

機能的民事訴訟法学・法教育の試み

An Attempt of Functional Jurisprudence and
Legal Education on the Code of Civil Procedure

瀬 木 比呂志

第1 本稿の目的

本稿は、筆者が研究者に転身してから後に執筆する第2論文であり、第1論文である「これからの民事訴訟と手続保障論の新たな展開、釈明権及び法的観点指摘権能規制の必要性」（梅・遠藤古稀『民事手続における法と実践』335頁以下。以下、「瀬木・手続」として引用する）と同様に、筆者の研究者転身後最初の書物であり自己の研究の総論に当たる『民事訴訟の本質と諸相——市民のための裁判を目指して』（日本評論社。以下、「瀬木・本質」として引用する）の内容を踏まえ、その趣旨を敷衍する論文である。

瀬木・手続は、これからの民事訴訟の目指すべき方向、とりわけ、あるべき手続保障論に関する筆者の考え方とその構想の概要を示すものであったが、本稿は、これに対し、もっぱら方法論という側面に重点を置いたものであり、民事訴訟法学・法教育等について、哲学上のプラグマティズムに基礎付けられた機能的考察方法・解釈学を採り入れることを提案するものである⁽¹⁾。

(1) なお、アメリカにはいわゆるプラグマティズム法学やリアリズム法学の伝統もあるが、筆者自身はそれについて特別に詳しく知っているわけではなく、深い影響を受けているわけでもない。つまり、筆者は、あくまで、プラグマティズムという思想的「方法」をみずからの研究執筆の基本的な方法として利用しているだけであっ

第2 機能的民事訴訟法学

1 方法としてのプラグマティズム

筆者の考える機能的民事訴訟法学は、前記のとおり、哲学上のプラグマティズムにその方法の基礎を置いている。これについては、瀬木・本質6頁以下で論じているが、正確に理解していただくため、ここでもう一度当該部分を引用しておきたい。

プラグマティズムは、説明不足のまま、「実用主義」、「功利主義」等のレッテルの下に分類されることがあり、そのために実用一辺倒の思想として受け取られることがあるが、それは誤解である。

それは、19世紀末のアメリカに始まった、「行為や現実に重きを置く、反形而上学的傾向の思想明確化運動」である。

その創始者であるC・S・パースは、従来の哲学の言葉における意味の複雑さやあいまいさを避けるために、「ある対象が与えられた場合、私達がそれに対していかなる行為を行うか、またその結果は何かということが、その対象を指示する言葉の意味である」、よりわかりやすくいえば、「ある概念の意味をはっきりさせるには、その概念が真であるとすればどんな実際的な結果が生じるかを考えればよく、特定の思想の意味を明確にするには、その思想がどんな行動を生み出すかを考えればよい」という意味論的な提言を行った。

パースの考え方をさらにパラフレーズすると次のようになる。

思考の過程は、疑問や迷いから始まり、信念を生み出し固めることで終わるが、こうして得られる信念は、ある状況における行為の仕方を教える「行為の規則」あるいは「心の習慣」にほかならない。そして、こうした「行為の規則」

て、いわゆるプラグマティズム法学やリアリズム法学に与しているわけではない。なお、拙著『絶望の裁判所』〔講談社現代新書〕の姉妹書である『ニッポンの裁判』〔講談社現代新書〕では裁判の分析を行う予定であるが、そこにおける分析は筆者なりの一種のプラグマティズム法学、リアリズム法学という側面がある。

が新しい状況に適用されると再び疑念や迷いが生じ、新たな信念（行為の規則）が形成される。このような具体的な経験的過程によって形成される事柄の内容が対象の概念である。

以上のような経験的過程のあり方は、一定の意図に導かれ対象にしかるべき操作を加えてそこに生じる結果を観察するという自然科学の方法と本質的に共通している。パースの意図は、実験室の思考を一般化することにあつたといえ、その意味で自然科学的な指向が強い。

プラグマティズムは、倫理面では広義の功利主義、心理的には自然主義、論理面では実証主義の傾向を示し、20世紀以降も、その思想的方法論としての特質のためにさまざまな思想潮流（論理実証主義、分析哲学、行動主義等）と結合し、思想（あるいは思想的方法）としての豊富な生産性を保ってきた。また、記号論や記号論理学の先駆けともなった⁽²⁾。

プラグマティズムの方法は、機能性、実証性、科学性というその性格から、価値中立性、客観性、相対性を重視し、また、コミュニケーション、情報の伝達を大切にす。方法としてのプラグマティズムの重要な機能は、異なった立場、異なった考え方の間に橋を架けてそれらをつなぐ方法や視点を見出すことにある。

民事訴訟、民事裁判という社会生活上の「場面」は、さまざまな立場、観点、価値観が衝突する典型的な「場面」であるから、それらに対して客観的、重層的な視点から分析評価を加えるには、プラグマティズム的な方法が有効なはずである。

また、法律の解釈学についても、その学説を実務に当てはめるならばどのような結果が生じるかを常に押さえてゆくプラグマティズム的な考察は、単に有用であるのみならず、法律が人々に行動の規則を与える体系であることを考え

(2) 以上の記述については、主として、思想の科学研究会編『新版 哲学・論理用語辞典』（三一書房）、今村仁司編『現代思想を読む事典』（講談社現代新書）によつた。

るならば、必須のものではないかと思われる。これは、もちろん、結果論、始めに結論ありきの議論をすることとは異なる。特定の法解釈に当たってある考え方を採ろうとする場合には、その説を実務に当てはめた結果についての考察も怠らないということである。このような方法に基づいて理論と実務を統合する民事訴訟法の解釈論を考えていくことが、筆者の研究者としての第一の課題である。

プラグマティズムは古典的な意味での哲学とはやや異なり、思想の体系というよりは、思想的な方法である。方法であるから、さまざまな思想的潮流と結合することができるばかりでなく、社会・人文科学一般とも結び付くことが可能である。社会や人間についての真理を探究する(狭義の)社会科学(心理学、社会学等)ばかりでなく、「広義の社会科学の中で、人間性研究の要素が強く、そのための独自の方法をもっている学問」としての人文科学における方法としてもその利用は可能である。

法学は、日本では社会科学に分類されることが多いが、欧米では、近年は、哲学、歴史学、言語学、文学、宗教学等と並んで、前記のような意味での人文科学の一分野に加える考え方が強いようである。(狭義の)社会科学との線引きはあいまいであるが、「広義の社会科学の中で、人間性研究の要素が強く、そのための独自の方法をもっている学問を人文科学に分類する」といったところが一般的であろう。筆者も、日本の法学の中核を成す法解釈学はその性格からすれば人文科学に属するものではないかと考える。

むしろ、法学は、権力的要素、社会生活を直接的に規整する側面、実定法と判例によって拘束される側面が大きいというその性格から、こうしたグループの中でみても、学問としての厚みは確かにあるものの、その科学性、客観性の担保という側面に脆弱な部分を含んでいる学問であることが否定できないのではないかと思われる。

法律実務になると、この傾向はさらに顕著になる。

そこから、裁判や法律家のあり方に対する社会の、ことに他分野の知的専門職に就く人々からの疑問や不満が生じてくる。ことに、法規によって明確に規

整されていない損害算定といった側面においてそのことは顕著である⁽³⁾。

筆者が現在の法学と実務のあり方に対していささか疑問を感じる部分も、以上のような意味合いにおける「科学性、客観性、そして、それらを支える批評的視点や内省」が不足しがちな傾向にある。

法学と実務の科学化、客観化、批評的視点と内省によるその相対化は、現在の法学と実務が直面しており、乗り越えなければならない最も大きな課題の一つなのではないだろうか。

2 純理の限界

法解釈学との関連では、ことに、純理、ことに演繹的な論理展開に重きを置くそれ（以下、本稿においては、そのような側面に重きを置く論理展開について、「純理」という言葉を用いる）の限界ということを強調したい。

この点についても、瀬木・本質や瀬木・手続において論じているが、やはり、もう一度正確にその趣旨を確認しておきたい。

その趣旨を一言で表現すれば、法解釈学における論理は、自然科学はもちろん、狭義の社会科学におけるそれとも異なり、結論正当化、説得のための技術という側面の強い、少なくともそのような側面を含むものであることを常に意識した議論を行ってゆきたいということである。法学における実際的な問題、論点に対する結論は法域が異なってもそれほど異ならないことが多いにもかかわらず、その理由付けはかなりの程度に異なっていることが多い。この事実は、上記のような視点の一つの根拠になりうるであろう。

瀬木・手続 338 頁でも触れたとおり、たとえば民法領域では、川島武宜教授に代表されるような「アメリカ学派」によりこの問題が相当程度に明確にされ⁽⁴⁾、その結果、大陸法系の概念法学的な法学の問題点をかなりの程度に意識した議論が行われるようになってきているが、筆者には、民事訴訟法学は、未だ十

