

「弁論兼和解」再論のことなど

西 野 喜 一

一 弁論兼和解

1 亡霊がよみがえったようにも見えるタイトルであるが、現行民事訴訟法公布10年を経て新法による実務が相当落ち着いてきたこの段階で、旧法末期の頃、実務を圧倒的に席卷し、大部分の学説が大政翼賛的にほめたたえた感のあるこの概念について振り返っておくことは、強ち無駄でもないであろう。それは、この作業を通じて、いわゆる争点整理手続の本質とあり方を考えることであるからである。

私はかつて「争点整理及び弁論兼和解の将来」と題する論文^(注1)。（本稿で引用するときは、「前稿」と呼ぶことにする。）を書いたのであったが、これはその時期に至ってもなお法的性質の曖昧であったこの概念に口頭弁論としての枠をはめ、その制約の中で弁論兼和解の適法性を確保しようとしたものであった^(注2)。

特にその要点は、手続としての弁論兼和解の便利さを維持しつつも、いわゆる「争点整理」手続は単に争点の整理にとどまるものではなく、実際にはそこで裁判官の心証の相当部分が形成されるという審理過程そのものであること^(注3)に着目し、傍聴人が傍聴できるというシステムを制度上保証することによって裁判官の心証形成の密室化を防止し、手続の公正さを維持しようとした点にある^(注4)。「弁論兼和解」という概念に含ませられている内容は極めて広汎なもので^(注5)、一義的な議論を困難としているし、また語義を明確にしないままの議論もあって、少なからぬ混乱も生じていたようでもある。ともあれ、本稿で述べる弁論兼和解とはすべて前稿で私

が特定したようなもの^(注6)の謂である。これを前提にした上で、現行法下での弁論兼和解も、前稿で私が付したような厳重な要件の下でなら違法とは言えないと考えている^(注7)。

(二) 私見は、実務界ではともかく、学界では少数説であったようで、これに対して各種の批判^(注8)があったようであるが、その批判が十分に説得力を有するものであったかどうかということは今の時点でもう一度検討する価値があるであろう。

旧法から現行法への切り替え時期にはともかく、現段階でこれに関する多数説と目されるのは、旧法では弁論兼和解は適法であったが、新法（現行法）では、弁論準備その他の争点整理手続が整備されたので、旧来の弁論兼和解はもはや許されなくなった、というものであると思われる。

私は、弁論準備その他の争点整理手法によって争点・証拠を整理し、その後は集中審理によって紛争の早期の解決を図るということには、それが可能であって当事者の理解と協力が得られるのであれば、別に異論はないし、まして新法切り替えの頃とは相当状況が異なっている現在において弁論兼和解を推奨しているわけでもない^(注9)。しかし、現行法下でのその厳密な理論的当否如何という問題はやはり検討に値するであろう。

まず、旧法にあった準備手続という制度がなくなり、新たに準備的口頭弁論、弁論準備、書面による準備手続の3制度が新設されたということが上記のような多数説的な解釈的結論を正当化することについて十分な説得力を有するとすることは、私には今でも難しいように思われる。

旧法には弁論兼和解という制度はもとより存在せず、最初から予定もしていなかったことは明らかであるので、これを解釈上許容するのは旧法時代でもかなり苦しかったであろうが、これを、個別の条文によらず、旧法の条文の全体としての体系の中で主に必要性和有益性を根拠として許容されたとするのであれば、そこから準備手続制度が廃止され、弁論準備等の争点及び証拠の整理手続が新設されたということだけをもってして、この

弁論兼和解が現行法の条文の体系の中では違法になったとすることは現行法の解釈としてもなかなか困難であろうと考えられるからである。

そのことを以下において簡単に検討してみよう。

（三） 旧法時代、弁論兼和解を適法視しようとする見解^(注10)の一は、これを一種の準備手続と見るものであった。

現行法では準備手続制度は廃止されたので、弁論兼和解を一種の準備手続とすることは勿論不可能であるが、旧法下で弁論兼和解が「一種の準備手続」とすることが許容されたのであれば、現行法下で弁論兼和解を「一種の弁論準備」とすることは許容されないとする論理を立てなければならない。これを論証する明確な論理は立てられているであろうか。

旧法時代の適法説のその二は、その有用性、必要性等から、これを新種の訴訟手続とするものであった。

これが許容されるのであるならば、現行法下でも、弁論兼和解の有用性、必要性を主張して、その許容性を唱えることは否定されないはずである。

その三は、弁論兼和解を、口頭弁論・準備手続・和解等が複合したものと見るものであった。

旧法下でこれらの「複合」の結果として弁論兼和解が許容されていたのであれば、現行法下でも口頭弁論・準備的口頭弁論・弁論準備・和解等が適宜「複合」された手続が許容されそうである^(注11)。

