

Title	訴訟資料収集に関する裁判所と当事者との権限分配に関する覚書：弁論主義の再構成
Sub Title	Memorandum of understanding on the distribution of power between the court and the parties regarding the collection of legal proceedings materials : reconstruction of the pleading principle
Author	近藤, 昌昭(Kondo, Masaaki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2024
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.53 (2024. 12) ,p.[1]- 32
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20241220-0001

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.

訴訟資料収集に関する裁判所と当事者との 権限分配に関する覚書

——弁論主義の再構成——

近 藤 昌 昭

- 第1 概要
第2 検討
第3 まとめ

第1 概要

民事訴訟実務においては、審理過程段階の争点整理手続の場面では、裁判所から当事者（代理人）に対する釈明があり、その応答を次回期日までに準備するという形で争点整理が進められることが多い。さらに争点整理手続においては、口頭による議論の活性化を図るように運用すべきであると提言されている¹⁾。このような運用について、これまでの弁論主義に関する多くの学説の考え方からは説明できていないと思われる。本稿では、これまでの判例実務を支える弁論主義の考え方を整理するとともに、口頭議論活性化を支える当事者と

1) 増田稔ほか「争点整理の現状と今後の在るべき姿について」（判タ 1396 号 5 頁）は、東京3弁護士会の有志 100 名に対するアンケートを基に争点整理の現状とあるべき姿について検討を加えたものであるが、アンケートにおいて、争点整理を当事者・裁判所いずれもが積極的に行うべきとした回答が最も多数（49 名）であり、次に、裁判所が後見的な立場から主導すべき（31 名）、当事者が主導しておこなうべきとした回答（8 名）は少数にとどまっている。総括として、「弁護士は、争点整理について、これまでの実務の運用を踏まえつつ、適正迅速な争点整理のために、裁判所がリーダーシップを発揮してより積極的な役割を果たすことを期待している」としている。林道晴・太田秀哉編『ライブ争点整理』（有斐閣 2014 年）も口頭議論の活性化をめざすべき争点整理としている。

裁判所との協働的訴訟運営²⁾の根拠を明らかにしたい。そのためには、訴訟資料の収集に関する裁判所と当事者との権限分配に関する弁論主義について、再度検討すべき事柄も多いと考えられる。すなわち、これまでの多数説による弁論主義の理解は、審理過程段階に主要な役割があるとしていたものと解される。これに対して、弁論主義について、むしろ審理終結後の判決段階に重点があると解する立場（私見の立場）から検討を加える。この立場でも、審理過程段階において弁論主義が問題となるが、判決段階の投影として当事者の行為規範の形で主張立証責任が問題となることになる。そして、審理過程段階では判決に向けての裁判所の心証形成がされる場面である。民事訴訟が紛争の法的解決を目的とするものとする、審理過程段階では、裁判所及び主張立証責任を負っていない他方当事者も事案解明協力義務ないし事案解明義務があると考えべきであるとするのが本稿の眼目の一つである³⁾。そして、審理過程段階においては、適切な訴訟資料を十分に収集することが必要となる場面であり、裁判所の釈明権の位置づけや主張立証責任を負わない当事者にも事案解明協力義務ないし事案解明義務が存在することによって、当事者と裁判所との協働により事実を解明して紛争の法的解決を図るという構造が採られていると解することになる。判例上も、そのようなものと解されてきたと思われる⁴⁾。本稿が、実践的な民事訴訟法の理論の構築に向けての一助となれば幸甚である。

2) 加藤新太郎「協働的訴訟運営とマネジメント」『改革期の民事手続法—原井龍一郎先生古稀祝賀』（法律文化社 2000 年）148 頁以下も実務において協働的訴訟運営が要請されていることを前提としていると理解できる。そして、同 151 頁には、「新民事訴訟法は、証拠収集手段を拡充して当事者の事前準備を容易にし、適格な主張を展開させ、できる限り、早期に争点整理を実施して、争点を絞り込み、争点に照準を合わせた最良証拠を提出し、集中証拠調べ（民訴 182 条）につなげていくという争点中心審理を採用しているから、これを機能的に運営していくためには、協働は必須ということになる。」と指摘する。争点整理や争点の絞り込みは、裁判所の心証を前提として初めて可能であり、審理過程段階においては、裁判所の心証を前提とする訴訟運営を行うことが、効率的で迅速な裁判に役立つと思われる。

第2 検討

1 前提

弁論主義は、訴訟資料の収集の権限及び責任を当事者に負わせるという原則である。この原則が民事訴訟法上採用されていることについて異論はないと思われる。そうすると、弁論主義の訴訟資料の収集の「権限」と「責任」のどちらに重点があるのであろうか。

多くの教科書は、弁論主義については、「事案説明」や「審理」の解説の中での概念として位置付け、弁論主義の本質については本質説を採用する⁵⁾。本質説は、いわば、弁論主義の本質は、私的自治の原則にあるとし、「権限」を重視し、その権限ゆえに「責任」を負うものと考えていると推測できる。本質

3) 山本和彦「第6章 弁論主義の根拠」(『民事訴訟法の基本問題』(判例タイムズ社2002年)所収)133頁以下では、判決段階と審理過程段階とに分け、前者には弁論主義がリジットに適用されるが、審理過程段階では政策的なものとして弁論主義の適用が緩和されるとする。その方向性としては、本稿と基本的に同一のものと評価できる。ただ、山本論文では、自己の有利な事実・証拠を提出しなかった場合が弁論主義の問題であり、自己の不利な事実・証拠を提出しない場合は弁論権の問題であり、弁論主義の問題ではなく弁論権ないし釈明権の問題として切り分けている。そのような切り分けが適切なのかという理論上の問題のほか、例えば、貸金返還訴訟における弁済期到来の主張は、一見すると原告に有利な事実の主張であるが、時効期間の経過を主張する被告にとっても有利な主張であり、また、ある証拠の提出が原告に有利にも不利にもなる証拠資料となることも多く、有利・不利で弁論主義の適用可否かを切り分けることは実際上も難しいのではないと思われる。また、二羽和彦「弁論主義 補論」高岡法学10巻1・2号149頁以下は、審理過程における弁論主義と判決段階の弁論主義とを分け、「審理過程における弁論主義については、原則として行為規範としての弁論主義を考えれば十分だと考える。」(前同175頁)とされており、本稿と方向性は似たものがあるように思われる。ただ、判決段階、審理段階それぞれで働くべき準則が異なるので、複数の準則として弁論主義を再構成すべきであるとし、弁論主義概念の解体を目指すものと理解できる。本稿では、弁論主義の内容について、判決段階と審理段階とでその役割機能及びその内容が異なるので、歴史的に形成されてきたとする多元説による説明が親和的であるとするものである。その意味では弁論主義の従来の議論の枠内の議論として、各場面においてどのような役割を果たしているかを判例を通じて明らかにしようとするものである。

説を前提とし、民事訴訟法が公法に属する法律であることから、国家と国民との権限の分配について規定されているものであり、私的自治の延長として、国家権力が当事者の私的領域に介入を許さないことを意味するとされる。このことから、弁論主義によって「当事者間に裁判所の介入をうけない水平空間が確保される」としている⁶⁾。弁論主義の第1テーゼについて、当事者に訴訟上の争点を自治的に設定する権能を保障するものであるとする見解も同様の発想である⁷⁾。

かかる理解について、日本の民事訴訟における実務にそぐわない説明ではないかと感じる。当事者の水平空間に裁判所は介入することができないとすると、釈明権の行使が非常に限局されざるを得ない。実務的には、民事訴訟が紛争の法的解決を図ることを目的とするものと理解して、審理過程段階においては、

- 4) 松村和徳「弁論主義考—オーストリア民訴法における事実資料収集過程での裁判官と当事者の役割分担からの示唆—」『民事訴訟制度の一側面（内田武吉先生古稀祝賀）』（成文堂1999年）385頁以下は、オーストリアの民事訴訟法では、弁論主義が採用されておらず、同法を基本的な視点を参考にして、日本の民訴法でも、訴訟の目的（適正、公平かつ迅速な裁判）からあるべき裁判所と当事者の役割分担を検討すべきであるとする。判例実務において、松村教授が指摘するような視点から解釈されてきた点が多いと考えている。
- 5) 兼子一『民事訴訟法体系（増補版）』（酒井書店1965年）197頁は、事案解明の冒頭で民事訴訟が元来私人相互間の自由な解決処分に任せて差し支えない紛争の解決を図るのが目的であるから、その解決もできるだけ当事者の自主的解決に近いことが望ましいとして、弁論主義を冒頭で説明している。伊藤眞『民事訴訟法（第8版）』（有斐閣2023年）332頁以下は、事案解明の冒頭で、高橋宏志『民事訴訟法概論』（有斐閣2016年）114頁では、「審理」の中で、三木浩一ほか『民事訴訟法（第4版）』（有斐閣2023年）も事案解明の冒頭で取り上げている。
- 6) 高橋・前掲注5）11頁。山本克己「弁論主義のための予備的考察」民訴雑誌39号（1993年）180頁は、「裁判所は、当事者の態度の一致に拘束され、そのことによって両当事者間に裁判所の介入を受けない水平空間が確保されるということが出来る。私的自治説に言う私的自治とは、このような水平空間が確保されることを意味する。」とする。また、同論文では、弁論主義の命題内容から「審理過程における指図」と「判決作成時の指図」とを区別して論じていることは注目される。三木ほか・前掲注5）206頁も、弁論主義は、当事者と裁判所の関係を規律する原理であり、私人間の事柄に対する国家の介入を禁ずる思想に基づくものであるとする。
- 7) 三木ほか・前掲注5）206頁。

