

権利能力なき社団が原告となって提起した共有持分権確認の訴えにおいて裁判所が釈明権を行使しなかったことが違法であるとされた事例

(最判令和4年4月12日判タ1499号71頁)

林 誠 吾

第1 事案の概要等

1 基礎となる事実関係等

本件は、町内会であるXが、同様に町内会であるYに対し、Xがある建物（以下「本件建物」という。）について6分の1の共有持分権を有することの確認を求める旨を記載した訴状をもって、訴えを提起したという事案である。

本件建物は、平成元年8月4日に竣工した平家建ての建物であり、その内部は東西に分かれており、構造上、東西を往来できないものとなっている。町内会X及びYのほか、同じく町内会であるZ（訴訟の当事者とはなっていない。）は、本件建物を町内会館として使用・収益していた。

X及びYは、平成19年まで、共同して町内会館としての本件建物の運営規則を定め、本件建物の管理に係る会計を行うなど、共同で本件建物を管理していたものの、平成20年頃からYが実力行使を伴って単独で管理を行うようになり、Xは本件建物の管理に関与することができなくなった。

そこで、Xは、Yに対し、Xが本件建物について6分の1の共有持分権を有することの確認を求める

旨を記載した訴状を提出し、本件訴えを提起した。

Xが提出した訴状には、請求の趣旨として「XとYは、別紙物件目録記載の建物について、Xが6分の1の共有持分権を有することを確認する」と記載され、さらに、Xが権利能力なき社団であることが記載されていた。

2 第一審⁽¹⁾の判断内容

Xは、第一審において、請求原因として、本件建物を建築する際にX、Y及びZとの間で本件建物を3つの町内会で共有する旨の合意（以下「本件合意」という。）がされていた旨を主張した。

これに対し、Yは、X、Y及びZとの間で本件合意がされた事実はない旨を主張し、本件合意の存在を争った。

これらX及びYの主張を踏まえ、第一審においては、本件の争点は本件合意の存否であるとされ、事実認定の結果、本件合意の存在が認められ、結論としてXは本件建物について6分の1の共有持分権を有すると認定し、請求の趣旨記載のとりの主文でXの請求を認容した。

(1) 横浜地判令和2年7月30日公刊物未登載

3 原判決の判断内容⁽²⁾

Yが第一審の判断を不服として控訴したところ、原審は、第一審を一部補正しながら引用し、本件合意の存在を同様に認めつつも、権利能力なき社团は私法上所有権等の主体となることができないと判示した最判昭和55年2月8日集民129号173頁を引用した上で、本件建物は（権利能力なき社团たるXではなく）、Xの構成員全員に総有的に帰属するものであるから、Xが本件建物について共有持分権を有することを前提とする本件訴えは理由がないとして、第一審判決を取り消し、Xの請求を棄却した。

また、結論を「却下」ではなく「棄却」とした理由について、原判決は、そのなお書きにおいて、「本訴の提起は、その請求が棄却されても、本件建物について被控訴人（筆者注：X）の構成員が有する総有権を処分したのと同じ結果を招くことにはならず、総有権についての処分行為と同視し得るものではない以上、本訴の提起及びその追行につき被控訴人の構成員全員の同意又はこれに準ずる特別の授權が必要であるとまでは解されない」ためであるとする。なお、第一審だけでなく、原審においても、X及びYは、本件合意の存否について主張を展開しており、Xが本件建物の共有持分権者たりうるか、という点が問題として取り上げられたことはなかった。

4 本判決の判断内容—原判決破棄・差戻し⁽³⁾

本判決は、結論として、原審には積明権の行使を怠った違法があるとして、原判決を破棄した上、原審に差し戻した。

その結論に至る理由は、次のとおりである（引用

部分における下線部は筆者が付した。）。

「本件の第1審及び原審において、当事者双方は、専ら本件合意の存否に関して主張をし、これを立証の対象としてきたものであって、上告人（筆者注：X）が所有権等の主体となり得るか否かが問題とされたことはなかった。…（中略）…本件請求については、本件建物の共有持分権が上告人の構成員全員に総有的に帰属することの確認を求める趣旨に出るものであると理解する余地が十分にあり、原審は、上記共有持分権が上告人自体に帰属することの確認を求めるものであるとしてこれを直ちに棄却するのではなく、上告人に対し、本件請求が上記趣旨に出るものであるか否かについて積明権を行使する必要があるといわなければならない。したがって、原審が、上記のような措置をとることなく、本件請求は上記確認を求めるものであるとしてこれを棄却したことには、積明権の行使を怠った違法がある。」

第2 評釈

判旨に賛成する。

1 本判決の意義

本判決は、権利能力なき社团であるXが、その訴状の請求の趣旨において、Xが本件建物の共有持分権を有することを確認することを求める旨を記載して訴訟を提起した場合において、控訴審が、Xの提起した訴訟は本件建物がXの構成員全員に総有的に帰属することを求めるものか否かを確認することなく、すなわち積明権を行使することなく、本件訴訟はX自身が本件建物について共有持分権を有することを求めていることを理由として棄却したことには、積明権不行使の違法がある、と判断した事例で

