

第1章 民事訴訟における手続保障の在り方

- 1 はじめに
- 2 手続保障の根拠
- 3 民事訴訟の目的と手続保障
- 4 手続保障の内容
- 5 手続保障の将来
- 6 おわりに

1 はじめに

民事訴訟は、国家機関である裁判所が私法によって規律される生活関係上の紛争を強制的に解決調整するために当事者を関与させて行う手続である。この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⁽¹⁾。手続に当事者を主体的に参加させることは手続的正義（procedural justice, Verfahrensgerechtigkeit）⁽²⁾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るから、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。

他方で、今日の民事訴訟の実務の課題は、争点整理手続の充実による迅速な審理を遂げることであり、また、国民に利用しやすい制度とするために手続を簡明で分かりやすいものにし、かつ、時代を背景として漸増する複雑多様な訴訟や専門性の高い訴訟等に当事者の理解を得ながら的確に対応するために手続を透明なものにしなければならない。訴訟の追行は、精密な論理を背景にした客観的真実解明のための職権的な運営に主軸を据えるよりも、当事者間の協力・協働による主体的解明の手続が充実することに主眼が求められる方向にあると考えられる。

本稿は、裁判の正統性、民事訴訟の目的との関連で、民事訴訟の手続保障の在り方について、事務上生起する具体的諸相の関連を視野に置きながら、その根拠、内容及び将来展望を中心に検討するものである⁽³⁾。

（１） 中村治郎『裁判の客観性をめぐって』（有斐閣，１９７０年）１９５頁，田中成明「権利意識と法の役割評価」磯村哲夫先生還暦記念論文集『市民法学の形成と展開（下）』（有斐閣，１９８０年）１７頁。

（２） 手続的正義とは法を正しく一様に適用することをいい、法の正しさをはかる基準としての基準的正義に対置され（矢崎光圀『法哲学』（現代法律学全集）（筑摩書房，１９７５年）３９１頁），「相手側からも聴くべし」等の手続上の基準は、公平または客観

性を保護するものであるから、正義の要件である（H.L.A.ハート、矢崎光圀監訳『法の概念』（みすず書房、1976年）175頁）とされている。

（３） 本稿で扱う手続保障については、伊藤眞「学説史からみた手続保障」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』（有斐閣、1988年）51頁以下（初出・法学教室21号（1982年）27頁、22号23頁）、谷口安平「手続的正義」岩波講座『基本法学第8巻・紛争』（1983年）35頁以下、田中成明「裁判の正統性 - 実体的正義と手続保障 - 」新堂幸司編集代表・小島武司・萩原金美編『講座民事訴訟』（弘文堂、1984年）85頁以下、新堂幸司「『手続保障論』の生成と発展」『民事訴訟制度の役割』（民事訴訟法研究第1巻）（有斐閣、1993年）321頁以下、山本克己「民事訴訟の現在」岩波講座『現代の法5』（1997年）163頁以下の先行研究に触発されるところが大きい。

2 手続保障の根拠

（１） 手続的正義

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禦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（due process of law）の思想ないし自然的正義（natural justice）の理念に基づく適切な告知（notice）と聴聞（hearing）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（Anspruch auf rechtliches Gehör）の保障の思想あるいは審理の原則（principe de la contradiction）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といえることができる（4）。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らえ方が可能である（5）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（6）。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育まれ、また、審尋請求権の保障の思想あるいは審理の原則は、手続的正義の後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えることができる（7）。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られることができる。

（２） 憲法と手続保障

このような手続保障は、適正手続の思想と審尋請求権の保障の思想あるいは審理の原則にかなうものであり、適正手続はアメリカ合衆国憲法修正5条に憲法的保障があり、審尋請求権の保障はボン基本法103条1項に定められていることから、我が国においては、「公正な手続による裁判を受ける権利」が憲法32条による「裁判を受ける権利」から引き出され、憲法上の手続理念とされているとみることができる（8）。もっとも、憲法上の理念である手続保障は、直接に規定されているものではなく、また、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を具体的に検討すべき政策問題を含んでいるから、具体的内容は法に委ねられていると考えるべきであって、手続に当事者を主体的に

参加させることを制度的に保障するという限度で認められているにすぎない側面のあることは否定できない。従来も、具体的には、裁判に対する上訴、再審等の不服申立制度、訴訟審理に関する口頭主義、直接主義などについて、民事訴訟制度の理想としての裁判の適正を実現するための内容として指摘されてきた(9)が、このような趣旨をいうものと解される。しかしながら、当事者の手続への主体的参加の利益は、憲法上の理念から導かれ、かつ、裁判の正統性を根拠づけるものであって、法的価値を有するものというべきである(10)。

(4) 比較法検討として、民事訴訟における適正手続については、松井茂記「非刑事手続領域に於けるデュ・プロセス理論の展開(1)」法学論叢106巻4号(1980)21頁、審尋請求権については、紺谷浩司「民事手続における審問請求権(Anspruch auf rechtliches Gehör)について(1)(2) - 西ドイツ基本法第103条第1項に関して - 」広島大学政経論叢18巻1=2号(1968年)51頁、3=4号(1968年)91頁、対審手続については、徳田和幸「対審の原則の役割」『フランス民事訴訟法の基礎理論』(信山社、1994年)250頁。三者の基盤の共通性について、住吉博「民事司法における憲法的保障についての試論(二)」判例タイムズ315号(1975年)9頁の指摘が興味深い。

(5) 田中成明「法哲学・法律学・法実務」長尾龍一=田中成明編『現代法哲学第3巻・実定法の基礎理論』(東京大学出版会、1983年)25頁以下、同『法理学講義』(有斐閣、1994年)185頁、227頁、ジョン・ロールズ 矢島欽次監訳『正義論』(紀伊國屋書店、1979年)65頁。中村・前掲注(1)『裁判の客観性をめぐって』193頁以下は、実体的正義よりも手続的正義を重視しているものといえよう。田中成明「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(2003年)19頁、27頁は、実質的正義をめぐる正・不正の評価基準が明確でない等の場合に手続的正義の概念が重要な役割を果たす意義が重視されている状況のなかで、「実質的正義の実現や客観的真実の発見、あるいは、少なくとも一定の実質的不正義の除去や誤りの排除といった、結果との相関関係を全く抜きにして手続的正義の在り方を考えるのは適切でない」としている。

(6) 適正手続については、谷口・前掲注(3)「手続的正義」40頁、審尋請求権については、山本克己「当事者権」鈴木正裕先生古稀記念論文集『民事訴訟法の史的展開』(有斐閣、2002年)63頁が裁判の正統性との関連で役割の重要性を明らかにしている。

(7) 谷口・前掲注(3)「手続的正義」35頁、田中・前掲注(3)「裁判の正統性 - 実体的正義と手続保障 - 」99頁。

(8) 三ヶ月章「裁判を受ける権利」『民事訴訟法研究第7巻』(有斐閣、1973年)13頁(初出・小山昇=松浦馨=中野貞一郎=竹下守夫『演習民事訴訟法(上)』(青林書院、1973年)3頁)、中野貞一郎「民事裁判と憲法」新堂幸司編集代表・小島武司=萩原金美編『講座民事訴訟』(弘文堂、1984年)1頁、同「公正な手続を求める権利」『民事手続の現在問題』(判例タイムズ社、1989年)27頁(初出・民事訴訟法雑誌31号(1985年)1頁)、谷口安平「民事訴訟における憲法的保障」青山善充=伊藤眞編『民事訴訟法の争点[第3版]』(有斐閣、1998年)8頁、兼子一=竹下守夫『裁判法[第4版]』(有斐閣、1999年)148頁、小田中總樹「公正な裁判を受

ける権利についての覚書」松井康浩弁護士還暦記念『現代司法の課題』（劉草書房，1982年）127頁。なお，平田勇人「憲法と手続的正義をめぐる諸問題」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進・上』（判例タイムズ社，1994年）161頁以下。

（9） 兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版）』（酒井書店，1956年）35頁，菊井維大＝村松俊夫『民事訴訟法〔 〕』（日本評論社，1957年）16頁）。

（10） 最高裁平成10年9月10日第一小法廷判決・判例時報1661号81頁は，相手方の行為により前訴の訴訟手続に關与する機会を奪われたことにより被った精神的苦痛に対する損害賠償請求は確定した前訴判決の既判力ある判断と実質的に矛盾する損害賠償請求に当たらないとしており，権利の存否とは無関係に手続の過程に法的価値を肯定したものである。山本和彦・私法判例リマックス2000 上 127頁は，手続的正義の観点から注目すべきものである、評価する。

3 民事訴訟の目的と手続保障

憲法上の理念である手続保障が民事訴訟の目的においてどのように位置づけられているかをみると，民事訴訟の目的論をめぐる議論が輻輳していることに関係して明確に整理することは必ずしも容易ではない。民事訴訟の目的論については，これまで半世紀以上にわたって議論が続けられており（11），いまだに収束していない。それは，この問題が法解釈や裁判実務に具体的に影響するところが少ない（12）ことを意味しているものともいえるが，制度問題に最も密接し憲法上の理念から導かれた手続保障の具体的内容を検討するうえでは，制度の存在意義にかかわる民事訴訟の目的を問い直すことは避けて通れないと考える（13）。

（1） 目的論をめぐる学説の変遷

ア 権利保護説は、国が原則的に自力救済を禁止した代償として，私人の権利が救済されるべき状態にあるときにこれを保護する，これが民事訴訟制度であると考え（14）。保護の対象である権利を紛争実体に近い法的利益ないし実質権として理解する考え方＝新権利保護説（15）は，これを基礎にしている。憲法は，裁判を受ける権利を基本的人権として保障している（憲法32条）のであるから，その制度的保障である民事訴訟の目的を権利保護に求めるこれらの考え方には大きな後ろ盾があり，裁判の正統性，法の支配の実現の要請に合致する。その意味で権利保護説は根本を射ているといえよう。

イ 私法秩序維持説は、国が自ら制定した私法の秩序を維持し，いまだ完成していない私法秩序を内面的に完成するよう助力し，その実効性を確保するという公益のために民事訴訟制度があると考え（16）。権利義務の争いに対して裁判という公権的解決によって法的平和と私法秩序が維持されていることに制度の存在意義を認めることができるから，この点を目的論からまったく捨象することはできない。司法秩序維持説が時代を超えて唱えられている意義は否定できないといえる。

ウ 紛争解決説は、私法は民事裁判による紛争の解決を通して歴史的に発達したものであり，個人や社会にとって法に先行する要請である紛争の強制的解決こそが民事訴訟の目的であると考え（17）。この考え方を基礎に，法の支配の観点からの見直しをして，紛争の「法的基準に基づいた」解決を目的とするという考え方＝法的紛争解決説（18）が有力である。いずれにしても紛争解決説は，司法権の内容を「一切の法律上の争訟」と定める裁判所法3条1項の規定に適合し，訴権の内容を反映していること，また，実体法の

規定はすべての紛争を文言のみで解決するに十分ではなく、訴訟において創造的に探求されることが少なくないことから、実定法と時代の要請に応えるのにふさわしい理解であると考えられる。

エ 手続保障説は、手続的正義の価値と役割を最大限に重視し、当事者間の実質的な対等を確保しながら、当該紛争に妥当すべき当事者間の行為責任分担ルールに基づいて論争または対話を尽くさせることに民事訴訟の第一次的な目的があると考え（19）。民事訴訟は、権利保護の要求をする一方当事者とこれに対抗して法的利益を主張する他方当事者とが相互の正当性の根拠を公の手続において納得しようとする制度であり、手続保障を充実させること自体によって紛争の合理的解決が促進されるという面がある。特に、実体法が整備されていない分野での訴訟においては、手続自体への公平な参加を保障することによって紛争解決の方法を正当化しうる担保となるから、手続参加の機会を実質的に保障することは民事訴訟の信頼の根幹であるといえる。手続保障説は、法の支配との調和点をどこに見出すか問題をかかえてはいるが、手続的正義の追求に最も重点を置いているところに存在価値が大きい。

オ 多元説は、私法秩序維持、紛争解決、権利保護、手続保障のいずれもが民事訴訟の目的であり、これら対立・緊張関係にあることを前提に、個別問題ごとにどの価値に重きを置くべきかを利益衡量することが解釈論・立法論の任務である、と考える（20）。制度の目的は諸説にそれぞれ一理があり、これを特定唯一に限定して説明しようとしても、解釈論・立法論の指針として実用的ではないから十分ではない。目的論が多元説に収束することは自然の成り行きであるといえるから、多元説は本質的に無理がなく納得が得られやすい。

カ 棚上げ説は、目的論は、ものの見方・考え方として、それまで気付かなかった問題点・解釈論を気付かせたり、ある学説の首尾一貫性の検証等に資することを通じてその学説の補充・調整に役立ったりすることがあるが、抽象度が高く、優劣の基準も明確ではなく、具体的解釈論を扱う際の基準（価値）になり得ないから、綿密に検討する必要はないと考える（21）。民事訴訟の目的を学問的に論ずることの意義を突きつめていくと、目的論が容易に収束しない、という理由を明らかに論証している。棚上げ説は多元説を受容しながら目的論の究極的な課題を個別具体的問題で検討すべきものであるとしている点で肯定できよう。

（２） 目的論における手続保障の位置付け

ア 権利保護説は、権利の確定・実現を通じて実体的正義を保障することが目的であるから、手続保障は独立の訴訟目的ではないとする（22）。他方、新権利保護説の立場からは、法的利益の保護を民事訴訟の公的サービスの内容と把握し、強制性、迅速性、安価性、合法性、公正性をサービスの質の要素とし、公正な手続として「手続の中に利用者の必要とする情報を適時に提供するシステムをビルトインしておくこと、手続の節目ごとに利用者の納得・合意を調達するようなシステムを設定しておくこと」であるとし（23）、手続保障を民事訴訟の目的の質的な一部に組み入れている。権利保護説は、訴訟の対象について当事者の処分性を広く認める素地があるから、利用者の納得・合意を手続の原理とすることが重要になると考えられる。したがって、権利保護説においては、手続保障が訴訟の目的とされてはいないが、手続保障のもとにおける権利保護を目的としているものと

いうことができよう。

イ 私法秩序維持説については、明確な位置づけがないが、弁論主義の根拠について真実発見のための合目的的考慮に基づくものとする立場（手段説）にあることからみれば、手続保障は真実発見という私法秩序維持目的から導かれる技術的、政策的なものとしているということができようか(24)。しかし、私法秩序維持説においては、完成されていない私法秩序は裁判官の具体的な認識作業によって補完し明らかになるとするのであり、その材料を提供する場としての手続過程における当事者の主体的活動の機会が保障されることが求められるものと考えられる(25)。

ウ 紛争解決説については、兼子・前掲注(9)『新修民事訴訟法(増訂版)』34頁は、前記のとおり手続保障の重要性を指摘しているが、その前提として、「訴訟制度の目的は理論的な側面であるのに対し、その理想は現実の技術的、政策的な側面である。」といい、理想のための諸要求の中で主要なものは、裁判や執行が適正、公平、迅速かつ経済的であることとし、手続保障は「適正」な裁判のための制度であるとし、弁論主義における手続保障は「公平」の要求に基づいているとしている。このような考え方に支えられた紛争解決説においては、手続保障は、民事訴訟の目的と技術的・政策的な側面から結びつけられ、目的を理想的に達成する手段であるものと把握しているものといえよう。また、伊藤・前掲注(18)『民事訴訟法〔補正第2版〕』16頁は、紛争解決は適正かつ迅速なものでなければならず、当事者に十分な主張立証の機会を与えないままに行われる裁判は適正なものとはいえないから、「手続保障も適正な解決の内容である」といい、他方で、「手続保障が民事訴訟の指導理念の一つであり、具体的には、弁論主義または弁論権の形をとって現れることについては、異論がない。」としているから、手続保障は、やはり民事訴訟の目的に指導理念として組み込まれている。いずれにしても、紛争解決説においては、訴訟前に存する権利との一致を要求していないから、解決すべき方法、発見すべき正義は、手続の合法性に求められるべきであり、手続保障を本質的な要素としているものと考えられる。また、紛争解決説では、裁判官による法創造の機会が大きく、その裁判が正当として許容されるためには私法秩序維持説よりも一層強く手続保障が確保される必要があり、手続保障の確保が民事訴訟の目的そのものに組み入れられるべき紛争解決方法の理念・理想から導かれている。

エ 手続保障説については、井上・前掲注(9)「手続保障の第三の波」76頁以下は、当事者相互間でそれぞれの役割分担のなかで訴訟による論争を展開していくという手続過程そのものの意義を重視し、そのような論争ないし対話の手続を保障することが手続を貫く基本原理であり、それは当事者が訴訟内のやりとりのなかから主体的に作りあげていくという要素がある、という。ここでは、手続保障は目的そのものではあるが、内容は個々の場面で当事者間において協働して規範として創造する責任があり、訴訟が当事者の主体性に基づいて進行すべきことを意味しているものといえる。手続的正義自体を全うすることに民事訴訟の目的を据えるから、あるべき手続保障を規律する原理・理想がどこから導かれるのかが問題となり、民事訴訟の目的そのものからは手続保障の内容の指導性は明らかにならない(26)。

オ 多元説については、新堂・前掲注(20)『新民事訴訟法(第2版)』6頁以下は、「民事訴訟による解決は、実体法規によって勝つべき者が勝つということが手続上保

障されたものでなければならない。こうした解決が担保されているところから、私人は裁判の結果を予測することができるし、相互の生活関係を実体法という基準によって自律的に規律することも可能となり、社会生活全般にわたっての安定が得られる。」とし、「利用者側からみた民事訴訟制度によせる価値を端的に表明するものとして、実体的側面からみれば権利保護という価値を、手続法的側面からみれば、手続参加の機会を実質的に保障する手続保障という側面を民事訴訟制度の目的とみることが必要となる。」とする。権利保護、司法秩序維持、紛争解決と並んで手続保障が民事訴訟の独立の目的であることから、手続保障の具体的内容を定める原理・理想を実体的正義とのかねあいで個別に考えるべきことになるが、紛争解決制度の正統性を支える手続保障の確保を手続法的側面における民事訴訟の目的の中心に据えた重要性は大きい。

力 棚上げ説については、高橋・前掲注(11)「民事訴訟の目的」16頁は、立法論・解釈論の基準という技術的・实际的側面に関していえば、適正・公平・迅速・訴訟経済という指標の方がまだしも有用であるとする一方で、同502頁以下において、既判力の効力を紛争解決の制度的効力と手続保障・自己責任に根拠を求め、どの程度の手続保障が必要かは個別の具体的利益考量問題であるとしている。棚上げ説は、目的論を抽象的に論じないだけで、手続保障を民事訴訟の目的に関連する立法問題・解釈問題の重要な指針としている点では多元説と同根であるといえる。

(3) 手続保障の在り方

目的論については、以上の学説の状況を踏まえて、もともとの問題措定の意味をもう一度問い直さなければならないとの指摘がある(27)。また、多元説にとどまらず、棚上げ説が有力に主張されているなかで、なお、目的論の意義について司法制度の改革を押し進める方向を左右するものとして重要性があるとする考え方がある(28)。

1で概観したとおり、それぞれの目的論が民事訴訟の存在理由の少なくとも一端を的確に表明しているものということができるものの、これが具体的な場面における問題の解釈論にどのようにリンクするのかを明らかにする作業は終わっていない。民事訴訟の目的を論ずるに当たり目的論と民事訴訟の理念ないし理想とが渾然となっており、また、理念ないし理想の具体的内容は目的論の立場の如何にかかわらず広く意見が一致していることから、民事訴訟の目的論は、目的、機能及び役割を理念ないし理想を含めた全体としてみれば、その一部の強調の度合いにすぎない様相となっている。

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、観念的な理論体系の確立よりも、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ものと考えられる。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、もともと理論的に困難な課題といえるし、そもそも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、全体を統一する目的論を収束することが不要不急のものであるからといって、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ことはいうまでもない。手続保障についてみると、2において目的論との関わりを概観したが、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、公平に攻撃防禦を展開する機会が確保されることを内容としている。

前記のとおり、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り、ひいては、裁判の正統性を確保する役割を果たしていることにあり、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る。

(11) 兼子一「民事訴訟の出発点に立返って」『民事法研究』(酒井書店、1950年)475頁以下(初出・法学協会雑誌65巻2号(1948年)76頁)、三ヶ月章「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」『民事訴訟法研究第1巻』(有斐閣、1962年)249頁以下(初出・法学協会雑誌75巻2号(1958年)109頁)、同「民事訴訟の目的と機能」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点〔新版〕』(有斐閣、1988年)6頁以下、木川統一郎「訴訟制度の目的と機能」新堂幸司編集代表・小島武司＝萩原金美編『講座民事訴訟』(弘文堂、1984年)29頁以下、新堂幸司「民事訴訟制度の目的論の意義」『民事訴訟の役割』(民事訴訟法研究第1巻)(有斐閣、1993年)47頁以下(初出・法学教室〔第2期〕1号(1973年)63頁)、中村英郎「民事訴訟制度の目的について」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進(上)』(判例タイムズ社、1994年)1頁以下、竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」民事訴訟雑誌40号(1994年)1頁以下。

(12) 高橋宏志「民事訴訟の目的」『重点講義民事訴訟法【新版】』(有斐閣、2000年)15頁以下。最高裁昭和54年3月16日第2小法定判決・民集33巻2号270頁は、主位的請求を棄却し予備的請求を認容した控訴審判決に対し第1審被告のみが上告した場合と上告審における調査・判断の範囲が予備的請求に限られる旨を判示したものであるが、法廷意見の補足意見は、そのように解さなければ「かえって、私的紛争の公平な解決を目的とする民訴法の基本理念に照らして相当でない」といい、少数意見は、その範囲を主位的請求も調査判断の対象とすることは、「私的紛争の合理的解決を目的とする民訴法の基本理念に照らして是認すべきである」といい、民事訴訟の目的論は同じ立場にあっ

ても解釈論の決め手とならない実例である。

(13) 竹下守夫「民事訴訟の目的と機能」青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第3版〕』(有斐閣、1998年)7頁。手続保障の概念について表立って焦点が当てられた大きな場面として、訴訟物論争の中から生まれた判決効の拡張の根拠をめぐる問題を挙げることができ、そこでは手続保障が裁判の効力の正当性を根拠づけるために当事者の責任と結びついた役割を果たしている(伊藤・前掲注(13)「学説史からみた手続保障」51頁以下)。他方で、弁論主義の根拠を客観的真実に基づいた適正な裁判をするための手段であるとする考え方(山木戸克己「弁論主義の法構造」中田淳一先生還暦記念『民事訴訟の理論(下)』(有斐閣、1970年)1頁、小林秀之『民事裁判の審理』(有斐閣、1987年)3頁)の基礎には、裁判の正当性の担保となる「自己責任」という私的自治の理念とは別に、「真実の発見」という公的秩序の理念があり、これらの考え方が上訴を含めた種々の訴訟手続の許否、効力を検討するうえでも重要な視点とされてきている。

(14) 木川・前掲注(11)「訴訟制度の目的と機能」29頁、小島武司＝石川明編『新民事訴訟法』(青林書院、1997年)5頁(石川明)、松本博之＝上野泰男『民事訴訟〔第2版〕』(弘文堂、2001年)6頁。中村英郎『新民事訴訟法』(成文堂、1994年)33頁は、我が国の民事訴訟法体系がローマ法を淵源とすることを根拠に同説をとる。

(15) 竹下・前掲注(11)「民事訴訟の目的と司法の役割」27頁、同・前掲注(13)「民事訴訟の目的と機能」4頁、山本和彦「公的サービスとしての民事訴訟－民事訴訟目的論」『民事訴訟審理構造論』(信山社、1995年)1頁以下。

(16) 兼子一『民事訴訟法概論』(岩波書店、1938年)1頁、斎藤秀夫『新民事訴訟法概論〔新版〕』(有斐閣、1982年)5頁。

(17) 兼子一『新修民事訴訟法体系(増訂版)』(酒井書店、1965年)25頁、三ヶ月章『民事訴訟法〔第3版〕』(法律学講座双書)(弘文堂、1992年)15頁、菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法〔 〕』(日本評論社、1978年)1頁。なお、藤田宙靖「現代裁判本質論雑考」『行政法学の思考形式』(木鐸社、1978年)275頁以下(初出・社会科学の方法34号(1972年)1頁)から、紛争解決説に対して、法治主義に反する要因を内在しているとの指摘があつて以後、目的論の舵が定まらなくなった様相を呈しているといわれている。

(18) 伊東乾『民事訴訟法の基礎理論』(1972年)6頁、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『民事訴訟法講義〔第3版〕』(有斐閣、1995年)19頁(中野貞一郎)、伊藤眞『民事訴訟法〔補訂第2版〕』(有斐閣、2002年)15頁、小山昇『民事訴訟法〔第5版〕』4頁、谷口安平『口述民事訴訟法』(成文堂、1987年)18頁。

(19) 井上治典「民事訴訟の役割」岩波講座『基本法学第8巻・紛争』(1983年)153頁以下、同「手続保障の第三の波」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』(有斐閣、1988年)76頁以下、同『民事手続論』(有斐閣、1993年)217頁、同「民事訴訟における手続保障」青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第3版〕』(有斐閣、1998年)60頁。

(20) 新堂・前掲注(11)「民事訴訟制度の目的論の意義」53頁、同『新民事訴訟法〔第2版〕』(弘文堂、2001年)8頁、小林秀之『プロブレムメソッド新民事訴訟法〔補訂版〕』(判例タイムズ社、1999年)1頁以下、納谷廣美『民事訴訟法』(創成社、

1997年)14頁。上田徹一郎『民事訴訟法〔第3版〕』(法学書院,2001年)30頁は,諸目的ないし価値は対立緊張する関係にあり,相互に密接不可分な関係にあるとして,緊張関係の多元説を標榜する。なお,梅本吉彦『民事訴訟法』(信山社,2002年)6頁は,民事訴訟の設置目的は法秩序維持,機能目的は紛争解決,利用目的は権利保護であるとする。また,当初の時代は私法秩序維持と権利保護の両方が目的であるとする考え方(中田淳一『民事訴訟法講義上巻』(有信堂,1954年)1頁以下,菊井維大『民事訴訟法上』(弘文堂,1958年)3頁)が支配的であった(なお,小室直人編『民事訴訟法講義〔改訂版〕』(法律文化社,1982年)3頁)が,これらも一つの多元説といえる。

(21) 高橋・前掲注(12)「民事訴訟の目的」1頁以下。

(22) 松本=上野・前掲注(12)『民事訴訟法〔第2版〕』8頁。

(23) 山本和彦「民事訴訟の目的」『民事訴訟法の基本問題』(判例タイムズ社,2002年)1頁以下。

(24) 兼子・前掲注(16)『民事訴訟法概論』226頁は,私法秩序維持説のもとで弁論主義の根拠について手段説を採用していたが,同・前掲注(17)『新修民事訴訟法(増訂版)』は,弁論主義の根拠について本質説に改説し(198頁),民事訴訟の目的について紛争解決説を提唱し(25頁),適正手続の重要性を最順位に指摘している。

(25) 新堂幸司「民事訴訟の目的論からなにを学ぶか」『民事訴訟制度の役割』(民事訴訟法研究第1巻)(有斐閣,1991年)125頁,151頁,179頁(初出・月刊法学教室1号~7号(1980年~1982年))。

(26) 真実の発見を訴訟手続の理念に掲げることに消極的な立場から対等弁論の中に手続的正義を保障することが法形成過程を正当化するものであるという考え方は,裁判の正統性において客観的な真実,実体的な正義の追求を放棄するものであるといえる(この考え方の社会学理論の基盤になっているN.ルーマン,今井弘道訳『手続を通しての正統性』(風行社,1990年)21頁以下においても,正義に裏打ちされた手続が求められている。)。井上治典=高橋宏志編『エキサイティング民事訴訟法』(有斐閣,1993年)9頁,13頁(井上治典発言)は,手続規範としては,一般的,社会的な規範でやる必要はなく,実体法は一つの材料に過ぎず,当事者がその事件限りで作りあげていって選択すればよい,とする。これに対して,田中・前掲注(5)「手続的正義からみた民事裁判の在り方について」20頁,34頁は,手続的正義については,第三者の中立性・公平性、当事者の対等化と公正な機会の保障、第三者及び当事者に対して理由づけられた議論と決定を要請する手続的合理性が求められ,手続的公正の要請を満たすだけでは足りないとする。

(27) 中野貞一郎=松浦馨=鈴木正裕『新民事訴訟法講義〔補訂版〕』(有斐閣大学双書,2000年)11頁(中野貞一郎)。

(28) 竹下・前掲注(19)『民事訴訟法の争点』4頁,山本・前掲注(23)「民事訴訟の目的」1頁。

4 手続保障の内容

手続保障の在り方は,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。

(1) 期日・期間・送達手続

期日・期間・送達手続は、訴訟の迅速な進行を図ることと、当事者の手続保障を確保することにあるから、この規定に反する訴訟行為またはこの規定に定めのない訴訟行為の効力については、具体的な場面において、いずれかの目的に抵触することにならないか、いずれの目的の達成が優先するかを検討し、判断すべきである。

期日は、当事者が訴訟に関する行為をするために定められた時間であるから、これを指定・変更する手続を経ないで開いた期日においてした訴訟行為は、手続保障にまったく欠けるから、その効力を生じない。期日で問題になるのは、旧法下において次回期日が判決言渡期日であるときに呼出状の送達を不要とする実務の取扱いの当否(29)、口頭弁論及び弁論準備手続の期日の変更申立に必要な「顕著な事由」(法93条3項本文、規則37条)に当たるかどうか(30)である。この場面での手続保障は最も基本的な手続参加の機会を与えるものとして極めて重要であるから、これを否定するに足りる特段の事情があるかどうかという視点から慎重に検討すべき性質のものであり、手続保障が欠けた場合には、そのような状況に至るまでの当事者の責任の有無、程度及び手続関与の有無、内容などから適正性ないし公正性を判断する必要がある。

期間は、当事者の攻撃防禦方法を検討するための準備の時間を確保しながら、訴訟の迅速な進行を図るために一定の訴訟行為をなすべき継続的な時間であり、訴訟の迅速な進行を図りながら、手続保障を確保するためにあり、不変期間における訴訟行為の追完制度(法97条)もある。訴訟行為の追完については、公示送達、補充送達、付郵便送達などの送達の擬制によって名宛人の帰責事由がない場合を救済する必要性が生じるが、郵便の遅延については、しばしば上訴期間の徒過の例が実務上問題となることが多い(31)。上訴権は手続保障が確保されるべき重要な権利であるが、不変期間を定めた手続の確定の要請は法的安定に支えられたものであるから、適正性ないし公正性の見地からみて、安易に追完が許容される扱いは避けなければならないのであって、特に弁護士が訴訟代理人の場合、専門家としての職業責任を負っているから、厳格に運用すべきであろう(32)。

送達は、当事者に対して訴訟上の書類の内容を知らせるために、書類を交付し又はその交付を受ける機会を与える裁判所の訴訟行為であるから、手続的正義を内容とする手続保障のために必要不可欠の制度である。送達に関しては、訴状が有効に送達されなかった場合には当事者の代理人として訴訟行為をした者に代理権の欠缺があった場合と別異に扱う必要がないとしてこれが再審事由(法338条1項3号、旧法410条1項3号)に該当すると解されているが、このような送達の瑕疵がある場合に判決を当然無効とすることができるかという問題がある(33)。判決無効の概念は古くから認められており、訴訟係属のない場合がこれに当たるとされている(34)が、訴状の送達の瑕疵があって訴訟係属がないと認められる場合は、当事者に保障されるべき手続に関与する機会が実質的に与えられていなかったものといえることができるから、単に法的安定の見地から、当該判決について無効事由のあることが再審手続あるいは執行法上の救済手続によって判断されて取り消されない限りは判決効を有するとするのは、当事者の裁判を受ける権利を侵害するものといえよう。不適法無効な送達後の訴訟行為の効力については、送達の瑕疵内容を具体的に検討し、瑕疵の程度と当事者の手続関与の内容に照らして実質的手続保障の要請が満たさ

れいるかどうかを勘案すべきであり、訴訟の過程の全部にわたって当事者が主体的に参加して攻撃防禦の機会が与えられたとはいえない場合には、判決を当然に無効とすべき余地があり、今後の検討課題であると考えられる（35）。

（２） 主張・立証手続

主張・立証手続における手続保障は、判断資料の収集の過程において、当事者が訴訟に主体的に参加するために最も必要とされる。訴訟の審理において、判決の基礎となる事実の確定に必要な判断資料を提出する機会を当事者に対等・平等に保障するために、口頭弁論手続（法８７条１項本文）、証拠調手続（法９４条１項、１８０条以下）において手続保障の理念が定められている。この当事者対等・平等の理念は、裁判所と当事者の間及び当事者相互間で平等・対等に判断資料を提出する機会が保障されることを内容とする（36）。

弁論主義は、裁判所と当事者と間において判決の基礎となる事実と証拠の収集を当事者の権能と責任とする手続保障であり、その根拠については諸説（37）があって、本稿の目的の範囲内で概観すれば、私益に関する紛争解決は当事者間の自主的解決に近づく私的自治が望ましいとする民事訴訟の本来的な性格に基づくとする考え方（本質説）、当事者の利己心を利用して効率的に真実を発見するために合目的的に認められた制度であるとする考え方（手段説）、当事者に対する不意打ち防止ないし攻撃防禦の機会を保障する原理とする考え方（手続保障説）、法そのものが当事者によってみずから探索されなければならないとする考え方（法探索主体説）、私的自治、真実発見、不意打ち防止、公平性信頼確保など多元的な根拠に基づいて歴史的な所産であるとする考え方（多元説）など多岐に分かれる。いずれにしても弁論主義のもとでは、当事者には事実と証拠を提出する権限があり、提出された事実と証拠に対して防禦することができることからみれば、当事者に手続的正義としての手続保障が図られている。また、当事者の主張しない主要事実については判決の基礎とすることはできないとする弁論主義には、不意打ち防止という手続保障の機能があることも否定できない（38）。このような手続保障が制度の根幹になっている弁論主義は、民事訴訟における当然のあるいは自明の原理とされているから、弁論主義の根拠と目的論との間には直接的な関連性はないといえる。しかし、本質説は紛争解決説と、手段説は権利保護説及び私法秩序維持説と思考原理を共有しており、またいずれの多元説も同様の問題認識にあるといえよう。手続保障説はネーミングの観点から弁論主義と目的論とは異なっているように思われるので、対比するのは適当でないが、手続自体が訴訟の目的であるとの共通の考え方に支えられている。

手続保障の機能は、前記のとおり、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、これが裁判の正統性を確保する役割を果たしていることにあり、弁論主義のもとにおいても、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から、弁論主義における手続保障の在り方は、具体的弁論の過程で、適正性ないし公正性、真実発見、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である。

そこで、判決に手続保障に関する弁論主義違反があるかどうかを判断するうえでは、この手続保障機能がどの程度確保されているかを具体的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（当事者の意思に反する程度）、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（同一性の認められる程度）、適正性の観点から、現にした攻撃防禦の内容となしえた攻撃防禦の内容との乖離（結果回避可能性）等を比較考量し、当事者の攻撃防禦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（39）。

主張立証責任の分配をはじめとして、具体的な場面として、当事者の主張した事実と裁判所の認定した事実が一致していない場合（所有権移転の来歴、経過等）、弁論主義の適用のある主要事実の具体的範囲が明らかでない場合（不法行為における過失等の不特定概念）、当事者が特定の法的観点を前提に主張した事実について裁判所がこれと異なる法的観点に基づいて判決をした場合（裁判所の法的観点指摘義務）等に検討課題が多い。

（３） 和解手続

訴訟上の和解は、実務上の手続においては、裁判所による和解の勧誘により和解案が示され、当事者間の調整がされる方法で進行することが多いが、本質は期日における当事者の合意が形成されることにある。裁判所の訴訟指揮のもとに紛争解決が行われるものであるから、裁判を受ける権利が保障されていることに反することのないよう、十分な手続保障がされることを前提に、紛争の適正、公平、迅速かつ経済的な解決の要請に合致することが求められる。和解手続そのものの進め方と和解内容の定め方に手続保障をする必要がある。

和解手続は、弁論期日・弁論準備手続期日によるものと和解期日によるものがあり、手続保障の内容は当然に異なるものとなるので、当事者の意思に反して選択されてはならない。期日の選択が当事者の意思に反するものではなくても、終局判決を最終手段とする公的紛争解決機関としての裁判所の手続であるから、適正、公平なものでなければならないのである。この観点から、和解勧誘において情報が裁判所を介して一方的に伝達される交互面接方式に代えて、対席方式で行われるべきかどうかについて議論がある（40）。当事者の主体的な参加を確保する見地から、対席方式をとらない場合には具体的な場面ごとに当事者の明確な意思の確認をすることが重要である。

訴訟上の和解は、参加者が訴訟当事者に限定されず、また、内容が当事者間の訴訟物に限定されず、むしろ限定されない点に将来に向けた紛争解決を図ることができるという合理性がある。そこから、和解当事者及び内容を定めるうえで手続保障を確保する必要がある。

和解に第三者を利害関係人として参加させて紛争解決の合意を図る場合、第三者との関係は、起訴前の和解に準じたものが混在するものとする考え方（41）、訴訟上の当事者としての加入とする考え方（42）があるが、手続保障としては、起訴前の和解において「請求の趣旨、請求原因及び争いの実情」を申立書に記載すべきこととされており、権利関係の存否、内容又は範囲についての主張の対立に限らず、広く権利関係についての不確定又は権利実行の不安を含み、さらに将来紛争発生の可能性が予測できる場合を含むとされていること（43）に準じて、この実情等を第三者に告知し、意見を聴く機会を与える扱いが必要であると考えられる。

和解内容が訴訟物を離れた権利に及び、あるいは新たな法律関係の設定を生じさせる場

合、和解条項は判決の主文のように単純ではないから、和解の効力の及ぶ範囲が不明確になる恐れがあり、これをめぐる争いを生じさせる可能性はそれだけ大きくなる。また、和解条項は、裁判所の公権的な関与のもとで当事者相互で材料を提出し内容について共通の認識を保持しながら、自律的相互作用的な利益調整活動を通じて、当事者間のあるべき規範として生み出された成果であるという面があることは否定できない(44)。したがって、当事者の利益調整活動の成果である和解については、その効力を認める根拠には当事者の自己決定が開示された材料について自由で十分な議論が尽くされていることにありと考えられる。また、後訴裁判所に対する拘束力や和解の無効を主張することの可否・方法などを検討するうえでは、自治的解決方法としての和解にも、和解条項作成上の手続保障として、和解条項の内容に関する意見を十分に聴取する機会が与えられていたか、さらに、和解後にどのような紛争再燃が生じる可能性があるかについての認識を聴取する機会を設けられていたかが重要な視点となる。とりわけ、「裁判所等が定める和解条項」(法265条)においては、和解条項の内容に関する当事者の意見聴取の手続きが保障されるべきである。

(4) 上訴手続

手続保障は、不意打ちを防止する目的・機能を有するものであり、上訴審においても確保されなければならないが、当事者の攻撃防禦が尽くされたものとして原判決がされているのであるから、上訴審においてこれまでの攻撃防禦に顕れていない問題を取り上げる場合には、これに関する攻撃防禦を尽くさせて不意打ちのないようにすることが手続保障の内容となる。

終局判決に対する上訴制度は、原審の判決について、その正当性を審査すること及びその迅速な実現を図ることという二つの要請の調和のうえに成り立っており、前者は手続保障の要請、後者は権利保護・紛争解決の要請である。特に、上告制度は、法の解釈適用の統一と誤った原判決からの当事者の救済のいずれに比重を置くべきかが議論されるなかで、事実審の審理により正当な利益を有するとされた勝訴当事者の利益保護すなわち迅速な審理を図ることは、訴訟制度全体からみた民事訴訟の目的を考えるうえで軽視されてはならない事柄である。

憲法32条の規定する裁判を受ける権利について、その手続保障を確保する内容として、判決に対する不服申立ての機会を保障することをあげることができるが、手続保障は民事訴訟の目的、機能を果たすための民事訴訟制度全体の中で確保すべきものであり、三審制のすべてにおいて同等の手続保障をすることを当然の帰結とするものではないし、また、上訴の機会を拡げることが必ずしも民事訴訟の目的、機能を果たす審理を充実することになるものではない(45)。上訴制限を民事訴訟の目的、機能に沿って手続保障を確保することに抵触しないかどうかという観点から検討することが重要である(46)。

各審級にどのような機能を与えるか等どのような上訴制度を設けるかは、上訴制度の目的をいかに実現するかの立法政策の問題であり、上告審を法律審とする制度に合理性がある以上、これにふさわしい手続保障を確保することをもって必要十分なものと考えべきである。最高裁判所が憲法判断と判例統一機能を十分に発揮するために、上告理由が制限され(法312条1, 2項)、また、上告受理申立制度が設けられた(法318条)が、これは、当事者に最終法律審まで無限定な不服申立権を与えることが手続保障の必要不可

欠の要請であるとはいえないことに基づいている。他方で、上告理由を制限し、上告受理申立事由を要求したことの反面として、上告理由及び上告受理申立事由とは異なる職権破棄事由が定められている（法325条2項）ことから、当事者が明示した主張以外の攻撃防禦が取り上げられる可能性があり、原判決の重大な欠陥は従来の制度においても職権破棄の対象とされてきたものではあるが、むしろこの観点からの不意打ち防止のための手続保障が必要である。

（29） 当事者の一方が不出頭の場合につき最高裁昭和23年5月18日第2小法廷判決・民集2巻5号115頁、当事者双方の不出頭の場合につき最高裁昭和56年3月20日第3小法廷判決・民集35巻2号219頁等。中野貞一郎「公正な手続を求める権利」『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社、1989年）53頁。高橋宏志「不意打ち防止のシステム - 期日・期間・送達 - 」新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』（有斐閣、1988年）381頁以下は、期日・期間・送達が弁論の外的条件に関係する不意打ち防止のための手続保障と捉えている。

（30） 三宅省三＝塩崎勤＝小林秀之編集代表・園尾隆司編『注解民事訴訟法〔 〕』（青林書院、2000年）287頁（中山幸二）。旧法152条5項に関して、新堂幸司＝鈴木正裕＝竹下守夫編集代表・竹下守夫＝伊藤眞編『注釈民事訴訟法（3）』（有斐閣、1993年）447頁以下（萩原金美）。

（31） 秋山幹男＝伊藤眞＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彦『コンメンタール民事訴訟法』（日本評論社、2002年）262頁以下。本間義信「公示送達と相手方の救済」民商法雑誌93巻臨時増刊号（1）（1986年）251頁以下、池尻郁夫「利害対立者への補充送達と追完」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』（有斐閣、1995年）377頁以下。実務上問題になるのは交通機関の途絶による不可抗力の事情の介在である（最高裁昭和55年10月28日第3小法廷判決・判例時報984号68頁等）。他方、送達が公示送達による場合において、公示送達を受けたことに自己の責めに帰すべき事由がないとき、あるいは、公示送達申立人に悪意または過失があったときは、個別事情を十分に考慮して、上訴の追完、再審の申立てが許されるべきである（最高裁昭和36年5月26日第2小法廷判決・民集15巻5号1425頁、最高裁昭和42年2月24日第2小法廷判決・民集21巻1号209頁）。

（32） 代理人側の事情については、兼子・前掲注（17）『新修民事訴訟法体系（増訂版）』187頁、菊井＝村松・前掲注（17）『全訂民事訴訟法〔 〕』906頁、新堂幸司『民事訴訟法（増補版）』（現代法学全集）（筑摩書房、1990年）268頁、伊藤・前掲注（18）『民事訴訟法（補訂第2版）』198頁等は軽々に斟酌すべきではないとする。なお、高見進「訴訟代理人の補助者の過失と上訴の追完」小室直人＝小山昇先生還暦記念『裁判と上訴・上』（有斐閣、1980年）358頁、高橋・前掲「不意打ち防止のシステム - 期日・期間・送達 - 」390頁は、相手方への不意打ちが少ない場合まで弁護士に高度の注意義務を課すべきではないとするが、この場合の手続保障は対象が異なる。

（33） 最高裁平成4年9月10日第1小法廷判決・民集46巻6号553頁は、訴状が有効に送達されなかったために被告とされた者が訴訟に関与する機会が与えられないまま判決がされた場合には再審事由があるとしたものであるが、判決が無効にはならないことまで判示したものかどうかは議論があろう。新堂・前掲注（20）『民事訴訟法〔第2版〕』

352頁は、一般的に適式な送達であっても送達が相手方によって妨げられた場合には無効の判決としており、また、高橋宏志「昼間不在者に対する送達」『演習民事訴訟法2』（有斐閣、1985年）123頁、同・私法判例リマックス1994 上 150頁は、要件がないにもかかわらずされた付郵便送達は無効であり、訴状送達が無効とされる場合には判決が無効となるとする説にくみしている。中山幸二「民事訴訟における送達の瑕疵・擬制と手続保障」神奈川法学31巻1号（1996年）83頁以下、同「訴訟係属と判決無効」中村英郎教授古稀祝賀『民事訴訟法学の新たな展開』（成文堂、1996年）321頁以下は、ドイツにおける訴訟係属の概念に Anhangigkeit と Rechtshangigkeit があり、後者が被告の審問の機会の保障に関するものであるものであって、この訴訟係属を欠く判決は無効であるとする。高橋宏志・私法判例リマックス1994 上 150頁は、付郵便送達の要件がないにもかかわらずされた付郵便送達を無効であるとするが、他に同説は見当たらず、田中豊『最高裁判所判例解説民事編・平成4年度』（法曹会、1995年）331頁は、無効の判決について再審による救済が認められる場合の問題点を指摘したうえ、送達の瑕疵と判決の効力の関係を将来の問題として留保している。

（34） 雉本朗造「判決の無効」『民事訴訟の諸問題』（有斐閣、1955年）273頁（初出『民事訴訟法論文集』（1928年）287頁以下）、上村明広「判決の瑕疵」小山昇＝中野貞一郎＝松浦馨＝竹下守夫『演習民事訴訟法（上）』（青林書院、1973年）455頁以下、鈴木正裕「上告の歴史」小山昇＝小室直人先生還暦記念『裁判と上訴・下』（有斐閣、1980年）40頁以下、紺谷浩司「確定判決の無効と詐取（騙取）」新堂幸司編集代表・鈴木正裕＝鈴木重勝編『講座民事訴訟』（弘文堂、1985年）358頁以下。伊藤・前掲注（18）『民事訴訟法〔補正第2版〕』444頁は、当初から訴訟係属がない場合は非判決であるとする。

（35） 新堂幸司＝鈴木正裕＝竹下守夫編集代表・鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997年）7頁以下（鈴木正裕）は、当事者が訴訟に全然関与する機会が与えられなかった場合は再審による救済が与えられるが、判決の無効原因の一部が再審事由に取り込まれてきた歴史があり、無効の主張方法を再審の訴えに引きつけて理解するか、再審事由を無効の主張方法に引きつけて理解すべきかの問題であると指摘する。加波眞一「（民事）判決無効の論理（二）（三・完）」北九州法政論集21巻4号（1994年）6頁以下、22巻2号（1994年）1頁以下、同「再審制度と既判力の制約（判決無効論）」鈴木正裕先生古稀記念『民事訴訟法の史的展開』（有斐閣、2002年）861頁は、既判力における手続保障の観点からの制約に基づき確定判決内容の再審理を認める論理を提唱する。

（36） 鈴木正裕「新民事訴訟法における裁判所と当事者」竹下守夫編集代表・竹下守夫＝今井功編『新民事訴訟法』（弘文堂、1998年）64頁は、裁判所と当事者双方の関係（垂直関係）は当事者の意思が尊重され、当事者双方の相互の関係（水平関係）は自己規律が求められる、とする。水平関係については、山本克己・前掲注（3）「民事訴訟の現在」186頁が、弁論主義において対等当事者の利害調整の問題を指摘している。

（37） 学説の状況は、新堂幸司＝鈴木正裕＝竹下守夫編集代表・竹下守夫＝今井功編『注釈民事訴訟法（3）』（有斐閣、1993年）（伊藤眞）52頁以下、高橋宏志「弁論主義」『重点講義民事訴訟法【新版】』（有斐閣、2000年）345頁以下。

(38) 小林・前掲注(13)『民事裁判の審理』27頁以下、高橋・前掲注(37)「弁論主義」355頁。

(39) 新堂・前掲注(20)『新民事訴訟法〔第2版〕』388頁は、「不意打ち」の観念は、審理中に防禦目標を掲げさせる行為規範と主張と認定のくい違いについて、現実には防禦活動をしたか、または、防禦活動をしえたともて無理はないとはいえないかどうかという評価規範として規律すべきである、とする。

(40) 西口元＝太田朝陽＝河野一郎「チームワークによる汎用的訴訟運営を目指して(3)」判例タイムズ849号(1994年)14頁、草野芳郎『和解技術論』(信山社、1995年)10頁、小原正敏＝国谷史郎「和解手続」判例タイムズ871号(1995年)22頁、山本和彦「決定内容における合意の問題」民事訴訟雑誌43号(有斐閣、1997年)135頁、山本・前掲注(3)「民事訴訟の現在」191頁、伊藤・前掲注(18)『民事訴訟法〔補正第2版〕』411頁、三宅＝塩崎＝小林編集代表・前掲注(30)『注解民事訴訟法【 】』241頁(藤村啓)。井上治典＝佐藤彰一『現代調停の技法』(判例タイムズ社、1999年)3頁以下(「調停の技法」シンポジウム)は、対席方式と同席方式の長所短所を交えて積極的な運用を望む実務家の意見が交換されている。

(41) 兼子・前掲注(17)『民事訴訟法体系(増補版)』305頁、三ヶ月・前掲注(17)『民事訴訟法〔第3版〕』509頁、新堂・前掲注(20)『民事訴訟法〔第2版〕』324頁。

(42) 岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟編第3巻』(有斐閣、1959年)111頁、前掲注(35)新堂＝鈴木＝竹下編集代表・鈴木＝青山編『注釈民事訴訟法(4)』480頁(山本和彦)、伊藤・前掲注(18)『民事訴訟法〔補正第2版〕』408頁、梅本・前掲注(20)『民事訴訟法』954頁。

(43) 兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』(弘文堂、1986年)1130頁(松浦馨)。

(44) 田中成明「法的思考の合理性について(七)」月刊法学教室27号(1982年)13頁、井上・前掲注(19)「民事訴訟の役割」16頁以下。

(45) 三ヶ月章「上訴制度の目的」小山昇＝小室直人先生還暦記念『裁判と上訴・上』(有斐閣、1980年)198頁以下は、「裁判法」的視角から上訴の目的論を究明し、我が国の円筒形上訴制度が上級審指導型の司法制度であり、上訴制限によって特徴づけられる円錐型上訴制度が第一審中心型の司法制度であるとする卓抜した指摘がある。

(46) 上野泰男「上告制限について」関西大学法学論集43巻1・2号(1993年)743頁、山本克己「上告制度に関する改正の経緯」三宅省三＝塩崎勤＝小林秀之編集代表『新民事訴訟法体系第4巻』(青林書院、1997年)23頁。

5 手続保障の将来

手続保障の問題が民事訴訟の理論に正面から取り上げられて四半世紀を越える。上訴制度における上告審の役割問題、判決効の拡張の根拠をめぐる問題、現代型訴訟における主張立証責任分配の問題など、手続保障の考え方が裁判の正当性を根拠づける役割を果たしてきた。裁判の正統性は、当事者を手続に主体的に参加させ、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、信頼があるという基本的な理解に立って、この手続保障が憲法の基本原理に導かれ、また、民事訴

訟の目的論を介して、適正性ないし公正性，真実発見，論争ルール創造等の角度から手続保障の役割が具体的に吟味されるべきであるという状況にある。さらに，手続保障は，論争ルール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。平成8年6月26日公布，平成10年1月1日施行の現民事訴訟法は，民事訴訟を国民に利用しやすく，分かりやすいものとし，もって適正かつ迅速な裁判の実現を図るために，争点及び証拠の整理手続の整備，証拠収集手続の拡充，少額訴訟手続の創設，最高裁判所に対する上訴制度の整備等の措置を講ずる目的で制定された。特に，事案の性質，内容等に応じて訴訟の紛争解決能力を高めるために争点整理手続（法164条以下）及び集中証拠調手続（法182条，220条）を整備したことにより，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（法163条）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（法318条）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。新しい民事訴訟法においては，当事者の主体的参加が強化されることにより手続保障が充実，強化されており，裁判所は，民事訴訟が公正かつ迅速に行われるように努めなければならないとし（法2条前段），他方で，当事者は信義に従い誠実に追行しなければならないとされている（法2条後段）。裁判所の公正迅速確保義務は，裁判を受ける権利（憲法32条）の具体化であり（47），当事者の信義誠実協働義務は，論争ルール創造を勧める手続保障の（48）理念の現れである。

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。

実務においては，民事訴訟法の改正作業に先立って，民事訴訟の運営改善の動きが活発となり，弁論兼和解，口頭による討論を重視した実質的な口頭弁論の活性化が図られ，期日前，期日間準備を含めた争点整理，集中的な証拠調べの試み，工夫が実施されてきたという背景があり，裁判所の積極的な訴訟運営に依拠するところが大きい，当事者の主体的な訴訟活動が期待される民事訴訟が実践されてきた。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，適正性ないし公正性，真実発見，論争ルール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(49)。

(47) 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔補訂版〕』(有斐閣大学双書, 2000年)23頁(中野貞一郎), 青山善充「民事訴訟における公正・迅速の確保」青山善充＝伊藤眞編『民事訴訟法の争点〔第3版〕』(有斐閣, 1998年)16頁。

(48) 高橋宏志「新民訴法について」『重点講義民事訴訟法【新版】』(有斐閣, 2000年)679頁以下, 伊藤・前掲注(18)『民事訴訟法〔補正第2版〕』20頁。

(49) 加藤新太郎「民事訴訟の運営にかかる手続裁量」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築・上巻』(有斐閣, 2001年)193頁以下は, 裁判所に手続運営責任者の手続裁量の権能があり, それは当事者の手続保障にも配慮したうえで発揮されるべきであるとし, 当事者が適切な主張と証拠を提出していることを基盤としている。田中・前掲注(5)「手続的正義からみた民事裁判の在り方について」38頁、47頁は、裁判官の手続裁量の内容には、手続的正義の要請があり、両当事者の合意の調達を正当化根拠としており、その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という。

6 おわりに

裁判の正統性が手続において、当事者の主体的な参加, 実体的正義の実現に対する当事者の承認, 信頼にあり, 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であるという基本的な理解に立って手続保障の在り方を考えるとき, 憲法, 民事訴訟の目的論との関連で, 適正性ないし公正性, 真実発見, 論争ルール創造等の要請を具体的に検討すべき問題であるという視点で、実際の訴訟の過程で当事者の置かれている具体的な状況における手続の機能・役割を取り上げていく必要があるものといえる。そこで、第2章以下に、民事訴訟における手続保障の在り方を手続の諸相のなかで具体的に検討する。

第2章 訴状及び答弁書の記載の手続的意義

- 1 はじめに
- 2 民事訴訟法と訴状及び答弁書の機能
- 3 訴状及び答弁書の記載と手続保障
- 4 訴状及び答弁書の記載例
- 5 おわりに

1 はじめに

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限定され、積極否認、抗弁事実ないし積極的主張に及ぶことは極めて少なかった。しかし、適正迅速な裁判の実現を目的として、裁判所及び弁護士会の民事訴訟の運営改善の試みが活発となり、これらの実践を踏まえて、平成8年成立の新民事訴訟法（以下「法」または「民訴法」という）では、訴状及び答弁書の記載方法について、請求の趣旨及び請求の原因を記載するものとされた（法133条2項）ほか、民事訴訟規則（以下「規則」という）では、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重要な間接事実及び証拠を記載しなければならないものとされ、準備書面を兼ねるものとされ（規則53条3項）、また、答弁書には、請求の趣旨に対する答弁を記載するほか、訴状に記載された事実に対する認否及び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及び証拠を記載しなければならないとされた（規則80条）。

本稿は、民訴法における訴状の準備書面化及び答弁書の充実の趣旨が民事訴訟の目的の中でどのように位置づけられるべきか、そのためには訴状、答弁書は実践的にどのように記載されるべきかを検討することを課題とするものであり、不動産明渡請求訴訟を例に訴状の記載方法を検討した旧稿（1）を材料にして、上記の視点でこれを考察するものである。

（1） 遠藤賢治「不動産明渡しに関する訴えの審理における留意点」遠藤賢治＝清水紀代志＝前田恵三編『民事弁護と裁判実務』（ぎょうせい、1997年）49頁以下。

2 民訴法、規則と訴状及び答弁書の機能

（1） 訴状と請求原因

訴状には、請求の趣旨及び請求の原因を記載するものとされている（法133条2項、旧民訴法224条1項）。ここでの請求原因をどの範囲で記載すべきかについて、周知のとおり、訴えの原因の変更を原則的に不可とする大正15年改正前の旧々民訴法（195条2項第3）時代には、ドイツにおける訴状の記載方法に関する議論を受けて、同一識別説（特定説、Individualisierungstheorie）と事実記載説（理由記載説、Substanziierungstheorie）の対立があった（2）。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、いずれにしても、訴えの原因の変更が原則的に許容されており、随時提出主義（旧民訴法137条）の

制度のもとでは同一識別説をもって正当であることに異論がなく（３）、請求の対象である権利関係についてその発生原因となる事実を記載することにより特定するものと考えられており、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（４）。

（２） 民訴法１３３条、規則５３条等の趣旨

ア 法制審議会民事訴訟法部会が民事訴訟手続に関する規定の全面的な見直しのための調査審議の結果により平成３年に取りまとめた「民事訴訟手続に関する検討事項」（５）には、訴状の記載事項について、「（１）訴状には、請求の趣旨及び請求を特定するに必要な事実のほか、請求を理由あらしめる事実をも記載しなければならないものとするとの考え方（２）訴状には、右に加えて、被告が争わないことが予想される点を除き、重要な間接事実及び主要事実と証拠との対応関係を記載すべきものとする（予想に反して被告が争うことになった場合には、原告は速やかに、右及びを記載した準備書面を提出すべきものとする。）との考え方」はどうかとの項目が示され、また、答弁書の記載事項について、「答弁書には、請求の趣旨に対する答弁、訴状記載の事実に対する認否、抗弁、争点に関する重要な間接事実及び主張事実と証拠との対応関係を記載すべきものとする（やむをえない事由によりこれらを記載することができない場合には、答弁書提出後速やかにこれらを記載した準備書面を提出すべきものとする。）との考え方」はどうかとの項目が示された。答弁書は、被告が最初に提出する準備書面であり、準備書面に関する規則以外には特段の規定が法ないし規則のいずれにも設けられていなかったが、実質的な審理を可能にする役割を果たすことを求めるために、新たに規定を設けることが示されたものである。

その後、同部会が民事訴訟手続に関する改正の方向と内容についての審議結果により平成５年に取りまとめた「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」（６）には、訴状の記載について、「訴状には、請求の趣旨及び請求を特定するに必要な事実のほか、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、請求を理由づける事実に関連する事実で重要なもの（以下「重要な間接事実」という。）及び証拠を記載しなければならない（被告の答弁により立証を要することになった事由については、原告は、速やかに、重要な間接事実及び証拠を記載した準備書面を提出しなければならない。）ものとする。」「請求の趣旨及び請求を特定するに必要な事実に関する部分を除き、訓示規定として設ける趣旨である。」との案が示され、また、答弁書の記載について、「答弁書には、請求の趣旨に対する答弁を記載するほか、訴状に記載された事実に対する認否及び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、重要な間接事実及び証拠を記載しなければならない（括弧内は検討事項と同旨）ものとする。」との案が示された（７）。これらに対する各界から寄せられた意見を踏まえて、同部会では、最終段階の審議において法律事項と規則事項の振り分けが行われ、同部会の審議と並行して最高裁判所事務総局民事局が民事規則制定諮問委員会の幹事会を開催して規則を検討することとなり、訴状の記

載については、試案の内容のうち請求の趣旨及び請求を特定するのに必要な事実に関する部分は法律で規定するものとし、また、試案のその余の内容を規則として定めるものとし、さらに、答弁書の記載については、試案と同じ内容が「最高裁判所規則案の骨子」として同部会に報告された（８）。そこで、同部会が民事訴訟手続に関する改正の方向と内容を確定させる審議結果により平成８年に取りまとめた「民事訴訟手続に関する改正要綱案」では、訴状及び答弁書の記載に関する特記はなく、平成８年２月の法制審議会総会の決定により、これが「民事訴訟手続に関する改正要綱」として法務大臣に答申され、この答申に基づいて、「民事訴訟法案」が国会に提出され、これが可決された（９）。他方、民事規則制定諮問委員会は、最高裁判所規則案の骨子に基づき新規則の条文案の調査審議を行い、最高裁判所裁判官会議にこれを報告し、平成８年１２月に新民事訴訟規則が制定された。以上の経過により、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。

このような訴状及び答弁書の記載内容の規則化には、裁判所、弁護士会及び法曹実務家の民事訴訟の運営改善の提言に基づく訴訟慣行の見直しの具体策の試みが実務において地道に実施されたきた成果の蓄積という背景がある（１０）。それは、早期の争点把握・証拠整理を目的とするものであり、争点中心の手続によって迅速かつ充実した審理を行うためのものであるとされている（１１）。訴状についてみれば、間接事実を含めた事実の主張及び重要な証拠の提示があれば早期の争点・証拠の整理に向かって審理が充実する前提となり、また、答弁書についてもこのような提示があれば早期に実質的な審理に入ることを可能にすることができる。訴状、答弁書の記載内容が重要な間接事実を中心に具体的に明確にされることは、紛争の実体を双方の当事者から浮き彫りにするものであり、訴訟の進行基盤を的確に設定することにつながる重要なことであるから、これにより、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必要不可欠の措置・手当であるといえることができる。

イ　ところで、民訴法は、攻撃防御方法の提出について、「口頭弁論ノ終結ニ至ル迄之ヲ提出スルコトヲ得」としていた随時提出主義（旧法１３７条）を改め、「攻撃又は防御の方法は、訴訟の進行状況に応じ適切な時期に提出しなければならない。」と定めて、適時提出主義を採用した（１５６条）。適時提出主義については、「民事訴訟手続に関する検討事項」には、「当事者は、手続を遅滞させることがないように、攻撃防御方法を適時に提出しなければならない（第１３７条に規定する随時提出主義を適時提出主義に改め、適時に提出しなかった攻撃防御方法は、適時に提出しなかったことについて重大な過失があり、かつ、その提出を認めることが訴訟の完結を遅らせるものと認められるときは、却下することができる。）ものとするとの考え方」はどうかとの項目が示された（１２）。その後、「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」には、この点について、攻撃防御方法の提出時期に関する事項の後注として、「第１３７条に規定する随時提出主義を適時提出主義に改めるかどうかについて、なお検討する。」旨の案が示された（１３）。さらに、同部会が平成８年に取りまとめた「民事訴訟手続に関する改正要綱案」では、攻撃防御方法の提出時期として、「適時提出主義　攻撃又は防御の方法は、訴訟の進行状況に応じ適切な

時期に提出しなければならないものとする。」との案が採用され、平成 8 年 2 月「民事訴訟手続に関する改正要綱」として法務大臣への答申に基づいて、これが「民事訴訟法案」として国会に提出され、可決された。

もっとも、民訴法改正が争点中心主義の理念のもとに争点及び証拠の整理手続の改善を図り、争点を早期に発見し、集中証拠調べを実現することを目的としたものであったことには異論がないが、適時提出主義が採用された趣旨については、論者によって考え方の視点が必ずしも一致していない。立法事務担当者からは、随時提出主義を採用した結果、当事者が攻撃防御方法を小刻みに提出することが可能となり、審理を長期化させる原因の一つとなっているといわれたことから、充実した無駄のない審理を実現するために、適時提出主義に改めた、と説明されており（14）、攻撃防御方法の小刻みな提出あるいは訴訟の引き延ばし、相手方への不意打ちを防止し、円滑な訴訟手続の進行を図る目的であるとする見方は多方面から指摘されているところである（15）。これに対しては、新しい審理方式が争点整理段階と集中証拠調べ段階との審理過程の観念的段階区分を基本とし、これにより口頭弁論の一体性が変容され、随時提出主義の基盤は失われたとする見方（16）、あるいは、争点の整理・圧縮を前提とした、効率的、かつ、弾力的な審理の実現を図るところにあり、随時提出主義の本来の趣旨を明確にするために設けられたとする見方（17）がある。適時提出主義の趣旨とする訴訟運営は、実務の實踐において迅速な審理及び集中証拠調べを可能にする目的で実施されてきたことは疑いがなく、これを訴訟法の観点からみれば口頭弁論の一体性の変容であることも否定できない。これは、随時提出主義のあるべき方向を目的とするものであるということも可能であるが、当事者の訴訟活動について、迅速かつ集中的な審理の実現という要請に基づいて攻撃防御方法の早期提出を図る目的のもとに規律するものであると考えられ、訴状及び答弁書の記載に関する民訴法の改正内容はこれに沿うものであるということが出来る（18）。

