

## 積明権行使の限界について

石田 秀博

## 1. はじめに

民訴法一四九条が規定する積明権の問題は、これまでも多くの研究が蓄積されてきた民事訴訟法分野の一つである。条文上の「裁判所が訴訟関係を明瞭にするため」<sup>1)</sup>に行う発問や立証の示唆という、形式的な問題設定にもかかわらず、その問題領域は多岐に渡る。例えば、積明権行使の意義、積明権と積明義務の関係およびそれぞれの範囲、あるいは積明権行使に関して裁判官に（過度の行使も忌避事由とならない）一定の裁量の余地が認められるか否か、さらには上告審でその不行使が破棄理由となる積明義務の範囲、などである。これらの点に関して、従前のわが国の議論においては、次のような特徴が見られた。<sup>1)</sup>まず、積明権行使については、判例・学説ともに、「事案の真相」に合致した解決を目指した積明権

の積極的行使を奨励する。学説の中には事案の真相を究めるために必要な釈明権行使には限界がない、とする見解<sup>(2)</sup>もあり、釈明権行使の範囲と釈明義務の範囲は一致しないと一般に解されている。他方、釈明義務に関しては、主に利益衡量的な観点から、その範囲を画定する分析が広く支持されている。また、利益衡量要素の中では特に、「勝敗転換の蓋然性」が重視される。一般的に、裁判官による釈明権の行使はその実務的色彩が強いこととあいまって、必ずしも理論的な要件化に困難を伴う分野とみなされている。

前述のように、釈明権行使にあたって「事案の真相」を、釈明義務違反の判断に関して「勝敗転換の蓋然性」をそれぞれ重視するならば、結局は、裁判官が事案解明に積極的に関与し、妥当な裁判を下すことが期待されるといえよう。この傾向が進めば、本来訴訟の主体たる当事者の持つ役割と裁判官の役割が近接し、場面によっては交じり合うことも考えられる。それは長期的視野に立った場合に、裁判所の負担増を招来し、その負担増を抑えるために裁判官の裁量的要素を広げる傾向になりかねない。

筆者の問題関心は、民事訴訟における裁判官と当事者の役割分担の枠組みにある。その前提は基本的には、弁論主義・処分権主義および裁判官の中立性を民事訴訟の基幹に置き、その体系の中で釈明権行使を把握するものである。具体的に、釈明権行使の態様を、多義的な当事者の陳述などを解釈し明確にする「明確化機能」、当事者の意思を訴訟上適切な形に適合させる「変換機能」、裁判所の事実的・法的評価について当事者に情報を与える「意思疎通機能」に分類することから出発する<sup>(3)</sup>。それぞれの機能領域における釈明権行使について、上で述べた訴訟原則から行使許容範囲および義務範囲を考察しようとするものであるが、とりわけ、訴えの変更、抗弁・抗弁権の提出にかかわる局面等、いわば釈明権行使の限界領域について釈明権行使の許容範囲が特に問題となる。筆者はこれまでに、訴えの変更をめぐる釈明権についてその許

容範囲の画定を試みたことがある。<sup>(4)</sup> 本稿は、それに引き続き、被告側の防御方法で、とりわけ訴訟の帰趨に直結する消滅時効の抗弁権をめぐる釈明権の問題状況について、同様にその画定を図ろうとするものである。

ところで、わが国の民事訴訟法は平成八年に改正され、同一〇年に改正法が施行された。この「新民事訴訟法」においては釈明権に関して、条文上大きな変化は見られない。<sup>(5)</sup> しかし、民事訴訟システム全体として、訴訟を信義誠実に進行する義務（民法二条）、適時提出主義（同一五六条）が設けられたように、同改正は、訴訟の迅速化および効率化を目指すものである。また、同改正による争点整理手続の導入に伴い、訴訟の実質的部分が（完全公開ではない）弁論準備手続などに移行していくことになった。このような状況における釈明権行使のあり方が改めて問われているといえよう。

またわが国の民事訴訟法の母法国であるドイツでは、ドイツ民事訴訟法（以下「ZPO」と略称する）改革法が二〇〇二年一月に施行された。そして、このZPO改革法に前後して、当該問題状況について活発な議論展開が見られることになった。<sup>(6)</sup>

したがって、本稿では、釈明権行使範囲の画定についての考察を行うための準備作業として、母法国ドイツの近時の状況をトレースし、日本の問題状況への手がかりを探ることとしたい。具体的には先に挙げた問題性のうち、消滅時効の抗弁権の釈明が釈明義務範囲に含まれるか、さらに、過度の釈明権行使が忌避事由となり得るかの点を念頭に、ドイツにおけるZPO改革法前の状況、同改革法の意義、同改革法後の議論動向について、検討を加えたい。

## 2. ZPO 改革法前のドイツ法の概観

### (1) はじめに

前述したように、わが国の釈明権の規定(民訴法一四九条)は、ZPO上の裁判官の指摘義務(Richterliche Hinweispflicht)のない裁判官の事案解明義務(Richterliche Aufklärungspflicht)をその範とするものである。日本における議論状況が推測させるように、ドイツにおいても裁判官の指摘義務をめぐっては、処分権主義、弁論主義、裁判官の中立性、弁護士代理との関係で、その範囲・限界をめぐり多くの論争が行われてきた。

ところで、ZPOは、一八七七年の旧ドイツ民事訴訟法(CPO)制定以来、幾たびかの改正を経ている。この改正の流れは、「手続形成に関する裁判官の協力の強化」による「民事訴訟における当事者支配の後退の歴史」と特徴づけ得るものである。裁判官の指摘義務に関する重要な改正としては、一九二四年改正<sup>(9)</sup>、および一九七七年施行の「簡素化法」を挙げることができる。前者の改正により、ZPO一三九条一項は、二〇〇二年ZPO改革法前の文言となり、後者の改正によりZPO二七八条三項に、いわゆる「法的観点指摘義務」が明定されるにいたった。各条文は以下のとおりである(私訳による)。

#### ZPO(旧)一三九条〔裁判官の事案解明義務〕

一項「裁判長は、当事者が、あらゆる重要な事実について完全に陳述し、事案に適った申立てをなし、特にまた主張した事実の不十分な申述(Angaben)を補充し、証拠方法を示すように努めなければならない。裁判長はこの目的のために、

必要な限りで、当事者とともに事実Ⅱ争訟関係を事実的および法律的側面から討論し(artem)、問を発しなければならぬ」。

二項「裁判長は、職権により斟酌すべき点についての判断に存する疑念につき、注意を喚起しなければならない」。

三項「裁判長は、裁判所を構成する各裁判官に、その求めに応じて、発問を許さなければならない」。

### ZPO(旧)二七八条

三項「一方の当事者が明らかに看過し、または重要でないと考えた法的観点を、裁判所が裁判の理由とすることが許されるのは、単に付帯的な請求のみにかかる場合を除き、その点について意見陳述の機会を与えた場合に限られる」。

また、和解に関しては、日本法(民法八九条、民訴規則三二条、民法旧一三六条参照)と同趣旨の規定が置かれていた。

### ZPO(旧)二七九条

一項「裁判所は、手続がいかなる段階にあるかを問わず、訴訟又は個々の争点の和解的解決に配慮しなければならない。裁判所は、当事者に対して、受命裁判官又は受託裁判官の面前における和解の試みを指示することができる」。

二項「和解の試みのために当事者本人の出頭を命じることができる。本人の出頭が命じられたときは、一四一条二項を準用する。」

次に、本稿は、消滅時効を提出するよう促す釈明権行使が、裁判官の忌避事由に該当するか否かを問題の中心にするが、忌避に関するZPOの根拠条文は、同法四二条である。

## ZPO 四二条

一項「裁判官は、法律上当然に裁判官がその職務の履行から除斥される事件において、及び偏頗のおそれを理由に、忌避することができる」。

二項「裁判官の公正性 (Unparteilichkeit) に対する不信を認めるに値する理由が存在する場合、偏頗のおそれを理由に忌避される」。

三項「両当事者はあらゆる事例において忌避権を有する」。

以下では、消滅時効の抗弁権の提出を促す指摘義務の可否に関する問題状況を、ZPO 改革法施行前の状況、ZPO 改革法の意義そして改革法施行後の状況に分けて検討したい。

## (2) 判例

最上級審である、ドイツ連邦通常裁判所 (以下、BGH と略称する) が消滅時効の釈明と忌避との関係について明示的に裁判した例は見当たらない<sup>(11)</sup>。また、ZPO 改革法前の比較的最近の下級審裁判例においても、この点に関する判断は分かれていた。概観的には、主にラント裁判所の裁判例に釈明権行使を許容するものが見られる<sup>(12)</sup>一方で、上級ラント裁判所の裁判例を中心に釈明権行使に否定的な裁判例が多かったと言えるが、忌避事由に該当するか否かについての判断は必ずしも一致していなかった<sup>(13)</sup>。このような状況下で、BGH がこの問題に直面したのが次にあげる一九九七年決定である。

