

琉球大学学術リポジトリ

弁論の枠内で出される判例としての研究法：
家族法の判例等を素材として

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-10-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 新垣, 進, Arakaki, Susumu メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/2166

研究ノート

弁論の枠内で出される判例としての研究法

— 家族法の判例等を素材として —

目次

- 一、本稿の執筆契機と課題
- 二、基本的事実適正化目的の釈明等の可否
- 三、傍論による婚姻予約不履行論の価値
- 四、仮託的法理による弁論と判決の評釈
- 五、不適切な弁論と相対的勝訴判決と評釈
- 六、法律家用語の弁論と判決の独善危険性
- 七、判例研究の際の立法論展開の必要性
- 八、判例法の発展に不可欠な裁判批判

新垣
進

一、本稿の執筆契機と課題

本稿執筆を思い立ったのは、筆者が一九八八年に琉球大学の開設二年目の法学研究科において家族法講義を始め、有斐閣「家族法判例百選第四版(以下「教科書」と略する)等」を教材に使い、通年で毎週一回、報告担当の院生に課題類似の教件づつを順次レポートさせ、院生同志の討論の後に、筆者が各判例とその解説をめぐるコメントを積み重ねる過程で、家族法の初心者である私にしては予想外に、判例の法理を否定または批判することがたびたびあったからである。

事案に適切に対応していない論理が展開されている判決について、筆者は一瞬担当裁判官の着眼点がズレているせいだと思った。しかし、冷静に考えてみると、当事者弁論主義が比較的貫徹されるはずの民事裁判において、裁判官が当事者の主張しない事実を判決理由として採用するわけにゆかないし、判決は弁論の中からベターだと考えられた法理を選択することがほとんどであろうから、事案に対し筋違いの論理の判決が生まれた責任は、法理として主張した弁護士にあると思ひ直した。

筆者は、判例研究やその方法論の論議に参加したことがないだけでなく、その方法論の勉強をした経験も少ないから、先学が判例法理生成における当事者主義構造上の制約の存在を指摘済みかどうかも知らないし、判例の具体的な研究においてそれについて論及した論文を読んだ記憶もない。

考えてみれば至極当然の立論なはずであるが、このような重要な課題に筆者が二五年の研究生活で見聞してないことからして、もしかしたら本稿が初めてそれを指摘しているのかも知れないし、たえそうでなくても、本稿がその立論を前提に方法論を展開する意義をもっていると思えるので、序論的問題提起にとどまってもいいと考えて、執筆することにした。

本稿が展開したい研究課題の帰属する専門領域は、家族法を中心とした民法学に限らず、民事訴訟法学の分野にもかかわっている。ところが筆者も訴訟法学とくに新訴訟物理論の知識が少なく、司法修習の経験もないから、民事裁判の実務研修において、基本的要件事実適正化のための釈明権行使範囲の指導の実情を知らない。そこで当事者主義を徹底すれば、判決結果を左右する当事者の主張を誘導させないように釈明の限界を指導すると思われる。しかし、上訴審で「審理不尽」として差し戻されないように、新訴訟物理論に基づいて、訴訟物としての事件に裁判官が自由な理論構成するに必要な事実関係の釈明を指導すると、実際の法廷では、弁護士が釈明された事項から裁判官の法理論構成を察知できる場合も増え、当事者主義の後退になってゆくと思われる。

本稿は、もし抽象的な判例研究方法論に終始するなら、「具体的論証なしに無責任な論述をしている」と批判されかねないし、筆者も抽象論が不得手であるから、前記教科書の中から適当な判例を題材に論述したい。とは言っても、本稿は具体的な判例研究でないから、論旨を展開する上で必要かつ十分な範囲で判例を扱うことにする。したがって個々の引用判例を詳しく検討したい読者は、各自で補充して欲しい。

ところで本稿がなぜ家族法判例を主な素材とし、筆者の専門の財産法を中心にしなかったかという点、前述のとおり本稿執筆の経緯にもよるが、家族法の方が研究者の人生観や比較法研究成果等を強く反映し、立法論のみならず、解釈論まで百花繚乱と思えるほど大胆な主張があって、変動期の民衆意識の流れに漂う発展途上の学問のように思われ、初心者である筆者までが発言したくなる課題が多いからである。また、本稿が引用する判例の中に、筋違いな弁論に陥らされやすい事案も多くあり、法解釈者の論理構成力を発揮し甲斐のある領域だと思われたからでもある。

二、基本的事実適正化目的の釈明等の可否

筆者は、一九六五年春に修士課程を終了し、アルバイト的に勤めていた弁護士事務所で、控訴準備中の一審判決について意見を求められたことがある。事件は電力会社（いや当時の沖繩に米国管理下の電力公社があり、正確に言えばそこから電気を卸してもらって各家庭へ供給する「配電会社」と呼ばれていた被告）の高圧線の下で建築工事中の大工が感電死した事故について、第一審判決が電力会社に損害賠償を命じていた。ところが判決文に電力会社の不法行為の成立要件としての過失が認定されておらず、どのような注意義務違反であるのか示されていないかった。

電力会社の高圧送電線は、どこでもむき出しの裸線が張られているはずであるが、それ自体が過失だということもりなのか。そうとは言えないなら、建築工事をする側から通知しないと電力会社は知らないままであったりするし、むしろ工事をする建築屋の方で安全柵を作る義務があったのではなからうか。とにかくなされるべき事実認定が欠落したままの判決であったと記憶している。

一審敗訴後に電力会社から相談を受け筆者に意見を求めた弁護士は、きっと控訴審で勝訴したと思う。しかし、筆者がその弁護士事務所を二カ月で辞め、裁判所書記官に採用されたので、その結末がどうなったか知らない。

その裁判の一審における弁論が不充分であったと思われるが、判決結果を左右するような「過失の主張」についての釈明を控えざるをえなかったにしても、過失の存在を推定する挙証責任転換の規定がない以上、電力会社の賠償責任は否定するしかなかったはずである。

当事者主義を徹底すると、権利救済を求める主張と立証の責任を負うべき要件事実については、原告が不適切な主張をしていても、裁判官が原告を勝訴に導くような論点は正目的の釈明をすべきでない。そうだとすると、