（2） 小山昇『訴訟物論集（増補版）』（有斐閣、1972年）60頁以下。

（3） 兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版）』（酒井書店、1965年）172頁、三ヶ月章『民事訴訟法』（法律学全集）（有斐閣、1959年）104頁、新堂幸司『民事訴訟法（第2版）』（現代法学全集）（筑摩書房、1982年）152頁、菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法』（日本評論社、1989年）43頁、兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986年）801頁、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕『民事訴訟法講義〔補訂第二版〕』（有斐閣、1986年）48頁（中野貞一郎）等。

（4） 新堂幸司＝鈴木正裕＝竹下守夫編集代表・新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法（5）』（有斐閣、1998年）110頁（新堂幸司）。

（5） 法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続の検討課題』別冊 NBL 23号（1991年）「民事訴訟手続に関する検討事項」13頁。同「民事訴訟手続に関する検討事項の補足説明」15頁以下は、このような考え方を問う理由として、訴状について、「実務では請求を理由あらしめる事実も訴状に記載するのが一般であり、期日の空転を避けるためには、被告が早期に適切な準備を行うことができるように、原告が当初から自己の請求を理由あらしめる事実を記載しなければならないことにすべきであるとの指摘がある。」「期日の空転を防ぎ、早期に実質的な審理に入ることを可能にするためには、請求を理由あ

しめる事実のほか、これを裏付ける重要な間接事実も早期に提示することが必要であるとの指摘がある。また、主要事実に対応する証拠を訴状に提示するようにすれば、準備不足による誤った主張や根拠に乏しい主張が少なくなり、真の争点が早期に明らかになるとの指摘もある。」と説明し、答弁書についても同じ考え方を説明している。

(6) 法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する改正試案』別冊 NBL 27号(1993年)1頁。

(7) 柳田幸三ほか「『民事訴訟手続に関する改正要綱試案』に対する各界意見の概要(2)」NBL 562号(1995年)35頁によれば、この案については、寄せられた意見の大多数が全面的に賛成する意見であった、という。

(8) 最高裁判所事務総局民事局監修『民事訴訟手続の改正関係資料』民事裁判資料210号(法曹会, 1996年)345頁, 林道晴「新しい民事訴訟規則の制定について」法曹会編『新民事訴訟法・同規則の運用と関係法律・規則の解説』(法曹会, 1999年)(初出・法曹時報49巻5号(1997年)8頁)8頁。訴状及び答弁書の記載に関する事項を規則に盛り込むこと及びその内容については、法制審議会民事訴訟法部会が「民事訴訟手続に関する改正要綱案」を取りまとめる過程においてあらかじめ了承済みであったことについては、林・前掲17頁。なお、訴状に請求を理由づける事実を具体的に記載することが規則事項とされた理由は、法による訴状の必要的記載要件とすると、その欠缺は訴状却下の対象になりうるが、要件事実が必ずしもはっきりしていない訴訟類型が存在し、あるいは人によりその考え方が異なることがあり得るとして、反対意見があったことなどを考慮して、訓示規定とすることになり、弾力的な改正に対処できることなどが挙げられている(宮宮英俊「訴状の記載と添付書類」三宅省三・塩崎勤・小林秀之編『新民事訴訟法体系2』(青林書院, 1997年)35頁)。

(9) 改正要綱案, 改正要綱, 民事訴訟法案の全文は、それぞれ, NBL 587号(1996年)8頁, 民事法情報114号(1996年)44頁, 裁判所時報1166号(1996年)11頁に掲載されている。

(10) 最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事訴訟規則』(司法協会, 1997年)116頁, 竹下守夫・青山善充・伊藤眞編集代表・ジュリスト臨時増刊『研究会新民事訴訟法 - 立法・解釈・運用』(有斐閣, 1999年)135頁(福田剛久)。1980年代の裁判所における総合的な研究の成果として、岩佐善巳・中田耕三・奥山興悦・佐々木茂美・福田剛久・市川正巳『民事訴訟のプラクティスに関する研究』司法研究報告書40輯1号(司法研修所, 1988年)があり、民訴法改正までに至るその後の10年間の取組みの内容として、最高裁判所事務総局編『東京地方裁判所における民事訴訟の審理充実方策に関する研究結果報告書』(法曹会, 1990年)23頁, 篠原勝美・中田昭孝・吉川慎一・瀬戸口壮夫『民事訴訟の新しい審理方法に関する研究』司法研究報告書48輯1号(司法研修所, 1996年)等がある。

(11) 法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続の改正試案』別冊 NBL 27号(1993年)「民事訴訟手続に関する改正試案の補足説明」17頁以下は、「期日の空転を防ぎ、早期に被告が適切な準備を行って、実質的な審議に入ることができるようにするためには、原告が当初から自己の請求を理由づける事実(いわゆる攻撃防御方法としての請求原因事実)を記載することはもとより、立証を要することが訴えの提起前から予想される事由に

ついて、その事由ごとに、請求を理由づける事実に関連する事実で重要なもの（重要な間接事実）及び証拠を訴状に記載することが必要であると考えられる。これらが記載されることにより、準備不足による誤った主張や根拠に乏しい主張が少なくなり、真の争点を早期に明確にすることも期待できる。」「同じ理由から、被告が自らの主張を立証するために当然に提出することとなる重要な書証についても同様の取扱いをする必要がある」としている。訴状に関しては、伊藤眞・民事訴訟法〔補訂第2版〕（有斐閣，2002年）158頁，160頁は、「これらの記載は、それらの事実の主張や証拠の存在を裁判所および相手方に知らしめ、適切、かつ、迅速な争点の整理を行うためのものである。」「この手続上の義務は、裁判所および当事者に課される公正迅速な訴訟運営義務および信義誠実な訴訟進行義務の発現とみられる。」とし、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔補訂版〕』（有斐閣，2000年）48頁（徳田和幸）は、「早期に争点や証拠の整理が行われるため」としており、また、新堂幸司『新民事訴訟法（第2版）』（弘文堂，2001年）189頁は、「争点整理を促進するため」とし、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂，2001年）151頁は、「審理の充実と促進のためにその記載が強く望まれる」としている。答弁書に関しては、中野＝松浦＝鈴木編・前掲『新民事訴訟法講義〔補訂版〕』234頁（上原敏夫）は、「裁判所が争いのある事件かどうか、被告の欠席が予想されるか事件か、どのような争点整理手続を選択すべきかなどを早く知り、第1回口頭弁論期日において事件を適切に振り分け、早期に具体的な審理方針を立てることの重要性から規定された」としている。実務上、第1回弁論期日が事件の振分けをする目的として指定されていることについては、最高裁判所事務総局民事局監修・前掲注（10）『条解民事訴訟規則』175頁，座談会「新民事訴訟法及び新民事訴訟規則の運用について」法曹会編『新民事訴訟法・同規則の運用と関係法律・規則の解説』（法曹会，1999年）（初出・法曹時報49巻6号（1997年）69頁）266頁（山崎恒）。

（12） 法務省民事局参事官室編・前掲注（5）『民事訴訟手続の検討課題』『民事訴訟手続に関する検討事項』23頁。同「民事訴訟手続に関する検討事項の補足説明」には、旧法は、随時提出主義を採っているが、その結果、当事者は、攻撃防御方法を小刻みに提出することが可能となり、このことが審理を長期化させる大きな要因となっているとの指摘があり、この問題点を解消するための方策として、随時提出主義に改めてはどうかとの考え方の可否を問うものである、と説明している。

（13） 法務省民事局参事官室編・前掲注（11）『民事訴訟手続に関する改正試案』15頁 柳田幸三ほか『『民事訴訟手続に関する改正要綱試案』に対する各界意見の概要（2）』NBL563号（1995年）44頁によれば、この案について寄せられた意見は、適時提出主義に改めることに賛成する意見がもっとも多かったが、適時提出主義に改めることに反対する意見が相当数から、また、改正する必要はないとする意見が日弁連ほか複数から寄せられた、ということである。日弁連の意見の趣旨は、「随時提出主義は維持すべきであるが、検討事項の補足説明は、この規定の存在が訴訟遅延の大きな要因であるかのように指摘しているが、必ずしもそのような実情になく、訴訟遅延の主たる要因は別にある。むしろ、要綱試案の訴状の記載事項等、釈明等、争点及び証拠の整理手続、攻撃防御の提出時期の各項の各提案が採用されればもちろんのこと、当連合会が賛成する訓示規定としての採用など、一定の改正がされただけでも、これらが137条の「別段ノ規定」に当たり、

これで十分である。その上に適時提出主義に改めれば、当事者の主張・立証の安易な制限につながるおそれがある」というものである（日本弁護士連合会『「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」に対する意見書』（日本弁護士連合会，1994年）58頁）。

（14） 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（商事法務研究会，1996年）157頁。

（15） 竹下＝青山＝伊藤編集代表・前掲注(10)『研究会新民事訴訟法』151頁（柳田幸三），中野＝松浦＝鈴木・前掲注(11)『新民事訴訟法講義（補訂版）』201頁（池田辰夫），松本＝上野・前掲注(11)『民事訴訟法〔第2版〕』257頁，新堂・前掲注(11)『新民事訴訟法（第2版）』401頁，上田徹一郎『民事訴訟法〔第3版〕』（法学書院，2001年）258頁。

（16） 竹下守夫「新民事訴訟法制定の意義と将来の課題」竹下守夫編集代表・竹下守夫＝今井功編『講座新民事訴訟法』（弘文堂，1998年）26頁，中野貞一郎『解説新民事訴訟法』（有斐閣，1997年）11頁は、「新法のもとでは，理念的な共通項としての適時提出の要請が口頭弁論の一体性を蔽っている。」としており，適時提出がその義務違反による具体的な影響を考慮することなく要求されている。

（17） 伊藤・前掲注(11)『民事訴訟法〔補訂版〕』224頁。

（18） 鈴木重勝ほか「研究会『民事訴訟手続に関する検討事項をめぐって』（上）」登記研究531号（1992年）35頁（鈴木重勝），36頁（柳田幸三），勅使河原和彦「適時提出主義」三宅省三＝塩崎勤＝小林秀之編『新民事訴訟法大系第2巻』（青林書院，1997年）400頁は，訴状の記載と適時提出主義との整合性を指摘している。もっとも，効率的な審理の進行は単なる迅速を意味するものではないし，平均的な通常事件では効率的な審理の進行と紛争の適正妥当な解決とは矛盾するものではない（岩佐ほか・前掲注(10)『民事訴訟のプラクティスに関する研究』61頁）。

3 訴状及び答弁書の記載と手続保障

（1） 事案説明責任

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。これは，訴訟制度による民事紛争の適正迅速な解決を可能にするためにどのような時期にどのような主張がなされるべきかという問題であって，「事案説明責任」の概念を用いて論ずるべきであるとする考え方（19）があり，規則53条及び80条はこれを具体的に表したものである（20）との理解につながるのであれば，注目すべき見解であるといえることができる。主張立証責任は，法律効果の発生要件である事実の存否について弁論終結時における真偽不明の場合にその法律効果の発生が認められないとされる不利益をいうものであり，不利益の対象は主要事実に限定されるものであるとする大方の理解（21）のもとでは，「事案説明責任」は主張立証責任の延長線上に責任の範囲の時的修正を試みるものであるといえることができるが，その責任の懈怠が事実認定に関する訴訟法上の効果をもたらさない点で主張立証責任を変容する機能を果たすものではない。したがって，事案説明責任は，主張責任とは異なった性質のものであることは明らかであるが，なお形成途上の概念であり，その根拠は十分に説明されていない（22）。

しかしながら、事案説明責任の概念は、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（法１６４条以下）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（２３）、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（法２条、１６７条、１７４条等）ことに鑑みると、当事者には、双方が協力して真の争点を具体的に確認・形成するために、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られることができる。

（２） 争点形成過程における手続保障

ア 訴状及び答弁書の記載に関する民訴法、規則の前記規定は、争点整理を早期に行うために、当事者双方が有している情報（主張及び証拠）を相手方の要求がなくとも自ら積極的に開示することを義務づけるものであって、情報開示そのものであり、我が国で初めて導入された積極的な情報開示制度である、と位置づける考え方がある（２４）。主張事実についての自己の有する情報の開示は、事案の全体像あるいは争点の認識の形成を早め、能率的な審理の実施を可能にする機能を果たすものであって、民事紛争の協働的解決にとって極めて重要な課題である。しかしながら、情報開示手続の統一的な概念はいまだ民事訴訟法の理念として位置づけられていない現状のもとにおいては、情報開示の機能を果たす個々の制度ないし手続の根拠を求めることが重要であると考えられる。

イ 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、明文をもって、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（２条）、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（２５）、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、請求の原因、請求を基礎づける事実、抗弁事実及びこれらに関連する重要な事実などが適時に具体的に明らかにされることにより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ということができる。

ウ 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。司法制度改革審議会の調査結果（２６）によれば、訴えの提起前に紛争の相手方と折衝を持たないまま、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ことが報告されており、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。訴訟の場においては必ずしも言い分が変わらないとはいえないし、法律的な

観点からの調整があり、また、さらに詳細に検討した結果が出されることが少なくないのは当然であるが、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。

(19) 伊藤滋夫「要件事実と実体法」ジュリスト869号(1986年)18頁,同『要件事実の基礎』(有斐閣,2000年)169頁

(20) 伊藤・前掲注(19)『要件事実の基礎』170頁。高橋宏志『重点講義民事訴訟法(新版)』(有斐閣,2000年)456頁は、規則53条と通ずるところがあり、興味深いとする。

(21) ローゼンベルク 倉田卓次訳『証明責任論(全訂版)』(日本評論社,1987年)21頁,兼子・前掲注(3)『新修民事訴訟法体系(増補版)』262頁,高橋・前掲『重点講義民事訴訟法(新版)』437頁等

(22) 伊藤・前掲注(19)『要件事実の基礎』169頁は、「主張規範」という考え方を導入して整理する試みができないかを示唆しており、事案解明義務などに留意すべきであるとの指摘もある。事案解明義務は、主張立証責任を負う当事者が自己の主張の合理性の存在を根拠づけたにもかかわらず、事案が解明されない状況にある場合に、事実及び証拠を提出すべき責任を相手方が負担するとするものであり(春日偉知郎『民事証拠法研究』(有斐閣,1991年)233頁以下,同「民事訴訟における事案解明(論)について」司法研修所論集95号(1996年)39頁以下),主張責任を負わない当事者に課される主張負担である点に特徴があり、権利保護の機会を実質的に保障するという方向で検討すべきであるとの議論がある(畑瑞穂「模索的証明・事案解明義務論」鈴木正裕先生古稀祝賀記念『民事訴訟法の史的展開』(有斐閣,2002年)639頁)。

(23) 中野・松浦・鈴木編・前掲注(11)『新民事訴訟法講義〔補訂版〕』238頁(上原敏夫)。民事訴訟における紛争は、主要事実の主張・立証だけでは実態が把握できず、間接事実の存否の攻防によって決着がつけられることが多いために、訴訟官関係者にとっては間接事実の把握の仕方が関心の中心である(福田剛久「準備的口頭弁論と書面による準備手続」竹下守夫編集代表・竹下守夫・今井功編『講座新民事訴訟法』(弘文堂,1998年)296頁,秋山幹男「訴状・答弁書・準備書面の記載事項と攻撃防御方法の提出時期」竹下守夫編集代表・竹下守夫・今井功編『講座新民事訴訟法』(弘文堂,1998年)250頁)。争点整理の結果により当事者が確認すべき「証明すべき事実」(法165条,170条6項,177条)は間接事実を含むものである。

(24) 田原睦夫「証拠(情報)の開示制度」鈴木正裕先生古稀祝賀記念『民事訴訟法の史的展開』(有斐閣,2002年)504頁。伊藤眞「開示手続の理念と意義(上) - 民事訴訟法改正への導入をめぐって - 」判例タイムズ786号(1992年)9頁は、開示手続の理念は両当事者と裁判所との間に事案に関する共通の認識を形成することであり、訴状等の記載事項等に関する「検討事項」の背後に開示手続の考え方が潜在していると指摘している。那須弘平「訴訟代理人としての弁護士の役割と活動」塚原朋一・柳田幸三＝

園尾隆司＝加藤新太郎編『新民事訴訟法の理論と実務（上）』（ぎょうせい，1997年）341頁も，訴状及び答弁書における主張及び証拠の事前開示が争点及び証拠整理の実効性を挙げさせるものであるとする。

（25） 竹下＝青山＝伊藤編集代表・前掲注(10)『研究会新民事訴訟法』165頁（伊藤眞）は，準備書面の記載事項及び裁定期間制度等について，「むしろ重要なのは，一方当事者が主張を予定する事実，及び提出を予定する証拠を事前に裁判所及び相手方に対して開示させ，これに対する充実した攻撃防御を展開する機会を保障しようという趣旨が，この改革の背後にある（中略）。いわば，当事者に対する実質的な手続保障の理念が，この背後にある。」と指摘しているところは，訴状及び答弁書の記載についても当てはまるものといえることができる。

（26） 司法制度改革審議会『「民事訴訟利用者調査」報告書』（<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/tyosa/2001/pdfs/repo3.pdf> 2000年）は，平成12年9月から10月にかけて民事訴訟の利用者を対象として，わが国で初めての面接方式の調査をした結果をまとめて公表したもので，訴訟前の対応についても意見を集約している（52頁）。それによれば，「訴訟前の対応は，『有料法律相談』が5人に1人いるが，全体的にみると，『直接交渉』が圧倒的多数である。また『何もしなかった』も11.8%ある。全体的にみると，訴訟前には必ずしも第三者をいれた対応がなされていないようである。」ということである。

4 訴状及び答弁書の記載例

（1） 訴状及び答弁書の記載に関する最近の実務

ア 民訴法及び規則が早期の争点整理，集中証拠調べの実施のために，そしてその過程における当事者の手続保障を確保するために訴状及び答弁書に重要な間接事実をも具体的に記載することを求めた結果，実務は以前に比較して法及び規則の趣旨に則った訴状及び答弁書が多くなっていることがうかがわれる（27）。事前交渉がある場合などは提訴に至る経過も記載されるようになってきているとのことである（28）。事前交渉のある事案については，原告，被告を問わず実質的な内容のある対応が期待できることを示していると考えられるが，期日の直前に受任した訴訟代理人にとっては困難なことであることも理解する必要がある。しかし，訴状や準備書面の段階で手の内を開示しない従来の実務慣行から脱却できない意識の問題であるとすれば，今後の実務のなかで克服していかなければならない喫緊の課題である。いずれにしても，紛争の争点を認識した実質的な訴状及び答弁書を準備しなければならない。

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（29）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。

イ 地裁民事第一審通常訴訟事件は，圧倒的に金銭の支払いを求める類型のものが多く，全体の約4分の1を占める土地・建物を目的とする不動産訴訟のうち，土地建物の占有に関する明渡・引渡請求訴訟は，伝統的な類型に属するが，内容的には複雑多岐にわたっており，これら紛争において争点を的確に整理するに当たっては，紛争の類型ごとに実務上解決すべき法律上及び事実上の問題点について裁判所及び当事者が予め主張・立証上の課題を検討しておくことが迅速な訴訟の進行を計るために有益である（30）。た

例えば、土地所有者で賃貸人である者が、賃貸借契約を解除したうえで、賃借人に対し、所有権に基づいて土地の明渡しを請求する場合、争点は占有権原消滅の再抗弁の成否にあることが当初から予測されるのであるから、訴訟物の提示は原告の意思に基づくものであるからといって、所有権に基づく土地明渡し請求権が訴訟物であると固定して考える必要はなく、むしろ賃貸借終了に基づく請求としてはじめから争点が明らかになる形で構成することが訴訟の円滑迅速な進行上必要であろう(31)。そこで、以下には、賃貸借契約終了に基づく不動産明渡し請求訴訟について、訴状及び答弁書の主張部分に関する記載例を掲げて検討する。

(2) 訴状の「請求の原因」欄記載例

原告は、平成10年5月1日、被告に対し、原告の所有する別紙物件目録(1)記載の土地を、期間の定めなく、賃料月10万円、毎月1日限り持参又は送金して支払うこと及び賃料の支払を引き続き2か月分以上怠ったときは催告なしに解除できるとと定めて賃貸した(甲第1号証・土地登記簿謄本、甲第3号証・土地賃貸借契約書)。

被告は、その後本件土地上に別紙物件目録(2)記載の建物を建築し、所有している(甲第2号証・建物登記簿謄本)。

被告は、平成14年5月分までの賃料を遅ればせながら支払ってきたが、同年6月分以降の賃料を支払わないので、原告は被告に対し、同年8月28日付けの内容証明郵便をもって、右理由により賃貸借契約を解除する旨の意思表示をし、右意思表示は同月31日被告に到達した(甲第4号証・内容証明郵便、甲第5号証・預金通帳)。

よって、原告は被告に対し、右賃貸借終了に基づき本件建物を収去して本件土地を明け渡すことを求めるとともに、平成14年6月分から8月分までの賃料30万円及び賃貸借終了の日の翌日である同年9月1日から右明け渡し済みまでの賃料相当額月10万円の割合による賃料相当損害金の支払を求める。

ア 土地の賃貸人が賃貸借契約の債務不履行による解除を理由として、賃借人に対して、建物収去土地明渡しを請求する場合の訴訟物は、賃貸借契約終了に基づく返還請求権としての建物収去土地明渡し請求権である。賃貸借契約終了原因としては、ほかに期間満了、賃料不払い・無断譲渡転貸による解除等があるが、実務では、賃貸借契約終了に基づく返還請求権としての建物収去土地明渡し請求権は、終了原因の効果として発生するものではなく、賃貸借契約の効果として負担する賃借物返還義務に根拠づけられているものと考えられており、1個の賃貸借契約に基づく建物収去土地明渡し請求権の訴訟物は1個であり、終了原因に当たる各事実は攻撃防御方法にすぎないと理解することができる(32)。

イ 土地の賃貸人が、賃借人の賃料支払義務の履行遅滞を理由に賃貸借契約を解除する旨の意思表示は民法541条によって擬律されるから、賃料支払義務の履行遅滞は賃料の支払時期と支払催告の事実が主要事実となるべきものである。いわゆる無催告解除特約が締結されていて、解除の意思表示がこれに基づく場合には、当該特約の存在と催告をしないでも不合理とはいえない事情がある場合に限って効力を有するとされている(33)

から、その事情を賃借人の背信性を基礎づける事実として、相当回数の賃料の支払を遅滞した事実などを主張立証すべきである。もっとも、この場合、主要事実としてどのような事情が必要不可欠であるかという観点から主張内容の確定が要請されるのではなく、争点をできるだけ早期に絞り込むために、被告の対応を具体化しやすくすることが目的である。

ウ 記載例の「請求の原因」についてみると、原告と被告との間で賃貸借契約が締結された事実（ 項）、被告が建物を所有して土地を占有している事実（ 項）、賃貸借契約について解除の意思表示がされた事実（ 項）は、請求を特定するのに必要な事実であると考えられる。また、被告の賃料支払いの弁済期が経過した事実（ 項）は、被告の債務不履行を理由づける主要事実である。被告がこれまでも賃料支払いを遅滞していた事実（ 項）は、被告の賃料不払いが背信性を根拠づける事実になると考えられるが、無催告解除特約に基づく解除であっても賃料支払いの遅滞の事実だけから背信性を根拠づけるためには相当長期間にわたる継続性が必要とされるから、その遅滞の程度は賃料不払いの背信性をめぐって争点となることが予測されるところである。このような訴訟においては、当事者間の信頼関係の破壊の有無に関する事情がどのようなものであるかについて当事者間において把握されていることが多いから、提訴直前の折衝も含めた交渉の過程で原告が認識した争点を訴状に明らかにすることにより、被告の具体的な応答を求めることが可能となり、早期の争点の整理のための有益な訴訟追行となる。このことは、被告が積極的に背信性の評価障害事実の有無を具体的に主張する機会を得ることによって実質的な争点の形成が可能となるのであり、これが訴状の段階で尽くされることにより、早期の手続保障が確保されることになるものということができる。記載例の請求原因において、2か月分の遅滞の事実が主張されているに過ぎない点は、背信性の評価障害事実の存否の出方にもよるが、継続的契約関係における異常な出来事であるから、当然に当事者間の折衝等で予測される争点の一面に浮かび上がることであり、そこに至る経緯を提訴前の交渉等を含めて補充される必要があり、それを求めることが過大とされる特殊な場合を別として、裁判所は訴状の補正を促すべきであろう。

（３） 答弁書の「請求の原因に対する答弁」欄等記載例

「請求の原因に対する答弁」

請求原因 項は認める。

請求原因 項のうち、被告が平成14年5月分までの賃料を遅れさせながら支払ってきた事実を除くその余の事実は認める。賃料の支払いが偶に少し遅れたことがあったが、いずれも予めその旨を連絡し、原告あるいはその妻から了解を得ていたことである。

「被告の主張」

原告は、本件土地の隣接地所有者との間で境界線について、被告の立ち会いなしで境界の取り決めをした結果、本件建物が隣接地に僅かばかり越境することとなった。そこで、被告は、原告に対して善処方を求め、測量をした上で借地の面積をはっきりさせてほしいと申し出た（乙第1号証・土地登記簿謄本、乙第2号証・境界合意書）。

ところが、原告は、測量に金がかかるといってこれを拒絶するので、被告において6月分以降の賃料の支払いを拒絶したという事情にあり、

自分の非を棚に上げて被告を避難するものである。

ア 第一回口頭弁論期日は、特別な事由がある場合を除き、訴えが提起された日から30日以内の日に指定しなければならないから（規則60条2項）、被告の訴訟代理人が受任してから間がない場合には、訴状記載の事実に対する認否、否認する事実についての間接事実、事情や積極的な主張を記載することが困難なこともあることに配慮する必要があり、答弁書の記載を補充した準備書面の速やかな提出を求める運用を確立することが肝要である。答弁書の記載方法は弁護方針に関する問題であり、事案に応じて決すべき実践面があることを否定できないが（34）、争点の早期確定と集中証拠調べの実施に向けた訴訟追行を図るためには、規則80条の規定に則った答弁書の記載が必要である。これにより、原告にとって争点の拡散をできるだけ早いうちに防ぐことができることから、真の争点について主張立証する機会が与えられ、実質的な手続保障の確保が担保されることになると考えられる（35）。

イ 記載例の「請求の原因に対する答弁」「被告の主張」についてみると、請求原因、項の認否をすることに困難はなく、項に関して、賃料不払いの事実に対する背信性の評価障害事実が具体的に記載されており、主張立証の準備が特定されて訴訟経済に資することとなり、第一回口頭弁論期日には、これらの主張と証拠を照らしながら今後の攻撃防御の対象が絞られることにより争点形成についての手続保障が確保されるものということができる。答弁書に対する原告側の認否・反論がなされれば、越境部分に関する賃貸人及び賃借人の対応が背信性の判断を左右する実質的な争点として早期に絞り込まれることとなり、答弁書としての機能を果たすことができるものということができる。

（27） 園尾隆司「新民事訴訟法の運用の実情とその検証 - 新法施行後半年の経験と感想」自由と正義49巻9号（1998年）96頁、高橋宏志ほか「座談会 新民事訴訟法施行1年を振り返る（上）」判例タイムズ998号（1999年）11頁以下、「新民事訴訟法施行後の訴訟運営をめぐる懇談会（1）」判例時報1735号（2001年）7頁等。もっとも、答弁書の場合は、訴状と比較して重要な間接事実まで記載されている例は多くないようであり、東京地方裁判所ブラクティス委員会「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」判例時報1735号（2001年）28頁には、平成12年1月1日から同年5月31日までの東京地裁における訴状・答弁書の記載の実情についてのアンケート調査結果が掲載されている。

（28） 田島純蔵「訴状、答弁書（又はそれに代わる準備書面）の記載と訴訟準備」上谷清＝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、2002年）31頁

（29） 小山稔「モデル訴状、答弁書の試み」判例タイムズ664号（1988年）22頁、畠山保雄「モデル訴状と審理の進め方」判例タイムズ664号（1988年）32頁は、弁護士からの貴重な提言である。民訴法施行後、最高裁判所事務総局民事局監修『新しい民事訴訟の実務』民事裁判資料115号（法曹会、1997年）は、典型事例3種の訴状、答弁書の記載例を掲載している。ほかに、大島明『書式民事訴訟の実務[全訂二版]』（民事法研究会、2000年）がある。なお、第二東京弁護士会民事訴訟改善研究委員会編『新民事訴訟実務マニュアル（改訂版）』（判例タイムズ社、2000年）118頁以下は、賃貸借契約終了に基づく不動産明渡請求訴訟の訴状の記載例として、かなり詳細な

事情を記載したものをモデル案として紹介しており、また、大阪地方裁判所簡易裁判所活性化委員会編『定型訴状答弁書モデルと解説』判例タイムズ1090号(2002年)40頁以下も参考となり、実用的である。

(30) 藤田耕三＝小川英明『不動産訴訟の実務〔6訂版〕』(新日本法規, 2003年)は、訴状の記載例も豊富であり、理論的・実務的な観点から問題点を整理した実用書として有益である。

(31) 「原告は本件土地を所有している。被告は本件土地を占有している。よって、原告は被告に対し本件土地の明渡しを求める。」という訴状例が改善の対象として挙げられてきたのは、所有権の争いなのか、占有権原の争いなのかの区別を提示すべきであるとの考えによっているが、このような訴状が許されないとの認識は早くから一般化しているといえる(東京弁護士会法友会新民事訴訟法実務研究会編『実践新民事訴訟法』(ぎょうせい, 1998年)19頁)。

(32) 岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座 民事訴訟編第2巻』(有斐閣, 1958年)104頁、田辺公二「攻撃防禦方法の提出時期」中田淳一＝三ヶ月章編『民訴法演習』(有斐閣, 1963年)134頁、司法研修所編『紛争類型別の要件事実』(法曹会, 1999年)88頁。なお、建物の収去を請求の趣旨に掲げるのは、土地明渡の債務名義にこれを付加すべき執行法上の要請に基づくものであるから、建物収去請求権が別個の訴訟物を構成するものでもない(最高裁昭和33年6月6日第二小法廷判決・民集12巻9号1384頁、中田淳一「申立事項と判決事項」法学論叢64巻6号(1958年)75頁、法研修所編・前掲『紛争類型別の要件事実』89頁、司法研修所『民事訴訟における要件事実第2巻』(法曹会, 1992年)122頁以下)が、従来から議論がある(田尾桃二「買取請求権が行使された場合の判決主文の表示方法」『民事実務ノート3巻』(判例タイムズ社, 1969年)78頁、賀集唱「建物収去・土地明渡訴訟の訴訟物」『不動産法大系〔改訂版〕』(青林書院, 1975年)23頁、永石一郎「物権的請求権」伊藤滋夫＝山崎敏彦編『[ケースブック]要件事実・事実認定』(有斐閣, 2002年)75頁)。

(33) 最高裁昭和43年11月21日第1小法廷判決・民集22巻12号2741頁。

(34) 司法研修所編『5訂民事弁護の手引』(司法研修所, 1988年)105頁。

(35) 田島・前掲注(28)「訴状、答弁書(又はそれに代わる準備書面)の記載と訴訟準備」41頁以下は、新法の下では、被告も積極的に事案を解明し、早期に争点を明確にする信義則上の義務を負っているから、早期に被告としての積極的な主張をすべきである、としている。

5 おわりに

訴状及び答弁書の記載は、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といふことができる。

第3章 医療過誤訴訟の法的構成

- 1 はじめに
- 2 法的構成の手続法上の問題点
- 3 債務不履行構成の展開
- 4 医療過誤訴訟の課題
- 5 おわりに

1 はじめに

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実りある理論の展開と実務の遂行が期待される分野である。そしてまた、この種の事件の解決には、医学について高度の科学的・技術的知識を要求されることから、実情に沿った訴訟手続の運用が期待されるが、事案の迅速、適正な解決をはかるためには、訴訟関係者が医療専門家の意識・経験を十分に活用して科学的検討を加える視点を明確にし、争点を的確に整理して審理の充実に心がけることが肝要である。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、昭和40年代に入って、診療契約の債務不履行に基づくものが主流になってきた(1)。これを機に医療過誤訴訟は急激に増加に転じた(2)。それが、昭和50年代に入ってから、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(3)、平成時代は両責任を併列的に選択する状況にあり、現在に至っている(4)。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。

本稿は、不法行為による場合と債務不履行による場合の主張立証責任の負担に違いが被害者である患者側に影響を及ぼすと理解されたことをきっかけに始まった法的構成問題及び課題に関して、昭和40年代後半に発表した旧稿(5)をもとに、その後の学説・裁判例などを踏まえて検討するものである。

(1) 加藤一郎＝鈴木潔監修『医療過誤紛争をめぐる諸問題』(法曹会、1976年)325頁(第6表「医療過誤訴訟事件の類型別・年代別・請求態様別件数」)によれば、昭和50年末当時に継続中の医療過誤訴訟事件について、昭和43年に受理した事件から債務不履行構成が目立つようになり、昭和46年に受理した事件からは債務不履行構成が不法行為構成よりも多くなっている。昭和40年代後半から50年代前半に、夥しい数の債務不履行責任の認容例が出された(村上博巳「医療過誤訴訟における債務不履行構成の再検討」判例タイムズ415号(1980年)70頁に30例が紹介されている)。代表的なものとして、旭川地裁昭和45年12月25日判決・判例時報623号52頁、大阪地裁昭和46年4月19日判決・判例タイムズ266号242頁、福島地裁会津若松支

部昭和46年7月7日判決・判例時報636号34頁が相次いで準委任契約の不完全履行責任を認めている。

(2) 事件数の増加には、そのほかにも患者数の増大、権利意識の高揚など種々の原因があると指摘されている(手島豊「医師の責任」山田卓生代表編集『新現代損害賠償法講座第3巻・製造物責任・専門家責任』(日本評論社、1997年)312頁)。医療過誤訴訟事件の法的構成が注目されるようになった昭和40年代からの事件数を見ると、1970年(102,308)、1975年(223,757)、1980年(310,1209)、1985年(272,1336)、1990年(364,1658)、1995年(434,2244)、2000年(595,2547)と推移してきた(括弧内は新受件数、未済件数の順。前掲・医療過誤紛争をめぐる諸問題321頁、最高裁判所事務総局民事局編「医療過誤関係民事訴訟事件執務資料」民事裁判資料180号(1989年)10頁、林道晴「裁判統計から見た医療過誤訴訟の実情」浅井登美彦・園尾隆司編『現代裁判法体系 医療過誤』(新日本法規出版、1998年)8頁、倉島浩二・高橋慎也「医事関係訴訟事件の概況」民事法情報180号(2001年)38頁。なお、2001年、2002年も増加傾向が顕著であることについて、田中康茂「裁判統計から見た医事関係訴訟事件を巡る最近の動向」民事法情報202号(2003年)2頁)。かなりの増加傾向があったといえるが、交通事故訴訟事件のような絶対数の爆発的な激増というには遠く、これが実体法解釈・訴訟手続・実務運用の抜本的転換に至らなかった原因の一端であろう。なお、戦前の統計は正確には明らかでないが、戦後の判決数は昭和44年末現在で98事例にすぎず、うち上告審の判断を経たものは8事例であった。石井通洋「医療と民事裁判」大阪府医師会編『医療と法律』(法律文化社、1971年)240頁は、昭和40年中頃当時の医事訴訟が債務不履行により提訴されていると紹介した。

(3) 村上・前掲注(1)「医療過誤訴訟における債務不履行構成の再検討」70頁、井筒宏成「医療過誤民事争訟の最近の動向と問題点」法律のひろば37巻2号(1984年)4頁。

(4) 塚原朋一「民事責任の構造 - 債務不履行構成と不法行為構成」『現代民事裁判の課題 医療過誤』(新日本法規出版、1990年)100頁は、複数の請求権が併合して行使された場合、原告が固執しない限り、原告に有利な択一的併合として扱うべきであるとしている。

(5) 遠藤賢治「医療過誤訴訟の動向(一)」司法研修所論集150号(司法研修所、1972年)24頁以下。

2 法的構成の手続法上の問題点

(1) 学説・裁判例

医療過誤訴訟における損害賠償請求は、債務不履行を原因とすることもできるといわれながらも(6)、従来、不法行為に基づくものが圧倒的に多数であったが、契約責任を認容した神戸地裁竜野支部昭和42年1月25日判決・下民集18巻1・2号58頁を先例として、昭和40年代から債務不履行責任として構成する裁判例が目立つようになった。この方向に賛同する考え方は既に以前から有力であった(7)が、これに異を唱えるものもなく、それほど大きな議論にはならなかった。この先駆的先例をきっかけにして改めて積極的に支持する学説が多くなる一方で(8)、高度に専門的、技術的な債務を内容とする医療契約の場合に医師に無過失の挙証責任を負わせるのは解決にならないとする

もの（９）や、いずれの法的構成に属すべきか判然としない事案について債務不履行として構成することにどれだけの意義があるかについて疑問とする考え方（１０）も説かれていた。このような法的構成の論拠は、実際の訴訟において、契約責任の追求が立証の上で困難な過失につき、患者側の挙証責任の負担を軽減する目的に沿うものと考える点にあったことは否定できない（１１）。その意味で、その後も議論されてきた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。不法行為責任と債務不履行責任と比較した場合、一般論として、過失の挙証責任の所在に差異が存する（１２）のであるが、医療過誤による損害賠償請求訴訟においてもこれが明確に反映するか否かについては、必ずしも検討が十分にされてきたという状況ではなかった（１３）。いずれにしても、それまでの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（１４）。論争の整理の第一歩は医療契約の性質を検討することから着手された。

（２） 医療契約の性質

通常、医師が患者を診断、治療する場合、特別の事情がないかぎり、両者の間には何らかの医療に関する契約が締結されているものとみられるであろう（１５）。従来、この契約は診療に関する準委任契約ないしこれと類似するものと把握されているが（１６）、あえて典型契約に求めるならば、治療行為という事務の処理を目的とした準委任契約と考えるのが妥当であろう（１７）。前掲神戸地裁竜野支部昭和４２年１月１５日判決は、薬物注射による患者のショック死について、原告（患者の夫、子）が主位的に準委任契約の債務不履行責任を主張したところ、その契約成立の有無が争われ、この点について、「通常病的症状を訴えて医師を訪れる患者と医師との間には、患者において先ず病的症状の医学的解明を求め、これに対する治療方法があるなら治療行為も求める旨の事務処理を目的とした準委任契約の申し込みをなし、医師において診察を始める以上は右病的症状の医学的解明という事務処理を目的とした準委任契約の申込を医師の実現により承諾し、続いて患者をほかに紹介する等これに対する治療を断らずこれを行う以上は治療行為という事務処理を引続き行うことを前同様承諾したものと解するのが相当である。」と判示しており、この構成がその後の実務の流れとなった（１８）。

契約の種別を確定する必要性は、典型契約の規定の適用範囲を明らかにすることにあるが、ここでの問題は、医師の具体的な債務内容を特定することであり、一つの医療契約のなかであって、医師の債務は単純単一なものではないから、その債務の性質を具体的な医療契約ごとに検討することが重要である。

（６） 丸山正次『医師の診療過誤に就て』司法研究１８輯４号（司法省調査課，１９３３年）１０９頁。契約責任が主張された事例がなかったわけではなく、秋田地裁大曲支部昭和５年８月１２日判決（公刊物不登載であるが、丸山・前掲２６８頁によれば、財産的損害につき契約責任、慰籍料につき不法行為責任が主張され、いずれも否定されたもののようなのである）、東京控訴院昭和１１年４月１８日判決・新聞３９９６号４頁、水戸地裁下妻支部昭和３０年１０月６日判決・下民集６巻１０号２０８７頁（上記２例は主位的請求としての不法行為責任を認容）、高知地裁昭和４１年４月２１日・医療民集５４６頁（第

一次的請求の不法行為責任，第二次的請求の契約責任をいずれも排斥）がある。なお，東京地裁昭和46年4月14日判決・判例時報642号33頁は，契約責任のみをもって訴求された事案で，医師において債務の本旨に従った履行をなしたものととして請求を棄却している。

(7) 加藤一郎「医師の責任」我妻先生還暦記念『損害賠償責任の研究・上』(有斐閣，1957年)509頁は，医療行為の過失による損害賠償請求は，契約責任が及ぶ範囲で契約責任によるべきで不法行為責任は排除されとの考え方を示されたが，そこでは「契約責任の要件とされている事実が主張・立証されていれば」と留保されていた。唄孝一＝星野英一「最高裁判所判例研究」法学協会雑誌81巻5号(1964年)560頁(唄孝一)も最高裁昭和36年2月16日第一小法廷判決・民集15巻2号244頁(いわゆる輸血梅毒事件)の判例研究において債務不履行構成の患者への訴訟手続上の有利性を指摘している。唄＝星野・前掲法学協会雑誌81巻5号566頁(星野英一)は，「従来(弁護士が)何故自己に不利な不法行為の問題としていたのかがわからない」とも評している。清水兼男「医師の消毒不完全に関する過失の認定」民商法雑誌52巻3号(1965年)466頁は，債務不履行と不法行為が競合する場合は消滅時効及び立証責任の点から債務不履行によるべきとする方がよいとし，医療過誤は立証が甚だしく困難な場合には債権者の請求を認めるときに過失の認定の理論がルーズになる，としている。なお，田中和夫「不法行為－債務の不完全履行」『判例民事法・昭和2年度』(1929年)300頁。

(8) 淡路剛久「医療契約」谷口知平＝加藤一郎編『新民法演習(4)』(有斐閣，1968年)183頁，村上・前掲「医療過誤訴訟における債務不履行構成の再検討」70頁。唄孝一「現代医療における事故と過誤訴訟」唄孝一＝有泉亨編『現代損害賠償法講座4医療事故・製造物責任』(日本評論社，1974年)11頁は，まず第一段として，基礎的に継続的契約関係をすえた上で，債務不履行責任を優越的に適用する、しかも第二段としては、単純な契約責任の排他的適用は〔診療債務の内容に照らし〕修正されざるをえず、不法行為規範の選択適用も肯定せざるをえないというのが考え方の順序である，と説いている。

(9) 中野貞一郎『過失の推認』(弘文堂，1978年)59頁以下(初出「過失の一応の推定」法曹時報19巻11号(1987年)30頁以下)は，過失の立証が被害者たる患者やその遺族にとって困難であるのと同様に，無過失の立証もまた医師側にとって必ずしも容易ではなく，医師側が無過失を立証できない場合に，医師側に過失があったことの蓋然性が高いともいえないとしたうえ，医療のごとき高度に専門的，技術的な債務を内容とする契約の場合，債務不履行責任のみをとりあげ医師につねに無過失の挙証責任を負わせるというのでは，問題を裏返ししたにとどまってその解決にならないであろう，むしろ，問題は，過失事実の認定にあたる裁判官の経験にしたがう自由心証の過程において，必要な範囲では「一定の推定」の利用をとおして，いわば挙証責任転換の半歩手前で解決されるべきであろう，と結んでいる(同旨，野田寛「医療過誤」法学セミナー160号(1969年)33頁)。また，鈴木俊光「診療過誤訴訟上の諸問題」法律論叢41巻4～6合併号(1968年)310頁は，かりに診療契約の内容が大わくで特定しても，さらに，どういう点が債務の不履行であることを主張しなければ争点が明確にならず，被告の側で責に帰すべからざるものであったことを主張立証しようにも対象が把握できないのであっ

て、逆に、このような主張を原告に要求するとすれば、不法行為となんら変わりなく、かえって、債務内容を無理に構成しなければならない負担があるとする。松倉豊治「医師からみた法律」大阪府医師会編『医療と法律』（法律文化社，1971年）7頁は、医学の立場から、診療契約における医師の債務が病気を治すために努力を尽くし適切な手段方法を講ずるというものである以上、それが不履行ということはないと反論している。不履行はないと言い切れないことは明らかであるが、医師の側から債務の特殊性を指摘したものとして注目された。

（10） 川井健「医療過誤（虫垂炎誤診）による損害賠償請求三者のためにする準委任契約の債務不履行として認容した事例」判例評論150号（1961年）129頁。

（11） 過失の立証責任の問題のほかに、損害賠償請求権の消滅時効の期間（民法167条1項，724条）がある。請求権の時効期間については、野田寛「医療過誤をめぐる判例の動向」法律時報40巻1号（1968年）7頁は、期間の起算点の運用によって権衡を保つことができるとし、また、川井・前掲注(10)判例評論150号131頁は、契約の存在を否定できないとしても、医療事故における医師の損害賠償義務については民法724条を適用すべきとするが、事案によっては実務的に重大な影響を否定できない場合がある（星野雅紀「消滅時効」『裁判実務体系17医療過誤訴訟法』（青林書院，1990年）375頁）。

（12） 岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟編第4巻』（有斐閣，1961年）120頁等。

（13） 既に昭和50年代に入って、「債務不履行説には実益がないというのが最近の学界，実務界の大勢」（五十嵐清「医療過誤の民事責任の比較法的考察」日本弁護士連合会昭和50年度特別研修叢書（1975年）21頁）とされ、昭和60年ころには法的構成により大した差異はもたらさないと認識が定着したとされた（奥田昌道『債権総論(上)』（現代法学全集）（筑摩書房，1982年）166頁，新美育文「医療過誤 - その現代的論点」ジュリスト828号（1985年）54頁）。最近においては、契約責任的構成をとれば立証責任に関する問題が解決するというような単純な話ではない（田山輝明『特別講義民法〔債権各論〕』（法学書院，2001年）135頁）という認識が共有されている（患者側弁護士代理人の立場から、森谷数馬「医療事故訴訟の提起」畔柳達雄＝林豊編『民事弁護と裁判実務 損害賠償』（ぎょうせい，1996年）34頁）。

（14） 前掲注(1)『医療過誤紛争をめぐる諸問題』96頁（高田利広発言），黒田直行「訴訟指揮」『裁判実務体系17医療過誤訴訟法』（新日本法規出版，1990年）495頁。

（15） 医師法19条1項により、医師はいわゆる応召義務を負担しており、診療を拒否できないこととされているが、これが契約の成否に影響を及ぼさないとみるべきものである（我妻栄『債権各論中巻2』（民法論議 3）（岩波書店，1962年）19頁，野田寛『医事法上巻』（青林書院，1984年）110頁，前田達明「医療契約について」『京都大学法学部創立百周年記念論文集・第3巻』（有斐閣，1998年）109頁以下）。しかし、この公法的義務の存在は契約内容を解釈する際に重要な要素となろう。医療過誤にかかる紛争は、診療契約を責任の基礎としない場合（意識不明の患者に対する緊急医療の場合、患者の近親者が原告となって近親者固有の慰謝料を請求する場合、医療法人に勤務する医師に対する損害賠償責任など）があり、医師と患者の関係は多様であって、診療契

約をもって単一に処理できないが、診療契約の構成を含めて、その法的扱いの違いによる訴訟手続に及ぼす影響が大きすぎれば、紛争解決に対する当事者の納得・信頼が得られない。

(16) 契約関係については従来から種々の構成が試みられている(古くは、市村光恵『改訂版医師ノ権利義務』(寶文館、1928年)316頁以下、丸山・前掲注(6)司法研究18輯4号41頁。野田寛「医療過誤訴訟」鈴木忠一＝三ヶ月章監『・実務民事訴訟講座10』(日本評論社、1970年)283頁、清水兼男「医師の消毒不完全に関する過失の認定」民商法雑誌52巻3号(1965年)153頁、加藤・前掲注(7)「医師の責任」507頁等。最近までの学説・裁判例を概観したものとして、野田寛『医事法中巻〔増補版〕』(現代法律学全集58)(青林書院、1993年)393頁以下)。旧民法財産取得編266条が雇用契約の節において、医師と患者との間に法定の権利義務が生じない(1項)、医師が世話を正当な理由なく与えなかったときは損害賠償責任を負う(4項)と規定し、学説は雇用契約として扱うことを認めていたが、現行民法の成立後はドイツの学説判例の検討を通じてこれを準委任契約であると論じるものが多数となった(明治期から終戦までの間の消息については、野田寛「医療契約」星野英一編集代表『民法講座別巻2』(有斐閣、1990年)134頁以下、手嶋豊「医師の民事責任を中心とした医事法小史」中川淳＝貝田守編『未来民法を考える』(法律文化社、1997年)106頁以下)。高嶋英弘「診療契約の特質と内容(一)(二・完) - 西ドイツの議論を中心として - 」民商法雑誌96巻6号(1987年)777頁以下、97巻1号(同年)7頁以下は、西ドイツの学説判例の状況を丹念に取り上げ、医師と患者の間に生じる様々な法律問題を患者の自己決定権の尊重という観点から診療契約の特質と内容を検討すべきであるとしており、不法行為構成と債務不履行構成の問題に関して示唆に富む。

(17) 我妻・前掲注(15)『債権各論中巻2』549頁、601頁、加藤一郎編『注釈民法(19)』(有斐閣、1965年)148頁(加藤一郎)、淡路・前掲『新民法演習(4)』181頁、星野英一『民法概論』(良書普及会、1986年)272頁、遠藤浩ほか編『民法(6)契約各論〔第3版〕』(有斐閣、1987年)206頁(森島昭夫)、前田・前掲注(16)「医療契約について」96頁。もっとも、あえて典型契約に押し込まないで、これを無名契約といったほうがよいとする見解も有力である(清水・前掲注(7)民商法雑誌62巻3号796頁、稲本洋之助ほか編『民法講義5』(有斐閣大学双書)(1978年)351頁(伊藤進)、並木茂「医療過誤訴訟における債務不履行構成と不法行為構成」根本久編『裁判実務体系17巻医療過誤訴訟法』(青林書院、1990年)7頁、野田・前掲注(16)『民法講座別巻2』136頁、内田貴『民法 債権各論』(東大出版会、1997年)280頁。近江幸治『民法講義〔契約法〕』(成文堂、1998年)は、説明が困難なものを典型契約に結びつけて説明する必要はないとしたうえで、実体的には準委任ないし無名契約と解してよいとする)。

(18) 前掲注(6)東京地裁昭和46年4月14日判決は、軽度の晩期妊娠中毒症の妊婦(原告)が出産した重傷仮死状態の新生児が数分後に死亡した事故について、原告が被告産婦人科医師の帝王切開ないし鉗子分娩出懈怠の債務不履行責任を請求した事案で、初診時の診療契約は被告が原告をして母子ともに健全な状態で分娩するに至らしめることを目的とする請負契約にあたる旨主張されたが、右診療契約は、「被告において、妊娠3ヶ月

である原告およびその胎児の分娩に達するまで及び分娩後母子ともにその健康が安定するに至るまでの生理的機能の経過に応じて対処的加療の必要性の有無を観察し、必要な場合にはその適切な対処的療法を選択し、これを施術するという診療行為を遂行すること自体を内容とする準委任契約である」と判示し、当時の医学等の水準や出産状況等に鑑み、「仮に本件診療契約が請負契約にあたるものと解しうるとしても、特約のされたことの認められない本件にあっても、そこに合意されているものは、児母ともに健全な状態での出産という結果を完成することではなくして、右診療介助行為を完了すること自体である」として、被告の主張を全面的に採用している。また、前掲注(1)大阪地裁昭和46年4月19日判決は、請負契約の成立を否定して、準委任契約の成立を認めている。

3 債務不履行構成の展開

(1) 不完全履行

診療契約における債務不履行責任の態様は、通常、債務の履行として積極的になんらかの履行行為がされたにもかかわらず、債務の本旨に従った履行とはいえない作為・不作为によって患者に損害が生じた場合であるから、民法415条の債務不履行の体系においては、不完全履行であるとみることができる(19)。

ところが、かつてこれを履行不能として扱う裁判例が2, 3あった。前掲注(6)高知地裁昭和41年4月21日判決の事案は、十二指腸潰瘍兼肝炎と診断された患者が、その治療および手術のため入院した当初から、食欲なく全身倦怠感強く嘔気が持続していたが、潰瘍手術1時間前に、患者に対し前投薬等の注射を施したのち、エーテル麻酔薬によって全身麻酔をした際に血圧が低下したため、エーテル送入を中止したところ一時的に回復したので、再びエーテルを送入した。それから間もなく患者は心停止をおこし、マッサージにより心臓の鼓動を回復したが、ついに急性心停止による脳障害によって肺水腫を生じ死亡したというものである。ここでは、第二次的請求として、「患者は被告病院との間で肝炎ならびに十二指腸潰瘍の治療行為という事務的処理を目的とした準委任契約を締結し、その治療を受けてきたが、その後診断の結果、さらに手術行為の完成を目的とする契約を追加したが、患者が手術の結果死亡したため、被告の仕事完成義務が履行不能となった」旨の主張がなされた。判旨は、主張どおりの準委任契約を認め、主張にかかる追加契約を、潰瘍の手術の完成を目的とする一種の請負契約と認定したうえ、患者の死亡により右請負契約における仕事完成義務は履行不能となったと把握している。もっとも、本件では医師の過失が存しないとして契約責任を否定した。これは、執刀直前に患者が死亡したため、手術行為の履行不能と考えたものと思われるが、手術に至るまでの各種準備行為における積極的債権侵害を履行不能として処理している点の可否を別としても、手術の「完成」を目的とする債務は、絶対的な「成功治癒」を目的とするものではなく、適正最善の手術行為をなすことにあるから、執刀前の一連の医療行為をもって債務の履行があったものとしうるか否かが検討されねばならない(20)。

この点については、疾患の「治癒」と「治療」との区別を説示した初期の判例として、前掲秋田地裁大曲支部昭和5年8月12日判決およびこの趣旨を請負契約における仕事「完成」義務内容にもとり込んだ前掲注(6)東京地裁昭和46年4月14日判決が参照されるべきであろう(21)。医療過誤訴訟において、このような検討をことさら加える必要が存するところに、医学の分野を法律的に処理するうえで配慮すべき特殊性があるように

思われる(22)。両判例が、債務内容を明確にする法的処理として、「治療」と「治癒」との概念を用いたが、医学においては(23)、診療過誤(誤診・誤療)という評価が科学的見地から厳格に用いられており、臨床上の誤診が認められない場合にも、学問的な誤診の有無を追求することを目的としているのであるから、科学的誤診そのものを直ちに非難の対象とすることはできないのはもちろんであって、問題は臨床上の誤診が医師の責任にあるものか否かが問われるべきことを忘れてはならない(24)。いずれにしても、医療過誤を履行不能の概念でとらえることは債務の特殊性を見失っているものといえよう(25)。現在においては、債務不履行の態様は不完全履行と解するのが趨勢である(26)。

(2) 医療債務と善管注意義務

善管注意義務は、一方では、債務の本旨に従わない不完全履行について医師の帰責事由の根拠とされるが、他方では、そ違反があればこそ当該医療行為が不完全履行と評価されるという両面性を有するものである。ところが、医療過誤を不完全履行責任として把握する場合、履行の不完全の態様については、3分説、2分説など(27)をひとまずおいて、少なくとも給付義務の不完全履行と、給付義務に不随する注意義務の不履行(委任契約についていえば、善管注意義務違反)とに分けて考えれば、この善管注意義務違反(債務不履行)と給付に際しての一般的注意義務違反(不法行為)とは、その区別が法的構成のうえで重要となるにもかかわらず、医師の債務の内容が具体的に特定しなければ、善管注意義務の内容も抽象的であって、右の一般的注意義務内容との識別は不可能であろう(28)(29)。したがって、このような場合、医師に注意義務違反の有無の立証責任を負わせることは、実質的に債務内容の特定を医師になさしめる結果を容認するにとどまらず、主張にかかる注意義務違反が、債務不履行か不法行為かいずれの範疇に属するか不明確のまま(30)、医師に対しこれを債務不履行の問題として応答しなければならない不利益を甘受せしめることとなる。これは、契約責任訴求における医師の挙証責任を加重するものであって、その妥当性はすこぶる疑わしい(31)(32)。この見地から、不完全履行責任を認容した初期の2、3の裁判例は、理由構成に明確性が欠けていた。

前掲注(1)福島地裁会津若松支部昭和46年7月7日判決の事案の概要は、集団検診で胃前庭炎により要注意の診断を受けた患者が、被告病院において胃の精密検査を受けた結果、「胃腫瘍、恐らく癌性に変化」との所見を言い渡されて入院し、手術のための各種予備検査を行ったが、異常所見がなかったため、気管内挿管による全身麻酔をして胃下垂全切除手術を施行したところ、手術は順調に経過して終了したため、医師は気管内の管を抜き、約5分間手術室で看護したのち、看護人に病室まで搬送させたが、病室に帰室後直ちに血圧、脈搏の異常があり、手術後45分で急性心不全により死亡した、というものである。主位的に債務不履行責任が、予備的に不法行為責任が訴求されたもので、当事者間に争いのない準委任契約の内容は、患者の胃の精密検査をし、もし、異常があれば、その治療(胃切除手術を含む)をなすべきとするものであって、判旨は、胃ガンの診断及び手術施行のための事前検査、手術行為にはなんらの落度がないと認めたが、抜管後の呼吸不全に対する配慮措置に欠けていたことが、患者の死亡につき責に帰すべき事由がなかったとは認められないとして主位的請求を認容した。この判決は、争点に対する判断の冒頭において、「原告は……被告(が)前記債務を不完全に履行し前記注意義務を懈怠したと主張し、被告はその債務の履行に欠けるところはなく(患者)の死亡は被告の責に帰すべからざる事

由によると抗弁するので判断する。」として論をすすめているが、手術完了に至るまでの医療行為については、その間、なんらの落度はなく前記債務の本旨に従い治療行為が遂行されたものと判示しながら、手術後の措置につき配慮不足の存したことをもって、治療契約の履行にあたり責に帰すべき事由がなかったものとは認められないと判断しており、不完全履行と注意義務懈怠及び責に帰すべき事由の不存在についての各判断内容が混然となっていてこれらの具体的な関係は明確でない。これは、結局、本件においては、債務内容が注意義務違反内容と別個独立に具体的に特定しえないため、これらが互いに牽連し内容的に分離しえないことに帰因するのであるから、このような場合に、契約責任ととして構成してみても、当事者の各立証の対象が具体的に明確とならないだけでなく、本件のごとく、実質的な争点を抗弁事実（責に帰すべき事由の不存在）の成否にかからしめることになれば、主張立証責任の負担の不公平が生ずる。本件の主張にかかる不完全履行内容は多岐にわたっており、しかもそれらが微妙な医療行為の連続であってみれば、債務内容の特定にかかずらって実質的に過失の存否の主張を重複して審理するよりも、端的に不法行為責任による過失の有無のみを争点とすることが迅速な審理に資するであろうし、判旨のような事情が認められるのであれば、本件は不法行為責任としても同じ結論が得られたであろう。

前掲注(1)旭川地裁昭和45年12月25日判決は、痔ろう手術のために被告外科医の入院手術を受けた患者が、治療中激しい腹痛、吐き気等をおこし、被告医師はこれを腸炎と診断し、患者に絶食、浣腸の治療をした結果、次第に好転したので一時普通食を与えたけれども、再び腹痛をおこし、被告は、これは腸炎の再発と診断して前同様の治療をしたが、病状が悪化したので、内科医に診察を依頼したところ、急性腸炎と診断され、抗生物質の投与の助言を受けたが、患者は衰弱する一方で、原告（患者の両親）が見かねて患者を他の病院に転院させたものの、まもなく虫垂炎（死因はのちに死体解剖の結果判明）による穿孔性腹膜炎で死亡した、というものである。原告は診療契約の不履行責任を追求し、患者の激しい腹痛と吐き気の治療につき、原告を要約者、被告を諾約者、患者を第三者とする第三者のためにする契約を主張して被告の善管注意義務違反を問責した。この契約の成立自体については当事者間に争いがなく、判旨は、契約内容を、「現代医学の知識、痔述を駆使して、可及的速やかに（患者）の疫病の原因ないし病名を適格に診断したうえ、適宜の治療行為という事務処理を目的とする準委任契約」であるとした。さらに、不完全履行責任について、患者の疫病は当初から虫垂炎であり、再び腹痛をおこした時には穿孔性腹膜炎を併発していたのであるから、その時点で、医師の治療方法は客観的にみればぎりぎり不完全であると判示し、客観的不完全な治療である以上、医師の履行が債務の本旨に従っているか否かを患者において具体的に立証することは困難であることを鑑み、債務の本旨に従わない不完全な履行と推認すべきであると説いている。本判決は、医師に対してきわめて厳しい内容の債務ないし注意義務を課している立場が、客観的不完全治療である以上、不完全履行責任を推認しうると解する基盤になっているものと考えられ、患者に対する主張立証責任の負担の軽減が、債務の本旨に従った履行内容の特定について配慮されているばかりでなく、抗弁である医師の帰責事由の不存在に関しては不可抗力の存否についてのみ検討されている判文の運びから、右推認事実中には善管注意義務違反の認定を含んでいることがうかがえる。

(3) 履行の不完全と帰責事由との関係

債務の不完全履行に基づく責任は、一応の履行がされたこと、その履行が債務の本旨に従ったものではないこと（履行の不完全）及び不完全な履行について債務者に帰責事由があることを要件とし、履行の不完全は債権者に主張立証責任があり、帰責事由はその不存在が債務者に主張立証責任がある（33）。不完全履行をどのように位置づけようとも、医師が患者に対して準委任契約としての善管注意義務を負う診療債務の場合には、履行不完全と帰責事由との関係が顕著に問題となる。履行の不完全は原告患者側に主張立証責任があるが、これに関連する帰責事由については、その不存在の主張立証責任は被告医師側が負うことになるが、債務内容としての善管注意義務と帰責事由としての注意義務違反との関係が交錯し、調整しなければならないことになる。医療行為における不満足な結果を履行不完全として主張立証すれば足り、帰責事由の不存在は抗弁事由として医師に主張立証責任があるとする考え方は、医療行為のいかなる部分が不完全であったか、いいかえれば医療契約上いかなる医療行為をすべきであったかを明らかにする必要があることを看過していることになる。

医療契約に基づく医師の債務は、本来、当事者間であらかじめ合意決定されているものであるが、一般には、患者は医師の経験、技術、知識、判断等を信頼して、疾患に対する診断、治療を最も合理的に行うことを医師に託するにすぎないのであるから（34）、その範囲内で医師にはその医療行為につきある程度の裁量権を与えられており（医療行為によって差異がある）（35）、医師の具体的債務内容は患者の個々の症状によって区々となっていて、あらかじめ特定できないことが通常である。もっとも、機械的単純な医療行為については、当事者間において具体的な委任内容を取り決めていることも多いから、医師の債務の特定も比較的たやすいともいえる。しかし、このような場合は、医療過誤紛争の発生自体が少ないうえ、因果関係や過失等に特有の問題も生じない。ところが、医師の診断とこれに基づく治療行為がそれぞれ重畳するいわば複合判断的医療行為においては、医師の債務は、患者の容体と疾患の自然的変化ないし医的侵襲行為によって時々刻々変化する生体反応に即応して明確となるのであるから、個々の症状と医師の診断・治療経過を的確にとらえる必要があり、患者側においてこれらの状況を明らかにしないかぎり、債務の内容は単に適正合理的な医療行為をなすべきとする抽象的なものにとどまらざるをえないであろう（36）。このように、債務の本質的部分が具体的に特定していない以上、診療委任契約の本質的部分たる給付義務内容は、最善を尽くすということに帰するから（37）、これに不随する善管注意義務内容と一体不可分の関係となる。そうすると、当該医療行為が給付義務の履行として「委任の本旨」に従っているけれども善管注意義務に違反している、との分析判断に親しまなくなるから（38）、医師は医療契約に基づいて患者の疾患につき債務の本旨に従い善良な管理者の注意義務をもって医療行為をなすべきである、と構成してみても、債務の履行が完全に尽くされたか否かを善管注意義務違反の有無と別個独立に判断することは、きわめて困難である（39）。

前掲注(6)東京地裁昭和46年4月14日判決の判旨は、医師の施術内容の可否を検討し、いずれの点においても責任はない旨を判示したうえ、債務内容につき治癒と治療との区別をもって前記のとおり説示しているが、結局、「問題は右準委任契約における受任者たる産科医として被告が善管注意義務を尽くしたか否かにあるところ、前記認定事実より

すれば……本件診療契約については……債務不履行の事実はなく……職務上の注意義務を果たし、右債務の本旨に従った履行をなしたものと認められる。」として、債務不履行の有無について注意義務違反の有無を基礎にして判断している。本件のように、「契約内容が単に診療介助を行なうことを約するにとどまる」とする以上、その債務の履行が不完全であったか否かは、債務の付随的注意義務違反の有無によって検討せざるをえないからであろう（40）。

