

---

種 別： 講演

タイトル： 手続保障をめぐる理論・判例・立法の動き

著 者： 新堂 幸司

所 収： 『上智法学論集』第56巻1号（平成24年8月）1-31頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

---

## 講 演

---

# 手続保障をめぐる理論・判例・立法の動き

新堂 幸司

---

本稿は、2011年度上智大学法学部・法科大学院特別講演会として、2011年11月16日、本学法科大学院法廷教室で行われた講演の記録である。

講師の新堂幸司氏（東京大学名誉教授・愛知大学名誉教授）は、1992年まで東京大学法学部教授および愛知大学法科大学院院長を務めた。そのほか、民事訴訟法学会理事長、日弁連法務研究財団理事長等の要職に就いてこられた。現在は、損害保険契約者保護機構理事長、一般財団法人民事法務協会会長を務めている。専門の分野では、争点効理論を唱え、民事訴訟法学の発展に寄与され、広く用いられている『新民事訴訟法 五版』（2011年、弘文堂）の著者である。

本講演会の司会は本学・安西明子教授がつとめ、当日は本学の学生・院生・教員等多数が参加した。

## I はじめに

ご紹介を頂きました新堂です。

今日は皆様方にお招きいただきまして、ありがとうございます。若い方、それからちょっと予想外でしたが先生方にもおいでいただくということで、大変緊張しておりますし、また光栄に思っています。

本日のテーマですが、最近、民事訴訟法の領域におきまして**手続保障**という言葉が多く使われるようになっていました。その手続保障につき

まして、理論上どんな問題が指摘されているか、そして実務、判例はどのような動きをしているか、さらに最近の立法では、これらの経緯をどのように受けとめているかということをお話しして、手続保障というのが内容的にはどういうものなのか、そしてまた今後どのような発展をすべきものなのか、そういうことについて、皆さんと考えてみたいと思います。

一般に手続保障と申しますが、二つの意味に一応分けて考えることができるかと思えます。一つは、裁判手続に入って、その手続の過程で手続の当事者がどんなことができるのか。当事者に自分の主張立証をする機会が十分に与えられているかといったような、**手続内での当事者の扱い方**に関連した使い方があると思えます。もう一つは、そもそも裁判所に行くと、おまえには権利があるから救済するというふうに、権利の救済を受けられるかどうか、裁判所による救済への道がどの程度確保されているか、そもそも訴訟事件として取り上げてもらえるのかどうかといったような、**裁判所へのアクセス**という観点からの呼び方があるかと思えます。これには、確認の利益とか、審判権の限界とか、法律上の争訟性というような問題があります。

そこで、さっそく、**手続過程における手続保障の問題**に入らせていただきますが、これには、いろいろな角度から取り上げるべき問題があります。非訟的手続における手続保障についての問題、それから当事者が訴訟準備活動をする、その活動をサポートするいろいろな制度なり手段というもの、たとえば、訴え提起前と後にできる相手方に対する照会(民訴132条の2・163条等)、訴え提起前における証拠収集処分やその事件記録の閲覧(民訴132条の4から132条の7)、文書提出命令の申立て(220条等)、文書送付囑託の申立て(226条)、弁護士法上の照会制度(弁護士法23条の2)などの課題、それから最近では法的観点指摘義務といわれておりますが、**釈明義務**といわれる問題で、事実に関してだけではなくて、法律上の争点・論点についても裁判所は釈明すべきであると

というような論点が挙げられます。もちろん、このほかにもいろいろありますけれども、重要なものとしては、このような論点があります。

## Ⅱ 非訟的手続における手続保障

今日はちょっと特殊かもしれませんが、「非訟的手続における手続保障」という問題を、まず取り上げてみたいと思っております。民事訴訟法の講義の中では時間の関係でかなり簡単に触れるところではないかと思いますが、手続保障ということを考える上では適切なテーマではないかと考えています。

### 1 非訟的事件とはなにか

そこで、一体、非訟事件とか非訟的事件というものが、どういうものかということからお話する必要があるかと思えます。既に民事訴訟法の講義を聴かれている皆さんにはあるいは釈迦に説法という面もありますが、簡単にご紹介いたしますと、「非訟的手続」とか「非訟事件手続」、私、今、二通りの言い方をいたしました、一応分けて考えることができます。

**非訟事件**と呼ぶときには、**非訟事件手続法**という法律が一般法としてありまして、そこに掲げられているような個別の事件を指します。この法律は、この5月に全面改正されましたがまだ施行されていません。内容的に申しますと、裁判所が私人間の生活関係に関する事項で、通常の訴訟手続によらないで簡単な手続で処理する事件がこれに含まれております。これには、裁判上の代位の許可事件など**民事非訟事件**といわれるもの（新非訟85条から98条）、公示催告事件（99条から118条）、それから過料を課する事件等があります。また家事審判法という法律があります。この法律も平成23年の5月、非訟事件手続法の全面改正と同時に、廃止され、新たに**家事事件手続法**が成立していますが（二つともまだ施

行されていません)、これには、家事事件に裁判所が関与するいろいろな審判事件等が規定されています。ここでは新法で説明することにします。例えて申しますと、後見人等を選任したり、後見監督人を選任したりする、あるいは遺言執行者を選任するとか、民法の規定に基づいて裁判所が行う事件として家事事件手続法別表第一(旧家事審判法では甲類といわれていました)に掲げるグループがございます。それに、別表第二(旧家審法では乙類といった)に掲げるグループの各事件があります。後者は、調停が可能な事件ですが、当事者間で協議が整わないときに、裁判所が審判で親権者を指定する、遺産の分割をするというものです。これらすべての家事審判事件は、性質上は非訟事件と言われております(家審法7条参照)。また会社法にも非訟という項目が第7編の第3章にありまして、ここに掲げられている事件も非訟事件であります。これらがすべて「非訟事件」という定義の中に入ってきます。

### 非訟事件手続の特色

それでは、その非訟事件の手続はどのような特色を持つか、訴訟事件と比べて非訟事件の手続はどのように違うかということになりますが、これは、非訟事件のほうが簡便な手続になっているといえます。訴訟事件の場合には、裁判所に訴状を提出して、これを相手方に送達して、口頭弁論が必ず開かれます。結論を出すためには口頭弁論を開かなければならない。そして、結論は判決という、重い形式の裁判で結論を出します。その判決は必ず口頭弁論に基づいて完結しなければならないという建前になっております。判決に対して不服があれば、控訴、そして上告というふうに三審級を重ねるのが原則になります。

これに対して非訟事件の場合には、新非訟事件手続法の規定を追ってみますと、手続は公開しない(非訟30条)とか、裁判は決定です(54条)とか、59条ではその裁判の内容が不当と認めるときはいつでも取り消せるとか、判決の取扱いとは大分違っておりまして、事件の性質に

