

非訟事件における職権探知主義

—— 借地非訟，会社非訟を題材として ——⁽¹⁾

堀 清 史

1 研究の動機・目的

非訟事件の特徴の一つとして、弁論主義ではなく、職権探知主義が採用されることが挙げられることがある。しかし、いわゆる訴訟の非訟化の結果、典型的に想定されていた非訟事件だけではなく、幅広い範囲の事件が非訟手続において取り扱われることになったため、これらの手続における職権探知主義の採用には疑義が呈されることも多い。他方で、前述の通り、非訟事件はその種類が多く、範囲は広いため、これにおける職権探知主義について一律に考察することの困難についても指摘されてきた。

そこで、職権探知主義の採用について特に問題とされることの多い、借地非訟、会社非訟を題材として、非訟事件における職権探知主義を検討することとしたい。このような分類でもまだ幅が広いが、実際には、そのうちのいくつかの事例を取り上げることにより、対象を限定する。また、検討の方向性としては、立法論的な当否はいったん措いて、借地非訟・会社非訟における職権探知主義が一部でも基礎づけられないか、という方向を指向する。議論の余地はあるが、法に規定されている以上、それがあるかもしれないという仮定の下での議論も必要であろう。

また、後に取り扱ういわゆる当事者的運用との違いについてあらかじめ述

(1) 本稿については、2016年11月に関西民事訴訟法研究会において、報告の機会を頂戴した。

べておくと、当事者の運用は、職権探知主義が妥当することを前提に、それを制限的に運用するものであるが、本稿では、職権探知主義が妥当しない場合を認めるものである。

さらに、職権探知主義の根拠として、公益が語られることがあり、本稿でもそれを前提とする。しかし、現に非訟とされているものについて職権探知主義が妥当するかどうかを検討すること、換言すれば、公益性を探ること、については多大な困難がある。訴訟と非訟の区別の流動化が事実として存する以上、やむをえないことでもある。

2 職権探知主義・総論

(1) 内容

職権探知主義とは、裁判の基礎となる事実・証拠の収集および提出について、裁判所が権限を有し、責任を負うという原則である⁽²⁾。この定義は、弁論主義（裁判の基礎となる事実・証拠の収集および提出について、当事者の責任であり権限であるとする原則）との対比を念頭においてされたものである。そして、後に述べる通り、職権探知主義は弁論主義の対概念として理解すべきものである。しかし、その結論に至る前に、果たして、そしていかなる意味において、両概念が対概念であるかを検討しておくことには意味がある。

果たして、職権探知主義は弁論主義の対概念であるのか。従前の議論においては、このような項目の下で論じられてきたわけではないが、職権探知主義が裁判所に義務を課す規範か、という議論⁽³⁾は、おそらく、このような問題関心を背景に持っていたものと思われる。この議論は、弁論主義が、裁判所に対する、「できない」「しなければならない」という拘束を内容とするた

(2) 笠井正俊「弁論主義と職権探知主義の関係」法律時報88巻8号（2016年）19頁以下、20頁など。

(3) 笠井・前掲注2、21頁など参照。また、中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義（第2版補訂版）』（有斐閣、2006年）、207頁（鈴木正裕執筆部分）参照。

め、職権探知主義の定義として、「できる」旨の権限規定とするのか、「しなければならない」旨の義務規定とするのか、という争いである。この議論の詳細には立ち入らないが、職権探知主義は、裁判所に対して、単に権限を授与するだけではなく、一定の場合義務を認めるものであるように思われる。ただし、この義務が、「裁判所が必要と認める場合には」⁽⁴⁾という留保の付されたものであることには注意が必要であろう。

職権探知主義と弁論主義は、いかなる意味において対概念であるのか。これは、仔細に見れば、両概念の対象となる事実に関する議論に差異があることによる⁽⁵⁾。すなわち、弁論主義においては、伝統的には、弁論主義の適用対象事実は主要事実に限られ、間接事実への適用はないとされてきた。これに対して、有力な見解は、重要な間接事実については弁論主義が適用されると反論してきた⁽⁶⁾。いずれにせよ、弁論主義における議論においては、主要事実への適用は認められ、間接事実への拡張が問題とされてきたといえよう。他方、職権探知主義においては、主要事実・間接事実・補助事実等の事実の区分に関わらず、適用されるものと考えられているようである。

以上のように、弁論主義と職権探知主義とでは、内容や規律において、微妙なずれがある。このずれが何に由来するかを検討することも興味深いが、さしあたり、このようなずれがあっても、弁論主義と職権探知主義は、なお対概念であるといえるように思われる。それは、両概念はいずれも実体法上の私的自治の手續への反映（あるいはその制限）と理解することが可能だからである。もっとも、弁論主義に関しても、職権探知主義に関しても、私的自治との関連を否定することはありうるし、現にそのような見解も相当程度説得的に主張されている。そうとすれば、弁論主義と職権探知主義が対概念であるという言明は、それらを私的自治との関係で理解する、との一定の

(4) 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法（第八版）』（弘文堂、2015年）、44頁など。