（４） 結果債務と手段債務

給付義務の内容が一定の結果を実現すべきことにある場合（結果債務）、不完全な結果があるときは帰責事由があるものとされるが、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場合（手段債務）には、債務の性質上、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ものといわざるをえない。結果債務（*obligation de résultat*）については債権者は債務者の帰責事由（*faute*）の主張立証責任がないが、手段債務（*obligation de moyens*）については債務者の帰責事由（*faute*）の主張立証責任があるとする考え方は、フランスの学説・判例によってフランス民法 1147 条、1137 条にかかる証明責任の所在の違いを理論的に解明したものであり（41）、わが国においても医療債務の不完全履行の問題を検討するうえで有益な判断枠組みであるといえる（42）。

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し、したがって、これが債務者の過失の存在を基礎づける事実当たり、債務者が主張立証すべき帰責事由の不存在が不可抗力またはこれと同視できる事由であるとする考え方は（43）、基本的には当然の帰結であるというべきである。手段債務と結果債務との間には、不完全な履行かどうかを判断するうえで前述のような性質上の差異があることは否定できない。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えることができるものの、一律に結論づけることは留保する必要がある（44）。

医療債務を一律に手段債務とみないで、医師が患者に対して負う善管注意義務は最善を尽くせば足りるというものではなく、一定程度のサービスを提供すべきプロフェッションに対する患者の白紙委任を受けている関係にあることに着目したうえで、意外な結果には至らせないという結果債務をも含むものであるとし、そこから、意外な結果は不可避、不可抗力など帰責事由のないことを弁明すべき義務が発生する、とする考え方が有力に主張されている（45）。医療債務にも、患者の有する生体の状態などによっては、結果債務の

性質を含む場合があることを否定できないし、医師と患者の関係も、医療行為の内容により、また、患者の有する生体の状態などによって千差万別であろうから、患者にとって極めて意外な結果が生じた場合に医師の説明義務を訴訟手続に反映させる論理として傾聴に値するが、なにをもって意外な結果とみるかを債務内容から離れて判断することに問題があり、また、医師の説明義務は医療契約の内容によって具体化するものであることからすれば、医師の説明義務が発生する場面を特定する責任が一律に医師にあるとみることに問題があろう。意外な結果であるということを債務不履行における履行の不完全という内容に取り込むためには、それが少なくとも一定限度で結果債務であることを明らかにする判断基準を定立する必要がある(46)。

かくして、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といえよう。

(19) 我妻栄『新訂債権総論(民法講義)』(岩波書店、1966年)151頁、加藤編・前掲注(17)『注釈民法(19)』141頁(加藤一郎)、中野貞一郎「医療過誤訴訟の手続的課題」法学セミナー258号(1976年)30頁(同『過失の推認』(弘文堂、1988年)105頁所収)、倉田卓次監修『要件事実の証明責任・債権総論』(西神田編集室、1986年)122頁、129頁(國井和郎)、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』(悠々社、1992年)165頁。もっとも、不完全履行を債務不履行の1類型に位置づけるかどうかについては異論がある(平井宣雄『債権総論』(法律学講座双書)(弘文堂、1985年)43頁)が、訴訟においては主張立証責任の分配の問題を解決する要件事実を確定することが重要であることからすれば、履行不完全とみるべき要件事実の具体的内容を検討することが優先課題であろう。なお、不完全履行責任ないし積極的債権侵害について学説の状況は、北側善太郎『契約責任の研究』(有斐閣、1963年)42頁以下、五十嵐清「不完全履行責任・積極的債権侵害」法学セミナー320号(1981年)38頁以下が詳しい。

(20) 前掲注(1)神戸地裁竜野支部昭和42年1月25日判決も、筋肉痛治療の準委任契約に基づく医師の債務が、患者の死亡によって履行不能となった旨を判示しているが、債務内容が治癒ではなく治療をする点にあるとすれば、死亡するまでの治療行為をもって債務の本旨に従っているものと判断しうるか否かが問題なのである。山形地方裁判所新庄支部昭和47年9月19日判決・判例時報694号98頁も、準委任契約の履行不能であるとしながら、医師の過失の有無を判断しているのは同じ撞着に陥っている(前掲『医療過誤紛争をめぐる諸問題』99頁(江田五月)参照)。

(21) もっとも、右判例でも争点となっているように、医師が「治癒」までも確約している事情があれば別論であり、そのような医療行為として美容整形手術をあげることができよう(饗庭忠男『医療事故解決の法律実務』(ダイヤモンド社、1971年)39頁、野田・前掲注(16)『医事法(中)〔増補版〕』395頁。

(22) 松倉豊治「医療過誤をめぐる諸問題 - 医学の立場」法律時報43巻6号(1969年)44頁は、「債務の内容(本旨)」が『治療責任の完遂』であれ『治癒完成』であれ、

その不履行が問題となるのはその不履行に至る経路における過失の有無如何なのであるから、過失がない以上、それが甲乙いずれであってもそれを論議する実益はないといわれるかもしれないが、それでも医師としては、現実に誠実な治療を果たしたにかかわらずたまたま不結果に終わった場合に、その義務（債務）の不履行があったと第一次的に判定されることに多大の抵抗を覚えざるをえない。いうなればそれは医療の実態を評価しない法律事務的処理のように思えるからである。」として、債務内容をまず医療の実際に適合させるべきことを主張しているのが印象的である。

（23） 沖中重雄『医師と患者』（東京大学出版会，1971年）4頁は、誤診に関する素人と玄人との間の感覚の断層の大きさを指摘したうえで、医師の誤診というのは、「例えば、肝臓がはれて大きくなっており、それが癌による病変であることが臨床上診断され、それに対する治療に専心し、結局、死亡して剖検してみると肝臓の所見は、われわれの臨床診断の通りであるが、胃の一部に予想していなかった小さい潰瘍が見付かったとする。それを顕微鏡的に検査したところが、癌細胞が発見され、病理解剖学的に肝臓の癌はこの胃の小さい癌細胞からの転移であると診断された場合、これは学問的には主病巣と転移病巣の判断を誤ったもので、立派な誤診ということになる。臨床的に、胃の小さい癌は発見しにくいこともあり、また、直接の臨床症状にはなっていなかったとも考えられ、一方、転移した肝癌の方が一方的に成長悪化したもので、臨床症状の殆んど全部が転移性肝癌によって表現されていたと考えてよいものである。したがって、临床上では医師が患者の処置に大きな誤りをおかしていたということにはなりにくいものといってもよい。以上は1つの例にすぎない。このような場合でも、われわれ専門家はあくまで病巣、病変を徹底的に臨床の段階で捕捉、理解することを終局の目的としているわけで、厳密には誤診ということになる。」と説いて、臨床医学が剖検によって批判されるべきことを強調している。ちなみに、沖中内科における戦後16年間の剖検による誤診率は平均14・2%とされている（同34頁）のが興味深い。

（24） 医療上の注意義務に関してではあるが、このような点を言及するものとして、野田寛「医療上の注意義務序説 - 過失の判定基準に関する一考察 - 」於保不二雄先生還暦記念『民法学の基礎的課題(上)』（有斐閣，1971年）230頁参照。

（25） 山本隆司「医療過誤における契約責任構造と帰責要件（二）」立命館法学1970年3号360頁以下は、履行不能というカテゴリーは医療過誤訴訟に親しまないととしている。

（26） 手嶋豊「医師の責任」山田卓生編集代表『新現代損害賠償法講座3製造物責任・専門家責任』（日本評論社，1997年）317頁，倉田編・前掲『要件事実の証明責任』112頁（國井和郎）。

（27） 倉田編・前掲注(19)『要件事実の証明責任』96頁注(19)(20)(國井)の整理が簡明である。

（28） 注意義務の内容につき、於保不二雄『債権総論〔新版〕』（法律学全集20）（有斐閣，1972年）111頁注(2)は、「給付義務に附随する注意義務違反による債務不履行責任と履行に際しての一般的注意義務違反による不法行為責任……とは区別しなければならない。もっとも、実際問題としては、両者の区別は困難な場合が多い。」とするが、医療契約において医師の給付義務が具体的でない場合には、当該注意義務違反内容がいず

れの責任分野に属するものかを實際上ほとんど区別ができない。園尾隆司「医療過誤訴訟における主張・立証責任の転換と外形理論」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築下巻』（有斐閣、2001年）233頁は、債務不履行構成によって過失の主張・立証責任を医療側に転換するのは困難であり、債務不履行構成以外の妥当な利益考量の定立が今なお必要とされている、としている。なお、受託内容が明瞭な場合が多い宅地建物業者に關してであるが、東京地裁昭和34年12月16日判決・判例時報212号29頁は問題点の素材となろう。

（29） 加藤・前掲注(7)「医師の責任」508頁が、「ふつうの不完全履行の場合には、本来の債務不履行による損害と積極的債権侵害によるとをいちおう形の上で区別できるが、医師の責任については、それを区別することが不可能に近い。そこで理論的にも、實際的にも、医師の契約責任は、そこから生じたすべての損害に及ぶと解される。」と説き、清水・前掲注(7)民商法雑誌52巻6号805頁は、「第二次的侵害をも債務不履行の内容に属するものとして扱うことが妥当であろう。なぜなら、これらは債務を履行するためになした行為によって引き起こされたものであり、債権債務の関係のない者の間においてなされた行為と異なり、かかる債務がなければ起きることのないことだから」としているが、履行の際に発生した損害が、いかなる注意義務に違反しているかを医療過誤において検討し、第二次的侵害の責任の性質が分析されるべきである。

（30） 川井・前掲注(10)判例評論150号129頁が、医療事故をめぐる損害賠償請求は、債務不履行とも不法行為とも割り切れない問題であるとしているのはこの間の消息をあらわしたものであろう。

（31） 具体的債務内容の主張・立証が、善管注意義務違反の不存在の主張・立証責任のなかに事実上吸収されることとなり、契約責任の要件事実が不法行為責任と実質的に同化しながら、なお過失の挙証責任は医師が負担するのであるから公平を欠く。ことに、履行、補助者が複数の可能性ある場合、その不均衡はおおうべくもない（唄・前掲注(7)法学協会雑誌81巻5号560頁参照）。

（32） 医師の裁量権の濫用という観点からみなおせば、その裁量権限の行使に濫用ないし注意義務違反が存する場合には、患者側に裁量権限の踰越につき立証責任があるものと考えらるべきであろう（信義則違反・権利濫用（民法1条2項、3項）、権限踰越による表見代理（民法110条）に関する立証責任が想起されよう）。

（33） 我妻・注(19)『新訂債権総論〔民法講義〕』150頁以下、平井・前掲注(19)『債権総論』58頁以下、司法研修所民事裁判教官室編『民事訴訟における要件事実について』（1977年）44頁など。

（34） 丸山・前掲注(6)司法研究18輯4号47頁以下。なお、内科学、とりわけ自律神経系に大きな業績を遂げた沖中重雄博士は、患者心理に關して、患者の医師に対する態度に3通りの型があつて、多くの患者は、診断についても治療についても何でも医師の言う通り聞いてくれる、との感想を記している（沖中・前掲注(23)『医師と患者』48頁）。

（35） 我妻・前掲注(15)『債権各論中巻（民法講義V3）』656頁は、委任契約につき、この理を明らかにしており、医療契約を請負契約と解したとしても、仕事の「完成」を前述2（2）のごとく把握すれば、同様のことがいえよう。医療行為における医師の裁量性は、医療行為の緊急性、患者の特異体質とともに医療の特殊性として、従来、過失認

定上の否定的要素のなかで検討されているが（唄孝一『医事法学への歩み』（岩波書店，1970年）159頁，野田・前掲注(24)「医療上の注意義務序説 - 過失の判定基準に関する一考察 - 」213頁以下等参照），これに先だって，まず債務内容を特定するうえにおいて考慮すべき事柄でもある（鈴木富七郎「医師訴訟の問題点」自由と正義22巻9号（1971年）21頁，高田利広「医療と人権と医療訴訟」前掲自由と正義22巻9号30頁以下参照）。なお，過去に不法行為として追求される例が圧倒的に多い原因は，主として，診療契約の内容があいまいであることが指摘されていた（清水兼男「診療過誤と医師の民法責任」民商法雑誌52巻6号（1965年）802頁，鈴木俊光「診療過誤訴訟上の諸問題」法律論叢41巻4～6合併号（1968年）310頁）。

（36） 鈴木・前掲注(35)法律論叢41巻4～6号306頁，倉田監修・前掲注(19)『要件事実の証明責任』126頁（國井）。

（37） 西原道雄「医療と法律」前掲注(9)『医療と法律』199頁参照。

（38） 委任契約における善管注意義務は，もともと，注意義務の標準にすぎないが，その内容は委任事務の種類，内容，受任者の職業等によって具体的に充足される（中川高男「受任者の善管注意義務」松坂佐一・西村信雄・舟橋諄一・柚木馨・石本雅男先生還暦記念『契約法大系』（有斐閣，1963年）270頁）ことがその遠因とされよう。

（39） 中野貞一郎「診療債務の不完全履行と証明責任」唄孝一＝有泉亨編『現代損害賠償法講座4』（日本評論社，1974年）91頁（同『過失の推認』（弘文堂，1978年）89頁），倉田監修・前掲注(19)『要件事実の証明責任』130頁（國井）以下。林良平＝石田喜久夫＝高木多喜男『債権総論〔3訂版〕』（現代法律学全集）（青林書院，1996年）110頁は，注意義務の立証は，実質上，有責性の過失と異ならないといい，篠塚昭次＝好美清光編・講義債権総論（1981年）68頁（浦川道太郎）は，その履行不完全の主張立証は本質的に過失にほかならないという。東京地方裁判所昭和6年3月13日判決（丸山・前掲注(6)司法研究18輯4号48頁）は，「医師がその医学上の知識経験技倆等に訴えて当該疾患に適応すべき方法なりと信じて診療を施行するに於ては，たとえ該診療方法が結果において何等当該疾患の治癒に効果なくして終わりとて，この点につき医師として甚だしく注意を欠如したるによるにあらざる限り，医師としては疾患診療の以来に対し債務の本旨に従ってこれが履行をなしたるものといわざるべからず」と判示するが，自由裁量権の範囲を論外にすれば，「甚だしく」注意を欠かないかぎり，履行義務を尽しているとするのは，原則として給付義務と注意義務とを不可分に判断すべきとの前提に依存しているものと解されるのであり，給付義務内容と注意義務内容の関係についての問題が早くから認識されていたものといえることができる。

（40） 近時の裁判例は，債務不履行構成における履行不完全と不法行為構成における過失とを等値して審理している（例えば，横浜地裁小田原支部平成10年10月23日判決・判例タイムズ1044号171頁，仙台地裁平成11年9月27日判決・判例タイムズ1044号161頁等）。

（41） 川島武宜＝平井宜雄「契約責任」石井照久＝有泉亨＝金沢良雄編『経営法学全集18企業責任』（ダイヤモンド社，1968年）276頁によって詳細に紹介された。その後，浜上則雄「製造物責任における証明責任（6）」判例タイムズ316号（1975年）9頁以下により体系的に整理され，織田博子「フランスにおける手段債務・結果債務

理論の意義と機能について」早稲田大学大学院法研論集20号(1979年)55頁以下、伊藤浩「手段債務と結果債務」立教大学大学院法学研究2号(1981年)1頁以下が基礎的研究を加え、さらに、倉田監修・前掲注(19)『要件事実の証明責任』112頁(國井)が医療過誤訴訟において具体的に考察し、近時は、森田宏樹「結果債務・手段債務の区別の意義について」鈴木禄弥先生古稀記念『民事法学の新展開』(有斐閣、1993年)111頁以下が分析を深めている。現在の学説の状況は、加藤雅信「新民法大系 債権総論第4回 結果債務・手段債務論」法学教室274号(2003年)104頁以下に詳しい。手段債務、結果債務の二分論は、現在の学説上、必ずしも有用との評価を受けていない(潮見佳男『契約規範の構造と展開』(有斐閣、1991年)16頁、淡路剛久『債権総論』(有斐閣、2002年)18頁等)。

(42) 中野・前掲注(9)『過失の推認』98頁注(46)、同「医療過誤訴訟について」法学教室26号(1982年)6頁(同「医療過誤訴訟の手續問題」『民事手續の現在問題』(判例タイムズ社、1989年)118頁所収)。潮見佳男「『なす債務』の不履行と契約委任の体系」北川先生還暦記念『契約責任の現代的諸相(上)』(東京布井出版、1996年)35頁は、手段債務においては帰責事由は損害賠償責任の要件ではないとする(吉田邦彦「債権の各種 - 『帰責事由』論の再検討 - 」『民法講座別巻2』(有斐閣、1990年)48頁、森田・前掲注(41)「結果債務・手段債務の区別の意義について」158頁)。

(43) 中野・前掲注(9)『過失の推認』89頁、108頁。札幌地裁昭和52年4月27日判決・判例タイムズ362号310頁は、「医療契約に基づく診療債務については、これを手段債務と解すべきであるから、まず、治療の手段ないしその前提としての診断については、医師として事態に即応した検査ないし問診等を実施して診断のための努力を重ねることが義務づけられており、その検査方法の採否、収集されたデータによる診断についても、それが、診療時において一般的に是認された医学上の原則に準拠したものであり、かつ、症状発現の程度と認識の手段との相関においてそれが合理的と認められる場合、ついで、療法についても、かかる診断に基づき、適応の肯定できるとみられる薬剤等に治療方法を実施することで足り、治癒の結果の招来それ自体は債務の目的をなさず、むしろ、患者の症状に応じた対症療法を講じ、さらには、具体的療法の実施に代え、安静等の処置をとって、症状の拡大を防ぎながら、経過を観察する等した場合にあって、かかる措置が、医学・医療の水準上相当と認められる場合には、医師の診療について帰責事由がないと解するのが相当である。」と判示している。浦和地裁昭和60年12月27日判決・判例時報1186号93頁は、「診療契約が一定の結果の達成を目的とするいわゆる結果債務ではなく、診療行為というある程度の時間の継続が予定されたいわゆるなす手段債務である」と判示する。

(44) 債務不履行構成が原告患者側にとって訴訟手続において合理的・機能的かどうかという観点の議論において、医療債務が多くの場合に手段債務性を有するが故に単に不満足な結果の発生を主張立証するだけでは足りないことが明らかになったが、医療債務のすべてが均一の手段債務性を有するものではない。加藤・前掲注(41)「新民法大系 債権総論第4回 結果債務・手段債務論」109頁は、手段債務論は債務不履行のある一部については帰責事由と不履行の2要件分離論が成り立たず無過失の抗弁が機能しない場合があることを明示するための概念として意味があり、手段債務的性格ないし努力債務的性格を

持つことに積極的な意味があり、その内容は一律ではないとしている。奥田・前掲注(19)『債権総論〔増補版〕』165頁は、診療債務は患者側で病院・医師の診療債務の履行の不完全を主張立証しなければならないが、医師の措置が医療水準からみて逸脱していること、不適切・違法な措置であることの主張立証は容易ではなく、帰責事由の不存在については債務者が主張立証責任を負うものの、事実上、患者が医師の過失を証明するに等しいという。

(45) 新堂幸司「診療債務の再検討」『東京弁護士会昭和50年度・弁護士制度100年・東京弁護士会秋期講習会講義録』(1976年)89頁以下(同『民事訴訟法の展開・民事訴訟法研究第5巻』(有斐閣, 2000年)113頁以下, 同「医師・患者をめぐる訴訟とその背景」ジュリスト619号(1976年)29頁以下)は、依頼者とプロシエショナルとの関係を前提とした委任関係においては、診療の経過と結果に至る原因を説明すべき義務があり、その義務を訴訟に反映した取扱いとして、医者は自己に帰責事由がないことの証明責任を負うとしている(植木哲『医療判例ガイド』(有斐閣, 1996年)26頁はこれを支持し、また、平林勝政「医療過誤における契約的構成と不法行為的構成」ジュリスト増刊『民法の争点』(有斐閣, 1985年)229頁はこの価値判断を極めて説得的であると評している。さらに、並木茂「医療過誤訴訟における債務不履行構成と不法行為構成」根本久編『裁判実務大系第17巻医療過誤訴訟法』(青林書院, 1990年)10頁は、医師の不完全履行という規範的要件事実を診療行為の意外な結果の発生とそれ以外の事実の2つの社会的類型に分解し、主張立証責任を分担させることも背理ではないとする)。前田達明「接骨医誤診事件」唄孝一・成田頼明編『医事判例百選』別冊ジュリスト50号(1976年)101頁は、原告は「回復しないとか悪化した」という事実について主張責任を負い、適切な措置をしたことの立証責任を被告が負うのが相当としている。また、中井美雄『債権総論講義』(有斐閣, 1996年)460頁は、中野・前掲注(9)『過失の推認』89頁の説く履行不完全と善管注意義務との関係を首肯しながらも、素人である患者側にとって何が医学上の技術規準であるかを判断することは難しいとして、主観的な義務違反の立証の問題については債務者側に責任を負担させる方向を追求した方がよいとする。

(46) 倉田監修・前掲注(19)『要件事実の証明責任』136頁(國井)は、弁明義務なる付随的義務が本来の債務の不完全履行の証明責任分配を決定づける理由が明らかでないとする。また、中野・前掲注(9)『過失の推認』111頁には、「意外」な結果といえるかどうかは過失の有無の判断を含んでいることを指摘している。

(47) 最高裁昭和56年2月16日第2小法廷判決・民集35巻1号56頁は、国の国家公務員に対する安全配慮義務違反を理由とする債務不履行責任について、義務の内容及び義務違反の事実の主張立証責任は債権者にあるとした。安全配慮義務を結果債務とみるか手段債務とみるかで義務違反事実と帰責事由との把握の仕方に差異があり、医療過誤の不完全履行との関連は微妙なものがある(松本博之「安全配慮義務違反と帰責事由の区分、および証明責任」三ヶ月章先生古稀祝賀『民事手続法学の革新・中巻』(有斐閣, 1991年)382頁)。

4 債務不履行と不法行為の融合

医療行為の手段債務としての性質は、医療過誤を債務不履行における不完全履行の体系

内に取り込むなかで、帰責事由を「債務の本旨」「契約内容」の解釈問題とすることを可能にしたが、手段債務としての内容は具体的な事案における個々の医療行為の特質に応じた検討が必要であるから、帰責事由の内容が不法行為責任か債務不履行責任かの法的構成によって決まるものではない。そこで、近時、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(48)。

立証責任の扱いが共通の理解に達しているのであれば、実体法のレベルでは、医療契約においては債務の内容によって責任の有無・範囲が決まるという意思自治の原則に役割を与える必要があり、私的自治に委ねられてよいものは契約責任により、そうでないものを不法行為責任によって処理するという協働を志向すべきである、という見解がある(49)。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るよう。

これに対し、不完全履行には契約に由来する保障人的地位に基づいて不法行為では及ばない固有の帰責事由があるが、医療行為においては、医師が事実上医療を引き受けたときから医療契約の有無にかかわらず保障人的地位が生ずるとし、したがって、不法行為としては無過失であるが、不完全履行では帰責事由があるという結果は生じない、という見解がある(50)。契約の有無によって医師の責任の範囲が異なるという結果は医師の倫理に反するとの問題意識から不法行為構成を再構築しようとするものであるといえることができる。両構成の融合を図ったものであり、きわめて実践的な感覚による提言であるといえるが、契約の有無が注意義務の内容に一切影響を与えないという点は、医師の負担する注意義務が個別具体的なものである以上、医師と患者の間でどのような医療行為が目的とされていたかを考慮に入れるべきであるから、医療行為の内容によって具体的に判断していかなければならないことを留意する必要がある(51)。

医療債務は手段債務性を有するものであるが、その内容は、医師と患者の合意内容によって具体的に特定することが困難な場合には、不法行為責任において医師の専門職としての注意義務を問うことが理論上も実際上も医療過誤の実態に即しており、公平であり、訴訟経済にかなうものであるといえることができる。これに対し、債務内容が医師と患者の合意内容により比較的容易に具体的に特定しうる場合には、契約責任において合意に基づく専門職としての注意義務を構成しうるし、これを訴求すべきこととなろう。しかし、法的構成は、訴求の手段方法にすぎず(52)(53)、合意内容を探求し、意思表示の合理的解釈をすることが重要であるが、尽くすべき注意義務の内容・程度が合意によって定まらない場合には社会通念によるほかないのであり、いずれにしても医師の注意義務の内容は債務不履行責任にせよ不法行為責任にせよ異なるものではなく、その判断基準をいかに事案に適した具体的なものとするかが重要である(54)。

(48) つとに、中野・前掲注(9)『過失の推認』142頁は、医療過誤に基づく損害賠償請求訴訟の法的構成問題が証明責任の分配に傾斜しすぎていることの疑問を示してい

た。織田・前掲注(41)早稲田大学大学院法研論集20号(1979年)56頁は、手段債務・結果債務論が証明責任分配のための規範定立という機能を担わされてきたことが問題であると指摘している。

(49) 藤岡康宏「契約と不法行為の協働：民事責任の基礎に関する覚え書き - 医療過誤における一つのアプローチ - 」北大法学論集38巻5・6合併号下巻(1988年)1460頁は、医師の責任の厳格化と保身化との問題について、契約を基礎に置いた債務の内容に役割を与えて検討すべきであるとする。高嶋・前掲注(16)「診療契約の特質と内容(一) - 西ドイツの議論を中心として - 」780頁は、診療債務を継続的債権関係の一種としてとらえ、医師と患者の経時的な交渉内容を契約上の権利義務という視点で検討していくべきであるとする。手嶋・前掲注(26)「医師の責任」327頁は、弊害を発生させない担保手段の必要を述べている。

(50) 賀集唱「請求の構成と挙証責任及び訴訟指揮の影響」判例タイムズ686号(1989年)5頁、10頁は、再構成された医師の不法行為法上の責任の実質は、不完全履行と同じく危険管理の責任であり、客観的注意義務より広くなるとする。この見解について、加藤新太郎「医療過誤訴訟の現状と展望」判例タイムズ884号(1995年)7頁は相当であると評し、新城純子「医療過誤訴訟における「過失」の証明責任 - ドイツの判例を中心として - 」筑波法政24号(1998年)330頁は注目に値し、これを参考に検討する必要があるとする。

(51) 錦織成史「医療機器事故に基づく民事責任(一)(二・完)」法学論叢112巻6号(1980年)1頁以下、115巻6号(1984年)3頁以下は、医療機器に起因する事故の責任を重く扱うべきことを説いているが、このような分野を整合的に処理することが望まれる。

(52) 稲垣喬「新判例評釈〔473〕」判例タイムズ338号(1976年)82頁は、法的構成は証明責任と論理必然的に結合するものではないから、これとの関係を遮断し、診療における注意義務の存否を判断すべき構想を提唱しており、その方向性自体は確かなものである。

(53) 医療過誤責任の訴訟実務を比較法的にみれば、アメリカにおいては不法行為責任とされ(Joseph H. King, Jr. The Law of Medical Malpractice, 2nd ed p9)、ドイツにおいては債務不履行責任と不法行為責任との競合とされ(Palandt, BG13, 62. Aufl. 280 RN41,42)、フランスにおいては契約責任とされている。わが国の実務については、佐々木茂美編著『医事関係訴訟の実務』(新日本法規, 2002年)160頁は、医事関係訴訟における証拠の偏在、医学的知見とその専門性からみて、医療側は、主張・立証責任の帰属と離れて、診療経過を含めた事案解明のためできるだけ積極的な役割を果たすべきであり、裁判所の訴訟指揮も、この点を意識したものにならざるを得ないとする。

(54) 潮見佳男「契約責任における『過失の標準』」『谷口先生追悼論文集3巻』(信山社, 1993年)221頁が、契約責任における過失論はいかなる注意が債務者に義務づけられているかという視点に独自性があり、債務者が契約により引き受けた内容と債権者が債務者に期待したことへの保護という角度から注意の内容が確定されるべきであるから、合意とその補充的適合的解釈から導かれるとしている。示唆に富む考察であるが、契約責任構成と不法行為構成とで医師の注意義務内容が異なることがあるということになる

のであれば、なお具体的に検討を要するであろう。

5 おわりに

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。医療過誤事件に以上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本的な制度基盤になっている。平成16年度国会上程を目指すADR法の成立と、その発展が期待される。

第4章 準消費貸借金返還請求における証明責任

- 1 はじめに
- 2 準消費貸借契約と訴訟物
- 3 旧債務の証明責任
- 4 旧債務の特定責任
- 5 おわりに

1 はじめに

準消費貸借契約に基づき準消費貸借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、大審院の判例が存するところであるが、最高裁判所の同旨の判例が出されて以後も学説に争いがあり、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点で2つの問題点が不可分であって、これを別々に論じるとは論理的に不自然があるため、旧債務の存否と特定に関する両者の問題を統一的に取り扱わなければならない。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。

本稿は、古くて新しい準消費貸借契約の証明責任の問題について、旧稿(1)をもとに最近の実務や学説の動きを追いながら検討を加えたものである(2)。

(1) 遠藤賢治「準消費貸借金返還請求の要件事実」『裁判実務体系13巻・金銭貸借訴訟法』(青林書院, 1987年)68頁。

(2) 本問題については、賀集唱「準消費貸借における旧債務成否の主張・立証責任」宮川種一郎＝賀集唱編『民事実務ノート1巻』(判例タイムズ社, 1968年)120頁(初出・判例タイムズ180号(1965年)63頁), 同「準消費貸借契約における旧債務の存否に関する立証責任」判例タイムズ223号(1968年)74頁, 村松俊夫「準消費貸借で目的たる債務の存否の立証責任」判例評論114号(1968年)124頁, 倉田卓次「準消費貸借契約における旧債務の存否に関する立証責任」『民事実務と証明論』(日本評論社, 1987年)219頁(初出・民商法雑誌59巻2号(1968年)306頁), 宇野栄一郎『最高裁判所判例解説・民事篇昭和43年度(上)』(法曹会, 1969年)273頁, 石田穰「準消費貸借契約における旧債務の存否に関する立証責任」法学協会雑誌86巻3号(1969年)385頁, 島田禮介「準消費貸借にもとづく請求の特定と要件事実」本井巽＝賀集唱編『民事実務ノート第3巻』(判例タイムズ社, 1969年)188頁, 大原誠三郎「準消費貸借契約における旧債務の存否に関する立証責任」法学研究(慶応大学)42巻4号(1969年)96頁, 松本博之「消費貸借と準消費貸借における証明責任の分配」『証明責任の分配(新版)』(信山社, 1996年)359頁, 倉田卓次監修『要件事実の証明責任・契約法上巻』(西神田編集室, 1993年)444頁, 477頁(松本博之), 森勇「証明責任の分配(1)」『民事訴訟法判例百選(2)』別冊ジュリスト146号(1998年)276頁。

2 準消費貸借契約と弁論主義

(1) 旧債務の帰趨

準消費貸借契約は、現に負担している金銭支払債務（旧債務）をもって消費貸借の目的（新債務）とする合意であり、消費貸借契約の要物性を緩和したもの（3）である。この準消費貸借契約については、実体法の解釈として、契約の成立によって旧債務が法的にどのような影響を受けるのか、すなわち、旧債務は消滅するのか、新債務と併存するのか、債務の同一性を維持しながら新債務に変更されて存続するのかが問題とされた（4）。しかし、新、旧債務に同一性があるかどうかという点に重点があって、旧債務が消滅したかどうかは必ずしも決定的な判断対象ではない。旧債務が消滅した後、それが新債務に同一性を維持しながら存続するという説明が可能だからである。同一性の判断に当たっては、当該準消費貸借契約が締結された趣旨を確定することが肝要である。実務上、準消費貸借契約の旧債務が問題になるのは、旧債務の存否が争われる場合と、旧債務の抗弁権や担保が新債務に承継されるかどうか争われる場合があるが、旧債務の主張立証責任が問題になるのは前者の場合である。いずれにしても、準消費貸借契約は、現実には、債務の確認あるいは承認にすぎない単なる借換えの場合と、数口の債務を一口にまとめて新たに内容等を変更した別個独立の債務とする場合等があり、新、旧債務の同一性の判断は、その契約締結の趣旨をどのように理解するかにかかっており、それは契約をする当事者の目的をどのように把握するかという意思解釈の問題であるとみることができる。

(2) 弁論主義との関係

消費貸借契約に基づく返還請求において準消費貸借契約の成立を認定して返還請求権を認容することが弁論主義に違背しないかが問題となる。最高裁昭和41年10月6日第1小法廷判決（5）は、原判決を、消費貸借契約に基づく金員支払請求に対して敷金返還請求権の譲受代金債務を旧債務とする準消費貸借契約に基づく金員支払請求を認容したものと把握した上で、「当事者が金銭消費貸借に基づき金員支払を求める場合において、その貸借が現金の授受によるものではなく、既存債務を目的として成立したものと認めても、当事者の主張に係る範囲内においてなした認定でないとはいえない」と判示した（6）。消費貸借契約上の債務と準消費貸借契約における旧債務とが原則的に同一性を有するとの考え方が基礎にあるものとも思われる（7）。両請求は、その発生原因である要件を異にするから、旧訴訟物理論のもとにおいては訴訟物は同一とはいえない（8）、旧債務に関する攻撃防禦が十分にされないおそれがあるが、弁論主義違反の問題も生じる。これらの点をひとまず措くとしても、準消費貸借契約の旧債務の主張立証責任が債務者の負担にあるとする場合、訴訟物が消費貸借契約に基づく請求であれば、債務者たる被告にとって旧債務の主張立証の必要性がない（9）ので、前記最高裁判決の扱いは被告に不意打ちとなろう。準消費貸借契約の旧債務の主張立証責任の分配と統一的に検討する必要がある。

(3) 我妻栄『新訂担保物権法』（岩波書店、1968年）365頁、星野英一『民法概論』（良書普及会、1986年）171頁、幾代通＝広中俊雄編『新版注釈民法（15）債権（6）増補版』（有斐閣、1996年）21頁（平田春二）。

(4) 判例、学説の変遷については、前掲注(3)『注釈民法（15）』26頁以下（平田春二）に詳しい。大正時代前半までは、準消費貸借契約によって旧債務は消滅し、新、旧債務は

同一性を有しないと解されていた（大審院大正5年5月30日判決・民録22輯1074頁，梅謙次郎『民法要義・卷之三』（有斐閣，1897年）590頁等）が，その後の判例は，当事者の意思を基準にして新，旧債務の同一性を決定すべきであり，当事者の意思が明らかでないときは新，旧債務は同一性を維持する，すなわち旧債務は債務の同一性を維持しつつ消費貸借という形をとって存続すると解すべきであるとし，また，同一性がある場合は旧債務に生じた抗弁権や担保は新債務に引き継がれるとしている（大審院昭和8年2月14日判決・民輯12巻265頁，最高裁昭和33年6月24日第3小法廷判決・裁判集民事32号437頁，最高裁昭和50年7月17日第1小法廷判決・民集29巻6号1119頁）。他方，学説は，準消費貸借契約は既存の債務の期限を猶予するにすぎないものや，期限を変更して新たに信用を供与するものなど種々の態様があるから，その趣旨ないし旧債務の性質及び準消費貸借契約の趣旨に従って旧債務に伴う抗弁権及び担保等が新債務に引き継がれるかどうかを具体的に判断すべきであるとしている（我妻・前掲注(3)『新訂担保物権法』367頁，来栖三郎『契約法』（法律学全集）（有斐閣，1974年）262頁，星野・前掲注(3)『民法概論』172頁，平田・前掲注(3)『注釈民法(15)』31頁。なお，三宅正男『契約法（各論）下巻』（青林書院，1988年）560頁以下は，民法588条は既存の金銭等給付債務に期限の許与などの変更を加える一種の債務変更契約を規定したものであり，既存債務を消滅させて新債務を発生させる準消費貸借契約の存否を否定し，他方，村松・前掲注(2)判例評論114号122頁は，前者について準消費貸借契約の成立を否定する）。

(5) 裁判集民事84号543頁（判例時報473号31頁）。この事案は，原審が準消費貸借契約の成立を認定したものであるかどうか疑問がある（村松俊夫・判例評論102号（1966年）111頁）。

(6) この点については，同旨の大審院判例（昭和18年5月20日判決・法学13巻67頁）があり，昭和9年6月30日判決・民集13巻1197頁は準消費貸借契約に基づく請求を消費貸借契約に基づく請求として認容することを許容している）及び下級審裁判例（大阪地裁昭和31年9月17日判決・判例時報93号16頁，福岡高裁昭和32年9月10日判決・高民集10巻7号435頁）と，これとは反対に両請求は別個の権利であるとする大審院昭和8年7月12日判決・裁判例7巻民事177及び下級審裁判例（盛岡簡裁昭和33年11月6日判決・判例時報169号25頁，小倉簡裁昭和40年1月12日判決・判例タイムズ172号222頁）があった。

(7) 村松・前掲注(5)判例評論102号111頁。

(8) 村松俊夫『総合判例研究(1)』26頁。

(9) 山本和彦『民事訴訟審理構造論』（信山社，1995年）183頁（初出，同「民事訴訟における法律問題に関する審理構造(3)」法学協会雑誌106巻10号（1989年）1767頁）。

3 旧債務の証明責任

準消費貸借契約に基づく給付請求権をいわゆる返還約束説(10)すなわち，ある契約の成立要件を構成する事実のすべてを主張立証する必要はなく，契約の成立要件の中の当該給付合意部分がこの請求権の発生の要件事実であるとみる考え方によれば，旧債務の内容は要件事実ではなく，単に一定額の返還約束を主張立証すれば足りることになる。これは実

体法上の権利ごとに訴訟物を考えようとする伝統的な考え方と調和しない見解である(11)し、訴訟の対象を特定すべき原告の責任が果たされているとはいえず、なによりも争点の整理をもつば被告の対応に委ねるものであって、公平に欠けるというべきである(12)。以下では、準消費貸借契約を貸借を目的とする契約であるとの立場から検討するものである。

(1) 被告説

旧債務の存在についての主張立証は、準消費貸借の成立を主張する者の責任ではなく、かえって、その不存在を主張し、新債務の存在を争う相手方において、抗弁として主張立証しなければならない、とする考え方を被告説という(債務者説ともいう。旧債務の不成立、消滅が抗弁事由である点から抗弁説ともいわれている)。被告説は、準消費貸借契約が締結された以上は旧債務の存在を前提としてみるとみることができるし、旧債務が存在するからこそ消費貸借上の債務に改めるのであるから、準消費貸借に基づいて請求する原告をして、旧債務の存在についてまで遡って主張立証させるには及ばない、という常識論に裏づけられているが、証明責任をどのような基準で分配するかの方と関連した理論的根拠は必ずしも一枚岩ではない(13)。

ア 判例

大審院大正4年8月24日判決・民録21輯1405頁は、準消費貸借契約の旧債務である株式直取引の残額の存在については原告たる上告人が立証する責任があるとの上告理由に対し、「上告人カ被上告人ニ委託シタル株式取引ニ依リ……ノ債務ヲ負担スルコトヲ承認シテ之ヲ消費貸借ノ目的ト為シタルハ原判決ノ確定シタル所ナリ然レハ上告人カ其債務ノ不成立ヲ立証スルノ責任ハ上告人ニ在リト謂ハサルヘカラス而シテ上告人ハ債務不成立ノ理由トシテ被上告人カ現実ニ注文ノ直取引ヲ取引所ニ於テ為ササリシコトヲ主張スルモノナレハ之ヲ立証スルノ責任ヲ上告人ニ帰シタル原判決ヲ以テ挙証ノ責任ヲ顛倒シタルモノト為スハ当ヲ得ス」と判示して上告理由を排斥した。この判文からすると、この判例は主張立証責任の分配を判断したものといえることができるが、その根拠は判然としない。相手方が旧債務を承認したという事実によって裁判外の自白が成立することから、旧債務成立の主張立証責任を免れると説くものである(14)とすれば、裁判外の自白は間接事実にはすぎない(15)ことから、理論的には無理がある。

大審院大正9年5月18日判決・民録26輯823頁は、旧債務を目的とする準消費貸借契約につき、旧債務の発生原因事実が否認されている事案で、旧債務の存在を認定していない原判決の理由不備をいう上告理由に対し、「然レトモ既存債務ノ目的タル金銭ヲ更ニ消費貸借ノ目的ト為スコトヲ契約シタル事実ノ立証トシテ既存債務ニ関スル記載ナク単ニ金銭ノ貸借契約ヲ記載シタル証書ヲ提出シタルトキハ反証ナキ限り其ノ事実ハ一応証明セラレタルモノト謂フヘク既存債務ヲ否認シ從テ所謂準消費貸借契約ノ不成立ヲ主張スルモノハ自ラ其事実ヲ立証スル責任アリ而シテ被上告人ハ原審ニ於テ金五十三円ノ準消費貸借ヲ主張シ甲第二号証ニ依リ之ヲ立証シ原裁判所ハ同証ニ依リ被上告人主張ノ準消費貸借ヲ認定シ上告人所論ノ抗弁ハ立証ナキヲ以テ之ヲ排斥シタルモノ判文前後ノ關係ニ照シ明ラカナルヲ以テ論旨ハ理由ナク」と判示した。この判例は、旧債務の存在は原告の主張立証すべき事実であることを前提にして推定の問題を判示したものであるとすると、立証責任の分配を判断したとみるか(16)、単に挙証の必要について判断したとみる

か(17)疑問が生じる。準消費貸借上の債務の存在を立証しさえすればそれ以上に旧債務の具体的な立証をする必要はないとする点からみれば、立証責任の所在を明示したものと理解することができる。しかし、なぜ事実上の推定がそのような立証責任の所在を決定する効果をもたらすのかを十分に説明していない(18)。大審院大正

15年2月1日民事連合部判決・新報68号11頁は、当事者の主張しない旧債務を認定した違法をいう上告理由に対して、「本件1万円ノ準消費貸借カ当事者間ニ成立シタル事実ハ原判決ニ於テ判示シタル所ナレハ反証ナキ限り適法ノ原因ニ因リテ成立シタルモノト推測スヘキモノトス從テ其ノ準消費貸借ノ原因トナリタル債務關係ノ成立セサル事実ハ債務者タル上告人ニ於テ之ヲ立証スルノ責任ヲ負フヘキモノトス」と判示し、旧債務の存在は準消費貸借上の新債務の存在が立証されることによって推定されると説いたうえ、原審は準消費貸借契約が虚偽表示であるとの上告人の抗弁を排斥しているから、準消費貸借契約の成立原因に関する上告人の主張の当否は判断不要である、とする。この判例は、と同様に、なぜ事実上の推定がそのような立証責任所在の効果をもたらすのか等の問題を説明していない。

最高裁昭和43年2月16日第2小法廷判決・民集22巻2号217頁は、要旨、「準消費貸借契約において、旧債務の不存在を事由として右契約の効力を争う者は、旧債務の不存在の事実を立証する責任を負う。」と判示した。事実関係は、以下のとおりである。亡AはYに対し昭和34年頃から数回にわたり金員を貸し付け、昭和38年6月9日現在で残元金が98万円になった。そこでYは亡Aとの間で右金額を一口の貸金とし、利息の定めなくこれを同年7月から毎月3万円宛分割弁済する旨の準消費貸借契約を締結し、その旨の誓約書が作成された。その後亡Aから右債権を譲り受けたXは、同年12月18日Yとの間で、Yが本件貸金元金98万円につき毎月1万8000円宛分割弁済することを約したが、Yは1万4000円を弁済したにすぎなかった。Xは亡A・Y間の準消費貸借契約に基づきYに対し98万円を請求し、これに対してYは、亡Aから金銭を借り受けたことはあるが、その金額は同年6月9日現在において7万円にすぎなかったと主張した。原審は、「Yは、昭和38年6月9日現在金98万円の借受金債務のあることを認めてAとの間に前示準消費貸借を締結したのであるから、たとえ右準消費貸借の目的とせられた金98万円の債権の詳細が不明であるとしても、その不存在が証明せられない以上、右準消費貸借契約の効力に消長を来たすものではない。」としてXの請求を認容した。

Yは、上告理由として、X提出の甲号証は弁済のための計算上の数額を示したものであって準消費貸借契約書ではないことのほか、「準消費貸借契約が極めて明確に書面化され、疑の余地のない様な場合その成立を争う債務者はもとよりその立証を果たさねばなるまい、本件の如く債務者において一応の立証をなし、反面準消費貸借契約の成立について明確を欠く疑のあるものは、債権者に於て基本債権を明確にする義務があらねばなるまい、本件の場合、当初より一枚の借用証書しか存在せず債権者は基本債権は不知であると苦しい答弁をしていることに注目すべきである、元来、仮に数口の貸金を一口にまとめて準消費貸借契約をした場合は一口の借用証書を差入れ、既存の借用証書は返すのが常道である、本件の場合返された借用証書は当初借用した一枚のみであって、他は借り替えたときもすべて返されておらない。」と主張した。

これに対して、本判決は、「準消費貸借契約は目的とされた旧債務が存在しない以上そ

の効力を有しないものではあるが、右旧債務の存否については、準消費貸借契約の効力を主張する者が旧債務の存在について立証責任を負うものではなく、旧債務の不存在を事由に準消費貸借の効力を争う者においてその事実の立証責任を負うものと解するを相当とするところ、原審は証拠により、AとY間に従前の数口の貸金の残元金合計98万円の返還債務を目的とする準消費貸借契約が締結された事実を認定しているのであるから、このような場合には右98万円の旧貸金債務が存在しないことを事由として準消費貸借契約の効力を争うYがその事実を立証すべき」としてYの上告を棄却した。この判例は、大審院判例と異なり、準消費貸借契約の旧債務の不存在を事由として右契約の効力を争う者は、旧債務の不存在の事実を立証する責任を負うと明示しているが、その理由として、旧債務を目的とする準消費貸借契約が締結された事実が認定されたことを根拠にしている点は、大審院と同じであり(19)、理論的な問題を抱えたままである(20)。本判決は、結論的には被告説が正当であること、新債務内容を記載した証書が作成されている事案において、旧債務に関する証書が債務者に返還されていなくても、また、その証書を債権者が保持しているかどうかに関わりなく、旧債務の不存在の立証責任は債務者にあること、以上の2点を明らかにしたものと見える。もっとも、本件事案は、準消費貸借契約が成立したものとされているが、数口の旧貸金を一口にまとめたものであるというものの、実質は単なる弁済契約と異ならないのではないかとみる余地があり(21)、いずれとするかによって旧債務の立証責任が異なるのであれば、そのいずれであるかの主張・立証責任の所在をどうみるかという形で問題を残しているものと思われる。

イ 学説

大審院判例 ないし が出された大正・昭和初期年代において、旧債務の存在は原告において証明すべきであるとするものもあった(22)が、準消費貸借契約の成立の事実に基づく旧債務の推定を説いて大審院判例を支持する考え方(23)が多数であった。実務はこの判例に従って運用されていたものということができ、司法研修所における法曹教育の現場でも、「準消費貸借に基づき、貸主が借主に対し目的物の返還を請求する場合に主張立証しなければならない要件は 従前の債務の目的物と同種、同等、同量の金銭その他の代替物を返還する合意だけである。したがって、……旧債務の存在についての主張立証は、準消費貸借の成立を主張する者の責任ではなく、かえってその不存在を主張し新債務の存在を争う相手方において、抗弁として主張立証しなければならない。」(24)との考え方を示してきたが、必ずしもこれに執着せず、原告説、被告説の根拠を明らかにして判例の立場を示しながらもいずれが正当であるかの結論を留保する立場をとってきたといえよう(25)。準消費貸借における要物性は基礎たる債務の存在だけで足りるところまで緩和されているにすぎないとの批判(26)を受けながらも、法律関係を単純化しようとする当事者の意思や旧債務の証書を借主に返還する貸借の実態を根拠に判例の結論自体は有力に支持されている(27)。諾成的消費貸借契約の有効性に踏み込まない限り、要物性の緩和を立証責任分配の法則を定める一事情とする考え方は、それだけでは根拠が薄弱であるといわざるをえないであろう。

最高裁判例 を契機に、この問題が主として実務家の論稿をきっかけに本格的に論じられようになった。取引の実態からする旧債務の主張立証責任が貸主にあるとみるのは不合理である(28)、旧債務の不存在は原始不発生の抗弁事由である(29)、準消

費貸借契約の合意がなされている場合は旧債務の存在していた蓋然性が高いこともある(30)、債務者が準消費貸借契約を締結しながら旧債務の不存在を主張するのは禁反言の法理にふれる(31)として の判例の結論を支持している。

以上のように、被告説の根拠として、契約の合意の成立による「事実上の推定」「自白の成立」、要物性の緩和、立証の難易を基準とする公平の観念、旧債務の解除条件的性格、禁反言・信義則などを挙げることができるが、被告説を採用する理由については見解が一致していない。

(2) 原告説

旧債務の存在については、準消費貸借契約の成立を主張するものが立証すべき責任を有する、とする考え方を原告説という(債権者説ともいう。旧債務の不成立は請求原因事実の否認事由である点から否認説ともいわれている)。原告説は、民法588条が、「当事者力其物ヲ以テ消費貸借ノ目的ヲ為スコトヲ約シタルトキハ消費貸借ハ之ニ因リテ成立シタルモノト看做ス」と規定した文言に忠実な考え方である。消費貸借契約では、目的物の交付と返還の合意が権利発生要件であり、準消費貸借契約においては、旧債務を目的物の交付に替えるものであるから、旧債務の存在は権利発生要件であるとみるのが自然である。立証責任は権利根拠規定、権利障害規定、権利消滅規定に分類された実体法の区別に応じて分配されるとする法律要件分類説からすれば当然の帰結であるといえることができる。原告説の根拠は、立証責任の分配について法律要件分類説の立場をとり、消費貸借と準消費貸借とを統一的に把握すべきことを核心とする。しかし、準消費貸借契約の旧債務の主張立証責任が原告にあるとする考え方は多くはない(32)が、既存債務の存在は準消費貸借契約の要件であり、債権者側はこの要件事実について立証責任を負うとする説も有力であった(33)。

の判例後に有力に主張された原告説(34)は、準消費貸借においては、旧債務の存在が法文上貸主の権利を根拠づけるために主張立証すべき構成要件事実になっていることは、民法587条との対比において疑いを容れる余地がないとする(35)。原告説は、条文に忠実であり、理論的に明快であるが、旧債務があるからこそ新債務に改めるものであり、契約締結の目的が立証責任に反映されないことの不公平を補う必要があることから、この合意の効力を争う方が主張立証責任を負うべきであるとする禁反言の感覚に対しては、間接反証の理論によって答えることができる(36)。

(3) 検討

ア 原告説と被告説との対立は、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(37)。純然たる法律要件分類説に従えば、実体法上旧債務の存在が準消費貸借の成立要件であることは疑いないから、債権者たる貸主において旧債務の存在につき立証責任を負うべきであるとの結論が明快であり、文理に反する立証責任の分配例があるからといって、それだけでは説得力がないと思われる。原告説が論理的には整合性を有するものであることは、疑いがない。

イ しかしながら、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。立証責任を定める合意も一種の証拠契約として訴訟法上の効力を有するのであるから、準消費貸借契約を締結する債権者の目的が旧債務を新債務に切り替えることによって権利の行使を容易にすることにあり、債務者においてもこれを受忍している場合には、これが立証責任を定める合意に当たるものとみてその効力を承認してさしつかえないのであって、厳密な意味で挙証責任を定める合意に当たるものといえなくても、右のような契約締結当時の当事者双方の事情を立証責任の分配を定める判断要素とすることは取引の実情に沿う極めて公平な取扱いである。

ウ 準消費貸借契約を締結する当事者の動機については、債権者の訴求に便利であることが指摘されている（38）。具体的な当該準消費貸借契約が立証の便宜のために締結されたものかどうかを確定することは重要な問題であるといえることができる。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（和解類似のタイプ）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（39）。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、街の高利貸しによく例がみられるが、準消費貸借契約を締結しておきながら、いろいろ口実を作っては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（40）。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と思われるので、債務者において旧債務の不存在の立証責任がある（被告説）とするのを原則とみるべきである（41）。しかし、街の高利貸しの前記の例のような場合は、準消費貸借が債務者の無思慮・窮迫に乗じて締結され、二重請求、旧債務に利息制限法超過の利息損害金を加算した請求が難なく実現する可能性を有しており、そのような特段の事情を債務者において主張立証したときは、債権者において旧債務の存在について立証責任がある（原告説）というべきである（42）。

エ もっとも、一つの法律要件について立証責任の分配が原則と例外に分けられることに対しては、法律要件分類説からの批判を受けることになる。しかしながら、この点は、当該準消費貸借契約における新、旧債務に同一性の有無に遡る必要があると思われる。前記のとおり、準消費貸借契約には、現実には、債務の確認あるいは承認にすぎない単なる借換えの場合と、数口の債務を一口にまとめて新たに内容等を変更した別個独立の債務とする場合があり、債務の同一性の有無は具体的に判断すべきものであるが、債務の同一性がある場合は債権者において旧債務の存在と新債務の成立を主張立証すべきであり、債務の同一性がない場合は債権者において旧債務の存在を主張立証すべき理由はない。したがって、債権者が新、旧債務に同一性があることを根拠づける具体的事実がある場合に新債務について履行を求めるときは、旧債務の存在を主張すべき必要性があろう。同一

性根拠事実は債務者に主張立証責任があると解すべきであるから、準消費貸借金の返還請求における請求原因は準消費貸借契約の合意で足りることになる。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場合には原告に旧債務の存在を立証させるほうが公平であるが、そのような事情を被告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よう（43）。しかしながら、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な不可欠のものといわれなければならない。準消費貸借契約には、立証責任を定める正当な合意を内容とする場合（原則）と、そのような合意を内容としない場合（例外）がある以上、そこに論理的な矛盾があるわけではない（44）。

オ 前記最高裁判例は、被告説を採用し、本稿でいうような債務の同一性のある例外的な場合の立証責任の分配を認めていない。しかし、右判例の事案は、原審において、本稿でいうような例外的な事実を確定していないのであって（上告理由で指摘されているにすぎない）、そのような新、旧債務の同一性のあることを根拠づける具体的な事実の存在が明らかな場合も原告説を採用しないとしたものとみななければならないものではない。実務は、右最高裁判例が出されて以来、おおかた被告説によって運用されているようであるが、本稿でいうような例外的な事情がある場合には、いわゆる立証責任の転換によって妥当な解決をはかっているものと思われる。現実の訴訟においては理論的な対立ほど結果に影響を与えていない所以である（45）。

カ 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（46）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（47）。しかしながら、訴訟物の選択の場においてこのような考え方をもって主張立証事項を構成することは、処分権主義に反し、また、民法の定める契約類型を無視するものであるから、許されないと解されている（48）。むしろ、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。（10）返還約束説は、契約の法的性質にとって重要な事実が権利の発生要件ではないとし、消費貸借契約に基づく金員の返還請求権と準消費貸借契約に基づく金員の返還請求権とは訴訟物が同じであるとする（三井哲夫『要件事実の再構成』（法曹会、1976年）42頁）。返還約束説は、他人に物を使用収益させる契約に基づく返還請求訴訟が契約の種

類を異にしても返還約束を発生原因とする一つの訴訟物であると把握する点で新訴訟物理論と親和的であるが、賀集唱「賃貸家屋返還請求の訴訟物」『民事実務ノート第1巻』（判例タイムズ社、1968年）137頁は、新訴訟物理論を採る立場でさえ、貸借型契約に基づく返還請求訴訟の請求原因が返還約束で足りるとするものは見当たらないと指摘する。

(11) 司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実第1巻』（法曹会、1989年）46頁。

(12) 松本・前掲注(2)『証明責任の分配〔新版〕』372頁。

(13) 森・前掲注(2)「証明責任の分配(1)」276頁。

(14) 末弘巖太郎『債権各論(第5版)』（有斐閣、1920年）494頁。

(15) 岩松三郎・兼子一編『法律実務講座民事訴訟編第4巻』（有斐閣、1961年）30頁。

(16) 司法研修所報32号（司法研修所、1964年）217頁。

(17) 田中和夫『立証責任判例の研究』（巖松堂、1953年）100頁。

(18) 同趣旨の判例として、大審院大正6年11月5日判決・民録23輯1752頁がある。この判例は、旧債務の金額に争いがあり、かつ、弁済によって消滅した旨の抗弁がある事案で、「原裁判所八甲第一号証ノ真正ニ成立シタルモノナルコトヲ認メ之ニ依リ被上告人主張ノ如キ本件消費貸借成立シタル事実ヲ認定シタルモノナレハ毫モ不法ニアラス而シテ斯克ノ如キ事実ヲ認定スル場合ニ於テハ仮令本件消費貸借力遊興費ヲ目的トシタルモノトスルモ其遊興費ノ債権ノ有無ヲ確定スルノ必要ナキモノニシテ寧ロ上告人力遊興費ノ債権ノ不存在ヲ主張セントセハ自ラ其立証ヲ為スノ責任アルモノトス」と判示している。弁済による消滅は抗弁事実であることは明らかであるものの、旧債務の発生立証責任は原告にあることを前提にしているものともみられ、判然としない。

(19) 宇野・前掲注(2)『最高裁判所判例解説・民事篇昭和43年度(上)』273頁は、「本判決が準消費貸借契約の効力を争う者において旧債務の不存在の事実立証責任を負うとしたのは、その理由づけは明らかではないが、結論において大審院判決の態度を踏襲するものである。而して、右にいう旧債務の不存在の事実とは、旧債務につきその権利障害事実および権利滅却事実の存在をいうことはもとより、本件事案の内容に照らせば、権利根拠事実を包含しているものと解すべきものであらう。」と説明している。

(20) 最高裁昭和52年1月31日第2小法廷判決・裁判集民事120号31頁は、手形貸付による残債務について準消費貸借契約が締結された事案で、旧債務の主張立証責任の所在を誤っているとの上告理由に対し、の判例を引用して同旨を判示した。

(21) 村松・前掲注(2)判例評論114号123頁は、旧来の債務の弁済期を延期するだけの意味で新たに借用証書を作成する場合には、準消費貸借は成立しないことを強調している。

(22) 末弘・前掲注(13)『債権各論(第5版)』494頁は、理由として、この要件を欠けば契約の成立する根拠がないとしている。

(23) 鳩山秀夫『日本債権法各論下巻』（岩波書店、1924年）408頁、勝本正晃「判例消費貸借法」『民法研究第2巻』（巖松堂、1934年）273頁は、「準消費貸借の合意ありたるときは、其目的たる債務の存在を推定し得る、且つ準消費貸借の成立したる事

実が認めらるゝ以上、一応適法の原因に因りて成立したるものと推測せられる」としている。末弘・前掲前掲注(8)『債権各論』494頁は、「然レドモ債務者ガ本条ノ契約ノ締結ニ同意セルハ自ラ従前ノ債務ノ存在ニ付キテ裁判外ノ自白ヲ爲シタルモノト認め得ル場合多カルベク而シテ此場合ニハ反ツテ債務者ニ於テ反証ヲ挙グルヲ要ス。」として挙証責任が転換されることを認めているのは、大審院と同じ結論を採っているといえることができる。

(24) 前掲注(16)司法研修所報32号217頁。

(25) 司法研修所『改訂民事訴訟第一審手続の解説』(1959年)48頁,同編『民事訴訟第一審手続の解説』(1989年)62頁,同監修『4訂民事訴訟第一審手続の解説』(2001年)46頁。

(26) 賀集・前掲注(2)『民事実務ノート第1巻』120頁。

(27) 賀集・前掲注(2)判例タイムズ223号74頁は、和解類似のタイプでは旧債務不存在の立証責任を被告に負わせるのが妥当であるが、念書差入れに近い借替えにあっては原告をして旧債務の存在を立証させる方がよいであろうとしつつ、「心証のとり方さえ誤りなければ、実は、準消費貸借における旧債務存否の立証責任をどちらに負担させても、訴訟の勝敗に影響するところはずまい、といえることができる。もし、しいて立証責任の分配を決めるとすると、当該準消費貸借が実質的には単に弁済期を延ばしてもらうぐらいの弱い意味しか持たなくても、いやしくも準消費貸借という形で合意している以上、結局は形式がものをいうのであって、合意の効力を争う方で旧債務の不存在を立証すべきものとする。」としている。

(28) 賀集・前掲注(2)『民事実務ノート第1巻』123頁以下は、「消費貸借関係に単純化しようとするねらいのなかには、貸主の訴訟による権利実現に際し立証を容易ならしめようということも含めてよい。すなわち、貸主自ら基礎たる債務の成立にまで立ち入ることを要せず、準消費貸借締結の合意の主張立証だけで足りるというのでなければ、とうてい取引の合理的要請に応ずることはできない。債権者の訴求に便利な消費貸借に改めたのに、かえって主張立証責任が加重されるというのは、どう考えても不合理である。のみならず、前に述べたように準消費貸借締結の際にはいわゆる証書の書き換えが行われるのが例であるが、にもかかわらず元の債務の成立を主張立証すべしと貸主に要求するのは、酷である。」と説いた。これは、立証責任の転換、事実上の推定を働かせたうえでの立証の難易を考慮し、契約の合意が成立した事実立証責任の転換を認めるものであるといえよう(勝本・前掲注(23)『民法研究第2巻』273頁がこれに触れている)。

(29) 村松・前掲注(2)判例評論114号124頁は、「旧債務について準消費貸借契約を結んだ以上、旧債務の不存在は、原始不発生の抗弁事由であるから、債務者がその立証責任を負うと解すべきである。右のように抗弁と解する実質上の理由は、準消費貸借を締結する当事者の意思と、右契約を締結した際に当事者のとっている態度にあると思う。」とし、「古い数個の債務をまとめて一つの債務に改めるさいには、当事者は多くの場合、旧債務に関する書類とか内金の受取書とかその他の書類一切を破毀してしまい、新しく作成した証書のみを保存しているようである。相当長年月に亘り金を貸したり返したりして、二人の間でその計算関係について争いが生じたり、それが不明であったりしているような場合に、双方の当事者の間で現存債務額を確認し、あるいは譲り合って定めて、その支払

方法について改めて合意して、その旨の証書を作成する場合が普通のようなものである。商取引の場合でも、取引が長期にわたって数量も回数も多く、また入金も数十回にわたり、入金の内容も多かったり少なかったりしていると、計算関係が不明になったり、双方の計算が異なり、場合によっては紛争が生ずる場合があるが、このような場合は、右と同じように、ある一定の金額を定めてその支払方法を確定して、新たな借用証書を作成するということもある。このような場合に、当事者は、それ以後の当事者関係は新たに締結した契約によって処理されることを期待して、それ以前の旧来の関係を持ち出すことはないということを考えるのが通常であるためか、古い証文とか受取とか、帳簿類を破毀することが多いようである。その為か、訴訟になって、債務者が旧債務の存在を争うと、債権者は旧債務を明確に特定することに困難を感じるばかりではなく、その存在を立証することができない場合が相当あるのである。」と指摘している。旧債務の不存在を原始不発生の抗弁事由とみる根拠についてその説明を欠いているが、その趣旨は、準消費貸借といえども無因債務を負担するものではないから、基礎とされた債務が存在しなかったときは準消費貸借も効力を生じないのであって、その効力が旧債務の不存在を解除条件とするものとみるのであろう。この点はともかくとして、抗弁と解する実質上の理由については、石田・前掲注(2)法学協会雑誌 86 巻 3 号 385 頁がこれを支持し、「準消費貸借契約が、その実質において債務の弁済期の延期の程度のものであっても、やはり、債務者は、債務があるからこそこのような合意をするのであるから、不都合は生じない」とし、そうでなければ「旧債務の存在を前提として準消費貸借を結んだ債務者が、なんらのサンクションを受けることなく旧債務の存在を否定できることになり、禁反言あるいは信義則の原則に反するであろう。」(同『民法と民事訴訟法との交錯』(東京大学出版会、1979年)44頁(同・前掲注(2)「立証責任の再構成」7頁、小山昇ほか「<討論>立証責任(挙証責任)の分配」民事訴訟雑誌 22 号(1976年)163頁(石田穰))と結んでいる。

(30) 森・前掲注(2)「証明責任の分配(1)」276頁、小林秀之『新証拠法(第2版)』(弘文堂、2003年)189頁は、修正法律要件分類説に近い立場から結論づけている。

(31) 石田・前掲注(2)法学協会雑誌 46 巻 3 号 385 頁、同・前掲注(29)『民法と民事訴訟法との交錯』51頁。

(32) 古くは、末弘・前掲注(14)『債権各論』494頁(注)18が「此要件ノ存在ハ本条ノ契約ニ依リテ請求スル原告之ヲ証明スルヲ要ス。」と説いている。

(33) 村上博巳『立証責任に関する裁判例の総合的研究』司法研究報告書 14 輯 3 号(司法研修所、1963年)129頁は、「準消費貸借の場合には、消費貸借における場合のように目的物の引渡は要件事実ではないけれども、既存債務の存在(判示にいう他の債務関係の存在)は要件であり、債権者側はこの要件事実について立証責任を負担し、かつその立証責任は不変であって、債務者側は既存債務の不存在について反証を挙げれば足り、立証責任を負担しないからである。」という。同『証明責任の研究〔新版〕』(有斐閣、1986年)251頁は、準消費貸借は高利貸だけについて許される制度ではないから、これに関する実際の配慮は個別具体的な事案における自由心証ないし証拠提出責任の問題として解決すべきであるとする。