当事者から提出された主張や証拠を基に裁判所が心証形成をする過程である。仮説的な心証について、疑問点を解消するために釈明権の行使をするという構造である。このことからすると、釈明権を行使する相手方は、主張立証責任を負っている当事者に限られない。したがって、釈明権は、弁論主義の補完というより、紛争の法的解決（事実解明）のため広く行使されるし、裁判所の仮説的な心証の検証という機能が大きい。そのため、釈明権を行使する相手方は、主張立証責任を負う当事者だけではなく、反対当事者からの主張立証を促すことも欠かせない。その意味で、裁判所と両当事者との協働によって事案解明を図るべく運営されているのが実情である。理論的には、民事訴訟は、紛争の法的解決を目的としており、審理過程段階では、裁判所が判決をするに必要な訴訟資料を早期かつ十分に収集することができるように理論設計されるべきであり、審理過程段階においては、立証責任を負っている当事者だけでなく、相手方当事者も裁判所も事案解明義務を負うと考えるべきである。そうすると、弁論主義が純粋に適用されるのは、判決段階の訴訟資料の収集の責任を当事者に課することにある。審理過程段階において、主張立証責任を負う当事者は、判決段階の責任の反映として、主張立証すべき行為義務が認められ、相手方当事者や裁判所も事案解明義務を負い、必要な訴訟資料の収集を図るものと解するべきである。その意味で、純粋な意味での弁論主義の重点は、判決段階にあると解するべきである⁸⁾。

以下、弁論主義について多元説を前提とし、しかも弁論主義の本来的な役割は判決段階における責任にあると解する立場に立って、弁論主義に関する判例理論との関係を検討する。

2 弁論主義の本質

(1) 上述のように、弁論主義については、実体法上の国民の権限とされている私的自治から認められるとする本質説が多数である。しかし、私的自治の原

8) 拙著『判例からひも解く実務民事訴訟法』（青林書院 2023 年）70 頁以下及び 120 頁「設例 1」参照。

則は「法秩序の定める制限の下で個人がその意思に基づいて自己の法律関係を自由に形成することができる原則をいう」（『新・コンメンタール民法（財産法）第2版』（日本評論社2020年）60頁）とされており、権利義務の処分が個人の意思に基づくとする意味で、処分権主義が私的自治の原則に根拠があることは明らかである⁹⁾。しかし、訴訟資料の提出について、私的自治の原則とは理論的には関係がないというべきである。過去にあった事実（歴史的な事実）の存否について、権利処分と同様な意味で、当事者が自由に決めることができる権利があるはずがない¹⁰⁾。むしろ、民事訴訟法が、紛争の法的解決を目的とすることから、訴訟資料の提出についても当事者の責任及び権限とすることが真実解明のために相当程度有効であり、また、最終的な判決の結果についても納得が得られやすいことから歴史的に採用されてきたものであると解するべきである¹¹⁾。そして、審理過程段階と判決段階では、弁論主義の本拠地は判決段階の責任にあり、そのための投影として審理過程においても、当事者の権限が付与されているものと解され、審理過程段階では主張立証責任を負う当事者だけでなく、相手方当事者や裁判所にも事案解明義務ないし事案解明協力義務があるというべきである。そうすると、弁論主義の本来の機能は判決段階では貫徹されるが、審理過程段階における弁論主義は判決段階のそれから派生するものであり、異なる内容となる。この考え方は、歴史的に形成されてきたものであると説明する、いわゆる多元説に属するものである¹²⁾。本来的な判決段階の弁論主義は、当事者の主張なくして判決の基礎としてはならない（第1テーゼ）

9) 三ヶ月章『民事訴訟法』（法律学全集・有斐閣1959年）153頁も「私人間の生活関係の法的規律（権利の発生・変更・移転・消滅）は私人の自治にまかされるのが原則である（私的自治の原則）」として、処分権主義の根拠として記載されている。

10) 過去にあった事実を隠す権利を弁論主義の内容として認めるのは妥当でない。そのような観点から、自己の有利な事実の主張について限定する見解がでてくる素地があるであろうが、そもそも「事実」の提出について当事者が処分できるとすることに問題があるように思われる。

11) プロイセン訴訟法が弁論主義を採用しなかったことが失敗した例とされるほか、オーストリア民法が弁論主義を採用していないとする。この点は、前掲注4)の松村論文参照。

し、当事者間に争いのない事実については判決の基礎としなければならない（第2テーゼ）。また、当事者が立証できない事実については、判決においては存在しないものとして扱われる（第3テーゼ）というべきである¹³⁾。審理過程段階の弁論主義は、第1テーゼでは、当事者が審理の中で事実を主張しなければ、判決の基礎とされないの、審理において行為規範として主張しておくべきことになる。第2テーゼ、第3テーゼでも同じように考えることができる。ここでの事実、主要事実である。主要事実に限られるのは、民事訴訟は判決によって紛争を法的に解決するものであり、判決は訴訟物についての判断であるから、訴訟物を支える主要事実（権利義務の発生、消滅、障害、阻止の効果発生に結び付く事実）を対象とすれば足りるからである。そして、この事実については、紛争の内容を熟知している当事者にその提出を委ねることが合理的であると歴史的に考えられてきたからである。何をもって主要事実とするかは、実体法上の解釈問題であって、弁論主義から決定される場所ではない。

弁論主義の根拠を本質説のように解しないとすると、国民の水平的空間を確保すべきであると解する必要性はなく、むしろ、民事訴訟の目的である紛争の法的解決の観点から、適切な訴訟資料を適時に収集することを可能とする理論が必要不可欠である。

(2) 訴訟資料の収集は判決の作成ないし裁判所の心証形成のためである。裁判所の心証形成との関係から、弁論主義の本質を考えてみたい。当事者がいくらか主張立証をしたいと思っても、裁判所が自由心証により心証を形成して

12) 三ヶ月章『民事訴訟法（第3版）』（弘文堂1992年）187頁は、当事者の利己心を利用して訴訟資料提出の責任としても必要な資料が収集されること、他方で、裁判所が訴訟資料の収集の責任を負うのは不可能であり、弁論主義が不意打ち防止の効用もあることから、種々の合目的的考慮ないし訴訟政策的考慮の所産であるとする。竹下守夫「弁論主義」『演習民事訴訟法上』（青林書院新社1973年）349頁以下は、多元論に立脚し、実体法上の私的自治の原則、真実解明に役立つこと、不意打ち防止、裁判の公平さへの信頼の確保の4点から歴史的に出来上がった所産であるとし、不意打ち防止である手続保障を重視する。

13) 立証責任が弁論主義の内容であると理解するべきであることについては、後記の第3テーゼを参照。

判決をすることができる判断した場合には、結審をして判決をすることができる構造になっている（民訴 243 条 1 項）。当事者の主張立証が国から侵害されない権利として認められている国民の権利であるという立論は民事訴訟の構造からも疑問がある。民事訴訟は、基本的に訴えで始まり判決で終了する手続であり、紛争の法的解決を図る制度であるから、一旦裁判所の心証形成に向けての手続が始まって、事案の解明が進められている場合には、裁判所の心証とかわりなく、当事者が自己の権利として他の当事者の事件を併合することも認めることはできない（民訴 152 条 1 項）。一旦、手続が始まった以上、裁判所は心証形成に向けて作業を重ねているのであって、当事者のイニシアティブによる弁論の併合を認めると、裁判所の心証形成を阻害し迅速な法的解決を遅延させる可能性があるからである。また敗訴判決が出ることを遅らせるために利用される可能性もある。したがって、当事者にそのような訴訟運営権を認めることはできない¹⁴⁾。この文脈で、主観的追加的併合の否定（最判昭和 62・7・17 民集 41 卷 5 号 1402 頁）も理解することができる。このような考え方も弁論主義の本質説に否定的に働くものといえよう。