(3) 瀬木比呂志『民事訴訟実務と制度の焦点——実務家、研究者、法科大学院生と市民のために』〔以下、「瀬木・焦点」として引用する〕421 頁以下。

(4) 『川島武宜著作集第 5 巻 法律学の方法と課題』収録の諸論考等参照。

分にそのような洗礼を受けていないように思われるからである。

これは、結果だけをみた結論先取りの議論をするという趣旨ではない。理論を実際に当てはめて（法廷に落として）の検証を重視し、それによって十分な効果が得られないと考えられる理論については再調整する、あるいは再考するということであり、前記のとおり、理論を実験によって検証した上で再調整してゆく自然科学の方法を人文科学である法学にも採り入れるということである。

その場合、筆者は、法解釈学という側面における純理を重視はするが、それが絶対的な要請であるとまではみない。上記のようなさまざまな制約の中で展開される学問である法学における純理は絶対的なものではありえないと考えるからである。

実際にも、法解釈学における結論は、純理のみではなく実際の要請によって根拠付けられていることがきわめて多く⁽⁵⁾、私見では、このことが学生にとって法学をわかりにくいものとしている一因である。教科書の記述においては、あたかもすべてが純理から導き出されるかのような説明が行われていることがままある。ことに、法学を学んだことのないいわゆる未習の学生は、法学の論理についても、自然科学における、あるいは狭義の社会科学における論理と同様のものであるとの前提でそれらに臨むため、「なぜこの前提から論理必然的にこのような結論が導き出されるのかよくわからない」ということになりやすい。

より卑近な例を挙げると、「通説、多数説、少数説、少数有力説を区別する基準は何なのでしょうかね？」といった未習の学生によくある質問も、この点に原因がある。実際には実に適当なところ、あうんの呼吸によって上記のような区別は行われているのであり、ことに「最近の少数有力説」などといった書き方は、むしろ「〇〇教授は最近こうした説を掲げているが、これこれの点からみると、なかなか説得力があるのではないかと思います」と書くほうがよほど

(5) 判例ではさらにこの傾向が強く、ことに統治と支配の根幹に触れる最高裁判例では、純理はもはや結論正当化のためのレトリックと化している場合が多いことにつき、前掲『絶望の裁判所』120頁以下および『ニッポンの裁判』56頁以下、178頁以下、191頁以下の記述参照。

親切でもあり、正確でもある場合が多いのである。

根拠、理由付けのうちどこまでが純理によるもので、どこからが実際のな要請によるものかをできる限り腑分けした上で正確に説明するようにすると学生の理解が進むという場面は、講義や演習においてよく経験するところである。

具体的には、たとえば、瀬木・本質では民事訴訟の目的論に関する従来の議論のあり方に関して（142頁以下）、瀬木・手続では弁論主義の根拠に関する本質説（私的自治説）とそこから出発して演繹的に弁論主義の機能を限定する議論のあり方に関して（357頁以下）、純理によった議論の問題点を論じている。そして、前者については、そのような議論が社会科学一般（や自然科学）の視点からする検証にたえうるのであろうかとの批判を、後者については、そのような議論が実務家にとって（おそらくは学生にとっても）わかりにくい可能性のあるものであること、また、その機能からみるときに、釈明権や法的観点指摘権能の違法な、あるいは恣意的な行使を規制するという弁論主義のチェック機能（もっとも、これについては反論はありうると思われる）を無にするかたむきがある議論ではないだろうかとの指摘を行っている。

3 本稿における議論

以上は、前記の書物と論文における議論を、本稿のテーマとの関わりを念頭に置きつつ敷衍したものであるが、以下においては、まず、民事訴訟法学におけるいくつかのトピックスを取り上げながら、筆者のいうところの機能的民事訴訟法学の方法をさらに明らかにし、次に、民事訴訟法教育と制度改革のあり方についても、同様の観点から論じてみたい。

第3における論点の取り上げ方は系統的なものではなく、また、個々の論点（いずれも民事訴訟法解釈学の大きな論点であり、それについて詳しく論じるならば一つの論文を要するようなものばかりである）に関する解釈よりは前記の「方法」に重点を置いた記述になるが、それにより、筆者のいうところのプラグマティズム的な方法とその意味についてより正確に理解していただけるのではないかと考える。

前記のとおり、筆者は、今後、民事訴訟法全般について、このような方法に基づいて理論と実務を統合する解釈論を考えてゆきたいと、また、民事保全法についても同様の志向によってこれまでに展開してきた解釈論をさらに詰めてゆきたいと考えている。本稿は、筆者の方法論に関する論考であるとともに、前記のような解釈論展開のための試論という意味合いをも併せ持つものである。

なお付言すれば、以上のような議論を行うに当たっての筆者の基本的視点は、実務家としてのものではない。あくまで「実務を知る一研究者」としてのものである。これは、裁判官時代の研究についてもいえることであるが、研究者転身後の議論についてはさらにその点が純化されている。筆者は、現在、『民事保全法〔新訂版〕〕〔2014年、日本評論社〕を皮切りに裁判官時代の主要単著のリニューアルを進めているが、これらの改訂の第一の目的は、研究者の視点からする記述の補足修正によってその精度を高めることにある。

第3 民事訴訟法上のいくつかの論点

1 訴訟物理論

(1) 訴訟物理論に関しては、訴訟物論争以来の長い議論の積み重ねがあり、今日では、訴えの併合・変更、重複起訴、既判力の客観的範囲の識別指標というその役割については、個々の論点ごとに必ずしも訴訟物に縛られないメルクマールを立てて考える方向が一般的になっているとはいえ、メルクマールの出発点が訴訟物であることには間違いがなく、その意味で、訴訟物理論がその機能的意味を失ったわけではない。

訴訟物理論については基本的な論点はおおむね固まっているので、以下においては、それを前提にしつつ、筆者の議論の要点だけを論じる。筆者は、理論上、実際上のメリット、デメリットを総合的に考慮して、結論としては、少なくとも実践的には、なお旧訴訟物理論を支持することが相当かと考えるものである。

まず、純理の問題として考えると、確かに、新訴訟物理論の議論は整ってい

る。ただ、絶対的にそちらのほうが論理的にすぐれているとまでいえるかどうかについては、筆者は疑問を感じる。

(2) 議論の一つの要となる選択的併合については、「旧訴訟物理論の最後の墓場」⁽⁶⁾ という有名な言葉がすぐに思い浮かぶところであるが、いくつかの実体法上の請求権を立てることが可能である場合にいずれであっても認容してもらえればよいという相互に解除条件付きの原告の申立てが、あまりに便宜的であり、裁判所に専権を与えず、処分権主義に抵触する可能性がある⁽⁷⁾ とまでいえるのだろうか。

実務上この種の併合として申立てがあるのは、債務不履行と不法行為（医療過誤訴訟が典型的）、あるいは不法行為と不当利得（これらが競合する事例は非常に多い）等であるが、これらに限らず、請求権、法的構成は異なるけれども実質的な事実関係、主要事実は同一、あるいはほとんど変わらないという場合が大多数であり、また、ある程度法的構成に幅がある場合には、原告は申立てに順位を付していることが多い。この順位に裁判所に対する拘束力を認めるかについても議論はありうるが、認める考え方が常識的であろう。

そのような実務を前提にすれば、選択的併合について指摘される前記のような理論的難点は大きなものとは思われないし、また、新訴訟物理論を採用することによって被告に防御上特にメリットが生じるとも思われない。

これに関連して、選択的併合の議論自体が、原告にとって重要なのは実体法上の請求権ではなく給付を求める法的地位であることを示唆するものであるとの指摘もあるが、これについては、後記のとおり本当にそうなのか疑問を感じる。

もう一つの議論の要であると思われる法的評価の再施については、新訴訟物理論では確定された判決における実体法上の法的性質決定が明らかにならないという旧訴訟物理論の側からの批判に対する新訴訟物理論の側からの反論であり、たとえば、債務不履行による請求認容後の、被告による、相殺を主張しての請求異議訴訟において、原告が、その請求が不法行為によっても基礎付けら

(6) 三ヶ月章『民事訴訟法』94頁。

(7) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法上〔第2版補訂版〕』34頁。

れることを主張するのを許すという形で典型的に現れる。

これは巧みな理論構成であり、筆者が新訴訟物理論の論理に最も惹かれるのはこの部分である。

もっとも、旧訴訟物理論においても、原告は、この点が気になれば請求に順位を付けておけばよいとはいえる。しかし、一次的に債務不履行、二次的に不法行為として請求を立て債務不履行で認容された場合のことを考えるならば、旧訴訟物理論では不法行為で再訴するほかないので、原告にとっていくぶん不利になる側面は出てくる（現実には、旧訴訟物理論による実務においても原告があえてこのような再訴を行う例はまずはないと思うが）。

ただ、この点についても、請求を定立する原告の引き受けるべきやむをえないリスクと考えることも可能であり、決定的な問題とまでは考えにくい。

(3) それでは、理論の機能的、実際の妥当性という側面ではどうだろうか。

筆者は、この点では、旧訴訟物理論のほうがより妥当性が高いのではないかと考える。

機能面からみるときの新訴訟物理論の最大のメリットとして主張されているのは、いうまでもなく、紛争の一回的解決、蒸し返し訴訟の防止ということであろう。

これは立派な理由になりうるが、それは、あくまで、現実に実務において蒸し返し訴訟が一定程度存在するという前提があつてのことである。

しかし、実際には、このような蒸し返し訴訟の例を、筆者は寡聞にして知らない。33年間裁判官を務めてきて一度も経験しなかったし、経験したという話をほかの裁判官や弁護士から聞いたことも全くない。