応じてあるいは事情の変化に応じて、裁判所の裁量で、適切な処分をど  
んどん行う、簡易な決定手続で処理していくというスタイルになってお  
ります。

次に、「**非訟的手続**」と私が申しましたものは、訴訟手続自体の中にも、非訟事件手続法の中にも、また家事事件手続法の中にも規定されているものです。例えば、訴訟手続で申しますと、訴訟という一つの大きな流れの中で、裁判所は、本来の課題として、原告が申し立てた訴訟物、請求についての当否の判断を終局判決で行いますけれども、非訟的な取り扱いというのは、その判決を生み出すために本流の手続を進めていく過程で、いろんな細かい問題、枝葉の問題が出てきます。そして、枝葉の問題とは申しまして、これを解決しないと、本流の手続は進行できないというような事項があります。例えば、管轄違いなのかどうなのかというような事項も早く裁判所が決めてやらなければ、本体の流れがとまってしまいます。あるいは、忌避の申立てがあったときに、忌避の原因があるかどうかを決めなくてはならない。これもまた急を要することで、簡易迅速に決めていく必要があります。同じようなものとして、文書提出命令の申立事件などもあります。これなどは訴訟の本体の解決と密接な関係がありますけれども、証拠調べに先立って決着させておかないといけませんね。このように民事訴訟法自体の中に非訟的な扱いをする事件グループがあります。そして、管轄の問題や忌避の問題などは、非訟事件手続においても（非訟5条～10条、11条～15条）、また家事事件の審理の過程でも（家事手続4条～9条、10条～16条）生じるわけですね。これらの手続を指して「非訟的な手続」と申したわけです。これと「非訟事件」とを、一応分けて話を始めたわけでございます。

### 非訟的手続の特色

それでは、非訟的手続とはどういう手続で決着されるのかといいますと、参考となる規定としては、民事訴訟法の中に条文としてはかなりい

ろんなところで、「この事項については決定で裁判する」というような条文がありまして非訟的手続のありかを示しています。中でも重要な条文といたしましては民事訴訟法87条第1項でして、「当事者は、訴訟について、裁判所において口頭弁論をしなければならない」と規定しています。これが先ほど申しました、判決をするためには必ず口頭弁論に基づけという基本原則を書いたものですが、この規定には、ただし書きがありまして、「**決定で完結すべき事件**（これがまさに、非訟の手続なわけですが）については、裁判所が、口頭弁論をすべきか否かを定める」と書いてあります。判決をするためには口頭弁論を必ずやらなければいけないわけですが、訴訟法学では、そうやって行われる弁論のことを「必要弁論」といいますし、逆に裁判所が開くかどうかをその裁量で決めて開かれる口頭弁論は「任意的口頭弁論」と呼ばれているのは、ご承知のとおりであります。つまり、決定で完結すべき事件は口頭弁論を開くかどうか裁判官の裁量に任されているわけです。裁量で開かなくてもよいということです。

それから87条の第2項では、裁判所は、決定で完結すべき事件について、1項の規定により口頭弁論を行わない場合には、参考人又は当事者本人を審尋することができるとしています。ここでは、口頭弁論で審理するという言い方でなくて、本人たちを「審尋する」。「審」は「審理」の「審」で、「尋」は「尋ねる」という字を書きますが、審尋することができる。187条1項も同じように規定しています。ただし、参考人については、当事者が申し出た者に限ると（187条1項ただし書）。手続的には、第三者については職権証拠調べをしないという趣旨に読めますが、口頭弁論でなく、審尋という形式で簡易な意見聴取ができることになっています。そして同条2項においては、前項の規定による審尋は、相手方がある事件については、当事者双方が立ち会うことができる審尋の期日においてしなければならないと規定しております。これは、申すまでもなく、簡易な手続だとはいうものの、当事者間に争訟性が高

いような場合ですと、やっぱり相手方の言い分もちゃんと聞かなきゃいけないよと。そして言い分を聞くについては、やっぱり相手方に裁判所に出てくる機会を与えるという意味で、期日を開きなさい。そこへ相手方を呼び出さなさいということが義務づけられている。この規定などを見ますと、非訟的な手続であっても、相手方の弁論権といいますか、言い分を聴く機会を十分に保障しましょうよ、というようなことが条文に書かれています。これは、先ほど申しましたように、平成8年の改正法によって盛り込まれた規定で、やはり非訟的な手続であっても、相手方の言い分を聞く機会を設けるのが、最近の手続保障という考え方に沿うものではないかというようなことで、立法に至ったとみることができま

す。

そんなわけで、非訟的事件の扱いは、口頭弁論を開かなくてよい手続きであり、簡易迅速に結論を出す決定手続になっています。このように非訟的な事件と狭義の非訟事件とは、簡易迅速な裁判手続であるので、これをまとめて議論するとしても、とりあえず差し支えないと考えられます。そして、非訟的な手続を、訴訟事件手続に比較しますと、一方は慎重、他方は簡単・迅速、かつ事情に応じていろんな裁判ができ、変更も可能といったような、臨機応変な手続になっているといえます。

### 「訴訟の非訟化」現象

そして、このようなそれぞれの手続の違いがあることが、同時に、どのような事件を非訟手続で扱うべきかまたは非訟的な事件として扱うかという問題に影響を与えているといえます。裁判官が具体的事件に接して、その事件に適した妥当な解決を与えよう、つまり現場の裁判官に多くの裁量を与えて事件の適切な解決を早くしようとするようになります。そのような事件・事項であれば、訴訟事件として扱うより、非訟事件ないし非訟的な手続で裁判した方が適切だとする傾向が生じるわけです。現代の裁判手続の中で、いわゆる訴訟手続・判決手続というのは、

慎重な手続で、時間がかかり、世の中のスピードについていけないし、解決内容が事案にぴったりしないというようなことが感じられます。そうなりますと、今まで訴訟事件として判決手続で処理していた事件を非訟事件として取り扱う方がベターではないかという傾向が生じてきます。これは世界的な流れですが、これが、訴訟の非訟化現象といわれるものです。これは教科書に書いてあるとおりであります。

例えば、平成八年の民事訴訟法でできました248条、これは損害賠償請求訴訟で、損害が発生したということははっきりしているけれども、損害の額がなかなか算定できない。石油カルテルによって高い石油を買わされた。カルテルがなければもっと安い値段で石油が買えた。その差額を損害賠償として請求するというような場合に、その差額が幾らなのかなかなかはっきりと証明できない。いろんな経済原則を使って計算することができるでしょうが、どこまで確かかよくわからない。わからないとなると、原告がその点について立証責任を負っていますから、その立証責任を果たさないと、損害はゼロと判定されてしまって、請求棄却にならざるを得ないというような、そういう事件があったのです。このような石油カルテルによる損害賠償請求事件などを契機にしまして、損害の額を算定するのはもう裁判官に任せようということにしました。248条を見ますと、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて、相当な損害額を認定することができるというような規定を設けました。これなんかは規定の性質についていろいろ説が分かれてはおりますが、実際的には裁判官に多くの裁量を任せて、エイヤツと最後は決めてしまうことができるという規定になっています。訴訟という手続を選択しながらも、裁判官の裁量を大幅に認めることにしたもので、広い意味では、一種の訴訟の非訟化現象といえるかと思います。

