



Title	節度ある職権介入の構想：大正民事訴訟法改正における職権証拠調と当事者訊問
Author(s)	水野, 浩二
Citation	北大法学論集, 68(3), 1-42
Issue Date	2017-09-29
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/67208
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_vol68no3_01.pdf



[Instructions for use](#)

節度ある職権介入の構想

——大正民事訴訟法改正における職権証拠調と当事者訊問⁽¹⁾——

水野 浩二

目次

- 1 はじめに
- 2 起草過程——法律取調委員会・民訴法改正調査委員会
- 3 立法過程——貴衆両院での審議

1 はじめに

一 大正民事訴訟法改正(大正一五年(一九二六)四月二四日公布、施行は昭和四年(一九二九)一〇月一日)はこれまで、主に手続の迅速化とそのため職権進行の強化によって特徴付けられてきた。筆者は旧稿にて、明治民事訴訟法(明治二四年(一八九一)施行)下の大半の時期を費やして行われた大正改正に向けての起草・立法過程の議論と、同時期の一般の実務法曹たちのスタンスを検討してきた。その際の筆者の問題意識は、争点整理のために訴訟関係を明瞭にし、その争点についてなるべく真実に近い事実認定を行うべく、職権が口頭審理において適切に介入できるようにすること、それが大正改正の一つの柱にされていたのではないかというものである。

当時のわが法曹においても、主にドイツから継受された民事訴訟手続が当事者主義(当時は「不干渉主義」などと呼ばれた)を基調として構築されていることは、十分認識されていた。⁽³⁾しかし実務では、訴訟関係の明瞭な認識や事実認定をめぐって深刻な問題が発生していた。実務法曹のあいだでは、訴訟関係の認識(釈明権の行使)ならびに事実認定(証拠調)に際して、職権が積極的に介入することが広く期待されており、強度の介入を望む声も決して少なくなかったのである。⁽⁴⁾

それでは、大正改正に向けての起草・立法過程に関与した委員・議員たちにおいては、職権介入のあるべき程度はどのように考えられていたのだろうか。訴訟関係の明瞭な認識については、釈明権行使の具体的な程度が詰めて検討され

ることはなく、漠然としたイメージにとどまっていたことをすでに示した⁽⁵⁾。本稿では、事実認定における介入の程度が起草・立法過程の議論でどのように想定されていたのかを検討することにした。

二 事実認定における職権介入に関連する大正改正の条項としては、証拠法の総則に新設された職権証拠調の一般規定(二二六一条)が言及されるのが通例である。口頭審理における職権の介入に注目する本稿ではそれに加え、当事者訊問の強化(三三三六条)をとりあげる。

二六一一条 裁判所ハ当事者ノ申出テタル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其ノ他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ証拠調ヲ為スコトヲ得

三三三六条 裁判所カ証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキハ申立ニ因リ又ハ職権ヲ以テ当事者本人ヲ訊問スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ当事者ヲシテ宣誓ヲ為サシムルコトヲ得

職権証拠調や当事者訊問は、「改正の要点」ではなく「その他」として位置づけられており、とくに起草過程における議論の質や量はかならずしも高水準とはいえない。しかし、職権証拠調・当事者訊問についての起草・立法過程の議論では、「当事者か職権か」という論点がしばしば登場しており、大正改正で事実認定における職権介入がどの程度として構想されていたのか考えるうえで、有益な情報を提供する。

この二つの法文に基づく職権介入の程度について、先行研究はどのような像を描いてきただろうか。

(1) 職権証拠調の一般規定(二二六一条)

染野義信氏は、ドイツ法にもオーストリア法にもない古今に例のない規定であり、「当事者の権限を制限するという

方向の勇み足として評価することができるとであろう」と強く批判した。「戦後削除されるまで」法律の規定として存在していても、実際に適用されたことが殆どなく、また民事訴訟法の下で適用される筈がない性質のものである⁽⁷⁾。柴野氏の立論は、「近代市民社会に適合的な」民事訴訟法の成立・定着いかんという視点からなされたものであるが、戦後アメリカの影響で当事者主義化を図った昭和二三年改正で二六一条が削除されたこともあり、今日にいたるまで広く受け入れられているといつてよい⁽⁸⁾。

(2) 当事者訊問（三三六～三四二条）

三三六条は「裁判所カ証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ」に当事者訊問を許す。当事者から申出のあった証拠を調べても、裁判所が係争事実の存否について心証を得ることができないときに限って、当事者訊問を行うことができるというこの「補充性の原則」をどう解釈すべきか、民訴法学では激しく議論されてきた⁽⁹⁾。柴野氏は衆院の審議で補充性を維持するかたちに法案が修正された（法案にあった「其ノ他必要アリト認ムルトキ」が削除された）⁽¹⁰⁾ことに着眼し、当事者の利益を守る・職権主義的傾向のある程度緩和する実質的な修正がなされた、と積極的に評価した。この立法の経緯や条文の文理にもとづいて、補充性を厳格に解釈する学説が長年のあいだ有力に唱えられた。

他方中野貞一郎氏は、補充性を維持する修正を主張した側も、当事者訊問後に他の証拠調を行うことを排除せず緩やかな運用を期待していたこと、補充性により当事者訊問が制限されるとしても、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」に幅広い職権証拠調を許す二六一条の存在によってカバーされると解釈されたと論じ、補充性に否定的な立場をとった⁽¹¹⁾。そして平成民法改正（平成一〇年（一九九八）施行）において、補充性の要件は廃止されることとなる（二〇七条一項。但し二項を参照⁽¹²⁾）。

(3) 以上先行研究では、職権証拠調の一般規定の導入は強度の職権主義化として批判され、当事者訊問の補充性が維持されたことに多くの論者が長い間重要な意義を認めてきた、といえる。こうした評価は、あるべき職権介入の程度についての起草・立法過程メンバーたちの認識を正確に読みとつたもののだろうか。本稿では、起草過程Ⅱ法律取調委員会(明治四四〜大正四年(一九一〇〜一九一五))・民事訴訟法改正調査委員会(大正八〜十四年(一九一九〜二五))、そして立法過程Ⅱ貴衆両院での審議(大正一五年(一九二六))の速記録を史料として、大正改正で事実認定における職権介入の程度がどのようなものとして考えられていたのか、検討をおこなうことにする。⁽¹³⁾

明治民法は施行後まもなく様々な問題が指摘され、早くも明治二八年(一八九五)から改正に向けた動きが見られ、法典調査会が明治三六年(一九〇三)に草案(いわゆる旧法典調査会案)を完成させた。本稿ではここから検討をスタートさせる。⁽¹⁴⁾ それ以降の大正改正にいたる経緯については、以下の略年表ならびに旧稿の叙述を参照されたい。⁽¹⁵⁾

2 起草過程——法律取調委員会・民法改正調査委員会

一 法律取調委員会まで

明治民法

- 一一四條 裁判所ハ事件ノ關係ヲ明瞭ナラシムル為メ原告若クハ被告ノ自身出頭ヲ命スルコトヲ得
- 一一五條 ①裁判所ハ原告若クハ被告ノ援用シタル証書ニシテ其手中ニ存スルモノヲ提出ス可キヲ命スルコトヲ得
- ②裁判所ハ外国語ヲ以テ作りタル証書ニ付テハ其訳書ヲ添附ス可キヲ命スルコトヲ得
- 一一六條 裁判所ハ当事者ノ所持スル訴訟記録ニシテ事件ノ弁論及ヒ裁判ニ關スルモノヲ提出ス可キヲ命スルコトヲ得
- 一一七條 ①裁判所ハ検証及ヒ鑑定ヲ命スルコトヲ得

②此手続ハ申立ニ因リ命スル検証及ヒ鑑定ニ付テノ規定ニ從フ
 三六〇条 当事者ノ提出シタル許ス可キ証拠ヲ調ヘタル結果ニ因リ証ス可キ事実ノ真否ニ付キ裁判所カ心証ヲ得ルニ足ラサル
 トキハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ原告若クハ被告ノ本人ヲ訊問スルコトヲ得

〔1〕民事訴訟法改正案（旧法典調査会案）（明治三六年）・・・
 法律取調委員會の審議対象

一三七条 裁判所ハ訴訟關係ヲ明瞭ナラシムル為メ左ノ事項ヲ命スルコトヲ得

一 当事者本人ノ出頭

二 当事者カ保持スル書面ニシテ準備書面又ハ口頭弁論ニ於テ引用シタルモノヲ提出スヘキコト

三 当事者ノ提出シタル書面ヲ一定ノ期間裁判所書記課ニ留置クヘキコト

四 外国語ヲ以テ作リタル書面ノ訳書ヲ提出スヘキコト

五 当事者ノ所持スル訴訟記録ニシテ事件ノ弁論及ヒ裁判ニ関スルモノヲ提出スヘキコト

六 検証及ヒ鑑定

明治三六年（一九〇三）法典調査会による草案（旧法典調査会案）

↓裁判所・検事局・弁護士会・商業會議所からの意見聴取（明三六・七、明四四・五の二回）

明治四四年（一九一一）法律取調委員會による民訴法改正審議の開始

・起草委員會（明四四（一九一一）・五・五〜大三（一九一四）・六・二二まで一〇九回）

・主査委員會（大三・一一・一八〜大四・二・一七まで一〇回）

・總會（大四・六〜大四・七）で中絶

・起案会（大四・三・一二〜大八・六・二三まで二〇二回）

(1) 職權証拠調

(イ) 旧法典調査会案では、一般的な職権証拠調の規定は存在しない。しかし同案に対する第二回（明治四四年（一九一〇））の意見聴取⁽¹⁶⁾では、裁判所に一般的に職権証拠調を認めるべきという見解が見られる。

（証拠調ノ総則について）「裁判所は職権を以て総ての証拠調を為し得る旨の規定を設くること」（長野地裁・同検事局、宮地区裁・同検事局、小松区裁、大聖寺区裁）

当事者の申立に基づく証拠調で十分な心証が得られないとき、という補充性を主張する意見や、本人訴訟に限り導入するという意見、さらに釈明処分との指摘も見られる。

（明治民法二七四条について）「…当事者の申立に基く証拠調に因り心証を得るに足らざるときは、裁判所は職権を以て総ての証拠調を為すことを得」（長崎控訴院、土浦区裁・同検事局、小樽商業会議所）

（証拠調ノ総則について）「裁判所は弁護士を訴訟代理人とせざる訴訟当事者の為め、幾分職権を以て証拠調を為すことを得るの規定を設くること」（那覇地裁・同区裁、奈良地裁・同管内各区裁）