また、事実認定は、民事訴訟でも刑事訴訟でも、証拠によって事実を認定する作業であり、原理的には同じであるものの、民事訴訟においては、原告も被告も一般私人であり、証拠収集能力を十分に持っているわけではない。刑事事件では、国家権力を背景として強力な捜査権によって証拠収集が十分にできることが背景にあり、十分な証拠を収集することができる立場の検察官が立証できているかどうかを判断するという構造である。他方、日本の民事事件においては、証拠を十分に持っていない当事者が、間接事実の積み重ね等で立証できるかどうかを試みる 경우가多く、立証できているかどうか客観的には不明瞭なことも多い。そこで、民事事件においては、心証形成をする裁判所が、間接事実を立証する証拠の提出を促すことが多いのも必然である。民事事件におい

14) 職権進行主義の根拠も、裁判所が心証形成するために手続を重ねることから、裁判所の心証に沿った効率的な進行をするために、裁判所の判断によって訴訟の進行も決定されることにある。

ては、裁判所の審理過程段階における心証と当事者が推測する裁判所の心証とは一致しないことも少なからずある。当事者としてさらに主張立証をしなければならぬかが判然としないことも多く、この点を是正するための方策として、口頭議論の活性化が要請されているともいえる。米国では、ディスクリージャー等により当事者の証拠収集能力を高めていることから、日本における民事訴訟とは同一には論じられないと思われる。

また、主に釈明権に関する議論であるが、後記のように事案解明のために釈明権があると解する見解に対して、職権探知主義を採用していない民事訴訟と相容れないとの批判がある。しかし、それは前提とする弁論主義の捉え方ないし訴訟観（勝つべき者が勝つという制度がよいか、判断内容が実体的真実に近づく必要はないし、国はそれに関与しない制度がよいか）が異なっているものであり、法理的な意味での批判とはなっていない¹⁵⁾。同様に実体的真実主義を採用していない民事訴訟と相容れないとの批判も弁論主義を採用していることから、当事者の主張がなければ判決の基礎とし得ないし、当事者間に争いのない事実は判決の基礎としなければならないこと（形式的真実主義）を前提として、その枠内において事案の真相に即した判決をすべきものとしているのであって、批判は当たらないと考えている。むしろ、実体的真実主義を採用することができるのであれば、そのような制度を採用すべきであるが、民事上の紛争に関して、そのような制度設計は不可能である。当事者は主要事実を争っており、提出証拠資料で認定してもらえないかと考えているのに、裁判所は、ある間接事実の主張立証が不足しており、主要事実を認めるに足りないが、当事者からその間接事実の主張立証が追加されれば主要事実を認定できるのではないかと想定している場合に、裁判所がその当事者に主張立証を促してよいのかの問題であろう。民事事件の事実認定は、難しいものであり、構造的に裁判所の

15) 民事訴訟における事実認定は、当事者が争っている事実について、客観的に存在した歴史的事実に近い認定をすべきであるということで、釈明権を行使しても当事者が釈明に応じない場合には、それを前提として判断をするものであり、職権探知主義とは一線を画する。

釈明が非常に重要な役割を果たしている。そのような実態を踏まえると、裁判所の積極的釈明を認めず、勝敗を当事者の自己責任であると割り切ることに疑問が残る。なお、最近、刑事事件を下級裁で長く担当してきた経験のある裁判官から、民事事件は審理期間が長く、担当している裁判官の負担も大きいとして、民事訴訟において裁判官が積極的釈明をして争点整理を行っていることに疑問を呈する意見が出ているようである。民事事件と刑事事件とで構造的に異なるのであって、裁判官が適切な釈明を基に訴訟進行しないとさえって事件が複雑化混迷化し、結審まで長期化することが容易に想像できる。民事事件で長期化している事件では、裁判所のリーダーシップによる適切な争点整理が実施されていないものがほとんどである。また、粗雑な審理は司法への信頼を揺るがしかねないことになるかと危惧するものである。

3 弁論主義の第1テーゼ

(1) 弁論主義の第1テーゼは、当事者の主張しない事実を判決の基礎とすることはできないとする原則である。これも、判決段階における当事者の主張責任に重点がある。無主張の危険とも表現される。そして、判決段階に主張されていない事実は判決の基礎とできないことから、審理過程段階において、主張責任を負う当事者は主張しておかなければならないことになる。ただ、民事訴訟においては、紛争の法的解決を目的とするものであるから、主張責任を負う当事者だけが主張すべきであるということにはならない。

(2) 主張責任を負わない相手方当事者が主張立証責任を負うとされる場合もある。事案解明義務^{16) 17)}の問題として議論されてきたところである。民訴224条3項において、当事者が文書提出命令に従わず、そのために相手方が当該文書の記載に関して具体的な主張をすること及び当該文書により証明すべき事実を他の証拠により証明することが著しく困難な場合には、裁判所はその事実に関する相手方の主張を真実と認めることができると規定されている。検証物提示命令についても民訴法232条1項で、同法224条3項が準用されている。

これらも当事者に事案解明義務を認めたものと考えられる。

ア 最判平成4・10・29民集46巻7号1174頁は、原子炉設置許可処分の取消訴訟について、「原子炉設置許可処分についての右取消訴訟においては、右処分が前記のような性質を有することにかんがみると、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることの主張、立証責任は、本来、原告が負うべきものと解されるが、当該原子炉施設の安全審査に関する資料をすべて被告行政庁の側が保持していることなどの点を考慮すると、被告行政庁の側において、まず、その依拠した前記の具体的審査基準並びに調査審議及び判断の過程等、被告行政庁の判断に不合理な点のないことを相当の根拠、資料に基づき主張、立証する必要がある、被告行政庁が右主張、立証を尽くさない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推認されるものというべきである。」とする。主張立証責任が原告にあることを前提としつつ、証拠資料の偏在の実情から、審理過程段階における被告の事案解明義務を認め、自ら主張立証を尽くさない場合には、不合理な点があると事実上推定されると判断している。被告側からの主張立証が先行しないと争点整理を進めるのも難しい類型である。

16) 事案解明義務と事案解明協力義務とは区別すべきものである。訴訟法的な効果を伴わない一般の行為規範が事案解明協力義務である。民訴規則79条3項の準備書面で相手方の主張を否認する場合には積極的理由を明示することが要請されていることや同85条の調査義務なども事案解明協力義務のあらわれである。なお、民訴230条1項では、文書の真正について故意又は重大な過失により真実に反して争ったときは過料に処する旨の規定があるが、サンクションによって真実の主張を促すもので、事案解明義務を前提としている。

17) 河野憲一郎「民事訴訟における争点整理の構造」『手続保障論と現代民事手続法—本間靖規先生古稀祝賀』（信山社2022年）277頁以下は、事案解明協力義務について、当事者間の行為規範であるという立論を基に審理過程の事案解明の構造を説明する論稿と捉えることができ、興味深い。ただ、訴訟行為が問題となっているのであって、伝統的な理解を前提とすると、当事者の事案解明義務はそれぞれの裁判所に対する義務であり、裁判所の事案解明義務は、両当事者に対して負う義務として設定することになるように思われる。

同様の訴訟類型として推計課税の取消訴訟においても、原告側に推計課税が不合理であることの具体的な主張立証責任を負わせている。

これらの訴訟における事案解明義務をどのように理解するかは争いのあるところであるが、次のように解することができるのではないか。すなわち、審理の結果である立証責任の問題とは区別し、審理過程段階においては、当事者は一般的な事案解明協力義務があり、事案の内容によっては、判決段階の立証責任の所在とは別に審理過程段階において訴訟法上¹⁸⁾、主張立証の負担が課されることがあり（これが事案解明義務）、この義務を果たさない場合には、判決段階の心証の問題として考慮する（実体法上の立証責任の問題ではない）。

どのような場合に「事案解明義務」が生じるのか様々な考え方が提示されているところである。この問題について先駆的な議論を展開された春日偉知郎教授は、①証明責任を負う当事者が自己の主張について手がかりを示すこと¹⁹⁾、②この者が客観的に事案を解明し得ない状況にあること、③そのことについて非難可能性がないこと、④他方、相手方は事案解明を容易にでき、期待可能性もあること、を指摘する（春日偉知郎『民事証拠法研究』（有斐閣 1991 年）244 頁、247 頁）。事案解明義務により生じる主張立証責任は判決段階の主張立証責任を動かすものではなく、事案に応じて典型的に事実上の推定をすべき場合がある

18) 事案解明義務は、訴訟法上の義務であると解するが、そのような義務があるか否かは、実体上の当事者の立ち位置を前提としながら、証拠関係の偏在等による不公平を訴訟法上の主張立証につき補完的修正を認めることが実質的公平であるかどうかで決定される問題である。修正の必要性の判断においては、裁判所の心証形成と密接に係る事柄でもある。