## 2 非訟的手続の合憲性に関する最高裁の先例

そこで、従来このような非訟的事件について、裁判所はどんな根拠からその手続の合憲性を考えてきたかについて見ることにします。非訟的手続は、これまで見ましたように、簡略された手続きであり、公開されずまた対審構造をとってもいい。このような裁判手続が、なにゆえに、公開・対審を保障した憲法 82 条及び 32 条に違反しないのかが問題になります。

先例としては、終戦後すぐの時代にいろんな判例が出ております。①**昭和 31 年 10 月 31 日最高裁大法廷決定**（民集 10 卷 10 号 1355 頁）においては、憲法 32 条にいう裁判を受ける権利とは裁判所の裁判であれば足り、公開の対審・判決によるかどうかは法律で決められるという立場であり、家屋明渡請求事件について戦時中拡大された強制調停手続（非訟的手続）で公開・対審・判決によらないで処理しても違憲にならないとしました。しかし、②**昭和 35 年 7 月 6 日の大法廷決定**（民集 14 卷 9 号 1657 頁）は、昭和 31 年決定とは逆に家屋明渡請求事件を非訟事件（いわゆる強制調停事件）として処理した原決定を、家屋明渡請求事件などは「純然たる訴訟事件」であるから、ちゃんとした訴訟手続で処理しなければ憲法 32 条・82 条違反になるとしました。他方、③**昭和 40 年 6 月 30 日の大法廷決定**（民集 19 卷 4 号 1089 頁）は、夫婦同居の義務等に基づいて、同居の時期、場所、態様等について非訟事件的な扱いをした審判事件が最高裁までいきまして、これも公開法廷でやってないのですが、同居の義務存否そのものを争うのではなく、それがあつたことを前提にして、同居の仕方、いつから、どこでというようなことを決めた裁判は、これは純然たる訴訟事件ではない、だから、憲法の保障する公開の原則とかを保障する必要はないというものでした。

**最高裁大法廷の考え方**は、権利があるかないかの判断をするのは純然たる訴訟事件であり、その判断するには公開・対審・判決を保障する

訴訟手続でなければ憲法違反になる。しかし、その権利があることを前提にして、権利の態様について、たとえば、同居の場所とか、期間とか、そういう細かい調整をするような裁判は、これは純然たる訴訟事件ではない、だから、憲法で保障する公開の法廷だとか対審とか、そういうものはなくても憲法違反になりませんというものでした。そしてこの最高裁の態度は、その当時から、そしてその後もずっと長く続くことになりました。

上記判例は、「**純然たる訴訟事件**」をキーワードとしています。それは、判例の基礎に、**権利既存の観念**という理論があったからであります。要件事実に該当する主要事実が発生すれば、権利は自動的に発生する。たとえば、金を借りていつまでに返すという約束があった。そういう事実があって、さらに現実に金を相手方に渡した。そうすれば、そこに金銭消費貸借の法的効果がもう既に発生する。貸主には、期限が来れば、貸した金額と同額の金銭を返してもらい権利はすでに発生する。その後、期日を過ぎても、借主が返さなければ、貸金返還請求権が不履行により侵害されていることになる、つまり訴訟前に既に貸金返還請求権が発生し侵害されている、だから、訴えとしては、貸した金を返せという訴えを起し、裁判所は要件事実にあたる主要事実の発生を確認し確認できれば金を払えと判決をする。それがまさに訴訟の原型であり、そういう訴訟のスタイルを取るのが、まさに純然たる訴訟事件であるとするのが判例の立場でした。

それに対して、裁判所にある程度いろんなことを考慮して決めてもらってはじめて、やっと権利ができ上がってくる場合がある。まさに裁判所の裁判を通じて権利が形成される。そういう場合はむしろ既存の権利を確認する裁判ではなくて、権利の形成を行う裁判だということになる。訴訟の種類として形成訴訟というものもありますけれども、それに準じた扱いで、判例によれば、この場合には、訴訟手続を用意しなくても、憲法違反にならないというわけです。既存の権利を確認する場合

(つまり純然たる訴訟事件の場合)には訴訟を必ず用意しろ。そうでない、裁判によって法律関係が形成されるような場合は訴訟を用意しなくてよいという、非常に割り切った考え方が最高裁の考えだったのです。

## 要件事実の抽象化

ところで、要件事実の存在から直ちに権利が発生して、それが侵害されたから裁判に持ち込むというスタイルは、これは権利義務の法典、実体法が確立された近代社会においては、訴訟は基本的にそういうスタイルをとっているわけですが、社会の価値観が多様化してくると、いろんな利害関係を調整して裁判をしてもらう方が、事件に適切な解決が得られるという紛争も増えてきます。そういう種類の事件については、あらかじめ要件事実を確定的な事実として規定しないで、要件事実としては、抽象的事実、価値評価的な事実(規範的要件)のみを要件事実として規定しておいて、裁判所が事件ごとに現場で裁量を働かせて、いろんな利益考量をしながら結論を出していくという、そういうスタイルが求められるようになります。先ほどのように損害賠償額にしても、諸般の事情を考慮して、相当な損害額を認定することができるというように、規定の仕方が変わってくる。要件事実の規定の仕方が、口頭弁論の全趣旨に基づいて相当な額を定めるというように、抽象的な表現になります。要件事実がすごく抽象的な規定の仕方になってきます(先に述べた訴訟の非訟化現象ですね)。そうなりますと、これは裁判を通じてしか結果はわからないということになります。つまり、そこでの裁判は、形成的な裁判にならざるを得ないのです。そうすると、このような権利を形成するような裁判手続は、純然たる訴訟事件ではないので、判例によれば、憲法32条・82条の要請に答えなくてもよいということになってきます。学説は、まさに、この点を批判の対象にしました。

### 3 伝統的判例に対する批判

この判例の伝統的な考え方に対する批判としては、

第一に、権利をそんなふうに分けて処理するのが一体妥当なのかというものでした。例えば、夫婦同居の義務の存否自体と夫婦同居をどうやってやるか、いつ、どこで同居するかという判断とを切り分けて、二重に裁判することを認めることがはたして適切なのかどうかという批判。

第二に、前述のように、訴訟の非訟化現象が見られるようになると、従来の純然たる訴訟事件といわれるグループのほかに、これまで訴訟事件として取り扱われてきた事件で、その争訟性は訴訟事件に劣らないが、取扱いとしては非訟的手続で取扱う方が適切な事件（「訴訟の非訟化現象」といわれる）が増えてくるわけですが、そうなったときに純然たる訴訟事件についてだけ、憲法32条や82条を適用することにして、残りの非訟的な事件については争訟性の強い事件も含まれているにもかかわらず、すべて公開対審の原則を取っ払ってよいと割り切ってしまうことが、果たして妥当かという問題が指摘されていました。私は今、今年8月に刊行しました『新民事訴訟法 第五版』（2011年、弘文堂）を手元に持っていますが、この本の旧版の初版を出したのが1974年（昭和49年）でしたが、そのころはまだ最高裁の昭和40年判例がだんだんと定着していく頃でした。そしてこの判例と学説の対立は、40年を超えて続きました。