実際に蒸し返しが多発しているのは主要な争点についてのそれであり、後記の争点効ないし信義則の適用領域においてである。

なぜ訴訟物レベルでの蒸し返しがないのかは法社会学レベルの問題となるが、おそらく、一つの請求権を選択して、あるいは選択的併合の申立てをして敗訴すればそれは自己責任の問題であり、再訴は不適當、不適切というのが、弁護士、市民の一般的な法意識だからであろう。そして、上記のとおり、選択

的併合の請求は、請求権、法的構成は異なるけれども実質的な事実関係、主要事実はほとんど同じというものが大多数であるという事実がその背景にあるのだろう。同じ証拠で別の請求権（多くの場合にはより立ちにくい請求権）を立てて再訴を行ってみても結果は同じであることが歴然としている場合がほぼすべてということである。

もう一つの機能的、実際の考慮としては、争点整理、訴訟指揮と被告の防御の便宜という観点が挙げられる。従来は、裁判官の釈明権の範囲が広がりすぎ適切でないということが新訴訟物理論への批判として主張されてきたところであるが、筆者は、より広く、争点整理、訴訟指揮という観点から考えたいし、被告の防御の便宜という側面も重視したい。

この点は本当に現実の訴訟における実際的な問題ということになってしまうのだが、上記の、債務不履行と不法行為、あるいは不法行為と不当利得といった選択であれば、いずれの理論を採っても特に問題はない。

しかし、これは実務において時に経験する、原告の求める給付は明確だがその根拠はあいまいであるといった事案では、旧訴訟物理論を採って実体法上の請求権を明確に絞らせる争点整理のほうが効率的であり、被告にとっても防御の対象が明確になりやすく、機能的であることは、おそらく間違いないように思われる。

一例を挙げれば次のような事案である⁽⁸⁾。

原告は、被告による海外美術品の展覧会開催計画に興味をもち、これに協力することとし、被告とその支援者らの集まりにも何度か参加した。被告はこの美術品をすでに日本に持ち込んでいたが、契約の関係で倉庫に保管され、被告が美術品の権利者に相当額の金銭を支払えばこれが被告に渡されて展示会が開催できる手はずになっていた。そして、そのような事情は原告も知っていた。

(8) 瀬木・焦点 155 頁、瀬木・本質 304 頁。

ある時、被告は、「倉庫代として300万円支払わなければならない状況なのであなたも100万円を送ってほしい」と原告に電話し、原告は、100万円を被告指定の口座に振り込んだ（なお、被告は、この電話において、上記の倉庫代と被告が美術品の権利者に支払うべき上記の金銭との関係を明らかにしていないが、原告は、被告が美術品の権利者に支払うべき金銭を支払った上でさらに倉庫代の精算が必要な状況にあると考えたようである）。

それから2か月後、原告は、被告に預かり証の発行を求めた。被告は、「倉庫代として100万円の振込みがあったことを認める」旨の書面を原告に交付した。さらに2か月後、原告は、前記の美術品がすでに海外に返されてしまったことを知り、被告に対して説明を求めたところ、被告は、「例の300万円はこれまでの倉庫代の精算であり、美術品はその後海外に返されてしまった」と答えた。原告が「それなら100万円を返還してほしい」旨を伝えたところ、被告は、「この企画に関しては私も大損をしており、あなたに出していただいた倉庫代の一部を返すことはできない。あなたも、私同様、この企画を推進する立場にあった人なのであり、その点は私と同じだ」と答えた。

原告は、これにつき、預託金返還、不当利得、債務不履行等のさまざまな請求権（訴訟物）を立てていた。筆者は、このようなあいまいかつ広範な主張に対しては適切な防御ができない、訴訟物を明確にしてほしいという被告の求めに沿う形で、争点整理の初期段階において、負担付き贈与等のより適切と考えられる法的構成、観点がありうるかもしれないと示唆し、結局、原告は、一次的に負担付贈与の負担の不履行に基づく解除、二次的に贈与に関する動機の錯誤ないし詐欺を主張し、それに見合う請求権を立てた。

なお、上記の事実関係は実際にはかなりの程度に整理を行った記述であり、原告の訴状や第1準備書面における記述は、はるかに混沌とした、わかりにくいものである。

こうした場合に、「給付を求める法的地位」が訴訟物であるとして、原告が上記のようなさまざまな「攻撃方法」をたてるということになると、争点整理には實際上支障を来す部分がある。

訴訟物なら、絞らせ、明確にさせることもできるが、攻撃方法ということになると、原告は、その主張が弱いほどあれもこれも維持して釈明にも容易に応じないということになりやすい。

程度問題といわれればそうかもしれないが、争点整理の合理化、被告の防御という双方の観点からみて、おそらく、旧訴訟物理論のほうが機能的にすぐれていると思われる。これは、単に裁判官の釈明の負担といった問題にとどまらないことを理解していただければ幸いである（なお、いうまでもないが、筆者が裁判官の利益を第一に考慮した立論を行っているものではなく、むしろその逆であることは、瀬木・本質や瀬木・手続の記述から明らかと考える）。

また、先にも触れたことであるが、原告は本当に実体法上の請求権を問題にしていないのだろうかという市民の法意識という問題もある。

むしろ、平均的な市民は、実体法上の請求権を基準にして契約を行い、紛争を解決し、それができない場合には訴えを提起しているというのが正しい理解なのではないだろうか。

「あなたが求めているのは『給付を求める法的地位』であって、普通にいうところの『請求権』などではないのですよ」という説明は、かなりの程度に知的レベルの高い当事者であっても、相当にわかりやすい説明を行わないと理解してもらえないところではないかなと筆者は考える。形成の訴えの場合にはこの説明はより理解しやすいと思われるが、しかし、形成の訴えの場合には、旧訴訟物理論を採る場合であっても、実体法上の請求権がそもそも一つであると考えることが可能であり適切な場合が多いからこそ、そういうことになるのではないだろうか。

(4) 以上のような事情を総合考慮すると、筆者は、旧訴訟物理論の機能的、実際的なメリットは、理論上のデメリットを補うに足りるものではないかと考える。

なお付言すれば、以上の議論は、訴訟物理論の意義を否定するものではないし、旧訴訟物理論が新訴訟物理論の影響を受けてたとえば貸借終了に関する訴訟物の一元化の方向に進むなどの歩み寄りの姿勢をみせたことの意味を否定するものでもない。

また、上記の「紛争の一回的解決」のような政策的な要請については、実務の実際に対する目配りはもちろんであるが、さらにいえば、それについて詰めてゆく場合には、法社会学・法政策学的な緻密な考察も必要であると思われることも指摘しておきたい⁽⁹⁾。

2 争点効と信義則

(1) 既判力の客観的範囲が主文（訴訟物）の範囲に限られるのは、二次的、手段的なものについては拘束力を認めないほうが当事者にとっても裁判所にとっても訴訟進行上好都合だからというのが一般的な説明であるが、当事者が十分に争った主要な争点については本当にそうなのかという疑問は立てることができよう。そこに、理由中の判断に関する拘束力（争点効）の理論や同様の目的を意図しての訴訟上の信義則の理論が生じる根拠がある。

実際にも、前記のとおり、蒸し返しが多発しているのは主要な争点についてのそれであり、その規整の必要性は実務においても大きい。

なお、同様の問題は、縦の関係のみならず横の関係でも生じうる。主要な争点を同じくする複数の訴えの提起の規整の必要性という問題であり、こちらは重複起訴の範囲の拡大で対処することになる。こうした訴えの提起は、むしろ複雑な訴訟においてまみられる。その理由は定かではないが、おそらく、一つの裁判所に絞るとその裁判所が迅速な審理の努力をしない場合にリスクがあるのでそれを避けたいということ、より不当な動機としては、最も原告にとって都合がよいと思われる、つまり、そのような裁判官の心証がうかがわれる訴訟の進行に力を注いで紛争全体に関する判断の帰趨を自己に有利なほうに導こ

(9) たとえば、大村雅彦＝三木浩一編『アメリカ民事訴訟法の理論』に収められたアメリカの法学者の議論をみるだけでも、そのことは明らかであろう。

うという意図であろう。特に問題の大きな弁護士でなくとも、こうした訴訟戦術を採る場合はある。

(2) さて、上記のような蒸し返しを争点効で規整するか信義則で規整するかであるが、筆者の知る限り、実務家は多くが後者を支持し、争点効の理論に消極的である傾向が強い。

しかし、その理由は話してみてもよくわからないことが多い。つまり、かなりの程度に感覚的な嗜好の問題のように感じられる。また、信義則のほうが融通無碍で裁判官にとって、また、当事者にとっても使いやすい（都合がいい）という理由は推測されるところである（なお、最高裁が前者を退け後者を容れているという事情も背景にはあるのかもしれない）。

