慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	「法的観点の開示」について：ドイツ民訴二七八条三項の意義
Sub Title	Die Hinweispflicht auf rechtliche Gesichtspunkte -§278 (3) ZPO-
Author	栗田, 陸雄(Kurita, Mutsuo)
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.12 (1986. 12) ,p.313- 331
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	伊東乾・林脇トシ子・阿久澤亀夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19861228-0313

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.

「法的観点の開示」について

——ドイツ民訴二七八条三項の意義——

栗田陸雄

一、はじめに
二、生成史
三、解釈問題
四、終わりに——判決の予告——

一、はじめに

西ドイツの基本法は、その一〇三条一項において「各人は、裁判所で、法律上の審問を請求する権利をもつ。」と規定している。

Art. 103 (1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.

これは、既に基本法の制定前から一切の公正な裁判手続の不可侵の要件として妥当していたところのものである。

基本法上の審問権は、一方において憲法異議によって貫徹されるべき基本権を意味し、他方において憲法の効力を有する一つの客観的手続規定を意味すると言われている。つまり、後者の意味において、裁判官は、手続法に審問権に関する具体的規定がある場合には、これに拘束されるが、かような規定がない場合には直接基本法の上の審問権に拘束されると言われている。[1] 連邦憲法裁判所はその確立した判例[2]において「個人は、裁判官の裁判の客体にすぎないものではなく、むしろ自己の権利に関係する裁判に先立って発言し、手続及びその結果に影響を及ぼすことができなければならない。」と述べている。

しかし、審問権の意味は多義的である。右の判決は要するに当事者に対しては訴訟資料について陳述の機会を与えるだけで足りると読まれる可能性がある。これに対して、Arndt[3]は、審問権を裁判所の法的見解に対する当事者の討論権として理解すべき方向を示唆している。彼によれば、民事訴訟における審問権の根拠は、法が既存のものではなく、むしろ持続的に生起するものであること、また法治国家の裁判における法の獲得形式は、法を求めるための闘争における対決を必要とすること、法を求める対決は、当事者相互の間のみでなく、当事者と裁判所との間にも存在することにある。かような民事訴訟における審問権の強調は、とりわけ「法は裁判官の知るところなり」という古典的命題の反省から生まれたものである。

一九七六年のいわゆる簡素化法[4]によって新設されたドイツ民訴二七八条三項は、審問権を基礎として裁判所の法的観点に関する開示義務及びそれについて裁判所が当事者に対して討論の機会を与えるべき義務（いわゆる「法問答の義務」[5]）を規定している。その思想は、簡素化法によって初めて生じたものではない。しかし、その規定は、立法者が求めた「弁証法の手続[6] (dialektischer Prozeß)」としての口頭弁論のための一つの正当な表現として評価される可能性をもつ。

簡素化法の制定にさいして、本項は最も論争された規定であるが、その後の解釈を巡る議論もその立法過程に胚胎

していると思われる。立法者の意思は法律の解釈を拘束するものではないが、その一助となりうる。したがって、本稿では、かかる立法過程を考慮しつつ(7)、規定の意義とそれを巡る議論の状況を明らかにしてみたい。また、その過程で、学説が如何なる審問権の理解に立っているかも明らかになるであろう。

二、生成史

ドイツ民訴二七八条三項は「裁判所は、一方当事者が明らかに看過し、または重要でないと考えたところのその一つの法的観点が、単に付帯債権に関係するものではない場合には、それについて発言の機会を与えた場合にのみ、かかる観点に基づいて裁判することを許される。」と規定する。

§ 278 (3) Auf einen rechtlichen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat.

既に、一九一二年にウィーンで開催された第三一回ドイツ法曹会議において、当時の刑訴二六四条（現・二六五条）の表現に依拠して、次のような内容の法案(8)が提案された。

「裁判所が、一方当事者の主張を、口頭弁論において討論されずまた明らかに主張当事者または相手方によって認識されなかった一つの法的観点から考察しようとする場合には裁判長は、両当事者に対して可能なその他の法的判断を指摘しなければならない。」

Will das Gericht das Vorbringen einer Partei von einem rechtlichen Gesichtspunkt aus betrachten, welcher in der mündlichen Verhandlung nicht zur Erörterung gelangt ist, und welcher offenbar von der vorbringenden Partei oder der Gegenpartei nicht erkannt wurde, so hat der Vorsitzende die Parteien auf die möglicherweise eintretende andere rechtliche Beurteilung

aufmerksam zu machen.

