

# 研究

## 不利益陳述の取扱いに関する覚書

劉

穎

- I はじめに
- II 不利益陳述の取扱いに関する判例
- III 不利益陳述の取扱いに関する学説及びその検討
- IV 主張共通の原則に関する議論
- V おわりに

### I はじめに

民事訴訟では、当事者は、勝訴のために専ら自己に有利な事実を主張するのが一般のように思われるが、自己に不利益な事実を陳述することが生じ得る。その例として、当事者が、積極的な防御を図るために、相手方が恐らくその事実を主張するであろうと予測して先手を打ってこれを陳述し、更に自己に有利な事実を付加する場合の他、その事実が訴訟上重要でないと誤認し訴訟の迅

不利益陳述の取扱いに関する覚書（劉）

速な解決を望むなど、最終的には自己に有利な事実に導けないまま相手方の主張すべき事実を陳述することがあり、とりわけ、本人訴訟では、当事者が、訴訟に関係あるのか、或いは、自己に有利なのかを知らず、雑然と事実を陳述する結果、自己に不利な事実を主張してしまうことが多いと考えられるという。<sup>(1)</sup> 講学上、当事者が相手方に主張責任のある主要事実を陳述した場合は、不利益陳述と呼ばれる。<sup>(2)</sup>

不利益陳述には、様々な局面がある。例えば、金銭消費貸借契約に基づく貸金返還請求訴訟において、原告が、金銭の授受と返還約束という請求原因事実とともに弁済の事実をも主張していると仮定した場合、抗弁事実である弁済の事実に関する陳述がその例である。また、売買代金支払請求訴訟において、一〇万円分の米を被告に売却したという原告の主張事実につき、被告がこれを否認するが、原告から一〇万円分の小麦粉を購入し、且つ、その代金は未払いであると陳述することが想定され、この場合に被告の陳述が不利益陳述にあたる。<sup>(3)</sup> これらの場合には、相手方が不利益陳述を援用すれば、いわゆる先行自白が成立することになる。しかし、前者の場合において、被告が弁済という原告の主張事実を争い、金銭消費貸借契約の成立自体に対する否認に終始することが想定されるし、また、後者の場合において、原告が小麦粉の売買の存在を争い、あくまでも、米を売却したと固執することがあり得る。このように、当事者が、本来相手方が主張すべき事実を陳述したが、相手方がこれを援用せず、むしろ争う場合には、裁判所は、①この事実を斟酌できるか、②斟酌できる場合、争いある事実として証拠によって真否を確定することを要するかが、問題となる。問題①に肯定的解答を与えるのが、「主張共通の原則」である。日本法の下では、主張共通や不利益陳述などの問題について、研究は詰められていないと指摘される。<sup>(4)</sup>

そこで、本稿では、不利益陳述の取扱いに関する判例を素描し、学説を考察したうえ、主張共通の原則をめぐる議論を筆者なりに整理することにする。

## II 不利益陳述の取扱いに関する判例

### 1 戦前の判例

大審院時代では、不利益陳述の取扱い等に関連するものとして、大判昭和六・八・一民集一〇卷六四二頁がある。

事案は、XはYに対して、保管契約義務違反に基づく損害賠償を求めて訴えを提起した。Xは、請求原因として、XとYの間にそれらの共有物たる土地につき協議の上この土地を売却して利益を分配する旨の契約があるが、Yがその契約上の義務に違反して無断でこの土地を第三者に売却したと主張した。これに対し、Yが、売却の事実を否認しつつも、Xの承諾を得た上、当該土地をもって自己の債権者に代物弁済として提供した旨を陳述したが、Xは、代物弁済の事実及び効力を否認した。原審は、Yが代物弁済をする際にXの同意を得なかったと認定し、右代物弁済が保管契約上の義務に違反したとして、Xの損害賠償請求を認容した。本判決は、売却に基づく場合と代物弁済に基づく場合とは訴訟物を異にするため、Xによる訴えの変更がなければ、売却ではなく代物弁済の事実を認定し、これをもってXの損害賠償請求を認容するのは、原告の申し立てない事項について判決したのであって失当であると判示して、原審を破棄し、差し戻した。

本件は、訴訟物の同一性を論じたものにすぎないこと、また、訴訟物の同一性認識の標準たる事実と請求原因事実とを混同している点に誤りがあることからして、不利益陳述の取扱い等に関する先例ではないとされる。<sup>(5)</sup>但し、本判決の要旨は、「原告ノ否定セ<sup>(5)</sup>ル他ノ事実ヲ肯定シ依テ以テ勝訴ノ判決ヲ為スハ違法ナリ」とする。そこで、本件の評釈として、山田博士は、本件において、保管契約義務違反に基づく損害賠償請求権が訴訟物なのであって、売却も代物弁済も共にその義務違反たる要件を充足するに足りるものであり、すなわち、本判決には訴訟物についての判断を誤ったと指摘した上、本件ではむしろ問題となるのは判決要旨に掲げた命題の当否であり、この点に関して、当事者が相手方の主張すべき事実を陳述したとき、相手方がこれを援用しない限り、裁判

所はこれを判決の基礎にすることはできないとし、本件の原審判決に反対する立場を示した。<sup>(6)</sup>これに対しては、兼子博士の論説「相手方の援用せざる当事者の自己に不利なる陳述」は、山田説のような見解の根拠が弁論主義及び主張責任の原則にあり、すなわち、当事者がその役割に従って自己の申立てを理由付ける事実を自らイニシアティブを採って訴訟資料とすべきとの考え方に基づくものであるが、しかし、弁論主義は裁判所と当事者間の役割分配を規律するにとどまり、当事者間の役割分配を定めるものではないため、当事者が陳述した以上はその事実がその者に有利なると不利なるとを問わず、これを判決の基礎とすべきであると唱える。<sup>(7)</sup>それ以来、主張共通の原則の妥当を肯定すべき見解は、広く支持され、通説となっている。

右のとおり、本件は、厳密に、不利益陳述の取扱い等を問題にする判例ではないが、それらの問題に関する議論を初めて喚起したところに意味がある。

## 2 戦後の判例

### (1) 最判昭和四一・九・八民集二〇巻七号一三三四頁

事実の概要は、次のとおりである。Xは本件土地にある建物の所有者であり、Yは同土地の所有名義人である。訴外AはX及びYの二人の父であり、既に死亡している。XはYに対して所有権移転登記手続を請求し、YはXに対して建物取去土地明渡しを請求し、この二つの請求は併合審理された。

Xは、その請求原因として、①本件土地はもとAの所有であり、その後、Aは死亡し、Xが家督相続をしてその所有権を取得した、②仮にAに所有権がなかったとしても、Xが取得時効の完成によりその所有権を取得したと主張した。

これに対して、Yは、①本件土地がもと訴外Bの所有であったこと、②Yは本件土地をBから買い受けたこと、③YはXと本件土地の使用貸借契約に基づいてこれをBに無償使用を許していたこと、④その使用貸借契約を解除したことを主張した。

原審は、Yの主張事実のうち、証拠により①、②及び③を確定した上、Xは所有権以外に本件土地の占有権原を主張せず、同土

地はYの所有に属するという理由で、Yの請求を認容し、Xの請求を棄却した第一審判決に対するXの控訴を棄却した。そこで、Xは、原審が右使用貸借の事実を斟酌することなく、Yの請求を認容したのは弁論主義に違反し、違法であると主張して上告した。本判決は、「Yの請求については、YがXに対し本件土地の使用を許したとの事實は、元来、Xの主張立証すべき事項であるが、Xにおいてこれを主張しなかったところ、かえってYにおいてこれを主張し、原審がYのこの主張に基づいて右事実を確定した以上、XにおいてYの右主張事実を自己の利益に援用しなかったにせよ、原審は右本訴請求の当否を判断するについては、この事実を斟酌すべきであると解するのが相当である。しからば、原審はすべからず、右使用貸借が終了したか否かについても審理判断したうえ、右請求の当否を判断すべきであったといわねばならない。しかるに、原審が、このような措置をとることなく、前記のように判断しているのは、ひつきよう、審理不尽の違法を犯したものである」と判示して、原判決のうち、Yの請求を認容した部分を破棄し、差し戻した。

本件では、Yの右主張事実③は、Xの所有権移転登記請求について、他主占有を導くものであって、「所有の意思」をもってする占有を要件とする時効取得の原因事実に対する積極否認としてのみ陳述されたものと思われる。他方、この事實は、Yの建物収去土地明渡請求について、Xの占有権原の抗弁でもある。Yは、この事實はYの請求においても抗弁事実として斟酌されるであろうと予測し、これによる不利益を防ぐために、再抗弁として、右主張事実④を付加して主張したものと解し得る。

本判決は、Yの請求において、不利益陳述たるYの右主張事実③は、相手方Xがこれを自己に有利に援用しないとしても、その事實が訴訟資料となることを明確にし、すなわち、不利益陳述を裁判所が斟酌すべきかという点につき前述の通説の立場を採ったものであり、大方の支持を得ている。<sup>(8)</sup>先にも触れたとおり、大判昭和六・八・一民集一〇卷六四二頁は判決要旨において間接的にこの問題に触れたと思われるが、本判決は、最高裁レベルではこの問題につき立場を示した最初の判例として、意義が大きい。<sup>(9)</sup>

