Beweissätze) (すなわち『項目』[articuli]) と、通常は委託された裁判官のもとでの非公開の証拠調べ——その結果は書面で確定される——がこれに続く。当事者は結論について意見を述べる (いわゆる申立て [conclusio])。それから、証拠調べを実施した裁判官とは異なる判決裁判所によって判決が下される。すなわち『盲目の』正義の女神 (Justitia) のイメージを文字通り取り入れているのである。この手続の特色は、紛争解決のための長く、よく整理された多くの一連の期日 (Sequenz vieler Termine) であって、それは論理法則に従った真実発見への制御し難い——スコラ的思想体系の特色である……——信頼に対応している⁵⁵⁾。要するに、イタリア=カノン訴訟が根本的影響を与えたヨーロッパ民事訴訟の歴史的基礎 (Grundlagen) を説明するのである。

続いて、シュテュルナーは、(i)ロマン法圏の訴訟法、(ii)ゲルマン的伝統とロ

54) Id., 492-493.

55) Id., 493.

マン的伝統の間に位置するイギリス訴訟の構造, (iii)ドイツおよびオーストリア民事訴訟の手續構造, (iv)ヨーロッパ法域の基本モデルと今後の発展, を順次論じてゆく。

(i) 第1に, ロマン法圏の訴訟法は, 一定の点で, ローマ=カノン訴訟の基本構造を現在にいたるまで維持している。イタリア, フランスともに, ①書面による手續開始段階, ②事前手續ないし審理段階 (Instruktionsphase), ③判決段階から成る共通の構造を有する。しかし, 事案解明と判決との分断 (その結果として, 学識普通訴訟の伝統にみられるように, 証拠調べの直接性, 事案解明裁判官と判決裁判官との人的一貫性が犠牲にされる) という特色は, 単独裁判官制の浸透により薄れてきている⁵⁶⁾。

シュテュルナーは, 「現代訴訟文化へのフランスの道」と題して, まずパリ^{バルルマン}最高法院の訴訟手續を次のように解説する。「中世においてフランスは, ローマ=カノン訴訟の自国版 (eine nationale Version) を生み出したが, その際に口頭での当事者の協力をより強く考慮するという限度で, ゲルマン的伝統の名残りをとどめていた。12世紀から15世紀には, パリ最高法院の訴訟がフランスの手續モデルとして影響を与えた。訴えは, それが書面で許容されたのちに——最高法院の『審理部』の『公正状』 (lettres de justice) ——大審部での口頭弁論とともに開始され, 当事者は大審部で自らの事実と法的議論を申述する。ここでとくに欠席判決が下されることもある。書面による訴え提起と答弁 (Erwiderung) がなされ, その際に, 被告はとくに延期的抗弁を同時に提出しなければならなかった。それから両当事者は——ローマ=カノン手續と同様に——事実と証拠方法を書面で申述しなければならず (『要点判決』 *appointement*), 必要な人証の場合には, 係争事実に関する詳しい『項目』 [*articles*] が必要であった (『抵触する事実の要点』 *appointemen en faits contraires*)。大審部は, 当事者の聴聞によって『証人尋問』 [*enquête*] を回避することができ (『事実項目に関する当事者尋問』 [*interrogatoires sur faits et articles*]), それは事実を争いなくするかまたは自白の作用を果した。予審部への委託により, 受命裁判官が

56) *Id.*, 497.

証人尋問を実施した。大審部では口頭弁論となり、証拠調べの続行ないし終結がそこで命令される。証拠調べを終了する場合、『予審部』は、立証の結果を『調査官』または『報告官』[rapporteur]の援助のもとに整理して、その結果にもとづいて大審部が判決を下した。多くの伝統および制度に制約された複雑さにもかかわらず、主張段階、事案解明および判決段階という基本構成があらわれており、主張段階の初めと事案解明の最後には2分された口頭弁論を伴う。国王の『オールドナンス』によりフランスの手続は簡素化され、ますますその近代的形態に近づいた⁵⁷⁾。

さらにシュテュルナーは、ナポレオン法典とその後の発展をこう分析する。「1806年ナポレオン法典は、フランスの手続に今日まで残る明確な基本構成を与えた。すなわち、書面による訴え、文書の交換を伴う答弁、合議体の(voll-besetzten)裁判所、証人および鑑定人による受命裁判官(juge commis)のもとでの事案解明、当事者の審問(Anhörung)、および判決である。ここでも、今日の訴訟の構成をたやすく見てとることができる。すなわち、書面手続における『請求』(demande)と『防禦』(défense)の交換(その際、できる限り迅速に文書が交換されなければならない)、遅れた若干の『訴訟抗弁』(exceptions de procédure)はもはや提出できないこと、判決に熟した場合の(bei Entscheidungsreife)『部』における『弁論』(audience)、あるいは、『部』の『裁判長』による『準備手続裁判官』(juge de la mise en état)への指示(Verweis)、その終結後にはさらなる『申立て』は原則として排除する『事前手続』(instruction)、『口頭弁論期日』および『判決』。1806年ナポレオン法典に対し、長い発展の中で、とりわけ裁判所および『準備手続裁判官』の指揮権および諸権限(Kompetenzen)が強化された。単独裁判官のもとでの手続は基本構造を何も変化させなかったが、それでも、『準備手続裁判官』と『裁判所』(tribunal)の間の人的同一性は存在する。より古い手続とは異なり、この構造では司法はもはや『盲目』ではなく、当事者と証拠方法を自己自身の観察から理解するのである⁵⁸⁾。

57) Id., 494-495.

58) Id., 495.

(ii) 第二に、初期ゲルマン訴訟の影響を受けたアングロ・サクソンの訴訟手続では、まずノルマン・コンケストによって陪審制がもたらされた。コモン・ロー裁判所における排他的訴訟方式たる writ が発達するのと並んで、ローマ・カノン訴訟モデルに従った大法官裁判所でのエクイティ訴訟が発生する。19世紀には——書面による開始段階と事案解明段階から成る——大法官訴訟手続に、コモン・ロー訴訟手続の口頭・公開のトライアルが導入され、陪審の担当領域が縮小された。1999年の民事訴訟規則改正後も、①書面による開始、②ヒアリングを伴うプリトライアルでの準備的事案解明、③残った争点の最終的証拠調べを伴うトライアルと判決、といった手続の三層構造は維持されている。

シュテュルナーは、「コモン・ローのトライアル・コート」につき、こう述べている。「ゲルマン的訴訟構造は、イギリスの訴訟に永続的な影響を与えた。初期のアングロ・サクソン訴訟は、初期ゲルマン訴訟のように主張と反対主張で始まり、証拠判決で終わった。ノルマン人は、『陪審』を当初は『共同体的証人』〔community witnesses〕として持ち込んだが、その機能は、ヨーロッパ大陸におけると同様に、Untersuchungsführern（「提出された証拠にもとづく事実認定者〔triers of fact〕」）へと変化した。陪審のもとで、とくに公開の弁論における、証人を通じた証拠調べが許された。証拠判決に続いて——後期ゲルマン訴訟と同様に——終局判決がなされ、それが証拠調べの結果を確定した。国王裁判所に訴えについての管轄権を発生させる国王の大法官の書面（訴訟開始令状〔*brevia originalia*〕）から、コモン・ロー裁判所のもとでの排他的な訴訟方式としての、非常に形式的な『令状』(writ)へと発展した。それとともに、2つに区分された手続が進展した。すなわち、①形式的な書面の開始手続、②『トライアル・コート』の『陪審』のもとでの証拠調べと弁論とそれに続く判決、に2分される。この手続は、19世紀まで本質的に同じ構造を保った」。「コモン・ロー訴訟も、まったく普通ヨーロッパ的伝統 (gemeineuropäischer Tradition) の中にある。『令状』(writs) は、ローマの方式書訴訟やパリ最高法院の『公正状』(lettres de justice) との類似性を示す。中心的な訴訟機関 (Prozessstation) としてのゲルマン的『陪審審理』は、生き残った。ドイツおよび

フランスとは異なり、ローマ的伝統がゲルマン的伝統と並んでまず確立され、19世紀には普通大陸訴訟(der gemeine kontinentale Prozess)として別個の継受された訴訟の全体像(ein anderes rezeptives prozessuales Gesamtgebilde)が確立されたからである⁵⁹⁾。

また、「大法官府裁判所のローマ=カノンの伝統」として、「コモン・ロー裁判所と並んで、ローマ=カノンの基本モデルに負うところがあるエクイティ訴訟ないし大法官府裁判所の訴訟が存在する。すなわち、『令状』の形式性を伴わない^{フリーディングス} 訴答、事案解明段階としての『受命裁判官』(commissioners)ないし『尋問官』(examiners)による証人および当事者の『質問』(interrogatories)(『証言録取書』[depositions]), 裁判官による判決、である。全体として、ローマ=カノンの特徴を有する1312年クレメンティア・サエペ(Clementia Saepe)に類した略式手続である⁶⁰⁾。

さらに、「19世紀におけるローマ=カノンの基本志向(Grundorientierung)と現代にいたるまでの訴訟構造にそれが及ぼした効果」については、こう述べている。「1875年最高法院法(Judicature Act)は、2つの訴訟形態の統一のための基礎を提供し(最終的にそれが実現されたのは、1883年裁判所規則[Rules of Court]においてであった)、ようやく1965年にその基礎が大きく改められた。大まかに言えば、その改正は、大法官府の手続のあまり形式的でない書面の開始段階、および事案解明段階を取り入れたが、コモン・ロー手続の判決前の口頭かつ公開のトライアルをはめ込み、それに続く時代に『陪審』の適用範囲はますます縮小した。最も近時の1999年改正後は、イギリスの手続の3区分(Dreiteiligkeit)を語るができる。書面による開始、『ヒアリング』を伴うプリトライアルにおける準備的事案解明(präparatorische Sachaufklärung im pretrial mit „hearings“), 残った争点に関する最終的な証拠調べを伴う『トライアル』と判決、の3つである。明らかに90パーセントを越える多くの手続が、『サマリ・ジャッジメント』、『欠席判決』、『和解』^{デフォルト・ジャッジメント}によって、トライアルなくして終結する。これらの場合には、証拠調べを伴うトライアルを欠くので、

59) Id., 497-498.

60) Id., 498-499.

ロマン的手続モデルにきわめて類似した手続構造となる。書面による開始手続とプリトリアルは、本来の裁判官（『事実審裁判官』〔trial judge〕）に委ねられるトリアルとは別の裁判官（補助裁判官〔master〕、地方裁判所裁判官〔district judge〕）に委ねられる」⁶¹⁾。

(iii) 第3に、「ドイツおよびオーストリア民事訴訟の手続構造」として、シュテュルナーは、(ア)普通訴訟におけるローマ=カノンの影響、(イ)啓蒙的法典の構造、(ウ)ドイツ帝国民事訴訟法の構造と現代にいたるまでの変遷、(エ)オーストリアの構造的モデル機能、の各項目を論ずる。

(ア) まず、ドイツにおいては、ローマ=カノン訴訟を基礎とする帝室裁判所の普通訴訟（der kammergerichtliche gemeine Prozess）——訴えおよび応訴による開始、書面の訴点手続および項目手続（Positional-und Artikelverfahren）、書面の報告（Relation）を伴う非公開の証明手続——が発達したが、ザクセンの訴訟は、訴点手続・項目手続を簡易化し、証明手続で単一の証拠判決によって確定するために、すでに訴えおよび答弁の際にはほぼ完全な経過の説明（Gesichtserzählung）を要求をした。ドイツ普通訴訟の最終形態は、①上訴可能な証拠中間判決（Beweisinterlokut）で終結する主張段階、②証拠申出と挙証（Beweisantrittung und Beweisführung）に区分される証明段階、③判決段階、の3つに区分できた。この手続は書面中心、非公開で、証拠調べは間接的である⁶²⁾。

(イ) 1793年プロイセン一般裁判所法においては、福祉国家的啓蒙の精神が従来の構造を破壊し、①書面による開始段階、②口頭の審査段階（Instruktionsphase. 口頭弁論における審査裁判官による審査が続き、審査裁判官は合議体に書面の「事実争点書」〔status causae et controversiae〕を送付し、それにもとづき証拠調べが決定される。証拠判決は伴わない）、③証明段階（証拠調べは普通訴訟のルールに従う）、④判決段階、と改めた。この審査裁判官は、フランス刑事訴訟の「予審判事」（juge d'instruktion）の借用である。19世紀には、プロイセンの訴訟は受け継がれた弁論主義をより強調し、口頭的要素を強化することによって、変貌した⁶³⁾。

61) Id., 499.

62) Id., 499-500.