また一九七三年の手続の簡素化及び迅速化のための法律の報告者草案[9]（Referentenwurf）は、一三九条を補充する四項において、「裁判は、口頭弁論において論及された事実的及び法的観点に基づいてのみこれをなすことを許される。」と規定していた。

§ 139 (4) Die Entscheidung darf nur auf solche tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte gestützt werden, die in der mündlichen Verhandlung angesprochen worden sind.

しかし、これらはいずれも立法化されるに至らなかった。特に後者は、裁判所に対して不可能を要求するものだとの批判を加えられ、この報告者草案を基礎とする一九七四年の政府草案にも採用されなかった。[10]

かような規定を訴訟法へ導入すべきであるという提案は、最初に両院協議会（Vermittlungsausschuss）において議論され、採択された。連邦議会（Bundestag）の法律委員会（Rechtsausschuss）の報告者 Hauser は、かかる規定導入の理由として大審院の判例（RG. JW. 1915, 711）を挙げている。[11] 一九七六年五月二一日の法律委員会の報告及び提案は、[12] 次のような表現を政府草案に追加した。

「裁判所は、一方当事者が明らかに看過しまたは重要でないと考えた一つの観点に基づいて、陳述の機会を与えた場合にのみ、裁判することを許される。」

§ 278 (3) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht seine Entscheidung nur stutzen, wenn es Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat.

その理由は以下の通りであった。[13]

「新しく導入された第三項は、当委員会の見解によれば、求められている手続の改善にとって中心的意義を有する。手続集中のために規定された諸手段は、単に審級内部の合目的的な、かつ活気のある手続の進行のみをもたらそうとするものではない。さらに、既に第一審における全訴訟資料の可及的に完全な利用によって、上級審における事案の審理を当事者の視野から無用なら

しめるように努めるべきである。かく構想される手続は、当事者による訴訟促進義務の尊重と並んで、裁判所によってもかかる目的を達成するために必要な総てのことがなされるように要求する。そのためには、手続の徹底的な準備の他に、裁判所の見解上重要な訴訟資料が口頭弁論において実際に言及され、また当事者がそれについて自己の見解を述べることができ、かつ裁判所の裁判によって不意打ちされないことが必要である。

新しい三項は　これを保証しようとするものである。この規定によれば、裁判所は、当事者によって従来明らかに看過されまたは重要でないと考えられていたその事実的及び法的観点に基づいて裁判しようとする場合には、各当事者に対してもう一度特にそれについて陳述すべき機会を与えなければならない。この要件は、特に裁判所が、当事者によって従来主張されていた請求基礎と異なるそれに到達した場合には、充足されている。裁判所は、それについて自己の見解を述べる必要はないが、一方または双方の当事者によって訴訟状態が誤って評価されていることを認識した場合には、当事者が状況に応じて適切に陳述することができるように配慮しなければならない。結論として、新しい二七八条三項によって、とりわけ上級審の裁判において以前から輪郭を描かれていたが（大審院については、特に Rosenberg, ZZP 49, 38 ff., 68 ff. の総括及び評価を見よ。連邦裁判所については、VersR 1963, 1149; GRUR 1967, 592 ff., LM § 295 ZPO Nr. 14, MDR 76, 379）、しかし、一般の裁判実務にはまだ充分に浸透していなかったところの一つの展開が取り上げられ、かつ具体化される。そのさい、このためにいま規定された規律を法案の二七八条へ編入することは、口頭弁論の要点が一般的に主要期日において存在するであろうこと、また主要期日によって通常は口頭弁論も終結させられるであろうことを前提とする。自明のことながら、新しい二七八条三項は、主要期日の外でも、特に新しい二七五条の早期第一回期日にも、口頭弁論が既に手続のこの段階で終結せしめられうる場合には、顧慮されなければならない。……」

右の改正案に対しては、とりわけ裁判官層から非難が加えられた。その要点は、この問題が既に一三九条によって充分保証されている、改正案は裁判所に対して口頭弁論の不断の再開を強要し、それによって手続の遅延が生じる、さらに職権探知主義がもたらされるという主張にあった。(14)

