

# 民事訴訟における当事者自治

— その限界性と方向性に関する一試論 —

## 目次

- 第一章 はじめに
- 第二章 民事訴訟における当事者自治の領域
- 第三章 裁判所の変化
  - 第一節 裁判官の役割の変化
  - 第二節 審理形態の変化
- 第四章 民事訴訟における当事者の今後の方向性
  - 第一節 民事訴訟の目的
  - 第二節 自己責任強化をめぐる動向
  - 第三節 民事訴訟法の公法性
  - 第四節 問題点
- 第五章 おわりに

波多野 雅子

民事訴訟法が七〇年振りの大改正を終え、平成一〇年一月一日から施行されている。この改正において、旧民法訴訟法<sup>(1)</sup>が当時実務において慣行化されていた手続に法的根拠が与えられると同時に、条文中に「当事者の意見を聴いて」(一六八条、一七〇条三項、一七五条、二〇七条等)という文言が明文化され、あたかも訴訟当事者が積極的に訴訟手続運営のなかに組み込まれているような感をだかしめるような文言が挿入されているが、はたして訴訟当事者はどこまで民事訴訟に積極的に関与できるであろうか。おりしも、昨今、ライフスタイル選択の多様化等をめぐり「自己決定権」「自己責任」といった主体性、自律性ある理性的判断のできる人間を想定した行動責任原則と思われる言葉が横行し、ある種マジックワードとして、ある面では個人を拘束するような形で個人に焦点をあてた議論が活発にかわされる時代にはいつているようである。そうした時代にあつて、訴訟当事者は自己の事件が判断される民事訴訟において、どの領域まで自己決定権をもち、当事者自治が発揮できるのであるか。民事訴訟の大原則である弁論主義、処分権主義に基づき、訴訟物に関して訴訟当事者の自治が広範囲に渡つて認められていることはいうまでもない。しかし、その領域に限定されるのであろうか。当事者自治が認められる範囲の考察は、つまるところ「民事訴訟は誰のためのものか」という民事訴訟の目的ないし民事訴訟観に行き着く問題であろう。

本稿は、民事訴訟に訴訟当事者がどのような形で、どのような領域まで関与できるのか、あるいは関与すべきなのかといった問題を考察していくなかで、民事訴訟手続は今後一体どのようなものになつていく可能性を有しているのか、その方向性をも模索するのが目的である。

## 第二章 民事訴訟における当事者自治の領域

私的自治の原則とは、本来個人の自由な意思を認め、個人の私法関係をその意思によって自由に規律させること（私的自治）を原則とする近代法の一理想とされる。ただ、この私的自治の原則自体何時から誰によって用いられ始めたか、正確なところは把握されていない理論であり（ドイツ法学の法律行為論の輸入に伴うものらしいと推定されているが）、かつ、その内容自体も必ずしも前述したような確固とした定義づけがなされているわけでもなく、曖昧模糊としている。私的自治の原則をそのように解した場合、訴訟法において、私法と全く同様の意味で適用することは適切とはいえないが、この原則は、私法を規律する原則として機能するだけでなく、訴訟法のなかにも、この原則に基礎を置く諸原則が存在する。例えば、裁判所が判決の基礎として採用する事実や証拠の収集や提出の責任と権能を当事者に認める弁論主義や、訴訟の開始、訴訟の対象特定、訴訟の終結（たとえば、請求の放棄・認諾、訴訟上の和解、訴えの取下げ）について当事者に責任と権能を認める処分権主義などは、民事訴訟においても私的自治の原則がとられていることの現われと考えることができる（ただし、弁論主義の根拠については私的自治の原則とは別の見解にたつ諸説がある）。これらの原則が適用される領域では、裁判所の職権がかなり後退し、当事者にイニシアティブが与えられた形での訴訟の実体面の形成における関与が可能ということである。

かつて、このような訴えの取下げ等を内容とした当事者間の合意、すなわち訴訟上の合意（当事者あるいは将来当事者となる者が、現在または将来の特定の訴訟につき直接又は間接に影響を及ぼす一定の法効果の発生を目的となす合意）が認められるか否かが問題となった。この問題について、かつては、明文規定（管轄の合意（一一一条））担

説  
 保提供方法に関する合意（七六条但書）、担保交換の合意（八〇条）、期日変更の合意（九三条三項）、不控訴の合意（二二一条一項但書）、仲裁契約（公催仲裁七八六条）、配当に関する債権者間の合意（民執一三九条二項）等を欠く私法上、訴訟上の合意全てが不適法とする見解が支配的な時代があった。不適法説がその理由とするところは、訴訟法は公法に属するものであるということであり、私法からの訴訟法の独立が強調されるなかで、私法的要素を民事訴訟法からできるだけ除去すべきということが要請されたことにもよる。不適法説が採られた思想的背景として、特

にドイツ説の影響が強いといわれている。すなわち、ドイツ普通法時代において私法学のなかに包摂されていた訴訟法学が、一八七七年民事訴訟法典制定後、それまでの「私法学の侍女」たる地位を脱却し、私法学からの独立性を確立する動きをみせ始めたが、その際使用されたテーゼの一つが訴訟法は公法であり、訴訟現象は公法関係であるというものであった。<sup>8)</sup>この当時の大審院判例のなかにも、上訴取下げの合意について不適法説を採ったものもみられる（大判大一一・三・一〇民集二巻三九一頁）<sup>9)</sup>。

しかし、訴訟法が公法に属するといっても、全てが強行法規であるわけではなく、任意法規の存在も指摘され始めた。すなわち、民事訴訟では事件を集团的、効率的に円滑に処理していくために、その審理方式や訴訟行為の方式・要件・効果などについて画一的に法定されている必要があり、これらのものについては当事者の合意によって任意に変更することができないのが原則（任意訴訟の禁止）とされているが、管轄の合意等のように、当事者の訴訟遂行上の便宜を図るために当事者の自由な判断に委ねられているものもある。又、前述したように、民事訴訟の原則である弁論主義、処分権主義により、民事訴訟において私人の自由処分に委ねられている権利・法律関係を対象とする場合、訴えを提起するか否か、提起した訴えや上訴を取下げるか否か、どのような証拠方法を提出するか等について、当事

者の自由な意思、判断によって決定することができ、このような内容について当事者間で合意をし、拘束性をもたせても問題はないと理解されるようになった。以上のような観点からするならば、弁論主義、処分権主義が妥当する領域では、当事者は自由に訴訟上の合意をすることが可能ということになるが、これを無制約に認めると、逆に、場合によっては、当事者の自由や権限が広範囲に渡って制限され、当事者に重大な不測の損害を与えることにもなりかねないことから、合意をなしうる一定の限界を設ける諸基準が呈示されている。<sup>(10)</sup>

訴訟上の合意は、かつては合同行為と解する説も存在したが、今日では契約と解するのが通説である。その法的性質については私法契約説（私法上の契約によって当事者の一方に私法上の請求権を生ぜしめ、相手方が任意に義務を履行しない場合に、私法契約の存在を抗弁として主張し、その契約の存在が証拠によって認定されれば、裁判所は原告に対し「権利保護の利益の喪失」として訴えの不適法却下の訴訟判決をすべきとする説。<sup>(11)</sup> 現在の通説である）と訴訟契約説（訴訟に関する合意が直接訴訟法上の効果の発生を目的とする訴訟契約であるとする見解であり、現在かなり有力となってきた）との対立がある。又、判例についても、大審院は上訴取下げの合意に関して不適法説を採ったこともあったが（大判大一二・三・一〇民集二卷三九一頁）、戦後の下級審には、私法契約説を採るもの（福岡地判昭三七・六・二九下民集一三卷六号一三四七頁、東京地判昭三八・三・六判時三三五号三七頁）、訴訟契約説を採るもの（大阪地判昭四〇・七・一六下民集一六卷七号一二四七頁）との混在があつた。しかし、最高裁が私法契約説を採ること（最判昭四四・一〇・一七民集二三卷一〇号一八二五頁）<sup>(12)</sup> を明確化して以来、下級審判例の多くもこの見解に従っている（名古屋地判昭四六・五・一一下民集二二卷五・六号六〇三頁、神戸地判昭四六・一一・一五判時六六一号七八頁、東京高判昭五六・一一・二五判時一〇二九号七八頁）。

説

論

このような学説の対立、判例の変遷を経て、訴訟上の合意は、明文の規定がなくとも一定の領域で認められるという見解は確立している。しかも、訴訟上の合意は一定の基準をクリアすれば認められるのであり、その領域は拡張されることが予測される。

### 第三章 裁判所の変化

二章では、どのような形で民事訴訟の領域に当事者自治が認められるのかを考察し、又、その範囲の拡張の予測性を指摘したが、本章では、裁判所における訴訟運営の変化に焦点をあて、当事者自治との関係を考察していきたい。一つには、裁判官の役割の変化（主として釈明権に関して）、もう一つは、審理形態の変化から訴訟当事者と裁判所との交錯をみていくこととする。

#### 第一節 裁判官の役割の変化

裁判官の役割の変化は、その顕著な例として、釈明権（釈明権は又、釈明義務であると通説、判例とも解している）の行使の態様の在り方の変化に求められる。すなわち、昭和初期から昭和一〇年前後にかけて大審院は釈明義務違背を理由に頻繁に原判決破棄の判決を出していたが、戦後昭和二〇年代にはいると、釈明権不行使を理由とする破棄判例がほとんどなくなり、むしろ釈明義務自体に対して否定的な態度を示す判例が増えてきた（最判昭二七・一一・二七民集六卷一〇号一〇六二頁<sup>16</sup>）。その理由とするところは、英米法の影響により当事者主義が強化され、職権証拠調