19) ①の要件は、情報開示の乱用を防ぐための要件であるとする（シンポジウム「民事裁判における情報の開示・保護」民訴雑誌 54 卷（2008 年）92 頁）。同シンポジウムの春日発言（同書 120 頁以下）では、伊方原発訴訟においては、事実関係からの隔絶の度合いが高いために要件とされなかったのではないかと、事実関係の隔絶の度合いとで相対的に決まるものであるとする。この春日教授の発言は、事案によっては①予見を不要とすることもあり得ることを前提としているように理解できる。安西明子「当事者間の負担分配から見た事案の解明」『現代民事手続法の課題—春日偉知郎先生古稀祝賀』（信山社 2019 年）7 頁以下は、この①要件を自らの手続負担の要件とし、これを前提として相手方にも情報提供を求めることができるとし、①要件が不可欠の中心的な要件と位置付ける。

とするものである。事案、類型により要件も異なると考えられ、更なる検討が必要ではないかと思われる。

イ また、新潟水俣病の因果関係の主張立証²⁰⁾ に関して、新潟地判昭和46・9・29下民集22巻9・10号別冊1頁は、公害事件における因果関係の立証について、汚染源の追及が工場の門前まで到達することができれば、あとは工場側に立証責任が転換されるとしており、これも事案解明義務の一類型といえると思われる。該当部分の判旨は次のとおりである。「因果関係論で問題となる点は、通常の場合、(1) 被害疾患の特性とその原因(病因)物質、(2) 原因物質が被害者に到達する経路(汚染経路)、(3) 加害企業における原因物質の排出(生成・排出に至るまでのメカニズム)であると考えられる。」そして、(1) 及び(2) の立証も難しいが、「(3) にいたっては、加害企業の「企業秘密」の故をもつて全く対外的に公開されないのが通常であり、国などの行政機関においてすら企業側の全面的な協力が得られない限り、立入り調査をして試料採取することなどはできず、いわんや権力の一かけらももたない一般住民である被害者が、右立入り等をするによりこれを科学的に解明することは、不可能に近いともいえよう。加えて、この種公害の被害者は、一般的にいつて加害者と交替できる立場にはなく、加害企業が「企業秘密」を解かぬ以上、その内容を永遠に解き得ない立場にある。一方、これに反し、加害企業は、多くの場合、極言すると、生成、排出のメカニズムにつき排他的独占的な知識を有しており、(3) については、企業内の技術者をもつて容易に立証し、その真実を明らかにすることができる立場にある。」として、「以上からすると、本件のような化学公害事件においては、被害者に対し自然科学的な解明までを求めることは、不法行為制度の根幹をなしている衡平の見地からして相当ではなく、前記(1)、(2) については、その状況証拠の積み重ねにより、関係諸科学との

20) 一応の推定や表見法理といわれる概念があり、事案解明義務と重なる部分もあるが、対象とされるものがどのようなものかについて論者によって異なっているように思われる。今後の検討課題としたい。

関連においても矛盾なく説明ができれば、法的因果関係の面ではその証明があつたものと解すべきであり、右程度の（１）、（２）の立証がなされて、汚染源の追求がいわば企業の門前にまで到達した場合、（３）については、むしろ企業側において、自己の工場が汚染源になり得ない所以を証明しない限り、その存在を事実上推認され、その結果すべての法的因果関係が立証されたものと解すべきである。」とする。

因果関係の立証責任は、被害者である原告にあることを前提としつつ、審理においては、原告側で（１）病因物質と（２）汚染経路との立証ができていれば、被告である企業側において、（３）自己の工場が汚染源になり得ないことを証明しない限り、因果関係が事実上推定されるものと判断したものと整理することができる。これは、判決段階の実体法上の立証責任が審理過程段階への投影の際に、当事者間の実質的平等を図るために訴訟法上の主張立証のバランスをとって、（１）及び（２）が主張立証できれば、因果関係が事実上推定されるとしたものであり、主要事実の一部について事案解明義務を認めたものと評価することができる。要件的には伊方原発と同様の要件充足はあるように思われる。民事訴訟が紛争の法的解決を目的とするものである以上、立証責任を負うとされる原告に対しても不可能を強いることはできないということが前提となっている。立証不可能な事案において、実体法上の立証責任をそのまま適用すれば、当該紛争の法的な解決を図ることができないことになり、民事司法の機能不全を惹起することになる。そうなれば法治国家が崩壊することに繋がるからである。

ウ 同様の判断は、最判令和 3・5・17 民集 75 卷 5 号 1359 頁【建設アスベスト事件】でもされている。この事件では、民法 719 条 1 項後段の類推適用をして、実体法上も立証責任が転換されている。その上で、民法 719 条 1 項後段の類推適用に当たって、被告の現場での違法行為が存在するかどうかの認定、すなわち、被害者らが稼働する現場に石綿含有の建材が到着したかどうかの判断については、国交省のデータベースや業界団体のシェア資料等により、確率的

計算から被告ら建材メーカーが石綿含有建材を被害者らが稼働していた現場に到達したと蓋然性をもって認めることができ、これに反する個別的要因があれば被告らが立証すべきであるとしている。

エ 東京高判令和元・9・18判タ1466号92頁は、交通事故による損害賠償請求事件において、送付嘱託によって送付されてきたカルテの写しにつき、相手方から写しの取り調べに異議が述べられた事案について判示したものである。『『原本に代えて写し』が提出されたものであり、この場合に相手方の異議がない場合にのみ提出が許されるとの見解もあるが、写しを手書きで作成されていた時代と異なり、複写機が普及している現在にあっては原本の存在が推認されると評価することもでき、しかも、原本の筆跡等もある程度明瞭であり、さらに、民事訴訟法上、原本の提出を義務付けられていたものが、民事訴訟規則143条に規定されたことを踏まえると、『原本に代えて写し』を提出する場合に常に相手方の異議がない場合に限定する必要はない。むしろ、証拠としての提出を認めたうえで、相手方において、原本に代えて写しを提出することの不都合を明示的に主張立証すべきである。』と判示している。これも、送付嘱託によって送付された写しについて、当該病院と被害者との関係等から文書が偽造されている疑いがある等の事実の主張立証がない限り、原本と同一であることが事実上推定されることを前提するもので、訴訟法上の事案解明義務を前提とするものである。伊方原発の要件よりも緩和されていると評価できるが、訴訟上の手続要件の問題であり、訴訟当事者間のバランスを考慮してのものである。なお、今後、ITを利用した争点整理が定着することが予想されるが、その場合に提出される文書も「原本に代えて写し」が提出されることが多くなると考えられ、その取扱いの仕方についても整理しておく必要があると思われる。

オ 以上のように、一般的な事案解明義務を認めることについては、弁論主義ないし双方審尋主義に反するという否定的な見解が予想される。しかし、上記のように、審理過程段階における弁論主義は、民事訴訟の目的論との関係か

ら、他方当事者の主張立証を抑制するものと解釈されるべきではない。事案解明義務を認めるのは争点整理手続（審理過程段階）における実質的な平等を図る観点から事実上の推定として認めるものである。そして、そのような事案解明義務を認める場合には、原則として、裁判所は、釈明権の行使によって、主張立証責任を負わない当事者に対して主張ないし証拠の提出を促すことが前提となると解するべきである。そうすれば、反対説が指摘する弁論主義に反することもないし、釈明によって不意打ちということもなくなるからである。事案解明義務を認めることは紛争の法的解決を図るためには必要不可欠であると思われる。

学説の多くは、弁論主義の内在的な制限として、当事者の真実義務を認め、ドイツ民訴法 138 条において「当事者は、事実上に関する陳述を、完全かつ真実に即してしなければならない」と規定されているのと同様の義務を認める。真実義務に関しては、主観に反する虚偽の陳述をしてはならないという消極的真実義務のほか、当事者は立証責任の所在にかかわらず自己の知っている事実を開示しなければならないという積極的真実義務（完全陳述義務）もあるとされている。日本の民訴法においても、民訴法 209 条や 230 条は真実義務を定めたもので、民訴規 79 条 3 項は完全陳述義務を定めたものと解するようである。ただ、「真実」に反する主張かどうかはほとんどの場合には主張立証を尽くした段階で判明するので、審理過程における真実解明には直接役立つものではないと思われる。また、これらを行為規範として認めるとしても、「主観的」真実を前提とすることから実効性が乏しい²¹⁾。裁判実務においては、虚偽の事実と分かって陳述していると思われるものが半数を超えているという印象である。事案解明義務を深化させていくことが事案解明のためには早道である。真

21) 金美紗『民事訴訟における当事者の主張規律』（慶應義塾大学出版会 2020 年）は、民訴法の解釈として、主観的真実に反する陳述をしてはならないという内容について、民訴 2 条等から、行為規範として、裏づけ義務（その内容として、調査義務、合理的心証形成義務、撤回義務）を認める解釈論を提示する。ただ、行為規範にとどまる以上、事案解明に資するかは疑問が残る。