(5) この点については、前掲注1の研究会において、徳田和幸先生からご示唆を頂いた。

(6) これらについて、高橋宏志『重点講義民事訴訟法 上（第二版補訂版）』（有斐閣、2013年）、423頁以下参照。

態度表明を伴うものというべきであろう。

また、通常、職権探知主義について論じられる場合には、「主として人事訴訟を念頭に置いた訴訟における審理原則」が議論されてきた、との指摘もある⁽⁷⁾。非訟事件においては、その対象の多様性から、審理原則としての職権探知主義を包括的に論じることは困難であるということである。そのため、本稿でも、後半で、一定の事件類型ごとに職権探知主義を論じることとしている。

(2) 根拠論 特に弁論主義の根拠論との関係で

ア 従前の議論の概観

このような職権探知主義が採用されるべき理由、ないし根拠については、一般に、公益が挙げられることが多いようである。しかし、ここで言われる公益性の内実については、理解が一様ではない。以下では、まず、公益性の理解についての実例を挙げていくことになる。

① 公益性=真実探究？

職権探知主義は、事柄の性質上、真実探究が必要な場合に採用されるとする。ここでいう真実とは、いわゆる形式的真実ではなく、実体的真実に近いものが想定されていることになる。

また、この見解は、弁論主義の根拠論としての手段説、および、後に見る職権探知主義の当事者的運用とも関連がある。すなわち、まず、弁論主義の根拠論としての手段説は、その事柄についてもっとも強い利害関係を持つ者同士に任せることによって、効率的に真実に到達できる、という見解である⁽⁸⁾。このとき、裁判所の面前に提出された情報量が高くなればなるほど真

(7) 本間靖規「非訟事件手続における職権探知主義に関する覚書——ドイツ法を中心に——」『手続保障論集』（信山社、2015年）547頁以下、548頁。

(8) 高橋・前掲注6、409頁以下など参照。それによれば、いわゆる手段説とは、「紛争に第一次的利害を感ずる当事者の利己心を利用すれば、当事者に訴訟資料提出の責任を任せても必要な資料は収集されるし、反面、裁判所が訴訟資料収集の責任を負うことは現実問題として不可能であることに基くとする。要するに、真実発見のための合目的的考慮の所産であるとするもの」とされる。

実に到達できる可能性が高まる、との前提を置いたとすれば、定義上、当事者の提出する情報量が変わらない限り、職権探知主義を採用すると、弁論主義を採用した場合よりも真実に到達できる可能性が低くなることはない（当事者提出情報 + 裁判所の取集した情報、ということであるから、上記前提の下での、弁論主義 ≤ 職権探知主義が成り立つ）。

したがって、この見解によると、職権探知主義は、当事者の力のみでは事実の探求が困難と考えられる事案、あるいは、当事者の力のみでの真実探究では十分ではないと考えられるような事案に採用されるべきことになる。しかし、非訟事件は事件類型が種々多様で、一般的・抽象的に訴訟よりも真実探究の必要性が高いということは困難ではなからうか。

なお、真実探究が必要な場合があることは、②・③の見解も認めているように思われる。違いは、真実探究の必要があるだけで職権探知が基礎づけられると考えるか、第三者保護等の別の公益のために真実探究の必要があると考えるのか、というところに存するのであろう。

② 公益性の内容を分析して検討する見解

「[真実]の相対性を前提に保護法益たる公益を分析的に考えるならば、そこには、①第三者に対する影響、②当事者対等化の要請、③弱者保護の要請が含まれている」⁽⁹⁾とする。そして、この見解は、これらの公益が、私的自治を制限するものとして働くことを前提としているように思われる。すなわち、「職権探知主義の規律を採る（弁論主義を離れる）のは、私的自治に委ねられない、あるいは、国家が関心を持つから、ということでありましょう。もう少し具体化すれば、公益、第三者保護、弱者保護等が考えられます」[…非訟事件…については、一律に公益性ゆえに職権探知主義とすることには、理論的にはやはり疑問があるように思われますし…改正実現後も、解釈論上職権探知主義の適用範囲を限定する余地があるのではないのでしょうか。…仕分け

(9) 山田文「職権探知主義における手続規律・序論」法学論叢157巻3号（2005年）1頁以下、17頁。

は困難ではありますが、当事者による処分可能性の有無が基本になると考えられます」⁽¹⁰⁾と。

したがって、この見解によれば、職権探知主義が採用されるのは、私的自治が第三者保護、弱者保護、当事者対等化等の公益によって制約されているからである、ということになる。

③ 公益性の内実としてルール・メイキングの要素を考慮する見解

この見解は、直接には家事事件を想定したものであるが、②の見解と同様、第三者保護などが公益性を基礎づけることを肯定しつつ、それらの公益と直接関係がないように思われる類型の事件において、職権探知主義の根拠を求めるものである。すなわち、やや長くなるが、以下の通りである。

「ここで、筆者が注目したいのは、家事事件（より一般的に言えば非訟事件）における規範の一般性（裁量性）というものである。家事事件においては、訴訟事件と異なり、法規範の内容として要件・効果が一義的に対応するものになっておらず、裁判所が具体的な事件の中で適切な裁量権を行使して正当な解決を見出すという作用が一般に期待されている。換言すれば、家事事件手続で行われており、また行われることが期待されているのは、個別事件の中で具体的な規範を発見し、創造するという機能であろう。このような規範の在り方の特性の中に、事実調査・探知において職権主義を要請するものがあるのではないか、という点がここでの問題意識である。

