

平成２７年度特別研究会７
(現代社会における法と裁判)

講演と意見交換
「現代の民事裁判における裁判所の役割」
講演録

東京高等裁判所部総括判事 富 田 善 範

平成２８年５月
司 法 研 修 所

司法研修所では、平成２７年度特別研究会７（現代社会における法と裁判）を平成２８年２月８日及び９日に実施した。

本資料は、平成２８年２月８日に行われた東京高等裁判所部総括判事富田善範氏による講演と意見交換「現代の民事裁判における裁判所の役割」における内容を取りまとめたものである。

○司会

それでは、「現代の民事裁判における裁判所の役割」と題する講演と意見交換を、東京高裁部総括の富田善範判事をお迎えして始めたいと思います。

富田部長につきまして簡単に御紹介させていただきます。富田部長は修習の期は29期です。昭和52年4月に札幌地裁判事補として任官され、その後、東京や函館など各地で裁判実務に携われるほか、法務省の訟務局、訟務検事としても長くお務めになっておられます。平成16年に東京地裁部総括判事になられまして、その後、法務省人権擁護局長、岐阜地家裁所長、神戸地裁所長、知財高裁部総括判事などを歴任され、平成27年6月から現任の東京高裁部総括判事を務めておられます。

訟務の経験も踏まえていろいろお話をいただけるということで伺っておりますし、また午前中の■■■先生の講演も傍聴されて、そのお話も踏まえて今日の講演をしていただけるということでございますので、どうぞよろしくお願いいたします。

○富田

富田でございます。どうぞよろしくお願いいたします。

この特別研究会につきましては最初に回覧を見たときに、私自身が是非これに参加したいと思いました。午前中に講演された■■■先生に対しては長年の憧れみたいところがありまして、是非お話を聞いてみたいと思ったのですが、私が参加したいと言うと、またいろいろ御迷惑をかけるかもしれないとも思い、参加をあきらめていたところ、こういう形での講演の依頼がありました。これもちょっと青天の霹靂のようなものでしたが、逆にせっかく勉強できる機会であるということでお引き受けした次第であります。

そういうことで、午前中から■■■先生のお話も聞かせていただきました。この機会に■■■生の本を読んでみたいと思い調べたところ、平成26年12月に■■■が出版されたということで、すぐ買って読ませていただきました。そうすると、今度は、この本に出てくるいろいろなテーマについて、■■■先生のお考えの全体像を知りたいということになり、■■■先生の■■■を買いました。この本には、■■■の中に出てくるいろいろな事柄を体系的にまとめてあります。そういう意味では、もちろん全部読み通せば一番おもしろいと思いますが、それぞれ必要な部分を参照しても、十分に役立ちます。一通り読んだ私の感想としては、裁判官は、できればこのぐらいの本を一度は読んで、古代ギリシャから綿綿と続いている、法や正義、道徳といったものや、紛争

解決制度について考えられてきたこと、これらは、現代の裁判制度や紛争解決のための考え方に結びついているのですから、それらをこのような本を読んで勉強すべきだと思いました。

そして、読まれた方は御存じかと思いますが、■■■先生は、古代ギリシャ以来の法廷弁論で培われた賢慮というものが、現在の裁判制度の根幹を形作っていることを論証されており、私の理解では、現在の民事訴訟制度において我々がやっていることを理論的に裏付けておられると理解できました。そういう意味でも、やはりこういう本を読んで、いろいろな考え方の中で現在の裁判制度や紛争解決のための思考方法が出来上がってきたこと、正義の問題についても、法的正当化の問題についても、いろいろな考えがありますが、それは我々が扱う紛争の中にいろいろな要素として出てくるわけです。ですから、そういう要素についても我々は考えなければいけないと思います。我々が裁判を行っていく際に、視野を広げ、考え方の原点に戻ってみる必要があるのではないか、そういった意味でやはりこういった本を読み、自分のやっていることを考え直してみるということがあるべき姿ではないかと思います。

私がこういったことに興味を持ったのは、平成の初めころ、平井宜雄先生が有名な法解釈論争というものを提起されて、星野英一先生と論争になったことがきっかけです。■■■

■■■, 私も■■■先生の■■■

■■■買ったのですが、結局、真面目に読めなかったという過去があります。したがって、皆さんにお勧めしても、裁判実務で忙しいときに法理学の本など読めるかということになると思うのですが、今回読んでみて、やはりもっと早くこういうことを考えておけばよかったなというのが私の感想です。

そういう意味では、もう話はそれで尽きているし、私も午前中、■■■先生の話をお聞きして、何かもう終わってしまった感じもあるのですが、それでは申し訳ありませんので、■■■先生の考えを我々の裁判の中にどう活かすか、そして現在の民事裁判にどう対処していくのかについて、私の経験の範囲でしか申し上げられませんが、幾つか申し上げて、今後いろいろ考えていく際に少しでもお役に立てればということでお話ししたいと思います。

1 民事裁判における当事者主義の功罪

最初に、講演といってもなかなか聞いているだけでは大変でしょうし、レジュメの中にいろいろ設例を考えて、皆さんから議論を聞きながらと思って用意してきたのですが、実際にはなかなかそういう時間が少なそうではあります。そんなにお聞きしないつもりですので、御安心いただきたいと思います。

最初の出だしとして、「民事裁判における当事者主義の功罪」について考えてみたいと思います。これは■■■先生の話にも幾つか出てきている点ではありますが、皆さんの御意見も伺ってから議論したいと思っております。

最初に「民事裁判の困難性をどう考えるか、その原因は何か」についてですが、これを皆さんどう受けとめられましたか。これについて何か御意見やお考えがあれば伺いたいと思いますが、どなたかいかがでしょうか。民事裁判をやってみると、なかなかもどかしいのではないのでしょうか。刑事裁判との一番の違いとして、民事裁判というのはなかなか事件の内容が分かってこないということを日々感じておられるのではないかと思います。

○研究員A

刑事裁判との比較でいえば、刑事裁判の場合は、原告である検察官が命題を提示して、証拠を出して、弁護人の方は否認するというような流れになりますので、その命題の吟味をすればよいというところがあると思います。民事の場合、パターンリズムみたいなところがどこまで可能かとか、そういうところは日々難しいなとは思っております。答えになっているかどうか分かりませんけれども。

○富田

私は訟務に2回、合計13年行っておりました。現場の法廷に立つ訟務検事としても6年ぐらいはやっております。ですから、国の立場ではありますけれども、当事者の心理といえますか、やり方というものもよく分かるところがあります。

皆さん御承知のように、民事裁判は、当事者主義によって成り立っており、当事者に主張立証を任せれば自分に有利な主張立証をどんどん出してくるであろうから、当事者主義によって訴訟資料は充実するはずだと、民事訴訟法を習った段階ではそのように理解していました。

現実はどうかという、代理人をやってみると分かるのですが、率直に言って、当事者双方は、本来裁判所が審理の対象とすべき証拠のせいぜい2、3割ぐらしか出してきません。その原因は何かというと、明らかに自分に有利な証拠はもちろん出しますが、明確に有利な書証というのはそんなにあるわけではありません。多くの資料は、自分にとって有利にもなるが、不利にもなります。そうすると、少しでも不利になりそうなものは自分からは自主的に出さないのです。これが当事者の心理なのです。

ですから、訴訟段階で最初に出てくる書証は、客観的資料である登記簿とか、戸籍とかそういうものは出ますし、契約書があれば契約書が出てくる。しかし、それ以外のものというのは、なかなか普通の民事事件では出てこないことになります。しかも、事件のポイントになるとこ

ろは余り書面化されていないことも多いわけです。

このようなことから、私は、民事裁判はミステリー小説ではないかと思っています。要するにぼつん、ぼつんと書証がありますが、その書証をつなぐものが直接ないのです。特に訴訟の最初の段階では余り出てこないものですから、裁判官には事実関係がよく分からないわけです。このように書証をつなぐものははっきりしないとなれば、事件のストーリー、全貌は少しも浮かび上がってこないということになります。

ある先輩の裁判官は、これをクロスワードパズルと言っておられましたが、いずれにしてもこのミステリー小説のような状態をどう理解し解明していくかというのがなかなか難しいということになります。しかも、当事者は事実がどういうものかを知っています。代理人が全部知っているかどうか分かりませんが、当事者は真実というものを知っているわけです。代理人は少なくとも裁判所よりはよく知っています。そして、裁判所には分からないと思いますが、当事者同士では共通の事実認識も結構あります。6、7割は少なくとも当事者間で共通の事実認識があって、最後の少しは違ってくるかもしれませんが、代理人も当事者本人から話を聞けば、大体事件の全貌は浮かび上がってきます。ところが、これを裁判において、裁判所に説明する段階になると、お互いの見合いになってしまうわけです。とりあえず、必要最小限度の主張立証をして、相手の出方を見ながら、ここは反論しなければいけないというところだけ是一所懸命反論しますが、それ以外の部分については、自分にとって有利か不利か分からないとなると、急に身構えて主張立証を出し渋ってしまうのが当事者の心理です。

