

## 遠藤賢治氏博士学位申請論文審査報告書

早稲田大学大学院法務研究科教授遠藤賢治氏は、2004年9月28日、その論文『民事訴訟にみる手続保障』を早稲田大学大学院法学研究科に提出して、博士（法学・早稲田大学）の学位を申請した。後記の審査員は、右研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2005年9月15日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

### 本論文の構成と内容

民事訴訟における紛争解決が正統性を有する根拠は、真実発見とともに、当事者に対して主張立証の機会の確保をはじめとする手続保障にある。本論文は、民事訴訟における手続保障のあり方を、訴えの提起、審理及び執行に至る民事訴訟実務上生起する諸問題を対象として、具体的に考察したものである。

本論文の構成は、以下のとおりである。

- 第1章 「民事訴訟における手続保障の在り方」
- 第2章 「訴状及び答弁書の記載の手続的意義」
- 第3章 「医療過誤訴訟の法的構成」
- 第4章 「準消費貸借金返還請求における証明責任」
- 第5章 「弁論再開の利益と手続保障」
- 第6章 「和解条項とその作成過程」
- 第7章 「外国判決の承認執行」
- 第8章 「上告審の審理の範囲」
- 第9章 「譲渡担保権者と第三者異議の訴え」
- 第10章 「民事訴訟における要件事実の機能」

以下、本論文の内容を紹介する。

#### 1 第1章 「民事訴訟における手続保障の在り方」

著者は、手続保障の根拠、民事訴訟の目的との関係、手続保障の内容など、民事訴訟における手続保障の在り方について論じる。著者によれば、民事訴訟において手続保障が果たす機能は、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るとされる。この手続保障は、憲法32条所定の「裁判を受ける権利」から引き出すこと

ができるが、憲法上は、当事者を手続に主体的に参加させることを制度的に保障するという手続理念としてのみ保障され、その内容や在り方は法に委ねられているとする。

そこで、著者は、従来の民事訴訟の目的論において、手続保障はどのような位置付けを与えられてきたのかを分析・検討し、権利保護説、紛争解決説、および多元説にあっては、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、手続保障説にあっては対等、公正な論争のルールの創造にあることを明らかにする。このように、手続保障の位置づけは各民事訴訟目的論により異なるが、著者は、手続保障が、民事裁判の最も重要な理念として要求される公正な手続として、手続過程で当事者の意思が尊重され、公平に攻撃防御を展開する機会が保障されることを内容としているとする。

著者は、以上のような検討をしたうえで、民事訴訟における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、上訴手続といった、それが問題となる具体的な手続場面において、上述した手続保障の機能を念頭におきつつ、真実発見、適正性ないし公平性、論争ルールの創造等の要請の現れ方、内容およ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し、このような基本的立場から、第2章ないし第9章において、具体的な手続場面における手続保障の在り方を論じている。

## 2 第2章「訴状及び答弁書の記載の手続的意義」

本論文では、不動産明渡請求訴訟を例に、訴状の準備書面化及び答弁書充実の趣旨が、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を検討し、訴状およ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とされ、それをふまえて答弁書の実践的な記載のあり方を考察している。

著者は、現行民事訴訟法が新たに導入した争点整理手続が、主要事実に限定することなく間接事実を含む具体的範囲の紛争の実態を争点の内容としており、当事者はこの意味の主張の対立点、不一致点を真の争点として形成するために信義誠実に民事訴訟を進行すべき義務を負っていることから鑑みると、当事者には、主要事実をはじめとして、間接事実・補助事実に至るまでの紛争の核心部分に関し、相互に事案を説明する訴訟法上の義務を負っていると解される。したがって、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り、裁判所の積極的な訴訟指揮のもとにおける訴訟審理の促進においては、当事者に対する聴聞の機会が手続的に保障されることがます