法律委員会における法案の第三回審議において、Hauser 及び Emmerlich 両報告委員は、本項は決して当事者主

義を放棄するものではなく、不意打ち裁判を避けることによって審問権という基本原則を保証するもので、むしろ当事者主義及び弁論主義の強化をもたらすとして、裁判官層からの批判を斥けた。これはまた法律委員会の一致した提案となったが、連邦参議院（Bundesrat）はとりわけバイエルン州の提案に基づいて両院協議会を招集するとともに、連邦議会で可決された本項の表現が広すぎるという理由で、次のような改正案を提示した。(15)

「裁判所は、一方の当事者が、訴訟の経過特に認識しえた裁判所の判断に基づいて立ち入る必要のなかったところのその法的観点が、単に付帯債権に関係するものではない場合には、その法的観点について発言の機会を与えた場合にのみ、それに基づいて裁判することを許される。」

§ 278 (3) Auf einen rechtlichen Gesichtspunkt, auf den eine Partei nach dem Prozeßverlauf, insbesondere nach einer für sie erkennbar gewordenen Beurteilung durch das Gericht, nicht einzugehen brauchte, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat.

その理由は、以下の通りであった。(16)

「提案にかかる表現は、不意打ち判決を避け、かつ審問権を従来以上に保証すべき規定の目的を明確ならしめ、その適用領域を実際に必要なものに限定し、かつこれによって連邦議会によって採択された余りにも広い表現によって恐らく発生するところのその不必要な手続の困難と遅延を阻止する。連邦裁判所の判決に従って、その示唆義務は、そこにおいて当事者が訴訟経過、つまり、書面、弁論の内容、証拠調の結果、裁判所の示唆または既存の裁判に基づいてそれについて意見を述べたいと思うところのその裁判上重要な一切の法律問題が論及されていることを信頼しえたその場合に限定されるべきである。他方、一つの観点が、一方当事者によって完全に述べられたが、しかし、重要でないと看做された場合には、追加的な示唆の必要性はない。また当事者が――これは決して稀ではない――法主張を全く行わないかまたは不十分にしか行なっていない場合で、裁判所の示唆が補充的な事実主張をもたらすための手掛かりがない場合にも、裁判所の示唆は不適切である。最後に、示唆義務は、主たる請求権に限定されるべきである。利息、費用及び仮執行については、一三九条を上回る規定は不要である。その規定を広く表現しすぎると、裁判所は、無数の取るに足りない示唆を調書に残し、また多くの場合に既に終結した口頭弁論を再開しなければならなくな

るであろう。控訴審及び上告審は、結局は成功しない上訴の負担によって苦しむであろう。これによって発生する手続の遅延は、実質的な成果をもたらさずまた簡素化法の目的に反するであろう。」

二七八条三項は、両院協議会の提案に基づいて現在の表現に改められ[17]、連邦議会の第二五八議会によって可決されたものであるが、法律委員会の本来の法律案に比べて、一つの法的観点に関係しなければならないこと、及び付帯債権にのみ関係してはならないことにおいて弱められている。

三、解釈問題

(一) 規定の目的

本項によれば、裁判所は、当事者が明らかに看過しまたは重要でないと考えたところの一つの法的観点に基づいて裁判しようとする場合に、当該の法的観点を開示しなければならない。この規定は、その表現からも窺われるように、基本法一〇三条の審問権の特殊形態として、とりわけ不意打ち裁判の防止を目的とする。また、当事者は、裁判所の法的観点の開示に応じて自己の事実的及び法的主張を補充する可能性をもつ。さらにこれによって、本項は、訴訟資料を既に第一審においてできるだけ完全に審理し、かつ上訴の原因を除去すべき目的にも奉仕すべきであると言われている。

裁判所の法的観点の開示義務は、当事者がその事実主張を新しい法的観点からなお補充することができる場合にのみ成立するという見解もあるが[18]、かような留保を伴わない見解が正当であろう。同一の事実を異なる法的観点へ包摂することによっても不意打ちが生じうるし、結局当事者の法主張権も審問権の内容をなすと考えられるからである[19]。

本項と一三九条の相違は、次のところにある。つまり、まず一方において、一三九条は、本質的に事実に関する釈明

義務を基礎づけるが、本項は、その表現上裁判所に対してまさに法的観点の開示及び討論を義務づける。しかし、それは不意打ち裁判の防止を限度とする。また他方で、一三九条は、法的側面については適切な申立を引き出すためにのみ裁判所に対して法的観点の開示及び討論を義務づけるが、本項は、不意打ち裁判の防止という留保つきながら、これをより一般的に義務づける。したがって、両規定の適用範囲は部分的に合致し、また相違する。いずれを適用すべきかは個別的に決せられることになる。[20]

