

法的観点指摘義務と釈明義務の関係について

瀨
崎
録

もくじ

はじめに

一 法的観点指摘義務をめぐる議論状況

1 問題状況

2 ドイツ法における議論

二 法的観点指摘義務の内容と機能

1 法的観点指摘義務の内容

2 本稿における法的観点指摘義務の内容

三 法的観点指摘義務の範囲

おわりに

はじめに

民事訴訟の審理において、訴訟資料たる事実の収集・提出は、弁論主義により当事者の責任と権能とされている。しかし、当事者が主張する事実について、不明瞭な点や不十分な点があった場合に、裁判所はその当事者の主張した事実のみを前提として判決をするのではなく、当事者に対して釈明を求めることができ、さらには、釈明を求めなければならないと解されている。このような釈明をめぐる問題は、かつては、もっぱら事実を中心として議論されてきた。そして、法適用あるいは法領域の事項⁽¹⁾については裁判所の専権であると解されてきた。このように解されてきた背景には、「裁判所は法を知る (Jura novit curia)」あるいは「汝我に事実を与えよ、しからば我法を与えん (Da mihi factum, dabo tibi jus)」といった法諺により、法の探索・適用は裁判所の責任であるとされてきたことによる。しかし、現在では、仮に当事者が念頭におく法律構成と裁判所が採用しようとする法律構成に齟齬があった場合、裁判所は当該法律構成に基づき判決をなすにあたっては当事者に対して伝え、その法律構成について改めて主張・立証の機会を保障すべきであるという法的観点指摘義務(法律問題指摘義務)の存在が、学説によって有力に主張され、概ね認められるに至っている。

ただし、この法的観点指摘義務の存在を肯定する各見解は、事実のみならず法的問題についても一定の場合に裁判所が当事者に主張・立証の機会を保障すべき場合があることを肯定する点では一致するものの、その範囲や弁論主義との関係についてなど、いまだ不明確な部分が残っている。また、同義務と釈明義務がいかなる関係にあるの

かも必ずしも明らかではない。この点については、法的観点指摘義務を釈明義務の一態様と位置づける見解と、これを釈明義務とは異なるものと捉える見解が存在している。

そこで、本稿は、法的観点指摘義務と釈明義務の関係について明らかにすることを目的とする。結論を先取りすれば、本稿は法的観点指摘義務を釈明義務の一態様ではなく、釈明義務とは異なる機能・意義を有する別個のものとして捉えるべきであるとの立場から、法的観点指摘義務の範囲についても考察を行う。このように、釈明と法的観点指摘義務の関係について考察することにより、裁判所と当事者の役割分担の在り方を明らかにすることはもちろんであるが、これに加えて、当事者双方の訴訟における役割分担（責任分配）の規律について考察するための重要な視点をも得ることができると考えられる。すなわち、本稿で考察の対象とする法的観点指摘義務は、裁判所によるあらたな争点形成という意味をもつと解することができる。争点整理手続による争点および証拠の整理を前提とする現行の民事訴訟においては、争点形成は本来的にはおもに当事者の責任のもとでなされる。そうであるとなれば、争点形成についての裁判所の関与の在り方は、その争点に関するその後の訴訟活動における当事者間の役割分担とも無関係とは言えないと考える。

当事者間の役割分担に関する規律には、もっとも議論のあるもののひとつとして事案解明義務があるが、かかる義務の根拠については、長く議論が存在するものの、そこにはいまだ見解の一致は見られない。事案解明義務の根拠や当事者間の役割分担の規律の在り方それ自体は、当事者間の関係規律から導き出されるべきである。したがって、本稿は、その考察によって、当事者間の役割分担の規律と法的観点指摘義務あるいは釈明義務を直接結びつけることを意図しているわけではない。しかし、両当事者間の役割分担の在り方と、裁判所が当事者とのように役割分担しどの程度積極的に当該審理に関与していくべきかという視点とは、当事者主義を貫く訴訟運営のあり方を

検討するという意味では互いに交錯し、影響を与え合っているものと考ええる。このため、本稿は、事案解明義務をはじめとする当事者間の役割分担の在り方と根拠について考察する前提段階という位置づけの下に、裁判所と当事者との役割分担の問題がもつとも生じる、法的観点指摘義務と釈明義務との関係について考察することを目的とする。そのためには、法的問題の領域に関する裁判所の関与の在り方と事実に関する裁判所の関与の在り方はおのずと異なるものになると解するのが本稿の仮説である。また、法的観点指摘義務と釈明義務の法的関係を明らかにすることは、さらなる改正も視野に入れて提案がなされている現行の民事訴訟法における議論を深めるためにも資すると考える。

本稿では、上記の問題意識を前提として、以下ではまず法的観点指摘義務をめぐる従来の議論の状況を概観したうえで(一)、同義務の内容を「法的観点」に含まれる要素の点から検討し(二)、最終的に裁判所が法的観点を指摘すべき同義務の範囲と要件について若干の考察を行う(三)。

一 法的観点指摘義務をめぐる議論状況

1 問題状況

民事訴訟における事実と証拠の収集と提出は、弁論主義にもとづき、当事者の責任と権能とされている。しかし、審理のなかで当事者の主張や立証に不明瞭な点がある場合にも、弁論主義を理由にこれを放置し、そのまま判決を

することは、弁論主義の適用に対して形式的にすぎるとの批判がなされることになるだろう。民事訴訟法（以下、単に法という）一四九条は、このような場合に、訴訟関係を明瞭にすることを目的として事実上および法律上の事項に關し当事者に対して発問し、または立証を促すことができるとして、裁判所の釈明権を定めている。この法一四九条が釈明権と同時に、釈明義務をも定めていると解する点については現在ではほぼ異論は見られない。³⁾ この法一四九条に釈明権とともに規定されているとされる釈明義務については、評価規範としての釈明義務の問題および行為規範としての釈明義務の問題についてそれぞれ議論が存在する。⁴⁾ このうち、本稿では、特に釈明義務の行為規範としての側面と法的観点指摘義務との関係に注目する。行為規範としての釈明義務の問題は、裁判所が審理過程においてどこまで関与すべきであるか、言い換えれば、当事者主義に基づく審理をどこまで貫くべきであるか、または裁判所は審理過程において事実の解明にどこまで積極的に関与するべきかという問題と位置づけることができる。

このような問題は、当初はおもに事実についての裁判所の関与の在り方を中心として議論がなされていた。釈明権と釈明義務の関係、両者の範囲などについての議論がまさにこれである。⁵⁾ そして、後述のように釈明と弁論主義の関係もこの議論と交錯するかたちで論じられることが多かった。このようななかで、事案のそれぞれの事情に応じて行われる釈明は、その性質上、どのような場合に釈明すべきかという一般的な要件化にはなじまないもの、釈明の具体的内容にそった分類がなされている。たとえば、不明瞭を正す釈明、不当を除去する釈明、訴訟材料補充の釈明、訴訟材料新提出の釈明、立証についての釈明という分類⁶⁾や積極的釈明と消極的釈明という分類⁷⁾などがある。これに対して、法一四九条の文言のうちの「法律上の」事項に關する裁判所の関与の在り方については、事実上の事項に關するそれに比較した場合に必ずしも議論が十分にはなされてこなかったと言えよう。⁸⁾ これは、「裁判

所は法を知る (Jura novit curia) の法諺あるいは「汝我に事実を与えよ、しからは我法を与えん (Da mihi factum, dabo tibi jus)」の法諺を前提として、法的問題は裁判所の専権であると考えられてきたことが原因の一つである。しかし、法適用に関する裁判所の職責が問題となる局面においても、当事者に手続権保障がなされる必要性がドイツ法およびフランス法の議論に示唆を得て唱えられるに至った。⁹⁾ 現在では、日本においても裁判所に「法的観点——これをどのように定めるかは議論の余地があるとしても——」を指摘すべき場合があることは肯定されているとみてよいであろう。¹⁰⁾

ところで、この法的観点指摘義務について、わが国の民事訴訟法はこれを明文で定めた直接の規定を持たない。¹¹⁾ ただし、通説的見解によれば、法一四九条には「事実上および法律上の事項について」裁判所が釈明を求めることができる旨規定されているため、法的観点指摘義務の根拠も同条に求めうると解されている。実際、法的観点指摘義務が問題となった事例と解しうる裁判例においても、「釈明権の不行使に違法がある」ことを理由として、一四九条を適用した判示がなされている。¹²⁾ 法的観点指摘義務の存在を認める見解の多くは、同義務を釈明義務の一態様と位置づける。それゆえ、法一四九条に釈明権と同時に釈明義務をも規定されているとの前記の理解を前提とすれば、このような実務の状況を説明することが可能であり、特に問題もないことになる。しかし、他方で、同義務を釈明義務から独立した別個のものとして扱っ見解が存在する。¹³⁾ このような見解の一部からは、法的観点指摘義務を問題としたと評価しうる事例においても、弁論主義違背あるいは法一四九条の釈明義務の違背という「法的理由付けを借用して」いるものがあるとの指摘がなされる。¹⁴⁾ このような議論状況を受けてか、最近では、法的観点指摘義務を釈明義務から切り離して、正面からこれを承認し、裁判所の義務として明文で定めることを視野に入れた提案もなされている。¹⁵⁾ このような状況から、両者の関係について、法的観点指摘義務を釈明義務の一態様と位置づけ

