

## 要件事実をめぐるシンポジウム

寒竹, 剛  
福岡地方裁判所判事

西田, 稔  
福岡県弁護士会弁護士

津田, 聰夫  
福岡県弁護士会弁護士

児玉, 寛  
大阪市立大学法学部助教授

他

<https://doi.org/10.15017/1916>

---

出版情報：法政研究. 57 (1), pp.119-190, 1990-12-25. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

## 民事裁判と要件事実

寒竹 剛

### 一 民事訴訟における要件事実の役割

民事訴訟において、裁判所は、原告の訴えが訴訟要件を充たす限り、原告が訴訟物として申し立てる権利（又は法律関係）の存否について、口頭弁論終結時を基準として原告の訴えの形式に応じた判断（判決）をしなければならぬ。

ところで、権利自体は抽象的、観念的なものであるから、裁判所は、権利を直接認識する手段を持ちあわせない。したがって、右申立てにかかる権利の存否についての判断は、一定の法律要件のもとに法律効果の発生を定める実体法規に照らして、権利の発生が肯定されるか、その発生が障害されるか、権利の発生が肯定され発生についての障害が否定されるとしても、その後右権利は消滅していないか、といった法律効果の組合せによって判断する以外にないところ、右各法律効果が肯定されるか否かは、右各法律効果が生ずることを定めている裁判規範としての実体法規の法律要件に該当する具体的事実が存在するか否かの判断を通して行われる。

したがって、民事訴訟において要件事実が不可欠のものであることは明らかである。

## 二 主張責任と立証責任

民事訴訟においては弁論主義が採られているから、ある法律効果の発生に必要な要件事実は、当事者が口頭弁論において主張したものでなければならず、主張がない以上、たとえ証拠上その事実が認められる場合でも、裁判所は、右事実を認定して右法律効果が発生しているものと扱うことはできない。

このように、口頭弁論において、ある要件事実が当事者から主張されなかったために、訴訟上その事実が存在しているもこれを存在しているものと扱うことができない結果、当該要件事実の存在を前提とする法律効果の発生が認められないという不利益又は危険が主張責任である。

また、ある法律効果によって利益を受ける訴訟上の一方の当事者が右効果の発生に必要な要件事実を主張しても、相手方においてその存在を争うときは、顕著な事実である場合は別として、証拠によって右事実の存在を立証しなければならぬが、右事実の存在について立証できずに真偽不明に終わったときは、右事実が存在したものと扱うことはできず、したがって、当該要件事実を前提とする法律効果の発生は認められない。

このように、訴訟上ある要件事実の存否が不明に終わったために当該要件事実の存在を前提とする法律効果の発生が認められないという不利益又は危険が立証責任である。

実体法のある法条に基づく法律効果によって利益を受ける当事者は、具体的訴訟において常に一方に定まっているから、右法律効果の発生に必要な要件事実についての主張責任及び立証責任は右利益を受ける一方当事者に帰属する。すなわち、主張責任の所在と立証責任の所在は一致する。したがって、ある要件事実の存在について原告が主張責任を負うが立証責任を負わず、その不存在について被告が立証責任を負うといったようなことはありえない。

例えば、いま所有権に基づく土地の明渡請求の事例で、原告が当該土地をもと所有していたことが争いなしとすれば請求原因は、原告もと土地所有、被告土地占有となるのに対し、原告が土地所有権を喪失したとの被告の抗弁として、被告が長期の取得時効により当該土地の所有権を取得した旨主張する場合を考えると、その抗弁として主張立証すべき要件事実⑦、占有開始の一時点における被告による土地の占有とそれより二〇年後の時点における被告による土地の占有及び④取得時効を援用する旨の意思表示である。確かに、民法一六二条一項によれば、所有権の取得時効の要件は、「二〇年間の占有の継続」及び右占有について占有者に「所有ノ意思」があり、占有の態様が「平穩且公然」であることのようにみえる。しかし、まず、「二〇年間の占有の継続」についていえば、民法一八六条二項により占有の始めと終わりに占有があればその間の占有は法律上推定される結果、占有の継続を主張立証する必要はなく、その間の占有の喪失は取得時効の効果の発生を障害する要件事実として原告において主張立証すべき再抗弁となると考えるべきであるし、また、民法一八六条一項は、「占有者ハ所有ノ意思ヲ以テ善意、平穩且公然ニ占有ヲ為スモノト推定ス」と規定しているから、右⑦の要件事実が主張立証されれば、その占有者に「所有ノ意思」があり、かつ占有の態様が「平穩且公然」であることは当然のこととなり、時効取得を主張する被告において、これらを立証する必要は勿論主張する必要もなく、右時効取得を争う原告において、再抗弁として、被告の占有には所有の意思がないこと、占有が強暴であること又は占有が穩秘であることを主張立証しなければならぬ。次に右④は、時効の効果⑦の要件事実によって当然に生じ、援用は訴訟上の攻撃防御方法にすぎないと考える、いわゆる確定効果説によれば、要件事実としては右④は不要となり、右⑦の要件事実に基づく時効取得の抗弁が訴訟上表れていれば足りるが、一方、時効の効果は当事者が時効を援用する旨の意思表示によって初めて生ずるとの不確定効果説によれば、右④は、時効取得という法律効果によって利益を受ける被告において、要件事実の一つとして主張立証しなければならぬ。前説、後説のいずれの解釈を採るべきかは、まさに裁判規範としての民法の解釈の問題である。因みに、これまで、民法の

教科書では、判例は確定効果説を採る旨の説明がされて来たが、判例は、いずれも傍論として、あるときは確定効果説、あるときは不確定効果説によって理由を述べたにすぎず、この点に關し、最高裁（昭和六一年三月一七日判決・民集四〇卷二号四二〇頁）が、初めて、いわゆる判例として、消滅時効に關してであるが、不確定効果説を採るべきことを明らかにした（法曹時報四一卷九号一五四頁・柴田調査官解説参照）。

### 三 民事訴訟における要件事実と訴訟活動

要件事實は、当該訴訟における攻撃防御の焦点として、当事者の主張立証の中心となるものであり、審理の上で重要な意義を有する。

弁論主義の下では、通常主張責任を負う当事者によってその要件事實が弁論で主張される。もしその主張において要件事實が一部欠けているとき、裁判所は釈明権を適切に行使して欠けている要件事實を主張させるべきである。それにもかかわらず、当事者が右事實を主張しないときは、当事者の右主張は証拠調べをするまでもなく主張自体失当として排斥される。また、要件事實が欠けることなく主張されたとしても、相手方が自白（擬制自白を含む）するか又はその事實が顕著な事実でない限り、右要件事實を主張する当事者において本証としての立証をすべきであるが、裁判所の適切な釈明権の行使があつたにもかかわらずその立証をしないときは、相手方は、反証としての立証活動を試みる必要はないし、本証としての立証があると思われる以上、相手方は、反証をせざるをえないし、また、右攻撃方法に対して有効な防御方法となる要件事實を主張する準備をすることとなる。

このように、要件事實が訴訟活動において有する意義は、当該訴訟において、当事者は、何を主張し、立証（本証

又は反証)すべきかを知って、これに対処することができるとであり、このことから、要件事実は不意打ち防止のためにも重要な意義を有し、また、裁判所は、主張立証の両面にわたって当事者の訴訟活動の目標である要件事実を明確に把握することによって、初めて適切な訴訟指揮を行うことができるのである。このことは、次の具体的事例によっても明らかである。

ある第三者異議事件で、原告は、①被告の甲に対する債務名義に基づく本件動産に対する差押及び②原告は本件動産を所有権留保付きで甲に売り渡し、代金は未だ完済されていない旨主張し、被告は、右①の事実を認め、②の事実につき不知と答弁した事実があった。原告は、「代金完済に至るまで目的物の所有権を売主に留保し、買主に対する所有権の移転は代金完済を停止条件とする旨の合意がされている動産の売買において、代金完済に至るまでの間に買主の債権者が目的物に強制執行したときは、売主は、所有権を主張し、第三者異議の訴によって右執行を排除することができる。」とする判例(最高裁昭和四九年七月一八日判決・民集二八巻五号七四三頁)を念頭において右主張をしたものと思われる。原告は、被告の右答弁に対応して、右②の事実につきこれを立証するため、書証を提出し、人証の申出をしてきた。しかし、右②の事実が証明されても、原告がもと本件動産につき所有権を有していなかったならば、原告が本件動産につき所有権を有することにはならない。もし、③原告が本件動産につきも所有権を有していたこと、について争いがなければ、原告はこの事実を主張すれば足り、これに加えて右②の事実を主張立証する必要はないはずである。右①及び②の請求原因に対し、原告と甲間の本件動産の売買が抗弁となり、その抗弁に対し停止条件付所有権留保特約が再抗弁であり、その再抗弁に対し代金完済が再々抗弁となる関係にあるところ、原告の右②の主張は、右抗弁を先行自白し、これに対し再抗弁を主張し、再々抗弁を否認する旨の主張をひっくり返して主張し、肝腎の③の主張を欠いているわけである。そこで、裁判所は、原告に③の主張をさせると共に被告の答弁を求めたところ、不知とのことであったので、結局、裁判所は、原告に即時取得による本件動産の所有権取得を主張させる

こととし、①に変えて、③原告が本件動産を乙から買い受け、これに基づいて乙から本件動産の引渡しを受けたこと、を主張させると共に右②の主張を撤回させ、一方被告は抗弁を提出せず、また、争いのある右③の事実について原告が十分な立証をしたので、本件動産に対して被告がした差押の排除を求める原告の請求を認容した。

ところで、民事訴訟が要件事実（主要事実）を中心として行われることは明らかであるが、実際の訴訟では、主要事実を直接立証できないときは当然主要事実を推認させる間接事実を立証せざるをえないし、また、紛争の実体を把握するために適時に間接事実が主張される必要があることもしばしばである。しかし、主要事実が何であるかを認識できないときは、その間接事実が何であるか認識すらできず、適切な訴訟活動もできないこととなる。

なお、司法研修所では、前期修習においては、判決起案の事実摘示では主要事実のみを摘示させ、間接事実を摘示させないこととしている（なお、この場合でも判決の理由においては、主要事実が直接証拠から認定できないときは、間接事実を認定して主要事実を推認できる限り、当然その旨の理由説示をするよう求められている。）。のは、右のような認識に立って、あくまで教育目的のためにそうしているだけであって、誤解されているところであるが、間接事実の持つ意義を決して軽視しているわけではない。現に後期修習では、判決の事実摘示として間接事実を摘示する起案も修習生に課されているのである。

#### 四 民事紛争と要件事実

民事裁判の目的は、民事紛争を適正かつ迅速に解決することにあるところ、民事訴訟の運営上要件事実が重要な意義を有することは明らかであるが、民事訴訟が要件事実のみで適正に行えるものでないことも当然である。裁判所は、

当事者が主張する当面の要件事実のみにとらわれず、それによって窺い知られる紛争の解決にもっと適切な要件事実が考えられないかといったことに意を用いながら、適切な要件事実を主張立証させるよう訴訟指揮を行うべきである。そのためには、真の紛争が何であるか、これをどのように認識すべきかといった問題がある。また、主張された要件事実に限ってみても、証拠によってどのような事実を認定すべきかといった重要な事実認定の問題があるが、このような問題は、当然のことながら要件事実で解決できるものではない。

要するに、民事訴訟における要件事実の意義、機能及びその限界を十分にわきまえて、これを適切に活用することが肝要である。



# 弁護士と要件事実

西田 稔

## 一 事実聴取と方針決定

① 典型的法的紛争

② 法的紛争の衣を着たもの

③ 和解相当事案

弁護士は、相談の中から裁判による解決が相当であると思われるものについて選択し、裁判所に申立てる。しかしながら、出来るだけ紛争を解決し相談者を救済しようという考え方から、権利、義務を確定する民事訴訟手続に適合するものばかりでなく、その手続の過程で何らかの解決が得られないものかと模索し裁判を申立てることもある。

損害賠償請求という形ではあるが、その内実は、やり場のない感情問題が法的紛争の衣を着たもの、明渡しについては問題はないがその条件、例えば立退料の額の決定など和解相当事案といったものがある。

## 二 権利・義務関係に事実を構成(要件事実的整理)

権利主張は、その権利の根拠、理由が必要である。民法その他の法令に根拠を有するものでなければならぬ。被告は原告に対して両手をつけて謝らなければならないといった内容の判決を求めることは出来ない。要件事実的整理

の作業の中で原告の真の意図は後方にさがらざるを得ないのである。裁判の形式にし、要件事実を整理する過程でいろいろな事実・事情が削り落とされていくわけである。

### 三 訴状・答弁書に対する裁判所の釈明

裁判所は、訴状、答弁書に主張された事実に基づき、これを要件事実として整理するわけである。しかし訴状・答弁書には主張された事実があるのみでこの事実が立証可能な事実なのか、立証の極めて困難な、場合によっては当事者が立証できない事実なのかは裁判所にとっては知ることが出来ない。実質的にみたら、ほとんど無視しても良い事実について抗弁が出たり、又再抗弁が出たりと言った無用な争点がいくつも出来上がりがりかねない。

裁判所は釈明権を行使して紛争の実態を早く知ることにより、横道にそれずに審理を進めていくことが可能になる。

### 四 事情・紛争の実態の主張

司法研修所における民事裁判修習は、要件事実教育と言っても言いすぎではない位に、請求の要件事実は何であるかを、明確に理解させることに主眼を置いていた。この意味において、教育の一方法として事情に属する事実を逆に排除することを指導した。

しかし、最近弁護士になる修習生に対して、実務においてはこれと異なり「事情は書かなければいけませんよ」と

さかんに言われ出している。事情に属する事実が主張されなないため、本人尋問等の結果としてはじめて事情が述べられ、真の紛争の原因や実態がわかるということになりかねないからである。私自身も紛争の実態の主張は、審理を進めていくうえで必要なことだと考えており、当初から主張すべきものであると思っている。

この場合、要件事実とは区別して事情として、主張するのが適当と思われる。

## 五 和解兼弁論の活用

最近、訴訟の最初の段階から和解兼弁論という指定がなされることがあり、これが紛争実態の把握にかなり有効に機能していると思われる。裁判になったのはそれなりの理由があり、最初から和解が成立するのはまれなことで、この時期に和解の試みがなされるのは結局のところ紛争の実態と当事者の意思を知ることにより主眼があると思われる。

硬直化しがちな要件事実整理に対する一つの対策になっているものと思われる。

## 六 要件事実整理による訴訟進行と和解に向けての主張・立証との関連

今日、訴訟のかなりの部分が和解で解決している。判決と和解では、異なる側面があるのは当然である。判決としてみた場合、お金がないというのは支払いを拒む抗弁にはならないが、和解においては、分割払いや支払期限等の和解条件との関連で、重要な事実である。訴訟は、判決と和解の両にらみで進行している。

紛争が和解で解決するというのは、当事者にとって判決に劣らない良い解決方法であることを考えると、事例が和解に適した事案かどうか、和解の具体的な方法・内容としてどんなことが考えられるか等の問題意識は、審理の当初から存在していなければならない。

そのための情報もまた当事者に主張させる以外に、裁判所が知る道はないので、弁護士としては、要件事実とは区別されるが事情として十分に主張してゆく必要がある。

# 弁護士実務と要件事実

津田 聰 夫

## 一 要件事実論の実務教育

実務法曹になろうとするものが要件事実及びその機能についての教育を受けるのは司法研修所に入ってからが最初であろう。その中心は与えられた社会紛争事実について事情を捨象し、請求原因とそれに対する認否、抗弁、再抗弁というふうに事実整理を行うもので、帝京大坂井教授が実践されている要件事実論的教育と同種ではあるが、さらに厳密かつ詳細になったものである。

司法研修所における民事裁判のカリキュラムはほとんどこの要件事実の費やされている。そこで司法修習生の中では研修所における教育があまりに要件事実偏重ではないかという声もあるようだが、これは、実務法律家としてやっていくうえで事実認定をどうするのか、あるいはいろんな推論を行っていく経験則というような修得すべきほかの課題もあるのではないかという意味での「反発」であり、決して要件事実の教育自体を否定するものではないと思われる。研修所を修了した法律家は、一応要件事実及びその裁判判断過程における理論的な機能について理解をしていると考えられる。

