

学位申請論文「民事訴訟にみる手続保障」概要

遠藤賢治

本論文は、民事訴訟における手続保障のあり方を民事訴訟実務上生起する諸問題を対象として考察したものである。民事訴訟における紛争解決が正統性を有する根拠は、真実発見とともに、当事者に対して主張立証の機会の確保をはじめとする手続保障にある。この手続保障の在り方は、民事訴訟法学の近時の重要な課題であり、理論な検討と実務的な視点とをもって具体的な問題として取り組む必要がある。本論文は、民事訴訟における手続保障の在り方に関し、訴えの提起、審理及び執行に至る実務上生起する様々な場面において、具体的に考察したものである。

以下、本論文の各章の内容を紹介する。

第1章「民事訴訟における手続保障の在り方」は、手続保障の根拠、民事訴訟の目的との関係、手続保障の内容及び将来の課題といった観点から、考察した。

民事訴訟手続が当事者を含む利害関係人及び社会一般に対し正統性を保持する所以は、当事者を手続過程で主体的に参加させ、かつ、手続において実体的正義が実現されることについて、当事者を含む利害関係人及び社会一般の承認、信頼を得ているからにほかならない。手続に当事者を主体的に参加させることは手続的正義の必要するところである。また、手続において実体的正義が実現されることは法の支配の期待するところであって、両者は異なる原理に基づく要請であり、その承認及び信頼は、この二つの要請の相互関係によって影響を受けるものと考えられる。

当事者を関与させて行う民事訴訟において、当事者が主体的に手続に参加する機会を保障することは、正当な権利ないし利益を請求・防御し、それに基づいて公正な裁判を受けらるうえで必要不可欠なことであるが、実体的な正義を実現する裁判の機能ないし役割を果たすうえで必要な手続を確保することも強制的な紛争解決機関として必要不可欠である。この両者の関係は、民事訴訟の目的をどのように把握するかと深く関連する問題である。

民事訴訟における手続的正義は、訴訟において当事者を主体的に参加させて公平な配慮を払うことによって恣意専断を排除することに価値を見いだすものであるが、手続過程全体を通じて当事者の意思が尊重され、当事者双方に公平に攻撃防御をする機会が与えられることをいう。手続的正義を内容とする手続保障は、英米法における適正手続の思想ないし自然的正義の理念に基づく適切な告知と聴聞の手続を保障する原理が基礎となっており、また、大陸法における審尋請求権の保障の思想あるいは審理の原則に基づく自己の意見を主体的に聴取されることを保障する制度もその基盤になっている。手続的正義の考え方は、実体的正義との相互関係をどう理解するかについて、実体的真実を発見する方法とみるか、実体的事実を発見することができない代償とみるか様々なとらえ方が可能であるが、その機能は、実体的に正当な真実発見、権利保護を実現する手段であることと、当事者に適正な手続に関与させることによって内容の正当性を離れて当事者及び社会一般の納得を得ることにあり、裁判の正統性を確保する役割を果たしているといえよう。英米法に

おける適正手続の思想は、手続的正義の前者の機能を果たすものとして陪審制度とこれに伴う当事者主義手続の土壌で生まれ、また、審尋請求権の保障の思想あるいは審理の原則は、手続的正義の后者の機能が求められ、正義にかなった裁判の保障のために発展してきたものということができる。手続保障は、機能的にも沿革的にも、手続的正義の二面性、手続的正義と実体的正義との相関関係のもとで展開されてきたものと考えることができる。

民事訴訟の目的論は、歴史的には訴権論から構築され、沿革的に当事者主義と職権主義のせめぎ合いのなかでドイツ民事訴訟法学の観念的な議論の影響を受けて今日の状況に至っているが、他方で、この議論には、潜在的に、紛争の決着をつけることが民事訴訟の任務であるとし、実体的真実発見、手続保障、訴訟経済等の多様な価値を確保する具体的手続の定立を重視するアメリカ民事訴訟法学の思考が影響を与えている。民事訴訟は、複雑広範な場面で微妙な利害対立を調整しながら紛争を解決するシステムであり、これらの潮流を融合、止揚する形で目的論を収束することは、その意義は少なくないが、異なる思考を統合しようとする点に無理があるといえよう。また、翻って、これは、裁判の正統性判断の基準をなす手続的正義と実体的正義との関係をいかに把握するかにかかっている問題でもある。しかし、個々の問題について目的論が果たす役割がないということにはならない。具体的な場面において、民事訴訟の理念ないし理想に照らして、どのような目的論を指針として解釈すべきかを検討することが重要である。手続保障の根拠は、権利保護説、紛争解決説、多元説にあってはそれぞれ権利保護手続ないし紛争解決手続の適正性ないし公正性にあり、私法秩序維持説にあっては私法秩序補完のための方法としての手続参加にあり、また、手続保障説にあっては対等、公正な論争のルール創造にあるといえる。いずれも、手続保障の内容を確定する基準としては抽象的ではあるが、手続保障の位置づけの基本的な違いは明らかである。手続保障は、民事裁判の最も重要な理念として要求される公正な手続として、手続過程で当事者の意思が尊重され、公平に攻撃防御を展開する機会が確保されることを内容としている。

手続保障の機能は、実体的に正当な真実の発見、権利の保護を実現する手段であることと、当事者に対して適正な手続に関与させることによって内容の正当性を離れて当事者及び社会一般の納得を得ることにあるから、手続保障の在り方は、それが問題になっている具体的な場面において、二つの要請の相互関係がいかにあるべきかを念頭に、真実発見、適正性ないし公正性、論争ルールの創造等の要請の現れ方、内容及び程度を具体的に吟味して検討されるべきものであると考えられ、期日・期間・送達手続、主張・立証手続、和解手続、上訴手続等の具体的な手続場面において、真実発見、適正性ないし公正性、論争ルールの創造等の要請の現れ方、内容及び程度を斟酌し、当事者に対して現にどのような手続保障が確保されるべきかという問題として検討する必要がある。手続保障機能がどの程度確保されているかを具体的な場面において検討する必要がある、公平性ないし論争ルールの観点から、手続保障が図られなかったことによって侵害された当事者の弁論権の内容、真実発見の観点から、手続保障が図られた場合に得られる当事者の実体的利益の内容、適正性の観点から、現にした攻撃防御の内容となしえた攻撃防御の内容との乖離等を比較考量し、当事者の攻撃防御が十分に尽くされているかどうか、及びそれが当事者の自己責任といえるかどうかを判断することが可能になると考えられる。

手続保障は、論争ルールの創造の必要性の観点からも、手続的正義に裁判の正統性を見出す今日の状況からも、単に裁判所との間の問題にとどまらず、当事者間における問題でもある。民事訴訟の理念、理想は、裁判が適正、公平、迅速かつ経済的であることに尽きるが、社会経済の変化及び発展等に伴う民事紛争の複雑化、多様化等の状況に対応できる手続でなければならない。現民事訴訟法は、当事者主体による審理の充実、促進が図られたこと、また、証拠が偏在する訴訟への対応を図るため文書提出命令の対象を拡充するなどの文書提出命令手続を整備し、当事者照会制度が新設されたことにより、当事者主体による真実発見のための手続保障が図られたこと、さらに、上告受理申立制度を設け、上告審の法律審としての機能を強化するとともに、事実審における勝訴当事者の保護を図ったことにより、実質的な手続保障がはかられたことに特徴がある。民事訴訟の利用における現代的な特徴として、集団的な利害にかかわり、紛争が潜在的に拡大する素地のある事件に関する訴訟、当事者の地位に互換性がなく、資料や情報が偏在している事件に関する訴訟、当事者の求める権利が生成途上にあつて裁判による法形成の必要がある事件に関する訴訟等いわゆる現代型訴訟がますます増加し、これらに的確に対応できる訴訟手続の改革が望まれることを指摘することができる。このように、事案が複雑で解決の困難な現代型訴訟の裁判が正統性を維持確保されるためには、実体的正義の面からは真実発見の協働的分担の方法が、また、手続的正義の面からは手続の主体的関与の方法がそれぞれ事案に応じて改善され、あるべき審理方法が確立されることが課題になる。これらを支える裁判所の訴訟指揮が適正迅速的確に行われるようにするためには、当事者間及び裁判所・当事者間での対話が深められることが必要不可欠である。