実義務によって事案解明が図られると考える法曹実務家は非常に少ないと思う。

(3) 弁論主義の第1テーゼの対象となる「事実」は、主要事実だけであり、間接事実・補助事実は対象とならない（最判昭和46・6・29集民103号319頁、最判昭和38・11・15民集17巻11号1373頁、最判昭和27・12・25民集6巻12号1240頁）。多くの学説もこの結論を支持している。判決段階に弁論主義の重点があるとする立場では、民事訴訟は、私人の具体的権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争について法律の適用によって解決するものであるから（最判昭和28・11・17集民10号455頁ほか）、審判対象たる訴訟物の判断に直結する「主要事実」の存否が何より重要であり、この事実の主張立証について当事者の責任とされたことになる。弁論主義が審理過程段階に重点があるとする立場では、その理由とするところは、間接事実・補助事実は、主要事実を推認するための事実や証拠力に関する事実であり、機能として証拠と同じであり、間接事実・補助事実まで弁論主義が及ぶとすると、裁判所の自由心証を制約することになるので、主要事実のみが第1テーゼの対象となる、と説明するものが多い。しかし、弁論主義について手段説ないし多元説から、そのような説明となることは分かるが、本質説から、そのように説明できるか疑問がある。弁論主義の本質説がいう「当事者間に裁判所の介入をうけない水平空間が確保される」ことが弁論主義であるとする、裁判所の自由心証を制約することが理由となるであろうか。弁論主義について本質説を採用して弁論主義が裁判所の介入することができない領域を確保するためのものであるとすると、裁判所の自由心証を制約することになるという理由づけは論理的におかしい。弁論主義の対象事実か否かは、裁判所の介入できない範囲の問題であって、弁論主義の内容として先に確定するのが論理的である。裁判所の権限行使に支障が生ずるおそれがあることを理由とするのは、介入することができない領域について介入することを前提として利益衡量をして範囲を決定していることになると思われるからである。したがって、本来的な私的自治の範囲の問題は主要事実に限られるという立証をしなければならないのではないか²²⁾。

また、実務の審理においては、当事者から提出された主張書面について、主要事実だけについて認否をするのではなく、間接事実及び補助事実についても認否している。これは、弁論主義の直接の効果ではないが、当事者間に争いのある事実かどうかについては、一応、それを前提として審理をしていくのが効率的であるからである。これも当事者の事案解明協力義務から根拠づけられるものである。そして、間接事実の自白の効力についても議論されているが、実務上は、弁論の全趣旨として扱われていると思われる。

（４） 法的主張について

古くから「汝事実を与えよ、我権利を与えん」の法諺があるように、当事者は、事実の主張をし、法解釈・適用は、裁判所の専権であると解されてきた。最判昭和 42・11・16 民集 21 卷 9 号 2430 頁は、抵当権設定とともに停止条件付代物弁済の予約がされた事案で、当事者間で停止条件付代物弁済の予約合意がされたことに争いがなく、同代物弁済契約を本来の代物弁済契約と解すると公序良俗違反となるかが問題となったものである。これについて、本来の代物弁済ではなく、清算をすべき担保権としての合意であると解釈すべきであるとして、契約の法的性質について裁判所は当事者の主張に拘束されないとして破棄差し戻しをした。裁判所が当事者の法的主張に拘束されるとすると、裁判所が新たな法解釈をする余地がなくなってしまう。裁判所が時代の流れに応じて新たな法解釈をする余地を認めるためにもこの原則は堅持されるべきであろう。

22) この点、伊藤・前掲注 5) 335 頁は、「弁論主義の根拠を私的自治に求める以上、その対象も権利関係の発生・消滅・変更の原因となる主要事実に限られるという結論が導かれる。」と説明され、論理的である。私的自治は、権利の処分も当事者の意思に基づくことを帰結するとして、権利の発生・消滅・変更の原因の主張も権利の処分と同様であるという論理であると思われるが、事実の主張と権利の処分とが同一といえるのか疑問が残る。また、権利処分と同様に権利の発生・消滅・変更の事実についても、その主張をするかは当事者の意思によるとの趣旨が私的自治の原則の延長線上にあると捉えることになる。そうすると、審理過程段階では重要な間接事実の有無が争点となることもあるが、このような重要な間接事実を弁論主義から除外する理由となり得るのかという問題もありそうである。

最判平成 19・9・12 判タ 1106 号 81 頁も、借入金が返済されない場合には債務者所有の土地を債権者名義に変更して第三者に売却することができるとした契約について、当事者間では、清算義務のない代物弁済契約か、清算義務のある仮登記担保契約かが争われた事件で、最高裁は当事者が主張していない譲渡担保権設定契約であると判断した。これも法解釈は裁判所の専権であり、弁論主義は事実のみに適用があることを前提とするものである。

当事者の法的主張も弁論主義ないし弁論権の対象となると判例変更したものかどうかが議論されている最高裁判決がある。最判平成 22・10・14 集民 235 号 1 頁である。これは、被告大学の定年規定が 65 歳とあり、原告が被告から定年により職を解くとの辞令を受けたため、被告との間で原告の定年を 80 歳までとする合意（本件合意）があったとして地位確認訴訟が提起された事案である。1 審、2 審において、当事者はもっぱら本件合意の有無を争点としていた。控訴審判決では、それまでの定年規定の遵守状況などを踏まえ、定年規程による満 65 歳の退職時期の到来後も、具体的な告知の時から 1 年を経過するまでは、賃金支払義務との関係では、信義則上、定年退職の効果を主張することができないと判断した。これに対して、最高裁は、当事者が主張していない「信義則違反」の点について、原告が主張するか否かを釈明すべきであったとして、破棄差し戻したものである。信義則違反のような規範的要件については、規範的評価根拠事実及び規範的評価障害事実が具体的事実であり、信義則違反かどうかは法的主張であり、前者が弁論主義の適用対象とされているとの理解が今では一般的である（最判平成 30・6・1 民集 72 巻 2 号 88 頁）。そして、この事件では、被告には 70 歳を超えて勤務する教育職員が相当数存在していたことや被告大学の理事の一人が原告に 80 歳まで勤務することが可能であると話したこと（評価根拠事実）の事実の主張はあるが、信義則違反の主張がなかったという事案であり、信義則違反の評価根拠事実の主張はあった。この最判をめぐっては、①釈明権・釈明義務は、事実主張や証拠提出に関するものであるが、この事例の法的主張は、事実主張と密接な関係にあることから、釈明義務が認められたものであると解する立場²³⁾と②釈明権・釈明義務とは異なる法的観

点指摘義務を肯定したものであると捉える見解²⁴⁾がある。これについて、私見では基本的には前者の立場が妥当であると考えている。すなわち、当事者が予期しない規範的要件の評価根拠事実を裁判所が取り上げ、認定すると、これに対する評価障害事実の有無について反対当事者が主張する機会が奪われる可能性がある。規範的要件の要件事実については、評価根拠事実と評価障害事実とが一体となって信義則違反かどうか定まるという特殊性があり、当事者の弁論権を保障（不意打ち防止）し、事案解明を図るという意味で、相手方当事者の評価障害事実について主張する機会を確保するために、積極的釈明をすべきであったとされた事例と整理できると思われる。したがって、事実に関する釈明の問題であり、当事者に法的主張の権限（裁判所への拘束力）を認めたものではないし、裁判所に法的観点指摘義務を課したものと解する必要もないと思われる²⁵⁾。

(5) 当事者の主張する事実が公序良俗違反の場合であるが、当事者が公序良俗違反で無効であるとの主張がない場合にどうするか。弁論主義の第1テーゼの本来的（判決段階）な問題である。弁論主義が当事者に争点設定権限を認め、裁判所はこれに介入することができないとすると、無効との判断をすることが

23) 伊藤・前掲注5) 338頁、高田昌宏・平成22年度重判解161頁は、法的観点指摘義務を釈明義務に含めて積極的に認めたものと評価する。また、林道晴「抜本的な紛争解決と釈明」『民事手続の現代的使命—伊藤眞先生古稀祝賀論文集』（有斐閣2015年）523頁は、釈明義務の一態様であると説明し、同526頁は、裁判所に対する行為規範として抜本的な紛争解決のために当事者と口頭の議論をすべきであるとして積極的釈明を位置づける。

24) 山本和彦『民事訴訟審理構造論』（信山社1995年）は、「裁判所は法を知る」という原則の歴史的沿革を解き、法的不意打ちの可能性の増大から、法的観点指摘義務の必要性を説き、同書255頁以下で、釈明義務とは異なるものとして裁判所の行為義務の問題として法律問題指摘義務を認める。高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上（第2版補訂版）』（有斐閣2013年）454頁は、法的観点指摘義務を釈明の一態様であるが、相対的に独立の方向で捉える見解を支持されている。

