

当事者の提出しない自由と私的自治

——いわゆる事案解明義務論検討のための準備的考察¹

堀 清 史

第1 はじめに 目的と用語法

事案解明義務論については、その許容性、根拠論などを含む位置づけ、要件効果などをめぐって、様々な議論が繰り広げられている²。このうち、許容性については、事案解明義務論の主唱者の一人からは、「現在では、学説の多くの支持を受けており、事案解明義務はすでに事実上肯定されたと評価できるであろう」³とされるところである。

もっとも、本報告は、以下での定義によるところの狭義の事案解明義務それ自体の検討を目的とするものではなく、したがって、これらの点には、必要な範囲で触れるにとどまる。本報告の目的は、事案解明義務論を認める際の障害の一つとされることが多かった、「当事者の提出しない自由」「当事者の情報秘匿の自由」などと呼ばれる自由が、はたして存在するのか、また、存在するとすればそれはどのようなものか、という点を明らか

1 本稿については、2020年2月22日に行われた関西民事訴訟法研究会での報告をもとにしている。

2 文献が多数存在するが、後掲文献のほか、春日偉知郎『民事証拠法研究』（有斐閣、1991年）などがある。

3 春日偉知郎「「要件事実の機能と事案の解明」についてのコメント（要旨）」伊藤滋夫編『要件事実の機能と事案の解明』（日本評論社、2012年）180頁以下、182-183頁。

にすることにある。

本稿では、以下での用語法に従う。

「事案説明義務」という語は、主として、主張・立証責任を負わない当事者に主張・立証を要求する規律を意味するものとして用いられて」おり、この種の規律を「狭義の事案説明義務」と呼ぶ。「他方で、この語は、模索的証明や文書提出義務等の様々な問題や制度も含むものとして用いられることもある」⁴。

本稿の結論を先取りして述べると、次のようになる。当事者の提出しない自由は相当程度弱いものではあるが、認められる。当事者の提出しない自由は、訴訟法上の私的自治のあらわれであり、実体法上の私的自治が認められない場合や制限される場合には制限される。当事者の一方に一定の説明義務が課されている場合、その当事者は訴訟上も一定の説明をしなければならない。

第2 当事者の提出しない自由とは何か

1 提出しない自由はどのように語られてきたか

まず、当事者の提出しない自由について、事案説明義務や具体的事実陳述＝証拠提出義務を検討する論者がどのように語ってきたのかを検討する。その際には、提出しない自由の根拠をどのように考えるかという問題と、提出しない自由がどの範囲で・どの程度認められるか、という点に着目する。

①春日説⁵

4 畑瑞穂「事案説明義務」について」伊藤編前掲注3所収、99頁。

5 春日偉知郎「事案説明義務—伊方原発訴訟上告審判決に即して」『民事証拠法論』（商事法務、2009年）9頁以下、19-20頁。

「こうした事案解明義務の法理に対しては、訴訟において自己の有する情報や証拠の提出権について当事者の処分権を制約するものである、との批判がある。すなわち、この法理は、実体的真実の発見を強調するあまり、弁論主義に基礎づけられた当事者の訴訟資料・証拠資料の提出に関する本来的な自由領域を狭めるおそれがあり、当事者はもっぱら裁判所への情報提供者としての役割を担わされた、主体性を欠く存在になってしまう、との懸念が表明されている。しかしながら、そうした自由な選択権は、そもそも訴訟資料や証拠資料の収集・提出手段が十分に備わっている場合にはじめて存在することが可能となるものである。ところが、本件のような事案においては、はじめからこうした前提を欠いており、そうであるからこそ、事案解明義務の法理は、この前提を強化・充実させる必要があると考えるわけである。……(ちなみに、事案の解明をめぐって、当事者の処分権や自由領域を広げたり狭めたりするのは、弁論主義か職権探知主義かということは直接関係がなく、証拠の提出拒絶権や秘匿特権の範囲によって定まるといえる。)。したがって、問題は、個別事件において、どのようにして当事者間の公平や武器対等等と弁論主義に裏打ちされた証拠の提出権能の自由領域とを調和し、主張・立証過程を適切に規律していくか、ということに収斂してくる」。

この①の見解によれば、提出しない自由は資料を提出するかしないかについての自由な選択権であるとされており、その根拠は弁論主義であるとされているように読める。ただし、弁論主義それ自体からは当事者の資料提出に関する選択権の範囲は決まらない、ともしている。

②山本和彦説⁶

「弁論主義は、当事者の事実・証拠を出さない自由、換言すれば、提

6 山本和彦「弁論主義の根拠」『民事訴訟法の基本問題』（判例タイムズ社、2002年）127頁以下、127頁、132頁-133頁、143-144頁。

出しなかった事実・証拠を裁判所（＝国家）に顧慮されない自由の保護を目的とするものと理解される。その意味で、「国家からの自由」を認めるのが弁論主義であると言えよう。」「このように「提出しない自由」として理解される弁論主義は、「提出する自由」に関する弁論権とは概念として峻別される。弁論権は事実・証拠を当事者が提出することを裁判所が妨げることを禁止するものと把握され、やはり国家からの自由に関するが、その方向性を異にする。」

「この問題を考える筆者の前提は、弁論主義の対象となる事実・証拠が主張すべき当事者にとって有利な場合と不利な場合とに検討の局面を分割することにある。これは、有利な事実等を処分する場合と不利な事実等を処分する場合とでは、その処分の意義が定型的に異なり、両者を同一平面で論じることが議論の混乱を招くとの認識に基づく。」「実際上は相手方の提出可能性において両者に無視し難い差がある。つまり、自分に有利な事実等を出さない場合であれば、相手方の主張等でそれが出される事態はまず考えなくても良いのに対し、自己に不利な事実等であれば、むしろ相手方の主張等でそれが出てくることを通常は前提とすべきであろう。弁論主義は通常の事態の展開を前提に作られているとすれば、有利不利は実践論としては大きな差異があり、両者は区別して論じるに値すると思われる。本章の結論を先取りすると、弁論主義の固有の適用領域は自己に有利な事実等を提出しない自由に関し、不利な事実等を提出しない自由は弁論主義の適用範囲には含まれないというものである」。

「『自己に不利益となる事実を裁判所に認定されず、不利になると思われる証拠調べをされない当事者の自由』、換言すれば不利なものを「隠す」当事者の自由が認められるか。」「結論的には、このような事実の隠匿は弁論主義の適用対象には含まれないと思われる。弁論主義においては、そもそも相手方がその事実や証拠を出せば裁判所により顧慮される

のであり、当事者の隠す自由は保護されていない。その意味で、弁論主義は不利な事実等を出さない状態に強い価値を置いているわけではないと理解すべきであろう。」「また、確かに古典的な私的自治論においては、各主体は各々自己の責任で有利な情報を取得すべく、取引相手方等が情報を隠匿しても、そのことの故に私的自治を害することはないと理解されてきたかもしれない。しかし、私的自治がそれを積極的に正当化するという理解が一般的であったかは疑問であるし、近時は情報提供義務論や説明義務論などにより、相手方に有利な（自己に不利な）情報も開示する義務が私的自治と矛盾しない形で認められているようであり、私的自治が不利な情報を隠す自由を無限定に認めているとは、もはや言い難いように思われる」。