(2) 東京高判令和3年3月2日公刊物未登載

(3) 本判決の解説ないし評釈として、谷本誠司「判批」銀行法務21 896号52頁（2022）、濱崎録「判批」法教504号122頁（2022）、加藤新太郎「権利能力なき社团による建物の共有持分権確認の訴えと積明権不行使の違法」NBL1231号83頁（2022）、伊藤俊明「判批」重判令和4年度（ジュリ臨増1583号）104頁（2023）、林紘司「判批」金商1667号9頁（2023）、濱崎録「判批」民商159巻1号178頁（2023）、名津井吉裕「判批」リマークス67号106頁（2023）、黒田直行「判批」JA金融法務636号52頁（2023）、宮川聡「判批」甲南法務研究19号157頁（2023）、山木戸勇一郎「判批」法学研究（慶應義塾大学）96巻3号119頁（2023）がある。

ある。

本判決自体は、これまで蓄積されてきた、事実審における釈明権不行使の違法（釈明義務違反）が上告審において指摘された最高裁判例の一つに加えられるものであり、事例判断というべきものである。もっとも、後に見るように、最高裁が控訴審における釈明義務違反を肯定した事例は必ずしも多いとは言えず、裁判所及び訴訟当事者が民事訴訟の審理を運営ないし追行する上で参照する価値のある重要な意義を有するものである。

本判決を正確に読み解くためには、民事訴訟における釈明権・釈明義務のみならず、権利能力なき社団に係る民事実体法上の解釈及び当該解釈が民事訴訟手続に与える影響（帰結）をも押さえておく必要がある。

このような点を踏まえ、本稿では、まず、権利能力なき社団に関する実体法上の解釈及び釈明義務等に関するこれまでの判例及び学説を整理し、これまでの流れにおいて、本判決がどのように位置付けられるかについて私見を述べることにしたい。

2 権利能力なき社団に関する判例及び学説

(1) 権利能力なき社団の実体法上の位置付け

「権利能力なき社団」とは、団体としての実態を有しているにもかかわらず、法人格を有していない団体のことをいう。少なくとも民法等の実体法において権利能力なき社団の存在を正面から認めた規定は存在しない一方、判例及び学説においては、古くから権利能力なき社団の一般的成立要件やその内部における又は他の法人格との権利関係について議論⁽⁴⁾がなされてきた。

一般的成立要件に関しては、最判昭和39年10月15日民集18巻8号1671号がこれを明らかにしている（本判決でも同最判が参照されている）。すなわち、当該団体が権利能力なき社団であるというために

は、団体としての組織を備え、多数決の原則が行われ、構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、その組織によって代表の方法、総会の運営、財産の管理その他主要な点が確定していることを要すると判示している。

また、同最判は、このような要件の下で認められる権利能力なき社団について、その「資産は構成員に総有的に帰属」し、「権利能力なき社団は『権利能力なき』社団でありながら、その代表者によってその社団の名において構成員全体のため権利を取得し、義務を負担する」が、「社団の名において行われるのは、一々すべての構成員の氏名を列举することの煩を避けるために外ならない（従って登記の場合権利者自体の名を登記することを要し、権利能力なき社団においては、その実質的権利者たる構成員全部の名を登記できない結果として、その代表者名義をもって不動産登記簿に登記するより他に方法がないのである。）」としている。

このことの帰結として、権利能力なき社団が資産として不動産を有する場合であっても、社団の代表者ないし社団の規約等に定められた手続により登記名義人とされた個人が、社団の構成員全員の受託者たる地位において個人名義で所有権登記をすることができにすぎず、社団の代表者である旨の肩書きを付した代表者個人名義の登記をすることは許されないし（最判昭和47年6月2日民集26巻5号957頁、最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁等）、権利能力なき社団の代表者が社団の名において行った取引上の債務の責任財産は当該社団の総有財産のみであり、構成員各自が取引の相手方に対して直接義務を負うわけではないことになる（最判昭和48年10月9日民集27巻9号1129頁）。

(2) 権利能力なき社団の訴訟法上の位置付け

民事訴訟法上、当事者能力を有するのは権利能力を有する必要があるのが原則であるが、種々の考慮

(4) 権利能力なき社団に関する学説の整理については、林良平・前田達明編『新版注釈民法（2）総則（2）』71頁以下（森泉執筆）（有斐閣，2010）が詳しい。

により、法が特別に当事者能力を認める場合がある。権利能力なき社団もその一つである。すなわち、民事訴訟法29条は、「法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めがあるものは、その名において訴え、又は訴えられることができる。」とし、権利能力なき社団に当事者能力を付与している。

この結果、権利能力なき社団を権利者又は義務者とする判決することができ、民事執行法上も執行当事者能力が認められていること（民事執行法20条）から、例えば権利能力なき社団を相手方とする給付の訴えの債務名義をもって、権利能力なき社団の総有財産に対する執行が可能となるなどの意義を有する⁽⁵⁾⁽⁶⁾、と説明される。

このように、権利能力なき社団が当事者能力を有するとして、自身の団体が有する総有的な権利について訴訟上どのように主張できるかが問題となる。すなわち当事者適格の問題である。

この点について、判例は、権利能力なき社団そのものは所有権等の権利主体になることができないことを理由として、権利能力なき社団は、当該団体の資産たる不動産について自らが所有権を有することの確認を求める旨の訴訟を提起することはできない（最判昭和55年2月8日民集129号173頁）とする。他方で、権利能力なき社団の内部においてその財産を処分するのに必要とされる議決等による授權があれば、当該社団は、構成員全員の総有に属する不動

産に係る総有権の確認訴訟の当事者適格を有するとする（最判平成6年5月31日民集48巻4号1065頁）。

学説においては、権利能力なき社団が当事者適格を有することの理論的説明として、固有適格構成と訴訟担当構成で議論の対立がある。固有適格構成は、民事訴訟法29条が権利能力なき社団に当事者適格を与えており、当該訴訟事件限りで権利能力なき社団も当事者適格を有すると解する立場である。⁽⁷⁾これに対し、訴訟担当構成は、権利能力なき社団そのものには権利義務が帰属しないことを前提として、社団の構成員全員に帰属する権利関係に係る訴訟について、社団が訴訟担当者として当事者適格を有すると解するものである。⁽⁸⁾