BGH [民事第四部] 一九九七年一月二日決定<sup>(14)</sup>

(事案の概要) 原告は、一九八八年から一九九三年までの過払いの年金額 (Versorgungsbezüge) の返還を訴求したところ、前審はドイツ民法 (以下、BGBと略称する) 八二条<sup>(15)</sup>以下を理由に訴えを認容した。民事第四部は、これに対する被告の上告を受理し、(受訴裁判所を構成する一名の) 報告裁判官 (Berichterster) に和解の試みを委託した。同裁判官は、当部が本件においても、近時の三つの判決により展開された原則を適用する意向である旨を、両当事者に伝えた。ところが、引用された裁判例から、不当利得法ではなく、保険契約法に従う契約法が適用されるべきことが明らかにされた。したがって、保険契約法一二条一項の二年の消滅時効期間だけを適用すべきことが、訴訟の新たな中心争点になった。それゆえ、報告裁判官の書面には、「したがって原告の請求権の一部時効消滅が問題になる」旨記載され、報告裁判官は引き続きいて「消滅時効を承認した場合にも」依然として原告の有利な金額を算定した。それが和解案の出発点であり、和解案ではさらに、事件の差戻し後必要な証拠調べの結果の予測がつかないことも斟酌された。原告は当該消滅時効の抗弁権がこれまでの訴訟において提出されていなかったことを理由に、当該裁判官に対する偏頗を理由とする忌避の申立てをした。(決定要旨) 却下。裁判官による消滅時効の指摘が、裁判官の公正性に対する不信を理由付け、それによって、ZPO 四二条二項の意味における偏頗のおそれを理由付けるかについての直接的な判断は避けた上で、次のように述べた。

ZPO (旧) 二七八条三項により、上告裁判所は上述の三つの当該部の判決を当事者に指摘しなければならなかった。これらの判決からは保険契約法一二条一項の適用可能性が歴然と明らかである。被告は弁護士に代理され、従来特に民法八一八条三項<sup>(16)</sup>で防御してきたのであるから、被告が利得の消滅の援用に代え、訴求された請求権の一部分に掛かる保険契約法一二条一項による消滅時効の抗弁権を提起する可能性を逃すとは、原告も当然のことながら期待できなかったのである。

加えて、裁判所は手続がいかなる段階にあるかを問わず、和解的解決に配慮しなければならないとする ZPO (旧) 二七九条一項から、本件の場合、両当事者に事件の予測される別の展開を指摘することが必要であった。当事者が新しい法的基礎に基づき審理するため事件を判決で差戻す旨裁判するならば、両当事者は新たに陳述をなした新しい防御可能性を主張する機会を捉えなければならぬ。本件の場合、消滅時効の抗弁権の提起を考慮しないならば、このような展開は和解案にとつて適切とは評価できなかつた。しかし、和解金額に非常に本質的な計算要因を公にしなかつたならば、和解案の納得性は少なくとも減じたに違いないし、その説得力は弱められたに違いない。それゆえに、報告裁判官の和解案は、原告の立場からも理性的に、客観的に考慮するならば偏頗のおそれを理由付けるものではない。

これまで、裁判官の指摘義務・事案解明義務を議論する際に、ZPO 二七九条一項一文を顧慮することはほとんど無かつたと思われ<sup>(17)</sup>。BGH の本決定は、和解交渉にとつて当該指摘が必要不可欠であつたことを理由に、ZPO 旧二七九条一項から当該消滅時効の指摘を正当化した。和解交渉における必要性から指摘を必要とみなすならば、引き続き行われる弁論において指摘を不適法と見ることは矛盾する<sup>(18)</sup>、と解する余地もあり得るが、本決定自体は、同法旧一三九条、旧二七九条三項が消滅時効の指摘を許容するか否かについての直接的判断を留保した、と解するのが自然であろう。したがつて、ZPO 改正法以前には、当該問題に関する確立した判例を見出すことはできない<sup>(19)</sup>。

### (3) 学説

これまでの通説によれば、なんら訴訟において提示されていない消滅時効の抗弁権を指摘することは、裁判所の義務で

はない。<sup>(20)</sup>また、権能としての釈明権行使としても、そのような指摘はZPO四二条の忌避事由に該当するとする見解が多数であった。<sup>(21)</sup>その主な理由付けとして、次の点があげられる。第一に、実体法によれば、時効消滅した債務の履行があつても、それはなんら不当な財産移動ではなく、消滅時効を指摘することにより原告から彼の労働の正当な報酬を奪うことは裁判官の任務ではありえないこと。<sup>(22)</sup>第二に、弁論主義、処分権主義、および裁判官の中立性の要請が指摘義務の限界としてあげられる。<sup>(23)</sup>ただし、通説の中でも、被告が消滅時効に適した事情を具体性・特定性を欠き陳述している場合には、裁判官が釈明権を行使し、消滅時効の抗弁権として具体化することは適法かつ必要であると解する見解が有力であった。<sup>(24)</sup>

他方、このような通説の消極的な理解に対しては、とりわけ一九七七年の簡素化法以来、裁判官は抗弁権の訴訟への提出必要性を指摘する権能および義務があるとする批判説も有力に主張され、学説上も一致していたわけではなかった。<sup>(25)</sup>

### 3. ZPO改革法の意義

#### (1) 概観

二〇〇二年施行のZPO改革法により、ZPO一三九条は、次のように改められた。

#### ZPO一三九条〔実体的訴訟指揮〕

一項「裁判所は、必要な限りで、当事者とともに事実Ⅱ争訟関係を事実的および法律的側面から討論し、問を発しなければならぬ。裁判所は、当事者が、あらゆる重要な事実について適時かつ完全に陳述し、特に主張した事実の不十分な申述を補充し、証拠方法を示しそして事案に適った申立てをなすように努めなければならない」。

二項「一方の当事者が明らかに看過し、または重要でないと考えた観点を、裁判所が裁判の理由とすることが許されるのは、単に附帯的な請求のみにかかる場合を除き、その点を指摘しそれにつき意見陳述の機会を与えた場合に限られる。裁判所が両当事者と異なった判断を下した観点についても同様である」。

三項「裁判所は、職権により斟酌すべき点に関し存する疑念につき、注意を喚起しなければならない」。

四項「本規定による指摘は可能な限り早く行い、記録しなければならない。指摘が行われたことは記録の内容によってのみ証明することができる。記録の内容に対しては、偽造の証明のみが許される」。

五項「当事者が裁判所の指摘に対して直ちに陳述することができない場合には、裁判所は、当該当事者の申立てにより、書面で陳述を追完するための期間を定めなければならない」。

また、和解に関しても重要な規定がおかれた。

**ZPO二七八条(和解的紛争解決、和解的弁論、和解)**

一項「裁判所は、手続のあらゆる段階において訴訟ないし個々の争点の和解的解決に配慮しなければならない」。

二項「すでに訴訟外の場合で合意の試みが行われたか、あるいは和解的弁論が明らかに見込みがない場合を除き、訴訟の和解的解決のため和解的弁論を口頭弁論に前置する。裁判所は、必要な限りで、和解的弁論において、あらゆる事情を自由に評価して、当事者とともに事実上争訟関係を討論しなければならない。このために出頭した当事者を人的に尋問しなければならない」。

**(三項ないし六項略)**

(2) 個別の変更点の検討<sup>(27)</sup>

① 条文の見出しの変更

条文の見出語が、従来の「裁判官の事案解明義務」から単に「実体的訴訟指揮」に改められたが、実質的にはなんら新しいものが加わったわけではない。<sup>(28)</sup>

② 訴訟促進

同条一項二文は、従来の内容に加えて、新たに(当事者が)「適時に」陳述するよう努めることを求めている。しかし、この点については、ZPO旧二七三条一項二文がすでに、「手続のすべての段階において、当事者が適時かつ完全に陳述するよう(裁判所は)努めなければならない」旨規定していたのであり、この点でも内容的に変更されたわけではない。<sup>(29)</sup>

③ 裁判官の討論義務の強調

また、ZPO一三九条一項では、一文と二文との規定順序が、同法旧一三九条一項とは置換されており、条文体裁上、裁判官の討論義務が強調されている。そのことから、改正後の裁判官は、全訴訟資料(事実基礎、法律問題)について両当事者と「包括的で開かれた討論」<sup>(30)</sup>をするよう、より明確に義務付けられることが強調されたといえる。<sup>(31)</sup>

しかし、この義務の範囲が改正により明確にされたわけではない。この点に関して、ZPO一三九条に関する政府草案個別理由書においては、「内容的に厳密かつ詳細に」規定することを放棄した旨が明示的に述べられている。<sup>(32)</sup> いずれにせよ、裁判官の指摘・討論義務が条文中強調されていることから、とりわけこれまでも争われてきた次の二つの問題が焦点となる。第一に、弁護士訴訟における指摘・討論義務の範囲であり、第二に、当事者が従前一度もほのめかしたことの新しい法的観点(例えば、消滅時効の抗弁権、留置権)につき、裁判所が指摘しなければならないか、である。本稿の課題は、

後者の点にかかわるものであるが、この点に関して、先の理由書は次のように述べている。「しかし、当事者の訴訟陳述中 (in dem streitigen Vorbringen) に少なくとも暗示的にも根拠をもたない、新たな請求原因、抗弁権ないし申立てを、質問や指摘により取り入れることは裁判所の任務ではない、との原則を (ZPO 一三九条) 一項は変更していない。それゆえに、裁判所は、当事者が当該防御手段を自ら訴訟に取り入れない場合に、消滅時効ないし留置権の抗弁権が主張されるように努める義務を負うものでもない」<sup>(33)</sup>。

#### ④ 不意打ち裁判の防止

ZPO 一三九条二項は、それまでは同法旧二七八条三項に規定されていた当事者と裁判所の事実的・法律的討論義務を包摂し、体系的に一つの条文にまとめたものであるが、同法旧二七八条三項に比し、次の三点で改正されている。第一点は、法的観点だけではなく、事実的観点についても適用されることであり、第二点は、当事者が看過しないうる必要でないと考えた観点についての裁判所の指摘義務が明示的に採用された(二項二文)こと、第三点は、「裁判所が両当事者と異なった判断を下した観点」についても指摘義務・討論義務が拡張されたことである。

