

民訴法改正の検討項目について

—民訴学会第82回大会シンポジウムの報告—

西 理

私は、2010年4月から本学に在籍するようになったが、最初に関わるようになった授業の一つが、沢野直紀教授と、私と同時期に本学に採用された吉田知弘弁護士(当初は准教授であったが、その後教授になられた)と共同で担当する「民事法総合演習Ⅱ」である。以来、沢野教授とは研究室が隣同士ということもあって、大変お世話になった。また、坂梨教授は、互いに裁判官経験を有する者同士という気安さもあって、大変親しくお付き合いいただいた。新米教師である私にとって両教授の存在感は特別のものがああり、私が本学で楽しく充実した時間を持つことができたことについては、両教授のご指導に与るところ大なるものがああった。その両教授が、私より一足先に定年を迎えられ、本学を去られるという。寂しい限りである。

ところで、私は、2010年の第80回民訴学会における鶴田滋九大准教授の報告について検討したところを「共有者が原告である場合の訴訟共同の要否と提訴拒絶者への対応」と題して法学論集43巻1・2号合併号に発表した。これが、私と法学論集との最初の出会いであるが、意外なことに、そして、大変嬉しいことに、最近刊行された高橋宏志教授の『重点講義・民事訴訟法【下】第2版』の中でこの論稿が引用されたのである。そこで、本稿でも、民訴学会第82回大会シンポジウムで取り上げられた民訴法改正の検討項目について論じ、これを両教授の古希祝賀記念号に寄稿させていただくことにした。しかし、力不足と時間不足のため、甚だ検討不十分で粗末な内容にとどまった。このようなものを両教授に捧げるのは大変申し訳ないが、私の感謝の思いをおくみ取りいただいて、ひらにお許しを請うものである。

はじめに

1 上記民訴学会では、「民事訴訟法の今後の改正課題」が主要テーマであり、「第1報告 主張整理・争点整理に関する改正課題」(東京大学・垣内秀介氏)、「第2報告 証拠収集手続の改正—文書提出の局面を中心に」(東北大学・坂田宏氏)、「第3報告 多数当事者訴訟に関する改正課題」(慶応義塾大学・三木浩一氏)、「第4報告 判決の効力を受ける第三者の保護」(一橋大学・杉山悦子氏)からなる。

そして、第1報告は、「1 事実の主張に対する規律」、「2 法的観点指摘義務」、「3 争点整理終了後の失権効等」、第2報告は、「1 文書提出義務」、「2 秘密保持命令」、「3 早期開示制度」、第3報告は、「1 必要的共同訴訟(非同調者に対する措置)」、「2 独立当事者参加(権利主張参加制度の改正)」、「3 訴訟脱退」、第4報告は、「1 共同訴訟的補助参加の明文化」、「2 詐害防止参加の廃止」、「3 第三者再審制度の導入」からそれぞれなっている。

2 会員に送付された大会案内である「日本民事訴訟法学会大会次第」には、各報告の簡単なレジュメ程度のもものが掲載されていたのみであったが、別に、「民事訴訟法改正の検討項目(抜粋)」と題する全132頁に及ぶ詳細な冊子が送付された。当日の報告はほぼこの冊子に基づいてなされ、引き続いて質疑応答がなされた。

以下、やや恣意的な取り上げ方ではあるが、私の問題意識に基づき、主として第1報告及び第3報告(特に、「1」)について検討を加え、その余については簡単に言及する程度で済ませることとしたい。

第1 「事実の主張に関する規律」について

1 本報告は、①当事者は、事実に関する主張を真実に反すると知りながらしてはならないとする真実義務の規定、②当事者は、その求める裁判を根拠づける主要事実及び重要な間接事実を具体的に主張しなければならず、また、相手方当事者の主張する事実を否認する場合には、その理由を主張しなければならないものとするとともに、これらの事実の主張に当たっ

ては、請求を理由づける事実、抗弁事実または再抗弁事実についての主張と、これらに関する間接事実についての主張とを区別しなければならないものとする規定、③当事者自身の行為又は直接見聞した事実その他、その事実について不知の陳述をすることが相当でない場合には、不知以外の陳述をすることができないことについて合理的な理由を明示しない限り、不知の陳述をすることができないものとする規定を設けることを提案する。

本提案の③によれば、「当事者自身の行為又は直接見聞した事実その他、その事実について不知の陳述をすることが相当でない場合」には、原則として「不知」の陳述をすることは許されず、「認める」か、それとも「否認する」かのどちらかを明確にしなければならないことになる。そして、①によれば、真実に反すると知りながら否認してはならないことになり、また、②の下線部の提案によれば、否認する場合にはその理由を明示しなければならないから、これらが相俟つとき、自ずから「認める」方向へと誘導されざるを得ないことになるのではないか。そして、本提案はそのような効果をこそ期待してなされているのではないか。そう考えるのはうがち過ぎであろうか。

2 真実義務について

(1) 本報告は、事実の主張に関する当事者の支配権に対してまったく何の制約も存在しないとするのは、古典的な弁論主義の考え方であって、今日では、真実義務などの制約を承認する見解が多数を占めるに至っていると、ドイツやオーストリアの立法例をはじめ、フランスやアメリカの動向などを紹介している。もっとも、真実義務の内容としては、「当事者に対して、その知っている全ての事実の陳述を積極的に義務付けるものではなく、意図的な虚偽の陳述を禁止するという消極的なものとどまる」(消極的真実義務)とし、「主張責任の所在等にかかわらず、その知っている全ての事実を陳述する義務」を負うという積極的真実義務は明らかに弁論主義に反するとしてこれを排斥している。これに対し、消極的真実義務の限りでは弁論主義に反しないとする。また、ドイツの立法例に見られる「完全陳述義務」も消極的真実義務の一態様にすぎないと説明している。なお、真実義務

務の根拠は「信義誠実の原則」(民訴法2条)にあるという。

(2) 本提案は、以上のような理解を前提として、すなわち、消極的真實義務の限りで、真實義務を明文化しようというのである。したがって、ドイツの立法例にあるような「完全陳述義務」を行為規範として定めるのは、いたずらに誤解を招くことになりかねないとして反対し、また、消極的真實義務を前提としつつも「裁判所は、当事者が真実に反すると知りながらした主張を顧慮してはならない」という効果規定を置くことについても、その実際の意義は少ないとして否定的である。

そうすると、残るところは、民訴法2条等の解釈に委ねておけば足りるとする立場をどう考えるかである。本提案は、「特段の弊害が予想されない限り、同条のような一般条項に委ねるのではなく、独立の規定を設けることにより、法律上も真實義務の存在を正面から認めるべきである」とするが、上記アで見たような消極的真實義務を前提とするのであれば、同条とは別に規定する独自の意義が果たしてあるのだろうか。疑問なしとしない。

3 このように、真實義務の明文化という提案自体はいささか「大山鳴動して…」の感を拭えないのであり、問題は、むしろ「理由づけ義務」や「不知の陳述の規制」の方であり、これらと「真實義務」が結びついたときの効果である。

(1) 理由付け義務について

ア 理由づけ義務の内容を上記②のようなものとして理解するときは、報告にもあるとおり、これらはいずれも既に規則53条1項、79条3項、80条1項に規定されているところである。そして、当事者対立構造を念頭に置くならば、勝訴判決を獲得したいとする以上は、「その求める裁判を根拠づける主要事実及び重要な間接事実を具体的に主張しなければならない」のはもとより、さらに、その事実の立証のために最善の努力を尽くすのは当然のことである。当事者主義や弁論主義は、通常、当事者がそのような合理的な訴訟行動をするであろうことを期待することができるという信頼に根ざすものであり、それ自体は十分な根拠がある。

イ そうであれば、このようないわば当然のことをあえて法に規定し

なければならないのかは大いに疑問である。まして、上記のような規定が既に規則に置かれているのであるから、なおさらである。

問題は、当事者(原・被告のいずれであるかを問わない)が、勝訴判決を渴望する余りに、あえて虚偽の事実を主張し、さらに当該主張事実を証明しようとして虚偽の証拠を提出しようというような場合もないとは限らないということである。このようなところに着目して、上記2の真実義務を明文化するという提案がなされるのであろう。また、②の下線部の規定(規則79条3項)も、これにより、不合理な理由付けしかできないような否認ができなくなることを期待してのこととも思われるのである。しかしながら、真実義務の規定を置くことについての疑問は上記2で見たとおりである。そもそも、当該義務違反に対する制裁措置も用意されていない以上、真実義務についての規定を置くだけでは上記のような事態の発生を防止することができるというわけでもない。そのためには、相手方が賢明かつ有効適切な反撃をすることこそが大切であり、加えて、裁判所がそのような悪質な魂胆を見抜くだけの経験と優れた見識を有していることが求められるのである。

ウ もっとも、これに対しては、上記のような規則の規定は、専ら「充実した的確な争点整理」を企図した多分に技術的なものであるから、たとえ訓示的なものであっても、法にその旨を別途明記する意味はあると反論されるかもしれない。

そして、この点については、書証の真正な成立に関する規定との関係を見ておかなければならないであろう。すなわち、規則145条は「文書の成立を否認するときは、その理由を明らかにしなければならない」と規定して、単に「否認する」というだけでは済まされない、それにはそれなりの根拠(理由)を明示すべきだとしている。これは、相手方から主張された事実を否認するについての規則79条3項と酷似した内容である。

しかし、規則145条についても、規則79条3項の場合と同様に、これに対応する規定は法にはないのである。

もっとも、法230条1項は「当事者等が故意又は重大な過失により真実に反

して文書の成立の真正を争ったときは過料に処する」と規定している。これは、真正に成立した文書であることを現に知っているか、或いは、知らなかったとしても当然に知ることができた筈であるというときには、その成立を認めなければならないことが、過料の制裁をもって強制されているということを意味するから、規則145条に対応する規定どころではない。しかし、これはあくまで書証の真正な成立というその特質に鑑み規定されたものであり、過料という制裁を課するものであるが故に法に規定されたにすぎない。したがって、これを事実主張の場面に当てはめることはできない。すなわち、相手方の主張事実が真実であることを知り、又は、容易に知ることができたにも関わらず、これを争ったときには過料に処すこととすべきであるなどということを主張する論者がいるとは思われない。主張にかかる「事実」は、本来立証責任を負う側が立証すべきものであり、相手方が争えば(それを争うかどうかは相手方の自由である)、立証しなければならないのは当然であって、それができないのならそれによる不利益を負担させられても仕方がないのである。しかし、文書の真正な成立についてはこれと同列に扱うことはできない。文書を証拠(書証)として用いるためには、「その成立が真正であることを証明しなければならない」(法228条1項)とはいうものの、それは必ずしも容易なことではない。そのために、公文書の成立の真正については同条2項の推定規定が置かれ、同条3項の官公署への照会が規定されており、私文書については同条4項の推定(いわゆる「2段の推定」)規定が置かれているのである。とはいえ、特に、私文書については、そのような推定がはたらく場合ばかりではないことは容易に推測される。そうであれば、真正に成立したことを知っているのならそれを認めるべき義務を課すということには合理的な理由と必要性があるものというべく、また、これを課したとしても、事実そのものを認めることを求めるのとは次元が異なる(事実認定自体は結局のところ裁判官の自由心証に委ねられている)のであり、直ちに当事者主義に反するわけではない。