この②の見解によれば、提出しない自由は提出しなかった主張・証拠を裁判所に顧慮されない自由であるとされており、有利な事実についての提出しない自由は認められるが、不利な事実についての提出しない自由は認められないことになる（いずれについても弁論主義（及びそれを支える私的自治⁷⁾の理解が根拠となる）。

③松本説⁸

「第二に、一般的事案説明義務が当事者権（Parteirechte）に悪影響を及ぼさないかが問題となる⁹…。」

7 ただし、審理段階における有利な事実を出さない自由については、私的自治とは直接の関係がないとされている。前掲注6、141-142頁。

8 松本博之「民事訴訟における証明責任を負わない当事者の具体的事実陳述＝証拠提出義務」『民事訴訟における事案の解明』（日本加除出版、2015年）60頁。

9 この点については、ベーター・アーレンス（松本博之・吉野正三郎編訳）「証明責任を負わない当事者の解明義務」『ドイツ民事訴訟の理論と実務』（信山社、1991年）21頁が参考になると思われる。ここでは、「解明義務の承認が個人にもたらす結果についても、沈黙されていない。すなわち、危険を負担しない当事者には、もはや訴訟から解放された領域というものは残されていない、と彼」

「ただし、単に証明責任を負っている当事者にとって、具体的事実陳述が相手方より著しく困難だという事情だけでは、相手方に具体的事実陳述義務を負担させるのに不十分である。本来、原則として相手方は証明責任を負う当事者に必要な訴訟資料を提供すべき義務を負っていないのであるから、具体的事実陳述義務の成立のためには、その要件の一つである期待可能性は両者の特別の接触点を必要とすると解すべきである。本章において紹介した判例から、証明責任上有利な地位に立つ当事者の一定態様の先行行為（たとえば、証明責任を負わない当事者による、危害発生の危険のある原子炉施設の設置認可、原子力発電所の稼働など）が存在すること、または、証明責任を負わない当事者の一定態様の個人的事情（たとえば、納税者の所得のための必要経費）や相手方との関係（たとえば、安全配慮義務を生ぜしめる雇用ないし労働関係）が存在する場合に、このような特別の接触点が認められると解することができる。このような接触点は、訴訟外ですでに存在するものであり、したがって具体的事実陳述義務を基礎づける信義則も単なる訴訟上の信義則ではなく、実体関連的なものである」。

この③の見解によれば、提出しない自由については、当事者権から導かれるようにみえ、その範囲は、当事者間に特別の接触点のない場合、ということになるう。

④坂田説¹⁰

主張や文書などの証拠「の提出についての判断（決定）は、原則として、当該文書の所有者によるという考え方」を情報秘匿の自由に基づくものと

ㄨ（引用者注：シュトゥルナー）は言う」ことが当事者権の犠牲＝当事者義務の強化の文脈で語られているのである。

10 坂田宏「民事訴訟における情報秘匿の自由と限界」『民事訴訟における処分権主義』（有斐閣、2001年）327頁以下、328頁、

する。

「情報秘匿の自由とは、それはまさしく情報を裁判所に対して提出するかどうかを当事者のイニシアティブ、すなわち自己決定にかからしめるものと理解されるべき側面を有しており、それゆえ、情報秘匿の自由の問題もまた、処分権主義の問題と同じく、自己決定権という視点から把握することが可能である。同時に、処分権主義の問題と異なり、弁論主義の局面では、より公的性質の高い、私的な紛争がいわば「裁判所の俎上に載った段階」における自己決定権の取扱いが問題となってくる。したがって、個人に認められる情報秘匿の自由が国家の裁判所においていかなる範囲で認められるのかという視点からこの問題を把握する必要がある。逆の観点からいえば、民事訴訟という国家の設ける制度において情報秘匿の自由に限界を設定し、あるいは、「特段の事情のない限り、そもそも情報秘匿は許されない」という原則を立てることが、いかなる法的構成により可能であるのかが問われなければならない」

「…しかしながら、山本和彦教授の見解には、自己決定権（情報提供における自己決定権）の観点からみて、疑問もある」。「この見解は、私的自治と言う言葉の陰に隠れてしまった情報提供における自己決定権の消極的意義、すなわち、自己の情報を開示しない自由もあるということを見落としている。たしかに、公正で公平な裁判という理念の下では、裁判に必要な情報を秘匿するのは許されないという意味において、山本和彦教授の言説は否定されるべきではない。しかし、自己決定権を制約する根拠を明示することができないならば、そのような民事訴訟法・民事訴訟規則は、少なくとも理論上は、いわゆる「立法による違憲行為」という嫌疑をかけられ、そのような手続に基づいて審理した裁判所もまた基本的人権を侵害したことになるのではないだろうか。もちろん、そのような根拠を明示することは簡単ではあるが、議論の構図を明らかにするためにも情報提供における自己決定権の議論は欠くことができない

ものと考える」。

この④の見解によれば、提出しない自由は、自己決定権から導かれるようにみえる。提出しない自由の範囲は、自己決定権が認められる範囲であり、それには制約がありうるものの、制約の根拠が明示されなければならない、としている。

⑤越山説¹¹

「ドイツの判例は、古くから、「いかなる当事者も、相手方に対してその勝訴をもたらすべく相手方が利用できない資料を入手できるように世話をしあける義務はない（*nemo contra se edere tenetur*）」ことを繰り返し強調し、事案説明義務を否定した判例もこのことを論拠としています。なお、以下では、このテーゼを便宜上、「*nemo contra*テーゼ」と呼ぶことにします。このテーゼの由来や根拠ははっきりしませんが、これと弁論主義とを結びつけると、当事者は自己に不利な資料を提出しない自由を有する、あるいは、当事者は提出すべき資料について取捨選択する権限を有するという意味になると思われます。」

「弁論主義は、自分の手元にある不利な情報を開示しないという意味での事実および証拠の取捨選択権限を保障しているのかという問題については、いずれの立場も論理的に成り立つと評価できると思われます。しかし、現代の民事訴訟法のもので、自分にとって不利な情報を出さない自由を百パーセント認めるという考え方をとる者は、もはや存在しないのではないのでしょうか。」

「事案説明義務が問題とする事案類型においては、当事者の一方は自分が証明責任を負う事実の主張を具体的に展開することが困難という状

11 越山和広「訴訟審理の充実・促進と当事者の行為義務」（シンポジウム民事裁判の審理における基本原則の再検討）民事訴訟雑誌57号111頁以下、113頁、115頁。

態にあり、」「このような場面で「nemo contra テーゼ」が弁論主義に内在することを全面的に認めて、証明責任を負う当事者が首尾一貫した主張をしていないとの理由でこの者を敗訴させるという解釈論まで、弁論主義が要求しているというのは自己矛盾であり、誤りであると思われます。」

この⑤の見解によれば、提出しない自由が認められるとすれば、その根拠は「nemo contra テーゼ」と弁論主義である、となるようにみえる。提出しない自由が認められる範囲については、もはや全面的には認められないであろう、という消極的な定義がされている。

⑥伊東説¹²

「これは、換言すれば、「主張責任を負わない当事者は、原則として、主張過程において、相手方に対して情報を提供しない自由（以下、情報秘匿の自由とする）を有する」という考え方に基づく議論であるといえる。しかし、そもそも、主張責任を負わない当事者の情報秘匿の自由を前提とする考え方それ自体について、検討の余地があるように思われる。

