

法曹養成のための民事訴訟法教育

－理論と実務の架橋のために－

熱 田 雅 夫

第 1 序 この論稿作成の経緯及び目的

私が、大学において受けてきた民事訴訟法教育、司法試験の受験、司法研修所における民事裁判及び民事弁護の授業、その後の民事関係の実務経験（弁護士、民事及び家事調停委員、行政等のADR委員等としての経験）、島根大学法務研究科における各科目（民事訴訟法、同ⅠⅡ、民事法総合Ⅳ、民事模擬裁判、法律実務総合演習、リーガルライティング、リーガルクリニック、民事法の基礎）の担当、同大学法学部における法律学サブゼミナール等の担当を経て、私なりに現時点で民事訴訟法教育について、具体的に授業の進め方を念頭においてまとめておく必要を感じたことから、この論稿を作成することとした。

さらに、当法務研究科においては、FD会議において、順次各授業について検討していくのであるが、この論稿は、「民事訴訟法科目の授業」をテーマとするFD会議の際に、検討資料とする予定である。

なお、「島大法学」に掲載していただき、私の民事訴訟法の教育方法や内容についてのご批判や意見を賜りたいと考えている。

次にどのような観点で作成したかである。

この点については、法曹つまり法律実務家養成の観点からの論述である。

これまでの民事訴訟法の理論面での研究の蓄積を実務家養成課程において、的確にできるだけ効率よく短期間に教育するというを念頭に論ずる。

さらに、私が弁護士として感じている、私自身が受けた大学での民事訴訟法教育についての問題意識を踏まえた論述である。

特に、実務家としての日常のものとして常に心得ていなくてはならないこと、そして弁護士として、裁判所や相手方に少しでも疑問のある訴訟行為が

なされたならば、直ぐに反応できるように心得ておかなければならないことを中心にすえて教育されなければならないと考えるものであるが、他方、実務家人生のうちで実際に用いることが一回あるかないかということがらについては、書籍類にあたって使えるようにしておけばよい、という発想での教育が必要であると考え。実務家養成が目的である以上「教育のための教育」や「議論のための議論」に陥らないよう、絶えず気をつけなければならない。そうだとすると、研究成果の蓄積がない分野であっても、実務家として日常用いることがらについては、落ちがないようにしなければならない（ただし、司法修習、実務についてからの研修で獲得すべきものとの仕分けは必要である）。

第2 本論稿で取り上げる項目

- 1 民事訴訟の構造（ピラミッド構造）と民事訴訟手続の流れを常に鳥瞰することを意識させる。実務において、ピラミッド構造及び手続の流れのなかから、そのときどきにおいて、必要な概念や、概念と概念の関係についての考え方をただちに引き出し、実際に用いることができるようにする必要があることから、このように鳥瞰することを受講者に意識させる必要がある。
- 2 民事訴訟の構造（ピラミッド構造）と民事訴訟手続の流れを常に鳥瞰しなければならない、ということは、授業の冒頭に述べただけではいけない。各論においても受講者にその都度都度鳥瞰させ、全体のなかのどこに位置づくか、どのように位置づくかを絶えず意識させなければならない。初回授業で述べただけで、都度都度の指摘をしないならば、結局受講者は全体を鳥瞰できるようにならない。
- 3 証拠法分野と「ピラミッド構造を中心とした民事訴訟の全体構造論」のつながり（証拠法における弁論主義、自由心証主義および証明責任）。

- 4 民事訴訟法教育における2つの大きな山～①「ピラミッド構造を中心とした民事訴訟の全体構造論」、②「訴訟物と、既判力を中心とした判決効についての議論」。
- 5 代理人弁護士の観点に立つと、前述の2つの大きな山の①については、当該審級における見通しと「戦略」を立てるのに不可欠であり、②については、その審級を越えての上訴や再審、さらに別訴手続、執行手続等の見直し「戦略」のために必要である。
- 6 実務家養成教育である以上裁判所の考え方をすることが前提となる。ただし判例がそのまま裁判所の日常における「行為規範」ではないことに注意が必要である。
- 7 実務の日常において、裁判所や相手方当事者の訴訟行為に少しでも疑問が生じたときに、ただちに反応して用いなければならない「よすが」となるのが民事訴訟法の原理・原則である。
- 8 民事訴訟における利害関係者（裁判所、原告・被告、参加人等）の利害状況の把握や分析によって各論点の問題の所在が浮かび上がってくることになる。
- 9 形式的形成訴訟の民事訴訟法学修における意味と、形式的形成訴訟における裁判所の「釈明権」行使の重要性と意味。
- 10 裁判所の釈明権行使と不意打ち防止（「釈明権」の各手続における広がり）。

- 11 職権進行主義論、訴訟指揮権論、自由心証主義論及び法的問題は裁判所の専権であることを根拠とする裁判所の裁量論と裁判所の説明義務。
- 12 各場面における、武器対等、両当事者の立会いの確保、そのための裁判所からの両当事者への情報提供と意見聴取の機会の保障。
- 13 当事者の欠席と準備書面。
- 14 弁論準備手続等の主張整理および争点明確化の手続の充実のために。
- 15 円滑・迅速かつ充実した民事訴訟手続実現のために、弁論準備手続等の手続においては、裁判所と当事者間の円滑なコミュニケーションがはからなければならないこと、それと、訴訟関係者において互いの時間を大切にす配慮が必要なことについて。
- 16 「権利自白」について
 - ・「権利自白」については、所有権に基づく返還請求権についての訴訟等の所有権関係訴訟における「もと所有」についての自白と、その他の権利関係についての自白は区別して考えなければならないことについて明確に指摘する必要があることについて。
 - ・「もと所有」については、裁判所の「法的観点指摘義務」「情報提供義務」の概念を用いる考え方についても言及する必要があることについて。
- 17 自らの主張が、自己が証明責任を負う事実の主張となると同時に、相手が証明責任を負う事実の先行自白の意味ももつ場合について。
- 18 証拠法における文書の重要性と、二段の推定論。

- 19 文書提出命令の使用頻度は、他の証拠収集方法と比較すると極めて低い。しかし、いったん文書提出命令が用いられると、そこには憲法論にもいたるダイナミックな権力構造や利害状況についての考察が必要となる。
- 20 訴訟行為の性質論が実務における解釈論に果たす意味。
- 21 「手続保障論」において、事案の具体的分析が必要なことについて。
- 22 複数請求訴訟論と多数当事者訴訟論における、要件、効果、手続の条文の理解と、立法論との距離感を理解すること。
- 23 複数請求訴訟と多数当事者訴訟に関する各制度の実務における需要の多寡を考慮した授業の組み立てが必要であることについて。
- 24 複数請求訴訟と多数当事者訴訟における訴訟資料（広義）の利用論。
- 25 通常共同訴訟における共同訴訟人独立の原則と裁判所の自由心証主義論による「主張共通」「証拠共通」についての解釈論の展開、それと、弁論主義と自由心証主義論による原告・被告間の「主張共通」「証拠共通」論との対比の意味（民事訴訟の全体構造の理解に不可欠な論点）。
- 26 民事訴訟は、手続保障が確保されていることを前提とした自己責任の原則を基礎とするものの、民事訴訟法には、「二度負け」回避の制度が置かれている。しかしその制度にも限界がある。
- 27 債権者代位訴訟の意味（実務で用いる機会がそれほど多くないにも関わらず重要であることの意味）。

- 28 控訴理由書の重要性について（原審の判決をピラミッド構造及び事実認定の構造に位置づけて検討した上で、ピラミッド構造を意識した、控訴裁判所裁判官にわかりやすい控訴理由書の作成の必要性）。
- 29 原審が通常共同訴訟の場合の控訴及び控訴審の審理についての留意点および配慮。
- 30 実務家にとって不可欠な「行為規範と評価規範」論（ただし、悪しき「事情判決」に陥らないための戒めは必要）。
- 31 民事訴訟手続における法の適用の平等性と、法の予測可能性。
- 32 法曹倫理と弁論主義・真実義務。
- 33 「相殺」と「保証」についての縦断した学修の必要性。
・相殺における二つの要素（①経済的出えん ②既判力）。
・「保証」の問題が実務で高頻度にあらわれることと、講学上の事例として頻繁に取り上げられていること。
- 34 定義学修の意味とその重要性について。

第3 本論

- 1 民事訴訟の構造（ピラミッド構造）と民事訴訟手続の流れを常に鳥瞰することを意識させる。実務において、ピラミッド構造及び手続の流れのなかから、そのときどきにおいて、必要な概念や、概念と概念の関係についての考え方をただちに引き出し、実際に用いることができるようにする必要があることから、このように鳥瞰することを受講者に意識させる必要がある。

民事訴訟の「ピラミッド構造」とは、訴訟物を頂点として、その訴訟物を主要事実、間接事実、証拠が順々に支える構造のことである（訴訟物と主要事実との間に法的観点を挟んで説明する場合もある）。民事訴訟手続の流れとは、訴え提起にはじまり、弁論、証拠調べを経て判決にいたる流れである。さらに第一審手続を経て控訴、上告、さらには再審にいたる手続、確定した給付判決についての執行手続や訴訟前の保全手続まで拡大した大きな流れとしてとらえる必要もある。

実務において、この「ピラミッド構造」及び「手続の流れ」のなかから、そのときどきにおいて必要な概念をただちに引き出し実際に用いることができるようにする必要があることは、言わずもがなである。そのためには、民事訴訟手続を鳥瞰して把握できるように教育する必要がある。

「手続の流れ」については、各テキストにそれぞれ図表が示されていることがほとんどであることから、これら図表を教材とすればよい。

他方「ピラミッド構造」については、文章では記載されていても、図表化されたものはそれほど多くないし、また図表化されたものであってもテキストの該当箇所分散して記述してあることから、「鳥瞰」する能力を身につけるためには、不便である。そこで「ピラミッド構造」を鳥瞰する教材が必要となる。私は、そのための教材として「民事訴訟法 講義案 その1」を作成して受講生に配布した。この教材は、「ピラミッド構造」とそれに関連する原理・原則を図表化し、さらに、訴え提起、弁論、証拠調べ、判決書作成のための主張整理に用いることができるように、解説を付した。

図表類は、既存のテキストの中にすぐれたものがあることから、適宜引用している。

この「民事訴訟法 講義案 その1」を含む「民事訴訟法 講義案 まえがき、その1～その4」は、この「法曹養成のための民事訴訟法教育～理論と実務の架橋のために」の末尾に参考資料として添付する（なお、「民事訴訟法 講義案」は、現在、「まえがき」と「その1」から「その4」の5部

構成として、A 4版40枚弱で作成しており、今後必要に応じて「その5」以降または「その1」から「その4」の枝番のものを作成する予定である。また、作成済みのものについても必要に応じて改訂していく予定である。ただし、今回の「島大法学」掲載分は、紙面の都合上「その1」のみとする。。

2 民事訴訟の構造（ピラミッド構造）と民事訴訟手続の流れを常に鳥瞰しなければならない、ということは、授業の冒頭に述べただけではいけない。各論においても受講者にその都度都度鳥瞰させ、全体のなかのどこに位置づくか、どのように位置づくかを絶えず意識させなければならない。初回授業で述べただけで、都度都度の指摘をしないならば、結局受講者は全体を鳥瞰できるようにならない。