## 二 要件事実についての弁護士関心

ところが弁護士の実際の実務についてみると要件事実論を業務に生かすことは殆どないように感じられる。もちろん、広い意味での要件事実（例えば何か請求を起こす場合にどのような基礎的な事実が必要かということ）については注意を払う。そして相談者または依頼者から事情聴取する際にその言い分が必要な要件を満たしているかというチェックはする。しかし要件事実論のなかでの重要な問題、例えば各要件事実についていずれが举证責任を負担するのかということや、それが請求原因なのかあるいは再抗弁なのかといったことについては余り関心を持たなくなるのが実際である。司法研修所の教官室で、要件事実の分配について相当細かい議論がされその成果が出版されているが、おそらくこれを紐とぎながら事件の解決に当たるといふ弁護士はいないといつてよい。

## 三 実際の紛争と要件事実

全体として要件事実論、特にその機能について弁護士の関心が薄いというのは実際の紛争の実情が要件事実論の紛争解決機能とは余り関わらないといふところに原因がある。

举证責任と結び付いた要件事実論の機能の一つに当事者間で事実について争いがある場合にどちらに軍配を上げることがある。しかし社会的事実としての事実と争いがなくても紛争が起こることはしばしばある。例えば、金が無いから返せないという場合でも、貸している方は裁判を起こすことがある。あるいは意地で起こし、あるいは

執行のために起こす。執行不能による税務上の特典を得るための前提として提訴することもある。こういう事例では事実認識に争いは無く、要件事実論が機能することはない。さらにいえば、このように社会的事実としての主要事実の存否がはっきりしている場合には当事者間での未解決の矛盾はあっても、いわゆる紛争として実務家の手を煩わすことは比較的少ない。

要件事実論が機能する主要な場面は主要事実・要証事実について当事者の認識が異なるために紛争が発生したという場合であろう。特に、社会的事実としての主要事実の存否が明確でなく、ありそうでもありなさそうでもある、実際どうなのかなかなか分からないという場合が問題である。一方の当事者からみれば事実があったように思われ、他方はいや無い、というわけで、とりわけ人の意思とかあるいは行為について紛争当事者の認識が異なるということがしばしば紛争の大きな原因になり、かつ、要件事実論が裁判上働いてくる。

いわゆる規範的要件事実、例えば、過失とか、信義則とか、正当事由とか、婚姻を継続し得ない事情とかいうような、その要件の外延が明確でないものについては研修所の教科書ではそれを構成する個々の事実も主要事実であるとしている。そうなると、争いになる主要事実が様々広がって、当然、当事者の認識も違ってくるということで紛争が起こりやすい。またこの場合には個々の事実の立証というだけでなくこれらの事実を総合してそれが例えば信義則違反といえるかどうかという問題も争点になるわけで、そこまで行くと単なる事実認識というよりも法律判断としての構成要件該当が問題となり、かえって個々の事実の構成要件論的な意味合いは薄くなるように思われる。

このように紛争の実情を構成要件論の紛争解決機能に即して分析することも構成要件論の意味を検討する際に有用なことではなからうか。

これ以外にも、例えば法律解釈をめぐって紛争が起こるということもないではないが、それは極少ない。いろいろな理由で紛争が生じた後に法律家が入って調べてみると法律解釈が問題になることが分かったというようなことが普

通で、生の社会的紛争のさなかで法律解釈が問題になることは殆どない。法律解釈を争う場合には要件事実論の出番はない。

#### 四 要件事実論の機能についてのいくつかの問題

##### (一) 主張責任

要件事実について主張すべき当事者がその主張をしないと負け、と理論的にはいえる。しかし、社会的事実として要件に該当する事実が存在しない場合はともかく（その場合にはもちろん要件の主張は不可能で、紛争が生じること自体が殆どなからう）、そうでない場合には実際に起こっている社会的紛争の事実が全体として訴訟の中で主張されないということはまずない。だから主張責任の負担により軍配をあげるということは実際的にはありえないといって過言でない。もしそれがあるとするとするならばむしろ裁判所の釈明権不行使のほうが問題になりそうである。

##### (二) 間接事実や事情

最近司法研修所でも主要事実のみならず紛争における間接事実や事情の重要性を否定するものではないということがしきりといわれているとのことである。とはいえ要件事実論の紛争解決機能をつきつめるとやはり間接事実や事情は後景に退かざるをえないと思われる。

しかし要件事実以外の事実主張が相当膨らむことがしばしばあり、またその立証が重要なことが多い。問題はこういう意味でこれら間接事実などの主張立証が重要かということである。主要事実について当事者の認識が違ふということが紛争の大きな原因の一つであるが、立証の点から見ると主要事実について全然証拠がないということはまずな



い。少なくとも殆どの場合当事者はあるにせよないにせよその主要事実らしきものに関与しているから、例えば貸金の例でいうと本人が出てきて、確かに俺は貸したとか、一方はいや借りてない、俺は貰ったんだよとか法廷で陳述すること自体が一つの証拠方法になる。そういう意味では主要事実についての証拠がまったく無いという事案は、当事者が全部亡くなって随分たってから紛争が起こったといった場合は別として、あまりない。問題はその主要事実についての直接的な証拠だけでは裁判所が判断しきれない、また当事者としても、本人が言うだけでは裁判所を説得できないという場合であり、実際にはそういうケースが非常に多い。

そういう場合に、主要事実についての直接の証拠を補強し、主要事実についての心証を取るために間接事実や事情の主張立証が肝要になる。またその間接事実がなぜ主要事実の立証に寄与するのかという経験則についての主張も展開せざるをえない、ということ当然主張や立証が膨らんでいく。実務家としてみればそういう立証の難しい事案でどのように主張立証を構成していくかということが腕の見せどころということになる。

### (三) 立証責任

そういうわけで実務に携わってみると、主要事実について相反する証拠がしばしば出てきて、その中でこちらの事実主張についての裁判所の心証をどう取るのかというのがいつも頭を悩ます問題である。理論的には挙証責任の分配という問題があるとしても、訴訟の実務家としてみれば相手方に挙証責任がある事実であっても、必要な反証は尽すし、一般に社会的事実として反証に使えるものが必ずあるといつてよい。判決を貰う段階であればどちらの挙証責任だったかなということをも全然考えないというわけでもないとしても、少なくとも紛争処理あるいは裁判審理の過程ではそれはどちらかというあまり頭を働かせず、こちら側に有利な事情については全部主張立証を尽すということが通常のようにある。

### (四) 和解と要件事実

実際の訴訟は判決ではなく和解で終わることが多い。その和解の成立に要件事実論がどのように係わるか。訴訟代理人の立場からすれば当事者とはいくら異なる立場から、事件の筋を見て和解の可能性あるいは妥当性を考え、場合によっては当事者を和解の方向で説得することにもなるが、その場合に主要事実についての立証の成功可能性（ひいては勝訴可能性）は当然考慮および説得の大きな材料になる。ただ紛争の構成要素としてはそのほかに当事者の社会的立場であるとか、面子であるとか、あるいは感情とかさらには人格・個性ということが非常に大きいし、紛争の終結を考えるさいには、例えば、あとのくらい費用がかかるのかとか、時間がどのくらいかかるのかというようなことも大きな要素になり単純ではない。要件事実論的判断が中心となって和解への動向を左右するといったことにはなっていない。

## 五 おわりに

要件事実論が裁判、特に判決手続の中で重要な意味を持つことは間違いない。しかし、それが実践的に理論どおりの機能を果たす場合は意外に少ないのではないだろうか。とりわけ生の紛争に直接接する弁護士にとってはそんな感じが強い。しかしその考え方がいろいろな紛争の場面でその解決を促す一つの要素となっていることも否定できない。紛争当事者は要件事実の理論を知っているわけでもなく、紛争自体いわば要件事実とは関係なく起こる。しかしそれに紛争解決の場面での重要な役割を期待するとすればそれは当事者にとっても分かり易いものでなければならぬ。当事者の納得というのが紛争解決に不可欠である。その点では、要件事実の理論が紛争の実情に即して組み立てられていかなければならないと思われる。

## 規範構造論からみた要件事実論

児玉 寛

今日の大陸法系の民法規範の多くは、主としてローマ法に由来する。しかし、ローマの民事訴訟を担った法務官ならびに審判人を欠く後代の法秩序において、また、訴権法システムが請求権システムに組み替えられた近代私法体系において、ローマ法に由来する民法規範はいかなる変容を蒙ったのか。この問題は、エーリッヒの名著『法的論理』によっても、未だ十分に解明されたとは言いがたい。この問題に要件・効果の定め方という観点からアプローチしようとする立場を、ひとまず、「規範構造論」と呼ぶことにする。この規範構造論からみた場合、ローマ法と近代法との特徴的な差異のひとつは、訴訟における「抗弁」の現れ方であろう。たとえば、いわゆる要件事実論によれば多重抗弁が現れることは稀ではない。これに対して、ローマの民事訴訟では再々抗弁ですら稀であったといわれる。この差異は、民事裁判の仕組みに規定された規範構造の違いに起因するように思われる。以下では、わが民法九五条を例にして、ローマ法、一九世紀ドイツ普通法学、要件事実論の三者における規範構造の差異を対比してみたい。もちろん、この対比はあくまで理念型としての構造のそれであって、九五条に厳密に対応する規範がローマ法ないしドイツ普通法において存在した、と主張するものではない。

要件事実論によれば、売買契約の成立に対して要素の錯誤の存在が抗弁となり重過失の存在が再抗弁となるといわれており、同条は権利障害規定とそのまま障害規定とに分解して理解されている。これに対して、同条をローマの誠

意訴訟における規範構造に置き換えてみると、そこでの障害規定は顧慮に値する錯誤が存在する場合には契約の効力は無い」といった内容になる。審判人が「信義に基づいて被告が原告に与えべきことが明らかなもの」を判定するという訴訟構造のもとでは、要素の錯誤や重過失の有無は、審判人が当該錯誤者の要保護性を総合的に判断する際のファクターにすぎない。したがって、九五条は、これらの判断ファクターのそれぞれを独立の障害規定として構成していると解されるのである。今日の要件事実論による場合の多重抗弁の類出の背景には、審判人のブラックボックスに含まれる諸ファクターの独立化という事情があるように思われる。

ところで、このような独立化を決定的に推進したのは一九世紀ドイツ普通法学であり、その完成形態をもたらしたのがドイツ民法典における条文化のもとでの *Satzbautheorie* であった。普通法学は、訴権の基礎にある主観的権利それ自体「たとえば、売買代金債権」に着目して、その概念を定め、この概念にとって非本質的な事実「たとえば、錯誤の不存在」をこの主観的権利の成立にとって外在的な要因として位置づけた。このような思考過程を経由して、ローマの上記の規範は今日の拋権規定と障害規定とに分化する「伊東乾・判タ三三五号四頁にいう「定型」という発想を参照」。普通法学は、さらに障害規定において、錯誤の概念にとって非本質的な事実「たとえば、重過失の不存在」を錯誤の存在にとって外在的な要因として位置づける。ここにおいて、障害規定の障害規定が成立する。このようなかたちでの規範構造を要請したのは、広汎な裁量権をもつローマの審判人の存在を前提としない近代の民事訴訟における裁判官コントロールのイデオロギーであった。

たしかに、この到達点を安易に否定すべきではない。しかし、各々の障害規定にまで高められている諸ファクターは、本来、具体的な事案のもとでの両当事者の利益の微調整に奉仕していたものである。事実、民法九五条の「重過失」を理由に錯誤主張を斥けた判例は、「重過失」要件を、当該事実関係のもとにおいては錯誤主張者の要保護性を否定するのが妥当である、という結論を正当化するための道具として用いているのである「参照、原島重義・法学セミ

ナ―一九八三年十月号五六頁。「重過失」要件に仮託した法的構成が登場するのは、要保護性の総合的判断に奉仕していた諸ファクターが「要素の錯誤」と「重過失」という二つの障害規定に分解され、しかもそれらが限定列举的に理解されてしまっていることの証左ではあるまいか。つまり、要保護性の総合的判断に奉仕する諸ファクターをあらかじめ規範的に取り出して障害規定のかたちで列举することには限界があり、いわんや、それらを限定列举であるかのように運用することは、角を矯めて牛を殺すことにもなりかねないのであり、さらには、仮託された法的構成や歯止めのない類推適用による概念の不必要な混乱を齎しかねないのである。

以上の認識からすれば、障害規定の運用にあたっては、その本来の利益調整機能を営みうるような方策を案出する必要がある。そのひとつは、「障害規定の障害規定」を間接反証的に運用するという発想である。「参照、賀集唱・判タ三五〇号五五頁以下」。私見によれば、たとえば、この運用のもとでの九五条は、本文・但書を総合した一個の障害規定と読み替えられることになる。すなわち、その主要事実「顧慮に値する錯誤の存在」であり、まず被告「錯誤無効主張者」が右主要事実を推認させる間接事実としての「要素の錯誤にあたる具体的事実」を主張することによって、九五条という争点を訴訟に持ち出し、右主要事実についての一応の推定をもたらす。これに対して原告は、「顧慮に値する錯誤の存在」の推認を動揺させるに足る間接事実を主張することによって、右主要事実についての一応の推定を破ることになる。この間接事実「重過失にあたる具体的事実」に限定されず、当該法律行為の当時に存在した諸事実をも含むことになる。この発想は、第一に、障害規定の援用者の要保護性を否定するという機能を「障害規定の障害規定」から抽出し、第二に、「その援用者が保護に値する限りにおいて」という限定を障害規定の主要事実に組み込むことによって、障害規定の主要事実の推定を破るに足る間接事実に右の機能を代替させるのである。

たしかに、障害規定のこのような運用は、要件事実論の基礎にある Satzbauthorie からの一定の離反を意味しており、また、従来の訴訟法学における間接事実の取り扱いとも抵触する側面をもっている。しかし、このような運用は

紛争実態を訴訟過程によりよく反映させることにつながるのではないか、と思われる。なぜなら、「障害規定の障害規定」の解釈によってはカバーできなかった諸事情を、再構成された障害規定を通じて訴訟過程に取り込むことが可能となるのみならず、「障害規定の障害規定」が明文化されていない条文「たとえば、一七七条」においても、障害規定の援用者の要保護性を障害規定の主要事実を組み込むことによって、この要保護性を否定するに足る間接事実「たとえば、背信的悪意者たる事実」を介して両当事者の適切な攻防を保障することが期待されうるからである。したがって、今後の課題は、裁判官コントロールや法的安定性といった近代法のイデオロギ―を継承しつつも、そのもとで生じた紛争実態と訴訟過程との乖離を埋めていくための方策を、既存の枠組みを見直しながら進めて行くことにある、といえよう。(原稿の性格上、文献の引用は必要最小限度にとどめざるをえなかったことを、お断りする。一九九〇・一〇・一五)

## 裁判官の立場からみた要件事実論

谷 水 央

寒竹判事は、現在司法研修所で採用されている要件事実論の概要について報告をなさいましたが、その中で私の関心を惹いたのは、主張責任と立証責任との関係についての部分であります。

寒竹判事によりますと、主張責任と立証責任の帰属は常に一致するものであって、例外はないということであります。確かに、主張責任の分配は立証責任の分配に従うというのが通説、判例でありますから、この通説、判例に従う限り、立証責任の帰属するところに主張責任も帰属する、というのが論理上当然の帰結ということになりそうであります。しかしながら、この論理をあまりに機械的に適用すると、不都合な事態が生ずるのではないか。私は日頃からこのように感じておりますので、以下具体例を挙げながら、若干申し述べてみたいと思います。

先ず第一は、履行遅滞による損害賠償請求の場合の「履行期に履行がないこと」の主張責任についてであります。司法研修所民事裁判教官室がまとめられた「民事訴訟における要件事実第一巻」によりますと、「履行期に履行があったこと」を被告が主張立証すべきであるから、「履行期に履行がないこと」については原告に主張責任はない、と説明されております。私もこの説明の前段部分、即ち「履行期に履行があったこと」は被告が主張立証すべきであるときされる点についてはそのとおりであると思いますが、後段の部分、即ち「履行期に履行がないこと」を原告が主張しなくてもよいとされる点については疑問を感じております。例えば、甲が乙から商品を代金前払いで購入し、平成元年

