

# 弁論主義第一テーゼの適用される事実とその周辺領域

岡山大学大学院法務研究科 講師

堀 清 史

## 1 はじめに

本稿では、弁論主義が適用される対象が、主要事実に限られるのか、一定の間接事実も含まれるのか、という問題領域の周辺を扱うことを目的としている（補助事実については取り扱わない）。本稿の目標は、この問題についての解決を目的とする主張を提示することにはなく、この問題の解決のためにはさらに議論が必要な点が存在することを示すことにある。

まず、本稿のテーマは、弁論主義第一テーゼとの関係に限定される。自白の拘束力を内容とする弁論主義第二テーゼの関係では、第一テーゼとは考慮する事情が異なりうるためである<sup>1</sup>。また、第一テーゼとの関係でも、いわゆる規範的要件の議論には触れない。この点については、一方で、歴史的に、特に過失に関係して、「過失」それ自体が主要事実であるとする見解に代わって、「過失を根拠付ける具体的事実」が主要事実であるとする見解が支配的になったため<sup>2</sup>、規範的要件の主要事実が何であるかを問うことの意義は薄れている。しかし他方で、弁論主義の適用場面と証明責任の適用場面が必ず一致するのかという疑問も呈されている<sup>3</sup>とされており、別個に検討することが

<sup>1</sup> 高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 上 [第二版補訂版]』（2013年、有斐閣）、407頁は、「第一テーゼ（事実の主張）と第二テーゼ（自白）とでは、考慮すべきものが技術的には異なる」とする。また、三木浩一ほか『民事訴訟法』（2013年、有斐閣）、231頁（三木浩一執筆部分）でも、主張原則（弁論主義第一テーゼ）の対象となる事実「重要な間接事実」を含むことを前提としつつ、「主張原則と比較してみても、主張原則は、当事者の不作為や無自覚な行為が問題になることが多いのに対し、自白は、基本的に当事者の作為的かつ自覚的な行為であるから、より一層、当事者の私的自治としての色彩が濃い」とされている。

<sup>2</sup> 青山善充「主要事実・間接事実の区別と主張責任」新堂幸司編集代表『講座 民事訴訟④』（1985年、弘文堂）、367頁以下、特に374頁では、「一般条項では具体的事実が主要事実である」ということに「限っていえば、このように解する見解が今日ではむしろ通説たる地位を占めているといつてよい」とされ、高橋・前掲注1、424頁、425頁でも、規範的要件における主要事実とは具体的事実であるという、「考え方の方が通説となっている」とされる。小林秀之『民事裁判の審理』（1987年、有斐閣）、72頁-74頁によれば、関係する議論は昭和40年（1965年）代からされていたが、田尾桃二「主要事実と間接事実にかんする二、三の疑問」兼子一博士還暦記念『裁判法の諸問題 中』（1969年、有斐閣）270頁以下、特に274頁、275頁では、「たとえば交通事故における過失について考えると、前方注視を怠ったとか、ハンドル操作を誤ったというような具体的な事実については、これを間接事実とみることにしておいてほぼ一致している」とされ、過失など「を構成する具体的事実を主要事実と考える」見解（山内俊彦「一般条項ないし抽象的概念と要件事実（主張立証責任）」判例タイムズ210号（1967年）42頁以下など）が「少数説」と整理されていたことに鑑みると、この問題については、速やかに新たな通説が形成されたものと考えられる。

<sup>3</sup> 詳細は、山本和彦「総合判断型一般条項と要件事実」伊藤滋夫先生喜寿記念『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開』（2009年、青林書院）、65頁以下参照。また、関連する問題として、従来は必ずしも規範的要件と

ふさわしいと判断したためである。

本稿の目標を総論的に述べると、冒頭に記述した通りであるが、その内容をより具体的にすれば、次の通りである。まず、第一に、間接事実についても弁論主義の適用があるとした場合、判決作成時に一定の規範を想定する必要がある、ということを示したい。第二に、「重要な事実」ないし「重要な間接事実」という概念を用いる立場については、解決しなければならない問題が存在するが、少なくともそのうちのいくつかについては解決が可能であることを示したい。第三に、間接事実についても弁論主義の適用があるとした場合、間接事実の主張責任については、慎重な検討が必要かもしれない、ということである。これらの諸点を検討することによって、間接事実と弁論主義第一テーゼの問題には、いまだ論じるべき問題が存在することを示したい。

## 2 前提事項の整理

### (1) 弁論主義第一テーゼの内容

弁論主義の内容については、近年では、審理段階（審理過程）と判決段階（判決作成時）の二つの局面が区別されており、第一テーゼの内容であるとされる「裁判所は裁判において当事者が提出した事実以外の事実を斟酌してはならない」という準則は、判決段階における主張に関する規律であることになる<sup>4</sup>。他方、弁論主義第一テーゼに対応する審理段階の規律として、「裁判所は当事者が主張した事実以外の事実に関して証拠調べをしてはならない」という準則が語られることもある<sup>5</sup>。この、審理段階における規律が日本法における弁論主義の内容に含まれるかどうかについては、議論の分かれうるところである<sup>6</sup>。

また、判決段階において、「裁判所は裁判において当事者が提出した事実以外の事実を斟酌してはならない」という準則が存在することから、主張責任の概念が導かれることになる<sup>7</sup>。さしあたり主要事実のみを念頭におけば、第一テーゼが適用される場合に、その事実が斟酌されないために不

---

して考えられていなかった法律要件について、規範的要件における同様の考え方から要件事実の把握をすることができると、という問題がある。これについては、笠井正俊「不動産の所有権及び賃借権の時効取得の要件事実に関する一考察」判例タイムズ912号（1996年）、4頁以下を参照。

<sup>4</sup> 畑瑞穂「弁論主義とその周辺に関する覚書」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築 下巻』（2001年、有斐閣）、71頁以下、74頁。この分析枠組みは、山本克己「弁論主義論のための予備的考察」民事訴訟雑誌39号（1993年）、170頁以下などにおいて提示され、畑・前掲論文において本格的に展開されたものである。

<sup>5</sup> 畑・前掲注4、90頁以下参照。同74頁で、法準則④として整理されている。山本・前掲注4、171頁においては、命題⑦として整理されているところである。

<sup>6</sup> 山本・前掲注4、171頁では、「命題⑦はこれまで必ずしも意識的には議論されてこなかったが、模索的証明の許容性が弁論主義との関係で云々されることから、命題⑦も弁論主義に関連する法準則として挙げておく」とされている。他方で、後掲の通説に対する批判説においては、この規律を弁論主義の内容とするかどうかはともかくとして、この規律との親和性が非常に高い見解も存在する。

<sup>7</sup> 高橋・前掲注1、405、406頁など。

利益を被る当事者が存在するが、その不利益のことを、主張責任というたされるのである。

## (2) 弁論主義第一テーゼの対象となる事実

弁論主義の対象となる事実についての伝統的な見解に対する反対説が唱えられるに至った経緯については、既に十分な紹介のあるところであるため<sup>8</sup>、ここでは、伝統的な見解と、間接事実についても弁論主義の適用があるとする見解についてのみ、整理することにする。見解によっては、そもそも、主要事実と間接事実についての伝統的な分類法に従わないものも存在するが、ここでは、伝統的な分類法によれば間接事実とされるものについて、弁論主義の適用があるとする見解、という形で取り扱う。

主要事実・間接事実について、本稿では、主要事実とは、権利の発生、変更、消滅という法律効果の判断に直接必要な事実であり、間接事実とは、経験則、論理法則の助けを借りることによって主要事実を推認するのに役立つ事実である<sup>9</sup>、と定義しておく。特に断りのない限りこのようにするが、後述の帰納的判断説について論じる際は、この限りではない（その場合でも、できる限り、どのような事実を指しているのか、明示はするつもりである）。

### (ア) 主要事実説

主要事実についてのみ弁論主義の適用があるとする見解で、伝統的な通説であり、おそらくは現在でも通説的な地位を占める<sup>10</sup>。主要事実説が、間接事実に弁論主義の適用がないとする根拠としては、自由心証主義（民訴法247条）がある。すなわち、間接事実については「当事者の主張がなくても、証拠上その事実が現れていれば、判決の基礎とすることができる。その根拠として、間接事実や補助事実は、主要事実の認定のために用いられるもので、証拠資料と同等の機能<sup>11</sup>を有する

