

弁論主義論

西 理

<目次>

はじめに

第 I 部 総論的考察

第 1 弁論主義の定義・内容

- 1 弁論主義の定義
- 2 弁論主義の内容
- 3 山本克己論文：「弁論主義論のための予備的考察—その根拠論と構造論」（民訴雑誌39号）

第 2 弁論主義の根拠論

- 1 概観
- 2 山本克己論文
- 3 山本和彦教授の見解
- 4 伊東乾教授の見解
- 5 太田勝造教授の見解

第 3 弁論主義の構造論

- 1 山本克己論文の提言
- 2 上記提言の検討
- 3 畑瑞穂教授の仕分け論について
- 4 二羽和彦氏の見解

第 4 弁論主義の機能論

- 1 概説

- 2 山本和彦論文：「弁論主義の根拠」（『民事訴訟法の基本問題』所収）
- 3 坂原正夫教授の見解
- 第5 第I部のまとめ—私見の提示
 - 1 弁論主義の根拠について
 - 2 弁論主義の内容と機能について

- 第II部 各論的論点の考察
- 第6 弁論権と弁論主義
 - 1 問題意識
 - 2 弁論権と弁論主義の関係について
 - 3 検討
- 第7 弁論主義の機能と適用場面
 - 1 弁論主義第1テーゼと主張共通の原則
 - 2 弁論主義の適用対象となる事実の範囲—主要事実・間接事実・補助事実の区別
 - 3 補論—弁論主義と真実義務・事案解明義務
- 第8 弁論主義違反について
 - 1 弁論主義違反の有無が問題になった事例
 - 2 上記判例の検討
 - 3 若干の分析と考察
- 第9 弁論主義と裁判官の役割—弁論主義違反と釈明義務違反を手がかりに
 - 1 総説
 - 2 釈明権・釈明義務
 - 3 釈明義務違反について
 - 4 釈明義務違反と弁論主義違反—裁判官の役割との関係
 - 5 補論—法的観点指摘義務

はじめに

1 私は、長い間裁判官として過ごし、主として民事裁判に従事してきた。そして、比較的早くから、「充実した審理」や「迅速な裁判」ということを忘れたかのような旧来の民事裁判のあり方に疑問を持つに至った。そこで、判事任官後間もないころから「集中証拠調べ」方式を試みるようになった。^(注1)

こうして、自分なりに「審理の充実と迅速」ということを追求してきたつもりではいたものの、その一方で「民事裁判がこのように裁判官主導でいいのだろうか」という思いは消えることがなかった。その後、「弁論兼和解」の工夫など審理の充実の試みが各地の裁判所に広がり、そのような実務の動向も与って新民事訴訟法の制定という形で実を結ぶことになったが、その理念と建前はともかく、民事裁判の実務の実際はむしろ裁判官主導の傾向がますます強まっていったように思われる。^(注2)

それ故、私の上記思いはその後も終始頭を離れることはなかったが、格別の問題提起や工夫をすることもないまま私自身が定年により裁判所を去ることとなった。

2 私は、退官後、本法科大学院で実務家教員として民事手続法関係の授業を担当するようになったことから、九大での民事手続研究会や民訴学会に出席したりして研究者の議論に接したり、少しずつではあるが研究者の論文などにも目を通すようになった。先年の民訴学会のシンポジウム「民事裁判の審理における基本原理の再検討」を拝聴し、また、最近になってまことに遅まきながらではあるが、垣内秀介「主張責任の制度と弁論主義をめぐる若干の考察」（『青山善充先生古稀祝賀論文集・民事手続法学の新たな地平』所収。以下「垣内論文」という）を読ませていただいて、大変刺激を受けた。まがりなりにも民事手続法の授業を担当している者として、この種の問題についてもいつか自分なりに腰を据えて考察してみたいものだとは思いつつも、目の前の授業等の準備に追われ、また「実務家出身の自分にはこのような基本原理についての勉強はやはり荷が重い」という気持ちが先に立ってついつい敬遠してきた。垣内論文において

「弁論主義の問題は民事訴訟法の根本問題の一つであり、十分な歴史的・比較法的基礎研究と私法の分野全般に及ぶ視野とを備えない限り、意義のある議論は困難である」（前掲書 p 101）などと述懐されているのを見て、思わず肯かされたものである。しかし、その反面、そんなことを言ったのではこの種の問題にアプローチできる者は極めて限られてしまうのではないかという思いも頭をもたげたのである。

ともあれ、垣内論文に触発される形であれこれの文献に触れる中で、これまでとても大切な民事訴訟の原則と思っていた弁論主義がまるで弊履のように扱われそうな気配を感じて、大変心配になった。山本和彦教授の提唱される「当事者主義的訴訟運営」に共鳴する立場からしても、そのためには弁論主義（論）の力強い再生が求められているのではないかと思われるのに、その当の山本和彦教授が弁論主義の意義を低めるような議論を展開しておられることに対して疑問と危機感を覚えた。私の法科大学院教員としての任期もあと少しという時期を迎えた今、最後に多少とも「論文」の名に値するものをこの種のテーマについて成し遂げたい、それにより弁論主義の復権のために一石を投げられればそれに越したことはないというような思いに駆られて、大それた取組みを開始したのである。

3 本稿における私の構想は、第Ⅰ部において弁論主義についての総論的な考察を行う。第1では、弁論主義の意義・内容についての通説的な理解を含めて諸学説を簡単に概観した上で、山本克己「弁論主義論のための予備的考察—その根拠論と構造論」（民訴雑誌39号。以下「山本克己論文」という）の提唱にかかる命題について検討する。第2では弁論主義の根拠論、第3では弁論主義の構造論、第4では弁論主義の機能論について、山本克己論文を出発点にしつつ、それとともに山本和彦教授の見解も併せて見た上で、このような弁論主義をめぐる新しい議論とそれらに対する批判的見解についても私見を織り交ぜながら検討する。そして、第5において、第Ⅰ部の一応のまとめと私見の提示を行うとともに、各論的論点についてのアウトラインを示して第Ⅱ部につなげる。第Ⅱ部では、第6の「弁論権と弁論主義」で両者の関係を考察することにより、弁論権の前にやや

影が薄くなっている感のある弁論主義の正当な位置づけと復権を試み、第7の「弁論主義の機能と適用場面」では主張共通の原則について検討するとともに、弁論主義の対象となる「事実」について、主要事実・間接事実の区別を踏まえながら考察し、第8の「弁論主義違反について」で、これまでのこの関係の裁判例を概観した上で若干の分析と考察を加え、第9の「弁論主義と裁判官の役割」では、弁論主義の下での裁判官の役割について時代の流れの中でのその変遷を概観し、その典型的な場面として裁判官の釈明権の行使の在り方を通じて、さらには弁論主義違反と釈明義務違反の関係を見ることによって、裁判官の果たすべき役割を考察しようというものである。

4 しかし、いざ着手してみて、いかにも無謀な挑戦であることをたちまち思い知らされた。もとより「歴史的・比較法的な基礎研究」といった素地は備えていないし、「私法の分野全般に及ぶ視野」など期待すべくもない。私にあるのは40年近くに及ぶ裁判官としての経験の蓄積と、その後、法科大学院において民事手続法の専任教員として取り組んできた理論的なものへの若干のアプローチのみである。それ故、この関係のこれまでの研究成果の跡をできるだけ忠実に辿るということから出発するほか術はなかった。主要な文献は本法科大学院と西南学院大学の各図書館で入手できたつもりでいるが、それでも目を通すべきものを見落としている可能性は否定できない。また、目を通した文献についてもどこまでの確に内容を把握できているかは甚だ心許ない。

そのような実態であるにもかかわらず、本稿では、それらの論考に対する疑問の提起などを含めて私なりの考えを率直に披歴している。弁論主義（論）の再生を願ってのことではあるが、殆ど思い付きの域を出ないものが多く、したがって、とんでもない誤解や理解不足に基づくものであるかもしれない。そのために、いたずらにそれらの方々の業績を汚すだけの結果に終わったのではないかとおそれるものである。もしもそのようなことがあったとしたらひたすらお許しを願うほかはない。(注3)

(注1) 私は、判事任官後初めて東京地裁に転勤になり、民事第36部に所属し、山田二

郎裁判長（司法研修所7期）の下で民事通常事件の合議事件の右陪席を務めるとともに、単独事件を担当する機会に恵まれた。その際、かねて抱いていた旧来の訴訟運営の在り方に対する疑問から、私の単独体では集中証拠調方式に取り組んでみた。そして、その経験を「民事裁判における訴訟運営の理論と実際（上）（中）（下）」と題して判例時報誌1102号、1104号、1106号に発表した。これについては、その後最高裁判官に就任された那須弘平弁護士のお目ににとまり、思いがけず好意的な言及をしていただいた（那須『民事訴訟と弁護士』p128）。

(注2) 山本和彦教授は「当事者主義的訴訟運営の在り方とその基盤整備について」（民訴雑誌55号）において、当事者主義的訴訟運営を追求すべきことを提唱しておられる。その内容についてはひとまず措くとして、「当事者主義的訴訟運営」を掲げる教授の問題意識自体には深い共感を覚えるし、民事裁判実務の現状に対する私の認識は同論文で披瀝されている教授のそれと同じである。

(注3) 本稿（特に、第I部）では山本克己論文を常に出発点にさせていただいた。また、同教授の立論を踏まえつつ、柔軟かつ大胆な議論を展開しておられる山本和彦教授の論考と、さらに、毎度のことながら高橋宏志教授の『重点講義・民事訴訟法（上）第2版補訂版』（今回は、その「第12講 弁論主義」と「第13講 自白」）に大変お世話になった。お三方には厚くお礼を申し上げる。加えて、本稿作成に際しては、二羽和彦氏の一連の労作（「メモランダム・弁論主義」高岡法学9巻2号、「弁論主義補論」同10巻1・2号合併号、「（資料）わが国における弁論主義学説」同12巻2号、「弁論主義における各テーゼの位置づけ」高岡法科大学紀要12号24頁以下）に大いに助けられた。ここに心からの敬意と感謝の念を記しておきたい。

第I部 総論的考察

第1 弁論主義の定義・内容

1 弁論主義の定義

ア 弁論主義概念の生成・発展について論ずることのできる立場にはないが、本稿の記述の便宜上、関係諸文献^(註1)を頼りに概観しておく、次のとおりである。

弁論主義 (Verhandlungsmaxime) という概念は19世紀初頭にバイエルンの訴訟法学者ゲンナー (1762年～1827年) により創設され (正確には、彼が1801年に発表した論文において、ドイツ普通法訴訟を支配する原理を弁論主義、プロイセン訴訟法におけるそれを職権探知主義と「命名した」ということのような)、その後急速に広まっていったとされる。もっとも、彼の唱える弁論主義はわが国で今日理解されている弁論主義とは異なり、多くの例外が認められていたようである。

立法例としては、ドイツでは、職権主義が失敗した反動でフランス法にならって当事者進行主義・弁論主義を採用した民訴法が1877年に成立した。これがほぼそのままわが国に継承されたのが1890年 (明治23年) の民訴法である。

これに対し、オーストリアでは、フランツ・クラインの主導により1895年に創設され1898年1月1日から施行された民訴法が、その後度重なる改正を経つつも現在もなお健在である。これは「社会的訴訟観」「社会的民事訴訟」などと評されるかなりイデオロギー的色彩の濃い民訴法であったとされ、そこでは、弁論主義ではなく、「緩和された職権探知主義」とか「協同主義」などと称されるかなり職権主義的な審理原則が採用されている。そして、同法がわが国民訴法の1926年 (大正15年) 改正に少なからぬ影響を及ぼし、職権進行主義の徹底や補充的にはあれ職権証拠調べの採用につながったということである。また、オーストリア民訴法がドイツ民訴法に与えた影響も大きく、この点について、河邊義典判事は「ドイツ民訴法の発展の歴史を見ると、オーストリア民訴法がドイツ民訴法の母法であると位置づけても過言ではないように思われる」とまで評しておられる。^(註2)

第二次大戦後のわが国民訴訟法の変遷は、新堂『新民事訴訟法（4版）』p 49以下に紹介されているとおりであり、1998年（平成10年）1月1日を期して現行民訴訟法が施行され、新しい時代を迎えたのである。なお、この間、ドイツでは、いわゆるシュトゥットガルト方式や簡素化法の制定により思い切った訴訟促進策が講じられ、これがわが国の実務やひいては新民訴訟法にも大きな影響を及ぼしたことも見落とせない。

イ　ところで、弁論主義については、かつては当事者主義と同義で用いられることもあったようであるが、現在では処分権主義とともに当事者主義の内容をなすものと解するのが一般である。その定義づけとしては「判決の基礎となる資料の収集・提出（事実の主張、証拠の申出）は当事者の権能かつ責任である」とし、これを裁判所の職責とする職権探知主義と対置するのが通説的な理解であり（二羽「わが国における弁論主義学説」高岡法学12巻14号p 222）^{（注3）}、このような理解がほぼ異論のないものとして確立されていると見てよさそうである。例えば、新堂・前掲p 409でも、「判決の基礎をなす事実の確定に必要な資料（訴訟資料）の提出（主要事実の主張と証拠の申出）を当事者の権能と責任とするためを弁論主義という」、「それらの資料の探索を当事者の意思のみに委ねず、裁判所の職責とするためを職権探知主義という」としておられる。

ウ　このように、弁論主義は職権探知主義と対置されるものであるから、職権探知主義について解明することがとりもなおさず弁論主義についての理解に大いに資することになる。

そこで、これについて簡単に見ておくに、本間靖規「職権探知主義について—一人事訴訟手続を中心に—」（『井上治典先生追悼論文集・民事紛争と手続理論の現在』所収。以下、この論文集を「井上先生追悼論文集」という）では、職権探知主義についての従来の学説の動向として、「職権探知主義は、裁判所に職権による事実の探知や証拠調べを行う権限（権能）を与えたもの」と解し、弁論主義との関係を相対化しながら審理規律にバリエーションを設ける方向で議論が進んでいたとされた上で、松本博之教授が「職権探知主義は裁判所の権限のみを定めたものではない」「事実の

確定に責任を負う裁判所の職責として、必要な場合に職権探知を行う義務を負う」と主張してこのような学説の動向を批判されたこと、実務家からも松本教授と同旨の見解が表明されていることなどが紹介されている。(注4)

しかしながら、実際には、人事訴訟においても訴訟資料の収集は第一次的には当事者がするのが常であり、それに不足がある場合においても、裁判所が当事者に釈明をし、これを受けて当事者により補充されるのであって、裁判所が自ら訴訟資料の収集にあたるなどということは殆どないと言っても過言ではない。もちろん、釈明を受けたにもかかわらず当事者がそれに従わないということもあり得ないわけではないが、実際にはそのような事態はまず想定し難い。そして、そのような場合にまで裁判所が職権探知の責任を負うかは疑問なしとしない。(注5)

そうすると、人事訴訟においても、後記第1テーゼ及び第3テーゼの関係では、理念としてははたもかく実際の運用としては民事訴訟の場合と殆ど異なるところはなく、自白の拘束力がないという点において、専ら第2テーゼの関係で差異があるにすぎないということになる。このような人事訴訟実務の実際に照らしても、「弁論主義との相対化」という上記のような立論がなされるのも必ずしも理由のないことではなさそうである。したがって、職権探知主義について弁論主義と対置して検討するに際しても、その理念と実際の運用とを明確に区別しておかなければならないものと思われる。

(注1) この関係で参照させていただいた文献は、①鈴木正裕「弁論主義について」司法研修所論集77号(1986年)、②山本克己「戦後ドイツにおける弁論主義論の展開(1)

(2)」(法学論叢133巻1号、134巻2号)、③本間義信「ゲンナーにおける弁論主義」(静岡大学法経研究37巻2号)、④松村和徳「弁論主義考—オーストリア民法における事実資料収集過程での裁判官と当事者の役割分担からの示唆—」(早稲田法学72巻4号)、⑤河邊義典「オーストリアの司法制度(上)(中)(下)」(法曹時報46巻7～9号)などである。①は鈴木教授が司法研修所に招かれて、裁判官に対してした講演であり、ゲンナーの唱導した弁論主義について大変分かり易く説明されている。また、④及び⑤は、いささかなじみの薄いオーストリアの民法について知ることのできる貴重な文献である。特に、⑤は、河邊判事の同国視察に基づく報告であり、同国の民法の制定やその運営の実際などについて詳細な情報を提供してくれるものである。

(注2) 前注の⑤参照。ただし、河邊判事は、ドイツ民法は1933年の法改正により真実義務に関する規定を導入し、これによって制定当初の自由主義的、個人主義的訴訟

観と決別したということができるとし、また、ドイツのパスサーマン判事は、ドイツ民訴法が自由主義的民事訴訟から社会的民事訴訟へ、弁論主義から協同主義へと変貌したと主張するとともに、フランツ・クラインとオーストリア民訴法の果たした役割を高く評価していることを紹介しておられる。もっとも、他方で、オーストリアのファッシング教授が、ドイツの簡素化法を評して、ドイツ民訴法はなお自由主義を基盤とするものであり、オーストリア民訴法とは異なった個性を持っていると述べていることをも注記しておられる。

(注3) しかしながら、このような通説的理解は、後記2の弁論主義の内容との関係において見ると、第1テーゼと第3テーゼを導くには大変都合がよいが、第2テーゼはどうかかという疑問がなくはない。兼子『新修民事訴訟法大系』が「裁判所が判決の基礎とする事実を専ら当事者の弁論からだけ採用し、その真偽を当事者間に争いある場合に限って確定することとする原則を弁論主義と呼ぶ」と定義付けられたのは、このような弁論主義の包括的定義を過不足ないものとするべく、これに第2テーゼをも取り込もうとする意図ではなかったかと推測される。

(注4) 本間教授は、職権探知主義の内容について、「①裁判所は、当事者の主張しない事実でも裁判の資料として採用できる。②裁判所は、当事者間に争いのない事実（自白された事実）でも、裁判の資料として採用できる。③裁判所は、証拠調べをする際に、当事者の申し出た証拠の他にも、職権で他の証拠を取り調べることができる」と解されているとして、このようなどころから「裁判所に職権による事実の探知や証拠調べを行う権限（権能）を与えたもの」という解釈を生むことになるのだとしておられる。しかし、②については、教授が引用される中野貞一郎・鈴木正裕・松浦馨『新民事訴訟法講義（第2版補訂版）』p207には「裁判所は、当事者間に争いのない事実（自白された事実）でも、裁判の資料として採用しないことができる」とあるから、「採用できる」とあるのは誤記と思われるが、上記中野教授ほかの教科書の記述にしても「裁判所は、当事者間に争いのない事実（自白された事実）についても、自白のみで裁判の資料として採用してはならない」と表現した方が正確ではないかと考える。弁論主義の下では「採用しなければならぬ」とされるのに対比して「採用しないことができる」とすれば十分であるというお考えなのかもしれないが、これでは「採用することもできる」と受け取られる余地がある。

(注5) ただし、裁判所から釈明を受けた当事者がそれに従いたくとも従えない（釈明に応じる術がない）という場合も想定されないではない。このような場合にまさに職権探知主義の出番となるわけであるが、裁判所が訴訟資料の収集をするといってもどこまでのことができるかはかなり疑わしい。

2 弁論主義の内容

ア これについては、上記のとおり第1テーゼないし第3テーゼからなるものと一般に理解されている。すなわち、第1テーゼは「法律効果の発生消滅に直接必要な事実（主要事実）は、当事者の弁論に現れない限り、判決の基礎とすることができない」「裁判所は、当事者によって主

張されていない主要事実を判決の基礎とすることができない」、第2テーゼは「当事者間に争いのない主要事実については、当然に判決の基礎としなければならない（裁判所は、この意味で当事者の意思により拘束を受ける）」、第3テーゼは「裁判所が調べることができる証拠は、当事者が申し出たものに限られる（職権証拠調べの禁止）」である（以上につき、高橋・前掲 p 405）。

イ しかし、新堂・前掲では、このような3つのテーゼを定式化して示すということとはなされていない。上記1で見たような弁論主義の定義付けに続いて、弁論主義の内容について、「主張責任」と題して「弁論主義のもとでは、主要事実が当事者が口頭弁論で陳述しないかぎり（弁論に現出しないかぎり）判決の基礎にすることができない」とした上で、訴訟資料と証拠資料を峻別すべきこと、主要事実と間接事実を区別すべきことが論じられている。それに続けて「自白」として「当事者間に争いのない事実（自白した事実又は自白したものとみなされた事実）は証拠によって認定する必要がないのみならず、（179条、159条1項）、これに反する認定をすることができない。この原則により、弁論主義は、当事者に対し、事実についての審判の範囲を限定する権能を認めるのみならず、その審判の内容をも決定する権能を認めるものということができる」とし、さらに「証拠の申請」と題して「争いのある主要事実が証拠により認定するが、証拠は原則として当事者が申請したものでなければならない」などと簡単に記述されているのみである。

そして、高橋・前掲においても、上記記述に続けて「もっとも、三番目の職権証拠調べの禁止は、他の二つほど絶対的なものではない。（中略）ともあれ、自白と職権証拠調べ禁止の問題は証拠法のところで取り扱い、ここ（「第12講 弁論主義」）では、第1テーゼのみを取り扱う」とされているのであって、要するに、弁論主義の内容としては第1テーゼがその中核をなすものとして理解されていることが見て取れるのである。

ウ とところで、この関係では、小林秀之教授の所説を見ておかなければならない。教授は、「弁論主義の現代的意義」（『講座・民事訴訟

法4 審理』所収。以下「小林論文」という)において、アメリカのアドヴァーサリー・システムとアmendメントを考察し^(注6)、さらにドイツにおける弁論主義概念の生成とその後の沿革を検討した結果、弁論主義は「対等な当事者が有能な弁護士によって代理され訴訟上与えられた武器を十分に使いこなせる資力と能力がある場合には、当事者に十分な攻撃防御の機会と手続を保障し、真実発見に資する点では、現在知られている方法の中でほぼ最善に近い」として、これを高く評価される。そして、「民事裁判の基礎になる事実資料の収集を当事者の責任とすることと、当事者の主張しない事実を裁判所が認定できないことが、これまで弁論主義として同一不可分のよう考えられてきたが、両者をおある程度区別して考察すべきであろう」とした上で、その沿革や性格に照らせば、前者を「本来的弁論主義」、後者を「機能的弁論主義」と命名すべきことを提唱しておられる。さらに、弁論主義違反などとして実際に問題とされているのは専ら機能的弁論主義との関係であることを明らかにされたのである。

このように、弁論主義の本来の性質とその機能・作用とを区別すべきことを提唱し、それを踏まえて、弁論主義をめぐる問題を整理されたことは教授の大きな理論的功績であろう。^(注7)

エ また、井上治典教授に代表されるいわゆる「第三の波」派の弁論主義に対する見解も見ておく必要があるだろう。^(注8)

教授は、「手続保障の第三の波」(新堂編著『特別講義・民事訴訟法』所収。以下「井上論文」という)において、わが国の手続保障論の動向について、山木戸克己教授の「当事者権」の理論を第一の波、新堂「民事訴訟法理論は誰のためにあるのか」を嚆矢とする「当事者(利用者)のための訴訟ないし訴訟法理論」の展開を第二の波とした上で、自己の立場を手続保障の第三の波(第三期派)と位置付ける(第二の波に対して「当事者(紛争主体)による訴訟」と比喻されるという)^(注9)。そして、「第二期では判決という結果との関係で手続保障を考えるのが一般であったが、第三期は、手続過程そのものの役割を重く見、これを手続保障の中軸にすえる」「第二期までの手続保障は、当事者と裁判所との垂直の関係が中心に

置かれていたが、第三期ではむしろ横（水平）の関係、つまり当事者相互の関係が中心に置かれる。弁論主義、申立主義をどう位置づけるかについても、垂直関係と水平関係との違いは顕著である。第二期の垂直思考によれば、裁判所が判決するときに当事者に不意打ちを与えないという不意打ち防止の理念が、弁論主義、申立主義の中心に置かれる。これに対して第三期の水平思考によれば、弁論主義、申立主義は、紛争のどの部分をどのように訴訟に持ち出して争うかのイニシアティブを当事者の主体的な行動に委ねたものであり、それはまさに当事者の自主的な手続形成を支える基本理念であり手続の本質的要請であって、判決による不意打ち防止というのはむしろ派生的な問題にすぎない。手続の展開過程の中で、どちらがどのような申立てや主張、立証をして手続を進めていかなければならないかという当事者間の責任の分配（割り振り）こそが弁論主義（主張責任）の中心課題である」とされる。そして、弁論主義の内容（第1テーゼないし第3テーゼ）については、「主要事実については、その主張をすべき立場にある当事者が主張しなければならない。相手方がその反対事実を主張する必要はない。主張すべき責任を負う当事者の側がその責任を尽くさない場合には、判決においてもその当事者はその事実から導かれる法律効果を得ることはできない」、「相手方当事者が争わない事実については、それ以上証拠を挙げて立証していく必要はない。判決においても、その事実はそのまま基礎とされる」、「争いのある事実については、原則として立証責任を負う当事者が証拠を挙げて立証を試みなければならない。裁判所は、当事者が提出していない証拠を職権で法廷に顕出することはできないし、判決の資料にもできない」と捉えることになるとして、当事者間の責任分配のあり方から、主張共通の原則及び証拠共通の原則に対して疑問を呈しておられる。

ここでは、当事者こそが訴訟の主体であること、そのような当事者による手続形成の過程こそが重要であることが強調されており、裁判所（裁判官）の積極的な役割が主張されるなど弁論主義に対する修正・変容の方向が優勢になりつつあったときに、これに対するアンチテーゼを打ち出した

ものということができる^(注10)。対裁判官との関係で考える従来の「垂直思考」に対し当事者相互の関係を中心に据える「水平思考」を標榜するなど、その視点の鋭さ・確かさとともにその思考表現の巧みさにも感服させられる。

しかし、水平関係の重要性を指摘するのは正当であるが、それを強調するあまりに、あたかもこれを垂直関係と対立するものであるかのように描くのは行き過ぎではないかという気がしてならない。まして、教授が当事者による手続形成過程を重視される余りに、訴訟における真実発見の意義まで否定するような主張をされること（井上「民事訴訟一対論手続としての観点から」）に対しては到底賛同することができない。訴訟において結果的にどこまで真実に迫れるかはともかくとして、そのための努力をおおざなりにしてよい筈がないと考えるからである。^(注11)

また、こと弁論主義に関して言えば、その主張内容は、処分権主義と弁論主義を明確に区別しない古典的当事者主義のそれではないのかという印象を拭えないし、主張共通の原則や証拠共通の原則に異を唱えられるのも疑問としなければならない。^(注12)

(注6) 小林教授はアドヴァーサリー・システムがわが国の弁論主義と当事者主義に当たる訴訟原理であるとされる。また、アmendメントが「当事者が主張していない事実を裁判所が認定できないか」という問題に関わるものであるとされ、これはかつてヴァリアンス（主張と証拠との齟齬）と呼ばれて厳格に対処されていたが、現在はアmendメントの法理により弾力的に処理されているとされる。

これに対し、谷口安平教授は、アドヴァーサリー・システムの捉え方についてやや異なる見解をお持ちのようである（高橋・前掲p413の（注8）など）。（注7）上記論文が昭和60年（1985年）に公刊されていることを考えると、教授の慧眼に敬服させられる。なお、このような教授のお考えは、当然のことながら教授の教科書の一つである『プロブレム・メソッド 新民事訴訟法（補訂版）』p210などでも基本的に貫徹されている。ただし、そこでは第1テーゼないし第3テーゼに関するものを全て機能的弁論主義と区分しておられ、若干変化しているようにも思われる。

(注8) ほかに、①井上正三「訴訟内における紛争当事者の役割分担」（民訴雑誌27号）、②井上治典「民事訴訟の役割」（『岩波講座・基本法学8<紛争>』p153以下）、③同「民事訴訟一対論手続としての観点から」（『現代法

哲学3〈実定法の基礎理論〉』p227以下)、④谷口安平「手続保障の基礎理論のために」(民訴雑誌27号)、⑤同「手続的正義」(『岩波講座・基本法学8〈紛争〉』p35以下)。①と④は、昭和55年5月開催の民訴学会における「訴訟機能と手続保障」というテーマのシンポジウム(これも民訴雑誌27号に掲載されている)での両教授の報告であり、⑤は手続的正義の観点から④を全面的に書き改めたものとされる。

井上治典教授の論考には上記シンポジウムにおける井上正三教授の報告などが随所に引用されていること、同報告中には井上治典教授の立論の原型が見取れること、加えて井上先生追悼論文集に寄せられた吉村徳重教授の「はしがき」なども参照すれば、井上正三教授が「第三の波」理論の口火を切り、井上治典教授がそれを発展・深化させたものであることが分かる。また、谷口教授は、「当事者主義的な訴訟の場で、十分に議論されるということ自体の中に手続保障そのものの価値があるのではないか」(上記④)、「手続的正義ないし手続保障の問題は実体的正義が相対化しつつある現代社会において益々重要となっている」(上記⑤)とされるなど、やはり第三期派に属すると目されるけれども、独自の立場のようである。因みに、小林教授は「同じ手続保障の第三の波の流れに属する説でも谷口教授の考え方に共感を覚える」としておられる(小林論文)。

それにつけても、ともに九大教授であられた両井上教授が福岡民訴判例研究会に揃って出席され、吉村徳重教授との間で第三期派の主張について熱く議論されるのを拝聴したことが懐かしく想い出される。両井上教授の主張に対しては、裁判官としての自分の存在意義が否定されるような気がしていささか戸惑いや反発を覚えたものであるが、今やそのお二方ともお亡くなりになっているのはとても寂しいことである。

(注9) 手続保障論の動向については、伊藤眞「学説史からみた手続保障」(新堂編著『特別講義民事訴訟法』p51以下)が裨益するところ大である。

(注10) 第三期派のこのような基本的なスタンス自体には、当事者主義的訴訟運営を追求すべきと考える私としても大いに共感を覚えるものがある。また、「(従来 of 思考が)結果志向、それも判決中心主義にとられすぎており、過程志向が欠けていた」(上記③)として訴訟過程自体を重視すべきとする主張や、さらには、和解や取下げという訴訟の終了の仕方も判決と並んで重要であること、訴訟による紛争解決についても訴訟外のそれを含む紛争解決手段全体の中でこれを位置付けるべきであるということなども射たまことに正当な指摘である。例えば、いじめによる自殺に追い込まれた生徒の保護者が学校側との自主交渉にもどかしさを拭いきれずに訴訟を提起し、「訴訟を起こしたのは裁判の場で事実を解明してもらいたいからだ。(勝訴)判決にこだわるものではない」などという談話が報じられたりすることがあるが、これなどは上記主張の正当性を物語るものであろう。

(注11) もっとも、「真実」を教授が言われるような「客観的・絶対的な真実」と解するのであれば、敢えて異を唱えることもないかもしれない。民事訴訟でそのような「客観的・絶対的な真実」を追求すべきであるなどと主張する論者

はまずいまいであると思われるからである。そうだとすれば、センセーショナルな割には余り意味のある問題提起ではないということになる。ところが、教授は、その典型例として、破局を迎えて離婚訴訟にまで至った夫婦間の事実経過についてのやりとりを挙げ、「共通の事実経過の体験でありながら、それぞれの立場でこうも受け止め方が異なるのかという印象をもつことはしばしばである」とした上、「ことは、家屋明渡しや損害賠償などの通常の民事事件でもそれほど変わるところはない」としておられるのであり、「客観的・絶対的な真実」のみを念頭において論じておられるわけでもなさそうである。そうであれば、やはり本文のような指摘をしないわけにはいかない。

また、教授は、「真実追求を訴訟理念として高く掲げる立場は、具体的な訴訟法理論や手続のあり方についての態度決定をなすにあたって、当事者相互間の自律的な訴訟活動のもっている価値とそれを支える基本的な原理にあまり重きをおくことなく、<裁判所による真実発見>という要請を前面に押し出すことになりやすい」「そこでは、当事者は裁判所に対していかなる義務・負担を負うかというもっぱら垂直の関係が念頭に置かれ、当事者相互間における対論ルールはいかにあるべきかという水平の関係にはあまり重きが置かれないうことになってしまう」などとして、「真実追求を強調する理論は(中略)、むしろ有害でさえあるといえよう」とまで主張される。しかし、真実追求がなぜ当事者相互間の水平関係をないがしろにすることになりやすいのか私にはついに得心がいかない。真実の追求と水平関係の重視は十分両立し得るものと考ええる。

なお、谷口教授も、伝統的な三段論法による裁判観の問題点の一つとして、「真実を発見する主体たる裁判官の役割が前面に出すぎて当事者の役割が後景に退く」という点を指摘しておられる(上記⑤)。しかし、この指摘に対しても、それはむしろ伝統的な裁判観そのものが裁判官を主役に据える理解であったことからたらされる結果にすぎず、当事者主義的裁判観の下ではそのような必然性はないのではないかと考える。

(注12) 以上のような井上理論の捉え方については、吉野正三郎「民事訴訟における新当事者主義の台頭—「手続保障の第三の波」理論の批判的検討—」(『民事訴訟における裁判官の役割』所収 p 135以下)に負うところが大きい。なお、吉野教授は、このような理解に基づいて「第三の波」理論を「新当事者主義」と命名しておられる(もっとも、教授の言われる新当事者主義は明らかな第三期派だけではなくもっと広い範囲に及んでいるようにも窺われる)。これに対し、小林教授は「新手続保障説」と名付け、また、井上治典教授は根拠論との関係で自説を「新本質説」と称しておられる。

3 しかしながら、この関係においては、何を差し置いても、山本克己論文を検討しないわけにはいかないであろう。

これは、教授が、1992年度の民訴学会における報告を取りまとめたものであるが、短いものであるのに独自の着眼に基づく鋭い分析と豊かな内容

に満ちている。この論考は、その後、山本和彦教授や畑瑞穂教授の論文にも大きな影響を及ぼしていることが看取されるのであり、画期的と言ってよい程の問題提起だったのではないかというのが私の勝手な推測である。^(注13)

ア 同論文では、まず、道具概念としての命題の整理がなされている。すなわち、命題①「裁判の基礎となる事実の作出は当事者の（権能及び）責任である」（包括命題）、命題②「裁判所は裁判において当事者が提出した事実以外の事実を斟酌してはならない」、命題③「自白された又は当事者間に争いのない事実を裁判所は証拠調べすることなしに裁判の基礎に据えなければならない」、命題④「裁判所は当事者が申し出た証拠方法以外の証拠方法について証拠調べができない」、命題⑤「当事者は事実を提出し、証拠方法を申し出る権能を有する」（弁論権）、命題⑥「当事者がそれについて意見を述べる機会のなかった訴訟資料を裁判の基礎に据えてはならない」（不意打ち防止）、命題⑦「裁判所は当事者が主張した事実以外の事実に関して証拠調べをしてはならない」（証拠調べの範囲への弁論主義の当てはめ⇒模索的証明の許容性の有無）というものである。

