論説

民訴法一四九条一項および四項（期日外釈明）の当事者公開主義の例外規定としての位置づけ

——神戸地裁平成二八年二月二三日判決を手がかりに

池邊摩依

目次

序章
第一章　法的審尋請求権と当事者公開主義の関係
第一節　法的審尋請求権（Anspruch auf rechtliches Gehör）の要請
一．法的審尋請求権の根拠
二．法的審尋請求権の内容と民事訴訟法によるその具体化

第二節　当事者公開主義の原則と例外
一．法的審尋請求権の民事訴訟における具体化としての当事者公開主義
二．当事者公開主義の原則と例外
第二章　個別の場面における当事者公開主義の具体化
第一節　神戸地裁平成二八年二月二三日判決
一．別件訴訟の事案の概要と判決
二．本件訴訟における評価
第二節　民訴法一四九条一項および四項の「期日外釈明」
一．期日外釈明の沿革
二．民訴法一四九条四項の意義
第三節　当事者公開主義の観点からの考察
一．神戸地裁平成二八年二月二三日判決の位置づけ
二．民訴法一四九条一項および四項の「期日外釈明」の位置づけ
三．神戸地裁平成二八年二月二三日判決の再評価
終　章

序章

(1)　民事訴訟手続には、双方審尋主義、口頭主義、直接主義、公開主義といった諸原則が通用している。[1]このうち、双方審尋主義がもっとも根源的で重要な原則と一般に解されている。[2]また、公開主義は、一般公開と当事者公開に大別され、このうち、本稿が考察対象とする当事者公開主義は、以下に見る通り、一般公開よりも、むしろ、双方審尋主義との関係が指摘される手続原則である。[3]

これらの手続原則の中には、直接主義（民事訴訟法〔以下、「民訴法」と略す〕二四九条）のように、民事訴訟法に、これを一般的に規定すると解される根拠規定を有する原則もあれば、明文の一般規定を持たない原則も多い。根拠規定を持たない原則も、しばしば民事訴訟法上の個別の法制度や規定の中に具体化を見出すことができることから、手続諸原則の要請を明らかにするためには、個別の法制度や規定による具体化に鑑みた検討を要する。

たとえば、民事訴訟の諸原則中、最も重要な原則と言われる双方審尋主義も、これを一般的に規定する条文は、民事訴訟法の中に存在しない。[4]その一方で、双方審尋主義を実質的に保障するための法制度や規定が、民事訴訟法の中に数多く存在する。例として、訴訟手続の中断（民訴法一二四条および一三二条）および中止（民訴法一三〇条ないし一三二条）を挙げることができる。訴訟手続の停止の制度は、当事者の訴訟への関与の機会を保障することで、双方審尋主義を具体化していると解することができるからである。[5]

(2)　本稿が考察対象とする当事者公開主義も、民事訴訟法に一般規定を持たないものの、民事訴訟制度に通底する訴訟原則と解されることから、個別の法制度や条文に、当事者公開主義の要請が表出していると考えられる。たとえば、弁論準備手続への当事者の立会権を保障する民訴法一六九条一項は、立会権が、当事者がそのときどきの

訴訟の経過を知るための最も直接的な権利であることに鑑みて、当事者に手続の透明性を確保する訴訟原則である当事者公開主義を、弁論準備手続という個別の場面において具体化している規定と位置づけることができる。

本稿では、当事者公開主義の具体化を検討するため、釈明権の行使の適否をめぐって双方審尋主義に言及した裁判例である、神戸地方裁判所平成二八年二月二三日判決（判時二三三七号一一一頁〔以下、「神戸地判平二八年」と呼ぶ〕）を、当事者公開主義の表出する場面のひとつとして取り上げ、考察を加えたい。ここで少し踏み込んで紹介しておくと、本判決の基礎となった事実関係は、次のようなものである。

神戸地判平二八年は、別件訴訟[6]における裁判官の不法な釈明権行使によって生じた損害の国家賠償を求める訴訟であり、当該釈明権行使の態様が問題となった。別件訴訟は、Xが消費者金融業者Yを相手方として提起した、いわゆる過払金返還請求訴訟である。Yが過払金返還請求権について消滅時効を主張したところ、Xは、これを受けて、消滅時効が成立するのであれば、それによる損害が、Yが一〇年にわたり取引履歴の開示請求を拒否し続けた継続的不法行為によって生じたと主張して、この損害の賠償として、同一の金員の支払いを予備的に請求した。裁判官Rは、当事者双方の訴訟代理人に対して、これ以上主張立証することはないかどうか尋ねた上で、いったん口頭弁論を終結して判決言渡し期日を指定したにもかかわらず、Xの訴訟代理人Xaが退廷したのち、法廷に残っていたYの訴訟代理人Yaに対して、予備的請求についても消滅時効を主張しないのかどうか尋ね、主張するというYaの返事を得てから、同日直ちに、弁論を再開した。再開した弁論において、Yaは、Rの期日外釈明に応じる形で、予備的請求についても消滅時効の援用をした。

神戸地判平二八年は、以上のような別件訴訟におけるRの期日外釈明の態様を不適法と判示し、Xによる国家賠償請求を一部認容したことから、釈明権の行き過ぎた行使に対する補償の途を開くものとして、注目裁判例となっ

ている。[7] ただし、控訴審である大阪高判平成二八年八月二六日（訟月六三巻三号一〇〇九頁）は、判断を覆し、第一審判決を一部取り消して、請求全部棄却の判決を下した。上告棄却により、この控訴審の請求棄却判決が確定している。

(3) 右に見た裁判官Rによる釈明権行使の態様は、いかにも不当な印象を受けるものの、これをどう評価すべきか、簡単には結論できないことが、神戸地判平二八年とその控訴審判決が真逆の結論に至っていることからも、また、Rの釈明権行使を不適法と評価した、神戸地判平二八年の判決理由が、次に見るように、明瞭簡潔とは言えないことからも、推察できるように思われる。

神戸地判平二八年は、Rによる期日外釈明について、期日外釈明を規定する「民訴法一四九条には、釈明権の行使の態様を制限するような規定はないから、その態様が同条に直接違反するわけではない」としつつ、釈明権行使の「態様は、訴訟指揮の一環として、裁判官の裁量に委ねられているのであり、かかる裁量もまた、紛争解決及び正義の実現という民事訴訟の目的を達成するために付与されていると解される以上、結果として裁判を誤らない以上は、どのような態様で行使しようとも当事者の訴訟法上の利益を侵害することはなく、完全に裁判官の自由裁量に委ねられているとまでは解し得ない」と述べた上で、[8]「本釈明は、その態様において、訴訟指揮における裁判官の裁量の範囲を逸脱したものとして、民事訴訟法上保護された原告の平等取扱いに係る利益を侵害するものというべきである」と判示した。[9]

このように、神戸地判平二八年は、釈明権行使の際の裁判官の裁量の範囲の逸脱を認定することで、釈明権の行使を不適法と評価したのに対して、控訴審判決は、「本件釈明は、……それがされた時期、状況及びその内容からして訴訟法上適法である」と判断した。[10]

(4) 詳細な考察は本論（第二章）に譲り、ここでは、右に見た通り一見あからさまに問題がありそうな裁判官の釈明権行使に直面し、釈明権行使の態様を評価するための枠組みが確立されていないことを確認しておきたい。本稿では、この問題に、当事者公開主義の観点からアプローチすることとする。

そこで、以下では、まず、第一章で、当事者公開主義と法的審尋請求権との関係から、当事者公開主義の内容、特に、その要請の原則と例外の枠組みを明らかにする。続いて、第二章では、神戸地判平二八年と、そこで問題となっている期日外釈明（民訴法一四九条一項及び四項）を取り上げ、新たに当事者公開主義の観点から分析を加えることで、一四九条を当事者公開主義の文脈の中に位置づけ、神戸地判平二八年を当事者公開主義の枠組みにおいて再評価することを試みる。

第一章　法的審尋請求権と当事者公開主義の関係

第一節　法的審尋請求権（Anspruch auf rechtliches Gehör）の要請

法的審尋請求権は、わが国の民事手続法において、ドイツ法を参照しつつ、当然の前提として、認められてきた。[11] わが国では、周知のとおり、法的審尋請求権とオーバーラップする概念として、「弁論権」や「双方審尋主義」という概念も用いられている。本稿では、これらの整理はひとまず措き、[12] わが国の民事手続法学が、明治二三年の民事訴訟法の時代から参照してきているドイツ法における法的審尋請求権の概念を手がかりに、当事者公開主義との関係を検討したい。その際、最新のドイツ民事訴訟法の論稿[13]を手がかりに、法的審尋請求権の保障内容に従来よりも踏み込んだ考察を加えることで、当事者公開主義の保障内容の理解を精緻化することを試みる。