<sup>8</sup> 小林・前掲注2、75頁以下、青山・前掲注2、370頁以下、高橋・前掲注1、423頁以下、など。

<sup>9</sup> 高橋・前掲注1、423頁の定義である。

<sup>10</sup> 兼子一・竹下守夫『民事訴訟法 新版』（1993年、弘文堂）、80頁。青山・前掲注2、370頁、400頁。竹下守夫・伊藤眞編『注釈民事訴訟法（3）』（1993年、有斐閣）64頁（伊藤眞執筆部分）（以下では伊藤注釈として引用）。伊藤眞『民事訴訟法（第4版）』（2011年、有斐閣）、295頁（以下では伊藤民訴として引用）。秋山幹夫・伊藤眞ほか編『コンメンタル民事訴訟法Ⅱ』（2008年、日本評論社）、172頁。山本弘ほか『民事訴訟法（第2版）』（2013年、有斐閣）、279頁（松下淳一執筆部分）。長谷部由起子『民事訴訟法』（2014年、岩波書店）、22頁。川嶋四郎『民事訴訟法』（2013年、日本評論社）、439頁は、「行為規範としては、基準の明確性から」主要事実説が妥当であるが、「評価規範としてはB説（引用者注：本稿でいうところの、重要な事実説）で調整的に評価していくことが望ましいといえる」とする。なお、本稿では、前述の通り、規範的要件についての議論には触れないため、規範的要件についての主要事実をどのように考えるか、という点については捨象して、主要事実説としてまとめている。

<sup>11</sup> これは、あくまで、間接事実が証拠と同等の「機能」を果たしている、ということに重点を置く議論であるといえる。仮に、間接事実が証拠と全く同等なのであれば、この議論とは逆に、（事実と同様、）主張がなければ証拠を裁判の基礎とすることができない、という結論も導くことが可能ではあるが、機能として同等である、とすることによって、その種の逆転を防止しているのであろうと考えられる。

ものであること、したがって、当事者が主要事実を主張している限り、」間接事実について「当事者が主張しなければ裁判所が斟酌できないとすると裁判所の自由心証主義を害することになる」ことが挙げられる<sup>12</sup>、とされているのである。

## (イ) 基本的に全ての事実について主張を要するという見解

### i) 証明主題説と関連事実主張説の区別

主要事実説に反対する見解として、まず、「弁論主義の下では、主要事実であると間接事実であることを問わず、判決の基礎となしうするためには、原則として当事者の主張を要する」<sup>13</sup>という見解がある。ただし、後述の、主張がなくとも認定できる間接事実の範囲では、両者が認める範囲が異なるように思われるので、以下では、便宜的に、証明主題説と呼称する見解と、関連事実主張説と呼称する見解を区別して論じることとする。

### ii) 証明主題説

この見解については、証拠調べとの関係を重視しているとの指摘が可能である。すなわち、この証明主題説は、「積極否認事実のようなものについてまで弁論主義を拡大する趣旨ではな」く、「間接事実自体が証明主題となっている場合」に、弁論主義の適用を主張するものである<sup>14</sup>、と考えられるのである<sup>15</sup>。また、この見解については、「裁判所は当事者が主張した事実以外の事実に関して証拠調べをしてはならない」、という準則との関係も指摘することができる。この見解は、この準則との親和性が高いように思われるのである<sup>16</sup>。もっとも、その反面、証拠調べが不要な事実につ

<sup>12</sup> 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）』（2013年、日本評論社）314頁（笠井正俊執筆部分）。なお、この部分は、伝統的な見解（本稿でいうところの主要事実説）の解説をしている部分であり、論者自身は、（本稿でいうところの）後述の重要な間接事実追加説を採用している。

<sup>13</sup> 竹下守夫「弁論主義」小山昇ほか編『演習民事訴訟法』（1987年、青林書院）、369頁以下、378頁。兼子一ほか『条解民事訴訟法（第2版）』（2011年、弘文堂）、892頁（竹下守夫執筆部分）。また、松本博之・上野泰男『民事訴訟法（第7版）』（2012年、弘文堂）、48頁も、「判決の基礎になる事実、関連性のある間接事実をも含めて、当事者の陳述したものに限られると解すべきである」とする。

<sup>14</sup> 伊藤注釈・前掲注10、63頁。

<sup>15</sup> もっとも、伊藤注釈・前掲注10、63頁は、この見解について、「『重要な』間接事実という概念を理論化した上で、弁論主義の適用対象を弾力化したものとみられる」として、後述の「重要な（間接）事実説」に類似するものと整理するが、これは正確ではないように思われる。証明主題説は、「間接証明によるのであれば、裁判所は、原則として、その主要事実を推認させる間接事実を主張させ、その間接事実を証明主題として証拠調べをすべきである」（竹下・前掲注13、379頁）という内容を含む。このため、証明主題説は、一定の範囲で、「間接事実を証明主題とすべきだ」、とするように思われる。このように考えると、弁論主義が適用される間接事実の範囲は、後述の重要な（間接）事実説と比較して広範にわたることになり、両見解の発想の違いもあいまって、両見解を類似したものとするのは困難であろう。

<sup>16</sup> 後述の、重要な（間接）事実説との対比で、証明主題説について、「事実をできるだけ主張させるという行為規範に重きを置く説」との評価がされている（高橋・前掲注1、432頁注（27））のは、このような理由からであろうと推測することができる。このような観点から証明主題説を見ると、「裁判所は当事者が主張した事実以外

いては、主張も不要である、という帰結に至りやすいことも指摘しうるのである<sup>17</sup>。

なお、主要事実説と証明主題説では、自由心証主義についての理解が若干異なることになる。主要事実説は、全ての間接事実について、証拠から明らかになったにもかかわらず、それを判決の基礎とすることができないとすると、自由心証主義を不当に制約することになる、と理解する。これに対し、証明主題説は、その間接事実が、どのような事実を証明主題とする証拠調べによって明らかになったか、という点を問題にする。すなわち、証明主題説は、一方で、「主要事実について争いがあり、これを証明主題とし、これを直接に証明するための証拠を取り調べたところ（例えば、証人尋問）、たまたまその主要事実の存在または不存在を推認させる間接事実が証拠資料（証人の証言）に現れたという場合には、その間接事実は当事者が主張していなくとも、その証明主題たる主要事実の存否の判断資料としうるのはむしろ当然である」<sup>18</sup>とする。しかし他方で、「ある事実を証明主題としてなされた証拠調べによって得られた証拠資料から、その証明主題とは異なる他の事実の存否の推認に役立つ間接事実を認定し、これを当事者の主張なしに、その、他の事実の存否の判断資料とすることは、相手方に対する不意打ちとなるおそれがあり許されない。例えば、特段の事情のない限り主要事実Aの存在を推認させる間接事実aを証明主題として証拠調べがなされた場合、aの存在を証明する証拠資料が得られたので、Aにつき立証責任を負う当事者甲はそれでAの証明に成功したと思っていたところ、裁判所が、相手方乙の主張がないのに、「特段の事情」に該当する間接事実b（いわゆる間接反証事実）を、A以外の他の事実を証明主題とする証拠調べの結果から認定し、これを判断資料としてAの証明なしとするのは、甲に対する不意打ちとなるであろう」し、「逆に、乙の反対尋問あるいは反証の提出が効を奏し、a事実の証明ができなかった場合、乙がそれでAに関する甲の証明は不成功に終わったと思っていたところ、裁判所が、甲の主張がないのに、Aの存在を推認させる別の間接事実cを、A以外の事実を証明主題とする証拠調べの結果

---

の事実に関して証拠調べをしてはならない」ということを前提として、ある事実について証拠調べを求めるためには、その事実を主張しなければならない、という見解になる。そして、単純に証拠調べのコストのみを考えるのであれば、既に実施された証拠調べの結果からは、どのような事実を認定してもよいはずであるが、このようなことを許すと将来の事案における事実の主張がおろそかになる可能性がある（証拠調べを申し出るために事実の一部のみを主張して、あとは証拠調べで明らかにするというようなこと）ために、後述のように、証明主題による事実認定の制約を厳格にするのであろう。