まず重要な視点となるとされる。そして、争点の早期把握と集中審理の実施には、時機に後れた攻撃防御方法の却下の措置が発動される場合を想定する必要があるが、そのためには当事者に対する争点の形成過程における手続保障の確保が極めて重要であり、これによって迅速な紛争解決の手続が正統性を保持するものと考えられる。訴状及び答弁書の記載方法の準備書面化は、争点整理が集中して行われる過程において、当事者双方が争点形成に積極的に関与して攻撃防御を尽くすことを可能とし、実質的な手続保障の確保に資することになると主張される。

### 3 第3章「医療過誤訴訟の法的構成」

著者は、医療過誤訴訟における損害賠償請求権の法的構成について、'適正迅速な裁判の実現のための訴訟の審理に及ぼす影響を手続保障の視点から考察し、医療過誤訴訟における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の違いが被害者である患者側に影響を及ぼすとの理解をふまえて、同訴訟における法的構成の問題に関して分析している。

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、とする。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とされる。

医療契約の性質は、治療行為という事務処理を目的とした準委任契約と解し、診療契約における債務不履行責任の態様は不完全履行と解される。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、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とする。諸説を検討して、これらの理論的趨勢が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、注意義務違反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と指摘する。

### 4 第4章「準消費貸借金返還請求における証明責任」

著者は、本論文において、証明責任は、手続保障の観点から公平に分配される必要があり、理論上、実務上争いのある準消費貸借金請求の要件事実に

ついでの問題点を訴訟実務の視点から見直し、証明責任分配における手続保障の在り方を考察している。以上の点につき、著者は、以下のように主張される。

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等は、債権者債務者間で債権者が旧債務の成立を立証すべき責任を免除する合意が成立したものとみるのが妥当ではないかと考えられる。そして、このような場合は、旧債務は消滅し、新債務が独立性をもって成立するのであり、新、旧債務には同一性が認められないといえることができる。準消費貸借契約は特段の事情のない限り債権者の訴求の便利のために締結されるものとみるのが妥当であるから、債務者において旧債務の不存在の立証責任があるとするのを原則とみるべきである。他方、街の高利貸しに例が多いが、準消費貸借契約を締結しておきながら、旧債務の証書を手許に所持し又はその一部を債務者に返還するにすぎない場合、旧債務の支払遅滞を理由に弁済期限を延期して利息損害金を加算した新債務の借換えが成立したにすぎない場合等は、新、旧債務の同一性が認められるところ、債務者が旧債務の不存在又は数額を立証することは困難又は不合理であって、このような準消費貸借契約においては、旧債務に関する立証責任は、その存在を債権者に負担させるべきものと考えられる。

新、旧債務の同一性が認められるときは、債権者において旧債務の存在の証明責任があると考えられるから、例外としての特段の事情が主張立証された場合は、債権者が旧債務を金銭の数量だけでなく種類・発生原因をもって特定しなければならないものとするのが相当である。これによって、債務者、債権者が旧債務の証明責任、特定責任に関してなすべき訴訟活動が明確となり、手続保障が確保されるものといえることができる。

## 5 第5章「弁論再開の利益と手続保障」

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

著者は、考察の素材として、弁論の不再開が手続的正義に反すると評価される特段の事由がある場合には再開義務が生じるとする最高裁昭和56年9月24日判決（民集35巻6号1088頁）を用い、手続的正義の要求であるといえるためには、弁論の再開を求める理由とされた攻撃防御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る状況にないのかがどうか、弁論再開の申立てをしないまま判決がな

された後に上告又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と説き、時機に後れて提出した攻撃防御方法、弁論の終結、審理不尽、弁論が再開されないことによって不利益を受ける当事者の救済方法等について検討の結果、弁論の再開に関する措置は本質的に裁判所の裁量に属する分野であるが、その手続保障は、実体的正義を図るための救済方法があるかどうかという観点から代替されうるものではなく、手続内において確保されるべき法的価値であり、弁論再開の当否を検討するに当たり、特別抗告の対象の見直し、既判力の遮断効の範囲、再審と上告理由との関係等について新しい視点が必要とされるが、ここでの手続保障は、これらの視点と相関関係でのみ判断されるべきものではなく、裁判所の訴訟指揮と当事者の手続関与との調整の問題であると考えられると主張される。