命題②が第1テーゼ、命題③が第2テーゼ、命題④が第3テーゼにそれぞれ該当することが明らかであるが、それ以外に弁論主義の包括的命題として命題①を用意して、弁論主義全体を整合的に理解するための周到的配慮がなされている。^(注14)

また、命題⑤ないし命題⑦を用意しているのも、議論の道具立てとして優れた着想と評価されてよいであろう。

イ 次に、ドイツにおける弁論主義論の動向について、日本の弁論主義論において私的自治説が通説的地位を占めていることとの対比がなされている。そこでは、「日本においては弁論主義の妥当性について殆ど疑問がもたれることはなかったのに対して、ドイツでは、真実発見手段としての不適切さを理由に弁論主義そのものの妥当性を否定する見解が少なくない。日本の裁判官はドイツの裁判官よりも謙抑的であること、弁護士の地位が日本の方が高いことなどが原因として考えられる事情であるが、パートナーリズムの強い日本の現象としては不思議でならない」などと述べて

おられる。

さらに、「わが国では、命題②，③，④と同じレベルで、命題⑤を弁論主義の外延に加える見解が有力に主張されているが、ドイツではそのような見解は皆無である。その原因は、ドイツでは、双方審尋ないし法的審尋は、戦後、憲法上も当事者の権利として保障されたが、もともと古くから民事訴訟の基本原則として承認されてきたものであるところ、日本がドイツの法を継受した時期の教科書ではそれについて余り紙幅が割かれていなかったために、命題⑤及び⑥の位置づけが十分に自覚されなかった。ところが、戦後、アメリカ法の影響で手続保障が強調されるようになり、命題⑤及び⑥の重要性が改めて意識されたのであるが、ドイツ法の枠組みのどこにどのように位置づけるのかについて混乱が生じているのではないか」と指摘しておられる。^(注15)

ウ 弁論主義について、上記のような命題を定立して分析しようとした教授の着想には敬服させられるが^(注16)、上記命題の定立の仕方自体については疑問がないわけではない。包括命題①を具体化したものが命題②ないし④ということになるのであろうが、命題①では「裁判の基礎となる事実の作出は当事者の（権能及び）責任である」として、これを当事者の権能であるとともに、当事者の責任＝義務として規定されているのに、命題②ないし④においては、一転して裁判所に対する命令（禁止命令を含む）の形をとっている。それは何故なのか。そこに必然性は認められるのかという疑問である。

これを具体的に述べれば、例えば、命題②（第1テーゼ）は「裁判所は裁判において当事者が提出した事実だけを斟酌すれば足り、それ以外の事実を顧慮する必要はない」、命題③（第2テーゼ）は「自白された又は当事者間に争いのない事実については、裁判所はそのままそれを裁判の基礎にすることができ、それについて証拠調べをする必要はない」、命題④（第3テーゼ）は「裁判所は当事者が申し出た証拠について、それが必要だと判断されるときにのみ証拠調べをすればよく、それ以外の証拠方法について証拠調べをする必要はない」などという規律にとどめることはでき

ないのだろうかということである。命題①の包括命題の表現との関連性ということ言えば、むしろこのような規律の方が余程整合性があるのではないかと考えるものである。(注17)

(注13) これは、弁論主義の根拠論・構造論など、弁論主義全般にわたって広い視野で論じられた内容豊富な論文であるが、ここでは、弁論主義の定義及び内容に関する部分に限って取り上げ、根拠論については後記第2で、構造論については後記第3で紹介・検討することとする。

(注14) 一般に、命題①は第1テーゼに吸収されてそれと一体不可分のように扱われている向きがあるが、私は、命題①を弁論主義の本質を表現するものと考えて(これは、上記2のうで見た小林教授の所説に負うものである)から、これを包括命題として独自に定立する山本克己教授のお考えに賛成である。

なお、その場合には、命題①を「判決の基礎となる事実等(事実及び証拠)の提出は当事者の(権能及び)責任である」と表現した方がよいのではないかと考えるものであるが、教授が「事実の作出」という表現になされた理由は定かでない。ドイツにおける議論がそのまま反映しているのか、それとも、命題④(第3テーゼ)は弁論主義の外に置かれるべきだとするお考えによるものなのだろうか。

(注15) これは、教授がこの後に発表される「戦後ドイツにおける弁論主義論の展開(1)~(3)」(法学論叢133巻1号、134巻2号、139巻5号。以下「法学論叢論文(1)」などという)における研究成果を先取りしたものであるが、そこでは、山本克己論文における命題が若干修正されていることに留意しなければならない(二羽「弁論主義補論」p168参照)。すなわち、命題②ないし④が、それぞれ「弁論主義の法準則①~③」とされ、命題⑤の弁論権を「法準則a」、命題⑥を「法準則b」と呼び、法準則bを「弁論権の消極的效果」と呼ぶこととするとしておられる(なお、弁論権の消極的效果という用語は山本克己博士に負うが、博士の用い方とは異なることされる)。さらに、命題⑦を「法準則④」とされ、新たに「裁判所は自白されまたは争いのない事実に関して証拠調べをしてはならない」という命題を定立され、これを「法準則⑤」と呼ぶこととされている。その上で、「(山本克己論文では)命題③として法準則②と⑤を併せたものを挙げているが、判決作成時の指図と審理過程における指図を区別する立場とは整合せず、不適切なものであったので、本稿でこれを改めた」としておられる(以上につき、法学論叢論文(1)のp4以下)。

(注16) 二羽「メモランダム・弁論主義」には、兼子一『新修・民事訴訟法大系』においてもこれに類する定式化がなされていたかのような記述がある。そうだとすると何も山本克己教授の独創ではなかったことになるが、実際には兼子・前掲p197以下においてそのような定式化はなされていない。これは二羽氏ご自身の観点に基づいて兼子・前掲の記述の定式化を試みたものと見るべきであろう。

(注17) もっとも、以上は、弁論主義の内容とされる第1テーゼないし第3テーゼの定義づけについての通説を含めて一般的な理解に対する疑問であり、そして、これが本稿を貫く問題意識となっている。

なお、その他にも、命題⑤と命題①の関係、ひいては、命題⑤の位置づけそのものについても疑問を有するものであるが、これについては後記第3で取り上げ、さらに、詳しくは第6で検討する。

第2 弁論主義の根拠論

1 弁論主義の根拠をめぐる議論状況（概観）

ア 私的自治の原則に基づき民事訴訟の本質的な性格に根ざすとする「私的自治説」（「本質説」とも呼ばれる）、当事者の利己心を利用して効率的に真実を発見しようとする手段と位置付ける「手段説」、私的自治の原則、真実発見、不意打ち防止、裁判の公平さへの信頼確保などの多元的な根拠に基づく一個の歴史的所産であるとする「多元説」（その主唱者は竹下守夫教授である）、当事者に対する不意打ち防止ないし攻撃防御の機会の保障と捉える「手続保障説」（小林秀之教授）、弁論主義は、法そのものが、私人たる訴訟当事者によって、みずから探索せられるべきものであることに基づくとされる「法探索主体説」（伊東乾教授）などがあるが、私的自治説が通説であるとされる。

イ 畑瑞穂教授は「弁論主義とその周辺に関する覚書」（『新堂先生古稀祝賀・民事訴訟法理論の新たな構築（下）』所収。以下「畑論文」という）の中で、根拠論について検討しておられる。そこでも、私的自治説、手段説、多元説などが検討されているが、手段説、中でも三ヶ月説^(注1)については、「弁論主義でも最低限の真実は発見できるので、私益を旨とする民事訴訟では安価な弁論主義が原則となるという考え方」^(注2)ではないかと受け止めておられる。

そして、「結局、手段説（さらには多元説）と位置付けられる議論は、私的自治的な観点を前提としつつも、その訴訟における貫徹を必然的なものと捉えない点で私的自治説と異なるということになりそうである」と総括した上で、「ここで検討すべき観点としては、㊦私的自治的な観点、㊧真実発見の観点、㊨手続保障・不意打ち防止、㊩裁判の公正（らしさ）、㊪裁判所の負担等の広い意味でのコストの問題^(注3)ということになろう」と結論しておられるのであり、根拠論としていずれの説をとるかは余り重要な問題ではないという教授のお考えが読み取れそうである。

ウ 高橋教授も、「根拠論は、法解釈の結論を直接支えるものというよりも、理論化体系化のためのものという色彩が強い」（高橋・前掲 p

410) として、根拠論の各説の是非を論ずることに懐疑的であるように見える。わが国ではほぼ異論がないとされる「証拠資料から、ある事実が判明し、それを裁判所が釈明で示して当事者に主張を促したが、当事者が主張することを拒否した場合には、裁判所はその事実を判決の基礎とすることができない」という多分に教室事例的なことを説明するためにどの説が適しているかというようなことにすぎないというのである。結論としては私的自治説をとるのが無難であるということに同意しつつも、歴史的にも比較法的にも弁論主義を採用することが絶対的とは言えないこと、私的自治という概念が民法で言うところのそれと同じとは言えず、「国家権力が積極的自発的に私人間の事柄に介入してくることを禁止する」という意味合いで用いられていることを指摘されるなど（前同 p411）、概してこの議論の意義については余り重きを置かれていないように見受けられる。

(注1) もっとも、手段説に与しておられた三ヶ月博士は、その後（1979年）、「民事裁判における訴訟指揮」（民事訴訟法研究第8巻 p80。初出は判タ371号）において、手段説の単なる修正・補充というのではなく、多元説的理解をすべきである旨を明言しておられる。このように、博士が多元説に改説されたことにより、手段説はその有力な柱を失ったことになる。なお、この点については、後記第5の（注7）を参照。

(注2) これは、「手段説の趣旨には、弁論主義の方が職権探知主義より真実に接近できるという考え方と、弁論主義でも最低限の真実は発見できるので、私益を旨とする民事訴訟では安価な弁論主義が原則となるという考え方の二通りある」とする山本和彦教授の手段説についての二分類に基づく分析であり、三ヶ月説はそのうちの後者であるとするものである。

(注3) ここに「裁判所の負担等のコストの問題」という観点が登場していることは、三ヶ月博士の手段説に対して上記のとおり捉えていることの延長上にあるとも言えるものであり、注目される。ただ、残念なのは、それが付随的にしか、或いは精々いくつかのうちの一つの要因としてしか位置づけられていないということである。しかし、私は、この観点こそ本格的に追求するに値する（弁論主義と職権探知主義とをこれ程明確に分かつ観点はない）と考えるものである。

2 しかし、私は、弁論主義が何故民事訴訟の原理として採用されてきたのかを見るためにはやはり弁論主義の根拠論を検討することが必要であり、この関係においても山本克己論文の検討が欠かせないものとする。

ア 山本克己論文では、弁論主義の根拠論に関しても日独の対比がなされている。そして、わが国では種々の説が唱えられているのに対し、ド

イツ（の弁論主義の妥当性を肯定する論者の間）では、基本的に私的自治説と手段説しか主張されていない（注4）。のみならず、私的自治説を唱える論者が弁論主義の妥当性を否定する論者に対抗するために、手段説的な論拠を援用したりするなどし、しかも、手段説論者は少なからず弁論主義の妥当性を否定する方向に流れているなどと指摘されている。

他方、「ドイツにおける弁論主義の根拠論は、職権探知主義の手続を持つ法制の下で、なぜ職権探知主義ではなく弁論主義が妥当するのかという問いに、その問いだけに対する回答であった」という仮説を立てておられる。（注5）

イ その上で、教授は、わが国の根拠論に関する諸説がこの問いにどう答えることができるのかを帰納的に検討しようと試みておられる。

まず、山木戸説について「弁論権の消極的效果を保障することが弁論主義の根拠であるとする。そこでの根拠論は命題②及び④だけに関するものであること、この消極的效果は「当事者が提出しない訴訟資料の利用禁止」という強い意味でのそれであることに留意しなければならない」などとした上で、「裁判所は、当事者が主張しない事実を斟酌し、職権で証拠調べをしたときは、その事実及び証拠調べの結果について当事者の意見を聴かなければならない」（旧人訴手続法14条、31条2項、現・人訴法20条）として、不意打ち防止という弱い意味での弁論権の消極的效果を保障することもできるのであるが、山木戸説が強い意味での弁論権の消極的效果が保障されるべきとするについてその理由が明らかにされていない」とする。

不意打ち防止説（田辺公二判事の見解）について「命題⑥を裏打ちすることが弁論主義の根拠であるとする」と解した上で、同説に対しても山木戸説に対するのと同じ批判が妥当するとし、「不意打ち防止は弁論主義の根拠ではなく、弁論主義を採用した結果である」という鈴木正裕教授の指摘を援用している。

多元説（竹下説）に対しては「歴史的な所産であるというのは、根拠論ではなく法史的な説明にすぎないのではないか。多元説が挙げる要素についても根拠論と機能論が混在している感を否めない」などと批判し、法

探索主体説（伊東説）についても「法探索者たる地位を保障するのは弁論主義ではなく命題⑤なのではないかという疑問がある」としている。

ウ このように、教授は、わが国の根拠論に対してそれぞれ疑問点を指摘され、批判しておられる。その上で、ご自身は、①日本法が職権探知主義と弁論主義という対概念を継受したこと、②議論の枠組みの歴史性を重視すべきことから、私的自治説を支持するとされる。

しかし、その一方で、「訴訟経済の観念と大量現象としての訴訟の観点を導入することで、手段説によっても通常の民事訴訟において弁論主義が妥当することを説明できる。つまり、職権探知主義は裁判所にとってコストが高い審理原則であるのに対して、当事者のイニシアティブを利用する弁論主義は裁判所にとっての訴訟経済にかなう」「大量現象としての民事訴訟における経済的な真実発見手段が弁論主義であるということも可能」とまで述べておられ（前同 p 175）、ここには、職権探知主義がとられる人事訴訟と弁論主義が採用される民事訴訟の差異が明確に意識されている。このように、上記仮説の問いにまともに答えようとしておられるのに、何故私的自治説に回帰してしまうのか、惜しまれてならない。「私的自治に対して愛着とでもいうべきものを有していることに帰着すると云わざるを得ないかもしれない」（前同 p 178）というのでは説明になっていないように思うのだが、どうであろうか。（注6）

（注4）吉野教授は、これを「イデオロギー的理由付け説」と「技術的理由付け説」との対立と表現しておられる（吉野「訴訟審理における裁判官の権限と責任」（『民事訴訟における裁判官の役割』所収 p 10））。

（注5）この仮説は注目に値する。これこそが、まさに弁論主義の根拠論を見る際のいわば「試金石」であって、この問いにどう答えるかによって根拠論の真髓が試されると考えるからである。

そして、私は、この点について、民事訴訟における弁論主義の選択こそが、近代市民国家としての司法政策であったと考えるものである（後記第5）。そのような意味においても、山本克己教授が上記のような仮説を立てられ、それに基づく検証までしておられることに敬服させられる。ただ、それでいながら再び私的自治説に回帰されるのを大変残念に思うのである。

（注6）もっとも、教授の私的自治説擁護論は後記第3の構造論において詳しく展開されている（第3の（注2）を参照）。

なお、教授は、「根拠論は法解釈の結論を直接支えるものというよりも、理論化体

系化のためのものという色彩が強い」という高橋教授の指摘（上記1のウ）を踏まえて、根拠論の実践的な意義についても検討され、さらには、「弁論主義の根拠論の対立の背景には、イデオロギーや世界観に由来する対立がある」という鈴木正裕教授の意見についても言及しておられるが、この点についてはここでは立ち入らない。

3 山本和彦「弁論主義の根拠」（『民事訴訟法の基本問題』所収。以下「山本和彦論文」という）にも注目しておかなければならない。

ア 山本克己論文では、後記第3で見るとおり、判決段階における弁論主義（第1テーゼ及び第2テーゼ）と審理段階における弁論主義（第3テーゼ）を区別して考察されているが、山本和彦論文でもそれが踏襲されている。

その上で、教授は、判決段階での弁論主義の根拠論としては私的自治説を採用するのに対し、「審理段階でいかなる規律を採用するかは、私的自治とは必ずしも直接の関係を有しない。それは、仮に審理段階で裁判所の介入を広く認めたとしても、判決の場面で当事者の処分権を尊重しさえすれば私的自治への介入は問題とならないからである」「ただ、そのような配慮は国家が積極的に介入するのを回避する根拠とはなっても、介入を禁ずる理由にはなり難い。つまり、ここでは当事者の不提出の自由があるように見えても、それは国家の省エネの反射的効果に過ぎず、当事者の権利として保護されているものではないことになる。その意味で、審理段階においては、厳密な意味での弁論主義（国家の介入禁止）は適用にならない」旨主張される。

イ しかし、判決段階で当事者の処分権（私的自治）を尊重するというのであれば、審理段階で裁判所の介入を広く認める理由も必要もない。審理は判決に収斂されるのであって、両者は一体不可分なのであるから、敢えて審理段階と判決段階を区分して考える必然性を見出せない。まして、弁論主義は判決段階においてのみ作用するものとし、審理段階での弁論主義の適用を否定するのであれば、そこで妥当する弁論主義にとって代わる審理原則は一体どのようなものなのかということになる。この点につき、教授は、「審理段階における裁判所の介入の限界を定めるのは、審

理におけるエネルギーの分配（国家資源の投入）に関する政策的判断である」と明言される。後記第5の私見のとおり、私は、これこそがまさに弁論主義の根拠論の真髄と考えるものであるが、教授は、これを審理段階における弁論主義の在りようを論じた際に、弁論主義に代わる審理原則として提唱されるのである。何故、これを審理段階と判決段階を通じる原則とされなかったのか、残念でならない。そもそも審理段階と判決段階で適用される原則を異にするなどということ自体に違和感があるが^(注7)、まして、審理段階では弁論主義が適用されないとするのは疑問としなければならない。

(注7) 二羽氏も、「〔判決段階と審理段階とで〕根拠を別異に考える実益がなお明確でないとの印象を受ける」として、控え目な表現ながら、本文の指摘と同趣旨とも言える問題提起をしておられる(同「弁論主義補論」)。山本和彦教授はこれに答えて、「表現が不十分であったかと思われるが、その真意は、判決段階では私的自治に基づく裁判所の介入禁止は強い規範として妥当すべきであるのに対し、審理段階では政策的なものとして、それを緩和することは広く認められようという点に実益があると認識している」と述べておられる。しかし、私としては、判決段階と審理段階を通じて妥当する「弁論主義」の本質は異なる(異にしたのではおかしい)と考えるものである。したがって、二羽氏が「裁判所の介入が禁止される領域で機能する原理と、裁判所の介入が認められる領域での原理を検討しておく必要がある」と主張する趣旨が、もしも山本和彦教授の上記主張と「共通の認識である」(山本和彦論文)というのであれば、二羽氏の所見に対しても同様の疑問を提起しなければならない。

4 伊東乾教授の見解(伊東『弁論主義』)

ア 教授の主唱される法探索主体説によれば、「弁論主義は、法そのものが、私人たる訴訟当事者によって、みずから探索せられるべきものであることに基づく」とされる。すなわち、そのような訴訟当事者の法探索における主体性により当事者の訴訟資料に対する支配が根拠づけられるとするのである。したがって、当事者がある「事実」を主張するというのも、「自ら法的に評価した事実を持ち出すということであり、事実を媒体として法を主張するという、法と事実を併せて主張すること」であるとされる。つまり、弁論主義の対象となる事実「法的に構成せられ、法的に評価せられた事実であって、ナマの社会生活事実ではない」ということに

なる。

このように、伊東説は、法の適用場面においてもこれを裁判所の専権とするのではなく、当事者の主体的な関わりの必要性を認めるなど、訴訟における当事者の主体性を強調するものであって大いに共感を覚えるものがある。また、弁論主義の対象となる「事実」の捉え方についても基本的に正当であろう（要件事実論的な観点からしても首肯される）。

イ しかし、訴訟当事者にナマの社会生活事実ではない「法的に構成せられ、法的に評価せられた事実」を主張することが常に求められるべきであろうか。あるべき理念としてはともかく、少なくとも訴訟の実態とは齟齬があることは否めない（特に、本人訴訟が許容されている訴訟制度のもとではいささか無理がある）ように思われる。当事者がナマの社会生活事実を主張しているにすぎない場合においても、それでは当事者としての主張責任を果たしていないと直ちに決めつけることはできず、それを法的に評価・構成するのは最終的には裁判官の役割であることを認めないわけにはいかないのではないだろうか。近時、裁判所の法的観点指摘義務が主張されているのもそのことを前提にしているのではないかと思われる（後記第9の5参照）。

また、伊東説は法及び訴訟の本質論にまで遡った弁論主義の根拠論であるように見受けられるところ、そうだとするならば、およそ民事訴訟において弁論主義を採用しない法制などあり得ない筈であるが、歴史的にも、また、オーストリアのように弁論主義とは異なる法制が現に存在するのである。

5 太田勝造教授の見解（太田「弁論主義の根拠についての一考察」（『三ヶ月章先生古稀祝賀・民事手続法学の革新（中）』所収））

ア 教授の論は、「弁論主義に対しては数多くの正当化根拠が主張されているにもかかわらず、それらの『根拠』が現実的なものであるのかの検討はそれほど進んでいない」「弁論主義が有するとされる種々の機能がどの程度実現されているのか、どのような条件が満たされれば実現するのかについての理論的並びに実証的研究が遅れている」という問題意識のも

と、「弁論主義は果たして十分な資料の収集をもたらすことができるか」について確率情報理論を用いて「証明」を試みようとするなど、他の弁論主義論とはアプローチの手法が全く異なる。

しかしながら、その中核をなす部分は私の理解を超えた内容であるので、遺憾ながらそれ自体は検討の対象として取り上げることができない。

ィ ただ、私の理解できた範囲で、敢えていくつかの疑問を提示すれば、まず第1に、教授が「『十分な資料』とは各当事者の評価として十分な『解明度』をもたらす資料のことである」と言われるときの「解明度」とは何かが必ずしも明らかでない。(注8)

第2に、教授は、解明度が達成されたかどうかの判断について、「各当事者の評価」を問題とされる(注9)。確かに、弁論終結の是非は当事者双方の意向を踏まえて決せられるから、解明度について当事者の評価が考慮されるということはそのとおりであるにしても、最終的にその点の判断をするのは裁判所である。そうであれば、そのことを踏まえた上で、裁判所の当該判断について真に客観性・相当性を担保するものは何であるのかを検討すべきではないだろうか。(注10)

また、ここにいう「当事者の評価」とは多分に主観的なもの(主張立証を尽くしたという満足感)なのか、それともそれを超えたある種客観的なものを想定しておられるのかも気になるところである。おそらく後者だと思われるが、そうだとするとその評価基準は何なのかが明らかにされなければなるまい。

第3に、教授の手法はいくつもの仮定の上になり立っている。そのような仮定の複合の上立った論証で「弁論主義の合理性」が説明できるのだろうかという疑問がある(注11)。他方で、教授のような手法を用いなくとも、この類の結論は導くことが十分可能ではないかという気もするのである。(注12)

第4に、教授の手法の現実の訴訟に対する妥当性自体が問われることになりはしないかという疑問もある。それは、弁論主義と職権探知主義の比較についての記述にも現われている。すなわち、教授は、当事者に資料収

集の第一義的イニシアティブがある弁論主義においては、均衡点に到達すれば、裁判に熟したものとして審理が終了するのに対し、「裁判所に第一義的イニシアティブがある職権探知主義の下では、裁判所の判断の方が優先するので、当事者が均衡点に至る以前に裁判に熟したとして弁論が終結されたり、逆に、均衡点に到達した後もさらに資料収集を裁判所に求められたりする危険がある」とされるが、弁論主義の下においても弁論終結の可否をめぐる当事者と裁判所間の齟齬は現実には否定できないように思われる。

(注8) 教授の④『裁判における証明論の基礎』及び②「『訴訟カ裁判ヲ為スニ熟スルトキ』について」(新堂編著『特別講義民事訴訟法』所収)には、「裁判に熟する(裁判への成熟)」ということの意義に関して、「必要とされる審理結果の確実性(解明度)に達したこと」「審理が十分に尽くされて、審理結果の確実性が高まり、必要とされる訴訟の情報状態が達成されたこと」などとされているから、これによれば、「解明度が達成された」とは「審理が尽くされて、その結果に基づく確実な判断が可能になるほどに訴訟における情報が豊かになった状態」とでも解することになるか。

ところで、法243条1項は「訴訟が裁判をするのに熟したときは終局判決をする」と定めているが、実際にはそれに先立ち弁論が終結されるから、これは、すなわち「弁論を終結することができるまでに審理が尽くされた」ことであると言い換えることができる。もっとも、弁論を終結しても、いざ判決書作成に着手してみると、このままでは判決ができない、すなわち、実は裁判に熟していなかったことに気付くことがある。その場合には弁論の再開を命じ(法153条)、多くの場合には当事者に主張立証の不足している点を指摘し、それを促すことになろう。そのような場合もあることから、「裁判に熟するときは口頭弁論を終結する」ではなく「終局判決をする」と表現したのであろう。

なお、「解明度」について論じた文献として、日渡紀夫「審理計画と解明度」(民訴雑誌49号)がある。そこでは、「どの程度の審理をすれば審理を尽くしたことになるのか、よって、審理を終結してよいのか、を判断するときの概念である」「審理を終結するのに十分な審理結果の変動可能性を解明度と呼ぶ」などとされる。そして、「解明度を(審理計画の)目標として用いるのであれば、少なくとも可視化しなければならない」、「解明度への到達の判断は裁判官の内心の判断であるので、客観的なものから推測するほかない」「解明度への到達の判断は(中略)裁判官が決定してよいと解するとしても、その前提には恣意を疑われないよう、決定の基準が必要となろう」などという問題意識が提示されている。このような問題意識はもとより正当なものであろうが、それがどのようにして達成されるのかについてはついに明らかにされていないように思われる。

(注9) 教授は、「必要とされる訴訟の情報状態が達成された」かについて、かつては裁判所の側からのみ見ていたが(前注掲記の①)、当事者の手続保障がなされたかの

考慮も不可欠であるとして、従前の見解を修正する旨を明らかにしておられる（前注掲記の②）から、それがここにも反映しているのかもしれない。

(注10) 弁論を終結するに当たっては、当事者双方が攻撃防御を尽くしたという意味で「他に主張立証はない」と陳述し、その旨調書に記載される。これによれば、裁判所は、弁論終結の是非について当事者の意向を聴取し、攻撃防御を尽くしたという当事者双方の一致した認識の表明に基づいて弁論を終結していることになる（一旦終結した弁論を再開するかどうかについても、最判S56・9・24民集35-6-1088は弁論の再開をしなかったことが裁量を逸脱しており違法とされる場合もあり得ることを明らかにしているから、ここでも当事者の意向が反映される余地があることになる）。教授が解明度についての「当事者の評価」と言われるのも、このような実務の実際を踏まえた上のことであり、当事者の意向（評価）が裁判所の判断の客観性・正当性の担保ないし判断基準となると考えておられるのかもしれない。

ただし、上記の実務には例外もある。互いに対立する当事者同士であるから、一方が何らかの主張立証をすると、他方当事者も負けじと反撃を試みるということで、裁判所が適切な訴訟指揮をしないならば、必要性について疑問なしとしないような攻撃防御が繰り返されて、事件は漂流を続けることになってしまいかねない（実際にもわが国の民事訴訟はかつてそのような病弊に陥っていたのである）。それ故、例えば、⑦当事者の双方または少なくとも一方が「他に主張立証すべきことがある」＝「弁論を終結すべき時期ではない」という認識を明らかにしているのに弁論を終結する、④当事者の一方Aが欠席を続けている場合において、出頭している相手方当事者Bが弁論の終結を求め、これに応じて弁論を終結する、⑤双方当事者がともに欠席している場合に弁論を終結するなどの場合もあろう。もっとも、⑦については、通常は法263条（訴えの取下げ擬制）により対応するであろうから、同条を潜脱するような出頭と不出頭が繰り返されるという稀な場合以外は敢えて終結して判決をすることは考え難い（最判S41・11・22民集20-9-1914参照）。④についても、Aが原告であれば、Bは弁論をなせずに退廷すれば、⑤と同じことに帰着するから、Bが敢えて弁論の終結を求めることは稀であろう。これに対し、Aが被告であるときにおいて、一応、請求原因事実を争い、あるいは抗弁事実を主張しながら、その後欠席を続けているというような場合には、原告Bとしては弁論の終結を求めざるをえず、裁判所もこれに応ずることになる。また、⑦については、当事者双方が一致して弁論終結に反対しているのに、裁判所がこれを押しきって終結するということは考え難く、多くは、Aが終結を望み、或いは、少なくとも裁判所の終結の意向に反対しないのに対し、Bが頑強に反対するという場合であろう。このような場合には、Bにどのような攻撃防御が残されているのかを具体的に陳述させ、それに対するAの意見も聴取して、その当否を判断し、弁論を終結するか否かを決することになる。

(注11) 教授は、当事者の資料収集活動が終息するプロセスについて、「相手の資料収集レベルを知ってこちらはそれに対する最適の資料収集レベルを選択する。こちらの選択を知って相手はさらにそれに対する最適のレベルへと資料収集を続ける」「安定均衡点に至ると、両者とも相手に対する最適レベルに既に達しているので、誰にもそれ以上資料収集を続けるインセンティブが存在しない」と説明した上で、「この均衡点においては、両当事者がお互いに最適の資料収集レベルを選択し合っ

ているという意味で、全員が無駄のない資料収集を一貫して行っていることになる」
「(それにより)十分な資料が収集されることになる」「この意味で、弁論主義は合理的であり、社会的に望ましい結果をおのずからもたらすことができるということになる」と結論されるが、ここでは「両当事者がお互いに最適の資料収集レベルを選択し合う」「全員が無駄のない資料収集を一貫して行っている」などといったことが前提とされているのである。

(注12) 例えば、上記第1の2で紹介した小林教授の見解(小林論文p115の末行以下)参照。

思うに、裁判官の自由心証主義という一種のブラックボックス(裁判官の内心)に委ねられている事実認定の分野について、太田教授の証明論のようなアプローチをすることにより、できる限りその客観化・合理化を図っていくというのは意義深いことであり、貴重な試みであろう。しかし、弁論主義の根拠論についてまで本論文のような試みをする必要があるのだろうかというのが私の率直な感想である。

第3 弁論主義の構造論

1 この点についても、山本克己論文の検討から始めるべきものと考えらる。

ア 同論文では、まず命題⑤の位置づけについて論じられている。これは、弁論主義と弁論権(命題⑤)の関係をどう考えるかという問題である。

教授は、「弁論権とは、憲法上保障された権利であって(憲法32条の「裁判を受ける権利」は、裁判所にアクセスする権利だけではなく、裁判手続の適正さをも保障するものであり、その適正手続の保障の中核をなすのが弁論権である)、単なる法政策的考慮により左右されてはならないものである。弁論主義か職権探知主義かというのは法政策的な判断の問題であるから、命題⑤はそのような問題の外に括り出しておくことが望ましい」と主張される。

その上で、命題⑥(不意打ち防止)についても言及し、「弁論主義との関係では、当事者の事実主張行為の解釈において事実の同一性の判断を限界づけるものとして機能する」とし、「不意打ち防止については、それを弁論主義との関係だけで論ずるのは望ましくない。また、機能論としても、これを余り強調することは警戒しなければならない。ともすると、独り歩きして、予めノーティスを与えさえすれば、裁判所は証拠資料から訴訟資

料を抽出し補充してもよい（補充しなければならない）という方向にまで行きかねないからである」とされるのである。

イ 次いで、教授は、小林説^(注1)及び吉野説を取り上げ、両説が、命題②は不意打ち防止を目的とするものであるとし、かつ、不意打ち防止の手段が命題②に限られないことを理由として命題②の妥当性を制限ないし否定するものと捉えた上で、これに反対している。そして、それを十分説得力あらしめるためには、命題⑥について上記のように言うだけでは足りないとして、命題①ないし④の相互の関連性を明らかにしようと試みられる。

すなわち、命題②及び③が判決段階における裁判所に対する指図であるのに対し、命題④（命題⑦を含めてもよい）は審理段階における指図であるという弁論主義の適用場面の区別を明確にした上で、判決段階の指図であるとする命題②及び③について、「いずれも両当事者の態度の一致が指図の要件となっている。すなわち、命題②にあつては、両当事者がともにある事実を主張しないという消極的一致が、命題③においては、両当事者がともにある事実を主張するという積極的一致^(注2)が、裁判所に対する指図を生ぜしめる」「裁判所は、当事者の態度の一致に拘束され、そのことによって、両当事者間に裁判所の介入を受けない水平空間が確保されることができる。私的自治説に言う私的自治とは、このような水平空間が確保されることを意味する」と主張される。

他方、命題④については、弁論主義の外延から外してしまい、証拠法における当事者概念として別個に扱う方向が望ましいと提唱しておられる。^(注3)

ウ 以上のような山本克己教授の立論は、弁論権の重要な意義を強調し、それを弁論主義とは切り離して独自の位置づけをすべき旨を主張するとともに、弁論主義についての議論を整理した上で私的自治説を正当化する有力な論拠を提供しようとするものである。また、弁論主義の適用場面を判決段階のそれと審理段階のそれに区分して検討すべきことが提唱されたことも、それが山本和彦教授や畑教授によっても基本的にそのまま踏襲されていることを見ても、画期的な理論的功績と受け止められたに違いな

い。(注4)

(注1) 高橋教授は、「弁論主義については、自由主義・個人主義の反映だと論ぜられる思想面、裁判官は受動的・消極的であるべきだとする裁判官の役割論、当事者の主張しない事実を判決の基礎としてはならないという法解釈の技術論、等々が混在して論ぜられることが少なくなく、それが議論に混乱を生じさせることがありうる」とした上で、その側面を分けるべきだという小林説は卓見と言うべきであると評しておられる(高橋・前掲p413)。

(注2) 命題③(第2テーゼ)については、本来の自白のほかに「擬制自白」もあることに留意しておくべきであろう。これは、当事者がともにある事実を主張するという積極的一致ではなく、多分に消極的な一致というべきものである。そうであれば、命題②(第1テーゼ)と性質的に通じるものがあるということになろう。

(注3) このような主張は教授の紛争定義の捉え方にに基づいている。すなわち、「民事紛争の対象となる紛争は、制度上、原則として権利紛争しか許されないが、権利紛争においてrelevancyをもつ当事者の主観は、①適用される規範と②規範が適用される司法事実の二つであるが、弁論主義は②のレベルにおいて、当事者の主観を反映した紛争定義(主観的紛争定義)を許す建前である」とした上で、このような当事者の主観的定義を許すことの根拠としては、やはり私的自治を挙げざるをえないとされるのである。命題④についての提唱も、このような紛争定義の捉え方によると、「証明は、両当事者の提唱する紛争定義が齟齬する場合に、その優劣を決する手続であることになり、証拠方法の提出は紛争定義行動そのものではない」という論拠による。

