

## 論説 比較法文化論の立場から見た裁判

著者	三井 哲夫
雑誌名	筑波法政
巻	12
ページ	14-47
発行年	1989-03
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2241/00155675">http://hdl.handle.net/2241/00155675</a>

# 比較法文化論の立場から見た裁判

三井 哲夫

## 第一 比較法学の課題

### 一 問題の所在——比較法、比較立法、比較法文化論

比較法研究の必要性が叫ばれてから既に久しい。

ソロンの法典や十二表法の制定が比較法の起源であるとするのは、些か誇張に過ぎるとしても、十九世紀後半から二十世紀にかけて、比較法が一個の独立した学問として確立されるに至ったのは、揺るぎない事実である。<sup>(4)</sup>

しかし、「民法と云うものはない。ナポレオン法典があるだけだ。」との有名なブウニエ (Beugnot) の警句に示されている通り、各国の民法がナポレオン法典の種々な現象形態に過ぎなかつた時代には、<sup>(5)</sup>『比較法』(droit comparé) は

『比較立法 (legislation comparée)』と云う素朴な姿でしか現われる事がなかった。

一八六七年にベルギーで『国際法及び比較立法雑誌』(Revue de droit international et de législation comparée)が創刊され<sup>(6)</sup>、一八六九年に、フランスに『比較立法協会』(Société de législation comparée)<sup>(7)</sup>が創設されたのも、正にこの様な状況の下に於てであった。

けれども、既にアスカレリイによつて正当に指摘された如く<sup>(8)</sup>、「不完全であるために誤謬を冒すかも知れない結論に陥る危険を避けたいと望むならば、研究の対象は、比較法 (il diritto comparato) であるべきであつて、決して単なる比較立法 (la semplice legislazione comparata) であつてはならない。」

そして又、『法』と云うものが、イエリンソンの言う如く「人間的自由の客観的有機体」(eines objektiven Organismus der menschlichen Freiheit) であるとしたら、法を比較すると云う事は、それぞれの法文化を比較対照することになければならない<sup>(9)</sup>。

凡そ、『法』と云うものは、現実生活に立脚してのみ理解され得るのであり、それなくしては、真のペルスペクティヴの中に、その『法』を見出すことは出来ないからである<sup>(10)</sup>。

(一) ヘロドツス (Hérodote) により、賢者 (I, 30, 2)、詩人 (V, 133, 2)、立法者 (I, 29; II, 177, 2) と讃えられたソロン (Solon) は、アテナイの富裕な貴族、大旅行家、政治家であり幾多の立法改革により知られているが、その改革の詳細は明らかでない。(GAUDEMET: "Institutions de l'Antiquité", 2<sup>e</sup> éd. 1982, no. 112, p. 153-154)

なお、ソロンの改革に就ては Ath. Polit. V-XIII HIGNETT; "History of the Athenian Constitution to the end of the fifth century B.C.", 1952, p. 13-22 FERRARA; "La politica di Solone", 1964 参照。

また、比較的良く知られている遺言法に就ては GERNET; "La loi de Solon sur le «testament»", Droit et société dans

la Grèce ancienne, p.121-149 参照。

(2) 十二表法制定のためケントゥリア民会 (comitia centuriata) によつて指名された十人委員会 (decemviri legibus scribundis) は、ギリシヤの立法特にソロン<sup>(1)</sup>の立法を調査する為の三人の研究員 (triumviri) をギリシヤに (或いは少なくともイタリヤ南部のギリシヤ植民地に) 派遣したと言われる。(MOMMSEN; "Manuel élémentaire de droit romain", t.I, 1970, réimpression de la 6<sup>e</sup> édition 1947, no.35, p.32 GAUDEMER; op.cit., no.267, p.384)

尤もこの委員会の審議にギリシヤ法が影響を及ぼしたか否かに就いては争いがあふ。この点の詳細に就ては V. ULTERRA; "Diritto romano e diritti orientali", 1937, p.173-222 DELZ; "Der griechische Einfluss auf die Zwölftafelgesetzgebung", M.H.XXXIII, 1966, SS.69-83 参照。

(3) DAVID et JAUFFRET-SPINOSI; "Les grands systèmes de droit contemporains", 9<sup>e</sup> éd.1988, no.2, p.1

(4) 一九三八年に刊行されたラムベール教授献呈記念論文集 (全三巻) "Introduction à l'étude du droit comparé", 3 vols. は、その最初の金字塔であろう。

(5) SOHM; "Frankisches Recht und römisches Recht, Prolegomena zur deutschen Rechtsgeschichte", Z.S.S., Bd.I, 1880, G.A., S.81ff. 「我々がフランス及びイギリスの中世法を参照する事は、ドイツ法を外国法と比較することではなく、同一の法の種々の現象形態を比較することに他ならない。」(a.o., S.81)

「我々は、嘗て中世のフランク法からイタリヤ法に移行した。しかしして、今日再びライン河彼岸の法に復帰するのである。ただし、中世の古フランク法がゴシック様式並びに封建制度の精神を抱懐するものであるに反して、今日我々の継受する新フランク法は、その本質の明暗両面に於てフランス革命から極印を押されているのである。」(a.o.S.84) (久保正幡・世良

晃志郎訳)

(6) この雑誌は、一九四〇年迄続いた。

(7) この協会は、現在でも、31 rue Saint-Guillaume, Paris (VII<sup>e</sup>) に於て活動している。

(8) ASCARELLI; "Premesse allo studio del diritto comparato", Saggi giuridici, 1949, p.6

(9) JHERING; "Geist des römischen Rechts", Bd. I, 10 Aufl. 1907, § 3, S. 25

(10) 「何よりも先ず、法体系の統一 (l'unità del sistema giuridico) と云う事を、常にその全体に於て把握する事が不可欠である。極く些細な問題の解決の持つ意味でもなく、その法体系の統一性とその法体系の一般原理が各個の問題に与える影響とを銘記しない限り会得し得ない事も屢々なのである。」(ASCARELLI; loc. cit.)

(11) JHERING; Geist, § 4, S. 50 「従つて、或る時代の或る民族の法典、法の理論的集成は、その民族その時代の現実の状態が実生活によつて如何に阻害され、または支持されるか、等——これらすべての問題に対しては、実生活自体のみが解答を与える。……何故この制度が存在しているか、或いは、この形態を帯びているかの根拠は、この特定の時代の目的並びに要求のうちに存するのであり、一つの制度が可能とされ、反対に他の制度が余計のものとなる根拠は、この時代の目的及び要求により与えられた諸前提のうちに存するのである。」(原田監修訳)

(12) DAVID; "Traité élémentaire de droit civil comparé", 1950, p. 15

## 二 法文化の基本的構成要素

ヨーロッパに与えられた自然的及び歴史的<sup>(13)</sup>条件から、その文化一般の基本的構成要素を抽出すると、次の三つものに要約される<sup>(14)</sup>。

即ち、第一にガリア・ローマ的要素、第二にフランク的要素、そして第三に、この両者を媒介し、統一したものと<sup>(15)</sup>してのカトリック的要素。

そこで、法の基本構造を考察するに當つても、この三要素を常に念頭に置かなければならない。その結果、法文化に於ては、これ等の三要素は次の様に変容する。

(一) ローマ法 (ガリア・ローマ的要素)

(二) サリカ法 (フランク的要素)

(三) 教会法 (カトリック的要素)

(13) 野田・「フランス法概論」・上巻(1)・一三頁以下及びそこに引用された諸文献参照。

(14) 野田・概論・上巻(1)・一九頁以下。

(15) この第三の要素を『キリスト教的要素』として抽出するのは正しくないとと思われる。カトリックとプロテスタントとの間には、ユダヤ教とキリスト教以上の大きな隔たりがあるからである。