てきたこれまでの考え方を再考する必要があるのではないだろうか。

そこで本稿では、前述のとおり、法的観点指摘義務と釈明義務との法的関係を明らかにすることを目的とし、両者は理論的に異なるものであるとの結論を仮定して考察を行う。かかる結論を敷衍すれば、同義務を正面から規定する条文の新設をも視野に入れる見解を方向性としては支持しうる。ただし、その場合でも、法的観点指摘義務と釈明義務との関係について明らかにする必要性はむしろより強く生じるものと考ええる。また、当初は弁論主義を形式的に適用することの不合理を修正・補完するものと理解されていた釈明を弁論主義から切り離したうえで、当事者の弁論権の保障¹⁷という観点から再構築する見解が多数主張されている。仮に法的観点指摘義務を釈明のなかに含める通説の見解に立つとしても、釈明を弁論権の保障の観点から再構築する上記の動きを前提とすれば、釈明と一部適用範囲が重なり、あるいはその中に包含される法的観点指摘義務もまた、弁論主義との関係を整理する必要があることになる。

そこで以下では、まず法的観点指摘義務の規定をもつドイツにおける議論を概観する。²⁰

2 ドイツ法における議論

(1) 規定の在り方の変遷

ドイツ法における法的観点指摘義務をめぐる議論の状況は、すでに多くの紹介がなされており、ここでは同義務と釈明義務との関係について考察するために必要な範囲で概観する。²¹ドイツ法において、そもそも法的観点指摘義務に相当する規定がはじめに設けられたのは、一九七六年のいわゆる簡素化法による改正によってであった。このさい、釈明義務を規定するZPO二二九条（以下、旧二二九条という）とは別個の規定としてZPO二七八条三項

(以下、旧二七八条三項という)が新設された。旧二七八条三項は、当事者が明らかに看過しまたは重要でないと考えた法的観点に基づいて裁判しようとする場合には、裁判所は当該法的観点を開示しなければならない旨を規定していた。両規定がどのような関係にあるのかという点については、立法当初から議論が存在した。そのため、当時のドイツにおけるこの議論および「法的観点」についての議論から示唆を得て、日本においても法的観点指摘義務の在り方を提唱する見解も見られた。²³⁾

両規定の関係については、旧一三九条は本質的に事実に関する釈明義務を基礎づけるが、旧二七八条は、不意打ち裁判を防止することを目的とする限度で、裁判所に対する法的観点的開示及び討論を義務付ける規定であると解されてきた。²⁴⁾ 両規定の適用領域については一部合致する部分があり、いずれを適用すべきかは個別的な判断によるとの説明がなされていた。ただし、両規定の関係について、立法にさいしての連邦議会の法務委員会は、旧二七八条三項を旧一三九条の特別規定と考えていたことがうかがえるものの、実際の規定にこの考え方が同項の文言に明らかに反映されているか否かは不明確であった。²⁵⁾

このようななかで、山本克己教授は、簡素化法による改正以前の旧二七八条三項に相当する規定がなかった頃の旧々一三九条における裁判官の釈明義務の機能を分類した見解を紹介し、同条に基づく裁判官の釈明義務には、①明確化機能 (Klarstellungsfunktion) 、②変形機能 (Transformationsfunktion) 、③了解機能 (Verständigungsfunktion) の3つがあり、さらに③の了解機能は (a) 今まで考慮に上がっていなかった特定の訴訟上の処分 (Disposition) の合目的性を認識すること、(b) 訴訟上の処分に一貫した事実の基礎を与えること、(c) 事実の証明の必要性を認識することの三つを当事者に容易ならしめる機能があり、立法過程の立法者による議論等を前提とすれば、上記の③了解機能のうち (a) (b) の二つが簡素化法によって新設された旧二七八

条三項に帰せしめられると評価する。⁽²⁷⁾ さらに、Stümmel教授は、旧二七八条三項には、旧一三九条とは異なり、当事者が法的見解の主張を行うことを促すという独自の機能があることを指摘している。⁽²⁸⁾ これらの分析からは、旧二七八条三項は、機能としては旧一三九条の機能の一部が分化したとの評価が可能であったことになる。

しかし、これらの規定は、その後の二〇〇一年の改正法により、これらの部分にさらに変更が加えられた。⁽²⁹⁾ 本稿の問題意識と関係する主な変更点は次の二点であった。第一点は、裁判所の実体的訴訟指揮と題して、釈明義務が規定される一三九条一項に加えて、同条二項に法的観点指摘義務を定める規定を置いたことである。第二点は、それまでの旧二七八条三項の規定では裁判所が指摘すべき対象について「法的観点 (einen rechtlichen Gesichtspunkt)」という文言を用いていたのに対して、一三九条二項では「観点 (Gesichtspunkt)」と変更されたことである。この改正は、包括的かつできる限り確定的な第一審における紛争処理を目的としていた。そして、そのためにできる限り確定的な事実認定を第一審において実現するための方策として、裁判所の実体的訴訟指揮権限を強化し、それを通じて裁判所と両当事者との間のコミュニケーションを改善することを旨として加えられた変更であった。⁽³⁰⁾ また、一三九条二項に関して、旧二七八条三項における文言から単なる「観点」へと変更されたのは、法と事実を区別することの可否が従前から議論されてきたところ、両者を明確に区別することが困難であるとの見解に基づくものであるとの評価がなされている。

(2) ドイツ法における議論からの示唆

以上のようなドイツの釈明義務および法的観点指摘義務の規定の変遷からは、一見すると、本稿の結論とは異なり、法的観点指摘義務は釈明義務に取り込まれるべき裁判所の義務であるとの示唆が得られるようにも思われる。

改正を経て、裁判所の実体的な訴訟指揮の一つとして、それぞれが規定されているからである。しかし、現行のドイツ法が実体的訴訟指揮として両者を位置づけていることをもって、日本における法的観点指摘義務と釈明との関係をめぐる議論において、ただちにこれを釈明義務の一態様と位置づける立場の根拠とすることは適切ではないように思われる。その理由として、第一に、ドイツにおける二〇〇一年の改正の前後において、裁判所の釈明の在り方に上記の規定の在り方を理由とする大きな変化があったとは言えず、³¹⁾ 釈明関係の規定をめぐる当該改正は、それまでの議論を追認し、関係規定を整備したにとどまったものとの評価がなされうることである。³²⁾ そうであるとすれば、法的観点指摘義務と釈明義務の関係を考察するうえで、二〇〇一年の改正以前の旧一三九条と旧二七八条三項の関係をめぐる議論もなお意義を有することとなる。このため、従前の一三九条の機能の一部が旧二七八条三項へ分化したとの評価を前提に、法的観点指摘義務と釈明義務は、不意打ちを防止するという点で根拠を同じくするとしても、釈明義務とは別の機能を有するものと解することが可能である。このことは、改正を経てもなお、現行のドイツ法の規定が両者を同一の一三九条のなかにおいても、一項と二項として別々に規定していることとも一致するように思われる。

ただし、上記のように考えたとしても、現行一三九条二項が裁判所の指摘すべき対象を単に「観点」と規定したこととの背景に法と事実との区別の困難性があるという点は、問題として残ることになる。法と事実とを明確に区別することの困難は、日本においても法的観点指摘義務を釈明のなかに含める見解によって根拠のひとつとされている。たしかに、法と事実を明確に区別することの困難は否定できない。しかし、実務において両者を明確に区別できないことをもって法的観点指摘義務と釈明義務の関係を基礎づけることは可能であろうか。この点が法的観点指摘義務を釈明義務に含めることの根拠にまでなりうるかは疑問である。³³⁾

二 法的観点指摘義務の内容と機能

1 法的観点指摘義務の内容

前記一では、法的観点指摘義務の存在それ自体について、正面からこれを規定するドイツはもちろん、日本法においても学説は概ね肯定している前提に立ち、ドイツにおける議論をごく簡単に概観した。この議論からは、両者はまったく異質のものではないものの、規定の在り方やその周辺の議論を通して、両者は異なる機能を有するものであると解しうる。この点について、日本においても同様の方向を指す見解が多数主張されている。ただし、同義務の内容および性質は論者によって広狭幅がある。そこで、以下では、法的観点指摘義務の内容について検討を加える。

まず、法的観点指摘義務の定義として、従来の裁判例を分析・再評価する阿多説は、法的観点を「裁判所が当事者の気づいていない法的観点を判決の基礎としようとするときは、裁判所は、その法的観点を当事者に向かって開示し、当事者との間で法的観点・法的構成についても十分に議論を尽くすべきであるという義務」と定義する。

