

狭義の一般条項と弁論主義

——民法学の視点から

三間地 光 宏

目 次

- I 問題の所在
- II 従来の学説
- III 従来の学説に対する疑問と私見
- IV 結論

I 問題の所在

(1) 民事訴訟法学では、狭義の一般条項（信義則・権利濫用・公序良俗違反）については弁論主義が制限されるとの見解が多数説になっている¹⁾。狭義の一般条項について弁論主義が制限される理論的根拠はともかく、さしあたり次の<事例>を見ていただきたい。このようなケースを考えると、弁論主義を制限すべきだとする見解はたいへん魅力的である。

<事例> 賭博の胴元Aと賭博の参加者Bは賭博によるBの債務を消費貸借契約による債務として処理したが、Bの支払いがないためAが貸金返還請求訴訟を提起した。これに対しBは金銭の授受がないとして争った。証人尋問の結果、賭博による債務が訴求されていることが明らかとなったが、裁判所の釈明権行使にもかかわらず、当事者は賭博について一切主張しない。この場合、裁判所は当事者の主張がなくても賭博の事実を認定して公序良俗違反を理由に原告の請求を棄却することができるか²⁾。

1) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法上』（有斐閣、2005年）404頁参照。

2) 坂田宏「公序良俗」法学教室219号（1998年）35頁以下にある設例を参考にさせていただいた。

狡猾な人間が違法な目的を遂げるために裁判制度を利用しようとしていることが明らかでも、当事者の主張がないかぎり、裁判所は公序良俗違反にあたる事実を認定できず、請求を認容しなければならないというのは不当であろう。この事例について、当事者の主張がなくても裁判所は賭博の事実を認定して公序良俗違反を理由に原告の請求を棄却することができるとする結論は受け入れやすい。

(2) 弁論主義が制限される場合には、その理由として、確定判決の効力が当事者以外の第三者に及ぶことが指摘されることもある³⁾。しかし狭義の一般条項について弁論主義の制限が説かれる場合には、その理由として指摘されることが異なっている。詳細については後に詳しく紹介するが、要するに狭義の一般条項が高度の法理念を含む規定であるとか公益性を含む規定であるといったことを指摘することでこれらについて弁論主義を制限すべきことが説かれているのである。しかしながら、従来の訴訟法学が行ってきた説明には実体法学の視点からみて腑に落ちないところがある。仮に公益性を理由に弁論主義の制限がなされる場合があるとしても、なお従来の議論には十分でないところがあるように思われるのである。本稿は、その点を指摘しようとするものである。以下ではまず、狭義の一般条項と弁論主義の関係についての従来の学説を紹介したうえで (= II)、従来の学説に対する疑問と私見を述べたい (= III)。

II 従来の学説

1 狭義の一般条項すべてについて弁論主義の適用を制限する説

- 3) たとえば、名古屋地判平成19年11月21日金商1294号60頁は、合併無効の訴えで被告が請求原因事実を認めたにもかかわらず「会社の組織に関する訴えに係る請求を認容する確定判決は、第三者に対してもその効力を有する(会社法838条)。かかる請求については、当事者が紛争を自主的に解決する権能(処分権主義及び弁論主義)が制限されており、裁判上の自由も裁判所を拘束しない。」とし、あえて証拠と弁論の全趣旨によって事実認定を行っている。

既に述べたように、狭義の一般条項については弁論主義が制限されると解するのが多数説となっている。ただし、そのように解する根拠として指摘されることについては、論者によって多少の違いがある。

①倉田説

倉田博士は、狭義の一般条項（「王者的条項」とも称される）について、信義誠実とか公序良俗とかの最高度の法理念は当事者間の衡平とか不意打ちの防止とかいう弁論主義の理念に十分拮抗しうるものであるから、ここである程度弁論主義の緩和が見られてもやむを得ず、その限りで弁論主義の反映としての主張責任および挙証（証拠提出の意で）責任もこの種の事情については緩和されることになる⁴⁾とされる。これに対し狭義の一般条項以外の一般条項（「過失」の概念を用いた民法709条や「正当の事由」の概念を用いた借地借家法の規定などがこれにあたる）について弁論主義を緩和することについては、私的紛争の解決の枠内では不意打ちが回避されるべきことを理由として反対される⁶⁾。

②後藤説

後藤勇氏は、倉田説と異なる説明の仕方によって、狭義の一般条項すべてについて弁論主義が制限されることを説かれている⁷⁾。

まず、後藤氏は、処分権主義と弁論主義には密接不離の関係があり、紛争の自主的解決に任せて差支えないものについては弁論主義が支配するが、公

4) 倉田卓次『民事実務と証明論』（日本評論社、1987年）260頁。

5) 電車運転手の信号誤認による事故で負傷したXが電鉄会社Yの費用で治療を受け、治療し、示談書を作成し、会社あての礼状まで寄越したが、数年後に再発したとして治療費・慰藉料あわせて百数十万円を請求した。Yは主として因果関係を争ったが、そのほかにXが示談書作成の際「今後一切補償請求しない」と確約したことを指摘してXの提訴が信義則に反し権利濫用であるとの抗弁を提出した。証拠調べの過程で、Xの義兄がYの工事の下請関係にあったが他の業者者に替えられ倒産した事実が出、倒産以来Yを恨んでいる義兄の策動がXの提訴の裏面にあるかもしれないとの疑いも生じてきた。以上の事例を倉田博士はあげられ、Yが上記の事情を弁論に上程しなくても、裁判所は信義則違反・権利濫用の抗弁の成否についてこの事情を斟酌することができる⁶⁾とされる。参照、倉田・前掲書255頁以下。