当事者の手続保障は、実務においても新民事訴訟法においても、訴訟の審理の各場面において、適正でないし公正性、真実発見、論争ルールの創造等のいずれの要請が利用者にとって「利用しやすく、分かりやすい」民事訴訟の実現のために必要であるかを検討することが課題である。

第2章「訴状及び答弁書の記載の手続的意義」は、訴えの提起としての訴状について、当事者が共同して訴訟追行を行う責務と、民事訴訟における公平な手続的正義の要請のもとで、原告に対してどこまで紛争内容の開示を求めることが相当かという問題を考察した。

実務のこれまでの訴訟慣行として、訴状の記載においては狭義の請求原因事実限定され、請求原因事実を証する間接事実、縁由事実及び及ぶことは稀であり、また、答弁書においては請求原因事実の認否にほぼ限定されていた。訴状には、請求原因をどの範囲で記載すべきかについて、旧々民訴法時代には、同一識別説と事実記載説の対立があった。この論争は、請求原因をもって権利主張の特定・識別のためとみるか、権利主張の根拠となる事実関係の提示とみるかに出発し、訴訟上の請求の把握に関する新旧訴訟物理論のなかで事実の機能の理解の仕方に展開されてきたが、実際には所有権確認訴訟など例外を除けば両者の間に記載上の違いは生じなかったため、実務において大きな問題にはならなかった。しかしながら、社会的に同一とみられる事実関係のすべてを請求原因として記載することが必要であるとする新訴訟物理論のもとで理由記載説の再生が唱えられ、また、訴訟審理の充実・促進という政策的観点から訴状に可能な限りの訴訟資料の提出を促す方策を模索する試行のもとで事実記載説的発想が脚光を浴びてきた。

新民事訴訟法において訴状に記載が法定された「請求の原因」は、「請求を特定するのに必要な事実」と注記して、従来の識別説の採用を確認し、規則には、「請求を理由づける事実」を具体的に記載することを求めて、事実記載説が形を変えていわば復権し、また、答弁書の記載事項に関する特則が定められた。

訴状及び答弁書に重要な間接事実を含めて請求を理由あらしめる事実ないし認否・抗弁が記載されることは、審理の促進、充実の観点から求められるものではあるが、他方で、主張立証責任との関連を明らかにする必要がある。事案説明責任は、主張責任とは異なった性質の形成途上の概念であり、その根拠は十分に解明されていないが、当事者において主張立証責任を負う事実以外に主張すべき事実があることを示唆するものであり、民訴法が新たに導入した争点整理手続が主要事実に限定することなく間接事実を含む具体的範囲の紛争の実態を争点の内容としており、当事者はこの意味の主張の対立点、不一致点を真の争点として形成するために信義誠実に民事訴訟を進行すべき義務を負っていることに鑑みると、当事者には、主要事実をはじめとして、間接事実・補助事実に至るまでの紛争の核心部分に関し、相互に事案を説明する訴訟法上の義務を負っていると考えることができる。

争点が当事者の実質的かつ積極的な関与のもとに形成されることは、迅速かつ充実した審理をするために必要不可欠な訴訟運営の理念である。民訴法は、裁判所は公正迅速な民事訴訟の実施に努める義務を負うものとしており、裁判所の積極的な訴訟指揮のもとにおける訴訟審理の促進においては、当事者に対する聴聞の機会が手続的に保障されることがますます重要な視点となる。争点の早期把握と集中審理の実施には、時機に後れた攻撃防御方法の却下の措置が発動される場合を想定する必要があるが、そのためには当事者に対する争点の形成過程における手続保障の確保が極めて重要であり、これによって迅速な紛争解決の手続が正統性を保持するものと考えられる。訴状及び答弁書の記載方法の準備書面化は、争点整理が集中して行われる過程において、当事者双方が争点形成に積極的に関与して攻撃防御を尽くすことを可能とし、実質的な手続保障の確保に資することになる。

訴状及び答弁書の記載の充実は、争点形成のための当事者に対する手続保障の確保のために求められたものであると理解した場合、当事者にはその記載内容として期待されるものが自ずから把握できることが多いであろう。いきなり提訴することは比較的少なく、紛争事案の発生過程における話し合い、当事者同士の交渉、弁護士関与のもとでの相談、調停の経由など様々な事前折衝をする場合が圧倒的に多いのであり、その過程で相互に相手方の言い分を了知し、対立点を把握しているものと思われる。互いの言い分の食い違いの現状を出発点として、これを具体的に明らかにするための言い分を提示して相手方の反論を求め、主張の食い違いを特定していくことはそれほど困難なことではない。訴え提起直前の状況ができるだけ早期に裁判所に持ち込まれ、互いに相手方の言い分との対話が充実することによって、争点の具体的な絞込みが協働的に早期に可能となるものということができ、また、極めて複雑な現代型訴訟等の事案を除き、これを期待することが一般的に難しいことであるとは考えられない。

訴状及び答弁書の記載については記載例の紹介や提言が積極的に公表されているが、これは、早期の争点整理、その過程における当事者の手続保障の実現に向けた試みとして、あるべき実務慣行の形成にとって極めて有益である。早期に争点及び証拠の整理を行い、

集中証拠調べの実施を可能にするように、重要な間接事実を中心とした具体的なものであることが求められる。それは、当事者及び訴訟代理人の訴訟追行の考え方やスタイルに委ねられているものではなく、互いの攻撃防御に基づく争点が早期に形成されることについて積極的に関与する機会が確保されることが当事者の手続保障として必要不可欠であることにほかならない。訴状及び答弁書の記載を充実することが当事者双方にとって民事訴訟手続の実質的関与を保障される結果になることが理解され、これによって迅速な審理と手続の公正が図られることが重要な課題である。

第3章「医療過誤訴訟の法的構成」は、医療過誤訴訟における損害賠償請求権の法的構成について、適正迅速な裁判の実現のための訴訟の審理に及ぼす影響を手続保障の視点から考察した。

医療過誤に関する訴訟事件の審理には、事実認定のために医学の専門知識が必要であること、因果関係の事実認定に困難が伴うこと、事実認定のための証拠資料が医療側に偏在していることを特徴とし、事実認定論及び審理方法論においてこの特徴に即応した理論の展開と実務の遂行が期待される分野である。このような特色をもつ医療過誤に基づく損害賠償請求訴訟は、従来の実務では、不法行為責任として構成するものが圧倒的に多かったが、主位的に債務不履行責任を、予備的に不法行為責任を訴求する傾向が生じ、現在は両責任を併列的に選択する状況にある。証拠の偏在が著しい医療過誤訴訟において、訴訟法上は、原告が主張・立証すべき主要事実について手続保障を確保しながら公平に把握することが必要であり、実体法上は、医療契約の債務の特殊性を的確に理解する必要があるが、医療過誤に基づく損害賠償請求訴訟の法的構成の上記変遷は、証明責任の分配の問題と医療契約に基づく医師の診療債務の位置づけの問題の難しさを示している。

医療過誤に基づく損害賠償請求訴訟の法的構成問題は、もっぱら証明責任の分配の見直しの当否に関するものであったといえよう。不法行為構成の場合にはともすると被告医療側は原告患者側の主張立証責任の陰に隠れて診療内容を積極的に説明せずに挙手していた面を否定できないが、債務不履行責任構成になった場合には逆にときとして原告側はなにもしないという行き過ぎが指摘されていた。