このような当事者主義に任せているとどういう結果になるかという、当事者は一応の主張はするが、非常に資料が乏しく、何でもこういう紛争になったのかとか、いろいろな経緯、動機とか背景事情とか、そういったものを余り出してこないことになります。そして、現にそういった当事者の主張立証が不足している事件がすごく増えているように思います。私は、民事裁判においては、このように当事者だけに主張立証を任せている限りはそうなりやすいことをよく考えておかねばならないと思います。

次に、考えなければならないのは、このような当事者の主張・立証の傾向に対して、裁判所はどうしているだろうかということです。

最近の裁判の傾向を知るためには、平成27年7月に公表された「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書（概要）」が参考になります。

この報告書の3ページの図2には、民事第一審訴訟の新受件数の推移について、過払金等と過払金等以外に分けて示しています。平成26年は過払金等が5万2000件弱、それ以外の

事件が9万件となっています。これを過去に遡ってみますと、平成17年から18年にかけてがほぼ同じような事件数と割合になっています。平成17、18年というのは過払金等事件がどんどん増加していったときで、そのピークは平成21年ということになりますが、平成26年になると、もう平成17、18年の水準まで減少し、それ以外の事件の方が割合的には多くなっています。

次に、この報告書の23ページの図44には、過払金等以外の事件における訴訟代理人選任状況別の人証調べ実施率の推移が出ています。これを見ますと、平成17年には双方訴訟代理人がついた訴訟の人証の実施率が44.3%、平成18年が42.4%となっています。この数値は、年を追うごとに徐々に減っていき、平成21年の過払金等事件のピーク時には39.8%と40%を切っています。その後は、過払金等事件はどんどん減っていくのですが、過払金等以外の事件の人証調べ実施率は、平成26年には34.7%まで減っています。つまり、過払金等以外の事件の人証調べ実施率が平成17年に比べて約9年間で10%減ったということになります。

私は、昨年6月に知財高裁から高裁民事部に移りまして、平成21年以来久しぶりに民事事件をやっているのですが、このような統計と歩調を合わせたように、原審で人証を調べていない、そして本人尋問すらしていない事件が以前に比べて目立って増えています。さらには陳述書すら出ていないという事件も増えております。

そういう事件では、一番の記録を見ると、書証以外は当事者の主張だけなのです。そうすると、その紛争に至った経緯とか動機とか背景事情は主張の中には少し述べられていますが、証拠は全くないわけです。例えば、契約書はあるが、その契約書の成立等を争っていても、当事者が陳述書を出さないまま終結になっている事件が結構目につきます。そうすると、契約書をつくったけれども、これはこういう趣旨だったというようなことについては主張があるだけです。裁判所の判断は、抽象的にそういう主張を認めるに足る証拠がないとか、あるいはこういう契約書がある以上、そういうことはないはずだとか、そういう判決になっていることが多いのです。しかし、そういう事件だと、高裁としては、この事件の実態がよく分からないということになります。その結果、当部の主任裁判官の合議メモでは、事件の経緯が分からないから、主張をやり直さなければならないとか、まずは陳述書を出させ、尋問しなければならないという意見が多くなっております。さすがに高裁段階で全部尋問するわけにもいかないので、一応、事情を聞くために弁論準備や和解にすればいろいろ話をしてくるので、それによって、かなりの事件が和解で終わりますが、それだけではすまないで、今は、月に1、2件

最近の事例では、離婚事件について、原審では、争点が破綻したかどうかだけだったためか本人尋問も実施されていなかったのですが、当審で慰謝料請求が追加されたので、これは調べざるを得ないということで双方本人を調べました。調べてみると、やはり事件の内容がよく分かります。当事者の言いたいこと、そして事件になった由来というのが分かります。皆さんも御承知のように、本人を見ながら尋問を聞けば、本人の言うことが信用できるかどうか、ある程度分かるわけです。その結果、結論が覆るのもあれば、もとの結論が維持されるものもありますが、間接事実を積み重ねていけば、判決においても事実関係を認定できますので、当然、判決は書きやすくなるわけです。

あと、レジュメで「裁判官の事実認定・判断の正当性根拠は何か」ということを掲げております。ここに掲げた本の著者である田辺公二さんという方は私が任官した頃にはもう亡くなられていましたが、非常に惜しまれて、若くして亡くなられた裁判官です。この本の中にアメリカのジェローム・フランクという判事の有名な言葉が載っております。それは、事実認定は裁判官の主観的推測以上のものではなく、したがって非常に予見困難だということです。これはいわゆるリアリズム法学的な見方になりますが、裁判官の判断について考えたとき、こういう批判が全く成り立たない訳ではないです。ですから、こういう批判に対してどう答えていくかというのも一つの問題になります。

- 6 -

す。これは、裁判の正当性については、まずきちっと当事者に主張・立証する機会が与えられているという意味における手続的正義があり、その中で当事者同士が充実した弁論あるいは証拠調べを行い、それに対して裁判官がいろいろ疑問や仮説を投げかけ、これはこうではないかということに対して当事者の反論を十分に聞くという、そういったことによって、裁判官の疑問や考えを知ることから、それに対してはこうですよという反論をきちっと出すと、そういうことをきちっと訴訟手続の中で行っていくことによって裁判の正当性が保たれるという考え方だと思います。

午前中の■■■先生のお話にあったように、政策形成訴訟においてもどのような法律が適用されるのか、法解釈が適用されるのか、この事件をどう解決すべきかについて当事者と意見を交わすということの必要性が言われていたわけですが、これはある意味では普通の事件、一般民事事件でも同じではないかと思っています。

先ほどの本人尋問を実施すべきかという問題で言いますと、私の感じでは、例えば、本人の話を聞くということ、本人尋問するというのは、ある意味で手続上の告知・聴聞と同じだと思っています。当事者本人が何を言いたいのかということ聞き取り、しかし、あなたの言っていることはこういう点で難点がありますよと、裁判所としてはそこは納得できない、あるいは一般の人から見ても納得できませんよと言って反論の機会を与え、それをちゃんと尽くした上で判決をすれば、例えば、上訴も少なくなるし、場合によっては和解も可能になるのではないかと思います。

これは、単なる裁判官の心証開示という問題ではなくて、そういった双方向の対話的議論を裁判官と両当事者、あるいは本人との間でやるということが裁判所の法的判断の正当化にも役立つと同時に、よりよい結論に行きつくための重要な過程となるのではないかと、私はそういうような理解をしています。そういった観点から、もう一度、民事裁判の在り方というものを考えていく必要があるのではないかと考えております。

それからもう一つ、ここで民事裁判における裁判官としての謙虚性と積極性という話をしたいと思います。これは、私自身が民事裁判に臨むに際してどういう考えで臨んでいるかということなのですが、先ほど申し上げたように、要するに、裁判所は当事者から全く何も知らされていない訳ではないですが、極めて少ない情報しか知らせてもらえないという面があります。ですからやはり裁判官は事件については大抵の場合よく分からない、基本的には知らないということになります。もっとも、我々は具体的事件の審理をやってみると、準備書面が往復する過程で、経験を積んでくると、特にここにおられる方は、大体この事件の結論はこうだ

よなという見通しが見えてきます。恐らく7, 8割の事件は多分これはこう終わるだろうなど皆さん思われると思うのです。問題はそのときに、当事者がそれ以上主張・立証しない場合に、これで判断できると、判決を書けると思うかどうかが大変だと思うのです。私の経験では、7, 8割の事件は、準備書面段階で大体こういう結論になると考えたとおりになりますが、2, 3割の事件では人証調べの結果によって判断が変わっております。これは、結論だけでなく、事件のストーリーや細部が変わる場合を含みます。そういうケースは珍しくないのです。ですから、乏しい証拠しか出ていない段階で、主張レベルで余り早く結論を決めてしまわないというのが大事だと思います。もちろんその段階での心証に基づいて、心証開示したり、和解勧告をしたりするというのはよいと思います。むしろそれをして、裁判所の考えを当事者に告げた方が当事者にとってもよいことだと思うのです。これに対して、当事者から、いやそれは違います、こういう反論ができますといわれれば、やはり陳述書を出させ、証拠調べを行うことが必要になります。逆に、弁論準備で当事者と主張内容について何のやりとりもなく、和解勧告もなく、当事者が自分から陳述書を出さない、本人尋問を申請しないからということで終結して判決を書くとなると、当事者と双方向の議論なく判断するということになり、それは極めて危険なことだと思います。事件というのは、もともと証拠が乏しいものが多く、そもそも、当事者が証拠を全部出しても、本当のところはなかなか分かりません。最後は口頭でのやりとりが多いわけです。ですから、口頭でのやりとりについて、ちゃんと尋問で聞いて、反対尋問もし、裁判所からも聞いて、立証が尽きたところで、やはり裁判所としてはこう判断するしかありませんというのが私は民事裁判ではないかと思います。要するに証拠調べが尽きたところで初めて結論を出せるのであって、証拠調べが尽きていない段階で軽々しく判断を出すというのは極めて危険であると思います。そういう意味で裁判官は事件に対して謙虚でなければならないと思っているわけです。