6) 倉田・前掲書260頁。

7) 後藤勇「判批」判タ367号（1978年）171頁以下。

益的なものについては弁論主義が制限され、逆に職権探知や職権調査が働くことを指摘される。そのうえで権利濫用や公序良俗違反が弁論主義を排除するほどに公益性の強いものであるかを問題にされ、人事事件等職権探知のとられている事件については当事者が訴訟物を自由に処分できないことから請求の認諾等ができないことになっていることを指摘して、次のように説かれる。すなわち、請求権の発生原因が公序良俗に反し、請求の認諾・和解ができない⁸⁾ような場合には、明文の規定がなくても、その限度で弁論主義も制限されると解されるから、公序良俗違反については、当事者の主張がなくても、証拠調べの結果からこのことが明白になれば、裁判所はこれを取り上げて判断することができるかと解するのが相当ではなからうか、と⁹⁾。さらに後藤氏は次のような説明により、疑問はあるとされながらも、権利濫用・信義則違反の事実を公序良俗違反の場合に準じて当事者の主張なしに裁判所が取り上げられることを肯定される。すなわち、権利の行使と義務の履行が信義誠実の原則に従わなければならないとするのも、結局において、公序良俗という理念の具体的な適用にほかならない、と¹⁰⁾。

以上のように後藤説では、先に紹介した倉田説とは異なる理由付けがなされており、公序良俗違反については請求の認諾等が許されないことから弁論主義の制限が説明されており、また権利濫用・信義則についてはこれらが公序良俗という理念の具体的な適用にほかならないとの説明をすることで弁論主義の制限が説明されている¹¹⁾。たしかに、本稿冒頭の〈事例〉のようなケー

8) 後藤・前掲「判批」173頁は、権利関係自体が公序良俗に反する場合だけでなく、権利関係の発生原因(理由)が不法な原因に基づく——たとえば賭博の資金とするために金を貸した等——とか強行法規に違反する場合にも請求の認諾・和解を許すべきでない理由として、次のような趣旨の説明をしている。すなわち、公序良俗違反の行為はもともと社会の一般の秩序または道徳観念に違反するため法律が無効として保護を与えないものであって、当事者の合意によっても有効としえないものであるのに、請求の認諾・和解を許すと結果的に当事者の意思によって公序良俗違反の法律行為を有効とすることを許すことになり相当でない、と。

9) 後藤・前掲「判批」172頁以下。

10) 後藤・前掲「判批」173頁。

11) なお、篠田省二「権利濫用・公序良俗違反の主張の要否」鈴木忠一=三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座2』(日本評論社、1981年)49頁以下も後藤説と同様の見解である。

スについては請求の認諾が許されないということに違和感はなく¹²⁾、請求の認諾が許されないことから弁論主義も制限されると説くことには説得力がある。しかしながら、原告の請求が権利濫用・信義則違反にあたるケースについては、被告が権利濫用・信義則違反の事実をあえて不問に付して請求の認諾をすることを許さない理由はないように思われる。もちろん、請求の認諾が許されない場合に弁論主義が制限されるということから、請求の認諾が許される場合には弁論主義が制限されないということが論理必然的に導けるわけではない。請求の認諾が許されないこととは別の理由から弁論主義が制限される可能性は否定されないであろう。しかし少なくとも、権利濫用・信義則違反に弁論主義が制限される理由として、それらが公序良俗という理念の具体的な適用にほかならないとの説明をするだけでは説得力に欠ける。公序良俗違反と権利濫用・信義則違反とは請求の認諾の可否に違いがあるものだからである。

なお、後藤説では不法原因給付及び強行法規違反についても請求の認諾・和解が許されないことが論じられており、公序良俗違反だけでなく強行法規違反にも弁論主義の制限を示唆する点が非常に興味深い¹³⁾。

③青山説

青山教授は、狭義の一般条項については当事者がそれに該当する具体的事実を主張しなくても証拠上明らかであれば裁判所は職権でこれを斟酌すべきだとされ、その理由として、これらの規定はきわめて公益性が強く、裁判所は不正を看過してはならないという要請の前には、私的自治の尊重や不意打ち防止という弁論主義の理念もその席を譲るべきことを指摘される¹⁴⁾。

④高橋説

12) 請求の認諾調書は債務名義となるから、たとえば本稿冒頭の〈事例〉で請求の認諾を認めると、賭博の借金を取り立てるため強制執行までなしうることになろう。しかし国家が一方で賭博を処罰の対象としながら、他方で賭博の借金を支払わせるため強制執行まで行うというのは自己矛盾もはなはだしい。