（明治民法一一七条について）「本条を左の如く改むること 『裁判所ハ証人訊問検証鑑定其他一切ノ証拠調ヲ命スルコトヲ得』」（山形地裁）

すでに明治四四年（一九一〇）五月二四日の第二回起草委員会決議は、「八 職権主義および書面審理主義の範囲を多少拡張すること」という方針を挙げている⁽¹⁷⁾。具体的には、案三条（事物管轄を決するための職権による検証・鑑定）の議論の際に、一切の証拠調につき職権主義をとつてはどうかというアイデアが提議され⁽¹⁸⁾、鈴木喜三郎（刑事局長兼大審院検事。のち検事総長・法相・内相）の「職権を以て証拠調を命ずる必要がある場合は検証、鑑定に限らず。他にも必要ある証拠調あり。故に証拠調の総則中に、職権調査事項に付ては職権を以て証拠調を命ずることを得る旨の規定を設くるを可とす」という見解で確認されるに至った⁽¹⁹⁾。その後対象が要証事実一般に広げられ、主査委員会で検討されるべ

き問題の一つとして、(13)「証拠調に職権主義を加味すべきや」が取り上げられることになったのである。(20)

これが審議されたのは、第五回主査委員会（大正三年（一九一四）一月二日）であった。(21) 起案サイドとして説明をおこなった松岡義正（東京控訴院部長）は、元來民事訴訟では形式的眞実発見であったが実体的眞実発見を目的とすべきとしたうえで、職権主義の程度について以下のように述べている。

「其職権主義の程度は、現行法に依る実例に付て云えば、私は当事者の援用したる証拠に非ざれば判断の資料と為すこと能わずと思う。尤も大審院にては、引用せざるものと雖も裁判上に現われたる証拠は、反対当事者の利益に供することが出来ると云う意見なるも、現行法の解釈上疑問なり。此の如き場合に、当然裁判所が自由判断の資料と為すことも、職権主義の一なり。本案は更に進みて、職権を以て証拠調を命ずることを得と爲し、其れを自由判断の資料と爲す趣意なり」

松岡は前半でいわゆる証拠共通の原則を職権主義として正当化した上で、後半では職権証拠調の導入を主張している。他方、松岡とともに起草過程のツートップを形成し、起案サイドとしての発言を全期間にわたり行うことになる山内確三郎（司法省参事官）は、この時点では松岡とはやや異なるスタンスをとっていた。山内は職権主義の加味といった刑事訴訟のような絶対的な職権主義ではなく、適当な程度に止める趣旨だとしたうえで、

「当事者の援用しない証拠を判断資料とすること（証拠共通の原則）も含む、という他の委員の発言に」然り。当事者の準備せざるものも職権を以て取調出来ると云うことは困ると思う。故に準備したる証拠に限らざるべからず」松岡と異なり山内は、当事者の申立てなく職権で証拠調をおこなうまでの介入強化には、この時点では明確に反対していたのである。他にも若干の問題提起はなされたものの特に深められることはなく、原案可決として「証拠調に職権主義を加味せしむること」と決議されている。

(ロ) なお、釈明処分が職権証拠調との関連で認識されていたことが注目される。起草委員会で案一三七条（釈明処分）がとりあげられた際には、委員の間に釈明と証拠調の実質的機能を重ね合わせて理解する者と、両者をあくまで分けて考える者がみられた。⁽²³⁾ ドイツでは、釈明処分についての民訴法典（CPO・一八七九年）一三二―一三五条は職権証拠調を認めた規定と通説ではとらえられており、それを引きうつした明治民訴法の規定（一一四―一一七条）のうち後の三条についても、多くの学説は職権証拠調を許すものと考えていたとされる。⁽²⁴⁾ 釈明処分と職権証拠調はこの後の起草・立法過程を通じて、一貫してリンクされて議論されることになる。

(2) 当事者訊問

旧法典調査会案には、明治民訴法（三六〇条以下）には存在した当事者訊問の規定が欠けていた。⁽²⁵⁾ 同案についての意見聴取では、当事者訊問の規定の復活を求める意見とならんで、補充性要件の廃止や宣誓・偽証への制裁を設けよと、明治民訴法より強化を求める主張がなされている。⁽²⁶⁾

「裁判所は申立に依り、又は職権を以て何時にても当事者本人の訊問を為し得る旨の規定を設くること」（東京弁護士会）
「本節「当事者本人ノ訊問」の規定を維持し、当事者をして先ず宣誓を為さしめずして訊問したる後、裁判所に於て事実の真相を知り難しと認めたるときは、宣誓を為さしめて訊問し、此場合に於ては偽証の制裁を以て戒告する旨の規定を設くること」（京都商業会議所）

その後法律取調委員会においては、山内権三郎が証拠調における職権主義の加味の程度についての発言（上記(1)で紹介）のなかで、「…現行法にては本人訊問は、⁽²⁷⁾ 総ての証拠調を終りたる後に非ざれば出来ざることになり居るも、之を必要と認めたる時は最初より訊問出来ると云う位の程度に、職権主義を加味するものと思ひ居たり」と、補充性要件

の緩和に言及するにとどまっている。

二 民法改正調査委員会

[479] 民事訴訟法改正案（第一案・議案）⁽²⁸⁾・…民法改正調査委員会の審議対象

一二二条 ①裁判所ハ訴訟関係ヲ明瞭ナラシムル為メ左ノ事項ヲ命スルコトヲ得

一 当事者本人又ハ其法定代理人ノ出頭

二 訴訟書類又ハ訴訟ニ於テ引用シタル書面其他ノ物件ニシテ当事者ノ所持スルモノヲ提出スヘキコト

三 当事者ノ提出シタル書面其他ノ物件ヲ裁判所ニ留置クヘキコト

四 検証及ヒ鑑定

② 前項ノ規定ニ依ル検証及ヒ鑑定ニ付テハ証拠調ニ関スル規定ヲ準用ス

二二六条 裁判所ハ当事者ノ申出テタル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ証拠調ヲ為スコトヲ得

二八九条 裁判所カ証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其他必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ当事者ヲ訊問スルコトヲ得此場合ニ於テハ当事者ヲシテ宣誓ヲ為サシムルコトヲ得

二九一条 ①宣誓シタル当事者カ虚偽ノ陳述ヲ為シタルトキハ決定ヲ以テ五百円以下ノ過料ニ処ス此決定ニ対シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得（二項省略）

大正八年（一九一九）　　民事訴訟法改正調査委員会

・起案会（一四回）

・起草委員会（四四回）

・委員総会（第一次）（大一一〇（一九二二）・一一二・一五）大一一二（一九二三）・五・一まで四四回）

・委員総会（第二次）（大一一四（一九二五）・四・二三）一・二・一七まで一五回）

(1) 職権証拠調

(イ) この段階になつてはじめて、職権証拠調の一般規定が案二二六条として登場する。しかし同条について松岡義正(大審院部長)は、「本案には必要ありと認めたるときは、職権を以て証拠調をするような規定を置いたのであります」とごくあっさり説明し、特に質疑は行われていない。²⁹⁾

他方山内確三郎(司法次官)はこの時期、当事者主義を基本とした上で真実探求のための職権介入を強化すべきと唱えていた。大正一〇年一月一日付「現行民事訴訟法と職権主義」³⁰⁾において、

「予が裁判官として訴訟の審理をした経験に徴するときは、当事者が争うべきを争わず、立証すべきを立証せず、或は立証責任を弁えずして、其権利の伸張防御に欠陥あるが為め、当然勝訴すべくして敗訴の結果を来し、而かも裁判所は所謂不干涉主義なるが故に、斯る場合に於ても尚且職権を以て証拠調を為すを得ず、証拠の提出を当事者に命ずるの権能なきが為め、全く事実の真相を尽さずして不愉快なる判決を為すことが数回あったのである」

と現状を批判し、民事訴訟の裁判官は出来得る限り事実の真相を捉えて当事者の私権を擁護する必要があるから、従来の不干涉主義を幾分緩和して、ある程度までの干涉主義を加味すべしという。

「如何なる程度に於て干涉主義を加味すべきやは、慎重の考慮を要することであるが、先ず改革の第一着手としては、証拠調に職権主義を加味することである。之れは当事者本人間の訴訟に於て特に必要を感じ、弁護士間の訴訟に於ても、立証責任を弁えざる結果其の主張事実を明^{あきら}にするの時機を逸し、予期せざる不利益の結果を来すものも尠^{すくな}からざる現状である」

から、釈明権行使によつて当事者に立証を促すことができようにすべきである。それにとどまらず、「事実の真相を明にするに就ては、独り当事者に立証を促すに止まらず、証拠に依り事実の真相を明にするを得ずと認

めたる場合に於て、裁判所は職権を以て証拠調を為すことを得るの規定を設くるの必要がある」

と強調した。争いある事実について裁判所が心証を得ない場合に、心証を得るために職権で証拠調をすることは、必ずしも不干渉主義と抵触するものではない。山内は不干渉主義への職権主義の加味、すなわち釈明権強化による立証の促しと補足的な職権証拠調導入によつて、真実に基づく訴訟を実現することを「喫緊の急務」として強く主張したのである。法律取調委員会における発言と比べ、明らかにスタンスの転換が見て取れる。

(四) 各則の規定として、起草過程末期になって釈明の一環として案一二二条ノ二「裁判所ハ訴訟関係ヲ明瞭ナラシムル為メ必要ナル調査ヲ官庁又ハ公署ニ囑託スルコトヲ得」が追加されている。本条は、官庁や法人への鑑定の囑託を可能にするという提案に基づくものであり、鑑定の説明の際にも、本条を置いた結果証拠調としての規定は必要ないと説明された。しかし本条が訴訟関係を明瞭にするにとどまらず証拠をもたらしめるものでもあるのか議論があり、結局証拠調にも規定をおくこととなった。⁽³²⁾

(ハ) 起草過程の総決算として刊行された『民事訴訟法中改正法律案理由書』(同じ内容の文書が議会審議に際して配布された)では、「証拠法の総則において」広く一般の証拠調に付職権主義を加味し…たることは、現行法改正の主要なる点なり」とはされるものの、案二六一條⁽³⁵⁾についてはやはり「…其の趣旨判断の適正を期せんとするに在りて、民事訴訟の取調に付職権主義を加味したる場合の一に属す」と述べられるにとどまる。

