

博 士 論 文

米国民事訴訟手続との比較による弁論主義の再考

平成 30 年 3 月

中央大学大学院法学研究科民事法専攻博士課程後期課程

本 間 佳 子

目次

第 1 章	序論.....	1
第 1 章	第 1 研究の目的と端緒.....	1
	1 研究の目的.....	1
	2 研究の端緒.....	2
第 2 章	第 2 研究の結果（要旨）.....	3
第 3 章	第 3 研究の方法.....	4
第 4 章	第 4 本論文の構成.....	6
第 2 章	アドヴァーサリ・システムと弁論主義.....	7
第 1 章	第 1 はじめに.....	7
第 2 章	第 2 アドヴァーサリ・システムとは.....	8
	1 米国におけるアドヴァーサリ・システムの捉え方.....	8
	2 なぜ大陸法の民事訴訟法は糾問主義だと言われるのか.....	11
	3 弁論主義から見たアドヴァーサリ・システム.....	12
	4 アドヴァーサリ・システムと弁論主義の相違.....	13
	5 アドヴァーサリ・システムの正当化根拠.....	16
第 3 章	第 3 英米法とアドヴァーサリ・システム.....	18
第 4 章	第 4 大陸法と英米法の訴訟観の相違.....	19
	1 訴訟観と法の捉え方.....	19
	2 ヨーロッパにおける 2 つの民事訴訟法のルーツとその流れ.....	20
第 5 章	第 5 日本法への示唆.....	22
	1 民事訴訟の目的論.....	22
	2 訴訟の審理構造と審理の原則.....	23
	3 弁論主義の意義と制度趣旨.....	29
	4 弁論主義の根拠.....	29
第 6 章	第 6 小括.....	31
第 3 章	民事訴訟の事実解明構造—米国連邦民事訴訟規則を手掛かりに—.....	33
第 1 章	第 1 はじめに.....	33
第 2 章	第 2 米国連邦民事訴訟規則（FRCP）の示す構造.....	33
	1 訴訟の開始とプリーディング.....	33
	2 却下ないし棄却の申立て（Motion）.....	37
	3 プリーディング及び申立て等の署名義務と濫用防止—ルール 11.....	37
	4 開示制度（ディスクロージャー及びディスカヴァリ）.....	38

5	トライアル前協議 (Pretrial Conference)	45
6	トライアルを経ない裁判の終了	46
7	トライアルと評決及び判決	48
第3	日米の事実解明構造の比較検討	50
1	米国民事訴訟における事実解明の構造	50
2	日本の民事訴訟における事実解明の構造	53
第4	日本法への示唆	55
1	民事訴訟の事実解明構造	55
2	当事者の証拠収集方法—ディスカヴァリ導入の是非	58
3	証拠偏在類型紛争に特化した開示手続新設の提案	60
4	事案解明義務	65
5	釈明権と釈明義務	67
6	当事者自律・水平型審理構造への移行に必要なこと	69
第5	小括	71
第4章	弁論と主張責任—プリーディング研究を中心に—	74
第1	はじめに	74
第2	米国民事訴訟におけるプリーディングの意義と機能	75
1	プリーディングの意義	75
2	プリーディングの機能	75
第3	英国におけるコモンロー・プリーディングの発達	76
1	英米法民事訴訟の淵源	76
2	コモンロー・プリーディング—訴訟方式 (Forms of Action) の原型	79
3	口頭主義から書面主義へ	80
4	近代英国でのコモンロー・プリーディング	81
5	エクイティ	82
第4	米国におけるプリーディングの変遷	82
1	米国におけるプリーディングの変遷の概要	82
2	訴訟原因 (Cause of Action) を巡る議論	86
3	米国におけるプリーディングの現状	89
第5	日米の主張責任の比較検討	92
1	米国における近現代のプリーディングの変遷についての考察	92
2	現在の日米両制度の共通点	93
3	日本 (大陸法) 民事訴訟と米国民事訴訟との相違点	93
第6	日本法への示唆	96
1	口頭主義と書面主義	96
2	弁論主義第1原則の再評価とその修正	100

3	弁論主義第2原則の再評価とその修正—自白と争点整理.....	101
4	主張自体失当の棄却申立制度 (Motion to Dismiss)	103
5	主張責任の内容と範囲—日本民事訴訟の審理構造の優位性	104
第7	小括.....	106
第5章	争いのある事実の認定—トライアル研究を中心に—	109
第1	はじめに.....	109
第2	米国民事訴訟のトライアル	109
1	トライアルの意義と機能.....	109
2	トライアルにおける手続の流れ.....	110
第3	米国民事訴訟の証拠法.....	112
1	米国証拠法の全体像	112
2	証明に関するルール	112
3	証拠に関するルール	115
第4	陪審制	118
1	陪審の起源と歴史.....	118
2	現代の陪審の機能と職責.....	120
3	陪審員選任手続	121
4	説示.....	122
5	陪審による評決	122
6	陪審による事実認定の特徴と評価	122
第5	裁判官による事実認定—サマリ・ジャッジメントなど.....	123
1	総論.....	123
2	サマリ・ジャッジメント.....	124
3	サマリ・ジャッジメントを巡る議論と判例.....	125
4	法律問題としての判決 (Judgment as a Matter of Law)	127
第6	日米の事実認定方法の比較検討	128
1	米国民事訴訟トライアルの事実認定.....	128
2	米国民事訴訟の立証責任.....	128
3	日本の民事訴訟と米国民事訴訟の異同.....	129
第7	日本法への示唆.....	131
1	陪審制導入の是非.....	131
2	事実認定と法的評価	134
3	証明度	136
4	弁論主義第3原則の再考.....	139
第8	小括.....	140
第6章	米国民事訴訟手続との比較による弁論主義の再考 (結論)	142

第1	はじめに.....	142
第2	民事訴訟の事実解明構造.....	142
1	日米両国の事実解明構造.....	142
2	当事者自律・水平型審理構造への移行に必要なこと.....	144
3	日本民事訴訟の審理構造の優位性.....	144
第3	弁論主義の再考.....	145
1	弁論主義の意義及び根拠.....	145
2	弁論主義の内容.....	147
第4	日本の民事訴訟改善への示唆.....	150
1	当事者の証拠収集方法—ディスカヴァリ導入の是非.....	150
2	証拠偏在類型紛争に特化した開示手続新設の提案.....	150
3	事案解明義務.....	152
4	釈明権と釈明義務.....	152
5	口頭弁論及び弁論準備手続の改善.....	153
6	陪審制導入の是非—価値判断を伴う訴訟への陪審・裁判員制度導入.....	153
第5	結びに.....	155

第1章 序論

第1 研究の目的と端緒

1 研究の目的

民事訴訟は、規範（法）と事実の組み合わせによって、私的権利を実現し、紛争を解決するものである。そして、民事訴訟の重要な部分は、法を適用すべき事実の解明・認定にある¹。本論文のテーマは、この民事訴訟における事実解明構造について考察することである²。

日本及び日本法の母国であるドイツでは、事実審理の原理として弁論主義（*Verhandlungsmaxime*）を採用している。日本の民事訴訟において、弁論主義は、その根拠等に議論があるものの、民事訴訟の審理の原則としてこれを採るべきことはほぼ異論がない³。

しかし、世界の民事訴訟には、大陸法系と英米法系の2大潮流がある。そして、英米法の民事訴訟は、アドヴァーサリ・システム（*Adversary System*）によっている。弁論主義とアドヴァーサリ・システムはどの程度共通しどこが違うのか。この問題を解明する取り組みは、谷口安平名誉教授をはじめとする先行研究が存在するものの、未だ定説を得るに至っていない⁴。

¹ ジェローム・フランク著（古賀正義訳）『裁かれる裁判所（上、下）』5、22頁（弘文堂、1970）、中村英郎『民事訴訟における二つの型』3頁（成文堂、2009）など。

² 日本では、一般に、裁判官による法適用の前提たる事実の確定を「事実認定」と呼び、主に主張立証責任を負わない当事者が事案解明に協力すべき義務を「事案解明義務」と呼んでいる。「事案解明」という言葉は、英語の *fact-finding* 又は *fact-gathering* にびったり対応する日本語ではなく、微妙にニュアンスが違う。本論文では、法適用の対象となる事実を解明し、認定すること、すなわち「*fact-finding*」の意味で「事実の解明」又は「事実の認定」と呼び、民事訴訟における事実の解明及び認定のための審理の構造を「事実解明構造」と呼ぶ。

³ 弁論主義の意義、内容、根拠などを論じたものとして、伊東乾『弁論主義』（学陽書房、1977）、竹下守夫「弁論主義」小山昇他編『演習 民事訴訟法』389頁（青林書院、1987）、谷口安平『口述民事訴訟法』191-223頁（成文堂、1987）、山本克己「弁論主義のための予備的考察」民訴雑誌 39号 170頁（1993）、竹下守夫＝伊藤眞編『注釈民事訴訟法（3）』49頁〔伊藤眞〕（有斐閣、1993）、山本和彦「弁論主義の根拠」判タ 971号 60頁（1998）、畑瑞穂「弁論主義とその周辺に関する覚書」新堂幸司古稀『民事訴訟法理論の新たな構築（下）』71頁（有斐閣、2001）、二羽和彦「弁論主義を考える」法学新報第108巻第9・10号 403頁（2002）、上野泰男「弁論主義」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』ジュリ増刊 132頁、132頁（2009）、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）（第2版補訂版）』404頁（有斐閣、2013）、伊藤眞『民事訴訟法（第5版）』302頁（有斐閣、2016）などがある。

⁴ 1997年開催の民事訴訟法学会国際シンポジウム第1部のテーマは、「民事訴訟における審理の構造」であった。米国、ドイツ、韓国、日本の報告者の報告後、コメント及び討論の場で、池田辰夫教授から弁論主義とアドヴァーサリ・システムをどう考えるのかとの発

また、英米法の民事訴訟は、アドヴァーサリ・システムであるというだけでなく、他の面でも日本の事実解明構造と異なったあり方を採っている。民事訴訟における事実の解明はどのような構造・ルールで行うべきものなのか。弁論主義は絶対なのか、別のあり方を選択する又は修正する余地はないのか。米国民事訴訟制度との対比を通じて、この根本的な疑問に自ら回答を出したいというのが本研究の目的であり、主題である。

2 研究の端緒

筆者がこのような疑問を抱くようになったきっかけは、カンボジア王国に対する法制度整備支援での経験である。日本は、国際協力機構（JICA）のプロジェクトとして、1990年代の終わりから、カンボジアに対する、民法典と民事訴訟法典の起草支援を行った⁵。日本がカンボジアに提案・紹介した民事訴訟法は、ドイツや日本と共通する大陸法系の制度である。世界の先進国が採用した制度として、当事者主義、処分権主義、弁論主義を紹介・解説し、カンボジア側も十分に納得して大陸法系の民事訴訟法の起草を進めることを決定した。ところが、起草作業が進む中で、英米法系の他ドナーの法整備支援との矛盾衝突が起り、筆者は、カンボジアに駐在する日本の専門家として、英米法と大陸法の対決の渦中に身を置くことになった⁶。その論争の中で、カンボジア政府高官（ソク・シパナ商業大臣・当時）から「カンボジアは英米法と大陸法のハイブリッドで行きたい」と言われ、「日本の法制度も、ハイブリッドではないか」と論難された。カンボジアに対する法制度整備支援で、大陸法系の民事訴訟法を導入したことは正しかったのか、大陸法と英米法の違いの本質はどこにあるのか、ハイブリッドは果たして可能なのか—そういった疑問

問があり、米国及びドイツの研究者からははっきりした答えを得られず、谷口安平教授（当時）、吉村徳重教授（当時）、加藤新太郎判事・司法研修所事務局長（当時）が発言しているが、共通の結論を得るに至っていない。小島武司ほか編『1997年民事訴訟法学会国際シンポジウム 民事訴訟法・倒産法の現代的潮流』173-79頁（信山社、1998）。*Yasuhei Taniguchi, Between Verhandlungsmaxime and Adversary System: in Search for Place of Japanese Civil Procedure, Festschrift für K. H. Schwab zum 70.*

Geburststag/herausgegeben von Peter Gottwald, Hanns Prütting, 1990, S.487 ff.

⁵ 日本は、カンボジア政府の要請を受けて、司法省をカウンターパートとして、1999年に民法及び民事訴訟法の起草支援プロジェクトを開始した。民事訴訟法起草に係る日本側の体制は、竹下守夫教授を作業部会長とし、平成8年改正民事訴訟法（日本）の改正作業を行った法制審議会のメンバーがほとんど全員スライドする形でカンボジア民事訴訟法作業部会の委員に就任した。筆者は、日弁連派遣の現地専門家として立法作業の大詰めの時期である2002年2月にプロジェクトに加わった。竹下守夫「カンボディア民訴法典起草支援と法整備支援の今後の課題」法の支配129号6頁（2003）、本間佳子「カンボジアでの立法支援」日本弁護士連合会編『法律家の国際協力 日弁連の国際司法支援活動の実践と展望』66頁（現代人文社、2012）など参照。

⁶ カナダ人専門家が商業省をカウンターパートとして商事裁判所法案の起草を行い、英米法の色彩の強い草案を短期間で完成させてしまった。その他、民法典起草作業中に、アジア開発銀行（ADB）の専門家（米国人）が英米法的な内容の担保取引法草案を短期で完成させ、また、オーストラリア型のトーレンズシステムを導入しようとして土地法の支援をする世界銀行と不動産登記の効力で大きな論争が起きた。また、判例集の編纂を民法典の立法・普及に優先させようという動きとも遭遇した。

に自ら答えられるようにしたいという思いが、この研究に結びついた。

第2 研究の結果（要旨）

弁論主義とアドヴァーサリ・システムとは、いずれも、民事訴訟における事実の解明は当事者が主体的にその材料を提供することによって行うべきであり、裁判所が独自に事実や証拠を探索するのは望ましくないと考える点で共通する。しかし、両原則の間には、質的な相違がある。弁論主義による審理とアドヴァーサリ・システムによる審理の最も大きな違いは、その事実解明構造が裁判官中心の垂直型を基本とする（弁論主義）のか、対抗する当事者中心の水平型構造（アドヴァーサリ・システム）を採るのかという構造的相違であり、また、事実の解明の最終的な権限及び責務を裁判官に担わせるかどうかにある。

さらに、英米法、なかんずく米国の民事訴訟制度は、プリトリアルとトライアルの区別、主張（プリーディング）のあり方と機能、開示制度（ディスクロージャー・ディスカヴァリ）、陪審審理、証拠法、証明度といった大陸法と異なる特徴的な制度を有しており、これら全てがアドヴァーサリ・システムと相俟って、一体となって機能している⁷。

こういった大陸法と英米法の民事訴訟のあり方の相違の根底には、1000年以上の歴史を経て受け継がれてきた、法とは何か、民事訴訟の目的とは何か、といった法哲学的文化的な捉え方の相違が存在する。そして、それぞれの制度の構成要素は、相互に関連しあっているため、簡単に接ぎ木的に移植してハイブリッドできるものではないことに注意を要する⁸。

日本は、ドイツから継受した大陸法系的事实審理構造のもとに弁論主義によって当事者の主体性を尊重するシステムを採っている。昭和23年の民事訴訟法改正について「アメリカ化」と評されることがあるが、事実認定権者である裁判官が釈明権及び当事者及び証人の尋問権を持つことに象徴的に表れているとおり、あくまで大陸法系の審理構造を維持しており、アドヴァーサリ・システムではない。しかし、日本の民事訴訟制度は、昭和23年改正で交互尋問制を取り入れ、さらに、平成8年の民事訴訟法改正によって米国の民事訴訟制度の一部（プリトリアル部分）と実質的にきわめて近い内容を取り入れることに成功し、母法であるドイツ法とは異なる米国型水平構造を一定程度取り入れてきた。

今後の課題として、米国型の水平構造をどこまで取り入れ当事者支配をどこまで追求す

⁷ プリーディング (pleading) は、従来、「訴答」と翻訳されてきたが、訴答という日本語自体現在は使用されなくなっているため、本論文では、「プリーディング」と表記する。トライアル (trial) は、日独民事訴訟の口頭弁論とは異なり、日本の刑事訴訟における公判に類似する手続であるが、本論文では、概念の混乱を避けるために、「トライアル」と表記する。

⁸ 中村英郎博士は、「大陸法系民事訴訟と英米法系民事訴訟の本質的な違いは大きく、それが融合して一つの制度となることは、殆ど不可能と見てよいであろう。」とされた。中村・前掲注1) 73頁。

るかを、訴訟の審理構造についての制度設計の問題として考える必要がある。そして、その志向性を現行法の解釈に反映させるべきである。

また、社会の変化に応じて、IT 技術を導入し、遠隔地当事者や障がいを持つ当事者が主体となる訴訟等において管轄裁判所への物理的な出廷の負担を最小にする工夫、盲聾者・日本語を理解しない当事者を想定したバリアフリー化、証拠偏在型事例において当事者に証拠収集のツールを与えるべきこと等について、英米法民事訴訟を参考に改善を検討する必要がある。さらに、国や国と同視できるような公的主体が一方当事者となる訴訟において、陪審又は裁判員等一般市民の参加を求める制度の導入が検討されるべきである。

さらに、ヨーロッパと米国の研究者及び実務家の間で、「手続法における国際調和」が議論され、2004 年には、UNIDROIT において国際民事訴訟原則（Principles of Transnational Civil Procedure）が採択されている⁹。そういった議論の前提として、大陸法と英米法の民事訴訟における事実解明構造の相違について相互理解が不可欠である。日本が、国際的な議論に主体的に参加しその成果を共有するためにも、本研究が何等かの貢献となることを願っている。

第3 研究の方法

本論文の研究対象は、民事訴訟における事実解明の制度である。日本の弁論主義による事実解明構造をアドヴァーサリ・システムを中心とする米国民事訴訟との対比において再考しようとしたものである。

英米法の代表的国として米国に加えて英国やオーストラリアもあるが、本研究では、米国民事訴訟を中心に検討し、米国の制度を理解するのに必要な部分について英国の制度を研究するに止めた。

米国民事訴訟の事実解明制度の研究は、米国の第一審裁判所における手続の構造を解明することである。米国は第一審裁判所も連邦と州の二重構造になっており、州ごとに手続法も独立している。本研究では、連邦裁判所の手続を中心に研究することとし、連邦民事訴訟規則（Federal Rules of Civil Procedure、以下、「FRCP」と略称する。）及び連邦証拠規則（Federal Rules of Evidence、以下、「FRE」と略称する。）を研究の対象として取り上げた¹⁰。

⁹ ジェフェリー・C・ハザード・ジュニア著（三木浩一訳）「手続法における国際的調和」民訴雑誌 44 号 70 頁（1998）、春日偉知郎『比較民事手続法研究—実効的権利保護のあり方』201 頁（慶応義塾大学出版会、2016）。

¹⁰ 米国の正式引用方法（The Blue Book）によれば、連邦民事訴訟規則は FED.R.CIV.P.、連邦証拠規則は FED. R. EVID. と表記すべきであるが、本論文では、本文及び引用のすべてにおいて、連邦民事訴訟規則は FRCP、連邦証拠規則は FRE と略称することとする。なお、FRCP 本文及び Advisory Committee Notes は、STEPHEN C. YEAZELL & JOANNA C. SCHWARTS, FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE WITH SELECTED STATUTES, CASES, AND OTHER MATERIALS—2017 (2017) に依った。

なお、英米法は、判例法を中心とする法文化であるから、英米法の研究は、通常、判例の研究が中心になる。しかし、日本の判決において事実の認定が比較的丁寧に記載されるのと異なり、民事訴訟における事実認定の過程や理由は、第一審裁判所の判決の中に全く現れない。原則的な形としては、陪審が結論のみを評決し、その結論をシンプルに記載した判決が書記官によって作成登録される（FRCP 58）。したがって、事実認定がどのようになされるかということ判例や判決書からダイレクトに窺い知ることはできず、本研究において、判例の研究は限られたものになっている。

米国民事訴訟の現在の実際の姿をより正確にとらえ、米国法律家による見方を知るために、筆者は、2015年9月に、カール・F・グッドマン教授を米国に訪ね、教えを受けた¹¹。また、その際、マサチューセッツ州バークシア郡の事実審裁判所（Berkshire County Superior Court）及びワシントン D.C.の事実審裁判所（District of Columbia Superior Court）において法廷傍聴を行った。そして、米国法科大学院で教科書として使われている体系書及び解説書から、米国における通説的な理解を研究に反映させるようにした¹²。また、米国及び日本における先行研究をできるだけ網羅的に検討するとともに、日本語に翻訳されている英国法制史及びヨーロッパ法制史を手掛かりにした¹³。

¹¹ Carl F. Goodman。米国法律事務所 Johns, Day のパートナー弁護士、広島大学教授等を経て、現在 Georgetown University Law Center において非常勤教授として日米比較法を担当。主著として、JUSTICE AND CIVIL PROCEDURE IN JAPAN (2004)や THE RULE OF LAW IN JAPAN: A COMPARATIVE ANALYSIS (3d ed. 2012) など。

¹² 米国ロースクールの標準的教科書として、JACK H. FRIEDENTHAL, MARY KAY KANE & ARTHUR R. MILLER, CIVIL PROCEDURE (5th ed. 2015); GEOFFREY C. HAZARD, JR., JOHN LEUBSDORF & DEBRA LYN BASSETT, CIVIL PROCEDURE (6th ed. 2011); JOSEPH W. GLANNON, THE GLANNON GUIDE TO CIVIL PROCEDURE (3d ed. 2013); JOSEPH W. GLANNON, CIVIL PROCEDURE (EXAMPLES & EXPLANATIONS) (7th ed. 2013), KENNETH S. BOUN, MCCORMIC ON EVIDENCE (7th ed. 2014); ARTHUR BEST, EVIDENCE (EXAMPLES & EXPLANATIONS) (10th ed. 2017) 他を参照した。

¹³ 米国民事訴訟法の体系書の邦語訳として M・D・グリーン著（小島武司ほか訳）『体系アメリカ民事訴訟法』（学陽書房、1985）、同入門書の邦語訳として、ジェフリー・ハザード・ジュニア＝ミケーレ・タルッフォ著（谷口安平監修、田邊誠訳）『アメリカ民事訴訟法入門』（信山社、1997）、メアリ・K・ケイン（石田裕敏訳）『アメリカ民事訴訟手続』（木鐸社、2003）を参照した。邦語の米国民事訴訟の解説書として、小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』（弘文堂、1996）、モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所『アメリカの民事訴訟（第2版）』（有斐閣、2006）、大村雅彦『比較民事司法研究』（中央大学出版部、2103）、浅香吉幹『アメリカ民事手続法（第2版）』（弘文堂、2014）、溜箭将之『アメリカにおける事実審裁判所の研究』（東京大学出版会、2006）、同『英米民事訴訟法』（東京大学出版会、2016）などを参照した。法制史については、プラクネット著（伊藤正己監修、イギリス法研究会訳）『イギリス法制史 総説篇（上、下）』（東京大学出版会、1959）、F・W・メイトランド著（森泉章監訳）『イングランド法史概説』（学陽書房、1992）、アルトゥール・エンゲルマン著（小野木常＝中野貞一郎編訳）『民事訴訟法概史』（信山社、2007）を参照した。

第4 本論文の構成

第2章において、米国民事訴訟の中核原理であるアドヴァーサリ・システムとは何かを論じ、弁論主義との異同を明らかにする。また、その背景にある訴訟観について論じ、民事訴訟の目的、審理の構造及び審理原則の選択、弁論主義について考察する。

第3章では、米国連邦民事訴訟規則の検討からその事実解明の全体構造を概観し、日本の事実解明構造について考察する¹⁴。

第4章及び第5章では、プリーディングとトライアルという米国民事訴訟の特徴的な制度を取り上げて、その歴史的変遷と現状を詳しく見た上で、関連する日本の制度について検討する。

最終章である第6章では、結論として、米国民事訴訟における事実解明制度との対比において弁論主義を再考し、米国民事訴訟から示唆を得ることのできる日本の民事訴訟への改善の方向性を模索した結果をまとめた。

¹⁴ 第3章は、本間佳子「民事訴訟における事実解明—アドヴァーサリ・システムとの比較を手掛かりに一」中央大学大学院研究年報 46 巻 107 頁（2017）をもとにした。

第2章 アドヴァーサリ・システムと弁論主義

第1 はじめに

米国民事訴訟の審理の基本原理は、アドヴァーサリ・システム (Adversary System) である。その日本語訳は当事者対抗主義、論争主義又は単に当事者主義とされ、アドヴァーサリ・システムの対立概念は、糾問主義 (Inquisitorial System) であるとされる。

これに対して、日本の民事訴訟手続は、ドイツ法を継受し、弁論主義 (Verhandlungsmaxime) を採用している。弁論主義とは、判決の基礎をなす事実の確定に必要な資料の提出 (事実の主張、証拠の申出) を当事者の権能及び責任とする建前である¹⁵。弁論主義は、処分権主義と合わせて当事者主義の原理であり、その対立概念は職権主義であるとされる。すなわち、日本・ドイツにおける現在の民事訴訟手続の事実の審理は、基本的に職権主義ないし糾問主義ではなく当事者主義をとっており、その点で英米のシステムと共通しているというのが、日本の研究者及び実務家が自認するところである。

ところが、米国の研究者は、ドイツ・日本の民事訴訟手続は糾問主義であって、当事者 (対抗) 主義ではないと論じ、米国の法科大学院等で使われる教科書でも、アドヴァーサリ・システムと対立する概念として糾問主義を挙げ、ヨーロッパを中心とする大陸法・シビルローの民事訴訟は現在でも基本的に糾問主義であると説明されている¹⁶。そして、糾問的 (inquisitorial) の反対概念はあくまで当事者対抗的 (adversarial) であり、大陸法でいう職権主義の反対概念としての弁論主義ないし当事者主義を示す英語は存在しない¹⁷。

この状況は、糾問主義・職権主義とその対立概念としての当事者主義は、英米と日独とで異なった意味を持って認識されていることを示す。英米の研究者が大陸法のシステムを理解していないということではなく、英米法のアドヴァーサリ・システムと大陸法の弁論主義ないし当事者主義とが似て非なるものだということを示していると思われる¹⁸。

なお、アドヴァーサリ・システムは、現在の英米法訴訟の中心的な原理であるが、英米法民事訴訟の伝統からくる制度とアドヴァーサリ・システムゆえの制度とは必ずしも同一

¹⁵ 高橋・前掲注 3) 404 頁。弁論主義の定義には議論があるが、ここでは広く受け容れられた定義を使用することとする。

¹⁶ 吉村徳重『比較民事手続法』39 頁 (信山社、2011) 参照。OSCAR G. CHASE ET AL., CIVIL LITIGATION IN COMPARATIVE CONTEXT, 3 (OSCAR G. CHASE & HELEN HERSEBKOFF eds. 2007).

¹⁷ ロバート・W・ミラーは、弁論主義の英訳として principle of party-presentation という訳を提案している。Robert W. Miller, *The Formative Principles of Civil Procedure-I*, 18 ILL. L. REV. 1, 9-19 (1923).

¹⁸ 例えば、前掲注 17) のミラーの論文は、弁論主義や処分権主義の概念をドイツ語で示し、ドイツの学説を引用して詳細に検討している。アドヴァーサリ・システムと弁論主義は類似するが異なるものであることは、小林秀之「弁論主義の現代的意義」新堂幸司ほか編『講座民事訴訟④審理』91 頁、98 頁 (弘文堂、1985) に指摘されている。

ではない。歴史の中で有機的に結びついて一体化しているため、従来、アドヴァーサリ・システムによる特徴と英米法の伝統からくる特徴が区別されずに論じられてきたように思われる。しかし、両者は同一ではなく、英米法の民事訴訟とアドヴァーサリ・システムの関係を経史的背景に遡って正確に理解したい。

では、英米法のアドヴァーサリ・システムとはいかなるもので、大陸法の弁論主義との相違の急所は何か。これを確認し、そこから日本の民事訴訟制度についての示唆を得て、その基本的な位置づけを確認することが本章の目的である。

第2 アドヴァーサリ・システムとは

1 米国におけるアドヴァーサリ・システムの捉え方

米国民事訴訟法の研究者でありかつ米国弁護士であるステファン・ランズマン教授は、アドヴァーサリ・システムを次のとおり説明する。アドヴァーサリ・システムとは、「公的な訴訟手続において、相対立する訴訟当事者が提出する証拠に基づいて、中立かつ受動的な事実認定者が法律上の争訟を解決する方法」である¹⁹。そして、その中核的ないし基本的要素は、「(1) 中立かつ受動的（消極的）な判断権者、(2) 当事者による証拠の提出、(3) 高度に構造的な裁判手続」である²⁰。判断権者が中立であるだけでなく、受動的であることを求めるのは、判断権者が積極的に事実を解明しようとする、尚早な時期に一定の方向に仮説を立て、あるいは偏見を持ち、それにそぐわない証拠の価値を正しく認められなくなる危険があるからであるとされる。訴訟の目的は、実体的真実の解明と紛争の解決であるとされるが、アドヴァーサリ・システムでは、実体的真実の解明よりも、紛争の解決に重きを置くという²¹。判断権者が中立かつ受動的である以上、当事者がすべての証拠を提出する責任を負うというルールが必然的に導かれる。これにより、当事者が最適な証拠を提出するように誘導されている。しかし、複雑化する現代の訴訟において当事者が適切に証拠を収集・整理して提出するのは技術的に困難であるから、弁護士がその中

¹⁹ STEPHAN LANDSMAN, AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF LITIGATION READINGS ON ADVERSARIAL JUSTICE: THE AMERICAN APPROACH TO ADJUDICATION, 1 (1988).

²⁰ *Id.* at 2. ステファン・ランズマン著（萩澤達彦訳）「合衆国におけるアドヴァーサリ・システム—民事訴訟法改革への挑戦—」小島武司編訳『民事司法の国際動向』153頁、153-155頁（中央大学出版部、1996）参照。

²¹ ランズマンはこのように分析し、米国の他の教科書にも類似の記載がある。しかし、これに対して、ロルフ・シュテュルナー博士は、「アメリカ合衆国の訴訟が実体的な真実のために最も強力な強制を持っていることは見落すことはできない。」「英米の訴訟は、大陸ヨーロッパの訴訟より本質的により厳格に真実の前に特権を狭める」と指摘し、「アメリカ合衆国の訴訟は、一種の『真実自由主義』」であるとしている。ロルフ・シュテュルナー著（石川明＝藤井まなみ訳）「アメリカ及びヨーロッパ大陸の手続法の理解」慶応大学法学研究 65 巻 9 号 75 頁、82-84 頁（1992）。筆者は、シュテュルナー博士の指摘に共感する。

心的な役割を担うことになる。そして、プリトリアル及びトリアル後のルール（民事訴訟規則）、トリアルのルール（証拠規則）、弁護士の行為規範（倫理規則）は、すべてアドヴァーサリ・システムの重要な要素である。これらによって、当事者対立構造が形成され、一方に偏った先入観が排除され公正さが担保されると考えられている²²。

また、ハーバード・ロースクールの教授を務め米国の指導的な法理論家として知られていたロン・フラー教授は、アドヴァーサリ・システムを次のとおり説明している²³。アドヴァーサリ・システムとは、裁判についての哲学（philosophy of adjudication）であり、弁護士と裁判官ないし陪審の機能とを峻別することに固執する哲学である。最終的な判定は裁判官又は裁判官と陪審がなし、その判定は、可能な限り客観的で偏頗なくなされる必要がある。判断は、全ての証拠を見て、全ての弁論を十分に聞いてからなされるべきであり、裁判官及び陪審は、一方当事者の側に立つ一切の活動に立ち入ってはならない。当事者に有利な主張や証拠を提示し熱心に当事者の立場で弁論するのは、司法官としての制約を受けない弁護士の役割である。弁護士の仕事は、判断するのではなく説得することであり、むしろ自己の当事者利益に立つ党派性が重要であるとされる。人間の傾向性として、事件について早い段階で一定の見方を固めてしまい、その後を得る情報はその見方を正当化する方向で見、反対方向の証拠に十分に考慮しないようになりがちである。特に、類似事件を多数見ている官職において、見慣れた証拠が出てくると、早々にこの事件も同様という先入観を持ってしまう傾向が強くなる。この傾向性を克服するには、当事者（弁護士）が党派的にそれぞれの立場に有利な見方と証拠を提示し、判断権者は、最後まで受動的に、判断を留保したままで、論争を聞き証拠を見る、という構造が最も適している。このように、裁判において判定を下す立場にある裁判官及び陪審と説得する立場にある弁護士との役割を峻別する構造をとることにより、客観的で偏頗のない裁判を実現するという考え方がアドヴァーサリ・システムであるとする。フラー教授のこの説明は、アドヴァーサリ・システムについての古典的な説明とされている²⁴。

ジェフェリー・ハザード・ジュニア教授他著の教科書では、アドヴァーサリ・システムの特徴として、相対立する当事者による訴訟の提起、事実の調査、証拠の提出、法的議論の提出の全てを当事者が行い、裁判所の機能は、もっぱら当事者が提起した争点を当事者が提出した証拠に基づいて判断し、当事者の申立てについて適宜手続的な制裁を適用することに限られると説明されている²⁵。そして、この原理を要約して、当事者提出（party-presentation）と当事者追行（party-prosecution）という二つの原則に分けられると説明している。

当事者提出主義（principle of party-presentation）と当事者追行主義（principle of

²² See LANDSMAN, *supra* note 19 at 2-5.

²³ Lon Fuller, *The Adversary System*, in TALKS ON AMERICAN LAW, 34 (Horald. J. Berman ed., 2d ed. 1971).

²⁴ LANDSMAN, *supra* note 19, at 47.

²⁵ HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 4.

party-prosecution) については、ロバート・ミラー教授が 1923 年に発表した論文において提唱したもので、現在ではアドヴァーサリ・システムの説明として比較的広く受け入れられた説明であると思われる。なお、この二つの原則 (party-presentation と party-prosecution) は、大陸法の弁論主義と処分権主義に対応する概念ではない。当事者提出主義 (party-presentation) は、請求の原因の中身 (content of the cause) について、当事者双方が均等に調査・証拠及び法的議論の提出をする機会が与えられるとする原則とされ、弁論主義に近い。ミラーによれば、当事者提出主義は、英米法と大陸法で共通した普遍的な民事訴訟の原理であるとされ、弁論主義の英訳としても提唱されている。ただし、上述したとおり、当事者提出主義の内容として訴訟の提起まで含まれており、現在日本で理解されているような処分権主義と分別した概念ではないと考えられる²⁶。他方、当事者追行主義のほうは、当事者提出主義のコロラリーであり、当事者が訴訟の進行について責任を負う原則と説明されており、職権進行主義に対立する概念と考えられる²⁷。

裁判官の機能については、複数の教科書に共通して、アドヴァーサリ・システムでは、大陸法ないし糾問主義の民事訴訟と異なり、自ら事実を調査することはなく尋問もしない、争点について判断するだけであり、典型的には (陪審審理では) 法律上の争点と手続上の問題を判断することに限られるとしていると説明され、その受動性が強調されている²⁸。

そして、アドヴァーサリ・システムの民事訴訟は、当事者がコントロールするものであるが、素人の当事者が自ら行うには技術的かつ複雑であるため、弁護士の役割が非常に重要であり、アドヴァーサリ・システムは弁護士中心 (lawyer-centered) であると評価される²⁹。これに対し、大陸法ないし糾問主義の手続は裁判官中心 (judge-centered) の手続であり、弁護士の役割の重要性は比較的低いと説明される³⁰。

総じて、アドヴァーサリ・システムの中核的要素は、(1) 争点について判定を下す者 (裁判官・陪審) と事実を調査し法廷にこれを提出する者との構造的な峻別、(2) 判定権者の中立性・受動性、(3) 事実の調査及び訴訟資料の提出権限と責任をもつばら当事者 (及びその弁護士) に認めること (当事者提出主義)、(4) 当事者 (及びその弁護士) 主導による裁判の追行 (当事者追行主義)、(5) 当事者の利益に忠実かつ党派的な弁護士による代理であるということが出来る。これらの要素を中核として、党派的な当事者と各当事者に忠実な代理人弁護士の間での論争により訴訟が進行し、双方当事者が主張及び証拠を提示して事実認定をコントロールし、中立的かつ受動的な判断権者が偏頗ない判定を下す構造が構想されており、これを「アドヴァーサリ (adversary)」、すなわち「当事者対

²⁶ ミラーの論文では、当時 (1923 年) のドイツにおける議論の混乱を反映してか、処分権主義は訴訟物レベルの問題であると把握されておらず、弁論主義との区別が判然としていない。Miller, *supra* note 17, at 12-14.

²⁷ Miller, *supra* note 17, at 19; HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 4.

²⁸ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 2.

²⁹ HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 8; FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 2.

³⁰ LANDSMAN, *supra* note 19 at 38.

抗的」と呼んでいるものと理解することができる³¹。

2 なぜ大陸法の民事訴訟法は糾問主義だと言われるのか

既に述べたとおり、米国においても、ドイツの民事訴訟制度が弁論主義を採っていることは研究され理解されているが、それでもなお、ドイツを含む大陸法の民事訴訟制度は、アドヴァーザリアル（当事者対抗的 *adversarial*）ではなく、インクイジトリアル（糾問的 *inquisitorial*）であるとの評価が一般的である。それはなぜか。

前項で確認したアドヴァーサリ・システムの中核的要素に照らして、大陸法の民事訴訟制度を見たとき、大陸法の民事訴訟に欠けている要素は、裁判官の受動性と当事者追行主義、そして、手続全体に見られる裁定権者と資料収集・提出権者の峻別構造であろう。具体的には、日本やドイツの裁判官が釈明権（当事者に釈明を求める権限）を持つこと、審理の進行の原則は職権進行主義が採られていること、裁判官が人証の尋問権を有することがアドヴァーサリ・システムではないと評価される重要な要素である³²。

日本やドイツにおいては、民事訴訟は、私権を対象とするものの、なお、国家によって法を強制する公的な制度であり、裁判所（裁判官）が最終的な判断を下すのであるから、審理の進行については、判断機関たる裁判所（裁判官）の決定権を認めるべきであるとされ、訴訟指揮権（日本民訴法 148 条 1 項）が認められる。また、裁判所（裁判官）は、最終的な判断権者として事実を解明し正義が実現されるように当事者に事実や証拠の提出を促すことが期待され釈明権（日本民訴法 149 条 1 項）を持つ。

これについて、米国の研究者からは、この釈明権こそが、大陸法の民事訴訟が糾問主義であると評価される決定的な点だと言われる³³。また、裁判所に最終的な事実解明権能があり、求釈明という方法で、裁判所が主張立証の示唆を与えることができる以上、当事者は裁判所の指示ないし示唆に従うのが当然だから、当事者に主張・証拠の提出責任と権限があるといっても、それはいわばフィクションだと指摘される³⁴。また、決定権者はあくまで受動的で事実や証拠の収集に一切介入すべきではないのに、裁判官が人証の尋問を行

³¹ *Taniguchi, a.a.O.*(Anm. 4). 谷口名誉教授は、この論文において、アドヴァーサリ・システムは「傾向 (*tendency*)」を示す言葉であって、厳格から緩やかまで幅を持った概念で、弁論主義のように手続を規律するルールとして定義するのは難しいとされる。しかし、アドヴァーサリ・システムは、英米において、訴訟手続における事実解明のあり方を示すものと理解されており、筆者は、これを弁論主義を中核とする大陸法系の審理方法と対置される規範ないし原理と捉えるべきであると考え。

³² 米国連邦民事訴訟でも裁判官（裁判所）が証人に対して質問をすることができると規定されている (*FRE 614*)。しかし、この質問は、極めて限定的に解されており、証人の明らかな言い間違いがある場合など証言の趣旨を確認するための質問のみが許されるとされており、この範囲を超えて、事実認定に実質的な影響を及ぼす裁判所による質問がなされた場合には、上訴審が新たな陪審による審理のやり直しを命ずることがある。BEST, *supra* note 12 at 153.

³³ Professor Carl F. Goodman に対するインタビュー（2015年9月）。

³⁴ See John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U. CHI. L. REV. 823, 828 n.14 (1985).

うことは糾問的であると評価される。

3 弁論主義から見たアドヴァーサリ・システム

では、アドヴァーサリ・システムは、弁論主義の要素は当然兼ね備えるのかというと、そうではない。

弁論主義とは、判決の基礎をなす事実の確定に必要な資料の提出（事実の主張、証拠の提出）を当事者の権能及び責任とする建前をいう。その内容は、①主要事実は、当事者の弁論に現れない限り、判決の基礎とすることができない（裁判所は、当事者によって主張されていない主要事実を判決の基礎とすることができない）（第1原則・主張責任）、②裁判所は、当事者間に争いの無い主要事実については、当然に判決の基礎としなければならない（第2原則・自白の審判排除効）、③裁判所が調べることのできる証拠は、当事者が申し出たものに限られる（第3原則・職権証拠調べの原則禁止）という3つの原則として理解されている³⁵。以下、順に検討する。

第1原則は、現在の米国民事訴訟では必ずしも妥当しない。現在の米国民事訴訟では、トライアル段階で当事者が主張していなかった事実を当事者が提出した証拠から認定できる場合、主張（プリーディング）は容易に訂正でき、一定の場合には「当事者の黙示の同意」によって変更されたものとみなすことができる（FRCP 15(b)(2)）。これは、FRCPは主張（プリーディング）に告知機能のみを求め、主張と証拠とを峻別せず、プリトライアル段階で、むしろ開示された証拠を中心に事実の解明と争点決定がなされることと深く関係する³⁶。現在の米国民事訴訟では、端的に言って、当事者が提出した証拠によって認定される事実であれば、当事者が主張したかどうかは重要な問題とはされず、事実認定者は当該事実を認定することができるのである。つまり、主張については、弁論主義のほうがアドヴァーサリ・システムよりも厳格な当事者支配を求めているといえる。現在のアドヴァーサリ・システムは、主張については厳格な当事者支配を求めず、主張から当事者の意思ないし選択を確認するという建前を採っていない。

第2原則については、アドヴァーサリ・システムにおいても一応妥当する。ただし、米国民事訴訟は、主張（プリーディング）レベルの自白は容易に変更を認められ（FRCP 15）、拘束力は弱い。ディスカヴァリの一種である自白の要請（requests for admission）は、争いの無い事実を争点から外して効率的なトライアルを実現することを目的とした制度であるから、一定の拘束力が認められる。自白された事実は証拠なくしてそのとおりの事実と認定され（FRCP 36(b)）、これを覆すための証拠を提出することも許されないと解さ

³⁵ 高橋・前掲注3) 405頁。弁論主義の3つの原則については、論者によって微妙に表現が異なるが、本論文では、その精緻化は一応措いて、一般的な理解・定義を前提として検討を進める。

³⁶ FRCP以前のコモンロー・プリーディング、コード・プリーディングの時代は、ヴァリアンス（variance）による棄却、すなわち、立証された事実と主張された事実が不一致の場合、主張の訂正は認められず棄却になった。すなわち、この時代は弁論主義第1原則が妥当したといえる。プリーディングの変遷についての詳細は、第4章に述べる。

れている³⁷。しかし、自白の要請に応じて当事者が自白した場合も、真相解明に有用でかつ相手方当事者の訴訟追行や立証に不当な不利益を及ぼすと認められないときには、申立てによって自白の撤回が認められる (FRCP 36(b))。なお、自白の拘束力は、当事者支配の観点からは論じられておらず、アドヴァーサリ・システムの要素というより、当事者の立証負担を軽減し効率的なトライアルを実現するために争点を減らすための方法であると説明されている。

第3原則はアドヴァーサリ・システムにおいても妥当する。第3原則は、弁論主義とアドヴァーサリ・システムに共通する原則であるということが出来る。ただし、弁論主義第3原則よりアドヴァーサリ・システムの当事者提出主義 (principle of party-presentation) のほうが当事者支配の要請が強い。詳細は、第5章で論ずる。

4 アドヴァーサリ・システムと弁論主義の相違

(1) 裁判官の受動性、能動性

アドヴァーサリ・システムにとって、裁判官の受動性は中核的要素であり、大陸法の弁論主義において裁判所に釈明権や人証の尋問権が認められ、裁判官が事実解明について一定の能動的な働きをすることは、相容れない重要な相違であるといえる。

谷口安平名誉教授は、かつて、ドイツの弁論主義は積極的な裁判官と非対立的な当事者を特徴とし、米国のアドヴァーサリ・システムは受動的な裁判官と対立的な当事者を特徴とする (日本の制度は、基本的にドイツの弁論主義を継受しつつ米国法の影響をも受け、ドイツの弁論主義と米国のアドヴァーサリ・システムとの中間にある) と分析された³⁸。そして、近著では、「弁論主義は、事実主張については徹底した当事者支配を求めるのに、証拠についてはその申出だけの当事者支配で満足する点で中途半端なところがある。」「アドヴァーサリ・システムのもとでは、証拠は証人の口から判断者に伝えられるのが原則である。(中略) これを引き出すのが当事者 (弁護士) の役割である。」とされる³⁹。その趣旨は、アドヴァーサリ・システムでは、証拠 (方法) の申出に止まらず、提出した証拠方法から情報 (証拠資料) を引き出すところまでを当事者の権限かつ責任とするものであり、この点で、証拠に関して、弁論主義よりも徹底した当事者支配を求めるとの主張であると解される。

谷口名誉教授の近著での指摘のとおり、アドヴァーサリ・システムは、証拠 (特に人証) について証拠方法の申出が当事者によってなされることを求めるのみならず、証拠資料として判断権者の前に提示するところまでを当事者の権限かつ責任としており、裁判官による尋問権を否定している。これは、結局のところ、裁判官の受動性をどこまで徹底するか

³⁷ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 411.