不利益陳述を斟酌すべきとすると、原審が、Yの請求において、Yの不利益陳述たる主張事実③から生ずる効果を覆滅させるための主張事実④を審理判断しないのは、審理不尽の違法であるとする本判決の結論は妥当である。

なお、本判決は、相手方の援用がない場合でも、不利益陳述が訴訟資料となり得ることを明らかにしたところに意義があるのみならず、同じ事実が当事者にとって利益にも働くとともに不利益にも働くという場合に、裁判所としては、主張当事者の主観的な意図、目的にかかわらず、当該事実を主張当事者に不利な方向でも斟酌し得ることを明示したものと理解することができる<sup>(10)</sup>。その意味では、本件を不利益陳述の適例とみて間違いがないであろう<sup>(11)</sup>。

また、不利益陳述にかかる事実につき当事者間に争いがあるような場合に、裁判所が証拠調べによって当該事実を確定しなればならないかという点については、本判決における、「原審がYのこの主張に基づいて右事実を確定した以上、原審は右本訴請求の可否を判断するについては、この事実を斟酌すべき」との判示を、証拠によって事実を確定したときには初めてその事実を斟酌できる趣旨として、本判決が証拠調べを必要とする立場に立ったものとする見解が多数のようにみられる<sup>(12)</sup>。このような理解に対して、原審はYの主張事実③それ自体を取り上げて証拠調べをしたのではなく、Xの取得時効の主張を判定するにあたって、事件の性質上その事実を確定したため、本判決が証拠調べを必要とする立場を示したとは直ちにいうことができない、との指摘が鈴木教授によってなされている<sup>(13)</sup>。結局、本判決は、証拠調べの要否という点につき、その立場を明確にしていまい<sup>(14)</sup>ということになろう。

(2) 最判平成九・七・一七判時一六一四号七二頁

事実の概要は、次のとおりである。Xは、その異母妹であるY<sub>1</sub>、Y<sub>4</sub>に対して、本件土地賃借権及び本件土地上の本件建物所有権の確認を、本件建物の登記名義と占有を有しているY<sub>1</sub>に対して本件建物の所有権移転登記手続及び明渡しを、それぞれ求めて訴えを提起した。

Xは、請求原因として、訴外Aから本件土地を賃借し本件建物を建築したと主張した。Y<sub>1</sub>らは、これを否認し、土地を賃借して建物を建築したのはX、Y<sub>1</sub>らの亡父Bである旨を陳述し、かえってXの請求原因となる相続による持分取得の事実を主張した。

第一審はXの請求を認容したが、原審は、Xの主張事実を認めるに足りる証拠はなく、かえって、Y<sub>1</sub>らの主張事実が認められる

として、第一審判決を取り消し、Xの請求を全部棄却した。Xは、Bが本件土地の賃借権及び建物の所有権を取得したとすれば、XはBの相続人としてBの遺産につき九分の一の法定相続分を有するのに、原審がXの請求を全面的に棄却したのは審理不尽の違法があると主張して、上告を提起した。

本判決は、「Xが、本件建物の所有権及び本件土地の賃借権の各九分の一の持分を取得したことを前提として、予備的に右持分の確認等を請求するのであれば、Bが本件土地を賃借し、本件建物を建築したとの事実がその請求原因の一部となり、この事実についてはXが主張立証責任を負担する。本件においては、X人がこの事実を主張せず、かえってYらがこの事実を主張し、Xはこれを争ったのであるが、原審としては、Yらのこの主張に基づいて右事実を確定した以上は、Xがこれを自己の利益に援用しなかつたととしても、適切に釈明権を行使するなどした上でこの事実を斟酌し、上告人の請求の一部を認容すべきであるかどうかについて審理判断すべきものと解するのが相当である。原審がこのような措置を執ることなく前記のように判断したことには、審理不尽の違法があり、この違法が原判決の結論に影響を及ぼすことは明らかである」と判示して、原判決のうち、Xの明渡請求に関する部分を除き、Xの持分九分の一に関する部分を破棄し、差し戻した。

まず、本判決と関連するものとして、最判平成九・三・一四判時一六〇〇号八九頁がある。同判決は、所有権確認請求と共有持分権確認請求との間には訴訟物の同一性があつて、仮に前者の請求棄却判決が確定すると、その訴訟物たる所有権の存否につき既判力が及ぶため、相続等の取得原因の如何を問わず、共有持分の確認等を求める後訴を提起することができなくなる旨を判示している。その判例法理を前提とすると、本件では、Xが自ら単独での所有権等の確認のみを求めるとしても、裁判所としては、Xには相続による共有持分権があるかを一括して判断しておくことが必要である。これが本件の問題を考えるスタート・ポイントになる。<sup>(15)</sup>

本件では、Yらの陳述した「Bの取得、死亡」の事実は、Xの所有権確認請求において、Xの主張する請求原因事実に対してなされた積極否認であるが、Xが自己の相続分を予備的に請求していたとすると、この事実は同時に、一部の請求原因事実となる。この場合、Xがこれを援用せず、むしろ争ったとしても、裁判所は、これを斟酌できることになる。この点については、本判決は、

前掲最判昭和四一・九・八の趣旨を再確認したものと解される。<sup>(16)</sup> また、不利益陳述について証拠調べが必要なのかという点については、本判決は、前掲最判昭和四一・九・八と同様に、その立場を明確にしていまいことなる。<sup>(17)</sup>

当面の問題は、Xが単独所有権に基づく請求しかしていないが、Xの共有持分権に基づく請求の請求原因を構成する事実がYらの不利益陳述により顕在化したときに、裁判所は、この旨を指摘せずに、Xの共有持分権の限度でXの請求を一部認容する判決を下すことができるのである。この点に関しては、大別して、処分権主義を強調し、Xが明示的に共有持分権に基づく請求をしない限り、裁判所が一部認容をなし得ないという考え方と、全部棄却の判決よりは一部認容の判決の方がまじだと思ふのがXの通常の意味であること、後訴の提起が認められないXの共有持分権を保護する必要があることなどから、Xが反対の意思を明示しない限り、裁判所が一部認容をもし得るといふ考え方の二つがあり得る。<sup>(18)</sup> 本判決は、その立場を明確にしていまいが、藤井正雄裁判官の補足意見が、「裁判所が、Xに何らの釈明も求めることなく、直ちに所有権等の分量の一部として共有持分権の限度でこれを認容してよいということにはならない。もしそのようなことをしたならば、当事者、殊にYらにとつては、予期しない不意打ちとなるであろう。従つて、相続分の限度での一部認容判決をするためには、裁判所としては、Xに対し、九分の一の共有持分権の限度の請求としてもこれを維持する意思があるかどうかについて釈明を求めた上、予備的に請求の趣旨を変更させる措置をとるのが普通である」とすることを考えれば、前者の考え方に基づくものであると解するものようである。そうすると、本判決における、「適切に釈明権を行使するなどした上でこの事実を斟酌」すべきとの判示は、判決を下す前に求釈明によりXの意思を確認すべき趣旨と理解することができる。換言すれば、本件は裁判所に釈明義務が生じると一般的に解されているが、これは請求レベル、すなわち、処分権主義の局面での問題を配慮したものである。<sup>(20)</sup> もっとも、仮に不利益陳述の事実を請求原因とする後訴の提起が許されると仮定した場合には、一方当事者がこの事実を陳述し、且つ、相手方が予備的に請求の趣旨を変更しないときに、裁判所が相手方に釈明を求める必要があるかの判断について、裁判所の負担を過大にするのみならず、かえつて紛争の拡大を助長する恐れがあることから、個別の事案において慎重に慮るべきものと思われる。<sup>(21)</sup> 別のいい方をすれば、本判決の判旨に賛成するが、その射程を限定す



べきもの<sup>(22)</sup>と考える。

これに関連して問題となるのが、裁判所がYらの不利益陳述を斟酌すべきとして、その過程においてYらの真意及びXの意向を確認するために求釈明をする義務を裁判所は常に負担するののか、という点である。本件では不利益陳述につき事実認定が既に原審において確定していることに鑑みれば、本判決は、直接的にこの点に触れていないといえる。

右のとおり、本判決の判旨を、単に、最高裁が、主張レベルの問題につき、従来の最高裁判例の立場を踏襲して判例法理を確立したものと理解して、その点に本判決の意義を認めようとするのは正しくない。仮に所有権確認請求には共有持分権の確認請求が含まれず、これが全部棄却された場合でも、共有持分権の確認等を求める後訴を提起することが許されるとすれば、原審は、Yらの陳述した「Bの取得、死亡」の事実を斟酌した上でXの共有持分の有無を判断しなかつたことには、審理不尽の違法があるとは直ちにいうことができないからある。むしろ、本件では、Xは自己の所有権確認等の請求に対する判決の既判力により自己の共有持分権の確認等を請求する後訴の提起が封ぜられるという特殊な事情があるので、最高裁は、このような請求レベルの問題につき、新しく立場を示したのであり、本判決の意義もそこにあると考えるのが、正しい理解の仕方であると思ふ。