一〇月一日に引渡しを受けて有利に転売して一〇〇万円の利益を得る筈であった。平成元年一〇月一日は経過したが、(乙が引渡しをしないので)甲は転売の好機を失し一〇〇万円の得べかりし利益を喪失した。よって、甲は乙に対し一〇〇万円の損害賠償を求める。原告甲がこのような請求をしてきた場合に、もし甲の主張事実をすべて真実と仮定して、これを民法四一五条に照らしてみれば、甲の請求は理由があるということになります。ところが、甲の主張のうち括弧内の部分を削除してみますと、甲が転売の好機を失した理由が不明ということになります。ところが、甲の主張の理由にはならず、乙が引渡しをしたことも可能性としてはあり得ますし、甲が乙から引渡しを受けながら何らかの事情で転売の好機を失したのであれば、甲の請求は理由がないとされるからであります。そこで裁判所は、当然この点について甲の主張の欠如を指摘し、これを補充するように促すこととなりますが、それでも甲が自らの主張責任に属しない括弧内の部分は主張しないと頑張れば、裁判所としては、原告甲の主張はそれ自体において不完全であり請求を理由づけるに足りないとして、請求棄却の判決をせざるを得なくなるのではないかと思われれます。

第二は、無権代理人に対する損害賠償請求の場合の「代理権がないこと」の主張責任についてであります。先に挙げました司法研修所の要件事実第一巻によりますと、「代理権があること」を被告が主張立証すべきであります。先に挙げた「代理権がないこと」を原告が主張しなくてもよい、と説明されています。そこで具体例を挙げてみます。乙が丙の代理人と称して甲に対し丙所有の土地を売り渡したが、(乙にはその代理権がなかった)甲はその土地の所有権を取得できず、一〇〇万円の損害を被った。よって、甲は乙に対し一〇〇万円の損害賠償を求める。原告甲がこのような請求をしてきた場合に、もし甲の主張事実をすべて真実と仮定して、これを民法一一七条に照らしてみれば、甲の請求は理由があるということになります。ところが、甲の主張のうち括弧内の部分を削除してみますと、甲がその土地の所有権を取得できなかった理由が不明ということになります。そして、裁判所の求釈明にも拘らず、甲が(乙に代



理権がなかった)ことを主張しないと頑張れば、裁判所としては、原告甲の主張はそれ自体において不完全であり請求を理由づけるに足りないとして、請求棄却の判決をせざるを得なくなるのではないかと思えます。

以上二つの事例について検討したところからいえることは、主張責任と立証責任の帰属が一致するという原則には、主張を整えるためにやむを得ない例外を認めざるを得ないということであります。

ちなみに、レオ・ローゼンベルクは「証明責任論」(倉田卓次訳・全訂版六三頁以下)において、主張責任と証明責任の帰属は原則として一致するとの通説を正当としたうえで、「両責任のくいちがう個別の場合のあることまで否定されてしまったわけではない。例えば、債務不履行の二次的効果が主張された場合がそれである。……相手方の不履行による解除……これらの理由づけのためには、債権者は不履行の事実を主張しないことには主張自体が整わない。しかし……不作為債務の場合を除き、履行の有無についての証明責任は債務者に属するのである。また無権代理人に対する訴えでは代理権なしとの主張が不可欠であるが、……代理権の証明責任を代理人に負わしめているのである。この種の個別的事例は外にも考えられよう。」と述べております。なお、中野貞一郎教授は、「主張責任と証明責任」(判例タイムズ六六八号四頁)において、右の訳文のうち「債権者は不履行の事実を主張しないことには主張自体が整わない」となっている部分は、分かり易く意識されているのであって、直訳すると「債権者は自己の申述の合理性(Schlüssigkeit)のために不履行の事実を主張しなければならないだろう」となるとされ、「履行遅滞に基づく損害賠償請求の原告が不履行の事実を主張しなければならないのは、……訴えの合理性の要請による。そこでは抽象的に、『履行期に履行がなかった』と主張すれば、それだけで足りる。」と述べておられます。

私の調べた限りでは、主張責任と立証責任の帰属が一致することについて例外を認めない旨を明言しているのは、司法研修所の民事裁判教官の経歴を有する方に限られているようでありまして(笑)、多くの実務家や学者の方々は相当弾力的に考えておられるように見受けれます。司法研修所がこのように硬直した立場——表現は悪いですが——を

堅持しなければならぬ背景には、このように徹底しないと、司法修習生に対する要件事実教育がやりにくいという事情があるに違いないと思いますが、修習生はそれ程物分かりの悪い人達ではない筈ですから、柔軟な要件事実教育でも十分な成果を挙げられるのではないかと考えます。現に、債務不存在確認請求については、債務の存在について被告に立証責任があるけれども、訴訟物の特定のために「ある債務が存在しないこと」を原告が主張する責任を負うと教えておられるのでありますから、立証責任を伴わない主張責任というものも例外的にあり得ると考えていただいても、それ程の混乱は起こらないのではないかと思います。

以上、要件事実教育のあまりに機械的な運用についての問題点の一つを指摘した積りではありますが、誤解している点もあろうかと思えますので、よろしく御教示下さるようお願い致します。

# 法律要件求心型手続の問題点

井上 治典

## 一 「法による裁判」の硬直化——一般的傾向

(一) 民事裁判が「法による」ものでなければならぬのは当然である。問題は、法による裁判とはどのようなものか、である。

一般には、事実(小前提)に法規(大前提)を適用して具体的法効果を導くという法的三段論法(法基準による包摂モデル)が信奉されている。ここでは、法による裁判というのは、解決の内容面からみてあらかじめ定められた画一的な基準に合わせて結論を導くことを指し、裁判過程はその事件が法が予定している効果(権利義務の存否)を導くに足る要件を充足しているかどうかの吟味作業であると位置づけられる。このような思考は、法は現実社会に生起するすべての事件について唯一の正解値を指示する具体的規範を所与のものとして用意しており、裁判は裁判官がそれを発見または確認して当事者に宣言する手続きであるという見方に支えられている。法の予定している要件に弁論・審理を収斂し、その存否によって法効果が決まってくるとする「要件事実依存型」の訴訟観は、右のような法と裁判についての考え方に親しみやすい。そこには、その事件についての解決内容は必ずしも分明でなくなりが正しいかはわからないところから、当事者の相互作用を通じてその事件かぎりで解決案をつくり出していくのが訴訟であるという、裁判の創造的機能は理論上は認められにくい。

(二) 右の法三段論法は、しかしながら、いささか観念的にすぎるとのみならず、実定実体法規に対して過度の信頼をおきすぎている。また、紛争処理の場面での主体間のコミュニケーションの媒体が、唯一、実定実体法とその要件であるというのは、発想として硬直で貧しく、現実の紛争処理の要請をみたしえない。<sup>1)</sup>

第一に、実定実体法が現実に生起するあらゆる事件に適切な解決基準を提供できると考えるのは、実際から遊離しているし、実定法規でカバーされる事件であっても、個別事情の多様性を捨象して一般的抽象的な要件とその効果というかたちで定められた規範では、それぞれに個性をもつ多様な事件にはただちには対応できないはずである。

第二に、対立する紛争主体間で実効的な対話・交渉をはかるには、たしかになるべく客観的な「原則」を持ち出したほうがよいし、中立の第三者が解決案を提示するにあたっては、原則に依拠していることが受け容れやすい。けれども、その「原則」は、所与の実定実体法規だけでなければならぬというものではなく、社会的なコンセンサス原理―社会規範や人間の道理―もありうるはずであるし、それも、裁断基準というよりも戦略的なコミュニケーション媒体としての性質が強い。いずれにしても、媒体(原則)が画一的固定的な実定実体法規のみというのは、貧弱にすぎる。媒体は複数ありうるし、価値観が多様化した現在では、それは当然でもある。のみならず、基準がなければ裁判(紛争処理手続)ができないと考えるのが既成観念にとられすぎているともいえる(国会における議論、国際間の経済問題についての協議をみよ)。

第三に、包摂モデルは、事実(小前提)と法(大前提)とを不自然に峻別しているところがあり、法の創造における当事者のイニシアティブを視野に入れることができない。また、「権利」があるから「救済」がなされるという観念しかなく、救済手続を通じて権利が生まれる面を考慮していない。また、結果的、静止的な要件論に傾きすぎており、当事者間の対論の過程を規律する動態的理論にはなりえていない。

## 二 法律要件求心型の問題点の具体的揭示

それでは、法律要件を基軸にして、弁論をはじめから権利義務の発生要件、変更、消滅要件というような法規の要件事実<sup>1</sup>に絞り込み、判決においてももっぱら要件に該当するかどうかの作業から法効果を導き出すという手法は、具体的<sup>2</sup>にどのような点に問題をもつのか。

【例一】 Xは、Yの事務所<sup>3</sup>に事務用機器を納め、機器設置のための付帯工事をした。Yは、右債務の確立そのものは認めているが、すでに返済しているはずだ、としてXからの支払要求に対抗している。

このような状況でXが、代金請求の訴えを提起するにあたって、当事者間には争いが無いにもかかわらず、法規の要件の論理的順序にしたがって、債権の発生原因事実を—それぞれの機器の代金、付帯工事の具体的内容、契約の成立日時を明らかにし、場合によっては、売買と請負に仕分けしながら—具体的に主張しなければならぬのだろうか。Xは、請求を特定する程度のことを示せば、たんに代金いくらを支払えと訴えて、はじめから返済の有無に争点を絞り込むことができないだろうか。もし万一Yが、そんな債務を負った覚えはないと主張してきたときにはじめて、Xとしては債権の発生原因事実を明らかにしていけば足りると考えられないか。

これは、紛争の実態から離れて、法規の構造ないし権利の発生、消滅という論理的順序に即して訴訟手続を展開しなければならぬのかどうかの問題である<sup>2</sup>。

【例二】 別居中の妻から夫に対する離婚訴訟に付随して、妻の衣類および電気冷蔵庫の引渡を求める仮処分または訴訟が提起されたとする。衣類については所有権が妻にあるかどうかで決せられるとしても、冷蔵庫については、それを引き渡すことによって夫や夫と同居中の子供の生活にどのような影響を及ぼすか、妻がいま冷蔵庫を必要とす

るについてどのような事情があるのかなどの考慮が、冷蔵庫の所有権が妻にあるかどうかの考慮にくわえて、問題にならないか。仮処分については、保全の必要性との関連で、このようなファクターが考慮されるが、訴訟では純粹に所有権の有無だけで決せられるのだろうか。

〔例三〕 従業員の会社に対する未払賃金の支払請求訴訟において、会社の経営状態はどのようなものであり、経営が悪化しているとすれば、その従業員の活動が経営悪化に原因を与えたかどうか（たとえば、豊田商事のケースを想起されたい）、あるいは、その従業員がすでに他に職を得ているかどうか、などの具体的事情は、支払額に影響を及ぼさないか。

〔例四〕 債権者Aが債務者Bの家屋を仮差押えした。その家屋を第三者Cがとりこわそうとしている。AはCに対して、とりこわしの差止めを求めることができると思われるが（仮処分であれ訴訟であれ）、実定実体法規範として、AのCに対する差止請求権とその要件が所与のものとして用意されているだろうか。これは、権利とその要件を充足してはじめて具体的な救済が生じるのか、それとも、被侵害利益とその必要性があれば、救済手続が発動され、権利およびその要件はその結果として観念されるのか、の問題でもある。

サラ金などの債務者から債権者への取立禁止の仮処分についても、同様のことが言える。

〔例五〕 クレジットの代金請求を受けた買主（債務者）は、現在手もとには資金がないが、むこう三年にわたって月々五万円づつなら返済が可能であるとする。返済できなくなった事情いかによっては、返済期の猶予や、分割弁済を命じることは、判決においてはおよそ考えられないか。和解ではできることが、なぜ判決ではできないのだろうか。

〔例六〕 AとBとの間の一個のオレンジをめぐる争訟において、Aは身を欲し、Bはマーマレードを作るために皮が欲しいことが判明したとする。

けれども、オレンジの所有権はいずれにという発想では、皮と身を切り離しての解決は判決ではむずかしいと思われるとともに、そもそも「いかなる動機からオレンジを望んでいるのか」という紛争原因や利害の背景を弁論にのせていくこと自体、法律要件にとつては意味のないこととされよう。右の事情は、主要事実はもちろん、いわゆる間接事実にもあたらないとみられるからである。

### 三 問題点の整理

右三の具体例を手がかりとして、ここで、法律要件求心型手続の問題点を整理しておこう。

(イ) すでに一でもみたように、なによりもまず、画一的規範では個性ある多様な個別紛争についてその事案にもっともフィットした解決がもたらされにくいこと。いわば選択の幅が小さすぎるのである。

(ロ) 法律要件求心型の弁論手続では、紛争の原因や背景をとり込みにくく、また、当事者の利害や感情も法律要件には無関係なものとして排斥されがちになる〔例六〕。冷静な機械とのやりとりのようになり、人間と人間との生きたやりとりのためには欠けるものがある。

(ハ) 要件求心型の手続は、法が前提とする要件があるかどうかを吟味することが裁判の任務とされるので、過去に生起した事実の再現が中心課題となり、いわば「過去志向的」である。しかし紛争の解決にあっては、過去は過去として重要であるが、これから先に向けて当事者間の関係をどのように規律していくかが重要である〔例五〕。要件事実型では、この将来志向の要求に充分に応えにくい。

(ニ) 実体法の権利義務規範では、最終的なゼロサム方式の解決になりがちであり、暫定的なとりあえずの救済、状

況関係的な和解的な解決は、正面からはもたらされない。

(木) 要件求心型では、実定実体法規範の要件・効果に沿って訴訟活動を組み立てることになるので、紛争が法的に加工されがちになるのみならず、加工の技術や当否それ自体が争いの対象にくみ込まれる面がある。いわば、人為的な法専門家の論理や技術が、ナマの紛争や紛争当事者の意向から離れて、独立に争点をつくる、という面があるのである(「例一」)。素朴な利用者の要請から離反して、裁判過程をわかりにくく親しみにくいものにする傾向を助長する。

#### 四 要件型の「調整」——裏の論理と表の論理

けれども、現実の紛争処理の場面で、硬直で画一的な法律要件で形式的に割り切った解決が一般に実践されているとは考えにくい。当事者の利害や本音を探り、その事件の特性にふさわしい解決の努力が、現実の裁判の場では試みられているとみられるのである。いわばオモテの論理はちゃんと掲げながらも、ウラではさまざまな調整がなされて、それぞれの事件で落ち着くべきところに落ち着く努力がなされているとみられるのである。それでは、ウラの論理としての調整方法とはどのようなものか。(1)主張事実とその認定作業という領域での調整、(2)法律構成や法解釈レベルでの調整、(3)和解手続による調整、の大別して三つを挙げることができる。すなわち、(1)その事件に妥当な法効果を導き出すために、その要件にあたる事実の認定のレベルで調整したり、法効果の要件にあたる事実の主張があったとみなす(主張の擬制)という手法であり、これが無理な場合やこの手法では目的を達することができないときは、(2)その事件かぎりでは法解釈による妥当な法命題を設定するという手法がとられることもある。(3)については、和解の勧誘



は日常的に行われるし、<sup>6)</sup> いわゆる「和解兼弁論」または「弁論兼和解」という審理方式は、文字どおり、オモテの方式としての口頭弁論とウラの方式としての和解手続とを不可分一体に接合したものであり、実践のなかから生み出された柔構造の巧みな工夫であるといえる。

たしかに、このような裏での工夫や調整は必要かつ貴重な試みである。けれども、本来、裏の論理や慣行が重要な役割を果たしているとすれば、そのような論理や慣行をオモテに引き出したうえで、真に手続を動かす統一的な理論をたてる必要があると思われる。ウラの論理にこそくみとるべきエッセンスが含まれているとすれば、後景に埋没させるのではなくて、オモテの論理に引き上げて再構成を試みるのが、理論の側の課題であるといえよう。

現に、もし右のそれぞれの試みがウラの論理にとどまりつづけるとすれば、(1)については、当事者からすればいかなる間接事実や補助事実が主要事実にとってレレヴァントなのか、証拠資料の価値はどの程度なのかの見通しが困難である場合が多いので、これでは当事者からすれば見通し困難な裁判官の心証に向かって、「暗やみに向けて全力疾走させられる」状況<sup>7)</sup>になりかねず、手続の節々で納得しながら自己の役割の範囲内で対話的論争を展開するという目的は達せられにくい。弁論の活性化がもたらされにくいのである。また、(2)についても、当事者間の規範認識のズレや当事者と裁判所との間の規範認識のズレをいかにして弁論手続に顕出し、相互の議論の対象とするのかの問題を抜きにしては、語れない問題である。事実問題と法問題との流動的、あるいは相互依存的関係も、「何が法であるかは裁判所の専権である」というような既述の法三段論法的な思考では不充分であることを物語っている。