³⁸ Taniguchi, a.a.O.(Anm. 4), S. 487, 501. 谷口名誉教授は、CHASE ET AL., *supra* note 16 にも共著者として参画され、日本の民事訴訟制度をドイツ型とアメリカ型の中間に位置するものと解説している。

³⁹ 谷口安平「比較民事訴訟法の課題・序説」京大法学部百周年『京都大学法学部創立百周年記念論文集 (三)』519頁、526-527頁 (有斐閣、1999)。

の相違であるといえる。

(2) 事実解明の権限及び責任の所在

ここで、事実解明の主体についての両制度の考え方の相違を考察してみたい。筆者は、両制度のより根本的な相違は、事実解明の権限と責任が最終的に誰にあるとするか（裁判官にあるとするかどうか）の違いであると考ええる。

英米法のアドヴァーサリ・システムでは、裁判官の職責は法の適用と法の遵守であると捉え、法適用の対象たる事実の解明は本来的に裁判官の職責とは捉えられていない。他方、大陸法の弁論主義では、法を適用する対象たる事実の解明も裁判官の職責であり、裁判官は、争いのある事実を証拠に依って解明し、これに適切な法を適用して権利の有無を判断するものと認識されている。ただ、民事訴訟においては、その対象たる権利について私的自治による当事者処分が可能であること、また、限られた国家資源の有効利用の観点から、判断の材料となる事実と証拠の提出を当事者の権限及び責任であるとして、裁判官の権限と責務を制限ないし軽減したものと解される。

次章以下において詳論するが、英米法訴訟において事実解明の権限を裁判官の職責としない哲学は、西暦 12 世紀の英米法訴訟の淵源及び陪審の起源にまで遡ることができ、現在の手続でもその発想は根強く生きている。英米法の伝統である陪審は、事実の認定は、法の専門家である職業裁判官よりも法を知らない一般人のグループの全員一致の判断によるほうがよいという哲学に基づいている。英米でも裁判官による事実認定が行なわれることがあるが、それはあくまでも陪審の代わりであって、法の専門家たる本来の裁判官の職責としてではない。そして、現在の英米の民事訴訟においては、訴訟提起後、プリトリアル（pretrial）において、当事者（代理人弁護士）間で、徹底した事実の解明を行う手続が置かれている。当事者間で事実を可能な限り解明し争点を絞ったところでトライアルが行われる。トライアルでは、双方の代理人弁護士が、争いのある事実についてのみ人証の尋問を中心に立証活動を行う。ここでは、事実認定者（陪審又は裁判官）は、アンパイアの立場で完全に受動的に立証活動を見守るのであり、自ら尋問することはない。そして、事実認定者は、目の前で当事者代理人弁護士が展開する立証活動を受動的に見聞きし、より優勢と感じられる側に有利に事実を認定し、結論（勝訴敗訴）を評決する。裁判官は、原則として申し立てられた法律上の争いについてのみ判断し、陪審審理の場合は陪審が法律に則った評決をするよう指導する⁴⁰。なお、米国の陪審裁判においては、陪審は、法に事実を当てはめ、原告の請求を認めるのか棄却するのかの判断も行い、損害賠償請求の勝

⁴⁰ 英米法の国においても、エクイティ裁判所では、当初より陪審ではなく裁判官が事実について判断するし、イギリスでは、民事事件については陪審制が廃止され、事実認定を裁判官が行っている。これについては、英米法の国において、裁判官が事実の裁定を行うのは、陪審の代わりであるから、消極的受動的な立場に徹するのであって、大陸法系の裁判官のように事実解明の責任を担って自ら積極的に証人に質問することはないと説明される。

訴判決の場合はその金額まで決定する⁴¹。民事訴訟事実審の判決書には、判決主文たる結論が記載されるだけで、事実認定の理由は記載されない。つまり、アドヴァーサリ・システムのモデルでは、事実の解明は本来裁判官の職責ではなく、当事者が行うものであり、裁判官は規範（大前提）に関する判断にのみその権限を持つという構造になっている。「汝は事実を語れ、我は法を語らん」を徹底させた役割分担がなされていると評価できる。

これに対して、大陸法は、陪審制をとらず、裁判官が、必要に応じて釈明し、法廷において当事者や証人を尋問し、提出された主張や証拠に基づいて自由に心証を形成し、最終的に事実を解明して法を適用し事件を解決する。弁論主義においては、事実判断の材料となる主張や証拠については、当事者が提出したものだけが判断の基礎とされるが、裁判官は、事実認定の権限と責任を担うものとして、「弁論の全趣旨」から事件の全体像と明らかにし、個々の争点を証拠によって認定することで、事実を解明しようと努力する。つまり、弁論主義の下においてもなお、大陸法の民事訴訟では、裁判官が事実認定権者であり事実解明の最終的な権限と責任を担っている。

このように比較してみると、事実の解明に対する考え方、特に誰が最終的な権限と責任を担うかについての考え方が、両制度の根本的な相違であると考えられる。

(3) 主張レベルの当事者支配

アドヴァーサリ・システムでは、少なくとも現在、主張と証拠が峻別されておらず、主張レベルの当事者支配は徹底されていない（FRCP 15(b)(2)）。自白についても、当事者支配の問題とは論じられておらず、この点でも主張レベルの当事者支配はあまり重要視されていないように思われる。他方、弁論主義は、主張と証拠の峻別を旨とし、第1原則及び第2原則において、主張レベルの当事者支配を強く要請する。

これは、アドヴァーサリ・システムにおいては、判断権者と事実解明者（主張・証拠の提出者）を峻別し、判断権者の受動性を厳格に求めることによって、判断権者（とくに官僚である裁判官）が糾問的に事実解明に乗り出すことができない構造を確保しているため、主張と証拠の厳格な峻別が必要と認識されていないからであろうと思われる。それに対し、大陸法では、裁判官の事実解明に対する権限と責任が留保されている結果、運用によっては、裁判官がより積極的に事実解明に介入する可能性が残っており、裁判官による過度の介入を戒め基本的な当事者支配を守るために、主張レベルでも当事者支配が求められていると考えられる。

また、ロルフ・シュテュルナー博士が慶応大学での講演で指摘したとおり、米国の訴訟は、現在の大陸法の民事訴訟手続より、厳格に実体的真実を求めようとしていると見ることもできる⁴²。弁論主義の訴訟では、主張レベルの当事者支配を徹底することにより、訴訟上認定される事実と実体的真実が乖離する可能性が高くなる。当事者の主張が一致する限り、裁判所が証拠に依ってこれと異なる認定をすることを排除するからである。これに

⁴¹ 溜箭・前掲注 13) 英米民事訴訟法 224-225 頁。

⁴² シュテュルナー・前掲注 21) 82-84 頁。

対して、米国のアドヴァーサリ・システムでは、証拠によって明らかになった真実と異なる当事者の主張や自白は、証拠に合わせて訂正することが比較的容易に許され、当事者対抗構造が維持される範囲では、実体的真実に基づいた訴訟を追求する姿勢があると見ることができる。これは、アドヴァーサリ・システムが事実の解明を基本的に当事者及び陪審（素人）に委ねていることと関係する。職業裁判官は、自白された事実は訴訟上それが真実であると扱い、証明責任が満たされない場合はその事実はないものと扱う、といった作業に慣れているが、素人にとって、そのような訴訟上のいわば虚構を受け容れることは難しい⁴³。アドヴァーサリ・システムは、事実解明の権限及び責任を裁判官ではない主体（当事者及び陪審）に付与する結果、主張レベルでの当事者支配は後退し、証拠と認定の一致すなわち実体的真実解明が優先されると見ることができる。

(4) 構造の相違

アドヴァーサリ・システムは、訴訟における事実解明について一定の構造を指向するものである。比喩的に述べると、それは水平型である。事実解明の主体は当事者であり、相対立する当事者が党派的に論争を戦わせることにより最も良く事実が解明されるという思想がアドヴァーサリ・システムの中核理念である。事実認定者は、当事者間の論争を同じ平面の中立的な位置から受動的に見聞きし、争点についてのみ裁定することが求められる。事実認定者は、その性質上裁判官である必要はなく、むしろ、法の専門家ではない一般人のグループ（陪審）が理念型とされている。

これに対して、弁論主義は、裁判官が事実解明の主体であることを前提とする。すなわち、民事訴訟は裁判所が国家の責務として法律を適用して権利を実現し義務の履行を強制する作用であるから、当然国家公務員である裁判官がこれを主宰し、事実解明についても裁判官がその権限と責任を持つことを大前提としている。この、裁判官による垂直型の実事解明構造を所与のものとして、その上で、実体法上の建前である私的自治の原則を訴訟においてもできる限り及ぼそうとするものである。したがって、弁論主義は、事実解明についてそれ自体で何等かの構造を求めるものではなく、元々、裁判官主体の職権主義的な、いわば垂直型の実事解明構造を前提としつつ、裁判官の権限を制限するルールである⁴⁴。すなわち、弁論主義の内容をなすといわれる3原則は、いずれも、裁判官が本来持っている事実解明に対する広範な権限を当事者自治の観点から制限するものであるといえる。

5 アドヴァーサリ・システムの正当化根拠

米国において、アドヴァーサリ・システムの根拠について、日本の弁論主義の根拠についての議論とよく似た議論がある⁴⁵。

⁴³ シュテュルナー・前掲注 21) 84 頁。

⁴⁴ 山本克己教授が「水平関係＝垂直関係」という分析枠組みを使用して論じている。山本克己「民事訴訟におけるいわゆる“Rechtsgespräch”について（一）」法学論叢 119 巻 1 号 1 頁、25 頁（1986）、山本克己「戦後ドイツにおける弁論主義論の展開（一）—弁論主義の構造論と根拠論のために—」法学論叢 133 巻 1 号 1 頁、2 頁（1993）。

⁴⁵ 小林・前掲注 13) 79-88 頁。

マーティン・ゴールドディング博士は、デューク・ロースクールの名誉教授（現職）であり法哲学及び政治哲学の研究者であるが、1978年に出版された書籍において、アドヴァーサリ・システムの正当化根拠を論じている。これによれば、アドヴァーサリ・システムの正当化根拠の代表的なものは、①真実発見に最も良い方法であるとする理論（真実発見理論）、②当事者と社会の裁判に対する納得と信頼を得るのに最もよい方法であるとする理論（満足理論）、③当事者の権利を保障し、十分な手続参加の機会を与えるのに最もよい方法であるとする理論（保障理論）であるとする⁴⁶。このゴールドディングの述べる根拠は、日本における弁論主義の根拠の議論における手段説（①）や手続保障説（③）に対応しており、議論の類似性が認められる。ただし、米国におけるアドヴァーサリ・システムの正当化根拠論は、基本的に多元説であり、上記3つの根拠も互いに排斥しあう関係ではなく、3つが併存し補完し合う関係にある根拠として論じられている。

そして、米国におけるアドヴァーサリ・システムの正当化根拠論には、日本の弁論主義の根拠についての通説である本質説ないし私的自治説（民事訴訟の対象たる私法上の権利・法律関係について実体法上私的自治の原則が妥当するので、それに関する紛争を審理する資料の収集及び提出についても私的自治の原則を及ぼそうとするもの）に対応するものが見当たらない。それは、米国において、アドヴァーサリ・システムは、民事訴訟のみならず刑事訴訟を含む訴訟手続全般に妥当する制度であるとされており、民事に特化したものとしての正当化根拠は論じられていないからである。

米国では、1900年代に、裁判官を中心としてアドヴァーサリ・システムに対する批判的論評が複数提起された⁴⁷。特に、1985年にシカゴ・ロースクールのジョン・ラングバイン教授が「The German Advantage in Civil Procedure（民事訴訟手続におけるドイツの優位）」と題する論文を発表したのを契機に、大陸法の制度を導入すべきかアドヴァーサリ・システムを維持すべきかについて論争が展開された⁴⁸。ステファン・ランズマン教授によれば、その論争を経た上で、現在アドヴァーサリ・システムを維持すべきであると説かれる主な理由は、第1に、裁判官が自ら事実を調査し認定するアプローチでは、裁判官の偏見に基づいた判断に陥りやすいこと、第2に、糾問的アプローチは、真実発見に傾く傾向があり、そのために訴訟における個人の権利が低い優先順位に置かれがちであること、第3に、大陸法の制度では裁判官は官僚であり、官僚である裁判官に政治権力をチェックする機能を果たすことができず、旧来の体制を維持する判断に傾くことであるとされる⁴⁹。

米国におけるアドヴァーサリ・システムの正当化根拠の議論は、日本における弁論主義

⁴⁶ Martin P. Golding, *On the Adversary System and Justice*, in PHILOSOPHICAL LAW, 98, 106-19 (Richard Bronaugh ed. 1978).

⁴⁷ フランク・前掲注1)、原書は JEROME FRANK, COURTS ON TRIAL (1949)、MARVIN FRANKEL, PARTISAN JUSTICE (1980) など。

⁴⁸ Langbein, *supra* note 34.

⁴⁹ LANDSMAN, *supra* note 19 at 38-39; Golding, *supra* note 45 at 106.

の根拠論に示唆を与えるものではあるが、現在の米国の議論は、大陸法の制度を採らずにアドヴァーサリ・システムを採る理由という意味での正当化根拠を論ずるものが中心である。かつては糾問主義を採らない理由が中心であったが、ラングバイン論文に喚起された論争後は、弁論主義を採らない理由が意識されていることに注意を要する。

第3 英米法とアドヴァーサリ・システム

英米法の始まりは、12世紀のノルマンディ公による英国征服（Norman Conquest）であると言われている⁵⁰。他方、アドヴァーサリ・システムが本格的にその形をとるようになったのは、17世紀であると言われる⁵¹。また、陪審制は、現在は、裁判官が事実の調査認定権限を持たない制度の象徴的なものとしてとらえられ、受動的な事実認定事権者の姿としてアドヴァーサリ・システムと強く結びついている。しかし、陪審の起源は英米法の発祥とほぼ同時期の12世紀頃にあり、当初は、王の審問（糾問）の機関として発達したものであるから、その起源においては、アドヴァーサリ・システムとは反対の性質を有していた⁵²。

米国の研究者は、英米法の手続を大陸法の手続と比較し、その最も重要な違いは、①事実の解明（fact-finding 又は fact-gathering）の権限が当事者にあるか裁判所（裁判官）にあるか及び②手続がトライアル前（pretrial）とトライアル（trial）に分断されているかどうかにあると指摘している⁵³。ここで、事実の解明権限の所在の問題（①）は、アドヴァーサリ・システムによる特徴を示しているが、手続がトライアル前とトライアルに二分される点（②）は、アドヴァーサリ・システムの特徴ではなく、英米法民事訴訟の伝統的な特徴であるといえる⁵⁴。また、民事陪審制は、英米法民事訴訟の初期から存在する特徴的な制度であり、アドヴァーサリ・システムの形成に寄与した制度といえるが、現在は英国において廃止されており、アドヴァーサリ・システムの必須要素とはいえない⁵⁵。ただし、陪審制は、事実認定権限を裁判官から離す点で、裁判官を中心とする大陸法系の審理構造には馴染まない制度であり、アドヴァーサリ・システムとの親和性が高い。さらに、証拠法（刑事訴訟と同様に証拠能力を問題とする）については、陪審制と強く結びついて

⁵⁰ プラクネット・前掲注 13) 上 18-19 頁。英米法のことを英語でコモンロー(common law) というが、コモンローとは、元来、世界中の英王国領において common (共通) の law (法) の意味である。

⁵¹ LANDSMAN, *supra* note 19, at 13, 15.

⁵² メイトランド・前掲注 13) 56-60 頁、プラクネット・前掲注 13) 上 195-99 頁、エンゲルマン・前掲注 13) 425-426 頁。

⁵³ Langbein, *supra* note 34, at 826-27. ハザード＝タルッフオ・前掲注 13) 137 頁、浅香・前掲注 13) 4 頁参照。

⁵⁴ プリトライアル手続の変遷については第 4 章で論じ、トライアルについては第 5 章で論ずる。

⁵⁵ 陪審及び証拠法・証明度については、第 5 章で論ずる。

発展した英米法の特徴的な制度であるが、現在ではアドヴァーサリ・システムの基本的要素と考えられている⁵⁶。証明度（証拠の優越）の問題は、受動的なアンパイアとしての事実認定者像と強い親和性があるが、アドヴァーサリ・システムの不可欠の要素とは言われていない。さらに、ディカヴァリ（discovery）を中心とする開示制度は、現在の英米法独特の制度であり、アドヴァーサリ・システムの重要な要素となっているが、実は、開示制度が発展したのは、1900年代になってからであり、英米法の伝統ではないし、アドヴァーサリ・システムの要素として当初から存在したものでもない⁵⁷。

民事訴訟の発展の歴史の中で、複数の要素が相互に関連する一体の制度として形作られているので、それを分断して考察することは困難ではあるが、弁論主義と対比する際に、個々の制度の意味やルーツの違いを意識することは有用と思われる。

第4 大陸法と英米法の訴訟観の相違

1 訴訟観と法の捉え方

日本やドイツなどの大陸法の民事訴訟手続と英米の民事訴訟手続との相違は、民事訴訟の目的をどのように考えるか、そして、法をどのようにとらえるかという根本的な対立に根差すものである。

大陸法では、裁判の前に法があり、権利がある⁵⁸。法的権利が任意に満足されないときに、法的権利の実現のためのシステムとして民事訴訟がある。大前提としての法、小前提としての事実、法を事実に適用して結論を出す（法的効果の有無を判断する）ことで権利義務の有無を判断するという思考方法（法的三段論法）が大陸法における法的思考の基本である。人（法律家）は、民事紛争を前にして、まず、適用されるべき規範（法）を捜し、その法の要件が満たされるかどうかを吟味する視点で事実を見、権利の有無を判断する。訴訟提起以前に、法は存在し、法的権利も存在する。訴訟は、その確認と実現のためのものである。

これに対し、英米法の国では、裁判の前に法ないし法的権利はないとされる⁵⁹。また、英国において、伝統的に、「実体法は初め訴訟手続の間隙から漸次分泌したものであるかの観を呈する」といわれてきた⁶⁰。つまり、英米法の国において、法や法的権利は、訴訟以前に訴訟から離れて抽象的に存在するのではなく、個別具体的な紛争毎に訴訟において発見され、明らかにされるものであると捉えられている。この考え方に立つと、紛争を前

⁵⁶ See LANDSMAN, *supra* note 19 at 4.

⁵⁷ 開示制度については、第3章で論じ、開示制度が生まれる前の英米法の民事訴訟については第4章で論ずる。

⁵⁸ F・H・ローソン著（小堀憲助他訳）『英米法とヨーロッパ大陸法』94-95頁（日本比較法研究所、1971）。

⁵⁹ フランク・前掲注1）1-2頁、ローソン・前掲注58）94-95頁。

⁶⁰ メイトランド・前掲注13）2頁。

にして、人はまず、何が起こったのか事実を解明しようとする。そして明らかになった事実をもとにその紛争を解決するのに適当な法（ノモス）を探す。前例があれば前例どおりに解決し、適当な前例がなければ、正義の観点から前例と区別して新たな規範を産みだして解決する。訴訟は、紛争からの平和回復の方法と捉える。

このように見ると、この二つの法文化には、訴訟や法に対する基本的な考え方のレベルで大きな相違がある。これが、弁論主義を中心とする大陸法民事訴訟とアドヴァーサリ・システムを中心とする英米法民事訴訟の相違の根底にある本質である⁶¹。

2 ヨーロッパにおける2つの民事訴訟法のルーツとその流れ

中村英郎博士によれば、民事訴訟の大きな二つの型として、ローマ法理（訴訟観）とゲルマン法理（訴訟観）があるとされる。すなわち、ローマ法は、訴訟を規範から出発して捉え、訴訟は法を実現するための制度であると捉える。他方、ゲルマン法は、訴訟を事実から出発して捉え、事件の中から法を発見するのが訴訟制度だと考える⁶²。

ローマ法は、紀元前450年頃にローマにおいて十二表法が制定されて以来、紀元6世紀ころまでに、ローマ帝国において発展し、6世紀において東ローマ帝国ユスティニアヌス皇帝の命によって『ローマ法大全』が編纂されて、成文法として一つの完成をみた⁶³。ローマ法は、ローマ帝国の滅亡によって一旦衰微したが、その後、11世紀に注釈法学派の手によって復活し、キリスト教（ローマ・カトリック）と結びついてローマ・カノン法を産みだし、イタリア、フランス南部、ドイツに広まった⁶⁴。

ドイツは、古代においては、ゲルマン民族の慣習法が支配していた。ゲルマン社会では成文法がなく、規範としては自然法的な「ノモス」があると考えられていた。（王の平和を乱す）紛争が生ずると、まずその紛争（事実）からスタートして、事実の中から適用すべきノモス（法）を発見し、その紛争を解決する（平和を回復する）ことが民事訴訟の目的と捉えられ、部族的な裁判が行われた。しかし、ゲルマン民族がローマ領を侵攻した際に、ゲルマン社会は、ローマ法と接した。さらにその後、ドイツはフランク王国となり、フランクはキリスト教を国教として受け入れた。8世紀には、ローマ教皇とゲルマン民族が結びついたカロリング王朝が成立し、ゲルマン人であるカール大帝によって西ローマ帝国が復活した。ここでは、ローマ法、ローマ・カトリック教会、ゲルマンの三要素が結びついた⁶⁵。そして、14・15世紀には、ローマ・カノン法が次第にドイツに受容され、ドイツにおける民事訴訟の主流となった⁶⁶。このころまでに、ドイツの裁判所において、古ド

61 中村・前掲注1) 4-5頁、貝瀬幸雄「ヨーロッパ民事訴訟法序説—ロルフ・シュテュルナーの「ヨーロッパ民事訴訟法」研究を中心に—」小島武司古稀『民事司法の法理と政策（上）』193頁、198-199頁（商事法務、2008）参照。

62 中村・前掲注1) 5頁。

63 ローマで十二表法が制定されたのは、紀元前450年頃。紀元395年ローマ帝国の東西分裂、476年西ローマ帝国滅亡。

64 中村英郎『民事訴訟におけるローマ法理とゲルマン法理』4頁、5頁（成文堂、1977）。

65 「世界の歴史」編集委員会『もういちど読む山川世界史』92頁（山川出版社、2010）。

66 中村・前掲注63) 5頁。

イットのゲルマン法理の訴訟は駆逐された⁶⁷。

一方、中世においてフランク王国が北方に拡大し、ゲルマン民族が北方に異動したことにより、ゲルマン法理の訴訟は、北ヨーロッパに伝えられ、その地の封建諸侯において実施された。さらに、イギリスが、ノルマン民族によって征服された（ノルマン・コンクエスト 1066 年）ことにより、ゲルマン法理の訴訟はイギリスに伝播した。

このような歴史の結果、現在、ドイツ、イタリア、フランス、並びにそれを継受した日本において行われている大陸法系の民事訴訟は、ローマ法理に基づくものであり、イギリスとそれを継受した米国などの英米法系の民事訴訟は、ゲルマン法理に基づくものであるということが出来る。

民事訴訟は、規範と事実からなる。ローマ法系は、まず、大前提としての規範があり、規範を事実に応用し（事実を規範に当てはめ）、法的権利を認める。民事訴訟は、実体法上認められる権利が任意に実現されない場合の権利保護、権利実現のためのシステムととらえる。他方、ゲルマン系では、大前提となる成文法がない文化の中で、規範としては自然法的ノモスがあり、（王の平和を乱す）紛争が生ずると、まずその紛争（事実）からスタートして、事実の中から適用すべきノモス（法）を発見し、その紛争を解決する（平和を回復する）ことが民事訴訟の目的ととらえる。言い換えると、ローマ法系（大陸法）の民事訴訟は、規範からスタートし、私権の実現のための制度であり、ゲルマン系（英米法）の民事訴訟は、事実からスタートし、紛争解決のための制度と捉えられる。

中村博士のこの説は、欧米の研究者の評価も分かれるようである⁶⁸。中村博士の学説の正当性についての検証は本論文の研究目的と離れるのでこれ以上深く立ち入らない。しかし、その歴史認識は、アルトゥール・エンゲルマンやメイトランドと一致しており、また、事実が先か規範が先かという点で F・H・ローソンやジェローム・フランクの認識と一致している。そして、現代ドイツ比較法の泰斗であるシュテュルナー博士の見解ともほぼ一致しているようである⁶⁹。そこで、筆者は、基本的に中村博士が示された二つの訴訟観をベー

⁶⁷ エンゲルマン・前掲注 13) 2 頁。

⁶⁸ 中村博士自身が、その著書の中で、「民事訴訟における制度と理論の法系的考察というテーマについては、何度か海外で講演したことがあるが、その評価はまちまちである。」と述べている。中村・前掲注 1) 43 頁。

⁶⁹ 貝瀬・前掲注 61) 199 頁、シュテュルナー・前掲注 21) 77 頁、83-85 頁。なお、シュテュルナー博士は、慶応大学における講演の中で、以下のように論ずる。「ヨーロッパの訴訟は初めから法的に拘束された事実の解明を実現するものであり、一方アメリカ合衆国の訴訟はそこから初めて法的推論が引き出されるような歴史的な全事実の解明を企てている」「大陸ヨーロッパの手続と英米の手続との主たる相違が、裁判官及び当事者の立場だけにあるのではなく、つまり訴訟上の役割の割り振りだけにあるのではなく、真実についての理解にもあるのだということは、驚くべきこととして留意しておくべきである。（中略）アメリカ合衆国の訴訟当事者の力は、大陸ヨーロッパの裁判官主導型の手続にとってはおよそ無縁の解明厳格主義と結びついている。」「陪審の形による素人参加は、本職でありアカデミックなキャリア裁判官より国民の意思に判決を近づけようとする、ひとつの直接民主主義を具現しているものである。高度の当事者責任は、自由で自分自身に責任を持

スに考えてゆくこととする。

第5 日本法への示唆

1 民事訴訟の目的論

日本における民事訴訟の目的についての従来からの代表的な学説は、権利保護説、私法秩序維持説、紛争解決説であり、さらに、多元説、手続保障説、公的サービス説などが提唱された⁷⁰。日本における訴訟の目的論争は、主にドイツ法の議論を参照してなされてきた。その上で、戦後の日本における議論では、兼子一博士によって論じられた紛争解決説、これを支持した三ヶ月章博士の見解があり、これに対して日本国憲法に定める司法の役割は権利保障であることをもって権利保護説の再評価を主張される竹下守夫教授の見解等がある⁷¹。

これに対して独自の観点から権利保護説の正当性を主張されたのが中村英郎博士である。中村博士によれば、大陸法系の訴訟において、訴訟物（審判の対象）は、実体法上の権利であり、証明の程度は、裁判官が確信を持つ程度であるとされるのは、訴訟の目的が、法で認められた権利の実現にあることからもたらされるものであって、そこには論理的つながりがある。権利（法）を実現するのは国家の作用であり、その国家の作用の発動を求める者は、国家の機関である裁判官をして、「（未実現の）権利がある」と確信させる必要がある。裁判官は、法を知る者でなければならず、国家機関として法適用の前提として事実を認定し、法を適用して法を実現させる役割を担う。他方、英米法の民事訴訟では、訴訟は、王の平和を乱す紛争が生じたときに、紛争を解決して平和を回復する手続である。法は、具体的紛争の中から、平和の回復のために有用なものとして発見される。裁判官は、国家機関として最終的に紛争を解決して平和を回復する任務を持つものであるが、前提たる事実認定は裁判官が行う必要はない。対立当事者間の言い分のどちらがより合理的かを

ち、自分の権利を守り、社会保障としての権利が与えられているのでない、そういった市民の観念と調和する。それに対して、大陸ヨーロッパの訴訟上の役割分担はまず第一に、いわば国民自身が自分に権利を与えるのではなく、法が前もって与えられていた秩序として裁判官によって実施されるのだという観念から離れがたい。それに加えて、20世紀の民主主義化は、司法をもはや国民の自治の行為としてではなく国家の（国民に対する）生存の配慮〔Daseinsvorsorge〕の行為として理解する社会的国家思想と結びついたのである。現在では平均化する傾向が見えてきているにしても、これらの原因因子が、訴訟上の異なった役割の分担を決定しているのである。」 筆者は、本研究にあたり、上記シュテュルナー博士の講演録から多くの示唆を得た。

⁷⁰ 竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」民訴雑誌 40号 1頁（1994）、青山善充「民事訴訟の目的と機能」伊藤＝山本編・前掲注 3） 4頁、4頁。

⁷¹ 兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版増補版）』25頁（酒井書店、1978）、三ヶ月章「民事訴訟の機能的考察と現象的考察—兼子一著「実体法と訴訟法」の立場をめぐって—」『民事訴訟法研究（一）』249頁、255-257頁（有斐閣、1966）〔初出 1958〕、竹下・前掲注 70）、高橋・前掲注 3） 1頁。

判断することで、紛争を解決できるので、証明の程度は、優位性でよいとされる。民事訴訟の目的が紛争解決である以上、審判の対象は、当該紛争の全体であり、紛争が再燃されないように全てを一回で解決することが望ましいとされる。

中村博士は、以上のような分析のもと、大陸法系の民事訴訟制度を継受した日本において、訴訟の目的は第一義的に法的権利の実現であるにとらえるべきであり、目的論としては権利保護説が正しいとされる。そして、審判の対象たる訴訟物は、実体法上の権利であるとの考え方が通説となっていることには大いに理由があり、訴訟の第一義的目的を権利保護ではなく紛争の解決であるとしたり、審判の対象を紛争全体であるにとらえたりすることは、大陸法系に属する日本の訴訟制度の理解の仕方としては、誤りであるとされる⁷²。

このように、民事訴訟を私権の実現のための制度と捉える大陸法（ローマ法系）の伝統と民事訴訟を紛争解決のための制度と捉える英米法（ゲルマン法系）の伝統とを対比し、これを念頭に現在の日本の民事訴訟手続と米国の民事訴訟手続を対比してみると、その特徴を明瞭に理解することができ、その相違の底流にある理由が分かる。改めて、民事訴訟の目的論が、弁論主義を含む民事訴訟の審理の原則や構造、そこから派生する様々な制度と奥底において深く結びついていることが感じられる。

民事訴訟の目的論はそれ自体大きなテーマであり、本論文において、深く立ち入ることはできないが、筆者は、中村博士の学説に示唆を受け、また、竹下守夫教授の説に賛同し、日本の民事訴訟の目的は私権の保護であるとの立場に依拠して論を進めることとした。

2 訴訟の審理構造と審理の原則

(1) 問題提起

周知のとおり、日本の民事訴訟の審理原則として弁論主義が採られていることにはほぼ争いがない。日本の民事訴訟法には弁論主義やその内容たる3つの準則が明文で規定されているわけではない。しかし、民事訴訟法159条、179条、人事訴訟法19条、20条、行政事件訴訟法24条などが、民事訴訟の一般原則として弁論主義を前提としていると読めることを根拠に、日本の民事訴訟法は弁論主義を一般原則として採用しているというのが通説的な理解である⁷³。

また、沿革からも、日本の民事訴訟法はドイツ法典を倣ったことが明らかである。そして、第二次世界大戦後の米国による占領下においても、民事訴訟法は、職権証拠調べの規定（旧民訴法261条）の削除、人証に関する交互尋問制の採用（旧民訴法294条及び295条）など比較的僅かな改正がなされたのみで、従前の民事訴訟法がほぼそのまま維持された⁷⁴。そのため、「民事訴訟制度それ自体はドイツ法を基幹とする従前の手続構造（枠組み）

⁷² 中村・前掲注1) 13-14頁。中村英郎「民事訴訟制度の目的について」木川統一郎古稀『民事裁判の充実と促進（上）』1頁、3頁（判例タイムズ、1994）。

⁷³ 伊藤・前掲注3) 302頁、高橋・前掲注3) 404頁。

⁷⁴ 高地茂世ほか『戦後の司法制度改革—その軌跡と成果—』70-72頁（成文堂、2007）、アルフレッド・オプラー著（内藤頼博ほか監訳）『日本占領と法制改革—GHQ担当者の回顧』112頁（日本評論社、1990）。

を維持した」と評価された⁷⁵。したがって、マッカーサー率いる東京総司令部（GHQ）の指導により上記2点の「当事者主義化」の改正が行われた後も、基本的な構造はドイツ型のままであり、ドイツ型の弁論主義を採用したものと解釈が争いなく受け容れられてきた。

筆者も基本的には同意見であり、日本の民事訴訟は審理の基本原則として弁論主義を採用していることを本論文でも大前提とする。

弁論主義は、アドヴァーサリ・システムとは異質のものと理解すべきであることは既に述べた。しかし、第二次世界大戦後、日本の民事訴訟における弁論主義が論じられるときに、「英米化」の表れと評されることがしばしば見られる。

一つの仮説であるが、第二次世界大戦後、ドイツ型訴訟の弁論主義と米国型訴訟のアドヴァーサリ・システムとの差異が意識されないまま、民事訴訟においても刑事訴訟同様に「当事者主義」を導入したとの理解が広まったのではないだろうか。そして、あたかもアドヴァーサリ・システムを導入したかのような誤解の上に、あるいは、あえてその違いを曖昧にしたまま、ある種「中庸」の日本型「当事者主義」の構築が目指されたのかもしれない⁷⁶。そのことが、今日まで弁論主義とアドヴァーサリ・システムの異同が明瞭にされていない原因となっているように思われる。

そこで、今一度、日本民事訴訟の弁論主義のアドヴァーサリ・システムとの関係ないし距離を問いたい。日本の弁論主義はアドヴァーサリ・システムを導入することを志向したものかどうかを検討する。

(2) 第二次世界大戦後の法改正の評価

アルフレッド・オブラー博士は、GHQの民生局において民事訴訟法・刑事訴訟法を含む法制改革に携わったが、その回顧録において、「1948年7月1日の民訴法典の改正によるわずかな改革の背後には、二つの主要な考慮があった。第1に、裁判所の負担軽減であり、第2に、裁判所の父権的干渉主義を弱めることによって、訴訟手続を民主化することであった。(中略)裁判長に職権証拠調べの権限を与えていたかつての第261条の削除は、今では、当事者主義 *adversary system* を民事訴訟手続に導入する最も重要な改革として、解釈されつつある。この改正は、確かに審理の糾問的指揮から抜け出す第一歩であった。」としている。そのうえで、オブラー博士は、「第261条の削除は、実際に、当事者主義導入の信号だったのだろうか。」との問いを立て、申立て又は職権による裁判長の当事者尋問の権限(第336条)や当事者の申立てた証拠調べを裁判長が不必要と認めたときに却下できること(第259条)を指摘し、「その改正は、当事者主義を明確に導入するものではなかったと言うのが正しいかもしれない。」と述べている。さらに、「改革は、長い時間を

⁷⁵ 高地ほか・前掲注74) 102頁。

⁷⁶ 兼子一博士が、戦後、訴訟の目的について紛争解決説に転じられたのは、「弁論主義」の名のもとで、その実質をアドヴァーサリ・システムとする方向を意図されていたのかもしれないと思われる。ただし、この点は実証的な研究を尽くしておらず、あくまで筆者の仮説にすぎない。

かけての順応の過程を経た上で当事者主義採用の道を拓くように企図されたものであった。」「私たちは、アメリカの実務の複製を期待したわけではなかった。」「田辺判事が『中庸の立場』とか『大陸的哲学とアングロ・サクソンの哲学の真の意味での融合』と呼ぶライトモチーフが見いだされるのである。」としている⁷⁷。

ここでの「当事者主義」は文面から明らかなとおりアドヴァーサリ・システムを指しており、GHQ は、民事訴訟についても、刑事訴訟同様、米国型のアドヴァーサリ・システムを（将来に向けて目指すものとして）導入する方向性を持っていたことが伺われる。その一方で、米国型のアドヴァーサリ・システムの複製を導入しようとしたわけではなく、米国型とドイツ型の「中庸」を含め、民主化された訴訟手続を作っていくことが期待されていたとみることができる。

当時、日本の全ての分野で急速なアメリカ化が進む風潮の中で、「当時の学説は、一般的に、アメリカ型訴訟観（裁判官のいわゆるアンパイヤー論）を背景に、当事者主義を強調する立場をとり、弁論主義につき本質説を唱える見解を展開した」とされ、「このような見方（立場）は、GHQ 担当事務局の思惑を超えるものであったといえよう」と評価されている⁷⁸。

戦後、民事訴訟の当事者主義化を牽引したと言われる兼子一博士は、日本の民事訴訟法の沿革として、明治期にドイツ法典を翻訳的に継受したとされつつ、昭和 23 年の民事訴訟法改正について、「英米式の訴訟観から弁論主義を徹底するため、職権証拠調べを廃止し（旧民訴法 261 の削除）、証人尋問には当事者による交互尋問制を採用した。」と述べている。また、近代刑事訴訟について、「いわゆる刑事訴訟の弁論主義化」と表現している⁷⁹。後述するとおり、刑事訴訟については、戦後、英米法のアドヴァーサリ・システムが導入されたと理解できる。そして、英米におけるアドヴァーサリ・システムは、日独の弁論主義とはその本質を異にすると考える筆者の立場からは、「英米式の訴訟観から弁論主義を徹底する」とか「刑事訴訟の弁論主義化」という表現には、大きな違和感を覚える。そこに表れているのは、「弁論主義」を「英米式訴訟観」と同一視（ないし同質視）する傾向である。

三ヶ月章博士も、「我が国の訴訟制度も訴訟理論も、ドイツの立法・学説の影響の下に育ちまたその進展から絶えざる刺激を受けて来た。その接触は戦争・敗戦という共通の運命によって一時断ち切られた。その間にわが国では、アメリカの影響を受けて当事者主義・弁論主義の強化の方向に向かって大きく展開した。」「民事訴訟の目的を如何に把握するか—というよりも本来民事裁判に内在する二つの契機の何れを強調するかについては、ドイツ式の考え方とアメリカの見解が顕著に対立し、それはひいてはアメリカ的訴訟観の浸

⁷⁷ オプラー・前掲注 74) 113-115 頁。

⁷⁸ 高地ほか・前掲注 74) 70-71 頁。アメリカ型訴訟観を背景に当事者主義を強調する立場をとった代表的論者は兼子一博士であるとされる。

⁷⁹ 兼子・前掲注 71) 38 頁、58-59 頁。

透を受けたわが国とこれをはね返したドイツとの違いとなっているといえる。」とされる⁸⁰。この表現からは、兼子博士と同様、弁論主義の徹底はアメリカ的訴訟観の影響と捉えられているように思われる。ただし、三ヶ月博士は、その上で、「全面的に英米式訴訟制度を導入したわけではなく、基本においてドイツの体制を維持しつつ、局部的にアメリカ的制度を取り入れたわが国の現在の民事訴訟」と表現されている。

このように、わが国における戦後の民事訴訟法の改正に伴う議論の中で、当事者支配を徹底する「古典的な弁論主義」を採ることは「英米法的訴訟観」によるものと捉えられてきたことが分かる⁸¹。これは、ドイツにおいて、弁論主義を職権主義的に修正ないし放棄する方向の動きがあることに対して日本は異なる道をゆくという意味があったと善解できる。

しかし、筆者は、大陸法系の訴訟構造と英米法系の訴訟構造は本質的な違いを持つており、その差異を正視せずに日本の弁論主義を英米法のアドヴァーサリ・システムと同質視することは、本質を見誤る恐れがあると考ええる。

(3) 日本の民事訴訟はアドヴァーサリ・システムを志向するか

日本において、弁論主義の名の下にアドヴァーサリ・システムを採用ないし志向したというべきかどうかについて正面から論じたものはあまり多くない。谷口安平名誉教授は、その論文の中で「日本の民事訴訟は、ドイツ型弁論主義と米国型アドヴァーサリ・システムの間位置する」という⁸²。その重要な根拠の一つは、日本では、ドイツにはない交互尋問制を採ることである。しかし、谷口説も日本の民事訴訟法が基本的に弁論主義を採用したということを否定するものではなく、ドイツ型弁論主義を基本としつつ、一定程度米国型アドヴァーサリ・システムの要素（谷口説の言葉では「傾向性 (tendency)」）も兼ね備えているという趣旨と思われる。

オプラー博士の回顧録からも、GHQの指導による昭和23年の民事訴訟法改正で職権証拠調の規定(旧261条)を削除し交互尋問制を採用したことは、必ずしもアドヴァーサリ・システムの採用を意味したわけではないことが確認できる。昭和23年改正では、「長い時間をかけての順応の過程を経た上で」訴訟手続を当事者中心の手続に「民主化」することが企図されていたと見ることができる。

そして、平成8年の民訴法改正によって、準備手続とこれを前提とした集中証拠調べ、文書提出命令や当事者照会など、アメリカ型の制度が導入され、日本の民事訴訟はさらに

⁸⁰ 三ヶ月章「弁論主義の動向—戦後ドイツの学説の検討—」『民事訴訟法研究(一)』49頁、71-75頁(有斐閣、1966)〔初出1954〕。なお、三ヶ月博士の論述は、ドイツは日本と同じく第二次世界大戦で敗戦したにもかかわらず、その民事訴訟制度は戦前と連続性を保っており、弁論主義についても職権主義的に修正されつつある、これに対して日本は弁論主義を徹底する方向を採っている、との文脈で論じられたものである。

⁸¹ 三ヶ月・前掲注80)は、52頁などで、民事訴訟における当事者主義・当事者支配を求める原理を「古典的弁論主義」と呼び、ドイツにおいては、これから離れ職権主義への回帰又は当事者・裁判官協働の思想への転回が見られるとする。

⁸² *Taniguchi, a.a.O.(Anm. 4), S. 487, 501.*

アメリカ型アドヴァーサリ・システムに近づいたと評価できる。

しかし、現在の日本の民事訴訟手続は、裁判官が事実解明の最終的権限及び責任を担って、訴訟指揮権及び釈明権（義務）を持ち、人証の尋問権も持っていることから、裁判官は中心かつ能動的な主体となっている。この構造は、米国におけるアドヴァーサリ・システムの捉え方に照らすと、その要求を満たす当事者対抗的な水平構造ではない。今後の方向性としても、実務家や研究者の間において、当事者支配や当事者の主体性をより強化する志向性は認められるものの、裁判官を事実解明の主体から外そうという志向性は認めにくい。また、日本の一般市民には、裁判所において真相が解明され正義が実現されることへの期待がある。そして、伝統的に一般市民の裁判官の廉潔性に対する信頼感・尊敬の念は高く、有能な裁判官が真相を解明してくれることへの期待が大きい。そういった文化的背景もあって、日本の一般社会において、米国のように、事実の解明は裁判官の職責ではなく一般市民に委ねられるべきという主張や、裁判官ではなく一般人である陪審に事実の判断を委ねること望む世論の動向は認められない。その意味で、現時点において、最終的な目標として、完全なアドヴァーサリ化が志向されているとは言えないと考える。

では、どの程度水平構造を取り入れ、どの程度アドヴァーサリ的要素を取り入れようとするのか。この点は、すでになされた立法によって論理必然的に導き出されるものではなく、政策判断に委ねられていると考える。日本の民事訴訟の今後の制度構築においては、この意味を意識して、国民及び実務家間のコンセンサスの形成を図って行くべきであろう。

(4) 日本の民事訴訟における事実解明構造

ここまで論じてきたとおり、日本の民事訴訟における事実解明構造は、その実態においても法律上の建前においても、基本的にドイツ・大陸法型であるということが出来る。その上で、米国型アドヴァーサリ・システムへの接近が認められる。

そこで、日本の民事訴訟は、弁論主義を基調としつつ、さらに米国型の制度を取り入れることで、弁論主義とアドヴァーサリ・システムの間中型（ハイブリッド）といえるような制度にすることは可能かどうかについて考えてみたい。

谷口説のようにアドヴァーサリ・システムを「傾向（tendency）」と捉えるなら、当事者対抗的傾向を強めてゆけば、中間型あるいはハイブリッドと呼べる制度ができるとも考えられる。

しかし、筆者は、アドヴァーサリ・システムはある一定の構造を要求しており、それは、資料収集提出権者と事実認定権者の峻別及び事実認定権者の受動性を中核的要素とした当事者対抗的な水平構造であると考えられる。アドヴァーサリ・システムでは事実認定権者が訴訟資料の収集に一切関与しないことが求められる。そうすると、裁判官に積極的な釈明権（釈明義務）や本人や証人に心証形成にかかわるような質問をする権限を認める限り、アドヴァーサリ・システムとは言えない。逆に、裁判官から釈明権や尋問権を奪った事実解明制度は、まさにアドヴァーサリ・システムであって、もはや裁判官が事実解明の職責を担う大陸法の弁論主義ではないといえる。日本において、この差異を乗り越える制度の

変革を考えるのであれば、これは文化的変更をも伴うものであり、実務法曹のみならず一般市民をも含む、大きな自己変革の覚悟が必要である。その意味で、制度の軸足は大陸法型か英米法型のどちらかであるというべきであり、それは漸進的な変化によって中間・ハイブリッド型の制度が形成されてゆくというものではない。二つの制度の間を跨ぐ時には、政治的・政策的決断を伴う変化があるというべきである。

(5) 日本の刑事訴訟法へのアドヴァーサリ・システム導入

ところで、日本の法制の特殊性は、米国による占領政策下において、民事訴訟手続についてはドイツ型の旧法をほぼそのままを維持しつつ、刑事訴訟手続は、米国型アドヴァーサリ・システムが導入されたことである⁸³。