べの規定（旧々民訴二六一条）の削除、交互尋問制度（旧民訴二九四条、新民訴二〇二条）の導入がなされたこと、さらに、民事訴訟の継続審理に関する規則（昭和二五年二月施行）二条の「当事者は・・・裁判所の釈明をまつまでもなく主張及び立証の義務を盡くさなければならぬ」（昭和三二年六月施行の民事訴訟規則四条へ新民訴訟規則八五条に対応<sup>16</sup>）としていた点などが、その背景となっている。しかし、昭和三〇年代頃から原判決の釈明権不行使を理由とする破棄判例が次第に増え始め、昭和四〇年代以降は原判決の積極的釈明義務<sup>17</sup>の違背を理由とする判例が多数出されるようになり（最判昭五一・六・一七民集三〇巻六号五九二頁、最判昭五八・一〇・二八判時一一〇四号・六七頁）、その傾向は今も続いている。

この釈明権の行使の範囲が拡大されてきている現状をどのように把握すべきであろうか。釈明義務違反自体に裁判所が消極的判断をしていた昭和二〇年代、その影響の一つとして英米法の当事者主義的考えかたが強かった点は前述したが、そのアメリカにおいても現在、ケースマネージャー的な中立的色合いが濃い裁判官像は後退し、むしろ管理者的裁判官（managerial judges）<sup>18</sup>像が主流になっているといわれている。このような管理者的裁判官像は、我が国の釈明権強化方向へ向かいつつある裁判官の在り方と近似する面もないではないが、最近我が国では、「法的観点（あるいは問題）指摘義務」理論の関心が高まり、その必要性が説かれてきつつある。この法的観点指摘義務は「両当事者が、ある法的観点に基づきある法規の適用を前提として争っているのに、裁判所が同一事実関係を前提として別の法律構成で法的判断をする場合には、裁判所がその法律構成ないし法的観点を示して、当事者のそれについての攻撃防御の機会を保障し審理を充実させる」というものであり、ドイツにおいては、一九七六年の簡素化法二七八条三項に法定され、又フランスにおいても新法典一六条に法定化された。この理論を我が国においても解釈論として認める

べきであるとする見解が有力に主張されている。ただこの場合、この法的観点指摘義務を裁判所の釈明義務の一態様とする見解と、釈明の一態様と考えたとしても、相対的に独立したものと見る見解とにわかれており、後者の見解からすれば、弁論主義とは切り離されたものとして法的構成をすることになる。いずれの説に立つにせよ、裁判官が当事者によつて提出された事実に関する主張や判断資料のみを判決の基礎として斟酌する時代は終わった。従来からよく引用される「汝は事実を語れ、されば我は法を語らん」という格言は、当事者は事実を主張すればよく、裁判官は法律を熟知している専門家ゆえ、法律のことは裁判官に任せるべしとする役割分担論を明言するのであるが、その格言のもつ意義は現在は小さくなっている。なぜならば、事実問題と法律問題とは厳然と峻別できるものではないからである。<sup>22</sup> 弁論主義を柱とする民事訴訟においても、事実主張を任せられている当事者の発する事実は純粹な事実ではなく、法律問題をも内包した事実主張であることが多く、裁判官が積極的釈明をしていくなかで裁判官自身の法的観点<sup>23</sup>を述べることは、当事者を不意打ちにあわせないために、又、当事者が適切に事実の主張、立証ができるようになるためにも必要なものではないだろうか。現在では、日々裁判に関するニュースが流され、従来とは比較にならないほど国民のなかに法的知識が入ってきているであろうし、自己の意見を述べることができるだけの力をつけてきていることであろう。<sup>24</sup> 事実問題と法律問題を峻別することの困難さ、又、当事者をも納得いく形で裁判所との共同体的訴訟運営を行つていくためには、このような形で当事者の抱き込みが必要なのではなからうか。

このような釈明権強化の在り方と関連するものとして、弁論主義と釈明権の關係について、従来とは異なつた見解が主張されてきている。すなわち、弁論主義と釈明権の關係については、釈明権は、裁判所が後見的立場から弁論主義を補完し、又、修正するものであるというのが、通説、判例上の一般的な理解の仕方である。<sup>25</sup> なぜならば、当事者



の形式的平等を貫徹させようとした場合、逆に当事者にとつて不合理な不公平な結果を招来する事があるということである(例えば、訴訟当事者の一方のみ弁護士が代理人となっているケース等)<sup>(26)</sup>。そのような通説に対し、有力説は、人訴法一四条但書の定める当事者尋問は釈明の一種で、釈明権の行使は職権探知主義の下でも必要なのであり、その本来の意義は、口頭弁論審理ないし対審構造の目的(①当事者の訴訟主体としての地位を尊重し、その意思に基づく攻撃防御を通じて真実を発現させるとともに、②訴訟の結果に対する当事者の納得、受容を確保する)をよりよく実現するため裁判所が事件の解決に重要と考える論点を指摘し、当事者にこの点につき充実した弁論を尽くさせるところにあるとする。<sup>(27)</sup>

このように、弁論主義と釈明権との関係を、訴訟当事者に充実した弁論を尽くさせることであると当事者に視点をあてる見解は、民事訴訟の今後の方向性をうかがわせ、示唆的である。民事訴訟の今後を見据えるには、釈明権を「弁論主義からは相対的に切り離し弁論権の角度から見直すのが建設的」<sup>(28)</sup>といえるのではなからうか。

裁判官の役割の変化、弁論主義と釈明権との関係の再構成の動きをみていくとき、それは換言すれば、訴訟の実体面の形成に当事者が積極的に参加することを求められてもいるということである。もちろん、前述のような釈明権強化の方向性は、当事者主義の後退、当事者主導の修正と把握される面もありえよう。しかし、筆者は、むしろ裁判所と当事者の訴訟運営における共同体制が要請されてきている、その変容と位置づけたい。それが実際どのような形で実務に反映されてきているのかを、第二節でみることにする。

例えば、その一例として弁論兼和解<sup>(29)</sup>がある。この審理方式は実定法上の明文規定を欠くものであるが、実務上徐々に定着してきたものである。その特色として、裁判官、当事者および訴訟代理人、場合によってはその他の関係人も交えて、法廷ではなく、準備室や和解室等において、ラウンドテーブルに座し、インフォーマルな形で口頭による質疑応答、討論をしながら争点を絞りこみ、和解の機運が高まれば和解の勧誘を行うという方式である(この方式については、公開の法廷では行わず非公開で行うため、公開原則に反するのではないかとする疑問等が出されていた<sup>(30)</sup>)。この実務上行われてきた審理方式は、新民訴法施行により発展的に解消されることが予測されるが、このような審理方式が実定法の根柢なしに実務上自然発生的に生じたこと自体、従来<sup>(31)</sup>の法廷における審理方式自体の破綻の現われとみることができようし、それが実務界から生じた意味は大きい。

次に、「Nコート手続<sup>(32)</sup>」という審理により訴訟運営の改善が行われ始めたという点も看過することができない。「Nコート手続」というのは、大阪地裁第一一民事部の西口元裁判官を中心として、当事者参加型で行う訴訟運営方式である。「三分間弁論の五月雨審理」により当事者本人も理解できないような現在の訴訟運営を、利用者に対して適正、迅速なリーガル・サービスを提供する目的の下に、現行法の枠内で現場の実情に応じて工夫したものとされている。すなわち、当事者参加型訴訟とコミュニケーションの確保、事件の個性に応じた柔軟な審理を行いながら「人間の顔の見える裁判」を目指すものである。その際に、これまで軽視されがちだった書記官の役割を重視した裁判官及び書記官のチームワーク作り、専門家の協力を求めるという形で、書記官、訴訟代理人、専門家鑑定人を訴訟内に全て取り込み、協力体制のもとに訴訟運営をやっつけようとするものである<sup>(33)</sup>。

こうした審理形態の変容に加え、今の実務がかなり当事者の意向を聞き、裁判所を交えた形で運用されてきつつかつあるという現状がある。すなわち、当事者双方が一致して申し立てたことに対し裁判官が否定することはまずないと指摘されている<sup>34</sup>、当事者双方が合意のうえ期日を欠席し、改めて期日指定申し立てをするというパターンを繰り返すことで訴訟手続の休止という目的を果たす当事者の実態<sup>35</sup>等、実務においては、実体面の形成のみならず手続面の形成においても、当事者が実質上関与している領域は拡大してきているという実情を看過することはできないであろう。以上のように、実務の方が理論に先行した形で、当事者をも組み込んだ、当事者に視点をあてた訴訟運営へと改善努力がなされてきているということである。

#### 第四章 民事訴訟における当事者の今後の方向性

本章では、第二章、第三章で踏まえた理論状況、実務の現状を土台として、民事訴訟における訴訟当事者の今後の方向性を模索してみたい。この点を検討するに際し、その出発点として重要になるのは、民事訴訟は一体誰のためにあるのか、どのような目的をもっているのかといった従来からたびたび論じられてきた問題を考察する必要がある。なぜならば、そうした根源論があつて民事訴訟法がつくられ、民事訴訟が運営され、又、訴訟当事者の民事訴訟への関与の仕方が明確になってくると考えられるからである。

## 第一節 民事訴訟の目的

民事訴訟の目的をどう解するかに関しては、従来から三つの説、権利保護説、私法秩序維持説、紛争解決説を中心に論じられるのが常であった。権利保護説とは、国家が私人の自力救済を禁止したことの代償として、国家は国民に権利保護を保障せざるを得なくなり、そのために民事訴訟制度を設けたとする説<sup>(36)</sup>。私法秩序維持説とは、国家が自ら制定した民商法等による私法秩序を維持し、その実効性を確保するために民事訴訟制度を設けているのだとする説<sup>(37)</sup>。紛争解決説とは、歴史的にみるならば、私法秩序が確立される以前から民事紛争を裁判で審理してきており、その積み重ねによってむしろ権利や私法が形成されてきた経緯を考えるならば、私人間の生活関係における紛争の解決こそ民事訴訟制度の目的であるとする説<sup>(38)</sup>。このなかで、一応紛争解決説が我が国の通説とされてきた。