では、裁判官は消極的でよいかというとそれは少し違います。先ほど言ったように当事者の心理からすると、当事者はお互いに牽制し合い、自分から積極的にこれはこうですと言って不利な部分も含めて立証してきてはくれません。午前中に裁判官のパターナリズムという議論がありましたが、当事者は裁判官から言われるといろいろやってくれるという性格がありますので、裁判官がこの方向で主張立証してくれと言えば、ある程度出てきます。釈明とまではいかないけれど、一応要件事実的なやりとりが終われば、この契約に至る経緯を主張してくださいとか、あるいは被告の反論に対して原告の方で、こういう経緯で契約書を作成したのですという経緯を主張立証してくださいということが必要になってきます。このようなことは、昔は裁

判官から言われなくても当然だったと思うのですが、そこを言うのは何も釈明権の行使というレベルではなくて、裁判所はこの事件を知りたいという素朴な要求だと思うのです。だからそれはやるべきではないかと思うわけです。裁判所はこの事件を理解したい、あなたの言うことを知りたいと、そういう方向では積極性があるのではないかと思います。ですから、疑問のある点は、この点はどうなっていますか、ここはなぜこうなのですかという、素人レベル的にも当然出る疑問というものを当事者に投げかけていくということが重要になります。

この点について、高裁と地家裁の協議会などでよく出るのは、当事者がいろいろなことを言っただけで收拾がつかなくなるがどうしたらよいか、いろいろな間接事実があって、事件に関係あるのかないのかよく分からないけれども、一杯主張してくるが、そういうときにはどう整理したらよいのでしょうかというような話が出ます。そうすると、先ほど紹介したように、当事者がわずかしき主張立証しなくても、裁判所から何も聞かない事件が増えているのは、ある意味で、こういう事態になることを恐れているのかなということも感じます。裁判所が当事者にいろいろ聞くと、たくさん事実が出てきて、收拾がつかなくなったらたまらないと思うのかもしれない。これ以上主張立証がなくても、自分は心証を掴んでおり、これで大体結論を出すのだから、それ以外の主張や証拠はいらないと思われるのかもしれない。

しかし、私は、裁判所がこの方向で、又はこの点を聞きたいのだと言ってくれば、当事者はその方向で攻防してくれると思います。そこは、裁判所が知りたいこと、聞きたいことを指し示していくことで、審理の方向付けというのが出てきますから、それに沿ったものを代理人は出してくるのではないかと。逆に、今は余りそこに抵抗する弁護士はいないのではないかと思います。昔はとても頑固な代理人がいて、裁判所に言われても、そんな主張立証はしませんという方もいましたが、今の弁護士の性向といいますか、傾向としては、裁判所に言われたものはやはり出さなくてはと思ってくれるのではないのでしょうか。そこをうまく利用しつつ、当事者の議論の活性化を後見的に支援するということが大事だと思います。そういう意味も含めて、こういう点をもう少し主張し、立証してくれないかということは、やはり言っていかなければ、裁判官として、そもそも事案が理解できず、判決も書きにくいということになると思います。

皆さん、刑事事件では、よく動機ということが言われます。動機は何かと、動機が分からないと新聞でも議論になります。私は、刑事事件では、動機が直接ない場合もあるし、黙秘権によって動機を一切言わなくても、それは仕方がないと思うのです。ある意味では自分の内心のことですし、それでも必ず刑は言い渡されるわけです。

しかし、民事事件で、少なくとも契約絡みの事件で動機がない事件というのはまず考えられないと思います。民事事件は、お金、異性及び親族、そして事故が原因になりますが、少なくとも前二者について、人間の行動には動機がないはずがないのです。その動機に基づく行為が合理的かどうかで民事事件というのはある程度分かり、心証が掴めるのです。そして、その部分はやはり本人は知っているので、本人がどう説明するかというのがポイントになります。だから尋問においては、そういったところを多角的に聞いていくというのが大事になります。

私は、今回で高裁が4回目で通算約7年になります。地裁より高裁の方が長いというのが特徴です。最初は平成元年4月から平成4年3月まで3年間いて、その頃は、うちの部は、申請があれば本人尋問をやり直すのが原則で、離婚事件でも両当事者をもう一回聞いていました。しかし、2度目の平成14年3月から平成16年3月まで2年間いたときには、もうほとんど1回結審の時代に入っていました。そのときに困ったのは、原審の尋問内容でして、あなたはなぜこうしたのですかという最後の一押しがない事件が目立ちました。これは両代理人からは極めて聞きにくいことなのです。自分に不利なことが出るのは嫌だから、反対尋問であなたはなぜこうしたのだというのはなかなか聞かないのです。これを聞けるのはやはり裁判官なのです。大体、本人や証人は裁判官に聞かれると割に正直に言います。だから、私は、代理人当時、反対尋問の極意としては、最後にその一言を裁判官に聞かせるように尋問しました。そうすると、裁判官がその最後の一押しを聞いてくれる。あなたはなぜこうしたのですかといった、当然起こる疑問について、そこを聞いてみて、本人の応答ぶりを聞いて大体心証が決まるのです。その質問に対して本人がうまく説明できないということがあります。そうすると、もうそこで心証が決まります。そこまで詰めておけば、和解もまず半分以上できますし、判決でもあなたの言うことは信用できないと書けるわけです。しかし、その最後の一押しがないと心証が取りにくいのです。かと言って、高裁でそのためだけにもう一回聞くわけにはいかないから、そこを原審に是非やってほしいと言っていたわけですが、今は尋問自体がされていないので、その最後の一押しも全くなく、心証など全然取れないわけです。仕方がないから、どうにもならない事件は当審で証拠調べを行っているというのが実情です。とにかく、尋問もせず、最後の一押しの質問もなく、それに対する当事者の応答もなく、原審はどうして心証がとれるのかが、私には理解できません。そういう意味の裁判官の後見的積極性というものは必要なことであると思っております。

2 主張整理について

要件事実以外の経過事実、動機関係についての主張整理をどう考えるかということですが、これまで大体お話したとおりです。

まず、処分証書についてみると、いわゆる印影の二段の推定等というのは極めて弱い推定だというのが私より上の高裁の先輩方の一致した意見でした。そういうことで、私は主張レベルでも余り二段の推定に頼るのはどうかと思っております。つまり、それよりは、そもそも契約書の効果を主張する側がなぜそのような契約書を作成したのか、その経過、動機をきちんと主張させた方が話は早いのです。それがはっきりしていれば推定も破られないと思います。だから、印影による推定というのはもちろん意味があるし、処分証書が出ていて、作成、署名押印、印影について認否し、印影による推定が主張されている以上、判断は当然行いますが、やはりもう少し契約に至る動機とか作成に至る経緯といったものをしっかり主張させて、そこを基盤に整理していく方が効果的ではないかと思えます。

次の釈明義務、法的観点指摘義務というところですけれども、当事者主義の在り方の議論の中で、もう10年以上前から、裁判所はどの程度釈明をすべきか、法的観点を指摘すべきかということがいろいろ言われてきました。東京地裁の内部でも、もう当事者主義に任せればよいではないか、きちんと主張できない者は負けても仕方がないという議論が結構ありました。

しかし、皆さん御承知のとおり、最高裁の判例を一通り見てみますと、この釈明義務、法的観点指摘義務によって原審を破った事例というのは非常に多数あります。平成25年の法哲学会では、統一テーマとして民事裁判における暗黙知、法的三段論法再考というテーマのシンポジウムが行われましたが、この中で、ここにおられる村田上席教官が「民事裁判における法的規範の選択と形成の手法」という題で、判例における釈明義務や法的観点指摘義務の整理をされたものがあります。これを読むと、事案に即してどういう法的観点をやるべきか、そして事実主張についてもどこまで釈明すべきかという点について、最高裁は、かなり積極的な形で、釈明義務、法的観点指摘義務を形成してきたことがよく分かります。

私は、弁論準備手続というのは一定の事案に対して何が最適な法的構成かということを当事者と一緒に探す作業だと思います。当事者が主張しているものがこの事案に合わないということとはしばしばあります。そのようなときに、この事案は、別のこういう法的構成で議論した方がよいのではないかと思えることも多々あると思います。そのことが当事者に有利にも不利にもなりますけれども、ただ原告の主張する法的構成が合わないから請求棄却でよいのかどうかというのが正に問題となるのです。ですから、そこは率直な議論の中で、こういう観点についてはどう考えますかと問いかけてよいのではないかと思います。もちろん是非主張しろという