山本和彦説は、一般的には、釈明義務を三つに分類するなかには法的観点指摘義務を位置づけ、同義務を「少なくとも一方当事者に知られていない法律問題について、当事者に攻撃防御の機会を与えるために、裁判官が当事者に指摘すべき義務」と定義する。³⁵⁾これに対して納谷説は、同義務を、裁判所が「もし当事者が看過し、または重要で

ないと解している法的観点に基づいて判決を下す場合には、その前に必ず、その者に対し自らの右法的観点を開示すべき義務」と定義する。³⁶⁾ また、伊藤説は、「当事者がある法的観点を前提として、それに当てはまる事実主張をなしているときに、裁判所が同一の事実に基づいて別の法的観点を採用する場合には、釈明権を行使して法的観点の内容を当事者に指摘しなければならぬ」義務とする。³⁷⁾

これらの学説が定める法的観点指摘義務の内容からは、第一に、当事者が気付いていないか、あるいは重要でないと解している法的観点で、かつ判決の基礎になりうるものが同義務の対象であること、第二に、当該法的観点について裁判所は、当事者に対して指摘（あるいは開示）すべきことという点が法的観点指摘義務の内容として抽出することができる。さらに、同義務を法一四九条に読み込むとすれば、上記に加えて、規定の文言上、当該法的観点が「訴訟関係を明瞭にする」ための指摘であることが必要になる。かかる義務が裁判所に課されるのは、当事者が念頭において訴訟活動を行ってきた法律構成と異なる法律構成について、すでに主張されている事実をもとに裁判所が当事者に指摘することなく判決をすれば、当事者にとって不意打ちとなることから、このような法的問題の領域においても当事者の弁論権を保障するためと解される。この場合、当事者に対する指摘は、法律構成を指摘した後の事実主張を求めることよりは、まさに不意打ちを避けるために当事者に対して当該法律構成を通知・披瀝することに主眼がある。これに対して釈明は、たとえば、その内容は（a）不明瞭を正す釈明、（b）不当を除去する釈明、（c）訴訟材料補充の釈明、（d）訴訟材料新提出の釈明と分類とされる。³⁸⁾ このような釈明は、裁判所が当事者の主張する法律構成の当否について判断するために必要な訴訟資料の不明瞭・不十分な点を指摘し、必要な訴訟資料を口頭弁論に上程させることを目的とする。この点が法的観点指摘義務が釈明とは異なる点である。

ここで、前記の義務内容を前提とした場合に生じうる疑問として、以下の点が考えられる。すなわち、①このよ

うな法的観点の指摘を釈明権・釈明義務とともに法一四九条に規定されているとすることが可能かという点、そして②また、この定義における「法的観点」にはいかなる要素が含まれることになるのか、という点である。これらの点について検討する中で、本稿における法的観点指摘義務の内容について明らかにしていきたい。

2 本稿における法的観点指摘義務の内容

(1) 法的観点指摘義務の法的根拠

法的観点指摘義務の法的根拠を一四九条に求めることが可能かという問題は、同義務を釈明義務といかなる関係にあると捉えるかという問題である。同義務も法一四九条に規定されているとの見解は、同条に「法律上の事項」という文言があること、裁判所の指摘（あるいは開示）という行為と、事実について釈明を求め、「問いを発し、または証明を求める」行為が裁判所の同一の行為とみなしうることに基づいていると解される。また、ドイツにおける議論と同様に、法と事実を明確に分けることが困難である点も同義務を釈明義務の一態様と位置づける根拠となっている。仮にこの見解に立って同義務も一四九条に読み込むとする場合、これまでに分類が示されてきた釈明の内容及び機能のなかに同義務の右機能を含めることが可能だろうか。法的観点指摘義務の趣旨は、たしかに当事者の弁論権の保障という点では釈明と一致しうる。しかし、その趣旨は裁判所の採用する法律構成について当事者に指摘し、法的討論を行うことにある。⁽¹⁰⁾このような機能は、従来の釈明の分類のいずれにもきれいに含めることができない。⁽¹¹⁾この点について、釈明の分類を再構築することで問題は解消できるとの反論が考えられる。しかし、釈明と同義務とは、仮に当事者が裁判所の指摘に従わない場合、裁判所がとりうる対応に違いがあることから理論上は別のもつと捉えるべきである。そもそも釈明権と釈明義務の両者を同一の条文のいわゆる「可能規定」の文

言に読み込み、さらに釈明とは理論的に異なる法的観点指摘義務の概念をも含めることは、同条の文言をあまりに広く解釈することとなり、無理があるように思われる。また、仮に同義務を釈明義務とともに法一四九条の中に含めるとすると、同条の規定のもとで、いかなる場合に法的観点指摘義務が生じるのかはなお不明確である。さらに、同条の文言からは、訴訟関係を明瞭にするという目的に適うことが同義務の要件としても必要と考えられるところ、後述のように、具体的事例において法的観点指摘義務が問題とされうる裁判例のなかには、「訴訟関係の明瞭化」とは異なる目的で裁判所による指摘がなされているものもある¹²⁾。そうであれば、同様に裁判所による指摘という行為であっても、両者を別個のものと正面から肯定すべきではないだろうか。

(2) 「法的観点」の内容

以上のように、本稿では法的観点指摘義務を釈明義務とは機能において異なるものであるとの前提に立つたうえで、同義務を当事者が気付いていないかあるいは重要でないと考えているためにある法律問題、法律構成を採用しておらず、当事者と裁判所との間で判決の基礎とする法律構成について齟齬がある場合に、当該法律構成を採用することに当事者に指摘すべき義務と定義する。この義務の釈明義務との最大の違いは、釈明義務は原告が主張した法律構成による請求の当否を判断する過程において、不明瞭・不審な点について明らかにすることであるのに対し、当事者に当該法的観点の指摘あるいは開示をするという法的観点を指摘する裁判所の行為は、「裁判所が不明瞭・不十分な訴訟資料（主張・証拠等）を指摘して、当事者から適切な法的観点を引き出し、これを口頭弁論に上程させることに実益があるわけではない¹³⁾」という点にある。すなわち、法的観点指摘義務は当事者が求める訴訟物についての当否を判断するに当たり、いわば請求の当否の判断にたどり着くルート（法律構成）が変わること

を当事者に指摘し、これについて法的討論を行う趣旨でなされるものであるのに対して、釈明義務は、当事者が当初主張した法律構成に基づいて請求の当否の判断へと至るなかで主張・立証等に不明瞭な点があるため、いわば情報や主張を整理し、明確にしなければ当該ルート（法律構成）について判断ができない状況として区別されるのである。

その場合、同義務の「法的観点」とはいかなるものかという問題が残る。前述の阿多説¹⁶⁾は、裁判例において破棄差戻事由とされた事例から「法的観点」に含まれる要素を以下のように抽出する。その要素は、すなわち①法令の解釈・適用に関するもの、②当事者が主張した事実から導かれる法的評価（法的構成）に関するもの、③当事者間における契約内容の解釈に関するものに分類されるとする。そして、このうち②当事者が主張した事実から導かれる法的評価に関するものは、さらに(1)訴訟物の特定及び攻撃防御方法の選択に関するものと(2)権利抗弁に関するものがあり、前者については裁判所の指摘義務があるが、後者については指摘義務がないと分類する。そのうえで、上記(1)訴訟物の特定及び攻撃防御方法の選択に関するものをさらに「〔a〕一般条項、規範的要件事実、黙示の意思表示のように、主要事実が一義的に決定していないもの」、「〔b〕法規の形式から見れば主要事実が明確であるが、当事者の法的構成に誤りがあるか、主張の特定が不十分であるため、当事者がなした事実主張と法的評価の間に齟齬があるもの」、「〔c〕当事者が行った法律構成自体は正当であるが、証拠資料等から認定される事実関係と食い違があるため、もし当事者が弁論に提示した事実（間接事実を含む）に対し、当事者の意図とは別の法的評価を加えれば、当事者の請求を維持できる可能性がある場合（「」は筆者）」の三つに分類する¹⁷⁾。阿多説のこのような分類は、釈明権に対する判例の基本的変遷の中で、審理過程において積極的に釈明権を行使することを認める最近の判例の傾向¹⁸⁾を肯定的に捉え、その延長線上に「法的観点」も非常に広く捉える見解と言えよう。これに対して、山

本和彦説は、「法律問題」をいわゆるあてはめの問題や契約条項の解釈、立法事実の探知などを含む、確定された事実関係に適用すべき法規範の選択ないし決定とその意味内容の解明に関する問題とする。⁽⁴⁷⁾さらに、この山本説の挙げる法的観点の要素から敷衍して、「法的観点」の内容を①法令の解釈についての見解と②その事案に適合的な法律構成についての見解の二つに大別する見解もある。⁽⁴⁸⁾法的観点に関しては、前述のとおり、ドイツにおいても旧二七八条三項の新設の際から議論があり、たとえば、法律上の規定・契約上の規定・法的な論拠・判例学説において主張されている見解・支配されない確定判例において固定されている概念・慣習・慣習法などかなり広範囲に及ぶと解されている一方で、⁽⁴⁹⁾立法の経緯から、判決を支える法的観点としてこれを限定的に捉える見解の対立があった。⁽⁵⁰⁾