このことも言わずもがなである。「鳥瞰」しなければならない、といっただけでは、「鳥瞰」できるようにならないのは当然のことであろう。

むしろここで重要なのは、各論のそれぞれの箇所、で、「ピラミッド構造」及び「手続の流れ」のなかのどこに位置づくか、どのように位置づくかをその都度都度指摘し受講者に考えてもらうことで「繰り返し学修」として「学習効果」が上がるということになることを強調したい。

3 証拠法分野と「ピラミッド構造を中心とした民事訴訟の全体構造論」のつながり（証拠法における弁論主義、自由心証主義および証明責任）。

「ピラミッド構造を中心とした民事訴訟の全体構造論」は、弁論分野（狭義の口頭弁論分野）のみの、問題ではない。証拠の収集提出や、当事者に争いのない事実、つまり、裁判上の自白が成立している事実が不要証事実とされる証拠法分野における弁論主義、それに証拠の採否、裁判官の心証形成および事実認定の過程における自由心証主義、それに証明責任等の証拠法分野も「ピラミッド構造を中心とした民事訴訟の全体構造論」にしっかり位置づ

けて理解できるようにしなければならない。さらにいえば、「証明責任」が、通常テキストの証拠法分野の最後に論じられているように、弁論、証拠調べを通して最後に論じられる「証明責任」によって、その前段階の手続が規定され「ピラミッド構造を中心とした民事訴訟の全体構造論」に「バックボーン」が通されることになることを理解させなければならない。

4 民事訴訟法教育における2つの大きな山～①「ピラミッド構造を中心とした民事訴訟の全体構造論」、②「訴訟物と、既判力を中心とした判決効についての議論」。

民事訴訟法教育においては、二つの大きな山があることを意識すべきであるし、受講者に対しても二つの山を常に意識させる必要がある。そしてこの大きな山との関連でそれぞれの項目を位置づける必要がある。

一つは、既に述べてきた「ピラミッド構造を中心とした民事訴訟の全体構造論」、もう一つは、「訴訟物と、既判力を中心とした判決効についての議論」である。

「訴訟物と、既判力を中心とした判決効についての議論」は、通常、訴え提起の講と判決の効力の講とに分けて論じられるのだが、理論的には、敢然と分けられるものではない。むしろ一体として学修できるようにしたがいと考える。ただし、一回に集中しての学修は、受講者の負担も大きくなることから、実際は民事訴訟法や各テキストにしたがって分けて授業をすることになるのだが、教材としては、「ピラミッド構造を中心とした民事訴訟の全体構造論」と同じように、一つにまとめた教材を用意しておく必要性がある。私も「訴訟物と既判力を中心とした判決効についての議論」につき、一つにまとめた教材を「民事訴訟法 講義案 その2」として作成し配布している。

5 代理人弁護士の観点に立つと、前述の2つの大きな山の①については、当該審級における見通しと「戦略」を立てるのに不可欠であり、②につい

ては、その審級を越えての上訴や再審、さらに別訴手続、執行手続等の見通し「戦略」のために必要である。

ところでこの2つの大きな山というのは、試験対策としての山が二つあるということではない（結果として、重要な事項が大きく二つに集約されるということで、試験の山が二つあるということにはなるかもしれないが）。

実は、実務、特に弁護士実務において必要なスキル群の二つの大きな山という趣旨である。

「ピラミッド構造を中心とした民事訴訟の全体構造論」は、当該審級手続さらには第一審手続において、代理人弁護士として広い視野で訴訟の見通しをたて、「戦略」をたてていくのに必要不可欠なスキル群である。

他方、「訴訟物と、既判力を中心とした判決効についての議論」は、その審級を超えて上訴、さらには再審において、また、別訴や後訴、さらには強制執行手続において代理人弁護士としてどのように活動すべきかの見通しをたて、その見通しのもと現時点でどのように活動するかを見極めるために不可欠なスキル群である。特に「訴訟物と既判力を中心とした判決効についての議論」に関するスキルに落ちがあれば、依頼者に重大な不利益をもたらすこともあり、弁護過誤となる可能性も生じる。

私のこの捉え方については、これまでの民事訴訟法の研究成果を踏まえるならば異論もあろう。しかし、現に私は、絶えずこの捉え方に基いて、弁護士としての日頃の業務を行っている。

6 実務家養成教育である以上裁判所の考え方をすることが前提となる。ただし判例がそのまま裁判所の日常における「行為規範」ではないことに注意が必要である。

民事訴訟実務は、裁判所を中心に行われ、形成されていく。そうすると、好むと好まざるとに関わらず、法曹実務家養成教育は、必然的に裁判所がど

ういう考え方をとっているかを前提とせざるを得ない。裁判官としてはもちろん、弁護士の立場であっても裁判所がどのような考え方をとっているかを知らなければ、弁護士としてどのように活動していくかの見通しはたてられないし、「戦略」もたてられない。

裁判所の考え方の中心は、最高裁判所の「判例」であり、民事訴訟法についての解釈についてもあてはまる。むしろ、民事訴訟を裁判所が主宰する以上、民事訴訟法は実体法以上に「判例」の持つ意味が大きいといえよう。

ただ、ここで注意しなければならないのは、判例は、日常の状況ではなく「にっちもさっちもいかなくなった」ところの究極の段階での「評価規範」による判断であることが多い。それゆえ、裁判所の日常における行為規範として通用しているものでないことも多い。

また各下級裁判所においても、判例を踏まえて問題の所在を明確に認識し、運用において配慮するようになってきていると考えられる。したがって、かつての「判例」がそのまま現在の裁判所において「規範」として通用しているわけではない。

以上の点を意識して裁判所の考え方や判例の教育をしていく必要がある。

- 7 実務の日常において、裁判所や相手方当事者の訴訟行為に少しでも疑問が生じたときに、ただちに反応して用いなければならない「よすが」となるのが民事訴訟法の原理・原則である。

民事訴訟法における原理・原則とは何か。

それは、たんたんといく実務の日常において、裁判所や相手方当事者の訴訟行為に少しでも疑問が生じたときに、ただちに反応して用いなければならない「よすが」となるものとする。いいかえれば、民事訴訟法における原理・原則とは、裁判所や相手方当事者の訴訟行為に少しでも疑問が生じたときに、ただちに「よすが」として思考の過程に浮かんでくるようにしておかなければならないものということができる。そしてそのためには、

それぞれの原理・原則が具体的にどのように用いられるか、にまで踏み込んで、よく整理された状態にしておかなければならない。これが実務家にとっての「原理・原則」と考える。

- 8 民事訴訟における利害関係者（裁判所、原告・被告、参加人等）の利害状況の把握や分析によって各論点の問題の所在が浮かび上がってくることになる。

民事実体法の各論点を吟味するにあたっては、利害関係者の利害状況を明らかにしなければ問題の所在が浮かび上がってこない。同じく民事訴訟法の各論点を吟味するにあたって利害関係者の利害状況を明らかにしなければ問題の所在が浮かび上がってこない。ところで民事実体法においては、例えば取引法分野では、静的安全の保護と動的安全（取引安全）の保護というように、二当事者の利害状況を明らかにすればそれでほぼ問題の所在が浮かびあがってくるのだが、民事訴訟法分野においては、対立当事者や参加人、それに裁判所の立場の利害状況を明らかにしなければならない。さらにその裁判所の立場には、制度設営者としての国家の立場も念頭におかれなければならない。

このことは、教師からすれば当然のことかもしれないが、受講者の立場からすると学修が一定進むまでは念頭がない場合が結構多いようである。明確に意識させる必要がある。

利害状況の考慮を、二当事者にとどまらず裁判所（背景としての国家の立場も併せ）にまで掂げなければならないということは、複雑な思考が求められることにもなるが、複雑な利害状況を解きほぐす作業は、知的好奇心を刺激するものでもあり民事訴訟法学修の「楽しさ」でもある。教師としては、この知的好奇心を刺激する「楽しい」ものであることも伝えていかねばならない（ただし、実務において当事者の心情を察すると、民事訴訟が「楽しい」ということばを使うことは、慎重でなければならないこともきちんと伝えね

ばならない)。

9 形式的形成訴訟の民事訴訟法学修における意味と、形式的形成訴訟における裁判所の「釈明権」行使の重要性と意味。

形成要件が定められていないいわゆる形式的形成訴訟とされる訴訟においては、処分権主義が完全には妥当せず（そもそも「訴訟物」の概念が想定できない）、また、弁論主義が妥当することがなく、さらに、形成要件が定められていないことから、主張責任・証明責任の概念が用いられることもない。つまり、民事訴訟の諸原則や基本概念が妥当しなかったり、用いられないことになるが、これは、極端な言い方をすれば、民事訴訟法について学修したことが通用しないということである。

この訴訟形態のうち、実務においてよく携わることになるものとして、土地境界確定訴訟と共有物分割訴訟がある。正直私自身、土地境界確定訴訟や共有物分割訴訟に最初に携わった弁護士登録1、2年目の時には、学んだことを用いることができずにとまどったことを記憶している。

しかし、学んだことを用いることができないことが、逆に学んだ「処分権主義」や「訴訟物」「弁論主義」「主張責任・証明責任」の実質的機能を考えながら業務を行うこととなった。それらの概念のもつ予測可能性確保、両当事者に対しての手續保障の機能である。

この経験から、土地境界確定訴訟と共有物分割訴訟の事案を、「処分権主義」や「訴訟物」「弁論主義」「主張責任・証明責任」の学修をいわば裏側から補強するための教材として用いることができる。

土地境界確定訴訟や共有物分割訴訟に最初に携わった際に裁判所の釈明権行使の重要性にも気づかされた。「釈明権」は「弁論主義」の補充として語られるが、「弁論主義」の妥当しない手續においても「釈明権」は当然に適切に行使されねばならない。そして、裁判所は自らの考えるところを適切に両当事者に開示し、両当事者の適切な訴訟行為を促さなければならない。裁

判所の適切な「積明権」行使がなされないと、不意打ち、不公平な裁判ともなり、裁判に対する信頼をも失いかねない。

また、土地境界確定訴訟や共有物分割訴訟の検討は、裁判所の「積明義務」やさらにすすんで裁判所の「法的観点説明義務」の実質的検討のてがかりにもなろう。

誤解をおそれずにいうならば、「処分権主義」や「訴訟物」「弁論主義」「主張責任・証明責任」の原理・原則のはずれた土地境界確定訴訟や共有物分割訴訟を検討すると、「処分権主義」や「訴訟物」「弁論主義」「主張責任・証明責任」が相対的なものであると感じられ、民事紛争の解決のための手続のもっと根源的なものは何かということを感じとるきっかけにもなろうし、不意打ちを防ぎ、適正・公平な裁判を実現するために、裁判所がどう行動しなければならないかということの示唆を与えてくれることにもなろう。

なお「共有物分割訴訟」事例は、当事者適格概念を実務に即して具体的に理解する教材としても重要なものである。

10 裁判所の積明権行使と不意打ち防止（「積明権」の各手続における広がり）。

このように現行民事訴訟法の説明において、まず裁判所の「積明権」行使は「弁論主義の補充」として位置づけられてきたものの、実は「積明権」が、民事紛争の解決のための手続すべてにおいて裁判所が用いる重要な手法であることがわかってきた。そしてさらに、その行使は、「裁判所が知りたいことを知るための術」としてではなく、当事者の立場からその裁判所の積明権行使はどうあるべきか、という観点で受講者に考察のきっかけを与える必要がある。

裁判所の積明権行使はどうあるべきかは、裁判官、弁護士それぞれにおいて、法曹としての人生において生涯にわたって考え続けなければならないものであろう。その考察は、授業で一回考えたり、教科書の該当箇所を一回読