たしかに、弁論主義が適用される民事訴訟の審理では、当事者は、原則として、ある情報を提出するか否かを、自由に決定することができると思われている。しかしながら、このような決定権能は、相手方が、当該情報について、有体物に対する所有権に相当する、一種の財産権を有しているような場合には、認められないと考えるべきではなかろうか。たしかに、情報は、有体物とは異なり、特定可能性や排他的支配可能性が小さく、所有権の客体となりうるか否かは問題となる。しかし、三でみるように、一定の実体的法律関係にある当事者は、相手方に対して、情報提供義務を負う場合があり、この場合には、実体法的な帰属

12 伊東俊明「主張過程における当事者の情報提供義務」横浜国際経済法学第15巻3号1頁以下、12頁-14頁

ルールに基づく、当事者間における情報の分配が問題とされているとい
うことができる。すなわち、情報の保有者（以下、保有者とする）と情
報が帰属すべき主体（以下、帰属主体とする）との法律関係によっては、
一方当事者が情報を独占的に保有することは認められないのである。し
たがって、民事訴訟の主張過程において保有者が情報を提供しないこと
は、一定の場合には、帰属主体に保障されている弁論権行使を妨げる、
許容されない行動選択として評価されることになると思われる。

以上のように解することができるとすると、民事訴訟の審理における
当事者の情報秘匿の自由は、実体法上の情報提供義務が課される範囲で、
制約されたものであるといえることができる。」

「事務の本人の利益擁護を要素とする他人の事務を処理する法律関
係」を【利益擁護型】、「その本質上、権利者は、帰責性なしに自己の権
利の存在と範囲について知らず、これに対して、義務者は、そのような
情報を容易に与えることができるような法律関係」を【主請求準備型】
とする。

「当事者間の実体的法律関係が【利益擁護型】に該当する場合には、
損害賠償請求などの本案とは独立して、当事者間の実体的法律関係それ
自体に基づいて、義務者（被告）は権利者（原告）に対して、情報提供
義務を負うことになる。典型的には、医師と患者との関係などが【利益
擁護型】に該当する法律関係であるといえる。したがって、医師は患者
に対して実体法上の情報提供義務を負っていると同時に、損害賠償請求
を本案とする医療過誤訴訟においても、被告である医師は、原告である
患者に対して、情報提供義務を負うことになるのである。【利益擁護
型】の情報提供義務（情報請求権）の成立要件は、自己収集原則が適用
される【主請求準備型】とは異なり、「当事者間の法律関係が【利益擁
護型】に該当する」ということだけであり、それ以外の特別な要件は要
求されない」

「【利益擁護型】の場合には、義務者である被告が権利者である原告に提供すべき情報の内容として、「単なる事実の報告」だけでなく、「事務処理の正当性についての情報」も含まれるという理解を前提にすると、否認する際に、相手方の主張のどの点を争うのかという、要件事実的な意味において、要証命題の確定に寄与する情報を提供するだけでは足りず、自己の行為の正当性を積極的に（場合によっては、証拠を提示しつつ）説明することが要求されている」

「【主請求準備型】に該当するのは、本案である損害賠償請求を根拠づける事実（典型的には、不法行為と評価される事実）によって、当事者間に法律関係が成立している場合である。原告が要証命題に関する情報を共有していないという点では、【主請求準備型】と【利益擁護型】とは共通しているといえるが、自己収集原則が適用される【主請求準備型】の被告が保有する情報は、【利益擁護型】の場合とは異なり、原告に当然に帰属すべきものとはいえない」

「しかし、【主請求準備型】の場合には、被告（義務者）が、先行行為（権利侵害行為）によって主請求を発生させ、原告（権利者）に、情報の必要性を発生・増大させているという事情が認められる」

「【主請求準備型】において、被告の情報提供義務が認められるためには、①被告の先行行為の存在、②情報不保有についての帰責性の不存在、③情報提供についての期待可能性という要件を充たしている必要があると考えられる。もっとも、①については、本案の審理と重なるため、主張過程における情報提供の場面においては、厳格な証明を要求すべきではないように思われる」

この⑥の見解によれば、提出しない自由は、弁論主義から導かれるようにみえる。提出しない自由は、相手方の情報請求権（提出しない者の情報提供義務）の認められる範囲では認められないことになろう。なお、この見解が情報請求権（情報提供義務）について、実体法を基礎とするとして、

さらにそれを利益擁護型と主請求準備型に分類していることは興味深い。

⑦安井説

「現代型訴訟のように、伝統的な証明責任分配では当事者間の平等を失するような場合には、事案解明義務の適用により、当事者間の証拠収集能力の構造的格差を是正しなければならない。その場合において、“nemo contra se edere tenetur”というテーゼは修正されることになる。ただし、事案解明義務は決して弁論主義に反するものではなく、証明困難に陥っている当事者に十分な事案解明の手段を保障することによって、むしろ弁論主義を補完する機能を有している」¹³。

「さて、それでは事案解明義務の適用範囲について、どのように理解すべきであろうか。私見は、手続的正義の観点から、適用範囲を限定する必要はないのではないかと考える。」「ただし、ここでいう適用範囲を限定しないということは、決して事案解明義務を無制限に拡張することではない」

「いかなる当事者も、相手方に対してその勝訴をもたらすべく相手方が利用することができない資料を入手できるように世話をする義務はない」ことがドイツの判例において認められており、そのことは同様にわが国においても伝統的な理解だったからである。しかし、証拠開示制度等の拡充により、いまや自分に不利な情報は絶対に提出しないという発想は極めて時代遅れの感がある」¹⁴。

この⑦の見解によれば、提出しない自由は伝統的に認められてきたものの、根拠自体は存在しない¹⁵と考えられているようにみえる。提出しない

13 安井英俊「審理過程における当事者の情報・証拠開示義務の正当化根拠」同志社法学62巻6号309頁以下、335頁。

14 安井英俊「事案の解明と証明負担軽減についての一考察」福岡大学法学論叢60巻4号683頁以下、720頁、722頁。

15 すなわち、この「自由」は、いわゆる自由権ではなく、規制の不存在の反

自由が認められる範囲は、事案説明義務の認められない範囲であることになろう。

2 提出しない自由に関する議論の小括

以上の見解について概観すると、提出しない自由について、弁論主義に由来するという見解（①、②、⑤、⑥）と、当事者権、自己決定権等の権利（③、④）に由来するという見解と、反射的にしか認められないという見解（⑦）に分かれていることが明らかになる。

また、提出しない自由の範囲について、証拠の提出拒絶権などが認められる範囲などにより決まるとする見解（①）や、特別の接点の存在しない場合（③）などがある。当事者の提出しない自由を認めない立場からではあるが、説明義務などが私的自治と矛盾しない形で肯定されるようになっていたため、私的自治は不利な情報を隠す自由を無限定に認める者ではない、とする見解（②）もある。提出しない自由の範囲については特に、実体法上の情報請求権（情報提供義務）が認められる範囲では提出しない自由が認められない、とする見解（⑥）が注目に値する。

3 提出しない自由に関する検討

（1）提出しない自由は保護されるべきか？

第一の問題として、提出しない自由は保護すべきものとして存在するか、という点がある。これについては、提出しない自由の対概念であると思われる、提出する自由・提出する権利（以下では提出する自由という）¹⁶の観点から検討することが必要であるように思われる。提出する自由は、弁論権に由来するものと考えられる。そして、提出する自由が認められると

