

複数当事者訴訟における 訴訟資料・証拠資料の利用と当事者意思

熱 田 雅 夫

目 次

第1章 当事者意思に基づかない訴訟資料・証拠資料の利用を拡大する解釈
への疑問

第2章 判例・学説の議論と問題の所在

1 判例・学説の状況

2 問題の所在

第3章 従前の判例・学説に対する批判的検討

1 私的自治の原則に基づく「援用」の必要性

2 「黙示の援用」および「援用があったといえる客観的事情」について

3 相手方の利益と欠席当事者または資料利用を拒絶した当事者の利益

4 裁判所の釈明権行使について

5 自由心証主義との関係について

6 利用できる証拠と利用できない証拠との混在について

7 「援用」の意味と法152条2項の趣旨

第4章 結び

**第1章 当事者意思に基づかない訴訟資料・証拠資料の利用を拡大する解釈
への疑問**

判例・学説の解釈論は、通常共同訴訟や弁論の併合による複数当事者訴訟の場合において、いかにして、より訴訟資料¹・証拠資料を利用できるようにするか、の方向で展開されてきたものと考えられる。

ところで、通常共同訴訟や弁論の併合によって形成される複数当事者訴訟は、一対一の単独訴訟としても行うことができるものである。一対一の単独

訴訟の場合には、弁論主義に基づき、当事者意思による主張や証拠申出がなされない限り、訴訟手続において訴訟資料や証拠資料となることはないと言われる。それが、複数当事者訴訟となった途端に、訴訟資料・証拠資料が当事者の誰の意思にも因らないで訴訟手続にのせられることについては、未だ十分に説得的な解釈は示されていないのではないかとの疑問が払拭できない。

本稿では、当初からの複数当事者訴訟である通常共同訴訟と弁論の併合による複数当事者訴訟の後発的形成的場合の訴訟資料・証拠資料の利用についての判例・学説を取り上げ、当事者の誰の意思にも因らないで訴訟資料・証拠資料が訴訟手続の土俵にのせられることになる解釈論について批判的検討を試みたいと思う。

検討にあたっては、共同訴訟人または併合された手続の当事者が期日への欠席を繰り返していた場合と、共同訴訟人または併合された手続の当事者が自己に有利になる資料の利用を明確に拒絶していた場合の問題を中心に、「事実認定の相対性」の観点から考察していきたいと考える。

第2章 判例・学説の議論と問題の所在

1 判例・学説の状況

通常共同訴訟における証拠資料の利用についての議論である「証拠共通」が認められるかについて、判例²は肯定し、学説の多数も支持している。つまり、共同訴訟人のうちの一人が提出した証拠は、「援用」の有無にかかわらず、他の共同訴訟人についても証拠として裁判所の事実認定の資料とすることができるとされる。

次に、通常共同訴訟の訴訟資料の利用についての「主張共通」が認められるかの議論については、判例は、民事訴訟法39条の共同訴訟人独立の原則に基づいて認めないとされる³。

しかし、この議論においては、「一人の共同訴訟人がある主張をし、他の共同訴訟人が、これと抵触する行為を積極的にしていない場合には、その主張が他の共同訴訟人に利益なものにかぎり、この者にもその効果が及ぶと解

すべき」との「主張共通」を指向する解釈論⁴が、強い支持を得ている。

弁論の併合による複数当事者訴訟の後発的形成的の場合に、併合前の証拠資料が、併合後も当事者の援用なしに証拠資料となるかの議論に関しては、平成8年の民事訴訟法改正において新設された民事訴訟法152条2項⁵は、「援用」がなくとも併合後も当然にそのまま証拠資料となることを前提として定められたのであるとの趣旨の説明がなされている。

弁論の併合による複数当事者訴訟の後発的形成的の場合の、併合前の訴訟資料の利用については、傍論ではあるとしながらも、援用を要することなく各弁論が関連する請求につきそれぞれ訴訟資料となる、との趣旨の判例が紹介されている⁶。