まず、第一点についてであるが、ZPO 旧二七八条三項は、裁判所の法的見地が当事者の法的見地とは明らかに異なる場合に、当事者の審問請求権を保障する、言い換えれば不意打ちを防止する規定である。それゆえに、ZPO 一三九条二項の趣旨も同様に考えられる。ところで、前述のように、改正時に法的観点に加えて事実的観点も義務の対象として加えられた。これにより、条本文言の構造上、「事実上法律的側面から」と規定する同条一文と一致することになり、同時にこれまでほとんど困難であった事実資料と法的評価の区別という問題から開放されるにいたった<sup>(35)</sup>。

次に、第二点については、次のことが指摘できる。すなわち、裁判所による指摘があつてはじめて誤った評価を訂正す

ることができる、言い換えれば指摘によって初めて当事者は意見陳述の機会を利用することができ、したがって、法的審問が保障されるのである。<sup>(36)</sup> それゆえに、旧法<sup>(37)</sup>下においてもすでにこの指摘は行われていた。

加えて、第三点の改正は重要な契機を含んでいる。旧法（ZPO旧二七八条三項）は、当事者が看過したり重要でないと考えたことにより、訴訟資料の一部の提出を怠った場合に、当事者を不意打ちから保護するものである。これに対してZPO一三九条二項二文は、両当事者の見地とは異なる裁判所の判断を知らせなければならぬ、とする。担当官草案（Referentenwurf）では、一方当事者の見地と異なることで足りるとされていたが、結局立法された条文では、裁判所の判断が両当事者の見地と異なる場合にだけ指摘が必要とされている。<sup>(38)</sup> ここで、「両当事者の見地とは異なる」の意味が問題になる。この点に関して、この文言は、両当事者の「一致した」判断と異なる場合だけではなく、一方当事者の見地とともに、この当事者の見地と一致しない他方当事者の見地とも異なる場合も含むと解すべきである。<sup>(39)</sup> なぜならば、その場合にも（そのような場合はまれであろうが）結果的に（両当事者の見地は一致してはいないもの）両当事者の見地と裁判所の判断が異なるからである。

### ⑤ 記録作成義務

ZPO一三九条四項は、指摘義務に関して新たに設けられた付随的義務である。それによると、裁判所は指摘を可能な限り早期に行うこと、および、裁判所の指摘を記録にとどめること（「記録作成義務」が要求される（なお、指摘を行ったことは訴訟記録の内容によってのみ証明され得る））。

同条五項は、当事者の訴訟促進義務に依りて、当事者が裁判所の指摘に対して後刻書面による返答をするための期間（書面期間請求権<sup>(40)</sup>）を認めた。ただし、この内容はすでにBGHの判例において承認されていた事柄である。

⑥ 職権により斟酌すべき点についての釈明

同条三項は旧一三九条二項を引き継いだものである。

このように、ZPO 一三九条改正の意義は、もっぱらその体系および文言にかかわるものである。したがって、条文の内容上、指摘義務自体そして討論義務自体を直接に拡張する要素は見られない（この点について学説では拡張的な提案が行われていた<sup>(41)</sup>）。

⑦ ZPO 改革法の特徴

二〇〇二年施行の ZPO 改革法は大幅な改正であり、その改正内容について個別的に立ち入ることはできないが、少なくとも本稿とのかかわりで次の二点を特徴として指摘することができる。第一の点は単独裁判官制を原則的なものとしたこと（ZPO 三四八条）、そして、控訴審はもはや事実審としてではなく、法律審と捉えられていることである。すなわち、事実主張の失権が強化されたことにより、控訴審は原則的に「瑕疵の訂正」に限定されることになった<sup>(42)</sup>。これによって、第一審は、事実上唯一の事実審として、でき得る限り訴訟を一審限りで終了させることを目指すことになる。控訴審での事実主張きりつめ、さらに控訴自体を減らすためには、当事者にとつての第一審判決の受容可能性が高まる必要がある。受容可能性の高い裁判を目指すためには、裁判官が事案内容を十分に把握し、当事者との十分な意思疎通を図ることが必要であり、この点で裁判官の指摘・討論義務は、重要な役割を果たすことが推測できる。

第二に、和解のための口頭弁論を、口頭弁論前に必要的に前置したことである（ZPO 二七八条二項）。和解的解決を推進するためにも、事案の全体像について裁判官と当事者間で十分な意思疎通が図れていることが前提である。この点にも、

裁判官の指摘・討論義務を拡張的に解釈する契機が含まれていることを確認しておく必要がある。

このように、ZPO改革法においては、民事訴訟システムについて構造的な改革<sup>(43)</sup>が図られた。これにより、ZPO一九九条一項の限界領域の解釈―特に本稿では消滅時効の抗弁権(Brimed)の提出を促す裁判官の能動性―に変化が見られるかどうかを、以下検討する必要がある。

#### 4. ZPO改革法後の状況

##### (1) 判例

ZPO改革法施行後、まだそれほど時間がたっていないため、ZPO一三九条の解釈上の各論点については、今後の判例蓄積が待たれるところである。ただし、本稿の課題である消滅時効を指摘する裁判官の指摘の可否については、BGHは改正後早々に態度表明を迫られることになった。以上の点から重要な決定であるので、詳しく紹介する。

##### BGH [民事第五部] 二〇〇三年一月二日決定<sup>(44)</sup>

(事案の概要) 二〇〇二年一月二六日に被告に送達された督促決定で、原告は物権法猶予に関する規定(BGB施行法二三三款二条a)<sup>(45)</sup>に基づき、使用料の返還を主張した。被告による異議後、区裁判所は書面による事前手続において、請求を理由付ける書面および原告に対してなされた「第四文による当該請求権は、被告が消滅時効の抗弁権を提出するならば、第七文により時効消滅するであろう」との指摘の謄本を被告に送達した。最初は請求権の存在に対する抗弁のみを提出していた被告は、続いて消滅時効をも援用した。原告は当該区裁判官を偏頗のおそれを理由に忌避の申立てをしたが、

却下された。原告は Z P O 五七四条の法律抗告を行い、認容された。

(決定要旨)

①裁判官の公正性(Unparteilichkeit)に対する疑いを正当化するに値する根拠が存在する場合、Z P O 四二条二項により、偏頗のおそれを理由に忌避が認められる。決定的なのは、裁判官を忌避する当事者の見地からあらゆる事情を理性的に評価した場合に、先入観がなく客観的な立場であることを疑う原因があるかどうかである。裁判官の公正性に関する基準は当事者の平等取り扱いである。裁判官は、手続法上の根拠なしに、両当事者に対する等距離を捨て一方の側の助言者になるならば、忌避にさらされる。Z P O 一三九条が規定する討論、質問及び指摘が含まれる実体的訴訟指揮の場合、特別の手続方式が異なる定め(家庭事件に関する Z P O 六一六、六一七条参照)をしていない限り、訴訟関係に関する当事者の処分権及び訴訟資料提出に関する当事者だけの権能を尊重すべきである。それゆえに、裁判官は、独立した、法律上の構成要件に独自に充足する攻撃・防御方法(Z P O 一四六条参照)を訴訟に導入するよう努めることを禁じられる。このことは、別の請求原因、形成権の履行、また給付拒絶権について当てはまる。

②消滅時効は、B G B の概念によれば、請求権を理由付ける事実およびそれゆえ債権者の権利の存在に関係するものではない。その発生後、債務者はむしろ反対権、つまり給付を拒絶する権能(B G B 二二四条一項)を手に入れる。反対権の主張、すなわち消滅時効の抗弁権の提起は、物権法の準法律行為である。それは、給付を最終的に拒絶し―いずれにせよその意義どおりに―一時効消滅期間の経過でこれを理由付ける債務者の意思表示を前提とする。この意思表示が行われるまでは、債務者の給付を得る要求はなにも妨げられない。それゆえに、訴訟においては、消滅時効を理由付ける事情を原告が自ら陳述した場合でさえも、申立てに基づき、欠席した被告に対する欠席判決が下されねばならない(Z P O 三

三一条二項)。立法者は債務法現代化法による消滅時効の改正の際にも、この構想(BGB旧二二二条)を維持した。それゆえ、抗弁権解決の合目的性を熟慮するまでもないのである。したがって、抗告裁判所が、「区裁判官が指摘したのは実体法状況を再現したに過ぎない」と主張するのは不当である。区裁判官の訴訟指揮処分は、むしろ、準法律行為によって現存の裁判所にとって拘束的な法律状態を、原告の不利にそして被告自身の有利に変更する可能性を被告にはつきりわからせたのである。そのような指摘は、当該抗弁を提出するよう催告するものである。