一．法的審尋請求権の根拠

（1）ドイツ法においては、ドイツ連邦共和国基本法（Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland〔以下、「基本法」と略す〕）一〇三条一項が、「何人も、裁判所の面前において、法的な審尋を請求する権利（Anspruch auf rechtliches Gehör）を有する」と明文で規定しているため、[14] 現在では、基本法一〇三条一項が、法的審尋請求権の根拠規定となっている。ただし、法的審尋請求権は、一九四九年に基本法が制定される以前から、当然として認められてきた権利であり、これが、基本法に採用されたものと一般に解されている。[15]

（2）法的審尋請求権の基礎として、「法治国原理（Rechtsstaatsprinzip）」と「人間の尊厳（Menschenwürde）」が挙げられる。[16] すなわち、法的審尋請求権は、まず、一方で、公正な裁判の基礎を獲得するために、手続関係人から事情を聴取することが有効であることを基礎として、法治国原理に結び付けられている。他方で、これに加えて、手続関係人は、手続の単なる客体とされてはならず、主体的に手続経過に関与できなければならないとの点が強調され、人間の尊厳が持ち出される。[17] 現在では、人間の尊厳に、法的審尋請求権の基礎を求める見解が支配的である。[18]
最近の例として、たとえば、Becker-Eberhard は、二〇二二年のＺＺＰの論稿において、次のように論じている。

基本法一条一項の人間の尊厳の尊重は、個人を国家の行為の単なる客体とすることを禁止する。個人は、自身に影響する手続に、主体として関与しなければならず、事実および法律上の意見を主張できなければならない、要するに、手続の経過およびその中で獲得される裁判所の裁判に影響を与えることができなければならない。[19]

このような考え方は、ドイツ法における一般的な見解と言っていいだろう。Becker-Eberhard は、ここから一歩踏み込んで、この考え方の中に、手続関係人に意見を述べさせ、したがって、手続関係人に法的な審尋を付与することを必要的に要請する、「影響原則（Einflussnahmegrundsatz）」を見出し、人間の尊重と、人間の尊厳の尊

重の上に基礎づけられる「影響原則」から、法的審尋請求権が引き出されると論じる。[20]

(3)　なお、ドイツ法においては、こうして、法的審尋請求権の基礎をめぐる議論が一般になされているものの、その一方で、ライヒ裁判所の時代から、法的審尋請求権に言及する判決があることもあり、[21]そもそも、法的審尋請求権を当然の前提と見る傾向があるように見受けられる。また、法的審尋請求権が基本法に採り入れられたことも、歴史の要請によるところが大きいと一般に解されているようである。[22]

二　法的審尋請求権の内容と民事訴訟法によるその具体化

(1)　基本法は、法的審尋請求権の内容について何ら言及していないため、その内容は解釈に委ねられている。また、あらゆる裁判手続に通用する法的審尋請求権は、それぞれの手続法における具体化を前提としている。[23]

判例および学説では、一般に、法的審尋請求権は、裁判手続の当事者が、自身に裁判が下される前に、その裁判が基礎とす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なければならないとの内容を有していると解されている。[24]また、こうした法的審尋請求権の内容は、さらに、次のような三つの段階に展開される。すなわち、法的審尋請求権は、裁判手続によって影響を受ける者（Betroffene）は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ができなければならないところ（基本法一〇三条一項によって直接表現される内容・第二の段階）、その前提として、裁判所によって呼出しを受けたり、情報を与えられたりしなければならず（第一の段階）、さらに、陳述した意見が裁判所によって顧慮されなければならない（第三の段階）、との内容を有していると解されている。[25]こうしたドイツ法の見解は、わが国の民事手続法においても、明治二三年の民事訴訟法の時代から紹介され、現代にいたるまで、わが国においても通用するものとして承認されてきている。[26]

このような伝統的な内容に加えて、上に見たBecker-Eberhardは、法的審尋請求権をめぐる近年の変化として、「影響（Einflussnahme）」というさらなる観点が付加されていると分析している。すなわち、手続主体として審尋を受け、それによって手続および裁判に影響を与えることができるという観点が、法的審尋請求権の内容に持ち込まれているとの分析である。(27)「影響」の観点は、法的審尋請求権の内容として、「何について」意見を述べることができるのかというと、「手続経過および裁判に影響を与える、または、影響を与えうる、すべてのことについて」意見を述べられなければならない、といった形で法的審尋請求権の内容に持ち込まれている。(28)(29)

(2)　個々の手続法は、こうした法的審尋請求権の内容を具体化することを、基本法によって要請されており、(30)基本法一〇三条一項は、法的審尋の「最小限の保障（Minimalgarantie）」として機能する。(31)したがって、法的審尋請求権を具体化する手続法上の規定は、それぞれの事情に応じて法的審尋請求権を最もよく（bestmöglich）実現するよう解釈されなければならず、手続法は、基本法の要請を超えていくこともできる。(32)手続法が法的審尋請求権を、まったく、または不十分にしか具体化していない場合には、その欠缺の範囲で、基本法が直接適用される。(33)また、法的審尋請求権を具体化した手続法上の規定に違反した場合、手続法違反と同時に、基本法違反が問題となる余地がある。(34)

民事訴訟法（Zivilprozessordnung、以下「ＺＰＯ」と略す）には、法的審尋請求権を直接規定する条文はないものの、必要的口頭弁論の規定などから、法的審尋請求権が当然の前提として保障されているものと解されている。(35)また、法的審尋請求権を具体化する個別の規定としては、証拠弁論（Beweisverhandlung）について規定するＺＰＯ二八五条(36)や、証拠調べへの当事者の立会権を規定するＺＰＯ三五七条(37)を中核とした、当事者公開主義（Parteiöffentlichkeit）の諸規定が挙げられる。これらのうち、特に、当事者公開主義を規定する一連の規定(38)は、民事訴訟法における法的審尋請求権の具体化を担うと論じられることもある。主に、当事者公開主義を扱うモノグラフィーで、Höffmann(39)

や Späth[40]が、このように論じていたが、ドイツ民事訴訟法における最新の法的審尋請求権の論稿である Becker-Eberhard の論稿でも、これが共有されるに至っている。[41]

第二節　当事者公開主義の原則と例外

一．法的審尋請求権の民事訴訟における具体化としての当事者公開主義

(1)　民事訴訟においては、ドイツ民事訴訟法にも、わが国の民事訴訟法にも、法的審尋請求権の保障を直接要請する条文は存在しないものの、必要的口頭弁論など、種々の具体的な法制度や条文により、当事者の審尋が当然の前提とされているものと解されている。

ドイツ民事訴訟法では、右に見た通り、証拠調べへの当事者の立会権を保障するＺＰＯ三五七条を中核とした当事者公開主義が、民事訴訟において法的審尋請求権を具体化する手続原則と解されている。これに対して、わが国の民事訴訟法には、母法であるドイツ民事訴訟法とは異なり、立会権を一般的に保障する、ＺＰＯ三五七条に対応する条文はないものの、それにもかかわらず、すでに山木戸克己博士が一九五九年の論文でドイツ法と異なるところはないと指摘していた。[42]高橋宏志教授は、同様に述べた上で、当事者の期日への呼出しの規定（民訴法九四条）に、立会権の保障を読み込むことができると指摘する。[43]これに加えて、現在では、弁論準備手続における当事者の立会権を保障する民訴法一六九条一項があることから、通常の手続においても当事者に立会権が保障されていることは、当然の前提とされているものと解することができる。

当事者公開主義は、証拠調べへの立会権を中核に、記録閲覧権や期日に呼出しを受ける権利等の当事者権を保障することで、当事者が、自らに下される裁判の基礎となる事実関係や証拠調べの結果について意見を述べる権利を、

実質的に擁護するための前提を確保している。山木戸博士によれば、当事者の立会権および記録閲覧権を保障する建前は当事者公開主義と呼ばれ、これによって当事者が裁判所や相手方のあらゆる行為および証人・鑑定人の供述について正確に知ることができることから、当事者公開主義は、当事者が弁論を尽くすための前提として、弁論権の充分な保障を裏づける。[44] また、近時の体系書においても、たとえば、「当事者公開主義は、当事者が攻撃防御を尽くすためには、相手方や裁判所の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ので、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ことを意味する。双方審尋主義を実質化するための原則である」と論じられる。[45]

(2) このことから、当事者公開主義は、ドイツ法におけるのみならず、これを参照してきたわが国においても、民事訴訟法において法的審尋請求権を具体化する訴訟原則と解されることが明らかになる。すなわち、当事者公開主義は、当事者の立会権や記録閲覧権、期日に呼出しを受ける権利等の個々の手続上の権利（当事者権）を含んでいるところ、法的審尋請求権が保障する当事者の意見陳述の機会を実現することを目標としており、この目標を達成するために、手続の個別の場面において、これらの諸権利を組み合わせて、可能な限り、法的審尋請求権を十分によく実現することを内容としていると解することができる。[46]

二 当事者公開主義の原則と例外

(1) 右に見てきたように、当事者公開主義が、法的審尋請求権の実現を目標として、当事者に立会権や記録閲覧権、期日に呼出しを受ける権利といった訴訟上の諸権利を保障することで、法的審尋請求権の前提を確保する手続原則であることから、当事者公開主義の原則と例外について、次のことが言える。