第二次世界大戦敗戦後、日本では、米国による占領下において GHQ の民主化・基本的人権尊重の徹底の指導のもと、新憲法において刑事訴訟の基本原則が示され（憲法 37 条・38 条）、刑事訴訟法については、予審判事制の廃止を含む当事者主義手続を導入する大改正が行われた。そのため、ドイツと異なり、日本では、刑事訴訟についても当事者主義が採られていることに争いが無い。しかも、憲法の規定は、明らかに米国のコンセプトを導入しており、刑事訴訟については、米国型のアドヴァーサリ・システムがその骨格をなしているというべきである。

そうすると、日本は、一国の中で、民事訴訟と刑事訴訟で異なったコンセプトを採用しているということになる。その背景にある訴訟観、法に対する考え方、裁判官のあり方や訴訟における事実解明についての考え方の違いに思いを致すとき、これは、非常に大きな問題である。他方、有罪率の異常とも思える高さなどから見ても、日本の刑事訴訟手続において、特に裁判官は、アドヴァーサリ・システムであることをどこまで意識してきたのか心もとないようにも思われる⁸⁴。刑事訴訟においては、アドヴァーサリ・システムの採用が憲法上の要請であるのに、これが十分に意識されず、「弁論主義化」というような誤った意識で運用されてきたということはないだろうか。その誤った意識によって事実上検察官が予審判事化している実態はないだろうか。本論文では、刑事訴訟は研究対象としていないので、この問題に深く立ち入ることは避けるが、アドヴァーサリ・システムと弁論主義は構造上異質のものであり、日本では、刑事訴訟については（民事訴訟と異なり）憲法上の選択としてアドヴァーサリ・システムを採用しているとの認識の下、懸念を表明しておきたい。また、後に詳述するとおり、これまでの弁論主義の根拠論において、日本の法制のこの特殊性（刑事訴訟においてはアドヴァーサリ・システムが採られていること）が考慮されていないことを指摘しておきたい。

⁸³ 渥美東洋『全訂 刑事訴訟法（第2版）』1-14頁（有斐閣、2009年）、松尾浩也『刑事訴訟の理論』15-20（有斐閣、2012）、オプラー・前掲注74）117-129頁。

⁸⁴ 戦後30年に当たって行われた座談会において、日本の刑事訴訟について「全くアメリカの制度とは似ても似つかぬものになってきている」との感想が述べられた。鈴木義男ほか「座談会 実務と英米法」ジュリ600号312頁、321頁〔鈴木義男発言〕（1975）。なお、松尾・前掲注83）15-20頁。

3 弁論主義の意義と制度趣旨

日本の民事訴訟の審理原則として弁論主義が採用された最も重要な趣旨は、訴訟手続の民主化であったといえる。民主化とは、国家権力の干渉・介入を極力避け、国民（当事者）の自律・自治に委ねることを意味する。そのために、裁判所の父権的干渉の強い糾問主義・職権主義から脱却して当事者主義を採用したのである。

日本は、裁判官を中心とするドイツ・大陸法型の訴訟構造を維持しつつ、訴訟を民主化する方法として、民事訴訟に関しては、ドイツで発達した弁論主義によることとした。したがって、弁論主義の意義及び内容は、ドイツにおける古典的な弁論主義と同一と考えてよい。すなわち、弁論主義とは、判決の基礎をなす事実の確定に必要な資料の提出（事実の主張、証拠の申出）を当事者の権能及び責任とする建前であり、その内容は、①裁判所は当事者によって主張されていない主要事実を判決の基礎とすることができない、②裁判所は当事者間に争いの無い主要事実については、当然に判決の基礎としなければならない、③裁判所が調べることのできる証拠は、当事者が申し出たものに限られる、というものである。

弁論主義の内容については、本章ではこの基本的な事項を確認するに止め、次章以下において、米国民事訴訟との比較から示唆を得てより深く考察することとする。

4 弁論主義の根拠

弁論主義の根拠については、従来から議論がある。代表的な考え方として、①民事訴訟の対象となる私法上の権利義務は当事者の私的自治の原則により管理処分されるべきものであるから、訴訟の審理の資料となる事実や証拠についても当事者の意思ないし自律性が尊重されるべきであるとする本質説（又は私的自治説）、②真実発見のため最も合目的的な方法は、訴訟資料の収集提出を当事者に委ねることであるとする手段説のほか、当事者の納得や社会における訴訟の公平さへの信頼の担保を含むこれらの混合であるとする多元説など多岐に亘り、議論がなされてきた。

米国民事訴訟におけるアドヴァーサリ・システムの根拠について、非常によく似た議論・学説の展開があることはすでに述べたとおりであり、弁論主義とアドヴァーサリ・システムという、似て非なる二つの制度において、その目指すべきものと根拠について、共通性があるといえることができる。特に共通しているのは、訴訟資料の収集・提出を当事者に委ねることが、真実発見のために最良であるとする手段説（真実発見理論）、当事者の手続的権利の保護が図られるとする手続保障説（保障理論）、そして、これらに加えて当事者の納得と社会全体の司法に対する信頼に資するとする多元説（満足理論）である⁸⁵。これらは、いずれも、裁判官による糾問的な職権調査を廃し、証拠資料の収集・提出を当事者に委ねることの正当性を論じたものであり、この点において、ある種の普遍性が認められる。

日本の弁論主義と米国におけるアドヴァーサリ・システムの根拠論において異なる点は、

⁸⁵ 小林秀之『民事訴訟の審理』10-11頁（有斐閣、1987）、小林・前掲注13）79-88頁。

米国では、これらの根拠論が相互補完的に捉えられ、排斥しあう関係とは捉えられていないことである。日本でも、多元説が有力化していることには意味があると考えられる。

もう一点は、米国におけるアドヴァーサリ・システムの根拠論には、私的自治の原則を根拠とする説がないことである。これは、米国では、刑事訴訟と民事訴訟の両方に共通する訴訟構造としてアドヴァーサリ・システムが採られており、アドヴァーサリ・システムの根拠論が語られるとき、刑事訴訟をも含んだ議論になっている（むしろ、刑事訴訟において、アドヴァーサリ・システムが採用されるべきことがより重要であるとされる）からである。

翻って、日本における弁論主義の根拠論は、ドイツの伝統的な議論をほぼそのまま継受したものであるということができ、本質説（私的自治説）が通説となっている。しかし、ドイツでは、本質説の背景に、刑事訴訟の審理の基本原則として職権主義を採っているという事情がある⁸⁶。だからこそ、「民事訴訟の本質」として私的自治が強調される。これに対して、日本では、上述したとおり、刑事訴訟についても当事者主義が採られており、しかも、その当事者主義は米国型の当事者対抗主義（アドヴァーサリ・システム）がその骨格をなしているという特殊な法制の状況にある。つまり、日本では、ドイツと異なり、民事訴訟及び刑事訴訟の両手続において、職権主義・糾問主義を廃して当事者主義が採られており、しかも、その当事者主義は、民事訴訟と刑事訴訟で同じコンセプトを採っておらず、民事訴訟はドイツ型（弁論主義）、刑事訴訟は米国型（アドヴァーサリ・システム）を原型としているということが出来る。

言うまでもなく、日本法制がこのようになっている直接的な理由は、その歴史によることは明らかである。すなわち、日本は明治期にドイツ・プロイセン型の訴訟法を導入して法整備を行い、第二次世界大戦敗戦に伴い米国による占領下で民主化の法整備が行われた。その際に、GHQが米国型の法制度の複製を求めず、特に民事訴訟については旧法を大きく変えなかったこと、刑事訴訟についてはその人権への影響に鑑みて大幅に米国型の制度の導入がなされたことがその原因である。しかし、戦後70年の間に、法改正の機会がありながら、基本的な型を維持している以上、その正当性の根拠は説明される必要がある。

結論として、日本における弁論主義の根拠を論ずるとき、「私的自治の原則の訴訟法への反映」というだけでは、必ずしも十分な説得力があるとは言えない。民事訴訟の事実認定手続として糾問主義・職権主義を採らない理由と共に、米国型アドヴァーサリ・システムを採らない理由も明らかにされる必要があると考える。

その具体的な内容は、次章以降で米国と日本の民事訴訟の事実解明構造を比較検討したうえで最終章において論じたい。

⁸⁶ ロクシン＝アッヘンバッハ著（光藤景皎＝吉田宣之編訳）『ドイツ刑事訴訟法演習一君の知識を試そう』160頁（成文堂、2017）、クラウス・ロクシン著（新矢悦二＝吉田宣之訳）『ドイツ刑事手続法』（第一法規、1992）。

第6 小括

本章では、英米法民事訴訟の事実審理の基本原則であるアドヴァーサリ・システムとは何かを論じ、弁論主義との違いを明らかにするとともに、日本の民事訴訟の目的論及び審理原則の選択を確認することを試みた。そして、本論文を通じて検討の対象とする弁論主義の内容及び根拠について、新たな視点を提示した。

アドヴァーサリ・システムとは、英米法訴訟における事実審理の基本構造であり、党派的な当事者と各当事者に忠実な代理人弁護士間の論争により訴訟が進行し、双方当事者が主張及び証拠を提出して事実認定をコントロールし、中立的かつ受動的な判断権者が偏頗ない判定を下す、当事者対抗の水平型構造のことをいう。その中核的要素は、(1) 争点について判定を下す者(裁判官・陪審)と事実を調査し法廷にこれを提出する者との構造的な峻別、(2) 判定権者の中立性・受動性、(3) 事実の調査及び訴訟資料の提出権限と責任をもっぱら当事者(及びその弁護士)に認めること(当事者提出主義)、(4) 当事者(及びその弁護士)主導による裁判の追行(当事者追行主義)、(5) 当事者の利益に忠実かつ党派的な弁護士による代理である。

アドヴァーサリ・システムと弁論主義の相違は、(1) 裁判官のあり方(アドヴァーサリ・システムでは受動性が徹底され、弁論主義では一定の能動性が認められる)、(2) 主張レベルでの当事者支配(アドヴァーサリ・システムではなく、弁論主義にはある)、そして、より究極的な違いとして(3) 事実解明の権限及び責任の所在(アドヴァーサリ・システムでは裁判官に事実解明の権限も責任も認めない、弁論主義では、裁判官が最終的な事実解明の権限と責任を担う)に認められ、総じて、両者には、(4) 事実解明の全体構造が当事者ないし弁護士を中心とする水平型構造(アドヴァーサリ・システム)か裁判官を中心とする垂直型構造(弁論主義)を基本としながら当事者の自律性を求めるかの違いがある。

なお、英米法民事訴訟の特色として、裁判官に事実解明の権限ないし責任が認められないことのほか、トライアルとプリトライアルが区別された手続であること、陪審制、ディスクロージャー・ディスカヴァリの制度などが挙げられるが、トライアルとプリトライアルの区別は英米法訴訟の特徴ではあるが本来アドヴァーサリ・システムの特徴ではない。陪審制は裁判官中心の大陸法には馴染まずアドヴァーサリ・システムに強い親和性があるが、英国で民事陪審がほぼ廃止されたようにアドヴァーサリ・システムの必須要素ではない。また、ディスクロージャー・ディスカヴァリも比較的最近発展した制度であって、アドヴァーサリ・システムに当初から付随した制度ではない。

ヨーロッパの法制には、ローマ法系とゲルマン法系の二つの型があり、英米法民事訴訟制度は、ゲルマン法系の訴訟観・法哲学に基づく。すなわち、訴訟は紛争解決のための制度と捉え、紛争が生ずると事実の解明からスタートし、事実のなかから規範を発見して紛争を解決しようとする。この発想は、規範の存在を大前提とし、規範を事実に適用して法

的権利を実現することが訴訟の目的と考えるローマ法系の訴訟観・法哲学とは異質のものである。

日本は、ドイツから法制度を継受しており、その訴訟観や法に対する考え方は基本的にローマ法系に属する。従って、日本の民事訴訟において訴訟の目的は私法上の権利の実現であるというべきである（権利保護説）。そして、現在の日本の民事訴訟法が選択している審理構造は大陸法系のそれであり、審理の基本原則（理念型）としては、アドヴァーサリ・システムではなく、弁論主義を採用しているというべきである。

その上で、日本は、大陸法型の事実解明構造を基本としつつ、戦後米国の影響を受けて米国型のより当事者の主体的関与を求める水平型の制度を色濃く取り入れた結果、独自の構造を育んできたといえることができる。

次章以下においては、より具体的に、米国民事訴訟と日本の民事訴訟の事実解明構造を対比し、その内容を検討する。

第3章 民事訴訟の事実解明構造

—米国連邦民事訴訟規則を手掛かりに—

第1 はじめに

本章では、米国民事訴訟の事実解明構造をより具体的に理解する手掛かりとして、2017年1月1日現在の米国連邦民事訴訟規則（FRCP）を概観する⁸⁷。

ここでは、米国民事訴訟の事実解明構造を理解するのに有用なルールに焦点を絞って検討するため、管轄、当事者（多数当事者含む）、判決効の詳細、上訴審のルールなどは、思い切って省略する。

なお、第2章で論じたとおり、現在の米国民事訴訟手続は、厳密には、英米法の伝統を受けた制度の部分とアドヴァーサリ・システムとしての制度の部分、そして近年新しく変化した部分が混在するが、この章では、あえて区別せずに検討する。本章の第1の目的は、FRCPを通じて、具体的に、米国民事訴訟の事実解明構造の全体像を把握することである。

その上で、米国民事訴訟との対比から日本の民事訴訟の事実解明構造を明らかにするとともに、民事訴訟の事実解明に係る日本法の解釈及び今後進むべき方向について得られる示唆について論じる。

第2 米国連邦民事訴訟規則（FRCP）の示す構造

1 訴訟の開始とプリーディング

(1) 訴状の提出による訴訟の開始

「民事訴訟は、裁判所に訴状を提出することによって開始される⁸⁸。」（FRCP 3）そして、訴訟提起時に支払うべき手数料（filing fee）は、訴額に拘らず一定額である⁸⁹。

訴状の内容としては、①当該裁判所に管轄があることを示す簡潔な理由の記載、②原告が救済を受ける権利を有することを示す請求の簡潔かつ平易な記述（a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief）、③求める救済の要求（a demand for the relief sought）を記載しなければならない（FRCP 8(a)）。

⁸⁷ アメリカ合衆国法典 28 編 2072 条 (a) は、「最高裁判所は、合衆国地方裁判所（そのマジストレイト裁判官による手続を含む）及び控訴裁判所の事件について、一般的な手続規則及び証拠規則を定める権限を有するものとする」と定め（いわゆる授權法）、最高裁判所に規則制定権を認めている。28 U.S.C § 2072(a). 米国における規則制定過程については、笠井正俊「訴訟手続を規律する最高裁判所規則の制定過程について」京大法学部百周年・前掲注 39) 593 頁（有斐閣、1999）。

⁸⁸ A civil action is commenced by filing a complaint with the court.

⁸⁹ 2018年1月9日現在、Federal District Court の訴え提起手数料は 350 ドルである。28 U.S.C § 1914(a).

訴状に記載すべき内容については、変遷の歴史があり、コモンロー・プリーディング (common law pleading)、コード・プリーディング (code pleading) と変遷し、FRCP 制定時にノーティス・プリーディング (notice pleading) が取り入れられた⁹⁰。ノーティス・プリーディングでは、プリーディング (pleading) においてなされる当事者の主張は、告知 (notice) 機能が果たされればよいという考え方に立っている。訴状においては、上述のとおり、求める救済の要求 (日本民訴の「請求の趣旨」とほぼ同じ) に加えて、それを求める権利があることを示す請求 (claim) を簡潔かつ平易な言葉で示せばよいということになっている。FRCP に何種類かの訴状のフォームが添付されているが、いずれも定型的で簡潔な記載が予定されており、誰が何を原因として訴えを提起したかが被告に告知されればよいという考え方に基づいている⁹¹。

(2) 訴状・呼出状の送達

米国民事訴訟においては、訴状の写しを添付した呼出状の送達は、原告の責任においてなされる (FRCP 4(c)(1))。原告は、訴状提出以後、被告宛の呼出状を起案して裁判所書記官に提示し、署名押印 (seal) してもらい、原告の責任において被告にこれを送達しなければならない (FRCP 4(b))。訴状提出から 90 日以内に被告が訴状の写しと呼出状の送達を受けなければ、原則として、裁判所は訴えを却下するか一定の期間に送達しなければならないことを命じなければならない (同(m))。

訴状や呼出状の送達までもが裁判所ではなく原告の責任であることは、アドヴァーサリ・システムの一つの表れであろう。

(3) プリーディングの種類と機能

訴状送達以後、プリーディング (pleading) と呼ばれる当事者間の主張のやり取りが行われる⁹²。なお、訴状もプリーディングの一種であり、プリーディングとしては、①訴状 (a complaint)、②答弁書 (an answer to a complaint)、③反訴に対する答弁書 (an answer to a counterclaim designated as a counterclaim)、④交差請求に対する答弁書 (an answer to a crossclaim)、⑤第三者の訴え (a third-party complaint)、⑥第三者の訴えに対する答弁書 (an answer to a third-party complaint)、⑦裁判所が命じる場合に (のみ許される) 答弁書に対する返答 (if the court orders one, a reply to an answer) の 7 種類のみが許される (FRCP 7(a))。

かつて、コモンロー・プリーディングの時代には、争点が 1 つに絞り込まれるまで、プ

⁹⁰ 吉村・前掲注 16) 第 2 編及び第 3 編第 3 章参照。時國康夫『英米法における訴答 (Pleading) の研究』司法研究報告書 8 輯 5 号 (1955)。浅香・前掲注 13) 63-67 頁。プリーディングの変遷については第 4 章で詳細を論ずる。

⁹¹ 相当数の州が FRCP に準じた規定を取り入れてノーティス・プリーディングの立場を採っているが、いまだにコード・プリーディング方式を採っている州もあると言われている。浅香・前掲注 13) 66 頁。

⁹² Pleading は、従来、「訴答」と翻訳されてきたが、訴答という日本語自体現在では使用されなくなっているため、本論文では、プリーディングと表記する。

リーディングの交換が繰り返された。しかし、現在では、事実の解明は、ディスクロージャー及びディスカヴァリを通じて行われ、さらにプリトリアル協議を通じて、トライアルにかけられるべき争点の絞り込みがなされることが予定されている。日本では、主に当事者間の主張のやり取りを中心に、争点形成（主張された主要事実のうち当事者間でその存否の認識が一致しないものを明らかにすること）が予定されているが、米国の現在のプリーディングには、そのような争点形成機能は与えられていない。そのため、プリーディングの種類は7種類に限定され、延々と続くことは予定されていない。原告の提出すべきプリーディングは、原則として訴状のみであり、しかも、その訴状には、請求を理由づける主要事実を全部記載する必要がない。前述のとおり、訴状の内容は比較的簡潔なものが予定されているが、当事者がその時点で把握している最大限の主張が示される⁹³。これは、訴え提起時に主要事実の全てが明らかになっていないことが当然に予定されており、事実（事案）の全容は、プリーディング及び初期ディスクロージャーを手掛かりとしてディスカヴァリを通じて解明されていくことが予定されているからである。

なお、日独の制度と異なり、英米の民事訴訟には、主張を口頭でやり取りする口頭弁論という手続はなく、文書のやり取りそのものがプリーディングであり主張としての効果を生ずる。また、口頭弁論における陳述を予定しないから、準備書面は存在しない。

(4) 被告の答弁

被告は、原則として、訴状（写し）及び呼出状の送達を受けてから21日以内（送達免除の場合は免除申請が送られてから60日以内、国外にいる被告の場合は90日以内）に答弁書を送達しなければならない（FRCP 12(a)(1)）。答弁書において、被告は、原告の主張についてこれを認める自白（admission）又は否認（denial）をすることができる。否認の中に、概括的（一般）否認（general denial）、特定否認（specific denial）、限定否認（qualified denial）、信念を形成するには不十分な知識（insufficient knowledge to form a belief）という根拠による否認、情報と信念に基づく否認（denial on information and belief）という5種類がある⁹⁴。このうち、信念を形成するには不十分な知識（insufficient knowledge to form a belief）という根拠による否認は、実質的に日本の訴訟における「不知」に近いものであると考えられる。被告が自白した事実は、被告を拘束し、トライアルにおいて原告が証拠を提出する必要がなくなる⁹⁵。ただし、後述のとおり、米国の手続においては、プリーディングの変更として、自白を撤回して否認に変更することが認められるので、プリーディングにおける自白の拘束力は、日本における自白の拘束力と同質なものではない。

(5) 抗弁の主張

⁹³ ハザード=タルッフオ・前掲注13) 117頁。日本の訴訟と異なり、事案の解明は、訴訟提起後、ディスカヴァリの手続の中で本格的になされるから、その前の段階では当事者にとっても全容は解明されていないという前提がある。

⁹⁴ ケイン・前掲注13) 90-91頁。

⁹⁵ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 296.

プリーディングに対する答弁において、抗弁（affirmative defenses）の主張は、明確に（affirmatively）なされなければならない（FRCP 8(c)）。FRCP が抗弁として例示しているのは、代物弁済、仲裁判断、危険の引受、寄与過失、脅迫、禁反言、約因の欠缺、詐欺、違法、雇用者による傷害、消滅時効、許諾、弁済、免除、既判力、詐欺防止法、除斥期間、放棄である。

(6) 主張の訂正変更

後にディスカヴァリが進行するにつれて、ある主張が証明できないこと、追加主張ができること、利害関係を持つ者を追加的に当事者として併合すべきことなどが明らかになることがあり、それは、プリーディングの訂正による主張の撤回や追加によって処理される⁹⁶。FRCP では、プリーディングの変更は、その文書が送達されてから 21 日以内に 1 回無条件で行うことができ（FRCP 15(a)(1)）、それ以降トライアル前は、相手方当事者の書面による同意又は裁判所の許可によって主張の訂正変更・追加ができることとされている（同(a)(2)）。そして、この裁判所の許可は、「正義の求めるところにより自由になされるべき」

（The court should freely give leave when justice so requires.）とされており（同）、実際に、現在の米国では、ディスカヴァリで明らかになった情報に基づくプリーディングの修正は相当広く認められる⁹⁷。これは、トライアル前の手続において、開示手続を経て、双方当事者の協力によって事実が解明されるべきものとの前提があるからである。また、技術的形式的な理由で訴訟を終えてしまうのではなく、可能な限り、一回の手続で、紛争の実体に踏み込んで解決する機会を当事者に保障しようとするものである。ただし、修正の時期が遅い、相手方が新たな主張に対する防禦のために証拠収集をやり直すことが必要になるなど、相手方当事者に不当な不利益をもたらす場合には、修正が許されない⁹⁸。なお、プリーディングの訂正は、トライアル開始後でも許される場合がある。典型的には、トライアルにおいて、当事者が、証拠がプリーディングで主張された争点の範囲を超えていると異議を述べた場合である。この場合、裁判所は、その証拠が異議を述べた当事者の攻撃防禦を不当に妨げるものとなると認められず、実体解明に役に立つ場合には、自由にプリーディングの訂正を認めることができる（FRCP 15(b)(1)）。

(7) 自白の撤回

認否の変更もプリーディングの訂正の一つとしてその可否が判断される。一旦自白したものを否認に変更することも、プリーディングの訂正の可否の問題として解決される。デ

⁹⁶ ハザード＝タルッフオ・前掲注 13) 117 頁。

⁹⁷ ハザード＝タルッフオ・前掲注 13) 117 頁。ケイン・前掲注 13) 96-97 頁。FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 312-13. かつて、プリーディングについて厳格な原則を採用していたコモンロー・プリーディングの時代には、当初のプリーディングにおける主張と異なった証拠が出てきた場合を、ヴァライアンス（variance）と呼び、容易に主張の変更を認めなかったが、そのような方法はあまりに形式的で柔軟性に欠け、適正な紛争解決ができないと批判された結果、プリーディングに対する考え方が修正されて現在に至っている。

⁹⁸ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 313; GLANNON, CIVIL PROCEDURE (EXAMPLES & EXPLANATIONS), *supra* note 12, at 389-91.

ディスカヴァリの手続の中の「自白の要請」(requests for admission) という手続がある (FRCP 36) が、この手続によるのではなく、単にプリーディングの中で自白したにすぎない場合は、FRCP 15 のプリーディングの訂正の問題として処理される⁹⁹。つまり、自白した書面が相手方に送達されてから 21 日以内であれば無条件に撤回して否認に変更でき、その後も裁判所の許可があれば変更できる。被告がその答弁で自白した事実について、その後、争う姿勢を示し、原告もその自白に依存せず、また、自白に基づいてその訴訟活動を変化させたりしなかった事案において、被告が認否を自白から否認に変更するのを裁判所が許可した判例がある¹⁰⁰。ここでも、プリーディング(主張の交換)に争点絞り込み機能を持たせていないことが表れている。

2 却下ないし棄却の申立て (Motion)

一定の防禦方法は、申立て (motion) という形式で提出することができる。FRCP が規定する防禦方法としての申立ては、事物管轄不存在、主観的管轄不存在、不適切な法廷地、手続の瑕疵、送達の瑕疵、訴状の瑕疵(主張自体失当)、必要的当事者の不併合である (FRCP 12(b))。米国民事訴訟において、実体判断に入らない手続の終了(却下)と実体判断として原告の請求を否定する手続の終了(棄却)との用語上の区別はない。

3 プリーディング及び申立て等の署名義務と濫用防止—ルール 11

民事裁判で提出されるプリーディング、申立書及びその他の文書には、少なくとも一人の代理人弁護士か本人訴訟の場合は本人の署名が必要とされる (FRCP 11(a))。そして、これらの文書を提出する弁護士又は本人は、文書の署名や提出により、与えられた状況下で合理的な調査をしたうえで知り得た知識、情報、確信のうえで、以下の4点を証明するものであるとされる (FRCP 11(b))。すなわち、(1) 同文書はハラスメント、遅延、訴訟費用の増加などの不適切な目的で提出されていないこと、(2) その請求、防禦ほか法的論争は、現在する法の裏付けがあるか又は現在する法の拡大、修正、変更解釈もしくは新しい法を確立する真摯な議論の裏付けがあること、(3) 事実上の争いについては、証拠の裏付けがあること(特に明示した場合は、さらなる調査又はディスカヴァリを行う合理的な機会を得た後に証拠を持つことになること)、(4) 事実上の争いのある事実を否認する場合は、証拠の裏付けがあること(特に明示した場合には、合理的にそう信じているか情報を欠くこと)の4点である。

裁判所は、上記4点のいずれかに違反があると認めるときは、当該弁護士又は当事者に告知して反論の機会を与えた上で、違反を認定し、適当な罰を科すことができる (FRCP 11(c))。しかも、弁護士の違反が認められるときは、その所属する法律事務所も一種の連座制で責任を問われる。

⁹⁹ 後に論ずるとおり、ディスカヴァリの一種の「自白の要請」(request for admission) によって自白が認められた事実については、容易にその撤回は認められず、証明したものと同様に扱われる。ケイン・前掲注 13) 123 頁。

¹⁰⁰ See King v. Cooke, 26 F. 3d 720, 723-24 (7th Cir. 1994).

この規定は、当初 1938 年当時は倫理的義務と捉えられ実際に適用されることはまれだったが、その後 1983 年と 1993 年に改正され現在の規定になっている。プリーディングや申立が濫用的に用いられることによる訴訟遅延の防止を目的とし、弁護士及び本人訴訟の当事者は、合理的な範囲で法や事実を調査し、理由のある主張をする義務が課されている¹⁰¹。

4 開示制度（ディスクロージャー及びディスカヴァリ）

(1) 開示制度とは

トライアル前に、当事者双方が知っている事実や証拠を相手方に開示し、証拠を収集し、事案を解明する活動を行うことが予定されている¹⁰²。「ディスクロージャー及びディスカヴァリ」(disclosures and discovery) と呼ばれる (FRCP 26~37)¹⁰³。

現代の米国における開示制度には 3 つの目的がある。第 1 はトライアルで提示できなくなる可能性のある証拠を保全すること。第 2 は、当事者間で争いのある真の争点を明らかにすること。第 3 は、当事者が争点に関連する証拠にたどり着くために必要な情報を得て証拠を収集しトライアルに備えることである¹⁰⁴。

当事者は、訴訟提起後、相手方からの要求を待たずに、速やかに一定の情報を開示する義務を負うものとされ (disclosures, FRCP 26(a))、さらに、デポジション (deposition) 等、相手方からのディスカヴァリ (discovery) の要求に応じなければならない。

なお、ディスカヴァリは、英米法民事訴訟に伝統的に存在した制度ではなく、FRCP 制定時に導入された比較的新しい制度であり、さらに、初期ディスクロージャーは、1993 年の改正で導入されたきわめて新しい制度である¹⁰⁵。FRCP 26 は、2000 年、2010 年、2015 年にも改正されており、開示制度は、米国においても現在進行形で生成発展中の制度であるといえる。

(2) 開示制度の弊害と裁判所による管理・制限、保護命令

開示制度、特にディスカヴァリは、いわゆる「証拠漁り」(fishing expedition) や嫌がらせ目的で濫用される可能性が大きく、また、過度のディスカヴァリによって訴訟が遅延し、当事者の弁護士費用が増大するという弊害が指摘され、米国においても、開示を一定

¹⁰¹ 日本において FRCP11 を議論したものとして、加藤新太郎ほか「座談会 ルール 11 と弁護士の役割」判タ 920 号 23 頁 (1996) がある。

¹⁰² 大村・前掲注 13) 第 1 章にディスクロージャーについての詳細な研究がある。

¹⁰³ ディスクロージャーの規定 (FRCP 26 (a)) は 1993 年の FRCP 改正によって新たに挿入され、以後訴え提起後早期に相手方からの要求を待たずに手持ち証拠を開示することが義務づけられた。そのため、かつて、FRCP 26 の表題は Depositions and Discovery とされており、Discovery という概念は Disclosures を含む「開示」全体を示す概念として使われる場合がある。しかし、現在の FRCP は、要求を待たずにする当然開示を Disclosures と呼び、相手方の要求によって認められる証拠収集手続 (デポジションを含む) を Discovery と呼んで区別している。

¹⁰⁴ 浅香・前掲注 13) 74 頁。See FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 380-81.

¹⁰⁵ 大村・前掲注 13) 5 頁。

程度制限する必要性が強調された。その結果、幾度かに亘る規則改正によって、裁判所が開示の範囲や頻度を制限できることとなった¹⁰⁶。

裁判所は、ディスカヴァリが当事者に不合理な負担を課さないよう、また本来の範囲を超えて強制されないように、その回数や対象を命令で制限することができる（FRCP 26(b)(2)）。また、ディスカヴァリの対象となった当事者その他の者は、事件の係属する裁判所に保護命令（protective order）を申し立てることができる（FRCP 26(c)）。保護命令の申立てを受けた裁判所は、当事者その他ディスカヴァリの対象とされた者を、嫌がらせ、困惑、威迫、必要以上の経費の負担から守るために、ディスクロージャー又はディスカヴァリを禁じ、ディスクロージャーやディスカヴァリの対象、時、場所を特定し、方法を制限し、一定の質問を禁ずるなどしてその範囲を制限し、又は立会人を制限するなどの命令を発することができる。また、裁判所は、デポジションの結果を封筒に入れて封印し裁判所の命令によってのみ開封できるように命じたり、営業秘密等の秘密情報を開示させず、又は一定の特別な方法によってのみ開示させるよう命じたり、双方当事者に一定の情報を封印した封筒に入れて同時に提出させ、裁判所の指示によって開封するよう命じるにより、秘密保持の手当てを講ずることができる。

(3) 開示計画協議

当事者双方は、提訴後早期に、遅くとも裁判所が開くトライアル前協議（FRCP 16）の日の 21 日前には、開示計画協議（conference of parties; planning for discovery）を持ち、開示計画を策定することが義務付けられている（FRCP 26(f)(1)(2)(3)）。開示計画協議では、当事者は、ディスクロージャーを行う時期、ディスカヴァリを求めることが予定される事項やタイミング、秘匿特権や work-product 法理の主張、ディスクロージャーやディスカヴァリを制限する裁判所の命令を求めるかどうかなどについて話し合い、開示計画を擦り合わせる事が期待され、早期の和解の可能性も模索される¹⁰⁷。

(4) 初期ディスクロージャー（Initial Disclosures）

手続開始後速やかに（開示計画協議から 14 日以内に）（FRCP 26(a)(1)(C)）、双方当事者が相手方からの要求を待たずに、自発的に、以下のものを相手方に開示する義務を負う（FRCP 26(a)(1)(A)）¹⁰⁸。

- ① 開示当事者が、その請求又は防禦を理由づけるために使うかもしれない、関連する情報を知っている可能性のある個人の氏名、（もし分かれば）住所、電話番号及びその知っている情報。ただし、もっぱら弾劾目的の場合を除く。
- ② 開示当事者が所持し、又はその支配下においており、かつその請求又は防禦を理由づけるために使うかもしれない、すべての文書、電子的に記録された情報、並

¹⁰⁶ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 383-84. 伊藤眞「開示手続の理念と意義（下）—民事訴訟法改正への導入をめぐる—」判タ 787 号 11 頁、11-12 頁（1992）参照。

¹⁰⁷ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12 at 400.

¹⁰⁸ 任意の開示が適切でないか期待できない 9 類型の手続については最初の開示義務が免除されている（FRCP 26(a)(1)(B)）。

びに有体物の写し1部（又はカテゴリーの説明と所在）。ただし、もっぱら弾劾目的の場合を除く。

- ③ 開示当事者から請求された損害の種類ごとの計算方法。なお、開示当事者は、それぞれの計算の基礎となった文書その他の証拠資料を、秘匿特権や例外の対象でない限り FRCP 34 に基づいて閲覧謄写させなければならない。
- ④ 当該訴訟の判決の全部又は一部を満足させる支払いを行い、又は判決を満足させる支払いがなされた場合これを補償する義務のある保険契約があれば、その契約を FRCP 34 に基づいて閲覧謄写させるべく提供しなければならない。

(5) 専門家証言 (Expert Testimony) のディスクロージャー

当事者は、専門家証言 (expert testimony) をトライアルで使おうとするときは、遅くともトライアルの予定日又は事件がトライアルに熟した状態になる時点の 90 日前までに、相手方当事者に対して、その専門家証人 (expert witness) を特定して示さなければならない。さらに、当該証人が当該事件で専門家証言を提供するために特別に雇われたものである場合又は当事者の従業員であって普段から専門家証言を行うことを任務としている場合は、専門家証人が証言する意見の内容や理由、最近 10 年間に出版された専門家証人の業績、最近 4 年間に他の訴訟でトライアルやデポジションで証言した場合はそのリスト、今回の証言のために予定されている報酬などを含むレポートを添付して相手方に提出しなければならない (FRCP 26(a)(2)(B))。それ以外の専門家証人の場合は、上記レポートに代えて、証人が証言する予定の内容のテーマ及び証人が証言する予定の事実又は意見の要旨を開示しなければならない (FRCP 26(a)(2)(C))。

(6) プリトライアル・ディスクロージャー (Pretrial Disclosures)

両当事者は、初期ディスクロージャー及び専門家証人のディスクロージャーのほか、トライアルで提出する可能性のある証人及び文書等について、もっぱら弾劾目的である場合を除き、以下のとおり、ことごとく事前に開示する義務がある (FRCP 26(a)(3)(A))。

- ① トライアルに出そうと考えている証人の名前、住所、電話番号（必要な場合に架電できる番号）。
- ② デポジションを行って、その供述録取書をトライアルに提示しようとしている証人を特定し、その供述記録が速記録になっていない場合は、そのデポジションの関連部分の筆記記録。
- ③ 当該当事者がトライアルで出そうと考えている、又は必要があれば出そうと考えている、書類その他の証拠を一つ一つ特定する標目（その他の証拠の要約を含む）。

プリトライアル・ディスクロージャーの時期は、原則として遅くともトライアルの 30 日前までになす必要がある。当事者は、デポジションによって取得した証言を FRCP 32 に基づいて録取書の形でトライアルに提出することについての異議や証拠として提出予定とされた資料の証拠能力についての異議があれば、その異議リストを原則として開示された日から 14 日以内に提出することができる (FRCP 26(a)(3)(B))。

(7) ディスカバリーの種類と対象

FRCP が規定するディスカバリー (discovery) の種類は、デポジション (depositions 供述録取)、インタロガトリ (interrogatories 当事者照会)、文書、電子的に保存された記録、物の提出又は土地への立ち入り検分 (producing documents, electronically stored information, and tangible things, or entering onto land, for inspection and other purposes)、身体及び精神の検査 (physical and mental examination)、自白の要請 (requests for admission) の 5 種類である。

ディスカバリーの対象は、「当事者の請求又は防禦と関連し、秘匿特権のない一切の事項で当該事件の必要性に比例した範囲」(FRCP 26(b)(1)) とされ、文書の存在、内容、性質、所在、状態や関連のある事実を知っているかもしれない人々の特定情報や所在など、主要事実に直接関連する情報のみならず、間接事実に関するものを含め、またトライアルにおける証拠として許容性の有無にかかわらず相当広い範囲に認められる¹⁰⁹。

従来、当事者の請求又は防禦と関連する事項であって開示義務を免れるのは、基本的に秘匿特権によって保護された事実及び訴訟準備のために作成した書面や有体物のみであった¹¹⁰。しかし、2015 年の FRCP 改正により、ディスカバリーの対象を「当該事件の必要性に応じた比例 (proportional to the needs of the case)」した範囲に限定する文言が加えられ (FRCP 26(b)(1))、デポジションにもこの比例原則が適用される旨改正された (FRCP 30、同 31、同 33)。その他、相手方に過度な負担がかかることを防ぐ方向の修正が加えられた (FRCP 34、同 37)。

(8) デポジション (FRCP 27~32)

デポジションは訴訟の当事者を含むあらゆる者に対して行われ、供述は宣誓のうえでなされ、供述録取書の形で保存される。

デポジションは、多くは訴訟提起からトライアル開始前に行われるが、訴訟提起の前 (FRCP 27(a)) や判決後上訴が係属中 (同(b)) も行える場合がある。

デポジションには、口頭の尋問によるもの (FRCP 30) と質問書によるもの (FRCP 31) とがある。

一定の要件 (弾劾証拠としての使用、証人の死亡・遠方等による出廷不能など) を満たせば、デポジションで作成された供述録取書を証拠としてトライアルで提出することができる (FRCP 32)。米国法では、民事訴訟でも刑事と同じ証拠法の適用があり、伝聞証拠

¹⁰⁹ FRCP 26(b)(1) “Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party’s claim or defense and proportional to the needs of the case (後略).”

¹¹⁰ FRCP 26(b)(3)に訴訟のために準備された資料はディスカバリーの対象から除外されると規定されており、“Work-Product”法理と呼ばれている。これは当初からあった除外事由ではなく 1970 年の改正で挿入されたものである。この Work-Product 法理については多くの重要な議論・判例がある。なお、秘匿特権については、米国法では Law of Evidence (証拠法) の問題とされ、刑事民事共通の証拠規則 (連邦の場合、FRE) に詳しい規定がある。

が禁止される。そのため、供述録取書は、刑事訴訟におけると同じように証拠能力が制限される。しかし、トライアル前の段階で相手方当事者や証人を尋問してその供述を録取書の形で保存することにより、証拠を保全するだけでなく、真の争点を明らかにして早期解決を図り、また、後にトライアルにおいて効果的な反対尋問を行うことができる。

(9) インタロガトリ (FRCP 33)

インタロガトリは、相手方当事者だけが対象になる。当事者は、相手方に対し、無条件で 25 以下の質問を記載した書面を送って回答を求めることができる (FRCP 33(a)(1))。25 を超える質問も裁判所の許可を得て回答を求めることができる。

相手方当事者は、原則として質問の送達を受けてから 30 日以内にこれに回答するか異議のある場合は異議を申し立てる義務がある (同(b)(1)及び(2))。相手方本人とその代理人弁護士が回答書を作成する。

(10) 文書、電子的に保存された記録、物の提出又は土地への立ち入り検分 (FRCP 34)

ディスクロージャーで得た情報などから、相手方の手元にある事件と関連性のある文書や電子的に保存された記録の存在が分かる場合がある。その場合、当事者は相手方に対し、文書を特定して、閲覧又は謄写させるよう求めることができる (FRCP 34(a)(1)(A))。有体物についても同様に閲覧し、試用し、標本を採ることができる (FRCP 34(a)(1)(B))。さらに、土地等に立ち入って測量し、調査し、写真をとり、標本を得ることができる (同(a)(2))。

訴訟の当事者ではない第三者に対しても、文書や有体物の提出、検分を求めることができるが、その場合は、裁判所に令状 (subpoena) を発してもらう方法を採用する必要がある (FRCP 34(c)、同 45)。

(11) 身体及び精神の検査 (FRCP 35)

係属中の訴訟の当事者の精神状態や身体の状態 (血液型を含む) について争いがあるとき、裁判所は、その当事者に資格のある者による身体又は精神の検査を受けるよう命ずることができる。問題のある当事者の健康診断の情報は、通常秘匿情報として開示が阻まれる可能性が高いため、このような規定が設定された¹¹¹。

(12) 自白の要請 (FRCP 36)

一方当事者は、他方に対し、当該係属中の訴訟限りで、事実 (法の事実に対するあてはめ、事実やあてはめについての意見を含む) や文書の真正な成立に関連する事項について認めること (自白) を求めることができる (FRCP 36(a)(1))。自白の要請は、その項目を個別に記載した書面を送達して行う。文書の真正について自白を求める場合は、別途当該文書が閲覧謄写に供されたのでなければ、その文書の写しを添えて要請されなければならない (同(a)(2))。要請を受けた側は、原則として要請書の送達を受けたときから 30 日以内に署名入りの書面により返答するか異議を申し出なければならない、期間内に返答ないし異議の申出がない場合は自白したものとみなされる (同(a)(3))。自白しない場合は、項目

¹¹¹ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 416.

一つ一つについて個別に返答をする必要があり、もし、事実を認めない場合は、否認の理由又は認否を明らかにできない理由を特定しなければならない(同(a)(4))。自白の要請に対して異議を申し出る場合にはその根拠を述べる必要があり、単に真の争点であるからというだけでは足りない(同(a)(5))。

この規定によって自白が認められた事項は、原則として、確定的に立証されたものとされる(FRCP 36(b))¹¹²。例外的に自白の撤回が認められるのは、申立てにより裁判所が自白の撤回ないし修正を認めたときであり、裁判所は、自白の撤回が実体判断に資するものであって、自白を要請した当事者に不当な不利益を与えると心証を抱かない場合限り、撤回ないし修正を認めることができる。なお、最終トライアル前協議によって決定されたトライアル計画を変更することになるような自白の撤回は、明白な不正義(manifest injustice)を防ぐために必要な場合にのみ認められる(FRCP 36(b)、同 16(e))。

(13) 開示義務違反、証拠収集不協力に対する制裁

(ア) ディスクロージャー義務違反に対する制裁(FRCP 37(c)(1))

FRCP 26(a)に規定する情報開示義務に違反し、又は、FRCP 26(e)に規定する補足情報提出義務に違反した場合、義務違反をした当事者は、その義務違反が実質的に正当であり又は無害であることが示されないかぎり、開示すべきだった情報又は当該証人を、申立て、ヒアリング、トライアルのいずれにおいても、利用することが許されない。

また、裁判所は、申立てにより、聴聞の機会を設けた上で、上記制裁に加え、又はこれに代えて以下の処分をすることができる。

- ① 違反によって相手方に生じた合理的な費用(弁護士費用を含む)の支払いを命ずること。
- ② 陪審に当該当事者の違反を告知すること。
- ③ その他の適当な制裁を加えること(FRCP 37(b)(2)(A)iからvi)、すなわち下記(ウ)②iからvi)の制裁を含む。

(イ) 自白しなかったことに対する制裁(FRCP 37(c)(2))

当事者が、FRCP 36に基づき、ある事実又はある文書の真正を認めることを求められたが、これを認めなかった場合に、後に、自白を求めた当事者が、当該事実が真実であることや当該文書が真正であることを証明したときは、自白を求めた当事者は、その証明をするために要した合理的な費用(弁護士費用を含む)を否認した当事者に支払うよう求めて裁判所に申し立てることができる。この時裁判所は、自白しなかった当事者に合理的理由があった等所定の事項が示されない限り、そのとおり命令を発しなければならない。

(ウ) 開示命令と命令不遵守に対する制裁

当事者が開示義務を果たさず、又は正当な理由なく開示要求に応じない場合には、他方当事者は、ディスクロージャーの義務を果たすよう、またディスカヴァリに協力するよう

¹¹² “A matter admitted under this rule is conclusively established unless the court, on motion, permits the admission to be withdrawn or amended.”