「和解」と「弁論」との二元的構成に対しても、これでは訴訟手続が建前中心の儀式（法廷弁論||オモテ）と、ドロドロしたくだけたもの（和解||ウラ）とに二極分解してしまい、真に有意義な統一的な審理方式は生まれにくい。必要な儀式や重装備は洗い落とすが、弁論が弁論であるために必要なエッセンスは残しかつ育成していくような一元的手続がいま待望されていると思われるのであって、ウラ（和解）の論理をオモテ（法廷弁論）の論理にとりこ

み、オモテの論理のもつエッセンスをウラでも生かしていくための工夫がなされなければならない。<sup>8)</sup>

## 五 ふくらみをもつ交渉型弁論

そこで、弁論や判決に際して、実定実体法規範の要件に収斂するという考え方ではなく、その事件の固有の経過や特質、紛争の背景や当事者間の利害の状況を取り込んだ、いわば「ふくらみのある」やりとりがもたらされなければならない。<sup>9)</sup>

### (一) 間接事実とふくらみ

しばしば、要件事実教育は要件だけでよいというのではなく、間接事実ないし事情も大切なのだ、この点誤解があると弁明される。訴状も、絞切型ではなく、事情を書いてほしいとも言われる。したがって、要件事実中心モデルも、その事件の実態に沿ったふくらみのある審理を当然予定しているのだ、と言われるかもしれない。

けれども、法律効果↓その要件↓(該当) 主要事実という枠組のなかで、主要事実との関連で間接事実の重要性を説くことと、本稿で私が言わんとする取引、交渉型の弁論に不可欠なふくらみとは、必ずしも一致しない。前者は、法規適用の前提としてその要件にあたる事実の存否をたしかめるといふ作業の過程である程度ふくらみますのであるが、後者はそうではなく、さまざまなかたちで相手方の応答を引き出し、当事者間の相互疎通が、訴訟内の整序された取引、交渉の発現として、そこに展開されているととらえるのである。したがって、主要事実との関連での間接事実の重視という論法では、ここでいう真の意味のふくらみはもたらされない。

### (二) 弁論主義とはなにか

民事訴訟の原則である弁論主義について、一般に、当事者が主張しない事実にもとづいて判決ができない主義をいうとされている。そこでは、判決との関係で、裁判官がどのような事実を採用できるか、が問題とされる。そうして、主要事実については当事者の主張を要する、とするのが伝統的理解である。

けれども、弁論主義とは、その言葉のとおり、当事者間の「議論」、「交渉」(Verhandlung)によって訴訟手続を進めていく主義を指す。判決の際の制約は、訴訟過程のこの原則の反映であり帰結にすぎない。そうだとすれば、弁論主義の本来の内実に即した弁論手続のあり方が改めて問われなければならない。

### (三) 画一化から個別化(多様性)へ

合理的画一的な基準にもとづいて普遍性をもつ統一的な解決をはかるのが、もっとも進んだ理論であるという西歐的な法観念が要件事実論を支えている。けれども、現在は価値観が多様化し、個別化、個性化の時代を迎えている。脱要件事実への志向は、このような新しい時代の要請にマッチしている<sup>10)</sup>。すでに、医学は患者の個体差に応じた治療のあり方を追求している。法学にあっては、個別事件の特性や紛争主体の利害に応じた解決のあり方が考えられてよい時期を迎えている。

### (四) 戦略、感情、エゴイズムのとらえ

請求のたて方、主張・立証の負担の分配を考えるにあたっては、相手方から応答を引き出すための戦略的要素を抜きにしては語れない。法規範の動員も、自己の要求や主張に客観的裏づけを与えるための戦略としての意義をもつ。

また、これまで法律学は、人間の感情やエゴイズムという、「人間が人間であるかぎりにおいてもっているきわめて自然な特性」を意識的に排斥したうえで理論を構成してきた。法律要件論は、その極であるとも言ってよい。けれども、訴訟になったとたん人間のものをすべて切り捨てて理性人のみとしてふるまうなどということは、およそ不自然であり不可能なことでもある。戦略、感情、エゴイズムなどの人間的要素をとりこみ正当に評価したうえで、ふ

くらみのある、まさに人間的なコミュニケーションの理論をたてるべきであろう。<sup>11)</sup>

### (五) 専門家による専門家のための理論からの脱却

訴訟内コミュニケーションを「わかりやすく」、「生き生きしたもの」にするためには、当事者本人が法専門家に共通の一般的規範に即して法専門家の用語で討論を行うのではなく、自らのコトバと素人の日常的感觉で、個別事件の特性とそれぞれの利害や背景事情を明らかにしながら、疎通をかわす必要がある。

### (六) 交渉の継続の認知

法律要件求心型のモデルは、法規範を適用して紛争を解決することに訴訟の役割を求めようとする。しかし、紛争は訴訟で終局的に解決されなくてもよい。訴訟から出た後に、当事者間の交渉をあるべき姿に復元できれば、それで訴訟手続の役目は十分に果たしている。<sup>12)</sup> 争いは、続いていくのである。それは、交渉手続としての訴訟の延長であるのである。

### (七) 「請求」の位置づけ

ふくらみのある弁論を達成するためには、「請求」についても固定的な判断対象とのみみるのではなく、被告の弁論を引き出し相互疎通を円滑にするための手がかりまたは契機としての側面にも着目していくべきである。<sup>13)</sup> すなわち、請求としての権利または法律関係の成立要件の吟味作業が訴訟の中心課題であるというよりも、さしあたっての要求を原告が示すことによって、被告が対応するための枠ないし筋道を限定しているとみられるのである。したがって、事案の解明や被告の対応によって請求も変わりうるような流動性をもっているとともに、必ずしも「請求」の枠にとられない弁論も必要な範囲で許されてよいと言える。請求は、コミュニケーションの媒体であり、ひとつの手段にとどまる、とみられる。

### (八) 利害関係人のとり込み

権利義務の体系に即して原告が被告を選定して訴訟関係に突入した場合、当事者と紛争関係人（当事者以外の関係者）との間にある種の断絶や異和感を生みやすい。原告と被告とが紛争母体から浮きあがるのである。したがって、この断絶や異和感を解消するために、主体の面でも、必要な範囲で適宜ふくらませることが考えられてよい。第三者の関与を弾力的に認め、主体面での紛争の拡大を常に予定した訴訟手続を構想すべきである。すでに、和解手続では、第三者の関与がかなりゆるやかに認められているが、判決手続については、第三者の参加や当事者の追加の現行理論はこのような要請に応えるには、やや硬直にすぎるとする。谷口安平教授の「メリーゴーランド方式」の理論は、この意味で評価できる。<sup>14</sup>

### （九）サンクションのとらえ方

これまでの法律学は、秩序の回復のために、刑罰や損害賠償、失権などの「懲罰的サンクション」を課すことで対処しようとしてきた。けれども、よりよき人間関係の達成のためには、このような負のサンクションばかりでなく、「報償的サンクション」、すなわちプラスのサンクションをとり入れることを考えるべきであろう。マイナスのサンクションだけでは、人間関係を重苦しくするばかりである。訴訟内コミュニケーションについてはいえば、一方が自己の役割を尽くしたのに相手方がそれに応じた役割（たとえば主張や立証）を尽くさない場合には、相手方に負のサンクションをかけるのではなく、役割を尽くしているこちらの当事者の側に今後の負担を軽くしてやる。報償的サンクション——ことを考えるのである。それ以上の具体的な主張や立証をしなくても手続を進めることができるようなコミュニケーションの法則を設定する、というようなことがその一例である。<sup>15</sup>これだと、相互疎通が「楽しく」、「生き生き」してくるし、相手方の選択の余地も大きくなる。

（一）わたくしは、実定実体法の要件||効果モデルに疑問を呈してきた。井上治典「民事裁判における制定法の役割」ジュリス

ト八〇五号一四二頁、同「紛争処理機関の多様化のなかでの訴訟の選択」ジュリスト八七五号一一一頁。

これに対し近時、田中成明教授は、「一般的な法準則への準拠という制約原理や要件効果モデルの機能を、井上のようにもっぱら否定的に評価するのは一面的にすぎるのではなからうか」、「訴訟だけでなく、訴訟外方式においても、井上のように、制定法の役割を軽視することには賛同しがたい」と批判して、内容的正義、実体的正義の役割を重視する立場を鮮明にされている（田中・法の考え方と用い方三四一―二頁）。

また、吉村徳重教授も、近時の民訴法学における手続保障論の新潮流が、「手続過程の視点を徹底するがために、もはや実体法規範は殆ど意味をなさないというのであるとすれば、そこまでは私としてはついていけない」とされ、実体法規範を動態的な取引交渉ルールの大枠を定めたものと解釈して、実体法の訴訟内弁論規範としての役割を軽視すべきでないことを指摘されている。吉村「民事紛争処理の多様性と訴訟機能の展望」法政研究五一巻一号一五七―一五九頁。

これらの批判は、たしかにもっともなところがあり、私の主張がやや極端であったかと反省しているが、要件事実論に代表される実体法の要件効果モデルが、個別紛争の特性と紛争の背景や当事者の意向などを捨象した画一的、典型的基準論であるという現実を前にして、田中、吉村それぞれの立場が、結果的には他律的な要件効果モデルの問題点にどこまで有益な働きかけをなしうるかが気になるところである。また、実定法規範の役割を認めるとしても、それはあくまで「ひとつの原則（客観的視点）」であって、それしか解決指針がないというほどの唯一絶対性は認められないのではなからうか。なお、権利構成が訴訟を重たく不透明にしていることについては、井上治典「裁判手続の手軽な利用のために」紛争処理と正義（竜寄還暦）四五頁。

(2) 新堂幸司ほか「弁論の活性化」ジュリスト七八〇号四五頁における井上正三発言が、すでにこのことを指摘している。

(3) 上北武男「離婚をめぐる仮処分」宮崎富哉||中野貞一郎「仮差押||仮処分の基礎」一一八頁。

(4) 谷口安平「権利概念の生成と訴えの利益」講座民事訴訟二巻一六三頁以下は、紛争処理手続を通じて権利が生成されるメカニズムを描き出している。井上治典「裁判と法」法学教室一一五号二二頁も、救済が先行する旨を説く。

(5) フィッシュャ||ユーリー（金山||浅井訳）「ハーバード流交渉術」一〇三頁に引用されている例である。

(6) 和解手続では、当事者それぞれの思惑や利害の状況が可能なかぎり顕出される。草野芳郎「和解技術論」判例タイムズ五八九号八頁以下。法の定型性と実情との乖離を埋める努力が、和解手続を通じて試みられているともみられる。座談会・「和解と訴訟運営」後藤||藤田編・訴訟上の和解の理論と実務一三八頁。実践に基づいての和解についての貴重な洞察として、伊藤博「和解勸試の技法と実際」司法研修所論集七三号二二頁以下。

- (7) 新堂ほか「弁論の活性化」ジュリスト七八〇号六三頁における井上正三発言。
- (8) 実務が建前だけで動いていないことを明らかにしつつ、手続を動かすウラの論理をオモテにとり込んで議論する必要性を示唆するものとして、吉村井上(正)谷口ほか「ミニ・シンポジウム、民事裁判における制度の論理と現実の運用―架橋の途はあるか」民事訴訟雑誌三五号一〇九頁以下。
- (9) 棚瀬孝雄・本人訴訟の審理構造は、ふくらみと絞り込みとの間の葛藤を示した有益な論稿である。また、法社会学の観点から交渉過程における当事者の行動と規範の問題に焦点をあてた論稿として、和田仁孝「裁判外交渉過程の構造と制御(一)(二)」民商法雑誌九二巻四号五〇四頁、五号六三四頁。
- (10) 近時、あらゆる分野で、個々人に過度の画一性を強いた効率社会から、個々人の多様性を支援する意味システムの時代への転換が進められている。哲学、社会学のみならず、建築学の分野においても然りである。黒川紀章・共生の思想一六頁。
- (11) 竜崎喜助氏の近時の問題意識は、紛争の人間学を見すえたいうえで、その処理手続を考えていこうとするところにあるように思われる。たとえば、同・裁判と義理人情(一九八八、筑紫書房)。
- (12) 訴訟の役割については、井上治典「手続保障の第三の波」新堂編・特別講義民事訴訟法八〇頁、同「民事訴訟の役割」岩波基本法学八一五三頁など。判決が自己完結的に紛争を解決するものでないことをいちはやく指摘したものとして、井上正三「訴訟内における当事者の役割分担」民訴雑誌二七号一八七頁、同「シンポジウム・紛争解決と裁判」民商法雑誌七五巻一号七五頁の井上正三発言。
- (13) 井上治典「請求の特定」これからの民事訴訟法四七頁、井上正三「既判力の客観的境界」講座民事訴訟六巻三二六頁は、このような手続志向的な立場を示す。訴訟過程を取引行動とその誘発的観点でとらえる水谷暢「紛争当事者の役割」講座民事訴訟二巻三一頁によっても、「請求」の役割はコミュニケーションの手がかりとして位置づけられるものと思われる。
- (14) 谷口安平「多数当事者訴訟について考える」月刊法学教室八六〇号八頁。  
近時のこの領域の民訴法理論の動向については、さしあたり、高橋宏志「多数当事者訴訟論の現状と課題」民事訴訟法の争点(新報)一二二頁。
- (15) 水谷・前掲論文の行動誘発論によればサンクションの発現はそうなるであろう。文書提出命令義務違反をこのような角度から理論構成を試みたものとして、佐藤彰一「文書提出命令」講座民事訴訟法五巻二七一頁。

## 要件事実論と民事訴訟法学

河野 正 憲

北九州大学の河野です。お手元のレジメにそって、お話を進めて行きたいと思っています。

私の主たる関心は、近時とみに議論されております「要件事実論」というものが、特に民事訴訟法学について持っております係わりでして、この点について、若干、考察を試みたいと思っています。

要件事実というものは、訴訟上様々な意味、あるいは機能を持つのでありまして、その中で、一つの問題として、要件事実の教育上の配慮があったと思います。要件事実を考慮せずに書かれた訴状あるいは答弁書が、従来、非常に問題になっていたということから、司法研修所を中心として要件事実の教育を始めるようになったことがあるわけです。同じ様なことは、ドイツでもありまして、例えば、実務家になる場合に大学における理論的教育と、次の段階での実務教育がありますが、その繋ぎとして要件事実教育のようなものがあり、そのための書物等も出版されております。この意味で、教育的観点から要件事実論を考えることも大変重要ですが、ここでは、主として理論的な関心から、民事訴訟法学の立場から、この問題を見ていきたいと思っています。

いま、寒竹判事さん、それから、西田弁護士さん、津田弁護士さんからお話がありましたように、要件事実というものについての見方というものにつきまして、裁判官からみた要件事実の見方と、依頼人である訴訟当事者と面談をして、具体的な訴訟事件に汲みあげていく弁護士さんとは、相当に要件事実というものについての見方が違ってき



ているというふうに考えられます。つまり、これはさきほどの議論の中に出てきていることですが、適用すべき法条項がはっきりした段階で問題を立てていくという場合と、それから、非常に星雲状態のなかで、どういうふうなかたちで手続きを進めて行ったらいいかという段階で要件事実が働く場合とでは相当に違う機能を持ちうるのではないかと思います。従来、民事訴訟法学でもこの様な議論が為されていたわけですが、しかし、その主たる関心は、主要事実と間接事実の関係だとか、主張責任と立証責任の関係だとかの問題でした。そういう意味では、先ほど司会の吉村先生がおっしゃいましたように、判決効からの問題の立てかたであった、判断をするという段階で当事者の主張がないという場合にどうするか、ある事実の存否に十分な確信を得ることが出来ないばあいはどうするかという段階での議論であったというふうに思う訳でございます。しかしながら、民事訴訟法学の最近の議論は、判決の段階からさらに手続きの過程というものを動態的に把握していこうという方向が非常に顕著でございます。こういったような議論は、既に学説史的には、古い時期から、例えば、ドイツのゴールドシュミットの訴訟状態説といった議論の中にあるわけですが、しかし、その中で出てくる議論といましてもやはり判決が中心であったといわざるをえないのであります。裁判官の判決を中心として見込みと負担というようなかたちで訴訟の過程を総括していくという方向であります。しかしながら、そういったようなものではなくて、もう少し、裁判の過程に立入って分析あるいは考察をしてみようというのが最近の一つの方向ではないか、というふうに思うわけでございます。わたしの関心というのも主としてこのようなものでして、この様な立場から見たいと思っております。

前提といたしまして、従来、要件事実論の特徴とされてきたものを、いくつか思付くままにざっと見ておくことにしたいと思います。一つは、要件事実論というものは、裁判規範として民法というものをとらえていくということでございます。従いまして、そこでは、民法の法規定というものを、これは解釈等も含まれることになるわけですが、これを中心にしまして、これを大前提とし、事実を小前提として結論を出していくという、法的三段論法あるいは包摂