まず、当事者公開主義は、原則として、当事者に立会権を保障することを要請していると解すべきである。なぜなら、当事者は、手続経過に立ち会い、その上で、意見を述べたり、質問したりすることによって、手続経過に直接かつ最もよく影響を与えることができる以上、当事者への立会権の付与こそが、法的審尋請求権の前提としての当事者公開を、最も直接的に確保する方式と言えるからである。

これに対して、立会権が保障できない場面では、たとえ立会権の制限または排除が正当化される場合であっても、当然ながら、そのことによって当事者公開の保障が完全に放棄されてよいわけではない。そこで、このような場合には、当事者公開主義は、例外として、当事者に、事後的な情報付与と、それに基づく意見陳述の機会を保障することで、可能な限り、当事者公開を確保することを要請する。

次に、立会権の制限または排除が、例外として正当化される余地があると考えられるのは、以下の事案類型に限られる。(47)

第一に、当事者への立会権の付与が、他の基本権を侵害する場合には、立会権を付与することは許されず、その限りで、当事者公開主義が後退する。この事案類型が念頭に置くのは、たとえば、身体検査への立会いを認めることで人格権への侵害が生じる場合である。

第二に、事実関係を容易に改変できる事案類型においては、真実発見のために、当事者への事前の通知が排除され、結果として、立会権が保障されない。たとえば、騒音測定を実施しようとする場合や、賃借人が無断で動物を飼育していることを明らかにしようとする場合が、この類型に該当する。

最後に、調査の性質から、当事者の立会権が保障されないことが許容される事案類型がある。たとえば、銃火器や車両の性能実験や、血液検査など、実験に危険が伴う場合や、検査に静謐な環境が必要とされる場合には、調査

を滞りなく実施するためという実際上の理由から、当事者の立会権が制限される。こうした実験や検査の場合には、調査の経過が定型的であり、鑑定意見書を閲読することによって調査内容の正当性が後付け可能であることも重要な正当化根拠として、立会権の制限が許容されている。これに対して、事故現場や瑕疵ある建築物の検証などの場合には、当事者が現場に立ち会い、調査すべき箇所を指摘したり、調査の手法について質問したりすることによって、調査の経過および結果に影響を及ぼす可能性が大きいことから、実際上の理由によって当事者の立会権を排除することは許されない。

(2) 当事者公開主義の原則と例外の関係は、厳格に維持されなければならない。[48] すなわち、立会権を保障することに何ら障りがなく、立会権の制限または排除を正当化する事由が存在しないにもかかわらず、当事者を訴訟手続から排斥することは、たとえ事後的な情報付与と意見陳述の機会を保障したとしても、当事者公開主義違反と評価される。当事者公開主義によって、原則として、立会権の付与が要請されるのは、立会権を付与し、それに基づき、その場で反論や質問をする機会を保障することが、もっとも直接的に当事者公開を実現するからである。これに加えて、手続経過に直接立ち会うことが、後から事情を伝えられ、意見を述べることと比べて、よりよく手続経過およびその結果である判決に影響を及ぼすことができるという観点も、原則として立会権が保障されなければならないことを裏付ける。[49] このことは、右に見たように、ドイツ民事訴訟法における近時の論文が、法的審尋請求権の内容に「影響」の観点が持ち込まれていることを強調することとも整合する（本章第一節）。

(3) 以上に整理された当事者公開主義の保障内容を、具体的な場面で展開し分析することで、より詳細に解明することを目的として、続く第二章で、序章で紹介した神戸地判平二八年の基礎となった事実関係に考察を加えることとする。

第二章　個別の場面における当事者公開主義の具体化

第一節　神戸地裁平成二八年二月二三日判決

(1)　神戸地裁平成二八年二月二三日判決[50]は、別件訴訟[51]における裁判官の違法な釈明権行使によって損害を受けたと主張する原告Xによる国家賠償請求訴訟である。[52]

Xは、平成二三年一〇月一三日、貸金業を営む会社Yを被告として、平成一三年六月二〇日までの継続的金銭消費貸借取引による過払金38万5574円の支払い等を求める訴えを、洲本簡易裁判所に提起した（別件訴訟）。これに対して、Yが消滅時効を援用したため、Xは、時効完成による損害は、Yが取引履歴の開示を一〇年間拒み続けた継続的不法行為によって生じたと主張して、損害賠償請求権に基づき、同一の金員の支払いを求める予備的請求を追加した。

別件訴訟の審理を担当した裁判官Rは、平成二四年四月二四日、口頭弁論を終結したが、原告訴訟代理人Xaが退廷してから、法廷に残っていた被告訴訟代理人Yaに対して、予備的請求についての消滅時効について釈明権を行使した。釈明を受けたYは、この直後に再開された口頭弁論で、損害賠償請求権の時効消滅を援用した。本件訴訟では、この釈明権行使の態様が問題とされている。

神戸地判平二八年は、当事者の平等取扱いの観点から、別件訴訟における消滅時効についての裁判官の釈明権行使の態様に、裁量を超えた違法があるとして、Xによる国家賠償請求のうち、Xの精神的苦痛を慰藉するため5万円と、弁護士費用の1割に相当する5千円の限りで請求を認容する、請求一部認容判決を下した。

(2)　消滅時効の援用を促す釈明に対しては、周知のとおり、従来、判例も学説も、裁判官の中立性に鑑みて消極

的な立場をとる傾向にある。その上、釈明の行き過ぎは、構造上、他の手続上の瑕疵とは異なり、上訴による是正が困難なことから、消滅時効の釈明が行き過ぎであった場合の救済が探求されてきている。こうした現状に直面して、神戸地判平二八年が国家賠償請求を一部認容したことは注目を集め、ひとつの救済の道——事後的な金銭的補償に過ぎないとはいえ——を示したことで評価されている。(53)

他方で、神戸地判平二八年が、裁判官の釈明権行使の態様を、直接、民訴法一四九条違反と評価せず、当事者の平等取扱い違反の点で裁量権を逸脱した違法があると構成した点については批判もある。たとえば、当事者を平等に取り扱うべきとの要請は、民訴法一四九条の解釈においても妥当すべきと解し、一四九条の枠組みで、同様の結論を導くこともできたのではないか、との意見が表明されている。(54)

(3)　本稿では、この裁判例に、新たに、当事者公開主義の観点から分析を加えたい。

そこで、本節では、まず、分析のための準備として、神戸地判平二八年およびその控訴審判決の内容を整理する。すなわち、神戸地判平二八年の事実認定に基づき、別件訴訟におけるRの釈明権行使の態様を詳らかにした上で（一）、この釈明権行使の態様に対する神戸地判平二八年およびその控訴審判決における評価を分析する（二）。

続いて、第二節で、期日外釈明の意義を、当事者公開主義の観点から解明し、最後に、第三節で、以上の考察を基礎とした、神戸地判平二八年の再評価を試みる。

一．別件訴訟の事案の概要と判決

(1)　神戸地判平二八年は、判決に別紙を添付して、この別紙記載の中で、問題の釈明権が行使された際のやりとりを詳細に認定している。(55)

それによれば、別件訴訟の第二回口頭弁論期日は、平成二四年四月二四日午後二時三〇分に開かれ、同期日では、取引履歴の開示請求をめぐって弁論が行われた。すなわち、Xは、Xaが平成一三年一〇月二五日、Yに対して送付した債権調査票によれば、取引履歴の開示を請求したことが明らかである旨主張し、これに対して、Yは、Xが主張する、一〇年近くもの間に及ぶ取引経過の開示の拒絶行為も、過払金返還請求権の行使を困難ならしめた事実もない、過払金返還請求権が時効消滅したとしても、X自身の不作為に起因するから不法行為は成立しない旨主張した。Rは、当事者双方から提出された書証を取り調べたのち、弁論を終結し、判決言渡し期日を指定した。なお、Rは、弁論を終結する際、当事者双方の訴訟代理人に対して、これ以上の主張立証があるかを聞き、両代理人は、ないと返答している。(56)

同期日が閉廷し、Xaが退廷した後、Rは、法廷に残っていたYaに対して、損害賠償請求権について消滅時効の抗弁を主張するか確認した。(57)Yaが、不法行為の時期が明確ではないのではないかと述べたため、Rは、不法行為の時期は、Xaが取引履歴の開示請求をし、Yがこれに応じなかった頃であると答えた。(58)この釈明権は、Rの主観によれば、Yが過払金返還請求権については消滅時効の抗弁を主張する一方で、後日追加された損害賠償請求権については、同抗弁を主張していないこと、およびYの第二回口頭弁論期日における主張の趣旨が、取引履歴開示請求の時点までに発生していた過払金返還請求権との関係および、過払金返還請求権についてYがしていた消滅時効の主張との関係から不明確であると考え、訴訟関係を明瞭にするために行使された。(59)なお、神戸地判平二八年は、判決理由の中で、別紙記載の客観的な事実経過に争いはないが、Rの主観については、その限りではないことを明らかにしている。(60)