エ 以上のとおり、この類の規定は、せいぜい充実した的確な争点整理のための多分に技術的な規定として、規則に置かれることが相応しく、

現にそのような取扱いがなされているのであって、あえて法に規定しなければならぬものではないと思われる。

(2) 不知の陳述の規制

ア 旧旧民訴法においては、「不知ノ陳述ハ原告若シクハ被告ノ自己ノ行為ニ非ス又自己ノ実験シタルモノニ非サル事実ニ限り之ヲ許ス」旨の規定(同法111条3項前段)が存在したとのことであるが、旧民訴法及び現行法又は規則上は特段の規定は置かれていない。そこで、上記③のような規定を置くことが提案されているのである。

イ この提案は至極もつともなことのようと思われる。そして、実務上、文書の真正な成立に関しては、相手方が当該文書の成立について直接関わっているか、少なくともその真正な成立の有無を知っている筈であるという場合には、「不知」という認否で済まされるということではなく、本提案の趣旨がほぼ定着しているものと言って差支えない。同じことが事実主張に関しても言えるかどうかは必ずしも詳らかにしないが、異なる扱いがなされなければならない理由を見出し難い。少なくとも、争点の絞り込みを目指した充実した争点整理手続においては、相手方や裁判所から「どうして不知なのか」という指摘がなされることを免れないものと思われる。

ウ とは言え、その旨の規定を置かなければならないかどうか、置くとしても、文書の真正な成立に関する規定にとどめるか、それとも事実に対する認否をも対象とした規定にするか、さらに、それを規則に置くことで済ませるのか、法においても規定するののかという問題はなお残ることになる。そして、私は、これまで述べてきたところからして、文書の真正な成立についての認否にとどまらず事実主張をも対象とした規定を置くことに賛成するが、その場合においても、これを規則に置くにとどめるのが相当であるものとする。これによれば、書証の真正な成立と事実主張に対する認否に関する「不知」の陳述について、規則145条と同79条3項の関係のような規定を規則に置くべきこととなる。

第2 法的観点指摘義務についての規定の新設

1 ここでは「裁判所は、当事者^(註1)が明らかに看過し、又は重要でない

と考えた法的観点については、当事者に当該観点について指摘し、意見を述べる機会を与えた場合でなければ、裁判の基礎とすることができない」との規定を新設することが提案されている。これについて、ドイツ法やフランス法には明文の規定が置かれており、わが国でも、これを正面から定める規定は存在しないものの、学説上は広く承認されている考え方であるという。

(注1) 「当事者」とは、「双方当事者」か、それとも「少なくとも一方当事者」の意か。

2 法的観点指摘義務の内容

(1) 本報告は、「法的観点」の意義について、①法令の解釈についての見解(法命題の意味内容の解明)と、②その事案に適合的な法律構成についての見解(適用すべき法命題の選択ないし決定)に分類した上で、それぞれについていくつかの事例を挙げて説明している。^(注2)

そして、①について、法的観点についての認識が齟齬する結果、裁判所が考える法的観点に沿った主要事実の主張がなされていないことが考えられるところ、それを理由に請求を棄却してしまうならば、裁判所の法解釈に応じた形での攻撃防御を行う機会を奪ったという意味で法的観点指摘義務違反になるとする((a)の場合)。これに対し、②の場合には、当事者は必ずしも自覚していないものの、間接事実など、「生の事実」としては裁判所が適切と考える法的観点に沿った事実が弁論に登場していることもあり得るが、その場合においても、あくまで当事者が主張する法律構成のみを前提として判断し、「生の事実」は主要事実としては考慮しない場合((b)の場合)と、これを考慮して、裁判所が適切と考える法的観点に沿った判断を示す場合((c)の場合)とが考えられるとした上で、(c)はそのような法的観点を示さないまま判断するときは法的観点指摘義務違反となると考えてよいが、(b)の場合には当事者の主張した法的観点に従って判断したに過ぎず、当事者の主張しない法的観点を不意打ち的に適用したわけではないから、これをも法的観点指摘義務違反と評価するかどうかは議論の余地があるが、その旨の法的観点を示して審理を尽くすべきであったという評価もあり得

るし、裁判所が適切と考える法的観点が指摘されないことによってその法的観点に応じた攻撃防御の機会が保障されない点においては他の場合((a)及び(c))と異ならないと考えることも可能だとする。

(注2) 極端な場合、訴訟係属中に判例変更や法改正等がなされたというような場合も考えられる。必ずしもこの場合の適切な例ではないかもしれないが、例えば、役員解任の訴えにおいて「会社説」に基づいて会社のみを被告としていたが、その審理中に、H10年最判によって「会社+当該役員」の共同被告説が確立された場合、どうすべきだろうか。請求認容の可能性が大きいのに、被告適格を誤っているとして訴えを却下するのは、提訴期間がある関係で原告に酷に過ぎる。主観的追加的併合などにより補正を認めるべきであろう。

なお、控訴審以上の上級審に係属している場合には、新たに被告とされる者の審級の利益を保障するために一審に差し戻した上で、補正させるのが相当であろう。

(2) 「法的観点」や「法的観点指摘義務違反の態様」についてのこのような分類ないし類型化の試みの理論的な意義を否定するものではないが、実際の事案がそれほど明確に分類できるものであるかどうかは疑問である。本報告が①の事例として挙げている[事例1] (否認権行使に基づく価額償還請求における価額算定の基準時が問題になったもの)や[事例2] (借地借家法6条にいう借地契約の「更新拒絶の正当事由」として、自己使用の必要性のほか立退料の提供や代替地の斡旋などがどこまで必要なかが問題となる場合)などにしても、実際には、原告が主張する具体的な価額が否認権行使時を基準時にとったとしても相当な額と判断されるような場合や、原告は「更新拒絶の正当事由」としては自己使用の必要性のほか相当額の立退料の提供まで主張すれば足りるという見解ではあるが、加えて「代替地の斡旋までも申し出ていた」ということを事情として主張していたというような場合も想定されるところ、そのような場合には特に法令の解釈が前面に出ることもないのではないだろうか。そうであれば、①の場合には、「裁判所が相当と考える法的観点に沿った主要事実の主張がそもそもなされていない場合が多いと考えられ(る)」とも言い切れないのではないかと思われる。

(3) ところで、本報告は、これとは別に、「複数の法律構成が想定できる場合に、(i)裁判所としては、当事者の選択した法律構成に拘束される

のか、(ii)拘束されないとして、いずれの法律構成を採用するかについて、裁判所に裁量が認められるか」という問題を検討している。そして、(i)を肯定する見解は見当たらない、(ii)については、一般論としては、別の法律構成をすることにより訴訟物が異なることになる場合には、当事者が訴えの変更をしない限り当該法律構成を採用する余地はないが、同一訴訟物の範囲内においては法の解釈適用は裁判所の専権事項であるから、当事者の主張には拘束されないと解されていると思われるが、裁判所は実体法の定めにより拘束され、本来の意味における裁量は存在しないと解する余地もあり、確立した定説は存在しないとしている。

このような分析・検討について特に異論があるわけではないが、私は、客観的には当事者の主張する法的観点ないし法律構成以外に他に適切なそれがあるという場合においても、㉞裁判所がそのことに気付いている場合と、㉟気付いていない場合がある(それは㉟の場合と㊱の場合とを問わない)ことに着目して検討すべきではないかと考える。本報告が指摘する(b)と(c)の区別は、㉞の場合について当てはまることであり、㉟の場合にはその前提を欠いている。そして、最判で積明義務違反とされたものについても、それが㉞の(b)の場合であったのか、それとも㉟の場合であったのかは、原判決からは必ずしも明らかではないという場合が多いのではないだろうか。本来の意味の積明義務違反とは、㉞の(b)の場合を言うのではないと思われるが、㉟の場合についても同様に積明義務違反と称されているのが実際なのではないか。つまり、㉟の場合の積明義務違反とは、裁判所としてはそのような法的観点ないし法律構成があり得ることに気付いて求積明すべきであったのに、そのような法的観点に気付かなかったことに問題がある(その意味では、むしろ「審理不盡」という方が相応しい)ということになるのだと思われる。なお、㉞の(c)の場合には、裁判所が何らの配慮(積明権の行使など)をすることもなくそのような判断をした場合こそが法的観点指摘義務違反と言うのに最も相応しい場合であるものと考えられるが、この場合には弁論主義違反になることも考えられる(本報告が[事例5]として引用している最判昭和55・2・7民集34-2-123参照)。

2 法的観点指摘義務の機能及び理論的根拠

本報告によれば、法的観点指摘義務の機能は、当事者に十分な攻撃防御の機会を保障することであり、その理論的な根拠は「弁論権の十分な保障」である。その対象としては、法律問題それ自体と、その法的観点到に適合的な請求ないし事実とがあり、前者についての意見表明の機会の保障は上記①につき特に問題となるものであるのに対し、後者についての攻撃防御の機会の保障は上記①及び②のいずれについても問題となるが、特に問題となるのは②の局面についてであり、この場合の法的観点的指摘は、実体的適正の確保の発想とつながりやすく、従来の釈明義務(とりわけ積極的釈明)と連続性が強いとされる

以上の指摘については概ね同意できるが、より根本的には、弁論主義との関係がもっと詰められなければならないのではないかと思われる。

3 法的観点指摘義務の明文化について

(1) 規定の方法

本報告によれば、A案(積極的に義務を定める方法)とB案(ドイツ法、フランス法のように消極的な形で定める方法)とが考えられるが、A案については義務の外延を画することが困難であるなどの難点があり、B案の方が問題が少なく相当であるとする。これによれば、上記(b)の場合は法的観点指摘義務違反の問題ではなく、一般の釈明義務違反の問題となるとする。