(34) 倉田・前掲注(2)『民事実務と証明論』207頁以下。

(35) 並木茂『要件事実原論』(悠々社、2003年)168頁。大江忠『要件事実民法

(中)(第2版)』(第一法規, 2002年)378頁は, 本条の措辞自体, 消費貸借の要物性との関連, 旧債務の証書が返還されないことも多い現実等から原告説を採るとしている。村上博巳「証明責任に関する若干の問題」判例タイムズ344号(1977年)21頁以下は, 「準消費貸借契約の成立要件は, 基礎となる債務の目的とする合意のほか, 旧債務が存在することを要するとの立場から, 証明責任の対象事実, 法規の構成要件事実であると解する法律要件分類説を貫徹すれば, 準消費貸借契約の効果を主張する債権者は, 基礎債務としての旧債務の成立について, 証明責任を負うことになる。もし旧債務の成立が証明されなければ, 準消費貸借契約の成立が肯定されないことになり, 旧債務の根拠事実の存否不明による不利益負担が, 準消費貸借契約の効果を主張する債権者に帰することになるからである。…旧債務の準消費貸借契約時における不存在の主張は, その不存在理由の分析により, それが例外事由, または権利滅失事由もしくは権利行使阻止事由として, 構成される場合は抗弁として可能であり, これらの事由の要件事実だけが, 債務者側の証明責任に属するが, 旧債務の不成立の主張の場合は債権者側が, 旧債務の成立について証明責任を負うと解すべきである。」と敷衍し, 同・前掲注(33)『証明責任の研究〔新版〕』252頁は, 旧債務が準消費貸借契約時における不存在が権利阻止事由, 権利消滅事由, 権利行使阻止事由となる場合はこれらの事由のみが債務者の証明責任に属するが, 旧債務に争いがあるときには債権者が旧債務の成立について証明責任を負うとしている。

(36) 倉田・前掲注(2)『民事実務と証明論』215頁は, この「実務感覚」について, これ「は尊重すべきであり, これに答えなくてはならない。筆者は間接反証の理論によって答えうと思う。……ここで, 注目すべきは, 諸判例は, すべての証書の作成という, 本来の構成要素でない事実が認められた場合にのみ関する, という点である。この証書は, 新債務に対しては直接証拠として作用するが, 旧債務の存在に対しては, 証書の作成という間接事実が旧債務の存在を強力に推定させるものとして働いているのである。結局, 事態は, 『証書およびその他の事情によって, 旧債務の存在が事実上推定を受けると, 被告は間接反証責任を負う』つまり, 『この推定をくつがえすため主張される事実については被告が証明責任を負う』ということになるのであって, 『不存在についての被告の証明責任』を云々する諸判決は, この趣旨を立言する上で, 要件事実説の見地からは表現に適切を缺いたもの, と理解することができるのである。」としている。この場合の推定は, 証書に記載されていない旧債務の存在に対するものであるが, 「証書」のみになぜそのような推定力が働くのか, 新債務成立の単なる「合意」はなぜそのような推定力が働かないのかということに帰着する。

(37) 石坂音四郎『改纂民法研究下巻』(有斐閣, 1920年)712頁は, 「当事者力既存ノ債務ヲ消費貸借上ノ債務ニ変更スル所以ハ消費貸借ハ信用契約ノ最モ単純ナル形式ニシテ当事者ノ一方ノミカ債務ヲ負担スルカ故ニ債権者ノ訴求ニ便利ナリ故ニ当事者間ニ錯雑セル債権関係存スル場合ニハ其証明煩雑ナルカ故ニ之ヲ消費貸借上ノ債務ニ変更スルハ債権者ニ便利ナリ」と言及し, 石田・前掲注(2)法学協会雑誌86巻3号384頁は, これを引用して「準消費貸借契約は, 例えば, 従前の売買代金を消費貸借の目的に改めるというものであるから, 金銭などの訴求者にとっては一見まわりくどい方法のようにみえる。しかし, 旧債務の存否が問題となった大審院判決を検討してみると, 右の契約は, かえって訴求者の便宜のために締結されるのが多いようである。」と指摘している。

(38) 法律要件分類説は、実務及び多数説によって支持されているところであり、法規の文言や形式によって実体法を権利根拠規定、権利障害規定、権利消滅規定に分類し、訴訟の当事者はそれぞれ自己に有利な法律効果の発生要件事実について証明責任を負うとするものであるが、実体法規の解釈に当たっては、証明の負担の公平、妥当性の確保、立証の難易などを総合的に考慮すべきであるとされている（司法研修所編・前掲注(11)『増補民事訴訟における要件事実第1巻』5頁以下、春日偉知郎『民事証拠法研究』（有斐閣、1991年）424頁（初出・ジュリスト増刊『民事訴訟法の争点』（有斐閣、1979年））、小林秀之『新証拠法〔第2版〕』（弘文堂、2003年）194頁、松本・前掲注(2)『証明責任の分配〔新版〕』79頁、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔補訂版〕』（有斐閣、2000年）302頁以下（青山善充））。利益衡量説は、証拠の距離、立証の難易、事実の存否の蓋然性などの実質的要素を考慮して分配すべきであるとするもの（石田・前掲注(24)『民法と民事訴訟法との交錯』45頁、新堂幸司『新民事訴訟法〔第2版〕』（弘文堂、2001年）489頁）で、修正された法律要件分類説と基本的に矛盾するものではないとされ（伊藤眞『民事訴訟法〔補訂第2版〕』（有斐閣、2003年）311頁）、また、修正された法律要件分類説は、多面的な考察となり、利益衡量説に近づくとされている（高橋宏志『重点講義民事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、2000年）466頁）。

(39) 村松・前掲注(2)判例評論114号123頁以下は、「古い数個の債務をまとめて一つの債務に改めるにさいには、当事者は多くの場合、旧債務に関する書類とか内金の受取書とかその他の書類を一切を破毀してしまい、新しく作成した証書のみを保存しているようである。…そのためか、訴訟になって、債務者が旧債務の存在を争うと、債権者は旧債務を明確に特定することに困難を感じるばかりでなく、その存在を立証することができない場合が相当ある」としている。

(40) 船越隆司「実定法秩序と証明責任（五）」判例評論354号（1988年）161頁、同『実定法秩序と証明責任』（尚学社、1996年）112頁は、旧債務の不存在を権利障害事由と捉え、その根拠として「準消費貸借が締結された場合において旧債務の存在が通常である」「通常存在する附帯的事実については証拠を要しないとの信頼が一般的であること」を挙げている。そのような通常性のない事情が定型的に認められる場合は、立証責任は例外として扱うことが許されることになる。旧債務の存在が当然には通常性を有しないとされる定型的な事情として、旧債務の証書の全部又は一部を債務者に返還していない場合、利息損害金を加算して借換えが成立したにすぎない場合等があり、これらは旧債務の存在の通常性の障害となる規範的な事実であるから、債務者においてこれに該当する具体的な事情を主張立証する必要があると考えられる。

(41) 森・前掲注(2)「証明責任の分配（1）」277頁は、旧債務が存続するものについては、債務原因が旧債務であるから、債権者がその成立について証明責任を負うことになる、とする。

(42) 森・前掲注(2)「証明責任の分配（1）」277頁は、旧債務が存続する型と消滅する型のいずれかが不明のときは、当事者の意思は担保・抗弁等の関係から同一性を維持しようとするものと考えられるから、特段の事情のない限り債務変更型（旧債務が存続する）と解してよいとする。しかしながら、同一性を維持するかどうかは具体的事案によって判

断すべきであり、当事者の意思の原則もあらかじめ抽象的に推測しうるものではない。むしろ、新債務は、旧債務と同一性がなく成立することができるのであるから、新債務の履行を求める原告は、原則として、旧債務の存在を主張立証する責任はないということにあんりと考えられる。

(43) 賀集・前掲注(2)判例タイムズ223号74頁。

(44) 以上は、新債務の履行を求める場合に関するものであり、債務の同一性を前提として承継した旧債務の担保責任を追求する請求の場合は、原告は旧債務の存在を主張立証すべきである。

(45) 松本・前掲注(2)『証明責任の分配〔新版〕』65頁は、「債務変更契約たる準消費貸借契約では、旧債務の存在は権利根拠要件であり、権利主張者が証明責任を負う。この場合準消費貸借の契約証書から旧債務の存在を事実上推定することは正当であろうか。旧債務の存否、額に関し不明確であるにもかかわらず、単なる期限の猶予の趣旨で準消費貸借契約の証書を作成することもあるから、証書の存在から一律に旧債務の存在を事実上推定することには問題がある。ただ、債務変更契約の場合にも同時に当事者が旧債務の承認契約を締結していることもありうるので、具体的によりかかる承認契約の存在が認定されるときは、その効果として、相手方がこの契約に反して旧債務の不存在を主張するときは、これにつき証明責任を負担すると解すべきではなかろうか。」としている。しかし、一般に、準消費貸借によって、消費貸借上の債務が成立し、既存債務は消滅すると解されている（前掲注(2)『注釈民法(15)』（平田春二）22頁）から、旧債務の消滅しない債務変更契約なるものを念頭にした立論の当否は、準消費貸借の法的性質論に遡る必要があろう（石坂・前掲注(37)『改纂民法研究下巻』712頁に詳しい）。松本・前掲注(2)『証明責任の分配〔新版〕』363頁、倉田卓次監修『要件事実の証明責任・契約法上巻』（西神田編集室、1993年）444頁、477頁（松本博之）は、準消費貸借契約には、債務変更型と更改型があり、前者は旧債務の成立は権利根拠事由であるから債務者が旧債務の成立要件の証明責任を負い、その後の旧債務の消滅は債務者が証明責任を負う、また、後者は旧債務を消滅させる契約であるから旧債務の存在は権利発生根拠事由ではない、いずれかが不明な場合は債務変更型として扱うべきである、とする。準消費貸借契約に基づく権利発生根拠事実二つの態様があるとして証明責任の分配に原則と例外を設ける考え方は本稿と共通する視点がある。

(46) 定塚孝司『主張立証責任の構造に関する一試論』（判例タイムズ、1992年）18頁。この考え方については、司法研修所編・前掲注(11)『増補民事訴訟における要件事実 第1巻』58頁、284頁は、「ある攻撃防御方法に対し、実体法上の法律効果だけを考えれば、aという要件事実を内容とする攻撃防御方法Aのほかに、aという要件事実とそれ以外のbという要件事実を内容とする別個の攻撃防御方法を構成することができる場合がある。しかし、攻撃防御方法は、もともと訴訟上の機能・効果という観点から考えるべきものである。要件事実a及びbからなる攻撃防御方法Bは、要件事実aからなり、かつ、訴訟上の効果において同一の攻撃防御方法Aを内包することになる。このような場合、訴訟において、要件事実aが主張立証されれば、それだけで攻撃防御方法Aが成り立つから、これと同一の機能・効果を持つ攻撃防御方法Bの要件事実を更に主張立証させる必要はない。」とし、効率的な訴訟運営のための主張の把握をしている。

(47) 定塚・前掲注(46)『主張立証責任の構造に関する一試論』132頁。

(48) 司法研修所・前掲注(46)『増補民事訴訟における要件事実 第1巻』61頁，

4 旧債務の特定責任

(1) 問題の所在

ア 旧債務の存否の証明責任が債権者(原告)にあるか債務者(被告)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。具体的には、旧債務の特定として、単に返還すべき金銭の数量だけで足りるとする説(49)、具体的に示すべき必要はないが金銭の数量をもって主張すべきとする説(50)、債務の種類性質を識別的に明示すべきとする説(51)、債務の発生原因を主張する必要があるとする説(52)がありうるが、証明責任の分配についての被告説、原告説に対応して右諸説の組合せが考えられる。

イ 旧債務の特定は、まず、訴訟物の同一性の判断基準として検討する必要がある(53)。訴訟物の同一性は、具体的にはA債務を消費貸借の目的とする準消費貸借に基づく請求に対し、B債務を消費貸借の目的とするものとしてその請求を認容することができるか、といった形で問題となる(54)。準消費貸借契約の請求を理由あらしめるために旧債務をどの程度に特定して主張しなければならないか(攻撃方法)という問題とは異なることはいうまでもない。原被告間において同一日時に同一金額の準消費貸借が数個成立しているような特別の事情がない限り、一定の日時に一定量の金銭債務を目的とする消費貸借の合意が成立した事実だけを主張すれば請求の特定としては十分である(55)。また、右特別の事情がある場合であっても、複数の旧債務を識別する方法があれば、旧債務の内容を特定する必要はない。

ウ 準消費貸借金の請求を理由あらしめるために主張すべき請求原因事実として、旧債務を目的とした準消費貸借契約を特定する必要がある。被告説をとる以上、旧債務についての主張は金銭の量の特定をもって足りるとすべきである(56)が、原告説においては、旧債務を発生原因及び発生日(期間)をもって特定すべきこととなる(57)。

(2) 検討

ア 訴訟物の特定は処分権主義違反、二重訴訟関係の有無等を判断する際に必要とされるものであるから、旧債務の存在を明示すべきかどうかは、一般に金銭給付を求める請求において求められるものと同一基準で確定されるべきであり、この観点からみれば、準消費貸借は、消費貸借と異なるところがないといえることができる。したがって、一定日時における一定額の支払を目的とする消費貸借の合意が成立した事実をもって足りるといえるべきである。しかし、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の異なる問題であるから、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。

イ また、訴訟物ないし請求原因事実としての旧債務の特定と旧債務の証明責任の

分配とは別個のものであるから、原告が旧債務を特定し、被告が旧債務の不存在を主張立証しなければならないものとしてもその間に矛盾はない。このような現象は、特異なものではなく、例えば、契約上の附随義務の不履行を理由とする損害賠償請求ないし積極的債権侵害を原因とする損害賠償請求において、附随義務の内容の特定は債権者がなすべきであり、その義務の履行については無過失は被告が主張立証しなければならない（具体的には、医療過誤を準委任契約の債務不履行責任として構成する場合等がある）関係においても顕れる（58）。もっとも、請求原因事実としての旧債務の特定を金銭の数量だけで足りるとすると、旧債務の不存在を理由とする被告の抗弁が原告の請求原因事実中の旧債務と同一のものを対象とするものであるか否かについては、これを確定することができないという事態が生ずる恐れがある。その結果、被告において十分な防禦をなし得ないばかりでなく、被告が準消費貸借の目的となった旧債務であると考えて、その不存在をいかに主張・立証したところで、それが旧債務であったことが証明できないことになると、被告の右主張・立証は全く徒労であったということになりかねず、結局において被告が旧債務を特定すべき負担を有していることと変わりはない。しかしながら、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とみるべきであろう（59）。

ウ　ところで、旧債務存否の証明責任については、前記のとおり、原則として、債務者において旧債務の不存在の証明責任がある（被告説）が、例外として、旧債務の証書が債務者に返還されなかった場合、単に借換えがあったにすぎない場合など新、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（原告説）とみるべきものと考えられるから、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（60）。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えることができる。

(49) 島田・前掲注(2)『民事実務ノート第3巻』194頁、石田・前掲注(2)法学協会雑誌86巻3号385頁。

(50) 賀集・前掲注(2)判例タイムズ223号74頁、森・前掲注(2)「証明責任の分配(1)」277頁。

(51) 倉田・前掲注(2)『民事実務と証明論』219頁。

(52) 司法研修所・前掲注(16)217頁。千葉地裁昭和46年6月16日判決・下民集22巻5・6号699頁は、目的となった金銭その他の代替物を給付すべき旧債務を特定するように主張しなければならないとし、50万円の準消費貸借の旧債務のうち45万円と5万円の貸金債務のみを主張されただけでは残余の特定に欠けるとした。

(53) 島田・前掲注(2)『民事実務ノート第3巻』188頁。

(54) 準消費貸借契約の旧債務に関して、大審院明治42年2月9日判決・民録15輯73頁は、被告の原告に対する麦供給代金債務を被告の第三者に対する同代金債務の更改

によるものと変更した場合は請求原因の変更に当たらないとし、大審院昭和3年1月31日判決・評論17巻民訴245頁は、呉服売掛代金及び貸金債務を頼母子講返掛金債務に変更した場合は別個の請求であるとし、大審院昭和9年6月30日判決・新聞3725号15頁は、持株譲受代金債務を払込株金支払保証債務に変更した場合は請求の当否に消長を及ぼさないとした。これらの判例については、島田・前掲注(2)『民事実務ノート第3巻』188頁以下が、新、旧債務の同一性の有無と関連づけて詳細な分析をしている。ただ、ここで問題とするのは、新、旧債務の同一性の有無ではなく旧債務間の同一性の有無であるから、その比較を具体的にすべきであると考えられるが、前記各判例の結論はいずれもこれを肯定できよう。

(55) 島田・前掲注(2)『民事実務ノート第3巻』193頁は、「請求(訴訟物)を特定するためどの程度の範囲の事実関係を主張すべきかは、個々の事件につき当事者間で他に誤認混同を生ずる可能性があるかどうかという観点から具体的に判定すべき相対的な問題であること、金銭には特定物と違って個性がないから、金銭の給付を目的とする金銭債権訴訟において、その請求を特定するためには、当該金銭の支払を求める原因たる具体的な事実関係を表示していかなる金銭の支払が求められているのかを明らかにしなければならない、……旧債務の発生原因は訴訟物特定の要素に入らないと思われる。」とする。

(56) 島田・前掲注(2)『民事実務ノート第3巻』196頁は、「準消費貸借の請求を理由づけるためには、単にX円の支払約束というだけでは足りず、消費貸借の合意が旧債務を目的として成立したことを主張せざるをえないが、被告説をとる以上、旧債務についての主張は金銭の量の特定をもって満足し、旧債務の内容がいかなるものであるかは、旧債務の不存在をいう被告がその前提として具体的に主張すべきものと解しなければ首尾一貫しないように思われる。」とし、債務の発生原因を特定すべきものとする結果的には原告説と大差がないことになってしまうと指摘している。賀集・前掲注(2)判例タイムズ223号74頁も同旨である。

(57) 倉田・前掲注(2)『民事実務と証明論』219頁は、「『何かの債務で金何円』と債務の種類も特定せずに、『金銭の量の特定』をしただけでは、債務の特定として全く無意味であるから、これでは不可であるが、さればとて『何月何日どういう内容の契約が成立』……と、当初から詳細に主張せねばならぬものではない。貸金が何回か借り換えられて、最後に準消費貸借にされた場合、何回かの小口の卸売掛金が締められて準消費貸借にされた場合など、いずれも準消費貸借契約時に、貸金債務いくら、何時から何時までの卸売掛金債務いくら、という程度で、特定ありとみてよい。」とし、「原告が旧債務存在の証明責任を負わぬということになると、主張責任は証明責任を伴うから、原告は旧債務の存在を主張することすら不要になってくる。」(同212頁)と指摘している。

(58) 高橋宏志「証明責任」『重点講義民事訴訟法【新版】』(有斐閣、2000年)475頁は、債務不存在確認訴訟の訴えにおける債務の主張立証責任と訴訟物の特定の関係に類似するという。この場合、原告にとって債務の特定に大きな負担はない。

(59) 高橋・前掲注(55)『重点講義民事訴訟法【新版】』476頁は、理論として「債権者は旧債務の特定をすれば足りる」とするのは魅力ある考え方の一つである、とする。倉田監修・前掲注(2)『要件事実の証明責任』477頁(松本)は、更改型の準消費貸借については、旧債務についての主張責任は債権者に、その不存在の証明責任は相手方にある、

とする。

(60) 大江・前掲注(35)『要件事実民法(中)(第2版)』378頁は、仮に被告説をとった場合でも原告において旧債務の特定が必要である、とする(なお、同『ゼミナール要件事実』(第一法規, 2003年)66頁参照)。実務は、主張立証責任の所在にかかわらず、事案を適正に解明する立場から、旧債務については債権者が少なくともなんらかの主張をするよう、裁判所の働きかけがされるのが実際である(なお、大島明『書式 民事訴訟の実務』(民事法研究会, 1997年)182頁)。法曹教育の現場では、両説で指導している。

5 おわりに

準消費貸借契金変換請求の要件事実の問題は、証明責任の分配の基準に関する法律要件分類説と利益衡量説との対立の主戦場の一つであり、昭和50年度民事訴訟法学会におけるテーマ「証明責任(挙証責任)の分配」のシンポジウムで論争され(61)、さらに同じテーマでの研究会(62)が開かれ議論されたが、具体的にはいずれかの説によって割り切ることが相当でないことが明らかになっている。その不備は、実務における訴訟指揮、心証形成によって補うことが可能であると思われるが、債務の同一性の有無を基準として証明責任を分配することが、理論的にも実際的にも正当であり、手続保障の観点からも必要であると考えられる。

(61) 民事訴訟法雑誌22号(1976年)153頁。

(62) 判例タイムズ350号(1977年)14頁。

第5章 弁論再開の利益と手続保障

- 1 はじめに
- 2 最高裁判例
- 3 弁論再開と手続保障
- 4 弁論再開と手続的正義
- 5 弁論再開に代わる救済方法
- 6 おわりに

1 はじめに

訴訟が適正・迅速に行われるためには、訴訟手続の進行は裁判所の訴訟指揮権に委ねる必要がある。これを当事者の支配・承諾にかからせては訴訟手続の進行が阻害されるおそれがある。しかし、具体的な訴訟指揮が当事者の利害に重大な影響を及ぼす可能性が認められる場合には、当事者はこれに対して異議申立てをすることができる(民訴法150条)。当事者の手続保障を確保するためにほかならない。

いったん終結した弁論を再開するかどうかは裁判所の専権事項に属するとされているが、最高裁昭和56年9月24日第1小法廷判決・民集第35巻第6号1088頁(1)(以下、「本判決」という)が、弁論を再開して当事者に更に攻撃防禦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には、裁判所は弁論を再開すべきものであるとしたことから、適正・迅速な民事訴訟の実現と当事者に対する手続保障との関係が改めて学界及び実務において注目された。本稿は、この問題について、本判決を解説した旧稿(2)を土台に、その後の学説・判例を含めて検討を加えたものである。

(1) 本判決の評釈として、山木戸克己・法律時報54巻3号(1982年)151頁、佐上善和・ジュリスト臨時増刊(昭和56年度重要判例解説)768号(1982年)134頁、河野正憲・判例タイムズ472号(昭和56年度民事主要判例解説)(1982年)237頁、伊東乾・小川健・法学研究55巻10号(1982年)1290頁、太田勝造・法学協会雑誌100巻1号(1983年)207頁、加波眞一・民商法雑誌91巻3号(1984年)353頁、同・民商法雑誌91巻5号(1985年)730頁、新谷勝・民事訴訟法判例百選(1)新法対応補正版(別冊ジュリスト145号(1998年)182頁)。

(2) 遠藤賢治・法曹時報37巻5号(法曹会,1985年)198頁(『最高裁判例解説・民事篇(昭和56年度)』(法曹会,1986年)541頁所収)。

2 最高裁判例(本判決)

(1) 本判決の事案

ア 甲(原告・被控訴人、後記のとおり原審の口頭弁論終結前に死亡)は、自己所有の本件不動産(地番君津市所在の土地合計17筆地積約万平1方米、木造瓦葺平家建住宅棟床面積約101平方米)につき、丙(被告・控訴人・上告人)のためにされた本件各登記(所有権移転登記、抵当権設定登記、所有権移転請求権仮登記等)の抹消登記手続を求める訴えを弁護士を訴訟代理人として丙に対して提起した。

これに対して丙は、本件各登記は、Aを甲の代理人として締結した譲渡担保設定契約、抵当権設定契約、代物弁済予約契約を原因とするもので、以下「ないし」のとおり有効である、と主張した。甲若しくは甲から一切の権限を授与されていた乙（甲の養子。被上告人）はAに対し、右各契約の代理権を与えた。甲若しくは乙は、Aに甲の実印及び権利証を交付することにより、Aに対して代理権を与えた旨を表示した。甲の代理人である乙はAに対し、本件不動産の一部をB会社に売り渡す契約を締結する権限を与えていたところ、Aがその権限を逾越したものであり、BにはAの権限を信ずる正当な理由があった。

イ 第一審は、本件各登記がAにおいて甲の実印を冒用した委任状によってされたものであること、乙には本件不動産の処分権限がないこと、甲がAに対して実印等を交付したことはないことを理由に、丙の主張を排斥し、甲の請求を認容した（昭和53年3月27日半決）。丙から控訴。

ウ 甲は原審係属中の昭和54年7月15日死亡し、乙が相続人として甲の権利義務一切を単独で承継したが、本件訴訟については、訴訟代理人がいたために訴訟手続は中断せず、かつ、訴訟承継の手続もとられないまま甲を訴訟当事者として進められた。そして、原審は、同年10月30日の口頭弁論期日において、弁論を終結し、判決言渡期日を同年12月25日と指定した。ところが、丙は、同年11月7日、原審に対し、甲が同年7月15日に死亡していたことを知ったから後日口頭弁論再開申立理由書を持参する旨を記載した口頭弁論再開申立書と題する書面を提出した。そして丙は、甲の死亡を証する戸籍謄本を添付した口頭弁論再開申立書及び乙は甲の死亡により甲の権利義務一切を承継したから乙ないしAの行為につき責任を負うべきである旨を記載した準備書面を提出した。

エ 原審は、口頭弁論を再開せず、第一審と同じく甲の請求を認容した。原審の確定した事実によれば、(イ)乙は、甲との養子縁組前に甲に無断で本件不動産の一部を甲の名でAを代理人としてB会社に売り渡し、かつ、その登記手続履行のため、Aに対して甲の実印、印鑑登録証明書及び権利証を交付した、(ロ)ところが、Aは、甲及び乙に無断で、甲の代理人と称してCから500万円を借り受け、当時甲の先代の所有名義となっていたその余の本件不動産につき甲名義の相続登記手続を経由してその権利証を入手するとともに、本件不動産の一部につきCのために抵当権設定登記を了した、(ハ)Aは、右借入れの事実が甲に知られるのをおそれ、甲の代理人として丙から1000万円を借り受け、そのうち500万円をCに支払って抵当権設定登記の抹消登記手続をしたうえ、甲の実印及び本件不動産の権利証を冒用して本件各登記を経由した、というのである。丙から上告。

(2) 上告理由と本判決

ア 上告理由は、甲が原審係属中に死亡して乙が甲の地位を承継したことにより、法律関係に重大な変化が生じたのであるから、このような場合、原審としては口頭弁論の再開をすべきであり、これをしないのは訴訟手続に反する違法がある、というのである。

イ 本判決は、次のように判示して、丙の論旨を採用し、原判決を破棄して本件を原審に差し戻した。

「ところで、いったん終結した弁論を再開すると否とは当該裁判所の専権事項に属し、当事者は権利として裁判所に対して弁論の再開を請求することができないことは当裁判所の判例とするところである（最高裁昭和23年(オ)第7号同年4月17日第2小法廷判決

・民集2巻4号104頁，同昭和23年(オ)第58号同年11月25日第1小法廷判決・民集2巻2号422頁，同昭和37年(オ)第328号同38年8月30日第2小法廷判決・裁判集民事67号361頁，同昭和45年(オ)第66号同年5月21日第1小法廷判決・裁判集民事99号187頁)。しかしながら，裁判所の右裁量権も絶対無制限のものではなく，弁論を再開して当事者に更に攻撃防禦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には，裁判所は弁論を再開すべきものであり，これをしないでそのまま判決をするのは違法であることを免れないというべきである。

これを本件についてみるのに，前記事実関係によれば，上告人丙は甲が原審の口頭弁論終結前に死亡したことを知らず，かつ，知らなかったことにつき責に帰すべき事由がないことが窺われるところ，本件弁論再開申請の理由は，帰するところ，被上告人乙が甲を相続したことにより，被上告人乙が甲の授權に基づかないでAを甲の代理人として本件不動産のうちの一部をB会社に売却する契約を締結せしめ，その履行のために甲の実印をAに交付した行為については，甲が自らした場合と同様の法律関係を生じ，ひいてAは右の範囲内において甲を代理する権限を付与されていたのと等しい地位に立つことになるので，上告人丙が原審において主張した前記(1)ア の表見代理における少なくとも一部についての授權の表示及び前記(1)ア の表見代理における基本代理権が存在することになるというべきであるから，上告人丙は，原審に対し，右事実に基づいてAの前記無権代理行為に関する民法109条ないし110条の表見代理の成否について更に審理判断を求める必要がある，というにあるものと解されるのである。右の主張は，本件において判決の結果に影響を及ぼす可能性のある重要な攻撃防禦方法ということができ，上告人丙においてこれを提出する機会を与えられないまま上告人丙敗訴の判決がされ，それが確定して本件各登記が抹消された場合には，たとえ右主張どおりの事実が存したとしても，上告人丙は，該判決の既判力により後訴において右事実を主張してその判断を争い，本件各登記の回復をはかることができないことにもなる関係にあるのであるから，このような事実関係のもとにおいては，自己の責に帰することのできない事由により右主張をすることができなかった上告人丙に対して右主張提出の機会を与えないまま上告人丙敗訴の判決をすることは，明らかに民事訴訟における手続的正義の要求に反するものというべきであり，したがって，原審としては，いったん弁論を終結した場合であっても，弁論を再開して上告人丙に対し右事実を主張する機会を与え，これについて審理を遂げる義務があるものと解するのが相当である。しかるに，原審が右の措置をとらず，上告人丙の前記(1)ア の抗弁は授權の表示を欠くとし，また，同(1)ア の抗弁はその前提となる基本代理権を欠くとしていずれもこれを排斥し，上告人丙敗訴の判決を言い渡した点には，弁論再開についての訴訟手続に違反した違法がある……。」

(3) 本判決の意義

ア 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ことは大審院以来の確定判例(3)であり，学説もこれを支持している(4)。最高裁判所の判例も，本判決が引用するとおり，同趣旨を繰り返している。弁論の再開について当事者にその申立権がなく，これが裁判所の専権事項に属するということは，裁判所が弁論の再開をしないで判決をしても違法の問題が一切生じえない

最高裁昭和35年12月7日大法院判決・民集14巻13号2964

頁(碧南市議会議員除名取消請求事件において、訴えの利益が認められないことを考慮して、原告が予備的に給与の支払いを請求するための弁論再開を申し出た。)

最高裁昭和38年8月30日第2小法院判決・裁判集民事67号36

1頁(土地建物所有権確認登記抹消請求事件において、被告が証人2名の尋問をするために弁論再開申請をした。)

最高裁昭和39年7月6日第1小法院判決・裁判集民事74号655頁(約束手形金請求事件において、弁論終結後に被告が消滅時効を援用した。)

最高裁昭和42年6月30日第2小法院判決・裁判集民事87(2)号1453頁(所有権確認請求事件において、原告が弁論終結後に当事者能力(権利能力のない社団)を具備したと主張して弁論の再開を申し出た。)

最高裁昭和45年5月2日第1小法院判決・裁判集民事99号187頁(約束手形金請求事件において、弁論の再開を申請して、原告が手形振出の経緯について被告代表者ほか3名の証人申請と刑事記録取寄申請をした。)

エ これまでに、裁判所が当事者の弁論再開申請に応ずべき場合のあることを指摘する学説に次のものがあった。

中村宗雄「弁論再開の規定の立法理由」民商法雑誌25巻2号(1949年)55頁は、「裁判所に審理充足の責任を認める限り、弁論を再開するか否かを決するのは、審理の充足と睨み合わせて決せらるべき法規裁量に属するといわなければならない。従って本件事案の如く弁論再開の申請とともに証拠調の申立があったときは、裁判所は果たしてその証拠の取調が必要であるか否かを審査する必要がある。それ等の申立を握り潰して、そのまま判決を為すのは、申立の証拠を取り調べないでも、判決を為すに十分な程度において審理の充足を認めた上のことである。」(8)という。

菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法』(日本評論社、1978年)757頁は、「一審において当事者が弁論期日に欠席したので、裁判所が140条3項を適用すべきものとして弁論を終結した場合、当事者から再開の申立をし、その理由として期日に欠席したのは病気、汽車の事故等正当の事由によることを主張してこれを疎明し、かつ欠席当事者が被告の場合、同時に答弁書を提出して、原告の主張事実に対する認否を明らかにし、抗弁を提出し、また証拠申請をもしたような場合には、むしろ裁判所は再開をなすべきである。」(9)という。

(4) 本判決の射程距離

ア 本判決は、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禦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」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(10)。そして、本件が手続的正義の観点から弁論を再開すべき特段の事由のある場合に当たる理由として、本判決は次の3点を挙げている。

相手方丙が、その責に帰すべき事由によらないで、当事者甲が口頭弁論終結

前に死亡したことによる乙の相続の事実を知らなかったこと。

「責に帰すべき事由」とは、故意又は過失をいうものと理解することができるから、時機に遅れて提出された攻撃防禦方法として却下される場合の「故意又は重大な過失」とは異なるものである。したがって、攻撃防禦方法の存在を知らなかったことが、当事者の無知、誤解及び調査不足等による場合は、一般に、「責に帰すべき事由」があるものとされよう。前記の判例の各事案においては、いずれも弁論終結前に主張・提出しなかったことに「責に帰すべき事由」がないといえるほどの事情を認めることができない。本件の場合、原告甲には訴訟代理人がいたために訴訟承継の手続をとることなく審理が進められたのであるから、被告丙にとって甲の死亡という訴訟物そのものと関連のない事実を知らなかったことは已むを得ないものと考えられる（11）。

原告甲の死亡、乙の相続は、丙の抗弁事由である表見代理の基本代理権の存在を架橋し、判決の結果に影響を及ぼす可能性のある重要な攻撃防禦方法であること。

最高裁昭和40年6月18日第2小法廷判決・民集9巻4号986頁（12）によれば、無権代理人が本人を相続し、本人と代理人との資格が同一人に帰するに至った場合には、みずから法律行為をしたのと同様な法律上の地位を生じたものと解するのが相当である、としている。すなわち、原告甲は、その父Aに無断でAの印鑑を使用し、Bの仲介によりA所有の土地を担保にして、A名義で他より借金した。その後Bの勧めにより債務の借替えのつもりで、Aに無断でAの印鑑を使用し、土地の売渡証書にAの記名押印をし、A名義の委任状を無断で作成して印鑑証明書の交付を受け、これらの書類全部をBに渡した。ところが、Bはこの書類を利用して当該土地を被告乙に売り渡し、同被告は、その旨の登記をしてこれを被告丙に売り渡し、同被告が登記を了した。Aはその後死亡し、原告甲が単独でAを相続した。原告甲が被告乙、丙に対して、所有権移転登記の抹消を求めたが、第一、二審とも表見代理を肯定して原告甲が敗訴したという事案において、この判例は、原告甲はBに対する前記の金融依頼が亡Aの授權に基づかないことを主張することは許されず、Bはこの範囲内においてAを代理する権限を付与されていたものと解すべきであり、Bが授与された代理権の範囲をこえて本件土地を被告乙に売り渡すに際し、被告乙においてBに土地売渡しにつき代理権ありと信ずべき正当の事由が存する旨判断し、結局、原告甲が被告乙に対し売買の効力を争い得ないとした原審の判断は正当である、と判示している。これを本件についてみると、乙は、相続によって、本件不動産の一部をBに対し売却する代理権限を当然に付与されたことになり、したがって、乙から代理権を授与されたAは、その代理権（復代理権）の範囲内で乙を代理する地位を有することになるから、これを基本代理権とする表見代理の類推適用を考えるべきであって、正当事由が存在すれば表見代理が成立するという関係にあるので、判決の結果に影響を及ぼす可能性のある攻撃防禦方法である。

攻撃防禦方法を提出できないままに敗訴判決を受けてこれが確定した場合、既判力により後訴においてこの事実を主張してその判断を争いえなくなること。

甲の死亡によって乙が甲を相続したことに基づき乙の無権代理行為が有効となる理由づけについては、周知のとおり、人格承継説、代理権追完説、信義則説、資格融合説等の諸説がある（13）。他人の権利の売主をその権利者が相続し売主としての履行義務を承継した場合でも、権利者は、信義則に反すると認められるような特別の事情のないかぎり、そ

の履行義務を拒否することができるとした最高裁昭49年9月4日大法廷判決・民集28巻6号1169頁(14)、本人が無権代理人の家督を相続した場合、被相続人の無権代理行為は相続により当然には有効となるものではないとした最高裁昭和37年4月20日第二小法廷判決・民集16巻4号955頁(15)等を統一的にみれば、所有者ないし本人の法的地位と、相続した被相続人の権利義務という矛盾した法律関係が一応併存するとしつつ、そのいずれを優先させるべきかは、一方をとることが相続人にとって信義則上許されるか否かによって決定しようとする信義則説を採用したものとみるべきものと解することができる(16)。本件の場合、乙は、甲を相続することによって、本人としての地位と代理人としての地位を兼ね備えたことになり、丙は、甲の抹消登記請求につき、乙が甲の代理人としての地位にあることを主張するか、又は乙が本人と同一の地位にあることを主張するかを任意に選択することができることになる。しかし、そのような選択権を行使しうる原因となった事由は原判決の口頭弁論終結前に発生しているから、丙が後訴において、乙に対して本人としての責任を追求することは、前訴の基準時まで存在した事由を主張することとなり許されない、という結論が導かれる(17)。

イ 本件の事案の特殊性は、弁論再開申請の理由とされた新たな攻撃防禦方法が他方当事者側に生じた事実のみ依存し、その事実の存在自体が従前の立証の不足を補うものであることが明らかであり、かつ、その事実を知らなかったために主張・立証の機会を失ったことにつき故意又は過失がなく、しかも、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、という点にある。この特殊事情は、従来の判例における事実関係とは異なるものであって、弁論を再開すべき「民事訴訟における手続的正義の要求する」根拠となっている。したがって、弁論を再開しないことが違法とされる場合というのは、本件に匹敵するような極めて限定されたものというべきであろう。今後、どのような場合が問題とされるかは予測することができないが、本判決が「民事訴訟における手続的正義」というきわめて高次元の概念を裁量権の制約基準として示したことからみれば、本判決によって弁論再開に関する従来の実務になんらかの変更を加えようとしたものではないことを念頭に置く必要があると思われる(18)。しかし、そうはいても、弁論再開に関する裁判所の裁量については、従来は、弁論終結後判決原本作成前に単独体の裁判官が死亡・転任した場合のように裁判所側の事情によるものが対象として考えられていたにすぎず、それは裁判所が本条によって弁論を再開する権限を行使するというよりは民事訴訟法の直接主義に基づいて弁論再開の義務が生じているのに対し、本件は、裁判所の裁量権の行使について当事者の手続保障による制約があることを明らかにしたものであり、その意義は大きい。

(3) 大審院明治35年4月14日判決・民録8輯4巻44頁、大審院明治36年12月3日判決・民録9輯1357頁、大審院大正7年1月28日判決・民録24輯59頁、大審院大正9年10月11日判決・民録26巻1459頁、大審院大正10年2月4日判決・民録27輯227頁、大審院大正13年7月12日判決・民集3巻11号455頁等。

(4) 山田正三「弁論再開申請二対スル裁判ノ要否」法学論叢1巻6号(1919年)116頁、加藤正治「弁論再開ノ申立二対スル拒否ノ決定」法学協会雑誌40巻1号(1922年)82頁、細野長良『民事訴訟法要義2巻』(巖松堂、1934年)334頁、兼子一『条解民事訴訟法(上)』(弘文堂、1955年)343頁、三ヶ月章『判例民事訴

訟法』(弘文堂, 1974年)169頁。岩松三郎=兼子一『法律実務講座民事訴訟編4巻』(有斐閣, 1961年)164頁, 斉藤秀夫編『注解民事訴訟法(2)』(第一法規出版, 1971年)302頁(遠藤功)。

(5) 菊井維大=村松俊夫『全訂民事訴訟法〔補訂版〕』(日本評論社, 1993年)872頁。

(6) 前記(1)アの最高裁昭和23年11月25日判決。

(7) 加藤・前掲注(4)法学協会雑誌40巻1号82頁は,「其理由タルヤ他ナシ(1)若シ当事者ニ新ニ生シタル訴訟材料タル抗弁ヲ提出セシムル為メニ弁論再開ノ権利ヲ認ムルトキハ訴訟ノ遅延及ヒ続行ハ際限ナキニ至ルヘシ何トナレハ時々刻々ニ時ノ経過ト共ニ新事実ノ発生セラルルコトハ予想シ得ヘキモノナルカ故ニ一旦弁論ノ終結シタル後ニ於テ当事者ハ新抗弁ノ発生シタルコトヲ理由トシテ此ノ申立ヲ為スニ至ルヘケレハナリ例ヘハ時効, 相殺, 条件ノ成就等ノ抗弁比々皆然リトス而シテ其新抗弁タルヤ弁論再開ノ後ニ非サレハ其理由アルヤ否ヤハ判断シ難カルヘキヲ以テナリ(2)又新抗弁ノ発生ヲ予想セストモ旧抗弁ニ付テ云ヘハ旧抗弁ノ提出時機ニ遅レタル当事者ハ此申立ヲ為シテ常ニ其懈怠ノ効果ヲ除去スルコトヲ得ヘシ(略)(3)殊ニ判決ノ基本タル事実ノ標準ハ口頭弁論終結当時ノ事実ニ依ルモノトス(略)然ルニ弁論再開ノ申立ヲ当事者ニ許ストキハ当事者ハ徒ラニ口実ヲ設ケテ再開ノ申立ヲ為シ猥リニ判決ノ基本タル事実ヲ定ムル標準ノ時ニ動揺ヲ来サシムルノ弊ニ陥ルヘキナリ」と詳説しており, これらを指摘するものが多い(新堂幸司=鈴木正裕=竹下守夫編集代表『注釈民事訴訟法(3)』(有斐閣, 1993年)211頁(加藤新太郎), 池田辰夫『ケースブック民事訴訟法』(法律分化社, 1999年)76頁等)。なお, 加波・前掲注(1)民商法雑誌91巻5号80頁は, 審理が十分に尽くされていない場合にはこれらは理由とはならない, とする。

(8) 「本件事案」とは, 前記(3)ウの最高裁判例の事案をいい, この判決の判旨自体には異論の余地はないが, 審査の労をとるべきであるとする。

(9) 本判決後の同書の〔追補版〕(1984年)1247頁には,「本判決の事案はきわめて特殊なものであり, 本判決によって弁論再開に関する従来の解釈・運用を変更しなければならぬとは解されないだろう。」との補足がある。〔補訂版〕(1993年)には, この補足は削られている。

(10) 手続的正義は実体的正義と対立する概念であるが, 小野木常「確定判決の不当利得」法学論叢45巻6号(1931年)729頁は, 既判力を不当利得した場合にドイツ民法826条を根拠に損害賠償義務を認めて実体的正義の優位を肯定したドイツ最高裁判例を紹介するに当たり,「手続法的正義」,「実体法的正義」という用語例を用いている。手続的正義については, わが国の最高裁判例に用語として使用されたことはなく, 第1章1, 2に述べたとおりの沿革がある。本判決の裁判長である中村治郎裁判官は, 英米法に関する造詣が深く, この分野の研究著作もあるので, 単なる推測であるが, ロールズの「正義論」を念頭において判示されたかもしれない。

(11) 山木戸・前掲注(1)法律時報54巻3号154頁は, 本判決の掲げる「自己の責に帰することのできない事由」は時機に後れた攻撃防禦方法における「故意または重大な過失」よりも厳しい内容であるとするが, 特に差を設ける理由は見当たらない。他にどのような場合が考えられるか明言できないが, 相手方又は第三者の行為を基礎とする攻撃防

禦方法，例えば，相手方の法定単純承認事由（民法921条），第三者の弁済（民法474条）等に検討の余地がある。また，前記2(3)の事例の職権調査事項にかかる事由については，上告審の判断基準時との関連を検討する必要があるように思われる（第8章4(3)参照）。

(12) 解説として，栗山忍『最高裁判所判例解説・民事篇（昭和40年度）』（法曹会，1967年）191頁，中川淳・民商法雑誌54巻2号（1966年）41頁，平井宣雄・法学協会雑誌83巻2号（1966年）137頁等がある。

(13) これらの学説については，川添利起『最高裁判所判例解説・民事篇（昭和37年度）』（法曹会，1967年）143頁，谷口知平・民商法雑誌47巻6号（1963年）960頁参照。

(14) 解説として，田尾桃二『最高裁判所判例解説・民事篇（昭和49年度）』（法曹会，1977年）431頁，谷口・前掲注(13)民商法雑誌47巻6号960頁，伊藤進・法律論叢36巻5号（1963年）101頁，右田堯雄・金融法務事情311号（1962年）12頁，泉久雄・専修大学論集32号（1963年）81頁，有地亨・法政研究29巻4号（1963年）107頁，鈴木禄弥・法学（東北大学）28巻1号（1964年）130頁等がある。

(15) 解説として，川添・前掲注(13)『最高裁判所判例解説』143頁，伊藤昌司・法学雑誌（大阪市立大学）21巻4号（1975年）58頁，五十嵐清・判例評論191号（1975年）22頁，星野英一・法学協会雑誌93巻3号（1976年）115頁，藤井正雄・民商法雑誌73巻1号（1975年）80頁等がある。

(16) 田尾・前掲注(14)『最高裁判所判例解説』437頁，星野英一・法学協会雑誌93巻3号（1976年）420頁。

(17) この問題は，取消権，解除権，相殺権などの形成権の行使について，周知のとおり，判例・学説上，議論されてきたところであり，塩崎勤『最高裁判所判例解説・民事篇（昭和55年度）』（法曹会，1985年）319頁参照。なお，最高裁昭和49年4月26日第2小法廷判決・民集28巻3号503頁（解説として，田尾桃二『最高裁判所判例解説・民事篇（昭和49年度）』（法曹会，1977年）頁，吉村徳重・民商法雑誌72巻4号（1975年）97頁，小山昇・判例タイムズ314号（1975年）113頁，上野泰男・法学雑誌（大阪市立大学）21巻3号（1975年）104頁，谷口安平・判例評論193号（1975年）146頁，柏木邦良『民事訴訟法判例百選（新法対応補正版）』別冊ジュリスト（1998年）328頁等）は，被相続人に対する債権につき，債権者と相続人との間の前訴において，相続人の限定承認が認められ，相続財産の限度での支払を命ずる判決が確定しているときは，債権者は相続人に対し，後訴によって，判決の基礎となる事実審の口頭弁論終結前に存在していた限定承認と相容れない事実を主張して当該債権につき無留保の判決を求めることはできない旨を判示しており，この判決は，限定承認と相容れない事実 - 民法921条の法定単純承認事由 - が前訴の第二審口頭弁論終結時以前に存在していたのであるから，その事実を前訴において主張することができたことを前提にしている。結局，少なくとも後訴裁判所において，無権代理人の本人が提起した訴訟の進行中に，たまたま本人が死亡したという事情については，後訴で前訴の既判力を争うために主張することは許されないという結論になる可能性が高いものということが

できる。

(18) 本判決後、最高裁の上告事件において、原审が弁論再開申請に応じないことにつき手続的正義に反すると主張する上告理由が見受けられるが、一蹴されている。

3 弁論再開と手続保障

(1) 弁論再開の理由

我が国の弁論再開制度は、1877年ドイツ帝国民事訴訟法(CPO)142条を母法としているが、同条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(19)。旧々民訴法124条の趣旨もこれと同じに理解されている(20)。しかし、ドイツ民事訴訟法(ZPO)156条について、学説及び判例は、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、審理を担当した裁判官が口頭弁論終結後に死亡ないし転任した場合だけでなく、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(Anspruch auf rechtliches Gehör)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している(21)。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において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。また、1975年フランス民事訴訟法444条1項は、裁判長は弁論を再開を命じることができるが、「当事者に要求された法律上又は事実上の説明について、対審的に弁明する機会がまだ両当事者に与えられていない場合には、必ず弁論の再開を命じなければならない。」と定め(22)、対審による弁論を保障している。オーストリア民事訴訟法194条は、弁論の再開について、「裁判のために提出事項の解明若しくは補充が必要であること、又は合議部が弁論の終結後に初めて証明の必要があることを知った事実の証拠についての討論が必要であることが判明した場合」等には、終結した弁論の再開を命ずることができると定めている(23)。

(2) 弁論再開の必要性

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において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後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(法157条)に共通する規範であると考えられ、事案の内容と落度の程度を評価することが重要である(24)。

(19) 加波・前掲注(1)民商法雑誌91巻3号26頁。

(20) 岩田一郎『民事訴訟法原論(訂正改版)』(明治大学出版部,1913年)484頁,細野・前掲注(4)『民事訴訟法要義2巻』334頁等。

(21) Stein / Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 21. Aufl., Bd. 2, 1993, § 156, S. 902 ff. 加波・前掲注(1)民商法雑誌91巻3号49頁以下に詳しい。

(22) 法務大臣官房司法制度調査部編・谷口安平＝若林安雄＝上北武雄＝徳田和幸訳『注釈フランス新民事訴訟法典』(法務資料434号)(法曹会, 1278年)270頁。立法の経緯については, 山本和彦『民事訴訟審理構造論』(信山社, 1995年)29頁。

(23) 法務大臣官房司法制度調査部編・青山善充監修『オーストリア民事訴訟法典』(法務資料456号)(法曹会, 1997年)70頁。

(24) 山本・前掲注(22)『民事訴訟審理構造論』325頁(初出, 「民事訴訟における法律問題に関する審理構造(4・完)」法学協会雑誌107巻3号(1990年)399頁)。

4 弁論再開と手続的正義

本判決は, 弁論再開申請の理由とされた新たな攻撃防禦方法が他方当事者側に生じた事実のみ依存し, その事実の存在自体が従前の立証の不足を補うものであることが明らかであり, かつ, その事実を知らなかったために主張立証の機会を失ったことにつき故意又は過失がなく, しかも, 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ことになる本事案について, 弁論を再開して当事者に更に攻撃防禦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した。したがって, 本判決は, 弁論再開をすることが民事訴訟における手続的正義の要求する事例を提供したものであるが, 弁論再開の有無が裁判所のまったくの自由裁量に任されているものではないことを例示したものであるといえるから, 弁論再開を民事訴訟における手続的正義が要求する場合を本事案に限定する趣旨ではない(25)。

「手続的正義の要求」であるといえるためには, 実体的正義の要求する真実発見に影響があるかどうかという観点からではなく, その主張立証について弁論を再開して改めて当事者の主体的な参加の機会を与えることが手続保障として必要であると判断される場合をいうものと考えられる(19)。したがって, 従前の審理では手続保障が十分ではないかどうかを弁論終結までの状況から判断する必要があるが, 弁論の再開を求める理由とされた攻撃防禦方法の提出の許否に関しては, それが時機に後れたものではないかどうか, 弁論の終結をするに足りる「裁判をするのに熟した」状況にないのかどうか, 弁論再開の申立てをしないまま判決がなされた後に上告または上告受理の申立てがされた場合に理由があるといえるのかどうか, といった問題に置き換えて検討する必要がある。

(1) 時機に後れて提出した攻撃防禦方法

攻撃防禦方法については適時提出主義が定められ(法156条), 訴訟当事者が時機に後れて提出した攻撃防禦方法は, 既に行われた主張や証拠調べが無駄になり, 当事者に予期しない負担をかけるとともに, 審理を予定以上に遅延させることになるから, 故意または重大な過失(26)により訴訟の完結を遅延させる場合には却下される(法157条1項)。時機に後れたかどうかは, 当該攻撃防禦方法が提出されるまでの審理の状況(控訴審においては第一審の審理経過を含む)と当該攻撃防禦方法の内容から判断されるが, 旧民訴法139条の趣旨及び運用との相違については議論がある(27)。いずれにしても, 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(法2条後段)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。民事訴訟の審理は, 争点及び証拠の整理手続の終結までにすべての攻撃防禦方法が提出されることを予定しているから, 当該攻撃防禦方法の提出が後れた以上は, その合理的説明が必要で

ある（法１６７条等）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。

（２） 弁論の終結

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（法２４３条１項）。裁判をするに熟したとは，裁判所が終局判決をすることが可能になった状態をいうが，当事者においてそれ以上に新たな攻撃防禦の方法を提出すればその結論が左右される可能性のあることを要しない⁽²⁸⁾。しかし，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がされたうえで事案が解明されたときに，当事者の主体的な訴訟追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⁽²⁹⁾。したがって，主張立証が未だ不十分であるために事案が解明されていないけれども当事者においてそれ以上の訴訟追行を取えてしない場合は弁論終結の妨げにならない⁽³⁰⁾。ただ，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ろう。また，主張立証により事実関係が明らかになってはいなくても法律構成・争点等の把握についての当事者の認識が不十分である場合は弁論の終結に問題があるということになる。

（３） 審理不尽

弁論再開の申立てをしないままに事実審の終局判決がされた後に原告の死亡の事実を知って上告をした場合，上告審において，新たな攻撃防禦の方法を提出する機会がなかったことについて審理不尽の違法があるといえるかが問題になる。当事者の責に帰すことのできない事情で重要な攻撃防禦方法の提出ができず，ひいては立証の不足を補うことができなかつたのであるから，原審は結果的に審理不尽であるといえることができる⁽³¹⁾。後記のとおり，再審事由があるといえれば，これを上告理由とすることもできるが，その場合にもなお問題が残っている。

（25） 佐上善和「弁論の再開と手続ルール」井上治典＝伊藤眞＝佐上善和『これからの民事訴訟法』（日本評論社，１９８４年）３５９頁は，当事者と裁判所が審理の在り方を協議し，これに当事者が主体的に関与し合意が形成されていくのであるから，当事者には手続形成に関する一定の責任があり，弁論再開の基準として，当事者の責めに帰すべき理由がなくて主張できなかつたり提出できなかった攻撃防禦方法を，なおそこで提出して相手方との間で決着をつける必要性があるとき，とするが，その手続ルールの具体的内容は明らかでない。加波・前掲注（１）民商法雑誌９１巻５号７４８頁は，当事者側に弁論再開の要因がある場合として，当事者が再審事由を主張して弁論再開を申請する場合，判決の遮断効が及ばない攻撃防禦方法を主張して弁論再開を主張する場合，口頭弁論集結前に故意または過失なく主張しえなかつた新事実を追加的に主張するため弁論再開を申請する場合を挙げており，新堂＝鈴木＝竹下編集代表・前掲注（９）『注釈民事訴訟法（３）』２１５頁（加藤新太郎），鈴木重勝＝井上治典編・別冊法学セミナー『民事訴訟法（第三版）』（日本評論社，１９９７年）２９５頁（中山幸二）は，これをおおむね相当とする。

（26） 加波・前掲注（１）民商法雑誌９１巻５号７３０頁は，判決の結論に影響を与え

るほど重要な事実に関する主張立証であることを要するとしているが、相手方当事者の負担を考慮すべきことは当然であるから、判決の結論に影響を与えない当事者の主張立証を許すのは相当でない。実務上は、新主張・新証拠が結審時の心証を変えないものであれば無視し、それが結論を動揺させるものであれば弁論を再開する、という運用が通常である（倉田卓次『民事実務と証明論』（1987年）157頁、新堂＝鈴木＝竹下編集代表・前掲注（7）『注釈民事訴訟法（3）』214頁（加藤新太郎））が、手続保障からの対応という観点はなかった。

（27） 適時提出主義の問題については、さしあたり、竹下守夫＝青山善充＝伊藤眞編集代表『研究会新民事訴訟法－立法・解釈・運用』（有斐閣，1999年）151頁以下、高田裕成「争点および証拠の整理手続終了後の新たな攻撃防御方法の提出」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』（有斐閣，2002年）359頁以下、高橋宏志ほか「民事訴訟法の改正に向けて」ジュリスト1229号（2002年）143頁以下。

（28） 兼子一『条解民事訴訟法上』（弘文堂，1951年）56頁。

（29） 兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂，1986年）468頁以下（竹下守夫）は、裁判をなすに熟したか否かを判定する一般的基準は、審理の対象の範囲の問題と判断材料の収集の限度の問題に分けて考察し、後者の問題として、未だ必要な事実の全部もしくは一部が主張されず、または存否いずれとも確定されない場合、攻撃防御方法提出の機会を与え、また必要に応じ釈明権を行使して、事案の解明に努めるべきである、とする。太田勝造「『訴訟力裁判ヲ為スニ熟スルトキ』について」新堂幸司『特別講義民事訴訟法』（有斐閣，1988年）441頁以下は、裁判への成熟とは、裁判所に十分な情報が獲得され、主張を尽くして争点を明確にし、法律構成も含めた検討が尽くされて、予想される主張や証拠が提出された状態をいう、としており、この分析は、鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法（4）』（有斐閣，1997年）15頁（鈴木正裕）が支持する。新堂幸司『新民事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣，2001年）444頁は、訴訟が裁判に熟したかどうかを情報の量と手続保障の確保の側面から考察する必要がある、また、これが終結した弁論を再開すべきかどうかの判断基準になる、とする。

（30） 最高裁昭和41年11月22日第3小法定判決・民集20巻9号1914頁（解説として、坂井芳雄『最高裁判所判例解説・民事篇（昭和41年度）』（法曹会，1967年）458頁、中村英郎『ジュリスト年鑑 1967年版』（1967年）306頁、五十部豊久・法学協会雑誌84巻11号（1967年）1568頁、井上正三・民商法雑誌56巻6号（1967年）973頁、梅善夫・法学研究（慶応大学）41巻7号（1968年）118頁がある）は、口頭弁論期日において当事者が不出頭であっても、口頭弁論を終了することができると判示し、当事者が期日の延期を、欠席を重ねて弁論を行わない場合であっても、自白や証明責任の分配により弁論を終結するに熟したものと判断することを是認している。

（31） 審理不尽が上訴審における破棄理由とされてきたことの当否については議論がある（小室直人「上告理由」民事訴訟法学界編『民事訴訟法講座3巻』（有斐閣，1955年）881頁以下（同『上訴制度の研究』（有斐閣，1961年）208頁以下所収）が、これが判決への影響があれば法令違反として破棄理由に当たるとしても、上告理由または上告受理申立理由となりうるかは別論である。旧法に関するが、奈良次郎「弁論の再開をめ

ぐる若干の問題について」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（上）』（有斐閣，１９９５年）４３９頁は，そもそも控訴審手続自体はなんらの違法がないから手の打ちようがなく上告理由がない、とする。

５ 弁論再開と他の救済方法

弁論を再開しない措置が違法であるといえるためには，当該攻撃防禦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。

（１） 特別抗告

攻撃防禦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，裁判長の訴訟指揮に対する異議の申立て（旧民訴法１２９条）をすることができないが，終局判決に対する上訴とともに不服申立てをすることができるから，最高裁判所への特別抗告（旧民訴法４１９条ノ２）は許されないとされている（３２）。一般的には，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うことがいえる。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と思われる（３３）。

（２） 既判力

本判決は，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。仮に，亡原告の相続人である被控訴人・被上告人に既判力が及ばないのであれば，弁論再開をしない措置に違法があるとはいえないという結論になるのかが問題となる。

本件において，当事者が事実審で提出できなかった攻撃防禦方法については判決の既判力が及ばないのではないかとする考え方（３４）がある。既判力は，当事者の知・不知にかかわらず法律上提出の可能な攻撃防禦方法に関して生ずる一般的・画一的な機能を果たすものとするのが従来の判例であり，通説である（３５）。本判決は，このような状況のもとで，本事案が後訴において既判力の遮断効を受けるおそれがあることを示したものであり，改めて後訴において既判力の遮断効が争われた場合に本判決の判断が拘束力を有するものではない。既判力の遮断効は，当事者の主張立証は事実審の口頭弁論終結時を基準にしているが，責に帰すことのできない事情により攻撃防禦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，検討すべき問題であろう。

本判決は，後訴に既判力が及ぶとの前提で弁論再開をしない措置が違法であると判断したが，既判力が及ばないのであれば，本件における原審の措置に違法がないことになるのかは別問題である。本件事案は，新たな攻撃防禦方法が他方当事者側に生じた事実のみ依存し，その事実の存在自体が従前の立証の不足を補うものであることが明らかであり，かつ，その事実を知らなかったために主張・立証できなかったのであるから，弁論終結後

にこれを知ってした弁論再開の申出は、手続保障の要請からみて当然これに応じることが確保されなければならない。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(36)。本件において、弁論再開の措置をとらなかったことが違法でないとされれば、原審において新たな攻撃防禦方法に関する手続保障を要しないとの判断を事実上経たことになる余地が生じ(37)、既判力の遮断効を排斥することは一層困難になろう。

(3) 再審

弁論を再開しないまま原判決が確定した場合、手続的正義の要求する事情を再審事由とすることができるのが問題となる。弁論を再開して当事者に更に攻撃防禦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、これが法338条項3、5号を類推して再審事由に当たると考えることは不可能ではない。最高裁平成4年9月10日第 小法廷判決・民集46巻6号553頁は、有効な訴状送達がなされないまま判決が確定した事案で、訴訟に関与する機会が与えられなかったことが代理権の欠缺があった場合に準じて扱うことができるとしており、訴訟において攻撃防禦を尽くす機会が不当に奪われた場合は訴訟追行に関与する機会を保障する民事訴訟の理念に反するものであって、再審事由が肯定される。本件の場合、当事者の死亡が知らされないまま攻撃防禦を尽くすことができなかったために正当な手続保障がされずに判決がされているといえるのであるから、それ以降は代理権の欠缺に準じることができる、と考えるのである。再審事由は上告審における上告理由となる(38)から、原判決が確定前であれば、これを理由に上告をすることができる。しかしながら、最高裁判所への上告は、法312条1、2項の上告と、法318条の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(39)、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。

(32) 最高裁昭和48年2月15日第1小法廷判決・裁判集民事108号193頁、最高裁平成3年11月7日第3小法廷判決・判例時報1418号79頁、菊井＝村松・前掲注(9)『全訂民事訴訟法〔補訂版〕』846頁、鈴木正裕「決定・命令に対する不服申立て - 民事 - (四・完)」法曹時報36巻11号(1984年)2114頁以下、斎藤秀夫＝西村宏一＝林屋礼二編『〔第2版〕注解民事訴訟法(3)』(第一法規出版、1991年)403頁(斎藤秀夫・加藤新太郎・小室直人)等。

(33) 鈴木正裕「弁論終結の決定に対する特別抗告の許否」私法判例リマークス1993下(日本評論社、1993年)139頁は、刑事訴訟手続に関する裁判所の決定・命令について、無用に長く判決言渡期日を延期した場合等、著しく正義に反する場合には特別抗告を許すこととされている判例・学説を注目し、民事訴訟においても救済のために他に適策がない場合には検討に値する、という。

(34) 伊東＝小川・前掲注(1)法学研究55巻10号1293頁、太田・前掲注(1)法学協会雑誌100巻1号216頁、河野・前掲注(1)判例タイムズ472号239頁、佐上・前掲注(1)『昭和56年度重要判例解説』768号136頁、山木戸・前掲注(1)法律時報54巻3号154頁。

(35) 最高裁昭和49年4月26日第2小法廷判決・民集28巻3号503頁。鈴木正裕「既判力の遮断効について」判例タイムズ674号(1988年)4頁,伊藤眞『民事訴訟法[補訂第2版]』(有斐閣,2003年)456頁。これに対して,前訴で主張することに期待可能性のなかった場合は,既判力の正当化の根拠としての手続保障がないことになり,その遮断効は生じないとする考え方が有力である(新堂幸司『新民事訴訟法(第2版)』(弘文堂,2001年)582頁,高橋宏志『重点講義民事訴訟法【新版】』(有斐閣,2000年)516頁等。

(36) 太田・前掲注(1)法学協会雑誌100巻1号217頁は,事案の柔軟で妥当な解決のためには弁論再開の規整を考慮し,それでも手続保障が不十分のときに遮断効の規整で処理すべきとする。

(37) 奈良・前掲注(31)『判例民事訴訟法の理論(上)』452頁は,弁論終結後の準備書面・証拠方法を閲覧しても心証に変わりがないときは予定どおりの決定を言い渡すのが実務慣行であるというが,的確な指摘である。

(38) 最高裁昭和38年4月12日第2小法廷判決・民集17巻3号468頁,新堂前掲注(35)『民事訴訟法(第2版)』784頁,松本博之=上野泰男『民事訴訟法(第2版)』(弘文堂,2001年)517頁,新堂幸司=鈴木正裕=竹下守夫編集代表・鈴木正裕=鈴木重勝編『注釈民事訴訟法(8)上訴』(有斐閣,1998年)254頁以下(松本博之)等。

(39) 判断遺脱につき,最高裁平成11年6月29日第3小法廷判決・判例時報1684号59頁参照。田邊誠『平成11年度重要判例解説』ジュリスト増刊(有斐閣,2000年)129頁は,この場合について,上告権を基礎づけるとするが,絶対的上告理由に当たると認められない限り,疑問がある。

6 おわりに

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,弁論を再開することが民事訴訟の手続的正義の要求を満たすものと認められる場合,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。本判決によって弁論再開の可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たが,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って,裁判所と当事者との関係を規律する重要な課題を提起したものであると考えられる。