すなわち、裁判所が裁量規範を前提にして個別事案における適切なルール・メイキングを図っていくためには、職権で事実を探知する権限を認める必要があるのではなからうか。このような場面での「事実」は一種の二重の機能を有しているように思われる。それは、一面では、訴訟における事実と同様に、法律要件にあてはめて一定の法律効果を導くための事実（いわゆる要件事実）であるが、他面では、当該法律要件自体が未確立のものであることから法律要件を確立するために参照される事実、つまり一種の立法事実と

(10) 畑瑞穂「弁論主義・職権探知主義（等）」民事訴訟法雑誌57号（2011年）94頁以下、96頁-97頁。

しての性格を持っているように思われる。そして、立法事実に係る審理方法については、職権探知が妥当する旨の議論が確かに存在する。… (中略) …その意味で、裁判所が自己に付与された裁量権を適切に行使し、具体的な事案の中で適切な法的ルールを定立するためには、規範定立において参照しうる事実を自由に収集・認定できる必要がある、そのことが、第三者の利益が必ずしも手続に関係しない事案との関係でも、なお職権探知主義の採用を肯定する理論的根拠となりうる可能性がある⁽¹¹⁾と。

したがって、この見解によると、ルール・メイキングのために必要な事実については職権探知主義が肯定されることになる。しかし、この見解に対しては、(ア)特定の個別的事件としての非訟事件においては、裁量権を行使して事件が解決されているのであり、裁判所がルール・メイキングをしているのではない、(イ)本来のルールの定立は、全てのケースに適用されることを前提としてなされるものである、したがって、(ウ)本来のルール・メイキングに必要な立法事実についての議論により、非訟事件における司法事実についての職権探知主義を、ルール・メイキングという観点から正当化することはできない、との反論⁽¹²⁾がある。

この反論に対しては、個別的な判断の背後にも一般的なものがある、との再反論がされている⁽¹³⁾。

イ 検 討

弁論主義の根拠論として、私的自治説⁽¹⁴⁾を採用する限りにおいて、職権探

-
- (11) 山本和彦『民事訴訟法の現代的課題』(有斐閣, 2016年), 337頁以下, 340頁-342頁。初出: 山本和彦「家事事件手続における職権主義, 裁量統制, 手続保障」判例タイムズ1394号(2014年), 60頁以下, 62頁。ただし、後に山本和彦「家事事件手続における職権主義, 裁量統制, 手続保障」松原正明・道垣内弘人編『家事事件の理論と実務 第三巻』(勁草書房, 2016年)103頁以下, 108頁において、やや後退された印象を受ける。
- (12) 畑瑞穂ほか「研究会 非訟事件手続法6 事実の調査・証拠調べ・裁判(49条~57条)」論究ジュリスト16号(2016年)172頁以下, 174頁-178頁(特に山本克己発言)。
- (13) 畑瑞穂ほか・前掲注6, 177頁(山本和彦発言)。
- (14) 弁論主義の根拠論については、高橋宏志『重点講義民事訴訟法 上(第二版補訂版)』(有斐閣, 2013年)409頁以下参照。

知主義の根拠論についても、私的自治の制限を出発点とすべきであろうと思われる。その意味で、検討の出発点として、②の見解が妥当であろうと思われる。

問題は、③の見解のいう、ルール・メイキングの要素が、職権探知主義を基礎づけるかどうか、という点であろう。この見解の問題意識、すなわち、第三者保護等の公益を必ずしも想定できない事件における職権探知主義をいかに基礎づけるか、という点には強く共感するが、結論としてはルール・メイキングの要素が職権探知主義を基礎づけるということには困難が多いように思われる。

個別的な事件の解決が積み重なり、将来の同種の事件の解決が一貫性をもってされるようになることは望ましく、その点で、規範定立に必要な事実が立法事実と類似する、という理由付けは理解できなくはない。しかし、これも、公益性の内容として不特定の第三者を想定しているだけだ、という見方をすることもできるし、また、形式的な反論にはなるが、特定の個別的事件の解決には不要だが規範の定立に必要な事実（A事実）があるとき、または、特定の個別的事件の解決に必要なだが規範の定立には不要な事実（B事実）があるときに、この見解によれば、A事実についての職権探知には根拠があり、B事実の職権探知には根拠がない、ということにもなりうる⁽¹⁵⁾。非訟事件の解決が一貫性を有することはある程度望ましいことなのであるが、その望ましさは裁判所の裁量の範囲内で実現される、というのも、訴訟と非訟の区別に照らせば、やむを得ないように思われる。

さらに、より根本的な疑問として、職権で事実を収集しなければならない事案が、一般的な判断をするのに適した事案であるのか、という問題もある。事件を前提としてルール形成をする場合、ルール形成をするのに適した事案とそうでない事案がありうる。少なくとも、特殊な事案においては、それが