↘射としての自由であると理解されている可能性がある。なお、前掲注9参照。

16 なお、本来的には自由と権利の間には差があるものと思われるが、ここでは自由権という程度の意味で用いている。

するならば、それは、提出するかどうかを決定（選択）できる自由を含んでいると考えるべきではなかろうか。仮に、提出する自由に、提出するかどうかを決定（選択）できる自由が含まれているとするならば、その背後にさらに、提出しない自由が存在するというべきであろう。このように、提出しない自由は、弁論権、当事者権、あるいは自己決定権といった権利に由来するものと考えられるべきではないかと思われる（この点で、前掲③、④の見解に賛成する）。そして、当事者の提出しない自由は、国家对当事者という関係における防御権として、すなわち、国家の介入を拒絶する自由として理解されるべきである。

（２） 提出しない自由は具体的にはどのようなものか？

第二の問題として、具体的に認められる範囲の問題がある。弁論権、当事者権そして自己決定権に由来するものとして当事者の提出しない自由を理解しても、それが認められる具体的範囲については、弁論主義などの具体的な訴訟制度を前提に考察せざるをえない。そして、弁論主義の第一テーゼ（主張原則：裁判所は、当事者のいずれもが提出しない事実を裁判の基礎にしてはならない）、第三テーゼ（証拠提出原則：争いのある事実について証拠調べをする場合、裁判所は、原則として当事者の申し出た証拠によらなければならない）は、いずれも、当事者の一致した態度によって国家機関たる裁判所の介入を拒否するものといえる。そうすると、当事者の提出しない自由とは、両当事者による国家の介入を拒絶する自由のことである、ということになる（いわゆる、訴訟上の私的自治の内容¹⁷である）。これをさらに一方当事者の自由まで分解すると、「当事者は、相手方が提出しない限り、その情報について裁判所の介入を拒絶できる」という内容になる。したがって、一方当事者の提出しない自由というのは、条件

17 高橋宏志『重点講義民事訴訟法 上（第2版補訂版）』（有斐閣、2013年）411頁、412頁、418頁など。

付きの、はかないものである、ということになろう。しかも、提出しない自由を制約する具体的な訴訟制度は、弁論主義の他にも多く存在する。

なお、提出しない自由を認めるかどうかでの具体的な違いとしては、「事件についての情報を（場合によって独占的に）保有していると思われるのに単純な否認や不知の陳述をするだけで反論をしない」当事者について、その態度そのものを不利益に評価できるか、というものがある。提出しない自由を認めるのであればそれは許されないが¹⁸、そのような自由を否定する立場では、むしろ不利益に評価すべきである¹⁹、ということになる。

（３） 提出しない自由と訴訟法上の私的自治

ここで、訴訟上の私的自治について、弁論主義の主張原則との関係で検討する必要がある。これは、弁論主義について、審理段階と判決作成段階を分ける見解²⁰を前提としたときに、特に審理段階における主張原則が、いかなる意味で訴訟上の私的自治の反映であるか²¹、換言すれば、審理段階における主張原則に関して国家が当事者にどのような介入をすることが禁じられているのか、ということである。比較のために、まず判決作成段

18 前掲注3書、61頁には、（狭義の）事案説明義務違反の効果について、「通常は、主張立証責任を負わない当事者が、主張立証責任を負わない事実とかそれに関連する事実を積極的に明らかにしないからといって、それだけで心証形成に不利益を与えてはいけないというふうに裁判所は考えていると思うのですが、この事案説明義務違反の場合にはそれが晴れて許されるという印象があり」（高橋譲発言）とされており、参考になる。

19 いわゆる事案説明義務の4要件が満たされている場合であり、本稿とは前提がやや異なるが、前掲注3書、59頁（山本和彦発言）にそのような内容の発言がある。

20 山本克己「弁論主義論のための予備的考察」民訴雑誌39号170頁以下など。

21 畑瑞穂「弁論主義とその周辺に関する覚書」青山善充ほか編『民事訴訟法理論の新たな構築 下巻』（有斐閣、平成13年）、71頁以下、特に90頁以下など。

階²²について検討すると、この段階において、当事者のいずれもが主張しない事実が裁判所によって認定された場合、当事者は意図しない法律効果が発生させられうる²³、という形で国家機関たる裁判所の介入を受ける。

これに対し、審理段階における主張原則について検討すると、当事者の主張がない事実について裁判所は証拠調べの対象とすることができないという原則であり、この原則に対する違反がある場合（当事者の主張がない事実について証拠調べを行う）であっても、国家による当事者への介入はないようにも見える²⁴。しかし、職権で行うことができる証拠調べ（民訴207条1項など）の存在を前提とすると²⁵、証拠調べを可能にすることと証拠調べの実施は当事者に一定の負担²⁶を課すものとして国家による介入であるといえる。負担としては、金銭的な負担（訴訟費用）、時間的な負

22 なお、畑・前掲注21、84頁、85頁は、判決作成段階における主張原則の私的自治との結びつきについて、自白原則に比べて弱いのではないか（私的自治の考え方からは当然に主張責任に行き着くわけではない）と指摘されている。もっとも、同時に、理論的に想定しうる他の制度と比較した場合には、主張責任の考え方の方が私的自治に親和的である、との指摘もある。

23 もっとも、たとえば法律効果の発生に必要な主要事実がABCの三つあり、いずれについても当事者の主張がないときに、裁判所が主要事実Aのみを認定しても法律効果は発生しない。しかし、これが弁論主義に違反することも明らかであろう。したがって、これは、法律効果を発生させられるおそれの問題である。

24 この点について、畑・前掲注21、91頁が、「なお、証拠調べのコストは、裁判所にとって負担という角度のみならず、それにつきあわされる（証拠調べを望まない）当事者・証人等の関係者の負担という角度からも問題になると考えられる」と指摘するのは大変示唆的であるように思われる。殊に、弁論主義の根拠論の関係では司法資源の分配問題としての裁判所のコストに触れられることはあっても、当事者や訴訟関係者の負担の議論は少なかったと考えられるからである。

25 証拠申出が弁論権の行使でもあることを鑑みると、これを前提にした場合の方が純粋に私的自治の問題を検討できるように思われる。

26 畑・前掲注21、91頁は、「私的自治の観点は、審理対象の設定を当事者に委ねて、(e)のコストの観点の実現を可能にする前提となる、という意味では、ここでもやはり必要条件ではあろう」とする。

担などがまず考えられうる。さらに、証拠調べが行われるとその事実が認定される可能性が生じるといえる²⁷。この場合、法律効果の発生との関係では判決作成段階よりも影響が小さいが、当事者の一方に事実上の反証活動の負担を負わせることにもつながりうる。

以上のことから、判決作成段階における主張原則ほどには明確ではないが、審理段階における主張原則についても、訴訟上の私的自治を体现するものであると理解できる。

（４） 提出する自由の具体的態様から見る提出しない自由

提出する自由は、詳細に見ると、（ア）提出するかどうかを決定（選択）する自由、（イ）相手方選択の自由、（ウ）提出時期・時機選択の自由、（エ）内容選択の自由に分けられうる。また、これらは主張と証拠とで異なる規律が採用されていることもある。

