

# わが国の民事訴訟法における当事者公開主義の保障内容

## ——陳述書の利用をめぐる議論を手がかりに

池 邊 摩 依

はじめに

第一章 当事者公開主義の保障

第一節 わが国の民事手続法における当事者公開主義の保障

第二節 ドイツ民事訴訟法における当事者公開原則の保障内容

第三節 小括

第二章 陳述書の利用

第一節 陳述書をめぐる議論

第二節 問題の所在

第三節 小括

第三章 陳述書利用の場面での当事者公開主義の要請

第一節 争点整理手続における陳述書

一、弁論兼和解手続から弁論準備手続への整備

二、弁論準備手続における陳述書

第二節 証拠調べにおける陳述書

第三節 小括

おわりに

## はじめに

民事訴訟手続には、双方審尋主義、処分権主義、弁論主義、直接主義、書面主義、公開主義といった諸原則が妥当しており、このうち、双方審尋主義は、「訴訟審理においては公平な判決をするため、当事者双方に自己の言い分(攻撃防御方法)を尽くす機会が平等に与えられなければならない」<sup>1)</sup>ことを内容とし、最も基礎的な手続原則であると解される。当事者公開主義は、公開主義の一側面として言及されることもあるが、手続の当事者に、相手方当事者や裁判所の訴訟行為を含む、手続の状態を知らせることを要請する手続原則であり、この内容は、次のように、双方審尋主義を実現するための前提をなすことができる。すなわち、判決を下される当事者が、その判決の前に、判決の基礎となる事実関係および証拠調べの結果について意見を述べる機会を保障されることは近代法治国家

における公正手続の核心をなす。しかし、形式的に意見を述べる機会を与えるだけでは、法治国原理の要請に十分応えるものとは言えない。なぜなら、当事者に、意見を述べる前提として、手続の開始、対象、裁判所および相手方当事者の訴訟行為を含む、その時々々の審理の内容が知らされ、その意味を十分に理解した上で、意見を表明する機会が保障されることで初めて、実質的に双方審尋主義の要請にかなうと考えることができるからである。この意味で、当事者公開主義は、双方審尋主義の不可欠の前提をなすことができる。

わが国の民事訴訟法には当事者公開主義を一般的に定める規定はないものの、第一章で見ていく通り、当事者公開主義は、民事裁判手続において通用する原則のひとつとして、明治二三年制定の民事訴訟法の時代から、わが国の民事訴訟法の母法であるドイツ民事訴訟法 (*Zivilprozessordnung*〔以下「ZPO」と略す〕) の条文や学説を参照しつつ、その内容が論じられてきた。しかし、同時に、民事裁判手続の個別の場面における当事者公開主義の具体的な要請について、包括的な検討は未だなされていない。これに関して、近時、裁判実務において積極的に活用されている「陳述書」をめぐる活発な議論がなされているところ、そこで論じられている種々の問題も、本稿で見ていく通り、当事者公開主義の問題を含んでいると考えられるが、陳述書の問題も当事者公開主義の観点から未だ十分に分析されていないように見受けられる。

そこで、本稿では、裁判実務における陳述書の利用を、当事者公開主義が問題となりうる場面のひとつとして取り上げ、当事者公開主義の要請がどのように具体化されるべきなのか検討を加えたい。また、その際には、ドイツ民事訴訟法における当事者公開原則 (*Grundsatz der Parteiförmlichkeit*) の保障内容を参照することとする。

## 第一章 当事者公開主義の保障

### 第一節 わが国の民事手続法における当事者公開主義の保障

(1) わが国の民事訴訟法には、はじめにで触れた通り、明治二三年の民事訴訟法から現在に至るまで、母法としたZPOとは異なり<sup>(2)</sup>、当事者公開主義を一般的に定めた規定は存在しない。しかしながら、次に見ていく通り、当事者公開主義には、民事裁判手続において当然に通用する手続原則として、種々の文献が言及してきている。

(2) 最も古くは、松岡義正博士が、一九二四年公刊の『民事証拠論』で、「当事者は、証拠調べに立ち会うことができる」と規定するZPO三五七条を参照しつつ、当事者公開主義に言及する。そこでは、当事者が証拠調べに立ち会う権利を有していることが当事者公開であると解され、わが国の民法には、ZPO三五七条に相当する規定はないものの、当事者への通知が規定されていることから、前提として当事者の立会権を是認していると述べられている<sup>(3)</sup>。

戦後では、山木戸克己博士が、一九五九年発表の論文「訴訟における当事者権」において、やはりドイツ法を参照しつつ、裁判手続において当事者の立会権や記録閲覧権を認める建前は当事者公開主義と呼ばれると述べる<sup>(4)</sup>。特に「当事者が弁論を尽くすためには審理状況を認識していることを要し、かつその完全を期するためには審理のあらゆる機会にこれに立ち会うことができる立会権が認められなければならない」と解し、「ドイツ法は証拠調べについても立会権を明定しており（ドイツ民法三五七条一項）、わが法にはこれに該当する規定を欠くけれども異なるところはない」と論じており<sup>(5)</sup>、現在のわが国の民事手続法における当事者公開主義の概念の基礎を与えている。

近時では、木川統一郎博士が、一九九四年公表の、生田美弥子弁護士との共著論文「鑑定人の鑑定準備作業にお

ける当事者公開原則について」において、ZPO三五七条やSchnapp (シュナップ) の論文等、ドイツ民事訴訟法の規定や学説を参照しつつ、当事者公開主義を考察する。<sup>6)</sup> そこでも、当事者公開主義がわが国においても通用することが前提とされており、さらに、当事者公開主義が保障する権利内容として、当事者が裁判所の全ての行為を知る権利、当事者が訴訟記録を閲覧する権利および当事者が口頭弁論に出席する権利が挙げられている。<sup>7)</sup>

現在の一般的な体系書においても、当事者公開主義が言及されることがあり、「当事者は、証拠調べに同席し、自ら取調べにあつたり(証人尋問の場合)、結果について意見を述べることができ」ことを当事者公開主義と呼ぶ<sup>8)</sup>とか、「当事者公開主義は、当事者が攻撃防御方法を尽くすためには、相手方や裁判所の訴訟行為を含む審理の状況や訴訟資料の内容を認識する必要があるため、これらについて当事者が知り、手続に関与する機会を与えられなければならないということの意味」し、「双方審尋主義を実質化するための原則である」<sup>9)</sup>などと言われる。

(3) 以上の概観からは、当事者公開主義が、双方審尋主義を実現するための前提として、証拠調べへの立会権等によって、当事者が、裁判所および相手方当事者の訴訟行為を含む、裁判手続の内容を知ることができることを保障する手続原則と解されていることが明らかにされる。

続いて、陳述書をめぐる議論に当事者公開主義の観点から分析を加えることとするが、本稿では、そのための基礎として、ドイツ民事訴訟法における当事者公開原則の保障内容を参照する。なぜなら、わが国の民事訴訟法における当事者公開主義の議論の際には、右に見てきた通り、一貫してドイツ法が手がかりとされてきたからであり、加えて、わが国の民事訴訟法の母法であるドイツ民事訴訟法には、当事者公開の根拠条文があり、これを巡って判例および学説にも、わが国におけるよりもずっと豊富な当事者公開を巡る議論の蓄積があるためである。