(注4) なお、この点について、二羽「メモランダム・弁論主義論」は、兼子一説を通説として紹介する中で、「テーゼ①～③は裁判所が判決をする段階において機能し、④は審理段階で機能する」としている(ここで、テーゼ①ないし④というのは、山本克己教授の定立された命題①ないし④にほぼ相当する。すなわち、いわゆる第1テーゼないし第3テーゼではない)。そうだとすれば、山本克己教授の見解も特に目新しいものではないことになる。しかし、二羽「(資料)わが国における弁論主義学説」では、兼子説について「弁論主義の内容については、主として判決段階で機能するものとして捉えられていると推測される。」「(第3テーゼについては)弁論主義は審理段階(証拠調べの過程)においても機能するとされているようである」と「推測」するにとどめられている。明らかに後者が正確な理解であると思われる。

そもそも、弁論主義が妥当する場面につき「判決段階」と「審理段階」を分けて考察するというような問題意識そのものが従来はなかったのではないだろうか。むしろ、「審理原則」という表現からしても、当然の如くに「審理段階」を主として念頭に置いて考えていたのではないかと推測される。

2 しかしながら、山本克己教授の以上のような提言に直ちに全面的に賛成することはできない。

ア まず、命題⑤を弁論権と位置付けた上で、弁論権を憲法上の権利として捉えることについては特に異論はない。むしろ適切な提言であると

思われる。しかし、弁論権の位置づけ、すなわち、弁論主義と弁論権の関係について、弁論権は弁論主義の外に置くべきだと主張される点については、私は意見を異にする。

教授は、上記第1の3のとおり、命題①を包括命題として独自に取り出した上で、それは、裁判の基礎となる資料の提供は当事者の（権能及び）責任であること、すなわち、当事者の義務であることを明らかにされている。これに対し、命題⑤は、裁判の基礎となる資料を提供することが当事者の権利であることを宣言するものである。そうだとすれば、命題①と命題⑤は表裏の関係にあって、いわば対をなす命題であるとするのが素直な理解ではないだろうか。弁論権を弁論主義の外に置くべきだという教授の見解は、憲法上の権利である弁論権については、法政策的な判断の結果採用されたに過ぎない弁論主義の上位に置くべきだという考え方に基づくものと思われるが、果たしてそのように考える必然性があるのか疑問なしとしない。(注5)

イ また、命題②及び③を判決段階におけるものとしてしまったことに対しても疑問を覚える。その理由は以下のとおりである。

i 訴訟は、原告が訴状を裁判所に提出することにより開始され、それ（訴状副本）が被告に送達されることによって訴訟係属が生じる。この段階では専ら原告の自由な判断に支配されている。すなわち、どのような権利関係について、いつ、誰を被告として、どこの裁判所に訴状を提出するかは、全て原告の判断に委ねられているのであって、これが処分権主義である。他方、被告が原告の訴えをどのように受け止め、これにどう対応するかも被告の自由な判断に委ねられている。すなわち、㊦原告の請求自体を認容して「認諾」してもよいし、㊧原告主張の請求原因事実を全部認めて（自白）、そのまま抗弁事実を主張することなく、早期に敗訴判決を受けるという選択肢もある。或いは、㊨何ら応答もせず、第1回口頭弁論期日にも出頭しないでそのまま放置しておいてもよいが、その場合にはいわゆる欠席判決ということで敗訴判決を受けるとを覚悟しなければならない。もちろん、被告は、㊩請求原因事実自体を争うこともできるし、

㊦それは認めた上で抗弁事実を主張してもよい。㊧は被告の処分権主義から導かれるものであるのに対し、その余の場合は全て弁論主義が作用することになるが、「審理」の名に相応しい審理がなされるのは被告が㊦又は㊧の態度を明らかにした場合に限られる。この場合には、裁判所はおそらく弁論準備手続に付し、同期日において争点と証拠の整理をすることになる。そして、争点整理が完結すると弁論準備手続を終結して口頭弁論期日が指定される。当該口頭弁論期日において弁論準備手続の結果が陳述されることによりこれが口頭弁論に上程された上で、争点について人証の集中証拠調べが実施され、弁論終結に至る。その後、判決書が作成され、判決言渡し期日に判決原本に基づいて判決の言渡しがなされる。訴えの取下げや請求の放棄、さらには和解の成立など、判決によらない訴訟の終了もあるが、以上が㊦又は㊧の場合の通常の進行である。このように第1審の手続の流れを概観しただけでも、審理は迅速・適正な判決を目指して積み重ねられるものであることが分かる。つまり、審理は判決に収斂されるものであって、審理と判決はまさに不即不離の関係にあるということが出来る。

ii 審理と判決についての上記のような認識を踏まえた上で、命題②及び③について見ると、これらが判決作成段階で意義を有することは当然としても、同時にこれらが審理段階（特に、争点整理段階）において重要な役割を發揮することも明白である。しかるに、教授は、これらを判決段階における裁判所に対する指図だと割り切ってしまうている。

確かに、これらの命題を文字どおりに裁判所に対する指図と受け止めるなら、そのように解するのも無理からぬものがあるかもしれない。しかし、これらの命題がそのように一面的で内容的にも希薄なものであるとは到底思えない。後記第5の私見のように、その規律の表現内容を柔らかいものとして定立するならばもちろんのこと、仮に、伝統的な理解に従って、裁判所に対する指図であると解したとしても、当事者はともに相手方がどのような主張をしているかを見極め、或いは、主張してくるだろうことを予測して、自らの主張を整備するのであり、この場合において命題②が重要な意義を有していることは明らかである。さらに、命題③について言えば、

争点整理の作業の中核はいかにして当事者間に争いのない事実の範囲を拡大して、争点を極力少なくしていくか（争点の絞り込み）であって、ここでは命題③が極めて重要な役割を發揮していることは疑問の余地がない。

このように、当事者双方ともこれらの命題を睨みながら、また、裁判所としてもこれらの命題を駆使しながら、争点整理を早期にかつ的確に遂行していくことが期待されているのである。そうであれば、これらの命題が、判決段階だけではなく、審理段階においても重要な意義を有することは明らかである。

なお、命題④については、これが審理段階で機能するものであることについては基本的に異論がないが、判決段階で全く問題にならないとするまでのことはないのではないとも思われる。

iii この点に関しては、二羽氏もまた、「（特に第2テーゼについては）審理段階においても機能させることを認めることになるであろう（中略）。そして、また、第1テーゼも、実際には審理段階においても機能しているのである」として、新堂『民事訴訟法』（1974年）の記述を引用しておられる（二羽「わが国における弁論主義学説」。なお、同「弁論主義における各テーゼの位置づけ」も参照）^{（注6）}。これを新堂『新民事訴訟法（4版）』p 413により確認すれば、「弁論に現出されない主要事実は判決の基礎に出来ないという原則は、第1に、争点の形成を両当事者の意思に係らしめ、判決によって解決すべき紛争のいわば土俵を、事実面から、その意思によって限定するはたらきをもつ。その結果として、裁判所の作業範囲、とくに存否を判断すべき事実の範囲を定める機能をもつ。第2には、当事者に対し主張立証活動の指針を与えることになる。すなわち、原告は、請求を理由づける主要事実、抗弁事実に対する認否、および再抗弁事実を主張するように促されることになる（規則53条1項、81条参照）。また、被告は、訴状に記載された事実に対する認否、抗弁事実等を主張するように指導される（規則81条参照）。第3は、この原則により、どちらの当事者も相手方の弁論した事実に対してのみ攻撃防御を尽くせば足りることになるわけであるから、当事者に事実面における攻撃防御の目標を明示

し、かつ、不意打ちのおそれを排除して防御の機会を実質的に保障する機能をもつことになる」とされているところである。もとより、これは新民訴訟法制定後の記述ではあるが、これとほぼ同旨の内容が既に1974年版の教授の教科書にも見られるにもかかわらず、山本克己教授は、何故、命題②（第1テーゼ）及び命題③（第2テーゼ）を判決段階の指図と位置付けてしまわれたのだろうか。解けない疑問である。（注7）

（注5）近時は、このように弁論権を弁論主義から切り離して捉える考え方は、山本和彦教授の見解などに代表されるとおり大いに有力である。二羽氏もその方向を志向しておられるようであり、高橋教授も基本的に山本克己説に同調されるようである（高橋・前掲p412）。これに対し、坂原教授は、後記第4の3のとおり、このような傾向に対して弁論主義を空洞化させるものであり、弁論主義の埋葬論であるとして強い危機感を表明しておられる。私は、坂原教授の主張に大いに共感を覚えるものであるが、この問題は第Ⅱ部の第6において改めて取り上げる。

（注6）もっとも、二羽「弁論主義再考」（民訴雑誌48号）では、新民訴訟法の制定により、弁論主義が主として機能すべき領域が判決段階から争点及び証拠整理段階に変化したとされている。しかし、これは本文記載のような氏の従前の認識とは明らかに異なっているように思われる。また、そもそも新民訴訟法制定の前後を通じてそのような本質的ともいべき変化が生じたとも思えない。新民訴訟法下では、審理の中心部分が口頭弁論から争点整理手続（中でも、実務で多用される弁論準備手続）に移行してしまった感があるのは確かであるにしても、そのことが弁論主義の機能すべき局面に変化をもたらすという関係にはないと考えるからである。

（注7）山本克己教授は、法学論叢掲載論文において、戦後ドイツの弁論主義についての学説を検討しておられるところ、その第2期（1961年～1976年）に関してBaurの1965年の論文を取り上げ、「このBaurの分析は、弁論主義・職権探知主義の対象領域が二分できる、という従来余り意識されていなかった論点を指摘する点で、戦後の議論の中でも最も緻密なものの一つと評することができる。本稿ではBaurの区別した二つの局面を、審理過程における弁論主義・職権探知主義と判決作成時における弁論主義・職権探知主義と呼ぶことにする」とした上で「法準則①と②が判決作成時における弁論主義に、③と④が審理過程における弁論主義に位置づけられ、（後略）」としておられるから（法学論叢論文(2)のp2以下）、このBaurのモデルにおける位置づけを基本的に受け継いだということかもしれない（なお、ここでいう法準則①～④の意味内容については、第1の（注15）を参照されたい）。

しかし、教授は、他方で（同論文のp5の注⑥）、「この二つの局面が法構造論的に区別できるという主張は、一方の局面での法的な規律がもう一方の局面に影響することを否定するものではない」ことを明言され、「このことは、法準則②と訴訟経済的な考慮が結びつくとき、法準則⑤のように要証命題の範囲を限定するという形で収集過程に影響を与えることを考えれば明白である」とされている。本文で指摘した私の疑問と完全に符合するというわけではないにしても、二つの局面の区分を絶対的なものとはしていないのである。

そうすると、教授の真意は、弁論主義が審理段階ではたらく原則であることを当然の前提にした上で、命題②及び③（上記論文で言えば、法準則①と②）が判決段階でも重要な作用をする（むしろ、判決段階でこそ決定的に重要な意義を持つ）ことを指摘することにあつたのかもしれない。

3 畑瑞穂教授の仕分け論について

ア 上記のような山本克己教授の提言が山本和彦教授や畑教授により踏襲され、畑教授においては畑論文 p 75 の表 1 のとおり仕分けをしておられる。すなわち、「⑦第 1 テーゼ（準則①）と第 2 テーゼ（準則②）は判決段階における主張レベルの規律、第 3 テーゼ（準則③）は審理段階における証拠レベルの規律である。④第 1 テーゼと第 2 テーゼに対応する審理段階における規律として、『裁判所は当事者が主張した事実以外の事実に関して証拠調べをしてはならない』（準則④）及び『裁判所は自白された又は当事者間に争いのない事実に関して証拠調べをしてはならない』（準則⑤）を想定することができ、第 3 テーゼに対応する判決段階の規律として『裁判所は当事者が申し出た（ないし援用した）証拠資料のみを事実認定の基礎にし得る』（準則③'）を想定することができる。⑦これを整理すると、上記表 1 の「仕分け表」のとおりになる」というのである。

イ このような畑教授の仕分け論に対しても、⑦については、山本克己教授の提言に対する疑問として述べたところがほぼそのまま当てはまるものとする。加えて、④についても、第 1 テーゼ及び第 2 テーゼに対応する審理段階における規律を付加されたこと自体は評価されるものの、それとして準則④及び⑤を想定するのは疑問である。第 1 テーゼと第 2 テーゼをにらみ合わせながら争点整理をし、それを通じて絞り込まれた「争点」に限って証拠調べがなされることは上記 2 のイのとおりであって、そうであれば準則④及び⑤は実際には殆ど機能することがないのではないだろうか。何故なら、当事者が主張したことであっても争点となっていない事柄に関して証拠調べがなされることはないのであるから、まして当事者が主張してもいないことに関して証拠調べがなされる筈はない。また、当事者間に争いのない事実は争点ではないのであるから、これについて証拠

調べがなされるなどということも、自白の撤回の可否が争われている場合などを除いては原則として考えられない。さらに言えば、記録中には争点に関係する証拠以外は存在しないのが原則的な在りようであり、まして当事者が申し出た証拠以外の証拠などは、例外的に職権で証拠調べをしたもの以外は存在しようがないことからすれば、準則③'についても実際的ではないように思われる。

ウ 以上によれば、折角の仕分け表も理論的な整理という面はともかく、実際の活用を考えた場合の意義となると多分に疑問であるというのが私の率直な感想である。しかるに、畑教授による上記のとおりの仕分け表が2011年の民訴学会のミニシンポジウム「民事裁判の審理における基本原理の再検討」の報告においてもそのまま前提とされているばかりか、それを人事訴訟や非訟事件においても併せて考えて行こうというスタンスが明らかにされているのである。

そうだとするならば、山本克己論文や畑論文における弁論主義の定式化（仕分け論）が、民訴法学者の間では今や完全に認知されていることを意味するものと考えるほかなさそうである。しかし、果たしてそれでよいのであろうか。

4 二羽和彦氏の見解 ①「メモランダム・弁論主義」高岡法学9巻2号、②「弁論主義補論」同10巻1・2号)

氏の論稿は、①は講義のために準備した備忘録であり、②はその補足であるとされる。それ故、氏の見解が体系的に披歴されているというものではないが、その内容は相当詳細で質的にも大変優れたものであり、特に、②では、弁論主義についてかなり本格的に論じられており、かつ、「私見」としてそれなりにまとまった氏の見解が明らかにされている。

ここでは、弁論権の重要性を強調するとともに、これを弁論主義から切り離して考える方が有益であろうとするなど、山本克己論文や山本和彦教授の見解に対する強い親和性を示しておられるように見受けられる。

第4 弁論主義の機能論

1 弁論主義第3テーゼは裁判所にとって証拠調べの指針となるものであるから、主として審理段階（特に、証拠調べ段階）で機能するのは当然である。

しかし、上記第3で詳述したところから、第1テーゼ及び第2テーゼも、判決作成段階に劣らず、審理段階（争点整理及び証拠調べ）において重要な役割を果たすことが明らかになったと考える。両テーゼ、特に第2テーゼを活用することにより、証拠調べを要する争いのある事実（争点）が極力少なくされていくのである（争点の絞り込み）。このような意味で、両テーゼは争点整理段階において審理の指針・基準となり、証拠調べ段階における第3テーゼと結びつくことによって、在るべき審理が実現されるのである。

だが、第1テーゼと第2テーゼ、特に前者が、判決段階における裁判官にとっての重要な行為規範となること、さらには、当該判決に対する上訴及び上訴審の批判的検討がなされる際にはそれが評価規範としての意義を発揮することも疑いない。そして、この場合の主たる問題が「不意打ち」の有無であり、不意打ち防止こそが弁論主義（第1テーゼ）の最大の機能である。

このことは多くの学説が指摘するところである。例えば、高橋教授は「現実の訴訟において弁論主義が果たしている機能・役割は、当事者の意思の尊重にあるよりも、むしろ不意打ちの防止にあろう。すなわち、弁論主義があることによって、当事者から主張されていない事実は判決の基礎にされないのであるから、当事者としては、相手方当事者が主張してくる事実（および自己が主張する事実）にだけ神経を集中していれば足りることになるのである。裁判所から不意打ち的に事実が認定され、それに基づいて判決がなされることがないことが保障されるのである。かくして、弁論主義違反があるかどうかの判断においては、不意打ちがあるかどうかは実際にはポイントになる（ことがある）」と述べておられる（高橋・前掲 p 419）。

2 ところで、この関係では山本和彦論文の検討が欠かせない。(注1)

ア 同論文における教授の主張は、おおよそ次のとおりである。

① 弁論主義の対象となる事実等が主張すべき当事者にとって有利な場合と不利な場合とに分けて検討すべきである。弁論主義は自己に有利な事実等を提出しない自由であり、不利な事実等を提出しない自由は弁論主義の領域の問題ではない。

② 「提出しない自由＝弁論主義」は、「提出する自由＝弁論権」と峻別されるべきである。従来、弁論主義の機能として挙げられることのあった不意打ち防止の問題は専ら弁論権の問題である。

③ 「私的自治の保護＝不提出当事者の視点＝弁論主義」の系統と「不意打ち防止＝相手方の視点＝釈明義務」の系統がある。当事者が主張しない事実（例えば、X側に有利な事実とする）を裁判所が取り上げた場合、それに対してYが不服を述べるときは釈明義務違反のみによるべきであり、弁論主義違反を根拠とすることはできない。それを主張できるのはXのみである。

イ しかし、教授の上記提言に対しては以下のような疑問がある。

i まず、①について、自己に有利な事実等を提出しない自由と不利な事実等を提出しない自由を分けて論じなければならないものであろうか。後者は弁論主義を持ち出すまでもなく、訴訟における当事者の本来的な自己保全の行動である。弁論主義の意義は自己に有利な事実等をも提出しない自由が認められた点にこそあるということなのかもしれないが、敢えてそのような区別をする意義・実益があるのだろうか。という以上に、後者を権利というかどうかは別にして、自己にとって不利にはたらく事実等を提出しないでよいというのはやはり弁論主義と関連させて理解すべきではないだろうか。そして、そのような不利な事実等であっても提出しなければならないことがあるというのは、弁論主義との関連において事案説明義務や真実義務などと関係させて理解すべきことではないかと思われる。

なお、これに関連して、教授が主張共通の原則について「その一般的な適用には疑問がある」とされる点も疑問なしとしない。確かに、民事訴訟

では当事者は互いに勝訴判決を目指して自己に有利な主張をするものであるから、主張共通の原則が妥当する場面はそれ程多いわけではないであろうが、教授の上記の叙述は、そのような認識を表明したというにとどまらず、弁論主義との関係で主張共通の原則が論じられること自体に対する疑問ないし否定的姿勢を感じさせるものである。しかし、弁論主義を当事者と裁判所との関係として捉える立場からすれば、そして、実際にも相手方当事者に主張責任がある事実を他方の当事者が進んで主張するということがある以上、この原則を認めてよいのではないだろうか。

ii 判決段階における弁論主義に関して、結局は「勝ちを拒否する美学」「裏の事情を出さない自由」などの「相対的にはマイナーな局面に関する」ものであるとするのも疑問である。

およそ訴訟では当事者双方が互いに勝訴判決を目指して攻撃防御を展開するというのが基本の構図であり（そのことは教授も当然踏まえておられるからこそ、有利な事実等を提出しないというのは「マイナーな局面」ということになるのであろう）、それを前提にして訴訟におけるそれぞれの原理・原則が成り立っているのではないか。そのような基本原理の一つである弁論主義についても、上記通常の局面において妥当するものであることを前提にして考えていくべきではないかと思われる。もちろん、被告が最初から敗訴を覚悟して原告の主張を争わないという態度を明示若しくは暗黙のうちに表明する場合もあり（この場合には、「自白判決」やいわゆる「欠席判決」がなされることになる）、さらには、被告が請求の認諾という拳に出ることさえ予定されている。他方、原告としても、請求の放棄や訴えの取下げにより当該訴訟にピリオドを打つということもある。しかし、それらはまさに私的自治の原則が支配する「処分権主義」の場面の問題である。また、弁論主義が妥当する場面においても、自己に有利な事実等を敢えて提出しないということもあろうが、多くの場合、それは当該事実等を提出することによる不利益（時間・労力、証人等関係者への迷惑など）を勘案してのことである。「裏の事情を出さない自由」などはまさにその典型である。それを明らかにすれば勝訴できるかもしれないが、それ

とは比べものにならない不利益を被るから出さないのである。敗訴覚悟で敢えて提出命令に従わないなどという場合にもこれと同じような判断がなされていることもあろう。当事者がこれらの拳に出るのは、要するに、訴訟上の戦略・戦術からくる選択の結果であり、「勝ちを拒否する美学」などではない。^(注2)

その意味では、「自白」(第2テーゼ)も基本的に同じである。当該事実を争点化することを回避することにより、時間・労力を節約することができる、関係者(例えば、証人として出頭が予定される第三者など)に迷惑が波及することを回避することができるというような場合に、そのことによる利益・価値を重視してさっさと自白してしまうというような事態が起こり得るのである。

iii そもそも、当該事実の有利・不利ということにしても、それは盾の両面であって、教授のような区別をすることに概念の整理として以上の意味があるのか疑問なしとしない。主張もしていなかったのに、自己にとって有利な事実を取り上げられたXとしては、その主張しなかった理由が上記のような訴訟上の戦略・戦術に基づく場合には、弁論主義違反を主張することも考えられないではないが、実際にこれが問題となる多くの場合はそのことに気付いていなかったために提出しなかったということであろうから、裁判所に感謝しこそすれ弁論主義違反を主張するなどということは想定し難い。これについては、教授も、実際には上訴の利益がない場合が多いであろうとされているところである。他方、Yは釈明義務違反を主張するであろうが、その際に裁判所の弁論主義違反を主張することができないということにはならないと思われる^(注3)。それは、教授のように、弁論主義と弁論権を峻別し、上記のとおりそこから導かれる二つの系統を認める立場からのみ首肯できる帰結であって、そのような前提をとらないのであれば、このように言わなければならない理由も必要も見出し難い。また、不意打ち防止は弁論主義による機能論としては説明困難であり、根拠論として不意打ち防止説を採るか、多元説によってそれをも取り込むか、或いは機能論としても放棄するかの違いとなるべき筋合いであると批

判されるのも、「私的自治」を弁論主義の根拠とするが故の説明困難にすぎないのではないかと思われる。

iv 教授が主張されるように、二つの系統に分けて考えるとした場合、弁論主義違反と釈明義務違反の取扱い及び両者の関係はどうなるのかという疑問もある。

弁論権の保障は憲法上の要請であるから、釈明義務が弁論権の系統から導かれるとする教授の論によると、釈明義務違反は「訴訟手続に憲法違反がある場合」（民訴規則190条1項2文）に該当し、必ず上告理由となる（法312条1項）と解する成行きになりはしないか、しかし、これは釈明義務違反の取扱いについての一般的な理解と異なるのではないかと思われる。^(注4)

教授は、果たしてそのようなことまで織り込んで主張しておられるのだろうか。

(注1) 上記垣内論文は山本和彦論文の検討に多くを割いておられる。そして、主張共通の原則に関する教授の主張について「慎重に検討すべき問題である」とされ、有利不利を分けて考えるという主張についても「当該事実の有利不利を分けて考えない伝統的な理解からは異論もあろう」とされるなど、いずれも極めて控え目な表現ながら、疑問が提起されている。

(注2) 教授が挙げられる例で、そのようなことが文字どおり当てはまるのは、時効の援用を敢えてしないという場合くらいではないかと思われるが、それすら、例えばメインバンクとの今後の良好な関係を継続することには代えられないとして消滅時効を援用しないという選択をしているような場合には、一定の計算（利害打算）が働いているのである。

(注3) この点は、畑教授（畑論文 p94）も高橋教授（高橋・前掲 p418）も私見と同じお考えである。

(注4) 弁論主義違反と釈明義務違反については、後記第8及び第9で改めて検討する。

3 この関係では、坂原正夫「弁論主義・試論」（『白川和雄先生古稀記念・民事紛争をめぐる法的諸問題』所収）も見逃せない。

ア 教授は、従来の弁論主義論の問題点として、①弁論主義の根拠論としての私的自治説の機能不全、②第1テーゼの運用指針が不明確であり、そのため弁論主義違反の判断基準が複雑・曖昧である（その関連で主張される㊦不意打ち防止という基準、④「生の事実論」にも問題がある）ことなどを指摘された上で、近時の弁論主義をめぐる議論についても、問題の

分離と棚上げをすることになってはいないか、それは弁論主義の空洞化であり、弁論主義埋葬論であるという問題意識を表明しておられる。そして、山本和彦論文についても、「従前の議論の行き詰まりと打開策を明らかにしたもの」として高く評価する一方で、まさに弁論主義の棚上げ論、分離論であり、弁論主義埋葬論であるとして厳しく批判される。

イ その上で、教授は、弁論主義について、当事者に対して判決理由形成に実体的に関与する権利を付与するものとする「判決理由形成関与権説」を提唱し、その検証を試みておられる。そして、この説は、伊東乾教授の法探索主体説に強い影響を受けているものであり、その意味では「新・法探索主体説」とでも呼ぶべきものであるとされ、当事者権を強化してその主体性を実質的に保障するために、当事者の判決理由形成関与権という具体的な権利構成によって、弁論主義の諸問題を考えていこうとするものだと説明される。

ウ 教授の上記のような問題意識は十分理解できるし、大いに共感を覚えるものである。しかし、まことに遺憾ながら、私は、教授の提唱される判決理由形成関与権により従来の弁論主義論の問題点（上記ア）を克服することができるのかどうかについて議論できるだけの力量を持ち合わせていない。ただ、敢えて推測するならば、教授の意図は、消極的な規律にとどまっている弁論主義第1テーゼを当事者が積極的に裁判所にはたらきかける判決理由形成関与権として構成し直すことにより、当事者の主体性の実現を図ろうとするところにあるように思われる。^(注5)

(注5) このような理解が間違っていないとすれば、それは山本和彦教授が強調される弁論権と本質的な差異があるのだろうかという疑問もないではなく、当事者が主体的な役割を果たすべきことを弁論権として弁論主義の外に括り出すのか（山本和彦教授）、それとも弁論主義の一環として位置づけるのか（坂原教授）という違いに帰するのではないかとも思われる。

第5 第I部のまとめと若干の私見の提示

弁論主義についての総論的考察は以上のとおりである。私の疑問や意見はその都度それなりに示してきたつもりであるが、第II部の各論的論点の検討のためにもここで一応のまとめを試みておきたい。

1 弁論主義の根拠について

ア 民事訴訟の対象は私的紛争だから、そこでも私的自治の原則が妥当するという本質説（私的自治説）の考え方は余りに素朴で短絡的という印象を免れない。民事訴訟は国家が運営する紛争解決システムであるが故に、何をおいても国家の制度としての合理性が保持されなければならない、単に当事者の私的自治に委ねておけば足りるというものではない。例えば、訴訟の進行については原則として裁判所の職責に委ねられるのであって、このこと一つをとっても私的自治説では賄いきれないことは明白である。このように、私的紛争も、裁判による公権的な解決を求めて裁判所という国家機関に持ち込まれた以上、正義（実体的正義及び手続的正義）に適った社会的妥当性のある解決という要請が不可避免的に生まれるのである。^(注1)

そして、個々の事件（紛争）についてはもとより、一般に裁判所においては正義に適った解決が保障されるということがあってこそ、裁判所ないしはそこにおける裁判（民事訴訟）による紛争解決という制度に対する国民全体の一般的な信頼を獲得することができるのであり、そのような裁判制度に対する国民の信頼こそが制度の存在基盤となるのである。

このように、「私的自治の原則」を持ち出ただけでは、民事訴訟においては弁論主義が妥当するという結論には必ずしも結びつかないのであって、「私的自治」は弁論主義の根拠としては十分ではないと言わなければならない。

イ では、上記のように、正義（実体的正義及び手続的正義）に適った社会的妥当性のある解決という要請に応えるためにはどうすればよいのか。それには、人事訴訟と同じく職権探知主義を採用することが考えられる。しかし、わが国では、人事訴訟＝職権探知主義、民事訴訟＝弁論主義と、異なる原則が採用されている。それについては、民事訴訟においては私的紛争の解決を目的とするのに対し、人事訴訟においては社会・公益の利益が関係するために弁論主義が排され職権探知主義が採用されるのだと説明されるのが常である^(注2)。確かに、人事訴訟と民事訴訟の間には一定の差異があることは間違いないが、それでもそれを本質的な差異とみるか

程度の差とみるかは見方によるのではないかとも思われるのに、何故、民事訴訟では職権探知主義ではなく弁論主義が採用されているのかが問い直されなければならない。

その答えは、つまるところ、職権探知主義と弁論主義における裁判所の負担の差である。民事訴訟の数は人事訴訟のそれの比ではないから、もしも、職権探知主義が民事訴訟においても妥当するとされるならば、それは裁判所の負担を極めて重いものとし、たちまち裁判所の能力を超えることとなって、裁判制度自体が破綻せざるを得ないであろう。これが、民事訴訟においては職権探知主義ではなく弁論主義が採用されている理由であると思われる。

ウ　ところで、弁論主義とは、「国家権力（裁判所）が積極的自発的に私人間の事柄（紛争）に介入してくるのを禁止するという意味合い」（高橋教授）であるとか、「裁判所は当事者の態度の一致に拘束され、そのことによって両当事者間に裁判所の介入を受けない水平空間が確保される」（山本克己教授）ことであるなどと主張されるが、果たしてそのように考えるべきものだろうか。

そもそも、そのような裁判所の介入を受けたくないのであれば、訴訟など提起することなく、まさに私的自治に基づいて自主的に解決すればよいのであって^(注3)、それができないからこそ、また、それによる解決では真の意味の紛争解決、抜本的な紛争解決とはなり得ないからこそ^(注4)、当事者（少なくとも原告）は訴訟という形で裁判所による公権的解決を求めているのである。そうであれば、訴訟という方式による紛争解決のための原理原則に服すべきはむしろ当然であって、それなのに、裁判所の介入を受けない水平空間を確保するなどというのは自己矛盾であり、身勝手もいいたころではないかと考えてしまうのである。^(注5)

エ　思うに、弁論主義（第1テーゼ）は、民事訴訟においては、人事訴訟とは違い、裁判所は、原則として、当事者が主張しない事柄まで探索する必要はないといういわば裁判所に対する免責の宣言にすぎないのではないか。これにより、裁判所の私的紛争解決（裁判）に費やす資源とエネ

ルギーを節約することを認めたということである。つまり、弁論主義とは、裁判所の私的紛争の解決（裁判）への関与のあり方を消極的で控え目なものにとどめることにより裁判所の負担軽減を図ったものであり、あくまでも政策的なものにすぎないと考えるものである。

そもそも、近代市民国家の基本理念は、自由で独立した個々の市民の自由競争（私的自治の原則に基づく自由な経済活動の保障）に委ねておけば、自ずから合理的な社会秩序が形成されるのであり、国家はこのような市民の活動にむやみに介入すべきではなく、秩序維持のために必要な最小限度の役割さえ果たせばよい。したがって、国家は小さければ小さいほど費用負担も少なくてよいという考え方（「夜警国家論」）に基づいている。そうであれば、私的紛争の処理のために、ひいては社会経済秩序の維持のために、裁判（民事訴訟）制度自体は用意しないわけにはいかないが、そうだとするとそれにかかる国家資源や費用は少なければ少ないほどよいということになる。そのような国家観に基づく民事訴訟の理念が弁論主義なのではないか考えるものである。このように、裁判制度に多くの資源や費用をつぎ込むわけにはいかないということになれば、裁判所が果たす役割・機能も自ずから制約されざるを得ないことになる。

それはまた、裁判所がそのような消極的な態度に徹したとしても、紛争当事者としては互いに勝訴を目指して必要な努力（事実の主張）をするに違いないから、それにより曲りなりに真実（に近いもの）が発見され、紛争解決も落ち着くべきところに落ち着くものと期待してよい、換言すれば、当事者に委ねていてもそれ程不都合な事態も生じないであろうから、裁判制度の最低限の制度目的は達せられるという当事者に対する一種の信頼（？）のようなものによって裏打ちされているのである。

こうして、私的紛争の処理のための裁判（民事訴訟）については、基本的に当事者の自由な攻撃防御に任せておけば足りるし、その方が合理的なのだという訴訟政策論が言わば必然的な成行きとして唱えられるようになる。それが弁論主義にほかならない。そして、実際のところ、このような消極的態度で満足しなければ、すなわち、人事訴訟と同じような職権探知

主義を民事訴訟においても採用するならば、それは裁判所の負担を際限なく増大させかねず、ついには裁判制度自体が破綻せざるを得ないであろうということは上記イで指摘したとおりである。(注6)

オ 以上によれば、民事訴訟における弁論主義は「私的自治」からもたらされる本質的な原理原則でも何でもなく（したがって、「本質説」という呼び名は明らかに相応しくない）、せいぜい民事訴訟に関して「私的自治」を名目（口実）にして打ち立てられた巧みな訴訟政策であるとするべきではないか。という以上に、これ以外には司法政策として殆ど選択の余地はなかったということでもあろう。(注7)

弁論主義の根拠についてのこのような理解は、通説たる私的自治説が、弁論主義を私的自治の原則の訴訟における反映として専ら当事者の側から見ていた（その点においては、多元説も基本的には同じであるが、手続保障説はやや異なるようにも思われる）のに対して、私的紛争が持ち込まれる裁判所（国家）との関係においても見るべきことを意味するものである。

この点については、例えば、山本克己教授においては上記第2の2のAのような仮説を立て、その検証まで試みておられる。また、山本和彦教授にあっては、民事訴訟の目的論について「公的サービスとしての民事訴訟」という観点を提唱しておられるのであり（『民事訴訟法の基本問題』p11）、また、両教授とも「審理段階における弁論主義」を「判決段階における弁論主義」と別個に独立して考察すべきことを提唱されるとともに、例えば、山本和彦教授は「審理段階では厳密な意味での弁論主義、つまりは私的自治に根拠を求める弁論主義は適用にならない」「審理段階における裁判所の介入の限界を定めるのは、審理におけるエネルギーの分配（国家資源の投入）に関する政策的判断である」とまで明言されておられるのであるから、弁論主義そのものについて裁判所との関係からも観察し、審理段階におけると同様の結論を導くということがあってもよかつたのではないかと残念でならない。(注8)

カ もっとも、このような私の提言に対しては、「裁判所の公権的判断を受けるという選択をしたからといって、そうである以上は全てを裁判

所に投げ出さなければならないということにはなるまい。その場合においても国家権力の介入を受けない水平空間を確保することは許されてもよい筈だ」と反論されるかもしれない。もちろん、そのように考える余地がないわけではないが、私は、それが「私的紛争」→「私的自治」という図式のもとに、本質的な原理・原則として論理必然的に導かれるということを経験としてしているのである。換言すれば、「当事者間に国家権力の介入を受けない水平空間を確保する」ことがあり得るとしても、それは国家の訴訟政策としてそれを許容しているからにすぎない。したがって、両当事者が、例えば「職権進行主義の支配を受けず、当事者進行主義によることとする」などという合意をしたからといって、そのような合意が裁判所を拘束することにはならないのは多言を要しない。他方、両当事者が「我々の訴訟では職権探知主義を採用してもらうことにする」などという合意をしたとしても、裁判所がこれに縛られることはないのもまた当然である。(注9)