(2) 当事者訊問

復活させられた当事者訊問の案文(案二八九条以下)について、松岡義正は明治民法に対する大きな修正として、当事者宣誓の導入と職権のみによつて行かうようにしたことを挙げている。明治民法では申立又は職権によつてとなつ

ているが、「種々の弊害を避けるために」申立てなく職権をもってすることにした。⁽³⁶⁾ それゆえに「其他必要アリト認ムルトキ」にすることになっており、案二二六条の職権証拠調と平仄を合わせたと説明される。続く質疑では、宣誓は必
 要なものではないとする起案サイドの説明に対して、宣誓を義務づけるべきという主張がみられた。⁽³⁷⁾

(イ) 起草過程の終盤になって、「証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ」の要件と「其他必要アリト認ムルトキ」要件との関係、すなわち当事者訊問の補充性いかにについて議論が展開された。⁽³⁸⁾

岩崎幸治郎・熊谷直太（いずれも東京控訴院判事を経て衆院議員（政友会））は、案二八九条は「裁判所力必要アリト認ムルトキハ職権ヲ以テ当事者ヲ訊問スルコトヲ得」と修正し、「証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ」を削除すべきとした。なぜならば、「現行法と違つて此改正法案に於きましては、必要ありと認められた場合は何時でも職権を以て当事者を訊問することが出来ることになって居りますから」（岩崎）。必要な場合の職権証拠調を、案二二六条が一般的に認めていることを念頭に置いた主張であった。

それに対して起案サイドの松岡義正・山内確三郎は、「裁判所が勝手に何時でも必要と認めたら出来ると始めから定めて置く」と云うようになると、本人訊問の趣旨が貫かないようになる。本人訊問の性質は最終の手段であると云うことを現わす意味に於て、前段の規定を残して置くことは頗る意味があるだろうと考へて居る」と述べ、当事者本人の訊問を最終の手段とする明治民法の趣旨を踏襲したとする。

その直後に速記が中止されてしまつてゐるため、どういうやり取りが展開されたのかは推測するしかない。右に紹介した議論だけ見れば、岩崎らが補充性を廃止する職権介入のかんりの強化を企図していたのに対し、起案サイドは補充性を強く支持していたようにも解釈できる。しかし、実際には両者の想定するイメージは近接してゐたと考へたい。岩崎は修正意見の前提として、こう述べていた。

「私共の経験に依ると、証拠調に依りて心証を得ることの出来ない場合に当事者訊問が出来るとなると、何となく一の刺戟を与えるようになる、事件の進行がそれから又新しくなつて行くような形があります」

岩崎は最初からいきなり当事者訊問を行うことは想定していなかった。当事者申請の証拠をそれなりに調べたが十分な心証が得られない場合に、「必要アリト認ムルトキ」として当事者訊問を柔軟に行えるようにし、そこから判明した事柄を前提に残りの証拠調を行ったほうが、事実認定をより適切なものに行えると考えていたのではないか。松岡・山内が、当事者訊問は最後の手段であると強調しつつ、「必要アリト認ムルトキ」にも訊問を認める案文を起草したのも、同様の趣旨に基づいていたのではないだろうか。このことはのちの立法過程の審議において、明瞭にされることになる。

以上要するに起草過程のメンバーたちには、当事者の申請に基づき証拠調を行うことを基本としつつも、補充性の厳格な適用が不適切な帰結を招かないように、柔軟に当事者訊問を行えるよう法文上の根拠を整備する必要がある⁽³⁹⁾、という緩やかなコンセンサスがあつたと思われる。実際、速記の再開後に小山温（元司法次官）が、案二八九条は証拠調であり、それで足りない時に本人の訊問となると解すると述べたのを受けて、岩崎は「意味が同じだと云うならば私の意見は撤回しても宜しい」としめくくつたのである。

(四) 起草サイドが「必要アリト認ムルトキ」によって強度の職権介入を志向していたとはいいたいことは、起草過程の終了を受けて作成された文書群にも明らかである。

『改正法律案理由書』は「必要アリト認ムルトキ」に拡大したことには特に触れず、当事者に宣誓をさせることにし虚偽の陳述に対しては過料を規定したこのみを、改正の要点として指摘⁽⁴⁰⁾。法相その他による公の趣旨説明の基礎となつたと思われる「民事訴訟法改正要目」⁽⁴¹⁾においても、「其ノ他注意スヘキ改正事項」の一つとして「当事者宣誓ノ制度ヲ認メタルコト」⁽⁴²⁾（傍点水野）が案三三三六条によるものとして挙げられるに留まつている。

従つて、起案サイドにおいて本条の重点は、宣誓・過料の新設によつて真実追求を強めることにあつた。しかしこの点については例外的な場合に関する若干の疑問が提起された⁽⁴³⁾だけで、議論が盛り上がることはなかつた。

(ハ) 原嘉道（弁護士。のち法相、枢密院議長）は、訴訟関係を明瞭にする釈明処分たる当事者本人の出頭（案一二二条一条一号）と当事者訊問の關係について、両者はあくまで別と考ふる松岡義正・山内確三郎に対し反論している。当事者を呼んで調べてみようというのは、訴訟関係を明瞭にするとはいつても、「實際に於ては、代理人の言うことでは何だか何を言つて居るか分らぬと云うのでなくして、寧ろ事實の真相に適するや否やを、本人又は法定代理人に直接訊問する為めであろう。其本人訊問と余り区別はない。理屈の上で区別するならばどうか知らぬが、余り区別はないことではないか」。当事者訊問の案一八九条がいつでも訊問できるとしていることからしても、形式（釈明処分と証拠調）は違つても實際は同じことになるような感じだ、と問いただしている。ここでもやはり、釈明処分と職権が介入して行われる証拠調の機能が大幅に重なりあうという認識が見られる。

以上起草過程においては、職権証拠調・当事者訊問とも議論はそれほど活発とはいえず、論点が深まつたとも言いがたい。それに比して、立法過程においてはそれなりの議論が交わされることになる。

3 立法過程——貴衆両院での審議⁽⁴⁵⁾

〔500〕民事訴訟法中改正法律案（議會提出・第五案）・・・帝國議會の審議対象

一二七条① 裁判長ハ訴訟關係ヲ明瞭ナラシムル為事実上及法律上ノ事項ニ関シ当事者ニ対シテ問ヲ發シ又ハ立証ヲ促スコト

ヲ得

② 陪席判事ハ裁判長ニ告ケテ前項ニ規定スル処置ヲ為スコトヲ得

③ 当事者ハ裁判長ニ対シ必要ナル発問ヲ求ムルコトヲ得

一三二条 ①裁判所ハ訴訟關係ヲ明瞭ナラシムル為左ノ処分ヲ為スコトヲ得

一 当事者本人又ハ其ノ法定代理人ノ出頭ヲ命スルコト

二 訴訟書類又ハ訴訟ニ於テ引用シタル書面其ノ他ノ物件ニシテ当事者ノ所持スルモノヲ提出セシムルコト

三 当事者又ハ第三者ノ提出シタル文書其ノ他ノ物件ヲ裁判所ニ留置クコト

四 検証ヲ為シ又ハ鑑定ヲ命スルコト

五 必要ナル調査ヲ囑託スルコト

② 前項ニ規定スル検証、鑑定及調査ノ囑託ニ付テハ証拠調ニ関スル規定ヲ準用ス

二六一條 裁判所ハ当事者ノ申出テタル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其ノ他必要アリト認ムルトキハ職權ヲ以テ証拠調ヲ為スコトヲ得

二六二條 裁判所ハ必要ナル調査ヲ官庁若ハ公署、外国ノ官庁若ハ公署又ハ法人ニ囑託スルコトヲ得

↓衆議院による修正〔666〕〔667〕大一五・三・一九、二〇

裁判所ハ必要ナル調査ヲ官庁若ハ公署、外国ノ官庁若ハ公署又ハ学校、商業會議所、取引所其ノ他ノ団体ニ囑託スルコトヲ得

三一〇條 ①裁判所必要アリト認ムルトキハ官庁若ハ公署、外国ノ官庁若ハ公署又ハ相当ノ設備アル法人ニ鑑定ヲ囑託スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ宣誓ニ関スル規定ヲ除クノ外本款ノ規定ヲ準用ス

三三六條 裁判所カ証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其ノ他必要アリト認ムルトキハ職權ヲ以テ当事者本人ヲ訊問スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ当事者ヲシテ宣誓ヲ為サシムルコトヲ得

↓貴族院による修正〔652〕大一五・三・二三

裁判所カ証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ其ノ他必要アリト認ムルトキハ申立ニ因リ又ハ職權ヲ以テ当事者本人ヲ訊問スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ当事者ヲシテ宣誓ヲ為サシムルコトヲ得

↓衆議院による修正〔668〕大一五・三・二二

裁判所カ証拠調ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキハ申立ニ因リ又ハ職権ヲ以テ当事者本人ヲ訊問スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ当事者ヲシテ宣誓ヲ為サシムルコトヲ得

三三九条 ①宣誓シタル当事者カ虚偽ノ陳述ヲ為シタルトキハ裁判所決定ヲ以テ千円以下ノ過料ニ処ス此ノ決定ニ対シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得(二項省略)

↓貴族院による修正〔632〕大一一五・三・三三

①宣誓シタル当事者カ虚偽ノ陳述ヲ為シタルトキハ裁判所決定ヲ以テ五百円以下ノ過料ニ処ス此ノ決定ニ対シテハ即時抗告ヲ為スコトヲ得

大正一五年(一九二六)

二月一二日 帝国議會に法案提出

二月二〇日～三月三日 貴族院で特別委員会小委員会設置、審議

三月五日 貴族院で可決

三月一〇日～三月二二日 衆議院で特別委員会設置、審議(一九・二〇日 小委員会)

三月二三日 衆議院で可決

三月二四日 貴族院で衆議院の修正を可決

四月二四日 公布(↓施行・昭和四年(一九二九)一〇月一日)

一 法案への法曹界の反応

帝国議會の審議で取り上げられたものとして、今村恭太郎(東京地裁所長)「民事訴訟法改正卜訴訟ノ促進」⁽⁴⁶⁾、帝国弁護士会「民事訴訟法改正案修正意見」⁽⁴⁷⁾(大一一五・二)、帝国弁護士会の意見(大一一五・三・二〇)⁽⁴⁸⁾、日本弁護士協会・東