診療債務のように、給付義務の内容が一定の結果を実現すべきことにあるのではなく、それに向けて最善の努力を行うことを内容とする手段債務については、その性質上、不完全な結果であるかどうかの客観的な判断基準は診療義務の具体的内容によって定められる。医療債務に手段債務の性質があることは債務の履行の有無を考えるうえで重要であり、そのことから、医療債務の履行不完全は善管注意義務違反に帰着する。しかしながら、手段債務といい結果債務といい、具体的な事案ごとに当事者の意思をはじめとする諸般の客観的事情によって判断すべきものである以上、その内容・程度に差があっても当然であり、また、医療債務として負担した不可分の医療行為であっても個々の診断・治療ごとに手段債務性、結果債務性に差があっても不思議はないし、医療行為に着手して以後の時間的な経過によって変化が生じることも考えられる。したがって、医療債務が手段債務であることから当然に履行不完全が帰責事由と重複するかどうかは具体的な事案に照らして判断すべきことであり、また、帰責事由そのものが手段債務性の程度によって差がある以上、その内容を検討することこそ重要な課題であろう。多くの場合に医療債務の履行不完全は

善管注意義務違反に帰着するという関係にあるということが出来るものの、一律に結論づけることは留保する必要がある。医療過誤を債務不履行として構成する手法には、医療契約の種別において準委任契約、請負契約などの検討、債務不履行の形態としての履行不能、不完全履行における債務内容の特定、医療債務について手段債務、結果債務として区分する基準などを検討する過程で、証明責任の分配問題に偏りすぎたことを認識する一方で、注意義務内容と不可分一体である債務内容を確定する視点が重要であることに到達した。

医療過誤に基づく損害賠償請求訴訟の法的構成について、証明責任の分配に置かれていた視点を注意義務の範囲・内容に据えて、債務不履行構成と不法行為構成の融合を試みる考え方がある。いずれかの構成によって帰責事由の証明責任の負担に大差がないという認識のもとに、改めて不法行為法理的視点と契約法理的視点の見直しが試みられている。契約責任はあらかじめ合意された債務内容が基礎になっているから、不法行為責任とは同一に処理できないという理解は傾聴すべき視点がある。もっとも、医療行為における合意にどこまで具体的な内容を取り込めるかによって篩い分けの的確性がかかっているという課題が残されていよう。

医療過誤訴訟事件の法的構成を巡る議論は、医療行為の過誤の主張立証責任について、不法行為構成による原告患者側の負担から、債務不履行責任による被告医師側の負担を経て、いずれかに偏することなく両責任を選択的に併合する実務の運用が是認されている。これは、主張立証責任における手続保障の確保のもとに双方が争点の整理に向けて債務の内容を協働して特定すべきことを要請しており、民事訴訟法2条の規定する当事者協働主義に沿うものである。争点の中心は、債務の内容をなす注意義務の基準に関する当事者の主張にかかわるものであり、注意義務の基準は臨床医学の実践における医療水準の判断要素をどこに求めるかにある。今後の課題は、医療過誤訴訟事件の争点の整理において、手続的正義に反することのないよう当事者の手続保障を確保しつつ、専門的知識が早期に的確に生かされるよう専門委員の積極的な活用が望まれる。医療過誤事件においてこのような争点整理の訴訟慣行の確立と専門委員の積極的な活用が当事者双方に共有されているという認識は、この種の専門事件がADR機関による紛争の解決を可能にする手続担保になっており、ADRの信頼性を担保する基盤になっている。

第4章「準消費貸借金返還請求における証明責任」は、証明責任は手続保障の観点から公平に分配される必要があり、理論上、実務上争いのある準消費貸借金請求の要件事実についての問題点を訴訟実務の視点から見直し、証明責任分配における手続保障の在り方を考察するものである。

準消費貸借契約に基づき貸金の返還を求める訴訟の請求原因事実に関しては、古くから議論が重ねられ、実務では、妥当な解決を第一として、この点に旗幟鮮明な訴訟指揮がされていない。問題点は、旧債務成否の主張立証責任と旧債務特定のための要件事実とに分けて考える必要があるが、現実の訴訟における主張立証段階では、旧債務の内容を明確にする必要があるために2つの問題点が不可分であって、この問題は、準消費貸借契約によって成立した新債務と旧債務との関係をどのように把握するかという実体法の理解及び当事者の意思表示をめぐる事実認定に関わっている。

旧債務の存否についての主張立証について、その不存在を主張して新債務の存在を争う

債務者において抗弁として主張立証しなければならないとする考え方と、準消費貸借契約の成立を主張する債権者が旧債務の存在を立証すべき責任を有するとする考え方との対立は、立証責任の分配について法律要件分類説と利益衡量説との対立に相応している面がある。法律要件分類説といえども、取引の実態から遊離した不公平な結果を容認するものではなく、権利根拠規定、権利障害規定、権利消滅規定の区別を証明責任分配の基本的な基準とすることに主眼を置いているにすぎないのであって、立証の難易など公平の観点を分配の基準とすることを禁じるものではないし、また、当該権利の成立過程における合意が権利者の立証の便宜のためにされたものがどうかを勘案することまでを否定しているものでもない。一般に、債権者が旧債務の証書を債務者に返還し又は廃棄した場合、旧債務の内容が当事者間で争いがあり又は不明確である場合等は、債権者債務者間で債権者が旧債務の成立を立証すべき責任を免除する合意が成立したものとみるのが妥当ではないかと考えられる。そして、このような場合は、旧債務は消滅し、新債務が独立性をもって成立するのであり、新、旧債務には同一性が認められないといえることができる。他方、街の高利貸しに例が多いが、準消費貸借契約を締結しておきながら、旧債務の証書を手許に所持し又はその一部を債務者に返還するにすぎない場合、旧債務の支払遅滞を理由に弁済期限を延期して利息損害金を加算した新債務の借換えが成立したにすぎない場合等は、新、旧債務の同一性が認められるところ、債務者が旧債務の不存在又は数額を立証することは困難又は不合理であって、このような準消費貸借契約においては、旧債務に関する立証責任は、その存在を債権者に負担させるべきものと考えられる。どちらが原則であるかといえ、やはり準消費貸借契約は特段の事情のない限り債権者の訴求の便利のために締結されるものとみるのが妥当であるから、債務者において旧債務の不存在の立証責任があるとするのを原則とみるべきである。

準消費貸借金の債務の性質に二種類がある以上、法律要件分類説に従っても債務の性質によって異なる要件事実を主張立証すべきことになるのは当然のことと考えられる。街の高利貸しの例は、多くは、新、旧債務に同一性が認められる場合が多く、その具体的根拠事実が主張立証された場合は、債権者は旧債務の存在を主張立証する責任があるというべきであろう。ただ、実務の運用の実際からすれば、準消費貸借が単に弁済期を延ばしただけにすぎない事情を債務者が立証した場合には旧債務の存在の立証責任の転換が働き、その心証のとり方さえ誤らなければ立証責任の所在によって訴訟の勝敗に影響することはないともいえる。しかし、裁判所の適正な訴訟指揮、心証形成によって妥当な結論が得られるからといって、立証責任の分配がどちらでもよいということにはならないし、法律要件分類説のもと、負担の公平を総合的に考慮した主張立証責任の分配は、当事者の手続保障の確保に必要不可欠のものである。

準消費貸借契約に基づく貸金の返還請求において、契約締結時における旧債務の存在につき債権者が証明責任を負う場合、原告は、旧債務の存在と準消費貸借契約の締結を主張立証する必要がある。この点について、当事者は権利を主張するに当たり、最小限度の事実を主張すれば足りるとの考え方にに基づき、旧債務の存在すなわち旧債務の発生原因事実を主張立証すれば足り、それに加えて準消費貸借契約の締結の事実を主張立証することは権利の発生要件として不必要であるとする見解がある。しかしながら、このような考え方は、真の争点を確定するために、原告において旧債務を準消費貸借金に改めた事実を主張

