

「民事訴訟と信義則」論における 新たな局面について

——裁判所の行為への信義則の適用可能性に関する覚書——

川 嶋 四 郎

目 次

- 1 はじめに
 - (1) 考察の前提
 - (2) 本稿における問題の限定
- 2 民事訴訟法2条の立法の経緯等
 - (1) 信義則とその適用領域の拡張
 - (2) 民事訴訟法2条の制定
- 3 信義則が適用される主体に関する学説の動向
 - (1) 1996年の民事訴訟法制定以前
 - (2) 1996年の民事訴訟法制定以後
- 4 裁判所の信義誠実義務を想起させる判例
 - (1) 裁判所の行為が信義則違反となり得る最高裁判例
 - (2) 裁判所の行為に信義則依拠が窺われる最高裁判例
- 5 おわりに

1 はじめに

(1) 考察の前提

——「民事訴訟と信義則」をめぐる問題状況の概観

民事訴訟法学の領域では、かつて、「民事訴訟と信義則（信義誠実の原則）」が頻繁に論じられたことがあった。裁判所でもまた、個別事件を審理判断するさいに、旧民事訴訟法下においては不文の法理であった信義則を、旧法下でもしばしば適用してきた。現在、学説上、民事訴訟法においても信義則が

適用になることには争いがなく、また、判例上も、かなり積極的に信義則が用いられ、一定の帰結が導き出されている。そのような基本的な傾向は、狭義の民事訴訟法の分野だけではなく、広く民事手続法分野の全般に及んでいる。

平成8年(1996年)に新たに制定された現行民事訴訟法(平成8年法律第109号)は、その2条で、民事訴訟において信義則が適用されることを明らかにした。つまり、「裁判所は、民事訴訟が公正かつ迅速に行われるように努め、当事者は、信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならない。」という規定が置かれたのである。それは、従前における「民事訴訟と信義則」論を踏まえた立法面での一つの到達点であり、同条が確認的な規定ではあるとしても、民事訴訟法上に信義則が実定法化されたことにより、当事者等の行為指針や裁判所の法援用に、抽象的ながらも確かな基礎や視座を提供することとなった¹⁾。

平成10年(1998年)1月1日に施行されて以来、現行民事訴訟法も、今年で20年の節目の年を迎えることとなった。「民事訴訟と信義則」論に関していえば、旧法下での活発な議論は、その後影を潜め、当事者の訴訟行為と信義則に関する判例等の類型化の帰結(①「訴訟上の権能の濫用禁止」の類型、②「禁反言(矛盾挙動禁止)」の類型、③「訴訟状態の不当形成の排除」の

1) ただし、旧法下でも、信義則を定める明文の規定はなかったものの、信義則が法規に具体化されたと考えられる条文は、いくつか存在した。たとえば、不必要な行為があった場合等の訴訟費用の負担の規定(旧民訴90条[現、62条])、訴訟を遅滞させた場合の訴訟費用の負担の規定(旧民訴91条[現、63条])、期日の指定・変更(旧民訴152条[現、93条参照])、期間の伸縮・付加期間(旧民訴158条[現、96条])、時機に後れた攻撃防御方法の却下に関する規定(旧民訴139条[現、157条])、訴訟手続に関する異議権(責問権)の喪失に関する規定(旧民訴141条[現、90条])、訴訟行為の追完に関する規定(旧民訴157条[現、97条])、文書提出義務の原因における引用文書の規定(旧民訴312条2号[現、220条2号])、相手方が在廷しない口頭弁論における準備書面不記載の効果に関する規定(旧民訴247条[現、161条3項])、故意または重大な過失により真実に反して文書の成立を争った当事者に制裁を課す旨の規定(旧民訴331条[現、230条])、筆跡等の対象による証明妨害に関する規定(旧民訴329条2項[現、229条4号])、宣誓をしたにもかかわらず虚偽の陳述をした当事者の責任に関する規定(旧民訴339条[現、209条])、および、控訴権の濫用に関する規定(旧民訴384条ノ2[現、303条])などが、それである。

類型、④「訴訟上の権能の失効」の類型)なども、民事訴訟法に関する多くの基本的な著作²⁾のなかに、ごく自然なかたちで取り込まれている。類型化のあり方自体に関する問題³⁾はともかく、そのことは、民事訴訟法領域への信義則の適用が認められ、それが民事訴訟手続の様々な個別手続分野へ確実に浸透し、その法理が定着したことを、顕著に物語っている。それゆえに、また、民事訴訟法における信義則の明文化が、学説上の議論に対して、ある種の終止符を打つこととなったようにも思われるのである。

「民事訴訟と信義則」論のなかには、総論・各論において、様々な個別の論争点が存在する⁴⁾。

2) たとえば、菊井維大=村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅰ』674頁(日本評論社、1978年)、新堂幸司=小島武司編『注釈民事訴訟法(Ⅰ)』48頁〔谷口安平執筆〕(有斐閣、1991年)、中野貞一郎=松浦馨=鈴木正裕編『民事訴訟法講義〔第3版)』32頁〔中野貞一郎執筆〕(有斐閣、1995年)、山本浩美「信義誠実義務」三宅省三=塩崎勤=小林秀之編集代表(北尾哲郎=森脇純夫=園尾隆司編)『新民事訴訟法大系・理論と実務(Ⅰ)』58頁(青林書院、1997年)、三宅省三=塩崎勤=小林秀之編『注解民事訴訟法Ⅰ』20頁以下〔山本浩美執筆〕(青林書院、2002年)、小島武司=小林学『基本講義・民事訴訟法』8頁(信山社、2005年)、兼子一原著・松浦馨=新堂幸司=竹下守夫=高橋宏志=加藤新太郎=上原敏夫=高田裕成『条解民事訴訟法〔第2版)』30頁〔新堂幸司=高橋宏志=高田裕成執筆〕(弘文堂、2011年)、和田吉弘『基礎からわかる民事訴訟法』270頁(商事法務、2012年)、梅善夫『民事訴訟法講義』23頁(成文堂、2012年)、小島武司『民事訴訟法』55頁(有斐閣、2013年)、川嶋四郎『民事訴訟法』422頁(日本評論社、2013年)、同『民事訴訟法概説〔第2版)』234頁(弘文堂、2016年)、秋山ほか・後掲注釈書注(12)39頁、伊藤眞『民事訴訟法〔第5版)』334頁(有斐閣、2016年)、中野貞一郎=松浦馨=鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第3版)』26頁〔中野貞一郎執筆〕(有斐閣、2018年)などを参照。

3) 信義則に権利濫用の禁止の法理を含めない見解によれば、①「訴訟上の権能の濫用禁止」の類型は、信義則の発現形態としての類型からは、除外されることになる。また、これらに加え、一定時期から日本の判例で顕著にみられるようになった、⑤「蒸し返し禁止」の類型を、新たに立てる見解(例、梅・後掲論文〔『民事訴訟法の争点』〕注(4)17頁等)などもある。これを独立させた形式で分類する意義はあるが、実質的には「矛盾する行為の禁止」の類型に含まれるであろう。

なお、ドイツ法における類型化については、ゴットフリート・バウムゲルテル「民事訴訟における信義誠実」石川明訳『ドイツ手続法の諸問題』13頁、15頁(成文堂、1979年)を参照。そこでは、通説として、①悪意により訴訟上の権能および法律状態を創ることの禁止、②矛盾する行為の禁止、③訴訟上の権能の濫用、および、④訴訟上の権能の失権が挙げられていた。

4) その簡潔な要約として、たとえば、梅善夫「民事訴訟における信義則の現状と課題」民事訴訟雑誌47号248頁(2001年)〔この論文は、簡潔ながら、「民事訴訟と信義則」論の全貌を示す

「民事訴訟と信義則」をめぐる問題状況の概観として、第1に、民事訴訟における信義則適用の背景、すなわち、民事訴訟法の領域になぜ信義則が適用されることとなったのかに関する問題、第2に、民事訴訟法における信義則の意味内容、すなわち、信義則は権利濫用の禁止の法理を含むか否かという、信義則と権利濫用法理との関係をめぐる問題、第3に、判例・学説における信義則の適用に関する基本スタンスをめぐる問題、すなわち、その法理を積極的に用いるか否かをめぐる問題、第4に、民事訴訟における信義則の適用を考えるさいの適用主体（以下、信義則が適用される主体のことを、このように「適用主体」と表現する。）をどう考えるかに関する問題、すなわち、信義則が当事者相互関係のみを規律するのか、それとも、裁判所と当事者との間においても信義則が適用されるのかについての問題、第5に、信義則の発現形態はいかなるものであるのかをめぐる問題、すなわち、先に述べたような信義則違反の類型化をめぐる問題、第6に、信義則違反が具体的にどのような規律されるかをめぐる問題、すなわち、当事者の行為に信義則が適用になる場合の要件と効果などをめぐる問題、さらに、第7に、裁判所が信義則違反を認定するさいに、当事者の援用を要するか否かに関する問題など、この領域における問題は、総論から各論に至るまで多岐に及ぶのである。

そのいずれについても、現時点において、議論の帰結における一定の方向性を看取することができる。

第1の問題は、民事訴訟において、なぜ一般に信義則の適用が要請されることになったのかに関する問題であり、訴訟観の推移（闘争的訴訟観から協働的訴訟観への推移）と信義則自体の適用領域の展開によるとする考え方や、また、現実の訴訟関係が多様化・複雑化するとともに、当事者間の訴訟における対立関係の激化や攻撃防御方法の激しい展開などに対して、法の適用に

とともに、「民事訴訟と信義則」に関する諸問題が、必ずしも全面的に決着がついた論題ではないことを示している。）、同「民事訴訟における信義誠実の原則」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』16頁（有斐閣、2009年）などを参照。

また、比較的詳しい概観として、山本・前掲注解民事訴訟法注（2）16頁以下がある。

よる適切な対応が困難になったことなどによるとする考え方などが指摘されていた⁵⁾。

第2の問題は、民法上、信義則と権利濫用の禁止の法理が別々に規定されていること（民法1条2項・3項）、および、民法における信義則と権利濫用法理との相互関係をめぐる議論などを背景に、民事訴訟法上も、信義則と権利濫用法理との関係を問うものである。多数の見解が、民事訴訟法上の信義則には、権利濫用法理が含まれると解しつつ、信義則と権利濫用法理の重畳的な適用（重複適用）を認めている^{6) 7)}。

第3の問題は、規範的構成要件であり一般条項である信義則の、裁判所における適用スタンスに関する問題であるが、そのような一般条項であるがゆえに、その適用にさいして、裁判所は、慎重かつ例外的・補充的な利用に努

5) 前者の見解は、ドイツの諸学説などに依拠した、中野・後掲論文注(32)73頁などで示されており、後者の見解は、山木戸・後掲論文注(37)67頁で提示されている。

6) 判例・裁判例には、信義則と権利濫用法理の重畳的な適用がみられる。たとえば、有限会社の社員総会決議不存在確認を求める訴えの提起が、訴権の濫用にあたることされた事例である、最一小判昭和53年7月10日（民集32巻5号888頁）は、有限会社の経営の実権を握っていた者が、第三者に対して、自己の社員持分全部を相当の代償を受けて譲渡し、会社の経営を事実上その第三者に委ね、その後相当期間を経過しており、しかも、当該譲渡の当時、社員総会を開いて承認を受けることがきわめて容易であったなど、判示の事実関係のもとにおいて、譲渡人が、社員持分譲渡を承認する社員総会決議およびこれを前提とする役員選任等に関する社員総会決議の不存在確認を求める訴えを提起するのは、第三者に対する著しい信義則違反の行為であり、本件提訴は訴権の濫用として許されない旨を判示する。

また、東京地判平成12年5月30日（判例時報1719号40頁）は、損害賠償請求訴訟事件において、訴えについて、提訴者が実体的権利の実現ないし紛争解決を真摯に目的とするのではなく、相手方当事者を被告の立場に立たせ、それにより訴訟上または訴訟外において有形・無形の不利益・負担を与えるなど不当な目的を有し、提訴者の主張する権利または法律関係が事実的・法的根拠を欠き・権利保護の必要性が乏しいなど、民事訴訟制度の趣旨・目的に照らして著しく相当性を欠き、信義に反すると認められる場合は、訴権を濫用するものとして訴えを却下すべきものと判示する。

なお、最一小判昭和45年6月11日（民集24巻6号509頁）は、取立訴訟において債務名義の内容である執行債権の存在しないことが明白であっても、「判断機関と執行機関の分離の原則」から、第三債務者は、取立権の行使を、権利の濫用または信義則違反であるものとして争うことはできないと判示する。さらに、後述する2(1)も参照。

7) なお、現行民事訴訟法上は、信義則に関する規定しかないものの、旧法下の議論は、おおむねそのまま妥当すると考えられているようである。

めるべきであると、一般に考えられている。それでも、近時の判例や学説は、信義則の適用については、概して積極的であるとも考えられる⁸⁾。

第5の問題は、先に述べた信義則の発現態様の問題であり、当事者の訴訟行為と信義則に関する類型化の問題である。

第6の問題は、民事訴訟法における信義則適用の要件と効果をめぐる問題であり、要件については、現在、おおむね個別類型ごとに考察されており、効果については、信義則違反の訴訟法的な効果として、たとえば、申立て、主張や証拠の申出のような取効的訴訟行為の場合は、不適法として却下され、たとえば、訴えの取下げや訴訟上の和解などのような与効的訴訟行為の場合は、訴訟上の効果が否定されることになるかとされている。

第7の問題、すなわち、裁判所が信義則違反を認定するさいに、当事者の援用を要するか否かについては、一般条項と弁論主義に関する問題として論じられている⁹⁾。

8) これは、一般に、信義則のもつ法規範の補充機能に関わる。信義則の機能とその適用の基本スタンスについては、一般には、たとえば、好美清光「信義則の機能について」一橋論叢（一橋大学）47巻2号181頁（1962年）、坂口裕英「信義則が民事訴訟法で果たす機能」法学教室〔第2期〕8号148頁（有斐閣、1975年）、谷口知平＝石田喜久夫編『新版・注釈民法（1）総則（1）〔改訂版〕』73頁、86頁〔安永正昭執筆〕（有斐閣、2002年）、佐久間毅『民法の基礎Ⅰ（総則）〔第3版〕』436頁（有斐閣、2015年）などを参照。なお、明文規定として、ウィーン売買条約7条1項〔条約の解釈及び補充〕なども参照。

民事訴訟法の領域で、たとえば、判例は、判決効の局面における旧訴訟物理論の問題点を緩和し、争点効の法理の排除後における判断の妥当性の担保のために、判決理由中の判断についても、信義則の適用によって一定の拘束力を肯定し（最一小判昭和51年9月30日・民集30巻8号799頁〔前訴と訴訟物は異なるので既判力による遮断効が及ばない訴訟上の請求について、紛争の蒸し返し禁止効を肯定〕。後掲注（50）参照。）、また、明示的一部請求の法理にまつわる問題を除去するために、明示的一部請求の棄却後の残部請求を信義則の適用により遮断することによって（最二小判平成10年6月12日・民集52巻4号1147頁〔前訴の訴訟物とはなっていないので既判力による遮断効が及ばない残部請求の部分について、信義則による遮断を肯定〕）、いずれも合理的な帰結を導いている（両者の局面は異なるものの、基本的には、前訴とは異なる訴訟物の申立て〔主張〕の遮断を認めて、後訴を却下した事例である。）。

このような傾向を考えれば、たとえば、一定額（自認額）を超えた債務の不存在確認訴訟において、請求認容判決が確定した後に、自認額を争う債務者の後訴に関しては、原則として信義則で遮断されることになるかと考えられる。この点については、川嶋・前掲書〔『民事訴訟法概説〔第2版〕』〕注（2）171頁を参照。

このように「民事訴訟と信義則」論を構成する諸問題を概観してきたが、ここで残された第4の問題のなかに位置するのが、本稿の課題である¹⁰⁾。

(2) 本稿における問題の限定

この第4の問題は、基本的には、民事訴訟における当事者の行為について信義則が適用になることを前提に、誰と誰との関係で当事者の行為が信義則違反と評価されるかに関係する。この問題は、信義則の適用主体（適用関係）をめぐる問題であり、現在では、当事者間および当事者・裁判所間で適用されることには、ほぼ異論がない。ここでは、多くの文献が、民事訴訟での「当事者間における信義則適用の問題」と「当事者・裁判所間の信義則適用の問題」(当事者が裁判所に対して信義誠実義務を負うかの問題)として言及する。現行民事訴訟法も、上記のように、当事者間であれ当事者・裁判所間であれ、当事者の義務として信義誠実訴訟追行義務を規定していることから、当事者

9) たとえば、高橋宏志『重点講義・民事訴訟法(上)〔第2版補訂版〕』424頁(有斐閣、2013年)、川嶋・前掲書〔『民事訴訟法』〕注(2)443頁などを参照。この問題に関して、判例(最一小判平成22年10月14日・判例時報2098号55頁、判例タイムズ1337号105頁)は、法領域における当事者の手続保障に深い配慮を示し、法的観点指摘義務を認める判断を示した。さらに、後注(42)とその本文も参照。