(注1) その意味で、同じく裁判所を紛争解決の舞台とする調停や起訴前の和解においては基本的に私的自治の原則が貫徹されるのと本質的に異なる。もっとも、調停等での私的自治は専ら処分権主義の問題であるから、訴訟の場合と異なるのは当然ではある。しかし、「事件が性質上調停するのに適当でないと認めるとき、又は当事者が不当な目的でみだりに調停の申立てをしたと認めるときは、調停をしないものとして、事件を終了させることができる」(民事調停法13条)、「成立した合意が相当でないと認め場合(中略)は調停が成立しないものとして、事件を終了させることができる」(同法14条)などとされているところからすると、調停等であっても、いやしくも裁判所という国家機関を利用する以上は例外なく私的自治に委ねられるというわけではなく、公序良俗に違反する合意などは当然のことながら認められない。

(注2) 当事者間では真実と相容れない自白がなされることもあり得るところ、そのような真実に反する自白が拘束力を持つことになってしまえば不都合であるというのは、人事訴訟において弁論主義を排するについての大変分かり易い説得力ある指摘である。

(注3) 高橋教授の見解に対しては、その意味での私的自治は基本的には処分権主義の問題として対処されることではないかという反論が可能であろう。国家が私人間の紛争にむやみに介入してくることを禁止しなければならないという要請は、原告が訴えを提起することによって初めて訴訟が開始されるという処分権主義によって担保されているのであって、弁論主義はあくまで原告によって訴えが提起された後の訴訟の審理と判決を規律する原理だからである。

(注4) このことは、判決内容の強制的な実現(強制執行)ということと結びつけて考えれば、一目瞭然である。

(注5) ただし、山本克己教授は、このような水平空間の確保の主張が民事訴訟の本質から導き出されるのではなく、「通常の民事訴訟においては、このような水平空間が確保されるのが望ましいという政策判断によるものである」という慎重な表現にとどめておられる(同・前掲p180)。

(注6) このような私見に対しては、それは近代市民国家が弁論主義を訴訟政策として採用する根拠(理由・動機)であって、弁論主義の根拠ではないという疑問ないし批判が加えられるかもしれない。しかし、近代市民国家が国家として成り立つための司法政策として、弁論主義の内容とされるものを採用したことがまさに必然であった(それ以外には殆ど選択の余地はなかった)ということは、弁論主義の志向するところそのものが国家の政策であったということ(国家の政策=弁論主義)なのであるから、弁論主義の根拠は国家の政策的選択にあると結論することが許されるものと考え次第である。

(注7) 三ヶ月博士はその1979年版の教科書『民事訴訟法』p195において、「民事訴訟では私益をめぐる紛争がその対象をなし、その解決については当事者が直接かつ一次的に利害を感じるものであるところから、当事者の利己心を利用しつつこれに訴訟資料提出の責任を任せても裁判に必要な資料は十分に蒐集されると期待されるし(もしそれが不十分である場合にはそれに基づく不利な判決がなされても、それを当事者の責任に帰しても不当ではないと感じられる)、事実関係が錯雑し、千変万化する民事事件において、裁判所がその責任を背負い込むことは実際問題として不可能であるからである」とした上で、弁論主義を「種々の考慮をかみ合わせた合目的考慮ないし訴訟政策的考慮の所産」と捉えておられる。これは、博士が弁論主義の根拠として手段説から多元説に改説されたこと(上記第2の(注1)参照)に符節を合わせるものであるが、私の立場からすると、特に「訴訟政策的考慮の所産」という指摘が目される。この限りでは、私見は博士の上記見解に極めて近いと言うことができるかもしれない。

(注8) 同じことが畑教授の見解についても当てはまる(上記第2の(注3)参照)。

(注9) この点について、垣内論文には、「当事者が合意により職権探知主義的な権能を裁判所に授与する余地がないかということが問題になり得る」とあるが、これは上記本文のような弁論主義についての理解によれば方向違いの問題意識と言わなければならない。当事者の合意により国家(裁判所)が上記のような訴訟政策上の原則を放棄させられなければならないいわれはないからである。もしもそのようなことが可能だということになれば、私的紛争の解決のために割く国家のエネルギーが事件毎の当事者の意向によって左右されることにもなる。訴訟事件全体の「公平」な処理という見地から正当化することはできないし、そもそもそのようなことが可能だとすれば、あらゆる事件の当事者が「双方の合意」と称してその旨の意向を表明することになりかねず、それに裁判所が拘束されるというのでは、上記のような国家としての司法政策は簡単に葬り去られてしまうであろう。また、理論的には、職権探知主義をも「私的自治」により根拠づけようとしたというゲンナーと同じ過ちに通ずるものではないかと思われる。

2 弁論主義の内容と機能について

ア 弁論主義の根拠について上記1のように考えるとすれば、弁論主義にどのような内容を盛り込むかは、その国の司法政策の如何によって当然異なり得るということになる。弁論主義の名のもとに、これについての一般的な理解とはかなり異なるものを予定し、極端な場合には弁論主義を採用しないということもあり得ないわけではない^(注10)。また、弁論主義を採用する国にあっても、時代によって相応の変遷をすることもあり得るし、むしろ必要に応じて修正・補充がなされるべきことは当然予定されているものと言うことができよう。

しかしながら、山本克己教授が包括命題とされる命題①、すなわち、「裁判の基礎となる事実の作出は当事者の（権能及び）責任である」だけは、弁論主義の「本質」と言っても差支えないから^(注11)、命題①自体を否定したり、或いは、これを包含しない訴訟政策は、もはや「弁論主義」と呼ぶには相応しくないものとする。それはともかく、少なくともわが国においては、命題①を前提とする第1テーゼないし第3テーゼが弁論主義の内容をなすとのほぼ共通の認識が形成されてきたものということができる。^(注12)

以下、各テーゼ毎に検討することとするが、私は、弁論主義は民事訴訟における国家（裁判所）に対する免責ないし負担軽減のために選択された一ある意味ではそのような選択をすることが必然であった一司法政策にほかならないと考えるものであるから、その内容についても、国家（裁判所）の過干渉ないし介入の禁止を目的とするかのような裁判所に対する命令（禁止ないし指図）という硬い形の規律としてではなく、むしろ、裁判所に対する免責ないし許容を基本とする、そして、必要に応じて裁判所の裁量の余地を認めることを前提とした柔軟な体裁にすべきものとする。^(注13)

イ 以上のような考え方からすれば、弁論主義第1テーゼの内容は、「裁判所が判決をするについては、当事者が主張している事実を勘案すれば足り、それ以外のことを顧慮する必要はない」というにとどまるわけであるから、その規律としても上記の内容をそのまま素直に表現すべきであ

る。そうすると、「裁判所は、当事者（原告か被告かを問わない）が主張しない事実を判決の基礎にすることはできない（してはならない）」という裁判所に対する（不作為の）命令形としてではなく、「裁判所は当事者が主張している事実のみを顧慮して判決をすればよく、それ以上に積極的に事実を探索する必要はない」とでもするのが相当であろう。

これは、当然のことながら、裁判所は当事者が主張している事実については必ず顧慮（認定判断）しなければならないということまで意味するものではないが、当該事実がこれについて主張責任を負う当事者から主張されている主要事実であるならば、それについて判断しないで済ますことは許されない（それでは、判断の遺脱ないし審理不尽になる）。これに対し、間接事実や補助事実、さらには主要事実であっても主張責任を負わない側の当事者が主張しているにとどまっており、かつ、主張責任を負う相手方当事者がそれを援用していない場合には、それについて顧慮するかどうかは基本的に裁判所の裁量に委ねられる。^{（注14）}

また、このような第1テーゼのコロラリーとして、当該主要事実が主張責任を負う当事者から主張されていないときは、相手方当事者としては裁判所がそれを判決の基礎にすることはないものと信頼してよいことになる。これは上記第4で見た「不意打ち防止」という弁論主義の機能である。裁判所としては、当該事実を判決の基礎として用いる必要があると考えれば、当事者に対して釈明（法149条）をして主張させるべきことになる。^{（注15）}

なお、この点については、第1テーゼの内容が上記のとおり規律により表現されるとすれば、当事者に対する釈明にとどまらず、場合によっては裁判所が自ら事実の探索をするということも許されることになるのではないかという疑問が提起されるかもしれない。確かに、上記のような定義づけからすれば、文言上はそのような余地を認めざるを得ないことになりそうである。しかし、裁判所が自ら事実の探索をするということになると、それはまさに職権探知主義の領域であって、弁論主義という名には相応しくないものであることは明白である。それなら、やはり従来の定義づけの方が適切ではないのかと言われるかもしれないが、国家の訴訟政策は国民

の間の紛争をマスとして捉えるところから出発しているのであるから、民事訴訟では弁論主義を採用しているという以上、それを無視することに帰する上記のような個別の対応が許されないことは言うまでもない。そうすると、そのような自明のこと（職権探知主義との差異）を第1テーゼの定義づけにわざわざ盛り込む必要があるとは思われない。むしろ、この関係で弁論主義と職権探知主義とを分かつ分水嶺は、裁判所が釈明をしたにもかかわらず、当事者がそれを拒否して従わなかった場合に、裁判所がその釈明の内容となっている事実を判決の基礎として顧慮することができるかどうかということにあらう。そのような事態が実際にどの程度想定されるのかは多分に疑わしいけれども、理論的にははじめをつけておかなければならない問題ではある。この点については積極的に解する意見も見られるようであるが、弁論主義の本質を堅持する立場からはやはり消極説が正当であらう。「その趣旨が明瞭でない攻撃防御方法について当事者が釈明をせず、又は釈明をすべき期日に出頭しないとき」は、裁判所は当該攻撃防御方法を却下することができるとする法157条2項が置かれていることも、消極説を示唆するものと考えられる。

ウ 弁論主義第1テーゼについてこれまで述べたところを、弁論主義第3テーゼに及ぼすならば、「証拠調べは当事者が申し出たものについてのみ許され、裁判所が職権で証拠調べをしてはならない」という裁判所に対する禁止命令の形ではなく、「証拠調べは当事者が申し出たものについて、その必要があると判断されるときにすれば足りる（職権ですることまで求められるものではない）」と定義づけるべきことにならう。(注16)

そもそも、第3テーゼに関しては、限られたものではあるが、法も職権での証拠調べの余地を認めているところである（法186条、218条、207条1項）。また、当事者が申し出た証拠のうち必要と判断されるもののみを取り調べれば足りるのである（法181条1項）。そうであれば、その規律の仕方としても、これらの点を踏まえた上記のとおり柔軟な内容表現にとどめるのが相当であるものと考えられる。(注17)

そして、これについても、第1テーゼの場合と同様に、裁判所としては、

現に提出されている証拠以外にももっと的確な証拠があるのではないかという疑問があるときには、当事者に対しその旨釈明をすべきことになる。場合によっては a という事実について特定の α という証拠があるのではないかの釈明をすることも考えられるが、それ以上に、裁判所が自ら職権で証拠調べをすることは原則としてないのである（上記規定により例外的に認められている場合を除く）。裁判所の釈明にもかかわらず、当事者が当該証拠の申出をしないという場合についても同様である。

エ 問題は、「当事者間に争いのない事実は、証拠調べをすることなく、当然に判決の基礎にしなければならない」とされる第2テーゼである。

「第1テーゼについては、第2テーゼと比べて私的自治との結びつきが弱い」という畑論文の指摘（同 p84）は、これを裏返せば「第2テーゼは、第1テーゼよりも私的自治との結びつきが強い」ということであるが、感覚的には一理ありそうに思える（注18）。もっとも、自白の撤回の余地が認められているから、自白の拘束力も絶対ではないが、それとてあくまで当事者意思によるものであるから、自白の撤回を含めて、ここでは当事者意思（＝私的自治）に強い拘束力を認めていることになりそうである。

しかし、弁論主義についての私見のような理解によれば、第2テーゼについても、「当事者間に争いのない事実については、証拠調べをすることなく、判決の基礎にすることができる（判決の基礎にしてよい）」とするにとどめ、その規律としても「自白された又は当事者間に争いのない事実については、裁判所はそれをそのまま判決の基礎にすることができる。それについて改めて証拠調べをする必要はない」とすべきものとする（注19）。すなわち、およそ事実認定は証拠によってなされるのが本則であるが、当事者間に争いのない事実については、裁判所は証拠調べをすることなく、したがって、証拠に基づくことなく当該事実をそのとおり認定して判決の基礎にすることができる。それは、ある事実が一方当事者にとって有利なものであるならば、他方当事者にとっては不利に作用する関係にあるところ、不利に作用する側の当事者が当該事実を争わない（認めている）ということは、その事実が真実であることを強く推認させる（その旨

の経験則がはたらく)からである。そうであれば、裁判所は、当事者間に争いのない事実については原則的にはそれを尊重するのが相当かつ賢明であるばかりか、それが明らかに客観的・真実ないし確実な経験則に反するという例外的な場合以外は、自白事実 a と異なる事実 b を認定してはならず、また、b を判決の基礎としてはならないものと解される。それなら、自白の拘束力を認める従来の定義づけとさして変わりはないではないかと言われそうであるが、上記のような疑いがあるという例外的な場合にまで無条件に自白に拘束されるいわれはなく、そのような場合には自白があっても証拠調べを実施することができ(注20)、その結果、自白に反する事実 b を認定することもできるとするのであるから、やはり従来の理解ないし規律とは大いに異なるものといえることができる。(注21)

(注10) 現に、オーストリアでは弁論主義は採用されていない。松村和徳「弁論主義考—オーストリア民法における事実資料収集過程での裁判官と当事者の役割分担からの示唆—」(早稲田法学72巻4号429頁以下)によれば、「若干職権探知主義よりも、裁判所と当事者の役割分担を規律している」「当事者の義務強化(真実義務・完全陳述義務)と裁判所の実質的訴訟指揮義務により訴訟目的を達成しようとする」もので、「緩和された職権探知主義」、「混合された弁論主義」、「協同主義」などと称されているとのことである。そして、松村教授は、同国では、「このような建前がなお維持されており、むしろその方向を強める立法上の動きも見られる程である」とする一方で、「(オーストリアの訴訟制度も)創設後10年間くらいはともかく、その後は必ずしも理念どおりに運用されているとは言えない」、「その原因は裁判所の懈怠にあった」と指摘しておられる。しかし、上記1で述べてきたところからすると、そもそもその理念そのものが私的紛争を対象とする民事訴訟に対する国家(裁判所)の関わり方としていささか無理があったということではないだろうか。

(注11) 小林教授が言われるところの「本来的弁論主義」とおそらく一致するものと思われる。

(注12) ただし、それらの内容が、私的自治説をはじめとするわが国における弁論主義の根拠論によって十分整合的に導き出され得るかどうかは、既に見たところからしても多分に疑問である。

(注13) このような私見に対しては、「それでは職権探知主義との違いが曖昧になり両者の差異を明確にすることができなくなる」という批判が予想されるが、むしろ、従来の定義づけこそ弁論主義と職権主義の違いを際立たせることにのみ急でありすぎていたのではないだろうか。

また、「当該訴訟がいかなる権利関係についてのものであるのかについては当事者(原告)の意思により決せられ(処分権主義)、さらには、そこにおいてどのような事実を提出する(主張・立証する)かも当事者に委ねられる(弁論主義)のであるか

ら、その場合に、裁判所の裁量の余地を認めるなどということがあってはならない。そもそも、当事者が主張した事実のうち、判決の基礎として取り上げられるのはいかなる事実であるのか、また、それがどのようにして認定されるのか、はたまた認定されることがないのかは全て裁判所の判断（自由心証）にかかっているとはいえ、それ以上に、判決の基礎として取り上げられる事実の範囲そのものや事実認定のされ方までが裁判所の裁量に委ねられるというのでは、当事者としては安心して訴訟に取り組むことができないであろう。そうであれば、裁判に対する信頼が失われ、ひいては訴訟の提起自体を躊躇し、ついには回避するということにもなりかねない」という懸念ないし批判が表明されるかもしれない。しかしながら、私は、弁論主義の内容についての規律をもっと柔らかいものにする、直接的には、弁論主義第1テーゼないし第3テーゼの定義づけを裁判所に対する免責ないし許容を基本とするものとし、場合によっては裁判所の裁量の余地を認める体裁のものにすることを提唱しているにすぎない。これによって、弁論主義の内容がより柔軟で豊富なものになると考えるからである。とは言え、この場合の裁判所の裁量にも一定の限度ないし枠があることはもとより当然であるし、可能ならばあらかじめそのような枠を明確しておくべきであるが、おそらくはある程度抽象的にしか明らかにすることができないであろう。しかし、その場合においても、基本的には上級審の判断によって個別の事件毎にそれが示される場合を通じて、また、そのような事例が集積されることによって、裁量の在り方が方向づけられ、国民の目にも明らかにされていくことが可能になるものと考えている。

ところで、この点は国家というものをどう見るかという国家観ないし国家論が関係してくる事柄である。国家（権力）というものは、国民の権利を脅かしかねない危うい存在であり、それ故、国家権力の行使の在り方に対する警戒と監視を常に怠ってはならないという伝統的な国家観に基づくならば、弁論主義の各テーゼについても裁判所に対する命令ないし指図という形で規定するべきであるというのも理由のないことではない。また、そこまで考えないにしても、審理及び判断における裁判官の恣意を排するために一定の枠組み（ルール）を設定する必要があるという説明も十分説得力がある。これまで、各テーゼの規律の仕方について、裁判所に対する命令ないし指図の形をとることについて全く異論を見ることなく推移したのはそのようなところ由来するのであろう。そして、実際上も、訴訟当事者となる可能性のある国民の側からすれば、裁判所の裁量の範囲は狭くに越したことはないとも考えるのも無理からぬことである。私の裁判官としての経験からしても、そして、何よりも自分自身の裁判のあり方などを省みても、裁判官の裁量の在り方がそれ程確かな信頼を置くに値するものであるかと問われれば、その保証はないと答えるほかはないからである。しかし、上記のとおり、裁量の逸脱は上級審により是正され、そのような蓄積が先例となってルールを形成するのであって、裁判官に対する指図の形になっていれば安心だが、その裁量を許すような命題ではおよそ定立する意味がないというわけでもないであろう。

なお、「両当事者間に裁判所の介入を受けない水平空間が確保される」という山本克己教授の見解は、上記のような伝統的な国家観に基づく興味深いものである。しかし、それは、第2テーゼのうち、当事者双方が積極的に意思を合致させる場合には比較的びったりする説明ではあるが、消極的な一致にすぎない第1テーゼの場合には、当事者間に「裁判所の介入を受けない水平空間の確保」などということが意欲されて

いるとは思えない。

(注14) と言うものの、それが重要な間接事実であって主要な争点に関わるものであるという場合には、やはり顧慮しなければならないであろう。この関係については後記第7の2で検討することとして、ここではとりあえずこれらの事実を主要事実と準ずるものとして扱うことにする。したがって、以下においては、単に「主要事実」というときにもこれらの事実を含んでいるものと理解していただきたい。

(注15) その場合の釈明は、それが有利に作用する当事者側に対してすることになろう。また、法149条の文言は裁判所の「釈明権」として規定しているが、判例学説上、釈明義務をも含んだものとして理解されていることは周知のとおりである。

(注16) なお、証明の対象となる事実の範囲についても問題がないわけではないが、第3テーゼの場合の「事実」とは主要事実だけでなく重要な間接事実なども含まれることはおそらく異論のないところであろう。

(注17) 第3テーゼについては、「他の二つほど絶対的なものではない」（高橋・前掲p405）ということでは確かであり、山本克己教授も「命題④（第3テーゼ）については、弁論主義の外延から外してしまい、証拠法における当事者概念として別個に扱う方向が望ましい」と提唱しておられたところである（上記第3の1のイ）。また、谷口安平教授も同様に、これを弁論主義の内容から外して、弁論主義とは別の証拠提出における当事者主義と捉えておられるようである（高橋・前掲p407）が、ひとまず伝統的な考え方に従い、これも弁論主義の内容に含めることとしておきたい。

(注18) なお、擬制自白の場合には必ずしもそうとは言えず、むしろ第1テーゼの場合と同様に消極的な態度の一致と見るべきであることは既に指摘したところである。

(注19) この点に関しては、法学論叢論文(1)のp7の注⑩に「法準則②を肯定する論者は、文言上は『証拠調べを必要としない』という不作為許容命題を定めるZPO288条1項を『証拠による認定をしてはならない』という不作為義務命題の意味に解していることになる」とあることや、p10以下に「自白の効力の消滅につき自白者の撤回という訴訟行為が必要であることを前提としているBerunhardtの1963年論文での主張は、当事者の真実義務を相手方当事者に対する関係のみならず裁判所に対する公法的義務であり、かつ、ZPO138条（当事者の完全陳述義務）は同290条（自白の撤回要件）の妥当を部分的に否定するほどに後者に優越するという彼の考え方からすると不徹底である」として、「真実に反することが明らかになった自白は、自白者の撤回なくして効力を失うと解すること、つまり、法準則②の妥当を否定し、『裁判所は自白され又は争いのない事実を証拠調べを経ずに裁判の基礎に据えることができる』という命題②の妥当を肯定することが徹底しているであろう」と指摘されていることが注目される。

(注20) この場合においても、裁判所としては、自白に疑義があることを指摘して、自白者に対しては自白の撤回を、相手方に対してはそれについての同意を促すべきである（釈明権の行使）。自白者が撤回の意思を表明したのに、相手方が同意しないというのであれば、自白者に「反真実+錯誤」（判例によれば、実質的には専ら「反真実」ということになる）を証明させた上で撤回を認めることになるであろうが、自白者が撤回しない場合はどうするか。そのような事態が生ずることには現実には稀であろうが、自白の動機によってはあり得ないことではない（上記第4の2参照）。第1テーゼの

場合や第3テーゼの場合におけると同様に、裁判所は自白を尊重してこれに従うほかないとする結論も考えられるが、いささか不徹底の感を免れない。この場合には、文字どおり本文記載のような余地を肯定してもよいのではないかと考える。

(注21) なお、ここでも自白の対象となる「事実」をいかに解するかという問題がある。主要事実を指し、間接事実や補助事実は含まれないとするのが判例であるが、第2テーゼについて私見のような柔軟かい定義づけと取扱いをするのであれば、何も自白の対象を主要事実に限る必然性はなく、間接事実や補助事実などの「事実」はもとより、権利関係（権利自白）や経験則、公知の事実、さらには適用される法規などにも及ぶとする山本和彦教授の見解に賛成してよいであろう。経験則も種々様々であり、当該事件（の特定の事実認定）にどのような経験則を適用すべきかが大いに争われる可能性があること、適用されるべき法規とその内容についてもこれと同様であること、公知の事実についてもその「公知性」の有無・程度について問題になる余地があることからすれば、いずれも排除する必要はないと考えられる。

第Ⅱ部 各論的論点の検討

第6 弁論権と弁論主義

1 問題意識—弁論主義は黄昏か？

ア 「弁論主義は黄昏か」というのは、藤原弘道元判事が大阪高裁の裁判長時代に神戸地裁の裁判官諸氏に対してされた講話（司法研修所論集Ⅰ（1993年）に所収）の表題である。内容的には、弁論主義に違反していると思われるような一審判決が少なくないことを指摘した上で、一審の裁判官諸氏に充実した審理を心掛けるべきことを説いたものであるから、必ずしも表題どおりというわけではないが、弁論主義の置かれている今日的状況をまさに言い得て妙というべき表題である。また、坂原教授は、弁論主義の現状について「没落貴族の途」と表現しておられる。

イ ところで、弁論主義がそのような状況に置かれることになった原因としては、「弁論権」が弁論主義に対置された上で、むしろ弁論権こそが重要な意義を有するかのような主張がなされるに至ったことが挙げられる。また、近年、民事訴訟においても裁判官が積極的な役割を果たすべきことが強調されるようになったことによっても、それが加速されていると言えるように思われる。後者の点については後記第9で考察することとして、本項では専ら弁論権と弁論主義の関係を検討することにより、弁論主義が弁論権により影が薄い存在にさせられるいわれのないことを明らかに

し、弁論主義（論）の復権のための基礎固めをすることを目指したい。

2 弁論権と弁論主義の関係について

ア この関係でも山本克己論文が重要な意義を有するものと言わなければならないが、それに先立ち、山木戸克己博士の「訴訟における当事者権」と「弁論主義の法構造—弁論権および当事者責任との関連における試論—」という二つの論文（以下、前者を「山木戸論文①」、後者を「山木戸論文②」という）の検討からはじめるべきものとする。

山木戸博士は、裁判所の裁量権が広範に認められ、職権主義的な色彩が濃い非訟事件においても当事者の手続権（当事者権）が保障されるべきことを主張したことで知られる。^{（注1）}

当事者権の具体的な内容としては、審理への立会権、陳述権、反論権（これらを総称して「弁論権」と呼ぶことができよう）、記録の閲覧謄写権、上級審への不服申立権などが考えられるが、その中核は弁論権であるところ、博士は、弁論権について「裁判を受ける者が、裁判前に事件について弁論することができる地位、すなわち裁判の資料を提出する機会を法律上保障されていること」と定義した上で、「訴訟においては、当事者は弁論権を強固に認められている。訴訟は裁判を受ける者に手続主体すなわち当事者たる地位をきわめて高度に認める裁判手続である」とされる（山木戸論文①）。

また、山本克己論文においては、弁論権とは、ドイツでは対審構造における審問請求権として憲法上保障された権利であって、日本国憲法32条の「裁判を受ける権利」は、裁判所にアクセスする権利だけではなく、裁判手続の適正さをも保障するものであり、その適正手続の保障の中核をなすのが弁論権であると解すべきだとされる。

イ 弁論権についての以上のような性格づけを踏まえて、弁論権と弁論主義の関係について、山木戸博士は、「弁論主義のもとでは、当事者が弁論として訴訟資料たる事実を主張し証拠を申し出る権能を有することが前提とされているが、弁論主義は当事者がこのような権能を有すること自体を含んでいない。そのことは、職権探知主義が採用されている人事訴訟

においても、それが訴訟である限り、当事者は弁論として訴訟資料たる事実及び証拠を提出する権能を有することと対比しても明らかである」と指摘しておられる（山木戸論文②）。^(注2)

また、山本克己論文でも、「命題⑤（弁論権）は弁論主義か職権探知主義かという法政策的な判断の問題の外に括り出しておくことが望ましい」とされている。

ウ このように弁論主義と弁論権を別の次元の問題として取り扱うという主張は、近時、多くの学者の支持を得るまでに至っているように見受けられる。こうして、弁論主義ではなく弁論権に注目が集まるような学説状況がもたらされ、その結果、弁論主義が軽んじられるような傾向が生まれているのではないと思われる。

(注1) 先ごろ、非訟事件手続法の抜本的な改正（新法）が実現し、家事審判法及び同規則に替わって家事事件手続法が制定・施行されたが、その内容はまさに当事者権の確立にあったと言ってよい。山木戸博士の問題提起から半世紀を経て、それが漸く実現したということになる。

(注2) 山木戸論文②には、「弁論主義の命名者であるゲンナーも、弁論権と弁論主義を切り離して別個に観念していることが看取できるように思われる」とある。

3 検討

ア 「職権探知主義が採用されている人事訴訟においても、当事者は弁論として訴訟資料たる事実及び証拠を提出する権能を有する」という山木戸博士の指摘はそのとおりであり、山本克己論文における弁論権の性格づけにも異を唱えるものではない。^(注3)

しかし、だからといって、「弁論主義は、当事者が弁論として訴訟資料たる事実を主張し証拠を申し出る権能（弁論権）を有すること自体を含んでいない」という帰結が導かれなければならないものだろうか。また、「弁論権は弁論主義か職権探知主義かという法政策的な判断の問題の外に括り出しておくことが望ましい」という山本克己論文の提言に必然的に結びつくものであろうか。

イ 山木戸論文①の上記指摘は、弁論権が必ずしも弁論主義に固有のものではないことを指摘されたという限りではまぎれもなく正当であるが、

それだからといって、「弁論主義は当事者が弁論権を有することを含んでいない」という結論までもたらすようなものではないと考える。この点は、博士ご自身も「弁論主義は当事者が弁論権を有することを前提としている」と述べておられるのであって、その点だけからしても上記結論を疑問視するに足るものと言わなければならない。加えて、博士が、弁論権と弁論主義の関係について、「当事者が訴訟資料たる事実および証拠を提出しうる権能を弁論権の概念によって把握することができるが、弁論権は裁判手続における当事者の主体的地位の発現であって、当事者のこのような地位をさらに強調すれば、当事者の提出した訴訟資料のみが裁判の基礎とされるべく、裁判所が職権を持って訴訟資料を探知採用すべきでないことを要請するに至るものとみることができる。このように、当事者の弁論が訴訟資料を限定しうること、これを別の面からいえば、裁判所の訴訟資料探知権を排除する効力を有することをも当事者の弁論権に包含せしめることができる」とすれば、当事者の弁論権には積極的および消極的の両側面が考えられる」とした上で、「弁論主義の内容のうち、主要事実は必ず当事者の陳述したものであることを要すること、また係争事実を認定する証拠は当事者の申し出たものに限られることは、まさに弁論権の消極的效果として考えることができるであろう」として、第1テーゼと第3テーゼについては弁論権の消極的效果として捉えられることを明言しておられる^(注4)ことが注目されるのである。

このように、弁論主義は当事者が弁論権を有することを前提としているとし、さらには、弁論主義のうちの重要な部分が弁論権の消極的側面にほかならないかのような主張までされているところからすれば、博士も、弁論主義と弁論権が密接な関係にあることをむしろ当然視しておられるものと言ってよいであろう。^(注5)

ウ 思うに、訴訟において当事者は弁論権を有することが保障されていること、したがって、当事者は自己に有利な判決を獲得すべく弁論権を駆使して攻撃防御に最善を尽くすであろうことを当然の前提としており、弁論主義はそのような前提のもとに採用された訴訟政策なのである。す

なわち、当事者に弁論権を保障しておけば、当事者は互いに主張すべき事実主張を尽くし（第1テーゼ）、互いに相手方から自白を獲得し、或いは、無用な争点を無くすために自らも進んで自白をして争点を極力限定し（第2テーゼ）、その結果なお残された争点について必要な立証をする（第3テーゼ）ということを期待してよいであろうから、これによって裁判所は自ら真実探求をすべき責任から解放される。むしろ、公平で公正な判断権者の立場を確保するという観点からしても、裁判所は控え目な態度に徹し、余計な介入をしない方がよい。これが弁論主義なのである。つまり、弁論権の保障があることにより弁論主義の採用が可能になるという関係にあるのである。もちろん、訴訟政策としては職権探知主義という選択肢もあり得ないわけではないが、私人間の紛争解決という民事訴訟の役割ないし目的に鑑みれば、弁論主義の採用が近代市民国家の訴訟政策としてはあらゆる意味で合理的であり（中でも、効率的で、安上がりであるというのが最も大きな要素であろう。これにより民事訴訟に振り向けられる人的資源とエネルギーが節約できるからである）、したがって、ほとんど必然的な選択であるということができる。^(注6)

そして、博士も、「(当事者の弁論権が認められた上で、弁論主義が採用されるか、職権探知主義が採用されるかは) 合目的的に考慮されるべき政策的判断の問題である」「私的紛争に関しては、訴訟資料の収集について当事者の利己心の発動を触発するのが得策であり、かつ、当事者の訴訟活動によっておおむね事案の解明ができる蓋然性があると認められる。さらに時代的思潮としての自由主義の下においては、訴訟についても裁判所の職権活動をできるだけ制限すべきことが主張される。これらの諸点を総合的に考慮するときは、通常の民事訴訟については弁論主義を採用するのが適当であり、またこれを採用せざるをえない、といえる」と、この点については私見と殆ど同じ見解を披歴しておられるのである。^(注7)

エ 以上によれば、弁論権が弁論主義に固有のものではないことを認めるについてはやぶさかでないが、弁論権は弁論主義の前提とされ、いわば両者は不可分一体の関係にあることからすれば、弁論権が弁論主義の内

容に取り込まれていると見ても差支えないのではないと思われる。仮に百歩譲って、博士が結論されるように「弁論権は弁論主義の内容には含まれない」ことを承認するとしても、上記のとおり弁論権は弁論主義にとって不可欠の前提であり、両者は不可分一体の関係にあることは認められなければならない。そうすると、山本克己論文の「弁論権は弁論主義か職権探知主義かという法政策的な判断の問題の外に括り出しておくことが望ましい」という提言にも、そしてこれに同調するかのようにして、弁論主義と弁論権を画然と区別する近時の学説の傾向に対してもにわかに賛成することはできない。したがって、弁論主義の系列と弁論権の系列を分けて検討される山本和彦論文の提言もその前提において疑問としなければならない。

(注3) このように、弁論権は「裁判を受ける権利」という憲法上の権利の実質をなすものであるから、極力尊重されなければならないが、常に絶対的かつ無条件に保障されるということにはならないのは当然である。既判力をはじめ、争点効や参加的効力などの判決効により、一定の主張が遮断されることになるのは訴訟制度上の要請としてやむを得ないことである。また、当事者の主張立証が時機に後れた攻撃防御方法として制限されるということもある。この点、現行民訴法の制定に伴い随時提出主義から適時提出主義(156条)に変化したことにより、時機に後れた攻撃防御方法に対する対応が旧法下におけるよりも厳しくなったと考えられるところである(157条)。もっとも、法は、例えば弁論準備手続の終結後に攻撃防御方法が提出された場合においても、直ちに時機に後れたものとして却下するのではなく、「相手方の申立てがあるときは、終結前に提出することができなかつた理由を説明しなければならない」とするにとどめている(174条、167条)。これなどは、いろんな理由が考えられるが、弁論権の保障という考慮がはたらいっていることは確実であろう。

(注4) これに対し、自白の裁判所拘束力(第2テーゼ)については「弁論権の積極的效果でないことはもちろん、その消極的效果として捉えることもできないように思われる」とされる。

(注5) ところが、博士は、「弁論権というとき、上述の消極的效果を除外して、当事者が訴訟資料を提出することができるという積極的側面の権能のみを指称するものとするならば、弁論主義はその内容において弁論権を全く包含しないものということができる。そして、通常の用語例としては、むしろ弁論権は単に積極的側面の権能を意味するものと解されているように思われる。かくて、弁論主義を訴訟資料の収集を当事者の「権能」かつ責任とする主義であると規定することは、むしろ適当でないというべきである」などと主張しておられる。ここには、弁論主義とは何か、弁論権とは何かということが別個に検討され、論じられており、両者の関係如何という問題意識が希薄であるように思われる。そのために、上記本文で見たような考察までしておら

れるにもかかわらず、このような結論を導くに至っているのではないかと思われる。

(注6) 以上につき、弁論主義の根拠論についての私見(上記第5の1)参照。

(注7) もっとも、博士は、これに続けて「弁論主義の採用は上に述べたような政策的判断にもとづくのであるが、その結果通常の民事訴訟において弁論主義が行われること自体は、実体法上の私的自治の訴訟における貫徹であり、裁判の対象の処分自由性の訴訟的発現であるとみることができる。その意味において、実体法上の私的自治と訴訟上の弁論主義とは、当事者責任の原則を媒介として原理的関連を有するものといえるであろう」と述べておられるから、弁論主義の根拠論としては、結局は私的自治説に依拠されるのであろう。