しかし、信義則は典型的な一般条項であり、それこそ裁判官に恣意を許す理論ともなりうるので、筆者としては、何とか争点効の理論を実務に根付かせることができないかを裁判官時代から考えてきたところである。

思うに、実務家（弁護士をも含む）が争点効理論を容易に受け入れない大きな理由は、その働く範囲、発生要件が一義的に明確でないということにあるのではないだろうか。実務家が実務の指標になるべき原理について求める第一の要請はそのメルクマールの明確さとわかりやすさであることが多いからである。

争点効の発生要件については、高橋宏志教授が簡潔に整理しているところ⁽¹⁰⁾がわかりやすいので、これによりつつ要約すると、①主要な争点であること、②当事者が真剣に争ったこと（自白、擬制自白等の場合を除く趣旨）、③裁判所が実質的な判断を行ったこと、④係争利益がほぼ同等であること、⑤当事者が援用することである。また、⑥上訴で争う機会のなかった判断には生じない（理由中の判断に関する不服だけを理由とする上訴を認めないことの裏返し）ということもここに加えてよいであろう。

確かに、こうして整理してみると、残念ながらこのメルクマールはいささか明確性の点に問題があり、また例外がかなり大きいという事実も否定しにくい。

(10) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法上〔第2版補訂版〕』647頁以下。

例外がかなり大きいことについては、そうすると、争点効の外側に信義則の適用領域も（例外的なものとしてではなく）かなり広く認めなければならないことになり、それなら信義則で一元的に考えるほうが使いやすくなりやすいと実務家は考えるという結果を生む。

上記のメルクマールに戻ると、まず、主要な争点とそうでない争点はどのように区別するのかという大きな問題がある。これは、自白に関していわれる「重要な間接事実」という概念についてもいえることであるが、「主要な」とか「重要な」というコトバは、ほかの文脈ではともかく、こうした文脈では指標としての意味をもちにくい。この点が争われた場合、水掛け論になってしまって決着が付けられない可能性が大きいであろう。

例外が多いということもある。自白の場合であっても、十分に考慮した上でのごとくであれば（現実には、裁判所は、重要な主要事実に関する限り、そのような場合でなければ自白の成立は認めない。つまり、当事者の意思的な要素を重視している）拘束力を認めたいところであるし、前訴の係争利益がかなり小さくても、たとえば試験訴訟の場合であれば後訴に対する拘束力を認めるのがむしろ正当であろう。上訴で争う機会のなかった判断には生じないというのややひっかかるが、これは理論上やむをえないかもしれない。

また、自白については、範囲の問題もある。特定の攻撃防御方法を構成する主要事実のうち一部について自白が成立する場合はままあるが、当該部分については再度争えるということになると、争点効の機能はかなり限定されてしまう（なお、特定の攻撃防御方法を構成する主要事実の全部について自白が成立する例は、本格的に争われる事案では稀有であろう）。

もう一つの問題は、これは純粋な私見であるが、主要な争点の蒸し返しは、実際には、形式上争点がずらされているように見えるが実質は同じという形で行われる場合も多い（さすがに主張が完全に同じではいかにもその不当性が際立つからであろう）ので、争点効よりも信義則のほうが対処しやすいという点であろう。

以上を踏まえ、これは筆者が裁判官時代から考えていたことであり、提言と

いうよりも思い付きに近いレベルのことなのであるが、「当事者双方が『主要な争点』であることを確認した（合意したということでもかまわないが、あえて訴訟契約的な考え方を採らずとも、単に裁判所に対して確認したことで足りよう）、あるいは当事者の一方が『主要な争点』であることを主張し、裁判所がそれを承認した争点、また、実質的にこれらと同一と認められる（この「実質的同一」の判断は、おそらくそれほど難しくはない）争点については（前記①ないし④の要件については以上の要件に一元化する）、当事者が援用すれば争点効が生じる」という考え方を採ることはいかがであろうか。

当事者に対する告知と手続保障を与えた主要な争点について争点効を認めるという趣旨である。これに理論上の困難があるならば、訴訟契約的な考え方に立ち、「当事者双方が『主要な争点』であることを合意した争点、また、実質的にこれと同一と認められる争点」という限定にすることも考えられる。

いわば、争点効の信義則への歩み寄りともいえるメルクマールの立て方であるが、基準としてはおそらくより明快ではないかと考える。もっとも、争点効を認める根拠という観点からの理論的検討にたえうかという問題はあるかもしれない。すなわち、争点効という枠組みの拡張として考えられうる範囲を超えた議論ということになるのかもしれない（しかし、争点効が当事者間の公平〔広義の信義則〕に基づく一種の制度的効力であることを考えるならば、成り立ちえない立論ではないと考える）。

(3) 信義則によって同様の規整を行う場合には、訴訟上の権能の失効、あるいは訴訟上の禁反言という類型によることとなると思われる⁽¹¹⁾が、信義則というのは外延がきわめて不明確な概念であるから、裁判所による恣意的な利用の危険性もあるし、その適用が不意打ちになる可能性もある。

訴えの提起それ自体について信義則の理論が用いられると裁判の拒絶になりかねないことはよく指摘されている。ことに、控訴審や上告審で突然これが容れられることには、不意打ち、公平の観点からも疑問が大きい。

(11) 伊藤眞『民事訴訟法〔第4版〕』524頁以下等。

もっとも、3で論じる一部請求後の残部請求の場合のように限定された局面で用いられる場合には、信義則は、使いやすい概念、装置であることに間違いはない。

もしも前記のような形で争点効理論が実務に浸透するならば、信義則の適用範囲は争点効がカバーしきれない例外的な部分に限定されることになり、理由中の判断に関する蒸し返しについての対処が、より適切に行われるようになるのではないだろうか。

3 一部請求後の残部請求の可否

(1) 次に、やや純粹理論問題の傾向が強いが、なお考え方が定まらない重要論点の一つである一部請求後の残部請求の可否について考えてみたい。

これについては、上記のとおり、未だ十分に議論が固まっている状況にはないと思われるので、まず、判例学説の大要、要点を示し、その後これらについての考察を行いたい。

原告が金銭債権のうち一部の金額についてのみの給付を申し立てる場合を一部請求という。ここで問題になるのは一部請求後の残部請求の可否であり、処分権主義、訴訟物、既判力にまたがる問題がある。

判例は、給付が求められている部分が債権の一部であることが明示されている場合にはその部分のみが訴訟物になるという考え方を採り、また、時効中断の効力が生じるのもその部分のみであるとする。

そうすると、その場合には残部請求が許されるかにみえるが、判例は、近年、前訴が全部又は一部棄却判決であった場合については、債権の全部について審理が行われたことを理由として、信義則により後訴は許されず不適法却下されるとの判断を示した⁽¹²⁾。このような形で蒸し返しの残部請求を規整することに踏み切ったわけである。

この考え方によれば、前訴が全部認容判決であった場合には、時効にかから

(12) 最判平成10・6・12民集52巻4号1147頁。

ない限り残部請求の後訴を認めることになる。

以上、判例は、一部請求の場合についても処分権主義の原則をそのまま貫くものといえることができる。

学説は、私見では、大きく二つに分かれるように思われる（本稿では、詳細な学説分布については論じる余裕がない。下記の分類も、あくまで私見によるものにすぎない）。

まず、訴訟物を債権全体とするものがある。これには、既判力も債権全体について生じるとし、かつ、後訴については全面的に否定する説⁽¹³⁾と、前訴全部又は一部棄却の場合には残部請求は既判力によって遮断され、前訴全部認容の場合には後訴には訴えの利益が必要であるとする説⁽¹⁴⁾等がある。

既判力債権全体説に立ちつきめ細かな考察を行う伊藤教授の考え方についてさらに敷衍すれば、金額は金銭債権特定のために不可欠な要素であり、一部の金額のみを目的とする債権が存在するものではないとの考え方により、一部請求の場合においても訴訟物は債権全体であり、原告の請求は給付命令の上限を画する効果しかもたないとする。この限度で処分権主義を明確に制限するものといえる。

そして、一部請求について全部又は一部棄却判決が確定したときには、残部請求は既判力によって遮断されるとする。

認容判決が確定した場合については、一部であることが明示されていなかった場合には債権の金額がこれをもって確定されたのであるから事後これに反する主張をすることは既判力の双面性から許されないとし、明示されていた場合については、残部請求は既判力によっては遮断されないが、前訴であえて一部請求を求めた原告には後訴について訴えの利益が要求されるとする（もっとも、被告が残額の弁済を拒絶しているなどの事情が訴えの利益を肯定するので、訴えの利益は比較的容易に認められることになる）。

(13) 新堂幸司『新民事訴訟法〔第5版〕』336頁以下等。

(14) 伊藤眞『民事訴訟法〔第4版〕』212頁以下。

しかし、一部請求の場合でも訴訟物は債権全体であるという考え方を採ることの大きな意味は、紛争の一回的解決を重視し、訴訟経済や被告にとっての不公平を根拠として残額請求を全面的に否定することにあるだろう。もっとも、この考え方については、後記のとおり、具体的な妥当性を欠くのではないかという問題がある。