立証し、債務者たる被告に反論のための弁論の機会が保障される必要があることから、訴訟運営として許されないものである。旧債務の存否の証明責任が債権者にあるか債務者にあるかの問題とは別に、原告が準消費貸借契約に基づく新債務の履行を求める請求原因事実として、旧債務をどの程度まで特定する必要があるかという問題がある。訴訟物における旧債務の特定と請求原因事実としての旧債務の特定とは次元が異なるから、原告としては、訴訟物特定のためには旧債務の数量・種類・発生原因を明示する必要はないが、請求原因事実は旧債務を金銭の数量・種類・発生原因をもって特定すべきであるとしてもその間に論理的矛盾はない。原告は、特定の準消費貸借契約に基づく請求であることを明らかにするために、少なくとも金銭の数量をもって旧債務を特定する必要があると考えられる。この場合、金銭の数量のみであってもその明示があれば債務の特定として意味があると考えられるから、これをもって必要かつ十分なものというべきである。原告が請求原因事実として旧債務の特定をしなければならないのは、特定の準消費貸借契約に基づく請求であることを明らかにするためにすぎないから、旧債務の不存在の証明責任がある被告において、その不存在と主張する旧債務が原告主張の準消費貸借契約の旧債務と同一性があることを証明する必要があるものというべきであり、したがって、その同一性を証明するために旧債務を特定する必要がある。新、旧債務の同一性が認められるときは、債権者において旧債務の存在の証明責任があると考えられるから、例外としての特段の事情が主張立証された場合は、債権者が旧債務を金銭の数量だけでなく種類・発生原因をもって特定しなければならないものとするのが相当である。これによって、債務者、債権者が旧債務の証明責任、特定責任に関してなすべき訴訟活動が明確となり、手続保障が確保されるものということができる。

第5章「弁論再開の利益と手続保障」は、裁判所の裁量事項であるとされてきた弁論再開の措置について、手続的正義の観点から弁論再開をしなかった違法がある場合を措定し、時機に後れた攻撃防御方法の却下、再審との関係も視野に入れ、手続保障の在り方を考察した。

弁論の再開は、訴訟指揮の態様に属し、裁判所の専権的な自由裁量にあるから、当事者に弁論再開の申立権がないとすることは大審院以来の確定判例であり、学説もこれを支持している。弁論の再開が裁判所の専権事項であるとする実質的根拠については、訴訟の遅延の防止にあると説明されており、訴訟が裁判をするに熟しているときは、裁判所は終局判決をすべきであって、弁論を再開する必要がないから、当事者の申立てにより弁論を再開しなければならないとすれば、訴訟を徒らに遅延させることになるのは明らかである。しかし、訴訟が裁判をするに熟していない場合には、裁判所は当事者の申立てを待つまでもなく弁論を再開しなければならないのであって、当事者の申立てに基づいて弁論を再開することが訴訟の遅延にあたるとして非難されるものではない。具体的事案のいかんによっては、裁判所には、紛争が適正に解決されるように意を用いる職責に基づき、例外的に職権を発動して弁論を再開すべき義務がある場合の存することを否定したものではないと理解することができる。

最高裁昭和56年9月24日判決は、裁判所が当事者の弁論再開申請を採用すべき判断基準として、弁論を再開して当事者に更に攻撃防御の方法を提出する機会を与えることが明

らかに民事訴訟における手続的正義の要求するところであると認められるような特段の事由がある場合という判断枠を明示した。民事訴訟における手続的正義は、実体的真実に合致するかどうか、具体的結論が正当かどうかという観点で機能するものではなく、真実の発見・裁判の正当性の根拠となる手続保障の理念に基づくものである。

わが国の弁論再開制度は、ドイツ帝国民事訴訟法を母法としているが、その立法理由については、裁判所が口頭弁論終結後に、事案がいまだ解明されておらず、判決をするに熟していないと翻意したときに、審理を充足するための手続である、とされている。旧々民法の趣旨もこれと同じに理解されている。しかし、ドイツ民事訴訟法においては、弁論再開を裁判所の裁量事項であり、当事者に弁論再開の申立権はないとしながらも、裁判所が釈明義務を尽くしていないために事案の解明が行われていないと判断したとき、弁論を再開して当事者に弁論の機会を与えないと審問請求権が害されることになること、弁論再開の理由として再審事由に当たる事情が主張されたときなどの場合にも裁判所に弁論の再開が義務づけられているとされている。これらは、法的事実に関して見解の表明・聴取の機会を与えられる弁論を尽くす必要のある場合、当事者に対する手続保障を確保するために認められているといえることができる。

民事訴訟の運営は、争点及び証拠の整理手続が早期に集中的に行われ、また、訴訟に必要な証拠の収集が早期に準備されることが求められている。このような訴訟の事実審における弁論再開の段階で当事者の手続保障を確保する必要がある場合とは、新たな審理を行うことによる相手方当事者の負担を強いることに正当性がある必要があり、そのためには、弁論再開を求める当事者側に誠実な訴訟活動をもってしても避けられなかった事情があることが求められる。これは、攻撃防御方法の提出の遅れが重大な過失による場合にこれを却下することができるとする制度に共通する規範であり、事案の内容と遅れの程度を評価することが重要である。攻撃防御方法については適時提出主義が定められているが、当事者は相互に信義に従い誠実に民事訴訟を進行する義務を負うから、相手方がその義務を適正に果たしているかどうかを総合的に検討する必要がある。当該攻撃防御方法の提出が遅れた以上は、その合理的説明が必要であるが、事実の主張、法律構成、証拠調べの審理について当事者の意見を十分に反映させる機会が与えられる必要があり、この手続保障が確保されていることが前提となっているものと考えられる。

弁論は訴訟が裁判をするのに熟したときに終結し、裁判所は終局判決をするが、当事者主義のもとでは、当事者に対する手続保障が確保された審理で事案が解明されたときに、当事者の主体的な訴訟進行が尽くされたものとして判決の正統性を認めることが可能となる。一方当事者が具体的な事情を説明して期日の延期申請あるいは欠席を重ねている場合、それに合理的な理由があると認められ、かつ、相手方当事者がこれを容認しているときには、弁論を終結しなければならないものではないし、あえてこれを無視するのは当事者の手続保障に反することとなる。

弁論を再開しない措置が違法であるといえるためには、当該攻撃防御方法を提出できなかった当事者に対する不利益を救済する手段が他にないことを要するかが問題となる。攻撃防御方法を提出できないまま弁論を終結した決定に対しては、終局判決に対する上訴手続において弁論終結決定に対する不服も主張することによって終局判決の取消しを求めることが可能であるから、特別抗告を許容する必要がないといえる。しかしなが

ら、弁論終結決定が著しく正義に反する場合は、弁論を再開しないで終局判決をすることが許容されないのであるから、当該判決が上訴の対象になる以前に民事訴訟における手続的正義に反するものとして、特別抗告が許されなければならないと解すべきである。

前記判例は、民事訴訟における手続的正義の要求するところであると認められるような特段の事由の一つとして、弁論を再開しなければ判決の既判力による不利益を受ける関係にあることを説示したが、責に帰すことのできない事情により攻撃防御方法の提出が不可能であった場合にまで遮断効が及ぶとすることは、当事者の主体的な訴訟追行をする手続保障に欠けることは明らかであり、既判力は一般的・画一的に機能すべき性質のものではあるが、民事訴訟の理念である手続保障の観点から特別の扱いをすべき基礎があるといえるので、今後さらに検討すべき問題である。既判力が及ばないのであれば、弁論を再開しない措置に違法がないことになるのかは別問題である。手続保障の確保は、第一次的には弁論再開による審理の継続によって主張立証を尽くす機会を与えることにあり、既判力の遮断効が及ぶかどうかは、この手続保障が与えられていない場合の事後的な救済方法の一つとしての検討対象にほかならない。弁論を再開しないまま原判決が確定した場合、弁論を再開して当事者に更に攻撃防御の方法を提出する機会を与えることが明らかに民事訴訟における手続的正義の要求するところである場合、その事由を知らなかったために弁論再開の申立てをする機会がないまま判決が確定したときは、再審事由に当たると考えることは不可能ではない。しかしながら、最高裁判所への上告は、上告受理申立てに限定されているから、これに当たらない以上、かかる再審事由は職権破棄事由となるにすぎず、上訴によって当然に是正されるということにはならない。