結局、どの論理も不十分なものと言えるのではなかろうか^(注12)。

（四） 私見に対する批判の中で特異な位置を占めるものとして、坂元和夫弁護士の見解がある。氏は言う。

「西野喜一教授の見解…に対しては、この立法経過に目をつむり、今回の法改正の意義を否定するに等しいという批判がまず予想される。それだけでなく、この説は、裁判官にとっての使い勝手の良さ・便利さという角度からの検討に終始し、当事者ないし利用者としての観点が欠落している。

要するに、口頭弁論を法廷外の準備室・和解室あるいは裁判官室で行うことを正当化しようとする便宜論にすぎず、手続公開の持つ実質的な意義を余りにも軽視していると言わなければならない」と^(注13)。

この坂元説は、私見に対する合理的な批判になっているであろうか。

まず、立法経過が当該法典の条文の解釈をどこまで左右できるかというのは、古くからある問題である。解釈に当たって立法経過を無視することはできないというのは当然であるが、法の解釈に当たって、立法経過や立法担当者の説明は単なる参考資料であるに過ぎず、それ自体として解釈を決定づけるものではあり得ず、法として成立した後は当然に一人歩きをするものであって、法それ自体が持つ客観的な意味を探索しなければならないというのは、法解釈に当たっての常識である。

次に、私見が「裁判官にとっての使い勝手の良さ・便利さという角度からの検討に終始し、当事者ないし利用者としての観点が欠落している」かどうかという点については、前稿の20頁ないし22頁、36頁が十分な回答になっているであろう^(注14)。

そして、私見で最も重要な点は、前記の通り、争点整理手続の実質的な機能の重要性和手続公開の重要性に鑑み、争点整理としての弁論兼和解に口頭弁論としての制約、即ち公開の保障を設けようとしたわけであるが、これに対して、「手続公開の持つ実質的な意義をあまりにも軽視している」という批判がなされるというのは不可解である。それも、手続の公開が保証されない弁論準備手続の推奨論者^(注15)がこう言うのは尚更おかしいことであって、論理が通らない。恐らく誤読か誤解によるのであろうが、この説は批判としては取るに足りないというほかはない^(注16)。

2 進行協議期日との関連

旧法時代と比較して、民事訴訟手続はますます便利になったようでもあるが、他方ではますますルーズになった。

それを象徴するのが「進行協議期日」（民事訴訟規則第95条以下）の新設である。これは民事訴訟法本体の規定ではないので、国会の審議を経て、裁判所が独自に作ったもので、いわば裁判所の「隠し球」のようなものである。これは何とも便利な、或いは何ともルーズな手続であって、建前としては「審理を充実させることを目的として」、「口頭弁論における証拠調べと争点との関係の確認その他訴訟の進行に関し必要な事項についての協議を行うものとする」とされているが、実際には裁判所がやりたいと思うことは殆ど何でもできる。争点の整理、書証文書の取調べ、証拠の採否はもとより、訴えの取下げ、請求の放棄・認諾、和解など、和解兼弁論でやれることは全部できるし、一方当事者のみの出頭の下での手続進行（同第96条）、事実上の現場検証（同第97条）、受命裁判官による手続進行（同第98条）など、弁論兼和解ではできなかったこともできる。大量の人の証拠の証拠調べ（尋問）をこの手続で極めて「効率的」に済ませた例まで報道されている^(注17)。しかも、全部非公開である。

現行民事訴訟法制ではこのような扱いが事実上許容されているのであるから、進行協議期日では進行協議や和解など規則上列挙されていること以外を行うことは歴然たる違法であってすべて禁圧しなければならないというよほど固い立場を取るのではない限り、現行法下での弁論兼和解の許容性如何という議論の意義は相当程度に限定されたものになったと言うべきであろう。

二 心証形成過程の密室化

1 現行法下における運用で、私が気になっているのは、現行法では、裁判官が心証を形成する過程、即ち当該事件の勝敗を決めている過程の非公開部分がどんどん拡大され、その密室化が進んでいるのではないかということである。私が、訴訟手続の公正さを維持するための手段としてその公

開ということを重視しているということは、前記一でも述べたし、前稿全体もこのトーンで貫いたつもりであった。しかし、現行法の規定及びその下での運用は必ずしもこのような思想に出たものではなく、旧法時代と比較して、一般市民の目の届かないところで裁判官の心証形成が進んでいるという意味で、その密室化が進んでいると評価せざるを得ない状況である。