判例がどちらの構成を取っているかについては、最高裁も明言をしていないために学説においても議論が定まっていない。平成6年最判は、権利能力なき社団が原告として受けた判決の効力はその構成員全員に及ぶとしていることから、訴訟担当構成に親和的であるという評価が多い一方で、最判平成26年2月27日民集68巻23号192頁は、判決の効力については平成6年最判と同様の立場をとりながらも、構成員全員に総有的に帰属する不動産は、実質的には当該社団が有する資産であるとするのが実態に即している⁽⁹⁾と示していることから、固有適格構成とも矛盾しないと評されている。

(5) 兼子一ほか『条解民事訴訟法（第2版）』173頁（新堂幸司＝高橋宏志＝高田裕成執筆）（弘文堂，2011）

(6) もっとも、権利能力なき社団の実体法上の解釈と関連して、同社団の資産である不動産に対して強制執行を行う場合、困難な問題に直面する。判例は、権利能力なき社団はその社団名義で登記を行うことは認めておらず（最判昭和47年6月2日民集26巻5号957頁）、債務名義上の債務者が所有者として登記されていない限り強制執行を行うことはできないとされていること（最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事執行規則（第3版）』99頁（司法協会，2007）との関係で、権利能力なき社団に対する債務名義を持っていたとしても、同社団の資産である不動産に対しては事実上強制執行ができないのではないかという問題である。この点についての解釈論を示した判例として最判平成22年6月29日民集64巻4号1235頁があるほか、実務上の対応方法を論じたものとして、拙著「権利能力なき社団に対する強制執行の可否」シグマ麹町法律事務所編『事例でわかる不動産の強制執行・強制競売の実務』79頁（日本加除出版株式会社，2022）。

(7) 兼子一『民事訴訟法体系』110頁（酒井書店，1954）

(8) 下村眞美「法人でない社団の当事者能力」法教363号10頁（2010）

(9) 前掲注(3)名津井107頁

3 釈明義務に関する判例及び学説

(1) 釈明権及び釈明義務の位置付け

裁判長は、口頭弁論の期日又は期日外において、訴訟関係を明瞭にするため、事実上及び法律上の事項に関し、当事者に対して問いを發し、又は立証を促すことができる（民事訴訟法149条1項）。これが（裁判所の）釈明権と呼ばれるものである。

釈明権及び釈明義務の意義については、一般的に次のように説明される。⁽¹⁰⁾すなわち、判決の基礎となる訴訟資料の提出は当事者の権能であり責任であるとする弁論主義を形式的に貫くと、事案に照らして本来は勝つべき当事者が何らかの不注意・不用意により訴訟資料の提出を欠いた場合や、主張・立証等が不明瞭な場合、その当事者を勝たせることができなくなるという事態が想定される。しかし、それは勝つべき当事者が勝てないという意味で、国民の一般的正義感情に反する。そこで、釈明権の行使は、このような弁論主義の形式的適用による弊害を除去するために認められた裁判所の権能であると同時に義務である、というものである。

釈明権の目的についても学説上議論が分かれており、裁判所は事案の真相を把握して、事案に即した適切かつ妥当な判断を行うためのものであるとする説や、「弁論権」を保障するためのものであるとする説などがある。⁽¹¹⁾

釈明権の目的についていずれの立場をとるにせ

よ、釈明権は、裁判所の権能であり義務である（釈明義務が生ずることがある）という点については、現在、異論が見られないところである。⁽¹²⁾

(2) 裁判所による釈明権の行使に係る二つの問題

釈明権の行使と一言に言っても、釈明権を行使したことについて違法の問題が生じるか（釈明権を行使しすぎである）という問題と、釈明権を行使しなかったことについて違法の問題が生じるか（釈明権を行使しなすぎである）という二つの問題がある。前者については、そもそも違法の問題になり得るかという点で学説上も議論が分かれており、錯綜しているが、⁽¹³⁾本判決は釈明権の不行使を取り扱ったものであるから、紙幅の関係上、後者に絞って論を進める。

(3) 釈明権の不行使に対する判例の立場

ア 概要

釈明権の不行使に対する判例の変遷としては、概ね次のように整理されている。すなわち、昭和10年前後は、釈明義務の不履行を理由として原判決を破棄、差戻しするものが多数であったのに対し、最高裁判所が発足した昭和22年から昭和30年ころまでは、釈明義務を全く否定するかのような判決が相次いだ。ところが、それ以降は、釈明権の不行使を理由とする破棄が多くなり、昭和40年ころになると、釈明義務を正面から肯定する判決がなされるようになった、というものである。⁽¹⁴⁾代表的なものを挙げ

(10) 石田秀博「情報の偏在事例における裁判所の対応」法時82巻2号29頁（2010）、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）』442頁（有斐閣、2013）など

(11) 学説の整理につき、高田昌宏「訴訟審理の実体面における裁判所の役割について—釈明権の法理に関する序論的考察—」伊藤眞＝上野泰男＝加藤哲夫編『民事手続における法と実践—梅善夫先生・遠藤賢治先生古稀祝賀—』299頁、特に305頁（成文堂、2014）