弁論の再開に関する措置は本質的に裁判所の裁量に属する分野であるが、その手続保障は、実体的正義を図るための救済方法があるかどうかという観点から代替されうるものではなく、手続内において確保されるべき法的価値である。弁論再開の当否を検討するに当たり、特別抗告の対象の見直し、既判力の遮断効の範囲、再審と上告理由との関係等について新しい視点が必要とされるが、ここでの手続保障は、これらの視点と相関関係でのみ判断されるべきものではなく、裁判所の訴訟指揮と当事者の手続関与との調整の問題であると考えられる。

第6章「和解条項とその作成過程」は、民事訴訟における紛争解決の一方法である裁判上の和解について、それが適正な法的解決であるといえるためには成立過程において当事者としての地位が十全に認められる必要であり、これを和解条項の作成における手続保障の確保として考察した。

訴訟上の和解については、法的性質、要件、効力などを中心とする伝統的な解釈論がある一方で、和解による紛争解決に対する評価、運用の在り方などを中心とする手法論が今日的に議論されている。その手法論は、和解成立率を高めるための技術論から、和解手続の公正を確保するために和解勧誘時期、心証開示、面接方式といった手続論に重点が移行している。特に、面接方式が対席型か交互面接型かの違いにより、当事者双方において相手方に関する情報の量に差があるとすれば、いずれの場合であっても、合意形成の手続過程における意見陳述の実質的な機会を与えることが重要となるが、そのためには、特に、紛争の対象を解決する和解条項の確定に当たり、個々の和解条項の意味、機能、必要性及

び効力などについての認識を共有する必要がある。また、裁判所等が定める和解条項は、両当事者から共同の申立てがあるときに限って裁判所等が適当な和解条項を定めることができるとするものであり、あらかじめ当事者に和解内容に関する意向を聴取する必要があるが、個々の和解条項の内容が当事者の予測を著しく超えることのないよう、意見聴取の手續保障が必要であると考えられる。自主的紛争解決手段としての訴訟上の和解は、手續過程に当事者の自主性と裁判所の裁量性という相反する要素が含まれており、当事者の意見陳述の機会と意見内容の尊重が裁判所の公正な手續きのもとに確保されていることに正統性がある。

和解条項は、当事者間において、いかなる権利義務又は法律関係についての合意が成立したかを明確に表示されていなければならないが、もともとは当事者間の合意内容を表現するものにすぎないのであるから、和解条項の作成にあたっては、当事者の意図する法律関係と当該和解条項に基づく法律効果とに齟齬・矛盾がないかどうかを十分に検討する必要がある。そのためには、まず、当事者の意図する法律関係を正確に把握し、和解条項の基本的構想の方向づけをしなければならない。審理の対象となっている訴訟物は、当事者間の紛争の氷山の一角であることがあり、この場合、当該訴訟物以外の紛争対象あるいは権利義務関係をまとめて和解することができるかが問題となるが、いかなる範囲を和解に取り込むかは、当事者の意思によるべきものであって、その選択は極めて重要である。したがって、訴訟物以外にも当事者間に解決すべき権利義務関係が存在する場合、そのいかなる範囲について和解を成立させるかは、この検討が個別あるいは対席の面接方式での過程で行われる際には、当事者において相互にこの問題に関する相手方の意見、希望が正確に開示される機会が与えられるべきであり、また、十分な意見陳述及び希望具申の手續が保障されるべきである。

裁判所等が定める和解条項は、裁判ないし判断としての独自の効力があるわけではなく、裁判所の和解案が当事者の事前の共同申立て及び事後の告知によって効力が生じるという点で当事者の合意を補充する訴訟行為の性質を有するものである。この手續は、民事調停における調停委員会の調停条項制度を導入したものであるが、当事者双方が裁判所等の定める和解条項に服する旨を記載した書面をもって共同で申し立てることを前提に、訴訟物に限定されることなく、その周辺部分を含め、紛争全体について、拘束力ある判断を示すことにより抜本的な解決を図ることができる。また、上訴ができないことから早期の解決が可能となることから、仲裁的な解決を訴訟手續内に導入することが紛争解決のための手段を多様化することになり、当事者が最適と考える選択肢を提供することに制度導入の趣旨があるとされた。当事者が和解条項の内容を了知しない状態で進められる強制的解決を正当とする根拠は、裁判所等が定める和解条項に服することによって紛争を解決するという両当事者の一致した意思にあると考えられており、この制度が仲裁ではなく、裁判上の和解の性質のものである以上、その手續的保障の手段が書面による共同申立て、和解条項作成前の意見聴取及び和解条項の調書記載であるということが出来る。したがって、当事者が意見聴取の過程で和解条項の内容について一定の希望ないし条件を表明した場合は、裁判所等の定める和解条項はこの範囲内で作成されなければならないと考えられ、仮に、双方の条件を満たす和解条項の作成が不可能であるときには、裁判所等は、本条に基づく和解条項の作成をしない旨の判断を明示して手續きを打ち切るべきである。

裁判所等が定める和解条項において訴訟物以外の事項を内容とすることができるかどうかを決定する基準は、各事案における当事者の具体的な意思以外にないことは明らかである。対象が訴訟物から大きく離れるかどうかではなく、当事者の意思の範囲内であればいかなる内容を対象にすることも許されるが、意思の範囲外であれば訴訟物に通常随伴する事項であっても許されない。

和解条項は、当事者間の紛争を互譲によって事案に即して具体的に解決する当事者の努力の成果であり、判決主文より遙かに複雑な内容を取り込むことができる便利さがあるが、当事者がこれを主体的に享受するためには、互譲の限界に関する意見が十分に反映されるような手続保障が確保され、また、和解条項の履行・不履行が紛争の再燃及び新たな紛争発生をもたらすことのないよう当事者の情報開示、意思確認のための手続保障が確保されなければならない。最も適切な和解条項を選択するために、当事者の意見聴取の機会を確保したうえで、当事者の合意が法律上いかなる効力があるか、また、法律上の効力あらしめるためにいかなる合意を記載すべきであるかを検討する必要がある。和解が当事者の自主的紛争解決手段として権利救済の機能を果たすためには、当事者の和解条項の内容に関する意見陳述、希望具申の機会を確保された手続において和解条項が作成されることが必要であり、その手続保障の確保が、和解を選択した当事者に和解によるすべての効果が帰属するための、また、和解を訴訟の終了原因の王道とするための必須の措置である。

第7章「外国判決の承認執行」は、国際民事裁判管轄における手続保障を考察するもので、ロング・アーム法に関する外国判決の承認執行を対象に解釈論・立法論を検討するものである。

外国判決の承認・執行制度の目的は、わが国が一定の要件のもとに外国判決の効力を承認して当該外国において有する法律効果を認めることにより、国際的活動をする私人に関して国境を越えた権利保護を与え、かつ他国間に矛盾した判決が生ずることを防止し、もって法律関係の国際的安定及びわが国の司法経済の合理的節約を図ることにある。外国において民事訴訟の当事者に対する手続保障が確保されたうえで適正に組織された裁判機関が公権的に判断した結論を国内的に扱う視点は、きわめて重要な問題である。

