



## 論評

八田, 卓也

---

**(Citation)**

民事訴訟の過去・現在・未来 : あるべき理論と実務を求めて:176-188

**(Issue Date)**

2005-07

**(Resource Type)**

book part

**(Version)**

Version of Record

**(URL)**

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004118>

※ この論文ファイルは印刷不可です。



## 論評

対談を、非常に興味深く拝読し、多くを学ばせていただいた。以下では、対談を読ませていただいて思い至ったことを、そのままに、書き綴らせていただく。

本来、私に課せられた課題は「論評」であるが、まだまだ学の浅い駆け出しの研究者の私には、山本弘教授、山本彦教授のこのご対談を論評する能力がなく、したがって、以下は浅学者の抱いたいくばくかの感想の域を出ることができないことをご了承願いたい。

## I 弁論準備手続について

弁論準備手続の実態について、私は及び知るところが少ない。しかし、弁護士が当事者を同道させることは少ない、と福岡のある弁護士や裁判官から耳にしたことがある（東京地方裁判所プラクティス委員会「新民事訴訟法・新民事訴訟規則の施行状況に関するアンケート結果の概要」判時一七三五号三二頁、および、植草宏一「弁論準備手続の在り方——訴訟代理人の立場での問題点と改善のために必要な条件」上谷清二加藤新太郎編「新民事訴訟法施行三年の総括と将来の展望」〔西神田編集室、二〇〇二年〕一六三頁はそれを裏付ける。もつとも、他方で、自分分は原則として必ず弁論準備手続には当事者を同道させる、それにより当事者の満足感は格段に上がる、という弁護士にも出会った。したがって、実態はやはり、よくわからない）。当事者を同道させない結果、紛争の本質的な部分を弁論準備手続の内部で説明することはできず、結局、弁論準備手続は、準備書面の突き合わせと次回期日までの課題（それぞれ依頼人に確認してくるべきこと）の設定にとどまっている、ということであった。これが実際の実態を適切に反映した絵図であるとすれば、弁論準備手続は、「口頭」弁論の活性化には、寄与していないことになる（裁判の迅速化に寄与しているかどうか、弁護士の尻たたきになつたかどうか、は別論である）。

以上は、弁論準備手続で、実質的「口頭」弁論が行われていない可能性を示唆する。しかし、両山本教授の対談は、弁論準備手続を非公開にしたことの功罪を問うており、たしかに、これは問われるべき問題である。

ここでは、まず、なぜ裁判の公開が要請されるか、という「公開」の趣旨・目的が問題となる。この点は、私自身、詰めきれていない。が、裁判公開の趣旨を、公正な裁判の保障に求めるのが見解の大勢と思われる（最大判平成元・3・8民集四三巻二号八九頁参照）。しかし、誰のため、何のための「裁判の公正」かは、必ずしも明らか

ではない。当事者なのか、潜在的な利用者なのか、純然たる第三者なのか。当事者であるとするれば、憲法八二条は当事者の意思に反してでも公開を要請しているように読めることが問題となるし、純然たる第三者であるとするれば、「公正な裁判」を要求する正当な利益の存在に疑問が湧く。上記のなかでは、潜在的な利用者の利益とするのが、一番落ち着きが良いようにも思われる（その利益の内容は、悪しき慣行が隠れた裁判の中で確立し、その不利益を、自分が顕在的利用者となったときに被るのを防ぐ、といったことになろうか）。が、かかる利益が、両当事者が一致して非公開を要請した場合にそれを上回ることができるとは疑問であり、結局、憲法上の公開要請を絶対化するすれば、上記に尽きない「何か」に、公正の保障の被保護法益を求めなければいけないことになるようにも思われる。なお、この文脈では、平成一五年成立の人事訴訟法二二条が、当事者の立場からの公開の制限というかたちではなく、憲法八二条二項本文による公開の例外「公序良俗」の具体化、というかたちで非公開の場合を規律することにより、難題をすり抜けたことが想起される。