ことではなくて、それは当事者が最終的に決めることであっても、判例の考えとか、こういう構成については両当事者がどう考えるかといったことを示唆することは十分に考えられるのではないかと思います。

私が初めて高裁に行ったときに、ある裁判官からいろいろな法的構成を示されて、私は、そういう考え方もあるのかと目を見開かれるような思いをしたことが結構ありました。やはり、事案にぴたりと当てはまる法的構成が考えられると、事案の解決としても、落ち着くところに落ち着くわけです。そういうことを、合議事件なら当然議論しますが、単独事件でもそういうことを考えて、最終的に当事者が主張しないなら仕方ありませんけれども、当事者に示唆することはやはり重要なことではないかと思います。

■先生が言われるように、民事事件においては、最終的に真実を知るというまでの目的はないと考えております。何しろ自白があるわけですから、当事者がもうこの範囲で判断してくれと言われたら、そういう前提で判断すればよいという仕組みになっているわけです。その中で弁論の充実、活性化ということについて言えば、特に最近の代理人の状況を考えると、やはり代理人同士の弁論の活性化を推し進める必要があるし、裁判所としてもそれを後押しする方向での、■先生の言われる協働主義的な審理運営という方針の下に、この法的観点や釈明義務を有効に使っていくということが大事ではないかと思います。

この法廷弁論の活性化については、諸外国の方がすごいように思います。昨年4月に、知財高裁10周年を記念して、各国の裁判官、弁護士が集まって弁護士会館において模擬法廷を行いました。留学経験のある方は御承知かと思いますが、諸外国、特に米国などは、裁判官が速射砲のようにいろいろ聞いて、それに対して弁護士が即座に答えることを繰り返します。我が国で、今それをやったら、弁護士は何も答えられなくて、全部次回になってしまいそうです。ただ、我が国の法廷ではすぐには難しいとしても、弁論準備では、もう少し率直にこの事案をどう解決していこうかといったことを活発にやっていかねばならないのではないかと思います。自分もそこまで十分やっていなくて言うのも何ですけれども、今の状況からすぐにはとても無理だとしても、やはりこの事案をどう理解し、そしてどう法的構成を当てはめていくかということは、弁論準備の中で真剣に議論していく習慣を少しでも作っていく必要があるのではないかと考えております。

次に、主張、証拠の時系列表の活用ですが、時系列表を作成している方というのはどのぐらいおられますか。

作成するという方が意外に少ないですね。私にとっては、この時系列表というのは事件を処

理する場合の生命線でありまして、事件が来ると、最初から時系列に主張と証拠を並べていきます。そうすると、どこに穴が空いているかというのはすごくよく分かるわけです。そして、登記簿とか戸籍を読むと、当事者が主張していない事実関係がいろいろ出ていますが、これを全部入れていきます。抵当権などを見るといつお金を借りたといった動きがよく見えてきます。そうすると、これだけでも、事案のストーリーがある程度分かり、逆にどこに穴が空いているか、経過が欠けているのかもすぐ分かります。事案を理解するに当たってこの辺りはどうなっているのだろうと、こういう疑問が生まれてきます。そこで、私は時系列表を訴訟の最初から作成することをお勧めします。最初から作成しておけば、弁論で出てきたものを補充するだけなので、手間が随分楽なのです。証拠調べの直前になって作成するのは結構大変ですよ。これは、いわばそれを見れば事件の状況が分かる表ということになりますので、是非作成されることをお勧めします。

最近の事件で時系列表を作成するに際し、一番困るのは、メールをたくさんやりとりしている事件です。これを例えば、高裁段階でたくさん出ているものを時系列的に整理しようとしたら、時間がいくらあっても足りません。私は、こういう事件は、本当は当事者に作成させればよいのではないかと思います。よく医療過誤で診療経過表を作成させています。複雑な事件になったら、当事者にエクセルか何かで作成させて、欄を埋めさせ、反対側の当事者が自分側の欄を埋めていく方法で、当事者、裁判所共通の時系列表が作成されると、尋問のときにすごく役に立つのではないかなと思います。私は、地裁にいるときにそこまでやれませんでしたけれども、そういった工夫も事件について同じ土俵で理解するといったことに役に立ってくるのではないかなという気がしますので、長い年月にわたる事件などは、そういった工夫を最初からやってみるということも考えられるのかなと思います。

時系列表をきちんと作成しておけば、尋問のとき、当事者から、裁判所があまり考えていない書証のことを言われたときにも、すぐに対応できます。時系列表を見て、記録も一応確認しつつ、どんなことを聞いていこうかといった作業ができますし、何より判決で事実認定するときにもものすごく楽になります。そういう意味で是非活用されてはいかがかと思います。

3 立証について

立証段階において、事案の経緯と動機の探求、立証段階における間接事実と経験則の関係のどのように考えるかということですが、この点も最近の一審の判決を見ていると、いろいろな間接事実によって経験則の在り方がどんどん変わっていく過程が必ずしも十分浮き彫りにされ

ていないように見受けられることがあります。

ここに紹介したのは、同じ法哲学年報で発表された手嶋あさみさんの「民事裁判における事実認定の構造」という論文です。既に読まれている方もあるようですが、この中に紹介されているのは、公刊物に載っていない最高裁の判決で、経験則で破棄された事例です。判例時報では、毎年、破棄判決の実情というのが報告されています。その中で、経験則で破棄された事例について、かなり詳しく内容が紹介されているのです。

この論文で紹介されているものの一つは、父所有の土地建物を娘夫婦が購入したものか、使用貸借だったのかという事案です。実務でもよくあるなかなか難しい問題ですが、経験則違反で破棄した事例です。もう一つは私文書の印影による二段の推定に関して破棄した事例です。これらの事案は、間接事実と経験則の関係が非常によく分かる事例ですので、一度是非皆さんにも御覧いただきたいし、また部内で、左陪席とこういう判決を読んで議論するのもすごくよいのではないかと思います。なお、最近、最高裁の破棄判決で、公刊物に載らないものが、J・NETに掲載されるようになったので、これも活用できると思われます。

書証については、昔から客観的な書証は早く出させるという話がありましたが、いまだに高裁で見えても、直接不動産が問題になれば登記簿が出ますが、間接的に不動産が問題になっている事件で登記簿が出ていないとか、親族相続について争いがないとして戸籍が出ていないとか、関係当事者について別の裁判があり、そのことを言及されているのに、既に出た判決がないとか、客観的に利用できる書証が意外に出ていなかったりしております。

私が経験した事例では土木機械の即時取得が問題になったものがあります。これはなぜ即時取得が問題になるかというと、その会社が倒産した際に、所有権留保付きの土木機械を売り払ったという事例なのですが、高裁で記録を読んだときに、破産したなら管財人の報告書があるはずで、それを見れば事案の全貌がよく分かると思いました。そこで、早速当事者に言って管財人の報告書を出してもらいました。すると、もう何十件という所有権留保付の土木機械が他へ売られた実態が出てきました。そういう事実関係を前提に証拠調べすることで判断したということがあります。こういう破産絡みの事件では、管財人の報告書があるはずであり、そういうことを思いついて出してもらうかどうか結構重要かと思います。

当事者本人の尋問の機能の必要性をどう考えるかについては、既に大体お話してきたとおりです。民事事件の場合、決め手になる書証が極めて乏しい、あるいは処分証書が出て、その有効性が争われるというようなことになりませんが、それ以外の事情というのはほとんど書証ではまず決着がつかないわけです。そうすると、証人あるいは本人尋問になるので、その前提で

陳述書を出させることになります。しかし、多くの場合、陳述書はほとんど準備書面に書いてあることと同じことを書いてきます。ですから語弊がありますけれども、やはり弁護士の作文の域を出ないということがよくあります。したがって、普通は尋問が必要になります。この点について、私が若い頃に先輩から聞いたのは、証人は全て嘘を言うことが多い。我が国の証人は、私はどちらの依頼、又はどちらの立場で出るのでしょうかと聞いてその立場で証言することが多いと聞きました。証人は一般にごくわずかな部分しか関与していませんから、全面的にどちらかの当事者の方向に寄ってしまうことが多いのです。これに対し、当事者本人は全て嘘を言うわけではないと聞きました。本人は全ての過程に関与していますが、肝心のところは当然ながら双方言い分が違います。しかし、前後の過程は結構真実を言っている面が多いわけです。そのため、昔から当事者本人が一番真実の宝庫だと言われているのです。したがって、聞き方次第では真実が出てきたり、それが分かるというのが当事者本人であるので、一般的に事件を審理する上では、当事者本人の尋問は欠かせないと思います。その上で、先ほど申し上げたように、本人の言いたいことを裁判所が聞いてくれたという機能のこともきちんと押さえておいた方がよいと思います。