13) 参照、後藤・前掲「判批」172頁以下。この点は篠田・前掲書50頁も同じである。

14) 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審理』(弘文堂、1985年)403頁。

高橋教授は、狭義の一般条項について、法律問題指摘義務を肯定した上で弁論主義は後退させるという解釈論を展開されている。すなわち、公序良俗違反等と評価される事実が証拠資料の中に出ているのに当事者がその事実を主張してない場合には、不意打ちを避けるため、裁判所は公序良俗違反等と評価される事実が出ていることを指摘して当事者の事実主張ないし法的討議を促すべきであるが、法の一般原則である公序良俗違反等にあつては、当事者がその事実を主張・援用してこなくとも、その法的観点で判決するというのが妥当であるとされ、王者的規範という意味はそこにあると指摘される¹⁵⁾。

高橋教授の見解では王者的規範であるかどうか重視されており、たとえば過失相殺については、王者的規範ではないのであるから、弁論主義により、事実を当事者が主張しない以上は過失相殺できないということになろう、と説明されている¹⁶⁾。しかし王者的規範という呼び方には元々弁論主義をも制限するとの意味が含まれているのであろうか。この点が明らかでないのに、王者的規範であるから弁論主義が制限されるとか王者的規範でないから弁論主義が適用されると説明するのは、結論を先取りした議論のようにも思われる。

⑤山本説

山本和彦教授の見解は、公序良俗違反だけでなく権利濫用・信義則についても弁論主義が制限されることを肯定される点で多数説と共通するものの、狭義の一般条項であれば常に弁論主義が制限されるとは解されない点で多数説と大きな違いがある。しかし、弁論主義の制限を権利濫用・信義則についても認められることから、便宜上ここで紹介することにする。

山本教授は、弁論主義の根拠についての私的自治説の立場から、狭義の一般条項への弁論主義の適用の問題は結局各条項について当事者の処分権が認められるか否かに帰することになると指摘される¹⁷⁾。そのうえで狭義の一般

15) 高橋・前掲書404頁以下。

16) 高橋・前掲書407頁。

17) 山本和彦「狭義の一般条項と弁論主義の適用」太田=中村編「民事法秩序の生成と展開」(創文社、1996年)78頁。

条項について、詳細な検討をされる。

まず、公序良俗違反については、近時の実体法学の進展をふまえて公益に関する公序良俗違反（公益を保護法益とするもの）と当事者の保護を目的とした公序（私益を保護法益とするもの、保護的公序）を区別され、前者については当然に弁論主義を排除すべきとされるが、後者については原則として排除すべきとしながらも具体的状況に応じて例外的に弁論主義の適用を認めうべき場合があるとされる。前者の扱いについては、当事者に自由な処分を付与して、事実主張の操作により公益に反する法状態を現出する結果を招くことは厳に否定する必要があるとの理由が示されている。これに対し、後者の保護的公序の扱いについては次のような理由が示されている。まず、保護的公序が主として当事者の私益に関わるものであっても、実体法が法律行為の効力を否定することで当事者を後見的に保護している趣旨に鑑みると、原則は当事者の処分権を排除して弁論主義の適用を否定することでなければならない。しかし、保護的公序では、保護されるべき者が履行を欲している場合にそれを認めても第三者に外部不経済をもたらすことはないし、消費者保護など当事者の交渉力・経済力等の格差を根拠とするものについては取引当時に存在した格差が訴訟の場では相当程度治癒している場合も少なくない。典型的には、弁護士代理が付き、消費者被害の実状・問題商法の具体的手法などが明らかにされたところでは、情報格差等を前提とした処分権の排除（後見的保護）はその妥当性を失う。そのような場合には、訴訟においては私的自治の原則に戻って当事者の処分権を認め、弁論主義の適用を肯定することができる、と¹⁸⁾¹⁹⁾。

18) 山本・前掲論文81頁以下。

19) なお、山本教授は、公序良俗違反について弁論主義の適用を否定すべき場合でも、公序良俗違反を認める方向では弁論主義が維持されてよいと指摘されている（片面的職権探知主義）。たとえば、公序良俗違反の主張があったとき相手方がそれを認めるのは権利自白と扱ってよいし、証拠調べの結果公序良俗違反を否定する事実が明らかとなっても当事者がそれを主張しない限り裁判所が職権で取り上げる必要はない、と。このような解釈は、実体法上、公序良俗違反の行為を違反しないとするような処分権が否定されているのであり、公序良俗に反しない行為をあえて公序良俗違反とするような処分権まで否定されているわけではないとの理解に基づくものである。参照、山本・前掲論文83頁以下。