10) なお、先に、現行法の制定以降、民事訴訟における信義則論にはある種の終止符が打たれたと述べたが、もちろん、個々の手続局面では、現行法下においても、信義則論の深まりがみられるのである。とりわけ、主張の規律においては、議論が一定の広がりを見せている。たとえば、いわゆる宗教団体の内部紛争における主張の規律については、川嶋・前掲書〔『民事訴訟法』〕注(2)145頁、同『民事訴訟法概説〔初版〕』43-44頁(弘文堂、2013年)〔第2版においても、基本的に変わらない。同書43-44頁〕、また、事実主張の信義則による規律については、たとえば、福本知行「信義則による事実主張の制限と立証軽減」石川明=三木浩一編『民事手続法の現代的機能』25頁(信山社、2014年)なども参照。

さらに、民事訴訟法上、信義則が適用される可能性のある手続領域として、たとえば、管轄、忌避権、当事者の確定(死者名義訴訟の取扱い、法人格否認の法理関係)、訴権、一部請求、期日指定の申立て、当事者照会(民訴163条)の回答義務、不熱心訴訟追行、真実義務、釈明義務(民訴149条)、法的観点指摘義務、自白(民訴179条)、証明責任の分配、違法収集証拠、証明妨害、事案解明義務、判決理由中の判断(民訴114条参照)の拘束力、既判力の基準時(民執35条2項)、争点効、参加的効力(民訴46条)、上訴権など、多岐にわたる手続局面を指摘することができるであろう。いわば、民事訴訟過程、民事手続過程の全般にわたって、信義則の規範が照射していると考えられるのである。

の義務としての信義誠実義務が想定されていることは、間違いないであろう。

このような状況で、本稿では、これまでほとんど論じられることがなかった¹¹⁾ 裁判所の行為への信義則の適用可能性をめぐる問題、つまり、裁判所が当事者に対して信義誠実義務を負うか否か、また、負うとした場合には、どのような手続局面で負うことになるのかについて、若干の具体例(判例〔最高裁判例〕等)を交えて、考察を加えて行きたい。以下では、主として民事訴訟法上の問題を扱うが、若干ではあるが、より広く民事手続法の領域の問題をも扱いたい。

本稿執筆の端緒は、これからの民事訴訟実務をリードすると考えられる注釈書¹²⁾ に記された次の一節に、触れたことによる。

そこでは、裁判所の訴訟行為についても、「信義誠実訴訟追行義務」が妥当するかどうかについては、考え方が分かれるが、有力説¹³⁾ は、裁判所の訴訟行為についても信義則が適用されるとの考え方をとると指摘したうえで、以下のように論じる。

「一般的意味で信義に従い、誠実に行動すべきことが裁判所についても要請されることは当然であるが、このようなことは国民から司法権の行使を付託された裁判所の職責上当然のことであり、本条によって規定するまでもないところである。当事者について信義誠実訴訟追行義務が規定されるのは、

11) その数少ない例外として、三谷・後掲論文注(60)および後注(13)の文献などがある。なお、旧法下の文献である、山本・後掲書注(44)、松浦・後掲論文注(45)および山本・後掲論文注(48)などにも、裁判所の行為に対する信義則に関する言及がある。

12) 菊井維大=村松俊夫原著・秋山幹男=伊藤眞=加藤新太郎=高田裕成=福田剛久=山本和彦『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ〔第2版追補版〕』38-39頁〔執筆者不記載〕(日本評論社、2014年)。

13) ここでは、小室直人=賀集唱=松本博之=加藤新太郎編『基本法コンメンタール民事訴訟法Ⅰ』11頁〔中野貞一郎執筆〕(日本評論社、1997年)、および、鈴木正裕「新民事訴訟法における裁判所と当事者」竹下守夫=今井功編『講座・新民事訴訟法Ⅰ』35頁、43頁(弘文堂、1998年)が、特に挙げられている。

なお、民事訴訟法2条後段を「信義誠実訴訟追行義務」と呼ぶか「信義誠実訴訟追行義務」と呼ぶかについては、後注(51)を参照。

自らの権利や法律上の利益についてこれを伸張し、または防御する立場にある当事者が、過度に党派的になることを規制する目的をもつ。しかし、中立的審判者の立場にある裁判所については、このようなおそれは存在しないから、あえて信義誠実にその訴訟行為をなすべきことを規定するまでもない。裁判所については、むしろ上記の職責を前提として、公正迅速に訴訟を進行させるように努めることが裁判所の責務であると理解すべきである。¹⁴⁾

これを契機に、これまでほとんど論じられることがなかった、裁判所の行為に対する信義則の適用可能性について、若干の覚書を記したい。

2 民事訴訟法2条の立法の経緯等

(1) 信義則とその適用領域の拡張

民事訴訟法2条の制定過程をみる前に、信義則とその適用領域の拡張について、一瞥しておきたい。

まず、信義則とは、民法1条2項に規定された原則である。そこでは、「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。」と規定され、人が、法生活において、相手方の合理的な信頼や期待を裏切ることなく、信義誠実に権利行使や義務履行を行わなければならないとする基本原則である。そこには、人がいったん行った行為と矛盾する行為を行ってはならないとする、禁反言の法理も、含まれると考えられる。信義則とは、要するに、「信頼保護の法理」と考えられる。

次に、権利濫用の禁止の法理とは、民法1条3項に規定された原則である。

14) なお、同書(注(12))の「はしがき」ii頁には、「実務家に愛される注釈書の条件」として、「問題の指摘およびその解決の内容について均衡がとれていること」が挙げられていた。

ちなみに、その原著である、菊井=村松=前掲書注(2)674頁では、裁判所の信義誠実義務には触れられていなかった。

そこでは、「権利の濫用は、これを許さない。」と規定され、人が、法生活において、たとえ権利を有していても、その濫用的な行使を許さないとする基本原則である。人は、権利の行使のあり方に関する相手方の合理的な信頼や期待を裏切ることなく、権利を行使しなければならないとする基本原則であり、これも、信義則と同様に、「信頼保護の原則」と考えられる。したがって、本稿では、基本的に、信義則に権利濫用の禁止の法理が含まれることを前提として論じて行きたい。

さて、一般に、信義則は、その適用範囲を徐々に拡張してきた¹⁵⁾。信義則は、まず、私法のなかで、特に契約自由の原則の支配する債権法の領域において高唱され、その後、私法と公法とを問わず、また、実体法と手続法を問うことなく、すべての法領域において妥当する高次の一般法理念であることが、広く承認されてきたと考えられる。

そのような信義則の展開史のなかで、本稿との関係で特に興味深いのは、「刑事手続における信義則」や「行政法における信義則」の位置づけである。

まず、前者については、戦後まもなく制定された刑事訴訟規則（規則昭和23年第32号）1条の規定が特筆される。そこには、第1項で「この規則は、憲法の所期する裁判の迅速と公正とを図るようにこれを解釈し、運用しなければならない。」と明記されるとともに、第2項で「訴訟上の権利は、誠実にこれを行使し、濫用してはならない。」と明記されている。ただし、この規定は、基本的には、被告人、弁護人や検察官に向けられた規範であり、規定の重心は、訴訟上の権利の濫用禁止に置かれているようである¹⁶⁾。しかし、「訴訟上の権利」に、裁判所が行使する手続上の権限も含まれていると解すれば、裁判所の行為に対しても向けられた規範と考えられるであろう¹⁷⁾。

15) たとえば、安永・前掲注釈民法注(8)75頁、中野・後掲論文注(32)61頁などを参照。

16) たとえば、松尾浩也監修・松本時夫＝土本武司＝池田修＝酒巻匡編『条解刑事訴訟法〔第4版補補版〕〕4-5頁(弘文堂、2016年)、三井誠＝河原俊也＝上野友慈＝岡慎一編『新基本法コンメンタール・刑事訴訟法〔第3版〕〕15頁〔三井誠執筆〕(日本評論社、2018年)などを参照。

17) 特に、戦前戦中において基本的人権の抑圧のために利用された日本の刑事裁判の歴史と、そ

次に、後者は、特に租税法の領域に信義則の適用があることが、判例（第三小判昭和62年10月30日・訟務月報34巻4号853頁、判例時報1262号91頁、判例タイムズ657号66頁¹⁸⁾）上、認められている点が興味深い。すなわち、最高裁は、税務署長等の行った処分が違法であったとしても、特別の事情がある場合には、納税者の信頼を裏切ってはならないとし、処分の取消しが認められないことがある旨の判示を行った。そして、特別の事情がある場合に信義則が適用されるための要件を明らかにし、①税務官庁が、納税者に対して、信頼の対象となる公的見解を表示したことにより、②納税者が、その表示を信頼し、その信頼に基づいて行動したところ、③後に、その表示に反する課税処分が行われ、④そのために、納税者が経済的な不利益を受けることとなったものであるかどうか、また、⑤納税者が、税務官庁の表示を信頼し、それに基づいて行動したことについて、納税者に責めに帰すべき事由がないかどうかの考慮も不可欠であると判示したのである¹⁹⁾。

さらに、より一般に、行政法の領域では、信義則などは、「典型的には行政機関の言動を信頼して行動をした者の保護が問題となるので、これを信頼保護原則として把握することもできる。」とも指摘されている²⁰⁾。

このように、信義則は、その適用範囲を拡張しつつ、まず、信義則の適用の基礎に当事者間の契約関係が存在する必要性をも排除し、次に、適用される者が、必ずしも対等な当事者間である必要性もないことが明らかになり、さらに、実体法領域だけではなく、手続法領域においても適用されることが

れゆえに、刑事訴訟手続に関しては、民事訴訟手続に関する規定と比較して憲法上に多くの規定を設けなければならなかった歴史的な要請や、上記規則の第一項の規律との関係などをみた場合には、そのことは、より一層明らかになるであろう。この点に関しては、アルフレッド・オプラー（内藤頼博監・納谷廣美＝高地茂世訳）『日本占領と法制改革——GHQ 担当者の回顧』73頁、117頁等（日本評論社、1990年）などを参照。

18) これについては、水野忠恒「租税法と信義則〔本件判例評釈〕」中里実＝佐藤英明＝増井良啓＝渋谷雅弘編『租税判例百選〔第6版〕』34頁（有斐閣、2016年）などを参照。

19) この判例は、租税法律主義（憲法84条）と信義則のなかで触れられることもあるが、「信義則が、行政上の法律関係にも適用されうることにはほぼ異論はない。」と指摘されている。宇賀克也『行政法概説Ⅰ（行政法総論）〔第6版〕』44頁（有斐閣、2017年）を参照。

20) 塩野宏『行政法Ⅰ（行政法総論）〔第6版〕』92頁（有斐閣、2015年）を参照。

明らかとなり、しかも、それは、私的な関係（いわば「水平的な当事者関係」）だけでなく、ひいては、公的な関係（いわば「垂直的な当事者関係」）においても信義則が適用され、公的機関をも規律する一般法理として展開していることが明らかとなる。しかも、この場合に、公的機関との関係での信義則（つまり、公的機関の信義誠実義務）を考えた場合には、私人にとっての公的機関に対する「信頼保護の基本法理」としても位置づけられることから、その規範の射程を著しく拡大してきたと考えられるのである。

（２） 民事訴訟法 2 条の制定

民事訴訟法 2 条の制定の経緯は、1991年に、法務省民事局参事官室から公表された『民事訴訟手続に関する検討事項』²¹⁾に遡ることができる。その「第 17 その他」の「6 その他」に、「総則規定」として、「裁判所は訴訟手続が公正かつ迅速に進行するように努力し、当事者及び関係人は信義に従って誠実にこれに協力しなければならないとの規定を設けるものとするとの考え方」が示されていた²²⁾。

これは、『民事訴訟手続に関する検討事項補足説明』²³⁾によれば、旧民事訴訟規則 3 条の「裁判所は、審理が公正かつ迅速に行われるように努め、当事者その他の訴訟関係人は、これに協力しなければならない。」との規定の法律事項への格上げを目指したものと考えられた²⁴⁾。

しかし、これに対しては、日本弁護士連合会（日弁連）などの反対が強かった。その理由としては、①このような明文規定が設けられることになれば、当事者が、義務違反に対する制裁をおそれることになりかねず、また、そうではなく、まったくの精神規定として設けられるのであるならば不要ではな

21) 法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続の検討課題——民事訴訟手続に関する検討事項とその補足説明』別冊 NBL23号（商事法務、1991年）所収。

22) 同、73頁。

23) 法務省民事局参事官室編・前掲書注（21）所収。

24) この点については、同、77頁を参照。

いかとの意見、②当事者の裁判所に対する協力義務の規定は、各則の解釈規定となるのであれば、裁判所の職権主義による強力な訴訟運営の道具になるのではないかとの意見、さらには、③このような規定は、当事者の裁判所への協力義務をいたずらに強調することになり、民事訴訟における当事者主義を歪めることになりかねないとの意見などが寄せられた²⁵⁾。これらは、検討事項で提案された内容が明文化されることにより、裁判所が、個別事件における訴訟運営でその法規を頻用することを通じて、当事者自治に基づく当事者主義の基本原則が、実質的に職権主義的に変容しかねないことに対する危惧の表明であった。

なお、法案の審議過程では、「訴訟手続は、公正かつ迅速に行われるよう誠実に追行されなければならない。」という案も存在したとのことであるが、これでは、訴訟を追行する当事者にだけ責務を負わせ、裁判所に責務を負わせる表現ではないことを理由に、現在の条文に落ち着いたと説明されている²⁶⁾。

1994年の『民事訴訟手続に関する改正要綱試案²⁷⁾』における「第17 その他」、「5 その他」には、現在の民事訴訟法2条とほぼ同じ表現がみられる²⁸⁾。

その『民事訴訟手続に関する改正要綱試案補足説明²⁹⁾』によれば、「検討事項では、裁判所は訴訟手続が公正かつ迅速に進行するように努力し、当事者及び関係人は信義に従って誠実にこれに協力しなければならないとの規定を設ける考え方が掲げられていたが、解釈規定としては、試案に掲げた限度で足りるものと考えられることから、この考え方を試案で取り上げることは

25) 以上については、柳田幸三＝始関正光＝小川秀樹「『民事訴訟手続に関する検討事項』に対する各界意見の概要」82頁を参照。これは、法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する改正試案——試案とその補足説明、検討事項に対する各界意見の概要』別冊 NBL27号（商事法務、1994年）に所収されている。

26) 鈴木・前掲論文注（13）37頁。

27) 法務省民事局参事官室編・前掲書注（25）所収。

28) 同、52頁。

29) 法務省民事局参事官室編・前掲書注（25）所収。

見送られた。」と記されている。

このように、民事訴訟法2条で、信義則が明記されたものの、信義誠実義務を負担する主体が、当事者である旨が明記されている点から、この立法によって、裁判所の行為に対する信義則の適用については、やや不透明な状況となったとも考えられるのである。

このような立法の経緯を踏まえて、次に、裁判所の行為に対する信義則の適用をめぐる学説の展開を概観したい。

3 信義則が適用される主体に関する学説の動向

(1) 1996年の民事訴訟法制定以前

A 信義則論の展開

「民事訴訟と信義則」、とりわけ信義則の適用主体をめぐる議論は、まず、民事訴訟の領域において信義則が適用になるか否かをめぐる議論の当初から始まった。

戦後の比較的早い時期に、すでに、中村宗雄博士³⁰⁾により、以下のような注目すべき指摘がなされていた。

「信義則は、人間が人間らしき社会生活を営むための根本要請である。

．．．

民事訴訟は、民事上の紛争解決のために設けられた国家的法律制度であり、市民社会それ自体が自律性を失える場面において、その機能を発揮する。それは国家制度であるが、また、社会制度でもあるから、社会規範として妥当する信義則は、民事訴訟の過程にも、また、当然に妥当しなければならない。しかして民事訴訟は法律制度であるから、訴訟における信義則は、それが『訴

30) 中村宗雄「民事訴訟における二・三の問題」『民事法の諸問題 [末川先生還暦記念]』357頁、371-374頁 (有斐閣、1953年)。

訟』に関する限り、当然、法規範たる性格にまで昂められる。しかし民事訴訟は、当事者主義をとるが故に、それとの函数関係において、信義則の法規範としての妥当が制約される。

・・・

民事訴訟制度は、近代国家の下、その司法権の拡大強化に伴い、ぜんじ国家的性格を昂める方向に向いている。しかし当事者の信実義務も、この流れに沿うて、その程度が昂められる傾向にある。一般論として、この傾向は、訴訟の合目的的遂行のために是認されて然るべきであろう。問題は、裁判所の職権拡大の勢いに押された行き過ぎである。」と指摘され、その脚注では、「専ら訴訟手続の合目的的な進行を意図して、当事者の主張責任、立証責任を、更に法規範的な義務にまで昂めることには警戒を要する。」(「 」内は、原文のママ)

これは、民事訴訟法領域への信義則の一般的な適用を認めつつも、職権主義の強化の一環として、当事者の裁判所に対する信義誠実義務が強化されることに対する警戒を示す立論であり、それ自体は、一般的に正鵠を射た指摘であった³¹⁾。