### 三 フランク法とローマ法

「世界法史にとつて、即ち西洋文化世界の法史にとつて、問題となるのは唯二つの法——フランク法とローマ法だけである。」とは、ルドルフ・ゾームが、サヴィニイ雑誌・創刊号(ゲルマン法の部)の巻頭論文の冒頭に於て喝破したところである。<sup>(16)</sup>

確かに、例えばフランス法は、北部の慣習法地方 (pays de coutumes) に生き永らえたフランク(サリカ)法的な概念と、南部の成文法地方 (pays de droit écrit) で勢力があったローマ法的な概念との、千五百年來行われて来た総合(シンテーゼ)の結果に他ならない。<sup>(17)</sup>

我々は、その実証を過去の歴史の過程に於て幾つでも見出す事が出来る。

例えば、フランスには、ユーグ・カペエ以降カペエ、ヴァロワ、ブルボン各王朝の系譜に唯一人の女王も現われて

いない。これは勿論、サリカ法典第五九章五が『土地』(terra [salica]) の相続から婦女を完全に排除しているからである。<sup>(18)(19)</sup>

更に又、ナポレオンが『国王』(Roi)ではなくて『皇帝』(Empereur)になったのは、彼が王位継承権を有せず、元老院の国民投票によって『選ばれた』<sup>(20)</sup>からである事は云う迄もない。

同様に、我が民事訴訟法第二二三条が「和解……ヲ調査ニ記載シタルトキハ其ノ記載ハ確定判決ト同一ノ効力ヲ有ス」と定めているのも、その根拠をフランク法に有するものである。

即ち、フランク法に於て特別の役割を演じている一般原則——第三者『の前面で』或る法律行為をする事は、その第三者『によって』その法律行為をする事と同一である——を忠実に承継しているのである。第三者『の前面に於ける』法律的動作 (Rechtshandlung) は、その第三者『による』法律的動作の簡約された形式に他ならぬ。<sup>(21)</sup>

従つて、フランク法によれば『デナリウス貨幣投げの方式による非自由人解放』(Freilassung per denarium) は<sup>(22)</sup> 国王『によって』行われると、或いは又単に国王『の前面で』行われるとを問わず、均しく有効である。この二つの形式は同等の価値のものとして相互に交替し、何れの場合にもその効果は同一である。換言すれば、国王『の前面に於ける』解放も、法律上は国王『による』解放であつたのである。<sup>(22)</sup>

このフランク法上の一般原則がその儘現代法に投影されて、裁判所『の前面でされた』『和解』が、裁判所『によってされた』『判決』と、同一の効力を有する事になるのである。

(19) Sohn; a.a.O., S. 1 ff. 「この事実を以下に於て簡単に説明しよう。(S. 1)……サリカ系フランク人から発したフランク帝国の建設は、爾後に於ける法史の発展全体にとって決定的な意義を有する事になった。ただし中世法史は、本質に於てサ

- リカ系フランク法が他の諸部族法に及ぼした影響の歴史である。(S3)……諸部族法の統一は、それ等のフランク法化と同義であった。(S10-11)……(而も)ドイツ諸部族法に対して勝利を占めたのは、リプアリア法即ちドイツ系フランク法には非ずして、西フランク法、即ち近代的表現を用いればフランス系フランク法であった。(S6)……ノルマン人がイギリスに渡った時、彼等に伴つてなお第二の征服者ノルマン法即ち北フランス法が進軍した。……今日のイギリス法は、古アングロサクソン法との凡ゆる関連を失つてゐる。ノルマン人に因つてアングロサクソン法は全く根こそぎにされた。(S68)……ノルマン化とは、フランク化と同意義である。フランクの封建制、フランクの私法、一般にフランクの法制は、かくてブリタニアをも占領し、イギリスをもフランク帝国史及びフランク法史の圏内に引き入れた。今日のイギリス法の前史は、イギリスでなく北フランスを故郷とするのである。否、イギリス法は、今日でも本質的には古フランス法の余り近代化されたもの (relativ wenig modernisiertes alfranzösisches Recht) に他ならない。イギリス法は、イングランドから發して、大ブリテン諸国の広汎な植民地、東印度、アフリカ、オーストラリア、北アメリカに伝わつてゐるが、これと共に、これ等の廣大無辺の諸地方は古フランス法の屬州 (Provinzen alfranzösischen Rechts) と化してゐる訳である。誇らしくもレックス・サリカは、自己の産み出した数多の強力な諸法を眺め渡す事が出来る。古サリカ慣習法よりしてフランスの法が、中世ドイツの法が、イギリスの法が、新発見の諸世界の法が發してゐる。全世界と云うものがサリカ法の下に服してゐたし、今もなお服してゐる。(S69)……サリカ系フランク法こそは中世に於ける世界法 (Das Weltrecht des Mittelalters) であり、広汎な西洋文化世界の大半は今日も尚その支配下に属してゐるのである。然るに唯一つ、かゝるフランク法を危殆に陥れ、その世界支配を震撼する事を得た法があつた。ローマ法が即ちそれである。(S70) (久保正幡・世良晃志郎訳)
- (17) DAVM; Traité, 1950, p.246
- (18) Lex Salica; § 59.5: "De terra vero nulla in muliere hereditas non pertinebit, sed ad virilem sexum qui fratres fuerint tota terra pertineat." 「土地に就ては、但し如何なる相続財産も婦女に帰属すべからずして、男性、兄弟たる者に全ての土地は帰属すべし。」(久保正幡訳)
- (19) 「ラウテンブルグ・デトモルト國憲法は特殊なもので、サリカ法典は適用されないから、太公の逝去により太公位は太

公妃に帰属する。」(BENOIT: "Königsmark", éd. Albin Michel, 1934, p.40)

(20) トゥールのグレゴリウスの誌す所によれば(GRÉGOIRE DE TOURS: "Historia Francorum", II, 40, éd. KURSCH et LEWISON, "Script. rer. mer...", t.I, pars I, Mon. Germ. hist., 1951, p.89) クロヴィスはケルンのジギムルト王の息子に「汝が父のみまかりし時……王国は正に汝が手に落ちん。」("Si illi,…… moretur, recte tibi,…… regnum illius reddebatur.")と書き送つてゐる。

そして、息子が父王を殺し、更にその息子も殺されて相続人が欠けた時に、始めてクロヴィスが戦士達により王と認められた。従つて、この時代には『王国』(royaume)は王の私有物として相続の対象となり(それ故サリカ法典が適用される。)相続人が不存在の場合に限り『王が選ばれた』訳である。

かゝる家柄重視のフランク的伝統とは対照的に、『ローマ人の皇帝』は、その政治的軍事的力量により選ばれ、『世襲』(hérité)は完全に排除された。(PARSI: "Designation et investiture de l'Empereur romain", 1963, p.28)

このローマ皇帝選出の方式は、七五一年に宮宰ピピンが王位を篡奪した時にも模倣されて居り、カロルス王朝ではそれが常態となつた。この事はフランク国家が爾後『帝国』と呼ばれるに至つた事と無関係ではあるまい。

そして『王』と『皇帝』とのかゝる伝統的區別に従えば、ナポレオンは当然に『皇帝』でなければならぬ事になる。

(21) Lex Ribuaria; § 57, 1: "Si quis libertum suum per manum propriam seu per alienam in presentia regis secundum legem ribuariam ingenuum demiserit et dinarium iactaverit, et eiusdem rei carta acciperit, nullatenus eum per-mittimus in servicio inclinare; sed sicut reliqui Ribuarii liber permaniat."