③ ZPO 一三九条は当該指摘に関してなんら根拠を与えるものではない。確かに、BGHはこれまで、当該規定により裁判所が請求の相手方に対して消滅時効の抗弁権で防御する可能性を指摘してよいか否か、という問題について明示的に裁判したことはまだない。しかし、一時的な履行拒絶権(留置権)への注意を喚起する権利を当該裁判所は先行的に原則として否定した。立法者はZPO改革法によるZPO 一三九条の新文言でこの立場に立脚したのである。実体的訴訟指揮の新規定は、その文言及び立法理由によれば、裁判所に内容的に従前の法よりもより厳密で詳細な規定を置くことを見合わせている。したがって、ZPO 一三九条一項は、総じて言えば、裁判所は開かれた討論において裁判に重要な法律的及び事実的観点を当事者とともに討論し、すべての面で適切な手続追行がなされるよう努めなければならないことを確かに強調する。しかし、ZPO 一三九条は、当事者の訴訟陳述中に少なくとも暗示的にさえこれまでに基礎を持たない新しい請求原因、抗弁権ないし申立てを、質問ないし指摘により取り入れることは裁判所の任務ではない、という原則は維持している。それについてなんら懸案となっていない指摘の欠如は、ZPO 一三九条二項の意味における不意打ち的な裁判をすることにほならない。この点で、当部は、民事第四部が一九九七年一月二二日決定においてZPO旧二七八条三項に関して主張した見解と異なるわけではない。民事第四部は、大要においてZPO 一三九条二項に相当する規定から、請求の相手方に

対し彼が消滅時効の発生で防御できる可能性を指摘する、裁判官の一般的な権能を演繹したわけではない。民事第四部が判断すべき事実関係の場合にはむしろ、ある特定の消滅時効の規定が歴然と明らかとなった特定の判例を上告当事者に指摘することが必要であった。忌避申立てされた裁判官が上告審の和解討論の際にこの法律効果を指摘したことは、彼を偏頗とするわけではなかった。

④ 当部は、他の諸規定、たとえば訴訟の和解的解決に配慮すべき義務（ZPO二七八条二項）が、そもそもどのような要件の下に、どのような場合に、どのような方法で抗弁権の指摘を許容するかについて、判定する必要はない。それゆえに、当部は、判例及び文献において行われた忌避法に関する議論の総体に当事者をかかわらせる必要もない。本件においては、指摘は、考慮の対象となるあらゆる法律基礎を欠いているのである。裁判官は、そもそも被告が意見を述べる機会を持つよりも前に、被告に対して裁判所の見解によれば権利防御の成功と訴えの失敗に導くある方法を示したのである。それによつて、裁判官が原告の見地からは不公平であると是認できる。当該指摘が直接原告に対して行われたという事で、原告が裁判官の命令後被告に知らせたという事情を鑑みても、抗告裁判所の見解とは反して、この点についてなら変わることはない。また指摘が内容的には不適切であったという事情も忌避の試みの結果に影響を与えるものではない。<sup>(48)</sup>

⑤ 裁判官の行動がいずれにせよ是認しうるものであったという理由から、忌避理由がなくなるわけではない。本件はそうではなかった。付言すれば、裁判官の偏頗性の判断の際にこの観点に焦点を合わせようとするならば、法的・事実的問題に関する一般論の表明か、独立の攻撃・防御防御方法を訴訟に取り込み得る旨の指摘かが、区別されなければならない。後者の場合には、当事者の平等取扱いから逸脱する明白な危険ゆえに、指摘の是認可能性に対しては厳格な要求がなされなければならない。さもなければ、裁判官に彼の中立性の限界を自身で決定することを裁判官に任せることになる。した

がつて、なされるべき要求は本件の場合どのような観点からも満たされなかったであろう。

このように二〇〇三年に下されたBGH決定では、消滅時効の抗弁権を指摘する裁判所の義務を明確に否定するとともに、あわせて、そのような指摘は忌避事由に該当する旨も明言した。このBGH決定は、指摘義務に関しては、先に見たZPO改革法の個別理由書に沿ったものであると理解することができる。他方、裁判官の中立性の理解に関しても、連邦憲法裁判所が一九七九年七月二五日の決定<sup>(50)</sup>で挙げた「距離の要素」を重視している点も注目される。

## (2) 学説

教科書・コンメンタールなどでは、核心部分では、立法理由等からZPO一三九条に変更はないと見ている<sup>(51)</sup>。

ここでは、ZPO改革法施行後に出された、ReischおよびRenzenの所説を取り上げ、ドイツにおける最近の議論展開を跡づけたい。

### ① Reischの見解

Reischは、二〇〇三年に発表した「裁判官の指導活動の範囲」と題する論文<sup>(52)</sup>において、この問題を詳細に扱っている。以下その見解をまとめてみることにする。

Reischは、二〇〇二年一月一日施行のZPO改革法が上述(2)(2)⑦のように、事実主張の失権を強化し、その結果、控訴審が原則的に「瑕疵の訂正」に限定されることになったことにまず着目する。Reischによればこの訴訟「構造変革」は、

裁判の受容可能性を上昇させることにより、一番で訴訟が終結するよう裁判所が努めることを前提としている以上、より明示的な裁判官活動の活性化を内包する。この観点から、この「構造変革」の裁判所の指導活動 (gerichtliche Instruktionstätigkeit) への影響について、ZPO 一三九条一項に関して特に問題となる限界事例である訴訟上の抗弁権提出の必要性の指摘を例に分析を進めるものである (S. 81)。

Reichschiが問題とするのは、当事者の陳述は確かに抗弁権の構成要件事実を含んでいるが、被告が、時間経過ないし履行障害事由ゆえにもはや履行する意思がないことを援用しようとしないう場合である<sup>(82)</sup>。この場合、裁判官は自ら訴訟に履行拒絶権を持ち込んではいならない。なぜならば、それによって当事者の活動が排除されることになり、そのことは弁論主義が許容するところではないからである。したがって、問題は、偏頗を理由とした忌避や上訴理由になることなく、裁判官が指摘によって当事者に干渉しうるかあるいはどの程度干渉し得るか、に設定される (S. 82)。

そして、このような裁判官の質問・指摘義務の基準点となるのは、当事者が訴訟に取り入れた事実陳述だとする。つまり、(事実関係ではなく) 当事者陳述の範囲でのみ、裁判官は事案を明らかにし完全な陳述がなされるよう努めることができるし、努めなければならない。また、裁判所は、当事者陳述により設けられた枠外で攻撃防御方法の指摘を与えることは、禁じられる。確かにZPOの幾たびかの改正により、訴訟資料収集に関する裁判官と当事者の協働は強化されたが、裁判官の活動は当事者陳述を提案し、誘発し、指揮し、集中し、必要とあれば訂正することに限定されなければならない。弁論主義がその本来の形ではもはや通用しないとしても、裁判官の能動化への「作業共同体」や「協働主義」といった社会政策的な動機付けを、当事者支配が最終的には押し戻した。いずれにせよ、裁判官の能動性と当事者の能動性が渾然一体となって弁論主義に吸収されたことから分析を出発し、訴訟構造の上位の次元で改正が行われた場合には、当事者によ

る情報提出に関する裁判の責任分配を再審査する必要がある、と述べる(S. 84 ff.)。

上述の観点からZPO改革法を見た場合に、次のように議論を進める。ZPO旧一三九条一項二文において、裁判官の事案解明活動は、一文において挙げられた当事者陳述の完全化に目的を限定して規定されていた。しかし、ZPO一三九条の新文言は、従前の二文を冒頭に置き、同条一項一文により、裁判官は、「必要な」限りで、事実上争訟関係を討論し明確にする任務を負わされた。これによってこれまでの限定的な裁判官の指導活動の解釈はもはや認められない。したがって、裁判官の指導活動は今後どのような基準を指向すべきかが問題になる。Reichschによれば、それは裁判の受容可能性を高めることであり、裁判官には実体的訴訟指揮の強調により事案解明活動がよりいっそう課せられている、とする(S. 85 ff.)。

Reichschは、その後ZPOを立法史的に概観し、社会的民事訴訟の要素(訴訟促進を旨とした裁判官活動の活発化)が、ZPOに採用されていった過程を詳しく論証する(S. 90 ff.)。

続けて、ZPO改革法も社会的民事訴訟モデルの三つのプログラムを採用していることを次のように説く。第一に、ZPO改革法は控訴審を瑕疵制御・除去審(Fehlerkontroll-Fehlerbeseitigungsinstanz)として形整した。その結果、第一審への訴訟資料収集の集中による訴訟促進は、ZPO改革法が法律上保障した目標設定とみなし得る(「訴訟集中主義(Prozesskonzentration)」(S. 96 f.)。第二に、ZPO改革法により、ZPO一四二条は、(当事者の情報格差是正の観点から)証書に加えその他の書面の提示を(第三者にも)命じる権能を新たに規定した。その点に、訴訟当事者の実質的平等取扱(当事者の(実質的)武器平等)を見いだす(S. 98 ff.)。第三点として、ZPO改革法が、ZPO二七八条により、和解的解決の形で利害調整を行う制御メカニズムを確立したことに着目する。社会的民事訴訟のモデルでは、民事訴訟は、

迅速な紛争解決による社会的対立の解消の道具と観念され、当事者が判決に納得できるよう手続を形整することで法的平和の回復が促進される。ZPO改革法はこの点(包括的な紛争解決)でも社会的モデルを採用している(S.100f.)。

ここまでのReich論述を要約すると次のとおりである。上述のように、ZPO改革法の文言から、訴訟に関する目標設定として効率的な訴訟終結への志向が読み取れ、訴訟対象内部の非受容性要因を裁判官が除去することにより、この目標は具体化される。このように裁判官の任務が立法的に(従来の任務)と変更されたことで、訴訟促進を視野に入れた控訴審における強化された事実失権が正当化できる、とするのがReichの問題設定の枠組みである。

他方、裁判官の活動に対しては、個々の事案では弁論主義(当事者の自己責任)により、限界が設けられる、とする(S.102ff.)。また、距離の要請としての裁判官の中立性は、義務的和解の導入により説得力が相対化された、とする(S.105f.)。このような一般論としての考察を経て、次にZPO一三九条一項による裁判官の指導的活動の解釈のメルクマールを次のように具体化する。