その後、日本における「民事訴訟と信義則」論を飛躍的に展開させたのは、中野貞一郎博士³²⁾であった。

博士は、ドイツの議論状況を詳しく紹介し、そこで民事訴訟における信義

31) なお、この時期、日本民事訴訟法学における真実義務に関する議論も、比較的活発に行われ、信義則論の展開の具体的な素地を創った。たとえば、兼子一『新修民事訴訟法体系〔増補版〕』201頁(酒井書店、1965年)では、弁論主義の限界として真実義務を肯定され、「紛争の解決にも、取引行為におけるのと同様相互に信義誠実を重んじて交渉すべきで、権利のための闘争はあくまでフェアプレイに終始すべきで、虚言によって危利を博したり或は訴訟の引延ばしを策することは、訴訟競技上の反則というべきである。」と指摘される。これは、弁論主義の本質説からの立論であるが、手段説からの真実義務の位置づけとして、三月月章『民事訴訟法』161頁(有斐閣、1959年)なども参照。

32) 中野貞一郎『民事訴訟における信義誠実の原則』同『訴訟関係と訴訟行為』38頁(弘文堂、1966年〔初出、1961年〕)。

則適用否定説から、信義則適用肯定説への変遷を明らかにされた。それは、先に述べた訴訟観の変遷によるものであり、特に、その議論の結実として、1933年のドイツ民事訴訟法改正（これは、いわゆる「ナチスの立法」である。）の「前文」が挙げられている³³⁾。

そこでは、「司法は、当事者に奉仕するだけでなく、同時に、かつ、とくに、民族全体の法安定性に奉仕する。・・・不真実によって裁判所をあやまらせ、あるいは、悪意もしくは過失ある訴訟遷延によって裁判所の労力を濫用することは、いかなる当事者にも許すことができない。なにびとも権利保護を請求する権利を有するが、誠実かつ慎重な訴訟追行によって裁判官の法発見を容易ならしむべき義務が、右の権利に対応する。」と明記されたのである。そのうえで、この立法では、訴訟当事者の真実義務（ドイツ民訴138条1項）が明記され、弁論の集中（ドイツ民訴279条、519条、529条）が図られ、当事者宣誓に代えて当事者尋問（ドイツ民訴445条以下）が規定されたのである。

その「前文」の表現について、中野博士は、「・・・表現には、多分に、当時の支配的政治思想の影響が感じられるのではあるが、これを切り離して考えてみた場合、それは、私法の分野においてとくに強調せられる権利の社会性を民事訴訟法の領域に宣明したものとして、たかく評価することができる。」³⁴⁾と指摘されている³⁵⁾。

そのうえで、中野博士は、民事訴訟における信義則の発現態様として、裁判所・当事者間と当事者相互間に分けて論じられている³⁶⁾。

まず、裁判所と当事者間における信義則は、両者の実質的協働を確保する機能をもつべきであると考えられるとし、その信義則が発現する顕著な具体例として、真実義務と手続促進義務が挙げられている。なお、濫訴の禁止は、

33) 以下、中野・前掲論文注(32)49頁による。

34) 中野・前掲論文注(32)49頁。

35) この論文では、上記中村博士の指摘(注(30)とその本文)について、「ここに、民事訴訟における信義則の問題は、あざやかに要約され、一般的な方向づけを与えられ」ている(中野・前掲論文注(32)53頁)と、フェアでかつ的確な評価がなされていた。

36) 中野・前掲論文注(32)73頁以下。

訴えの利益の問題であり、あえて信義則を援用するまでもないとされる。

次に、当事者間における信義則は、両者の実質的衡平を維持する機能をもつべきであると考えられるとし、顕著な具体例として、訴訟状態の不当形成（管轄の不当取得、訴訟上の救助における受救資格や公示送達の不当取得等）、相手方の訴訟行為の妨害、矛盾挙動の禁止（禁反言）などが挙げられている。

この両者の区別の意義は、機能の差異と当事者の援用の要否にあるとされていた。

このように、日本における信義則論の展開には、ドイツの学説の影響が大きい。ドイツでは、民事訴訟を、当事者間の対立闘争関係としてではなく、協働関係として捉える見解が擡頭し、それが元来民法上（債権法上）の規範であった信義則と結合して、訴訟上の原則として定着することとなった。そのような議論の延長線上に、この論文が存在するのである。しかし、「民事訴訟と信義則」論の萌芽期ということもあり、そこには、本稿の主題である裁判所の行為に対する信義則の適用についての言及は、全く存在しなかった。

このような議論を承けて、日本における信義則論をさらに展開させたのは、山木戸克己博士である³⁷⁾。

この論文では、おおむね次のように論じられている。すなわち、信義則は、特別の結合関係にある者の間で生じるので、訴訟関係は、裁判所と対立当事者という三主体間の特別結合関係であることから、信義則の適用が問題とされる。そして、民事訴訟の領域における信義則の適用は、訴訟を必ずしも裁判所と当事者との協働関係であるとみなくても、肯定することができる。信義則の抽象的な命題を掲げるだけでは意味がなく、訴訟法学としては、信義則が、いかなる場合にいかなる効果を生じさせるかを究明することが重要な課題となる。中野博士は、信義則の顕現局面を二つに分けて論じられるが、しかし、そのように分けて考察することは、民事訴訟における信義則適用の態様を体系的に把握するためには、必ずしも適切な考察方法であるとはいえ

37) 山木戸克己「民事訴訟と信義則」同『民事訴訟法論集』65頁（有斐閣、1990年〔初出、1962年〕）。

ない。たとえば、真実義務は、裁判所と当事者との関係における信義則の顕現と捉えられているが、それは同時に、相手方当事者に対する関係においても、誠実に訴訟行為をなすべき義務であるという側面をもつのである³⁸⁾。

このように考えた場合に、中野博士らによる信義則の発現態様に関する区分は不要となると指摘され、信義則がどのように機能するかについて、訴訟現象の個別的な場面に即して概観されている。

さらに、民事訴訟の領域では、信義則が、私法上の債権関係におけるほどには重要な機能をもっていないと指摘され、次のように、本稿との関係でも興味深い指摘がなされている³⁹⁾。

「・・・当事者の不誠実で背信的な訴訟行為は消極的評価に至りうるのであり、民事訴訟の領域では信義則の妥当は裁判所の裁量権のうちに広汎に埋没してしまっている、というようにもいえる。他面、裁判所の裁量については、信義則もその規準となるものと考えられる。このように、民事訴訟の領域では、信義則の妥当は裁判所の裁量によって被覆されている場面が多いから、信義則の顕現は裁判所の裁量権のはたらかない当事者の与効行為について問題となることが多い。」

ここでは、民事訴訟法における信義則の適用領域の限界が指摘されているが、「裁判所の裁量については、信義則もその規準となる。」との指摘のなかには、裁判所の行為に対する信義則の適用が含まれているようにも思われる。しかし、この論文でも本稿の主題については正面からは論じられていない。ただし、その〔追記〕には、脱稿後に接したとして、山本判事の著作⁴⁰⁾が挙げられており、その著作について、「また裁判所の態度に対する信義誠実の原則が論ぜられていることも注目せられる。」と付言されていた。

38) この点に関して、後注(42)も参照。

39) 山木戸・前掲論文注(37)85頁。後述の付言については、同、88頁。

40) 山本・後掲書注(44)を参照。

このような基礎的な議論を通じて、先に述べた「民事訴訟と信義則」論に関する一定の帰結が導かれることとなったが、しかし、日本における濫觴期の信義則論では、本稿が考察の対象とする裁判所の行為に対する信義則の適用については、ほとんど論じられることはなかった。ただしそれでも、この間においても若干の議論が存在したことから、次に、それらについて一瞥を加えたい。

B 裁判所の行為に対する信義則適用論の萌芽

一般に、信義則が民事訴訟法の領域において適用されるとしても、その適用主体に関しては、異論も存在した。

先に述べたように、現在では、当事者間および当事者・裁判所間において信義則が適用になることには争いがないが、かつては、当事者・裁判所間における信義則の適用（この場合は、特に、当事者の裁判所に対する行為への信義則の適用）を否定する見解⁴¹⁾が存在した。

すなわち、信義則は、互いに平等で一方が他方に対して自己の意思を強制する手段をもたない者相互の利益を調整し、その衡平を図るためにこそ要求されるのであって、一方的な権力主体である裁判所とそれに服する当事者との関係において、裁判所がその司法付与義務を果たすのに、当事者の信義に期待しなければならぬというのは納得しがたいとし、当事者と裁判所との関係では、信義則の適用ではなく、当事者の権利保護の利益あるいは訴訟上の権能の濫用（権利濫用）として対処すればよいと、論じられるのである。

この見解では、権利濫用の禁止の法理を信義則とは異なる法理として位置づけられているが、その点はともかく、この見解の背景には、信義則を当事者間だけでなく当事者・裁判所間にも適用する見解に対して、そのような

41) 竹下守夫「訴訟行為と信義則」小室直人編『判例演習講座・民事訴訟法』146頁（世界思想社、1973年）。この見解を支持するものとして、古閑裕二「訴訟上の合意と訴訟運営」判例タイムズ969号35頁（1998年）がある。そこでは、裁判所と当事者（一方当事者）との合意（例、準備書面の提出等）が遵守されない場合には、信義則とは別の根拠で、合意の履行や拘束力を考ええるとして、信義則の適用を排除する。

倫理的色彩の強い義務を、国家機関に対する関係で当事者に負わせる法的構成に対して慎重な態度をとる基本姿勢が窺われるようにも思われる。

しかし、このような信義則の当事者間適用限定説は、現在では克服されている。倫理的色彩の強弱はともかく、信義則は、一般に法規範として認知されており、また、すでに現行民事訴訟法2条は、条文の文言から明らかなように、このように信義則の適用を当事者間に限定する立場をとっていない。また、実質的にみても、当事者と裁判所との関係をこのように一方的なものとして捉えることには問題があり、裁判所が当事者の信頼に期待するのと同様に、当事者もまた裁判所の信義に期待する相互的な関係が存在し、当事者と裁判所との関係でも、信義則は適用になると解すべきであろう^{42) 43)}。

さて、民事訴訟法2条が制定される前に、裁判所の当事者に対する信義則を論じた文献は、必ずしも多くはなかった。

42) 谷口・前掲注釈民事訴訟法注(2)49-50頁、松浦・後掲論文注(45)246頁などを参照。

特に、谷口・前掲注釈民事訴訟法注(2)48頁は、「訴訟は両当事者と裁判所を三極とする三角形の関係であり、これは、二つの局面に分解すべきではなく、一つの不可分の関係として捉えるべきである。このような関係の中においては三角形の一つの頂点から他の一つの頂点に向かってなされた行為も当然にいま一つの頂点に影響を及ぼす。」と論じ、また、当事者間と当事者・裁判所間を分けて考える利点として中野博士が挙げた当事者の援用の要否の問題は、信義則違反の主体の問題ではなく、むしろ事柄の性質によると考えるべきであるとされる。前注(36)とその本文、および、前注(9)も参照

43) なお、当事者間における信義則の適用関係と、当事者・裁判所間における信義則の適用関係は、その性格において異なる点があるという指摘(林屋礼二「民事訴訟における権利濫用と信義則の関係」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座1』173頁〔日本評論社、1981年〕)もみられる。すなわち、この見解によれば、当事者間の信義則は、「訴訟事件解決の妥当性」の見地から要請された原理であり、当事者・裁判所間の信義則は、主として「訴訟制度運営の必要性」の見地から要請されると分析されるのである。

なお、この見解では、当事者対当事者の間の信義則を、狭義の信義則、これに当事者対裁判所の間の信義則を加えたものを、広義の信義則と呼び、権利濫用の禁止の法理(当事者の裁判所に対するもののみを認める。)は、当事者対裁判所の間の信義則と同じ理念(迅速・経済)に支配されるから、権利濫用の禁止の法理は、結局広義の信義則に含まれると論じられている。しかし、本稿の視点からみれば、迅速・経済の理念だけからでは、当事者の裁判所に対する信義則は基礎づけられても、裁判所の当事者に対する信義則の適用の基礎は得られないと考えられる。信義則は、あくまで信頼保護の法理であり、信頼保護の主体は、当事者が裁判所を問わないゆえに、信義則は、両当事者と裁判所との三者関係において、いずれの関係でもまた方向性でも、適用になると考えられるのである。

そのなかで、まず注目すべきものは、山本卓判事の司法研究⁴⁴⁾である。

ここでは、裁判所と当事者間の信義則を論じるさいに、第1に取り上げるべき問題は、訴訟当事者がその権能を不当に濫用することからの裁判所の保護であるが、逆に、「訴訟当事者に対して裁判所の専制的態度に対抗する関係上信義誠実の原則に基づく保護を与えなければならないという必要性の問題もまた、問題として取り上げなければならない。」と指摘されている。

そして、「この信義誠実の原則は、裁判所に対して単にその良心に従って職務上の義務を果たすことのみを命じているのにとどまるのではなく、誠実かつ清れんな職務行為により個々の具体的事件における訴訟当事者双方の利益を擁護しこれをもつて国家共同体全般における平和的法律生活の回復を図るべきであるという原則にてい触するようなことを職務執行に当り排除・回避しなければならないという義務を裁判所に負担せしめているものと考えなければならない。」(「 」内は、原文のまま)という一般論が、そこでは展開されていたのである。

さらに、より具体的に、裁判所の行為に対する信義則の適用を論じる見解も散見された。

まず、松浦馨博士⁴⁵⁾は、第一審、第二審の判決が従来の第三審の判例に従って判断しているのに、第三審が突然、自らの従来の判例を変更して、原判決を破棄し、本訴を不適法却下する内容の自判をするようなことは、信義則(ことに禁反言)違反として許されないとする⁴⁶⁾。ここでは、さらに、「同様なケースは、その他和解無効の主張の方法などいたるところに散見しうらと思う。」⁴⁷⁾と付言されていた。

44) 山本卓『民事訴訟における信義誠実の原則』司法研究報告書14輯1号111頁(司法研修所、1962年)。以下については、同、111頁以下を参照。

45) 松浦馨「当事者行為の規制原理としての信義則」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟4(審理)』251頁、263-264頁(弘文堂、1985年)。

46) ここでは、後述の【判例①】が挙げられ、新堂・後掲論文注(61)が引用されている。

47) 松浦・前掲論文注(45)264頁。以下も、同頁による。

また、この論文では、家屋明渡請求事件であり、死者名義訴訟事件として著名な、最一小判昭和41年7月14日・民集20巻6号1173頁(後注(50)参照)を挙げ、「信義則違反は当事者間

ただし、この論文では、訴訟の特質から信義則の適用が制限される場合があることも論じられ、「信義則の具体的適用は、訴訟が手続として進行する上に欠くことができない手続の安定性・確定性を害する結果となる場合には、排除されなければならない」ことも、指摘されている。

次に、山本和彦教授⁴⁸⁾は、法的観点指摘義務を論じるなかで、次のような裁判所の行為に対する信義則の適用に関する指摘をされている。すなわち、審問請求権に基づき法的観点指摘義務が観念できる場合として、当事者の意見表明の機会が、裁判所の一定の態度を信頼したことによって事実上無に帰しているような場合であり、このような場合に、なお、抽象的に口頭弁論の機会を付与したことを理由に、裁判所の免責の主張を許すことは、当事者と裁判所との間の信頼関係、ひいては信義誠実の原則からいっても妥当とは思われないとされる。その理由として、信義則が民事訴訟の分野においても妥当することには争いなく、信義則を訴訟の場でも認める理由が、訴訟関係が実体法上の債権債務関係にも類比すべき協働的法律関係である点にあるとすれば、そのような「協働体」の一方の構成員である当事者のみならず、他方の構成員である裁判所にも信義に合致した行為が要請されていると解するのが公平だからであるとされる。その論述の基礎において、上述した中野博士の見解⁴⁹⁾に依拠した見解であり、基本的には裁判所の行為に信義則の適用を認める見解である。

このように、民事訴訟法2条が制定される前でも、すでに裁判所の行為に対する信義則の適用は想定されていたのであり、とりわけ、訴訟関係は、裁判所と対立当事者という三主体間の特別の結合関係であるという、先に述べ

においても、当事者・裁判所間においても生じているとみなしなければならない。この場合に矛盾行為が当事者間には認められるが、当事者・裁判所の間では認められないというのは、不自然である。また、当事者の不信義・不誠実な行為については、裁判所は権利保護の利益ないし権利濫用として当事者の行為を排斥すれば足りるといってよいかも知れないが、当事者の裁判所の裁判や態度に対する信頼の保護という関係では、当事者・裁判所間の信義則を考える必要があるであろう」と、裁判所の当事者に対する信義則について論じられている。

48) 山本和彦『民事訴訟審理構造論』298頁以下(信山社、1995年〔初出、1990年〕)。

49) 前注(36)、および、その本文を参照。

た山木戸博士らの指摘からは、当事者の裁判所に対する信義誠実義務だけではなく、裁判所の当事者に対する信義誠実義務をも観念する関係基盤が、すでに創造されていたと考えられるのである。