京弁護士会の修正意見（大正一五・二）⁽⁴⁹⁾を挙げる事ができる。

今村意見書は法案に厳しい批判を行ったことで知られるが、「職権主義の拡張」については他の項目と列挙させて「適切貴重なる改正たるを疑わず」と触れるに留まる。

帝国弁護士会は職権証拠調につき、案二六一条の「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の削除を主張した。これでは職権調査の範囲が広すぎ、当事者処分主義を原則とする民事訴訟の原則に反するとした上で、釈明に関する案一二七条・一三一条の規定があり、これ以上職権調査の範囲を増大する必要はないとしている点が注目される。当事者訊問については、当事者の申立による実施の追加を主張したほか、宣誓・過料を設けたのは不当としその削除を求めた。⁽⁵¹⁾これらの点は貴衆両院での審議で取り上げられることになる。⁽⁵²⁾

二 貴族院での審議

貴族院では実質的な審議は特別委員会小委員会（大正一五年（一九二六）二月二〇日設置）で行われた。専門的知識を持つ者として選出された河村讓三郎委員長（元司法次官）、水上長次郎（元大阪控訴院長）、渡辺暢（元朝鮮高等法院長）、志水小一郎（元陸軍省法務局長）、渡辺修二（男爵、元検事）、佐竹三吾（元鉄道官僚、法制局長官）の六人が議論を行った。

(1) 職権証拠調

案二六一条の「其ノ他必要アリト認ムルトキ」という要件が、広範に過ぎるという指摘が複数の委員から出ている。⁽⁵³⁾前段の「当事者ノ申出テタル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ」が事実上無用になってしまい、「裁判所は必要ありと認める場合はいつでも職権証拠調ができる」と書いても同様の意味になる。即ち全然職権主義になり、当事者

主義という精神は失われてしまふのではないか。これらは、上述した弁護士会からの批判を念頭に置いたものであった。それに対して池田寅二郎政府委員（民事局長。のち大審院長）は、「当事者ノ申出テタル証拠ニ依リテ心証ヲ得ルコト能ハサルトキ」を冒頭に置き、その後で「其ノ他必要アリト認ムルトキ」と書いたことには、相当意味をこめていづつありであるとして、以下のように説明した。

「即ち此職権の調べと云ふことは、当事者の申出の証拠と云ふものの補充的の意味で、…現行法に依りますれば、検証と鑑定だけは矢張りいけることになつて居ります。必しも其証拠方法に制限を付けると云ふことは必要ではあるまい：と云ふことで、此規定に証拠方法の種類を限定しないで、茲こゝに書いたに止まる…どこ迄も当事者訴訟主義を眼中に置きまして、而して其補充をすると云ふ位の意味が茲に籠つて居るものである。唯愈いよいよ々々仕舞まで行つて、そうして心証を得ること能わざるとき、と云ふことに限ると云ふことは狭きに失するのであるから、『其ノ他必要アルトキ』と云ふことが茲に加わつて居ります。当事者の申出でたるとき云々と云ふことを冒頭に掲げて、そうして規定を致しましたのは、茲で以て極めて補充的の意味であると云ふことを現わすの趣旨と、御了解を請います」

「『必要ありと認める場合はいつでも職権証拠調べができる』とだけ書くのでは」如何にも当事者の申出と云ふことを土台に置かないで、其有無に拘らず、初めより裁判所が徹底的に職権を以て証拠調べをすると云ふようなことが、幾分か見えるようになりはしないかと云ふことを恐れますので、先ず此職権主義を加味すると云う程度のものに現わしますには、此方が妥当ではないかと実は思います⁵⁴」

起案サイドにとつて、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」は強度の職権介入を認める趣旨ではない。補充性の要件を文字通りに適用するのが不適切な場合の回避策を明文化するにとどまる、節度あるものであった。批判者たちは、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」要件が強度の職権介入に道をひらくのではと危惧しているものの、補充的に職権証拠調べが行

われることまで否定する発言はみられない。起案サイドと小委員会メンバーの間には——法案の各所で強度の職権介入の実現を唱えていた水上長次郎⁽⁵⁵⁾一人を除いて——、職権介入の程度について大きなイメージの相違はなかったといえよう。

そもそも案二六一一条は証拠法の総則に位置づけられており、実際の局面ではより具体的な条項の適用が予定されていた。批判派（佐竹三吾）からは、案一二七条一項・一三一条・二六二条のような調査の方法があるので、それ以上さらに職権証拠調の範囲を拡張する必要はないと主張されている。⁽⁵⁶⁾強度の職権介入を主張する水上長次郎も、現行の当事者訊問や釈明権の規定の趣旨と精神を裁判官が十分に理解し、できるだけ拡張してゆこうという考えがあれば、現状はかなり改善されうると述べて、法改正よりも裁判官の意識改革が重要だとしているのである。⁽⁵⁷⁾

(2) 当事者訊問

当事者訊問の案文が明治民法にない宣誓・過料の規定を新設したことについて、反対の立場からの批判がなされた。⁽⁵⁸⁾渡辺修二は、宣誓した当事者が虚偽の陳述をしても刑法の偽証罪（二六九条）にいう「証人」には当たらないという池田政府委員の説明に対し、以下のように懸念を表明する。

「裁判所が矢張り本人を訊問して、其調査なり訊問に依て得たものを矢張り証拠に供するだろうと思ひます。そうすると矢張り本人であると共に、一面証人であるような風に解することが出来るかとも思ひます。…所謂当事者処分主義じゃなくて、其無理に証拠を作らせると云うような傾向がありはしないか。「刑法上の制裁がないとしても」三百三十九条の千円以下の過料に処する、是は相当大いなる制裁でありますから、当事者処分主義に反して、丸で裁判所が刑事事件の証拠でも蒐集するような虞^{おそれ}がありはしないか⁽⁵⁹⁾」

池田政府委員は渡辺の質問の前半、当事者本人も事実上証人と同視され偽証罪の対象になるのではという懸念については、いかに宣誓をしたとしても当事者本人である以上、偽証罪とすることは「穏かではあるまい」と完全に否定する。それにつづけて、

「そこで此当事者本人訊問と云うことが、所謂当事者主義に反して裁判所が余りに立入り過ぎると云うことの憂がないか、と云う御心配の御質問であります。是は：当事者主義に本則を改める外はないのでありまして、此足らざるを補充すると云う意味に於て、職権主義を加味しましたのでございます。勿論法の趣旨は確實ではあります。運用に当りましては、是は十分其趣旨に従つて之を實際に活用いたしますように、十分之は注意を要する点とは考えて居ります」と、本則たる当事者主義の足らざる部分を補充するにとどまることを強調した。さらにつづけて、虚偽の陳述に制裁を科することは酷に過ぎるといふ質問に対しては、

「：証拠調べの都合に依つて此心証を得ることが出来ない場合、止むを得ざる場合の規定でありまして、事茲に至りますれば矢張り此本人の陳述と云うものを、是を一つの資料とする外はない。而して此本人と雖も、苟くも此裁判所に於きまして、或る主張をすると云う以上は、結局の所に於て相当もあるだろうし、相当の責任を執つて居ると云う場合のあることは、是は然かるべきことではなからうか」

政府委員の見解は、ここでも節度あるものであつた。当事者主義に基づいて、職権による訊問はあくまで最後の手段とした上で、当事者にも真実に基づく裁判の実現のために一定の責任を課するという考え方であつた。

案三三六条の「其ノ他必要アリト認ムルトキ」すなわち補充性の論点については、趣旨説明（もつぱら宣誓の導入を強調した）を含め全くといっていいほど触れられていない。⁶⁰ 貴院では結局案三三六条に「申立ニ因リ又ハ」を追加し、案三三九条の過料を千円から五百円に半減する修正が行われたが、これらの修正は根幹に触れるものではなかつた。⁶¹

三 衆議院での審議

貴族院で大正一五年（一九二六）三月五日に可決された民事訴訟法案は、一〇日より衆議院での審議を受けることとなり、議長が指名した二七名の議員（全員が弁護士であった）からなる特別委員会が実質的な質疑が展開された。最終的には委員のうち指名された一〇名による小委員会が一九・二〇日の二日間で修正案をまとめ、それが衆院による法案の修正として取りこまれることになる。

(1) 職権証拠調

証拠調における職権主義加味の意義と範囲について、批判的立場から質問をしたのは広瀬徳蔵（憲政会）であった。⁽⁶²⁾ 案文には当事者提出の証拠によって心証を得ないとき、その他必要と認めるときとあるが、当事者がごく少ししか証拠を出さない、あるいは何ら証拠を立証しなくても、職権によって証拠調ができるというようにも見える。民事訴訟の証拠に関する主義を刑事訴訟と同じにして、「刑事訴訟法に於て総ての証拠は検事若くは裁判所に於て得るのであるが」、裁判所が絶対の真実に達すべき事実を得ることを目指しているのか。

長島毅政府委員（司法書記官、のち司法次官、大審院長）は、案二六一一条にあるとおり当事者申出の証拠によって心証を得られない場合に職権が作動するという趣旨である。刑事とことなり調査機関が存在しないので、せいぜい案二二六二条・三二〇条で調査・鑑定の嘱託をするとか、証拠調の結果こういう証人を呼んだらよかろうと裁判所に分かった時、証人を呼ぶだけに留まる。特殊の機関を用いて証人を探し出すとか、裁判所外で判事が聞いた事実を基礎として証人を呼ぶということはしない、と答弁した。

広瀬はさらに食い下がり、政府委員はそういう運用にしたいのだろうか、実際に法文を運用するのは判事なので、判

事はいかようにも自由にできるとして危惧を表明する。

「厳格なる訴訟証人、其他適切なる証拠を持って居らない、自分が申出でて宣誓をして立証するの外仕方がないと云う場合があるとすれば、殆ど其大部分は裁判所が活動することになる。又往々にして見る如く、殆ど適切な立証方法がない、検事局の起訴記録がなければ出来ない事件もある、争いになる場合の立証の困難なる事件も無論多々ありますが、斯う云う場合に於ては、勿論裁判所は殆ど自分の出来得る所に依て証拠を集めると云うことになる……刑事訴訟と違って調査機関を持って居らないが、結果に於ては同じであると言ふことでありますが、二百六十二条に見る如く、非常に広く必要な調査を官庁公署等に嘱託することが出来る。而して其範囲を限定して居らぬ。或は之を警察に嘱託することも出来る。而して自由裁量主義を採って居るので、巡査の調べた報告でも自由なる裁量に依て之を断定をすると云うことにもなるかと思ひます」⁽⁶³⁾。