なお、山本教授は強行法規違反の問題についても論じられており、この点も非常に興味深い。山本教授は、強行法規違反の問題についても基本的には公序良俗違反の場合と同様の考察が妥当すると解され、一般公益を保護するための強行法規については常に弁論主義が排除されるが、当事者の後見的保護を目的とする強行法規についての弁論主義の排除は場合による、とされる。後者に分類されると見られる借地借家法や利息制限法などの場合には、当事者に十分な情報が付与されているかがキーポイントとなろうと指摘される。また処分性の強さも考慮すべきであるとして、一般に利息制限法については弁論主義の適用があるとしても、同法違反のおそれがある請求につき被告が欠席しているような事案では職権探知が妥当して擬制自白を否定すべきものと解する余地があるとされる²⁰⁾。

つぎに権利濫用・信義則違反については、これらに「本来的機能」（一般条項がそれ自体裁判規準として個別事案に適用されることにより営む機能）と「欠缺補充機能」（制定法に規定が欠けている事案類型について裁判規準の構成のために一般条項が利用される場合）があるとの民法学説の指摘をふまえ、次のように指摘される。

まず、欠缺補充機能が問題となる場合、権利濫用・信義則違反をひとまとめにして論じるのは殆ど意味がなく、常に補充の対象となった裁判規準の性質を考慮するの必要があり、補充される規準が純粹に私益に関するものであれば弁論主義が適用され、逆に補充される規準が公益に強く関わるものである場合は弁論主義の適用が排除されることになるという。具体的には、信義則違反との関連で、時効完成後の承認や契約締結上の過失の問題は当事者の私益のみに関するもので当然に弁論主義の適用を認めてよいと考えられるが、安全配慮義務は労働者保護、借地借家における信頼関係破壊理論は賃借人保護として保護的公序と同様の考慮が必要になり、また有責配偶者の離婚請求否定は公益に関わる問題と位置づけられる可能性があると考えられる。権利濫用についても同様に、手形上の権利の濫用など私益性の顕著な類型から解雇権濫用など保護的公序の色彩が濃い類型さらには身分権（親権等）の濫用など公

20) 山本・前掲論文97頁。

益保護的公序に近い類型まで様々なものが混在していることを指摘されている²¹⁾。

また、本来的機能が問題となる場合についても、個々の事案で保護する法益いかんによって同様の分類が可能とされている²²⁾。

結局、権利濫用・信義則違反に弁論主義の適用を制限すべきかについての山本教授の見解は、保護法益に着目して（ア）純粋な私益（イ）保護的公序と同様の考慮が必要な私益（ウ）公益のいずれであるかに応じて扱いを異にすべきことを提唱するものということができよう。

2 公序良俗違反に限って弁論主義の制限を説く見解

狭義の一般条項のうち公序良俗違反に限って弁論主義の制限を説く見解も有力である。

①竹下説

竹下教授は、一般条項や価値概念に該当する具体的事実が主要事実であり、かかる事実が当事者の弁論に現れていないのにこれを判決の基礎に採用すれば弁論主義違反となると解するのが多数説であると指摘されたうえで、このことは信義則違反や権利濫用の場合にも変わりがないが、ただ公序良俗違反のみは、当事者の主張しない事実も証拠調べの結果または弁論の全趣旨から認められる限り、その判断の資料とすると解すべきだとされる²³⁾。

②伊藤説

伊藤眞教授は、公序良俗違反の評価が高度の公益性を含むものであることを理由に、公序良俗違反の内容たる事実が弁論において主張されないときでも裁判所は他の事実から主要事実の存在を推認して公序良俗違反を認定するとされる²⁴⁾。これに対し権利濫用や信義則については、これらが当事者の利益保護を主たる目的とする法理であることを理由に、その基礎となる事実

21) 山本・前掲論文85頁。

22) 山本・前掲論文85頁。

23) 竹下守夫「弁論主義」小山昇ほか編『演習民事訴訟法』（有斐閣、1987年）377頁。

24) 伊藤眞『民事訴訟法 [第3版3訂版]』（有斐閣、2008年）268頁以下。

について弁論主義が適用されることを説かれる²⁵⁾。

③坂田説

坂田教授は、山本和彦教授の見解を引いて、「公序良俗違反なら弁論主義の不適用」という考え方を一般化して考えることには無理がある、とされる。しかし逆に公序良俗違反について弁論主義を徹底して適用することにも否定的な立場をとられる。坂田教授は、賭博に基づく契約や殺人依頼契約締結の事実が証拠資料から明らかになった場合に、弁論主義の適用があるからといって裁判官が賭博や殺人計画に加担するような判決をすることができるかと疑問を呈され、たとえ弁論主義といえども裁判官の良心(憲76条3項)に反するような判断を強いることはできない、とされるのである²⁶⁾。

ただし坂田教授は、より厳密にみれば「公序良俗違反であるから弁論主義を超えた処理がなされた」とみることも誤りのように思われるとされ、弁論主義を超える処理は、むしろ賭博や殺人依頼といった個別の事例から導き出されるものではないかと指摘される。そして、裁判所の「立法尊重義務」と「憲法尊重義務」というツール——これらの義務は、憲法上の自由である契約自由を裁判所が公序良俗違反を用いて制限できる理由を説明するために山本敬三教授が指摘されたものである²⁷⁾——を使った分析によって、理論的には、公序良俗違反の事実が証拠によってのみ明らかとなっているときに裁判所が民法90条を適用すべき場合(「立法適用義務」とでも呼ぶべきもの)が明らかになってくるのではないかと主張される²⁸⁾。

