

Title	判決骨子の開示：一つの断章
Sub Title	Die Hinweispflicht des Gerichts auf das Urteilsgerüst im Prozeß -Ein Fragment aus meinem System des Zivilprozeßrechts
Author	伊東, 乾(Ito, Susumu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1986
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.59, No.2 (1986. 2) ,p.7- 20
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	須藤次郎先生退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19860228-0007

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判決骨子の開示

— 一つの断章 —

伊 東 乾

民事訴訟法第一二五条第一項本文は「当事者ハ訴訟ニ付裁判所ニ於テ口頭弁論ヲ為スコトヲ要ス」と定める。

口頭弁論とは「裁判所ニ於テ」為されるものであるから、命令は口頭弁論に親しまないと、決定については但書の規定があるから、右本文は判決手続に関する規定である。「前二項ノ規定ハ別段ノ規定アル場合ニハ之ヲ適用セス」という同条第三項に基づき、一一四条・一九三条ノ二・二〇二条・三八三条・三九九条ノ三・四〇一条・四四九条・四五五条など、口頭弁論を経ないで判決が下される例外もあるが、一九三条ノ二の場合には実は口頭弁論を経ているし、その他の例外も、上告の棄却に関わる四〇一条を除いては、みな、訴えや不服の申立ての却下（形式裁判）の場合である。すなわち、請求の認容もしくは棄却の判決が口頭弁論を経ないということは、決して許されないことになるのであって、民訴一二五条一項本文の原則は、紛争解決機構としての民事訴訟の、重要な原則をなすのである。

それが訴訟の重要な原則をなすということは、右法条の文言からもこれを知ることができる。それは、判決ならどうだ、決定ならどうだ、命令ならどうだというような、個別的な規定の一つなのではなくて、およそ「当事者ハ」

「訴訟ニ付」「口頭弁論ヲ為ス」のが建前だという、一般的な規定に他ならない。口頭弁論という審理方式は、民事訴訟営為のための基本原則の一つなのである。

にも拘わらず、「口頭弁論の必要」ということが、独立して一つの訴訟の基本原則として説かれることは、嘗て無かつたのではあるまいか。⁽¹⁾それは、当事者対立主義・当事者双方審問主義・口頭主義・直接主義・等々に分解せられるとともに、かたがた公開主義とも結びつきやすい審理方式だ、と説かれるのが通例である。だが、口頭弁論方式をとらなくともこれら諸他の立法主義はみな訴訟上に実現せられることが可能であるし、また、現に、これら諸他の立法主義は、それぞれ、口頭弁論方式以外の場面でも作用している。問題は、だから、これら諸他の立法主義が、ここ「口頭弁論の必要」という一点においては何故か集中してくる事実にあると言わなければならぬ。ほかではこうした集中がないのであるから、ここでの集中にはそれなりに特殊な理由があるであろう。そうして、それなりに特殊な理由のある建前は、一つの独立の立法主義として捉えられることが相当である。

(1) 「判決手続ニ於ケル立法主義」の叙述が最も詳細なのは山田正三、「日本民事訴訟法論」第二巻三一五頁以下であるが、ここにも「口頭弁論ニヨル審理」という独立の項目はない。

事によると、「口頭弁論の必要」は、右に見たような諸他の立法主義より、むしろ、価値論理的に(歴史的にはない)、先行する建前であるのかも知れない。当事者対立主義・当事者双方審問主義・口頭主義・直接主義・公開主義等々の諸他の立法主義が、それぞれに、よそでも作用しながら、ここで最もその面目を躍如とするのは、そのためであるまいか。当事者対立主義・当事者双方審問主義・口頭主義・直接主義・公開主義等々がさきにあつて、そのために訴訟の審理方式が口頭弁論にならざるをえないのではなくして、先ずは、口頭弁論という方式が着想され、あとから、当事者対立主義・当事者双方審問主義・口頭主義・直接主義・公開主義等々がこれを弁明しているように思われる。だから、「口頭弁論の必要」は、独立した一つの訴訟の基本原則として捉えられるべきであり、その存立理由