「誰かが自己の被解放者を自己自身の手により又は他人の手により国王の面前にてリブアリア法に従い自由人として解放してデナリウス貨幣を投げ、而して彼(被解放者)がその事の証書を受領したる場合には、吾人は断じて何人にも彼を奴隷の身分に降す事を許さず、彼は他のリブアリア人の如く自由人として留まるべし。」(久保正幡訳)

なお、この手続の詳細は次の通りである。

「奴隷は一片の『デナリウス』銀貨を手にして主人と共に王若しくは王の官吏の面前に立つ。主人は彼自身の手を以て奴

隷の持つ銀貨を地上に打ち落す。そうすると王がその奴隷を国民仲間に編入する宣言をする。」(粟生武夫・「法律史の諸問題」・二九五頁)

この銀貨は自由を買い取るための『象徴的代金』(Scheinpais)ではなく、奴隷は、これによって解放後も貢租義務を負う意思がある事を示し、主人は打ち落しにより貢租を受け取る意思がない事を示す『象徴的貢租』(Scheinzins)であると解するのが通説である。(BRUNNER: "Die Freilassung durch Schatzurt", Abhandlungen zur Rechtsgeschichte, Bd. I, 1931, S. 240ff.)

(22) SOHM: a. a. O., S. 35 (久保・世良訳による。)

#### 四 所謂『国家的教会法』

慣習法地方と成文法地方との区別とは無關係に『教会法』(Droit canonique)は、<sup>(23)</sup>法の重要な分野に大きな影響を及ぼした。

例えば手続法特に証拠法は、十三世紀に於て教会裁判所(tribunaux ecclésiastiques)で行われていた規則に従って修正されたし、婚姻法が特に教会の強い影響下にあつた事は想像に難くない。<sup>(24)</sup>

尤もここで特に注意しなければならないのは、この『教会法』が所謂『国家的教会法』(Droit canonique dit national)であると言う事である。元来『教会法』なるものは、教会を規律するためのものである以上、国境を越えた普遍的なものである筈である。

しかし、『カトリック世界』(orbis catholicus)が広がるに連れて、その基本原則(自然乃至神の掟)に反しない限り、各民族の歴史、慣習、物の見方、感じ方などに適應した微調整を行う必要が生ずる。かゝる必要に応ずるために

各大司教区 (provincia) 各司教区 (diocesis) 毎に公会議 (concilium) 又は司教 (évêque) がその管区内にのみ通用する法規を發布する事が許された。

かくて、『国家的教会法』が誕生する。各国法文化の構成要素を成しているのは、勿論、この様な『各国(フランス・ドイツ・イタリア)教会法』である。<sup>(25)</sup>

(23) シャン・テヘルに従えば、『教会により發布された法がカノン法 (Droit canonique) と呼ばれるのは、その法が正義の面に於て類なく卓越しているが故に』、正に『原理』、『原則』を意味するギリシヤ語“*Kanon*”に相応する」からだそうである。(Jean GIBERT; “Institutions ecclésiastiques et bénéficiales suivant les principes du droit commun et les usages de France”, 1720 et 1736, p.12)

勿論、筆者によれば、『droit sacré』: “droit divin”などの表現も用いられるが (例えば、SCHMALZGRUBER; “Jus ecclesiasticum universum”, 1717, p.42) 十分な根拠は無いと思ふ。(ANDRIEU = GUITRANCOURT; “Introduction à l'étude du droit en général et du droit canonique contemporain”, 1963, p.273-275)

これに反して、教会法 (droit ecclésiastique) とは、呼称は、その沿革から見れば不詳なものとは断言できず。

(ANDRIEU = GUITRANCOURT; op.cit., p.275)

(24) DAVID; “Le droit français”, t.I, 1960, p.6

(25) 中ノランヌ教会法 (ancien droit canonique français) の詳細は、ANDRIEU = GUITRANCOURT; op.cit., p.296 et suiv. 参照。

## 第二 裁判の起源——『競技』としての裁判

### 五 問題の提起<sup>(26)</sup>

私法が『自由平等』をその指導原理としているのだとすれば、所謂『東洋』には、最近に至るまで『私法』の觀念は、少なくとも一般人の意識の中には存在しなかつたと言つて良い。

この点に就て、例えば仁井田教授は、自由を原理とするギリシア・ローマの法に対し、東洋の『法』が上からの權威に依拠して居り、個人の自由は最近に至るまで無視されて来たとして次の様に説く。<sup>(27)</sup>

「そもそも東洋にはギリシヤ的自由の思想がなかつた。東洋では法の使命は人の自由の保護にあると云う様な思想は生まる可くもなかつた。エスカラも又次の様な事を言つた。

『ギリシヤ的自由を持たぬ東洋ではかゝる自由に支えられた法律を持たなかつた。地中海の精神は、アングロサクソン、ゲルマン、スラヴなど諸国の法の大部分に息を吹き込んでゐる。そこでは、法は神聖なものとして尊敬せられる。これに対して、東洋では法律に劣つた地位しか認めなかつた。』と。

この様にして、中国乃至東洋社会では、ギリシヤ・ローマ的自由を持つたギリシヤ・ローマ社会とは極めて対蹠的に、法及び裁判官に対する輕蔑意識が強かつた。原田教授の説かれた『ローマ法の原理』を裏返しにすれば、東洋法の——中国法の基本原理となると言つて良い程である。人民は法を畏怖するのみであり、法が人民の味方であること

はなかつた。」

そして、かゝる社会では法の中心は『刑法』におかれる事になり、<sup>(29)</sup>西欧法的な『私法』と云う觀念は生れ得ないと云うのが大方によつて承認された見解であつた。

しかし、良く考えて見れば、この様に古典古代（ギリシャ・ローマ）に反するものを悉く『前近代的』と極付けてこれに反する文化を卑しめる考え方は、現在でも極めて一般的であるけれども、それが凡ゆる点に於て誤つてゐる事は明白である。

先ず第一に、ギリシャ・ローマの文化に反するものは全て『前近代的』であると云う様な議論は、必然的にギリシヤ・ローマ社会が『近代的社会』である事を当然の前提にしなければならぬが、時代区分に關して如何なる学説を取らうとも、<sup>(30)</sup>ギリシヤ・ローマを『近代』の中に加える事は出来まい。<sup>(31)</sup>

第二に、これから述べる様な古代ギリシヤ法の考え方は、特殊の地理的・歴史的な文化条件に結び付くもので、東洋社会にはその様な文化条件は存在しなかつたのではあるまいか。そして若しそうなら、異なる文化条件の下に生れた二つの文化を時間的發展と云う枠の中で比較して一方が他方より發展の段階に於て遅れてゐるとする——『前近代的』であると表現する——事は出来ないであらう。<sup>(32) (33)</sup>

最後に、かゝる短絡的思考の原因は、恐らくあの悪名高き『世界史の三分法』にあるものと思われる。即ち、先ず『近代』を確立し、次にそのモデルとしての『古典古代』（ギリシヤ・ローマ）を形成し、その中間にある<sup>(34) (35)</sup>（medieval）時代を、超克せらるべき世代としての中世と措定して、中世を暗黒化する例のテクニクである。

かゝる中世觀が十九世紀西歐史学の豊かな結実によつて如何に變貌したかに就ては、史家の研究に俟たなければな

らないけれども、それが従前癡々『東洋的』として片付けて来た精神態度に就て新たな吟味を求めて居る事も事実である。<sup>(37)</sup>

(26) 野田・「私法觀念の起源に関する一管見——L. GERRETの研究を拠所として——」(私法学の新たな展開・我妻追悼・二三頁以下)

(27) 「公法が命令服従をその指導原理とするのに対し、私法は自由平等を指導原理とする。」我妻・「新訂民法総則」・[四]・二頁)

(28) 仁井田・「中国法制史」(増訂版)・五二一—五三頁

(29) 仁井田・前掲七四頁

(30) 「およそ時代区分なるものは一つの不可避免的な悪であり、全面的に満足出来る様な時代区分は恐らく決して見出される事はないであろう。」(MITTENS = LIEBERICH: "Deutsche Rechtsgeschichte", 17 Aufg., 1985, S.8 [世良晃志郎訳])

(31) 野田・前掲・二六頁

(32) 野田・前掲・二七頁

(33) 例えば、古代エジプトは、古王国末期の第六王朝以降(2250~2100)と中王朝末期(1650~1550)、更に新王国以後(1010~)の三度に亘って封建時代を体験しているが(GAUMONT: op.cit. no.40, p.60 et suiv., no.47, p.70, p.811~812, Tableaux chronologique)、西欧社会がその段階に達したのは、やうと十一世紀になつてからである。