坂田教授の見解は難解であるが、結論的には、公序良俗違反の場合について弁論主義を制限するのを原則としながら、保護的公序について例外的な扱いを肯定する、といったところであろうか。そして、弁論主義が制限される

25) 伊藤・前掲書269頁。また、新堂幸司ほか編『注釈民事訴訟法(3)』(有斐閣、1993年)66頁〔伊藤眞執筆〕では、該当する主要事実が主張されていないにもかかわらず、権利濫用や信義則にもとづく法律効果を発生させなければならないほどの強い公益性は認められないと指摘されている。

26) 坂田・前掲論文38頁。

27) 参照、山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000年)1頁以下。

28) 坂田・前掲論文38頁。

理論的な根拠については、公序良俗違反であることではなく、裁判所に「立法適用義務」がある²⁹⁾ことに求める、と。

3 弁論主義適用説

公序良俗違反をはじめとする狭義の一般条項について弁論主義の制限を認めない見解もみられる。

①村上説

村上博巳博士は、権利濫用に弁論主義の適用がないとの見解について、過失相殺に関する民法722条2項のような特別の規定または法理による場合は別論であるが、民法1条のような、いわゆる一般条項であるとの理由で弁論主義を排斥することには疑問があり、むしろ弁論主義を排斥することは許されないものと解すべきだと主張される³⁰⁾。なお、このような一般条項について裁判所が疑をいだけば、釈明権を行使すべきである場合が多いであろうが、そのことは弁論主義の排斥理由とはならない、とされる³¹⁾。つぎに、公序良俗違反に弁論主義が適用されないとの見解についても、弁論主義を採る民事訴訟法のもとでは、別段の規定その他特段の事情のない限り、民法90条をもって弁論主義を除外したものと解しがたいから、この見解は不当だと批判される³²⁾。

②松本説

松本教授は、公序良俗違反違反や信義則違反の要件に該当する事実については当事者の主張がなければ判決の基礎にすることができないと解すべきであると主張されている³³⁾。ただし、このように解する理由として、証拠調

29) 裁判所に立法適用義務があるということと請求の認諾等が許されないことは同じ問題を別の方向から見たものようにも思えるが、この点をよくわからない。

30) 村上博巳『民事裁判における証明責任』（判例タイムズ社、1980年）128頁。

31) 村上・前掲書128頁。

32) 村上・前掲書139頁。これに対し過失相殺の主張については、裁判所が自由裁量（職権）により過失を参酌するという効果として、当事者はその主張を要せず、その限りで弁論主義の適用を受けないと説明されている。村上博巳『証明責任の研究〔新版〕』（有斐閣、1986年）214頁。

33) 松本博之=上野泰男『民事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂、2008年）47頁〔松本博之執筆〕。

べの結果、公序良俗違反とか信義則違反に当たる事実が明らかになったとしても、この事実が正面から争われれば別の評価を基礎づける事実も明らかになりうるのであるから、これらの法概念に内包される「最高度の法理念は、当事者間の衡平とか不意打ちの防止とかいう弁論主義の理念に十分拮抗しうる」などと短絡的に言うことはできないであろう、との説明がなされており³⁴⁾、本稿冒頭の〈事例〉のように裁判所が釈明権を行使し当事者に争う機会が保証された場合にもなお当事者の主張しない事実をとりあげることが許されないとの趣旨であるかは明らかでない³⁵⁾。

以上のように村上説と松本説では、信義則違反・権利濫用のみならず公序良俗違反にも弁論主義を制限すべきでないことが説かれているが、これらの見解が本稿冒頭に〈事例〉として記したケースについてまで弁論主義を貫徹する立場だとすれば、かなり違和感がある。刑罰を科してまで賭博を禁止した国家自身が、当事者の主張がないとして賭博による債務の支払いを命じ、判決内容が任意に履行されない場合には強制執行まで認めるとするのは不当である。弁論主義の安易な否定がなされるべきでないにしても、明文の規定の有無に関わらず弁論主義を制限しなければならない場合があるというべきではないか。

34) 松本=上野・前掲書47頁。

35) なお、松本=上野・前掲書43頁〔松本博之執筆〕は、人事訴訟などで弁論主義が排除され職権探知主義が採用されているのは、第三者の利益が強く影響を受けるため当事者の自由な処分権が否定される事項が争われるという、訴訟対象の性質上の差異のゆえであると指摘した上で、弁論主義の根拠について次のような説明を行っている。すなわち、通常の民事訴訟において弁論主義が採用される決定的な根拠は、判決における権利関係についての判断が実体的な法律関係に合致していない場合（不当判決）であっても、そこで争われる事項が当事者の自由に処分できるものであって、不当判決の法律的な悪影響は第三者には及ばず、当事者限りだという訴訟対象の性質に求められる。これに対し、不意打ち防止の要請については、職権探知主義の行われる訴訟においても等しく働くものであるから、弁論主義の根拠としてはふさわしくないと説明している。不当判決の法律的な悪影響が第三者に及ぶかどうかのみを問題にすれば、公序良俗違反の場合であっても弁論主義を制限すべきでないということになるが、公序良俗違反による無効が、結果的にそれを有効にするような行為をも許さないものであることを考慮すると（Ⅲ2参照）、判決の効力が第三者に及ばないとの理由で弁論主義の適用を肯定することには疑問がある。