(2) 1996年の民事訴訟法制定以後

現行民事訴訟法2条の制定は、「民事訴訟と信義則」論に一つの時期を画することとなった。

この条文、特にその後段の趣旨として、立案担当者は、「相手方の立証の妨害、訴訟の引延し等の当事者の不誠実な訴訟活動が、公正かつ迅速な訴訟の運営の妨げにもなることから、このような不誠実な訴訟活動を防止して法の理念が適切に実現されるようにするため、訴訟を進行する立場にある当事者に、信義誠実義務を負わせることとした。」と明記されている⁵⁰⁾。この解説からは、本条後段では、本条前段に規定された裁判所の公正迅速な訴訟進行の責務の実現に裨益する当事者の訴訟追行に関する信義誠実義務が規定されたようにみえる。

なお、この条文自体の趣旨としては、「新法は、民事に関する紛争が訴訟

50) 法務省民事局参事官室編『一問一答・新民事訴訟法』29頁（商事法務研究会、1996年）。なお、そこでは、他の当事者や裁判所に対する関係で信義誠実義務があることは、旧法下でも当然のこととされていたので、新法2条の規定は、旧法下におけるこのような解釈を条文上も明確にしたものであると説明されている。そして、その具体的な判例として、最一小判昭和41年7月14日・民集20巻6号1173頁〔本件は、いわゆる死者名義訴訟である。後述の【判例③】参照〕、および、最一小判昭和51年9月30日・民集30巻8号799頁〔農地の買収処分を受けたAが、その売渡しを受けたBに対し、Bから当該農地を買い戻したことを原因として所有権移転登記手続請求訴訟を提起し、請求棄却の判決を受け、これが確定したのち、さらに、買収処分の無効を原因としてBおよびその承継人Cに対して、売渡しによる所有権移転登記手続請求およびこれに続く所有権移転登記の抹消に代わる所有権移転登記手続請求の訴えを提起した場合において、Aが、前訴においても、買収処分が無効であり、当該買戻しの契約は買収処分の無効による農地返還を実現する方法として締結したものであると主張して、後訴が実質的に前訴の蒸し返し（原文は、「むし返し」）であり、かつ、前訴において後訴の請求をすることに支障はなく、さらに、後訴提起時は買収処分後約20年を経過していたなど、判示の事情があるときは、Aの後訴の提起は、信義則に反し許されない旨（不適法却下）を判示〕が挙げられている。

を通じて公正かつ迅速に解決されるようにすることを企画して制定されたもので、・・・このような理念が適切な運用を通して実現されるようにするために、訴訟において主要な役割を果たす立場にある裁判所と当事者の責務を規定することとした。」とされている^{51) 52)}。

51) 同書、29頁。ここでは、民事訴訟法2条の前段だけではなく、後段も、「義務」ではなく「責務」とされている。また、鈴木・前掲論文注(13)51-52頁注(23)は、当事者の信義誠実訴訟追行義務について、「実体法上の取引行為(法律行為)も信義則の適用を受けるのであるが(民法1条2項)、信義誠実取引行為義務などといわれているであろうか。とにかく表現が大仰にすぎるし、何かあると義務、義務といたがるのはドイツ法理論のもつ『文化』であるが、この文化まで承継する要はないのではあるまいか。」と指摘されている。

このように、民事訴訟法2条後段については、義務か責務かの議論はあるが、しかし、法文の文理解釈としては、義務であることは明らかであり、従前の判例などによる信義則適用の実績に鑑みても、規範的効力を有する義務である(効力規定)と考えられる。しかも、そのことは、裁判所の行為に対しても、ほぼ同様に妥当すると考えるのが、本稿の基本的な立場である。そう考えることにより、裁判所も当事者も、緊張感をもち一期一会的で公正な訴訟活動を遂行することができると考えられるからである。

さらに、立案担当者である、柳田幸三判事は、「信義誠実の原則を定めた2条の規定は、総則規定として、新法の規定の全体の解釈に当たっての基準ないし解釈指針としての機能を果たすとともに、当事者の訴訟追行について明文の規定を欠く場合の処理の一般的指針としても機能することになるものと考えられる。」と明快に指摘されている(柳田幸三「民事訴訟法の全面改正の意義と新民事訴訟の特徴」塚原朋一＝柳田幸三＝園尾隆司＝加藤新太郎編『新民事訴訟法の理論と実務(上)』61頁、83頁〔ぎょうせい、1997年〕)。

また、竹下守夫＝青山善充＝伊藤眞編集代表『研究会・新民事訴訟法——立法・解釈・運用』21頁(有斐閣、1991年)の福田剛久発言〔このような民事訴訟法2条に現れた新法の考え方は、「全体を解釈する上で非常に重要であって、そういうものを象徴的に表わす。」と指摘〕、松浦馨発言〔この規定を基盤にして、具体的な規定などが解釈されるのであり、「この規定はボクシングのボディブローみたいなので、やはり効いてくるのではないか。」と指摘〕、および、竹下守夫発言〔民事訴訟法「2条は単に理念的規定ないしは行為規範というだけではなく、裁判規範としての意味も持つ。」と指摘〕なども参照。さらに、中野貞一郎『解説・新民事訴訟法』18頁(有斐閣、1997年)でも、民事訴訟法2条は、「具体的な規定のないところでの信義則の適用を直截に支える機能をもつことになる。」と指摘されている。

52) 民事訴訟法2条の制定が、民事訴訟学のイメージアップにつながる可能性の指摘として、鈴木・前掲論文注(13)36頁がある。そこでは、民事訴訟法、略して「民訴」は、昔から「眼素」という当て字が行われているほど、学生諸君にとっては大変評判の悪い科目であり、その原因としては、訴訟が、学生諸君の日常経験からまったく隔絶した場所で行われる事象などということがあげられるのが普通であるが、かつて中田淳一博士は、(旧)民訴法の条文体裁にも原因があるのでないか、として次のようにいわれたことがあるとして、次のような興味深い引用がなされている。

「試みに、民法と(旧)民訴法の各第1条を読みくらべてみよ。前者には、『公共の福祉』

さて、このように、信義則に関する規定が創設されたが、本稿が課題とする裁判所の当事者に対する信義則の適用の可否については、この規定の文言からは必ずしも明らかではない。この点について、民事訴訟法2条後段の主語が、当事者に限定されていることから、否定説⁵³⁾ もみられる。

しかし、これに対しては、鈴木正裕博士の次のような指摘⁵⁴⁾ が示唆的であり、むしろ現行民事訴訟法は、黙示的に肯定説に立っているように思われる。すなわち、「新法2条は、信義則を当事者の訴訟追行についてのみ認める表現をとっているので、信義則を当事者対当事者の間のみ認め、当事者対裁判所の間には認めない・・・学説に軍配をあげたかにみえる。しかし、新法をそう理解されたら、立法の審議に参加した人たちはみな目を白黒されるのではあるまいか。・・・信義則を当事者対当事者の間で認めず、当事者対裁判所の間でしかも当事者の協力義務についてのみ認める見解（このような見解は、いまだかつて学説・判例によって提唱されたことはない）だけが新法により排斥された、とみることが正しい見方ではあるまいか。」という指摘である。また、中野博士⁵⁵⁾ も、「新法は民事訴訟における信義誠実の原

とか、「信義誠実」とか、「権利濫用禁止」とかいうように、頗る意味深長、ひとをして哲学的思索にも誘うような、あえて民法に限らず、ひろく法全体を支配する大原則が掲げられているのに反し、後者は「訴ハ被告ノ普通裁判籍所在地ノ裁判所ノ管轄ニ属ス」と規定するのみで、一読何の興味もわかないセンテンスである。前者が喫茶店頭に色あざやかに飾られたショートケーキであるとするれば、後者は干物屋の店先にあるかびの生えた鰹節にもたとえることができようか。学生仲間で民訴がとうていチャーミングな学科として受けとられそうにもないのは、講義の最初にこのような管轄規定の説明が出てくるのも、案外大きな原因となっているのかも知れない」（（ ）内は、筆者が付加）。これは、中田淳一「民事訴訟法の学習と講義」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座（4）』の附録（有斐閣、1955年）による。

ただし、そこでは、「訴訟法は、見たところ、一向食欲をそそるものではないが、用い方次第では、日常の良き調味料ともなり、また非常の場合の携帯口糧として登山家たちから愛用されるあの鰹節にもたとえられるのである。」という落ちがつけられている。

なお、竹下=青山=伊藤編・前掲書注（51）22頁〔青山善充発言〕では、民事訴訟法2条の創設に関して、これが、日常世界と訴訟世界の架橋という意味をもち、初学者に対する民事訴訟法のイメージアップにつながる効果をもつので、これから、初学者に民事訴訟法の理念を語るうえで「チョッピリ教育的な効果がある」かもしれないと指摘されている。

53) 山本・前掲注解民事訴訟法注（2）25頁。

54) 鈴木・前掲論文注（13）43頁。

則を実定的に明文化したものと解され・・・『裁判所は』『当事者は』と書き分けた条文表現には拘泥すべきではない。」と断言されている。

このような新法の制定後、「民事訴訟と信義則」論は、一定の落ち着きを見た。本稿の課題との関係でも、学説上、若干の議論がみられるにすぎない。

まず、鈴木博士⁵⁶⁾が、先に述べた山本教授⁵⁷⁾や松浦博士⁵⁸⁾の見解を承けて、裁判所が、期日内外の釈明を通じてある一定の法的外見解を示唆しながら、判決ではこれと異なる見解に基づいて判断した場合は、裁判所の信義則違反となり、第一審、第二審の判決が、従来の第三審の判例に従って判断しているのに、第三審が突然、自らの従来の判例を変更して、原判決を破棄し、本訴を不合法却下する内容の自判をするようなことは、信義則（ことに、禁反言）に対する違反として許されないと論じられていた⁵⁹⁾。

このような議論状況で、本格的に裁判所の行為に対する信義則の問題を取

55) 中野・前掲書注(51)18頁。

56) 鈴木・前掲論文注(13)43頁を参照。

57) 前注(48)参照。

58) 前注(45)参照。

59) さらに、賀集唱＝松本博之＝加藤新太郎編『基本法コンメンタール民事訴訟法1〔第3版〕』16頁〔中野貞一郎執筆〕(日本評論社、2008年)でも、「当事者相互間の信頼保護だけでなく、裁判所の裁判や態度に対する当事者の信頼の保護という関係でも、裁判所・当事者間で信義則が働く場合は十分に考えられる。」と指摘されていた。その理由として、「訴えの提起ひとつを取り上げてみても、それは、裁判所・当事者間の関係であるが同時に当事者間の関係でもあり、このように、訴訟では両関係を截然と区別できないのが普通であろう。また、当事者相互間の信頼保護だけでなく、裁判所の裁判や態度に対する当事者の信頼の保護という関係でも、裁判所・当事者間で信義則が働く場合は十分に考えられる。」と指摘されており、先に述べた山本戸論文(前注(37)参照)の影響もみられる。

また、賀集＝松本＝加藤編・上掲書、253頁〔須藤典明執筆〕では、「高裁宛の控訴状を同一建物内の地裁の受付係が受理したまま放置し、控訴期間経過後に高裁に回付した場合(仙台高判昭和29年3月8日・下民集5巻3号311頁)・・・などにも、信義則や衡平の原則により追完が認められている。」と指摘され、裁判所が、当事者による訴訟行為の追完(民訴97条)を認める基礎には、信義則の存在が指摘されている。後掲【判例⑦】なども参照。

またさらに、笠井正俊＝越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法〔第2版〕』16頁〔越山和広執筆〕(日本評論社、2013年)では、裁判所が当事者に対して信義誠実義務を負うことを示唆しつつ、「これは、裁判所が自己の法的外見解や定着していた実務慣行を突然覆すことができるかなどの形で問題となろう。」と的確な指摘がなされている。

り上げられたのが、三谷忠之教授⁶⁰⁾である。

そこでは、民事訴訟法2条に関して、信義則が適用になる者について、様々な学説を論じられた。裁判所の当事者に対する関係での信義則を考えさせるきっかけは、新堂幸司博士がその「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」⁶¹⁾で挙げられた、後掲【判例①】であったとされるのである。新堂博士は、利用者の視点から、その判例を批評されたが、三谷教授は、先に述べた松浦博士⁶²⁾同様、裁判所の信義則違反の問題として捉えられている。さらに、いくつかの最高裁判例および下級審判例を取り上げ、そこにおける裁判所の行為について、信義則の適用（信義則違反）を論じられている。

なお、問題の立て方として、これまで述べてきたように、裁判所も当事者に対して信義誠実義務を負うかではなく、裁判所の当事者に対する関係では公正な手続の要請という憲法や国際人権規約が要求する「訴訟基本権」が妥当するとし、裁判所の当事者に対する義務を措定する見解⁶³⁾もみられる。

これは、憲法32条の保障する「公正な手続の要請」の具体化として、たとえば、裁判所は従来行われてきた実務から予告なしに離反してはならないという信頼保護の要請、矛盾行為の禁止、および、権限の濫用の禁止が、裁判所にも妥当することが承認されるべきであるとされる。また、裁判所がその手続を検証可能なように形成し、当事者にコントロールの可能性を与えることも要求され、さらに、裁判所は、具体的な訴訟状態において、当事者に配慮する義務を負うとされる。これらの広範な裁判所の義務は、信義則上の誠実義務と大きく重なり合う部分があり、その限りで、当事者に対する裁判所の誠実義務と捉えることができるが、それを超え、またそれよりも質的にも

60) 三谷忠之「裁判所側の信義誠実義務」『民事訴訟法理論の新たな構築〔新堂幸司先生古稀祝賀（上）〕』323頁（有斐閣、2001年）

61) 新堂幸司「民事訴訟法理論はだれのためにあるか」判例タイムズ221号17頁（1968年）〔後に、同『民事訴訟制度の役割』1頁（有斐閣、1993年）に所収〕。

62) 前注（45）とその本文を参照。

63) 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第8版〕』75－76頁注〔松本博之執筆〕（弘文堂、2015年）。なお、渡邊和道「訴訟手続の違憲を理由とする上告と破棄差戻し」愛知学泉大学現代マネジメント学部紀要4巻1号11頁、18－19頁（2015年）も参照。

重大なものであり、むしろ、憲法上の法治国家原則から導き出せる裁判所の公正な手続追行義務として位置づけるべきであろうと論じられている。

たしかに、ドイツ法の基本的な考え方を基盤とした重要な指摘であり、憲法32条が公正な手続の要請を含んでいるか否かの議論はとりあえず措くとして、すでに別稿⁶⁴⁾などにおいて「手続的正義の法理」に関して述べたように、個別事件において、信義則違反、裁量権の濫用、そして、憲法31条の適正手続条項違反の認定には、困難を極めるように思われる。個別規定の解釈や従前の実務、さらには裁判所の裁量にも関わる問題であり、被侵害利益としての実体的価値または手続的価値の程度などにも関わるからである。本稿では、さしあたり、信義則違反と権利濫用法理の重複的な適用を肯定しつつ、そのなかでも、手続権侵害の程度が特に重大かつ深刻な場合にのみ、憲法31条違反となり得ると考えたい。憲法31条違反の基礎にも信義則違反が存在すると思われるのである。民事訴訟が公正（フェア）に行われなければならないことは、単に当事者に対して命じられた基本的な手続要請であるだけでなく、裁判所においても命じられた基本的かつ制度的な要請であると、考えられるのである⁶⁵⁾。

本稿では、憲法違反の問題や「手続的正義」の問題への言及は最小限にとどめたいが、私見では、裁判所の行為が憲法31条違反の場合でも、その前提には、信義則違反が存在すると考えることから、裁判所の行為に対する信義則の適用自体を考察するのである。つまり、憲法違反も法律違反も重複して認定できる場合もあると考えられるのである。しかも、極端な場合には、「手続的正義」違反であり、信義則違反であり、裁量権の濫用であり、ひいては、憲法31条の適正手続条項違反であるという判断も、憲法判断回避の原則が存在するとしても、それが可能な場合には行うべきであるとも、考えられるの

64) 川嶋四郎「民事裁判における『手続的正義』・小考——『弁論再開判決』（最一小判昭和56年9月24日）を機縁として」立命館法学369・370号83頁、107頁（2017年）などを参照。

65) 民事訴訟手続への憲法保障の浸透については、川嶋・前掲書〔『民事訴訟法』〕注（2）17頁以下を、また、裁判所と裁判官等の公正確保に関する一般的な措置と個別的な措置に関しては、同書、120頁以下を参照。

である。

このように、1996年の民事訴訟法2条の制定後に、「民事訴訟と信義則」をめぐる議論は若干の進展をみせることとなった。その間、立法例としては、非訟事件手続法（平成23年法51号）4条と家事事件手続法（平成23年法52号）2条の制定にさいして、民事訴訟法2条に相当する規定が設けられた。なお、2006年の労働審判規則（平成17年規則2号）の制定のさいには、その2条で「当事者の責務」として、「当事者は、早期に主張及び証拠の提出をし、労働審判手続の計画的かつ迅速な進行に努め、信義に従い誠実に労働審判手続を進行しなければならない。」と規定された⁶⁶⁾。本稿の議論の射程は、基本的に、これらの規律にも及び得ると考えられるのである。

4 裁判所の信義誠実義務を想起させる判例

すでに、裁判所の行為に対する信義則の適用に関する様々な議論のなかで、いくつかの判例が挙げられていたが、以下では、裁判所の信義誠実義務がクローズアップされ得る若干の判例を取り上げたい。