(34) 「旧体制に抗して人間性の解放に邁進するルネッサンスの精神は、自己の時代をば、前代に比して質的に異なる『新しい時代』として意識しようとする。『近世』の誕生は、この強烈な時代意識を前提として始めて可能となる。而もそれが、キリスト教的な『新生』ではなしに、嘗て存したものの『復興』であると考えられた点に、明瞭に世界史の三分法が浮かび上がる。即ち換言すれば、先ず最初に『近世』の自覚が発生し、次でそのモデルとも云うべき『古代』観が形成せられ、この両時代の『中間にある』(メディーヴァル)時代としての『中世』が指定せられる。中世は、それ故、それ自らに積極的

な価値を持つ時代ではなくて、単に中間に介在する『超克せらるべき時代』に過ぎない。これに反して、古代は正に『古典的』(クラシック)なるそれであり、我々の世紀こそ、文字通り『神々の復活』する世紀に他ならない。中世の暗黒化は、こうして先ず十五世紀後半のフマニスト達によって牢乎たる素地を築かれた訳である。(増田四郎・西欧市民意識の形成・増補)・一七二―一八頁)

(35) 中世を『暗黒時代』とする事は、必然的に『十二世紀のルネサンス』を抹殺する事につながる。しかし、その様な事が許されないのは明白であろう。事実、その時代の最大の発明が『恋愛』であった様な時代が『暗黒』時代であった筈はない。この点の詳細に就ては、Ourliac: "Troubadours et juristes", Etudes d'histoire du droit médiéval, p.273-301 参照。

(36) 増田・前掲・一九頁以下

(37) 増田・前掲・三一頁

#### 六 ルイ・ジェルネの見解——『競技』と『法』(『Jeux et droit』)

フランスに於けるギリシャ古典学の泰斗であるルイ・ジェルネは、その論文集『古代ギリシャに於ける法と社会』("Droit et société dans la Grèce ancienne", 1964)の中に納めた極めて注目すべき論文『競技と法』(イーリアス第二十三書に就ての考察)<sup>(38)</sup>に於て次の様に言っている。<sup>(39)</sup>

古代ギリシャの法は、競技の展開とこれを秩序付ける規則を範型として社会制度化への道を辿って発展した来たもので、この事はギリシャ古代の訴訟の構造が著しく競技に類似して居る事から明らかである。即ち、一般的に『訴訟』を表わす言葉である"*agōn*"が同時に『競技』の意味でも用いられていたのである。<sup>(40)</sup>

イーリアス第二十三書は、アキレウスが心の友であるパトロクロスの戦死を悼み、その追善のために催した数種の

競技に就て叙述しているのだが、物語は次の様に進行する。

- (一) 賞品は、競技の主催者（アキレウス）によって、競技場（“*ayawu*”）の中央に置かれる。
- (二) 勝利者は、これを主催者から授けられるのではなく、自ら取得する。<sup>(41)</sup>
- (三) 勝利の結果としての賞品の取得は征服に均しく、<sup>(42)</sup>伝来取得ではなく、原始取得である。即ち、賞品は主催者（アキレウス）により競技場（“*ayawu*”）の中央に置かれる事によって無主物（*res nullius*）となり、勝者はこれに手を置く事によってその先占を表明するのである。<sup>(43)</sup>
- (四) 自救行為ではあつても、その行為は“*ayawu*”の中<sup>(44)</sup>で行われる事に注意しなければならない。
- (五) アキレウスが殿になったエウメロスに二等賞を与えようと提議するが、実際に二等になったアンティロコスが異議を申立て、その異議は認められて、エウメロスには別の賞が与えられる。（五三四行以下）
- (六) 次にアンティロコスの計略にかかつて敗れたメネラオスが異議を述べて、アンティロコスに対して「大地を支えこれを揺るがす神に、故意に私の戦車を策略によって妨げたのではないと誓え。」と要求する。（五六六行以下）
- これ等の情景は、真の『裁判』の域には達していないが、その可能性ははっきりと読み取れる。<sup>(45)</sup>
- ジェルネに従えば、<sup>(46)</sup>「競技の慣習法と裁判の慣習法との間には、連続性（*continuité*）があり、管轄の問題は自ずからにして裁定されている。闘争による決定の為の環境である所の“*ayawu*”は、また判決による裁断にとつても有利な環境である。前の場合に承認をする集会が、後者の場合にも裁決する様に求められる。証拠方法ですら競技の慣習法に属している。メネラオスが免責的宣誓を要求している場合……：それが必要に応じて裁判上の宣誓（*serment judiciaire*）として機能する様になる事は確かである。<sup>(47)</sup>

同様に、ここに指摘されている行為や文言に就て、それが訴訟手続だと言えば語の濫用にならうが、少なくともその先駆であるとは言い得るのではあるまいか。<sup>(48)</sup>

かくてジェルネは、次の様に結論する。<sup>(49)</sup>

古代ギリシャの訴訟は競技との密接な関連の下に発達したものであるから、訴訟の本体は二人の個人の實力闘争であり、公権力は単に競技の審判者に過ぎない。それは飽くまでも競技が公正に行われる様に、慣習的に成立したルールを適用する受動的な役割を受け持つだけである。<sup>(50)</sup>

(一) 「訴訟は、或る種の闘争である。——裁判人又は仲裁人は、闘争に介入する資格はない。彼に認められた權威によつて、また、裁判上の儀式の力によつて、彼は競技(“*agôn*”)の結果を確認する。そこでは、二当事者は、自分達だけで事を行うように放任される。——裁判人の役目は、打撃をマークし、結果を確認することであり、対立当事者の武器は、文言と証拠とである」<sup>(51)</sup>

(二) 「“*Δικαστήν*” (判決する) とは、証拠の規則に従つてこの勝利を宣言する事である」<sup>(52)</sup>

(三) 「紛争は解決されなければならない。裁判上の討論(*debat judiciaire*)——判決までは、裁判人は受動的に留まるから、それは常に“*agôn*”である——は“*neikos*”(喧嘩)に常に終止符を打つが、それはポリスとは無関係である。判決は直接には国家権力を巻き込まず、単に個人的な執行の機能を認めるだけである」<sup>(53)</sup>

(四) 「古代ギリシャ法の中でも最も進んでいたアテナイの法でさへも、依然『喧嘩』を終結させる判決と云う原始的な考え方に服している。全ての“*δίκη*”<sup>(54)</sup>は定義上ただ一個の優越を与えるに過ぎない。この優越は、觀念の世界に於て、勝訴者の権利が裁判官の宣言に先立つて存在していると云う意味は含んでいない」<sup>(55)</sup>

(五) 「判決とは、第三者が試合の規則に則り文言化した決定である。その性格を際立たせているものは、強制執行が勝者の責任でなされると云う事であり、判決はたゞ勝訴者に個人的な差押の特権を保持するに過ぎない」<sup>(56)</sup>

即ち、西欧法的訴訟は二個人間の実力闘争——自救行為から発展したものはあるが、たゞそれが無政府的な恣意の下に行われたのではなく、社会的なコントロールの下に行われる事により次第に儀式化され、制度化されていったものと考えられる。近代私法の一つの柱とされた『私的自治』は遠くこゝにその源を発しているのである。<sup>(57)</sup> 民法の観念は、“*arete*”的訴訟観と密接に結び付いているのである。

以上の結論を前提として、野田教授の推論が展開される訳だが、それに先立つて次の二点を指摘して置くのが正当であろう。

(一) 先ずイリアスの叙述から明らかな事は、ギリシャ人の先祖が、極めて戦士的、騎馬民族的であったと云う事であり、その中で生れた法観念が後のギリシャ法の考え方に受け継がれている事である。<sup>(58)</sup>