Ⅲ 従来の学説に対する疑問と私見

1 狭義の一般条項を特別視することへの疑問

従来の学説は、一般条項の主要事実をどのように解するか、すなわち一般条項に用いられている「過失」や「公序良俗違反」といった不特定概念／規範的概念自体を主要事実と解するかそれとも規範的評価を基礎づける具体的事実を主要事実と解するか、という問題を論じる過程で生じてきたものということができる。かつての通説では不特定概念／規範的概念自体が主要事実であると解されていたので、規範的評価を基礎づける具体的事実は間接事実ということになり当事者の主張を要しないものと位置づけられていた。ところがその後、具体的事実こそが主要事実であるとの理解が通説となり、この理解を前提に、具体的事実は主要事実であるから当事者の主張を要するが、狭義の一般条項については公益性があるため弁論主義が制限され具体的事実の主張は不要であると論じられるようになったのである。狭義の一般条項について弁論主義が制限されるという見解はこのようにして生じたものであったから、学説の関心が一般条項のみに向けられた——先に紹介した学説で強行法規に言及しているものは少数である³⁶⁾——のは自然なことではある（以上のような議論の経緯に加えて、弁論主義が制限される場合を拡げるべきでないという思考も働いているかもしれない）。

しかしながら、狭義の一般条項と他の一般条項のみを念頭に置いた議論がなされたためか、一部の学説を除いた従来の学説では、個別の規定との関係で狭義の一般条項が不当に重視される結果となっている。

たとえば、買戻権者が提供した額に僅少の不足があることに藉口して買戻しの効力を生じないと言うことが信義則に反するとして買戻の効力を認めた判例³⁷⁾があるが、この事例のように僅少の不足のある額を提供した者と不足のない金額を提供した者（民法579条により買戻の効力が認められる者）とでは

36) 山本・前掲論文96頁は、従来強行法規違反についても弁論主義の適用があるのかは必ずしも明らかでなかった、と指摘している。

37) 大判大正9年12月18日民録26輯1947頁。

どちらが保護に値する者であろうか。実体法的には、全額提供した者を保護する必要が少ないなどとは言えないはずである。ところが、信義則について弁論主義の制限を説く多数説によると、僅少の不足のある額を提供した者は弁論主義を制限してまで勝訴させられるのに、不足のない金額を提供した者は弁論主義の適用により主要事実の主張がなければ勝訴できないことになる。金銭の支払いが求められている場合にも同様の問題があり、実体法的には、債権は存在するもののその行使が信義則に反する場合と債権が弁済により消滅している場合とでは、後者の方が権利行使を認めない必要性が少ないなどということはない——存在しない権利の行使を許して弁済済みの債務者にもう一度支払わせるのは正義に反することである——のに、多数説によれば前者は弁論主義を制限してまで権利行使を阻止し、後者は弁論主義を適用して弁済の事実が主張されない限り権利行使を許すことになる³⁸⁾。

これらのことは、民法学的発想によると、違和感を覚えるものである³⁹⁾。

多数説は、王者的条項の名に惑わされたのではあるまいか⁴⁰⁾。たしかに狭義の一般条項は、明文の規定にないことや、場合によっては明文の規定に反することをも認めうる点で他の規定と異なっている。しかし、狭義の一般条項と他の規定との間にそれ以上の違いがあるわけではない。このことは、狭

38) 証拠調べの結果、訴求されている債権が弁済により消滅したことが判明したが、結局弁済の事実主張されなかった、ということにはあまり考えられないことかもしれない。実際にそういうことがあった場合には、裁判所は弁論の全趣旨から弁済の事実が主張されているとして弁済の事実を認定しようとするのであろうか。

39) 田尾桃二「主要事実と間接事実にかんする二、三の疑問」小山=中島編集代表『裁判法の諸問題中』(有斐閣、1969年)278頁は、一般条項のうち公益的色彩の濃い権利濫用・信義誠実・公序良俗等の立法意図について、通常法規の場合と異なり、裁判所に特に後見的役割を求め、職権探知まで要請しているのではないかと疑問を拭いきれない、としている。裁判所の後見的活動の要請というのはわかりにくい、要するに勝つべき者を勝たせるべきだということであろうか。仮にそのような趣旨であるとして、信義則等の適用によって勝たせることが個別の明文の規定の適用によって勝たせることより重要で、弁論主義の制限まで必要とするものといえるかは疑問である。本文では、そのような疑問を感じさせる例を示してみた。