しかし、規定上両者の関係は複雑で、立法技術としては後述の体系的位置をも含めて一考を要すると思われる。

(二) 適用領域

本項は、主要期日の規定中に位置するが、学説上一致して二七五条の早期第一回手続（口頭弁論が既にこの手続の段階で終結される場合に）、二七六条の書面前置手続及び一二八条二項・三項の書面手続への適用が要求されている。[21] 本項が任意的口頭弁論の手続にも適用があるかどうかについては、論争されている。任意的口頭弁論の裁判は決定で行われるから、その答えは、本項の「裁判」が判決に限定されるかどうかに依存するが、後述の如く、本項は決定にも適用があると考えるべきであろう。[22]

この規定は、本来一三九条の中に、またはその後に置かれるべきものであると言われているが、[23] その体系的位置の不正確さは、既述の如く、連邦議会の法律委員会によっても認識されていたものである。

本項による裁判所の開示義務は、一方当事者の訴訟追行が裁判所の法的観点と相違する法的観点に基づくことが、裁判所に判明するや即時に、したがって、口頭弁論を待つことなく発生する。かかる手続指導型の運用によって、手続の集中化と迅速化が図られる。したがって、本項の口頭弁論期日における適用場面は本来極めて限定されている（但し、決して皆無になるわけではない）。しかし、運用の実際として、本項は、ほとんど口頭弁論においてのみ利用されると言われている。しかし、そのような運用では、当事者が充分な陳述の機会をもつことは難しく、またそうでなけ

れば訴訟の著しい遅滞を招く結果となろう。[24]

本項の「裁判」としては、これを狭義の裁判、つまり、終局判決及びそれに類するもの（例えば、二八一条の移送決定）に限定する見解とこれを文理上広義の総ての裁判に及ぼす見解がある。本項が審問権の保証を具体化する規定である以上、「付帯債権」という明示的な例外を除いて広義に理解すべきであろう。[25]

(三) 個別要件

(1) 法的観点

本項の開示義務は、裁判所が、当事者によって看過されまたは重要でないと考えられた「法的観点」に基づいて裁判する場合に成立する。

「法的観点」の概念については、立法の経緯からこれを限定的に判決を支える法的観点（tragender rechtlicher Gesichtspunkt）として捉える見解[26]と最広義に捉える見解[27]の対立がある。前者によれば、それは、適用法規（慣習法を含む）またはそこに含まれる独立の構成要件、契約上の合意または普通契約約款の適用・不適用、損害額算定の種類を意味する。他方、後者によれば、それは、事実関係及び紛争関係の法的側面に関する裁判所の一切の考慮を意味し、適用法規（慣習法を含む）及び契約条項はもちろん判例または学説上の見解、法的論証、通説・判例において確立した概念の適用が考慮される。

限定説の基礎には、裁判所が起訴状の罰条から離れようとする場合に開示義務を負う旨を規定する刑訴二六五条の規定がある。立法の経緯からみると、本項は「一つの観点」から「一つの法的観点」へ制限されただけで、それ以上の限定を含んでいない。むしろそれは訴訟上の総ての資料について当事者の陳述の機会を保証すべき審問権の観念を背景として、広義の法的観点として把握されるべきであろう。これによっても、手続の早い段階から適時にこの規定を適用することによって、手続の遅延を避けることができるからである。

これらが実体法の領域にあるか訴訟法の領域にあるかは、違いをもたらさない。したがって、裁判所の開示義務は、一方当事者の主張を時機に遅れたものとして却下する場合（二九六条二項）にも、成立する。[28]

「法的観点」の概念が、純粋に法的要素に限定されるかまたは当該の法的観点のそれぞれの要素及び事実的性格を有する徴表も含まれるかについても、見解の対立があるが、それは、個別的状況に依存するであろう。事実面と法律面の区別が困難である場合及び事実を援用しつつ法的観点を開示するのでなければ、その開示自体が無意味であるような場合（例えば、裁判所が具体的な事実を摘示しないままに、当事者の行為を過失と評価する場合）には、事実面を含む法的観点の開示を認めるべきであろう。[29]

争われた事実の証明が行われたかどうかは、この関係では一つの事実的観点を意味する。他方、挙証責任規定の適用は、一つの法的観点を意味する。[30]

