

民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会
広島大学大学院社会科学研究科

園田, 賢治
広島大学大学院社会科学研究科

<https://doi.org/10.15017/10716>

出版情報 : 法政研究. 73 (2), pp.217-231, 2006-10-05. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

民事手続判例研究

福岡民事訴訟判例研究会

債権の差押えに基づき第三債務者として弁済した旨の抗弁に係る主張の補正及び立証について釈明権の行使を怠った違法があるとされた事例

最高裁判所平成一七年七月一四日第一小法廷判決、平成一六年（オ）第一六五三号、同年（受）一七九九号、売掛代金請求事件、判時一九一一号一〇二頁、判タ一一九一号二三五頁、金判一二三三三号一四頁

園 田 賢 治

【事案の概要】

Xは、Yに対し、運転手付建設重機等の借上げの代金等およびこれに対する遅延損害金（本件代金等）の支払を求めて訴えを提起した。

第一審は、Yに対し、一二三万六五四円およびこれに対する遅延損害金の支払いを命じ、その余の請求を棄却し

た（岐阜地判平成一五・一一・二八「金判一二三三三号二〇頁」）。これに対してXが控訴した。

第一審の判決直後、税務署の担当職員が、Xが滞納していた源泉所得税等を徴収するため、本件代金等債権を差し押さえた。そこで、Yは、担当職員に対し一二三万六五四円およびこれに対する遅延損害金二三万三七六一円の合計一四七万〇三二五円を支払ったので、XのYに対する本件代金等債権は消滅したと主張して、附帯控訴した。

原審において、Yは、書証として、税務署作成のY宛の債権差押通知書および領収証書を提出した。ところが、領収証書には一四七万〇三二五円を領収した旨の記載があったものの、債権差押通知書には、差押債権として「金一二三万六五四円に対する平成一二年一〇月二二日から支払済みまで年六分の割合による金員」との記載があるのみで、元本の記載がなかった。

原審は、本件代金等の額が一二二万六七四五円およびこれに対する遅延損害金とした上で、Yの前記主張につき、Yが担当職員に一四七万〇三二五円を支払ったことは認められるが、担当職員が差し押えたのは遅延損害金債権のみであったことが明らかであるとし、遅延損害金二三万三七六一円のみ弁済の効果が生じ、その余の一二三万六五四

円については弁済の効果を主張することができないとして、Yに支払いを命じた（名古屋高判平成一六・七・一五「金判一二三三三号一八頁」）。

これに対して、Yから上告および上告受理申立てがなされた。

【判旨】 破棄差戻し

本判決は、次のように述べ、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

「原審において、上告人は、第一審判決によって上告人が支払を命じられた被上告人の上告人に対する本件代金等債権を、平成一五年一二月三日に担当職員が差し押さえた」と主張し、同日付けの本件債権差押通知書及び同月一六日付けの本件領収証書を書証として提出していたことに照らすと、本件債権差押通知書につき、本件代金等債権のすべてが差し押さえられた旨の記載があるものと誤解していたことが明らかである。そして、原審は、上告人が、担当職員に対し、本件代金等として一二三万六五四円及びこれに対する平成一二年一〇月二二日から平成一五年一二月一六日まで年六分の割合による金員の合計額一四七万〇三二五円を支払ったことを認定するところ、本件領収証書によ

れば、担当職員は、被上告人に係る差押債権受入金として同金額を領収しているものである。このような事情の下においては、原審は、当然に、上告人に対し、本件代金等の元本債権に対する担当職員による差押えについての主張の補正及び立証をどうかにかんづいて積明権を行使すべきであったといわなければならない。原審がこのような措置に出ることなく、同差押えの事実を認めることができないとし、上告人の同債権に対する弁済の主張を排斥したのは、積明権の行使を怠った違法があるといわざるを得ず、原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。」

【評釈】 判旨に疑問

一 問題の所在

本件は、最高裁が積明義務違反を理由に原判決を破棄した事例であり、公刊されたものとしては、後述の平成八年二月二二日判決以来のものである。^①すなわち、本件は、現行の民事訴訟法施行後における、初めての積明義務違反の判断であり、現行法下での積明義務の理解・把握につき、最高裁の姿勢を窺い知ることができるといって、重要な意義を有するものと言える。

本件の問題の所在は、本件の事実関係において、**積明義務違反**を理由に原判決を破棄差戻すべきか、という本判決の結論の適否にあることはもちろんである。また、立証に関する**積明義務違反**が⁽²⁾いかなる場合に認められるのかという基準について、従来の判例・学説との関係において本判決をどのように位置づけることが可能か、ということも問題となる。