2 問題の所在

以上の4つの場合の訴訟資料・証拠資料の利用についての積極論、つまり通常共同訴訟の「証拠共通」と「主張共通」をできるだけ肯定していこうとの議論、弁論の併合の場合の当事者の「援用」なしに訴訟資料を利用できる、当事者の「援用」なしに証拠資料を利用できるとの議論のいずれの場合においても、訴訟資料・証拠資料をできるだけ利用できるようにすることによって、紛争の統一的・一回的解決をはかり、訴訟経済にかなうようにする必要性があるとの指向があったことはまちがいない。

しかし、いずれについても一対一の単独訴訟の場合には、弁論主義に基づき、当事者意思による主張や証拠申出がなされない限り、訴訟手続において訴訟資料や証拠資料となることはないこととの整合性がとれるかについて、十分説得的な解釈論が展開できていないのではないかの疑問が払拭できないことについては、既に述べたとおりである。

例えば、債権者甲と保証人乙の一対一の訴訟においては、弁論主義に基づき当事者の申し出た証拠でなければ取調べできないはずなのに、債権者甲対主債務者乙および保証人丙の通常共同訴訟とされた場合には「証拠共通」とされて、甲丙間の手続においては、甲丙いずれも証拠申出していないのにそ

の証拠が取り調べられるのと同じ結果になることである。丙にとっては、職権証拠調べがなされたと同じことになり、弁論主義違背の状態になるはずなのに、「証拠共通」により弁論主義違背の違法はないことになってしまう解釈である。しかもこの場合に弁論主義の例外を認める根拠となる条項はどこにもみあたらない。

あるとすれば、自由心証主義に関する規定ということになる。しかし、本来自由心証主義は、弁論主義と互いに排斥関係にはないはずであるし、原則例外をつくりだすものではないはずである。

弁論の併合による複数当事者訴訟の後発的形成の場合の併合前の証拠資料が、併合後も当事者の援用なしに当然に証拠資料となるとの解釈論でも同じである。この場合の、本来弁論主義によると導けないはずの結論を理由付ける根拠条項は、何なのだろうか。弁論の併合が裁判所の職権事項であることなのだろうか。

しかし、職権でできるのは訴訟手続に関する併合決定であり、資料の利用については裁判所の職権ですべて説明できるものではないはずである。平成8年の民事訴訟法改正による法152条2項の新設によって、一応根拠条項は存在することになったと考えられてはいる。しかし疑問が払拭されているとはいえないだろう。

さらに、弁論主義が妥当する一对一の訴え提起をしたのに、その後職権によって、併合決定がなされると、実質職権証拠調べを肯定したと同じ手続になるというのは、訴え提起における原告の処分権主義の考え方にそぐわないのではないかと、との疑問も生じてくる。

ところで、訴訟資料・証拠資料の利用に関しては、自己に不利な資料が判決の基礎にされることになる共同訴訟人または弁論の併合における当事者に、不利益にならないようにすべきでは、または、手続保障がなければならないのではないかと、という点に問題の所在があるとして議論されてきたと考えられる。つまり、一对一の単独訴訟においては不利とならなかったのに、複数当事者訴訟になった途端に不利益になることは回避しなければならない、少

なくとも、手続保障を欠く場合に不利益となる結論を強制してはならないという点に議論が集中してきたと考えられる。

そうすると、訴訟資料・証拠資料の利用に関して不利にならない、または、手続保障が与えられることになったのであれば、問題点は解決できたので議論は収束していくことになる。そして、当事者の「援用」なしに訴訟資料・証拠資料をより利用できるとの積極的解釈が支持されていくことになるのかもしれない。

そう考えれば、法152条2項の新設後、この規定により「従来の援用の要否をめぐる対立のほとんどは解消したとみられる」との指摘⁷がなされていることも首肯できそうにも思える。従前の証人尋問に関与できなかった当事者が、あらためて証人尋問の機会を保障されれば、防御方法としては十分なものが用意されたといえるからである。