Reichはまず、第一に裁判官による非受容性要因の除去の観点を挙げる。民事訴訟の社会的「機能」は、紛争終結による法的平和を確保することおよび法的発展を促進することに見出すことができる。それに対して、訴訟の「任務」は、事に適合した裁判を可能にする手続を提供することにより、私法的権利を確認し貫徹することとみなされる(S.108)。「手続目的」としての私法的利益の保護は、訴訟の裁決により事実上の法的平和が到来することを前提とし、それゆえに、訴訟の社会的機能が強められる。したがって、ZPO改革法に含まれる革新は訴訟目的の変更ではなく、私法貫徹の効率を顧慮して望ましい、社会的訴訟機能の強調に導く。上述のように、それとともに、手続経過への国家的影響の増大が現れる。それはここでも訴訟モデルを特徴付ける。その点では、市民が迅速に、包括的にかつ終局的に権利確認できるような

権利保護手続を市民に提供する、という基本命題(programmsatz)への接近が診断された。手続原則の内容を精確化する際に、したがって手続指導的な規定の解釈の際に考慮される「訴訟上の目標準則」を立てるならば、可能な限り事案に適合した迅速な裁判という基準と並んで、「受容可能な紛争解決」を達成する努力が加わる。そのための道具として利用される裁判官の訴訟指揮は弁論主義の範囲内で作動する。なぜならば、当事者が自ら提出しなかったものを裁判官が斟酌してはならないとの原則を制限することを、裁判官の訴訟指揮は理由付けていないからである(S. 108 f.)。

ZPO一三九条一項一文は裁判官に事実Ⅱ争訟関係に關して必要な質問をするよう義務づける。民事訴訟における当事者が、権利確認および争訟規制として受容され得る判決を期待できるならば、裁判官の指導的活動は、当事者陳述ではなく争訟の対象に方向付けられねばならない。この前提は、訴訟上の法的主張により設けられた限界の枠内において、当事者がどのような事実関係を裁判の基礎にしようとしているのかを探ることである。訴訟資料が当事者の觀念に遅れているならば、敗訴者は上訴を提起したり新しい訴えを提起することを試みるであろう。立法的見地からは望ましくない状況であり、改正法が立ちむかおうとしたものである。立法者がこの問題性の解消のためにZPO改正法で創設したのが控訴審における失権の強化による第一審裁判官への事実集中であり、ZPO改正法の重点はそれによる法秩序の維持に向けられている。上訴制限の実現およびまた正当化のため、裁判官の事案解明義務が訴訟資料に關して高められた。機能的に述べれば、裁判官にはそれによって「訴訟物に内在する非受容性要因の除去」が課せられた。この要件の下で、訴訟の短縮が予定されたやり方で生じる。この見方はZPO一三九条一項の新文言により裁判官の指導活動の基準点を形成する必要性の基準に固定することができる(S. 109 f.)。

第二に、一般的解明義務との区別については、Rauschは次のように述べる。ZPO改正法後の民事訴訟においても弁論

主義・処分権主義が妥当しており、オーストリア民事訴訟法<sup>(54)</sup>のような一般的な事案解明義務は認められない。弁論主義・処分権主義との関係から、裁判官の指摘義務を考察する上では、訴訟上の法的主張 (Rechtsbehauptung) と実体上の法的状態 (materiellen Rechtslage) が区別されなければならない。後者に関する裁判官の活動は、争いとなった権利の存否を訴訟上の観点から確認することに限定され、実体上の法状態、すなわち訴訟対象を変更するものであつてはならない。他方、前者 (訴訟上の法的主張) を修正する裁判官の指摘は、訴訟目標を当事者の意思に適合させるために行われるのであり、訴訟目標を質的に変更するものではなく、許容される。裁判官が判決の (当事者にとつての) 非受容性要因を除去できるのは、あくまでも訴訟上の範疇内のみであり、実体上の法的状態の変更する場合には、中立義務に反する、とする<sup>(55)</sup> (110 f.)。

最後に、抗弁権について Rechtschi は、次のように主張する。消滅時効に関しては、裁判官は訴訟上の提出必要性を指摘しなければならないし、指摘することができる。もつとも、指摘義務の要件は、被告が消滅時効で防御する意思を明らかにしていることである。<sup>(56)</sup> 結局、裁判官は、一般的な法的助言を行つてはならない。形成権の履行の場合と異なり抗弁権の場合には創設的な (konstitutiv) 意思表示が問題とならない。なぜならば、請求権の存続は抗弁権の権利行使により影響を受け<sup>(56)</sup>ないからである。裁判官は、陳述された抗弁権の事実関係に基づいて、訴訟上の (抗弁権) 提出必要性のみを指摘できるのであり、実体法により抗弁権が考慮されることを指摘してはならない。ただし、その場合、裁判官の示唆は、実体法領域に存在する根拠からも生じることを見誤つてはならない。抗弁権の条文上の形整 (BGB 二二四条一項、二七三条一項、二七五条二・三項、三二〇条以下) に基づき、抗弁権構成要件事実だけでなく、そこから帰結する給付拒絶権もまた抗弁権を首尾一貫して理由付けるために必要な事実関係に含まれる。しかし、形成権の履行とは異なり、抗弁権の場

合には、請求権の存続は権利行使に関わるものではないので、創設的な意思表示が問題になるわけではない。むしろ、給付の履行が拒絶かを、債務者に自由に選択させることのみが問題となる。抗弁権を根拠付ける事実関係を被告が訴訟で陣述し、包括的な防御の意思を確認できるならば、この実体上の意思が訴訟上通用するように助けることは裁判官の任務である。判決の（当事者にとっての）受容能力の増大を根拠に、ZPO一三九条一項は、実体上の当事者の法関係に介入することを裁判官に義務付ける(S. II f.)。

Reichschlの見解は、ZPO改正法の目標設定から、社会民事訴訟的要素を見出す、同時に弁論主義、裁判官の中立性についても言及したうえで、消滅時効の指摘に関しては通説と変わらない結論を導き出す。その立法史的分析を含めてZPO改正法の意義をReichschlのように理解すべきかについては今後議論の余地があろう。また、訴訟に社会的モデルを投影しながらも、包括的な事案解明義務を否定する点についても興味深い。いずれにせよ、ZPO改正法の法政策的検討については控えたい。Reichschlの当該分野に関する論及で興味を引くのは、指摘義務を限界付ける枠組みとして、当事者が提出した陣述から窺い知れる当事者の意思を念頭においていることである。——当事者の法的状態を変更しないで——当事者の意思を合理的に解釈した範囲内での裁判官の指導的活動を認める点には、注意しなければならない。当事者の意思を合理的に解釈探求し、場合によっては抗弁権を指摘する、という裁判官の役割については、筆者が前提とする、釈明権行使の分類すなわち、意思の具体的解釈の局面、裁判官との見解認識の共通化の局面と、具体的な攻撃防御方法を指摘する局面とを区分する可能性が示唆されている。

② Reizen S.見解

当該領域の問題性を *Rezenan* は、次の三つの観点から分析する。第一に、ZPO 二三九条は、実体的訴訟指揮の法的根拠として裁判官による消滅時効の指摘を認めるか否か、さらに ZPO 改革法がその点に関する変更をもたらしたか否かである。第二に、前述した B G H の二つの裁判例―一九九七年決定および二〇〇三年決定―の関係をどのように理解するか。第三に、指摘義務の行き過ぎは ZPO 四二条二項の意味における偏頗のおそれを根拠付けるか否かである。

まず、旧法下の指摘義務については、ZPO 旧一三九条一項一文により指摘義務が生じたのは、同一三八条一項・二項の意味において不完全な事実陳述の場合のみであり、同旧二七八条三項による討論義務は、もっぱら裁判に重要な観点にかかわるものであった。抗弁権は、職権により斟酌できないので、明示的ないし黙示的抗弁権提出により訴訟に取り入れられていない限り、裁判に重要な観点到当たらない、とする。<sup>(59)</sup>

*Rezenan* は、ZPO 改革法の意義についても、この点に関しては何も変更するものではなく、体系化および公式化に関するものであるとする。すなわち、いまや裁判官の指摘義務の基本的構成要件は、ZPO 一三九条一項二文から導かれ、他方同項一文は討論義務の特別な法的効果を規定する。この(一文と二文の)置換の目的は、上述の政府草案個別理由を援用し、開かれたそして意思疎通のとれた訴訟追行のために、討論義務を強調する点に見出されるが、このことにより従前の法よりも内容的により厳密ないし詳細な準則がもたらされたわけではない。<sup>(61)</sup> さらに、同旧二七八条三項が同一三九条二項に移行し、事実的観点にも拡張されたが、指摘義務の要件は裁判にとつての重要性 (*Entscheidungsrelevanz*) のまま変わっていない。消滅時効の抗弁権に関しては、政府草案の個別理由を援用し、民事第五部がこの点についての指摘義務を否定した点には賛成する。<sup>(63)</sup>

次に、一九九七年決定と二〇〇三年決定における差異については、二〇〇三年決定の論拠に加え、次の点を付加する。

歴史的に立法者意思を顧慮するならば、ZPO一三九条が、原則として裁判官の指摘義務の範囲を終局的に規定するものであり、ZPO二七八（旧二七九）条一項は、せいぜい例外的に適用されうるにすぎない。<sup>64</sup> 前提は関係人の和解の努力だけでなく、むしろこの関連において消滅時効の問題性の指摘が不可避なことである。第四部によって裁判された事件は、第一に訴求請求権の消滅時効が明らかとなった従前の裁判の討論が、和解交渉の中で不可避であったこと、第二に直接的に消滅時効の抗弁権が指摘されたのではないこと、の二点で特徴づけられる。二〇〇三年決定には、裁判官の指摘義務は、改革法前の法状態（旧一三九条一項一文、旧二七八条三項）によっても、現行法（一三九条一項二文、二項一文）によっても、訴求債権の消滅時効の指摘を認めるものではない、という意味で賛成すべきである、とする。