という考え方が、典型的なモデルであろうというふうに考えます。そういったしますと、そこでは、実体法の法規というものは、所与の前提として考えられておると言えます。もちろん、ノーマルなケースですと、そういった事になるのかもしれませんがこれが一つのモデルとされています。そして、その実体法の構造といったものに主張責任・立証責任といったものを加えまして、実体法上の要件といったものを再構成していくという考え方であろうかと思えます。その際に、一つの前提がございまして、そういう実体法上の要件たる事実が証明出来ない場合には、その事実はないものと考え、このばあいには、この事実はないわけですから、その法規は適用出来ない訳でして、法規不適用説と言われているわけです。もっとも、民事訴訟法上立証責任論で、法規不適用説が全てを支配しているわけではございません。真偽不明のばあいには、実体法とは異なった、立証責任規範というものを考えましてこの場合に、法規を適用すべきかどうかを決める、もうひとつ別の規範があるという議論があるわけでございます。しかし、現在の要件事実論は、実体法の求めるそういう要件事実が証明出来ておらないという場合には、これを適用しないというかたちで議論が為されているわけです。根拠としては、それが分かり易いということが言われているわけです。

次に、主要事実・間接事実の区別ということが言われています。学説上は、主要事実という概念が必ずしも一義的でないということが指摘されています。総体的に見まして、これも、判決という段階を故郷として、それを訴訟過程に投射していくという考えかたであるとおもいます。しかし、近時の民事訴訟法学が、訴訟の過程に注目していることは、度々述べたとうりです。これは、裁判所の裁判というものが、結局、当事者が求めたことに対する回答であって、裁判所の裁判が出発点ではないわけでした、当事者が争ったその結果について判断するという点に主眼があるわけ、過程の方から、物事が始まるのではないかと思えます。

このような立場からみますと、そういう訴訟の過程を制御する一つの手段として、要件事実というものがはたす機能が問題になってくるのではないかと思えます。そして、このような、要件事実のはたす制御機能の中心は、やはり、

当事者なのではないか、民事訴訟法上は、原則として処分権主義・弁論主義が妥当しているわけでありす。すなわち、当事者が設定した対象に裁判所が判断をするということをごさいますして、制御の主体は、当事者なのではないかということが問題になってくるのであります。ただ、当事者と言いましても、当事者本人であるのか、あるいは、代理人であるのかという点は非常に大きな問題がございまして、当事者自身は権利がどうかというよりも、端的に争いを解決してもらいたいということにもなるわけですが、要件事実はそのための手段として代理人によって使われることになるわけです。この、代理人と当事者の関係ということも大きな問題として出てくるわけです。いずれにしても、ここでは、当面、弁護士が付いた事件を中心にししまして、手続中の当事者間のやりとりということを考えますと、要件事実の一つのコミュニケーションの手段として働きうるというふうに思います。また、裁判所は、それにもとづいて事実あるいは事案の解明をし、また、訴訟指揮をするということになります。ただ、この裁判所による争点整理には、積極面と消極面が有るわけで、一方で、争点を整理して、審理の無駄を省くという面がありますが、他方では、当事者自身としては、言いたかったことを十分に言えなかったという処理がなされると、運用上は大変問題がでてくるだろうと思います。

特に、要件事実論で問題になりますのは、実体法が明確である場合はよいのですが、これも程度の問題でして、実体法規範につきましては、必ず、解釈および紛争の実態との関係で新たな権利関係が形成されるというようなことが、色々出てくる訳であります。その際に、当事者は、その新たな解釈、あるいは、法的な視点といったものを出していく、つまり、当事者が出ていくということが重要になってくる訳です。例えば、公害事件等々を考えてみますと、そういうことがよく見られるわけです。その場合には、間接事実や事情といったものが、新たな解釈や権利関係の新たな形成の正当性や説得性を考えるうえで、非常に重要な機能を持つのではないか、と思えます。

これとは別に、和解の場合にも同じように、事情というか、紛争の全体像といったものが重要な意味を持つことに

なります。

このように、厳格な要件事実による訴訟指揮は、非常に問題が出てくることとなりますので、柔軟にこれに対処する必要があるかと存じます。

また、訴訟の過程でこの三段論法、あるいは、包摂というものの持つ意味については、判断の過程で持つ意味と、判決の理由付けというところで持つ意味とは、若干食違ってくるかもしれません。特に、理由付けは、特に、上訴において大きな意味をもつことになるわけですし、ここでも、包摂の意義付けが出てくることとなります。

以上は、包摂モデルを中心にしたものですが、これとは全く異なるモデルも考えられる訳ですし、それは、交渉モデルを中心にしたものになるかと思えます。

訴訟の過程における要件事実には、いろんな機能があるわけですが、脹らみのある、柔軟な要件事実論というものが求められることになろうかと思えます。そして、紛争実態の把握という点からみますと、例えば、弁論兼和解などによる早期の把握、そしてそれによる、要件事実の再検討、あるいは、把握された実態による法的问题の、裁判所と両当事者との間での討論が重要な意味をもつことになるのではないかとおもいます。この様な、訴訟の過程における当事者の議論のなかで、要件事実の一つの重要な意味を持ちうるのではないかと考えております。

# 要件事実論展望

吉村 徳重

## 一 要件事実論への二つのアプローチ

要件事実論のシンポジウムを開くに当たって、御報告をお願いした裁判官、弁護士および学者の方々とは数回にわたって準備会をもち、議論をしてきた。そこで確認できた要件事実をめぐる議論を司会者として私なりに整理をして、シンポジウムにおける討論の導入としたい。

(一) 周知のように要件事実をめぐる議論には多様な広がりが見られるが、これを大別して三つのアプローチがあるということが出来る。第一は判決志向型の要件事実論である。これは法に事実をあてはめて判決の結論を導くという包摂モデルを前提とする。判決をするためには実体法の法律要件に該当する事実である要件事実を明確にすることが不可欠であるとする見解である。判決書きのテクニクとして主張・立証責任の分配による要件事実の分類が行われ、判決における要件事実の分類を前提として、これが訴訟過程に反映して当事者の主張・立証および裁判所の訴訟指挿の指標となるというのである。伝統的に裁判所にとられてきた要件事実論である。

(二) これに対して第二に、訴訟過程志向の要件事実論があると考えられる。これは第一の判決志向型の要件事実論では実体法やその包摂作用が、平面的静止的にとらえられているがために、訴訟過程における動態的な弁論の展開を十分に把握しえていないのではないか、その結果、場合によっては訴訟過程における弁論の柔軟な展開を妨げること

にならないのかという批判から出発する。実体法やその包摂作用を判決レベルではなしに訴訟過程において動的に把握しようとする。訴訟過程における当事者の主張・立証の対象としての要件事実はよりふくらみのあるものとして把握され、いわゆる主要事実と間接事実や事情との相互関係はより浮動的なものとなる。間接事実や事情をも含めた紛争の実態や真の争点が模索され、「事件のスジ」が重視される。包摂モデルの前提となる事実や法的評価は訴訟過程において動的に形成され、最後に判決に収れんして行くのであってその逆ではないという立場である。

(三) 第三に、全く新しい視点からのものとして交渉モデルによる要件事実論がある。これは後に井上治典教授の報告において具体的に示されるように、「要件型弁論」と対比した「交渉型弁論」を志向し、事件の背景や当事者双方の感情的要素までもとり込んだ和解的な弁論を想定する。いわゆる「和解兼弁論」のメリットをむしろ原則化し、判決もまた和解の延長線上に位置づけようとする。当事者の主体的な選択・交渉の過程の中から、将来志向の暫定的な判決が可能となると主張する。要件事実論もまたこのような脈絡のなかで把握され、その問題点と限界が問われることになる。

## 二 若干の論点

このような要件事実をめぐる視点の差異は、具体的に様々な論点の把握の違いに由来するものと思われる。若干の論点をあげれば次のようなものがある。

(一) 第一に、訴訟によって処理しようとしている「紛争」をいかなるものとして把握しているのかという論点がある。包摂モデルは紛争の法的側面を切り取って処理しようとしているが、訴訟過程の動的な展開によってどこまで

「法的紛争」を紛争の実態に迫ったものとして構成しうるかが問われているといえる。これに対して交渉モデルは当事者の感情的要素までもとり込んだ生活紛争を処理しようとしているといえる。

(二) 第二に実体法規範の位置づけが異なっている。包摂モデルでも、実体法の静止的既存性を前提とするか、動的展開性を強調するかによって視点の差違を生む。交渉モデルは実体法を戦略的手段的なものと位置づける傾向がある。

(三) 第三に、「事件のスジ」や真の争点と要件事実との関係をどのように考えようとしているかという論点がある。要件事実とされるものが「事件のスジ」や真の争点から外れたものであってはならないことはいうまでもないが、静止的包摂モデルだけではこれを保障することにはならない。そうであるとすればこの保障はどこに求められるのか。

(四) 第四に、訴訟上の和解が強調され、和解兼弁論が一般化するところでは、訴訟過程においてこれをいかに位置づけるのが問題となる。交渉モデルが和解的な弁論を志向することは前述したが、包摂モデルではどうか。要件事実とはどのように関連するかが問題となろう。

(五) 最後に、裁判所における紛争処理が回顧的なものか、あるいは将来志向的かという論点がある。交渉モデルによれば将来志向的な紛争処理が可能となるが、包摂モデルではどうか。回顧的な処理に止まらざるをえないのはいかという批判があるのである。

# 89九州法学会シンポジウム

## 『要件事実論』

### 【発言者】

- 井上 治典 神戸大学法学部教授  
加波 眞一 北九州大学法学部助教授  
河野 正憲 北九州大学法学部教授（現 東北大学法学部教授）  
寒竹 剛 福岡地方裁判所判事  
児玉 寛 大阪市立大学法学部助教授  
後藤 巖 九州国際大学法学部講師  
坂井 芳雄 弁護士・東洋大学教授  
坂口 裕英 福岡大学法学部教授  
谷水 央 福岡高等裁判所判事（現 熊本地方裁判所所長）  
津田 聰夫 弁護士  
西田 稔 弁護士  
廣尾 勝彰 久留米大学法学部講師  
舟橋 諄一 九州大学名誉教授  
簗田 孝行 福岡高等裁判所判事  
矢頭 直哉 公証人  
吉村 徳重 九州大学法学部教授

## 討論の部

### 【吉村】

まず、質問用紙を戴いた方がいらっっしゃいますので、それから始めさせて戴きたいと思えます。まず福岡高裁の簗田判事から、要件事実論の不都合を具体的に示して欲しいということと、井上会員への質問がございますので、要旨を御発言戴いてよろしいでしょうか。

### 【簗田】

福岡高裁の簗田でございますが、今日、寒竹判事の方から御報告がありました通りに、私どもの方は要件事実論を実は非常に重要なものとして考えて日々仕事に取り組んでいます。今日、弁護士、学者の方からも、要件事実に対して一種の懐疑的な見方を御披瀝になった訳ですけれども、私どもの方からいたしますと、適正かつ迅速な裁判をするためにこれは非常に大切なものだと実は考えています。これに御批判なさる方は、場合によっては、誤解に基づいて批判をなさっているところがあるかもしれませんので、是非具体的な例をお願いしたい。それから井上先生の今日のお話は判決に対して過大な要求をなさっているのではないかと、井上先生のおっしゃるような要求を判決手続きに反映しようといえますと、適正かつ迅速な処理というのがうんと後退するのではないのでしょうか。

（五十音順）



今日のレジュメの例の一でお出しになっているように、端的に代金を払えというふうに言えばそれで裁判所はそれに乗っかってくれないかという点ですが、判決手続きを前提に考えますと、請求の特定もなくて、ただ単に代金を払えというふうに出してきた場合に、相手方が出てこなかった場合に、私どもは常にこれで欠席判決ができるかということを考える訳でございます。また、既判力はこの場合どのように考えたらよいのでしょうか。例の二に関していいますと、これは現在の制度の中でもいわゆる財産分与というやり方で解決可能ですから、特に問題にはならないのじゃなからうかと。例三についていいますと、会社側の経営状態とか悪化への寄与とか、こういうことが支払額に影響を及ぼさないかということになりますと、これはまた大変なところに頭を突っ込まなければいけなくなつてこれこそ迅速という観点からいったらとてもじゃないけれど耐え難いと思います。従業員の他就職の有無という点につきましては、中間利益の控除ということで実務上は解決済の問題ではないでしょうか。その他いろんな問題が派生し、井上先生から御指摘になっている点につきましては、判決の効用とその限界というものを考えますとき、余りにも過大な要求を突きつけられているような気がいたしました。大変だなあという感想を持ちました。

### 【吉村】

第一の質問について、要件事実論で不都合なところを具体的

に示せという点につきましては、これは井上会員に対してだけの質問ではないと思えますので、第二の質問について井上会員に答えてもらう前に、他の方からもご発言をお願いします。まづ河野さん、何かありますか。

### 【河野】

要件事実論そのものといえますか、要件事実論の論理的構造ということではなくて、これを訴訟の審理の過程の中で重視していくという運用の場合に出てくる一つの問題点として、例えば非常にオーソドックスといえますか伝統的な解釈によると、その主張自体が失当になるのではないかとみられるような場合に、早々に審理を切り上げるといようなことがあり得るわけです。ところがその問題につきましては実は新しい法解釈が問題になっておると、当事者の側ではいいたいこともあります。そのためにはもう少し事情など、それから事件の全体像というふうなものを裁判所に知って戴いて、従来のそういう法解釈ではどうも不都合な部分が出てくるというようないたい事例が多々あると思うんですね。例えばひとつの、ちょっと特殊な例かもしれませんが、前にちょっと取り扱ったケースなんです。相殺につきましてはいろんなことが言われておる訳ですけれども、破産などになりますと最近では同行相殺などを中心にして相殺権の濫用論といったような議論が出てくる訳ですが、そういったような場合に実体法上の規定自体を見ますと、どうももうそういうようなことは余り問題にならない。例えば

破産法の規定（破一〇四条）にも違反していないというような場合に、主張自体失当であるというような形で、その論点も面白いじゃないかというような形で切られたりしますと、そういう要件事実を主にして審理を進めて行く場合のあり得る弊害としてですね、そういう非常にきつい審理になってきますと困るわけです。これは運用の問題ですから、構造では全くない訳ですが、そういう形で要件自体が疑問になる問題などが出てくる。あるいは新しいいろいろな法律が予定していないような事例に絡む問題などについては、常にそういう要素が出てくると思います。例えば従来の公害紛争などにつきましても、おそらく弁護士さんが新しい視点を出して、おそらくこういったような場合には事件の重要性ということを裁判所に知って戴くというふうなことで、問題の深化といえますか、発展というふうなことがおそらくあったというふうに思うんですが、そういうような要素を、そういう要件事実を中心にした審理の中にですね、取り込むような工夫が必要ではないかということでありまして、要件事実論の相対比が必要なわけです。別にこれは要件事実そのものに対する批判ではございません。私の方の問題提起はそういういったようなことでございます。

【西田】

私、最初に申しましたように弁護士の中で、まあ要件事実論ということは何をさすのかということも問題かと思うんですがね、権利の発生が法律の決めている様々な要件の事実があるか

どうかということを基礎に進むというようなことは当然頭にある訳だと思えますよ。それで、ただ紛争解決という弁護士の課題といましようか、仕事にとって要件事実論が具体的にどのような役割を果たすのかという点ではですね、余り要件事実論の機能を過大に評価すべきではなからうという気がする訳です。とりわけ特に要件事実論が機能するのは裁判の過程です、実際問題むしろ要件事実、社会的な事実としては要件に適合する事実があるのかないのか、その辺がよく分からないというところから紛争が発生することが多い訳ですし、単純に主要事実があるかないかということですね、決まらない紛争が殆どであるということからすると、実際の訴訟を進める過程でもですね、原理論としての要件事実論は当然役割ある訳で、そこを頭に置いて進める訳ですけども、紛争処理の過程の中ではもつと様々の要素がですね、私どもの頭の中心を占めておるといふようなことを言おうとした訳で、要件事実論そのものが価値がないとか、というふうなことじゃ全然ありません。特に裁判、どうも感じとしてはですね、判決書を書かれる、要件事実論に沿って書いて戴くと分かり易いということは確かにございますけどもね、ただ紛争の実態から余り離れるといかんのではないかと、実態はかなり要件事実論の原理論では切れない面があるのではないかということと言いたかったということですね。