以上のように、わが国の法的観点指摘義務をめぐる議論、とりわけ行為規範としてのそれについての議論の前提においては、広い範囲で法的観点を観念する見解が多かった。⁽⁵¹⁾たしかに、訴訟の審理過程において事実問題を除いた残りすべての事項を法的問題に含めることは理論上は可能であろう。しかし、この点は義務違反の効果の問題と密接に関係するが、⁽⁵²⁾裁判所が常に当事者に指摘しなければならぬ義務の範囲としては、これより狭く解すべきである。この点、ドイツおよび日本に共通して、判決の基礎となる法律構成という限定が挙げられる。⁽⁵³⁾裁判所が指摘すべき法的観点が広いことは、当事者の弁論権が保障される一方で相手方当事者との間での公平が反対に害されるおそれがあり、これとのバランスをとる必要があるからである。本稿の立場でも、法的観点的範囲は、やはりできる限り狭く捉えるべきことになろう。以下では、法的観点指摘義務が問題となると解されるこれまでの判例を参照しつつ、同義務の範囲について考察したい。

三 法的観点指摘義務の範囲

〔1〕最（二小）判平二二・一〇・一四・判時二〇九八号五五頁⁵¹⁾

本件は、Xが学校法人Yから同法人の定年規定により退職となる旨告げられ、職を解く旨の辞令を受けた。これに対して、XがYに対して、XとYとの間で、Xの定年を八〇歳とする合意があったとして、雇用契約上の地位の確認および賃金等の支払いを求めた事案である。第一審は、本件は争点整理段階で争点が八〇歳定年の合意であることを確認し、右合意があったとは認められないとして、Xの請求を棄却した。控訴審における争点ももっぱら八〇歳定年についての合意の存否に関するものであった。控訴審は、本件合意は認められないとし地位確認請求については棄却した一方で、賃金請求については、職を解く旨の告知から一年を経過するまでは信義則上定年規定による定年の効果を主張することができないとして、一部認容した。当事者双方とも、Yが定年規定による定年退職の効果を主張することが信義則に反するという点については主張していなかった。

これについて最高裁は以下のように判示した。〔裁判所は〕……訴訟の経過の下において、……信義則違反の点について主張するか否かを明らかにするように促すとともに、上告人に十分な反論及び反証の機会を与えた上で判断をすべきものである。とりわけ、原審のとった法律構成は、……従前の訴訟の経過等からは予測が困難であり、このような法律構成を採るのであれば、なおさら、その法律構成の適否を含め、上告人に十分な反論及び反証の機会を与えた上で判断をなすべきものといわなければならない。原審が、上記……のような訴訟の経過の下において

上記のような措置をとることなく……判断をしたことには、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。」

〔2〕最大判平成二二年一月二〇日民集六四卷一号一頁⁵⁵⁾

A市が連合町内会に市有地を無償で建物（地域の集会場であると同時に、その内部に祠が設置され、外壁に神社の表示がなされている）、鳥居および地神宮の敷地としての利用に供している行為に対して、憲法の定める政教分離原則に違反する行為であって、市長であるYにおいて敷地の使用貸借契約を解除し同施設の撤去および土地の明渡しを請求しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとして、地方自治法二四二条の二第一項三号に基づき怠る事実の違法確認を求めた事案である。原々審および原審は、市による当該土地の神社に対する利用提供行為を政教分離原則に違反すると認定し、当該土地の使用貸借契約を解除して神社の撤去および土地明渡を請求しないことが市の財産管理を違法に怠っているとして、Xの違法確認請求を認めた。本件においては、神社施設の撤去および土地明渡請求以外に、例えば土地の譲与、有償譲渡又は適正な対価による貸付け等、上記行為の違憲性を解消するための他の手段が当事者の主張の有無にかかわらず明らかである場合で、原審は当事者がほぼ共通する他の住民訴訟の審理を通じて上記行為の違憲性を解消するための他の手段が存在する可能性があり、市長はこうした手段を講ずる場合があることを知っていたという事情があった。最高裁は、このような場合に、「その違憲性を解消するための他の合理的で現実的な手段が存在するか否かについて審理判断せず、当事者に対し積明権を行使しないまま、上記怠る事実を違法とした原審の判断には、違法がある。」と判示した。

〔3〕最判昭和六〇年六月一八日金融・商事判例七二九号三七頁

X（乙会代表者）は、権利能力なき社団である乙会はやはり権利能力なき社団であつた甲会が昭和二八年に乙会として新たに発足したものであり、両会は社団として前後同一であると主張している。Xによれば、甲会はH寺から土地を贈与され、その所有権が同会の会員全員に総有的に帰属したことを公示するため、所有者を「乙会内Z」とする所有権移転登記を経由した。本件は、Xが前記のとおり甲会と乙会が社団として前後同一であると主張し、Zの相続人Yら六名に対して乙会全会員の受託に係る所有権に基づき移転登記手続を求めた事案である。原審は、甲会と乙会との間には、「財産主体としての前後同一性を認めることは困難」としたうえ、ほかに乙会が本件土地の取得原因事実につき主張・立証がない以上、権利能力なき社団である乙会の全会員が本件土地につき総有的に所有権を取得したとのXの主張は採用することができないとして、Xの請求を棄却した。これに対して、最高裁は、「主張事実からすれば、Xが乙会の本件土地の所有権取得原因に関する主張としては、不明確ながら乙会が甲会から本件土地を承継取得した旨の主張をしていることが窺われなくはない」として、原審はXに「本件土地の承継に関する主張の趣旨を釈明したうえ、これに対する当事者双方の主張・立証を尽くさせ、もつて事案の真相をきわめ、当事者の真の紛争を解決することが公正を旨とする民事訴訟制度の目的にも適合する」とし、このような釈明を行わずXの請求を排斥した原審には釈明権の行使において違法があると判示した。

〔4〕最判昭和四五年八月二〇日民集二四卷九号一三三九頁⁽⁶⁾

破産者A（昭和三九年八月五日破産宣告）および破産者B（同年一〇月二三日破産宣告）夫婦の破産管財人XはYに対して、A・B両名が破産債権者を害することを知りながら、同年五月二〇日に共有にかかる本件土地を代物

弁済としてYに譲渡し所有権移転登記手続をしたとして、次いで本件家屋をYに譲渡し、同人のため所有権移転登記手続をしたとして、本件不動産に関する譲渡行為を破産法七二条〔現行破産法一六〇条〕一号に基づいて否認する旨主張し、Yに対して、各々その登記の抹消手続を求めた。

原審は、Yは本件不動産をA・B夫婦が支払停止の状態に至る前に譲渡担保として取得しているから、破産法七二条一号で否認されうべきものではないとしたうえで、この譲渡が否認の対象とならないとしても、前記各登記行為は同法七四条〔現行破産法一六四条〕所定の否認の対象たり得るものと解する余地もないが、XはAらの支払停止あるいは破産申立の日時など同条所定の要件事実について主張せず、また同条所定の否認権を行使しないまま終わっているのです、この点は裁判所として判断できないとして、Xの請求を棄却した。これに対して、最高裁は、「一般に破産管財人が同法七二条に基づいて当該物権変動を否認し、これを原因とする登記の抹消を訴求している場合において、同人の主張および弁論の全趣旨のうち同法七四条の要件を充たす事情があらわれているならば、もし、同法七二条に基づく原因行為の否認が認容されなるときは、原告たる破産管財人において、さらに同法七四条に基づきその対抗要件をも否認せんとするものであることは、ほとんど疑いを容れる余地がない」として、原審は、積明権を行使して同法七四条に基づく対抗要件の否認についても当事者の注意を喚起し、この点に関する主張・立証を備えさせようとして、これについても判断を下すべきであったとして、積明権の行使に誤りがあると判示した。

〔5〕最判昭和五八年一〇月二八日判例タイムズ五一六号（一九八四年）一〇八頁⁵⁷

X₁・X₂（以下、両名を合わせて「Xら」という。）は、X₁の父でありX₂の夫たる訴外Aの交通事故による死亡に

基づく損害賠償について保険会社に対する自賠償保険の損害賠償額の請求手続事務をYに委任したが、Yが保険会社から受領した右賠償額のうち、四五〇万円をXらに引き渡さないとして、Yに対し、四五〇万円及び遅延損害金の支払いを求めた事案である。原審は、YがXらに対し、合計すると第一審判決の認容額と同額の金員の支払義務を負っていることを認めたが、Xらが請求の趣旨に「Xら兩名に対し金四五〇万円」の支払を求める旨を記載した趣旨によれば、Xらは本件四五〇万円の二分の一ずつ、すなわち各二二五万円の支払を求める旨の申立をしていることが明らかであるとして、右申立の範囲内におけるX₂の請求については第一審判決の認容額と同額を認容すべきとしたものの、X₁の請求については、二二五万円を超える部分の請求を棄却した。