(2) 法的観点指摘義務の行使のあり方

これまでに見た法的観点指摘義務の機能や目的に照らせば、それが行使される典型的な場合としては、争点整理が相当程度進行し、当事者の主張する法律構成や法律上の争点がある程度明らかになりそれと裁判所の認識との齟齬が判明した場合などが想定されるとする。同感である。

(3) 釈明権・釈明義務に関する規定との関係

法149条1項の規定がある以上、それに関連して本提案の趣旨が学者・実務家の共通の認識となれば足りるのではないか、それ以上にこの関係の規定を新設するまでの必要があるのだろうかという疑問もなくはないが、このような規定を置くことにより、裁判所と当事者との間で活発な法的議論

がなされるようになり、より充実した的確な争点整理手続がもたらされるという効果を期待することができるかもしれない。

第3 争点整理手続終了後の失権効

1 ここでは、①法167条・178条を廃止し、新たに「準備的口頭弁論及び弁論準備手続の終結前に提出しなかった攻撃防御方法は、一定の例外要件を満たさない限り、原則としてその後の口頭弁論において提出できない」、「書面による準備手続を経た事件について、口頭弁論期日において要約書面に記載した事項の陳述がなされ、又は法177条に規定する確認がされた後も同様とする」旨の規定を設けることが提案されるとともに、②「特定の事項についての攻撃防御方法を提出すべき期間を定めることができること」、「当該期間経過後に提出された攻撃防御方法は、申立て又は職権で却下することができること」という攻撃防御方法の提出期間の裁定に関する規定を新設することが提案されている。

この提案が現実になれば、争点整理手続の在り方に重大な影響を及ぼすことが確実視されるような内容であり、第1及び第2の提案がいずれも多分に理念的なものであったのとは本質的に異なる重大な提案である。それだけに、<提案の背景>として、「現行法制定の経緯及び背景」、「ドイツ法における規律」、「現行法の評価」、「(現行法下における)攻撃防御方法の提出期間の裁定」について、相当丁寧な説明がなされ、<提案の趣旨>においても、①につき、「他の考え得る提案との比較」^(注1)、「失権効の例外要件」、「当事者の不出頭の場合の取扱い」、「書面による準備手続の取扱い」について検討がなされ、最後に、②について、「攻撃防御方法の提出期間の裁定について」と題して、提案の概要及び他の制度との関係が説明されている。

(注1) 考えられる他の提案として検討されているのは、以下のA案ないしD案である。

A案：実務の運用改善に委ねる。

B案：現行法の説明義務を維持しつつ、その制裁を明文で規定する。

C案：争点整理終了後の失権効を制度化するが、その発動は裁判所の裁量に委ねる。

D案：裁判所の定める攻撃防御方法提出の期間の制度を一般化し、争点整理終了の効果としてではなく、期間懈怠の効果として失権効を認める(ドイツ法の考え方)。

2 他の提案との比較—本提案の基本姿勢に対する根本的な疑問

(1) 本報告は、A案ないしD案のいずれをも排して、本提案の正当性を主張している。そのうち、B案ないしD案については後記(2)で見るとおりであるが、「争点整理手続の弛緩が指摘される現状の下では実務の運用に委ねるだけでは有効な対処とはなり得ない」という争点整理手続についての現状認識と問題意識に基づいてA案を排斥していることについては重大な疑問を覚える。

ア 確かに、準備書面の交換が繰り返されるだけというような弁論準備手続の実態が指摘されたりしているから、上記のような現状認識にも根拠がないわけではない。また、現行法は、的確で充実した争点整理とそれに基づく人証の集中証拠調べとを車の両輪として、適正・迅速な訴訟運営の実現を目指すこととされているところ、現下の問題は、集中証拠調べよりも争点整理手続の方にあるということは、最高裁をはじめとする裁判所全体の共通の認識になっていると言ってよい。

しかしながら、民事訴訟(第1審)にかかる時間が大幅に短縮化されていることもまた確かな事実であるし、裁判所が、上記のような問題意識に基づいて、争点整理手続の改善のために組織を挙げて取り組もうとしていることも窺える^(註2)のであるから、「実務の運用に委ねるだけでは有効な対処とはなり得ない」と断ずるべきではない。少なくとも、そのような結論を導くのは明らかに時期尚早であると言わなければならない。

加えて、本提案が「失権効の明文化」や「攻撃防御方法の提出期間の裁定に関する規定の新設」を梃子にして「争点整理手続の改革」を図ろうとしていることについても、根本的な疑問がある。争点整理手続の問題点はあくまでそれ自体により粘り強く改善の努力がなされなければならないのであって、失権効などにより強制的・他律的に改善を図ろうとすることに簡単に同調することはできない^(註3)。このような方法では、角を矯めて牛を殺すようなことにもなりかねない。

イ もっとも、「当事者が弁論準備手続の終結等の前に(裁判長が定めた期間内に)提出することができなかったことについて故意又は重大な過失

がないことを疎明したときはこの限りでない]旨のただし書きを用意しているから、この運用次第では格別の弊害は生じないとの反論が用意されている。この反論は一理ないわけではないが、この場合の「疎明」の理解と運用によっては、やはり弊害を懸念せざるを得ない。かといって、いたずらに「疎明」を緩やかに運用したのでは本提案の所期の成果は挙がらないことにもなるろう。

このように見てくると、問題の本質は規定のあり方ではなく、実務の運用改善にかかっていることは明らかではないだろうか。

(注2) 例えば、ここ福岡では、かつて福岡地裁と福岡県弁護士会が協議を重ねて「福岡方式」という審理方式を生み出し、全国的にも注目されたが、近時(平成23年1月)、これを見直して、「改訂・福岡地方裁判所審理方式(新福岡プラクティス)」という新たな合意形成がなされたとのことである。中でも特筆すべきは、争点整理手続の充実・活性化が打ち出されていることである。さらに、その後も、裁判所側からは、「早期事案説明期日」及び「集中争点整理期日」の導入が提唱されるなど、引き続き新たなローカルルールの模索がなされている。これは、最高裁が平成23年7月に公にした『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(施策編)』の中で打ち出した「争点整理を効率的・効果的に行うために、①証拠収集・主張提出段階、②争点議論段階、③争点確定段階の3つのステップを明確に意識して進めて行くプラクティスを可能にする方策について、検討を進める」という提案を受けて、「早期事案説明期日」については①、「集中争点整理期日」については②を念頭に置いて提唱されたものようである。このような努力が各地でなされることが望まれる。

(注3) 後記6の早期開示制度等の提案により、争点整理手続の効率化・迅速化を目指しており、それと相俟って争点整理手続後の失権効を提案しているのだということなのかもしれない。現に、本報告でも、「本研究会では、本提案にかかる失権効の創設に加えて、早期の情報開示、証拠収集制度の拡充、控訴審の審理手続の規律や、裁判所の積明義務、法的観点指摘義務などに関する提案をあわせて検討しているところであり、そうした諸前提が整備される場合には、争点整理手続の終了により失権効が生じるものとしても、懸念に直する事態が生じる可能性は大幅に減少することが期待できる」旨主張されている。しかし、そうだとすると本提案に対する根本的な疑問はなお払拭されない。

(2) なお、B案ないしD案を採用できない理由については、以下に指摘するところを付加するほかは、本報告の主張は概ね首肯できる。

ア 現行法の規定を踏まえた改正ということに重きを置くなら、B案は相応の理由がある。また、当事者主義ということを重視する以上、相手方当事者からの説明要求ということに重きを置くというのは落ち着きが良

い考え方である。問題は、「明日は我が身」ということもあって、相手方当事者が説明要求を遠慮するため実効性に乏しいということであるが、そのような実態が本当にあるのだろうか。仮にあるとしても、説明要求をしない動機がどうであれ、そもそも相手方当事者が要求しないのに、失権効を問題にしなければならないものだろうか。大いに疑問である。

むしろ、B案に対しては、相手方当事者からの説明要求に対して合理的な説明がなされないからといって、直ちに失権効を働かせることの是非が改めて問い直されなければならないのではないかと考える。その点、現行法が、167条・174条等と157条を直結させていないなど、慎重な態度を貫いているのはまことに正当である。しかも、計画審理においてはより踏み込んだ規定(法157条の2)が置かれているのであり、これ以上の改正の必要を感じない。

イ C案については、失権効の発動が裁判所の裁量に委ねられたのでは、裁判所の負担は小さくないし、ひいては、この点の判断の不統一により実務が少なからず混乱することになりかねない。その混乱回避のため、或いは、生じた混乱を解消するために、事前又は事後に新たな対策を講じるべく相当のエネルギーを要することになるのではないかというようなことも危惧される。

ウ D案の場合には、C案のような懸念はないものの、攻撃防御方法提出の期間をどのように定めるかが問題となる。期間懈怠の効果として失権効がはたらくということになると、勢い当事者は相当余裕を見込んだ提出期間を定めるよう求めるであろうし、裁判所としても、失権効をはたらかせる以上、そのような求めをむげに斥けることもできないということで、却って訴訟遅延の原因になりかねない。仮にそうでないとしても、期間の定めにとらわれることにより全体としてギクシャクした進行になることが懸念される。

3 失権効の例外要件

(1) 本提案が失権効発生の例外とするのは、㊦攻撃防御方法が職権調査事項に関するものである場合、㊧当事者が、当該攻撃防御方法を争点整理

手続において提出することができなかつたことについて重大な過失がないことを疎明した場合である。これらは、いずれも準備手続終結後は原則として失権効を認めていた旧法255条がその例外事由として規定していたものであり、仮に失権効を認めることとするのであれば、上記㉗及び㉘の例外事由を承認すべきは当然である。

(2) 問題は、本提案が「(著しく)訴訟を遅延させることがないこと」を例外事由として掲げていないことである。

本報告も、旧法255条に規定されていたとおり「著しく訴訟を遅滞させることがない場合」には失権効を否定する考え方(E案)のほか、「著しく」の文言を削除した上で「訴訟を遅延させることがないこと」の疎明を求める考え方(F案)も十分に考慮に値することを認めつつも、第1に、失権効の機能は訴訟遅延に起因する司法資源の浪費の防止に尽きるものではなく、むしろ、相手方当事者の信頼保護の点にも存在すること、第2に、書証の取調べには新たな期日を開く必要がないことが多いから、E案やF案では失権の対象にならないことになる可能性が高いところ、争点整理後の書証の提出を失権効の対象外とするならば争点整理手続に対する当事者の信頼を大きく損ない、その機能を無に帰せしめることになりかねないことを理由に、E案やF案に反対している。