したがって、以下では、まず、ドイツ民事訴訟法における当事者公開原則の保障内容を見た上で(本章第二節)、

陳述書をめぐる従来の議論を分析し(第二章)、最後に、陳述書が利用される場面での当事者公開主義の要請について検討を加えることとする(第三章)。

## 第二節 ドイツ民事訴訟法における当事者公開原則の保障内容

(1) わが国が明治二三年制定の民事訴訟法の時代以来、母法として参照してきたドイツ民事訴訟法の学説では、一般に、ZPO三五七条が、当事者公開の根拠条文と考えられている。<sup>10)</sup> ZPO三五七条は、「当事者公開(Parteifähigkeit)」との見出しを付され、次のように規定されている。

### 【ZPO三五七条(当事者公開)】

一項 当事者は、証拠調べに立ち会うことができる。

二項 証拠調べが、受訴裁判所の構成員または他の裁判所に囑託されるときは、期日の指定は、裁判所が送達を命じないかぎり、特別な方式によらずに当事者に対して通知しなければならない。郵便による送付については、通知の効力は、当事者とその通知が到達していないことまたは遅れた時期に到達したことを疎明しないかぎり、当事者の住居が同一郵便配達区域内にあるときは郵便に付した翌日に、また、その他の場合には郵便に付した第二日にあたる平日に生ずるものとする。<sup>11)</sup>

こうした規定を背景に、ドイツ民事訴訟法の領域では一般に、当事者公開原則は、当事者に、口頭弁論、特に証拠調べへの立会権を保障し、その不可欠の前提として、裁判所に当事者への通知を義務づけ、さらに、当事者に、

記録閲覧権を保障するものと解されている。<sup>(12)</sup> 記録閲覧権は、ZPO二九九条<sup>(13)</sup>に別個に規定されているものの、立会権を補完し立会権と並んで手続の透明性を確保する権利として、当事者公開をめぐる議論においては、当事者公開原則が保障する権利のひとつに数られており、特に、書面手続における記録閲覧権は、口頭手続における立会権に対応する権利と位置づけられる。これに加えて、証人尋問の際の発問権（ZPO三九七条<sup>(14)</sup>）もまた、当事者公開の規定と解されており、当事者公開は、当事者のために手続の透明性を確保し、それに基づき、当事者に、自身にかかわる裁判手続の主体としての地位を保障することをも要請する原則であると論じられている。<sup>(15)</sup>

(2) ドイツ民事訴訟法の学説において、当事者公開原則は、法的審尋請求権（Anspruch auf rechtliches Gehör）との関係から根拠づけられる。<sup>(16)</sup> 当事者公開の目的は、法的審尋請求権行使のための「可能なかぎり最善の（bestmöglich）」要件を確保することであるとこの定式化も見られる。<sup>(17)</sup> 法的審尋請求権は、ボン基本法（Grundgesetz）一〇三条一項に、「何人も、裁判所の面前において、法的審尋を請求する権利（Anspruch auf rechtliches Gehör）を有する」と規定され、<sup>(18)</sup> 判例および学説において一般に、裁判を受ける者が、裁判を下される前に、裁判の基礎となる事実関係および証拠調べの結果について意見を述べることのできる機会を保障されなければならないことを意味すると解されている。<sup>(19)</sup> このような構造から、種々の場面で、その時々々の事情に応じて具体化されている当事者公開の条文およびその解釈は、常に、法的審尋請求権の要請を満たしているか否か審査されなければならないことになる。<sup>(20)</sup>

(3) 以上のように、ドイツ民事訴訟法において、当事者公開原則は、当事者の立会権等を保障することで、法的審尋請求権の実現のための前提を確保する手続原則と解されており、個別の場面において、次のような内容を要請する。<sup>(21)</sup>

第一に、当事者公開は、原則として、当事者に手続への立会権を保障することを要請している。その前提として、

裁判所は当事者に期日を通知する義務を負う。例外的に、立会権を保障できない場合、たとえば、医師による身体検査の場合など、立会権を保障することが同時に基本権への侵害となる場合には、立会権に代えて、事後的な情報付与とそれに基づく発問の機会の保障によつて、当事者公開が確保されなければならない。

第二に、例外として、立会権の排除・制限が許容されうるケースは、次の三つの類型に整理できる。

まず、右述のような、立会権の保障が同時に基本権への侵害となる場合には、立会権は、基本権の保護に必要な範囲で、制限または排除されなければならない。

次に、真実発見の要請や、手続の簡易・迅速の要請に対して、立会権が後退することが許容されるか否かには議論がある。このとき顧慮すべき点として、当事者の協力可能性の観点と、証拠調べの再実施可能性の観点とが挙げられる。特に、当事者が手続に立ち会うことで、手続の経過および結果にどれだけ影響を及ぼすことができるかという、当事者の協力可能性の観点が重視されているように見受けられる。すなわち、たとえば、血液検査など、当事者の立会いが調査の経過および結果にほとんど影響を及ぼさないような場合には、立会権の制限が許容されやすくなる一方で、建築物の検分などの場合には、当事者に立会権を保障して、調査すべき場所や調査の方法、慎重さなどに影響を及ぼす機会を保障しなければならないとの評価に傾きやすい。

最後に、車両の走行実験や重火器の性能調査など、実験施設での調査の場合には、施設の大きさや安全の確保といった実際上の理由から、当事者を立ち会わせることなく調査が実施されることもしばしばある。ここでも、当事者の立会権が制限されていると評価しうるものの、これらの調査にあたる専門家は、調査にあたって、調査方法を適切に選択し、鑑定意見において、調査経過をあと付け可能かつ再実施可能なように記載することを義務づけられていること、および調査の経過が定型的なため当事者の協力可能性がほとんどないことの二点を主な根拠として、



この場合の立会権の制限は、特に問題視されていない。

### 第三節 小括

本章第一節の概観から、わが国の民事訴訟法において、当事者公開主義は、双方審尋主義を実現するための前提として、証拠調べへの立会権や記録閲覧権等によって当事者に裁判手続の透明性を保障する手続原則と解されていることが明らかになった。

第二節では、わが国の民事訴訟法学説が母法として参照してきたドイツ民事訴訟法における当事者公開原則と基本法上の法的審尋請求権との関係、および個別の場面における当事者公開原則の具体化の分析から引き出される当事者公開が要請する内容を整理した。

両者の対比からは、わが国における当事者公開主義が、当事者に保障する権利の種類、および目的としての双方審尋主義との関係の点で、ドイツ民事訴訟法における当事者公開原則と類似した内容および構造を有することが見て取れる。当事者公開主義の要請を検討するにあたり、双方審尋主義の内容を明らかにする必要があるが、この点については、稿を改めて論じることとし、本稿では、ひとまず、わが国における双方審尋主義をドイツ法における法的審尋請求権に対応するものと解して、具体的な場面での当事者公開主義の要請を検討することとする。

## 第二章 陳述書の利用

### 第一節 陳述書をめぐる議論

(1) 近年、裁判実務において、法律に規定を持たない「陳述書」という書面が、積極的に利用されていると言われる。<sup>(22)</sup> 陳述書は、もともとは、人事事件で婚姻関係が破綻に至った経緯などの事情を説明するために提出されたり、計算関係を明瞭にするために利用されたりしており、その限りでは、特に問題視されていなかったが、現在では、そのような場面に限られることなく、通常民事訴訟においても広く使われるようになってきている。<sup>(23)</sup>