また、通常共同訴訟の場合には、いずれの当事者についても当初から手続に関わってきていることから、防御の機会が奪われることがない限り、不利益な証拠資料についていずれの当事者につき利用することも問題なしとの結論に到りそうである。

訴訟資料についても、当初からの複数当事者訴訟である通常共同訴訟の場合には、いずれの当事者についても当初から手続に関わってきていることから、防御の機会が奪われることがない限り、「主張共通」を肯定してもよいのではないかという考え方になるのも不思議ではない。

弁論の併合による複数当事者訴訟の後発的形成の場合の訴訟資料と証拠のうちの書証関係も、訴訟記録の閲覧・謄写が可能であることから問題はないとされそうである。

しかし、問題は、自己に不利な資料が判決の基礎にされる場合ではなく、逆に、自己に有利になるにもかかわらず、当該当事者が期日への欠席を繰り返していた場合、さらには、自己に有利になる資料の利用を明確に拒絶していた場合なのではないだろうか。少なくとも、平成8年民事訴訟法改正による法152条2項の新設後は、この有利な資料の場合の問題点の解決が最も重

要となっていると考える。

次章で、この有利な資料の場合の欠席と有利な資料の利用の拒絶の問題の検討を中心に、さらに考察を進めていく。

また、検討にあたっては、通常共同訴訟の「訴訟共通」および「証拠共通」と弁論の併合における訴訟資料の利用および証拠資料の利用の4つの場合を貫く基本的視座から統一的に検討する。4つの場合それぞれについての特有の問題は改めて別稿で検討したい。

第3章 従前の判例・学説に対する批判的検討

1 私的自治の原則に基づく「援用」の必要性

民事訴訟法は、私的自治の原則に基づくものである。そして、その私的自治に導かれた処分権主義、弁論主義そして共同訴訟人独立の原則に基づき各具体的制度（条項）が置かれている。それらの出発点である私的自治の原則は、憲法にその根源を置く⁸。

以上が民事訴訟法解釈の基本的視座でなければならないと考える。

そして、私的自治の原則に出発点があり、それに基づく共同訴訟人独立の原則である以上、当初からの複数当事者訴訟である通常共同訴訟の場合の訴訟資料・証拠資料の利用は、当事者意思によらなければならないと考える。

つまり「援用」が必要だと考える。証拠に関しては「証拠共通」が肯定され、当事者の「援用」は不要とするのが判例・通説だが、当事者の意思（私的自治の原則）を基本的視座とする限り、この証拠に関しても「援用」が必要と考える⁹。

次に、弁論の併合による複数当事者訴訟の後発的形成的場合も、当初からの複数当事者訴訟である通常共同訴訟と同じく、本来別訴で審理されるべき個別訴訟が一つにされた「束」と考えられるので¹⁰、訴訟資料・証拠資料の利用について、通常共同訴訟と統一に解釈されなければならないと考える。つまり、訴訟手続の基本構造が同一である以上、訴訟資料・証拠資料の利用についても同一に考えるべきであり、弁論の併合による複数当事者訴訟の後

発的形成の場合も、訴訟資料・証拠資料の利用に当事者の「援用」が必要と考える。

2 「黙示の援用」および、「援用があったといえる客観的事情」について

さらに、訴訟資料・証拠資料の利用を援用する旨の明示の意思表示がない場合には、およそ利用できないと考えるのが問題となる。

この問題点については、黙示の援用があればよいと考える。

黙示であっても、援用があったといえるならば、それは当事者意思に基づき、事案の解明のための訴訟資料・証拠資料が手続に提出されたといえるからである。

ただ、「援用」という当事者の内心に関わることなので、直接「黙示の援用」があったか否かを判断することはできない。そこで「援用があったといえる客観的事情」の有無によって「黙示の援用」の有無を判断することになる。