## 6 第6章「和解条項とその作成過程」

本論文では、民事訴訟における紛争解決の一方法である裁判上の和解について、それが適正な法的解決と言えるためには成立過程において当事者としての地位が十分に認められることが必要だとして、これを和解条項における手続保障の確保の問題として考察している。

訴訟上の和解については、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、訴訟物外の権利義務関係を包含するかを含め、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、と説く。裁判所等が定める和解条項は、両当事者から共同の申立てがあるときに限って裁判所等が適当な和解条項を定めることができるとするものであり、あらかじめ当事者に和解内容に関する意向を聴取する必要があるが、個々の和解条項の内容が当事者の予測を著しく超えることのないよう、意見聴取の手続保障が必要であるとし、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、と主張する。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、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、と強調している。

## 7 第7章「外国判決の承認執行」

本論文では、国際民事裁判管轄における手続保障を考察し、ロング・アーム法に関する外国判決の承認執行を対象に解釈論・立法論を検討している。

外国判決の承認・執行の要件である間接的一般管轄権をどのように定めるかは、統一された規則ないし国際的に妥当する準則が定められていない現状において、困難かつ不可避な問題である。直接的一般管轄権と間接的一般管轄権とは判断基準に同一性があるとする立場から、直接的一般管轄権はわが国が訴えの受理時にわが国の裁判所が審理することができるかどうかの事前審査の基準であり、間接的一般管轄権は外国裁判所がした判決をわが国が承認することができるかどうかの事後審査の基準であって、両者は審査の事前か事後かの違いにすぎない表裏の関係にあり、全く重なり合うものであると理解する考え方は、自国の国際裁判管轄と同じ基準で外国判決の承認の判断をするのが公平であり正義にかなうとする理念に基づいている、と著者は評価する。さらに、「特段の事情」を個別調整基準として国際裁判管轄を定める考え方は、実務の円滑な運用のためにも将来に向けたより明確な管轄基準の定立のためにも有益であり、その要素を具体的類型的に明らかにすることが重要であり、また、管轄の有無に関する争いの無限定な拡大を防止するためにも必要不可欠な視点である、と主張する。特段の事情として考慮する要素の範囲が広ければ広いほど、間接的一般管轄の決定の判断の予測可能性、法的安定性は脆弱となるため、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渡的な措置として、国内土地管轄と個別調整要素としての特段の事情を基準として定めることが現実的であり、公平、適正、迅速の理念による条理から導かれる「民訴法の規定する土地管轄」「特段の事情」に基づいて定めるのが相当である、と小括している。さらに、著者は、アメリカ合衆国の各州がより広い裁判管轄権を有するロング・アーム法にかかわる製造物責任訴訟について、裁判管轄権の判断基準を検討しているが、結果発生の予見可能性の存在を前提として、一次的には、アメリカの間接的一般管轄権を肯定することが、各種国際条約の動向や私法関係の国際的安定といった国際的観点からいかに評価されるかをみる必要がある、と主張する。