(15) もっとも、個別事件の解決に有意な事実というのは、通常、規範の定立にも有意であろう。形式的である所以である。

一般的な事案であることを前提としたルール形成は不相当であろう。そして、特に相手方がある事件で、実質的にも争いがあるような場合を想定する限り、その事件において審理・判断に必要な事実が当事者から提出されなかった理由を考えると、少なくとも、可能性として、その事案には多くの事案とは異なる特殊な事情があったこと、という理由を排除できない⁽¹⁶⁾。しかし、そうなると、一般性を志向したルール形成は困難ではないだろうか。

そうすると、職権探知主義が採用されるべき根拠は、実体法上の私的自治が(②説のような内実を有する公益によって)制限されているからだ、ということになろう。そして、この根拠論は、個別の法制度ごとに(さらには事件類型ごとに)検討していくべきことになる。特に非訟事件においては、私的自治に対する制限が一樣ではないからである。

そして、この関係で特に問題になるのが、対象が当事者の意思によって処分することのできる法律関係である場合である。実体法上処分が可能である場合⁽¹⁷⁾や、手続上和解によって終結することが可能な場合⁽¹⁸⁾、がこれに当てはまる。このような場合にも、職権探知主義が採用されているのであれば、それはなぜか、を検討する必要がある。

ありうる議論の一つとしては、職権探知主義が、手続平面における実体法上の私的自治に対する制限の反映であるとするれば、職権探知主義の根拠論において考慮すべき私的自治に対する制限というのは、(ア)実体法上合意によって処分できなくする、などの内容上の制限と、(イ)手続において私的自治を実現することを制限する、という手続上の制限の二つがある、というものである^(19, 20)。(ア)の制限があるときには、和解等で事件を終結させること

(16) 実際には当事者の怠慢であるとか裁判所へのもたれかかりで説明されうるにしても、本文のような可能性も否定できないということである。

(17) 借地借家法17条、19条、会社法117条1項、786条1項など。

(18) 借地非訟について、現在の非訟事件手続法65条1項、旧借地借家法52条、会社非訟について、会社法870条2項2号～4号に規定する株式価格決定事件などが和解が可能な類型の事件の典型例とされる。

(19) (イ)の制限について、本間規規ほか「シンポジウム 民事裁判の審理における基本原

はできなくなるというべきである。これに対し、(イ)の制限のみがある場合には、実体法において合意による処分を認めてよいし、和解によって事件を終結させることもできる。しかし、裁判所における手続中には、職権探知主義を採用することにより私的自治を制限する、という規律になる。

他方、手続法からみた実体法上の私的自治には二義性がある、と考えることもできる。すなわち、実体法上の私的自治を手続法からみると、(ウ)権利自体を合意によって処分することができること、(エ)事実に関して合意することによって権利を処分することができること、という二つの内容を有している、ということである⁽²¹⁾。この二つは、実体法的には有意な差異がないが、手続法からすれば(ウ)権利自体の処分が制約されている場合には、和解等が許されず、かつ職権探知主義が採用されることになり、(エ)事実に関

則の再検討」民事訴訟雑誌57号(2011年)91頁以下、143頁(畑穂穂発言)を参照した。すなわち、「ついでに申しますと、当事者間で処分できるかどうかというだけで決めていいかどうか、というのはこれも、なかなか難しいところがございます。これは、非訟・家事事件を扱っている法制審議会の部会で、増田会員自身がおっしゃったことなのですが、例えば、子の監護についての処分であります。これは民法上は「協議が調えば両親が決めていい」ということになっているわけですが、裁判所に来た時に、だからといって当事者間だけで決めていいか。そこではやはりこの利益を重視する、何らかの形で反映する必要があるのではないか、という問題もあり、なかなか悩ましいところがございます」と。この問題提起それ自体に答える準備はなく、ここではこれが職権探知主義を根拠づけることを仮定して検討を進める。

(20) ただし、この理由の理解には、本文のもの以外に、「実体法上の交渉ルールの制限が、手続上に反映されている」というものもありうる。本来、こちらのほうが手続のみにおける私的自治の制限を説明しやすい。しかし、実体法上の交渉ルールの構築することが可能であるのか、そしてそれに対する制限というものを想定しうるか、など、問題が多い。

(21) したがって、このような理解によれば、権利自白の位置づけは問題の多いものとなる。特に、権利自白を認める根拠論として、本来訴訟物となりうる権利関係についてされるものだから拘束力を認めることができる、ということを見る見解においては、職権探知主義が採用されている手続においても、和解等が可能であるのであれば、権利自白の可能性は肯定できるかもしれない。しかし、事実に関する自白の拘束力が認められないのに、権利自白の拘束力が認められるというのは、やや困難かもしれない。権利自白について、事実自白の効力から考察する限りにおいては、和解等が可能な非訟事件において、事実についての自白の効力を否定しつつ権利自白の効力を肯定することはできないのであろう。