判決は主権の一作用である裁判権の行使であるから、判決が判決国以外の他国において承認され執行されるのは、当該判決内容の当否、判決形成手続の是非はともかくとして、その他国においても、判決が正当な権限を有する国において言い渡されたものであることが最小限に必要であると考えらるからにほかならない。現在の国際的状況のもとでは、過剰管轄を規定する国が多くあり、それらの管轄原因に基づいてされた外国判決から当事者の法的利益を保護することが要請されているものと考えられるから、承認国たるわが国からみて正当な権限があると認められる外国裁判所によって判決されていることが必要不可欠である。各国がそれぞれの民事訴訟法によって一般的裁判管轄権を定めることになる以上、わが国においても、直接的一般管轄権及び間接的一般管轄権をわが国の判断で定めるべきものであるが、外国判決の承認・執行の要件である間接的一般管轄権をどのように定めるかは、統一された規則ないし国際的に妥当する準則が定められていない現状において、困難かつ不可避な問題である。

直接的一般管轄権と間接的一般管轄権とは判断基準に同一性があるとする立場から、直

接的一般管轄権はわが国が訴えの受理時にわが国の裁判所が審理することができるかどうかの事前審査の基準であり、間接的一般管轄権は外国裁判所がした判決をわが国が承認することができるかどうかの事後審査の基準であって、両者は審査の事前か事後かの違いにすぎない表裏の関係にあり、全く重なり合うものであると理解する考え方は、自国の国際裁判管轄と同じ基準で外国判決の承認の判断をするのが公平であり正義にかなうとする理念に基づいている。これに対して、直接的一般管轄権と間接的一般管轄権の判断基準の同一性を否定する立場から、間接的一般管轄権は、直接的一般管轄権と同じ基準によって決定されるべきではなく、より緩やかな、または独自の基準をもって定める必要があるとする考え方は、個々の事案の具体的事情を総合的に利益衡量することによって定める点において、判断の裁量性が高く、管轄基準の明確性、当事者の予測可能性欠くということになるのであって、当事者に対する手続保障の観点から好ましいものではない。

事件をわが国が審理することを適当とするかどうかの基準と外国判決をわが国が承認するのが適当かどうかの基準が同じでなければならぬ理由はないが、同じ裁判権の行使である以上、両者が基本的に同一であることが要請されていると考えられる。その意味では、これを一致すべきものとして直接的一般管轄を演繹して定めてきた従来の多数の考え方は当然の結論であったといえよう。特段の事情を個別調整基準として国際裁判管轄を定める考え方は、実務の円滑な運用のためにも将来に向けたより明確な管轄基準の定立のためにも有益であり、その要素を具体的類型的に明らかにすることが重要であり、また、管轄の有無に関する争いの無限定な拡大を防止するためにも必要不可欠な視点であるといえることができる。特段の事情として考慮する要素の範囲が広ければ広いほど、間接的一般管轄の決定の判断の予測可能性、法的安定性は脆弱となる。管轄規定に予測可能性がない場合には、管轄に関する当事者の手続保障に欠けるものというべきであって、その争いを長期化し、迅速な裁判を達成することを困難にするものであって、裁判の適正・迅速を重要な要素とする条理に反することになる。

間接的一般管轄は、過剰管轄に基づく外国判決から敗訴被告を保護する機能を有するが、外国で終了した手続の承認という手続的評価を態様とするものであるから、承認の許容範囲は幅のある裁量性があり、その範囲内で可能な限り外国判決の承認・執行を容易にして私法関係の国際的安定を図ることが求められる。間接的一般管轄は、可及的速やかに立法的な解決が望ましいが、必ずしも抜本的に多国間調整が早急に図られる見通しはないから、それが実現されるまでの過度的な措置として、国内土地管轄と個別調整要素としての特段の事情を基準として定めることが現実的であり、公平、適正、迅速の理念による条理から導かれる「民訴法の規定する土地管轄」「特段の事情」に基づいて定めるのが相当である。特段の事情として考慮すべき要素は、直接的一般管轄と必ずしも一致する必要はなく、むしろ間接的一般管轄を定める視点から検討すべきである。この場合、特段の事情は、間接的一般管轄を定める条理によって導かれる具体的判断要素であるから、その内容は、わが国の事情にのみとられることなく、広く諸外国において適用されている条約の内容、条約作成過程の議論の内容を参考にしながら補充することが国際的観点から求められている。しかし、国際的に承認された一般的な準則でなくても、わが国が文化的、社会的及び経済的な交流によって国際的に関連の深い国々の中で承認されている取り決めは、特段の事情の要素として考慮すべきであろう。

アメリカ合衆国の裁判管轄権は、対人管轄について、州際取引の活発化に伴って、州外あるいは国外の被告を州の管轄に服させる必要が大きくなってきた。各州がより広い裁判管轄権を有するロング・アーム法は、具体的には、州内における取引行為、州内の不法行為、州内に所在する不動産・動産の所有、使用または占有、州内の人、財産または危険についての保険契約の締結により生じた請求につき裁判管轄権の行使を許容しており、その規定内容は拡張的傾向にある。どこの国の裁判所の審理、判決を受けうるのかは、権利の実現にかかわる重要な問題であり、国際裁判管轄の判断基準があらかじめ明確にされており、それに該当する事実について聴聞の機会が保障されていることが必要不可欠である。この手続保障が確保されているといえるためには、承認をするべき事案の存在を前提として、ロング・アーム法にかかわる製造物責任訴訟について、裁判管轄権の判断基準を検討する必要がある。国際裁判管轄については、特段の事情を個別調整基準として定める考え方が実務の円滑な運用のためにも将来に向けたより明確な管轄基準の定立のためにも有益であり、また、管轄の有無に関する争いの無限定な拡大を防止するためにも特段の事情として考慮すべき要素を具体的類型的に明らかにすることが重要である。

国際裁判管轄は、その存否の判断が、当事者に対して訴訟追行上極めて重要な影響を及ぼし、原告に訴えの提起を断念させ、また、被告に応訴を不可能にさせることになるおそれがある。民事訴訟法改正においては、国際裁判管轄、外国判決の承認・執行の手当が見送られたが、その後も、国際的な規範の形成が間近に期待できるわけではなく、解釈論のコンセンサスの確立に変化がない状況のもとで、外国判決の承認・執行に関する判例の役割が極めて大きいのであって、国際民事訴訟に関する手続保障の確保のために、特段の事情の具体的類型化を明確にする必要がある。

第8章「上告審の審理の範囲」は、上告制度及び上告受理申立制度において、書面審理、調査の範囲及び職権調査事項の機能がどのようにあるべきかという観点から、上告審における当事者の手続保障の在り方を考察する。

本案について上告棄却の終局判決をする場合は、口頭弁論を経ないで、書面審理だけで足りる。上告審は、事後審であり、かつ、憲法判断及び絶対的上告理由ないし法令の重要な解釈にかかわる事項を法律審とし扱う審級であるから、上告状、上告理由書、上告受理申立理由書、答弁書等を審理するだけで上告に理由がないと判断できる場合は、審理促進の面から、あえて口頭弁論を開いて上告人の手続保障を確保するまでもないといえるから、その弁論を尽くす必要はないという考え方による。これは、上告審が本来の機能を果たすための負担軽減及び訴訟経済の趣旨によるものであるから、口頭弁論を開くかどうかは上告審の裁量に委ねられている。しかし、上告を棄却する場合の例外規定であるから、原判決を破棄する場合には、口頭弁論を開く必要がある。上告審の性格からみれば、書面を審理するだけで上告を理由があるものと認められるときも、口頭弁論を経ないで原判決を破棄することが可能であるとする制度も考えられるが、この場合に口頭弁論を開く必要があるとする趣旨は、裁判の重大性を考慮して口頭主義によって当事者の審問請求権に応じる手続保障を図ることにある。この観点から、上告理由がない場合に口頭弁論を開くかどうかの上告審の裁量性をみると、上告審が憲法判断または法令解釈の統一のための判断をする必要性が認められるときは、特にそれが従来解釈に新たな視点を加える可能をもつ裁