催告した後に裁判所に開示命令を申し立てることができる（FRCP 37(a)(1)）。そして、開示命令に従わない場合は、制裁が課される。制裁の内容は以下のとおりである。

- ① デポジションが行われる裁判所において、裁判所が、デポジションの対象となる証人に対し、宣誓の上質問に答えるよう命じたにもかかわらず、対象証人がこれに従わない場合、同人は、その裁判所に対する法廷侮辱行為をなしたと扱われうる。なお、デポジション関連の申立てが訴訟が係属する裁判所に移送されたときは、裁判所の命令の不遵守は、デポジションが行われる裁判所又は訴訟が係属する裁判所のいずれかの裁判所に対する法廷侮辱行為とされる（FRCP 37(b)(1)）。
- ② ディスカヴァリに応じるように求める裁判所の命令に当事者又は当事者（会社）の役員や代理人、あるいは証人が従わない場合、その訴訟が係属する裁判所は、さらに次のとおりの命令を発することができる（FRCP 37(b)(2)(A)）。
 - i) 命令に含まれる事項その他の特定の事実について、命令を求めた当事者が主張するとおり、当該訴訟においては立証されたものとみなすこと。
 - ii) 命令に従わない当事者に対し特定の請求又は防禦方法を支持したり反論したりすることを禁じ又は特定の事項について証拠を申し出ることを禁ずること。
 - iii) プリーディングの全部又は一部を削除（strike）すること。
 - iv) 命令に従うまで手続を停止すること。
 - v) 訴え全体又は手続の一部を棄却ないし却下すること。
 - vi) 命令に従わない当事者に対して欠席判決（default judgment）を下すこと。
 - vii) 身体検査又は精神検査に応じることを命じる命令以外の命令に従わないことを裁判所侮辱と扱うべきこと。

(エ) 自分のデポジションに出頭しなかった当事者、インタロガトリに対して回答しなかった当事者、立ち入り検査の求めに応じなかった当事者に対する制裁（FRCP 37(d)）事件が係属している裁判所は、申立てにより、以下の場合に制裁を命ずることができる（FRCP 37(d)(A)）。

① 当事者、当事者の役員、取締役、又は経営代理人、又は RCP 30(b)(6)又は同 31(a)(4)に基づいて指定された者（デポジションの対象が組織である場合にその組織から指名された役員など）が通知を送達されたのにその者に対するデポジションに出頭しなかった場合。

② 当事者が、適法にインタロガトリの質問状を送達され、又は、立ち入り検査の要請を受けたにもかかわらず、回答書、異議又は書面による返答をしなかった場合。

制裁の申立ては、その前に裁判所の介入なしで回答を得る努力がなされたことを示す書面を添付しなければならない（FRCP 37(d)(B)）。

裁判所は、不協力の当事者等に対し、当事者や当事者の役員などがディスカヴァリ命令に応じなかった場合の制裁（FRCP 37(b)(2)(A)i)から vi)、すなわち上述（ウ）②i)から vi)）

と同じ制裁を課すことができる。そして、裁判所は、その代りに、あるいはそれに加えて、不協力の当事者、それを助言した弁護士、又はその両方に対し、不協力によってもたらされた弁護士費用を含む合理的な費用の支払いを命じなければならない。ただし、不協力が実質的に正当化されるか費用支払いを命ずることが不正義と認められるような事情があるときはこの限りではない (FRCP 37(d)(3))。

(オ) 電子的記録を提供しなかった場合の制裁 (FRCP 37(e))

電子的記録が失われてしまった場合の制裁については、2015年の改正で大幅な修正が加えられた。当事者は、訴訟になりそうな状態又は訴訟中において、訴訟に関連する電子的記録を保存すべく合理的な手段を講じる義務があるとされる。その義務を怠って本来保存されるべき電子的記録が失われて回復できない場合、裁判所は、当該情報が失われたことで他方当事者に不公平が生じていると認めるときは、その不公平を解消するのに必要な限度で何等かの措置を命じることができる。また、裁判所は、電子的記録の保存を怠った当事者が、その情報を訴訟で使えなくすることを意図していたと認めるときに限り、当該失われた情報は保存を怠った当事者に不利な内容だったと推定し、陪審に同様に推定すべきことを指導し、又は当該訴えを棄却ないし却下し、あるいは欠席判決 (default judgment) をすることができる。

(カ) 開示計画策定に参加しなかった場合の制裁 (FRCP 37(f))

FRCP 26(f)で義務づけられている開示計画を提出せず、開示計画の策定に参加しなかった当事者又はその代理人弁護士に対し、裁判所は、聴聞の機会を与えた上で、不協力によって相手方に生じた費用 (弁護士費用を含む) を合理的な範囲で支払うよう命ずることができる。

5 トライアル前協議 (Pretrial Conference)

裁判所は、トライアル前協議を通じて、早期からディスカヴァリや関連する申立てを管理し (FRCP 16(a)(2))、当事者が無駄なトライアル前の活動で時間を浪費しないようコントロールし (同(a)(3))、和解を促進することができる (同(a)(5))。裁判所は、トライアル前協議を1回に限らず複数回開くことができる。

英米法の伝統的な制度には、トライアル前協議はなかった。1929年にミシガン州のウェインカウンティで、裁判所のスケジュールの過密さを緩和する目的で創設され、1938年にFRCPが制定されたときに連邦民事訴訟の制度として採り入れられた¹¹³。

トライアル前協議は、当初、ディスカヴァリが一とおり終了した時期に、裁判官と両当事者の代理人弁護士が集まり、争点を確認し、召喚する証人や採用される書証を特定し、トライアルの計画を立てるために行われるのが通常とされていた¹¹⁴。しかし、現在は、FRCP 26(f)に規定される当事者間の開示計画協議と連動して、裁判所が、トライアル前のディスクロージャー及びディスカヴァリそのものを管理するツールとして機能している

¹¹³ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 439.

¹¹⁴ ケイン・前掲注 13) 133 頁、ハザード＝タルッフオ・前掲注 13) 134 頁参照。

115。すなわち、裁判所は、無駄や濫用のないディスクロージャーやディスカヴァリがなされ、適切かつ効率的に争点整理がなされ、可能であれば和解等による早期解決を図り、トライアルが必要な場合は、トライアルでより効率的かつ的確な事実審理がなされるように準備を徹底するべく、トライアル前協議の場を使って事件を管理している。

裁判官は、当事者から FRCP 26(f)に基づく開示計画書の提出を受けるか、当事者又はその代理人弁護士とスケジュールについて協議した後、できるだけ早く（遅くとも、被告が訴状の送達を受けてから 90 日以内か被告が裁判所に出頭してから 60 日以内の早い方に）、日程命令（scheduling order）を発しなければならない（FRCP 16(b)(1)及び(2)）。日程命令に含まれるべき内容は、新たな当事者が訴訟に参加することのできる時期、プリーディングを訂正・変更できる時期、ディスカヴァリを完了する時期、申立てができる時期の制限である。任意的な内容として、ディスクロージャーの時期の変更、ディスカヴァリの範囲の変更、電子的記録のディスクロージャーやディスカヴァリ又は保存を行うべきこと、秘匿特権や秘密の保護に関する当事者間の合意、ディスカヴァリに関連する申立てをする前に裁判所との協議を求めるべきこと、トライアル前協議やトライアルの日時の指定などを日程命令に含めることができる（同(b)(3)）。

裁判所は、合理的な範囲でトライアル開始前のできるだけ近接した日に、トライアルを計画する目的の最終トライアル前協議を持つことができる（FRCP 16(e)）。

6 トライアルを経ない裁判の終了

FRCP には、トライアル前に紛争を解決し訴訟を終了させるメニューが複数用意されている。当事者間で事実が解明されれば、紛争はおのずと解決されるとの期待があり、トライアルを経ないで裁判を終結させる努力がなされる。

(1) 和解（Settlement）

当事者は、和解契約によって紛争を終了させる自由がある。和解の成立は時期を選ばない。したがって、ディスカヴァリ開始前、ディスカヴァリの途中、トライアル前協議の途中、トライアル中、あるいはトライアル終了後上訴審が終了するまで和解は可能である¹¹⁶。

(2) 取下げ（Voluntary Dismissal by the Plaintiff without a Court Order）

原告は、被告が答弁書やサマリ・ジャッジメントの申立書を送達する前に、裁判所に、取下書を提出するか、全当事者が出頭して取下げ合意書にサインしたものを提出する方法により、裁判所の決定なくして訴訟を終了させることができる（FRCP 41(a)(1)）。

(3) 決定による任意取下げ（Voluntary Dismissal by Court Order）

上記 FRCP 41(a)(1)の任意の取下げが認められない場合、原告は、裁判所の決定を得て事件を取り下げて終了させることができる（FRCP 41(a)(2)）。

(4) 却下ないし棄却（Involuntary Dismissal）

¹¹⁵ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 439-45. FRCP 16 の 1983 年改正についての Advisory Committee Note.

¹¹⁶ ハサード=タルッフオ・前掲注 13) 135 頁。

原告が、適法に訴えを提起せず、FRCP の規定や裁判所の命令に従わないとき、被告は、当該訴訟ないし請求を却下（棄却）するように申し立てることができる（FRCP 41(b)）。

却下（棄却）の裁判がなされた場合、管轄の欠如、法廷地の誤り、必要的当事者の不併合を理由とするもの以外は、本案判決がなされたものと扱われ、原告は再訴を遮断される¹¹⁷。なお、米国民事訴訟では、却下と棄却の区別がなくいずれも dismissal と表現される。

(5) 欠席判決（Default Judgment）

積極的救済（affirmative relief）の判決が求められた訴訟において、判決の名宛人たる当事者が答弁ないし防禦をせず、そのことが宣誓供述書等によって示されたとき、裁判所書記官は、その当事者のデフォルト（default）を登録しなければならない（FRCP 55(a)）¹¹⁸。

訴訟が、一定金額（又は計算により確定できる金額）の金銭請求であって、被告が未成年や無能力者でない者で、出頭せずにデフォルトになっている場合、裁判所書記官は、原告が宣誓供述書で支払われるべき金額を示して申し立てたときに、被告に対し、原告が申し立てた金額及び費用を支払うよう命じる欠席判決を登録しなければならない（FRCP 55(b)(1)）。

裁判所書記官が欠席判決を登録すべき場合以外の訴訟において、欠席判決を求める当事者は、裁判所にこれを申し立てなければならない（FRCP 55(b)(2)）。被告が未成年又は無能力者である場合、その者に後見人等権利を保護するものが付されていて、その後見人等が出頭した場合にのみ欠席判決を登録することができる。また、欠席判決の名宛人となる者が自ら又は代理人を立てて出頭した場合、ヒアリングの 7 日前までに欠席判決が申し立てられていることを告知する書面を送達しなければならない。そのうえで、裁判所は、必要に応じて、ヒアリングや問い合わせをして、被害額を確定し、証拠を確認するなど調査をしたうえで、欠席判決を登録することができる。裁判所は、適当と認めるときは、欠席判決をせずにトライアルによる審理に進むことができる。

なお、FRCP 55 に規定する被告が有効な答弁ないし防禦をしない場合のほか、被告が、規則に違反し、又は裁判所の命令に従わない場合、制裁としてデフォルト判決（欠席判決と同じもの）を受ける場合がある。典型的には、開示義務違反の場合である（FRCP 37(b)(2)(A)(vi)）。

(6) サマリ・ジャッジメント（Summary Judgment）

訴訟の当事者間に、重要な事実について真の争いがない場合、一方当事者は、トライアルを経ないサマリ・ジャッジメントを求める申立てをすることができる（FRCP 56(a)）。サマリ・ジャッジメントの申立ては、全てのディスカヴァリが終了してから 30 日以内にする必要がある（同(b)）。真の争いがないとは、トライアルを経なくても事実認定が可能な場合をいうと解され、サマリ・ジャッジメントの制度は、不必要なトライアルを減らす

¹¹⁷ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 465.

¹¹⁸ 米国民事訴訟では判決を出すことを「enter（登録する）」と表現される。

ことを目的とする。しかし、トライアルなしで事実認定が可能かどうかの判断は、必ずしも一見明白ではない場合がある。

FRCP は、サマリ・ジャッジメントを求める当事者が、事実が争いえない、又は事実上真の意味での争いがないことを訴訟記録（開示手続によって取得された証拠や情報）の中での特定の資料を示して、あるいは、訴訟記録中の資料では事実を確立できず、相手方当事者が事実を立証するに足る適法な証拠を提出できないことを示して、その主張に理由のあることを示さなければならないとする（同(c)）。

裁判所は、開示手続によって収集提示されたすべての証拠と当事者の宣誓供述書（反対尋問を経ない当事者の陳述）を見て総合評価し、一方当事者の主張を支持する事実認定の可能な証拠が存在しない、と判断したときにサマリ・ジャッジメントを下すことになる。トライアルにおける反対尋問などで証言が覆る場合などを含めて、サマリ・ジャッジメントを求める当事者の相手方当事者に有利に予想しても、なお、相手方当事者勝訴の評決が合理的にありえないと判断できるときにのみサマリ・ジャッジメントをすることが許されると解されている¹¹⁹。

しかし、サマリ・ジャッジメントは、裁判官が、形式的には事実上の争いのある事件について実体判断をすることになる。しかも、トライアルで事実認定をするときには様々な証拠法上の制約が予定されているのに、伝聞証拠などトライアルで提出され得ない証拠資料によって事実認定をすることになる。これは、裁判官は、トライアル前の手続では手続の管理に徹し心証を形成しない（陪審トライアルの場合は訴訟の最後まで事実の解明に関わらない）ことを建前とするアドヴァーサリ・システムの本質に反する可能性がある。また、当事者の意思に反してトライアルを受ける権利を奪うことになる危険性もはらんでいる。そのため、サマリ・ジャッジメントの是非については米国において議論があり、判例も変遷している¹²⁰。

7 トライアルと評決及び判決

(1) トライアルと陪審制

プリーディングと開示手続を通じて、当事者どうしで徹底的に事案解明の努力をしてもなお争いの残る重要な事実がある場合にのみ、裁判所（陪審及び裁判官）が介入して事実を審理し判断を下すことが予定されている。

米国では、訴額 20 ドルを超えるコモンロー上の民事訴訟に関して連邦裁判所における陪審審理が憲法上の権利として保障されており（合衆国憲法第 7 修正）、当事者のいずれかが選択することで陪審トライアルとなる。現在でも多くの当事者が陪審審理を選択する。

トライアルは、直接主義、口頭主義、集中審理の方式で行われる。これらは、陪審によるトライアルにおいて特に重要な意味を持つ。他に仕事を持つ陪審員が日常生活から一旦離れて陪審の任務に就くのであるから、できるだけ短期間で任務を終了させる必要がある

¹¹⁹ 浅香・前掲注 13) 95 頁参照。

¹²⁰ この点については、本編第 4 章で詳しく取り上げる。

(集中審理)、記憶が薄れないうちに全ての証拠を一気に直接示して十分に陪審に理解させる必要があり(直接主義)、また、陪審のなかには文字を読むことが得意でない者もいる可能性があるから、書面主義ではなく口頭主義を採る必要がある。

(2) 証拠及び証明度

米国では、民事訴訟における証拠の規律は、刑事訴訟と同様の証拠法によって規律される。米国の証拠法は、主に素人である陪審員が、事実認定者として、不当な情報に影響されて偏見を抱かないようにするために、証拠の範囲や証拠提出の方法に関する技術的で緻密なルールが発達したものである¹²¹。

証拠については、証拠能力(admissibility)と証明力(weight of evidence ないし probative value)が区別される。証拠法則は、証拠能力を問題とするものである。

証拠には、証人(witness)と物的証拠がある。米国のトライアルでは、証人の口頭証言による証拠の提出が中心となっているが、視覚に訴える物的証拠により口頭証言を補強することが試みられる¹²²。物的証拠には、実物証拠(real evidence)、書証(documentary evidence)、展示証拠(demonstrative evidence)がある。なお、日本では、鑑定や検証という証拠方法があり、当事者の申立てにより裁判所が選定した鑑定人に鑑定を依頼し、裁判官が自ら一定の場所へ赴いて場所や物を検証して直接心証を取ることがあるが、米国にはこのような制度はない。証拠はすべて法廷に提出され、陪審や裁判官が法廷外に出かけて自ら証拠調べをすることはない。日本の鑑定に類似するものは専門家証人(expert witness)であり、一方当事者の証人の一種として口頭証言により専門的知見を提供する。検証については、トライアル前手続におけるディスカヴァリ的一种として当事者(又はその代理人)が現場等の検分を行い、その結果を書面又は展示物にして、トライアルで法廷に提出する仕組みになっている。

証人尋問において、当事者には、反対尋問権が保障されるが、この反対尋問は、開示手続において取得した供述録取書を使い、裁判所における尋問での供述と開示手続で述べられた供述(供述録取書に保存)との食い違いを指摘することによって有効になされる。米国の弁護士から見ると、デポジションのない日本の手続において反対尋問を効果的に行うのは不可能であり、日本における反対尋問権は形だけのものと指摘される¹²³。

争いのある要証事実の認定に必要な証明度(蓋然性の程度)は原則として証拠の優越(preponderance of evidence)であるとされる¹²⁴。これは、日本の民事訴訟における証明度が「高度の蓋然性(high probability)」とされるのとは異なっている¹²⁵。

¹²¹ 浅香・前掲注13) 121頁。

¹²² モリソン・フォースター・前掲注13) 154頁。

¹²³ Professor Goodman に対するインタビュー(2015)。米国民訴では、刑事訴訟における「前の不一致供述」による弾劾と同様のことが民事訴訟においても予定されている。

¹²⁴ ケヴィン・M・クラーク著(三木浩一訳)「民事訴訟の証明度における日米比較」大村雅彦=三木浩一編『アメリカ民事訴訟法の理論』139頁、146頁(商事法務、2006)。

¹²⁵ 最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417号(ルンバール事件)。上原敏夫「判

(3) プリーディングと評決・判決の関係

トライアルを経て解明された事実に基づいて原告の権利が救済されるかどうかを考えたとき、当初予定されていた法律構成では救済されないが、異なる法律構成によれば救済されるという場合がある。その場合、法律構成が異なれば主要事実も変わるので、プリーディングにおける主張が、新たな法律構成との関係では、全ての主要事実を網羅していない場合がある。

FRCP は、プリーディングで主張されなかった争点が両当事者の明示又は黙示の同意のもとで審理された (tried) 場合には、その争点はプリーディングで主張されたものとして扱われなければならないとしている (FRCP 15(b)(2))。どのような場合に黙示の同意が認められるかについては、複数の判例がある。一般的に、当該争点についての証拠が異議なく取り調べられた時、相手方当事者が自ら当該争点についての証拠を提出したとき、その争点について、相手方当事者がその主張を排斥する実体上の主張を展開したときには、黙示の同意が認められる¹²⁶。このことから、米国の民事訴訟においては、主張と立証の区別は重要視されておらず、弁論主義第1原則(主張責任)は妥当しないと評価できる。

そして、事実が当事者の明示又は黙示の同意のもとで審理されれば、当事者が主張しなかった法律構成を裁判所が採用して判決することが可能であるとされる¹²⁷。さらに、欠席判決以外の判決では、当事者が訴状等において申立てなかった内容であっても、審理の結果客観的に認められる救済については、全てを認めるべきであるとされる (FRCP 54(c))。これらは、米国民事訴訟において、処分権主義は貫徹されていないこと、審判の対象は紛争全体であって特定の権利ではないことを意味する。

(4) 判決の効力と上訴

米国民事訴訟における確定した本案判決 (adjudication on merit) には既判力 (res judicata) が生ずる。米国の民事訴訟では、一部請求は許されず、一部請求の場合も、裁判所は全部を認める判決を出すべきであるとされ、既判力も請求全体に及ぶ。

米国民事訴訟において上訴理由は、法律上の争点に限られ、事実審理のやり直しを求めることはできない。つまり、事実認定は1回(一審)限りである。

第3 日米の事実解明構造の比較検討

1 米国民事訴訟における事実解明の構造

米国 FRCP の規定を詳しく見ることにより、米国民事訴訟では、①トライアルとトライ

批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選(第5版)』122頁(2015)。

¹²⁶ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 315. See, e.g., Corsica Livestock Sales, Inc. v. Sumitomo Bank of California, 726 F.2d 374 (8th Cir. 1983); Fejta v. GAF Companies, Inc., 800 F.2d 1395 (5th Cir. 1986).

¹²⁷ 吉村・前掲注16)115頁。See Nester v. Western Union Telegraph Co., 25 F. Supp. 478 (S.D. Cal. 1938).

アル前手続が明確に区別されており、②トライアル前手続が、事実解明の主要なステージであって、事実解明は当事者が行うものとされており、③トライアルでは、当事者間で解明できなかった事実の認定が行われるが、そこでも、理念型としては、裁判官が事実解明の権限を持たないことが確認できた。

とくに、開示手続（ディスクロージャー及びディスカヴァリ）は、トライアル前に、当事者双方に徹底した事実解明を強制する制度としてデザインされていることが分かる。

当事者双方は、プリーディングで事件についての認識・主張を簡単に陳述しあい、手続開始後すぐに、関連する証拠にたどり着くための情報（予定証人の名前や連絡先、提出する予定の証拠の標目など）を広く開示することが義務づけられている（ディスクロージャー）。プリーディングで明らかにならない事実は、インタロガトリを通じて質問し合ってお互いの認識を確認し、ディスクロージャーなどで得た情報を手掛かりに、関連する文書や記録の提出を請求して強制的に開示させ、争点について知っていると考えられる証人をお互いに尋問しあい、その結果を供述録取書として保存する。また、事案によっては、相手方の管理下にある問題の場所に立ち入って検分し、物を実際に見たり触れたりして確認し、その結果を文書・写真等によって保存する。開示手続中に隠した証拠は、トライアルで提出することが禁止されるほか、開示義務に違反した場合は、それによって相手方が弁護士費用など余分な費用を必要とした場合にその賠償義務が課せられ、また、法廷侮辱とみなされて刑事罰（罰金）が課せられる場合もあり、相手方の主張の全部又は一部を真実と認定されてしまう可能性もある。また、相手方に自白を求めることもでき、自白せず、後に事実が証明された場合には、立証のために費やした費用の賠償を求められる。

これら強力な制裁を伴う開示ルールによって、当事者双方は、否応なく、事実（主要事実のみならず間接事実も）解明に有用な情報と証拠を、いわば、テーブルの上に洗いざらい出して載せることになる。そして、プリトライアルでは、当事者双方が情報と証拠を共有して事実を解明し争点を明らかにする構造になっているため、主張と証拠の区別があまり意味をもたないものとなっている。

さらに、米国民事訴訟では、当事者間で事実が解明されれば、紛争はおのずと解決されるとの発想のもと、トライアル前に紛争を解決し訴訟を終了させるメニューが複数用意されている。実際に連邦地方裁判所に提訴される事件の9割以上がトライアル前に終了すると報告されており、当事者による徹底した事実解明によってトライアル前に紛争を解決しようという制度の趣旨は実現されているといえる¹²⁸。

トライアル前の手続で解決できなかった少数の事件の、解明できなかった争点のみについて、トライアルにおいて、当事者ではない第三者が事実を認定することが予定されている。しかも、理念型としては、陪審（法の専門家ではない素人のグループ）が事実認定の職責を担い、裁判官は事実認定権者ではない。陪審トライアルは、一般市民が仕事を休んで公務を担うものであるから、できるだけ短期間に集中して、必要最小限の争点に絞って

¹²⁸ 大村＝三木・前掲注124) 92頁。なお、溜箭・前掲注13) 英米民事訴訟法83頁。

審理される。

米国民事訴訟の手續全体を通じて、事実解明の権限と責任は当事者が担い、これに対して裁判所は基本的に関与するべきではないという建前が読み取れる。このことは、送達が当事者の責任とされていることや、プリトライアルにおけるプリーディング及び開示された情報・証拠の取り扱いにも表れている。主張書面や証拠は、基本的に当事者間において交換・提供され、裁判所には一定の場合に提出され記録としてファイルされるものの、裁判官は、異議や命令を求める申立て（*motion*）の裁定やトライアル前協議に必要な範囲でしかこれらを読むこともない¹²⁹。そして、裁判官は、トライアルにおいても、もっぱら法を陪審に説明するだけであって、原則として証人を独自に尋問することもないし、現地に赴いて検証することもない¹³⁰。裁判官は、事実認定の職責を担っていないからである。

言い換えると、米国民事訴訟において、裁判官（裁判所）には、もっぱら、手續が法に則って行われ、実体法が適正に適用されるように、当事者の訴訟活動と陪審の審理を見守り調整する役割のみが期待されている。日本において裁判官が担っている役割と比較すると、米国の裁判官の職責は小さいというべきである¹³¹。

事実をできるだけ当事者間で解明させ、紛争を当事者の手で解決させようとするシステムの底流には、訴訟（*action*）は、基本的に当事者どうしの闘い（*action = battle*）であるという発想、司法権を含む権威に対する懐疑と個人主義・自由主義思想、そして、紛争はその当事者が自律的に解決すべきものであるという徹底した自己責任の信念があると考えられる¹³²。また、米国の開示手續の底流には、証拠を隠さずに出し合って事実を解明するのが正義であるという哲学がある¹³³。

また、陪審制の根底には、事実を最もよく知る者は当事者であって、裁判官は法を知る者であっても事実を解明する特別の能力はないという認識があるのではないだろうか¹³⁴。当事者の言い分が対立している場合に、証拠及び経験則から事実を解明するのに、法的能力は必要なく、一般市民の常識と偏見のない公平な感覚のみが必要と考えられているので

¹²⁹ 司法研修所編『アメリカにおける民事訴訟の運営』157頁（法曹会、1994）注（8）参照。

¹³⁰ ただし、FER 614。裁判所は証人に質問できるとされている。これについては、証人の言い間違いが明らかな場合など、証言の趣旨を確認するためだけに認められていると解されている。BEST, *supra* note 12, at 153.

¹³¹ 裁判官に期待される役割が法的なものに集中しており、レフェリーとしての役割のみが期待されているからこそ、米国における訴訟の手数料が日本に比較すると低廉な定額に設定されていると考えられる。

¹³² ハザード＝タルッフオ・前掲注13）113頁。

¹³³ Professor Goodman に対するインタビュー（2015）。

¹³⁴ 民事陪審の起源は、土地の所有占有関係を巡る紛争において、アサイズ又はアシーズ（*assize*）と呼ばれる12人の近隣住民が集められて土地の権利関係の来歴を語ったことにあるとされる。Professor Goodman に対するインタビュー（2015）。HAROLD POTTER, HISTORICAL INTRODUCTION TO ENGLISH LAW, 240-48 (A.K.R. Kiralfy ed. 4th ed. 1970). そこにも、土地の来歴は近隣住民がよく知るといふ考え方があつた。

あろう。米国において陪審制は根強い支持を得ている。米国連邦裁判官に対して、自分自身の民事紛争に関するトライアルで陪審審理と裁判官のみによる審理のどちらを望むかという質問をしたとき、8対1の割合で圧倒的多数の裁判官が陪審審理を選んだと報告されている¹³⁵。この報告は大変興味深く、米国社会において、陪審制は、市民のみならず専門家にも信頼され支持されていることを示している。

しかし、米国の事実解明モデルは、主張と立証の区別を緩和し、ディスクロージャー・ディスカヴァリにおいて、主要事実に直結するものだけでなく広い範囲で関係情報・証拠の開示を行う制度となっているため、日本の制度と比較して無駄が多い。米国でも批判されているとおり、米国の民事訴訟は、当事者にとって時間的にも費用（特に弁護士費用）の上でも負担の多い制度であると評価できる¹³⁶。また、過度な開示請求、濫用により、当事者がトライアル前に疲弊してしまうこと、プライバシー侵害の問題が生じることなどが問題として指摘されてきた¹³⁷。米国において、数度に亘って規則が改正された結果、現在の米国民事訴訟においては、裁判所が、トライアル前協議や開示計画協議を通じて、プリトライアル手続に積極的に関与し、過度な開示を抑制し効率化を図るべくこれを管理・コントロールする傾向が強くなっている。また、サマリ・ジャッジメントも比較的緩やかに認められる傾向にあり、近時の米国民事訴訟は、裁判官の権限が拡大し実質的に大陸法の手続に接近してきたといえることができる。なお、英国では、民事訴訟で陪審制が廃止されており、もっぱら裁判官がトライアルで事実認定を行う。

2 日本の民事訴訟における事実解明の構造

ドイツをはじめとする大陸法において、訴訟は、法的権利を実現し紛争を解決するための国家の作用であり、訴えが提起されたのちは、国家機関たる裁判所が事実を解明し解決に導く権限と責任を負うという発想が根強く底流にある。ローマ法以来の裁判所（裁判官）に対する信頼を基礎としたモデルであるといえよう。

ドイツから大陸法モデルを継受した日本の民事訴訟法は、弁論主義のもと、証拠収集は、原則として当事者が行うものとの建前に拠り、「証拠収集は原則として訴え提起前に原告が独自に行うべきもの」との前提から出発している¹³⁸。そして、事実認定について最終的な責任を負う裁判所（裁判官）は、釈明権（民訴法 149 条）を行使して事実解明に努める。裁判所（裁判官）は、訴訟提起後最初から判決まで、当事者から提出された主張書面を熟読し、証拠を精査し、必要に応じて自ら証人や本人を尋問し（同 190 条、同 207 条）、専門家から鑑定意見を聴取し（同 212 条から 218 条）、自ら現場を検証し（同 232 条、同 233 条）、さらに弁論の全趣旨を総合して、自由に心証を形成して判決を下す（同 247 条）。

¹³⁵ 浅香・前掲注 13) 101 頁。

¹³⁶ 司法研修所・前掲注 129) 53 - 57 頁。

¹³⁷ Langbein, *supra* note 34 は、ドイツ（大陸法）モデルのほうが優れていると論じ、米国において議論の一石を投じた。

¹³⁸ 日本が起草支援したカンボジア民事訴訟法では、当事者の調査義務を明示している（カンボジア王国民事訴訟法典第 92 条）。

日本では、平成8年の民事訴訟法の改正により、争点及び証拠の整理の手續が置かれる（民訴法164条から178条）とともに集中証拠調べの規定が置かれ（同182条）、それまでの五月雨式の審理方式を改め、訴訟の効率化迅速化が図られた。また、民事訴訟規則が整備され、原告は、できるだけ速やかに請求を理由づける事実（請求原因事実）を主張し、それを立証する証拠を提出すべきことが示された¹³⁹。さらに、司法研修所を中心に要件事実論教育が徹底され、裁判官と弁護士が訴訟類型別に主張立証のターゲットとなるべき主要事実についての共通認識を持つ努力がなされた。その上で、審理開始後速やかに当事者双方が主張を尽くし、立証責任のある当事者が手持ち証拠を後出しせず早期に開示する実務を確立してきた。弁論準備手續において、主張と書証を対照することで真の争点を絞り込んで、和解を推進するとともに、争点が明らかになった段階で集中的に人証の取り調べをするというモデルが確立された¹⁴⁰。日本において新民訴に基づいて実施されている手續は、開示手續を除き、実質的に米国民事訴訟のプリトライアルに近似している。

他方、日本においては、医療過誤訴訟や公害訴訟、製造物責任訴訟などの一定の類型における過失や因果関係の立証において、証拠が被告側の偏在し、事実解明が十分にできず、公平な紛争解決が図れないことが認識された。そのような場合に、日本の裁判所は、過失の概括的認定や一応の推定など、証明責任や証明度などの事実認定のルールを修正することで妥当な解決を導こうとしてきた。さらに、原子炉設置許可処分について、周辺住民が行政庁を被告として提起した許可処分取消訴訟において、最高裁は、主張立証責任を負わない当事者（行政庁）に一定の事案解明義務を認めたと評価できる判断を示した¹⁴¹。

しかし、それでも十分ではないという問題意識から、平成8年、13年、15年の民訴法改正において、文書提出命令の整備により文書提出義務が一般義務として拡大され、訴え提起前における証拠収集手續（民訴法132条の2以下）、当事者照会（同163条）などが

¹³⁹ 訴状には、「請求を理由づける事実を具体的に記載し、かつ、立証を要する事由ごとに、当該事実に関連する事実で重要なもの及び証拠を記載しなければならない」（民訴規則53条1項）とされ、訴状の添付書類として、書証の写しまで添付することが求められた（同55条）。なお、筆者は平成元年4月から平成3年3月まで司法研修所で修習したが、その際、「昭和の時代には訴状は簡潔がよい（被告に最初から手の内を見せるべきではない）とされたが、今後は、迅速な裁判を実現させるために、訴状段階から主張を尽くし、手持ちの証拠はできるだけ全て写しを訴状に添付して提出するべきである」と指導された。特に平成8年の民訴法改正以降は、実務家のプラクティスとしても、訴状には、訴訟物を特定する事実にとどまらず、請求を理由づける事実や間接事実並びに証拠をしっかりと記載して提出することが励行されている。

¹⁴⁰ 伊藤眞「開示手續の理念と意義（上）—民事訴訟法改正への導入をめぐる—」判タ786号6頁（1992）参照。これが掲載された平成4年（1992年）当時は、改正前の実務が行われていた。しかし、その後今日までそこに目指すべき方向として書かれた通りに日本の民事訴訟は改善されてきたというのが、平成3年に弁護士登録をした筆者の実感である。

¹⁴¹ 最判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁（伊方原発事件）。竹下守夫「伊方原発訴訟最高裁判決と事案解明義務」木川統一郎古稀『民事裁判の充実と促進（中）』1頁、（判例タイムズ、1994）。

新設され、当事者に一定の証拠収集手段が与えられた¹⁴²。とくに、当事者照会は、米国のインタロガトリの手続を参考にして当事者間での情報開示のツールとして導入され、旧法と比較して「ものの考え方（思想）の転換があった」と評価された¹⁴³。これは、それまでの弁論主義の手続において、主張立証責任を負わない当事者が不利な手持ち証拠の開示を強制されることがなかったことから、当事者照会に対する回答義務を肯定する解釈と相俟って、思想の転換と考えられ、以後、事案解明義務について活発な議論がなされてきた。

しかし、日本の当事者照会制度は、義務違反に対する制裁規定を欠いており、当初から懸念されたとおり、現在に至るまでその利用率は低い。また、文書提出命令は、その性質上、当事者による情報収集方法ではなく、証拠提出方法として規定されており、米国のディスカヴァリのように、証拠に至るための情報を含め広く情報を収集する機能を持つものではない。そして、文書提出命令を求めるためには、文書を特定する必要があるが、情報が乏しいときには、文書の特定も困難である。

第4 日本法への示唆

1 民事訴訟の事実解明構造

(1) 構造論としての事実解明論

従来、日本における事実解明論は、証拠法又は証明の問題として議論されることが多かった¹⁴⁴。それは、日独の民事訴訟が大陸法系（ローマ法系）の審理構造を採っており、訴訟における事実の解明は、裁判所（裁判官）が事実認定の形で行うことが前提とされてきたからであろう。そして、事実審理の原則としての弁論主義は、準則の集合体として捉えられ、その適用場面に応じて、審理段階の準則と判決段階の準則に分けて論じられたりした。他方、事実解明について、構造論として語られることは多くなかったと思われる。

しかし、米国民事訴訟の事実審理の中核的要素であるアドヴァーサリ・システムは、その「システム」という呼び名が示すとおり、一定の構造としての事実解明方法を意味している。第2章で詳論したとおり、そこで求められているのは、事実認定者の中立性受動性や当事者による証拠の収集・提出等を中心とした「高度に構造的な (highly structured)」裁判手続である。対立概念のとしての糾問主義もインクイジトリアル・システム (inquisitorial system) と呼ばれるように、訴訟における事実解明の「構造」の選択の問

¹⁴² 柳田幸三「民事訴訟法の全面改正の意義と新民事訴訟法の特徴」塚原朋一ほか編『新民事訴訟法の理論と実務（上）』61頁、66頁、79頁（ぎょうせい、1997）。

¹⁴³ 山浦善樹「当事者照会等の活用の問題点と改善のための必要な条件」上谷清＝加藤新太郎編『新民事訴訟法施行三年の総括と将来の展望』49頁、50-51頁（西神田編集室、2002）。高橋宏志「民事訴訟法講義ノート、証拠調べについて（三）」法教236号97頁（2000）。同「新民事訴訟法から見たこれからの弁護士像」自由と正義47巻11号27頁（1996）。

¹⁴⁴ 春日偉知郎『民事証拠法論—民事裁判における事案解明』（商事法務、2009）、同『民事証拠法研究』（有斐閣、1991）、松本博之『民事訴訟における事案の解明』（日本加除出版、2015）など。

題として論じられている。そこでは、対立する当事者による水平型の実事解明構造（英米型・アドヴァーサリ・システム）を肯定し、裁判官中心の垂直型実事解明構造（大陸型・糾問主義）を否定する。

日本は、明治期に大陸法の訴訟構造を継受しつつ、第二次世界大戦後に米国の影響を大きく受けた結果、特殊な訴訟構造を形成してきた。すなわち、刑事訴訟では法律上英米型の審理構造を基本構造として選択しつつ、裁判官の役割において大陸法の要素を温存し、逆に民事訴訟では、法律上大陸法型の審理構造を基本構造として選択しつつ、米国民事訴訟の要素を一定程度取り入れてきた。そして、このような法制の特殊性から、日本は、一つの実験結果としての新しい実事解明構造を提案・発信できる立場にある。

今後の日本の民事訴訟法の解釈及び立法による法整備の方向性を考えるに当たって、このような日本の法制の特殊性に着目するとともに、日本において実際に構築されてきた民事訴訟における実事解明のあり方を「構造」として捉え直すことを提案したい。

(2) 日本の民事訴訟の実事解明構造の現状と課題

日本は、民事訴訟について、基本的にローマ法系（大陸法型）の実事解明構造を選択している。そのことは、沿革から見ても、民事訴訟法の規定からも、また実際に今日行われている手続の実体から見ても明らかである。すなわち、訴えが提起されると、その後の手続は、最初から最後まで裁判所（裁判官）主導で進められる。弁論主義が採られ、訴訟資料の収集及び提出の第一次的な責任は当事者にあるが、裁判所（裁判官）は最終的に法を適用して権利の有無を判定する職責を負い、法適用の前提たる事実の解明にも手続の最初から最後まで関与する。訴訟指揮をして手続を進行し（民訴法 148 条）、釈明権（同 149 条）を行使して、当事者に主張を明らかにしするよう求め、また証拠の提出を促すこともできる。また、裁判所（裁判官）は、証人や本人を自ら尋問することもできる（同 190 条、207 条 1 項）。すなわち、裁判官中心の垂直構造が基本型をなしているといえる。

しかし、日本の民事訴訟は、第二次世界大戦後、米国民事訴訟の影響を受け、独自の変容・発展を遂げてきた。すなわち、昭和 23 年の民訴法改正にあつて、交互尋問制が導入された。交互尋問は、英米法系の制度であり、証拠方法の提示のみならず、証拠資料の収集まで当事者に第一次的な権限と責任を認め、当事者間の水平の関係において事実を解明しようとするものである。さらに、平成 8 年の民訴法改正によって、争点及び証拠の整理の手続が置かれ（民訴法 164 条から 178 条）、これを前提とした集中証拠調べの制度が導入された（同 182 条）。これにより、争点整理の過程が実質的に米国民事訴訟のプリトリアルに類似するようになった。また、平成 8 年、13 年、15 年の民訴法改正において、米国民事訴訟の開示手続をモデルとして、文書提出命令の整備により文書提出義務が一般義務として拡大され、訴え提起前における証拠収集手続（民訴法 132 条の 2 以下）、当事者照会（同 163 条）などが新設された。これにより、当事者に一定の証拠収集手段が与えられた。

総じて、現在の日本の民事訴訟は、裁判官が、法適用を前提として審理手続を主導し、

効率的に事実を解明する、大陸法系の垂直型構造を基本としながら、主張及び証拠収集について英米法的な水平方向の当事者中心の事実解明構造をも色濃く取り入れているといえることができる。

特に、平成8年の民訴法改正において導入された準備手続において、両当事者と裁判所が平面のテーブルを挟んで、正に水平の関係で、主張及び書証を対照することにより、事実関係の早期解明、争点の絞り込みを可能にしてきた。裁判官が交通整理役として適度に介入しつつ、両当事者の認識（主張）と書証を照らし合わせて事実を解明する方法は、米国民事訴訟のプリトライアルとその本質において近似していると評価できる。

しかも、日本の手続では、主要事実に関する主張の交換・認否により争点を絞り込むため、審理が必要以上に拡張することなくコントロールされる点でより優れている。これには、最高裁判所司法研修所を中心とした要件事実研究を中核として、主張立証の対象事実と主張立証責任の分配について法曹間（裁判所と弁護士）で共通認識を形成する努力がなされてきたことが改革を支える重要な要素となってきた。

しかし、現代の民事紛争の中には、主張立証責任を負う当事者（多くは被害者）が十分な情報を持たず、主張立証責任を負わない当事者に情報及び証拠が偏在している場合（証拠偏在型）が少なからず存在する。そして、このような類型の紛争においては、現状の日本の民事訴訟手続、すなわち国家が当事者に対して証拠の提出を強制しない建前が貫かれ、当事者の証拠収集手段が極めて限定的な手続では、十分に事実解明ができず、公正な裁判が実現できないという課題がある。

また、より根本的な課題として、日本の民事訴訟は、より米国に接近する方向、すなわちアドヴァーサリ化・水平構造化を目指すのか、それとも、ドイツに近い裁判官中心の垂直型を維持するののかについて意識的な議論が必要であると考えられる。

(3) 民事訴訟の事実解明構造についての世界の潮流と課題

事実解明方法については、ドイツ及び米国においても、伝統的な訴訟構造の相違を超えて、相互の接近が見られ、一定の共通性が生まれているといえる。すなわち、大陸法において、弁論主義が採られることによって、訴訟資料の収集・提出の第一次的な権限と責任が当事者にあるとされることとなった。その結果、基本的に当事者が情報と証拠を収集して一定の事実（事案）解明を自ら行ったうえで、裁定機関（大陸法では口頭弁論・裁判官、英米法ではトライアル・原則として陪審）に判断を求めるという手法は、二つの法系において、共通のものとなっている。また、日本における準備手続とその後の集中証拠調のように、大陸法系の民事訴訟が、英米法系のプリトライアルとトライアルの二段階構造に接近する現象がドイツやスペインにおいても見られると報告されている¹⁴⁵。他方、米国においても、マネジアル・ジャッジ論にみられるとおり、訴訟資料の収集と整理を効率的・合目的に行うためには、裁判官の適度の関与と交通整理（マネージメント）が有用である

¹⁴⁵ 貝瀬幸雄「比較民事訴訟法学のプロムナード―「チチェローネ」以後―」青山善充古稀『民事手続法学の新たな地平』1007頁、1034頁（有斐閣、2009）。

との認識が承認されるようになった。その意味で裁判官の役割についても、一定程度の共通化が進んでいるといえる¹⁴⁶。

その上で、情報や証拠が偏在する紛争類型においてどのように公正な事実解明を可能にするかが大陸法系の民事訴訟において共通の課題として認識されている。その中でも、ドイツにおける判例や立法については、日本において比較的多くの研究・報告がある。すなわち、ドイツでは、従前より実体法上の情報請求権が存在し、段階訴訟（ドイツ民事訴訟法 254 条）という特殊な訴訟形態がある¹⁴⁷。さらに、1990 年末に訴訟前の解明を企図して独立証拠手続（同 485 条）が設けられた¹⁴⁸。また、医師の責任を問う医療過誤訴訟や製造物責任訴訟等において、情報の偏在に対処する証明責任の転換や軽減の判例法理が蓄積形成されたうえで、医師の責任に関し実体法（民法典）に推定規定（630h 条）が置かれるに至った¹⁴⁹。これらのドイツでの動きは、主に立証責任と関連づけられた解決方法であるといえることができる。

しかし、米国民事訴訟に目を転じてみると、事実ないし事案の解明の主たるステージは、プリトリアルに設定されている。それは、訴訟の事実認定のステージ（トリアル）から分断された段階であり、従って、証拠法とも証明責任とも直接関係しない。米国のプリトリアルでは、裁判所（裁判官）は基本的に事実を解明ないし認定する主体としては登場せず、もっぱら当事者間で情報及び証拠を共有することで、事案の概要を把握し事実を解明することを建前としている。

日本において、今後、情報・証拠偏在型紛争にどう対応するべきかを考えるに当たり、ドイツの判例や立法を参照して、立証責任と関連づけた証拠法の問題と捉えることも一つの方法である。しかし、もう一つの方法として、米国民事訴訟から示唆を得て、訴訟における証拠法ないし証明の問題と切り離れた、訴訟前の独立した情報・証拠収集方法の新設を考えることもできるのではないだろうか。詳細は後述する。

2 当事者の証拠収集方法—ディスカヴァリ導入の是非

(1) 弁論主義における当事者に対する証拠提出強制の許容性

米国民事訴訟のディスカヴァリは、当事者に証拠の提出を強制するものである。そこで、前提問題として、当事者に対する証拠提出の強制は弁論主義と抵触しないかを検討する。

この問題は、平成 8 年の民訴法改正において、文書提出命令や当事者照会が導入された際に議論されて、すでに一応の決着をみている。すなわち、これらの制度によって一定の要件のもとで法が当事者に証拠提出を強制することは、弁論主義と矛盾しない。なぜなら、こういった制度は、当事者の証拠収集権限を拡充したものであって、裁判所の職権調査権限を認めたものではないからである。相手方当事者や第三者に対する強制は、あくまで当

¹⁴⁶ 貝瀬・前掲注 145) 1032-1034 頁。

¹⁴⁷ 春日・前掲注 144) 民事証拠法研究 281-292 頁。

¹⁴⁸ 春日・前掲注 9) 111 頁。

¹⁴⁹ 春日・前掲注 9) 133 頁、松本博之『証明軽減論と武器対等の原則—要件事実論批判・証明責任分配論と共に—』7-12 頁（日本加除出版、2017）。

事者のイニシアチブ（申立て）を待つて発せられる命令によるものであるし、当事者は、収集した資料について取捨選択して証拠として提出することができる¹⁵⁰。

(2) 日本民訴におけるディスカヴァリ導入の是非

日本の民事訴訟においても、米国民事訴訟に倣って、強力なディスカヴァリを導入して当事者間で徹底した事実解明を行うようにするべきであろうか。

2010年に発足した「民事訴訟法改正研究会」が2012年に改正提案を策定し、その中で6項目にわたって情報・証拠収集手段の新設・充実を提案した¹⁵¹。また、2012年2月に、日本弁護士連合会から「文書提出命令及び当事者照会制度改正に関する民事訴訟法改正要綱試案」が発表され、さらに供述録取書制度の導入も検討されている。