### 4 判例変更の兆し

しかし、最近、判例変更の兆しが見えてまいりました。最近の**平成20年5月8日最高裁第三小法廷決定**（裁判所時報1459号1頁、拙著五版33頁参照）が注目されます。

この事件は、先ほどと似たような事件です。妻が夫に対して婚姻費用

分担金の支払いを求めた。家事事件手続法の別表第二2号に当たる事件です。第一審の家庭裁判所では、過去の未払い分が95万、それから将来にわたっては1カ月12万円の割合による支払いを命じました。この審判に対して、妻が決定に対する不服申立方法である抗告という形で、上級審、つまり高等裁判所に抗告を申し立てました。そうしましたら、高等裁判所の方は、過去の未払い分は167万だとし1カ月16万円というふうに額をアップさせた支払いを夫に命じました。夫の方は非常に不利な状況に置かれたものですから、夫の方から今度は最高裁に特別抗告をした事件であります。

特別抗告というのは、ご承知のように、憲法違反を理由にして最高裁に申し立てることができるもので、高等裁判所の決定に対する抗告という形になります。

特別抗告で夫が何を問題にしたかといいますと、高等裁判所が、高等裁判所へ妻が行った抗告の抗告状及び抗告の理由書の副本を夫に対して送らなかった点を問題にしました。つまり夫は妻が抗告したことを知らされず、これに反論をする機会を失われたまま、自分に不利益な判断を高等裁判所はしたということで、憲法32条の裁判を受ける権利を侵害したという理由でした。

法律上は抗告には控訴に関する既定が準用されてきて、民訴289条によりますと、抗告状というものは相手方に送達するというところに法律の建前にはなっているのですが、抗告審での実務では、裁判所の裁量によって、抗告の相手方に対して一般的には抗告状などを送達していないようです。本件抗告についても、その実務にそった処理をした点を問題にしたのです。

多数意見は、原審の審理は十分に尽くされていない疑いが強いとまでいっています。抗告状などを送付することなどをして、相手方に反論する機会を与えるような配慮は必要であったというふうにはいいながらも、伝統的な先例に従いまして、本件は純然たる訴訟事件ではない、だから

憲法32条に違反しないという結論を、つまり特別抗告の理由には当たらないというので、夫の特別抗告を排斥したというのがこの事件の結論でした。

これだけの内容でしたら、先例に従ったということで、ここで取り上げるまでもないのですが、ただ、この決定には補足意見、反対意見ががついておりまして、これが注目されるところです。田原裁判官が補足意見を書いております。その内容は、本件は、審理不尽の違法は免れないであろうが、憲法違反の問題にはならない、だから特別抗告の理由にはならない、夫の特別抗告は認めるわけにはいかないというものでした。

これに対して**那須裁判官の反対意見**は次のようなものでした。先例は、——先例というのは先ほどご紹介しました昭和40年とか35年の先例ですね。その先例は、いずれも当時の法律に従って非公開の手續で審判したことを問題にした事件だと。しかし、憲法82条が要求する公開の対象となる事件を区切る基準、この範囲の事件は公開でやらなきゃだめだよという、そういう事件を区切る基準と、それから憲法32条が要求する審問請求権あるいは手續保障の適用範囲を区切る枠組み、基準とは、同一とは言えないじゃないかといった。したがって、先例を根拠にして本件を、裁判を受ける権利とは無関係だと言うことは、おかしいんじゃないかというようにいっているのです。また、家事審判手續において、職権主義や裁量主義の原則がとられているということだけからして、審問請求権や手續保障の機会を一般的に奪うことは説得力を欠く。実務としても手續保障を尊重する方向にあることからしても、高等裁判所の決定を、法廷意見(多数意見)がいうように、そのまま維持したのでは、「憲法違反の疑念を解消できない」。それゆえに、原決定には、結論に影響を及ぼすことが明らかな法令違反があったものとして、職権で原決定を破棄すること(民訴325条2項)が最低限必要であるというふうに、那須裁判官は反対意見を書いたのですね。

民事訴訟法**325条第2項**は、上告審に関する規定ですけれども、現在

の上告理由の規定では、ご承知のように、最高裁判所への上告は、憲法違反があるか、または昔でいう絶対的上告理由がある場合に限られています。つまり重大な訴訟手続違反で、結果の有無を問わず上告理由になるという、そういう絶対的上告理由があるという場合と、憲法違反かあるという場合だけが上告理由になる（この上告のことを権利上告と呼んでいます）。そのほかに上告受理申立てがありますが、これは、大審院だとか最高裁の先例に相反する判断がある事件か、「その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」について、上告受理の決定がなされ、上告審の審理を開いてもらうことができる（328条1項）。上告には、そういう窓口しかないのですね、本件はこれらのどれにも当たらない。本件では、上告受理の申立てをしているわけでもありませんし、憲法違反だという申立はしていますが、最高裁判所としては、憲法違反にはならないといっているのですから。原決定を破る理由が特にないのです。けれども民事訴訟法の325条2項では、上告裁判所である最高裁判所は、第312条1項、これは憲法違反の問題及び第2項（絶対的上告理由）にあたる理由がない場合であっても、判決に影響することが明らかな法令の違反があるときには、職権で、原判決を破棄又は移送することができるというふうに書いてあります。これはまさに、最高裁への入り口ではない。入り口ではないのですけれど、別の入り口を通して上告審の審理が行われて、調べてみると、判決に影響することが明らかな法令違反が見つかったという場合に、職権で原判決を破棄する道を認めたといえます。325条2項によれば、当事者の方から上告していくときに、上告審の門を開くには、この事由ではだめですけれども、別の申立てで門を開いて審理した結果としてこの事由が認められたら、原判決を職権で破棄できるという規定の建前になっています。那須裁判官の反対意見は、この規定を使って、少なくとも憲法違反の疑いのあった高等裁判所の決定を破棄すべきだといったのです。

この那須裁判官の反対意見は非常に注目すべきものでありまして、や

がて最高裁は今までの判例を変更することになるのではないかという予想を立てさせるものでした。案の定、**平成23年4月13日最高裁第二小法廷決定**(判例時報2119号32頁、民集65巻3号1290頁)は、従来の最高裁の考え方を変更したとも評価できるものでした。

ところで、その判例変更に至る過程で、レジユメには書きませんでしたが、同じく第三小法廷で上記の平成20年決定と平成23年の決定とのちょうど中間になります。が、**平成21年12月1日第三小法廷決定**(家裁月報62巻3号48頁)が出ています。この事件でも、那須裁判官は同じように反対意見を書いておりまして、同じような結論をとるべきだといっておりました。ところが、この平成21年の事件は、高等裁判所が相手方に抗告状を発送しなくても、結果に影響のないような抽象的なことが抗告状に書いてあるだけで、それによって現実に抗告の相手方が弁論の機会を失われたとか、証拠を提出する機会を失われたという結果は生じないようなケースであったのです。ですから、法廷意見の方は、安んじて、抗告状は送付をしなくてもよい、憲法違反にはならないという結論を出していたのです。しかし、この結論に対して那須裁判官は、こういうときでも、やはり法令違反として325条2項で破棄すべきであるという意見を書いています。