【津田】

私の場合には裁判官の方の議論とそう大きく違っていない

んですが、要するに事情をもう少しきちんとした形で、何らかのはめこみというか、しなければいけないというふうに思っている訳なんです。要件事実で整理した後、それだけでは駄目だと、事情も書きなさいという指導がされているんですけれども、どう書くのかと。そういう位置づけというか、どういう内容をどう書くのか。これまでは、さっきちょっと言いましたけれども、裏通りで言いたいことや何やら色々全部出ているけれども、制限なしなんだけれども、表通りで文書に書く訳ですから、事情が紛争解決にとって、道筋にとっても非常に重要だということはいくら強調されてもその通りだということになっても、要件事実の書き方は色々習っている訳ですけれども、どういうふうに事情を書き込むか、どこまで書くのか、そういったことについてもう少し議論しないと、事情は書かなければいけませんよ実務ではというだけでちょっとまだ、要件事実を機能させるために事情が必要だということは分かっているもなかなか難しいのではないか。その点を少し、我々実務家としてもどういうふうにしたらもっと近道で、真っ直ぐ解決の方向というか裁判の進行に役立つかと考えている訳ですけれども、そういった点でちょっと教育が若干偏っているという感じは否めないというふうに思っております。要件事実そのものは、やはりそれで裁判を進めていく以外に基本的にはないと思っております。

### 【寒竹】

簡単に言いますけれども、我々はですね、やはり当該紛争が

いったい、本当に紛争としてはどういうものであるかというのは本来要件事実に反映されるべきものであるという考えは持っている訳です。この紛争解決について、しかし裁判である以上はですね、要件事実として組み上げられないと駄目であると、判決手続きにおいてはですね、少なくとも。しかしそのための模索といえますか、当事者も裁判所もですね、紛争の適正な解決のためには今主張されている要件事実で充分かどうかというのは裁判所自体も考えている訳でありまして、そのために必要な限りにおいて事実とか事情とかですね、間接事実といったものを主張されることはむしろ必要なことであるというように考えております。以上です。

### 【吉村】

一方の要件事実と他方における事情であるとか、あるいは紛争の実態であるとか、そういうものがどういう関わり合いをもつのか。事情などの主張の中から出てくる紛争の実態を把握することによってそれを要件事実にできるだけ適切に反映するように構成したいというのが、今の寒竹さんのお話ではないかと思うんですけれども、しばしば事件の筋から見てこの判決では落ち着きが良くないということが言われることがあります。そういう点につきましてもう少し裁判官の中から、要件事實は問題だというような発言がございましたらお聞きしたいと思います。元裁判官の矢頭さん、何かございませんでしょうか。事件の筋というのを重視しておったということを聞いておりますの

で、もしお聞かせ戴ければありがたいと思います。

【矢頭】

実は、私は四年前に退官したんですが、そのときに若い判事補の方が話を聞きたいということで、そのとき民事裁判の進め方についてまとめて五、六枚のワープロで打ったものを差し上げたのですが、これを今度寒竹さんにも読んでもらって、その他のこの春に宮崎でのこの学会でやはり発表をもたれた寺尾さんにも読んでもらったり、それからもと陪席しておった人なんかにも少し配ったりしたんですが、その中にだいたい書いてあるんですけれども、先程来ことに寒竹さんが申し上げたように要件事実というのは訴訟を進める上の重要なことであるけれども、民事裁判というのはそれだけではないと。結局紛争を解決することが訴訟の目的だというのが私の立場でございます、結局そのためには紛争が何であるかということをよく理解するのは単に要件事実を知ることだけではなくて、中には、私控訴審を一〇年近くやったんですが、要件事実を解釈しただけで終わってしまったんじゃないかというような審理が見られるような事件がちよくちよく来たりするものですから、これはちょっとと研修所の要件事実論が行き過ぎたんじゃないかということすら考えられたような事件があったんで、私は若い方にはですね、要件事実で事件をいっぺん判断した後でね、まずそれが常識にかなっているかどうかを再チェックせよということをまず言ったのがひとつと、それから先程弁護士さん方が申されたように、

事件というのはまあ法律的に見ればそれぞれ理由があるけれども、その起こす人の心理とか感情ですね、そういうものが背景になっておることが非常に多いんで、そういうものも理解せねばいけないと。そのためには裁判官自体が非常に、そういうものを見るフランクな精神状態でなくてはならないということと、それからだいたい大半はお金のことなんで、金銭に換算できることか、そういう経済的側面をね、見るようにせないかんとというようなことを申し上げたんで、私が根本的には要件事実の解釈で民事事件は終わるものでないということとを裁判官がよく認識して、しかもその当面の要件事実だけでは終わらないということをよく認識して、要件事実と言うものを運用するようにというのが若い裁判官に私が申し上げたことです。

【吉村】

どうもありがとうございます。今の問題は基本的な問題でございますので、ディスカッサントの方からもご発言をお願いします。

【井上】

さきほどの簗田裁判官の御質問、御指摘に対しまして、二、三の点にコメントをさせて戴きます。要件事実のどこがおかしいのかとの御指摘ですが、要するに私は、定型的で結果的静止的な要件⇨効果モデルだけが基準であるとする考え方は、コミュニケーションの媒体としても、判数ファクターとしても、単調で乏しすぎる。紛争の多様な要請に応えることができない。

また、法規の論理的構造と順序に沿って常に弁論しなければならぬ、というのも硬すぎる、と考えるものです。例一の場合に、これは当事者間には事務用機器を納めてその代金が発生したということについては全く争いが無い訳ですが、なお訴えを提起する際には請求権の発生原因事実をちゃんと法規の論理的順序に則したような形で、内容日時等々にわたってきちんと言いついてきて下さいということを要請できるのだろうかということ

です。法規が予定しているような請求権の発生原因事実から訴訟が始まるんですよということでしょうが、裁判所でやられていることというのはやはり我が社の論理というものが実態法からちゃんと固まっています、もうこれでないと訴訟は利用できないというような形で運用されているというふうに感じる訳ですね。例えばこういう例一の場合に、権利の発生原因事実からまず書きなさいといったときに、被告の代理人はどういう争い方をするだろうかということになりますと、例えば被告の代理人としては、債務は発生しているが全体を請負と評価できると思っているときには、もし原告が『売買代金機器これこれ七〇〇万、請負代金これこれ三〇〇万』と、こういうふうに書いてきたときには、どちらも否認という作戦に出ることが考えられます。売買代金についてもこれは売買じゃない、請負代金についても、請負はあったけれどもあれは一〇〇〇万であって三〇〇万ではないというようにすることも考えられると思います。そうするとで

すね、よく裁判官が、訴状と答弁書を比べてみるとこれも争点、これも争点と争点がたくさんあるように見えるけれども、もう少しだんだん進めてみると本当の争点というのはひとつかふたつしかないんですよというように、おっしゃる訳ですけれども、もしそれが当たっているといたしますと、紛争の実体から離れて法規の構造に即して弁論を組み立てなければならぬ、とされるところにその原因がある。法律家自体が不必要な争点を作る。そうするとそれをまたほぐすときに二回も三回もかけなきゃいけないということになると、本当に事件の核心に沿って始めから本当の争点、その事件に合ったような所に弁論を絞り込んでいくということはなかなか難しくなるのではな

いだろうか、というふうなことがまずひとつ感じている訳です。なお、「例一」の場合は、少なくとも請求を特定するような事実が出ていて、ということをお前提にしています。それから先程の欠席判決のことですけれども、確かに請求を特定するようなことだけで具体的な発生原因事実が書いていないような訴状が出てきて、もしこれがパスしたときにいったい欠席したときにどうするか。直ちに欠席判決は確かにできないかもしれませんが。しかしそれはいわゆる擬制自白の要件としての相手方が明らかに争わないという一四〇条の解釈の問題として、例えばそういうときには争わないということについて原告側にもう少し詳しい主張なり証拠を出させるなり、あるいはもし必要があれば、それでも足りないというときにはその段階で請求権の発生原因事実

をもう少し主張させるなり、そしてもう一回呼出しをかけてみる。こういうような運用が、これは単に裁判官の裁量というところではなくていったい擬制自白をどういう場合に認めるべきかという解釈のレベルで、ちゃんと議論として立つと思うんですね。現に実務の運用でも、例えば典型的なクレジットとか貸金の一〇万二〇万の債権あるいは、公団の明釈訴訟なら一回欠席したときに直ちに欠席判決ということもよくなさっていると思いますけれども、高数の不動産の登記請求などでは、一回欠席したから直ちに欠席判決というのは、なさってない方もかなりおられるんじゃないかと思うんですね。裁判官の運用もバラバラであるかと思うんです。しかしそのバラバラの中に、こういう場合にはこういう理由で欠席判決をすべきであるとか、すべきでないというスジ道がちゃんと通っているのではないのでしょうか。それから今の問題と絡めて申しますと、例えば仮差押のときにですね、これは今の主張立証責任の論理でいえば普通の訴訟手続きであれ仮差押であれ、主張責任、立証責任は全く変わらないという論理だろうと思います。法規の予定している抽象的な要件から主張立証責任が導かれるという訳です。しかし仮差押の審理のときには相手方は出てこない訳ですから、そうすると、仮差押申請者側のいわば債権者と主張している側が自分の側の債権の発生原因事実だけを言っというて、あとは向こうの方の抗弁事由だと言うだけで済まされるだろうかということ、やはり貸した金を返せと言うときには、まだ返してもらっ

てないということがある程度分かる程度の主張、あるいは疎明資料の提出を差押債権者側にさせているんじゃないかと憶測されます。もしそうだとすればやはり法規の予定しているような要件から直ちに、どんな紛争であっても一定の主張立証責任の分配が図れるというのではなくて、どんな手続きなのか、相手方が出てきて何か言えるような状況なのかというようなことで主張立証責任の分配がやはり変わっていかざるを得ないのではないかと思われれます。そうすると今の、おっしゃった欠席した場合でも、欠席した場合にはもう少しこちらの方がやらなきゃいけないとか、あるいは場合によってはここまで色々な具体的な事実が出ていけば直ちに欠席判決していいというふうなものか、やはり色々な状況関係の中で多様に出てくるのではないかと、紛争の実情に即応した理論というのは、そういうものではないかと考えます。

【吉村】

どうもありがとうございます。ただいまの井上さんの非常にドラスティックな問題提起に対してはまだおそらく、色々と議論があると思いますけれども、その議論をも含めるという意味で、福岡大学の坂口さんから質問用紙が出ておりますので、この趣旨をひとつ簡単に説明していただかせませんか。

【坂口】

二つ出しておりますが、今日の報告を聞きまして私、大変感銘を受けましたのは児玉さんの報告で、私はそういう視点から

再抗弁、抗弁ということを考えておったことがなかった訳であります。それで午前中に坂井先生の話があって、分析をしない、要件論を知らない人に答案を書かせると、常識論で書いて全くなっていないということでした。その例として寒竹判事さんに対する質問にもなるのですが、2の例と3の例ですが、こういう例で所有権に基づく土地明渡訴訟がひとつと、それから第三者異議であります。その場合の最大の争点は、2の例であればXに所有権があるのかどうかということだろうと思いますが、Yの方に所有権があるということになれば、いわゆる抗弁とかあんなことでは、理由付否認ということでしょう、Yの所有権があるというようないことが先に証明されてしまえばもう訴訟はX敗訴という結論がすぐ出るといって構造を採っているんだらうと思うんですね。それから3の方も、これがAの所にあつたから動産で差押が適法になされていると思われるんですが、これがXのものであるかAのものであるかというのが最大の争点であるとする、そういうことを言うと、私は前からちょっとそういうことを考えてたんですが、そういうことを言うと、要件論からいうと全く要件論を知らない、それから法規を知らない素人議論であつてですね、崩れた豆腐のようなものと坂井先生から一蹴されるだろうと思って、非常に発言を控えておいた訳ですけども、児玉さんの報告を聞きますと、本当の争点を色々法規に作る時に崩して作ってきたと。そうしますと児玉さんのあれを少し考えてみますと、争点はXにあるかYにあ

るか、それから第3の例ではXのものかAのものかというときの、こういうXとAの間に売買があつたとか所有権留保のあれがあつたとかというのはみんな間接事実であつて、その間接事実からどちらかの所有権を推定していけば争点が決まるというように考えるのが本来の訴訟ではないかと。何か非常に思いつきで大変失礼ですが、そういう風に思うのですが、それについて寒竹先生の方は、そんなことではとても実際の訴訟はやれないんだと、こういうふうに分析してやっぱり構成して構造化しなければ判断がつかないのだとおっしゃると思うんです。それで今度は、井上治典さんに交渉モデルでやる訴訟というのは、今言ったような例ではまさにどちらに所有権があるのかということが争点だから、後はいろんな事情、事実を出してそれに間接反証のような形で出して結論を得ればよいというようなことをお考えになっているのかどうか、お訊ねしたいというように思います。

#### 【寒竹】

まず、2の事件ではですね、Xに所有権があるのかYに所有権があるかというのは争点にはなっていないんです、全然これはXのもと所有はもろん争いが無いという場合を考えてやっている訳ですけども、Xもと所有からXが所有権を失ったかどうかということが争点になっている訳ですね。再々抗弁のA-Y売買というふうなことも、別にこれはYに所有権があるというところで主張している訳ではなくて、通謀虚偽表示の、意思表示

示の効果について利害関係を生じたものであると、被告はそういう趣旨で九四条二項のことを言っているにすぎない訳です。この抗弁のところにも書きましたけれども、X—A売買が要するに、これによってAが所有権を取得してXが所有権を失うという、そうであれば、所有権を失っていればですね、物上請求権というのはありませんのでそれだけで抗弁として成り立つ。そのときにAから被告が買い受けたというのは、これは過剰主張でこれは何も要件事実にはならないということです。よくこういう訴状が出てきますけれども、このA—Y売買というのはこの抗弁の段階ではですね、全然主張立証の対象にはなっていないと、こういうことです。それで例えば、再抗弁が出てこないければですね、そういう意味では再々抗弁としてのA—Y売買ということも出てこない、そういう関係にある訳で、坂口先生のおっしゃるように全てXにあるかYにあるかが争点で、それを間接事実とか、再間接：言われる趣旨がちょっと私はわかんなかったんですけれども、これを間接事実とかそういうこととで考える、少なくとも我々実務家ではちょっと、そういう人はあまり：実務家ではないんじゃないかと：実務家の考えからしますとね、これは私の独断かもしれませんが。違うという実務家があるかもしれないかもしれませんが、私は、弁護士さんでもちょっとないんじゃないかと私は感じて：、あの失礼な言い方をしましたけれども、非常に斬新な考えを、柔軟なといいますか、それは非常に参考にしたいとは思っていますけれども。そ

れから、この第三者異議事件でも、これも争点はですね、結局私の事件では当初いていた代理人が請求原因で言っていることは全然争点にはならなくて、そのむしろ前の段階が争点になったと、こういう事件で、そういう意味ではX—A売買とかそういうことは全部撤回したんですね。被告においても抗弁を出す意思がないということになりますと、争点は甲—X売買及びこれに基づく引渡し、これは一九二条の要件事実としての引渡しを言っている訳ですけれども、それが争点になるだけではないかと。考えられるのは色々なことが考えられる訳ですね、実際には、抗弁とか再抗弁が、こういうひとつの図式でこの他にも実際は抗弁があり得る訳ですけれども、そういう色々なことを考えながらそういう主張をするんですかというふうなことを、我々は、審理の上では釈明ですね、訊いている訳です。それをしませんと言うんだたらもう、被告がしませんと言うんだたら、こういう留保付の特約があったとか言う必要は何もないんでいわば邪魔なことが出て来る訳ですね、弁論では。不利益陳述として主張があるというふうにとらざるを得ませんので、それは邪魔になるから除けてもらおうということ、ちょっと答えになったかどうか自信がないんですけれども、こういうひとつの図式化といいますか、こういう要件事実の流れといいますか、それがひとつの審理の土台としてなっていると。そしてこれがですね、紛争解決について当該紛争の解決に適切でないとなればですね、別のことを考えなくてはいけないと、



別の釈明をして例えば抗弁でも出させないといけない。即時取得に対する抗弁は考えられる訳ですから、強暴とか隠秘とかですね、そういったことを主張するんですかとか、あるいは無過失の推定がありますので、過失があったということの主張をするんですかといったことは常に釈明を求めて確かめた上で、そういうことをしないとおっしゃるんだらもう、こういう最初の、当初の請求原因事実の分は撤回してもらってそれより先の分を、これには少々出ていない部分の主張立証を促すと、こういうことになさざるを得ないのではないかと思います。