<sup>17</sup> 竹下・前掲注13、382頁は、（職務上顕著な事実を除いた）「公知の事実についても例外を認めるべきであろう」として主張を不要とする。また、松本・上野前掲注13、395頁も、「顕著な事実は当事者の主張を要せず、判決の基礎にできるかという点については、争いがある。弁論主義の原則に従って、少なくとも主要事実に関するかぎり、主張を要すると解すべきであろう」として、顕著な事実が間接事実であれば、主張を不要としていると理解できる（ただし、同時に、「主張を要しないとの見解によっても、当事者権を保障するため、これを利用する前にこの事実及び顕著性について当事者に意見を述べる機会を与える必要がある」としている）。この点については、両説が接近しており、したがって関連事実主張説も証拠調べとの関係を重視しているものと理解できる。なお、公知の事実について主張を要しないとすることについては、高橋・前掲注1、433頁は、「疑問である」としている。

<sup>18</sup> 竹下・前掲注13、378頁。

から認定し、Aの証明ありと認めるのは、乙の防御権を害し許されない、と解すべきであろう」<sup>19</sup>とする。以上を要するに、特定の主要事実を証明主題とする証拠調べが行われた場合、その主要事実を推認させあるいはそれを妨げる間接事実を認定することは、自由心証主義から認められるが、それ以外の場合には認められない<sup>20</sup>とする、ということであろう。

### iii) 関連事実主張説

関連事実主張説は、多くの点で証明主題説と共通するが、自由心証主義についての理解が証明主題説とは異なる。どのような事実を証明主題とするか、ということに着目するのではなく、主要事実について争いがある場合に、主要事実を推認させる間接事実（これについては主張があるとすると）と両立するが、主要事実の推認を妨げる方向に働く間接事実（これについて主張がないとする）について考慮した結果、主要事実の存在を否定することは許される、とするのである<sup>21</sup>。この場合を、主張のない間接事実を認定した結果とするのではなく、主要事実について立証がなされなかった場合であるとするというのである。したがって、この見解による場合には、主要事実を推認させる間接事実について、主張なくしてこれを認定して、主要事実を認定することは、弁論主義に反するということになるであろう。場合にもよるのであるが、このときには、主要事実について認定することができたのは、主張のない間接事実を認定した結果だからである。これに対し、証明主題説による場合には、主要事実を推認させる間接事実が、主要事実を証明主題とし、これを直接に証明するための証拠を取り調べた際にたまたま現れたときには、これを考慮して主要事実を認定することは弁論主義に反しないということになる。

## (ウ) 「重要」という概念を用いる見解

### i) 重要な事実説と重要な間接事実追加説の区別

主要事実説に反対する見解として、つぎに、重要な事実には弁論主義の適用がある、とする見解がある。この見解は、「何を主張すべきかを定めるに当っては、主要事実か間接事実かの区別よりも、その事実が当該訴訟との関係において、どれだけ勝敗に影響する重要な事実、つまり真の争点を構成しているかどうか、が基準になるべきではないか」<sup>22</sup>とする論文を嚆矢とするものとされる<sup>23</sup>。しかし、仔細に見ると、「重要」という概念を用いる見解の中には、主要事実と間接事実の区別にかかわらず、重要な事実には弁論主義が適用される、とするものと、弁論主義が主要事実に適用される

<sup>19</sup> 竹下・前掲注13、379、380頁。

<sup>20</sup> そもそも、この場合の間接事実については、主張がないため、自由心証による評価の対象とならない、ということであろう。ただし、このように細密な議論を展開することによって、かえって、そうでなければ間接証明によつたはずの事案において直接証拠による直接証明を誘発することになりはしないか、という素朴な疑問もある。

<sup>21</sup> 松本・上野前掲注13、48頁。

<sup>22</sup> 田尾・前掲注2、289、290頁。

<sup>23</sup> 高橋・前掲注1、427頁など。

ことを前提としつつ、重要な間接事実にも弁論主義が適用される、とするものの、少なくとも二つがあることがわかる<sup>24</sup>。この二つの違いは、伝統的な分類法に従うと主要事実であるものの重要ではない事実、その意味で「重要でない主要事実」という概念を肯定するかどうか、というところにある。ここでは、「重要でない主要事実」を肯定する前者を、重要な事実説<sup>25</sup>と呼び、「重要でない主要事実」を認めない後者を、重要な間接事実追加説<sup>26</sup>と呼んで、両者を区別することにする。

## ii) 重要な事実の判断基準 特に重要な間接事実について

両説は、上記のように区別されるが、同時に、重要な事実あるいは重要な間接事実という概念を用いることでは共通する。それでは、この、重要な事実とはどのような事実をいうのか。多くの見解が挙げるのは、重要な事実とは、「訴訟の勝敗に影響する」事実のことである、という基準である<sup>27</sup>。しかし、それによって重要な事実という概念が明確に定義されるのか、ということには疑問も呈されているところである<sup>28</sup>。この問題については、ある事実が重要であるかどうかということが、「誰に」明らかになればよいのかという問題と、「いつ」明らかになるのかという問題を区別することが有益であると思われる。

まず、「誰に」という問題では、第一テーゼが、判決作成段階の準則である（前記2（1））ことから、第一次的には、判決を作成する裁判所に明らかになればよい、と考えられる。ある事実が重要かどうかということを、当事者だけでは判断することができなくとも、釈明等によって、裁判所の判断を伝達することができれば、当事者に対する不利益にはならない、と考えられるであろう（後述のところも参照）。

つぎに、「いつ」明らかになるか、という問題は、何をもって重要な事実とするか、というところにも関連する。ここでは、重要な間接事実の例として挙げられているところが参考になる。すなわち、「金銭支払請求訴訟において、弁済の抗弁が提出された。しかし、原告は、それは訴訟物たる甲債務への弁済ではなく別口の乙債務への弁済であると争った。別口乙債務への弁済という原告の主張は、「再抗弁ではなく積極否認である。甲債務への弁済か乙債務への弁済かで当事者は争っていたところ、裁判所は、乙債務は債務免除があり以前に消滅していたという事実を持ち出した。証拠調べから心証は取っていたとする。債務免除があり乙債務は消滅したという認定をしない場合には、どちらの債務への弁済かは真偽不明であるとする」事例における、債務免除の事実について

<sup>24</sup> たとえば、松本・上野前掲注13、51頁などが、両者を区別する。

<sup>25</sup> 田尾・前掲注2、289、290頁。高橋・前掲注1、429頁。小林秀之『民事訴訟法』（2013年、新世社）、317頁。中野貞一郎ほか『新民事訴訟法講義（第2版補訂版）』（2006年、有斐閣）、198頁（鈴木正裕執筆部分）。

<sup>26</sup> 笠井・前掲注12、315頁。三木ほか・前掲注1、209頁。小島武司『民事訴訟法』（2013年、有斐閣）、380頁。

<sup>27</sup> 田尾・前掲注2、290頁。高橋・前掲注1、427頁、434頁。中野ほか前掲注25、198頁。三木ほか前掲注1、209頁。ほか多数が、重要な事実の基準としてこれを挙げる。もっとも、表現には多少のバリエーションがある。

<sup>28</sup> この疑問は、竹下・前掲注13、386頁注（29）において示されており、そこでは、「果して当事者の主張を要する事実と要しない事実とを区別する明確な基準を得られるか、疑問と思う」とされている。

は、「重要な間接事実と位置づけられやす」い、とされている<sup>29</sup>。この事例においては、確かに、この債務免除の事実が認められるかどうかによって、訴訟の勝敗が分けられる<sup>30</sup>ように思われる。ある間接事実を認定するかどうかということが、主要事実の認定を左右する結果、最終的に訴訟の勝敗をも決定付ける、という、いわば「条件関係（あればこれなし）」のような関係に立つとき、その間接事実が重要である、という基準は、ももとの「勝敗に影響する事実」等の表現とも整合的である。しかし、問題は、この債務免除の事実が、「重要」ないし「勝敗を分ける」事実である、ということが、いつの時点で判明するのか、ということである。この事例においては、債務免除の事実が「重要な」事実であることが判明するのは、証拠調べが終わった後である。さらに言えば、このような基準を用いる限り、一定の場合、少なくとも一部の証拠調べが終了しなければ、ある間接事実が重要な事実かどうかを判断することができなくなる。たとえば、上記で挙げられている例で、甲債務の弁済について、「ただし甲債務について」との記載のある領収証が証拠として提出されていたような場合<sup>31</sup>、これによって甲債務の弁済が認定されるとする限り、乙債務についての債務免除の事実が、上記の例における意味で「勝敗を左右する」ことはない。しかし、何らかの理由によって<sup>32</sup>、この領収証からは甲債務の弁済が認定できない、ということになれば、乙債務についての債務免除の事実は「勝敗を左右する事実」でありえ、したがって重要な事実でありうることになる<sup>33</sup>。以上より、ある事実が重要かどうか「いつ」判明するか、という問題については、証拠調べ終了後という時期を含まざるをえないことになる。