第6章 和解条項とその作成過程

- 1 はじめに
- 2 和解の対象
- 3 和解条項の基本的内容
- 4 具体的各条項の作成
- 5 おわりに

1 はじめに

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なされてきた一方で、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きた。その手法論は、和解成立率を高めるための技術論(1)から、和解手続の公正を確保するための和解勧試時期、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(2)。特に、面接方式が対席型か個別(交互面接)型かの違いにより、当事者双方が互いに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、民事訴訟法に新設された「裁判所等が定める和解条項」(265条)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ものである(3)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、意見聴取の手続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、手続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続きのもとに確保されていることに正統性がある。

本稿は、和解条項の作成過程において、法律面及び事実面で情報開示が必要とされる事項を検討し、和解条項作成過程における手続保障の内容について、和解条項の作成上の問題点について論じた旧稿(4)をもとに考察するものである。

(1) 伊藤博「和解勧試の技法と実際」司法研修所論集73号(1984年)22頁、田中豊「民事第一審訴訟における和解について - 裁判官の役割について - 」民事訴訟雑誌32号(1986年)133頁、草野芳郎「和解技術論」判例タイムズ589号(1986年)8頁などがあり、体系的なものとして、後藤勇＝藤田耕三編『訴訟上の和解の理論と実務』(西神田編集室、1987年)、小島武司＝加藤新太郎編『民事実務読本(別巻)和解・法的交渉』(東京布井出版、1993年)、草野芳郎『新版和解技術論』(信山社、2003年)がある。

(2) 手続論としては、那須弘平「謙抑的和解論」?博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進』(判例タイムズ社、1994年)692頁以下、同「和解の在り方」西口元編『現代裁判法大系 [民事訴訟法]』(新日本法規、1998年)308頁以下がいわゆる和解兼弁論の手続きにおける交互面接方式の非透明性を問題とし、訴訟においては裁判官が

和解への謙抑的な姿勢をとる必要性を指摘しており、また、山本和彦「決定内容における合意の問題 - 訴訟法上の和解と裁判上の自白の手続的規制」(「ミニ・シンポジウム 訴訟手続における合意」個別報告)民事訴訟雑誌43号(1997年)133頁以下は、当事者の意思表示の合致という伝統的な和解の正当化根拠を維持しながら、その欠缺の恐れを手続保障により補充するというアプローチから、当事者の意思表示の真正を担保するための手続的規律が要請され、対審の保障が不可欠であるとする。さらに、垣内秀介「裁判官による和解勧試の法的規律(1)」法学協会雑誌117巻6号(2000年)796頁以下は、手続的な規制を和解勧試に強制の契機が存在することを重視した検討の必要性を指摘し、その法的規律を比較法的に考察している。

(3) 当事者の意見聴取について、高橋宏志「書面和解と裁判官仲裁 - 新民訴法264条、265条」判例タイムズ942号(1997年)49頁(同『新民事訴訟法論考』(信山社、1998年)181頁以下所収)、小原正敏「和解」滝井繁男＝田原睦夫＝清水正憲編『論点新民事訴訟法』(判例タイムズ社、1998年)426頁、吉田元子「裁判所等が定める和解条項」三宅省三＝塩崎勤＝小林秀之編集代表『新民事訴訟法大系 - 理論と実務第3巻』(青林書院、1997年)349頁以下、「裁判所等が定める和解条項とその対象の範囲」上智法学論集43巻4号(2000年)171頁以下、同『裁判所等による和解条項の裁定』(成文堂、2003年)190頁、201頁、梶村太市「書面和解と裁判官仲裁」西口元編『現代裁判法大系 民事訴訟』(新日本法規出版、1998年)329頁、竹下守夫＝青山善充＝伊藤眞編集代『研究会新民事訴訟法 - 立法・解釈・運用』(有斐閣、1999年)357頁(鈴木正裕)。

(4) 遠藤賢治「和解条項の作成」後藤勇＝藤田耕三編『訴訟上の和解の理論と実務』(西神田編集室、1987年)436頁以下。

2 和解の対象

(1) 解決すべき権利義務関係の範囲

和解調書は確定判決と同一の効力を有するから、和解条項は判決の主文に相当するものである。したがって、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(5)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。和解条項の基本的構想をたてるに際しては、いかなる範囲の紛争をどのような効力条項をもって終了させるかが中心問題となる。和解によって解決すべき紛争の範囲を確定することは、紛争の全体像が十分に把握されていない場合に看過されるおそれがあり、再び紛争が生じないように最大の配慮をすべきである。和解に取り込む範囲が確定した後、和解条項の細目的な詰め段階においては、法律関係の発生、変更及び消滅等に付される条件・期限の有無を確認し、また、和解条項の定め違反した場合どのような制裁条項を定めるかを検討すべきことになる。和解により確定される法律関係が、判決主文のような硬直的なものではなく、種々の付款条項の設定によって当事者の状況に応じた柔軟な内容が盛り込まれることにより、現在及び将来の幅広い対応が可能となり、その履行の確保にもつながるのであ

るから、当事者の納得と法的安定性の確保の観点から、いかなる付款条項を定めるかは、当事者双方にとって極めて重要である。細目的な付款条項等が定まれば、それだけで一応は和解調書としての機能を果たすことができるが、なお当事者が特に求める条項につき記載の可否を検討する。執行取消し、担保取消し、訴訟費用に関するものはその一例であるが、その他にも種々の態様があるから、それが新たな紛争の源になるおそれのあるものではない限り、これについても当事者の意向に沿う条項を定めるべきである。当該当事者以外の共同訴訟当事者がある場合には、和解を成立させる当事者の範囲をも決められなければならない。

(2) 訴訟物以外の権利義務関係

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る。明示の一部請求はその典型であるが、当事者間で訴訟の対象となっていない未解決の紛争、他の裁判所で係争中の事件、既に裁判によって決着がついたはずのものでなんらかの事情の再燃している問題などが背景にあるときに、これらを含めることによって妥当な和解案を作成することができる場合、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。このような和解が可能であるからこそ和解成立のきっかけがあるといえる(6)し、譲歩の方法として訴訟物以外のものを対象とすることができない理由はないから、当然に適法であると考えべきである(7)。

当事者間に訴訟物以外の紛争がある場合、一般的にはその解決は訴訟の対象物よりも必要性の点で劣るものといえる。しかし、証拠による立証に負担が大きい、当面は直ちに解決をしなければならない緊急性がない等の事情があるためにとりあえず訴訟の対象から除外されている場合も少なくない。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。すなわち、当事者間の訴訟内外のあらゆる紛争を一挙に解決するに越したことはないが、そのような方向で一から出発しなければならないとなると、時間と労力のうえで無理が生ずる。当該訴訟の対象については、審理をしている裁判所にとって、一定の方向づけを与えることができるが、訴訟外の紛争となると、いかなる事情で訴訟物から除かれているのかを十分に把握する必要があり、当事者の自主的な解決に委ねざるをえないことが多い。既に決着ずみの問題を掘り起すとなると裁判所の積極的な関与を期待することができないと思われる。

当事者間に他の裁判所に係属している事件がある場合には、その受訴裁判所の意向を認識する必要が生じようし、その紛争の内容とともに、事件が別々に進行している経緯、その別件の進行状況等を知ることができなければ、事件の一括解決の可能性の有無を判断することができない。既に事件として係属している以上、関係者においてその処理の手順、解決の方法につき一定の方針が立てられていることが多いであろうから、いずれの事件を中心に又はどの範囲を取り込んで和解を進めるかを検討しなければならない。

また、訴訟物以外の紛争が当事者の一方と第三者との間にある場合、例えば、借主の代理人との契約に基づく貸金返還請求訴訟につき、当該代理人が第三者とも同種の契約を締結し、代理権の有無がいずれも争われている事案、不法行為を理由とする損害賠償請求訴訟につき、他の被害者又は加害者との間にも責任又は求償につき争いがある事案、借地人の借家人に対する家屋明渡請求訴訟につき、地主から土地明渡しの請求を受けた事案、保証債務履行請求訴訟がある場合に主債務又は求償権の範囲に争いがある事案、その他様々

があろう。これら第三者との紛争も、当該訴訟の共同当事者として審理されている場合、別件として他の裁判所に係属している場合、訴訟外で争われているにすぎない場合等の態様がある。このような訴訟物以外の紛争が、他の一方当事者にとって必ずしも共通の利害関係があるわけではないから、その第三者が和解に参加することが容易な場合とか、共同訴訟当事者になっている場合以外は、訴訟物に限定した和解を進めることが訴訟経済にかなうといえるであろう。

以上のように、訴訟物を超える範囲を和解の対象とする場合、当事者は、和解条項の法律上及び事実上の効果、派生する問題を検討し、諸般の状況を勘案して最善の方法を選択する必要がある、その選択の結果は、自らの意思に基づくものとして尊重され、かつ、受忍されるべきものとなる。

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、当事者が、()まず訴訟物に限定した和解が紛争の全体的解決の一步として評価できるものか、また、当該の和解にどの程度の比重があるのか、()訴訟物以外の紛争ないし権利義務関係をも一挙に解決しなければならない必要性、緊急性及び合理性があるのか、()紛争の全面的和解の成立に至らず、又はその可能性が少ないために、訴訟物に限ってみれば合意の成立する可能性がある和解を打ち切ることによりどのような得失があるか、といった問題を検討すべきこととなる。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。

(3) 裁判所等が定める和解条項の場合

ア 裁判所等が定める和解条項(民訴法265条)の場合にも、訴訟物に限定されことなく、周辺部分を含め、紛争全体について、拘束力のある判断を示す裁定をすることができるかという問題がある。裁判所等が定める和解条項は、裁判官仲裁ともいわれているもので、その法的性質については、裁判とみる考え方、特別な処分とみる考え方、特殊な訴訟行為とみる考え方、内部的な判断にすぎないとみる考え方等がある(8)が、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と解することができる(9)。

この制度は、民事調停法24条の3、民事調停規則27条の2の規定による調停委員会が定める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ことになり、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続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ていた(10)。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(11)、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、その手続的保障の手段が書面による共同

申立て（民訴法２６５条１，２項），和解条項作成前の意見聴取（民訴規則１６４条１項）及び和解条項の調書記載（民訴規則１６４条２，３項）であるといえることができる。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（１２），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続きを打ち切るべきである。

イ 裁判所等が定める和解条項において当該訴訟物以外の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。一般の裁判上の和解と違って，訴訟物の枠を超える内容を有する和解条項の定めは，通常，当事者の意思に反するものであることが予想されるから，許されないとする考え方がある（１３）。しかし，訴訟物以外の事項を和解条項の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。当事者の共同申立てを裁判所等に対する白紙委任とみる場合には，和解条項の内容は客観的に当事者の予測の範囲内にあるべきであるから，訴訟物以外の事項を対象とすることは許されないとの結論に導かれることになるが，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るかどうかであるから，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というべきである（１４）。

ウ 裁判所等の定める和解条項は，訴訟行為としての性質を有し，その作成過程において聴取した当事者の表明する意見，希望ないし条件を斟酌して作成されなければならないものである。したがって，具体的な制度の運用として，裁判所等は当事者に対して和解条項で定める一定の範囲を提示したうえで共同申立ての意思を改めて確認すべきである（１５）が，その手続きが裁判所等の裁量の範囲に属するものであるかどうかの問題となり，具体的には，当事者からの意見聴取が不充分であったり，当事者の意見，希望ないし条件と齟齬し，当事者が裁判所等に委ねた範囲を逸脱した和解条項が定められた場合，その効力が問題となる。

裁判所等の定める和解条項に対して抗告等の上訴または異議等の不服申立てを認める規定はないが，当事者の意思を根拠に置いたものとは認められないような手続で作成された和解条項についてまで一切の不服申立てを許さないとするのは，この制度の正統性の担保となる当事者の手続保障に欠けるといわざるをえない。このような場合には，錯誤による無効の主張を許容し，和解無効確認の訴えを提起できるとする見解がある（１６）。錯誤の内容が，裁判所等が当該和解条項を定めたことについての誤認であり，表示された動機の錯誤として扱うべきであろうから，場合によってはこの請求を許容すべきであると考えられる。しかしながら，ここでの和解無効確認の訴えは，自己側の事情における錯誤について救済を求めるというものではなく，裁判所等の手続違反に基づく自己の予期しない結果の排除を求めるものであって，裁判所等が自らの手続欠缺ないし意向確認過誤を更正するために職権を行使することを求める性質を有するから，その訴訟行為の排除ないし変更を求める訴えを提起し得るのは当然であるといわなければならない（１７）。

（５） 和解条項の実務的な記載例については，小川弘喜＝渡辺昭二『書記官事務を中心

とした和解条項に関する実証的研究』裁判所書記官研修所実務研究報告書（法曹会，1982年）73頁以下に豊富であり，最新の解説付き文例集として，梶村太市＝深沢利一『〔新版〕和解・調停の実務』（新日本法規，2001年）545頁以下，星野雅紀編『和解・調停モデル文例集〔新版〕』（新日本法規出版，2002年），富田潔＝佐藤陽『和解への関与の在り方を中心とした書記官事務の研究』裁判所書記官研修所実務研究報告書（裁判所書記官研修所，2003年）33頁以下が参考になる。

（6） 新堂幸司『新民事訴訟法（第2版）』（弘文堂，2001年）323頁。

（7） 和解条項中に訴訟物以外の権利関係を包含させることができることについては，大審院昭和8年5月17日判決・新聞3561号10頁，最高裁昭和27年2月8日第1小法廷判決・民集6巻2号63頁，最高裁昭和43年3月29日第2小法廷判決・裁判集民事90号851頁（判例時報517号54頁），菊井維大『民事訴訟法下巻』（弘文堂，1958年）370頁，宮脇幸彦「訴訟上の和解」中田淳一＝三ヶ月章編『民事訴訟法演習』（有斐閣，1963年）228頁，三ヶ月章『判例民事訴訟法』（弘文堂，1974年）73頁，菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法〔補訂版〕』（日本評論社，1983年）887頁，1335頁，斎藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二編『注解民事訴訟法（5）〔第2版〕』（第一法規，1992年）178頁（斎藤秀夫・渡部吉隆・小室直人），鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法（4）』（有斐閣，1997年）480頁（山本和彦），上田徹一郎『民事訴訟法〔第3版〕』（法学書院，2001年）418頁。訴訟物以外の権利関係が別訴の訴訟物となっているかどうかで「併合和解」「準併合和解」とも称されているが，訴訟物以外の権利関係を加え得るのは目的達成のために必要ないし相当な場合に制限するのが制度本来の使命に合致するとするもの（岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟編第3巻』（有斐閣，1959年）121頁，松浦馨「裁判上の和解」『契約法大系』（有斐閣，1963年）221頁，梶村＝深沢・前掲注（5）『〔新版〕和解・調停の実務』39頁），他の権利関係について合意することによってはじめて訴訟物の合意ができる場合に限って適法とするもの（石川明『訴訟上の和解の研究』（慶應通信，1966年）51頁）がある。便乗的和解を排除するための限定は現実的ではなく，少なくとも和解条項に入れた以上，互譲のための一部分であったものと考えべきである。

（8） 竹下＝青山＝伊藤編集代表・前掲注（3）『研究会新民事訴訟法』357頁以下，吉田・前掲注（3）『裁判所等による和解条項の裁定』191頁以下。

（9） 竹下＝青山＝伊藤編集代表・前掲注（3）『研究会新民事訴訟法』360頁（伊藤眞）は，訴訟行為説に立って，「裁判所の和解条項の定めが告知によって成立をみなされる和解を手続的及び内容的に形成するものに過ぎない。」とする。

（10） 法務省民事局参事官室編「民事訴訟手続に関する改正要綱試案補足説明」別冊NBL27号（1994年）57頁，法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（商事法務研究会，1996年）308頁。柳田幸三＝始関正光＝小川秀樹＝萩本修＝花村良一「『民事訴訟手続に関する改正要綱試案』に対する各界意見の概要（7）」NBL567号（1995年）41頁によれば，この案については，反対の意見が多数の団体等から寄せられ，その理由としては，「このような方法は，実質的には仲裁判断であるにもかかわらず，仲裁判断には必要とされている理由の記載がない，このような包括的な裁量を裁判所に与えることについて当事者の意思確認が困難である，不服申立てができない」とすると当

事者の利益を害する恐れがある，当事者が調停条項を拒否して不調で終わらせることができる調停と異なり，訴訟の場合には，当事者が和解条項を拒否しても手続が続けられるので，調停と和解とでは状況が異なる，裁判官が当事者の申立てを促して和解条項に服する旨の合意をさせて事件を処理する風潮が広がりかねない，などがあげられていた。」ということである。

(11) 柳田幸三＝始関正光＝小川秀樹＝萩本修＝花村良一「新民事訴訟法の概要(7)」NBL 606号(1996年)25頁。

(12) 小原・前掲注(3)「和解」428頁，竹下＝青山＝伊藤編集代表・前掲注(3)『研究会新民事訴訟法』352頁(秋山幹男)，355頁(福田剛久)，357頁(鈴木正裕)，吉田・前掲注(3)『裁判所等による和解条項の裁定』194頁，小室直人＝賀集唱＝松本博之＝加藤新太郎編『基本法コンメンタール新民事訴訟法2[第2版]』(日本評論社，2003年)289頁(田邊誠)。富田＝佐藤・前掲『和解への関与の在り方を中心とした書記官事務の研究』203頁も肯定的である。条件を付することに消極的なものとして，草野芳郎「和解」塚原朋一＝柳田幸三＝園尾隆司＝加藤新太郎編『新民事訴訟法理論と実務(下)』(ぎょうせい，1997年)183頁，東京地方裁判所＝東京弁護士会＝第一東京弁護士会＝第二東京弁護士会「新しい民事訴訟法・規則の運用に関する懇談会(5)」判例時報1629号(2000年)25頁(園尾隆司)。なお，民事調停に関して，小山昇『民事調停法[新版]』(有斐閣，1977年)243頁，石川明＝梶村太市編『民事調停法〔民事調停規則〕[改訂]』(青林書院，1993年)374頁(梶村太市)は，当事者の希望は法的拘束力がないとする。

(13) 小原・前掲注(3)「和解」427頁，吉田・前掲注(3)『裁判所等による和解条項の裁定』200頁。

(14) 建物明渡請求権を訴訟物する場合において，立退料の支払い及び賃料の改訂を和解条項の内容にすることは，通常は付随的に合意されることが多いからといって，具体的に当事者の意思の範囲を超えた予期しない事項であるときは，当然に許されているといえるものではない。

(15) 富田＝佐藤・前掲注(5)『和解への関与の在り方を中心とした書記官事務の研究』193頁以下によれば，裁判所等の定める和解条項は，当事者間でほぼ合意ができている事案が対象になる場合が主であり，書記官が裁判官と協議のうえで和解案に対する意見を聴取し，その内容は記録化していない例が多いようであるが，当事者の意見内容はなんらかの形で明かにすることが必要ではなかろうか。なお，最高裁判所事務総局民事局『新しい民事訴訟の実務－事例に即した解説を中心として－』民事裁判資料215号(法曹会，1997年)109頁以下に当事者の意見聴取の具体的方法を例示されている。

(16) 高橋・前掲注(3)『新民事訴訟法論考』189頁，小原・前掲注(3)「和解」429頁，吉田・前掲注(3)『裁判所等による和解条項の裁定』201頁，梶村・前掲注(3)「書面和解と裁判官仲裁」333頁。なお，小室＝賀集＝松本＝加藤編・前掲注(12)『基本法コンメンタール新民事訴訟法2[第2版]』290頁(田邊)は，仲裁合意を逸脱した仲裁判断(公示催告手続及び仲裁手続二関スル法律801条1項1号，4号)に準じて和解条項裁定取消しの訴えを許すべきであるとする。

(17) 裁判所等の定める和解条項については，その性質が裁判であるとはいえないまで

も、それに類似のものであることは否定できないし、当事者の意見に反する裁判所等の措置については審問を受けないでされたものと同視できるから、これに関する当事者の不服申立ては、実体に即した道を残すべきであろう。不服申立方法としての *Gegenvorstellung* の制度(鈴木正裕「決定・命令に対する不服申立て - 民事 - (二)」法曹時報 36 巻 8 号(1984 年) 16 頁注(18), 21 頁(25)に紹介がある。なお、林淳「即時抗告と再度の考案」『民事裁判の充実と促進・木川統一郎博士古稀祝賀 中巻』(判例タイムズ社, 1994 年) 443 頁以下)のもとでは、このような手続に対して不服申立てとしての *Gegenvorstellung* の機会が与えられる場合にあげられよう。その意味では、不適法な抗告に対してもこれに伴う再度の考案(民訴法 333 条)の活用を可能にする考え方の再生が待たれる(一般論として、竹下 = 青山 = 伊藤編集代表・前掲注(3)『研究会新民事訴訟法』439 頁(鈴木正裕)の指摘がある)。

3 和解条項の基本的内容

当事者間の紛争を確認条項, 給付条項, 形成条項のうちいずれの態様をもって和解を成立させるかは、基本的には当事者の意思によるべきことであり、訴訟の形態及び解決の内容が同じようにみえても、和解条項の履行の可能性の程度、紛争が再燃するおそれの程度等の違いに応じて、和解条項に盛り込む内容について選択の余地は広い。例えば、建物賃貸借契約の無断増改築を理由とする解除に基づく建物明渡請求事件において、承諾の有無が争点となり、賃料を増額したうえで引き続き賃貸借契約を継続する内容の和解が成立した場合、賃料増額に関する確認条項又は形成条項をもって足りるとするか、当該増改築が無断であったかどうか又は今後はどのような増改築が許されとすることに係る条項は、具体的な状況に応じて判断される。裏を返せば、選択した態様の条項が当事者双方にとって将来の権利・義務、法律関係に及ぼす効果を正確に認識することが重要である。

(1) 確認条項

ア 確認条項は、訴訟物又は訴訟物以外の特定の権利・法律関係(物権、債権・債務、契約関係・法的地位)の存在又は不存在を確認する意思表示を内容とする条項である。確認条項は具体的な強制執行を予定していないから、最終的には相手方の給付を受けなければ紛争が解決したといえない権利に関する和解においては、給付条項を加えておくべきである。実務上、賃料増額の和解においては、単に増額された賃料額を確認するに止め、各月に当該賃料を支払う給付条項を入れていないことが多いが、これは、その不払いに不安がないものと認識されており、仮に不払いがあったときは、貸主は賃貸借契約を解除して提起する明渡請求訴訟において未払賃料の満足を受ければ足りると考えられていることによるものであろう。

イ 確認条項には、確認の対象となる権利又は法律関係について、その主体、内容、範囲及び確認意思が記載されなければならない。権利の特定は、物権の場合には、その主体、対象及び種類を記載すれば足りるが、債権の場合には、さらにその発生原因を記載しなければならない。法律関係を特定する場合も、具体的な契約その他に基づく法律上の地位が明らかになるように表現する必要がある。対象が訴訟物に関する場合には、「その余の請求を放棄する。」旨の条項によっても確認の対象が明らかになることが多いが、訴訟物以外の法律関係を対象とした場合には、単に「金 円の支払債務(請求債権)」があることを確認する。」とただけでは和解の対象とした債権債務関係の特定を欠いているため、

紛争が再燃するおそれがあるから、「 年 月 日付け金銭消費貸借契約に基づく（残元利金 円の債務が存在する）債務が存在しないことを確認する。」などと具体的に記載するのが相当である。

ウ 単なる事実の確認請求は、訴えの利益を欠くものとして許されないが、和解において確認する必要がある場合には、当事者間に合意された権利義務関係に影響を及ぼすものではないから、その障害がないものとして許容され、実務上は大いに活用されている。これによって紛争の根源につき当事者の評価・認識を確認し合うことができるため、極めて重宝に扱われるが、他方で、確認した事実の当事者間の評価が一致していない場合には紛争の再燃をもたらすおそれがあることを留意する必要がある。事実の確認は、これによって現在の法律関係についての認識を共有するからこそ、和解条項として定める意義があるのであるから、互譲妥結した権利義務関係の範囲が明らかになるように努めることが肝要であろう。

（２） 給付条項

ア 給付条項は、当事者の一方が相手方に対して金銭の支払い、物の引渡し、不動産の収去・明渡し、意思の陳述（登記手続、許可申請手続、謝罪広告等）、その他作為・不作为等の一定の給付をすることを内容とする条項である。執行力があるが故に確定判決と同一の効力を有する意義が大きいが、実際には、さらに給付義務があることを確認する条項をも入れることが多い。給付条項中の給付内容と確認条項中の給付義務内容が異なる場合、例えば、貸金１００万円で、９０万円を支払えば残金１０万円を免除する和解をする場合など、一定の給付によってそれを超える部分の給付義務に消長を及ぼすときは確認条項を入れる必要があるが、右に差異がない場合には、当該金員を支払う旨の意思表示中に当該金員の支払義務を承認する趣旨が含まれているものと解することができるから、確認条項の記載は必要不可欠のものではなく、単に当該給付がいかなる債務の支払のためにされるのかを明示する意味を有するにすぎない。給付条項には、権利者・義務者、給付の対象・時期・方法、給付意思が明確に記載されなければならない。権利義務の主体が明示されないと、執行当事者が確定しないから、債務名義としての効力がない（１８）。権利者と義務者を具体的に表示すべきことは最も基本的なことであり、個人会社の場合には、代表者が個人か法人のいずれの立場にあるのか確認する必要がある。

イ 権利者、義務者の特定に関連して、複数当事者の場合の表示方法がしばしば問題になる。義務者が複数の場合、給付すべき対象が性質上可分のものであるとき、例えば、「被告兩名は原告に対し金１００万円を支払う。」との条項は、「被告兩名は原告に対し各金５０万円を支払う。」というのと同義であって、各被告において５０万円ずつの給付義務があるにすぎないことを意味し（１９）、「被告兩名は原告に対し連帯して金１００万円を支払う。」との条項によってはじめて各被告の１００万円の給付義務が表示されたことになる。被告兩名が原告に対して１００万円を支払う義務がある場合に、「被告兩名は原告に対し各自金１００万円を支払う。」とも表示することができるが、これには連帯債務であることが表現されていないから、原告は被告兩名に対して各１００万円ずつ合計２００万円の支払いを請求できることになるので、注意しなければならない（２０）。「連帯」「各自」の表現は、原告と被告との関係は明らかにできても、金員の法的性質を決定できないばかりでなく、被告相互間の求償関係も明確にしていないから、和解条項の作成過程

における手続保障として、被告側の意向を聴取し、求償関係の実体に沿う条項を準備すべきである(21)。権利者が複数の場合も、頭割りで分割されているのかどうか、また、連帯債権であるのかどうかを注意すべきであって、漫然と「被告は原告兩名に対して金100万円を支払う。」と定めると、「被告は原告兩名に対し各金50万円を支払う。」との条項と同じ意味になるから、頭割りの趣旨ではなく、かつ、連帯債権であることを表すのであれば、「……合計金100万円を支払う。右は連帯債権である。」とか「……連帯債権として各金100万円を支払う。」とすべきである。なお、原告又は被告が第三者に対して給付を約した場合、その第三者が利害関係人として参加(22)していない以上、当該第三者は、執行当事者となるわけではなく、単に弁済受領権者を定めたものか又は給付すべき場所を特定したにすぎないことになるが、弁済場所としてのその第三者の住所を明記しておく必要がある。もっとも、この場合、実体法上、第三者のためにする契約を締結したものとすべき場合が多いとも思われるが、その趣旨であるときは、第三者の地位を明確に記載すべきであろう。

ウ 給付の目的物の特定は、不動産の場合は、地番、地目、地積、家屋番号、建物の種類・構造・床面積等で特定する。未登記の場合もこれに準じて同一性の認識の可能な程度に記載を要する。もっとも、建物収去土地明渡義務の債務名義において、地上に数個の建物が現在しているにもかかわらず、単に「地上の建物を収去する。」と記載されているだけでは、その一部について特定したことにならないが、当事者が地上の建物の全部を対象とする意思であることが認められる場合には、その全部としての特定性に欠けることはない(23)。和解当時に現存する建物を具体的に特定することが困難な場合が多く、また、執行時における妨害を予め排除する趣旨で地上の建物全部を対象とする必要性が小さくないから、このような和解条項をたやすく無効とすることはできない(24)。しかし、当事者が地上建物の全部を対象とする趣旨であるかどうかは執行手続上の争いとならないように、そのおそれある場合には、具体的な物件を表示したうえで「地上にあるその他一切の建物」と追記することも考慮されてよい(25)。不動産の一部を対象とする場合、和解調書の効力の範囲が和解条項によって客観的に明確になるように基点、方位及び距離を示して特定しなければならない(26)が、必ずしも図面の添付が必要ではなく、これに代替し得るものがあれば、より簡易で的確な方法を工夫することも有用である。

動産の場合は、所在地、種類、品質、数量などによって特定することができる。単に「工場内に設置してある機械15台付属品付の所有権」という表示では特定されていない(27)、また、「所有権移転登記に必要な一切の書類を交付する。」との記載も特定性を欠く。しかし、特定範囲の土地の上に存する「地上物を収去して土地を明け渡す」との記載は、すべての地上物という意味で特定しているものとみるべきである(28)。金銭の場合、確定金額をもって表示すべきであるが、これができない場合には、その金額を算出するのに必要な事項、例えば、支払い済みまでの利息・損害金を対象とするときは、その元本・利率・起算日、終期を表示すべきである。公正証書の場合には、民事執行法22条5号によって「金銭の一定の額」の支払を目的としなければならないが、和解条項にはそのような制約はない。しかし、「甲乙両者が協議して定める金額」とか「本条項に違反したときは、その時現在負担している一切の債務額」というだけでは金銭を特定したことにならない。

登記の場合は、登記義務の内容及び対象物件を表示する（29）。登記事項は、不動産の表示、登記の種類及び登記される権利の種類・原因から成るから、これらを明示する。登記原因を明示していない事例もあるが、実体的権利変動がない場合を除いて、単独（不動産登記法27条）で円滑な登記手続を実現のためには、登記原因を記載する必要がある。なお、抹消登記をなすべき旨の条項については、抹消されるべき登記は、不動産の表示と登記の種類、受付年月日及び受付番号によって特定される。登記手続に関して注意すべきことは、和解の当事者と登記簿上の登記権利者・義務者との同一性、和解当時において新たな登記簿上の利害関係人が出現していないかを直近に調査確認することである。

ウ 給付すべき時期の定めがないときは、単なる確認条項にすぎず、給付条項としての効力がない。条項が複雑であったり、当然のことと思い込んでいると看過されやすい。給付の方法の記載を欠くときは、和解上の債務の本旨に従った履行がされたかどうかの判断が困難になる。給付の場所について定めがないときは、民法484条の規定により、特定物の引渡債務は和解当時の特定物の所在場所において、また、その他の一切の債務は債権者の現住所において、それぞれなすべきことになる。

エ 給付の意思は、執行力が生ずる最も重要な部分であるが、確認条項と誤解されるような表現と区別し、「支払う。」「明け渡す。」「収去する。」と記載すべきであり、「支払わなければならない。」とか「支払うこと。」とか「返還する。」とかの表現を避けることによって誤解の発生を防ぐことができる。しかし、金員の場合は、「支払う」という文言がなければ債務名義が常に否定される、というものではない（30）。和解条項を全体的合理的に解釈して給付の意思が明示してあると認められればよいのであるが、なるべく一義的客観的な表現を記載して爾後の紛争の発生を防止することが必要である（31）。不動産明渡しの債務名義を作成する趣旨であれば、明渡しの給付条項を明示する必要があり、和解条項中に単に「被告は原告に対し本件不動産を明け渡す義務あることを認める。原告は被告に対し不動産の明渡義務の履行を まで猶予する。」と記載するだけでは足りない。当事者が他の重要な条項にのみ気を取られている場合に、給付意思の存在の記載を失念することが多い（32）。

（3）形成条項

ア 形成条項は、当事者間で任意に処分することのできる権利又は法律関係について、新たに権利の発生、変更、消滅という形成の効果を生じさせる意思表示を内容とする条項である。契約の成立・存続・内容に争いがある場合に、その締結、合意解除、賃料・代金の変更等を定めるものである。形成条項によって新たな権利の発生、変更があった場合、それに相当する給付義務が形成されることがあるが、その履行についても必要があれば給付条項を記載すべきである。形成条項は、権利者・義務者、権利・法律関係の特定、形成内容、形成意思を構成要素とする。

イ 権利関係の発生を目的とする場合は、新たな契約を締結するときと同様に、実体法規の要件を具体的に記載する。売買による所有権の移転、代金債権の発生を内容とする形成条項においては、所有権の移転は目的物さえ特定すれば効力の発生に支障がないが、代金債権の発生には代金額の記載が必要となるというように、各効果の発生要件を実体法の補充規定を念頭におきながら作成する。例えば、建物の賃貸借契約を期間2年、家賃2万円、2回分以上支払いを怠ったときには無催告で解除することができ、この場合は直ち

に本件建物を明け渡す、との和解条項を作成した場合、この賃貸借契約が法定更新されたのちの賃料不払いを理由として契約を解除する意思表示をしたとしても、更新前後の契約は別個のものであって、直ちに右債務名義の効力が及ぶものではないから(33)、更新後の契約の債務名義についても検討をする必要がある。また、権利関係の変更を目的とする場合は、従来の基本となる権利関係を特定したうえで、変更内容を具体的に、例えば、「原告と被告は、本件土地の賃料を 以 降 1 か月金 円に改定することを合意する。」と記載する。権利関係の消滅を目的とする場合は、消滅する権利関係を特定したうえで、消滅原因となる意思表示をもって、例えば、「本件賃貸借契約を合意解除する。」「本件債務を免除する。」「原告の本件延滞賃料支払債務と被告の本件敷金返還債務とを対当額で相殺する。」と記載する(34)。

ウ 形成条項は和解時に形成の合意をしたことを記載するものであるから、「賃貸する」「売り渡す」「改定する」などと現在形で表現するのが妥当であり、「賃貸した」等の過去形は、確認条項と誤解されやすいので、形成の合意の効力の発生時期があいまいになるおそれがある。形成の合意の効力が発生する時期と権利関係の具体的な発生・変更・消滅の時期とは、別段の意思表示がなければ一致するのであるから、これに差異を設ける必要があるときに限り、期限・条件等の付款条項を定めなければならない。

(18) 大阪高裁昭和35年7月14日判決・下民集11巻7号1490頁は、申立人の相手方に対する建物収去土地明渡義務を定めた調停調書につき、「右収去については相手方は前項の家屋を有姿のまま、和歌山市内の適當の借地を斡旋し、これに移築するものとする。」との条項は義務者が不特定である、としている。この条項は、斡旋すべき借地の特定も欠いている。

(19) 最高裁昭和32年6月7日第2小法廷判決・民集11巻6号948頁。

(20) 連帯債務者を被告とする金員支払請求訴訟において、判決主文は、「被告兩名は原告に対して各自(それぞれ)金100円を支払え」とする実務慣行があった(近時は「連帯して」との書き方が多い)が、これは、民事訴訟法の判決主文の性格上、主観的単純併合訴訟であることから主文は被告ごとに独立していると考えられること、連帯債務であるという理由中の判断を主文に表示すべきではないことによって説明されている(司法研修所『9訂民事判決起案の手引』(法曹会、2001年)13頁以下、坂井芳雄「連帯債務者に対する金銭給付判決主文の表現」法曹時報20巻8号(1968年)54頁)。和解調書における請求の表示によって連帯関係が明らかになることが多いが、必ずしも正確ではないこともあるから、和解条項には、判決の理由に相当する部分を表示する必要がある。

(21) 主債務者と保証人が共同被告となっている訴訟での和解条項は、「債務者として」「保証人として」と明示すべきである(草野芳郎「和解条項」薦田茂正＝中野哲弘編『裁判実務大系第13巻金銭貸借訴訟法』(青林書院、1987年)482頁)。

(22) 訴え提起前の和解の性質を有するものと解されている(中村英郎「裁判上の和解」『民事訴訟法講座第3巻』(有斐閣、1955年)322頁、兼子一『新修民事訴訟法体系(増補版)』(酒井書店、1965年)305頁等)。民事調停法11条には明文があるが、これは民事調停事件の参加人として当事者の地位を取得する趣旨である(小山・前掲『民事調停法[新版]』160頁)。ドイツ民事訴訟法(ZPO)旧794条1項1号は有効な債務名義として第三者の加入を立法的に解決していた。アメリカでは、連邦民事訴訟規

則16条(C)が裁判官において和解カンファレンスに当事者以外の第三者の出頭を命じることを禁じているかを問題にしているが、任意の参加自体は許されている(ロバート・G・ボーン(大村雅彦訳)「アメリカの民事訴訟における和解(中)」NBL 761号(2003年)58頁注(45)50 KAN.L.REV.347 参照)。

(23) 東京控訴院昭和8年11月16日決定・新聞3659号5頁,東京高裁昭和41年3月19日決定・東高時報17巻3号31頁,上谷清「債務名義と執行文」中川善之助=兼子一監修『実務法律大系第7巻』(青林書院,1974年)38頁等。反対の趣旨のものとして,神戸地裁昭和33年12月11日決定・下民集9巻12号2428頁。

(24) 石原辰次郎・民事調停法実務総攬(全訂版)(酒井書店,1984年)335頁,なお,近藤完爾・執行関係訴訟〔全訂版〕(判例タイムズ社,1968年)37頁注(2)参照。和解条項の解釈は,和解調書に記載された文言と異なる意味に解すべきではない(最高裁昭和44年7月10日第1小法廷判決・民集23巻8号1450頁)が,文言自体によってその意味を理解することが困難な場合,和解調書の記載全体の趣旨に及び法律行為の解釈の一般的基準に従って合理的に解釈すれば,和解条項の内容を特定することができる時は,その判断に基づいて特定すると解するのが相当である(最高裁昭和31年3月30日第2小法廷判決・民集10巻3号242頁,三宅弘人「和解調書の執行力」後藤勇=藤田耕三編『訴訟上の和解の理論と実務』(西神田編集室,1987年)508頁)。

(25) 菊井=村松・前掲注(7)『全訂民事訴訟法(補訂版)』1334頁は,この場合の特定性を否定するが,当事者の意思に反する結果ともなるから,肯定すべきである(東京高裁昭和39年6月15日決定・東高時報15巻6号122頁,三宅・前掲注(24)「和解調書と執行力」509頁)。

(26) 最高裁昭和32年7月30日第3小法廷判決・民集11巻7号1424頁。

(27) 名古屋高裁昭和28年3月30日判決・下民集4巻3号454頁。なお,その種類,所在場所及び量的範囲を指定するなどの方法により目的物の範囲が特定される場合には,1個の集合物として物権の対象となり(最高裁昭和54年2月15日第1小法廷判決・民集33巻1号51頁),第1ないし第4倉庫内及び同敷地・ヤード内の普通棒鋼,異形棒等一切の在庫商品を目的とする契約は,集合動産として特定しているとされた(最高裁昭和62年11月10日第3小法廷判決・民集41巻8号1559頁)。

(28) 札幌地裁昭和41年8月30日決定・判例タイムズ195号145頁は,「その地上物」ということから特定できるという。

(29) 意思表示をすべきことを内容とする債務名義として,民執法173条の規定により執行される。

(30) 東京高裁昭和36年9月26日決定・下民集12巻9号2379頁は,甲は乙の貸金債務について連帯保証をなし,その履行の責に任ずるとの条項は,乙が甲に貸金債務を支払う旨が明記されていることと照らし合わせると,給付義務があることが文言上明白であるといえるとしており,この見方は是認できる(三宅・前掲注(24)「和解調書の執行力」504頁は疑問をなしとしないという)。公正証書につき,東京高裁昭和60年8月27日決定・判例時報1165号115頁は,甲は乙の連帯保証人となり本契約上一切の債務についてその履行の責に任ずるものとするとの条項は,甲は乙の債務を連帯保証し,右金員を乙と連帯して支払うとすれば万全ではあるが,一般にはこれと同じ趣旨であるこ

とと認めることができるから有効である，としている。しかし，単に「債務につき保証する。」と記載しただけでは，保証債務に基づく債務を履行する旨の合意がないから，執行力がない（大阪高裁昭和55年10月31日決定・下民集31巻9＝12号942頁）。

（31） 函館地裁昭和49年8月9日決定・判例タイムズ312号266頁は，「被告は原告に対し本件土地について原告が通行する権利を有することを認め原告に通行させる。」との条項について，被告が原告の通行権の行使を妨害してはならないという不作為義務の執行力を有するという。「通行させる」との文言は，妨害しないという不作為義務を負うものと理解することができるから，正当である。

（32） 東京高裁昭和57年7月19日判決・判例時報1053号103頁は，土地所有権に基づく所有権移転請求権仮登記の抹消登記を求める事件において，「被告が原告に対し所定の期日までに一定の金員を支払うのと引き換えに，原告は被告に対し，係争地の所有権移転請求権仮登記の抹消登記手続をする。被告が所定の期日までに右金員を支払わなかったときは，被告は原告に対し，これを支払って右仮登記の抹消登記手続を求める権利を喪失する。」との和解が成立したにすぎない場合は，和解金の支払についての意思の記載がないから，原告の方から和解金を請求する途はないとしたもので，和解条項作成過程における関係者の不注意，失念とも思われる。また，大阪高裁昭和61年3月14日判決・判例タイムズ616号189頁は，売買代金請求事件において，「被告は原告に対し，売買代金 円の支払義務があることを認め，内金 円を所定の日に支払う。右期日までに内金の支払が完了したときは，残金の支払を免除する。」との和解が成立しただけでは，内金の支払がなくても残金についての執行力はないと判示したが，このようないわば欠陥条項の後始末の事件であり，「内金の支払がなかったときは，直ちに10万円を支払う。」との条項を入れるべきであった。

（33） 神戸地裁昭和31年7月31日決定・下民集7巻7号2078頁（更新後の賃貸借契約は更新前の賃貸借契約と別個の契約であることを理由とする）等，近藤・前掲注（24）『執行関係訴訟（全訂版）』323頁。我妻栄『債権各論中巻1（9）民法講義 3』（岩波書店，1957年）440頁は，更新前の契約についての公正証書による債務名義は，更新後の地代についても効力があるとするが，具体的内容が異なる場合も想定しているが明らかでない。

（34） 消滅原因を記載しない表現方法は，過去に消滅したことを確認した趣旨にみる余地があり，後日，消滅原因がいつ発生したかの争いになる。

4 具体的各条項の作成

実体法の効力発生を目的とする基本的条項について，付款条項として，その内容である給付義務の発生，法律関係の存否の確認，権利関係の発生・変更・消滅を期限，条件等の不款にかからせる場合があり，また，給付義務の不履行があった場合に新たに制裁を課す合意をすることもある。したがって，これらの不款の意味するところを一義的に表現することは，和解条項の解釈上も執行上も極めて重要である。なお，訴訟物又は訴訟物以外の権利関係について，和解条項中に明示的に含まれない権利義務関係を，「原告はその余の請求を放棄する。」（権利放棄条項）あるいは「原被告間には，本和解条項に定めるほかなんらの債権債務のないことを相互に確認する。」（包括的清算条項）などの条項をもって清算する趣旨を記載することが多く，実体法上，債務免除契約がされたものとみること

ができる。この清算条項にかかる権利義務の消滅が和解の成立させる一半の理由であるから、その消滅の範囲を正確に表現する必要がある。付随条項は、訴訟物及び訴訟物以外の権利関係に関する実体法上の和解条項に付随して、当該事件及び関連事件について訴訟手続上の合意をするものであり、和解の後始末として実務上おそれることにすることのできない事項である。

(1) 期限、条件等の付款

ア 期限を定めた場合には、始期ないし終期となるべき事項を記載するが、確定期限については年月日を表現すべきであり、不確定期限についてはその具体的事実（死亡したとき、退職したとき等）を記述する。給付義務を分割弁済する場合、始期及び終期を明確にする必要がある。期限を定めるに当たり、単に期間をもって表すことがあるが、その場合には起算点及び一定期間を明示すべきである（35）。

イ 債権者から催告を受けたときに金員を支払う、農業委員会の許可を受けたときに残債務を免除する、といった条件付きの条項を定める場合も、その条件が成就したかどうかが一義的に明らかになるように具体的に記載すべきであって、「原告が被告に対して負担する債務を履行したとき」や「本件建物の移築に必要な替地を提供したとき」との条項は、条件の内容を具体的に確定することができない。条件のうち、効力の発生に関する停止条件の例として、甲が「割賦の支払を1回でも怠ったとき」は期限の利益を失い、甲は乙に即時残額を支払う、また、効力の消滅に関する解除条件の例として、甲は乙に対し、乙が「婚姻するまで」乙が本件土地の通行権を有することを確認する、などの条項がある。これらの条件は、給付条項中にいわゆる失権的約款・懈怠約款（36）として組み込まれることが多い。

ウ 可分給付義務を分割して弁済する定めをすることによって債務者に期限の利益を与える場合、それと併せて、債務者が弁済を怠ったときには期限の利益を失う約款を表示する方法として、実務上、いろいろな記載が利用されている。懈怠の程度につき、「2回怠ったとき」「2回分怠ったとき」「2回以上怠ったとき」「2回分以上怠ったとき」「引き続き2回以上怠ったとき」「怠り、その額が2回分以上に達したとき」等とする方法があるが、(イ)連続する2回の支払期日に連続して履行しない場合かどうか、(ロ)右の履行しない意味が不完全履行を含むのかどうか、(ハ)現に2回の不履行（(イ)と(ロ)の各場合がある）の状態が存する場合か過去を累積して右の状態に至った場合を含むのか、当事者の真意を確かめるべきである。「3回以上怠ったとき」とは、3回以上連続して不履行をしたときであると解するもの（37）と、各月末日までに当月分の賃料を完済しなかったという約定違反の事実が3回生じたとき、現に完済となっていない月が3回に達したとき、未払賃料が3回（3か月）分以上に達したの3通りのうちいずれとも断定できないとしたもの（38）がある。実務上は、「3回分以上怠ったとき」とすることが多いようであるが、「怠り、その額が3回分以上に達したとき」とする方法は、疑義が少ないかわりに、僅かではあるが不完全な履行を長期間許容することにつながりかねないので、一長一短である。適宜これらを選択的に組み合わせることも一案であるが、複雑になるおそれがあることを念頭において対処すべきであろう。当事者の意思が約款の厳格な履行を予定しているかどうかを見極める必要がある。なお、期限の利益は債務者の懈怠の事実によって当然に失い、債権者の通知催告を要することなくその効力が発生するのであって、支払いを怠った事実

は債権者の証明すべき執行文付与の条件ではないと解されているのであるから、実務上、「当然に」とか「なんら通知催告を要せず」との文言を記載しているのは、単に注意喚起のためのものにすぎない。

エ 失権約款によって契約の効力を失わせ、かつ、原状回復義務を負わせる合意をする場合、当然に失効することになるのか、又は、債権者において特定の意思表示（民541条、540条）をすることを要するのかを明確にする必要がある。債権者が特定の意思表示をしてはじめて契約が失効する場合は、いわゆる解除権留保約款（特約）と称されるもので、契約が失効するまでは、単に履行遅滞があったにすぎず、その後に遅滞の状況が解消されたということが考えられるから、いわゆる失権約款とは大きな差異がある。実務上、失権約款を記載するときは、「被告が……怠ったときは、当然本件賃貸借契約は解除となり、被告は原告に対し、直ちに本件建物を明け渡す。」とし、また、解除権留保約款を記載するときは、「被告が……怠ったときは、原告はなんらの催告を要することなく本件建物の売買契約を解除することができ、この場合、被告は原告に対し、直ちに本件建物を明け渡す。」とすることが多い。失権約款は、過去に債務不履行をした債務者との間で和解をする場合に、今後の履行確保のための制裁条項として極めて実効的であることから、広く利用されているが、継続的契約関係特に不動産賃貸借契約については、信頼関係の法理が適用されているから、従前はなんら問題とされていなかったような事項や軽微な違反事項を失権約款にかからせるときは、その必要性について慎重な検討を要しよう（39）。

オ 債務者の給付義務の発生、履行が債権者の給付の先履行を停止条件とする場合には、「原告が被告に対し、移転料として金 円を支払ったときは、被告は原告に対し、右移転料の支払いを受けてから3か月以内に本件建物を明け渡す。」というように、債権者の給付内容及び債務者の給付時期を具体的に明示する。債権者・債務者の各給付義務を同時履行とする場合には、「被告は原告に対し、原告から金 円の支払を受けるとの引き換えに、本件建物を明け渡す。」というように、引換え又は同時履行の文言を必ず入れるべきであって、単に「……したときは、同時に直ちに……する。」などと紛らわしい記載をしない（40）。先給付ないし引換え給付の条項を作成する際には、債務者にとって積極的に債権者の給付を求める必要がない場合であっても、債務者が自己の債務を免れたときに、債権者に対する債務名義がなければその反対給付を確保することができない憂き目を見る（41）から、債務者側の立場からみて、債権者の反対給付義務について債務名義となる条項を記載する必要があるかどうかを検討すべきである。

カ 給付条項に付款が入れたときは、その表現いかんによって、執行文付与の要件（民執法27条1項、旧民訴法518条2項）となり、あるいは、単に執行開始の要件（民執法30条1項、旧民訴法529条）となるにすぎないことがある。すなわち、債務名義の執行が「債権者の証明すべき事実の到来に係る場合」には、裁判所書記官は、債権者がその事実の到来したことを証する文書を提出したときに限り、いわゆる補充執行文（条件成就執行文）を付与することができるが（民訴法27条1項）、債務名義に表示された請求が「確定期限の到来に係っている場合」には、その期限の到来後であれば、強制執行を開始することができるので（民訴法30条1項）、補充執行文の付与を必要とせず、単に執行機関に対する執行開始の要件となるにすぎない。また、債務名義に表示された「債務者の給付が債権者の反対給付と引換えにすべきものである場合」には、これらの反対給

付の履行があったことを補充執行文付与の要件とすることは、実質的には先給付を求めることになって不合理であるため、執行開始の要件とされているにすぎない（民執法 31 条 1 項）。したがって、当事者の合意した付款が、確定期限かどうか、債権者の証明すべき事実（旧民訴法 518 条 2 項にいう「条件」）に関するものかどうかを検討すべきであり（42）、当事者の用意した付款が条件、期限・期間、引換給付の用語をもって表わされていても、それが右のいずれの場合を想定しているのかによって執行手続に重要な差異があるから、これを明確にする必要がある。

（２） 権利放棄条項、包括的清算条項

ア 権利放棄条項は、実務上、「その余の請求を放棄する。」という文言でまかなわれている。「その余の請求」という用語は日常的なものではないが、それはさておき、「その余の請求」とは、通常は、訴訟物となっている請求権のうち他の条項で合意されていない請求権をいうものと解されている（43）。しかし、「その余の請求の」文言から直ちに訴訟物以外の請求権が含まれることはないと考えことは困難であって、慣用的に訴訟物に限定して使用されていることが多いために当事者の合理的意思表示としては右のように理解されるべきであるとするにすぎないのであるから、当事者双方が訴訟物以外の請求権をも対象とする意思であったと認められる特段の事情がある場合には、そのような効果が生じるものと解することができる。放棄の範囲について後日紛争の生ずるおそれのない簡単な事案を除き、訴訟物に限定するときは、「その余の本訴請求」と記載し、訴訟物に限定しないときは具体的に請求権を表示すべきであり、問題があれば後記の包括的清算条項を加えるのが相当である（44）。

イ 無限定の包括的清算条項は、実務上、債権者が訴訟物以外にも請求権の存在を主張している場合、債務者が反対債権を訴訟内外で主張している場合、双方が互いに予期しない請求を後日に持ち出される不安を払拭するために作成するのであるから、当該訴訟物の残余部分でなく、訴訟物以外のすべての法律関係についても相互に請求権がないことを合意したものとみるべきである（45）。したがって、包括的清算条項を入れる場合には、その法的効果を認識していることが必要であり、訴訟物あるいは訴訟物以外の権利義務関係を処分することについて、訴訟物ないし訴訟物以外の権利義務関係の処分権にかかわる重要な問題であるから、当事者の意思を十分に確認する手続保障が確保されなければならない。包括清算条項による清算の対象を特定の請求権に限定する場合は、明確に具体的に表現する必要がある（46）、包括清算条項としては、「本件に関して、本和解条項に定めるもののほか他になんらの債権債務のないことを確認する。」との限定が求められる。

（３） 執行取消し、担保取消し等の付随的条項

ア 保全処分は、保全裁判手続と保全執行手続とに区分されているから、「原告は、……仮差押（仮処分）申立事件を取り下げ、」「同決定に基づく執行申立てを取り下げる（又は、同決定に基づく執行の解放手続をする。）」と記載する。保全命令発令裁判所と保全執行裁判所とが異なる場合（動産仮差押申立事件等）、保全処分命令申立てが取り下げられただけでは、当然には執行手続の効力は失われないから、必ず執行申立ての取下げを明記すべきである。この和解条項を記載したものが民事執行法 39 条 1 項 4 号の文書に当たるが故に、執行処分が取り消され、これに対する執行抗告もできないことになる（民執法 40 条、12 条、174 条 4 項、180 条 4 項）。請求異議、第三者異議の訴えの法

的性質は、実体法上の権利義務関係を変更する合意が成立しても、債務名義の執行力は失わないため、伝統的に形成訴訟であると解されており（47）、債務名義に基づく強制執行の解放を合意する必要がある訴訟物の性質上、かかる合意が有効な和解条項となる。この場合は、「原告は、…号不動産強制競売申立事件を取り下げる。」「原告は、…号動産差押申立事件を取り下げる。」と記載する。

イ 仮差押仮処分申立事件において債権者が担保を供し（民事保全法14条1項、2項）、請求異議又は第三者異議の提訴に伴い強制執行停止命令を求めるために原告が担保を供し（民訴法36条1項、38条4項）、仮執行宣言付判決に対して被告が上訴して強制執行停止命令を求めるために担保を供した（民訴法398条1項2、3号）場合、当該訴訟が和解で終了したときは、担保の取消手続によって供託物の取戻しをする必要がある。和解が成立すれば、民訴法79条1項所定の担保事由消滅の場合に当たるが、実務上、供託された保証金の全部又は一部を担保提供者が和解金の支払に充てることが多く、供託金を速やかに取り戻すために、担保権利者がこれに同意をし（民訴法79条2項）、即時抗告権（同条4項）を放棄する方法がとられている。これは、担保を提供した一方当事者に対する手続保障の確保として欠かせない措置である。担保の取消しの条項は、「被告は、原告が 地方裁判所昭和 年(3)第 号不動産仮処分申請事件につき供託した担保（

法務局昭和 年度金第 号、金額 円）の取消しに同意し、その取消決定に対する即時抗告権を放棄する。」という内容が慣用されている。もっとも、保全処分の保証金については、本案訴訟で和解が成立した場合、債務者の損害賠償債権を留保するなど特別の事情がない限り担保の事由が止んだ（民訴法79条1項）ものとみるべきであると解されているので（48）、これによれば同意条項がなくても担保取消決定を受けることが可能である。しかし、即時抗告権を放棄する条項は、取消決定の早期確定のためには必要不可欠であるから（民訴法79条4項）、その際に担保取消しの同意条項も記載しておくことに手間はかからないので併記しておくのがよい。高等裁判所における和解では、控訴に伴う執行停止の保証金の取戻しにつき即時抗告権放棄条項を要しないが、紛争の未然防止の趣旨から担保取消同意条項を明記するのが妥当であろう。

ウ 和解条項中に和解費用（和解期日の当事者・代理人の旅費・日当・宿泊料等）、訴訟費用の負担の定めをしなかったときは、民訴法68条の規定により、それらは各自の負担となる。実務上、「訴訟費用及び和解費用は各自の負担とする。」との条項を入れるのが常であるが、多額の訴訟費用を負担した当事者に対する確認の意味で記載している。したがって、訴訟費用のうちの一部、例えば、手数料、鑑定料等について特にその負担の割合を定めた場合は、具体的にこれを明示し、金額が確定しているときは必要があれば給付条項を作成しておくのが便宜である。当事者の一方が訴訟上の救助を受けている場合、訴訟費用各自負担とされたときは、爾後に裁判所が立替費用の任意支払いの勧告を発し又は救助の取消しの裁判をせざるをえないことがあるから、当事者の注意を喚起する必要がある。

(35) 東京地裁昭和56年8月25日判決・判例時報1032号80頁は、「当分の間、各取得土地上の各建物について現状有姿の状態を尊重し、相互に異議を述べず、かつ、使用料を請求しない。」との条項は、現状の変更あるまでの間という趣旨に解すべきであるとしたが、避けるべき文言である。

(36) 失権約款，懈怠約款の用語は多義的である（羽柴隆「失権約款と民訴518条の条件」兼子一編『実例法学全集・民事訴訟法下巻』（青林書院，1965年）9頁）。本稿においては，分割金の支払いを怠ると合意が失効して原状回復義務が生ずる場合を「失権約款」といい，分割金の支払遅滞によって期限を喪失する効力を生ずる部分を「懈怠約款」ないし「期限喪失約款」という。前者は後者をその一部分とするのであるから，全体を制裁ないし違約約款といえは足りるであろう。

(37) 特に理由の説示はないが，大阪地裁昭和36年2月3日判決・下民集12巻2号218頁。

(38) 東京高裁昭和55年5月29日判決・判例時報970号159頁。なお，草野・前掲注(21)「和解条項」483頁，塚原朋一「履行確保の条項」石川明＝梶村太市編『民事調停法』（青林書院，1985年）461頁は，「……遅滞し，現に遅滞している金額の合計が2回分に達したときは，」とするのが問題の少ない文例であるという。

(39) 最高裁昭和51年12月17日第2小法廷判決・民集30巻11号1036頁は，賃借人が賃料の支払いを1か月分でも怠ったときは，建物賃貸借契約は当然解除となり，直ちに明け渡すとの和解条項につき，賃貸借当事者間の信頼関係が契約の当然解除を相当とする程度まで破壊されたとはいえない事情があるとして，これを単なる解除権留保約款にすぎないと判断した。地代3回分以上の遅滞を要件とする失権約款につき，前掲注(38)東京高裁昭和55年5月29日判決は，諸事情を認定して無催告解除を許容する合理性がないとして執行力を排除した事例であるが，最高裁昭和39年8月28日第2小法廷判決・裁判集民事75号127頁はこれを有効とした事例である。当然のことながら，個別具体的に判断されるべきものであることを念頭におく必要がある。

(40) 最高裁昭和48年12月1日第3小法廷判決・判例時報731号32頁は，原告は被告に対し 日限り金 円を支払う，被告は右金員の支払いを受けると同時に原告に対し所定の登記手続をする旨の和解条項が，文理に従い，条項の全体を統一的に解釈すれば，同時履行の関係にあると解されるところとしているが，この表現が紛争を誘発したことは否定できない。

(41) 前掲注(32)東京高裁昭和57年7月19日判決参照。

(42) 民事執行法27条1項のいわゆる条件に当たるとどうかの事例につき，鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法(1)』（第一法規出版，1984年）462頁以下（丹野達）参照。

(43) 梶村＝深沢・前掲注(5)『〔新版〕和解調停の実務』572頁。訴訟上の和解は，判決と異なり「原告はその余の請求を放棄する」との条項がなくとも訴訟終了の効果があるから任意的条項であるといえなくもないが，それでは，和解において債務免除契約をした当事者の意思に反することは明らかである（小川＝渡辺・前掲注(5)『書記官事務を中心とした和解条項に関する実証的研究』74頁は和解条項として記載すべきであるとする）。

(44) 東京高裁昭和61年1月27日判決・判例時報1189号60頁は，賃貸借契約解除に基づく土地返還及び賃料相当金損害請求訴訟において，右契約を合意解除する，土地を返還する旨の和解が成立したが，和解成立までの未払賃料について明示の合意をしなかったため，「原告らはその余の請求を放棄する。」との和解条項によって，右供託にか

かる賃料債権等が放棄されたものとみるべきかどうか争われた事案で、金銭請求に関しては、賃料相当損害金以外には放棄の効力は及ばないとした。他方、前掲注(7)最高裁昭和43年3月29日判決は、賃貸借契約の解約を理由とする家屋明渡し、賃料及び賃料相当損害金請求訴訟において、家屋賃借権を認める、原告は右家屋取壊後に新築する建物を賃料月1万8000円で被告に賃貸する旨の和解が成立したが、被告の供託した賃料について双方が明確に意識しないままで、「原告はその余の請求を放棄する。」との和解条項を作成したため、供託にかかる賃料債権(延滞賃料)が放棄されたのかどうか争われた事案で、旧家屋からの退去及び新建物の賃貸等を取り決めた当事者の意思は、延滞賃料を放棄する趣旨であったとした。賃料相当損害金を求めている訴訟においては、賃料請求権が供託によって消滅したことを前提とする和解をする場合、右賃料請求権は、原則として、単なる権利放棄条項によって放棄の効力を受けないが、例外的に放棄の対象とする意思であったものと認定することもできるから、明確に表現するのが妥当である。

(45) 東京高裁昭和59年8月9日判決・判例タイムズ539号335頁は、傍論として、和解当時にその存在を認識していない権利は対象外であるとしているのは、正当である。

(46) 東京高裁昭和60年7月31日判決・判例時報1177号60頁は、離婚した夫婦の間で、親権者変更事件、共有物分割請求事件がある場合に、離婚後の紛争調停事件において、「当事者双方は、以上をもって離婚及び共有物に関する紛争の一切を解決したものとし、本条項に定めるほか、その余に債権、債務の存在しないことを確認する。」との合意をしたのちに、婚姻中に貸し付けた金員の返還を求めた事案で、右包括的清算条項は、離婚及び共有物に関する紛争一切という範囲で限定されているから、貸金請求になんら影響を及ぼさない、としたものであり、この解釈自体に異論はないが、このような紛争自体を防ぐためにも限定方法に一層の工夫が必要であると思われる。

(47) 中野貞一郎『民事執行法[新訂4版]』(現代法律学全集23)(青林書院、2000年)205頁、268頁。

(48) 菊井・村松・前掲注(7)『全訂民事訴訟法〔補訂版〕』690頁、西山俊彦『新版保全処分概論』(一粒社、1985年)125頁。さらに東京高裁昭和60年10月29日決定・判例時報1170号93頁は、担保権利者が供託物取戻請求権の譲渡人との間で担保取消条項を合意した事案(担保取消の同意は効力がない)で、特段の事情を詮索するまでもなく、担保権利者が損害賠償請求権を放棄したものと解し、担保の事由が止んだ場合に当たると判断した。請求権を留保する事情がない限り、このような推定をしても不合理ではない。

5 おわりに

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を記載したものであり、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

- 1 はじめに
- 2 民事訴訟法118条1号の趣旨
- 3 ロング・アーム法における被告の手續保障
- 4 ロングアーム法と民事訴訟法118条1号
- 5 おわりに

1 はじめに

外国判決の承認・執行制度（民事訴訟法118条，民事執行法24条）は，外国の裁判所によってされた判決に対して判決効を内国で認めるかどうか，給付判決の強制的実現のために内国法による強制執行を実施することを認めるかどうかを審理判断することを内容とする。この制度の目的は，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（1）。外国において民事訴訟の当事者に対する手續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り，また，企業の経済活動が飛躍的に国際化し，私人の渉外的取引・身分交流がますます活発化している現代社会において，外国判決をめぐる国際的な法的安定と当事者の権利義務の調整を確保することは大きな喫緊の課題である。

わが国においては外国判決の承認・執行に関して裁判管轄権について判示した裁判例がこれまであまり多くはなかった（2）が，最近では，ハーグ国際私法会議において「民事及び商事に関する裁判管轄及び外国判決に関するハーグ条約準備草案」の作成に向けた審議が日米も加わって行われている状況にあり（3），また，わが国との間で実体法・訴訟手續の違いが大きい国の判決に関する裁判例をきっかけに，この点に関する議論が一段と高まってきた。本稿は，アメリカのいわゆるロング・アーム法（long-arm statutes）を素材にして外国判決の承認・執行制度を論じた旧稿（4）をもとに，最近における裁判例・学説の動向を検討し，過剰管轄のもとでされた外国判決の承認・執行の要件である国際裁判管轄権のあるべき姿を考察するものである。

（1） 鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法1巻』（有斐閣，1984年）364頁（青山善充），松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂，1986年）641頁（竹下守夫），中野貞一郎『民事執行法（新訂4版）』（青林書院，2000年）165頁。

（2） 裁判管轄権の有無の基準が明らかでないこと，他の承認要件を欠いている場合には裁判管轄権の有無を判断する必要がないことが挙げられていた（高桑昭「外国判決の承認及び執行」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座7巻』（日本評論社，1982年）139頁）。