現在多用されるに至っている陳述書は、法律に規定もなく幅広い場面で利用されており、その時々で種々の異なる機能を担うと言われる。<sup>(24)</sup>

代表的な機能として挙げられ、また、議論の対象とされるのは、特に、次の機能である。

まず、当事者によって、間接事実まで含めた事件の背景を時系列的に叙述した陳述書が、争点整理段階で提出されることで、いわゆるストーリーの把握に役立つとされる「争点整理機能」、次に、証人予定者による陳述書が証拠調べの前に提出されることで、相手方当事者の反対尋問の役に立つとされる「証拠開示機能」および「反対尋問準備機能」、最後に、人証取調べの際に、形式的な争点は陳述書に依拠し、重要な争点に集中して尋問を実施することで、反対尋問権を維持しつつ、手続の充実と迅速化を期待できるという「主尋問代替機能」<sup>(25)</sup>である。

(2) 右のように、陳述書は、広く実務に定着しているものの、陳述書の利用に対する批判もある。<sup>(25)</sup> まず、陳述書の内容とされる、当事者や証人（予定者）の供述は、本来、裁判所の面前において口頭で、当事者の主張として、または、当事者尋問および証人尋問という人証取調べの結果として、訴訟手続に持ち込まれるべき

であると批判される。特に、これらの場合には、相手方当事者に反対尋問権を保障すべきところ、陳述書を利用することで、その機会が奪われる点が非難される。この点に関連して、陳述書による主尋問の代替は、反対尋問権を保障しつつ尋問の効率化を図ることができる<sup>(26)</sup>と主張されているが、これに対しても、主尋問を省略することで反対尋問が十分に機能しないとの反論がある。

また、陳述書は、作成の際に弁護士がかかわり訴訟に有利になるよう作為的に事実が整理されるため、信頼性に問題があると言われ、反対尋問にさらされない供述によって裁判官の心証が歪められるおそれがあるとの危惧が表明されている。

最後に、陳述書が担うとされている争点整理機能や反対尋問準備機能は、準備書面や尋問事項書が担うものであり、法律に根拠を持たない書面を利用すべきではないとの批判がある。

以上の危惧や批判は、従来、人事事件等で用いられてきた、本人が心情等を書き綴った陳述書には当てはまらず、特に、現在多用されるようになってい<sup>(27)</sup>ると言われる、通常民事訴訟での事件の背景を述べる当事者本人の陳述書や、証人予定者が事件について知っていることを述べる陳述書に向けられていると言<sup>(28)</sup>うことができる。

## 第二節 問題の所在

(1) まず、本稿では、先行研究に倣<sup>(29)</sup>って、陳述書を、当事者または第三者の供述を記載した書面で、訴えの提起に際して、または訴え提起後に、訴訟で用いることを予定して作成されたもので、書証の形で裁判所に提出されるものとする。

なお、陳述書を書証として扱う裁判実務に対しては、周知のとおり、批判もある。すなわち、陳述書に含まれる

内容から、陳述書の法的性質は当事者の事実主張であるとの見解があり、この見解の論者からは、陳述書は準備書面またはその添付書面とすべきであると主張されている<sup>(27)</sup>。これに対して、裁判実務では、陳述書は、書証番号を付されて証拠として提出され、他の書証と同じく書証目録に記載されるといふように、陳述書を書証として扱うことが定着している<sup>(28)</sup>。ただし、同時に、陳述書が証拠調べの場面で書証として取り調べられているわけではないように見受けられる。たとえば、「現実には用いられている陳述書に即して『書証としての陳述書』について検討する」論稿では、「主尋問の代替について」、「反対尋問の準備」などの項目が取り上げられており、陳述書が尋問の際に用いられることが念頭に置かれている<sup>(29)</sup>。同様に、第一節(1)に見た「主尋問代替機能」や「証拠開示機能」といった、陳述書が担うとされる諸機能からも、主に証人尋問における利用が念頭に置かれていることが読み取れる。このように、陳述書を書証としつつ、証拠調べにおいては主に証人尋問の際に用いるものとする考え方は、陳述書をめぐる議論全体に共通していると言いうことができるだろう。

このことから、陳述書の書証としての性質は、ある事実を認定するために陳述書を証拠として用いることができる余地があるという点にのみ見出されるものと考えられる。右に見た、陳述書を書証とすることに對する批判も、主にこの点に向けられていると言える。当事者間に争いのある事実を、陳述書の記載内容によって証明されたものとして、証人尋問等を実施することなく認定することは、實際上、ほとんど起こりえないのかもしれないが、陳述書を書証と位置づけるかぎり、そのような事実認定が許容される余地が完全には排斥されないように思われる。そこで、本稿では、陳述書を書証として扱うことを前提にしつつ、そのために生じうる、陳述書の記載内容がそのまま事実認定の基礎とされうる危険性に留意しながら、考察を加えたい。

- (2) 陳述書を右のようなものと捉えることを前提として、陳述書の利用に對しては、第一節(2)で概観したとおり、

第一に、直接主義および口頭主義の要請に反する、第二に、反対尋問権の保障がない、第三に、法律の根拠を持たない、との点が問題視されると言える。このうち、第一の点に関しては、人証取調べの際の直接主義の特別の重要性という観点から考察が加えられており、<sup>30)</sup>第三の点については、右に見た通り、陳述書の法的性質をめぐる議論がある。本稿では、第三の点に留意しつつ、主に、反対尋問権の保障がないという第二の問題点に焦点を絞って考察を加えたい。なぜなら、反対尋問権の保障は、当事者を訴訟手続に立ち会わせ、質問等により手続経過に影響を及ぼす機会を付与する点で、双方審判主義の前提を担う当事者公開主義の要請の一部をなすと考えられるためである。陳述書の利用によって反対尋問権の保障の機会が奪われるとすると、当事者公開主義に抵触する可能性があるということが出来る。

### 第三節 小括

本章では、第一節で、裁判実務における陳述書の利用を概観した後、第二節で、従来の議論を分析し、問題の所在を明らかにした。以上を踏まえて、続く第三章では、陳述書が書証として扱われることから生じうる問題に留意しつつ、陳述書をめぐる問題のうち、主に反対尋問権の保障に焦点を当てて、当事者公開主義の観点から、考察を加える。

その際、陳述書を、争点整理段階で提出される陳述書（第一節）と、証拠調べ段階で提出される陳述書（第二節）に分けて、それぞれの場面の利用の在り方を検討することとする。

## 第三章 陳述書利用の場面での当事者公開主義の要請

### 第一節 争点整理手続における陳述書

争点整理手続における陳述書を見ていく前に、争点整理手続の中心をなすと考えられる、弁論準備手続について、現行法に規定が設けられるまでの経緯を概観しておきたい。なぜなら、争点整理手続で陳述書が担うとされる争点整理機能は、現行民事訴訟法が目標とする早期の争点整理に基づく迅速かつ充実した口頭弁論にとって重要な関心事項であるところ、弁論準備手続は、陳述書が活用される主要な場面であるだけでなく、以下に見るとおり、同じ目標から実施されてきた裁判実務の工夫を継承し、かつ当事者公開主義の観点から手当てを施された上で制定されたという経緯を持ち、本稿の関心から重要な制度と考えられるためである。