(二) 次に、古代ギリシャの訴訟は、個人的自律(*autonomie individuelle*)の精神に基礎を置いていたと言って良く、<sup>(59)</sup> 民法の観念が密接に“*arete*”的訴訟と結び付いているのである。<sup>(60)</sup>

(38) GERNET: “Jeux et droit (Remarques sur le XXIII<sup>e</sup> chant de l’Illiade)”, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, 1964, p.8~18

(39) なお、同書に収録されている『ギリシャ法に於ける判決の概念に就て』(“Sur la notion du jugement en droit grec”)も大いに参考になる。

(40) 有名なオリムピアの祭典に於ける競技も又“*arete*”と呼ばれていた事は、例えば、ヘロドトスの『歴史』など幾多の文献により明らかである。(野田・前掲・三五頁註二)

また、シャントレーヌの語源辞書 (CHANTRAINE; "Dictionnaire étymologique de la langue grecque", t.I, 1968) によれば、「ホメロスに於て最も度々使われ、後に通常のものになる ("αγών") と云う語の持つ意味は、競技のための集会と云う意味であり、拡張によって闘争、訴訟の意味を持つ。」(野田訳・前掲三六頁註一一) とされている。

(41) この取得行為を表わすには "αειπεύω" (持つて行くために持ち上げる) "αυγαίνω" (取る) "αρθέω" (手を触れる) などの動詞が用いられ、特に後二者は爾後法律用語として常用される様になる。(GERNET; op.cit., p.11)

(42) "Appréhension égale conquête." (GERNET; op.cit., p.12)

(43) シェルネは「これを一種の自救行為 (acte de self-help) とする。(GERNET; op.cit., p.11) そして正にその故に、訴訟の観念と密接に関連する事になるのである。(野田・前掲・三二頁)

我々は、ここで更にイエリングの次の言葉 (HERING; Geist, I, § 10, S.110) を想起しなければならない。(野田・前掲三七頁註一六)「ローマの取得は "capere" [掴むこと] によって成立した。ローマ人にとっては、所有権とは、彼が手で取ったもの "manu-captum, mancipium" を意味し、彼自身は「取る者」"herus" である。所有権を譲渡すると云う事は、後世に於ける如くに、引渡 (trans-datio, traditio) によって行われたのではなく、一人のローマ人が他人に所有権を譲渡する場合には、古代に於ては、形式上も実質上も、取得者が一方的に取る事 (mancipatio, manucapere) として考えられていたのである。」(原田監修訳・一六三頁)

(44) この場合の "αγών" は『競技場』を意味するが、ホメロスの作品の中では『集会』を意味する場合もあり (特に、第七書七九八行、第一八書三七六行など)、競技の場合も、従って競技会として衆人監視の中で行われたのである。(野田・前掲・三三二頁) イーリアス第二三書二五七―七八行にも「みな帰ろうとしたのをアキレウスはそのまゝそこに人らを引き留め、広い集座 (αγών) を設けてから……」(呉 茂一訳) と述べられている。

(45) 野田・前掲三三三頁

(46) GERNET; op.cit., p.17 et suiv.

(47) 『裁判上の宣誓』("serment judiciaire": "giuramento") は、フランス民法第一三三七条から第一三六九条、イタリア

民法第二七三六条から第二七三九条に定められて居り、その手続は、フランス民事訴訟法第一三五六条から第一三六九条、イタリア民事訴訟法第二三三三條から第二三三二條に規定がある。

『裁判上の宣誓』には、当事者の一方が相手方に宣誓を以て挑む「決訟的宣誓」(“serment decisioire”：“giuramento decisorio”)と裁判所の職権で命ぜられる「補充的宣誓」(“serment supplétoire”：“giuramento suppletorio”)とがあるが(この両者の区別に就つては、Com.26 jan.1981, J.C.P.1981.IV.126参照)今この問題となるのは、前者である。この場合、一方当事者の宣誓によつて訴訟は終了する。(Civ.3<sup>e</sup>, 22 fév.1978, D.1978.IR.411, obs.JULIEN) 例えは、貸金請求訴訟の原告が被告に借金しなかつた事を誓えと挑み、被告が宣誓を拒否すれば被告が敗訴し、被告が宣誓に応ずれば原告敗訴となる。(野田・前掲三八頁註二五)

(48) 野田・前掲三三—三四頁

(49) GERNET; “Sur la notion du jugement en droit grec”, in “Droit et société”, p.61-81

(50) 野田・前掲四〇頁

(51) GERNET; op.cit., p.63

(52) GERNET; loc.cit.

(53) GERNET; op.cit., p.69

(54) この“*dikē*”と云う言葉は、可成り広い意味を持つ。後には「裁判」の意味になり、「権利」的な意味を持つが、近代的な「権利」の概念はギリシヤ人のもものではなかつた。(野田・前掲・三七頁註二〇) 「“*dikē*”の根本義は存在するもの、存在して本質的に相応じらぬもの(“das dem Sein eines Seienden seinem Wesen nach Zukommende”)である。“*dikē*”は何等“subjektives Recht”を意味しなかつた。“Rechtsschutzanspruch”(権利保護請求権)を意味しなかつた。(WOLF; “Griechisches Rechtsdenken”, Bd.I, 1950, S.107)

(55) GERNET; op.cit., p.81

(56) GERNET; op.cit., p.65

- (57) 野田・前掲・四一頁  
(58) 野田・前掲・三五頁  
(59) GERNET: op.cit., p.18  
(60) 野田・前掲・四一頁

### 第三 裁判の第二の類型——『愁訴型』

#### 七 野田教授の『若干の憶測』

以上に述べた様な“*ayaw*”的な訴訟観は、東洋社会の伝統にはなく、恐らく自救行為から訴訟への発展を裏付ける事は出来ないであろう。

例えば、論語・顔淵第十二の「聴訟吾猶人也。必乎使無訟乎」<sup>(62)</sup>に見える様な訴訟に対する消極的評価がおそらく一般的な考え方であったのであろう。

更に、史記・太子公序第七十の「夫礼禁未然之前、法施已前之後」<sup>(64)</sup>という（法が登場する様では手遅れだと言う意味での）法に対する消極的な評価を考え合せれば、闘争を個人の自律的な処理に任せて、その公正を担保するためにだけ公的機関が介入すると云う“*ayaw*”的な訴訟観は存在しないと云って良からう。

これを我が国に就て言えば、訴訟を表わす最も一般的なやまとことばである『うつたへ』は、訴える側の不平・不

満を自分より力のある者に伝えて、その処理を願う事であり、全く“*ayaw*”的な要素を持たない。

この場合の裁判人は、決して受動的な役割に終始するのではなくて、その能動的な主役であるからである。

“*ayaw*”的訴訟では、裁判役は鬭争の外にあつて軍配をあげる行事役に過ぎず、訴訟は二当事者間で争われるが、「うったへ」に於ては、裁判役が事件の中に割つて入り、積極的に争いを決着させるのであつて、当事者は寧ろ受動的で、三当事者構造になる。

有名な大岡裁きの『三方一両損』は史実ではないけれども、かゝる訴訟観を如実に表わした適例であらうし、また、<sup>(65)</sup>遠山金四郎が奉行の身で常に事件の重要な証人を兼ねているのも、右の訴訟観を如実に示すものであらう。<sup>(66)</sup>

この様は根本的な差異が生じた理由は、奈辺に存するのであらうか。

東洋社会は、農耕民的、定着的、静的である事をその特徴とする。

社会は当初より平和であるから、鬭争は社会の平和を乱すマイナス要素、病理現象と看做される。だから、鬭争は未然の前に防止するのが望ましく、既に鬭争が生じて『法』が登場して来るのでは手遅れなのである。

その結果、『法』と言へば、その消極的側面である刑法、手遅れに対する手術的処分としての刑法しか考えない。書經・大禹謨篇に見える「刑期于無刑」<sup>(67)</sup>と云う思想はその点を表明したものであり、この様な社会観からは“*ayaw*”的な訴訟観は生れよう筈がない。