ここまでの検討を総合すると、ある事実が重要かどうかについては、裁判所が、証拠調べ終了後を含む、時期的に遅い時点で判断する、ということになる。このような考えが妥当であるならば、このようにして判明する「重要な間接事実」について、主要事実におけると同様の意味で、当事者

<sup>29</sup> 高橋・前掲注1、433頁注（28の2）。

<sup>30</sup> 債務免除が認定されれば、甲債務への弁済（主要事実）が認定され、債務免除が認定されなければ、甲債務への弁済は真偽不明であり認定されない。その結果、債権の発生原因事実が証明され、抗弁が弁済のみであるということ的前提とすれば、債務免除が認定された場合には原告敗訴、債務免除が認定されない場合には原告勝訴、ということになる。

<sup>31</sup> 領収証は、作成者の見聞、判断、感想等が記載されている文書である報告文書の一種とされており、処分証書とはされていないのであるが、「領収証や受領書はその立証趣旨が当該文書に記載された金員を領収したことやある物品を受領したことを立証趣旨とする場合には、その成立が認められた場合には特段の事情のない限り、その領収証等に記載されたとおりの事実を認めるべきことになる」（司法研修所編『民事訴訟における事実認定』（2007年、法曹会）、155頁）とされる、「実質的証拠力が高い」（同書）証拠である。この場合、この領収証は、甲債務についての弁済の事実を直接証明するものであるので、直接証拠ということになる。

<sup>32</sup> 領収証の成立の真正が認められなかった場合などが典型例となるが、前注31での引用中にある「特段の事情」が認められた場合なども考えられる。

<sup>33</sup> より一般的にいえば、特定の主要事実について直接証拠（ここには人証も含まれうる）が提出されている限りにおいては、その証拠の証明力を評価することができるようになるまで、ある間接事実が重要かどうか判明しない、ということである。

の責任を強調すること<sup>34</sup>は困難であろう（ただし、後述3（2）も参照のこと）。

### iii) 重要でない主要事実

前述（2（2）ウ i）の通り、本稿でいうところの重要な事実説と重要な間接事実追加説とは、重要でない主要事実を肯定するかどうかという点で分けられる。重要な事実説が、重要でない主要事実という概念を肯定することに対しては、「およそ重要でない主要事実なるものは考えにくい」などの批判がある<sup>35</sup>。このような批判にもかかわらず、重要な事実説が、重要でない主要事実という概念を認める理由としては、これにより一部の判例を正当化できる、というものが挙げられるであろう<sup>36</sup>。それらの判例の代表例として挙げられうるのが、「なお、斡旋料支払の特約が当事者本人によってなされたか、代理人によってなされたかは、その法律効果に変わりはないのであるから、原判決が被上告人と上告人代理人某との間に本件契約がなされた旨判示したからといつて弁論主義に反するところはな」とする判例（最判昭和33年7月8日民集12巻11号1740頁以下）である<sup>37</sup>。こ

<sup>34</sup> 笠井正俊「弁論主義の意義」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』（2002年、有斐閣）、383頁以下、405頁など。

<sup>35</sup> 三木ほか・前掲注1、209頁。ほかに、松本・上野・前掲注13、51頁は、当該重要でないとされた主要事実でも、主張された場合には、それに関連する重要な争点が生じうる、とする。

<sup>36</sup> たとえば、高橋・前掲注1、429頁は、重要な間接事実には弁論主義が及び、重要でない主要事実には弁論主義が及ばないと「理解すれば、判例も、この枠組みの中で捉えることができる」としている。また、この関係では、小林・前掲注2、113頁が、多数の判例を分析・検討した結果、「主要事実と間接事実の区別の法理に従う判例もかなりの数存在するが、それよりもはるかに多数の判例が別の法理により動いている」と評価していることに注目すべきであろう（なお、この文献で分析されている判例は、弁論主義第一テーゼに関係するものに限らない）。さらに、「事案の具体的解決としても、右の実質的・機能的な法理によるほうが重要な事実についての当事者の攻撃防御の機会の保障をダイレクトに考えているだけに、形式的な主要事実と間接事実の区別によるよりも妥当なはずである」（小林・前掲注2、114頁）として、判例の解決が妥当であったことを前提としつつ、これを理論的に取り込むことを意図している。

<sup>37</sup> この判例に対する反応は、大きく二つに分かれうる。一つの反応は、「意思表示の効果が、意思表示をなした者自身に帰属せず、第三者に帰属することは、特殊の現象であり、この場合」「は、民法の代理に関する法規の適用により始めてその効果を得ることができるのである。民法の代理に関する諸法規の要件に該当する事実は主要事実であり、従ってまた、その主張がない限り、たとえその事実の立証が十分であっても、裁判所はその法律効果を認定してはならない」とするものである（坂井芳雄「契約が代理人によって成立したことの主張を要するか」近藤完爾・浅沼武編『民事法の諸問題Ⅰ』（1965年、判例タイムズ社）、73頁以下、78頁など）。いま一つの反応としては、「訴訟上裁判所の判断にとって重要な意味を持つ事実、そのうちでも構成要件に該当する、いわゆる主要事実、原則として、当事者の主張ないし陳述によって弁論にあらわれ、相手方がこれに対し十分防御方法をつくした上で、審判の基礎とすることが、不意打ちのない、公正な裁判の原則にもっともかなうのである。しかし、仮に事実が弁論にあらわれていない場合でも、審理の全体の経過から考えて、何ら相手方に不意打ちを与えたおそれがないと認められる場合に、裁判所が証拠に基づいて進んでこの事実を認定したとしても決して違法ではない。このような見地から本問の場合について考えて見ると、代理人による契約締結の主張がないというだけで、裁判所が証拠に基づきその旨認定したことを当然に違法視することはなんとしても躊躇せられる」とするものである（田辺公二「反対論として」近藤完爾・浅沼武編『民事法の諸問題Ⅰ』（1965年、判例タイムズ社）、82頁以下、85頁など）。なお、いずれも初出は昭和32年（1957年）であり、特に後者については、「昭和32年という公表の時期を考えると、慧眼という以外の確な表現が見当たらない」（山本弘「上告理由としての弁論主義違反」

の判例に弁論主義違反が存在するかどうかということにも疑問が提示されているが<sup>38</sup>、重要な事実説の論者は、主要事実説を前提とした弁論主義の規律には反しているが、しかし不意打ちが存在しないため、結論は妥当である、とすることになる。これを念頭において、重要な事実説の見解によってこの判決を書き直すと、「幹旋料支払の特約が当事者本人によってなされたか、代理人によってなされたかは、重要でないから」原判決が弁論主義に反することはない、ということになる。本稿との関係で重要なのは、ここでの、主要事実の「重要性」（あるいはその主要事実が重要でないこと）について、具体の訴訟における当事者への不意打ちの有無を基準として考えられていることである。すなわち、重要でない主要事実というのは、実体法とは無関係に定義される事実なのである。この点で、「重要でない主要事実」における「重要性」と、「重要な間接事実」における「重要性」の判断基準は、異なってくる可能性がある。仮に、重要な間接事実についての、「訴訟の勝敗に影響する」事実という基準を、主要事実に用いた場合、実体法の構造を前提とする以上は、文字通りの意味で、「訴訟の勝敗に影響しない」主要事実を肯定することは困難である。主要事実について、それが権利の発生、変更、消滅という法律効果の判断に直接必要な事実であると解する限り、主要事実の有無は訴訟の勝敗に直結することになるからである。他方、「重要な間接事実」については、主要事実の認定・否定を媒介項とすることで、実体法とのつながりを確保することが可能である。もっとも、重要な間接事実については、実体法とのつながりを確保することが可能であるというだけであり、異なった理解もありうる。「重要でない主要事実」におけると同様、不意打ちの有無を基準とし、不意打ちのおそれのある間接事実については、重要な間接事実である、とするのである。このように考えれば、論理的に一貫するということ是可以である。