(12) 高田・前掲注(11)305頁

(13) 上訴審が原審の「釈明のしすぎ」を違法だと指摘して破棄・差戻ししたところで、すでに当事者は原審の釈明権行使によって必要な主張・立証をできてしまっており、差戻審でも同様の主張・立証をするであろうという点にこの問題の困難さがあると指摘されている（高橋・前掲注(10)445頁）。この点については、裁判所の行為規範としての釈明義務と、釈明権行使が違法となり得るかという評価規範としての釈明義務とを区別する立場がある（山本一彦「釈明義務」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点（新版）』232頁（有斐閣、1988年）、高橋・前掲注(10)445頁、加藤新太郎「釈明の構造と実務」伊藤眞＝高橋宏志＝高田裕成＝山本弘＝松下淳一編『民事手続法学の新たな地平』105頁（有斐閣、2009））。この立場では、行為規範としての釈明義務違反は観念しうるが、その違反は評価規範としての釈明義務違反には直ちに結び付かないことになる（高田・前掲注(11)308頁）。

(14) 中野貞一郎「弁論主義の動向と釈明権」同『過失の推認』215頁（弘文堂、1988）

ると次のとおりである。

イ 大審院時代—釈明義務の積極的肯定

大判明治39年6月9日民録12輯956頁は、当事者が主張する賃貸借契約の年月日について不明瞭な点があったという事案において、これを釈明せずにその不明瞭を理由として敗訴させたことは違法であるとしたものである。このように、大審院の時代においては、当事者の主張に不明瞭な点がある場合にそれを指摘しなかったことを理由として破棄したものとして、他にも大判明治44年6月9日民録17輯386頁、大判大正5年12月21日新聞1229号25頁、大判大正7年10月15日新聞1496号22頁等があり、極めて多数に上る。

ウ 昭和22年以降—釈明義務の否定？

昭和22年以降の最高裁は、大審院時代と異なり、釈明権不行使を違法と判断することを回避するようになった。最判昭和25年7月13日集民3号559号、最判昭和27年6月27日集民6号805頁、最判昭和27年11月27日民集6巻10号1062頁、最判昭和28年11月20日民集7巻11号1229頁などがその代表的なものである。⁽¹⁵⁾

エ 昭和30年以降—最高裁における釈明義務の肯定

時代が下って昭和30年ころになると、当事者の主張が不明瞭である場合にはそれを明らかにすべきであるという（まさに大審院時代に多数見られたような）判断がなされるようになった。最判昭和29年8月20日民集8巻8号1505頁をはじめとして、最判昭和29年9月21日集民15号587頁、最判昭和30年10月18日民集9巻11号1633頁、最判昭和31年5月15日民集10巻5号496頁、最判昭和36年4月25日民集15巻4号891頁、最判昭和36年12月22日民集15巻12号2908頁、最判昭和37年5月24日集民60号767頁、最判昭和37年10月5日集民62巻709頁、最判昭和37年

10月9日集民62号751頁などがある。

また、このころ、裁判所が釈明義務を負う場合の基準について、「当事者の申立、主張等に矛盾する点があるとか、不明瞭な点があるなど特別の事情がないかぎり、裁判所は、必ずしも釈明権を行使する職責を負うものではないと解される。」と判示した判例も登場した（最判昭和38年6月25日集民66号723頁。結論として、釈明義務違反はないとしたものの。）。

これは、翻っていえば、当事者の主張に不明瞭や矛盾する点がある場合には、裁判所としても釈明義務（後述する「消極的釈明」と一般的に呼ばれるもの）を負う場合があるという立場をとるものと理解できる。以上に挙げた判例も、当事者の主張の不明瞭等が問題となった事案であることから、この判示は、当時の最高裁の立場を端的に表しているものと解される。

昭和40年代中盤に差し掛かると、上記のような消極的釈明義務だけでなく、当事者が必要な申立てや主張・立証をしていない場合にも、裁判所はそれを正したり、立証を促す旨の釈明義務を負うことがある旨を示す判例が登場し始める（後述する「積極的釈明」と一般的に呼ばれるものである。）。

最判昭和45年6月11日民集24巻6号516頁は、「釈明の制度は、弁論主義の形式的な適用による不合理を修正し、訴訟関係を明らかにし、できるだけ事案の真相をきわめることによって、当事者間における紛争の真の解決をはかることを目的として設けられたものである」と、釈明権の趣旨・目的について明確に述べるに至った。その上で、「原告の申立に対応する請求原因として主張された事実関係とこれに基づく法律構成が、それ自体正当ではあるが、証拠資料によって認定される事実関係との間に喰い違い

(15) 中野・前掲注(13)220頁は、最判昭和27年6月27日集民6号805頁が「上告人の原審における粗悪品云々の陳述の真意が、商法526条の規定に基づく代金減額等の主張を為すにあつたものとしてもその主張を明確にし、かつ適切な立証を為すべきはもとより上告人自身の責務であつて、その足らざりしことの責任を裁判所に転嫁し、釈明権不行使の違法を以て非難し得べき限りでない」としたことが、当時の最高裁の傾向を端的に示す例として挙げている。

があって、その請求を認容することができないと判断される場合においても、その訴訟の経過やすでに明らかになった訴訟資料、証拠資料からみて、別個の法律構成に基づく事実関係が主張されるならば、原告の請求を認容することができ、当事者間における紛争の抜本的解決が期待できるにかかわらず、原告においてそのような主張をせず、かつ、そのような主張をしないことが明らかに原告の誤解または不注意と認められるようなときは、その釈明の内容が別個の請求原因にわたる結果となる場合でも、事実審裁判所としては、その権能として、原告に対しその主張の趣旨とするところを釈明することが許されるものと解すべきであり、場合によっては、発問の形式によって具体的な法律構成を示唆してその真意を確かめることが適当である場合も存する」とした。