訴訟指揮としての基本的事実に関する釈明は、争点明確化のための当事者双方の相手方主張に対する認否、事実認定のための挙証責任を果すべきことの催促、裁判官の法理論構成と心証形成を前提とした立証の催促に限られ、裁判官がいくら弁論内容をもどかしく思っても、当事者弁論主義を基調とする民事訴訟において、判決の結果を左右するようなやり方は控えるべきであろう。その点で刑事訴訟が実在した犯罪を検察官の不手際から無罪にさせないための訴因変更命令もあるとは異なる。

それなら不適切な弁論だとする裁判官の認識を傍論に表現していいであろうか。裁判官は判決の結論と関係ない傍論を展開する義務はない。それでは権利として傍論を書くことに制約がないか。争う余地がないところの最終審判決なら、傍論が無制約でいいと思うが、上訴審での攻撃防御方法を当事者に教えることになるような傍論は、当事者主義に反することになるのではないだろうか。

民事裁判の実務研修において、要件事実を中心とする事実認定を前提とした簡明な判決書きを指導することは、非法律家にも理解しやすい裁判を追求する努力でもあろうが、民事訴訟の当事者主義的構造を守らせる側面もあると思う。

最終審判決の傍論で将来の他の類似事件での攻撃防御方法を教示することになってもいいか、とくに労働事件や借地借家関係のように、当事者双方の立場に互換性のない階級対立構造の場合なら、「特定階級を有利にする傍論だ」と非難されるかと思われる。しかし、次に扱う婚姻予約不履行論を展開した傍論も、内縁の妻側を有利にするという一般的事態に対する批判を聞いたことがないし、どうせ最終審の重要判決例として多数の研究や評釈の対象になるであろうから、弁論の枠を越えて事案に最適の法理を傍論で展開して、裁判官自身が判例研究議の先陣を切るにより、判例法の発展に寄与することになって好ましいことだと考える。

三、傍論による婚姻予約不履行論の価値

大正四年四月一六日大審院連合部判決、すなわち内縁不当破棄の不法行為責任を否定した上で、傍論により「婚姻予約不履行」という理論構成をすれば、損害賠償が認められうる」旨を示唆した判例のことだが、当時としてどのような存在意義があったであろうか。

内容に関する当時の理論水準は、婚姻に準ずる関係として可能な限り法的保護を与えようという「準婚理論」にはほど遠く、むしろ法律婚制度に違反するアウト・ローな存在とされ、自らそのような関係に入った者としては、相手方に不適法な内縁関係の継続を要求する権利もなく、相手方から相当な理由なく破棄されても、「権利侵害」として不法行為責任も追及できないものと考えられ、同判決においても原告敗訴にするしかなかったようである。ところが「内縁の実態・不当破棄に伴う女性側の実損害」などを直視すると、何等かの救済理論を展開せずに放置することが裁判官の良心として忍び難く、あのような傍論を書くことになったものと推察される。

その婚姻予約不履行論は、傍論でしか展開されなかったことからすると、当事者の弁論における主張もなく、婚姻届提出の「予約」が現実に存在したかを審理せず、また、その予約に基づく本契約としての婚姻届提出の申込をして拒絶された事案でもない。不当破棄された「内縁」が実態としてより大きな存在であることから、「婚姻予約」という小さな事実が存在するものとして、情緒的に兼ねさせるような事実認定をしただけだと思われる。かりに婚約の存在が認定できたとしても、婚姻届提出という本契約にあたる事柄は、判決による代替執行（民法四一四条二項但書）では成立させえないし、婚姻届を提出する気になってない相手方の非協力に責任追及できるものでもない。このように婚姻予約不履行論は、理論的には欠陥の多いものであった。

現実の内縁関係が婚約を内包するか検討してみると、内縁カップルへの道義的評価として、支障がなければ婚

婚姻届提出に協力し合うべき関係であると抽象的に言えても、「支障がないはずだから、早くその気になって婚姻届に協力してくれ」と、具体的に要求できる性質の婚姻予約は認定できない。どちらかといえば、「そのうち条件がととのって、当事者双方がその気になれば、婚姻届を出すことになるであろう」といった程度に、せいぜい「その気になる」という随意条件的付款を伴う予約として、民法一三四条によって法的には無効となるような「半道義的婚姻予約」を内包する関係だと思つう。

それでは内縁の不当破棄が不法行為を成立させるか、現代的基準を適用して検討してみる。たしかに「内縁」は、相当の理由もなく愛情が冷え切つて別れたくなつた相手方に、関係の継続を強制できないし、そのような離別に伴う損害の賠償請求もできない（独身者が結婚の約束で内縁に誘つたら別）点で権利性を肯定できないように思つう。ところが内縁の相手が他の異性と親密になつて、内縁の貞操義務違反をした不誠実な破棄に対しては、内縁関係という「利益」を違法なやり方で侵害した場合として、慰謝料の賠償請求が認められるものと考ええる。

「婚姻予約不履行論」という「仮託法理」は、判決の結論に関係のない傍論であつたから、前述の様々な理論的問題点を検討することなく、比較的気軽に宣言されたと思われる。しかし、理論的にみれば八方破れのこの仮託法理が致命的批判を受けなかつた理由は、「内縁」という本来の究極的な基本的事実において、前述のとおり今日的基準によれば不法行為が成立しうる生活利益として、保護されるべき価値があつたからであらう。むしろ「準婚理論」によって内縁が保護される前段階で、その空白の一部を埋め始めた一里塚的仮託理論として、高い評価を受けていたのである。

本稿がこれまで仮託法理と呼んできた婚姻予約は、判決論理構成上の位置からすれば、むしろ「仮託的基本事実」として認定される可能性を示唆されたものであり、「真的基本的事実」である「内縁」に代替させようとし

たものであった。

四、仮託的法理による弁論と判決の評釈

かりに前述の「婚姻予約不履行論」が正しいものとして、それが弁論において主張され、適切な反論や反証がなかったなら、裁判官は原告勝訴の判決を言渡すしかないであろう。このように真の判決理由となるべき法理の方が未成熟の段階で、仮託法理を使って具体的妥当性ある判決の結論に到達する場合もありうる。このような仮託法理判決について、判例評釈者が陰に隠れた本命的「真の判決理由の法理」を正確に把握し、その本命的法理の将来の成熟に寄与できたらいいと思う。というのは、婚姻予約論も理論上の欠陥があったが、その場しのぎの勝訴を目的とする仮託的弁論と、その弁論の枠内で具体的妥当性がありそうな仮託法理を採用した判決に、共通の課題を包含する事案に通用しない非普遍的論理もありうるから、事案に最適な理論構成を判例評釈者が提示し、将来の弁論力量の向上を促進することを通じて、よりよい判例法への発展に貢献できるはずだからである。