ただし、そのように考えた場合、果たして、重要な事実説は、そもそも「重要な主要事実」という概念を肯定することができるか、という問題が発生するのではないか。特定の主要事実を推認させる間接事実や、その推認を妨げる間接事実が十分に主張されている場合、その主要事実が主張の無いまま認定されても、あるいは認定されなくても、不意打ちにはならないと考えられる。こうし

---

法学教室367号（2011年）、97頁以下、105頁）ところである。もっとも、同時に、「不意打ちがないということから弁論主義違反がないという結論とを直結させてよいか」（山本弘・前掲、105頁及び103頁参照）という問題が残っていることも確かである。この見解（山本弘・前掲、103頁）が、弁論主義の根拠としての私的自治を論じつつ、上告審が事実審ではないことを前提として、事実審における一定の釈明を仮定すれば（有利になる）当事者が事実を主張していたと想定される事案である限り、「原判決には破棄に備する弁論主義違反または釈明義務不尽の違法はないとしてよい（注：下線は引用者による）」とすることは、含蓄に富んでいる。

<sup>38</sup> 中野貞一郎「契約が代理人によってなされたとの主張の要否」民商法雑誌40巻2号（1959年）149頁以下、特に152、153頁において、「『XとYとの間にこれこれの契約が成立した』旨の主張があつた場合、右主張のなかで、とくに、契約に当たつた者がXまたはY自身であることを限定していないかぎり、XまたはYの代理人による契約であった事実の主張も、これにふくまれているとみるべきではあるまいか」として、この判決でも、弁論主義違反はないと結論付ける。これはこれとしてありうる理解であるとは考えられるが、しかし、通常は、このような主張をする場合には、XまたはY自身による契約である旨の限定を付している、と理解するのであろう。

た考え方を推し進めると、主要事実については全く主張されていなくとも、間接事実の主張さえあれば訴訟の勝敗を決することができる、ということになり、「重要な主要事実」という概念は存在せずともよい、ということになる。もちろん、この場合においても、こうした間接事実の主張があることをもって、主要事実についての主張があると擬制することは可能である。しかし、上記の考え方によれば、この場合には主要事実について主張が無くとも勝敗が決するのであるから、擬制された主要事実についての主張は、本来、あってはならないとは言わないまでも、なくてもよいはずのもの（訴訟の勝敗に影響しないはずのものだから）である。

仮に、以上の検討に正しいものが含まれているとするなら、本稿にいうところの重要な事実説は、実体法から離れるという点で、むしろ、次の、帰納的判断説に近いことになる<sup>39</sup>。

### （工）帰納的判断説

主要事実には弁論主義が適用され、間接事実には適用されない、とする点では主要事実説と同様なのであるが、主要事実と間接事実の区別の基準が異なる。「結局、その法条の立法目的、当事者の攻撃防御目標として明確かという観点、および認定すべき事実の範囲が審理の整理・促進という観点から見て明確であるかという配慮に基づいて、なにが主要事実であるかを、具体的な事案の類型ごとに帰納的に定めていくことになる。その意味で、個別ケースについての判例・学説の積み重ねによって、次第に明確な基準が確立されることを期待する以外にない」<sup>40</sup>とするのである。

帰納的判断説においても、「不意打ち」ないし「不意打ちのおそれ」という概念は登場するが、それらは、次のように使われている。まず、「不意打ちのおそれ」は、主要事実が、「相手方にとっても防御活動が十分に行うことができ、不意打ちのおそれのない程度に具体的でなければならない」<sup>41</sup>という形で用いられており、主要事実と間接事実を区別する基準のひとつになっている<sup>42</sup>。この「不意打ちのおそれ」が行為規範として機能するのに対し<sup>43</sup>、実際の「不意打ちの有無」は評価規範として働くことになる<sup>44</sup>。結論としては、「不意打ち」という観念は、二重の意味で弁論主義の適用範囲を限定する規範としてはたらくべきである。すなわち、第一は、これから審理を進める

<sup>39</sup> 中野ほか・前掲注25、198頁では、本稿のいうところの帰納的判断説を、「より抜本的な主張である」とするが、主要事実と間接事実の区別の基準について、なお従来定説を維持しておくほうが安全であるとして、重要な事実説を妥当とする。

<sup>40</sup> 新堂幸司『新民事訴訟法（第5版）』（2011年、弘文堂）、478頁。

<sup>41</sup> 新堂・前掲注40、477頁。

<sup>42</sup> 新堂・前掲注40、479頁によれば、「不意打ちのおそれという観念は、主要事実・間接事実を区別するさいの重要な基準として、弁論主義の適用範囲を実質的に画する働きをもつ」ということになる。

<sup>43</sup> 新堂・前掲注40、479頁によると、「主要事実・間接事実の区別は、訴訟審理の過程で裁判所・当事者の行動基準となり、弁論主義による審理を実現するための主要な基準となるわけであるから、そこで働く不意打ちのおそれという観念は、行為規範として機能しているといえよう」とされている。

<sup>44</sup> 新堂・前掲注40、479頁。

にあたって不意打ちのおそれのない防御目標を掲げさせるという行為規範として、第二は、不意打ちがなかったといえるかぎり、主張と認定との食い違いを救済する——弁論主義違反としない——評価規範として、弁論主義による審理の妥当なあり方を規律すべきと考えられる」<sup>45</sup>ということになる。不意打ちとはいえない事実認定の類型として挙げられている例として、次のものが注目にあたいる。すなわち、「主要事実」に属する事実でも、当事者双方がこれに触れず重要な争点としないことが審理の過程からうかがわれ、その事実の主張がかりになされても、これを争うために重大な証明活動が展開したとはいえない場合<sup>46</sup>には、その主張のない事実の認定は、不意打ちのなかった認定として、弁論主義違反を理由に取り消すべきではあるまい。たとえば、契約が代理人によって成立したという事実は、主要事実であるが、両当事者ともその点についてなんら触れない状況のときには、代理人によって成立したか本人によって成立したかを重要な争点にするつもりはない場合が多く、証拠資料のみから、代理人によって成立した旨の認定をしても、不意打ちのあった認定とはいえないであろう」<sup>47</sup>とするのである。

帰納的判斷説による主要事実・間接事実の区別は、論者の証明責任の分配の基準論と関係している<sup>48</sup>。いわゆる利益考量説と呼ばれる立場であるが、証明責任の分配について、法規の立法趣旨や当事者間の公平の観点を考慮して定めることが特徴である<sup>49</sup>。ここでいう当事者間の公平の観点には、現状を変更しようとするものが、変更のための要件の証明責任を負う<sup>50</sup>、証拠の偏在がある場合には、必要な証拠方法をより利用しやすい地位にある当事者がその事実の証明責任を負う<sup>51</sup>、例外的な事象についてはその事実を主張する者が証明責任を負担する<sup>52</sup>、などの考慮要素が含まれる。証明責任の分配論と主要事実・間接事実の区別の基準論の関係は、一方が他方を決定付けるような

<sup>45</sup> 新堂・前掲注40、480頁。

<sup>46</sup> 前注35を参照のこと。ここでの限定は、この種の批判を考慮したものといえる。

<sup>47</sup> 新堂・前掲注40、483頁。この見解（及び、同様の結果を容認する重要な事実説）の特徴は、引用文中にあるとおり、当事者の（本当の）意思の把握の仕方にある。通常、弁論主義第一テーゼにおいていわれる、主張についての両当事者の態度の消極的一致を重視するのではなく、証拠調べの結果などから、主張についての消極的一致から看取されるところとは異なる意思を把握し、かつ、この（本当の）意思が両当事者で一致している、として、あたかも自白が成立しているかのごとき結果を導いているように思われるのである。もちろん、主張のない場合であるから、本来の自白の効果（この場合は、いわゆる不要証拠）を認めるわけではないが、証拠調べの結果を通じて把握される（本当の）意思の合致から、いわば主張不要効とでもいべき結果を導いているのは、自白の裏返しとして見ることができ、興味深い。