して合意することによって権利を処分することが制約されている場合には、和解等はできるものの職権探知主義が採用されることになる。

(3) 職権探知主義と、いわゆる当事者の運用

特に家事関係の実務の側から、職権探知主義を前提としつつ、当事者主義的でないし弁論主義的に手続を運営するべきとする、当事者主義的運用が主張されることがある⁽²²⁾。これは、争訟性が強い事案について、当事者の主体的地位を認める一方で、手続協力義務を課し、また当事者の合意を尊重した審理運営を行うものであるとされる。具体的内容については、「①当事者権の実質的保障（当事者の主体的な地位を認めて、審問や証拠の申出、審問や証拠調べの立会・尋問、記録の閲覧・謄写について、運用上の支障がない限り、これを実質的に保障すること）、②当事者の手続協力義務ないし事案解明義務（当事者に任意処分ができる事項については、真偽不明の場合に当事者に事案解明の第一次的な責任を認め、職権調査義務を補充的なものと位置付ける）、③当事者の合意の尊重（そのような任意処分可能な事項について当事者が合意をした場合、不相当な内容でない限り、これを前提として手続を進めること）と整理され」⁽²³⁾ている。

本稿では、家事事件は取り扱わないため、この議論と直接の関係があるわけではないが、当事者の当事者権ないし弁論権の保障の問題、手続協力義務の問題、端緒がない場合の職権探知義務の問題など、重要な問題を数多く包含する議論であるように思われる。本稿の検討対象と、このような職権探知主義を前提とした当事者主義的運用論との違いは、前者が、職権探知義務の妥当しない範囲を認めるものであることに求められよう。それゆえ、当事者主義的運用については、次の疑問を指摘するにとどめたい。すなわち、当事

⁽²²⁾ 多くの文献があるが、近時の代表的なものとして、平田厚「乙類審判事件に関する当事者主義的運用の意義と問題点」松原正明・道垣内弘人編『家事事件の理論と実務 第一巻』（勁草書房、2016年）、3頁以下、（初出、平田厚「乙類審判事件に関する当事者主義的運用の意義と問題点」判例タイムズ1237号（2007年）5頁以下）、がある。

⁽²³⁾ 笠井・前掲注2、24-25頁。

者の主体的地位ないし当事者権を強化していったときに、なぜ当事者「主義的」運用にとどまるのか、ということである。あるいは、上記の具体的内容の③になるが、当事者の合意の尊重といいつつ、不相当かどうかを判断するというのは、果たして合意を尊重しているといいうるのか、ということでもある。

(4) 職権探知主義と釈明権・釈明義務論

職権探知主義が採用されている場合に釈明権が認められるか、という点については、家事事件手続法および非訟事件手続法の立法過程において議論があったようである。これについては、家事事件手続法および非訟事件手続法においては、釈明権に関する明文規定はない。このことは裁判所による求釈明が不可能であることを意味しない。「非訟事件の手続においては、職権探知主義が採られているので、事実上および法律上の事項に関し、当事者又は利害関係人に問いを発し、必要な資料の提出を促すことは、あえて規定を設けなくても当然にすることができるもの」⁽²⁴⁾であるとして、規定が設けられなかったというのである。

しかし、このように解するのであれば、職権探知主義が妥当しない範囲を認める本稿においては、職権探知主義が妥当しない領域において、裁判所が釈明権を行使することが不可能になりかねない⁽²⁵⁾。そうすると、これを前提とする限りにおいて、職権探知主義が及ばないとする領域については、正確には、釈明権の行使を可能とする限度にまで職権探知主義が後退する、という内容になろう。

(24) 金子修編著『一問一答 非訟事件手続法』（商事法務、2012年）82頁。

(25) もっとも、釈明権が弁論権ないし当事者権に根差すものであるとすれば、明文がなくとも裁判所の釈明権が認められるとの解釈論もありえないではない。狭義の民事訴訟においても、請求に関する釈明がありうるとされていることに照らすと、このように解すべきように思われる。

(5) 職権探知主義を制限する場合のありうる規律

既に指摘している通り、非訟事件は、種々の多様な事件類型を含んでいる。そうすると、それらを一律に職権探知主義の採用される事件と弁論主義の採用される事件に分けることよりも、その中間的な規律を検討する方が実際的である。これを、職権探知主義を制限することと表現するが、職権探知主義を制限するとして、どのように制限するかが問題となる。考えられる制限の類型を挙げて検討する。以下の②・③の規律は相反するものであるので、両立しないが、その他の組み合わせは、両立しうる。

このうち、②、③の規律においては、いわゆる主張原則と自白原則を分離することになる。これが可能か問題になるが、実体法がそのような規律を要求するのであれば可能である（それがどのような場合かはさておき）、ということになろう。ただし、各論で検討する事案が、基本的には当事者の主張しない事実を裁判所が取り上げることが可能か、ということを検討する事案であるため、自白原則との関係では、なお検討が必要である。

① いわゆる片面的職権探知

旧人事訴訟法において採用されていた⁽²⁶⁾規律であり、旧人事訴訟法においては、「婚姻ヲ維持スル為メ」に職権証拠調べや当事者の提出しない事実の斟酌が可能であるとされていた。人事訴訟法改正の際、「職権探知の結果がどうなるかはやってみないとわからないので片面的というのは実際上無理であるという」ことなどを理由に削除されたが、この批判は「審理段階の問題、とりわけ職権証拠調べを念頭に置いたものであることには留意する必要があるようです。これに対して、判決段階の規律については、片面的な扱いを構想することが、より無理なく可能であるように思われます」⁽²⁷⁾。したがって、実体法がありうべき法律状態の一方を優先的に保護しているような場合、手続においても、片面的職権探知を採用する可能性はあり得ないではない。こ