（ア） 提出するかどうかを決定（選択）する自由

提出するかどうかを決定（選択）する自由については、主張について、現在までのところ法に規定がない²⁸。証拠については、当事者尋問について職権でもこれを行えるとの規定があり、また、書証について、文書提出命令があり、この限度で制約されているものといえる。

（イ） 相手方選択の自由

相手方選択の自由（誰に対して提出するかを選択する自由）は、主張については、個別訴訟及び通常共同訴訟（民訴38条）においては認めることができ、必要的共同訴訟（民訴40条）では認められない。証拠については、個別訴訟では認めることができる²⁹が、必要的共同訴訟

27 私的自治との関係では、本来的にはこれが最も重要な部分であるといえる。

28 当事者照会については後に論じる。

29 ただし、いったん提出した証拠（の写し）が、流通して別件訴訟で相手方から提出されることがありえないが、これは別論である。

訟（民訴40条）ではもちろん通常共同訴訟においても証拠共通の原則があるとされており、共同訴訟では相手方選択の自由はないというべきであろう。

（ウ） 提出時期・時機選択の自由

提出時期・時機選択の自由（いつ・どのタイミングで提出するかを選択する自由）については、主張と証拠いずれについても適時提出主義が採用され、また時機に後れた攻撃防御方法として却下されるので、時期・時機の選択の自由は制約されていると見るべきであろう。ただし、書証の申出などは、要件の捉え方にもよるが、訴訟の完結を遅延させない場合もあり、実際上は一部の証拠について、主張よりも幅広く時期・時機選択の自由が認められる可能性がある。

（エ） 内容選択の自由

内容選択の自由（提出する内容について自由に決定しうる）については、古くは、主張について内容選択の自由がある（真実義務・完全陳述義務がない）、証拠について当事者尋問・証人尋問で一定程度、内容選択の自由がある（証人尋問における打ち合わせ等）、と考えられてきたのではないかと推測できる。

以上によれば、提出する自由は、提出するかしないかの選択の自由及び内容選択の自由としては伝統的には相当程度認められていたといえる。特に、主張について提出するかしないかを選択する自由はほぼ全面的に認められてきた。提出しない自由は、この意味での提出の自由を裏から支えるものといえよう。事案解明義務等は、この制限を主張する見解ということになろう。これに対して、相手方選択や提出時期等との関係では既に大幅に制限されているといえる。

（5） 提出しない自由（弁論権）と当事者の実質的対等（弁論権）

しかし、以上のように、提出しない自由がいかににはかないものであった

としても、それを弁論権等に由来する自由として、そして訴訟上の私的自治を反映するものとして捉える以上、真実発見や当事者の実質的対等だけを重視するわけにもいかない。真実発見や当事者の実質的対等が弁論権に含まれるのであれば、それと同様に主張や証拠を提出するかどうかを決定する自由もまた、弁論権に含まれているのである。

この対立関係を解消する方策としては、少なくとも二通りのものが考えられうる。一つは、一方当事者が提出しないことを他方当事者に対する権利侵害であると捉え、裁判所への介入を求める方策である。本稿においては、狭義の事案解明義務はこのような構図であると理解される。本稿の立場では、一方当事者が提出しないことは権利行使でもあるので、両当事者がそれぞれ権利を主張する構図になり、裁判所には、過剰な介入でもなく、過小な保護でもない、適切な介入を求めることになる³⁰（それがいかなるものであるかは別論とする）。

もう一つの方策としては、当事者の提出しない自由を訴訟上の私的自治の一側面であると捉えたうえで、実体上の私的自治による上書きの可能性を認めることである。すなわち、当事者が契約等によって一定の義務を引き受けていたならば、訴訟上もそれを優先させるのはおかしいことではないし、当事者の実体上の私的自治が法律によって制限されていれば、その部分について訴訟上の私的自治を認めないのもありうる判断である。この構図において注目すべきであるのは、この場合には、権利主張の対立がないことである。

この点で着目されるのが、情報請求権（情報提供義務）について、実体法を基礎とするとして、さらにそれを利益擁護型と主請求準備型に分類している見解（⑥）である。この見解のうち、利益擁護型に関する解釈論については、全面的に賛成する。当事者が締結した契約の内容がそのような

30 いわゆる、国家の基本権保護義務論と同様の構図になると思われる。

ものであったのであれば、訴訟上もそれを実現させるべきだからである。しかし、主請求準備型については、疑問がある。主請求準備型については、実体法の解釈論が下敷きにされているので当然ではあるが、実体法の書き換えが含まれているのではないかと思われるのである。これは、主請求準備型が不法行為を典型として、かつ、以下の通り述べられていることに関係する。

「【主請求準備型】において、被告の情報請求義務が認められるためには、①被告の先行行為の存在、②情報不保有についての帰責性の不存在、③情報提供についての期待可能性という要件を充たしている必要があると考えられる。もっとも、①については、本案の審理と重なるため、主張過程における情報提供の場面においては、厳格な証明を要求すべきではないように思われる」(再掲)

これについて、不法行為が成立した場合に、被害者が加害者に情報を請求できる、というのは(当否は措くとして)理解できるが、訴訟上問題になるのは、その不法行為の成立が明らかではない場合ではないか、と思われるのである。不法行為の成立が明らかではない状態³¹において、一定の実体的法律関係の成立を認めるのは、(おそらくそれが意図されたことであるとはいえ)適切ではないように思われる。不法行為関係の情報については、実体法の改正を待つか、訴訟法(特に事案説明義務論など)に委ねざるをえないのではないか。

(6) 実体法上の私的自治と訴訟法上の私的自治

当事者の提出しない自由は訴訟法上の私的自治の一側面であり、した

31 たとえば、不法行為の要件のうち客観的な部分(権利侵害、因果関係、損害など)が明らかになっている場合に、過失などについて一定の情報を明らかにすることを加害者と主張される者に要求することなどがありうる。しかし、本文で述べる通り、この場合に情報を請求できるとするのは実体法規範の内容を変更しているものではないかとの疑いが拭えない。

がってこれは実体法上私的自治が認められない場合や限定されている場合、そしてその当事者自らが一定の義務を引き受けている場合には制限されるべきである。その結果として、たとえば、実体法上説明義務を負う当事者は、訴訟法上も説明義務を負うべきことになる。当事者の契約（典型例は委任契約）などにおいて、説明義務が認められているのであれば、それは訴訟上も実現されるべきである。しかし、実体法上の義務がいかにして訴訟法上の義務に転化するかについては説明が必要であろう。

この点については、民事訴訟法上認められているものとして、実体法上引渡請求権が認められる文書（以下では2号文書という）についての文章提出義務（民訴220条2号）についての議論が参考になりうる。また、平成8年改正により明文化される前の信義則に関する議論も重要であろうと思われる。

まず、2号文書についての議論を概観する。2号文書について文書提出義務が認められている意義については、たとえば、「引渡ししないし閲覧を請求できる権利」「は実定法ないし契約によって創出されるので、その行使によって所持者に生ずる損害（秘密保持の利益など）について考慮する必要はない。この実体法上の地位を訴訟法上の義務として反映させたのが本号規定の文書提出義務である」³²とされる。また、「文書の所持者が挙証者に対してその文書の引渡義務または閲覧義務を負う以上、所持者は挙証者に文書の開示を拒む利益はない。また、引渡請求権が認められる場合には、仮に文書提出義務が認められなくても、その請求権を別の訴訟などを通じて実現することができる。しかし、そうした手段は迂遠であるので、より直接的な手段として、文書提出命令によることができる旨を明らかにしたものである」³³とされる。これらによれば、実体法上の権利・義務が