(2) 裁判上の重要性

当該の法的観点は、裁判上重要なものと看做されるものでなければならない。裁判の主たる理由の要素としての法的観点は、裁判上重要であるが、補助的な理由のそれについては、その重要性を否定する見解がある。しかし、補助的理由であっても上訴審において唯一の理由として存続し、これに関する示唆の欠如が否定的に作用する可能性があるから、裁判上重要であるとする見解が有力である。[31]

他方、純粋な傍論及び裁判所が明示的に保留した法律問題は、重要な法的観点ではない。しかし、当事者が看過した抗弁権の提出及び形成権の行使の可能性が、本項の開示義務を発生させるかどうかについては、肯定説及び否定説がある。これらは、現実に提出ないし行使されて初めて裁判上重要となるものであるから、むしろ一三九条の適用の問題として処理されるべきであろう。[32]（被告が抗弁権の存在を知りつつ誤ってこれを提出する必要がないと考えた場合も――不意打ち裁判を発生させる可能性はあるが――同様）。また一三九条は、積極的に解釈されるべきであろう。裁判所が当事者

に対して形成権行使の可能性を示唆することは、その処分権を侵害することにはならない。[33]

(3) 看過されまたは重要でないと考えられたこと

少なくとも、一方当事者、その法定代理人または訴訟代理人が、裁判にとって重要な法的観点を看過しまたは重要でないと考えた場合でなければならない。法律状態が如何なる原因によって誤って評価されたかは、問題とされない。

連邦参議院の改正案は、上述の如く本項の開示義務を一方または双方の当事者が裁判所の態度またはその他の事情によって形成したところの信頼を保護するために規定したが、現行の規定においては、裁判所が手続の過程でその法的評価を何らかの形式で明らかにしたかどうかは問題とされず、裁判所が当事者の認識可能な従来の法的評価から突然離れることで足りるとする見解が一般的である。

裁判所は、全体の訴訟経過に基づいて開示が必要かどうかを判断しなければならない。それは、当該の法的観点が明示的にまたは意味上弁論の対象であった場合には、不要である。しかし、それは、当該の法的観点が従来全く弁論に現れていない場合だけでなく、提示されていてもその重要性が当事者によって認識されていなかった場合にも必要である。[34]

(4) 明らかな評価の誤り

当該の法的観点は、明らかに看過されまたは明らかに重要でないと考えられたものでなければならない。これは、従来の訴訟経過に基づいて判断される。裁判官がいかなる場合にこれを認識すべきかは、客観的に判断されなければならない。つまり、上訴審は、何らかの客観的な、法的知識を有する第三者が従来の訴訟の経過からこの法的観点を開示することを必要と考えたかどうかについて審査しなければならない。[35]

(5) 付帯債権

本項による裁判所の開示義務は、看過されまたは重要でないと考えられた法的観点が単に付帯債権に関係する場合

には、成立しない。

付帯債権の概念については、四条一項二文におけると同様に主債権と対比的にこれを捉える見解[36]と、経済的な考察方法によって原告によって要求された重要でない部分として捉える見解[37]がある。

前者は、結局付帯債権かどうかを、当事者がそれを自己にとって本質的なものとして捉え、詳細に弁論を行ったかどうかに依存せしめる。他方、後者は、基本債権に対して十ないし十五％に満たない額の債権を付帯債権の基準として設定するとともに当該の部分債権の絶対額及び当事者にとってのその額の経済的意味をも考慮して、客観的に付帯債権を決定する。

連邦参議院が付帯債権の一つとして掲げた仮執行宣言は、文理上は付帯債権の概念に含まれないが、しかし、法規中に規定されているわけではなく、いずれにせよ解釈の決め手にはならない。前者の当事者の意思という基準は、処分権主義ないし弁論主義に合致する点で、正当と思われる。後者の基準には合理性がない[38]。但し、学説上は、おそらく一律処理の点から、後者が有力であるように思われる。

(6) 陳述の機会

裁判所は、当事者が明らかに看過しまたは重要でないと考えたところの法的観点に基づいて裁判しようとする場合には、それについて当事者に陳述の機会を与えなければならない。裁判所の法的観点の開示が弁論期日において初めて行われるような場合には、当事者またはその訴訟代理人が即時に陳述することは困難な場合が多い。その場合には、裁判所は弁論の中断及び短時間の休廷措置を採らなければならない。それだけではなお準備の時間が不十分である場合には、書面の提出が考慮される。但し、その根拠としては、二八三条の類推説[39]と一二八条二項適用説[40]がある。さらに、書面の提出の保証では不十分な場合、例えば、相手方の反対陳述が不可欠であるような場合には、裁判所は弁論期日を延期せざるをえない[41]。新期日はできるだけ早期に指定されなければならない（二七八条四項）。

