

# 裁判とは何か

田中 ひとみ\*

## On Civil Law

TANAKA Hitomi\*

On Japanese civil law, it is recognized that it is introduced from German civil law, and also from Roman civil law. But in modern time, it is better to recognise in ways of the American civil law and the American civil procedure law, for the modernization. I would like to discuss for the new codification.

---

\* 城西大学准教授

## 第1章 問題の提起

今日、民法典（明治29年4月27日法律第89号、明治31年6月21日法律第9号、施行明治31年7月16日）がいま百年余の時を経て、抜本改正されようとしている。民法は、市民社会の一般法とされ、市民生活の経済活動における基本的な法律である。一般にローマ法はローマ帝国分裂後、ルネッサンス期以降に、北方へ伝えられた。そこでは、各地方独自の法的文化との融合が起き、市民革命後、各地方の独立において、法典編纂が、各国独自に行われた経緯がある。付け加えると、英米法と大陸法は、対立した概念であり英国はローマ法の影響を受けず、また、同様にアメリカ合衆国は独立後も法典を持たず、未だ今日に於いても、両国は裁判による個別的解決を行う判例法国家である。個別救済を行いつつ、その時々の変革を行い得る司法体制である。我が国日本の明治期の法政策は、西洋諸国に伍し、不平等条約改正を目指して拙速でも良い、という不明晰な内容であった。今日、どのように抜本的改正が行われるのかにつき、国際私法学者の道垣内正人教授は、『債権法改正』の国際競争上の必要性」と題する論文の中に於いて、我々日本人は、日本民法典が、過酷な国際競争におかれているからであるとの認識を述べておられる<sup>(注1)</sup>。

また、我々の実社会は、日々、日進月歩を遂げ、市民社会の法典が100年余にわたり、改正されない、ということは、ほとんど、困難な現実であることは、明らかである。これは、アメリカ合衆国では、裁判官が、事件を市民の常識により判決を理解していることとあいまって、現実感覚を疑問視させるべき事実であり、この歴史的経緯は、あらためて、法の在り方を問うものである。

ここでは、ギリシア以来の正義論の研究、検討のないまま、明治天皇の勅命により、大陸法が移入された。国家の根幹を定める法律の理解や、議論、法文化のないまま立法化が為された。明治民法は、主にドイツ民法（BGB,1900年1月1日施行）を採用しているが、ドイツ民法は、ローマ法に依拠するものであり、かのローマは、ギリシアを征服し、その後、侵略を次々と行った国家であった。

このような法の本質から、今日、改正の動きは不可欠なものであり、不可避であろう。現代社会では、労務の提供は、労働契約により、取り結ばれ、金銭の貸借は、インターネットによる決済が、通常化されている。既に社会主義国家の中国が、日本を超えた経済大国となった現実への即応は時宜に適うものである。

第2編物権法の所有権は、社会主義では、放逐されている。物権的利用権は、既に今日、見られない。担保物権は、ローマ法の遺物である。第3編債権法は、今回、すでに各国で

は、改正を終えた。ここでは、今後の課題を検討しておく。

## 第2章 民法理論の現代化

ここでは、まずもって第2編物権は、既に日本法においても、概ねその使命を終えた。物権としての利用権は設定され得ず、担保物権は、債権関係の「カタ」であり、物権の理解と異なる。公序良俗の法律感覚に反するものである。従って第2編物権編は、私的財産制の封建遺制であるといえる。

第3編債権編のうち、契約論については、法改正が予定されている。第5章不法行為に関しては、一般の改正は見送られている。

このうち、アメリカ合衆国の理解のうち、TRUE SALEの法理につき、採用されるべき観点から言及する。この法理は、本来契約が一度成立したならば、契約の有効性は、明白であり後日不成立を主張しえないとする法理である。契約の（内心等の）無効の主張を認めない、とするものである。善意・悪意（内心）により、契約の有効性は、影響を受けないものとされる。アメリカ法では、禁反言の法理の現われであり、日本法ならば、信義誠実義務（民法1条2項）の適用となるものである。市民社会において、個人の内心は不問とされ、法律要件事実とはされず、抗弁ともされない。個人の主観を要件とすることは、取引社会の信頼を害するものとされよう。合理的な主張責任、立証責任があり、取引上の契約関係において、また、判決へのプロセスに於いて、適切な市民社会の一員として、信義誠実の原則が働いてゆく。契約も判決に於いても、信義誠実の原則のもと、信頼による当事者間の拘束力が認められる。即ち契約の合意・有効性のみが重要とされ、これは、信義則、禁反言による。筆者はこれを一般的効力と呼んでいる<sup>(注2)</sup>。