上記の一般的な傾向とは別に、公開の趣旨を、訴訟と、訴訟が対象とする紛争が帰属する「社会」とを架橋させるためのもの、として捉える立場もある（安西明子「争点整理と公開」法政研究六〇巻一号一六三頁。当事者以外の紛争に対する利害関係人の手続「参加」の手段として、裁判公開を位置づけていると読み替えることもできよう。山本弘・法教二八三号一一五号は、この立場を、国民の「知る権利」の観点から再構成する。国民の「知る権利」と裁判公開との関係については、佐藤幸治「憲法（第三版）」（青林書院、一九九五年）三一七頁、浜田純一・憲法判例百選Ⅰ一五七頁等も参照）。しかし、この立場を突き詰めれば、和解を含め、紛争解決過程全般が公開されるべきだ、という見解に行き着き、憲法上要請されている公開が、対審と判決に限定されていることの説明がつかない（もつとも、論者の関心は憲法上の公開要請の基礎付けにはなく、その点では論者の主張は一貫している）。しかし、和解を公開でやれという要請が妥当なものかは、問われてよいと思われる）。

以上のように、公開の趣旨が問題となる一方で、弁論準備手続を非公開としたことの功罪を問う立場に対しては、

弁論準備手続の過程自体が公開されないことが問題なのか、それとも、弁論準備手続後の結果陳述が形骸化しているのが問題でありそれが実質化されれば問題は解決されると考えるのか、という問いを発することができよう。対談における山本弘教授の立場は、前者のように読める。しかし、前者の立場に対しては、準備手続の非公開は、ドイツ・アメリカでは通常のことであるというさらなる問題提起が可能である（高橋宏志「裁判公開の意味」「交渉と法」研究会編『裁判内交渉の論理』（商事法務、一九九三年）一三三頁）。が、これに対しては、山本弘教授の立場からは、弁論準備手続が実質的な口頭弁論となつていくことが問題なのだ、と応答することになるか（高橋・前掲「裁判公開の意味」一二四頁も参照）。もつとも、そこにいう「実質的」口頭弁論とは何を意味するのかは吟味する必要があるように思われ、それは結局、何を公開することが「裁判公開」の趣旨に適うのかという問題にながり、最終的には、何のための裁判公開か、という問題に立ち返ることになる。

何のための裁判公開か、については、憲法上の要請の根拠を探る、という呪縛からいったん身を解放したうえで、これを考察する必要があるのだろうか（安西・前掲「争点整理と公開」もその一環となつているシンポジウム「あらためて『公開』の意義を問う」法政研究六〇巻一号一二一頁は、かかる問題意識に立つ）。

## 2 当事者照会について

当事者照会については、やはり、回答「義務」が存在することが理論上無視できない重みをもつと思われる。対談のなかにもあるように、理論的には、いままで日本の民事訴訟の公理のように考えられてきた「敵に塩を送る義務はない」という原則に抵触する義務が、法律上指定されることになったといえるからである（高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）』（二〇〇四年、有斐閣）六三頁以下参照）。

ただし、これが違反に対する制裁をとまわらない義務として規律されていることをどう理解するかは、詰めるべき問題として残っているように思われる。また、もともと「敵に塩を送る義務はない」という原則は、法律上認められた原則ではない。また、平成八年民法改正前から存在する当事者の文書提出義務（こちらは違反に対する制裁をとまわっている）も、「敵に塩を送る義務はない」という原則と抵触する面がある。とすれば、そもそも、「敵に塩を送る義務はない」という公理が絶対的な公理として存在したのか、疑問である。そもそも、そのような公理が存在していたのかを問うこともできようし（かかる立場からは、「敵に塩を送る義務はない」という原則の存在を主張する側にその根拠を提示する責任が生じることになる）、仮に存在していたとしても、相対的なものだったのではないか（一定の場合には、他の法理が優先する）と、考えることもできるように思われる（その場合には、どういった場合に他の法理が優先するのが問題となるう）。