（3） 道垣内正人「『民事及び商事に関する裁判管轄及び外国判決に関する条約準備草案』について」ジュリスト1172号（2000年）82頁，同「ハーグ裁判管轄外国判

決条約案の修正作業」ジュリスト1194号(2001年)72頁。

(4) 遠藤賢治「外国判決の承認執行(1)」元木伸・細川清編『裁判実務大系10巻・涉外訴訟法』(青林書院,1989年)104頁。

2 民事訴訟法118条1号の趣旨

(1) 間接的一般管轄権の根拠

旧民事訴訟法(以下、「旧法」という)200条1号は、外国判決承認の要件として、「法令又ハ条約ニ於テ外国裁判所ノ裁判権ヲ否認セサルコト」と定めていた。そこで、法令又は条約によりわが国または第三国に専属管轄権が認められる場合には判決国の裁判権は否認されるが、一般的にはわが国の国際民事訴訟法の原則に照らして判決国の裁判権を積極的に肯定する必要がない、とする考え方が有力に存在した(5)。しかし、民事訴訟法118条1号は、通説・裁判例に従って(6)、これを積極的要件として、「法令又は条約により外国裁判所の裁判権が認められること」と規定された。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(7)。現在の国際状況のもとでは、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障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のあると認められる外国裁判所によって判決がされていることが必要不可欠であり、同条項の改正には合理的な理由がある。最高裁平成10年4月28日第3小法廷判決・民集52巻3号853頁も、同号の意義について、「我が国の国際民事訴訟法の原則から見て、判決国がその事件につき国際裁判管轄(間接的一般管轄)を有すると積極的に認められることをいうものと解される」としているのは、このことを表明したものであって、正当である。

(2) 直接的一般管轄権との関係

ア 外国判決の承認・執行の裁判管轄は、判決国が当該事件について判決をする正当権限を有する国際裁判管轄権であるから、当該国の内国法上における特定の裁判所の管轄権ではなく、当該国の一般的裁判管轄権を意味する。当該国が渉外的訴えを直接的に受理した際に適用する場合には直接的一般管轄権として、また、当該国が他国の判決の承認・執行の申立てを受理した際に適用する場合には間接的一般管轄権(国際裁判管轄権)として判断すべきものである。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、困難かつ不可避な課題である。

イ 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がある

(8)。同一性説ということができる。旧法200条の母法であるドイツ民事訴訟法(ZPO)328条については、一般に、外国裁判所の間接的一般管轄(Anerkennungszuständigkeit)は内国裁判所の直接的な一般管轄(Entscheidungszuständigkeit)と同じ基準によると解されている(9)。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おり、現在の諸外国の多数説であり、わが国においても通説である(10)。東京地裁昭和47年5月2日判決・下民集23巻5～8号228頁は、「一般間接管轄といい一般直接管轄といっても、それは同一の事柄について異なる角度から見たものであり、現実とはもかくとして、両者は同一の原則ないし抽象的基準によって規律せられるべきは必ずものである」としており、同旨の多数の下級審裁判例が蓄積されている(11)。

ウ これに対して、直接的な一般管轄権と間接的な一般管轄権の判断基準の同一性を否定する立場から、間接的な一般管轄権は、直接的な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があり、その理由として、直接的な一般管轄が世界に普遍的であるとはいえないこと、行為準則としての直接的な一般管轄と評価準則としての間接的な一般管轄とでは利益衡量の判断要素を区別して考える必要があること、跛行婚の発生を防止する必要があることなどが指摘されている(12)。同一性否定説といえる。直接的な一般管轄と間接的な一般管轄とは、審査の時期が事前か事後かの違いがあるにすぎないが、その違いこそが判断基準が異なると然るべき根拠とされている(13)。同一性否定説は何を基準として間接的な一般管轄を判断するべきかが問題となるが、直接的な一般管轄より穏やかな基準をもって定めるとする考え方は、直接的な一般管轄権を基礎としてこれを修正するものであるから修正説といえるのに対し、独自の基準をもって定めるとする考え方は、直接的な一般管轄権とは異なる理念にもとづくものであるから独自性説といえよう。もっとも、独自に定めるべきであるとする考え方にあって、これを一般的、抽象的に論ずるのではなく、被告の営業所所在地、義務履行地の管轄などを具体的に検討すべきであるとする個別説(14)も有力である。管轄の有無は事案ごとに具体的に判断すべき性質のものであり、事案類型ごとに基準を検討すべきであるとする考え方は、妥当な結論を得られる点で実務的に有益であるが、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、客観的一義的に判断を可能とすべき管轄基準の明確性、当事者の予測可能性に問題を残している。

ウ この問題について、前記最高裁平成10年4月28日判決は、注目すべき判断を示した。事案の概略は、以下のとおりである。香港居住のX夫婦(インド人)は日本居住のY1(インド人、Y2会社取締役)と共に、Y2(日本法に準拠して設立された有限会社)への融資を受けるためにZ銀行と保証契約を締結した(ただし、Xがこの保証契約の解約をし、争いが生じた)。その後、A銀行は、Y2会社の手形不渡りにつきXに対して保証債務履行請求訴訟(第1訴訟)を提起した。これに対してXは、A銀行に対して反訴(第2訴訟)を提起するとともに、Y1及びY2会社に対し、第1訴訟の請求認容を条件として、求償権を有することの確認請求訴訟(第3訴訟)を提起した。これに対しては、Y1及びY2は、Xに対し、保証債務を負担すべき者はXだけである旨の反訴確認請求訴訟(第4訴訟)を提起した。第3、第4訴訟は英米法系固有の第三当事者訴訟(third

party proceeding) であった。X は、これらの訴訟の勝訴判決に基づいて香港高等法院にから訴訟費用負担命令、費用査定などを得たうえ、民事執行法に基づき、日本において執行判決請求訴訟を提起した。

Y は、香港高等法院が第2ないし第4訴訟及び訴訟費用負担命令について間接的一般管轄権を有していないと主張したが、原審は、直接的一般管轄権の存否の判断と間接的一般管轄権のそれとは表裏一体の關係にあり、同一の法則により規律されるべきであるとして、本件外国判決については香港高等法院が間接的一般管轄権を有すると判断した。本判決は、「どのような場合に判決国が国際裁判管轄を有するかについては、これを直接に規定した法令がなく、よるべき条約や明確な国際法上の原則もいまだ確立されていないことからすれば、当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念により、条理に従って決定するのが相当である。具体的には、基本的に我が国の民訴法の定める土地管轄に関する規定に準拠しつつ、個々の事案における具体的事情に即して、当該外国判決を我が国が承認するのが適当か否かという観点から、条理に照らして判決国に国際裁判管轄が存在するか否かを判断すべきものである。」と判示し、個々の具体的事案に即して決めるべきものであるとした。これによれば、本判決は、間接的一般管轄権は直接的一般管轄権を基礎としてこれを修正して定めるとするものであるから、同一性否定説に立って修正説を採用したものとみることができよう(15)。もっとも、本判決は、最高裁判例委員会の議を経て登載された判例集において、判示事項を「併合請求の裁判籍が存在することを根拠に香港の裁判所に民訴法118条1号所定の『外国裁判所の裁判権』が認められた事例」として、民訴法7条による併合請求の裁判籍に関する事例判例としての判決要旨が抽出されている(16)。

(3) 間接的一般管轄権の決定基準

ア 直接的一般管轄権の基準とは別個に普遍的・国際的な基準を定めることは、検討すべき視点を異にするから可能であるとしても、それは具体的には容易でなく、また、判決国と承認国の直接的一般管轄規則が異なる場合にその適用の有無の判断について法的安定性を得ることもきわめて困難であると思われる。平成8年6月に成立した民事訴訟法の立案過程において、近年における国際取引や国際交流等の活発化に伴い、国際民事訴訟に的確に対応できるようにするために、国際民事裁判管轄の準則を新たに定めることの可否について検討された。しかし、抽象的な規定では意味がなく、具体的な準則となると学説・判例の動きが流動的であり、見解が対立している状況のもとで、ハーグ国際私法会議の国際裁判管轄及び外国判決承認に関する特別委員会において国際裁判管轄規定の全世界的な新たな条約を作成することが企図された作業の推移を見る必要があるとされたことから、国際裁判管轄についての規定を設けることは将来に見送られた(17)。このような経緯の現状において民訴法118条1号にいう間接的一般管轄権の準則を一般的に定めるのはきわめて困難を伴うことではあるが、いっさい条理に委ねて事案ごとに諸事情を検討した利益衡量により妥当な結論を得る方法は、判断の統一性を図る担保に欠けているため、当事者にとって予測可能性を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。

イ 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ない理由はないが、同じ裁判権

の行使である以上、当然に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。しかしながら、間接的一般管轄が依拠すべき直接的一般管轄についても、学説は、民訴法の国内土地管轄規定の判断枠組を基本的な判断基準とする立場と一国の利害を離れて普遍的な条理を基本理念として定める立場との間で流動的であり（18）、また、判例（19）は、当事者間の公平や裁判の適正・迅速の理念により条理に従って決定し、わが国の民訴法の規定する裁判籍のいずれかがわが国にあるときは、原則として、被告をわが国の裁判籍に服させるのが相当であるが、わが国で裁判を行うことが当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念に反する特段の事情があると認められる場合には、わが国の国際裁判管轄を否定すべきであるとし、裁判実務上、この判断枠組みが定着しつつある。

ウ 国際裁判管轄の有無が当事者間の公平、裁判の適正・迅速の理念により条理に従って決定すべきことに格別異論はないものの、これに基づく明確な具体的基準について判例、学説、立法関係者等の大方の一致した理解が得られない現状において、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ろう。そうであれば、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り、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（20）。国際裁判管轄は、国内土地管轄規定を一応の基準としながら、公平、適正といった特段の事情の有無を検討して具体的妥当性を確保することによって定められるべきであるが、間接的一般管轄をこれと同一の基準で定める場合、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、また、間接的一般管轄の定めにおいては別途異なる利益衡量を許容することも加わるときは一層のこと、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。

エ 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（国際裁判管轄として修正を求められる部分を除く）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る。直接的一般管轄として学説・判例が方向付けている公平、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が、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前記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われることなく、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と考えられる。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間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(21)。この点で、かつてハーグ国際私法会議で採択された「民事及び商事に関する外国判決の承認並びに執行に関する条約」(1971年)の定める外国判決が有効に承認・執行される要件が参考になる(22)。また、現在審議中の後記(4(2)イ)のハーグ国際私法会議特別委員会作成「民事及び商事に関する裁判管轄及び外国判決に関する条約準備草案」について、その国際裁判管轄及び間接的一般管轄の定めに関する国際的議論を参考にすることも有用である。わが国は、これらの条約に対して批准ないし全面的な賛同を与えているわけではないから、これらを過大評価してはならないことは明らかであるが、これらが直接的ないし間接的一般管轄に関するものであることに鑑みれば、その内容が特に不相当であると認めるべき事情がない限り、これらの条約(案)に関する議論の状況を踏まえて管轄を定めるのが条理にかなうものではないかと考えられる。

(5) 斎藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二編『〔第2版〕注解民事訴訟法(5)』(第一法規、1991年)123頁(小室直人・渡部吉隆・斎藤秀夫)は外国判決承認の範囲が拡大されることを根拠としている。東京地裁昭和45年10月24日判決・判例時報625号66頁は、書籍販売代金の支払を命ずるハワイ州地裁判決に基づいて執行判決が請求された事案につき、「わが国には、ある民事事件について一般的に外国の裁判権を否定する趣旨の法令又は条約は存在せず、具体的には、アメリカ合衆国ハワイ州に居住する被告に対し、同国の裁判所が本件係争につき裁判権を行使することを否認する法令もない。」とし、東京地裁昭和54年9月17日判決・判例時報949号92頁も同旨を述べている。小林秀之「外国判決の承認・執行についての一考察」判例タイムズ467号(1982年)18頁は、これらの裁判例がこの説を採用したものであると理解している。

(6) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』(商事法務研究会、1998年)136頁。外国判決の承認及び執行において、判決国の直接的一般管轄規則に合致し、かつ、承認国の間接的一般管轄規則にも合致することを要求した場合、その手続が麻痺するおそれがあるから、判決国が自国の直接的一般管轄権を肯定して判決した以上、他国はこれを尊重して承認・執行すべき国際協調を求められてしかるべきであるとする考え方は、間接的一般管轄権も裁判権の行使の一態様であることを軽視したもので、無防備な国際協調に偏りすぎている。

(7) 鈴木＝三ヶ月編・前掲注(1)『注解民事執行法1巻』395頁(青山)。

(8) 江川英文「外国判決承認の要件としての裁判管轄権(2・完)」国際法外交雑誌41巻4号(1942年)327頁、兼子一『新修民事訴訟法体系(増補版)』(酒井書店、1956年)338頁、池原季雄「国際的裁判管轄権」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座7巻』(日本評論社、1982年)4頁、松浦＝新堂＝竹下・前掲注(1)『条解民事訴訟法』647頁、鈴木＝三ヶ月編・前掲注(1)『注解民事執行法1巻』397頁(青山)、新堂幸司＝鈴木正裕＝竹下守夫編集代表・新堂幸司＝小島武司編『注解民事訴訟法(1)』(有斐閣、1991年)90頁(道垣内正人)、新堂幸司『民事訴訟法〔第2版〕』(弘文堂、2001年)77頁。江川・前掲国際法外交雑誌41巻4号32

7頁は、「直接的一般管轄権に関する原則と間接的一般管轄規則に関する原則とはその性質上同一の抽象的標準によって決定せられるべきものと云うべきである。蓋し一定の事実がわが国に存在することによつてわが国の裁判所の管轄権を認める以上は、同様な事実が外国に存する場合には、これによつて、その外国の裁判所の管轄権を認むべきは当然と云わなければならない」とし、これがわが国の先駆的指導的学説となっている。

(9) Gerhard Kegel/klaus Shurig, Internationales Privatrecht, 8. Aufl. 2000, S.815. これがBartin以来のフランスの多数説であつて、ドイツにおいてはいわゆる鏡像理論(Spiegelbildprinzip)として多くに支持されているが(Haimo Schack, Internationales Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 2002 Rdnr. 831 ff), 鏡像理論に関するドイツの最近の学説判例の状況は、芳賀雅顕「外国判決承認要件としての国際裁判管轄 - 間接管轄の基本姿勢と鏡像理論をめぐって - 」法律論叢72巻5号(2002年)21頁以下に詳しい。鏡像理論は、Bartinの見解によるものであり、その内容、問題点については、三井哲夫「外国判決承認の要件としての外国裁判所の管轄権」鈴木忠一=三ヶ月章監修『実務民事訴訟法講座6巻』(日本評論社, 1971年)81頁以下、矢澤昇治「フランス法にみる国際間接裁判管轄権」民商法雑誌94巻2号(1986年)231頁以下(同『フランス国際民事訴訟法の研究』(創文社, 1995年)182頁以下所収)。

(10) 最近のコンメンタールでは、新堂幸司=鈴木正裕=竹下守夫編集代表・鈴木正裕=青山善充編『注釈民事訴訟法(4)』(有斐閣, 1998年)370頁(高田裕成), 秋山幹男ほか編『コンメンタール民事訴訟法』(日本評論社, 2002年)449頁。諸外国の法制については、鈴木=三ヶ月編・前掲注(1)『注解民事執行法1巻』368頁以下(青山)の鳥瞰がある。

(11) 東京地裁昭和55年9月19日判決・判例タイムズ435号155頁, 神戸地裁平成5年9月22日判決・判例時報1515号139頁, 東京地裁平成6年1月4日判決・判例時報1509号96頁等。表裏一体である旨の判示がないものの, 下級審裁判例は同一性説に依拠したものが圧倒的に多数である(河野俊行「間接管轄」高桑昭=道垣内正人編『新裁判実務大系3巻』(青林書院, 2002年)336頁参照)。

(12) 澤木敬郎「涉外判例研究」ジュリスト516号(1972年)159頁, 石黒一憲『現代国際私法(上)』(東大出版会, 1986年)533頁, 小杉丈夫「承認条件としての管轄権」ジュリスト増刊『国際私法の争点・新版』(1996年)235頁, 矢澤・前掲注(9)民商法雑誌94巻2号231頁, 同・別冊ジュリスト『涉外判例百選(第3版)』(1995年)226頁, 小林秀之『国際取引紛争〔新版〕』(弘文堂, 2001年)193頁, 石川明=小島武司=佐藤歳二編『注解民事執行法(上)』(青林書院, 1991年)208頁(小島武司=猪俣孝史), 石川明=小島武司『国際民事訴訟法』(青林書院, 1994年)141頁(坂本恵三)。主として, 外国離婚判決について, 川上太郎「外国裁判所の国際裁判管轄」民商法雑誌66巻6号(1972年)962頁, 松岡博「外国離婚判決の承認」阪大法学66号(1973年)43頁, 同「国際取引における外国判決の承認と執行」阪大法学133・134号(1985年)35頁, 同・私法判例リマックス1993年上(日本評論社, 1993年)169頁, 岩野徹=西村宏一=井口牧郎=宮脇幸彦編『注解強制執行法(1)』(第一法規, 1974年)137頁(三井哲夫), 木棚照一「外国離婚判決の承認に関する一考察 - 承認規則と抵触規則の関係につ

いて - 」立命館法学 1978 年 1 号 31 頁, 同「民事判例研究」法律時報 47 巻 11 号(1975 年)131 頁, 渡辺惺之・ジュリスト 741 号(1981 年)144 頁, 同・判例評論 484 号(1999 年)206 頁, 海老沢美弘『涉外判例百選(増補版)』(1986 年)212 頁。主として, 非訟事件について, 溜池良夫「涉外人事訴訟事件の諸相」鈴木忠一 = 三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座 7』(日本評論社, 1982 年)203 頁, 212 頁。

(13) 石黒・前掲『現代国際私法(上)』533 頁, 小林・前掲『国際取引紛争〔新版〕』193 頁, 小杉・前掲注(12)「承認条件としての管轄権」235 頁, 岡田幸宏「外国判決の効力」伊藤眞 = 徳田和幸編『講座・新民事訴訟法』(弘文堂, 1998 年)379 頁。

(14) 川上・前掲注(12)民商法雑誌 66 巻 6 号 962 頁は, 諸外国やハーグ国際条約などに採用されている国際的裁判管轄規則を参酌して合理的合目的な国際的裁判管轄基準を発見しなければならないとし, 石黒・前掲注(13)『現代国際私法(上)』532 頁, 542 頁は, 審理管轄の基準にあてはめに終始しない「承認管轄の動態的把握」が必要で, 個別事案に則しつつ考えていくべきとし, 猪俣孝司「外国財産関係判決の承認および執行制度に関する序論的考察」比較法雑誌 22 巻 2 号(1988 年)は, 実務上はきわめて重要である一般的な原則の類型化もある程度可能であろうが, それぞれの事件ごとでの具体的・個別的な利益衡量にまかされることになるとうし, 松岡博「国際取引における外国判決の承認と執行」阪大法学 133・134 号(1985 年)35 頁, 同「国際裁判管轄」小山昇 = 中野貞一郎 = 松浦馨 = 竹下守夫編『演習民事訴訟法』(青林書院, 1987 年)150 頁以下は, 両者の基準が同一であるべきか否かを一般的, 抽象的に論じることにあるのではなく, 具体的にたとえば, 被告の営業所所在地あるいは義務履行地の管轄は外国判決承認の基礎として適切であるかどうかを個別的に検討することであるとする。

(15) 純然たる鏡像理論からの乖離を指摘するものとして, 前注(12)のほか, 馬越道夫編『論点国際民事訴訟法 & 民事訴訟法の改正点』(不磨書房, 1998 年)76 頁(二羽和彦), 酒井一・法学教室 218 号(1998 年)137 頁, 渡辺惺之・判例評論 484 号(1999 年)39 頁, 山本和彦・ジュリスト臨時増刊『平成 10 年度重要判例解説』(1999 年)299 頁がある。

(16) 河邊義典『最高裁判所判例解説・民事篇・平成十年度(上)』(法曹会, 2001 年)474 頁, 芳賀・前掲注(9)法律論叢 72 巻 5 号 54 頁。

(17) 竹下守夫 = 青山善充 = 伊藤博編・ジュリスト増刊『研究会・新民事訴訟法 - 立法・解釈・運用』(有斐閣, 1999 年)24 頁(柳田幸三)。緊急管轄の規定, フォーラム・ノン・コンヴィニエンスに関する規定を設けることの当否も含めて検討された(法制審議会民事訴訟部会第 14 回小準備会)。

(18) 高橋宏志「国際裁判管轄 - 財産関係事件を中心として - 」澤木敬郎 = 青山善充編『国際民事訴訟法の理論』(有斐閣, 1989 年)47 頁以下, 斎藤ほか編・前掲注(5)『〔第 2 版〕注解民事訴訟法(5)』432 頁以下(山本和彦), 小島武司「国際裁判管轄」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論(下)』(有斐閣, 1995 年)383 頁以下, 石黒一憲『国際民事訴訟法』(新生社, 1996 年)133 頁, 安達栄司『国際民事訴訟法の展開』(成文堂, 2000 年)1 頁以下, 道垣内正人「国際民事訴訟法」高

桑昭＝道垣内正人編『新裁判実務大系 3 巻』（青林書院，2002 年）40 頁以下があり，諸説は，民事訴訟法学と国際私法学との観点の違いを反映して微妙な差があるが，大筋では，国内土地管轄規定を一応の基準として参考としつつ，国際条約など国際的な視点から修正，調整，補充を図っているといえよう。

（19）最高裁昭和 56 年 10 月 16 日第 2 小法廷判決・民集 35 巻 7 号 1224 頁，最高裁平成 8 年 6 月 24 日第 2 小法廷判決・民集 50 巻 7 号 1451 頁，最高裁平成 9 年 1 月 11 日第 3 小法廷判決・民集 51 巻 10 号 4055 頁

（20）斎藤ほか編・前掲注（5）『〔第 2 版〕注解民事訴訟法（5）』444 頁（山本）は，「特段の事情」説の手法に賛成したうえ，実定法規を基礎としながら修正を試み，個別的調整の類型化を課題にしている。さらに，山本和彦・民商法雑誌 119 巻 2 号（1998 年）287 頁は，特段の事情を限定することなく，紛争の内容に関する事情，当事者の態様に関する事情，証拠の所在に関する事情について各要素を細分化して典型的に検討すべきであるとする。これに対して，道垣内正人・ジュリスト 1133 号（1998 年）215 頁，新堂＝小島編・前掲注（8）『注解民事訴訟法（1）』138 頁以下（道垣内）は，国際裁判管轄の一般的ルールの適用結果と逆に働くものであって，ルール設定の際の典型的利益衡量の段階で全く考慮に入れられていなかった事情，一般的ルール設定の際に前提とされてはいたが，具体的事案ではそれと異なっている事情，の 2 種類に限定すべきであるとする。また，中野俊一郎「国際裁判管轄の決定における例外的処理の判断基準」民事訴訟雑誌 45 号（1999 年）141 頁は，内国での訴訟追行が現実的に困難であるような場合や，内国牽連性がきわめて乏しいために，原告による管轄権主張が合理性を欠くとみられるような場合に限定する。小林秀之『新版 PL 訴訟』（弘文堂，1995 年）202 頁以下は，特段の事情の類型化の効用として，主観的併合訴訟，消極的確認訴訟，証拠の収集などのパターンを指摘している。

（21）竹下守夫＝村上正子「国際裁判管轄と特段の事情」判例タイムズ 979 号（1998 年）24 頁。

（22）10 条は，被告が，訴訟手続開始の当時，原裁判国に住所を有したとき，または自然人でない被告については，原裁判国にその本店，設立地，若しくは主たる事務所を有したとき。被告が，訴訟手続開始の当時，原裁判国に商業，産業，若しくはその他の事務所又は支店を有し，かつその事務所，支店の行った事業から生じる紛争につき訴えられたとき。訴訟が原裁判国にある不動産に関する紛争を目的とするものであるとき。人身に対する損傷又は有体財産に対する損害の場合において，損害を生ぜしめた事実が原裁判国において発生し，かつ，その損傷又は損害をひき起こした者が，これらの事実が生じた当時，その国にあったとき。（中略）承認又は執行を求められた者が，原裁判国の裁判所における訴訟で原告であり，かつ，その訴訟で敗訴したとき。但し，この管轄権を承認することが紛争の対象たる係争物のゆえに被要求国の法律に反するときは，この限りでない，と定めていた。以上，から の邦訳は，松岡・前掲注（12）「国際取引における外国判決の承認と執行」阪大法学 133・134 号 35 頁による。

3 ロング・アーム法

（1）ロング・アーム法と「最小限の関連」法理

間接的一般管轄は，その基準が同一性説，独自性説のいずれにあっても，過剰管

轄を有する外国裁判所のした判決に対して、大なり小なりの範囲で被告を救済する機能を営むが、過剰管轄の具体的内容、適用状況は多様であるから、当該外国判決の承認・執行については、個別に検討する必要がある。そこで、本稿においては、ロング・アーム法について概観する。

ア アメリカ合衆国の裁判管轄権は、各州が連邦憲法によって許容されている裁判権を行使する権能であり、領域内の人及び財産に対してのみ裁判管轄権を有するとするコモン・ロー上の原則が支配していたが、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。このような状況のもとにおいて、連邦最高裁判所は、*Internatinal Shoe Co. v. State of Washington*, 326 U.S. 310(1945) (23) において、対人管轄権の根拠として、被告が当該州の領域内に所在していない場合であっても、被告に対する訴訟の維持が「伝統的なフェアプレー及び実質的正義の観念」(traditional notion of fair play and substantial justice) に反しないものでなければならず、被告をして特定の法廷地で防御させることが不合理でないような法廷地との「最小限の関連」(minimum contacts)を有するときは、その州の管轄権を認めてもデュー・プロセスに違反しないと把握し、被告の法廷地内での活動の質と内容によって具体的に判断して決定すべきである、と判示した(24)。従来考えられていた州の裁判管轄権の範囲を越える司法判断が明示されたことから、その後、イリノイ州を初めとして(*Illinois Civil Practice Act* § 17 (1955))、各州は、周知のとおり、この *Internatinal Shoe Co. v. State of Washington* 事件の連邦最高裁判所判例の趣旨に則って、より広い裁判管轄権を有する内容のロング・アーム法を定めた(25)。

イ ロング・アーム法の内容は、各州によって異なり、単にその州の裁判所にデュー・プロセスの許す範囲内で裁判管轄権を行使することができるとするものもあるが、多くのものは、具体的には、州内における取引行為(transaction of any business within this state)、州内の不法行為(commission of a tortious act)、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って、「州内において提供されるべき労務または物品のための契約を締結すること(any act giving rise to the cause of action)」「州内においていかなる行為でもそれをなすこと(entering into a contract forservices or for materials)」「州内において発生する事件の原因を引き起こすこと(causing of an event to occur)」「州外でした行為により州内においていかなる被害であれそれを引き起こすこと(causing of any harm)」などが重要な規定であるとされている(26)。その結果、かえって当事者・関係者に不便な法廷地を管轄裁判所としなければならない不都合が生じたため、連邦最高裁判所は、*Koster v. Lumbermens Mutual Co.*, 330 U.S. 518(1947) (27) 及び *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 326 U.S. 310(1947) (28) において、他に裁判管轄権を有する別の裁判所がある場合は、証拠収集の難易、費用の多寡、証拠調べの難易、執行可能性の有無等の事情と、事件数増加による司法の負担、陪審員の負担、地域との関連性等の事情とを総合的に考慮し、当該裁判所で裁判することが適当でないと判断されるときは、訴えの却下または審理の停止をするフォーラム・ノン・コンヴィニエンス(forum non conveniens)の法理を裁判管轄権の行使について抑制するために採用した(29)。

ウ 「最小限の関連」法理の展開

他方、連邦最高裁判所は、「最小限の関連」法理について、World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286(1980)事件(30)判決において、オクラホマ州ロング・アーム法の「本州外での作為、不作為により本州内で不法行為の損害を与えた者」(12 Okl. Stat. § 1071.03(a)(4) (1971))に関し、被告がオクラホマ州で有する特権を意図的に利用しておらず、また、同州の対人管轄権行使上の特権・利益を受けたことにならず、原告が被告から購入した1台の自動車がオクラホマ州を通過中に事故に遭遇したという1回の偶然の出来事によって州との関連性を取得するとはいえないことを理由に、オクラホマ州の裁判管轄権を否定した(31)。同判決は、「最小限の関連」の基準として援用されつつあった「通商の流れ」(stream of commerce)理論にふれて、単に通商の流れの上に置くだけでは足りず、法廷地内で諸活動を行う特権を意図的に利用することが必要であるとした。事故地の州裁判管轄権を認めることにより訴訟手続上の便宜を図ることよりも、事故地に居住しない当事者双方に対して事故地の州裁判管轄権を認めることが連邦制の裁判制度からはみ出していることを考慮したものといえよう。

(2) ロング・アーム法と国際裁判管轄権

ア 連邦最高裁判所は、Asahi Metal Industry Co., v. Superior Court of California, 480 U.S. 102 (1987) 事件(32)判決において、国外の被告に対する裁判権行使の合理性は、他の国の手続的実体的利益、合衆国の対外政策上の利益を考慮しながら、原告と法廷地州のわずかな利益が外国の司法制度に応じなければならない深刻な被告の負担に優先させないようにすべきなのであって、それはWorld-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson 判決が示したファクターの評価にかかっており、本件においては、通商の流れに商品を置いたかどうかの問題を別にしても、不合理性が明白であり、原告にはカリフォルニアで訴訟をする方が便利であることの立証がないとし、カリフォルニアの裁判所がAsahi Metal社に対して対人管轄権を行使することは不合理であり、不公正であるとした。同判決は、それまでのような州際裁判管轄の場合ではなくて国際裁判管轄が問題とされており、「通商の流れ」理論については広狭の意見の対立により法廷意見が成立せず、「伝統的なフェアプレー及び実質的正義の観念」によって裁判管轄権を否定したものであり、「最小限の関連」が唯一の基準ではないことを示すとともに、フォーラム・ノン・コンヴィニエンスの理論を再構築したものだといえよう(33)。

イ 右のように、アメリカでは判例によってロング・アーム法に基づく裁判管轄権の拡張に歯止めをかける方向が打ち出されているが、他方で、本来は合衆国内の州際間におけるこれらの裁判管轄権の概念をもって国際裁判管轄権の存否の判断の基礎とし、なんらの国際的考慮を必要としていなかったようであり、むしろ、州及び国の内外を問わずに管轄権を及ぼすというのが本来の趣旨であったといわれている(34)。しかし、Asahi Metal事件の前にも国際的対人管轄権と州際的対人管轄権との区別が問題になった事件がなかったわけではなく(35)、アメリカの判例は、改めて州際裁判管轄と国際裁判管轄との違いを認識し始めているといわれており(36)、少なくともAsahi Metal社事件以降は、ロング・アーム法が適用される事案においても偶発性の要素を介入させるなどして外国人の裁判管轄に関する法的利益を十分に考慮する判断基準に依拠しているとみることができよう。

(23) ミズリー州に営業の本拠地を有し、ほかに数州に所在する工場、営業所で州際事業を行っていた靴製造販売会社（デラウェア法人）は、セールスマンをワシントン州で雇用し、同州で注文取りに従事させていたが、同州からセールスマンに直接送付された滞納失業保険金の徴収令書について、同州の管轄を争った。同判決の評釈として、山本敬三・別冊ジュリスト・英米判例百選 公法（1978年）94頁、松本正光・別冊ジュリスト・英米判例百選[第三版]（1996年）62頁。

(24) 326 U.S at 316.

(25) ウィリス・L・M・リース〔高橋一修訳〕「アメリカにおける裁判管轄権とロング・アーム法」1977 - アメリカ法1頁、浜上則雄「国際取引における製造物責任訴訟」鈴木忠一＝三ヶ月章監修・新実務民事訴訟講座6（日本評論社、1983年）32頁、坂本正光・アメリカ法における人的管轄権の展開（九州大学出版会、1990年）116頁、小林秀之・新版アメリカ民事訴訟法（1996年）30頁。

(26) 国際商事法研究所「アメリカ合衆国各州のロングアーム法」ILBマテリアルズ7巻2号、ウィリス・L・M・リース・前掲アメリカ法10頁。

(27) 保険証券を所持するニューヨーク在住の原告がイリノイ州法により設立された保険会社及びイリノイ州在住の個人を被告として derivative action をニューヨーク連邦地方裁判所に提起したもので、被告らはニューヨークでの訴訟の進行に多くの不便を有し、原告は法廷の選択に関して被告らにこれを甘受せしめるに足る利益を有しない、とした。

(28) バージニア州に在住する原告がペンシルベニア州法により設立されたガソリン供給会社を被告とし、原告の倉庫のタンクに被告がガソリン供給中の過失によって倉庫を焼失させたことを理由とする損害賠償請求訴訟をニューヨーク連邦地方裁判所に提起したもので、フォーラム・ノン・コンヴィニエンスの法理を採用して訴訟を却下した。

(29) 山本敬三「アメリカ法におけるフォーラム・ノン・コンヴェニエンスの法理」民商74巻5号（1976年）722頁は、訴訟を提起された裁判所以外の裁判所で、事件がより適切に審理されと考えられる場合には、裁判所はその本来有する管轄権の行使を裁量によって差し控えることができるという原則、と定義する。沿革については、道垣内正人「国際的訴訟競合（3）」法学協会雑誌99巻10号（1982年）1499頁以下。

(30) ニューヨーク州に居住する原告が同州で買った自動車（Audi）を運転してアリゾナ州に引っ越すために運転中、オクラホマ州で起きた追突事故により火傷を受けた損害について、ニューヨーク州法人の自動車製造会社、その輸入業者、地区配給元会社（World-Wide）、小売商（Seaway）を被告として自動車の欠陥を理由とする製造物責任を主張してオクラホマ州地方裁判所に提訴した事案において、World-Wide及びSeawayが minimum contacts を有しないと申し出た。

(31) 100 S.Ct. 559, 564-568. 早川武夫「製造物責任とロング・アーム法」国際商事法務8巻9号（1980年）442頁は、日本の立場からして、minimum contacts の果てしなき空洞化に歯止めをかけた慎重な多数意見は評価されるべきであるとする。「最小限の関連」法理は、被告が法廷地国に事務所・代理店・資産・従業員を有しているが、被告が法廷地国において広告や普及活動を行っているか、被告が法廷地国向けに商品設計したり改造を行ったか、被告が法廷地国における販売、サービス施設を設立したり管理していたか、被告の法廷地国における事業の規模・被告の法廷地国における事業活動と訴

訟の性質との関係，被告が法廷地国において事業を行うために登録したか，被告が法廷地国において銀行口座を有していたか，取締役会・共同作成会議・販売会議，その他関連のある会議が法廷地国で開かれたか，被告の法廷地国での活動期間と連続性等について検討すべきであるといわれている（ジョセフ・P・グリフィン「外国製造業者に対する裁判管轄権の確定に関する米国最高裁の指針」国際商事法務 15 巻 8 号（1987 年）599 頁）が，そのファクターをいかに具体的に評価するかが困難な問題であり，結論の予測可能性に乏しい面がある。

（32） カリフォルニア州民である原告が同州のハイウェイをオートバイで走行中にトラックと衝突事故を起こして重傷を負い，同乗していた妻が死亡した損害について，オートバイのタイヤ・チューブを製造した台湾の Cheng Shin 社とオートバイを販売したカリフォルニアの会社を被告としてタイヤの欠陥を理由とする製造物責任を主張してカリフォルニア州ソラノ郡上級裁判所に提訴したところ，Cheng Shin 社が，同会社にバルブを輸出した日本のタイヤ・バルブ製造会社である Asahi Metal Industry 社と上記販売会社に対して求償請求の訴状を提出した。訴訟において，Asahi Metal Industry 社以外の当事者間では和解が成立したが，同会社はカリフォルニア州ソラノ郡上級裁判所の裁判管轄権を争った。

（33） 江泉芳信「テキサス州の裁判管轄権をめぐる最近の問題」青山法学論集 36 巻 2・3 合併号（1996 年）177 頁以下，野村美明「アメリカの州裁判管轄理論の構造と動向」阪大法学 49 巻 3・4 号（1999 年）402 頁以下は，「伝統的なフェアプレー及び実質的正義の観念」，「最小限の関連」及び「フォーラム・ノン・コンヴィニエンス」の関係について，近時のアメリカの判例を分析しており，河原田有一「アサヒ判決以降の対人管轄権訴訟に関する米国連邦裁判所の判決動向（上）（下）」国際商事法務 25 巻 11 号（1997 年）1191 頁，同 12 号 1328 頁は，アサヒメタル判決以後の米国連邦裁判所が minimum contacts を必ずしも制限的に解釈していないことを紹介している。また，特に製造物責任訴訟については，小林秀之編・日米製造物責任対策（中央経済社，1996 年）359 頁以下がアサヒメタル判決前後における連邦裁判所の動向を分析している。

（34） 江泉芳信「アメリカ合衆国における対人管轄権とロング・アーム法」早稲田大学法研論集 12 号（1975 年）26 頁。

（35） 早川武夫「製造者責任とロング・アーム法」海外商事法務 115 号（1972 年）8 頁以下，江泉芳信「アメリカ合衆国裁判管轄権理論の新展開」青山法学論集 35 巻 3・4 号（1994 年）20 頁。

（36） 小林・前掲注（25）新版アメリカ民事訴訟法 67 頁。

4 ロング・アーム法と民訴法 118 条 1 号

（1） 製造物責任の直接的な一般管轄権

ア ロング・アーム法の内容は，前記のとおり州外の内国人または外国人の作為，不作為により州内の加害行為について対人裁判管轄権を拡大することを内容としているから，アメリカの被害者が外国の被告に対して製造物責任訴訟を提起するためには，ロング・アーム法を頼ることになるのが必然的であり，その対象として製造物責任訴訟が大きなウェイトを占めている。このようなロング・アーム法によりアメリカの特定州裁判所が外

国法人を被告とする製造物責任訴訟の裁判管轄権を認めてした判決について、わが国の裁判所に承認・執行の判決が求められた場合を検討した裁判例は、現在のところ見当たらない。外国判決の承認が求められた事例のなかで、裁判管轄権を特にとりあげて論じた裁判例が少ないのは、わが国において、未だ裁判管轄権の有無についての基準が必ずしも実務的指針として明らかでないことと、2号以下の要件に該当しないときは、特に裁判管轄権に論及することなく承認を拒否しうることからであろう(37)。訴訟の合理的な解決を最優先課題として考えるならばこの訴訟実務の動向を首肯することができるが、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、その他の要件が欠ける場合にはその判断の必要がないことに帰するというのでは十分ではなく、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、裁判管轄権を判断基準を検討する必要があることはいうまでもない(38)。

イ 直接的一般管轄権に関する判例が「民訴法の規定」と「特段の事情」を判断枠組みとして定着しつつあるなかで、製造物責任訴訟については、下級審裁判例ではあるが、加害行為地及び結果発生地をもって民訴法15条の不法行為地と認め、証拠の収集の難易等による提訴の便宜などを「特段の事情」の要素の一つとして裁判管轄を決定する実務の流れがある(39)。他方、製造物責任訴訟を一種の不法行為訴訟であるとみたとうえで、これを民訴法15条によって擬律すべきであるとする考え方は、従前から多数を占めている(40)が、不法行為地については、客観的にみてその製造物の流通することが合理的に予見できる国で損害が発生した場合に限定して、その国に間接的一般管轄権を認めてよいとする見解(41)と、この予見可能性の存在を要しないとする見解(42)がある。このような民訴法15条を抛り所とする考え方に対し、製造物責任は、原因行為地と損害発生地とが別々の国であるという特徴に基づいて、原因行為地、損害発生地を裁判管轄の基礎とするとの見解(43)、さらに、製造者が製品を商品流通の経路に置いて、通常の流通過程を経て消費者の手に渡らしめることを裁判管轄の基礎と据え、商品の購入地、商品の使用地をも裁判管轄の基礎とするとの見解(44)がある。

ウ 前記のとおり、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。この観点から国際的な取引を介した製造物の欠陥を原因として被害者が提起する製造物責任訴訟についてみると、原因行為地と損害発生地とが国を跨っていて、製造工程及び事故発生に関する証拠収集の便宜の有無は必要不可欠な視点であるから、国際裁判管轄は、国内土地管轄規定を一応の基準としながら、証拠収集などを中心とした公平、適正の理念に基づく特段の事情の有無を検討して定められるべきである。この場合、特段の事情は、具体的妥当性を確保する機能を果たすことが求められているから、たとえば、損害発生地が国際的な取引に基づく流通過程として予測される圏内にないことが主張立証された場合は、管轄を否定する要素となるものと考えられる。

(2) ロング・アーム法に基づく外国判決の承認・執行

ア 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、国内土地管轄と個別調整要素としての特段の事情とを基準として定めることが現実的であり、その際に考慮すべき要素は、間接的一般管轄において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私法関係の国際的安定を図る視点から検討すべきである。その内容については、わが国の事情にのみとられることなく、当該外国判決をした国の裁判管轄制度だけでなく、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、わが国と国際的に関連の深い国々の間で承認されている取り決め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。そして、アメリカにおけるロング・アーム法による裁判管轄の拡張は、単にロング・アーム法の文言によって裁判管轄権が自動的形成的に設定されるのではなく、「伝統的なフェアプレー及び実質的正義の観念」「最小限の関連」「フォーラム・ノン・コンヴィニエンスの理論」によって国際的裁判管轄権の存否を判断する枠組みが確立されている。これらはデュープロセスの理論に裏付けられたものであるが、わが国の国際裁判管轄の判断基準の中核をなす理念と矛盾するものではない。

イ 日本の製造業者がアメリカに輸出した製品の欠陥によりアメリカで人身事故が発生した場合、ロング・アーム法による裁判管轄権に基づいてされたアメリカの裁判所の判決は、結果発生の予見可能性の存在を前提として、一時的には、アメリカの間接的一般管轄権を肯定することが国際的観点からいかに評価されるかをみる必要がある。

ところで、アメリカにおいては、外国判決の承認はデュー・プロセスによって判断されているが、その拠り所として1962年に外国金銭判決承認法(Uniform Foreign Country Money-Judgment's Recognition Act)がモデル法として作成され、同法は、4条で承認拒否事由として「(a)外国判決は、次の場合には拘束力を有しない。(中略)(2)外国裁判所が、被告に対人的管轄権を有していなかったとき。(3)外国裁判所が審判事項に対する管轄権を有していなかったとき。(後略)」、第5条で対人管轄権として「(中略)(b)本州の裁判所は、他の管轄権の基礎を承認することができる。」と定め(45)、また、1989年作成のアメリカ対外関係法第三リステイメント(RESTAEMENT (THIRD) OF FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES)は、直接的裁判管轄権の要件について、421条において、「(2)(中略)(j)自然人であれ又法人であれ、その者がその国家外でその国家内に実質的、直接的、かつ予見可能な効果をもつ行為を行ったとき。ただし、その行為に限るときに限る。(後略)」(46)と定め、間接的一般管轄権については、482条において、「(1)合衆国の裁判所は、次のいずれかの場合には、外国裁判所の判決を承認することができない。(a)判決が、公平な法廷または法の適正手続と合致する手続を備えていない裁判制度において言い渡されたとき。(b)判決裁判所が被告に対して、判決国の法律及び421条に定める規則によれば管轄権を有しなかったとき。(2)合衆国の裁判所は、次のいずれかの場合には、外国裁判所の判決を承認することを要しない。(a)判決裁判所が訴訟の審判事項に対する管轄権を有しなかったとき(後略)」(47)と定め、直接的一般管轄と間接的一般管轄との判断基準の一致を求めながら、国内事件の裁判管轄と区別された直接的一般管轄を定めている。

1990年10月にハーグ国際私法会議特別委員会で作成された「民事及び商事に関する

る裁判管轄及び外国判決に関する条約準備草案」(48)は、10条において、不法行為事件の国際裁判管轄権について、「1 原告は、次のいずれかの国の裁判所に不法行為に基づく訴えを提起することができる。a)損害の原因となった被告の行為(不作為を含む。以下この条において同じ。)がされた国 b)損害が発生した国。ただし、責任を問われている者が、その行為によってその国で同様の性質の損害が発生することを合理的に予見できなかったことを証明した場合は、この限りでない」(49)と定め、また、間接的一般管轄について、25条において、「1 3条から13条までの規定に定める管轄原因又はそれらの管轄原因のいずれとも矛盾しない管轄原因に基づく判決は、本章の規定にしたがって承認又は執行がされる」(50)と定めている。

ウ ロング・アーム法により「州内においてした不法行為」、「州外でした行為により州内においていかなる被害をも惹起すること」と定められた管轄権は、不法行為に管轄規定、営業行為、法人の支店・事務所等の規定、最小限の関連、フォーラム・ノン・コンヴィニエンスの法理等によって解釈・運用されるアメリカの人的裁判管轄の法理と、外国金銭判決承認法及びアメリカ対外関係法第三リステイメントの規定と、前記ハーグ条約10条の定めによる人的裁判管轄の定めと、1990年「民事及び商事に関する裁判管轄及び外国判決に関する条約準備草案」による国際裁判管轄及び外国判決の承認・執行基準との間には、基本的な考え方に微妙な差異があり、具体的事案の処理において結論を異にするであろうことを否定できない。しかしながら、間接的一般管轄権は基本的には直接的一般管轄権の所在に依拠すべきものであるとの考え方を前提にする以上、具体的な事案に応じて、国際的裁判管轄が当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念に従って判断すべきものであるから、間接的一般管轄権の判断に当たっては、これを否定して改めて国際的裁判管轄権を行使しなければならない事情があるかどうかという国際的な視点に立って外国判決の承認・執行を判断すべきであると考えられる(51)。

(37) 高桑・前掲注(2)『新実務民事訴訟講座7巻』139頁

(38) わが国の製造物責任訴訟の国際裁判管轄については、近時のものとして、小林秀之編『新製造物責任大系〔海外編〕』(弘文堂、1998年)721頁、柏木昇「涉外製造物責任」升田純編『現代裁判法大系』(新日本法規出版、1998年)349頁が実務にも明るい。

(39) 東京地裁昭和59年3月27日判決・下民集35巻1～4号110頁(判例時報1113号26頁)、東京地裁昭和61年6月20日判決・判例時報1196号87頁、東京地裁平成3年1月29日判決・判例時報1390号98頁等が確固とした流れとなっているといえよう(渡辺惺之・昭和59年度重要判例解説(1985年)292頁も判例上定着しつつあるとする)。

(40) 佐藤哲夫・別冊ジュリスト涉外判例百選(増補版)(1977年)271頁、池原・前掲注(8)『新実務民事訴訟講座7巻』31頁、越川純吉「涉外事件裁判研究(5)」中京法学19巻1号(1984年)48頁、小林秀之『新版PL法』(弘文堂、1995年)207頁、藤田泰弘『日/米国際訴訟の実際と論点』(日本評論社、1998年)158頁。

(41) 池原・前掲注(8)『新実務民事訴訟講座7巻』32頁。

(42) 新堂＝小島編・前掲注(8)『注釈民事訴訟法(1)』132頁(道垣内正人)。

斎藤ほか編・前掲注(5)『〔第2版〕注解民事訴訟法(5)』444頁(山本), 小林編・前掲注(38)『新製造物責任大系〔海編〕』725頁は, 特段の事情の一要素として例外的に考慮すべきものとする。

(43) 新堂=小島編・前掲注(8)『注釈民事訴訟法(1)』131頁以下(道垣内), 同・判例評論310号(1984年)44頁。

(44) 後藤明史・別冊ジュリスト『涉外判例百選(第3版)』(1995年)201頁, 同「製造物責任訴訟の裁判管轄権」別冊ジュリスト『国際私法の争点(新版)』(1996年)225頁, 松岡博「国際裁判管轄」『現代契約法大系(9)』(有斐閣, 1985年)291頁。

(45) 松岡博「アメリカ統一外国金銭判決承認法」阪大法学145号・146号(1988年)223頁, 229頁の訳による。

(46) アメリカ対外関係法リスティメント研究会(訳)「アメリカ対外関係法第三リスティメント(4)」国際法外交雑誌89巻2号(1990年)53頁の訳による。

(47) アメリカ対外関係法リスティメント研究会(訳)「アメリカ対外関係法第三リスティメント(14)」国際法外交雑誌91巻1号(1992年)99頁の訳による。

(48) 条約草案に関する議論の概要については, 道垣内正人「『民事及び商事に関する裁判管轄権及び外国判決に関する条約準備草案』を採択したヘーグ国際私法会議特別委員会の概要について(1)~(7・完)」国際商事法務28巻2号~8号(2000年)。ただし, この準備草案の審議の見通しは必ずしも明るくないようで, 日米と欧州諸国との裁判管轄に関する深刻な対立があるとのことである(道垣内正人「ハーグ裁判管轄外国判決条約案の修正作業」ジュリスト1194号(2001年)72頁, 始関正光「国際私法の課題」NBL752号(2003年)36頁)。1968年ブラッセル条約(中西康「民事及び商事に関する裁判管轄権及び裁判の執行に関するブリュッセル条約(1)(2・完)」民商法雑誌122巻3号(2000年)426頁以下, 4号(2000年)712頁以下)・1988年ルガノ条約(奥田安弘『国際取引法の理論』(有斐閣, 1992年)308頁以下)に加盟している欧州諸国においては, 域内での国際裁判管轄の秩序が成立しており, 2002年3月1日施行の理事会規則により統一的適用が加速されるために, これと異なる新たな秩序形成, とりわけフォーラム・ノン・コンヴィニエンスの法理の活用に積極的な行動をとりにくいという事情があると思われる。

(49) 小川秀樹=小堀悟「『民事及び商事に関する裁判管轄権及び外国判決に関する条約準備草案』をめぐる問題」NBL699号(2000年)30頁(道垣内正人仮訳)による。

(50) 前掲注(49)NBL699号37頁(道垣内正人仮訳)による。

(51) 小杉丈夫=辰野守彦「承認条件としての管轄権」ジュリスト増刊『国際私法の争点』(1980年)162頁。

5 おわりに

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の上で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恐れがある。平成8年の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・執行の立法が見送られたが, 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ものといえるのであって、国際民事訴訟に関する手続保障の確保のために、判例理論の一層の発展により「特段の事情」の具体的類型化が明確になることが期待される。

第8章 上告審の審理の範囲

- 1 はじめに
- 2 書面審理
- 3 調査・判断の範囲
- 4 職権調査
- 5 おわりに

1 はじめに

最高裁判所に対する上告については、上告理由が旧民事訴訟法（以下、これを「旧法」といい、新民事訴訟法を単に「法」という。）394条の規定より限定され、憲法違反及びいわゆる絶対的上告理由のみを上告適法要件とする上告事件（法312条）とし、従来の法令違反は職権破棄事由とされ（法325条2項）、法令違反のうち判例違反等の法令の解釈に関する重要な事項を含むものについては、申立てに基づき決定により上告を受理する上告受理申立事件（法318条）とされている。2種類の上訴手続が峻別されている。上告審の審理の対象が限定されたのは、濫上告を制限することにより、上告審たる最高裁判所が憲法判断及び判例統一機能を十全に果たすことができるようにするための制度改革の一環である（1）。

本稿は、この新しい上告制度及び上告受理申立制度において、最高裁判所の上告審としての書面審理（法319条）、調査の範囲（法320条）及び職権調査事項（法322条）について、当事者の手続保障の確保の在り方を考察するために、同じ文言の旧法（401条、402条及び405条）の注釈に関する拙稿（2）を土台にして、近時の動向を踏まえて検討したものである。高等裁判所の上告事件は除いた。

（1） 裁量上告制度は、法務省民事局参事官室により公表された『民事訴訟手続に関する検討事項』（平成3年3月）における上訴制度の改革に関するもので、最高裁判所に対する負担を軽減するとともに、法令解釈を統一する権能をより充実させる目的で示された（法務省民事局参事官室『民事訴訟手続に関する検討事項補足説明』別冊NBL 23号（1991年）66頁）。わが国の上告制度が世界に例を見ない円筒型の三審制度である問題点については、三ヶ月章「上告制度の目的」小室直人＝小山昇先生還暦記念『裁判と上訴上』（有斐閣、1980年）198頁（同『民事訴訟法研究第8巻』（有斐閣、1981年）85頁以下所収）が圧倒的な迫力で論述しており、上野泰男「上訴制度について」法学論集43巻1＝2号（1993年）43頁以下が、上告制度改革の流れの中でわが国及び諸外国の上訴制度について概観している。なお、民事訴訟法現代語化研究会『各国民事訴訟法比較参照条文』（信山社、1995年）が便利で有用である。今次の上告制度改革の経緯及び趣旨については、竹下守夫「最高裁判所に対する諸制度（上）（下）」NBL 575号（1995年）39頁以下、同576号44頁以下、山本克己「上告制度に関する改正の経緯」三宅省三＝塩崎勤＝小林秀之編集代表『新民事訴訟法大系 4巻』（青林書院、1997年）23頁以下、法務省民事局参事官室編『一問一答 新民事訴訟法』（商事法務研究会、1996年）341頁。

（2） 新堂幸司＝鈴木正裕＝竹下守夫編集代表・鈴木正裕＝鈴木重勝編『注釈民事訴訟

法(8)』(有斐閣, 1998年)319頁以下。

2 書面審理

(1) 書面審理の趣旨

訴訟の本案について判決をするときは, 口頭主義に基づき, 口頭弁論を経なくてはならない(法87条1項本文)が, 法319条は, 本案について上告棄却の終局判決をする場合, 口頭弁論を経ないで, 書面審理だけで足りるとして, 口頭主義の例外を定めた(法87条3項)ものである。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, 答弁書その他の書面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的保障を確保する必要がないものということができるから, 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というべきである。

法319条は, 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, その適用はなく, 原則どおり(法87条1項本文)口頭弁論を開く必要がある。上告審の前記性格からみれば, 上告状, 上告理由書, 上告受理申立理由書, 答弁書その他の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(3)。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。

(2) 判決の言渡し

上告審は, 上告が適法であると認めたとうえで, 書面審査により上告の理由がないと判断したときは, 上告棄却の判決をすることになるが, この判決の言渡しは, 旧法時代は, 判決言渡期日を指定するだけで, 当事者に対して右期日の呼出状を送達しない取扱いが実務となっていた(4)。この点については, 反対の学説が多かった(5)。実務の取扱いは, 判決の言渡し当事者の在廷なしでも行なうことができ, 在廷していても訴訟行為をすることができないこと, 口頭弁論期日が開かれないまま判決言渡期日が当事者に通知された場合, 当事者は本条による上告棄却の判決がされることを推知させる結果になること, 判決言渡し後に判決正本の送達を受けるから不利益はないことなどを理由とされていた(6)。しかし, 当事者としてみれば, いつ判決の言渡しされるかを予測できない制度のもとでは, 送達を受けて初めて判決のあったこと及びその内容を知ることができるにすぎないという不安定な立場に常時あることに納得がいかないであろう。上告審では, 上告棄却の判決の言渡しによって原判決が確定するのであるから, 判決確定時期が具体的に予測できないということは手続保障に欠けるというべきであろう。新しい民事訴訟規則(以

下、「規則」という。) 156条本文は、判決の言渡期日の日時は、あらかじめ、裁判所書記官が当事者に通知するものとする定められ、これが控訴審及び上告審の訴訟手続について準用されている(規則179条, 186条)(7)。適法な上告事件及び上告受理申立事件は、限定された上告理由に基づくものであり、また、上告棄却の判決の場合でも口頭弁論を開く事案が従前よりも多くなると考えられるから、判決言渡期日の通知に関する実務の運用を維持すべき状況が変わったものということもできる(8)。

(3) 伊藤眞『民事訴訟法(補訂第2版)』(有斐閣, 2000年)648頁。

(4) 最高裁昭和44年2月27日第1小法廷判決・民集23巻2号497頁。

(5) 菊井維大=村松俊夫『全訂民事訴訟法〔補訂版〕』(日本評論社, 1993年)1027頁, 同『全訂民事訴訟法』(日本評論社, 1986年)279頁, 兼子一=松浦馨=新堂幸司=竹下守夫『条解民事訴訟法』(弘文堂, 1986年)1224頁(松浦馨)等。

(6) 豊水道祐『最高裁判所判例解説民事篇昭和44年度(上)』(法曹会, 1970年)70頁。

(7) 最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事訴訟規則』(法曹会, 1997年)324頁は、規則156条の新設の理由について、「判決の言渡期日の通知がされていなかったことに対しては、批判があり、今回の改正により、決定による処理の余地が広がり、判決をしなければならない場合が相当減少するものと見込まれることから、最高裁判所において判決するときは、その言渡期日の通知をすべきであるとの指摘がされていた。(中略)本条は、主に、最高裁判所の判決言渡しに関する上記批判や指摘に応えるものであり」と説明している。

(8) 決定で上告を却下または棄却した上告事件及び決定で上告不受理とされた上告受理申立事件の数は、最高裁判所事務総局『平成14年司法統計年報1民事・行政編』(最高裁判所, 2003年)47頁によれば、平成14年は、最高裁の民事・行政新受事件が、上告事件2264件、上告受理申立事件が2357件で、既済事件は、上告却下決定が60件、上告棄却決定が2198件、上告不受理決定が2286件であり、98%以上が決定で処理されている。高林龍「最高裁に対する上訴手続の特則」塚原朋一=柳田幸三=園尾隆司=加藤新太郎編『新民事訴訟法の理論と実務(下)』(ぎょうせい, 1997年)343頁は、最高裁での口頭弁論の機会が多くなるから判決言渡期日の事前通知の運用がしやすくなるとする。

3 調査・判断の範囲

(1) 不服申立ての限度

法320条は、文言上は、旧法402条について口語体で読点を打ったものに改めた規定であるが、審判の対象は原判決中の不服申立ての部分であり、その限度で原判決の当否を上告理由に基づいて調査すべきことを定めた。控訴審における審理の対象及び弁論の範囲が不服申立ての限度であるとしている法304条, 296条1項の規定、さらには、旧々民事訴訟法(大正15年法第61号による改正前のもの)445条の「上告裁判所ハ当事者ノ為シタル申立ノミニ付キ調査ヲ為ス」との規定と同趣旨であり、処分権主義及び弁論主義の帰結となっている。そこで、法402条は、口頭弁論を開くかどうか裁量的であり、かつ、事後審である上告審の特性に基づいて、上告審の審理すべき範囲及び

判決すべき限度を「調査」の範囲として規定されたものであるといえることができる(9)。

旧法402条については、調査の範囲が不服申立ての限度に限る趣旨か、上告理由についてのみで足りるとする趣旨かが文言上は明らかではなかった。しかし、確定した認定事実に対して正しく法令を適用して紛争を解決することは裁判所の職責であり、とりわけ法律審たる上告審の重要な責務であること及び実体法の解釈適用の誤りは容易に判明することを理由に、実体法の解釈適用の誤りは上告理由に指摘がない場合であっても職権をもって調査すべきであり、また、原判決における手続法違反は、判決の結論との因果関係が必ずしも明白ではない場合があり(重要な手続法違反が絶対的上告理由とされている)、当事者が責問権を放棄している場合もあるから、職権調査事項に属する手続法違反を除き、当事者が上告理由で主張することを要すると解する基盤があると解されてきた(10)。もっとも、実体法の解釈適用の誤りは、職権調査事項(旧法405条)ではなく、また、不利益変更禁止の原則を排除するものではないから、不服申立ての限度を越えて原判決を変更することはできないことも当然であった。法325条2項は、このような旧法時代の上告審の職責としての破棄事由を認めたものであるが、単なる法令違反は、最高裁に対する上告理由または上告受理申立ての事由とすることはできないものとされた反面で、実体法、手続法を問わず、法令違反が判決の結論に影響を及ぼすものは職権で調査することができ、不服申立ての限度で原判決を破棄することができることを明らかにしたものである。

(2) 職権破棄と調査義務

高等裁判所のした終局判決に対する不服申立ての方法が最高裁への上告と上告受理の申立ての2つとなり、上告は、憲法違反と絶対的上告事由のみが権利として許容され(法312条、325条1項)、法令違反は職権破棄事由とされ(法325条2項)、他方で、法令解釈に関する重要な事項を含む事案については上告受理の申立てのみをすることができ、これが受理された場合に上告受理申立理由が上告理由とみなされる(法318条1項、4項)ものとされた。その結果、2つの不服申立てはまったく別個独立のものとなったと解すべきであり、したがって、上告事件または上告受理申立事件において上告理由書または上告受理申立理由書に記載のある上告事由が認められるときは、原判決を破棄しなければならない(法325条1項)、また、これらに記載のない憲法違反、絶対的上告理由及び判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反があるときは、職権で職権で原判決を破棄することができる(325条2項)(11)。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(12)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ことを目的とし、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とに照らすと、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避ける必要がある。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(法325条1項)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がされ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(13)。

(9) 菊井＝村松・前掲注(5)『全訂民事訴訟法』281頁，富越和厚「最高裁判所における新民事訴訟法の運用」法の支配116号(日本法律家協会，2000年)47頁。

(10) 兼子一『新修民事訴訟法体系(増訂版)』(酒井書店，1965年)462頁，小室直人「上告理由」新堂幸司編集代表・鈴木正裕＝鈴木重勝編『講座民事訴訟法』(弘文堂，1985年)275頁，菊井＝村松・前掲注(5)『全訂民事訴訟法』282頁，兼子＝松浦＝新堂＝竹下・前掲注(5)『条解民事訴訟法』1225頁(松浦)，斎藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼一編著『〔第2版〕注解民事訴訟法(6)』(第一法規出版，1993年)561頁(小室直人・東孝行)，谷口安平＝井上治典編『新・判例コンメンタール6』(三省堂，1995年)281頁(吉井直昭)等。ドイツ民事訴訟法(ZPO)559条の規定，その立法の経過がわが国の学説及び実務に及ぼした影響については，小室直人「民事上告の性格」『上訴制度の研究』(有斐閣，1961年)128頁以下。

(11) 上告と上告受理申立ての関係については，峻別するかどうか争いがある(富越・前掲注(9)「最高裁判所における新民事訴訟法の運用」42頁)。当事者に対して上告事由を制限し，一方の手續では他方の不服事由を主張しないとしている以上(法318条2項，規則190条，199条)，両手續は審理手續を異にするという峻別説によれば，上告受理申立事件で上告受理決定で認められた事由について理由があるときは，法325条1項で破棄しなければならない，また，法312条所定の上告事由を発見した場合には，法325条2項により職権で原判決を破棄することができるにすぎない(伊藤・前掲注(3)『民事訴訟法[補訂第2版]』649頁，小室直人＝賀集唱＝松本博之＝加藤新太郎編『基本法コンメンタール・新民事訴訟法3[第2版]』(日本評論社，2003年)76頁(田中豊))。他方，上告受理申立事件については318条4，5項による「みなし」「準用」の措置がとられているにすぎないことから，両者は申立ての入り口を異にするだけであるとする相互補充説によれば，上告受理決定のされた受理申立事件において，法312条所定の上告事由を発見した場合には，上告の場合と同じように法325条1項により原判決を破棄しなければならない，上告受理決定で認められた事由について理由があるとき及びそれ以外の法令違反を発見した場合には，いずれも職権で原判決を破棄することができるにすぎない(法務省民事局参事官室編・前掲注(1)『一問一答 新民事訴訟法』360頁，368頁，中野貞一郎『解説民事訴訟法』(有斐閣，1997年)80頁，田原睦夫「弁護士からみた今後の上告制度の活用」三宅省三＝塩崎勤＝小林秀之編『新民事訴訟法大系4巻』(青林書院，1997年)89頁，徳田和幸「最高裁判所に対する上訴制度」竹下守夫編集代表・伊藤眞＝徳田和幸編『講座・新民事訴訟法』(弘文堂，1998年)64頁，平岡建樹「上告及び上告受理の申立て」滝井繁男＝田原睦夫＝清水正憲『論点新民事訴訟法』(判例タイムズ，1998年)491頁)。

(12) 青山善充「上告審における当事者救済機能」ジュリスト591号(1975年)83頁，鈴木重勝「当事者救済としての上訴制度」新堂幸司編集代表・鈴木正裕＝鈴木重勝編『講座民事訴訟』(弘文堂，1985年)33頁，大須賀虔「上告制度の目的」同『講座民事訴訟法第』37頁等。歴史と今後の展望として，徳田和幸「上告制度略史」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』(有斐閣，2002年)830頁以下。

(13) この場合には，職権により原判決を破棄するのであるから，上告理由に対応する

ものとしての調査義務がない（竹下守夫＝青山善充＝伊藤眞編集代表『研究会・新民事訴訟法－立法・解釈・運用』ジュリスト増刊（有斐閣，１９９９年）４１０頁（柳田幸三，福田剛久，伊藤眞），小室＝賀集＝松本＝加藤編・前掲注（１１）『基本法コンメンタール・新民事訴訟法３〔第２版〕』７２頁（田中））ことはいうまでもないが，調査義務はないけれども，破棄するかどうかの適切な裁量権の行使をすべき責務を負担している（富越・前掲注（９）「最高裁判所における新民事訴訟法の運用」４６頁）といえるだけでなく，破棄する責務を負っていると考えられる（同旨，竹下＝青山＝伊藤編集代表・前掲『研究会・新民事訴訟法－立法・解釈・運用』４１０頁（鈴木正裕），４１２頁（青山善充））。職権破棄は，旧法時代に比べると，多くなっているようである（統計的には，遠藤功「上告審の審理と裁判について」金沢法学４１巻１＝２号（１９９９年）３１１頁掲記の表及び判例時報１６８１号４０頁，１７１４号３８頁，１７４８号２４頁，１７８９号３１頁，１８２２号３５頁参照）。