例えば次に引用する三つの判例は、結論だけなら賛成できるが、弁論や判決で採用された根拠に納得できないので、指摘しておく。

教科書の四九(以下「教科書」も省略して番号のみで表示する)の判例は、共同親権者の一方が親権の単独行使によって未成年子の株式を担保に供したから無効にしたが、もし共同親権行使によって同様に未成年子の利益が害されたなら、未成年者の保護がはかれないという点。

五四の判例において、母が未成年子をも代理して自身と共に連帯保証等をしたことは、利益相反行為として選任されるべき特別代理人と共同代理していないから無効と判示していることも、特別代理人が母親の意向に逆らえ

ずに共同代理をしたとき、子の利益が守られなくても仕方ないということになる点。

五五の判決において、母親が法定代理人として遺産分割協議で相続分を零にした未成年者はたまたま二人いたから、民法八二六条二項の利益相反行為として無効と判示しているが、もし未成年子が一人きりなら保護されなくなってしまう点、である。私見は次の判例までまとめて後述する。

六一の判例については、結論にも反対であるし、採用された法理論としても、後見人自身も以前または同時にしておれば、被後見人の相続を放棄しても利益相反でないとしている点に、反対しておく。理由は、もし後見人が多額の生前贈与を受けていたり、他の共同相続人の利益をはかるために、被後見人の相続を代理で放棄した場合、不都合な結果になるからである。

そこで以上四つの事案に通用する法理を追求してみる。無能力者保護のための法定代理人は、無能力者の財産管理や法定代理行為において、善良なる管理者の注意義務を負っている。本人が信頼して授権した任意代理における代理権濫用は、本人の授権に基づかない法定代理の場合に比べて自業自得の面があるが、それでも優先的に取引の安全を保護されるべき第三者を書しない範囲で、本人保護がはかられるはずである。まして無防備的存在である無能力者を保護するための法定代理においては、なおさらそうあるべきであり、筆者はむしろ取引の安全より優先的に保護する方が無能力者制度の立法精神に叶うと思っている。

民法八二七条は親権者が自己のためにすると同一の注意義務を負うと明記し、八二八条の親権者の管理計算義務も、八六三条の後見人の場合より緩やかな課し方をした上で、家裁の監督に服さないようになっていいる。その立法趣旨は、親たる者の一般的心情として、「私利私欲のため未成年子の財産権を犠牲にしないでであろう」という親の愛情や徳義心を期待し、むしろ本能的な衝動から子のために尽すはずの親にまで、他人行儀な義務の課し

方をしなかっただけで、八二六条が利益相反行為での親の代理権を制限していることからして、親が故意に未成年子の財産権を犠牲にしないための善管注意義務はあるはずである。例えば五四の親が未成年子と共に他人の債務の物上保証人になった場合、親が「自己のためにすると同一の注意」を払ったから、代理権濫用その他何等の責任もないとすることはできないであろう。

その点では、親権者より厳しく被後見人の財産管理をさせるための諸規定ある（民法八五三・八五五・八五六・八六〇・八六一・八六三・八六六・八七〇・八七一・八七二・八七三等）後見人において、善管注意義務があることは当然である。家裁自身も、選任・解任・監督の権限でそれを補充するほかに、後見監督人を選任してさらに監督を強化することもできるほどである。

それでは代理権行使上の注意義務の規定のない特別代理人が無責任でいかとうと、利益相反する親権者や後見人と対立してでも無能力者を保護するために選任されるのであるから、無能力者が犠牲にならないよう善管注意義務をもって代理するのではなければ、その制度の存在意義が失なわれてしまう。家庭裁判所も慢然と親権者の推薦する者を特別代理人として選任するだけで、無能力者が現実には保護されるか否かについて無関心であっては、無能力者制度の最大の立法趣旨を忘却していると、法的責任を追及されても仕方がないと思う。

こうして検討してみると、法定代理人が無能力者の財産権を犠牲にするような代理行為をすることは、代理権の濫用として無効とされるべきであり、無能力者保護のための無効が取引の安全のための表見代理より優先すべきだと考える。そこでたとえ取引の安全を重視するにしても、その前提としての取引第三者の善意・無過失を容易に認めないよう厳しい調査義務を課すべきであると思う。とにかく「法定代理権濫用の法理」が無能力者保護のため機能する程度に成熟することを期待したい。

五、不適切な弁論と相対的勝訴判決と評釈

本稿が「不適切な弁論」という抽象的用語で表現したい内容は、文字どおりの広い意味より範囲をしぼって、事案に対応した主張を引き出すような釈明をすると、判決結果を左右することになって当事者主義の建前上許されない場合の「筋違いの弁論」のことである。

これまで述べてきた「仮託的法理による弁論」の方も、不適切な弁論と呼べそうであるが、本来のあるべき本命的法理が立法不備か解釈論的未成熟のため、仮託法理に依拠するしかない場合として区別できると思う。

「不適切な弁論」が原告の救済を訴求する権利を裏つける積極要件にあるときは、主張責任を果していない点で原告敗訴となるべきだし、逆に被告が主張すべき状況での消極的要件にあるなら被告敗訴であろう。次に引用す判例の場合は、当事者双方の攻撃防御とも不適切であった弁論の枠内で、主張や立証の責任を果せなかった原告が敗訴した事例であったと思う。

七七の判例は、他の全共同相続人が相続放棄したために単独相続人となった者が、被相続人の土地の担保と名義を生存中に無断で使った借金をさらに借り換えるため、再度無断でその土地の売却に必要な書類を作り仲介人に交付したところ、仲介人が約束を逸脱して担保土地を売却したことについて、土地の所有者であった被相続人の代理権授与行為の不存在を理由に無効を主張した事案であった。同事件への最高裁の判決は、当事者間の相対的正義を確保する訴訟の第一次的目的から、土地の譲受人や転得者の取引の安全をはかることを優先して、書類の作成・交付をした単独相続人の禁反言的な信義則違背の主張を認めなかった。

しかし、もし同事件の他の共同相続人が相続人が相続放棄していなかったら、被相続人の無権代理人であった一相続人のさらに無権代理人にあたる仲介人は、たとえ民法一一〇条の表見代理が成立するにしても、被相続人