判の重要性に鑑み、当事者に弁論の機会を与えたものである。したがって、負担軽減を図った改正の趣旨に反しない範囲で当事者に対してできる限り弁論を尽くさせるため、口頭弁論を開くのが相当であり、そのような運用がなされることが望まれる。

上告制度の目的は、法令解釈の統一と当事者の具体的な権利救済にあり、そのいずれに重点を置くべきかが議論されてきたが、今次の改正が濫用的な上告を制限し、最高裁判所が法令解釈の統一の職責を十全に果たす結果として、敗訴当事者の権利救済を図り、また、勝訴当事者の早期確定の利益を考慮したものである。これに照らすと、職権破棄を求めた法令違反の主張が上告理由に付加される運用は、この目的に反する結果を招くことが明らかであるから、このような便宜的扱いは退ける必要がある。他方で、従来認められてきた法令解釈の誤りに基づく職権破棄による権利救済については、上告受理決定のされた上告受理申立理由の場合、これが認められるときには原判決を破棄することが義務づけられていることに照らし、これまで同様に最高裁判所において個別救済することが保障される必要があり、この趣旨に則った運用が今後も維持されることが期待されよう。

2個の請求が主位的、予備的關係にある場合、主位的請求を棄却し、予備的請求を認容した原判決に対し、被告のみが上告した場合、最高裁昭和54年3月16日判決は、原判決の予備的請求認容部分が破棄される場合に主位的請求についての審理、判断を求めるためには、原告は主位的請求部分について上告ないし附带上告をする必要があるとする。予備的併合は、原告にとって主位的請求が予備的請求より利益が大きいと判断されて採用されているのであり、利益そのものに軽重がないのであれば選択的併合の態様を採用することによって訴訟の目的を達することができるのであるから、当事者の併合態様に関する選択の結果を無視することは処分権主義に反して妥当でない。原告の予備的請求を認容された場合と、選択的併合請求の一方を認容された場合とでは、上訴の利益が異なり、また、認容された請求が上訴審で破棄される場合に他方の請求の審理を求めるための上訴の必要性が異なるから、これらを区別しないで論じるのは原告の意思を無視することになろうし、被告の応訴に対する手続保障に欠けることになろう。この判例理論のもとで重要なことは、上告審の審理で原告の主位的請求に対する判断を求める機会を実質的に保障することである。上告審の手続上、予備的請求を認容した原判決を破棄する場合には、口頭弁論を開く必要があり、口頭弁論期日が指定された時点で、原判決が破棄される可能性は上告時点に比較して高くなったのであるから、原告としては、附带上告の提起を検討する必要性が大きくなったものと判断できるといえる。したがって、上告審としては、原告に対し、主位的請求棄却の原判決部分についての審理を求めるかどうかを釈明し、審理を求めるのであれば附带上告をする必要がある旨を告げることが望まれる。

上告審たる最高裁判所は、憲法違反または絶対的上告理由に限り上告理由とされ、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反がある場合に職権で原判決を破棄することができるにすぎない。自由心証主義違反としての経験則違反が法令の解釈に関する重要事項に当たるものと解されるものの、法令の解釈に関する重要な事項を含む場合に限って原判決が破棄されることになる。事実認定がらみの問題が法令解釈の重要な事項に当たる場合はかなり限られた事案であり、経験則違反については、法令違反としての上告理由として審理、判断されてきた従来と異なる扱いをすることが可能である。しかしながら、上告審の審理の過程で発見した原判決の瑕疵の是正が同種事案の経験則に関する統一的解釈を示すこと

になる場合は、積極的にこれを取り上げていく義務があり、また、当事者において当該事実認定にかかる証拠の取捨選択及び評価について弁論ないし意見陳述が尽されておらず、原審の事実認定が不意打ちになっているときには、証拠の評価を巡る意見表明または証拠説明に関する手続保障に欠けるものというべきであり、これが当事者の個別救済に直結する場合には、上告審の職権発動が求められる。

職権調査事項については、法定の証拠調手続による必要はなく、いわゆる自由な証明で足りるとする考え方が一般的である。しかしながら、職権調査事項のなかには様々なものがあり、例えば、訴えの利益、形成訴訟を除く当事者適格などは判断資料の収集は弁論主義によるべきであり、その判断過程には当事者の関与を確保するための手続保障が求められる、このようなものは自由な証明で足りるとはいえない。特に、上告審において職権調査事項のために新たに資料が提出され、また、なんらかの資料の収集が必要になった場合には、これについての当事者の意見を聴取する必要がある。したがって、各職権調査事項にどの程度の手続保障をする必要があるかを個別具体的に検討することが重要である。職権調査事項の要件が欠けている場合、上告審は、訴え却下の裁判をいかなる形式で行うかについては、法文上、必ずしも明らかでないが、決定による原判決の破棄は法文において予定されていないうえ、職権調査事項は当事者の申立てなくして取り上げることができ、不利益変更の禁止の制限に拘束されない破棄事由であるから、原則に従って判決による訴え却下をするべきである。この場合、上告審は、口頭弁論期日の指定に当たり、弁論の論点を通知し、当事者の意見陳述の対象を明らかにすることによって弁論の不経済な拡大を避けるべきである。

第9章「譲渡担保権者と第三者異議の訴え」は、優先弁済請求の訴えの制度を廃止し、かつ、動産執行において配当要求をなしうるものを質権者と先取特権者に限定している民事執行法のもとで、動産譲渡担保権者について実体法上の権利内容にふさわしい執行法上の手続保障をいかに確保するべきかを考察したものである。

最高裁昭和56年12月7日判決は、譲渡担保権者は、特段の事情がない限り、第三者異議の訴えによって目的物件に対し譲渡担保権設定者の一般債権者がした強制執行の排除を求めることができるとしたが、第三者異議の訴えと配当要求との関係をめぐって、当事者に対する手続保障の在り方が問題となる。第三者異議の訴えを原則的に否定し、配当要求を肯定する考え方と、第三者異議の訴えを原則的に肯定し、配当要求を否定する考え方に分けられる。譲渡担保権者は第三者異議の訴えにより強制執行の排除を求めることができるとする考え方を前提とすれば、譲渡担保権者に特段の事情があるとして第三者異議の訴えが請求棄却となる場合、民事執行法133条を類推適用して、譲渡担保権者の配当要求を認めるべきことになる。もっとも、この場合にだけ配当要求を認める理論の整合性が問われることになる。譲渡担保権者の配当要求を原則的に認めない実質的な理由として、譲渡担保権の存否・内容を執行官の判断に委ねることの妥当性があるが、特段の事情があるとの公権的な判断がされている場合であるから、例外的運用が実務的に困難であるとはいえない。譲渡担保権者は第三者異議の訴えにより強制執行の排除を求めることができるという考え方は、譲渡担保権者に特段の事情がある場合においても配当要求をすることができないとすることで整合性がある。この場合の譲渡担保権者の手続保障として、譲渡担保権

者の第三者異議の訴えに対し、一部認容として、執行不許に代え、譲渡担保権者がその被担保債権の範囲で優先弁済を受けうる旨の判決をすべきであり、あるいは、譲渡担保権存在確認の訴えを提起してその旨を確認する判決を得るべきであり、この判決をもって配当手続に参加するとする。この判決は、執行手続において全債権者に効力を及ぼすのであれば抜本的な解決になるが、改めて配当要求の手続をする必要があるのであれば迂遠な方法であり、手続保障として十全ではない。