（３） 不服申立範囲の基準

ア 上告審が原判決を破棄できるのは，不服申立ての範囲内であるから，例えば，Ａ請求及びＢ請求を認容した原判決に対し，被告（上诉人）がＡ請求の認容部分についてのみ上告または上告受理申立てによる受理決定によって原判決の破棄を求めた場合には，Ｂ請求に対する原判決の判断の当否は調査の対象とはならないから，Ｂ請求についての原判決の判断に明らかな誤りがあると判断すべき場合であっても，その部分を破棄することは許されない。処分権主義の帰結である。しかし，原判決に対する上告の提起または上告受理申立ての受理決定によって，原判決中のＡ請求及びＢ請求は上告審に移審しているのであるから，上诉人は，上告審の口頭弁論の終結に至るまで，あるいは口頭弁論が開されない場合には評議の成立するまで，不服申立ての範囲をＡ及びＢ請求に拡張することができる。もっとも，不服申立ての範囲を拡張する場合，拡張されたＢ請求部分の上告理由が上告理由書提出期間内に主張されておらず，その期間後に補充されたとすれば，その上告理由の主張は不適法であるから，拡張されたＢ請求部分の上告申立ては却下されるべきである（法３１６条１項２号，３１７条１項）。

イ 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，原告が上告も附带上告もしなかったとき，上告審は予備的請求に対する上告に理由があると判断したならば，主位的請求を審理，判断することができるかという問題がある。

最高裁昭和５４年３月１６日第２小法廷判決・民集３３巻２号２７０頁は，第三者のためにする輸出円貨代金振込依頼契約に基づき振込金の支払いを求めた主位的請求については第三者のためにする契約であることを否定してこれを棄却し，売買代金債権を有する振込依頼者に代位して契約を解除して取立金の支払いを求めた予備的請求については相殺の抗弁を権利濫用として排斥してこれを認容した原判決に対し，被告が上告した事案において，相殺の抗弁を排斥した点の法令の解釈適用を誤った違法をいう上告論旨を容れ，原判決中，予備的請求を認容した部分を破棄し，その部分のみを原審に差し戻した。その結果，主位的請求部分に関する原判決は確定した（１４）。本判決は，原判決を破棄する範囲について意見が分かれた。補足意見は，主位的請求部分については不服の申立てがなかったから，その請求について調査，判断することが許されない，これを許すときは，不服のない

訴訟当事者の一方の利益のためにその相手方である訴訟当事者に不測の不利益を被らせるものであって、いわゆる不利益変更禁止の原則に触れるばかりでなく、かえって、私的紛争の公平な解決を目的とする民訴法の基本理念に照らして相当でない、この理は、被上告人が主位的請求について上告または附带上告をしなかったのは、被上告人が原審の判断を正当であると考えたためか、またはこれについて不服申立てをする必要がないと考えたためかどうかによって左右されない、と説明した。これに対する反対意見があって、それは、被上告人がその不服申立てをしなかったのは、原審が法令の解釈適用を誤ったためであるということが出来るから、このような場合、当審が、特段の事由あるものとして、被上告人が一審、原審を通じて主張してきた主位的請求部分を調査判断の対象とすることは、私的紛争の合理的解決を目的とする民訴法の基本理念に照らして是認すべきである、というものである。

ウ 学説の多数は、このような場合、原告の附带上訴なしで主位的請求部分を調査、判断の対象とすることは不利益変更禁止の原則に反することを主たる理由として、予備的請求部分のみが上告審の審理、判断の対象となると解している(15)。その理由として、理論的には処分権主義、被告に対する防禦権の保障を挙げ、原告に上告ないし附带上告を求めることに問題はなく、予備的請求に関する原判決が破棄されるときは口頭弁論が開かれるから附带上告をする機会が与えられており、上告理由書の提出については、上告理由と同じ理由に基づくものであれば期間の制限を受けないし、別の理由に基づく場合であっても期間伸張の決定を受ければよいとする。これに対して少数説は、論拠としては、主位的請求と予備的請求の請求の趣旨が同一である場合は、予備的請求を認容された原告からの上訴申立ては必ずしも期待できないこと、予備的併合訴訟における両請求は不可分一体の関係にあり、両請求に対する判決は1個の全部判決であるから、予備的請求認容判決だけを破棄することはできないこと、選択的併合と比較して、排斥的關係にあるために予備的併合関係を利用した場合だけが不利益となるのは不公平であり、予備的な附带上訴の意思があるものとして扱うべきであること、予備的併合は、順位づけられた選択的併合というべき性質の申立てとして取り扱うべきであること、請求の趣旨が同一の両請求においては、棄却された主位的請求部分を破棄することが被告に対する不利益変更には当たらないことなどであるが、いずれにしても予備的併合を原告に保障した以上、主位的請求部分についても審理、判断をするべきであるとしている(16)。折衷説として、被告の不服申立ては、原判決中の予備的請求にしか及ばないが、上訴審が主位的請求を基礎づける理由に基づいて予備的請求認容部分を棄却するときは、原告が上訴しなかった事情、給付目的の同一性ないし類似性、被告の応訴内容等を利益考量したうえで、主位的請求にも拡張すべきかどうか判断する、とする考え方がある(17)。

エ 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(18)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といわざるをえない。問題は、両立しえない2個の請求は予備的請求としてのみ併合できると考えるか、選択的併合の態様を許容できるのか、また、両立しうる2個の請求は選択的請求としてのみ併合できると考えるか、予備的併合の態様を許容できるのか、という点にあるよう

に思われる。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。両立しない2個の請求は予備的請求としてのみ併合でき(19)、両立する2個の請求については予備的併合の態様を許容できない(20)とするのが論理的ではあるが、実務では、併合態様の選択については、具体的な立証上、効果上の諸事情から求められた判断順序についての原告の意思を尊重し、請求が両立するかどうかを問わず、処分権主義の発現として必ずしも厳しく規制せずに許容している(21)。このように異なる態様の請求が予備的請求の形式で併合されている場合に、両立しない請求かどうかによって上告審の調査、判断の対象が異なるとするのは法的安定性を欠くというべきであるが、他方、請求の性質を問わないで形式に従うとするのも具体的妥当性を欠くことになる。実務上は、単に審理の順序を指定する趣旨で予備的併合が申し立てられている場合は、選択的併合に変更する意思の有無を確認する必要がある。しかし、受訴裁判所が原告に対して予備的併合の趣旨を釈明しなかったからといって、違法となるものではない(22)。このような原告の便宜をも考慮した実務の運用を前提とする限り、あえて予備的併合を選択した原告に上訴の手続を要求することは、やむをえない法的決着方法であると考えられるから、最高裁昭和54年3月16日第2小法廷判決を支持すべきである(23)。したがって、原告は、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、主位的請求部分について上告ないし附帯上告をする必要がある。

オ この判例理論のもとで上告審の審理に求められる重要なことは、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(24)。上告審の訴訟手続上、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、附帯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。事案によっては、この時点において附帯上告を提起することもできないわけではない(25)。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付帯上告をする必要がある旨を告げることが望まれる。

ところで、予備的請求を認容した原判決に対して、被告が憲法違反ないし絶対的上告理由を主張して上告した場合、原告は附帯上告を提起することができるし、被告が判例違反など法令の解釈に関する重要事項を含むことを事由として上告受理申立てをした場合、原告は附帯上告受理の申立てをすることができるが、上告事件において附帯上告受理申立てをすることができるか、また、上告受理申立事件において附帯上告をすることができるかが問題になる。最高裁平成11年4月23日第2小法廷決定(26)は、いずれもこれが許されないとした。上告事由と上告受理申立ての事由とは峻別されている制度のもとでは、上告期間ないし上告受理期間を経過した後は、上告した者は上告受理申立事由を主張できなくなり、また、上告受理の申立てをした者は上告事由を主張できなくなることに鑑みると、この場合、相手方に対してはこのような交差的な主張を許すことは不公平な結果となり、制度の趣旨に反するも結果になることは否定できない(27)。しかしながら、そうす

ると、原告は、附帯上告ないし附帯上告受理の申立てについて制限を受けることとなり、これを避けるためには被告の上告とともに自らも上告を提起しなければならず、予備的請求を認容した原判決に対する上訴審における従来の原告の立場に比較して、著しく手続保障に欠けるものと考えられる。このような場合、交差的な附帯上告または附帯上告受理申立ては、上訴必要説における原告の手続保障の確保のために適法なものとして受理すべきであるとする。前記最高裁平成11年4月23日第2小法廷決定は、予備的請求に関する事案ではないから、これと抵触するものではないといえることができる。

(4) 調査の限界としての事実審の専権

ア 法321条1項は、上告審が、飛躍上告の場合を除き(2項)、原審の適法に確定した事実拘束され、原審の事実認定の当否を審査することは許されない、とするものである。上告審は、法律審であって、原判決の憲法その他の法令違反の有無を審査する審級であり、新たな訴訟資料の提出を許したり、証拠調べをすることはありえないから、この原則が明示された。

ところで、事実問題は事実の存否の確定の問題であり、法律問題は確定された事実の法的評価と法令適用の問題である。しかし、この区別は、具体的には必ずしも峻別できないところがあり(28)、法律問題の範囲を拡張解釈して審判すれば原審の事実認定に干渉することになり、また、事実問題の範囲を拡張解釈して審判すれば事実の法的評価、法令適用を遺脱することになる(29)。原審が証拠に基づき認定した事実、証明を要しない顕著な事実、当事者間に争いのない事実及び法律上推定される事実について、原判決の文言にとらわれずに、法律判断そのものか、その判断の対象となる事実かを法律審として顧慮する必要がある。「の証拠によれば、次の事実が認められる。」「次の事実は当事者間に争いが無い。」などの形式で摘示された事実中には、純然たる事実ではなく、事実と法的評価を織り混ぜたものが含まれていることがある。上告審としては、このような場合、原審の法的評価について審理判断することができる。

意思表示の解釈に関する原審の判断については、意思表示中の事実としての要素である表示行為に関する認定は上告審の審理判断の対象とならないが、その表示行為の法的評価は法律問題である(30)。この法的評価の誤りには、法律解釈の誤りによる場合と経験則の適用の場合とがあるが、いずれも経験則違反の事実認定の問題ではない。もっとも、意思表示の解釈の不当は、法令の解釈のそれとは区別されるから、それが経験則または論理則に違反した場合に法律問題となる(31)というべきことが多いであろう。最高裁昭和32年10月17日第1小法廷判決(裁判集民事28号171頁)は、損害賠償責任を認めて70万円の支払いを約し、株等を処分して約30万円を支払ったうえ、不動産を本日限り譲渡する、以後勝手に支配下されたい旨の文書を作成した事案において、原審が登記手続及び引渡期日についての話し合いがされなかったことなどを根拠にして、不動産を担保として譲渡したものであると解すべきであるとした点には経験則違反があったとした。また、最高裁昭和37年10月2日第3小法廷判決(裁判集民事62号637頁)は、無催告解除特約のある宅地賃貸借契約につき、7月末まで4か月分の賃料不払いを理由として契約を解除する、延滞賃料を7月末までに支払うべき旨の7月23日付けの内容証明郵便が到達した事案において、原審が7月末日までに支払いがない場合の条件付解除の意思表示であるとした点には意思表示の解釈を誤った違法があったとした。この種の事案は、その他に

も多数あるが、表示行為に関する事実認定の誤りを指摘するものではなく、原審が認定した表示行為に基づく意思表示の解釈の誤りを違法とするものであるから、法的評価の当否を審理判断する上告審の権限に属するものというべきである。

イ 原審が確定した事実を上告審が拘束されるのは、その事実が適法に確定されたものであることを要する。適法性に関しては、従来から、経験則違反が議論されてきた(32)。

原審が確定した事実が経験則に反する場合は、その対象を問わず、その違法を理由として原判決を破棄することが許されると解すべきである。このことについて、経験則は事実判断の大前提であって、法規と同視すべきものであるから、経験則違反は法令適用の誤りであるといえるといわれ(33)、あるいは、自由心証主義を定める法規の内容となっているから、経験則違反は自由心証主義違反となるといわれている(34)。また、法律審の権限を不当に拡張しないために自由心証主義への制約を限定すべきであるとして、経験則違反を専門的経験則と常識的経験則とに区分し、後者の日常的経験則違反だけが法令適用の誤りとする考え方がある(35)。判例は、従前から、専門的経験則と常識的経験則との区別をせず、経験則違反を適法な上告理由としていた(36)。

事実認定においては、証拠の採否、証拠から間接事実ないし主要事実の認定、間接事実から主要事実の認定の過程で経験則が適用されるが、その判断過程は自由心証主義が適用される一場面であり、経験則を専門的分野か日常生活的分野かに区別して適用することは具体的には困難であることが多く、区別することの実質的な根拠に乏しい。上告審が拘束されるのは、自由心証主義に内在する規範としての経験則に違反しない原審の事実認定であって、この経験則に違反した事実認定については、自由心証主義に違反するものとして上告審を拘束しないものというべきである。また、一般的にこのようにいえるとしても、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(法312条1項、2項)、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(法325条1項、2項)。自由心証主義違反としての経験則違反が法318条1項の「法令」に含まれ、法令の解釈に関する重要事項に当たるものと解される(37)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(法325条1項)。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から、従来の運用が維持されることが期待される。

(14) 谷口＝井上編・前掲注(10)『新・判例コンメンタール6』278頁(吉井)。主位的請求と予備的請求は両立しない関係にあるが、主位的請求を構成する他の要件事実が認められないために主位的請求が排斥される場合、その部分を確定させることが直ちに不

当であるということにはならない。

(15) 菊井＝村松・前掲注(5)『全訂民事訴訟法』280頁, 平田浩「上告審の審判の範囲」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座 3巻』(日本評論社, 1982年)222頁, 淺生重機「請求の選択的又は予備的併合と上訴」民事訴訟雑誌28号(1982年)1頁, 上野泰男「請求の予備的併合と上訴」名城法学33巻4号(1983年)1頁, 飯塚重男「不利益変更禁止の原則」新堂幸司編集代表・鈴木正裕＝鈴木重勝編『講座民事訴訟』(弘文堂, 1985年)200頁等, 本判決の評釈において, 坂原正夫＝多屋昌治・慶応大学法学研究53巻4号(1980年)117頁, 池田辰夫・民商法雑誌81巻6号(1980年)859頁, 吉川義春・立命館法学155号(1981年)128頁。

(16) 三ヶ月章『判例民事訴訟法』(弘文堂, 1974年)404頁, 新堂幸司「不服申立概念の検討」吉川大二郎博士追悼論集『手続法の理論と実践 下巻』(法律文化社, 1981年)354頁(同『訴訟物と争点効(下)』民事訴訟法研究 4巻(有斐閣, 1991年)227頁以下所収), 小室直人「上告審における調査・判断の範囲」(大阪市立大)法学雑誌16巻2＝4号(1970年)304頁(同『民事訴訟法論集 中』(信山社, 1999年)169頁所収), 鈴木重勝・前掲注(12)「当事者救済としての上訴制度」13頁, 荒木隆男「請求の予備的併合と上訴」亜細亜法学20巻1＝2号(1986年)233頁。また, 本判決の評釈において, 小室直人・Law School 16号(1980年)69頁, 栗田隆『民事訴訟法判例百選(第2版)』(1982年)276頁, 鈴木正裕・判例評論258号(1980年)168頁, 林屋礼二『昭和54年度民事主要判例解説』判例タイムズ411号(1980年)279頁, 石田穰・法学協会雑誌97巻6号(1980年)879頁, 新堂幸司『昭和54年度重要判例解説』ジュリスト718号(年)170頁。後注(22)の判例評釈として, 井上治典・民商法雑誌89巻3号(1983年)421頁, 住吉博・判例評論316号(1985年)168頁。以上の学説の紹介について, 鈴木重勝・前掲注(12)「当事者救済としての上訴制度」20頁, 荒木・前掲注(16)「請求の予備的併合と上訴」238頁参照。なお, 高橋宏志「民事訴訟法講義(34)控訴について(4)」法学教室161号(1994年)104頁は, 予備的併合を両立しない請求の併合に限定する場合にこの考え方に同調する。

(17) 宇野聡「不利益変更禁止原則の機能と限界(一)(二・完)」民商法雑誌103巻3号(1990年)397頁, 4号(1991年)580頁。利益衡量の限界について当事者の予測が困難である点に問題があり, 高橋・前掲注(16)「控訴について(4)」103頁は, これを具体的解決として妥当な説であるとしながら, ためらいを感じるとする。

(18) 選択的併合の認容判決に対して被告が上訴した場合に, 原告が残る他の請求について審理を求めるためには付帯上訴を必要としないと解されている(兼子一『条解民事訴訟法上』(弘文堂, 1955年)910頁, 菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法』(日本評論社, 1989年)72頁等)。

(19) 兼子・前掲注(10)『新修民事訴訟法体系(増訂版)』367頁, 岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟編2巻』(有斐閣, 1958年)146頁等。選択的併合を許容する考え方として, 中村宗雄『増補改訂民事訴訟要論』(敬文堂, 1958年)152頁, 伊東乾『民事訴訟法研究』(酒井書店, 1968年)74頁, 池田・前掲注(15)

民商法雑誌 81 巻 6 号 859 頁，浅生・前掲注(15)「請求の選択的又は予備的併合と上訴」民事訴訟雑誌 28 号 7 頁。

(20) 野間繁「請求の併合」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座 1 巻』(有斐閣，1954 年)237 頁，大阪地裁昭和 33 年 5 月 27 日判決・下民集 9 巻 5 号 902 頁等。予備的併合を許容する考え方として，岩松＝兼子編・前掲注(19)『法律実務講座民事訴訟編 2 巻』158 頁，菊井＝村松・前掲注(18)『全訂民事訴訟法』67 頁，最高裁昭和 39 年 4 月 7 日第 3 小法廷判決・民集 18 巻 4 号 520 頁等。

(21) 実務の運用については，吉井直昭「控訴審の実務上の諸問題」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座第 2 巻』(日本評論社，1969 年)297 頁，鈴木重信「控訴審の実務処理上の諸問題」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座 3 巻』(日本評論社，1982 年)201 頁。平田・前掲注(15)「上告審の審判の範囲」鈴木＝三ヶ月監修『新実務民事訴訟講座 3 巻』223 頁，池田・前掲注(15)民商法雑誌 81 巻 6 号 860 頁，浅生・前掲注(15)「請求の選択的又は予備的併合と上訴」7 頁。なお，上野・前掲注(15)「請求の予備的併合と上訴」3 頁注(1)は，ドイツにおける学説状況を踏まえた不真正予備的併合の問題を指摘し，また，請求の予備的併合における主位的請求認容判決に対する上訴審で，主位的請求に理由がないとされた場合に，予備的請求について審理判断をすることの可否を問題にしている。

(22) 最高裁判所昭和 58 年 3 月 22 日第 3 小法廷判決・裁判集民事 138 号 315 頁(判例時報 1074 号 55 頁，判例タイムズ 494 号 62 頁)。

(23) 本判決は，第三者のためにする契約を前提とする主位的請求と委任契約を前提とする債権者代位の予備的請求について，法廷意見は，予備的請求に対する相殺の抗弁を排斥した判断の誤りを理由に原判決を破棄したもので，主位的請求も理由がないことを実質的に判断しているのである。少数意見が，予備的請求の相殺に関する判断は法廷意見と同じでありながら，たまたま主位的請求における第三者のためにする契約の成立に関する意見を異にしたため，議論されているにすぎない。本件に関する限り，法廷意見のもとにおいては，主位的請求部分に関する原判決を確定させることに意味があると考えられるが，その後，注(22)掲記の判例，最高裁判所昭和 60 年 7 月 16 日第 3 小法廷判決・判例時報 1178 号 87 頁(判例タイムズ 579 号 55 頁)により，一般論として確立した判例理論になっており，下級審の実務ともなっている(福岡高裁宮崎支部昭和 61 年 10 月 27 日判決・判例タイムズ 631 号 221 頁等)。

(24) 鈴木正裕・前掲注(16)判例評論 258 号 172 頁は，上訴不要説の立場で，主位的請求棄却の原判決部分も破棄する場合の被告の手續保障の重要性を指摘しているが，上訴必要説においては，原告の手續保障として，附帯上告をする機会を確保されることが求められている。伊藤眞「上訴審審判の範囲」井上治典＝佐上善和『これからの民事訴訟法』(日本評論社，1984 年)344 頁は，判例の立場を支持しながらも，本人訴訟の原告の場合を考えると，なんらかの形式で附帯上告提起の必要性を教示する手当てが必要であるとする(同旨，池田・前掲注(15)民商法雑誌 81 巻 6 号 860 頁)。

(25) 附帯上告は，上告理由と同一の理由に基づいて原判決の変更を求める場合には，上告審の判決言渡しまたは口頭弁論終結まで提出することができるされており(最高裁昭和 38 年 7 月 30 日第 3 小法廷判決・民集 17 巻 6 号 819 頁，最高裁平成 9 年 1 月 28

日第3小法廷判決・民集51巻1号78頁等，兼子・前掲注(10)『新修民事訴訟法体系(増訂版)』446頁，新堂幸司『新民事訴訟法〔第2版〕』(弘文堂，2001年)791頁，伊藤・前掲注(3)『新民事訴訟法(補訂第2版)』647頁等)，両立しない2個の請求については，予備的請求に関する上告理由が採用されるときには，主位的請求に関する附帶上告理由は独立した別個の理由に基づくものとはいえず，上告理由書の提出期間経過後も口頭弁論の終結まで提起することができる(浅生・前掲注(15)「請求の選択的又は予備的併合と上訴」27頁)。

(26) 判例時報1675号91頁，1002号130頁。松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第2版〕』(弘文堂，2001年)580頁は，このような場合は，最高裁判所の負担軽減の要請は働かないから，その附帶上訴を許容すべきであるとする(同旨，平岡・前掲注(11)「上告及び上告受理の申立て」493頁，小室＝賀集＝松本＝加藤編・前掲注(11)『基本法コンメンタール・新民事訴訟法3〔第2版〕』70頁(上野泰男)等)。

(27) 大橋弘『平成11年度主要民事判例解説』判例タイムズ1036号(2000年)260頁は，相手方のした不服申立てに応じて不服申立ての方法を制限されてもやむを得ないとする。

(28) 小室・前掲注(10)『上訴制度の研究』199頁以下。

(29) 菊井＝村松・前掲注(15)『全訂民事訴訟法』283頁。

(30) 菊井＝村松・前掲注(5)『全訂民事訴訟法』283頁，宇野栄一郎「上告審の実務処理上の諸問題」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座2』(日本評論社，1969年)318頁，斎藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二編『〔第2版〕注解民事訴訟法(9)』(第一法規出版，1996年)416頁(斎藤秀夫・奈良次郎)，鈴木正裕＝鈴木重勝編・前掲注(2)『注釈民事訴訟法(8)』243頁(松本博之)。

(31) 兼子＝松浦＝新堂＝竹下・前掲注(5)『条解民事訴訟法』1226頁()。

(32) 斎藤＝小室＝西村＝林屋編・前掲注(30)『〔第2版〕注釈民事訴訟法(9)』434頁以下(斎藤・奈良)，鈴木正裕＝鈴木重勝編・前掲注(2)『注釈民事訴訟法(8)』230頁以下(松本博之))に学説が詳しい。

(33) 岩松三郎『民事裁判の研究』(1961年)153頁，菊井＝村松・前掲注(5)『全訂民事訴訟法』223頁，三ヶ月章『民事訴訟法』法律学全集(有斐閣，1959年)385頁等。

(34) 小室・前掲注(10)『上訴制度の研究』191頁，松本博之「事実認定における『経験則違反の上告可能性』」小室直人＝小山昇先生還暦記念『裁判と上訴 中』(有斐閣，1980年)224頁，斎藤＝小室＝西村＝林屋編・前掲注(30)『〔第2版〕注解民事訴訟法(9)』435頁以下(斎藤・奈良)，鈴木正裕＝鈴木重勝編・前掲注(2)『注釈民事訴訟法(8)』238頁(松本博之)，中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔補訂版〕』(有斐閣，2000年)297頁(青山善充)，松本＝上野・前掲注(26)『民事訴訟法〔第2版〕』573頁，伊藤・前掲注(3)『民事訴訟法〔補訂第2版〕』644等。経験則違反を法令解釈違反と解する場合のほか，自由心証主義違反の問題にするにせよ，いずれも法318条1項との関係では，「法令」に経験則違反が含まれる(法務省民事局参事官室編・前掲注(1)『一問一答 新民事訴訟法』355頁)。

(35) 兼子一「上告制度の目的」『民事法研究 2巻』(酒井書店，1955年)185

頁，同・前掲注（10）『新修民事訴訟法体系（増補版）』244頁，460頁，本間義信「訴訟における経験則の機能」新堂幸司編集代表・竹下守夫＝石川明編『講座民事訴訟』（弘文堂，1983年）63頁，新堂・前掲注（25）『新民事訴訟法〔第2版〕』481頁，781頁等。

（36）大審院昭和8年1月31日判決・民集12巻51頁，最高裁昭和24年9月6日第3小法廷判決・民集3巻10号383頁，最高裁昭和52年12月23日第3小法廷判決・裁判集民122号597頁（判例時報判時879号73頁）等。医療過誤訴訟において専門家の医師による唯一の鑑定を採用した原審の事実認定に経験則違反があるとしてこれを破棄した最高裁平成9年2月25日第3小法廷判決・民集51巻2号502頁，最高裁平成11年3月23日第3小法廷判決・裁判集民事192号165頁等があるが，上告審は適法な鑑定とは認められないとの判断をしたものといえる。判例一般の分析については，後藤勇『民事裁判における経験則－その実証的研究』（判例タイムズ社，1990年），同『民事裁判における経験則－その実証的研究・続』（判例タイムズ社，2003年）参照。

（37）法務省民事局参事官室編・前掲注（1）『一問一答 新民事訴訟法』355頁，山本克己「最高裁判所による上告受理及び最高裁判所に対する許可抗告」ジュリスト1098号（1996年）87頁，上田徹一郎『民事訴訟法〔第3版〕』（法学書院，2001年）577頁，中野＝松浦＝鈴木・前掲注（34）『新民事訴訟法〔補訂版〕』518頁，松本＝上野・前掲注（26）『民事訴訟法〔第2版〕』573頁，伊藤・前掲注（3）『民事訴訟法〔補訂第2版〕』644頁，小室＝賀集＝松本＝加藤編・前掲注（11）『基本法コンメンタール・新民事訴訟法3〔第2版〕』68頁（田中）。なお，近藤崇晴「上告と上告受理の申立て－新民事訴訟法と最高裁判所への上訴」自由と正義52巻3号（2001年）62頁。

4 職権調査

（1） 職権調査事項

裁判所が職権で調査すべき事項に関しては，当事者の上告理由に拘束されずに調査判断の対象としなければならない，また，当事者の不服申立ての限度にかかわらず原判決を破棄することができる（法322条，旧法405条）（38）。職権調査事項は，訴えに対する裁判制度の対応のうち，特に公益性の強い対象については，これを是正することなく確定させることが裁判の正統性を損なうものであることから，訴訟手続の適法性を確保するため，当事者の申立て・主張の有無と関係なく，また，相手方がこれを認めているかどうかに関係なく，上告審は調査を尽くし，適当な措置を講ずる必要がある（39）。職権調査事項は，当事者の責問権の喪失によっても治癒することができない公益的なものであり，判例上，上告審において，以下の事項がこれに当たるとされてきた。裁判権の有無（最高裁昭和25年7月5日大法廷判決・民集4巻7号264頁），上告の利益（最高裁昭和32年11月1日第2小法廷判決・民集11巻12号1832頁），出訴期間の遵守（最高裁昭和35年9月22日第1小法廷判決・民集14巻2282頁），専属管轄違背（最高裁昭和42年7月21日第2小法廷判決・民集21巻6号1663頁），独立当事者参加訴訟における相手方当事者の単複（最高裁昭和42年9月27日大法廷判決・民集21巻7号1925頁），三面訴訟における当事者の一部の遺脱（最高裁昭和43年4月12

日第2小法廷判決・民集22巻4号877頁), 控訴期間の徒過(最高裁昭和43年4月26日第2小法廷判決・民集22巻4号1055頁), 当事者適格(最高裁昭和43年5月31日第2小法廷判決・民集22巻5号1137頁, 最高裁平成4年7月1日大法廷判決・民集46巻5号437頁), 訴えの利益(最高裁昭和47年7月20日第1小法廷判決・民集26巻6号1210頁), 訴訟代理権の存否(最高裁昭和47年9月1日第2小法廷判決・民集26巻7号1289頁)等がある。

(2) 職権調査の方法

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多い(40)。これらの事項にかかる事実は, 容易に認定することができる明白で形式的なものが多く, 事実の存否の判断について客観性, 明白性が保証されているため, その手続上の担保が不可欠であるとはいえないから, 原則的には訴訟経済の観点から厳格な証明を必要としないものと考えられる。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, 資料や事実も見方を変えたと異なる評価が可能となり, 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が後記のとおり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, 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(41)。自由な証明で足りる事項であっても, 厳格な証明が許されないわけではないから, 事案によっては証人尋問, 鑑定によることも可能である。自由な証明によって職権調査事項の前提事実の存否を認定する場合は, 当該事件の一件記録自体を認定資料にすることが多いが, 判決理由中に具体的な説示が求められよう。

職権調査事項に関する判断資料を職権探知主義と弁論主義のいずれに基づいて収集すべきかの問題がある。職権調査事項は, 裁判権, 専属管轄, 訴訟能力等に代表される公益性の強い性格を有するものであるから, 一般的には職権探知主義が妥当するといえるが, 事項によって公益性の軽重には違いがあり, その機能・役割は多様であって, この点の瑕疵を保有する判決の効力も一律に決めることはできない。したがって, 当事者の提出する資料に基づいて判断すれば足りる事項については弁論主義に基づいて判断資料を収集するのが経済的かつ合理的である反面, 裁判権の行使の適法性, 裁判手続の正統性にかかる事項は職権探知主義に基づいて資料を収集すべきである, ということができる。この観点から見ると, 任意管轄, 訴えの利益, 対世効のない当事者適格については弁論主義が妥当するといえることができる(42)。しかし, 弁論主義と職権探知主義のいずれが妥当するか
の線引きは, 個別的具体的に判断すべきものであり, 学説も必ずしも一致していない(43)。また, 弁論主義による判断資料の収集において, 自白や擬制自白の成立が認められるかどうかについても見解が分かれている(44)。職権調査事項は, 当事者の申立て・意見の有無にかかわらず裁判所が適当な措置をすべき性質のものであるから, 弁論主義を適用する事項についても, 自白や擬制自白の拘束力は及ばないと考えべきであり, 又, 自白や擬制自白の拘束力がないと耐え難い不都合があるとまではいえない。

(3) 職権調査事項の判断基準時

訴訟要件等を基礎づける事実の存否の判断の基準時は、事実審の口頭弁論終結時であり、その後の事情を参酌する必要はない(45)。しかしながら、これに対しては、一般的に訴訟要件は、本案判決の要件であり、すべての審級に妥当する手続法であるから、上告審における訴訟要件の判断の基準時は、上告審の最終口頭弁論終結時であるとする説(46)があるが、訴え提起時に必要とする訴訟要件もある(法15条)から、具体的に検討すべき問題であると考えられる。この観点から、(a)訴訟要件の不存在であることを看過してした本案判決について、原審の口頭弁論終結時以後に訴訟要件を具備するに至ったときは、上告審は、本案についての判断内容が正当であれば、訴訟要件の存在を認定して上告を棄却する、(b)訴訟要件が存在しないために訴えを却下した原判決について、原審の口頭弁論終結時以後に訴訟要件を具備するに至ったときは、上告審はこれを認定して原判決を破棄して差し戻す、(c)訴訟要件の存在を認定して本案判決をした場合に、原審の口頭弁論終結時以後に訴訟要件が欠けるに至ったときは、上告審は、請求認容の原判決については破棄して却下し、また、請求棄却の判決については上告を棄却する、(d)訴訟要件が存在するにもかかわらず訴えを却下した原判決について、原審の口頭弁論終結時以後に訴訟要件が欠けるに至ったときは、上告審は上告を棄却する、とする説(47)が有力である(48)。

判例は、(a)の場合につき、上告審においても法定代理権の欠缺ある者のした第二審の訴訟行為を追認することができるとして上告を棄却したもの(49)、また、(b)の場合につき、控訴の提起が無権限の訴訟代理人によるものとしてされた控訴却下の判決に対する上告審で、権限のある代理人は、上告審において上告審及び控訴審における無権代理人の訴訟行為を追認することにより、控訴及び上告を適法にすることができると判断し、訴訟行為の追認を認め、原判決を破棄して差し戻したもの(50)がある。他方、(b)の場合につき、当事者能力、原告会社代表権の有無は事実審の口頭弁論終結時を基準として判断すれば足り、その後の事情の変動は斟酌することを要しないとしたもの(51)がある。ところが、(c)の場合につき、訴えの利益に関して、上告審が控訴審の口頭弁論終結後に特許権の存続期間が満了したことを職権により調査し、特許権侵害の差止めを求める訴訟の訴えの利益を否定し、原判決を破棄して訴えを却下したもの(52)がある。これらの判例は、理論的に一貫しているとはいえないように見えるが、無権代理人の訴訟行為の追認が上告審においても可能かどうかという問題は、追認により訴訟要件が遡及的に具備されること、法312条2項ただし書きにより上告審における法定代理権の追完が認められていることから、職権調査事項の判断の基準時とは次元が異なるとみることもできよう。いずれにしても、判例は、法律的な事後審としての上告審の構造を維持しながら、審理をやり直す実益のない訴訟の継続及び新たな訴訟の提起に匹敵する審理のやり直しを認めないという訴訟経済を重視した実務的見地による訴訟運営をはかる限度で訴訟要件の得喪を考慮しているといえることができる(53)。結局、有力学説と判例とのきわだった違いは、(b)の事案の取扱いに顕れる。この場合、当事者に再訴を求める判例の立場よりも当該訴訟の継続審理を可能にする考え方に基づく取扱いの方が訴訟資料の活用、出訴期間の確保、訴訟費用の軽減といった手続保障に配慮した妥当なものといえる。

(4) 上告審の裁判形式

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(54)。上告裁判所は、決定で不適法な上告を却下し、また、明らかに上告理由のない上告を棄却することができる(法317条1項、2項)から、職権調査事項の要件を欠く場合の対応は、これに準じて、決定で訴えを却下することができると思うことが可能である。しかしながら、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。

(38) 旧々法においては、本条に相当する規定がなかったが、同趣旨に解されていた(斎藤=小室=西村=林屋編・前掲注(30)『〔第2版〕注釈民事訴訟法(9)』569頁(小室直人・東孝行))。

(39) 新堂・前掲注(25)『新民事訴訟法〔第2版〕』399頁、高橋宏志『〔民事訴訟法講義ノート89〕訴訟要件について(1)』法学教室274号(2003号)112頁等。

(40) 村松俊夫「証拠における弁論主義」岩松三郎裁判官還暦記念『訴訟と裁判』(有斐閣、1956年)270頁(同『民事裁判の理論と実務』(有信堂、1967年)142頁所収)、岩松三郎=兼子一編『法律実務講座民事訴訟編 4巻』(有斐閣、1961年)7頁、兼子=松浦=新堂=竹下・前掲注(5)『条解民事訴訟法』927頁?(松浦馨)1229頁、三ヶ月章『民事訴訟法〔第3版〕』(弘文堂、1992年)201頁、上田・前掲注(37)『民事訴訟法〔第3版〕』314頁、谷口安平=福永有利編『注釈民事訴訟法(6)』(有斐閣、1995年)31頁(谷口安平)、新堂幸司=福永有利編『注釈民事訴訟法(5)』(有斐閣、1998年)44頁(福永有利)、中野=松浦=鈴木編・前掲注(34)『新民事訴訟法講義〔補訂版〕』249頁(春日偉知郎)、小山昇『民事訴訟法〔新版〕』(青林書院、2001年)144頁、新堂・前掲注(25)『新民事訴訟法〔第2版〕』460頁、伊藤・前掲注(3)『民事訴訟法〔補訂第2版〕』285頁、小室=賀集=松本=加藤編・前掲注(11)『基本法コンメンタール・新民事訴訟法3〔第2版〕』74頁(田中)。なお、自由な証明の限界につき、高田昌広「民事訴訟における自由な証明の存在と限界」早稲田法学65巻1号(1989年)1頁以下。

(41) 小室直人「民事訴訟における職権調査の諸問題」名城法学35巻1号(1985年)43頁(同『民事訴訟法論集 上』(信山社、1999年)231頁所収))、松本=上野・前掲注(26)『民事訴訟法〔第2版〕』279頁は、職権調査事項に関して、証拠調べの直接性や証拠調べに立ち会う当事者の権利を法律上の基礎なしになぜ制限できるのかとの疑問を示しており、岩松三郎『民事裁判の研究』(弘文堂、1961年)136頁も、職権調査事項全般に広げることには反対。高島義郎「訴訟要件の類型化と審理方法」新堂幸司編集代表・新堂幸司=谷口安平編『講座民事訴訟』(弘文堂、1984年)115頁は、当事者の利益保護を目的とするものについては弁論主義が適用されるとする。

(42) 兼子・前掲注(10)『新修民事訴訟法体系(増訂版)』205頁、中野貞一郎=松浦馨=鈴木正裕編『民事訴訟法講義〔第3版〕』(有斐閣、1995年)450頁(鈴木正裕)、新堂・前掲注(25)『新民事訴訟法〔第2版〕』399頁、吉村徳重=竹下守夫=谷口安平編『講義民事訴訟法』(青林書院、2001年)336頁(上北武男)、上田・

前掲注(37)『民事訴訟法〔第3版〕』198頁等。

(43) 新堂＝福永編・前掲注(40)『注釈民事訴訟法(5)』『注釈民事訴訟法(5)』42頁(福永)参照。

(44) 高橋・前掲注(39)「〔民事訴訟法講義ノート 89〕訴訟要件について(1)」113頁参照。この問題は、職権探知主義か弁論主義のいずれが適用されるかではなく、裁判所が自白や擬制自白に拘束されない弁論主義的職権探知主義的な審理方式が適用されるとする考え方(ドイツ民事訴訟法(ZPO)における「職権による調査」(Prüfung von Amts wegen)の概念を導入するもので、鈴木正裕「訴訟要件の調査」演習民事訴訟法(有斐閣、1982年)110頁、高島・注(41)「訴訟要件の類型化と審理方法」110頁以下、染野義信＝森勇「職権調査」小山昇＝中野貞一郎＝松浦馨＝竹下守夫編『演習民事訴訟法』(青林書院、1987年)399頁が提言し、伊藤・前掲注(3)『民事訴訟法〔補訂第2版〕』261頁も同旨。)が有力となった一方、松本博之「訴訟要件に関する職権調査と裁判上の自白」法学雑誌35巻3・4号(1989年)137頁、同『民事自白法』(弘文堂、1994年)115頁、中野＝松浦＝鈴木編注(34)『新民事訴訟法講義〔補訂版〕』351頁(松本博之)は、職権調査においては、判断資料の提出は当事者の責任で有り、訴訟要件を基礎づける事実については(任意管轄を別として)自白や擬制自白の成立は認められないが、訴訟要件の具備を否定する事実についてはそれらの拘束力は認められるとする。

(45) 兼子・前掲注(18)『条解民事訴訟法上』593頁、兼子・前掲注(10)『新修民事訴訟法体系(増訂版)』150頁、岩松＝兼子編・前掲注(19)『法律実務講座民事訴訟編 2巻』56頁、三ヶ月・前掲注(33)『民事訴訟法』301頁、斎藤秀夫『民事訴訟法概論』(有斐閣、1982年)169頁。

(46) 上村明広「上告審における訴訟要件」小室直人＝小山昇先生還暦記念『裁判と上訴 中』(有斐閣、1988年)198頁。なお、柏木邦良『訴訟要件の研究』(リンパック、1994年)9頁。中野＝松浦＝鈴木編・前掲注(34)『新民事訴訟法講義〔補訂版〕』352頁(松本)、松本＝上野・前掲注(26)『民事訴訟法〔第2版〕』204頁は、職権調査事項に関する判断の瑕疵が原判決の無効事由となり、または再審による取消しの事由となる場合は、上告審の判断資料となるとする(同旨、遠藤功・前掲注(13)「上告審の審理と裁判について」301頁)。

(47) 竹下守夫「訴訟要件をめぐる二、三の問題」司法研修所論集65号(司法研修所、年)31頁以下、兼子＝松浦＝新堂＝竹下・前掲『条解民事訴訟法』1230頁(松浦)、中野＝松浦＝鈴木編・前掲注(42)『民事訴訟法講義〔第3版〕』455頁(鈴木正裕)、新堂＝福永編・前掲注(40)『注釈民事訴訟法(5)』52頁(福永)、上田・前掲注(37)『民事訴訟法〔第3版〕』200頁、新堂・前掲注(25)『新民事訴訟法〔第2版〕』207頁、高橋宏志「〔民事訴訟法講義ノート 90〕訴訟要件について(2・完)」法学教室275号88頁。

(48) これらの考え方は、上告審での訴訟要件の存否に関する変動を紛争の実体に実害のない限度で斟酌するものであるといえよう。

(49) 大審院昭和16年6月3日判決・評論30巻民訴270頁。

(50) 最高裁昭和47年9月1日第2小法廷判決・民集26号7号1289頁(判例時

報683号92頁，判例タイムズ283号129頁）。

(51) 最高裁昭和42年6月30日第2小法廷判決・裁判集民事87(2)号1453頁（判例時報493号36頁），最高裁昭和46年6月22日第3小法廷判決・裁判集民事103号207頁（判例時報639号77頁）。

(52) 最高裁昭和45年9月22日第3小法廷判決・裁判集民事100号457頁（判例時報614号50頁）。同旨，請求棄却の原判決に関して最高裁昭和29年10月7日第1小法定判決・裁判集民事16号19頁，請求認容の原判決に関して最高裁昭和55年2月22日第小法廷判決・裁判集民事129号209頁（判例時報962号50頁）。なお，最高裁平成3年3月28日第1小法廷判決・裁判集民事162号267頁（判例時報1381号115頁）。

(53) 谷口＝井上編・前掲注(10)『新・判例コンメンタール民事訴訟法6』287頁（吉井）。

(54) 富越・前掲注(9)「最高裁判所における新民事訴訟法の運用」48頁参照。

5 おわりに

上告審の審理の範囲は，上告審の目的に関する制度設計と一体のものとして検討されるべき問題であるが，上告事件と上告受理申立事件が別個独立の上訴として位置付けられ，しかも，上告理由及び上告受理申立理由が限定されているなかで，旧法401条，402条及び403条に関する解釈運用とは異なる新しい視点が必要になっていると考えられる。上告審たる最高裁判所の調査義務は限られた事案，限られた事項に絞られながらも，それらの調査・審判の義務を主とし，従として，原判決の結論に影響を及ぼす法令違反についての職権破棄，上訴審における訴訟要件の具備・喪失についての職権調査をも職責としている。それらの審理に当たっては，最高裁における実質的な調査・審理の対象を当事者に明示して双方から意見を聴取するなど，当事者が審理に参加する機会を与えられるための手続保障がこれまで以上に確保されるべきであり，弁論の充実が望まれる。

第9章 譲渡担保権者と第三者異議の訴え

- 1 はじめに
- 2 最高裁昭和56年12月7日判決の概要
- 3 民事執行法下における譲渡担保権者の地位
- 4 譲渡担保権者の民事執行法における手続保障
- 5 おわりに

1 はじめに

第三者異議の訴えに関する民事執行法38条1項は、旧民事訴訟法（昭和54年法律第4号による改正前のもの、以下、「旧法」という）549条1項と同じ内容の規定である。その旧法下において、動産譲渡担保の目的物が譲渡担保設定者の債権者により差し押さえられたとき、譲渡担保権者は第三者異議の訴えを提起することができるかどうかについて、裁判例・学説上に争いがあったが、最高裁昭和56年12月17日第1小法廷判決・民集第35巻第9号1328頁(1)（以下、「本判決」という）が旧法事件を対象にしてこの問題に決着をつけることになった。しかし、民事執行法は、優先弁済請求の訴（旧法565条）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133条）ことから、動産譲渡担保権者は第三者異議の訴えによって権利保全を図る必要性が増したともいえる状況のもとで、本判決は、必ずしも議論を収束させるものとはならなかった。

動産譲渡担保権者の実体法上の権利内容にふさわしい動産譲渡担保権者の執行法上の手続保障をいかに確保するべきかが本判決後の課題である。本稿は、本判決を解説した旧稿（2）を基礎にして、その後の判例・学説をもとに検討を加えたものである。

(1) 本判決の評釈として、吉田真澄『昭和56年度重要判例解説』ジュリスト768号（1982年）70頁、同『民法の判例』別冊法学教室・基本判例シリーズ2（1986年）93頁、石川明＝三上威彦・判例評論283号（1982年）200頁、竹内俊雄・金融商事判例657号（1982年）48頁（同『譲渡担保』（経済法令研究会、1987年）248頁初収）、伊東乾＝花房博文・法学研究（慶応大学）56巻1号（1983年）112頁、本間義信・民商法雑誌87巻4号（1983年）605頁、同『昭和57年度重要判例解説』ジュリスト792号（1983年）136頁、梅善夫『昭和57年度民事主要判例解説』判例タイムズ505号（1983年）247頁、秋山博美・立教大学大学院法学研究5号（1984年）61頁、大西武士『判例金融取引法（上）』（1990年）246頁、角紀久恵『担保法の判例（2）』ジュリスト増刊（1994年）6頁がある。

(2) 遠藤賢治『最高裁判所判例解説・民事篇（昭和56年度）』（法曹会、1986年）541頁（初出、法曹時報37巻9号（1985年）252頁）。

2 最高裁昭和56年12月7日判決の概要

(1) 事案

ア Aは、X（原告・被控訴人・被上告人）に対し、プラスチック製品の加工賃及び原料代として980万5084円の債務を負担していたが、昭和50年4月9日、Xと

の間で、これを同年8月31日までに6回に分割して支払うことを約したうえで、その支払いを担保するためにA所有の中空成型機2基（以下「本件物件」という。）について、その所有権をXに譲渡し、Aが債務を完済したときは所有権が当然Aに復帰する旨の譲渡担保契約（以下「原譲渡担保契約」という。）を締結し、占有改定の方法で引渡しを了した。

ところがAは、Xに対し、分割金の支払いを怠り、591万9725円の残債務を遅滞したため、Xは、昭和51年3月5日、本件物件を差し押さえた。その後Xは、本件物件をA方から搬出したうえ、昭和52年2月28日、B会社との間で、本件物件につき譲渡担保契約（以下「再譲渡担保契約」という。）を締結した。

昭和52年8月20日Y（被告・控訴人・上告人）が、Aに対する公正証書の執行力ある正本に基づき、本件物件につき照査手続をしたため、Xは、Yの照査に対し、本件物件は原譲渡担保契約によりXが所有権を取得したものであると主張して第三者異議の訴えを提起し、同年10月13日執行の申立てを取り下げた。

イ 第一審(3)は、「譲渡担保権者は、譲渡担保物件に強制執行が開始された場合、担保物件の価額が被担保債権に満たないときに限り担保物件の所有権に基づいてその強制執行を排除しうるものと解すべきところ、本件物件の価額は50万円であり、被担保債権額にはるかに及ばない。」として、Xの請求を認容した。そこでYは、控訴して新たに、「Xは、A方より本件物件を搬出したうえ、昭和52年2月28日B会社との間で本件物件につき譲渡担保契約を締結し、その所有権がB会社に移転したから、第三者異議の訴えを提起することはできない。」と主張した。

原審(4)は、「Xは、原譲渡担保契約による譲渡担保権者たる地位に基づいて本件強制執行の排除を求めることができる。一般に、譲渡担保設定者は、その所有する譲渡担保の目的物件につき、譲渡担保契約成立後においても、契約当事者以外の第三者の一般債権者が差押をした場合には、譲渡担保権者がその地位に基づき異議権を有するのとは別個に、自己に留保された固有の権利に基づいて、目的物件が右第三者の責任財産に属しない旨を主張して右強制執行の排除を求めうるものと解される。そして、右のように所有者から譲渡担保の設定を受けた譲渡担保権者が目的物件につき自己の債権者等と更に譲渡担保契約を契約した場合、右譲渡担保権者は、全くの無権利者となるわけではなく、再譲渡担保設定者として、設定者に留保される固有の権利はなおこれを保有しているものというべきであるから、譲渡担保権者は、再譲渡担保契約締結後においても、当初の設定者の場合と同様、目的物件につき再譲渡担保契約当事者以外の第三者の一般債権者がなした強制執行の排除を求めうる権能を失わないものと解するのが相当である。したがって、Xは、再譲渡担保契約を締結した後においてもなお、Aの債権者であるYがした本件強制執行につき、本件物件がAの責任財産に属しない旨を主張してその排除を求めうるものというべきである。」と判断して、Xの請求を認容した。Yから上告。

（２） 上告理由と本判決

ア 上告理由のうち、判示事項に関する部分は、要するに、譲渡担保権者は実質的には動産抵当権者であるにすぎないのに、原判決が、譲渡担保権者に第三者異議権を認め、他方、譲渡担保設定者にも留保された固有の権利に基づく第三者異議権があるとした点には、法令解釈を誤った違法、理由不備の違法がある、というのである。

イ 本判決は、次のように判示して、Yの上告を棄却した。

「譲渡担保権者は、特段の事情がないかぎり、譲渡担保権者たる地位に基づい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ものと解すべきところ、」（判示事項1）、「譲渡担保権者がその目的物件につき自己の債権者のために更に譲渡担保権を設定した後においても、右譲渡担保権者は、自己の有する担保権自体を失うものではなく、自己の債務を弁済してこれを取り戻し、これから自己の債権の満足を得る等担保権の実行について固有の利益を有しているから、前記の強制執行に対し、譲渡担保権者たる地位に基づいてその排除を求める権利も依然としてこれを保有しているものと解するのが相当である。」（判示事項2）、…「本件記録によれば、前記特段の事情についてなんらの主張立証がないことが明らかである。…Xは、譲渡担保権者として、再譲渡担保契約締結後においても、本件物件につきAの債権者であるYがした本件強制執行の排除を求めることができるというべきである。」

（3） 判示事項1の意義

ア 譲渡担保権者は、債務者の一般債権者が担保物件につき強制執行をした場合、第三者異議の訴えを提起してその執行を排除することができるかどうかについて、従来の多数説・判例はこれを積極的に解してきた(5)。ところが、昭和34年の国税徴収法の改正により、譲渡担保物件を設定者の滞納国税の徴収源とすることができる旨定められた（同法24条）ことが議論を呼んだ(6)。また、会社更生手続の開始当時において所有権を確定的に取得していない譲渡担保権者は、更生担保権者に準じて権利の届出をし、更生手続によってのみ権利を行使すべきであり、物件の所有権を主張して、その取戻しを請求することができないとする最高裁昭和41年4月28日第1小法廷判決(7)が出された。これは、会社更生手続において、譲渡担保権者を更生担保権者に準じて扱っているが、この手続では更生目的の達成のために一般の担保物権の行使や租税の徴収に至るまで制約を加えるのであるから、譲渡担保権をその実質的目的に照らし一般の担保物権に準じて取り扱うことも可能であり(8)、実質的にみても、目的物件が重要な企業用財産であるような場合に譲渡担保権者の取戻権を認めることは、会社更生制度の趣旨に反し、円滑な運用を害するのであって、会社更生手続の場合と個別的な執行の場合とでは、譲渡担保の取扱いを異にすべき合理的理由があるといえよう。しかし、その後、停止条件付代物弁済契約または代物弁済予約の形式をとった債権担保契約につき、債権者に清算義務があり、目的不動産を債務者の所有物として差し押さえた他の一般債権者に対して行使しうる権利は、自己の債権について優先弁済権を主張してその満足をはかる範囲に限られ、旧法549条により執行を全面的に排除することは許されないとする最高裁昭和42年11月16日第1小法廷判決(9)に始まる一連の仮登記担保に関する判例が出された。このような状況のもとにおいて、譲渡担保の法的性質についての分析が一段と深められ(10)、一般債権者のした差押えに関して、譲渡担保についてもその担保権としての実質に着目し、譲渡担保権者は一定の場合には第三者異議の訴えを提起することができず、優先弁済請求の訴え（旧法565条）を提起することができるにすぎないとする消極説(11)が次第に勢力を増してきた。しかし、譲渡担保権者は第三者異議の訴えによって執行を排除することができないとする消極説もその具体的内容を見ると区々に分かれていたところであり、本判決は、民事執行法施行前の事件において、この問題に関する最高裁判所の初めての判断である。

イ 従来の学説・下級審裁判例にあらわれた考え方を要約すると次のとおりである。 譲渡担保権者の第三者異議権を全面的に否定し、優先弁済請求の限度で肯定する(12)。 非清算型の譲渡担保の場合には譲渡担保権者の第三者異議権を肯定するが、清算型の譲渡担保の場合にはこれを否定する(13)。 譲渡担保権者は原則として優先弁済請求の訴えによるべきであるが、非清算型の譲渡担保の場合、目的物件の価額が被担保債権額を下回る場合及び強制執行手続が長期にわたって停止する場合には例外的に第三者異議の訴えを肯定する(14)。 譲渡担保権者の第三者異議権を原則的に肯定し、例外的に、差押債権者は目的物件の価額が被担保債権額を超過することが明白な場合に限って譲渡担保である旨の抗弁を主張することにより第三者異議権を排除することができる(15)、目的物件の価額が被担保債権額を超過し、かつ、差押債権者が債権の満足をはかるに足りるだけの資産を債務者が持たない場合には、第三者異議の訴えは権利濫用となり、優先弁済請求の限度でのみ認容される(16)、目的物件の価額が被担保債権額を超過し、かつ、被担保債権の履行期が到来しないため差押債権者が債務者の担保権者に対する差額清算請求権を差し押さえる対抗手段を有しない場合には、担保権者は優先弁済の訴えを提起しうるととどまる(17)。

ウ 他の担保権に関連する最高裁判例としての以下のものがある。

仮登記担保権者に関する前記最高裁昭和42年11月16日判決は、一般債権者の強制執行に対して第三者異議の訴えをもって対抗することはできないとし、また、最高裁昭和49年10月23日大法廷判決(18)は、競売手続が先行している場合には、仮登記担保権者は旧法648条4号または競売法27条4項4号に基づき競売裁判所に権利を届出する方法により競売手続に参加して配当を受けることができ、これによって目的を達することができる以上、仮登記担保権者としては原則としてこれによるべきであると判示する。これらの一連の判例が仮登記担保の場合について担保権者の第三者異議権を否定したことについては、任意処分によって目的物件を高額に処分して債権の満足を得る権利を害するものであるという批判があり(19)、この批判が譲渡担保についても被担保債権額が目的物件の価額を超える場合には第三者異議の訴えを認容してよいとする見解の主要な根拠となっている。両者は、ともに目的物件の担保価値をその所有権の取得という法形式で把握して優先弁済を受けることを目的とする点において共通性を有するが、仮登記担保は、担保権の実行までは目的物件の所有権を担保設定者に帰属させ、所有権取得は換価の手段にすぎないものであるのに対し、譲渡担保においては、債権者は目的物件の対抗力ある所有権そのものを取得し、これに基づいて担保価値を把握するものである。この相違からすれば、仮登記担保に関する判例が担保権者の第三者異議権を否定していることから直ちに譲渡担保についても同様に解さなければならない、という必然性はないといえることができる(20)。なお、所有権を留保する動産の割賦販売契約がある場合、売主は、買主の債権者が目的物件についてした強制執行を排除するための第三者異議の訴えを提起することができるとした最高裁昭和49年7月18日第1小法廷判決(21)があり、所有権留保売買は、売買代金の担保として所有権が留保されるという点で譲渡担保と共通性を有する。しかし、留保売主はもともと目的物の完全な処分機能を有していた者であり、しかも、被担保債権たる売買代金と目的物の価額との間には通常は著しい不均衡がないこと等を考慮すれば、右の判例の趣旨を直ちに譲渡担保に及ぼしてよいと

結論づけることはできない(22)。

エ 本判決は、「特段の事情がない限り」、譲渡担保権者は第三者異議権を有するものであると判断したものであって、前記イの分類中、 の考え方を採用したものであるといえるが、その理論的根拠については特に判示されていない。しかしながら、本判決の結論が譲渡担保権者の地位に基づくものであることからすれば、その趣旨は、要するに、譲渡担保が権利移転的性質を有する以上、その目的物は設定者の一般債権者のための責任財産に属しないと解すべきが基本である、としたものであると思われる。したがって、逆に、譲渡担保による所有権の移転が担保のためという目的に制限されていることからすれば、目的物の価額(23)が被担保債権額を上回る場合に、その差額に相当する価値までが譲渡担保権者に支配されて一般債権者のための責任財産に属しないとすることは、譲渡担保権者に過ぎたる権利を付与したことになることも明らかであるから、本判決が「特段の事情のない限り」としたのは、右のような場合を除外する趣旨であるものと考えられる(24)。また、強制執行の停止その他の理由により競売手続が進行せず、配当要求によっては迅速な満足を得る見込みがない場合も考えられる(25)が、そのほかにどのような場合をもって「特段の事情」があるとすべきかは、今後の判例の集積に委ねられている(26)。

(4) 判示事項2の意義

ア 再譲渡担保とは、譲渡担保権者が、目的物を自己の所有物であるとしてこれを第三者のために譲渡担保に供した場合をいう(27)。この再譲渡担保の設定に際し、相手方において、目的物の譲渡人が実質的には譲渡担保権者にすぎないことにつき悪意、有過失である場合と、目的物が原譲渡担保権者の所有物であると信ずるにつき善意、無過失である場合とがある。前者の場合、原譲渡担保設定者と再譲渡担保権者との関係は、転譲渡担保権ないし転抵当権の設定があったものとして処理されるべきであり、また、後者の場合、原譲渡担保設定者は、再譲渡担保権者に対し、自己と原譲渡担保権者との間の原譲渡担保関係を対抗することができなくなるものと思われる(28)。しかしながら、再譲渡担保権者の善意、悪意によって原譲渡担保権者と原譲渡担保設定者ないし再譲渡担保権者との各法律関係の効力が左右されることはない(29)から、原譲渡担保権者は、いずれの場合においても、設定者の一般債権者に対する関係では、自己と設定者との間の譲渡担保関係を主張することができるはずであり、したがって、設定者の一般債権者に優先して目的物から満足を受ける利益を有しているものと考えられる(30)。

イ ところで、原判決は、再譲渡担保設定者(すなわち原譲渡担保権者=原告X)が原譲渡担保権設定者(A)の一般債権者(被告Y)においてした強制執行の排除を求めうる理由を、譲渡担保設定者(A)は「自己に留保された固有の権利」に基づいて譲渡担保契約当事者(AとX)以外の第三者(非A)の一般債権者(Z)がした強制執行を排除できるのと同じであるとしているが、Xの「固有の権利」によってAの債権者Yの執行を完全に排除できるとするのは、根拠が不十分ではないかという疑問がある(31)。しかし、原譲渡担保権者が設定者の一般債権者に対して第三者異議の訴えを提起できるのは、前記のとおり原譲渡担保権者の実行により目的物から満足を受ける権利に基づくものと考えれば足りるのであって、本判決がXの「留保された固有の権利」なる概念を援用しなかったのは、このような趣旨に基づくものと思われる。

(3) 広島地裁昭和53年5月16日判決・金融商事判例639号6頁。

- (4) 広島高裁昭和53年10月9日判決・判例時報930号82頁。評釈として、小山昇・判例評論252号(11980年)184頁がある。
- (5) 大審院大正3年11月2日判決・民録20輯865頁、大審院大正5年7月12日判決・民録22輯1507頁、我妻栄『担保物権法』〔旧版〕(岩波書店、1936年)346頁、柚木馨『担保物権法』(法律学全集)(有斐閣、1968年)393頁、三ヶ月章「執行による救済」『民事訴訟法研究2巻』(有斐閣、1962年)70頁(初出、民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座4巻』(有斐閣、1955年)1103頁)、村松俊夫「第三者異議事件について」『民事裁判の諸問題』(有信堂、1967年)156頁。概していえば、民法学界では第三者異議の訴えにより執行を排除することができるという考え方が多く、民事訴訟法学界ではこれを制限的に構成して紛争の解決を図ろうとする考え方が有力であったといえよう。
- (6) 三ヶ月章「譲渡担保と租税」『民事訴訟法研究2巻』(有斐閣、1962年)260頁(初出、私法22号(1960年)3頁が昭和34年の私法学会シンポジウム「譲渡担保」において問題を提起し、特に民法学界の議論を促した。ただ、国税徴収法は、法定納期限後に成立した譲渡担保目的物について第2次納税義務として徴収の対象としたにすぎず、譲渡担保権の担保としての性質に触れるものではなかった。
- (7) 民集20巻4号900頁。解説として、三ヶ月章・法学協会雑誌84巻4号(1967年)152頁、谷口安平・判例評論97号(1966年)36頁、鈴木重信・金融法務事情445号(1966年)11頁、蕪山徹『最高裁判所判例解説・民事篇(昭和41年度)』(法曹会、1967年)604頁。
- (8) 本間義信「執行・破産と譲渡担保権者の地位」『実務民事訴訟講座10巻』(日本評論社、1970年)124頁。なお、同122頁は、譲渡担保権者が流担保の場合は所有権に基づき、清算型の場合は間接占有権に基づき、いずれも第三者異議の訴えを肯認することができるとする。
- (9) 民集21巻9号2430頁。多くの解説があるが、第三者異議に関するものとして、村松俊夫・金融法務事情512号(1968年)35頁、横山長『最高裁判所判例解説・民事篇(昭和42年度)』(法曹会、1968年)702頁。
- (10) 米倉明『譲渡担保の研究』(有斐閣、1976年)の分析をはじめとして、槇梯次『譲渡担保の効力』(叢書民法判例研究)(一粒社、1976年)85頁の検討が明快である。
- (11) 学説・裁判例については、梅善夫「判例研究」青山法学論集25巻3号(1983年)83頁以下、香川保一監修『注釈民事執行法2巻』(金融財政事情研究会、1985年)515頁以下(宇佐美隆男)、中野貞一郎『民事執行法〔新訂4版〕』(現代法律学全集23)(青林書院、2000年)285頁以下参照。昭和40年代までのものについては、小林資郎「譲渡担保と第三者異議の訴()() (完)」北海学園法学研究9巻2号(1974年)323頁以下、10巻1号(1974年)173頁以下、11巻1号(1975年)25頁に詳しい。
- (12) 小野木常『強制執行法概論』(酒井書店、1967年)538頁、柚木馨「譲渡担保と新国税徴収法との解釈論的調整について」法曹時報12巻5号(1960年)8頁、鈴木祿弥『物権法講義(改訂版)』(創文社、1972年)285頁。なお、我妻栄『新

訂担保物権法』(岩波書店, 1968年)614頁, 米倉・前掲注(10)『譲渡担保の研究』89頁, 吉田眞澄『譲渡担保』(商事法務研究会, 1976年)85頁は, 配当要求を認めるべきであるとする。東京高裁昭和44年1月24日判決・高民集22巻1号35頁, 大阪高裁昭和44年9月16日判決・下民集20巻9・10号655頁, 水戸地裁昭和45年6月1日判決・判例タイムズ249号168頁, 福岡地裁昭和45年12月21日判決・下民集21巻11・12号1592頁, 札幌地裁昭和46年3月10日判決・判例タイムズ263号306頁, 大阪高裁昭和47年1月29日判決・金融法務事情45号38頁, 千葉地裁昭和47年10月16日判決・判例時報698号102頁等。

(13) 菊井維大『民事訴訟法(二)』有斐閣全書(有斐閣, 1950年)117頁, 鈴木祿弥「譲渡担保」石井照久ほか編『経営法学全集9巻』(ダイヤモンド社, 1966年)203頁, 小野木常「譲渡担保と差押」法学論議36巻6号(1937年)1146頁。