の土地について無権代理人であった相続人との関係に限られ、その相続人の相続分以上の土地売却が有効となる余地がありなかつたはずである。とにかく書類を作成交付した相続人やそれを受け取った仲介人が被相続人の表見代理人となりうる事情がなかつたし、被相続人や他の共同相続人が本人としての無権代理行為の追認(民法一一三条一項)をしてないから、彼等が追認拒絶の意思表示をするまでもなく、他の共同相続人の相続分について土地売却は有効でありなかつたはずである。結局は、他の共同相続人全員が相続放棄する場合のみ通用するように見える論理に、欠陥があるはずである。

その問題点を説明するために、次の二つの事例も考慮してみる。

七八の判例を単純化して述べると、無権代理人とその本人とを順次相続した人は、両人の人格を承継融合した単一人格者と把握され、承継前の各人の権利義務が単一人格者として矛盾しないような整理統合をして、とくに第三者の取引の安全のために責任を果す目的に相反する権能等を切り捨てるようである。もっとも同判決においては、本人の追認の存在が認定されていたために、どっちみち結論が変わることはないと思われるわけだが、どうやら家督相続の時代からの単独相続的発想を受け継いでいるらしい。

八二の判例は、妻が書類を偽造して夫の不動産を自分の債務の代物弁済に供した後に死亡し、夫と子供四名が共同相続した事例で、第一審と原審の判決の方は、妻の人格を夫だけに融合させて、妻の責任を共同相続したはずの子供達は無資力のため無視され、夫を単独相続人のように扱った上で、妻の無権代理行為の本人としての夫の追認拒絶権を否定していた。それについて最高裁大法廷判決の方は、共同相続の場合にも通用する「人格併存説」を採用し、相続人としての夫にも追認拒絶権を肯定した上で、その拒絶によって生ずる故妻の履行または損害賠償の義務(民法一一七条一項)の共同相続を認めることになる。各共同相続人の資力の有無は被相続人の債

務の承継に影響する理由がないし、最高裁が採用した人格併存説の方が個人主義的な現代相続制度に適合し、七の判例のような「人格融合説」は単独相続の事例においても過去の判例理論になったと思われる。

次に引用する判例は、原告の弁論が全面的に不適切であったと断言できないが、オール・オア・ナッシングの判決しか出せないような争い方が敗訴の伏線となったような気がする。

八五の「ゴルフ会員権の相続性」等が問題になった事件は、ゴルフクラブの理事の措置への反対運動煽動が会則上除名事由にあたるとして正会員使用権契約を解除通告された者が、除名処分を違法無効だと主張して正会員の地位の確認と施設使用認容の給付を訴求した事案である。一審判決は請求を認めたが、二審判決がそれを取消し請求を棄却した。上告人が上告審係属中に死亡したところ、最高裁は職権調査の結果として、同クラブ運営規則に会員死亡の資格喪失規定があることを根拠に、同クラブ会員の地位の一身専属性を認めて相続性を否定し、会員死亡時に訴訟が終了したという判決を下した。

その結果除名事由規定を理由とした処分の有効性の判断が回避された。「会員死亡の資格喪失」がクラブ運営規則制定者の専権的に有効とされたことから、除名事由規定の方も同様に有効とされるものと推測されうる。その規則の付合契約的性質から不合理条項の信義則による是正の要否を検討しないことも問題であるが、除名事由規定の解釈・運用までも制定者の専権と判示するようでは、正義実現という裁判所の存在意義をこのような事例においては放棄することになってしまう。

一審以来の原告の主張の仕方として、正会員施設使用権に固執せずに予備的にでも、会員資格適合者への会員権譲渡性や、預託金償還請求権だけでも主張していたなら、会員資格の死亡時喪失や除名事由の規定の趣旨が目的論的に解釈され、会員資格諸権能の一括喪失的判決は回避でき、「死亡した会員が資格を保有し続けられない」

ことは当然のこととし、「だから相続がありえない」のではなく、正に「それだから相続させる必要があるのだ」という判決もありえたと思う。もっとも最高裁が職権調査だけで訴訟を終了させて、当事者に相続性の弁論をさせてない点だけでも先例価値に疑問があるが、税務処理上もプレミアム付きのゴルフ会員権の財産権性を否定できないようだし、会員権を全面無償喪失させたらクラブ側にそれ相応の不当利得を残存させる状況で、会員権の性質論からでなく、もっぱら運営規則の規定の仕方だけで、無条件喪失と判決を下したことに問題があり、当事者の弁論の仕方や担当する裁判官の解釈姿勢によっては、逆の結論もありえたと思う。

六、法律家用語の弁論・判決の独善危険性

わが国において「不適切な弁論」の生まれる原因を考えると、陪審制を採用しないわが国の弁論は、非法律家に興味と心情の両面で理解させようとする努力もせずに、法律家同志しか通用しない専門的な用語や言いまわしに安住し過ぎて、当らうとも遠からうといった程度の抽象的用語の概念を正確に限定することも忘れ、弁論の場で無釈明のまま相互に通用させ合ったりして、そのまま判決までが法律家的表現に有項点になっているように感ずることもある。筆者も専門柄馴染んでいる方であるから、法律家的表現のすべてを「不適切」だと言う気はないが、多少ピンボケ的な専門用語によるやり取りの積み重ねの結果として、論理の内容が不正確な方向に流れることもあるわけである。例えば本稿が前に分析した「婚姻予約不履行論」も、法律家同志が安易に通用させてきたような気もする。

法制度の「よらしむべし、知らしむべし」という民主化の方向としても、また国民から信頼される法曹となるためにも、非法律家をも納得させるような弁論や判決文にする努力が期待されている。

一二の「離婚後の婚氏使用と婚姻前の氏への変更」の事件の決定は、離婚慰謝料清算のため夫婦共有マンション売却の都合上婚氏届（民法七七六条二項）をし婚氏を二年五月ほど使用した女性が、実父の希望を受けて婚姻前の氏へ変更してから実家に戻ろうとした事案において、戸籍法一〇七条一項の氏変更許可基準としての「やむを得ない事由」を多少緩和して、結局は氏の変更を認めているものの、先例の基準としての用語や表現を踏襲し、婚氏を続用していた事実を「長期的展望に立った確な判断を誤り」と評価しながら、原審が氏の変更申立を恣意的だとして許さなかった点で、相当期間内の冷静な判断によるもので恣意的でなく、変更しても社会的弊害を及ぼさない旨の逆の判断を下した。