しかし、第2のようにまで厳格な争点整理手続を前提としなければならぬものであろうか。疑問なしとしない。また、第1の点を強調するのであれば、上記2においても、現行法のように「相手方当事者の説明要求」を尊重して然るべきだったのではないかと思われる。また、そもそも相手方当事者の信頼保護ということを重視するのであれば、その信頼の在り方ないし信頼の程度についても当然考慮すべきではないかと思われる。例えば、(あ)争点整理手続中において、Xが甲主張をするのかどうか議論され、それをしないこととすることが確認され、その旨の争点整理がなされたのに、争点整理手続終了後にXが甲主張をしてきたという場合と、(い)甲主張の可能性については問題にならないまま争点整理手続が終了し、その後甲主張がなされたという場合とでは相手方当事者Yの信頼保護の必要性

の程度は自ずから異なる筈である。すなわち、(あ)の場合には信頼保護の必要性は強度であるが、(い)の場合にはそれ程ではない。このような場合において、特に(あ)の場合については、Xの重大な過失があるとして処理することもできないことはないが、(い)の場合については同じ取扱いをするわけにはいかない。Yにおいて、甲主張がなされることはないと信ずるについては、単に甲主張がなされないまま争点整理手続が終了したというだけでなく、より強度の信頼をするような事情があったかどうかにより区別することを検討すべきではないかと思われる。だが、そのような趣旨の適切な規定を置くことは必ずしも容易ではないし、その判断も困難なものとなることが予想される。そうであれば、そのような困難な要件に代えて、E案ないしF案のように「(著しく)訴訟を遅延させることがないこと」を失権効発生の例外事由とすべきである。^(注4)

(注4) 或いは、この際、例外と原則を逆転させて、法157条にあるような「訴訟の完結を遅延させる」ことを失権効発生のための積極要件とすることも検討されて然るべきものとする。

4 当事者の不出頭等の場合の取扱い

(1) 当事者不出頭の場合や162条により定められた期間内に準備書面等の提出をしなかった場合には弁論準備手続等を終了することができる(166条・170条5項)が、本提案はその場合にも失権効がはたらくものとしている。

しかし、争点整理が実を上げた場合と当事者の欠席等によりこれを打ち切って終了させた場合とでは状況は全く異なるから、後者の場合にまで失権効をはたらかせるというのはいかにも乱暴にすぎる。

(2) 本報告は、第1に、法167条等が両者を区別して取り扱っていないこと、第2に、もし不出頭等による場合には失権効が生じないとすると、争点整理手続に協力しなかった当事者の方が有利な取扱いを受けることになって均衡を失するばかりか、そのような不協力を助長するおそれがあること、第3に、不出頭等に相当の理由があるというような場合には上記3で見た例外要件のうちの④で失権効がはたらくのを免れることができるか

ら、不当な結果が生ずることはないと説明する。

しかし、法167条等が両者を区別していないのは、それが「相手方当事者からの説明要求」という穏当な前提を置いているからである。いずれにしても、そこまでして失権効のはたらく範囲を拡張することの是非という政策判断に帰するが、実務家の感覚からすると到底賛成することができない。

5 書面による準備手続の場合の取扱い

本提案は、失権効について、規律の実質は同じであるにもかかわらず、書面による準備手続の場合について別建てとしたのは、法178条が説明義務発生の時点を他の場合と区別して規定していることになったものであるとされる。周知な配慮というべきであろう。

6 攻撃防御方法の提出期間の裁定について

(1) 本提案は、現行法が「計画審理」について規定するところ(法147条の3第3項、156条の2、157条の2)を一般化しようというものである^(註5)。計画審理の規定を活用して審理計画が定められるのはかなり限られた事件であることからすると、この改正により、その趣旨がそれ以外の通常の事件についても生かされることが期待される。なお、期間の裁定をするかどうか、期間経過後に提出された攻撃防御方法を却下するかどうかは裁判長ないし裁判所の裁量に委ねていること、期間を定めるについて当事者の意見を聴くこととされていることなど、いずれも現行法の計画審理の場合におけると同じであり、異論はない。

(2) ただ、本提案において、当事者が期間を懈怠したことのみに却下の客観的要件とされている点は、疑問がある^(註6)。この点について、本報告は、第1に、期間の裁定が利用されるのは主として争点整理手続においてであると想定されるところ、この段階において法157条のような「訴訟の完結の遅延」を判断することは容易ではない、第2に、仮に「訴訟手続の進行の遅延」に置き換えるとすると、実際には期間の懈怠により訴訟手続が何がしか遅延しないことは考え難いから、わざわざこのようなことを要件とする意義に乏しい、第3に、書証の場合には期間の懈怠が訴訟手続進行の遅延を生じさせないことがある(上記3の(2)の第2参照)、第4に、期間懈怠後

の攻撃防御方法の提出に何の弊害もないような場合には、裁判所が健全な裁量により却下しないこととすれば足りることであるなどと説明している。このうち、第1はもっともであるから、法157条が「訴訟の完結を遅延させること」を却下の要件としていることはひとまず措くとして、計画審理の場合において「審理の計画に従った訴訟手続の進行に著しい支障を生ずるおそれがあると認めたとき」という要件が課されていること(法157条の2)に照らせば、「審理の進行についての著しい支障」という要件を加えるべきであり、その関係では第2ないし第4はいずれも有効な反論とはなり得ないものとする。

(注5) 期間の裁定と失権効が結びつくとなると、当事者は当然それを警戒し、より長めの期間を求める成行きになるであろうこと、そして、裁判所もそれを大目に見るほかないことになるであろうことが予想される。こうなると、このような規定を置くことが実際にどこまで迅速な裁判に資するのか、疑問がないわけではない(この点は、上記2の(2)で、D案について指摘したところである)。しかし、本提案はあくまで「特定の事項についての攻撃防御方法を提出すべき期間を定める」というものであるから、原告及び被告の攻撃防御方法の提出を段階化し、各段階について、逐一、期間の裁定をし、それと失権効を組み合わせるというD案とは自ずから異なるものである。むしろ、「特定の事項についての攻撃防御方法」の指定が適切になされるならば、争点整理手続の迅速な進行に大いに資するものがあるのではないかと期待される。

(注6) ところで、本提案は、「当事者が所定の期間内に当該攻撃防御法を提出することができなかったことについて故意又は重大な過失がないことを疎明したときは、この限りでない」として、期間懈怠による却下の例外事由を規定しているところ、本報告は、これは法157条の「故意又は重大な過失」と同義であるが、明示的に裁定された期間の懈怠であることを考慮して、その証明責任を当該当事者側に課したものであるとする。他方、法157条の2が、例外事由について「相当の理由があることを疎明したとき」と規定していることとの関係では、「相当の理由」は実質的にはほぼ「無過失」と同義であるから、この点は、本提案よりも厳しいが、本提案では却下のための客観的要件がより厳しくなっているから、単純には比較できないとしている。すなわち、本提案が、法157条の2のような「審理の進行についての著しい支障」という客観的要件を要求していないことを、例外事由としての主観的要件を法157条の2のそれよりも緩和することにより正当化しようとしているものと解される。その上で、本提案は、法157条の2を削除するか、同条の要件を本提案にかかる規律と整合性のあるものに修正することまで提言しているところである。そのようなことまで視野に入れた提案であるとするれば、それはそれで理解しなければならないかもしれない。

なお、この関係で登場する「疎明」とは何か。具体的にどのようなものが予定されているのだろうか。そして、疎明があったとされ、当該攻撃防御方法の提出が許されたときは、訴訟手続上それで完結するのか。それとも、相手方当事者は、あらためて

提出当事者に故意又は重大な過失があったことを「証明」し、当該攻撃防御方法の排除を求めることができるのだろうか。しかし、これは「蒸し返し」の感を免れないし、一旦提出された攻撃防御方法の排除というのは望ましいことではない。そうすると、「疎明」と言っても、実際には相手方当事者の反論や反証の機会を十分保障することにより、この段階で決着させるべきことになろう。もっとも、場合によっては、この関係について即時抗告を認めることも考えられるかもしれない。

(注7) 本報告は、本提案により法162条の見直しの必要性についても言及している。

第4 文書提出義務

1 ここでは、文書所持者の原則的な文書提出義務が確認された上で、例外的に文書提出を拒むことができる場合のみが列挙されるというように、法220条の抜本的な改正が提案されている。その結果、本提案にかかる同条は、文書提出義務の一般化をさらに徹底した簡潔な体裁となっているが、例外事由として列挙されているところは、従来の同条を基本的に踏襲しつつも、これまでの判例・学説の動向を踏まえたものになっているものということができる。

2 本報告は、まず<提案の背景>として、「1 平成8年改正の経緯と問題点」、「2 平成13年改正及び平成16年改正」、「3 判例の展開」^(注1)について検討している。特に、「3」については相当詳細な検討がなされている。

(注1) ここでは、この関係の基本判例とされる最決平成11・11・12民集53-8-1787以降の最高裁決定が吟味されている。以下に、簡単に整理しておく。

1 上記平成11年最決は、周知のとおり、金融機関の貸出稟議書につき法220条4号ニ(平成13年改正前は4号ハ)の「自己利用文書」該当性を認めたものである。その要件として、①外部非開示性(⑦内部意思形成の手段となる文書である+④法令上作成が義務づけられていない文書である)、②開示による所持者にとっての不利益性(個人のプライバシーの侵害、団体の自由な意思形成の阻害など)、③特段の事情がないことが示された。上記基本判例や後記3アの最決平成12・3・10からして、この3要件が揃うことが必要とされていることは明白であるが、①が否定されても、②の不利益性が高度ならば開示を認めるべきではないという結論も考えられるのではないか。

2 ①外部非開示性の要件について

- ア 最決平成16・11・26民集58-8-2393：法令根拠を有する命令に基づく調査の結果を記載した文書につき否定。
- イ 最決平成17・11・10民集59-9-2503、最決平成22・4・12裁時1506-1：地方議会議員が公務調査費によって行った調査研究に関する報告書につき肯定。
- ウ 最決平成19・11・30民集61-8-3186：銀行が法定の資産査定的前提として作成・保管している資料について否定。