### 【吉村】

今のでよろしいでしょうか、坂口さん。それじゃあ他にも出来るだけ多くの方に発言をして戴きたいと思いますが、その前に質問用紙が九州国際大学の後藤さんから出ております。質問の内容は河野先生、谷水先生に対するものですが、第一は商事仲裁と要件事実論、第二は量刑と要件事実論ということ、ちょっと今のテーマとどういうふうに関係するのかよく分かりません。この量刑とは損害賠償の算定のことでしょうか、それとも刑事の量刑でしょうか。それから商事仲裁というのは、できれば訴訟上の和解と要件事実の関係が議論になっていきますので、そういう点に関わらせて質問していただければと思います。

### 【後藤】

私は商法で、訴訟法は全く素人でごく一般的な質問で恐縮で

すが、二つの点：この要件事実論は制定法主義を前提として、判決三段論法といいますが、紛争における攻撃防御の焦点をなすという点はよく分かったんですが、刑法で人を殺したる者は死刑又は無期若しくは三年以上の懲役に処すという規定があるんですね。ああいうので、ちょっとこたわるようですが、人を殺したと。三六、七、八条あたりの犯罪不成立あるいは減刑事由もないと。それだけで殺人罪で処断すると、死刑から三年に至る量刑はどうなるのかと。それは要件事実論でどうにもならないのか、あるいは要件事実論でそこまかなうのかというような単純な疑問をもったんです。それから制定法主義がやっぱり前提となっているということを考えてとICCやLCIAの規定によるとですね、制定法に拘束されないという規定があるんですよね、国際商事仲裁の条文の中に。そういう中に突っ込んでいくと、もはやこのこの理論は：大丈夫かなというように、もうちょっと民事紛争解決手段について判断しなきゃならない、あるいは研究しなきゃならない問題があるんじゃないかというような点について井上先生と河野先生から習いたい。それから量刑の問題について谷水先生あたりから何か聞いて帰りたいと、こういうつもりで質問させて戴きました。

### 【吉村】

どうもありがとうございます。仲裁との関係では和解と同じようなところがありますので、要件事実とそういう法規に拘束されない裁定ないし和解とはどう関わり合いを持つのかとい

うような問題としてお答え戴けたら結構かと思いますが。河野さんどうですか。

【河野】

お答えになるかどうかちょっと心許ないですが、先程御質問戴きました商事仲裁、あるいは仲裁一般の場合に、仲裁の判断などで制定法に拘束されたといえますか、そういったような形で考えるのかそれともそれとは自由な、善と衡平というような形で仲裁というふうなものの判断をするのかというふうなことはあると思うんですが、仲裁の場合にはどうしても先程のお話のようにむしろ善と衡平といえますか、制定法きっちりというような形ではないという面がのこるというふうに思う訳ですね。またそれは、おそらく仲裁の非常に良い点であるかとも思うんですが、判決三段論法の場合にはやはり制定法の前提、制定法というふうにいいますもではそれ以外のところでそういうこととはないのかということになりますと、同じような論理構造は、例えば先例拘束などにしてもひとつのルールというふうなものがあるというふうに考えますと、それとの関係で同じような論理構造というふうなものは考えられる訳でして、それを今のような形で、要件事実論のような形でいかどうかはいささか問題ですが、いずれにしてもアメリカ法などにつきましても、やはり一定のことを主張する場合には言わざるを得ないというふうな形にはなっている訳ですから、制定法だけということにはならない側面があることは確かだというふうに思います。そ

れでそういういったものの拘束性の問題では、先程の商事仲裁、これはそういう制定法なりルールの拘束性というものをはずしているというふうに考えていいと思いますので、むしろもっと一般化すれば先程司会者の吉村先生がお出し戴きましたように、仲裁、和解というふうな形でですね、むしろもっと柔軟な判断というふうなものを考えた方がいいのではないかというふうに思う訳です。ただ和解の場合には、じゃあ要件事実論が全く無意味かということになりますと、ポジティブあるいはネガティブというふうに言っていていいか分かりませんが、要件事実で考えたらこういう結果しか出てこない、しかしそれではどうも当事者は納得しないというふうなことがあるわけですね、例えば弁護士さんがお考えになるといふようなときに、常にそういう考慮をされておるのではないかというふうな気もする訳ですね。それから裁判官の方にしても、心証を採ったという場合の、その心証が要件事実ないしはそれに類するようなもので考えるかどうかということになるのか、そしてそれで十分に当事者が納得しておるのかというふうなことの関連の中で、ひとつの和解案が出てくるといふふうになりますと、要件事実による結論ということではない訳ですが、要件事実およびその結果を横目で睨みながら柔軟な解答がなされておるんではないかというふうな考えの訳です。商事仲裁の場合は若干違う要素もあるとは思いますが、少なくとも和解の場合には、国内法上の法律要件というふうなことを前提にしておる限りではそういう形で機能し

うるのではないかというふうに思いますが。ちょっと回答に  
なったかどうか、いささか…。

### 【吉村】

あの、今の問題については井上さんにもということですので、  
ちょっと一言ご発言願います。

### 【井上】

仲裁の場合は、いま河野さんから御発言がありましたように、  
客観的な基準というものがないといえますか、はっきりしない。  
ところでしかし合意もできないというところで何か結論を出さ  
なきゃいけない。

ここに非常に難しい問題があると思われれます。仲裁につきま  
しては、仲裁的な処理手続がたくさんありますので、最近の第  
二東京弁護士会の「仲裁センター」などもにらみながら、考え  
なければならぬ問題がございまして、私は、手続相互間の乗  
り入れを考慮しておりますが、ここでは、要件事実の問題とは少  
し離れますので、別の機会にさせていただきますと思います。

### 【吉村】

どうもありがとうございます。谷水判事さん、量刑の点は  
いかがでしょうか。

### 【谷水】

あの、要件事実論と量刑との関係についての御質問なんです  
けれども、私は余りそのようなことはいままで考えたことはご  
ざいませぬ。司法研修所で行われている要件事実論というのは、

主張責任、立証責任の分配をどうすべきかという、極めて技術  
的な理論で、それほど高尚な理論ではないんじゃないかという  
ふうに思っております。そんなことで、これと量刑との関係は  
おそらく特別考えられていないんだろうと思いますし、まあ刑  
事の、刑事訴訟の分野でやはり要件事実論ということを考える  
どうかという、これは当然考えられるんじゃないかと思えます。  
やはり民事と同じように要件が刑法で決まっておりますから、  
この要件に該当する事実、これについての主張立証責任という  
ふうなことは当然考えられると思えますけれども、そしてまた、  
量刑はその定まった要件の範囲内で定めなければいけないと、  
そういうことになると思いますけれども、いわゆる現在問題に  
なっている民事上の要件事実と、量刑とは関係ないんじゃない  
かと思えます。よく分かりませぬけど。

### 【河野】

あの、ちょっとひとことだけ。関連するかどうかいささか自  
信がありません、そういったような問題にちょっと関係するか  
と思う事例として、例えば割合的認定のようなものがあり得る  
かもしれませんですね。つまり、損害賠償でどうも白黒でいく  
のはいささか問題だというふうなときに、過失などの割合とい  
うふうな形で、少し金額を加減するというふうなことが、これ  
は全部ではなくて一部だろうとは思いますが、やられておると  
いうふうなところでは、そういうことをやる場合に、要件事実  
プラスアルファのところでは、そういったような要素を出して

行くことがあり得るのかどうかですね、ひとつの事例として考  
え得るのではないかというふうに思います。

【吉村】

どうもありがとうございます。よろしいでしょうか、後藤  
さん。それじゃ質問用紙を出して戴いた方は以上で、一応終わ  
らせて戴きます。まだ報告者の報告されたテーマの、いろんな  
側面について議論が残っておると思いますので、フロアの皆さ  
ん方から御自由に御質問をお受けしたいと思えます。ございま  
せんでしょうか、どうぞ。所属と御名前を皆さんにお教え下さ  
い。

【加波】

北九州大学の法学部の加波でございます。いくつか教えて戴  
きたいことがございますが、その前にまず、今日の報告の基調  
といたしますか感じからいきますと、何か学者の方は主に要件事  
実論といたしますか要件事実教育といたしますか、それに対して批  
判的な人が多いというような受け止め方をされているようです  
けれども、必ずしもそうではないのではないかと考えておりま  
す。それは紛争という、ある意味で無限に近いような事実関係  
を切り取って、解決していく。そういうときの流れといいます  
か、ひとつの方法をどういうふうにしていけばいいかというこ  
とを考えていく上で、要件事実論というのが出てきたと思いま  
すので、それはそれなりに意義のあることと考えられていると  
思います。ただそれはある意味で建前といえますか、こういう

ふうにして行くんだよという建前論だったような印象を受けて  
おります。今日は先程の谷水裁判官のお話を聞いても、必ずし  
も主張事実や主張責任と立証責任とが必ずしも一致するとは限  
らないこともあるんだとかいうふうなことが色々言われており  
ました。主要事実というのはいくつかあるんだというふうな色々  
要件事実論でやって行くわけですが、その一方で何と申しま  
しょうか、間接事実だとか、事情とかいうのは、要件事実論を  
ひとつの建前とすれば、本音といえますか、裏技といえますか、  
そういう形で色々実務の方では処理されているような印象を受  
けた訳でございます。これは井上先生に主にお訊きしたいんで  
すけれども、井上先生がおっしゃっているのは、そういう裏  
技的なことを、例えば要件事実論そのものはいけないというん  
じゃなくって、要件事実はいくつかあるものだと割り切  
ることで、それでもう終わったというのではなくって、実は裏  
で裏技的なことをやっている。それをできるだけ見せて欲しい  
といえますか、明らかにしていく。そういうことをしないと何  
か合理的な裁判論というふうなことが出てこない。そういう  
ふうにお考えになられているんじゃないかという印象を受けた訳  
です。けれども、これはある意味で、日本の裁判のやり方とい  
うのは、それは日本だけではないかもしれませんが、本音と建  
前を使い分けるといふことを知っていると思うんです。けれど  
も、これは井上先生のような考え方でいきますと、できるだけ  
本音も出してこいということになるんじゃないか。そういう裁

判のやり方、例えば和解兼弁論がいい例だと思ふんですけれども、弁論というのはこういうふうにやるんだよっておきながら、実は和解兼弁論という形で裏技を使っているんな事実関係を探っていく。それを井上先生の場合は、まさに和解兼弁論などは、それが本当の、あるべき弁論であるとしてはっきりと表に出してやるべきであると言っておられるようですけれども、そういうようなやり方が現在の国民性といえますか、裁判のおかれている状況の中でうまく行くんだらうか。いつも裁判官の方にお訊きしますと、そういうことを言っていると裁判はできないんだよというような反論が返ってくるのは、実は一応建前というのははっきり押して行って、裏で裏技を使う。裏技はいけれども、建前はしっかり作っておく必要がある、そういうことをおっしゃっているのではないかと思うのです。それを井上先生の方では、そういうことじゃなくて、できるだけ裏技も表にしてこいというふうにおっしゃっていると思ふんですけれども、そのへんは井上先生の方では、本音、建前というのは分けていかなくともいいんだと、お考えになつてゐるのかどうかというのが一点。それから児玉さんの方にお訊きしたいんですけれども、

### 【吉村】

簡潔にお願いします。時間がないので。

### 【加波】

はい。これレジュメの三頁の、結局要素の錯誤にあたる具体

的事実、これを間接事実であるとします。それから原告がそれに対して重過失の存在というのを言ってくる、これもまあ間接事実とすると言われますが、これは従来の議論でいきますと、これらは弁論主義は適用されない、弁論主義は主要事実に限定するという議論がありますので、そういうものは間接事実として当事者が法廷で主張しなくても裁判所は判決の基礎として斟酌できる。それでは結局不意打ちということにならないか、つまり公正な裁判はできないんじゃないかということで、学説の中には、こういうのはそもそも間接事実ではなくって、そのまま主要事実として認めていけばいいと思いますが、そういう議論との関連は、児玉さんはどのようにお考えになつてゐるのか。以上二点でございます。

### 【吉村】

どうもありがとうございます。それじゃ、まず井上さんの方から、先程留保された点も含めて、もし簡潔に要約できれば、お話戴けたらと思います。

### 【井上】

判事室、和解室というのを裏通りというのは、あるいは適当でないかもわかりません。但しおっしゃるように、日本の場合は、国会の議論にしても表通りと、何となく屏風の裏側とふたつあって、本当は屏風の裏で決められていて裏通りのほうは形だけのものになつてゐる。これでいいのかどうかということがやはり問題だらうと思ひますね。弁論の活性化のときにも色々考

えさせられた訳ですし、比較的最近、裁判所あるいは弁護士会から民事訴訟の審理の促進あるいは充実についての案が出されておりました、その問題との関係でも、現在の口頭弁論というものをもう少しやはり分かり易くといいますか、当事者が、あるいは代理人がちゃんとそれぞれの戦略は持ちながらも、もう少し実行的なやりとりができるようなものにしていかなきゃいけないんじゃないかというふうなことを痛切に感じている訳ですが、そういう意味では和解あるいは和解兼弁論というものと口頭弁論というものをやはり、できるだけ一体化して理論の中にとりこんで再構成していくことが必要であるかと思えます。現在の和解兼弁論あるいは和解手続で行われていることをちゃんとやはり表に出して、こういうような手続なら納得が得られるというようなものであればそれをやはり口頭弁論として正面から認めていくような手立てというのが今、必要になっているんじゃないかと。法廷にしても、ラウンドテーブル式の法廷もあってもいいし、ラウンドテーブルと現在の法廷の中間的なものもあってもいい。多様なものがあってよい。そうして、案外早い時期に、現在行われている和解兼弁論というようなものが、もうこれが口頭弁論であるというふうな形で正面から出てくることも考えられるんじゃないか。公開の問題もありますけれども。そういうようなことで、弁論手続として正面に出せるというようなことを第一に考えなきゃいけないんじゃないかということ、加波さんの御指摘の点は、そう言われれば確かにそう

いうことを考えているということをお答えしたいと思います。それから1に補充させて戴きます。ひとつは、画一的なひとつの基準で以て何か物事を計るといふのは、いかにも全体的に公平で、また安定感があるように思われるんですが、例えばですね、最近弁護士さんのニーズあるいは職域開発の問題が出ておりますけれども、交通事故紛争のケースでいったい今までの我が国で採られてきたような損害賠償あるいは慰謝料の判定基準というようなものが弁護士さんの活動の面でどういうような影響をもたらしたかということについて考えてみますと、これは川端和治さんという弁護士さんが判例タイムズ四一七号(昭五五年)三八頁『現代社会と弁護士⑩』に所収。『弁護士離れ——交通事故被害者の場合』という論文(判例タイムズ四一七号)を書いておられます。結局こういうことを川端さんはおっしゃっている訳です。つまり現在では交通事故紛争の領域における弁護士のニーズは非常に減少しているのですが、なぜ弁護士離れが進んできたのかということなのです。川端さんの御指摘によりますと、それは結局弁護士会も地裁交通部の例の赤い本と言われている東京三弁護士会の『民事交通事故訴訟損害賠償額算定基準』といわれているもの、これによってしか相談を受けても、対応しかできてこなかったと。弁護士の仕事自体が基準に当てはめて、あなたの場合は、傷は何センチですか、あるいは単なるムチ打ちだからこれだけですと利用者に対して応えてきた。これによってそれじゃあ弁護士を利用しなく

でも、保険会社だって同じじゃないかというように、弁護士離れが起こってきたのではないかと、いうふうなことをおっしゃっている訳です。本来、被害による苦痛や障害の内容や程度というのは多様であるはずです。医学ですとまさにそういう多様性に応じたような対応を採っていると思うんです。ところが法学はやはり基準を設定してそれで多様性を拾象することに努めてきた。要件事実論にも同じような問題がないだろうか。大変長くなって恐縮です。

### 【見玉】

加波先生の御質問ですけれども、レジюмеに書いておられます九五条の主要事実、間接事実の分類というのはですね、押ししていくところなるかもしれないということです。何故九五条の条文がこういう形にならずに、間接反証型にならなかったのかについては、実務は当時間接反証と処理したにも関わらず、当時とは一九世紀のドイツ法ですけれども、学説はそのような処理に反対したのであるかと、推測されます。その反対の理由というのに、まさしく加波先生がいま御指摘になった不意打ち防止という観点が入ってくる訳です。その結果、要件の構成の仕方の面では間接反証という実質が隠蔽されることになる。こういう状況がドイツで見られるときに、間接事実、主要事実の分類というもうひとつの学説の動きがどうリンクしていくのかという問題については、まだ私は調べておりません。間接事実、主要事実というのはですね、様々な定義もありますし、それが