(ウ) 19世紀ドイツでは、1806年フランス民事訴訟法典(ローマ=カノンの伝統に従って、juge commisのもとでの証拠調べを残した)、普通訴訟、プロイセン訴訟が優位を求めて争い、多数の領邦単位の法典がよりよい手続構造を求めて争ったが、結局、1877年帝国民事訴訟法典とともに、juge commisなしの・フランス民事訴訟を強く志向する手続が原則となった(①書面による開始段階、②当該判決を下す裁判所[erkennenden Gericht]のもとでの口頭弁論、③当該判決を下す裁判所のもとでの解明および証拠調べ、④証拠調べに関する口頭弁論、⑤判決)。受命裁判官による準備手続(ein vorbereitendes Verfahren)は、複雑な考慮を要する事件についてのみ認められた。しかしながら、この手続構造は、本案弁論(Hauptverhandlung)と証拠調べの効率的な準備を欠き、実用性に乏しいことが判明し、1924年および1933年の改革で準備的単独裁判官(den vorbereitenden Einzelrichter)が創設され(この裁判官は、直接的な印象がなければ合議体が適正な評価ができない限りで、合議体のもとでの「審理(弁論)に熟する」(Verhandlungsreife)まで、事件を準備し証拠調べを行うことができた)、審査手続(Instruktionsverfahren)を伴うロマン的手続構造に大きく接近した。その結果、合議体による審理と判決まで、単独裁判官による期日が長々と続く(eine lange Sequenz einzelrichterlicher Termine)というロマン的手続構造の弱点も現実化した。1976年改正法は、シュトゥットガルト・モデルの経験を取り入れて、より根本的な構造転換をはかり、「民事事件における本案弁論」を中心に据えた訴訟モデルを採用した。すなわち、当該判決を下す複数の裁判官のもとでの1回の審理において、弁論と同時に紛争解決に重要な証拠の提出がなされねばならず、1回の本案期日では、書面による事前手続(Vorverfahren. 276条以下)および裁判官による準備的措置をなすことができる(273条・358条のa)。現代ドイツの訴訟は、①書面の開始手続、②書面の命令(Anordnungen)ないし口頭の期日を伴う準備段階(Vorbereitungsphase)、③それに続く判決、という3段階の構造を有する。単独準備裁判官と合議体との交替は原則として許されず、単独受命裁判官は例外である⁶⁴⁾。

63) Id., 500-501.

(エ) 1895年オーストリア民事訴訟法は、フランツ・クラインの社会的保護の思想に立脚するとともに、クレメンティア・サエベと略式の普通訴訟の伝統にもとづく1781年一般裁判所法の少額手続(Bagatellverfahren)をモデルとする適正な手続構造を採用した。口頭性と集中性は、①早期第1回期日を伴う開始段階、②証拠調べとそれに続く判決を伴う口頭の争訟的弁論(Streitverhandlung)、の2段階の手続で実現される。争訟的口頭弁論は原則として複数の期日を必要とし(単一の本案期日ではなく、現代ドイツ民事訴訟法とはまったく異なる)、1877年のドイツ帝国民事訴訟法により近い基本構造を有する。オーストリアの第一審は常に単独裁判官が担当する⁶⁵⁾。

(iv) 第四に、シュテュルナーは、現在も利用されている基本モデルとしてロマン法圏モデル(書面による開始段階、証拠調べを伴う審査段階[Instruktionsphase]、証拠調べを極力伴わない本来の口頭弁論、と進む)と、ドイツおよびイギリス・モデル(本案弁論モデル。書面による開始段階、準備的解明段階、最終的証拠調べを伴う弁論、と進む)の両者を挙げ、大陸ヨーロッパのように手続のすべての段階を同一の単独裁判官が担当するようになると、手続を分割することの意義が稀薄となる(Relativierung)——なぜならば、審査段階(Instruktionsabschnitt)または準備段階における短い口頭期日の機能と、判決前の本来の「本案弁論」の機能とがぼやける(verwischen)からである——と指摘したうえで⁶⁶⁾、この論文を次のようにしめくくる。

「訴訟構造は、多数の審理期日の連続(eine Sequenz mehrerer Verhandlungstermine)をできる限り回避するように調整されるべきである。これを、最終的弁論を伴う解明的審査(eine aufklärende Instruktion)によって、あるいは、最終的弁論と証拠調べを伴う準備段階(Vorbereitungsphase)によって達成できるのかどうかは、判断の有効な決め手を欠く。あらゆる部分で同一の裁判官が活動する場合には、直接性の議論も重要性を失う。とは言うものの、準備の

64) Id., 501-502. このような民事訴訟の構造は、ドイツの刑事訴訟手続をモデルとする国内での比較(innerstaatlicher Rechtsvergleichung)に負うところが大きい(Id., 502)。

65) Id., 502-503.

66) Id., 503-504.

のちにできる限りすべてが一度に一回の審理で処理されて、準備のための口頭期日がむしろ例外にとどまる場合には、集中の思想(Gedanken der Konzentration)はよりよく実現されるように思われる。スイスの多彩な地域では、ローマ的審査(Instruktion)の訴訟モデル、口頭弁論後の証拠調べモデル、口頭弁論における証拠調べモデルが並存しているということをしっかり把握しておくのは、無駄ではなからう。多くのカントンは、『事前審理』(Vorverhandlung)と、弁論と証拠調べの時間的順序とを、裁判所の裁量に委ねている⁶⁷⁾。

「審査モデル(Instruktionsmodell)と本案弁論モデルのいずれが勝利を収めるかを予測するのは、現時点では困難であると認めざるをえない。双方のモデルが並存し、ある程度まで収斂することがあるかもしれない。すなわち、事前手続と本案弁論の準備との境界は流動的であり、書面性の増加傾向は審査段階(Instruktionsphase)と準備段階(Vorbereitungsphase)とを平準化するように働く。ひとつの歩み寄りとして、証拠調べの核心的部分のみを『本案弁論』に委ね、それ以外の点はすでに準備段階において広汎に『審査する(instruieren)』という道がありえよう。

最も近時の法典たるイギリスの新モデルが、この考えにきわめて近い。一方では、弁論の負担軽減を、他方では直接主義および集中化を等しく適切に考慮することが可能であろう。おそらく、ヨーロッパの訴訟の歴史は、一貫して厳格な手続の仕組みは何も生み出さず、迅速かつ正当な判決を実現できるかどうかは事件処理を行う裁判官の人格が決定的であるということも示してきたであろう。それゆえ、裁判官に個別に適切な訴訟構造を決定する広い裁量の余地を残す現代オーストリア・ドイツの訴訟が比較的 성공をおさめたのである。たしかに、当事者による支配は、あまりにも容易に表皮を硬化させるような堅固な構造を必然的に要求するようになる。当事者の強い支配を伴う強固な手続構造を備えた法文化において、調停的手続(mediativer Verfahren)が増加している

67) Id., 504. なお、EC 裁判所(EuGH)の手続構造は、ロマン法圏のそれに倣っているが(書面による開始、受命裁判官ないし裁判所自体の面前での準備措置および証拠調べ、口頭最終弁論)、そこでの当事者は一般市民とは異なるエリートであって、日常紛争の解決にもこのモデルが本案弁論モデルより優れているとする根拠にはならない、とシュテュルナーはいう(Ibid.)。

のは偶然ではなく、それは法の個別化 (Individualisierung) のあらわれであるのみならず、民事訴訟を迅速な満足をもたらす制度としては認めていないことのあらわれでもあるのである。かかる発展からして、より柔軟な訴訟モデルが真実有効であることが確認されたと考えてよいであろう」⁶⁸⁾。

(3) この論文の功績は、ヨーロッパの訴訟制度をロマン法圏モデルと英独の本案弁論モデルとに大別したうえで、両者が歩み寄りつつあることを指摘したところにあるといえよう。シュテュルナーは、ハーモナイゼーションを扱った諸論稿や本論文では、歩み寄りの好例としてイギリス新民事訴訟規則に注目している。裁判官に適切な訴訟構造を決定する広い裁量権を委ねた柔軟な訴訟モデルを高く評価しているのも、本論文の特色であろう。

このヨーロッパ民事訴訟構造論に顕著にうかがわれるのは、マウロ・カベレッティのモニュメンタルかつ古典的な名品「比較法からみた民事訴訟の発展的主要傾向」(1968年)と共通の志向である。すなわち、シュテュルナーの本論文は、ヨーロッパ民事訴訟の共通の構造を形成しているのがローマ・カノン訴訟と訴訟における当事者自治の思想であることを比較法史の知見にもとづき検証したうえで、異種法族間でのハーモナイゼーションの動きを追っているが、カベレッティも、ヨーロッパの訴訟制度が共通の源泉(共通類型)を有していた時代にまで遡り、そこから共通類型が歴史的に発展してゆくプロセスを辿って、「ヨーロッパ訴訟法」統一への求心力を明らかにしてゆこうとするのである⁶⁹⁾。シュテュルナーの独創性はむしろハーモナイゼーションの進行過程をより緻密に指摘したところにある。次節ではこの点に焦点を合わせて分析してみよう。

ところで、シュテュルナーが2003年に発表した講演「訴訟法と法文化」⁷⁰⁾は、「訴訟構造の発展」と題する章を設け、以上のヨーロッパ民事訴訟構造論を補完する分析を展開している。同講演については本節6で改めて論及することにして、ここでは「訴訟構造」の部分のみを要約しておこう。すなわち、シュテュルナーは、同講演のこの章において、(i)訴訟資料を手続内で *actio* と

68) Id., 505.

69) カベレッティの見解につき、貝瀬・前掲注11) 210-211頁。

exceptio に分類整理すること (die innere Gliederung des Prozessstoffes) によって訴訟当事者の活動をコントロールするローマの訴訟構造が、イタリア・カノン訴訟を通じて後世に受け継がれたこと、(ii)中世後期・近代初期の学識訴訟 (der gelehrte Prozess) とゲルマン訴訟とが、各法文化の中で数世紀にわたって共存し折衷的手続を形成していったことをまず指摘する⁷¹⁾。ロマン法圏・ゲルマン法圏・英米法圏と分類して訴訟手続の構造を検討すると⁷²⁾、①ローマ訴訟を元型とする「連続期日訴訟モデル」(das Prozessmodell der Terminsequenz.書面による手続開始→事案解明および証拠調べのための一連の期日→通常は証拠調べを伴わない最終口頭弁論、と進む)、②ドイツ、スペイン、イギリス、イペロアメリカ模範法典の採る「本案弁論モデル」(Hauptverhandlungsmodell; main hearing model.書面による開始→本案弁論の準備や証拠調べを行い、裁判所と当事者に情報を提供する解明段階→重要争点に関する証拠調べを伴う集中的本案弁論、と進む)、③アメリカおよび若干のコモン・ロー諸国の「陪審モデル」(書面による開始→当事者への情報提供のみを目的とするディスクヴァリー→証拠調べを伴う本案弁論、と進む)の3つの訴訟モデルを抽出できる。こうした訴訟構造の差異は、単に法文化相互の交流 (give and take)、政治的・経済的ヘゲモニー、偶然の反映にすぎないのか、それとも深く根づいた政治文化が原因であるのか、疑問が生ずるであろう。第二の「本案弁論モデル」が法圏を越えてドイツ、スペイン、イギリス、ラテン、アメリカに受け容れられつつあるが、これはワールドワイドな訴訟文明のプラグマティックな要請にもとづき (prozess-

70) Stürner, *Procedural Law and Legal Cultures*, in: Gilles/ Pfeiffer (hrsg.), *Prozessrecht und Rechtskulturen* (2004) 9. なお、同書は同一内容の Stürner, *Prozessrecht und Rechtskulturen*, in: Gilles/ Pfeiffer (hrsg.), *id.*, 31 を含む。本文での紹介にあたっては、基本的には巻頭に置かれている英語版に依拠したが、全面的にドイツ語版も参照・対比した。フランス語版として、Stürner, *Procédure civile et culture juridique*, R. I. D. C. 2004, 797.

71) *Id.*, 12-13. 後期ゲルマン訴訟は真実発見と集中的口頭弁論における素人の評決を重視し、訴訟当事者に対する裁判官の印象を基礎としていた。これに対し、学識訴訟はスコラ概念で構成されており、そこでは「学識ある」裁判官のみ適用可能な証拠法則によって真実が確定され、証拠調べの責任を負う examiner が提出した結果報告書にもとづき、訴訟当事者や証人に対する個人的印象をもたないままで裁判がなされたのである (*Id.*, 13)。

pragmatischer Erwägungen einer weltweiten prozessualen Zivilisation) 法文化の伝統的な壁が相当程度越えられていることを示す。ドラマティックな本案弁論に先立って、当事者に情報を提供するためにのみディスカヴァリーの段階を設ける「陪審モデル」は、二重の事案解明を認めるものであり、素人裁判官による

72) この部分の叙述は前掲論文「ヨーロッパ民事訴訟の構造について」と若干重複する。シュテュルナーによれば、ロマン法圏を代表するフランス民事訴訟法は今日にいたるまで驚くほど一貫性を保っており、フランス革命前の王令 (ordonnance) によってすでにある程度完成していた(訴状と答弁書→準備手続裁判官 [juge de la mis en état] による予審 [instruction] →最終的口頭弁論と判決というプロセスは今日まで残っている)。フランス革命は口頭主義と自由心証主義を強化したが、直接性が極めて制限された「準備手続裁判官」による証拠調べと、書証を好む証拠規則は今でも変わっていない。この点で、フランス、イタリア(そして改正前のスペイン)は学識訴訟の影響をとどめている。スペイン法が「早期第1回期日」と判決裁判所における証拠調べの制度を導入したのは、現代ドイツおよびイギリスのアプローチへの転換を示すものである。スペイン以上に伝統的なローマ訴訟モデルの支配下にあった中南米諸国が、これと同様のアプローチを採用する模範民事訴訟法典を受け入れたのは、注目に値する (Stürner, id., 35-36)。