以下、思いつくままにその例証を挙げる。

- 裁判長又は陪席裁判官は、必要に応じて、口頭弁論の期日外にも、当事者に問いを発したり、立証を促したりすることができる（民事訴訟法第149条第1項）。法廷外で当事者に接すれば、それが裁判所書記官を介したもの（民事訴訟規則第63条）であっても、何らかの心証が取れてしまうことは避けがたい^(注18)なのであって、この局面では市民の監視ということは問題外であるのみならず、これは相手方当事者にも監視が不可能な領域となる。民事訴訟法第147条第4項による公式の手当ての効果は極めて限定されたものととどまらざるを得ないであろう。
- 前記一でも前稿でも述べた通り、いわゆる「争点整理」手続は、単に争点の整理にとどまるものではなく、そこでは有力な証拠方法である書証文書の取調べがなされ、その暫定的な心証に基づいて証拠採否が決められている^(注19)のであるから、大部分の訴訟の実質的な帰趨はこの「争点整理」手続で決せられていると言っても過言ではない。この「争点整理」手続の中で、今最も重用されているのは弁論準備であろうから、市民の目の届かないこの原則非公開の手続の中で、裁判官の心証の相当部分が形成されていることになる。
- 弁論準備は受命裁判官がすることもできる（法第171条第1項）。平成15年改正までは、受命裁判官が弁論準備を行う場合には文書の取調べはできなかったのであるが、その後は可能になった。受命裁判官が書証文書で得た心証がどのようにして受訴裁判所に伝えられることになるのか明らかでないが、この場合には、裁判所の心証形成のプロセスが市民の目から一層遠くなったことは間違いのないことである。

○ 平成15年法改正で、専門委員の制度が設けられた(法第92条の2以下)。

これは建前としては、「訴訟関係を明瞭にし、又は訴訟手続の円滑な進行を図るため」(法第92条の2第1項)とされてはいるけれども、一般の裁判官では理解が困難なような専門的な論点を含む訴訟においては、専門家の言うところは裁判官の心証形成に極めて大きな影響力を持ち得るであろうから、この制度の運用方式如何では、市民の目(専門委員の説明は、弁論準備の場で口頭でもすることもできる。)どころか、相手方当事者にも接触できないところで、裁判官は心証形成の材料を得ることになる。

2 手続の公開は手続の公正さの保障に貢献するであろう。他方、その非公開は、審理の迅速化に寄与するであろう。どちらを取るかということは、その国、その時代の哲学、政策であって、どちらが正しいというものではない。しかし、手続の公正ということと審理の迅速ということと、いずれも裁判の内容の適正とは別物であるということには十分留意しておかなければならない。

現行民事訴訟法は、裁判官の判断過程の密室化を進めても審理の迅速化を取ったと評価することができるが、これは、旧法下で非公開型の弁論兼和解が大々的に推奨、重用された時に既に顕在化したのであったし、大部分の学説がこれを積極的に持ち上げたことによってその方向がはっきり確定したことになるのであろう。

準備的口頭弁論の場合はともかく、公開を保障しない弁論準備や書面による争点整理の憲法第82条第1項適合性の問題が完全に解決されたとはまだ言えない^(注20) 現段階において、いわゆる争点整理手続の実質的機能と、この観点から見た憲法の上記条項と裁判官の心証形成過程との関係などは更に追求する価値があるであろう。将来の課題としなければならない所以である。

《注》

- 1 判例時報1853号、1854号（1997年）。『「争点整理」に関する諸問題』と改題して拙著『司法過程と裁判批判論』（2004年、悠々社）に収録。なお、本稿で引用する頁数はこの『司法過程と裁判批判論』によるものである（「拙著〇頁」という形式による）。
- 2 「私見は、弁論兼和解を口頭弁論と見て、というより、むしろ口頭弁論そのものとして運用して、その適法性を確保しようとするものである」（拙著23頁～24頁）。
- 3 拙著21～23頁。
- 4 拙著19頁～30頁。
- 5 そのことは前稿の内容自体から明らかであろう。
- 6 拙著4～6頁、36頁参照。
- 7 拙著61～63頁。
- 8 前稿は、弁論兼和解をこのように運用すれば違法にはならないという具体的解釈案を示したものであるから、単にこれを違法だと呼ぶだけでは解釈論としての批判にはならない。
- 9 拙稿「争点整理と集中審理」ジュリスト増刊『民事訴訟法の争点（3版）』162頁以下参照（1998年）。
- 10 各合法説の詳細は、文献の紹介を含めて、拙著31頁～34頁に譲る。
- 11 現行法下でも、「兼」の発想を示す例はある。例えば、座談会「新民事訴訟法・規則の運用に関する懇談会(三)」判例時報1660号6～7頁森本宏一郎発言、相良朋紀発言、平山正剛発言に現われる「弁論準備手続兼和解」の概念（1999年）。
- 12 結局、問題の根源は、旧法下では弁論兼和解を無理やり適法にしたいということにあったものと考えられる。旧法下でも弁論兼和解は違法であったとした上で、新法下でもこれを違法とする、というのは一貫して、十分筋が通ることである。私もこのような反対説に対しては敬意を表するに吝かでない。
- 13 坂元和夫「弁論準備手続③—望ましい運用」三宅省三ほか編『新民事訴訟法大系2』319～320頁（1997年、青林書院）。
- 14 これに関する拙著の記載は以下の通りである。坂元氏はこれらを全部看過したのであろうか。なお、これらは手続公開の重要性を強調している部分でもあることも明らかであると考ええる。
 - 「（争点整理手続であっても、それを公開すべき理由は）手続の公開によって、裁判官の訴訟指揮が恣意的ないし強権的なものに陥る恐れが減少することである。裁判官の訴訟運営に対する手続法の規制が緩やかとなり、裁判官の裁量の範囲が大きくなればなる程、この視点は重要となるであろう。…当事者たる弁護士の手になるもの〔著述〕では右のような恐れを指摘するも