なお、上記新堂説は、残額請求を許すとしても債権の存否（金額も含むのであろう）について争点効が働くとも述べている。

次に、訴訟物は一部であるとするものがある。これは、後訴については信義則あるいは禁反言によって調整しようとするものである（中野貞一郎「一部請求論について」『民事手続の現在問題』85頁以下等）。

判例との相違は、債権の一部であることの明示といった基準を用いず、信義則をダイレクトに適用してゆく点である。

具体的な結論はほぼ判例と同様になるが、後記後遺症の後発発生の場合には後訴は信義則に反しないから当然認められることになる。

以上のような考え方の相違については、原告による債権の分断の利益や試験訴訟等の必要性を重視するか、被告の全面的紛争解決への期待を重視するかが主な実質的考慮要素となろう。

(2) 次に、後遺症の後発発生の場合の新たな損害賠償請求について考える。

これについては、判例も学説の多数も後訴を認める（認めないことは明らかに不当であるから）が、学説の考え方についてはやはりヴァリエーションがある。

まず、判例は、一部請求の考え方をこの場合についても適用し、前訴が明示の一部請求であった場合には後訴を認めるとし、また、この場合の明示については、口頭弁論終結時までには判明した損害を求める趣旨が明らかにされていれば足りるとする⁽¹⁵⁾。

学説の理由付けは分かれるが、多くの学説は、前訴当時通常の注意を払っても予見しえなかった後遺症等に基づく請求については、前訴で一部であること

(15) 最判昭和42・7・18民集21巻6号1559頁。

を明示していなくても、後訴を認めるべきであるとする。

以上に対し、伊藤教授は、後遺症の場合にはそもそも債権の全額を前訴において明らかにすることはできないのであるから、この問題を一部請求の問題として考えることには無理があるとし、同一の不法行為に基づくものではあるが別個の被侵害利益によるものであるから訴訟物も別個であり、したがって、後訴が前訴の既判力に触れることはありえないとする⁽¹⁶⁾。

判例は一般的な一部請求の場合との整合性を図るために明示を要求するもののその明示についてはほぼ実質がないもので足りるとしており、かなり擬制が目立つ。伊藤教授の考え方については、同一の不法行為に基づく損害は一体と考えるのが通常であることとの関係が問題となり、また、後発後遺症ほどに損害発生時点が別個であることが明確ではない後発損害⁽¹⁷⁾の場合についてはどのように考えるべきかがあいまいである（判例は上記のとおりこのような損害についても後訴を認めている）という難点がある。

前記信義則規整説によれば、これらの場合には、後訴は信義則に反しない限り認められることになる（認められることが多いであろう）。

(3) さて、以上についてどう考えるかであるが、この論点についても、筆者は、理論的観点だけからは決着は付けにくいのではないかと考える。処分権主義の解釈いかんにより、いずれの考え方も成り立ちうると思われるからである。

筆者は、あえていえば、処分権主義の要請のほうを重視したい。「訴訟物を超える部分が原告の意思により審理判断の対象になるというのであれば、どのようにしてそうなるかが明らかにされなければならない」⁽¹⁸⁾との見解に賛成である。市民にとってのわかりやすさという観点からみても、「あなたは100万円しか請求しなかったけれども、実は訴訟の対象は債権全体だったのだから、残部請求はできませんよ」という理屈は説得力に乏しくはないかということは

(16) 伊藤・前掲 215 頁。

(17) 新堂・前掲 339 頁は再入院に要した治療費、被害者死亡による慰謝料の追加請求についての最高裁判例（いずれも認容）を挙げる。

(18) 松本博之「一部請求訴訟の趣旨」民訴雑誌 47 号 22 頁。

いえそうに思う。

より実質的な観点は、上記のとおり、残部請求を封じることが本当に適切かということであろう。この点については一部請求の動機による類型を分けた分析がある⁽¹⁹⁾が、ここでも筆者の裁判官としての経験から述べると、かつてはともかく、近年は、訴訟の早期一回的決着の必要性、相当性に関する意識の高まりに伴い、一部請求後の残部請求にはほとんどお目にかからなくなっていたというのが正直なところである（なお、上記三木教授の分析の対象事案も、一部請求の例が大半で、残部請求の後訴に関する事案はわずかであると思われる）。

しかし、少なくとも、今後も、試験訴訟の提起は考えられるし、それが不当であるとはいいきれないのではないだろうか。

公害訴訟、製造物責任訴訟、国家賠償請求訴訟等の類型を中心として、また、それらに限らず、原告の請求が認められるか否かは確実ではないが、訴えの提起自体にはそれなりの、つまり原告のみならず社会全体の利益という観点からみた場合にも正当性があるという訴訟は、今後もなくなるまいであろうし、むしろ、市民による国家や大企業の監視という要請からするならば、増加する可能性もある。

もっとも、第一審で請求が全部認容された場合については、一部請求後の残部請求を認めない考え方を採る論者は上訴の利益を認めるであろう（つまり、原告は当該訴訟の中で拡張を行うことが可能である）し、それが期待されるともいえよう。しかし、控訴審で初めて請求が認容されたような場合には、原告としては後訴によるほかない。

また、被告の不便、不利益については、債務不存在確認の反訴で対処させることとしても、起訴責任（なお、従来は起訴責任の言葉が用いられている場合が多いが、正しくは、提訴責任の分配というべきか）のバランスを欠くとはいえないのではないだろうか。

(4) 以上によれば、一部請求後の残部請求については、これを許し、不当な

(19) 三木浩一「一部請求論について——手続運営論の視点から」民訴雑誌 47号 34頁以下。

後訴は信義則で一元的に調整する学説が最もすぐれており、また、具体的にも妥当といえるのではないだろうか。この考え方によると、(1)、(2)の場合を統一的に処理できる点にも大きなメリットがあるように思われる。

4 争点整理手続と口頭弁論、証拠調べ、心証形成

(1) 争点整理手続、口頭弁論、証拠調べの関係については、現在の多くの学説は、争点整理手続において争点整理を終えた後、その結果を口頭弁論に上程し、しかる後集中証拠調べを行うという説明を行っている。裁判官が心証形成を行うのはもっぱら、あるいは第一次的に集中証拠調べの段階においてであるという認識がその前提にあるように感じられる。

(2) しかし、訴訟の実際をリアリズムで見据えれば、上記のような認識の正当性には疑問がある。

日本の民事訴訟法は、争点整理の段階と証拠調べの段階とを截然と区別してはいない。したがって、裁判官は、大多数の訴訟について、最も重要な証拠であることの多い書証を最初から見てしまう。また、弁論準備手続においても書証の取調べは可能である（2003年〔平成15年〕改正の結果可能となった）。

筆者の経験に基づいて述べると、人証を聴いてみないと正確な心証が採れない（いずれの主張が正しいかはっきりしない）という訴訟の割合は、本格的に争われる事件の2、3割である。また、一応の心証が定まっていたが人証調べの結果これが変わった（逆転した）という事件の数は、年に2、3件というところであった。さらに、人証調べを行っても訴訟の帰趨に影響があるとはおよそ考えにくく、人証調べはもっぱら当事者の満足のために行っているという事件⁽²⁰⁾は、控え目にみても、3割程度は存在したように思われる。

整理すると、本格的に争われる事件のうち、本当をいえば人証調べの必要はないものが3割、人証調べを行わないと判断がつかない事件が2、3割、残りの事件ではおおむね心証は採れているが人証調べを行ってそれが正しいかを精

(20) 瀬木・本質 152 頁。

査する必要は認められ、実際にも、年に2,3件は心証が逆転している、というところである。

他の裁判官に確認していただければこのような感覚の当否が明らかになると考えるが、少なくとも、人証調べで初めて心証が定まる、あるいは人証調べで心証が逆転するという事件の割合がそれほど大きくないことについては、そのことを示唆する裁判官に対するアンケート調査の結果もあり（「裁判官アンケート(6)」二井フロンティア2004年4月号26頁）、おそらく間違いがないのではないかと考える。

すなわち、日本の集中証拠調べは集中人証調べにすぎないし、また、そこで決定的な心証が形成される場所である場合よりは、心証が確認される、あるいは最終的に確定する場所である場合のほうが多いというべきであろう（なお、以上の記述は、もちろん、人証調べの重要性を否定する趣旨ではない）。

(3) 以上の点につき、弁護士は、裁判官が早期に心証を形成することには問題があるということが多く、研究者も、上記のとおり、集中証拠調べをあるべき心証形成の場として観念している場合が多いように思われる。

しかし、それは、みずからの考えるところの「当為」と「存在」の混同ではないだろうか⁽²¹⁾。

集中証拠調べをアメリカにおけるトライアルと同様の場としてとらえたいというのであれば、争点整理手続では一切の証拠調べを許すべきではない。書証の取調べは行ってもよいが心証は採ってはならないというのは、水に入ってもよいが濡れてはならないというのと同様の非現実的な議論ではないだろうか。

日本のような審理方式を採る以上、そうではなく、裁判官の心証は逐次形成されてゆくものであることを認めた上で、それはあくまで流動的、暫定的な心証（これについては、「心証」でなく、「見込み」の言葉が用いられることも多い）なのであるから、①変化の可能性について柔軟に考えるべきであり（つまり、心証の早期固定はつつしむべきであり）、また、②それが争点整理の過程