「離婚後の氏の選択は、的確な長期的展望に立って、なるべく一挙的な判断によるべきである」という論理を前提とする背景には、「忙しい裁判所を煩わしてまで、戸籍や氏を変更しようとするだけの事由があるのか」という詰問をする姿勢が裁判所にあつて、離婚慰謝料清算目的の共有マンション売却の都合等でも、裁判所から見ると「長期的展望を欠いた不的確な判断」にしかならないようである。このような裁判所の論理や姿勢は、国民の幸福追求に奉仕する民主的な裁判所というよりも、権力にとっての都合や便宜を優先する独善的な印象を国民に与えると思う。司法機関の合理化の傾向も、その点から反省すべきである。

多忙な裁判官の判決書きの要領として、「同じ問題を何度考え直しても同一の結論となるはずだ」という発想を前提に、先例と同一処理をすればいいという「思考経済」という便法が法律家間で公認されている。筆者もその処理方法に反対するつもりはない。しかし、「思考経済」という法律家用語の虜になり過ぎて、同一処理をしてもいいような共通性のある事案であるか否かについて、実質論的な検討まで思考経済して省略することがないように、警鐘を鳴らしたい気がする。

例えば、一五の判例の有資配偶者の離婚請求認容の一要件として「苛酷条項」、すなわち妾へ移った夫の愛情を法的強制によって本妻に戻せないから、愛情のない婚姻を継続させるよりも離婚を認めることにして、本妻の離婚後の生活が苛酷にならない経済状態等にあることを条件とする法理が確立している。その苛酷条項と同じ裁判離婚という程度の思考経済から、一四の精神病離婚の事案にもそのままの論理を展開していることについてである。

それでも一四の事案がたまたま精神病配偶者の実家に余裕があって、裁判所がその実家からの経済支援を見込んだから、すんなり離婚が認められて、問題点が表面化しなかったが、もしそうでなくて離婚後に生活保護を受けるしかない配偶者が苛酷になると判断し、離婚を認めずに精神病配偶者と生涯連れ添わせ面倒をみるよう強制する判決になるとしたら、法制度の機能すべき限度を越えた道德の強制になるから、再検討されるべき問題があると思う。

判例の身分行為意思内容の判断基準について、一の婚姻や四二の縁組のような創設的身分行為をそれらしき実質的關係に入る意思と、離婚や離縁のような解消的身分行為が戸籍の届出をする意思というように、使い分けた解釈をすることによって具体的妥当性を追求したことも、思考経済を繰り返していたのでは到達できなかったと思われる。とくに解消的身分行為にまで実質的意思を要求するような思考経済である場合において……。

逆に創設的身分行為にまで届出意思でいいとする統一が妥当であるかについて、筆者がそれを肯定するだけの確信はないが、一の判例が実質説を採って婚姻意思を否定している解釈において、非法律家の納得し難い論理が展開されていると思われるので、まずその点を検討してみたら、創設的身分行為にも形式的意思説が妥当しうる側面についても、論及することにする。

一の「子に嫡出性を付与するための離婚約定付婚姻」を無効とした判例は、おそらく原告側が離婚約定の条件部分を民法一三二条の不法条件として無効と判断される結果を恐れ、そういう判決が下されると婚姻届が有効となって、子に嫡出性を付与する目的達成後に約束どおり婚姻解消ができなくなるから、「実質的に夫婦らしい婚姻をする意思」がなかったと、実質説に基づいた婚姻無効を主張し、それが判決において認められたのである。

非法律家的常識から同事案を考察すると、下宿先の息子との肉体関係に始まり、その息子の通い婚ながら三度の妊娠中断後の新たな妊娠と出産を励まされ、子として命名させたといった「内縁に近い実質的關係」が先行しただけに、せめて子に嫡出性を与えようとすることは、親として果すべき道義的責務と考えられるから、嫡出子にするための婚姻届と離婚約定の全体として、民法一三二条の不法性が否定されるという解釈論もありうる。

現に同事件で離婚誓約書が作成されたという事実は、当事者が国をたぶらかす虚偽の婚姻届をしようというより、当事者間に生まれた子を嫡出子にするため一時的な婚姻をしようという効果意思があったのであり、この程度の効果意思の身分行為の届出を受理しないための審査制度もなく、「実質的婚姻意思がなかった」という原告の論理も、後に弁護士が主張した法律家的表現であったはずだ。

こうしてかりに担当裁判官が婚姻意思認定の心証形成を示唆したとして、原告側が予備的に、離婚約定の履行または、このような約定付婚姻が当初から継続し難い事由ある場合に該当するとして裁判離婚を訴求をしたなら、被告の母子側は苛酷条項を活用した慰謝料や養育費の請求が認められやすくなる。本件のような事案において、子の福祉を考慮するであろう国民大衆は、離婚誓約が無条件に履行されないことに非難どころか賛成であろう。

創設的身分行為に形式的意思説が通用しそうな局面について考慮してみる。例えば今後増えてくることが予想される事態であるが、外国人が日本で就労する目的で、日本の独り暮らし老人と縁組または婚姻の届出をしようと

する場合に、戸籍吏員が実質的意思説に従って生活実態を伴っているかを審査できないし、出入国管理官や検察官が不法就労目的の虚偽の届出であると疑っても、訴訟を提起する余地もなく、その老人の相続人がその届出を無効だとする裁判を起こすことに期待をしないが、私的自治を基本原則とする民事訴訟の提起を「訴えの利益」ある者にも強制できない。日本人同志の婚姻でさえ単身赴任の通い婚から始まる場合もあるし、成年養子が初めから養親と同居するとは限らないから、外国人との婚姻や縁組について、生活実態を伴っているか審査したり証拠を提出させたりすることもできそうにない。とにかく、創設的身分行為が実質的意思に基づくべきことを徹底する制度がない。また、当初は日本での就労目的の縁組や婚姻をした外国人も、そのうちに日本人が及ばないほどの養親への孝行をしたり、配偶者として姻族の面倒までみたような場合、実質的意思説も有効な身分行為意思を認めるとするなら、例えば未だそれほどの実態がないが将来そうなる可能性を否定できない事案をどういう処理をすべきか……。事実上の夫婦や養親子の関係を国家に干渉されない私生活の自治と届出制との関連をどう理解すべきか。以上の問題提起は虚偽の戸籍の無効性を貫徹する法制度になってないことも共通である。

例えば、他人の子を嫡出子として出生届をした場合でも、その共同相続人または後順位相続人が虚偽の嫡出子届の無効を訴求しない限り、虚偽の親と子の間で意識的に虚偽の戸籍上の親子関係を占有する自治が通用してしまふ。そこで筆者は虚偽の嫡出子が嫡出子として通用し続ける方策を探究したいと思ふ。