(3) 最判平成一二・四・七判時一七一三三五〇頁

Xは訴外Aの妻であり、A、Y<sub>1</sub>及びY<sub>2</sub>の三人は訴外B、C夫妻の子である。また、Y<sub>3</sub>はY<sub>2</sub>の子である。そのうち、Bは昭和四二一年に、Aは昭和五九年に、またCは平成四年に、それぞれ既に死亡している。Xは、A所有名義の土地一二（以下、本件各土地という）につき、その地上建物二の所有者であるY<sub>1</sub>、建物一<sub>1</sub>の所有者であるY<sub>2</sub>に対し、それらの所有する建物の取去、本件各土地のうち当該建物の敷地部分の明渡し、右取去等までの間の地代相当額の金員の支払いを、そして、建物一に居住しているY<sub>3</sub>に対し、当該建物からの退去を、求めて本訴を提起した。

Xは、その請求原因のうち、Xの被相続人Aの本件各土地の所有権取得原因事実として、①Aが国から払下げを受けて本件各土

地を取得した、②そうでないとしても、Bが本件各土地の払下げを受け、直ちにAにこれらを贈与したと主張した。

これに対し、Y<sub>1</sub>は、本件各土地はいずれもCが払下げを受けて取得し、あるいは、Cが本件各土地のうち建物二の敷地部分を時効取得していたところ、Y<sub>1</sub>は土地二をCから贈与を受けて取得し、または、仮にCの占有開始に過失があるとしても、Cの占有を承継したY<sub>1</sub>は時効により土地二を取得したなどと主張して、Xに対して土地二の所有権確認及び所有権移転登記手続を求める反訴を提起した。また、Y<sub>2</sub>は、本件各土地の払下げを受けたのはBであり、B、C兩名の死亡により、Y<sub>2</sub>が本件各土地の三分の一の持分を取得したなどと主張して、Xに対して本件各土地について各三分の一の持分の確認及び持分移転登記手続を求める反訴を提起した。

原審は、Xの右主張事実①は認められまいとし、また、Xの主張事実②のうち、Bが本件各土地の払下げを受けたことは認められるが、BがAにこれらを贈与したことは認められまいとして、第一審判決のうち、Xの建物取去土地明渡し及び建物退去の請求を認めた部分を取り消して右請求を棄却し、Xの金員支払請求を棄却した部分に対するXの附帯控訴を棄却する趣旨の判決を下した。Xは、自己の主張事実が認められなかったことには経験則違背等の法令違反があることなどを主張して、上告を提起した。

本判決は、「Y<sub>1</sub>及びY<sub>2</sub>が共有物である本件各土地の各一部を単独で占有することができる権原につき特段の主張、立証のない本件においては、Xは、右占有によりXの持分に応じた使用が妨げられているとして、右兩名に対して、持分割合に応じて占有部分に係る地代相当額の不当利得金ないし損害賠償金の支払を請求することはできるものと解すべきである。そして、Xは右のBの死亡によるその持分の相続取得の主張をしていないが、原審としては、前記各事実を当事者の主張に基づいて確定した以上は、適切に釈明権を行使するなどした上でこれらを斟酌し、Xの請求の一部を認容すべきであるかどうかについて審理判断すべきものである（最高裁平成七年（オ）第一五六二号同九年七月一七日第一小法廷判決・裁判集民事一八三号一〇三一頁参照）。そうすると、原審の前記判断には、法令の適用を誤る違法があるというべきであり、この違法が原判決の結論に影響を及ぼすことは明らかである。従って、原判決のうちXのY<sub>1</sub>及びY<sub>2</sub>に対する金員の支払請求に係る部分は破棄を免れず、右部分につき、更に審理を尽くさせるため、

本件を原審に差し戻すこと」とした。

本判決に関しては、まず、判旨のうち、「Xは右のBの死亡によるその持分の相続取得の主張をしていないが、原審としては、前記各事実を当事者の主張に基づいて確定した以上」という部分を、どのように捉えるべきかが問題となる。仮にAの共有持分権の相続取得の原因事実のすべてがXの一人によって主張されたのであれば、本件は不利益陳述が問題となる事案ではないため、判旨のうち「適切に積明権を行使」すべきと判示した部分を、原審がXに対して相続という法的観点を指摘すべき趣旨であると理解することが可能であるが、最判平成九・七・一七を引用することはないはずである。従って、Aの共有持分権の相続取得の原因事実のすべてがXの一人によって主張されたものではないと推測される<sup>(23)</sup>。そうだとすると、本判決は、最判平成九・七・一七と事案が同種のものとして、不利益陳述の斟酌の可否、不利益陳述につき証拠調べの要否、所有権に基づく請求と共有持分権に基づく請求との間に訴訟物の同一性が認められるという特殊の事情が介在する事案における裁判所の積明義務のあり方などの点について、最判平成九・七・一七の趣旨を再確認したものと解される<sup>(24)</sup>。

### 3 小 括

不利益陳述の取扱い等に関して、判例の立場を整理すると、次のとおりである。

- 第一に、不利益陳述を裁判所が斟酌できるかという点について、通説の立場を採用し、すなわち、主張共通の原則の妥当を肯定する。
- 第二に、不利益陳述につき証拠調べを要するかという点について、不明確である。
- 第三に、不利益陳述を斟酌する過程で裁判所としては当事者の一方または双方に積明を求めることが必要なかという点についても、不明確である。

### III 不利益陳述の取扱いに関する学説及びその検討

前述のとおり、兼子論説以来、通説・判例は、不利益陳述を裁判所が斟酌できるものとする。しかし、この肯定説では不利益陳述の取扱いに関して見解が必ずしも一致していない。現在では、大別して、従来の兼子理論を踏襲した証拠調べ説、主張自体失当という実務的対応の定着を志向する合理性審査説、およびドイツ法における等価値陳述の理論を受け入れようとする等価値陳述理論採用説の三つの学説がある。本章では、各説の内容を確認した上、検討を加える。

#### 1 証拠調べ説

兼子理論では、民事訴訟は当事者間の争議を解決する制度であるからこそ、事実に関して争いがある以上、証拠調べをしてそれに従って当該事実を確定すべきであり、このことは、不利益陳述の場合でも異例に取り扱われるべきではないとされる。<sup>(25)</sup> もっとも、不利益陳述は、陳述した当事者にとって不意打ちとなる危険があり、裁判所が求釈明を行使して陳述した当事者にその陳述が不利である旨を自覚させ、その真意を確認すべきである。<sup>(26)</sup> これは、裁判の正当性を基礎付けるため真実なる事実の確定を第一に考えるべきとの価値観を前提とする。この見解は、証拠調べ説とも呼ばれ、長らく通説たる地位を占めてきた。

しかし、近時、証拠調べ説に対しては、不利益陳述の事実につき相手方が援用しない場合に証拠によってその事実を確定すること、裁判官が違和感を抱くというのは、むしろ実務的感覚であり、すなわち、実務と理論の乖離が生じているとの指摘がなされている。<sup>(27)</sup> もっとも、このような実務的感覚それ自体には疑問符が付く余地がある。<sup>(28)</sup>

## 2 有理性審査説

有理性審査説は、文字通り、有理性審査の結果に従って不利益陳述を取り扱うべきものとする考え方である。

まず、先行研究によると、ドイツにおける有理性審査につき、次のように紹介されている。<sup>(29)</sup> すなわち、民事訴訟の審理段階は、思想上、主張整理段階と事実認定段階に分かれ、そのうち、主張整理段階では、有理性審査は原告、被告の順で行われる。そこでは、当事者の主張によってその申立てが実体法上是認されるかが審査される。<sup>(30)</sup> 有理性の有無についての判断の基準は、被審査当事者の主張事実をすべて真実と仮定した場合にその申立てが実体法に照らし根拠付けられ得るかである。被審査当事者の主張に有理性がないと結論付けられると、裁判所は、証拠調べをせずに被審査当事者の敗訴判決を下すことになる。それにより、不要な証拠調べの排除・回避が図られる。例えば、原告が請求原因事実とともに抗弁事実をも主張した場合に、当該事実のすべてが真実であるとするとその請求が理由のないものとなるので、それらの真偽を確定することなく原告は請求棄却となる。逆に、被告が抗弁事実と再抗弁の事実とを同時に主張した場合、当該事実のすべてが真実であると再抗弁が抗弁の法的効果を消滅させるので、それらの真偽を確定することなく原告は請求認容となる。なお、有理性審査の対象は、被審査当事者の主張事実全体であり、<sup>(31)</sup> これらの事実に対する相手方当事者の認否を問わない。すなわち、原告が請求原因事実と抗弁事実を共に主張した場合に、たとえ被告が抗弁事実を争うとしても、被告の態度が原告の有理性審査の結果に何らの影響を及ぼし得ないため、原告の主張は依然として有理性がな<sup>(32)</sup>いものとして、直ちに請求棄却とされる。このことは、有理性審査が当事者の自己責任により根拠付けられるためである。

有理性審査が行われる結果、不利益陳述が次のように取り扱われることになる。すなわち、原告の不利益陳述は、被告がそれを否認するか否かにかかわらず、常に原告の不利に裁判の基礎として利用される。これに対して、被告の不利益陳述のうち、原告の主張が有理性を欠き、被告の陳述がそれを補完してしまう事實は、原告がそれを争わなければ、原告の有利に利用されるが、原告がそれを争った場合に、その被告の不利益陳述が無視され、原告の主張が有理性を欠き、それゆえ請求が理由のないものとして証拠