この後、Yaは、「弁論終結後、Rから時効の抗弁がないことにつき確認を求められた。Xの予備的主張である

不法行為の時期及び継続性の点において弁論再開と抗弁の必要性がある」と述べ、職権での弁論再開を求めた。[61]

Rは、書記官に指示して、Xaの都合を電話で確認し、第三回口頭弁論を同日午後三時五分とする旨決定した。Rの主観によれば、Rは、退廷し、執務室に戻った後、Yaの申出について検討し、弁論を再開する旨判断したものである。[62] ただし、第二回口頭弁論の開廷は、右に見た通り、午後二時三〇分であるから、この第二回口頭弁論の閉廷から第三回口頭弁論の開廷までは三〇分程度しかなかったはずである。この点については、神戸地判平二八年の控訴審も、「Rがもともと本件釈明を予定しながら口頭弁論を終結し、Xaがいない場所で本件釈明を行ってYaを説得して弁論再開の申立てをさせたものとの疑いを持つことは理由がないことではない」と評価している。[63]

同日午後三時五分に開かれた第三回口頭弁論期日において、Yaは、Xの予備的主張に対する抗弁として予備的に消滅時効の援用をすると述べ、これに対し、Xaは、Yの主張が時機に後れた攻撃防御方法である旨主張した。Rは、別件訴訟を弁論準備手続に付して次回期日を指定し、第三回口頭弁論は閉廷した。[64]

(2) 以上の経緯を経て、Rは、平成二四年七月一〇日、Xの主位的請求および予備的請求をいずれも棄却する判決を下した。予備的請求である損害賠償請求を棄却する理由としては、取引履歴の開示請求後、開示に必要な相当期間が経過すれば、その時点ですでに不法行為が成立し、X主張の一〇年間にわたる取引履歴不開示の請求原因事実は認められないと説示されており、結果として、RがYに釈明し、Yが主張した時効消滅には言及されていない。

これに対して、Xが控訴したものの、平成二五年三月一二日、控訴棄却判決が下された。[65] 控訴審判決は、理由において、Xの予備的請求について、取引履歴の開示請求後、開示に必要な相当期間経過後に不法行為が成立し、その時点で発生したX主張の損害賠償請求権は、その後、Xが損害および加害者を知ったときから三年の経過により、時効によって消滅したと説示しており、第一審判決とは異なり、釈明を受けてYが主張した消滅時効の抗弁を容れ

た形になっている。

平成二五年九月二七日、Xによる上告が棄却され、控訴審判決が確定した。[66]なお、Xは、さらに、最高裁判所に特別上告を申し立てたものの、平成二六年一月一七日、棄却の決定を受けている。[67]

二．本件訴訟における評価

(1)　別件訴訟の原告であり本件訴訟の原告でもあるXは、本件訴訟において、以下の（a）ないし（d）の理由を挙げ（記号は引用者による）、別件訴訟におけるRの釈明権行使が、「公平な裁判かつ公開の法廷における適正手続を受けるXの権利」を侵害する著しく不適切かつ重大な違法行為であると主張した。[68]

すなわち、（a）民事訴訟法一四九条一項が規定する口頭弁論の期日または期日外における釈明権について、口頭弁論終結後に、釈明権を行使して当事者の主張を明確にする必要は、本来あり得ないから、「期日外」に、口頭弁論終結後の期間は含まれず、口頭弁論終結後にされた本件釈明は、釈明権行使の要件を欠いている。[69]（b）また、裁判所の中立性からも、消滅時効にかかる釈明権行使についての裁判官の裁量は限定的であるところ、Yが損害賠償請求権とは別個の請求権である過払金返還請求権についてのみ消滅時効を援用していたとしても主張関係が不明瞭であったとはいえないし、第一審判決では、結局、消滅時効の判断がされていないことから見ても、釈明権を行使する必要がなかったことは明らかであるから、本件釈明は、釈明権行使の要件を欠いている。[70]

（c）さらに、仮に、Yの消滅時効にかかる主張を明らかにする必要があったとしても、Yaは、損害賠償請求権の消滅時効の起算点が特定できないとの認識を前提として消滅時効を援用しないことをRに明らかにした以上、これに対して、Rが、消滅時効の起算点が特定できる旨示唆する必要はまったくなく、このような発言は、Yaを

翻意させてまで損害賠償請求権の消滅時効を援用させるものであって、もはや釈明権の行使に当たらない。[71]

（d）最後に、本件釈明が、口頭弁論終結直後のXａが退廷した非対席の場で、Xａが異議を述べられない状況の下で行われていることからすれば、Rは、Yａに一方的に肩入れし、Yを勝訴させるという違法・不当な目的をもって、Xａを退廷させた上、Yａに消滅時効を援用させることを意図していたことが明らかであり、これにより、Xａは、本件釈明に異議を申し立てることもできず、また、仮に釈明が取り消されても、援用の効力を争う方法がなく、別件訴訟において上訴等による救済を求めることもできなくなった。[72]

(2)　Xの主張する理由は、釈明権行使の態様を非難する、（a）および（d）と、釈明内容を非難する、（b）および（c）に大別できる。このうち、釈明内容への非難に対しては、神戸地判平二八年は、「裁判官が、前記説示した別件訴訟の事案の具体的状況の下で、時効を示唆する積極的釈明をすること自体は、本件R発言を含めて、別件訴訟の当時の訴訟関係の具体的状況の下での裁判官の裁量の範囲内のことということができ、その内容の一事をもって同項〔民訴法一四九条一項〕に反するものとはいえない」[73]と述べ、退けた。控訴審判決も、「Yは、主位的請求である別件過払金等請求権の消滅時効の援用をしているのであるから、訴訟関係を正しく理解していれば、別件損害賠償請求権についてのみ消滅時効を援用しないという訴訟活動をするとは考えにくい。そのような場合、Yに肩入れするという不当な目的や動機を持たなくとも、事案の相当な解決を重視して、本件釈明をすることはあり得る」[74]と述べ、やはり、釈明内容への非難を退けている。

また、（a）釈明権が口頭弁論終結後に行使された点ついて、控訴審判決は、これを、（d）非対席の場での釈明であったこととまとめて、釈明の時期・態様の問題と整理しているのに対して、[75]神戸地判平二八年は、口頭弁論終結後の釈明権行使は、通常予定されていないものの、弁論の再開との関係で、民訴法一四九条一項所定の「期日外」

から口頭弁論終結後の期間を除外すべき理由はないと判示した。[76]

(3)　以下では、当事者公開主義の観点から、(d) 釈明権行使の態様の点に焦点を絞って、神戸地判平二八年と、その控訴審判決の見解を分析したい。その際、①本件釈明権行使が、民訴法一四九条に違反するか否か、および②本釈明権行使の態様が、「公平な裁判かつ公開の法廷における適正手続を受ける権利」を侵害するか否かの２つの観点から整理することとする。また、判断の前提として、期日外釈明を規定する民訴法一四九条一項および四項の解釈を確認する。

(4)　神戸地判平二八年は、まず、期日外釈明を規定する民訴法一四九条一項および四項について、「民事訴訟法一四九条一項が上述のとおり『期日外』の釈明権の行使を認め、同条四項が、口頭弁論の期日外において攻撃又は防御の方法に重要な変更を生じ得る事項について釈明権を行使したときは、その内容を相手方に通知しなければならないと規定しているのは、相手方に事後通知をするという条件の下で、重要な事項について期日外の非対席の場で釈明権を行使することを許容した上で、当該時後通知を受けた相手方において、異議を述べる機会を確保する趣旨〔下線は引用者による。以下、同様。〕」であると解する。[77]

その上で、①「本件釈明が、期日外の非対席の場で行われていることは、前記前提事実のとおりであるが」、「別件訴訟の口頭弁論は、本件釈明の直後に再開され、Ｘａは出廷の上で、Ｙａから、本件釈明の内容を伝えられ」、「その後、本件釈明について異議を述べたと認めることができるから、少なくとも民訴法一四九条四項が予定する異議の機会は確保されているということができる」と評価し、したがって、「本件釈明の具体的な時期や態様に公平性の点で大きな問題がある」ものの、「本件釈明は、口頭弁論終結後の非対席の場で行われたという一事をもって、直ちに同項の要件を欠くものとはいえない」と判示した。[78]

その一方で、神戸地判平二八年は、次に見ていく通り、裁判を受ける権利から説き起こし、②「本件釈明は、その態様において、訴訟指揮における裁判官の裁量の範囲を逸脱したものとして、民事訴訟法上保護されたXの平等取扱いに係る利益を侵害する」と判示した。(79)

すなわち、神戸地判平二八年は、まず、「憲法は、三二条において、裁判を受ける権利を定めるが、具体的な訴訟制度をいかなるものにするかということに関しては、同法八一条、八二条の規定するところを除き、立法の定めるところに委ねていると解されるから（最高裁平成一三年二月一三日第三小法廷判決・裁判集民事二〇一号九五頁参照）、適正な裁判を受ける権利の内容は、具体的には民事訴訟法その他の法令によって定まるものと解される」と、憲法上保障される「裁判を受ける権利」から出発した上で、(80)これが民事訴訟手続において具体化されていることにつき、「民事訴訟法は、判決手続を、原則として、憲法八二条の定める対審で行い、利害が相反し相対立する原告・被告双方を平等に取り扱い、攻撃防御方法の提出について対等の機会を与える双方審尋主義を貫いているところ（同法八七条一項。……）、これは、当事者主義の下で公平な手続保障を実現することによって、紛争解決及び正義の実現という民事訴訟の目的に資するためにほかならない」との見解を明らかにしている。(81)