三二の事案のように、虚偽の実子届後四〇年間も後継者として自他共に認められてきた者は、その乳幼児期の自己の出生届の虚偽性に何等責任もなく、ときにはその虚偽性について長期間善意であったり、その真実を知らされても有効な打開手段を実行しにくい場合も多いし、この場合の養子縁組への無効行為転換の不能説の根拠である家裁の許可の欠缺も、本人が一五才を超えて以来親子関係に反対するような動きをしてないことで、黙示の

追認で治癒されたものと解して差し支えないと考えられるから、養親子関係を離縁できる戸籍上の親か子以外の者に、親子関係不存在確認や戸籍訂正の訴えを認めないようにすべきであろう。それを達成する方策としては、まず第一に無効な虚偽の嫡出子出生届を養子縁組に転換して有効と解釈することであるが、それが認められないなら、少くとも後順位的立場の推定相続人が「虚偽親子間の身分占有の自治」に介入する訴の利益を否定する立法論を主張したい。さもないと現行法のもとでは、事実上の養子の寄与分が吹っ飛んでしまうなどの不合理な結果となり、非法律家である民衆の常識に反すると考えるからである。

七、判例研究の際の立法論展開の必要性

弁論において裁判官を説得する上で、たとえ実質的な妥当性を論証できる場合でも、条文の文理解釈として逆の結果が出ることもあるし、目的論的解釈によって不合理な文理解釈を克服できたり、信義則等の条理に叶った筋道を展開して是正できることもあるが、立法の不備のためにどうしようもないと痛感させられる事例もある。その場合に弁論も判決も不承不承文理解釈に従っておくしかないであろうが、せめて判例研究として自由に立法論を展開しておかないと、妥当性のない法規が残存し続ける事態に加担することになる。

法律制度の保守的傾向の制約上、法学者の研究業績のほとんどが解釈論で占められ、立法論の方は法解釈のついでに多少言及される程度にとどまる。そのことは立法論が当面の紛争解決に役立たないという功利主義の影響もあると思うが、通説が立法論として反対する規定は、判例・学説上適用範囲を縮小する解釈傾向があるし、改廃の可能性も強くなるはずである。

とにかく実質的妥当性ある立法論であれば、現行法枠内の解釈論から荒唐無稽な論述だと非難すべきでない。

というのは、家族関係の法と民衆意識が目下転換期にあり、わが国の家族法の規定の中に個人尊重等の民主化の視点から再検討されるべき課題が多いからである。

次の判例も法令等の壁と争訟方法の困難さのために請求棄却となった事案である。

非嫡出子住民票統柄記載取消訴訟一審判決（東京地裁平成三年五月二三日言い渡し）は、氏の変更を避けるため内縁関係にとどまる夫婦の子の住民票の記載について、東京都武蔵野市が国示達の住民基本台帳法事務処理要領に基づき、嫡出子の場合と異なり、長女でなく単に「子」と記載したことに対し、その夫婦が市を相手に記載の取消と、その子と共に国家賠償も請求した事案で、国の通達に従った事務処理に職務上の違法や過失を認められないとして、原告らの請求は棄却された。

ところが立法論としては、たとえ国民の大多数が夫婦同姓を喜んで受け入れていても、日本民族が単一だといっただけで、すべてを画一化していい根拠にならないし、多数派の流儀に同調できない思想や信仰の持ち主を異端視して切り捨て、多数派の流儀の強制による少数派の苦痛や損害を考慮しないとすると、多数派の威を借りた独善的加害者でしかない。

筆者の氏も妻に譲ってもらって婚前からの氏で婚姻届を出しているし、同姓か別姓かの選択の自由があっても、同氏を希望したいところであるが、一方だけを強制するのではなく、どちらを原則にするにせよ他方も選べるように法改正して、国際的常識に合致させるべきだと思う。

わが国の認知制度を概観すると、どうも父親の意向の方が重視され過ぎていると思う。母子の方からの強制認知を実現するには、父子関係の存在の立証責任の負担などと、訴訟を断念するほど面倒であるのに、父側から任意認知をしなくなった場合なら、成年に達しているときの子の承諾（民法七八二条）と、胎児のときの母の承諾

（民法七八三条一項）が要件となつていただけで、母子の方が民法七八六条による父子関係不存在を主張できない限り、意に反しても甘受するしかない。

身勝手な父親が長期間未認知状態に放置した後に、未成年子を認知したくなつたら、無条件で認知が許されるのは、片手落ちな制度だと思われる。現行規定の解説として、「真実の父子関係があれば、認知を実現させるのが当然あるべき措置だ」というのなら、民法七八七条但書が「父母の死亡後三年経過しただけで、未成年子の認知請求権までも消滅させている」とことと、どう統一的に説明できるだろうか。「ひどい父親」の認知は子の福祉のためにならないから、家父長的認知制度をやめて、父親からの任意認知でも常に母子側の承諾（子の意思については、縁組のできる一五才から父母の氏へ変更できる成年後一年以内までに、再度表示する機会を保障するなど）を要件とするよう法改正を希望する。母親も含めて、親らしい責務を果さなかつた者が親としての権利主張することを制限し、子の側からの親としての義務等を果させる請求についての制限を廃止すべきだと考える。

三九の判例の認知の訴の出訴期間は、前述のとおり父母死亡後三年内と規定されている。同判例の先例である最高裁判昭和五六年六月二一日判決は、民法七八七条但書が「認知の訴の提起に関し、すべての権利者につき一律平等にその権利の存続期間を制限したものであって、その間に何等の差別を加えたものとは認められない」から、憲法一四条に違反しないとしている。

現代的認知制度において重視されるべきことは、「子の福祉をはかることである」と言えると思われるところ、母の内縁中の懐胎でない限り、父子関係の挙証責任を母子側に負わせながら、「父母の死亡後長期間経過すると、親子関係不存在の立証が困難になってゆく」というアベコベな理由で認知の出訴期間を制限し、実質上その子と共同相続する嫡出子等から後順位相続人までに相続等の利益を与えているのは不合理でないか。ましては認知を

欲するのが未成年子であった場合に、母親が父親の死後三年間認知請求をしないなら、母親が法定代理人として放棄できないはずの権利を事実上放棄した結果にもなり、父母の死亡時という不平等な偶然的起算点を設定した規定は、未成年子にとって差別と言えらると思う。そこで立法論としては、その出訴期間制限を全廃して子の福祉や利益をはかるべきだと考えるが、少くとも未成年子にとって憲法一四條違反にならないように、子が成年に達して三年内を出訴制限期間の満了を停止したらいと思う。