手続上は以下の処理となろう。つまり、口頭弁論の時点では、明示の援用がなかった場合でも、口頭弁論を終結した時点で（つまり事後評価の時点で）、当事者の明示の援用が訴訟記録上残されていなかった場合であっても、裁判所は「援用があったといえる客観的事情」を訴訟記録上みてとれるのであれば、当事者の援用があったとして、判決の基礎にできると解する。

なお、「黙示の援用」の概念は、事後判断のためのものであって、口頭弁論終結前に用いる概念ではない。また、この「黙示の援用」は、援用がないのに援用を擬制するものではない。それでは、当事者意思を無視するものになってしまうし、悪しき現状追認になってしまう。あくまで、「援用があったといえる客観的事情」を必要とする。

換言すれば、「援用があったといえる客観的事情」を介して訴訟行為における当事者の意思を確認することを意味するのである。

そして、黙示の援用があったといえる客観的事情がなければ、裁判所は、

他の当事者のもとで生成された訴訟資料・証拠資料を当該当事者の関係で判決の基礎にはできないし、仮に、黙示の援用があったといえるだけの客観的事情がないにもかかわらず、裁判所が判決の基礎にしたとすれば、その場合には、不服のある当事者は違法として争うことができることになる。

ところで、どの場合には「援用があったといえるだけの客観的事情」がない場合ということになるのだろうか。

それは、やはり当事者が期日に繰り返し欠席していた場合と自己に有利な訴訟資料・証拠資料の利用を拒絶している場合であろう。この場合には、「援用」はないことになる。

債権者甲対主債務者乙および保証人丙の訴訟で、主債務者乙が弁済の事実を主張したり、弁済の事実を立証する証拠を提出しているのに、保証人丙が、期日を欠席したり、乙の主張や乙が申し出た証拠の自己への利用を拒んでいる場合である。これらの場合には、丙との関係では、「弁済」の事実は認定されないので、丙は敗訴する可能性が高い。

3 相手方の利益と欠席当事者または資料利用を拒絶した当事者の利益

自己に利益になる資料であるにもかかわらず、欠席したり利用を拒絶した当事者、つまり上記の例でいう丙は、この敗訴の結果は自らの選択の結果だから甘受すべきだと考える。

その場合、相手方甲は、丙に対しては勝訴するが、乙に対しては敗訴ということになろう。

では、乙に対しては敗訴しているにもかかわらず、丙には勝訴するという相手方甲の、この訴訟結果による利益は保護に値するだろうか。

この点、当事者欠席の場合の事案において、上記の甲の利益は「強い保護に値するものではない」¹¹、「柵からばた餅的な利益にすぎない」¹²との指摘がなされている。

しかし、甲の利益は法的保護に値する利益と考える。

なぜか。その理由は、「事実認定の相対性」にある。

債権者甲の主債務者乙と保証人丙に対する共同訴訟を例にして、主債務者乙の弁済という保証人丙にとっても有利な主張について考えてみると、一見客観的事実が証拠によって認定され白黒はっきりした事実認定が可能のようにも思える。しかし実際の訴訟では、どの債務についての支払いであったのが争点となる場合も多い。当事者間でどの債務についての支払いなのかの認識が異なっているから訴訟になっているのである。その場合には、事実認定に評価の要素が多分に入り込んでくる。つまり事実認定が、白黒明確なものではなく灰色の濃淡になってくる。さらに債務免除の有無ということが争点になると、全く意思的なものであるので、より事実認定の評価的要素の面が大きくなる。

この点、それは証拠の問題ではないのか、しっかりした証拠であれば事実認定が評価的であるということにはならないのではないのか、との指摘がある。しかし、当事者に認識のずれが生じないようしっかりした証拠があればそもそも訴訟にならないことが多いだろう。実際に訴訟になるのは、しっかりした証拠がなく、しかも、事実認定に評価の要素が多く入る場合である。評価の要素が多くなれば、事実認定は相対化する。つまり「灰色」の状況になる。