また、最判昭和45年8月20日民集24巻9号1339頁は、破産管財人が旧破産法72条1号の否認権が成立することを主張して所有権移転登記の抹消を求めた事案において、原審が旧破産法74条に基づく否認の対象となりうることを認めながら、破産管財人が同条の要件事実を主張・立証しなかったことを理由に請求を棄却したのに対し、「同法74条の要件事実とは、ほとんどあますところなく弁論にあらわれている」こと、「第一審において、原因行為自体の否認が容認され、かつ、予備的に74条による否認までも判断されている」ことから、原審は「原因行為の否認を認めないのであれば、進んで同法74条に基づく対抗要件の否認についても、よろしく釈明権を行使して当事者の注意を喚起し、この点に関する主張・立証を備えさせたうえ、これについても判断を下すべきが当然」としたものである。

昭和45年に示されたこの2つの判例を嚆矢とし

て、以後、最高裁は、本判決に至るまで、次のように、事実審が釈明権を行使しなかったことが違法であると判断した判例を蓄積している。

① 最判昭和46年6月18日集民103号159頁—債権担保のための清算型代物弁済予約について釈明権不行使の違法があるとしたもの

② 最判昭和50年11月28日集民116号729頁—問題となった農地の売買契約につき現況が宅地となっているかどうかについて釈明権不行使の違法があるとしたもの

③ 最判昭和51年6月17日民集30巻6号592頁⁽¹⁶⁾—AがBに第二約束手形を、BがAに第一約束手形をそれぞれ振り出し、Aが第一手形を担保として銀行に譲渡した後に所在不明となり、Aの債権者CがAに代位して銀行からAへの戻裏書をしてBに対して第一手形の手形金を請求する訴訟において、Bが、第二手形債権の時効消滅前に両手形債権は相殺適状にあったとして相殺の抗弁を主張している場合に、証拠上、第二手形債権は第一手形の戻裏書の時点で時効消滅しているが、第一手形の戻裏書の欄に裏書日付のほかそれ以前の日付による「買戻し」の記載があって、そのときにAが第一手形債権を取得していた疑いがあり、かつ、その時点では第二手形債権が時効消滅していないときは、裁判所は、釈明権を行使して、BにAが第一手形債権を実質的に取得した時期などについて主張立証を尽くさせた上で相殺の抗弁の成否を判断すべきであるのに、これをせずに戻裏書の時点で第二手形債権が時効消滅していたことを理由に相殺の抗弁を排斥したことに釈明権不行使の違法があるとしたもの

④ 最判昭和55年7月15日集民130号237頁—土地の占有権原の存否について釈明権の不行使の違法が

(16) この判決には、藤林益三裁判官の反対意見が付されている。藤林裁判官は、「訴訟代理人は、裁判所によりかかるべきものではない。けだし、訴訟代理人の受任事件に対する熱意と研究努力とが裁判の結果に現れてこそ、在野法曹の訴訟活動の進歩に伴う裁判本来の姿の出現が期待できるからである。」と結び、裁判所による積極的釈明義務を広範に認める（ことにつながりうる）多数意見に反対の意を表している。

あるとしたもの

- ⑤ 最判昭和58年6月7日集民139号—立証を促すべき釈明権の不行使の違法があるとしたもの
- ⑥ 最判昭和58年10月28日集民140号239頁—請求の趣旨について釈明権不行使の違法があるとしたもの
- ⑦ 最判昭和60年6月18日集民145号105頁—所有権取得原因に関する不明確な主張について釈明権不行使の違法があるとしたもの
- ⑧ 最判昭和61年4月3日集民147号489頁—立証を促すべき釈明権不行使の違法があるとしたもの
- ⑨ 最判平成7年10月24日集民177号1頁—一時効取得の予備的主張の撤回について釈明権不行使の違法があるとしたもの
- ⑩ 最判平成8年2月22日集民178号265頁—書証の成立に関する判断を第一審から覆す場合において、筆跡鑑定の中出をするか否かについて釈明権を行使しなかったことが違法であるとしたもの
- ⑪ 最判平成17年7月14日集民217号399頁—被告が弁済の抗弁事実に対応する書証を提出していると誤解していることが明らかであるにもかかわらず、その立証について釈明権を行使しなかったことが違法であるとしたもの
- ⑫ 最大判平成22年1月20日民集64缶1号1頁（空知太神社事件）—市がその市有地を町内会に対して無償で神社施設の敷地として利用に供している行為が憲法の政教分離原則に違反するなど主張している住民訴訟において、上記行為が違憲と判断される場合に、違憲性を解消するための他の合理的で現実的な手段が存在するか否かについて審理判断せず、その点について当事者に対し釈明権を行使しなかったことが違法であるとしたもの
- ⑬ 最判平成22年10月14日集民235号1頁—原告が被告に対し雇用契約上の地位確認及び賃金等の支払を求める訴訟において、控訴審が、原告、被告

ともに主張していない法律構成である信義則違反の点について原告に主張するか否かを明らかにするよう促すとともに被告に十分な反論及び反証の機会を与える措置をとることなく、被告は定年退職の告知の時から1年を経過するまでは賃金支払義務との関係では信義則上定年退職の効果を主張することができないと判断したことに釈明権の行使を怠った違法があるとされたもの