これに対して西洋社会は、遊牧民的、非定型的、動的である事をその特徴とする。

鬭争は社会の生理現象であり、社会は鬭争によつて真に生きた社会になる。

だから『法』と言へば、先ず、その積極的側面である私法の事を考える事になり、『万人の万人に対する鬭争』(“*bellum*”

omnium contra omnes" (Hobbes) への転落を防ぐために、公正な闘争への枠付けとしてのルールの重要性が強く意識される。

そこから「法の目的は平和であり、これに達する手段は闘争である。」(“Das Ziel des Recht ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf.”)と云うイエリングの言葉が十分な説得力を持って響くのである。

かくて、この両者を同時に受け入れてしまった日本の裁判には、法制度のメカニズムとそれを運用するメンタリテイとの間に大きなギャップを生じ、“*ayaw*”的な訴訟手続の中に、社会的紛争が『うったへ』と云う甘えの精神構造で持ち込まれる事になる。

証拠法則によつて局外者として厳正に処理する事は『不人情』であり、『大岡裁き』こそが望まれる裁判官像なのである。<sup>(65)</sup>

(61) 野田・前掲四三頁以下

(62) 「訟を聴くは吾猶ほ人のごとし。必ずや訟無からしめんか。」(訴訟を聴いて正しい判決を与える事は、自分も又人並みに出来るだろうと思うが、自分の念願とする所は、裁判をすることではなくて、どうかして、この世の中から訴訟を無くしたいと云う事である。)(吉田賢抗訳)

(63) この項に就て吉田賢抗は次の様に評している。(新釈漢文大系・1・二七二頁)

「古来名裁判官と言われた人は多いが、訴訟のない世の中の実現を念願した人は未だ聞かない。流石に、孔子の期待する所は大きい。司法官を志す者の銘記して忘るべからざるものだろう。」東洋的訴訟観の面目躍如たり、と言うべきであろうか。

(64) 「それ礼は未然の前に禁じ、法は已然の後に施す。」

(65) この場合、当事者だけでなく奉行までが何故一両の損失を負担しなければならないのか、“*ayaw*”的な訴訟観からは到



(フランスの訴訟手続)

(instruction)

準備手続 ↓

(juge de la

mise en état)

(準備手続判事)

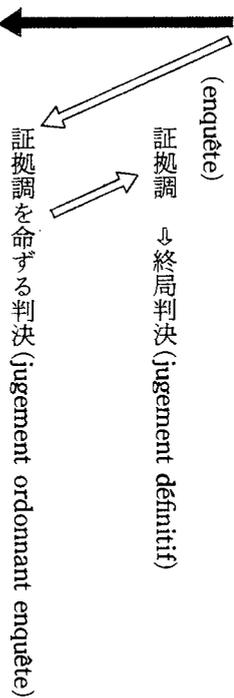
(mise en état)

準備手続終結又は

口頭弁論終結

(enquête)

証拠調 ↓ 終局判決 (jugement définitif)



終局判決 (弁論の全趣旨による)

(裁判所)

この基本型に於て特に重要なのは、『法務官』(Praetor || 職業裁判官)が主宰する『法廷手続』と『審判人』(iudex || 一般人)によつて行われる『審判手続』とが『争点決定』(litis contestatio)によつて判然と区別されている事である。かゝる『訴訟の二分化』(bipartition du procès)が確立されたのは、恐らく紀元前六世紀末から五世紀初頭にかけてからの事と思われるが、その萌芽は既にアテナイの訴訟に於て見出す事が出来る。<sup>(69)</sup><sup>(70)</sup>

更に又、『訴訟の二分化』が姿を消し、『争点決定』にもそれ程の重要性が無くなつた特別訴訟 (procédure extra ordinem) の時代にも、三年の休止満了の期間は『争点決定』の日から起算されると云う意味に於て、それが訴訟に於

ける一のエポックであると云う性格は矢張り残されていた。<sup>(72)</sup>

『訴訟の二分化』は、更にサリカ法典の時代にもこれを見出す事が出来る。

この時代には、各百人区 (centenae) 毎に“*malus*”<sup>(73)</sup> 又は“*mallobergus*”<sup>(74)</sup> と呼ばれる人民の集会が単一の裁判所として存在し、“*thunginus*”又は“*centenarius*”と呼ばれる『選ばれた首長』<sup>(75)</sup>が裁判長となり、“*rachimbourg*”と呼ばれる、少なくとも七人の『判決発見人』<sup>(76)</sup>が関与して裁判が行われた。

そして、“*thunginus*”又は“*centenarius*”は、判決に関与し得なかつたから、サリカ法典下に於てもローマ法とは別の意味での『訴訟の二分化』——裁判官と判決発見人の分離——が行われていた訳である。<sup>(77)</sup>

ミッタイスに従えば、<sup>(78)</sup> 裁判官と判決発見人を分離する事即ち訴訟の二分化は、ゲルマン＝フランク的裁判制度の基本的特色であり、この特色は驚く程長い間に亘って維持された。事実、一四九五年の帝室裁判所 (“*Reichskammergericht*”——王室裁判所 (“*das Königlich Kammergericht*”の後身) 令もこの原則に立脚している。

事は、フランスに於ても同様である。

一八〇六年に於て、司法の職務は職業司法官 (*magistrats de profession*) に専属して居り、彼等はその全部又は一部を他に委譲し得ないものとされていたが、次第にこの様な原則は緩和される様になる。<sup>(79)</sup>

例えば、鑑定 (*expertise*) は、<sup>(80)</sup> 純粹に技術的な問題に限られるから、鑑定人は証人尋問を行う事は出来ない筈であるが、<sup>(81)</sup> フランスの判例は、事物の性質に従い当事者その他の関係人を尋問して凡ゆる資料を蒐集する権限を鑑定人に認め、<sup>(82)</sup> かくて鑑定人は事実上の証人尋問を行う事により<sup>(84)</sup> 判事に<sup>(85)</sup> 変容した。

この点は、一四世紀以来の古い伝統を有し、権限不可譲の原則に対する唯一の例外とされて来た商事裁判所に於け

る“arbitre-rapporteur”<sup>(86)</sup>に就ても同様である。<sup>(87)</sup>

従つて、彼は正式の証人尋問を行う事は出来ないが、資料蒐集の名目で実質上の証人尋問<sup>(88)</sup>及び検証<sup>(89)</sup>を行う事が許され、彼の意見は通常その儘判決となつた。<sup>(90)</sup>

以上の様は原則から種々のヴァリエーションが生れた。

先ず、トゥルウス控訴院管内に於ては、民事裁判所乃至控訴院が所謂『受命弁護士』(“avocat-commissaire” ou “commissaire-arbitre”)に証拠調を行わせる慣行が存したが、破毀院の強硬な反対により消滅した。<sup>(92)</sup><sup>(93)</sup>

他方、マルセイユ商事裁判所に於ては、『裁判所長秘書』(secrétaire de la présidence du tribunal de commerce)の中から“arbitre-rapporteur”が任命された。マルセイユにのみ発達した此の特殊な制度は、国璽尚書<sup>(94)</sup>司法大臣の強硬な反対にも拘らず学説の支持を得て最近まで生き永らえた。<sup>(92)</sup>

裁判所長秘書は、一定の有資格者の中から任用され<sup>(93)</sup>“arbitre-rapporteur”として口頭弁論<sup>(94)</sup>に關与し、証拠調<sup>(95)</sup>を行い合議に出席して意見を述べ、裁判所の作成した判決理由を『修補』する。<sup>(96)</sup>

更に、パリの裁判実務は、法廷執行吏(missier audiencier)に実質的な検証をなさしめる所謂“constat d'audience”の制度を確立し<sup>(97)</sup>、この制度は一九五五年五月二〇日デクレにより適法とされた。<sup>(98)</sup>法文上は勿論「その検証から生起し得る事実上又は法律上の結果に関する意見は排除され、かかる検証は単に資料としての価値しか有しない」事になつているが、これは単なるお題目に過ぎず、実際には本来裁判所のなすべき検証にとつて代る傾向にある。<sup>(99)</sup>