も、また、当事者対立主義・当事者双方審問主義・口頭主義・直接主義・公開主義等々によってではなく、これらとは別に理解せられなければならない。

これを口頭弁論主義と称したのでは、弁論主義との混同を生じる。「口頭弁論の必要」と「弁論主義」とは二つの別の事柄である。前者が審理の方式の問題であるのに対して、後者は判決の基礎資料の問題である。たとえ、口頭弁論を行わず、書面審理で判決を構成しても、判決の基礎資料が当事者の持ち出した資料に限られているなら、なおそこに、弁論主義は行なわれているのであるし、逆に、たとえ、口頭弁論を行なっても、証拠調べの結果から自由に当事者の主張しない事実を採って判決の基礎にすることができるとすれば、そこには弁論主義は行なわれていないのである。現に、人事訴訟は、職権探知主義の訴訟だが、審理は口頭弁論の方式で行なわれているであろう。かく、「口頭弁論の必要」と「弁論主義」とは別のことであるから、弁論主義の意味で口頭弁論主義という呼称を用いることも、また、好ましくない。⁽²⁾

(2) 拙著『弁論主義』(一九三六頁以下)は「口頭弁論の必要」と「弁論主義」とを峻別した。その「弁論主義」の存立理由は何処にあるか。法の解釈の基準をなすべきは、沿革でなく、立法理由でなく、道具としての効用でもなく、それぞれの制度が現在において有するところの(勿論、叡智の歴史的な結晶としての)正義の立場から見た客観的な合理性であるから、存立理由とは、すなわち、存立根拠ないし合理性のことである。その意味でならこれを立法理由と呼んでも支障はない。

そういう意味での弁論主義の存立理由を、拙著『弁論主義』(昭和五〇年)は、それが法の実現の基本構造に即応している点に求めた。⁽³⁾もともと、法は、各個人、ひとりひとりの胸中に、与えられたものとして存在する。法とは正義の要求で、正義の要求は個人の正義感情を離れてはありえないからである。然るに、法は、「人と人との間」に行なわれなければならない。それ故にそれは社会規範だとされるのであるが、「人と人との間」が「人」を規律する規範を

もって法なりとする通説は頗る疑わしい。それでは却って正義が毀損せられるからである。法は「人」のために「人と人との間」を規律するものと考えなければならない。だが、「人」のなかにある法が何らかの仕方ですべて「人と人との間」に齎らされなければ、法の実現はありえまい。甲はみずからその心中に抱懐し、乙との間でこれを実現したいと願う法を、乙に対して主張しなければならぬ。天はみずから助ける者を助けるというのはこの事であって、坐して待つ者に法の保護は与えられない。甲が主張するところを乙もまた法と信じる場合は、法は簡単に適用せられて、甲乙間に法が実現する。けれども、甲が法とする所と乙が法とする所とは、喰い違つて一致しないことが多いであろう。その場合には、甲は、みずから、乙を説得しなければならぬ。権利のための闘争というのはこの事であって、労を省いて法に達しうる途はない。説得というのは、情理を尽くして相手方の納得を贏得することで、相手方にも言い分があるのだから、これに聴いてみずからの主張を修正することも含まれる。こうした各人の主体的な「主張」と「説得」、それが法実現の基本構造である。「主張」と「説得」とは、あわせて、また、「対論」とも称することができる。法の実現は「対論構造」を待つことなのである。

(3) その「三四」六二頁以下。

それは、しかし、気の遠くなるような根拠を要し、また、しばしば徒勞に終る作業であらう。つまり、法の実現は、補助装置なくしては、おおむね困難であり、且つしばしば不可能に陥るということである。然るに、実現の可能性があつてはじめて法は法でありうる。だから、法は、それ自体の要求として、当然に、舞台たる人の集団（すなわち法を負担する社会）に対し、右のような主張と説得とを容易にし、また常にそれが一おうの結論には達しうるような、二つの補助装置を備えしめる。実定法の定立と訴訟制度の営為とがそれであつて、実定法が有効なもの、確定判決が既判力を行なうのも、実は、それらが法自体の要求に基づくからに他ならない。

どちらの装置も、その時代その社会にあつて法自体が最も適格ありと認める社会機構に対し、その文化的使命とし

て設営が義務づけられる。また、二つの装置は目的が同じであるから、いずれも同じ機構の義務とせられる。酋長・国王・教会など、歴史的には、様々な機構が設営の義務を負わされてきたであろう。現在そうした文化的使命に任じるのは国家であって、国家が実定法を定立し、国家が訴訟制度を営為している。成文法以外に慣習法が実定法になるのも国家の承認を俟つことであり、いわゆる国家法以外に地方自治団体の法があるのも憲法を通じて国家から授權されているためである（自治団体が本当に国家から独立すれば国家内の国家すなわち連邦国家になるのである）。また、国家が立法府と司法府とを別けているとしても、それは国家が負荷の文化的使命を果たすための一つの工夫たるに他ならない。