このように考えていくと、前記甲は乙には「黒」ではなく「灰色」の状況で敗訴したのだから、たとえ乙には敗訴していても、甲の丙に対する勝訴の結果による利益は、やはり保護に値する利益なのではないか。

「保護に値する利益」ということばに違和感があるとすれば、民事訴訟手続において「許容される利益」ということばで表すことはできよう。

通常共同訴訟において、当事者意思に基づくことなく「主張共通」が肯定されると、結局、当事者の欠席の場合には、この欠席当事者の相手方の、民事訴訟手続において「許容される利益」が失われてしまうことになる。

そして「主張共通」が肯定されると、共同訴訟人である主債務者の訴訟活動が成功すれば、保証人は何もしなくても勝てることになる。何もしない当事者に敗訴した場合の、相手方当事者が裁判に対して抱く不公平感は大きい。

以上からすると、その結論には疑問があることになる。

同じことは、「証拠共通」を肯定した場合にもいえる。

ところで、当事者が欠席を繰り返す事例が現実に頻繁にあるのだろうか。もし稀有であるとすれば、稀有なケースを前提として民事訴訟の基本構造に関わる問題の検討をすべきではないのではないか、との疑問があろう。しかし本人訴訟の場合には当事者の欠席はよくあることである。書面の提出さえ一切ないこともあるだろう。

弁護士強制主義によらないわが国においては、本人訴訟は多い。簡易裁判所においては、制度設計からしても本人訴訟が主流ではないか。そう考えると、当事者が欠席を繰り返す事例を正面からとらえて、訴訟資料・証拠資料の利用の検討をする必要性があると思われる。

さらに、本人訴訟のケースでは、当該本人が自己に有利な事実であるにもかかわらず、その事実の援用を拒絶することもある。法曹にとって合理的であっても、本人にはそうでないのだろうか。または、理屈は理解していても心情的に拒絶するのだろうか。

この資料の利用の拒絶の場合についても、「主張共通」を否定する考え方を前提に、相手方について考えてみたい。

相手方当事者は、不当な利益を得たと評価されるのだろうか。例えば、債権者甲対主債務者乙および保証人丙の訴訟に、主債務者乙が弁済の事実を主張しているにも関わらず、丙が、「そもそも自分は保証人になったことなどない。だから、乙が支払ったことなど主張するのは筋違いだ」と言って、主債務者乙の弁済の事実の主張を援用することを頑なに拒んだ場合である。つまり、仮定抗弁は論理的におかしいから主張しない、という場合である。この場合甲が勝訴することは、丙の理解不足につけこんだ不当な利益を得たと評価されるのだろうか。

この場合も、事実認定の相対性から考えて、少なくとも民事訴訟手続において甲の勝訴による利益は「許容される利益」と評価されるのではないかと考える。

法39条の共同訴訟人独立の原則を踏まえ、「主張共通」を否定する判例理論は、この「許容される利益」を前提として維持されてきたのではないだろうか。判例理論とされる「主張共通」を否定する考え方のもとになっている法39条の共同訴訟人独立の原則は、これまで、債権者甲対主債務者乙および保証人丙の事例で示してきた甲の利益を、事実認定の相対性を踏まえ「許される利益」として包含した原則なのではないだろうか。

これに対しては、共同訴訟人欠席や、共同訴訟人の一人が自己に有利な事実の援用を頑なに拒んだ場合の、相手方当事者、前述の債権者甲対主債務者乙および保証人丙の共同訴訟の甲の利益は、やはり「許されざる利益」となる場合があるとの考えもあろう。例えば、確かな弁済の証拠の存在を知っており、債権の消滅の認識を持っている甲が、乙丙を被告として訴えた場合である。つまり「神の目から見て」白黒明確な場面である。