続いて、これに基づき、問題となったRによる釈明権行使の態様を、「別件訴訟において、Rは、口頭弁論終結時に釈明権の行使が予定されていることは通常なく……同終結前の対席の場で本件釈明をすることに特段の支障があったとは認められないのに、別紙のとおり、他に主張立証がないことを確認した上で口頭弁論を終結しておきながら、これを受けてXaが退廷したところで、公平性の観点から実務上消極的な考えも多い時効の積極釈明……を、時効利益を受けるY側に対して行い、その結果、直前まで時効を援用していなかったYaが直ちに援用のための口頭弁論の再開を求め、本件援用に至っているものである」と分析する。(82)最後に、これを評価するにあたり、「確かに、

民訴法一四九条には、釈明権の行使の態様を制限するような規定はないから、その態様が同条に直接違反するわけではない」ことを前提としつつ、釈明権行使の態様について裁判官に与えられた裁量の観点から、「しかし、その態様は、訴訟指揮の一環として、裁判官の裁量に委ねられていると解されるのであり、かかる裁量もまた、紛争解決及び正義の実現という民事訴訟の目的を達成するために付与されていると解される以上、釈明権の行使が、時機、対席の有無及び内容において直接同法一四九条に反せず、結果として裁判を誤らない以上は、どのような態様で行使しようとも当事者の訴訟法上の利益を侵害することはなく、完全に裁判官の自由裁量に委ねられているとまでは解し得ない」との評価枠組みを提示して、(83) これに基づき、右の通り、「本件釈明は、その態様において、訴訟指揮における裁判官の裁量の範囲を逸脱したものとして、民事訴訟法上保護されたXの平等取扱いに係る利益を侵害するもの」との評価を下した。

(5)　以上の第一審判決に対して、控訴審は、まず、①「本件釈明が、その時期、対席の有無及び内容の点において民事訴訟法一四九条に違反するものでないことは、……原判決の『事実及び理由』……に記載のとおりである」(84) と述べ、民訴法一四九条違反を問題としていない。

次に、②「Xの公平かつ公開の法廷における適正手続を受ける権利」への侵害については、「Rが、XないしYとの間に特別の関係にあったとは認められず、当事者に対して特別な個人的感情を抱いていたとも考え難い」(85) との観点を重視して、次のように述べる。

「Yは、主位的請求である過払金等請求権の消滅時効を援用しているのであるから、訴訟関係を正しく理解していれば、損害賠償請求権についてのみ消滅時効を援用しないという訴訟活動をするとは考えにくい。そのような場合、Yに肩入れするという不当な目的や動機を持たなくとも、事案の相当な解決を重視して、本件釈明をすることはあり

得ることであり、そのことは、本件釈明が口頭弁論終結後にXaが退廷し、Yaのみが在廷していた法廷でされた等の……状況を考慮しても変わりはない。そうであれば、本件釈明が、Yに一方的に肩入れしてこれを勝訴させるためにされた……と認めることはできない。したがって、本件釈明は、Xの公平かつ公開の法廷における適正手続を受ける権利を侵害した違法があるとは評価できず、それがされた時期、状況及び内容からして訴訟法上適法である。」(86)

控訴審判決は、期日外釈明が許容される要件や範囲等には言及していないものの、少なくとも、右に見た神戸地判平二八年が示す、釈明権行使の際の裁判官の裁量を、憲法三二条が保障する裁判を受ける権利を民事訴訟法上具体化する双方審尋主義の要請から画すとの枠組みは採用していない。その上で、Rの釈明権行使の態様に対する非難可能性を、一方当事者への肩入れといった不当な目的や動機に限定し、(87) 釈明権行使の態様を適法と評価したと言うことができそうである。

第二節　民訴法一四九条一項および四項の期日外釈明

一．期日外釈明の沿革

(1)　いわゆる「期日外釈明」は、裁判官の釈明権を規定する民訴法一四九条一項の中で、「裁判長は、口頭弁論の期日又は期日外において、訴訟関係を明瞭にするため、事実上及び法律上の事項に関し、当事者に対して問いを発し、又は立証を促すことができる」と、期日における釈明と並んで規定されている。

また、期日外釈明に固有の規律として、まず、同条四項が、「裁判長又は陪席裁判官が、口頭弁論の期日外において、攻撃又は防御の方法に重要な変更を生じ得る事項について第一項又は第二項の規定による処置をしたときは、その内容を相手方に通知しなければならない」と、期日外釈明が行われた場合の相手方当事者への通知を規定している。

これに加えて、民事訴訟規則（以下「規則」と省略する）六三条が、まず、一項で、「裁判長又は陪席裁判官は、口頭弁論の期日外において、法第一四九条第一項又は第二項の規定による釈明のための処置をする場合には、裁判所書記官に命じて行わせることができる」と、期日外釈明を裁判所書記官に行わせることができる旨規定している。次に、二項で、「裁判長又は陪席裁判官が、口頭弁論の期日外において、攻撃又は防御の方法に重要な変更を生じ得る事項について前項の処置をしたときは、裁判所書記官は、その内容を訴訟記録上明らかにしなければならない」と規定して、裁判所書記官が民訴法一四九条四項の通知が必要な期日外釈明をした場合について、裁判所書記官がこれを訴訟記録上明らかにすべき旨を規定している。

(2)　「期日外釈明」は、平成八年民事訴訟法改正の際に挿入された法制度であり、従前の条文には、期日における釈明だけが規定されていた。しかし、期日外釈明の条文を持たなかった旧法下の裁判実務においても、期日と期日の間に当事者に訴訟資料の提出等を促すことで、次回期日を空転させないための工夫が行われており、「事実上の釈明」と呼ばれていた。これを、改正に当たり制度化したものが、現行法一四九条一項および四項の「期日外釈明」である。(88)　規則六三条一項が裁判所書記官による期日外釈明を許容しているのも、従前の実務で、裁判所書記官が事実上の釈明に重要な役割を担っていたことが考慮されたためである。(89)

期日外釈明は、たとえば、裁判所が、記録を精査した結果、当事者の主張に不明瞭な点があることや立証に不十分な点があることに気づいた場合に、次回期日を待つまでもなく、期日前や期日間に、必要な釈明を許すことで、当事者に充実した訴訟準備を確保することを目的としており、ひいては、訴訟の適切かつ迅速な進行につながることが期待されている。(90)　期日外釈明の具体的な方法には、電話連絡、ファクシミリ送信、通知書の郵送が想定されるほか、電話会議システムによることも可能である。(91)

二．民訴法一四九条四項の意義

（1）期日外釈明によって、釈明を受けた当事者は、従来の主張を補充、変更したり、立証を追加したりすることができ、より適切な訴訟準備の機会を与えられる一方で、相手方当事者は、――期日における釈明であれば、その期日に出頭することで、釈明内容を知り、これに応じて攻撃防御方法を準備することもできるけれども――期日外釈明の場合には、釈明権が行使されたことさえ知ることができず、適切な準備ができないことになってしまう。民訴法一四九条四項は、このような問題をカバーするため、誤記の指摘等のささいな釈明は別にして、攻撃防御方法に変更を生じ得る釈明については、釈明の内容を、相手方当事者に通知することを保障している。したがって、釈明内容の通知は、手続保障と審理の公正確保のための規定と解される。[92]

ただし、その一方で、通知を欠く場合であっても、釈明権の行使や、期日外釈明を受けた当事者による主張の補充・変更、証拠の追加等の効力には、影響を及ぼさないと解されている。[93] これに対しては、通知を欠いた結果として相手方当事者が十分な準備をすることができなかった場合には、次回の口頭弁論期日において弁論を終結するような訴訟運営は相当とは言えないとの指摘がある。[94]

（2）以上に見た沿革や民訴法一四九条四項の意義から、期日外釈明が許容される範囲は広く解することが許されるだろう。

第三節　当事者公開主義の観点からの考察

最後に、本節では、本章でこれまで見てきた神戸地判平二八年の事案および民訴法一四九条の期日外釈明の規定に、改めて、当事者公開主義の観点から考察を加えることによって、当事者公開主義の文脈において、神戸地判平

二十八年を再評価することを試みる。

一．神戸地裁平成二八年二月二三日判決の位置づけ

⑴　第一節では、神戸地判平二八年およびその控訴審における判断を、①民訴法一四九条違反と②公正かつ公開の法廷における適切手続を受ける権利への侵害という2つの観点から整理した。