### 3 釈明について

釈明については、パターンナリズムを排していく方向に、私自身は、親近感を覚えている。パターンナリズムを排した場合、本人訴訟も、「弁護士に依頼しない」という選択として、自己責任による規律の対象となりうる（園田賢治・広島大学助教授の指摘に負う。ただし、対談において山本和彦教授が指摘するセーフティネットの存在が前提となるう。すなわち「選ぼうと思えば弁護士を選べる」という環境の整備である。そのこととの関係では、平成一六年に成立した「総合法律支援法」をベースとした司法ネット構想がどこまで成功するかは注目される）。

法的観点に妥当するとされる「裁判官は法を知る」という原則（以下、法律判断の裁判所専権性として言及する。ただし、「専権性」というのは、最終的な判断権限が裁判所にあるという意味で、訴訟過程で法的観点に関して裁

判所が当事者と討論する必要性を否定するものではない)は、もともとパターンリズムから出発したことが指摘されているが(山本和彦『民事訴訟審理構造論』(信山社、一九九五年)九六頁以下)、現在では、パターンリズムによる基礎付けの説得力は、弱くなってきているのではないかと思われる(そもそも、法的観点におけるパターンリズムは、その両端にある訴訟物と事実についての処分責任を、処分権主義と弁論主義により当事者に負わせていることにより、貫徹されていない。現在、法律判断の裁判所専権性の説得力ある基礎付けを求めるとすれば、法の一般性になろうか。しかし、これも訴訟における「私的自治」と緊張関係に立つことは否定できない。山本和彦・前掲『民事訴訟審理構造論』九九頁)。であるとすれば、自己に有利な法的観点・法律構成を「見つけて」きて提示する負担、責任を当事者に負わせることも、現行法のもとでとりうる選択肢なのではなからうか(法律判断の裁判所専権性を前提とすれば、当事者が提示した法的観点を採用するかどうかは、弁論主義と異なり、裁判所に、判断権限がある(「権利自白の問題は、ここでは、おく」。山本和彦『民事訴訟法の基本問題』(判例タイムズ社、二〇〇二年)一六三頁、一六七頁注(23)も参照。もちろん、その観点につき、討論をする必要はあろう)。

また、パターンリズムを排していった場合、釈明はコミュニケーションギャップを埋めるためのものに純化されていくように思われる。すなわち、当事者の意図を質す釈明の他は、法律判断の裁判官専権性により、法的観心のレベルにおいて生じる弁論主体たる当事者と判断主体たる裁判所との間のギャップ、また自由心証主義により、証拠評価のレベルにおいて生じる当事者と裁判所との間のギャップを埋めるためのもの(すなわち、「不意打ち」防止のための釈明)に限定されるべきことになるように思われる(山本和彦「民事訴訟の審理における裁量の規律等」ジュリ一二五三号一五六頁、特に一五九頁以下参照)。であるとすれば、新訴訟物理論をとった場合にも、失権効が及ぶ法的観点を裁判官が指摘する義務は、存在しないことになる(一般的に、「その給付を求める地位を導く法的観点は、棄却判決によりすべて遮断される」旨さえ釈明をすれば、裁判官としては釈明義務を果たしたといえる。あとは、かかる法的観点をもらさずに当該訴訟の中で提示できるかは、当事者側の問題になる)。釈明範囲

の拡大を理由とした新訴訟物理論批判は、根拠を失うことになるように思われる（また、法律判断の裁判所専権性につき上記のように解すれば、裁判官は当事者の主張する事実を前提として、それから請求認容を導きうる法的観点をもとらず検討しなければいけないという意味での負担増大もない）。

ともあれ、もともと、証拠の提出と事実主張については、弁論主義第三テーゼと第一・第二テーゼにより、当事者に「支配権」が認められていながら、その間をつなぐ証拠評価による事実認定の部分は、自由心証主義により裁判官に「支配権」が認められている。事実主張と訴訟物については、弁論主義第一テーゼ・第二テーゼと処分権主義により、当事者に「支配権」が認められていながら、その間をつなぐ法的観点の部分は、裁判官の専権とされ、裁判官に「支配権」が認められている。そのことのもたらす不安定さというのがあるのではないか、という漠然とした印象を私は抱いている。