しかし、この場合は、法39条の共同訴訟人独立の原則の局面ではなく、「真実義務違反」の局面の問題ではないだろうか。つまり、白黒明確な事案においては、そもそも訴訟にはならないと述べたが、それにも関わらず訴訟になるのは、白黒明確であるにもかかわらず相手が任意の履行に応じないのでやむを得ず債務名義を取得するために訴訟する場合を除けば、それこそ直截に真実義務違反の訴訟行為として違法な訴訟結果を取得しようとしていることを理由として敗訴判決をなす場面なのではないだろうか。

法39条の共同訴訟人独立の原則の働く局面は、あくまで事実認定の相対性の場面、誤解を恐れずいえば「神の目から見て」も灰色の場面についてである。

ところで、これら「援用があったといえるだけの客観的事情」が認められない場合の当事者、上記の例の保証人丙は、その審級において敗訴の不利益を回避する手段はないことになる。

この場合、当該当事者は、自分が有している上訴権を行使して不利益を脱すべく努力すべきことになろう。上訴制度とは、このような場合を含む不利益を脱するための不服申立制度であり、上訴制度の利用を拒否する場合には、

他に方法はない。しかし、それは、およそ法が用意する民事訴訟制度一般の利用を拒否することであろう。

法は、正当な権利を用いて自らをまもろうとする者は支援するが、正当な権利行使さえ放棄する者について救いの手を差しのべるものではないと考える。

4 裁判所の釈明権行使について

ところで、当初からの複数当事者訴訟である通常共同訴訟の場合でも弁論の併合による複数当事者訴訟の後発的形成的場合でも、裁判所は、他の共同訴訟人の主張・申し立てた証拠、または弁論併合前の訴訟資料・証拠資料の利用について、他の共同訴訟人や弁論併合前の資料に関与していない当事者の意思を確認しなければならないし、また、欠席当事者がいる場合には、何回か呼び出しを繰り返し出席を促す措置をして出席を待つことをしなければならない。実際の民事訴訟手続もそのようになされている。また各学説も裁判所の釈明権行使が重要である旨論じている。

しかし、釈明権行使がなされるか否かに問題の本質があるわけではない。問題の本質は、裁判所の釈明権行使がなされたことを前提に、それでも、当事者が自己に有利な訴訟資料・証拠資料の利用を拒絶した場合にある。そして、裁判所が期日指定をして期日の出席を促したにも関わらず、欠席し続けた場合である。つまり、裁判所の努力が尽きた場合には、釈明権行使によっても問題解決にならないのである。

5 自由心証主義との関係について

通常共同訴訟の「証拠共通」を肯定する考えの最も重要な理由は、肯定しないと裁判所の自由心証を害するということであろう。つまり事実が一つなのに裁判所の心証が複数ということはありえず、そのような裁判は自由心証主義を害することになるということである。また、弁論の併合による複数当事者訴訟の後発的形成的場合において、証拠資料の利用に援用を不要とする

考え方の最も重要な理由もこの裁判所の自由心証主義の点にあるのではないかと思われる。

しかし、「証拠共通」や証拠資料の利用の可否の問題は、はたして自由心証主義の問題だろうか。

この点について、井上治典氏は、次のように指摘する¹³。

「この原則は、『自由心証主義の下では、歴史的に1つしかない事実については、その認定判断（心証）も1つしかありえないから』ということに根拠を置くとされているが、弁論主義・共同訴訟人独立の原則が行われるはずの場面で、なぜ証拠資料についてだけ一体的処理をしなければならないのかは、この説明によって必ずしも明快でない。裁判官が、それぞれの訴訟の証拠資料に基づいて異なった心証を形成することは、必ずしも不可能ではないし（げんに別訴として係属している場合には、同一裁判官はそれぞれの証拠資料に基づいて心証を形成せざるを得ない）、裁判における事実認定は、当事者間の攻防の結果をどうみるかの作業であって、それを離れて歴史的、絶対的な真実を探求するものではないからである。この法理は、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欲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よって支えられていると解される」