また、英米法圏については次のように述べている。英米の民事訴訟はロマン法圏・ゲルマン法圏のそれと共通するところのない独自のものであると言われるが、エクイティを確立した大法官裁判所の訴訟手続はローマ・カノン訴訟の大陸法的特色をそなえている。また各種の証拠法則 (evidentiary admissibility rule, hearsay rule など) は学識訴訟の法定証拠規則がその目的と機能を変容させつつ陪審手続の中で再生したものであることが、近年の研究で解明された。イギリス訴訟手続の独自性とは、コモン・ロー裁判所の陪審手続とエクイティ裁判所のローマ・カノンの訴訟手続が数世紀にわたって共存し、19世紀に双方が結合したところにある。その際に、大法官裁判所の手続の書面による開始および証拠調べ段階(ローマ・カノン起源のプリトリアル段階)と、コモン・ロー手続の口頭・公開のトリアル(古ゲルマン起源のトリアル段階)とが結合させられ、前者の目的が——裁判所への情報提供から——陪審および裁判官に対する証拠提出の準備および不意打ち回避のために双方の当事者に情報を提供することへと、大きく変化した。その結果、ローマないしゲルマン起源の大陸訴訟手続とは異なり、トリアルまで到らずに和解ないし取下げで終わる訴訟が大半となった。イギリス新民事訴訟規則のもとでは、陪審は原則として廃止され、裁判所が決定した重要な争点についてはプリトリアル段階でも証拠調べが可能とされたために、プリトリアルは当事者および裁判所の双方に情報提供する機能を果たすことになった。しかしながら、1938年連邦民事訴訟規則の影響を受けたアメリカの訴訟手続では、この訴訟構造を進展させ、当事者の自律的な情報入手を目的とするプリトリアル・ディスカヴァリーを完成させた。憲法上陪審裁判を受ける権利が保障され、陪審制度が法的思考の中に深く根づいているアメリカでは、全体の2、3パーセントにすぎない陪審裁判が全民事訴訟の構造を決定しているのである (Id., 15-17)。

裁判が政治的信念と化している国においてのみ維持可能であるから、それ以外の「連続期日訴訟モデル」と「本案弁論モデル」との間でワールドワイドな競争が展開されるであろう。アメリカ法律協会およびユニドロワの「渉外民事訴訟原則」(原則9とその注釈)、イベロアメリカ模範法典(300・301・303条)はいずれも後者のモデルに好意的である⁷³⁾。以上がシュテュルナー講演の該当部分の骨子である。

6 (1) 前項で検討した「ヨーロッパ民事訴訟法」研究と前後して、シュテュルナーは、アメリカ＝ヨーロッパ間の国際民事訴訟法のハーモナイゼーションに関するすぐれた論考を発表する。それとともに、初期の名作「アメリカ合衆国およびヨーロッパの手続観」(1987年)で展開された米・欧比較民事手続法研究に対する関心を再燃させ、講演「訴訟法と法文化」(2003年)——これは、メキシコ・シティでの第12回世界訴訟法会議の総合テーマを扱った Inaugural Speech である——をこころみる一方で、ピーター・マレー(ハーヴァード大学客員教授)との共著『ドイツの民事司法』(2004年)を刊行する。

まずシュテュルナーは、1999年から2000年にかけて、ハザード＝タルッフォ起草の「渉外民事訴訟ルール草案」について英独仏各国語で充実した鑑定意見書等を公表する⁷⁴⁾(1999年には、各論分野での労作「ヨーロッパにおける既判力」がいち早く発表されているが、これらの一連の論稿の紹介は他日に期したい)。2004年3月9日には、前掲ハザード／タルッフォ草案を基礎とする「アメリカ法律協会およびユニドロワの渉外民事訴訟原則および規則(Principles and

73) Id., 17-18.

74) Stürner, Modellregeln für den internationalen Zivilprozess?, 112 ZfP. 185 (1999); id., Some European Remarks on a New Joint Project of the American Law Institute and UNIDROIT, 34 Int'l Law. 1071 (2000); id., Quelques Remarques d'un Européen sur un Nouveau Project Commun de l'American Law Institute et d'Unidroit, 60 Rev. int. dr. comp. 845 (2000). ドイツ語版の翻訳として、春日・前掲注51)がある。このほか、Stürner, Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions Against Non-compliance, 6 Unif. L. Rev. 871 (2001); id., Anglo-American and Continental Civil Procedure: The English Reform as a Model for Further Harmonization?, in: Andenas/Andrews/ Nazzini (eds.), The Futur of Transnational Civil Litigation: English Responses to the ALI/ UNIDROIT Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. (2004) 9も参照されたい。

Rules)」の最終草案⁷⁵⁾が公表された。同草案作成のための共同作業グループを設置する旨のユニドロワ評議会決議の重要な資料となったのが、このシュテュルナーによる鑑定意見である。シュテュルナーは当該最終草案のユニドロワ側の共同報告者でもあった。ヨーロッパおよびアメリカの国際民事訴訟の状況を巨視的に把握し、双方のハーモナイゼーションの実現可能性 (Feasibility) を探る意見書の内容を簡単に要約しておこう。

(2) シュテュルナーは、法秩序間の競争・法文化の多様性を維持しつつ明快な法的調和 (eine deutliche Rechtsangleichung) をはかる訴訟法のハーモナイゼーションは、有益であるとともに十分に成功の見込みがある、という⁷⁶⁾。すなわち、本案弁論での完全な証拠調べ (die volle Beweisaufnahme der Hauptverhandlung; the taking of evidence at trial) に書面の準備手続が先行する点で、イギリスおよびドイツの訴訟構造は共通している。これはドイツにおけるような裁判官の能動性の強化 (verstärkte Richteraktivität) がコモン・ローの伝統とも調和しうることを示している。また、アメリカの陪審システムのもとでも、陪審への証拠提出の際に、手続を運営する職業裁判官の能動性が強化されれば、弁護士による駆引きの訴訟追行の危険は減少し、シヴィル・ローの参審制 (合議体への素人の参加) に接近するのであるから、陪審の意義を過大評価するのは妥当ではない。アメリカでもすべての手続が陪審手続であるわけではなく、陪審を伴わない手続の場合には、より調和の可能性が大きい。このようにシュテュルナーは指摘するのである⁷⁷⁾。

アメリカ法律協会の「涉外民事訴訟原則および規則」(1999年4月の検討草案) に対しては、各国による手続形成の余地を明確に残すモデル・ルールというアプローチを高く評価したうえで⁷⁸⁾、草案の成果を次のように概括的に評価する。

「若干の領域で、草案はヨーロッパ大陸訴訟モデルとアメリカ訴訟との妥協

75) この最終草案は、Andenas/ Andrews/ Nazzini, id. 175ff. にも掲載されている。

76) Stürner, supra note 74 (112ZZP.), 202, 190. 春日訳・前掲注51) 286-287頁, 411頁。

77) Id., 191. 春日訳287頁。

78) Id., 191-192. 春日訳288頁。

をこころみている(たとえば、裁判所と当事者の役割分担, 証人尋問, court expert, 証拠調べの結果の記録〔Protokollierung von Beweisergebnissen〕, 費用規則, 仮の権利保護)。他の領域では、結局は、アメリカ的ないし英米的な考えが支配しており、その他の世界で容認される度合いはより低い(たとえば、証拠収集および証拠調べの範囲, 拒絶事由, 証拠規則, 手続構造, 第三者の参加)。渉外訴訟の若干の重要な紛争領域は、たとえ条約が今なお存在せずあるいは本質的改善をもたらすことができていないのにしても、多かれ少なかれ除外されている(訴状の送達, 国際裁判管轄, 訴訟競合, 外国裁判の承認, 外国での証拠調べ)。モデル・ルールのスタイルは連邦規則またはイギリスの最高裁判所規則もしくは民事訴訟規則に対応しており、ヨーロッパ大陸の諸法典(ヨーロッパ大陸, ラテン・アメリカ, 日本, 東アジア, ロシア, 場合によっては将来的に中国)に対応する部分はより少ない⁷⁹⁾。

シュテュルナーは、アメリカ法律協会とユニドロワの共通作業グループで、重要な訴訟文化がバランスよく代弁され、よりよい妥協のための作業がさらに続けられなければならない(そのためには仲裁における経験や、EUおよびラテン・アメリカでのハーモナイゼーションの努力が参考になる)とする。この共同作業の評価基準となるのは、①国際訴訟追行の容易化(障害の除去ないし最小化)とその結果の承認をはかること、②多様な法秩序を収斂させ、重要な法文化的伝統に対しては寛容であること、③モデル・ルールができる限り渉外手続の全領域に広範に適用されるように保障することである⁸⁰⁾。

(3) なお、先の「渉外民事訴訟原則および規則」のために「イギリス国際法および比較法研究所」で2002年5月に開催されたコロキウムに提出したペーパー「英米およびヨーロッパ大陸民事訴訟——さらに進んだハーモナイゼーションのためのイギリスの改革?」において、シュテュルナーは、『「渉外民事訴訟原則」』についての議論は、世界の訴訟制度の相違を分析することに限られる

79) Id., 202. 春日訳411-412頁。この部分については、貝瀬・前掲注24)『国際倒産法と比較法』332-333頁を参照されたい。そこでは、各論点に対するシュテュルナーのコメントを要約している。

80) Id., 203, 193-194. 春日訳289頁, 412頁。

べきではない。起草者は、世界の訴訟制度の外見がいかに異なっていようと、民事訴訟は共通の歴史を有し、同じ法族の出身なのだとすることを忘れてはならない⁸¹⁾」と提言する。次いでシュテュルナーは、イギリス新民事訴訟規則と大陸（とくにドイツ）訴訟手続の近接化を明らかにし、「イギリスとドイツの発展が同一方向に収斂しつつあるのは注目すべきであり、このことは、職業裁判官のもとでのトライアルの長所と、（トライアルでの証拠調べを補って、不要な二重の事実認定〔fact-finding〕を避けるような）円滑に機能するディスカヴァリー段階の長所とを結びつけようとする近時の傾向を示すものである⁸²⁾」と論じている。すなわち、シュテュルナーによれば、まずドイツ（および近時のスペイン）では、最終ないし本案弁論で証拠調べが行われ、それ以前は当事者および裁判所に情報を提供して——英米のトライアルに酷似した——集中的本案弁論（concentrated main hearing）にそなえる準備段階となっている（証拠調べのための sequence of hearings を伴うローマ＝カノン・モデルからの離脱⁸³⁾）。他方イギリスでは、陪審制度が殆ど消滅し、準備的なプリトライアル・ディスカヴァリーとトライアルでの証拠調べとを峻別する必要がなくなったことを前提に、新民事訴訟規則のもとでディスカヴァリーの結果の重要部分がトライアルでの証拠調べにかわりうるとされたのである（すなわち、ディスカヴァリーは当事者のみならず裁判所にも情報を提供できる⁸⁴⁾）。

(4) 以上のシュテュルナーの鑑定意見等は、国際民事訴訟法研究にも比較（訴訟）法学者としての資質が不可欠であることを示しているといえよう。たとえば、訴訟法のハーモナイゼーションが十分に見込みがあると判断するひとつの前提として、プリトライアルとトライアルの分離された手続構造であっても、プリトライアル段階における裁判官の積極性（裁判官主導のケース・マネージメント）が保障されていれば、ヨーロッパの伝統的訴訟法と調和するであろうと説いているのである⁸⁵⁾。またシュテュルナーは、手続構造は各国の法文

81) Stürner, in: Andenas/ Andrews/ Nazzini, supra note 74, 11.

82) Id., 12.

83) Id., 10, 12.

84) Id., 11, 12. プリーディングについては、Id., 11.

85) Stürner, 34 Int'l Law. 1071, 1083.

化および政治文化の根本的価値に立脚しているが、アメリカとの手続的協調(procedural cooperation)をはかる場合には、①アメリカのデモクラシーの伝統と陪審審理とアドヴァーサリ・システムの関係、②陪審裁判と証拠規則による純粋にアメリカ的な真実発見方法、③アメリカ法曹の強力な地位、④国際訴訟における国家主権的発想の減少といった、アメリカ法文化の四大特質を考慮に容れるべきである、とする⁸⁶⁾。①ないし③とヨーロッパ大陸法とのハーモナイゼーションについては、イギリスの発展(アドヴァーサリ・システムとジュディシャル・マネージメントとのすぐれた歩み寄り)が大きな励みとなる(very encouraging)と指摘するのである⁸⁷⁾。

シュテュルナーの講演「訴訟法と法文化」(2003年)は、①当事者処分権主義の勝利、②訴訟構造の発展、③証拠法の発展、④書面主義・口頭主義・公開主義の相互関係、⑤正義へのアクセス、⑥訴訟における裁判所と当事者の役割という各トピックスにおいて、訴訟法と法文化(窮極的には政治文化)相互の関係を分析している。本講演は、形式上は多様な民事訴訟制度が実は多くの共通の特色を有して、共通点がますます増加しつつあること、その理由は、大半の民事訴訟法が歴史的にヨーロッパ起源であり、文明の世界的同化(Angleichung; similarity)が法文化・訴訟制度のハーモナイゼーションをまねいているところにあること、を明らかにしようところみている⁸⁸⁾。

講演で採り上げられているテーマは多岐にわたるが、シュテュルナーは結論として「政治文化の影響を受けた訴訟文化と法文化の間には、明らかな共通の特色があるとする最初のテーゼは、相当程度確認された」と述べ、全体を次のように要約する。「このこと(訴訟文化と法文化の共通性)は、まず第一に、維持するに値するきわめて貴重な財産である当事者処分権主義と個人主義的法文化との関係についてあてはまる。多様な訴訟構造を分析すると、伝統的に合理的かつ非個人的なロマン法圏の手続と、個人的な認識および確信にもとづく、近代個人主義の要請に適合した『本案弁論モデル』とは、依然として相異なる

86) Id., 1083-1086.

87) Id., 1086.

88) Stürner, supra note 70, 9-10.