⁽²⁶⁾ 本間靖規「人事訴訟法制定と理論的課題」・前掲注7書、469頁以下、476頁。

⁽²⁷⁾ 畑・前掲注10、97頁。

の場合、判決段階において、一定の方向性（例えば、婚姻の維持）のために、当事者が提出していない事実を斟酌することができるし、自白された事実と異なる事実を認定することもできる、という規律になる。

② 合意への介入アプローチ

弁論主義を当事者の合意に基づく規律であると捉える見解、すなわち、主張原則については、当事者間に消極的な合意があり、自白原則には当事者間に積極的な合意があるため、それぞれの合意に裁判所が拘束される、と説明する見解⁽²⁸⁾を応用することが考えられる。すなわち、当事者間の積極的な合意がある場合には、裁判所はその合意に拘束されるが、当事者間に消極的な合意しかない場合には、裁判所はその合意に拘束されない、という規律がありうるように思われる。具体的には、裁判所は、当事者が主張しない事実についても斟酌することができるが、自白と異なる事実を認定することはできない、という規律になる。

③ 釈明義務と同様のアプローチ

弁論主義の下における釈明義務の存否に関する議論を応用することが考えられる。当事者の主張が不明瞭ないし矛盾する場合に行われる消極的釈明と、当事者の主張や申立てが欠けている場合に行われる積極的釈明とを分類し、消極的釈明については釈明義務が認められるが、積極的釈明については釈明義務が認められる範囲が限定されるという議論⁽²⁹⁾である。この議論によれば、すでに手続に現れている事実について介入することは可能であるが、いまだ手続に現れていない事実については介入することができないことになる。具体的には、裁判所は、当事者が主張しない事実を斟酌することはできないが、自白と異なる事実を認定することはできる、という規律になる。

④ 事項ごとの制限

弁論主義下においても公益性の高い訴訟要件については職権探知主義が妥

(28) 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、180頁。

(29) 中野貞一郎「弁論主義の動向と釈明権」『過失の推認』（弘文堂、1978年）223頁以下。

当するとされており、全体としては弁論主義が適用されるべき類型の非訟事件であっても、職権探知主義の適用を認めるべき事項が特定できるのであれば、その事項については、職権探知主義を適用すべきであろう⁽³⁰⁾。

3 各論1 借地非訟について

(1) 取り上げる紛争類型⁽³¹⁾

【事例1】借地条件の変更

Xを賃貸人、Yを賃借人として、土地甲について賃貸借契約を締結し、契約中において借地条件が平屋又は二階建ての木造家屋に限るとされており、Yが平屋の木造家屋乙を所有しているとする。このときに、Yが、乙を取り壊して、新たに鉄筋コンクリート製のマンションを建築しようとして、借地条件の変更を求める場合。付近の土地は、XY間の契約当時には平屋又は二階建ての木造家屋が立ち並ぶ状況であったが、現在では鉄筋コンクリート製のビル・マンションが林立する状況であることが明らかになった（この事実をA事実という）が、XYともにこれを取り上げて主張はしていない。

【事例2】土地の賃借権の譲渡の許可

Xを賃貸人、Yを賃借人として、土地甲について賃貸借契約を締結し、Yが土地甲上に建物乙を所有するときに、Yが土地の賃借権をZに譲渡するために裁判所にその許可を求めて事件を申し立てた場合。証拠調べの結果、Zは反社会的勢力との関与が疑われるなど、人的な信頼性が低い可能性がある人物であることが明らかになった（この事実をB事実という）が、XYともにこれを取り上げて主張はしていない。

(30) たとえば、笠井・前掲注2、21頁注(9)において、公序良俗違反を基礎づける事実が職権探知の対象となる事実として整理されている。

(31) なお、借地非訟の事件類型を考えるにあたって、田山輝明ほか編『新基本法コメント 借地借家法』（日本評論社、2014年）を参照した。

【事例2'】土地の賃借権の譲渡の許可（その2）

Xを賃貸人、Yを賃借人として、土地甲について賃貸借契約を締結し、Yが土地甲上に建物乙を所有するときに、Yが土地の賃借権をZに譲渡するために裁判所にその許可を求めて事件を申し立てた場合。証拠調べの結果、Zは支払い能力が低く、別の賃貸借契約においてたびたび賃料の支払いを怠っているような人物であることが明らかになった（この事実をB'事実という）が、XYともにこれを取り上げて主張はしていない。

(2) 借地非訟の「公益」性？

借地非訟について、その公益性に疑問が提示されることは多い。特に、公益性の内容として、上述の通り、①第三者に対する影響、②当事者の対等性の回復、③弱者保護と挙げた場合に、基本的に借地非訟について考慮しうるのは、このうち③の弱者保護くらいであろう。②も検討の余地はあるが、行政事件訴訟や医療訴訟などの専門訴訟と同程度に当事者間に対等性が確保されていないとまではいえないであろう。

そして、借地法・借家法の制定当初であればともかく、現代において、賃借人が手続上も常に保護されねばならない弱者であるとはいえない状況であるように思われる。すくなくとも、賃貸人が常に経済的強者であり、賃借人が常に経済的弱者である、との想定は、バブル崩壊後においては、崩れているように考えられる⁽³²⁾。このように考えると、借地非訟について、公益性を認めることはできず、職権探知主義が妥当するのは歴史的な所産にすぎないという意見⁽³³⁾にも、首肯せざるをえない面がある。特に、この指摘が、賃料増減額確認訴訟が認められており、訴訟であるために弁論主義が適用されている、ということ併せ指摘していることに鑑みると、なおさらである。