<sup>48</sup> 新堂・前掲注40、476頁。そこにおいては、むしろ、「主要事実とは、権利の発生、変更、消滅という法律効果の判断に直接必要な事実である」という通説の主要事実の定義について、「このような発想は法条に表現された要件事実について証明責任の分配を考える法律要件分類説に由来すると思われる」、との形で、論者自身による指摘がある。また、同書480頁における、論者の立場についての由来も参照のこと。

<sup>49</sup> 新堂・前掲注40、609、610頁。

<sup>50</sup> 新堂・前掲注40、610頁。

<sup>51</sup> 新堂・前掲注40、613頁。

<sup>52</sup> 新堂・前掲注40、614頁。

関係ではないが、証明責任の分配論において通説的な立場とされる、(修正された)法律要件分類説を採用した場合には、主要事実・間接事実の区別の基準について、帰納的判断説のように考えることは困難であろう<sup>53</sup>。

なお、この見解は、間接事実には弁論主義の適用を認めないが、間接事実であっても、訴訟の勝敗を決する重要な争点となる場合が少なくない、として、このような事実については釈明を通じて攻撃防御を尽くさせるべきだ、とする<sup>54</sup>。しかし、間接事実と分類された事実についても不意打ちのおそれがありうるとすることは、この見解の主要事実・間接事実の分類基準に対する疑問にもつながりうるところではないかと考えられる<sup>55</sup>。

### 3 周辺領域の検討

#### (1) 間接事実についても弁論主義の適用があるとした場合について

あまり論じられていない<sup>56</sup>が、伝統的な基準からは間接事実と分類される事実についても弁論主義の適用があるとした場合、判決作成時に「裁判所は裁判において当事者が提出した事実以外の事実を斟酌してはならない」という準則の適用がある、とするだけでは不十分ではないか、という問題がありうる。

間接事実、いかに重要であっても、否、重要であるからこそ、主要事実を推認させ、またはそれを妨げる働きを有する。そして、ある証拠から間接事実(群)を認定し、それらの間接事実から主要事実の存否を推認する、ということと、ある証拠から主要事実を直接認定することの間には、間接証拠と直接証拠の区別の相対性<sup>57</sup>も相俟って、大きな差はないと考えることも可能である。そうだとすると、間接事実にも弁論主義の適用があるとする場合、裁判所としては、「裁判所は裁判

<sup>53</sup> 高橋・前掲注1、428頁が、本稿でいうところの帰納的判断説について、「この『主要事実』に証明責任を結びつけることができるかという疑問も生ずる」としているのには、このような理由もあろう。

<sup>54</sup> 新堂・前掲注40、484頁。

<sup>55</sup> 注42および対応する本文によれば、不意打ちのおそれは、主要事実と間接事実を分ける重要な基準であったはずである。しかし、新堂・前掲注40、485頁によれば、いわゆる積極否認事実(弁済の抗弁に対して、その弁済は別口の債務について行われた、とする)について、「実際には不意打ちになるおそれも予想されるので」釈明すべきだ、とする。それでは、主要事実・間接事実の区別の基準となる不意打ちのおそれと、間接事実について釈明すべきだとする際に言及された「実際には不意打ちになるおそれ」というのは別の概念なのか、同じ概念なのか。同じ概念であれば、なぜ、主要事実・間接事実の区別の際と、釈明義務の判断基準を立てる際の、二回にわたって登場するのか。むしろ、この疑問は、不意打ちという、よく言えば柔軟な概念の使用に対する疑問であるかもしれない。

<sup>56</sup> それでも、関係する議論として、判決書における事実摘示の方法(これについては関連する文献も多いが)や、判断遺脱に関する判例を検討する小林・前掲注2、115頁以下、109頁以下などがある。また、坂田宏「事実に関する一覚書」民事訴訟雑誌56号(2010年)、58頁以下は、本稿とは異なる角度からの議論ではあるが、重要であると思われる。

<sup>57</sup> 坂田・前掲注56、62頁、及び75頁注(10)を参照のこと。

において当事者が提出した事実以外の事実を斟酌してはならない」という拘束を受け、ここでいう「事実」に間接事実も含まれる、ということになるのであるが、裁判所は、当該「主張がない限り認定できない間接事実」を認定せずに、しかし、心証上はそれを利用しつつ、証拠から直接に主要事実が認定・否定できた、とする判決文を書くことが可能であると考えられる。これは、間接事実にも弁論主義が適用されるとするならば、一種の脱法行為であり、許されてはならないことだと考えられる。このような事態が生じうるのは、主要事実については、そもそもその存否を確定しなければ裁判を行うことが出来ないため、認定しないが考慮する、というような状況を想定しなくともよかったからであろう。

このような事態への対処として、まず、判断遺脱（民訴法338条1項9号）による規律をすることが考えられる。判断遺脱の対象となる事実は、主要事実に限らず、一定の間接事実を含むのである<sup>58</sup>。これが上告理由になるかという点については議論がありうるが、その点を措けば、それなりに有効な対処となると考えられる。しかし、判断遺脱によっては対処できない局面もある。証拠からの事実認定が正しい場合<sup>59</sup>であり、その間接事実を考慮したがゆえにその結論に至った場合である<sup>60</sup>。このような場合について、判断遺脱にはならないと考えるとしても、これをこのまま許すとすれば、一定の間接事実について主張を必要とした意味は少なからず失われるし、その判決文は、当事者及び広く国民一般にとってわかりにくいものとなるであろう。

そこで、上記の準則に加えて、判決作成時、裁判所は、「間接事実の存否について判断しなければならず、その結果を判決理由中に示さなければならない」<sup>61</sup>という原則が妥当する、というべき

<sup>58</sup> たとえば、小林・前掲注25、314頁など。

<sup>59</sup> 正確にいえば、控訴審・上告審・再審裁判所にとって、証拠からの事実認定が正しいと思われる場合である。

<sup>60</sup> たとえば、新堂・前掲注40、942頁は、338条1項9号「の判断遺脱とは、当事者が適法に提出した攻撃防御方法で、当然判決の結論に影響するものに対し、判決理由中で判断を示さなかった場合」をいう、としている。高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 下（第2版）』（2012年、有斐閣）、770頁もほぼ同様である。本文のような場合に、たとえば、「措辞適切を欠くところはあるが、原判決に判断遺脱の違法はない」、という上訴審判決というのはいりうように思われる。

<sup>61</sup> 坂田・前掲注56、64頁に、「両当事者間で争われ、両当事者の立証にまつ必要があると判断された間接事実については、もし存在するとすれば徴憑として判決理由に掲げられるべきであり、その存否に関する主張の真偽を判断すべきものと考え」とあり、これに対応する同75頁注（17）には、「これもまた、民訴法247条の自由心証の範囲に入れられるべきものであろう」とある。この部分は、直接には、「間接事実について証明責任が觀念されえないことから、むしろ当該間接事実が有する主要事実の推認力の程度に応じて総合的に主要事実の判断に組み込んでゆこうとする考え方」（同64頁）に対して述べられたものである。

ただ、この点については、「間接事実が有する主要事実の推認力の程度に応じて総合的に主要事実の判断に取り込んでゆこうとする」考え方に立った場合でも、裁判所は、間接事実が、どの程度の心証で存在しており、どのような推認力を有していると考えているのか、ということについて判示すべきであるとすることはありうるのではないかと、とも考えるところである。実際、別の論文（坂田宏「間接証明に関する一覚書」福永有利先生古稀記念『企業紛争と民事手続法理論』（2005年、商事法務）、385頁以下、（以下では坂田・間接証明として引用する））において、「もちろん、間接事実といっても（あるいは、経験則と言ってもよいのだが）、一般的に言っても、事

である。このような原則は、本稿でいうところの主要事実説を前提とした見解でも採用されており<sup>62</sup>、その意味で、この原則は、現状の変更を意図するものではない。ただ、主要事実説を前提にすれば、基本的には、間接事実を認定して事実認定をするか、それとも（判決文上では）間接事実を認定せず間接証拠を総合して主要事実を認定するか、ということは当不当の問題にとどまる<sup>63</sup>のに対し、弁論主義からの要請であることになれば、一定の限度でこの原則への違反が違法であるといわざるを得ない点は、現状の変更ということになる。