ところがある。しかしながら、主要な相違は、一連の審問期日を伴うロマン法圏モデルと本案弁論モデルとの間ではなく、この2つのモデルと、二重の事実認定を強制する陪審モデルとの間にある。証拠法においても、(実際には必要ないのだが) 素人裁判官保護のために法定証拠規則を残してきたのは陪審モデルなのである。とりわけ現代文明社会における大規模不法行為の場合の裁判所へのアクセスを論ずる場合に、成功報酬を伴うアメリカのクラス・アクションとヨーロッパ大陸のより穏健な団体ないし代表訴訟の形式との競争に決着はついていないが、ワールドワイドに強制できる規律を欠くワールドワイドな市場の自由を調整するには、アメリカ・モデルの方が有益であると思われる。とりわけヨーロッパ、日本、南アメリカが穏健な対抗モデルを依然として開発できていない現状では、この評価があてはまる。訴訟上の役割分担と政治文化との関係は、結局のところ極端な場合にのみきわめて限定的に指摘できるにすぎない。リベラルかつ民主主義的なモデルである積極的な協動的裁判官 (a more active cooperating judge) をめざす重要な動向がうかがわれる。しかし、ここでも、素人裁判官は必然的に職業裁判官よりも受動的であることから、アメリカの陪審制は次第に形成されつつある国際的コンセンサスの外にある。アメリカの法文化は、他国の法文化よりも、完全な当事者対抗主義的法思考の求めるところに適合する調停という紛争解決の方式を好む。しかしながら、アメリカは、陪審の影響を受けた手続モデルと並んで、イギリス、ヨーロッパ大陸、イベロ・アメリカ模範法典に酷似した職業裁判官の前でのみ実施される弁論を伴う第二の手続を発展させることが期待されている。アメリカ法律協会が指導する涉外民事訴訟原則は、この期待の表明である。それは統一法ではなく、穏健な個人主義にもとづく政治文化のワールドワイドな収斂を考慮した、ハーモナイゼーションのためのガイドラインとして提案されているのである⁸⁹⁾。

7 マレー/シュテュルナー共著の『ドイツの民事司法』は、英文によるドイツ民事司法制度概論の末尾に、80頁に及ぶ「若干の比較考察」の章を設け、ドイツおよびアメリカの民事司法制度に共通の主要目的、すなわち、「私人間の紛争の迅速・効率的・公正な、法にもとづいた裁決 (adjudication)、および、私的権利の回復と実現 (vindication and enforcement)」⁹⁰⁾といった目的を達成す

89) Id., 29-30.

ここで、以下の本文では言及しなかった①③④⑤⑥の各論点に関するシュテュルナーの分析を整理しよう。

(i)まず第一に、シュテュルナーは、すべての訴訟法上の法族に共通の当事者処分権主義は(例として、フランス民事訴訟法1条、2000年スペイン新民事訴訟法19条、1994年イベロアメリカ模範民事訴訟法典1条、2003年アメリカ法律協会およびユニドロワ涉外民事訴訟原則10条を挙げている。[Id., 10-11])、個々の市民の人権を経済秩序・国家秩序の中核に据える政治文化の反映であって、決して自明の原則ではない(ein besonders kostbares Gutである)、と論ずる。訴訟上の私的自治の起源は古代ローマやゲルマンの訴訟手続に遡ることができるけれども(イタリア・カノン訴訟を経て、英米の訴訟文化にも受け継がれた)、個人主義的アプローチがすべての人民に拡張されたのは19世紀以降であるし、社会主義国家における反個人主義的法文化——そこでは重要な経済紛争は行政庁によって解決されたし、民事訴訟も公益が優先される後見的手続であった(たとえば、裁判所は当事者の申立てを越えて判決でき、和解や訴えの取下げには裁判所の許可が必要であった)——が崩壊したのはごく最近の政治革命の結果なのである(Id., 10-12. ただしシュテュルナーは、社会主義諸国における個人主義法文化への革命的移行は、これまでのところ効率的・経済的考慮にもとづいており、個人の価値および人権についての確信を必ずしも伴っていない、と批判する[Id., 12])。

(ii)第二に、証拠法の発展と法文化の関係を探った章では、「既述の訴訟構造の発展は、証拠法の運命と明らかに関係がある」とまず指摘する。宗教上の理由からフォーマライズされていた初期の段階を過ぎてからは、ローマ方式書訴訟の「審判(人)手続」(Verfahren apud iudicem)において自由心証原則が発展したが、こうした証拠法の自由化にもかかわらず、強制宣誓とその反対要求の制度は当事者処分権の表れとして存続した(なお、野村秀敏「ローマ法における当事者宣誓制度——当事者尋問制度の系譜(その1)——」三ヶ月章先生古稀祝賀・民事手続法学の革新(中)451頁(1991年))。ユスティニアヌス帝期に、書証に最高の証拠力を認める証拠法則とともに、証言能力および(書証と同等の完全な証明に必要な)証人の数を律する証拠法則が確立し、学識訴訟がこれを発展させ、啓蒙の時代を経て証拠法則の体系が完成した。主観的感情や偶然を排して証拠法則によって真実を発見するという夢(理想)はヨーロッパ全土を支配したが、大陸の訴訟手続およびイギリス大法官裁判所(エクイティ)の訴訟手続における証拠法則の目的は、職業裁判官による真実発見を直接に規律することにあっただのに対し、コモン・ロー裁判所の陪審裁判における証拠法則の目的は素人裁判官を疑わしい証拠方法から保護するところにあった。

法秩序の中心に個人が位置づけられるようになると、裁判官および証人の能力に対する不信にもとづく証拠法則は崩壊し始め、ドイツ法文化圏や陪審制の原則的廃止後のイギリス、スペインのように職業裁判官が主宰する「本案弁論モデル」を採用した諸国では、自由心証主義がさらに浸透し、証拠法則は減少した。しかるに、ロマン法圏では、フランス革命の影響にもかかわらず、現在もお書証を相対的に重視し(芸術および哲学にもうかがわれるようにclear formを愛する国民性から、証拠の合理性に固執するのであろう)、「無能力証人」(testis inhabilis)や決訟(強制)宣誓の制度を完全には廃止

していない (Id., 18-20)。将来は電子化文書の価値が高まり (人的証拠方法の地位の低下)、ワールドワイドなコミュニケーション社会が、共通の訴訟文化 (証拠法) の形成に貢献するかもしれないので、性急な結論に飛びつくことは避けるべきである (Id., 21)。

アメリカの法文化は、陪審制に高い価値を置き、証拠の許容性に関する伝統的ルールを維持しているけれども、素人裁判官の直接民主主義的正統性と伝統的証拠法との関係は歴史的なものにすぎず、許容性ルールの実効 (manipulating dramaturgy からの保護) は疑わしい (なお、英米においても、素人裁判官 = 陪審の確信形成のためには自由心証主義が不可欠であった。ところが、時代精神からして超個人的合理主義が陪審裁判にも必要であるとされ、真実発見を主目的とするローマ・カノン訴訟起源の証拠法則の中で適切なものが許容性ルールの体系に改造されたのである。 (Id., 20-21, 19)。

(iii)第三に、「異なった法文化の反映としての書面・口頭・公開手続」と題する章では、次の①ないし⑤のように歴史の変遷を整理する。①ローマ、ゲルマンの民事訴訟においては、殆どの当事者が文書を作成できず、かつ裁判が公衆の参加・協力を要する政治的行為であったことから、口頭性および公開性が維持された。②東ローマ帝国ユスティニアヌス帝期に、判決裁判官は裁判所補佐人 (assessor) に事案解明と証拠調べを命ずることができ、裁判所補佐人は書面の報告書を提出するものとするとして以来、書面化の傾向が始まった。③中世の学識訴訟で、書面の・間接主義的な・非公開の手続が最高潮に達し、裁判官の判断は抽象的なルールの体系・スコラの学識の産物で、政策的行為ではないとされた。④ロマン法文化圏では、書面的かつ非公開の手続が支配的となり (イギリス大法官裁判所の手続も同様だったが、コモン・ロー裁判所の手続は公開であった)、フランス革命では自由市民の裁判所への直接のアクセスを意味する直接主義と公開主義の理念が高唱されたけれども、ロマン法圏の審査モデル (romanischen Instruktionsmodell) では口頭・直接・公開主義は今日でもなお完全には実現されていない (学識訴訟の伝統に従って、裁判官の意思決定が政策的行為というよりも学問的認識行為と理解されているからであろう) (Id., 21-22)。⑤英米・ドイツ・スペイン・スカンディナヴィア・若干の南米諸国のように「本案弁論モデル」が成功をおさめたところでは、弁論および証拠調べ手続の完全な口頭・直接・公開主義が顕著である (ただし、法文化のいかんにかかわらず、どの法域でも書面中心の準備、口頭証言の書面による代替 [フランスの attestation やイギリスの witness statement] に向かう傾向が顕在化している) (Id., 22-23)。さて、こうした公開主義・口頭主義の最小限の基準 (Mindestmaß) は現代憲法・条約に対応しており、殆ど人権に等しい性質をもつが、多様なアプローチが生ずる原因は、①裁判運営と法創造との関係、②裁判運営への公衆のアクセス (透明性) とプライバシー権との関係にある。すなわち、第一に、英米法圏のような判例法システムのもとでは、あらゆる法的紛争において法創造がなされるので、法の民主主義的正統性を確保するには、完全な公開主義によって公衆の不断の協力を求める必要がある。これに対し、法典を有する法文化圏では裁判所による制定法の実現は認識行為にとどまり、司法権の濫用を防ぐためにのみ、公衆の協力が必要となる。この両システムの収斂 (折衷的システムの形成) により、法典国の多くが公開主義をいっそう強化する方向に向かってきている (Id., 23)。第二に、アメリカではデモクラシーの理解にあたり、出発点からの人民の平等を重視する。そしてその実現のために透明性と公衆のアクセスを要求

するので、プライバシー権は二次的存在で、民事訴訟における秘匿特権もきわめて制限されている。これに対し、ヨーロッパにおいては、プライバシー権は民主主義的正統性を有しない国家権力からの保護という重要な機能を果たしたのであって、したがってアメリカほどの透明性は要求されなかった(民主主義が西欧で発展した現代でも、裁判の客観性およびプライバシーに対するマスメディアの脅威という新たな課題が生じている)。透明性および平等と同じく、プライバシーおよび個人的領域の保護も、個人の自由とデモクラシーの重要な構成要素なのであるから、デモクラシーが公開・口頭・直接主義の民事訴訟に対応し、官僚的・ヒエラルヒー的思考が不完全な口頭主義・部分的な書面主義に対応すると論ずるのは、余りに単純にすぎる(Id., 23-24)。

(iv)第四に、現代福祉国家および大衆社会(Massengesellschaft)における主要なトピックである「裁判所へのアクセス」を論じた比較的短い章では、裁判所へのアクセスを確保する多様な手段を各国とも組み合わせて用いており、資力に乏しい当事者をアクセス可能にするためには、公的ないし私的に組織された財政上の救助、私的な権利保護保険、勝訴を条件とする成功報酬制度などが通常利用されていること、大量不法行為の場合には、公共機関による公共訴訟、消費者団体による団体訴訟(Verbandsklagen)、代表訴訟(representative actions)によって処理されることを、まず指摘する(Id., 24-25)。これらの手段のうちで、アメリカ民事訴訟法は成功報酬制とクラス・アクションを重視する。ヨーロッパ大陸民事訴訟法は公的リーガル・エイドと消費者団体訴訟を志向する。前者は、規制緩和(deregulation)、権利の私的・自律的追求(private autonomous pursuit)、デモクラシーに対応し、後者は、規制維持(regulation)、官僚制的ヒエラルヒー構造、権威主義的伝統(authoritarian traditions)に対応する。前者のアメリカン・モデルは、公的組織に依存するところが少なく、国境を越えた企業活動の規律に適しているので、世界的規模でのフリー・マーケットに向かう過程ではヨーロッパ大陸モデルよりも有利である。「正義へのアクセス」の領域では、ワールドワイドな支配力を有するアメリカのロー・ファームが、特殊な救済手段を利用するアメリカ裁判所を好むこと、ヨーロッパ大陸の伝統を有する多くの国でアメリカ法の継受現象がみられること(たとえば、ブラジルにおけるクラス・アクション)からして、アメリカ法文化の触接の影響とアメリカ的思考のヘゲモニーがとりわけ顕著である(Id., 25-26)。

(v)第五に、「裁判官および訴訟当事者相互の役割分担」という比較訴訟法・比較法文化論でも馴染み深いテーマをシュテュルナーは最後に検討する(「国際シンポジウム 現代の民事訴訟における裁判官および弁護士の多重的な役割とその相互関係」民事訴訟雑誌50号87頁以下[2004年]を参照されたい)。すなわち、まず第一に、訴訟上の当事者自治がきわめて広汎に認められている国ではデモクラシーの確立した政治文化が浸透し、裁判官の指揮が優先する国では社会のヒエラルヒー構造が強固であって、全体主義の懸念すらあるのではないかという議論は説得力に欠ける、とする(たとえば、デモクラティックであったとはいいがたい中世の学識訴訟の裁判官、ヴィルヘルム時代および第三帝国時代の裁判官は、第二次大戦後のドイツに比べてかなり受動的であったのに対し、近時のイギリス、スペインでは管理者型ないし積極的裁判官への移行がみられる[Id., 26-27])。安定したデモクラシーを発展させてきた英米において受動的裁判官への志向が強いことは、先の議論を支える根拠となりそうであるが、役割分担の違いを生じさせて