(4) 釈明権の不行使に関する学説の状況

中野貞一郎教授は、釈明は「消極的釈明」（当事者が行っている申立てや主張・立証の内容に不明瞭、矛盾、欠缺等がある場合に、それを明確にさせる釈明）と「積極的釈明」（当事者が行った申立てや主張・立証が不適當な場合、あるいは当事者が適切な申立てや主張・立証を行わない場合、裁判所がそのことを示唆・指摘する釈明）の2つに分類されることを提唱された。⁽¹⁷⁾

中野説によれば、釈明権の不行使が問題となる事案のうち、消極的釈明義務違反の場合に違法の問題が生ずることは「多言を要しない」が、積極的釈明義務違反の場合には、「積極的釈明義務の強調は、適正な裁判の確保や訴訟の整序・促進のために強力に作用しうる」が、反面、「訴訟追行に関する当事者責任を稀釈するばかりでなく、当事者に対する影響によって実体的真実を枉げ、当事者の公平を害する結果ともなりうることは否めない」から、積極的釈明義務違反があるか否かについては、「多面的な利益衡量」を行う必要性が説かれる。⁽¹⁸⁾中野説は、利益衡量において考慮すべきファクターとして、判決における勝敗転換の蓋然性（勝敗転換の蓋然性が高ければ釈明義務を認めやすい）、当事者の法的構成の不備があること（不備があれば釈明義務を認めやすい）、適切な申立て・主張が期待できるか（期待可能性がなければ又は低ければ釈明義務を認めやすい）、釈明することにより当事者間の公平を著し

(17) 中野・前掲注(13)220頁

(18) 中野・前掲注(13)223頁

く害するか否か（公平を害さないようであれば釈明義務を認めやすい）、釈明することにより紛争を抜本的に解決し再訴を防ぐことができるかどうか（抜本的に解決できるようであれば釈明義務を認めやすい）等⁽¹⁹⁾を挙げる。

中野教授による分類における消極的釈明義務違反が問題となる事案とは、裁判所が当事者の主張等に不明瞭な部分等があることを自覚している、ないしは自覚することが容易であるにもかかわらずこれをしないで判決を行ったというものであるから、審理の運営上明らかに不自然・不合理であり、釈明義務違反を認めることは容易である。

問題は、積極的釈明義務違反の場合である。中野教授が提唱するような複数のファクターによって積極的釈明義務違反の有無を判定することは、裁判官に釈明権行使について広範な裁量を認めることを前提とする一方、当事者や事実審裁判所の予測可能性を欠き、すでに積極的釈明がなされた事例の事後的分析には使えても、積極的釈明義務違反を事前に判断するための基準としてはさほどの意味は有さないという指摘もある⁽²⁰⁾。しかし、釈明権は裁判所に与えられた権能であるという一般的な理解によれば、釈明権の行使・不行使について裁判所に広い裁量があることは否定しがたく、裁判官による裁量権行使を統制する必要もあることから、事前にせよ事後にせよ、当該裁量の行使の可否を検討する上で意味

のある基準であると考えられる。

(5) 法的観点指摘義務

釈明権に関連する議論として、裁判所の法的観点指摘義務がある。法的観点指摘義務とは、裁判所が、当事者の主張しているものとは異なった法的観点又は法律問題を判決の基礎とする場合には、その点を当事者に指摘して攻撃防御の機会を与えるべき義務をいう。

ドイツ民事訴訟法が1976年にその義務を明文で規定したことを端緒として、学説でも議論されることとなり、広く承認を得ている⁽²²⁾。釈明権との異同については、釈明権が弁論主義を補完するものであるのに対し、法的観点指摘義務は、弁論主義が及ばない、裁判所の専権事項である法規の解釈・適用に関し、当事者の「弁論権」を尊重するためのものであると説明される⁽²⁴⁾。

判例において「法的観点指摘義務」という用語が使用されたことはないが、上述した昭和45年以降の釈明義務違反に関する判例の中には、釈明義務違反という表現がされながら、実質的には法的観点指摘義務違反を述べたものと捉えられるものがあることが指摘されている⁽²⁵⁾。

4 本判決の検討

(1) 本件においてXが訴状に記載した請求の趣旨は、「XとYは、別紙物件目録記載の建物について、

(19) 中野・前掲注(13)223頁-225頁

(20) 三木浩一「判批」法学研究（慶應義塾大学）84巻5号154頁（2011）

(21) 加藤・前掲注(13)113頁は、釈明が裁判官の裁量に委ねられることを前提として、これを手続裁量として構成し、裁量を有効に機能させ、かつ制御するためのガイドライン・行動準則を構築することを試みる（手続裁量論）。この立場からは、中野説が説くファクターは、行為規範としての釈明を統制するものであり、釈明権の行使の可否を事前に検討するための基準としての意味を（も）有するものとなると考えられる。加藤・前掲注(3)86頁も参照。

(22) 制定当時は278条3項、現139条2項。ドイツ民訴法139条2項は、「裁判所は、当事者が明らかに見過ごし又は重要ではないと考えていた観点について、付随請求のみが問題となっている場合を除いては、その点につき指摘し、かつ、陳述する機会を与えた場合に限り、判断の基礎とすることができる。裁判所が当事者双方とも異なる判断をしている観点についても同様とする。」と定める。

(23) 高橋・前掲注(10)451頁以下、伊藤眞『民事訴訟法（第6版）』314頁（2016）など

(24) 伊藤・前掲注(23)315頁

(25) 判例⑫について、三木・前掲注(20)157頁は、釈明義務違反ではなく法的観点指摘義務違反の問題として捉えるべきであるとする。また、判例⑬を、実質的には法的観点指摘義務を釈明義務に含めてこれを積極的に認めたものと評価するのは、高田昌宏「判批」重判平成22年度（ジュリ臨増1420号）161頁（2011）。