こうなりますと、那須裁判官が平成20年の決定について書いた反対意見の中身がさらに明らかになってきているのです。というのは、手続保障という考え方からすると、結論に影響するかしらないかを問わないで、この場合も送付すべきであるという、非常に強い手続保障の観念が読み取れるわけですね。

## 5 判例変更

さて、**平成23年4月13日のケースは、文書提出命令申立て**が問題になった事件でした。私が最初に言った訴訟の中の非訟的手続にかかわるものでありますが、事件内容は、時間外労働について賃金を支払えと請

求した事件が本体で、それを決めてもらうために、原告が、会社側で持っている出勤のタイムカードを出してくれという文書提出命令を申し立てた事件でした。タイムカードを書証として出してくれば請求の当否は一目瞭然じゃないかということで、タイムカードを提出するように、原告が裁判所に文書提出命令を申し立てたわけでした。

そして、第一審ではその文書提出命令を認めました。しかし、第二審に至って、高等裁判所の方はこれを否定したのです。第二審（抗告審）は、文書を出せという第一審の命令を否定しました。その理由としては、抗告状には、タイムカードのようなものは、うちの会社ではつけていないという抗告人（会社側）の主張があって、しかもそれを基礎づける書証まで抗告状に添付されていたというのがその理由でした。これに対して最高裁は、そういった抗告状であったにもかかわらず、抗告審（第二審）は、その抗告状を抗告の相手方である原告（文書提出命令申立人）の方に送付しないまま、文書提出命令を認めていた一審の決定を原告に不利益に取り消すのは駄目だ、最高裁は、それはだめだといったのです。抗告状を送らなかったということ自体が結果に重大な影響を及ぼすようなケースにおいて、まさに多数意見は、これはだめだといった。いかにも手続的正義に反するという強い言葉で否定しました。

この事件は、平成 20 年のケースと似ているわけですね。抗告の相手方に弁論の機会あるいは証拠提出の機会を与えれば、結果は変わるかもしれないという点で、双方の事件とも結論に影響のある事件であったのに、平成 20 年の決定事件は、先例に従って純然たる訴訟事件じゃないからといって特別抗告を蹴っていた。それに対し、本件では、これはいかにも手続的正義に反するというので、職権で抗告審の決定を取り消したというのが平成 23 年の決定でした。むろん、前の平成 20 年のケースは、婚姻費用の分担という家事審判事件でしたが、本件は文書提出命令という、いわば、訴訟手続の中の非訟的手続の事件である点で異なっており、本件の結論が、家事審判事件に、また多くの非訟事件に及んで

いくのかどうかは、まだ将来の裁判を待たなければならないところで  
す。しかし、本件決定の考え方が、大きな影響力をもつことは間違いな  
いでしょう。

もちろん、平成23年4月13日の最高裁決定は、その結論をとるため  
に、多くの前提要件を慎重に置いています。たくさんありますけれど  
も、一つには、本件文書提出命令が認められるか否かは、本案の判断に  
重要な影響を及ぼす可能性がある。したがって、文書提出命令自体が、  
これは決定手続ではあるけれども、本案の手続の一部をなすという側面  
があるという点。

第二点としては、会社側が本件文書を所持している事実が認められる  
かどうかは本件文書の提出を認めるかどうかの判断をほぼ決定づけるほ  
どの重要性を有すること。

それから、第三番目には、被告会社がタイムカードを所持しているか  
どうかという、その存否の判断は、当事者の主張・立証に依存するところ  
が大きい。その判断に関しては、当事者に攻撃防御の機会を与える必要  
性は極めて高いということ。しかるに、原決定は、即時抗告の申立書の  
写しを原告の方に送らなかつた、そういう欠点があると、判断したの  
です。即時抗告申立書、つまり会社側の即時抗告申立書には、会社が本  
件文書、タイムカードを所持していると認めた第一審の決定に対する反  
論が具体的な理由を示して記載されていた。かつ、第一審決定後に提出  
された書証があり、その書証によると、文書は存在しないようだとい  
うことを推認させる証拠力がある、そういう書証もその抗告申立書に添付  
されていた。そういう即時抗告の申立書の写しを相手方(原告)の方に  
送付しなかつたのは、原告から反論の機会を実質的に奪ったものではな  
いかということで、このような結論に至ったわけです。

明らかに先ほどの平成20年決定の法廷意見とは様子が違います。最  
高裁の本決定文の中には手続保障の観念が根強くみなぎっております。  
結果としても、そういう方向に舵を切っているということで、実務に与

える影響は少なくないと思います。ただ、判例は、抗告が提起された場合、その抗告状を相手方に必ず送れと言っているわけではない。本件で出された抗告状には十分相手方が反論すべき情報が含まれているからとか、また反論をしてもらわないと、裁判所としては的確な判断ができないんじゃないかというような事由を幾つも積み重ねて、そうした本件なのだから、原決定を取り消すべきであるといった。最高裁は、本件の特別の状況に大変こだわったうえで、結論が出されているといえます。

そういう意味では、那須裁判官のように、結論に影響があろうとなかろうと、抗告状などは喧嘩の始まりを宣言するようなものだから、それを相手方に送付するのは当たり前じゃないか、それこそ手続保障の考え方だという立場をそのまま認めたわけではないという点に注目する必要があります。やっぱり非訟的事件の取扱いをするということの中には、事件を迅速に処理するという要請も強いわけです。いろんなことを合理的に判断して、迅速に処理するという要請も強い中で、実務的にはこの抗告状なら相手に送るべきか、相手に送らなくともよいかを個々に判断していくべきであるというメッセージが含まれているように思われます。そのための具体的な基準というものを最高裁は探っていくべきだというふうに読むことができるわけです。

## 6 新非訟事件手続法および家事事件手続法の制定

こうした判例の進展がありました中で、今回の非訟事件手続法の改正、それから家事事件手続法が、本年の5月25日に法律として成立したわけです。家事審判法は家事事件手続法と名前を変えて新しい法典になっています。それから、非訟事件手続法はこれまで非常に奇妙な法律でした。ある部分は片仮名、公示催告のところは平仮名になっていたりして、1つの法律の条文としてはちぐはぐな法典になっていましたが、それを全部平仮名に書きかえて、新しい非訟事件手続法典ができました。ちなみに、この新しい法律2本とも、付則によって、公布の日――

これは平成23年5月25日ですが——から2年以内において政令で定める日に施行されるということになってはいますが、まだ施行になっていません。

その制定過程では、一体、非訟事件手続の一般的な手続のあり方として、抗告状などというものは相手に必ず送付すべきなのかどうかというようなことが議論の対象になったと思います。

結果としては、家事事件手続法の別表第二に分類されている事件、たとえば婚姻費用の分担審判などについては、定型的に当事者間に争いがある、争訟性が強いと見て、抗告状の写しは送付しなさいということになっています。家事事件手続法の88条という規定ですが、審判に対する即時抗告があった場合には、抗告裁判所は、即時抗告が不合法であるとき、または即時抗告に理由がないことが明らかなきを除いて、原審における当事者及び利害関係参加人（抗告人を除きますが）に対して抗告状の写しを送付しなければならないという原則をうたっております。