32 笠井正俊・越山和広編『新・コンメンタール民事訴訟法（第二版）』（日本評論社、2013年）841頁（山田文執筆部分）。

33 高田裕成ほか編『注釈民事訴訟法 第4巻』（有斐閣、平成29年）504頁ノ

認められる場合には実体法上文書提出を拒めないのだから訴訟法上も拒めないとされており、本稿の議論にとって大変参考になる内容である。もっとも、後者の後半部分には、文書の引渡請求権についてはそれを訴訟物とする給付訴訟が可能であるから、という理由付けも示されている。実体法上説明義務が認められる場合に説明義務の履行を求める給付訴訟が認められるかには疑問があり³⁴、したがって本稿における説明としては、2号文書に関する議論だけでは不十分である可能性がある。

このため、平成8年改正以前の信義則に関する議論を検討する。平成8年改正以前においては、民事訴訟法には明文の規定がなかったものの、民法などに規定される信義則が民事訴訟法においても適用があるとされており、そこでの議論は本稿での議論に参考になると考えられるからである。

この問題、特に信義則の適用の可否についても本格的に論じた文献においては、次のように民事訴訟法への信義誠実の原則の適用が肯定されている。すなわち、「いまや、信義則はすべての法律関係、あらゆる権利義務におよぶもの」であり、「きわめて抽象的・普遍妥当的な高度の法理念としてたてられているのであり、こういうものとしての信義則を前提とするかぎり、問題は、その妥当領域の「拡張の可否」ではなくて、個々の法領域における信義則適用の「排除の可否」と「具体的適用の可否」でなければならない。民事訴訟法の領域での信義則を論ずるについても、同じことがいえる」³⁵とされ、そのうえで「信義則の適用を一般的に排除しなけれ

ㄨ (三木浩一執筆部分)

34 通常は説明義務違反があったことを理由とする損害賠償請求訴訟を提起すべきことになろう。これは、通常の場合、説明義務の履行がなかったために損害が生じた場合に問題が表面化するため、その時点において説明義務の履行を求めても訴えの利益がないように思われる。逆に、損害が生じるなどして問題が表面化する以前においては、説明義務の存否などについて紛争が存在しないこともありうる。

35 中野貞一郎『民事訴訟における信義誠実の原則』『訴訟関係と訴訟行為』（弘文堂、昭和41年）38頁以下、62頁。

ばならない理由があるであろうか」という問いについては「当然に、否定を持って答えることができ」³⁶るとされる。その理由は、「民事訴訟が、このように、裁判所と当事者の協働関係であるとすれば、この協働（ママ）によって所期される目的の実現のために、訴訟法の与えるあらゆる形式的規整をつらぬいて、普遍的に、かかる協働が各訴訟主体の「忠実」（Treu）と「信頼」（Glauben）、つまり信義誠実に従って展開されるべきことが要請されてこざるをえないのである」³⁷とされており、訴訟法律関係の協働主義的理解に基づくものであると考えられる。もっとも、これに対しては、「必ずしも訴訟を裁判所と当事者との協働関係であるとみなくても、これを肯定しうる」³⁸との批判があり、「また判例や学説において民事訴訟における信義則の適用が漸次強調せられるようになった理由の一つとしては、現実の訴訟関係の多様性ないし複雑性により、あるいは取引その他の実体的法律関係における当事者間の対立の熾烈化に伴う訴訟上の攻防の深刻化などによって、立法者が予見せずしたがって法規の形式的適用によっては適切に処理し得ないような訴訟上の事態がしばしば現出するに至ったことが挙げられる」³⁹とされて、信義則を肯定する実際上の必要性が強調されることになった。その後の議論においては、協働主義的理解は必須なものではなく、信義則の適用が認められるのは実際上の必要性に基づくものである、との議論が有力になったようである⁴⁰。

民事訴訟法に明文化される以前の信義則に関する議論からは、実体法上の権利義務が全法秩序において認められるほどのものであり、かつ訴訟上

36 前掲注35、63頁。

37 前掲注35、65頁。

38 山木戸克巳「民事訴訟と信義則」末川先生古稀記念論文集刊行委員会編・末川先生古稀記念『権利の濫用 中』（有斐閣、昭和49年）265頁以下、266頁。

39 前掲注38、266頁。

40 たとえば、梶善夫「民事訴訟における信義則」新・民事訴訟法の争点44頁以下、44頁など。

も必要があるのであれば実体法上の義務を訴訟上も認めることができる、ということになろう。

一定の場合に当事者の一方が特定の内容について説明する義務、という意味での説明義務は、訴訟法上たとえば民訴167条（準備的口頭弁論終了後の攻撃防御方法の提出）などで認められている。これは、「職権進行主義を前提とする従来の失権規定（裁判所の判断による攻撃防御方法の却下）に代えて、訴訟進行についても当事者の主体性を重視する」「とともに、進行面における当事者の主体的な活動に伴う自己責任を強調するものである」⁴¹とされている。民事訴訟法上、説明義務という考え方自体は既に奇異なものではなく、当事者の主体性を確保するためのものとして認められているのである。そして、実際上の必要性については、後述の通り、本稿の立場では説明義務を肯定すれば当事者の主体性を確保しつつ裁判の場に情報を充実させることができるため、必要であるということになろう。

（7） 実体法の説明義務の訴訟上の具体的な実現

しかし、実体法上の説明義務を訴訟において実現すると一口にいても、その内容については論者によってかなり異なるようである。医療によって「意外な結果が生じた場合」の医師の説明義務について、次のような議論の対立がある。

A) 中野説⁴²

「新堂教授の所説の中できわめて説得的なのは、素人である患者側に専門的な知識を前提とする医療事故の具体的経過を主張させるのは無理で、医師側がまず説明をすべきだ、とされる点であろう。訴訟に

41 兼子一原著『条解民事訴訟法 第2版』（弘文堂、平成23年）983頁（上原敏夫執筆部分）。

42 中野貞一郎「医療過誤訴訟の手続的課題」『過失の推認』（弘文堂、昭和53年）103頁以下、114-115頁。

おける事案解明に積極的に寄与できる立場にある医師側が、原告たる患者側の不完全ないし不正確な主張に対し真摯な対応をなさず、単なる否認や不知の陳述あるいは沈黙に終始する場合には、実質上、医師側が自ら不真実の積極的主張をするのと異ならないというべきであり、訴訟上の信義誠実の原則、真実義務の違反となろう」

B) 新堂説⁴³

「診療契約の中身の一つに、診療を医師に頼むというときには、ある程度の予想外の結果になっては困るという理解があるのではないかということです。…したがって、両当事者にとっていかにも予想外の結果が起きたということを患者側が言え、それによって不完全履行というものがなされたという立証は成り立ったのだというふうに請求することが不可能ではないように思われます。…債務不履行構成ということでダイレクトにまずは患者側としては予想外の結果が生じたという事実関係を自分の知っている限りで証明してかかれ、あとは過失のなかったことの責任を医師の方で尽くすべきだということが可能になるのではなかろうかと思えます。」