のが多いのであって、これは決して無視できることではない」（20頁）。

- 「〔争点整理手続を非公開にしてはならない理由は）証拠決定の重要性が挙げられる。〔証拠決定の〕段階で、相当部分の訴訟はその運命が決まる。争点の形成という部分ももとより重要であるが、まだここでは当事者が主体的に関与できるのに対して、証拠の採否は専ら裁判所の裁量とされているので、当事者から見た場合には不安も問題も大きいのである」（21頁～22頁）。
 - 「（証拠の採否は極めて重要なものであるから）証拠の採否を巡る当事者と裁判官のやりとりは公開して市民の目にさらす可能性を残しておかなければならない」、「当該訴訟の命運を決める証拠の採否手続は、まさしく審理の核心をなすものとして公開しなければならない」（いずれも22頁）。
 - 「（市民が手続を傍聴して理解できるかどうかという問題につき）見る人が見ればわかる、訴訟手続を知る者が傍聴すれば事態が理解できるということ、そして、このような訴訟運営はいかがなものか、という疑義が生じた場合には、それ以後でも市民が傍聴してチェックできる、ということで公開の意味は十分である…『裁判ウォッチング』のような活動を含めて市民の裁判に対する関心は今後増大することが予想されるが、司法に関心を寄せて裁判所まで足を運んでくれる市民を法曹は大事にすべきであろう」（26頁注（32））。
 - 弁論兼和解は、「当事者双方の同意を得て実施すべきものである」、「具体的な手続内容が、争点・証拠整理に重点を置いたものであるのか、和解に重点を置いたものであるのかを極力区別して、この点を当事者に明らかにすることが必要である。弁論と和解とでは、当事者の事前準備も当時の対応も当然異なってくるからである」、「争点・証拠整理の時には必ず公開した上、双方当事者対席として手続の公正さを保障すること、代理人がついている時には、代理人の頭越しに当事者から事情聴取をすることを避けること…が必要であろう」、「和解の時には…交互交渉方式も必要であろうけれども、裁判官はこの席で心証を取ることを自制することが要請される」（36頁）。
 - 弁論兼和解と対比される弁論準備が非公開で憲法上の問題があるのではないかという点につき、「訴訟の帰趨を実質的に決めるような重要な手続を非公開で行って差し支えないのかどうか、という点についてはなお疑問を留保しておきたい」（54頁（注82））。
- 15 坂元氏の前掲（注8）論稿は、そのタイトルの通り、弁論準備手続を解説するものである。
- 16 前稿の雑誌発表時、私はその末尾に「裁判官…の立場を重視する余り、民事訴訟を利用する市民の立場に十分な目配りが及んでいないことを恐れる」（判例時報1584号26頁）と付記したが、このような可能性の提示から「〔私見が〕裁判官にとっての使い勝手の良さ・便利さという角度からの検討に終始し、当事者ないし利用者としての観点が欠落している」ことを私が認めている、と断

定する（坂元・前掲（注8）321頁注（16））のは、論文の本旨に対する批判の手法として公正妥当なものとはいえない。

- 17 私が見たのは、2002年4月25日読売新聞石川版（13版）である。そこでは、高速増殖炉「もんじゅ」の設置許可処分を周辺住民が求めた行政訴訟の控訴審において、裁判所が口頭弁論のほかに進行協議期日を、尋問を含む心証形成の場として活用した結果、この種の事件としては極めて異例なことに実質審理を約1年半で終えることができた、と報じられている。
- 18 そのメカニズムの一端を示すものとして、拙著202～204頁、251～254頁参照。
- 19 事件の運命を決める上において、（書証以外の）証拠の採否が極めて重大な意義を有していることは断るまでもないであろう。拙著22頁。
- 20 非公開である弁論準備の活用による審理促進を唱えるのは、私には、「手続公開の持つ実質的な意義を余りにも軽視している」ように思われる。