三七の判例のように、母親が法定代理人として認知の訴えを起こす場合も、母親自身が認知に重大な利害関係ある当事者として訴訟に参加し、縁組能力ある未成年者も意向を述べうるよう当事者参加させて、母子側が有効な攻撃防御ができるようにして、認知における子の福祉を増進させるように法改正した方がいと思う。

認知に関して父親の方を保護すべき場合を考えてみると、せいぜい成年女性に誘惑されて父親になった少年くらいで、懐胎させたことによる認知の責任を負わされるのは酷だから、母親だけに責任を取らせていいと思う。

四七の未成年養子縁組への家裁の許可制についての判例は、養親にならうとした者が寺を後継した独身女性であり、縁組は子に寺の跡取りを事実上強制する可能性があるとして、不許可にしている事例である。それにしてもわが国の養子縁組における養親の選択の方式は、未だ家の後継や養親の老後の扶養を確保する目的などの親側に好都合な決め方で、福祉が重視されるべき未成年養子縁組の場合だけでも、子の養育のためより良い親を選択できる制度に改めるべきだと考える。なお、同事例でも事実上の養親子関係継続と成年後縁組する自由がある。

六〇の判例においては、民法八一八条の解釈として、単独親権者である養親が死亡した場合に実親の親権を復活させなかった。それもおそらく「養親が死んでも、養子は養家の跡取りである」という考え方を前提に、「実親の親権を復活させると、養子が養家の相続した遺産を実親のもとへ持って戻る」かと心配してのことであろう。

そうでなければ、養育できる実親のない未成年子だけの養子制度でないわが国において、未成年子のために実親の養育より良いと一般的に言えないところの後見を開始させる合理的根拠がない。

死んだ息子の嫁の方なら、民法七二八条二項の姻族関係終了意思表示や再婚によって、嫁ぎ先の家から自由に離脱できるから、家産を移譲してあった息子が先に死亡すると、家族協定で対処策が明記されていないとき、嫁が財産を相続した後に実家へ戻ったり、他家へ再婚することも起りうる。それに比べると、養子が養親死亡後に養家と縁を切る意思表示の制度はないから、たとえ実親の親権を復活させたとしても、養家の後継ぎをする養子の地位に変わりはないはずである。そこでもし実親が未成年子を養育できる状況にないなら、実親の方で改めて養育のために後見を開始させるようにすればいい。そこで他家との二重の縁組も許されるべきだと考える。

養親の死亡後に養子が養家の後継者としての祭祀等の責務を果すかどうかは、養親による養子の選択と教育等の問題であるが、その点に不安があるなら、養子との間の親子契約で跡取義務を確約するか、その義務を果せなくなつた事態の対策として、養子にさらに縁組をするなりさせ後継者確保を義務づければいいのである。筆者は民法八一八条のままでも、以上のような解釈や運用ができると思つているが、もしそれができないのなら、立法論としてそのような扱いができるように主張したい。

五四や五五などの事例で、法定代理人と利益相反の未成年者のための特別代理人を家裁が選任（民法八一六条・八六〇条）する場合に、家裁は特別代理人が未成年者の利益を守るよう選任監督上の注意義務があると規定されないからといって、親権者や後見人の推薦する「影武者」的人物をも慢然と選任し、監督もせずに放置するとしたら、無能力者保護のための特別代理人選任制度の立法目的が忘却されてはいないだろうか。解釈論次元での適切な運用で済むと思うが、そうでないなら家裁の注意義務等の明文化を主張する。

七一の判例でも家裁の監督責任の問題があったと考える。家裁は相続財産のために選任した管理人の職務上の善管注意義務を担保する監督責任を負うべきことも、明文の規定がなくとも当然だと思いが、管理人の恣意か怠慢によって、たまたま国庫も借地権の存続承継を望まなかった事情も重なり、重要な財産権である借地権と、その上に居住維持のため存続を欲する者達が持つ借家権とが消滅することになった事案である。借家権者達が家裁と管理人に損害賠償責任を追及してないから、裁判で問題になってないようだが、家裁と相続財産管理人の注意義務を明文化しないままでは同借家人のような相続債権者の立場の者達を保護できないならその立法化を望む。

八〇の死亡退職金と八一の生命保険金の請求権の相続性に関する判例で、両者が相続の対象でない」と判示している。たしかに一次的には、判決どおり遺族や指定受取人の扶養のための固有の直接受給権と解していいと思っ
ているが、定年や満期で本人が受給した後に死亡したなら、現存利益が相続財産に合流するし、両請求権とも受給額が特別受益として共同相続人間と相続分に調整されることと、退職金には給与の後払い的性格もあり、保険金では指定受取人が先に死んだり、妻子のような指定に適する家族がない場合もあるから、判旨のように指定受取人がないときだけ相続性を認める扱ひも適切でない。さらに年金の本人が遺族と認められうる妻との駆落ちなどで家を出て、正妻の方が夫の家や家族を守ることもあるし、生計を共にした遺族と認められうる者がいない場合に、支給義務者を免除して利得させるより、相続人の相続を認め、相続人がないときも相続債権者を満足させるために相続財産に帰属させるべきだと思う。これも明文化が必要であるなら二重性質的な規定を主張したい。

次の事案は判例法理運用の次元で解決できると思う。すなわち一五の有資配偶者からの裁判離婚の判例で、角田・林の両判事の意見のような財産分与の付帯認容は、離婚判決後の新規提訴の負担によって事実上放棄させてしまったりする運用より秀れているし、判例法が確立した前述の離婚認容要件としての苛酷条項を活用として、

離婚後に苛酷にならないか否かの要件の中間確認的処理として、苛酷にならないように財産分与や慰謝料の条件をつけたらいいと思う。

八、判例法の発展に不可欠な裁判批判

処理可能な限度を超えた事件数をかかえ懸念に判決を書いた裁判官から、「学者が比較的気楽に判例批判をすることは不愉快だ」という反発もあるだろう。「批判を予想すると判決を速くは書きにくいから、裁判のことは専門家集団である司法機関に無条件で委せて欲しい」とか、「裁判批判から司法権の独立を守りたい」といった見解もあるかも知れない。しかし、司法権の独立とは、内閣や司法内部の権力から個々の裁判官の地位と職務上の独立を守ることが中心であって、権力のない学者やマスコミの言論をうるさがることではない。