最近、高裁で当事者本人尋問を実施した事例では、特に片側が本人訴訟だったせいもあって、裁判所から、まずあなたの言いたいところはこういうところなのですかということを中心に十分に確認し、その上で、しかしここはこういう点で問題ではないですかということを尋ねました。そこをちゃんと十分に意識してやることで、本人も基本的に裁判所に話を聞いてもらえたと、裁判所は私の言うことを聞いてくれているのだということを理解させた上で、今度は問題点を指摘します。そういったことが本人の尋問では非常に大事になるし、裁判官が尋問を行う意味が出てくるのではないかと思います。そういった形で多角的にいろいろな議論をすることで、例えば、動機や経緯に合理性がないといったことも当事者本人にもよく分かってきますから、和解もやりやすいし、判決も書きやすいということになります。下級審の判決の極意はできるだけ事実認定で書くことだと言われますが、それはなぜかという、事実認定であれば、基本的に下級審の専権に属する分野ですし、法的判断の部分が狭くなればなるほど法的に争う領域が減ってくるということになります。高裁の場合は最高裁で通る確率が高まるという効果もあります。しかし、当事者本人にとっても、事実がどうかという認定で判断されるということは決して嫌ではないわけであって、そういう意味で、一番においても、やはり間接事実レベルの事実をどこまで認定し、どこまで認定できないか、そこから法的判断にどう行くのかということのをきちんと書けば、高裁に対する説得力も全然違うということになるかと思います。

私は、事件の審理においては、証拠調べがいわば頂点をなすものだと思います。事件の処理としては、主張を整理し、書証が出て、そこから人証に入ります。もちろんその間に時系列表を作成し、事件について一所懸命考え、一定の心証が普通はできているわけです。しかし、面白いことに、主尋問を聞き、反対尋問を聞いている間に、どんどん、どんどん頭の中でこの事件に対する見方や心証が変わってくるのです。私は、代理人当時は相手の主尋問を聞きながら何を反対尋問するかフル回転で考えていたのですが、同じことが裁判官でもあって、この人に何を聞こうか、どこで押さえようかといったことが頭を駆け巡り、尋問の間も、時系列表と記録をいろいろ見て、ここだ、よし、ここから行こうとか、そういうことばかり考えて最後の補充尋問に至るとい形になります。ですから、人証調べというのは、事件を理解するにおいて一番分かるところなので、十分な準備の下にそれをやるということで事件は解決するのだと、その点において、私は非常に確信を持って言えます。今も月に何件か尋問しておりますが、後で陪席と話をしても、やはりこうだよとか、ここはこうだったねというのがきちんと議論できますから、そういう意味でやはり人証調べを、いま一度重視し、そこを頂点に事件処理するといったことを考えていただければと思います。

次に専門的知見をどのように工夫して取り入れていくかということです。専門委員の活用については、司研でも何度も議論がされているところであります。私は、訟務にいた当時は、代理人の一番の取り柄はこういう専門家に直接聞けることだと思いました。行政庁を通じていろいろな学者に直接行って、聞きたいことを存分に聞いて理解するということができただけですが、裁判所はそれがなかなかできないということで、隔靴搔痒なところがあります。

私は、東京地裁では、建築事件の集中部におりました。ここでは、調停という形で建築の専門調停委員を活用し、事件によっては専門委員を選ぶということで、非常にうまくいっていたと思います。専門委員をうまく活用できるかどうかについては、専門委員自身の専門的知識のみならず、裁判官との相性といったものも影響するところがあります。当時、その点において、裁判官と非常にうまくいく専門委員の方がいました。私は、難しい事件とか本人絡みの事件についてはその人を専門委員に選ぶのですけれども、必ず最後には和解できましたね。その方と一緒に審理を行うと、裁判官も納得できるし、相手も納得できる和解案を考えてくれるのです。一般的には、調停も含めて、専門家としてはこうしかないと思われても、裁判官としてはこれではちょっと判決を書けないよというところがあったりして、なかなかうまくいかないところがあります。特に、地方においては、専門委員の人材の不足もあって、その活用はなかなか難しいところがあるのではないかというふうに想像します。

専門家の活用についてもう一つの体験を説明しますと、私は知財高裁に2年いましたが、知財高裁のすばらしいところは何かという、やはり、専門家のスタッフ、特に調査官がいるということです。知財の調査官も、特許庁などにいるときは、かなり専門範囲が限定されているようです。自分の大学における出身学科もあり、特許庁では物凄く細分化された中で特許審査をしていますから、専門分野はかなり限定されているのですが、それが知財高裁とか東京地裁、大阪地裁へ来ると、大まかに、機械、電気、化学の三つの分野に分かれて、御自分の直接得意ではないところもやられるのですが、しかし、そこは理工学部出身ですから、当該特許で前提となる科学的知見については、その内容を理解して裁判官に説明するぐらいのことはちゃんとできるわけですね。いつでも分からないところは調査官に聞けるというのは、やはりすばらしいことだと思いました。

さらに、知財高裁あるいは東京地裁、大阪地裁では、技術説明会というのをやります。特許関係事件においては、基本的に技術内容が問題になるので、当事者に、問題となっている技術内容についてプレゼンをさせます。重要な事件や当事者の希望のある事件は、基本的にこの技術説明会を実施しますが、そのときに専門委員を呼びます。これも原則3名呼んでいます。一人は弁理士、もう一人は学者、もう一人はどこかの研究所の人と、非常にバラエティに富んだ形で呼んで、それぞれの立場から当事者に色々質問させて、その中で事件で問題となっている技術的内容を理解していくという形でやります。専門委員の候補者は調査官が探して、当事者に開示し、当事者から利害関係があるとかで異議があれば外すという形をとります。専門委員は、東京に限らず全国各地におられる人を選任できます。したがって、地方の事件でも、その地方では専門委員の人材がいけない場合には、東京、大阪とか、あるいは最高裁なりをお願いして、適切な専門委員を職務代行として呼ぶことが可能ですから、これを是非活用してください。説明会方式は、別に知財事件だけに限定されている訳ではありませんので、そういう意味で、なかなか地元で人が探せないとかいうのではなくて、もっと広目に考えて、このような説明会方式で、全国から専門委員に来てもらってやるというのもすごくよいのではないかと思います。その意味で、私は知財訴訟における技術説明会のやり方は、もっと通常事件でも活用すればよいのではないかと感じております。なお、知財訴訟における技術説明会については、知財高裁のHPで詳しく紹介しています。

4 政策形成訴訟における訴訟運営

争点整理に当たって政策形成訴訟でどうかという点ですが、現在、いろいろ議論している点

は、意見陳述をどうするかとか、科学的知見をどうするかということが多いようです。しかし、これ自体は、昭和の時代からずっと議論されてきた話ですし、昔に比べて、今、それほどに大きな問題かなというところがあります。裁判所として問題なのは、むしろ計画審理をどう活用していくかということだと思います。

この辺りについては、レジュメに紹介させていただいた齋藤隆元高裁判事の司研における講演をお読みいただければ、非常に詳しく、分かりやすく出ております。私は、平成16年に東京地裁民事49部に、齋藤さんの後任として部総括になった関係もあって、彼の仕事ぶりはすごくよく分かります。その当時は、計画審理全盛時代で、私と同期の福田さんと齋藤さんとで、どうやって計画審理をやるかお互いに競い合っていた仲なわけです。判例タイムズに載っていますけれども、期日進行連絡票とか、プロセスカードとかをお互いに作り合っていた（大森文彦ほか「民事訴訟の新展開〔下〕」判例タイムズ1155号4頁、特に24頁以下参照）。私もこれを引き継いで、単独事件でもそれなりに計画審理的にやっていました。弁論準備の始めに当事者に、この事件は3回コースですか、5回コースですかと聞くのです。大体、先に3回ぐらい期日を指定してしまうのです。大型訴訟になれば進行協議期日で、少なくとも1年分ぐらいは期日を決めて、予定を決める、そういうようなことをやっておりました。

もともと、計画審理は当事者本人のために考えられたわけです。裁判所や代理人に任せておくと、いつ審理が終わるか分からない。これはこのぐらいで判断が出ますよということを当事者に分かってもらうためだというのが一つの立法趣旨であります。にもかかわらず、ほとんどされていないのはなぜかというところが問題になります。もちろん訴訟になってから、被告代理人に初めて就いたというような場合には、事案が掴めていませんから、計画審理といっても見通しを示せません。しかし、そのような点は、当事者双方に聞けば済むことだと思うのです。要するにこれは第1回期日に、これはもう最初からあなたは代理人に就いて、事案のことをよく分かっているのですかと、それとも今回初めて就いたから、まだこれからですというような、それであれば時間を置いて、分かった段階でどのぐらいでやるのですかということを計画的にやるということではできないのではないかと思います。私は、計画審理については、一般事件でできないのが大型事件になると突然できたりはしないのではないのかと、それならば、一般事件でもやれるのではないのかというのが素朴な疑問ではあります。一度、是非、計画審理が考えられた原点に立ち返り、先程の判例タイムズの座談会なども読んで考えていただければと思います。