よって以下では、まず、本判決との比較のため、立証に関する従来の判例を概観し⁽²⁾、次に、**積明義務**をめぐる学説の検討を通じ、本稿の基本的な立場を明らかにした上で⁽³⁾、本判決の検討を行うこととする⁽⁴⁾。なお、本稿は、判例研究という性格上、「**積明義務違反**による破棄差戻し」という、**積明義務**の評価規範的側面（とりわけ適法／違法の問題）を検討の主な対象とし、運用論としての具体的な**積明権行使**のあり方については、直接の議論の対象となし得ないことを予めお断りしておきたい⁽³⁾。

二 判例

積明義務をめぐる判例の流れは、一般的に次のように説明される。すなわち、大審院は**積明義務違反**による破棄差戻しを積極的に認めていたが、戦後、最高裁が発足すると、

一転して**積明義務違反**を認めなくなり、⁽⁴⁾その後再び、昭和三〇年代から**積明義務違反**による破棄判例が現れはじめ、昭和四〇年前後を境に**積明義務違反**による破棄差戻しを積極的に認めるようになったという経過をたどる。⁽⁵⁾

以下では、本判決との比較のため、最高裁が**積明義務違反**を認めるようになった時期以降の立証に関する判例を概観する。これらは、いずれも**積明義務違反**を理由に原判決が破棄され、事件が原審に差し戻された事例である。⁽⁶⁾

〔判例①〕 最判昭和三九・六・二六（民集一八巻五号九五頁）

【**事実**】 Xは、甲、乙、丙、丁地域を所有することを前提とし、当該地域上に生立する立木の不法伐採を理由として損害賠償を請求した。第一審は、Xの請求全部を認容したが、控訴審は、乙地域はYの畑の一部であると認め、Xが乙地域と丙地域の損害額を一括して算定していたため、損害額が立証不十分として、この部分の請求を棄却した。

【**判旨**】 「乙丙地域のうち後者のみがXの所有に属するとの判断に到達した以上、原審は、すべからく、同〔丙〕地域上の立木の伐採数量等についてXに立証を促すべきであったといわねばならない。」

〔判例②〕 最判昭和五八・六・七（判時一〇八四号七三頁、判夕五〇二号九二頁、金判六九六号四〇頁）

【事案】 XはA社の代表取締役Y₁に対し、有限会社法三〇条ノ三に基づいて損害賠償を求めると同時に、Y₁のY₂への不動産の売買を詐害行為として取消し、Y₂に対して価額賠償を求めて訴訟を提起した。第一審は、欠席判決によりXが勝訴し、Y₁については判決が確定し、Y₂のみ控訴した。控訴審では、Y₁とY₂の売買契約が詐害行為にあたるかについて争われ、合計一七回の口頭弁論期日が開かれ、多数の書証が取り調べられたほか、証人四名およびY₂代表者の尋問が行われた。しかし、控訴審は、詐害行為取消権の基礎となるXのY₁に対する損害賠償請求権の立証がないとして、請求を棄却した。

【判旨】 「原審が、多数回にわたって証拠調べをし双方が立証を尽くした詐害行為の成否の点についてはなんらの判断を示さず、全く立証の対象となっていないXのY₁に対する損害賠償債権の存否の点をとらえてX敗訴の判決をすることは、著しく不相当であつて、もし右損害賠償債権の存否について判断をするのであれば、よろしく釈明権行使し、Xに対してその立証を促す必要があつたものといわ

なければならぬ。」

〔判例③〕 最判昭和六一・四・三（判時一一九八号一一〇頁、判夕六〇七号五〇頁、金判七四八号一三頁）

【事案】 破産会社Aの破産管財人Xは否認権行使に基づいて、A会社からトラックを搬出したYに対し、現物の返還に代わる価額の償還を請求した。その価額は、搬出時の時価である一五六万四九九五円である旨の書証が提出され、控訴審における審理の対象は、専ら否認権の発生原因事実に向けられた。しかし、控訴審は、価額償還請求権の発生自体は是認したが、価額算定の基準時は否認権行為時であるとして、否認権行為時の価額の立証がないとしてXの請求を棄却した。

【判旨】 「原審の審理において、本件時価がXの主たる立証の対象とはなっていないかつたうえ、この点についてYも積極的に争っておらず、なんらの反証も提出していないことは、前述のとおりであるから、かかる訴訟の経緯に照らすと、原審が、本件価額償還請求権の発生を肯認する判断に達しながら、Xに対し否認権行使時の本件時価の立証を促さないまま、その価額の立証がないとの理由で直ちにXの前記請求を排斥したことは、著しく不相当な措置である