「何らか予想外の結果が出たという場合には、実体法上の義務として、診療契約の中身の一つとして、医師の方で積極的に患者に、こういう経過でこういう風になったという説明というか弁明をする義務というものが本来あるのではないかと思うのです。」

これらによれば、同じく「意外な結果が生じた場合」の医師の説明義務・弁明義務を肯定したとしても、訴訟上それを実現するのに、証明責任はそのまま原告の主張に対し、被告医師に真実義務の伴った陳述（+積極否認の強制、不知の禁止など）をさせる（A）見解と、過失のなかったこと（帰責事由の不存在⁴⁴）の証明責任を医師側に負担させる（B）見解

43 「医師・患者をめぐる訴訟とその背景」ジュリスト619号16頁以下、30-31頁。

44 春日偉知郎「表見証明」『民事証拠法研究』（有斐閣、1991年）79頁以下、108頁。

があることになる。この見解の対立については、法律要件分類説に立つ場合、Bの見解は採用しづらいということになろう。

ところで、当事者の有する情報を裁判の場に提出させるというとき、主張・証拠という形式で提出させなければならないのであろうか。民事訴訟法においては、既に、情報を裁判の場に、あるいは相手方当事者に提出させるというときに、主張・証拠ではないものとして提出させる制度が認められている。第一に、専門委員（92条の2）の制度がある。専門委員の説明は、口頭弁論または弁論準備期日においてなされるが、証拠資料にはならないとされている。第二に、当事者照会（163条）の制度がある。当事者照会における照会書・回答書それ自体は主張ではないと解される⁴⁵。

このことは、実体法上の説明義務の訴訟法上の実現についても同様ではないだろうか。例えば医師が説明義務（民645条）を負うため、訴訟上も説明義務を果たさねばならないとして、その場合の医師には、それを「主張として」提出するか否かの選択権を認めてよいのではないか、と思われる。この場合、医師は訴訟の場に情報を提供する義務を負うが、その情報をいわゆる事情として提出し、それを主張として取り上げるかどうかは相手方当事者に委ねる⁴⁶という取り扱いはできないものか。このような取り扱いの方が、当事者の主体的地位を確保することにつながるように考えられる。

なお、以上より、本報告の議論が適用できるのは、基本的に、説明義務

45 なお、当事者照会については、その照会や回答を準備書面に記載して行うことができるかが問題とされることがあるが、これについては、「当事者が当事者照会の状況を相手方の主張や証拠の信用性に関わる事実としてあるいは弁論の全趣旨として相手方に不利益に判断してもらいたいと考える場合は、照会書と回答書を書証として提出すれば足りる」（秋山幹男ほか『コンメンタル民事訴訟法Ⅲ（第2版）』（日本評論社、2018年）483頁など）とするのが多数のようである。

46 医師自らが主張として提出したい場合には、初めからそのようにすれば足りる。

が肯定できる契約類型に関する訴訟に限られる。不法行為訴訟（製造物責任などを含む）については、法律の規定がない限り、狭義の事案解明義務を検討せざるをえないと思われる。また、契約の締結に争いがない場合を念頭においているため、契約の締結自体が争われる場合には、別途の考慮が必要になる。

第3 具体例

1 提出しない自由が存在しない場合

①行政訴訟一般（いわゆる、伊方原発事件（最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁）を含む）。

少なくとも、権力主体としての国家⁴⁷が当事者の一方となる訴訟においては、私的自治は問題にならず、したがって、国側に提出しない自由は存在しない⁴⁸。したがって、国家に説明義務が課されているのならば⁴⁹、これを訴訟上も実現しなければならず、しかも、それは主張という形式で行わなければならないということになる。

47 いわゆる私経済主体としての国家についても私的自治は認められないような感覚はあるが、しかし個人と国家の間の権利関係については処分可能であるようにも思われ、結論が出ていない。

48 問題になるとすれば、機密情報・特定秘密等であり、それについては法律の規定による。

49 なお、原発訴訟について、「裁量処分については、一般には、原告に主張、立証責任があるとされていますが、原発訴訟では、それと少し違うやり方で審理が行われていると思うのです。この辺をどう説明するかということは、まだはっきりとは言えないのですが、専門技術的な裁量については、被告に相当程度立証させて、裁判所として、これに相当性、合理性があるかという判断をするというような審理態度で臨んでいるといえると思います」（塩野宏ほか「行政事件訴訟法施行二五年をふりかえって」ジュリスト925号78頁以下、85頁）との議論があったことが注目に値する。なお、山本克己「事案解明義務」法学教室311号86頁以下。

2 提出しない自由が制限されうる場合

②医療訴訟⁵⁰

診療契約は（準）委任契約であり、その義務の一つとして、報告義務が定められている^{51,52}。この報告義務は、委任終了後においても存在するため、診療契約終了後であることが通常であろう訴訟時においても、なお報告を求めると解される。したがって、医師は、診療の客観的経過などにつき訴訟において説明しなければならない⁵³。

50 なお、以下の議論は、典型的には弁護士過誤訴訟にも妥当する。この場合には、弁護士は、事件処理の経過などについて説明することになる。

51 「受任者は、委任者に対し、委任事務の処理に関して次のような報告義務を負う（民645）。(a) 委任期間中 受任者は、委任者の請求があるときは、いつでも委任事務の処理の状況を報告しなければならない。(b) 委任終了後 受任者は、委任が終了した後、遅滞なくその経過および結果を報告しなければならない」。山本敬三『民法講義Ⅳ－1 契約』（有斐閣、2005年）717頁。

52 なお、医師法は診療義務を負うため（医師法第十九条 診療に従事する医師は、診察治療の求があつた場合には、正当な事由がなければ、これを拒んではない。）、私的自治というか契約による義務の引き受けというか、そういった要素が希薄になりがちではある。この場合の私的自治については、最終的には職業選択の自由まで遡るのかもしれない。

53 大阪地方裁判所第17、第19、第20民事部「大阪地方裁判所医事部の審理運営方針」判タ1335号5頁以下、10頁では、「診療という客観的な事実経過について、争いのない事実、各当事者の主張する事実及び証拠を、一覧性のある形でまとめたもの」である「診療経過一覧表」について、「第一次的には被告側（引用者注：医療機関等）が作成する。被告がまず診療経過及びその証拠を記載した後、原告がその認否及び原告の主張する診療経過を記載する。」とされる。同旨の記述として、東京地方裁判所医療訴訟対策委員会「医療訴訟の審理運営指針（改訂版）」判タ1389号5頁以下、13頁-14頁。最近でも、（対談）門口正人・渡部勇次・手嶋あさみ「医療訴訟」門口正人編『裁判官に聴く民事裁判の実際と要点』（有斐閣、2019年）91頁以下、114頁は、争点等整理手続について、「診療経過一覧表は、当事者の診療経過に関する客観的事実を、法的主張等とはっきり区別する形で時系列に従って整理して記載するものです。」「また、これを当事者に作成してもらうというのがミソでして、具体的にどうやっているかと申しますと、はじめに被告にカルテ等に基づいて粗々のところを作っていただきます。それを原告に確認をしてもらい、詳細な事実関係についての争いの有無を確認するとともに、原告が必要と考える事実関係について漏れがあればこれ〆