66) この労働審判規則の規律は、規則事項であるため、義務ではなく「責務」として捉えるのが妥当であろう。前注(51)も参照。しかし、労働審判法のなかに、厳格な計画審理として三期日審理の原則（同法15条2項）、その他、第2回期日終了時までにはすべての主張と証拠を提出すべき原則（同規則27条）などが規定されていることから、それは、責務規定でありながら、実質的に法律の規定を強力に下支えしている。

最高裁判所事務総局行政局編『条解労働審判規則〔改訂版〕』2-4頁（法曹会、2013年）によれば、労働審判規則2条の「責務の内容」は、①「早期の主張及び証拠の提出義務」、②「計画的かつ迅速な手続進行努力義務」、および、③「信義誠実手続進行義務」からなるとされる。③の「義務」は、非訟事件手続法4条における当事者の信義誠実手続進行義務と同趣旨とされ、「確認的な規定」を置いたとされる。なお、興味深いことに、同書、4頁注(2)には、「労働審判手続において、裁判所及び労働審判委員会が信義に従い誠実に手続を行うべきことは、職責上当然のことであるから、裁判所及び労働審判委員会について信義誠実に手続を進行すべき義務を定める規定は設けられなかった。」と、特に付言されている。基本的には、至当な付言であると考えられるが、その義務が「具体的な義務であること」も、確認する必要があるというのが、本稿の問題意識である。なお、この「職責上当然のこと」という表現は、注(13)の有力説の表現（注(14)）と軌を一にする。

(1) 裁判所の行為が信義則違反となり得る最高裁判例

【判例①】 請求異議訴訟事件（最一小判昭和40年7月8日・民集19巻5号1170頁）

（事案） 本件は、当時の競売法に基づく任意競売（現、民事執行法に基づく担保権の実行としての競売〔民事執行法第3章〕に相当）に起因する事件であり、請求異議訴訟事件である。抵当権者であるYが競売申立てを行い、競売開始決定がなされたところ、Xが請求異議の訴えを提起した。第一審および第二審判決が、大判昭和6年11月18日・民集10巻1072頁（不動産競売異議事件、上告棄却）に従い、Xの請求異議の訴えを認容したにもかかわらず、最高裁は、職権による判断を行うことによって、この大審院判例を変更し、第二審判決を破棄し、第一審判決も取り消し、請求異議の訴えを却下した。

（判旨） 破棄自判 最高裁は、以下のように判示して、本件訴えを不適法却下した。「職権によって調査するに、・・・本件訴は、抵当権の不存在を理由として、競売法による競売手続（以下任意競売という）に対する請求異議の訴である。任意競売に対する不服申立方法については、競売法に規定がないから、その性質に反しないかぎり、民訴法の強制執行に関する規定を準用すべきものである。しかし、〔旧〕民訴法545条〔現、民執法35条〕のいわゆる請求異議の訴は、債務名義の存在を前提とし、その執行力の排除を目的とする訴であるから、債務名義の存在しない任意競売には準用することができないと解するのが相当である（昭和6年11月18日大審院判決、民集10巻1062頁の見解は、当裁判所の採用しないところである）。したがって、同被上告人の本訴は不適法として却下されるべきであり、本訴について本案の判断をした第一、二審判決は取消、破棄を免れない。」（〔 〕内は、筆者が付加）

（コメント） 本件最高裁判決は、最高裁判所における判断のあり方が、当事者に対する信義則違反を認定し得る事件である。

本判決に対して、新堂幸司博士⁶⁷⁾は、「ここで利用者を無視した法令解釈の統一という機能に疑問をいだかざるをえ」ないとされ、この最高裁の態度は「先例に従って一生懸命訴訟追行をしてきた当事者を侮辱するも甚だしい。」と厳しく批判され、「その事件かぎりでは、やはりXを勝たせるべき」と論じられている。しかも、当時の学説上、競売法に基づく競売を阻止するための手段として、請求異議説のほか、第三者異議説、執行方法異議説、即時抗告説などが提唱されていたにもかかわらず、最高裁が、請求異議説を採用しないというだけで、別の方法として何を認めるのかを「いわないで否定するというゆき方も不親切な態度だ」として、そのような態度を酷評されているのである。

本件では、立法的な対応もなされていない状況で、先例を信じて訴訟を追行し、原々審、原審と勝訴したXの裁判所に対する信頼保護を評価することができるであろう。裁判官の独立、審級制度および大審院判決の位置づけなどを前提としても、本件最高裁判決は、当事者に対する信義則違反のおそれが生じるものであり、その回避のためには、新堂博士が指摘されるように、本件かぎりでは、X勝訴の判決を言い渡すか、あるいは、最高裁がふさわしい手続を判示するとともに、破棄自判ではなく、審理不尽等の理由で破棄差戻しし、訴えの変更の機会を付与して、当事者のために従前の手続を生かす道なども、探求されるべきであったと考えられる⁶⁸⁾。

67) 以下、新堂・前掲論文〔『民事訴訟制度の役割』〕注(61)28-30頁。

68) ただし、後者の方法については、時間、費用および労力をかけて最高裁まで訴訟追行をしてきた当事者に対して、そこまで要求することは過大な負担と考えられるので、本件では、前者の方法が優れていると考えられるであろう。この判決に対しては、判例変更のあり方も論じられ、たとえば、青山善充「上告審における当事者救済機能——上告目的論への一視点」ジュリスト591号83頁、92頁(1975年)では、英米法における判例変更の一手法としての「判例の不遡及的変更(prospective overruling)」の法理〔アメリカの裁判所が、判例変更のさいに、新しい判例の趣旨はその判決の日以後になされた事実にも適用されるものとして、法的安定性の強く要請される分野においても、判例変更を可能にし、判例法の発展の道を開いた法理〕が用いられるべきであったと指摘されている。この法理については、田中英夫「判例の不遡及的変更」法学協会雑誌(東京大学)83巻7・8合併号1005頁(1966年)〔後に、同『法形成過程〔英

本件については、判断内容や判例変更のあり方などについて論じられているが、しかし、すでに指摘されているように、本判決は、裁判所の当事者に対する信義則を考える契機ともなり得る重要な判例であろう^{69) 70)}。

【判例②】夜間飛行禁止等請求事件（最大判昭和56年12月16日・民集35巻10号1369頁）

（事案）これは著名な大阪空港訴訟事件であり、大阪国際空港の周辺住民が、国を被告として、人格権および環境権に基づいて、夜9時から翌朝7時までの空港供用の禁止（すなわち、いわゆる夜間飛行の差止め）を求め

米法研究Ⅰ』（東京大学出版会、1987年）所収）、同『英米法総論〔下〕』486頁（東京大学出版会、1980年）などを参照。なお、新堂・前掲論文注（61）では、実質的に同旨の判断のあり方が、すでに提示されていた。同書、45頁〔補注〕を参照。

なお、本判決は、職権による破棄自判に関する問題をも誘発する可能性があるが、ここでは割愛したい。この問題に関しては、川嶋・前掲書〔『民事訴訟法』〕注（2）928頁などを参照。

69) 前注（45）・（60）とその各本文を参照。

70) なお、不執行の合意に関する執行抗告事件である、最二小決平成18年9月11日（民集60巻7号2622頁）では、不執行の合意等の存在を主張して裁判所に強制執行の排除を求める場合には、執行抗告（民執10条）・執行異議（民執11条）によるべきか、請求異議の訴えによるべきかが問題となった。この事案では、債権者は、大判大正15年2月24日（民集5巻235頁）〔執行方法異議説を採用し、請求異議の訴えを不適法却下する判例〕に依拠して、執行抗告の申立てを行った。原々審・原審は、訴えを却下し、最高裁も、請求異議の訴えによるべきであると判示した。ここでは、【判例①】とは異なり、当事者（原告）の裁判所に対する信頼保護の必要性は高くはないように思われるが、本件でも、明示的な立法的対応もなされていない状況で、先例を信じ、先例に対応する現行法の救済手段を選択した原告に対して、何らかの保護がなされてしかるべきであると考えられる。ここでも、判例の不遑及的変更の法理（前注（68）参照）が用いられるか、あるいは、請求異議の訴えと執行抗告を選択的に利用できる方が探求されてもよかつたのではないかとと思われる。この点に関して、川嶋四郎「判例批評」法学セミナー630号117頁（2007年）などを参照。

また、司法行政的な手続であり、詳しい明文の規定がなく、裁判所の裁量的な手続形成に委ねられているような場合にも、信義則による手続保障的な手続創造が要請される場合があると考えられる。たとえば、後述の【判例⑤】は、このような手続形成の指針が示された判例とも考えられるが、これに対して、受救助者の猶予費用の相手方に対する直接取立額の決定方法に関する、最三小決平成29年9月5日（判例タイムズ1443号56頁）は、今一步の手続的配慮が要請されるように思われる。この判例については、川嶋四郎「判例批評」ジュリスト1518号〔平成29年度重要判例解説〕130頁（2018年）を参照。

るとともに、国家賠償法に基づく現在および将来の損害賠償を求めた事案である（以下、本稿との関係で、差止請求のみについて言及したい）。原々審は、夜10時以降の差止めを認容したが、原審は、さらに夜9時以降の差止めまで認容した。これに対して、国が上告を申し立てた。最高裁は、原々審および原審では全く論じられることがなかった異なる新たな法律構成を用いて、本件差止請求を不適法却下した。

(判旨) 破棄自判 最高裁は、本件差止請求につき、次のように判示して、不適法却下した。

「・・・空港国営化の趣旨、すなわち国営空港の特質を参酌して考えると、本件空港の管理に関する事項のうち、少なくとも航空機の離着陸の規制そのもの等、本件空港の本来の機能の達成実現に直接にかかわる事項自体については、空港管理権に基づく管理と航空行政権に基づく規制とが、空港管理権者としての運輸大臣と航空行政権の主管者としての運輸大臣のそれぞれ別個の判断に基づいて分離独立的に行われ、両者の間に矛盾乖離を生じ、本件空港を国営空港とした本旨を没却し又はこれに支障を与える結果を生ずることがないよう、いわば両者が不即不離、不可分一体的に行使実現されているものと解するのが相当である。換言すれば、本件空港における航空機の離着陸の規制等は、これを法律的にみると、単に本件空港についての営造物管理権の行使という立場のみにおいてされるべきもの、そして現にされているものとみるべきではなく、航空行政権の行使という立場をも加えた、複合的観点に立つた総合的判断に基づいてされるべきもの、そして現にされているものとみるべきものである。

ところで、(本件差止めの)趣旨は、本件空港の設置・管理主体たる上告人に対し、いわゆる通常の民事上の請求として右のような不作為の給付請求権があると主張してこれを訴求するものと解される。そうすると、右の請求は、本件空港を一定の時間帯につき航空機の離着陸に使用させないということが本件空港の管理作用のみにかかわる単なる不作為

にすぎず、およそ航空行政権の行使には関係しないものであるか、少なくとも管理作用の部面を航空行政権の行使とは法律上分離して給付請求の対象とすることができるとの見解を前提とするものといえることができる。

しかしながら、前述のように、本件空港の離着陸のためにする供用は運輸大臣の有する空港管理権と航空行政権という二種の権限の、総合的判断に基づいた不可分一体的な行使の結果であるとみるべきであるから、右被上告人らの前記のような請求は、事理の当然として、不可避免的に航空行政権の行使の取消変更ないしその発動を求める請求を包含することとなるものといわなければならない。したがって、右被上告人らが行政訴訟の方法により何らかの請求をすることができるかどうかはともかくとして、上告人に対し、いわゆる通常の民事上の請求として前記のような私法上の給付請求権を有するとの主張の成立すべきいわれはないというほかはない。」(()内は、筆者が付加)

(コメント) 本判決当時には、空港は国の営造物であり、営造物の管理作用は、民間企業が企業施設を管理する作用と基本的には同じであることから、非権力作用であり、民事訴訟によって、その共用の差止めを求めることができると考えられていたが、本件で最高裁は、本件空港の離着陸のための管理作用が、公権力の行使と一体の特殊なものであること(いわゆる「不可分一体論」)を理由に、民事差止請求の訴えを不適法却下した⁷¹⁾。

本件は、当時の裁判実務や学説によれば、一般に従来の訴訟要件を充足するかぎり、原告が民事差止請求の本案判断を望めた事案であり、本件原々審および原審では全く提示されていなかった新たな法律構成によって、最高裁は、いわば不意打ち的に差止請求の訴えを却下したのである。このことは、裁判所による信義則違反のきらいがあると考えられる。

71) たとえば、古城誠「本件批評」淡路剛久＝大塚直＝北村喜宣編『環境法判例百選〔第2版〕』84頁(有斐閣、2011年)などを参照。

たしかに、【判例①】の場合と同様に、裁判官の独立や審級制度は考慮するとしても、また、上告審における職権調査事項の例外の手續（現、民訴322条）が存在するとしても、原々審および原審の帰結と「不可分一体論」の新規性を考慮すれば、最高裁は、信義則上、法的観点指摘義務を履行し、新たな対論のプロセスを設けるべきであったと考えられる。つまり、その点を新たに争うために（法領域における当事者の手續保障の実現のために）、少くとも原々審または原審への破棄差戻し、当事者間の法的対論を保障することが必要だったのではないかと考えられるのである（しかも、このような手続的な正義の要請は、結果の如何に関わるべきではないと考えられるのである⁷²⁾。⁷³⁾

（2） 裁判所の行為に信義則依拠が窺われる最高裁判例

【判例③】 家屋明渡請求事件（最一小判昭和41年7月14日・民集20巻6号1173頁⁷⁴⁾）

（事案） 本件は、いわゆる死者名義訴訟事件である。訴状に被告として表示されている者が、裁判所に対する訴状の提出後その送達前に死亡した場合において、その相続人らが、異議を述べることなく被告の訴訟を承継する手續をとり、第一審および第二審を通じて、自ら進んで訴訟行為をし、ともに敗訴したところ、上告理由で、その相続人らが初めて、本件訴状が被告の死亡後に送達されたものであり、被告は訴訟当事者ではないので、訴え却下の判決をすべきであると主張した。

（判旨） 上告棄却 最高裁は、本件訴訟の経過に基づき検討すれば、本件相

72) たとえば、川嶋・前掲書〔「民事訴訟法」〕注（2）930頁などを参照。

73) さらに、同様な考慮は、豊前環境権訴訟事件の最高裁判決（最二小判昭和60年12月20日・判例時報1181号77頁、判例タイムズ586号64頁）などにおいても、必要であったと思われる。この判例については、たとえば、伊藤眞「判例批評」淡路＝大塚＝北村編・前掲書注（71）22頁、佐藤鉄男「判例批評」伊藤眞＝高橋宏志＝高田裕成編『民事訴訟法判例百選〔第3版〕〕38頁（有斐閣、2003年）などを参照。

74) 前注（50）とその本文も参照。

続人らは、自から被告の訴訟を承継する手続をとりこれを承継したものと
として、本件訴訟の当初からなんらの異議を述べずにすべての訴訟手続
を遂行し、その結果として、原告・被控訴人・被上告人の本訴請求の適
否について、第一審および第二審の判断を受けたものであるとしたうえ
で、このように、第一審および第二審を通じてみずから進んで訴訟行為
をした本件相続人らが、いまさら、本件訴訟の当事者（被告）が死者で
あったとして、自からの訴訟行為の無効を主張することは、信義則のう
えから許されないものと解するのが相当であると、判示したのである。

(コメント) 本判決は、いわゆる死者名義訴訟において、訴訟の受継をした
相続人らが、事実審における敗訴後にその行為態様を豹変させて、上告
審で、当事者は死者であり自らの訴訟行為の無効を主張することは、信
義則（禁反言の原則）に反し許されないと判断したものである⁷⁵⁾。

本件最高裁判決は、一見したところ、当事者間における信義則適用の
事案のようにみえるが、行為態様の変更は、相手方当事者に対してだけ
ではなく、裁判所に対してもなされていることから、当事者・裁判所間
における信義則の適用事例とも考えられる。しかも、単に当事者の裁判
所に対する信義則違反だけではなく、裁判所も、裁判所の行為が信義則
違反にならないように、当事者の信頼保護に配慮した判断を行った判決
のように思われる。先に述べたような松浦博士⁷⁶⁾の論述を考慮すれば、
当事者間での信義則の適用が考えられる場合でも、その当事者の行為の
評価を実施するのは裁判所であり、裁判所がそのような評価を行わなけ
れば信義則違反になるという、裁判所の判断の背後に、信義則に従った
信頼保護の救済行動が要請される場合も考えられるのである。そのよう
な裁判所の行為が事後的に信義則によって評価され得る限りで、裁判所

75) この判例については、本判決については、たとえば、竹下・前掲論文注(41)143頁、金子
宏直「判例批評」小林秀之編『判例講義・民事訴訟法〔第3版〕』15頁（悠々社、2016年）な
どを参照。

76) 前注(47)、および、松浦・前掲論文注(45)263頁を参照。

の行為にも信義則の適用が可能となるであろう。その意味では、この判決は、黙示的に裁判所の行為に対して信義則が適用されることを含意したものと評価することができるのである（それは、もしも裁判所が、本件事案において、本判決とは逆の結論を採用した場合には、当事者〔原告〕に対する信義則違反になるとも、考えられるのである。）。