むしろ先程の坂口先生の御発言で、抗弁以下は全部間接事実ではあるまいかといわれたときに、そういう発想は成り立たないというふうに、そういう反応だった訳ですけれども、そういう反応の場合に前提とされている間接事実と、あるいはまた坂口先生がその場で前提とされている間接事実というのに、やっぱりずれがあるからそういうことになるんだらうというふうに私は理解しております。ですからもう少しその辺の用語をつめなぐちやいけないということですが。

### 【吉村】

どうもありがとうございます。時間が少しずつ切迫してきております、あと一五分残されております。もう少し質問ないしご意見をお受けしたいと思っておりますので、どなたかございませんでしょうか。久留米大学の広尾さん。時間が少なくなってきましたので、簡潔にお願いします。

### 【広尾】

弁護士さんにお伺いしたいんですけれども、先程井上治典先生の方から、裁判というのは何か闇夜に向かって鉄砲を撃つようなもので、弁護士はとにかく闇雲に全力投球するしかないというような御指摘がございましたけれども、裁判をやっておられて、実際に裁判の結果の予測がどの程度可能なのか。その点についての御感想を是非お伺いしたいということです。またそれとの関係で、要件事実論というのは意味があるのか。当事者サイドから見た場合に要件事実があるとやっぱりある程度訴訟

の結果を予測し、自分たちでコントロールしながら訴訟を進行できるという、そういうメリットがあるのかどうか。それともやっぱりそんなもんで動いていないということなのか。この点についてもお伺いしたいと思います。

【西田】

まあ、一般論では言いにくいですが、だいたい予想のつく事件と、どっちなかと最後まで不安だという事件、様々だと思います。その場合にどういふところでそういうことを判断しているのかというところ、やはりおっしゃるように争点となっている部分、要件事実的整理してお互いが立証した部分について、証拠の評価がどうかと、立証を担当した弁護士として自分の方の立証が優れているというふうに納得できるかどうかというところだと思います。そういう意味では、やはり判決の結果を予測するについて要件事実とその立証ということはやっぱり大きなウェイトを占めておると、私は思います。

【津田】

闇夜に鉄砲で何でもかんでもやるといふのは、ちょっと実感ではないんですね。やるとすればいろんなことはやるんだが、紛争の実態に即してやるという気分ですね。ですからばーっと手を広げて何でもかんでもやるといふ感じはありません。ただ紛争の実態そのものが例えば主要事実とかだけで切っていくという中味じゃないということが殆どだということがひとつです。それから、そういう意味では判決予測がかなりできる訳ですけ

れども、できないことももちろんある。できないことの、まあそうですね、できない場合の主要な理由といたしましうか事情は、やっぱり私ども、一方当事者から事実を見てますので、まあ証拠なり事実を見ているということ、それが本来の真実により近いのかもしれませんが、裁判官は真ん中に座って見ている。直接当事者に生の形で触れていない訳で、しかも裁判所の採証法則といたしましうかね、裁判官独自の経験則というのがどうもありそうな感じがします。裁判所の中で鍛えられた経験則が必ずしも当事者とぶつかった者の事実認識といたしましうかね、と一致するかどうか、若干不安があること、それからもちろん当事者双方で持っている証拠の評価をどうするか、私ども自信がよく分らない。負けそうだとか、もしかしたら勝つかもしれんというふうな事例はないことではないですね。ただかなり予測はできるということがいえると思います。それからちょっと余計なことになりますけれども、建前と本音ですか、和解室で本音が動いて法廷では建前という感じでもちょっとないんですね、率直のところ。それこそどういふ事案が和解に適しているのかということ、僕らもいつも考える訳で、それはやはり、いろんな問題がありますけれども、紛争がどういふことで起こった紛争なのかあるいは当事者がどういふ気分なのか、あるいは先程、もしかしたらこれは勝ちにくいなという事件であれば、弁護士としては負けるとはっきりしなくてもですね、勝ちにくいかもしれんということであれば当事者を説得し



て、和解の席につきます。当事者双方がそういう気持ちであれば和解につき易いというようなこともありますし、原則的にはですね、和解の席で裁判官を要件事実で説得しようという気分は、代理人の中にはないんじゃないかと私は思っておりますけれどもね。

### 【吉村】

今の問題は法的な評価、あるいは事実についての認識や証拠の評価が裁判所と当事者ないし弁護士との間で、ちょっとずれておるといふようなときに、闇夜に鉄砲ということが出てきたんだろうと思うんですけど、裁判官の目からもそれをどう見られるかという点をお訊きしたいと思いますが、寒竹さん、どうぞ。

### 【寒竹】

壇上から見てまして、裁判所から見まして、どちらか一方が勝ちを意識されて、反対側が負けを意識されているなと思われる事件もありますし、両方とも勝ちを意識して頑張っておられる事件もありますね、それからこの点の立証は充分であると裁判所が考えているときでも、更に立証のために証人申請をされるといふようなこともある訳です。それは、必ずしも裁判所はひとつひとつの点の立証は充分ですよとかいうことは言いませんから、当事者はその点非常に不安があると思うんですけれども、その点でも裁判所は明らかにこれは充分だといふときには、もうその点はいいんじゃないですかとか、そういう

たことをいったり、もう採用しないとかがやってる訳ですし、それから勝ち負けというか、どちらが立証が尽くされているかどうか、例えば過失の有無、例えば短期消滅時効の過失の有無といったようなことはですね、これは本当に、何かあの、総合判断になる訳ですね。過失を基礎づける具体的事実、それを滅殺する事実といったようなものが双方から主要事実として主張立証される訳ですけども、そういうことは、実は非常に最後の最後まで悩ましくてですね、両当事者が分からなければ裁判所も分からないと。最後のいよいよ決断するときまでですね、分からんというような、率直に言ってそういう事件もたまにはある訳です。でまあ、そういうところは本当にまあ悩ましくて、非常に苦勞する訳ですけども、いろいろなことから決断せざるを得ない訳ですけども、そういうことで両当事者が予測できないことを裁判所自身ははっきり分からないことがあって、いま言ったように、あるということも御承知戴きたいと思えます。

### 【吉村】

どうもありがとうございました。時間がいよいよ切迫してきましたけれども、先程谷水さんの方から寒竹さんに反論がありましたのをそのままに放置しておいて気にかかっておる訳ですけども、あの点についてひとこと。

### 【寒竹】

まあ、例外のない規則はないとか言いますけれども、このこ

とに關しては私は例外はないと考えておる訳ですけれども、だから例えば先程の点で、履行期に履行しなかったということを仮に原告の方が主張しなくても、私はその他の主張事実が主張されて立証されていけば認容判決しますので、その点原告代理人の方は御安心下さいということになる訳ですけれども、ただ谷水判事もですね、主張立証責任が原則として一致すると。それは主張立証責任の定義から理論的に一致するものであると。要するにある法律効果をですね、それを発生させる法律要件に該当する具体的事実が訴訟上、主張しないからあるとは扱われない、あるいは主張されても立証がないからあるとは扱われないということはですね、それはその場合にそう扱われないことによつて不利益を受ける当事者というのには必ずどつちかに決まっている訳ですから、主張がないためであろうと立証がないからといって、その不利益を受ける方は必ず決まっていると。そうするとその主張しないことあるいは立証しないことによつて受ける、法律効果がですね、認められないことによつて不利益を受ける当事者というのには一方に決まっている以上、その主張立証責任そういった不利益を受ける危険とかさういった不利益そのもの、あるいは危険を主張責任、立証責任という以上はですね、一致すると。仮にいま先程谷水判事が主張責任と立証責任が分離するとされる例をひとつ挙げられましたけれども、その場合それは主張責任があるとされる事実というのは要件事実と考えられるのであろうか、ひとつ問題がある訳ですけれども、

も、私の考えからしますと、履行期に履行があったというのがですね、要件事実であつて、履行期に履行がないということについて原告の方で主張がなからうとですね、今の履行遅滞の損害賠償請求権の発生ということについては全然欠けるところが無いというように考えるものですから、そういう意味でですね必要である、主張する必要はないと。仮に要件事実とすればですね、仮に要件事実とした場合には、そうすると被告側に履行期に履行したということについて立証責任を負わせると言われるのは、いったい何について、要件事実じゃないものについて立証責任を負わせることになるのではないかということになってですね、それもおかしいと。仮に履行期に履行しないことが要件事実じゃないとすればそれを主張させるのもおかしいし、それを今度は要件事実と考えれば逆に、履行期に履行をしたというのは要件事実ではないと考えざるをえないと思われるのです。谷水判事もですね、先程履行期に履行したということについて立証責任は相手方にあるというふうにおっしゃる訳ですが、さういったこと、すなわち、主張責任と立証責任が分離するということは、私の方の考えからするとどうも納得がいかない。仮にまた主張責任はどういうメルクマールでですね、持つてくるのか。例えば履行期に履行してないことに基づく損害賠償請求というのは、いわゆる民法の教科書にはですね、履行期に履行しなかったと、その他に例えば履行がそのとき可能であつたとか、履行しないことが違法であつたということも一

応いゆる、民法の教科書には要件としてある訳ですけれども、それは主張しないでもいいとおっしゃるのかどうかですね。じゃどこでこう分けるのかと、私達は要するに立証責任を負う事実について全てその立証責任を負う方が主張責任を負うというように考えますから、そういう心配はないといえますか、という問題もあるんじゃないかと、一応そういう具合に考えておきます。

### 【吉村】

どうもありがとうございます。続けて谷水さん、何か。

### 【谷水】

まあ、よく分かりませんがね。時間がなから申し上げませんけれども、主張責任、立証責任という言葉です。私はもう少し広く考えている訳なんです。主張自体を理由あらしめるための主張責任と、そういうものも考えないといけないんじゃないかということでありまして、先程ふたつの例を挙げたのは、いずれも主張自体を理由あらしめるための主張責任だと、そういうことです。

### 【吉村】

どうもありがとうございます。もう、ちょっとしか時間がなくなりました。最後はパネル相互間の議論となりましたけれども、今日は遠くからわざわざ九州法学会に舟橋先生と坂井先生が参加しておられるんですが、坂井先生は午前中、要件事実論の教育について御報告戴きましたけれども、午後の

シンポジウムをお聞き戴いて、御二人の先生に最後に何か御感想をお聞かせ願えればと思います。いかがでしょうか。もしよろしければ。

### 【舟橋】

どうも、大変難しい問題なんです。私は最近眼の手術を二回やりましてあんまりよく見えない、どうせ仕事ができないから久し振りで九州に行ってみようかと思ひまして、特に要件事実論というのは非常に興味のある問題なので出させて戴いたのですけれど、なかなか難しくはつきり要点をまだ掴めずにおります。しかし、私は、本九州法学会の創立当初から関係している者でありまして、当初はこういうふうな、我々学会に身を置く者とそれから実務家の方々、裁判官、弁護士、検察官そういう方々の、本当に一緒になってやる学会というのはなかったのです。それで、はじめてそういうのを創ろうじゃないかということになって九州法学会が出来たわけです。それと前後して東北大学にも同じようなものができたと思いますが、そういう意味で非常に特色ある学会であったと思います。本日久し振りに来てみまして、大変活発な、また内容の充実した御議論を拝聴しました。本当に学会も、何十年経ちますか、たぶん三〇年ぐらい経つんじゃないやしませんですかね、成長したものだとは内心喜びかつ敬意を表した訳でございます。今晚の懇親会で音頭を取らせられることになっているそうで、乾杯の音頭と同じようなことになりましたが、ますます本会の御発展と、皆様の御努力

を期待しお祈りする次第でございます。どうも失礼いたしました（拍手）。

【吉村】

どうもありがとうございます。坂井先生、最後にどうぞ。

【坂井】

午前中だいぶしゃべりましたのに、また最後に発言の機会を与えて下さいましてどうもありがとうございました。午後の議論を聞いていまして、ことに児玉先生、井上治典先生の御報告意見に大変興味深く感じていた次第でございます。実は私も戦後の最初の司法官試補でございます。村松俊夫先生に判決の書き方の手ほどきを受けたんでございますが、そのころの判決は「原告訴訟代理人は請求の趣旨としてこれこれを求め、請求原因としてこれこれと言ひ、そして被告の主張に対し何々と答弁し、それから最後にこれこれと附陳した」と言えよ。再抗弁としてというようなことは、抗弁か再抗弁かよく判るときははっきりと「抗弁・再抗弁」と書いてよろしい。それが分からんときは「答弁」としてと誤魔化しておけと。それからどっちもつけようがないものは「附陳した」と書けと、こういうようなことで教わった訳でございます。しかし戦後司法研修所の教官の努力によりまして、それがきちっと今のように整理されてきた。これは吉岡教官、いわゆる研修所の教材として民事判決の手引き第一版を作られた教官でございますが、この方は非常に緻密な方で、戦前の判事のなし得なかつたような要件

事実の分析をよくなされた。しかし私どもは横で見ている、私はいま頃頃には裁判所で実務をしていましたが、吉岡先生は、例えば消費貸借、これは要物契約であるから物を渡さなきゃならない。しかし諾成的消費貸借というものもある。そうなる物を渡したという記載もいらないじゃないかなんて言われ出して、どうもそこまで純粹化されると、しまいはどうなるんかなといささかはらはらしていたような次第でございます。ところがそれと共に今度は解釈法学もずいぶん変わってきました。私どもは戦前我妻先生に民法を習いまして、要するに所有権の取得は登記がなきゃあ誰にも対抗できないと、ただ不法占有者に対してだけは登記なしでいけるといふ程度に習っております。それから賃借権の無断譲渡なんかはですね、これはそれがあわば一発で駄目なんで、信託関係を破壊しない者には無断譲渡もよろしいなんて解釈はなかつたんですけれど、戦後そのような解釈が出てきますと要件事実論もその解釈を取り入れたようなものに緻密化されざるを得なくなってくる。こういう訳で非常に複雑になった結果、先程お叱りを受けましたような再々抗弁まで飛び出してくるような始末だったのでございます。そこで、児玉先生の御意見に興味を深く感じたと申しましたのは、ローマ法時代と今とではやはり法学自体が進歩したんです。従って、非常に大雑把なやり方で行われていた人間の社会的規律が非常に緻密なやり方でなければできないようになって、フランス法典やドイツ法典のようなものができ、更に

戦後は今度は解釈学でもって緻密にし、ますます複雑な、法文にない但書のようなものをも解釈によって付け加えるようになってきてしまったと。これをどう扱うか。間接反証というやり方でやるのは、私、ひとつのアイデアだと思います。しかし錯誤の重過失のところなどはもう法文で但書になってしまっているんだから、これは何とも仕方がない。しかしながら解釈で色々とアレンジされたところの、例えば信頼関係を破壊しないならいいのどのといったようなものは、何しろ明文がないんですから、おっしゃるようなことでまかなくてもよいんじゃないかろうかと思えます。間接反証が戦後非常にもてはやされましたのは、正当事由関係ですね、家屋明渡の。原告は自分の都合だけしか言わない。被告は原告が言っていないところの自分の都合だけしか言わない。これは抗弁になるかどうかということ、は戦後…

【吉村】  
あの、申し訳ありませんけれども、進行係の方で時間が切れたという合図をしておりますので…

【坂井】  
ああ、分かりました。そういうことで、結局井上治典先生の御報告メモに列挙された具体的事例に対しましては、結局要件事実によって抗弁、再抗弁を組み立てるのは、骨組みであります。その骨組みの間を埋めるものは、法規でない一般法条、強いて言えば条理のようなものが入ってきてそして具体的妥当な

結果になるんじゃないかと。そういった意味でこういう具体的妥当を得るためには、要件事実をとっばらえというんではなくて、この骨組みの間を埋める条理による第二抗弁の形で構成されるべきだというやり方もあり得るんじゃないかと思うます。以上で終わります（拍手）。

【吉村】  
どうもありがとうございます。それでは時間も過ぎましたので、まだ皆さんに御発言戴きたいし、残された論点も一杯あって、もっと発言したいという方が一杯いらっしゃると思えますけれども、残念ながら今日はこれで打ち切りにならせて戴きたいと思えます。どうも皆さん、熱心に御参加戴きましてありがとうございます（拍手）。

※1 判例タイムズ四一七号（昭五五年）三八頁『現代社会と弁護士⑩』に所収。

※2 東京三弁護士会交通事故処理委員会編『民事交通事故訴訟損害賠償額算定基準』。