日本の民事事件の多くは、現行法のもとで、従来の主張立証責任の分配によって、適正に事実解明がなされており、強力な開示制度は必ずしも必要とされていない。安全配慮義務違反や医療過誤、製造物責任を問う事案、国や地方公共団体等行政の責任を問う事件など、いわゆる証拠偏在型の一定の類型にのみ、必要性が認められる。

そして、制裁付きの情報・証拠の開示制度が広く利用可能になることによって、本来の制度趣旨とは異なる目的で濫用される危険性が懸念される。情報開示請求がプライバシーの覗き見や嫌がらせに利用される危険がある。また、企業秘密がリスクにさらされる危険がある。これらのリスクから個人や企業を守るためには、保護命令を含む十分な手当てが必要であり、それでも濫用を皆無にすることは難しい。

また、米国のディスカヴァリは、事案によっては相当高額な弁護士費用が必要となる場合がある。一般訴訟において開示制度が利用可能となれば、資金力のある当事者が開示制度を利用し、資金力のない相手方は必要な弁護士費用が賄えず、対応困難となることが予想される¹⁵²。その場合、結局資金のない側が提訴を躊躇し、場合によっては断念することがあり、また不利な和解に応じることを余儀なくされる。このような弊害の恐れを考えると、必要性の低い一般民事事件において、高度の開示制度を利用可能とするのは避けたほうがよい。

さらに、法による情報提供の強制については、弁論主義とは論理的な矛盾抵触はないものの、なお十分慎重な検討が必要なことを指摘したい。シュテュルナー博士は、慶応大学での講演において、ヨーロッパの大陸法圏では、法律によって当事者又は第三者に証拠の提出を強制する制度を取り入れていないことを指摘し、次のとおり述べている。「大陸ヨーロッパ人は、自分たちの訴訟法を、自分たちが当局による侵害として経験してきた不必要な司法の法干渉に対する保護としても構想している。わずかの協力義務、稀にしかない直接強制及び広く捉えられた拒絶権は、法干渉の可能性を最小限に抑えるという原則を実

¹⁵⁰ 伊藤・前掲注106) 25-27頁参照。

¹⁵¹ 改正案の詳細は、三木浩一＝山本和彦編『民事訴訟法の改正課題』ジュリ増刊(2012)。

¹⁵² 伊藤・前掲注106) 24頁は、日米の弁護士報酬の形態が異なることを指摘されるが、日本に米国のような開示制度が導入されれば、それに対応する弁護士の手間は大変なものになるので、当然それに見合った報酬が請求され、費用は高額化すると予想される。

現する。」そして、米国において事実追及への国民の協力義務が広く認められているのは、「大陸ヨーロッパと異なり、アメリカ合衆国は国家及び裁判所の権力が完全に異常をきたした経験をもたない」からであろうとしている。たしかに、当事者に証拠収集権限が与えられることは、裁判所による糾問的事実解明とは直結せず、かえって当事者の弁論権を助けるものであるということが出来るが、他方、大陸ヨーロッパ同様、日本においても経験された国家権力による人権蹂躪に思いを致すとき、法によって私人に対する情報・証拠の提出を強制する制度を拡大することは慎重にならざるを得ない。

そこで、筆者は、一般民事訴訟の事実解明の枠組みは現状を維持するとして、証拠偏在型の紛争についてのみ、当事者の選択により、米国のディスカヴァリ類似の開示制度の利用を可能にすることを検討すべきであると考えている。そして、その制度は、民事訴訟手続の一環として新設するのではなく、訴訟手続から切り離れた、民事紛争解決のための情報及び証拠の収集手続という性質を持つ新しい類型の独立の手続として新設すべきであると考えている。そして、この手続では、紛争当事者に情報収集手段を提供すると同時に開示を求められる相手方のプライバシーや団体の自由な意思形成など私人の権利の保護を図る規律を置くべきである。

3 証拠偏在類型紛争に特化した開示手続新設の提案

(1) 新設を提案する開示手続の概要

証拠偏在型の紛争について、日本の民事訴訟における事実解明構造を基本的に維持しながら、訴訟外（主に訴訟前）での当事者による情報・証拠収集手段を創設するという発想を提案したい。そして、その新制度については、米国のプリトライアルにおけるディスカヴァリをモデルとすることが有用である。

提案する制度の概要は以下のとおりである。

- ① 地方裁判所が管轄する独立の手続とし、申立費用（貼付印紙）は、一律に少額の定額とする。これは、裁判所は、あくまで手続が法に則って円滑になされ濫用されないように監視する役割を果たすのみであるとの建前を示す。言い換えると、証拠収集作業そのものは当事者の費用により、代理人弁護士が主体となる。簡易裁判所の管轄としないのは、簡易裁判所は、少額訴訟などで本人訴訟を多く扱っており、当事者が裁判所に頼ることを認める体制を採っているからである。米国ディスカヴァリをモデルとする開示制度は、高度に技術的であって、法律知識のない当事者本人が裁判所の助けを受けながら遂行できる手続ではない。従って、裁判所は、原則として手続の本体的活動に介入しない（当事者を助けない）建前を貫くべきである。そういった性質の手続を簡易裁判所に置くことは一般市民に誤解を与え混乱を招くおそれがあるから、簡易裁判所ではなく地方裁判所の管轄とするべきである。
- ② 本手続は、裁判所の裁判による終局的な紛争解決を予定しておらず、当事者による民事訴訟前の情報・証拠収集の手段と位置づけられる新たな類型とする。
- ③ 証拠偏在型紛争の存在及び申立人による事実解明の必要性を手続開始の要件とする。

具体的要件は、事案解明義務の議論（春日偉知郎教授による事案解明義務を認める要件論）を参考にすべきであると考え。あるいは、ドイツにおける独立証拠手続における「提訴前の解明に係る法的利益」の議論も参照すべきであろう¹⁵³。なお、医療過誤事件や安全配慮義務を巡る紛争、製造物責任を問う事案など訴訟提起を前提とする事件のみならず、婚姻費用分担や養育費、遺産分割などの非訟事件（審判事件）の準備としても制度を活用できるようにすることが望まれる。

- ④ 手続の開始は、申立て、裁判所による開始要件の審査、開始決定によってなされるものとする。手続開始の要件を満たさない場合は、申立ては却下される。そのことにより、一定類型紛争の事実解明以外の目的で制度が濫用されないようにすることを企図し、その監視の役割は裁判所（裁判官）が担うことになる。
- ⑤ 開示の内容・メニューは、米国 FRCP のディスカヴァリをモデルとする。選択肢として、ドイツの独立証拠手続を模して、損害や物的瑕疵の原因や額などについての鑑定人による書面鑑定を導入することも検討されてよいと考える。
- ⑥ 開示要求に対する相手方の不協力・不開示に対する制裁を設ける。この制度は訴訟係属前の手続であること及び対象事件が証拠偏在型であることから、相手方が重要な証拠を開示しない場合の制裁を工夫することが必要になる。例えば、事案の性質から通常相手方が保有している証拠を提出しない場合に、申立人は、裁判所に証拠開示命令を申立てることができるものとする（FRCP 37(a)(1)参照）。裁判所は、証拠を開示しない（できない）合理的な理由があるかどうか審理しこれが認められなければ命令を発する。そして、相手方がその命令に従わない場合は、相手方に制裁を課す必要がある。制裁としては、過料、申立人に対する弁護士費用等の損害賠償命令等が考えられるが、これらに加え、別途申立人が提起する訴訟において、立証責任の転換や場合によっては申立人が主張するとおりに事実の擬制がなされるような制度設計が必要であると考え（FRCP 37(b)参照）。この場合、米国 FRCP や現行の日本の民事訴訟法の文書提出命令と異なり、管轄裁判所が本案訴訟の受訴裁判所ではないため、工夫が必要である。なお、最終的な立証対象たる本案の訴訟物と離れて、証拠開示を巡る紛争の審理が複雑長大化することは望ましくないので、開示命令やそれに従わない場合の制裁は口頭弁論を経ない決定手続とするべきである。決定に既判力は生じないことも踏まえると、相手方が証拠開示命令を受けたがこれに従わず、制裁決定を受けたこと（これは訴訟記録に残る）は、本案訴訟において、申立人がなすべき手段を尽くしたこと、すなわち証拠を提出できないことについて非難可能性がないことを示す証拠となり、本案の裁判所は、当該事実について証明責任を転換するか事実擬制を認めることができる、とすることが考えられる。これは、限定された状況において春日教授の提唱する事案解明義務を立法化することになる。

¹⁵³ 春日・前掲注9) 112-113頁。

- ⑦ 手続開始決定を得ても、多数のメニューを無制限に利用できるのではなく、あくまで「当事者の請求又は防禦と関連し、当該紛争解明の必要性に比例した範囲」(FRCP 26(b)(1)参照)とする。
- ⑧ 開示を請求される相手方が協力を拒むことのできる事由を明らかにし、必要に応じて保護命令の申立てなど、プライバシー及び秘密保護のための手段を置く。
- ⑨ 開示手続開始後、一定期間内に開示計画協議を行うこと、そのときまでに申立て当事者から開示計画案の提出を義務付けること、手続の完了までの時間制限を置き、特段の事情のある時のみ延期が許可されることとして、原則として、当初予定した開示計画の内容の完了又は期間の満了をもって、手続が終了することとするなど、開示手続が徒に長期に亘ることのないようにする。
- ⑩ 当事者(申立人又は相手方のいずれでも可)の更なる申立て及び手続費用の支払いによって、引き続き、調停手続に移行することができ、相手方の申立てにより簡易決定(米国のサマリ・ジャッジメントないし法律問題としての判決に当たるもので、消極的確認のみ)を求めることができるものとする。これは、事実関係が解明されることにより、訴訟手続を利用するまでもなく、紛争を解決できる可能性が高いことに鑑み、引き続き簡易な方法で終局的な紛争解決を図ることができるようにメニューを設定しようという提案である。後者(簡易決定)については、開示手続に巻き込まれる相手方当事者に手続対応の煩を受忍させる代わりに、開示手続を実施してもなお、申立人にはその権利実現のための十分な証拠がないことが明らかな場合、その負の結果を簡易な手続で(口頭弁論を経ないので決定になる)確定することを可能にしようというものである。
- ⑪ 調停が成立しない場合や当事者の一方又は双方が簡易決定を不服とする場合、あるいは、当事者双方が、調停・簡易判決のいずれも前置させずに通常の判決手続による解決を希望する場合は、開示手続を終了させるものとし、当事者のいずれかが新たに訴えを提起することで、訴訟手続に移行する。裁判を受ける権利を保障するものであるとともに、情報・証拠収集手続としての開示手続を訴訟と切り離し、訴訟は、新たに異なった裁判所に申し立てるべきこととするものである。
- ⑫ 開示手続は原則として非公開とし、開示手続の記録の閲覧謄写は原則として当事者のみに許されるが、当事者の手続非協力による制裁決定については、後の裁判所における手続において当事者からの指摘のみに基づいて裁判所が認定できるもの(職権調査事項)とする。
- ⑬ 当事者は、その後に別途提起する訴訟手続においては、開示手続によって収集した情報及び証拠の中から改めて自ら取捨選択して証拠の申出をすべきこととする。
- ⑭ 現在、民事訴訟法上の制度である証拠保全(民訴法 234 条)を利用して、裁判所が相手方の事業所(例えば病院)へ赴き、強制的に文書(例えばカルテ)を謄写するという実務が行われているが、証拠隠滅・改竄の恐れなどの保全事由がある場合は、

証拠保全制度を併用できるものとする。

(2) 提案の理由

この提案は、米国訴訟においてプリトリアルで当事者主体の事実解明の主たる作業がなされることをモデルとするものである。そして、あらゆる紛争一般に妥当する手続とするのではなく、限られた証拠偏在型紛争にのみ利用可能とすることで弊害を最小にしようと考えた。日本の訴訟構造は、大陸法型を基本とするのでそれを維持しつつ、訴訟前の事実解明構造に米国型を取り入れることができるのではないか。トリアルとプリトリアルの二段階構造に接近する方向性を指向するものである。

そして、この提案の根底にあるのは、日本の民事訴訟実務の実際における事実解明構造である。日本の訴訟における事実解明は裁判官による争点についての事実認定のレベルに尽きるものではない。

弁護士は、訴訟以前に、一方当事者から相談を受け、委任契約を締結して、訴訟提起に向けて準備をする。この段階で、弁護士は、依頼者の言い分を時間をかけて聞き取り、その手持ち証拠（そのほとんどは書証）の提供を受けるとともに、必要に応じて現場に赴いて見分し、弁護士の調査権限で取得可能な資料（不動産登記事項証明書や戸籍謄本など）を収集して、依頼者の言い分と対照する。ここでは、依頼者の述べる、整理されていない生の雑多な情報を、客観的資料と突き合わせて、記憶の誤りや思い違いを正しつつ、できるだけ正確な事実を明らかにする作業を行う。そして、依頼者の真に求める紛争解決の方向を聞きだし、最終目標との関係で、法的に意味のある事実を抽出し、整理する作業を行う。その中で、訴訟になる場合に選択すべき訴訟物たる権利、法的構成、攻撃防禦方法を考えるのである。さらに、日本の弁護士は、可能な限り、訴訟前に相手方と接触して交渉による解決を図ろうとする。その時点で、相手方当事者から、反論として情報及び証拠提供を受ける場合もある。つまり、訴訟前の段階において、当事者及びその代理人弁護士間で、米国民事訴訟のプリトリアルのかかなりの部分に相当する事実解明作業がなされているといえる。

さらに、訴訟提起後は、裁判官が最終的に事実を認定するとの前提で、弁護士は、訴状レベルから、依頼者の権利実現に資するストーリーを主張するとともに、証拠を示して、裁判官を説得する作業を行う。裁判官は、最終的に判決を書くことを念頭に、最初から事実の把握に努め、事実解明に努める。特に、準備手続（その多くは弁論準備手続）において「争点及び証拠の整理」がなされるが、その実態は、正に事実（事案）解明の作業である。すなわち、当事者は、主要事実及び重要な間接事実を中心に主張し、相手方当事者はこれを認否し、反論する。そこで、裁判官は、適宜理解が困難な部分や証拠と整合しない主張について釈明し主張や証拠を追加訂正させる。そして、裁判上の自白が成立する争いの無い事実及び書証によって明らかな事実を、鋏で止めるように確定しながら、いわば点と点をつないで線とし、そこを核として事案の全体像を把握しつつ、いわゆるスジを捉え

ていく¹⁵⁴。このとき、理想的には、裁判官がその心の中だけで事実解明作業を行うのではなく、両当事者の代理人弁護士が、その作業及び事実（事案）についての認識をできるだけ共有することが望ましい。法律の専門家たる裁判官及び弁護士が一定の共通認識を持つことによって、和解で解決する可能性は高くなり、また、当事者間で認識の一致しない事実としての争点は絞り込まれて、効率的な集中証拠調べが可能になる。そして、日本の民事訴訟においては、証明度において「高度の蓋然性」に至る立証が求められることと相俟って、裁判官は、争点整理を終えるまでに一応の心証を形成していることが多く、その心証が人証調べを経て覆ることは3割未満であると言われている¹⁵⁵。

このように見ると、現在の日本の訴訟における事実解明の主なステージは、第1に訴訟前の弁護士による訴訟準備段階であり、第2には、訴訟提起後、準備手続における争点及び証拠の整理過程にあるということが出来る。このことは、実務法曹（裁判官と弁護士）の共通認識であると思われる。

このような実態に即して考えると、情報・証拠偏在型紛争において、当事者に情報・証拠収集手段を提供するのであれば、訴訟手続の中に置くのではなく、訴訟準備段階で利用できるようにするべきであると考えられる。

また、刑事訴訟との対比からも示唆を得ることが出来る。すなわち、英米では、民事刑事両方の訴訟においてアドヴァーサリ・システムを採り、刑事事件においても当事者中心の水平型事実認定構造を採るが、刑事にあつては、訴訟（公判）に至る前に捜査機関による情報及び証拠の収集が不可欠である。英米法では、刑事訴訟にあつては、訴追側（検察）と被告人（弁護士）とを対立当事者とみて、当事者対立構造を想定するが、訴訟に至る前段階に捜査があり、これには別個の規律（被疑者のプライバシーなどの人権保障と犯罪解明による国民の安全の確保の必要を中心課題とする規律）がある。これに対して、民事訴訟については、国家による捜査は予定されておらず、当事者たる私人が、自らの費用と労力で事実解明のための調査を行うことが前提になっている。米国では、探偵などの私的調査機関を利用することが一般化していることに加え、訴訟は紛争解決のための制度であるという発想の下で、訴訟手続のなかで当事者が情報及び証拠を収集できる制度が発展してきた。これに対し、大陸法系の訴訟においては、当事者による情報及び証拠の収集は訴訟外で行われるものとの建前が採られてきた。しかし、民事紛争のなかでも、不法行為事案や安全配慮義務が問題になる事案などは、契約類型とは異なり、予め証拠を確保・保存しておくことが期待できない。その場合には、当事者に一定の情報・証拠収集手段が与えられなければ、真相解明は望みえない。刑事事件が併存している場合には、被害者が刑事記録を利用する方法もある。しかし、刑事事件が伴わない事案では、当事者による情報・収集能力の欠如によって、真相解明ができず、公正な紛争解決がままならない場合がある。

¹⁵⁴ 司法研修所編『民事訴訟における事実認定』（法曹会、2013）、特に25頁、315頁以下の「資料 事実認定を語る～高裁裁判官インタビュー集」参照。

¹⁵⁵ 筆者の司法修習における民事裁判（地方裁判所における実務修習）の指導裁判官の話。

その場合、刑事訴訟とのアナロジーを考えるなら、一定の要件の下、訴訟外で（主に訴訟前に）当事者が情報・証拠を収集できる手段を置くのが望ましい。

なお、現在の民事訴訟法における当事者の証拠収集手段は、訴え提起前における証拠収集の処分等（民訴法 231 条の 2 以下）、当事者照会（同 163 条）、文書提出命令（同 220 条から 225 条）、文書送付嘱託（同 226 条）があり、実質的に証拠収集手段として機能しているものとして証拠保全（同 234 条）がある。このうち、訴え提起前における証拠収集処分等及び当事者照会は、あまり利用されていない。その理由は、協力しない相手方（情報保持者）に対する強制力がないからである。また、直接の強制力がなくても情報を提出しないことが訴訟の結果に負の影響を及ぼすことで一定の間接的な強制力が期待できるが、現行の当事者照会は事実認定を行う裁判官から離れた手続であるため、間接的な強制力も期待できない。そのため、弁護士としては、当事者照会をするより、訴訟中に求釈明の形で相手方に情報の提供を求めることを選択する。なぜなら、相手方がこれに誠実に答えない態度を示せば、そのこと自体によって弁論の全趣旨の一部として裁判官の心証形成に影響を及ぼすことができるからである。文書提出命令が比較的良く利用されるのは、文書が提出されるか、さもなければ裁判官の心証形成・事実認定に法律上事実上の影響を与えることができるからである。

このような実情に鑑み、訴訟外の当事者間での情報・証拠収集手段には、必ず、不協力に対する罰則を含む強制力ないしは相手方不協力の場合に裁判所（裁判官）の心証形成・事実認定に影響が及ぶような規律を設定する必要がある。

4 事案解明義務

(1) 日本における事案解明義務論等

情報・証拠偏在型訴訟において主張立証責任を負う当事者が十分な情報・証拠収集手段を持たない状況にどう対処し公平な解決を導くかという問題を巡り、事案解明義務が議論されてきた。この事案解明義務という考え方は、元々ドイツにおいてシュテュルナー博士が提唱し、これが日本にも紹介されて議論されるようになったものである¹⁵⁶。日本における事案解明義務の議論は、これまで、主張立証責任を負わない当事者の陳述義務や証拠提出義務の問題として論じられてきた。

日本における事案解明義務論の代表的な学説は春日偉知郎教授の説である。春日教授は、事案解明義務を「証明責任を負っている当事者の責に帰すべきでない情報・証拠の偏在・事実認定の資料の収集・提出権能の対等性の欠如一を是正するために、相手方に対して提出の期待可能性がある情報・証拠の提出を義務付けることによって、実体法が予定している権利保護の実効性を図ることを目的とするもの」と位置付けて、一般的な事案解明義務を認めるべきであるとし、その要件・効果を次のとおり設定する¹⁵⁷。すなわち、「事案解

¹⁵⁶ 春日・前掲注 144) 民事証拠法研究 26 頁、畑瑞穂「模索的証明・事案解明義務論」鈴木正裕古稀『民事訴訟法の史的展開』607 頁、616 頁（有斐閣、2002）。

¹⁵⁷ 春日・前掲注 144) 民事証拠法論 376 頁。

明義務の 4 要件—証明責任を負う当事者が、①事件の事実関係から隔絶されていること、②これにより事実関係を知ることができず、そのことについて非難可能性がないこと、③自己の主張が抽象的でなく、主張を裏付ける「具体的な手掛り」を提示していること、及び、④証明責任を負わない相手方が事実関係を知りうる立場にあり、この者に事案解明（事実の主張又は証拠の提出）に協力することの期待可能性が存すること。」そして、事案解明義務が認められる場合の効果としては、要証事実についての真実擬制（民訴法 224 条 3 項類推）まで可能であるとする。すなわち、「①裁判所によって事案解明義務を課された当事者が、この義務を履行しなかった結果、要件事実について真偽不明が生じた場合には、当該要件事実の存在が擬制され、証明責任を負う当事者に有利な判断がなされる。もっとも、この場合に、事案解明に応じない当事者の帰責性が必ずしも高くないときは、当該要件事実の存在を擬制するまでには至らず、事実上の推定に止まることもある。他方で、②事案解明義務を履行したが、要件事実の真偽不明が生じた場合にまで、当該要件事実の存在が擬制されるわけではなく、後者の場合には、本来の証明責任の分配に従って、証明責任を負っている当事者に不利な判断がなされる。」とされる。

日本のこれまでの判例は、明示的に事案解明義務を認めたものは無く、伊方原発訴訟について、事案解明義務を認めたものとの評価があるが、その評価にも議論がある¹⁵⁸。

なお、事案解明義務論は、立証責任の軽減・転換など証拠レベルだけでなく、主張レベルの問題としても議論されている¹⁵⁹。

また、事案解明義務を否定しつつ、別個の義務として、証明責任を負わない当事者の具体的事実陳述イコール証拠提出義務を主張する論者もある¹⁶⁰。

(2) 事案解明義務を巡る立法の方向性について

筆者は、当事者に十分な情報・証拠収集手段が確保されていない現行民事訴訟法の解釈として、事案解明義務の考え方は有意義であると考え、自ら原告代理人となった証拠偏在型の訴訟において、事案解明義務論に近い主張を展開し望ましい結果を得たこともある¹⁶¹。しかし、事案解明義務論は、当事者に適切な情報・証拠収集権限がない制度的欠陥を補完するためのものというべきであり、本来は、当事者に適切な情報・証拠収集手段を保障する制度を構築するべきであると考え。つまり、立法の方向としては、一般的な事案解明義務を規定として制定するのではなく、事案解明義務論があまり必要なくなるような情報・証拠収集手段の新設を企図すべきであると考え。理由は以下のとおりである。

第 1 に、民事訴訟における主張立証責任の分配は、訴訟物たる権利の実体法上の解釈として定められるべきものであり、当該権利の実体法上の制度趣旨や証拠へのアクセスを含む立証の難易・公平を考慮して、実体法上の権利毎に典型的に定められるべきものだから

¹⁵⁸ 最判平成 4 年 10 月 29 日前掲注 141)。竹下・前掲注 141)、垣内秀介「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選（第 5 版）』132 頁、133 頁（2015）。

¹⁵⁹ 春日・前掲注 144) 民事証拠法研究 254 頁。

¹⁶⁰ 松本・前掲注 144) 25 頁以下。

¹⁶¹ 本間・前掲注 14) 124-125 頁。

である¹⁶²。訴訟物が同一である場合に、個別事案の特殊な事情として証拠が偏在していることや当該当事者に落ち度がないことなど個別具体的な事情によって主張立証責任が転換されるという解釈や真実擬制は、実体法の解釈を超えられると思われる。主張立証責任の転換や真実擬制は、立法によってのみ行われるべきである。一定類型の訴訟について、訴訟物の性質を同じくする他の一般訴訟と異なる特殊な状況が認められ、実体法上の制度の趣旨を貫徹させるために立証責任の転換や真実擬制が望ましい場合は、そのような立法がなされるべきである。そういった類型的な特殊性ではなく、個別具体的な事案の特殊性に対応する場合は、自由心証の範囲内で、信義則を考慮して事実上の推定を働かせることまでが限界であると考えられる。

第2に、主張立証責任の無い当事者は、何もしないことによって不利益を受けないのが原則であり、私的自治が妥当する私的紛争において、国家の介入は最小限であるべきとの観点である。法律上の規定のないところに、訴訟上の信義則以上の意味の法的義務を認めることには慎重でありたい。そして、公平な裁判の実現のために私人に一定の義務を課す必要のある場合には、義務を課す要件及び義務の内容が明示されるとともに、侵害される危険のある義務の名宛人の権利保護の手当てが置かれるべきであり、これらは立法によって具体的になされるべきことである。

日本の訴訟構造を考えると、情報と証拠の収集は、当事者が訴訟外で（主に訴訟前に行うものであり、訴訟においては、当事者が国家から情報・証拠の提出を強制される契機は最小限とするという従来のあり方を温存しつつ、訴訟外における当事者による情報・証拠収集手段を制度として構築すべきであると考えられる。筆者の提案の概要は前項に述べたとおりである。

5 釈明権と釈明義務

釈明について、日本の民事訴訟法は、「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」（民訴法 149 条 1 項）と規定する。釈明権及び釈明義務の範囲をどのように考えるかは、弁論主義をどう考えるかと密接に結びついている¹⁶³。また、どのような事実解明構造を選択しているか

¹⁶² 伊藤滋夫編『要件事実の機能と事案の解明』81 頁から 96 頁（日本評論社、2012）参照。

¹⁶³ 釈明権及び釈明義務についての代表的な文献として、磯村義利「釈明権」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座 2』473 頁（有斐閣、1957）、奈良次郎「釈明権と釈明義務の範囲」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 1』203 頁（日本評論社、1969）、同「訴訟資料収集に関する裁判所の権限と責任」新堂ほか編・前掲注 18）125 頁、同「新民事訴訟法と釈明権をめぐる若干の問題（上・下）」判時 1613 号 3 頁・1614 号 3 頁（1997）、中野貞一郎「弁論主義の動向と釈明権」『過失の推認』215 頁（弘文堂、1978）、小島武司「釈明権行使の基準」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』332 頁（有斐閣、1988）、伊藤博「民事弁護の基礎技術」司研（1991-II）第 86 号 1 頁（1992）、山本弘「釈明権と弁論主義の進展」ジュリ 1098 号 43 頁（1996）、塩崎勤「釈明権」三宅省三ほか編『新民事訴訟法体系—理論と実務— 2』112 頁（青林書院、1997）、園尾隆司「裁判所の釈明権と

にも大きく左右される。第2章及び本章で確認したとおり、アドヴァーサリ・システムの下では、裁判所は、釈明権を持たず、なんら釈明義務を負わない。従って、釈明権・釈明義務は、アドヴァーサリ・システム（水平型事実解明構造）と非アドヴァーサリ構造との分水嶺をなすものである。

従来の釈明権及び釈明義務に関する議論の中で一つの極にある考え方は、釈明は本来職権主義的なものであり、弁論主義を徹底するときには、裁判所の釈明権は可能な限り抑制的に解されなければならないとする考え方である。この考え方によれば、釈明は、裁判所が当事者の主張・立証における矛盾や不正確あるいは誤謬を指摘し、その是正の機会を与える（消極的釈明）に止め、積極的釈明は許すべきではないということになる。この解釈は、日本の民事訴訟のアドヴァーサリ化を強く志向するものといえる。しかし、現行法（民訴法149条1項）は、裁判長が当事者に対し「立証を促すこと」を認めているので、現行法の解釈としてはこの立場はとることができないとされている¹⁶⁴。これに対し、判例・通説の考え方は、釈明は、弁論主義の形式的適用によって生ずる不都合を是正することを目的とし、当事者に十分に攻撃防禦を尽くさせ弁論権を保障するものであり、その意味で弁論主義を補完するものであるとする。この考え方に立つと、裁判所の釈明権は相当程度広く認められ、当事者が明示的に主張していない事実で主張の意図があると推認される事実について裁判長がこれを指摘して当事者に陳述を促すことが認められる。また、当事者が主張した請求の趣旨・原因では理由がないが、これを変更して別個の法律構成にすれば理由があると認められる可能性があるときに、これを示唆すること（積極的釈明）まで認められると解されている¹⁶⁵。釈明義務の範囲は、必ずしも釈明権の範囲と一致するものではないが、積極的釈明を認める考え方に立つと、一定の範囲で裁判所に釈明義務を認める方向性を持つことになる。

第2章において、現在の日本の民事訴訟制度は、裁判官を中心とした垂直型の大陸法審理構造を基本としつつ、弁論主義によって裁判官の権限を制約し当事者支配を図り手続の民主化を企図したと捉えることを論じた。そして、どの程度当事者支配を要求するかは政策判断の問題であることも指摘した。民事訴訟法における釈明権（民訴法149条）の規定こそが、まさに、現在の日本の民事訴訟がアドヴァーサリ・システムを採用していないことを示すものであるとともに、これをどう解釈するかは、今後日本の民事訴訟の目指すべき方向性を如実に反映するものであると解する。

訴訟指揮」竹下守夫＝今井功編『講座民事訴訟法I』223頁（弘文堂、1998）、武藤春光「民事訴訟における訴訟指揮」加藤新太郎編『民事訴訟審理』25頁（判例タイムズ社、2000）、加藤新太郎「民事訴訟における釈明」前同書227頁、同「釈明」大江忠ほか編『手続裁量とその規律—理論と実務の架橋をめざして』123頁（有斐閣、2005）、同「釈明の構造と実務」青山古稀・前掲注145）103頁、川畑正文「釈明権及び釈明処分」伊藤＝山本編・前掲注3）164頁、高橋・前掲注3）442頁、伊藤・前掲注3）312頁などがある。

¹⁶⁴ 加藤・前掲注163）「釈明の構造と実務」109頁。

¹⁶⁵ 加藤・前掲注163）「釈明の構造と実務」108-109頁。

筆者は、裁判官中心の垂直型構造を維持しつつ、できる限り当事者の自律性を強化する方向を志向すべきであると考え、弁護士が当事者を代理している訴訟においては、釈明権は、自制的消極的に運用されるべきであり、釈明義務については、さらに消極的に解すべきであるとする。なぜなら、裁判所は釈明義務が認められる可能性がある範囲ではその義務を尽くそうと努力し、裁判所による積極的なリードが当たり前になると、弁護士は裁判所のリードを待って訴訟準備をしようという「指示待ち」「凭れ掛かり」の傾向が強まるからである。他方、手続の効率化と弁論権の保障、審理の充実のためには、弁論準備手続等の争点及び証拠の整理手続における裁判官と当事者代理人弁護士の間の活発な意見及び情報交換（コミュニケーション）が重要であり、誤解（コミュニケーション・ギャップ）によって、手続が遅延したり適切な解決から外れたりすることは避ける必要がある。加藤新太郎教授（元判事）は「釈明は、裁判所と当事者双方との間の情報交換（コミュニケーション）過程において、情報の整序をし、事案解明をしていくための基礎となるべき共通のインフォームド・シチュエーションを形成する作業である」とされる¹⁶⁶。釈明権は、このような裁判所と両当事者代理人弁護士との三者間の水平型のコミュニケーションをファシリテートするための技術として活用されるべきであろう。

6 当事者自律・水平型審理構造への移行に必要なこと

日本の民事訴訟が志向すべき今後の方向性として、さらに当事者の自律性を重視し、裁判所の権限を制約してその責任を軽減する方向に進むのか、それとも、ドイツにおいて認められるように、あくまで裁判官中心を維持し必要に応じてむしろ弁論主義を修正する方向性も選択肢としてありうるのかについて述べておきたい。

戦後、日本において弁論主義を採ることとなった経緯及び趣旨に鑑みて、当事者の主体性・自律性を尊重する方向性は後退させるべきではない。この認識は、民事訴訟の実務及び学会において多数に共有されていると言ってよいだろう。しかし、最終的にアドヴァーサリ・システムに移行することを志向するかどうか、どこまでの水平型構造を志向するのかについて、もう少し意識した議論がなされるべきであるとする。

加藤新太郎教授は、釈明制度に関連して、裁判官主導型審理から当事者が自律性・主体性を発揮する当事者自律型審理へと移行するためには、「第 1 に、理論において、広く裁判利用者の司法に対する期待の内実を明らかにし、正義必勝の観念をどこまで相対化することができるかなどを考察すること」が必要であり、「第 2 に、実務においては、弁論主義の貫徹とその補完のスタンスのあり方について、実体的正義と手続的正義のバランスングをしていくことが不可欠」とされる。さらに、「その場合、当事者の情報格差・力量格差の現実、手続の担い手である弁護士層の質量の充実という制度基盤の整備、裁判利用者の司法に対する期待などの要素を無視することはできない」と指摘されている。

全く同感であり、特に、弁護士の質量の充実は、民事訴訟を当事者自律・水平型に移行させるうえで、必要条件である。そして、この問題は、制度全体の設計の問題であって個々

¹⁶⁶ 加藤・前掲注 163)「釈明の構造と実務」128 頁。

の弁護士や弁護士会の責任として片づけられるべき問題ではないことを指摘しておきたい。

平成 16 年に法科大学院制度が導入され、司法試験の合格者が毎年 1500 人程度にまで増加する一方、司法修習はわずか 1 年に短縮された。裁判官及び検察官については、国が司法試験合格者の中からトップクラスを選んで任官させ、身分保障・経済的保障を与えた上で少数精鋭で訓練する制度が整っている。他方、合格者急増のほとんどの受け皿を弁護士会が担っている。これまで、刑事被告人の国選弁護や被疑者の当番弁護、生活困窮者の民事事件等の人権擁護部門は、もっぱら個々の弁護士有志が弁護士会を中心に手弁当で担ってきた側面があり、弁護士の継続教育も弁護士自治の範疇の問題としてもっぱら弁護士の手によって行われてきた。しかし、リーマンショックを含む社会の変化もあって、近年、弁護士報酬の価格破壊が進み、ベテラン弁護士の経営不振も多く、急増する新人弁護士の雇用を確保することはおろか、中堅以上の弁護士層において自らの生活さえもが危機に瀕する者も見られる。また、この間、弁護士は、美容師、調理師、不動産業者などと同等の国家資格を持つ独立自営業者であるからその育成に国家予算を使うべきではないとして、司法修習生の給費制度も一旦廃止された。多くの若手弁護士が、大学及び法科大学院で受けた教育のために負った債務（返済型の奨学金やローン）を完済する前に、給与を得られる立場から独立を迫られる現実を前に困窮した。医療における健康保険制度に類する制度がない日本の社会において、庶民のリーガルサービスに対するニーズと弁護士が持続可能な業務体制を維持しその技術や資格に見合う収入を確保するために必要な報酬との間にはギャップがある。その中で、資産の無い弁護士が、独立自営業者として事務所を維持しつつ業務の質を向上させるべく研鑽を積むことは容易ではない¹⁶⁷。結果として、それまで

¹⁶⁷ 弁護士が、事務員一人の最低限の小規模事務所を営む場合でも、毎月の賃料や事務員の給料、コピー・ファックス機のリース代、弁護士会費や交通費の支払いだけでどんなに切りつめても月額 50 万円程度の経費支出がある。さらに、自分の収入として例えば月額 50 万円確保しようと思うと、毎月 100 万円の収入を得る必要がある。日本の弁護士の報酬は、基本的に訴額（経済的利益）に応じた着手金と解決時に支払われる報酬による。経済的利益が小さい事件であれば、1 年以上かかる通常の訴訟であっても着手金は 30 万円程度にしかならない。顧問契約が無ければ定期収入が保障されているわけではないから、小さい事件でも依頼があれば次々に受任する必要がある。例えば、毎月平均 3 件ずつ新しい訴訟事件を受任し続けると、1 年後には 36 件の訴訟事件を抱えることになる。事件が解決するまで報酬が支払われないので、さらに受任を続ける必要があり、雪だるま式に手持ち事件が増える。しかし、そうなると、訴訟提起時にはある程度の時間をかけるが、その後は、一件当たりにかかる手間をできるだけ少なくして、あたかも「皿回し」のように、どの事件も破たんさせないように回してゆくことになる。そうすると、落ち着いて関連の文献に当たって研究したり、工夫した書面を作成したりする時間的余裕はなく、裁判所の指示待ち、凭れ掛かりの状態となり、事件の解決が遅れる、という悪循環に陥る。これを個々の弁護士の責任であるとか弁護士会の指導力の問題というのは酷に過ぎ問題解決にはならない。そして、このような制度設計を改めないと、国選弁護事件や経済的困窮者の事件を受任する弁護士は漸減するか、次第に低レベルとなり、有能な弁護士は、企業法務（収入が保障される大企業の法務）にのみ従事することになる。その結果、国民のための

の徒弟制度的な後進の育成体制はほぼ崩壊し、弁護士業界は大きなダメージを受けた。現在の制度設計には、弁護士を司法制度の担い手として認め育成する配慮は全くない。この状態を巨視的に見ると、現在の制度設計は明らかに裁判官中心の審理構造を想定していることが分かる。裁判官さえしっかりしていれば弁護士は玉石混交でも良しとし、弁護士としての業務を継続できない者や生活に困窮する弁護士が出ても自由競争の範囲とする考え方がその根底に見える。この制度設計は、弁護士業界を危機に陥れただけではなく、実は、司法制度全体を将来にわたって「官」中心に回帰させる危険を孕んでいると見る必要がある。

日本の民事訴訟を裁判官主導・垂直型からもっと当事者自律・水平型を重視するものにしてしようとするのであれば、弁護士を司法の中核を担う公的な存在と位置づけ、その質を現在の裁判官と同等以上に向上させつつ量も確保するための制度的な手当てをする必要がある。具体的には、司法修習生全員に給与を支払うのは当然であり、さらに進んで、医療における健康保険に類似する弁護士保険のような弁護士の経済的基盤を確保する制度を構築する必要がある。また、もっと徹底した弁護士の継続教育の義務付けと組織的な体制作りも必要であろう。

筆者は、第2章において、訴訟の審理構造をアドヴァーサリ・システムに制度改革するのであれば、実務法曹のみならず一般市民をも含む、大きな自己変革の覚悟が必要であると述べた。アドヴァーサリ・システムへの転換でなくとも、それに近づける当事者自律型・水平型の審理構造を実現するためには、最低限度、このような法曹制度の抜本的改革が必要である。

第5 小括

民事訴訟における事実解明のあり方は、審理手続の構造論として捉えることに意味がある。英米の民事訴訟と大陸法の民事訴訟の事実解明の手続は、確かに接近しつつあるが、その元となる構造モデルに違いがある。その違いは、裁判官の関与の度合いの大小という程度の問題に尽きるものではない。事実解明構造の全体を比喩的に表現すると、英米法においては当事者（代理人弁護士）を中心とする水平構造を基本とし、大陸法においては裁判官を中心とする垂直構造を基本としている。その上で、この両者が接近する国際的潮流が見られる。その中で、日本は大陸法系の基本構造を持ちつつ米国の影響を強く受け、当事者の主体性を尊重する水平構造をも一定程度取り入れた独自の構造を育ててきたといえることができる。

英米の民事訴訟では、事実の解明及び証拠の発見は裁判官ではなく当事者が行うものと

司法や司法における人権保障から遠のいていくことになる。そして、当事者双方を代理する弁護士が均質に能力と事件に充てる時間を有していないと、当事者の自律的な訴訟運営はままならないことになる。

いう哲学を中心にしてきた。特に米国では、コモンロー・プリーディングやコード・プリーディングを放棄してノーティス・プリーディングの方式を採用し、主張と証拠の区別を緩和して、トライアル前に、当事者（代理人）間で、主要事実のみならず間接事実や証拠発見のための情報を含めて広範な関係情報・証拠を洗いざらい開示させる方向に発展した。ここでは、裁判官が事実の内容に介入せず、あくまで当事者間において、紛争全体について徹底した事実解明を図ることに特徴がある。

これに対し、日本の民事訴訟では、裁判官が事実認定を行うことを前提としつつ、当事者の主体的な関与を求める方向で発展してきた。すなわち、大前提たる法を知る裁判官が、法適用の前提として事実認定を行う。裁判官は、事実認定権者として訴訟の最初から最後まで釈明権（釈明義務）をもって手続をリードする。原告が訴状で提示した訴訟物との関係で主張立証の対象となる小前提たる事実（主要事実）を中心に当事者に主張させ、認否させ、争いのある主要事実とそれに関連する重要な事実（間接事実）にのみ争点を絞り、審理を必要最小限度の内容に限定し、迅速かつ効率的な審理を実現してきた。これは、米国における事実認定モデルの発展と好対照をなすものである。

さらに、日本の民事訴訟では、大陸法モデルを維持しつつ、平成8年以降の法改正と実務における努力により、米国民事訴訟モデルを取り入れ、当事者の主体的な訴訟活動と訴訟の効率化迅速化を推進してきた。その結果、弁論準備手続で当事者の主体的な関与のもと争点整理をし、その後の公開の法廷（口頭弁論期日）で人証の集中証拠調べをするという形が確立し、米国民事訴訟の、プリトライアルでの争点整理を前提にトライアルで集中証拠調べをするという形に類似接近した。

現在の日本の民事訴訟手続は、通常訴訟について比較的迅速に妥当な結果をもたらすことに成功しており、一般事件を審理するについては優れた制度であると評価できる。しかし、情報や証拠が主張立証責任を負わない当事者の側に偏在する訴訟類型においては、日本の現在の制度では十分な事案解明ができないという問題がある。そして、この問題は、大陸法民事訴訟に共通した課題である。

この問題に対処する方法として、米国型のディスカヴァリを導入する方法、ディスカヴァリのような強力な開示制度は導入せず、事案解明義務論など証拠法の解釈によって対処する方法が考えられる。筆者は、ディスカヴァリ類似制度の一般民事訴訟への導入には賛成しないが、証拠偏在型紛争に特化した新たな情報・証拠の開示制度を新設するべきであると考えている。そして、その制度は、訴訟手続とは切り離し、訴訟外（主に訴訟前）の当事者による情報・証拠収集手続としてデザインされるべきである。また、事案解明義務論は、情報・証拠偏在型紛争において当事者に適切な情報・証拠の収集手段がないところで、その制度的欠陥を補完する解釈論としては有用であるが、これを一般化して立法することには賛成できない。本来、そういった制度的欠陥を立法で修正し、当事者が適切な情報・証拠の収集手段を得るような制度を創設するべきである。

最後に、日本の民事訴訟の審理構造として、どの程度当事者自律・水平型を進めるべき

かは、制度全体の設計の問題として、議論検討されるべき問題である。訴訟の審理構造を当事者自律・水平型に変革するためには、弁護士を司法制度の中核を担う公的な主体として位置づけ、経済的基盤を確保したうえで質の向上をはかる、抜本的な制度改革が必要である。

第4章 弁論と主張責任

—プリーディング研究を中心に—

第1 はじめに

第3章において、現在の米国民事訴訟手続の事実解明構造を検討し、米国では、トライアル前に、プリーディングと開示制度（ディスクロージャー・ディスカヴァリ）によって、主張と証拠を厳格に峻別せずに、当事者間で事実解明がなされること、争点絞り込み機能は、プリーディングではなくディスクロージャー・ディスカヴァリ及びトライアル前協議に求められること、その結果限定された争点についての判断のみをトライアルで行うことを述べた。

しかし、英国・米国において、現在のような事実解明構造になったのは20世紀になってからであり、それまでは、ディスクロージャーやディスカヴァリの制度は存在しなかった¹⁶⁸。19世紀までの英米の民事訴訟において、トライアル前手続は、プリーディングのみであり、したがって、民事訴訟は、プリーディングとトライアルによって成り立っていた。

ところで、弁論主義の重要な要素の一つは主張責任にある。そして、日本を含む大陸法系の民事訴訟は、訴訟物（*streitgegenstand*）たる法律上の権利又は法律関係の存否の判断を主要な課題とし、当事者は、訴訟物を特定し、その権利の発生・消滅等にかかる主要事実を主張立証する責任を負うという構造になっている。そのため、民事訴訟は、原告が訴状において訴訟物を特定し、訴訟物の発生原因事実たる請求原因事実（請求を理由づける事実 *klagegrund*）を主張することから始まる。そして、主張責任の対象は主要事実であることが広く認められている。

ところが、前章で検討したとおり、コモンローの民事訴訟においては、事実解明構造そのものが大陸法のそれと異なっており、「主張」や「主要事実」に該当する用語についても、同一概念を指す語（英語）を特定するのは容易ではない。

コモンローの民事訴訟において、「主張責任」に該当する概念は、バーデン・オブ・プリーディング（*burden of pleading*）と呼ばれており、当事者が負う主張責任についての議論は、プリーディング（*pleading*）に関する事項として議論されてきた。

そこで、コモンローにおけるプリーディングの意義や機能の変遷をもう一步深く研究することにより、民事訴訟における弁論及び主張責任の課題について示唆を得ることができると考えた¹⁶⁹。

¹⁶⁸ HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 352.