広瀬の批判は案二六一条よりはむしろ、冒頭は当事者訊問（案三三六条）、後半は案二六二条を念頭に置いたものようにみえる。長島政府委員の答弁も、案二六二条は事件の実質に立ち入って官庁が調査することは含んでおらず、専門的な事柄について調査報告を求めるとどまるというものであった。

ここも含め衆院の審議において、案二六一条の職権証拠調の一般規定がホットな論争点となることはなかった。審議の最終段階になって、当事者訊問（案三三六条）の「其ノ他必要アリト認ムルトキ」が削除された際（下記(2)参照）、広瀬徳蔵は権衡上案二六一条についても「其ノ他必要アリト認ムルトキ」を削除すべきであると主張したが、なんらの議論が行われることもなく賛成少数であつさり否決されてしまつた。⁽⁶⁴⁾ このことをネガティブに評価する先行研究もあるが、立法過程のメンバーたちにはそもそも案二六一条がそれほど重要な法文という認識がなく、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の職権介入はあくまで節度あるものにとどまるという、緩やかなコンセンサスが成立していたことを象徴

しているように思われる。

一方、釈明処分の規定（案一三二条）について複数の委員から、本条の規定は証拠調の規定と重複しており、職権主義を加味して証拠調の規定を設けた以上不要ではないのか、両者が一致しない点は平仄を合わせるべきではないか、釈明処分で判明した資料は証拠なのか、証拠調同様強制の手段はあるのかが質問された。⁶⁶ 政府委員は、「御承知の通り、実際に於ては殆ど何等実用の無い規定であります」と述べ、あくまで釈明は訴訟関係を明瞭にするためのもので証拠調とは異なるという区別にこだわった。とはいえこの質疑は、両者の実際の機能が大幅に重なり合うものと認識されていたことをよく示すものといえよう。

(2) 当事者訊問

委員会で議論になったのは、当事者による宣誓・過料の新設についてであった。岡本実太郎（憲政会）は、訴訟には事実についての多少の駆け引きや嘘はつきものであり、宣誓・過料の新設は不自然・無理なものと批判した。それに対して、長島毅政府委員は以下のように答弁している。⁶⁷

「当事者が苟も自ら主張する以上は、宣誓をして主張するには、其覚悟がなければならぬと云うことを訴訟法で警戒して置くこと云うことは相当ではないか：「多少の駈引はともかく」訴訟の重要な中心を嘘を言うこと云うことは、厳格に言えば詐欺取財にもなると思えますから、是は非常に苛酷になるようなこともない」
さらに続けて、

「真正なる主張者は、之が為に非常に助けになる。外に誰も知らない、自分だけ知って居ると云うときには、こんな制度でも認めて貰わなければ、自己の主張を貫徹することは出来ない。其意味に於て斯う云うことを設けて置くことは、

確たしかに法律上必要と思うのであります。他に証拠のないときに、之に拠るより仕方がないと云う場合には、当事者の保護になりはせぬかと考えて居るのであります」

真実に基づいた裁判を職権介入をつうじて実現する最後の手段として当事者訊問を位置づけ、そのために当事者にも一定の責任を自覚することを求めている。宣誓・過料規定については他の委員からも「大変な問題がある」として小委員会で議論したい旨述べられていたが、小委員会（弁護士会からの意見書をたたき台にして非公開で審議した）では全く取り上げられることはなかった。⁽⁶⁹⁾

小委員会のと審議の最終段階になって、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」は職権の介入を広げ過ぎ、宣誓・過料の規定は余りに厳しすぎるとして、削除すべしとする意見が委員たちから俄然活発に出された。⁽⁷⁰⁾

「其ノ他必要アリト認ムルトキ」について、平川松太郎は一方の極に立った反対論を展開した。それに対して長島政府委員は、

「明治民法三三六〇条では補充性の原則がとられているが」実際に於ては一番仕舞まで証拠を調べてしまつて、もう是で心証を得ないのでと云う所まで行くかどうかと云うことは、実際には分らないのであります。そこで：本人訊問の場合に於きましても、相当の証人を調べまして、そうして分らないことになりますと、本人を訊問致すのであります。本人訊問の後に於ても、又証人調をすと云うことを実際に於て許して居るのであります。法文の文字から申しますと、総ての証拠を調べてしまつて、最終でなければ本人訊問は出来ないと言ふ風に解して居る人もあるようでありすが、実際の扱いとしては、そう云うことは実際行われないのであります。⁽⁷²⁾果して何処まで行つたら本人訊問をして宜いのだと云うことは分りませぬので、自然此規定と云うものはまだ是から調べる証人があるような場合でも、本人訊問と云うこともあるのであります。併しかながら無論一番初めに本人訊問をするとか、或は二三の証人を調べて、まだ沢山証人

があるのに、本人訊問をすると云うようなことは、殆ど私はないことと思つてあります。…どう致しましても、補充的のものであります：「証拠調をすべて終えてからでない」と本人訊問ができないというのでは」如何にも窮屈である。斯う云う實際の取扱と致しまして、本条のような取扱を設けたのであります」

と答弁した。「其ノ他必要アリト認ムルトキ」は強度の職権介入を志向するものではなく、当事者訊問の補充性に対する「遊び」として実務上すで行われてきた取扱を明文化したに過ぎない、節度あるものであった。その後の議論はこの説明に理解を示したうえで、あくまで職権濫用を防ぐためとして「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の削除を全云一致で決する。「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の有無に関係なく職権は適宜介入すべきであるということについて、委員の間にはコンセンサスが成立していたのである。⁽⁷³⁾ それに加えて宣誓・過料の削除もあくまで主張した岡本実太郎の動議は少数の賛同しか得られずに終わり、その限りで事実認定における職権介入は強化されることになったといえよう。

四 衆議院による修正を受けての貴族院の審議

衆院から回付された法案についての審議⁽⁷⁴⁾では、職権の強度の介入を主張する水上長次郎一人が厳しい批判を行った。従来不慣れな者が証拠を出し遅れたり、必要な証拠を出さなかったりした際、「若も裁判官に於て進んで証拠の調べをするとか、或は斯う云う証拠があれば出せと云うような事を注意しますと、直ぐ干渉がましい仕方なりと申して、忽ち八方から非難攻撃を受けるのであります」。この非干渉主義・本人主義を改めるために本改正案は提出されたのに、衆院における幾つかの修正はそれを台無しにするものであるとして、当事者訊問についての修正を以下のように非難した。「現行の法律の下では、外に証拠がありました場合には、仮令本人に就て訊問したならば立派な証拠が挙がることが出ると思ひましても、他の証拠物を差置いて本人を訊問することが出来ない……是も亦訴訟非干渉主義とか、或は本人

自由主義とか云うようなことから生じて来て居る所の不便の一つであります……「改正法案では職権主義に改められ、案三三六条により」極めて自由自在に訊問することが出来ることになりましたのであります。……如何なる証拠がありません。……又無い場合に於きましても、直ぐ様本人を呼出して、そうして本人の自白を得るか、或は又自白がなくても、事実に近い所の事実を発見することが容易に出来ることになった……現行法の下に於きまして、本人を訊問したならば確かなる事実を探り聞き得ることが出来ると思ひながらも、出来なかつたことは、非常に痛切に不便を感じて居りました。が、「その不便が除かれ非常に訴訟の進行を早めることになつたので非常に喜んでゐた」。所が衆議院に於きましては、此大切な所の『其ノ他必要アリト認ムルトキ』と云う文句を全く削つてしまつたんです」

衆院の修正は改正法案の根本主義を覆すものであり、同意できないと主張した。しかし水上の一方の極に立つ見解は支持を集めることはなく、貴院も衆院の修正を受け入れ、民法改正案は成立することになるのである。

以上、立法過程Ⅱ貴衆両院での審議における起案サイドの立場は、一貫して節度あるものであつたと評価できる。強度の職権介入の主張や、当事者主義の公式的理解の護持という両極を退け、当事者による証明を前提とした上で節度ある介入を明文によって可能にしようとしたのだつた。

4 むすび

一 成法への起案サイドの評価

改正法施行にかけて、起案サイドによる改正法の解説書が複数刊行されている。松岡義正『新民事訴訟法註釈』（昭

四一四)、山内確三郎『民事訴訟法の改正』(昭四)、長島毅・森田豊次郎『改正民事訴訟法解釈』(昭五)である。

(1) 職権証拠調

山内は二六一条を新法の採った職権主義の最も顕著なる一事項とした上で、当事者の申し出た証拠だけでは心証を得られない場合が、職権証拠調の殆ど総ての場合を網羅すると述べる。「其ノ他必要アリト認ムルトキ」、つまり当事者が証拠の申出を為さない場合にも極めて広汎に可能とされてはいるが、「併ながら、茲に自ら適當の制限あることを考へなければならぬ。故に初心の判事は其の他以下の権限は余り之を用いず、当事者に促して必要なる立証を為さしむるの途を採つて貰いたい」と述べ、二六一条よりまず積明権で立証を促すべきと考えている。⁽⁷⁶⁾長島・森田も同旨をあつさり⁽⁷⁷⁾と述べている。

積明との関係については、山内は一二七条に関して、先ず立証の責任ある当事者が必要な証拠を提出しないことがないうように間接に立証を命ずる。「而して、新法に於ける立証に関する裁判所の職権は更に一步を進め、職権を以てする証拠となる」と位置づけている。⁽⁷⁸⁾一二七条については、証拠調とは区別されるべきと繰り返し強調するも、「一号・当事者本人の出頭命令について」^{それ}其が間接に訴訟に影響するところは、証拠調に属すると同様なる場合がないと保証することは出来ぬ：「両者の」区別の取扱は極めて微妙である」とした。⁽⁷⁹⁾

長島・森田も同様に一二七条について、「本条は積明権に関するものなれども、積明権の行使が当事者の主張の矛盾、抵触、不合理、背信、曖昧等を匡すの結果、自然、当事者の主張の真否、当否を判断するの資料を提供する結果となるは勿論なり」。一二七条についても、「本条の規定に依る処分(決定)は、厳格なる意義に於ける証拠調と云うことを得ざるべきも、処分の結果を本案判断の資料に援用することは敢て違法に非ざるべし」と述べ、両者の機能が実務上は重なるべきも、処分の結果を本案判断の資料に援用することは敢て違法に非ざるべし」と述べ、両者の機能が実務上は重なるべきも、