このうち、②の「公正かつ公開の法廷における適切手続を受ける権利」は、神戸地判平二八年が、憲法上保障される裁判を受ける権利から出発して、民事訴訟における双方審尋主義に言及しつつ、これを検討していることに鑑みても――「法的審尋請求権」という用語は用いられていないものの――、その保障内容は、法的審尋請求権におおむね対応すると解して良いだろう。[95] また、①民訴法一四九条の四項は、次（二．⑴）で詳しく見る通り、期日外釈明の内容を、釈明の場に立ち会わなかった相手方当事者に通知することを要請する規定なので、当事者公開主義の要請を具体化する規定と位置づけることができる。

以上から、神戸地判平二八年とその控訴審判決が検討している、釈明権行使の態様の適否は、法的審尋請求権を民事訴訟法において具体化する当事者公開主義の個別の規定の解釈にかかわる問題と整理することができる。

⑵　この整理に基づき、神戸地判平二八年およびその控訴審判決の見解を検討すると、まず、当事者公開主義の具体化である、民訴法一四九条四項の評価にかかわる①につき、神戸地判平二十八年も、その控訴審判決も、いずれも、相手方当事者（X）に、事後的に、期日外釈明の内容が伝えられ、これに対する意見陳述の機会が与えられたことから、民訴法一四九条には違反しないと評価している。

これに対して、法的審尋請求権に対応すると解される②については、神戸地判平二八年が、釈明権行使の態様が、

裁判官の裁量の範囲を逸脱しており、Xの平等取扱いに係る利益を侵害したと評価したのに対して、控訴審判決は、本件釈明が、Yに一方的に肩入れしてこれを勝訴させるためにされたと認めることはできないことから、Xの公平かつ公開の法廷における適正手続を受ける権利を侵害した違法があるとは評価できないと判示している。控訴審判決は、これに加えて、本件釈明は、釈明の時期、状況及び内容からしても訴訟法上適法であると強調する。

二．民訴法一四九条一項および四項の「期日外釈明」の位置づけ

⑴　民訴法一四九条四項は、期日外において、一方当事者に対して重要な釈明が行われた場合、その内容を、その場にいなかった相手方当事者に通知することを要請している。この要請は、まさに、当事者公開主義の要請と見ることができる。なぜなら、当事者公開主義は、法的審尋請求権を擁護するための前提を確保すべく、当事者に訴訟手続の透明性を保障する手続原則だからである。当事者は、たとえ意見陳述の機会が与えられていても、もし、期日外釈明があったことやその内容を知らされなければ、そもそも表明すべき意見を持つことができない以上、付与された意見陳述の機会を十分に擁護することができない。これでは、法的審尋請求権を十分に保障しているとは言えない。意見陳述の前提として、裁判所および相手方当事者の訴訟行為を含む、そのときどきの手続の経過を知らされていることが不可欠となることは、第一章で見た通りである。[96] 民事訴訟において、この不可欠な前提を担っているのが、当事者公開主義であるところ、民訴法一四九条四項は、期日外において重要な釈明があった場合に、その内容を相手方当事者に通知することを義務付けており、これによって、法的審尋請求権が実質的に保障されると言えるから、民訴法一四九条四項は、当事者公開主義を具体化する規定と位置づけることができる。

⑵　ところで、第一章第二節二．で見たように、当事者公開主義は、原則として、当事者に、裁判手続の場に立

ち会う権利を保障することを要請しており、例外として、立会権を保障できない正当な理由がある場合にのみ、事後的な情報付与と、それに基づく意見陳述の機会の保障によって、当事者に法的審尋請求権を実際に擁護することができるための前提を確保している。この当事者公開主義の原則と例外の枠組みに当てはめると、民訴法一四九条四項の通知は、次に見る通り、当事者公開主義の例外としての保障を担うものと解される。

釈明権が期日において行使される場合には、当事者には期日への立会権が保障されている以上、当事者公開主義の要請は満たされる。当事者公開主義の観点からは、立会権が保障されている期日における釈明権の行使が、原則として要請されると解される。これに対して、釈明権が期日外において行使される場合というのは、相手方当事者が立ち会っていない場で釈明をすることになるわけだから、当事者公開主義の観点からは、これが許容されるのは、期日において釈明できないことを正当化する事由があり、例外が許容される場合のみと考えなければならない。したがって、当事者公開主義の要請からは、民訴法一四九条一項が規定する期日における釈明と期日外釈明のうち、期日における釈明が原則であり、期日外釈明は例外と位置づけられ、同条四項は、この例外の場合の補償として、事後的な情報付与の機会の保障を規定していると解すべきである。

ただし、期日外釈明が当事者公開主義の例外と位置づけられるとしても、本章第二節二で見たように、期日外釈明の沿革や一四九条四項の意義から、この例外は広く解することが許容されるだろう。すなわち、裁判所が、期日前や期日間に、当事者の提出した資料を検討していて、不足や不明瞭に気づいた場合に、次回期日を待つまでもなく、その補充や追加を求めようとする場合に、広く許容してよいと考えられる。

(3)　以上の考察から、民訴法一四九条一項が規定する期日外釈明は、原則として、釈明権は対席の場で行使されるべきところ、これができないことを正当化する事由がある場合に限って、例外として、許容されているものと解

すべきである。例外として許容される典型的な場合は、裁判所が期日前や期日間に当事者の提出した資料に不足があることに気づいて、当事者に釈明しようとする場合である。

そうだとすると、当事者双方対席の場で釈明権を行使することに何ら支障がないにもかかわらず、相手方当事者が立ち会わない場で釈明をした場合には、すでに当事者公開主義に違反しており、これを、民訴法一四九条四項による事後的な通知と、これに基づく意見陳述の機会の保障によって、事後的に補償することで、当事者公開主義違反の瑕疵が治癒されるものではないと解さなければならないことになる。(97)

三．神戸地裁平成二八年二月二三日判決の再評価

(1)　神戸地判平二八年およびその控訴審判決は、問題となった別件訴訟におけるRによる釈明権行使は、再開後の口頭弁論期日において、釈明内容が相手方当事者に伝えられ、かつ相手方当事者がこれに対して意見を述べていることにより、民訴法一四九条には違反しないと判示している。しかしながら、神戸地判平二八年が指摘しているように、本件釈明を口頭弁論終結前にすることにつき何ら支障がなかったとするならば、(98)当事者公開主義により、本件釈明は、当事者双方対席の場でなされることが要請されていたと考えるべきである。したがって、本件釈明が、これに反して、一方当事者の立会権を確保せず実施された時点で、(99)当事者公開主義に違反しており、この違反による瑕疵は、民訴法一四九条四項による事後的な情報付与と再開された口頭弁論における意見陳述の機会の付与によっては治癒されないと解すべきである。

以上から、別件訴訟における釈明権行使は、当事者公開主義に抵触しており、当事者公開主義の例外を正当化する事情も見受けられないことから、民訴法一四九条違反と解すべきである。

(2) なお、民訴法一四九条一項は、たしかに、神戸地判平二八年が述べる通り、期日外釈明の行使の態様について何ら規定していないものの、当事者公開主義を具体化する規定である民訴法一四九条は、当事者公開主義の要請を実現するように解釈されるべきであるから、釈明権は、原則として、当事者双方が立ち会う場で行使されるべきとの要請が、当然の前提となっているものと解釈すべきである。[100] 例外を許容する事情がないにもかかわらず、この原則を遵守しない場合には、当事者公開主義違反となり、たとえ民訴法一四九条四項による事後的な通知があっても、これによって、当事者公開主義違反の瑕疵が治癒することはないと解さなければならない。

終　章

(1) 本稿により明らかになった内容は、次の通りである。

(2) 当事者公開主義は、民事訴訟において法的審尋請求権を具体化する訴訟原則であり、当事者の立会権や記録閲覧権、期日に呼出しを受ける権利等の手続上の諸権利を保障することによって、当事者が、自らに下される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機会を、実質的に擁護するための前提を確保している。

当事者公開は、原則として、裁判手続への当事者の立会権を保障することによって確保されなければならず、例外として、当事者の立会権を制限または排除することを正当化する事情がある場合に限り、立会権の保障に代わって、事後的な情報付与とそれに基づく意見陳述の機会の保障によって、当事者公開を確保することが許容される。例外を許容する事情がないにもかかわらず、当事者への立会権を制限することは、当事者公開主義違反であり、こ

の瑕疵は、事後的な情報付与とそれに基づく意見陳述の機会の保障によって、治癒されるものではない。

(3) 民訴法一四九条四項は、期日外釈明がなされた場合に、その場に立ち会わなかった相手方当事者に、釈明の内容を通知することを要請しており、これによって釈明の場に立ち会わなかった当事者が意見陳述の機会を擁護できるための前提を確保していることから、民事訴訟法において法的審尋請求権を具体化する当事者公開規定のひとつと位置づけられる。

特に、当事者公開主義の原則と例外の枠組みに鑑みると、当事者公開は、原則として、当事者に立会権を保障することで実現されるべきであるから、裁判官の釈明権行使の場面では、——たしかに、民訴法一四九条一項には、釈明権行使の態様を制限する文言は含まれていないものの——当事者の立会権が保障されている、期日における釈明が、原則として要請されていると解される。したがって、相手方当事者が立ち会っていない、期日外での釈明は、期日における釈明ができないことにつき、正当な理由がある場合にのみ許される例外と位置づけられる。期日外釈明の例外は、その沿革や目的から広く解することが許されると考えられ、典型的な場合は、裁判官が期日前や期日間に当事者の提出した資料に不足があることに気づいた場合である。