調べを経ずに棄却される。他方、原告の主張がそれ自体で有理性を有している場合には、被告の不利益陳述は、原則として被告の不利に取り扱われる。被告が抗弁を主張しつつ、その抗弁に対する再抗弁まで主張してしまった場合には、この再抗弁の主張は被告の不利に利用される。ただ、後述する等価値陳述のような場合について、見解が分かれる<sup>(33)</sup>。

右のとおり、有理性審査は、訴訟経済の実現を最優先に考えるものであるように思われるが、そのようなドイツ実務の技術を、実体的真実の発見を重視する日本の司法風土の下でどのように評価すべきか、が問題となる。まず、有理性審査説では、たとえ被審査当事者の主張事実をすべて真実と仮定してもその申立てが実体法に照らし是認されない場合、被審査当事者の主張が有理性を欠くとされるが、その妥当性に疑問がある。例えば、原告が請求原因事実 $\alpha$ 及び $\beta$ とともに抗弁事実 $\gamma$ をも主張した場合に、その三つの事実が全部「真」であるならば、確かに原告が申し立てた請求の趣旨が実体法上根拠付けられないが、 $\alpha$ 及び $\beta$ は「真」、 $\gamma$ は「偽」であるならば、原告の請求が実体法に照らし根拠付けられる。このように、被審査当事者の複数の主張事実の真偽の組合せによって、その申立てが実体法上是認されるかという点にまったく異なった結論が導かれ得るのであれば、なぜこれらの事実をすべて真実と仮定した場合のみを考察することで、直ちに結論を付けてよいのかという点について、説明が必要である。証拠調べの必要性の角度からすると、たとえ証拠調べが如何なる結果であつてもそれが訴訟の結果に影響しない場合であつて初めて、証拠調べを不要とすべきではなくである。逆に、証拠調べの結果によって判決が異なり得るのに、証拠調べの結果の一つだけを想定して法律を適用するというのは、裁判の正当性が損なわれるおそれがある。恐らく、有理性審査説は、ドイツでは真実義務の意識が強いことを背景にしたものである<sup>(34)</sup>。もっとも、真実義務は当事者が知つてする虚言を禁止するにとどまり、当事者が正しくないかもしれないと思う事実を陳述することは禁じられないこと、当事者の陳述が真実に反することが証拠調べから明らかになることが多くあることなどを考えれば、仮に裁判所が釈明を求めても原告が抗弁事実の陳述を変えていないような場合には、その主張事実をすべて真実と仮定することで証拠調べをしないとする考え方よりも、裁判所が証拠によって争いある事実の真偽を判明すべきとする兼子理論の方が<sup>(37)</sup>、日本の土壤に馴染みやすいと考える。

また、有理性審査は、事実認定の前段階であり、そこで行われるのは、事実認定が行われるべきかという調査であり、それは弁論主義とまったく無関係であると理解されるとすれば、<sup>(38)</sup>なぜ有理性審査では被審査当事者の主張が有理性を欠くと認められると直ちに本案判決で相手当事者を勝訴させてよいのかという点について、説明が困難である。本案判決は、通常、請求が理由ありと認められるか、すなわち、「理由具備性」の有無を判断したものである。仮に原被告が共に有理性審査に通過したとしてもその後には事実認定の問題が控えているため、有理性があっても理由ありという結論には必ずしもならないということに異論はないと思われる。<sup>(39)</sup>同様に、原告の主張に有理性がないことから直ちにその請求が理由なし、また、被告の主張に有理性がないことから直ちに原告の請求が理由あり、ということとはできないと考えることが、むしろ一貫するものと思われる。そうすると、有理性審査は、証拠調べの前段階であり、ここでは、被審査当事者の主張事実につき証拠調べを要するかの問題を取り扱うにとどまると考えることになる。判決段階においてどのような判決がなされるべきかの問題は、弁論主義等に委ねられるのであり、有理性審査では本案の問題に立ち入るのではない。<sup>(40)</sup>

私見は、有理性審査の内容及び効果について、次のように考える。有理性審査は、真実なる事実による裁判の正当性を確保する上で、無駄な証拠調べによる司法資源の浪費を防ぎ訴訟の迅速化を図るために、当事者の主張自体がその申立てを実体法に照らし根拠付け得るかを審査するのである。審査は、原告、被告の順で行われる。具体的にいえば、まず、原告の有理性審査では、その主張に有理性がないとされれば、被告の有理性審査及び証拠調べを飛ばして判決段階に移り、他方、原告の主張に有理性があるとされれば、被告の有理性審査に入る。次に、被告の有理性審査では、その主張に有理性がないとされれば、被告の主張事実につき証拠調べをすることはないが、原告の主張事実を認定することが必要であるので、直ちに判決段階に移るのではなく、証拠調べを行ってからそこで確定した事実に基づいて判決をする。他方、被告の主張に有理性があるとされれば、原被告の双方の主張事実につき証拠調べを行ってからその結果に基づいて判決をする。

有理性が問題となるのは、主として、実体法上根拠がない申立てを根拠あるものと考えて事実を主張する場合と、実体法に照ら

し申立てを根拠付けるに足りる事実の主張が不完全な場合とが挙げられる。前者の場合とはともかく、後者の場合には、以下のとおり、様々な場面が想定される。

【事例Ⅰ】原告が請求原因事実の一部を主張しなかったとする。この場合には、原告の主張が有理性を欠くとして、直ちに判決段階に移る結果、主張責任に基づいて原告を請求棄却とすることになる。被告が残りの請求原因事実を陳述し、原告がこれと争った場合は、被告の陳述が原告の有理性を補充することができないと思われる。このことは、有理性審査が当事者の自己責任により根拠付けられ、有理性審査の対象が被審査当事者の主張事実だけであるためである。

【事例Ⅱ】原告が請求原因事実をすべて主張し、被告が「抗弁事実」を主張したが実はそれが抗弁になっていないか、或いは被告が抗弁を提出しなかったとする。この場合、原告の主張が有理性を有し、被告の主張が有理性を欠くので、証拠調べ段階で原告の主張事実のみを確定すべきであるが、被告が原告の請求原因事実を擬制自白したため、それに基づいて請求認容判決がなされることになる。

【事例Ⅲ】原告が請求原因事実とともに抗弁事実をも主張したとする。ドイツの有理性審査説によれば、この場合に原告の主張が有理性を欠くとされるが、先にも触れたとおり、証拠調べの結果として原告が陳述した請求原因事実が「真」、抗弁事実が「偽」と確定したときは、原告の申し立てた請求の趣旨が根拠付けられるため、この場合でも原告の主張に有理性があると解する。類似する場合として、被告が抗弁と再抗弁を同時に提出する場合が挙げられ、このとき被告の主張に有理性が認められると考える。要するに、当事者がその申立てを実体法上根拠付けるに足りる事実の主張さえすれば、加えて逆効果の事実の陳述の有無にかかわらず、当事者の主張が有理性を有するとされるとされるべきものと思われる。この場合には、被告が原告の陳述した請求原因事実と抗弁事実を認めれば、原被告の双方の主張が有理性を有するとされ、証拠調べ段階で被告が請求原因事実を自白して原告が抗弁事実を先行自白したことによりこれらの事実を確定し、判決段階でこれらの事実に基づいて原告の請求を棄却する。他方、被告が原告の陳述した請求原因事実を争ったときは、また原被告の双方の主張が有理性を有するとされ、証拠調べ段階でこれらの事実の真偽を判



断した上、その結果を判決の基礎にする。

【事例Ⅳ】原告が請求原因事実 $\alpha$ を主張し、被告がこれを否認しつつ、別途に請求原因事実 $\beta$ を陳述したとする。これは、ドイツ法における等価値陳述の理論の適例である。ドイツの合理性審査説では、原告が被告の陳述した請求原因事実 $\beta$ を援用したときは、原告の主張が合理性を有するが被告の主張が合理性を有しないとされる。なぜなら、原告が被告の陳述した請求原因事実 $\beta$ を援用することにより、原告が同時に二つの異なる請求原因事実を主張したことになり、被告は、そのうち一つだけに対する否認は、請求棄却との被告の申立てを根拠付け得ないためである。これに対して、ドイツの合理性審査説によれば、原告が請求原因事実 $\beta$ を援用しないときは、被告の主張に合理性があるとされる。<sup>(43)</sup>しかし、このとき、被告の主張事実をすべて真実と仮定すると、請求原因事実 $\alpha$ なし、請求原因事実 $\beta$ ありという結果になり、すなわち、請求棄却との被告の申立てが根拠付けられないという帰結には変わりはないのに、ドイツの合理性審査説が被告の主張に合理性を認めることには疑問がある。むしろ、本事例は、右事例Ⅲと同様に、被告が請求原因事実 $\alpha$ の否認さえすれば、それだけで被告の主張に合理性が認められることになり、被告が別途に請求原因事実 $\beta$ を陳述したか否かを問わない。そうすると、原被告の双方の主張が共に合理性を有するので、それらの主張事実を証拠によって確定し、その結果を判決の基礎にすべきである。また、原告が被告の抗弁事実を否認しつつ、別個の抗弁事実を陳述した場合も、同様に取り扱われるべきである。<sup>(44)</sup>