しかし、紛争解決説に対し行政法学者の藤田宙靖教授から次のような批判が出された。すなわち、紛争解決説を理論構造上、系譜上、法創造説に属するものとし、近代法治主義の下での”法による裁判“では、”紛争の公権的解決“そのものよりも、むしろ”如何にして紛争を公権的に解決するか“こそが最も重要な問題であり、その要請が満たされなくなることを指摘するものであった。この批判に答えるような形で、多元説（民事訴訟制度目的の実現すべき最高の価値を解釈論、立法論の指導標として主張するところにあるとし、権利保護説、私法秩序維持説、紛争解決説のいずれも民事訴訟制度の目的とし、指導標としてのこれらの諸価値が対立、緊張する関係にあることを認識し、個別問題ごとにどの価値にどれだけのウエイトを置くべきかという選択の問題が、民事訴訟の解釈論、立法論の任務であるとする説<sup>(39)</sup>）、手続保障説（従来の民事訴訟目的論が訴訟法理論の体系化のために観念の所産として構築された論者自身の哲学論の被歴という傾向が強く、具体的な訴訟手続の運用や解釈論に響くところもあまりなく、訴訟が現実

にはたしている機能や役割に足をおろして議論をたてようという意欲も乏しかったとして、両当事者の実質的な対等化をはかりながら、それぞれの役割分担ルールにもとづいて訴訟による討論または対話を展開していく手続を保障することを目的とする説<sup>①</sup>が唱えられている現況である。

以上の主な諸学説の他、私権保護説を基盤にし、民事訴訟を公的サービスと位置付け、民事訴訟の目的論とはその公的サービスの目的、すなわちサービスの内容及びその質をめぐる議論とする見解<sup>②</sup>があらわれた。この説によると、従来の議論は以下の点で問題があるとする。①多くの場合、目的論を民事訴訟法の解釈論と関連させて論じるために、議論の向けられた対象が（学者の他）裁判官や弁護士に限られていた点、②民事訴訟が国家権力の行使とその抑制、即ち制度設営者と利用者の対立関係を前提に把握されており、国民に対するサービス供与の観点が見落とされがちであった点、③余りに抽象的な目的のみが問題とされ、結果として制度の実効性の評価には有効な基準を提示できなかった点である。これら諸点を踏まえたうえで、サービスの質として、強制性、迅速性、安価性、合法性、公正性が要請され、その相互に矛盾する場合も考慮したうえでの必要性を唱える。この公的サービス論は、従来の民事訴訟目的論が理論の域にとどまっているのに対し、これまであまり重視されなかつた民事訴訟制度利用者側の視点に立つて、より現実には則した形で問題を考察した点に特色がある。

以上の諸学説を考察した場合に、どの説が現代の民事訴訟の目的として妥当性があるであろうか。各説とも見る角度により考えられうる側面であり、その意味では多元説が一番妥当なように思える。しかし、それではその価値が臨機応変に場面ごとに一価値面を出すということになり、「価値間にはつきりした順位を認めず、その場その場に依じて、あるときにはある価値を、あるときは他の価値を優越せしめるという、そこには真の意味での原則とか理論とか

説はなく、いわば無限則という原則、無主義という主義、無理論という理論があるのみ<sup>43</sup>ということになる。国家によって設営されている制度であれ、それを運用しているのは人間であり、制度自体の運用の仕方もある時代時代の要請で変容してきたはずであり、又、変容しなければ、結局制度自体破綻をきたすことになりはしないか。新民事訴訟法が改正の目標としたのは「民事訴訟を国民に利用しやすく、分かりやすいものとし、訴訟手続の規律を現在の社会の要請に適った適切なものとする」(改正要綱試案補足説明一頁)ということであったが、それとても民事訴訟手続の実態と時代の要請との乖離がはなはだしかったことの証左に他ならない。それでは現代の民事訴訟の目的とは何なのか。それは端的に言って、通説のとる紛争解決説にはかならない。その場合、昨今の裁判外紛争解決機関(いわゆるADR〈Alternative Dispute Resolutions<sup>44</sup>〉)が隆盛するという現状をどうとらえるのかということも、検討せざるを得ない問題となるが、紛争に巻き込まれ、その解決を望む者にとっては、裁判所もADRも同レベルに置かれる紛争解決機関の一つにすぎないのではなからうか。すなわち、紛争当事者側からすれば、裁判所が三権分立の一つである司法を担う存在であるという認識は希薄で、唯、ADRの手続がインフォーマルなのに比し、裁判所はフォーマルで近づき難い存在として感じられているにすぎないのではなからうか。司法機関としての裁判所の位置付けと、国民一般の裁判所に対する認識との間にギャップがあるように感じられる。こうした国民の裁判所への対応の仕方に対する改善が今回の新民事訴訟法の改革の根底にもある。そのような裁判所にあつて、当然のことながら、裁判所と訴訟当事者の関係も従来とは異なつた形にならざるを得ないわけで、第三章でみた裁判所の変化は時代の流れの不可避な事象とみることができよう。

前述までにおいて考察してきたことを鳥瞰して言えることは、様々な様相を呈しながらも、訴訟当事者の訴訟に関

与する領域拡張を補強するような理論的枠組みの提示、実務の実践等、当事者自身にウエイトが置かれつつあるのが現状ではなからうか。そして、それは対立する当事者の上位に裁判所が存在し、公権力により強制的に有無を言わずに判断を下すという形態の民事訴訟像ではなく、当事者を抱き込み、できるだけ当事者に裁判所の判断結果が納得できるような共同形態を民事訴訟像として構築していくことを意味している。

そのような現状を踏まえて、今後民事訴訟において当事者自治はどこまで拡張されていくのであろうか。その問題を考察する一資料として、山本和彦氏の「審理契約」という見解に焦点をあててみたい（『民事訴訟審理構造論』〈信山社 平成七年〉所収）。

審理契約とは、「民事訴訟手続の審理に関して、訴訟法上形成の余地の認められている事項について、裁判所と両当事者（訴訟代理人）との間でなされる拘束力ある合意」（同書三四二頁）であり、具体的に合意の対象となる事項は、手続の期限・期日の合意や争点決定の合意等であり、この見解の基礎にあるのはフランスの手続契約（*contrat de procédure*）である。この制度自体は一九八四年ないし一九八五年に複数の裁判所において実施されるようになり、現在かなりの裁判所で行われているとのことである。フランスの手続は、部長判事による呼び上げ期日など手続の最初の段階において、裁判官と両当事者の訴訟代理人との間で、具体的な事件の難易度に応じて最終弁論の期日が決定され、この期日から逆算して両当事者が主張書面及び書証を提出せねばならない期限が合意される。その後、弁護士は合意した期限ないし期日を尊重する旨の誓約を行い、裁判官と両代理人がサインした契約書の写しを受け取る。このようにして合意された手続のプログラムは準備裁判官によって監督され、合意期限が遵守されない場合には、裁

判官は事件の抹消を命じるか、又は、準備手続を終結して事件を直ちに最終弁論に送付するという制裁を課することができるという制度である（同書三八二頁〜三八三頁）。この手続契約を参考として、山本氏は審理契約を提言するうえでの問題点を、国家機関である裁判所を契約の主体として考えることが理論的に可能なのか（①裁判所と訴訟当事者との法律関係には契約の締結を許すような法的な基盤が存在するかという点、②裁判所の公権力性からして契約当事者となるのはなじまないのではないかと<sup>15</sup>いう点）にあるとしながらも、①手続全体の見通しを当事者に与えられることができ、司法に対する国民の信頼を高めることができる点、②具体的事案に即した柔軟な処理が可能になり、また裁判所と弁護士との信頼関係の醸成にも資する点、③期限の設定について当事者も合意しているため、制裁を当事者も甘受するし、裁判所も心理的に制裁を課しやすい点（同書三九一頁）を利点としてあげる。このような一種の制裁的効果までも含ませたものが契約として成立しうるのか、又、本来の事件と離れて、このような契約締結の問題に時間がかかり、このような契約を締結する目的が、前述のもの以外に審理の迅速化にもあるならば、それこそ逆行することになるのではないかと、又、その具体的適用の可能性等について疑問のあるところではあるが、民事訴訟手続にどのような形で当事者は関与できうるのか、職権進行主義のとられている訴訟手続にどこまで当事者自治、当事者の自己責任を及ぼすことが可能なかを深く喚起した点は大きい。<sup>17</sup>畢竟、審理契約は現代において、民事訴訟における今後の裁判所と訴訟当事者との関係性を構築する際の、考えられうる形態の一つとなりうる可能性を有しているといえるのではないかと。その理由は、以下のような現在の法理論の動き、現在の日本社会の動きと関連している点にある。その点について第二節でみていくこととする。