もっとも、「ただし書き」があります。ただし、抗告審における手続の円滑な進行を妨げるおそれがあると認められる場合には、即時抗告があったことを通知することで足りる。送付でなくて通知でもいい。けれど、抗告があったことだけでも「伝えよ」というのが家事事件手続法88条の（抗告状の写しの送付等）という見出しの規定になっております。

それに、さらに89条がつながっております。その第1項では、抗告裁判所は、原審における当事者及びその他の審判を受ける者の陳述を聴かなければ、原審の決定を取り消すことができませんという規定を置きました。つまり、これはまさに相手方及び利害関係人がいるのならその利害関係人の陳述を聴いた上でなければ、原決定を取り消すことはできませんよという、いわば相手方に聴問権・弁論権みたいなものも保障するところまで、徹底した規定になっています。

それから、同条には第2項がありまして、別表第二に掲げる審判事件については、ことさらに要件を重ねております。別表第二に掲げる事件

というのは、かつての家事審判法の乙類事件に該当します。したがって、当事者間で争訟性の強い、当事者間で話がつけばそれはそれでよいが、つかないときには裁判所が審判で解決してあげますよという、そういう種類の事件ですが、これについては、抗告裁判所は、即時抗告は不適法だとか即時抗告に理由がないことが明らかなきを除き、原則は、原決定を取り消すかどうかにかかわらず、原審における当事者の陳述を聴かなければならないという規定になっています。

これを裏から読みますと、第1項は、陳述を聴かなければ取り消すことはできないという規定ですね。ところが、第二項は、別表第二事件にあっては、第一審の判断を取り消すかどうかにかかわらず、陳述は聴きなさいよというところまで行っています。これは、那須裁判官が述べていたようなところにまで進んでいます。つまり、争訟性の強いという事件類型については、そこまでいけよといっている。立法ですから、いろいろな案件を典型的に仕分けしながら1項と2項を書き分けているという、そういう操作ができたと考えられるところです。

一方、非訟事件手続法の改正法の方はどうかと申しますと、66条1項という規定がありまして、終局決定によって権利又は法律上の利益を害された者は、その決定に対して即時抗告をすることができるというのが66条の1項ですが、同法の69条では、終局決定に対する即時抗告があったときは、抗告裁判所は、原審における当事者及び利害関係参加人（抗告人を除くのですが）に対し、抗告状の写しを送付しなければならないと規定してあります。ただし、「ただし書き」がありまして、その即時抗告が不適法なとき、理由がないことが明らかときは、この限りでない。これは当然のことかもしれませんが、送付するのが原則ということになっています。これは、先ほどの家事事件手続法の88条のレベルに近いと言えますが、同法、つまり新非訟事件手続法の第70条では、抗告裁判所は、原審における当事者及びその他の裁判を受ける者の陳述を聴かなければ、原裁判所の終局決定を取り消すことができな

いという規定になっております。これは、非訟事件、一般的なものとして規定されておりますので、家事事件手続法の先ほど読みました89条の1項止まりとなっております。その2項まではいってない。つまり、結果のいかんにかかわらず、陳述を聴けとまでは言わないで、原決定を取り消すためにはヒアリングをなささいというところでとまっているというのが新しい非訟事件手続法の定めになっております。判例で、いろいろな事件に対応した最高裁の態度決定をいろいろ勘案して、事件のグループ別けをしながら立法が行われたというふうにみることができます<sup>(1)</sup>。

以上が非訟的手続とか非訟事件についての手続保障について、判例と理論と立法というものがいろいろと相互に影響し合いながら発展してきたという経緯を理解することができるのではないかと思う次第です。

### Ⅲ 法的観点指摘義務

さて次に、手続過程における手続保障、いわゆる当事者権の充実という観点からみますと、最近の特徴的な事象としまして、釈明義務が強調されてきております。しかも、法律上の観点についての釈明義務(法的観点指摘義務)を強調する傾向が強くなってきており、これも手続過程における手続保障の中身を考える上で重要な課題といえます。

時間の関係から、簡単な例として、**平成22年10月14日第一小法廷判決**(判例タイムズ1337号105頁)をご紹介します。

これは、ある大学法人に教授が雇われましたが、その雇われるときに、法人の理事から、うちには65歳を定年とするという就業規則はあ

---

(1) 講演後の2012年3月に得た情報であるが、東京高等裁判所の民事訟廷管理官によれば、家事事件手続法の施行は、平成25年1月と予想しており、別表第二第3項事件、同表8項事件及び抗告事件を担当する民事部が指定した事件については、施行に先立ち平成24年4月から新手法88条、89条、93条1項、71条及び72条を適用する試験的運用を始めるとのことである。

りますけど、あんまり適用はしていませんと。あってもないようなものですよというような話で、その教授がそこに就職した。しかし教授が65歳を迎える半年前になって、学校の方から、あなたは65歳でやめてくださいということを通告してきた。それは話が違うというのが教授の考え方で、教授は、私を雇った雇用契約はそういう内容じゃないよということで最高裁判所まで争ったのです。

当事者間では、ずっとそういう特別な契約を結んだのかどうかについて、第一審でも第二審でも争いました。つまり、この先生については就業規則は適用しないような雇用形態であると、そういう雇用契約を結んだのかどうかについて、双方の当事者が争って、証拠調べもして、第一審は、そういう特別な契約を結んだということは認められないという結論で、教授の方が負けたのですが、第二審では、最近の高等裁判所の審理の仕方として、1回の審理で口頭弁論を終結して結論を出してしまいました。学説上は控訴審というのは続審制をとっていると言われていますが、現在の実務では、多くの事件で1日だけ口頭弁論を開いて、直ちに結審して結論を出すというやり方が多く行われていて、続審制の事後審的運用と称して、学者の研究対象にもなってきているというわけですが、この事件もそういう取り扱いで処理されました。そのこと自体はまだよかったのですが、控訴審は第一審の結論を突如変えてしまったのです。そして、その変えた理由が最高裁で問題になったのです。

高等裁判所が第一審判決を変更した理由は、いきなり信義則を持ち出したのですね。当事者は、一審でも二審でも、特別な雇用契約があったかなかったかということだけを念頭に置いて証拠を出し合い、喧嘩をしていた。ところが、高等裁判所に行ったら、1回だけ口頭弁論を開いて結審し、判決でいきなり、学校法人は、信義則上、退職通告をしてから1年ぐらいは待つてやるのが当たり前だという理屈で、(さすがにもう1年という期間がすでに過ぎていましたから、教授としての地位を確認することはしませんが、)半年じゃなくて通告時から1年分の給料は払い