要するに、右事例Ⅰ及びⅡのように、当事者がその申立てを根拠付けるために必要な事実の全部又は一部を主張していない場合に限って、合理性を欠くとして当該当事者の主張事実につき証拠調べを不要とすべきである。これは、証拠調べの結果として当該当事者の主張事実の真偽にかかわらずその申立てが根拠付けられないことに変わりはない場合に、証拠調べが無駄だからである。これに対して、右事例Ⅲ及び事例Ⅳのように、当事者がその申立てを根拠付けるために必要な事実の全部を主張していれば、たとえこれらの事実と逆効果の事実を共に主張したとしても、合理性を有するとして当該当事者の主張事実につき証拠調べをすべきである。なぜなら、証拠調べの結果として当該当事者の主張事実の真偽の組合せによってその申立てが根拠付けられるかという点で

結論が分かれるからである。

もつとも、真実なる事実による裁判の正当性の確保の見地からすれば、原告が請求原因事実の一部を主張していないが被告がこれを陳述したような場合に、被告の陳述が原告の合理性を補完するものとして、原告と被告の双方が陳述した請求原因事実につき証拠調べをすべきと考える余地があり得る。しかし、合理性審査は、自己責任に基づき、原告、被告の順で行われるものである。原告は、裁判所に対し申立てを提出して訴訟を引き起こした以上、それ自身が自己の申立てをまず正当化すべきである。原告の主張からその申立てが実体法上根拠付けられないことが明らかの場合に、被告の主張事實は斟酌されずに裁判がなされたとしても、裁判の正当性からみて問題はないといえよう。すなわち、原告が訴訟を引き起こし被告が訴訟に巻き込まれるため、合理性審査では原告側に重い負担を課すべきものと思われる。これに対して、原告が訴訟を引き起こしたのは被告側の訴訟前の一定の態度・行動に起因する、ということが十分に考えられることからすれば、受け身側が必ずしも被告とは限らない、という反論もなされている。<sup>(45)</sup>しかし、原告の請求がいつも認容されるわけではないということから明らかとなり、原告が訴訟外で権利を侵害され提訴を余儀なくされるといのは、あくまでも仮説にすぎない。また、仮に原告が訴訟外で常に受け身になっていないと言いつても、合理性審査においてすなわち訴訟上当事者間に負担を決する際に、なぜ訴訟外と訴訟上とを区切らずに訴訟外の事情をも考慮してよいかについて説明が必要である。

### 3 等価値陳述理論採用説

上記事例Ⅲのような場合に、原告の主張した請求原因事実 $\alpha$ と被告の主張した請求原因事実 $\beta$ とは、同一の法律効果をもたらすので、それらの事実につき当事者間に争いがあるにもかかわらず、裁判所が証拠調べをせずに直ちに原告の請求を認容し、判決理由において原告の請求は原被告のいずれの陳述によっても理由を有する旨を判示することが可能なのかという問題が生じ得る。この問題に肯定的解答を与えるのが、ドイツにおいて「等価値陳述の理論」と呼ばれ、<sup>(46)</sup>日本の一部の論者によっても、これを適用す

べきものと提唱されている。<sup>(47)</sup>

また、等価値陳述の理論に好意的なものとして、前掲最判平成九・七・一七を、日本で初めて最高裁が等価値陳述の事案に判断を示した画期的な判決と捉える見解がある。<sup>(48)</sup>

しかし、原告の主張事実によっても被告の主張事実によっても請求が理由ある旨の判決理由が許されるかが疑わしいこと、請求原因事実によって法的効果が異なる場合があること、また、確定判決の判断が訴訟外、例えば経済取引上意味を持つことが無視できないことなどから、<sup>(49)</sup>日本法の下において等価値陳述の理論をなかなか受け入れ難いとするのは多数説のようにみられる。<sup>(50)</sup> もっとも、等価値陳述のような場合は、実務的には和解の勧誘で処理するのが望ましいと思われる。<sup>(51)</sup>

#### 4 小 括

右のとおり、実体的真実の発見が重視される日本法の下では、仮に不要な証拠調べを省くために有理性審査とか主張自体失当などの実務的対応を採用するとしても、どのような場面を証拠調べが不要と認めてよいかという点について、ドイツ法とは大きく異なる。私見は、原告の事実主張が不完全な場合でない限り、証拠調べが必要だと思う。また、等価値陳述の理論は採用されないので指摘されたところである。

従って、不利益陳述につき当事者間に争いがある以上、証拠によりそれを確定すべき証拠調べ説は、なお通説たる地位が維持されるといえる。

#### IV 主張共通の原則に関する議論

##### 1 主張共通原則の肯否について

主張共通の原則の妥当は、不利益陳述の前提であり、逆に、主張共通の原則の妥当を否定すると、不利益陳述の取扱いの問題が生じ得る余地がない。

主張共通の原則とは、主張責任の所在の有無にかかわらず、いずれの当事者から主張された事実でも判決の基礎になり得ることをいう、とされる<sup>(52)</sup>。すなわち、当事者が自己に有利な事実を主張した場合に裁判所はこれを判決の基礎とすることができるのはいうまでもなく、当事者が自己に不利益な事実を主張した場合であっても裁判所はなおこれを判決の基礎とすることが許されると理解することができる。弁論主義の下では利益陳述の斟酌の妥当は自明のことであり、むしろ、不利益陳述の場合にこそ主張共通の原則を持ち出す意味がある<sup>(53)</sup>。

先にも触れたとおり、こうした主張共通の原則を肯定するのは、通説・判例の立場であるが、近時、弁論主義への理解の変容に伴い主張共通の原則の肯否が問い直されている。

##### (1) 井上説

主張共通の原則の妥当に疑問を提起する代表的な見解として、井上説がある。

井上治典教授によれば、訴訟の目的は、裁判官の判断（判決）という結果にあるのではなく、当事者間の実質的平等を確保しながら、当該紛争に妥当すべき当事者間の行為責任分配ルールに基づいて論争または対話を尽くさせることにある、とされる<sup>(54)</sup>。いわゆる手続保障の第三の波説である。このような訴訟観からすると、通説的理解においての弁論主義の三つのテーゼは、いずれも裁

判所が判決をするときのルールであつて、当事者の訴訟追行過程にはウエイトが置かれておらず、しかも、当事者のいずれの側が資料を提出していかなければならないかの当事者間の役割分担の視点は取り込まれていないという不満が生じるため、弁論主義の第一テーゼは、次のように変更すべきである。すなわち、主要事実については、主張責任を負う当事者が主張しなければならず、相手方がその反対事実を主張する必要はなく、結果として、主張責任を負う当事者がその責任を尽くさない場合には、判決においても、その当事者はその事実から導かれる法律効果を得ることができないことになる。<sup>(55)</sup> こうした捉え方を採れば、主張共通の原則を否定する帰結が導かれることは明らかである。

しかし、手続保障の第三の波説に対しては、これは、手続保障の重視、当事者の主体性確保の提唱などの点において意味が大きいが、手続過程を強調するあまり、実体的正義を省みず、正当性確保という点でも十分でない。<sup>(56)</sup> とりわけ、どちらの当事者がどの主張・立証をしなければならないかという訴訟過程における当事者の行為規範ないし弁論規範の定立という、この説の核心をなす点に関して、その試みはほとんど不可能に近いなどの批判がなされる。<sup>(57)</sup> 現在では、この説を支持する論者が少数にとどまっている。<sup>(58)</sup>

## (2) 山本説

主張共通の原則に反対するという点で井上説と一致すると思われるものとして、<sup>(59)</sup> 山本説がある。

山本和彦教授によれば、概念として弁論主義と弁論権とを峻別すべきことを前提に、<sup>(60)</sup> 弁論権が「提出する自由」に関するものであるのに対し、弁論主義は、「当事者の事実・証拠を出さない自由、換言すれば、提出しなかつた事実・証拠を裁判所（＝国家）に顧慮されない自由の保護を目的にする」、「三テーゼから成る具体的な準則の集合体」であり、具体的には、「第一テーゼは提出されなかつた事実、第三テーゼは提出されなかつた証拠に関して、各々提出されなかつた資料の顧慮の禁止を裁判所に命じ、第二テーゼ（自白）は両当事者による争点の限定により、争点と矛盾した事実の顧慮の禁止を命じる」、<sup>(61)</sup> とされる。そして、弁論主義の対象となる事実・証拠は、主張すべき当事者にとって有利な場合と不利な場合を分けて検討すべきであり、「弁論主義の固有の適用領域

は自己に有利な事実等を提出しない自由に関し、不利な事実等を提出しない自由は弁論主義の適用範囲には含まれない」ということになる。<sup>(62)</sup> また、山本説は、本稿の取り扱う問題との関係で、以下の点に特に注意を引かれる。すなわち、弁論主義と私的自治の結び付きに関しては、弁論主義が国家権力の積極的な介入を受けないという両当事者の水平空間を確保する趣旨であるとすると、伝統的理解に対して、むしろ「国家対『各私人』」の観点が重視されるべきであり、<sup>(64)</sup> 訴訟上の私的自治は、「勝ちを拒否する美学」や「裏の事情を出さない」などの「相対的にはマイナーな局面に関する」ものであると説かれる。<sup>(65)(66)</sup>