るための、両国の民事司法の同等な諸機能 (identified functions) を比較する、という比較民事訴訟法的アプローチを採用する。そこで比較の対象となった「諸機能」とは、①司法制度の独立性と信頼の維持、②訴訟当事者に事実と法についての高度の決定を提供すること。③手続的および制度的フェアネスを訴訟当事者に保障すること、④不当な遅滞を伴わず合理的なコストで得られる実現可能な終局判決を下すこと、⑤訴訟当事者に裁判への適度に自由なアクセスを許容すること、⑥法の発展に建設的に寄与すること、⑦訴訟当事者および国民全体に民事司法および法の支配に対する信頼と満足を生ぜしめること、である。以上の諸機能は、アメリカ法律協会・ユニドロワ起草の「涉外民事訴訟原則 (Principles)」に掲げられた31の原則を圧縮した①ないし⑤に、マレー/シュテュルナーが重要と考える⑥および⑦を加えたものである⁹¹⁾。この大作は、共著であるとともに、ドイツとアメリカの法制の比較に叙述が限定されているので、立ち入った紹介は別稿に委ねる。比較訴訟法の包括的・体系的なフレームワークを提示したところに、『ドイツの民事司法』の大きな功績が認められ

いる根本的な理由は、素人裁判官・陪審制度の存在と、法についての理解の相違である。デモクラシーの基本的制度であるとされる陪審の活動は、職業裁判官が本案弁論の準備まで一貫して行う場合に比べて受動的・制限的であり、プリトリアルとトリアルにおいて二重に事実認定 (fact finding) が行なわれなくてはならないという不経済な効果を伴う。一審限りで事実認定を済ませて上訴は原則として法律問題に限るために広汎なディスカヴァリーを認めるのも、コストを要する陪審審理を繰返すのが困難だからである。陪審審理にまで至るのはごく一部の紛争にすぎないのに、陪審制度がすべての事件の訴訟構造を決定している (Id., 27-28)。また、アメリカでは、法を社会における紛争解決の一手段、実践的な経験とコモン・センスに立脚した存在にとらえ、法を個人の幸福追求の要請に適合させることが社会全体の不断の使命であると解されている。シュテュルナーはこのような法の理解が、(アメリカ人の法的信念と化している)陪審の強固な地位のみならず、権威的な評決 (authoritarian verdict) よりも当事者の合意・人間的なコモンセンスによる個別の解決 (individually formed party agreements) が重視され、調停——しかも “interest based mediation” ——が流行することの理由となっている、と説く。判決による迅速かつ大量の紛争処理を行う意図がうかがわれず、ごく少数の紛争処理を対象とする陪審審理を訴訟のモデルとしている法制は驚くべきものだが、判決の取得まで手間がかかることも、人間的なコモン・センスにもとづいたインフォーマルな紛争処理を促す長所と考えられている (Id., 28-29)。

90) Murray/ Stürner, German Civil Justice (2004) 578.

91) Id., 574.

よう。

8 これまでの叙述において、筆者はシュテュルナーの「ヨーロッパ民事訴訟法学」の形成過程をいわば追体験し、ごく簡略な評価を加えてきた。最後にこれまでの論評をいまいちど整理しておきたい。

まず第一に、ドイツを軸に訴訟法(学)の継受史をワールドワイドな規模で描き出し、訴訟法・訴訟文化の普遍性を基礎づけようとしたことは、比較法および法史学の双方に通じたシュテュルナーならではの重要な貢献である。ヨーロッパ訴訟手続の基本構造は「ローマ的、イタリア=カノンの、統一普通法的訴訟手続」という共通の根源にまで遡ることができ、ナショナルな独自性に比較的乏しい、とするのがシュテュルナーの思索の出発点なのである。しかしながら、シュテュルナーが別稿「比較訴訟法の独自性」(1995年)で論じているように、訴訟法は純粋な生ける法であり、比較訴訟法は比較私法の場合以上に法社会学と連携する必要性が高いのであるから、果して法史学的知見のみで普遍性を基礎づけようとする初期のシュテュルナーのこころみが十分に成功しているかどうか、疑問なしとしない。近時の講演「訴訟法と訴訟文化」にみられる比較訴訟文化論が、法社会学の成果をより柔軟に取り込んでゆく可能性を示している。

第二に、このような訴訟文化の普遍性を基礎に、「ヨーロッパ民事訴訟法学」のあるべき姿を模索し、主要な制度における権利保護の等価性を検証してゆくことがその重要な課題であると指摘した点も、画期的である。かかる基礎作業の一環として、シュテュルナーは「ヨーロッパ民事訴訟」の構造を分析し、準備的解明段階から最終的証拠調べを伴う集中的本案弁論へと進行する「本案弁論モデル」が、伝統的な法圏を越えて広く受け容れられていること(たとえば、イギリスとドイツの訴訟構造の接近)を訴訟法のハーモナイゼーションの出発点とするのである。ただ、この「本案弁論モデル」と対比されるロマン法圏の訴訟モデルを、「審査モデル」と特徴づけるのか、「連続期日訴訟モデル」と位置づけるのか、比較のための道具概念がいささか明確さを欠く(初期のパッサウ報告ではむしろドイツ・フランス間の訴訟構造の接近が指摘されている)。

第三に、比較訴訟法研究の知見を踏まえ、訴訟法のハーモナイゼーションは

十分に成功の見込みがあると評価して、ユニドロワの作業に理論的・学問的支柱を提供するとともに、ヨーロッパ共通訴訟法の基本方針を比較法によって解明して多様な法構造の調和をはかることが訴訟法学の使命であると喝破して、体系的構成至上主義からの訴訟法学の解放を提言していることも、比較法学者としてのシュテュルナーの視野の広さを示す。ただし、各国固有の「思考スタイル」の重要性を強調し、各国の訴訟法学を単一のヨーロッパ訴訟法学に吸収することはヨーロッパ訴訟文化の貧困化をまねくとして、各国訴訟制度・訴訟法学のオープンな競争をシュテュルナーは尊重するのである。

第四に、比較ヨーロッパ訴訟法研究の当初からアメリカ訴訟法との包括的な比較を視野に容れ、アメリカ法律協会とユニドロワの協働の成果である「渉外民事訴訟原則」を基軸として総合的な比較訴訟法研究のフレームワークを設定し、『ドイツの民事司法』という具体的な労作を（英文で）刊行したことも特筆されるべきであろう。この著作自体は比較訴訟法の入門書としての性格が強く、必ずしも奥行き深い比較法的考察が展開されているわけではないが、同書の提示したフレームワークは十分に応用可能な内容である。

第3節 法史学からの貢献

——ヴァン・レーのハーモナイゼーション理論

1 民事訴訟制度のハーモナイゼーションという、このテーマについて次に挙げるべき基本的文献は、Kramer およびヴァン・レー共編の論集『グローバル化する世界における民事訴訟』（2012年）⁹²⁾である。これは、2010年7月に2日間にわたって、エラスムス大学ロー・スクールとマーストリヒト大学法学研究科のジョイント・プロジェクトとしてロッテルダムで行われた研究会議^{カンファレンス}の成果を収めている（編者のひとり Xandra E. Kramer はオランダ・ロッテルダムのエラスムス・ロー・スクール教授）。

92) Kramer/ van Rhee, Civil Litigation in a Globalising World: An Introduction, in: Kramer/ van Rhee (eds.), Civil Litigation in a Globalising World (2012) 14-15, 16. その書評として、Main, 61 Am. J. Comp. L. 467 (2013). 手続的ハーモナイゼーションの概説としては、Zekoll, Comparative Civil Procedure, in: Reimann/ Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law (2007) 1327, 1335 ff.が詳細である。

2 同書の中核となるのは、ヴァン・レーの論稿「民事訴訟のハーモナイゼーション——歴史および比較のパースペクティヴから」である。ヴァン・レーは、①内国法改正(national law reform)の結果としてのハーモナイゼーション、②訴訟制度間の競争の結果としてのハーモナイゼーション、③国際的なハーモナイゼーション・プロジェクトの結果としてのハーモナイゼーション(または意図された[intended]ハーモナイゼーション)の3つの類型を検討している⁹³⁾。

まず①においては次のように論ずる。㉞内国訴訟制度改革の際に比較民事訴訟法が利用されてきたため(これは、外国における経験から、特定の手續規則の現実の機能を知ることができる賢明なアプローチである)、各国の訴訟制度が類似してゆく傾向を示すことがある⁹⁴⁾。㉟法改革プロジェクトにあたって通常参照されるのは、訴訟の分野に限らず、法一般・経済・政治・文化において密接な接触があり、その結果として、比較的容易に実現できる例を提供できるような関係にある法域である⁹⁵⁾。㊱EU構成国間での法的・経済的・政治的・文化的統合は、ヨーロッパにおける民事訴訟の「自然発生的」ハーモナイゼーションないし近接化(approximation)を促す強い刺激であり、その一例が、裁判官の事件管理権限(case management power)の強化である(19世紀末にオーストリアで発生したこの傾向が、ヨーロッパ統合の刺激を受けてEU構成国で受容されていった可能性をヴァン・レーは指摘する)。この例が示すように、自発的ハーモナイゼーションは現代世界の民事訴訟制度の重要な諸相にも及ぶ⁹⁶⁾。㊲「世界の各部分をより大きな実体へと法的・経済的・政治的・文化的に統合する結

93) van Rhee, *Harmonisation of Civil Procedure: An Historical and Comparative Perspective*, in: Kramer/ van Rhee (eds.), *Id.*, 40-42.

94) *Id.*, 42. 例として、フランス・ブルゴーニュの訴訟法(French-Burgundian procedural law)に倣った15世紀および16世紀の低地諸国(Low Countries)(16世紀のハプスブルク家支配のもとでもフランスの影響は続いた)、19世紀・20世紀のオランダとベルギーを挙げている(この地域はフランスにより併合され、フランスの法制が導入された)(*Id.*, 42-43)。

95) *Id.*, 42-43. 1980年にドイツ民事訴訟法を導入した日本の場合は例外である(段階的・漸次的法改革が原則である)、という。ここでも、ベルギーおよびオランダにおけるフランス民事訴訟法の強い影響が例として挙げられ、20世紀初めにはドイツ・オーストリア、21世紀初めにはイングランドがオランダの法改革プロジェクトに影響を及ぼしたと指摘される(*Id.*, 43)。

果をもたらす国際化とグローバリゼーションのペースが高まることによって、本節で述べたようなハーモナイゼーションが将来ますます大きな規模で生ずると期待できよう。結局、国際化とグローバリゼーションは、多数の諸国が法的・政治的・経済的・文化的領域においてますます密接に接触することを意味し、その結果として、明示ないし黙示に比較法的アプローチを採用する国家法改革プロジェクトにおいて関連のある外国訴訟モデルの数がますます増加するであろう⁹⁷⁾。

次に、前掲②「訴訟制度間の競争の結果としてのハーモナイゼーション」では、「民事訴訟のための競争的な（他国に負けない）フォーラムを創造しようという願望が、その副次的効果として民事訴訟法のハーモナイゼーションをもたらすこと」を論じ、将来はこれが世界の法改革者たちの主要な目標になるであろうという⁹⁸⁾。

最後に、前掲③「意図された（ハーモナイゼーション・プロジェクトの結果としての）ハーモナイゼーション」では、ヨーロッパ規模でのハーモナイゼーションとワールドワイドな規模でのハーモナイゼーション（『国際民事訴訟原則』）を論じ、ワールドワイドな規模でのハーモナイゼーションの節では、『『国際民事訴訟原則』の示す手続モデルは、プリーディング段階（事件の陳述）、中間段階（準備）、最終段階（主審問・本案弁論）の三段階から構成され（原則9）、これをシュテュルナーは『主審問・本案弁論モデル』（main hearing model）と呼んでいる。このような裁判官の積極的スタンスは、外国法を含む法の争点を判定する責任を裁判所も負うことを意味する。他方で、『原則』は、訴訟当事者が事前に提示していなかったかまたは少なくとも簡潔に言及さえしていなかっ

96) Id., 44. 民事訴訟の社会的機能（Sozialfunktion）・福祉的機能（Wohlfahrtsfunktion）を説くフランツ・クラインの理念——これは19世紀のリベラルな訴訟観（民事訴訟は私的事項であって、訴訟当事者のみの利害にかかわるものであるとする、1806年フランス民事訴訟法の理念）に対するリアクションである——がヨーロッパで受容された（事件管理者〔case manager〕としての裁判官という新しいパースペクティブが普及した）ことを、Id., 45は詳論する。

97) Id., 46.

98) Id., 46-47.