Xが6分の1の共有持分権を有することを確認する」というものであった。

この請求の趣旨は、文言だけを形式的に読めば、権利能力なき社団たるXが本件建物に共有持分権を有することの確認を求めているものであるということになる。ところが、権利能力なき社団は権利義務の帰属点となることはできないというのは確定的な判例であり、最判昭和55年2月8日集民129号173頁も、権利能力なき社団は、当該団体の資産たる不動産について自らが所有権を有することの確認を求める旨の訴訟を提起することはできないとしたことは前述のとおりである。

したがって、Xが記載した請求の趣旨を形式的に捉えれば、Xの訴えは、判例変更でもない限り、法的に成立し得ないことの確認を求めているものであり、退けられるべきことは明らかである。

(2) しかし、Xの訴状には、請求の趣旨を基礎付ける請求原因事実として、Xが権利能力なき社団であることやXが本件建物について共有持分権を有することが記載されていたはずである。

そして、Xが訴状の段階で権利能力なき社団であることを自認していたのであれば、「権利能力なき社団は権利義務の帰属点になることはできない」という前提を看過して本件訴えを提起したとは考えがたい。本件については、第一審の時点からXに訴訟代理人弁護士が就任しており、この点を看過して訴えを提起したとはますます考えがたい。

ここに、Xの真意は、X自身が共有持分権を有することを確認しようとしているのではなく、Xの構成員全員が本件建物について総有権たる共有持分権を有することを確認しようとしているのではないか、という疑問を持つ契機が生ずることになると思われる。

抽象的には、Xが昭和55年最判等の判例変更を求めていた可能性も考えられるが、X及びYの間では、Xが所有権の主体たりうるかという点について問題とされたことはなかったというのであるから、

本件ではこのような可能性もなかったことは明白である。

いずれにせよ、Xの真意を確かめるためには、裁判所は、Xに対し、本件の訴えはXが本件建物について共有持分権を有することの確認を求める趣旨のものなのか、そうではなく、Xの構成員全員が本件建物について総有権を有することの確認を求める趣旨のものなのか、という発問をすればそれで足りたといえる。この意味では、原審に消極的釈明義務違反があったことは明らかであるといえる。

(3) このように考えてくると、そもそも、何故原審がこのような——極めてシンプル、かつ、釈明をすることにより審理が著しく遅延する等の影響もないと考えられるような——釈明をしなかったのか、という疑問が生ずる。この疑問を解消するヒントは、原判決が「却下」ではなく「棄却」という結論を採用した理由を述べる部分にあると考えられる。

原判決は、「却下」ではなく「棄却」としたのは、「本訴の提起は、その請求が棄却されても、本件建物について被控訴人（筆者注：X）の構成員が有する総有権を処分したのと同じ結果を招くことにはならず、総有権についての処分行為と同視し得るものではない以上、本訴の提起及びその追行につき被控訴人の構成員全員の同意又はこれに準ずる特別の授權が必要であるとまでは解されない」ためであるとする。

この理由を述べる部分からは、仮にXの訴えを「棄却」したとしても、Xの構成員全員に判決の効力が及ぶことはないから、新たに「本件建物の共有持分権がXの構成員全員の総有であることを確認する」という旨の再訴を行うことは妨げられず、Xの構成員全員の利益を害することはない、ゆえに、控訴審の時点であえて釈明権を行使するまでもない、という思考過程を読み取ることができる。

確かに、本件訴えについて請求棄却の本案判決をしたとしても、既判力が生ずる範囲は、「XのYに対する本件建物の共有持分権の不存在」であり、

「本件建物の共有持分権がXの構成員全員の総有であるか否か」について生じるわけではないから、その旨の確認を求める新たな訴えを提起しても、後訴裁判所としては、前訴の既判力に何ら拘束されないといえよう。

しかし、このように、いかに理論的には再訴は妨げられないといっても、本件の事実認定上の争点である本件合意の有無について——当然、再訴においてもこの点が主要な争点となることは明らかである——原審としても踏み込んで判断をするのであれば、紛争の一回的解決という観点からすれば、やはり、釈明権を行使して、請求の趣旨を是正させる等の措置を促すべきであったと言えよう。すなわち、「釈明権を行使せずに棄却してもX（の構成員）は再訴が提起できるから、何ら不利益も生じない」というのは、原審が釈明権を行使しないことを何ら正当化させるものではないと考えられる。

また、原判決は、紛争の実態を踏まえ、最終的にYに訴訟費用を全額負担させている。いわば「結論の妥当性」を維持するための（苦肉の）策であるとも思われるが、仮にXが新たに提起した再訴においてYが敗訴した場合（第一審、原審とも本件合意の存在を肯定しているため、再訴においてもそのような結論となる蓋然性が高い）、敗訴者であるYが訴訟費用を負担することになるのであり（民事訴訟法61条）、Yは、実質的には同一の訴訟において訴訟費用の二重負担を強いられることとなるとも考えられる。Yにとっても、Xに再訴を許す途を残す請求棄却の本案判決をされることは、このような訴訟費用の二重負担のおそれもあるうえに、同様の争点を有する訴訟に再び応訴しなければならないことを意味するのであり、原審の適切な釈明権行使は、XのみならずYにとっても有益なものとなった可能性が高いと言える。このような観点からも、原審は釈明権を行使すべきであったという結論が支持されるように思われる。