これに対して、最高裁は、Xらの請求の原因、弁論の前趣旨及び本件訴訟の経緯に照らすと、Xらが右請求をするにあたって真に意図しているところのものは、Xら兩名がYに対し、前記委任契約に基づいて支払を求めうべき債権全部の履行、すなわち本件残額四五〇万円全額……の支払を求めることにあることがうかがわれなくはない」として、原審はXらに対し「本訴請求の趣旨につき積明を求め、Xらの各申立の真に意図しているところを明らかにしたうえ審理判断すべきであったというべきである」として、Xらが本件残額につきその二分の一ずつの金員の支払を求める申立をしているものと速断して判決した点に積明権の行使を怠り、審理不尽の違法があるとした。

〔6〕最判昭和六一年四月三日裁判集民事一四七号四八九頁、判時一一九八号一一〇頁⁽⁵⁸⁾

Aの破産管財人であるXは、Aが当時所有していたトラックを搬出したYに対して、破産法七二条による否認権行使を主張し、否認権行使に基づく価額償還請求等を請求した事案である。原審では破産法七二条四項の否認権の発生原因事実の有無がおもな問題となっていた。原審は、価額償還請求における価額算定の基準時は否認権行使時

であるとし、価額償還請求権の発生は認められたものの、否認権行使時の価額の立証がなされていないとしてXの請求を棄却した。

これに対して、最高裁は、「破産法上の否認権行使の結果、現物の返還が不可能なためにこれに変えてその価額を償還すべき場合、その償還すべき価額は、破産法七七条の法意に照らし、否認権行使時の時価をもって算定すべきであるが、……原審で、否認権行使時の時価がXの主たる立証の対象とならず、Yもこの点を積極的に争わなかったこと、原審に提出された代物弁済時及び処分時の価額を表す書証によれば、否認権行使時の時価がゼロとは到底考えられず、その立証も可能であることに照らすと、原審は、Xに対して否認権行使時の時価の立証を促すべきであった」とした。

(1) 若干の考察

本稿では、積明義務と法的観点指摘義務とは概念的に異なるものであることを前提として、積明権の行使に関する違法があることを理由としている上記の各事例に、本来的には一四九条、すなわち積明の問題ではないものが含まれていると考える。このため、具体的な右の各事例について再評価を行いたい。本稿では、法的観点指摘義務を積明義務と区別する基準として、法的観点指摘義務は当事者が求める訴訟物についての当否を判断するに当たり、いわば請求の当否の判断にたどり着くルート（法律構成）が変わることを当事者に指摘し、これについて法的討論を行う趣旨でなされるものであるのに対して、積明義務は、当事者が当初主張した法律構成に基づいて請求の当否の判断へと至るなかで主張・立証等に不明瞭な点があるため、いわばそのままでは当該ルート（法律構成）について判断ができない状況として区別されるとした。

ただし、法的問題においても当事者の手続保障が図られるべきとの考え方のもと、釈明とは異なる機能を有するものとして法的観点の指摘を位置づけた場合、次に、同義務の外延が問題となりうる。法的観点の指摘が過度に広く裁判所の義務として位置づけられれば、裁判所は常に当事者の主張する事実から考え得るあらゆる法的問題について想定し、これを当事者に指摘すべきか否かを検討しなければならないことになる。仮にこのような状況が生じれば、裁判所の負担が過度に大きくなるうえ、当事者主義を貫く訴訟の運営は著しく害されることになる。このため、裁判所はどこまで法的観点の指摘が義務付けられるのかということも問題となる。このような義務の範囲については、①当事者がその訴訟の過程において、当該法律構成を争点にする意思があることが明らかであったと評価しうる場合や、②争点整理等の訴訟の早期の段階において争点を形成したにもかかわらず、これと異なる法律構成に基づいて裁判所が判決をする場合に、当該法律構成について指摘を行わずに判決をした場合が義務違反となると解される。かかる要素は、法的観点指摘義務の対象となる争点すなわち法律構成は、原則的には自己が望む判決の基礎として当事者によって形成されるべきであり、これとは異なる観点を裁判所が指摘しないままに判決の基礎とすることは当事者にとって不意打ちになることから導かれるものである。

前記〔1〕は、本稿が釈明義務との区別として挙げる当事者が求める訴訟物についての当否を判断するに当たり、いわば請求の当否の判断にたどり着くルート（法律構成）が変わる場合に該当し、したがって、法的観点指摘義務の問題となる事案である。このほか、法的観点指摘義務の典型例として挙げられる、代物弁済により土地を取得したことを認定してもらうために主張した事実から裁判所が譲渡担保を認定するといった場合にも同様に法的観点指摘義務に基づき、裁判所は当事者に対して自らの採る法律構成について指摘をし、法的討論を行う義務を負う。とりわけ〔1〕の信義則のように規範的要件については、主要事実が一義的に定まらないため、当該法律構成につい

て当事者が認識することが困難であると考えられることから、不意打ちの可能性がより高い。したがって、かかる規定においては、法的観点指摘義務はより強く生じることになる。まして、現行の民事訴訟においては争点整理手続の充実が前提とされており、「1」においても第一審の早い段階で八〇歳定年についての合意の有無が争点である旨の確認がなされていた。このような事情も同義務を生じさせる重要な要素となり得ると考える。このような当事者が主張していない法律構成に基づいて判決する場合に、当該法律構成について指摘することは、判決を基礎づける法律構成を指摘すべきという狭い範囲で法的観点を設定する前述の見解にも合致する。

判決を基礎づける法律構成という要件については、「4」の事例の場合に、より問題となり得る。すなわち、「4」の場合、原審は当事者の主張した破産法七二条という法律構成についてのみ判断し、その請求を棄却している。この際、少なくとも原審は同法七四条を判決の基礎に採用してはいないため、判決を基礎づける別の法律構成であることが指摘義務が生じる要件であるとすると、この法律構成についての裁判所の指摘義務は導出しえないようにも思われる。しかし、この事案においては、第一審段階では当事者は同法七四条に基づく對抗要件否認についても主張していたという事実があった⁽⁶⁾。仮に原審において当該法律構成について指摘があれば、その点について主張をすることは想定できただけである。このことから、一審からの審理過程に当該法律構成についても争点とする意思が当事者にあることが明らかな場合には、これを裁判所が指摘すべき義務があり、この点も同義務が生じる要件となると考える⁽⁶⁾。

このような要件の下では、たとえば「3」の事案も権利能力なき社団甲と乙が前後同一であるという当事者の主張と乙から甲への「承継」があった⁽⁶⁾という裁判所の認定では法律構成が変わるため、裁判所に指摘義務が生じると考える。ただし、個別的には、「3」の事案は原審がそもそも乙会の運営実態において、当会が権利能力なき社団

として認定できないことを理由としてXの請求を棄却しており、本来的に法的観点指摘義務が問題となる事案ではなかったと解される。

〔5〕の事案は、当事者も裁判所もXらが請求した債権について可分債権であるとの評価は一致しているが、当事者の「Xら兩名に対し四五〇万」の支払いを求めたという請求の方法に誤りがあった事案である。このため、裁判所の認定と当事者の主張する法律構成に齟齬が生じているわけではない。このような場合の裁判所の当事者への指摘は、本稿の考える法的観点の指摘ではなく、釈明義務に基づくものである。

〔6〕の事案は、価額償還請求における価額算定の基準時という法の理解が問題となっており、価額償還請求権の発生は認められるものの、当事者からは否認権行使時の時価の立証がないというものである。〔5〕、〔6〕は、いずれも当事者が求める請求の当否を判断するために不明瞭な部分があるために当該法律構成について判断ができない場合であると解することができる。そのため、これらについて裁判所が行うのは、まさに「訴訟関係を明瞭にするため」の法律上の事項についての釈明である。

〔2〕は、市有地の利用提供行為が違憲であり、この違憲状態を解消するために当該使用貸借契約を解除し、神社の撤去及び土地明け渡しを求めた事案である。当該訴訟の原審まで、たとえば土地の譲与や適正価格による貸付けといった撤去・明渡し以外の違憲状態解消手段については当事者のいずれからも主張はなされておらず、裁判所においても審理されてはいなかった。これに対して、最高裁の多数意見は、当該利用提供行為の違憲性を解消するための他の合理的で現実的な手段が存在するか否かについて原審は当事者にこれを指摘すべきであったとしたのである。本判決には、複数の少数意見が付されている。そのなかでも、今井裁判官の反対意見では、撤去・明渡しを請求することの他に採るべき手段があり得ることについて、当事者からその旨の主張立証がない場合も裁判所はそ

れを斟酌すべきかという点について言及されている。今井裁判官および近藤裁判官の補足意見は、右事由の主張立証責任の所在につき請求原因説と抗弁説とをあげて検討している。このことから、両裁判官は、当該事由を事実と捉えているようにも解される。⁽⁶³⁾