## 第二節 自己責任強化をめぐる動向

まず第一に、いわゆる「法化」現象。「法化」という言葉は、'Verrechtlichung'、'Legalization'の翻訳語である。ドイツでは一九七〇年代後半からこの概念が使われて、現代社会における法の機能の問題について論じられるようになり、日本では一九八〇年代半ばに「法化」が 'Legalization' に対する概念として利用され始め、続いてドイツの 'Verrechtlichung' の議論の紹介と検討が盛んになるなかで、一般化することになったとされている。<sup>48</sup> 日本では、法社会学研究者の間で「法化」議論が盛んになっているといわれているが、必ずしも独自の「法化」概念が確立されているわけではない。「法化」とは本来、「福祉国家化・社会国家化が進展するなかでしだいにその内的諸矛盾が露見しつつある国家、社会への介入主義が一定の限界につきあたり反省を迫られているような国家、そうした段階の国家における法化」であり、「かような福祉国家・社会国家段階の国家にみられる、社会介入の道具・手段と化した法の著しい増大およびその質的転換そのものを指す」<sup>49</sup>が、より具体的には、「現代社会において法律の数や裁判件数が増大し、かつそれらの扱う内容が法的な取り扱いに本来馴染まない関係（隣人関係・学校・医療・ボランティア活動など）にまで及んでいるとして、それを国家の介入主義が強化される危険をもたらすものと見、あるいは（人間的な相互交渉の場である）生活世界が（個人を部品にしてしまう、社会の機構である）システムによって（植民地化）される危険をもたらすものと見て、問題にする議論<sup>50</sup>」である。そして、そのような「法化」を克服し、救済する方法として、個人が理性的に自主的に討議していくことの必要性が説かれる。このような社会構造の変化のなかで、個人の意識改革の重要性が説かれてきているが、このような「法化」はドイツ社会等における「法化」であり、日本社会の「法化」とは様相が違うとの指摘もある。例えば、介入主義的法の発展が、ドイツの企業の法化や行政訴訟の膨大な数と照ら

し合わせて見ると、日本におけるその深化の程度が小さいのが現状で、むしろこのような日独のコントラストが何に由来するのかという問題を検討すべきである<sup>(51)</sup>。ただ、そうした認識とは別に、法的規制の増加とともに、人々の権利意識も高まり、権利を主張し、その実現をめざす紛争事例が増加してきているという点（例えば、地裁、簡裁における民事・行政事件の新受件数が大幅に増加している点）、法制度の創設・改革によって、権利主張が容易になり、訴訟等が増加している点（例えば、消費者保護基本法、訪問販売等に関する法律、特定商品等の預託等取引に関する法律、製造物責任法等の制定によって消費者の権利主張が高められ、又、株主代表訴訟において訴訟手数が民法改正により一律八二〇〇円に引き下げられると、訴訟が急増している点<sup>(52)</sup>）との分析は、ドイツやアメリカにおける「法化」現象と日本の「法化」現象とが同質なものではないとしても、又、事件数の多少による比較により、「法化」現象が生じているか否かの判断材料とすることが妥当性を欠くとしても、少しずつ人々の意識変容を生じさせている点をかいま見ることができであろう。それは、欧米型のいわゆる「法化」現象を徐々に押し進めていくことになる<sup>(53)</sup>。

次に、社会事象としてこの問題を捉えて見るならば、ライフスタイル多様化のなかで、髪形、服装を始めとして、自分の生命・身体の処分に関する領域（例えば、死の選択方法としての自殺・尊厳死・安楽死、散骨に見られる自由な葬送方法、出産に関する選択方法（避妊、中絶）等）にまで個人の主体性に基づいた、自己決定と自己責任ということが社会一般のなかで論じられてきており、<sup>(54)</sup> 憲法領域<sup>(55)</sup>においても、その議論は一つの潮流をなしている。

第三に、民事訴訟法学の分野でみるならば、手続保障の「第三の波」理論はこの流れと呼応している。この理論は、当事者の主体性と自己責任をより鮮明に組み込んだ手続内規範を探索していくとするものである<sup>(56)</sup>。手続保障の「第三

の波」理論は手続保障説（この説については、すでに本章第一節 民事訴訟の目的 のところで述べている）を徹底化し、個人の自己責任の強化を図ったものといえる。手続保障の「第三の波」説も、つまるところ手続保障説に派生するものであるが、この説を土台とした理論が民事訴訟手続のなかで、着実に浸透しつつある。

例えば、既判力の遮断効の問題にもその点が顕著である。既判力が当事者に対してなぜ拘束力をもつか。<sup>57</sup>その根拠については、制度的効力説（一度裁判がなされた以上、それが動揺せしめられることを防止する必要があるとし、法的安定の要請から訴訟制度の目的を達成するために必要とする説。三方月章『民事訴訟法』へ有斐閣 昭和五八年一七頁）と手続保障説に大別できる。手続保障説には、二元説（既判力の制度的効力に加えて、当事者には当事者の地位につくことにより手続上の諸権能が与えられ、訴訟物について十分に攻撃防御をする機会が保障されるとする、手続保障に裏打ちされた自己責任を根拠にされる説。新堂幸司『新民事訴訟法』へ弘文堂 平成一〇年一五七四頁）<sup>58</sup>や提出責任説（既判力の根拠は、前訴において手続的保障の機会が与えられて、その機会を利用すべきであったという当事者の自己責任にあるとし、訴訟上の請求に対する裁判所の「判断効」ではなく、当事者が主張しえたいすべきであったということから後訴における遮断効を導く。水谷暢「後訴における審理拒否」民訴雑誌二六号五九頁以下、井上正三「既判力の客観的限界」『講座 民事訴訟⑥』へ弘文堂 昭和五九年一三二七頁、井上治典・伊藤真・佐上義和『これからの民事訴訟法』へ日本評論社 昭和五九年一「井上治典」二一七頁）。特に、提出責任説の見解によれば、「後訴主張の前訴判断との論理的関係や、前訴基準時との時的前後関係は、当事者が前訴で提出すべきであったか、あるいは提出しえたのかという判断のための資料になるにすぎない」<sup>59</sup>のであり、訴訟物は審判の対象を必ずしも意味することはなく、又、既判力が拘束力をもつ範囲と訴訟物の範囲とは一致しないことになる。<sup>60</sup>この説では、極端

説  
に自己責任の強化が図られるということである。

論  
第三節 民事訴訟法の公法性

前述までのところで、訴訟当事者に視点をあてた手続き・理論が主流となりつつあるのが看取されるところであるが、当事者は自己が主人公である訴訟の実体面の形成だけでなく、どこまで手続き面の形成に関与することができるのか。この問題を検討するにあたってネックになってくるのが、民事訴訟法の公法としての位置づけであり、任意訴訟（便宜訴訟）の禁止という問題である。

そもそも、任意訴訟はなぜ禁止されるのであろうか。その趣旨は、一般的にいうならば、民事訴訟手続きを運営するにあたって、訴訟という集団的現象を処理していくためには、効率的な訴訟指揮を行い、かつ訴訟手続きの安定を図ることが必要とされる。そのためには個々の事件の個性に重きを置くことなく、できるだけ機械的に事件を処理していくこと。その方法としては、手続きを画一化し、訴訟当事者が個人的に自由に訴訟手続き面に関与することで手続きが滞らないようにするということである。そうすることによって、訴訟手続きの迅速化が図られると同時に、訴訟当事者以外の別の同種の事件をかかえている人々にとっても、訴訟手続き進行についての予測可能性が与えられる。そのことが、同時に公益（国が設営した裁判制度の安定性維持）を保持することにもつながっていくことである。

しかし、ここで考えるべきことは、任意訴訟を禁止して守るべき「公益性」とは何か、「公益性」の概念は不変のものなのかということである。「公益」という意味は、一般的には社会一般の利益、公共の利益ということである。そ

の意味で訴訟手続きを画一的に処理し、手続きの安定を図ることを公益の最重要事項とすることには妥当性がある。しかし、それは必ずしも公益性の名の下に、当事者の利益を度外視して良いということではない。<sup>62)</sup>このような角度から公益性という観念が強調されるのは、民事訴訟制度が国家が設営する制度であり、裁判権を人民に対して行使する関係であるということが法理論の支柱として使用されてきたことにあるのであり、これに加えて、実体法学に対して訴訟法学の独立性を確保したいという訴訟法学者の学問的情熱も、私法にみられない公益性の観念を強調する傾向を助長したといわれている。<sup>63)</sup>たとえばそのような背景のなかから民事訴訟法が形成され、それに基づいて民事訴訟が運営されてきたのであれ、訴訟は社会の現実を写す鏡であり、その内容も変化してきている。すなわち、訴訟の事件数の増加のみならず、多様化、複雑化、高度化しながら、時代を反映し、歴史的にもその変遷をつづけているのであり(例えば、昭和二〇年代は借地借家訴訟、労働訴訟、昭和三〇年代は株主訴訟、交通事故損害賠償訴訟、行政訴訟、国家賠償訴訟、昭和四〇年代は公害訴訟、日照権訴訟、医療過誤訴訟、昭和五〇年代は消費者金融関係訴訟、製造物責任訴訟、戦略的特許訴訟、新権利訴訟等<sup>64)</sup>、又、個人对个人の単数対立だけでなく、集団訴訟も増加してきている)、その事件の個性にあつた手続き運営が、迅速、適正さの要請とともに必要とされる時代にある。

確かに、訴訟制度の基礎を維持し、その運営を円滑に行い、又、当事者の利益を図るために不可欠な、特に公益性が強いと位置付けられている強行法規に属するもの(例えば、裁判所の構成、裁判官の除斥、専属管轄、審判の公開)へただし、公開主義の問題については、当事者の合意による非公開是認等、民事訴訟における公開原則に疑問を呈し、議論が錯綜しているのが現況である<sup>65)</sup>、当事者能力、訴訟能力、不変期間、上訴の要件等)のように、当事者が任意に規定を排除できないものもある(ただし、強行規定を看過して判決が下された場合、上訴や再審によって判決が取

り消されない限り、判決自体が当然無効ということではない)。しかし、それとても審判の公開主義が揺らいでいる現状からして、強行法規のもつ意味合いが時代の流れのなかで社会のニーズにより変わることもあり、現在の強行法規全てが金科玉条のごとく死守すべきものでもない。

