民訴予備令７－３８　肢イ

第１．肢の結論

誤っている

第２．法的観点指摘義務の存否

１．問題の所在

裁判所が，判決において，原告と被告が共に主張しておらず，従前の訴訟経過からは，予測が困難な法律構成である信義則上の義務違反を認定したい。このような場合に，信義則上の義務違反を基礎づける事実が主張されていれば，足りるか。

原告に信義則上の義務違反の点について，主張するか否かを明らかにするように促す措置を取る必要があるか。釈明権（１４９条）を行使しないことに違法性が認められることはあるか。いわゆる法的観点指摘義務の存否が問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

本件のような場合，法的観点指摘義務が生じる。したがって，その措置を取らず，判決をした場合は，釈明権の違法な行使となる。よって，ならないとする，肢は誤っている。

（２）理由

まず，当事者の主張すべき事実は，権利義務の発生変更消滅などを直接，基礎づける主張事実に限られる（弁論主義第１テーゼ)。当事者の負担をへらし，裁判所の自由心証を確保する必要があるからである。本件の場合，信義則上の義務違反を基礎づける事実の主張はあるので，それで判決を行っても，弁論主義に反しない。なお，弁論主義とは，証拠や主張の収集，提出などを当事者の権能とする建前をいう。

信義則上の義務違反などの法律上の主張は，専門的技術的な領域であり，裁判所に委ねるべきである。したがって，裁判所が，自由に判決に取り入れても，裁量の範囲であり，違法の問題は生じないとも思える。

しかし，不当である。仮に，基礎となる事実が主張されていても，予測困難な法的構成をされて判決がなされると当事者にとっては不意打ち感がでる。

判決には，紛争解決を図るため既判力（１１４条）が生じるが，その根拠は手続保障である。不意打ち感のある法的構成がされて，判決を出すことは，当事者の手続保障の観点で問題である。したがって，当事者の利益を図るべく，釈明権の行使を裁判長に認める必要がある。

釈明権は，訴訟の適正のために，認められた権能であるが，不利益が重大な場合は，告知して機会保障を与えて，適正性な行使として適法となる。本件の場合，重大な不利益が生じので，いわゆる法的観点指摘義務があった。したがって，２（１）結論に示す通り，告知しないことは義務に違反している以上，違法であると解する。

以上