#### 4 真実発見について

民事訴訟における真実発見の位置づけに関しては、対談においては、山本弘教授は、裁判官に対する規制のための手段的なものとして捉えているのに対し、山本和彦教授は、真実発見それ自体が訴訟の目的のひとつであるとして、えている。

が、真実発見自体が民事訴訟の目的となる、という考え方には私は違和感を感じる。時機に後れた攻撃防御方法の却下もそうだが、人事訴訟以外の通常民事訴訟が対象とする「弁論主義」という枠組み自体が、実体的真実をとことん追究するシステムにはなっていないからである。

また、真実発見それ自体を民事訴訟の目的とする議論には、当事者の訴訟上の地位を相対的に「下げる」運動力

が潜んでいるような危惧を覚える（対談中、山本和彦教授は、積極否認の具体化、および、できるだけ詳細な訴状・準備書面の提出が、「当事者の主体性を活かした」「真実発見」の制度設計だと述べられているが、はたしてそのようにいえるのか、少し疑問を感じた）。当事者の情報・証拠方法の収集手段の拡充も、「真実発見」という基礎付けではなく、異なった視点から考察していくべきではないか、という漠然とした印象を抱いている。

自分自身、答えの見つけられていない問題ではあるが、少なくとも、何のための真実発見か、考えていく必要はありそうだと感じている。

## 5 「手続裁量」に対する山本和彦教授の切り込みについて

規範の必然的抽象性と紛争の個別性を前提とすると、手続の柔構造化の要請が生じるのは必然であり、それに対するひとつの回答が裁判官の裁量による処理の範囲の拡大であることに鑑みれば（川嶋四郎「民事訴訟の展望と指針」民訴雑誌五〇号一頁、特に七頁以下参照）、裁判官の裁量の局面に学者が切り込んでいくことの重要性が高いことはまた、山本和彦教授が指摘されるとおりであると考ええる。ただし、そのような切り込みは、誰でもなしうるわけではなく、「実務的」な領域に対する研究者の立場からの切り込みの集約された論文集として、高橋宏志『新民事訴訟法論考』（信山社、一九九八年）、駆け出しの研究者に留まる私としては、後述する実務家との距離の問題もあり、现阶段では積極的に「切り込んで」いくだけの実力を身につけていないと感じている。

なお、最近のドイツのハベリタツィオンに、Barbara Stichelbrock, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess (2002) があり、研究者の立場から裁判官の裁量統制の問題を扱っている。遺憾ながら、まだ手をつけられていないが、ぜひ読んでみたいと思っっている文献である。

## 6 実務家との「距離」の問題について

対談を読ませていただき、私としては、この点にもっとも関心を抱いた。事実認識として、自分は実務に非常に疎いと感じている。それでもよいのではないかと開き直りつつもやはり、それでいいのかと自問せざるをえない。

昨年の三月になるが、実務家も参加する研究会で、「相手方の援用しない自己に不利益な陳述」（最判平成9・7・17判時一六一四号七二頁）について評釈をする機会を得た。本判例が対象とする事案を簡略化して説明すると、X（原告・上告人）とY（被告・被上告人）との間で、土地の賃借権・土地上の建物の所有権につき争いが生じた。Xが、自分で土地を賃借し、その土地上に建物を建築して建物の所有権を取得したと主張したのに対し、Yは、土地を賃借し、土地上に建物を建築したのはY・Xの被相続人である、Aだと主張した。XはこのYの主張を争い、結果、原審が認定したのは、Y主張にかかる事実、すなわち「土地を賃借し、土地上に建物を建築したのは、Y・Xの被相続人である、Aである」という事実であった。原審が、この事実認定をもとに請求を棄却したのは、Yもしそれが事実であるならば、Xは、Aからの相続分に対応する共有持分権を有しているのではないか、というところが、上告審（最高裁）において問題となった。最高裁は、以下のように判示して、原判決破棄・差戻しの判決を下した。原審が、Yが主張した事実に基づいて、Xの被相続人たるAが土地を賃借し、土地上に建物を建築したと認定した以上は「Xがこれを自己の利益に援用しなかったとしても、適切に釈明権を行使するなどした上でこの事実を申ししゃくし、上告人の請求の一部を認容すべきであるかどうかについて審理判断すべきものと解するのが相当である」（なお、原審としては、原告に対し、共有持分の主張への予備的請求原因の変更の釈明をするべきであったとする補足意見がある（この補足意見は、それに応じて原告が請求原因の変更をしないと一部認容はできない、