裁判所は、口頭弁論終結後の最終合議において、または判決草案の起草時に初めてこれに気づいた場合には、弁論を再開し（一五六条）、改めてこれを開示しなければならないが、そのさい一二八条二項に基づく口頭弁論によらない裁判を勧告することも可能である。[42]

当事者が陳述するかどうかは、当事者の意思に委ねられる。

(四) 開示の内容

裁判所は、当該の法的観点が何らかの役割を果たす可能性を示唆しなければならないが、自己の法律的論証や学説の詳細を述べたり、暫定的な法的見解（判決の予告を含む。後述）を開示する必要はない。そこまでは審問権によって要求されていないというのが、通説の見解である。[43] しかし、法的観点の開示と具体的法判断の区別が困難な場合（例えば、挙証責任の所在）には、例外と考えるべきであるとする説もある。[44]

裁判所は、当事者が弁護士によって代理されている場合には、その法的観点を簡単に示唆するだけで足りるが、弁護士によって代理されていない場合には、分かりやすくかつ法的観点の事実的及び法的要件をも示唆すべきであると言われている。[45]

(五) 手続

事後的に当該の法的観点が手続において現れているかまたは陳述のために口頭弁論を再開しなければならないかどうかを判断するのは、合議体としての裁判所であるが、手続の途中で示唆を与えることは裁判長の仕事である。[46]

当該の示唆は、口頭弁論の外では、無方式で通知される書面によって、弁論においては口頭によって行われる。その内容は調書（または判決）に記録されることになる。[47]

通知は、当該の法的観点によって不利益を受ける当事者のみでなく、その相手方にもなされなければならない。[48]

㈥ 義務違反の効果

本項の違反は、五三九条及び五五〇条の意味における手続の瑕疵を意味する。原裁判の取消及び差戻は、当該判決が示唆義務違反に依存する場合に限定される。[49]

裁判所に明白な過誤があった場合には、裁判所費用法八条に基づき費用が免除される。

裁判が確定した後は、基本法一〇三条一項の審問権の侵害を理由とする憲法異議が考慮される。[50]

四、終わりに――判決の予告――

本項は、簡素化法の目的とした手続の迅速化及び集中化の文脈において、主要期日においてのみでなく、一切の手続の種類において問題となる法的観点を適時に示唆し、討論し、問題を整理するという仕方で適用されるべきものとして理解されている。通説の理解によれば、それは、裁判上重要な法的観点の開示・討論の義務を規定するのみで、裁判所の有する法的見解の開示を、さらに包括的かつ暫定的な判決内容の予告義務を規定していない。これは、おそらく本項の解釈のみでなく、規定自体の限界であろう。立法としては、審問権を基礎とするにしても、これを広義に捉え、第一審においても当事者が裁判所の法的見解と正面から対決する可能性を採る方法もあったのではないかと思われる。暫定的な判決の予告は、その一つの可能性を示すものであろう。

Bender によれば、暫定的な判決内容の予告義務は、二七八条の二項二文（「対立弁論後ただちに証拠調をなさなければならない。」）から導かれる。[51] Bender の見解によれば、裁判所は、当事者に対して――詳細な理由とともに――その暫定的な裁判内容を予告しなければならない。この予告は、意図する判決を口頭で理由づける形式をとるほど具体的であってよい。

しかし、二七八条二項二文のかような解釈は、一般に否定されている。[52] また少なくとも合議体で裁判する場合には、最終的な判決が最終的合議を必要とする（裁判所構成法一九二条―一九七条）ように、暫定的判決も中間的な合議を必要とするであろう。[53] Bender よれば、口頭弁論の最終段階で裁判官は中間の合議のために一旦法廷を退き、事実問題及び法律問題の総括を試みた上で暫定的判決の原案を作成することになる。しかし、かような中間の合議は法定されていない。

しかし、これは運用論としては立法者[54]によっても学説によっても肯定され、また既に部分的に実施されている。[55] その理由としては、それが、和解を促進し、事実及び判決理由の放棄（三一三条a）を容易にし、また当事者が裁判所の見解を検討する機会をもつことによって上訴件数の低減をもたらすなどの長所をもつことが指摘されている。[56]