契約は、信頼のもと、信義誠実の原則により真正とすべきであり、これを認めなければ、市民秩序は、前提を欠き、正義を希求する市民社会の崩壊を招く。また公文書と私文書の区別は本来市民生活の利用に提供すべきことを考えるならば、無意義である（民事訴訟法228条参照）。

契約は合意といった従来の理論ではなく、私見では、信頼的法律関係に基づき、法的効力を生じるものと考ええる。

我が国民法の第1編第3節意思表示の規定からすると、契約とは、「相対立する2個以上の意思表示の合致すなわち合意によって成立する法律行為」とされている<sup>(注3)</sup>。しかしながらこれは外部に対して意思表示が表示されないならば、相手方の信頼を失い、法的安

定性、予見可能性を害することとなる。

民事訴訟法上のかつてのいわゆる、「随時提出主義」に於いては、奨励する主張、立証を促す役割があった。適時提出主義によると、合理的期待可能性がある場合、信義則により、口頭弁論終結時まで提出が為し得、この合理的期待とは、信義則上の政策判断である。この合理的期待があったとされるならば、基準時後の主張・立証は認めるべきではない。その後の権利行使は、不意打ちとなり、基準時後の主張・立証の機会を与える論拠はない。

個別の意思表示の主張では、たとえば詐欺・強迫（民法96条）では、契約不成立を契約後に後日主張するわけであるが、ドイツでは、無効である。信義則により、政策判断が実践的とされる。錯誤（民法95条）はそもそも契約不成立（絶対的無効）であり、市場の参加者として不適切であろう。市民社会に於いては、注意を欠き、不適法とされるであろう。「買主注意せよ」は、法格言として、現前としているのである。

虚偽表示（民法93条）は、信義則違反として、契約としては、そもそも最初から、成立していないわけである。

また、通謀虚偽表示（民法94条）は、違法性が本来あり、内心を外部的に表示しており、脱法行為が契約不成立とされる。

また、未成年者に関しては、保護する理由があれば、現在取消権の権利行使は可能である。詐称とのバランスを考えるべきである。原則としては、よって契約不成立となろう。

最後に、善意者保護法理即ち、表見法理は、法的安定性の点から、不要な法理である。善意が後訴での固有の抗弁とすると、実体関係が覆され、不適切である。後から、当該法律関係を有するに到ったいわゆる「第三者」は、「買主注意せよ」との法格言のもと、善意であることは、許されず、確認を取って、法律関係に入るべきである。その折、詐欺の可能性はあっても善意であるから、とって保護され、有利な地位につくことは、許されない、とすべきである。これは、ドイツ民法では、無効原因とされている。したがってこのような抗弁を認めることは、許されない。合意の構造となる内心を基礎におく93条～96条は、不要な規定であり、契約理論とは、無用なものである。また、意思能力、およびその制限、代理制度及び、意思主義による、フランス法的な理解は、採用しえない。176条、177条の両条の整合的な説明は不可能である。他方、形成権といった概念は不要である。

このように言える論拠として、3点を指摘しておきたい。第一に、契約が成立か不成立かのみが問題である。第二に、内容における「瑕疵」の無効原因、取消原因は、契約の有効性を争うものであり、権利主張、立証は、できない。第三に、後訴での蒸し返しは禁反

言の原則に依って、禁じられるが、これは、市民社会に於ける契約に於いても民事判決と同様、禁じられる。民事判決も契約も一般的に真正に成立し、後日に蒸し返すことは、できない。これは、信義誠実の原則に基づく。取引社会の健全な主体として、責任ある慎重な態度が要請される。