公益というのは社会一般の利益であるからして、民事訴訟における公益性も個人的利益を勘案した、民事訴訟の利用者たる人々(潜在的利用者も含めて)の利益になるような観点から再度公益性の問題を考案する必要があるであろう。問題は、最終的には民事訴訟制度設営者としての国家の利益と訴訟制度利用者一般の利益が相対立するものであるなら、その両利益の均衡をどのような形でとつていくのかということに帰着することとなる。昨今民事訴訟の対象が私人間のものであることを理由として、民事訴訟法の公法性を払拭して私化すべしとする議論の流れに対し、今こそ民事訴訟法の公法性を強調すべしとする見解もあるが、民事訴訟法は”公法“であるとする分類に拘泥することなく、むしろ民事訴訟は国家の人民に対する裁判権の行使という縦系(垂直)関係(Ⅱ公法的関係)と横系(水平)関係(Ⅰ私法的関係)が交錯した特殊な形態をなすものと考え、そこを出発点として、訴訟当事者が訴訟手続きにどのような形で、どの程度関与できるのかを考えるべき時代に来ているのではなからうか。

訴訟当事者は民事訴訟手続き経過から等閑視され、自己の認識も不明確なうちに結論へと導かれることなく、<sup>69</sup>主體的対話的合理性“をもつて自己の訴訟に実体的な面、手続的な面とも関与していくことが、今後の二一世紀へ向けた民事訴訟当事者の方向性として望ましい。

ただ、以上のような方向性を目指すにあたり、若干の問題点があるのでないか。その点を第四節で検討する。

## 第四節 問題点

まず第一に、民事訴訟法の公法性のある程度払拭していく方向にいくとしても、民事訴訟法が手続法であることは厳然とした事実である。両訴訟当事者と裁判所との間で手続き上の合意形成をしていくに際し、前述のような現段階で公益性が極めて強いとされている事項は、訴訟当事者が入り込むことのできない領域に該当するであろうし（領域上の制約）、又、事件ごとに特性のある、訴訟当事者を組み入れた形での手続き形成は、逆に、非効率になるばかりでなく、手続の流れの予測可能性を困難とさせ、手続法としての存在価値を希薄化させる危険性を有することにもなりかねない。その点を斟酌するならば、実際に訴訟当事者が訴訟の手続き面の形成に関与できる領域は、現在の強行規定の位置付けが変わらない限り、期日や期間の変更等ごく限られた範囲に限定されることが予測される。

次に、訴訟当事者の主体性、自律性を如何にして高めていくか、その意識改革方途の問題である。その点を考えるには、そのような意識改革を必要とさせている訴訟の現状に眼を向けるべきである。すなわち、口頭弁論の形骸化にみられるように、法廷で何が行われているか把握できない手続き現状（そういう意味では、弁論兼和解は法理論上疑問が多々出された審理方式ではあったが、訴訟当事者を審理に組み込み、訴訟当事者としての主体性、自律性に目覚めさせるという点においては有意義なものであったといえる）、普通の生活者が生きている日常世界の有り様と法的世界のそれとの乖離（法廷で使用される法的言語の分かりにくさ、厳かな雰囲気、理解しにくい判決書の内容等）のように、紛争当事者を法廷から疎外する裁判所の権威性等民事訴訟制度の制度的欠陥が当事者の主体性、自律性を自ずと奪い去ってきた面も加味して検討すべきことである。その証左として、裁判外紛争解決機関（ADR）の盛況はそれを物語っているとはいえないか。民事訴訟制度の欠陥によってスポイルされてきた訴訟当事者の活力をどのよう

説  
 な形で回復させるのか（この問題は、この節の最後のところで再度検討することとする）。

論

又、当事者以外に弁護士、裁判官の意識改革も必要である。本人訴訟が可能な我が国にあっても、事件自体が多様化、複雑化してきている昨今にあつて、本人だけでは対処できず、弁護士に依頼するケースが増加していることは否定できない。<sup>70</sup> 新民訴訟による手続き改革が成功するか否かも、かなりの部分裁判官をも含めた弁護士等の意識改革<sup>71</sup>に寄ること大である。特に、新民訴訟には事件の依頼人（訴訟当事者）と弁護士との連携プレイが必要とされる事項が多い。つまり、争点・証拠整理に重点がおかれるため、早期の段階で証拠を出さねばならず、そのためには依頼人と密接な関係が土台として築かれなければならない。弁護士の意識改革は当然訴訟当事者に反映される。

同時に、裁判官の意識改革も必要となる。第三章第一節において、裁判官の役割が時代の要請から必然的に変容してきているのではないかと指摘した。そのなかで、裁判官自身が自発的に種々の方法で手続運営の改善を図っていることも前述のとおりである。しかし、権力をバックにした訴訟運営がなされたり、当事者の言い分に耳をかすことなく審理を終え、判断を下す場合もないわけではない。<sup>72</sup> 新民訴訟において、電話会議システムの導入等、技術面における革新は従来の手続きと比較してかなり進んだものになつてきており、機器駆使による手続きの迅速化は少しは満足のものになるかもしれないが、最終的に機器を使用するのは人間である。民事訴訟に必要とされるものが時代の変遷とともに変わり、訴訟当事者、弁護士の意識が変化していくなかで、裁判官の意識が従来通りなら、民法改正は民事訴訟改革につながることはない。

最後に、当事者の意識改革という問題に再度焦点をあててみたい。民事訴訟における当事者自治を貫徹させるためには、訴訟当事者の訴訟における「意識」とは何なのかを考察することが、この問題の解明につながる。



こうした訴訟における意識が問題になる場合、必ず日本人の権利意識の低さが挙げられた時代があつた。すなわち、欧米と比較して日本に訴訟が少ないのは、日本人の権利意識が低いからであり、それは日本の近代化の遅れによるものゆえ、日本社会の近代化が進めば、人々はより強く権利を意識し、これを主張するようになる。そうして、その手段としてより頻繁に訴訟<sup>11</sup>裁判という制度を利用するようになると川島博士は予測した。これに対し、ジョン・O・ヘイリーはカリフォルニア州と東京・大阪における自動車事故による不法行為訴訟数を比較し、裁判件数が東京・大阪のほうがカリフォルニアの七分の一であるのは、裁判官の過重負担による訴訟遅延や弁護士不足といった法制度が十分に機能していない点にあると分析した。<sup>12</sup>

川島説が唱えられた後、日本は近代化への途をひた走つてきて経済大国と呼ばれるようになり、前述のように、確かに訴訟の数は増加してきているが、欧米並みとまではいかないのが現状である。その状態を捉えて、現在では川島説のような日本人の権利意識の低さではなく、むしろ司法制度上の問題<sup>13</sup>(裁判官不足、弁護士不足、裁判にかかる時間の長さ・金の多さ等)のほうにより問題があることが指摘され、その点についてのほぼ共通の認識が得られているであろう。<sup>14</sup>ただ、日本の民事訴訟の低さについて、「日本人の(法・権利)意識」により問題性があるとする見解は今でも根強く存在する。しかし、この場合でも、マイナーな意味での問題性ではなく、日本と欧米の法意識の違いを強調して、従来のように欧米追随ではなく、日本の法意識をそれ自体尊重する見解である。例えば、「人間関係を権利義務関係として把握する欧米人の法意識が〈進んで〉いて、そうでない日本人の法意識が〈前近代的〉で遅れているといった、いわば社会がどこでも同じように〈単線的に〉進化するといった見方には疑問を感じる。むしろ種々の理由から異なった法意識が生まれており、それらには進歩・後退の区別がなく、異質のものとして同時に並存しうる

説

論

と考えるほうが適當である」と。<sup>(77)</sup>この見解のベースにあるのは、日本人は人間関係を権利義務という形で決めることがあまり好きではなく、もう少し基本的な人間関係を大切にしているのではないかということである。<sup>(78)</sup>このような見解の一例として、いわゆる「隣人訴訟」<sup>(79)</sup>が挙げられよう。この事案において、子供を亡くした親が、子供と一緒に遊んでいた子の親等を相手に損害賠償請求をおこし、一部勝訴した。その後、この事件が報道されると、好意で子をおかずかつた人を訴えるのかといった抗議の電話、手紙が殺到し、原告は訴えを取下げざるを得ず、逆に被告もまだ訴訟を続けるのかといった抗議にあり、被告も取下げに応じざるをえなかった。その経過から、法務省が、裁判を受ける権利は基本的人権のひとつであり、これが侵害されるに至ったことは人権擁護の観点から遺憾という異例の見解を出したという世間の耳目をひいた事件であった。この事件は外国人学者の関心をもひき、活発に討議が重ねられたが、<sup>(80)</sup>そのなかに、日本人の法意識、権利意識をかいま見ることが可能であろう。この事件を勘案することに、多くの日本国民において、このような事案を権利義務という観念で割り切り、欧米から継受された法律を適用することで結論を導くことがしっくりしない、馴染まないのではないかという感がする。これが欧米とは異なる日本人の法意識、日本の法文化<sup>(81)</sup>というものであろうか。

このような法意識、法文化が現在でも根強いのであるならば（筆者自身は、従来のような共同体が崩壊しつつある現在、かなり希薄化、変容しつつあるのではないかとの感を抱いている）、それは、訴訟における当事者の関与の仕方にもなんらかの影響を与えているのではないか。前述した山本氏の「審理契約」のように、失権効をも含む厳格な契約形態での当事者の訴訟への関与の仕方は、少なくとも現段階では望ましい形態とはなりえないのではなからうか。場合によっては、裁判所の責任回避を正当化する後ろ楯を与えることにもなりかねないし、同時に紛争当事者を裁判