- 3 ②不利益性の要件について
 - ア 最決平成 12・3・10 民集 54-3-1073：①を否定しただけで自己利用文書に当たるとした原決定につき、②につき具体的に判示していないとして破棄差戻し。
 - イ 最決平成 18・2・17 民集 60-2-496：社内通達文書につき、①・②を否定して文書提出義務を肯定。
- 4 ③特段の事情がないことについて
 - ア 最決平成 12・12・14 民集 54-9-2709：会員代表訴訟であることは③を基礎づけない。
 - イ 最決平成 13・12・7 民集 55-7-1411：経営破綻した信用組合から営業を譲り受けた整理回収機構に対して当該信用組合の貸出稟議書の提出につき、特別の事情を肯定して文書提出義務を認めた。
- 5 公務秘密文書（220条4号ロ）
 - ア 最決平成 16・2・20 判時 1862-154
 - イ 最決平成 17・10・14 民集 59-8-2265
- 6 刑事訴訟関連文書（220条4号ホ）
 - ア 最決平成 16・5・25 民集 58-5-1135：文書保管者の合理的な裁量を認めるとともに、逸脱した場合には文書の提出を命ずることができるとした（結論的には文書提出義務を否定）。
 - イ 最決平成 17・7・22 民集 59-6-1888：搜索差押許可状については文書提出義務を肯定、同令状請求書については否定。
 - ウ 最決平成 17・12・12 民集 61-9-3400：被害者の容認＋被疑事件は不起訴処分となっていることなどから文書提出義務を肯定。
裁量権を逸脱したか否かの具体的な判断基準は、①証拠として取り調べることの必要性＋②第三者の名誉・プライバシー侵害のおそれ＋③当該事件・同種事件の捜査・公判に及ぼす影響のおそれ。

3 次いで、本報告は、〈提案の趣旨〉として、「1 提案の概要」を述べた上、「2 提案の理由」において詳細な説明を試みている。そこでは、証言拒絶権（法196条・197条）と平仄を合わせて、文書提出拒絶事由の証明責任が文書の所持人にあるものとされている。また、「引用文書」（法220条1項1号）・「引渡し又は閲覧を求め得る文書」（同2号）、「利益文書」・「法律関係文書」（同3号）、「自己利用文書」（同4号ニ）、「刑事訴訟関連文書」（同4号ホ）をいずれも削除し、「個人の私生活上の重大な秘密に基づく文書提出拒絶権」を新たに創設することとされている。^{（注2）}

いずれも合理的な提案であり、本提案のとおり改正の必要性もあるもの

と考える。

(注2) なお、大会当日、会場で、日弁連の作成にかかる「文書提出命令及び当事者照会制度改正に関する民事訴訟法改正要綱試案」と題する平成24年2月16日付け文書が配布されたが、そこでの文書提出義務関係の改正提案の内容は、以下の点が付加されている点を除けば、概ね本提案と同じである。

すなわち、日弁連試案によれば、「証言拒絶権として、「弁護士等（外交法事務弁護士を含む弁護士、弁理士、弁護人及び公証人をいう）の法的助言を得ることを目的とした弁護士等と依頼者の間の協議又は交信にかかる事項であって、秘密として保持されているものについて尋問を受ける場合」をあらたに規定するとともに、同事項が記載されている文書を、一般的文書提出義務の例外に加える」ことが提案されている。

第5 秘密保持命令

1 本提案は、①現行法223条6項のイン・カメラ手続に関連して、秘密保持命令制度を導入するとともに、②秘密が記載された文書を用いた当事者の積極的な主張・立証にかかる秘密保持命令制度に関する規定を新設し、③それらに伴う制度の整備を提案するものである。①は、従来のイン・カメラ手続の問題点を解消するという点において歓迎すべきものであり、②も核心をついた的確な争点の定立と充実した審理のために意義深いものということができる。

2 本報告は、＜提案の背景＞として、「1 平成8年改正の経緯と問題点」、「2 平成16年特許法改正による秘密保持命令制度の導入」、「3 判例の動向」について、順次説明している。^(注1)

(注1) 「1」では、営業秘密やプライバシーに基づく秘密の保護について、第1に、訴訟審理を非公開とする考え方、第2に、当事者、証人その他の関係人に対して秘密保持命令を発するとともに、命令違反に対しては刑事罰を含む制裁規定を設けるとする考え方、第3に、訴訟記録の閲覧謄写につき制限を設け、閲覧謄写した者に対する秘密保持命令と刑事罰を含む制裁を課すとする考え方が検討されたが、結局は、閲覧謄写の制限のみが規定される(法92条)にとどまったこと、イン・カメラ手続を経たものの、文書提出命令が却下された場合における申立当事者の不満などが紹介されている。

また、「2」では、平成15年の特許法改正により、秘密保持命令(同法105条の4)と罰則(同法200条の2第1項)が設けられたこと、その後、不正競争防止法10条ないし12条、著作権法114条の6ないし114条の8、種苗法40条ないし42条、独占禁止法83条の5ないし83条の7に同様の規定が設けられ、実用新案法30条、意匠法41条、商標法39条に特許法の該当条文の準用規定が置かれたことが紹介されている。

さらに、「3」においては、最決平成21・1・27民集63-1-271について分析がなされている。

3 次いで、本報告は、＜提案の趣旨＞において、「他の考え得る制度」を検討した上で、本提案について説明している。

(1) 他の秘密保持制度との比較

ここでは、A案(①のみとする考え方)、B案(①+②+文書提出命令が発せられた場合の秘密保持命令)、C案(①+②+当事者尋問や証人尋問の公開停止を含む秘密保持命令)について検討されている。

B案は、日弁連が発表した上記要綱試案に盛り込まれた考え方であるところ、本報告は、B案に対し、「文書提出命令は法的保護に値する秘密(実質秘)が記載されていない文書について発せられるのであって、これについて秘密保持の利益を肯定するのは矛盾である」と批判する。確かに、文書提出命令が発せられた以上、そこに盛られている秘密は開示されるのであるから、それについて秘密保持命令を発するのは論理的には矛盾する。しかし、文書提出命令を発するかどうかに当たっては、適正な事実認定・判断をするための必要性和当該文書の内容が所持者のプライバシーや営業秘密に関わるものであること(所持者にとっての不利益性)が比較衡量されるのが通常であり(最決平成20・11・25民集62-10-2507)、時として両者が拮抗して微妙かつ困難な判断を迫られることも少なくない。もとより、そのような場合には、重大な不利益をもたらす部分を除外した上での「部分開示」という手法もないわけではないが、全面開示を命じた場合であっても、その利用の仕方等において秘密保持について配慮すべきことを命じるということがあってもよい筈である。報告者が言うようには白か黒かを割り切ることができるとは限らないのであり、要綱試案の提言は十分検討に値するのではないかと思われる。

他方、C案(①+②+当事者尋問や証人尋問の公開停止を含む秘密保持命令)は、特許法105条の7を参照したものであるが、民事訴訟における人証について公開停止を持ち込むことには憲法81条との関係で難があるとの本報

告の指摘は首肯できる。

(2) 本提案について

ア 改正提案①:これは、従来のイン・カメラ手続において開示が許されていなかった申立当事者等、訴訟代理人や補佐人に対して、秘密保持命令を発した上で当該文書の開示を認めるというものである。この場合の秘密保持命令は、申立てに基づくことなく職権で発せられる。なお、本報告は、この提案は「実質的には、イン・カメラ手続によって文書提出命令が却下された場合にのみ機能する」という。しかし、提案の文言からしても、開示するに先立って秘密保持命令を発するのであるから、その時点では文書提出命令が発せられるかどうかはもとより未定の筈である。また、上記(1)のB案について述べたところに照らしても、このような限定をする必要はないものとする。

イ 改正提案②:この場合の秘密保持命令は、当事者の申立てにより発せられる。発令の要件は「既に提出され若しくは提出されるべき準備書面に秘密が記載され、又は既に取り調べられ若しくは取り調べられるべき文書の記載に秘密が含まれること、及び秘密が開示されることにより、当事者又は第三者に損害が生ずるおそれがあり、これを防止するため秘密の開示を制限する必要があることにつき疎明があったこと」である。^(注2)

ウ 改正提案③:秘密保持命令の方式、送達、効力発生時期、即時抗告^(注3)、秘密保持命令の取消し、訴訟記録の閲覧等の請求の通知その他についての規定を設けること、秘密保持命令に違反した者に対しては懲役若しくは罰金又はこれらを併科するものとする、これは親告罪とするなどを規定することとされている。

(注2) 日弁連の要綱試案(第三の一)では、「ただし、既にそれらの者が当該情報を知っていた場合を除く」とする但し書きが置かれている。また、当事者のほか「文書の所持者」も秘密保持命令の申立てができるものとされている。

(注3) 本報告では「秘密保持命令に対する即時抗告」とあるが、秘密保持命令に対しては即時抗告をすることはできず、秘密保持命令の取消しを申し立てることができるのみであるから、これは「秘密保持命令の申立てを却下した裁判に対する即時抗告」の誤記と思われる(特許法105条の4第5項、105条の5参照)。なお、秘密保持命令の

取消しの申立てについての裁判に対しては、申立ての却下の場合であれ、取消しの裁判がなされた場合であれ、即時抗告をすることができる（同法105条の5第3項）。

第6 早期開示制度

1 ここでは、民事訴訟に関連する文書に関わる情報が当事者間で共有されることにより、当事者主導の実効的な争点整理が実現されることを目的として、①当事者は、争点整理の早期の段階において、訴訟に関連する文書にかかる情報を相手方に提供する義務(早期開示義務)を負うこと、②早期開示義務の履行として、書証として提出する予定であるか否かを問わず、訴訟に関連するものにかかる目録(文書目録)を作成し、これを相手方に交付すること、③当事者は、裁判所に対し、文書目録の交付期限を定めるよう申し立てることができ、裁判所は、両当事者の意見を聴いて、文書目録の交付について相当の期限(文書目録交付期限)を定めることができることを内容とする早期開示制度を設けるとともに、④早期開示制度の実効性を確保するため、早期開示義務に違反した当事者に対する制裁規定を設けることが提案されている。^(注1)