### 第3章 民法のその他の論点

英米法に於いては、概念法学に於けるような一般的、包括的な法的主張の体系的構成は行われていない。これは利用しやすい裁判の為である。市民感覚から離れては判決は書けない。法律や一般原則は、存在しない。判決が個別的に正義を追求しており、これで足るからであろう。陪審制が民事、刑事に於いて導入されており、市民の主張が採用される。裁判官は選挙により、選ばれ大きな自由な裁量がある。司法権の民主化が具現化される。裁判は救済のシステムである。例えば、不当利得は、(契約等の) 違反当事者を、契約が締結されていなければ置かれたであろう状態におこうとするものであり、この場合、救済の目的は契約の実現というよりも、不当利得の防止になる。通常、原状回復利益は期待利益や信頼利益よりも小さい。現在、履行利益と信頼利益の区分は、相対化された。期待利益、信頼利益、原状回復利益のいずれのなかにも、違反当事者に利得を与えるために被害当事者が負担した費用が含まれているのに対して原状回復利益には、それ以外の喪失された収益・利潤や、被害当事者が契約を信頼してなした出損のうち違反当事者に利得を与えなかったものが含まれていないからである。

三つの利益についての簡単な例として、代金10万ドルで注文主の土地に建物を建築する建築請負契約を考える。かりに、この建物を完成させるために建築業者にかかる費用を9万ドルとする。業者が何もしていない段階で注文主が契約を破棄すれば、業者の損害は、得べかりし収益の1万ドルということになる。この1万ドルが業者の期待利益の額である。これを業者に与えれば、業者は契約が履行されたのと同じ経済的状况に置かれることになる。業者はまだ契約が信頼した行動を何もとっておらず、また、注文主は業者から何の利益も受け取っていないので、信頼利益も原状回復利益もゼロである。もし、注文主が契約を破棄したときに業者が建築工事の費用として既に6万ドルを支出しておれば、業者の期待利益は7万ドルとなる。その時の信頼利益の額は6万ドルであり、それまでに部分的に完成した建物が注文主にとって4万ドルの価値があるとすれば、原状回復利益の額は4万ドルということになる。<sup>(注4)</sup>

さて、日本法には、担保というものがある。これは、抵当権は、不動産につき、消費貸借関係において、「カタ」として、付随的に抵当権設定契約により発生する。しかし、不動産は、非代替性があり、交換価値が把握されるには、不適切である。従来は、代物弁済予約により、暴利行為として、公序良俗違反とされたが、これは、譲渡担保と同様、抵当権は、暴利行為であることを示す。これは、判例法理の示すところである。従ってこの法理によると、担保法および、強制執行法理は公序良俗に反し、無効である。不法かつ違憲（憲法29条）の法理である。

これが世界の趨勢である。近時のサブ・プライム問題はこの問題性を明らかにしているものといえる。

#### 第4章 裁判の主張

従来の司法研修所の要件事実教育は、ローマ法に由来する民法の概念構成に依拠する。しかし、例えば、民法95条（錯誤規定）では、権利根拠規定であり、かつ権利滅却規定である。したがってこのような規定の理解は、第3節意思表示に対応したものであり、不適切かつ不要である。ここで抗弁とは、単なる主張と解し、主張・立証の一般原則はない。法律要件事実論は不要である。

たとえば、過失は、原告・被告双方からの主張により決まる。例をあげよう。200年前のイングランドにおける不法行為事例を紹介したい。

[判例]<sup>(注5)</sup>

##### <事実の概要>

ダービー（Derby）の町中の1つの公道に、被告は道を横切るような棒を設置していた。同一方向に向かう分岐道ないし街路はもう1つあり、そちらは自由に通行できた。原告は事故地点からさほど離れていない酒場（パブ）を8月の夕暮れ8時に出て、被告の横棒のあるほうの道を馬に乗って疾走し、横棒に衝突して馬もろとも転倒、落馬し重傷を負った。ただし事故当時原告は酩酊していた、との証拠はない。

事故が起きた8時ころは、「ちょうど人々がろうそくをともし始めた頃であったが、100ヤード先の障害物を識別できるほどの明るさは残っていた。」この点を立証した証人は、原告が馬を激しく走らせていなければ、それを認めて避けることもできたかもしれないと述べた。