#### 一 弁論兼和解手続から弁論準備手続への整備

(1) 現行民事訴訟法は、一六八条で「裁判所は、争点及び証拠の整理を行うため必要があると認めるときは、当事者の意見を聴いて、事件を弁論準備手続に付することができる」と定め、争点整理のひとつの手法として、弁論準備手続を設けている。この弁論準備手続は、以下に見ていく通り、現行民事訴訟法制定前に実務で多用された、いわゆる「弁論兼和解」手続を、当事者への手続保障を手当てした上で、法定したものと考えられている。

(2) 「弁論兼和解」手続は、平成八年に現行民事訴訟法が制定される前の十数年にわたり、裁判実務において広く実施されていたと言われる。<sup>31)</sup>

「弁論兼和解」期日は公開法廷ではなく和解室や準備室などで行われ、裁判官主宰の下、当事者双方が膝を突き

合わせて争点を議論することで、事案の解明を行いつつ、和解を試みるといった運用がなされていた。<sup>(32)</sup>

利点としては、実質的な討論を実施することができるといって争点整理が円滑化する点、必ずしも法廷での実施や書記官の立会いを要しないため期日を入れやすい点、争点整理と和解を行き来するなど柔軟な訴訟進行が図れる点などが挙げられた。また、弁論兼和解手続においては失権効が生じないと解されており、従来の準備手続が活用されなかつた弱点を克服するものとの評価もあつた。<sup>(33)</sup>

他方で、同時に、法律に根拠のない審理手続であり、公開がされない点など、制度としての欠陥が指摘されていた。特に「弁論」でありながら当事者の対席を保障しない「交互面接方式」が取られることがあつたり、「和解」のもりで語られた当事者の陳述から心証を形成して判決の基礎とすることがあつたりする点に対して、弁護士会から批判の声も上がつていた。<sup>(35)</sup>

これにに応じて、一部の裁判実務においては、当事者への手続保障に配慮しつつ、弁論兼和解手続の柔軟さを生かした争点整理の方法が提言された。たとえば、「当事者双方を対席させた上で裁判所の適宜の発問により形式的な争点と実質的な争点とを振るい分け、実質的な争点についての当事者の主張、証拠関係を整理し、事件解決の方法を検討する」といった活用提言である。<sup>(36)</sup> また、学説においても、弁論兼和解への種々の批判がなされると同時に、<sup>(37)</sup> 評価する見解も提出され、<sup>(38)</sup> さらに、弁論兼和解に理論的基礎を与える試みも活発になされた。準備的口頭弁論の一態様と捉える見解、<sup>(39)</sup> 準備手続と位置づける見解、<sup>(40)</sup> 「口頭弁論でも和解でもない、その中間の存在であり、実務的に案出された新種の訴訟行為」と捉える見解など、多様な解釈が試みられたものの、どの見解にも難点があることとされ、一致を見るには至らなかつた。<sup>(42)</sup>

(3) こうした実務と学説の状況を背景として、平成八年制定の現行民事訴訟法の改正作業においては、平成三年

十二月に出された『民事訴訟手続に関する検討事項』の段階で、すでに、「現行の準備手続に関する規定を改正して、争点等の整理を遂げることを目的とし、受訴裁判所のこの手続に付す旨の決定によって開始し、受訴裁判所又は受命裁判官が当事者対席の下に行う必ずしも公開することを要しない」手続として、「新争点整理手続（仮称）」が提言されていた<sup>(43)</sup>。この手続において、証拠調べを可能とすべきかどうか、失権効を認めるかどうか等が検討事項とされている一方で、当事者の対席という内容がすでに盛り込まれていることが注目される。続いて、各界の意見表明を受けて、平成五年十二月に出された『民事訴訟手続に関する改正要綱試案』では、この手続が「弁論準備手続（仮称）」とされ、その補足説明において、「必ずしも公開を要しない争点等の整理手続を設け、これを有効に活用することができれば、弁論兼和解の長所を生かしつつ、これについて指摘されている問題点も解消することができると述べられている<sup>(44)</sup>。この試案においても、「この手続の期日は、現行の準備手続におけると同様に、当事者双方が立ち会うことができるものとする」と、当事者双方の立会いが明確にされている。

これが、現行法の弁論準備手続へと結実し、現行法では、一六九条一項が「弁論準備手続は、当事者双方が立ち会うことができる期日において行う」と定め、当事者の立会権（対審）の保障を明らかにしている。なお、右の経緯からも明らかな通り、弁論準備手続は、旧法の準備手続を改正する形で制定されているものの、一般に、その内実は、弁論権和解の争点整理部分を純化しつつ、立法的に認知したものと位置づけられている<sup>(45)</sup>。すなわち、しばしば交互面接方式が取られた弁論兼和解手続に代わって、この慣行を否定すべく、対審の手続を新設したと評価でき<sup>(46)</sup>、この意味で、当事者の立会権が明文で明らかにされたことには重要な意義がある。

(4) 右に見た、弁論兼和解への評価および批判、ならびに、立法経過における議論、制定された弁論準備手続の規律とそれに対する評価は、次のように分析できる。すなわち、「弁論兼和解」手続は、当事者間における口頭で



の争点整理を促すなど、審理の促進に有効な実務上の工夫として、広く実施され定着を見ており、口頭主義の復活として評価する声もあつた一方で、対審が保障されないなど、当事者への手続保障にもとる点が問題視されていたところ、現行法によつて、利点を生かしつつも、当事者の立会権を保障した、弁論準備手続へと整備されたと言ふことができる。このことから、審理の促進という、民事訴訟への重要な要請に対して、当事者の立会権が優越的な価値を有するとの現行法の評価を引き出すことができると考えられる。

続いて、弁論準備手続で用いられる陳述書の検討を行う。

## 二．弁論準備手続における陳述書

(1) 争点整理に提出される陳述書は、作成者によつて二つに分類できる。ひとつは、当事者によつて作成される陳述書で、事件の背景事情を、間接事実も併せて時系列的に述べた内容を含む。当事者の陳述書が、争点整理手続の早期の段階で提出されることによつて、裁判所は、早期に事件の概要を把握することができるのか、当事者間で事情の認識のすり合わせができるといった利点が挙げられている。一方で、こうした役割は、本来、準備書面等が担うべきものであり、法律に規定のない陳述書によるべきでないとの批判がある。<sup>(47)</sup>

もうひとつは、尋問を予定している証人による陳述書で、証人尋問の際の尋問事項と証人による回答を内容とする。証人予定者の陳述書が提出されることで、争点の絞込みがより適切にできるようになるとともに、証人採否の判断のために役立つことができるとされる。

当事者公開主義の観点から、双方に共通して問題となるのは、反対尋問にさらされていない供述が、裁判所の心証を歪める危険があるという点である。<sup>(48)</sup> 以下、順に、当事者による陳述書(2)と、証人予定者の陳述書(3)を

検討する。

(2) 当事者による主張が早期に提出され、裁判所および当事者間で事件の背景について共通認識を形成できるとは、争点および証拠を早期に整理して、迅速かつ充実した口頭弁論を実施するという、争点整理手続の趣旨に合致する。そこで、当事者の陳述書に基づく争点整理は、相手方当事者の立会いを要件として許容する余地があると考えられる。

弁論準備手続には、本章第一節で見た通り、当事者の立会権が保障されていることから、弁論準備手続において陳述書を用いて争点整理をすることは許容されると考えてよいだろう。ただし、契約書などの他の書証の取調べとは異なり、陳述書の場合には、内容に踏み込んだ相手方当事者による吟味を前提としなければならない。なぜなら、書証の典型的な例として念頭にある契約書などの場合には、その成立の真正のみが証拠調べの対象となり、契約書が真正に成立していれば、書証全体が有効となるのと異なり、陳述書の場合には、その内容の個々の部分について検討が必要となると考えられるからである。