¹⁶⁹ 先行研究として、時國・前掲注90)、田中和夫「アメリカにおける単一訴訟方式」中村宗雄選集『訴訟法学と実体法学』75頁(有斐閣、1955)、吉村・前掲注16)第3編第3

なお、米国におけるプリーディングの研究を進めると、必然的に、その淵源である英国におけるコモンロー・プリーディングに遡って研究する必要を感じ、不十分ではあるが、可能な限りコモンローの淵源に遡って検討を試みた。

その上で、英米法のプリーディング研究から得られた示唆をもとに、日本の民事訴訟の事実審理における主張の問題を考察した。

第2 米国民事訴訟におけるプリーディングの意義と機能

1 プリーディングの意義

近時の米国民事訴訟法の概説書によれば、プリーディングとは、訴訟当事者による、裁判所及び相手方当事者に宛てられた、それぞれの基本的な立場を表明する書面による陳述をいうと定義されている¹⁷⁰。この定義からすると、プリーディングは、日本の民事訴訟における訴状、答弁書、準備書面に相当する文書と考えられる。しかし、1800年代の古い文献には、プリーディングとは、原告の訴訟原因（cause of action）又は被告の防禦の根拠（ground of defence）を構成する事実を論理的・法的形式で陳述したものである、と定義されていた¹⁷¹。また、古代英国において、プリーディングは、公開の法廷で裁判官の面前で行われる口頭の弁論の形で行われたとされる¹⁷²。このように、プリーディングは、英米の民事訴訟手続の歴史の中で変遷をとげているが、総じて日本の民事訴訟における「弁論」ないし「主張」に相当するものといえることができ、その変遷に伴い、期待される機能も変化してきた¹⁷³。

2 プリーディングの機能

英米法の民事訴訟の一つの特徴は、トライアルとプリトライアルが区分されていることであり、これはコモンローの起源に遡ることのできる不変の特徴である。しかし、ディスクヴァリアは、20世紀になって少しずつ取り入れられたものであって19世紀までは存在しない制度だった¹⁷⁴。連邦民事訴訟規則（FRCP）が制定された1938年現在でさえ、各州の民事訴訟法（規則）は十分なディスクヴァリアのメカニズムを備えておらず、FRCPが米

章〔初出1964〕第4章〔初出1965〕、菱田雄郷「プリーディングに関する規律の変遷」青山古稀・前掲注145）391頁（有斐閣、2009）、太田幸夫「アメリカ法におけるプリーディング要件の新たな展開」比較法文化19号79頁（2011）などがある。

¹⁷⁰ HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 156.

¹⁷¹ ALEXANDER MARTIN, CIVIL PROCEDURE AT COMMON LAW, 12 (photo. reprint 2015) (1905). なお、defenceの綴りは原典のままである。

¹⁷² *See id.* at 13.

¹⁷³ 「プリーディング」の日本語訳としては「訴答」が充てられる場合が多いが、本文に述べたとおり、プリーディングの意義そのものが歴史の中で変遷しており、かつ訴答という日本語もかつては「弁論」と同趣旨で使われていたが現代ではほとんど使われていない。そこで、本稿では、「プリーディング」と表記することにした。

¹⁷⁴ ディスクロージャーはさらに新しい制度である。第3章参照。

国で初めて現在の形に近いディスカヴァリの制度を備えたルールだった¹⁷⁵。

すなわち、19世紀までのコモンロー民事訴訟は、プリーディングとトライアルという2段階の構造になっていたのである。しかも、トライアルは原則として陪審審理であるから、できるだけ効率的に短時間で行う必要があった。そして、証拠は、トライアルで提出されるべきものとされていたためトライアル前の段階では、裁判所及び当事者にとって、訴訟の事案の内容を知る手掛かりは、プリーディングのみであった。

そのため、19世紀までの英米法民事訴訟では、プリーディングの重要な機能は、裁判所及び相手方に対して、訴訟開始とその範囲を告知し、当事者が主張する主要事実を裁判所及び相手方に提示し、さらに争点を形成して絞り込むことであるとされた。特に重要なのは、争点形成機能、すなわち、トライアルでの立証の対象を明らかにして限定することであるとされた¹⁷⁶。

20世紀になって英米両国において、プリーディングの改革が行われた。この時代、すなわち、コード・プリーディングの時代には、主要事実を裁判所及び相手方に提示することがプリーディングの機能として重要とされた。

さらに、ディスカヴァリが高度に発達した現在は、裁判所及び相手方に対する訴訟開始とその範囲の告知（ノーティス notice）が重要な機能とされている。

第3 英国におけるコモンロー・プリーディングの発達

1 英米法民事訴訟の淵源

(1) ノルマン・コンクエスト（Norman Conquest）とウィリアム征服王の時代

コモンローは、ノルマンディ公の英国征服（ノルマン・コンクエスト Norman Conquest、1066年）後に英国を中心に発展した法制度で、英国王となったノルマンディ公が教会や既存の地方の裁判所に対抗して権力を拡大する方途の一つとして独自の発展を遂げたとされる¹⁷⁷。

征服王ウィリアムは、従前から英国に存在した法（判例法・実体法）を尊重しようとした¹⁷⁸。これは、元来、フランク王国下のノルマン人公爵にすぎなかったウィリアムが、英

¹⁷⁵ HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 352.

¹⁷⁶ CHARLES E. CLARK, *HANDBOOK ON THE LAW OF CODE PLEADING*, 3 (2d ed. 1947).

¹⁷⁷ F・W・メイトランド著（河合博訳）『Forms of Action イギリス私法の淵源』19頁（東京大学出版会、1979）。コモンローとは、元来、世界中の英王国領において common（共通）の law（法）の意味である。

¹⁷⁸ メイトランド・前掲注 13) 15-38頁。イングランドには、600年頃にケント人の王セルベルトが書き留めさせた法、7世紀に判例を記録することによって法典化されたウェセックス王国のイネの法、その後のマーシアのオフアの法、9世紀にはアルフレッドの法、クヌート法典などがあった。イングランドがノルマン人ウィリアムに征服された時の最後の王はエドワードであり、最後のイングランド王エドワードの名前をとって、征服時にイングランドで行われていた法は「聖エドワードの法」と呼ばれた。

国の王たろうとし、英国での統治を、大陸における統治と意識的に区別したからであると言われている。

12世紀の初めまでの英国においては、シャイア (shires 州) やハンドレッド (hundreds 百戸邑・郡) の古い裁判所並びに封建領主の裁判所があり、国王の裁判所は、それらの諸裁判所の上に位置した¹⁷⁹。また、すでにキリスト教会が英国にも伝播し、キリスト教会が一定の力を持っていた¹⁸⁰。当時、紛争が発生すると、ハンドレッド又はシャイアの集会在丘の上などで開かれ、シェリフ、領主の荘官など官僚が裁判を主宰した。そして、その地域の自由な土地所有者は、裁判に出廷する義務を負い、判決発見人 (domsmen) となった。当時の判決は、いずれかの当事者に証明せよと命ずる判決であり、判決が証明に先立った¹⁸¹。そして、当時の通常の証拠 (証明) 方法は、宣誓及び神判 (ordeal) であった。これは、当事者双方の言い分が対立する場合、どちらが正しいかを判断するのは人智を超える問題とされ、神事によって決すべしとされたことを意味する¹⁸²。

「宣誓」の方法は、訴訟の種類によって異なったが、例えば、債務請求訴訟 (アクション・オブ・デット action of debt) において、被告は、自己自身及び一定数の宣誓補助者の宣誓を方式に則って履行することで (被告勝訴で) 訴訟は終了する。この場合、被告やその宣誓補助者は、現代の裁判のように尋問を受けたり反対尋問を受けたりすることはない。なぜなら、この証明は、裁判官や陪審の心証形成のために行われるものではなく、「証言が真実に反すれば神の怒りが身に降りかかる」という前提で、その儀式を行うこと自体が正義の証明とみなされたからである¹⁸³。

次に、「神判 (ordeal)」とは次のようなものであった。当時の教会では、火と水が真実を明らかにする神聖な道具とされ、正式な儀式を定めていた。すなわち、「火は正しい者を傷つけない」という発想から、真っ赤に焼けた 1 ポンドの鉄を持ち上げて 3 歩歩き、それを持った手を布で封印し、3 日に封印が解かれた時に手がきれいか、汚れているかで勝訴敗訴が決定された¹⁸⁴。また、穴の水に「正しい者を受け入れ、罪あるものを拒絶する」

¹⁷⁹ メイトランド・前掲注 177) 21 頁。

¹⁸⁰ ウィリアムによるノルマン征服以前は、司祭がすべての裁判に出席し、また、宗教裁判を行うときにもハンドレッド裁判所を利用してカノン法を適用していた。征服王ウィリアムは、司教はハンドレッド裁判所で宗教的職務を行うべきではなく、独自の裁判所

(Courts Christian) を持つべきであると布告し、教会と国家の裁判を分離した。プラクネット・前掲注 13) 上 18 頁。その結果、教会は独自の裁判所においてカノン法を発展進化させた。婚姻、遺言、僧籍に関する事件や宣誓が絡む事件、刑事事件について長く裁判権を有した。

¹⁸¹ メイトランド・前掲注 13) 51-53 頁、メイトランド・前掲注 177) 26 頁、プラクネット・前掲注 13) 上 203 頁。

¹⁸² 当時、ヨーロッパ大陸 (古代ドイツ) において、同様の裁判の方法が採られていたと伝えられている。エンゲルマン・前掲注 13) 1 頁、94-95 頁。

¹⁸³ 宣誓による証明 (免責) は *wager of law*, *making his law* と呼ばれる。メイトランド・前掲注 177) 27-28 頁。

¹⁸⁴ メイトランド・前掲注 13) 54 頁。なお、熱せられた鉄を 9 フィート以上運んだとさ

べきことが神の名で命じられ、水に沈む者は無罪、水に浮かぶものは有罪とされた。

また、ノルマンディによって新たな立証方法として決闘 (trial by battle) が持ち込まれた¹⁸⁵。決闘によって正邪を判別する方法もまた、神への訴えと考えられた。

このような時代に、イギリスを征服して征服王となったウィリアムは、教会や封建領主の力を押えて、王権を拡大しようと努力した。その方法の一つが、裁判を通じた人心の掌握と権力の拡大だった。

すなわち、従前、シャイアやハンドレッドの裁判所と封建領主の裁判所がその領民からの訴えを受けて裁判しており、一定の宗教上の事項 (婚姻や相続は宗教上の事項とされた) を巡る紛争は教会裁判所の管轄下におかれていた。国王の裁判所が管轄する事項として、最初から認められていたのは、①王の訴訟 (pleas of the crown、placita coronae)、すなわち、王、王位及び王の権威に関する事件、②下級領主裁判所での裁判に対する不服 (裁判官に対する告訴) を受け付けること、③王の直属の領有者 (tenants in chief) 間の争いの3種類であると言われている¹⁸⁶。しかし、国王は、そのほかの通常の訴訟に干渉することがあった。国王は、一定の場合に (当然対価を得て)、国王の名において令状 (リット writ) を発布して、当該紛争について裁判権を設定することができた¹⁸⁷。国王は、広範な審問権を有しており、国王の名において当事者や証人等呼び出して審問 (inquest) することができた。そして、近隣の自由市民 12 人が集められて、事実を認定することを任された。当初、土地紛争において、土地の来歴や所有・使用関係は近隣住民が一番よく知っているという発想で、近隣住民が集められ、その性質は、むしろ鑑定証人に近いものだったが、これが次第に事実認定を任される機関となったのであり、陪審の起源といわれる¹⁸⁸。

神判や決闘を嫌って、国王の裁判所に訴える者が増え、また、教会が絡む土地紛争を教会の権威のもとで裁かれたくないという理由で国王の裁判所に訴える者もあり、既存の裁判所の判決に不服のある者がその上にある王裁判所に裁判に対する不服を申し立てるなどして、次第に国王の裁判所が勢力を拡大していった¹⁸⁹。

なお、ウィリアムは、1085年から1086年にかけて、大検地を行い、英国中の土地の所有使用関係を記録した (ドームズデイ・ブック Domesday Book)¹⁹⁰。この大検地は、国

れる説明もある。プラクネット・前掲注 13) 上 203 頁。

¹⁸⁵ プラクネット・前掲注 13) 上 207 頁、メイトランド・前掲注 13) 54 頁。

¹⁸⁶ メイトランド・前掲注 177) 27-28 頁。

¹⁸⁷ 当時 (初期) のリットは、当該事件毎に特定事件の特定事情の適応するように書かれたものであって、必ずしも先例に基づき固定化されたものではなかった、とされる。メイトランド・前掲注 177) 36 頁。

¹⁸⁸ メイトランド・前掲注 13) 56-60 頁、プラクネット・前掲注 13) 上 189-198 頁。POTTER, *supra* note 134, at 240-48.

¹⁸⁹ エンゲルマン・前掲注 13) 426-426 頁、プラクネット・前掲注 13) 上 195-199 頁、メイトランド・前掲注 13) 56-60 頁。

¹⁹⁰ メイトランド・前掲注 13) 71-72 頁。

王の審問権を使って集められた隣人団の宣誓の上の審決 (verdict) の結果を記録したものである¹⁹¹。そして、ウィリアムは、1086年、ソールズベリーに英国中の全ての土地保有者を集めて大会議を行い、イギリス全土のあらゆる土地保有者に国王への臣従・忠誠を誓わせた。これにより、ウィリアムは、国王が英国における最高封建領主であり、全ての土地に対する権利は、終局的には国王に帰属するという体制を確立して王権を確固たるものにするとともに国の税源を掌握した。このドームズデイ・ブックは財政的なものに起源を持つものであるが、土地を巡る紛争を王の裁判所の管轄下に集めることにも寄与し、国王を中心とする中央集権化に重要な意味を持った。

(2) ヘンリー2世による司法改革

ヘンリー2世の時代(12世紀)に現代につながるコモンローの原型が形成されたと言われる。ヘンリー2世の宗教改革において最も重要なものは、クラレンドン法 (Constitution of Clarendon 1164年)、クラレンドン条例 (Assize of Clarendon 1166年) であろう。

ウィリアムが宗教裁判と通常裁判を分離したことにより、教会は、独自の裁判所でカノン法を発展させた。ヘンリー2世の即位のすぐ後に、大司教ベケットは、ヘンリー2世に対し、広大な裁判管轄権を要求し、論争となった。ヘンリー2世は、ベケットとの和解の基礎として、1164年にクラレンドン法 (Constitution of Clarendon) と呼ばれる宣言書を出した。また、1166年には、クラレンドン条例 (Assize of Clarendon) を出した。これらにより、自由寄進地 (in free alms) 以外の土地の紛争は、教会の土地を含め、すべて国王裁判所の管轄下にあるとされ、金銭債務 (debt) にかかるいかなる訴訟も、誓約が伴っているからという理由で国王の管轄権から引き上げられることはないとされた。また、侵奪不動産回復訴訟 (Assize of Novel Disseisin) を導入し、陪審制を導入した¹⁹²。

ヘンリー2世の治世下で、一定の方式に当てはまる事件の裁判を求める者には、何人に対しても国王裁判所の裁判の利用が可能であるとされた。国王裁判所の裁判は、命令状 (writ) の発布によって訴訟が開始されたが、命令状の種類は、多くなり、明確な形式を備えるようになった。命令状は、国王の名で、大法官府 (the Court of Chancery) から発布されたが、次第に、命令状の種類に相応する特定の訴訟方式が定まり、形式的機械的に発布されるようになっていった¹⁹³。

2 コモンロー・プリーディング—訴訟方式 (Forms of Action) の原型

ヘンリー2世及びエドワード1世の治世では、国王は自由に新しい種類の命令状を発布したが、その後、新たな命令状の発布が禁じられ、それまでに発布された命令状のいずれかに合せて訴えを提起しなければならなくなった。これが、コモンロー・プリーディング

¹⁹¹ メイトランド・前掲注 13) 57頁、71-72頁、メイトランド・前掲注 177) 31頁、プラクネット・前掲注 13) 上 18頁。

¹⁹² プラクネット・前掲注 13) 上 28-29頁、メイトランド・前掲注 13) 72頁、メイトランド・前掲注 177) 37-38頁。

¹⁹³ メイトランド・前掲注 177) 8-11頁、36-37頁。MARTIN, *supra* note 171, at 9.

における訴訟方式 (forms of action) の原型である¹⁹⁴。

国王の裁判所は、最終的に、王座裁判所 (King's Bench)、民訴裁判所 (Common Plea)、財務裁判所 (Exchequer) の 3 つになったが、その管轄する事件は、大別して対人訴訟 (personal action)、対物訴訟 (real action)、両者の混合訴訟に分かれる。

対人訴訟とはすなわち金銭請求訴訟であり、大別して不法行為訴訟と契約訴訟がある。不法行為訴訟の代表的な訴訟方式としては、①トレスパス・ヴァイ・エト・アーミス (trespass vi et armis 暴力による侵害訴訟)、②トレスパス・オン・ザ・ケース (trespass on the case 間接侵害訴訟)、③トロウヴァ (trover 横領訴訟)、④レプレヴィエン (replevien 動産取戻訴訟)、⑤デティニュー (detinue 動産返還請求訴訟) の 5 種類、そして契約訴訟の訴訟方式には、①カヴァナント (covenant 捺印証書契約訴訟)、②デット (debt 金銭債務訴訟)、③アカウント (account 計算訴訟)、④アサンプシット (assumpsit 引受訴訟) の 4 種類が認められていた¹⁹⁵。対物訴訟は、不動産 (イギリスにおいては土地を意味する) に関するものである。対物訴訟は、大別して財産権訴訟 (proprietary action) と占有訴訟 (possessory action) がある。財産権訴訟はリット・オブ・ライト (writ of right) で開始される訴訟である。占有訴訟は、ノヴェル・ディスイーズン訴訟 (Assize of Novel Disseisin)、モール・ダンセスター訴訟 (Assize of Mort d'Ancestor)、ダーレイン・プレゼントメント訴訟 (Assize of Darrein, Presentment) の三種類である¹⁹⁶。しかし、これら不動産関係訴訟は、後に不動産回復訴訟 (Action of ejectment) によって代用されるようになった¹⁹⁷。

3 口頭主義から書面主義へ

(1) 口頭弁論によるプリーディング

初期英国コモンローの民事訴訟において、プリーディングは、公開の法廷における裁判官の面前での口頭の弁論で行われていた¹⁹⁸。そして、それを書記官が裁判官の指示により調書に記録した。

ノルマン・コンクエストの直後、プリーディングは口頭で行われ、しかもその言語はノルマン・フレンチ (フランス語の一種) であり、その記録 (調書) は、主席書記官によっ

¹⁹⁴ 古代ローマの民事訴訟である *legis actio* においても、コモンローの訴訟方式に類似した、手続方式があり、完成されたものとして 5 つの形式があったとされる。客観的には、驚くべき類似性が認められるが、直接の関係は否定されている。CLARK, *supra* note 176, at 6. エンゲルマン・前掲注 13) 131-142 頁。

¹⁹⁵ メイトランド・前掲注 177) 11-15 頁、114 頁。MARTIN, *supra* note 171, at 9. なお、MARTIN によれば、契約上の訴訟として、初期の頃からアニュイティ (annuity 定期金) も存在したとする。MARTIN, *supra* note 171, at 9.

¹⁹⁶ メイトランド・前掲注 177) 46 頁。なお、同書 (15 頁) によれば、英国において 1830 年には約 72 の訴訟方式があると言え、1874 年には約 12 の訴訟方式があると言えたとされている。

¹⁹⁷ CLARK, *supra* note 176, at 15. 時國・前掲注 90) 39 頁。

¹⁹⁸ MARTIN, *supra* note 171, at 13.

てラテン語で記述された。この方法が、1348年まで継続し、同年、口頭の弁論たるプリーディングは英語で行うことと法定されたが、調書は相変わらずラテン語で記述された。そして、これが16世紀のヘンリー3世の治世まで続いた¹⁹⁹。

(2) 書面によるプリーディング

ヘンリー3世の時代（1509年から1547年）に、プリーディングを書面で行うことが一般化した²⁰⁰。当初は、ラテン語で、調書に記載されたプリーディングのスタイルを踏襲した形で記述され提出された。これが1731年まで続き、同年、プリーディングはその記録も含めすべて英語で行われるべきことが法定され、現在に至る。

なお、裁判所における判断を記録した報告書は、何百年もの長きにわたりノルマン・フレンチの言語で記載された。リチャード3世の治世になり、その戴冠を定めた法律を含み、国会で制定された法律は、すべて英語で記載された。それ以前は、国会制定法もノルマン・フレンチかラテン語で記述された。

この歴史から、ヨーロッパにおいて、書面による意思や事実の伝達は、長い間、ラテン語が中心で、文字による記録（文書）は権威と共にあり、特別な教育を受けた者のみが操れる高等技術であったことが分かる²⁰¹。民事裁判における口頭主義、直接主義もそういった事情がベースになっていたと考えられる。

英国においては、1731年になってようやく、ノルマン・フレンチやラテン語を廃して、公用文書は全て英語によって記載されるようになったのである。

4 近代英国でのコモンロー・プリーディング

コモンローの民事訴訟は、国王裁判所の管轄下でなされた民事訴訟の歴史の延長線上にある。すでに見たとおり、民事訴訟は、リット（命令状）の発布によって開始された。リットは、もとは、国王裁判所の管轄権を設定し、シェリフに対して被告を国王裁判所に召喚するように命ずるものとして発布されたが、この方式は、全ての裁判所が国家の裁判所として統一された後も長く継続された。

コモンロー・プリーディングの手続では、訴えを提起する当事者は、まず、管轄裁判所とリットを選択する必要があった。リットの選択は同時に請求の基礎となる実体法上の法律構成（substantive legal theory）の選択であり、日本の民事訴訟でいうところの訴訟物の選択を意味した。リットは、英国王の名で、大法官府（Court of Chancery）から発せられ、リットの命じるところにより、被告は裁判所に呼び出され、原告はデクラレーション（declaration）によって、請求を特定した。デクラレーションとは、原告が最初に発するプリーディングであり、現代の訴状に当たる。原告は、デクラレーションにおいて、訴訟原因（cause of action）と法的結論（conclusion of law）を陳述することが必要とされた。ただし、デクラレーションは、リットで特定された訴訟の種類ごとに定められた厳格

¹⁹⁹ MARTIN, *supra* note 171, at 13.

²⁰⁰ MARTIN, *supra* note 171, at 13.

²⁰¹ メイトランド・前掲注13) 42頁。

な訴訟方式 (forms of action) に則ることが要求され、そこから逸脱すると却下になった。答弁において用いられる用語も、訴訟方式によって定められていた。形式的な誤りによって敗訴となることが多く、きわめて技術的なものとなっていった。

5 エクイティ

英国において、コモンローの民事裁判が、厳格な訴訟方式に縛られ、融通が利かなくなる一方で、エクイティ裁判所 (equity courts) が発達した。エクイティ裁判所は、国王の大権の行使として、大法官を通じて発展し、コモンロー裁判所で扱うことのできない、訴訟方式からはみ出す事項について正義を実現する機能を果たした²⁰²。

初期の頃の大法官は、教会の司祭を兼ねていたため、エクイティ裁判所の手続は、カノン法やその源流であるローマ法の手続に近いものとなった。すなわち、手続はプリーディングとトライアルに分かれておらず、陪審制も導入されなかった。ここでは、大法官に対して、紛争の内容を述べて解決を求める訴えが申し立てられ、被告は大法官の前で宣誓の上答弁させられ、大法官がそれらを審理して、判決した。訴状には特定の形式は要求されず、プリーディングについても、形式的な制約はなかった。当事者や訴えの併合も自由で、判決の内容も柔軟だった。エクイティ裁判所において形成される判決は、コモンロー (法) を形成せず、別の体系と扱われてきた。

第4 米国におけるプリーディングの変遷

1 米国におけるプリーディングの変遷の概要

(1) コモンロー・プリーディング (Common Law Pleading)

米国建国時は、ほとんどの州において英国の民事訴訟をそのまま継受し、プリーディングについても、当初はいわゆるコモンロー・プリーディング (common law pleading) の制度をとっていた²⁰³。すなわち、民事訴訟はリット (writ) と呼ばれる令状の発布によって開始され、原告の最初のプリーディングは、デクラレーション (declaration) と呼ばれる訴状に該当するものであり、訴訟原因 (cause of action) と法的結論 (conclusion of law) を陳述することが必要とされた。ただし、デクラレーションは、リットで特定された訴訟原因毎に定められた厳格な訴訟方式 (form of action) に則ることが要求され、そこから逸脱すると却下になった。これは、英国におけるコモンロー民事訴訟から引き継いだものである²⁰⁴。なお、コモンロー訴訟とエクイティ訴訟の区別も継受したが、米国では、エクイティ裁判所という別個の裁判所は形成されず、いずれも同じ裁判所において審理判断さ

²⁰² CLARK, *supra* note 176, at 16.

²⁰³ 1773年、米国で最初の13州の植民地が設置された。1776年7月4日独立宣言。1783年パリ条約によりイギリスがアメリカ13州の独立を認めた。

²⁰⁴ 米国普通法上認められていた訴訟方式 (forms of action) は、本論文で紹介した英国の代表的な人的訴訟の訴訟方式9つ及び不動産回収訴訟 (action of ejectment) であったとされる。時國・前掲注90) 39頁。

れた。

コモンロー・プリーディングの訴訟方式は、上述のとおり、12世紀から13世紀にかけて発展完成されたものであるが、その後産業の発展に伴い社会が大きく変化した。社会の変化に伴って訴訟の内容も多様化したにもかかわらず、訴訟方式は一定に限られていたため、新しいタイプの紛争は、無理にいずれかの訴訟方式に当てはめて訴えることになった。その結果、18世紀頃には、社会の実態にそぐわない、一種フィクションともいえるプリーディングがなされることも生じた。

このようなコモンロー・プリーディングでは、当事者の権利義務の関係の実態を審理する以前に弁護士の形式的なミスで訴訟が終了してしまうことが多く、あまりに形式を重視しすぎて、紛争解決機能が果たされないとの批判が大きくなった。

また、コモンロー・プリーディングの時代には、米国民事訴訟においてもディスカヴァリの制度がなかったが、トライアルとプリトライアルは区分されていた。トライアル前の手続として、当事者間でプリーディングが交換され、争点を明らかにしたうえで、トライアルに移り、トライアルでは、陪審が争点について証拠を見聞して判断する、という構造になっていた。ディスカヴァリがなく、証拠調べはもっぱらトライアルで行われたため、裁判所はトライアル前にどのような証拠があるのか知る機会がなく、当事者も相手方当事者がどのような証拠を持っているのかトライアル前には知る機会がなかった。すなわち、裁判所にとってはプリーディングを通じてのみ審判すべき対象を知り得たのであり、被告にとっては防禦の範囲を知る唯一の手がかりがプリーディングであった。そのため、プリーディングは一定の詳細さを求められた。

さらに、陪審制との関係で、争点を一つに絞り込む必要があるとされ、重要な争点を一つに絞り込むまで原告被告間の応答が続けられた²⁰⁵。そして、絞り込んだ一つの争点以外は、当事者は立証を免れた。しかし、実際には複数の問題について争いがあるケースも多く、一つの争点以外は立証を免れるというのも実情にそぐわないとして、批判された。

(2) コード・プリーディング (Code Pleading)

そこで、このようなコモンロー・プリーディングの不都合を改善するために、ニューヨーク州及びカリフォルニア州において、民事訴訟のルールを制定法で定め、従前の手続を変更することが試みられた。1848年にニューヨーク州で最初に制定された民事訴訟法典は、その中心的起草者の名前をとってフィールド・コード (Field Code) と呼ばれる²⁰⁶。フィールド・コード制定後は多くの州がこれに追随した。この時代のプリーディングは、法典に基づくプリーディングのルールという意味でコード・プリーディング (code pleading) と呼ばれる。

²⁰⁵ 陪審に事実認定をさせる際に、争点が複数になると陪審が混乱するため、争点を一つに絞ることにされたものと考えられる。一つに絞った争点以外は、立証を免除されたのだが、このような訴訟のやり方は他に類を見ない。

²⁰⁶ The New York Code of Civil Procedure of 1848.

コード・プリーディングの特徴は、①リット及び訴訟方式を廃し、訴状 (complaint) の提出によって民事訴訟を開始するものとしたこと、②コモンローとエクイティの区別を廃したこと、③訴状に記載すべき内容を、「訴訟原因を構成する事実 (facts constituting each cause of action)」の「簡易かつ平易な言葉による陳述 (a plain and concise statement)」とし、「不要な重複を避けて (without unnecessary repetition)」記載すべきものとしたこと²⁰⁷、④プリーディングを訴状 (complaint)、答弁書 (answer)、反対訴答 (reply) 並びに妨訴抗弁 (demurrer) に限定したことである。これは、民事訴訟の提起を容易にして形式的なミスで訴訟が終わってしまうことを避けるとともに、プリーディングから争点形成機能をはずして、プリーディングの機能を裁判所と相手方に対する審判対象の告知と事実の提示に集中させる趣旨であったと評価されている²⁰⁸。プリーディングの中心的機能として事実の提示が重視されることになったため、この時期のプリーディングは、ファクト・プリーディング (fact pleading) とも呼ばれる。

コード (ファクト)・プリーディングに変更され、訴訟方式が廃止されたことによって、民事訴訟手続の技術的な難しさは緩和された。しかし、初期のコード・プリーディングの時代には、ディスカヴァリがないか、現在ほど充実しておらず、相手方と裁判所は、プリーディングによってのみ攻撃防禦の対象・審判の対象を知り得たので、プリーディングで何を述べるかが重要な意味を持った²⁰⁹。そして、訴状には、「訴訟原因を構成する事実 (facts constituting each cause of action)」を陳述すべきこととされた結果、「訴訟原因」の意味が問題になった。

訴訟原因を構成する事実とは何かが論争され、「実体法上の法的構成 (substantive legal theory)」ではなく、「法的結論 (conclusion of law)」でもなく、また「証拠 (evidence)」でもない「主要事実 (operative facts 又は ultimate facts)」であると説明された²¹⁰。この説明からすると、「訴訟原因を構成する事実」は、日本民訴の「請求を理由づける事実」(民訴規則 53 条 1 項) とほぼ同義ではないかと推察される²¹¹。しかし、米国において、その概念については、複数の考え方が論争され、法律家の間でも共通理解に至ることはなかった。

しかも、プリーディングが、訴状、答弁書、反対訴答、妨訴抗弁の 4 つに限定され、訴状において、請求を基礎づける実体法上の要件に該当する事実を一つでも落とした場合、後続の主張書面で補充することが許されず、限られた範囲で訴状を訂正しない限り訴訟原因を構成する事実の陳述が欠けている旨の妨訴抗弁 (demurrer) が認められ、トライア

²⁰⁷ “a plain and concise statement of facts constituting each cause of action (defense or counterclaim without unnecessary repetition” N.Y. Laws 1851, c.479, § 1.

²⁰⁸ 浅香・前掲注 13) 64 頁。

²⁰⁹ HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 160.

²¹⁰ New York Civil Practice Act § 241. DAVID D. SIEGEL, NEW YORK PRACTICE, 355 (5th ed. 2011), CLARK, *supra* note 176 at 225. 浅香・前掲注 13) 65 頁。

²¹¹ 吉村・前掲注 16) 93-98 頁、151 頁、菱田・前掲注 169) 403 頁。

ルに進むことができないで敗訴することになった²¹²。また、トライアルにおいて提出された証拠から一定の事実が認められたとしても、それがプリーディングで主張された事実と一致していなければ、主張の変更というものは認められず、棄却されることになった²¹³。

そのため、結局、コモンロー・プリーディング時代に近い厳格性が残存することになり、弁護士の技術的なミスで敗訴することが多々あって使い勝手が悪く、紛争解決によって有用でないと批判された。

(3) ノーティス・プリーディング (Notice Pleading)

民事訴訟をより使いやすいものにして、実質的な紛争解決機能を強化するため、連邦民事訴訟手続の改善がなされた。それが、1938年に制定されたFRCPである。新しい制度では、訴状には、「主張者が救済を受ける権利を有することを示す、簡潔かつ平易な言葉による請求の陳述 (a short and plain statement of claim showing that the pleader is entitled to relief)」を記載することが求められた²¹⁴。ここでは、あえて訴訟原因 (cause of action) や事実 (facts) という言葉を使わずに、「請求 (claim)」という表現を採用し、しかも、「主張者が救済を受ける権利を有することを示す (showing that the pleader is entitled to relief)」ことを求めた。訴訟原因 (cause of action) と請求 (claim) とは類似した概念でほぼ同一と捉える考え方もある²¹⁵。しかし、FRCPの起草者は、異なるものとして請求 (claim) という用語を採用することで、コード・プリーディングの際に共通認識を得られなかった「訴訟原因を構成する事実 (facts constituting a cause of action)」という概念を巡る問題を回避し、より簡明なプリーディングを確立しようとしたと理解されている²¹⁶。

そして、プリーディングは、反訴や第三者の参加がなければ、訴状、答弁書で終わることを原則とし、裁判所が特に命じた場合のみ、答弁書に対する応答 (reply) を提出することができることとされた²¹⁷。その一方で、充実した開示制度が整えられ、トライアル前に裁

²¹² ただし、当事者は、相手方の応答期間が満了するまで（又は応答送達後一定の機関が経過するまで）裁判所の許可なしに1回に限ってプリーディングを訂正することができ、それ以降も裁判所は正義にかなうと考えればプリーディングの修正を許可できた。

²¹³ ヴァリアンス (variance) と呼ばれ厳しいルールがあった。

²¹⁴ FRCP 8(a)(2), “a short and plain statement of claim showing that the pleader is entitled to relief”

²¹⁵ SIEGEL, *supra* note 210, at 360. ニューヨーク州の現行民事訴訟法及び規則 (New York Civil Procedure Law and Rules (CPRL)3013) は、“Statements in a pleading shall be sufficiently particular to give the court and parties notice of the transaction, occurrences or series of transactions or occurrences, intended to be proved and the material elements of each cause of action or defense.”と規定する。この趣旨について、シーゲルの教科書 (ニューYork州法の教科書として広く使われている) では、FRCP 8の claim とニューYork CPRL3013の cause of action と実務上は同一であり、訴状の必要的記載事項の要件としては連邦とニューYorkとは同一と解すべきであるとしつつ、脚注で、裁判例は、ときどきこの二つの用語を区別しようとして失敗していると述べている。

²¹⁶ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 257-58.

²¹⁷ FRCP 7.

判官を交えて証拠を突き合わせて複数回協議し、争点整理をする機会が設けられた。つまり、プリーディングの機能は、告知 (notice) のみに重点が置かれ、一般的にはプリーディングにおける事実提示は簡単でよいとされ、争点を絞り込む機能は、むしろディスカヴァリーと裁判官を交えたトライアル前協議に求められることになった。

この FRCP の方向性は各州に受け入れられ、各州において、FRCP に準ずる内容の民事訴訟手続のルールが新設された。

2 訴訟原因 (Cause of Action) を巡る議論

(1) 米国における議論の全体像

米国において訴訟原因 (cause of action) の意義が本格的に議論されたのは、コード・プリーディングになった後である。コモンロー・プリーディングとは異なり、訴訟の種類毎の訴訟方式やリットは廃止され、訴訟を提起するには、訴状に「訴訟原因を構成する事実 (facts constituting each cause of action)」を記載するものと定められたからである。被告は、訴状の記載が不十分で訴訟原因が明らかではないという理由で、却下を求める妨訴抗弁 (demurrer) を提出することができた。そのため、訴状の必要的記載事項としての、「訴訟原因を構成する事実」とは何か、「訴訟原因」とは何かが重要な問題となった。

1938 年の FRCP 及びそれを受け入れた各州の民事訴訟手続の改革でノーティス・プリーディングが取り入れられ、訴訟原因 (cause of action) の意義を巡る重要性は低減した。しかし、訴訟原因 (cause of action) という概念は、請求 (claim)、重要要素 (material element)、主要事実 (ultimate fact 又は operative fact) といった概念とともに、米国民事訴訟における事実解明プロセスや主張責任を考える上で重要な概念であることには変わりはない。

そこで、コード・プリーディング時代の訴訟原因 (cause of action) を巡る議論を以下に整理し概観しておきたい。

(2) セオリー・オブ・ザ・プリーディング原則

従来、訴訟原因 (cause of action) という言葉は、請求 (claim) とほぼ同義に使われることが多く、コモンロー・プリーディングの時代には、各訴訟の訴訟原因 (cause of action) は、リットに記載される方式に適合する請求であり当該具体的な事案に即応して選択された法的構成 (legal theory) とも同一と考えられた。訴訟原因 (cause of action) とは特定の法的構成 (legal theory) であるとの考え方は、コモンロー・プリーディングで教育訓練された当時の裁判官に分かりやすく、また明確性に優れていた。そのため、コード・プリーディング時代の初期に、多くの裁判所において、訴訟原因 (cause of action) とは、特定の法的構成 (legal theory) であるとする、セオリー・オブ・ザ・プリーディング原則 (theory of the pleading doctrine) に立つ判例が現れた。

しかし、この考え方によれば、訴状に特定の法的構成に該当する事実を記載する必要があり、コモンローにおいては、従前の訴訟方式こそがまさにそれを類型化定式化したものに他ならなかったため、結局、コモンロー・プリーディングの訴訟方式と同じ記載が必要

という結論になりかねなかった²¹⁸。つまり、使い勝手が悪いとされたコモンロー・ブリーディングから何等改善されないことを意味した。そのため、この考え方は最終的に支持を失った²¹⁹。

(3) プライマリ・ライト・デューティ説 (ポメロイの学説)

新しい視点を提示する一つの考え方は、ジョン・ノートン・ポメロイ博士による、いわゆる「プライマリ・ライト・デューティ (primary right-duty)」理論であった。ポメロイは、実体法上の権利としてのプライマリ・ライトが侵害されたときに、救済 (remedies) を求める請求権たるレメディアル・ライト (remedial right) が生ずるとし、訴訟原因 (cause of action) とは、このプライマリ・ライト (を発生させる事実) とその侵害 (の事実) の複合であるという。例えば、被告は、原告に対して一筆の土地を給付し原告はその代金を支払う契約を締結し、原告は被告に対し契約どおりの代金を支払ったが、被告が当該土地の給付を拒否した場合、これは、原告が被告に対して有する契約の履行を求めることのできる1個のプライマリ・ライトであり、単純な1個の訴訟原因である。しかし、これに基づく救済方法としての請求権 (すなわちレメディアル・ライト) は、損害賠償請求権と当該土地の引渡しという現実の履行を求める請求権の2個が観念できる。訴訟原因は、プライマリ・ライトとその侵害であり、その同一性が認められる限り、そこから派生するレメディアル・ライトについては、可能な限り様々なものを併合請求することができ、またプライマリ・ライトの同一性が認められる範囲で、レメディアル・ライトとしての請求を変更、追加することも許されると説明する²²⁰。

ポメロイの学説は、ドイツにおける実体法上の権利とアクチオないし訴権との関係を巡る議論や、日本の訴権論にきわめて近い内容である²²¹。ポメロイの考え方は、実体法上の権利義務 (primary right-duty) と訴訟手続による満足を求める権利とそれに対応する義務 (remedial right-duty) とを区別したことで米国の学会に大きく注目され、いくつかの訴訟で取り入れられた。しかし、プライマリ・ライトとは具体的に何を指すのかは必ずしも明確ではなく、訴訟原因の定義として、実務上広く受け入れられたとは言えなかった。

(4) 単一権利説 (マッカスキルの学説)

オー・エル・マッカスキル教授は、ポメロイの学説を批判し、訴訟原因の同一性は、レメディ (remedy) の同一性によって判断されるべきであると説いた。マッカスキルは、訴訟原因とは、「主要事実の集合体であり、それだけで、原告の単一の権利とその権利の単一の侵害を示し、国家が裁判所を通じて当該権利を侵害された当事者に救済を与える原因を生ずるものである」とした²²²。マッカスキルは、法典 (code) の制定により、民事訴

²¹⁸ そのため、訴訟方式は墓場から訴訟を支配していると言われた。

²¹⁹ 田中・前掲注 169) 83-85 頁。CLARK, *supra* note 176 at 259-265.

²²⁰ JOHN NORTON POMEROY, REMEDIES AND REMEDIAL RIGHTS BY THE CIVIL ACTION, 494-504(2d ed. 1883); CLARK, *supra* note 176 at 134.

²²¹ POMEROY, *id.* at 6-13. 吉村・前掲注 16) 159-163 頁参照。

²²² “It is that group of operative facts which, standing alone, would show a single right

訟手続に変更が加えられたが、実体的な権利には何ら変更は加えられていないことを指摘した。そして、法律上の権利（コモンロー上の権利）は、訴訟における裁判所の判断（判決）の集積によって形成されたものであって、その単位はかつての訴訟方式毎であり、リットで示された単一のレメディと結びついた単一の権利（single right）が訴訟原因の単位でなければならないと主張した。ただし、一つの訴訟において、複数の訴訟原因を併合することができるとした。マッカスキルの学説は、セオリー・オブ・ザ・プリーディング原則と共通性を有するが、セオリー・オブ・ザ・プリーディングは複数の訴訟原因の併合を認めなかったのに対し、マッカスキルは、併合を認めることによって融通性を確保しようとした²²³。

(5) 主要事実の集積説（クラークの学説）

ポメロイの学説及びマッカスキルの学説を批判して、比較的広く賛同を集めた考え方は、チャールズ・イー・クラーク教授による「主要事実の集積 (aggregate of operative facts)」説ないしプラグマティック理論である。クラークは、法典は訴状に「訴訟原因を構成する事実 (facts constituting each cause of action)」を記載すべしとしていることを強調し、「訴訟原因」を「構成する事実」という表現から、「訴訟原因」は「事実」の集積としか解釈できないと主張した。法典の文言をそのとおりに読めば、訴訟原因は、適用される実体法でも、救済方法の性質でも、被った被害の種類でもなく、関係するひとまとまりの「事実」でなければならないというのである。そして、その事実とは、少なくとも一つの裁判上の救済を求める権利の発生原因をなす主要事実であるとする²²⁴。クラークの学説とマッカスキルの学説は、訴訟原因を「主要事実の集まり」とする点で共通しているが、マッカスキルは、一つの訴訟原因は単一のレメディと結びついた単一の権利の発生原因でなければならないとしたのに対し、クラークは、「少なくとも一つ」の救済を求める権利の発生原因であるとして、複数の権利の発生原因が一つの訴訟原因となる場合もあるとした。そして、どこまでの範囲を一つの訴訟原因とするかは、当該裁判所が、その便宜に応じてプラグマティックに決められるものとした。クラークの学説は融通性が高い反面、結局どこまでの範囲を一つの訴訟原因とするかについてはっきりした基準を示せていないと批判された。

(6) 訴訟原因概念とプリーディングの分離

このように、米国では、19世紀半ばから20世紀の半ばまで、訴訟原因という概念について盛んに議論研究され、訴訟原因は、日本における請求を理由づける事実に類似した概念であるということができ、その議論は、日本における訴訟物を巡る議論に類似している。

in the plaintiff and a single delict to that right giving cause for the state, through its courts, to afford relief to the party or parties whose right was invaded.” O. L. McCaskill, *Actions and Causes of Action*, 34 YALE L.J. 638 (1925). 吉村・前掲注 16) 164-165 頁。

²²³ McCaskill, *id.* at 638. 吉村・前掲注 16) 165 頁参照。

²²⁴ CLARK, *supra* note 176, at 137.

しかし、米国において訴訟原因を巡る議論は一定の通説を形成することができなかった。そして、1938年に制定されたFRCPがノーティス・プリーディングを採用し、プリーディングにおいて当事者が主張すべき内容と訴訟原因という概念とを分離するに至った。その結果、主要事実(ultimate facts)は、プリーディングで主張すべき事実としてではなく、もっぱらトライアルで立証対象となる事実(factum probandum)として把握され、実体法の問題として研究されるようになっていく。

3 米国におけるプリーディングの現状

(1) FRCPで求められたプリーディングの機能

従来、プリーディングの機能は、①特定の事件について原告が訴訟を開始し、これに対して被告の応訴が求められていることの告知(notice)、②両当事者が主張する事実(fact)の提示、③争点(issue)の形成であるとされてきた。また、プリーディングには、①法的根拠のない主張を排斥する機能と②裁判所及び相手方に審判ないし攻防の範囲を知らしめるという二つの機能があるとされてきた²²⁵。FRCPでは、プリーディングに期待する機能を告知(notice)機能のみに絞ったと言われている。

[コンレイ対ギブソン事件(Conley v. Gibson)²²⁶]

この事件は、鉄道で働くアフリカ系アメリカ人の労働者が組合に対して起こした集団訴訟である。原告らは、45人のアフリカ系アメリカ人が解雇され、白人がその代りに雇われたことを主張し、組合は、団体交渉においてアフリカ系アメリカ人を正当に代表せず、アフリカ系アメリカ人に対して白人と同等の保護を与えなかった違法(差別)がある等として、宣言的判決、差止め並びに損害賠償を求めた。

第1審である地方裁判所は、鉄道労働者法(the Railway Labor Act)によれば、当該紛争は、国家鉄道調整委員会(National Railway Adjustment Board)が専属管轄を持ち、地方裁判所には管轄がないことを理由に訴えを却下した。そして、第2審も原審の決定を支持した。

最高裁は、下級審の決定を覆し、地方裁判所は当該訴訟の管轄権を持つと述べた上で、被告が予備的に訴状の必要的記載事項が満たされていないと主張したのに答えて、原告の訴状には、救済がもたらされるべき請求が過不足なく記載されており、訴状の不備を理由に却下することもできないと判示した。

そして、最高裁は、「原告が救済を受けるべき権利の根拠となるその請求を理由づける事実をいかにしても証明することができないことが疑いを入れる余地もなく明白であるということがない限り、訴状は、請求の陳述を欠くとして却下されてはならない」と判示した。この基準は、その後長い間、訴状にどの程度の陳述をすれば十分な請求の告知とな

²²⁵ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 245-46. 浅香・前掲注13) 63頁によれば、①特定の事件について原告が訴訟を開始し、これに対して被告の応訴が求められていることの告知(notice)、②両当事者が主張する事実(fact)の提示、③争点(issue)の形成であるとされる。

²²⁶ Conley v. Gibson, 355 U.S. 42 (1957).