つまり、井上治典氏の見解によれば、理論的に直ちに「証拠共通」とはならないのである。手続保障のもとでの審理過程の実績が証拠資料の利用を正当化するという言い方が正しいということなのであろう。

さらにいえば、証拠資料の利用の可否の議論は、当該証拠資料をある手続において用いることができるかの議論であり、自由心証主義に反するか否かは、当該証拠資料をある手続において用いることができた上での、その後の裁判官の心証形成の問題であり、局面を異にした議論ではないかと考える。

したがって、自由心証主義は、「援用」を必要とするとの考え方を妨げるものではないと考える。

6 利用できる証拠と利用できない証拠との混在について

利用できる証拠と利用できない証拠との混在をめぐる問題については、実務の現場からは当然予想される反論である。

訴訟資料については、整理できるからまだしも、膨大な証拠を利用できるものとできないものを振り分けるのは極めて困難であるとの指摘である。

しかし、私的自治を重視すべきとの私見からは、いたしかたないというしかない。

ただ、通常は裁判所の釈明権行使に促されて、訴訟資料・証拠資料の両方について、それぞれの当事者が互いに自己に有利な資料を援用するとの意思表示をするであろう。また、明示の意思表示がない場合でも、双方が「黙示の援用」によることを是とするならば、他の共同訴訟人の訴訟行為や弁論の併合前の訴訟行為を踏まえての訴訟行為を行っていたとの事実が訴訟記録上あるとすれば、「援用があったといえる客観的事情」が認められるだろう。そうだとすると、実際に問題となるのは、欠席と有利な証拠の援用拒絶の場面である。これらの欠席と有利な証拠の援用拒絶の状況は、裁判所にも判明しているのだから、利用できる資料とできないものの振り分けの困難は、最小限にとどめることが可能であろう。

7 「援用」の意味、そして私見からの法152条2項の趣旨

「援用」については、他の共同訴訟人の主張や証拠調べの結果が自己に関する手続においても訴訟資料・証拠資料になること、または、弁論の併合前の弁論の結果や証拠調べの結果が併合後の自己に関する手続においても訴訟資料・証拠資料となることに「同意」する、ということの意味と解すればよいのではないかと考える。

また、新設の法152条2項は、従前の証人尋問の結果について双方または

一方当事者が援用を拒絶するときには、その証人について、尋問の機会がなかった当事者の申出に基づいて、証人尋問を改めて実施することとした規定であることになる。弁論の併合前の証拠調べの結果が併合後もすべて当然に（つまり当事者の援用なしに）そのまま証拠資料となることを前提に、再尋問の機会を保障することにした規定と解することはできないのである。

第4章 結び

以上検討したように、複数当事者訴訟において当事者意思に基づかない訴訟資料・証拠資料の利用を拡大する解釈論では、一対一の訴訟における弁論主義および処分権主義との整合性が損なわれる。

また、自由心証主義や裁判所の職権によるものであるとの説明は、そのように解することの根拠としては十分ではないように思われる。

さらに、「事実認定の相対性」を踏まえると、共同訴訟人または併合された手続の当事者が期日への欠席を繰り返していた場合と、共同訴訟人または併合された手続の当事者が自己に有利になる資料の利用を明確に拒絶していた場合には、複数当事者訴訟において当事者意思に基づかない訴訟資料・証拠資料の利用を拡大する解釈論では、「許容される利益」が失われ、裁判に対する強い不公平感を残すことになり、妥当な結論を導くことはできないと考えるものである。

おわりに

本稿で取り上げた問題点に関連して、①「事実認定の相対性」の分析、②複数当事者訴訟で他の当事者の訴訟活動を前提とした「黙示の援用」と弁論主義のあり方、③通常共同訴訟において、弁論が分離された事案（いわゆる「反射効」について議論されている事案）の場合¹⁴に、「事実認定の相対性」を踏まえて、さらに、補助参加、訴訟告知および参加的効力の議論まで視野に入れて再検討するとどうなるか、等についても議論されるべき点であると思われる。