【判例④】家屋明渡請求事件（最一小判昭和55年1月18日・判例時報961号74頁）

（事案） 本件は、訴えの取下げ後の再訴禁止効が問題となったものであり、最高裁判所は、特に、信義則には言及していない。事案は審らかではないが、Xは、先に本件訴訟と当事者および訴訟物を同じくする旧訴（家屋明渡請求訴訟）を提起し、X勝訴のいわゆる欠席判決の言い渡しを受けた。ところが、その後、旧訴担当裁判官より、「被告に訴状不送達のまま欠席判決をした。控訴審で判決が取り消されることは明らかであるから、いったん訴えを取り下げて再度訴えを提起してほしい。」との要請を受けた。そこで、Xは、旧訴を取り下げて、改めて本件訴訟を提起したものである。

これに対して、Yは、本件訴訟が終局判決後に再び提起されたものであり、再訴禁止効（旧237条2項〔現、262条2項〕）に触れると主張したが、原々審および原審（判例時報924号68頁）がその主張を排斥したので、Yが上告を提起した。

（判旨） 上告棄却 最高裁は、本案の終局判決後に取り下げられた旧訴と当事者および訴訟物を同じくする新訴の提起であっても、旧訴の取下げの事情から、当事者の責めに帰すべき事由によるものではなく、また、当事者において同一紛争を蒸し返して訴訟制度をもてあそぶといったような不当な意図を有していないときは、右新訴の提起は違法とはいえない旨を判示した。

（コメント） 本件は、訴えの取下げ後の再訴禁止効の判断についての妥当な

判決であり、本判決に関しては、その理由付けにも結論自体にも異論はない。ただし、裁判所が、再訴禁止効の成否を判断するにさいの背景には、一定の公的見解を示した裁判所サイドの当事者に対する信義誠実義務が存在すると考えられる。つまり、本件では、裁判所が信義誠実義務を履行したともいえる。旧訴担当裁判官の言を信じて、訴えを取り下げた原告の再訴を禁じるのは、右手で与えた物を左手で奪うがごとく、禁反言の法理からも、信頼保護の観点からも、許されないからである。当事者の再訴が信義則上許され、それを拒否することが、裁判所の当事者に対する信義則違反になるとも考えられるので、本判決は妥当であると評価できるのである^{77) 78)}。

【判例⑤】 弁論再開申立事件（最一小判昭和56年9月24日・民集35巻6号1088頁）

（事案） 本件は、弁論再開（133条〔現、民訴153条〕）の適否が問題となった事例であり、これも、信義則には、特に言及していない。

この事件の事案は、次の通りである。X₁は、Yに対して、次のように主張して、本件各登記の抹消手続を求める訴えを提起した。その所有する本件不動産につき、Yのために所有権移転登記等の登記がなされてい

77) なお、本件事案の詳細は審らかではないが、上記訴えの取下げを要請した裁判官は、本件事案の場合に、そのような要請のほかに、手続的に可能な場合には、判決の変更（現、民訴256条）を行い、変更判決を言い渡すことも可能であろう。また、原告がその訴えを取り下げた場合には、錯誤による無効などを主張して、新たな期日指定の申立てを行い、旧訴を続行する方法も、考えられなくはないと思われる。いずれにしても、本件のような新訴提起の場合と比較して、従来の訴訟手続をそのまま利用できること、すなわち、新たな訴訟費用（提訴手数料）の支出を免れ、従前の訴状、裁判資料（訴訟資料・証拠資料）、訴訟委任状などの継続的な利用も可能になると、考えられるからである。ただし、本件事案では、変更判決の場合には、上訴して破棄差戻しを求め、最初から送達をやり直す必要があり、また、期日指定の申立て・旧訴の続行の場合でも、上訴され破棄差戻しされれば、最初から送達をやり直す必要がある。この場合には、裁判所が訴訟終了判決を言い渡すことは、信義則上許されないと考えられる。

78) 信義則の法理が妥当することにより、救済選択肢が増加すること自体にも意義があると考えられる。なお、川嶋・前掲書〔『民事訴訟法』〕注（2）12頁なども参照。

るものの、いずれも登記原因を欠き、実体法上の権利関係に適合しないものであると主張したのである。

これに対し、Yは、本件各登記は、X₁またはX₁から権限を授与されていたX₂の代理人Aとの間で締結した譲渡担保設定契約等を原因とするもので、Aには代理権が与えられていたこと、仮にAが代理権を有していなかったとしても、X₁またはX₂がAに実印・権利証を交付することにより、Aに代理権を与えた旨を表示したことによる表見代理、または、権限逾越の表見代理が成立していたと反論した。

原々審は、本件各登記がAにおいてX₁の実印を冒用した委任状によってされたものであること、X₂には本件不動産の処分権限がないこと、X₁がAに対して実印等を交付したことはないことを理由に、Yの主張を排斥し、X₁の請求を認容した。これに対し、Yが控訴を提起した。控訴審の係属中、その口頭弁論終結前にX₁が死亡し、X₂がその相続人として権利義務の一切を承継したが、本件訴訟では、訴訟代理人が選任されていたことから訴訟手続は中断せず、しかも、訴訟承継の手続もとられない状態で、X₁を訴訟当事者として訴訟手続が進行した。

原審（控訴審）は、口頭弁論期日において、弁論を終結し、判決言渡期日を指定したが、しかし、Yは、口頭弁論終結後に、控訴審に対し、X₁の死亡を証する戸籍謄本を添付した口頭弁論再開申立書を提出し、その後、X₂はX₁の死亡によりX₁の権利義務の一切を承継したことからAの行為につき責任を負うべきである旨を記載した準備書面を提出した。これに対して、控訴審は、口頭弁論を再開することなく、控訴棄却により、第一審同様、請求認容判決を言い渡した。Yが上告を提起した。

(判旨) 最高裁判所は、次のように判示して、原判決を破棄して原審に差し戻した。

「・・・いったん終結した弁論を再開すると否とは当該裁判所の専権事項に属し、当事者は権利として裁判所に対して弁論の再開を請求することができないことは当裁判所の判例とするところである（最高裁昭和

23年・・・4月17日第二小法廷判決・民集2巻4号104頁、同23年・・・11月25日第一小法廷判決・民集2巻12号422頁・・・)。しかしながら、裁判所の右裁量権も絶対無制限のものではなく、弁論を再開して当事者に更に攻撃防禦の方法を提出する機会を与えることが明らかに民事訴訟における手続的正義の要求するところであると認められるような特段の事由がある場合には、裁判所は弁論を再開すべきものであり、これをしないでそのまま判決をするのは違法であることを免れないというべきである」。

「これを本件についてみるのに、前記事実関係によれば、①上告人YはX₁が原審の口頭弁論終結前に死亡したことを知らず、かつ、知らなかったことにつき責に帰すべき事由がないことが窺われるところ、本件弁論再開申請の理由は、帰するところ、被上告人X₂がX₁を相続したことにより、被上告人X₂がX₁の授権に基づかないでAをX₁の代理人として本件不動産のうち一部をB会社に売却する契約を締結せしめ、その履行のために甲の実印をAに交付した行為については、X₁がみずからした場合と同様の法律関係を生じ、ひいてAは右の範囲内においてX₁を代理する権限を付与されていたのと等しい地位に立つことになるので、上告人Yが原審において主張した・・・表見代理における少なくとも一部についての授権の表示及び・・・表見代理における基本代理権が存在することになるというべきであるから、上告人Yは、原審に対し、右事実に基づいてAの前記無権代理行為に関する民法109条ないし110条の表見代理の成否について更に審理判断を求める必要がある、というにあるものと解されるのである。右の主張は、②本件において判決の結果に影響を及ぼす可能性のある重要な攻撃防禦方法ということができ、上告人Yにおいてこれを提出する機会を与えられないまま上告人Y敗訴の判決がされ、③それが確定して本件各登記が抹消された場合には、たとえ右主張どおりの事実が存したとしても、上告人Yは、該判決の既判力により、後訴において右事実を主張してその判断を争い、本件各

登記の回復をはかることができないことにもなる関係にあるのであるから、このような事実関係のもとにおいては、自己の責に帰することのできない事由により右主張をすることができなかつた上告人Yに対して右主張提出の機会を与えないまま上告人Y敗訴の判決をすることは、明らかに民事訴訟における手続的正義の要求に反するものというべきであり、したがって、原審としては、いったん弁論を終結した場合であっても、弁論を再開して上告人Yに対し右事実を主張する機会を与え、これについて審理を遂げる義務があるものと解するのが相当である」。

(①～③は、筆者が付記)

(コメント) 本件では、従前から裁判所の専権とされてきた弁論の再開について、「手続的正義」という新規な法概念を用いて、裁判所による弁論の再開が義務づけられる場合があることを明らかにした、初めての最高裁判決である。

ただし、本件については、裁量権の濫用、信義則による裁量統制、さらには、憲法31条違反なども勘案されるべきである⁷⁹⁾が、特に、信義則については、次のように考えられるであろう⁸⁰⁾。

これまでみてきたように、裁判所の訴訟行為に信義則が適用になるとして、まず、本件弁論の再開事例で、信義則（権利濫用を含む。）を直接的に用いなかったことは、それなりの理由があると思われる。裁判所の裁量権の行使における権利濫用の法理を用いることは、あらかじめ裁量権の範囲を画することが難しいことから、比較的困難であったと考えられる。また、裁判所の弁論不再開の判断に対する禁反言の法理（矛盾挙動禁止の原則）の適用も、比較的困難だったと考えられる。その事件よりも前に行つた裁判所の行為（先行行為）に反する判断を、後に裁判所が行つたわけではないと考えられるからである。ただし、本判決以前

79) 川嶋四郎「民事裁判における『手続的正義』・小考——『弁論再開判決』（最一小判昭和56年9月24日）を機縁として」立命館法学369・370号83頁（2017年）。

80) 川嶋・前掲論文注（79）108-110頁。

の弁論の再開に関する実務慣行が、比較的柔軟に弁論の再開を認めていた場合には、信頼保護が形成されるとも考えられるが、判例・通説上、最終的には裁判所が弁論の再開の許否を決定する専権を有しているとされていたことから、やはり禁反言の法理などの適用は、困難であったように思われる。

しかし、本件のように、上記①から③のような特別な事情がある場合には、弁論の再開を申請する当事者に、その再開を一般的かつ合理的に期待するだけの信頼保護が形成されているとも考えられる⁸¹⁾ (一般的に、弁論再開に関する期待可能性が存在する場合とも評価できるであろう)。本件最高裁は、このような特別な事情がある場合に、本来裁判所の専権とされる手続についても、信義則上、弁論を再開することが義務づけられることを捉えて、「手続的正義」と表現したのかもしれない。

このように考えれば、限定的ながらも、本判決の背景には、裁判所の信義誠実義務の考慮がみられるように思われるのである (換言すれば、本件のような特別な事情がある場合にさえ、弁論の再開を認めなければ、それは、裁判所の信義則違反となるとも考えられるのである)。

【判例⑥】 父子関係不存在確認請求事件 (最二小判平成7年7月14日・民集49巻7号2674頁)

(事案) 本件において、Xは、戸籍上、Y₁・A間の嫡出子として届出がなされているY₂について、家庭裁判所に、まず、Y₁とY₂との間の親子関係不存在の確認を求める旨の調停の申立てを行ったが、その取下げ後に、Xは、地方裁判所に、Y₁とY₂との間の親子関係不存在確認の訴えを提起した (当時は、人事訴訟の管轄が、地方裁判所にあった)。この訴訟の第一審係属中、家庭裁判所において、Y₂をB・C夫妻の特別養子とする審判 (民法817条の2、旧家事審判法9条1項甲類8号の2 [現、家事事件手続法「別表第一」63項]) がなされたので、Xがこの審判に対して

81) この叙述の限度で、川嶋・前掲論文注(79)110頁の叙述を修正したい。

即時抗告を申し立てたが、申立適格を欠くという理由で却下され、この審判が確定した。

その後、本件訴えの第一審において、地方裁判所は、Xの請求を認容し、Y₁・Y₂間の親子関係の不存在を確認する旨の判決を言い渡したところ、Yらが控訴を提起した。控訴審は、Y₂を特別養子とする本件審判が確定した以上、本件訴えは確認の利益を欠き不適法であるとして、第一審判決を取り消して、本件訴えを却下した。これに対して、Xが上告申立て。

(判旨) 破棄差戻し 最高裁の判旨は、以下の通りである。「子の血縁上の父は、戸籍上の父と子との間に親子関係が存在しないことの確認を求める訴えの利益を有するものと解されるところ、その子を第三者の特別養子とする審判が確定した場合においては、原則として右訴えの利益は消滅するが、右審判に準再審の事由があると認められるときは、将来、子を認知することが可能になるのであるから、右の訴えの利益は失われぬものと解するのが相当である。

これを本件についてみると、記録によれば、①Y₂をB、Cの特別養子とする審判・・・が確定していることは明らかであるが、②Xは、Y₂が出生したことを知った直後から自分がY₂の血縁上の父であると主張し、Y₂を認知するために調停の申立てを行い、次いで本件訴えを提起していた上、③本件審判を行った福島家庭裁判所郡山支部審判官も、Xの上申を受けるなどしてこのことを知っていたなどの事情があることがうかがわれる。右のような事情がある場合においては、④Xについて民法817条の6ただし書〔養子となるべき者の利益を著しく害する事由〕に該当する事由が認められるなどの特段の事情のない限り、特別養子縁組を成立させる審判の申立てについて審理を担当する審判官が、本件訴えの帰すうが定まらないにもかかわらず、Y₂を特別養子とする審判をすることは許されないものと解される。なぜならば、仮に、XがY₂の血縁の父であったとしても、Y₂を特別養子とする審判がされたならば、Y₂を認知す

る権利は消滅するものと解さざるを得ないところ（民法817条の9）、Xが、Y₂を認知する権利を現実に行使するためとして本件訴えを提起しているにもかかわらず、右特段の事情も認められないのに、裁判所がXの意思に反してY₂を特別養子とする審判をすることによって、Xが主張する権利の実現のみちを閉ざすことは、著しく手続的正義に反するものといわざるを得ないからである」。

「そして、XがY₂の血縁上の父であって、右の特段の事情が認められない場合には、特別養子縁組を成立させる審判の申立てについて審理を担当する審判官が本件訴えの帰すうが定まるのを待っていれば、Xは、Y₂を認知した上で、事件当事者たる父として右審判申立事件に関与することができたはずであって、本件審判は、前記のような事情を考慮した適正な手続を執らず、事件当事者となるべき者に対して手続に関与する機会を与えることなくされたものといわざるを得ないことになる。そうであれば、XがY₂の血縁上の父であって、右の特段の事情が認められない場合には、本件審判には、家事審判法7条〔非訟事件手続法（旧法）の準用規定。現、不存在〕、非訟事件手続法25条〔現、非訟73条2項・家事93条1項〕、民事訴訟法429条〔現、民訴349条〕、420条1項3号〔現、民訴338条1項3号〕の準再審の事由があるものと解するのが相当であって、本件審判が確定したことの一事をもって本件訴えの利益は失われたものとした原審の判断は、法令の解釈を誤り、ひいては審理不尽の違法を犯したものといわざるを得ない」。（〔 〕内および①から④は、筆者が付加）

（コメント） 本件は、【判例⑤】に次いで、手続的正義の法理を用いて判断を下した最高裁判例であり、本件審判が著しく手続的正義に反するとして、本件訴えにおける原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した判例である。本件最高裁は、直接的に信義則を用いた判断を下してはいないが、本件判断の背景には、信義則的な考慮（特に、信頼保護や権限の濫用禁止の法理）が潜んでいるように思われる。最高裁は、特に、①から③の

事実があり、④の事実が存在しない限り、「裁判所がXの意思に反してY₂を特別養子とする審判をすることによって、Xが主張する権利の実現のみちを閉ざすことは、著しく手続的正義に反する」と判示したのである。「手続的正義」規範からの判断ではあるが⁸²⁾、Xができる限りの手続を尽くし（上記②の事情）、また、上申を受けた家事審判官が本件訴えの係属を知っていた場合（上記③の事情）には、Xからしてみれば、特段の事情（上記④の事情）もないのに、裁判所がまさか本件訴えを無にすることになる家事審判を行うことはないとの合理的な信頼が生じるのではないかと思われる。それにもかかわらず、家事審判官が特別養子縁組を成立させる審判を行ったこと（上記①の事情）は、裁判所の当事者に対する信義誠実義務に反すると、最高裁が考えたようにも思われるのである。確かに、家事審判官は、迅速に家事審判を行う権限も責務もあるとも考えられるが（現、家事2条参照）、しかし、信義則に基づく公正な手続進行もまた不可欠であり（同条参照）、本件事案では、家事審判官による本件審判の実施は、信義則に反し、権利の濫用に当たり得るようにも思われる。そのことは、単なる手続的正義に反するのではなく、本判決のいう「著しく手続的正義に反する」という措辞に顕在化されているようにも思われる⁸³⁾。家事審判手続という、後見的な観点からの合目的的な裁量権の行使が比較的柔軟に認められる領域での手続進行に対する戒めさえも、含んでいるようである。