ることを認めていた。⁽⁸⁰⁾

他方松岡は一三一条について、証拠調ではなく訴訟関係の明瞭化のためのものであることに、同条による釈明の範囲の制約を見ていたようである。⁽⁸¹⁾

(2) 当事者訊問

山内は、衆院での三三六条の修正に極めて批判的である。明治民法下において、補充性規定を厳格に解するか柔軟に解するか議論があったため、原案では二六一條と同様「其ノ他必要アリト認ムルトキ」と明らかに規定し、他に証拠調をすることが当事者訊問の前提ではないことを了解せよとした。しかし修正で二六一條の「其ノ他必要アリト認ムルトキ」はそのままで、三三六条では削除された。「権衡を得ないと同時に、解釈に疑義を生ずることは旧法に於けるよりも一層甚しきものあり」。「議會に於ける修正は、余程能く注意して其の賛否を定めないと、飛んでもない間違を生ずることがある。此の条文の修正の如きは明に其の一である。訴訟に依ては殊に旧き事實に基く訴訟に於て、証拠を得る能わざる場合がある。斯の如き場合に証拠なきの故を以て、遽かに相手方の主張を眞実と認め難き場合は、尠くない。斯の如き場合に裁判官が心証を定むるの基礎は、本人訊問に依るの外はない」。新法がこれを許す趣意ならば、原案のように明文にすべきであつた。⁽⁸²⁾

明治民法は当事者訊問の方法等についてはなんら規定せず、ゆえに実効性が甚だ少なかったもので、効力を高めるべく新法では当事者本人の宣誓の規定をおいた、と説明される。宣誓は必要的ではなく、実施の有無は裁判所の裁量にゆだねられる。宣誓は「我國民の道德感」「淳風美俗」に基づくものであり、訴訟誠実の義務に発するものとされていることが目を引く。⁽⁸³⁾ 宣誓の方式が厳粛にされたことも述べられる。過料の規定については「本来は刑法の規定を改めて偽

証の場合に準じて、刑罰に当てるのが本当であらねばならぬ」とする。

山内が口頭審理を重視していたことを示すのは、以下の叙述である。「当事者訊問は一般の証拠と異なりて、其の陳述に依て主張の真実を明にすると云わんよりは、其の陳述自体に依りて直接事実の真相を糺明する：故に裁判所は当事者の陳述の状況に注視して、之に依て其の主張の真否を明察することに意を用いなければならぬ」。ゆえに当事者訊問は、最も多く裁判官の技量を要するものなのである。⁽⁸⁴⁾

長島・森田は当事者訊問の補充性について、本人訊問の後にその他の証拠調をすることができる。準備手続で当事者訊問の申立があった場合、最初の期日に他の証人と同時に当事者本人を呼出すことは構わない、と簡潔に触れる。宣誓がいかなる場合に必要かは一概に論ずることはできないとした上で、当事者本人の訊問のみによつて訴訟の勝敗を決するような場合には宣誓を命ずるべきである。また一方当事者に宣誓を命じた場合は他方の当事者にも命ずるべきである、⁽⁸⁵⁾という。

二 まとめと見通し

(1) 本稿では、事実認定における職権介入に関連する大正改正の条項として、二六一条と三三六条を中心とした起草・立法過程の議論を検討してきた。起案サイドが考えていた職権介入とは、真実をどこまでも追求するというものではなかった。当事者のみに立証を委ねておくのでは不適切な結果になると考えられる場合において、節度ある形で介入を行うものだったのである。⁽⁸⁶⁾

当事者主義を旗印にする批判は立法過程において一定以上に見られたが、当時の刑事手続に対する批判的な認識のアナロジーで把握されがちだったことが示すように、それはあくまで強度の職権介入を危惧したものであった。あるべき

介入の程度についての起案サイドとの認識の相違は大きなものではなく、緩やかなコンセンサスが大多数のメンバー間に成立していたといえる。換言すれば、その程度での職権介入は弁護士選出の委員・議員からも期待されていたのである。

節度あるものとして職権介入の程度を想定する起草・立法過程メンバーのスタンスは、同時代の一般の実務法曹の間でかなり強度の介入を期待する声が多数見られたのとは、位相をはっきり異にしているといえよう。⁽⁸⁷⁾

(2) 従前、二六一条の職権証拠調の規定は「世界に類例のない規定」、大正改正法における職権主義強化の象徴として言及され、当事者主義の立場から強く批判されてきた。

しかし起草・立法過程のメンバーたちは、二六一条を決して強度の職権介入としては認識していなかったし、そして重要な法文とみていたわけでもない。改正項目としての扱いが小さく、議論が質量ともにさしたるものでなかったのは、いかなるメンバーからもさして問題をはらんだ条文とは考えられていなかったからと解される。改正当時の学説も多くは本条の立法趣旨を正確に把握し、弁論主義を前提としつつ職権が必要に応じて介入できるようにしたという節度ある理解を示している。⁽⁸⁸⁾ 事実認定のための職権介入の手段としては、証拠法総則に位置する二六一条よりも、積明権の行使(二七・一三一条)⁽⁸⁹⁾ や新設・強化された証拠法各則の具体的な規定(二六二・三二〇・三三六条など)が重視され、さかんに議論されていたことも重要な点である。先行研究にしばしばみられた二六一条への強い批判は、起草・立法過程の議論を十分に閲した上での評価とはいいがたく、当事者「主義」にあまりにとらわれたものといえよう。

二六一条を、本人訴訟を念頭にした法文として把握する見解が散見される。⁽⁹⁰⁾ しかし当時、弁護士の資質の低さが——弁護士たち自身からも——しばしば取りざたされていたことを考えれば、「専門職たる弁護士のミスのリスクを、依頼

人（＝法の素人たる当事者）に負担させるべきか否か」という視点から、職権介入が位置づけられていた可能性があるように思われる。

(3) 当事者訊問について、本稿では、起草・立法過程のメンバーが補充性の厳格な適用を想定していなかったことを示した。しかし、改正法をうけた学説では衆院における「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の削除が重要な意味を持つものとして一人歩きはじめ、山内確三郎の懸念が現実のものとなる。⁽⁹²⁾その後、学説の多くは補充性を厳格に解釈するようになり、他方実務は柔軟な対応をとってゆくこととなったのである。

いずれにせよ、補充性についての起草・立法過程の議論は、事実認定のための職権介入をどう考えるかという視点から終始なされていた。後年の学説が補充性を厳格に解する根拠とした「当事者の供述は証拠力が弱い」とする見解や、補充性は（証拠方法としての）当事者宣誓が最後の証拠方法とされていたことの残滓に過ぎないという沿革的経緯は、起草・立法過程において注目されることはなかったのである。⁽⁹³⁾

*本稿は、文部科学省科学研究費・基盤研究C「『当事者のために介入する裁判官』の歴史的系譜——ヨーロッパ私法史から大正民法改正へ」、同「民事訴訟における職権介入の虚像と実像——実務のまなざしから出発する法史学の試み」（いずれも代表者・水野浩二）による研究成果である。本稿は当初別の媒体での公表のために、平成二六年六月にひとまず脱稿していたが、出版サイドの事情で刊行が遅れたため、このたび大幅な加筆修正を加えた上で、本誌にて公表することにしたものであることを付記する。

- (1) 本稿では、参照史料がいずれも容易に参看可能であることと読みやすさを考え、史料引用の際はいずれも新かな新漢字に、カナ書きをひらがなに改め、適宜句読点・ふりがなを挿入・省略した。史料編纂者による校訂が施されている箇所はそれにしたがった。「」内は水野が補った部分である。各々の段階で検討対象にされた案文については「案〇〇条」と表記する。史料の日付は例えば大正一一年五月三〇日を大一一・五・三〇のように表記する。
- (2) 法史的文献では染野義信「わが国民事訴訟制度における転回点——大正一五年改正の経過と本質」(同『近代的転換における裁判制度』(昭六三)所収、初出は昭四四—四五)、本間義信「大正期の民事司法」(静法二三卷二・三、四号(昭五〇)、園尾隆司『民事訴訟・執行・破産の近現代史』(平二二)二六二頁以下、山中永之佑他『日本現代法史論』(平二二)一七一頁。実定法文献として例えば秋山幹男他『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ(第二版)』(平一八)一〇頁、新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』(平二三)四九頁、中野貞一郎他『新民事訴訟法講義(第二版補訂二版)』(平二〇)一八頁など。
- (3) 当時の学説については、本間義信「弁論主義理論の展開過程——旧法時代」(阪法三九卷三・四号(平二二)、笠井正俊「弁論主義の意義」(『民事訴訟法の史的展開(鈴木正裕古稀)』(平一四)所収)。
- (4) 水野浩二「葛藤する法廷——『法律新聞』の描いた裁判官・民事訴訟・そして近代日本(一)」(三・完)「北法六七巻四〇六号(平二八—二九)にて詳細に論じた。
- (5) 水野浩二「口頭審理による後見的な真実解明への志向」(試論——一例としての大正民法改正)「法制史研究六三号(平二六)一五、二四、二七、三一頁。
- (6) 起草過程終了をうけて作成された『民事訴訟法改正要目』(「関連資料4」5)、「改正法律案理由書」(639)では、「改正ノ要目」(七項目)ではなく「其ノ他注意スヘキ改正事項」(一九項目)中に挙げられている(「証拠調ハ事情ニ因リ職権ヲ以テモ之ヲ為スコトヲ得ルモノト為シタルコト」)、「当事者宣誓ノ制度ヲ認メタルコト」。当事者訊問それ自体ではなく、訊問を宣誓の上でおこなうようにした点が重視されていることに注意したい。
- (7) 染野「転回点」(二四九—二五〇、二七三、二八八頁)。
- (8) 斎藤秀夫他編『注解民事訴訟法(第二版)』(平五)三一〇頁以下、笠井「弁論主義の意義」、鈴木正裕『近代民事訴訟法史・日本』(平一六)三〇二頁(「二六一一条は」世界に類のない条文として注目を浴びるとともに、職権主義の極致として太平洋戦争後は直ちに削除されてしまった)、園尾『近現代史』(二六三、二六五頁)。