したがって、ドイツの立法者及び学説は、一方では二七八条三項の適時の適用と他方では口頭弁論終結時の暫定的判決内容の予告の二方式の併存を認めている。法的観点が口頭弁論の最終段階で開示されるような場合には、両者は同一時期に行われる可能性があるが、しかし、その内容は区別されることになる。結局、前者は、総ての訴訟資料について当事者に態度決定の機会を与えなければならないという審問権の考え方を基礎とし、むしろ口頭弁論の最終段階まで持ち越されてはならない。またそれは、裁判所の法的見解を含まないと考えられている。他方、後者は、訴訟状況を総括し、自己の暫定的な法的見解を開示することによって当事者の和解の覚悟を促進し合わせて訴訟経済を達成すべしという別個の考慮に基づくものである。後者は、独自の目的をもつものであるようで、実は二七八条三項の限界を補うものではあるまいか。

後記　伊東乾教授は、最近の論文（法学研究五九巻二号七頁以下）において、法探索主体説の立場から弁論終結前の「判決骨子の開示」を提唱された。所説によれば、口頭弁論は、裁判所を含む訴訟主体が自己の法を確証するための形式である。したがっ

て、私人対私人及び私人対裁判所の複合的な対論構造がドイツ法におけるような規定をまたずに「口頭弁論の必要」から導かれる。口頭弁論終結直前の暫定的な判決に狙いがあること、また釈明権（日民訴一二七条）にその根拠が求められていることが、ドイツ法との具体的差異であるが、日独の規定の相違を考慮すると、法探索主体説の立場において、ドイツ流の審問権よりも広く私人の法確証権を重視するその発想において基本的相違があると思われる。また審問権の考え方には、口頭弁論の対論構造を裁判所対当事者という一面的な関係に限定するニュアンスがあることを指摘できよう。

(1) Vgl. Laumen, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß S. 243 f.

(2) BVerfGE 9, 89 (95).

(3) Adolf Arndt, Das rechtliche Gehör, NJW 1959, 6 f.

(4) Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren vom 3. Dezember 1976 (BGBl IS. 3281). その概要については、石川明・西独における民訴簡易化法と訴訟上の和解法研五〇巻一二号一五五頁以下を参照されたい。

(5) 栗田陸雄・民訴雑誌三二号二七七頁（Laumen, aaO. の紹介）を参照されたい。

(6) BT-Drucks. 7/5279 (Gesetzentwurf der Bundesregierung), S. 34.

(7) 立法過程については、Laumen, aaO., S. 157 ff. 及び Hahn, Kooperationsmaxime im Zivilprozeß ?, S. 250 ff. による。主要な立法資料についてのみ、出典を掲げる。

(8) Vgl. Laumen, aaO., S. 158.

(9) Referentenentwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren vom 4. September 1973, S. 4.

(10) Vgl. Laumen, aaO., S. 158.

(11) Hahn, aaO., S. 253. は、Hauser の明示しなかった判例の出典を明らかにしている。

(12) BT-Drucks. 7/5250, S. 35.

(13) BT-Drucks. 7/5250, S. 8 f.

(14) Vgl. Hahn, aaO., S. 253 (Fußn. 635).

(15) BT-Drucks. 7/5499. S. 1.

(16) BT - Drucks 7/5499, S. 1.

(17) BT - Drucks. 7/5565, S. 2.

(18) 代表として Bischof, NJW 1977, 1897 (1902).

(19) Vgl Laumen aaO., S. 163 f.

(20) Vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 278 Anm. 5 B. Laumen, aaO., S. 189 f.

(21) Vgl. Bischof, Der Zivilprozeß nach der Vereinfachungsnovelle, Rdn. 183; Thomas/Putzo, § 278 Anm. 3.; Zöller/Stephan, § 278 Anm. 3.; Laumen aaO., S. 165 ff.

(22) Vgl. Laumen, aaO., S. 167 f. 反対 Stein/Jonas/Leipold, § 278 Rdn. 41.

(23) Vgl. Laumen, aaO., S. 165.

(24) Vgl. Laumen, aaO., S. 166 f.; Hahn, aaO., S. 256.

(25) 前注 (22) を参照されたい。

(26) Vgl. Bischof, 前注 (21) Rdn. 178; Stein/Jonas/Leipold, § 278 Rdn. 32.

(27) Vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 278 5 C a.; Laumen, aaO., S. 169 f.

(28) Vgl. Laumen, aaO., S. 169 f.; Stein/Jonas/Leipold, § 278 Rdn. 34.