しかし、そうであるにも関わらず、現代においても、実体法上の規律が維

(32) 賃貸借の中にはいわゆるサブリースが含まれうることに照らすと、なおさらである。

(33) 前掲注12, 山本克己発言。

持されているのであれば、借地非訟における公益性が、弱者としての賃借人の保護から、契約関係の継続性そのものを保護するものへと、変容しているとみるべきではないだろうか⁽³⁴⁾。そうすると、ここでの公益性というのは、賃貸借契約を維持すること、であるため、(5)①の、片面的職権探知主義が妥当すると考えることができる。また、ここでの公益性はこの程度であるため、加えて、(5)の②の規律も妥当するというべきであろう。

このように考えると、事例1においては、A事実が認められれば賃貸借契約の継続に資するといえるため、職権探知が肯定され、裁判所は、当事者が主張しない事実を取り上げることが可能であるというべきである。

これに対し、事例2においては、このB事実が認められると譲渡の許可の申立が棄却される可能性が生じ、そのため、賃貸借契約が終了する可能性が出てくる。そうすると、このB事実について、職権探知は肯定できず、裁判所は、当事者の主張がないにもかかわらず、この事実を取り上げることにはできないということになる。しかし、このB事実については、反社会的勢力の排除が公序良俗のレベルの要請といえるのであれば、④の観点から職権探知が肯定されることはありうる。他方で、B'事実については、このような要請を検討する必要もないので、原則通り、職権探知は肯定できないと考えるべきであろう。

34) 賃料増減額確認請求訴訟が訴訟で借地条件の変更が非訟というのは、この観点からも説明が困難である。ただし、苦しい説明にはなるが、賃料増減額確認請求訴訟においては、現行の賃料額は訴訟物にならず、現行の賃料額と増減額された賃料額との差額が訴訟物になるというべきであるから、契約の継続性自体は保障されており（あるいは訴訟の対象となっておらず）、したがって職権探知主義が妥当しない、という説明をすることは可能である。

4 各論2 会社非訟について

(1) 取り上げる紛争類型

【事例3】

Xは、Y会社の株主である。Xは、Y会社の株主総会に先立って、裁判所に対して、総会検査役の選任を申し立てた。

【事例4】

Xは、Y会社の株主である。Y会社は、株主総会において、会社が発行する全部の株式を譲渡制限株式とする定款の変更を行ったが、Xはそれに反対した。Xが株式買取請求権を行使してY社と協議したが、価格について折り合わず、裁判所に価格の決定を申し立てた。

以下の場合はいずれも独立の事例とする。

(1)：Y会社が、提出できるはずの価格算定についての資料（会社の収益に関する事実：C事実）を提出しない。

(2)：Xが、提出が可能な価格算定についての資料（定款変更前の市場価格に関する事実：D事実）を提出しない。

【事例5】

Xは、Y会社の株主である。Y社は、Z社に吸収合併されることとなり、Y社が吸収合併消滅株式会社となった。Xは、この合併に反対した（会社法785条2項の要件を満たしているものとする）。Xは、株式買取請求権を行使してY社と協議したが、価格について折り合わず、裁判所に価格の決定を申し立てた。

以下の場合はいずれも独立の事例とする。

(1)：Y会社が、提出できるはずの価格算定についての資料（合併によるシナジーの算定根拠になる事実：E事実）を提出しない。

(2)：Xが、提出が可能な価格算定についての資料（合併発表前の市場価

格に関する事実：F 事実) を提出しない。

(2) 会社非訟の「公益」性？

会社非訟における公益性についても、疑いの目が向けられている。ただし、たとえば、総会検査役の選任【事例3】などについては、そもそも相手方のいない非訟事件であり、適切な検査役を選任することによって適法な株主総会の開催を享受する会社・他の株主の利益を保護するため（第三者の利益の保護）、職権探知主義が妥当すると認められる。これに対し、株式買取請求権が行使され、当事者間で価格についての協議が調わないときの、株式価格決定事件については、いかなる意味で公益を認めることができるか、真剣な検討が必要になろう。

まず、実体法上の議論として、合併等の場合の「シナジーの分配」が困難であることを根拠として、裁判所の職権的な介入が正当化されると考えているように見えるものがある。会社法の文言に則していえば、会社法制定前のいわゆる「ナカリセバ価格」から、「公正な価格（会社法785条1項ほか）への変更が、合併等によるシナジーの分配を可能にしたものと考えられ、このシナジーの算定は多種多様な事実を考慮してなされなければならない困難なものなので、裁判所の職権的な介入が正当化される、というのであろう⁽³⁵⁾。しかし、算定が困難であることは一般には職権探知を基礎づけるかどうか疑わしい。算定が困難であることにより、株主と会社の地位の対等性が崩れている、あるいは、弱者としての株主の保護が必要になる、とまで言えば、従前の議論における職権探知を肯定することもできよう。もっとも、そのように言えるかどうかはまさに問題になり、たとえば、独立の経済主体としての株主を弱者と言い切ることに問題が多い⁽³⁶⁾。他方、株主と会社の地位の対