勿論、法は、実生活の規律であるから、政治のプログラムや社会生活のプログラムや内容として持たざるをえない。合わせて政治のプログラムと呼んでおけば、政治のプログラムを内容としない法（無内容な正義）はない。このため、このプログラムがよく法と混同せられるが、政治のプログラムと法（正義の実現せられる舞台と正義）とは自同ではない。たとえば、何歳をもって成年年齢とするかは政治の課題であって、これを定めなければ取引社会の統制ができないであろう。そのためにはプログラムの決定が必要だが、これを二〇歳と定めようが二一歳と定めようが其処は政治の自由である。だから、政治のプログラムがそのまま法であるわけではない。けれども、政治のプログラムの決定には、常に、正義毀損の可能性が伴う。政治は、成年年齢を、三歳とも五〇歳とも、自由に定めうるのであって、そうした極端に低くまたは極端に高い成年年齢の定めは正義に反するであろう。そこで、政治のプログラムが一々正義を毀損しないか否か検証せられたうえでルール化せられることを、正義が要求するのである。正義の吟味を経てルール化せられた政治のプログラム、それが法であって、政治のプログラム自体が法であるのではない。世上に社会生活のルールが法であると言われる場合、果たしてこのような分析が行なわれているのであろうか。よく単純に法がスポーツのルールに譬えられるのを見てみると、その辺は、まことに心許ないに思われる。スポーツのルールが正義と関わりをもつことはないからである。これに反して、政治のプログラムは常に正義と関わりをもつから、そうして、

また、正義も常に政治のプログラムを内容とするから、政治のプログラムをもってそのまま法と考えても、支障がないように見えよう。だが、両者がそのような関係に立つとしても、なお両者は区別が可能であり、区別してはじめて実定法の効力の根拠が与えられる。国家は政治団体であるから、国家の定める政治のプログラムが有効なのは当然だが、それでは、なお、それが法として有効な根拠は与えられないからである。

実定法が有効なのは、国家が、法によって、政治のプログラムを法として、ルール化することを命じられたものだからである。この命令に基づいて、国家は、ルールの制定もしくは承認に際し、当該政治プログラムが正義を毀損しないか否かの吟味を行なう。法は紛争解決の準則だが、具体的な紛争の生起前に、紛争の生起を予測しつつ、抽象的にルールを定立するのである。

これが実定法であるから、それは一おう法なりと推定することができる。実定法が法なりと推定せられるのであるから、法の主張者が実定法規範と同一内容の規範を法として主張する場合は、ただ適合の実定法規範を援用すれば足りる。自己の主張するところが法であることのそれ以上の説得、言ってみれば法であることの主張責任・証明責任が免除せられるのであって、これにより、法の主張と説得が極めて容易になるのである。実定法の定立という制度のネライは此処にあって、法は、こうしたネライから、国家に実定法の定立を命じるのである。

ということは、同時に、人が法を主張する場合、国家実定法のあるかぎり、一おうこれに拘束されるということも、意味するであろう。そうでなければ、主張責任・証明責任の免除の出て来ようがないからである。法の解釈と裁判とは、常に、先ず、実定法から出立すべきものであって、そこで実定法は最大限に尊重されなければならない。悪法もまた法なりというのはこの事である。実定法を無視して憚らない言わゆる自由法論式の解釈および裁判は誤っている。解釈にとっても裁判にとっても、実定法は必ず通らなければならない関門なのであって、そうした「法の関門」を、法は、その実現のための補助装置として、国家に定立させるのに他ならない。