た新たな事実を裁判所が採用することは許されない、とする(原則10)。しかしながら、迅速な裁判を保障することは裁判所の責務——ある程度は当事者も共同で負担する責任(原則11.2)——でもある(原則7.1)。アメリカ合衆国におけるようなノーティス・プリーディング(notice pleading)——プリーディング段階で、詳細な事実の主張と正確に特定された証拠方法の提出とが要求される——は定められていない(原則11.3)。当事者のあらゆる主張は裁判所により考慮されるべきである(原則22)。終局判決原則(principle of finality)は支持されている(原則26)。『原則』は、費用に関するアメリカン・ルール(各当事者は自己の費用を負担するというルール)には従っていない(原則25)。しかしながら、『原則』は『裁判所の友』(amicus curiae)を認める(原則13)。控訴は覆審(new hearing)ではなく、第一審判決の再評価に限定される(原則27)。『原則』は、手続に関する義務に従うことを怠り、またはそれを拒んだ当事者、弁護士、第三者に対する制裁を論じている(原則17)。「原則」がカバーしていない論点(たとえば、ウルフ改革後のイングランドにおける訴え提起前のプロトコル[pre-action protocols]のような、潜在当事者間での交渉による訴え提起前の調整や、多数当事者訴訟など)もあるから、これはグローバルな規模での手続的ハーモナイゼーションの最終段階ではなく、フォロー・アップを誘うきっかけ(initiative)と考えられるべきである⁹⁹⁾。

ヴァン・レーは、全体の「結語」として、「民事訴訟をハーモナイズしようとするところみが、過去数十年の間に、(民事訴訟法史を含む)比較民事訴訟法研究を实におもしろい研究分野にした。元来比較民事訴訟法研究は、主に近隣の法域に注目しつつ自国のために新民事訴訟法典ないし改正法典を起草する、自国法の改革者の領分であったが、グローバリゼーションが比較民事訴訟法研究をより広い観客のための研究分野にしたのである。たとえば、各国の訴訟制度が訴訟ビジネスのために互いにしのぎを競い合っているように見えるところは、将来有望な研究エリアなのである。法廷地選択に関してよりいっそう可動性を増した訴訟当事者の選好(preferences)を考慮する場合に、各国は国際競

99) Id., 56-60. なお、本文④で言及しているシュテュルナーの「本案弁論モデル」については、貝瀬幸雄『普遍比較法学の復権』(2008年)27頁。

争の場における自国訴訟制度の強弱を比較民事訴訟法によって評価できるようになる」と述べ、民事訴訟と（訴訟）文化との関係を考慮することによって比較民事訴訟法研究を深化させることが可能となるし、訴訟法改革が外国訴訟モデルによってどの程度まで黙示的な影響を受けているか（implicitly influenced）に注目すべきである、と今後の課題を提示する¹⁰⁰⁾。

ヴァン・レーは、別稿において、イングランドにおける学識訴訟（ローマ＝カノン訴訟）の影響について比較的詳細に論じ、外国訴訟法との「モデルの交流」（相互作用）によって訴訟法族間の差異が減少して、シヴィル・ロー族とコモン・ロー族に二分する（訴訟）法族論の意義が失われている、と指摘する。ヴァン・レーは、比較法を通じた国内法改正、訴訟制度間の国際的競争、国際的なハーモナイゼーション・プロジェクトを近接化の基礎として挙げ、20世紀ヨーロッパ民事訴訟法史の終点であり、ヨーロッパ民事訴訟法の「共通の核心」たる当事者間の協働と裁判官の事件管理を基本理念とする1998年イギリス民事訴訟規則によって、訴訟法族間の近接化・収束がさらに大きく推し進められた（EUにおける民事裁判システムの近接化は実現可能である）、と分析するのである¹⁰¹⁾。

第4節 比較法学からの挑戦——グレンの法伝統論を中心に

1 比較民事訴訟法・ヨーロッパ民事訴訟法研究にも卓越した膨大な業績を発表しつつあるロルフ・シュテュルナーの古稀記念論集の第2巻は、前記の分野に属するすぐれた諸論稿を含んでいるが、ここではその中から比較法学者ヴァラーノの労作「ヨーロッパにおける民事司法制度——現代の近接化傾向」をまずとりあげる。ヴァラーノは、伝統的に裁判運営および訴訟法規は強固にローカルな結びつきを有していたが、比較の知見に照らせば、手続的な近接化（approximation）およびハーモナイゼーションへ向かう広汎な改革の動き（収

100) Id., 60-61.

101) van Rhee, Public Justice: Some Historical Remarks, in: A. Uzelac/ C. H. van Rhee (eds.), Public and Private Justice: Dispute Resolution in Modern Societies (2007) および van Rhee, Introduction, in: van Rhee (ed.), European Traditions in Civil Procedure (2005) の二論文に詳しい。

東の哲学〔philosophy of convergence〕が生じつつあるとし(イギリス民事訴訟規則に大幅に依拠した2008年ノルウェー新民事訴訟法典を収束の一例として挙げると、「当事者対抗主義的」コモン・ロー・モデルと「糺問主義的」シヴィル・ロー・モデルの対比がもつ説得力は薄れてしまった(いずれのモデルも、民事訴訟の根本原則〔独立公平な裁判官、審問を受ける権利〕と目的〔私的紛争の効率的で公正な処理〕は同じであり、当事者処分権主義を基礎とする)、と指摘する¹⁰²⁾。

ヴァラーノは、このような訴訟システムの収束への顕著な動きとして、①^{ケース・マネージメント}事件管理の積極的権限、②紛争類型に応じたフレキシビリティの理念、③^{プレパレーション}事件の十分な準備という理念、④ディスカヴァリーへのアプローチの変化、⑤上訴制限(最上級審への上訴にフィルターを設ける)、⑥ADRのメカニズムの伝播、⑦成功報酬契約(contingency fee agreements)への態度の変化、⑧集団ないし団体訴訟の導入を挙げている¹⁰³⁾。

①については、当事者相互の協働の促進・早期段階での争点の特定・いずれの争点が完全な調査とトライアルを必要とするかを迅速に決定すること・タイムテーブルの決定などの積極的ケース・マネージメントを定めるイギリス新民事訴訟規則を例として挙げ、フランス・スペインのようなシヴィル・ロー諸国も裁判官の役割を相当に強化した、とする¹⁰⁴⁾。

102) Varano, *Civil Justice Systems in Europe: Current Approximation Trends*, in: Försch. für Rolf Stürner, Bd. 2 (2013) 1841-1843. ヴァラーノによれば、いずれの法族の証拠法も等しく弁論主義(principle of party presentation)が支配するが、⑦シヴィル・ローの証拠法では、歴史的に書証が人証(oral evidence)に優越する、④シヴィル・ローの証拠法は、コモン・ロー伝統に典型的な排除法則をあまり許容しない自由心証主義に立脚する、⑤当事者は一般に証人として尋問される適格を有しない、⑥シヴィル・ローは交互尋問を規定せず、すべての質問は——当事者が促す場合でも——裁判官が行う、④一般にシヴィル・ローは裁判所が選任した鑑定人を要求するのに対し、コモン・ロー伝統では党派的な鑑定人システム(partisan expert system)を採用する(ただし、イギリス新民事訴訟規則は、鑑定人の利用を裁判所のコントロールに委ね、その採用にあたり両当事者の協働を促し、共同鑑定人[joint expert]の利用を勧める)、といった重要な違いがある(Id., at 1843)。なお、ヴァラーノの主著のひとつであるイギリス民事司法制度論(Varano, *Organizzazione e Garanzie della Giustizia Civile nell'Inghilterra Moderna* [1973])のラインシュタインによるすぐれた書評として、24 Am. J. Comp. L. 118-123 (1976)。

103) Id., 1844-1851.

②については、相当な (reasonable) 時間と費用で実効性のある権利保護を保障するのが民事司法の目的であるならば、個別の事件の特性に応じた多様な手続モデル (フレキシビリティ) が必要であるとして、事件の係争額と複雑さに応じた三種の異なるトラック (tracks) を定めたイギリス新規則、事件の複雑さに応じた三種のトラック (circuits) を定めたフランス民事訴訟法典 (審理契約 [contrat de procédure] も興味深い制度)、手続開始段階で早期第一審理期日 (early first hearing) ないし書面による準備手続 (それぞれドイツ民事訴訟法 275 条・276 条) を先行させることを決定できるとする柔軟な手続モデルを採用したドイツ民事訴訟法典 (および準備手続 [vorbereitende Tagsatzung] における訴訟プログラムの策定を導入した 2002 年オーストリア民事訴訟法改正) などを挙げる (イタリア、ノルウェーも “track-system” を採用した)¹⁰⁵⁾。

③については、「ヨリ迅速・合理的・規律正しい処理のための事件の十分な準備という理念は、コモン・ロー法律家には非常に馴染み深かったが、シヴィル・ロー法律家にはそれよりもずっと縁遠いものであった。実際に、シヴィル・ロー諸国では、《準備 (訴答) 書面の交換・その保管のための期日の指定・証拠収集》を目的とする一連の審問を通じて、きわめて密度の薄い方法で事件処理を行うのが伝統的特色である。すなわち、高名な日本の学者がきわめて適切に表現したように、『五月雨』ないし『歯科医方式』なのである。この方法がもたらす結果は、遅延の増大、口頭弁論の価値の低下および一般的に第一審手続の価値の低下、事実と証拠からの裁判官の疎遠である。したがって、多くのシヴィル・ロー訴訟制度が、第三の改革の動向に従い、手続の二段階モデル (bifurcated model) を採用し (たとえば、フランスとスペイン。日本も挙げることができよう)、あるいはそれを併合 (consolidating) して (たとえば、ドイツおよびオーストリア)、コモン・ロー諸国の経験——これは歴史的にトライアルにおける陪審の存在に対して作用するものだが——に接近しつつあることは、驚くにあたらない。手続の第一段階は事件の準備にあてられるが、第二段階すなわち主審問 (main hearing) は証拠収集と事件の判断にあてられる。準備段階を

104) Id., 1844.

105) Id., 1844-1846.

実効的なものにするために、一般的に強力な権限が裁判官に与えられ、その職務・機能は真の争点を適時に解明して紛争の核心に到達することとなる。ドイツやスペインの若干の代表的な学者が、彼らのシステムは構造的に英米の二段階システムにきわめて類似してきており……、口頭性が増加している、と論じていることは注目に値する¹⁰⁶⁾。

④については、アメリカの伝統的実務である“notice pleading”に対し、シヴィル・ローの手續モデルでは“fact pleading”——そこでの最初の請求の趣旨および原因の陳述(initial statement of claim)は、係争事実、請求の根拠となる法律論を詳細に述べ、証拠の申請、救済の申立てを含む——が広く浸透しているため、シヴィル・ローの訴訟制度は伝統的にアメリカのディスカヴァリーに類した制度を有していなかったが、集中審理と実体的正義の要請から、シヴィル・ロー諸国におけるディスカヴァリーへのアプローチも変化しつつある、とヴァラーノは解説する(ただし、アメリカにおいても、純粋な notice pleading モデルから離れて、より事実によって基礎づけられたプリーディングと請求の“plausibility”を求めるテストが判例上採用され[Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U. S. 544 (2007) および Ashcroft v. Iqbal, 556 U. S. 662 (2009) の両連邦最高裁判決]、シヴィル・ローとの間に収束の兆しがうかがわれる、とする)。シヴィル・ロー諸国の例として、ヴァラーノは、訴訟上の開示義務を *astreinte* により担保するフランス法(フランス民法典の10条改正、民事訴訟法11条。民事訴訟法145条の解釈をめぐる判例)、ドイツ民事訴訟法142条・144条の革命的改正(争点との関連性のみを根拠に文書の開示を命ずる権限を裁判所に付与)、類似の制度を導入したオランダ、スペイン、日本を挙げ、広汎でかつ fishing expeditions を伴うアメリカのディスカヴァリーは、イギリスの法律家にも異別なものに感じられる、と説く(イギリスでは、fact pleading に類した構造をとり、裁判所が開示を合理的な範囲に制限できる。非常に興味深い制度として、訴え提起前のプロトコルによる——和解の可能性を探るための——情報交換にも言及する)¹⁰⁷⁾。

⑤については、上訴制度も改正と近接化を免れなかったとして、最上級裁判

106) Id., 1846-1847.

107) Id., 1847-1848.

所への上訴は、コモン・ロー諸国では常に選択的裁量上訴、シヴィル・ロー諸国では常に権利上訴であった（したがって最上級裁判所への上訴が殺到し、コモン・ロー諸国に比べて裁判のオーソリティが低下した）と指摘したうえで、「効率性を回復し、法の統一および公正をはかる最高裁判所の役割を強調する必要から、コモン・ロー諸国ほど広い裁量権ではないにしても、最高裁判所への道に若干のフィルターを設ける（シヴィル・ローの）法システムが生じ始めた」とヴァラーノはいう。その例として、2002年に改正されたドイツ民事訴訟法543条、2001年6月のフランス組織法律（loi organique）、2009年に改正されたイタリア民事訴訟法360条以下、2000年スペイン新民事訴訟法、2002年のオーストリア法改正を挙げている¹⁰⁸⁾。

⑥については、ADR伝播の動きは、EU指令（2008年5月21日のヨーロッパ議会および評議会の民事および商事事件における調停〔mediation〕の若干の局面に関する指令〔Directive 2008/52/EC〕）のためもあって、シヴィル・ロー諸国で勢いを得つつあるとして、調停前置を採用した2010年3月4日のイタリアのlegislative Decree（前掲EU指令を国内法化）、スイス新民事訴訟法典213条に言及している¹⁰⁹⁾。

以上の国家法レベルでの近接化の動きに加え、ヴァラーノは、①『モデル法典（ソフト・ロー）を通じたハーモナイゼーションの典型例としての『国際民事訴訟原則ならびに規則』（Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. 民事訴訟のユス・ゲンティウム〔jus gentium〕であり、内国法改正のモデルを世界の立法担当者に提供するという野心的な目標も有する）、② EUレベルでのハーモナイゼーション（アムステルダムおよびリスボン条約により、ヨーロッパ連合の機能に関する条約81条が修正され、その直接の結果として、構成国訴訟法に影響を及ぼす多くの規則・指令が発せられ、正義へのアクセスの向上などの共同体のポリシーが、構成国に——前掲⑥・⑦のような——顕著な影響を与えた）、③アムステルダム条約以前からヨーロッパ司法裁判所（European Court of Justice）の判例がハーモナイゼーションの過程で^{かなめ}要としての役割（pivotal role）を果たし、

108) Id., 1849-1850.

109) Id., 1850-1851.