他方、民事第五部が忌避事由に該当すると判断した点については反対し、消滅時効の指摘は原則として偏頗性を理由付けるものではない、と次のように理由を述べる。

この点につき、*Rehzen*は、偏頗のおそれ（ZPO四二条二項）の審査に関しては、受訴裁判所の法の見解を基礎にすることを前提にし、したがって、行き過ぎた裁判官の質問・指摘があつても、裁判所がZPO一三九条の解釈に際して是認できる（*vertretbar*）見解にしたがつている限り、偏頗のおそれを理由づけるものでない、とする。<sup>66</sup> これに対して民事第五部は、偏頗のおそれを判決手続裁判所の法の見解に合わせなかつた（4（1）<sup>65</sup>）。

民事第五部は、ZPO一三九条の裁判官の指摘義務の範囲および限界の問題に関する裁判官の独立の原則の効力を著しく制限した。裁判所はさもないと不偏不党性の要請の範囲を自ら決定しなければならなくなる、との論拠（4（1）<sup>65</sup>）は納得のいくものではない。なぜならば、憲法によつても、ZPO一三九条の裁判官の指摘義務の範囲および限界に左右されず、内容的に画定した公正性の要請は生じないからである。それゆえに、職権主義の原則が適用される手続において、

裁判官の公正性は通常民事訴訟とは異なるものを要求する<sup>(67)</sup>。通常裁判所はしたがって、必然的に自ら公正性の要請の限界について決定することを余儀なくされる。二〇〇三年決定の見解は究極的には、公正性の要請は審級裁判所のみ義務であり、したがって審級裁判所は原裁判所よりも基本法九七条一項の保護をより広い範囲で享受する、ということに帰着する。しかしそのことは偏頗法の意義および目的とは一致しない。偏頗法は、不平等で、妥当性を欠いた考慮に基づく法適用から当事者を守るべきものである。すなわち、ZPO一三九条と民事訴訟の当事者の不平等処遇の危険は、指摘が必然的に常に一方当事者の有利にそして他方当事者の不利に働くという限りでは、不可分に結びついている。その点では、(通説に従えば)不適法な消滅時効の指摘は、争いなく認められる具体性・特定性を欠く事実陳述の指摘と異なるものではない。決定的なのは、むしろ、当該の指摘をした裁判官が一般に法の見解に従っていること、消滅時効の指摘が必要であること、当該裁判官が支持しうる法の見解に従ったこと、しかも個人を問題とせず手続すべてに関してそうであることである<sup>(68)</sup>。

それゆえに、考慮の対象になる消滅時効を裁判官が指摘することは、確かに通説によれば不適法であるが、しかし、当該指摘が公正性違反を理由付けるのは、裁判所が一般的かつ個人を問題とせず相応の法の見解に従った場合ではなく、まさに裁判すべき事件のためだけに、本質的ではない理由に基づき裁判所が相応の法の見解に従った場合に限られる。ZPO四二条二項の枠内では偏頗性それ自体ではなく、そのおそれのみが問題であるということを顧慮しても、この点に関しては何も変わらない。この点でも、あらゆる指摘は、たとえZPO一三九条により適法なものである、一方当事者を不利にすることを考慮しなければならない。それゆえに、当該当事者の見地からさえも、状況を理性的に評価する際には、裁判所の支持できる法の見解を超えて、一方当事者が不利になることが妥当でないとする根拠が存在するかどうか重要である<sup>(69)</sup>。

このように、Renzanは消滅時効に関する指摘義務についてはBGHの二〇〇三年決定と同様、否定する。またその論拠

も同決定とほぼ同じである。他方、消滅時効の指摘が裁判官の忌避事由にあたる点については、明確に反対する。Renzanの見解によれば、釈明義務には当たらないが、釈明権を行使しても忌避事由には当たらない、換言すれば、一定の裁量の余地を認めることになるであろう。そのような裁量の余地を認めることについては、私見によれば賛成できない。消滅時効の釈明のような釈明権行使の限界事例において、釈明義務は存在しないが、事実上権能としての釈明権行使を容認することになり、まさにケースごとに異なった使いに道を開く可能性があるからである。<sup>(7)</sup>

#### 4. 結びに代えて

以上、最近のドイツ法の議論動向を概観してきたが、次の点はわが国の議論にも一定の示唆を与えるものである。

日本の釈明権行使の学説には真実に合致した裁判の観点から釈明権行使の無限界を説くものや、釈明義務範囲の画定に關してとりわけ勝敗転換の可能性を重視する見解が見られたことは前述した。これに対して、ドイツにおいては、Reichschlの学説にも見られるように、当事者の意思の尊重の発現としての弁論主義、処分権主義が妥当するとする見解が多数である。社会的な要素（紛争の早期解決のための裁判官の積極的関与）を現在の民事訴訟において承認するReichschlとさえ、釈明権の行使については、当事者が陳述の中で示す当事者意思を超える釈明を認めないのは象徴的である。

加えて、以下の諸点についても今後検討を加える必要がある。

まず、ドイツでは和解的弁論の必要的前置がとられたことに伴い、特に和解手続における釈明権行使の問題が生じる。この点はわが国においても弁論準備手続における釈明権行使とのかかわりがある。確かに、和解が両当事者にとって受容

性が高くまた受け入れ可能性が高まるためには、係争事案についての十分な当事者と裁判所との討論が前提となるだろう。その点を重視するならば、その段階での釈明権行使には限界がないとの見解も考えられないことではない。この点に関して、わが国では争点整理手続、なかでも弁論準備手続における釈明との関係で、同様の問題が生じる可能性がある。今後は、弁論準備手続における釈明権行使のあり方についても分析する必要がある、と思われる。

第二に、釈明権行使を制限付ける要因として、やはり、処分権主義、弁論主義の価値が認められている点である。これらのものは、主に、訴訟における当事者の意思の尊重という観点で、釈明権の範囲を考察する上でやはり重要であると考えられる。

第三に、裁判官の中立性の原則であるが、判例では、消滅時効の指摘が忌避事由にあたるとするが、学説では異論も見られる。今後は裁判官の中立性のより具体的な検討が必要と思われるすなわち、裁判官の中立性概念について、伝統的な理解に立ち裁判官の距離の要素として把握すべきかあるいは、憲法上の裁判官の独立とも関連つけた公正性との関係で理解すべきかについてが問題となる。<sup>(71)</sup>

この点については改めて別稿で検討したいが、少なくとも本稿で扱ったような消滅時効の提出を促す釈明権行使に関しては、私見によれば、裁判官の中立性は、「裁判官を盲目的な正義への熱中から防ぐ距離<sup>(72)</sup>をその要素として含むことが看過されてはならない。<sup>(73)</sup>したがって、過度の釈明権行使に関してはドイツ法に見られるように裁判官の忌避の適用可能性を考慮する必要があると思われる。

また、この点に関して、従来の学説の中には、Renzanのように、指摘義務の行使について一定の裁判所の裁量(判断)の余地を認める見解がある。<sup>(74)</sup>もし、裁判所にとって指摘を与えることが権能として認められるが、義務ではないという

領域を認めるならば、裁判官が指摘するか否かについて選択の可能性を有することになる。<sup>(75)</sup> 私見によれば、この問題は、裁判官の指摘ないし事案解明の態様に応じて顧慮すべきであろう。<sup>(76)</sup> 前途のように、消滅時効の指摘のような、当事者の有利・不利と直接関係する局面における指摘（釈明権）の行使に関しては、裁判所の見地につき当事者が十分な情報を得ている限り、<sup>(77)</sup> 裁量の余地は否定すべきであり、また中立性からの限界設定を用いる以上、忌避の範囲とも一致すべきと考える。<sup>(78)</sup> いずれにしても、この問題についても、裁判官の裁量自体について考察した上で、改めて検討したい。

第四に、記録作成義務が設けられたことである。わが国の民事訴訟法では、これに関する規定はないものの、期日外釈明に限り、攻撃防御方法の重大な変更を生じ得る事項について釈明する場合は、相手方の手続保障を充たすため、その内容を相手方に通知するものとされている（一四九条四項）。その運用に関してはFAXなどを利用し、釈明事項を当事者双方に送り、記録にも残す手法がとられているとの指摘<sup>(79)</sup>もあり。望ましいものと考ええる。ただ、釈明権行使の許容範囲の画定を測る立場からは、釈明権行使が可視的に行われる必要がある、期日・期日外を問わず釈明権行使があつた場合の記録化が望ましい。この点については改めて検討したい。

最後に、弁護士代理との関係について、上告理由と釈明義務の関係など、残された課題についても別稿で検討したい。

## 註

(1) これまでの問題状況の概観については、拙稿「新民事訴訟法における釈明権行使」愛媛法学会雑誌二七卷一号（二〇〇〇年）一一三頁、同「釈明」法学教室二四二二号（二〇〇〇年）一九頁、を参照。