さらに、裁判所のあり方、つまり意識的無意識的な当事者への後見的役割を担うべきか、それとも、ジャッジに徹するべきか、すなわち、当事者主義と裁判所の後見的役割のなすベクトルの動きを理論的に考察することの必要性も痛感した次第である。

これらの点については、別稿に譲りたい。

-
- 1 「訴訟資料」は、広義では、事実と証拠を含む裁判資料の意味で用いられるが、本稿では、証拠資料を除いた事実のみの狭義の意味で用いる。
 - 2 最二小判昭45・1・23判時589号50頁は、「共同訴訟人の一人が提出した証拠は、その相手方に対するばかりでなく、他の共同訴訟人とその相手方に対する関係においても証拠として認定資料に供することができる」とする。
 - 3 最一小判昭43・9・12民集22巻9号1896頁、判時534号50頁。「通常の共同訴訟においては、共同訴訟人の一人のする訴訟行為は他の共同訴訟人のため効力を生じない」とする。
 - 4 新堂幸司『新民事訴訟法〔第五版〕』（弘文堂、2011年）788頁。
 - 5 「裁判所は、当事者を異にする事件について口頭弁論の併合を命じた場合において、その前に尋問をした証人について、尋問の機会がなかった当事者が尋問の申出をしたときは、その尋問をしなければならない」（民事訴訟法152条2項）。
 - 6 竹下守夫・伊藤眞編『注釈民事訴訟法（3）口頭弁論』（有斐閣、1993年）207頁〔加藤新太郎執筆〕。最三小判昭43・11・19民集22巻12号2692頁は、「数個の請求が併合審理される場合においては、当事者から陳述された事実は、これと関連をもつ請求についてそれぞれ訴訟資料となるものと解するのが相当である」とする。
 - 7 新堂幸司『新民事訴訟法〔第五版〕』（弘文堂、2011年）558頁。
 - 8 ドイツではGGとの関係でZPOにおける共同訴訟の手續上の問題が議論されることが多いと聞く（Kommentar zur ZPO, hrsg. Hans-Joachim Musielak, 1999, S.153およびBVerfGE60,7ff.等参照）。ドイツの法状況は日本のそれとは異なるようであるが、その比較法的考察は別稿に譲る。
 - 9 伊藤眞氏は、弁論の併合による複数当事者訴訟の後発的形成的場合の証拠資料の利用について、弁論の併合前に関与していない当事者の手續保障を重視する観点から「援用」を考えるが（伊藤眞『民事訴訟法〔第4版〕』（有斐閣、2011年）281頁）、私見からは、当事者意思を尊重することを理由として、当初からの複数当事者訴訟である通常共同訴訟の場合の証拠資料の利用について

ても、「援用」を必要とする。さらに、私見からは、共同訴訟、弁論の併合のいずれについても、訴訟資料の利用に、「援用」を必要とすることになる。

- 10 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）〔第2版〕』（有斐閣、2012年）366頁は、「通常共同訴訟は個別訴訟が束となったものにすぎないと伝統的には理解されてきた。」とし、さらに、「裁判所の弁論の併合によって（152条）、通常共同訴訟が生ずることもある（新堂792頁）。通常共同訴訟は訴訟法的には個別訴訟が束となったものにすぎないのであるから、裁判所の訴訟指揮により通常共同訴訟が発生してもなんら差し支えないとされるのである。」とする。
- 11 高橋・前掲377頁。
- 12 『新堂幸司先生古稀祝賀・民事訴訟法理論の新たな構築（下）』（有斐閣、2001年）66頁、高橋宏志執筆「統一的紛争解決と弁論の併合」。
- 13 中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第2版補訂2版〕』（有斐閣、2008年）541頁〔井上治典執筆〕。
- 14 最一小判昭51・10・21民集30巻9号903頁、判時836号49頁。