(21) 瀬木・本質25頁以下。

において随時示されることによって当事者が攻防の基準を明確に認識できる状況となっていることが望ましく、さらに、③当事者の求めがある場合には裁判官は心証を当事者双方の前で明示すべきである、という準則を立てるべきではないかと考える。もっとも、②の場合の争点の示し方は、露骨なものではなく、裁判官の争点整理や釈明のあり方からおのずからそれがうかがわれるといった態様のものであることが望ましいであろう⁽²²⁾。

また、当事者が求める限り必ず人証調べを行うという現在の実務のあり方が本当に適切なものであるのかについては、検討の余地もあるだろう。もっとも、この点については、この事件は人証調べ不要という裁判官の判断が正しいとは限らないこと、上記のような当事者の満足の要請が必ずしも無意味なものであるとはいえないことからすれば、現在の実務のあり方にも一定の合理性はあるといえるのかもしれない。人証調べを行うことにあまり意味はないと思われるような事件の多くについては、人証調べに要する時間も限られているということもある（実際には、人証調べを求める当事者の代理人も、訴訟の結論が変わらないことは予測していると思われる場合が多い）。

(4) 最後に、現在の実務における、争点整理手続については弁論準備手続を原則とするという審理のあり方⁽²³⁾についての問題点を指摘しておきたい。

それは、弁論準備手続で上記のとおり書証の取調べが行われ、また、並行して和解も行われうる（その例は非常に多い）ことにより、現実には、かつての「和解兼弁論」方式が復活したも同然の状況となっている場合がかなり多いのではないと思われることである。

筆者の経験からしても、弁論準備手続を行う場合、これと並行して（弁論準

(22) 瀬木・焦点 146 頁以下。そうでないと当事者の反発を招くことが多い。

(23) もっとも、これは最高裁判所事務総局民事局の方針、公式見解にすぎず、裁判官、ことにヴェテラン裁判官には、口頭弁論と弁論準備手続を随時使い分けている者も多いことにつき、瀬木・本質 299 頁参照。なお、民事局がこのような審理のあり方に固執する傾向の理由は明らかではないが、裁判官が法廷以外の場所で当事者から融通無碍に情報を採ることのできる方式により事件の早期処理を図りうることのメリットが、最も考えやすいものであろう。

備手続の中で、あるいは期日を接着して) 和解を行うことが適切な場合はかなりあり、また、当事者がこれを求める例も多い。

しかし、この場合、裁判官の恣意を規制する方法、裁判官の自制を確保する方法は、二つの手続を明示の言葉によって区別する(させる)こと、また、和解の手続では裁判官は争点整理や心証に関わる事柄は口にしないこと、当事者のそのような陳述については耳をかたむけないことによってしか担保されないところ、これらは、適正な手続確保のための方法としては脆弱である。

なお、弁論準備手続と並行する和解においては交互面接を行ってはならないという規制の方法もありうるが、一応二つの期日を別に設ける場合にはそれを強制できるか理論的にも疑問であるし、また、いずれにせよ、日本の実務に染み付いている交互面接方式をこの場合に排除することについて、裁判官のみならず、弁護士も、どこまでその意味と必要性を理解しているか、きわめて疑問である⁽²⁴⁾。

さらに、以上の点はおくとしても、近年は、ことに、現在の民事訴訟法しか知らない中堅、若手の裁判官について、弁論準備手続をルーティーンととらえるところからその機能的な意味が忘れられ、かつての口頭弁論の形骸化と同様の状況がそこにおいても生じているという問題も、広く指摘されているところである。

筆者としては、これらの問題を解決するには、初心に立ち返って、口頭弁論充実型訴訟運営を行い、弁論準備手続は事件類型を限ってかつ主張がある程度出そろった段階で行うことが適切ではないかと考える⁽²⁵⁾。

これについては、民事訴訟法上の争点整理手続を本則とするというのであれば、準備的口頭弁論の活用を試みることも考えられるのであるが、実際には、通常的口頭弁論(30分前後に10件くらいまでの事件の期日をまとめて、あるいは二つくらいのグループに分けて指定)の中にある程度の時間を要する準備的口頭弁論の期日を織り交ぜていくことは必ずしも容易ではないという面があ

(24) 瀬木・本質 159 頁以下。

(25) 瀬木・焦点 181 頁以下。

る。かといって、準備的口頭弁論の期日を通常的口頭弁論とは別に指定することは実際上なかなか難しいし、準備的口頭弁論であっても短い時間しか要しない期日もあることを考えると、機能的でもない。そのため、前記のとおり、裁判官、ことにヴェテラン裁判官には、通常的口頭弁論と弁論準備手続を随時使い分けている者も多いが、準備的口頭弁論を用いる者はほとんど全くいないのである。

以上については、研究者が、弁論兼和解を実務の知恵として賞賛する傾向が比較的強く、その問題点について十分に詰めきらなかつたきらいがあること⁽²⁶⁾、その結果、その弊害を払拭したはずの民事訴訟法における弁論準備手続についてもその弱点の認識とこれに対する対策が十分とはいえなかつたことの結果という側面も存在するのではないかと考える。実務が先行し研究者がその後追いをするという近年の傾向から生じた問題の一つということである。

こうした意味でも、研究者が実務の実際を知る、それも単に知識として知っているということとどまらず、機能的、客観的にその現状と問題点を認識し、先んじて指摘してゆくことの意味と必要性は大きいのではないかと考える（そうでないと、「実務はこうです」、「実務はそれでは動きません」といわれたときに有効な反論ができないことになりやすい）。

第4 機能的法教育

(1) 以上のような方法は、そのまま、法学教育、民事訴訟法教育の場面においても応用することが可能である。

教育における筆者の基本的な発想とスタンスは、研究執筆の場合と同様、「実務を知る一研究者」の視点からというものであって、「元実務家」として教育を行っているわけではなく、もちろん、「実務ではこうです」というからめ

(26) これに対する強い批判は、むしろ手続保障重視派の弁護士を中心として行われた。その一例として、坂元和夫「弁論兼和解」谷口安平＝坂元和夫編著『裁判とフェアネス』127頁以下がある。

手からの議論は決して行わないようにしている。もっとも、理論と実務の架橋については常に念頭に置き、実務については将来を見据えた批判的検討を行っている。

(2) 民事訴訟法教育の目的は、基本的には、学生に広義の民事訴訟法を理解させ、手続法特有の思考方法を学ばせることにあると思われる。

講義については以上に尽きるが、演習では、さらに、思考力、文章力を伸ばし、プレゼンテーションの能力を高めることをも考慮する。

レベルとしては、最終的に司法試験に合格できる水準を目指す。

また、視野を広めるという観点から、『講義・ゼミ共通参考資料』を配布している。これには、法学の学び方、教科書類の選び方、司法試験受験の心得等を記載している。また、併せて思考力を高め視野を広めるために有益な書物等の案内も行うことがある。これは、学生が、考える方法を知らず、本をほとんど読まず、それどころか映画や漫画（筆者の勤める漫画は文学と同等のレベルのものに限られる）にすらあまり接しておらず、そのために、基本的な論理操作や表現の能力に欠ける者がかなり存在することによる。授業には時々最後に若干の空き時間ができることがあるので、そのような時間に以上のような事項について適宜解説を行っている。ある程度系統的なので、学生も、単なる雑談よりも熱心に聴くようである。

(3) 教育は、研究と連動させることによって深みを増し、学生にとっても興味深いものとなると思われる。また、授業の準備がそのまま研究に連動すれば、準備のインセンティブにもつながる。

筆者は、2年目以降においては、授業の準備のために特別に多くの時間をさくことはしていない。筆者の勤務する大学は、年10コマと比較的授業負担が重いことをも考慮し、授業時間中は集中して授業に打ち込むが、準備のための時間は一定程度にとどめるということである。また、配布物は原則として学期の最初にまとめて配っている。配布物の記述はかなり詳しいが、特に重要な部分の立ち入った説明については、基本的には、口頭で行い、黒板に簡単に記すようにしている。このような部分については、書面にして配布すると、安心し

てしまって緊張感が薄れる部分があると思うからである。口頭説明の長所を生かすということである。

授業の結果の研究執筆へのフィードバックについては、1年目にはかなり大きかった。筆者の勤務する大学における中位ないしそれより少し上程度のレベルの学生（司法試験の関係でいうと、2ないし3回目受験での合格が期待できるレベルになる）がよく理解できない部分は、学説の理論展開や詰めが甘い部分であることがままある。これを「わからせる」ことによって、教師の民事訴訟法の立体的理解も進むし、今後の研究執筆の参考になる部分もあった。

また、筆者自身のケースブック⁽²⁷⁾を用いた授業では、改訂を行う際に参考になるような示唆が得られた。もっとも、これは、学生がそうした示唆を直接に与えてくれるというよりは、学生に有益な説明を行う作業によってみずからの思索が深まったという側面が大きい。一人で考えるよりも学生に教えるために考えるほうがより思索が深まるというのは、これまででない興味深い体験であった。