(注1) ①の「早期開示義務」及び②の「文書目録」の対象とされている「訴訟に関連する文書」の定義づけ及びその範囲としては、具体的にどのようなことが想定されているのであろうか。②では、書証として提出する予定であると否とを問わないとされているから、その範囲を画することは相当困難ではないかということが懸念される。

2 <提案の背景>では、「平成8年改正の経緯とそれ以後の問題点」と「英米の早期開示制度」について解説がなされ、<提案の趣旨>では、「他の考え得る制度との比較」を試みた上で、本提案についての趣旨・目的及び提案の内容についての説明がなされている。

他の制度としては、A案ないしE案が紹介・検討されている。このうち、A案は、訴え提起前の証拠収集の処分等という現行法の制度(法132条の2、132条の4など)を強化・拡充するというものであるが、訴訟法律関係が発生していない段階での制度設計は困難であるし、前提を異にするものというべきである。これに対し、B案は、日弁連の要綱試案(第四)による考え方

であり、文書提出命令の申立てにおける文書特定情報を当事者照会によって獲得する途を開き、不当な回答拒絶に対しては過料という制裁を課することによって制度の実効化を図ろうとするもの、C案は、釈明処分の一部(法151条1項3号・4号)を具体化し、文書目録を裁判所に対しても提出させるとするもの、D案は、最高裁が打ち出した「証拠方法の期限内提出制度の導入」という考え方であり、証拠収集・主張提出段階の期限内に、文書提出命令、文書送付嘱託、調査嘱託等の申立てをしなければならないとする制度を導入しようというものである。また、E案は、訴え定期後、一定の期間(例えば3か月間)については、専ら当事者間で相互に当事者照会、文書開示、証言録取や陳述録取などを行うこととし、裁判所が関与する争点整理手続はその後に開始するという審理モデルを提示するという考え方だとされる。^(注2)

(注2) E案は当事者主導の証拠収集という理念を最も強く反映した考え方であり、本提案と共通する思想に基づくものと思われる。

しかし、訴え提起後一定期間は、上記のような証拠収集の準備活動を何故裁判所の関与なしに当事者間でのみしなければならないのか、そのような審理モデルを提示することにどのような実益があるのか、理解に苦しむ。当事者間だけでの相互の準備活動が順調に成果をもたらすという確実な見通しがあるのであれば、この審理モデルは当事者主義の理念に照らしても、また、裁判所の省力化という観点からも歓迎すべきことではあろうが、私には到底そのような見通しは持てない。むしろ、その一定期間が無為に経過するだけではないかということが危惧されるのである。

本提案に対してもこれと同じ疑問を持つ。制裁として、文書目録に記載していない文書を書証として提出してはならない(弾劾証拠としても不可)とするのは当然としても、だからといって、当事者が書証として提出する予定のない文書(特に、相手方当事者にとって有利な文書)を文書目録に記載するとは考えられない。要するに、わが国の訴訟文化においては、相手方に手の内を容易にさらけ出すなどということは当面期待できないのではないか。それとも、訴訟も国際化(アメリカ化)せざるを得ないところまで来ており、そのような観点から新たな審理モデルが模索されているということなのだろうか。

また、裁判所をして文書目録提出期限を設定させるといふのも違和感がある。裁判所は原則としてカヤの外に置かれているのに、このような役割だけは背負わせるというのは釈然としないし、そもそもそのような立場に置かれているにすぎない裁判所が適切な提出期限を設定できるものだろうか。疑問である。

第7 必要的共同訴訟—原告側の固有必要的共同訴訟において提訴に同調しない者がいる場合の対応措置について

1 本提案は、原告として訴えを提起する者(提訴当事者)の申立てにより、提訴当事者を非同調者の訴訟担当者とすることを認める授權決定の制度(裁定訴訟担当)を新設するというものである。

これによれば、①当該申立ては、訴えの提起と同時に、非同調者を相手方として、受訴裁判所に対して行うこと、②受訴裁判所は、⑦それが授權決定のための法定要件(「共同提訴の困難性」と「勝訴の可能性」の疎明)を具備している場合に限り、また、④原則として非同調者に対して当該申立てがあった旨を通知し、相当な期間が経過した後において、授權決定をすることができること、③これに対しては不服申立て(即時抗告)をすることができることとされる。

2 本報告は、<提案の背景>として、まず「平成8年改正との関係」において、参加命令の制度が検討されたが、これにより何故実体法上の処分権を有することになると言えるのかという疑問を解消できず、ついに立法上の手当がなされるに至らなかったことが紹介され、次いで「判例の展開」において、最判平成11・11・9民集53-8-1421(境界確定訴訟の場合)、最判平成20・7・17民集62-7-1994(入会権確認訴訟の場合)について簡単に紹介した上で、これらの判例によりこの問題が「解決されたわけではなく、むしろ立法の必要性は高くなっている」という本提案の問題意識が明らかにされている。

さらに、「検討の対象」において、新たな制度を検討するに際して、その対象となるべき事件類型について検討を加え、第1に、一部の者が提訴に同調しない理由によって差異が生ずることは考え難いとする^(註1)。第2に、被告側の固有必要的共同訴訟については対象とする必要がないこと、他人間の法律関係の確認等を求める訴え(人訴法12条2項、会社法855条等)、複数の訴訟担当者がある場合(破産法76条、民訴法30条等)も同様であるとした上で、共同所有関係をめぐる事件のみが検討対象とされるべきこと、しかし、遺産分割の前提問題としての遺産確認訴訟や相続人の地位不存在確

認訴訟については立法の必要性は低いこと、共有地にかかる境界確定の訴えや共有物分割訴訟については、その性質が形式的形成訴訟であることからして、非同調者を被告とすることができるという平成11年最判の処理で足りるとする。その結果、判例が固有必要的共同訴訟であるとしている、i) 共有権確認の訴え、入会権確認の訴え、ii) 入会権等の総有権に基づく給付の訴え(引渡請求、抹消登記手続請求等)、iii) 共有権に基づく所有権移転登記手続請求等に限られることを明らかにしている。

次に、本報告は、〈提案の趣旨〉として、「他の考え得る制度との比較」をした上で、「授權決定の要件」と題して、本提案にかかる授權決定の法定要件(上記②の㊸)及び手続要件(同①)や上記③などについて説明している。

(注1) 本報告は、第1の点(一部の者が提訴に同調しない理由)について、i 非同調者が提訴希望者の権利を争っているなど、提訴希望者と非同調者との間に実体的権利に関する認識や利害が対立する場合、ii その点に対立はないが、訴えを提起する時期や方法などに見解の相違がある場合、iii 単に提訴に加わることに消極的である場合、iv 所在不明であるなど、物理的又は社会的に提訴に加わることが不可能又は困難な場合を挙げている。首肯できる。また、第2の検討も周到であり、概ね同意できるが、被告側の固有必要的共同訴訟について立法的な手当をする必要性が乏しいとする理由として、「判例や学説により、関係者の一部を被告とする訴えの適法性が広く認められて(いる)」ことが挙げられている点は解せない。共同被告となるべき者全員を被告とすれば足りるだけのことだからである。

3 他の制度との比較

A案:判例が採用した非同調者を被告とする方法を一般化して制度化する案である。しかし、第1に、入会権に基づく抹消登記手続請求のような給付訴訟において、非同調者を被告にすることには疑問がある、確認訴訟においては確認の利益が認められるのかという問題もある、第2に、非同調者と本来の被告との間には既判力が生じないという不都合がある、第3に、所在不明者を非同調者と同列に扱うことができるか疑問である、第4に、本来は原告にする方が道理にかなうなどの難点がある。

B案:参加命令制度を創設する案である。しかし、本報告は、所在不明者などに参加命令を発しても意味がないこと、参加命令にもかかわらず非同

調者が参加しない場合も想定されるところ、その場合に提訴者がどのような資格で訴訟を進行できるのか疑義があること、そもそも提訴者の訴権を保護するために必要なことは、非同調者に手続参加を求めるのではなく、非同調者が手続に参加しなくても訴訟の提起及び追行を可能にする方策を考案することであり、参加命令の制度は本質的な解決手段ではないなどと批判する。^(注2)

C案(本提案):一定の要件のもとに、提訴者に非同調者の権利を代替して行使することができる実体法上の地位を裁判所の決定により授権し、これによって訴訟担当者という訴訟法上の地位(執行段階まで及ぶ)を付与するものである。これにより、確認訴訟だけでなく、給付訴訟にも対応することができる。ただし、あくまでも当該訴訟手続内に限定された裁判による授権であるから、訴訟外における自由な処分行為が許されるわけではない。また、請求の放棄や訴訟上の和解も許されないが、訴えの取下げはできるとされる。

(注2) A案及びB案に対する上記のような疑問の提起ないし批判は説得的である。ただし、C案についても疑問がないわけではない。そのことは後記4の(2)以下において順次明らかにするが、最も根本的な疑問は、鶴田滋氏(九大准教授)の提唱にかかる「非同調者に対する提訴協力請求訴訟の提起」という考え方が全く検討の対象とされていないことである。私は、本提案よりも鶴田氏の構想の方があらゆる意味で優れていると考えるものであるが、その詳細は後記5において改めて述べることにする。

4 授権決定の要件について

(1) 人数比率要件の要否

平成8年改正の際の参加命令制度の議論においては、参加命令発令の要件として提訴者の比率が4分の3を超えることが必要であるとする案が提示されるなど、一定の人数比率が必要であると考えられていたが、本報告は、それを疑問としている。多数者が提訴に協力しないことに合理的な理由がない場合、所在不明者が多数に上る場合などを考えれば明らかであろう。人数比率を不要とする本報告の立場に賛成したい。^(注3)

(注3) もっとも、共有権確認訴訟や入会権確認訴訟においては、提訴者が余りに少なく、圧倒的多数の者が提訴に消極的であるような場合には、確認の利益(紛争の成熟性と

いう意味での即時確定の利益)が否定されるということはある得るであろう。

なお、本報告が、本項の末尾において、「授權決定の手続の中で和解を勧誘することは許されるであろう」と述べている点は若干の説明が必要である。ここでいう「和解」とは、あくまで提訴者と非同調者との和解であり、本来の被告も関与した上での和解を意味するわけではないと思われる。

(2) 「勝訴の可能性」^(注4)