82) 川嶋四郎「続・民事裁判における『手続的正義』・小考——『弁論再開判決』（最一小判昭和56年9月24日）後の諸判例を中心として」『現代民事手続の法理〔上野泰男先生古稀祝賀〕』185頁、186頁（弘文堂、2017年）。

83) この判決については、「血縁上の父であるXから本件訴えを提起している旨の上申書が提出されているのである。これを無視したことはやはり家庭裁判所にとって決定的なミスであったというほかないであろう。」しかも、「本件の最高裁判決に反対する者は、何びともいないのではあるまいか。家庭裁判所、原裁判所の無感覚・無神経ともいべき取扱いを見た後、本件判決に接した者は誰でも、ほっと安堵の胸をなでおろすであろう。」という指摘（鈴木正裕「判例批評」私法判例リマークス13号124頁、125-126頁、127頁〔1996年〕）もなされている。それは、最高裁判所が、信義誠実に、原審などの判断を是正した結果であると考えられる。

【判例⑦】遺産分割審判事件（最一小決平成15年11月13日・民集57巻10号1531頁）

（事案） 本件では、旧家事審判法に基づく家事審判事件において、合一確定が必要となる場合の不服申立期間をいかに考えるかが、争点となった。

本件で、被相続人Aには、7人の相続人がいたが、そのなかで、まず、 $Y_1 \sim Y_4$ が、Xおよび $Y_5 \cdot Y_6$ を相手方として遺産分割の調停を申し立てたが不調となり、事件が審判手続に移行した。これとは別に、Xが $Y_1 \sim Y_6$ を相手方として申し立てていた寄与分を定める審判事件が、上記事件と併合された。原々審は、Xの寄与分審判の申立てを却下したものの、特別受益等を考慮して遺産分割審判を行った。その審判の告知を、Xは、平成14年4月2日に受けたが、 $Y_1 \sim Y_6$ 全員への告知が完了したのは、同年4月8日であった。このことは、原々審の裁判所書記官に対するXの問合せにより確認された。それを受け、Xは、その日から2週間後の4月22日に即時抗告を申し立てた（旧家事審判法14条〔現、家事85条1項〕参照）。原審は、Xが告知を受けた日からすでに2週間が経っていることを理由に却下し、訴訟行為の追完も認めなかった。そこで、Xは抗告の許可を申し立てた。

（決定要旨） 破棄差戻し 本件最高裁決定は、原審が、共同相続人に対し最後に審判の告知がされた日から全員について即時抗告期間が進行する旨のXの主張を排斥した点は認めつつも、即時抗告期間の徒過がXの責めに帰すことのできない事由によるものであったと認めることはできないから、訴訟行為の追完が認められるべきであるとする主張を排斥した点について、以下のように述べ、その判断を取り消した。

すなわち、「相続人ごとに審判の告知の日が異なる場合における遺産の分割の審判等に対する即時抗告期間については、上記〔各相続人への審判の告知の日が異なる場合における遺産の分割の審判に対する即時抗告期間については、相続人ごとに各自が審判の告知を受けた日から進行するとの判示〕のとおりに解すべきものであるから、本件即時抗告は、

即時抗告期間が経過した後にはされたものであることは明らかである。

しかしながら、①この場合における即時抗告期間に関しては、先例となるべき当裁判所の判例はなく、②記録によれば、家庭裁判所における実務においては、告知を受けた日のうち最も遅い日から全員について一律に進行すると解する見解及びこれに基づく取扱いも相当広く行われており、③本件においても、抗告人が本件審判の告知の日がいつであるかを原々審に問い合わせた際に、担当の裁判所書記官は、平成14年4月8日に相続人全員に対する告知が完了した旨の上記の実務上の取扱いを前提とする趣旨の回答をしていること、④抗告人は、この回答に基づき、その日から2週間以内である同月22日に本件即時抗告をしたことが認められる。本件におけるこれらの事情を考慮すると、抗告人は、その責めに帰することのできない事由により即時抗告期間を遵守することができなかつたものと認めるのが相当であり、本件即時抗告が即時抗告期間を徒過した不適法なものとするとはできないというべきである（家事審判法7条、非訟事件手続法22条前段⁸⁴⁾。」（〔 〕内および①から④は、筆者が付加）と判示した。

（コメント） 本決定は、先に述べた争点に関する最初の最高裁判例であり、この種の事案だけでなく、必要的共同訴訟などのいわゆる合一確定訴訟（決定手続における合一確定手続をも含む。）の全般における上訴期間の規律についても影響を及ぼす重要な判例である。本稿の問題関心からみた場合に、本決定の判断手法は、事後の同種の事例に対する一般的な規範の定立を行うとともに、その規範を適用すれば救われないことになる本件Xについて、特別の事情を考慮し、訴訟行為の追完（民訴97条）の制度を用いて法的救済を図った点も注目し得る。つまり、最高裁は、当時相当広く行われていると認定された実務を否定し新たな実務を形成したうえで、Xは、自己の責めに帰することのできない事由により、即時

84) なお、現在の家事事件手続法は、現在の非訟事件手続との間に、準用関係はない。ちなみに、旧非訟事件手続法22条前段は、現非訟事件手続法34条4項に対応する。

抗告期間を遵守できなかったと判示して、訴訟行為の追完を認め、本件Xに救済の道を開いたのである⁸⁵⁾。

本決定は、信義則を用いて判断を導いたことが明示されているわけではないが、実質的には、本件判断の背後には、信義則の法理が存在するように思われ、裁判所の行為（判断）が当事者に対する信義則違反にならないように、一定の配慮がなされているようにも、考えられるのである。つまり、（決定要旨）で挙げられているように、①先例が存在しないこと、②最高裁決定とは異なる一律的な手続進行実務が広く存在していたこと、③担当裁判所書記官がその実務を前提とする回答をしたこと、および、④それに基づき本件即時抗告をしたことといった特別の事情を認め、そのままでは不利益を受けることになるXの信頼保護を理由に、訴訟行為の追完の法理を用いて、法的救済がなされたと考えられる^{86) 87)}。仮に、本件事案において、本件最高裁が原審決定を維持しているならば、後に、Xによる国家賠償請求訴訟の提訴なども考えられた事案である。

ここには、実務の変更に関する一つの妥当な方法が示されていると考えられる。その意味で、裁判所の行為が、当事者に対して信義則に基づいて、個別のかつ適切に行われた一例と考えられるのである⁸⁸⁾。

【判例⑧】文書提出命令事件（最二小決平成23年4月13日・民集65巻3号

85) 本件判示のあり方には、英米法における「判例の不遡及的変更」的な発想（前注（68）参照）や最高裁の救済志向を読みとることができ、注目に値する。川嶋四郎「判例批評」法学セミナー-602号123頁（2005年）。

86) 本決定は、担当裁判所書記官の回答を信じて行為をしたところ、原審で不利益をこうむることとなったXを救済したものであり、先に述べた行政法（租税法）領域における信義則適用準則（前注（18）・（19）参照）に照らしても、一定の合理的な決定であったと考えられる。

87) この判例については、公正な手続の要請としての信頼保護の原則を認める実質を有すると評価できるとの指摘（松本＝上野・前掲書注（63）75頁注（64）〔松本博之執筆〕）もみられる。

88) 本件判示のあり方には、英米法における「判例の不遡及的変更」的な発想（前注（68）参照）や最高裁の救済志向を読みとることができ、注目に値する。川嶋四郎「判例批評」法学セミナー-602号123頁（2005年）。

1290頁)

(事案) 本件は、文書提出命令事件において、相手方に対する抗告状等の不送付が問題となった事件である。

Xは、Yに対する時間外勤務手当の支払請求訴訟を提起したが、この訴訟において、時間外手当の計算の基礎となる労働時間を立証するために、Yの所持するXのタイムカード(以下、「本件文書」という。)が必要であると主張して、本件文書について、文書提出命令の申立てを行った。

このXの申立てに対して、原々審は、Yが本件文書を所持していると認めるのが相当であり、本件文書は民事訴訟法220条3号所定の利益文書に当たることなどを理由として、Yに対し、本件文書の提出を命じた。これに対して、Yは、本件文書を所持していない理由を具体的に記載し、また、それを裏付ける証拠として、原々決定後にその写しが提出された書証を引用した即時抗告申立書を提出して、即時抗告を申し立てた。

抗告審である原審は、Xに対し、即時抗告申立書の写しを送付することも、即時抗告があったことを知らせることもなく、審理の結果、Yの不服を認め、本件文書が存在していると認めるに足りないとして、原々決定を取り消し、Xの本件申立てを却下した。これに対して、Xは、原審がXに手続に参加する機会を保障しないままに、原々決定を取り消したことは、憲法32条に違反していると主張して、特別抗告を申し立てた。

(決定要旨) 破棄差戻し 最高裁は、原審の手続における法令違反の有無について、職権により、次のように判断した。

「①本件文書は、本案訴訟において、Xが労働に従事した事実及び労働時間を証明する上で極めて重要な書証であり、②本件申立てが認められるか否かは、本案訴訟における当事者の主張立証の方針や裁判所の判断に重大な影響を与える可能性がある上、③本件申立てに係る手続は、本案訴訟手続の一部をなすという側面も有する。そして、④本件におい

ては、Yが本件文書を所持しているとの事実が認められるか否かは、裁判所が本件文書の提出を命ずるか否かについての判断をほぼ決定付けるほどの重要性を有するものであるとともに、⑤上記事実の存否の判断は、当事者の主張やその提出する証拠に依存するところが大きいことにも照らせば、上記の事実の存否に関して当事者に攻撃防御の機会を与える必要性は極めて高い。

しかるに、記録によれば、⑥Yが提出した即時抗告申立書には、Yが本件文書を所持していると認めた原々決定に対する反論が具体的な理由を示して記載され、かつ、⑦原々決定後にその写しが提出された書証が引用されているにもかかわらず、⑧原審は、Xに対し、同申立書の写しを送付することも、即時抗告があったことをXに知らせる措置を執ることもなく、⑨その結果、Xに何らの反論の機会を与えないまま、上記書証をも用い、本件文書が存在していると認めるに足りないとして、原々決定を取り消し、本件申立てを却下しているのである。そして、記録によっても、⑩Xにおいて、Yが即時抗告をしたことを知っていた事実や、そのことを知らなかったことにつき、Xの責めに帰すべき事由があることもうかがわれない。

以上の事情の下においては、原審が、即時抗告申立書の写しをXに送付するなどしてXに攻撃防御の機会を与えることのないまま、原々決定を取り消し、本件申立てを却下するというXに不利益な判断をしたことは、明らかに民事訴訟における手続的正義の要求に反するというべきであり、その審理手続には、裁量の範囲を逸脱した違法があるといわざるを得ない。そして、この違法は、裁判に影響を及ぼすことが明らかであるから、その余の点について判断するまでもなく、原決定は破棄を免れない。そこで、更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする」。①～⑩は、筆者が付加)

(コメント) 本件も、最高裁が、「手続的正義」規範に従って原判決を破棄差し戻した判例であり⁸⁹⁾、特に、信義則違反に言及したものではない。

解釈論としては、抗告審において、民訴法331条（控訴等の規定の準用）により、同289条1項（控訴状の送達）が準用されるかが問題とされ、迅速性が要求される抗告手続にそぐわないことなどを理由に、抗告状の送達を不要とする古い判例（大決昭和13年10月12日・民集17巻1984頁）などが存在していた。抗告手続は、決定手続であり、裁量性の大きい非訟手続であった⁹⁰⁾。

本判例に関する最高裁判所調査官解説⁹¹⁾によれば、本件平成23年決定に先立つ調査結果によれば、実務上、送達や送付をしなければ、ただちに違法になるとは解されていなかったようであるが、原審の判断を相手方に不利益に変更する場合には、手続保障の観点から、抗告状等を送

89) 川嶋・前掲論文注(82)192頁。

90) 本件以前に、たとえば、「なお書」で、即時抗告の相手方に不利益なものに変更する場合には、送付する配慮が必要であったと付記した判例もみられた。婚姻費用分担審判事件である、最三小決平成20年5月8日（家月60巻8号51頁）では、抗告状の送付等に関する当時の家裁実務の指摘（「実務上一般に行われている」との指摘）が行われていた。

本件は、婚姻費用の分担に関する処分の審判（民法760条、旧家事審判法9条1項乙類3号〔現、家事事件手続法別表第二第2項〕）に対する抗告審が、抗告の相手方に対して抗告状および抗告理由書の副本を送達せず、反論の機会を与えることなく不利益な判断をしたことが、憲法32条に反するか否かが争われた事案である。

最高裁は、次のように判示して、このような場合でも、憲法32条所定の「裁判を受ける権利」を侵害したものとはいえないと判示した。すなわち、「憲法32条所定の裁判を受ける権利が性質上固有の司法作用の対象となるべき純然たる訴訟事件につき裁判所の判断を求めることができる権利をいうものであることは、当裁判所の判例の趣旨とするところであり、「本質的に非訟事件である婚姻費用の分担に関する処分の審判に対する抗告審において手続にかかわる機会を失う不利益は、同条所定の『裁判を受ける権利』とは直接の関係がな」く、憲法32条に違反するとはいえないと判示した。これは、従前からの最高裁判例の踏襲である。

しかし、「なお書」で、「原審においては、抗告人〔原審の相手方〕に対して相手方から即時抗告があったことを知らせる措置が何ら執られていないことがうかがわれ、抗告人〔原審の相手方〕は原審において上記主張をする機会を逸していたものと考えられる。そうであるとする、原審においては十分な審理が尽くされていない疑いが強いし、そもそも本件において原々審の審判を即時抗告の相手方である抗告人に不利益なものに変更するのであれば、家事審判手続の特質を損なわない範囲でできる限り抗告人も攻撃防御の機会を与えるべきであり、少なくとも実務上一般に行われているように即時抗告の抗告状及び抗告理由書の写しを抗告人に送付するという配慮が必要であったというべきである。」（〔 〕内は、筆者が付加）と付言した。

91) 石丸将利「判例解説」最高裁判所判例解説民事篇〔平成23年度〕（上）268頁、288頁（2014年）。

付するという配慮がされていることが多かったとのことであった。

本決定は、最高裁が、【判例⑤】および【判例⑥】に次いで、「手続的正義」規範を用いて、原決定を破棄差戻しした判例であるが、この背景にも、裁判所の行為に対する信義則の適用を窺わせる要素が、存在するように思われる。すなわち、最高裁は、①書証自体の重要性、②本件の本案訴訟に対する重大な影響可能性、③本件の本案訴訟との密接な関連性、④本件における文書所持事実の重要性、および、⑤文書所持事実の判断における当事者による攻撃防御の展開の重要性を挙げ、本件では、当事者に攻撃防御の機会を与える必要性が極めて高いと判示した。これは、書証に関する一般的な判示であり、それに続く部分が、本件に関する具体的な事情の指摘である。最高裁は、本件で、⑥即時抗告申立書における具体的事実の記載、⑦Yによる新証拠（書証）の提出、⑧Xへの申立書の不送付等、⑨Xに反論の機会のない不利益判断、および、⑩即時抗告申立てについてのXの不知およびその帰責事由の不存在を指摘している。最高裁は、これらの諸事情を、「手続的正義」規範の発動の正当性を基礎づける要素として挙げているが、本稿の視点からみた場合には、このような事情があるにもかかわらず、抗告状を送付しないことは、裁判所の当事者に対する信義に悖り、権利の濫用にもつながりかねないように思われる。

本件Xにとっては、たしかに、抗告状の送付が解釈に委ねられた問題とされ、裁判所から抗告状を送付する旨の一定の公式見解をあらかじめ得たわけでもなく、抗告状を送付してもらえとの信頼が形成されていたとは評価できないかもしれない。しかし、裁判所が当事者に告知聴聞の機会⁹²⁾を与えることなくその者に有利な原決定を覆すような不利益を与えるようなことはないという、当事者の裁判所に対する信頼の利益は、基本的に保護されるべきであり、その利益は、本件ではかなり大

92) 第三者所有物没収事件に関する、最大判昭和37年11月28日・刑集16巻11号1593頁を参照。

きかったように思われる。本件は、信義則の適用よりも、「手続的正義」規範による処理の方がより馴染みやすい事案であったと考えられるが、その背景には、最高裁の信義誠実義務の履行による原決定の破棄を通じて公正な手続実現の志向も、垣間見ることができるのである⁹³⁾ 94)。

5 おわりに

以上、本稿では、日本における「民事訴訟と信義則」論をたどりながら、特に、裁判所の行為に対する信義則の適用可能性と具体的な適用のあり方について概観してきた。

一般に言えば、日本における現在の裁判官の資質は、世界的にみても傑出して優れていると考えられる。民事裁判官についてはあるが、私のこれまでの知見や経験からも、そのことを強く感じる。それゆえ、本稿の課題である裁判所の行為に対する信義則の適用例は、現実には必ずしも多くはなく、そのような立論自体は、ある種杞憂に基づく空論と評されるかもしれない。もちろん、それが杞憂になるような民事裁判実務の風景に恒常的に出会うことができれば、それはそれに越したことはない。それでも、万に一つの起