もっとも、以上のような教師にとってのメリットは、2年目以降になるとかなり薄れてくることは否めない。2年目以降になると、教育の喜びは、学生の力を伸ばしてやることによって得られる満足感に重点が移ってくる。

なお、要件事実・事実認定論のような実務的な科目（筆者が担当している実務系科目はこれと模擬裁判の2コマだけである）についても、むしろ、民事訴訟法理論を裏から検証する、また、学生に教える過程でこれまであまり気付かなかった要件事実論の問題点と限界がみえてくるといった部分が筆者には興味深かったし、能力の高い学生も、そうした部分に新鮮さや興味を感じるようであった。

最後に模擬裁判について触れると、筆者は、実をいえば、要件事実・事実認定論の場合同様、法科大学院にそのような科目を設けることの意味についていささか懐疑的に感じていたのだが、やってみると、3名のプロフェッショナル

(27) 『ケースブック 民事訴訟活動・事実認定と判断——心証形成・法的判断の過程とその解説』。以下、「瀬木・ケース」として引用する。

が指導することもあって、学生に、書面作成、尋問、法律論、事実認定と判断等の「実感」を感じさせることには成功したように思う。たとえば、法律論についてみると、およそ問題にならないような珍奇な主張を出しても無意味であるのを明確に理解させることには、意外に大きな意味があるのではないか。レポートや答案であれば、そのような記述であっても、一定の評価はもらえてしまうが、模擬裁判ではそうはいかないからである。

また、模擬法廷における第1回口頭弁論期日後、同じ内容の訴訟指揮を筆者がもう一度裁判官席で実際に行って見せたことは効果的であったようで、裁判官役の学生が目にみえて準備に打ち込むようになった。

(4) 次に、プラグマティズムの方法の教育における具体的な使い方についてまとめておきたい。

まず、民事訴訟法、民事執行・保全法の講義や民事訴訟法演習においては、現時点においてベストあるいはベターであると思われる考えはどのようなものであるか、それはなぜかを、わかりやすく、明確に、正確に、教えることに留意した。また、必ず通説や有力説について説明を行った上で、私見を述べるようにした。

今日の学生は、とかく、結論だけ、最高裁判例だけを、丸暗記しようとする傾向が強いようである。

その背景には、基本的な能力の問題もあるが、法学における純理が必ずしも十分に論理的、説得的でないために、学生には、「なぜこのような結論になるのか、このようなメルクマールになるのかかわからない。だから丸暗記するしかない」という側面もあるのではないと思われる。学説に概念的な傾向の強い科目の場合ほどこの傾向は強く現れやすいようである。

したがって、学生に、現時点におけるベストあるいはベターな考え方とその根拠をわかりやすく解いてやると、また、その根拠が純理だけでない場合にはその実際的な要請についても説明してやると、「わかってくる」ことが比較的多いように思われる。ことに、純理の妥当範囲と実際的な要請の腑分け、切り分けは、微妙であるが、ていねいに行うことが望ましい。

また、表現に注意しつつ、言い直し、言い換えを重ねて説明を続けると、学生も、理解が進むだけでなく、法的なコトバの使い方の微妙さや重要性が理解できるようになってくると感じられた。

なお、学説の分布については、一般的には、それほど詳しく説明してはいない。多くの学生は基本中の基本がよくわかっていないのであり、民事訴訟法演習の、基本問題に対する1枚のレポートですら、教科書等を調べ、数時間をかけてなお、不十分、不正確なものを出してくるのである。筆者の勤務する大学でみると、左のもの（設問と教科書等）を理解して大筋正確に右（レポート）に移すことのできる学生はちょうど半分程度と思われるが、最終的には半分くらいの学生が司法試験に合格しているのであるから、「左のものを理解して大筋正確に右に移すことのできる」程度の理解力、思考力のある学生はおおむね合格レベルなのである。

そのレベルに到達させ、また、そのレベルからいくぶん上に押し上げることがまずは必要なのであり、そのためには、詳細な学説分布の説明を平板に、概念的に行ってみても、あまり意味はないであろう。

ことに、ああいう説がある、こういう説があるというだけでそれらの根拠、機能、歴史的位置付けなどを問わない議論は、一般的にいっても、研究者としての力にいささか乏しい学者にありがちなものであり、学生を混乱させる可能性が高いものではないかと考える。主要な学説に触れながら、上記のような基本的な説明を正確、的確に、わかりやすく行う過程の中でも、教師の学問の成果を生かし、論理やレトリックの技術を教える余地は十分にあるのではないかと考える。

民事執行・保全法を一つの例に挙げると、筆者は、1年目には、実務家、研究者としてやっていくために必要なレベルの事柄を基準にして講義を行ったが、定期試験の結果は散々なものであった。2年目には、本当に基本中の基本だけを教えるようにし、ことに民事訴訟法とのつながりを重視して講義を行った。筆者は長年の実務と研究の経験でよくわかっているのだが、実際には、民事執行・保全法の理論を正確に理解している実務家はごくわずかなのであり、

研究者についてさえ万全といえるかには疑問があり、したがって、法科大学院の段階では、基礎が正確に理解できていれば十分なのである。

レポートについては、筆者は、それほど細かくは直さず、評価も全体としての総合評価で行っている（答案とは異なる評価方法となる）。

それよりも、全体的な問題点を指摘している。たとえば、発想がよい場合には、どのような発想のどのような部分がよいかを指摘してほめる。分析や文章についても同様である。

中位、低位の学生については、内容がよかったときに、「今回はよく書けていた」、「今回はがんばった」、「この部分はよく書けている」と指摘するだけでも、どういった場合に評価されるかがわかってくる。悪い場合には簡単な指摘にとどめる（悪い場合にそのことを露骨に指摘しても自信をなくさせるだけだからである）。

上位の学生については、分析の中の誤っている部分、論理展開の悪い部分、冗長な部分、不要な部分、反対に、緻密によく書けている部分等を指摘することによって、内容がよりよくなる。こちらは、悪い点を率直に指摘してもよい。

上記の二つの方法は、実際には混在している。

また、レポートについては、課題により、まず総論を緻密に展開し各論については簡潔に書けばよい場合と、総論はわずかで足り、各論を一つずつ確実に押さえていったほうがよい場合とがある。これはまさに場合によるのだが、学生の能力が低くなるほど、こうした基本的な事柄が見分けられないようである。

演習においては、連続してレポートを提出させ、上記のような指摘を重ね、繰り返し説明を行うことにより、たとえばこうしたいわくいいがたい技術についても、少しずつ身につけさせることが可能となる。

いわゆる双方向授業の実効性について触れると、これが実を結ぶのは、学生の能力が高い場合（S、A、B、Cという評価のうちSないしAの上クラス）、中位の学生の場合は学生数がわずかである場合のように感じられる（なお、学生にみずから考え抜く心構えと能力がないと、事実上、双方向授業、ことに演習は意味を成さなくなる。これは教師にとって空しい体験である）。

学生のレベルが上から下まで広がっている場合には、設問ごとに学生に順次質問し、回答（ほとんどの場合その内容は不十分であり、きわめて不正確である）の後教師が詳しく説明する（必修の民事訴訟法演習）、あるいは、まず学生に一通りプレゼンテーションを行わせた後に、教師がそれぞれに答えながら全体を説明し、適宜学生にも質問を行う（そのほかの演習）という方法のほうが効率的なように筆者には感じられた。

アメリカにおけるロースクール教育のように、最初から最後まで双方向でやってみても、日本の学生は我先に意見を述べたりはせず、あまり効果も上がらないように思われる。アメリカの場合には、幼稚園からそれでやっているからそれなりにうまくゆくのだと思うが、人より先に発言しない文化の中で育った学生に対して、急にそれとは異なる行動準則を求めるのは、無理というものではないだろうか。また、アメリカのロースクールの授業では、全く無意味あるいは的外れな発言を行う学生も多く（わかっていないのに自信だけはあるタイプ）、一概にそれがよりすぐれた教育方法であるといいきれるかには、筆者は、いくぶんの疑問も感じていた（留学中の体験である）。

(5) 以上のような教育の成果であるが、筆者自身が授業の方法を模索していた1年目前期を除けば、また、その時期においても演習科目では、それなりの結果は出ている。

まず、民事訴訟法では、2年目以降には、学生のアンケートは最上位区分が非常に多くなり、「普通」以下はほとんどなくなった。また、定期試験でも成績上位者をかなり大きな割合で出すことができた。

次に、1年目後期の民事訴訟法演習では、学生の前期の民事訴訟法（なお、筆者の勤務する大学では、講義と演習は異なる教師が担当するシステムを採用している）の成績と比べると、13人中7人がグレードを上げ、グレードが下がった学生はいなかった。グレードの平均値も全クラス中最も高く、アンケート結果もそれに応じて好評であった。

1年目の演習（1年目のこともあって、参加者数はせいぜい平均程度であり、さほど多くはなかった）からも、1回目の受験で合格する学生が4名出ており、

ことに、瀬木・ケースを用いた展開演習を受講した2名は、その授業が合格にとって非常に有益であった旨を述べていた。

以上、たまたまの偶然や学生の努力もあり（ことに民事訴訟法演習については、たまたまクラスの学生達の結束が高かったことの効果が大きいと思われる）、また、最初のあるいはそれに近い授業のためかえって効果があったという側面も存在すると思うが、それなりの成果は挙げられたかと感じている。