といわざるをえない。」

〔判例④〕 最判平成八・二・二二（判時一五五九号四六頁、判夕九〇三号一〇八頁）

【事案】 XはYに対し抵当権順位変更の抹消登記手続を求め、XとYによる順位変更の合意の有無が争点となった。Yは証拠として「抵当権順位変更契約証書」を提出したところ、XはX作成名義の部分のX代表者Aの署名が本人の自書でない⁽⁷⁾と成立を争ったので、Yは筆跡鑑定⁽⁸⁾の申出をした。第一審は、これを採用することなく、X作成名義の部分が真正に成立したものと認定し、Xの請求を棄却した。Yは控訴審において、改めて筆跡鑑定⁽⁹⁾の申し出をしなかったが、「控訴裁判所がX作成名義の部分の成立に疑問があるとする場合には、Yが第一審において筆跡鑑定⁽¹⁰⁾の申出をした事情を考慮して⁽¹¹⁾積明権の行使に十分配慮されたい」旨の準備書面を陳述した。しかし、控訴審は、特段の証拠調べをすることなく、X作成名義の部分⁽¹²⁾が真正に成立したものとは認められないとして、Xの請求を認容した。

【判旨】 「原審は、すべからく、Yに対し、改めて筆跡鑑定⁽¹³⁾の申出を⁽¹⁴⁾するかどうかについて積明権⁽¹⁵⁾を行使すべきであったといわなければならない。」

三 学説

(1) 立証を促す積明義務に関する学説

次に、立証を促す積明義務に関する学説を見ると、「当事者が主張事実について必要な証拠申出をしない場合に証拠申出を促す積明」と、「証拠調べの結果が裁判所の心証形成にとつて十分でない場合に新たな証拠申出を促す積明」が区別され、前者については、積明義務ありとされる⁽¹⁶⁾ことが多いようであり、後者については説が分かれる⁽¹⁷⁾。

しかし、右の議論は、必ずしも詳細な検討がなされていないもの⁽¹⁸⁾とは言い難く、むしろ、本判決の検討に際しては、個別類型ごとの分析よりも、積明義務一般についての議論を参照することの方が有益であると思われる。よって、以下では、いかなる場合に上告審は積明義務違反を理由に原判決を破棄差戻すべきかという、積明義務違反一般についての基準を示す見解のうち、特に本判決の検討にとつて示唆的と思われる見解を挙げる⁽¹⁹⁾こととする。

- (2) 積明義務違反による破棄差戻しの基準に関する学説⁽²⁰⁾
- (a) 中野説⁽²¹⁾

学説において通説的見解⁽²²⁾と言うべき中野説は、まず、積明の態様を積極的積明（当事者のなした申立て・主張等が

事案について不当または不適當である場合、あるいは、当事者が適当な申立て・主張等をしない場合に、裁判所が積極的にそれを示唆・指摘してさせる是正的釈明⁽¹²⁾と消極的釈明（当事者が積極的に特定の申立て・主張等を提出しているが、それらに不明瞭・矛盾・欠缺・不用意がある場合における補充的な釈明）とに区別する。そして、消極的釈明の不行使については、裁判の結果に影響を与えている場合には原判決破棄の理由になり、積極的釈明の不行使については、次の五つのファクターの利益考量により判断すべきとする。それは、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可否、③釈明権の行使をまたずに適切な申立て・主張等を行うことを当事者に期待できる場合かどうか（当事者の期待可能性）、④釈明をすることが当事者間の公平を著しく害することにならないか、⑤その他、根本的な紛争解決（再訴の防止）と原判決破棄による訴訟遅延のバランス、である。

(b) 奈良説⁽¹²⁾

これに対し、奈良説は、右のような利益考量を行うのではなく、中野説の考量ファクターである「判決における勝敗転換の蓋然性」に一本化する見解である。すなわち、「釈明権を行使したときにはより適切な判断をなしたと

の少なくともかなり強度の蓋然性が認識され、したがって事実審が釈明権を行使しなかったことが上告審としては認し難いとき」に釈明権不行使を理由に破棄差戻しをすることができるとする⁽¹³⁾。奈良説は「真相に合致した適切・妥当な解決を図る」ということが釈明権の目的であると捉えているので、⁽¹⁴⁾ 釈明義務違反の有無の判断にあたっては、原判決が真相に合致した適切・妥当な解決であるか否かということが決定的な判断基準ということになる。このような考え方は、程度の差こそあれ、実体的真実発見を重視する実務の感覚を反映したものであると言えよう。