25) 平成22年最判が裁判集に掲載されていることは、最高裁としても判例変更ではないと判断しているものと思われる。

できないはずである。民法 90 条による公序良俗違反により法律行為が無効であるかどうかを当事者が争点としない限り、裁判所はそれに関与できないと考えられるからである²⁶⁾。しかし、民事訴訟の目的が紛争の法的解決にあると解すれば、そのためにある弁論主義に優先して判断することができると解することになる。弁論主義につき多元説を前提とする自然の流れである。最判昭和 36・4・27 民集 15 卷 4 号 901 頁もそのように解釈することができる²⁷⁾。

(6) 釈明権・釈明義務について

ア 釈明権について

釈明権の根拠について、㊦説；弁論主義について本質説を前提とする兼子説では次のように説明する。「弁論主義のねらいは、当事者の訴訟追行の能力が完全であり対等であれば、理想的に実現できるが、現実の問題としては当事者の知識、経験、経済力が十分かつ対等ではなく、殊に弁護士のつかない本人訴訟の場合は、完全な弁論を期待することは困難なので、これを調節補充するために、裁判所の訴訟指揮権に基づく後見協力が必要となる」として「紛争解決のために必要な、できるだけ完全な弁論を受け取れるようにするために、裁判所側の訴訟指揮の形式で行う働きかけが、釈明権である」（兼子・前掲注 5・201 頁）。この考え方は、釈明権の根拠は弁論主義の補完にあることになる。不完

26) 高橋・前掲注 5) 128 頁は、法律問題の判断は裁判所が最終的な判断権を持っていることから、公序良俗違反の事実が証拠資料から明らかになれば狭義の訴訟資料になくとも判断の基礎とできるとする。

27) この最判では「当事者が特に民法 90 条による無効の主張をしなくとも同条違反に該当する事実の陳述さえあれば、その有効無効の判断をなしうるものと解するのを相当する。」と判示していることから、評価が分かれている。この判決言渡当時は、規範的要件に関する要件事実については、「公序良俗違反」との規範的要件が主要事実と解され、それを支える具体的な事実は間接事実と整理されていたので、それを前提として理解するべきである（最判平成 30・11・27 民集 72 卷 2 号 88 頁は、具体的事実説を採用する。）。そうすると、第 1 テーゼの主要事実の主張がなくとも、間接事実の主張や証拠から公序良俗違反の事実が認定できれば無効と判断できると判示したものと理解することができる（拙著・前掲注 8) 140 頁参照）。

全な弁論を補完して、弁論主義を機能させるところに、釈明権の意義があるというのであり、釈明権の行使は弁論主義の補完的なものに限られることになる。

④説；竹下守夫教授は、釈明権が弁論主義の形式的適用による不合理を是正するものという理解に対して、釈明権「の本来の意義は、口頭弁論審理ないし対審構造（アドヴァーサリー・システム）の目的、つまり①当事者の訴訟主体としての地位を尊重し、その意思に基づく攻撃防御を通じて真実を発現させると共に、②訴訟の結果に対する当事者の納得・受容を確保する、との目的を、よりよく実現するため、裁判所が事件の解決に重要と考える論点を指摘し、当事者にこの点につき充実した弁論を尽くさせるところにある」（『民事訴訟判例百選（第2版）』169頁）と指摘している²⁸⁾。この考え方は、口頭弁論の対審構造（不意打ち防止）に根拠を求めるものと理解できる²⁹⁾³⁰⁾。さらに、㊦説；紛争の法的解決のために、事案解明義務を負う裁判所に与えられた審理過程における権能という見解等がある³¹⁾³²⁾。釈明権については、訴訟観とも密接にかかわる問題であるが、④説の立場は、審理過程のアドヴァーサリー・システムを前提とするが、㊦説の立場は、基本的に紛争の法的解決ないし事案解明のために釈明権があるとするもので、決定的な違いがあるように思われる。後に掲げる最判昭和45・6・11の判例をどのように理解するかは晦渋であるが、㊦説の立

28) もっとも、竹下教授は、弁論主義の本質について、多元説を採用し、手続保障が弁論主義の内容であるとしているので、弁論権よりも釈明権が広いとは一概にはいえないように思われる。

29) 高橋・前掲注5) 125頁も「釈明は、弁論主義の単なる補完ではなく、弁論権保障の観点から裁判所と両当事者間との間で十全の討議をさせるためにあると考えなければならない」とする。裁判所の認定と当事者の主張との乖離を防止するためのものとして釈明を捉えるものと理解できる。

30) 上田徹一郎「当事者の訴訟上の地位」上田徹一郎編『講座民事訴訟3 当事者』（弘文堂1984年）10頁以下は、釈明権の根拠を両当事者の実質的平等原則にあるとするが、これも手続保障という観点から④説の中に位置づけることができる。

31) 伊藤・前掲注5) 343頁注156は、真実発見と正義の実現という積極的根拠も指摘しつつ、弁論主義補完としての機能も肯定するが、訴訟追行能力の差異という消極的理由を根拠とするものではないとする。

場に立つものと考えられる。実務的な感覚からすれば、釈明権は、事案解明のために必要がある場合には無制限に許容されるというべきである³³⁾。事案解明のために必要かどうかは裁判所の事実認定の心証と密接にかかわる問題であるからである。㊦説の釈明権の見解に対して、実体的真実主義を採用していない民事訴訟において、この見解を採用することはできないのではないかとの批判があることは承知している。再論となるが、これは実体的真実主義を採用するものではなく、証拠関係等から得た紛争の実態の心証を前提とすると、当事者の主張が十分でない場合において、裁判所が積極的釈明をして、当事者に対して主張や証拠の提出を促すことが許されるのかの問題である。当事者が裁判所の釈明を受けても、なお釈明に応じないことは少なからずあることであって、そのような場合には主張がないものとして判断せざるを得ない。例えば、消費者訴訟で特商法などが問題となり得る事案において、裁判所は、多くの事件を扱い、消費者訴訟に熟知した弁護士が代理人として就いている事件も並行的に扱うので、当該事件類型の審理についての知見を蓄積することがある。ある事

32) 奈良次郎「訴訟資料の収集に関する裁判所の権限と責任」新堂幸司編『講座民事訴訟4 審理』（弘文堂 1985 年）131 頁以下。山木戸克己「弁論主義の法構造」中田憲曆『民事訴訟の理論下』（有斐閣 1970 年）23 頁。これに対し、加藤新太郎「釈明の構造と実務」『民事手続法学の新たな地平—青山善充先生古稀祝賀論文集』（有斐閣 2009 年）111 頁以下は、釈明の裁量（釈明権）について、[A] ある事項を釈明すべきでない場合、[B] ある事項をどちらかといえば、釈明しない方がよい場合、[C] ある事項を釈明してもしなくてもよい場合、[D] ある事項をどちらかといえば、釈明した方がよい場合、[E] ある事項を釈明しなければならない場合、に分け、無制限に許容されとする論者も不当の問題が生じることを認めており、A の場合があるとする。しかし、紛争の実体解明のためには、広く釈明する権能を認めることが必要であり、裁判官の自由心証と密接にかかわる問題であり、客観的には「当・不当」の問題は生じるとしても、違法の問題は生じないと解したい。したがって、釈明権について事案解明義務に根拠があるとする立場では、そもそも A の場合は原則として存在しないのである。もちろん、裁判官が当事者の一方と特殊な関係があり、他方当事者を敗訴させる目的をもって糾弾するような釈明をしたような場合は別である。訴訟における実体解明のために必要であると考えて、一方当事者に対して不利な釈明をしたとしてもそれをもって違法な釈明とはならないというべきである。

33) 奈良・前掲注 32) 133 頁、149 頁。

案では、その代理人が特商法の存在に気付かず、訪問販売の類型に該当する可能性があるのに、それに気づかずクーリングオフの主張もしていないような場合がある。このような場合に、クーリングオフに関する前提の要件の確認やクーリングオフの主張をしないのかを確認する釈明をすべきであると思われる。㊦説によれば、この釈明を許すことになると思われるが、㊧説では、そのような釈明は許されないことになると思われる。また、債務不履行解除の主張をしているが、催告について主張していない事案について、催告の有無について釈明するのも同じ問題が含まれるように思われる。不注意によって催告の事実主張をすることを忘れたものである可能性もあり、その意味では弁論主義の補完の問題といえる側面もあるものの、釈明すると当事者としては民法 542 条の解除を念頭に主張していたが「黙示の拒絶の意思表示があった」との主張が明確でないこともある。裁判所から「催告についてどう考えているか。」という釈明について「黙示の拒絶の意思表示」を明確に主張するようにとの釈明であるとその当事者は受け取ることになるが、それが消極的釈明・積極的釈明、どちらに該当するかは微妙である。争点整理をする中で、心証形成する裁判官が疑問を感じた場合に、その疑問点を釈明して争点を明確にしていくことが普通であり、それが消極的な釈明か積極的な釈明かもそれほど意識することなく行われているのが実際と思われる。