第5 制度改革

(1) 最後に、制度改革のあり方についても、以上のような方法論に基づき、若干の考察を行っておきたい。

この点につき取り上げることが考えられる最近のテーマは裁判員制度と民法改正であるが、裁判員制度については、すでに前掲『絶望の裁判所』149頁以下で論じているので、ここでは、民法改正について述べたい。民事訴訟法を離れるテーマであるため、この部分は、民事訴訟法研究者としての考察というより、裁判官としての経験をも踏まえた一般的な考察ということになる。

(2) 民法改正については、筆者は、以前からその必要性を論じていた⁽²⁸⁾。その理由は、第一に、国民生活に最も関係の深い民事実体法の条文の内容が、判例学説によってその内容が実質的に変更されている部分まで含めて古い時代のままであることの問題、すなわち、市民がその条文を読んでも趣旨がおよそ理解できない部分がかかなりあるという問題であり、第二に、条文の内容に現代の社会生活にそぐわない部分があるという問題であった。

その後現実に着手された民法（債権法）改正作業については、実務家からの反対や批判がかかなり大きかったが、これは、第一に、実務家の保守性、すなわち、法律の内容は専門家がわかっているに依るものであり、一般市民がこれを知る（知ることが容易な状況にしておく）必要は必ずしもないし、また、市民が

(28) 瀬木・焦点 452頁。

法律を正確に理解することも難しいという考え方、第二に、法律実務のみならず企業法務や国民生活全般について改正によって混乱が生じる可能性があるという懸念、によるところが大きいと思われる。

しかし、第一の点については、民主国家のあり方からすれば首をかしげざるをえない考え方であるし、第二の点については、法改正の必要性との兼ね合いであろう。民法改正に関する限り、法改正の必要性は十分に存在するし、実務に混乱が生じる可能性がそれほど高いのかも疑問である。

ただ、改正の目的については、改正作業の中心にいる研究者によって日本民法の国際的プレゼンスを高めるなどの考え方が強調されたことが、実務家の反発と誤解を招いた側面もないではないように思われる。研究者といえども、立法準備作業に携わる場合には国民のサーヴァントとして行っているという側面が大きいのであるから、そのような立場にある人物の発言や著作は、単なる研究者の個人的意見として受け取られないことがありうる。筆者は今後も部分改正の積み重ねによる民法改正作業が順調に進行してゆくことを期待しているので、このような点については、研究者も留意していただきたいものと考えている。立法準備作業従事者は、基本的には、黒子の役割を超えないようにするほうが無難なのではないだろうか（もっとも、後記の内田貴『民法改正のいま——中間試案ガイド』のような書物の出版については、有益でもあり、問題もないと思われる）。

次に、改正案の内容についてみると、2013年（平成25年）2月に発表された中間試案を見る限り、2011年（平成23年）4月の中間的な論点整理において時に目についた学者的な発想の勝った部分や表現はほぼなくなり、上記のような筆者の考えるところの改正の必要性、目的に見合った、大筋で妥当、相当な改正案となっているのではないかと考える。

(3) 以下、筆者が裁判官としての経験から気付いたいくつかの点について簡潔に私見を述べておきたい。

最初に、比較的大きな事項について述べる。

まず、民法の編別構成についてである。

筆者は、個人的には、ほとんど法制度の整っていない国々で一から立法を行うのであれば、パンデグテン方式は、一般市民にとってわかりやすいものとはいいにくいので、やめたほうがよいのではないかと考えている。

しかし、日本のようにその方式による法律で長くやってきた国について、部分改正の積み上げという方式で改正を行う場合には、編別構成にはうかつに手を出さないほうがよいと考える。真ん中に基本条文を置き、前後で引用するという方式は、きわめてわかりにくいし、思わぬ穴が生じやすいからである。

しかし、この点は内閣法制局マターであり、現在の編別構成が大きく変わる可能性は低いとも聴いているので、これ以上は触れない。

次に、履行障害法（債務が履行されないときの救済法）の部分については、現在の枠組みをかなり大きくいじっているが、これによって問題が生じないかということがある。

筆者が中間試案とその補足説明を読んだ限りでは特に問題は発見できなかったし、よく考えられた案であると思うが、ここについても、思わぬ穴が生じないかという点はやや気になる。理論の問題ではなく、実務、それも企業実務等をも含めた広義の実務に関する検証の問題なので、パブリックコメントの結果をも含め、弁護士等を通じて、その点はよく検討していただきたい。

なお、内田貴『民法改正のいま — 中間試案ガイド』117頁は、不完全履行という債務不履行の類型を否定している。

しかし、特定の品質を備えた動産の製作の請負、準委任（典型的には医療行為）といった契約類型では、この概念には、少なくとも当事者が主張立証すべき事項を考える上では一定の意味があるのではないかと考える。

不完全履行の場合には、債権者において、履行がなされたがそれが不完全であることの主張立証を行う必要があり、そのために、契約で措定された債務の内容を正確に主張立証しなければならず、また、被告はその内容を争うことが多く、訴訟においても、この点が問題になることが多い⁽²⁹⁾。この点は、通常

(29) 請負契約における実例として、瀬木・ケース129頁以下（11事件）。

の債務不履行の場合とはかなり異なる⁽³⁰⁾。

もっとも、条文の問題としてはあえてこのような類型を設ける必要性はないといわれれば、そのとおりであるのかもしれない。

(4) 次に、各論的な事項について簡潔に触れておきたい。

中間利息控除（中間試案第8の4(3)）については、損害賠償額の算定に当たって中間利息控除を行う場合にも、変動制の法定利率によるべきではないかと考える。被害者という少数者の犠牲において保険会社やその顧客の利益を図る結果となっている現在の実務、判例に疑問を感じるからである⁽³¹⁾。

保証債務の裁量的減免（中間試案第17の6(4)）については、裁判官の裁量にすべてをゆだねる①の案よりは、比例原則の明文化によるという②のほうにより適切ではないかと考える。裁判官にすべてをゆだねて事足りりとする日本によくある立法の形は、心ある裁判官を困惑させるものである。少しでも客観的な条文のほうが望ましい。身元保証に関する法律第5条の場合には、契約の内容による特殊性があるから前者のような形式によることにもやむをえない面があるのかもしれないが。

契約交渉の不当破棄（中間試案第27の1）に関する条文の新設は適切であると考え、全体として要件がやや厳しすぎないかという気はする。

「当事者の一方が契約の成立が確実であると信じ、そう信ずることが相当であると認められる場合に、反対当事者が正当な理由なく契約の成立を妨げた」という要件であると、相手方にかかなりの悪性がある場合でない限り責任は認められないことになる。

この点が争点になる事件は、大規模、高額な契約の場合が多いのであるが、筆者の経験では、契約の成立に関する当事者、原告の期待を保護してやってよいのではないかと感じられる事案が多かった（それにもかかわらず、明文の根拠がないので、原告の請求を認めること、あるいはその方向で和解を進めるこ

(30) 中野貞一郎「医療過誤訴訟の手續問題——最近における民事訴訟理論の動き」『民事手續の現在問題』110頁以下参照。

(31) 瀬木・焦点 421頁以下、瀬木・本質 226頁。

とは、容易ではなかった)。この場合に認められる損害は信頼利益の賠償に限るという通説的な考え方からするならば、もう少しゆるやかな要件で原告を救済してもよいのではないかと感じられる。

なお、この点を含め、内田前掲書の第3章「民法のルールの透明性向上（わかりやすい民法）」に掲げられている諸項目については、筆者は、改正の方向に全面的に賛成である。

瑕疵担保責任の存続期間（中間試案第35の6、第40の2(3)）は従来どおり1年でよいのではないかと感じる。ことに建物売買の場合について、一般の消滅時効期間によることは長すぎ、一般市民の感覚にもそぐわないのではないかという気がする。現実の建物売買契約では瑕疵担保責任は特約で排除されている場合も多いことを考えるべきではないだろうか。

第6 終わりに

本稿は、筆者が研究者に転身してから後に執筆した第2論文であり、これからの民事訴訟の目指すべき方向、とりわけ、あるべき手続保障論に関する筆者の考え方とその構想の概要を示した第1論文に対し、もっぱら方法論という側面に重点を置いて、民事訴訟法学等につき、哲学上のプラグマティズムに基礎付けられた機能的考察方法・解釈学を採り入れることを提案した。

筆者は、今後、筆者の研究の総論に当たる瀬木・本質と以上の論文において示した問題意識、方法論によりながら、また、研究者や実務家の方々からいただいた意見、示唆、批判等を参考にしつつ、民事訴訟法、民事保全法の解釈論、実務の理論的解明、司法制度論、法社会学等に関する議論を展開してゆきたいと考えている。

なお、本稿は、明治大学法科大学院における平成25年度「民法（債権法）改正の動向」寄付講座共同研究の助成を得た研究成果の一部である。