所から遠ざけてしまうことにつながりはしないかと危惧する。

それでは、どのような形で訴訟当事者の民事訴訟への活力を回復させ、主体的、自律的に訴訟に関与させられるのだろうか。ここで想起すべきは、前述した「Nコート手続」のような審理形態である。この形態は、現段階の日本人の法意識、日本の法文化を斟酌するならば、当事者にとつて極めて馴染みやすい、訴訟への活力が回復され、積極的な訴訟関与を可能とさせるものである。

結局、訴訟当事者の主体性、自律性ある意識への改革、民事訴訟における当事者自治を実現するためには、訴訟当事者を審理形態のなかに組み込んだ、抱き込むような形で物的・人的体制を整備することを第一とし、そこから、どのような形で訴訟手続き面への当事者の自治が具体的に可能なのか、模索していくことではなからうか。

## 第五章 おわりに

以前、筆者は拙稿<sup>(82)</sup>において判決と訴訟上の和解、調停、仲裁等の相互の関係について、訴訟当事者にどれだけ合意の余地が残されているか、その合意裁量の広狭、紛争解決への強制力の強弱の程度に応じて判決と訴訟上の和解との位置付けを試みた。すなわち、判決は公権力の行使による強制的な紛争解決方法、訴訟上の和解は当事者の合意による自主的な紛争解決方法であると。ゆえに、訴訟上の和解には全面的に当事者自治が認められており、例えば、「訴えの取下げ」を含む訴訟上の和解<sup>(83)</sup>、あるいは請求の放棄・認諾を含む訴訟上の和解<sup>(84)</sup>も成立しているのではないかという、かなり現行の法規内容を無視した仮説をたててみた。しかし、本稿のように、今後の民事訴訟の在り方として、一定

の制約はあるものの、判決を形成する過程に訴訟当事者の主体性、自律性を取り込んでいく方向性を目指していくならば、判決と訴訟上の和解との関係はどのようなものになっていくのであろうか。訴訟上の和解を訴訟手続のなかに組み入れて判決と和解との相互乗り入れを構成しようとする「判決的和解」<sup>85</sup>や、判決や和解の同質性が強調されるこの頃、又、せんだつての民法改正においても、判決手続と和解手続との弾力的、一体的運用の促進が目標の一つとされた事情もある<sup>87</sup>。この将来的傾向と従来筆者が暗中模索してきたテーマとがどのようにからみあつていくのか、それとの関係で民事訴訟手続きの在り方がどうなっていくのか、それを次回の検討課題としたい。

- (1) 民事訴訟法改正、施行に至る経緯については、以下の文献参考、中野貞一郎『解説 新民事訴訟法』〈有斐閣 平成九年〉、小林秀之編『新民事訴訟法の要点』〈新日本法規 平成八年〉。
- (2) 竹内昭夫・松尾浩也・塩野宏編『新法律学辞典〔第三版〕』〈有斐閣 平成元年〉六二五頁。
- (3) 星野英一「意思自治の原則、私的自治の原則」『民法講座 Ⅰ』〈有斐閣 昭和五九年〉三三三五頁。
- (4) どのような見解が展開されているかについては、星野・前掲注(3)に詳細に叙述されている。その他、北村一郎「私法上の契約と「意思自律の原理」」『基本法学4』〈岩波書店 昭和五八年〉一六五頁以下。
- (5) 我が国の民法理論の母体がドイツにあることは周知の事実である。この弁論主義の根拠、構造の輪郭を明確にする試みとして、山本克己「戦後ドイツにおける弁論主義の展開(一)(二)——弁論主義の構造論と根拠論のために——」法叢一三三卷一号一頁以下。

(6) 例えば、本質説：私的自治の原則に基づき民事訴訟の本質に根差すものとする。現在の通説である(兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』〈酒井書店 昭和四〇年〉一九七頁以下、新堂幸司『新民事訴訟法』〈弘文堂 平成一〇年〉三八

○頁)。手段説：当事者の利己心を利用して、真実を発見するために合目的、技術的見地から認められた手段であるとする説(齋藤秀夫『民事訴訟法概論(新版)』(有斐閣 昭和五七年)二〇四頁)。多元説：弁論主義は私的自治の原則、真実発見等公平な裁判への信頼確保の要請をも加えた、多元的な根拠に基づいてできあがった一個の歴史の所産とする説(竹下守夫「弁論主義」小山昇ほか編『演習民事訴訟法』(青林書院 昭和六二年)三七五頁以下、三カ月章「民事裁判における訴訟指揮」『民事訴訟法研究第八卷』(有斐閣 昭和五六年)八〇頁)。法探索主体説：法を探索する主体性を当事者に保障したものとする説で、私的自治を根拠とする本質説に近い(伊東乾「弁論主義」(学陽書房 昭和五〇年)六二頁)。手続保障説：当事者に対する不意打ち防止ないし手続き保障を与えることとする説(小林秀之「民事訴訟における訴訟資料・証拠資料の収集」(三)法協九七卷八号一一五〇頁以下)。

(7) 中島弘道『日本民事訴訟法』(松華堂書店 昭和九年)九四七頁、細野長良『民事訴訟法要義』(巖松堂書店 昭和六年)一四〇頁。

(8) 青山善充「訴訟法における契約」『基本法学4』(岩波書店 昭和六三年)二四七頁以下。

(9) 上訴取下契約については明文規定がないため、「法ニ於テ之ヲ許サルモノト解スルヲ相当トス」と判示したものである。

(10) 例えば、①訴訟上の合意をするには、それによって被るべき訴訟追行上の不利益の限度が明確でなければならないとする説(兼子一「訴訟に関する合意について」『民事法研究』(酒井書店 昭和四九年)二六〇頁)。②訴訟上の合意をするときには、当事者に決断の自由が確保されていなければならないとする説(三カ月章『民事訴訟法』(有斐閣 昭和五八年)二八六頁)。③訴訟上の合意をするときは、当事者にとつて、契約の効果のもつ意味の明確な予見可能性があり、かつ重大な結果の発生を目的としない場合でなければならないとする説(竹下守夫「訴訟契約の研究」(一)法協八〇巻一 号五六頁以下)。第三の説が有力説である。第三の説の効果の予見可能性と結果の重大性を疑問視する説として菊地定信「任意訴訟の禁止と訴訟契約」三カ月章II青山善充編『民事訴訟法の争点』(有斐閣 昭和五四年)二二五頁、松本博之

「最近の西ドイツにおける訴訟契約論の動向」民商六四卷一頁。

(11) 合同行為説にたつと、訴訟上の合意は裁判所に対する当事者双方の一致した内容の意思ということになり、当事者は訴訟前、訴訟外での合意は認められないことになる。しかし、民事訴訟法は管轄の合意(一一一条)を認めているし、仲裁契約も可能であり(公催仲裁七八七条)、明確に訴訟前、訴訟外の合意が認められている点から考えても、契約と解するのが妥当である。

(12) 小山昇『民事訴訟法(第五版)』(青林書院 平成元年)二二二九、新堂幸司・前掲注(6)三〇四頁。

(13) 三カ月章・前掲注(10)四三四頁、竹下守夫「訴訟契約の研究(二)」法協八〇巻四号四七九頁以下、青山善充・前掲注(8)二五一頁。

(14) 訴え取下の合意の成立後、原告が欠席した事案で、「右訴の原告は権利保護の利益を喪失したものとみうるから、右訴を却下すべきものである」とした。

(15) この事案では、留置権のような権利抗弁は、抗弁権取得の事実関係が訴訟上主張されたとしても、裁判所はその者に対し、その権利行使の意思の有無を確かめ、あるいはその権利行使を促す責務はないとした。

(16) 梅善夫「釈明義務」新堂幸司・青山善充・高橋宏志編『民事訴訟法判例百選 I(新法対応補正版)』二〇五頁。

(17) 消極的釈明、積極的釈明の区別・内容については、中野貞一郎「弁論主義の動向と釈明権」『過失の推認』(弘文堂 昭和五三年)二一五頁以下。

(18) この言葉は、南カリフォルニア大学ロースクールの Judith Resnik の *Managerial Judges*, 96Harv. L. Rev. 376 ~ 448 (1982) の論文に由来するといわれており(加藤新太郎「管理者的裁判官の光と影」ジュリ九五三号一〇三頁)、このような管理者的裁判官が出現した原因として、デイスカバリーの濫用、権力の拡大、弁護士数の増加および弁護士へのアクセスの拡大、事件の繁雑性、科学技術の衝撃、弁護士活動などが考えられている(マリリン・J・バーガー「アメリカ合衆国における裁判官の役割」ジュリ九五三号一一〇頁以下)。その他、アメリカの管理者的裁判官をドイツの裁判