地方自治法二四二条の二第一項三号の「財産の管理を怠る事実の違法確認」請求訴訟においては、抽象的に「財産の管理を怠る事実が違法である」との確認請求は認められず、原告は「違法な怠る事実」を具体的に特定することが必要であると解されている。⁽⁶⁴⁾ 一見すると、上記のような理解は、民事訴訟において過失などの評価的規範につき、抽象的に過失の存在を主張するのみならず、これを基礎づける具体的事実も同時に主張することが求められることと類似しているようにも思われる。そうであるとすれば、当該違法な怠る事実にあたる具体的事実について裁判所が指摘を行うことは、単に事実についての釈明と解することも可能であろう。しかし、過失等の場合と異なるのは、地方自治法二四二条の二の規定について、「怠る事実」の違法性についての判断には、他に採るべき手段があり得るか否かを判断することが不可欠の前提であるという点で両者が密接に関連していることである。しかも、「例えば、違法性を解消する手段としてA、B、Cと三つの方法が論理的にあり得るときに原告がAを主張し、裁判所は、立証内容を踏まえると、行政機関の裁量を前提としてもBの方法を採らないことは違法となると考える」⁽⁶⁵⁾ ような場合には、裁判所は当事者にこれを示すべきだということを本判決の多数意見は述べていると解すれば、この点は法の適用解釈の問題であり、まさに「法的観点」が問題となる事例といえることができる。

ただし、このような場合に裁判所が指摘をしないまま判決をしたことが法的観点を指摘すべき「義務」に違反したとまでいうことが可能であろうか。すなわち、この「2」は、法的観点指摘義務の外延が問題となりうる事案である。前記のとおり、法的観点を指摘を行うことが裁判所の義務であったと行うためには、①当事者がその訴訟の

過程において、当該法律構成を争点にする意思があることが明らかであったと評価しうる場合や、②争点整理等の訴訟の早期の段階において争点を形成したにもかかわらず、これと異なる法律構成に基づいて裁判所が判決をする場合に、当該法律構成について指摘を行わずに判決をした場合かどうか判断の基準となると考えられる。このうち、本件では、当事者がほぼ共通する他の住民訴訟の審理を通じて上記行為の違憲性を解消するための他の手段が存在する可能性があり、市長はこうした手段を講ずる場合があることを知っていたという事情を当事者がその点を争点とする意思が明らかであったと評価できるか否かが問題となるであろう。この点について最高裁は、「原審は、本件と並行して、本件と当事者がほぼ共通する市内の別の神社をめぐる住民訴訟を審理しており、同訴訟においては、市有地上に神社施設が存在する状態を解消するため、市が神社敷地として無償で使用させていた市有地を町内に譲与したことの憲法適合性が争われていたところ、第一、二審とも、それを合憲と判断し、当裁判所もそれを合憲と判断するものである。原審は、上記訴訟の審理を通じて、本件においてもそのような他の手段が存在する可能性があり、Yがこうした手段を講ずる場合があることを職務上知っていた」として、原審が「怠る事実」を違法と判断する以上は、当該利用提供行為の違憲性を解消するための他の合理的で現実的な手段が存在するか否かについて釈明権を行使しなかったことが法令の解釈を誤ったか、釈明権の行使を怠った違法があると判断している。最高裁のこのような判断は、法令の解釈・適用というまさに法的問題について、法的観点指摘義務を認める姿勢と解することができ、このような最高裁の判断は、法的観点の対象を非常に広く捉える傾向をさらに進めるものと言えよう。⁽⁸⁶⁾

しかし、本件が法的観点の指摘が問題となる事案であることは間違いないとしても、仮にこのような場合にも裁判所に法的観点指摘義務を課すとする場合、裁判所の負う義務の範囲は非常に広くなる。そして、そのような傾向

は、法的問題の領域においても当事者の弁論権が保障されるべきとの立場を前提とした場合でも、結果的に訴訟における当事者主義をかえって害する結果となるおそれにもつながりうる。また、本件はたまたま同時期に当事者をおぼ同じくする類似の内容の訴訟が審理されていたという特殊な場合であるが、かかる事情は、本件に特有の個別的事情に過ぎない。したがって、裁判所が、本件のように他の訴訟の進行までも常に検討して、法的問題の指摘を行う義務を負うことはないであろう。

右に挙げた各事例のほか、実際は想定しにくいものの、当事者双方が互いの過失を基礎づける事実を双方ともに主張しており、これが審理過程にあらわれており、当事者のいずれからも過失相殺の主張がなされないような場合に、裁判所がこれを認定することと法的観点指摘義務の関係についても議論が存在する⁶⁷。本稿の法的観点的考え方を敷衍すれば、過失の事実がお互いに出ている以上、裁判所が両当事者の過失を相殺したとしても当事者にとつてまったくの不意打ちとは言いがたいと考えられる。そうであれば、そもそも当事者の不意打ちを回避するという法的観点指摘義務の趣旨に添わないのではないだろうか。また、仮に過失相殺が職権で認定された場合、当事者の当初の請求が縮減されたとしても当初の法律構成に変更があるわけではないので、同義務の範囲には含まれないように思われる。さらに、一方の当事者が相手方の過失を述べないような場合に裁判所がこれについて指摘すべきかという問題を想定した場合でも、私見ではこれは釈明の領域の問題ということになり、やはり法的観点指摘義務の対象からははずれることになる。

このほか、前訴の審理過程において裁判所も当事者もその法律構成を問題とせず、また問題とすることも期待できなかつた場合で、その法律構成について裁判所が判断をしていなかったという事案において、当該観点に基づく後訴が提起された場合に、かかる後訴に対する遮断効を否定する根拠として、法的観点指摘義務違反があつたこと

を用いる見解がある⁽⁶⁸⁾。義務違反の効果の問題は、法的観点指摘義務の評価規範としての問題であり、今後、同義務の評価規範としての問題について考察する際の課題としたいが、一般的には、上告受理申立がどこまで認められるかが問題となると考える。

おわりに

本稿では、学説の多くにおいてその存在が主張され、概ね肯定されている法的観点指摘義務について、同義務と釈明義務の法的関係、その法的根拠、義務の生じる要件と範囲について考察を行った。このなかでは、まず、同義務を釈明義務の一態様と位置づける見解が通説的であるが、ドイツ法が二度の改正を経たあとも、根拠を同じくする規定から分化するかたちをとりつつも、法的観点指摘義務と釈明義務を別個に規定していること、そもそも釈明が当事者が当初から主張している法律構成に基づいて請求の当否について判断するために、不明瞭な部分を明らかにすることを目的とするものであるのに対して、法的観点指摘義務は、当事者が主張した法律構成のための事実から、裁判所が別の法律構成に基づいて判決を行う場合に、これについて指摘することで不意打ちを防止する趣旨のものであり、当事者の設定した争点とは異なるあらたな争点形成を裁判所が行うという点で両者は理念的に異なるものであるということを明らかにした。そして、このことから、通説の見解が述べるように同義務の法的根拠を民事訴訟法一四九条に求めることは困難であるとした。本稿のこのような検討は、近年、釈明について弁論主義から切り離し、当事者の弁論権の保障という観点からの再構築が主張されているなかで、法的観点指摘義務もその存在

を正面から認め、同様に同義務も弁論主義から切り離し、当事者の弁論権の保障という観点から捉えなおす必要性を指摘することにもつながるものと考えられる。

また、本稿は、釈明権の不行使に違法があるとの法的理由が付されている具体的事案のなかには、釈明義務が問題となるものと法的観点指摘義務が問題となるものがあることについて、具体的ないくつかの事例をもとに検討を行った。これにより、従来は不明確であった法的観点指摘義務の外延、および同義務が裁判所に生じる要件を明らかにすることも試みた。その結果、裁判所に同義務が生じるのは、あくまで当事者が当初主張していた法律構成とは異なる法律構成を裁判所が採用しようとしていること、当該法律構成に基づいて判決をすることを当事者に指摘せずに行うことが当事者にとって不意打ちになること、当該法的問題について、第一審からの訴訟の審理過程において、当該法律構成を争点とする当事者の意思が明らかであるか、争点整理手続においてその他の法律構成が採用されないことが確認されていたことが要件となる。

さらに、本稿は、事案解明義務をはじめとする訴訟における両当事者間の役割分担の規律を検討する前提と位置づけ、裁判所と当事者との役割分担の問題が顕在化する部分として法的観点指摘義務と釈明義務の関係について検討を行った。これらについて、いずれも裁判所と当事者双方との間で情報交換を図ることであり、釈明義務の領域においては事実を中心とした情報の整理、法的観点指摘義務の領域においては請求の当否について判断するに至る法律構成について「共通のインフォームド・シチュエーション (Informed Situation) を形成し、事案解明をしていくための基礎作業である」ということを前提とすれば、裁判所と当事者との役割分担の規律と両当事者間の役割分担の規律との関連・交錯を肯定することができる⁽⁶⁸⁾と考えられる。そして、両者の関連・交錯の状況を明らかにすることは、実質的な手続保障を観念し、情報や証拠の取得および討論の保障をこれに組み込む考え方も⁽⁷⁰⁾通底すると