立会権の制限または排除が正当化される場合には、当事者公開は、事後的な情報付与とそれに基づく意見表明の機会の保障によって達成されなければならない。民訴法一四九条四項は、裁判官の釈明権行使の場面において、この例外が許される場合の事後的な情報付与を規定している。したがって、期日における釈明に何らの支障もなく、例外として期日外釈明を許容する事由がないにもかかわらず、期日外釈明をした場合には、当事者公開主義違反となり、たとえ、事後的に、民訴法一四九条四項の通知を実施して、意見陳述の機会を付与したとしても、この瑕疵が治癒されるものではないと解さなければならない。

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）四〇頁以下〔松本〕、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）一四三頁以下〔笠井〕等。

(2) 三木他・前掲（注1）一四三頁〔笠井〕。

(3) 三木他・前掲（注1）一四三―一四四頁〔笠井〕。

(4) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕』（二〇一九年・弘文堂）五一六頁は、訴訟事件では双方審尋主義は憲法上の要請と解し、その際の根拠規定として、憲法八二条を挙げる。

(5) 松本＝上野・前掲（注1）四一二頁〔松本〕。

(6) 洲本簡易裁判所平成二三年(ハ)第二七八号。判例集未登載。

(7) 判例評釈として、上田竹志「口頭弁論終結後の積極的釈明が違法とされた事例」法セミ七四八号（二〇一七年）一二〇頁、藪口康夫「裁判官の釈明権の行使が違法とされた事例」新・判例解説Ｗａｔｃｈ二一号(二〇一七年)一五五頁以下、園田賢治「裁判官の釈明権の行使の態様が違法であったとして、国家賠償請求を認容した事例」私法判例リマークス五六号（二〇一八年）一一八頁以下等。

(8) 判時二三三一号一一九頁。

(9) 判時二三三一号一二〇頁。

(10) 訟月六三巻三号二〇頁。

(11) 紺谷浩司「民事手続における審問請求権（Anspruch auf rechtliches Gehör）について――西ドイツ基本法第一〇三条一項に関して――（一）（二）」政経論叢一八巻一号五一頁以下、二号九一頁以下（共に一九六八年）、鈴木忠一「非訟事件に於ける正当な手続の保障」同『非訟・家事事件の研究』（一九七一年〔初出・一九六九年〕・有斐閣）二五九頁以下、フリッツ・バウァー

=鈴木正裕訳「ドイツ法における審尋請求権の発展」神戸法学雑誌一八巻三=四号（一九六九年）五一二頁以下、中野貞一郎「民事裁判と憲法」同『民事手続の現代問題』（一九八九年〔初出・一九八四年〕・判例タイムズ社）一頁以下、本間靖規「上告理由と手続保障——ドイツの議論を参考にして——」同『手続保障論集』（二〇一五年〔初出・二〇一一年〕・信山社）六一三頁以下、松本博之「民事訴訟法学と方法論」同『民事訴訟法の立法史と解釈学』（二〇一五年〔初出・二〇一四年〕・信山社）二五二頁等。

(12) 当然のことながら、わが国における法的審尋請求権の保障内容や具体化が検討されなければならないところであるが、この点の検討は別稿に譲る。なお、本稿では、わが国の民事訴訟法における一般的な理解に依拠し（たとえば、三木他・前掲〔注一〕二三頁〔三木〕は、「『手続保障』の中でもとくに重要なのは、当事者権のうちの『弁論権』ないし『審尋請求権』の保障である」と述べ、かつ、審尋請求権を、「弁論権およびこれを保障するための諸権利を包含するものとして、ドイツから輸入された」概念であると説明しており、「弁論権」と「法的審尋請求権」をほぼ同義と捉えているように見受けられる）、弁論権や双方審尋主義の概念と、法的審尋請求権または法的審問請求権の概念を、双方オーバーラップする概念であることを一応の前提とする。ただし、これに対して、たとえば、松本博之『民事訴訟における釈明・指摘義務——法的審問請求権の保障と訴訟関係の明確化』（二〇二二年・日本加除出版）二頁は、法的審尋請求権には、双方審尋主義などでは拾いきれない重要な価値が含まれていることが明らかであると指摘している。

(13) *Ekkehard Becker-Eberhard*, Wandlungen des rechtlichen Gehörs, ZZP 135 (2022), S. 219 ff.

(14) 基本法の条文の訳出に際しては、高田敏=初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第八版〕』（二〇二〇年・信山社）、および、高橋和之編『〔新版〕世界憲法集〔第二版〕』（二〇一二年・岩波書店）を参照した。

(15) Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. Augst 1948, herausgegeben vom Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen, S. 94; *Becker-Eberhard*, a.a.O. (Anm.13), SS. 219-221; Stein/ Jonas/ *Dieter Leipold*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., 2005, vor§128, Rn. 11; *Harald Schwartz*, Gewährung und Gewährleistung

des rechtlichen Gehörs durch einzelne Vorschriften der Zivilprozeßordnung, 1977, S. 11; バウァー＝鈴木訳・前掲（注11）五一二―五一三頁。

（16）*Eberhard Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., 2007, §11 I Rn. 130; Stein/ Jonas/ *Leipold*, a.a.O. (Anm. 15), Rn. 12 f.; *Becker-Eberhard*, a.a.O. (Anm. 13), SS. 222-225.

（17）*Schilken*, a.a.O. (Anm. 16), §11 I Rn. 130; *Becker-Eberhard*, a.a.O. (Anm. 13), SS. 222-225.

（18）これに対して、Schwartz は、基本的人権のひとつである人間の尊厳の尊重は、他の基本的人権との間で調整され、後退する場合がある点を指摘して、法的審尋請求権がそのような調整になじまないことから、法治国原理にのみ基礎づけるべきであるとの見解を採る（*Schwartz*, a.a.O. [Anm. 15], SS. 11-13.）。

（19）*Becker-Eberhard*, a.a.O. (Anm. 13), S. 222-223.

（20）*Becker-Eberhard*, a.a.O. (Anm. 13), S. 222-223.

（21）Vgl. *Leipold*, a.a.O. (Anm. 15), Rn. 11, Anm. 14.

（22）*Becker-Eberhard*, a.a.O. (Anm. 13), S. 232; バウァー＝鈴木・前掲（注11）五一四頁。この点、前提を異にするわが国における法的審尋請求権を検討するにあたり、理論的に法的審尋請求権の基礎に遡ることができるのはこの限度までなのか、またそれで充分なのかといった点が、引き続き考察されなければならないように思われる。

（23）*Petra Höffmann*, Die Grenzen der Parteiöffentlichkeit, insbesondere beim Sachverständigenbeweis, Diss. Bonn, 1989, S. 21.

（24）*Schilken*, a.a.O. (Anm. 16), §11 I Rn. 128 u.s.w.

（25）*Stefan Späth*, Die Parteiöffentlichkeit des Zivilprozesses. Die Informationspflichten des Gerichts gegenüber den Parteien, Diss. Hamburg, 1995, SS. 30 f.; *Becker-Eberhard*, a.a.O. (Anm. 13), S. 229.

（26）上述注11の文献をはじめとして、わが国の民事手続法の領域においても数多くの文献があることは周知のとおりである。

（27）*Becker-Eberhard*, a.a.O. (Anm. 13), S. 231.

（28）*Becker-Eberhard*, a.a.O. (Anm. 13), S. 230.

（29）なお、Becker-Eberhardは、これに続けて、そうして、意見表明のためには、その前に、手続経過について知らなければならず、少なくとも、知る可能性が与えられていなければならないという限りにおいて、審尋請求権は、情報請求権と一致する。すなわち、あらゆる手続上および裁判上重要な情報が入手可能でなければならない、と論じる（S. 230）。法的審尋請求権の展開のうち、第一の段階に当たるこの部分を担うのが当事者公開主義である。当事者公開主義についても、影響可能性の観点が重視されるべきことについて、後述（本章第二節２.）。また、池邉摩依「証人尋問の種々の方式への当事者公開主義からの考察――民事裁判手続のＩＴ化を見据えて」熊本法学一五四号（二〇二二年）一頁以下、特に一〇頁以下参照。

（30）*Höffmann*, a.a.O. (Anm. 23), S. 21.

（31）*Friedrich E. Schnapp*, Parteiöffentlichkeit bei Tatsachenfeststellungen durch den Sachverständigen ?, Festschrift für Christian-Friedrich Menger, 1985, S. 561; *Höffmann*, a.a.O. (Anm. 23), S. 21; *Schilken*, a.a.O. (Anm. 16), §11 I Rn. 128; *Becker-Eberhard*, a.a.O. (Anm. 13), S. 225.