このようにして当事者間に争いがある点と争いがない点を明らかにして争点を絞り込むことは、争点整理手続の目的に適い、弁論準備手続においては当事者の立会権が保障されている以上、当事者および裁判所が、陳述書を参照しつつ、口頭で争点を絞り込むことは、当事者公開主義の観点からも問題がないと考えられる。この際、結果として、陳述書に記載されていた内容の一部が判決の基礎とされるように見えることがあるが、これは、陳述書の内容を出発点としつつ、弁論準備手続における争点整理において、当事者が一致した陳述をしたため自白が成立したと解することができることから、許容される。

これに対して、陳述書を提出した当事者の相手方当事者が、陳述書に含まれる内容について争う場合には、この

部分が争点となる以上、この争点が事案にとって重要であるかぎり証拠調べを実施することになる。この場合、相手方当事者の反対尋問権を保障するため、証拠調べ期日において当事者尋問が実施されなければならない。当事者尋問をすることなく、書証である陳述書を取り調べた結果として事実認定することは許されないと考えられる。この点は、証拠調べにおける陳述書を扱う次節で検討する。

以上のように解すること、争点について証拠調べ期日における当事者尋問の実施が担保される場合には、当事者双方の立会権が保障される弁論準備手続において、陳述書の内容にまで踏み込んだ検討がなされることによつて、当事者による陳述書に基づいて争点を絞り込むこと、さらには、その結果争いのないことが明らかになった部分を判決の基礎とすることは、当事者公開主義の観点から、許容されると考えられる。

(3) 証人予定者による陳述書が、証人の採否を検討する際の重要な手がかりを提供することには、疑いがないと言つていいだろう。また、当事者による陳述書と同じように、証人による陳述書を基礎として当事者間で争いのない点を明らかにし、争点を絞り込むことは、争点整理の趣旨に適うと言える。これらに加えて、弁論準備手続では当事者双方の立会権が保障されている。したがつて、弁論準備手続において、争点を絞り込み、どの争点についてどの証人を採用すべきかを検討するかがり、証人予定者による陳述書を活用することは、当事者公開主義の観点から許容されると考えられる。

ただし、相手方当事者が、証人予定者による陳述書の内容として含まれる個々の事実関係について否認する場合には、この点について証拠調べが実施されなければならない。この場合、(2)に見た当事者による陳述書の場合と同様、この陳述書だけを取り調べて事実認定することは許容されず、陳述書を作成した証人の尋問が実施され、相手方当事者の反対尋問権行使の機会が保障されなければならないと考えられる。証拠調べにおける陳述書をめぐる問

題点には、次節でまとめて検討を加える。

これに対して、証人予定者による陳述書に含まれる内容のうち、争点整理の結果、当事者間に争いがないことが明らかになった部分については、当事者による一致した陳述があり、自白が成立すると解することができるため、証拠調べの必要なく、事実が確定する。この場合には、結果として、尋問予定者の陳述書の内容が判決の基礎となるように見るが、右のように評価されることによって、当事者公開主義には抵触しないと解される。

以上に加えて、証人予定者による陳述書が提出される場合に固有の問題として、陳述書は提出されたが、結果として証人尋問がなされなかった場合の扱いが検討されなければならない。<sup>10)</sup>

特に、ひとつの争点につき複数の陳述書が提出されながら、証人尋問は、その一部の証人についてのみ実施される場合に、尋問されなかった証人予定者の陳述書をどのように扱うかが問題となる。たとえば、雇用者と被用者が原告・被告となる労働争議において、雇用者側から、被用者の勤務態度等について、この被用者の同僚や上司による複数の（場合によっては大量の）陳述書が提出されるような場合である。ここでは、事情の特殊性から、複数の関係者による同種の証言が一定数以上あることが、事実認定にとって意義を有すると考えられる。しかしながら、その全ての証人を尋問するのは現実的ではなく、実際上も、たとえば、直接の上司などが証人選ばれ尋問されることになるだろう。この場合に、残りの陳述書を却下するのは、合理的でないように思われる。

そこで、このような場合には、当事者公開主義の観点から、ひとつの争点につき、少なくとも一人の証人を尋問し、事実認定することが要請されるだろう。なぜなら、少なくとも一人の証人尋問を実施することによって、相手方当事者に反対尋問の機会を保障したと評価することができれば、これに基づき、同じ争点について同種の内容を有する残りの陳述書も証拠資料の一部とすることを許容する余地があると考えられることができるからである。<sup>10)</sup>

これとは別に、尋問を予定していない証人の陳述書の提出は、相手方の同意がない場合には、原則として許容されないと考えられる。<sup>(31)</sup>

以上から、証人予定者の陳述書は、当事者双方の立会権を保障する弁論準備手続での争点整理において、証人の採否を検討する際に参照することが許容される。さらに、内容まで踏み込んだ検討を経ることによって、当事者間に争いのないことが明らかになった部分については、当事者の一致した陳述があり自白が成立すると解することによって、陳述書を基礎とした事実確定が許容されることとなる。当事者間に争いのある点については証拠調べが実施されることとなるが、この場合の陳述書の扱いについては、続いて、第二節で検討する。

## 第二節 証拠調べにおける陳述書

(1) 第一節二で見た通り、陳述書が弁論準備手続において、当事者による陳述書(2) または、証人予定者の陳述書(3) が提出され、相手方当事者が陳述書の内容として含まれる個々の事実関係を否認し争う場合には、この点について証拠調べが実施されなければならない。証拠調べにおける陳述書については、まず、この場合に、同一の陳述書を証拠方法として取り調べることによって、事実認定することができるかどうかが問題となる。当事者公開主義の観点からは、陳述書のみを基礎として、事実認定することは許容されず、争点について必ず人証の取調べが実施されなければならないと考えられる。なぜなら、当事者公開主義が双方審尋主義を実現するための手続原則であるとの理解からは、<sup>(32)</sup> 尋問を実施することで、相手方当事者に、陳述書に記載された内容について質問するなど、反対尋問権行使の機会を保障することで、判決の基礎となる事実の認定の経過に影響を及ぼすことができるようにすることが要請されていると考えられるからである。<sup>(33)</sup>

なお、人証の取調べ方法のうち、当事者尋問については、書面によることが許容されていないことから、当事者による陳述書の内容が問題となる場合には、当事者本人を裁判所の面前において口頭で尋問することが要請される。さらに、書面に基づいて陳述することは原則として許されないから（民事訴訟法二〇三条）、口頭での尋問の際に陳述書を併用することも許容されないと考えるべきだろう。これに対して、証人については書面尋問が許容されていることから（民事訴訟法二〇五条）、証人による陳述書の内容について証拠調べの必要がある場合には、この陳述書を書証として取り調べた結果に基づいて事実を認定することは許されないものの、争いのある点について、質問書を作成し、証人に、改めて、この質問書に沿った回答を書面で作成してもらった上で、この書面に基づき事実認定することは許容される。<sup>(34)</sup>

(2) 次に、証拠調べにおける陳述書によって、主尋問を代替することが許容されるべきか否かを検討しなければならない。

争点整理の段階で陳述書を活用して、争点の絞り込みを行った上で、人証取調べを実施する場合には、尋問すべき内容はすでに争点に絞られており、争点でない部分や重要でない部分を陳述書に肩代わりさせて省略する余地はなくなると考えられる。<sup>(35)</sup>