- 官と比較した立場からの論稿として、ペーター・ゴットヴァルト「積極的裁判官——管理的裁判官」比較法学二三巻一四一頁以下。ドイツでは、一九七六年簡素化法導入後、裁判官の職権主義強化がなされるなかで、この傾向を阻止し、訴訟当事者の主体性の確保、自己責任の必要性が強力に説かれている。吉野正三郎「西ドイツにおける弁論主義論争」『民事訴訟における裁判官の役割』〈成文堂 平成二年〉一七三頁以下。
- (19) 上田徹一郎『民事訴訟法〔第二版〕』〈法学書院 平成九年〉三三二頁。
- (20) 小林秀之『新民事訴訟法』〈判例タイムズ 平成一〇年〉二二〇頁。
- (21) 徳田和幸「法領域における手続保障」『手続法の理論と実践〔上〕』〈法律文化社 昭和五五年〉一二五頁以下、山本和彦『民事訴訟審理構造論』〈信山社 平成七年〉一六九頁以下。
- (22) 権島正法「法の解釈は裁判所の専権か」井上正三Ⅱ高橋宏志Ⅱ井上治典編『対話型審理』〈信山社 平成八年〉三三九頁。実際に代理人の体験から「法の解釈は裁判所の専権か」と疑問を投げかける。なぜなら、弁護士が裁判所に訴訟を提起したり、準備書面で主張するのは「単なる事実」ではなく、当事者が持ち込んだ事実にたいして、一定の法的判断を行い、「法的に構成された事実」を主張するのであり、「事実」と「法的主張」はそれほど明確には区別できないとする。
- (23) 山本和彦・前掲注(21)二八七頁以下。法律問題指摘義務は、その法的観点につき討議されておらず、その点からその法的観点に既判力を及ぼすことはできないし、又、当事者はその法的観点を主張して再訴することが可能とする。
- (24) 小林秀之・前掲注(20)二二〇頁。
- (25) 最判昭四五・六・一一民集二四巻六号五一六頁。判旨において、「釈明の制度は、弁論主義の形式的な適用による不合理を修正し、できるだけ事案の真相をきわめることによって、当事者間における紛争の真の解決をはかることを目的として設けられたものである」とする。この評釈につき、紺谷浩司「裁判所の釈明権」新堂Ⅱ青山Ⅱ高橋編・前掲注(16)一六八頁。

- (26) 当事者主導の考え方の強いアメリカでも、訴訟スポーツ観は今世紀にはいつて批判される現状にあるということである。高橋宏志『重点講義民事訴訟法』(有斐閣 平成九年)二八四頁。
- (27) 竹下守夫「釈明義務」新堂幸司Ⅱ青山善充編『民事訴訟法判例百選(第二版)』一六八頁。通説は、釈明権と弁論主義の關係についての理解をかなり不明確なものとするとし、弁論主義を弁論権の消極的効果の発現とみる見解として、山本戸克己「弁論主義の法構造」『民事訴訟法論集』(有斐閣 平成二年)二二頁以下。
- (28) 高橋宏志・前掲注(26)二八九頁。
- (29) 弁論兼和解の性質については、①準備手続の一種とする説(鈴木正裕「弁論兼和解」方式について)民訴雑誌三六号一頁以下)、②準備的口頭弁論の一種であるとする説(竹下守夫「民事訴訟の改善と新たな審理モデルの模索」自正一九八九年八月号九九頁)③口頭弁論でも和解でもない、その中間の存在であり、実務的につくられた新種の訴訟行為であるとする説(中野貞一郎「手続法の継受と実務の継受」『民事手続の現在問題』(判例タイムズ社 平成元年)八二頁以下)④両性説的に準備手続、準備的口頭弁論、和解期日の三種を融合したものとみる説(井上治典「弁論の条件」『民事手続論』(有斐閣 平成五年)九五頁)。
- (30) 弁論兼和解のもつ問題点について、萩原金美「いわゆる「弁論兼和解」に関する「管見」」判タ七三三三号八頁以下。
- (31) 西口元「民事訴訟の汎用的審理モデルを目指して」井上Ⅱ高橋Ⅱ井上編・前掲注(22)八〇頁以下、詳細については、同「Nコート論文」判タ八四六号七頁以下。
- (32) 新民訴訟法では、裁判所書記官の権限が拡大され、裁判官と協同して訴訟運営を迅速・適正に進めていくような権限を明文化した。例えば、訴状の補正の促し(一三七条、規五六条)、訴訟費用額の確定(七一条、七四条)等のように、旧法下において、実務上裁判所書記官が行っていた取り扱いに法律上の根拠が与えられた。「座談会 新民訴訟法と裁判所書記官実務——二十一世紀の書記官を目指して」判タ九四二二四頁以下、林道晴「新しい民事訴訟規則と裁判所書記官の事務」ジュリー一〇八号九頁以下。



- (33) 民事裁判改善に向けて、大阪地裁は大阪弁護士会協力のもとに争点整理・集中証拠調べの改善研究がなされてきた。「座談会」民事集中審理について」判タ八二八号六頁以下、「特集・争点整理及び集中証拠調べをめぐる諸問題」判タ八四八号臨時増刊号参照。
- (34) ミニ・シンポジウム「訴訟手続における合意」民訴雑誌四三三号「草野芳郎発言」一五〇頁。
- (35) 池田辰夫「訴訟法規の性格」鈴木重勝Ⅱ井上治典編『司法試験シリーズ 第三版民事訴訟法』(日本評論社 平成七年)三〇頁。
- (36) 木川統一郎「訴訟制度の目的と機能」『講座民事訴訟 ①』(弘文堂 昭和五九年(一九九四年)二九頁、中村英郎「民事訴訟制度の目的について」『木川統一郎博士古稀祝賀 民事裁判の充実と促進(上)』(判例タイムズ社 平成六年)一頁。
- (37) 斎藤秀夫『民事訴訟法概論(新版)』(有斐閣 昭和五七年)五頁。
- (38) 兼子一「民事訴訟の出発点に立返って」『民事法研究第一巻』(酒井書店 昭和二五年)四七五頁以下。この説を疑問視するものとして、竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」民訴雑誌四〇号一頁以下。
- (39) 藤田宙靖「現代裁判本質論雑考」『行政法学の思考形式』(木鐸社 昭和五三年)二八三頁。これは、三力月章博士の民事訴訟の非訟化が歴史的に必然的方向性を示すとする論文(「訴訟事件の非訟化とその限界」『民事訴訟法研究第五巻』(有斐閣 昭和四七年)所収)に触発されたものといわれる。
- (40) 新堂幸司『民事訴訟制度の役割』(有斐閣 平成五年)四七頁。この新堂説に対しては、具体的な法解釈問題の結論は、いずれの価値からの論証も可能であり、多元説は目的論無力説に近い考えかたを展開しているとみる見解もある。高橋宏志・前掲注(26)一一頁。
- (41) 井上治典・前掲注(29)一頁以下。この手続保障説は、従来の民事訴訟法理論が裁判所が判決をなす際のルールを中心に組み立てられた点に対するアンチテーゼとして唱えられたものである。それは、「人間(紛争主体)の自律的行動を軸にした訴訟法理論」を目指し、「当事者のための手続」から「当事者による手続」への転換を意味するものとされる(こ

の説に属する人、又文献については井上治典・前掲注(29)三三頁の(注3)参照)。この理論に対しては、種々の批判が出されている(松浦馨「民事訴訟とは何だろう」判タ八〇六号一一頁他)。しかし、この説は「従来の目的論の観念性を批判しそこから脱却を試みつつ、同時にそれ自体が一つの鮮烈な訴訟観、訴訟理念の定立であるという面を持ち、後者の面において、伝統的民訴法学・通説批判のイデオロギーとして機能している」(高橋宏志・前掲注(26)一三頁)面は否めない。この手続保障説が民事訴訟法学界に与えた影響は大きい。井上治典教授を交えた民事訴訟目的論についてのディスカッション形式のものとして、井上治典Ⅱ高橋宏志編『エキサイティング民事訴訟法』(有斐閣 平成五年)一頁以下。

(42) 山本和彦・前掲注(21)六頁以下。西口裁判官の基調報告のなかにも頻繁にリーガル・サービスという表現がなされている。前掲注(31)参照。

(43) 松浦馨・前掲注(41)一一頁。

(44) ADRに関する文献は枚挙にいとまがないが、新しいものとして、小島武司Ⅱ伊藤真編『裁判外紛争処理法』(有斐閣 平成一〇年)、石川明Ⅱ三上威彦編『比較裁判外紛争解決制度』(慶応義塾大学出版会 平成九年)。

(45) この問題について、行政法上の議論を基にし、公法上の存在である行政庁も給付行政や経済行政の分野では私法上の契約の形式を借りて任務を達成することが一般的に可能であり、行政主体は公法的な規制に服するものと理解されている。このような考え方は行政関係をフランス法的に公役務としての行政活動を重視する視点に支えられたものと推測され、司法活動に関しても、国民に対する公的サービスとしての側面を重視する考え方に移行することにより、裁判所がそのサービス遂行の過程で契約を締結して法律関係を扱う可能性を理論上認めていくことは可能とする(同書四〇〇頁〜四〇二頁)。

(46) 審理契約について「初めに約束して、最後のところまで手続的な合意ができるはずがない。次の段階くらいまでなら見えるでしょうし、コンセンサスもできるかもしれない」井上Ⅱ高橋編・前掲注(41)「井上治典発言」一九四頁。

- (47) 「訴訟手続における合意」は、第六七回民事訴訟法学会（平成九年）のミニ・シンポジウムでもテーマとして取り上げられ、活発な討議が重ねられた。その模様については民訴雑誌四三頁一一三頁以下参照。又、池田辰夫「訴訟係属前後の訴訟上の合意の適法性——訴訟審理における当事者自治とその限界——」『木川統一郎博士古稀祝賀 民事裁判の充実と促進（上）』へ判例タイムズ社 平成六年）二二八頁以下。この論において、公序良俗に反する程度に悪質でなければ、訴訟上の合意は原則として自由とし、当事者自治の範囲を広げに与えるのが時代の流れとするが、合意の適法性の限界を画してきた強行法規について何が強行法規か個別的な棚卸し作業が不可欠とする。
- (48) 広渡清吾「日本社会と法化」『現代の法』15（へ岩波書店 平成九年）一四三頁以下。
- (49) 田中成明編『現代理論法学入門』法律文化社 平成一〇年）「服部高宏」
- (50) 笹倉秀夫「合意論——議論の背景と論点」棚瀬孝雄編『紛争処理と合意』へミネルヴァ書房 平成八年）一六三頁。
- (51) 広渡清吾・前掲注（48）一七一頁。
- (52) この問題については、小林秀之・原強『株主代表訴訟』へ日本評論社 平成八年）に詳細に論じられているので参考のこと。なお、株主が会社に代位して取締役等の責任を追及し、会社に与えた損害の賠償を求める株主代表訴訟制度は、昭和五年の商法改正により導入されたが、訴額に見合った手数料の必要性、勝訴しても賠償額は株主に帰属しない点等からあまり利用されていなかった。しかし、平成五年一〇月一日施行の商法改正により株主代表訴訟は非財産的請求とみなされ、訴額を九五万円とし、一律八二〇〇円の手数料で提訴できるようになったため、訴訟が急増している
- (53) 平野仁彦「権利の主張とその実現」『現代の法』15（へ岩波書店 平成九年）一七八頁。
- (54) 桜井哲夫『自己責任』とは何か（へ講談社 平成一〇年）、立岩真也『私的所有論』へ勁草書房 平成一〇年）他。
- (55) 憲法分野ではないが、この問題についての先駆的なものとして、山田卓生『私事と自己決定』へ日本評論社 昭和六二年）佐藤幸治「日本国憲法と「自己決定権」——その根拠と性質をめぐって」法教九八号六頁、戸波江二「私事と自己決定」法教一五八号四三頁、松井茂記「自己決定権について（二・完）」阪法四五卷五号、『現代の法』14 自己決定権と