なさいという、足して2で割ったような結論を出したのです。信義則による予告期間の半年延長という構成は、どちらの当事者も思ってもみなかった法的視点でしたが、これに基づいてそのような結論を出しました。そこで学校側が最高裁に文句を言ったというのがこの事件で、最高裁は、おいおい、裁判官は法を知っているとはいうものの、当事者が全然考えもしないような法的観点を判決でいきなり持ち出して、これに従えというのは、それはちょっと行き過ぎじゃないかというのが最高裁の結論でした。最高裁は、もし原審が信義則という観点を判決で取り上げるつもりなら、それをあらかじめ当事者に示して、こういう論点があるけれど、お前たちはどう考えるか、それについて攻撃防御を尽くしなさいといってから、判決でその結論をとるべきであると述べたのです。これはまさに、当事者の考えていた法的観点、請求は、特別な雇用契約に基づいて、原告が65歳を過ぎても教授でいられるという法的地位にあるのだという主張をし、被告もその点だけを争っていたのに対して、その法律構成とは違う法律構成、辞めさせるにはせめて1年間の通告期間を置けというような、信義則上の原理を持ち出していくというのは、明らかに法律的な見解が違うわけですね。裁判官が頭に持った法律の見解について当事者は全然知らないまま結論をだされた、それは当事者をばかにした話じゃないかという、少なくともそれによって不利益を受ける当事者側は弁論権を失ったと言われても仕方がないんじゃないかというわけで、明らかに法的観点についても、裁判所は、判決で取り上げるべきものについては、当事者にあらかじめ釈明をして、それについての攻撃防御を尽くさせるべきだということを最高裁判所が認めた判決でした。

**平成22年1月20日最高裁大法廷判決**(民集64巻1号1頁)も同様に法的観点指摘義務を認めたものですが、今日は時間の関係で内容に入りませんが、憲法問題にかかわる事件でございまして、大変おもしろい判決です。お手元に配りました「JLF ニュース」49号(日弁連法務研究財

団刊)に出ていますので、後でお読みいただければと思います。憲法、行政法の勉強にもなりますし、民事訴訟法から見ても、法的観点指摘義務というものを認めた判例の一つとして、また「職権証拠調べ」(行訴法24条)の規定はどのように解釈すべきかについて、田原裁判官の反対意見もありますので、参考になるケースです。また古いところでは、**昭和51年6月17日最高裁第一小法廷判決**(民集30巻6号592頁)も、法的観点指摘義務を認めて原判決を破棄した事例とされています<sup>(2)</sup>。

- (2) 本件は、手形(第一手形という)の所持人Xから振出人Yに対して手形金支払請求をしたものであるが、本件第一手形は、YによりA宛てに振り出された後、Aが担保のためにBに裏書譲渡されていたところ、昭和45年5月頃被担保債権が消滅したのでその手形はAに返還されるべきものとなった。しかし、当時Aが倒産して行方不明とあって、同手形はBの手元に置かれたままになっていたところ、昭和48年6月5日、原告XがAの債権者としてAを代位して同手形をAへ裏書譲渡させることにより、Xが同手形を所持するにいたったものであった。第一審では、Xは請求原因として①Yが第一手形を振り出したこと、②Xがこの手形をYに呈示したことを主張し、これに対して、AがY宛て振り出した手形(「第二手形」という)債権をもって相殺したと主張した。そこで争われたのは、両手形債権が相殺適状になるのは、第一手形の満期が到来した時なのか、それともXが手形を呈示した時なのかにあった。そして第一審では前者の説を採ってYの相殺の抗弁をみとめ、請求を棄却した。第二審においても、当事者からはこれ以外に新たな論点は提出されなかった模様であるが(坂井芳雄・判批・民商76巻3号(昭和52)410頁)、原審裁判所は、本件第一手形がAからBへ、さらにBからAへ裏書譲渡されている事実から、Aが第一手形をいつ再取得していたかどうかに関心を持ち、Aが第一手形を再取得した時点で債権債務の対立関係が成立し相殺適状になると考えるに至り、すでに提出されていた証拠から、Aが手形を再取得したのは、代位債権者XによってBからAに裏書譲渡された時点(昭和48年6月5日)であると判断し、その時点であれば、自動債権である第二手形債権は時効消滅していることになるので、相殺適状が生ずることはあり得ない、したがって相殺は無効であると判断して、原判決を取り消し、Xの請求を認容したのである。これに対して最高裁は、いつの時点で、第一手形がAに移転したかに関して言えば、被担保債権が消滅した時点ではBでなくAが実質的な権利者になるとみるべきであり、第一手形の裏面に「昭和45年5月6日買戻し」と記載されていることからするとそれを認定できる可能性があり、原判決の結論が逆になる可能性もある。この点をさらに審理させる必要があるとして破棄差し戻しとした。本最高裁判決の破棄事由は何かといえ、両当事者が想定していなかった法的論点である、Aが第一手形をいつ再取得したか(これは原審が前提にした視点)、さらに、Aがいつから「実質的手形権利者」となったかという法的観点(これは最高裁が示した視点)について、原審が当事者に釈明を求め、その点について主張立証を尽くさせなかったのは釈明義務違反・審理不尽であるとするものであった。本最

よく、法のことわざに、当事者に対して裁判官は、なんじ事実を語れ、さらば権利を与えん、あるいは法を与えんといわれてきておりますように、裁判における事実の問題というのは、当事者の責任で裁判所に上程して、そして裁判を受けるというのが当たり前で、事実の上程の仕方、証拠の裏づけの仕方によって事件の結果は左右されるというのが我々法律家の常識になっています。そうであればこそ、弁論主義というのは、事実の主張・立証にかかわるルールなわけですね。

弁論主義の第一のルールは、当事者が主張しない事実は判決の基礎にとってはいけないというルール。それから、第二には、当事者間に争いのない自白した事実は、裁判所はそのまま判決で用いなさいと、受け取りなさいと。それから、第三番目のルールとしては、当事者が申し出ていない証拠を職権で取り調べるというのはやってはいけない。証拠調べは当事者の申し出た証拠について必要な限りで行うというルール、そしてこの三つの原則が弁論主義として古くから説かれていますね。

これはいずれも、訴訟における事実の重要性を前提にしたルールとして歴史的にも確立されてきた。弁論主義というのは、意外にも、法典の中では正面きって規定されていないのですが、民事訴訟の重要なルールとして確立されてきている、それは皆さんご承知のとおりです。そうであるにもかかわらず、近時は、あえて法律論についてもやはり当事者の言い分を聴くべしというのが、この法的観点指摘義務といわれるものです。法律論についても当事者の言い分を互いに闘わせるということがいかに重要であるかということから、この法的観点指摘義務は出てきたものであります。

そして、この法的観点指摘義務を手続過程における手続保障という視点からみますと、手続過程における手続保障というものの中身は、事実についても法律についても十分に議論できるような地位を当事者に保障

---

高裁判決が、法的観点についても釈明義務を認めた判決例として引用される所以である。

することだという内容に膨らんでくるといえるのではないかと思います。

#### IV 終わりに

結論を急ぎますと、手続保障の将来については、今日省きました当事者の訴訟準備活動についてのいろんな制度を整備していくということが今後の課題になろうというのが、私の結論です。