大型事件でやるときは、今度は裁判所の気合いが必要です。相当強い意志を持って、これを

やるのが社会的使命だと、要するに当事者も含めて、社会に対して、この事件をどのぐらいでこうやるかというのは法曹、当事者、裁判官の責任ではないかということで説得していくしかないというふうには思います。その点では、やはり齋藤さんはすごいと思いました。彼は去年の8月に退官しましたが、一昨年の夏に、彼の部に■■■■が配転されてきました。そこで、彼は退官するまでに必ず判決すると言って、当事者はそんなのとても無理と言ったのを、ちゃんと主張整理をし、現場検証もして、退官までに判決をしました。さすが計画審理の担い手だっただけのことはあると私は本当に感心しました。結局、こういったことは裁判官がどのぐらい腹を決め、かつ当事者を説得するかです。その説得も、我々の社会的使命は何かということをもって頑張らなくてはいけないではないか、それを齋藤さん独特の人柄で説得したのではないかと思います、こういったところは是非皆さんもやっていただければと思います。

もっとも大型の政策形成訴訟で計画審理というのは、私が訟務に行った昭和58年当時、既に行われておりました。少なくとも、8月を除き毎月第3木曜日に期日を入れると決まっているわけです。あとは何をするかを進行協議で決めていました。ただ、非常にのんびりした話で、主尋問をしたら、間に3箇月空けないと反対尋問しないなどという今では考えられない審理計画でやっておりましたから、やはり何年もかかっておりました。今であればそんなことはとても考えられませんが、そういうような形でやっておりましたから、計画審理自体も、政策形成訴訟において裁判官にやる気があれば十分やっていけるのではないかと思います。

次は、政策形成訴訟における弁論の活性化の問題です。ここで難しいのは、その政策形成訴訟の弁論において、■■■■先生の言われる、双方向的な対話ができるかどうかです。これは私が訟務にいた昭和の頃は、まさに政治的対立の真ただ中で、そのような中で、当事者がかみ合った議論をすることも、裁判所が積極的に釈明することも難しい状況でした。しかし、今は政策形成訴訟においても、多くの法律問題は、原子力発電所の問題など難しい問題が残っておりますが、ある程度の法的解釈は確立していますから、裁判所として、弁論においても、より議論はしやすくなっているのではないかなと考えております。

5 結論への過程

では、残りのところで「結論への過程」に入ります。

事実認定に関しては、皆さんよく御存じの、瀧澤さんほかの司法研究報告書「民事訴訟における事実認定」にいろいろ詳しく載っております。これは既に読まれた方も多いと思いますが、資料として、「事実認定を語る～高裁裁判官インタビュー集」が非常に参考になると思います。

合議における議論の在り方ですが、レジュメに書いていない点を少し書いてみたいと思います。〔板書〕

- これは[]先生の[]
[]に記載があります。

③は、その時々¹⁰の社会一般の通念的正義・公平（衡平）感覚とも適合し、特に著しく反しないことです。■先生は、法解釈の目標としては、この三つの要件を充たすように、実定法規範の意味内容を解明し、特定化することが目指されるべきであると言っておられます。

■先生は政策形成訴訟における法の継続的適用に当たっては、①、②を前提にし、③がどうかというような観点で議論しておられます。これは一般事件についても同じことが言えるわけです。裁判実務の合議の中でも、議論としては、まず、①は一般的にきちんと議論されていると思います。それから③も結論の落ち着きということで、大体、必ず皆さん考えられるところだと思います。問題は②のところですよ。

私は昔から非常に性格があまのじゃくで、合議して、3人とも結論が一つに決まっているというときにも、いや、しかしこういう場合はどうでしょうか、ああいう場合はどうでしょうかということを必ず聞くようにしていました。机上ではあっても少し事実を変えたときにどうな

るのという議論を必ずやっておりました。そのことによってこの考えている法解釈がどこまで適用され、どの程度のものなのかということが分かってきます。今までいろいろな事件で合議してきましたが、この②の点を自分から言ってくる方が少ないように思います。しかし、この点はかなり重要でして、これで理由も結論もよいように思うのだけれども、少し事例が違ったらどうなるのか、ではこの事例はなぜそれでよいのかと、こういうことを考えるというのは極めて重要なところであるし、私は自分が主任事件の場合もちろん当然考えますが、主任事件でない場合には、一番考えるのは②の点です。こういう議論を必ずすることで、もとの議論が正当化されるというか、納得がいくというところがあるかと思っています。

従来から合議においてどういう議論をすべきかというのはいろいろな意見があると思うのですが、できるだけ多角的、多面的な方向から議論するということになったときに、自分はどの役割を果たすかということも大事になると思います。だから、わざわざ少数説的に立って、ここはこういう疑問があるのではないかというようなことをどこまで言えるかというのが大事になってきます。

逆に言うと、これは、単独事件をやるときに極めて重要になります。単独事件では議論の相手が他にありません。その際に、私が皆さんにお勧めするのは、違う自分をつくること、自分の意見を攻撃する自分をつくるということです。私は自分の意見を攻撃するのは得意中の得意ですので、幾らでもやれるのですが、自分の中で合議ができるかどうか結構大事です。事件というのは、安易にこれでよいと思ってしまうと、時々危険なときがあります。それを防ぐには、合議事件の中で、3人で合議しながら議論の訓練をしつつ、自分が単独事件をやったときに違う自分をつくって議論することが必要です。もちろん、自分だけでうまくいかなければ、部内で議論することも必要になるのではないかと思います。

もう一つ、いわゆる政策形成訴訟やハードケースにおいて、事件の背景や社会的事実をどう収集するかという議論になっていますが、基本はまず当事者にさせることになると思います。もともと、裁判所が分からない点はまず当事者に聞いていくというのが基本になります。インターネットを利用するのも必要ですが、例えば、行政庁でどれぐらいの規制をしているかも、行政庁のHPを見ても、分かりやすいようで分かりにくいことが多いです。だから、例えば、こういう証券についてはどういう規制があつて、その指針に至るまでに政策的なそういうところでどんなふうな管理がされているのかといったようなことは、どちらかの当事者はかなり詳しいはずですので、そういった方から集めるというようなことも必要になろうかと思っています。

それから、いわゆる波及効の問題ですが、これは分かりやすいケースで言うと、最近の事例

では無能力者の監督責任です。これが私にとっても非常に印象が強かったわけですが、昨年の4月9日に児童による行為について親の責任が否定されたというのがあって、まだ判決は出ておりませんが、つい先ごろ、認知症の高齢者について弁論が開かれたというのがあります（最高裁平成28年3月31日第3小法廷判決）。これはもう皆さんもよく御承知かと思いますが、認知症の高齢者はできるだけ社会的に処遇していかないとどんどん症状が悪化していくということで、社会内処遇を原則にするべきだと言われていたのですが、地裁、高裁の判決で、親族の損害賠償責任が認められた結果、認知症の高齢者は施設に入れなくては大変だということになってしまったようです。このようにこの事件の波及効果というのは社会的にはすごく大きなものがあったわけです。私は人権擁護局にもいましたので、そういった問題、あとは精神障害者も同じ問題があることを考えておりました。そういったことをどう裁判に取り入れて考えていくかということについては、私はできれば下級裁のレベルから今までと違うメッセージを出しても良かったのではないかと思います。この認知症の高齢者の問題については、社会内処遇が大事だといった立場からの情報は裁判レベルで相当出ていたらしくて、そういう方を東京地裁の民事実務研究会で招いていろいろ話を聞いたので、ますますそういうふうに思いました。やはり従来の考え方では賄えない事例にどう対処していくのか、逆にそういう事例が来たときに、我々は新しい目でそれを見て、社会でどうあるべきかを判断していくのは、まさに裁判官としてやりがいを感じるべきであって、真剣に対処し、そしてそれにできるだけ対応できるものを打ち出していくというのは我々の使命ではないかと思います。最高裁で言われないと変わらないのは下級裁としては少し情けないかなという気持ちを持っています。

ところで皆さん、LGBTって御存じですか。言葉を御存じの方は手を挙げていただけますか。かなりの方が御存じですね。もう御承知のとおり、これはいわゆる性的少数者をあらわす言葉で、Lはレズビアンで、Gはゲイで、Bはバイセクシャル、Tはトランスジェンダーです。これが、去年ぐらいからニュースでも取り上げられ、ずっと前から国連などでは取り上げられ、私が見た経済紙などでも、こういう方々を重視して、そういう方々をちゃんと雇用してやっていけるような企業でないと逆に信用されないというような話に今なっているわけです。つまり企業としてむしろ積極的に採用するようでないといけないと、そういうような話が経済紙にも載っていました。こういった人権の問題とか、それをめぐる経済状況といったことに対して、裁判官としては法の紛争や法の処理のすぐ横にある問題ですから、是非積極的にアンテナを出して、今、世の中でどういうことが行われ、考えられているといったことについても考えていっていただければと思います。