理解しやすくするため敢えて大上段にかまえた言い方をすると、「法や国家権力の制度は、人間の幸福追求の条件作りのために存在するのであって、国民を支配服従させるためにあるのではない」というのが民主主義の基本的考え方である。したがって、裁判官が誰にも気兼ねなく迅速に判決書きをする目的から、裁判批判をする学説やマスコミを敵視することは、司法等の権力の都合を優先する専制主義的発想であって、正義の実現によって国民へ奉仕するという民主的裁判の使命とは相反する。

でたらめな裁判批判であれば、論理の優劣が明白であるから、自然淘汰されてゆくし、軽卒な批判なども適切な論争の中で恥ずかしくなって慎むようになるはずである。間違った言論を禁ずるための事前の検閲をせずに、自由な論争を放置するのが言論の自由であり、民主社会の維持発展に不可欠なものだとされている。

法律実務家のこれまでの著作や論文に貴重なものが多かったし、裁判官がこれまで以上に傍論か退官後の著作

でもいいから、書かなくてはられない課題について発表し、法学論争に積極的に参加するように期待する。判例をめぐる論争においても、揚足取りでなく、正義を探究する建設的姿勢で取り組み合うなら、説得力ある鮮やかな論理を展開できると思う。

これまでも裁判に対する批判や運動があったということが、誤判を減らし、冤罪事件の解決を促進し、既存法理のみによる被害者救済の困難であった新領域、すなわち公害・悪徳商法・過労死等について、解決のための新法理を創造する原動力であった。それに比べ裁判所の方は、先輩裁判官等の面子や対応時間節減のため再審開始等に消極的傾向があったように思われる。裁判官が警察の自動車速度レーダー測定への過信から、現場検証も不要だとして有罪判決を下し、被告人が当初の交通切符の僅かの反則金で済むことに我慢せず、真実を証明するため二百万円相当の手間暇をかけた誤判事件なども、国民の刑事裁判を受ける権利の實質的保障の点で警鐘を鳴らした事例であると考ええる。

最近の判例の中で、筆者が裁判批判の必要性を痛感させられた判決について述べる。

那覇地裁沖繩支部平成三年四月二五日判決すなわち「米軍用地小作人訴訟判決」は、戦前の小作地が米軍基地に囲い込まれた事態を、「行使しようと思えばできる権利の上に寝ていた」と言えなかったから、旧製糖会社の所有権を継ぐ被告が主張して中心的争点となっていた「小作権の時効消滅」を認容せず、次に要約するような弁論に登場しない論理によって、小作権が消滅したと判示している。

「沖繩製糖が本件土地を賃借権者に使用収益させる義務は、米軍が布令二〇号によって正式に賃借権を取得して以降、将来に向って確定的に履行不能になったといわざるをえない」とし、「……右の如く不能となった場合には、これにより賃貸借の趣旨が達成されなくなる結果、その不能がいずれの帰責事由によるかを問わず、賃貸

借契約は当然に終了する」という判決を下した。

この判示部分で疑問を感じる表現として、「将来に向けて確定的に履行不能……」とは、米国が基地を永久的に返還しないと事実認定したつもりなのか？、「右の如く不能……」とは、米軍基地化を不可抗力なみに扱ってもらうのか？、「賃貸借の趣旨」を現実的使用収益権能だけに限定し、土地収用等の際に賃借権が無補償で消滅するとも言えるのか？、「帰還事由」の帰属を問わない不能による契約関係終了が日本法の中にありうるのか？、論旨が法律屋的表現駆使に酔って支離滅裂になったと思えるが、本稿で詳細に論及する余裕がない。そこで筆者が指摘したい問題は、軍用地料を所有権者にだけ支払い続け、小作人からの問題提起にも耳を貸さなかった米軍側と、その姿勢を踏襲している日本政府をも、共同被告とすることが事実上困難である日米安保体制にもあるが、同判決が民事訴訟の当事者弁論主義も破り、弁論に出てない論理を新たに裁判官が加えて、さもないと敗訴するような当事者の方を勝訴させたことである。

日本の裁判官全体のやり方でない信じたいところだが、筆者が一九九〇年出版の『沖縄を考える 大田昌秀教授退官記念論文集』で扱った「米軍用地違憲訴訟」と、『沖縄タイムス』紙一九九一年六月二・三日の朝刊に投稿した「嘉手納飛行場所有権確認訴訟」との両判決とも、占領国・復帰後と戦時中の日本政府による超法規的措置について、何等の是正や補償をすることなく、基地の現況を超法規的に追認するものであった。

米軍用地小作人訴訟の判決文中に、「敗戦という国家の異常事態に伴った権利ないし地位を失い、あるいは不利益を被り、しかもそれを回復できないでいるのは、ひとり原告らまたはその先代にとどまらないのであって、それらの者の一部を救済するために、特殊な法創造することが公平・平等の理念に合致するなどということは到底できない。」として、敗戦後の日米安保が現実には小作権を「権利停止」させているという事実のとらえ方を不

公平な特殊法創造として否定している。これらの沖縄の米軍基地訴訟で救済を求めている権利は、本土他府県で適切な解決がなされているものであり、沖縄の場合だけ敗戦のみならず日本政府が米国へ施政権を移譲していたことが解決を遅延させているのに、それを天災被害なみに判断するのは戦争被害の超法規的拡大解釈である。

同じ制定法主義の諸外国に比較してどの程度なのか筆者にはわからないが、「日本の裁判においては、判決の予測ができない」と言われている。それが新訴訟物理論の裁判官への普及の結果そうなったのか、裁判が当事者の攻撃防御への中立的審判から事案の後見的評価へと機能が変質しつつあるせいなのか、筆者の能力や知識で解答を出すことができない。もっと基本的な釈明権行使の限界付けの是非やその根拠についても、先学の御教授を乞いたいところである。

筆者として言えることは、判決の予想がつかないということが法定安定性を損ね、国民が訴訟による権利救済請求を断念する要因になるという危険性である。もっとも提訴件数の減少は、多忙な裁判所の歓迎するところであろうが、その結果としての示談屋等の繁盛が豊かな民主社会の象徴であるはずがない。

裁判批判が手控えられたり手緩かったりすると、沖縄の基地裁判のような判決が全国でもまかり通ることになりかねない。とくに沖縄在住の筆者には、司法権と裁判を監視する必要を痛感される昨今である。