るのかを示すものとして尊重された。

(2) 争点絞り込み、立証の対象確定機能を託されたディスカヴァリ

現在の米国民事訴訟において、双方が認識する事実の提示や争点絞り込みは、ディスカヴァリ及びプリトリアル協議 (pretrial conference) において行われるべきものとされている。事実を解明して争点を明らかにするためには、主張だけでなく、証拠を併せて参照する必要があり、主張と証拠を併せて参照することで、当事者間に争いの無い事実及び証拠上動かしがたい事実が明らかになる。それらをいわば固定した点として、点と点を結んで見てゆくことにより、全体像が明らかになり、紛争解決のために、解明の必要な争点が絞り込まれてゆく。

特に、米国開示手続では、ディスカヴァリの一種として、当事者照会 (interrogatories) 及び自白の要請 (requests for admission) がある。この二つの手続によって、プリーディングで明らかに主張されなかった事実について、相手方の主張を明らかにさせるとともに、自白を要請することで、争いの無い事実を確定して不要な争点を削り落としてゆくことができる。なお、FRCP では、プリーディングにおける答弁で自白した場合、主張を訂正して自白を撤回することは容易である。ディスカヴァリの一種としての自白の要請に応じて自白した場合も、証明不要効が生じ、一応裁判所を拘束するが、実体判断に資すると認められ、相手方当事者を不当に害すると認められなければ、自白の撤回が許される (FRCP 36(b))。そして、当事者が、相手方からの自白の要請に応じて自白しなかった事実が、後に証拠によって立証された場合には、立証のために必要とされた費用の賠償を求められるなど、真相解明のための真実の提示を強制するサンクションがある。ディスカヴァリの一種として当事者照会や自白の要請があることから、争点絞り込み機能はディスカヴァリに期待されていることが読み取れる。

ただし、一つ注意を喚起したいことがある。2000 年の規則改正により、ディスカヴァリの範囲がプリーディングによって示された請求 (claim) と防禦方法 (defense) に関連する事項に限定されたことである。つまり、プリーディングの機能は、告知で足り、争点絞り込みや立証対象の確定はディスカヴァリに託されたというものの、そのディスカヴァリの範囲は、プリーディングによって一定の制約をうけるという構造になっているのである。つまり、プリーディングは、現在の米国民事訴訟においても、審理の対象や当該訴訟で解決すべき紛争の範囲を画するものとしての機能を維持しているといえる。

(3) 判例の揺れ動き

さらに、近時、訴状に記載すべき事実は、どの程度簡潔であるべきか、どの程度詳細な事実を記載するべきかについて、判例の揺れ動きがみられる。ここでは、米国ロースクールなどで比較的広く使われている教科書・概説書で取り上げられている判例を概観する。

以下のとおり、2000 年代になって、最高裁は、コンレイ (Conley) 事件と明らかに異なる基準を示すようになった。

[トウオンブリ (Twombly) 事件²²⁷]

この事件は、国内電話及びインターネットサービスのユーザーらが、ベル・アトランティックという電話会社を被告として訴えた事件である。原告らは、被告会社はシャーマン法 (Sherman Act) に違反して不正に競合他社の市場への参入を妨げる並行行為 (parallel conduct) をしたと主張し、損害賠償並びに宣言的判決と差止めを求めた。

下級審は、原告らの訴状はその請求を十分に陳述したと判断したため、被告会社がこれに対し上訴して最高裁の判断を求めた。

最高裁は、「原告は、その請求が『もっともらしい (plausible)』と認められる程度の事実の主張をしなければならず、単に考えられる (conceivable) ことを示すだけでは足りない」と判示して、原告らの訴状は、並行行為の具体的内容を示しておらず、そのため、「もっともらしい (plausible)」と認められる程度に事実を主張しておらず、請求を十分に陳述していないと判断し、訴えを退けた。

この最高裁の判断は、長年繰り返し引用されてきたコンレイ判決から明示的に離れ、より具体的な事実提示を求めるものであるといえる。

[イクバル (Iqbal) 事件²²⁸]

さらに、2009年に判決されたイクバル事件において、最高裁は、トウオンブリ事件で示されたより厳格な基準を踏襲することを明らかにした。

イクバル事件は、パキスタン人の原告が、罪を犯したことによって逮捕勾留され、有罪判決を受けて、本国に強制退去させられた後に、犯罪による逮捕・勾留を問題にしたのではなく、「高い関心のある人物 (a person of high interest)」として、行政上の最上級の特別居住場所に留置されたことについて、人種、宗教、国籍に基づいて差別したものだとして主張し、前国務長官を含むおびただしい数の連邦官僚を被告にして訴えを起こしたものである。最高裁は、トウオンブリ事件で示した基準である、「その請求がもっともらしい (plausible) と認められる程度」の事実主張を原告に求め、請求を退けた。

(4) 判例の揺れ動きの意味するもの

米国において、より厳格 (詳細) な主張を求める判例が出てきたのは、不正競争防止法関連事件や国を相手取った訴訟において、開示手続に入る手前で訴訟を終了させるべきとの価値判断がなされたものと考えられる。つまり、根拠の乏しい訴訟において開示手続を許すことは許されるべきではないとの判断である。ここでは、プリーディングに、相手方への告知機能だけでなく、証拠を調べるまでもない訴訟を選別して早期に排除する機能も持たせるべきであるという考え方が一定の場合に復活しているといえる。

先述したとおり、FRCP は、2000年改正で、プリーディングにディスカヴァリの範囲を画する機能を残していた。また、米国の開示制度 (ディスクロージャー・ディスカヴァリ) は、相手方の領域にある情報や証拠を相当広範に洗いざらい出させる手続であるから、

²²⁷ Bell v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).

²²⁸ Ashcroft v. Iqbal, 556 U.S. 662 (2009).

不必要に相手方に負担を課したり、相手方を情報漏えいの危険に晒したりすることになる。国家あるいは政府の要人が訴訟の相手方とされた場合、証拠開示手続に入るのに一定の制限を加える必要があるという発想は分かりやすいが、本質的には、相手方が私人・私的企業であっても同様に安易に許されるべきではなく、訴訟が、相手方の情報や秘密を探る目的に利用されないように一定の制限があってしかるべきである。したがって、近時の米国における判例の揺れ動きは当然の動きと考えられる。

第5 日米の主張責任の比較検討

1 米国における近現代のプリーディングの変遷についての考察

米国民事訴訟におけるプリーディングの変遷のなかで興味深いことの一つは、コモンロー・プリーディングから離れてコード・プリーディングに移行した段階で、大陸法における主張責任と近似した内容がプリーディングに求められたと認められることである。

すなわち、民事訴訟において、まず、訴えを起こす当事者（原告）が、①求める救済（判決してほしい内容 relief sought）と②救済の根拠となる法律上の原因（cause of action）を提示し、③法律上の原因たる実体法上の権利が認められるための要件に直接該当する事実（operative facts 又は ultimate facts）を主張すべきものとされた。そして、反対当事者（被告）は、原告たる当事者の主張した事実について、認めるかどうかを答弁するとともに、原告の主張と併存しつつ原告の請求を否定する原因（抗弁 affirmative defence）を構成する事実を主張する。そして、この抗弁の主張に対して原告がその認否を述べる。このような主張の交換により、当事者間において事実の存否について一致する事実と一致しない事実があることが明らかになる。当事者間で見解が一致する事実は、証明するまでもなくそのとおり存在するものとし（自白）、見解が一致しない事実を争点として、証拠により審理する。

米国において様々な議論があり、必ずしも見解が一致していないが、日本の民訴における請求の趣旨及び原因、請求を理由付ける事実といった概念に極めて近いものを訴状で記載するよう求めたものと考えれば理解しやすい。そして、この方法は、ローマ法以来、私人間の紛争における事実解明の方途としてかなり高い普遍性を持って各国で受け容れられてきた方法であると考えられる²²⁹。

ところが、米国においては、1938年のFRCP制定によって、このやり方を変更し、各州もFRCPに倣った。その趣旨は、民事訴訟の技術性を低減させ、より使いやすくすることであったが、より具体的には、①「訴訟原因」「主要事実」といった概念が、技術的で

²²⁹ FRCPでは、このような構造を大きく変更したが、FRCP 15(b)(2)においてトライアルで証拠によって主張と異なる事実が認定できる場合に、その事実が主張されたものとみなすとされていることに、当事者の主張が先行してそのうち争いのある事実を立証するという構造の片鱗が残存していると言われている。HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 161.

分かりにくく、何を主張すべきかについて法律家の間でも共通認識が形成できなかったこと、②事案の解明と争点の絞り込みは、主張の交換だけでは難しく、むしろ主張と証拠を併せて参照して初めて効率的な事案の解明と争点の絞り込みができると認識されたことが改革の方向性を決定付けた。

すなわち、米国では、原告は、訴状において、簡潔かつ平明な文章で請求と求める救済を告知すればよく、被告はこれに答弁して、必要に応じて抗弁の主張を簡潔かつ平明にすればよいものとした。その一方で、開示制度（disclosures and discovery）を充実発達させ、当事者間における情報と証拠の開示を強制し、トライアル前の手続の中で、双方当事者が主張と証拠を突き合わせ、見解の一致する（自白）事実、証拠上明らかで争う実益のない事実、結論を左右する事実であって争いがあり、一見して真偽が明らかでない事実を選別し、最後の事実を争点として、トライアルで審理すべきものとしたのである。

2 現在の日米両制度の共通点

米国 FRCP の試みは、実質的には、「事案の解明と争点絞り込みは、双方の主張を証拠と照らし合わせて協議することにより効率的に行われる」という認識の上に立っている点で、日本における弁論準備手続の内容と近似共通しているといえる。

米国民事訴訟においては、伝統的に、トライアルとトライアル前手続（プリトライアル）が区別され、トライアルでは陪審による事実認定がなされるため、開示手続がない時代には、トライアル前に当事者間で主張と証拠を一緒に参照する機会がなかった。そこで、両当事者が主張と証拠を一緒に参照して争点整理をする方法として、開示制度が発達した。他方、日本では、大陸法から民事訴訟手続を継受し、伝統的に、トライアルとプリトライアルの区別がなく、主張と証拠（書証）が五月雨式に同時に裁判所と相手方に示される方式が採られていた。そのため、特に開示手続を発展させなくとも、主張と証拠を同時に参照する手続を容易に行うことができた。むしろ、準備手続室又はラウンドテーブルで、当事者と裁判所が形式を排して同じ平面で、証拠書類を上げながら、ざっくばらんに事案の本質や真の争点を話し合っって明らかにする手続が望まれた。平成8年の民事訴訟法改正前は、そういったニーズを認識した裁判所の工夫により「弁論兼和解」手続が生み出され、これを平成8年の法改正で条文化したのが弁論準備手続である。現在に至るまで、よく機能しているこの制度は、異なる法制度である米国における試みと通底するものがあるといえる。

3 日本（大陸法）民事訴訟と米国民事訴訟との相違点

しかし、そもそも、なぜ米国では、原告に訴訟物を特定させ、請求を理由付ける事実を主張させ、被告に認否させると共に抗弁を主張させる、という方法を放擲したのだろうか。なぜ米国では、日本のように要件事実論を発展させてプリーディングにおける主張責任を明らかにする方向に動かなかつたのだろうか。

そこにはいくつかの要因があると考えられ、その要因こそが、米国民事訴訟と大陸法の民事訴訟との大きな相違であると言える。

(1) コモンローにおける「法」概念

大陸法において、法とは制定法であり、論理的には、訴訟以前に実体法があり、訴訟は、具体的紛争において具体的事実法を当てはめて法に保障された権利を保護実現する過程である。訴訟物（審判の対象）を実体法上の権利（義務の不履行や権利の侵害があったときの救済として認められる請求権もまた実体法上の権利であることに変わりがない）と位置付け、その権利が発生する実体法上の要件に直接該当する事実（主要事実）を主張させて、立証の対象とするということは、論理的に明快である。

ところが、コモンローの国において、法は訴訟以前に存在しない。抽象的には存在すると思われるのであろうが、具体的な明文としての形をとるのは、裁判によって判決という形で現れるものである。コモンロー民事訴訟は、判例の集積としての実体法の発展過程そのものであり、訴訟方式は、単なる形式・方式にとどまらず、実体法の集積そのものであるということが出来る。英国において、「実体法は初め訴訟手続の間隙から漸次分泌したものであるかの観を呈する」といわれてきたのはこのことであろう²³⁰。このような法文化状況のもとで、訴訟方式を離れて、実体法や実体法上の要件に該当する事実を観念することは困難だったと推測される。

さらに、エクイティは厳密な意味での法（コモンロー）とは違うと考えられてきたのであるから、なおさら、民事訴訟手続におけるコモンローとエクイティの区別を廃止した状態で（廃止した直後に）、両者に共通する概念としての「訴訟原因」を従前のコモンロー法学と矛盾しないように説明することは難しかったと考えられる。

さらに、米国民事訴訟では、当事者の申立てが審判の範囲を確定するという処分権主義が採られていない。そして、従来「訴訟原因」という概念が、訴えの客観的併合（joinder）の許容性や既判力（res judicata）の範囲を画する単位としても機能していたため、問題はさらに複雑になった。訴訟原因という概念と併合要件や既判力の範囲を分けて考えることで解決できるという議論も展開されているが、根本的なところで、「訴訟原因」についてコンセンサスを得るのは困難で、議論が紛糾したと考えられる。

(2) トライアルとプリーディングの区別

コモンロー民事訴訟においては、トライアルとプリーディングを区別する伝統があり、コモンロー訴訟においてトライアル（立証・事実認定過程）は陪審によって行われることが重要な前提とされた。

陪審トライアルを前提とすると、プリーディングの段階で、事案が整理され、トライアルにおける立証の対象が明らかになっている必要がある。立証の対象となるべき主要事実は、コモンローについてはまさに訴訟方式に表現された内容であった。

他方、エクイティ訴訟では、伝統的にトライアルとプリーディングの区別はなく、陪審制も取られていなかった。エクイティは法とは考えられていなかったため、エクイティ訴訟は、いわば仲裁や調停に近いものであって、法の救済を受けにくい事案について、衡平

²³⁰ メイトランド・前掲注 177) 2 頁。

の観念に基づいて救済を提供し紛争を解決するという意味合いが濃く、柔軟な手続として発展してきた。そのため、エクイティ訴訟において、主張立証の対象たる主要事実は何かが必ずしも明らかでない場合も多く、統一的な説明が困難だったと考えられる。

なお、米国に、要件事実論が全くないわけではなく、訴訟類型ごとに何が要証事実になるのかについて、膨大な判例を分析研究して集積した書籍が発刊されている²³¹。ただし、これは、陪審トライアルを前提とし、何を要証事実とするべきかという問題として、証拠法の分野での実務的な研究と位置付けられている。つまり、米国において、要件事実ないし主要事実、主張レベルの問題ではなく主として立証レベルの問題として議論されてきたのである。

(3) 訴訟観の相違

米国におけるプリーディングの変遷を中村英郎博士の主張する、ローマ法理とゲルマン法理の二つの型の訴訟観から見ると、FRCPが求めたものは、まさにゲルマン法理が色濃く表れたものと評価できる²³²。すなわち、FRCPは、審判の対象を紛争全体と捉え、当事者双方は、お互いに主張と証拠を出し合って、紛争全体の事実解明に努め、紛争全体の解決を図るべきものとの発想に基づいている。これはまさに、民事訴訟の目的を紛争解決と捉え、事実から出発するゲルマン法理そのものであるといえる。

一つの仮説ではあるが、フィールド・コードの起草者は、ローマ法や大陸法における制度、とくに訴状記載事項なども研究して、ローマ法以来大陸法系の民事訴訟において行われてきた、請求（訴訟物）を理由づける主要事実を原告に主張させ、被告にその認否及び抗弁を主張させ、争いのある事実のみを立証させる方式を取り入れようとした²³³。しかし、米国においては、歴史的にゲルマン法理の訴訟観が浸透していたために、規範から出発して、規範に直接あてはまる事実（主要事実）を当事者が主張する義務を負うというローマ法的手続は、法律家にも理解し難かったのではないだろうか。フィールド・コードにおいて、一旦大陸法に接近したファクト・プリーディングになったにもかかわらず、結局、その訴訟構造を放棄してしまった一つの要因は、ゲルマン法理の伝統にあるのではないかと思われる。

²³¹ 例えば、American Jurisprudence Proof of Facts.

²³² 中村・前掲注1) 5頁。

²³³ フィールド・コードの起草者（Field）は、起草に先立つ1836年春から翌1837年夏までの1年半の間、英国とヨーロッパ大陸を回り、ローマ法の流れをくむ大陸法における民事訴訟手続と米国が継受した英国民事訴訟手続とを比較研究したと伝えられている。Duan Van Ee, DAVID DUDLEY FIELD AND THE RECOGNITION OF THE LAW: AMERICAN LEGAL AND CONSTITUTIONAL HISTORY: A GARLAND SERIES OF OUTSTANDING DISSERTATIONS 20-22 (photo reprint 1986) (1974).

第6 日本法への示唆

1 口頭主義と書面主義

(1) 問題意識

日本の民事訴訟において、口頭主義は、公開主義及び直接主義と共に民事訴訟の審理の基本原則とされている。そして、近時、口頭弁論の形骸化が問題意識として共有されており、いかにして弁論を活性化するかが議論されている²³⁴。

これに対して、米国民事訴訟では、プリーディングの原則としては書面主義が採られている。もっとも、現在の米国民事訴訟では、プリーディングによる主張の役割は小さなものとなっており、開示手続（特にディスカヴァリ）及びトライアル前協議における当事者間の主体的かつ活発な意見交換によって争点絞り込みがなされたうえで、トライアルに移行する。トライアルでは、日本と同様、公開主義、直接主義、口頭主義が採られている。

そこで、日本の民事訴訟でも、主張を交換して争点を整理する段階、すなわち、準備手続の段階は、書面主義にすることができるのではないか。筆者は、結論として、口頭主義を維持しつつ、書面やインターネットなどの情報機器の利用による方法を取り入れるべきであると考え、この問題を、口頭主義の歴史的背景に遡って、少し掘り下げて検討する。

(2) 歴史的背景から見る口頭主義の意味

口頭主義は、ローマ法に由来する。紀元前 450 年頃にローマにおいて十二表法が制定されて以来、ローマ法がヨーロッパにおいて広く普及尊重された。ローマの民事訴訟は、かなり古い段階から、処分権主義と弁論主義に依っており、当事者が審理の対象たる請求やその原因となる事実を提示する行為として「弁論」は重要な位置を占めたと言われている²³⁵。そして、当事者の弁論・陳述方法は、裁判官及び相手方に向けて直接口頭で行われなければならないとされた²³⁶。なぜなら、読み書きは一般市民には容易に覚えられない高等技術であったからである²³⁷。中世ヨーロッパにおいては、文字の読み書きは特別な教育を受けた者にのみ可能な高等技術であった。また、当時は謄写の技術もなく、同じ文書を複数の者で共有することで情報を共有するということは容易でなかったため、同一の情報を正確に共有するためには、関係者が全員出席する場で、直接口頭によって情報が伝達される必要があった。直接主義・口頭主義は、このような時代背景の下に生まれた原則である。

²³⁴ 2017 年度民事訴訟法学会における佐久間健吉判事による報告、谷口安史ほか「争点整理手続における口頭弁論の活性化について (1)」判タ 1436 号 5 頁 (2017)、佐久間健吉ほか「争点整理手続における口頭弁論の活性化について (2)」判タ 1437 号 5 頁 (2017)、河合芳光ほか「争点整理手続における口頭弁論の活性化について (3)」判タ 1438 号 5 頁 (2017)、古閑裕二「審理の充実・訴訟促進の中興方策案」判タ 1438 号 26 頁 (2017)。

²³⁵ エンゲルマン・前掲注 13) 241 頁。

²³⁶ エンゲルマン・前掲注 13) 225 頁。

²³⁷ エンゲルマン・前掲注 13) 69 頁。

ローマの民事訴訟制度は、ゲルマンを含む他の民族の法制度にも影響を与えて英国にも伝播し、英国においても、中世の時代にはプリーディングは口頭で行われていた。しかし、英国においては、文字による情報の交換・共有が一般化するとともに、民事訴訟におけるプリーディングの口頭主義は書面主義に修正され、米国では書面主義に修正されたものが継受されて、今日に至っている。

他方、日本の母法であるドイツ民事訴訟手続でも、18世紀末頃まで、数百年にわたり、書面主義を中心とした審理方式に依っていた²³⁸。すなわち、ドイツ普通法訴訟では、書面主義、間接審理、当事者公開（一般には公開しないという意味では非公開）、同時提出主義、法定証拠法則、証拠判決によって弁論と証拠調べを二分する証拠分離主義の審理方式が採られていた。これらの原則は、相互に関連し、書面主義を中心として統一的な一体のものとして機能していた。

しかし、フランスでは、フランス革命の結果、1806年にフランス民事訴訟法が成立し、裁判の公開主義と弁論の口頭主義、裁判官の自由心証主義が明らかにされた²³⁹。そして、ドイツにおいても、18世紀末頃から、フランス革命の影響を受けて書面主義を批判する声が高まり、19世紀初頭には、「裁判の公開と口頭審理」との標語の下に訴訟改革を求める動きが始まった。これは、自由主義的政治運動のスローガンの一つとなり、政治課題として口頭審理原則による訴訟法の制定が求められた。そして、1850年にハノーヴァー一般民事訴訟法によって口頭審理原則が初めて導入された。その後、1877年に成立したドイツ帝国民事訴訟法では、口頭主義・直接主義を核とした口頭審理方式による新たな審理構造が確立された。ここで、口頭審理原則とは、受訴裁判所の面前における、法的紛争に関する当事者の弁論は口頭でなされるべきであるとの原理であり、その内容としては、①裁判所は、書面に記載されていないものでも、口頭で陳述されたものはすべて顧慮すべきである、②裁判所は、書面に記載されてはいたが、口頭弁論の対象とならなかった事実上の陳述を顧慮してはならない、との二つの命題からなっている。そして、そのコロラリーとして、口頭弁論の一体性の法理が導かれ、攻撃防禦方法の随時提出主義、主張と証拠の結合（証拠結合主義）、法定証拠主義の廃止と自由心証主義の採用が導かれた。つまり、その後の大陸法系の民事訴訟において採られた審理の原則は、全て口頭主義・直接主義を核とし、関連する一体の原則として発展したのである。ヨーロッパ大陸における書面審理方式から口頭審理方式への転換は、近代的司法制度の確立を求める市民的要求に応え、公開の法廷における自由な弁論を通じて、適正な裁判を迅速に得られるようにするものだったと評価されている。また、口頭主義は書面主義と比べて訴訟の迅速性と適正な裁判の保障において優れていることが口頭主義への転換の理由だったとされている²⁴⁰。

²³⁸ 竹下守夫「『口頭弁論』の歴史的意義と将来の展望」新堂幸司ほか編・前掲注18）1頁。以下の記述は、基本的にこの文献の記述による。

²³⁹ 堤龍弥「審理方式としての口頭弁論」鈴木古稀・前掲注156）283頁、289頁。

²⁴⁰ 竹下・前掲注238）21頁。

(3) 現代の民事訴訟における口頭主義の意味と方向性

竹下教授は、原告・被告が各自独立に裁判所に資料を提供する一面的行為ではなく、裁判官の面前で当事者が相互に対論する対審審理によって、最も実効的に当事者の審問請求権が保障され、迅速・適正な裁判が可能となると指摘される。そして、これが今日においても口頭審理方式の利点というべきであろうとされる。

現在の日本の民事訴訟においても、審理の原則は、基本的に公開主義、口頭主義、直接主義で行われるべきことはほぼ争いがないと思われる。この利点が最も理解しやすい形で現れるのは、当事者訴訟を想定した簡易裁判所における少額訴訟（民訴法 368 条から 381 条）であろう。

しかし、社会の複雑化に伴い、裁判官が当事者の口頭でのやり取りを聞いただけで判決できるような単純な事件は少ない。原告の請求の趣旨及び原因、それに対する被告の認否など、当事者の主張を正確に把握し、緻密な争点整理を行う必要がある。その結果、書面の重要性は増しており、争点整理段階にあっては、訴状、答弁書、準備書面といった書面が中心にならざるを得ない。その上で、書面の交換だけでは明らかにならない問題点については、裁判官を含む三者による直接の意見交換によって迅速かつ充実した審理が実現できる。その観点から、近時、地方裁判所や弁護士会を中心に、「口頭議論」又は「口頭協議」の導入・活用が試みられている²⁴¹。特に、ソフトウェアの開発契約に関する事件や仕組債など新しい金融商品に関する事件など新型の訴訟、従来型訴訟でも、実際に起こった出来事と法律構成が微妙にずれている場合（例えば複数の消費貸借契約を後に 1 本にまとめる準消費貸借契約が行われた場合に、訴状にはまとめられた貸金が単純な消費貸借契約によるものとして記載されている場合）などにおいて、口頭議論は有用であると報告されている²⁴²。その意味で、争点整理の段階での対論の重要性は増しているといえよう²⁴³。

ただし、その場合も、対論を充実させるためには、裁判所及び当事者代理人弁護士の事前の徹底的な準備が不可欠であることが指摘されており、準備のツールとしてより充実した書面の利用が期待される²⁴⁴。ドイツでも同様の議論があり、「書面で補充された口頭主義の意義が再評価されている」という²⁴⁵。

²⁴¹ 前掲 234) に挙げた文献の他、船所寛生「福岡地方裁判所における民事訴訟の口頭協議活性化に向けた取組について—弁護士会とともに創る民事訴訟のより良いプラクティス—」判タ 1440 号 38 頁 (2017) など。

²⁴² 佐久間ほか・前掲注 234)。

²⁴³ 古閑・前掲注 234) 28-29 頁の争点整理手続における対論についての議論は、日本の民事訴訟実務における口頭主義の現状が具体的に述べられていて共感できる。ただし、古閑判事及びそこで引用される武藤春光判事のいう「討論」ないし「対論」は裁判官と代理人弁護士との討論に重点があり、当事者相互間の対論とは少し違うかもしれないという感を抱く。

²⁴⁴ 古閑・前掲注 234) 29 頁、佐久間ほか・前掲注 234) 13-14 頁。

²⁴⁵ 中島弘雅「口頭主義の原則と口頭弁論の在り方」鈴木古稀・前掲注 156) 311 頁、327 頁。

米国民事訴訟の例を見ると、当事者の対論による審理構造が迅速・適正な事実解明に適しているという共通認識を確認できるとともに、だからと言って、争点整理の段階での主張の交換を公開の法廷で口頭によってする必要があるとはいえないことが分かる。民事訴訟の審理において、書面主義又は口頭主義のいずれかの純粋な実施を求めるのではなく、両者を合目的的に組み合わせた審理方法を創り育てることが望まれる²⁴⁶。

(4) 弁論及び弁論準備期日の改善

管轄裁判所に「書面のとおり陳述します」と述べるためだけに出頭するような形骸化した手続は廃して、当事者又は代理人が出廷するときには、必ず実質的な対論をする手続とするべきである。当事者（代理人）が出廷する第1回期日から、口頭弁論ではなく、弁論準備期日としてよいのではないだろうか²⁴⁷。現行法では、第1回期日は口頭弁論として形式的であっても公開主義・口頭主義の原則を貫徹し、訴状と答弁書の陳述を行って主張の骨子が弁論された状態にすることとしている。しかし、形式的に第1回期日を公開の法定での弁論期日とすることには、いわゆる欠席判決等の場合を除き、実質的な意味はないから、原則として訴訟開始から一定の期日は、争点整理手続であると定めたほうが合理的であると考えられる。なお、被告が答弁書その他の準備書面を提出しないまま欠席するときには、原告は、第1回口頭弁論期日において訴状（請求原因事実を不足なく記載し、被告に送達されたもの）を陳述したうえで、裁判所に対して、被告の擬制自白（民訴法159条1項・3項本文）を認めることとして口頭弁論を終結し原告の請求を認容する判決（いわゆる欠席判決）を下すことを求めることができる。被告の住所が不明で公示送達による場合は、民訴法159条3項ただし書で擬制自白が排除されているが、原告が第1回口頭弁論期日において訴状を陳述するとともに請求原因事実全ての立証も完了し、判決を求めることができる。このような流れが予測され原告がこれを望む場合には、最初の期日を口頭弁論期日にする必要がある。また、複雑な事案では、被告が準備するのに相当の時間を要するので、第1回期日を通常より先に設定すべき場合もある。そこで、訴状が送達されて2週間ほど経過した頃に進行協議期日（民訴規則95条1項第1文）を設定し、当事者（代理人）双方の出廷が見込まれるかどうか、被告欠席が予想される場合原告は欠席判決を希望するかどうか、事案の複雑さや当事者に代理人が選任されているかどうか等を確認し、その後の進行予定を協議することが望ましい。

そして、争点整理段階では、公開主義・口頭主義の要請が後退し、書面の交換を核とした非公開の手続により、当事者中心に水平型の協議を行うという制度設計を提案したい。

当事者双方の主張が十分に明らかにされ、争点及び証拠の整理が出来たときに、公開の法廷において第1回口頭弁論期日を開く。冒頭において、当事者（代理人）が、訴状、答弁書並びに主要な準備書面の内容を要約して陳述し、争点整理の結果を口頭で陳述する。

²⁴⁶ 中島・前掲注245) 327頁。

²⁴⁷ 日本が起草支援したカンボジア王国民事訴訟法は、第1回期日から弁論準備期日とされている。カンボジア王国民事訴訟法第80条。

引き続き、人証の集中証拠調べを行う。このような方法を採用すれば、裁判官にとっても双方当事者にとっても、また公開された法廷で傍聴する一般市民にとっても、民事裁判の内容が分かり易いものとなり、真の意味での公開主義・直接主義の要請を満たすものとなる。

ところで、弁論準備期日については、現在も、遠隔地の当事者が電話会議システムを使って手続を行うことができ(民訴法 170 条 3 項)、この方法は実務上よく活用されている。しかし、現行法上は、どちらか一方の当事者が期日に出頭した場合にのみ他方の当事者が電話会議システムでの手続参加が認められるという制約がある。すべての裁判所に最新のテレビ会議システムをはじめとする IT 技術を導入すれば、両当事者が電話ないしテレビ会議システムで参加するということも実現可能なはずである。テレビ会議システムであれば、3 地点を結んで、面談しているのに近い状態で、口頭協議を行うことも可能である。また、文書の交換も、原則として電子データによるべきこととすれば、より手続を効率化できる。この点は、紛争の国際化に伴って、必要性が高まる可能性がある。電子的に情報を交換しつつ、物理的に同じ場所にいなくてもできる手続は、期日への参加(出頭)は必ずしも管轄裁判所への物理的な出頭を伴わなくてよいとする方向への改革と結びつく。現代社会において、IT 技術の急速な発達により、人間のコミュニケーションの方法が大きく変化している。日本の裁判所は、そういった技術革新から取り残されてガラパゴス化する傾向にあるが、一般社会における変化に対応した手続となるよう改善する必要がある²⁴⁸。

また、将来的には、当事者や代理人弁護士に盲聾者が含まれる場合に、盲聾者のハンディが軽減されるような手続的配慮が検討されるべきであろう。例えば、聾者が含まれる場合には、音声によるコミュニケーションを同時に文書化する技術を導入することなどが検討されるべきであるし、盲者の場合には、文書を音声化する手続を必須とするなど、裁判に最先端の電子機器を導入して、当事者の属性に合わせた手続を可能にする方向に改善してゆくべきである。また、当事者の使用言語が多言語に亘る場合の通訳・翻訳についても、電子機器による音声及び文書による通訳・翻訳を導入することが検討されるべきであろう。

2 弁論主義第 1 原則の再評価とその修正

弁論主義第 1 原則は、裁判所は当事者によって主張されていない主要事実を判決の基礎とすることができないという原則である。この原則は、当事者が申し出た証拠からある主要事実が認定できるが当事者がこれを主張していない場合、裁判所はこれを認定してはならない、という意味を伴う。

第 2 章で論じたとおり、この原則は、アドヴァーサリ・システムにはないものであり、弁論主義独自の内容である。そして、それは、主張レベルにおける当事者支配を意味する。

²⁴⁸ 笠原毅彦「民事裁判の IT 化」小島武司古稀(続)『権利実効化のための法政策と司法改革』961 頁、991 頁(商事法務、2009)。なお、裁判手続の IT 化については、平成 24 年の閣議決定で設置された日本経済再生本部において「裁判手続等の IT 化検討会」が平成 29 年 10 月から始動して検討を開始している。首相官邸「裁判手続等の IT 化検討会」(<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/saiban/index.html>、2018 年 1 月 3 日最終閲覧)。

弁論主義第1原則の存在により、訴訟資料と証拠資料の峻別が意味をなすものとなり、主張レベルでの争点整理が可能となる結果、より効率的かつ迅速な事実解明が期待でき、不意打ちの危険を防止できる。

しかし、この原則をあまりに厳格に適用して審理を硬直化させるのは望ましくない。上記趣旨に反しない限り、原則の修正ないし例外を認めるべきではないだろうか。なぜなら、証拠から認定できる事実については、裁判所がその事実を告知し当事者に攻撃防禦を促すことによって不意打ちは防止でき、当事者が申し出た証拠に基づく事実の認定であれば、私的自治を害することはないと見ることもできるからである。また、弁論主義は裁判所と当事者との役割分担を規律するものであって、当事者のいずれかが主張した事実であれば裁判所はこれを判決の資料とすることができる（主張共通）という以上、主張責任を負う当事者の意思の尊重の積極的意味はないといえる。

そこで、当事者が申し出た証拠から認定できる主要事実については、当事者が弁論において黙示の主張をしたものと推定するものとして、弁論主義第1原則を修正することを提案したい。このように修正することで、当事者が本人尋問で当該事実を陳述した場合などに一般市民の感覚とずれのない、妥当な結論を導くことができる。この修正は、裁判所からの釈明によって防禦の機会を十分に与えられること（釈明義務）を前提とし、釈明によって当事者が主張を追加することで解決できる場合が多いと思われるが、本人訴訟において、当事者が裁判所からの釈明を受ける前に期日に出頭しなくなってしまった場合や、当事者が法的意味をよく理解できず、裁判所から釈明されても沈黙してしまう場合に、適切な運用をすることが容易になる²⁴⁹。

なお、証拠上認定できる事実について、両当事者が、その事実を主張しないことを明示的に表示した場合は、裁判所は、当事者の明示の意思（当該事実を訴訟資料としない）に従わなければならない。推定は当事者が明示的にこれを否定すれば推定は覆り、当事者の意思が尊重されなければならないからである。

3 弁論主義第2原則の再評価とその修正—自白と争点整理

日本では、裁判上の自白がなされた場合、単に証明責任が免除される（民訴法179条・証明不要効）のみならず、裁判所は、同事実について異なった認定をすることが許されない（弁論主義第2原則・審判排除効）。証明不要効のみならず、審判排除効を認めることには、主張レベルでの当事者支配を求め、手続の糾問化を避ける意味がある。

従来、裁判上の自白の効力については、弁論主義から審判排除効が導かれ、そこから不

²⁴⁹ 最判昭和33年7月8日民集12巻11号1740頁は、当事者本人が契約を締結したと主張された事案で、証拠調べの結果代理人によって契約が締結されたと認定することは弁論主義に反しない、とした。この判例は、弁論主義第1原則との関係を論理的に説明することが困難と言われてきたが、証拠から認定できる事実については、証拠提出により黙示的に主張されたものと推定して弁論主義第1原則を修正するものと解することにより、論理的に説明することが可能になる。ただし、釈明義務違反の問題は残る。

可撤回効が生じ、さらに証明不要効が生じる、と説明されるのが一般的だった²⁵⁰。しかし、論理的には必ずしもこのような順序で3つの効力が導かれる必然性はない。証明不要効は、私的自治の原則とも結びつくが、裁判所ないし当事者の負担軽減という意味が大きいと考えられ、弁論主義を採らない米国民事訴訟においては、自白の効力はすなわち証明不要効である。米国民事訴訟との比較からは、裁判上の自白の最も基本的・普遍的な効果は、証明不要効であると考えられ、審判排除効は、主張レベルの当事者支配を求める弁論主義の独自の効果であるというべきである。間接事実や補助事実の自白や権利自白について、弁論主義が及ばないため審判排除効は認められないが、証明不要効を認める実務上の必要性が認識されているが、証明不要効は弁論主義の支配しない世界にも妥当する普遍的な効果であると考えれば、このことを論理的にもすっきりと説明できる。

裁判上の自白に当事者拘束力（不可撤回効）が認められる根拠については、争いがあるが、主として、裁判上の自白に証明不要効と審判排除効が認められる結果、これに対する相手方当事者の信頼を保護するものであると解される²⁵¹。そして、裁判上の自白の撤回要件については、通説的な考え方では、前記撤回禁止の趣旨から、①相手方当事者が撤回に同意した場合、②自白が第三者の刑事上罰すべき行為によって惹起された場合、③自白された事実が真実に反しかつ自白は錯誤に基づいたものであることを自白者が立証した場合であるとされる。その結果、裁判上の自白が成立した場合には、基本的に、証明責任が転換されたと同様の結果になる²⁵²。

これに対し、米国の民事訴訟では、プリーディングの段階で自白（自己に不利益な相手方の主張を認めること）しても、他の主張と同様、比較的簡単に撤回・変更が可能で、ディスカヴァリ的一种である自白の要請に対して自白した場合にも、一応の拘束力があるものの、正しい実体判断をなすのに撤回が有用であると認められれば比較的容易に撤回が認められる（FRCP 36 (b)）²⁵³。自白そのものの拘束力というより、トライアル前協議によって確定した争点についての拘束力が強く及ぶと考えられる。米国民事訴訟では、主張レベルの当事者支配は弱く、証拠について当事者支配が及んでいれば、証拠から認定できる事実については、真実発見を優先させる傾向がある。

米国の民事訴訟手続（とくにプリーディングの制度）から得られる示唆として、争点整理が完了する前は、自白の撤回も主張の訂正として柔軟に許容し、争点整理が終了して集中証拠調べに入った後の自白の撤回は原則として認めない（前記3要件のいずれかを満たす必要がある）という解釈が可能ではないかと思われる²⁵⁴。

²⁵⁰ 高橋・前掲注3) 476頁。

²⁵¹ 高橋・前掲注3) 476頁、伊藤・前掲注3) 353頁。

²⁵² 伊藤・前掲注3) 352-354頁、藤田広美『講義 民事訴訟（第3版）』45頁（東京大学出版会、2013）。

²⁵³ FRIEDENTHAL ET AL., *supra* note 12, at 411.