(c) 山本説⁽¹⁵⁾

山本説は、右の二つの見解とは視点が異なり、「審理制度の構造的欠陥への対処、即ち弁論主義を中心とした現行訴訟制度をとることによって必然的内在的に生じうる主張立証の懈怠への対処こそが釈明義務の存在理由である」ということから、釈明義務を次の三つに分類する。すなわち、①主張立証能力の格差による主張立証の懈怠を是正する釈明義務、②事実認定および法律判断における裁判所の最終的な判定権限を前提としている現行制度の下、当事者と裁判所間の証拠評価及び法的見解の食い違いによって生じる主張立証の懈怠を是正する釈明義務、③裁判所の法の解釈

適用権限を有する現行制度の下、当事者が予想していなかった法規の適用によって生じる主張立証の懈怠を是正する釈明義務、である。そして、評価規範としては、③についてのみ論じたものであるが、行為規範としての法律問題指摘義務違反が存在することに加え、当事者の無過失と、指摘によって生じる攻防の機会の重要性が存在することを、その違反（破棄差戻し等）の要件とする。

山本説は、釈明義務違反を弁論権の保障という観点から再構成したものであると理解することができるが、¹⁶近時においては、右の①の類型の釈明義務についてはやや消極的に捉えているようであり、¹⁷次に述べるような当事者の自己責任という観点からは、興味深い展開である。

(3) 若干の検討

以上、決して網羅的なものではないが、本判決の検討にとって示唆的であると思われる見解を概観した。ここではその詳細につき論評を加えることはできないが、¹⁸本判決の検討に関連する点として、二つの点を指摘し、本稿の基本的な立場を明らかにしておくこととする。

まず一点目は、特に奈良説に顕著である「事案の真相に合致した適切・妥当な解決を図る」といった観点（中野説においては考量ファクターの①「勝敗転換の蓋然性」）で

あり、いわば実体的真実発見志向とも呼ぶべき考え方に ついてである。これらは、「勝つべき者を勝たせる」ということへつながるが、一般論としての当否は措くとしても、少なくとも釈明義務違反の判断に際し、このような観点を強調することについては、慎重であるべきと考える。

確かに、このような観点から釈明義務違反を判断することは、当該事件について（事案の真相に合致しているという意味での）適切な判決がなされる結果となることは間違いない（ただし、敗訴した当事者に不公平感が生じる恐れはある）。しかし、このことに対しては、司法制度全体を見渡し、長期的な視点に立ったマクロな観点からの問題点が指摘されている。すなわち、このような傾向が一般化するならば、当事者の裁判所への「もたれかかり」を助長することになり、¹⁹弁護士間の健全な自由競争に基づき、スキルの向上を阻害することにつながりかねないこととなる。²⁰この問題は、今後、弁護士数が増加して行くとすれば、さらに深刻化するであろう。これは、民事訴訟手続において自己責任原則をどこまで貫徹するべきであるのか（弁護士の自己責任だけではなく、そのような弁護士を選んだ当事者の自己責任をも問われる）²¹という難問であり、本稿でこの問題について積極的に議論を提示する用意は出来ていな

いが、少なくとも、釈明義務の有無の判断において、実体的真実に適った解決を志向することは、自己責任原則との間で緊張関係が生ずることは十分に認識すべきであると考へる。

また、右の議論は、行為規範・評価規範を問わず、釈明義務一般について言えることであるが、いかなる場合にも上告審は釈明義務違反を理由に原判決を破棄差戻しすべきかという評価規範（適法／違法）の問題に絞った場合、実体的真実発見を志向することは、最高裁に原審の事実認定の当否を判断させることになりかねず、上告を制限した現行法の枠組みとの調和も問題となる。⁽²²⁾

それでは、釈明義務違反の有無について、どのような観点に基づき判断するのが妥当なのであろうか。私見では、釈明義務違反を弁論権の保障の観点から捉える山本説の枠組みが基本的に妥当であると考えられる。すなわち、自由心証主義と、「裁判所は法を知る」の原則に由来する構造的問題から生じる、判決による不意打ちから当事者を救済するための方法として、釈明義務違反による破棄差戻しを把握すべきである。なぜなら、このような理解によって初めて、前記の問題を回避しつつ釈明義務違反の基準を定立することが可能だと考えるからである。⁽²³⁾

次に、本判決の検討にとって附随的なものであるが、二点目として、釈明の態様を釈明義務違反の判断基準とするこの問題点を指摘しておきたい。例えば、中野説は積極的釈明・消極的釈明の区別から出発するなど、釈明義務の考察にあたり、釈明の態様ごとに義務の有無を検討するという考察方法がしばしば見られる。しかしこのような方法は必ずしも問題の本質を捉えることができないと思われる。