ただで終わるものではない。法科大学院での授業はその考察のきっかけとなるにすぎない。しかし実務につく前のここでそのきっかけを与えなければ、実務についてはその気づきができるのか危うくなってしまふ。特に独立性の保障のある裁判官の場合、先輩裁判官からその気づきを与えられるか必ずしも確実とはいえない。

不意打ちを防ぎ、適正・公平な裁判を実現するための裁判所の権限として許されるのはどこまでか。どの場合には、権限を逸脱し違法となるのか。また釈明権を行使しないことがいわゆる「釈明義務」違反となるのは、どの場合か。また「事案解明」にとどまらずどのようなことがらにまで「釈明権」行使が許されるのか、どのことがらが、裁判所の「義務」として求められるのか。

11 職権進行主義論、訴訟指揮権論、自由心証主義論及び法的問題は裁判所の専権であることを根拠とする裁判所の裁量論と裁判所の説明義務。

専ら裁判所の専権事項である、または、裁判所の裁量の範囲とされる分野は広い。職権進行主義論、訴訟指揮権論、自由心証主義論及び法的問題は裁判所の専権であることを根拠とする裁判所の裁量論等である。これら分野において裁判所の専権として説明され、それ以上受講生も学修することがない。

これら分野において、裁判所の裁量権の範囲はどこか、どのような場合に裁量権逸脱となるか、どのような場合に裁判所に「義務」付けられるか、の問題についても法科大学院教育が考察のきっかけとならなければならない。

また前項の「釈明義務」論の発展として、裁判所の専権事項とされる分野において、例えば、法の解釈適用について、裁判所はどのような内容についてどこまで説明する義務があるのか、についてまでも法科大学院教育においてその考察のきっかけを与えなければならないと考える。

特に裁判官志望者には必要なきっかけである。それは裁判官志望者本人のためではなく、国民のために必要なことである。

12 各場面における、武器対等、両当事者の立会いの確保、そのための裁判所からの両当事者への情報提供と意見聴取の機会の保障。

武器対等、両当事者の立会いの確保、そのための裁判所からの両当事者への情報提供と意見聴取の機会の保障に関しては、条項として民事訴訟法の各分野に散りばめられている。さらに民事訴訟規則にもである。むしろ民事訴訟規則をみてみなければ、これらのことがらがどのように具体化されているかの全体像は見えてこない。

しかし、法科大学院の授業には限りがあることから、すべてを法科大学院の教育期間に網羅することはできない。実務科目の「模擬裁判」等を含めても限りがある。しかしこれらのことがらが、手続の進行に応じて脳裏に浮かぶようにはしておかなければならない。

ところで、家事調停・民事調停に関するこれまでの法令は、比較的条項が疎につくられている。私自身、家事調停・民事調停の委員として手続を進めていると、家事調停・民事調停に関するこれまでの法令の条項が疎につくられていることを感じていた。

しかし逆に、疎につくられており、「条文にあたる」ことがしにくいことから、武器対等、両当事者の立会いの確保、そのための裁判所からの両当事者への情報提供と意見聴取の機会の保障について、強く意識しつつ手続を進めることとなった。

13 当事者の欠席と準備書面。

「当事者の口頭弁論の欠席」については、両当事者の欠席か一方当事者の欠席か、どの期日での欠席か、当事者が出席していなくても開ける期日はどうする場合か、訴えの取下げ擬制、準備書面提出の効果等と合わせ、民事訴訟法の中の一つのミクロコスモスのようにして論じられることが多い。授業

においては、他の制度と結びつけながら、受講者に整理することを求めながら授業を進めていくことになる。

ただ、実務の観点からすると、準備書面提出の効果と関連する箇所が特に重要である。弁護士志望者に準備書面の意味を一つ一つ伝えていく中で重要なものの一つとして伝えていかねばならない。

14 弁論準備手続等の主張整理および争点明確化の手続の充実のために。

主張整理を充実させ、争点を明確にして確認し、証拠整理を充実させた上で人証調べを集中して行うことにつなげていくことは、古くから重要な課題として検討され、制度として試みられてきた。永遠のテーマとも言ってよい。

しかしなかなかうまく行かないできた。その理由の大きな一つとして、主張整理および争点明確化ののちの新たな攻撃防御方法の提出についての扱いについての関係者の思惑の食い違いにあったといつてよい。つまり、主張整理および争点明確化を充実させるために、主張整理および争点明確化ののちの新たな攻撃防御方法の提出を失権させる失権効をもちいることは一見効果的と考えられるが、失権効があるとすると、当事者は、失権効をおそれて攻撃防御方法を何でもかんでも提出することになる。そうすると裁判所も過大な主張と証拠申出を抱え込むことになる。そして、争点がその中に埋没し浮かび上がってこなくなってしまう。それゆえ失権効をとまなう主張整理および争点明確化は、使いづらい制度として用いられなくなってしまう。そうすると五月雨式に攻撃防御方法が提出されることが状態化する、という悪循環がかつての民事訴訟であった。

また、相手方当事者の攻撃防御を見極めてからこちらの攻撃防御を行いたいという気持ちが過度になっていたり（つまり後出しじゃんけんをしたくなったり）、相手方当事者の攻撃防御に対して対抗上必ずこちらも攻撃防御しなければならないというなかば強迫観念にも近いような心持ちとなってしまうこともあったろう。

ところで、失権効を恐れる余り、主張整理および争点明確化の手続が機能不全に陥ってしまうことに対しては、主張整理および争点明確化の手続終了までに攻撃防御方法が提出できなかったことの理由の説明義務を課し、その理由の合理性の有無によって時機に遅れた攻撃防御方法として却下するかどうかを裁判所が判断することとして、解決をはかったのが現行法である。

私は、現在の実務の状況をみると、この方法がかなりうまく行っていると評価できると考えている。つまり訴訟の円滑・迅速の進行と、合理的理由がある場合には主張整理および争点明確化手続終了後であっても攻撃防御方法が提出できるようにしてあることで適正な裁判が実現できるということがうまくバランスされている状況にあるとあってよいであろう。

しかし訴訟関係者が制度を正しく理解し不断に使いこなしていこうという心構えを失ってしまうと、主張整理および争点明確化の手続がまた形骸化していつてしまう危険もある。

弁論準備手続等の主張整理を充実させ、争点を明確にして確認し、証拠整理を充実させる手続については、この立法の経緯もあわせ、法曹養成教育においてきちんと伝えていかなければならない。

15 円滑・迅速かつ充実した民事訴訟手続実現のために、弁論準備手続等の手続においては、裁判所と当事者間の円滑なコミュニケーションがはからなければならないこと、それと、訴訟関係者において互いの時間を大切にす配慮が必要なことについて。

ところで、弁論準備手続等の主張整理および争点明確化の手続は裁判所と両当事者の間のコミュニケーションの場である。というより主張整理を充実させ、争点を明確にして確認し、証拠整理を充実させる目的のために、裁判所と両当事者はコミュニケーションを尽くさなければならない。

ではコミュニケーションをはかるために裁判所や当事者はどうしなければならないか。まず裁判所は、その時点での自らが考える法律構成、心証を整

理し、その時点でどこまでそれらを当事者に披瀝できるか、披瀝することによって当事者はどのように行動することができるようになるのかを予想し、披瀝することが必要でかつ適切であると判断すれば果敢に披瀝していくことが必要である。釈明権行使もこの観点から位置づけられる必要がある。

他方当事者も相手当事者や裁判所の様子見をするのでなく、自らの想定するところを必要に応じて伝えていく作業が必要であろう（ただ時機はあるだろうが）。

そうして疑心暗鬼になることなく、積極的にコミュニケーションをはかるべきである。

これらのことを、受講者に伝えていき実務に就くための心構えをもってもらわなければならない。

ただこの事項は、「民事訴訟法」の授業ですべて伝えるのでなく、模擬裁判等の実務科目でも伝えなければならないし、その後の司法修習の過程で伝えなければならない。むしろ「民事訴訟法」の授業はその「きっかけ」ということになろう。ただ、法曹としてこのような専門家としてのコミュニケーション能力が不可欠であり、スキルとして身に付けなければならないことの自覚を促すことは、早期に必要である。

ところで、人間のする民事訴訟である以上、相手方当事者の攻撃防御を見極めてからこちらの攻撃防御を行いたいという気持ちが過度になっていたり（つまり後出しじゃんけんをしたくなったり）、相手方当事者の攻撃防御に対して対抗上必ずこちらも攻撃防御しなければならないというなかば強迫観念にも近いような気持ちとなってしまうことがあることは、いずれの立場であっても理解しておかなければならないだろう。

「民事訴訟法」の授業は、その点の理解と克服のための「きっかけ」にもならなければならないと考える。

また、訴訟関係者は、いずれも極めて忙しい。誤解を恐れずにいえば、それぞれの「時給」はとても高い。それを足し算すると相当のものである。さらに依頼者にとっても解決のために長時間かかることのロス、われわれ法

曹の予想以上のものである。このことを法曹養成の教育課程できちんと伝えていかななくてはならない。

弁論準備手続等の主張整理および争点明確化の手続は、訴訟手続における互いの時間を大切にしていくための重要なポイントとなる。弁論準備手続等の手続のよしあしによって、ロスが出るか、その度合いを低く抑えられるか、決定的な違いがでる。

ただし極めて例外ではあるが、時間をかけたが良い解決であることもあることは心のどこかにおいておく必要はある。

16 「権利自白」について

- ・「権利自白」については、所有権に基づく返還請求権についての訴訟等の所有権関係訴訟における「もと所有」についての自白と、その他の権利関係についての自白は区別して考えなければならないことについて明確に指摘する必要があることについて。
- ・「もと所有」については、裁判所の「法的観点指摘義務」「情報提供義務」の概念を用いる考え方についても言及する必要があることについて。

「権利自白」については、法律関係または権利関係についての一方当事者の主張を相手方当事者が認める旨の陳述をした場合の一般論として論じられているが、実務においては、所有権関係の訴訟におけるいわゆる「もと所有」を認める陳述とその他の法律関係または権利関係を認める陳述とは、全く区別して考える必要がある（なお所有権関係訴訟では「現所有」を認める旨の陳述の場合も想定されるが、「現所有」を請求原因として訴状に記載して陳述することはほとんどないので「もと所有」についてのみ受講者に考えさせたがよいと思う）。

所有権の来歴についてすべてを原始取得にまで遡って主張せよというのは不可能であるし、無駄である。そこで、所有権関係訴訟、特に不動産所有権に関する訴訟においては、「もと所有」概念をごく普通に用いて訴訟を進め

ていくことになる。

通常「もと所有」について認める旨の陳述がなされるとその「もと所有」を前提に主張および認否、抗弁と続いていくが、途中で裁判所が何らかの疑問を持つと裁判所は釈明権を行使してその疑問を解消して進めて行く。問題は、訴訟が相当進み裁判所も十分に釈明権を行使したのちにおいて、相手方当事者が、「もと所有」を認める、との陳述を撤回すると言い出したらどうだろうか。さらに、裁判所も十分に釈明権を行使して適正な裁判の実現がはかることができたのに、判決書をみたら、原告の提示し被告も争っていない「もと所有」を否定して、当事者の全く想定しない判断をすればそれは許されるのだろうか、という問題となってあらわれる。その場合には、主要事実についての裁判上の自白と同じに扱ってよいのではないか、ということである。

他方「権利自白」のその他の場合、判例上問題となったものとしては、消費貸借契約の成立があろう。これは、法律事項として裁判所の専権事項であることを前提としての扱いでよいのではないか。