積極的釈明を認める見解においても、異なる訴訟物を示唆するような釈明が許されるかも問題となる。弁論主義の補完という㊦説では認められないことになるし、㊧説でも限定的な肯定ということになり、㊨説で肯定ということになる。

この点、最判昭和 45・6・11 民集 24 卷 6 号 516 頁は、次のように判示し、訴訟物変更を示唆する釈明を肯定している。「釈明の制度は、弁論主義の形式的な適用による不合理を修正し、訴訟関係を明らかにし、できるだけ事案の真相をきわめることによって、当事者間における紛争の真の解決をはかることを目的として設けられたものであるから、原告の申立に対応する請求原因として主張された事実関係とこれに基づく法律構成が、それ自体正当ではあるが、証

証拠資料によって認定される事実関係との間に喰い違いがあって、その請求を認容することができないと判断される場合においても、その訴訟の経過やすでに明らかになった訴訟資料、証拠資料からみて、別個の法律構成に基づく事実関係が主張されるならば、原告の請求を認容することができ、当事者間における紛争の根本的な解決が期待できるにかかわらず、原告においてそのような主張をせず、かつ、そのような主張をしないことが明らかに原告の誤解または不注意と認められるようなときは、その釈明の内容が別個の請求原因にわたる結果となる場合でも、事実審裁判所としては、その権能として、原告に対しその主張の趣旨とするところを釈明することが許されるものと解すべきであり、場合によっては、発問の形式によって具体的な法律構成を示唆してその真意を確めることが適当である場合も存するのである³⁴⁾。すなわち、証拠関係から原告の請求が認められるべきであるのに、原告がそれに沿った主張をしていない場合には民事訴訟が紛争の法的解決を目的とすることから、裁判所の釈明権行使を認めることができると判示していると理解することができる³⁴⁾。判文上は「原告の誤解または不注意」としているが、判決を求めているのに、紛争実態に合った主張をしていない場合には、何らかの誤解や不注意があるといえるので、この点を重視すべきではないと思われる。また、この事件では、裁判所の釈明がこれこれの主張をすることでよいかという態様でされている。事案の解明と当事者の公平性とは相互に軋轢があるものである。そのような釈明をも許容するのは事案の解明に重点があるからである。

釈明権の根拠について、④説を根拠としていると理解できる中野貞一郎教授は、「弁論主義の動向と釈明権」『過失の推認』（弘文堂 1978 年）222 頁以下で、釈明権行使の限界として、当事者の公平を著しく害する釈明は許されないとし、同 225 頁では、「訴え変更を示唆する釈明、あるいは、実体関係を形成する内容をもつ抗弁（訴訟上の相殺・取消・時効等の抗弁）の提出を示唆する釈明

34) 釈明権の行使が裁判官の忌避事由となるのはどのような場合かについては、拙著・前掲注 8）156 頁参照。⑦説を前提とすると、訴訟手続内の事由は忌避事由にはならないのが原則となると思われる。

については、この観点から積極的釈明義務の範囲外におかれることになることも少なくない。」として、公平の観点から訴え変更を示唆する釈明の許否が問題となるとする。もっとも、中野教授は、「訴えの変更と釈明義務」（前掲『過失の推認』）251頁以下では、裁判所が釈明しても、これに応じるかどうかは当事者次第であり、処分権主義に反するものではなく、訴え変更の釈明を認める諸判決には紛争解決機能の確保という志向がうかがわれ、その方向性は正しいとされる（同書253頁）。紛争解決機能の確保というのは㊦説の要素であり、㊦説に傾斜しているのではないかと考えられる。㊦説の立場では、訴え提起があり、当該紛争を法的に解決するために裁判所が釈明することは当然に認められるし、義務でもあることになる。訴えの変更については、上記昭和45年最判で肯定され、学説上もこれに反対するものは現時点では少数と思われる。

今日なおこの関係で議論がされるのは、時効の援用について釈明権の行使が許されるかである。時効制度が当事者の援用を必要とし、当事者の意思に任されているのに裁判所が釈明することを認めるのは、これを歪めるとして、釈明権の対象外とする見解がある。しかし、時効の援用についても、別意に解する必要はなく、釈明することが許されるべきである。時効援用の意思表示をするか否かは、釈明があったとしても当事者に留保されているのであって、法が援用するかどうかを当事者の意思に委ねている趣旨を歪めるものとはいえない。むしろ、時効が完成しているとみられる紛争について、当事者がそのことに気付いていない場合には、紛争の法的解決という観点から釈明すべき義務がある場合もある³⁵⁾。最判平成7・10・24集民177号1頁は、訴訟途中において、当事者が取得時効の主張を撤回したが、事案内容から取得時効の援用があってもしかるべき事案において、裁判所が当該当事者に対して主張の撤回の真意を釈明しなかったのは釈明義務違反にあたると判断している。釈明義務の判断であるが、釈明義務よりも広い釈明権については、当然認められるというべきで

35) 加藤・前掲注32) 117頁は、実務的には消極に解されてきたが、近時、簡裁において消費者信用訴訟における当事者の顕著な情報格差から積極姿勢に転換しつつあると指摘する。

ある。

イ 釈明義務について

(ア) 釈明義務は評価規範の問題であり、裁判所が釈明しなかったことが違法となるかの問題である。加藤・前掲注 32) の論文では、釈明をすべき場合に釈明をしなかった [E] の場合が釈明義務違反となるとする。ただ、どのような場合にこの義務違反となるかは、釈明権の根拠との関係もある。前掲中野「弁論主義の動向と釈明権」223 頁以下では、①判決における勝敗転換の蓋然性、②当事者の申立て・主張における法的構成の当否、③裁判所による釈明がなければ当事者からの適切な申立て・主張が期待できない場合（期待可能性）、④当事者の公平（釈明することが当事者の公平を害するのであれば釈明しない方向に傾く。具体例として、異なる訴訟物の示唆や実体関係を形成する内容をもつ抗弁（訴訟上の相殺・取消・時効等の抗弁）の提出を示唆する釈明を問題とされる。）、⑤その他の要素（紛争の抜本的解決ができることは釈明すべき方向に、訴訟完結を著しく遅滞させることは釈明しない方向に傾く）のファクターを利益衡量して判断するとする。同論文は、最高裁判決の分析をもとに釈明義務違反の要件を抽出しているが、②の検討している判例は、法的構成により新たな主張がされないと敗訴するものであり、①に整理することができるようと思われる³⁶⁾。そして、中野教授は、釈明権の根拠として、④説を中心に考えていることから、当事者の公平を問題としていると思われる。⑤説の事案解明義務を主たる根拠と考えると、当該訴訟の判決における勝敗転換の蓋然性があるかどうかが一番重要な点といえることになる³⁷⁾。ただ、釈明権を行使してもそれまでの訴訟経緯に照らして当事者が裁判所の釈明にしたがって主張の補充や証拠の提出をしない

36) 山本・前掲注 24) 224 頁は、中野教授が「裁判所は法を知る」の原則上、法的構成の不備を全面的に当事者の責めに帰するのは妥当ではないとの認識から、勝つべき当事者を勝訴させ得る資料が訴訟の過程で既に顕出されているならば、釈明権の行使による法律構成上の指導を必要とされたものであると指摘している。

37) 奈良・前掲注 32) 158 頁参照。

と考えられ、裁判所の釈明によってかえって紛争の拡大を助長する結果となるおそれがある場合には、釈明義務を負わないと解するべきであろう（最判平成9・7・17集民183号1031頁の藤井裁判官の補足意見参照）。

（イ）訴訟物を変更する釈明の不行使について釈明義務違反を認めた最近の判例を紹介しておく。最判令和4・4・12集民267号41頁は、権利能力のない社団であるXがYに対して建物の共有持分権を有することの確認を求める旨を請求の趣旨として記載して提起した訴訟において、当事者双方はもっぱらX及びYを含む3町内会の間で上記建物をその3町内会の共有とする旨の合意がされたか否かに関して主張し、Xが所有権等の主体となり得るか否かが問題とされることはなかった事案であった。権利能力なき社団は所有権の主体となることはできず、権利能力なき社団であるXの構成員全員に総有権として帰属するかどうかの問題となるはずである。そうであれば、共有持分権がXの構成員全員に総有的に帰属することの確認を求める趣旨に出るものであるか否かについて釈明権を行使することなく、請求を棄却したことには、釈明権不行使の違法があると判断したものである。

このほかに、当事者の期待可能性がない場合に限って釈明権不行使が違法となるとの見解もあるが、審理過程段階においては、裁判所にも事案解明義務があり、それを根拠として釈明権・釈明義務を捉えると、当事者の期待可能性の有無は要件としなくてよいと思われる。

（ウ）釈明義務違反の効果については、最高裁（上告）との関係では、民訴法318条の「法令の解釈に関する重要な事項」に関わるものとして、上告受理申立ての事由となり得るにとどまる。