このように、山本説の中身を分析すると、それは、三つのステップにより、主張共通の原則を否定する立場を示すに至るように見受けられる。第一のステップは、「提出する自由」と「提出しない自由」を切り離すことにより、「提出する自由」に関する弁論権とは異なり、弁論主義を「提出しない自由」に関する概念として把握するのである。ここまでは異論は少ないものと思われる。<sup>(67)</sup> 第二のステップは、主張すべき当事者にとつて事実等が有利・不利を区別することにより、弁論主義の適用範囲を「有利な事実等を提出しない自由」の場合に限定するのである。第三のステップは、弁論主義と私的自治の結び付きにおいて「国家対『各私人』」の観点を強調し、訴訟上の私的自治を個々の当事者の意思と定義することにより、「有利な事実等を提出しない自由」が保護されるべきこと自体を正当化するのである。

まず、第二のステップに関しては、提出しなかった事実を裁判所に顧慮されない自由は、「そもそも個々の当事者には保障されていないのであり、そのことは、当該当事者に不利な事実であろうと、有利な事実であろうと、変わりはない」との批判がなされる。<sup>(68)</sup> これに対しては、山本説によって、二つの反論が呈示されている。第一の反論は、主張共通の原則の一般的な適用には疑問があるというものであり、第二の反論は、有利な事実等と不利な事実等とは、実際上は相手方の提出可能性において両者に無視し難い差があることから、実践論として両者は区別して論じるに値するものである。<sup>(69)</sup> 第二の反論に対しては、実践論を機能論と読み替えることができるから、それを規範の問題として把握するために、なお別の説明が必要であると指摘される。<sup>(70)</sup> 第一の反論に関しては、山本説によって、更に、ドイツでは主張共通の原則を肯定する立場が必ずしも一般的ではないようであること、日本でも

主張自体失当の法理により不利益陳述を処理することが可能であることの二つの論拠が挙げられている<sup>(71)</sup>。しかし、前者の論拠に対して、主張共通の原則に関してのドイツの状況の如何は直ちに同原則の日本での適用の有無ないし可否の理由付けにならないのであり、他方、後者の論拠に対して、主張自体失当の法理によって処理できない不利益陳述の場面（例えば、等価値陳述）があり得るとの再反論が可能である。従って、有利・不利を分けて捉える理由に乏しい意味において、民事訴訟において個々の当事者の私的自治を観念することは困難であろう。

また、第三のステップに関しては、仮に、有利・不利を分け難いことは個々の当事者の私的自治という概念の成立に影響しないとしても、民事訴訟において各当事者に「有利な事実等を提出しない自由」を保障すべきこと自体が疑われる。山本説によれば、「個人の美学ないし義理人情等の利益を、訴訟での勝利よりもなお自覚的に優先する当事者が存在する限りで」、訴訟においても各当事者の私的自治への尊重が妥当する、とされる<sup>(72)</sup>。しかし、訴えの取下げ、請求の放棄・認諾などを各当事者に与えた上で、更に、個々の有利な事実等の不提出の自由をそもそも勝利したくない当事者に与えることの実益がどれほどあるかが、疑問である<sup>(73)</sup>。たとえそのような実益が認められるとしても、訴訟手続の続行による司法資源の浪費において、勝利したくない当事者の「個人の美学」を満足させることは、適正な審判を期待したい他の事件における当事者、ひいては訴訟手続の運営を支えている納税者たる国民の利益を害する恐れがある。また、弁論主義が「三テーゼから成る具体的な準則の集合体」であることを前提に、「国家対「各私人」」の観点から私的自治を捉えるならば、私的自治と弁論主義の第二テーゼの結び付きに関する解釈において、なお整合性を取るための工夫が必要である。

### (3) 松本説

前掲最判平成九・七・一七及び最判平成一二・四・七における最高裁の判断、更に、等価値陳述の理論のいずれも、被告の不利益陳述を裁判所が原告の請求を理由付けるものとして斟酌できる趣旨であるが、これに対しては、松本博之教授によって、たとえ

不利益陳述の取扱いに関する覚書（劉）

弁論主義に反しなくても当事者公平の原則や当事者間の役割分担に反すると説かれ、主張共通の原則の無制限な適用に疑問が呈されている。<sup>(74)</sup> すなわち、右最高裁の判断等は、当事者が望んでいない事実による勝訴（利益）をその当事者に押し付けることになり、それは財産権をめぐる争いを対象とする民事訴訟に適合しないということになる。<sup>(75)</sup>

しかし、原告が被告の陳述した請求原因事実を争ったことは、原告が被告の主張事実を望んでいないというよりも、むしろ原告が勝訴に自信を持っているからこそ被告の主張事実を否定して自己の主張事実を固執しているとみるべきである。逆にいえば、原告がこのまま自己の主張事実を終始すると敗訴になるであろうと予測したのであれば、通常、勝訴のため被告の主張事実を援用するはずである。その意味では、証拠調べなどとして被告の陳述した請求原因事実を斟酌することは、実体的真実の発見のみならず、紛争の一回的解決にも資するといえよう。

また、当事者公平の原則に関しては、単に攻撃防御者の差異、或いは主張責任の原則などにより、当事者一方の陳述を無視し、他方のみを採用することも、当事者の対等を害するとの反論がなされる。<sup>(76)</sup>

## 2 主張共通の原則の根拠について

### (1) 弁論主義の第一テーゼ

従来の教科書・体系書では、弁論主義の第一テーゼないしそれから派生する主張責任の観念を説明する箇所において、主張共通の原則に触れられることが多い。<sup>(77)</sup> 主張共通の原則が妥当する根拠としては、弁論主義は裁判所と当事者の間での役割分配、すなわち当事者自治による裁判所に対する拘束を定めたものであり、当事者双方の間での役割分配を規律するものでないことが挙げられる。<sup>(78)</sup> そうすると、主張共通の原則の根拠が弁論主義の第一テーゼに求められるように思われる。しかし、弁論主義の第一テーゼが機能を果たすのは、当事者のいずれも事実を主張しない場合であるのに対して、主張共通の原則は、当事者のいずれかが自己にとつて不利益な事実を主張した場合であるため、両者は外延を異にする。別のいい方をすれば、主張共通の原則が弁論主義の第一テー



ぜと衝突しないとしても、直ちに弁論主義の第一テーゼが主張共通の原則の根拠とはいえない。<sup>(79)</sup>

(2) 弁論権の積極的効力

先にも触れたとおり、学説では、従来、主張共通の原則の肯否につき、弁論主義に関する理解によって立場が異なるようにみられる。そこで、山本克己教授は、弁論主義に関する理解への依存を克服するために、弁論権の積極的効力により、主張共通の原則の根拠付けを試みている。<sup>(80)</sup> すなわち、「この弁論権の積極的効力を通じての紛争定義の権能において、両当事者は対等であつて（武器対等の原則）、従つて、裁判所は、当事者の主張事実を、それが当該事件において有意的である限り、主張者の如何を問わず、必ず斟酌しなければならぬ」<sup>(81)</sup>。そして、この弁論権は、憲法三二条によつて当事者等に保障される基本的人権として位置付けられるため、主張共通の原則の基礎が憲法上の基本的人権に求められるといふことができる。従つて、弁論主義の採用の有無にかかわらず、弁論権が認められる限り、主張共通の原則が妥当するといふ。<sup>(82)</sup>

この見解は、弁論権の積極的効力というよりも、むしろ弁論権が含意する武器対等の原則に主張共通の原則の根拠を求めているといつてよい。しかし、仮に主張共通の原則が採用されない場合であつても、「主張責任を負わないのに不利な事実を主張した場合には裁判所はこれを斟酌してはいけない」というルールが当事者の双方に平等に適用されるならば、当事者間の武器対等が破壊されるわけではない。別のいい方をすれば、確かに主張共通の原則が採用された場合に両当事者の対等性が保障されるが、逆に、主張共通の原則の採用が対等性保障のための唯一の手段とはいふことができない。<sup>(83)</sup>

また、主張共通の原則の根拠に関して憲法にまで遡る試みに対しては、それは平衡感覚に欠け、同原則の根拠を訴訟の枠内に求めるべきであるとの指摘が注目される。<sup>(84)</sup>

さらに、弁論権は当事者が自己の勝訴を確保するために事実や証拠など裁判資料を提出する権限のことと定義されることもある意味において、<sup>(85)</sup> 不利益陳述を弁論権の範疇に入れることに違和感を生じさせる余地がある。<sup>(86)</sup>

従って、主張共通の原則の根拠付けとして、弁論権を挙げるだけでは足りず、より実質的なものが必要とされる。<sup>(87)</sup>

(3) 実体的真実の発見

垣内秀介教授により、主張共通の原則を採用することが、実体的真実の発見という実質的な意義を含蓄する、と説かれる。<sup>(88)</sup> すなわち、ある事実が、それにつき主張責任を負う当事者が主張したのではなく、他の当事者によって主張された場合に、当該事実を真実と裁判所が認めた場合には、仮に主張共通の原則を採用すれば、裁判所が当該事実に基づいて判決をすることが可能であるのに対して、主張共通の原則を採用しなかった場合、裁判所が当該事実を判決の基礎にすることができないせいで、真実なる事実の確定による裁判の正当性が損なわれることになる。その意味では、主張共通の原則は、実体的真実の発見に資する。