この区別をして授業はすすめていくべきと考える。

この「権利自白」については、「もと所有」の場合も含めて裁判所の専権事項として、いずれも裁判所の法律事項についての「法的観点指摘義務」または「情報提供義務」の問題として考える方法もあろうが、その場合は、「もと所有」とその他の法律関係・権利関係の場合とでは、裁判所の法的観点指摘義務違反または情報提供義務違反とされる可能性には大きな違いが生じよう。「もと所有」について、裁判所が十分に釈明権を行使して適正な裁判の実現がはかることができたのに、裁判所が釈明権を行使せずに手続が推移し、判決書をみたら、原告が提示し被告も争っていない「もと所有」を、裁判所が否定して当事者の全く想定しない判断をした場合は、法的観点指摘義務違反または情報提供義務違反の違法な判決ということになるのではないだろうか。他方、その他の法律関係・権利関係の場合には、法的観点指摘義務違反または情報提供義務違反とされることは、比較的少なくなるのではな

いだろうか。

17 自らの主張が、自己が証明責任を負う事実の主張となると同時に、相手が証明責任を負う事実の先行自白の意味ももつ場合について。

裁判上の自白についての授業において注意を要するのは、自らの主張が自己が証明責任を負う事実の主張となると同時に、相手が証明責任を負う事実の先行自白の意味ももつ場合、である。例えば貸金返還訴訟においては、履行期は請求原因事実として位置づけられるとする考え方が主流と思われるが、当該事実は消滅時効の抗弁においては、時効の起算点についての主張に含まれることになるが、被告が、原告の履行期の主張を認めた上で、当該事実を援用してその他消滅時効についての抗弁事実を主張した後に、原告が、「履行期」の主張を撤回することが許されるだろうか、という事例がよく引き合いに出される。

裁判所は、裁判上の自白成立の「自己に不利な事実を認めるとの陳述」の「自己に不利」の解釈を証明責任概念を用いて行っている。他方「自己に不利」の解釈を証明責任概念を用いなくて実質的に考える有力説がある。この有力説によれば、原告が、「履行期」の主張を撤回することは裁判上の自白の撤回にあたりとすぐに言えるだろう。しかし、裁判所の考え方によっても、「履行期」の主張を含む消滅時効の抗弁事実について、原告が先行自白してそれを被告が援用したとの構成がとりうる。

実務家要請教育であることから、裁判所の考え方についての理解が不可欠と述べたが、この論点についても同じことが言える。分析すれば、裁判所の考え方でも同じ妥当な結論が得られるかどうかについて、受講生にきちんと考えさせなければならない。

18 証拠法における文書の重要性と、二段の推定論。

事実認定において、文書の重要性はよく語られるところであるが、裁判における事実認定において、実際世の中で考えられている以上に、文書が重視されているとあってよいと思う。裁判所が文書を極めて重視している現実には踏まえねばならない。

文書といえば私文書についての「二段の推定論」である。

この「二段の推定論」についても、事実認定に困ったら「二段の推定論」に沿って肅々と事実認定する、というのは裁判所の通常の方法である。この「二段の推定論」は、経験則に基づくものだとされているが、「事実認定に困ったら『二段の推定論』」と直ちに言ってよいのかという思いはある。しかし、この点についても裁判実務が大きく拠って立つ以上きちんと押さえなくてはならない。

他方、「二段の推定論」が崩れる場合はどういう場合かをきちんと押さえさせ、実務に就いたときに適切に対処できるように受講者に検討させておかなければならないと考える。

19 文書提出命令の使用頻度は、他の証拠収集方法と比較すると極めて低い。

しかし、いったん文書提出命令が用いられると、そこには憲法論にもいたるダイナミックな権力構造や利害状況についての考察が必要となる。

他の証拠収集手続・方法がそれなりに整っている原状、また裁判手続への世間の敬意からすると、実務上「文書提出命令」が用いられる頻度は、それほど多いわけではない。しかし「文書提出命令」は、どうしても証拠が収集できない場合の最後の手段として、正確な理解が必要な分野である。

文書提出命令については、その要件論と、文書不提出の効果を定めた法224条の理解が重要である。特に同条1および2項と、同条3項の違いの正確な理解が必要である。

またインカメラ方式という独特の手続も含めた手続の理解も不可欠である。

さらに、文書提出命令が司法権と他の国家権力や地方自治権との衝突・調

整の問題でもあること、また、私人の営業上の秘密など経済活動の自由や表現の自由等の問題でもあることなど、憲法論にもいたる、ダイナミックな権力構造や利害状況についての考察が必要となることにも受講者の思考を至らせる必要があると考える。

20 訴訟行為の性質論が実務における解釈論に果たす意味。

訴訟行為論（のうちの特に形成権の訴訟上の行使についての論点）や請求の放棄・認諾、訴訟上の和解についての各論点を論ずるにあたって各教科書に触れられるのが「訴訟行為の性質論」である。「訴訟行為の性質論」の意義を否定するものではないが、具体的な問題解決においては、結論を左右するものにはなっていない。受講者には、具体的な問題解決においては、この性質論が結論を左右するものにはなっていないことは、早い段階で伝えるべきと考える。

21 「手続保障論」において、事案の具体的分析が必要なことについて。

民事訴訟において生じるさまざまな拘束力を正当化する根拠として、その拘束力に拘束または影響を受ける主体において「手続保障」があったことが挙げられる。そして手続保障があった、手続保障が他において代替されていた場合において、その拘束力を及ぼすことが正当化されるとされる。

しかしこれだけだと受講者は、「手続保障が尽くされていた」とか「手続保障が代替されていた」と簡単に片付けてしまいかねない。将来の実務において解決すべき具体的問題に遭遇した場合に適切に対処できるようにするためには、利害関係者の利害状況を踏まえた具体的な「手続保障」を考えられるようにしておかなければならない。事例によっては、「手続保障が尽くされていた」「手続保障が代替されていた」ということで正当化されるのではなく、そもそも「手続保障の必要がない」という場面もあろう。

この点の学修としては、既判力の主観的範囲の論点である、法115条1項2号の訴訟担当の場合の利益帰属主体に、債権者代位訴訟の債務者が該当するのかという問題において受講者に検討させることが効果的と考える。債権者代位訴訟においては、実体法である民法423条の解釈論にまで踏み込んだ精緻な検討をさせることができる。

22 複数請求訴訟論と多数当事者訴訟論における、要件、効果、手続の条文の理解と、立法論との距離感を理解すること。

複数請求訴訟論と多数当事者訴訟論においては、各条文に定められている要件、効果、手続の正確な理解を最優先に学修させるべきである。

その後、解釈論の研究成果を学修させるべきである。

また解釈論の研究成果が解釈論なのか立法論にまで及んでいるのか、つまり条文からの「距離感」を受講者に伝えなくてはならないと考える。

法曹実務家としてまず獲得しなければならないのは、正確な条文の理解と法解釈のスキルである。

ただしこの分野の解釈論の研究成果に示されている、各論点の問題の所在はおろそかにしてはならないのは当然である。

また、この分野においては、裁判所の訴訟指揮（「弁論の併合」を含めて）に対してどの程度の信頼をおくのが、背後にある問題の所在であることが多い。この点も受講者に伝えなくてはならないと考える。

23 複数請求訴訟と多数当事者訴訟に関する各制度の実務における需要の多寡を考慮した授業の組み立てが必要であることについて。

法曹実務養成が目的である以上、当該民事訴訟法上の制度の実務における需要の多寡を踏まえての教育が必要であると考え。特に複数請求訴訟と多数当事者訴訟の分野においては、研究成果の蓄積の多寡が授業時間の多寡

となってしまう傾向があることから、意識的に、実務における需要の多寡を念頭において、需要の多い制度に関するものは、それだけ優先的に、また実務での具体的用いられ方に踏み込んだ考察、検討を受講者に行わせる必要がある。

このことは、論理的な体系を無視しての授業を行うことを意味するのではない。体系を無視すれば、単なる知識の「切り売り」となってしまい、実務についても使いこなすことができなくなってしまう。

例えば、複数請求の後発的形形成については、「訴えの変更」をまず取り上げ、その後に「反訴」につき時間をかけ授業すべきであろう。そうすると「中間確認の訴え」は、「訴えの変更」と「中間確認の訴え」との比較で最後に授業すべきであろう。

また、多数当事者訴訟についていえば、全体像を鳥瞰した後に、「通常共同訴訟」を重点的に取り上げ、その後「必要的共同訴訟」を「通常共同訴訟」と比較検討させるべきであろう。また、「訴訟告知」と「参加的効力」は研究の成果の蓄積がまだない分野ではあるものの、実務での制度利用の頻度の多さからいって基本構造をていねいに授業すべきであろう。ここで「訴訟告知」をとりあげるとすると、体系上前提となる「補助参加」も当然に重点項目となることはいうまでもない。

逆に「独立当事者参加」については、研究成果の蓄積は多いものの、実務の需要からすれば、時間を配分しすぎて他の制度の学修が手薄になることは避けねばならないだろう。ただし「債権者代位訴訟」と関連するところは別異である（後述）。

ちなみに、他の分野についても言及すれば、「準備的口頭弁論」「弁論準備手続」「書面による準備手続」については、全体を概観したあと「弁論準備手続」をまず重点的に授業し、そのあと「書面による準備手続」「準備的口頭弁論」の順で比較しながら検討する授業がよいと考える。

当事者の意思による訴訟の終了の分野では、「請求の放棄・認諾」および「訴訟上の和解」に比して「訴えの取下げ」がおろそかになることがないよ

う時間配分に配慮する必要があるだろう。

24 複数請求訴訟と多数当事者訴訟における訴訟資料（広義）の利用論。

複数請求訴訟と多数当事者訴訟においては、他の請求や他の当事者の手続の訴訟資料が利用できるかについての観点がかつとも必要な観点であると考ええる。訴訟資料が利用できなければ、別の手続で構わないからである。むしろ複雑化を防ぐためには別の手続の方がよいともいえるのである。

具体的には「複数請求訴訟または多数当事者訴訟の後発的形成」の分野においては、従前の訴訟資料が後発的形成の後の手続において利用できるかが最大の問題の所在であるといってよいと、私としては考えている。

なお、「通常共同訴訟」の「主張共通」や「証拠共通」の論点の本質は、実は、他の共同訴訟人においても訴訟資料の利用ができるかにあるものと私は考えている。

25 通常共同訴訟における共同訴訟人独立の原則と裁判所の自由心証主義論による「主張共通」「証拠共通」についての解釈論の展開、それと、弁論主義と自由心証主義論による原告・被告間の「主張共通」「証拠共通」論との対比の意味（民事訴訟の全体構造の理解に不可欠な論点）。

「主張共通」「証拠共通」の概念は、共同訴訟人間における場合と原告・被告間の場合とで用いられている。同じチームで語られているが、両場面は局面が違し問題の所在が異なる。そこに混同が生じないように受講者に正確に理解させるようにしなければならない。

他方通常共同訴訟における共同訴訟人独立の原則、その場合の裁判所の自由心証主義論、それと原告・被告間の弁論主義、その場合の裁判所の自由心証主義論を同時に整理することは、民事訴訟の全体構造の理解にとっても有益である。

これらを意識して授業を行う必要がある。

- 26 民事訴訟は、手続保障が確保されていることを前提とした自己責任の原則を基礎にするものの、民事訴訟法には、「二度負け」回避の制度が置かれている。しかしその制度にも限界がある。