(86) Lévy-Bruhl, “Recherches sur les actions de la loi”, 1960, p. 99-100 但しもう少し後の十二表法の時代だとする説もある。(Max Kaeser, “Das altrömisches Jus”, 1949, S. 91)

- (70) PAOLI : "Studi sul processo attico", 1933, p.57 e sgg. GERNET : "L'institution des arbitres publics à Atènes", in "Droit et société", p.115 et suiv.
- (71) Cod.Jus., III, 1.13.1, a.530
- (72) 特別訴訟手續に於ける "Iuris contestatio" の詳細に就ては、COLINET : "La procédure par libelle", 1932, p.215-238 参照。
- (73) Lex Salica ; L.1 : 44.1 : 50.1 : 60.1
- (74) Lex Salica ; 57.1
- (75) "centenarius" は "thunginus" のミナンを以て過ぎなりとするのを通説せよ。 (ESMEIN ; "Cours élémentaire d'histoire du droit français", 15<sup>e</sup> éd., 1925, mise à jour par GENESTAL, p.72, note 56) 尤も、フロンナマは、比較的軽微な事件は "centenarius" が裁判長となり、重大な事件に就ては "thunginus" が裁判長となつたと云つてゐる。 (BRUNNER ; "Deutsche Rechtsgeschichte", Bd.II, S.149ff., S.219)
- (76) 判決発見人の主たる職務は、"legem dicere" 即ち法規を宣言する事就中当該事件に於て如何なる証拠方法を採用すべきかを決定する事であつた。しかし、この様な証拠は全く形式的なもので、判決の結果は、判決発見人が如何なる証拠方法を採用するかに係つて居り、当該証拠方法によつて得た心証の如何によるものではなかつた。 (ESMEIN ; op.cit., p.73, note 58) この点に就ては更だ FUSTEL de COULANGES ; "L'organisation judiciaire dans le royaume des francs", Recherches sur quelques problèmes d'histoire, 1855, p.487 参照
- (77) この点に就ては争ひがあるが、通説は、サリカ法典第五七章を根拠としてこれを否定する。 (THONISSEN ; "L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique", 2<sup>e</sup> éd., 1882, p.58 et 385 BEAUDOUIN ; "La participation des hommes libres au jugement dans le franc", Nouv. rev.hist.de dr.fr.et étr., 1887, p.493)
- (78) MITTENS=LIEBERICH ; "Deutsche Rechtsgeschichte", 17 Auf., 1985, S.42 「つかうなかり、裁判官としての首長は、単に裁判司事者であるに過ぎず、同時に判決発見人であつた訳ではない。彼は裁判の形式的指揮権を持つに過ぎなかつた。彼は

判決を『質問し』これに答えて自治的な裁判民団体が判決を『発見』するのである。裁判官と判決発見人とを分離すると云う事はゲルマン的裁判制度の基本的特色であり、この特色は驚く程長い間に亘って維持された。」(世良晃志郎訳)

(79) フランス旧民事訴訟法第三〇二条後段。なお、新民事訴訟法第二三二条参照。

(80) 但し、当事者は資料蒐集の名目で鑑定人に事実上の証人尋問を行わせる事が出来た。(Nancy, 29 juil.1949, D.1950. Somm.1 Req.31 juil.1872, D.P.73.1.489)

(81) Paris, 27 juil.1950, D.1950. Somm.74 Lyon, 18 mai 1951, D.1952. Somm.18 Civ.26 déc. 1951, J.C.P.1952.IV.29 Civ. 1<sup>re</sup> sect., 28 juin 1954, D.1954.612 Civ.1<sup>re</sup> sect., 14 fév.1955, D.1955 Somm.79 Soc.8 avr.1957, J.C.P.1957.IV.77 Soc.1<sup>er</sup> juin 1957.597

(82) Hébraud ; Commentaire de la loi du 15 juil. 1944 sur les rapports d'experts, D.1945, p.50

(83) なお、イタリア民事訴訟法第一九四条第一項後段を鑑定人 (consulente tecnico) と同一の権限を認め、被毀院は、この点に關し、判事の明示の許可は必要にならざるべし。(Cass.6 sett. 1958, n.2979, Mass.giur.it., 1958, 672)

(84) 勿論、宣誓を要求する事は出来なかつた (Bourges, 4 mai 1958, D.1948.449) 判事者の防禦權を侵害しつゝもならなかつた。

(Req.14 nov.1938, D.H.1938.612 Orléans, 18 nov.1825, Jur.gén. "Expertise", no.198

(85) Julian ; "L'indispensable accélération de la justice civile", 1958, p.121 et 89 Sous ; "Cours de droit judiciaire privé(dactylographié)" 1961-1962, p.567

(86) この制度は「新民事訴訟法により廃止された。」(VINCENT, MONTAGNIER et VARINARD ; "La justice et ses institutions", 1982, no.706, p.730)

(87) Julian ; op.cit., p.121 Solus et Perron ; "Droit judiciaire privé", t.I, 1961, nos.1188 et suiv., p.955 et suiv. COUVRAT-DESVERGNES ; "arbitre-rapporteur", Rép.pr.cv., t.I, nos.45 et suiv.

(88) Paris, 14 fév.1899, S.1910.1.457 Req.27 oct.1909, D.1910.1.457 Paris, 12 jan.1911, D.1911.5.26 Req.17 mai 1926. 1. 197 Trib.com.Seine, 23 déc.1946, J.C.P.1947, II.3625 Rouen, 8 mars 1957, D.1957.761 区按 Paris, 24 oct.1955, D.

- 1956.312; J.C.P.56.9182, note G.M.: Rev.trim.dr.civ.1956, p.387-388, obs.HERRAUD; p.410, obs.RAVNAUD
- (88) COUVRAT-DESVERGENES; op.cit., no.50
- (89) フランソワ旧民事訴訟法第四二九条により、当事者尋問及び和解を行う事は当然に許された。
- (90) SOLUS et PERRON; op.cit., no.1190, p.597 MIMIN; Note sous Civ.8 avr.1935, D.P.1935.194
- (91) Civ.15 déc.1930, D.P.1932.1.144; S.1931.1.68 Civ.29 avr.1933, D.H.1933.349; S.1933.1.190 Civ.8 avr. 1935, D.P.1935.1.94, note MIMIN Civ.3 nov.1936, D.H.1936.569 Reg.17 mai 1939, D.H.1939.422
- (92) 但しシトリブンはこれに対し批判的であり(JULIAN; op.cit., p.123-124) 裁判実務に於てもかかる破毀院の態度は必ずしも尊重されていない。(例えば、サーヌ地方裁判所に於ては、背任事件に関して屢々公認会計士に証拠調を命じている。)
- (93) J.O.29 déc.1953, no.109, débats Ass.nat., p.6936
- (94) BERTRAND; "Quelques aspects controversés de la pratique judiciaire, D. Chr.1954, XXIII, p.131-136
- (95) 学位乃至教授資格を必要とする。(BERTRAND; op.cit., p.133, col.2)
- (96) BERTRAND; op.cit., p.125, col.1)
- (97) JULIAN; op.cit., p.122 Trib.com.Marseille, 23 nov.1956, D.1957.119, note AMIAUD 但し、トナス商事裁判所は、かかる証拠調を違法とする。(Trib. com. Aix. 17 oct.1955, Gaz.Pal.1956.1.Somm.5)
- (98) BERTRAND; op.cit., p.135, col.2-p.136 HERRAUD; Rev. trim.dr.civ., 1955,p.158-159, p.546 この点で、幾分奇異に感ぜられるかも知れないが、フランソワの特別裁判所では書記官が判決『理由』の作成(判決『書』の作成ではない。)にまづ関与する事が絶無ではなから様である。
- (99) この点の詳細を窺はば、GATMAIS; "L'huissier auxiliaire de la justice", thèse Paris, 1937 Baboz; "Le constat d'audience en matière civile, thèse Paris, 1958
- (100) 一九四五年十一月二日オルトナンス第一条第二項後段の修正。
- (101) LÉPINE; "Le constat d'huissier", Ann. Justice de Paix, 1956,p.513-515