40) 倉田博士と高橋教授のほか、篠田・前掲論文38頁も狭義の一般条項という用語を説明する際に「王者条項」という表現を用いている。青山・前掲論文375頁も同様に「王者的条項」という表現を用いている。

義の一般条項を用いた判例が後に立法によって明文化されることがある⁴¹⁾ことや、個別の規定の趣旨を説明するにあたり狭義の一般条項に含まれる法理念への言及がなされることがある⁴²⁾ことから明らかである。狭義の一般条項が最高度の法理念を含むことも、王者的条項と呼ばれることがあることも、弁論主義の適用に関して狭義の一般条項に他の規定と違った扱いを認める理由とはなりえないというべきである。

もちろん、以上のことは、狭義の一般条項に弁論主義が制限されることはないということの意味するものではない。何らかの理由により狭義の一般条項について弁論主義が制限されることはありうることである。しかし先に述べたように、狭義の一般条項を特別扱いする理由はないから、ある理由により狭義の一般条項について弁論主義が制限されるなら、同じ理由により他の規定についても弁論主義が制限されうることになる。

2 弁論主義を制限すべき場合

後藤説では請求の認諾が許されない場合には弁論主義も制限されることが指摘されていたが、この指摘はおそらく正しい。また、公序良俗違反について請求の認諾が許されない——請求の認諾が許されないのは原告の請求が公序良俗違反等を理由に退けられるべきケースでのことであり、公序良俗違反等を理由とする返還請求のケースでは請求の放棄が許されないことになろう——との指摘も、公序良俗違反による無効が、追認し得ないだけでなく、

41) 安全配慮義務を明文化した労働契約法5条、解雇権濫用法理を明文化した労働契約法16条など。なお、信義則による安全配慮義務について弁論主義を制限しながら労働契約法5条に弁論主義を適用すると、労働契約法5条は弁論主義に服させることで労働者保護を後退させる規定ということになってしまう。

42) たとえば、民法493条が、債権者があらかじめ弁済の受領を拒んでいるときは口頭の提供で足りるとしていることについて「債権者が予め受領を拒んでいるにも拘わらず、債務者に履行としてなしうるすべてを要求することは、信義則に反するからである」との説明がなされている。参照、我妻榮『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、1964年）227頁。なお、鳩山秀夫『債権法に於ける信義誠実の原則』（有斐閣、1955年）256頁の指摘によると、相殺や同時履行の抗弁権はローマ法では信義誠実の一般原則の適用として認められていたものであるという。

民法705条の適用もないものだとされている⁴³⁾ことを考慮すると、十分納得のゆくものである。つまり、信義則違反を理由に支払義務が否定される場合も、弁済により債務が消滅した場合も、債務が存在しないことを知りながら弁済すれば給付したものの返還を請求できないとされるのに(民法705)、公序良俗違反の場合については債務が存在しないことを知りながら弁済したときでも給付したものの返還を請求できるとされていて(ただし民法708条本文により返還請求が否定されることはありうる)、処分の自由が徹底的に否定されているのである。このようなものについて請求の認諾等を許すわけにはゆくまい。

したがって、公序良俗違反については弁論主義が制限されると解すべきであるが、先に述べたように狭義の一般条項だけが特別扱いされる理由はない。強行法規違反についても民法705条の適用が排除されるものがあると解されるから⁴⁴⁾、そのようなものについては請求の認諾等が許されず、弁論主義も制限されると解すべきである。

ところで、請求の認諾等が許されない場合に弁論主義が制限されるということは、請求の認諾等が許される場合に弁論主義が制限されないことを意味するものではない(実際、職権探知主義を採用している人事訴訟法も離婚訴訟では請求の認諾等を認めている。人訴37参照)。そこで、たとえばパナーナリスティックな発想から、請求の認諾等が可能な場合であっても、当事者の一方の利益を擁護する方向で弁論主義を制限する余地がないわけではない。しかし狭義の一般条項だけが特別扱いされる理由はないから、ある理由から請求の認諾等が許される権利濫用や信義則違反について弁論主義の制限を肯定するなら、同じ理由から狭義の一般条項以外の規定についても弁論主義の制限

43) 民法708条但書の適用ある場合等には民法705条の適用が排除されると説かれている。参照、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(上)』(青林書院新社, 1981年)148頁以下。

44) 四宮・前掲書149頁は、給付者・第三者(例、給付者の債権者)ないし一般社会の利益を保護するために給付による結果の実現を阻止することを主眼とする政策的禁止規範に違反した場合には、給付者の返還請求を認めることこそ法の目的にかなうのであるから、民法705条を適用して返還請求を否定すべきでない、としている(規範の保護目的による705条の排除)。

を肯定しなければならなくなる。したがって、たとえば労働者保護の必要性を強調することで信義則を根拠とする安全配慮義務に弁論主義を制限するなら⁴⁵⁾、労働契約法5条はもちろん、民法709条についても労働関係訴訟では弁論主義を制限すべきことになろう。しかしそれでは弁論主義が制限される場合が拡がりすぎるのではあるまいか。だとすれば、さしあたり請求の認諾等が許されない場合についてのみ弁論主義の制限を認めるというのが無難であろう。