(14) 菊井維大『強制執行法(総論)』法律学全集(有斐閣, 1976年)270頁。柚木馨=高木多喜男『担保物権法〔新版〕』(有斐閣, 1973年)605頁, 川井健『担保物権法』(青林書院, 1975年)248頁は, 競売では譲渡担保権者が完全な満足を受けられない場合に限って例外的に第三者異議の訴えを認める。京都地裁昭和44年12月26日判決・判例時報598号85頁, 大阪地裁昭和45年5月26日判決・判例タイムズ253号291頁, 東京高裁昭和48年11月21日判決・判例時報725号51頁, 名古屋高裁昭和49年7月30日判決・判例時報770号55頁, 東京地裁昭和50年1月30日判決・判例時報784号85頁, 大阪高裁昭和52年8月31日判決・判例時報874号53頁, 東京地裁昭和52年9月30日判決・判例タイムズ366号267頁。東京高裁昭和54年6月26日判決・金融法務事情911号49頁は, 物権価額が被担保債権額を下回る(満たない)ときは第三者異議を許容すべきであるとする。

(15) 兼子一『増補強制執行法』(酒井書店, 1955年)64頁は, 優先弁済請求の訴えに変更を要するとするが, 三ヶ月・前掲注(5)「執行による救済」260頁, 椿寿夫「譲渡担保権者と第三者異議の訴」判例タイムズ237号(1967年)65頁は第三者異議の訴えの一部認容として優先弁済請求の認容判決をすることができるとする。

(16) 中野貞一郎「譲渡担保権者と第三者異議の訴」『強制執行・破産の研究』(有斐閣, 1971年)120頁。

(17) 中川善之助=兼子一監修『実務法律大系7巻強制執行・競売』(青林書院, 1974年)177頁(石川明)は, 清算期末到来のときは常に第三者異議権を肯定し, 清算期到来後は, 被担保債権額が目的物の価額を上回るとき, 流担保型であるときに限って第三者異議権を肯定する。

(18) 民集28巻7号1473頁。解説として, 吉原省三・判例タイムズ314号(1975年)23頁, 高木多喜男・判例評論191号(1975年)2頁, 中野貞一郎・ジュリスト590号(1975年)127頁, 福永有利・判例タイムズ316号(1975年)30頁, 米倉明・法学協会雑誌93巻6号(1976年)102頁, 鈴木弘『最高裁判所判例解説・民事篇(昭和49年度)』(法曹会, 1977年)585頁。

(19) 村松俊夫・金融法務事情512号(1968年)35頁, 谷口知平・民商法雑誌58巻6号(1968年)990頁, 好美清光・民商法雑誌65巻1号(1971年)146頁, 中野貞一郎・私法32号(1970年)32頁以下, 竹下守夫「仮登記担保と不動

産競売」我妻栄先生追悼論文集『私法学の新たな展開』(有斐閣, 1975年)667頁。

(20) 仮登記担保契約に関する法律15条2項は,担保不動産に対する強制執行開始決定が清算金支払債務の弁済期後の申立に基づくときは,仮登記担保権は第三者異議の訴えを提起することができる,としている。

(21) 民集28巻5号743頁。解説として,伊東乾=三上威彦・法学研究(慶応大)48巻12号(1975年)80頁,松本博之・ジュリスト590号(1975年)121頁,中野貞一郎・民商法雑誌72巻6号(1975年)42頁,米倉明=森井英雄・NBL83号(1975年)26頁,東條敬『最高裁判所判例解説・民事篇(昭和49年度)』(法曹会,1977年)75頁。

(22) 東條・前掲『最高裁判所判例解説・民事篇(昭和49年度)』80頁,吉井直昭「動産の割賦販売契約における売主と第三者異議の訴の許否」金融法務事情790号(1976年)18頁。

(23) 異議権の存否は口頭弁論終結時において判断すべきものであるから,目的物件の価額は差押時のそれではない。

(24) 本件の原判決は,目的物件の価額を認定していない(第一審判決は,これを50万円と認定した)。目的物件の価額と被担保債権の価額との対比に関する主張立証責任の内容については,原告の所有権取得に対して,単に原告の所有権取得が譲渡担保であることを主張すれば足りるとする見解(菊井・前掲注(14)『強制執行法(総論)』270頁,名古屋高裁昭和49年7月30日判決・判例時報770号55頁等)と,譲渡担保たることのほかに被担保債権額が目的物件の価額を下回らないことをも主張することを要するとする見解(兼子・前掲注(15)『増補強制執行法』64頁,大阪地裁昭和45年5月26日判決・判例タイムズ253号291頁)がある。前説をとれば,被担保債権額と目的物件の価額との対比は原告が再抗弁として持ち出すべき問題であり,原告がこれを主張しないにもかかわらずこの点を根拠として請求を認容することはできないことになる。後説をとれば,被告において目的物件の価額が被担保債権額を上回ることを主張しない以上,譲渡担保権者の請求を認容すべきことになる。本判決は後説によったものと思われるが,それは,譲渡担保の場合といえども本質的には所有権なのであるから,譲渡担保権者が第三者異議権を有しないというためには,所有権者でありながら旧法549条の「譲渡若しくは引渡を妨ぐる権利」を有する者にあたらないとされるために十分な根拠事実が抗弁として主張されることを要する,と考えたことによるものであろう。

(25) 竹下守夫「譲渡担保と民事執行」(現代財産法研究会17回)ジュリスト809号(1984年)87頁。

(26) 最高裁昭和58年2月24日第1小法廷判決・裁判集民事138号229頁(判例時報1078号76頁)は,目的物件の価額(30万円)が被担保債権額(元本250万円)以下であるとして譲渡担保権の第三者異議権を肯認した原判決につき,これを正当とした。この判例は,本判決の射程距離が当然に民事執行法の事案にも及ぶことを前提とし,実務への注意喚起として裁判集民事に登載されたものと思われるが,民集には登載されなかった。なお,評釈として,山田二郎・金融法務事情1040号(1983年)16頁,梅・前掲注(11)青山法学論集25巻3号83頁,同『民事執行法判例展望』竹下守夫=伊藤眞編・別冊ジュリスト127号(1996年)48頁がある。

(27) 再譲渡担保の概念については必ずしも一般化していないが、本文の用法は柚木馨＝高木多喜男編『新版注釈民法（９）物権(4)』（有斐閣，１９９８年）８８５頁（福地俊雄）にも見られる（もっとも，同書はこの意味の再譲渡担保を容認していない）。伊藤進ほか『譲渡担保の法理』ジュリスト増刊（１９８７年）７０頁（伊藤進）（椿寿夫）は所有権的構成を認めるかどうかに対応するとする。鈴木禄弥「最近担保法雑考(1)」判例タイムズ４７６号（１９８２年）５２頁は，第２次譲渡担保契約の対象を設定者所有物件，担保権者所有物件，譲渡担保権の場合に分け，さらに第２次担保権者の善意・悪意等を問題にしている。譲渡担保権者が譲渡担保権を譲渡担保に供する場合は，転譲渡担保といわれており（鈴木・前掲注(13)「譲渡担保」２０８頁），この法律関係は，転質，転抵当と近似している。転抵当は，抵当権者が抵当権をもって他の債権の担保とすることをいい（民法３７５条１項前段），その設定には原抵当権設定者の承諾を要せず，また，転抵当により転抵当権者は原抵当権を実行することができる（大審院昭和７年８月２９日決定・民集１１巻１７２９頁）。他方，主たる債務者が転抵当設定の通知を受け，またはこれを承諾したときは，転抵当権者に対抗することができないとされているので（民法３７６条２項），原抵当権者は弁済を受けることができない。転抵当に関する以上の考え方は，その性質に反しないかぎり，転譲渡担保についてもあてはまるものといえることができる。

(28) 米倉・前掲注(10)『譲渡担保の研究』７６頁，１００頁注(22)(23)。なお，柚木＝高木・前掲注(14)『担保物権法（新版）』６０７頁。

(29) 米倉・前掲注(10)『譲渡担保の研究』７６頁，小山・前掲注(4)判例評論２５２号１８５頁下段。

(30) もっとも，権利実行が処分清算の方法によるべき場合で，かつ，原譲渡担保権者が目的物の処分により受ける弁済額の全額が再譲渡担保権者の弁済に充てられるべき関係にあるときは，設定者の一般債権者に対して原譲渡担保関係を主張して執行を排除することは許されないものと考えなければならないかとの問題がある。しかしながら，一般債権者の執行を排除することは，原譲渡担保権者ひいては再譲渡担保権者のために目的物件を保全することとなるので，再譲渡担保権者の利益にこそなれ不利益となることがない。のみならず，帰属清算か処分清算かは担保権実行の方法にすぎず，原譲渡担保権者が設定者の一般債権者の強制執行を排除しうるのは，原譲渡担保権者が再譲渡担保権者に対する自己の債務を弁済して目的物を取り戻し，その目的物から自己の債権の満足を得る利益に基づくものであって，この利益は担保権実行方法によって異なるものではないから，いずれの場合も，強制執行の排除が許されるべきものと思われる（小山・前掲注(3)判例評論２５２号１８６頁上段）。

(31) 小山・前掲注(4)判例評論２５２号１８６頁中段，石川＝三上・前掲注(1)判例評論２８３号２０３頁，柚木＝高木編・前掲注（２７）『新版注釈民法（９）物権(4)』８８５頁（福地）。原審のいう「自己に留保された固有の権利」とは，鈴木・前掲注(13)「譲渡担保」２０３頁，２０９頁，道垣内弘人『担保物権法』（三省堂，１９９９年）２５４頁等の「設定者留保権」説を想起させるが，そこでの「設定者留保権」の内容は制限物権的所有権であると説明されており，所有権移転直後に設定者にも物権的な権利として留保されているものとする二段物権変動説といわれるものである。かなり技巧的な構成であることを否定できないが，内田貴『民法 債権総論・担保物権法』（東大出版会，１９９６年）

479頁は、この考え方においても譲渡担保権者の第三者異議を肯定することが可能であるとするとする。

3 民事執行法下における譲渡担保権者の地位

(1) 問題の所在

民事執行法の制定過程において、昭和46年12月の強制執行法案要綱案（第1次試案）及び昭和48年9月の同要綱案（第2次試案）では、譲渡担保権者が動産執行において優先弁済権を主張する方法につき明文の規定が設けられ、かつ、執行裁判所に対し売得金弁済請求の訴えを提起することができる旨定められていた。特に第2次試案第190では、譲渡担保権者が第三者異議の訴えを提起することを妨げられないとされていたが、昭和52年2月の民事執行法案要綱では、譲渡担保についての明文の規定が設けられず、優先弁済請求権を有する者は執行裁判所の認可を得て配当要求をすることができるし、これが却下されたときは優先弁済請求の訴えを提起することができるものとされていた（要綱13(ロ)(ハ)）。このような経緯からすれば、新しい民事執行法のもとにおいて譲渡担保権者の第三者異議権を肯定できるかどうかは、同法の規定の有無のみから結論を導き出すことは法技術的に困難であって、譲渡担保権者の法的性質に基づいて検討をすべきものであるとされたものであり(32)、法解釈の状況は旧法事件の場合と基本的に同じであるものと考えられる。したがって、本判決は、民事執行法に関する事案についても影響を及ぼすものであったといえよう(33)。前掲最高裁昭和58年2月24日判決は、民事執行法に関する事案であるが、本判決と同旨の判文をもって譲渡担保権者の第三者異議権を肯定した。その後、集合動産に関して、最高裁昭和62年11月10日第小法廷判決(34)は、本判決の法理を前提として判例を確立させたが、譲渡担保の判例法理が明確になったわけではない(35)。

(2) 民事執行法下の学説の状況

昭和55年10月1日に施行された民事執行法は、優先弁済請求の訴え（旧民訴法565条）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133条）(36)。本判決は、民事執行法施行前の事案に関するものであるが、同法施行後の判例であることからみれば、同法施行後の同種事案に影響を及ぼすことは否定できないと思われる。民事執行法のもとにおいて、譲渡担保権者の第三者異議権ないし配当要求が許されるかどうかについては、次の(イ)(ロ)(ハ)の3説が対立している。(イ)譲渡担保権者は、第三者異議の訴えをもって執行の排除を求めるほかはなく、売得金から優先弁済を受けることはできない(37)。(ロ)譲渡担保権者は、第三者異議の訴えをもって執行の排除を求めることもできるし（但し、余剰価値があるときを除く。）、執行官に権利を証する文書を提出して配当要求をすることもできる。配当協議が調えばそれでよいし、調わなければ執行裁判所が配当等の実施をし、異議があれば、配当異議訴訟で決着をつければよい(38)。(ハ)譲渡担保権者は、第三者異議の訴えを提起しても執行の排除を求めることができず、優先弁済を認める判決を得て、配当を受けるしかない。同判決に基づくほかは、執行官に直接権利を証明しても、配当要求をすることはできない(39)。

(32) 香川保一監修『注釈民事執行法5巻』（金融財政事情研究会，1985年）468頁（田中康久）。

(33) 高松高裁昭和57年2月24日判決・判例時報1072号115頁(評釈として、鬼頭季郎・季刊実務民事法3号(日本評論社、1983年)220頁がある)は、譲渡担保権者の第三者異議権を認めたとうえで、「譲渡担保の被担保権が確定して履行期も到来し、かつ、その債権が物件価格よりも少額でいわゆる無清算の特約が認められない場合にその物件に対する一般債権者の執行が開始されたような場合には、その執行手続内で譲渡担保権者に配当要求を認めて優先弁済を得させる方が、譲渡担保権者が別途に第三者異議の訴えを提起して、さらに清算手続を履行しなければならないのと比較して簡便である。」と判示し、また、福岡高裁昭57年9月30日判決・判例タイムズ482号99頁は、本判決を引用したうえで、目的物の価額が被担保債権額をはるかに下回るから特段の事情があるとはいえないとして譲渡担保権者の第三者異議の訴えを認容した。実務では民事執行法のもとでも譲渡担保権者に原則として第三者異議の権限を認めること自体定着したものといえよう(松田延雄=小田八重子「譲渡担保と民事執行法上の問題点」加藤一郎=林良平編集代表・浦野雄幸=清水誠=高木多喜男=吉原省三編『担保法大系4巻』(金融財政事情研究会、1985年)360頁)。以後、これに関する裁判例は公刊物に登載されていない。

(34) 民集41巻8号1559頁。多くの解説があるが、執行法の観点を含めたものとして、田中壮太『最高裁判所判例解説・民事篇(昭和62年度)』(法曹会、1990年)661頁、伊藤眞『民事執行法判例百選』別冊ジュリスト(1994年)52頁。

(35) 近時の譲渡担保権の学説上の諸理論については、柚木=高木編・前掲注(27)『新版注釈民法(9)物権(4)』842頁(福地)以下に整理されている。担保的構成が通説であるが、考え方は授權説、設定者留保権説、物権的期待権説、担保権説、抵当権説に分かれている(米倉明「譲渡担保の法的構成」同『担保法の研究』民法研究第2巻(新青出版、1997年)57頁(初出、金融・商事判例737号(1986年))は、各説を機能的発展、論理的関係の観点から整理しており、本判決との関連にも触れていて示唆に富む)。

(36) 鈴木禄弥『物権法講義(3訂版)』(創文社、1985年)263頁(4訂版、303頁)は、旧法下においては第三者異議権が全面的に否定されたが、民事執行法施行後は第三者異議の訴えによらざるをえないとする。対照的に、山野目章夫『物権法』(日本評論社、2002年)292頁は、第三者異議権は否定され、133条により配当要求をすることができるとする。

(37) 田中康久『新民事執行法の解説(増補改訂版)』(金融財政事情研究会、1980年)99頁、浦野雄幸『逐条概説民事執行法〔全訂版〕』(商事法務研究会、1981年)448頁、中野・前掲注(11)『民事執行法〔新訂4版〕』286頁、同「非典型担保権の私的実行」鈴木忠一=三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座12巻民事執行』(日本評論社、1984年)451頁。民法の観点からは、柚木=高木編・前掲注(27)『新版注釈民法(9)物権(4)』884頁(福地)等。

(38) 竹下守夫ほか『民事執行セミナー』ジュリスト臨時増刊(有斐閣、1981年)263頁(中野貞一郎)。なお、青山善充「譲渡担保と民事執行法」金融商事判例609号(1981年)2頁、竹下・前掲注(25)「譲渡担保と民事執行」87頁以下は、併用を認めない。

(39) 三ヶ月章『民事執行法』(法律学講座全書)(弘文堂、1981年)151頁。

4 譲渡担保権者の民事執行法における手続保障

本判決は、「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、「特段の事情」の主張立証責任、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。

(1) 「特段の事情」の主張立証責任

本判決は、前記3(1)エのとおり、「特段の事情」として、目的物の価額が被担保債権額を上回る場合を想定しているものと理解することができ、前掲最高裁昭和58年2月24日判決は、民事執行法下においても同様に把握しているものとみることができよう。この事案は、執行目的物が譲渡担保の一部であったが、その担保目的物全体の価額が被担保債権額を上回っても、執行目的物の価額が被担保債権額を上回らないときは、「特段の事情」に当たらないとしているものと解しているとみることができる(40)。

これについて、被担保債権の弁済期を「特段の事情」の要素とする考え方がある(41)。しかし、譲渡担保権者の第三者異議権は、譲渡担保権の実行として行使されているものではなく、譲渡担保権の存在による対外的効力であるから、弁済期の到来が訴えの要件になるものではない。また、弁済期末到来の被担保債権は、民事執行法139条、88条により、弁済期が到来したものとみなされる。前掲最高裁昭和58年2月24日判決は、特段の事情として主張された「目的物の価額が被担保債権額を上回ること」が認められないとした原審の認定判断を是認したうえ、弁済期の到来は記録上明らかであるにもかかわらず、「特段の事情について主張立証を尽くしていない」と判示しているから、弁済期の到来は特段の事情に当たらないとしたものといえることができる。

「特段の事情」の主張立証責任は、前記のとおり差押債権者が負担することとなり、前掲最高裁昭和58年2月24日判決はこれを明言した。目的物の価額は口頭弁論終結時を基準時とすべきである。動産の時価は時間の経過によって低減することが多いから、担保権の設定時には被担保債権より高額であったとしても、その評価は見直す必要がでてくる。民事執行法は、むだな執行手続を進めないようにするために動産執行にも無剰余取消しの制度(129条2項)を取り入れたが、執行債権者は、この無剰余主義の執行のもとにおいては、動産の評価額が手続進行の鍵となり、また、その立証が困難な立場にあるという事情もないので、不公平な負担というにはならない(42)。ただ、剰余の有無は個々の執行目的物を対象とするのか他に差し押さえられた担保物件を包括して判定すべきかという問題にかかわっている(43)。

(2) 第三者異議の訴えと配当要求との関係

本判決にいう「特段の事情」のある譲渡担保権者が被担保債権の弁済を受ける方法については議論がある。

ア 配当要求による方法

譲渡担保権者が民事執行法133条の配当要求をすることができるかどうかについては争いがある(44)が、あえて大別すれば、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(45)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(46)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(47)。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と考えられよう(48)。

イ 優先弁済請求等による方法

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は、譲渡担保権者に特別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(49)。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(50)、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(51)、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る(52)。手続保障として十全ではない。

ウ 第三者異議の訴えと配当要求の併用

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关系にあり、両者の併用の可否については争いがある(53)。

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する考え方のもとで、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(法192条2項)場合もありうるから、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り、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、また、譲渡担保権者の手続保障に十分でない点があるが、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。

(40) 松本博之「第三者異議の訴え」新堂幸司＝竹下守夫編『民事執行法判例展望』ジュリスト臨時増刊876号(1987年)34頁は同旨とも思われる。ただ、この点は検討の余地がある(梅・前掲注(11)青山法学論集25巻3号91頁)。

(41) 本間・前掲注(1)民商法雑誌87巻4号617頁は、本判決が被担保債権の弁済期が未到来の場合は第三者異議の訴えが許されるのかどうか明らかなでないとする。これに対

し、中川＝兼子監修・前掲注(17)『実務法律大系7巻』(石川)177頁は、被担保債権の弁済期が未到来の場合にこそ、第三者異議の訴えを認めるべきとする。期限未到来の被担保債権は民事執行法139条、88条により処理されるから、期限未到来は特段の事情に当たらない(山田・前掲注(26)金融法務事情1040号16頁参照)。小山・前掲注(4)判例評論252号186頁は、被担保債権額が目的物の価額を下回る場合でも履行期が到来しているときは「特段の事情」に当たらないとし、また、前掲高松高裁昭和57年2月24日判決は、被担保債権が確定して履行期が到来している場合には配当要求を認める方が簡便であるとする。原田和徳＝富越和厚『執行関係等訴訟に関する実務上の諸問題』(司法研究報告書37輯2号)(司法研修所、1988年)169頁は、流質型譲渡担保権者は履行期が到来したかどうかを問わず第三者異議の訴えを提起することができるが、清算型譲渡担保権者は、被担保債権額が目的物の価額を上回る場合には、履行期が到来したかどうかを問わず第三者異議の訴えにより執行に排除を求めることはでき、被担保債権額が目的物の価額を下回る場合には第三者異議の訴えにより執行の排除を求められない、とする。

(42) 中野・前掲注(11)『民事執行法〔新訂4版〕』288頁。山田・前掲注(26)金融法務事情1040号16頁は、譲渡担保は通常、余裕をもって担保をとっているから、第三者異議を例外とし、余剰のないことを譲渡担保権者に主張立証させるのが合理的であるとする見解を紹介している。井上治典「第三者異議の訴え」新堂幸司＝竹下守夫編『基本判例からみた民事執行法』(有斐閣、1983年)103頁は、所有権留保の場合を主に論じてはいるが、当事者間の責任分配または行動ルールとして執行を排除しようとする第三者の負担とすべきであるとする。原則として譲渡担保権者は配当要求ができないことを前提とする以上は、第三者異議が排除される場合を相手方に主張立証させることが公平であろう。

(43) 井上・前掲注(42)「第三者異議の訴え」102頁は、剰余の有無の判定は差押えの対象物全体を包括してなされるとしているが、必ずしもそのように解すべきものではなく(栗田隆「動産執行と動産担保権」関西大学法学論集33巻3～5号(1983年)359頁)、仮にそう解すべきであったとしても、無剰余の場合に差押えの取消しを求めるための第三者異議の訴えは肯定されるべきであろう。

(44) 学説については、鈴木忠一＝三ヶ月章編『注解民事執行法4巻』(第一法規、1985年)220頁(伊藤眞)、竹下・前掲注(25)「譲渡担保と民事執行」87頁、栗田・前掲注(43)「動産執行と動産担保権」359頁、中野・前掲注(11)『民事執行法〔新訂4版〕』285頁、558頁参照。

(45) 竹下・前掲注(25)「譲渡担保と民事執行」91頁、石川明＝小島武司＝佐藤歳二『注釈民事執行法上巻』(青林書院、1991年)410頁以下(伊藤眞)、栗田・前掲注(43)「動産執行と動産担保権」380頁等。民法の立場から、高木多喜男『担保物権法』(有斐閣法学選書)(2002年)362頁、林良平＝岡部崇明＝田原睦夫＝安永正昭『注解判例民法・物権法』(青林書院、1999年)697頁(占部洋之)等。

(46) 浦野・前掲注(37)『逐条概説民事執行法〔全訂版〕』448頁、田中・注(37)『新民事執行法の解説〔増補改訂版〕』286頁、558頁、小林秀之＝角紀久恵『手続法から見た民法』(弘文堂、1993年)101頁以下等。民法の立場から、近江幸治『担保

物権法（新装補訂版）』（弘文堂，1998年）297頁，内田・前掲注（31）『民法 債権総論・担保物権法』479頁等。

（47） 青山・前掲注（38）『譲渡担保と民事執行法』2頁，原田＝富越・前掲注（41）『執行関係等訴訟に関する実務上の諸問題』171頁。梅・前掲注（1）『昭和57年度民事主要判例解説』249頁，村田拓司『譲渡担保理論の再構成（三・完）』東京都立大学法学会雑誌32巻2号（1991年）79頁，最高裁判所事務総局民事局監修『執行官提要〔第4版〕』（法曹会，1998年）192頁。

（48） 執行官の実際の扱いについて，竹下ほか・前掲注（31）『民事執行セミナー』264頁（浦野雄幸）。

（49） 中野・前掲注（11）『民事執行法〔新訂4版〕』287頁，558頁は，「発生原因が制限的に決定された先取特権や物の占有と結びついた質権における」と異り，譲渡担保の場合には，執行機関たる執行官に複雑かつ無限に多様な実体関係の判断を強いることになって実務上無理とされるし，譲渡担保権の実行として競売申立てが認められていないことを考えあわせる必要がある。」「配当要求の許容は，無名義配当要求訴訟（旧法591条）をなくした民事執行法のもとでは，譲渡担保契約が債務名義形成の必要を潜脱する手段となり，その被担保権についての請求異議・配当異議の起訴責任を債務者・差押債権者に負わせることになって当をえない。」「法133条を，執行目的物につき実体法上優先権を有する者には手続上もその優先権行使の機会を保障する趣旨とみて類推を説くのは，論理の飛躍」と指摘しており，傾聴すべき本質である。

（50） 中野・前掲注（11）『民事執行法〔新訂4版〕』288頁。宮川聡＝鈴木正裕「第三者異議」『裁判実務体系第7巻民事執行訴訟法』（青林書院，1986年）101頁，山木戸克己『民事執行法・保全法講義（補訂2版）』（有斐閣，1999年）102頁は，原則として配当要求によるべきものとし，譲渡担保権者に配当要求が認められないとすれば，減縮された第三者異議請求としての優先弁済請求ができると解すべきである，としている。なお，井上治典＝佐上善和＝佐藤彰一＝中島弘雅『民事救済手続法〔第2版〕』（法律文化社，1999年）393頁（宮川聡）は，第三者異議の訴えに対しては優先弁済を認める範囲で認容判決をすべきである，とする。第三者異議の訴えに対して優先弁済を認める限度で認容する考え方は，旧法時代から有力に主張されてきたところである（三ヶ月・前掲注（6）『譲渡担保と租税』260頁，同・前掲注（32）『民事執行法』152頁）。

（51） 竹下守夫『民事執行法の論点』（有斐閣，1985年）219頁。

（52） 青山・前掲注（38）『譲渡担保と民事執行法』2頁は，一方は執行裁判所に対する請求であり，他方は執行官に対する申し出であって同質性がないから，執行官への配当要求の申出を教示して請求を棄却すべきである，とする。山田・前掲注（26）金融法務事情1040号16頁注（9）。

（53） 併用を認める説（竹下ほか・前掲注（38）『民事執行セミナー』264頁（中野貞一郎），香川監修・前掲注（11）『注釈民事執行法2巻』522頁（宇佐見隆男），大石忠生「執行関係訴訟に関する実務上の問題点」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座12巻』（日本評論社，1984年）92頁，宮脇幸彦「金銭執行と多数債権者」新堂幸司＝竹下守夫編『民事執行法を学ぶ』（有斐閣，1981年）169頁，石川＝三上・前掲注（1）判例評論283号202頁，谷口安平「金銭執行における債権者間の平等と優越」

竹下守夫＝鈴木正裕『民事執行法の基本構造』（西神田編集室，1981年）275頁，併用を認めない説（富越和厚・金融法務事情953号71頁，高木多喜男ほか編『民法講義3 担保物権〔改訂版〕』（有斐閣，1980年）286頁（半田正夫））。原田＝富越・前掲注(41)『執行関係等訴訟に関する実務上の諸問題』172頁は，理論的には併用を認めることは疑問であるが，制限することは事実上困難であるとする。

5 おわりに

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(52)。

(54) 梅・前掲注(11)青山法学論集25巻3号91頁，川井健＝鎌田薫『物権法・担保物権法』（青林書院，2000年）304頁。

第10章 民事訴訟における要件事実の機能

- 1 はじめに
- 2 要件事実論
- 3 要件事実の機能と限界
- 4 要件事実の手續保障的機能
- 5 おわりに

1 はじめに

民事訴訟にかかわる法曹実務家にとって、要件事実の考え方についての確に理解することは必要不可欠な専門技能の一つである。それは、要件事実が民事訴訟における対立当事者の攻撃防御の構造の骨格となっており、その内容は専門知識に基づく実体法の理解と応用にほかならないからである。この意味の要件事実の重要性は古くから認識されていたが、民事訴訟の要件事実を求める機能については時代の変遷があった。いま、要件事実の考え方を理解することの重要性が再認識され、また、法科大学院における教育内容とされる状況にあって、これまでの要件事実の考え方に関して議論されてきた問題点及び今後の課題について検討することが求められる。

本稿は、要件事実の目的、機能及び限界といった観点を念頭に、民事訴訟実務に活用される要件事実論について考えるものである(1)。

(1) 要件事実に関する体系的な解説書は多くなったが、司法研修所からは、司法研修所民事教官室編『民事訴訟における要件事実について』(最高裁判所, 1977年)(初出は、司法研修所報26号(1961年)に始まり、31号, 32号, 36号, 39号を経て、54号(1975年)に掲載)、司法研修所民事裁判教官室『増補民事訴訟における要件事実第1巻』(法曹会, 1986年)、同『民事訴訟における要件事実 第2巻』(法曹会, 1992年)があり、論理的な説明が重視されている。『紛争類型別の要件事実』(法曹会, 1999年)は、基礎的汎用的なものである。三井哲夫『要件事実の再構成』(法曹会, 1976年)(初出、法曹時報27巻10号, 11号(1975年)1頁)、同『続 要件事実の再構成』(法曹会, 1976年)(初出、法曹時報30巻11号(1978年)1頁)は、証明責任の分配について特別要件説の立場から構築したものであり、故定塚孝司判事遺稿論集刊行会『主張立証責任論の構造に関する一試論』故定塚孝司判事遺稿論集(判例タイムズ社, 1992年)もこれに近い立場である。倉田卓次監修『要件事実の証明責任 債権総論』(西神田編集室, 1986年)、同『要件事実の証明責任 契約法上』(西神田編集室, 1993年)、同『要件事実の証明責任 契約法下』(西神田編集室, 1998年)は、具体的かつ詳細であり、理論的水準が高い。大江忠『要件事実民法(上)(中)(下)[第2版]』(第一法規出版, 2002年)は、民法の逐条解説であり、全条文を網羅しており参考になる。伊藤滋夫『要件事実の基礎』(有斐閣, 2000年)は、そこに引用されている多くの自著論稿とともに要件事実論を精緻に集大成している。伊藤滋夫『要件事実・事実認定入門』(有斐閣, 2003年)はその入門教材。加藤新太郎・細野敦『要件事実の考え方と実務』(民事法研究会, 2002年)は主として司法書士向けの解説書であり、伊藤滋夫・山崎敏彦編著『[ケースブック]要件事実・事実認定』(有斐閣, 2002年)は法科大学院等の教材用に構成され、大江忠『ゼミナール要件事実』(ぎ

ようせい、2003 年）も法科大学院の教育教材として作成されている。升田純『要件事実の基礎と実践』（金融財政事情研究会、2003 年）は基礎的で平易な説明に重点を置いた実用的なものである。

2 要件事実論

（１） 要件事実の意義

ア 民事訴訟実務における要件事実とは、法律効果の発生に必要な実体法規範の要件に当たる具体的事実である。民事訴訟は、権利義務の関する紛争を適正迅速に解決することを目的としているが、弁論主義のもとにおいては、権利義務の発生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。当事者としては、主張すべき事実及び反論すべき事実を証拠に照らして的確に整理して争点を明確にしたうえ、その争点に対して証拠調べをすることによって権利義務の存否を明らかにする必要がある。たとえば、売買代金請求については、原告は、売買契約締結の事実を請求原因として主張し立証すれば足り、契約に錯誤などの無効事由がないことや代金をまだ受領していないことを主張する必要がなく、これらは、被告が、抗弁として売買契約の締結について要素の錯誤に当たる具体的事実があることや代金の支払いをしたことを主張し立証する必要がある。原告は、被告の錯誤について重大な事由があることを再抗弁として主張立証することができる。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である。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。したがって、当事者にとって、法律効果の発生または不発生のための要件事実を正しく把握し、民事訴訟の攻撃防御の対象を特定することは、民事訴訟を利用して紛争を解決するために必須の法的作業であり、法律実務家には、この要件事実の考え方を具体的に理解し、実務に応用することが求められる。このように要件事実を理解することは、伝統的な旧訴訟物理論及び法律要件分類説に基づく民事訴訟実務を基礎に置いている（２）。要件事実論とは、このような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。具体的には、民事訴訟において原告の訴訟上の請求の内容となっている権利の存否について判断するには権利の発生、障害、消滅を組み合わせで行うほかはないこと、実体法が、一定の事実関係の存在するときは権利の発生、障害、消滅の法律効果が生じるものとして定められ、要件事実はその権利の発生、障害、消滅の法律効果が生じるために必要な具体的事実であって、主要事実と同義であること、主張立証責任はその要件事実（主要事実）が口頭弁論において主張立証されない場合にその存在を前提とする法律効果が認められない不利益ないし危険であるから、要件事実主張立証責任の分配と密接不可分に関係していること、主張立証責任の分配については、法規の文言、形式を基礎としながらも立証責任の負担面での公平、妥当性の確保等を考え、法の目的、関連する法規との整合性、当該要件の一般性・特別性、要証事実の事実に態様とその立証の難易などが総合的に考慮されるもの

であること、立証責任の所在と主張責任の所在とは一致すること、以上を骨格とするものである(3)。

イ 要件事実論を具体例に基づいて活用してみる。

(事例) 建築会社 X は、鉄鋼会社 Z に工事の下請けを発注していた。家具製造業会社 Y は Z に平成 14 年 7 月 1 日に 1000 万円を貸し付けたが、返済を受けられないでいる。Z は、事業不振に陥り、手形の不渡りを出したため、他の債権者から工場の動産に仮差押えを受けた。そこで Z は、残りの機械 P を早急に換価処分する必要に迫られ、これを Y のもとに運び込み、以後 Y が占有している。紛争は、X が Y に対して P の引渡しを要求して始まった。X の言い分は、X は Z に依頼されて P を買うことにしたが、置き場所がなかったので Y に保管してもらっていたところ、平成 15 年 4 月 1 日に P を 500 万円で買い、引き続き Y に保管を託した、と主張した。これに対して、Y は、P は、Y の Z に対する 1000 万円の貸金のうち 600 万円の債務の代物弁済として Z から所有権を譲り受けて引渡しを受けたものであり、P の保守整備費用として月額 5 万円の費用を支出していると主張し、Z に対する貸金の弁済が得られない限り返還しない約束があったとして P の引渡しを拒絶した。

このような事案において要件事実を考えると、まず、訴訟物は、X の P 所有権に基づく Y に対する引渡請求権である。したがって、請求原因 (Kg[Klagegrund]) は、「()D が P を所有していたこと。()平成 15 年 4 月 1 日 Z と X との間で P について代金 500 万円とする売買契約が成立したこと。()Y が P を現に占有していること。」となる。Y は、を否認し、かりにこの事実が認められる場合の抗弁 (E[Einrede])¹ として、「Z と X は、P を売買する意思がないにもかかわらず、その意思があるように仮装することを合意した。」との虚偽表示の主張をすることが考えられる。抗弁 2 として、「()Y は Z に対して平成 14 年 7 月 1 日に 1000 万円を貸し付けたこと。()平成 15 年 4 月 1 日 Y と Z との間で の債務の内金 600 万円の支払いに代えて P の所有権を Y に移転する合意をしたこと。()Y は、X が対抗要件を具備するまでは、X の所有権取得を認めない。」との対抗要件の主張をすることが考えられる。抗弁 2 に対する再抗弁 (R[Ruplik]) として、対抗要件具備を内容とする「()Y と Z は、平成 15 年 3 月末ころ P を Y が保管する合意をし、これに基づいて P の引渡しを受けたこと。()X と Z は、P 売買の際に、Z が Y に X のために以後占有すべきことを指図して引渡しをする合意をしたこと。()Z は Y に対してその旨の指図をしたこと。」との主張をすることが考えられる。Y は抗弁 3 として、抗弁 2 の及び の事実と「()Z は Y に対し、平成 15 年 4 月 1 日に P を 及び に基づき引き渡したこと。」を所有権喪失の主張をすることが考えられる。さらに、Y は、抗弁 4 として、「()Y は平成 15 年 4 月 1 日当時、P を占有していたこと。()同日以降、P の P の保守整備費用として月額 5 万円の費用を支出していること。() の支払いを受けるまで引渡しを拒絶する。」との留置権の主張をすることが考えられる。抗弁 4 に対する再抗弁としては、「Y は P の占有権原がないことを知っていたこと。」を主張することが考えられる。

このように要件事実を整理してくると、この紛争は、請求原因 の事実 (売買契約)、抗弁 1 の の事実 (虚偽表示) 及び抗弁 2 の の事実 (代物弁済契約) の有無が実質的な争点であることが明らかとなり、間接事実としては、X の P を購入・使用する必要性、

代金の出所の合理性、ZのP売却の理由などに関する事情が攻撃防御の目標となることが予測され、当事者は、これらを通じて手続保障が確保される。

ウ このような要件事実の重要性に基づいて、従来、専門的にもっぱら司法研修所における法曹養成のための教育方法として、司法修習生に対して要件事実の基礎及び役割を教示されてきたが、その考え方は、法曹のみならず法的紛争の解決に携わる関係者の等しく理解する必要性があることであり、また、法科大学院における教育の内容としても採り入れる必要がある。

(2) 要件事実論の発展

実務における伝統的な要件事実論が総合的、体系的に論究されるようになったのは、昭和20年代後半に司法研修所における法曹教育とりわけ判決書作成ないしその訓練との関わりで始まったといわれており、法律要件分類説に基づく主張立証責任と結びついた内容であったとされている(4)。当時の民事訴訟実務は、要件事実と事情とが区別されないまま主張立証が行われていて、効率的な訴訟運営とはいえないものであったから、この要件事実教育は判決書作成の面だけでなく、訴訟指揮にも反映することが期待されていたといえることができる。その後、民法の条文等についての要件事実の分析がされ、それは実務における具体的事案の解決に向けた現実の主張立証責任の分配を検討する過程での議論であったが、昭和50年半ばころから、やがて理論が一段と精緻になり、内容が研ぎ澄まされてきた。要件事実論が実体法と民事訴訟法に跨る理論でありながら、それが民法学や民事訴訟法学の研究から生まれたものではなく、また、実務の実践の過程で進化してきたものでもなく、主として教育の現場から体系化されてきたところに特徴がある。昭和60年に編纂発刊された司法研修所民事裁判教官室『民事訴訟における要件事実第1巻』（法曹会、1985年〔前掲注(1)はその増補版〕）は、その基礎的総論部分であるが、それまでの研究の集大成といえるものである(5)。そして近時は、「裁判規範としての民法（実体法）」の構成という考え方(6)がこの要件事実論を体系化している。それによれば、行為規範としての実体法は要件事実が訴訟上存否不明の場合の対応の仕方を定めていないので、裁判規範としての実体法を構成し直すには、ある事実の存否が訴訟上不明な場合はその事実は訴訟上不明なものと扱う、すなわち、ある事実が存在したことが訴訟上明らかでない場合に限りその事実の存在したものと訴訟上扱うとすることが普通の考え方になうことを前提に、その結果が妥当なものとなるように要件事実が実体法に定められているものと考え、この原理に従って実体法の規定を読み直して要件として構成することが必要であり、その作業は実体法の解釈にほかならない、それはとりもなおさずあるべき立証責任の分配を判断しながら実体法を解釈することに帰し、要件事実の存否が不明な場合に裁判官に対して裁判内容を指示する規範である証明責任規範という概念を持ち込む余地がないことになる、とする。ここでの要件事実論は、立証責任の分配に合わせて実体法の規定を書き直しをする考え方である(7)。

(2) 要件事実・主要事実とは権利の発生、消滅という法律効果の判断に直接必要な事実をいうものと考えられてきた(兼子一『新修民事訴訟法体系(増訂版)』(酒井書店、1956年)198頁、三ヶ月章『民事訴訟法』法律学全集(有斐閣、1959年)159頁等)。司法研修所監修『4訂民事訴訟第一審手続の解説 - 事件記録に基づいて - 』(法曹会、2001年)3頁、8頁。

(3) 司法研修所民事裁判教官室編・前掲注(1)『増補民事訴訟における要件事実第1巻』3頁, 10頁, 20頁, 伊藤・前掲注(1)『要件事実の基礎』10頁, 14頁, 81頁, 200頁。

(4) 田尾桃二「要件事実論について - 回顧と展望小論 - 」法曹時報 44 巻 6 号(1992年)8頁以下に要件事実論, 要件事実教育の歴史が回顧されている。

(5) 伊藤・前掲注(1)『要件事実の基礎』289頁に『民事訴訟における要件事実第1巻』発表の前後の経緯が紹介されている。

(6) 伊藤・前掲注(1)『要件事実の基礎』183頁以下。伊藤 = 山崎編著・前掲注(1)『ケースブック]要件事実・事実認定』4頁 ~ 20頁(伊藤滋夫)に簡潔で分かりやすい説明がある。「裁判規範としての実体法」は, 故定塚孝司判事遺稿論集刊行会・前掲注(1)『主張立証責任論の構造に関する一試論』5頁(初出, 司法研修所論集 74 号(1985年)30頁)に示され, 要件事実の把握は実体法規の解釈そのものであるとの考え方が説明されている。

(7) 賀集唱「要件事実の機能」司法研修所論集 90 号(1994年)33頁は, 要件事実のこのような在り方は当然であると評価する。

3 要件事実の機能と限界

(1) 要件事実の機能

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(8)。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(9)。この機能こそが要件事実論の最大の特徴であり, これを否定するのであれば要件事実論に代わる合理的な技法を実務に提示する必要がある。

(2) 要件事実論に対する批判・反省

要件事実の考え方は, 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は否定できない。

ア 多様な批判のうちの 2, 3 をとりあげると, まず, 要件事実論が立証責任を要件事実の存否不明の場合にその法律効果が発生しない不利益とする法規不適用説に立っていることに向けられている(10)。要件事実論は, 実体法の解釈において不利益の所在を決めることができるから, これにより結果的に法規不適用原則が働き, 独立した規範を必要としないとするものであるが, 証明責任の分配を実体法の解釈に委ねるのは手続法と実体法を混淆させる点で難があることを否定できない。しかし, 証明責任規範が必要であるとしてその内容はどうかということになると証明責任分配基準の議論に帰着するおそれのあるところである。要件事実論のこの部分は, 攻撃防御方法に関する指針としては法的安定性の高いものであり, 実務の運用に耐えうる考え方として評価することができる(11)。

つぎの批判として, 要件事実論が主張責任と立証責任の不一致はないとする点である。

議論は、主として履行遅滞に基づく損害賠償請求を対象例にし、要件事実論が原告には「履行期に履行がないこと」の主張立証責任がないとする（12）ことについて、この場合、「履行期に履行がないこと」は、立証責任は別として、原告にその主張責任があるとする（13）。証明責任が要件事実の真偽不明の場合における訴訟上の不利益であるとし、弁論主義のもとでは訴訟資料の提出が当事者の責任とされる構造のもとでは、ある要件事実について証明責任を負うものはその事実について主張責任も負うものと解さなければ不都合が生じるから、主張責任と立証責任とは一致しなければならない。履行遅滞に基づく損害賠償請求権を主張する以上は、それを根拠づける事情として債務者の不履行を主張することは裁判所において事案を理解し、また、相手方において防御方法を準備するうえで必要なことではあるが、それが主張責任として必要かということになれば、権利の発生原因事実論に論理的に過不足がないのであるから、要件事実論が是認されと考えられる（14）。

3 つ目の批判は、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も認められないとの批判がある（15）。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り、実務においてもそのこと自体に異論はない。

要件事実論が「裁判規範としての民法（実体法）」の構成に行きつくことに対する違和感あるいは疑問（16）が示されている。真偽不明の場合の対応に関する証明責任論を法規不適用原則により理論的な整合性を図ろうとする場合、実体法の裁判規範性に依拠するほかにないのではないかと考えられる。ただ、証明責任の分配は民法（実体法）を中心に決めていくことが求められる所以を「裁判規範としての民法（実体法）」という新たなパンデクテンとして構成し直さなければならないとするのは、課題が大きすぎるし、却って解を固定化させ柔軟性に欠けるおそれもある（17）。

イ 要件事実論に対する反省は、情緒的なものも含めて少なからず出ており（18）、たとえば、要件事実中心の訴訟活動によると中心的な争点が見えにくく、その出方が遅くなるおそれがあるとの指摘がある（19）。土地所有権に基づく建物収去土地明渡請求が土地の原告所有と建物の被告所有を請求原因として提起された場合において、土地賃貸借契約の一時使用目的の有無が争点として浮かび上がるまでには再抗弁、再々抗弁として主張を重ねる必要がある。しかし、それは原告が訴訟物の構成の仕方にもかかわっており、また、当該訴訟物における争点が論理的順序に従って後れることを意味するにすぎない。原告がこれらの論理的過程を検討したうえで中心的な争点を早期に確定できるよう、訴訟物を選択し、あるいは弁論を充実させることが可能であり、いずれにしても迅速な訴訟の審理に影響を与えているものとはいえないと考えられるが、十分に留意しなければならないことであることは確かである。

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（20）。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 53 条 1 項、80 条 1 項の規定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。そして、同規則 53 条 2 項及び 79 条 2 項は、請求原因事実、抗弁事実、再抗弁事実の主張とこれらに関連する事実の主張とは区別して記載しなければならないとして両者の混合を避けることを求めている。要件事実とその事情ないし間接事実、このように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。これらの規則の趣旨に従った運用が望まれるし、最近の実務はこれが浸透しつつあるようである。

攻撃防御の対象を要件事実として構成する要件事実論の有する機能は、民事訴訟の審理に欠かすことのできない重要なものであるが、それにもかかわらず要件事実論が弁護士の実務に生かすことはほとんどないとする意見がある(21)。訴訟代理人弁護士にとっては、多くの事案は、要件事実を細部にわたって突き詰めていくことよりも、それを裏付ける間接事実や事情の収集とそれらの評価に関する経験則を活用することが専門性を発揮する場面であるということであろう。しかし、それが要件事実論を不要とするものではないこともまた明らかである。

(3) 要件事実論の限界

要件事実論は、権利の発生・障害・消滅の法律効果の発生要件に当たる具体的事実を要件事実すなわち主要事実とし、それを実体法の再構成によって摘示することにある。それは、実体法の一般的理解、民事訴訟実務の積み重ね、判例の蓄積によって、訴訟関係者のすべてが主要事実たるものを共有していることが多いのであるが、主要事実とその存否を推認させる間接事実との区別が明確ではない法律要件が過失等の不特定概念の要件事実以外にも少なくない。また、実体法に明文の根拠規定のない法律要件に関する要件事実についてもその構成自体について当事者の意見の相違がある場合が多いであろう。

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(22)。判決の基礎とする主要事実及び間接事実は細部にわたる部分を除き主張を要するとする考え方(23)は、審理の煩雑化を招くと批判されている(24)が、昨今の実務では必ずしもそうとばかりいえないと考えられるものの、そのおそれがあることは否定できない。これに対して、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(25)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うことができ、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、また、民事訴訟の争点整理が主要事実と重要な間接事実の存否の攻防によって進行することが求められている(規則 53 条 1 項、80 条 1 項等)ことから、現行法に沿うものであるということができ、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不可欠の要

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、利用しやすさの観点に欠けることになるおそれがある。その意味で、重要でない主要事実について弁論主義の対象から外す考え方は迅速な争点整理手続において重要な視点であると考え（26）。

（8） 司法研修所民事裁判教官室・前掲注（1）『増補民事訴訟における要件事実第1巻』20頁，29頁。

（9） 要件事実の重要性を指摘し、あるいはこれに一目置くものは、法曹実務家だけでなく、民事の実体法や手続法の学者においても少なくない（星野英一「〔共同研究〕要件事実と実定法法学 はじめに」ジュリスト 869号（1986年）11頁，伊藤＝山崎編著・前掲注（1）『[ケースブック]要件事実・事実認定』370頁（高橋宏志）。伊藤眞ほか「座談会・民事裁判における証明度」判例タイムズ 1086号（2002年）14頁（伊藤眞）は、弁論主義という手続原則があり、また、実体法による裁判という規律がある以上、要件事実の概念が必要かつ有益であることは否定できないという。

（10） 松本博之『証明責任の分配〔新版〕』（信山社，1996年）333頁（初出，同「要件事実と証明責任論」判例タイムズ 679号（1987年）88頁）。真偽不明の場合にいかなる裁判をするかについて証明責任規範が必要かどうかなどの問題については争いがある（新堂幸司＝鈴木正裕＝竹下守夫編集代表・新堂幸司＝福永有利編『注釈民事訴訟法（6）』（有斐閣，1998年）48頁以下（福永有利））。

（11） 証明責任規範説については、小林秀之『新証拠法〔第2版〕』（弘文堂，2003年）165頁，上野泰男「証明責任」法学教室 267号（2002年）14頁参照。春日偉知郎「証明責任論の方法と個別問題の解決（上）」判例タイムズ 679号（1988年）122頁は、わが国の要件事実論がドイツにおける有力な証明責任論であるプリュッティングの見解（講演記録・ハンス・プリュッティング／渡辺武文訳「西ドイツにおける証拠法，とくに証明責任論の現状」判例タイムズ 553号（1985年）31頁に要約がある）に著しく類似すると指摘している。

（12） 司法研修所民事裁判教官室・前掲注（1）『増補民事訴訟における要件事実第1巻』20頁以下，255頁，大江・注（1）『要件事実民法（中）〔第2版〕』22頁。

（13） 前田達明「続・主張責任と立証責任」判例タイムズ 640号（1987年）66頁，同「続々・主張責任と立証責任」判例タイムズ 694号（1989年）30頁は、原告たる債権者が『履行期に履行のないこと』について主張責任を負い、被告たる債務者が『履行期に履行のないこと』の立証責任を負うとするが、分かりにくいことは否めない（松本博之ほか「研究会・証明責任論の現状と課題」判例タイムズ 679号（1988年）16頁（松本博之，倉田卓次，春日偉知郎各発言））。松本・前掲注（10）『証明責任の分配〔新版〕』344頁は、債権者が『履行期に履行のないこと』について主張しなければ請求原因事実が十分ではなく、債務者が立証責任を負う対象は『履行期に履行したこと』であるとし、それは『履行期に履行のないこと』の正反対の事実であるから主張責任と立証責任の対象が異なるということにはならないとする。中野貞一郎『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社，1989年）219頁（初出，同「主張責任と証明責任」判例タイムズ 668号（1988年）6頁）は、

訴えの有理性 (Sculdlosigkeit) を欠くという。なお、倉田卓次訳『ロ - ゼンベルク・証明責任論〔全訂版〕』(判例タイムズ社、1987年) 63頁)。

(14) 伊藤眞『民事訴訟法(補訂第2版)』(有斐閣、2002年) 259頁。なお、注(13)掲記の所論についての要件事実論からの詳細反論は、伊藤・前掲注(1)『要件事実の基礎』86頁以下参照。

(15) 井上治典「法律要件求心型手続の問題点」法政研究 57 巻 1 号(1990年) 145 頁以下、「要件事実論」井上治典 = 高橋宏志編『エキサイティング民事訴訟法』(有斐閣、1993年) 48 頁, 59 頁(井上治典), 小林秀之「民事判決書新様式の評価と検討」判例タイムズ 724 号(1990年) 11 頁, 20 頁。

(16) 田尾・前掲注(4)「要件事実について - 回顧と展望小論 - 」17 頁は、民法(実体法)は生活規範性、行為規範性が裁判規範性より強いとする。星野英一「特別講演・民法の解釈のしかたとその背景(下)」法学教室 97 号(1988年) 22 頁は、要件事実論によって従来の民法解釈が影響を受けるものではないとする。松本・前掲注(10)『証明責任の分配〔新版〕』348 頁は、証明責任論が実体法の要件に変容をもたらさないとする。

(17) 証明責任の分配の観点から実体法を個別に検討することが重要であることを否定するものではない。その膨大な対象を逐一検討しているものとして、司法研修所民事裁判教官室・前掲注(1)『増補民事訴訟における要件事実第1巻』『民事訴訟における要件事実第2巻』、遠藤浩 = 水本浩 = 北川善太郎 = 伊藤滋夫監修『民法注解財産法第1巻民法総則』(青林書院、1989年)、大江・前掲注(1)『要件事実民法(上)(中)(下)〔第2版〕』があり、きわめて有用である。

(18) 田尾・前掲注(4)「要件事実について - 回顧と展望小論 - 」22 頁に紹介がある。

(19) 賀集唱「要件事実の考え方」『民事実務ノート第2巻』(判例タイムズ社、1968年) 5 頁は、実質的争点が早い段階で出しつくすのが望ましいとする。

(20) 田尾・前掲注(4)「要件事実について - 回顧と展望小論 - 」23 頁。

(21) 津田聰夫「弁護士業務と要件事実」法政研究 57 巻 1 号(1990年) 1132 頁は、実際の紛争の実情が要件事実論の紛争解決機能とはあまり関わらないところに原因があるという

(22) 本間義信「主要事実と間接事実の区別」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』(有斐閣、2002年) 407 頁以下等。

(23) 竹下守夫「弁論主義」小山昇 = 中野貞一郎 = 松浦馨 = 竹下守夫編『演習民事訴訟法』(青林書院、1987年) 380 頁。小林秀之『民事裁判の審理』(有斐閣、1987年) 114 頁は、訴訟の勝敗に影響を及ぼす事実について当事者の主張を要する事実としており、これと趣旨が同じであるとみることができる。間接事実が証明の対象になっているか、重要な争点になっている場合をいうものであるから、不意打ちを受けるおそれは少ないといえる。

(24) 鈴木正裕「主要事実と間接事実」三ヶ月章 = 中野貞一郎 = 竹下守夫編『新版民事訴訟法演習1』(有斐閣、1983年) 221 頁。

(25) 田尾桃二「主要事実と間接事実にかんする 2, 3 の疑問」兼子博士還暦記念『裁判法の諸問題 中』(有斐閣、1969年) 280 頁、高橋宏志『重点民事訴訟法〔新版〕』(有斐閣、2000年) 363 頁、中野貞一郎 = 松浦馨 = 鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔補訂版〕』(有斐閣、2000年) 175 頁(鈴木正裕)。

(26) もっとも、重要でない主要事実についても、要件事実である以上は訴訟の審理に欠かせないのであるから、とくに裁判所においてはその分析を怠ることはできない。

4 要件事実論の手續保障的機能

(1) 要件事実の手續法での位置付け

民訴規則は、訴状、答弁書及び準備書面の記載方法という規則事項の観点から、これらに請求原因事実、抗弁、再抗弁を具体的に関連事実と区別して明記すべきこと（79条2項、80条1項、81条1項）と、これらを否認する場合にはその理由を記載すべきこと（79条3項）を定め、要件事実による攻撃防御の振分け及び実質的反論の記載を求めている。これらの規定の趣旨は、民訴法が迅速かつ集中的な審理の実現のために攻撃防御方法の早期提出を図ることとともに、争点形成過程における手續保障を確保することを担保するための手續措置を要件事実に構成に委ねたものであると考えられる（第2章2,3参照）。これらの記載が要件事実論に則って構成されていれば、不意打ちの防止と審理における主張立証の充実が図られることになる。

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、手續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、要件事実の手續保障的機能は、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といえる。

(2) 規範的要件

権利濫用（民法1条3項）、過失（民法709条）、正当事由（借地借家法6条）等の一般条項は、規範的要件（27）ともいわれ、その要件の成立を根拠づける具体的事実が要件事実すなわち主要事実であるとする考え方が多数を占めている（28）。これは、要件事実論が具体的な事案を離れて客観的に法規の解釈から構成されとする法律要件分類説を前提とすると、異質のものであることになるが、法律要件が評価概念の最たる形式で定められ、その要件を証拠によって直接認定できない性質の規範的要件を例外とすることはやむをえないものと考えられる。これに対して、「過失」を例にとれば、「過失があった」という事実を要件事実、この要件事実を根拠づける「酒に酔って運転した」事実を間接事実と構成する伝統的な考え方（29）によれば、「過失があった」との主張を要し、かつ、それで足りることになるが、その程度の一般的、抽象的な概念によっては具体的な攻撃防御の対象が定まらず、反論・反証等の準備をする機会が確保されない。不意打ちの不利益を受けるおそれがありうるから、裁判所の釈明権行使等の職権主義的運営に負荷がかかりすぎ、手續保障に欠けるものといえる。他方、要件事実と主要事実を区別し、「過失があ

った」という事実を要件事実、この要件事実を根拠づける「酒に酔って運転した」事実を主要事実とする考え方（30）は、規範的な評価自体を事実の存否の証明と同視していることになり、証明対象の概念があいまいになっていることを否定できない。「過失があった」との主張は具体的事実の規範的要件への当てはめに関する法的な意見であると考えられるべきである。しかし、この当てはめの問題は裁判所の職権に属するとして弁論主義の問題ではない（31）と割り切るのは、当事者が真の争点を的確に認識しないで審理が行なわれるおそれがあり、不意打ち防止の観点から見なおす必要がある（32）。

（3） 規範的要件の評価根拠事実と評価障害事実

評価根拠事実の存在を前提として、すなわちこれと両立して、規範的な評価の成立を妨げる事実、評価障害事実として、主要事実であり、規範的な評価の成立を争う当事者にその主張立証責任がある（33）。借地借家法 6 条の正当事由の場合のように賃貸人及び賃借人双方の事情を比較考量する考え方が確立している規範的要件と、過失のように一定の事実を過失と評価するかどうかの当てはめが中核の規範的要件とでは、評価障害事実の機能する場面の範囲に差がある。いずれにしても、判断の微妙な評価を伴うものであり、主要事実と間接事実とを峻別することが困難なことが多いから、主要事実を振分ける場合には、当事者に不意打ちを与えないように主張・立証方法の整理の段階において裁判所及び当事者の間で争点の所在を明確にする必要がある。

具体例として、原付自転車（X）が交差点を直進中、対面進行してきた普通乗用車（Y）が右折したため衝突した事故について、乗用車運転者の過失を例にとる。この場合、過失の評価根拠事実として、結果回避のための義務を尽くさなかったことを過失とみる立場から結果回避義務違反を構成すると、過失の評価根拠事実として、（ ）X は交差点直近の P 点まで進行していた、（ ）Y は右折しようとした Q 点で X を P 点に認めた、（ ）X の進行方向の信号は青であった、それにもかかわらず Y は右折した、という事実が考えられる。結果予見義務を尽くさなかったことを過失とみる立場から結果予見義務違反を構成すると、過失の評価根拠事実として、のほかに、' Y は右折しようとした Q 点で Z 車を P' 点に認めた、' X は Z 車に追行していた、' Y は Z 車の後方の X を注視しないで右折した、という事実が考えられる。これに対して、過失の評価障害事実として、（ ）X は事故前に減速、停止した、（ ）X は方向指示器を出していた、（ ）X は前方をよく注視していなかった、という事実が考えられる。前方注視義務違反は進路妨害回避義務違反の原因にすぎないとみれば、' や ' は主要事実ではないことになる。また、評価障害事実は、いずれにしても間接事実ないし否認の事情であり、あるいは過失相殺の主要事実にすぎないと考えられるが、攻撃防御方法の位置づけについて当事者の認識が共有されることが重要である。

土地所有者（X）がした使用貸借契約の解約に基づく建物所有者（Y）に対する建物収去土地明渡請求が権利濫用であるかどうかの問題とされた例をみる。この場合、権利濫用の評価根拠事実として、（ ）Y は本件建物を生活の場として永年これに居住してきた、（ ）土地を明け渡すことになると Y の家族とともに生活に困窮する、（ ）X は隣接地に自宅を所有してこれに居住している、（ ）X は本件土地を使用する必要がある、という事実が考えられる。これに対して、権利濫用の評価障害事実として、（ ）Y は使用貸借であることを否定して本件土地が自己の所有であると主張している、（ ）Y は嫌がらせの意図

で X の所有地に廃棄物を投棄したり，勝手に通路として使用している，という事実が考えられる。これらの事実は総合的に評価されるべき性質を有し，また，具体的な各事実の一つでも欠けた場合には評価ができなくなるというものでもないし，さらに，たとえば，これらに関連して，X・Y 間の使用貸借契約締結の経緯は，これらの事実の評価に影響を及ぼす重要な事情となることが考えられるから，評価根拠事実及び評価障害事実の評価に当たっては，これに限定して攻撃防御の機会を保障すれば足りるものではない。この意味で，規範的要件の要件事実には特殊性があり，その構成に当たっては，要件事実を中核としながら膨らみのあるものとなるよう配慮する必要があるものとする。

(27) 一般条項のうち公益性の高い公序良俗違反等についての扱いについては，別の議論がある（篠田省二「権利濫用・公序良俗違反の主張の要否」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座 2』（日本評論社，1981 年）35 頁，新堂幸司＝鈴木正裕＝竹下守夫代表編集・竹下守夫＝伊藤眞編『注釈民事訴訟法（3）』（有斐閣，1993 年）66 頁（伊藤眞）参照）。

(28) 岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座 民事訴訟編 第 3 巻』（有斐閣，1959 年）76 頁，山内敏彦「一般条項ないし抽象的概念と要件事実（主張責任・立証責任）」本井巽＝賀集唱編『民事実務ノート第 3 巻』（判例タイムズ社，1969 年）6 頁（初出，判例タイムズ 210 号（1967 年）42 頁），司法研修所民事裁判教官室・前掲注（1）『増補民事訴訟における要件事実第 1 巻』33 頁，伊藤・前掲注（1）『要件事実の基礎』10 頁，伊藤・前掲注（14）『民事訴訟法（補訂第 2 版）』257 頁，松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第 3 版〕』（弘文堂，2003 年）40 頁。過失が主要事実で酒酔い運転は準主要事実であるとする考え方（倉田卓次「一般条項と証明責任」『民事実務と証明論』（日本評論社，1987 年）259 頁（初出，別冊ジュリスト法学教室〔第 2 期〕5 号（1974 年）71 頁），三ヶ月章『民事訴訟法〔第 3 版〕』法律学講座双書（弘文堂，1992 年）190 頁）は，主要事実の主張の要否に差が出よう。

(29) 兼子・前掲注（2）『新修民事訴訟法体系（増訂版）』199 頁，三ヶ月・前掲注（2）『民事訴訟法』159 頁，岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座 民事訴訟編 第 2 巻』（有斐閣，1958 年）117 頁。

(30) 山木戸克己「自由心証と挙証責任」『民事訴訟法論集』（有斐閣，1990 年）49 頁（初出，大阪学院大学法学研究 1 巻 1＝2 号（1976 年）105 頁），青山善充「主要事実・間接事実の区別と主張責任」新堂幸司編集代表・竹下守夫＝石川明編『講座民事訴訟法 審理』（弘文堂，1985 年）397 頁，高橋・前掲注（25）『重点民事訴訟法〔新版〕』360 頁，中野＝松浦＝鈴木編『新民事訴訟法講義〔補訂版〕』173 頁（鈴木）。

(31) 権利濫用について，大審院昭和 19 年 10 月 5 日判決・民集 23 巻 579 頁，東京高裁昭和 30 年 7 月 8 日判決・下民集 6 巻 7 号 1342 頁等。村松俊夫「訴訟に現れた権利濫用」末川古稀記念論集『権利の濫用（中）』（有斐閣，1962 年）298 頁，青山・前掲注（30）「主要事実・間接事実の区別と主張責任」403 頁等。

(32) 名古屋高裁昭和 52 年 3 月 28 日判決・下民集 28 巻 1～4 号 318 頁は，裁判所が釈明権を行使すべきであるとする（萩原金美「法的観点指摘義務」新堂幸司＝青山善充＝高橋宏志編『民事訴訟法判例百選〔新法対応補正版〕』207 頁は，積極的に評価する。山本和彦『民事訴訟審理構造論』（信山社，1995 年）202 頁，214 頁（初出，「民事訴訟にお

ける法律問題に関する審理構造(2)」法学協会雑誌 106 巻 10 号(1989 年)1786 頁,1799 頁)は,これを法律問題指摘義務の観点から検討している。

(33) 司法研修所民事裁判教官室・前掲注(1)『増補民事訴訟における要件事実第 1 巻』34 頁。

5 おわりに

要件事実論は,訴訟において実体法の解釈運用に関わる場合に不可欠の考え方であり,審理の目標を定めるための必須の技能である。この考え方を理解し,その技能を活用することは,法曹実務家にとって重要な専門性の一つである。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を共有する機会が充実することが必要である。このような枠組みを構築する基礎となる要件事実論については,専門性を育成するための教育現場において,要件事実論の積極的な意義を具体的な紛争を素材に習得する工夫が求められると同時に,要件事実論に対して向けられている多様な指摘を咀嚼し,利用しやすい,分かりやすいものを形成していく必要がある。とくに,法曹人口の飛躍的増加や隣接法律専門職種の専門性活用が期待されている時代にあって,要件事実論が簡明で汎用的なものであることが求められよう。

(34) 実体法と手続法の総合教育の在り方について,「法科大学院シンポジウム」判例タイムズ 1129 号(2003 年)4 頁以下の検討が参考になる。東孝行「法科大学院における要件事実教育について」久留米大学法学 43 号(2002 年)31 頁以下,同「同(その二)」久留米大学法学 44 号(2002 年)63 頁以下に,具体的な教育方法が提案されている。