(4) さらに一步踏み込んで検討すると、裁判所が、

Xに対し、本件の訴えはXが本件建物について共有持分権を有することの確認を求める趣旨のものなのか、そうではなく、Xの構成員全員が本件建物について総有権たる共有持分権を有することの確認を求める趣旨のものなのか、という発問をしたに対し、Xが後者の趣旨であると回答した場合はどうか。Xが自発的に請求の趣旨を変更すればそれで足りるが、Xが後者の回答にとどまり、請求の趣旨の変更まで行わなかった場合、裁判所は、Xに対し、請求の趣旨を変更することを示唆ないし促すべきか、という問題が生ずる。

本判決は、「本件請求が上記趣旨（筆者注：本件建物の共有持分権がXの構成員全員に総有的に帰属することの確認を求める趣旨）に出るものであるか否か」を確認するために釈明権を行使すべきであると述べるにとどまり、請求の趣旨の変更を示唆ないし促すべきかどうかまでは明言していない。

この点については、2つの観点から検討できる。

第一は、当初のXの請求の趣旨であっても、裁判所は「本件建物の共有持分権はXの構成員全員に総有的に帰属することを確認する」旨の主文を掲げた判決ができるから、請求の趣旨の変更までは示唆ないし促す必要はない（そこまでの釈明義務はない）という観点である。

しかし、これは、処分権主義との関係で問題がなか、という疑問が当然に生じる。

XのみならずYも、準備書面や弁論調書等により、Xが所有権の主体たり得ないこと、Xが求めているのは、本件建物の共有持分権がXの構成員全員に総有的に帰属することの確認であるという点で共通の理解が成立しているのであれば、処分権主義の趣旨に照らし、上記のような主文の判決をすることに問題はない（訴えの変更までは必ずしも要しない）と考えることもできるかもしれない。しかし、少なくとも請求の趣旨を形式的に捉えればXの請求は法的に成り立ち得ないものであるため、訴えの変更をせずに判決をすることを可とする結論には相当

の違和感を覚える。原審がこのような結論を採らずに棄却したのは、処分権主義との関係で問題があると考えたからであろう。⁽²⁶⁾

第二は、このことを前提として、事実審としては、Xの真意を確かめることのみならず、明らかにになったXの真意に沿った適切な請求の趣旨への変更を示唆ないし促すべきであったのではないかという観点である。

本判決は、ここまでは明言していないという点で、表面的には消極的釈明義務違反の一事例であるといえようが、本件の事案のもとでは、消極的釈明義務のみならず、裁判所が請求の趣旨の変更を示唆ないし促すべき義務まであったと考える場合、原審には積極的釈明義務があったと考えることになる。

上記のとおり、Xの当初の請求の趣旨では「本件建物はXの構成員全員に総有的に帰属することを確認する」旨の主文を掲げた判決をなすことは、処分権主義との絡みもあり、困難と思われる。

従前の判例の流れを踏まえても、Xの真意が明らかになった場合には、それでよしとするのではなく、さらに進んで適切な申立てを示唆することも否定されない。仮にXが裁判所からの示唆に対しても当初の請求の趣旨を変更しないのであれば、裁判所はXの請求を棄却すればそれで足りるのであり、当然ながら、釈明権不行使の問題は生じない。

また、中野教授が提唱されるファクターに照らしてみても、Xが適切な請求の趣旨に変更すれば、上記のような処分権主義の問題は生じないから、裁判所は本件合意の存在を前提とした判決をなすことが

できるし（勝敗転換の蓋然性）、再度、Xが同様の訴訟を提起し、Yがこれに应诉する必要もない（紛争の一回的解決と再訴の防止）。また、XもYも専ら本件合意の存否について主張・立証を展開してきたのであり、裁判所はその主張・立証に基づいて判決をなすに過ぎないのであるから、当事者（特にY）の公平を著しく害するともいえないであろう。

このようにみると、本件において原審が積極的釈明を行うことに何らの障害はなかったと考えられるところ、本判決は、Xの真意を確かめた上で、真意に沿った請求の趣旨への変更を示唆ないし促すべきであったという積極的釈明義務違反があるという判断をも含意していると解される。⁽²⁷⁾この意味で、本判決は、「最高裁が事実審の積極的釈明義務違反を認めた一事例」として位置付けられるといえよう。

以上

(26) 原審は、本件建物の権利関係について第一審判決を補正して引用しつつ、Xを含む3町内会の構成員全員に総有的に帰属するものであることは明らかであるとし、また、Xが本件訴えを提起するに至った事情をも踏まえ、請求は棄却するけれども、訴訟費用はその全てをYに負担させている。原審がこのような迂遠な方法を採用したのは、事案としてはXを勝たせるべきであるけれども、処分権主義との関係でX認容の判決は書けないと判断したためであると思われる。翻って第一審は、Xの当初の請求の趣旨と同じ主文を掲げているから、処分権主義との関係でも問題ないと考えていた可能性もある（ただし、そもそもそのような問題意識に至っていたかは、第一審の判決文からは定かではない。）。

(27) 本判決を積極的釈明義務違反の事例であると整理する論稿として、加藤・前掲注(3)86頁、濱崎・前掲注(3)122頁がある。他方、本判決について消極的釈明義務違反を述べたものとしつつ、積極的釈明にあたるとしても、中野説に従えば、いずれにせよ釈明権の不行使が違法となる事案であったと指摘するものとして、宮川・前掲注(3)161頁以下。