## 8 第8章「上告審の審理の範囲」

本論文は、現行民訴法の上告制度及び上告受理申立制度において、書面審理、調査・判断の範囲及び職権調査事項の機能がどのようにあるべき

かとの観点から、上告審における当事者の手続保障の在り方を考察している。

まず について、上告審が本案について上告棄却の終局判決をする場合、書面審理で足り、口頭弁論を開くどうかは上告審の裁量に委ねられているが、著者は、その裁量権行使に際しては、最高裁の負担軽減を図った現行民訴法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させるため、なるべく多く口頭弁論を開くのが相当であり、その方向での運用が望まれると述べている。また について、不服申立ての限度、職権破棄と調査義務、不服申立範囲の基準及び調査の限界としての事実審の専権に関して、旧法との比較を加えながら現行法の解釈について論述するが、とくに職権破棄との関係では、最高裁昭和54年3月16日判決(民集33巻2号270頁)の当否等に言及し、その判例理論を是認しながら、上告審の審理で当事者の判断を求める機会を実質的に保障する運用が望ましいとしている。さらに、調査の限界との関連では、現行民訴法の下でも、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には、積極的にこれを取り上げていく義務があるとする。そして、当事者において事実認定にかかる証拠の取捨選択及び評価につき弁論・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、証拠の評価をめぐ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して、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としている。

## 9 第9章 「譲渡担保権者と第三者異議の訴え」

本論文は、民事執行法の下で、動産譲渡担保権について実体法上の権利内容にふさわしい執行法上の手続保障をいかに確保すべきかについて考察している。譲渡担保権者は、どのような条件があれば第三者異議の訴え提起が可能なのか、また配当要求が認められないのか等の問題は、旧法時代から学説が鋭く対立してきた問題である。著者は、これらの学説の紹介と理論的分析をしながら、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与え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、動産譲渡担保権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、と結論づけている。すなわち、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るとしているが、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、民事執行法との制約をどのように考えるのかなどについては、今後の課題であるとしている。

## 10 第10章 「民事訴訟における要件事実の機能」

著者は、本論文で、民事訴訟の実務において活用される要件事実論における手続保障の在り方を考察する。著者は、要件事実につき、法律効果の発生に必要な実体法規の要件に該当する具体的事実、すなわち主要事実と同義であると解したうえで、要件事実論は、実務のもとで体系づけられている、法律要件分類説を前提とした、要件事実の、請求原因事実、抗弁事実、再抗弁事実等への振り分けの理論であるとする。そして、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、要件事実論においては、証明責任と主張責任は同一の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とすることができ、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るので、要件事実論による訴訟運営は、当事者が主張立証すべき対象を特定することを通じて、裁判所の訴訟指揮の目標としての機能を有するとともに、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とする。

著者によれば、この両機能は、主従の関係にあるものではないが、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とされる。要件事実論では民事紛争の解決に必要な多様な個別事情を汲み上げることができないのではないかとこの要件事実論に対する批判については、謙虚に耳を傾ける必要があるとされるのもそのためであり、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するためには、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り、要件事実の手続保障的機能は、重要な間接事実について主張立証する機会の確保があたりはじめて実質的なものとなるとされるのである。

### 本論文の評価

- 1 第1章「民事訴訟における手続保障の在り方」においては、民事訴訟における手続保障の機能が、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ること、および民事訴訟における手続保障の在り方は、具体的な手続場面においてこそ明らかにさ

れるべきであることが強調されている。結論を導くに際して異なる考え方との十分な対決の過程を経ていない部分はあるが、長年の裁判官としての実務経験に基づいて得られた、訴訟追行は、客観的真相解明のための職権的な訴訟運営に主軸を据えるよりも、当事者間の協力・協同による主体的解明の手続が充実することにこそ主眼があるべきであるという洞察から自然に導かれる所説として、強い説得力がある。

- 2 第2章「訴状及び答弁書の記載の手続的意義」の理論的コア部分である「3 訴状及び答弁書の記載と手続保障」においては、著者は、「事案説明責任」の概念は、その根拠が十分に解明されていないとしつつも、なお紛争の核心部分につき相互に事案を説明する訴訟法上の義務として、法2条、167条、174条などを根拠として、当事者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上の義務として構成している。

訴状及び答弁書の準備書面化については、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する重要な事実が適時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と評価する。

「4 訴状及び答弁書の記載例」では、最近の実務、訴状の「請求の原因」欄記載例、答弁書の「請求の原因に対する答弁」欄記載例の分析・評価を通じて、手続保障の実質を追っている。その上で、訴状及び答弁書の記載の充実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するものと結んでいる。