という立場に立っているものと思われる)。

この事件の私の評釈の内容は割愛するが、評釈に対しては、特に裁判官の方々から、さまざまのご意見をいただいた。

通説たる「主張共通の原則」を素直に貫徹せば、原告が請求原因事実を否定し、被告が却って請求原因事実を主張している等、両当事者が互いに自己に不利な主張をしている場合(このような、相手方の援用しない当事者の自己に不利益な陳述には、さまざまなパターンがあるが、ここでは省略する)には、いずれの当事者の主張も裁判の基礎となり、その主張に争いがある以上、証拠調べをしてそれに従って事実認定をするべきであるとする立場に至ると思われる(兼子一「相手方の援用せざる当事者の自己に不利なる陳述」同『民事法研究第一巻』〔酒井書店、一九九頁〕)。この立場を、以下、証拠調べ説という。が、研究会に出席された裁判官は、おおむねこの証拠調べ説に対しては、消極的な評価を下していた。

かかる裁判官の意見のなかで、強く印象に残った点は、下記の点である。

①まず、一部の裁判官が指摘されていたのが、証拠調べ説を採用すると、間接事実の主要事実化(積極否認、即ち間接事実として主張されているものが相手方の申立を基礎付ける主要事実になりうるとすると、裁判官としては、そういう観点からつねに当事者の事実主張を見ないといけないことになるが、それは裁判所にとって相当な負担である)、争点整理への反映(ある程度争点整理が進んだ後に、積極否認として主張されていた事実が相手方の申立を基礎付ける主要事実にもなっていた、という事態が生じることが考えられ、その場合には、それまで進んでいた争点整理をもう一度最初からやり直さなければならぬことになる)といった問題が生じる、という観点であった。

②相手方の援用しない当事者の自己に不利益な陳述のうち、被告が請求原因事実を主張しているというケースに關し、原告がそれを争わない場合と争う場合とをどう扱うか、私が裁判官の方々に質問をしたところ、原告が争わなければ、その被告主張にかかる請求原因事実を裁判の基礎にするが、原告が争う場合には(そういう事実はず

想定できないという留保のうえで)、被告の主張する請求原因事実は裁判の基礎にはしない(少なくとも、両当事者の主張が対立しているということで証拠調べをして事実認定をすることには違和感を覚える)という立場で、おむね出席裁判官の回答は一致した。この立場は、上述のとおり主張共通の原則からはもつとも素朴な帰結と思われる証拠調べ説に反し、むしろ、ドイツで現在定説となつている扱い(かかる場合、原告の主張に合理性があるかを審査し、ない場合には請求を棄却する、という扱いである。仮に、合理性審査説と呼ぶ)に非常に近い(ただし、原告が否認する以上、被告が請求原因事実を主張してもそれを斟酌しないというのは、請求原因事実が、原告が証明責任を負う事実であるかも知れず、であるとすれば、ドイツの定説的扱いとは異なる。このように、相手方の援用しない当事者の自己に不利益な陳述については、両当事者が互いに自己に不利な主張をして対立している場合には、証明責任を負う側に不利益に扱う立場(仮に、証拠調べ説と呼ぶ)も考えられる)。

③これも、出席裁判官のおおむね一致した立場であつたのが、最高裁判決にいう「釈明」を、対応する主張をするよう促す原告に対する釈明と解する立場であつた(すなわち、釈明に原告が応じて対応する主張をしない限り、その事実は裁判の基礎とはしない、という立場である。補足意見とほぼ同じ立場であると考えられる)。しかし、掲載判例集における解説にもあるとおり、これは、むしろ、被告を対象とした、自己に不利な陳述をしていることを指摘して彼に対する不意打ちを防ぐための釈明と解するべきであると思われる。最高裁の判旨の文言上、釈明をした以上はその事実を「斟酌」しなければならぬとされており、事実を斟酌するかどうかは、釈明に原告が応じて対応する主張をした場合に限る、という条件付けがなされていないからである。