構成国の共通の憲法伝統およびヨーロッパ人権条約(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)6条・13条により承認されている実効性のある裁判上の保護を受ける権利の重要性を強調してきたこと、を簡潔に解説する¹¹⁰⁾。1998年の改正によって、イングランドも、法伝統を横断する自発的ハーモナイゼーション(spontaneous harmonization)のプロセスに参加したが、それでもなお、裁判運営の機能と実効性に強いインパクトを及ぼす重要な差異が存続しているから、グローバル市場における不可避であるとともに望ましくもある多様な法システム間の競争(inevitable and desirable competition)がもたらされるのである(イングランドは、費用はかかるが、もっとも実効性のある司法制度を提供していると思われる)、とヴァラーノはこの論稿をしめくくる¹¹¹⁾。

2 高名な比較法学者パトリック・グレン(カナダ・マクギル大学教授)は、ウォーカー＝チェイス共編の『コモン・ロー、シヴィル・ロー、そして諸カテゴリーの将来』に論稿「西洋法伝統(A Western Legal Tradition)か?」を寄せ、「ハロルド・バーマンの『法と革命——西洋法伝統の形成』が1983年に刊行されて以来、西洋法伝統の概念は広く用いられてきた。これはシヴィル・ロー伝統とコモン・ロー伝統について考察する場合に明らかに重要であって、両者の(区別の)消滅に貢献する可能性がある。もしも両者の区別とその手続法の区別は従来誇張されてきたのであって、基底に深い共通性が存在するならば、ハーモナイゼーションを進展させることへの現実の障害は存在しないであろう」と論じ、ただこの西洋法伝統をめぐる議論の一般性・抽象性が高すぎるため、手続法および司法制度の具体的コンテキストでその有効性を検証してみよう、

110) Id., 1852-1855.

111) Id., 1857. イングランドの司法制度の長所として、ヴァラーノは、「きわめて有能で熟練したベンチとバー、豊富な仮の・略式救済手段、なかでも、『裁判所侮辱』のような強力な強制手段によって強化されたきわめて有名な‘worldwide freezing injunction’、合理的だが濫用的ではない『開示(disclosure)』システム、『効率のかつ効能のある』執行手続、主に裁判所の新しい事件管理権限(case management powers)と現在の許可上訴制度を原因とする訴訟遅延のドラスティックな減少、最後に、英語を伝達言語とする長所も無視できない」と列挙する。

と提言するのである¹¹²⁾。その前提として、グレンは、「西洋法伝統——一般的議論」という章を設けている。グレンによれば、①『法と革命』においてバーマンは法領域における宗教思想の重要性を明らかにし、西ユーラシア法域の法に対し宗教改革が及ぼした影響を検討するが、キリスト教という宗教的要素の共通性は、それだけではシヴィル・ローとコモン・ローという法伝統を消滅させる根拠とはならず、キリスト教法伝統という表現も用いられていない(キリスト教自体が、統一困難なサブ伝統〔sub-traditions〕を内包している)。②西洋法伝統を越えて活動するイスラーム法学者、ローマ法を西洋法伝統の根本的要素とするローマ法学者(Tony Honoré)、シヴィル・ローとコモン・ローの区別を「時代遅れ」であるとする比較法学者(James Gordley)などは西洋法伝統の観念を支持するけれども、それを定義したり、その特色を述べたりする者がほとんどみられないのは、驚くべきことである¹¹³⁾。さらに、③シヴィル・ロー伝統とコモン・ロー伝統の区別をもっとも明瞭に支持する「法的起源」説(“legal origins” thesis)の立論には賛成できない。この説は、国家経済発展の根本原因は、シヴィル・ローとコモン・ローのいずれに属しているかに依存するという(フランス的シヴィル・ロー諸国は、規制が厳しく、財産権の保障に乏しく、政府が非効率的で、政治的自由も劣る。12世紀以降の法制度の歴史的発展が英仏の裁判制度の構造と機能を決定し、現代のシヴィル・ロー諸国の裁判所を、手続が遅延し、判決における一貫性・誠実さ・フェアネスを欠くものとしている)。しかしながら、㊦イングランドよりもフランスの方が中央集権化が進んでいたとする

112) Glenn, A Western Legal Tradition?, in: J. Walker/ O. G. Chase (eds.), *Common Law, Civil Law and the Future of Categories* (2010) 601. 本文中でグレンの引用するハロルド・バーマンの著作は、Harold Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (1983); idem, *Law and Revolution II: The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition* (2006) である。その翻訳として、ハロルド・J・バーマン(宮島直幾訳)・法と革命〈1〉(2011年)、同・法と革命〈2〉(2010年)がある。

なお、比較民事訴訟法に関するグレンの研究として、Glenn, *Globalization and Dispute Resolution*, 19 C. J. Q. 136 (2000); Id., *The ALI/ UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?*, 2004 *Unif. L. Rev.* 828 (2004).

113) Glenn, *supra* note 112 (A Western Legal Tradition?) 602-604.

「法的起源」説の歴史理解は誤りであるし、④ 21世紀の国民経済の態様は、12世紀の裁判所の構造よりも現代の政治的選択によるところが大きい(たとえばインドや中国)などの理由から、「法的起源」説は支持困難である。④長年の法的信念・実務は融和不能なメンタリティであって、ヨーロッパ法は収斂できない(コモン・ローおよびシヴィル・ローの法律家の思考パターンは、公約数を欠く[incommensurable])とするピエール・ルグラン(Pierre Legrand)の見解は誇張しすぎである。以上のように、西洋法伝統に反対する諸説をグレンは検討してゆく¹¹⁴⁾。結局、⑤西洋法伝統に関する一般論からは結論が出せないが、区別とカテゴリーは真実の反映というよりも思考の道具であって(ダマシカの「理念型」的アプローチや、フィーヴェクのトピーク論)、(シヴィル・ロー伝統、コモン・ロー伝統のような)法伝統とは、他の代替的な法伝統を完全に排除することなく影響を与える(ある程度まで両者は共存できる)規範的情報(normative information)から構成されるもので、カテゴリーの要不要に関する議論はこうした伝統の重要な性格を看過しているように思われる。「西洋法伝統対シヴィル・ローおよびコモン・ロー伝統(western versus civil and common law traditions)に関する議論のこうした調整的見解(accomodating view)は、制度的および手続的伝統のより具体的な検討によって支持されるであろう」¹¹⁵⁾。このようにグレンは総論をしめくくるのである。

次いでグレンは、「制度的および手続的(諸)伝統」(Institutional and Procedural Tradition(s))の章を設け、「西洋法伝統を支持する議論は、法的・非法的双方の多くのパースペクティヴからなされてきたが、手続法学者によってはそうした議論は行われていなかったようであり、手続法学者は、シヴィル・ローとコモン・ローの上にアーチをかける一つの伝統(an overarching tradition)を正当であるとすることなく、この両者の区分を批判してきたのである。さらに、その批判は、ある程度まで依然として統制力を有する諸伝統の内部から発

114) Id., 605-607. 本文で言及した「法的起源」説については、五十嵐清「比較法と経済学——『法的起源説(Legal Origin Thesis)』を中心に(1)(2・完)」札幌法学 22 卷 1 号(2010年)・23 卷 1 号(2011年)が詳細である。

115) Id., 608-609.

せられているようである。このことは、シヴィル・ローとコモン・ローの区分が(司法)制度と手続に関係するために、その区分が相対的に強いこと (relative strength) を物語っているであろう」と指摘する¹¹⁶⁾。グレンは、「本質的かつ歴史的に、シヴィル・ロー伝統とコモン・ロー伝統との相違は、制度および手続上の相違であり、実体法上の相違ではない(仮に実体法上の相違があったとしても、取るに足らない相違であった)」¹¹⁷⁾としたうえで、「19世紀には、コモン・ロー伝統の大改革があった。令状システムは廃止され、拡散していた裁判所の管轄の構造は簡素化され、上訴裁判所が創設された。これらは制度および手続の改革であり、コモン・ローをシヴィル・ローにヨリ接近させた。しかしながら、そのもっとも重要な効果は、コモン・ローにおける実体法の観念を生じさせ、それゆえ実体法を明確に表わす法源が必要になったことであった。新たな実体法は大きくシヴィル・ローの影響を受け、ポチエ (Pothier) はイング

116) Id., 610.

117) Id., 612. グレンの説くところによれば、「ノルマン民族がイングランドに導入した訴訟手続にはローマの基盤はなく、ノルマンの制度と手続は現場の状況に合わせて慎重に(それはプリリアントですらあった)構築された。それゆえ、訴訟手続に対する大法官のコントロール、陪審、巡回裁判官、訴訟手続の口頭性、トライアルとして知られる圧縮された手続、争点への答答と証拠提出のための弁護士の利用を支持する選択がなされた。それは大陸に浸透していた制度と手続とは非常に異なったものであったが、状況に適合していたのである。それは多大の忠誠心 (loyalty) をもたらした。同様にヨーロッパ大陸においても、状況にきわめて適合的な訴訟手続に対する忠誠心の増加が生じ、こうしてわれわれはシヴィル・ロー伝統およびコモン・ロー伝統と同じほど長く続いている制度的・手続的伝統とそれへの忠誠に出会うのである」(Id., 611)。「今日ではわれわれは訴訟手続は実体法を実現するための手段であると考えが、……コモン・ローにおいては、最初は実体法と訴訟法の相互の役割についてこのような考えはとられていなかった。メインの忘れたい表現によれば、実体法は『訴訟手続のすき間に隠されていて』、評議において実体法を適用する責任を負う各地域の陪審のみに知られていた。シヴィル・ロー伝統とコモン・ロー伝統の実体法は、後者の実体法が確認できる限りにおいて、十分に同一ないし同様だったはずである。seisinの概念は、封建制の影響を受けたあらゆる形態の土地保有において知られていたように思われる。若干違った表現で言えば、イングランドと大陸の実体法には、前者は陪審の評議の過程に大幅に解消されているので、判明している対立 (known opposition) は存在しなかった、ということである」(Id., 611-612. 傍点筆者)。「エクイティは、コモン・ローよりも明確に実体法を提示したが、エクイティの原則は、ローマ=カノンの伝統を教えられた大法官に由来するものであった」(Id., 612, N. 42)。

ランドの判例法に次いでよく引用された。こうして、シヴィル・ローとコモン・ローの実体法の潜在的な共通性がよりよく目に見えるものとなった。しかしながら、コモン・ローの本質的なものの多くは不変であった。上位裁判所はその上位性を維持し、裁判官は巡回を続け、陪審は廃止されず、弁護士は争点につき訴答することと証拠を提出することを続けたが、その一方で、エクイティとの融合は、ディスカヴァリーの過程で新しい事実解明の方式を提供することによって、訴訟手続の当事者対抗的性質(adversarial character)を強調した。……シヴィル・ロー伝統およびコモン・ロー伝統の観点からすれば、これらの諸伝統にアイデンティティを付与してきたのは、制度と訴訟手続なのである¹¹⁸⁾と述べる。グレンによれば、①訴訟手続の探求的(従来の表現では、糺問主義的)形式(investigative forms of procedure)と当事者対抗主義的形式の長短をめぐる(ラングバインらの)論争、②コモン・ロー法域におけるケース・マネージメントをめぐる論争、③各国家法には国家法伝統が埋め込まれていることのいずれも、手続的伝統の過去の歴史的経験への依存性(“path dependency”)と、シヴィル・ロー伝統およびコモン・ロー伝統(探求的訴訟形式と当事者対抗主義的訴訟形式)を現在も区別する重要性とを示す現代の指標(contemporary indicator)であって、西洋法伝統の観念は③の国家法伝統を見逃している¹¹⁹⁾。グレンは、シュトルメ報告書やアメリカ法律協会およびユニドロワ共作の『国際民事訴訟原則』のようなハーモナイゼーションへの努力には称賛を惜しまないが、ハーモナイゼーションが制度的・手続的伝統における西洋法伝

118) Id., 612-613.

119) Id., 613-616. ケース・マネージメントについては、「ジョロウィッツ教授はイングランドの改革に探求的訴訟形態(investigative forms of procedure)への根本的移行を見てとり、この点について彼は結果的に正しかったかもしれない。それでも、独立の訴訟代理人(independent actors)という制度的・手続的伝統を形式的ルールの制定によって変更することは容易ではなく、そのことを示す論議とリアクションとがコモン・ロー法域を通じて集中的に生じているのを現在われわれは目のあたりにしている。オンタリオにおいては、増加した負担を処理するのに十分なだけの裁判官がいないので、ケース・マネージメントからの離反が生じている。……シヴィル・ローの世界には事件管理に十分なだけの裁判官が存在するようであるが、コモン・ロー伝統の本質は小さな司法(small judiciary)にあったのである」(Id., 614-615)。

統に到るのは困難であって、ハーモナイゼーションはそれ自体で正当化できるのではなく、法改革のプロセスにおける刺激と指針となるのである、と説くのである¹²⁰⁾。「多くの点で西洋法伝統を語るのが適切であるように思われるので、それについて語ることは可能であろう。しかし、あらゆる形式の実体法よりも深く根づいている発達中のシヴィル・ロー伝統とコモン・ロー伝統をそこなうまで西洋伝統を語るのは適切でない。外国では、西洋の諸伝統はヘゲモニックに見えるのであって、その内部の多様性を隠さないことがよいのである。これらの諸伝統は、その中で国家の構造を分類学的に整理するための具象化されたカテゴリーととらえるべきではなく、個別的な状況のもとで効力を生ずる、生成中の規範の提示・陳述 (ongoing normative statements) であって、惰性・怠惰・無知・既得の利益のもつ力をつねに監視する必要があるものと、とらえられるべきである」¹²¹⁾。

3 グレン論文に対するタルッフォのコメント「訴訟モデルに関する若干の意見」は、グレンが検討する訴訟モデルとは異なるモデルを特徴とする他の法伝統も考慮に容れるべきではないか、という¹²²⁾。以下では、タルッフォの見解を要約する。

まず第一に、訴訟モデルを論ずる場合には、主に英米の研究者が強調してきたミスリーディングな当事者対抗主義的モデル対糺問主義的モデルという図式は捨てるべきである、とする。従来のだまシュカの指摘に加え、ヨーロッパ大陸民事訴訟法の歴史において、真の糺問主義的システムは存在せず（糺問主義を探求主義 [investigative] と言いかえても、争点たる事実を裁判官が積極的に探査するという理念は残る）、常に当事者対抗主義的で、手続の主導権は当事者が独占してきたからである¹²³⁾。

第二に、民事訴訟のコモン・ロー・システム対シヴィル・ロー・システムと

120) Id., 616-617.