(2) 最近のものとして、奈良次郎「新民事訴訟法と釈明権をめぐる若干の問題」判時一六一四号三頁、が挙げられる。

- (3) 拙稿・前掲法学教室一九頁以下参照。なお、詳しくは、次註に挙げた拙稿参照。
- (4) 拙稿「訴えの変更と釈明権(一)・(二)・(三)」法学雑誌三七卷四号六四頁、同三八卷一八五頁。
- (5) 具体的な改正点は、期日外においても釈明が認められるようになったこと(民法一四九条一・三項参照)、および攻撃防御方法に「重要な変更を生じ得る事項について」口頭弁論期日外の釈明をした場合の、相手方への通知である(一四九条四項)。
- (6) なお、ドイツにおいては、わが国の釈明権の規定に相当するものは、通常、裁判官の指摘義務(Richterliche Hinweispflicht)ないし裁判官の事案説明義務(Richterliche Aufklärungspflicht)と称される。
- (7) Gerhard Lütke, Peter Wax, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Band 1, München 2000, §139 Rdnr. 1 (Egon Peters).
- (8) Klaus Eckhard Schönfeld, Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und den übrigen Verfahrensarten – Die Modifikation des Prozeßrechts durch das Sozialstaatspostulat –, Frankfurt a. M./Bern 1981, S. 53.
- (9) 一九二四年改正により、それまでは区裁判所手続においてのみ裁判官に課せられていた、「事案に適った」申立てがなされるよう努める義務、および事実Ⅱ争訟関係を当事者と「討論する」義務が、ラント裁判所以上の手続に導入されることになった。なお、指摘義務に関するドイツ立法史については、拙稿・前掲「訴えの変更と釈明権(2)・(3)」法学雑誌三七卷四号七四頁以下参照。
- (10) ちなみに、二〇〇二年ZPO改革法施行前のZPO旧一三九条二項、三項は一八七七年のCPO制定以来変わっていない。
- (11) 留置権について判断したものと比べ、BGHZ 51,69 = NJW 1969, 691.
- (12) 例として、LG Frankfurt Beschl. v.9.7.1979, MDR 1980,145; LG Hamburg Beschluß v.16.3.1984, NJW 1984,1904.

- (13) 例えは、<sup>14</sup> OLG Bremen Beschluss v.14.8.1979, NJW 1979, 2215; OLG Hamburg Beschluss v.3.5.1984, MDR 1984,672 = NJW 1984, 2710; OLG Köln v.1.8.1979, MDR 1979, 1027<sup>15</sup>; 忌避事由があるとする。他方、リント裁判所の裁判例として、<sup>16</sup> LG Darmstadt Besl. v.13.10.1981, MDR 1982, 236 は指摘義務を否定したが、消滅時効を指摘しても忌避事由には該当しないとす。
- (14) BGH Beschl. v. 12. 11. 1997, MDR 1998, 303 = NJW 1998, 612.
- (15) 不当利得返還請求の規定である。  
BGB八二二条  
一項「法律上の原因なくして他人の給付又はその他の方法により他人の出費を以って利益を受けたる者は、これを返還する義務を負う。この義務は、法律上の原因が後に消滅し、または法律行為の内容に従う給付を以って目的としたる効果を生じない場合にも存続する」。  
二項「債務関係の成立または不成立の契約上の承認はこれを給付と見做す」。
- (16) BGB八一八条三項「受領者があるや利得を受けていない限り、返還又は価格賠償の債務を免れる」。
- (17) Andreas Pickenbrock, Umfang und Bedeutung der richterlichen Hinweispflicht, NJW 1999, 1360 ff. (1361) .
- (18) Pickenbrock, a.a.O., S. 1361.
- (19) ただし、留置権の抗弁権に関しては、指摘義務を否定した前述(註11)の判決(BGHZ 51,69 = NJW 1969,691.)がある。
- (20) 代表的なものとして、<sup>17</sup> Wolfgang Brehm, Die Bindung des Richters an den Parteivortrag und die Grenzen freier Verhandlungswürdigung, Tübingen 1982, S. 223 ff.; Rolf Stürner, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, Tübingen 1982, Rdnr.

- 77 ff. ; Hans Prütting, Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, NJW 1980, 361(364f.) ; Vollrath Herrisson, Richterliche Hinweise auf Einrede- und Gestaltungsmöglichkeiten, NJW 1985, 2588, 2561 f.; Stein - Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl., Bd. 2., Tübingen 1994, §139, Rdnr. 24 f. (Dieter Leibold) ; Thomas-Putzo, ZPO, 22. Aufl., §139 Rdnr. 6 a (Reichold) ; Richard Zoller, ZPO, 22. Aufl., Köln 2001, §139 Rdnr. 11. (Greger) ; Münchener Kommentar a.a.O., Einl. Rdnr. 187 (Gerhard Lütke) ; Renzen, Hartmut, Die richterliche Hinweispflicht, Gieseking, 2002, S. 172 ff. 262, 266 ff. (ズル' Renzen①と濫称ト云々)。
- (21) Brehm, a.a.O., S. 223 ff. ; Stürmer, a.a.O., Rdnr. 77 ff. ; Prütting, a.a.O., S. 364f. ; Herrisson, a.a.O., NJW 1985, 2561 f. 及び Stein - Jonas, a.a.O., Rdnr. 7 a 及び 裁判官の行使が義務付けられたらざるに消滅のすべからずが、編類のおそれを理由付け回避原因とならざるべからざることをするが、消滅時効の指摘に関しつては回避事由とならざる(Rdnr. 24 f.)。
- (22) BGB旧二二三条二項一文「時効により消滅した請求権を履行するために行った給付は、時効の不知の場合でも、その返還を請求することはできない」。なお、二〇〇二年一月一日からドイツ債務法は改正法が施行され、現行法では同内容がBGB二二四条二項第一文の規定されている。
- (23) Brehm, a.a.O., S. 223 f. 同様の記載として Herrisson, a.a.O., S. 2561 f.
- (24) Herrisson, a.a.O., S. 2560 f. ; Stein - Jonas, a.a.O., Rdnr. 5a u. 7 ff. u. 14 ; Stürmer, a.a.O., Rdnr. 11 ff., u. 19 ff. ; Münchener Kommentar a.a.O., §278 Rdnr. 23 (Prütting).
- (25) Wolfgang Koch, Darf der Amtsrichter die Parteien auf die Einrede der Verjährung hinweisen ?, NJW 1966, 1648 ; Prütting, a.a.O., 364.

- (29) Egon Schneider, Befangenheit des auf Verfahrungsablauf hinweisenden Richter ?, MDR 1979, 974 ff.; Horst Seelig, Die prozessuale Behandlung materiellechtlicher Einrede-heute und einst-, S. 87 ff. u. 92 ff.; Hans-Wilhi Laumen, Das Rechtsgespräch im Zivilprozeß, S.219 ff.; Jürgen Damrau, Rezension (Seelig, a.a.O.), ZZZ 95 (1982), S. 371 f. Münchener Kommentar a.a.O., §139 Rdnr. 41 (Peters); Egbert Peters, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß, Tübingen 1983 S. 99 f. u. 134 ff.; Rudolf Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, 1978, S.117 ff.; Leo Rosenberg - Karl Heinz Schwab - Peter Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15.Aufl., München 1993, 25 II 2 b.
- (27) なお、本文中には触れていないが、NPO田一三九条三項は民法一三六条二項二文と移された。これは、内容が「某体法」訴訟指揮のみの「形式的」訴訟指揮を含めなくなる。NPO一三六条は移されたのであろう。なお、NPO指揮法の内容は総論全巻の102ページに Rolf Hannich, Christian Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002 : mit Zustellungsreformgesetz, München 2002, S. 32 頁を参照した。
- (28) Vgl., Kurt Schellhammer, Zivilprozessreform und erste Instanz, MDR 2001,1081 ff (1084).
- (29) Vgl., Kurt Schellhammer, a.a.O., 1084; Rolf Hannich, Christian Meyer-Seitz, a.a.O., S. 32.
- (30) Bundestagsdrucksache (Zirk. BT-Drs. 15864/9) 14/4722, S. 77. 49頁 BT-Drs. 9972/21年議院議案のHd.(http://www.bundestag.de/bic/index.htm)中の議院インターネット中のDIP (Dokumentations- und Informationssystem für Parlamentarische Vorgänge, http://dip.bundestag.de/cgi-bin/dipweb3?a=newuser&c=/usr7/goldop&d=www.dia.bt/DIA&=bf-kad&f=us&k=1998&m=2001&n=14)を入手した。
- (31) Vgl., Rolf Hannich, Christian Meyer-Seitz, a.a.O., S. 33.