上記の各点に興味を覚えたのは、下記の理由からである。

①については、不利益陳述について一定の立場をとることが、実務における争点整理や裁判所の訴訟運営に少なからず影響を及ぼすことを指摘されたからである。だからといって証拠調べ説が不当だということにはならないと思うが、少なくとも無視はできない観点であり、正直、評釈をした時点で、私にはかかる視点が欠けていた。こう

いった実務に対する影響は、少なからず実務に通じていないと、なかなかわからない問題なのではないかと感じた。②については、まず、これは日本における実務「感覚」と学説のずれを示しているように感じられた(もつとも、畑穂穂「弁論主義とその周辺に関する覚書」青山善充ほか編『新堂古稀・民事訴訟法理論の新たな構築(下)』(有斐閣、二〇〇一年)七一頁、特に八八頁注(44)の指摘するとおり、日本の学説は、被告が請求原因事実を主張し原告がそれを争っている、といった場合について詰めた議論はしておらず、証拠調べ説が、日本の学説上通説だ、と言いつけることができるわけではない。ただし、上述のとおり、主張共通の原則からの最も素朴な帰結は、証拠調べ説ではないかと考える)。また、有理性審査説に近い立場で研究会への出席裁判官がおおむね一致したことに、私は非常に興味を抱いた。それが、実務の蓄積で養われた「感覚」であり、またドイツの定説的扱いと一致するのであるとすれば、それには一定の合理性がある可能性があるのではないかと感じたからである。

以上の二点は、実務と接触により得られた「発見」であり、実務と接触を保持していくことの意義を示す例だと思われる。

それに対し、③は、理論の立場から、実務「感覚」に対して、批判をしていくべきところである(また、②についても、実務「感覚」により培われた結果がつねに正しいといえるわけではない)。もちろん学説が実務「感覚」を理論で追従すればよいというものでもない。理論は理論で詰めたうえで、その結果を実務「感覚」と対決させるべきであろう)。

以上に鑑みると、たしかに実務との接触は有意義である。しかし、上記③に限らず、理論として、実務に対して批判をしていかなければいけない部分はある(対談において山本弘教授が指摘されるとおり、民事訴訟法が基本的に裁判官の法適用という権力行使を規制するための道具であるとすれば、民事訴訟法学説の役割は、裁判官の法適用という権力行使を批判、牽制していくことであろう。これに関連し、民事訴訟法の「公法」としての意義について、山本弘「権利保護の利益概念の研究(2)」法学協会雑誌一〇六巻三号三九六頁、特に三九七頁、四〇三頁注

(41)、井上治典Ⅱ高橋宏志編『エキサイティング民事訴訟法』〔有斐閣、一九九三年〕二四頁以下における山本(弘)発言を参照)。「実務の吸引力は非常に強い」とすれば、実務を知ることから出発していくことには、実務に飲み込まれ批判能力を失う危険が付きまとうと思われる(なお、対談冒頭における平成八年改正過程の実務家の意識と学者の認識のずれに関する指摘は大変に興味深い。しかし、現在進行形で実務家の意識に敏感であろうとする、生半可な学者では実務に取り込まれてしまうほど、実務に近づかなければいけないのではないか、という感想も抱いた)。

結局、研究者としては、理論は理論できちんと詰めたい(そういうことができるようになったうえで)、実務と接触していくべきではないか、と感じた。すくなくとも自分のような駆け出しの純粋培養の研究者は、実務について全く無知で構わないという態度をとることは問題であるとしても、基本方針としては、まずは理論を詰め、「基礎」体力をつけることが大事である、そのように痛切に感じた次第である(対談中、山本弘教授が、審理計画が定められた場合にだけ失権効が強化されるのはなぜか、という問題提起をされている。言われてみて、たしかにそのとおりだと感じたが、自分では気づくことのできない視点であった。まだまだ自分は理論を詰められていないと実感させられた)。