第7 弁論主義の機能と適用場面

1 弁論主義第1テーゼと主張共通の原則

ア 弁論主義第1テーゼの内容について、通説は「法律効果の発生消滅に直接必要な事実、当事者の弁論に現れない限り、判決の基礎とすることができない」「裁判所は、当事者によって主張されていない事実を判決の基礎としてはならない」などと解している。(注1)

そして、これが不意打ち防止の機能を果たすことは明らかである(上記第4参照)が、ここから、以下の関連テーゼが導かれる。すなわち、第1に、訴訟資料と証拠資料を峻別しなければならないということである。それは、「ある主要事実が証拠上認定できる場合であっても、それが当事者により主張されていなければ、裁判所は当該主要事実を判決の基礎にすることはできない」というものである。つまり、証拠資料をもって訴訟資料に代替したり補充したりすることはできないのである。また、第2に、裁判所がある主要事実を判決の基礎とするためには、当該主要事実が当事者の弁論に現れていなければならない(当事者によって主張されていなければならない)が、それがいずれの当事者から主張されているかは問わないというものである。これが主張共通の原則である。主要事実はある法律効果を生ずる・障害・消滅させるものであるから、どちらか一方の当事者に有利に作用し、他方当事者には不利にはたらくものである。したがって、当該事実が判決の基礎とされないことにより不利益を被る当事者は、そのよ

うな不利益を被らないためには、それを進んで主張しなければならないわけである。それを主張責任と言うが、主張共通の原則とは、このような主張責任の所在^(注2)によって左右されないということを意味する。それ故、当該主要事実がたとえ主張責任を負わない側の当事者から主張されている場合であっても、裁判所がそれを判決の基礎とすることに何ら差支えがないものとされるのである。以下、上記第2の主張共通の原則について検討する。

イ 主張共通の原則についての通説的な理解によれば、弁論主義第1テーゼは専ら裁判所と当事者との間の責任分担を規律するにとどまり、当事者間の関係を定めるものではないとされる。

ところが、山本克己教授は、主張共通の原則は弁論主義採用の結果ではなく、弁論権の積極的効力によって根拠づけられるものとされる。すなわち、「①弁論権の積極的効力を通じて当事者には訴訟の対象となっている紛争を定義する権能を与えられることになるが、②その点において両当事者は対等であって、裁判所は当事者の主張事実を主張者が誰であるかを問わず必ず斟酌しなければならない。⇒弁論権は憲法上の基本的人権の一つとして尊重されるべきものだから、その発現である主張共通の原則も憲法上の意義におけるあらゆる「裁判」において保障されるべきものということになる⇒民事訴訟において主張共通の原則の妥当を否定することは許されない」というのである。垣内論文では、上記山本克己教授の立論について、「主張共通の原則の理論的な説明として現段階では最も魅力的な議論である」としながらも、「主張共通の原則を採用した場合に両当事者の対等性が保障されるべきことは明らかであるが、逆に、主張共通の原則の採用が対等性保障のための唯一の手段と言えるかどうかについてはなお疑問が残る」と指摘し、続けて、「例えば、主張共通の原則を否定する立場に立ち、『事実については、その事実について主張責任を負う当事者が主張した場合にのみ斟酌できる』とのルールを前提としたとしても、当該ルールを当事者の双方に平等に適用し、自己が主張責任を負う事実の主張の機会を平等に保障したうえで、主張責任を負わない側の当事者には、それぞ

れ主張責任を負う当事者による事実主張に対する反駁の機会を十分に保障するものとすれば、主張責任の分配自体が合理性を欠いて不平等であるといえない限り、弁論権の平等な保障、あるいは武器対等の原則には反しないとする立場^(注3)も一概に否定することはできない。つまり、同じく両当事者の対等性の要求といっても、主張共通の原則を採用する立場の想定する対等性とは異なる内容の対等性を前提とする立場も想定でき、それを一概に排除することはできないのではないか」「(そうだとすれば)主張共通の原則を採用する根拠として弁論権と武器対等の原則を挙げるだけでは、必ずしも十分な説明とはなっていないことになる。それでもなお主張共通の原則の妥当性を根拠づけようとするならば、主張共通の原則を採用することが含意する、より実質的な意義に着目せざるを得ないのではないか」と述べておられる。大変鋭い問題提起であり、共感させられる。^(注4)加えて、①について、訴訟対象となっている紛争を定義する権能を与えられているのは原告ではないのか(処分権主義)、したがって、②についても「両当事者は対等」などということにはならないのではないかとの疑問もあり、教授の前提の正当性そのものが必ずしも盤石ではないのではないか、むしろ、その前提自体がその後の結論を先取りしたものになっているのではないかとの印象も否めないのである。

ウ これに対し、山本和彦教授の主張されるところによれば、当該事実が当事者Xにとって有利な事実であるか不利な事実であるかの区別が重要になってくる。すなわち、当該事実について主張責任のある側の当事者のみがそれを主張しない自由を有するのだということになるから、主張共通の原則についての理解を根本的に見直すことにつながりそうである。そして、案の定、教授は、主張共通の原則について「その一般的な適用には疑問がある」としておられる。

しかし、教授の立論にはいくつかの看過することのできない疑問がある(上記第4の2参照)。また、主張共通の原則の一般的な適用には疑問があるとの上記指摘にも直ちに同意することはできない。確かに、ある主要事実がどちらの当事者にとって有利かは当然明らかにされるものであり、

だからこそ主張責任の分配がなされるのである。したがって、それを主張することにより利益を受ける当事者が当該主要事実を主張することになるのは自然な成行きであるものというべく、この点をきちんと見極めて論ずるべきであるという趣旨であれば、主張共通の原則に対する認識やこれについての議論を観念的なものにしないうためにも、教授の指摘は正当であるものということができる。とは言え、実際の訴訟の場では、例外的ではあっても、自己にとって不利益となる事実を進んで主張するというようなこともないわけではなく（先行自白、相手方の援用しない自己に不利益な事実の陳述^(注5)、等価値陳述など）、また、その中には相応の理論的な検討を要する問題もあることを考えるならば、それらの問題の共通の土俵として「主張共通の原則」を捉えておく意義は小さくないのではないかと考える。^(注6)

エ 以上、弁論主義（第1テーゼ）について、「当事者が主張しない事実を判決の基礎とすることはできない（してはならない）」という伝統的な理解のもとにおいて、当事者が主張している事実であれば、それがいずれの当事者（原告・被告）から主張されているかを問わず、判決の基礎とすることができるということをも意味する（これが主張共通の原則にほかならない）ものとして検討してきたが、この点は、第1テーゼを「裁判所は当事者が主張している事実のみを顧慮して判決をすればよく、それ以上に積極的に事実を探索する必要はない」ことを意味するものと解する私見の立場でも異ならない。

ただ、この場合においても、第1に、当事者から主張されている事実については、裁判所は必ず顧慮しなければならないのか、それとも、文字どおりそれを顧慮することができる（それを判決の基礎として用いることができる）ということとどまるのか、第2に、当該事実が主要事実として主張されていなければならないのか、それとも、間接事実として、或いは、社会的なナマの事実としてであっても主張されてさえいれば足りるのかという問題がなお残されている。第2の問題については後記2において別途検討するとして、ここでは第1の問題について見ておくことにする。

上記のとおり、山本克己教授の立論は前者であり、かつ、それは弁論主義からではなく弁論権から導かれるとするのであるが、このように主張共通の原則を弁論主義から切り離して弁論権に基づいて根拠づけるというのであれば、結論は自ずから明らかである。しかし、主張共通の原則を弁論主義によって説明する伝統的な考え方ないし私見によっても、当該事実が主張責任を負う側の当事者から主張されている場合には、裁判所はこれを必ず顧慮しなければならない（ただし、それが予備的主張として主張されている場合であって、判断の必要がない場合などは例外とされる）。そうでなければ判断遺脱として上告理由（法312条2項6号）になる。これに対し、主張責任を負う側の当事者はこれを主張せず、反対に主張責任を負わない側の当事者から主張されているにとどまる場合には、裁判所はこれを顧慮することはできる（その結果、判決の基礎として用いることもできる）が、必ず顧慮しなければならないものではないということになる。山本克己教授はこの場合にも必ず顧慮しなければならないとされるのであろうから、この点において差異があるということになる。

(注1) 通説は、ここにいる「事実」を主要事実と解している。この点については、後記2で検討を加えるが、ここではとりあえず主要事実を指すという通説を前提として考察する。

(注2) 主張責任の所在は主張責任の分配によって決まる。それは一般に証明責任の分配と一致するものと考えられている。

(注3) 例えば、第三期派の井上治典教授の主張などが考えられる。

(注4) ただし、垣内氏が、山本克己教授の立論について、主張共通の原則が弁論主義ではなく弁論権によって根拠づけられるとする点を含めて高く評価されている点は意見を異にする（上記第6参照）。

なお、垣内論文では、第1に、主張共通の原則がもち得る意義として「実体的真実に合致する裁判の実現」が考えられるとしつつ、これは両当事者の完全な対等性を志向する立場でもあるが、第2に、ドイツで一般的であるとされる「有理性審査」を厳格に実施するという立場のように、主張共通の原則をむしろ原告および被告の地位の構造的な非対称性を訴訟手続に反映させる手段として、そして、その限度でのみ主張共通の原則を認める立場も考えられる（これは、実体的真実には必ずしも拘泥しない立場である）とされる。さらに、第3の立場として主張共通の原則否定論をも加えた上で、第1の立場から第2ないし第3の立場に移行すべきかどうか問われているのが現在の問題であるとの認識の上に立って、慎重な態度ながらも、後二者に対してはなお疑問が残るとして、第1の通説的な立場を維持し得ると結論しておられる。賛成したい。

(注5) 実際にこのような場合が多くあるとは考え難いが、高橋・前掲 p 484以下に紹介されている最判S35・2・12民集14-2-223や最判S41・9・8民集20-7-1314などはそのような事例と考えてよいであろう。また、例えば、XがYに甲土地を売り渡したと主張して、その代金の支払を求めていた訴訟において、Yから同時履行の抗弁権として、或いは、反訴として、甲土地の引渡しを求められたという場合に、甲土地の値上がりが著しいことを考慮したXが甲土地売買契約の錯誤無効や解除を主張する（Yはそれらを援用しない）というようなことも想定されよう。

(注6) もっとも、新堂・前掲においては、弁論主義の説明に関して「主張共通の原則」に触られていない。それが登場するのは、通常共同訴訟の場合における「共同訴訟人間の主張共通の原則」としてのみである。また、小林『プロブレムメソッド・新民事訴訟法（補訂版）』p 211においても、「主張共通・証拠共通の原則」に対する「第三の波」派からの批判や「法的観点指摘義務」という問題提起との関連で言及されているにとどまる。これらは、学説における「主張共通の原則」の置かれている状況を物語っているのかもしれない。

2 弁論主義の適用対象となる事実の範囲—主要事実・間接事実・補助事実の区別^(注7)

ア 弁論主義第1テーゼの内容についての通説の理解は上記1のとおりである。そして、それは専ら主要事実を対象とするものと解されている。そのことは第1テーゼの定義自体からも自明のこととされていたのであり、第2テーゼにおいても同様である。これに対し、第3テーゼの場合には、主要事実であるかどうかを問わず、およそ争いのある事実についての証拠による認定を視野に置いて考えるべきであるとするに異論はないものと思われる。^(注8)

しかし、第1テーゼ、第2テーゼの場合の「事実」の範囲をどう捉えるかはそれ程簡単な事柄ではない。主要事実がその対象となることは当然として、それ以外の間接事実や補助事実をも弁論主義（第1テーゼ）の対象とするか、それともこれらについては弁論主義の対象外に置くべきなのかというのはかなりの難問である。^(注9)

イ 仮にこれを主張責任と関連づけて論ずる場合には、間接事実等の非主要事実については主張責任を觀念することができないから、当然主要事実に限定され、非主要事実は対象外ということになろう。これに対し、ひとまず主張責任と切り離して弁論主義一般の適用範囲として考えるとす

れば、必ずしもそうとは言えない。そして、主張責任との関連で見る場合においても、それが反対当事者側から主張されているにとどまるという場合には、主要事実として主張されているとは限らない。もちろん、例えば、被告が主張すべき抗弁事実を原告が先取りして主張している場合や、同様に、被告が原告側の主張すべき再抗弁事実をそれとして主張している場合、すなわち、明確に主要事実として主張している場合もないとは言えず、そのような例外的場合には、反対当事者の援用の有無にかかわらず、主要事実としての主張があるものとして取り扱うべきであろう。しかし、それ以外の通常の場合には非主要事実として主張されているにとどまるものとして取り扱えば足りるものと思われる。

う また、過失、正当な理由、正当事由などのようないわゆる規範的要件と呼ばれるものや、信義則違反、権利濫用、さらには公序良俗違反などの一般条項について、過失や信義則違反など自体を主要事実であると捉える立場からすると、この問題は困難な局面をもたらすことになる。例えば交通事故（不法行為）に基づく損害賠償請求訴訟において、被害者（原告）が加害者の「過失」を主張するについて、この立場からすると、ただ「加害者には過失がある」と主張しさえすればそれで主張責任を果たしているということになりかねないが、それでよいのかということである。これでは、加害者の過失がスピード違反なのか、脇見運転などの前方注視義務違反なのか、はたまた居眠り運転や酔っ払い運転なのかなどは全く明らかでないが、理論上はそれらは主要事実たる過失を基礎づける間接事実すぎないから、裁判所はそのいずれを認定してもよいということになってしまいかねない。しかし、そのような帰結を肯定する論者はおそらくいないであろうから、過失を具体的に基礎づける上記のような諸事実は間接事実であるとはいえ重要な間接事実であるとして、主要事実準じてこれも弁論主義の対象となると言わざるを得ないことになる。こうして、これが弁論主義の対象とする「事実」を主要事実に限定する必然性があるのかということを考えさせる契機となったことは間違いない。^(注10)

しかしながら、現在では、過失を根拠付ける具体的な事実（評価根拠事

実)こそが主要事実であり、「過失」は評価根拠事実に基づく法的評価にすぎないとする「主要事実説」が通説の地位を占めていると見てよいと思われ、これによれば、この問題を機に弁論主義の対象となる「事実」の範囲を主要事実以外にまで拡張する必要はないことになる。(注11)

エ ところで、主要事実と間接事実の区別をめぐっては、小林教授の一連の論考や(注12)、青山善充「主要事実・間接事実の区別と主張責任」(『講座民事訴訟法4 審理』所収)をはじめとする多数の文献がある。

i 小林教授は、関係判例を大審院時代から広く分析した上で、「判例の大多数は主要事実・間接事実の区別の法理によって動いているのではない」「(判例では)主要事実と間接事実の区別の法理がそれほど機能していない」と結論される。さらに、ドイツ及び英米におけるこの関係の沿革や実状を踏まえて、わが国の通説的な理解に疑問を投げかけられる。

ii これに対し、青山教授は、同様に学説を概観し、関係判例を分析されながら、「判例は通説にきわめて忠実である」と評価され、小林教授の見解に対しては「大正の一時期に相次いだ判例—その後の判例によって実質的に変更されたと見るべき判例—を戦後の最高裁判例と一律平板に比較していること、および、表面上の文言に惑わされ事案ごとに問題になっている事項が主要事実か間接事実かの分析を厳格に行っていないためではないか、と思われる。」と述べるなど、強い調子で批判しておられる(青山・前掲p367以下)。

iii 判例の分析に基づく両教授の見解がかくも異なるのはどうしたことだろうか。

「弁論主義違反」の判例については後記第8で検討することとして、ここでは、以下の点を指摘しておきたい。㊦主要事実について当事者の主張なしに認定するのは違法とした判例は多いが、必ずしもそれらの事実が主要事実だからという理由を明示しているわけではなく、特に、最高裁になって初期のものは単に「違法」としているのみである。まして、「主要事実だから弁論主義違反になる」とは判示されていない。そのような判示が見られるのは最判S41・4・12民集20-4-548においてであり、また、最

高裁のそのような姿勢が確立されるのは最判S55・2・7民集34-2-123以降ではないかと思われる。④他方、明確に主要事実であるにもかかわらず、「当事者の主張なしに認定しても違法ではない」とした判例もある。最判S33・7・8民集12-11-1740を典型とする「代理人による契約締結か、本人による締結か」が問題になったケースである。⑤これに対し、「当事者の主張なしに間接事実を認定しても違法ではない」（正確に言えば、「裁判所が当事者の主張がないにもかかわらず認定した事実は間接事実にすぎないから違法ではない（＝弁論主義に違反しない）」としたものはかなり早い段階から存在する（もっとも、大判T5・12・23民録22-2480のように、非主要事実についても、当事者の主張がないのに、釈明をすることもなく認定したのは違法としたものもある）。また、自白の対象となるべき事実に関して、間接事実を排除した最判S41・9・22民集20-7-1392、補助事実を排除した最判S52・4・15民集31-3-371もある。

iv 以上によれば、判例は、弁論主義（第1テーゼ）違反の有無について、その対象事実が主要事実なのか非主要事実なのかという観点から判断していたわけではないことが分かる。特に、原審の認定を違法であるとする場合においてはそうであったと言ってよい。これに対し、原審の認定判断を是認する場合には、それが間接事実だから当事者の主張なしに認定しても違法ではないということを明確に打ち出している。また、第2テーゼとの関係では、上記のとおり、間接事実と補助事実をその対象から明確に除外している。

そうすると、判例は一応主要事実と間接事実等の区別をしていると見てよさそうであるが、それは、間接事実だから当事者の主張なしに認定しても違法（弁論主義違反）ではないとして、原審の認定判断を擁護する方向においてであり、主要事実が当事者の主張がない限り認定できない（そうでなければ、弁論主義違反になる）という弁論主義第1テーゼの最も基本的な内容との関係では必ずしも一貫していないものというほかはない。

そうすると、判例を専らの拠り所にしてこの問題を整理するということとはできないし、相当でもないように思われる。

オ 弁論主義第1テーゼ及び第2テーゼは判決段階での準則であるのみならず、審理段階（特に、争点整理段階）において争点の絞り込みのために重要な役割を發揮すること、すなわち、第1テーゼは消極的な形で、第2テーゼは積極的に争点から排除することは上記第3でみたとおりである。また、第1テーゼの重要な機能が不意打ち防止にあることは上記第4のとおりである。

加えて、新民訴法のもとでは、訴状に請求（訴訟物）を特定するための「請求の原因」（法133条2項2号）のほか、「請求を理由づける事実」を具体的に記載し、かつ、立証を要する事由ごとに、「当該事実に関連する事実で重要なもの」を記載しなければならないこととされ、また、その場合には、請求を理由づける事実についての主張と当該事実に関連する事実についての主張とを区別して記載しなければならない旨が規定されている（民訴規則53条1項・2項）。そして、答弁書（同80条）又は答弁に対する反論（同81条）についても、「認否及び抗弁事実（又は再抗弁事実）を具体的に記載し、かつ、立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なものを記載しなければならない」こととされている。このように、間接事実の重要性が着目されていることが民訴規則上も顕著であるところ、このことは、実際の訴訟において重要な争点となるのが実は間接事実であることが少なくないということを反映しているとも言えるのである。

そうであれば、そのような訴訟の実態に弁論主義を適応させるためにも、弁論主義の対象となる事実を主要事実のみに限定することなく、争点となる蓋然性があるか、或いは、現に争点となっている間接事実等にも及ぼすべきではないかと思われる。

カ 上記結論は、各テーゼの規律の在りようをこれまでの「裁判所に対する指図」という形ではなく、「裁判所に対する免責」と捉えて「裁判所の裁量」の余地を認めるという形にすべきものとする私見の立場からすると、比較的容易に導くことができる。私見のように、弁論主義の内容を柔軟に捉える立場からすれば、第1テーゼ及び第2テーゼの対象についても主要事実限定しなければならない必然性はないからである。

すなわち、私見によれば、第1テーゼに関しては、当事者が争点としていない事実を裁判所が争点として取り上げる必要はないということであり、また、不意打ち防止の観点からすれば裁判所がそれを取り上げることは相当ではない。したがって、取り上げることもないのである。もしも、裁判所がそれを判決の基礎として取り上げる必要があると考えるのであれば、その旨釈明権を行使して、当事者（通常は、それにより利益を受ける側の当事者）に主張を促すべきである。したがって、ここにいう「事実」は当該訴訟における争点となる可能性があるか、その蓋然性が高いものであり、そうだとすれば何も主要事実に限るいわれはない。同様に、第2テーゼに関しても、当事者間に争いのない事実が主要事実であるならば、裁判所は証拠調べをすることなく当該事実を判決の基礎にすることが当然できるのであるが、間接事実等であっても当事者間に争いがないのであれば、当該事実についても証拠調べをすることなく判決の基礎に用い得ることとしても格別不都合はないものと思われる。(注13)

＊ 以上によれば、第1テーゼ及び第2テーゼにおける場合と第3テーゼにおける場合とを区別することなく、第1テーゼについては当該訴訟において争点とされる可能性ないし蓋然性のある事実、第2テーゼについては当事者間に争いがない事実として争点から排除される事実、第3テーゼについては現に争点とされている事項に関する事実というように、当該事実の意味付けに違いはあるものの、主要事実かそれ以外の実事かという区別とは関係なく、「争点」との関係という観点から弁論主義の対象となる事実であるかどうかを切り分けて行くべきことになる。

もっとも、それが主要事実であるときは、第1テーゼ及び第3テーゼとの関係ではまさに主要な争点ないしは極めて重要な争点となる可能性があり、或いは、現にそのような争点になっていると考えられるし、第2テーゼの関係においては争点から除外されることの意味は重要であるから、主要事実が各テーゼの対象となる事実となることは疑問の余地がない。しかし、主要事実以外の実事であっても、いやしくも当該事実の有無が判決の行方に影響を及ぼす可能性のある争点となっているか、またはそのような

争点となる蓋然性が高い場合（第1テーゼ及び第3テーゼ）ないしはそれが争いのない事実とされている場合（第2テーゼ）には、やはり弁論主義の対象とされる「事実」と解すべきである。そうであれば、弁論主義第1テーゼないし第3テーゼを通じて、およそ弁論主義の対象となる「事実」には主要事実のみならず間接事実等の非主要事実も含まれると結論してよいものとする。^(注14)

ク まとめ

i ①弁論主義第1テーゼの対象となる「事実」には主要事実のみならず非主要事実も含まれる。したがって、主要事実として主張されている場合にはもちろん、それが非主要事実であっても、弁論に現れている以上、裁判所はそれを顧慮する（判決の基礎とする）ことができる。②その事実がどちらの当事者から主張されているか、それがいずれの当事者にとって有利であるか、はたまた、不利にはたらくか（主張責任の有無を含む）は無関係である。③しかしながら、それが主張責任を負う側から主張されている主要事実である場合には裁判所は必ずその事実を顧慮しなければならない。他方、主張責任を負わない側が主張しているにすぎず、相手方（主張責任を負う側）がこれを援用していない場合においても、裁判所はこれを顧慮して判決の基礎とすることもできるが、必ず顧慮しなければならないというわけではない。④当該事実が非主要事実として主張されている場合（主要事実が主張責任を負わない側から主張されている場合を含む）において、これを裁判所が顧慮するについては、不意打ち防止の観点から、裁判所は原則として釈明義務を負う。

このように解することによって、弁論主義の適用対象となる「事実」の範囲を明確にすることができるとともに、弁論主義と主張責任、弁論主義と主張共通の原則との関係（上記1参照）、釈明義務の位置づけなどについても整合性のある統一的な理解が可能になるものとする。

ii そして、この考え方は証拠の提出（弁論主義第3テーゼ）の関係にも当てはめることができる。すなわち、裁判所は、ある事実を証拠により認定する必要がある場合においては原則として当事者が提出する証拠

によらなければならないが、提出されている証拠については、それがどちらの当事者から提出されているかに関係なく、これを事実認定の用に供することができる（証拠共通の原則）。もとより、提出者が何のために（どの事実の立証のために）提出しているかに制約されることもない。

iii 問題は弁論主義第2テーゼである。これについて伝統的な理解のように「当事者間に争いのない事実については、裁判所はこれを判決の基礎としなければならない」と解するならば、この場合の事実とは主要事実を指すものと解するのが相当であろう。仮に、間接事実や補助事実まで含むとするならば、裁判所は当事者の意向・態度によってがんじがらめにされ、自由心証主義がないがしろにされることになりかねないからである。

これに対し、私見のように、第2テーゼを「当事者間に争いのない事実については、裁判所は改めてこれに関する証拠調べをするまでもなく、これを判決の基礎とすることができる」とするにとどめるならば、ここに言う「事実」を主要事実限定する必要はなく、間接事実や補助事実も含まれると解してよいであろう。また、第2テーゼについてのこのような解釈は法179条の文言ともよく合致するし、第1テーゼにおける「事実」の理解とも整合性がとれているものといえることができる。すなわち、それが主要事実である場合には、当事者間に争いがない以上裁判所は原則としてそれを尊重しなければならない。例外的に当事者の自白に拘束されないのは、それに従ったのでは明らかに実体的真実に反するとか、疑いの余地のない経験則に反するというような場合に限られる。これに対し、同じく当事者間に争いがない事実であっても、それが間接事実や補助事実などの非主要事実である場合には、主要事実の場合とは異なり、それを尊重するかどうかは基本的には裁判所の裁量に委ねられているものと解すべきことになる。

(注15)

なお、「自白」の撤回については、訴訟上の信義則ないし禁反言から説明することができるから、弁論主義第2テーゼの理解の在りようとは直接関係しない。ただ、第2テーゼについての上記のような理解に基づくならば、主要事実の自白の撤回については相応の厳格な要件が課されるが、非

主要事実についての「白自」の撤回の場合にはそれ程厳格である必要はなく、原則としては撤回を認めてもよいものと思われる。(注16)

(注7) 主要事実と間接事実の区別の基準についても大いに議論されているほどであるから、両者を区別すること、すなわち、何が主要事実であるかを明らかにすること自体も簡単ではないが、ここでは、権利の発生・障碍・消滅等の法律効果が生ずるための法律要件として民事実体法規に規定されている概括的・類型的な事実が「要件事実」であり、これに該当する具体的な事実が主要事実であること（もっとも、要件事実と主要事實は厳密に区別されず、「要件事実」=「主要事実」として用いられていることが多い）、これに対し、間接事実を経験則と相俟って主要事実を推認する事実であり、補助事実とは証拠の証拠力に関する事実であるという考え方に従っておく。この関係については、村田渉「主要事実と間接事実の区別」（『民事訴訟法の争点』p158）、司法研修所『民事訴訟における要件事実・第1巻』p30以下参照。

(注8) 新堂・前掲p418には、「証拠の申請」と題して、「争いのある主要事實は証拠により認定する」と、ここでも主要事実が対象とされているかのような記述があるが、それは主要事実と間接事実の区別の重要性を説くくだけりでの記述であって、第3テーゼの対象を主要事実に限定する趣旨ではあるまい。

(注9) 小林教授は、「主要事実・間接事実の区別の法理の母国であるはずのドイツではこの法理に基づく訴訟運営は行われておらず、むしろ間接事実の主張が訴訟促進などの観点から不可欠なものと解されている」「（この法理は、）ドイツ法からの継受の際の誤解に基づく特殊日本的な法理である」とされる（小林論文p97の（注13）参照）。

(注10) この点に関しては、田尾桃二「主要事実と間接事実に関する二、三の疑問」（『兼子博士還暦記念・裁判法の諸問題（中）』所収p269以下）をはじめ多くの文献がある。そのうち、山本和彦「狭義の一般条項と弁論主義の適用」（『広中俊雄先生古稀祝賀論集・民事法秩序の生成と展開』所収p67以下）は、この関係の従来の議論を整理した上で自説を展開している。すなわち、「要件主張=主要事実」とする第1期（兼子、三日月、小山）、「①事実主張=主要事実⇒弁論主義の適用あり、②要件主張=法的評価（法的判断の結果）⇒弁論主義の適用なし」とする第2期（山内敏彦判事、司法研修所『民事訴訟における要件事実・第1巻』）、「①を維持しつつ、公序良俗違反については王者の条項であるとして弁論主義の適用を否定する」第3期（村松俊夫、倉田卓次、田尾、後藤勇、篠田省二らの各判事）、「一般条項を⑦公序良俗違反と④権利濫用、信義則違反に分け、⑦については弁論主義の適用を否定して事実主張を不要とし、④については弁論主義の適用を肯定して事実主張を必要とする（ただし、⑦についても弁論権の保障は必要）」とする第4期（竹下、伊藤）に分類した上、「公序良俗違反にも各種あり、権利濫用・信義則違反もいろいろある⇒それに応じて弁論主義の適用の有無が決せられるべきである」とし、弁論主義の適用が否定された場合の審理の在り方については「職権探知主義より多様で緩やかな審理形式」としての「職権顧慮主義」なるものを提唱するなど、興味深い。

(注11) これに対し、私は、上記①・②とも主張することが必要である（その意味では、両者とも主要事実である）と解する。②だけでは空疎な法的主張にすぎないし、①だ

けではこれをまとめる法的評価ないし法的観点を欠くために、とりとめない事実主張の羅列に終わりがかねないと考えるからである。したがって、要件主張②の中に、それを基礎付ける具体的な事実（＝評価根拠事実）である①が内包されている必要がある、これによりはじめて法的に意味のある主張となり得るものとする。もっとも、これが「過失」や「正当な理由」のような場合であれば、①だけでも②を察することができないでもなく、その意味では暗黙のうちに②の主張がなされているものと解する余地もあろう。しかし、公序良俗違反、信義則違反、権利濫用などの一般条項の場合には、②による法的な束ねがなければ、果たしてどの一般条項を主張しているのが特定できない場合もあるに違いない。

このように考えると、これまで、この場合の主要事実は①か②かという二者択一的な議論ばかりがなされ、私見のように、①+②がともに主要事実であるという主張が何故なされなかったのかと不思議に思われてならない。

(注12) 小林「民事訴訟における訴訟資料・証拠資料の収集(1)」(『法学協会雑誌』97巻5号)、同「主要事実と間接事実の区別の一局面(上)(下)」判タ438、440、同「主要事実・間接事実の区別の法理と実務」判タ450、同「民事訴訟における訴訟資料・証拠資料の収集の素描」(民訴雑誌28号)など。また、教科書(小林・前掲)でも比較的詳細に言及しておられる。

なお、この関係の判例も多数にのぼるが、関係文献で取り上げられているものについて見ておけば足りるであろう。

(注13) 自由心証主義を介することによりこれを説明するのが通例であるが、私見のように考えるならば、当事者間に争いが無いことに対する裁判所の裁量の範囲内のことであると解すれば足りる。

(注14) その場合の間接事実に背景事情などの「事情」も含まれるのかという問題もある。その背景事情が争点となっているということはいささか想定し難いが、敢えてこれを排除するまでもないであろう。

なお、第2テーゼの場合の「事実」については、既上記第5の(注21)において、山本和彦教授の所説を引用してこれと同旨の見解を述べたところである。

(注15) もっとも、経験則と相俟って主要事実を推認するに足る重要な間接事実である場合などには、それを承知の上で当事者が争いのない事実としている以上、主要事実についての自白に準じて取り扱うこととしてもよいであろう。

(注16) 間接事実等の「自白の撤回」であっても、訴訟の計画的な進行に対する支障や訴訟遅延をもたらす恐れといった事情が認められる場合には、簡単には撤回が認められないことになろう。

3 補論—弁論主義と真実義務・事案解明義務

ア 真実義務について

i 相対立する当事者が互いに勝訴判決を獲得することを目指して自己に有利な主張立証(攻撃防御方法の提出)を尽くさせることにしておけば、結果的に真相に迫ること(真実の発見)が可能になる。手段説のよ

うに、この点に弁論主義の根拠を求めるかどうかはともかくとして、当事者の訴訟活動に対するこのような信頼と期待が弁論主義の基礎にあることは間違いない。

しかし、当事者が真実義務を負うかどうかはそれとは別の問題である。確かに、厳しく対立する当事者間にあっても客観的な真実はある筈であり、それを発見することがとりもなおさず正義の実現をもたらすことであるし、訴訟上も当事者は信義誠実義務を負うものとされている（法2条）。だが、そのことによって、当事者の真実義務までもが直ちに導かれるわけではない。また、法230条は「当事者等が故意又は重大な過失により真実に反して文書の成立の真正を争ったときは過料に処する」と規定し、法208条、209条といった規定もある。だが、これらの規定が当事者の一般的な真実義務を根拠づける関係にはないことは多言を要しない。

ii 当事者の最終目標は勝訴判決の獲得であって、そのために必要と考える訴訟活動が基本的に自由に許されて然るべきである。（注17）

また、仮に当事者の真実義務を肯定するとなると、真実義務違反の有無の判断や違反に対する制裁をどうするかといった当該訴訟の解決それ自体とは別の困難な問題を抱え込むことになりかねないし、それ以上に懸念されるのは、これによって当事者の訴訟活動が萎縮してしまうことである。そのようなことになったのでは、まさに角を矯めて牛を殺すものと言うほかない。

iii そうとすると、真実義務を認める必要はないものとするが、オーストリア民訴法のように、現にこれを認める法制もある。また、わが国の学説を見ても、中野貞一郎「民事訴訟における真実義務」（『過失の推認』所収）をはじめ、真実義務を肯定する見解の方がむしろ有力なようである。

しかし、肯定説においても、真実義務違反に対しいかなるサンクションを課すかということになると、ほぼ一致して極めて慎重な態度であると見てよさそうである。（注18）

イ 事案解明義務について

i 原告は、訴状に、「請求の趣旨及び原因」（法133条2項2号）のほか、「請求を理由づける事実を具体的に記載し、かつ、立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なものの及び証拠を記載しなければならない」（規則53条1項）とされるが、答弁書及び準備書面においても当事者（原・被告）は基本的に同じことが求められている（規則80条、79条）。また、「相手方の主張する事実を否認する場合には、その理由を記載しなければならない」（規則79条3項）とされており、文書の成立を否認する場合についてもこれと同旨の規定（規則145条）が置かれている。^(注19)

このように、ある事実を主張する側に対してそれを理由づける事実をも併せて明らかにすることを求めるとともに、相手方の提出する主張や文書の成立を否認するときにはその理由を明らかにすることを求めることは、直接的には迅速かつ確かな争点及び証拠の整理を企図したものであるが、そこには、主張立証責任を負う側の当事者のみならず反対当事者においてもまた積極的に事案解明義務を負うとする考え方があるものと理解することができよう。^(注20)

ii 上記のような考え方には十分理由があるから、事案解明義務は民事訴訟一般において認められて然るべきである。しかし、中でもこの義務の存在が強く意識され、その意義を発揮するのは、①医療事故訴訟のように、証拠が被告（医療機関）側に偏在するために医師の過失等を原告（患者）が具体的に主張立証することが困難であるような場合や、②原子炉設置許可処分取消訴訟のように、そもそも基本的な知識・情報自体が被告側に専有されているような場合である。