例えば、本件の釈明義務の態様を取り上げると、見出しに「主張の補正及び立証について」の釈明とあるように、もし元本の差押えを証明する証拠が無いようであれば、Yの元本債権についての主張の補正を促すということになるし、もし証拠があるようであれば立証を促すということになるだろう。また、立証を促すとした場合でも、本件は「当事者が主張事実について必要な証拠申出をしない場合に証拠申出を促す釈明」であるとも、「証拠調べの結果が裁判所の心証形成にとつて十分でない場合に新たな証拠申出を促す釈明」であるとも言えよう。これらの各々の場合に、同一事例であるにもかかわらず、釈明義務違反の判断に際し別々の基準が妥当するとは考え難い。さらに、積極的釈明・消極的釈明という単純な区別においてさえも、本件の釈明は、一見すると積極的釈明のようであるが、消極的釈

明と解する見解もあり、⁽²⁴⁾必ずしも明確でない。つまり、本件において問題となった積明義務の態様がどのようなものであるかについて、何らかの一義的な回答を求めることは困難であるということになるが、これは当然のことと言える。なぜなら、本件では原審で積明がなされていないのであり、「積明がなされなかったこと」に対して、どのような態様の積明権の行使をすべきであったかについて、事後的に言う場合には、複数の答えがあり得るからである。このことから、積明がなされていない状態を前提とする（評価規範としての）積明義務違反の判断にあたり、積明の態様を基準とすることは必ずしも重要ではないと考えられる。⁽²⁵⁾このような意味においても、前述の山本説は、積明の態様ではなく、積明が必要となる原因（制度の構造的問題）に着目して、積明義務を類型化している点で優れている。以上を踏まえ、本判決の検討へ移る。

四 本判決の検討

(1) 従来の判例との比較

立証に関する積明義務違反が認められた従来の判例との比較において、本件が異なる点は、当事者を誤解させるような裁判所の行為の有無、当事者の過失の有無にあると考

える。

すなわち、「判例①」「判例④」は、第一審の判断と控訴審の判断が異なっている事例であり、第一審の判断を前提に当事者が訴訟活動をしたことに一定の合理性がある。また、裁判所の訴訟指揮に着目するならば、「判例②」は売買契約が詐害行為にあたるかどうかにつき審理がなされ、合計一七回もの口頭弁論期日が開かれており、「判例③」は否認権の発生原因事実に向けられた審理がなされているにもかかわらず、別の観点に基づく判決がなされた事例であった。そして、「判例④」は「積明権の行使に十分配慮されたい」旨の準備書面が提出されているにもかかわらず、第一審と異なる事実認定をした事例であった。これらはいずれも、当事者と裁判所の認識が食い違ったことにつき、裁判所側に一定の責任があり、当事者側にその責任を問うことが酷である事例であったと見ることが可能である。しかし、これらの従来の判例の事案に対し、本件の事案は、当事者に誤解を与えるような裁判所の行為があったということは明らかでなく、むしろ、Yの上告受理申立て理由において「申立人代理人において資料不足から速断したことは責められるにせよ」と述べられているなど、当事者（弁護士）に過失があった事案であると評価し得る。

なお、「判例①」「判例②」「判例③」は、立証の前提となる法的（ないし事実的）観点について、裁判所と当事者の認識が食い違っている事例である。すなわち、「判例①」は、X・Yの土地所有権の範囲、「判例②」はXとY間の訴訟の既判力、「判例③」は価額算定の基準時について、裁判所と当事者の認識が食い違っていた事例と見ることができる。これに対し、「判例④」と本件は証拠の評価そのものに対する認識が食い違っていた事例であると見ることができ。一般的に言って、証拠の評価そのものに対する認識の食違いを常に無くすという要求は行き過ぎであるので、このような場合に積明義務違反を認めることは、「判例④」のように極めて特殊な事情が必要であると考えるのが妥当であろう。⁽²⁷⁾

(2) 本判決の評価

右に述べたように、本件は、当事者を誤解させるような裁判所の行為があったことが明らかでなく、立証を怠ったことに当事者の一定の過失が認められるにもかかわらず、積明義務違反による破棄を認めた点で、従来の立証に関する積明義務の判例の流れからすると異質であり、パターンナリステイックな色彩が強いものであると評することができ。すなわち、従来の判例の結論については、弁

論権の保障（不意打ち防止）という観点からの説明が一応可能であったが、⁽²⁸⁾本判決の結論はそのような観点からの説明は困難であり、「事案の真相に合致した解決」という観点から説明するほかに思われる。