私は、民事訴訟においてもその目的は、実体的真実の探求であると考える。

しかし、その「真実」は、弁論主義等の諸原則にのっとり、さらに法定の証拠調べ手続で取り調べられ、さらに証拠法則にのっとり認定されるものである。その真実はかならずしも「神の眼でみた」真実でない可能性もある。しかし当事者には、手続保障が確保されているのだから、「神の眼でみた」真実でないとしても手続保障による自己責任の原則が働き、その「真実」が正当なものとして通用していくことになる。誤解を恐れずに民事訴訟とは、との問いに対する答えを述べるとすればこうなる。

けれども、実体法上両立することがあり得ない「両負け」の結論を当事者に強いるのは、あまりにも不条理である。そこで、民事訴訟法もこの「両負け」を防ぐ制度を備えている。具体的には、「補助参加」「訴訟告知」による「参加的効力」や「同時審判共同訴訟」である。ただし「二度負け」回避といっても、例えば「同時審判共同訴訟」についていえば、通常共同訴訟であることからの共同訴訟人独立の原則により第一審判決が部分的に確定してしまうと控訴審では「二度負け」の危険がある。

以上の民事訴訟の根本的な構造と「二度負け」回避の制度的保障、さらに「二度負け」回避の制度の限界を受講者に実感させる必要がある。

- 27 債権者代位訴訟の意味（実務で用いる機会がそれほど多くないにも関わらず重要であることの意味）。

「債権者代位訴訟」を実務で用いる機会はそれほど多くない。しかし、

「債権者代位訴訟」の分野は、既判力（債務者や他の債権者に対する既判力の拡張の問題）、既判力に関連しての二重起訴禁止の問題、実体法上の債権の存否や保全の必要性との関連も含めた当事者資格の問題、独立当事者参加、それと実体法としての民法423条の解釈論等多数の問題があるため教材ともしやすく、またそれゆえにそれぞれの制度や条項についての理解、さらにはそれぞれ相互の関係の理解を試すための問題も作りやすい分野である。

そのような意味で「債権者代位訴訟」の分野は重要である。

28 控訴理由書の重要性について（原審の判決をピラミッド構造及び事実認定の構造に位置づけて検討した上で、ピラミッド構造を意識した、控訴裁判所裁判官にわかりやすい控訴理由書の作成の必要性）。

控訴理由書の重要性は、全く実務の観点から、しかも弁護士立場で受講者に伝えるべきものとして述べることからである。

裁判官として起案する判決書、当事者として起案する訴状、答弁書、準備書面等の書面を、それを用いることになる関係者のためにわかり易く簡潔に書くことの重要性は当たり前のことであり、あえて述べることではないだろう。法科大学院教育においても文書作成能力を涵養していかななくてはならない。

ここでは当たり前のことから中でも、控訴理由書は弁護士にとってその起案能力が問われる。

控訴裁判所裁判官は、当該事件について全く情報を有しない状況にあること、控訴人代理人としての弁護士は、通常その事件についての情報を有していることから控訴裁判所裁判官との間に情報の偏りがあること、裁判官との情報の偏りがあるにも関わらず情報の偏りがあることを控訴代理人は忘れがちであることが考慮されねばならない。

また、控訴裁判所裁判官はその立場上原審の判決内容、手続の進行状況、双方当事者の原審での訴訟行為等を冷徹にみている。

さらに控訴審は、事実審の最終審であるから、理論上は控訴審が事実認定に関して争う最後の機会になる。また事実審であるから、控訴理由書において事実認定、証拠について広く目配りしなければならないということも当然のことである。

そして、原審裁判所の考え方と相手方当事者の考え方の両方に対応した論述が求められる。

また法曹としての「共通言語」ともいえる、民事訴訟のピラミッド構造を意識した組み立てをしたものでなくてはならない。

その審級において個別の論点についてその都度提出する準備書面とは違って、全体を網羅した、また、控訴裁判所裁判官が事件全体を鳥瞰できるものでなくてはならない。

最後になるが、弁護士にとって上告の頻度は多いものではないが、控訴は一定の頻度で必ず行わなければならないのが実際である。

以上より「控訴理由書」の起案能力はかなりのものが求められることを受講者に伝えなければならない。

弁護士の民事実務における起案能力としては、「控訴理由書」のそれは一つの到達点となるのではないかと考えている。「控訴理由書」を適切に起案できるように、原理原則や各制度、事実認定論それにピラミッド構造等を教育しなければならないということである。

原告代理人としての「訴状」、被告代理人としての「答弁書」、裁判官としての「判決書」の書き方についての指導は、司法研修所でも精緻になされているが、「控訴理由書」についての精緻な指導はなされているわけではない。「控訴理由書」の書き方についての指導法につき今後検討が必要と考えている。

29 原審が通常共同訴訟の場合の控訴及び控訴審の審理についての留意点および配慮。

原審が通常共同訴訟の場合に共同訴訟人独立の原則が働くことによって生ずる控訴審における困難さを、受講者に実感させる必要がある。このことは「二度負け」防止のための「同時審判共同訴訟」の「二度負け」防止効果の限界に関連することであるが、あらためてここで通常共同訴訟の場合の控訴及び控訴審の審理についての留意点および配慮として述べる。

例えば、甲が、乙と丙を共同被告とする通常共同訴訟として訴え提起した事例において、判決に対して乙のみ控訴した場合である。

共同訴訟人独立の原則によって、甲丙間の手続は、控訴審に移審することはなくそのままであれば、確定してしまう。甲乙間の控訴審の審理状況によっては、丙に対しての請求についても再度審理してもらいたいと考えられる状況が生まれることがよくある。「同時審判共同訴訟」の対象事件だけでなく他の通常共同訴訟事件でも共同被告それぞれに対する請求は関連することが普通なのだから、控訴審における一方当事者との手続の状況によっては、もう一方との問題についても再検討してもらいたくなるのは普通のことといってもよい。しかし、一方当事者との手続は確定しているのでいかんともしがたい。そうであれば、甲としては丙を相手方としての控訴をしておけばよかったということになりそうであるが、控訴の利益がないとすればそれもできないし、仮に控訴の利益があったとしても原審判決内容から控訴の必要なしと判断している場合も多いであろう。そうすると丙を相手に控訴しておけばよかったのではないかとはいえないのである。

以上のような状況になることを受講者に理解させる必要がある。

逆にいえばここで述べた事例を教材にすることによって「通常共同訴訟の共同訴訟人独立の原則」、控訴提起による「確定遮断」や「移審効」について受講者に実感してもらえるということでもある。

30 実務家にとって不可欠な「行為規範と評価規範」論（ただし、悪しき「事情判決」に陥らないための戒めは必要）。

「行為規範と評価規範」論というすぐれた研究成果がある。

「行為規範とは、これからある行為をすべきかどうか、どのようにすべきかを考えるときに働く基準をいい、評価規範とは、すでになされた行為や手続を振り返ってこれにどのような効力を与えるか、また法的評価を加えるかというときに働く基準をいう。～中略～ 訴訟法規が評価規範として働くときには、それが行為規範として機能とするときにはそれほど重視されなかった手続の安定性という考慮が強く働くことになり、評価規範として働く訴訟法規は、行為規範としてのそれから分離する可能性をもつことになる。～中略～ 訴訟法規の解釈論なり立法論を考えるときには、行為規範のレベルでの議論か評価規範でのレベルかを自覚的に分離し、考慮すべき因子の取捨選択を行う必要のある場合が少なくない。」(新堂幸司「新民事訴訟法」(第5版 59頁～60頁)。

私も全く同感であり、法曹実務家として法律現象のいかなる場面をみるについても、常にわきまえなくてはならないこととと思っているし、受講者に伝えなければならないことがらである。

ただし、悪しき「事情判決」に陥らないための戒めは必要であるし、「正義」はどこにいったのか、という事態にならないようにしなければならない。

31 民事訴訟手続における法の適用の平等性と、法の予測可能性。

民事訴訟手続に関する法も法である以上、法の適用の平等性と、法の予測可能性が確保されなければならないし、その平等性と予測可能性は、当該事件を越えたものになることも念頭におかれなければならない。当該事件についての関係者の利害状況を踏まえた具体的妥当性の追及とともに達成しなければならないものである。

しかし平等性・予測可能性と具体的妥当性が両立しがたいのも事実である。しかし法曹実務家として常にこの緊張感の中に身を置くことになることを受

講者に伝えていかなければならない。

32 法曹倫理と弁論主義・真実義務。

「当事者は、不真実であると思っている事実を訴訟において主張してはならない。また、真実に合致していると思っている相手方の主張を争ってはならない。」という義務を真実義務というとされる。

この真実義務と、事実と証拠の収集・提出を当事者の権限かつ責任とする弁論主義とはどういう関係にあるのか、この問いについて一致した考え方があられるわけではない。

真実義務違反となるか否かは、同時に法曹倫理の問題である。

真実義務違反となる一線はどこにあるか、明快に答えが出るものではない。

この問題については、弁護士として一生背負う問題であることも伝えなければならぬ。

33 「相殺」と「保証」についての縦断した学修の必要性。

- ・相殺における二つの要素（①経済的出えん ②既判力）。
- ・「保証」の問題が実務で高頻度にあらわれることと、講学上の事例として頻繁に取り上げられていること。

この2つの項目については、民事訴訟法のテキストに記載され、また、事例としてとりあげられているすべてのものを拾い上げて、通して学修するよう指導すべきである。

- 「相殺」に関する論点については、問題の所在としてあらわれる二つの要素（①経済的出えん ②既判力）を具体的に学修するよう求めなければならない。

「相殺」は、民事訴訟法の原理・原則の例外としてあらわれるものであるが、相殺について拾いあげ検討を進めることによって原理・原則そのも

の理解が進むことになる。

「相殺」が論点としてあらわれるのは、次の場面である。

- ・相殺の抗弁については判決理由中の判断であるが既判力が生じること
 - ・相殺の抗弁の提出が二重起訴禁止に触れるか
 - ・当事者が付した相殺の抗弁の審理の順序に裁判所は拘束されるか
 - ・相殺について訴訟行為としての意味を失ったときに（訴えの取り下げ、訴え却下、時機に遅れた攻撃防御方法として却下、撤回）私法上の効果は残るか
 - ・基準時以前に相殺適状にあったにもかかわらず相殺の意思表示をしなかった場合に、後に相殺することは前訴の既判力によって遮断されるか
 - ・相殺の抗弁が容れられての請求棄却判決に対して被告は控訴できるか
- 「保証」の問題が実務で高頻度にあらわれることと、講学上の事例として頻繁に取り上げられていることから「保証」については、縦断的に学修するよう促すべきである。

「保証」については、必ずしも「相殺」のような論理的なつながりとして縦断的学修を促すわけではない。確かに、理論上の問題として実体法上の附従性や求償の問題が必ず生ずることから民事訴訟法上も重要な論点とはなる。しかしこのことだけをもって縦断的学修を促すわけではない。むしろ実社会での利用の多さ、しかも深刻な問題をひきおこしていることから、実務では頻繁に取り扱うことになり、それゆえ講学上の事案としても蓄積があるので、縦断的に学修することが有益であると考えられる。

「保証」という共通の法律概念を題材にして民事訴訟法上の制度や原理・原則を学修することで効率的学修に資するし、そのスキルは、実務についた際にも「保証」事例によって縦断的に学修しておけば効率的に取り出せると考える。

具体的には、共同訴訟の成立、通常共同訴訟における主張共通・証拠共通など通常共同訴訟についての各論点、補助参加・訴訟告知・参加的効力、その他判決効についての論点などで保証の事例を用いて考察することであ

る。

34 定義学修の意味とその重要性について。

民事訴訟法等裁判手続法に関しては、日常生活には用いない概念が多数あり、かつその概念が端的な単語（ターム）に表されている。さらに、手続法分野は、実体法分野に比してもそのタームの数が極めて多い。裁判手続がテクニカルな分野であることからある意味当然なことである。

法曹実務家としては、このタームを正確に理解するとともに、使いこなすためには、暗記する必要がある。これらタームが「業界用語」つまり「業界」の「共通言語」といえる以上法曹界の「業界人」となるためには、この理解と暗記は必須である。法曹同士つまり「業界人」同士で情報を正確に、しかも短時間で交換していかなければならないことからすると言わずもがなである。

ところで、これらタームの定義については、裁判所が用いているものに対して、学説からの問題提起がなされ、その結果研究成果として、裁判所が用いている定義とはことなる定義が提起されている（例えば「主要事実」）。

このように裁判所が用いている定義と異なる学説によるものがある場合に、どの定義を教育暗記させるべきか。

この点については、法曹実務、特に裁判手続が裁判所において行われている以上、裁判所が用いている定義によるべきであり、裁判所による定義を教育しなければならないし暗記させなければならない。ただ、このことは研究成果をないがしろにしてよいことを意味するものではない。裁判所の用いる定義では、どこに問題があり、だから研究成果としてあらたな定義がどのような経緯で提唱されるにいたったかを理解させるようにしなければならないし、裁判所の用いている考え方について、受講者が常に問題意識をもてるようにしなければならない。

以 上

参考資料

民事訴訟法 講義案 その1

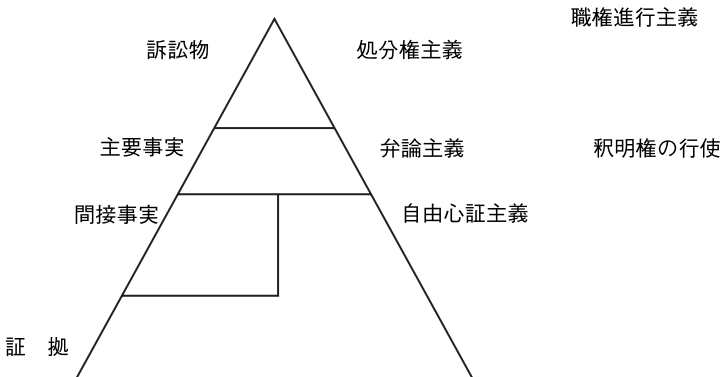
熱 田 雅 夫

第1 民事訴訟の立体構造（ピラミッド構造）とそれに対応する原理・原則
や概念

1 民事訴訟の立体構造（ピラミッド構造）

(1) 民事訴訟の構造は、ピラミッド様の立体構造物にたとえられます。

具体的には、訴訟物を頂点として、それを成り立たせる主要事実、その主要事実を推認させる間接事実、さらには、主要事実または間接事実を証明する証拠、がピラミッド様の立体構造をなしていると説明されるのです。



(主張責任、証明責任をどう位置づけるか?)

訴訟物、主要事実、間接事実、それと補助事実、それぞれ次のように定義づけられます。

訴訟物★：（訴訟上の請求における権利主張の中身となっている）特定の
実体法上の権利または法律関係

主要事実★：権利の発生・変更・消滅という法律効果の判断に直接必要

な事実

間接事実★：主要事実の存否を推認するのに役立つ事実

補助事実★：証拠の証明力に影響を与える事実

上記の定義は、いずれも実務において通用している定義です。

また、上記の「訴訟物」の定義は、いわゆる「旧訴訟物理論」を前提として
います。

なお、訴訟物と主要事実の間に、「法的観点」「法的評価」が入ると説明さ
れる場合もあります。

（２）上記の「ピラミッド構造」の図に出てくる概念は、いずれも民事訴訟
法の基本概念であり、民事訴訟法は、これらの概念のもとに組み立てられて
います。ですから、民事訴訟法の膨大な内容を整理して理解し、使いこなせ
るようになるには、まず、上記の概念の内容と「ピラミッド構造」をきちんと
理解することがとても大事です。

実務でもこの「ピラミッド構造」を念頭においてものを考えます。

民事訴訟法の各部分を学ぶ際にも、常にこの「ピラミッド構造」を頭にお
いて、今、問題としている事項は、このピラミッド構造のどの部分とどう関
わるか、を意識しながら、勉強してほしいと思います。

２ 訴訟物、主要事実、間接事実、補助事実に対応する指導原理と原則

（１）訴訟物、主要事実、間接事実、補助事実に関しては、それぞれに対応
する指導原理や原則をおさえておく必要があります。

訴訟物・・・・・・・・処分権主義

主要事実・・・・・・・・弁論主義

間接事実・・・・・・・・自由心証主義（ただし後述のとおり注意を要する）

補助事実・・・・・・・・自由心証主義（同上）

という具合です。

それぞれの指導原理や原則の内容は次のとおりです。

処分権主義★：訴訟の開始・訴訟物の特定・訴訟の終了を当事者の権能

とする建前

弁論主義★：訴訟資料の収集提出は当事者の権限かつ責任とされる建前

弁論主義の3つのテーゼ

第1則 裁判所は、当事者が主張しない事実を判決の基礎としては
ならない。

第2則 裁判所は、当事者間に争いのない事実そのまま判決の基
礎としなければならない。(自白の拘束力)

第3則 裁判所が、当事者間に争いのある事実について証拠によっ
て認定するさいには、当事者の申し出た証拠によらなければ
ならない。(職権証拠調べの禁止)

自由心証主義★：判決の基礎となる事実の認定に当たって、裁判官は、
証拠方法の範囲、証拠価値の評価、経験則の適用に関
して法律上何らの制約を受けることなく自由に判断で
きるとする建前

(2) ところで、上記では、間接事実、補助事実の指導原理または原則が
「自由心証主義」であるとしましたが、この説明は実は一般的ではありません。
自由心証主義は専ら、証拠や証明に関する原則として説明されています。

しかし、

- ① 間接事実または補助事実にも弁論主義が妥当とするならば、つまり、
間接事実または補助事実についても、当事者が主張しない以上判決の基礎
にできないとするならば、裁判所的事实認定が不自然になり適正な裁判が
できない、つまり適正な裁判を可能とするための自由心証主義の考え方に
反することになってしまう、(したがって、間接事実または補助事実には
弁論主義が妥当しない)と説明されていること
- ② 間接事実や補助事実は、構造上、主要事実を推認させ、主要事実の認定
を支えるものと位置づけられるので証拠と同じように考えられる、と説明
されること

から、私は、間接事実、補助事実に関しては、自由心証主義の考え方のもと

にある、少なくとも、自由心証主義との対応関係があると考えています。

ただ、一般的には、間接事実、補助事実の指導原理または原則が「自由心証主義」であるとの説明はなされておらず、この点は、私独自の理解の仕方、説明の仕方です。

したがって答案にこのまま、間接事実、補助事実は自由心証主義のもとにあると書くと間違いとされることも考えられますので、気をつけて下さい。

3 証明責任、主張責任

(1) 証明責任、主張責任の位置づけ

証明責任、主張責任については、この「ピラミッド構造」のどこか特定の場所に位置づけられるものではありません。

しかし、証明責任、主張責任はいずれも、この「ピラミッド構造」において示した各概念や原理・原則と密接不可分に関わるものであり、事実上、当事者や裁判所の行為を促したり強制したりする機能があることから、この民事訴訟の「ピラミッド構造」とともにおさえる必要があると考えます。

証明責任、主張責任の概念の内容や必要性は以下のとおりです。

証明責任★：ある主要事実が真偽不明である場合に、その事実を要件とする自己に有利な法律効果が認められない一方当事者の不利益ないし危険

この概念は、真偽不明の場合にも裁判を可能とし、裁判所による裁判拒否を防ぎ、国民の裁判を受ける権利に応えるために必要であると説明されます。

真偽不明は、弁論主義のみならず職権探知主義、即ち、訴訟資料の探索収集を当事者のみならず裁判所の職責でもあるとする考え方にに基づく手続においてもあり得ます。したがって、証明責任の概念は、職権探知主義のもとにおいても必要です。

主張責任★：ある主要事実が主張されない場合に、その事実を要件とする自己に有利な法律効果が認められない一方当事者の不利益ないし危険

この概念は、弁論主義のもとでのみ必要とされる概念です。

弁論主義のもとで、主要事実の提出の責任と権限が当事者にあるとされ、当該主要事実が当事者によって提出されないならば、その主要事実、訴訟資料とはならない、つまり判決の基礎とはできないこととなります。そうすると、その主要事実が提出されなかった場合には、いずれの当事者がその主要事実不提出の不利益を被るか、を定めておく必要がある、つまり主張責任の概念を定めておく必要があるのです。

一方、職権探知主義では、訴訟資料の探索収集は当事者だけではなく裁判所の職責でもあるので、理論上、主張責任の概念は必要ないといえます。

(2) 証明責任の分配の基準とその意義

証明責任の分配基準は、実務では法律要件分類説、即ち、実体法規に定める要件を基準として各当事者が自己に有利な法律効果の発生を定める法規の要件事実について証明責任を負うとする考え方、によるとされます。そして、主張責任の分配基準も、証明責任の分配基準に一致するとされます。

弁論主義のもとでは、主張責任を負担する側の当事者は、当該主要事実を主張しないと、当該主要事実主張されなかったものと扱われ、その主要事実を要件事実とする法律効果が認められなくなるという不利益を受けることになることから（裁判所は当事者が主張しない限り認定できないし、相手方がわざわざ自己に不利になる事実を主張することは通常は考えられないので）、事実上その主要事実を主張することが強制されることとなります。このことを「主観的主張責任」と呼ぶことがあります。

また、弁論主義のもとでは、証明責任を負担する側の当事者は、主要事実の主張を強制されるだけでなく、主要事実を証明する証拠の収集・提出を強制されることとなります。なぜなら、当該主要事実の証明ができなかった場合には、その主要事実が認定されないという不利益を被ることから（原則として職権証拠調べはできないし、相手方がわざわざ自己に不利になる証拠を提出することは通常は考えられないので）、その主要事実の立証のための活動を強制されることになるからです。このことを「主観的証明責任」と呼ぶ

ことがあります。

4 請求の認諾・放棄、権利自白、裁判上の自白

（1）請求の認諾・放棄、権利自白、裁判上の自白の位置づけ

請求の認諾・放棄、権利自白、裁判上の自白の各概念もこの「ピラミッド構造」の中でおさえておく必要があります。

まず各概念は、以下のとおりです。

請求の認諾★：請求を認めてこれを争わない旨の、期日における、被告の意思表示

請求の放棄★：請求の理由のないことを認めてこれを争わない旨の、期日における、原告の意思表示

権利自白★：訴訟物たる権利関係の前提となる先決的な権利・法律関係についての自白（拘束力を認めることの可否の論点についての概念）

裁判上の自白★：①口頭弁論または弁論準備手続においてなされた、②相手方の主張する、③自己に不利益な事実を認めて争わない旨の陳述

請求の認諾・放棄は、「ピラミッド構造」の頂点にある、訴訟物に関するものです。

権利自白は、訴訟物と主要事実の間に入るとされる「法的観点」「法的評価」に関するものとされることとなります。

裁判上の自白の拘束力は、実務では、主要事実に関するものに限定されま（以下の（2））。

（2）間接事実や補助事実に自白の拘束力が生じるか

間接事実や補助事実に自白の拘束力が生じるか、という論点があります。

自白の拘束力というのは、いわゆる弁論主義の第2テーゼに関することであるとされることから、この論点では、間接事実や補助事実に自白の拘束力が生じるかという問題提起がなされることとなります。

この点、実務では、弁論主義は、主要事実のみに妥当し、間接事実や補助事実には妥当しないとされることから、裁判上の自白の拘束力は、主要事実のみ働き、間接事実や補助事実には働かないとされるのです。

ところで、上記では、間接事実や補助事実には弁論主義が妥当しない理由として、自由心証主義の考え方に反するからだとしてしましたが（上記第1、2（2））、この場面でも同様のことが言えます。

つまり、間接事実や補助事実にも裁判上の自白が成立して自白の拘束力があるとすると、間接事実や補助事実についての一方当事者の主張を他方当事者が争わない場合、裁判所は、間接事実や補助事実についての一方当事者の主張をそのまま裁判の前提としなくてはならず、認定が不自然となり、その結果、適正な裁判が実現できなくなってしまうと考えるのです。

第2 民事訴訟の基礎的諸概念のピラミッド構造における位置づけ及び関連事項

ではさらに、民事訴訟法における基礎的な諸概念を、ピラミッド構造における位置づけを念頭に置いて、みていきます。

その上で、ピラミッド構造に関連することがら、ピラミッド構造と関連付けて理解すべきことがらについて説明します。

1 訴訟物

裁判所は、訴訟物理論についてはいわゆる「旧訴訟物理論」をとり、訴訟物について、「(訴訟上の請求における権利主張の中身となっている) 特定の実体法上の権利または法律関係」と定義づけます。

そして旧訴訟物理論をとる理由として、明確性をあげるとともに、「新訴訟物理論」をとると当事者が多数の主張をすることになり、結果、訴訟手続が混乱し、訴訟遅延を招くことになる、ことを挙げます。

すなわち、新訴訟物理論では、給付の訴えでは訴訟物を「相手から一定の給付を求める法律上の地位」ととらえ、形成の訴えにおいては訴訟物を「裁判による一定の形成を求めうる法的地位」ととらえるので、当該訴訟の確定

判決の既判力の及ぶ範囲が広くなることから、当事者は後訴で争えなくなることをおそれて多数の主張をすることになり、結果、訴訟遅延を招くというのです。

2 主要事実、間接事実

実務での主要事実、間接事実の定義は既に説明したとおりです。

ただ、定義が定めてあるからといって実務において、全てを、これは主要事実、これは間接事実、と簡単に振り分けられる、というわけではありません。

例えば、「過失」「正当事由」といった規範的概念については、これを主要事実ではなく法的評価とする考え方と、主要事実とする考え方があります。

これらの規範的概念を、法的評価と考えるならば、主要事実は、それぞれの具体的な事実になりますし、一方、これらの規範的概念を主要事実と考えるならば、具体的な事実は、間接事実になります。

私の実務の経験からすると、例えば、交通事故による損害賠償請求訴訟において、「過失」を法的評価とするならば、一般人を基準とした予見可能性及び結果回避可能性に関する具体的事実を、主要事実（評価根拠事実または評価障害事実）ととらえることになるのではないかと、私としては考えています。

一方、「過失」を主要事実とするならば、一般人を基準とした予見可能性及び結果回避可能性に関する具体的事実は、間接事実ととらえることになります。

「ピラミッド構造」との関係では、この程度おさえておけばよいでしょう。

3 証明責任

上記第1、3で述べたとおりです。

4 実体法規の規定の働き方と現在の権利の存否の判定

「ピラミッド構造」との関係では、権利根拠規定、権利障害規定、権利消滅規定、権利阻止規定についてもおさえておく必要があります。それぞれ以下の内容となっています。

権利根拠規定★：権利関係の発生要件を規定する法規

(例 売買契約の成立 (民法555条))

権利障害規定★：権利根拠規定、権利障害規定及び権利消滅規定に基づく効果の発生を当初から抑止・障害する要件を規定する法規

(例 錯誤 (民法95条)、錯誤に対する重過失 (民法95条ただし書) など)

権利消滅規定★：発生した権利関係の消滅要件を規定する法規

(例 消滅時効 (民166条以下)、免除 (民法519条) など)

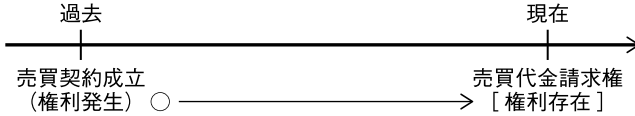
権利阻止規定★：権利根拠規定に基づいて発生した権利の行使を阻止する要件を規定する法規

(例 留置権 (民295条)、同時履行の抗弁権 (民法533条) など)

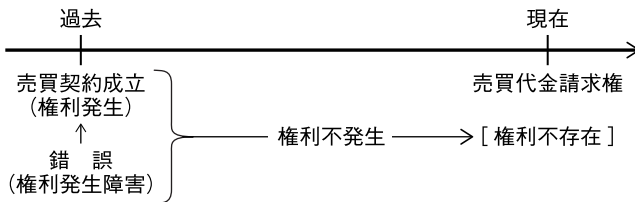
これらの規定の各事実、すなわち要件事実が「ピラミッド構造」の主要事実に該当することになります(「要件事実」と「主要事実」が同じか違うかという議論がありますが、実務では同じものとして扱われています)。

〈実体法規の規定の働き方と現在の権利の存否の判定〉

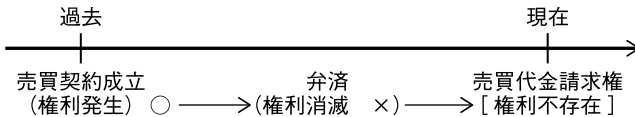
I 過去のある時点で、ある権利の発生原因事実が存在したと認められれば、その時点で権利が発生したものとして扱う。



II ただし、権利発生時点において、その権利の発生障害事実が存在したと認められれば、その権利は発生しなかったものとして扱う。



III 過去にいったん発生した権利は、その後現在までの間に、その権利の消滅原因事実が存在したと認められれば、その時点で当該権利は消滅し、現存しないものとして扱う。



民事訴訟法講義案（再訂補訂版）裁判所職員総合研修所監修 P236

5 口頭弁論における当事者の行為

(1) 請求原因事実、抗弁事実、再抗弁事実等々の主張

「ピラミッド構造」との関係では、請求原因事実、抗弁事実、再抗弁事実等々についてもおさえる必要があります。それぞれ以下のように定義づけられます。

請求原因事実★：原告の請求を理由づける事実で、原告が証明責任を負う事実

抗弁事実★：請求原因の効果発生を障害・消滅・阻止する法律効果を定

める法規の要件に該当する事実で、被告が証明責任を負う
事実

再抗弁事実★：抗弁事実による法律効果の発生を障害・消滅・阻止する
法律効果を定める法規の要件に該当する事実で、原告が
証明責任を負う事実

・
・

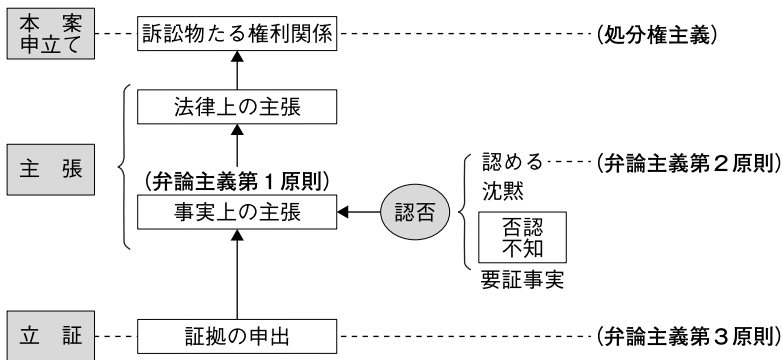
これらの概念は、いずれも、主要事実に関するものです。

これら「請求原因事実」「抗弁事実」「再抗弁事実」……が、口頭弁
論期日または、弁論準備手続の期日に当事者から主張されることになります。
そして、これら事実の主張が口頭弁論の当事者の行為の中核をなします。

(2) 口頭弁論における当事者の行為をピラミッド構造に位置づけるとどう
なるか

テキストでは、以下のように図示されています。テキストは、「階層的構
造」と表現しています。この「講義案」での「ピラミッド構造」と同趣旨と
考えてよいでしょう。

〈階層的構造〉



（3）否認と抗弁

口頭弁論における当事者の行為としては、さらに否認という概念が重要です。抗弁と対比して否認の概念は押さえて下さい。いずれも相手方の主張を排斥するための事実上の主張であるものの以下の違いがあります。この違いをしっかりと押さえて下さい。

否認★：相手方が証明責任を負う事実を否定する陳述

抗弁★：自己が証明責任を負う事実の主張

ところで、否認には、単純否認と積極的否認（理由付否認）とがあります。単純否認とは、単に相手方の主張を否定する陳述をいいます。積極的否認（理由付否認）とは、相手方の主張事実と両立しない事情を積極的に述べて（積極的に理由を付して）相手方の主張を否定する陳述をいいます。

積極的否認（理由付否認）は、相手方が主張・証明責任を負っている事実に対する否認の理由を明示するものにすぎないので、否認した者が積極的否認の内容たる事実（つまり理由の部分）についての証明責任を負っていることにはなりません。

積極的否認（理由付否認）の内容たる事実（つまり理由の部分）と抗弁の違いは、このようにどちらが証明責任を負担しているかという観点で説明することができます。

また積極的否認（理由付否認）の内容たる事実（つまり理由の部分）は、相手方の主張事実と両立しないのに対し、抗弁は、相手方が主張・証明責任を負担している事実を認めた上で（その限りで裁判上の自白が成立する。ただし、予備的抗弁、仮定抗弁の場合は認めるわけではない）その事実と両立する事実を主張することになります。つまり積極的否認（理由付否認）の内容たる事実（つまり理由の部分）と抗弁とは、相手方の主張する事実と両立しないか両立するか、によって区別することができることになります。

6 主要事実、実体法規の規定の働き方と現在の権利の存否の判定、請求原因事実および抗弁事実の関係、それらと「要件事実論」（ただし、債

務不存在確認の訴えの場合には注意が必要)

証明責任の、真偽不明であっても裁判を可能とする、という目的からすれば、証明責任は、主要事実についてのみ考えればよいということになります。

つまり主要事実について存否不明の場合に、証明責任の分配基準にしたがって定められた証明責任を負担する当事者が、当該主要事実を要件事実とする法規範において定める法律効果が認められないとすれば、それで裁判ができないこととなる事態は防げるからです。

主要事実についての証明責任がいずれに存するかを見極めるには、その主要事実を要件事実とする実体規定が、権利根拠規定、権利障害規定、権利消滅規定、権利阻止規定のいずれにあたるのかを見極めることによって明らかになってきます（権利根拠規定、権利障害規定、権利消滅規定、権利阻止規定の定義参照）。

そして、その主要事実が権利根拠規定、権利障害規定、権利消滅規定、権利阻止規定のいずれにあたるのか及びいずれの当事者が証明責任を負っているのが明確になることによって、請求原因事実、抗弁事実、再抗弁事実等々の事実が明確になってきます。