考える。両者の関連・交錯については、今後、当事者間の役割分担規律の考察に立ち戻って、明らかにすることとしたい。このほか、本稿は法的観点指摘義務の行為規範としての問題にのみ着目し、評価規範としての問題の検討、法創造の問題^[1]についての検討に加え、法的観点指摘義務の本来的な根拠についてなどなお残す課題が多いものであるが、ご批判ご教示を賜ることができれば幸いである。

(1) 民事訴訟の審理においては事実問題と法律問題があることは言うまでもないが、このうち、法律問題に属する部分についての呼び方はさまざまである。たとえば、徳田和幸「法領域における手続権保障」同『フランス民事訴訟法の基礎理論』（信山社、一九九四年）八六頁（吉川大二郎博士追悼論集『手続法の理論と実践（上）』（法律文化社、一九八〇年）初出）および堤龍彌「法領域における当事者権」神戸学院法学一五巻二号二一頁はこの部分を「法領域」と呼ぶ。これに対して山本克己「民事訴訟におけるいわゆる“Rechtsgespräch”について（一）」法学論叢一一九巻五号三頁以下は、事実問題と法律問題が二分できることを前提としつつ、場合によっては事実問題を含めた問題領域という意味で「法関連問題」という語を用いる（ただし、この場合の「法関連問題」は法理念的な意味で用いられており、本稿で検討する法的観点指摘義務の対象となる部分とはもとより完全には一致しない）。このほか、「法律問題」という語を用いるもの（山本和彦「民事訴訟における法律問題に関する審理構造（一）」法学協会雑誌一〇六号（一九八九年）五二二頁、五二六頁（注二）『民事訴訟審理構造論』（信山社、一九九五年）所収、一七頁）もある。それぞれの語は、論者により法律問題に含む範囲に違いがある。この点は本稿二における「法的観点」の要素と関連するが、本稿では、法的観点指摘義務は、法律構成の採用の局面、すなわち法適用の局面で問題となると捉える。以下では、この局面を指して「法的問題」という語を用いることがある。そして、この「法的問題」を法的観点指摘義務における「法的観点」と同義のものとする。

(2) 「当事者間の役割分担」という語は、従来の民事訴訟法における議論において、民事訴訟の手続を裁判所と当事者との関係とは切り離し、両当事者の対論・コミュニケーションのプロセスとして捉える、いわゆる民事訴訟の第三の波を唱える立場において用いられている。しかし、本稿では裁判所と当事者の関係と両当事者の間の関係は互いに交錯し、影響しあうとの前提に立つ点で右の見解とは異なる。

(3) 現行の法一四九条は釈明の権限のみが認められるような規定の文言となっているが、大正一五年改正以前は、法一一二条二項において、「必要な陳述をなさしむ可し」との文言が用いられていたことから、釈明の権限だけでなく義務も同条に読み込むことが可能であったことについて、高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上) 第二版補訂版』(有斐閣、二〇一三年) 四四二頁。

(4) たとえば、奈良次郎「釈明権と釈明義務の範囲」飯原一乗ほか『実務民事訴訟法Ⅰ』(日本評論社、一九六九年) 二〇三頁、磯村義利「釈明権」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座(2)』(有斐閣、一九五四年) 四九〇頁、山本和彦「釈明義務」民事訴訟法の争点(新版)(一九八八年) 二二三頁、園田賢治「釈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) 三二七頁など、この点に関する先行業績は非常に多い。

(5) 奈良・前掲注(4) 二〇三頁。

(6) 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『講座民事訴訟4』(弘文堂、一九八五年) 一二五頁。

(7) 中野貞一郎「弁論主義の動向と釈明権」ジュリスト五〇〇号(一九七二年) 三四八頁(『過失の推認(増補版)』(弘文堂、一九七八年) 所収、二二五頁以下)。

(8) 納谷廣美「法的観点指摘義務」青山善充ほか『現代社会における民事手続法の展開(上)』(商事法務、二〇〇二年) 五七七頁は、「同条項の『法律上の事項』に対する考究が希薄であった」と指摘する。

- (9) たとえば、徳田・前掲注(1)のほか、山本和彦・前掲注(1)二九頁。
- (10) わずかに法的観点指摘義務を肯定することに消極的な立場をとるものとして梅本吉彦『民事訴訟法〔第四版〕』(信山社、二〇〇九年)五〇〇頁があるものの、広く肯定されている。また、実務家からも当該義務を肯定する見解が、比較的早い時期から示されている。その例としては、阿多麻子「法的観点指摘義務」判例タイムズ一〇〇四号(一九九九年)二二六頁以下、宮崎公男・岡久幸治「西ドイツの簡素化法及びシュトゥットガルト方式について(二)」判時九一八号(一九七九年)八頁。
- (11) わが国では、平成(8)年の民事訴訟法改正にさいしても法的観点指摘義務を定めた規定が設けられなかったことについて、阿多・前掲注(10)二六頁は、わが国の裁判実務では当事者が採る法的見解と裁判所の採る法的見解の食い違いを修正する必要性が意識されていたため、いわば当たり前のことについて敢えて明文の規定を設ける必要はないという意見が大半であったためとする。
- (12) たとえば、以下で検討する議論のいかなる見解に立った場合にも法的観点指摘義務の問題と位置付けることができる昭和四五年八月二〇日第一小法廷判決(後記〔4〕)で見える判例)は、「釈明権の行使を誤り、ひいて審理不尽の違法を犯したものとというべき」であるとする。
- (13) 高橋・前掲注(3)四五四頁は、法的観点指摘義務について、「釈明の問題と云えば、その通りであるが、しかし理論としては、釈明の一態様だとしても相対的に独立のものとして捉える……方向が興味深く、この方向を進むべきであろう。」とする。このほか、三木浩一「判批(最判平成二二年一月二〇日)」法学研究八四巻五号(二〇一二年)一四四頁以下。
- (14) 納谷・前掲注(8)六〇五頁、高橋・前掲注(3)三八四頁。
- (15) 三木浩一・山本和彦編『民事訴訟法の改正課題』ジュリスト増刊(二〇一二年)七三頁以下。

- (16) たとえば、磯村・前掲注(4) 四七七頁のほか、
- (17) これについては、山木戸克己「訴訟における当事者権」同『民事訴訟理論の基礎的研究』(有斐閣、一九六一年) 五九頁以下。もつとも、釈明を弁論主義から切り離し、当事者の弁論権の保障によって捉えた場合、裁判所の審理過程における関与の在り方としては、真実発見と結びついて、その範囲が広くなりすぎるおそれも指摘されている。この点については、高橋・前掲注(3) 四五六頁(注49)、笠井正俊「弁論主義の意義」鈴木正裕先生古稀記念論文集『民事訴訟法の史的展開』(有斐閣、二〇〇二年) 三八三頁。
- (18) 山木戸克己「弁論主義の法構造」同『民事訴訟法論集』(有斐閣、一九九二年) 二二頁のほか、川嶋四郎「判批」民事訴訟法判例百選〔四版〕 一一五頁、高橋・前掲注(3) 四四七頁(注39)。
- (19) 園田賢治「判決による不意打ちとその救済に関する一試論」井上治典先生追悼論文集『民事紛争と手続理論の現在』(法律文化社、二〇〇八年) 二二九頁は、その論旨からは法的観点指摘義務を釈明義務のなかに含めて考える立場と思われるが、弁論主義の問題と、弁論権・不意打ち防止・釈明義務の問題を分けるべきであるとする議論の展開を受けて、当事者の主張していない事項に基づいて判決がなされるという不意打ち的状况に対する救済の在り方を検討する。
- (20) なお、同じく法的観点指摘義務の規定を有するフランス法における議論の紹介は、徳田・前掲注(1) 八六頁のほか、堤・前掲注(1) 二二頁、山本和彦・前掲注(1) 二七頁以下に詳しい。
- (21) ドイツ法における議論の紹介・検討として、納谷・前掲注(8) 五七五頁、栗田陸雄『法的観点の開示』について——ドイツ民訴二七八条三項の意義』法学研究五九卷二二号(一九八六年) 三三三頁に詳しい。
- (22) Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren vom 3. Dezember 1976 (BGBl. IS. 3281).