確かに本判決は、元本の差押えがあつたということはおそらく事実であるので、当該事件の解決としては、事後の紛争の拡大防止も含め、妥当なものであることは間違いない。⁽²⁹⁾しかし、前述の通り、実体的真実に合致しているか否かという観点に基づき積明義務違反を判断することは根本的な問題を孕んでおり、本判決は、裁判所のパターンナリズムと当事者の自己責任の関係につき、問題を投げかけるものと言えよう。⁽³⁰⁾

(1) なお、現行民訴法施行後、原判決破棄の理由ではないが、積明権の行使について言及があつた最高裁判例としては、最判平一二・四・七（判時一七二三号五〇頁など）がある。その内容については、園田賢治「判例研究」法政研究六八巻二号（二〇〇一年）六三五頁参照。

(2) なお、本判例は見出しとして「主張の補正及び立証について」の積明とあるように、立証だけでなく主張に関する積明もその射程とするものと考えられるが、本稿では紙幅の都合に加え、積明の態様自体は、積明義務違反による

破棄差戻しの判断にとって必ずしも重要でないとの理解（後述）に基づき、差し当たり立証に関する積明を中心に検討することとする。

(3) 積明義務を論じる際、「これから積明をすべきか、してはならないか」という行為規範、「積明をしなかったことが妥当か、不当か」という当/不当レベルでの評価規範、「積明をしなかったこと適法か、違法か」という適法/違法レベルでの評価規範のいずれの問題であるかについて議論の対象を明確にすべきことにつき、園田賢治「積明義務違反による破棄差戻しについての一考察」九大法学八一号（二〇〇一年）三二七、三二九頁参照。また、運用論としての積明義務を論じることの困難性につき、同三三五頁も参照。

(4) この時期における立証に関する積明義務の否定例として、最判昭二八・一一・二〇（民集七卷一―号二二一九頁）があり、船舶の引渡義務の不履行による損害賠償事件において、損害額の証明が不十分であった場合における積明義務を否定している。

(5) 小島武司「積明権行使の基準」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』（一九八八年）三三二、三三四頁は、このような積明をめぐる歴史を、職権主義的積極積明モデル―古典弁論主義的消極積明モデル―手続保障志向積極積明モデルという段階的な発展と把握する。後述の通り、本判決は、私見によれば、手続保障志向と言うよりも実体的真実発見

志向と評すべきものであり、今後の判例の展開が注目される。

(6) その他、立証に関する積明義務の肯定例として挙げられる判例として、最判昭和三一・五・一五（民集一〇巻五号四九六頁）がある。これは、浴場用建物を対価を徴して使用せしめる契約の解除を原因とする家屋明渡等の請求事件（予備的に賃料増額請求）において、「原判決は上告人の立証によつては増額を相当とする額を判断し難いと判示しているが、引用の鑑定の結果によれば一応客観的賃料額の立証があるのであり、もしその点の立証が不十分なれば積明権を行使してその立証を促すべきである」とした事例である。しかし、当該事例の原判決破棄の理由は、浴場用建物の賃貸借契約と浴場経営による営業利益の分配契約との混合契約に対し、借家法一条の二の適用を認めながら特別の理由を示すことなく同法七条の適用を否定するのは違法であるというものであり（積明についての右判示部分は括弧書で末尾に記されているにすぎない）、差戻し後の控訴審での証拠調べの内容について示唆を与える意義を有するにとどまる。竹下守夫・伊藤眞編『注釈民事訴訟法（3）』（一九九三年）一五一頁「松本博之」参照。

(7) 例えば、斉藤秀夫ほか編『注解民事訴訟法（3）』【第二版】（一九九一年）三八八頁「小室直人・加藤新太郎」、金子文六「積明権（積明義務）行使の基準」中村古稀『民事訴訟の法理』（一九六五年）二五一、二六四頁など。

(8) 消極説として、例えば、齊藤ほか編・前掲注(7)三八八頁「小室」加藤は、「立証が成功しなかつたときに新しい証拠の提出を促したり、心証を得た後に相手方に反対証拠の提出を促すことは釈明権に入らない」とする。積極説として、例えば、兼子一ほか『条解民事訴訟法』三三一頁(一九八六年)「新堂幸司」は、「本証および反証によつて、いずれとも心証を得ない場合に、当事者双方にさらに証拠を要求する場合にも認められるし、審理の過程で新たな証拠が必要になる場合にも認められる」とする。金子・前掲注(7)二六四頁も同旨。