121) Id., 619.

122) Taruffo, Some Remarks about Procedural Models, in: Walker/ Chase (eds.), supra note 112, 621.

123) Id., 621-622. だまシュカの説は、貝瀬・前掲注24)『国際倒産法と比較法』334頁以下。

いう周知の区分——これは二つの主要システムが収斂しつつあることを示すために用いられることが多い——も議論の余地がある。なぜならば、①民事訴訟のコモン・ロー・モデルが依然として存在するのかどうかきわめて疑わしく、②単一かつ同質的なシヴィル・ロー訴訟モデルの存否についても同様だからである。まず①についていえば、民事訴訟規則の1998年改正によってイングランドは伝統的な英米訴訟制度から切り離され、大陸法システムとの距離が減少したこと、アメリカの訴訟モデルはますます例外的なものとなり（手続的な「アメリカの孤立主義」）、伝統的なコモン・ロー諸国内での収斂（convergence）をも妨げていること、アメリカ国内でも（州ごとの）訴訟制度の多様化が進んでいることを挙げ、アメリカの訴訟制度はモデルとしての一般性を失っているとする。②については、西洋の訴訟モデルは、フランス型（ベルギー、イタリアもこれに属する）、オーストリア＝ドイツ型、スペイン型の3つのサブ・モデルが存在し、一様ではなかったこと、社会主義レジームの崩壊後、ドイツ・モデルの明らかな影響を受けつつも新しいモデルと呼ぶべきものが以前の社会主義諸国において——旧来のヨーロッパ・モデルに戻るのではなく——形成されつつあること、スペインは2000年の民事訴訟法制定後はシヴィル・ローとコモン・ローの中間の混合体系ないし全く新しい訴訟モデルとなったのではないかと思われること（大半のラテン・アメリカ諸国も同様）、中国・日本・イスラエル・南アフリカ・アフリカの旧植民地など、伝統的な訴訟モデルに分類できない重要な訴訟制度が存在することを指摘する¹²⁴。「それゆえ、コモン・ローとシヴィル・ローの訴訟モデルというラフな区分にもとづくアプローチは、あ

124) Id., 622-624. 旧社会主義諸国の現状につき, Uzelac, *Survival of the Third Legal Tradition?*, in: Walker/ Chase (eds.), *supra* note 112, 377ff. スペイン民事訴訟法については, Andrés de la Oliva Santos, *Spanish Civil Procedure Act 2000: Flying Over Common and Civil Law Traditions*, in: Walker/ Chase (eds.), Id., 63ff; Carlos Esplugues-Mota/ Silvia Barona-Vilar (eds.), *Civil Justice in Spain* (2009). イスラエルについては, Fassberg, *Civil Procedure in a Mixed System: Israel*, in: Walker/ Chase (eds.), Id., 295ff. 南アフリカについては, van Rhee, *Mixed Legal Systems and Civil Procedure*, *World Society of Mixed Jurisdiction Jurists Conference, University of Edinburgh 27-30 June 2007*, "The Boundaries of Unity: Mixed Systems in Action"; Kelbrick, *Civil Procedure in South Africa* (2010).

まりに曖昧かつミスリーディングであることは明らかである。実際、それは、多様な訴訟制度の実態に何ら対応しない二つのモデルについての粗雑で一般的な理念を示唆するにすぎない。そのようなアプローチは理論的に不正確で、多様な制度の特色であるきわめて重要な多くの差異をわかりにくくする。現実の差異は、その差異を考えることによって、さまざまな文化的・政治的・法的ファクターの影響を歴史的伝統とともに探り出せるので、虚偽の(架空の)類似性よりもはるかに興味深いのである¹²⁵⁾。

第三に、多様な訴訟制度のワールドワイドなハーモナイゼーションの可否を論ずる場合に重要なのは、有意義な程度のハーモナイゼーションを達成できるレベルを特定することであり、その適正なレベル (fair level) は、一般的な裁判を受ける権利の憲法的保障 (general constitutional and fundamental guarantees of the administration of justice) ——たとえば、正義へのアクセス、デュー・プロセス・オブ・ロー、司法の独立——と手続的細則との中間領域にあって、イベロ・アメリカ諸国のモデル法典 (Código Modelo) や、アメリカ法律協会/ユニドロワ国際民事訴訟原則 (2006年) などのモデル法が、この領域に存在する (いずれも、内国訴訟法改正のための「共通参照枠」ないしハーモナイゼーションのための有益な「モデル」を提供する)¹²⁶⁾。

最後に、将来の展望として、「カテゴリー」によって考察することについてはタルッフオは懐疑的であって、「文化の(そしてまた法思考の)ほとんどの領域において、伝統的なドグマやあまりに抽象的かつ曖昧な概念の使用は、法現象の歴史的・社会的・イデオロギー的次元に立脚したより具体的なアプローチに移行した。他方で、現代世界における訴訟モデルの多様化・分裂は、将来新たな統一的概念に到達するのではなく、おそらくますます増大してゆくであろう。だからといって概念が無用となりつつあるというのではない。すなわち、新しい『大きなカテゴリー (Grand Categories)』の創造が訴訟法研究の目的ではない、と強調しておくのが適切である」。タルッフオは、カテゴリーよりも、民事裁判の運営において実現されるべき諸価値 (values) ——実効性のある平

125) Id., 625.

126) Id., 626-627.

等な正義へのアクセス、すべての者の権利の実効性のある保護、事実に合致し・法の正しい解釈にもとづく公正な判決、裁判官による効率的な事件管理など——によって考察する方が、多様な訴訟制度をよりよく理解し、その限界と不備を探索し、改革の方法を発見することが可能となると結論づけるのである¹²⁷⁾。

第5節 結 語

民事手続法のハーモナイゼーションが生ずる原因としては、①比較民事訴訟法を用いた内国法の改正、②各国訴訟制度間の競争(国際的に魅力のあるフォーラムの提供)、③国際的なハーモナイゼーション・プロジェクトを挙げることができよう。国家法レベル(手続的近接化が顕著である)、モデル法(ソフト・ロー)のレベル、EU(ないし超国家的立法機関)レベルでの手続法のハーモナイゼーションが推進されている(類型化の試み)。コモン・ロー伝統とシヴィル・ロー伝統が民事訴訟制度において統一的な西洋法伝統に達するのは困難であるとしつつも(ただし、法伝統相互で規範的情報の交換が進んでいる)、手続法のハーモナイゼーション(の努力)は、法改革のプロセスにおける刺激と指針となるとする見解、そもそも同質的なコモン・ロー訴訟モデルやシヴィル・ロー訴訟モデルが存在するかどうかが疑わしく、多様な訴訟制度のハーモナイゼーションを達成するには、モデル法に示されているようなハーモナイゼーションの適正なレベルを特定することが重要であるとする見解を本稿では紹介した。手続法のハーモナイゼーションの研究は、法制史・比較法・民事訴訟法の協力が必要不可欠である。法と経済学の視点も逸することはできないであろう¹²⁸⁾。本稿はたとえば『国際民事訴訟原則』の詳細な比較訴訟法的分析など、手続的ハーモナイゼーションの具体的成果に立ち入ることができなかつた。今後の課題であろう。

本稿の目的は、主に法史学の知見を借りて、「ヨーロッパ民事訴訟法史」が、

127) Id., 627-628.

128) たとえば, Louis Visscher, A Law and Economics View on Harmonisation of Procedural Law, in: Kramer/ van Rhee (eds.), supra note 92, 84.

ヨーロッパの各エリアにおける民事訴訟の発展過程の相互関係を、理解可能な現象として把える学問分野として成立しうる、ということを示すところにあった。ローマ法・カノン法学者の学問的努力によって、市民法大全・イタリア条例法・法廷慣行・教皇法令集から、ローマ＝カノン訴訟法（中世のユス・コムーネの一部）が形成され、元来は教会裁判所で適用されていたこの「手続的ユス・コムーネ」が、その合理性・安定性ゆえにヨーロッパ大陸の世俗裁判所に普及し、19世紀ヨーロッパ大陸における民事訴訟の法典化のモデルとなった¹²⁹⁾。イングランドでは、自生のコモン・ロー訴訟と、学識訴訟に類似した大法官府裁判所の訴訟手続とが19世紀に最高法院法により融合し、大陸モデルに接近した。カネヘムは、「12世紀以降、ヨーロッパ的・国家的・地方的レベルで訴訟の近代化（訴訟手続の専門化・書面化・証拠・証明の合理化）が進行したが、ローマ＝カノン訴訟の影響を受けた程度に応じて各国の訴訟制度に差異が生じた。訴訟の近代化・司法改革が早い段階で生じた地域では、ローマ法の影響は小さかった」とする。「すなわちカネヘムは各国におけるモダニゼーションの発生時点というファクターに注目してコモン・ローとヨーロッパ大陸法とを比較し、12世紀以降の両者の分岐の原因を説明しようとするのである¹³⁰⁾。「第2期中世（12世紀ないし15世紀）におけるローマ＝カノン訴訟の継受の現実的動因は、君主などの政治的権威者であった¹³¹⁾。本稿で強調したのが、ヨーロッパ民事訴訟法の現代史の重要性であり、これを民事訴訟法のハーモナイゼーションの進行という視座から描き出そうとところみたのである。

別稿『比較法学者たちの饗宴』で論じたように、比較法の理論的目的（学問的効用）として、①法認識の深化および法学的視野の拡大、②法発展の傾向の発見ないし予測、③諸法秩序の共通要素（共通法）の発見、④法の一般理論への寄与、⑤国際的コミュニケーションの促進と文化的寛容さの育成、⑥新たな学問分野の充実への寄与を挙げることができるし、その実務的目的として、

129) 貝瀬「歴史叙述としての民事訴訟(3)」立教法務研究9号(2016年)392頁以下、381頁以下、および同(4)立教法務研究10号(2017年)93頁、100頁以下。

130) 貝瀬「歴史叙述としての民事訴訟(1)」立教法務研究6号(2013年)14頁以下、同(3)立教法務研究9号375頁。

131) 貝瀬「歴史叙述としての民事訴訟(2)」立教法務研究7号(2014年)280頁。

①'国内法改正のためのモデルの提供, ②'解釈の補助手段としての寄与, ③'外国法の適用に際しての援助, ④'法の統一・ハーモナイゼーション・近接化への貢献, が考えられる¹³²⁾。ヨーロッパ民事訴訟法史も比較法の各論の1つである以上, これらの目的ないし効用を共有するのであって, ヴァン・レーは, とくにヨーロッパにおける民事訴訟法のハーモナイゼーションと, 将来の民事訴訟法改正に対する法史学の貢献を検討している¹³³⁾。またシュテュルナーは, 豊富な法史学的知見を踏まえ, 準備的解明段階から最終的証拠調べを伴う集中的本案弁論へと進行する「本案弁論モデル」が, 伝統的な法圏を越えて広く受け容れられていることを, 訴訟法のハーモナイゼーションの出発点とする¹³⁴⁾。ヴァラーノは, 「比較の知見に照らせば, 手続的な近接化およびハーモナイゼーションへ向かう広汎な改革の動き(収束の哲学)が生じつつあり, 収束の顕著な動きとして, 積極的な事件管理, 紛争類型に応じたフレキシビリティ, 事件の十分な準備という理念, などが認められる」とする。こうしたハーモナイゼーションは, 少なくとも法改革のプロセスにおける刺激と指針となる(グレンの指摘)¹³⁵⁾。

「歴史的正義のために, よりよい歴史記述のために, そして少なくとも正義についてのグローバルな対話の前提条件として, ヨーロッパ史についてのグローバルな視座パースペクティブが要請されている」として, ヨーロッパ法史の概念・方法・課題の再検討が唱えられ, グローバルな視座からのヨーロッパ法史の出発点として, ①「法的空間 (Legal Spaces)」, ②「多元的規範性 (Multinormativity)」, ③「文化的翻訳 (Cultural Translation)」, ④ローカルな実務との「衝突 (Conflict)」が挙げられている。すなわち, ①コミュニケーション・プロセスと結合した法的空間の形成につき考察することが法史学の重要な課題である, ②異別の法理念 (idea of law) により構成された異別の態様の規範性の法 (law in the environment of other modes of normativity) を理解するためには, 規範性の

132) 貝瀬「比較法学者たちの饗宴(2)」立教法務研究5号(2012年)88頁以下。

133) 貝瀬「歴史叙述としての民事訴訟(3)」立教法務研究9号383頁以下。

134) 本章第2節5(3)。

135) 本章第4節1および2。

トランスカルチュラルな分析概念が必要である, ③トランスナショナルなコンテキストからすれば, 規範性の(再)創造プロセスを理解するための方法論メソドロジーが必要である(文化移転をめぐる議論から生まれた「文化的翻訳」概念が法史学には有益), ④ローカルな実務に焦点を合わせた法史学を重視すべきである(「衝突」に注目すれば, 生ける法を発見できるなどの効用がある), と説かれるのである。ヨーロッパ民事訴訟法史論についても同様の構想が必要となるであろう¹³⁶⁾。

136) Duve, European Legal History—Concepts, Methods, Challenges, in: Thomas Duve (ed.), *Entranglements in Legal History: Conceptual Approaches* (2014) 31, 55ff.