ローマに於て、訴訟手続の二分化が行われたのは、社会情勢の変化に伴い裁判にも一種の分業を行う必要が生じたからであつた。<sup>(10)</sup>

フランスに於て、先に述べた様な訴訟手続の二分化が再現したのも、裁判所の負担過重を救うために一種の分業を行う必要が生じたからである。<sup>(11)</sup>

即ち、訴訟は元来『争点決定』により分割される二つの手続——ローマ訴訟法の表現を借りれば、法廷手続と審判手続——の連続であり、職業裁判官の本来的職務がローマの法務官と同じく『争点決定に終る法廷手続』に限られるのは、裁判官を単なる行司役に留める“*advocatus*”的訴訟観の当然の帰結であらう。

これに対して、東洋に日本型の裁判は『愁訴型』であり、「お白州の礫をつかんでお奉行に申し上げる。」と云う感賞がその根底にあるから、口頭弁論は活発に行われず、交互尋問も成功しない。陪審制は停止された儘である。<sup>(12)</sup> その代り、釈明や補充尋問は義務にまで高められる。

しかし、日本の裁判が『愁訴型』であり『競技型』でない事を悲しむべきかどうかは頗る疑問である。

先ず第一に注目すべき事は、古代エジプトの裁判が『愁訴型』であつた事である。

エジプトでは、ファラオ(国王)が最上級の裁判官だが、その権限は、宰相(Vizir)に委ねられていた。

第十二王朝の時代(1890-1690)のもの<sup>(13)</sup>と推測される『宰相 REHMARA に対する説示』は新任の宰相に対して裁判官としての心得を次のように諭している。

「如何なる原告に対しても、その言い分を良く聴きもしないで無下に斥けるような事があつてはならない。彼がそ

こにいるのは、汝に思いの丈を述べようがためなのである。

だから、彼の言い分を一言の下にはねつけたりしてはならない。全然理由のない主張でも、何故それが取り上げられないかを原告に良く判らせるように努めよ。

昔から次のように言われている事を汝は知っているであろう。

「原告は、自分の怨みつらみを親切に聴いて欲しいのだ。自分の訴が叶えられる事などは、本当は二の次なのだ。」<sup>(106)</sup>

この奇妙な暗合は、エジプト文化の特徴が日本文化と著るしく類似している事に求められるべきであろう。

即ち、人命尊重がエジプト道徳の基礎にあつたが故に、死刑は殆ど行われる事がなかつたし、<sup>(107)</sup> 奴隸の数は少なく、<sup>(108)</sup> その地位は、他の古代諸国に比べてかなり尊重されていた。<sup>(109)</sup> 更に特筆すべき事は、古代エジプト五千年の歴史の中で、一度も女性（及び妻）が無能力とされた事がない点である。<sup>(110)</sup>

そして若しそうだとすれば、我が国の裁判は確かにギリシャローマ型ではないとしても、疑いもなくエジプト型であり、決して非近代的であるとして卑下すべき理由はない。

注目すべき事の第二は『競技型』の典型とされるフランス民訴<sup>(111)</sup>の中で、『愁訴型』への傾斜を暗示する言説が幾つか登場している事である。例えば――

「裁判官を競技規則を守らせ、点数を数えるだけの任務しかない競技審判の役割に閉じ込めようとする考え方は、我々にとって到底受け容れ難いものである。」<sup>(112)</sup>

「不確かで曖昧な事項に就て、訴訟の冒頭に尋問を行う事によって、事実関係を解明する事が出来る。」<sup>(113)</sup>

これ等の主張は、明らかにフランスの訴訟が、或いは裁判実務が大きく『愁訴型』にと傾斜している事を示すものであろう。人は、この現象を指して、フランスが非近代化へと指向していると非難するのだろうか。

(103) LEVY-BRUHL ; op.cit., p.92 et suiv.

(104) JULIAN ; op.cit., p.120

(105) お上に『うつたへ』る事が日本の裁判の本質である以上、陪審制度が成功しないのは、当然の事理である。何故かと言えば、陪審員は自分と同等の市民に過ぎないのだから、彼等を説得することは出来ても（それが、西欧流の裁判である）、『うつたへ』の対象にはならないのである。

(106) MORET ; "Le Nil et la civilisation égyptienne", 1937, p.381

(107) 我が国でも、或る時期に極めて長期に亘って死刑が廃止された事は周知の事実であらう。

(108) 古王国の時代に就ては、その存在さへ証明されていない。(GAUDENET ; op.cit., no.39, p.58)

(109) 法律行為をなし、訴を提起する事ができぬ。(MONIER, CARDASCIA et IMBERT ; "Histoire des institutions et des faits sociaux", 1956, no.57, p.57)

(110) MONIER, CARDASCIA et IMBERT ; op.cit., no.59, p.76 (但し PIRENNE ; "Histoire des institutions et du droit privé de l'ancien Empire", t.III, p.360 et suiv.の反対説がある。)

(111) 我が国では原告が訴状を裁判所に提出して、裁判所が被告を呼び出すが、例えば十二表法の時代から、ローマでは原告がそのイニシヤティブで被告を裁判所に呼び出すべきものとされて居り(古代ギリシャでも同様とされる)。この伝統は今日フランスにも承継されている。(野田・前掲・四六頁註四)

(112) MORTUSKY ; "La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge", no.22, Etudes de procédure, 1973, p.118

(113) HOLLEAUX ; Notes sous Paris, 22 fév.1952

#### 第四 結語

ギリシャ・ローマ世界が、国境を劃定する自然の牆壁を持たなかつたメソポタミア文明と密接な關係を有する事は良く知られている。<sup>(14)</sup>

これに反して、砂漠に囲まれたナイルの谷の中で、地理的に單一国家たり得たエジプトは、『孤立した世界』(monde isolé)として、メソポタミアの様な諸民族興亡の歴史を知らなかつた。<sup>(15)</sup>

その結果、西欧社会がギリシャ・ローマ世界を経由して当然に『アッシリア的な激情』を承継したのに対して、日本社会は極東の島国と云う類似した氣候・風土の条件の下に、『エジプトの平和』を享受し得たのであろう事は想像に難くない。

東洋乃至日本の法文化に対する悲觀論者達が犯した致命的な誤謬は、西ヨーロッパ仕立ての『世界史の三分法』の御都合主義に手も無く幻惑されて、ギリシャ・ローマ世界だけが必要以上に神格化し、それ以外のものを全て『非近代的』として貶め、全面的に否定してしまつた事にあるのであろう。

しかし、注意深く觀察すれば、ギリシャ・ローマの世界は、それ自体で自ら輝いているのではなくて、単にメソポタミア文明の放つ光芒を無意識裡に反映しているに過ぎないのだから、日本社会がギリシャ・ローマ的でないからと言つて、その事は、それ自体何ものをも意味しない——些かも悲觀的要素とはならないのである。

それは、単に日本文化が、ギリシャ・ローマとは異なる(エジプト文化に近似した)地理的、歴史的文化条件の

下に成立した事を意味するに過ぎない。

そして、かく解する事によつて、我々は、『ローマ法の原理』の裏返しとしての日本の法文化を直截に把握し、ギリシャ||ローマ的世界に対する無意味な劣等感を除去する事が出来る訳である。

(114) MONIER, CARDASCIA et IMBERT ; op.cit., no.1, p.17

(115) GAUDEMET ; op.cit., nos.3-4, p.5

(116) MONIER, CARDASCIA et IMBERT ; op.cit., no.50, p.69