あと、まだ少し時間がありますので、合議についてちょっと私の体験談を申し上げたいと思います。最高裁は少数意見が言えるという話がありましたが、下級裁では少数意見というものはないわけです。下級裁における、地裁、高裁における合議の在り方とは何かということですが、私はやはり3人が本当に納得のできるところまで議論を積み重ねて、これ以上良い理屈と結論が出ないところまで議論を重ねること、いわばアウフヘーベン、止揚することが大事だと思います。お互いに考えが違うところがあっても、それをつなぎ合わせながらより良い理由、そして結論へどう持っていくかと、そういう過程で、これもいわば[REDACTED]の考え方の実施例ではないかと思うわけです。

皆さんいろいろな経験があるかと思いますが、私は、平成元年に初めて東京高裁に行きました。裁判長と見解が異なるというのはそれほど多いわけではないのですが、ある事件で、それまで裁判長はこういう方向へ行き、私もそう思っていたところ、最後の合議の段階になって裁判長が私から見れば正反対の結論に突然なってしまいました。私は、ええっという感じで、いや、部長もこうだったではないですかと言ったのですが、それでは説得できず、右陪席も裁判長の意見に賛成してしまったので、2対1で私の意見は通りませんでした。もちろん合議で決まりましたので、そのとおり判決は書きましたけれども、私は、そのとき、二度とこんな目には遭わないぞと思いました。何しろ当時、部長とは23年違いまして、はっきり言って親子ほど違いますので、なかなか口頭で議論してもかみ合わないのです。でも裁判長は調査官をされた方で、非常にきっちりした方でしたので、私はそれ以降、意見が違った途端に、部長、ちょっとお待ちくださいと、ちょっと検討しますからと言って、それ以上議論はしないことにして、報告書をつくることにしました。判例はこう、学説はこう、この事件はこうこうと、大体考えられることを網羅し、一晩かけて、もう全ての事件処理はストップさせて、翌日、部長、これをお読みくださいと、提出しておくのです。その後、こう言っては何ですけども、これは保険をかけなくてはなりませんので、裁判長がいないところで相陪席裁判官に説明と話をし、どうですか、こうですかと言って話し、合議体の陪席でない裁判官とも全部話をし、よし、大体これで私の考えは他の陪席裁判官には理解してもらったとなれば、あとは、部長からの答えを待ちます。そうすると、部長が、理屈は富田君の言うとおりで、でも私はこの結論は気に入らないから和解させるとか言われることがあり、それはどうぞということもありましたし、部長から別の陪席の裁判官に、何々君はどう思うかねと尋ねられ、いや、部長、これはこうではないでしょうかと言われて、やはりそうかということで決着したり、あるいは部長から、しかしこの点はどうかと、ここはちょっとこうした方がよいのではないかというので、その点は

修正しながら、より良いものに仕上げていくということになり、以後、こう言うては何ですが、合議で2対1で負けるようなことはなくなり、基本的に自分の意見が合議の見解になるようになりました。

私が何を言いたいかというと、やはり裁判官たるもの自分の考えが通っていかないとやりがないということです。そのためにどうしていかと言えば、もちろんこれは説得しなければなりません。言いつばなしでは話にならないです。説得するためにどうするかということを一所懸命考えます。そのためには、多角的多面的に、幅も広く、底も深いところまでよく考えて、裁判長はどう言うてくるだろう、陪席裁判官はどう言うてくるだろうと全部考えて、それに対する想定問答を全部考えて、しかしあくまで合議体として良い結論に持っていくというところが大事だろうと思います。

皆さんも皆さんなりにやっていると思いますが、少なくとも裁判長がこうだから私はいいやというのは、私は裁判官としての職務放棄に等しいと思います。ある有名な高裁の部長がおられて、私はその方とも合議を組んだのですが、非常に鋭い、すばらしい発想をされる方で、とても勉強になりました。しかし、時に、こちらから見ると、それはちょっと行き過ぎでしょうというときがありました。そのときには私は、ここはよいですけど、これはちょっとおかしいのではないですかと必ず言うことにしていました。その方は、そういうとき、私の考えも最大限度取り入れていただけました。ですから、私は、陪席裁判官の責任は極めて大きいと思います。例えば、高裁の判決にしろ、地裁の判決にしろ、合議事件については、裁判長の判決と言われることがあります。しかし、もしその判決に問題があるとすれば、それはやはり陪席裁判官がもっと議論し、より良き結論に持って行く努力が足りなかったのではないかと思います。もし陪席裁判官が合議体としての判断に少しでも疑問をお持ちなら、なぜそれをちゃんと言って、良い結論に持っていかなかったのかということになろうかと思いますから、私は合議体における一人一人の責任というのは極めて重いのではないかと思います。

次に、地裁の左陪席についていうと、大体、左陪席は、経験も蓄積も乏しいものですから、議論をしても、なかなか裁判長や右陪席にはかなわないわけです。でも、私は、左陪席に、決して安易に引くなと言っておりました。もし意見が違ってなかなか説得ができない、あるいは自分の意見が分が悪いと思っても、安易に迎合しないで、一度持ち帰ることにし、また考えればよいと言っておりました。部長や右陪席の考えを取り入れる場合でも、あくまで自分の考えとしてその意見を取り入れて、こう考えましたという習慣をつけて、常に自分の考えがこうだということになるようにした方がよい。そうでないと、すぐ他の人の意見に従った形になって

しまうのでは、なかなか単独事件ができないと思います。単独事件になったときに自分の考えに自信が持てるというのは、やはり合議体で自分の意見が通ることによってです。そういう意味で私は高裁に早目に行ったので、高裁の合議で自分の意見が通ることで、単独をやっても何とかなるなという保証は得られたように思います。

皆さんは、既に部総括の方もおられれば、今後、部総括になる方もあると思います。部総括は少し違いまして、いかに陪席裁判官にいろいろな意見を言わせるかというのが大事になると思います。私は必ず両陪席に意見を言ってもらい、その上で質問としてこの点はどうなのかという形で、できるだけ陪席から意見を引き出し、ここはこうした方が良いのではないかという部長の意見はなるべく最後にやるようにはしております。どうやって自分の意見を、しかもそれがみんなに通用する意見を言えるような裁判官を育成していくかというのは、とても大事なことで、皆さんも、自分のことのみならず、是非考えていただければと思います。

時間が残り少なくなっていますが、刑事における裁判員裁判の在り方から民事裁判をどう考えていくかということについても今後の大きな課題ですが、既に東京地裁の民事部でも自分たちがやった判決をほかの人も交えて、それを批判的に議論するということを始めています。こういったことは地裁内部あるいは高裁、地裁との間でもやれるとよいのですが、刑事のように一種の類型化された事件という訳にはいかないで、なかなか難しいのですけれども、今後は大きな課題になってくるかと思います。

質疑応答

申し上げたいことはこの程度にして、残り時間は皆さんと議論させていただければと思います。何でも結構ですので、何か御意見あるいは質問とかがございましたらどうぞ。

○研究員B

部長の今のお話の中でホワイトボードに書いています③のところが、最近、私自身、何が通念的正義で公平なのかというのを悩む、先ほどの性の少数者の方の価値観等を考えて悩むことがあるのですけれども、そこは今後どうやって身につけていったらよいのかと悩んでおりまして、何かアドバイスをいただけたらと思います。

○富田

さすが、一番弱い点を突いてこられましたけれども、ここは本当に難しいところです。おそらくある意味では裁判官ごとに、あるいは当事者ごとに違ってくるという問題があらうかと思っています。

逆に言うと、ここの部分は当事者だけの議論でよいのかということがあるのではないかと、まさに■■■■先生も言われるように、この社会的状況を客観的に掴むことは極めて難しいということです。そうは言っても、基本的には、裁判手続を通じ、あるいは事実上はインターネットやいろいろな文献を見てということになって、そこで議論を重ねるしかないのかなと思います。ここになってくると、自分の持っている正義感だけでは難しくなります。これについては、今の状況がどう変わってどうなのかということのを可能な限り当事者にも言わせた上で考えるしかないし、そういうことが本当に問題になれば、単独では手に負えないということになって、合議でやるべきということにはなると思います。全然答えになっていませんが、だからこそ■■■■先生も政策形成訴訟における法の解釈では、ここをどう考えるかを取り上げたのだと思います。

そして、ここをどう考えるかは必ず①、②との関係で何か法的な理屈を考えないといけないということになってくるので、ますます難しくなってくるということだろうとは思いますが。皆さんに期待しております。

○研究員C

訟務等の御経験も踏まえられて、当事者がどういう心理状態なのかということのお話をいただいたのですけれども、昔と今では証拠を出したり、主張を出したりするところの姿勢が当事者の間で変わってきたのかなという印象を受けました。謙抑的になるとか出したがらないということ自体は何も変わったわけではないはずなのですけれども、そういうスタンスの違いといたしますか、そういうのはどの辺りに原因というか、要因があるのだとお感じになられているのでしょうか。