本報告は、授權決定の要件として不可欠の要素は共同原告とならなかった非同調者の実体的利益の保護であり、そのためには「勝訴の可能性」を要件とするのが最も適切であり、かつ、それで十分であるとする。その上で、この点について現行法の中に手がかりを求め、訴訟救助(法82条1項)の場合の「勝訴の見込みがないとはいえない」よりは高いレベルの勝訴の可能性を疎明することが必要であるとする。

(注4)「勝訴の可能性」を要件とすることにはひとまず同意する。特に、非同調者が「今、提訴するのは時機が悪い(証拠が揃っていないから)」などという理由で提訴に反対している場合、訴訟まではしたくないという消極的な理由で同調しない場合、共有者の一部の者の所在が不明である場合などには、特にこの点は重要である。しかし、非同調者が提訴希望者の権利を争っている場合など、両者間の実体的権利に関する認識や利害が対立する場合に、「勝訴の可能性」についての疎明を求めることに果たして合理性があるだろうか。甚だ疑問である。

また、「勝訴の可能性」の有無及び程度が変動し得るということも考えておかなければならない。「勝訴の可能性」が疎明されたとして授權決定がなされたが、いざ訴訟が開始されてみると、被告側の反論や反証が的確で、到底勝訴が見込めない状態になったというようなことも想定されないではない。このような事態に提訴者と非同調者はどう対処すべきなのであろうか。

(3) 「共同提訴の困難性」

この要件が必要であることは疑問の余地がない。これこそが、この問題の最も本質的な要因だからである。^(注5)

(注5)しかし、非同調者が共同提訴に応じない理由として本報告が想定する場合(上記(注1)参照)のうち、iii及びivについては特に問題はないが、i及びiiの場合には、提訴すること自体の正当性ないし相当性が争われることになるであろうことが予想される。このような争いについて、授權決定手続においてきちんとした審理及び判断が果たして可能なのであろうか。

(4) 非同調者への通知とその後一定期間を置いた上で授権決定をすること
授権決定を前提にする以上、この要件が不可欠であることも疑いを容れない。非同調者に共同提訴に加わる再考の機会を与えるとともに、授権決定の申立てに対する意見陳述の機会を与えるためである^(注6)。上記(2)及び(3)が授権決定のための「法定要件」とされるのに対して、これは純粹に手続的な要件であるといえることができる。

(注6) 非同調者が提訴に同調しない理由によっては、非同調者を審尋することが不可欠となる場合もあるのではないと思われる。なお、本報告は、この審尋は「共同提訴の困難性」要件(上記(3))の疎明方法の一つとして位置付けることができるとするが、それとともに、「勝訴の可能性」についての非同調者の意見等を徴するという意味においても意義があるものと考えらるべきである。

このように見てくるならば、さらに一步を進めて、原則として(所在不明などによる場合は例外とすることが考えられる)、授権決定の申立書を非同調者(相手方)に送達した上で、相手方の意見・反論などを求めることとすべきではないかと考える。

(5) 不服申立て

授権決定の申立てに対する裁判(申立てを却下する決定及び授権決定)に対しては即時抗告ができるとするものであり、異論はない。^(注7)

(注7) ただし、本提案の冒頭の記載中、「授権決定に対しては、不服申立て(即時抗告)をすることができる」とされているのは誤解を招きかねない。上記のとおり「授権決定の申立てに対する裁判に対しては即時抗告をすることができる」と正確に記載すべきである。

(6) その他の議論

ア 非同調者が提訴者の権利を争っている場合には、被告側への「非請求定立参加」をすることができる。

イ 非同調者が訴訟開始後に翻意した場合には共同訴訟参加(法52条)をすることができる。この場合には、裁判所は授権決定を取り消す。

ウ 提訴者の権利を争いつつ、自らが権利者として請求を定立したいときは独立当事者参加(権利主張参加)の申立(法47条)をすることができる。

5 私見

(1) 以上、本提案について検討してきたが、私は、この関係については、鶴田氏の提唱にかかる「非同調者に対する提訴協力請求訴訟の提起」という構想の方があらゆる意味で本提案よりも優れていると考える。それ故、本提案に代えて、鶴田氏の構想こそが採用されるべきことを主張するものである。^(注8)

(2) 本提案(C案)は、提訴者に非同調者の権利を代替して行使することができる実体法上の地位を裁判所の決定により授権し、これによって訴訟担当者という訴訟法上の地位(執行段階まで及ぶ)を付与するものであるとする。そのような重要な手続であるにもかかわらず、何故、訴訟手続ではなく、「授権決定」という非訟事件手続によることとしたのであろうか。

しかも、非同調者が共同提訴を拒む理由は様々であって(上記(注1)参照)、そのうち、「非同調者が提訴希望者の権利を争っているなど、提訴希望者と非同調者との間に実体的権利に関する認識や利害が対立する場合」には、両者の間でまさに実体上の権利義務をめぐる本格的な争いが展開される可能性なしとしないのである。そのような場合に、本提案が構想する授権決定手続で本当に適正に対応することができるのかは、上記4の(2)ないし(4)において(特に、(注4)ないし(注6))率直に疑問を提起したところである。もっとも、その点については、本報告も上記4の(6)において、非同調者が提訴者の権利を争っている場合には、被告側への「非請求定立参加」をすることができるか(上記ア)、被同調者が提訴者の権利を争いつつ、自らが権利者として請求を定立したいときは独立当事者参加をすることができる(上記ウ)などとするが、二度手間であるし、そもそもそのような補足提案をしなければならないということ自体、本提案の問題点と限界を示しているというべきではないだろうか。

(3) これに対し、「非同調者に対する提訴協力請求訴訟の提起」という鶴田構想によれば、これらの事態にもこの訴訟の中で全て対応することができる。また、本提案において求められるような「勝訴の可能性」要件や「非同調者への通知」及び「その後一定期間を置くこと」などの手続要件はもとより

不要である。ただし、「共同提訴の困難性」要件だけは上記提訴協力訴訟を提起する場合においても必要と考えるべきであろう。本来ならば共同原告として提訴すべきところ、非同調者抜きで提訴せざるを得ないために提訴協力訴訟を提起するものだからである。

なお、これも提訴希望者を原告、非同調者を被告とするれっきとした訴訟であるから、訴状の提出、被告への訴状の送達などが必要となるのは当然である。非同調者が単に共同提訴に消極的な態度であるにすぎないとか、所在不明であるなどという場合にまで提訴協力請求訴訟を提起しなければならぬというのはいささか大袈裟に過ぎるというような意見も予想されるけれども、欠席判決や自白判決、公示送達による判決などもあることを考えれば、取り立てて問題にすべきことでもあるまい。

(注8) 本提案に対しては、本大会で、鶴田氏も質問をされたが、何分にも文書発言であり、しかも、厳しい時間的制約のもとで、実りある議論はなされずじまいであったのは惜まれる。なお、この点については、私も、「共有者が原告である場合の訴訟共同の要否と提訴拒絶者への対応」と題して「法学論集」43巻1・2号合併号に発表していることは、本稿の冒頭に述べたとおりである。

第8 独立当事者参加(権利主張参加)

1 独立当事者参加(法47条。ただし、権利主張参加のみ)における必要的共同訴訟(法40条1項~3項)の準用を廃止し、通常共同訴訟に関する規律(法39条)を準用するものとするのが提案されている。

2 <提案の背景>において、「問題の所在」と「現行の規律の評価」が明らかにされている。その説くところは鋭く、極めて説得力がある。^(注1)

次いで、<提案の趣旨>として、「他の考え得る制度との比較」と「債権者代位訴訟との関係」について検討している^(注2)。前者については、別案として39条+41条の準用案が検討されている。本訴請求と参加請求との間には論理的に両立しない関係があることが必要とされているところ、同時審判申出共同訴訟も共同被告の一方に対する請求と他方に対する請求が法律上両立しない関係にあることが要件とされているため、両者の間には一種の共通性があるとの考えからである。しかしながら、両者はその構造と趣旨を

全く異にすること、実際にも、独立当事者参加に「審理及び判決を分離することができない」との同時審判申出共同訴訟の規律を準用すると不都合を生ずることも考えられるとして、この別案は斥けられている。また、後者については、最判S48・4・24民集27-3-596を手がかりにして、代位債権者と債務者の関係が検討されているところ、独立当事者参加を利用するのは疑問であるとされる。いずれも首肯できる。

(注1) 本報告を担当された三木教授の年来の主張が随所に盛られている。

(注2) 事前に配布された冊子には、〈提案の趣旨〉の最後に「参加承継との関係」という項がおかれていたが、当日の報告ではこれは削除された。

第9 訴訟脱退

1 独立当事者参加における訴訟脱退について、参加前の原告または被告は、相手方及び参加人の承諾を得て訴訟から脱退できるものとする、法48条第2文を削除し、判決の効力は脱退者には及ばないものとするのが提案されている。^(注1)

(注1) これは、第8の提案と連動するものとして理解しなければならないのであろう。しかし、本提案のように、残存当事者と参加人との間の判決の効力が脱退者には及ばないとするのであれば、残存当事者と参加人双方の承諾を得るべきことは当然である。ただ、そうなると、参加前の原告が脱退する場合については訴えの取下げと何ら変わるところがないのではないかとも思われる。いずれにせよ、訴訟脱退の制度的意義が著しく減退することになるから、それにもかかわらず訴訟脱退の制度を維持する必要があるのかという疑問が生ずることは避けられまい。

2 〈提案の背景〉において、「問題の所在」、「脱退の利用が想定される場面」、「脱退の性質と効果に関する学説」^(注2)について紹介し、〈提案の趣旨〉として、「他の考え得る改正案との比較」、「提案の理由」、「選定当事者の選定に伴う脱退(法30条2項)との関係」について順次検討されている。

(注2) 学説については、通説とされる「条件付放棄認諾説」のほか、小山説・新堂説、井上説などが紹介されているが、いかにも混沌としているし、条文(法48条)の文言との整合性を図るのも容易でない様子が窺われる。このような状況が本提案の重要な動機となっているのかもしれない。

3 本提案と他の改正案との比較など^(注3)

A案:訴訟脱退制度自体を廃止する。

B案:一般の独立当事者参加については訴訟脱退を廃止し、必要な改変を加えた上で専ら当事者の交替の場合における制度とする。

C案:判決の効果が脱退者にも及ぶという規律(法48条第2文)を維持し、相手方の承諾を要するとする規律(同条第1文)を廃止する。

(注3) 本提案についての説明は今一つスッキリしない。ここにも、(注2)で見た学説の混沌とした状況が投影されているのかもしれない。もっとも、残存当事者間の判決の効果を脱退者に及ぼさせるとするのは確かに無理があるように思われるから、本提案にも相応の根拠がある。とはいえ、残存当事者及び参加人双方の承諾が必要となると、訴訟脱退は実際にはますます稀なことになるのではないかと思われる。