新民事訴訟法における手続保障を訴状及び答弁書の記載から俯瞰するものであり、これらの記載の充実が手続保障を担保するものであることを説得力をもって展開したものとして、評価することができる。

- 3 第3章「医療過誤訴訟の法的構成」は、医療過誤訴訟における主張立証責任の法的構成に関する現段階での理論水準を整理・分析したものであり、これらの訴訟の争点の中心が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るだけに、そ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との指摘は、総括的に今後の医療過誤訴訟のあり方に対するひとつの示唆を与えている。

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にあるとの適切な提言がなされていることも評価できる。

4 第4章「準消費貸借金返還請求における証明責任」では、準消費貸借における旧債務の証明責任について論じている。旧債務の存在の主張立証は、準消費貸借の成立を主張するものにあるのか(原告説・債権者説)、旧債務の不存在を主張し、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のか(被告説・債務者説)、争いのあるところであるが、これは、証明責任の分配における法律要件分類説と利益衡量説との対立に帰着する面がある。著者は、判例・学説を丹念に検討し、新、旧債務の同一性の有無により、いずれの当事者に証明責任を負わせるか判断すべきとする。同一性の判断には、準消費貸借が締結された趣旨を確定することが重要であるとされ、一般に、債権者が旧債務の書証を債務者に返還し又は廃棄した場合、旧債務の内容が当事者間で争いがあり又は不明確である場合等は、債権者債務者間で債権者が旧債務の成立を立証すべき責任を免除する合意が成立したものと見るのが妥当とされる。著者によれば、同一性を維持しているときは、原告・債権者が、同一性が認められないときは被告・債務者が証明責任を負うとされ、この見解は、妥当な結論を導き、近時、有力説となっている。また、立証の難易、公平の観点等、実質的要素を含む著者の法律要件分類説の考えは、興味深く大いに参考となるものである。

5 第5章「弁論再開の利益と手続保障」の中心素材とされた最高裁昭和56年9月24日判決は、著者が最高裁判所調査官として担当された判例であり、著者の解説を参考に多くの判例評釈が書かれているところであるが、本論文では、その後の学説・判例を含めて、研究者としての立場から、より詳細な検討がなされている。

前記判例は、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、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。それでは、既判力が及ばないのであれば、弁論を再開しない措置に違法がないことになるのか。著者は、それは別問題であるとされ、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ことを明らかにされた。

攻撃防御方法を提出できないまま弁論を終結した決定に対しては、終局判

決に対する上訴手続において弁論終結決定に対する不服も主張することによって終局判決の取消しを求めることが可能であるから、特別抗告を許容する必要がないというのが通説であるが、著者は、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される。以上、いずれも教えられるところの多い優れた考えと評価し得るであろう。

6 第6章「和解条項とその作成過程」では、和解による法律関係の確定に際して、再紛争の防止と履行確保の実効性の視点から、各種の付款条項の重要性を説き、それについての当事者の納得を強調している。訴訟物以外の事項を和解条項の内容にできるかについても、当事者の意思ないし予期の範囲内か否かが可否の規準とされ、とりわけ裁判所等の定めた和解条項（民訴 265 条）が当事者の予期を超えるものであった場合に、裁判所等の手続違反に基づく予期しない結果として、錯誤による無効の主張を許容して和解無効確認の訴えを「当然」に提起しうる、という強い主張も、陳述の機会と意見内容の尊重という手続保障の確保が和解を選択した当事者にすべての効果を帰属させるために必須であるという、著者の手続保障論の一貫した主張の上にあるものと評価できる。

7 第7章「外国判決の承認執行」では、著者は、とくに間接的一般管轄につき、それが予測可能性を欠けば、争いの長期化と迅速な裁判の達成を困難にするものであるがゆえに、当事者の手続保障に欠ける、とする。しかし、立法的解決ないし多国間調整に至るまでの過渡的措置として「特段の事情」による個別調整を許しており、その場合具体的に予測可能性をどのように確保するのかは、従来 of 諸見解の説く類型化に賛同するのみで、必ずしも、著者の手続保障論によって来たる新しい主張はない。もっとも、結論としては、多くの諸見解同様、穏当な結論である。