○富田

そこはまだ確たるものはないところがあります。ただ、これも皮相的な見方ですけれども、過払金訴訟がどんどん増えていく段階で我々が心配していたのは、この過払金訴訟が事件の半分、場合によっては大半を占めるようになると、従来の、本来の民事訴訟というのがスポイルされていくのではないかと当時から心配しておりました。

私の感覚では、そういった習慣がずっと続いてくると、楽をするのに慣れてくるのではないかと。代理人にとっても裁判官にとっても、尋問するというのは極めてエネルギーの要ることです。事前準備も要るし、エネルギーの要ることですから、できればなくて済むならその方がよいという心理がどこかに働いていないのかなという感じがします。それが当たっているかどうかは分かりません。そして、弁護士の裁判官に対する依存体質というのはむしろ深まっているのではないかと。何しろ高裁で見えていても、どの当事者も1回で結審すると思込んでいる

のです。だから、裁判所がいろいろ質問したり、弁論続行だと言うと、えっという感じなのです。もうこれで終わりだと思っていたのに、ということでしょうか。だから、平成の初めの頃、1回結審が増えていった頃に、1回結審はけしからんと言っていた弁護士さんが今や皆無と言っていいです。それぐらい大きな影響があるようです。裁判所が当審における主張立証はこの程度ですかと聞くと、両当事者からはいと言われるので、こちらは、ううんという感じになります。裁判所も、そう言われてしまうとやはり終結してしまうというところがあるわけです。

逆に、あらかじめ終結しない予定の事件は、この点が裁判所は疑問だとか、この点が足りないからということと言えますけれども、主張立証はこの程度ですかと聞いてしまうという、そのような状況なのです。そういった審理がどうしてそこまで広がったのか、当事者は控訴審での審理をはなから諦めているのか、もうそれでよいと本当に思っているのか、それは皆さん、弁護士会の方々といろいろ議論していただければと思います。

おそらく地裁においても、ほかにもう立証はありませんかと言ったら、陳述書や本人尋問をやっていないくても、当事者からもうありませんと言っているのかもしれない。少し信じられないことではありますが、裁判所から陳述書や人証による立証を促さないと当事者の方では自主的にやらないというような雰囲気を感じられます。

これに対して、私が最初に代理人となった昭和の時代は、当事者から、たくさん人証申請が出て、それをどうさばくかで裁判所は大変だったのです。普通の事件でも人証をたくさん申請してきて、しかも陳述書がない時代です。そういう時代で、どうやって人証を絞ろうかと言っていた頃を考えると、もう隔世の感があります。余りまたこれも答えになっておりませんが。

○研究員D

時代的に、職権主義に行き過ぎると当事者主義だと言って、当事者主義に行き過ぎると職権主義だと、今、戻ってきているときなのかなという感覚が少しあります。いずれにしても、目指しているところは多分一つなのだと思うのですけれども、そこをどう両方に振れながら真ん中に行くのかということを試行錯誤しているのかなというイメージがあります。少し当事者主義に行くべきだという時代があった後、どうも当事者は信用できないということで、裁判官が少し頼りなくなっているけれども、頑張らなければと言われていたイメージなのです。裁判官としては頑張るものの、その一方で、当事者にも成長してもらって、いずれはその真ん中のところに行けますというものがないと、裁判はだめなのではないかなという思いはあるのです。当事者も我々が手を尽くすことによって一緒に上がっていけるという見込みというのはどうなのかなというのが若干不安です。手を尽くせば尽くすほど、また甘えられてしまうと、結

局、ぐるぐる揺れ動き、訴訟というのは変わらないのではないかという不安があるので、その辺りをどう思っておられるのか教えていただければありがたいです。

○富田

この辺りについては、いろいろな見方があるかと思いますが、職権主義といっても、所詮、当事者が主張しないと何も出てこないのです。この点はどうなっていますかと裁判所が聞いても、あとは当事者次第なのです。その意味で当事者主義は何ら変わらない。具体的なことは当事者が主張・立証しなければ民事は何も動きません。自分が現場に行くわけにはいかないわけですから。だから、あくまで職権主義をやっているということではなくて、示唆をし、■先生が言われるように、後見的にこういう方向へ当事者主義を持っていくというのが重要だろうと思います。

これは時代の雰囲気というのがあって、少なくとも人証申請するというのは当たり前といえれば当たり前で、たくさん申請していた時代から、何もしないのが当たり前になりつつあるというのがなぜなのかは分かりませんが、裁判所はある意味でぶれることなく、必要なことは当事者に促すことが大切です。最低、本人尋問ぐらいはするというのは職権の問題というよりは、事件処理には必要なことだからということで、もちろん当事者がどんどん普通にやってくれば何の問題もありませんけれども、かといってそれを我々が負担に感じる必要はないのではないかと思います。裁判所は、当事者に示唆し、促せば足りることであって、そんなに難しい話ではないし、負担になるほどの話ではないかなという感じがします。

確かに、裁判所に言われないと何もしないのはどうかと、実はそのこと自体がすごく不安でありますけれども、我々としてはその各事件を処理していく上で必要なことはやっていけばよいだけのことなので、それでやりませんと言われれば仕方がないけれども、そういう当事者は余りいないのではないかと思います。御質問の中で言われた、この真ん中あたりを淡々と裁判所はやるしか仕方がないかなと私は思います。

○司会

それでは、本カリキュラムは以上とさせていただきたいと思います。

富田部長には、詳しく御説明いただきまして、どうもありがとうございました。(拍手)

平成２７年度特別研究会７
(現代社会における法と裁判)

講演と意見交換
「現代の民事裁判における裁判所の役割」
レジュメ

平成２８年５月
司 法 研 修 所

司法研修所では、平成２７年度特別研究会７（現代社会における法と裁判）を平成２８年２月８日及び９日に実施した。

本資料は、平成２８年２月８日に行われた東京高等裁判所部総括判事富田善範氏による講演と意見交換におけるレジュメである。

平成28年2月8日

「現代の民事裁判における裁判所の役割」討議テーマ

東京高等裁判所 富田善範

1 民事裁判における当事者主義の功罪

- (1) 民事裁判の困難性をどう考えるか、その原因は何か。

当事者の心理, ミステリー, クロスワードパズル

- (2) 当事者の主張立証について、当事者主義だけで考えてよいか。

最近の傾向：およそ人証を調べない事件の増加

平成27年7月裁判の迅速化に係る検証に関する報告書（概要）3頁図2，23頁図44

- (3) 裁判官の事実認定・判断の正当性根拠は何か。

「事実の認定は、裁判官の主観的推測以上のものではなく、予見困難」（ジェローム・フランク）田辺公二「事実認定の研究と訓練」2頁

- (4) [redacted]をどう考えるか。どう生かすか。

- (5) 民事裁判における裁判官としての謙虚性と積極性をどう考えていくか。

2 主張整理について

- (1) 要件事実以外の経過事実、動機関係についての主張整理はどう考えるか。

- (2) 釈明義務、法的観点指摘義務をどう考えるか。

村田渉「民事裁判における法的規範の選択と形成の手法」法哲学年報2013

- (3) 主張、証拠の時系列表の活用はどのようにしているか。

3 立証について

- (1) 事案の経緯、動機の探究と立証段階における間接事実と経験則との関係をどのように考えるか。

手嶋あさみ「民事裁判における事実認定の構造」法哲学年報2013

- (2) 当事者本人尋問の機能、必要性をどのように考えるか。

- (3) 専門的知見をどのように工夫して取り入れていくか。専門委員の活用

4 政策形成訴訟において、どのような訴訟運営を考えていくか。

- (1) 計画審理をどのようにして運営していくか。

- (2) 争点整理にあたって考えるべき点は何か。

- (3) 証拠調べにあたって考えるべき点は何か。

参考：齋藤隆「複雑困難訴訟を巡って」第1部教官室講演録No.140

5 結論への過程

- (1) 事実認定において考えるべきことは何か。特に、書証の意味をどのように考えるか。

瀧澤泉ほか「民事訴訟における事実認定」315頁以下

- (2) ハードケース（解決困難事件）について、どのように考えていくべきか。
- (3) 合議における議論のあり方をどう考えるか。多様で多面的議論のためにはどういうことを考えるべきか。
- (4) 単独事件において判断をしていくに当たってはどのようなことを考えるべきか。
- (5) 判断過程における部の役割をどう考えるか。
- (6) 現代の民事裁判における判決文の役割をどう考えるか。

6 裁判官の役割、勉強

- (1) 現代の民事裁判において、裁判官には何が求められているか。
- (2) 刑事における裁判員裁判の在り方を、民事裁判においてどのように考えていくべきか。
- (3) 裁判官の勉強について、各人で工夫していること、考えていることがあれば紹介されたい。