しかし、関所を通りさえすれば、そこで勸進帳を読み上げることが、一向に差支えがない。実定法は一おう法なりと推定せられるだけであって、なお終局的に法であると決まったものではないからである（実は、何が法であるかは、人類永遠の課題なのであって、その時々には、その時々、紛争当事者間の「対論」の成果（またはその代替としての後述のような裁判）を法と扱っていくほかはないのである）。だから、人は、実定法とは異なる所を、法なりとして主張することを妨げられない。ただし、そのためには、論証が要求されるのであって、主張し、論証して、相手方を説得することができれば、実定法とは異なる所が法として通用する。悪法は法にあらずというのはこの事であって、これによって、法は、立法機関に預けっ放しにせられることなく、最後まで、本来の法の主体たる個人の手中に確保されるのである。

もう一つの法実現の補助装置は、逃げて説得のテーブルに就かない相手方をも捉え、且つ、説得が成就しない場合のために説得の結果に替わる「暫定法」を紛争当事者にえしめるための装置である。これが民事訴訟であって、被告の応訴強制が肯定できるのも、訴訟が法自体の要求する装置であることに基づく。訴訟があつて始めて法は常に、その実現の機会をもつことになるから、訴訟は法にとって欠くことのできない装置なのである。この点から我々は二つのことを知ることができる。一つは、訴訟の本質ということで、訴訟は何が法であるかを明かにすること、すなわち「法の確証」を目的とすると言わなければならない。それは、同時に、紛争解決の機構でもあるが、紛争は、むしろ、訴訟以外の他の機構による方が、旨く解決できることであろう。それにも拘わらず、人には、常に、法のために法を宣告する機構を欠くことができない。法が紛争解決の規範であるために、そうした機構もまた紛争解決の機構になるわけだが、法が正義の観点から紛争を解決する規範であることに基つき、右機構もまた紛争を正義の観点からのみ評価するのである。そうした機構が訴訟に他ならないから、訴訟の本質をヨリ多く「紛争の解決」の方へ傾斜させて捉えることは相当でない。知ることができるとも一つのこと、訴訟の理念型ということで、それは、「対論構造」を完備すれば完備するほどに、望ましい在り方に近づくと、ということが出来る。法が「主張」と「説得」

とによって表現せられるのを本来の在り方とするために、訴訟でも、先ずは当事者間の「対論」を確保あるいは再演し、その結果をできるかぎり尊重することが望ましいのである。当事者間の対論が実を結ばない場合に、代わって裁判所が宣言する法は、当事者が必ずしも納得していない点で「暫定法」だが、当事者自身が産み出した結論でさえ、その場の一おうの結論たるに過ぎない点で同じく「暫定法」である。時々「暫定法」を見出し、その場ではこれを法として強行的に妥当せしめつつ、「暫定法」の発見試行を繰り返しながら積み重ねて、人は漸々に終局の法へと辿りつくことになるのである。

かく対論構造をもって訴訟の理想型なりとする認識は、昨今むしろ拡がりつつあるのではなからうか。私が『弁論主義』を著わした頃はまだそうではなかった。遺憾ながら拙著が影響を及ぼした形跡は全く認められないとはいえず、その後の学界は次第に訴訟理論の重点を判決から訴訟手続自体に移し、弁論の活性化を庶幾する方向を辿っているのが認められる。⁽⁴⁾それが、訴訟制度の目的を「紛争の解決」にあるとする訴訟観に立脚し、従って例えば判決と訴訟上の和解との相違を没却し、また、例えば、極端に走る場合には、およそ訴訟理論にとって判決の在り方などはどうでもよいと説く者さえも生じるのは、法および訴訟の意義に照らして頗る疑問だし、単なる現象論としてさえ、訴訟上の「対論」の、裁判外の「対論」との構造の相違（後述する）が見落されているが、「対論構造」の強調それ自体は、大いに評価せられなければならない。

(4) その一番新しい類型として、いわゆる新当事者主義の代表論稿を挙げておこう。井上正三教授「訴訟内における紛争当事者の役割分担」民訴雑誌二七号（シンポジウムの一環を成す報告で、このシンポジウムは昭和五五年に行なわれた）。井上治典教授「手続保障の第三の波」法学教室一九八三年一月号および二月号。

以上が、法実現の基本構造とそのため補助装置であるが、弁論主義は、法探索の補助装置たる訴訟において、法探索の主体たる私人に、まさにその主体たるの役割りを振り当てようとするのであるから、極めてよく法実現の基本

構造に即応している。法確証の機構が法実現の基本構造に即応して作られることは、まことに合理的なことであろう。実は、弁論主義は、古い「いわゆる本質説」が考える以上に訴訟にとって本質的なものである（法探索主体説）。