4 弁論主義の第2テーゼ

（1）弁論主義の第2テーゼは、当事者間に争いのない事実は判決の基礎としなければならないとするものである。自白といわれるものであるが、これも判決段階の効果を前提として審理過程段階における効果にも影響を与えている。すなわち、判決段階の効果としては裁判所の判断を排除する効果（審判排除効）

があるわけであるが、これを前提として、審理過程においてもむだな審理をすべきでないとする効果（審理排除効）があり、自白が成立している事実については証明する必要のないことから不要証効が生じる（民訴 179 条）³⁸⁾。さらに、審理における当事者の自白撤回についても審理排除効や不要証効の存在を前提として当事者が証拠等を滅失させてしまう危険があることから自白の撤回を制限する効果（自白の不可撤回効）があると考えべきである。自白の効果についても、第 1 テーゼと同様に判決段階の効果が審理過程段階に影響する場面があると考えられるわけである。

(2) 弁論主義について、本質説を採用し、争点設定権限を当事者に付与したものであるとする見解に立つと、自白の要件として争わない意思（争点としない意思）が重要であり、かかる意思が自白のための要件（意思表示説）となるのが理論的帰結である^{39) 40)}。しかし、判例通説はこれを必要と考えていない（観念表示説）。また、自白の撤回ができる一つの場面として、反真実、錯誤を要求し（大判大正 4・9・29 民録 21 輯 1520 頁）、反真実であれば錯誤があることが推定される（最判昭和 25・7・11 民集 4 巻 7 号 316 頁）とするのが判例の立場である。当事者間に自白がある場合には、その自白にかかる事実が真実である可能性が高いとして事案解明の観点から、歴史的に認められたものといえよう。この立場からは、観念表示説を帰結し、撤回についても反真実及び錯誤⁴¹⁾を要求することになる。争点設定権限と捉えるのであれば、むしろ、錯誤だけが

38) 高田裕成「間接事実の自白」『民事手続法制の展開と手続原則—松本博之先生古稀祝賀論文集』（弘文堂 2016 年）353 頁も、判決段階の効果と審理過程段階の効果という視点で分析している。

39) 意思表示説と観念表示説との対立である。事実を争わない意思まで必要とする意思表示説もあるが、これを不要とする観念表示説が通説である。弁論主義の本質説は、意思表示説に親和的であり、手段説及び多元説では、観念表示説と親和的である。

40) 三木ほか・前掲注 5) 241 頁は、「主張の一致」があればよいとして先行自白も認めるが、争点設定権限を弁論主義と捉える同書の立場と整合するかやや疑問がある。

41) 撤回について、錯誤を要件とするのは、訴訟物に限って既判力が生じ、事実については判決効が生じないとし、審理の弾力化を認める構造となっている。そのため、事実について自白を認めているのであるから、錯誤を要件とすべきことになる。

要件となる帰結が想定される。

5 弁論主義の第3テーゼ

(1) 第3テーゼについては、職権証拠調べの禁止と一般に理解されてきている。しかしながら、証拠資料の収集の責任を当事者とするのが弁論主義であるとする立場からすれば、立証責任が第3テーゼであると考えた方が分かりやすい。主要事実について真偽不明（ノンリケット）の場合に立証責任を負う当事者の責任とするのが、弁論主義の内容というべきである。これに対し、通説は、立証責任は、弁論主義だけでなく、職権探知主義の下でも採用されていることから、職権探知主義の対置概念である弁論主義の内容とはならないと説明する（兼子・前掲注5）258頁）。しかし、弁論主義の概念設定が、訴訟資料の収集に関する権限責任が当事者にあるとする原則である、とするのであれば、立証責任をここから外すことは論理的に困難である。むしろ、職権探知主義において立証責任が採用されているのは、職権探知主義の限界から弁論主義の手法を借用したものと整理した方が分かりやすい。実際上も、上記で検討したように、判決段階の立証責任を前提として、事案解明義務の関係から審理過程段階においては修正される場合があり、この関係を解明するためには、判決段階の立証責任を基本としつつ、修正される場合がどのような場合にあるのかを整理することが肝要と思われる。審理過程段階においては、当事者が立証すべきであるものの、当事者本人尋問（民訴法207条）については、事案解明のために職権で証拠調べをする必要があることから立法政策上認められたものである。弁論主義のコアの部分である立証責任とは直接関係はない⁴²⁾。

(2) 通常共同訴訟において、弁論併合前の証人尋問の結果について、弁論併合後当事者を異にする事件の請求に関しても証拠として斟酌することができ、援用も不要とされており（最判昭和41・4・12民集20巻4号560頁）、この判例は、平成10年改正で民訴152条2項新設の前提となった。職権証拠調べの禁止が弁論主義の第3テーゼとすると、証拠申出がないのにもかかわらず、証人

尋問の結果を訴訟資料とすることは問題となる。第3テーゼは、本来は、立証責任の問題であるが、その審理過程段階への影響として当事者の証拠の申出があると位置付けることができ、併合前の別の当事者の申出による証人尋問結果の斟酌の問題は立証責任の問題ではない（立証責任は、裁判所の自由心証が尽きた時に問題となる概念であり、判決段階の問題であるが、この問題は、心証形成のための資料収集の問題であり、審理過程段階のものである。）。したがって、弁論主義の核心部分の問題ではない。そして、弁論主義の第3テーゼの審理への影響として、証拠申出の必要があるが、そもそも弁論主義は、真実解明のために有用であること及び当事者の納得のための制度として歴史的に採用されている制度であることに鑑みれば、弁論を併合して他事件の証拠資料を利用することは真実解明のために有用であって弁論主義に反することはない。当事者の納得の関係では、手続保障があることが前提となり、手続保障は口頭弁論における双方審理主義として保障されるべき内容であるものの、これについては、民訴法152条2項ただし書により尋問の機会がなかった当事者の再尋問権が保障されていると説明することが可能である。

また、通常共同訴訟における証拠共通の原則の肯定（最判昭和45・1・23集民98号43頁）も、真実解明のために有用であれば、本来、別々の訴訟であり、当該訴訟において証拠の申出がなくとも証拠資料として使用することができる」とされている。これも、弁論主義が真実解明のための、当事者の責任権限とし

42) 職権証拠調べ禁止が弁論主義の内容であると解されてきたが、職権証拠調べができるものかどうかの立法政策の問題である。弁論主義については、審理過程段階と判決段階とを区別する立場で、かつ、審理過程段階の弁論主義は、事案解明の観点から修正がされるとの立場を前提とする。弁論主義の第3テーゼの審理過程段階における当事者の権限としては証拠申出及び証拠調べである。立証責任を当事者に負わせる以上、立証の機会を与えなければならないことになる。審理過程段階で、本人尋問について当事者の申立てがない場合において、職権で採用することの運用の是非は、事案解明の必要性和当事者の納得という観点から決められるべき問題であり、弁論主義とは直接の関係はない。また、審理過程段階においては、証拠調べも当事者に十分な機会が付与されることが必要となるが、これについても事案解明や公平性等から修正されると解するべきであり、本文の裁判所の介入質問や反対当事者の尋問権の保障もこの観点から位置づけられるべき問題である。

てのものであることから、弁論主義の核心部分である立証責任に反するものではないことはもとより、審理過程段階における証拠申出がないことも弁論主義に反するとはいえないと判断したものと整理することができる。

(3) 証人尋問等における裁判所の介入質問のあり方についても、弁論主義の捉え方との関連性があるように思われる。通説的な弁論主義の捉え方をすると、裁判所の介入質問は控えるべきで、必要がある場合には補充尋問（補充尋問の範囲も限定的となる）で補うべきことに繋がるのが自然の流れである。審理過程段階の弁論主義という考え方を前提とすると、事案解明のためのものであるから、事案解明に効果的な方法で介入質問することもできるし、補充尋問の範囲も当事者の証拠申出の範囲に限定されることもないことになる。このような運用も審理段階の弁論主義が裁判所の心証形成に向けられていることから是認されるものと考えられるし、現在の民事訴訟の運営でもある。また、事案によっては証人二人に証言台の前に座ってもらい、対質をすることもある（民訴規118条）。これも裁判所の心証形成をしやすくするためのものであって、裁判所から、両証人に対して交互に尋問する方法を採ることが多いと思われる。

第3 まとめ

以上によれば、これまでの最高裁の判例の考え方は、弁論主義について、多元説を前提としているものと理解することができ、また、審理過程段階においては、裁判所及び当事者に事案解明義務を認める構造を採用してきた。審理過程段階においては、必ずしも弁論主義の主張立証責任が強調されることなく、裁判所と両当事者（主張立証責任を負わない当事者も含めて）との間で、事案解明のための主張立証を尽くすことが求められているというべきであろう。口頭議論の活性化についても、審理過程段階における裁判所及び当事者の事案解明義務ないし事案解明協力義務から根拠づけることができるであろう。

以上