手続過程における手続保障を一言で申しますと、事実についても法律論についても、当事者に弁論の機会を十分に与えることであり、そして、互いに十分に弁論できるためには、当事者としては、相手方が持っている情報で、相手方にとって不利でこちらにとっては有利な、事件に関するあらゆる情報、証拠等を事前につかむことが必要ですし、それを可能にする制度が必要であります。そしてそのためには、訴訟当事者としては、自分の持っている事件に関する情報のすべてを自分からあらかじめ相手方に開示すること（**情報の開示制度**）が必要になるのではないかと思います。

そのような手段としては、現行法上も文書提出命令などは、まずその重要な手段ですね。相手方の持っている、こちらには有利なものかもしれないけれども、相手方自身には出したら不利になるような文書でも、提出命令によって出させることができる。要件は民訴法 220 条に規定されていますけれども、そういうことを目的とした制度として設けられておりますが、さらに進んで、自分にとって不利だ、出せば負けるかもしれない、そういう情報や証拠も、法律論も、あらかじめ自ら開示して、その上で訴訟を展開する、正々堂々と訴訟に臨むようにすべきだ、そういう態度が双方当事者に求められるのではないかと思います。手続保障としては、そのような形態こそが理想であると考えています。

シニアのベテラン弁護士さんのお話では、自分の側にとって不利な証

拠などはけっして出さない。有利な証拠も最終段階になって出した方が、効き目があるとか、いろいろ訴訟戦術が説かれております。しかし、証拠が遍在する事件など、例えば、医療事故の損害賠償請求事件などでは、患者である原告側は、自分では価値のある証拠をほとんどもっていない反面、情報とか証拠は医師側が独占して持っている。その中には、医師にとって不利な情報も含まれているかもしれない、そのこと自体も、患者側としては分からない場合が多いわけですね。そういうときに、患者の方が知らないことを奇貨として、訴訟で勝とうという姑息な医師側の訴訟戦術というのは、やはりこれからはとるべきではない。やっぱり持っているものは全部出して、見せ合って、そして正々堂々と闘うというのが、これからの裁判の手續保障のあり方ではないかと思っています。もちろん、自分にとって不利な情報や証拠を自分から進んで開示せよということは、代理人である弁護士としては、依頼者の利益を害する行為として弁護士倫理に反するといわれるかもしれません。しかし、このような情報開示によって、早期に真の争点が洗い出され、審理の充実かつ促進に大いに役立つのではないのでしょうか。かりに情報を進んで開示すれば、敗訴は免れないという場合であるならば、依頼者が訴えてくれと懇願したとしても、弁護士としては、これ以上戦っても無駄ですよ、あきらめたほうがベターですよとか、和解を勧めるなりして、訴訟を断念させるように説得すべきではないか。そのような弁護活動が必要ではないかと思うのです。それこそが、弁護士の商売のやり方としても優れていると評価されるのではないかと思います。訴訟制度の運営は、国民の税金で賄われています。その納税者の目線から見ますと、そうした弁護士の活動こそ、望まれます。無駄な訴訟追行を断念することによって、人、時間、金、さらに関係者全員の精神的負担といった、貴重な資源をどれだけ浪費しなくて済むかは計り知れません。そうした弁護士活動は賞賛されこそすれ、弁護士倫理に反するといわれる筋合いはない。かりに弁護士倫理違反だといわれるとすれば、その倫理規範こ

そ反省されるべきではないかと考えます。そして、このような情報開示の理念を実現されるような制度改革を工夫し実行することが、これからの研究者、実務家、そして立法担当者に課せられた責務であると考えているものであります。

このことを今日のメッセージとして、私の話を終わりたいと思います。

どうも、長時間ご清聴ありがとうございました。(拍手)

## 質疑応答

○**司会** 新堂先生、ありがとうございます。

先生の体系書の第五版はこの夏に出されたばかりですが、今日は、そこで、新しく加わった判例について教えていただきまして、しかも、「JFL ニュース」とあわせて今日の資料をごらんになると、五版の新しい部分が網羅できるようなことになるのかなと思っております。五版のはしがきでも、最近の民事訴訟法の判例は、読んでおもしろいものが多くなったということで、それから、判例の新しい傾向について別稿を予定しているというふうにお書きになっておられたと思います。今日はその先取りを先生から直接伺うことができ、大変ありがたかったと思います。

それでは、質疑応答の時間になりましたので、フロアの方からご質問があれば、ご遠慮なくどなたからでもお願いします。

○**田頭** 新堂先生、今日は本当にありがとうございました。本当は学生諸君から質問を受けた方がいいと思うんですけども、一応学生の意向を推察して、こういうことを聞きたいんじゃないかということをお私から質問させていただきます。

今日のお話は、ちょっとこじつけかもしれないんですけども、やはり地裁が一審ということであれば、第二審の高裁レベルでの、例えば抗

告審でどういう審理をすべきなのかということが問題になっておりましたし、そして、釈明権の問題についても、ある意味では事実審であるべき高裁レベルで、法的问题だからすぐに法的な判断をしてしまおうと。そういうふうなことももしかしたらあったかもしれないんだということをおもひまして、お尋ねしたいのは、先生のご講演の中にも出てきました、いわゆる続審なんだけれども事後審的な運用がなされているというふうなお話がありましたけれども、そういう現状に対してどんなふうに先生自身がお判断というかご評価をされているのか、そのあたりをお話しただけだと思います。

○**新堂** その点につきましても、教科書の894頁、895頁で、私の意見はまとめていますけれども、「一審の審理が十分になされていれば、二審はそれをなぞるだけで十分といえます。したがって、一審の審理を記録から見て、審理は充実しており、結論もこれでいいんだという確信が持てれば、控訴審は1回の期日で終結するという実務も適切なものではないかと思えます。ただ、事件によっては、一審で十分に審理がなされなかったとか、あるいは一審の記録だけからは必ずしも事件の本質が浮かび上がってこないような原判決があるわけで、そのような事件を高裁の裁判官が一審の訴訟記録から見つけ出すことがかなり重要になってきます。とくに高裁の裁判官は一審での証人尋問に直接立ち合っているわけではありませぬので、一審判決の結論をおかしいと判断するには慎重でなければいけないという面もあり、結局は、高裁の裁判官の力量にかかってくるのではないかと思えます。先ほど紹介いたしました事件などは、まさにその力量が問われて、まだまだ勉強してもらわないと危ないなという事例ではあるわけですね。たまたまそれが裏目に出たケースが紹介されているところを見ますと、弁護士としては、油断できないなという感想をもちますね。対策としては、いつも警戒の目を持って、そうした事例に対しては、研究者、実務家、弁護士が、こんな事例はやっぱりちゃんと続審をやったほうがよかったという批判をケースバイケー

スで続けることが重要ではないか、そのような批判の目を光らせていることが大事ではないかと思います。

○**司会** ありがとうございます。

それでは、時間となりましたので、最後に新堂先生を拍手でお送りしたいと思います。

新堂先生、今日はお忙しいところを貴重なご講義ありがとうございました。(拍手)