#### 8 第8章「上告審の審理の範囲」

上告審の審理は、実務上、原則として書面審理でなされ、しかも上告理由等について論点の分析・整理・検討など、裁判官による審理（合議）に入る前の手続段階においては、その作業はすべて裁判所調査官が担当している。そのため、当事者は、当該事件の進捗状況を知ることができず、また、自己の意見陳述の機会を実質的に保障されないままに判決言渡しを受けるので、

この点につき不満を持つ当事者が少なくないと思われる。

現行民訴法では、判決言渡期日の告知など、当事者の手続進行情報を知る権利等について若干の配慮規定を設けたが、どちらかという最高裁の負担軽減の問題が重視されていて、当事者の手続保障の面で配慮された形跡がないといえなくもない。

著者は、現行法の下で、上告審においても当事者の手続保障が図られるべきとの観点から、上記の各場面で運用上配慮すべき手続を提言している。調査官経験があるだけに、上告審の審理の実態を知った上での提言であり、各提言は理論上の裏づけもあって、かつ、実務上も実施可能なものと思われることから、その提言には相当の重みがあるといえよう。

#### 9 第9章「譲渡担保権者と第三者異議の訴え」

担保権者は、実体法上認められた権利について民事執行法上それが実現できる手続が保障されるべきであるが、本論文中でも指摘されているように、民事執行法の制定に際しては、動産譲渡担保権者の地位については、議論の対象にはなったものの、結論として明確に規定されず、従来の法解釈の論争がそのまま持ち越されることになった。

こうした状況下において、本論文は、従来の判例学説等多くの資料を引用しながら丁寧に紹介し、それぞれの見解について評価を加えているので、まずそうした意味で貴重な文献になるといえる。著者は、ここでも、担保権者の手続保障という観点から、上記のとおり、第三者異議の訴えと配当要求の方法の選択的行使を是認するものであり、その立場を徹底させている。ただ、債務者の責任財産等をめぐって債権者同士が熾烈に競争する執行手続においては、他の一般債権者ないしは債務者の手続保障をどうするかについても、忘れてならない重要な課題であろう。この点についての検討もして欲しかったと思うが、この分野における課題について、今後一層の論争を深めるために大変貴重な資料を提供している。

10 第10章「民事訴訟における要件事実の機能」においては、要件事実論の実務における機能、必要性を認めながらも、主要事実か間接事実かということに関わらず、訴訟上意味ある重要な事実は等しく当事者の主張が必要であり、重要な間接事実について主張立証の機会が付与されて、はじめて要件事実論の手続保障機能が実現されること、争点整理段階においては事実の重要性に関する判断が困難であることから、要件事実の法律効果に関して、裁判所と当事者の認識について弁論の機会が充実すること、の必要性が指摘される。後者はいわゆる法的討論の必要性を指摘するものと理解することができるが、

いずれも従来の要件事実論との関係での貴重な指摘であり、手続保障の視点からみた要件事実論として、高く評価することができる。

すでに述べたところから明らかなように、本論文は、いずれの部分も実務の中で培われてきたバランスのとれた解釈論が展開された内容のある優れた論文であり、著者のきわめて高い研究能力を示すものであって、博士学位申請論文として要求される水準を十分に満たしているといえよう。

#### 結論

以上の審査の結果、後記の審査員は、本論文の提出者が博士（法学・早稲田大学）の学位を受けるに値するものと認める。

2005年9月15日

審査員	主査	早稲田大学教授	梅	善夫
		早稲田大学教授	上野	泰男
		早稲田大学教授	加藤	哲夫
		早稲田大学教授	佐藤	歳二
		早稲田大学教授	勅使川原	和彦