こうした理解に対しては、主張共通の原則の採用と実体的真実の追求とは、必ずしも当然に結び付くものではなく、訴訟手続上の他の前提、とりわけ、ドイツ法の有理性審査に関する立場の如何によって帰結が異なる、と指摘される。というのは、原告が請求原因事実とともに抗弁事実をも主張したと仮定した場合には、有理性審査につき厳格な立場を採ると、被告が抗弁事実を争った場合であっても、原告の主張が有理性を欠くとして、証拠調べをせずに原告を当然敗訴とすることになる。この場合に原告の不利益陳述たる抗弁事実につき主張共通の原則が適用されているものの、証拠調べが行われなかったということは、実体的真実を追求したとは到底いえない。<sup>(89)</sup>

しかし、このような思考自体が誤っている。というのは、主張共通の原則と実体的真実とは結び付いているか否かを判断する際に、まったく同様な前提の下、主張共通の原則を採用する場合と採用しない場合と、いずれの場合が実体的真実に接近していると考えられるかを比較した上、結論付けるはずである。先に主張共通の原則の採用が決まっておいて、次に有理性審査に関する立場等の前提を増減したり変更したりした上で、いずれの場合が実体的真実に接近していると認められるべきかをみるということは、むしろ、これらの前提のうちいずれが最も実体的真実の発見に資するかの調査である。

もつとも、仮に主張共通の原則の機能として、実体的真実の発見が考えられるとしても、必ずしも、実体的真実の発見は主張共通の原則の妥当を根拠付け得るとはいうことはできない。真実発見は、裁判の正当性を確保するために求められるものであり、他方、裁判の正当性の確保の見地から、真実発見のほか、手続保障なども要求される。例えば、弁論主義の第一テーゼにより、裁判所がたとえ証拠調べの結果からある事実の存否について心証を得て、それに基づいて裁判をするのが実体的真実に近づくと考えられるとしても、その事実が当事者のいずれかから主張されていないと、その事実を裁判所が判決の基礎とすることはできないことになる。そこで、なぜ主張共通の原則の妥当を肯定すべきなのか、すなわち、同原則の根拠を明らかにするには、裁判の正当性にとって真実発見、手続保障、訴訟経済などがどのような関係にあるかを先に説明せざるを得ない。

## V おわりに

本稿冒頭の問題①に対して、主張共通の原則の妥当を否定する見解のいずれも、理論的には無理があるため、不利益陳述を裁判所が斟酌できるとし、すなわち、主張共通の原則の妥当を肯定する通説・判例の立場を支持する、というのが本稿の暫定的な解答である。ただ、主張共通の原則の根拠につき、より深めた研究が待たれる。

問題②に対して、不利益陳述につき、原則として、証拠によりその事実を確定しなければならぬのであるが、真実なる事実による裁判の正当性を確保する限りでは、合理性審査などにより無駄な証拠調べの回避を図るべきである、というのが本稿の解答である。

- (1) 兼子一「相手方の援用せざる当事者の自己に不利なる陳述」同『民事法研究Ⅰ』（酒井書店、一九六二年）二〇七頁。
- (2) 梅本吉彦『民事訴訟法（第四版）』（信山社、二〇〇九年）四八〇頁など。

- (3) 事例①は、不利益陳述をした当事者の主張の合理性が損なわれるものであり、事例②は、等価値陳述に該当するものであるとみることができ(高橋宏志『重点講義民事訴訟法(上)』(第二版補訂版)(有斐閣、二〇一三年)四〇八頁注三の三)。
- なお、等価値陳述を不利益陳述に含めない見解がある(池田辰夫「判批」ジュリ臨増一―三五号(一九九八年)一二五頁、松本博之「上野泰男」民事訴訟法(第八版)(弘文堂、二〇一五年)三四六頁など参照)。両者の区別の必要性について、合理性審査や等価値陳述の取扱いに関する立場の如何によって異なった結論が導かれるため、本稿は、多数説に従い、等価値陳述が不利益陳述の一例であるとする。
- (4) 畑瑞穂「弁論主義とその周辺に関する覚書」青山善充ほか編『民事訴訟法理論の新たな構築・新堂幸司先生古稀祝賀(下)』(有斐閣、二〇〇一年)八七頁注四四。
- (5) 豊田健「判批」法学研究四―巻四号(一九六八年)一〇八頁。
- (6) 山田正三「判批」法学論叢二七巻一号(一九三二年)一六四頁。
- (7) 兼子・前掲注(一)―二二三頁。
- (8) 豊田・前掲注(5)―一〇七頁、新堂幸司「判批」法学協会雑誌八四巻八号(一九六七年)五三頁、鈴木正裕「判批」民商法雑誌五六巻三号(一九六七年)一一八頁、斉藤秀夫「判批」判例時報四七一―四七二号(一九六七年)一五一頁、嶋田敬介「判批」ジュリスト三七三―三七四号(一九六七年)三一―三二頁、林淳「判批」民事訴訟法判例百選(第二版)(一九八二年)一七七頁、河野正憲「判批」民事訴訟法判例百選Ⅰ(新法対応補正版)(一九九八年)二一九頁、田中豊「民事訴訟の基本原理と要件事実論(第一一回) 弁論主義の意義と機能(その四)」月報司法書士四四四号(一九九九年)六五頁など参照。
- (9) なお、松村和徳「判批」民事訴訟法判例百選(第四版)(二〇一〇年)一〇九頁は、本判決により、最高裁レベルでは不利益陳述を斟酌すべき立場に転換したと説く。
- (10) 豊田・前掲注(5)―一〇八頁、新堂・前掲注(8)―五三頁。
- (11) 本件が不利益陳述の適例であるものとして、林・前掲注(8)―二七七頁、鈴木・前掲注(8)―二二〇頁、吉村徳重「判批」続民事訴訟法判例百選(一九七二年)一九九頁など参照。
- なお、松本博之「等価値陳述の理論について」同『民事自白法』(弘文堂、一九九四年)三二―三三頁は、本件につき、Yの右主張事実③と④を一体として捉え、これは、Xに使用借権が現在存在する旨の陳述ではないため、不利益陳述に当たらないと説く。
- (12) 田中・前掲注(8)―六六頁、吉村・前掲注(11)―二二〇頁など。
- (13) 鈴木・前掲注(8)―二二二頁。
- (14) 池田・前掲注(3)―二二五頁は、本判決は証拠調べの要否につき何もいっていないと説く。
- (15) 所有権に基づく請求と共有持分権に基づく請求との訴訟物の同一性、通常の共有の場合と相続による共有の場合との取扱いの共通性といっ

た点について、議論が輻輳しているが、本稿は、これ以上立ち入ることができない。

- (16) 小林秀之・畑宏樹「判批」判例時報一六三二号（一九九八年）二二一頁。
  - (17) 小林・畑・前掲注(16)二〇九頁。
  - (18) 「判解」判タ九五〇号（一九九七年）一四四頁。
  - (19) 釈明義務が生じるとする見解に関して、松村・前掲注(9)一〇九頁など参照。
  - (20) なお、本件が法的観点指摘義務の事例と解する見解に関して、小林・畑・前掲注(16)二二〇頁、二羽和彦「判批」金判一〇四六号（一九九八年）五八頁、岡伸浩「判批」判タ九九〇号（一九九九年）八五頁、畑瑞穂「判批」民事訴訟法判例百選〔第三版〕（二〇〇三年）一二二頁など参照。
  - (21) 小林・畑・前掲注(16)二〇九頁、松村・前掲注(9)一〇九頁など参照。
  - (22) 本件における藤井正雄裁判官の補足意見を参照。
  - (23) 松本博之「判批」私法判例リマックス一七号（一九九八年）一二七頁が、「本件において最高裁判所が審理不尽の違法をいう実質的な理由は、原判決の確定によって、Xは後訴においても予備的請求原因を主張して相続分に応じた（準）共有持分権を主張する機会を確定判決の既判力によって失うことを重視したことにあるように思われる」とするのは、同旨のように思われる。
  - (24) なお、岡庭幹司「判批」ジュリ臨増二二〇二号（二〇〇一年）一四頁は、本件一・二審において、Aの共有持分権の相続取得の原因事実が当事者間に争いのない事実となした上、本件では不利益陳述が問題となっていないと説く。
  - (25) 笠井正俊「判批」私法判例リマックス二三号（二〇〇一年）二七頁、二羽和彦「親族間の遺産をめぐる争いについて——三つの最高裁判決を素材として」高岡法学一三巻一・二号（二〇〇二年）一一八頁。なお、日野浩一郎「判批」判タ臨増一〇六五号（二〇〇一年）五五頁も参照。
  - (26) 兼子・前掲注(1)二三三―二三五頁。
  - (27) 兼子・前掲注(1)二〇八頁。
  - (28) 山本和彦編『民事訴訟の過去・現在・未来』（日本評論社、二〇〇五年）一八四―一八八頁（八田卓也執筆）。
  - (29) 高橋・前掲注(3)四六六頁。
  - (30) 木川統一郎『訴訟促進政策の新展開』（日本評論社、一九八七年）六七頁以下参照。
  - (31) なお、申立てではなく、訴訟上の請求という次元で、合理性の意義を捉える見解がある。中野貞一郎「主張責任と証明責任」同『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社、一九八九年）二二六頁以下参照。
- なお、相手方の主張事実のうち、被審査当事者が争わない事実がその審査の対象に入るかという点について、見解が一致していない。八田