だが、訴訟にも職権探知主義の行なわれる訴訟や局面がある点から、この本質説には疑問を挟む向きがあるかも知れない。たしかに、上記は、通常の民事訴訟の本案の審理を眼中においてきた。けれども、たとえば離婚訴訟が職権探知で処理せられるのは何故であろうか。それは、離婚の公証が、もはや夫婦間の法の問題ではなく、夫婦・対・社会の間の法の問題だからに他ならない。もともと、誰が誰と結婚しようが、夫婦が別れようが別れまいが、そんなことは法と関わりをもたない。人は好きな人と結婚し、好きな時に別ればよいのである。しかし、現に誰が誰と夫婦であるかは常に確実に公証されなければならない。そうでなければ、あるいは重婚を生じて倫理の秩序が紊れ、あるいは相続を混乱せしめて財産関係の基盤が損われる。ここが法の問題になるわけで、婚姻や離婚に届出が必要なのも、離婚の合意が成立しないため届出ができない者のために裁判所が裁判をするのも、この必要に基づく。すなわち、離婚訴訟では、原被告・対・社会の間の法が確証されるのであって、社会は裁判所によって代表せられるから、ここでの法探索主体は原被告と裁判所とである。それ故に職権探知主義が行なわれるのであって、人事訴訟にはすべて同理が行なわれ、刑事訴訟に至ってはこの理はいっそう明かである。通常の民事訴訟でも訴訟要件の審理が原則として、職権探知によるわけだが、これもまた、そこでの問題が公権たる訴権の存否に関わるために他ならない。つまり、これらの訴訟および局面でも、法探索の主体が訴訟上にも法探索の主体たる地位を与えられているのであって、訴訟にも職権探知の訴訟や局面があるということは、決して（通常の民事訴訟の本案の審理で）弁論主義が行なわれることの合理性に関わる法探索主体説を傷つけるものではなく、却ってこれを強化する事実である（何について弁論主義を行ない何について職権探知主義を行なうべきかの割り振りもこのような観点から行なわれるべきものである）。

さて、「弁論主義」の方を右のように捉えるなら、冒頭に抽出した「口頭弁論の必要」の方も、また、「対論の場の

確保」という点で、相倚り相扶け、同じ目的に奉仕するものであることが、理解せられるであろう。弁論主義は、通常の民事訴訟の本案の審理について、「対論の主体」を確保し、口頭弁論の必要は、すべての訴訟に関し、「対論の場、そのもの」を確保するのである。こうして、私どもは、「口頭弁論の必要」にも、また、一つの独立の基本原則としての、合理性を認めることができる。それは、実に、法の確証を目的とする訴訟に対し、最も相応しい形態を付与するものとして、「弁論主義」と並ぶ重要な原則を成すのである。

と、ここまでを見てくれば、従来はいわゆる一つの公理と、いま一つの通説とが、修正せられなければならないことは、おのずから明かである。すなわち、一方において、ひとりただ事実と証拠とだけでなく、法的評価も弁論主義に服しなければならず、また、裁判所は、職権探知の訴訟でも、口頭弁論で明かにしなかった法的構成に基づいて判決を形成してはならないのであって、「法へ裁判所ノ知ル所ナリ」という公理は否定されなければならない。尤も、この公理の否定は、当事者もまた、法的評価を（その訴訟上の職分として）為しうるといふ意味においてであって、当事者のみが法的評価を為しうるといふ意味ではない。そうして、他方、狭義の「弁論」に顕れる事實は、すべてが当事者にとって無視や差し換えを許さぬ重要な事実なのであって、弁論主義は主要事実についてのみ行なわれるという通説も否定されなければならない。この公理とこの通説とを否定して、さて、どうなるか、ということも重要だが、それは本稿のテーマではないから、全掲の旧著に譲って、これ以上論及しない。

本稿で指摘したいのは、そこから先の話で、先ず、訴訟上の「対論」と裁判外の「対論」とでは、同じく「対論」と言っても、その構造が違うという事実が、注目せられなければならない。紛争当事者が裁判外で「主張」と「説得」とを行なう場合は、それは慥かに直接の「対論」である。だが、訴訟では裁判所が関与する。原告は裁判所を通じて被告を説得するのであり、被告は裁判所を通じて原告を説得するのであって、これは与えられた事実であろう。⁽⁵⁾それは、裁判外の「対論」とは異なって間接の「対論」なのであり、当事者は、それぞれに、相手方を説得すると同