- (9) 萩原金美「当事者尋問の補充性に関する一考察」新報八〇巻二号(昭四八)、河野信夫「当事者の尋問」講座民訴(5)(昭五八)、中野貞一郎「当事者尋問の補充性」(同『民事手続の現在問題』(平元)所収。初出は判夕五〇六、六八五号(昭六二、平元)、斎藤他編『注解民訴(第二版)』(平五)二八二頁以下、秋山他『コンメンタール民訴Ⅳ』(平二二)二五九頁以下。
- (10) 染野「転回点」二九四頁。
- (11) 中野貞一郎「当事者尋問」、とくに二〇二—二〇三、二二〇頁。本稿での検討の結果は、中野氏の見解を基本的に支持するものであることをあらかじめ述べておきたい。
- (12) 二〇七条 ①裁判所は、申立てにより又は職権で、当事者本人を尋問することができる。この場合においては、その当事者に宣誓をさせることができる。
- ②証人及び当事者本人の尋問を行うときは、まず証人の尋問をする。ただし、適当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、まず当事者本人の尋問をすることができる。
- (13) 史料は松本博之・河野正憲・徳田和幸編『民事訴訟法・大正改正編(1)』(5)、総索引(日本立法資料全集10)15(平五)八)を用い、「数字」で同書の史料番号を表示する。
- (14) 法典調査会(明治三六年)については、審議の速記録が本研究の対象となる内容についてはそもそも作成されなかつたと考えられるため、それ自体としては取り上げない(松本博之他編『民事訴訟法・明治三六年草案(1)』(日本立法資料全集43)(平六)九、一五頁)。
- (15) 改正作業の経過に関しては、本稿でもやはり鈴木正裕『日本』第四部の稠密な叙述による。
- (16) 意見聴取は第一回(明三六)・第二回(明四四)の二度にわたり、裁判所・検事局・弁護士会・商業会議所に対して行われた。第一回の結果をまとめたのが「2」民事訴訟法改正案修正意見類聚、第二回が松本博之他編『民事訴訟法・明治三六年草案(3)』(日本立法資料全集45)(平七)の「42・43」民事訴訟法及付属法令修正意見類聚(追加)である。第一回において一般的な職権証拠調を要望する意見はほとんど見られない。

(17) [362]

(18) [364] (明四四・五・三一)

- (19) [243] [424] (大ニ・一・一五)。
- (20) [433] (大三・六・二二)。以上の経緯については、鈴木『日本』三〇二頁注(124)を参照されたい。
- 職権証拠調の一般規定の由来については、染野「転回点」以来、外国に類例のない制度を採用したとする見解が一般的であるが、なお検討の余地があると思われる。中・近世の学識法訴訟は、一定以上の積極的な釈明権の行使・職権探知をめぐめた (Falk Bomsdorf, Prozeßmaximen und Rechtswirlichkeit: Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime in deutschen Zivilprozeß, Berlin 1971, S. 42ff., Knut Wolfgang Nörr, Romanisch-kanonisches Prozessrecht, Heidelberg 2012, passim, 鈴木正裕『近代民事訴訟法史・ドイツ』(平一三三)三六六―三七四頁、水野浩二「学識的民事訴訟における職権補充——中世末期の解釈論の変動」北法六五巻一号(平二六)。大正改正当時のわが国においても、雉本朗造「民事訴訟制度の変遷及改正運動(付・奥大利新民事訴訟法及び匈牙利新民事訴訟法)(六)(七)」新聞八四一、八四二号(大ニ)や中野峯夫「新民事訴訟法に於ける当事者主義と職権主義(二)」曹誌八巻二号(昭五)一六頁は、プロイセン一般裁判所法(一七九三年)やオーストリア民法(一八九五年)の関連規定を紹介している。
- (21) [463]。染野「転回点」二七三頁が「くくあつさり」と紹介している。
- (22) 大審院が証拠共通の原則を認めた判例として、大判明治四一年五月一日民録一四輯五六七頁がある。なお後の民法改正調査委員会において松岡は、証拠共通の原則を職権証拠調から切り離し、大審院の判例により今日では認められている、と流している([609] (大一一・一二・一一))。
- (23) [279] (大ニ・六・二七)
- (24) 笠井「弁論主義の意義」三八九頁注(5)。
- (25) 明治三二年頃に作成されたといわれる民事訴訟法修正案(松本他編『民事訴訟法・明治三六年草案(1)(日本立法資料全集43)』の「2」)においてすでに、当事者訊問の規定は存在していない。削除の理由については史料不足(注(14)参照)のため、現時点でははっきりしない。
- 当事者訊問の由来については、本稿との関連ではさしあたり、釈明権の行使が中世学識法手続以来当事者訊問とほぼ同一の役割を果たしてきたことを指摘しておきたい。(Nörr, Prozessrecht, S. 168)。補充性の原則は、形式的証拠力を持つ証拠方法としての当事者宣誓が伝統的に最後の補充的な手段とされてきたことを受け、一九世紀中の民法立法が徐々に採用

- していったとされている（岩沢彰二郎「当事者による証拠方法」曹誌六卷一〜三号（昭三）、中野貞一郎「当事者訊問」）。
- (26) 注(16)の史料を参照。
- (27) 当事者訊問は明治民法では「当事者本人ノ訊問」（三六〇条以下）と呼称されていたため、当時においては当事者訊問を指すものとしてしばしば「本人訊問」という言葉が用いられていた。
- (28) 初めて職権証拠調・当事者訊問の条文が登場するのは「475」民事訴訟法改正起案会決定案（四一〇条まで）（起草委員会議案）の大六・六・二五〜一二・二四作成の部分においてである。ちなみに釈明処分の規定には、「1」旧法典調査会案から「473」「475」（大六・二・二六起案会改案）「477」「478」の各段階において細かい修正が加えられている。
- (29) 「604」（大一一・一〇・二四）。
- (30) 山内確三郎『民事訴訟法の改正（第二巻）』（昭六）二〇七―二一〇頁。山内は『法律新聞』でも同旨の主張を展開していた（大正七年一〇月二三日付）。水野「葛藤する法廷（二）」五〇頁参照。
- (31) 立証の促しをどこまで強化するかは、起草・立法過程を通じて議論の対象とされた（水野「口頭審理」参照）。
- (32) 「629」（大一一・六・一六）。法文は「481」民事訴訟法改正案（第二案）を参照。
- (33) 「634」（大一一・七・一四）。案一二二条ノ二は削除されることになり、議会提出の第五条（「500」）では案一三一条五号が、証拠調の規定としては案二六二条・三二〇条が追加された。
- (34) 「639」
- (35) 法文は下記「3 立法過程」の冒頭に紹介する「500」を参照。
- (36) のちの立法過程（貴院）では、当事者が立証を尽くすことを前提に、それでも裁判所が心証を十分に得るに至らなかつたところを、補足として当事者訊問で補うのである。だから当事者の申立てではなく職権によることになる、と説明される。「大体の此立前たまたまが当事者が立証の手続を尽すと云うことを土台に置きまして、謂わば其補足的のもので」、「心証を得るか得ないかと云うことは裁判所の問題でありまして、申立人の方には分らないのであります…矢張り証拠調べと云う、当事者本位と云うことが基礎になつて居りまして…本人訊問と云う詰り補充的なものでありますから」（「648」大一一・二・二四、
「651」大一一・二・二六）。
- (37) 「611」（大一一・一・一六）

- (38) [634] (大一一四・七一四)。
- (39) 松岡義正は明治民法三六〇条の解釈論としては、補充性を厳格に理解していた(『民事証拠論』(六一四)六一二―一六四頁)。「当事者本人の訊問は、証すべき事実若は其の反対事実が証明せられたるとき、又は証すべき事実が付尚お他の証拠方法存するとき(仮令迂遠なる証拠方法なりと雖も)は、之を許さず。故に当事者は、当事者本人の訊問に依る証拠調を為さしむるが為に、他の証拠の申出を避止することを許さず。従て、若し当事者が他の証拠方法存するに拘わらず、当事者本人の訊問を求むる申立を為したるときは、裁判所は之を却下することを要す」。松岡以外の論者の見解については岩沢「当事者による証拠方法(三・完)二〇―二二頁を参照。
- しかし当時の実務の扱いは、やや異なるものになっていた。大判大正八年六月一六日民録二五輯一〇四四頁は補充性の原則を確認した上で、「本人訊問を為したる後に至りては当事者より証拠を提出することを得ざる旨の規定なければ、其後に於て各当事者の提出したる証拠を以て、許すべからざるものと為すを得ざるものとす」と判示していた。下記「3 立法過程」の質疑も参照。
- (40) [639]。宣誓の上虚偽の陳述をした者への過料は「479」民事訴訟法改正案(第一案・議案)では五〇〇円だったが、「481」民事訴訟法改正案(第二案)以降一〇〇〇円に増額されている。
- (41) [関連資料3-5]
- (42) 法文は下記「3 立法過程」の冒頭に紹介する「500」を参照。
- (43) [611] (大一一二・一一一六)。
- (44) [634] (大一一四・七一四)。
- (45) 貴衆両院の審議過程の詳細については、水野「口頭審理」二六、二九頁以下を参照。
- (46) [関連資料7] (大一一五・一一九)。この意見書は池田寅二郎(民事局長)に宛てて書かれ、『法律新聞』(大正一五年一月二〇日付)に公表されている。
- (47) [関連資料8] 『法律新聞』(大正一五年三月三日付)に掲載されている。
- (48) [関連資料9] 『法律新聞』(大正一五年三月二〇日付)に掲載されている。
- (49) [関連資料11]