(9) この点について、比較的詳細に述べたものとして、竹下伊藤編・前掲注(6)一五二頁「松本」があり、次のように述べる。「当事者は事実につき争いが存する以上十分に証拠を提出すべきであつて、不十分な結果しかもたらさなかつた証拠調べののちさらに証拠を申し出るよう裁判所から釈明権行使を受けることを期待すべきでない。その意味で消極説が原則として正当である。ただし、…控訴審が原審と異なる法の見解を採るため新たに証拠が必要となり、かつ証拠申出が訴訟記録から見て可能な場合や、控訴審が原審の事実評価と異なる事実評価を行うため、このことが当事者に示されさらに証拠申出を行う機会が与えられなければ不意打ちの判決となるような場合には例外的に新たな証拠申出を促すことが裁判所の義務となると解される」。

(10) 中野貞一郎「弁論主義の動向と釈明権」同『過失の推

認「増補版」(一九八七年)二二五、二二三頁、同「釈明権」小山昇中野貞一郎松浦馨竹下守夫編『演習民事訴訟法』(一九八七年)三八七、三八九頁。

(11) 考慮するフアクターには若干の差異があるものの、中野説と同様の枠組みで利益考量を行う他の学説については、園田・前掲注(3)三六二頁の注(37)参照。

(12) 奈良次郎「訴訟資料収集に関する裁判所の権限と責任」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟④』(一九八五年)一二五、一五八頁。

(13) なお、奈良説は、釈明の態様を、①不明瞭を正す釈明、②不当を除去する釈明、③訴訟資料補充の釈明、④訴訟材料新提出の釈明、⑤立証を促す釈明、の五つに分類し、釈明権の不行使が違法と評価され易い順序が①と⑤、③、④②は対象にならない」となるとする。

(14) 奈良・前掲注(12)一三一頁。また、同「新民事訴訟法と釈明権をめぐる若干の問題(下)」判例時報一六一四号(一九九七年)三、一三頁において、奈良説への批判(後掲注(19)の引用文参照)に対し、「勝つべき者に勝たせる」ということは、本来、法的紛争は、正義に適った形での解決が一番望ましく、まさに、その実現こそ、釈明権の第一の基本原則であつた筈である。ただ、正義の実現の爲にも、手続的正義を守ることが必要であり、そのために、最終的に、当事者に主張ないし証拠方法提出等の選択権を与えているわけである。確かに、一部、職権探知に近づく

という批判的見方も十分あり得るが、弁論主義の基本自体は守っている。また、当事者を後見し、利益擁護者であるとの批判も当たらない。蓋し、裁判所が真実に合致している限度での正当な利益の保護だからである。」と、その立場が明確に述べられている。

(15) 山本和彦『民事訴訟審理構造論』(一九九五年)三〇八、三二四頁。

(16) 山本和彦「弁論主義の根拠」同『民事訴訟法の基本問題』(二〇〇二年)一一七、一三七頁は、「一方には、私的自治の保護Ⅱ不提出当事者の視点Ⅱ弁論主義の系統があり、他方には、不意打ち防止Ⅱ相手方の視点Ⅱ釈明義務の系統がある」とし、後者は弁論権の問題であり、弁論主義の問題とは区別するべきであるとする。

(17) 山本和彦「心証開示—コメント」大江忠ほか編『手続裁量とその規律』(二〇〇五年)二五八頁において、「釈明義務の根拠の一つとして、弁論主義・自由心証主義に由来する裁判所と当事者との情報ギャップの補完という観点があると考えている。すなわち、『裁判所は法を知る』という原則の下、裁判所の法の見解を知りえない当事者は必要な事実の主張・立証をできない可能性があるし、自由心証主義の下、裁判所の心証を知りえない当事者は必要な事実の主張・立証をできない可能性がある。このような事態が弁論主義において正当化できないとすれば(それが弁論主義の抱える構造的問題であるとすれば)、当事者の『イン

フォームド・シチュエーション』を確保するために裁判所が積極的に介入する必要があることになる。」と述べられており、ここでは①の類型の釈明義務について言及がない。このことの理由を推測させるものとして、山本和彦編『民事訴訟の過去・現在・未来』(二〇〇五年)一六三頁以下において、当初は福祉国家の観点から裁判所の関与を考えていたが「自由競争あるいは市場による淘汰みたいな考え方でいかなないと、日本の弁護士の質がなかなか向上しないといわれると確かにそうで、裁判所に対するもたれかかりを理論が助長しているのではないかといわれると、そうかなと思う面もあるわけです」「私自身も今かなり揺れているところがあります」という発言が見られる。

(18) 各学説の検討については、園田・前掲注(3)三四五、三四一頁参照。

(19) 菱田雄郷「本件評釈」NBL八一八号(二〇〇五年)四、五頁。竹下Ⅱ伊藤編・前掲注(6)一一四頁「松本」は『事案の真相』に即した紛争の真の解決、ことに『勝つべき者を勝たせる』ということが追求されるならば、釈明権の行使により職権探知に近づき、裁判所が当事者を後見し、その利益擁護者になるという事態に陥るであろう。」とする。