①においては、被告側が、いかなる理由でどのような医療行為がなされたのかを積極的に主張立証すべきものとし、②においては、「被告行政庁の側において、まず、その依拠した安全審査基準並びに調査審議および判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当な根拠、資料に基づき主張立証する必要がある、被告行政庁が右主張立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推定される」のである（最判H4・10・29民集46-7-1174）。

iii もっとも、程度の差はあれ、同じようなことは、例えば、土地についての所有権の範囲が争われる所有権確認訴訟についても妥当する。すなわち、実質は土地の境界が争われている場合において、係争土地部分について所有権確認訴訟が提起されたとき、同部分の所有権が原告にあることの立証は極めて困難な場合が少なくないが、その主張立証責任が専ら原告にあるとされることになると、多くの場合は提訴する側にとって不利な結果になることが避けられない。これは明らかに不合理である。したがって、「被告に対しても、主張立証を十分に尽くさせたいうえで、証拠の全部を全体的に、公平かつバランスよく吟味した上で、どちらの主張が証拠の全体に合致し、合理的で説得力があるかという観点から結論を導き出すべきである」^(注21)ということになろう。

(注17) 一見すると無理筋と思われるような主張を提出し、その立証に努めることもあながち否定されるべきではない。もちろん、そのような主張の提出に対しては、相手方当事者から適切な批判や反論が開陳されるに違いないし、裁判所がそのような主張立証を採用するというのも容易く期待できないであろうが、それらのことを織り込んだ上で、当事者には基本的に自由な訴訟活動（攻撃防御方法の提出）をすることが保障されて然るべきである。そして、場合によっては、このような主張も、釈明権が行使され、法律構成を見直すなどした結果、有意味な主張になることもないとは言いつれないのである。

(注18) 2012年5月に開催された第82回民訴学会のミニシンポジウムでは「民事訴訟法の今後の改正課題」が取り上げられ、「第1 事実の主張に関する規律」の一環として、「当事者は、事実に関する主張を真実に反すると知りながらしてはならない」とする真実義務の規定を設けることが提案された。しかし、その内容はと言えば、「主張責任の所在等にかかわらず、その知っている全ての事実を陳述する義務」を負うという積極的真実義務は明らかに弁論主義に反するとしてこれを排斥した上で（ドイツ法にいわゆる「完全陳述義務」もとらないものとされる）、「意図的な虚偽の陳述を禁止するという消極的なものにとどまる」（消極的真実義務）とされている。また、「裁判所は、当事者が真実に反すると知りながらした主張を顧慮してはならない」という効果規定を置くことについても、その実際の意義は少ないとして否定的である。

このように見てくると、上記提案は全体としては概して控え目で穏当な内容にとどまっているものと言うことができるから、敢えて異を唱えることもないかもしれない。しかし、そうであれば、そのような規定を設ける意義と必要があるのだろうかという疑問も生ずるのである。当事者（特に、訴訟代理人弁護士）の行為規範としての意義を主張する向きもあるが、そのようなものとしては訴訟上の信義則の規定で十分ではないと思われる。

なお、この関係については、先に「民訴法改正の検討項目について—民訴学会第82

回大会シンポジウムの報告」(法学論集45巻3・4合併号)で論じたところである。
(注19) 上記第82回民訴学会のミニシンポジウムでは、「理由づけ義務」を取り上げ、これと併せて、旧旧民訴法においては、「不知ノ陳述ハ原告若シクハ被告ノ自己ノ行為ニ非ス又自己ノ実験シタルモノニ非サル事実ニ限りテ之ヲ許ス」旨の規定(同法111条3項前段)が存在したことを踏まえて、「当事者自身の行為又は直接見聞した事実その他、その事実について不知の陳述をすることが相当でない場合には、不知以外の陳述をすることができないことについて合理的な理由を明示しない限り、不知の陳述をすることができないものとする」という「不知の陳述の規制」についての規定を設けることも提案されている。

しかし、理由づけ義務については、いずれも既に規則53条1項等に規定されているところである。そうであれば、これを法にまで規定しなければならないのかは大いに疑問である。これに対し、「不知の陳述の規制」についての規定を設けるべしとの提案はもっともなことのように思われる。しかし、文書の真正な成立についての認否にとどまらず事実主張をも対象とした規程を置く場合においても、これを規則に置くにとどめるのが相当であろう(詳細は、上記・拙稿参照)。

(注20) この点について、小林教授が、1980年5月刊行の法学協会雑誌97巻5号に掲載された「民事訴訟における訴訟資料・証拠資料の収集(1)」において、「ひるがえってこれまでのわが国の民事訴訟法理論を考えると、主張立証責任を負わない当事者がどこまで事実関係の解明に協力すべきかという問題にあまりにも無関心であったように思われる」と指摘した上で、このような観点からも文書提出命令や証拠保全の問題などを検討すべきであるとしておられるのは、まさに慧眼というべきである。

(注21) これは私が裁判長として関与した福岡高判H18・3・2判タ1232-329における判示である。同判決では、このような判示をした上で原告勝訴の結論を導いているところ、新堂・前掲 p 533には「証明の必要と証明責任」の項の「注」に同判決が肯定的に引用されている。私としては、「証明」だけの問題ではないつもりであるが、それにしてもこの判示について新堂教授のご理解をいただいたことは嬉しい限りである。

第8 弁論主義違反について

弁論主義違反の有無が問題になるのは、専ら当事者から主張がないのにある事実を認定してそれを裁判の基礎にするという第1テーゼ違反である。第3テーゼに違反して、法が認めている例外を除いて職権で証拠調べをするというようなことは想定し難いし、第2テーゼに違反して、自白があるにもかかわらず、敢えて当該事実に関する証拠調べをして自白と異なる事実を認定し、それを裁判の基礎とするというようなことも同じく考え難いからである(ただし、既にある証拠から自白と多少異なる事実を認定した例として後記①参照)。

以下、この関係のいくつかの裁判例について検討した上で、若干の考察

を加えることとする。

1 ①最判S32・5・10民集11-5-715

ア 事案の概要と訴訟経過等

i Xが医師Yから注射を受けた直後から発熱疼痛を覚え、その後注射部位が化膿して切開手術を受けたが、ついに機能障害を残したとして、Yに対して診療行為上の過失を理由として不法行為に基づく損害賠償請求をした事案である。Xは、昭和24年10月26日午後4時ころ、Yから右腕上膊部に皮下注射を受けて（以下「本件注射」という）間もなく、非常な発熱と疼痛を覚え、右注射部位は漸次赤腫状態を呈したと主張し、そのような結果を惹起したYの注意義務違反（過失）の一つとして殺菌しないままの注射器を漫然と用いたことを挙げた。Yは、Xの請求を争ったが、昭和24年10月26日午後4時ころ本件注射をしたことは認めている。

ii ところが、原審は、XがYから皮下注射を受けたのは昭和24年10月23日ころの午後4時ころであり、「その際、とり急ぐあまり、看護婦から注射液及び消毒の不完全な注射器を受け取って注射をした」と認定した上で、「注射液が不良であったか、又は注射器の消毒が不完全であったかのいずれかの過誤があって、この原因に基づいて発生したこと、したがってそのいずれにしてもYが注射をなす際に医師としての注意を怠ったことに起因して生じたものである」と判示して、Xの請求を一部認容した。これに対し、Yが上告し、㉗昭和24年10月26日午後4時ころ本件注射をしたことは当事者間に争いが無いのに、証拠を用いてこれを同月23日ころであると認定したのは弁論主義に反し、釈明権不行使の違法がある、㉘Xの疾患が注射液の不良又は注射器の消毒の不完全のいずれかによって発生したものと判断したのは、認定がないに等しく、そのいずれにYの過誤があるのか全く不明であるので審理不尽又は理由不備の違法があり、また、Xは注射液の不良という主張をしていないのであるから、原判決は当事者の主張しない事項に基づいてYの過失を認めたものであり、民訴法186条（現246条）に反する旨主張した。

iii 上記上告理由に対して、本判決は、㉙につき、「当事者の主張

した具体的事実と裁判所の認定した事実との間に、態様や日時の点で多少の食い違いがあっても、社会観念上同一性が認められる限り、当事者の主張しない事実を確定したことにはならない」として、本件の場合、日時の違いがあっても、X主張の事実と認定事実との間に同一性を認め得ることが明らかであるから、所論のような違法はないし、釈明も要しないとされた。また、④につき、「注射液の不良、注射器の消毒不完全はともに診療行為の過失となすに足るものであるから、そのいずれかの過失であると推断しても、過失の認定事実として不明又は未確定というべきでない」「またXの主張しない注射液の不良を過失認定の具体的事実として挙げたからと言って、民訴法186条（現246条）に違背するということはできない。けだし、同条は訴訟物以外の事実について判決することができないことを定めたものであって、注射液不良という事実の如きはX主張の訴訟物を変更する事実と認められないからである」とした。

イ 検討

i この原判決は大変問題の多い判決と言わなければならないが、弁論主義違反の有無という本項の問題意識との関連で言えば、第1に、本件注射を実施した日が昭和24年10月26日午後4時ころであることは当事者間に争いがない事実であるのに、裁判所が同月23日ころの午後4時ころと認定したことは弁論主義の第2テーゼに違反するのではないかということがまず問題となる。第2に、「注射液の不良」はYの過失の具体的な内容としてXの主張するところではないのに、原審がこれを取り上げたことは弁論主義第1テーゼに違反するのではないかということが問題となる。そして、これらはいずれもYにおいて指摘するところである。

ii しかし、本判決はこれらの非難をいずれも斥けた。第1について判示するところは事実認定についての一般論としては誤ってはいないであろうが^(注1)、本件の問題はそのようなことにあるのではなく、原審が当事者間に争いのない事実とは異なる事実を証拠により認定したことが弁論主義第2テーゼに違反するのではないかということなのである。そして、そのこと自体は否定し難いのではないかと考える。もっとも、本件の場合、

そのことが原判決に対する上告理由となり得るかと言え、それは別論である。おそらく、原審は、書証として提出されているカルテの類に依拠して本件注射を実施した日が昭和24年10月23日ころの午後4時ころであることを認定したのであろうから、それは真実と見てよいと思われる。Xが記憶のみ頼って不正確な事実を主張し、Yも格別意識することなく漫然と認めた結果、客観的な真実と異なる事実が当事者間に争いのない事実となってしまったということなのであろう。そうであれば、原審の上記のような事実認定が本件の結論に何か重大な影響を及ぼすものではないことが明らかである。(注2)

これと異なり、第2は、極めて重要な問題を含んでいる。Xは、Yの過失内容として「注射器の不完全な消毒」という事実を主張していたのであり、「注射液の不良」などということは主張していないのである。過失のような規範的要件にあっては、それを基礎づける具体的な事実(評価根拠事実)こそが主要事実であるとする近時の通説の立場からすれば、原審は明らかに当事者の主張しない主要事実を認定してそれを判決の基礎にしたものであって、弁論主義第1テーゼに違反することは明白であろう。また、仮に旧来の間接事実説に拠るとしても、原審のこのような判断はYにとってまさに不意打ち以外のなにものでもなく、適切な防御をしようがないことが明らかなのであるから、当然その点について疑問を持って然るべきではないだろうか。しかも、原審が認定したのは、「(本件注射をした際、)とり急ぐ余り、看護婦から注射液及び消毒の不完全な注射器を受け取って注射をした」という事実であって、そこには注射器の消毒不完全ということは認定されているが、注射液の不良については認定されていないのである。それにもかかわらず、過失判断の段階で、「注射液が不良であったか、又は注射器の消毒が不完全であったかのいずれかの過誤があった」として、唐突に「注射液の不良」に言及するとともに、「注射器の不完全消毒」についてもその可能性があるにとどめられているのである。ここには事実認定とそれに基づく判断についての説示に看過し難いほどの齟齬があると言わなければならない。

iii 以上によれば、原審は厳しい批判を免れないものというべく、第2の点についての弁論主義違反、審理不盡及び理由不備（注射液の不良についての証拠調べがなされておらず、しかもそれが認定されたのかどうかさえ明らかではない）があるとして破棄差戻しがなされるべきであったものとする。

ところが、学説の多くは原審ないし本判決に対して概して好意的であり、むしろ高く評価する向きもあるようである^(注3)。おそらくは、このような医療事故訴訟においては訴訟資料や証拠資料が医療機関側に偏在し、患者側の主張・立証が困難であることに思いを致した結果であろうが、それと原審のような審理態度及び判決を擁護することとは別の問題であるとする。このような審理・判決がまかり通ったのでは、医療機関側の裁判不信は拭えないことになりはしないかと危惧するものである。

(注1) ただし、ある行為の特定のためにはそれがなされた日時は極めて重要な意義を有するのであって、「多少の食い違い」で済まされないこともあるのではないかとと思われる。もちろん、「社会観念上同一性が認められる限り」は多少の食い違いがあっても影響はないであろうが、問題は、その食い違いの故に「社会観念上同一性が認められない」という結果になることも少なくないことである。

(注2) しかし、このような場合においても、裁判所としては、Yに自白の撤回をさせた上で、改めてXに正確な日時を主張させるのが本則であろう。

(注3) ①の判例を「過失の一応の推定」を認めたものとして評価する見解などが見られる。

2 ②最判S33・7・8民集12-11-1740

ア 事案の概要等

i Xが、Yに対し、YはX・Y間の黒砂糖売買の斡旋に関する契約（以下「本件契約」という）に基づくXの斡旋により黒砂糖を買い受けたとして、本件契約による斡旋料の支払を求めたのに対し、YはXの主張事実を否認した。原審は、X主張の日に、XとYの代理人であるAとの間に本件契約が締結され、Xはその主張のとおり黒砂糖の買い付けをYに斡旋したと認定し、Xの請求を認容した。

ii これに対し、Yが上告し、「Xは、X・Y間に直接本件契約が締

結されたと主張したのであり、XとYの代理人Aとの間に締結されたと主張したことはない。それなのに、原審が上記のような事実を認定したことは、申し立てない事項に基づいて判決をした法令違反、理由不備の違法がある」と主張した。

しかし、本判決は「民訴法186条（現246条）にいう「事項」とは訴訟物の意味に解すべきであるから本件について所論の違法はない。なお、当事者本人によりなされたか、代理人によってなされたかはその法律効果に変わりはないのであるから、原判決がXとY代理人Aとの間に本件契約がなされた旨判示したからといって弁論主義に反するところはなく、原判決には所論のような理由不備の違法もない」として、Yの主張を斥けた。

イ 検討

i 民訴法186条（現246条）の文言の解釈はさておき、弁論主義違反の有無に関するなお書き部分の説示は到底首肯できない。本人による契約締結と代理人によるそれとは明らかに要件事実が異なる。本人への法律効果の帰属という点においては同一であるからと言って、本人構成でも代理構成でも同じであるなどというのは余りに乱暴な議論であり、到底与することはできない。おそらくこの点はほぼ異論のないところであろう。

ii ところが、学説は本判決に対して意外なほどに好意的である。XとYの間に契約が成立したという主張には、本人による契約締結のほか代理人による締結という主張も含まれると解する余地があるとか、代理構成の事実が弁論にあらわれていなくとも、審理の全体の経過に照らして相手方に不意打ちを与えたおそれがないときには、裁判所が証拠に基づいて当該事実を認定しても違法ではないというのである。

しかし、弁論主義に違反しているかどうかは一義的に明確であるべきであるから、上記のような説にわかに賛成することはできない。

3 ③最判S36・4・27民集15-4-901、④最判S42・4・7民集21-3-551、⑤最大判S43・12・25民集22-13-3548、⑥最判S41・6・21民集20-5-1078、⑦最判S43・12・24民集22-13-3454、⑧最判H20・3・27集民227-585

ア ③は公序良俗違反につき「裁判所は当事者が民法90条による無効の主張をしなくとも同条違反に該当する事実の陳述さえあれば、その有効無効の判断をなしうる」とし、④は信義則違反につき、⑤は権利濫用につき、いずれも当事者の主張を待たず職権で判断をすることができる旨判示している。

⑥は不法行為に基づく損害賠償請求において、「被害者に過失があると認めるべき場合には賠償額を判定するについて職権をもってこれを斟酌することができる」と解すべきであって、賠償義務者から過失相殺の主張のあることを要しない」とした。⑦は、債務不履行による損害賠償請求の場合の過失相殺の主張の要否について同旨（ただし、債権者に過失があった事実は債務者において立証責任を負うことを確認した）。⑧は、過失相殺の規定が類推適用される場合の過失相殺の主張の要否について同旨。

イ ③ないし⑤は、いずれも、いわゆる一般条項についての主要事実をいかに捉えるかということに関わるものであり、近時の通説的見解とされる評価根拠事実こそが主要事実であるとする見解（主要事実説）によれば、異論のない結論であろう。^(注4)

もっとも、③が言い渡された昭和36年ころは事情が異なるものと言うべく、そうであれば、③はむしろ公序良俗違反という主張の特殊公益的性格（狭義の一般条項＝王者的条項）に着目した判決と見るべきであろう。また、④及び⑤も、信義則違反や権利濫用の判断を職権でできるということを当然の前提としたものであって、弁論主義との関係を考慮しているようには見受けられない。

ウ ⑥ないし⑧は、過失相殺について、加害者（債務者）側からの主張がなくても職権で判断することができるとしたものである。損害の公平な分担という過失相殺の公益的性質を考慮したものと解されている。このうち、⑦は請求異議事件であるから、債務者がX、債権者がYとなっているところ、XはYの過失を主張し、それについて過失相殺がなされるべきことを主張していたが、「Yの過失について何ら立証をしていないことから、原審が民法418条を適用しなかったのは当然であって、原判決には所論の違法

はない」として、債権者に過失があったことは債務者において立証責任を負うべきことを明確にした^(注5)。この理は、不法行為の場合の過失や過失相殺の類推の場合にも当然妥当するものである。

(注4) これに対し、評価根拠事実+法的評価としての主張が相俟って、この種の主張としての要件を充足することになると考える私見（上記第7の2の(注11)参照)によれば、評価根拠事実抜きの法的評価の主張だけでは足りないが、評価根拠事実だけを主張すれば足りるということにもならず、あくまで両者そろっての主張が必要であることになる（名古屋高判S52・3・28下民集28-1~4-318参照）。

(注5) この点について、⑦判決の判例解説（豊水道祐調査官担当）では、「債務者が、債権者の過失を構成する事実の主張も、抗弁として過失相殺の主張もしなくても、裁判所が職権で過失相殺をすることができるとする見解を採ったものである」とされているのに対し、民訴判例百選（第4版）のA18「職権による過失相殺」での⑦の判例解説（園田賢治氏執筆担当）においては、「債権者の過失の主張が必要であるのか否か、さらに必要であるとした場合、単に抽象的な過失の主張で足りるのか、過失を基礎づける具体的な事実の主張が必要であるのかについては言及しておらず、この点の理解については、過失相殺の制度趣旨の捉え方等にも関連して見解は分かれる」と述べるにとどめられている。⑦は、XがYの過失の具体的な事実についても主張はしていたが、そのための立証をしていないという事例であったものであり、それ故、本文記載のような判示がなされたにすぎないのではないかと。おそらく後者の理解の方が相当であろう。

因みに、私は、過失相殺の場合にも、債務者（加害者）において債権者（被害者）の過失（評価根拠事実を伴うもの）についての主張責任を負うと解するものであるが、それは過失相殺の主張責任を肯定すると五十歩百歩である。債権者（被害者）の過失についての主張立証をしようという債務者（加害者）が過失相殺の主張をしないなどということは通常は考え難いことだからである（不法行為訴訟では、加害者が被害者側にこそ全責任があると主張することにより自己の無責を主張するばかりで、過失相殺の主張をしないという場合も想定されないではないが、そのような場合にも過失相殺の主張が仮定的かつ黙示的になされていると解して差支えあるまい）。そもそも、損害の公平な分担などと言ってみても、所詮は紛争当事者間におけるそれにすぎない以上、そこにも弁論主義の支配が及ぶと解してよいし、債務者（加害者）に過失相殺の主張責任を認めても格別不都合があるとも思えないのである。そうであれば、この際、これを肯定してもよいのではないかと考える。

4 ⑨最判S55・2・7民集34-2-123及び⑩最判S57・4・27判時1046-41

ア 事案の概要及び訴訟経過等

i Xら（3名）が、本件土地の前所有者Aからこれを買受けたのはBであり、Bの死亡に伴いXらのほか、D及びC（いずれもBの子）が共同相続したものであるところ、本件土地についてはAからCへの所有権移転登

記がなされ、さらにCの死亡により妻Yへの相続を原因とする所有権移転登記がなされているとして、Yに対し、Xらの共有持分権（各5分の1）の所有権移転登記手続を求めたのに対し、Yは、Aから本件土地を買い受けたのはBではなくCであると主張して争った。

ii ⑨の1審は、Aから本件土地を買い受けたのはCであるとして、Xらの請求を棄却した。これに対し、原審は、Aから本件土地を買い受けたのはBであると認定したが、BがCに死因贈与したことを認めてXらの控訴を棄却した。そこで、Xらが、Yから死因贈与の主張がないのにこれを認定したのは弁論主義違反、釈明権不行使等の違法があると主張して上告した。これを受けて、⑨は、弁論主義違反の主張を認めて原判決を破棄して原審に差し戻した。

iii ところが、差戻審たる⑩の原審において、Yが死因贈与の主張をしたのに対して、原審は生前贈与の事実を認め^(注3)、これに基づきXらの控訴を棄却したため、Xらはこの点を弁論主義違反として再び上告した。これに対し、⑩は、「本件記録に徴すると、Yの事実上の主張及び弁論の全趣旨により、前所有者Bの本件土地所有権の喪失に関するYの抗弁中には、Bの生前にCとの間で贈与契約を締結したとの主張をも包含していると解することができないものではなく、原判決が右主張事実を肯認したことには、当事者の主張しないことを認定した違法があるとは言えない」と判示した。

イ 検討

i ⑨は弁論主義と要件事実論についての正確な認識を踏まえて、原審の誤りを正したものであり、その意義は大きい。また、その際、大判S11・10・6民集15-1771を変更すべきことを明らかにした点も高く評価される^(注6)。

ii これに対し、⑩には疑問がある。生前贈与と死因贈与は明らかに異なるものであり、死因贈与の主張に生前贈与の主張をも包含しているなどと解するのは無理がある。そうであれば、当事者からは死因贈与の主張しかなされていないのに、原審が生前贈与を認定するのは弁論主義違反

であるとのXらの差戻審判決に対する非難には理由がありそうである。原審としては、証拠上、生前贈与が認められるというのであれば（生前贈与がなされれば、通常はさらに死因贈与がなされることはないであろうから、死因贈与は認められないことになる）、その点に関する釈明をすべきであり、これをしないまま生前贈与を認定したことについては弁論主義違反とともに釈明義務違反を問われることにもなる。 (注7)

iii ところで、本件の1審では、Xらは、YのほかDをも共同被告として、Yに対してはY名義の所有権移転登記がなされている本件土地につき、Dに対してはD名義の所有権移転登記がなされている別件土地につき、「Xら及びYらが各5分の1の持分を有する旨の相続による共有手続をせよ」などとする請求の趣旨を掲げていたものであり、しかも、請求の原因としては、本件土地についてのAからCへの所有権移転登記、別件土地についてのBからDへの所有権移転登記がいずれもBの税金対策上なされた虚偽のものであるという主張のほか、仮に本件土地がCに贈与され、別件土地がDに贈与されたものであるとしても、それによりXらに損害を加えることをBとC・Dが知っていたものであるから、Xらは遺留分減殺請求権を行使するとの主張もしていたものである (注8)。そもそも上記のような請求の趣旨そのものが不正確かつ不合理であるというほかに、その点について何らの手当もなされないまま判決に至ったこと自体不可解なことではあるが、1審判決の結論が「請求棄却」であったのはまだしもであった。この1審判決について、XらがYに対する控訴をしたのが⑨の原審である。そこでは、訴えの交換的変更と称して、請求の趣旨が「Yは、Xらに対し、持分各5分の1の所有権移転登記手続をせよ」とされ、請求の原因については、贈与を原因とする遺留分減殺請求の主張は撤回されている。

仮に、当初の遺留分減殺請求権の主張が維持されていたとすれば、Xらは、予備的にせよ、BがCに本件土地を贈与したことを前提とする主張をもしていたことになる。Yは、Xらがそのような自己に不利な事実を主張しているにもかかわらず、それを援用することなく、前所有者Aから本件土地を買受けたのはBではなくCであると主張すること（これは、Xらの主張に対

する積極否認である)に終始したのであるが、Yとすれば、本件土地がBからCに贈与されたものであるということになると、Xからの遺留分減殺請求が認められる余地があることから、それも上記のような主張を貫く一因となったのかもしれない。

ともあれ、Xらが、予備的にせよ、BからCへの贈与の主張をしていたのであれば、⑨の原審のように死因贈与の事実を認定することについても格別支障はないことになるかもしれない(最判S41・9・8民集20-7-1314(後記第9の3で検討する②の判例)参照)。その場合には、⑨の原審としては、須らく積明権を行使して遺留分減殺請求の主張を整備させた上で、その点の当否について判断をすべきだったということになろう。しかし、上記のとおり、遺留分減殺請求が撤回され、BからCへの本件土地の贈与というXらの主張も撤回されたため、当初からそのような主張はなかったものとして扱うほかなかったわけである。

(注6) 同大判の事案は⑨のそれと酷似している。すなわち、Xは「本件不動産はBがAから買い受けてその旨の所有権移転登記を経由していたものであり、Bの死亡(大正13年9月22日)に伴う家督相続によってXが取得した。しかるに、Bの弟Cは、Bの死亡直前の同月17日にBの実印を不正に使用してBからCへの売買を原因とする不実の所有権移転登記をし、本件不動産を占有している」と主張して、Cの破産管財人Yに対し、本件不動産について、所有権確認、所有権に基づくBからCへの所有権移転登記の抹消登記手続及び引渡しを求めたのに対し、Yは、「本件不動産をAから買い受けたのはCであり、偶々登記名義をBにしていたにすぎず、BからCへの所有権移転登記は所有名義を真実に合致させるためにBとの協議に基づいてしたことである」と反論した。原審は、本件不動産はBが買い受けたものであるが、大正13年9月17日にBがCに贈与したと認定してXの請求を棄却した。Xが上告し、原判決には当事者の申し立てていない事項を基礎とした違法があると主張したが、大審院は、「Yの主張は、X主張に係る家督相続による取得を否認するにすぎない。原判決がこれと異なる事実を証拠に基づいて認定し、本件訴訟物たるXの所有権を否定しても何ら違法ではない」としたというものである。これは、あたかも訴訟物を異にしなければ問題はないかのような口吻であり、弁論主義と処分権主義が明確に区別されていないばかりか、Xの家督相続による所有権取得の否認とBの所有権喪失という抗弁が混同されているというほかない。

(注7) 上記本文中の指摘はBの生前贈与の意思表示と死因贈与の意思表示がそれぞれ別個に(別の機会に)なされたことを前提にしているが、そうではなく、Bの意思表示は一つであり、それを生前贈与と解するのか、それとも死因贈与と解すべきなのかという専ら法的評価の問題であるというのであれば、⑩の説示も分からないではない。ただ、それにしても、⑩の原審(差戻審)のような認定をする以上はやはり積明の必要

はあるものと思われる。しかし、最高裁としては、差戻審の弁論主義違反ないし釈明義務違反を指摘して再び原判決を破棄して差し戻すなどということはすべきでないと考えたに違いない。それが、⑩の判示からも十分窺えるように思われる。

なお、差戻審が、死因贈与ではなく生前贈与があったと認定したのは何故だろうか。確かなことは分からないが、或いは、そのいずれであるかによって遺留分減殺請求についての判断が異なってくる（民法1030条、1033条、554条）ため、死因贈与であるとした場合には、遺留分減殺請求権の行使を前提とする再訴が避けられないことを慮ったのかもしれない。

（注8）本件事件の事件名が「遺留分減殺請求事件」とされている所以である。

5 若干の分析と考察

ア 以上見たところによれば、大審院時代はもとより最高裁になってからも、弁論主義について正確に認識され弁論主義違反の問題がきちんと処理されていたとは思われない。その一つの原因は弁論主義について明文の規定がないということにあったに違いない。旧民訴法186条（現246条）は直接には処分権主義についての規定であるのに、同条に依拠して弁論主義違反の主張がなされるために、申し立てない「事項」とは訴訟物についての意味に解すべきであるという筋違いの理由で排斥されることにもなるのである（例えば、上記①、②及び大判S11・10・6）。

イ この問題がはじめて正確に捉えられたのは上記⑨においてであると言ってよいであろう（注9）。要件事実論が広く行きわたり、前所有者Aから被相続人Bへの所有権移転（譲渡）が認められれば、Bが所有権を喪失しない以上、Bの死亡に伴う相続によりXらほかの相続人が承継取得すること、Bの所有権喪失事由はYにおいて主張立証責任を負う抗弁であるということがきちんと認識されるようになったことによる成果である。また、⑨において、これと類似する事案についての上記大判S11・10・6が変更されたのも、最高裁が大審院以来の弁論主義違反に対する曖昧な態度と決別することを明らかにしたという意味で、高く評価される。

その結果、本人が契約を締結しようと代理人が締結しようと本人への法律効果の帰属という点においては同一であるから、前者の主張しかなされてない場合においても後者の認定をしても差支えないとする②の説示が

いかに乱暴であるかもこの上なく明らかになったと言えよう。

このようにして、⑨を契機に弁論主義についての理解が格段に進んだ筈であるから、弁論主義違反は影をひそめてよい理屈であるのに、藤原弘道「弁論主義は黄昏か」は、控訴審（高裁）から見て、弁論主義違反の1審（地裁）判決がむしろ目につくようになっているとして、いくつかの実例^(注10)を紹介しておられるが、いずれも弁論主義違反をおかしていることが誰の目にも明らかなものばかりである。これはどうしたことだろうか。1審の役割の重要性を考えると、由々しきことであると言わなければならない。

ウ なお、弁論主義第1テーゼは専ら主要事実を対象にする（間接事実は対象外）ということでのよいのかという問題があるところ、これについては非主要事実も含まれるものと解すべきことは上記第7の2で見たとおりである。

ところで、この関係の裁判例としてよく取り上げられるのは大判T5・12・23民録22-2480であるが^(注11)、ここでは最判S46・6・29判時636-50について見ておくこととしたい。

i 本判決の事案は、AがYに宛てて振り出し、Y→B→Xに順次裏書された本件約束手形を所持しているXが、Yに対して遡求権を行使し、手形金を請求したところ、Yは、「Bは、Xに対して負担する債務の担保のために本件手形をXに譲渡したが、その裏書後に原因債務の全額をXに支払った（ので、Yに本件手形金の支払義務はない）」と主張したというものである。

原審は、BがXに対してY主張の金員を支払った事実は認められるが、それは別口の債務の弁済のために支払われたものであるとして、本件手形の原因債務に対する弁済の事実を認めず、Yの主張（抗弁）を排斥した。

Yは上告し、原判決は、別口債務への弁済充当について当事者が何ら主張していないのに、その事実を認定しているものであり、弁論主義に反し、理由不備の違法があると主張したが、本判決は、請求原因事実であれ、抗弁事実であれ、相手方がこれを否認している場合に、事実審裁判所が右事実を肯認することができない事情として、これと両立せず、かつ、相手方

に主張立証責任のない事実を認定し、もって請求原因又は抗弁の立証なしとして排斥することは、「その認定にかかる事実が当事者によって主張されていない場合でも弁論主義に違反するものではない。けだし、右の場合に主張者たる当事者が不利益を受けるのはもっぱら自己の主張に係る事実の立証ができないためであって、別個の事実が認定されたことの直接の結果ではないからである」として、Yの上告を棄却した。

ii しかし、原審の認定・判断がYにとって著しい不意打ちになっていることは否定し難いところであるから、この説示はいささか形式論に傾きすぎたきらいがあるものと言わなければならない。

そもそも、金銭債務の弁済の主張は、㊦ある金員の交付（支払）+㊧その当該債務への充当からなるところ、弁済の主張を否認するということは、㊦又は㊧のいずれかを否認するというにほかならない。しかし、㊦が認められない場合には㊧について検討するまでもなく、㊦が認められてはじめて㊧が認められるかどうかを検討される道理である。つまり、㊦が否認されるときには、㊧は問題になりようがないのである。したがって、弁済の主張者からすれば、相手方が㊦自体を否認している場合において、㊦が立証されるならば、㊧も認められる（特段のことがない限りは㊧が推認される）ものとするのは無理からぬところである。また、相手方としても、㊦を否認するのはもとより自由であるが、それが認められる場合に備えて、㊧を否認する理由を主張すべきである。例えば、原審が認定したように、他に別口の債務があつてそれに充当したものであるとか、そもそも金員交付の趣旨が本件債務の弁済ではなく、別の売買契約の代金支払であるとか、贈与されたものであるとかの主張をすることが必要である。これによって、はじめて争点が明確になり、それについての真に噛み合った攻撃防御が展開されることが可能になるのである。

そうすると、主要事実か間接事実かとか、相手方が主張立証責任を負う事実であるかどうかとかにかかわらず、およそ訴訟の結論を左右しかねない重要な事実については弁論主義に服せしめるべきなのではないだろうか（上記第7の2参照）。また、仮にこの見解に与しないとしても、本件の

ような弁済主張を否認する場合においては、単なる否認で済ませるのではなく、上記の㉗と㉘を区別して認否をすることが肝要である。また、事実審裁判所としてもこの点に配慮した訴訟指揮をし、単なる否認で終わらせるのではなく、適宜釈明権を行使することによって、㉗自体を否認するのか、それとも㉗を認めた上で㉘を否認する趣旨であるのかを明らかにさせ、後者の場合には、否認する理由を具体的に主張させるべきである。(註12)

エ 弁論主義違反の取扱い及びその防止策など

i 原判決に弁論主義違反があることを理由とする上告審に対する不服申立てについて、「訴訟手続に憲法違反がある」(民訴規則190条1項)と解して絶対的上告理由(法312条1項)として扱うべきなのか、それとも、高裁に対する上告の場合であれば「判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある」という上告理由(法312条3項)になるが、最高裁に対するものであれば、「最高裁判例と相反する判断がある」か「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる」(法319条)という上告受理事由の有無の問題にとどまるということになるのであろうか。

弁論主義が民事訴訟の大原則であることからすれば、前者と解することも考えられないではないが、弁論主義違反の態様・内容にも種々のものがあることが想定される(そのことは、これまで見たいくつかの事例からも明らかである)以上、一律に憲法違反があるとするのも疑問なしとしない。そうであれば、やはり後者の取扱いにとどめるのが相当であろう。したがって、例えば、上記㉘の最判S33・7・8の場合などは、原判決に弁論主義違反があることは否定できないが、そのことが必ず上告理由となるとされることにはならないということになる。

ii このように、原判決に上告理由ないし上告受理事由に当たる弁論主義違反が認められるときは、上告審としては、原判決を破棄して差し戻すのを原則とすべきであろう。しかし、弁論主義違反があるということは、裁判所が当事者の主張していない事実を認定して、それに基づく判決がなされたということであるから、当該事実により有利な結果を得られた当事者は、通常、差戻審において改めて当該事実主張をすることになるも