また、「間接事実の存否について判断しなければならず、その結果を判決理由中に示さなければならない」という、この原則でいうところの間接事実とは、どの範囲の間接事実をいうのか、という問題もある。この原則の根拠は、弁論主義にあると考えるなら、弁論主義が適用される間接事実が、そのままこの原則でいうところの間接事実ということになりそうである。しかし、より広く、間接事実一般についてこの原則が妥当するという考え方も十分成りたちうるであろう<sup>64</sup>。

## （2）重要な事実ないし重要な間接事実の問題とその解決

これは、既に指摘したところであるが、特に、重要な間接事実について、その間接事実が重要かどうかを、裁判所が、証拠調べ終了後を含む時期的に遅い時点で判断することがありうる、という

---

案によっても、種々雑多なものがありうるのであって、間接証明の場合には、間接事実の積み重ねが必要になることも多い。この場合、経験則の強弱のみならず、個々の間接事実の蓋然性をも考慮に入れた推認（事実上の推定）がされる場合もあろう。しかしながら、その場合であっても、当該間接事実があった（その主張が真実である）という判断は、これに先行してなされていなければならないもののように思われる」（坂田・間接証明、402頁注（22））として、この可能性を肯定しておられるように思われる。そうすると、この立場と「間接事実が有する主要事実の推認力の程度に応じて総合的に主要事実の判断に取り込んでゆこうとする」考え方の違いは、裁判所が間接事実の存在について証拠の優越の基準すら超えない心証しか抱いていない場合に、これを認定して事実認定の用に供してよいか、という点にあることになろう。

また、この見解が間接事実にも弁論主義の適用があると考えているのか判然としない部分もあるが、弁論主義が間接事実にも適用されるとするなら、その間接事実については、特にあてはまる議論であると考えられる。

<sup>62</sup> 司法研修所編『10訂 民事判決起案の手引』（2007年、法曹会）、81頁以下には、次の記述がある。すなわち、「要証事実である主要事実を認めるに足りる直接証拠がないときには、間接証拠によって認定した間接事実から主要事実を推認するほかはない。その場合に、ただ間接証拠を挙げて、いきなり、例えば、○月○日原告の先代Aと被告との間に売買契約が締結されたという主要事実を認定するのはよくない。そのような方法では、証拠と事実との関係が密接でないため、説得力の欠けた判決となる。このようなときには、「証人Bの証言によれば、被告は平成○年○月ころ事業資金に窮して、Bに融資を申し込んだが、Bはそれを断り、その際被告に対しその所有する本件土地を売却してその代金を上記の資金に充てるように勧めたことが認められ、証人Cの証言によれば、Cはそのころ被告から本件土地の買主を探してほしいとの以来を受け、かねて適当な土地があったら買ってよいいっていたAを被告に紹介したことが認められ、・・・これらの事実を総合すれば、Aと被告との間に本件土地の売買契約が締結されたことを推認することができる。」のように段階的に判断する（ここでいう推認とは、間接事実を総合し経験則を適用して主要事実を認定することをいう。）」とするのである。

<sup>63</sup> 前述の通り、坂田・前掲注56はこれとは異なる。

<sup>64</sup> 坂田・前掲注56、75頁注（17）では、自由心証主義（247条）の解釈としてこれを導いており、参考になる。

検討が正しいのであれば、これを主要事実と同様に扱うことはできないのではないかと、という問題である。主要事実については、証拠資料からは認められるが、主張はされていないというときに、裁判所がこれを認定することができない、というところまでは弁論主義が規律するが、その結果として、①（弁論を再開して）釈明をするなどして当事者の主張の有無を確認するか、②主要事実の主張がなかったということを前提として、そのまま判決をしてよいとするか、という問題は、弁論主義や釈明義務の理解にも関わる問題ではあるが、審理不尽の問題でもある。弁論主義について、当事者の責任を強調するのであれば<sup>65</sup>、口頭弁論終結時までに主張していなかったのであるから、裁判所は釈明等をせずとも主要事実の不存在を前提に判決をしてよいことになる。この場合には審理不尽の問題は生じないことになる。

他方、重要な間接事実について、少なくとも一部でも、上記のような決まり方をするのであれば、ある事実について、判決作成時によく「重要な間接事実」であることが発覚するということが十分ありうる。その意味で、重要な事実説に立つ見解が、弁論の再開に言及している<sup>66</sup>ことは、よく理解できるところである。すなわち、重要な間接事実の少なくとも一部が、上記のように決まる以上、主要事実について述べたところの、②その間接事実の不存在を前提としてそのまま判決をする、換言すれば、その間接事実が認定されれば有利になる当事者の責任を問う、ということは、困難ではないか、と思われるのである。少なくとも、このような重要な間接事実については、裁判所は、（口頭弁論終結後であれば）弁論を再開すべきであり<sup>67</sup>、釈明すべきことになる。

しかし、翻って、重要な間接事実の決まり方が、上記のようなものでしかありえないか、という点と、そうではないと思われる。不意打ちについて、「不意打ちのおそれ」と「実際に不意打ちになるかどうか」を分ける見解<sup>68</sup>があるように、訴訟の勝敗を分ける事実についても、訴訟の勝敗を分ける事実と、訴訟の勝敗を分けた事実を区別することは可能である。その意味では、「訴訟の勝

<sup>65</sup> 笠井・前掲注34参照。

<sup>66</sup> 高橋・前掲注1、428頁、431頁注(27)参照。ただし、これは、本稿でいうところの証明主題説に対する批判（証明主題説では理論上、弁論の再開の範囲が広がる）も含むのであるが、証明主題説が、弁論の再開の範囲を広くしなければならないか、という点については疑問も残る。

<sup>67</sup> 弁論の再開の判断は一般には裁判所の裁量的判断に委ねられるが、一定の場合には再開義務を肯定できるとされている（たとえば、奈良次郎「弁論の再開をめぐる若干の問題について」中野貞一郎先生古稀記念『判例民事訴訟法の理論（上）』（1995年、有斐閣）、423頁以下、山田文「口頭弁論の再開」大江忠ほか編『手続裁量とその規律』（2005年、有斐閣）、301頁以下など。もっとも、両文献は、検討の手法等が大きく異なる）。間接事実がこれまで本文中で記述してきたような決まり方をするを前提とすると、後者の文献において示されている考慮要素（最判昭和56年9月24日民集35巻6号1088頁の検討によって得られたものである）を満たすのではないかと考えられる。すなわち、「釈明義務違反ゆえに十分な弁論が尽くされず攻防方法の提出が遅れた場合には、原則として再開義務が肯定されるべきである」（山田・前掲、308頁）とされているのであり、観念的には主張の要否が訴訟の開始時から判明している主要事実についてもこのようにいえるのであれば、そうではない間接事実については、いっそう当てはまる議論ではないかと思われるのである。

<sup>68</sup> 新堂・前掲注40、479頁。

敗に影響する事実」というのは、重要な間接事実の基準として、訴訟の勝敗を分けうる事実を志向するものであるのかもしれない。また、当事者の主張と認否を通じて重要な間接事実が浮かび上がってくる<sup>69</sup>のであれば、このようにして把握できる重要な間接事実も、より早い段階で把握できるものというべきであろう。

いずれにせよ、このようにして、重要な間接事実が、当事者にも<sup>70</sup>、早い段階から<sup>71</sup>把握できるも

<sup>69</sup> 坂田・前掲注56、65頁-70頁は、主要事実の展開による証明主題の変更を論じ、「主要事実の主張は、以後訴訟で争点となるか否か、争点となるならばその証明主題を裁判所と相手方当事者との面前に提示することであり、これに対する相手方の認否等によっては、主要事実の「変換」キーは幾度となく押される可能性があるものと考ええる。そして、実際の訴訟では、間接証明の重要性が増してきていることもあり、間接事実への「変換」も可能であると考えたい」とする。本稿筆者の理解が正しいか自信はないが、ここでいう「変換」について、ワード・プロセッサ（同67頁）の比喩が用いられているところからすれば、当事者の主張及びそれに対する認否によって、抽象的な主要事実（例：売買契約の締結）から、具体的な主要事実（例：〇年〇月〇日における、〇〇円で目的物を売却する旨の売買契約の締結）へと、あたかも日本語入力の漢字変換をするがごとく、展開していく、ということになるのであろう。これは、主要事実に関する限りでは、説明として成立していると考えられるが、間接事実への「変換」までがこれによって説明できるか、疑問もある。ワード・プロセッサの比喩に倣えば、変換キーを押して変換されるのは、もともと入力された言葉と同一性がある場合に限られるのではないか、すなわち、主要事実とは何かしら異なるものとして考えられるところの間接事実（それが重要なものであっても）までが、変換キーを押すことだけで出てくるのか（何か別の操作もされているのではないか、あるいは特殊な変換例があらかじめ登録されているのではないか）、ということである。