第10 共同訴訟的補助参加

1 判決効が不利に及び、補助参加の利益を有する第三者は、共同訴訟的補助参加をすることができること、その場合には法45条2項の適用を排除する旨の規定を置くなどとする提案がなされている。

2 共同訴訟的補助参加とは、判決の効力が及ぶ第三者がする補助参加であり、この場合には、補助参加の従属性の制限を受けることなく訴訟行為をすることができるものとされる。

この点について明文の規定はないにもかかわらず、これまで学説・判例により認められてきた。これを明文化しようという提案であり、歓迎される。^(注1)

(注1) 同様の提案は、平成8年改正の時点でもなされていたが、共同訴訟的補助参加の範囲を確定することについて争いがあり、また、参加人に生じた事由によって手続停止の効果が認められるかなどについても意見の一致が見られなかったために、実現には至らなかったとされる。ただし、人事訴訟法においては、検察官を被告とする人事訴訟につき、「訴訟の結果、相続権を害される第三者が補助参加をした場合、民訴法45条2項の適用を排除し、同法40条1項・2項・3項(ただし、中止に関する部分のみ)を準用する」旨の規定(人訴法15条)が置かれることになった。

3 従来の共同訴訟的補助参加をめぐる議論状況

(1) 共同訴訟的補助参加の要件

「第三者に判決の効力が及ぶ」ということの意味について、特定の第三者に既判力が及ぶ場合＋不特定の第三者に既判力が及ぶ場合(対世効)に限られるのか、それとも、いわゆる反射効を認める立場をとったとして、これが及ぶ場合も含まれるのか。前者の説を相当としよう。^(注2)

(2) 共同訴訟的補助参加の効果

補助参加の従属性が否定され、必要的共同訴訟に関する規律(法40条)が類推適用ないし準用される結果、参加人は必要的共同訴訟人に近い立場となり、被参加人の利益になる限り、被参加人の訴訟行為と抵触する行為をもすることができる。ただし、訴えの取下げや請求の放棄・認諾等はできない。

問題となるのは、⑦被参加人が訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、和解行為をすることを参加人が阻止することができるか、④参加時点の訴訟状態に拘束されるかである。いずれについても、対立する見解が併存している状況である。

(注2) 多くの論者によれば、債権者代位訴訟や債権者取消訴訟に債務者が参加する場合には、債務者には当事者適格がないために共同訴訟参加をすることはできないが、共同訴訟的補助参加をすることはできるとされている(ただし、私は、債権者代位訴訟については債務者の共同訴訟参加を認めるべきだと考えている。拙稿「民事訴訟法上のいくつかの論点について(中)」(判例時報2124号15頁)参照)。これに対し、同じく既判力の主観的範囲が拡張される場合であっても、請求の目的物の所持者の場合には、固有の利益を持たないから、共同訴訟的補助参加はもとより補助参加も認められない。なお、遺言執行者が当事者となっている訴訟に相続人が共同訴訟的補助参加をすることを認めるべきかどうかについては、これを否定する見解もあるが、遺言執行者に馴れ合いによる訴訟追行の可能性があるような場合には共同訴訟的補助参加を認めるべきであるという見解もあり、微妙である。

4 本提案について

(1) 共同訴訟的補助参加の要件

ア 第三者に敗訴判決の効力(既判力)が及ぶこと^(注3)

既判力が反射的に及ぶ場合(債権者代位訴訟における他の代位債権者、株主代表訴訟の他の株主等)も含まれるが、反射効が及ぶにすぎない者は通常の補助参加しか認められない。ここでは勝訴判決の効力が及ぶ場合は除か

れているので、会社法上の会社の組織に関する訴えについては他の株主は共同訴訟的補助参加をすることができないことになる(会社法838条参照)。

イ 共同訴訟的補助参加をする旨の申立てをすること^(注4)

ウ 補助参加の利益があること^(注5)

(2) 共同訴訟的補助参加の効果

効果の規定の仕方としては、法45条2項のみの適用を排除する考え方(A案)と、これに加えて45条1項但し書きの適用をも排除する考え方(B案)、さらには、人訴法15条のように、法40条の全部又は一部を準用する規定を置くとする考え方(C案)が考えられるところ、本提案は、A案を原則とした上で、詐害性がある訴訟追行がなされている場合にはB案を採用するというものである。

(注3) この点については、本提案のような限定をしない立場もあり得る。本報告でもそのことは十分認識した上で、敢えて敗訴判決の効力が及ぶ場合に限定したものである。会社の組織に関する訴えのように、片面的に対世効が生ずる場合には、原告(株主)敗訴の判決があっても、他の株主は独自に訴えを提起することができるから、参加を認めなくても何ら不都合はないという考えなのかもしれないが、提訴期間の定めがあり、それは比較的短いことから徒過してしまう可能性も大きいこと、既に係属中の訴訟がある以上、それに参加するというのは訴訟経済上も合理的であることなどを考慮すると、本提案のような限定をするまでもないのではないかと考える。

(注4) 従来は、単なる補助参加の申出であっても共同訴訟的補助参加の要件がある場合にはこれを認める扱いがなされていたが、共同訴訟的補助参加についての明文の規定を置くこととした関係で、申立ても明確にすることを求めているものである。当然のことであろう。

(注5) 共同訴訟的補助参加も補助参加である以上、当然の要件である。問題は、参加人が当事者適格を有していて、共同訴訟参加をすることもできるのに、あえて共同訴訟的補助参加をすることが認められるのか、それとも、その場合には共同訴訟参加をすべきであって、共同訴訟的補助参加を認める必要はないとするのかである。そのような場合には、おそらく共同訴訟参加をするものと思われるから、余り実益のない議論なのかもしれないが、私は、これを積極的に解してもよいのではないかと考える。本報告がこの点について言及していないのは、解釈に委ねようということなのであろうか。

第11 独立当事者参加—「詐害防止参加」の削除

1 詐害防止参加の規定を削除するという提案である。共同訴訟的補助参加及び第三者再審の制度を用意することと連動するものであることが明

らかにされている。

2 提案の背景

(1) 詐害防止参加の立法経緯

詐害防止参加は、かつて存在した詐害再審の趣旨を訴訟終了前に遡らせ、訴訟係属中に当事者参加の方法で詐害判決がなされることを防止する制度として、大正15年改正により導入されたものであるという。

(2) 詐害防止参加をすることができる者

ア 学説:第三者に判決効が及ぶ場合に限って参加を認める見解(判決効説)、判決効が及ぶ場合に加えて、第三者の利益又は権利が侵害されるおそれがある場合にも参加を認める利害関係説、詐害意思説(多数説)、詐害的訴訟追行説、紛争経過考慮説などの諸説があるとされる。

イ 裁判例に表れた具体例:大判昭和12・4・16民集16-463、最判昭和42・2・23民集21-1-169

3 本提案について

本報告では、現行法のまま詐害防止参加を残すというA案、詐害防止参加ができる者を判決効が及ぶ場合に限定するというB案など、別案の可能性が検討されるとともに、これと対比しながら本提案が提唱されている。

ところで、私は、基本的に、判決効が及ばない場合にまで詐害防止参加という強力な参加形態を認める理由はないと考えるから、詐害防止参加を認めた上記判例に対してもいささか疑問を持つものである。そうだとするならば、詐害防止参加を認める独自の意義は殆どないことにもなる。判決効が及ぶ者であれば、詐害防止参加以外のそれなりの手続保障が与えられそうだからである。例えば、債権者代位訴訟において、代位債権者(原告)が第三債務者(被告)と馴れ合い、いい加減な訴訟追行をしているというような場合には、債務者及び他の債権者に独立当事者参加(詐害防止参加)を認めてもよさそうであるが、それ以外にも、共同訴訟参加や共同訴訟的補助参加をすることができるというのであれば、あえて詐害防止参加を認めなければならないこともあるまい。本提案が、共同訴訟的補助参加を明文化し、さらに第三者再審の制度を設けることを提案していることと連動さ

せて、詐害防止参加の規定を削除することを提案しているのは、まさにそのような考えによるものであろう。しかし、債務者X自身が原告として第三債務者Yに対して訴訟を提起している場合において、詐害的な訴訟がなされているというときはどうであろうか。この場合は、仮にXの無資力要件は充足されているとしても、X自身が権利行使をしようとしているのであるから、債権者Zが債権者代位権を行使することはできない道理である。そうすると、Zには原告適格がないから共同訴訟参加をすることはできない。それでも、Zが共同訴訟的補助参加をすることができるのであればまだしもであるが、無理があろう。そもそも、X・Y間の判決の効力がZにも及ぶということできないし(せいぜい、その判決の結果が事実上影響を及ぼすことがあるというにとどまる)、補助参加の要件である「(法律上の)利害関係」があると言えるかどうかも疑問である。また、別途詐害行為取消権を行使できるとも限らない。このようなことに思いを致すならば、本提案に賛成したいとの思いはやまやまながら、詐害防止参加を無くしてしまうことにはなお躊躇を覚えるのである。

第12 第三者再審制度の導入

1 判決の効力が及ぶ第三者は、一方当事者に第三者を害する意図があり、他方当事者がその意図について悪意である場合には、確定した判決を絶対的に取り消す旨の第三者再審制度を設ける旨の提案である。かつて存在した詐害再審を復活させようというものである。

2 <提案の背景>として、「詐害再審制度の立法史」、「詐害訴訟と現行民訴法による対応」、「特別法による対応」^(注1)などが紹介された上で、<提案の趣旨>において、「第三者再審の当事者」、「馴れ合いの必要性」、「判決の効力」などについて、それぞれ別案についても吟味しながら本提案の説明がなされている。第三者再審を設ける必要性がどこまであるのか、疑問がないわけでもないが、本提案を否定することもあるまい。

(注1) 特別法における対応としては、①行政事件訴訟法34条、②会社法853条1項、③特許法172条1項が挙げられている。ただし、①は詐害的な判決に対する救済とい

うよりは、前訴で参加の機会がなかった第三者に対する手続保障を与えるための制度という方が適切である。これに対し、②及び③はまさに許害再審の名に相応しい内容である。