のと思われる（例えば、⑩の原審でもそうである）。そうすると、一旦弁論主義違反がなされると、もはや取返しのつかない事態となるのである。^(注13)

そうであれば、裁判官としては、弁論主義違反をおかすことのないよう細心の注意をしなければならないし、必要ならば積極的に、しかし、慎重に釈明権を行使することが求められる。

例えば、上記①の原審としては、Yをして本件注射の実施日時についての自白を撤回させた上で、Xに改めてカルテの記載を踏まえた正確な日時を主張し直させるべきであるし、また、Xに対し、本件注射に関するYの過失についてさらに主張すべき点がないかどうかの検討を促し、必要なら、注射液がいつから、どのように保管されていたものであるのかなどについての注意を喚起することなどが考えられる。

上記②の原審としては、証拠上、Y側にAという代理人が関与していたことが窺えるのであるから、そのことを踏まえて、Xに対し、請求原因の法律構成を再検討することを促すべきである。

上記⑨の原審としては、証拠によれば、本件土地をAから買い受けたのはBであってCではないことが認められるものの、BがCに死因贈与したことが窺えるというのであれば、Yに対しその旨の主張をすべきこと、Xに対しては、Yの主張に対する反論・反証を尽くさせるとともに、遺留分減殺請求権の行使を踏まえた主張及び請求を検討すべきことを促すことになろう。また、上記⑩の原審（差戻審）としては、証拠上、死因贈与ではなく、生前贈与の事実が認められるというのであれば、Yに対しその旨主張を変更することの検討、Xに対してはそれに対する反論等を促すことが考えられる。

(注9) これより前に、所有権喪失事由を弁論主義違反の問題として扱ったものとして最判S41・4・12民集20-4-548があるが、これは弁論主義違反の問題としてよりも釈明義務（法的観点指摘義務）の問題として扱った方が適切な事例ではないかと思われるので（新堂「民訴法理論は誰のためにあるのか」参照）、後記第9の5で改めて取り上げることとする。

(注10) 弁論主義違反が問題にされた最高裁判例は必ずしも多くないところから、藤原元判事が挙げておられる事例を参考のために紹介させていただくことにする。

事例1：手付金返還請求事件

X・Y間に土地売買契約成立（代金5000万円）。

X (買主) → Y (売主) に手付金500万円交付。

Xは、Yの債務不履行を理由に売買契約解除→手付金の倍額1000万円の支払を請求。

Yは、履行の提供をしたのに、Xが履行場所に来なかったと反論。

1 審判決：Yの主張を認めた（Yに債務不履行なし→Xの解除は無効）が、売買契約を解除する合意が成立したと認定し、YはXに対し500万円の手付金返還義務があるとして、Xの請求を一部認容。

実例2：使用貸借終了に基づく建物明渡請求事件

XはYの先代yに対し本件建物を無償で使用させていたが、yが死亡したので使用貸借は終了した（民法599条）として、Yに対し本件建物の明渡しを請求。

Yは、本件建物は元々yの所有であったとして使用貸借を否認。

1 審判決：本件建物はXの所有と認めたが、X・y間に使用貸借ではなく賃貸借契約が成立したと認定して、Xの請求を棄却。

実例3：賃料増額請求事件

X (貸借人) → Y (借借人) 月額1000円/坪を1300円/坪に増額されたことの確認を求めた。

Yは、増額幅は公租公課の増額分の2.6倍をもって地代の増額幅とする旨の合意があったと主張し、Xはこれを否認。

1 審判決：Y主張の合意を認定したが、この合意には拘束されない旨の暗黙の合意がX・Y間に成立していたとして、Xの請求を認容。

(注11) これは、所有権が誰に帰属するかを推認させる間接事実について、Yが主張していないのに、主張するか否かにつきYに釈明もしないまま、この事実を認定したのは違法であるとして、原判決を破棄し原審に差し戻したものであるが、上野泰男『弁論主義』（『民訴法の争点』 p 132以下）において取り上げられ、民訴判例百選（第4版） p 107にも中西正教授の解説があるほか、小林教授もその教科書の中で同判例に基づく設例を掲げて検討しておられる。

(注12) その点においても原審には問題があるものと考えられるが、笠井正俊教授は本判決を基本的に支持する旨を表明しておられる（長谷部・山本弘・笠井編著『基礎演習 民事訴訟法』 p 82）。

(注13) これは、後記第9で見る「行き過ぎた釈明」がなされた場合と似ているが、弁論主義違反は一種の判決釈明のようなものであるから、そのような類似性があるのもいわば当然のことであろう。ただ、判決釈明は、一般に、弁論を再開して当事者をして新たに主張させ、或いは、従来の主張を訂正補充させるまでの必要はないという場合、すなわち、概してそれほど重要でない事項であって、客観的に明白なものを対象としているのに対して、弁論主義違反はその対象が主要事実（私見によれば、これに準ずるような重要な間接事実を含む）であるから、判決の結論に直接影響を及ぼす関係にあるという点に決定的な相違がある。

なお、1 審判決に弁論主義違反が認められるときの控訴審の対応はどうあるべきかという問題もある。取消・差戻しも考えられないではないが、結局は破棄・差戻しの場合と同じような成行きになるのであろうから余り意味があるとは思えない。控訴審において適切に釈明権を行使するなどして、弁論主義違反の状態を解消させるということになるのではないと思われる。

第9 弁論主義と裁判官の役割—弁論主義違反と釈明義務違反を手がかりに

1 総説

ア 吉野教授は、弁論主義を「訴訟過程における裁判官と当事者の役割分担を規律する基本原則」と捉えた上で、弁論主義の下での裁判官の役割を論じられる（吉野「訴訟審理における裁判官の権限と責任」「裁判による法形成と裁判官の役割」など、いずれも『民事訴訟における裁判官の役割』所収の論文参照）。これは、従来、専ら当事者の側から論じるのが一般であった弁論主義についての考察に新たな視点を付け加えたものであり、画期的な着眼であると評することができる。また、争点整理と集中証拠調べを両輪とする新民訴法は裁判官の審理段階への積極的な関与を要請するとともに、当事者の主体的な関与も必要とされるから、そのような意味においても、当事者と裁判官の役割分担をいかに捉えるかという視点は適切であるし、重要な今日的課題でもある。

ところで、教授は、民事訴訟における裁判官の積極的な役割ないし「積極的裁判官像」を主張されるのであるが、弁論主義の内容についての教授の所説は次のとおりである。すなわち、第1に裁判の基礎となる事実や証拠の収集・提出を当事者の権限と責任に委ねる建前（当事者提出主義）と、第2に当事者が主張しない事実は判決の基礎にしてはならないというものがあるところ、第1については通説たる本質説（私的自治説）が妥当し、かつ、積極的裁判官像のもとでも何ら変更はないとされる。しかし、弁論主義は、事実資料に対する自己決定権の確保という第1の側面から、訴訟過程における不意打ち防止という第2の問題に重点が移ってきているとされた上で、ここでは裁判官の法適用過程への当事者の参加権をいかに確保するかということこそが肝要であるとされるのである。^(注1)

そして、「現代型訴訟」や「政策志向型訴訟」といった「法形成型訴訟」においては、裁判官と当事者の「法律上の討論」が重要であり、これによって裁判官の法的判断の正当性が保障されるのだと説く。

イ しかし、このように裁判官の果たすべき役割という視点から弁論主義について検討したとしても、当事者の側から考察するところと比べて

格別変化があるとは思われない。否、変化があってはならない道理である。上記のとおり、吉野教授も、弁論主義の第1の側面については積極的裁判官像のもとでも何ら変更はないものとされている。問題は第2の側面であるが、これが最も顕著に現れるのは裁判官による釈明の在り方についてであると考えられるので、以下、釈明と弁論主義との関係について考察する。(注2)

(注1) 弁論主義についての上記のような吉野教授の所説、特に不意打ち防止を強調される点に対しては、山本克己論文により一定の批判が加えられていることは上記第3の1で見たとおりであるが、弁論主義の第1テーゼが不意打ち防止の機能を有することは否定できないところである。

(注2) 民事訴訟における裁判官の役割論としては、訴訟の進行について裁判官が果たす主導的な役割(訴訟指揮)がある。ところで、吉野教授は、事案解明のための釈明処分や釈明権の行使を裁判官の訴訟指揮の一つとして捉えておられる(吉野・前掲p123)。そのこと自体は正当であるが、そうだとすると釈明は弁論主義との関係を考察する適切なテーマとは言えないことになりかねない。しかし、教授は、他方で「訴訟審理における裁判官の権限と責任」(吉野・前掲p25以下)において、「事案解明における裁判官の権限」として釈明の問題を論じておられるのであり、弁論主義との関係を意識しておられることは疑いの余地がない。また、釈明をめぐる裁判所の動向について見ても、昭和10年前後からは、大審院において、「釈明権は裁判所の権能たるにとどまらずその義務でもある」として釈明義務違反を理由とする破棄判決が相当数のにぼったのに、戦後、最高裁発足後昭和30年前後までは事情が一変したばかりか、釈明義務そのものを否定するかのような説示をする最高裁判決まで見られるようになり、その後、再び釈明義務違反を理由とする破棄判決が現れるようになって、その傾向が次第に強まってきたことは、論者が一致して指摘するところである。釈明に対する裁判所のこのような姿勢の変化の背景には、当事者主義・弁論主義の動向があることを容易に見て取ることができるのであり、このことからしても釈明は弁論主義と密接な関係を有するものであることが明らかである。

なお、裁判官の訴訟指揮を中心に「手続裁量」論が唱えられ(加藤新太郎判事)、また、当事者を取り込んだ「審理契約論」も提唱されている(山本和彦教授)。大変興味深い問題であるが、弁論主義と直接関わるものではないと考えるので、ここでは割愛する。もっとも、釈明も訴訟指揮の一つの態様であるところから、これも手続裁量の射程内に取り込むという考え方もあり得ないわけではない。大江忠・加藤・山本編著『手続裁量とその規律』はそのような立場に立っているものと思われるし、加藤「釈明の構造と実務」(『青山善充先生古稀祝賀論文集・民事手続法学の新たな地平』所収)でもそのようなことが示唆されている。しかし、加藤判事も認めるとおり、釈明は単なる手続的正義の問題ではなく、むしろ実体的正義の問題なのであるから、ひとまず手続裁量論の外に置いた方がよいのではないかと考えるものである。

2 釈明権・釈明義務 (注3)

ア 釈明は弁論主義の修正・補充のためにはたらくものというのが通

説（三ヶ月博士等）・判例の理解である。すなわち、「弁論主義に型どおり従ったのでは妥当な判決ができない場合があり得る⇒そのままでは裁判所の使命を果たしたとは言えない⇒釈明権を行使する=釈明義務を果たす」という図式が成り立つと考えるのである。

これに対し、竹下教授は、「釈明の本来の意義は、口頭弁論審理ないし対審構造の目的、つまり、①当事者の訴訟主体としての地位を尊重して、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・受容を確保するとの目的を、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」と主張される（弁論充実説）。（注4）

他方、奈良次郎元判事は、「充実した口頭弁論というだけでは（理論的には）必ずしも事案の真の解決と必然的に結び付くとは言えないから、口頭弁論の充実も当然結果としてあるべき姿での口頭弁論を予想しているのであって、一番の基本は真相に合致する解決が釈明権の根拠となると解すべきである」と主張される（紛争的確解決説）。（注5）

イ この点について、田中成明教授は、「手続的正義一般の裁判手続への適用の在り方として整合的である」として弁論充実説を支持される。（注6）

しかし、結果志向的であるか（紛争的確解決説）、手続過程志向的であるか（弁論充実説）は、あくまで釈明ないしその行使の在り方についての理論的な問題であって、それにより直ちに具体的な場面での差異をもたらすものではない。したがって、どのような場合にどこまでの釈明をすべきかについては、上記のような釈明権（釈明義務）の根拠論等の議論とは別にもっと具体的な判断基準が必要である。

i その場合、実際に問題になるのは、専ら釈明権の不行使が違法とされる場合、すなわち、釈明義務の範囲についてであって、釈明権の行使が許容される範囲については特に論ずるまでもないであろう。ただし、釈明によって不利益を被る側から裁判所の公平性に対する不信感を持たれるようなことがあってはならないから、釈明権の行使にはその面からくる

制約・限度があるものと言うべく、裁判官としてはひたすら積極的に釈明をすればよいというものではない^(注7)。また、ひとたびなされた釈明をなかつたことにすることはできないから、釈明権を行使すべきでないにもかかわらず、釈明がなされると取り返しがつかない結果になる。そうであれば、裁判官としてはそのような結果を招くことのないようくれぐれも自戒すべきである。^(注8)

そして、従来、裁判官が釈明権の行使に積極的ではなかった原因の一つはここにあるものと思われる。しかし、他方で、適切な釈明をすることの難しさの故にそれを回避するという安易な選択の結果という一面があったことも否定できない。「裁判官は積極的に釈明権を行使すべきである」という奈良元判事の主張は、おそらく多くの裁判官に見られるこのような傾向を踏まえての提言と理解すべきであろう。

ii 釈明の種類については、㉞不明瞭を正す釈明、㉟不当を除去する釈明、㊱訴訟材料補完の釈明、㊲訴訟材料新提出の釈明、㊳立証を促す釈明に分類するのが一般であるが^(注9)、中野貞一郎教授は、㊴消極的釈明と㊵積極的釈明とに区分すべきであると主張される。そして、㊴は、当事者が積極的に特定の申立て・主張等を提出しているが、それらに不明瞭・矛盾・欠陥・不用意がある場合における補充的な釈明であり、上記㉞を主とし、㉟の一部を含むとし、㊵は、当事者のなした申立て・主張等が事案について不当または不適當である場合、あるいは、当事者が適当な申立て・主張等をしない場合に、裁判所が積極的にそれを示唆・指摘して、申立て・主張等をさせる是正的釈明であり、上記㉟、㉟の一部及び㊱を含むと説く。その上で、最高裁が釈明義務違反とするようになった昭和30年前後ころ以降の破棄判決における釈明義務違反の多くは㊴についてのそれであったが、その後、㊵についても釈明義務違反とされるものが出現してきていると指摘しておられる。^(注10)

ウ では、釈明義務の範囲を画するための判断基準は何か。

i 「(釈明義務の不履行による原審判決の破棄は) 具体的事案に照らして、不行使のまま裁判をすることが公平を欠き、訴訟制度の理念に

反すると認められる場合に限られる」(三ヶ月博士)、「釈明義務は、当事者が当然出すべき事実・証拠を提出しておらず、また訴訟行為に不明確・矛盾等がある場合に、その形式的には保障されている提出の機会を現実化して、両当事者の裁判資料収集における法的地位の実質的平等の実現を図る裁判所の義務である」(上田徹一郎教授)^(注11)などと主張されるが、これを抽象的に論ずるよりも、釈明義務違反を理由に破棄された最高裁判決と釈明義務違反なしとされたそれとを対比しながら分析・検討することによって、一定の基準を導き出すことができるのではないかということが期待されるのであり、実際にこれまでそのような作業が積み重ねられてきている。^(注12)

ii 中野教授は、前掲論文において、破棄判決の分析を踏まえて、上記④の消極的釈明権の不行使は当然違法とされ(釈明権不行使を理由とする破棄判決の多くは④に関するものである)、⑧の積極的釈明義務の範囲については多面的な利益考量が必要とされるとして、①判決における勝敗転換の蓋然性(勝つべき者を勝たせ、負けるべき者を負かすという観点)、②当事者の申立・主張等の法的構成の不備、③釈明権の行使を待たずとも、当事者が適切な申立・主張等をする事の期待可能性、④当事者間の公平を著しく害することにならないか、⑤根本的な紛争解決を招来し、再訴を防ぐことができるか、⑥訴訟の完結を著しく遅滞させることにならないか、などの考慮要素を掲げられる。①、②、⑤は釈明義務ありとする方向で作用するが、③、④、⑥はそのような事情がないという消極的事実が釈明義務を根拠づけることになる。

iii 加藤「釈明の構造と実務」もこの問題を取り上げている。そこでは、まず上記諸説の紹介に続いて、「釈明の裁量性と義務性」という項で、「釈明は訴訟指揮の一つの態様として発現するから、基本的に裁判官の裁量による」とした上で、釈明と裁量の関係につき、A ある事項を釈明すべきでない場合、B ある事項をどちらかといえば釈明しない方がよい場合、C ある事項を釈明してもしなくてもよい場合、D ある事項をどちらかといえば釈明した方がよい場合、E ある事項を釈明しなければなら

い場合に分類し、この分類に基づいて「釈明の限界」、「裁量としての釈明」、「義務としての釈明」を順次論じている。それによれば、Aが釈明の限界に関するもの、Eが釈明義務に関するもの、BないしDは裁量としての釈明に関するものだとされる。(注13)

しかし、AとEについてはまだしも、BないしDを裁量の領域であるとするのは疑問である。そもそも、釈明の裁量性とは、釈明をすべきかどうかの判断が結局のところ裁判官の裁量に委ねられているということであるが、その場合においても当該裁判官の認識としては釈明の必要性がある(=釈明をすべきである)ことが前提になっているのであって、Aでないことはもちろんのこと、BやCでもなく、Dでさえない。そもそも、AないしCの場合に釈明権を行使する裁判官などいる筈がないのである。そうであれば、このような場合分けをする意味がないばかりか、無用の誤解を生みかねないという点では有害でさえあると言わなければならない。どうしてもこの種の場合分けをしたいというのであれば、裁判官の主観面と客観面に分けた上で、いずれも、釈明をしなければならない場合(釈明義務がある場合)と釈明義務があるとまでは言えないが釈明をすべきである場合(これは上記Dの場合と同じではない)に分けることが考えられるが、このような場合分けについても実際の意義を見出すことはできないように思われる。(注14)

(注3) 釈明権と釈明義務の関係については、両者は表裏の関係にありその妥当する範囲は同じであるとする三ヶ月博士に代表される考え方と、両者は釈明権 \geq 釈明義務の関係にあるとする新堂説があるが、新堂説の方が釈明義務違反について説明し易いように思われる。

(注4) 竹下・民訴判例百選(第2版)「釈明義務」p169

(注5) 奈良「訴訟資料収集に関する裁判所の権限と責任」(『講座・民事訴訟法4 審理』所収p132)

(注6) 田中「手続的正義からみた民事裁判の在り方について」(法曹時報55巻5号)。私も、「裁判所から当事者への垂直方向を指向した縦ベクトルではなく、裁判所と当事者間ないし当事者相互間の双方向性を指向した水平ベクトルで働くべきもの」という教授の主張に共感を覚える。また、「両当事者間の直接的なコミュニケーションのゆがみを矯正したり障害を除去・軽減したりして、自律的弁論の活性化を促進・支援するという後見的役割にシフトすべきである」「新民訴法のもとの協働主義的訴訟運営のための裁判官のマネジメント権限の強化も、このような手続過程志向的な方向に進むべきである」「基本的には、実体指向的ではなく、もっと手続過程志向的な後

見的関与を強化することが、裁判官の釈明権行使に期待されている主たる役割である」という指摘についても、今後の釈明の在り方を指し示すものとして啓発されるところ大である。

(注7) わが国では、弁護士強制はされず本人訴訟が許容されているところ、代理人弁護士が付いている側とそうでない側とでは、訴訟追行上大きな力の差が認められる。したがって、裁判所が弁護士の付いていない側のために若干後見的な役割を果たし、そのような見地から釈明権を行使するということはあり得ることである（私自身もそのように心掛けてきたつもりである）。しかしながら、裁判所がその者の訴訟代理人的な役割を果たしてはならないことは当然であるから、後見的役割にも自ずから限度がある。例えば、消滅時効が援用されると、それにより当該訴訟の結論は決まってしまう（相手方はこれに抗する術がない）のが通例であるから、そのような釈明までする裁判所の公正さに相手方が著しい不信を抱くことは必定である。したがって、たとえ本人訴訟の場合であっても一般にはこの種の釈明はすべきではない。法の無知の故に時効制度について知らないという本人は少なくないであろうし、消滅時効を援用することによって結着が付けられることこそ正義であるという事案もあるに違いないが、そのような場合においても、裁判所が直接消滅時効の援用について示唆（釈明）するのではなく、弁護士代理人に委任するか、せめて弁護士に相談するように勧めるに止めるべきものと考ええる。

なお、1審が消滅時効援用の釈明をしたのを追認した東京高判S60・12・19東京高民時報36-10-12-190のような裁判例もあるが、これは、釈明を受けて消滅時効の援用が現になされた以上、たとえその釈明権の行使が行き過ぎであったことを認めたとしてもはやこれを覆すことはできないことも考慮して、本人訴訟であることその他の事情を挙げて1審判決を維持（救済）したのではないかと思われる。

(注8) 行き過ぎた釈明権の行使がなされた場合、それが裁判官の忌避事由になるかということが議論されている。これが肯定されるなら、行き過ぎた釈明をしないように裁判官を戒める一助にはなるであろうが、それ以上のものではあり得ない。当該釈明を踏まえた当事者の訴訟行為がなされた以上、それ自体を覆すことはできないことに変わりはないからである。

(注9) 奈良「釈明権と釈明義務の範囲」（実務民訴講座第1巻所収p228）

(注10) 中野「弁論主義の動向と釈明権」（『過失の推認』所収）。なお、教授は「訴えの変更と釈明義務」（前同書所収）において訴えの変更を示唆する釈明についても検討しておられる。

(注11) 上田「当事者の訴訟上の地位」（『講座・民事訴訟法3 当事者』所収p11以下）。両当事者の実質的平等ということを経験される教授のお考えを釈明義務の場面に当てはめたものと解される。

(注12) 古くは奈良元判事の一連の労作があるし、比較的最近のものとしては、八木一洋「釈明権の行使に関する最高裁判例について」（民訴雑誌56号）が関係判例を網羅的に取り上げており、有益である。なお、それ程網羅的ではないが、園田賢治「釈明義務違反による破棄差戻しについての一考察」（九大法学81号）も参考になる。

(注13) 加藤判事は、大江ほか・前掲においても、第2部「第5章 釈明」を担当・執筆され、既にこれとほぼ同旨の主張を展開されている。ところで、これらの論文に

は、「訴訟指揮権の中でも、弁論指揮が職権進行主義に基づく手続の進行に関わるものであるのに対して、釈明は審理の実体形成にまで及ぶものである。すなわち、民事訴訟の審理において、裁判所が行う実体形成面の中核的な作業こそが釈明である」とある。このうちの前段部分にはもとより異論がないが、後段部分は釈明についてのいささか誇大に過ぎる表現ではないだろうか。(事実審)裁判所が行う実体形成面の中核的な作業は、証拠調べに基づく事実的確な認定とそれに対する法のあてはめである。また、「(民事訴訟を情報処理プロセスとして見るなら)釈明は裁判所と当事者双方との間の情報交換としてのコミュニケーションそのものであり、情報の整序をし、裁判所と当事者双方との共通のインフォームドシチュエーションを形成し、事案解明をしていくための基礎作業であると解される」という指摘についても、言われるような役割は裁判所と双方当事者との討論(対論)が担うべきものであり、釈明はそのような討論の裁判所側からするきっかけづくりの役目を果たすにすぎないから、同じく釈明に対する誇大評価の表現との感を否めない。このような表現の背景に釈明に対する過大な位置付けがありはしないかと危惧されるので、敢えて付言した次第である。

(注14) 園田・前掲でも、㊦釈明権と㊧釈明義務の区分、㊨行為規範と㊩評価規範の区分をし、さらに、㊪を、a当/不当、b適法/違法に分けた上で、それぞれの組み合わせにより、①これから釈明をしてよいか、してはならないか(㊦+㊩)、②釈明をしたことが妥当か、不当か(㊦+a)、③釈明をしたことが適法か、違法か(㊦+b)、④これから釈明をすべきか、しなくてよいか(㊧+㊦)、⑤釈明をしなかったことが妥当か、不当か(㊧+a)、⑥釈明をしなかったことが適法か、違法か(㊧+b)という分類がなされている。思考の整理には役に立つという意味では加藤判事分類よりはましなようにも思われるが、実践的な意義となると疑問である。

3 釈明義務違反について

どのような場合に釈明義務違反とされるのかについては、上記2のウで見た中野教授の提唱される判断基準が参考にされるべきであるが、以下、最高裁が釈明義務違反を理由として原判決を破棄したものをいくつか見ておきたい(注15)。ただし、法的観点指摘義務違反と目されるものについては後記5に譲ることとする。

ア 関係裁判例の概観

①最判S39・6・26民集18-5-954(土地所有権確認等)

Xが、本件係争土地上の杉立木を伐採・搬出したYに対し、同土地はXの所有であり、杉立木もXが植栽したものでXの所有に属すると主張して、本件係争土地の所有権確認とともにその杉立木の価額相当額の損害賠償を請求した。

1審は、Xの主張を全面的に認めてXの請求を全部認容したが、控訴審

(原審)は、本件係争土地を甲地、乙地、丙地、丁地に区分した上で、甲地、丙地、丁地はXの所有であることを認めたと、乙地はYの所有する土地の一部であると認定した。そして、杉立木は丁地を除くその余の土地上に存在したものであるから、Yは甲地及び丙地内の杉立木の伐採についてXに損害を賠償すべき義務があるところ、Yが伐採した杉立木のうち甲地内の伐採本数とその価額、乙地及び丙地を合計した土地からの伐採本数とその価額は判明しているが、丙地からの伐採本数とその価額を特定して認定することはできないから、結局丙地内の杉立木の伐採による損害額は証明されていないことに帰するとして、1審判決を変更して、乙地部分の所有権確認請求を棄却し、損害賠償請求についても甲地内からの伐採による分のみを認容し、その余を棄却した。

Xが上告し、原判決には、丙地からの伐採による損害についてXに立証を促さずに請求を棄却した点において積明権不行使の違法があると主張したところ、本判決はこれを認めた。

②最判S41・9・8民集20-7-1314（土地明渡請求等）

X（本件土地所有者）がY（同占有者）に対し本件土地明渡を求めた訴訟において、XがYに本件土地の使用を許したとの事実（使用貸借）をYではなくXが主張し、原審がこの事実を確定した以上、YにおいてXの右主張を利益に援用しなかったにせよ、原審はXの請求の当否を判断するについては、この事実を斟酌すべきであり、原審としては、積明権を行使して、右使用貸借が終了したか否かについても審理判断した上、右請求の当否を判断すべきであったとした。

③最判S44・6・24民集23-7-1156（農地所有権移転登記手続請求等）

X所有の甲農地は、自創法によって国が買収し、農地委員会によりYに売り渡されることになっていたものであり、Yは住宅建築資金を得るために甲農地を売却しようとしたが農地委員会の承認を得られる見込みがなかった。そこで、Yは、Xに対し、X所有の乙農地を国に買収させてその代金をYに与えれば、甲農地をXの保有農地にするよう取り計らう旨を申し入れ、Xとの間にその旨の合意が成立した。Xは、乙農地の買収代金をYに支払った

が、Yが上記合意を守らないため、甲農地について、㊦所有権移転許可申請
手続+㊧同許可を条件とするXへの所有権移転登記手続を求めた。

原審は、X主張の事実からして、X主張のような請求権が発生するとは認められないとして請求を棄却したが、本判決は、当事者の主張が法律構成において欠けるところがある場合においても、その主張事実を合理的に解するならば正当な主張として構成することができ、当事者の提出した訴訟資料のうちにもこれを裏付けうる資料が存するときは、直ちにその請求を排斥することなく、その主張の趣旨を釈明したうえ、これに対する当事者双方の主張・立証を尽くさせ、もって、事案の真相をきわめ、当事者の真の紛争を解決することが公正を旨とする民事訴訟制度の目的にも合するものというべきであるとした。

④最判S55・7・15判時979-52（土地明渡請求）

Yは、本件土地をXの妻Aから買い受けたと主張しているほか、事情としてではあるが、それまで長期にわたりXから賃借していたものである旨陳述し、Xもそれを認めており、原審もその旨認定している。X・Y間の売買契約はAが無権代理人であったため無効と判断されたが、その場合においても、Yが本件土地の占有権原として従前からの賃借権を主張しない意向であると考えられないから、原審としては、訴訟関係を明瞭ならしめるため、Yの前記陳述の趣旨を釈明し、賃借権を主張する趣旨であるとすれば、その成否、存続についてさらに審理を尽くすべきであったとした。

⑤最判S58・6・7判時1084-73（詐害行為取消請求）

本件は、S（債務者）に対する損害賠償請求とY（受益者）に対する詐害行為取消請求が併合されていたものであるが、1審では、SもYも欠席判決を受け、Yは控訴したが、Sは控訴することなく1審判決が確定した。控訴審（原審）では、S・Y間の不動産売買契約の詐害行為性について攻撃防御が尽くされたが、原判決は、XのSに対する損害賠償債権（被保全債権）の存在について立証がないとして、1審判決を取り消して、Xの請求を棄却した。Xの上告を受けて、本判決は、X代理人としては、Sに対する損害賠償債権の存在について立証の必要があることを認識しながらその立証を怠っ

たというよりも、X・S間の1審判決が確定していることから、X・Y間の訴訟においても既にその存在が確定済みであるか又は事実上立証の必要がないと誤解していたものと推認するに難しく、そうだとすると、多数回にわたって双方が立証を尽くした詐害行為性については何らの判断も示さず、全く立証の対象となっていなかった損害賠償債権の存否の点をとらえてX敗訴の判決をすることは著しく不相当であって、右損害賠償債権の存否について判断をするのであれば、よろしく釈明権を行使し、Xに対してその立証を促す必要があったとした。

⑥最判H8・2・22判時1559-46（抵当権順位変更付記登録抹消登記手続請求）

Yは、1審でX作成名義の部分の真正な成立の立証のため筆跡鑑定の申出をしたが、その採用を待つまでもなく勝訴した。控訴審（原審）において、Yは、改めて筆跡鑑定を申出をしなかったが、同部分の真正な成立に疑問があるときは1審で筆跡鑑定を申出した事情を考慮して釈明権の行使に十分配慮されたい旨を求めていたのに、原審は、Yに対し筆跡鑑定を促さないまま、当該部分の真正な成立を否定し、1審判決を取り消して、Xを勝訴させた。

本判決は、同筆跡が明らかにXの筆跡ではないと断定することはできないのであるから、このような事情の下では、原審は、Yに対し、改めて筆跡鑑定を申出をするかどうかについて釈明権を行使すべきであったとした。

イ 検討

i ①は、釈明に関する代表的な判例としてどの教科書にも登場するし、民訴判例百選（第4版）でも取り上げられている（川嶋四郎教授解説）。これは、中野説による判断基準のほぼ全部を充足するものといえることができ、もとより正当である。（注16）

なお、①が言うような釈明がなされた場合、Xとしては、丙地からの杉立木の伐採による切株を調査してその本数と大きさ（年輪）を明らかにし、これに基づいて損害額を主張・立証することになろう。それもできないというときには、現行法下では法248条により相当な損害額が認定されるべ

きことを主張することになろう。最判H18・1・24判時1926-65や最判H20・6・10判時2042-5はその旨を明らかにした判例である。

ii ②は、「相手方の援用しない自己に不利益な事実の陳述」の問題である。最判H9・7・17判時1614-72も、建物の所有権確認請求について同旨（これについては、前掲民訴判例百選 p 108に松村和徳教授の解説がある）。

iii ③は、「Xの主張事実を合理的に解釈するならば、Yは乙農地の買収代金を対価として、後に売渡によって取得すべき甲農地の所有権をXに移転することを約した旨、換言すれば、将来売渡を受けることを条件とした甲農地の売買契約を締結したことを主張し、これに基づいて本請求をしているものと解することができる」とする。③は釈明の制度趣旨・目的についても判示しており、その意味で釈明に関する重要な意義のある判例といえることができるが、X・Y間の合意はかなり複雑・微妙な内容であり、法的にすっきりした構成をすることが容易でないことは否めない。このような場合に、「当事者（X）の主張の合理的な解釈」という名のもとにこままでの釈明をしなければならぬかについては異なる見解もあり得るのではないだろうか。ただ、本件で、Xの主張が法律的に十分練られておらず、そのために請求の理由づけがなされていないという理由でXを敗訴させてよいのか（という以上に、このようなYを勝訴させてよいのか）という疑問もなくはないが、本訴ではX敗訴の結論もやむなしとした上で、XがYに対し損害賠償請求ないし不当利得返還請求をすることを促すという途もあったのではないかとも思われる。(注17)

iv ④は事情として主張されている賃借の事実を占有正権原の抗弁として主張する意思の有無を確認すべきであるとしたものであり、首肯できる。

v ⑤及び⑥は、いずれも立証の必要性に関する釈明義務違反が問題になった事例であるが、当事者（⑤ではX、⑥ではY）にとっては、原審で全く予期しなかった不意打ちの判決がなされたものである。釈明して立証を促すべきであったとされたのは当然である。

特に、⑤の原判決はいわゆる「肩すかし判決」の典型のようなものであり、審理の在り方と全く噛み合わないこのような判決は強く戒められなければならない。確かにX訴訟代理人の迂闊さも問題ではあるが、専らS・Y間の売買契約の詐害行為性を争うYの訴訟態度からしても、XのSに対する損害賠償債権（被保全債権）の存在については事実上立証の必要がないものと誤解してしまったものであり、無理からぬ面もある。原審としては、速やかにその点を指摘し、被保全債権についての立証を促すべきであった。^(注18)

(注15) ここでは、あくまで弁論主義ないし弁論主義違反と積明義務ないし積明義務違反の関係を考察することが目的であるから、そのような目的に相応しいものに限って取り上げている。積明義務違反の判例の網羅的な検討については、上記(注12)に掲げた諸文献を参照されたい。

なお、積明権を行使しなかったことが違法ではないとした最高裁判決も少なくなく、これらを併せて検討することが有益であることは確かであるが、ここでは破棄判決に限らせていただいた。

(注16) もっとも、本件係争土地のうち乙地がXの所有ではない（Yの所有である）というのであるから、所有権確認についての判決をするためには甲・丙・丁地の特定（裏返せば、乙地の特定）が必要不可欠となる。そして、通常はそのための測量の実施やそれに基づく新たな図面の提出などを裁判所から求められる成行きになるものと思われる。これにより、当事者（X）は、損害賠償請求の関係でも、乙地からの杉立木の伐採と丙地からの伐採とを区別して算出しなければならないことを認識するであろうから、①の原判決のような事態はまず生じないのではないかと推測される。この点、本件の場合には、おそらく既に提出済みの図面上に線引きするだけで乙地と丙地をそれぞれ区分して特定することができたという関係にあるのであろう。

(注17) 本件は、後記5で検討する最判S41・4・12民集20-9-548と通ずるところがある。そこでは、Yの主張を裁判所が法律構成をし直して判断した点が弁論主義違反とされたのに対し、本件では裁判所の積明権の不行使が違法とされたものである。そうすると、この二つの判例が指し示しているところは、法律構成が練られておらず、その意味が必ずしも定かでない主張しかなされていなきときは、裁判所としては当該主張を直ちに排斥して済ませるのではなく、また、裁判所が独断で法律構成をして、その旨の主張がなされているものとして扱うのでもなく、すべからず積明をして、あるべき法律構成について当事者との間で意見交換をすることが必要であるということになる。