- (23) 簡素化法によって新設されたドイツ民事訴訟法二七八条三項の立法過程における議論の紹介は、栗田・前掲注(21)三―三頁以下に詳しい。また、簡素化法制定前の議論状況については、山本克己・前掲注(1)(1)九頁以下参照。
- (24) ただし、例えばLaunen, Das Rechtsgespräch im Zivilprozess, S. 213ff. では、二七八条三項は本来は二三九条の中あるいはその後におかれるべき規定であるとの指摘が早い段階からなされていた。
- (25) 山本克己・前掲注(1)(3) 法学論叢一一九巻五号(注10)は、二七八条三項の規定が同条を二三九条の特別規定としてのほかに、基本法一〇三条一項の法律による具体化であると位置づける見解との折衷として設けられたことを指摘し、立法者意思は明確ではないとする。
- (26) Tilman Spohr, Die richterliche Aufklärungspflicht (ZPO139) im Zivilprozess, Diss. Göttingen, 1969. および Spohrのこの分類については、山本克己・前掲注(1)(3) 法学論叢一一九巻五号三―四頁も参照。
- (27) 山本克己・前掲注(1)三頁。
- (28) Rolf Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, 1982, Rnr. 82. なお、この論文の一部の訳として、ロルフ・シュテュルナー(石渡哲訳)「民事訴訟における裁判官の解明」判例タイムズ五五五号(一九八五年)三六頁以下がある。
- (29) Stein Jonas, ZPO, 22. Aufl. Band3, S. 243, R.n. 6.
- (30) この改正については、勅使川原和彦「二〇〇一―二〇〇二ドイツ民事訴訟法改正について」早稲田法学七七巻三号(二〇〇二年)二〇七頁、特に、二五七頁以下、渡邊泰子「審理手続における裁判官と当事者の役割分担に関する一考察——弁論主義と裁判官の釈明権行使の関係をを中心に——」同志社法学第五八巻七号(二〇〇七年)四〇一頁のほか、八田卓也「二〇〇一年ドイツ民事訴訟法改正について——概要の紹介と若干の検討を兼ねて——」法政研究七〇巻三号(二〇〇三年)

七〇頁に詳しい。

(31) 実際、ゴットヴァルト教授がこの改正について、ZPO一三九条による裁判官の解明・指摘義務の行使範囲は、それまでの判例およびその理論が維持されるべきであると述べていることについて、遠藤功「二〇〇一年一月二十七日ドイツ民事訴訟改正法について」日本法学七一巻一号（二〇〇五年）五二四頁。

(32) たとえば、八田・前掲注（30）六七一頁。

(33) 三木・前掲注（13）一五〇頁（注21）は、「事実問題と法律問題の区別が難しい場合がありうることは否定できないが、事実審と法律審の機能分担を定める民事訴訟法は、両者の区別が可能であることを原理的な前提としていることを忘れてはならない。」とする。

(34) 山本和彦・前掲注（1）二五六頁。

(35) 納谷・前掲注（8）五七六頁。

(36) 伊藤眞『民事訴訟法（第四版）』（有斐閣、二〇一一年）二七〇頁。

(37) このような分類のほか、釈明を積極的釈明と消極的釈明に分類する中野・前掲注（7）二二五頁などがある。

(38) 法と事実を区別することの困難性についてのドイツの議論については、園田・前掲注（4）三三三頁以下が詳しい。

(39) 阿多・前掲注（10）二六頁のほか、納谷・前掲注（8）五八二頁。

(40) たとえば、前掲注（4）四九〇頁の分類参照。

(41) 後掲の具体的事例のうち、たとえば〔1〕、〔4〕は、特に訴訟関係を明瞭にするためとは解しにくい事案であったと言える。

(42) 阿多・前掲注（10）二六頁、高橋・前掲注（3）四五五頁。

- (43) 阿多・前掲注(10) 三九頁。
- (44) 阿多・前掲注(10) 三九、四〇頁。
- (45) 釈明権の行使に対する判例の傾向が時期によって変遷していることについては、中野・前掲注(7) 二二五頁、秋山幹男ほか『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ』(日本評論社、二〇〇八年) 二七五頁以下に詳しい。
- (46) 山本・前掲注(1) 『民事訴訟審理構造論』三一七、三二二頁。
- (47) 三木ほか・前掲注(13) 一四四頁。
- (48) 徳田・前掲注(1) 九三頁。
- (49) 栗田・前掲注(21) 三二二頁。
- (50) ただし、前述の伊藤説は、法的観点という語を用いてはいるものの、法規の事実へのあてはめを指しているようであり、他の見解よりも法的観定の範囲は狭い。このように、法的観点を法規の適用に限定する見解も少なからずあり、法的観点という語が多義的に用いられていることが窺われる。
- (51) この点について、園田・前掲注(4) 三四六頁は、釈明のなかに法的観点指摘義務を含まれることを前提としてではあるが、釈明義務違反として上告審で破棄されうる場合について考察し、釈明がなされないまま下された判決が、事案の真相に合致しておらず、したがって差戻せば勝敗が逆転する場合が上告審によって破棄差戻しされる場合とする。
- (52) 栗田・前掲注(21)、徳田・前掲注(1)。
- (53) 本件評釈として、高田昌宏「判批」ジュリスト一四二〇号(二〇一一年) 一六一頁、杉山悦子「判批」民商法雑誌一四四巻四・五号(二〇一一年) 五五〇頁がある。
- (54) 本件評釈は多数あるが、そのうち民事訴訟法の側面からのものとして、三木・前掲注(13) 一四四頁以下がある。

- (55) 本件の解説として、千種秀夫最高裁判所判例解説民事編昭和四五年度一九二頁以下があるほか、評釈として、笠井正俊「判批」倒産判例百選〔第四版〕六八頁がある。
- (56) 本件の事実関係については、和歌山地裁新宮支部昭和五五年一〇月二一日判決、大阪高裁昭和五六年一月二六日判決、金融・商事判例六九〇号三〇頁以下参照。
- (57) 本件についての評釈として、小林秀之「判批」法学セミナー四〇二号、青木哲「判批」倒産判例百選〔第五版〕八六頁がある。
- (58) その例として、最判昭和四一年四月一二日民集二〇巻四号五八七頁がある。
- (59) この点について、民集二四巻九号一三四八頁以下参照。
- (60) ただし、この事案は当該法律構成を争点とする意思が一審にあらわれていた事案である。一般的にこれが審理過程にあらわれておらず、裁判所が原告の請求を棄却する場合には、義務は生じないことになる。
- (61) 阿多・前掲注(10)三〇頁は、この実質を黙示の贈与であろうと評価する。
- (62) この点について、三木・前掲注(13)一五八頁は、「Y(被告)は近藤裁判官の補足意見が違憲状態を解消するために撤去等の請求以外に手段があるという主張をしていなかったたのであるが、他に手段があり得ることは、当事者の主張を待つまでもなく明らかであり、しかも、それは氏子(信者)の信教の自由を侵害する恐れのない方法である。したがって、裁判所としては、当事者の主張がなくても、釈明権を行使するなどしてこの点を検討する必要がある」とする部分について、「同意見の背後には、本件で問題になっているのが法律問題であり、法律問題は裁判所の専権に属するので、当事者の主張がなくても検討が可能であるという含意があるのであろう。」と推測される。しかし、近藤裁判官および今井裁判官の各異見が主張立証責任の所在について検討していることも併せて考慮すると、両意見は事実の問題として本件をとらえて

いるとも読むことができるのではないだろうか。少なくとも、両意見と三木教授との間には念頭に置く「法的観点（法律問題）」の範囲に違いがあるように思われる。

(63) 清野正彦「最高裁判所判例解説・民事関係」法曹時報六三卷八号一九九頁（注36）。

(64) 田原裁判官の補足意見については、民集六四卷一号二八頁。

(65) これに対して、新堂幸司「手続保障と最高裁の最近の動き」日弁連法務研究財団ニューズレター四九号五頁は、本件について「『法的観点指摘義務』というものが、最高裁の大法廷において認められた」事実であると評価する。また、本件の評釈として、三木・前掲注（13）も本件を法的観点指摘義務の問題と評価している。

(66) 高橋・前掲注（3）四五九頁以下。

(67) たとえば、最判平九・三・一四判タ九三七号一〇四頁の検討を通じて法的観点指摘義務を遮断効の議論に取り込む見解として、山本和彦「法的観点指摘義務違反による既判力の縮小——最判平成九年三月一日（判タ九三七号一〇四頁）を手掛かりとして——」判タ九六八号（一九九八年）八八頁がある。詳しく検討することは、別の機会としたいが、遮断効を否定する根拠に法的観点指摘義務違反の効果を取り込むことには、法的観点指摘義務違反の有無が後訴の段階で判断され、その効果として遮断効の範囲に変更が生じるという場面に置かれる当事者との関係では慎重であるべきであると考えられる。

(68) 加藤新太郎「釈明」大江忠ほか編『手続裁量とその規律——理論と実務の架橋をめざして』（有斐閣、二〇〇五年）一二三頁。

(69) たとえば山本和彦「手続保障再考——実質的手続保障と迅速訴訟手続——」前掲注（19）井上治典先生追悼論文集一四六頁。

(70) 河野正憲『民事訴訟法』(有斐閣、二〇〇九年)二四六頁は、「法創造が問題になりうる場合に裁判所の積極的な心証の披歴が必要」とし、この点について、法的観点指摘義務を釈明権とは別に論じる必要を認める。本稿では、考察の対象から法創造の問題を除いたため検討に至らなかった。この点についても、今後、考察したい。