そこで、争点整理手続を経ない場合や、争点整理手続を経たにもかかわらず、証拠調べの段階で提出された陳述書が問題となる。このうち、争点整理手続を経たにもかかわらず、証拠調べの際に初めて陳述書が提出される場合には、争点整理手続の目的から、提出が制限されることになるだろう（民事訴訟法一六七条、一七四条参照）。

これに対して、争点整理手続を経ることなく口頭弁論期日が開かれ、証拠調べ段階で初めて陳述書が提出される場合に、陳述書に依拠して主尋問を省略することが許されるか否かが問題となる。当事者公開主義の観点から、主

尋問を省略することが許容されるのは、当事者双方に争いのない部分に限られると考えられる。たとえば、本章一節二に見た、当事者双方の立会権が確保されている弁論準備手続において、当事者双方に争いのないことが確認された内容などである。争点整理手続を経ない場合には、どの部分が省略を許されるか明らかになっていない以上、証拠調べ段階で初めて陳述書を提出し、それに依拠して主尋問を省略することが許容される余地はないように見受けられる。

(3) 最後に、人証取調べの直前に提出され、証拠開示機能および反対尋問準備機能を担うと言われる陳述書を検討する。証人尋問が実施される前に、尋問される証人による陳述書が提出されると、証人尋問での証人の応答が前もって明らかになるため、反対尋問の準備に役立つとされる。特に集中証拠調べが実施される現行法下では、次回期日での反対尋問ができないため、重要な役割を果たすと主張される。これに対しては、詳細な尋問事項書によるべきであるとの批判があるが、尋問事項書では、証人の応答までは記載されないため、代替できないと反論される。事前に証人尋問の内容がある程度明らかになっており、有意義な反対尋問が準備されることは、充実した口頭弁論に有用であり、現行法の目指す、迅速かつ充実した訴訟手続の実現という目標にも適う。これを陳述書によって実現しようとする場合の問題は、陳述書が法律に根拠を持たない書面であることを別にすると、陳述書が書証として扱われるため、陳述書に含まれる証人の供述内容のうち、証人尋問では尋問されず証言されなかった部分も、陳述書を基礎として事実認定される余地が残されている点にあると考えられる。<sup>(56)</sup>したがって、証人尋問の前に証人による陳述書を提出することは許容されるものの、まず、(2)で見た通り、陳述書に依拠して主尋問を省略することはできず、さらに、陳述書の記載内容のうち、口頭の尋問に顕出されなかった部分は、反対尋問を経ないため、陳述書を基礎として事実認定することはできないと考えなければならないだろう。<sup>(57)</sup>

## 第三節 小括

右の検討を基礎に、当事者公開主義が陳述書の利用に際して要請する内容は、次のように整理できると考えられる。

まず、争点整理における陳述書の利用に対しては、当事者の立会いを保障して、陳述書の内容にまで踏み込んだ検討が要請される。これによって、陳述書を活用した争点整理を実施し、さらに、陳述書に含まれる内容のうち、当事者間に争いのないことが明らかになった事実を、当事者の一致した陳述があり自白が成立すると解することに よって、判決の基礎となる事実として確定することができる。

これに対して、陳述書に含まれる内容のうち、当事者が争う事実関係については証拠調べが実施されることになる。この際、この陳述書を証拠として取り調べた結果に基づいて事実認定することは許されず、陳述書を作成した者の人証調べが要請される。なぜなら、当事者公開主義は、双方審尋主義を実現する手続原則と解されることから、相手方当事者に尋問への立会権を保障した上で、陳述書の内容について質問するなどの反対尋問権行使の機会を確保することで、手続経過に影響を及ぼせることを保障していると考えられるからである。陳述書を利用することによってこの機会を奪うことは、当事者公開主義に抵触し、許されないと考えられる。

また、争いのある事実について、証人による陳述書が複数提出されたものの、一部の証人のみ尋問されたため、尋問に至らなかった証人の陳述書については、争いのある事実について少なくとも一人の証人を尋問することが要請される。これによって、相手方当事者には、反対尋問の機会が保障されると評価することができることから、同様の内容を持つその他の陳述書も証拠の一部とすることが許容される。これとは別に、証人尋問を予定しない証人



による陳述書は、原則として提出が許されず、少なくとも、相手方当事者の同意が要請されるだろう。

最後に、証人尋問における陳述書による主尋問の代替については、争点整理を経ている場合には、争いのある事実をめぐって証人尋問が実施される以上、陳述書に依拠して尋問を省略することが許される余地がないように思われる。争点整理を経ていない場合には、事実関係に争いがあるかどうか明らかになっていない以上、やはり省略できる余地はほとんどなく、これらの場合に、当事者公開主義は、証人尋問を実施し、相手方当事者に尋問への立会権および尋問の際の反対尋問権を保障することを要請していると考えられる。

なお、証人による陳述書に含まれる内容のうち、証人尋問に顕れなかった事実についても、反対尋問を経ないため、この陳述書のみに基づいて事実認定することは、当事者公開主義に抵触し、許されないと考えられる。

## おわりに

本稿では、まず、わが国の民事手続法において当事者公開主義が通用していると解されていることを明らかにした上で、当事者公開主義の具体化の場面として陳述書の利用の場面を取り上げて、そこでの当事者公開主義の要請を検討してきた。

第一章で見たように、当事者公開主義の中核的な内容には、口頭弁論（特に証拠調べ手続が念頭に置かれるが、第三章第一節で見た通り、弁論準備手続も重要な手続段階として含まれる）への当事者の立会権および立会いのための不可欠の前提として、期日への当事者の呼出し、ならびに記録閲覧権が挙げられる。これに加えて、当事者公開主義が双方審尋主義を実現するための前提であることから、当事者公開主義は、当事者に、手続主体として手続

経過に影響を及ぼせる機会をも保障していると考えられる。そのため、当事者公開主義は、証人および当事者尋問への当事者の立会権だけでなく、反対尋問権の保障も要請していると言えることができる。

このことは、第二章で見た陳述書の利用を巡る従来の議論から、より明確になる。証人による陳述書が当事者の立会権が保障された証拠調べにおいて書証として取り調べられるだけの場合と、証人尋問を実施して当事者を立ち会わせ、反対尋問権行使の機会を保障する場合とを、当事者公開主義の観点から、当事者の手続主体性の点で比較すれば、後者の方がよりよく双方審尋主義を実現していると評価することができるのである。

なお、当事者公開主義が双方審尋主義を実現するために、どの程度の内容を要請するのかを、より詳細に検討するためには、双方審尋主義の内容および根拠、ならびに双方審尋主義と当事者公開主義との関係を明らかにする必要がある。このためには、双方審尋主義を憲法との関係から考察することが不可欠であると考えられるため、この点について、稿を改めて検討することとする。

(付記) 本稿は、JSPS 科研費 19K231590001 による研究成果の一部である。

## 注

- (1) 松本博之・上野泰男『民事訴訟法 第八版』(二〇一五年・弘文堂) 三七八頁〔松本〕。
- (2) ドイツ民事訴訟法における当事者公開主義の規定および内容については、本章第二節で見ていく。
- (3) 松岡義正『民事証拠論』(一九二四年・巖松堂書店) 一九六頁以下。