(35) 職権探知主義の根拠論との関係では、①の公益性を真実探究として捉える見解と見ることが可能である。

(36) これに関しては、注1の研究会において、松本博之先生より、個人投資家等を想定する限り、消費者としての側面も否定できないとのご指摘を頂いた。これは確かにその通

等性についてみると、職権探知を基礎づける可能性はある。

また、同じく実体法上の議論として、「株式買取請求権制度は、単に多数決に敗れた少数株主に離脱の機会を与えるという保護的な機能から、より積極的に、この制度の存在そのものが経営者に対する牽制機能を持つもの」⁽³⁷⁾と評価するものがある。さらに、合併などの場合に、合併条件の公正を担保する他の制度が強くないので、株式買取請求権を強化する必要がある⁽³⁸⁾、という見解もある。これらの議論によれば、株主による過大な請求を防止することによって会社の他の株主の利益を守り（第三者保護）、会社による過小な評価を防止することによって不公正な合併条件による合併を阻止し、もって会社の他の株主の利益を保護する（これも第三者保護）、ということが認められる。これによれば、株式価格の公正さについて⁽³⁹⁾、職権探知を認める余地はあろう⁽⁴⁰⁾。したがって、【事例5】の(1)及び(2)について職権探知を肯定する余地がある。

ただし、組織再編等を理由としない反対株主の株式買取請求権（116条1項など）の場合、会社は、支払日における分配可能額（会社法461条2項）を越えて代金を支払うことができるが、その取得に関する職務を行った業務執行者は、会社に対し連帯してその超過額を支払う義務を負うとされている（464

りなのであるが、株主としての性質は個人投資家であれ機関投資家であれ変わらないはずであり、株主の属性に着目してこれを保護することはやはり困難ではないかと思われる。

(37) 中東正文「株式買取請求権と非訟事件手続」法政論集223号（2008年）、233頁以下、239頁。

(38) 江頭憲治郎『株式会社法（第六版）』（有斐閣、2016年）、872頁など。

(39) この場合には、いわゆる片面的探知は問題にならないというべきであろう。価格が高くなりすぎることも、低くなりすぎることも、いずれも第三者を害するから職権探知が認められるためである。

(40) なお、価格決定において、企業買取等の手続面と価格の適正さとを分けて、手続面が公正であれば、価格については事案に応じて「公開買い付け価格」や「市場価格」をもって公正な価格としてよいが、手続の公正さが欠けている場合には、それらの価格を公正な価格とすることができず、他の資料をも参照して算定しなければならない、との議論があるようである。この議論も参照すれば、(5)④の規律の検討も可能であるように思われるが、果たせなかった。

条1項)。この点で、会社が過大な金額を支払うことにより、他の株主が害されることが比較的にも少ないと思われる。また、そもそも定款を変更して譲渡制限株式会社にする場合、シナジーが問題にならず、その分配の困難性も問題にならない。このように考えると、【事例4】の(1)及び(2)の双方について、職権探知を認めるべきではなく、弁論主義を基礎として判断すべきである。また、このように解する以上、文書提出命令などとの関係で真実擬制の適用がないとされる(非訟事件手続法53条1項によって、民訴法224条等の準用が除外されている)が、このような場合には真実擬制が可能になるというべきであろう。

5 まとめを代えて

本稿では、職権探知主義に関する総論の一部と、数多くの非訟事件のうち、いくつかの事例を取り上げて、そこにおいて職権探知主義が妥当するか、という検討を行った。検討の結果としては、職権探知主義の根拠は私的自治が制約されていることに求めるべきこと、職権探知主義と弁論主義の中間的な規律のありうる類型を示すこと、借地非訟・会社非訟において職権探知を肯定する余地はありうること、などがある。検討の結果が有意であったかどうかはともかく、検討すること自体は必要なことであったと思われる。

他方で、本稿の結論のうち、たとえば、職権探知を肯定できない場合(たとえば、【事例4】の(1)と(2))において、その場合の手続規律をどのように考えるべきか、問題が残っている。本文中では弁論主義を基礎として判断すべきだとしているが、しかし、弁論主義を採用するためには、その前提として、少なくとも、主張(より広く、言い分)と証拠(より広く、根拠)とを峻別することができなければならず、そのためには、主張がなければ不利益を招来するところの主要事実が何であるかを、判別することができなければならないはずである。全ての非訟事件においてこのような判別が可能か、というと、かなり疑わしい。そのような場合をいわゆる規範的要件として捉え

る余地はあるが、評価根拠事実ないし評価障害事実の重要性に関する予測可能性が高くない点に問題が残る。ただし、この点に関する当事者・裁判所間でのコミュニケーションが図られるのであれば、それは望ましい手続であるということになろう⁽⁴¹⁾。継続的な議論が必要な点であろうと思われる。

(41) 活字化されていないため直接の引用はできないものの、この点に関する議論は筆者の創案にかかるものではない。2016年12月開催の民事訴訟法学会関西支部研究会における本間靖規先生の研究報告とそれに対する質疑の過程に現れたものである。