時に、あるいはそれ以上に、裁判所を説得しえなければ、その目的を達しえない。口頭弁論における当事者の発言が裁判所へ向けられた供述の形式をとるのは、そのことの現象的表現であり、学理上もまた、たとえば言わゆる訴訟関係⁽⁶⁾を構想する場合、一面説や三面説ではなく、原告と裁判所、裁判所と被告との間にこれを認める二面説が正当だといふことになるのである(但し、このことは、訴訟法上の解釈論が、原則として訴訟法説でなければならないということ、意味するわけでは決してない)。

(5) たとえば前註の新当事者主義のいわゆる対論にしても裁判所の関与が見落されているということは既に指摘されている。中野貞一郎教授「医療過誤訴訟について」法学教室一九八二年二月号、吉野正三郎助教授「民事訴訟における新当事者主義の台頭」判タ五二二号、小林秀之助教授「手続保障の第三の波説への一疑問」判タ五二四号。

(6) 「訴訟関係」ということについては拙著『民事訴訟法の基礎理論』三一頁以下参照。

だが、この場合、裁判所がただ当事者間の対論を媒介するだけのことならば、ことさらに「対論」を間接の「対論」に作る意味はない。「対論」は寧ろ直接のままである方が、経済的でもあるし、迫力もある。にも拘わらず敢て「対論」を間接のものとするのは、当事者間で説得が成就しなかった場合、裁判所はこれに代わる「暫定法」を裁判として宣言しなければならぬ立場にあるためであろう。当事者間の対論とは無関係に頭から裁判所が独自の法を宣言してよいのならば、訴訟における対論構造が無意味になるわけであるから、弁論主義の訴訟では、裁判所は、当事者間の対論に基づいて法を宣言するのである。当事者の対論に基づくとは、原告の供述との関係では被告の立場に身をおき、被告の供述との関係では原告の立場に身をおき、それぞれに、説得せられたりと認めてよいかを考えることが、弁論主義訴訟における裁判所の第一段の仕事だ、ということである(その執れもが説得に不充分と認められるときは、釈明権をもって開示のうえ、当事者がこれを諒解するときは、独自・別段の法的構成で裁判できることになるが、これは第二段の仕事である)。「対論」という以上、原告から説得される被告は原告を説得し返すことができるということを前提とし

ているし、被告から説得される原告は被告を説得し返すことができるということを前提としている。同じようにして、原告の立場に身をおく裁判所は、釈明権の行使を通じて、原告とは別に、審理中、被告を説得し返すことが許されており、被告の立場に身をおく裁判所は、釈明権の行使を通じて、被告とは別に、審理中、原告を説得し返すことが許されている、と考えなければならぬ（釈明権とは裁判所がみずから当事者の態度について「納得」をえるための裁判所の権能である）。いわんや、職権探知の訴訟では、裁判所がみずから直接の「対論」の主体なのであるから、ほとんど自己の見解を表明していかなければならぬ（弁論主義訴訟で裁判所がその第二段の仕事を果たすためにも、積極的に自己の見解を表明せざるをえない）。ただし、いずれの場合にも、裁判所は口頭弁論に頼れていない法的構成をもって裁判してはならぬ（当事者が頼っていなければ裁判所自身が開示した法的構成によらなければならぬ）ということが、牢记せられなければならないのである。

この最後の点は、流行の手続保障原則や不意打防止原則からも、説明できないことはないであろう。しかし、「法へ裁判所ノ知ル所ナリ」という公理を前提としつつ、手続保障や不意打防止を説くのでは、恩恵に聞こえる。そうではなしに、法は法主体の「対論」によって発見・確定せられるべきものであるが故に、裁判所の法的観点もまた「対論」に曝されなければならないのであって、裁判所による法的観点の開示も、訴権の内容を成す当事者の権利であるこのことを制度的に保障したのが、「口頭弁論の必要」に他ならない。「口頭弁論の必要」は対論構造の保障だが、間接の「対論」も「対論」であって、口頭弁論の主体が訴訟当事者に限られるとしても、「対論」には裁判所も（弁論主義訴訟の場合、第一段には「裏の」、第二段に「表の」、それとしてではあるが）同じく主体として関与するのである。西ドイツでは簡素化法によって開示の義務が明定されたが（ZPO二七八条三項）、「口頭弁論の必要」から、明文のないわが国でも同様に解しうるであろうし、開示の方法もまた釈明権の行使と考えれば充分である。