不利益陳述の取扱いに関する覚書（劉）

卓也「ドイツにおける不利益陳述の取扱いについて——ドイツにおける弁論過程論と争訟対象設定論の関連に関する考察の序章として」『法政研究七〇巻四号（二〇〇四年）九一八頁以下参照。

- (32) 木川・前掲注(29)一五五頁は、合理性審査の根拠は当事者の主張責任（行為責任）であると説く。なお、八田・前掲注(30)九一七頁。
- (33) 八田・前掲注(31)九〇〇—九〇一頁。
- (34) 木川・前掲注(29)七三頁参照。
- (35) 松本・前掲注(11)三〇九頁。
- (36) 木川・前掲注(29)七一頁は、ドイツの実務では、当事者が不利益陳述をしたとき、裁判所が釈明をせずに軽率に訴訟を終結することは厳に戒められると説く。
- (37) 兼子・前掲注(1)二三—三四頁。
- (38) 八田・前掲注(31)九二一—九二二頁。
- (39) 木川・前掲注(29)七〇頁参照。なお、中野・前掲注(30)二二二頁注五も参照。
- (40) これに対して、垣内秀介「主張責任の制度と弁論主義をめぐる若干の考察」伊藤眞ほか編『民事手続法学の新たな地平・青山善充先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、二〇〇九年）九八頁注六七は、合理性審査は、判決段階の問題をも取り扱うからこそ、弁論主義と一定の関連性を存在すると説く。
- (41) 当事者の誤った法的判断の結果としてその主張が合理性を欠く場合に関して、加波眞一「請求の合理性審理と訴えの利益」北九州大学法政論集二巻三号（一九九三年）四三五頁、二二巻三・四号（一九九四年）三三三頁参照。
- (42) 木川・前掲注(29)七八頁注二三参照。
- (43) 木川・前掲注(29)一六〇頁参照。
- (44) ドイツの合理性審査によれば、この場合は、原告が請求原因事実と抗弁事実を共に主張したため、原告の主張が合理性を失うとされる。
- (45) 垣内・前掲注(40)九一—九二頁。
- (46) 松本・前掲注(11)二九五頁、木川・前掲注(29)一五七頁以下。
- (47) 鈴木正裕「相手方の援用しない先行自白」鈴木正裕ほか『演習民事訴訟法』（有斐閣、一九八二年）一〇四頁など。
- (48) 池田・前掲注(3)一二五頁。なお、松本・前掲注(22)二二八頁参照。
- (49) 松浦馨ほか『条解民事訴訟法（第二版）』（弘文堂、二〇一一年）八九七頁（竹下守夫執筆）。
- (50) 松本・前掲注(11)二九八頁以下は、等価値陳述の理論の理由として挙げられている等価値性、訴訟経済、ドイツ民訴法の規定、等価値証明などの点に対して、反論を提示している。

河野正憲『民事訴訟法』(有斐閣、二〇〇九年)二三六頁は、等価値陳述の理論はドイツの欠席判決制度に関連するものであり、日本では不要であると説く。

なお、八田・前掲注(31)九二七頁なども参照。

(51) 高橋・前掲注(3)四六八頁注六〇。

(52) 例えば、河野・前掲注(50)二三四頁、上田徹一郎『民事訴訟法(第7版)』(法学書院、二〇一二年)三一八頁、伊藤眞『民事訴訟法(第四版補訂版)』(有斐閣、二〇一四年)二九五頁注一三三など参照。

(53) 主張共通の原則の意義につき不利益陳述でも判決の基礎となることのみを強調するものに関して、高橋・前掲注(3)四〇六頁、笠井正俊『越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法(第二版)』(日本評論社、二〇一三年)三二二頁(笠井正俊執筆)』など参照。

(54) 井上治典『手続保障の第三の波』同『民事手続論』(有斐閣、一九九三年)四六頁。

(55) 井上・前掲注(54)五〇頁。

(56) 加藤新太郎『民事事実認定と経験則』新堂幸司監修・高橋宏志『加藤新太郎編集『実務民事訴訟講座(第三期)』(第四卷)』(日本評論社、二〇一二年)五四頁。

(57) 吉野正三郎『民事訴訟における新当事者主義の台頭——『手続保障の第三の波』理論の批判的検討』判例タイムズ五二二号(一九八四年)一四一—一五頁。

(58) 山本克己「当事者の一方しか『主張』し得ない無効と主張共通の原則——錯誤無効を例に」前田達明編『民事法理論の諸問題・奥田昌道先生還暦記念・下』(成文堂、一九九五年)一一八頁は、井上説が主張共通の原則を否定する結果、一方の当事者が自ら主張すべきではない事実であるにもかかわらず、これを主張することを真に欲している場合においても、その者の希望が叶わないことにもなるという意味で、むしろ、訴訟手続内において当事者の主体性・自律性を可及的に実現・貫徹しようという井上説の基調と矛盾する、と指摘する。

(59) 垣内・前掲注(40)八七頁は、山本説をこう評価している。

(60) 山本克己「弁論主義論のための予備的考察——その根拠論と構造論」民事訴訟雑誌三九号(一九九三年)一七〇—一七一頁。

(61) 山本和彦「弁論主義の根拠」同『民事訴訟法の基本問題』(判例タイムズ社、二〇〇二年)一二七頁。

(62) 山本・前掲注(61)一三三頁。

(63) 山本・前掲注(60)一八〇頁、高橋・前掲注(3)四一一頁など参照。

(64) 山本・前掲注(61)一三三頁注九。

(65) 山本・前掲注(61)一三五頁。

(66) また、山本説によれば、私的自治の問題と不意打ち防止の問題をも区別して考えるべきであり、すなわち、「一方には、私的自治の保護」不

不利益陳述の取扱いに関する覚書(劉)

提出当事者の視点Ⅱ弁論主義の系統があり、他方には、不意打ち防止Ⅱ相手方の視点Ⅱ積明義務の系統があるという構図である。結果、「当事者が主張しない事実を裁判所が取り上げた場合、それに対して相手方が不服を述べるときは積明義務違反のみによるべきであり、弁論主義違反を根拠とはできない」という帰結になる」のであり、「仮に裁判所が当該問題の存在を十分に指摘した後にある事実を取り上げたような場合」であってはじめて、「有利な事実を取り上げられた当事者だけが弁論主義違反を主張できる」とされる。山本・前掲注(61)一三七頁。

- (67) 垣内・前掲注(40)八五頁、二羽和彦「弁論主義補論」高岡法学一〇巻一二号(一九九九年)一七四頁など参照。
- (68) 垣内・前掲注(40)八六頁。  
山本・前掲注(61)一三三頁。
- (69) 垣内・前掲注(61)一三五頁。
- (70) 山本・前掲注(61)一三四頁注一〇。
- (71) 山本・前掲注(61)一三五頁。
- (72) 竹下守夫「弁論主義」小山昇ほか編『演習民事訴訟法』(青林書院、一九八七年)三六六―三六七頁は、「裁判所が被告の主張しない抗弁事実を判決の基礎として原告の請求を棄却した場合、それが違法なのは、原告の弁論権を奪ったからではなく、その抗弁についての被告の処分権を侵害したからであるということになりそうであるが、こう説くのは、通常の場合には、奇異の感を免れない」と説いており、示唆的である。
- (73) 松本Ⅱ上野・前掲注(3)三四五頁、松本・前掲注(11)三〇八頁、松本・前掲注(22)一二七頁。
- (74) 松本・前掲注(11)三〇九頁。
- (75) 兼子・前掲注(1)二三三頁。
- (76) 河野・前掲注(50)二三三頁、上田・前掲注(52)二九五頁注一三三など参照。
- (77) 兼子・前掲注(1)二三三頁、河野・前掲注(50)二三三頁、上田・前掲注(52)三一九頁、高橋・前掲注(3)四〇六頁なども参照。
- (78) その意味で、弁論主義の第一テーゼは、主張共通の原則のいわば消極的な論拠となるかもしれない。山本・前掲注(58)一一六頁、垣内・前掲注(40)八七頁など参照。
- (79) 山本・前掲注(58)一一六頁、山本・前掲注(60)二八一頁。
- (80) 山本・前掲注(58)一一七頁。
- (81) 山本・前掲注(58)一一七頁。
- (82) 山本・前掲注(58)一一六―一一七頁。
- (83) 垣内・前掲注(40)八八頁。
- (84) 梅本・前掲注(2)四八〇頁。
- (85) 上田・前掲注(52)一九頁。



(86) このことは、弁論権により主張共通の原則の根拠付けを試みる場合は弁論主義による場合と同様に、弁論権の意義それ自体に関する理解によつては同原則の採用の可否につき結論が異なる余地があり得るということを裏付けるといえよう。

(87) 垣内・前掲注(40)八八頁。

(88) 垣内・前掲注(40)八九頁。

(89) 垣内・前掲注(40)八九頁。

(本学法学部助教・本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍)