慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	『石川明先生古稀祝賀・現代社会における民事手続法の展開』
Sub Title	herausgegeben von Yoshimitsu Aoyama, Takeshi Kojima, Masao Sakahara, Yoshio Toga, Hiroyuki Matsumoto, Koichi Miki und Satoshi Watanabe "Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag
Author	中山, 幸二(Nakayama, Koji)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2003
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.76, No.7 (2003. 7) ,p.117- 125
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	紹介と批評
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20030728-0117

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

紹介と批評

『石川明先生古稀祝賀・現代社会における民事手続法の展開』

一　本書は、石川明・慶應義塾大学名誉教授に献呈された古稀記念論文集である。編者は、青山善充・小島武司・坂原正夫・栂善夫・松本博之・三木浩一・渡辺惺之の七名の民事訴訟法学者であり、全五〇篇にのぼる名実ともに学会挙げての祝賀論文集となった。ここ数年、学会の重鎮が次々と古稀を迎えられ、充実した記念論文集が続々刊行されている。本書を含めた一連の記念論文集が、今日の民事手続法学の主要課題を網羅しており、今後の学会の共有財産として、画期をなすに違いない。

本書の巻末には石川先生の略歴と著作目録が収録されている。その多様な職歴および社会貢献、さらに国際的な活動、そして幅広い研究領域と精力的な著作活動には、改めて圧倒される。また、共同執筆などを通しての若手研究者の養成も、他に類を見ない顕著な特徴を示している。なお、先生はドイツのケルン大学およびザールラント大学から名誉学位を授与されたマルチ・エーレンドクターであり、長年の国際交流の実績によりドイツ政府から功労十字章も授与されている。先生の古稀を祝って、ドイツを中心に、ギリシャ、オーストリア、スイス、ハンガリー、日本の三七名の学者からも、ドイツ語による古稀記念論文集、Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag am 27. November 2001, herausgegeben von Gerhard Lüke/Takehiko Mikami/Hanns Prütting. が献呈されている。まさに国際民事訴訟法学会の歴史に名を刻んだ国際派の先駆者の証である。

二　本書には、ユビラール・石川先生の幅広い研究領域および実務経験を反映して、先生の学恩を被った研究者および実務家が広範な領域にわたって論文を寄せている。ここでは、その全ての内容を紹介することは到底できないので、とりあえず各論文の表題を列挙しておこう。

〔第一部　総論〕

太田勝造「分配的正義の進化――なぜ人々は平等を志向するのか――」

梶村太市「人訴家裁移管積極論と消極論の比較検討」
栗田陸雄「非訟事件における手続保障――ドイツにおける手続公開の問題に寄せて――」
小島武司「司法制度改革と法科大学院」
塩崎　勤「民事控訴審の理論と実務」
高田昌宏「非訟事件手続における『自由な証明』研究序説――ドイツ法を中心として――」
堤　龍弥「犯罪被害者の民事的救済――その基礎理論と諸提案――」
森勇＝ルディガー・ヘニング「ドイツにおける弁護士および隣接業務の協同――その法的スキームと協同形態の諸相――」
我妻　学「英国における訴訟費用敗訴者負担原則」
〔第二部　国際民事訴訟〕
安達栄司「わが国における米国クラス・アクション上の和解の承認適格」
石渡　哲「渉外民事訴訟における訴訟上の相殺と反対債権に関する国際的裁判管轄――ドイツ連邦通常裁判所およびヨーロッパ裁判所の判例を契機とした問題提起――」
越山和広「外国判決に記載のない利息を付加する執行判決――外国債務名義の内国での補充・具体化権限との関連で――」
野村秀敏「国際的債権執行と仮差押えに関する二つの問題点」
渡辺惺之「客観的併合による国際裁判管轄」
〔第三部　審理〕
安西明子「一部訴求後の残部訴求の規律――当事者による後訴の争い方の観点から――」
加藤新太郎「民事訴訟における情報の歪みと是正」
川嶋四郎「将来給付の訴えの展開可能性に関する一試論」
出口雅久「集団的権利保護手続に関する比較法的考察」
栂　善夫「訴権の濫用――東京地裁平成一二年五月三〇日判決を中心として――」
徳田和幸「遺産確認の訴えの特質に関する一考察」
豊田博昭「ドイツ父子関係訴訟に関する一考察」
納谷廣美「法的観点指摘義務」
奈良次郎「最高裁に対する上告申立と上告受理申立に関する若干の考察」
萩澤達彦「弁論準備手続きについて」
松本博之「不適法な相殺と実体法上の効果」
吉原省三「二重所有権留保売買と所有権の帰属――ある訴

訟事件の分析――」

〔第四部　証拠調べ〕

春日偉知郎「鑑定人の民事責任――ドイツの最近の様子を中心として――」

木川統一郎「民事鑑定における心証形成の構造」

高橋宏志「自己専利用文書」

松村和徳「文書提出義務の一般化に関する若干の考察」

三木浩一「文書提出命令の発令手続における文書の特定――最高裁平成一三年二月二二日決定を素材として――」

〔第五部　当事者〕

井上治典「ある相続事件における補助参加の許否をめぐる攻防――意見書と決定――」

坂原正夫「当事者の確定――新行動説の提唱――」

〔第六部　ADR〕

池田辰夫「行政型ADRの現状と課題――ある消費者紛争調停事件を題材として――」

伊藤　眞「調停に代わる決定（民事調停法一七条）の意義と機能」

河野正憲「仲裁判断の承認・執行とその取消」

金　洪奎「仲裁裁判所（仲裁廷）の自己の管轄権を判断する権限」

中野俊一郎＝中林啓一「国際仲裁における実体判断基準の決定と国際私法」

西口　元「民事訴訟とADRとの連携――紛争に対する専門家の関わり方――」

萩原金美「仲裁と調停――弁護士会仲裁の手続法的考察を中心として――」

若林安雄「フランス法における国際仲裁判断の国の管理」

〔第七部　倒産手続〕

小林秀之「資産流動化と倒産隔離」

宗田親彦「会社更生手続における営業譲渡」

高木新二郎「企業再建実務の変化」

陳　榮宗「台湾における破産法改正の動向」

松下淳一「破産手続及び再生手続における株主の即時抗告権について」

三上威彦「ドイツ倒産法における消費者倒産規定の改正について」

三谷忠之＝佐藤優希「担保権消滅請求制度について」

山本和彦「営業譲渡による倒産処理」

山本克己「求償義務者倒産時における求償権者の地位――その権利行使方法に関する立法論的考察――」

三　評者の主観的選択・問題関心により、ここでいくつかの論文を取り上げ、その内容の一端を紹介しよう。

石川先生は当事者確定論につきいわゆる併用説を提唱され（代表的なものとして石川「当事者の確定と当事者適格との交錯」法教〈第二期〉六号・一九七四年）、当時の学会に多大な影響を与えた。その訴訟哲学ともいうべき当事者の意思を最大限尊重すべしとする基本姿勢から、まず原告の確定については原告の行動を、被告の確定については第一に原告の意思、第二に適格、第三に訴状の表示を基準とすべきだと主張されたのである。坂原論文「当事者の確定」は、この併用説の問題提起に立ち返って従来の学説を整理し、各説を批判したうえで、当事者の意思に基づく行動を基準とすべしとする「新行動説」を提唱する。坂原教授は、氏名冒用訴訟と死者名義訴訟こそが当事者確定理論の活躍の場であるとし、訴訟開始時の当事者確定問題は射程外として確定機能縮小説を排除し、行為規範も確定問題外であるとして規範分類説も否定する。かくして、氏名冒用のような病理現象には通説たる表示説は妥当性を欠き、実際に訴訟活動をした者を当事者と確定すべきであるとして、氏名冒用訴訟では冒用者が死者名義訴訟では相続人が当事者であるとする。教授の論理展開はいつもながら緻密かつ周到であり、先行業績の丹念な発掘とそこに埋蔵されたキラリと光る視点への照射は（例えば、石川先生の併用説や鈴木重勝教授の実質的表示説の出発点に共通する当事者主義と意思説の基調を指摘する）、われわれ後続の研究者に学問の道の厳しさと対話の喜びを教えてくれる。評者はむしろ確定機能縮小説に左袒し、判決確定後の氏名冒用訴訟の扱いを論じたことがあるが（中山「氏名冒用訴訟の判決の効力について」木川古稀記念）、坂原論文の論証の過程に豊富な学会共有財産と学問的対話の契機を見いだす。今後さらに判決確定後の救済方法（再審や判決無効）をめぐる議論の深化が期待される。