最後に、山本教授が指摘された保護的公序の問題についても触れておきたい。請求の認諾等が許されない場合には弁論主義も制限されると考える場合、当事者の利益の保護を目的とする保護的公序については請求の認諾等が許され、弁論主義も制限されない可能性がある。しかし保護的公序といっても公序である以上当事者の利益の保護のみが目的とされるわけではないから、請求の認諾等を許すべき場合かどうかは慎重に検討されねばなるまい⁴⁶⁾⁴⁷⁾。

45) なお、山本教授を除き、信義則について弁論主義の適用制限を説く論者が安全配慮義務についてまで弁論主義の制限を肯定されるかは明らかでない。というのは、他の論者の見解では、原告の請求が信義則違反等の理由で退けられる場合を念頭に置いた議論がなされているようにもみえるからである。先に紹介した倉田論文ではそのような事例を用いた説明がなされているし(注5)参照)、本文中で紹介した後藤説でも、請求権の発生原因が公序良俗に反し、請求の認諾・和解ができないような場合には…弁論主義も制限されるとの説明がなされていて(篠田・前掲論文50頁も同じ)、請求の放棄への言及がない。山本教授以外の論者が、安全配慮義務違反のように信義則等が原告の請求を基礎付けるケースにも弁論主義の制限を肯定される立場なのかは明らかでないが、もし原告の請求を退ける場合にのみ弁論主義の制限が肯定されるということであれば、その理由を説明することが必要となろう。

46) なお、強行法規の違反に対して刑事罰が課される場合には請求の認諾が許されないと解すべきであるが、私見は刑事罰の対象かどうかにかかわらずではない。刑法の謙抑性から処罰の対象となる行為は制限されているので、刑事罰の対象でないことからただちに請求の認諾を認めるとの結論を導くことは適切でないと思う。

47) 福岡地判平成18年7月18日判タ1255号341頁は、被告欠席により擬制自白が成立する場合に、原告がリボルビング払い方式のカードキャッシングによる数回の貸付けを別個独立の貸付けとして貸金残金・利息・遅延損害金の支払いを求めたのに、原審が上記貸付けを全体として一個の貸付けと解して利息制限法所定の制限利率を適用して弁済充当計算をしたことは、弁論主義に違背するものではないとしたが、この判決では利息制限法に弁論主義が適用されることを前提とした判断がなされている。しかし、その後の法改正により利息制限法1条2項(無効とされる超過部分を任意に支払ったと

IV 結論

本稿では、狭義の一般条項では弁論主義が制限されるかという訴訟法学上の論点を民法学の視点から検討してみた。従来の議論では狭義の一般条項の公益性を強調することで弁論主義の制限が説かれているが、従来の議論では、狭義の一般条項と他の一般条項のみを念頭に置いて議論したためか、個別の規定との関係で狭義の一般条項が不当に重視される結果となっている。しかし、狭義の一般条項は明文の定めのないことや明文の定め反することを認めるものではあるが、狭義の一般条項と他の規定との間にそれ以上の違いがあるわけではない——このことは、狭義の一般条項を用いた判例が後に立法によって明文化されることがあることや、個別の規定の趣旨を説明するにあたり狭義の一般条項に含まれる法理念への言及がなされることがあることから明らかである——から、狭義の一般条項を特別視して弁論主義の制限を説くべきではない。もちろん以上のことは、狭義の一般条項について弁論主義の制限がなされることのないことを意味しない。何らかの理由から狭義の一般条項について弁論主義が制限されることはありうることである。しかしその場合には、同じ理由から個別の規定についても同様に弁論主義が制限されねばならない。

以上のような認識から出発し、請求の認諾等が許されない場合には弁論主義も制限されるということに着目するなら、公序良俗違反と強行法規には弁論主義を制限すべきであるが、権利濫用・信義則については弁論主義の制限を認めるべきでないということになる。請求の認諾等が許されないこととは別の理由から権利濫用・信義則違反について弁論主義の制限を認める余地がないではないが、そのようなことを認めると従来弁論主義の適用に疑いが持

きはその返還を請求することができないとする)を削除するとともに貸金業者が利息制限法に違反する利息の契約・受領・支払要求をすることが禁止されることになっている(貸金業法第12条の8。なお旧12条の8は12条の9となる)ので、改正法施行後は(現時点では未施行)、利息制限法に違反する利息の支払いが訴求されているケースで請求の認諾等をする事は許されなくなり、弁論主義も制限されると解すべきであろう。

たれなかった個別の規定にまで弁論主義の制限を拡げることになりかねない。したがって、請求の認諾等が許されない公序良俗違反と強行法規に限って弁論主義を制限するのが無難であろう。もちろん、公序良俗違反・強行法規違反の場合でも、当事者の一方を保護するためのものとして請求の認諾等が許されるときには弁論主義の制限が否定されることになる。