(注18) 訴訟の進行状況に照らせば、或いは、原審も、弁論終結まではX訴訟代理人と同じような誤解をしていたのではないとも推測されるところである。仮にそうだとすれば、躊躇することなく弁論を再開して、この点の立証がなされていないことを指摘すべきであった。このような肩すかし判決がこともあろうに高裁でなされるというのでは、裁判と裁判所に対する信頼を著しく損なうものと言わなければならない。

4 釈明義務違反と弁論主義違反—裁判官の役割

ア 上記のとおり、通説は、釈明は弁論主義の修正・補充のためにはたらくものと性格付ける。判例（最判S45・6・11民集24-6-516）も、釈明の制度趣旨について、「弁論主義の形式的な適用による不合理を修正し、訴訟関係を明らかにし、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」としている。

なお、この場合の弁論主義とは専ら第1テーゼと第3テーゼが視野に置かれているものということができる。裁判所が、事実aの有無を顧慮して（場合によっては、さらに進んで、aという事実を認定して）判決をすべきであると考えるにもかかわらず、当事者（a事実についての主張責任を負う側の当事者とは限らない）からa事実についての主張がなされないという場合には、このままa事実を判決の基礎にしたのでは弁論主義（第1テーゼ）違反に問われることになるところから、釈明権を行使して、a事実についての主張を促すべきであるということになるのである。また、裁判所が、事実aの有無を認定判断するについて、提出されている証拠からは認定できないが、他にその認定に資する適切な証拠があるのではないか、場合によっては、さらに進んで「aという証拠がある筈である」などと当事者に釈明をすることが考えられるということである。

このように、釈明は、主張レベル（第1テーゼ）でも証拠レベル（第3テーゼ）でもあり得ることになる。

イ しかしながら、釈明を弁論主義の修正・補充と位置付ける通説の考え方は、弁論主義第1テーゼについて「裁判所は当事者が主張した事実のみを判決の基礎に用いることができ、それ以外的事实を判決の基礎に用いてはならない」、第3テーゼを「裁判所は当事者が申請した証拠のみを取り調べることができる」と解することから生まれるものである。

これに対し、弁論主義の内容について私見のような理解（上記第5参照）をするときは、釈明とは、弁論主義に内在的に予定された裁判所の裁量権の行使にほかならないと解することになる。すなわち、第1テーゼに

ついで言えば、「裁判所は、当事者が主張する事実のみに基づいて判決をすれば足り、それ以上に裁判所が自ら事実を探索する必要はない」と解するのであるから、それは言わば裁判所の最低限の責務を明らかにしたにとどまる。しかし、真相を究め、落ち着いたよい結論に到達するためにはそれで満足するのではなく、より積極的な役割を果たすべきことが期待されているのである。しかし、その場合においても、裁判所が自ら進んで事実を探索することまでは予定されておらず（それは職権探知主義の領域である）、あくまで当事者をして当該事実の主張をさせるべきなのであり、それが積明である。ほぼ同じことは第3テーゼについても妥当する。

では、第2テーゼについてはどうか。私は、これについても、審理段階においてその意義を発揮するものと考え。すなわち、争点整理段階において、例えばX側から主張されているA事実については争いのない事実としてもよいのではないかとし、Y側に認めるよう促すなどということは、実際の実務でも行われているところ、これも一種の積明である。このようにして、争点を少なくしていくのである（争点の絞り込み）。これとは反対に、明らかに経験則や真実に反する自白がなされている場合などには、その旨を指摘して自白を撤回させるなどの積明をすべきである。

そうすると、第2テーゼの関係においても積明はあり得ることになるから、弁論主義全体について積明義務は裁判官の行為規範となるものと言ってよい。

ウ これによれば、一見すると弁論主義に忠実に従って判決をしたかのように見えても、積明権を行使すべきなのにこれを怠ったというときには積明義務違反とされ、積明権を行使していたならば当該事実等の提出がなされたであろうという当事者（甲）に対する関係で上告理由（高裁に対する場合）又は上告受理申立ての事由（最高裁に対する場合）になることが考えられる（上記①）。これとは反対に、積明権を行使しないまま、したがって、甲からそれに関する主張や証拠の提出がないにもかかわらず、裁判所がそれについて進んで認定判断をしたときは、積明義務違反のほか弁論主義違反に問われることになる。積明義務違反は積明権を行使

していたならば当該事実等の提出がなされたであろうという甲に対する関係で、弁論主義違反はその相手方当事者（乙）との関係で問題になり得るが、実際には、それにより有利な結果を得た甲から釈明義務違反が問われることはないであろうから、乙から弁論主義違反が主張されるにとどまるものと思われる。(注19)

弁論主義ないし弁論主義違反と釈明義務ないし釈明義務違反の関係については以上のように解すべきものと考えるが、これは専ら理論的な次元の問題であって、そのことが釈明の在り方について直ちに具体的な違いをもたらすというようなことはないものと思われる。

エ ところで、藤原・前掲は、裁判官の適切な釈明の重要性を強調するとともに、弁論主義についての理解・認識が変化してきているのではないかと指摘しておられる。確かに、小林教授が唱えられた「機能的弁論主義」の在りようは時代とともにかなり変容してきているのかもしれない。しかし、弁論主義の内容についての私見によれば、それは実際の民事訴訟の運営において第1テーゼないし第3テーゼにおける裁量の在り方（基準）が時代とともに変遷しているということにすぎず、その枠組みや本質までもが変化しているわけではない。また、近時の民事訴訟の運営改善と新民訴法の制定への一連の動きはまさにあるべき弁論主義の姿を追求しているか、或いは本来の姿を取り戻していると見るべきであって、弁論主義に引導を渡すというようなものでは決してない。(注20)

もちろん、私も、釈明の重要性を強調し、裁判官は積極的に釈明権を行使すべきであるという提言が正しい側面を持っていることは否定しないし、現行法の下ではそのような主張がさらに加速されている感があることも確かである。しかし、それもあくまで弁論主義という大枠の中でのことなのであるから、裁判官はそのことを踏まえた上で、釈明についても控え目な態度で臨むということを経験原則とすべきであるものと考える。

(注19) 裁判所が釈明権を行使し、Aからその点に関する事実等が提出されたとすれば、それに対する適切な反論や反対証拠の提出をした筈であるとして、Bからも釈明義務違反が問われることも考えられないではない。そうすると、敢えて釈明義務違反はAとの関係でのみ問題になり、Bとの関係では弁論主義違反のみが問題になり得ると限

定するまでもないかもしれない。しかし、Bとの関係では、裁判所が弁論主義に違反したためにBに対する不意打ちとなっていることが問題なのであり、その意味では第一義的には弁論主義違反を取り上げるべきものと考ええる。なお、山本和彦教授によれば、このような場合には、反対にAとの関係で弁論主義違反、Bとの関係では弁論権の系統で釈明義務違反のみが問題となるとされるのであろうが、賛成できないことは既に述べたとおりである（上記第4の2）。

(注20) 吉野正三郎「争点整理手続の導入と弁論主義の変容」（『木川統一郎博士古稀祝賀論文集（上）』所収p464以下）、同「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』所収p173以下）によれば、ドイツでは、「弁論主義の終焉」とそれに代わる「協同主義」を唱える論者（パッサーマン判事）もいるが、必ずしも学説により受け入れられているわけではないとのことであるから、幸いとしなければならぬ。もっとも、「ドイツの訴訟理論では弁論主義はわが国におけるほどもはや重要な意義が認められていない。弁論主義よりも、審問請求権、武器対等原則、公正手続請求権のほうがむしろ重要視されている」「代表的な教科書では弁論主義概念よりも提出主義概念のほうが重視されている」とのことである。「提出主義」と弁論主義との違いは私には定かでないが、いずれにせよ彼の国とわが国ではかなり事情が異なるのであろう。

5 補論—法的観点指摘義務について

ア 民事訴訟では訴訟資料の収集・提出は当事者の責任と権能とされるが（弁論主義）、裁判所も必要に応じて釈明権を行使して、当事者の主張の不明瞭さや不十分な点を指摘してこれを明らかにさせ、さらには立証が不十分な場合にこれを促すことができること、場合によっては釈明義務があるとされることもあることなどは、これまで見てきたとおりである。

もっとも、釈明は当事者の主張する「事実」を対象とするものとして理解され、法の適用に関係する事項については裁判所の専権に委ねられるべきものとされてきたふしがある。（注21）

ところが、近時、当事者が用意した法律構成と裁判所の考えるそれとが異なる場合には、裁判所はその旨を当事者に対して明らかにし、それについての議論を踏まえて、あらためて必要な攻撃防御を尽くさせるべきであるとする考え方（法的観点指摘義務）が提唱され、今やこれが支配的な見解と目されるまでに至っていると言ってもよさそうである。（注22）

イ ところで、これまで釈明義務違反や弁論主義違反が指摘された裁判例の中にも、客観的には法的観点指摘義務が問題にされた（と考えられ

る) もがあるので、そのいくつかを見ておくことにする。

①最判S40・12・21民集19-9-2221 (建物明渡請求等)

本件建物をA (所有者・賃貸人) から賃借していたYがAから本件建物を買い受けたが、その旨の所有権移転登記をしないうちに、Aから本件建物を譲り受けたXがYに対し本件建物の明渡しを請求した。

Yの賃借権は一旦混同によって消滅したものの、Xの所有権取得によりXに対する関係ではYの賃借権が消滅しなかったことになるものと解するのが相当であり、原審が認定した事実関係からしても、Xが法律上当然に賃貸人たる地位を承継したものと解されるのに、原審はこの点について釈明を怠ったものであった。

②最判S41・4・12民集20-9-548 (所有権移転登記等抹消請求)

事案は大変複雑であるが、X→A (Y₁~Y₄の被相続人) →Y₅と所有権移転登記がなされている本件土地について、Xが、所有権に基づき、Y₄に対しその各登記の抹消を求めたものである。Xは、⑦本件土地はもとX所有であるが、①Aから金員を借り受け、本件土地につき代物弁済予約に基づく所有権移転請求権保全の仮登記をしていたところ、Aが勝手にA名義の所有権移転登記をしたものであると主張し、加えて、②その後B (Y₅の父親) から借り受けた金員でAに対する借入金債務を完済したとも主張した。これに対し、Y₄は、③AはXに対する貸金についての停止条件付代物弁済契約の条件成就又は代物弁済予約契約に基づく予約完結の意思表示により本件土地の所有権を取得し、これに基づく所有権移転登記をしたと主張し、加えて、④その後本件土地をAから買い受けたBとXとの間に、Xが約定の期間内に一定の金員を持参すればXに売却するという約束がなされたが、Xが約定の期間内に当該金員を持参せず、かつ、本件土地は不要であると言明したため、BはY₅名義の所有権移転登記をしたものであると主張した。

1 審はXの請求を棄却し、控訴審 (原審) もXの控訴を棄却したが、原審は、本件土地の所有権が代物弁済契約によりXからAに移転したこと、XがY₅の父親Bから借り入れた金員をもってAから本件土地を買い戻すとともに、Bに本件土地をその借入金の売渡担保として譲渡したが、約定に基づく買戻

期間が経過したので、Bはその子Y₅名義で所有権移転登記をしたことを認定し、かくして、Xは一旦取り戻した本件土地の所有権を失ったのでXの請求は理由がないとしたのである。これに対し、Xが上告し、「Bに本件土地をその借入金の売渡担保として譲渡した」との認定事実は当事者が主張していない事実であり、原判決には当事者の主張しない事実に基づいて判断をした違法（弁論主義違反）があると主張したところ、最高裁はこれを認めた。

③最判S43・10・31民集22-10-2350（賃借権設定登記抹消請求）

Y₁がA所有の本件土地を賃借権の譲渡・転貸ができるとの約定で賃借し、賃借権設定登記をした。その後、本件土地をAから買い受けたXは、Y₁の賃料不払を理由に賃貸借契約を解除したが、賃借権登記の抹消のための措置をとらないでいるうちに、Y₂らがY₁から賃借権の持分譲渡を受けて、その旨の登記をした。1、2審ともXのYらに対する賃借権登記の抹消請求を認容したので、Yらが上告。

最高裁は、Xが、Y₁の賃借権の消滅をもってY₂らに対抗するためには、民法177条を類推適用してその旨の登記を経ることを要するところ、これと異なる原判決には法令の解釈、適用を誤った違法があり破棄を免れないとしたが、それとともに「判示の事実関係のもとにおいては、Y₁はY₂らと本件賃借権を準共有していたものと解されるから、XはY₁に対して、Y₁の有していた賃借権の持分について移転登記手続を求めることができたのであり、原審がこの点について釈明権を行使しなかったのは審理不尽のそしりを免れない」とした。

④最判S45・8・20民集24-9-1339（否認権行使請求）

破産者A及び同B（A・Bは夫婦）の破産管財人Xは、Yに対し、A・B両名が破産債権者を害することを知りながら夫婦の共有にかかる本件土地を代物弁済としてYに譲渡して所有権移転登記をし、次いで、本件建物をYに譲渡して所有権移転登記をしたとして、本件土地建物の譲渡行為を破産法72条（現160条）1号に基づいて否認すると主張して、各登記の抹消を求めた。

原審は、Yは本件土地建物をA・B夫婦が支払停止の状態に至る前に譲渡

担保として取得しているから、Xは原因行為の否認はできないとした上で、それらの登記は同法74条（現164条）の否認（対抗要件の否認）の対象たり得るものと解する余地もないではないが、Xは対抗要件否認の要件事実を主張せず、またその否認権を行使しないままであるので、裁判所はこの点を判断できないとして、Xの請求を棄却した。

これに対し、最高裁は、「破産管財人が当該物権変動を否認し、これを原因とする登記の抹消を請求している場合において、その主張及び弁論の全趣旨中に対抗要件否認の要件を満たす事情があらわれているならば、もし原因行為の否認が認容されるときは対抗要件否認をするものであることは、ほとんど疑いを容れる余地がない」として、原審としては釈明権を行使して対抗要件否認についても当事者の注意を喚起し、この点に関する主張・立証を備えさせようえ、これについて判断すべきであったとした。

⑤最判S48・7・19民集27-7-823（預金支払請求等）

事案はかなり複雑であるが、本項の関係で必要な部分のみを略記すれば、AのX（銀行）に対する預金債権 α について譲渡禁止の特約が付されていたところ、Aは α 債権をYに譲渡し、その旨の通知がそのころXに到達した。他方、XはAに対する手形割引債権 β を担保するために α 債権の上に設定していた質権を実行して β 債権に充当するとともに、本件手形をAに返還した。Yは、本件手形はYに交付すべきであるのにAに返還してしまったためにAに対する求償権を満足することができなくなり損害を被ったと主張した。これに対し、Xは、Yは α 債権につき譲渡禁止特約があることを知っていたから、債権譲渡により α 債権を取得することはできないなどと主張した。

原審は、X主張の譲渡禁止特約の存在を認めたが、Yは同特約があることを知らなかった（善意）と認めてYの損害賠償請求を認容した。これに対し、最高裁は、Yが善意であるとの原審の認定は、判示のような事実関係のもとにおいては首肯しえないではないとしつつ、「民法466条2項は、その文言上は第三者の過失の有無を問わないかのようなのであるが、重大な過失は悪意と同様に取り扱うべきであるから、譲受人が譲渡禁止特約の存在につき善意であっても、これにつき重大な過失があるときは、悪意の譲受人と同様、

譲渡によって当該債権を取得できない」と判示した上で、原審としては積明権を行使してYに重大な過失があったかどうかについて主張立証を尽くさせるべきであったとした。

⑥最判S58・10・28判時1104-67（委任目的金支払請求）

交通事故で死亡したAの妻子（ X_1 と X_2 ）は、その自賠責保険金の被害者請求手続をYに委任し、Yは保険会社から864万余円の支払を受けた。Xらは、そのうち450万円が引き渡されていないとして、請求の趣旨を「Yは、Xらに対し、450万円を支払え」（遅延損害金の請求については省略）とする訴えを提起した。

1審は、Yに450万円の返還義務があることを認めた上で、Xらの請求につき法定相続分に従うなどして、 X_1 に対し164万余円、 X_2 に対し285万余円を支払うべき旨の判決をした。Yのみが控訴したところ、控訴審（原審）は、1審と同じくYに450万円の返還義務があることは認めたが、訴状記載の請求の趣旨によれば、Xらは、Yに対し、450万円の各2分の1、すなわち225万円ずつの支払を求めているものであるとして、1審判決中の X_2 について認容された285万余円のうち225万円を超える部分を取り消して、同部分の請求を棄却した。

最高裁は、「Xらが真に意図しているところは、Xら両名がYに対し450万円の支払を求めることにあることが窺われなくはないから、原審としては、Xらに対し、本訴請求の趣旨につき積明を求め、Xらの各申立ての真に意図しているところを明らかにしたうえで審理判断すべきであった」として、積明権の行使を怠り、ひいては審理不尽の違法をおかしたものであるとした。

⑦最判S61・4・3判時1198-110（否認権行使による価額償還請求）

破産会社A社の破産管財人Xは、否認権行使に基づいて、A社から本件トラックを搬出したYに対し、現物の返還に代わる価額の償還を請求し、その価額につき搬出時の時価156万余円である旨の書証が提出された。控訴審（原審）における審理は専ら否認権の発生原因事実の有無に向けられ、右価額については争われることはなかった。しかし、原判決は、価額償還請求権の発生自体は認めたが、価額算定の基準時は否認権行使時であるところ

ろ、その時点における価額の立証がないとしてXの請求を棄却した。

最高裁は、否認権行使時の本件トラックの時価が零であることは到底考えられず、また、その立証も可能であったものというべきであるとして、「原審は、Xに対して否認権行使時の時価の立証を促すべきであり、このような措置に出ることなく、Xの請求を排斥したのは積明権の行使を怠り、ひいては審理不尽の違法をおかしたものである」とした。

⑧最判S62・2・12民集41-1-67（譲渡担保権の実行による清算金請求）

原審は、当事者が処分清算型と主張している譲渡担保契約について帰属清算型と認定したうえ、この場合の清算金の有無及びその金額についてXは何らの主張立証をしないから、その余の点について判断するまでもなく、Xの請求は理由がないとしてこれを棄却した。

最高裁は、「原審の右認定判断は、本件の審理経過に照らすと、いかにも唐突であり不意打ちの感を免れない。帰属清算型と認定することにより、清算義務の発生時期ひいては清算金の有無及びその額が左右されると判断するのであれば、裁判所としては、そのような認定のあり得ることを示唆し、その場合に生ずべき事実上、法律上の問題点について当事者に主張・立証の機会を与えるべきであるのに、原審がその措置をとらなかったのは積明権の行使を怠ったものである」とした。

⑨最判H22・10・14判時2098-55（地位確認請求等）

学校法人Yの経営するA大学では60歳定年制が施行され、X（教授）はそれにより退職したが、A大学では、㊦かねて70歳過ぎの教授も勤務していたこと、㊧Xは、B理事から「健康でさえあれば、80歳くらいまでは勤務してもらおう」旨言われていたことなどに基つき、定年延長の合意（明示又は黙示）が成立したと主張して、教授の地位確認と教授としての給与の支払を求めた。

1審は、Xの請求を全部棄却したので、Xが控訴したが、控訴審（原審）では、第1回期日において、X及びYから定年延長の合意の有無についての準備書面が陳述されたものの、他に主張立証はないとして弁論終結に至った。ところが、原判決は、定年延長の合意は認められないが、本件の事情

のもとでは、信義則により、Yは、Xが定年により退職すべき時期から1年間はXが退職したことを主張することができないとし、給与の支払請求につき1年間分についてはこれを認めるべきであるとして、1審判決を変更した。これに対し、Yが上告して、Xの定年退職の事実を退職時期から1年間は信義則により主張できないというような主張はXも主張していないのであるから、原判決は弁論主義に違反すると主張したが、最高裁は、弁論主義違反ではなく、釈明義務違反（＝法的観点指摘義務違反）があるとして、原判決を破棄してこれを原審に差し戻した。

ウ 検討

i ①は、所有権を取得したため混同により一旦消滅した賃借権が、二重譲渡を受けて登記を具備した第三者に対する関係ではあらためて賃借権を主張することができるとするもので、法的判断を加える前提として、この点についての釈明をすべきであるとする。

ii ②は原判決に弁論主義違反があるとしているが、本件においては「売渡担保として譲渡した」という事実主張の基礎となる事実（ナマの事実）は主張されているのではないか、そうだとすると弁論主義違反とするのは当たらず、それをどのように法律構成するかという専ら法的観点指摘義務の問題なのではないかという指摘がなされているところである。（注23）

これは当事者の主張責任についての理解とも関わる微妙な問題であるが、当事者としてはナマの事実を主張すれば足り、あとは裁判所の責任分野であるとしてしまうのは、当事者主導の訴訟を旨とする弁論主義の趣旨にもとるものであり、また、裁判所の負担をいわずらに重くすることにもなりかねないので直ちに賛同することはできない。最高裁が言うとおり弁論主義違反であるとし、かつ、さらに釈明義務違反もあると解すべきものと考える。

iii ③は、Xが全面勝訴した1、2審判決は対抗問題についての法令の解釈適用を誤ったとして原判決を破棄し、1審判決を取り消した上で、その場合においても、XはY₁に対してはY₂らに譲渡した賃借権の持分の残りのY₁の持分について移転登記手続を求めることができる筈であるとして、

原判決はこの点についての釈明をすべきであったとしたものである。緻密な目配りであり、さすがである。しかし、原審はXを全面勝訴させているのであるからこれは無理な注文である。この点は差戻審に対して審理の指針を示したものであるということになろう。

iv ④の判示はそれ自体としてはまことに正論であるが、破産管財人が弁護士であることを考慮すると、果たしてここまでの釈明義務を裁判所が負うものだろうかという疑問もないではない。

v ⑤は、民法466条2項但し書きの解釈について原審が思い至っていなかった点を指摘し、それを踏まえた上で釈明義務の必要性を認めたものであるから、法的観点指摘義務を考えさせるのにまさに相応しい事例と言える。

vi ⑥の事例は、1審が、釈明権を行使して、Xらの請求の趣旨についてXら各自の請求を特定させるべきであったのに、それを怠ったまま弁論を終結し、判決においてXらの法定相続分に基づくなどして X_1 と X_2 の認容額を分けて認容したものである。1審としては、これがXらの請求の趣旨の本来の形であると解し、その点について一種の判決釈明をした上で、Xらの請求を全部認容したつもりであり、Xらもまたそのように受け止めた（少なくとも、1審判決のように理解されるのであれば、それはそれでよいと考えた）ものと思われる。これに対して、原審は、Xらはあくまで民法427条に基づいて450万円の各2分の1である225万円ずつを請求しているものとして、1審判決を変更した。1審判決にも問題があることは確かであるが、上記のような本件訴訟の経過及びそこから推測されるXらの意思よりも、法律を形式的・画一的に適用することを優先したために、Xらの利益を損なうような結果を招いたものである。このような原判決を破棄した⑥は当然と言えば当然であるが、さすがが最高裁という思いのする判決である。

vii ⑦は、直接には、否認権行使時の本件トラックの価額についての立証がないとしてXの請求を棄却した原判決を破棄したものであるが、むしろ問題なのはXが否認権を行使した場合の現物返還に代わる価額の償還請求の場合の当該価額算定の基準時は否認権行使時であることをXが認識し

ていなかったふしがあるということである。そうであれば、原審としては、その点を指摘した上で、同時点における本件トラックの時価の立証を促すべきであったということになる道理である。ただ、上記④と同様に、弁護士であるXに対してそこまでの釈明をしなければならないものなのかという疑問もないではない。しかし、本件については、果たして否認権行使時の本件トラックの時価を算定することができなかったのだろうかという疑問も残る。本件トラックを搬出した時点での時価については主張・立証がなされているのであるから、搬出時と否認権行使時との日時の経過を勘案することにより、否認権行使時の時価を評価することもできたのではないか。むしろ、本件トラックの現物が把握されていないと思われる本件にあっては、否認権行使時の時価の算定のためにはいずれにしてもこのような手法によるほかなかったのではないと思われる。そうであれば、原審としては、価額算定の基準時は否認権行使時であることを指摘した上で、上記のような手法を用いて否認権行使時の時価を算定すれば足りたのであり、否認権行使時の時価についての立証がないとしてXの請求を棄却するなどというのはいかにも形式的な理由付けとの感を免れない。しかも、原審の審理の対象は専ら否認権の発生原因事実に向けられ、本件トラックの時価について争われることはなかったというのであるから、そのような事情を併せ考えるなら、これは上記3の⑤の原判決と同様の「肩すかし判決」という批判を免れないのではないかとも思われる。

⑧の原判決もまたそのような気配が濃厚である。加えて、この場合には、当事者が処分清算型と主張している譲渡担保契約について帰属清算型と認定したうえで、この場合の清算金の有無及びその金額についてXは何らの主張立証をしないなどと判示しているのであるが、当事者の主張（処分清算型）と原審の認定（帰属清算型）が食い違っているのであるから、後者に基づく清算金の有無及びその金額についての主張立証がないのは当たり前である。このような独りよがりな判決をされたのでは当事者はたまったものではあるまい。原判決が破棄されたのは当然のことである。

viii ⑨は比較的最近の判例であり、法的観点指摘義務についての議

論の動向などをきちんと踏まえて判断されたものであろうと思われるだけに、大いに注目してよい判決である。

ところで、本件にあっては、当事者は原判決が判断したような信義則違反の主張をしていなかったのであるから、Yが上告理由で原判決の弁論主義違反を指摘したのはもっともなことと思われる^(注24)。しかし、最高裁は、「弁論主義違反」ではなく、「釈明義務違反」があるとした。それは何故だろうか。

最高裁が上記第4の2で見た山本和彦論文の主張を採用したのだとすればこの点は容易に説明ができることになるが、おそらくそうではあるまい。また、「定年延長の合意」の成立というXの主張事実に関して主張された上記㉗及び㉘の事実が、信義則違反の評価根拠事実（主要事実）に当たるから、信義則違反の主要事実自体は主張されていると解することができるならば、原判決に弁論主義違反はないということになろう。しかし、最高裁は、「定年延長の合意」の成立こそが主要事実であり、㉗及び㉘はあくまで主要事実を推認させる間接事実と解している。間接事実として主張されているものを主要事実としての主張があったものと扱うことはできないとする私見によれば（上記第7の2参照）、やはり弁論主義違反を認めないわけにはいかない。だが、本件における「定年延長の合意」は明示のそれではなく、黙示の合意と解するのが自然である。そして、黙示の合意については、それを根拠づける具体的な事実が主張されてはじめて意味のある主張となり得るのであって、その意味では、規範的要件や一般条項と共通するものがある。そうであれば、上記㉗及び㉘は「定年延長の黙示の合意」を根拠づける事実であって、これも主要事実であると評価することができる。そうすると、㉗及び㉘の事実を信義則違反の評価根拠事実（主要事実）として用いることも不可能ではないことになるから、原判決に弁論主義違反はなく、釈明義務違反（法的観点指摘義務違反）があるにとどまるものと解することも許されよう。^(注25)

エ　ところで、第82回民訴学会のミニシンポジウム「民事訴訟法の今後の改正課題」では、「裁判所は、当事者が明らかに看過し、又は重要で

ないと考えた法的観点については、当事者に当該観点について指摘し、意見を述べる機会を与えた場合でなければ、裁判の基礎とすることができない」との法的観点指摘義務に関する規定を新設することが提案され、それについての報告がなされた。本問題を考える恰好の素材であるので、以下に簡単に紹介しておきたい。

i 「法的観点」の意義について、①法令の解釈についての見解（法命題の意味内容の解明）と、②その事案に適合的な法律構成についての見解（適用すべき法命題の選択ないし決定）に分類した上で、①につき、「法的観点についての認識が齟齬する結果、裁判所が考える法的観点に沿った主要事実の主張がなされていないことが考えられるところ、それを理由に請求を棄却してしまうならば、裁判所の法解釈に応じた形での攻撃防御の機会を奪ったという意味で法的観点指摘義務違反になる」のに対し、②の場合には、「当事者は必ずしも自覚していないものの、間接事実など「生の事実」としては裁判所が適当と考える法的観点に沿った事実が弁論に登場していることもあり得るところ、その場合においても、あくまで当事者が主張する法律構成のみを前提として判断し、「生の事実」は主要事実としては考慮しない場合と、これを考慮して、裁判所が適切と考える法的観点に沿った判断を示す場合とが考えられる」とする。

また、「複数の法律構成が想定できる場合に、裁判所としては、当事者の選択した法律構成に拘束されるのか、拘束されないとして、いずれの法律構成を採用するかについて、裁判所に裁量が認められるか」という問題を提起し、前者につき拘束されるとする見解は見当たらず、後者については、別の法律構成をすることにより訴訟物が異なることになる場合には、当事者が訴えの変更をしない限り当該法律構成を採用する余地はないが、同一訴訟物の範囲内においては法の解釈適用は裁判所の専権事項であるから当事者の主張には拘束されないと解されていると思われるものの、裁判所は実体法の定めにも拘束され、本来の意味における裁量は存在しないと解する余地もあり、確立した定説は存在しないと説明している。

ii 法的観点指摘義務の機能は、当事者に十分な攻撃防御の機会を

保障することであり、その理論的な根拠は「弁論権の十分な保障」であると
とする。(注26)

iii 法的観点指摘義務の行使のあり方について、争点整理が相当程度
進行し、当事者の主張する法律構成や法律上の争点がある程度明らかにな
り、それと裁判所の認識との齟齬が判明した場合などが想定されるとし
ている。

iv 法的観点指摘義務の明文化について、A案(積極的に義務を定め
る方法)とB案(ドイツ法、フランス法のように消極的な形で定める方
法)とが考えられるが、A案については義務の外延を画することが困難で
あるなどの難点があり、B案の方が問題が少なく相当であるとする。(注27)

(注21) その意味では、事実の法的評価や法律構成についての当事者の主体的役割を強
調する法探索主体説を提唱された伊東教授の所説は注目すべきものである。

(注22) この関係において重要な契機となったのは何と言っても山本和彦教授の「民事
訴訟における法律問題に関する審理構造」(同『民事訴訟審理構造論』所収)であら
う(ただし、教授は「法律問題」と呼んでおられる)。そこでは、フランスやドイツ
におけるこの関係の立法や議論の状況などを踏まえて、説得力のある主張が展開され
ている。

なお、濱崎録「法的観点指摘義務と釈明義務の関係について」(熊本法学130号150
頁以下)は、表題どおり法的観点指摘義務と釈明義務との関係を考察したものである。
両者の関係をどう考えるかは興味深い論点の一つであり、私自身は法的観点指摘義務
も釈明義務の一態様と位置付ければ足りるのではないかと考えるものであるが、濱崎
氏は両者を異なるものと捉える立場から論じておられる。それはともかく、この論文
はこの関係の最新の文献であり、参考になるところ大である。

(注23) これは、新堂教授が「民事訴訟法理論は誰のためにあるのか」で取り上げた最
高裁判決の一つであり、教授は、そこで本文記載のような問題提起をしておられる。

なお、最判S42・11・16民集21-9-2430(第三者異議事件)も、当事者の主張内容や
事実に照らし、代物弁済契約締結の事実が窺われるのであるから、代物弁済という文
字に拘泥することなく、その法的性質を明らかにするために釈明権を行使すべきで
あったというものである。上記②の反対形相ということになろう。

(注24) それにしても、当事者から信義則違反の主張がないにもかかわらず、原審はど
うしてこのような判決をしたのであろうか。第1回口頭弁論期日に弁論を終結して
いる(いわゆる一回結審)のであるから、その時点においてはおそらく第1審判決維持
で格別問題はないとの心証だったのであろうが、その後、判決書を作成する段階に
なって心証が微妙に変化したということが考えられる。しかし、それならば、弁論を
再開して、この点について然るべき釈明をした上で、当事者の攻撃防御を尽くさせる
べきだったのである。また、弁論終結後に和解勧誘がなされ、原判決のような和解案
が提示されたが、結局不調となったため、和解案の線で判決がなされたということも

考えられる。和解での折衝がなされたことにより、必要な釈明がなされ、当事者の攻撃防御も尽くされたものと錯覚して、或いは、実質的に不都合はないと決め込んで、そのまま判決をしたということかもしれない。

(注25) これに対し、規範的要件などの主要事実を「評価根拠事実+法的評価」と考える私の立場（上記第7の2の（注10）及び（注11）参照）からすれば、㊦及び㊧だけでは信義則違反の主要事実が主張されたことにはならないから、やはり弁論主義違反とされることになる。

(注26) 弁論権と弁論主義の関係については前記第6で検討したところであるが、ここでも「弁論権の保障」というときに弁論主義との関係に視野を及ぼすことが必要ではないかと思われる。

(注27) いずれにしても、この種の規定を設けるとなると、釈明権・釈明義務に関する規定（法149条1項）との関係が問題となるし、そもそも、同条項のほかにこのような規定を置く必要があるのかという疑問もなくはない。もっとも、これにより、裁判所と当事者との間で活発な法的議論がなされるようになり、より充実した的確な争点整理がなされることを期待できるのであれば、その意義を認めてもよいであろう。

おわりに

以上で、本稿を閉じさせていただく。弁論主義（論）の再生のためにという所期の目的が達せられたかは甚だ心許ない。

弁論主義の根拠論に関して国家の司法政策として選択された所産にすぎないとしたことは、それがあつた程度必然的な選択であることを強調したとしても、私の意図とは反対に、かえつて弁論主義の意義を低める結果になっているのではないかとの指摘を受けるかもしれない。しかし、私的紛争の公権的な解決のための制度である民事訴訟において弁論主義があつたかも本来的に導かれるものであるかのように説明すれば弁論主義の意義を高めることになるというのではなく、弁論主義の根拠論を正確に位置付けることこそが弁論主義（論）の再生のための不可欠の前提となると考える。

また、弁論主義の内容についても、その基本的な性格は裁判官に対する許容ないし免責であるとして、第1テーゼ以下の各テーゼについて、裁判官の裁量の余地を内在させたより柔軟な定義づけをすべきであるとした点についても、国家からの介入の禁止という弁論主義の本質的な要請を忘れた立論であるという批判を受けるかもしれない。しかし、国家からの介入

の禁止という観点からする従来の定義づけは、職権探知主義との区別という面においては首肯することができるものではあるが、それが、却って、弁論主義の内容をいたずらに窮屈な枠に押し込めることになって、民事訴訟における当事者と裁判官の役割及び責任の分配について、実態に則した柔軟かつ豊かなものにするのを妨げるようになっていたのではないかと考えるものである。

なお、本稿は、当初は第Ⅰ部と第Ⅱ部に分けて寄稿する予定であったが、私の退職時期が迫ってきたこととの関係で一括掲載の運びになったものである。種々の至らない点は上記のような事情に免じてお許しいただきたい。