ただし、債務不存在確認の訴えの場合には、以上の吟味によっても、請求原因事実、抗弁事実、再抗弁事実等々の事実がなんであるかは明確にならないので注意が必要です。

7 証拠の収集・提出及び証拠調べについての基本原則相互の関係

証拠に関しては、「ピラミッド構造」との関係で、まず、自由心証主義をおさえてください。

自由心証主義★：判決の基礎となる事実の認定に当たって、裁判官は、証拠方法の範囲、証拠価値の評価、経験則の適用に関して法律上何らの制約を受けることなく自由に判断できるとする建前

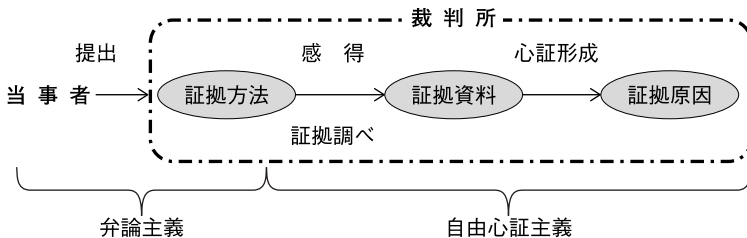
次に、証拠の収集・提出については、弁論主義が妥当します。この点を忘

れないで下さい。

弁論主義★：訴訟資料の収集提出は当事者の権限かつ責任とされる建前
弁論主義の第3テーゼ

第3則 裁判所が、当事者間に争いのある事実について証拠によって認定するさいには、当事者の申し出た証拠によらなければならない。（職権証拠調べの禁止）

証拠に関する弁論主義と自由心証主義の関係を図示すると次のとおりとなります。



民事訴訟法講義案（再訂補訂版）裁判所職員総合研修所監修（司法協会）P179

8 手続の進行についての原則

手続の進行は、職権進行主義が妥当します。

職権進行主義：訴訟手続の進行面に関する権限を裁判所に付与する建前
そして裁判所の訴訟指揮権にしたがって手続が進められていきます。

訴訟指揮権：訴訟が適法にかつ能率的に行われるように監視し、適切な
処置をとるための裁判所（または裁判長）の権限

以上の限りでは、訴訟進行面においては、「ピラミッド構造」との関係
を意識する必要はありません。

しかし弁論主義との関係で、裁判所の訴訟指揮権の一つである積明権を理
解する必要があります。積明権が弁論主義を補充する機能を有するからです。

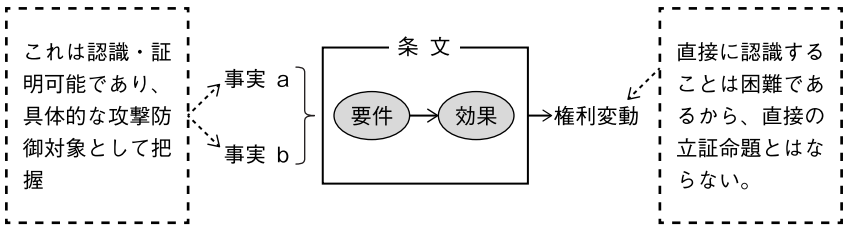
弁論主義と積明権を関連付けて整理する必要があるということから、積明
権についても「ピラミッド構造」とあわせて整理することは有益と考えます。

積明権：訴訟指揮権の一作用として、当事者に対し十分な弁論を尽くさ

せて事件の事実関係や法律関係を明らかにするために働きかける裁判所の権能

9 実体法規の構造と権利判定の仕組み

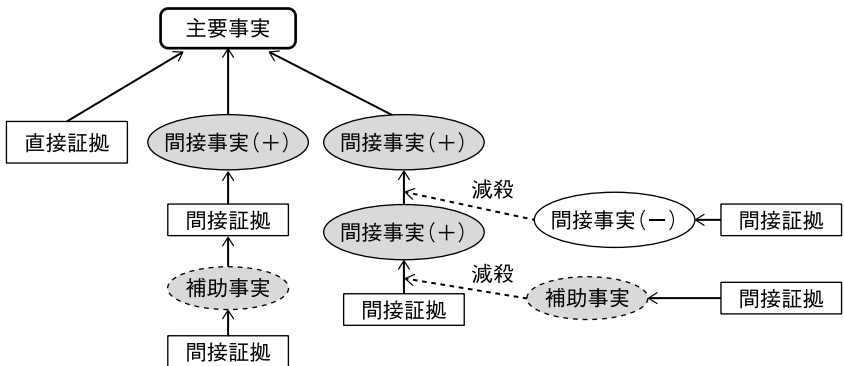
以下の図で示した実体法規の構造と権利判定の仕組みも、ピラミッド構造と関連して理解すべき事柄です。



民事訴訟法講義案（再訂補訂版）裁判所職員総合研修所監修（司法協会）P122

10 ピラミッド構造をさらに精緻なものとして以下のようなものが示されています。

これは、最初に示したピラミッド構造のうち主要事実以下の部分をより詳細にしたものと考えてください。



民事訴訟法講義案（再訂補訂版）裁判所職員総合研修所監修（司法協会）P123

11 「主張共通」と「証拠共通」

「主張共通」と「証拠共通」はピラミッド構造と直ちに結びつくものではありません。しかし、ここまでピラミッド構造において押さえてきた「弁論主義」「自由心証主義」の概念に基いて説明されることから、ピラミッド構造に合わせて押さえて下さい。

（1）「主張共通」

弁論主義は、あくまで裁判所と当事者との間の役割分担であると説明されます。つまりここでの「当事者」は原告か被告かは問われません。裁判所は、原告・被告いずれの当事者が主張した主要事実であっても、判決の基礎にできます。

つまり、主張責任を負わない方の当事者の陳述した事実に含まれていても、当該事実を判決の基礎にして、主張責任を負う方の当事者に有利に（つまり実際に陳述した方には不利に）判決をすることは構わないのです。

このことを「主張共通」といいます（共同訴訟の場合の「共同訴訟人間の主張共通」が認められるかの論点についての場合と区別するために、「原告・被告間の主張共通」ともいいます）。

（2）「証拠共通」

原告・被告間の証拠共通について、自由心証主義から説明されます。

つまり、自由心証主義のもと、裁判所は、その証拠を提出者に有利にも不利にも評価でき、さらに、相手方が証拠調べの結果を援用しなくても、当然に、相手方にとって有利な事実の認定に用いることができる、ということになります。

ところで、証拠共通の原則は弁論主義とは抵触しません。既に述べたように、弁論主義は訴訟資料の収集提出に関する裁判所と当事者の役割分担の原理ですので、当事者間における権能の配分を問題とするものではありません。しかも、すでに証拠が提出された以上、弁論主義に基づく当事者の責任はすでに果たされたのであり、その取調べの結果をどのように事実認定に利用するかという自由心証主義ないし証拠共通の考え方は弁論主義の射程外の問題

ということになります。

(3) 共同訴訟人間の「主張共通」および「証拠共通」との関連

通常共同訴訟の構造における「主張共通」「証拠共通」の概念は、「当事者の複数」のところで学修すべきですが、「原告・被告間の主張共通・証拠共通」に関連して先取りにはなりますがここでふれておきます。

甲を原告とし、乙と丙両名を共同被告とする通常共同訴訟で考えてみましょう。

まず「主張共通」について

共同被告の乙丙間では、共同訴訟人独立の原則が機能するので、「主張共通」とはなりません（「共同訴訟人独立の原則」については、「複数当事者」の講で学修します）。

「主張共通」の原則は、原告甲と被告乙に、そして原告甲と被告丙のそれぞれの間でのみ機能することになります。それぞれの組み合わせにおいて弁論主義における当事者と裁判所の役割分担の原理がはたらくということになります。

つまり、被告乙が主張しても共同訴訟人独立の原則により共同訴訟人間では「主張共通」とならない以上、丙が自ら主張しなければ、甲丙間の手続においては、当該事実が主張されたことにはならないので、弁論主義によって裁判所は当該事実を判決の基礎にはできないことになります。

ところで、共同訴訟人間において主張共通が認められないことについて弁論主義から説明されているように見受けられる記述がありますが、共同訴訟人間の主張共通の論点は、弁論主義についての論点ではありません。ただし、共同訴訟人間で主張共通が認められないことになると、自ら主張していない共同訴訟人の訴訟手続においては、当該事実が主張されていないことになるので、裁判所は当事者の主張しない事実なので判決の基礎にできない、ということになり弁論主義の問題となるわけです。つまり共同訴訟人間の主張共通が認められるか、の問題は、弁論主義の問題ではないが、共同訴訟人間で主張共通が認められないと、自ら主張しない当事者の手続においては弁論主

義の問題が生ずる、ということになります。

では「証拠共通」についてはどうでしょう。

まず、原告甲と被告乙に、そして原告甲と被告丙のそれぞれの間に、「証拠共通」の原則が機能します。自由心証主義のもと、その証拠を提出者に有利にも不利にも評価でき、さらに、相手方が証拠調べの結果を援用しなくても、当然に、相手方にとって有利な事実の認定に用いることができる、ということになります。

被告乙丙間での「証拠共通」は、どうでしょうか。

この点について、自由心証主義を背景として、認定事実となる歴史的事実の一つしかないことを根拠に証拠共通が認められる、との説明がなされ、共同訴訟人の一人が提出した証拠またはこれに対して提出された証拠は、他の共同訴訟人と共通あるいは関連する係争事実については、特にその援用がなくても事実認定の資料とすることができると解されています。そしてこの考え方が判例・通説であると紹介されています。

ただこの共同訴訟人間における「証拠共通」の説明に対しては、私自身何か煙に巻かれたみたいな感じていました。共同訴訟人独立の原則により通常共同訴訟において、他の共同訴訟人に干渉されることなく訴訟進行できるはずなのになぜという感じです。また、本来深い関係のないはずの共同訴訟人から突然出てきた証拠により事実認定されることはそれこそ不意打ちではないか、それなりの関係のある原告被告間と本来深い関係がないはずの共同訴訟人間とを同じように自由心証主義から考えてよいのだろうかと思っていました（ただ、当事者間の証拠共通と、共同訴訟人間の証拠共通についての言い回しは微妙に違うようですが）。

そう思いながら文献をよんでいると、同じように考えていた人がいました。共同訴訟人間における証拠共通の原則の根拠については、自由心証主義との直接の結びつきは希薄であって、むしろ「併合審理を行う以上は、同一事実についての認定が区々になる不自然さを避けたいという実践的要求と統一的心証形成によってもたらされる座りのよさに支えられている」という見解で

す。また、他の共同訴訟人の防御権保障の観点から、明示の援用を要するとしたり、不利益には働かないとする考え方も提唱されています。

12 「民事訴訟法講義案 その1」の分野の訴訟実務上の位置づけ

誤解を恐れずにいえば、実務家、特に弁護士にとっては、この「民事訴訟法講義案 その1」の分野のスキルは、当該審級における「見通し」や「戦略」を考えるのに不可欠のものと、私は、考えています。

他方、「訴訟物」と「既判力」を中心とした判決効についての「民事訴訟法講義案 その2」の分野のスキルは、当該審級を越え、また、後訴等別の手続や、執行なども視野にいれて「見通し」や「戦略」を考えるのに不可欠なものと考えています。

以 上

2012（平成24）年12月29日

（担当 弁護士 熱田雅夫 島根大学法務研究科）

第1稿 2011（平成23）年5月20日

第2稿 2011（平成23）年5月29日

第3稿 2011（平成23）年6月7日

第4稿 2011（平成23）年8月31日

第5稿 2012（平成24）年12月29日