(29) Vgl. Laumen, aaO., S. 170 f. 反対 Bischof, 前注 (21) Rdn. 177.

(30) Vgl. Stein/Jonas/Leipold, § 278 Rdn. 37a.

(31) Vgl. Laumen, aaO., S. 171. Stein/Jonas/Leipold, § 278 Rdn. 38. 反対 Bischof, 前注 (21) Rdn. 178.

(32) Vgl. Laumen, aaO., S. 174.

(33) Vgl. Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, S. 128 f.; Laumen, aaO., S. 219 ff.

(34) Vgl. Laumen, aaO., S. 174 f.; Stein/Jonas/Leipold, § 278 Rdn. 42.

(35) Vgl. Laumen, aaO., S. 174 ff.

(36) Vgl. Stein/Jonas/Leipold, § 278 Rdn. 45.; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 278 5 C, d.

(37) Vgl. Schneider, MDR 1977, 881 (884); Bender/Belz/Wax, Das Verfahren nach der Vereinfachungsnovelle und vor dem Familiengericht (三谷忠之他共訳・西ドイツ簡素化法入門). Rdn. 118.; Thomas/Putzo, § 278 3 e.; Laumen, aaO.,

S. 177 ff.

(38) 前掲の基準は Laumen によるもので，例えば，Bender/Belz/Wax, aaO., Rdn. 118 は，五ないし十%としている。

(39) Schneider, MDR 1977, 881 (886); Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 278 Anm. 5 D; Bischof, 前注 (21) Rdn. 181; Thomas/Putzo, § 278 Anm. 3 c; Zöller/Atephan, § 278 Anm. III 3 Laumen, aaO., S. 179 ff.

(40) Stein/Jonas/Leipold, § 278 Rdn. 60.

(41) 裁判所が主要期日において開示を行う場合，当事者は原則として同一期日に陳述しなければならない。Vgl. Stein/Jonas/Leipold, § 278 Rdn. 57. しかし，陳述の機会は現実に保証されなければならない。Vgl. Hahn, aaO., S. 257.

(42) Vgl. Stein/Jonas/Leipold, § 278 Rdn. 61.

(43) Vgl. Schneider, MDR 1977, 881 (883).; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 278 Anm. 5 AE.; Thomas/Putzo, § 278 Anm. 3 b, a. a.; Zöller/Stephan, § 278 Anm. III 2.; Stein/Jonas/Leipold, § 278, Rdn. 55.

(44) Vgl. Laumen, aaO., S. 183 f.

(45) Vgl. Laumen, aaO., S. 182; Stein/Jonas/Leipold, § 278, Rdn. 56.

(46) Vgl. Baumbach/Lauterbach/Hartmann, § 278, Anm. 5 B; Stein/Jonas/Leipold, § 278, Rdn. 52.

(47) Vgl. Stein/Jonas/Leipold, § 278, Rdn. 53.

(48) Vgl. Stein/Jonas/Leipold, § 278, Rdn. 54.

(49) Vgl. Laumen, aaO., S. 184 ff.; Stein/Jonas/Leipold, § 278, Rdn. 62.

(50) Vgl. Thomas/Putzo, § 278, Anm. 3 f.; Laumen, aaO., S. 185 f.

(51) Vgl. Bender/Belz/Wax, aaO., Rdn. 116. なお二七八条二項はドイツ語では次のように表現されている。§ 278 (2) Der streitigen Verhandlung soll die Beweisaufnahme unmittelbar folgen. Im Anschluß an die Beweisaufnahme ist der Sach- und Streitstand erneut mit den Parteien zu erörtern.

(52) Vgl. Laumen, aaO., S. 240 ff.

(53) 前注 (43) を参照されたい。

(54) 政府草案に次のような記事がある。「裁判所が，シュツツガルト・モデルにおいて一部実践されていたように，そこでさらに自己の意図する裁判を開示し，かつ当事者に対していわゆる「小控訴」の範囲でそれについての陳述の機会を与えるか

どうかはその裁量に委ねられている。BT - Drucks. 7/2729, S. 37.

(55) 裁判官がいかなる法的見解に与するかを開示しても、忌避理由には当たらないと考えられている。Vgl. Stein/Jonas/Leipold, § 278, Rdn. 55 (Fußn 67).

(56) 法問答の機能と和解の関係については、Laumen, aaO., S. 92 ff. がこれを強調するところである。