石川先生の先輩格であり法曹実務（お茶の水法律特許事務所）の同僚でもあられる木川統一郎博士の旺盛な研究活動と日本の民事訴訟法学及び実務改革への寄与には常に圧倒される。木川論文「民事鑑定における心証形成の構造」は、博士の近年の民事鑑定研究の一環として、ゼネラリストである裁判官が専門家である鑑定人の意見を聞きながら専門的争点を判断する際の心証形成の構造を明らかにする。日本の訴訟実務と学説の弱点であった民事鑑定について、その理論と実践の具体化が木川博士の一連の業績によって

飛躍的に進展したことは疑いなく、（かつての訴訟促進政策の研究と同様に）今後の立法と実務に与える影響は計り知れない。

西口論文「民事訴訟とADRとの連携」も、民事訴訟はいかに専門家を巻き込もうとも専門知識については素人の裁判官が最終的判断を下さざるを得ないという宿命を有しているとの認識から出発し、医療過誤訴訟等の専門訴訟において、専門知識の取り入れの一方法として、現行法の範囲内で民事訴訟と仲裁機関等との連携可能性を追求する。訴訟法の解釈論として注目されるのは、ADRにおける前提事実の確認のため民事訴訟による事実認定を活用する方策が検討され、この場合に限っては事実の確認を求める訴えが許容される、つまり確認の利益を認めてよいとする点である。事実の確定によって紛争が解決されうることは、独立の証拠調べ手続をめぐる議論でも明らかであり、これを契機に改めて事実確認の訴えの適法性が議論されることも予測される。なお、付調停によって専門家調停委員の専門知識を活用するという実務の試みについては、特に調停不調後その資料や争点整理結果をどのようにして訴訟に活用するかが今日一つの論点になっている。伊藤論文「調停に代わる決定の意義と機能」も、当事者の手続保障に配慮しつつ、具体的活用の可能性を検討する。この点については、ADR内部における仲裁手続と調停手続の混在ないし連続という日本の実務の評価とも関連する。萩原論文「仲裁と調停」は、わが国の先駆となった第二東京弁護士会仲裁センターの実績に基づき、弁護士会仲裁による調停的仲裁の実態と特長を明らかにしたうえで、早川吉尚助教授の日本のADR批判に対する厳しい再批判を提示したポレーミッシュな論文である。外国法をモデルとした理念的な比較の域を越え、わが国の実態を踏まえた生産的・実践的なADR論争の端著が示されたといえる。石川先生は、自らの調停実務の経験も踏まえたADRの先駆的研究を数多く著されたが（『訴訟上の和解の研究』一九六六年、『民事調停と訴訟上の和解』一九七九年、『調停法学のすすめ――ADR試論』一九九九年など）、今後それら先行業績を基礎とした豊穣な議論の展開が期待できそうである。

人事訴訟事件の家庭裁判所への移管は現在立法化の最終段階に入っているが、梶村論文「人訴家裁移管積極論と消極論の比較検討」は、人事訴訟の移管をめぐる従来の議論を明快に整理し、家裁実務の熟達した体験と深い分析に基づき具体的運用の鍵点を指摘する。今後の必読文献となろう。ここでも、調停段階における当事者の発言や調停の経

過等について、訴訟段階でそれを弁論の全趣旨として斟酌して事実認定をすることができるかが一つの論点となっている。梶村判事は、調停段階と訴訟段階とはそれぞれ別個独立の手続であるから、前者で取得した資料を後者の資料とするには、そのための特別の手続（弁論への上程や反証機会の保障など）を必要とするとの解釈をとる。そもそも調停と訴訟とを同一の裁判官が担当してよいか議論があるが、両者を同一裁判官が担当してこそ、調停及び訴訟の紛争解決機能が高まり、当事者の負担軽減と手続経済に寄与することは否定できず、かつ当事者も一般的にこのような運用を強く望んでいることも間違いない、との認識を示す。

家事審判を含む非訟事件手続に関しても石川先生は先駆的な論説を発表され、いわゆる真正訴訟事件の理論を提示された（石川「非訟事件理論の限界」法学研究三〇巻一二号・一九五七年など）。栗田論文「非訟事件における手続保障」は、欧州人権条約を契機とするドイツの非訟事件手続公開をめぐる議論を参考にして、真正訴訟事件の手続保障のあり方を新たに考察する。裁判公開原則をめぐっては、今日まさに営業秘密やプライバシー等の秘密保護の要請により、通常訴訟でもその限界が問われており、また人事訴訟の家裁移管に伴い、非公開の可否が改めて焦点となっている。訴訟における公開制限と非訟における公開の要否が、今後よりきめ細かく検討される必要があろう。高田論文「非訟事件手続における『自由な証明』研究序説」も、ドイツの非訟事件手続の拡大と法的審問請求権の保障要求を背景とする自由な証明の制限論を参考にして、わが国の非訟事件手続における自由証明原則論の見直しを提案する。ここでも、訴訟における厳格な証明と非訟における自由な証明、という従来の原則的図式に対して、訴訟における自由な証明と非訟における厳格な証明の相対化ないし連続性が、今後の課題として浮上してきたように思われる。

四

評者はかつて大学院時代に石川先生の指導の下、共同で西ドイツの連邦弁護士法を翻訳し解題を付したことがある（石川・中山・二羽「西独連邦弁護士法」法学研究五六巻七～九号・一九八三年）。先生は当時、日弁連からの委嘱により西ドイツの弁護士倫理に関する包括的な研究をされていた（その成果として、石川「西独の弁護士要領基準（弁護士倫理）について」法学研究五六巻四号・一九八三年、訳書『弁護士――独立の司法機関』一九八六年などがある）。当時の西ドイツ弁護士は、基本的に司法機関の一翼を担うものとされ、営利性の否定、州の認可制、裁判所

への所属（分属制）、管轄区域内の居住義務と事務所設置義務、事務所支所の原則禁止などを特徴としていた。しかし、東西ドイツ統一およびＥＣ市場統合の前後から、ドイツ弁護士の実態および法規制は大きな変貌を遂げた（例えば、ドイツ弁護士法の特徴をなした分属性の廃止など）。森＝ヘニング論文「ドイツにおける弁護士および隣接業務の協同」は、ドイツ弁護士法の最近の大変革の流れの中で、弁護士の協同形態の諸相（組合・パートナー社団・有限会社・株式会社・提携等）とその法的根拠を新判例と法改正の動向に照らして明らかにする。わが国でもここ数年、ＷＴＯや司法改革のうねりの中で、質・量ともに弁護士像の変革が進行しつつあり、実定法上も平成一三年の弁護士法改正により弁護士法人が認められるなど、弁護士の業務形態にも大きな変貌がみられる。ドイツの多様な協同形態とその法的分析は、今後の日本の弁護士法の枠組みと制度設計を考えるうえで裨益するところ少なくないであろう。因みに、筆者の一人ヘニング氏は石川先生の所属する法律事務所で日本の実務修習を行ったドイツ弁護士であり、この論文自体が日本弁護士でもある森教授との弁護士業務の国際的提携を背景とした協同作業を成している。