法』(岩波書店 平成一〇年)等。

(56) 井上治典・前掲注(29)三〇頁。山本克己「いわゆる「第三の波」理論について」法叢一四二巻一号一頁以下。「第三の波」理論を「反リーガリズム」かつ「リバタリアニズム」の裁判制度と位置付け、批判と疑問を呈示する。

(57) 判例には既判力の根拠が何かについては直接ふれたものはないが、最判昭四九・四・二六民集二八巻三号五〇三頁、最判昭五一・九・三〇民集三〇巻八号・七九九頁参照。

(58) この他、構成に若干の差はあるが、二元論にたつものとして、上田徹一郎・前掲注(19)四四六頁以下、高橋宏志・前掲注(26)四一〇頁。手続保障としながらも、裁判制度の有する公的な性質に焦点をあて、裁判制度としての矛盾判断の回避、訴訟経済、権利関係の安定、実体法の実現という側面の他、紛争の蒸し返しを許さないとする面も考慮し、全てを網羅した多元説にたつものもある。小林秀之・前掲注(20)三七四頁。

(59) 水谷暢「後訴における審理拒否」民訴雑誌二六号七〇頁。

(60) この説にたいしては、前訴で提出されなかった訴訟資料の提出が期待可能であったか否かをどのような基準で判断するのか(松本博之・上野泰男『民事訴訟法』(弘文堂 平成一〇年)「松本博之」三五五頁)、どうした場合に提出責任が生じるか(高橋宏志・前掲注(26)四一〇頁)、訴訟物が訴訟活動の目標となりかつ範囲を規制する役割を果たしていることを無視するものではないか(小林秀之・前掲注(20)三七三頁)といった反論がなげかけられている。

(61) 公益の問題については、民事訴訟法学会ミニ・シンポジウムにおける山本克己氏の基調報告参照、民訴雑誌四三号一二二頁。

(62) 伊藤真『民事訴訟法』(有斐閣 平成一〇年)一九頁。訴訟行為についての私法規定の適用について、公益性を理由として全面的に否定するというような考え方は行き過ぎた公益性の強調であるという。

(63) 新堂幸司・前掲注(6)四八頁。

(64) 新堂幸司・小島武司編『注釈民事訴訟法』(1)〈有斐閣 平成三年〉「小島武司」七一頁。

- (65) 現行法にも多数当事者訴訟形態(補助参加、独立当事者参加、共同訴訟参加)は存在するが、集団型紛争の場合には、このような制度は有効とはいえない。このような紛争を処理する制度として選定当事者制度があるが、旧法の段階では、書面による授権の厳格性等を理由として、ほとんど利用されなかった。新民訴訟により、選定当事者制度の改正が試みられ(三〇条、一四四条一項、二項)、選定当事者の範囲の拡張と手続の簡便化がはかられたが、個別の選定行為が必要な点に大きな問題が残された。我が国には存在しないが、集団型の紛争を対象とした制度について以下の文献参照、谷口安平「集団訴訟の諸問題」『新・実務民事訴訟講座 3』(日本評論社 昭和五八年)一五七頁以下。
- (66) 小橋馨「営業秘密の保護と裁判公開の原則」ジュリ九六二号三八頁、田辺誠「民事訴訟における企業秘密の保護(上)」判タ七七五号二五頁以下、松井茂記「裁判の公開と『秘密』の保護」民商一〇六巻四号、五号、六号、『アメリカ合衆国における裁判の公開と秘密保護』(日本弁護士連合会 平成九年)。
- (67) 井上II高橋編・前掲注(41)「山本弘発言」二五頁。
- (68) 新堂II小島編・前掲注(64)「井上治典」三八頁。
- (69) 田中成明『法的空間』(東京大学出版会 平成五年)二二五頁。
- (70) 我が国は弁護士強制主義をとっていないが、訴訟では弁護士に委任する場合が多く(一九九五年司法統計年報によれば、地裁で八割(原告・被告双方、一方のみを含めて)、その訴訟費用化が要請されている。しかし、訴訟費用化を図る場合に、敗訴者が負担する弁護士費用の額の定め方、正当な訴訟追行を抑制しかねない懸念、弁護士数の絶対数の少なさ、弁護士の都市偏在といった解決すべき問題もある。「特集 民訴費用・弁護士報酬の検討」ジュリ一一二二二号。
- (71) 今次の民法改正の動機・目的について審理の迅速化・充実化は裁判所の実務改善運動として強力に進められるものではないかとの指摘もある。高橋宏志『新民訴訟法論考』(信山社 平成一〇年)二〇〇頁。
- (72) 好井裕明「法的言説空間における権力作用の解読」棚瀬孝雄編『現代の不法行為法』(有斐閣 平成六年)一一七頁以下。

下。法廷における、ある「笑い」をめぐる、具体的にどのような形で裁判官がその「笑い」を封じ込め、裁判官の権力行使により法廷における当事者間で「一個の人間として向き合う」ことを阻害されたかが描写されており、こうした光景は稀なことではないだろう。

- (73) 『日本人の法意識』(岩波書店 昭和四二年) 一四八頁以下。
- (74) 「裁判嫌いの神話(上)(下)」判時九〇二号一四頁以下、九〇七号一三頁以下。同じ見解を有するものとして、大木雅夫『日本人の法観念・西洋的法観念との比較』(東京大学出版会 昭和五八年)。
- (75) 日本で自動車事故による損害賠償請求訴訟の利用率の低さを被害者の合理的計算結果に基づく訴訟回避として、川島説を否定するものとして、M・ラムサイヤー『法と経済学』(弘文堂 平成三年)。その他、法と経済学とを学際的に結び付けて分析するものが増えてきている、例えば、小林秀之・神田秀樹『法と経済学入門』(弘文堂 昭和六二年)、ロバート・D・クーター・トーマス・S・ユールン(大田勝造 訳)『法と経済学』(商事法務研究会 平成二年)。
- (76) これらの説以外に、この双方を弁証法的に統合した説もある。この見解は、日本人がその非効率な司法制度を改革しない点に着目する。アメリカに比べ、日本は私的紛争解決の役割と行政的介入の社会的比重が圧倒的に大きい点、又、日本人は一般的に法的基準を固守した厳格な紛争解決を嫌い、融通性を好む傾向があるとされる。加藤雅信「日本人の法意識」法社会学四七号一九〇頁以下、同「日本人の法意識」ジュリー一〇〇七号一三頁以下、後者の文献の方が、各国法曹人口の比率等の図もあり、詳細である。
- (77) 星野英一『民法論集第五卷』(有斐閣 昭和六一年) 一一五頁。
- (78) 星野英一・前掲注(77) 三〇四頁。
- (79) 津地裁昭和五八年二月二五日判タ四九五号六四頁。星野英一編『隣人訴訟と法の役割』(有斐閣 昭和五九年) 参照。
- (80) 小島武司・C・アティアス・山口龍之『隣人訴訟の研究』(日本評論社 平成二年)。
- (81) 「法文化」という言葉自体多義的なものであるが、例えば、「ある国の法規範、法機構、法行動、法意識の総体ではなく、

- それらに共通の特徴を与える、法に関する基本的な象徴的意味、あるいは法観念の体系」六本佳平「法社会学研究における法文化」法社会学四七号一八六頁。日本人の契約観とヨーロッパのそれとの違い、あるいはアメリカのそれとの違いについて分析したものと、わが国社会における契約観(1)(2) NBL二〇〇号四頁以下、NBL二〇一号二六頁以下、「日本の取引と契約法(上)(下)」NBL五〇〇号一六頁以下、NBL五〇一号一六頁以下。
- (82) 拙稿「裁判と裁判外紛争解決制度との関係―西独・オーストリーとの比較法的考察からみた我が国の将来的展望―」判タ六一九号二〇頁以下。
- (83) 拙稿『「訴の取下を含む訴訟上の和解」についての試論―Walter Mendeの学説を中心として―』法学研究六二巻一 号八三頁以下、同「訴の取下を含む訴訟上の和解」大阪経済法科大学法学研究所紀要一八号六三頁以下。
- (84) 拙稿「制限的認諾の適法性」大阪経済法科大学法学研究所紀要二二号三頁以下。
- (85) 井上治典・前掲(29)一一六頁以下。
- (86) 和田仁考『民事紛争処理論』(信山社 平成六年)二〇五頁。
- (87) 日本弁護士連合会編集委員会編『あたらしい世紀への弁護士像』(有斐閣 平成九年)「田中成明」二七〇頁。