- (4) 山本戸克己「訴訟における当事者権——訴訟と非訟の手續構造の差異に関する一考察——」同『民事訴訟理論の基礎的研究』(一九六一年〔初出・一九五九年〕・有斐閣) 五九頁以下。
- (5) 山本戸・前掲(注4) 六三頁。
- (6) 木川統一郎「生田美弥子」鑑定人の鑑定準備作業における当事者公開原則について」木川統一郎『民事鑑定の研究』(二〇〇三年〔初出・一九九四年〕・判例タイムズ社) 四五七頁以下。木川博士が参照するシュナップの論文は、後掲(注12)。
- (7) 木川「生田・前掲(注6) 四五九頁。
- (8) 松本「上野・前掲(注1) 四七九頁〔松本〕」。
- (9) 三木浩一「笠井正俊」垣内秀介「菱田雄郷」『民事訴訟法 第三版』(二〇一八年・有斐閣) 一四三—一四四頁〔笠井〕。
- (10) Stefan Späth, Die Parteiförmlichkeit des Zivilprozesses. Die Informationspflichten des Gerichts gegenüber den Parteien. Diss. Hamburg, 1995, S. 1.
- (11) ドイツ民事訴訟法の条文の訳出に際しては、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典——二〇一一年十二月二二日現在——』(二〇一二年・法曹会)を参照した。
- (12) Friedrich E. Schnapp, Parteiförmlichkeit bei Tatsachenfeststellungen durch den Sachverständigen?, Festschrift für Christian-Friedrich Menger, 1985, S. 557 ff., S. 561; Petra Höffman, Die Grenzen der Parteiförmlichkeit, insbesondere beim Sachverständigenbeweis, Diss. Bonn, 1989, S. 3; Rosenberg/Schwab/Peter Gotwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., 2018, § 117 Rn. 42; Jauernig/Burkhard/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011, § 51 Rn. 20 など参照。また、池邊摩依「ドイツ民事訴訟法における当事者公開原則の保障内容——個別問題の検討を基礎として——」法雑六五卷一・二号(二〇一九年) 三八頁以下、四五—四六頁も参照。
- (13) ZPO二九九条一項は、「当事者は、訴訟記録を閲覧し、かつ、これらに基づいて、裁判所事務課を通じて、正本、抄本、および謄本を交付させることができる」と規定し、当事者の記録閲覧権を保障している。
- (14) ZPO三九七条一項は、「当事者は、証人に対して、事件または証人の関係を説明するために適當と認める問いを発せしめ

る権利を有する」と規定し、当事者の発問権を保障してゐる。

- (15) Schnapp, a.a.O. (Ann. 12), S. 565 f.; Hoffmann, a.a.O. (Ann. 12), S. 21 f.
- (16) Schnapp, a.a.O. (Ann. 12), S. 561; Hoffmann, a.a.O. (Ann. 12), S. 12-22; Späth, a.a.O. (Ann. 10), S. 31-42; Stein/Jonas/Christian Berger, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl. 2015, § 357 Rn. 1. 池邊摩依「ドイツ民事訴訟法における当事者公開原則の基礎法理——当事者公開原則の妥当根拠を中心に——」法雑六四巻一・二号（二〇一八年）も参照。
- (17) Schnapp, a.a.O. (Ann. 12), S. 566.
- (18) ボン基本法の条文の訳出に際しては、高橋和之編『新版世界憲法集（岩波文庫）』（岩波書店・二〇〇七年）を参照した。
- (19) BVerfGE 1, 418, 429; 6, 12, 14; 7, 53, 56f. Vgl. Eberhard Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., 2007, § 111 Rn. 128. 池邊・前掲（注16）二一七—二一八頁も参照。
- (20) Hoffmann, a.a.O. (Ann. 12), S. 21 f.
- (21) 詳しい分析は、池邊・前掲（注12）三八頁以下、要請の整理は、八二—八三頁を参照。
- (22) 西口元「陳述書をめぐる諸問題——研究会の報告を兼ねて」判タ九一九号（一九九六年）三六頁、北尾哲郎「陳述書の運用準則」判タ九三三七号（一九九七年）五七頁、高橋宏志「陳述書について」同『重点講義民事訴訟法（下）第二版補訂版』（二〇一四年）〔初出一九九六年〕・有斐閣 八〇九頁以下、松本⇨上野・前掲（注1）四九二—四九三頁〔松本〕、三木⇨笠井⇨垣内⇨菱田・前掲（注9）三〇三頁〔三木〕など参照。
- (23) 中本和洋「陳述書のガイドライン」判タ九三三七号（一九九七年）五四頁、西口・前掲（注22）三六頁、高倉太郎「現行民事訴訟法改正前後における陳述書の役割の変遷」千葉大学法学論集二三巻三号（二〇〇八年）一六八頁など参照。
- (24) 本間靖規「人証の取調べにおける直接主義と書面の利用」同『手続保障論集』（二〇一五年）〔初出・一九九九年〕・信山社 三八九頁、西口・前掲（注22）三七頁、高橋・前掲（注22）八〇九頁などを参照。
- (25) 笠井正俊「陳述書の活用と審理原則」ジュリスト一三一七号（二〇〇六年）八一—八二頁、本間・前掲（注24）三八九頁、

- 中本・前掲(注23)五四頁以下、北尾哲郎「書証その他」三宅省三他編『新民事訴訟法大系——理論と実務——第三卷』(一九九七年・青林書院)六七頁以下などを参照。
- (26) 坂本倫城「陳述書をめぐる諸問題」判タ九五四号(一九九八年)四頁、笠井・前掲(注25)七八頁、西口・前掲(注22)三七頁など。
- (27) 山本克己「陳述書問題について——シンポジウム『新民事訴訟法のもとでの審理のあり方』を契機に——」判タ九三八号(一九九七年)六九頁以下七二頁。本間・前掲(注24)四〇三頁、中本・前掲(注23)五五頁も参照。
- (28) 西口・前掲(注22)三七頁など参照。
- (29) 北尾・前掲(注25)六八頁。
- (30) 高田昌宏「証拠調べの直接主義」の概念に関する一考察」石川明二編『民事手続の現代的機能』(二〇一四年・信山社)七〇一頁以下、本間・前掲(注24)三八三頁以下など。
- (31) 三宅省三「民事訴訟法改正の経過と主要な改正事項」同他編集代表『新民事訴訟法大系——理論と実務——第一卷』(一九九七年・青林書院)一一頁、小山稔「争点整理総論」同二卷二二〇頁、山本和彦「弁論準備手続①——立法の経過と目的」同第二卷二五二—二五四頁などを参照。
- (32) 当初は実質的な和解期日に弁論も併行して進められるようにしたもので、和解期日に和解が成立しなかった場合にも当該期日を無駄にしないため、当事者が準備書面や書証を持参して弁論行為も行うようにした実務的工夫であった。これが、争点整理の場として、より積極的に活用することが提唱・実践され、多くの支持を得て、実務の知恵として定着したと言われる(三宅・前掲(注31)一一頁、小山・前掲(注31)二二〇頁)。
- 後に、①争点整理を主眼とし、併せて和解を試みる「争点整理重点型」、②和解の試みを主眼としつつ、和解が不成立に終わった場合にも争点の整理を果たそうとする「和解勧誘重点型」、および③本人訴訟において口頭での釈明を促し争点を整理しつつ、時期を見て和解を試みるという「本人訴訟対応型」といった類型に整理された(「民事訴訟の審理を充実させるための大