口頭弁論終結時の目的物の価額が被担保債権額を上回るかどうか予測が困難な場合、譲渡担保権者の手続保障はいかにあるべきかが問題となる。第三者異議の訴えは強制執行手続を排除する制度であり、他方、配当要求は強制執行手続の進行を前提とするものであるから、両者を同時に求める方法は許されないという論理的な関係にある。第三者異議の訴えで勝訴すれば進行中の配当要求手続は終了するし、また、配当手続が先に終了すれば第三者異議の訴えは利益を欠くことになる関係にあるから、手続に矛盾が生じることはない。譲渡担保権者は第三者異議の訴えにより強制執行の排除を求めることができるという考え方のもとで、目的物の価額が被担保債権額を上回るなど「特段の事情」がある場合は第三者異議の訴えは排斥されるとすると、時期による目的物の価額の変動が予測できない場合において、目的物の価額が被担保債権額を上回るとして第三者異議の訴えが棄却されたのちに、剰余を生ずる見込みがないとして差押えが取り消される場合もありうる。このような不測の事態を避けるためには、譲渡担保権者としては、まず配当要求を受ける手続を優先させる必要があるが、第三者異議の訴えにより強制執行の排除を求めることができるとされた譲渡担保権者にとっては、手続保障が必ずしも十分ではない。両者の併用を認めることは手続経済に反するが、少なくとも、譲渡担保権者に対しては、第三者異議の訴えと配当要求は選択的に行使できるものとするのが手続保障として必要であろう。

動産譲渡担保権者については、法形式を基準とした保護をする取扱いをすることが相当であり、そのための手続保障が確保されるべきであるから、設定者の一般債権者がした強制執行について第三者異議の訴えを提起することができ、かつ、配当要求をすることができるものと解するのが相当である。しかし、動産譲渡担保は、所有権の移転であると同時に担保の目的で設定されたものであるという実質があり、また、目的物からの優先弁済を受ける利益に価値を見出しているというよりも目的物の使用収益による弁済価値が担保化されているという実体がある。したがって、いずれか一方に偏した法的な解釈は相当でないといえるし、譲渡担保権者の有する私的実行に対する期待をどこまで保護するか、民事執行法の制約をどう考えるかという問題であるといえよう。

第10章「民事訴訟における要件事実の機能」は、要件事実の目的、機能及び限界を念頭におき、民事訴訟実務に活用される要件事実論における手続保障の在り方を考察するものである。

弁論主義のもとにおいては、権利義務の発消滅に関する事実の主張及び証拠の収集は当事者の責任である。これは、訴訟の当事者は、自己に有利な法律効果の発生要件事実について主張立証責任を負うとする法律要件分類説に基づく攻撃防御方法の構造につながる。この構造によれば、原告の請求について、その権利発生を理由あらしめる構成要件に当たる事実が請求原因として原告に主張立証責任があり、請求原因事実により生じた法律

効果の障害・消滅事由の構成要件に当たる事実が抗弁として被告に主張立証責任があり、さらに抗弁事実により生じた法律効果の障害・消滅事由の構成要件に当たる事実が再抗弁として原告に主張立証責任があることになり、この振分けによって原告の請求に対する法論理的な結論が得られる。要件事実論とは、実務のもとで体系づけられている攻撃防御方法のいわば振分け論である。

要件事実論においては、立証責任と主張責任は同一当事者に帰属するから、主張責任を負う当事者は要件事実を主張することにより相手方の認否を知って本証の準備をすることができ、また、相手方は反証の準備ないし防御方法たる要件事実の主張をする機会の保障措置となり、当該訴訟における攻撃防御の焦点として、当事者の効果的な訴訟活動及び裁判所の適切かつ有効な訴訟指揮の目標になる。民事訴訟においては、争点を的確に整理し証拠調べを集中的に実施することが迅速な手続進行を図るうえで不可欠であるが、要件事実論は実務がそのために長年実践してきた争点整理の客観的実証的な技法である。この機能こそが要件事実論の最大の特徴であり、訴訟における攻撃防御の方法として権利を主張するために最小限必要な事実はなにかを分析することが根幹である。しかし、そのことが多様な批判、種々の反省を生む原因になっていることも否定できない。

民事紛争の解決には多様な個別事情を汲み上げる膨らみのある弁論でなければ対応できないもので、要件事実論における要件事実依存型の訴訟観は硬直的で裁判の創造的機能が認められないとの批判がある。これは、要件事実論の機能を評価しないという点にあるのではなく、要件事実論が当事者間の紛争を要件事実中心で解決しようとする事への批判とみれば、謙虚に耳を傾ける必要がある。重要な間接事実をいかに主張立証において考慮するかが訴訟の進行の鍵である。反省すべき点として、要件事実論は、重要な事情や間接事実をおろそかにするものではないとしながらも、現実には弁論においてこれらに目配りが及ばなくなるきらいがあると指摘されていることである。確かに訴訟運営が要件事実にかかわる主張・立証に集中しすぎるおそれは否定できないが、争点の整理は、要件事実の範囲ですれば足りるものではなく、間接事実のレベルで明らかにする必要があることが民事訴訟規則においても訴状及び答弁書の記載事項として要求されているのである。要件事実とその事情ないし間接事実が、争点整理手続において重視されているのであるから、要件事実論が要件事実のみで争点を整理することに集中することは許されないものである。

弁論主義の適用の基準としての主要事実と間接事実の区別については、重要な間接事実の取扱いを巡って、学説が分かれているが、訴訟の勝敗に影響する重要な主要事実及び間接事実については当事者の主張を要するとする考え方は、個別の事案ごとに決める点で画一的ではなく具体的妥当性を考慮することができ、また、当事者に攻撃防御の機会を実質的に保障する視点がある。これが、要件事実論に基づいて攻撃防御方法を振り分ける考え方を基本に据えているのであれば、法規の適用による論理的な構造を持った基準であるといふことができ、法的安定性を有するものといえる。訴訟の勝敗に影響する重要な主要事実及び間接事実については当事者の主張を要し、重要でない主要事実及び間接事実については当事者の主張を要しないとする考え方は、主要事実の識別特定の明らかでない要件を要件事実論のみによって画一化することの困難を避けることができる。要件事実論は、法律効果の発生、障害、消滅に当たる要件を過不足なく構成することを内容とするものであり、それ故に攻撃防御における要めとなるものであるが、論理的分析力を必要とするもの

が多く、本人訴訟も含めた実務においてこれを駆使して実用することは容易ではないこともある。それが重要ではない要件事実の細部にわたる場合、弁論主義のもとで当事者の主張立証を要するものとするには、かえって迅速な争点整理を妨げ、また、分かりやすさ、利用しやすさに欠けることになる。

要件事実は、権利の発生、障害、消滅の法律効果の発生要件にかかわるものであるから、当事者の主張立証すべき対象事実を特定することにより、裁判所の訴訟指揮の目標としての機能を有し、また、当事者にとっては、これに対する攻撃防御の機会を保障する機能を有する。裁判所の審理活動・判決書作成の指針と攻撃防御の準備をする機会の保障措置の機能は、主従の関係にあるのではなく、いずれも民事訴訟の運営に必要不可欠のものであって、当事者が訴訟を信義誠実に追行すべき義務を負う当事者主導の審理においては、手続保障的機能が極めて重要な意義を持つべきものである。また、当事者が攻撃防御の対象に対して積極的に主張立証をする機会を実質的に確保されるためには、争点が要件事実の重要性の程度に応じて具体的に浮かび上がるよう、要件事実に関わる重要な間接事実の存否・評価の攻防の機会が弁論において保障される必要がある。したがって、要件事実の手続保障的機能は、重要な間接事実について主張立証する機会の保障の確保があってはじめて実質的なものとなる。

要件事実論は、裁判所の訴訟運営のためにあるのではなく、これによって、当事者の攻撃防御に関する目標が設定され、これが民事訴訟の審理における手続保障の機能を有していることに大きな意義がある。他方で、規範的要件をはじめとして要件事実の把握の困難な法律要件及びその周辺の事実で重要な意味のあるものについては争点整理の段階における理論的分析・解明には限界があり、その扱いに関する手続保障の観点から裁判所と当事者の間で要件事実の法律効果に関する認識について弁論の機会が充実することが必要である。