（32）*Schnapp*, a.a.O. (Anm. 31), S. 561; *Höffmann*, a.a.O. (Anm. 23), SS. 21 f.; *Späth*, a.a.O. (Anm. 25), S. 34; *Becker-Eberhard*, a.a.O. (Anm. 13), SS. 225-226.

（33）*Schwartz*, a.a.O. (Anm. 15), S. 14; Stein/ Jonas/ *Leipold*, a.a.O. (Anm. 15), Rn. 18; *Höffmann*, a.a.O. (Anm. 23), S. 21.

（34）Stein/ Jonas/ *Leipold*, a.a.O. (Anm. 15), Rn. 20; *Höffmann*, a.a.O. (Anm. 23), S. 22. Vgl. *Becker-Eberhard*, a.a.O. (Anm. 13), SS. 226, 233.

（35）Stein/ Jonas/ *Leipold*, a.a.O. (Anm. 15), Rn. 11.

（36）ＺＰＯ二八五条一項は、「証拠調べの結果について、当事者は、争訟関係（Streitverhältnis）を陳述して、弁論しなければならない」と規定する。ドイツ民事訴訟法の訳出に際しては、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典――二〇一一年一二月二二日現在――』（二〇一二年・法曹会）を参照した。

（37）ＺＰＯ三五七条一項は、「当事者は、証拠調べに立ち会うことができる」と規定し、証拠調べへの当事者の立会権を保障している。ＺＰＯ三五七条には、「当事者公開（Parteiöffentlichkeit）」との見出しが付されており、ドイツ民事訴訟法では、これが当事者公開主義の根拠規定と位置づけられている。

（38）証拠調べへの当事者の立会権（ＺＰＯ三五七条一項）と並んで、通知を受ける権利（同条二項等）および、当事者の記録閲覧権（ＺＰＯ二九九条一項）が、Schnapp（a.a.O.[Anm. 31], S. 561）以来、伝統的に、当事者公開主義を構成する権利と解されている。Schnapp のこの見解は、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〕四五九頁）によりわが国の民事手続法に持ち込まれ、現在に至るまで、わが国の当事者公開主義の内容の基礎を与えているように見受けられる。これらに加えて、当事者の発問権（ＺＰＯ三九七条一項）もまた、当事者公開主義の一連の規定に含まれると解される。以上につき、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――」法雑六五巻一＝二号（二〇一九年）三八頁以下、四五―四六頁参照。

（39）*Höffmann*, a.a.O. (Anm. 23).

（40）*Späth*, a.a.O. (Anm. 25).

（41）*Becker-Eberhard*, a.a.O. (Anm. 13), S. 233.

（42）山木戸克己「訴訟における当事者権――訴訟と非訟の手続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、六三頁。

（43）高橋宏志『重点講義民事訴訟法下〔第二版補訂版〕』（二〇一四年・有斐閣）二八頁注2。

（44）山木戸・前掲（注42）六三頁。なお、山木戸博士においては、「弁論権」と「法的審尋請求権」は、必ずしも同一の内容を有する概念ではないが、ここでは、当事者の意見陳述の前提として、訴訟の状況を知らされる必要があるという構造にのみ着目する。

(45) 三木他・前掲（注1）一四三―一四四頁〔笠井〕。なお、注12も参照。

(46) 池邊・前掲（注29）一二―一三頁参照。

(47) 詳しい検討は、池邊・前掲（注38）三八頁以下。

(48) ドイツ民事訴訟法において、当事者公開主義の原則と例外が厳格に維持されていることについて、池邊・前掲（注38）八二―八三頁。

(49) 池邊・前掲（注29）一〇頁以下。

(50) 判時二三一七号一一一頁。以下でも引き続き、「神戸地判平二八年」と略す。

(51) 洲本簡易裁判所平成二三年(ハ)第二七八号、判例集未登載。

(52) したがって、当然ながら、神戸地判平二八年では、国家賠償の要件等を含む、種々の論点が審理されているが、本稿では、本事案を、当事者公開主義が問題となる具体例と位置づけ、これにかかわる部分にフォーカスして、検討を加えることとする。

(53) 藪口・前掲（注7）一五八頁。園田・前掲（注7）一二一頁も参照。

(54) 園田・前掲（注7）一二一頁。上田・前掲（注7）一二〇頁も参照。

(55) 判時二三一七号一二〇―一二一頁。

(56) 判時二三一七号一二〇頁。

(57) この閉廷後の法廷にいたのは、R、Ya、および別件訴訟の担当書記官Cであった。Cは、裁判官や当事者が法廷を退出した後の点検および施錠のために残っていたが、約三年前のRとYaの具体的な会話については、断片的にしか記憶していない（判時二三一七号一二一頁）。

(58) 判時二三一七号一二一頁。

(59) 判時二三一七号一二〇―一二一頁。

(60) 判時二三一七号一一三頁。

(61) 判時二三一七号一二一頁。
(62) 判時二三一七号一二一頁。別紙記載の事実経過に争いはないものの、別紙記載のRの主観についてその限りでないことは、右の通りである。
(63) 訟月六三巻三号一九頁。
(64) 判時二三一七号一二一頁。
(65) 神戸地裁平成二四年(レ)第三七六号、判例集未登載。
(66) 大阪高裁平成二五年(ツ)第五〇号、判例集未登載。
(67) 最高裁平成二五年(テ)第八七号、判例集未登載。
(68) 判時二三一七号一一三―一一四頁。
(69) 判時二三一七号一一三頁。
(70) 判時二三一七号一一三頁。
(71) 判時二三一七号一一三―一一四頁。
(72) 判時二三一七号一一四頁。
(73) 判時二三一七号一一八頁。
(74) 訟月六三巻三号二〇頁。
(75) 訟月六三巻三号一九頁。
(76) 判時二三一七号一一六頁。
(77) 判時二三一七号一一六頁。
(78) 判時二三一七号一一六頁。
(79) 判時二三一七号一二〇頁。

(80) 判時二三二七号一一九頁。
(81) 判時二三二七号一一九頁。
(82) 判時二三二七号一一九頁。
(83) 判時二三二七号一一九頁。
(84) 訟月六三巻三号一七頁。
(85) 訟月六三巻三号一九頁。
(86) 訟月六三巻三号二〇頁。
(87) ただし、この点は、本件訴訟が国家賠償を求める訴訟であったことを踏まえての検討が必要である（上田・前掲［注7］・一二〇頁参照）。
(88) 菊井維大＝村松俊夫原著・秋山幹男＝伊藤眞＝垣内秀介＝加藤新太郎＝高田裕成＝福田剛久＝山本和彦著『コンメンタール民事訴訟法Ⅲ〔第二版〕』（二〇一八年・日本評論社）三二五—三二六頁。
(89) 最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事訴訟規則』（一九九七年・司法協会）一三七—一三八頁、秋山他・前掲（注88）三二七—三二八頁。
(90) 秋山他・前掲（注88）三二六頁。
(91) 秋山他・前掲（注88）三二八頁。
(92) 秋山他・前掲（注88）三二七頁。
(93) 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（一九九六年・商事法務研究会）一五三頁、秋山他・前掲（注88）三二七頁。
(94) 秋山他・前掲（注88）三二七頁。
(95) バウアー＝鈴木訳・前掲（注11）五一二—五一三頁も参照。
(96) 特に、第一節二.(1)、注29および第二節一.参照。

(97) 当事者公開主義違反の瑕疵の治癒をめぐっては、本稿の公表に先立って、大阪公立大学民事訴訟法研究会にて報告の機会を得た際、種々の意見を賜り、特に、事後的な情報付与と意見表明の機会の保障による治癒がなぜ許されないのかとの指摘を頂戴した。また、熊本大学の河野憲一郎准教授からも、瑕疵が治癒することはないということから、どのような救済が与えられるのかとの指摘を賜っている。これらの重要な問題には、現時点では十分に考察が及んでいないため、解明は他日を期すこととしたい。

(98) 神戸地判平二八年が別紙を用いて認定した詳細な事実によれば、別件訴訟におけるR裁判官には、例外としての期日外釈明を許容すべき事情はなかったように見受けられる。それどころか、控訴審判決が指摘するように（上述・第二章第一節一・(1)、注63参照)、敢えて、Xaの退席を待って、Yaのみが在廷する場で釈明をしたかのようにすら見える。

(99) 神戸地判平二八年は、この点に、当事者の平等取扱いへの侵害を見出して、裁判官の釈明権行使の際の裁量を逸脱すると判示し、評価されている。これに対し、控訴審判決は、この点への疑義に言及したものの、結論としては、平等原則違反との評価はしなかった。

(100) 神戸地判平二八年が、Rによる釈明権の行使を不適法と評価しながら、民訴法一四九条に直接違反しないと判示した点に対して、学説からは、平等取扱いの要請は、民訴法一四九条の解釈においても顧慮されるべきことが指摘され、民訴法一四九条違反と評価すべきとの意見も提示されていることは、右に指摘した通りである（第二章第一節(2)、注54)。個別の条文の解釈の際に、訴訟原則の要請が顧慮されるべきとの指摘は、本稿の主張と軌を一にすると思われる。