- (32) BT-Drs. Nr.14/4722, S. 77.
- (33) BT-Drs. Nr.14/4722, S. 77.
- (34) 改正前の議論においても、ZPO旧二七八条三項は、その法律構成上の位置（ZPO旧二七八条は主要期日における進行に關する規定である）にもかかわらず、同法旧二三九条の補充と理解するのが一般的であった。Vgl., Gerhard Lüke, Alfred Walchshöfer, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 1. Aufl., Bd. 1, München 1992, § 278 Rn. 25 (Pruiting).
- (35) Vgl., Rolf Hannich, Christian Meyer-Seitz, a.a.O., S. 34.
- (36) Vgl., Rolf Hannich, Christian Meyer-Seitz, a.a.O., S. 34.
- (37) Vgl., Münchener Kommentar, a.a.O. (2. Aufl.), §278 Rdnr. 37 (Pruiting)
- (38) Vgl., Rolf Hannich, Christian Meyer-Seitz, a.a.O., S.35. なお、回書によると、担当官草案のようた一方当事者との見地の違いで足りるとするところ、裁判官の釈明の範囲は広がることになるが、裁判官の中立性や手続の遅延の点で批判されたところである。
- (39) Vgl., Rolf Hannich, Christian Meyer-Seitz, a.a.O., S. 35.
- (40) 例え、BGH Urt. V 8. 2. 1999, MDR 1999, 758 = NJW 1999, 2123.
- (41) 改正過程については、Renzen①S. 317 ff.に詳し。
- (42) ZPO改正法後の控訴審においては、控訴審裁判所は、「裁判に重要な事実認定の真実性及び完全性に対する疑念の具体的な根拠が理由付けられ」る場合以外は、第一審認定事実を原則として裁判の基礎にしなければならない（ZPO五二九条一項一号）。加えて、新しい事実を裁判の基礎にできるのは、その事実を斟酌することが適法でなければならない（同二号）。こ

の点に関して、新たな攻撃防御方法が適法なのは、当該攻撃防御方法が、「第一審裁判所が明らかに看過し、または重要でないと考えた観点」の場合、「手続上の瑕疵により第一審で主張されなかった」場合、あるいは「当事者の不注意によらずに第一審で主張されなかった」場合に限られる（同法五三一条二項一文一号ないし三号）。

(43) BT-Drs. Nr.14 / 3750, S.35.

(44) BGH Beschul. v. 2. 10. 2003, MDR 2004, 167 = NJW 2004,164 f.

(45) BGB 施行法二三三款二条 a 一項四文は、「一九九二年七月二日から一九九五年三月二日までの間、その時々々の土地所有者は、その時々々の利用者に、物権清算法(Sachrechtsbereinigungsgesetz)五一条一項二文一号、四三条、四五条により支払われるべき地代額の対価を請求することができるが、一九九五年一月一日以後は、八文によりならんら対価を請求できない場合に限られる」と規定し、さらに同八文は「一九九五年一月一日以降、土地特別法による土地整理手続が開始される場合、土地所有者が物権清算法八七条から一〇二条までの公証人仲介手続ないし農業適合法八章の土地整理手続を申立てた場合、あるいは物権設定交渉ないし譲渡手続に応じた場合には、土地所有者は、利用者に対し、物権清算法により支払われるべき地代額を限度に使用料を請求することができる」とする。

(46) ZPO 六九七条により、異議により訴訟手続に移行了した場合、申立人は二週間以内に訴状に相当する書式においてその請求に付いて請求の理由を提出しなければならない。

(47) BGB 施行法二三三款二条 a 一項七文「四文の請求権は、二〇〇〇年一月八日より二年で時効消滅する」。

(48) 督促決定の送達は、二〇〇〇年一月八日に開始した民法施行法二三三款二条 a 一項七文による二年の時効期間を停止した。BGB 二〇四条一項三号、民法施行法二二九款六条一項により、督促決定の送達は時効を中断するからである。

- (49) この観点については、代表的なものとして、Richard Zoller, Zivilprozessordnung, 23. Aufl., Köln 2002, §42 Rdnr. 27 (Vollkommer).
- (50) BVerfGE 52,131. なお、当該決定および裁判官の中立性の理解については、拙稿・前掲「訴えの変更と釈明権（2・完）」法学雑誌三八巻一号八五頁以下参照。
- (51) Gerhard Lütke, Petre Wax, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Aktualisierungsband (ZPO-Reform 2002 und weitere Reformgesetze), 2. Aufl., München 2002, §139 Rdnr. 1 f. (Peters).
- (52) Klaus Reischl, Der Umfang der richterlichen Instruktionstätigkeit — eine Beitrage zu §139 Abs.1 ZPO —. なお、本文中の（ ）内の頁数はいずれも同論文の頁数である。
- (53) これに対して、少なくとも、抗弁権の請求権防御的意義を素人的にその陳述で引用した場合、裁判官による指摘が許されることに争いはない。例えば、被告が、こんなに長い時間が立った後にまだ給付義務を負うとは許容できないと陳述したり、履行障害を正確に述べる場合には、このことが当てはまる。そのようなほのめかしがある場合には、抗弁権を取り入れ、裁判官は、その陳述に訴訟に適した形式を与え、被告が事実上抗弁権を援用する意思があることを確実にするために、当事者の陳述を精確化しよう務めさせればよい。被告が当該抗弁権をすでに訴訟前に提出し原告がこの状況を訴訟に持ち込んだ場合も同様である。なぜならば、それによって原告自身が訴えを首尾一貫性を欠くものとしたからである。
- (54) オーストリア民事訴訟法では、第一審区裁判官は、専門知識を持たず弁護士により代理されていない当事者を法的に援助しなければならず（オ民訴法四三二条）、包括的解明作業を行わなければならない（オ四三五条）。
- (55) Reichschi(SI11D)が指摘義務肯定の例とするのは、被告が契約締結以来の長い時間経過を指摘しながら、この事情を少なくとも

- も訴求請求権の不履行理由として推論可能的には挙げていない場合、そして民法二七五条二項の意味における給付債権の相当性(Verhältnismäßigkeit)に導く事情が訴訟において判明する場合である。他方、給付拒絶権を根拠付ける事実を偶然に——例えば証人尋問や記録の取り寄せをきっかけに、あるいは相応の事実関係を推測して——裁判官が知った場合には、裁判官は、例えば留置権が存在するかあるいは猶予の合意がなされたかに付き、自ら探ってはならない、とする。Reichschiの挙げる例は、抗弁権提出を推論し得る例であり、消滅時効の指摘義務に関する従前の通説的理解と大差は無いといえる。
- (56) これまでにも出てきたように、BGBでは消滅時効は、権利を消滅させるものではなく、抗弁権、すなわち権利行使を阻害する事由とされている。
- (57) Hartmut Rensen, Richterlicher Hinweis auf Verjährung als Ablehnungsgrund?, MDR 2004, 489 ff. (以下、Renzen②)を略称する)を中心にRenzenの見解を検討する。
- (58) ZPO一三八条〔事実に関する陳述義務・真実義務〕  
一項「当事者は事実情況に関する自らの陳述を完全にかつ真実のとおり行わなければならない。」  
二項「各当事者は相手方により主張された事実について陳述しなければならない。」
- (59) Rensen②S. 490. Vgl., auch, Renzen①S. 266 ff.
- (60) BT-Drs. 14/4722 S. 77f.
- (61) Rensen②S. 490.
- (62) BT-Drs. 14/4722 S. 77.
- (63) 個別理由については②③参照。Reishi (Reishla.a.O.S.88)はこの点に関して、立法者の個別理由は、規定上の文言には

現れていない拘束力のない見解の告知にかかわる問題であるとして、重視することに反対する。これに対して Rensen は、次のように反論する。すなわち、立法者は、裁判官の指摘義務の決定的な構成要件として、消滅時効の指摘の問題にとって決定的なメルクマールである「不完全な事実陳述」および「裁判にとつての重要性」については変更せず、従前の支配的見解を援用し、当該の指摘義務を否定した。立法者は、具体的な命令を大量に出すことにより、裁判実務における規範に過度の負担をかけようとはしないと述べる (Renzen, ②S. 490)。

- (64) Rensen ②S. 490. Rensen はこれに加えて、ZPO 二七八条一項はそもそも、訴訟の和解的終結への努力が他の方法では不可能な場合に例外的にだけ裁判官の指摘を正当化するに過ぎない。ZPO 改革法もこの点についてなんら変更するものではなかった。立法者はむしろ、裁判所は消滅時効を指摘する義務を負わない旨を明確にしたのである、とする (Renzen ②S. 490)。
- (65) Renzen ②S. 491. また、Renzen, a.a.O., S. 490 によれば、ZPO 一三九条一項二文の意味における不明瞭な事実陳述であるという理由で異なることが妥当するのは、特定の表明の中に抗弁権の提起を推断できるかどうか疑わしい場合だけである (Vgl. Prütting, a.a.O., S. 364; Zoller, a.a.O., Rdnr. 17 (Greger))。

(66) Renzen ②S. 491, ders ①S. 316.

(67) Renzen ②S. 110 ff.

(68) Renzen ②S. 491.

(69) Renzen ②S. 491.

(70) 拙稿・前掲「訴えの変更と釈明権(2・定)」法学雑誌三八巻一号八七頁以下参照。

(71) Renzen が「中立性(Neutralität)」をあげ、「公正性」という用語を用いるのは、まさに裁判官の距離の要素と理解し裁判官の

役割を受動的なものと理解することには反対するからである。Vgl., Renzen①S. 491, Fn. 23.

- (72) Stürmer, a.a.O., S. 24 f.
- (73) 詳しくは、拙稿・前掲「訴えの変更と釈明権（2・完）」八五頁以下参照。
- (74) 同様の傾向はわが国にも見られることに付き、拙稿・前掲「訴えの変更と釈明権（1）」五二五頁参照。
- (75) Barbara Stickerbrock, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, Köln 2001, S. 326.
- (76) Stürmer, a.a.O., S. 29 f.
- (77) Piekenbrock, a.a.O., S. 1361. ドイツ法に関してその立法史的分析から、そのような裁量的余地を否定するものとして、Vgl., Peters, a.a.O., S. 13, 22, 106 f. なお、拙稿・前掲「訴えの変更と釈明権（1）」五三三頁参照。
- (78) 拙稿・前掲「訴えの変更と釈明権（2・完）」八七頁以下参照。
- (79) 木川統一郎＝吉田元子「新民事訴訟法における期日外釈明規定の運用について」判タ九二五号（一九九七年）四頁、九頁参照。