(7) 民訴一二五条一項本文も「当事者ハ……口頭弁論ヲ為ス」と言っている。

文献によれば、現に、わが国でも、審理中、裁判所は、適時、「争点を指摘」し、「法律上の見解を開示」し、「心証を開示」することができると、実務上、考えられているようである。⁽⁸⁾それが、弁論主義訴訟の場合、裁判所主導の訴訟への変貌を来たすものでないかぎりには、原告の立場に身をおく裁判所が、釈明権の行使を通じて、原告とは別に、審理中、被告を説得し返すものとして、あるいは、被告の立場に身をおく裁判所が、釈明権の行使を通じて、被告とは別に、審理中、原告を説得し返すものとして、肯定せられてよいことは、以上の記述から明かであろう。

(8) 宮崎公男判事「心証の開示」民訴雑誌三〇号二二八頁以下(シンポジウム「民事訴訟の促進について」の一節)。

だが、右のような開示が、いつでも充分に行なわれる保障はあるであろうか。むしろ、却って、その完全を期すると、あるいは訴訟が遅滞し、あるいは弁論主義訴訟の職権主義化を来たすのではあるまいか。

そこで、私は、ここに、弁論終結直前の「判決骨子の開示」ということを提案する。立法論としてではなく、解釈論としてである。あるいは、単なる運用論といってもよいかも知れない。

勿論、詳細な判決内容が判決前に示せるわけではない。だが、裁判所は、これで判決ができると思えばこそ、弁論を終結するのであろう。既に判決の骨子は見えている筈なのである。その骨子だけを告げ、これについて当事者の意見を聞いてから判決せよというのである。

それでは訴訟が遅延する、と人はいうかも知れない。だが、別に、異論があったら何時でも審理をやり直せと言っているわけではない。異論が、なるほど合理的だ、なるほど見落しがあつた、または、なるほど不意打ちになるということを思わしめる場合だけ、審理を続行すればよいのである。その他の場合には、すべて当事者の意見を聞くだけでよい。⁽⁹⁾それでも、審理の続行が必要な場合は、上訴に任せた方が賢明だ、との意見もあろう。だが、第一審の審理を充足しておけば、あるいは、上訴が節約できるかも知れない。すくなくとも、前出のような審理中の「争点の指摘」やら「法律上の見解の開示」やら「心証の開示」やらを一部省くことができるから総計の時間は結局は同じこと

であろう。

（9）尤も、弁論主義訴訟の場合、いわゆる権利自由は裁判所を拘束するから（通説に反して拙著『弁論主義』（七三）（七四）一四九頁以下が説くところ）、判決骨子の開示に当事者が異論を述べ、且つ裁判所がこれを説得（それが開示後の審理である）しても当事者が納得しない場合は、裁判所は自己の法的構成を強行することができない、という問題は生じる。だが、これは、ハッキリ（権利）自由が成立している場合に限られるし、また、当事者が異論を述べることは多くはなく、異論が述べられた場合にも審理（説得）は容易であろう。

逆に、審理中に「争点の指摘」や「法律上の見解の開示」や「心証の開示」が既に充分に行なわれている場合は、「判決骨子の開示」を必要としない。合理的な異論のありようはなく、見落しもなく、当事者が予想していると信じられる判決をする場合は、「判決骨子の開示」を必要としないということである。実務上のいわゆる欠席判決（民訴一四〇条三項）の場合にも、「判決骨子の開示」など不要であろう。

要は、当事者が「対論」に臨んだ場合には、当事者⇨裁判所間の「対論」もまた尽くさるべきであって、そのためには弁論の終結前に判決の骨子を開示して、当事者の意見を聴くべき場合もある、ということ、私は、現行法上の「口頭弁論の必要」がそこまでの要求をも包含している、と解するのである。⁽¹⁰⁾

（10）結局、私が本稿をもって言いたかったことは、「口頭弁論の必要」という建前が、事程然様に重要な、独立の、訴訟上の原則なのだ、ということに帰する。

（昭和六〇年八月稿）