阪地方裁判所の方策案」(ジュリスト九一四号(一九八八年)三五頁)によって提言され、分析の基礎とされている。ただし、これらの類型も当然ながら相互に流動的であり、手続内容を定めるものでもない。このように、手続内容が一定していない点、特に裁判官によって運用が違う点、弁護士会からの批判の対象ともなっていた。

(33) 山本和彦・前掲(注31)二五二―二五三頁。

(34) この点、「争点整理の観点からみると、弁論兼和解は、自覚した裁判官、弁護士により運用されれば非常によい成果を上げることが出来た反面、そうでない裁判官、弁護士にかかるとおざなりな争点整理しか行われず、ずるずると和解へ和解へと流れる手続として使われる傾向にあった」とも指摘されている(小山・前掲(注31)二二〇頁)。

(35) 井垣敏生「弁論準備手続③——適切な事案の選択」三宅他編集代表・前掲(注31)第二卷二八六頁・三宅・前掲(注31)十一頁、小山・前掲(注31)二二〇頁などを参照。

(36) 「民事訴訟の審理を充実するための東京地方裁判所の方策案」ジュリスト九一四号(一九八八年)三三頁。

(37) 萩原金美「いわゆる『弁論兼和解』に関する一管見」判タ七三四号(一九九〇年)八頁、上原敏夫「訴訟の促進と審理の充実」ジュリスト七九一号(一九九一年)二二〇頁、西野喜一「判決と和解の相互関係(下)」判時一三七二号(一九九一年)六一七頁など。

(38) 木川統一郎「ラウンドテーブル方式の主張整理」三ヶ月先生古稀祝賀『民事手続法学の革新(中)』(一九九二年・有斐閣)二二三頁など。

(39) 竹下守夫「民事訴訟の改善と新たな審理モデルの模索」自由と正義四〇巻八号(一九八九年)九九頁。

(40) 鈴木正裕「『弁論兼和解』方式について」民訴雑誌三六号(一九九〇年)一頁以下。

(41) 中野貞一郎「手続法の継受と実務の継受」同『民事手続の現在問題』(一九八九年・判例タイムズ社)八二頁。

(42) 松本上野・前掲(注1)三八〇頁(松本)参照。

(43) 法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続の検討課題…民事訴訟手続に関する検討事項とその補足説明』別冊NBL二三号

(一九九一年・商事法務研究会) 一七頁。なお、ここでは、準備手続を改正して制定されることが明らかにされている一方で、弁論権和解手続との関係には言及されていないものの、審議会の委員からも、弁護士会からも、弁論準備手続は、弁論兼和解を、手続保障上の手当てをした上で、法定したものとの認識が種々示されていた(山本和彦・前掲〔注31〕二五五―二五六頁などを参照)。

(44) 法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する改正試案・試案とその補足説明、検討事項に対する各界意見の概要』別冊NBL二七号(一九九四年・商事法務研究会)改正要綱試案一〇頁以下、補足説明二二頁。

そのほか、証拠決定および書証の取調べを可能とすること、弁論への上程を必要とすることが固められ、失権効の程度につきさらなる検討を要することが示され、新たな検討事項として、手続選択に当事者の意見を聴くべきか否か、および、相与と認める者の傍聴を許可すべきかどうかに加えられた。これらの点については、平成七年二月の『民事訴訟手続に関する改正要綱案』において、次のように確定された。すなわち、失権効については、弁論準備手続を終えた後で、新たに攻撃防御方法を提出する当事者は、相手方当事者の求めがあれば、弁論準備手続において提出できなかった理由を説明すべきものとされ、手続に付する場合には、当事者の意見を聴くこととされ、また、裁判所が相与と認める者および当事者が申し出た者の傍聴を許容することとされた。

(45) 井垣・前掲(注35)二八七頁、松本Ⅱ上野・前掲(注1)三八一頁(松本)、新堂幸司『民事訴訟法(第六版)』(二〇一九年・弘文堂)などを参照。したがって、弁論準備手続を活用せず、たとえば、交互面接方式による当事者からの事情聴取をもとに判決を下すといったような弁論兼和解手続を実施することは、不適法と評価される。この点、井垣・前掲(注35)三〇四頁は、交互面接方式を不適法とまでは解さず、争点整理をする限り相当ではないとの評価に止め、西口元「争点整理の原点に立ち返って」判タ九一五号(一九九六年)六四頁は、手続の透明性や当事者自身による解決を目指すために、対席方式が有効であるとする。

(46) 坂元和夫「弁論準備手続④——望ましい運用」三宅他編集代表・前掲(注31)第二卷三二五―三二六頁によれば、「当事者

の対席のもとに審理を行うことは、訴訟の基本原則である双方審問主義の要請するところであるし、弁論準備手続は口頭弁論の準備のための手続ではあるが、当事者の手続保障を厚くするものとして評価できる」。

(47) 陳述書に対する批判については、前述、二章一節(2)参照。

(48) 前述、二章二節(2)参照。

(49) 笠井・前掲(注25)八三―八四頁など参照。

(50) このほか、集団訴訟における各被害者の損害の立証の場合に、一部の被害者を人証として採用し、その他の被害者については陳述書で足りるとすることなどが考えられる(中本・前掲〔注23〕五六頁注八参照)。

(51) 中本・前掲(注23)五五頁など参照。

(52) 前述、一章一節(3)参照。

(53) このように考えることは、現在の実務からもかけ離れた運用ではないように見受けられる(「座談会」民事尋問における現状と課題」岡部純子判事発言〔法律のひろば二〇一六年一月号〕二四頁、岡山弁護士会民事委員会編『Q&A証拠説明書・陳述書の実務』(二〇一四年・ぎょうせい)一八一頁などを参照)。

(54) この点に関して、計算関係の説明などのために陳述書が利用されてきたことが問題視されないことについて言及する、松本・上野・前掲(注1)四九二頁(松本)参照。ただし、書面尋問によって十分に事案が解明されない場合には、改めて証人尋問が実施されることが留保されなければならないと解される(Vgl. Michael Koch, Die schriftliche Zeugenaussage gemäß § 377 Abs. III ZPO und die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Parteifählichkeit, Diss. Köln, 1996, S.158)。

(55) この点については、中本・前掲(注23)五四頁は、争点整理手続で間接事実まで踏み込んだ十分な争点整理ができていれば、集中証拠調べにおいても陳述書は必ずしも必要でないと論じる(ただし、中本弁護士は、陳述書の利用に否定的な立場をとり、争点整理手続を充実させ、陳述書に代え詳細な尋問事項書の提出等によって証人尋問を充実させることに努めなければならないとの見解である)。



- (56) 裁判官には見せず、当事者間でのみ交換するといった運用が提言されているのは、この点に配慮したものと考えられる。
- (57) この運用は、結局のところ、証人尋問が実施された後で、陳述書が取り下げられる場合と同様の結果をもたらすことになるため、陳述書を提出する意義が失われるとの反論があるかもしれない。しかし、陳述書に、証拠開示機能および反対尋問準備機能のみを担わせるのであれば、証人尋問が実施された後まで、証人の陳述書を書証として残しておく必要はないと言わなければならない。もし、証人尋問が奏功しなかった場合に備えて陳述書を書証として事実認定の基礎としたいという目標があるとしても、相手方当事者の反論の機会を経ない陳述を判決の基礎とすることを許容することはできないと考えられる。