93) なお、遺産分割審判事件で抗告状などの不送付が問題となった事件である、最三小決平成21年12月1日（家月62巻3号47頁）では、許可抗告について、即時抗告の相手方は、①即時抗告審における事件の追行を弁護士に委任するなど、即時抗告があったことを既に知っていたことがうかがわれるうえ、②即時抗告の抗告状に記載された抗告理由も抽象的なものとどまり、抗告状には相手方に攻撃防御の機会を与えることを必要とする事項は記載されていなかったため、抗告状の副本の送達またはその写しの送付がなかったことによって相手方が攻撃防御の機会を逸し、その結果として十分な審理が尽くされなかったとまではいえないと判示した。しかし、那須弘平裁判官の反対意見がある。抗告状を相手方に送付するか否かを、相手方における即時抗告の知不知に依存させることは、手続保障のあり方の点で、基本的な疑問を生じる。手続保障は、ある意味カズイステークな課題というよりも、むしろ、実質的で制度的な保障の問題であると考えられるからである。なお、この判例によれば、上記委任を受けた弁護士は、提出された相手方の抗告状や抗告理由書等について問い合わせをすべき義務を生じさせかねないが、疑問であろう。

94) さらに、川嶋四郎「民事裁判における『手続的正義』規範の可能性と限界・覚書——『手続的正義』を用いた判例の関連判例に関する若干の覚書」同志社法学400号1頁（2018年）も参照。

り得る事態に対して補足的にであれ対応するための規範的指針として、裁判所の行為についての信義則をも、具体的な強制力のある法規範として常に念頭に置くことは、日本の司法の質的向上に寄与し得るのではないかと考えられる。それは、裁判所の行為における行為規範としてだけでなく、評価規範としての信義則の通用力の肯定でもある。先に一瞥したように、現実には、若干の判例からも、裁判所の行為に対する信義則適用の必要性が顕在化すると考えられるのである⁹⁵⁾。

裁判所における両当事者と裁判所との間の訴訟法律関係を基本的にどのように構築するかはともかく、少なくとも、訴訟過程の関与主体を構成する三者間の相互関係は想定することができる。審理判断の内容形成のための申立てや裁判資料を提出する当事者については、原告であれ被告であれ、一方当事者は、裁判所とだけでなく、裁判所を介して他方当事者とも一定の関係を切り結び、また、事件を担当し手続形成を行う裁判所は、その行為自体が両当事者に向けられたものであるだけに、両当事者との間に一定の関係を切り結ぶことになる。このような三者関係は、いずれの行為も他の二者に影響を与え得る点で、当事者であれ、裁判所であれ、単に一般的な義務としてだけでなく、個別的な規範的効力のある義務として、信義誠実義務に従うことが要請されていると考えられる。このように両当事者と裁判所との三者関係は、相互関係を有する存在であり、いわば底辺のない三角形や斜辺のない三角形が存在し得ないのと同様に、信義則はその三面全体を各面双方向的に規律する規範と考えられるのである。当初は、対等の当事者間での規範として生成発展した信義則も、対等でない当事者間でも適用になる、信頼保護の法理として展開してきたことは、すでに述べたとおりである⁹⁶⁾。

95) 本稿では、下級審の裁判例については全く触れることができなかったが、三谷・前掲論文注(60) 330頁以下では、いくつかの下級審判例にも言及されている。ただし、同論文の334頁で検討されている、東京地判平成8年12月10日(判例タイムズ925号281頁)に対する見方は、私見とは異なる。川嶋四郎「救済展開における裁判所の役割——裁判所における『当事者の心に届く法の言葉』を求めて」同『民事救済過程の展望的指針』97頁(弘文堂、2006年〔初出、2001年。改題〕)と対比。

このように、国民の負託に基づいて司法権を行使する裁判所が、一般に信義誠実義務に個別具体的な手続局面で従うべきことは、信義則が法の一般原理であるゆえに明らかであろう⁹⁷⁾。具体的な規範として、裁判所が信義則上の規律を受けるかについては疑問も呈されていた。確かに、裁判所は、当事者とは異なり、「自らの権利や法律上の利益についてこれを伸張し、または防御する立場」から「過度に党派的になること」はないかもしれないが、信義則の機能は、そのことの規制にとどまるわけではない。裁判所の公平迅速訴訟進行義務が、当事者に対する関係で、信義則違反になり得る場合は想定でき、「中立的審判者の立場にある裁判所」が、一般には「過度に党派的になること」はないといえるとしても、先に挙げたいくつかの具体例(上記【判例①】【判例②】等)から、信義則違反が窺われる行為をしない保障はないであろう。裁判所(裁判官)には、当事者とは異なるそれなりの固有の利益があり、裁判官の独立が憲法上保障されており、高度の職業倫理を有しているとはいっても、たとえば、人事考課システム、判決書の作成の負担、裁判迅速化法に基づく検証など、当事者の利益などとは異なる固有の課題に直面することもなくはない。そのような状況で、明文の規定はないものの、裁判所が当事者との関係で遵守すべき具体的な規範が信義誠実義務であり、その具体化こそが、公正、すなわち、公平かつ適正な審理判断を可能にする基本指針になり得ると考えられるのである。

一般に、裁判所の公正確保のためには、すでに様々な制度的保障が存在する。民事訴訟手続が公正に行われるべきことは、訴訟制度がその制度として存立するための不可欠の要素である。裁判所の行為に対して作用すべき信義則の機能は、除斥、忌避および回避(民訴23条以下、民訴規9条以下)などとともに、個別事件の具体的な局面における公正確保の一般規範としての役割の発揮であると考えられる。訴訟における公正確保は、ときとして、数多くの事件の画一的、形式的、集団的な処理を要請し、国家の設営した裁判所

96) 前注(18)から(20)とその本文を参照。

97) 前注(14)とその本文を参照。

制度は、手続の安定や訴訟経済を志向することもある。それら自体が、当事者の利益にかなう場合もあるが、個々の事件における最適な法的救済形成という視点⁹⁸⁾からは、信義則が、その一般条項の性格から、謙抑的な利用が望まれるとしても、事案即応的な最適救済を可能にする最後の一般規範の一つであると考えられるのである。

裁判所の行為が信義則違反となり得るケースとしては、一般には、たとえば、当事者が、先例となる判例や広く行われている実務慣行に依拠して訴訟追行したにもかかわらず、裁判所がそれを変更する場合や、裁判所（担当裁判官や裁判所書記官等）からの指摘や情報（確定的な法的・事実的な見解や提供された手続情報等）を信頼して訴訟行為をしたにもかかわらず、裁判所が、それを変更する場合、さらに、裁判所が当事者に対して手続保障の観点から当然に反論の機会を与えべきであるにもかかわらず、それを与えず手続を進行する場合などには、裁判所の信義則違反を考えることができるであろう。

確かに、現行民事訴訟法上、職権進行主義が認められているが、それには種々の内在的制約が存在する⁹⁹⁾。それらは、裁判所の裁量の範囲が比較的大きいと考えられる訴訟指揮権の規整ルールとして、当事者の手続保障にとって重要な意義をもつ。たとえば、当事者の申立権に依拠する場合、当事者の同意（合意）による場合、当事者の異議の有無による場合、当事者からの意見聴取が必要な場合、当事者との協議による場合、手続的正義により規制される場合など、そのルールは多岐にわたる。当事者との間で、合意がなされたり、審理計画が策定された場合には、単に、当事者だけではなく、裁判所も、信義則に従い、それを履行すべきである。ただし、それ以外の場合でも、当事者が信義則に基づき行動すべきこと（例、濫用的な申立てや異議の提出などを行わないこと）はもちろんであるが、裁判所も信義則に基づき行動すべきこと（例、申立てや異議に対する信義に基づく誠実な評価・対応、およ

98) たとえば、川嶋・前掲書〔『民事訴訟法』〕注（2）10-12頁などを参照。

99) 川嶋・前掲書〔『民事訴訟法』〕注（2）302-304頁参照。

び、意見聴取や協議の信義に基づく誠実な実施・評価とそれを斟酌した方針決定や選択結果の説明の実施など)は、再確認されるべきであろう。現行法における計画審理主義(民訴147条の2以下)などは、裁判所の行為の信義則への配慮を、促進させることになるであろう¹⁰⁰⁾。

また、処分権主義や弁論主義、さらには、釈明権などの領域で問題となる、いわゆる「不意打ち防止」の法理も、当事者にとってはよもやそのような反論権を保障しない手続運営を、法適用機関である裁判所(法原理部門)が行うことはないであろうという、当事者の信頼保護を具体化する側面もある。これも、当事者の裁判所に対する信義則の顕れでもある。

さらに、裁判所(裁判官)の訴訟上の和解に対する基本スタンスも、信義則上問題となる場合も考えられる。たとえば、仮にも訴訟上の和解の成立を目指した強引かつ執拗な和解の勧誘が行われるとすれば、それは、和解の打ち切りを求め判決を期待する当事者との関係では、信義則違反(手続権限の濫用)となり得るであろう。訴訟上の和解には、様々な利点があり、時に判決によっては成し遂げることができない法的救済の実現を可能にすることもあることは、確かである¹⁰¹⁾。しかし、それでも、当事者が強く判決を望む事件や判決の方が望ましい事件は存在するのであり、裁判所が、かりそめにも、当事者の意向を強く抑え、事件そして判決内容をいわば質にとって執拗な和解の勧誘を行うことは、信義則上、回避されるべきであろう¹⁰²⁾。すべ

100) この点との関係では、旧法下の議論ではあるが、井上治典ほか「〈ミニ・シンポジウム〉訴訟手続における合意」民事訴訟雑誌43号113頁(1997年)も参照。

101) たとえば、川嶋・前掲書『『民事訴訟法』』注(2)626-627頁などを参照。

102) これは、「謙抑的和解論」の奨めである。このような考え方については、たとえば、那須弘平「謙抑的和解論——和解の判決手続きに与える影響を中心に」同『民事訴訟と弁護士』193頁(信山社、2001年〔初出、1994年〕)等を参照。ここでは、訴訟上の和解の謙抑的な運用のために、いくつかの提言がなされているが、そのなかには、「和解で解決するのと同じ内容のことを判決でも実現出来るときは、当事者双方が自発的、かつ真摯に和解を望む場合を除き、判決による。」とされる。また、調停の法解釈および基本原理として、萩原金美博士は、「謙抑主義」を提唱されるが、「調停は当事者間の紛争解決の合意の形成に調停者が働きかけることである。調停における合意は、よかれあしかれ・・・調停者の調停作用の影響のもとに形成される。したがって、調停における合意の実体を十分に検討することなく、合意ということばを

ての和解がよき未来を創出するのではなく、手続的にも実体的にもよき訴訟上の和解だけがよき未来を創り得ることに、留意しなければならないであろう。

このように、民事訴訟の様々な局面で信義則は作用すると考えられるが、ただ同時に、裁判所の行為に対する信義則の適用には、一定の限界も存在する。民事訴訟法および民事訴訟規則自体、裁判所の手続や当事者の訴訟行為について、詳細な規定を置いている。手続、方式、要件および効果の明定である。その限りで、信義則の作用する局面は必ずしも多いとはいえない。しかも、規定のないところでは、それが手続に関する限り、裁判所に一定の裁量が認められている。現実には、裁判所における裁量権の行使が、手続的正義の要求に反する場合やそれが濫用と認められる場合も、極めて限られている。それでも、先に述べたように、法規範の解釈・適用や裁量権の行使の背景に、信義則の法理の考慮が存在する場合もあると、考えられるのである（例、上記【判例③】から【判例⑧】等）¹⁰³⁾。

調停におけるいわばマジック・ワードとして用いることは厳に警戒しなければならない」（萩原金美「調停理論の再検討」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟1（民事紛争と訴訟）』253頁、257-258頁〔弘文堂、1984年〕）と指摘されている。このことは、基本的には、裁判官の和解勧誘活動にも妥当すると考えられる。

103) 裁判所の裁量をいかにして統制するかは難問であるが、本文中で述べた明文・不文の規整原理だけではなく、信義則も、裁量統制の基本的指針となり得るであろう。

裁量と恣意・専制が、時として紙一重であることにも、注意を払う必要がある。この文脈では、19世紀初めのアメリカ合衆国の公務員について論じられたものであるが、A・トクヴィル（井伊玄太郎訳）『アメリカの民主政治〔中〕』177頁（講談社、1987年〔原著、1835年・1840年〕）の記述は興味深い。トクヴィルは、「アメリカの公務員の自由裁量に対する多数者の専制権力の効果」の表題のもとで、「自由裁量と専制とは、はっきり区別せねばならない。専制は法律自体によって行われうる。そしてそのとき、専制は自由裁量ではない。自由裁量は被治者のためになされるし、そのとき、それは専制的なものではない。」と論じている。国家機関の裁量は、被治者のための裁量であるべきなのである。

なお、争訟性のある民事手続の場合には、少なくとも2人の当事者がいることから、ここでいう被治者をどのように考えるかは難題であるが、それは、一般には両当事者であり、また、本案審理のレベルで考えた場合には、手続上立場的に弱い者やより保護に値する法的救済利益をもつ者のために、裁量権が行使されるべきと考えられるであろう。つまり、裁判所の裁量権は、原則的には、当事者の利益のために行使されるべきであるということである。川嶋・前掲論文注(82)203頁注(29)も参照。

現在、司法制度改革の具体化の一環として、裁判の迅速化が着実に進んでいる。先にも触れたように、迅速化は、必ずしも公正な結果をもたらさない場合もあり、信義則上、手続の遅延が回避されるべき場合もあれば、逆に、信義則上、迅速な手続進行自体が、再考を迫られる場合もある¹⁰⁴⁾。

今後、「民事裁判のIT化（ICT化）」が促進され、形式的、機械的、集団的、画一的な手続運営が広く普及することも予想される¹⁰⁵⁾。そこでは、手続の非人間化にとまなう問題点を克服するための指針として、一般的ながら、信義則が作用の場を見出すことになるかもしれない。また、「法曹人口の増加」は、法曹倫理の問題とも関係するが、ともすれば、訴訟だけではなく裁判所における民事調停・家事調停でさえ、「闘争」化させかねない要因を孕んでいるが、そこにも、当事者間の信義則や当事者・裁判所間の信義則が、調整のための規範的指針を与えることになるであろう。

いずれにせよ、裁判所が、高度の倫理的要請が規範化された一般条項としての信義則を適用するさいには、謙抑的で慎重な基本スタンスをとりながら

ちなみに、トクヴィルの同書、178頁には、この裁量を認めたことによる恐ろしい顛末も予言されている。

- 104) 民事裁判・刑事裁判とともに規律する、裁判迅速化法は、その名称は「迅速」志向のものでありながら、その1条で、「司法を通じて権利益が適切に実現されることその他の求められる役割を司法が十全に果たすために公正かつ適正で充実した手続の下で裁判が迅速に行われることが不可欠であること」が明記されており、また、民事訴訟法2条前段も、裁判所の公正迅速訴訟進行義務が課されているのであり、志向されるべきは、「公正」実現のための「迅速」化なのである。個別事件の具体的文脈に依存する問題ではあるが、訴訟上の信義則は、抽象的な規範ながら、そのための指針となり得るであろう。
- 105) これに対しては、川嶋四郎「民事訴訟におけるICTの利用に関するガイドラインの提言と基本的課題——『正義・司法へのユビキタス・アクセス』理念の具体化指針として」同志社法学397号1頁、22頁（2018年）などを参照。そのような懸念をも背景にして、この領域における先進国であるシンガポールは、ICT化された司法・裁判の使命を、裁判所のなかに明確かつ特定のなかたちで掲げている。それについては、川嶋四郎「『司法へのユビキタス・アクセス』の一潮流——シンガポール裁判所の21世紀」『民事手続における法と実践（梅善夫・遠藤賢治先生古稀祝賀）』21頁、38頁（成文堂、2014年）を参照。さらに、同「民事訴訟におけるICTの利用に関するガイドラインの提言と基本的課題——『正義・司法へのユビキタス・アクセス』理念の具体化指針として」同志社法学397号1頁（2018年）、同「『民事裁判のICT化』に向けた実証研究の概説——利用者の目線から『民事裁判のICT化』の実践的な構想を目指して」同志社法学398号334頁（2018年）なども参照。

も、裁判所自らの行為への信義則の具体的適用の可能性をも視野に入れ、法による救済活動に邁進することを期待したい。

* 本稿を、めでたく古稀をお迎えになられた、東京大学名誉教授・高橋宏志先生に、謹んで捧げます。

** 本稿に関しては、2018年6月16日、「取引法研究会」（於、大阪）において報告の機会を与えていただきました。多くのコメントをいただきましたことに、心から御礼を申し上げます。また、本研究会にお誘いくださった、同志社大学大学院司法研究科・佐々木典子教授にも、心から御礼を申し上げます。

本稿の執筆中、熊本に行く機会を得ましたが、その際、目に止った句を記載させていただきます。

まつすぐな道でさみしい

山頭火

句集『鉢の子』より

*** なお、2008年までの私の学問観については、川嶋四郎「書評：高橋宏志『重点講義・民事訴訟法〔下〕』」書斎の窓536号51頁、55頁の一茶の句を参照。

「よいものはカタツムリのように進むのです。」とは、M. K. ガンディーの言葉である。同『真の独立への道（ヒンド・スワラージ）』より。