「以上の証拠にもとづいて、Berley裁判官は次のように陪審に説示した。もしも合理

的かつ通常の注意をもって乗馬している者が、当該障害物を見ることができ、避けることができたならば、さらにもしも陪審員諸君が、原告は当該街路をきわめて激しく、かつ通常の注意を欠いて、乗馬していると認めるならば、諸君は被告側に評決を下さなければならぬ、と。」

そして、陪審は被告側を支持する評決を下した。原告はただちに、この裁判官の説示に異議を唱え、再審理（new trial）の申し立てをした。

この裁判での争点は、Bayley裁判官が陪審に示したコモン・ローに誤りはないかどうか、である。原告は、「もしある者が丸太を数本公道を横切るように置いたとき、注意して乗馬する者なら安全に通れるとしても、その丸太のために私の馬がつまずき私を振り落すならば、私は訴えを提起できる」という準則が当時の陪審裁判説示集に載っていると指摘し、Bayley裁判官の説示は、コモン・ローに反して違法であると主張した。しかし、この主張は認容されず、再審理の申し立ては棄却された。

#### <判旨>

##### Bayley裁判官

「原告は馬を全力疾走させていたと立証されたのであり、しかもそれはダービーの町中の道でのことであった。もし原告が通常の注意を払っておれば、障害物を見たはずであり、ゆえにこの事故は全面的に原告自身の過失（fault）から起きたものとうかがえる。」

##### Ellenborough裁判官

「一方当事者は、みずから正しくあるために一般の通常の注意を払わないのであれば、他方当事者の過失（fault）により作られた障害物を非難すべきではない。道路の誤った側と考えられる側で通行している者たちを例にとれば、そうであるからといって他の者が自分の乗った馬を彼らに故意に突き進めてよいということにはならないであろう。一方の者に過失（fault）があることは、他方の者が自分自身のために通常の注意を払うことを免除するものではない。」

本件の訴えが認められるには、2つの点がそろわなければならない。被告の過失による道路の障害物設置、そして、原告の側にその障害物回避のための通常の注意の欠如がないこと、である。」

ゆえに、再審理の申し立ては棄却。原告敗訴。

#### [判例の解説]

まず、英米法と大陸法的な日本法との判決の書き方の相違点について、いくつか、指摘



すると、陪審制の採用がなされ、裁判官は事実の提出を全て促さなければならず、事実の確定を行うのみである。何ら法律はないため、法の適用は為されない。その後、陪審員すべてに対し、説示をする。これは、陪審員が判断しやすいように法的な意味を説明して、陪審員からの質問を受ける。陪審員は、議論を別の部屋で直ちに行い、過半数の評決によって、結論がくだされる。以上の段階において裁判官の個人的な意見は示されない。

なお、原告および被告の主張は全て抗弁であるが、この点日本法と理解が異なる。主張の内容の明快さや明晰な合理性で、両当事者のすべての主張を突き合わせれば、おのずと当事者の本質的な争いが明らかとされる。争いがあれば、立証を促す。この上で、市民たる陪審員の常識的判断から、結論付けられる。古来より、「汝は事実を語れ。さらば、正義を語らん。」との法格言があるが、十分な事実収集能力が裁判官が事実認定に於いて要求される。判断に必要なすべての法的主張を引き出しておかなければならない。そしてその後は、すべて陪審員にまかせられるのである。全ての法的判断は陪審員にゆだねられる。このようにして市民の司法参加が貫徹される。

## 第5章 結語

市民社会を律する民法典の理解に則って主張・立証する提言をアメリカ法を参考にし、提言を行った。ここでは公法・私法の区別なく、私人が提出するならば私文書である、という前提がある。本来的な私的自治を訴訟に反映するための枠組みが今後も追求され続けられるべきであると考える。

### 【注】

(注1) 道垣内正人『『債権法改正』の国際競争上の必要性』ビジネス法務2009年8月号1頁。

(注2) 拙稿「クラスアクションと消費者保護法」国際文化研究所 紀要16号47頁参照。

(注3) 我妻栄「新訂民法総則」244頁(1965年)。

(注4) 丸山英二「入門アメリカ法」178頁(第2版)。

(注5) Butterfield v. Forrester(1809) 11 East 60,103 Eng.Rep.926 なお、英米判例百選第3版を参照した。