加藤論文「民事訴訟における情報の歪みと是正」は、裁判実務の現場から、適正な事実認定を支援するシステムを追求した事実認定の基盤論を展開する。事実認定論は、従来、裁判官の奥義であり秘伝とされがちで、可視化することが難しい領域であったが、加藤判事は、民事訴訟をひとつの情報処理プロセスという観点から捉え、当事者から供給される情報（主張・証拠）の歪みにつき、その発現形態と要因を分析し、是正の方策（反証活動・反対尋問・証拠や間接事実の吟味・弁護士倫理など）を具体的な事例を通じて提示する。歪みの要因からみた不当利用型・人格防衛型・完全性志向型・特殊日本的法援用随伴型などの分類は、豊富な実務体験に裏打ちされた加藤判事ならではの独自の手法であり、実務と学会とを繋ぐ貴重な可視化作業である。このほか、実務の体験から生の事件を素材として論点を析出し問題提起するものとして、吉原論文「二重所有権留保売買と所有権の帰属――ある訴訟事件の分析――」、井上論文「ある相続事件における補助参加の許否をめぐる攻防――意見書と決定――」、池田論文「行政型ＡＤＲの現状と課題――ある消費者紛争調停事件を題材として――」がある。今後、法科大学院における教育・研究のなかで実務と学理の架橋がより強く意識され、法学教育と法学研究の中心になっていくことが予想され、このような研究手法が

増える（将来は主流になる）のではないかと予測される（種々のシンポジウムにおいて、小林秀之教授や加藤新太郎判事が、早くから、法科大学院の設置が法律学の質の変更を招来すると指摘していたことが想起される）。

梅論文「訴権の濫用」は、訴えの提起を訴権濫用として却下した東京地裁平成一二年五月三〇日判決を契機に、最近の訴権濫用をめぐる学説と判例の展開を整理する。右判決は、不当訴訟に関する研究でも有名な加藤新太郎判事が裁判長として下した判決であり、訴権濫用および不当訴訟に関する一般的基準を示した最高裁の昭和五三年判決および昭和六三年判決より一歩踏み込み、訴権濫用の要件や信義則との関係等につき詳細に判示している。近年、民事訴訟における信義則の適用と射程をめぐり一連の研究を発表されている梅教授は、訴権濫用論につき慎重かつ謙抑的であり、例えば繰り返される一部請求についても、まず実体法上の権利濫用で請求棄却とし、それを繰り返してきた場合に始めて訴権濫用として訴え却下すべきであるとの立場を示す。個別事例の特殊性に依拠せざるをえず基準定立が極めて困難な信義則および訴権濫用論であるが、教授の豊富な蓄積に基づく今後の総合理論および実践的な指針定立が切望される。

徳田論文「遺産確認の訴えの特質に関する一考察」は、最高裁平成九年三月一四日判決を契機に、前訴の所有権確認請求棄却判決と後訴の遺産確認の訴えとの関係、さらに後の遺産分割審判への影響を検討する。徳田教授は、右最判および原審の論理構成に多くの点で疑問を呈し、結果的妥当性についても遺産分割審判での処理に充分な配慮がなされていないと批判する。評者もかつて原審の東京高裁判決に対し疑問を呈し、前訴判決の既判力を回避するため遺産確認の訴えにつき特殊な訴訟物構成の試論（取得原因たる相続が訴訟物特定要素となり「共同相続による共有関係」が訴訟物をなすとの構成）を提示したことがある（中山「遺産確認の訴えの法的構造」早稲田法学六九巻四号）。構成は異なるが、徳田教授も同じ疑問から出発し、訴訟物や既判力の問題に関して特別な取扱いを認める方向を示唆しており、遺産共有持分権の確認は所有権確認請求には含まれていないと解することが認められてよいとする。右最判に対しては学界の評価が分かれ、反対の立場としても種々の理論構成（信義則による例外的扱い、期待可能性の不在による既判力の回避、申立事項外としての遮断効の排除、法律問題指摘義務違反による既判力の縮小など）が提案されている。遺産分割の前提問題としての遺産帰属性を

めぐる訴訟については、民訴の基礎理論に照らし今後もまだまだ議論が続きそうである。

五　石川明先生の多方面にわたる精力的活動は、還暦を過ぎても古稀を越えても益々盛んであり、衰えることを知らないようにお見受けする。とくにドイツ、オランダを始めヨーロッパ、アジア、オーストラリアにも及ぶ国際的学術交流においては、その役割がますます重みを増しておられる。今後も我々後進を導き、日本および諸外国の法学界の架け橋としてより一層活躍されますよう、心より祈念申し上げたい。

（上巻七一六頁・下巻七二五頁、各一八、〇〇〇円、商事法務研究会、二〇〇二年）

中山　幸二