(20) 山本編・前掲注(17)一六二頁「山本弘発言」参照。また、裁判所によるパターンリズムに対する否定的な論拠について、三木浩一「日本の民事訴訟における裁判官および

弁護士役割と非制裁型スキーム」民事訴訟雑誌五〇号（二〇〇四年）九〇、一〇九頁に次のような整理がある。

「①裁判所による過剰なパターンリズムは、自己責任の原理に裏打ちされた自立した個人を前提とするわれわれの社会の基盤構造と、原理的にも実際的にも抵触するおそれがある。かりに、当事者が常に裁判所の後見的な援助を期待できるとすれば、当事者の自助努力のインセンティブは低くなるであろう。②裁判所によるパターンリズムは、弁護士の間における健全な自由競争と、スキルの全体的な底上げを阻害する。裁判所が、パターンリズムに基づく後見的な援助を続ける限り、弁護士は、たとえ高度な技術に基づく効果的な訴訟活動をしなくても、事件の筋さえよければ裁判に勝つ可能性が高いため、苦勞してスキルを磨くことを怠ることになりやすい。③裁判所によるパターンリズムの行使は、目の前の事件との関係では実体的正義の実現に奉仕するように見えるが、視点を変えれば、その事件の当事者が自己責任に基づく適切な行動をしていれば他の事件に振り向けられたはずの貴重な司法資源を浪費しているということにもなる。④裁判官こそが、実体的正義の発見者として最もふさわしいとは必ずしも言い切れない。実体的正義は、中立的な裁判官、当事者の利益擁護に熱心な弁護士、自立した当事者という三者の協働によってこそ、最も適切に発見されるという考え方もある。⑤実体的正義が常に絶対的な価値を有しているわけではない。手続的正義の

価値は、ときとして実体的正義の価値に優越する。」

(21) もっとも、この場合の当事者の自己責任を問うためには、弁護士へのアクセスが容易であり、かつ弁護士についての情報が十分に開示され、当事者が弁護士を自由に選択できる環境が整えられることが前提となる。

(22) 例えば、河野正憲「上告審手続の審理構造」法曹時報四八巻九号（一九九六年）一八二五、一八三七頁は、三八条一項の「法令の解釈に関する重要な事項」の解釈につき、当該の個別事件の処理だけではなく、当該事件の法令解釈が民事訴訟制度の運営にとって一般的な意義を有する事項に限定されるとする。園田・前掲注(3)三四六頁も参照。

(23) 釈明義務違反による破棄差戻しの基準について、かつて述べた私見は、当事者が見落としているか、重要でないとみなしている事項に基づいて原審が裁判し、かつ、その事項が判決において決定的であった場合に釈明義務違反による破棄差戻しが認められるというものであり（園田・前掲注(3)三六〇頁）、本稿で問題としているような当事者の過失の有無については必ずしも重視していなかった。

(24) 和田吉弘「本件評釈」法学セミナー六一三号（二〇〇五年）一二三頁。

(25) 法的観点指摘義務と事実に関する釈明義務の区別についても同様であることにつき、園田・前掲注(3)三五八頁。もっとも、行為規範としての釈明義務を論じる場合は、釈

明の態様による区別に基づき議論することは有益であると考える。

(26) なお、本判決の特殊性として、菱田・前掲注(19)四頁は、税務署担当職員のミスを指摘し、我妻学「本件評釈」金融・商事判例一二三三号(二〇〇六年)六、九頁は、もともと税金を滞納していたのはXであるという事情を挙げた。しかし、弁論権の保障として釈明義務を把握する本稿の観点からはこれらの特殊性が認められるとしても、本判決の結論を正当化することは困難である。

(27) 前掲注(9)の竹下―伊藤編「松本」の引用文も参照。

(28) 園田・前掲注(3)三七六、三八三頁参照。

(29) 本判決は、原審の事実認定についての経験則違反と構成する余地があったとも考えられる。ただし、その場合でも現行法の上告制限の趣旨との調和が問題となろう。

(30) 筆者は、基本的に、当事者の自己責任に基づく民事訴訟手続を実現する方向性(そのための前提としての弁論権を中心とした当事者権の保障の重視)が望ましいと考えているが、その積極的な議論の提示は今後の課題としたい。

〔追記〕

脱稿後、本件評釈として、畑瑞穂・私法判例リマークス三三三―三三八頁が公刊された。