③消費者契約に関係する訴訟

消費者契約法3条の説明努力義務を梃子として事業者側の説明義務を肯定することができないかが問題となる。

これについて、消費者契約法「3条1項は、少なくとも法文上は、事業者がなすべき努力を規定したものに過ぎない（いわゆる努力規定）から、事業者がこれらの努力を怠ったことから、直ちに同条に基づいて事業者の損害賠償責任や消費者の取消権等の具体的な法律効果が導かれるわけではない。」「しかし、だからといって、不明瞭な記載や不十分な説明が、常に何の法的効果も導かないわけでは決してない。」「すでに消費者契約法の制定以前から、学説はもとより裁判例にも、一定の事情の下で、民法に基づく信義則上の説明義務を認め、その義務に反した事業者が損害賠償責任を負うとするものが見られた。消費者契約法の施行後も、具体的事情の下で、このような法的義務が認められうることは当然であり、その際、消費者契約については、消費者契約法1条及び3条の趣旨も考慮に入れられるべきであろう」⁵⁴とされている。

説明義務を肯定できる場合には、事業者側は、訴訟上も、当該契約の内容や告知すべきであったリスクの内容、見込み、及びそれらの根拠などを説明すべきである。しかし、信義則等に基づいて説明義務を肯定できる場合でも、本来この説明義務は契約締結の際になされるべきものであって、訴訟時において説明を求めることは異なるものではないか、との疑問もある⁵⁵。

ㄨを拾い、何らかの主張があれば、原告の主張欄に客観的な経過とは別に加筆してもらいます。さらに被告がこれを確認し、原告の指摘した事実関係について、争いがないものがあれば、これを左側の客観的な経過記載欄に移記するという形で交互に作成していく方式が定着しております」（手嶋発言）とされている。

54 鹿野菜穂子「総論・契約締結過程規制」中田邦博・鹿野菜穂子『基本講義消費者法（第3版）』（日本評論社、2018年）70頁以下、79頁

55 本稿3（5）の批判との関係でいえば、本稿においても実体法の変更が含まれるということになろう。

④金融商品取引契約に係る訴訟

「金融商品取引における説明義務を発展させてきたのは、判例法理である。東京高判平成8年11月27日はリーディングケースの一つであるが、次のように判示している。「証券会社及びその使用人は、投資家に対し証券取引の勧誘をするに当たっては、投資家の職業、年齢、証券取引に関する知識、経験、資力等に照らして、当該証券取引による利益やリスクに関する的確な情報の提供や説明を行い、投資家がこれについての正しい理解を形成した上で、その自主的な判断に基づいて当該の証券取引を行うか否かを決めることができるように配慮すべき信義則上の義務（以下、単に「説明義務」という）を負う。」」

「ここで判例が持ち出す説明義務の根拠は、信義則（民法1条2項）である。金融商品取引の利益（リターン）やリスクに関する情報提供や説明が求められている。その説明の内容や方法は、当該顧客の属性や状況に応じたものでなければならない。知識・経験といっても、学歴や人生経験一般ではなく、証券取引に関する知識・経験である。しかも、単なる情報提供や説明で足りるのではなく、顧客の正しい理解や自主的判断に基づく決定ができるようにする配慮を義務付け、その略称として説明義務という語を使っている。」⁵⁶

「こうした説明義務は、金販法（2000年制定）にも定められている。同法は、「元本欠損が生ずるおそれ」や「当初元本を上回る損失が生ずるおそれ」の説明義務（3条）と違反があった場合に損害賠償責任が発生すること（5条）を定め、さらに損害に関する推定規定（6条）を置いた。2006年改正では、説明内容について「取引の仕組みのうちの重要な部分」が追加され、説明の方法及び程度について、「顧客の知識、経験、財産の状況及び……契約を締結する目的に照らして、当該顧客に理

56 上柳敏郎「金融商品取引と消費者」中田邦博・鹿野菜穂子『基本講義消費者法（第3版）』（日本評論社、2018年）196頁以下、197、198頁。

解されるために必要な方法及び程度によるもの」と明記された（3条2項）。

金商法（2006年旧証券取引法を改正）も説明義務を前提としている。法律の条文には書面交付義務が定められているだけのようにみえるが、内閣府令まで見ると説明義務が明記されているのである。すなわち、同法は、一定の場合に損失のおそれやその理由を記載した書面を契約締結前に交付する義務を定め（37条の3第1項5号、金融商品取引業等府令82条3号ロ）、同府令117条1項1号は、これら記載事項について「顧客の知識、経験、財産の状況及び金融商品取引契約を締結する目的に照らして当該顧客に理解されるために必要な方法及び程度による説明」をすることを求めている⁵⁷。

金融商品の販売等に関する法律（金販法）においても、金融商品取引法においても、説明義務は取引時のものである。しかし、たとえば、金販法6条には損害の推定規定も置かれており、訴訟関係の特則についてもこの法律の中で規定している。また、取引時の説明義務を肯定したときに、取引後の説明義務を当然に否定する理由はない。さらに、金融商品のリスクが顕在化するのは往々にして長期間経過後であり、その時点で顧客が金融商品の処分について判断できるよう、証券会社等には説明する義務があるように思われる⁵⁸。

このように考えると、訴訟時において、証券会社等は、金融商品の仕組み、そこから得られる利益・負担すべきリスク、顧客の属性に関する認識とその根拠等について説明する必要がある。

57 上柳、前掲注56、200頁。

58 ③と同様、ここにおいても、実体法の変更が含まれることになる（本稿3（5）との関係）。

3 提出しない自由が制限される場合

⑤特許侵害訴訟⁵⁹

特許法104条の2は、権利者が「侵害の行為を組成したものとして主張する物又は方法の具体的態様を否認するときは、相手方は、自己の行為の具体的態様を明らかにしなければならない」と規定する。

この規定は、侵害行為をしたと主張されている被告にとっては、情報を提出しなければならず、かつ、その提出の方法は主張という形式で行わなければならないとしている点で、提出しない自由が法律によって否定されている。不法行為訴訟ではあるが、法律によって私的自治が制限されることはありえてよく、この場合もその一例であると考えられる。

第4 おわりに

本稿では、当事者の提出しない自由を、訴訟上の私的自治（国家の介入を排除する自由）として捉える一方で、契約による義務を引き受けているなど実体法上の私的自治が優先すべき場面、法律によって私的自治が制限されている場面、そもそも私的自治が問題にならない場面がある、と検討してきた。その結果、それらの場面では、説明義務などを負っている当事者は、訴訟法においても実体法上必要とされる説明を行わなければならない、もっとも、原則としてそれが主張である必要はなく、主張という形式をとるかどうかは説明義務を負う当事者の選択に委ねられる、との結論に至った。

本稿の背後にあるのは、公の領域であると思われる民事訴訟の場におい

59 なお、特許法は令和元年に改正されており「特許法等の一部を改正する法律」（令和元年法律第3号）、そこでは、損害額の推定規定の改正、査証制度の導入がおこなわれた。これらの改正については、本稿の議論する内容にも影響のある重要なものであるが、改正法の検討については別稿に委ねたい。

て、当事者双方の実質的対等と調和する形で、当事者の主体的地位を確保するにはどのようにすればよいか、という問題意識である。