<sup>70</sup> この場合にも、重要さを判断するのが第一次的には裁判所であるところからすれば、弁論準備手続等において、どのような事実が重要かということについて、裁判所と当事者との間で共通認識を形成することが重要になる。これについては、弁論主義の適用される重要な間接事実等を念頭において議論されたものではないが、口頭でのやり取りの積極的実施を含む、争点整理についての運用改善の取り組みが注目に値する。菊池浩也・藤田正人「福岡地方裁判所における民事訴訟の運用改善に向けた取組」判例タイムズ1353号（2011年）、52頁以下、特に57頁。少なくとも、争点整理期日における口頭でのやり取りの積極的実施についての取り組み「のもとにある発想や考えは、既に現行民事訴訟法の立法時に相当に議論され、現行民事訴訟法下における争点整理手続の実務として予定されていたものと考えられる」（同、57頁）。

<sup>71</sup> 注70でも言及した争点整理については、近時、注目すべき文献が現れた。林道晴・太田秀哉編『ライブ争点整理』（2014年、有斐閣）である。同書は、「重要であるにもかかわらずブラックボックスとなっている感がある、争点整理に向けた協議内容を、少しでも外部から認識できるものとして、研究者の検討分析」など「役に立てようとするものである」（同書はしがきii頁）とされており、非常に参考になる。また、必ずしも弁論主義の対象となる事実としての重要な間接事実というわけでもないと思われるものの、以下のような記述もある。すなわち、架空の（しかしリアルな）設例中に登場する裁判官の発言として、「本件の争点は、言うまでもなく『虎男さんと被告との間の金銭消費貸借契約締結の事実の有無』ですが、争点に関連する重要な間接事実として掲げられるのは、①平成22年2月20日ごろの虎男さんと被告の関係、②本件金銭の授受に契約書、領収書等が作成されていないことの意味、③乙第1号証の成立の真正と、それが何の領収書か、つまり被告が主張するように出資金の返済と配当の支払か、鶴子さんの遺産分割の関係のものか、④虎男さんが被告に返済を求めていたかどうか、といったところになるでしょう」（同書、41頁）という発言がある。このようにして示され、裁判所・当事者間で共通の認識を形成することができた「重要な間接事実」（これが弁論主義との関係でもそのように評価されるかは別論であるが、弁論主義との関係でもそのように評価された場合）については、本文で述べているように、主要事実と同様に、当事者の責任を強調することも可能であろうと思われる（当然のことながら、同書はこうした議論とは無関係である）。したがって、本稿のこの点についての問題関心をより正確に述べるならば、全ての「重要

のであるなら、このような意味での重要な間接事実については、主要事実と同様に取り扱うことが可能であろう。

また、重要な間接事実について、本稿で検討したように決まるとしても、事実の証明は原則として間接証明によること（直接証明は例外的な場合のみ認められる）とすれば、ある間接事実が重要かどうかより早期に判明することになると思われるが、思いつきの域を出ない。

### (3) 間接事実についての主張責任

主張責任という概念は、弁論主義第一テーゼから導かれるとされる<sup>72</sup>。ある事実について弁論主義が適用されるときに、「当事者の一方にとって有利な事実が口頭弁論に現れないことによって、当事者の一方が裁判において不利益を受ける場合、その不利益を「主張責任」という」<sup>73</sup>とされるのである。それでは、間接事実について弁論主義が適用されると考えた場合、間接事実についての主張責任を認めなければならないのであろうか。

議論としては二つの方向からのものがありうる。一つは、主張責任と証明責任の一致に関する議論である。いま一つは、間接事実についての主張責任を認めることの実益を論じる議論である。まず、前者の議論から検討すると、証明責任は主要事実についてしか観念しえないため<sup>74</sup>、間接事実について主張責任を認めると、主張責任と証明責任の一致が崩れる、という議論がありえないではない。しかし、主張責任と証明責任の一致は絶対的なものではないと理解することができる<sup>75</sup>ので、そもそもこの議論はあまり意味がないように思われる。

他方で、間接事実についての主張責任を認める実益については、議論する意味が多少なりとも存在するように思われる。主張責任は、前記の通り、ある事実が主張されない結果、その事実が裁判の基礎とされないことによりもたらされる当事者の一方の不利益である。この事実が主要事実の場合、この不利益は、主要事実が認定されないという不利益であり、結論に直結している。しかし、間接事実の場合、弁論主義の対象となる間接事実（主要事実を推認させる間接事実であるとする）が主張されず、裁判の基礎にすることができなとしても、その結果として起こるのは、主要事実の証明ができない、ということなのである。そうすると、間接事実にも弁論主義が適用されるとし

---

な間接事実」について、当事者の責任を強調することができるのか（中にはできないものも存在するのではない）、といったものになろう。

なお、争点整理のあり方についての検討は、別途行いたいと考えている。

<sup>72</sup> 高橋・前掲注1、405頁。

<sup>73</sup> 三木ほか・前掲注1、204頁。

<sup>74</sup> ニュアンスに差はあるが、高橋・前掲注1、524頁。

<sup>75</sup> 高橋・前掲注1、531頁など。もっとも、これも既に論じられているように、原理的に一致しなければならないかどうかという問題と、現に一致しているかどうかという問題は分けることができ、前者について、一致しなくともよいと考えつつ、実際には一致している、という考えも十分に成り立つのであろう。

でも、その間接事実が推認させあるいは推認を妨げる主要事実についての証明責任を想定するだけで足りる可能性がある、ということになる。

また、これに加えて、主張責任が問題になるのは、被告欠席の場合に、どこまでの事実が主張されていれば、民訴法159条を適用して、原告の請求をそのまま認容することができるかという場合である、といわれている<sup>76</sup>。しかし、間接事実にも弁論主義の適用があるとする見解の多くが想定しているのは、原告・被告間に争いがある場合であり、これとは異なって、被告が争わない場合には、伝統的な意味での主要事実が主張されていれば、請求を認容しうるのではないだろうか。以上の次第で、間接事実についての主張責任を考える実益は存在しないか、かなり小さいのではないかと、と思われる。したがって、間接事実の主張責任を認める必要はないのではないかと考えられるところである。

#### 4 小括

本稿では、間接事実にも弁論主義の適用があるとする各見解が、どのような基準からどのような事実について、そのようにいうのか、ということを一概観した後、それらの周辺に存在するのではないかとと思われる問題について検討した。本稿で検討した問題に対する答えとしては、まず(1) 間接事実についても弁論主義の適用があるとした場合について、判決作成時に一定の規範を想定する必要はないか、ということについては、「間接事実の存否について判断しなければならず、その結果を判決理由中に示さなければならない」という原則を認める必要があると考えた。つぎに、(2) 重要な事実ないし重要な間接事実、訴訟の遅い時期に決まるのではないかと、そこに問題はないか、ということについては、そうだからこそ、そのような事実について主張がない場合には弁論の再開が必要的になるのではないかとし、また、重要な事実ないし重要な間接事実について、より早期から把握できるようにする考え方もありうる、とした。最後に、(3) 間接事実の主張責任については、認めなくてもよいのではないかと、という結論に落ち着いた。

本稿で検討した問題が本当に存在するのだろうか、ということに自信があるわけではないが、間接事実にも弁論主義の適用があるとする見解については、(本稿では論じていない点も含めて、)いまだ論じるべき問題が数多く存在するのではないかと、ということが示せていれば望外の幸せである。

---

<sup>76</sup> 高橋・前掲注1、532頁。