- (50) 日本弁護士協会・東京弁護士会の意見もこの点について同旨を主張する。
- (51) 「関連資料9」。自己の訴訟について真相の陳述を強制するのは人情にもとる。陳述を措信できないとはいえても、虚偽とまで断定することは困難である。「婦人老人其他の怯懦者」は処罰を恐れて訴訟を回避することになる。悪質な場合は刑法の詐欺罪で処罰すればよい。
- (52) 他方、当時の『法律新聞』には一般の実務法曹の改正法案への意見表明が見られ、職権介入の強化に賛同するものが多い。これらについては水野「葛藤する法廷」を参照されたい。
- (53) 「648」(大一五・二・二四)(佐竹三吾)、「651」(大一五・二・二六)(志水小一郎)
- (54) 長島毅説明員も同旨を述べている(「651」(大一五・二・二六))。
- (55) 水上だけは、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」に強度の職権介入を期待していた(下記四参照)。水上が釈明権についても相当以上の強化を主張して議論の一方の「極」となったことについては、水野「口頭審理」二六頁以下で詳細に論じた。
- (56) 「648」(大一五・二・二四)
- (57) 「643」(大一五・二・二〇)。「…現在の規定の中でも、裁判官が余り勵行をしない…ものがある。…自分の心情に於ては斯うした方が宜かろうと思つても、…或は上級裁判所で破毀される、或は取消されると云うような、即ち入らぬ心配をするが為に、…先ず是までの仕来りに従つて、自分の思う存分通りの処置をしないと云うような傾向は多々あるのであります。現に今度の改正案に付きましたは、此裁判所に於て職権証拠調べの原則を幾分か認められて居るのでありますが、現訴訟法ではどうか。それは幾分認められて居る。或る場合に於て、例えば本人訊問・釈明権など、裁判官に於て十分に其規定の趣旨と精神とを能く考へて、そうして之を出来得るだけ其趣旨を拡張して行こうと云う考がありましたならば、今度改正になりましたようには行きませうまいけれども、現在やつて居る扱ひよりは、一層範圍が広くなつて来て、是が為に其訴訟の遅延するもの幾分か減ずると云うことは實際あることじやろう、と私は考へる」
- (58) 「648」(大一五・二・二四)。中野「当事者訊問」一九七―一九九頁で質疑のあらましが紹介されている。
- (59) 職権介入積極派の水上長次郎さへ、「当事者本人は」訴訟には最も利害の痛切なる關係を有するものである。であるからして、自分の為不利なことは言わない、若くは嘘をつくと云うようなことはないではない。是は人情であろうと思う。証人の調べの場合にも利害關係あることは宣誓をさせない。それが当然である。…「案三三九条」宣誓をせしめて間違つ

たからと云うて千円以下の過料に処すと云うことになりますると、是は少し苛酷になると思ひます」と、懷疑的な姿勢を示している。

(60) 唯一の例外として職権介入積極派の水上長次郎が、案三三六条の「必要アリト認ムルトキハ」は、和解勸試の機会を早期に提供する趣旨なのかと質問している(〔646〕(大一五・二・二二))。池田政府委員は、案三三六条は証拠調なので不適切であり、釈明処分案二二二条一項一号により本人を出頭させる(明治民法一四四条でも大体そのようにやっている)、案一三六条二項もあるという「形式的な」区別でかわしている。ちなみに中野「当事者尋問」一九一頁は補充性を批判する根拠の一つとして、水上と同様の視点を提示している。

案一三六条 ①裁判所ハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス和解ヲ試ミ又ハ受命判事若ハ受託判事ヲシテ之ヲ試ミシムルコトヲ得

②裁判所又ハ受命判事若ハ受託判事ハ和解ノ為当事者本人又ハ其ノ法定代理人ノ出頭ヲ命スルコトヲ得

(61) 〔652〕(大一一五・三・三三)

(62) 〔661〕(大一一五・三・一一)

(63) 染野義信氏はこの発言に注目している(「転回点」二九三頁)。

(64) 〔668〕(大一一五・三・二二)。

(65) 染野「転回点」二九四頁。

(66) 〔664〕(大一一五・三・一六) (広瀬徳蔵・横山金太郎(憲政会)・清瀬一郎(新正倶楽部))

(67) 〔661〕(大一一五・三・一一)

(68) 〔665〕(大一一五・三・一七) (磯部尚(政友会))

(69) 〔668〕(大一一五・三・二二) の岡本実太郎に対する齋藤委員長の答弁。なお、広瀬徳蔵は小委員会で修正説(内容不明)を出したが賛成者がなかったと述べている。

(70) 〔668〕(大一一五・三・二二) 宣誓・過料を削除するとしたのが岡本実太郎・広瀬徳蔵、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の削除を主張したのが磯部尚・谷原公(政友本党)、平川松太郎(憲政会)はいずれかの削除を主張した。

(71) 「其ノ他必要アリト認ムルトキ」だと、いつでも裁判所が当事者本人を訊問できることになる。そうだとすると何らの証

拠も調べないうちでもできるので、そのあと証拠調をする必要がなくなってしまうか。女子や訴訟に慣れない者は裁判所に呼び出されて、事実と反するような陳述をするかもしれない。また、偽証の場合には弁護士が教唆したというようなことが常に問題になり(本人訊問の際は必ず弁護士が本人に助言するから)弁護士が制裁を受けることになりかねない。田舎の了解しない裁判所では、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」を適用する場合がたくさん出てきよう。従つて「其ノ他必要アリト認ムルトキ」か「宣誓」のいずれかを削るべき、とした。

(72) 注(39)で紹介した大審院判例も参照。

(73) 広瀬徳蔵「成程政府委員の言われるように、最終と云う時が分らないのであるから、其前に於ても之を許す必要がある」と云ふことは、必ずしも理由なしと致しませぬ」

磯部尚「只今政府委員が御答になつたことは、裁判常識としては当然左様であろうと思ひますけれども、辺鄙な所に参りまして、随分化石した判事などは何をやらぬとも限らぬ：矢張現行法通りざつと証拠調をして、心証を得ること能わざるときに初めて当事者の訊問に移ると云ふことを規定して置いた方が、過ちが少からう」

谷原公「三百三十六条の中から『其ノ他必要アリト認ムルトキハ職權ヲ以テ』と云う文字を削りましても、裁判所は証拠調に依て十分心証を得ない場合に、初めて当事者本人の訊問に移る、或は又其後に於て有力なる証拠調の必要あるときは証拠調に移ることは一向差支ないのでありますから、職權濫用の弊を防ぐ意味に於きまして、あの文字を削ることに賛成致したい」

以上の点につき、中野「当事者尋問」一九九―二〇二頁、とくに二〇二頁の分析を参照。

(74) [70] (大一一・三・二四)

(75) 佐竹三吾は、「其ノ他必要アリト認ムルトキ」は単なる注意的な規定に過ぎない。他の証拠調によつて十分な心証を得られない場合に、最後の手段として当事者訊問は行ふのであり、訊問の結果判明した事実についてさらに証拠調を行うことは実務上すでに行われている。「其ノ他必要アリト認ムルトキ」が削除されたからといって、取扱上なら差異は生じないと水上に反論している。衆院と同様の認識が貴院でも共有されていたことがうかがわれる。

(76) 山内『改正』第二卷五九―六〇頁。

(77) 長島・森田『解釈』三一〇―三一頁。

- (78) 山内『改正』第一卷二二三頁
- (79) 山内『改正』第一卷二二八頁。
- (80) 長島⇨森田『解釈』一三七、一四一頁。
- (81) 松岡『註釈』第四卷七四八頁は、「当事者本人の陳述が訴訟代理人の陳述に優るの故のみを以て、当事者本人の出頭を命ずることを得ず。蓋^{けだし}これは訴訟關係を明瞭ならしむるの目的の範圍を超越して、不干渉審理主義に觸るるに至るを以てなり」と述べる。
- (82) 山内『改正』第二卷一一二一一一五頁。
- 中野「当事者尋問」二〇三、二一〇頁は、二六一条が「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の職権証拠調を一般に認めていたことが、当事者訊問の補充性の枠のしめつけを可能にしたのではと解釈する（従って二六一条が削除された現状「平成民法改正前」では、当事者尋問の補充性の解釈は柔軟な方向に変わって当然である）。実定法解釈論としてはありえようが、起草・立法過程のメンバーがそう考えていたとは言いがたいように思われる。
- (83) ヨーロッパでは宗敎心の衰えた結果、宣誓の力が甚だ薄弱なものとなっている。わが民法においては宣誓は宗敎心ではなく、その人の良心に基づくものとして位置づけられている、と差異化される。山内においてこの種のリーズニングは稀であったように思われる。他方「訴訟誠実」や「国民と裁判官の連帯義務」といった用語は、当時のドイツ民法学の影響を受けたものかもしれない。
- (84) 山内『改正』第二卷一一五一一一八頁。
- (85) 長島⇨森田『解釈』三七三―三七四頁。
- (86) 職権証拠調の費用を当事者が負担せねばならないことが、職権介入に対する実務レベルでの制約として認識されていた。法律取調委員会では次のようなやり取りがみられる（463）大三・一二・二）。
- 仁井田益太郎「職権証拠調の」費用は当事者に予納せしめ、若し予納せざるときは証拠調を為さざることとなるべし」
- 横田五郎「然らば刑事訴訟とは異なるべし」
- 山内確三郎「然り。職権主義を加味すると云うは、刑事訴訟の如く絶對的に職権主義を採るに非ず。適當なる程度に止むる意なり」

民訴法と同時に改正された民訴費用法は、予納されなかつた費用を裁判所が取り立てるための規定を新設した（一八条）。長島・森田「解釈」三一〇―三一三頁も二六一條について、職権証拠調の費用は必ず当事者（原告のことが多いだろう）に予納させ、予納なき場合は証拠調を行つてはならない、と述べる。

(87) 詳細は水野「葛藤する法廷」にて詳論した。

(88) 笠井「弁論主義」三九三頁が引用する文献など。二六一條が職権濫用につながるとして厳しく批判するのは早川弥三郎「改正民事訴訟法論評」法律及政治五卷八号（大一一五）六一七頁、有馬忠三郎「証拠調に関して裁判所に望む」正義五卷九号（昭四）のみに留まる。

(89) 村松俊夫「証拠における弁論主義」（同『民事裁判の理論と実務』（昭四二）所収、初出は昭三二）は、戦後の二六一條廃止が真実発見に関しあまり不都合を生じさせていない一因として、釈明権の行使（立証の促し）で代用できることを挙げてゐる。

(90) 染野「転回点」二八一頁注（39）、二八八頁、三〇〇頁注（62）は、根拠として旧法典調査会案への意見聴取（上記「起草過程」の一（1）を参照）、仁井田益太郎の発言（「463」大三・一一・二二）などを挙げる。

(91) 水野「葛藤する法廷」にて詳細に論じた。

(92) 「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の削除ゆゑに補充性を厳密に解するものとして、加藤正治「改正民事訴訟法案概説・補遺」法協四四卷五号（大一一五）九四三頁、早川「改正民事訴訟法論評」法律及政治五卷九号（大一一五）一八頁以下、岩沢「当事者による証拠方法」曹誌六卷三号（昭三三）一三三―一三〇頁。他方、中野峯夫「新民事訴訟法に於ける当事者主義と職権主義（二）」曹誌八卷二号（昭五五）三九頁は、証拠法総則の二六一條が「其ノ他必要アリト認ムルトキ」の職権証拠調を認めている以上、当事者訊問もその他必要あるときにも認められると解している。

(93) 宣誓・過料の新設については、改正後の学説ではそれ自体を疑問視する見解は見られない。実務では今日にいたるまで、ほぼ例外なく宣誓させているといわれる。