²⁵⁴ 高橋宏志ほか「座談会 21世紀の民事訴訟の構想」判例タイムズ1063号4頁、22頁〔三木浩一発言〕（2001）、宇野聡「裁判上の自白の不可撤回性について」鈴木古稀・前掲

これに関連して、近時、上述の口頭協議の試みと相俟って、「フリートーキング」「ノン・コミットメントルール」が議論されている。福岡地方裁判所では、争点整理手続における対論の活発化を図るために、「口頭協議中の暫定的発言は撤回可能とする」というルールを設定しているとの報告がある²⁵⁵。

不可撤回効は、基本的に、証明不要効及び審判排除効を前提とした相手方当事者の信頼保護であると解されるところ、争点整理手続が終了するまでは証明不要効・審判排除効は確定的しないというルールが確立されれば、当事者は安易に証拠を処分したりしないはずであるから信頼を害されることもない。争点整理過程における対論・口頭協議の活発化を図るためには、争点整理中の自白の拘束力を弱めることは有用であろうと思われ、論理的にもこれは可能であると考えらる。

4 主張自体失当の棄却申立制度 (Motion to Dismiss)

裁判所は、当事者の主張しない主要事実を判決の基礎とすることはできない(弁論主義第1原則)。弁論主義第1原則を「主張責任」と呼ぶこともあるが、弁論主義は、裁判所と当事者の権限分配のルールであるから、ある事実をいずれの当事者も主張しなかった場合に一方当事者が負う敗訴の危険という意味の主張責任は弁論主義第1原則と同義ではない。

訴訟開始に当たり、原告は、訴状において、当事者及び訴訟物を特定しなければならない(民訴法133条2項、規則53条1項)。訴訟物が特定されない訴状は、必要的記載事項を欠くものとして、訴状却下される(民訴法137条2項)。そして、請求を理由づける事実(請求原因事実)は、原告が主張しなければならず、請求を理由づける事実の一つでも主張されない場合は、立証を待つまでもなく、主張自体失当として請求が棄却されるのが本来の姿である。しかし、日本では、その意味での棄却申立(motion to dismiss)は存在せず、このような場合に、反対当事者が、証拠調べをせずに直ちに請求棄却判決を求める権利は訴訟法上明示されていない。弁論主義第1原則のコロラリーないし審理段階の表現として、「裁判所は当事者が主張しない事実について証拠調べをしてはならない」という原則を観念できるとの議論があるが、実務ではそのように扱われていない²⁵⁶。筆者は、ごく最近も、被告訴訟代理人として担当した事件でそのような実務を経験した。その事件は、不当利得返還請求権としての金銭支払請求権を訴訟物とする訴訟だったが、原告は「法律上の原因がないこと」を主張しなかった。原告の主張事実は贈与その他の契約に基づいて金銭を交付したとの主張としか理解できず、しかも、その契約の取消しや錯誤無効の主張もしなかった。本人訴訟ではなく、弁護士が代理人として就いており、この点について被告側から準備書面で不当利得返還請求権における要件事実が何であるかも含めて十分

注156) 433頁、458頁、高橋・前掲注3) 481頁、出口雅久「弁論準備手続における自白の取扱い」松本博之古稀『民事手続法制の展開と手続原則』297頁、298-299頁、303頁(弘文堂、2016)

²⁵⁵ 船所・前掲注241) 65頁。

²⁵⁶ 山本克己・前掲注3) 171頁。

に主張し、裁判官から原告代理人に対し主張を補充するように促され、主張の訂正追加の機会が十分与えられたにもかかわらず、本質的な主張の変更や追加はなされなかった。そのため、筆者及び相代理人は、裁判所に対し、原告の主張は請求原因事実の主張を欠いているから証拠調べをしないで口頭弁論を終結し棄却判決をされたいと弁論した。しかし、被告代理人は、原告本人の尋問を申し出、裁判官は、「被告代理人の主張の趣旨は分かりますが、念のために原告本人尋問だけはやります」と言って原告本人尋問を行った。その結果、やはり「法律上の原因がないこと」は認定できず、請求棄却の判決が出された。

本来の意味の主張責任は、それを尽くさない場合に、立証を許されずに敗訴するという制度があつて初めて意味をなす。日本の現在の民事訴訟では、原告に訴訟物を特定する事実の主張責任があるといえる（民訴法 137 条）が、上述のような主張自体失当の場合に、証拠調べに入らないで請求棄却を求めることができる制度がない限り、立証責任と離れて主張責任（狭義）を独自に観念する意味は乏しい。民事訴訟規則 53 条 1 項の趣旨を敷衍して、「原告が弁論準備手続終了までに請求を理由づける事実を不足なく主張しないとき、被告は、直ちに弁論を終結して、請求を棄却するよう求めることができる。」という趣旨の立法をするべきではないだろうか。現在でも、裁判所が「判決をするに熟した」と判断すれば、人証調べをせずに請求棄却判決をすることは可能であり、弁論主義第 1 原則の趣旨を厳しく捉えれば、そうするべきであると考えられる。しかし、上述のとおり、裁判官は、上訴において審理不尽と言われることを恐れるからか、あるいは当事者の納得を重視するからか、当事者尋問も行わずに口頭弁論を打ち切ることはめったになされない。

これに対し、米国民事訴訟では、プリーディングには告知機能のみが期待される結果、従前は、主張責任が果たされないことを理由に訴えが却下（棄却）されることは極端な場合以外あまりなかった。しかし、近時、開示手続の濫用を防止する意味で、プリーディングは「主張者が救済を受ける権利を有する（the pleader is entitled to relief）」ことを「もっともらしい（plausible）」といえる程度まで主張する必要があるとされ、主張責任が果たされていないとして開示手続前に訴えが棄却（却下）される判例が出てきた（トウオンブリ事件、イクバル事件）²⁵⁷。

日本では、米国のような強力な開示手続がないので、その濫用防止を考える必要もないが、原告の主張がすべて事実だとしても請求が認められない場合（主張自体失当）、被告に訴訟から早期に開放される権利を認めるべく、米国の棄却申立（motion to dismiss）に相当する申立てを新設するべきであると考ええる。

5 主張責任の内容と範囲—日本民事訴訟の審理構造の優位性

(1) 主張責任の内容

米国民事訴訟は、FRCP がノーティス・プリーディングを採ったことから、主張責任は立証責任と区別され、原告は訴状において主張すべき内容は、「原告が救済を受ける権利を有することを示す請求の簡潔かつ平易な記述（a short and plain statement of the

²⁵⁷ *Twombly*, 550 U.S. 544, *Iqbal*, 556 U.S. 662.

claim showing that the pleader is entitled to relief)」(FRCP 8(a)(2))を主張すればよいこととなった。しかも、FRCP 制定以降の現在の米国民事訴訟では、紛争全体を審判の対象と考え、当事者の申立てや主張に関わらず、裁判所が証拠から紛争解決に妥当と考える法的構成 (legal theory) を選択して、例えば当事者が契約責任に基づく救済を求めた場合でも不法行為を理由に勝訴判決を出すことができるとされ、一部請求が認められず、当事者の請求額に関わらず、紛争全体を一回で解決すべきものとされている²⁵⁸。

(2) 審判の対象 (訴訟物) と争点形成の方法

日本の民事訴訟においても、審判の対象を紛争全体と考える説があるが、米国民事訴訟に倣って、原告は、請求を理由づける事実 (請求原因事実) の主張責任を負わず、訴状では歴史的事実としての紛争を特定できればよいとするべきだろうか。

筆者は、日本の民事訴訟が現在採る方法が優れていると考える。すなわち、審判対象たる訴訟物は特定の実体法上の権利であり、原告は、訴え提起時に、訴状において当該訴訟物を特定する必要がある (民訴法 133 条 2 項 2 号、民訴規則 53 条 1 項) かつ、速やかに請求を理由づける事実、すなわち、訴訟物の発生原因事実たる主要事実の主張責任を負う。これにより、日本の民事訴訟は、効率的かつ適切な訴訟の実現に成功していると考えられる。

米国民事訴訟のようにプリーディング (主張) の機能を告知機能だけにし、開示手続を通じて情報と証拠を当事者間で共有して紛争全体を解明する方法を採ると、どうしても開示制度の利用を広く認めることになってしまい、不必要に相手方に負担を課したり、情報漏えいの危険に晒したりすることになってしまう。訴訟が、相手方の情報や秘密を探る目的に利用されないように、開示制度の利用に一定の歯止めをかける必要があることは当然のことであり、その意味で、米国の判例が揺れているのは理解に難くない。

また、現代社会における紛争は、複数の紛争が複雑に絡み合っている場合がしばしばあり、その全体を一度の手続で解決しようとするのに無理がある場合がある。米国民事訴訟のように、紛争全体を審判の対象と考え、当事者の請求に関わらず、紛争全体を一回で解決すべきものとする方法は、比較的単純な事案では、紛争の一回的解決に資するであろう。しかし、いくつかの権利義務関係が複雑に絡み合った紛争においては、徒に一つの訴訟の審判対象が拡大・複雑化して、解決が困難になる場合があると考えられる²⁵⁹。

これに対し、日本の民事訴訟手続では、処分権主義が徹底され、審判対象たる実体法上の権利 (訴訟物) は当事者が選択して提示し、審判の対象はそこに限られる。当事者の選択により、一定の範囲で、複数の権利を同一の訴訟手続の中で審理することを求めること (訴えの客観的併合) ができるが、申立てていない請求を関連する紛争であるという理由で自動的に審理の範囲に取り込まれることはない。判断の資料たる事実についても、弁論主義第 1 原則により、関連する事実が証拠から見えたとしても、当事者が審理の対象とす

²⁵⁸ FRCP 54(c)。

²⁵⁹ いずれにせよ、1938 年に FRCP が制定されてからわずか 80 年しか経過しておらず、制度は未だ変動期にあるのかもしれない。

る事実から外せば、裁判所はこれをしん酌しない。この方式は、技術的ではあるが、一回の訴訟における審判の対象を当事者のコントロールのもとで限定することで、訴訟が複雑化することを避けて、効率的に紛争を解決することができる。日本では、法科大学院教育や司法修習によって比較的少数の法曹の質を一定のレベルに保つことに成功していることと相俟って、米国におけるような制度に対する批判は少なく、成功裏に機能していると評価できる。

このように米国連邦民事訴訟手続を現在の日本の民事訴訟手続と比較すると、複雑な紛争を効率的に解決し、被告に過度な負担を課したり情報漏えいの危険に晒したりすることを避ける意味で、全体として、日本の審理構造のほうがより洗練されており、優れていると考えられる。

第7 小括

コモンロー民事訴訟のプリーディング（主張）は、長い歴史の中で変遷してきた。英国で発展したコモンロー・プリーディングは、当初口頭で公開の法廷において行われたが、16世紀には書面主義に変わった。また、コモンロー民事訴訟は、トライアルとプリトライアルの二段階に分ける伝統があり、ディスカヴァリは1983年にFRCPが制定されてから発達した手続であり、伝統的には、トライアルとプリーディング、という二段階構造だった。

コモンローの民事訴訟には、訴訟の中から民事実体法が生成されるという独特の訴訟と実体法との関係があり、コモンロー・プリーディングは、厳格な訴訟形式に縛られていた。社会の変化に伴い、旧来の訴訟形式が紛争実態に沿わなくなり、紛争の実情に即して民事訴訟を利用しやすくする目的から、コード（ファクト）・プリーディングが生まれた。このときの訴状記載事項であった訴訟原因（cause of action）は、大陸法にいう請求を理由づける事実（請求原因 klagegrund）とほぼ同じであると考えられるが、英米において、この方法が定着することはなかった。その理由は、コモンロー（実体法）は、すなわち判例であり、実体法は訴訟と不可分の関係にあったこと、エクイティ訴訟の判決は法と扱われなかったこと、コモンロー訴訟とエクイティ訴訟の区別をなくして統一したうえでその両者に共通のものとしての訴訟原因ないし主要事実という概念は、理解しがたく、それまでのコモンロー法学と矛盾することなく皆が納得する共通理解に至ることができなかったことなどが考えられる。また、訴訟の目的を平和を乱す紛争の解決と捉え、まず事実を解明することから始め、事実の中から法を発見するという、コモンローの伝統的訴訟観が大きく影響していると思われる。

結局、米国民事訴訟では、日本のような要件事実論は発達せず、FRCPにおいて、ノーティス・プリーディングを採用し、プリーディングには裁判所及び相手方当事者に対する告知機能のみが期待されることになった。その結果、従前プリーディングに与えられてい

た争点形成機能は、開示手続（ディスクロージャー及びディスカヴァリ）とトライアル前協議に委ねられることになった。従って、米国連邦民事訴訟において、原告の主張責任はあまり大きなものではなく、従来は、訴状の記載が十分ではないとして却下されるのは、「請求を理由づける事実を如何にしても証明することができないことが疑いを容れる余地もなく明白である」ときに限るとされていた（コンレイ事件判決）。

しかし、2000年代になって、判例の揺れ動きが見られ、コンレイ事件の基準とは明らかに異なる基準により、訴えを却下（棄却）するものが出てきた。新たな基準は、「もっともらしい（plausible）」と認められる程度に事実を主張する必要があるというものである（トウォンブリ事件、イクバル事件）。これにより、最高裁は、相手方の負担が大きい開示手続に入る前に訴訟を終了させるべき事件について、プリーディングに、これを選別し排除する機能を持たせることとしたと評価されている。

このような米国民事訴訟と比較して、日本の民事訴訟では、各訴訟物の要件事実（主要事実）につき裁判官と代理人弁護士との間で共通認識が形成されており、要件事実を中心とした主張の交換を通じて争点形成がなされている。すなわち、原告が、訴え提起時に、訴状において請求の趣旨及び原因を記載して訴訟物たる権利を特定する義務を負い（民訴法133条2項2号、民訴規則53条1項）、主要事実たる権利の発生原因事実について主張責任を負う。被告はこれに対して認否し、抗弁があれば主張し、原告がこれに対して、さらに認否反論する。平成8年の民訴法改正以降は、争点整理を目的とする準備手続が置かれ、その中で、裁判所と両当事者（代理人）が要件事実を中心に書証を対照しながら水平方向の対論・協議を行うことで争点及び証拠（書証）を整理し、それに続く集中証拠調べで人証調べを行う実務が確立した。この準備手続での争点整理は、裁判官の管理のもと、当事者が主張と書証を対照させて事案解明を行い争点形成を行うという米国民事訴訟のプリトライアルに実質的に近似しているといえることができる。

米国民事訴訟から得られる示唆として、争点整理段階の主張ないし弁論について、書面主義を採ることができないかとも考えられるが、日本の民事訴訟としては、口頭主義を維持しつつ、書面による準備を充実させるべきである。その背景には、大陸法には口頭主義から書面主義へ変化し、数百年の書面主義の歴史があった後に、市民革命の自由と民主の思想の訴訟への反映として口頭審理方式が導入された経緯がある。今日でも、口頭主義・直接主義・公開主義による対論が、当事者の審問権を最もよく保障し、迅速かつ適正な審理の実現に資すると評価されている。ただし、第1回口頭弁論期日の手続が「書面のとおり陳述します」と述べるだけで終了するなどの口頭主義の形骸化は問題意識として共有されており、その改善が望まれる。また、争点整理過程における対論・口頭協議を活性化させる試みが積極的になされている。

弁論主義第1原則（主張原則）は米国アドヴァーサリ・システムにはない弁論主義独自のものであるが、主張レベルの当事者支配を求めるものであり、効率的な事実解明と不意打ち防止に資するものである。弁論主義第1原則は、当事者が申し出た証拠から認定でき

る事実であっても、当事者がこれを主張しないときは裁判所は認定してはならない、という内容を伴う。これについては、「当事者が申し出た証拠から認定できる事実については、当事者が主張したものと推定する」という修正を加えるべきであると考え。当事者の申し出た証拠から認定される事実であれば、一応の当事者支配が認められる。そして、当事者本人尋問で現れた事実については、これを当事者が主張したものと扱うことが一般通常人の理解に合致し、本人訴訟などにおいて無理のない認定が可能になるからである。ただし、両当事者が明示的に主張しないことを明らかにした場合は、推定は覆るので、その当事者意思を尊重し、その事実を判決の基礎としてはならない。

弁論主義第2原則（自白の審判排除効）は、第1原則と同様主張レベルの当事者支配を求めるものであり、これにより、審理の糾問化を防止できる。裁判上の自白の効果について、従来、弁論主義に基づく審判排除効を中心として他の二つの効果（証明不要効と不可撤回効）が説明されてきた。しかし、弁論主義を採らない米国民事訴訟における自白の効果は証明不要効が中心であることから、証明不要効を裁判上の自白の普遍的効果として捉えることができるのではないか。自白の不可撤回効については、証明不要効と審判解除効から、相手方当事者の信頼を保護する趣旨であると解するが、争点整理過程における自白の拘束力を緩和し撤回可能とすることを提案する。そのようなルールが確立すれば相手方の信頼を害することもなく、より柔軟な当事者の訴訟活動を可能にし、対論の活性化を図ることができるからである。

弁論主義第1原則を徹底すれば、「当事者が主張しない事実について証拠調べをしてはならない」という原則が導き出せるはずであるが、現在の日本の民事訴訟には、原告が請求原因事実を不足なく主張しないこと（主張自体失当）を理由として、証拠調べをすることなく請求を棄却するよう求める制度（米国の *motion to dismiss*）は置かれていない。被告が理由のない訴訟から早期に解放される手段として、そのような申立てを新設すべきである。

日本の民事訴訟では、処分権主義が徹底され審判の対象たる権利を原告が選択して限定できることと判決の基礎となる訴訟資料についても弁論主義第1原則により当事者のコントロールが及ぶことから、審判の対象が当事者によってコントロールされ、拡大しすぎることのない、効率的で洗練された事実解明構造となっている。

第5章 争いのある事実の認定

—トリアル研究を中心に—

第1 はじめに

本章では、米国民事訴訟におけるトリアルに焦点を当てて、争いのある事実の認定のあり方について考察する。

弁論主義は、大陸法の民事訴訟において、事実の審理について当事者が裁判所をコントロールする原則である。米国民事訴訟における事案全体の解明は、現在プリトリアルが中心的な場となっているが、争いのある事実の認定は、本来、トリアルで行われることとされてきた。そこで、本章では、米国民事訴訟手続におけるトリアルの意義と位置付けを検討し、米国民事訴訟の特徴的な制度である陪審制について掘り下げて考察し、日米民事訴訟における事実認定のあり方を比較検討する。

第2 米国民事訴訟のトリアル

1 トリアルの意義と機能

米国民事訴訟第一審の手続は、プリトリアルとトリアルの2段階の手続に大きく分割されている。プリトリアルにおいては、当事者間でのプリーディングの交換、開示手続（disclosures and discovery）並びに裁判官を交えたトリアル前協議（pretrial conference）（FRCP 16）によって争点を絞り込み、トリアルでの立証計画を策定する。そして、トリアルでは、その立証計画に基づいて、事実上の争点についてのみ審理がなされる。

米国トリアルは、原則形態として陪審審理が予定されており（FRCP 38）、陪審は、他に職業を持つ一般市民を一定期間拘束して裁判の審理に当たらせるものであるから、トリアルの審理は集中的に行い、できるだけ短時間で終わらせる必要がある。また、素人の陪審員が判断できる程度に判断対象を単純化・明確化する必要がある。プリトリアルは、トリアルに進むまでもない事件をふるいにかける機能を持つとともに、トリアルに至る事件については、陪審審理を最も効率的なものとするための準備を行う手続であるといえる²⁶⁰。

例えば、訴状において救済を与えられるべき請求が十分に示されていない場合、トリアル前に被告から棄却申立て（motion to dismiss）がなされると、裁判所はこれに対して直ちに判断する（FRCP 12(b)(6)）²⁶¹。また、当事者の申立て又は裁判所の独自の判断に

²⁶⁰ 大村・前掲注 13) 66-67 頁。

²⁶¹ このような棄却申立ては、「motion to dismiss for failure to state a claim upon which

より、主要事実について真正の (*genuine*) 争いがないと認められた時には、事件は、サマリ・ジャッジメントにより終了する (FRCP 56(a)(f))。これらは、プリトリアル段階で行われる裁判所による判断であり、事実の真偽を審理する必要がないと判断して、トリアルに移行させないで事件を終了させるものである。なお、こういったトリアル前の判決によって事件が終了する場合のほか、プリーディングと開示手続によって、当事者間で一定の真相解明がなされ、トリアル前に和解が成立する場合も多い。これら、トリアルに至る前に解決する事件は全体の 9 割を超えると報告されている²⁶²。

そして、残りの 1 割未満の事件がトリアルに移行するわけであるが、それらについては、プリトリアルで、主張と証拠が整理され、トリアルでの審理の対象になる事実に関する争点が絞り込まれる。なお、法律上の争点について、裁判官は、当事者の申立て (*motion*) に応えて、トリアル前のみならず、トリアル中、トリアル後のあらゆる段階で判断する²⁶³。

トリアルでの審理、とくに陪審審理の対象は事実上の争点である。つまり、トリアルは、法を適用する前提としての事実について当事者間に真正の争いがある場合に、事実を証拠によって認定することに特化した手続であるといえる。

2 トリアルにおける手続の流れ

トリアルは、公開の法廷で、直接主義、口頭主義、集中審理の方式で行われる²⁶⁴。すなわち、事実認定者の面前で、書面ではなく口頭で弁論及び証拠提出を行い、一旦トリアルが開始されたら終了まで連日審理を続行する方法で、審理が行われる。この方式は、陪審ではなく裁判官による審理の場合も同様に採用されるが、陪審審理の場合にその必要性が高い²⁶⁵。

陪審審理がなされる場合、多数の住民の中から選抜手続を経て選ばれた陪審員 (連邦裁判所では、最低 6 人、12 人以下とされている。FRCP 48) が陪審を構成する。

トリアルでは、最初に、裁判官から陪審に対して一般的な説示 (*instruction, charge*) がなされる。丁寧に、分かりやすい言葉で、陪審の任務、これから始まる事件の概要と争点、証明責任、争点を判断するについてどのように判断すべきか (法律上の意味) などの説明がなされる²⁶⁶。

relief can be granted」と呼ばれる。州によっては *demurrer* と呼ばれることもある。日本の民事訴訟における主張自体失当にあたる。HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 202-203.
²⁶² ロバート・G・ボーン (大村雅彦訳) 「アメリカの民事訴訟における和解—訴訟法及び裁判所の役割」大村＝三木編・前掲注 124) 89 頁、92 頁。なお、溜箭・前掲注 13) 英米民事訴訟法 83 頁。

²⁶³ HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 429.

²⁶⁴ 浅香・前掲注 13) 116 頁。

²⁶⁵ 浅香・前掲注 13) 116 頁。

²⁶⁶ 1A NY PJI3d 1:1, at 3 (2017). なお、筆者が 2015 年 9 月にワシントン D.C. の裁判所のトリアルを見学した際、陪審に対する最初のインストラクションを傍聴人として聞いたが、裁判官は、ゆっくりわかりやすい発音で、平易な英語を使って説明し、英語の聞き

その後、双方当事者（代理人が就任している場合は代理人弁護士）の冒頭陳述（opening statement）がなされ、ついで争点について原告側の立証、被告側の立証と続く。証人は、法廷で、代理人弁護士の主尋問及び反対当事者の代理人弁護士の反対尋問を受けて、その答えを陳述する。写真や有体物など現物を目で見ることに意味のあるものは、法廷で展示され、あるいはスクリーンに写しだされ、契約書などの文書は、内容が読み上げられるが、通常、その文書の作成者や成立の真正を証明するために証人尋問がなされる。立証はすべて法廷で行われ、証拠は、陪審員が陪審員席に座って、受動的に見聞きして理解できるような方法で提示され、陪審用の手元資料としてコピーなどが配付されることはない。陪審員がノートを取ることは、近時は許される法域が出てきたが、伝統的には許されず、基本的に、次々に提示される証拠からその場で心証を形成し、記憶して判断すべきものとされてきた²⁶⁷。なお、物的証拠（文書、展示証拠、実物証拠）については、陪審の評議の際に陪審室に持ち込んで再び見ることが許される。双方の立証が終了した後に、両当事者の最終弁論（closing arguments）がそれぞれ行われる²⁶⁸。

最終弁論の後、裁判官から陪審に対し、適用されるべき法、その法によればどのような事実が認定されればどのような結論が導き出されるかなどの説示がなされる。この説示の内容につき、両当事者（代理人弁護士）は、事前に要望を提出することができる（FRCP 52(a)(b)）。

その後、陪審は別室に移って評議し、結論を出す。原則として6人以上で構成する陪審の全員一致で評決を出さなければならない（FRCP 46(b)）。評決を出した陪審は法廷に戻り、陪審長が署名した評決書を裁判所に提出し、書記官又は裁判官がこれを法廷で読み上げる。裁判所書記官は、陪審の評決に基づいて判決書を作成し登録する（FRCP 58(b)）。この判決書には、当事者の主張、事実認定、法律上の結論などは含まれず、日本の判決の主文に該当する結論のみが記載される（FRCP 54(a)）²⁶⁹。陪審が、当事者の求めに応じて争点毎の特別評決や理由付評決を出した場合は、判決の形式は裁判官が承認する特別のものとなる（FRCP 58(b)(2)(A)）。

当事者の両方が陪審審理を要求しない場合又は当該訴訟がコモンロー上の権利に関する訴訟ではなく当事者が陪審審理の権利を有しないと判断される場合、陪審の代わりに裁判官が事実を認定する（FRCP 39）。裁判官は自ら法を理解しているので、説示の手続はないが、その他の手続は、陪審による審理と変わりはない。この場合、事実認定や法律上の結論は判決書とは別の文書で示され、証拠調べの後の裁判記録又は裁判所のメモランダムや意見書の形式で示せばよいとされる（FRCP 52(a)(1)、同 58）²⁷⁰。

このことは、陪審審理の有無にかかわらず、米国民事訴訟において事実認定や法律上の

取りにやや不安のある外国人（筆者）でも十分に理解できるものであった。

²⁶⁷ 浅香・前掲注 13) 117-118 頁。

²⁶⁸ モリソン・フォースター・前掲注 13) 152 頁。

²⁶⁹ モリソン・フォースター・前掲注 13) 161 頁。

²⁷⁰ モリソン・フォースター・前掲注 13) 161 頁。

結論自体は、上訴の対象にならないことを示している。

第3 米国民事訴訟の証拠法

1 米国証拠法の全体像

米国では、民事訴訟と刑事訴訟に共通するルールとして証拠法 (Law of Evidence) がある。連邦規則においても、証拠に関するルールは連邦民事訴訟規則 (FECP) には規定されず、連邦証拠規則 (FRE) に規定されている。

証明に関するルールは、立証責任、立証責任の分配、証明度など、日本の民事訴訟と同様の枠組みで議論されているが、その内容は日本の民事訴訟法と異なるものがある。これに対し、証拠に関するルールは、日本の民事訴訟ではあらゆる証拠について証拠能力を認めるのを原則とするのに対し、米国では、民事訴訟でも、証拠能力ないし許容性 (admissibility of evidence) が問題になり、証拠として事実認定者に示すことが許される証拠と許されない証拠について詳細なルールがある点で大きく異なっている。

米国の証拠法上のルールは、陪審制を前提とし、素人による事実認定に偏見や誤謬が入り込むことを防ぎ、誤判を防止するための様々な工夫が含まれている。日本の民事訴訟におけるルールとの違いは、(すべてではないが) 陪審制の有無によるところが大きいといえる。

ここでは、FRE の規定を手掛かりに、以下、証明に関するルールと証拠に関するルールについて概説する。

2 証明に関するルール

(1) 立証責任 (Burden of Proof)

米国民事訴訟における立証責任 (burden of proof) は、①証拠提出責任 (burden of production of evidence) と②説得責任 (burden of persuasion) の二つの概念に分けて説明され理解されている。

証拠提出責任とは、トライアルにおける審理を続行する (陪審審理を受ける) ために立証責任を負う者が果たすべき責任である。争いのある主要事実について、立証責任を負う当事者は、十分な (sufficient) 証拠を提出する義務がある。それができない場合は、当事者はトライアルを維持できない。すなわち、一方当事者が証明責任を負う主要事実について十分な証拠を提出できないことがディスカヴァリ終了時に明らかになった場合は、裁判所は、申立て又は職権によりサマリ・ジャッジメントを出すことができる (FRCP 56)²⁷¹。トライアルが始まった後、同様のことが判明した場合には、裁判所は、申立て又は職権により、法律問題としての判決 (judgment as a matter of law、FRCP 50) によって訴訟を

²⁷¹ GLANNON, CIVIL PROCEDURE (EXAMPLES & EXPLANATIONS), *supra* note 12 at 477-93.

終了させることができる²⁷²。すなわち、証拠提出責任とは、相手方の反証以前に十分な証拠が提出できない場合にその当事者が負担する敗訴の危険のことである。

これに対し、説得責任とは、事実認定者が、ある争点について、双方の証拠を勘案して、真偽不明との心証を抱いた場合に、一方当事者が負担する危険ないし不利益をいう。当事者双方が主張立証を尽くしたが、事実認定者にとってなお真偽不明の場合に、どのように決定すべきかを示す基準が説得責任であり、大陸法における証明責任とほぼ同義である。

(2) 証明度 (Standard of Proof)

では、事実認定者にどの程度の心証を得させれば説得責任を果たせたとと言えるのだろうか。言い換えると、事実認定者は、事実の証明について、どの程度の確信を得たときに、事実の存在を認定できるのだろうか。これは、証明度 (standard of proof) の問題と呼ばれている。英米法では、刑事訴訟における証明度は、「合理的な疑いを超える (容れない) 証明 (proof beyond a reasonable doubt)」が求められるのに対し、民事訴訟においては、原則として、「証拠の優越による証明 (proof by a preponderance of evidence)」とされている。なお、詐欺事案など一定類型の訴訟では、例外的に「明白かつ説得的な証拠による証明 (proof by clear and convincing evidence)」が求められる²⁷³。このように、英米法では、証明度は、その重みによって、「証拠の優越」、「明白かつ説得的な証拠」「合理的な疑いを容れない (超える)」の三段階に分けて認識されている²⁷⁴。

では、「証拠の優越」とは具体的にどの程度の証明のことを言うのだろうか。ニューヨーク州の陪審説示例集によれば、「証拠の優越とは、証拠のうちより大きい部分 (the greater part of such evidence) をいう。それは、証人の数が多いとかどちらの証言により多くの時間を使ったかといったことではなく、証拠の質を問題としている。すなわち、証拠の説得力、重み、そして心証にもたらす影響力のことを言っている。」とし、証明責任が原告にあることを前提として、原告の請求が認められるためには、「(原告の) 請求を支持する証拠が、反対証拠と比べて、より実際に起きたことに近いものを示していると感じられる必要がある。もし、そのように感じられないとき、あるいは、両者の証拠の重みが全く等しく思われるときは、いずれの側にも優越があるとはいえず、その時には、当該問題は、被告有利と判断しなければならない。原告の請求に有利に働く証拠が反対証拠の重みを上回るときに初めて、原告に有利に判断することができる。」と説明されている²⁷⁵。

(3) 証明責任の分配 (Allocation of Burdens of Proof)

実際の裁判において、証拠から真偽が判断できない場合も多い。そのような場合、どちらの当事者が証明責任 (特に説得責任) を負うかが、決定的な意味を持つことになる。

証明責任の分配については、全てをカバーできるアプリアリなルールがあるわけではな

²⁷² GLANNON, CIVIL PROCEDURE (EXAMPLES & EXPLANATIONS), *supra* note 12 at 495-515; HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 461.

²⁷³ HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 441.

²⁷⁴ クラームント・前掲注 124) 147-149 頁。

²⁷⁵ NY PJI 1:23.

いとされる。また、日本の通説と異なり、主張責任と立証責任は微妙に違うと考えられている。主張責任も立証責任も、公正さ、便宜、政策的考慮の下で実践的に定められているが、主張段階と立証段階ではその考慮要素が若干異なると考えられている。例えば、契約責任を問う事件で、債務者たる被告が契約責任を履行しなかった事実は、原告が主張責任を負うが、証明責任については、被告が義務を履行したことについての証明責任を負うと考えられている²⁷⁶。

証明責任の分配の基準については、伝統的に、当該争点たる事実に関する情報や証拠に近い当事者に証明責任が認められるべきと考えられてきた。しかし、証拠へのアクセスの良さは、開示手続が発達した現在ではあまり重要な意味がなくなった。また、より政策的な理由から、情報・証拠へのアクセスとは一致しない証明責任の分配も認められている。政策的な考慮の一つに、望ましくない訴訟を提起しにくくするというものがある。例えば、名誉棄損訴訟の被告は、かつては、免責を得るために、問題の言辞が真実であることを証明しなければならないとされていたが、近時の合衆国憲法第1修正の解釈では、公共の利益に関する問題についてのニュースメディアの中での発言は、原告がその虚偽であることを証明しなければならないとされる。

(4) レス・イプサ・ロキトゥール (Res Ipsa Loquitur)

証明責任の分配に関連して、コモンロー上の興味深い概念がある。不法行為訴訟における「レス・イプサ・ロキトゥール (res ipsa loquitur)」と呼ばれるルールである。レス・イプサ・ロキトゥールとはラテン語であり、直訳すると「その事自身が語る (The thing speaks for itself.)」という意味である。この法理を明示した先例的な判例の事案は、*Byrne v. Boodle*, 159 Eng. Rep. 299 (1863) である。原告は、通りを歩いていたところ、通り沿いにあった店の2階から突然落ちてきた小麦樽が頭に当たって怪我をしたというものだった²⁷⁷。この事案で、原告は、怪我の原因となった樽がどのような理由で落ちてきたのか、被告(店の所有者)がそれについてどのような過失があったのかを具体的に主張立証することができなかった。しかし、裁判所は、このような場合に、原告の怪我の原因は店の2階から落ちてきた樽であることは明らかであり、それより他に原因がない以上、店の所有者に何等かの過失があることは明らかであるから、レス・イプサ・ロキトゥールの法理により、原告の請求は認められるとした。

その後の判例において、この法理を適用する要件は、概ね、①当該事故は通常誰かの過失なしで起こりえないものであること、②その過失は、原告や第三者ではなく被告によるものである蓋然性が高いことであると示された²⁷⁸。

なお、レス・イプサ・ロキトゥールの法理は、不法行為訴訟において、上記要件を満た

²⁷⁶ 小林・前掲注13) 227頁。

²⁷⁷ 樋口範雄『アメリカ不法行為法(第2版)』111頁(弘文堂、2014)。

²⁷⁸ *Scott v. London & St. Katherine Docks Co.*, 159 Eng. Rep. 665 (1865)など。樋口・前掲注276) 118頁。JOSEPH W. GLANNON, *THE LAW OF TORTS (EXAMPLES & EXPLANATIONS)*, 168-70 (5th ed. 2015)。

したときに、他に過失を認定できる証拠がなくても陪審が過失を認定してよいとするものであり、原告の証拠提出責任と説得責任の両方を補完するものとして働く。しかし、陪審は上記要件が満たされた場合に過失の認定ができるに止まり、必ずしも過失を認定する必要はないので、次に論ずる推定 (presumption) とは異なる²⁷⁹。

(5) 推定 (Presumption)

米国民訴における推定 (presumption) は、広義では、証明され又は自白された事実から、他の事実が導かれることを意味する²⁸⁰。より厳密には、推定とは、一定の事実が他の事実の証明となる効果を一律に認めるという定型化された実務のことをいう²⁸¹。推定が認められる場合は、その事実について証拠提出責任が転換される (FRE 301)²⁸²。

本来の推定とは似て非なるものに、反証を許さない推定 (conclusive presumption 又は irrebuttable presumption)、レス・イプサ・ロキトユール、そして推認 (inference) がある。反証を許さない推定は、日本の概念の「見做す」に近いもので、ある事実が認められれば別の事実が自動的に認められ、反証は許されない。これは、法的な効果として一定の事実の存在を証明を介さずに決めるものであるから、本質的に実体法上のルールであり、推定とは異なる概念である。また、レス・イプサ・ロキトユールは、過失の認定において原告の証明責任を軽減するものであるが、陪審は、反証がなくても、過失を認定しなくてもよいという点で、証明の効果を一律に認める推定とは異なるとされる。また、推認は、経験則と論理に基づいて事実を推し量る、状況証拠から主要事実の存在を認定するときの通常の方法であって、一定の事実の存在が、他の事実の証明になるという効果を一律に認めるものではない。また、推認においては、証明責任 (証拠提出責任を含む) は転換されない。推定の重要な効果は、その事実についての立証責任 (証拠提出責任) を転換することである。

3 証拠に関するルール

(1) 許容される証拠の種類

米国民事訴訟においてトライアルで提出できる証拠は、大きく分けて、供述証拠 (testimonial evidence) と非供述証拠 (non-testimonial evidence) に分けられる。供述証拠は、原則として証人 (witness) に対する尋問を行い証言 (testimony) という形でトライアルに顕出される。当事者本人の陳述も「証人」の「証言」として扱われる。文書は、後述する伝聞法則の例外として認められる場合に書証 (documentary evidence) として提出され、朗読されることによってトライアルに顕出される。実物証拠 (real evidence) や展示証拠 (demonstrative evidence) は、そのままトライアルで展示されて示される。

²⁷⁹ BOUN, *supra* note 12, at 727.

²⁸⁰ HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 466.

²⁸¹ BOUN, *supra* note 12, at 727.

²⁸² FRE 301 は、「証拠提出責任は相手方に移るが、説得責任は、移動しない。」と明示されている。しかし、この点については、米国学説上争いがある。小林・前掲注 13) 216-227 頁参照。

なお、米国民事訴訟では、証拠方法として検証は存在せず、当事者等が現場などを見聞調査した結果を文書等にまとめたものが、書証ないし展示証拠の形で提出されることになる。また、鑑定という証拠方法も存在せず、専門家による意見は、専門家証人（expert witness）の証言（testimony）という形で提出される。

(2) 関連性（Relevancy）と政策的な証拠排除（Exclusion）

法廷に持ち込まれる証拠は、当該事件との関連性（relevancy）がなければならない。証拠は、①ある事実について、その証拠がないよりあったほうが、存在の蓋然性が高まったり低まったりするという傾向があり、かつ②その事実が当該訴訟の帰趨に影響する場合、当該事件との関連性が認められる（FRE 401）。

関連性の認められる証拠は、憲法、法令、判例によって異なる決まりがない限り、原則として証拠能力が認められる（FRE 402）。

裁判所は、関連性のある証拠であっても、不公正な偏見、争点の混乱、陪審の誤解を招く、不要な遅延、時間の無駄、不必要に証拠を重ねることになる、といった危険が一つでも認められ、その重みが証拠価値を上回る場合、証拠から排除することができる（FRE 403）。

一定類型の証拠は、関連性の有無にかかわらず、政策上、証拠能力を否定されたり、制限されたりする。例えば、当事者や証人の人格・性格を立証する証拠は、一定の制限がある（FRE 404、同 405）。偏見を助長する危険性が高いからである。事件の後に取られた事故防止措置は、過失又は責められるべき行為、製品又はそのデザインの瑕疵、警告や指示の必要を立証する証拠としては許容されない（FRE 407）。これは、事故後に新たな事故防止の措置を採ることが躊躇されないようにするという政策目的による。同様に、和解の申出や交渉をしたことは原則として係争金額の適否を立証する証拠としては認められず（FRE 408）、医療費等を支払い又は支払を申し出たことは加害の事実の立証の証拠として許容されない（FRE 409）。いずれも、そのような行為は責任の有無にかかわらず躊躇されるべきではないからである。また、損害（責任）保険に加入しているかどうかは過失ないし違法行為の立証のための証拠としては許容されない（FRE 411）²⁸³。損害保険に入っているのだから責任を認めてもよいだろうという安易な事実認定を避けるためである。また、性暴力に関する民事事件では、被害者の性行動や性的遍歴を示す証拠は、被害者を害する危険性やいずれかの当事者への不当な偏見を生ずる危険性を考慮してもなおその証拠価値の重さから必要性が認められる場合にのみ証拠能力が認められる（FRE 412(a)、同(b)(2)）。この制限は、性暴力の被害者の二次被害を避けることに主な目的があ

²⁸³ トライアル前手続の初期開示（initial disclosure）において、判決による支払金をカバーする保険に加入している場合にその保険の契約書の開示が求められていること

（FRCP 26(a)(1)(A)(iv)）との関係に注目したい。保険契約は原則として証拠能力を否定されているのだから、初期開示で保険契約の開示を求められるのは、証拠の開示ではなく、最終的な回収を確保することや和解の際に考慮する資料としての情報の開示という性質を有することになる。

る²⁸⁴。

(3) 証人 (Witnesses) と証言 (Testimony)

通常の証人は、証言の対象となる事項について、自らの体験（見聞）によって得た知識を有することが相当な証拠によって示された時にのみ証言できる (FRE 602)。これに対して、専門家証人 (expert witness) は、知識や技能、経験などにおいて、専門性が認められる場合に、その専門家としての意見を述べることができる (FRE 702)。日本における鑑定人に該当する者が、米国では専門家証人として証言する。

証人は、証言する前に、真実を述べることを宣誓しなければならない。なお、かつて、宣誓は、神ないし宗教的な対象への信仰心に基づく誓い (oath) でなければならないとされていたが、現在は、宗教性のない約束 (affirmation) でもよいとされている (FRE 603)。

FRE には、証人の弾劾に関するルールが細かく定められているが、ここでは省略する。

(4) 伝聞 (Hearsay)

米国では、刑事訴訟と同様、民事訴訟においても、伝聞証拠排除の原則 (the rule against hearsay) が適用される。伝聞とは、陳述者が現に行われているトライアルで（自ら見聞したことを）証言するのではない供述で、その陳述された内容の真実であることを証明する証拠として提出されるものをいう (FRE 801(c))。供述を書面にしたものは、当該陳述者が法廷に出て陳述していないので原則として伝聞証拠である。ただし、法廷で証言する証人の、以前の不一致供述を記録した書面は、陳述者が、法廷で反対尋問を受けることになる場合は、前の不一致供述の内容も実質的に反対尋問によって検証されるので伝聞証拠とは扱われず、証拠能力を否定されない (FRE 801(d)(1))。相手方当事者の法廷外での自己に不利益な陳述（自白）も伝聞証拠ではないとされる (FRE 801(d)(2))。

伝聞証拠排除の原則は、反対尋問が不可能又は無意味な供述証拠は誤謬が入り込む危険性が高いため、関連性があっても原則として排除しようというものである。そのため、伝聞証拠であっても、特に信用性があると認められるものや証拠としての重要性の高い類型については、例外的に証拠能力が認められる。例外として認められる類型の一つは、陳述者が証人として出廷できない場合で一定の条件を満たすもの (declarant unavailable, FRE 804) であるが、陳述者の出廷可能性の有無にかかわらず、反対尋問を経なくても信用性が高いとされる一定類型の供述ないし文書が伝聞法則の例外として証拠能力を認められる。FRE には、ある出来事を目にしている間に又はその直後になしたその出来事について説明する陳述 (present sense impression, FRE 803(1))、とっさの出来事による興奮状態でなされたその出来事に関する陳述 (excited utterance, FRE 803(2))、一定の公文書 (public record, FRE 803(8)及び(9)) など合計 23 の類型が規定されている²⁸⁵。また、

²⁸⁴ 強姦被害者保護法 (rape shield law) と呼ばれる。

²⁸⁵ FRE の伝聞法則の例外規定は、日本の刑事訴訟法の規定 (刑訴法 321 条ないし 328 条) と類似しておりその趣旨は同じと考えられるが、陳述者のその時点での精神的、感情的又は身体的状態を述べた陳述 (then-existing mental, emotional or physical condition, FRE 803(3))、医師の診断や治療をうけるためになされた陳述 (statement made for

これら以外でも、信用性の状況保証があり、主要事実の立証のための証拠であって、その時点で提出者が合理的な努力によって得られる他の証拠を上回る証明力があり法の目的と正義にかなうと認められる場合は、伝聞法則の例外が認められる (FRE 807(1))。

(5) 成立の真正 (Authentication) と同一性 (Identity)

証拠を申し出る当事者 (立証者) は、その証拠が立証者が主張するとおりの証拠であることを示す十分な (sufficient) 証拠を提出する必要がある。すなわち、文書のある人の陳述内容として提出する場合には、その文書が真に作成者の意思に基づいて作成されたこと (authentication)、証人の場合はその証人の同一性を示す十分な証拠を併せて提出する必要がある。

(6) 最良証拠則 (Best Evidence Rule)

文書 (写真などを含む) を証拠として提出する場合は、原則として原本を提出することが求められる。これを最良証拠則 (best evidence rule) と呼ばれる。

なお、契約書が作成された場合に、当該契約書以外の証拠によって、契約書とは異なる契約内容を証明することを禁ずる法理があり、これを口頭証拠排除則 (parole evidence rule) という。このルールは、契約内容は契約書に集約されているとみなす実体法 (契約法) 上の法理であり、証拠法の領域ではないと理解されている²⁸⁶。最良証拠則とは似て異なるものである。

第4 陪審制

1 陪審の起源と歴史

陪審の起源については諸説ある。現在までの英国や米国における研究において比較的広く認められている内容は以下のとおりである。

10 世紀頃の古代英国では、刑事においても民事においても裁判における事実認定は、神判 (ordeal) や宣誓雪冤 (wage of law) によって行われていた。神判には数種の形式があったが、典型的には、熱鉄神判、熱湯神判、冷水神判があった。熱鉄神判とは、熱せられた鉄を被告人が 9 フィート以上運び、その手を繃帯で密封して三晩置いた後に繃帯を取り除く方法によるもので、もし手がきれいであれば無罪、もし鉄を持ったところに不健全なものがあれば有罪とされた。熱湯神判では、熱湯の中に手を突っ込んで石を取り出し、三日後に手を調べて有罪無罪が決められた。冷水神判では、被告人は両手を膝の下で縛られ、腰を縛られて吊り下げられ、冷水のなかに静かにおろされた。被告人が沈めば無罪、沈まずに浮かべば有罪とされた。神判は、大部分の事件において、被訴追者が無罪を立証

medical diagnosis or treatment, FRE 803(3)) など日本の刑事訴訟法には列挙されていない具体的な例外が詳細に規定されている。

²⁸⁶ 樋口範雄『アメリカ契約法 (第 2 版)』153-64 頁 (弘文堂、2008)、浅香・前掲注 13) 130 頁。

するための防禦方法として機能したが、まれに、訴追者が自己の訴追を立証するために自ら神判を受けることを申し出た場合があった²⁸⁷。宣誓雪冤による方法は、当事者が自分が無罪であること（民事では自分の言い分が正しいこと）を宣誓し、裁判所が定める人数の宣誓補助者を同行してその者たちに当事者の宣誓が正しいことを宣誓してもらう必要があった。宣誓補助者はしばしば特定の階級から、あるいは一定のリストに記載されている人の中から出すことが求められたため、評判の悪い人が宣誓補助者を獲得するのは困難である場合も多かった。宣誓雪冤の方法は、どちらかという民事事件において多く用いられ、金銭債務訴訟（debt）及び動産返還請求訴訟（detinue）における防禦方法として19世紀まで用いられた²⁸⁸。宣誓雪冤も、宣誓する（神に誓う）ことで、万一虚偽であったならば、神の怒りを買って神によって処罰される、と信じられており、その意味で神判の一種ということができた。

そして、ノルマン人が英国にもたらしたもう一つの事実認定方法として決闘（trial by battle）があった。民事事件では、当事者同士が決闘したのではなく、当事者から雇われた職業的闘士の間で決闘がなされた。決闘も、勝敗は神の意志によると考えられ、神判の一種と考えられていた。

これらの従来事実認定方法に代わるものとして、国王による糾問（inquisition）という制度が生まれた。糾問は、当初、ノルマン征服（Norman Conquest）によって英国を支配することになったノルマンディ公が用いた行政的手段であった²⁸⁹。ウィリアム征服王は、糾問手続によって、国土の全土地の地検を行い、1164年にドームズデイ・ブック（Domesday Book）として集成した。この国王による糾問の手続が、王の裁判所においても用いられるようになった。ウィリアムは、王権を拡大して、中央集権的な国家を建設する手段として、従来、諸侯や教会が行っていた裁判について、次第に王の裁判所の管轄権を拡大していった。王の裁判所では、従来神判や決闘に代えて王の糾問による審理がなされた。裁判における証明・事実認定の従来方法（神判、宣誓雪冤、決闘）の不合理性に不満を抱いていた人々が、王の糾問による審理を求めて、王の裁判所に裁判の申立てを行うようになった。とくに、ある土地が宗教的な教会保有の土地なのか俗人の所有なのかを巡る紛争については、教会に対抗して土地の権利を主張する側は教会の権威を嫌って王の裁判所に訴えることが多かった。王は、12人の自由民を招集して、その土地の来歴などを語らせ、権利関係を明らかにした。この12人はアサイズ（assize）と呼ばれた。当初は、証人ないし鑑定人の役割を果たしたが、次第に事実認定を行う民事陪審となって行った。これが、民事陪審の起源である。民事陪審は、最初、不動産を巡る紛争についての審理のために用いられ、また、重罪（刑事裁判）の私訴としての不法侵害訴訟（trespass）

²⁸⁷ プラクネット・前掲注13) 上202-204頁。

²⁸⁸ プラクネット・前掲注13) 上205-207頁。最終的な廃止は1833年。なお、雪冤宣誓ともいう。

²⁸⁹ フランク・前掲注1) 174頁。

にも用いられた。この不法侵害訴訟 (trespass) における陪審からその他の民事陪審が発達したとされる²⁹⁰。

なお、アサイズ (assize) という言葉は複数の意味を持つ。すなわち、最初は評議会もしくは裁判所の会議を表していたが、その会議で制定された法 (その多くは糾問による審理を制定した) を意味するようになり、さらに 12 人による糾問をアサイズ (assize) と呼ぶようになった。また、後に訴訟方式として発展した訴訟手続もアサイズ (assize) と呼ばれた²⁹¹。

この沿革から分かることは、英国における民事陪審は、元は、国王による糾問手続であり、王権の拡大とともに発展したということである。ただし、直ちに神判より合理的と認められたわけではなく、当初は、懐疑的な受け止められ方も多かった²⁹²。しかし、この糾問による審理は、時を経るにつれて、次第に、従前の神判、宣誓雪冤、決闘といった審理手続よりは合理性があるとして、民衆の支持を得たため拡大していった。

2 現代の陪審の機能と職責

英国においては、民事陪審は 1933 年に廃止された。しかし、米国においては、現在もなお、訴額 20 ドル以上のコモンロー上の訴訟については、連邦裁判所において民事陪審による審理を受けることが憲法上の権利とされ (合衆国憲法第 7 修正)、米国社会において根強い支持を受けている。

米国民事訴訟における陪審は、コモンロー上の権利をめぐる訴訟において、当事者のいずれか一方が希望した場合のトライアル手続における事実の審理及び裁定を担当する機関である。

陪審の主な職責は、争いのある主要事実について、証拠によって認定することであるが、請求に対して裁判所が応答する最終的な結論まで出すことになっており、金銭請求訴訟の場合、原告勝訴の評決であれば、被告が支払うべき金額まで陪審が決める。交通事故を含む不法行為に基づく損害賠償請求事件は、典型的な陪審審理がなされる民事事件であるが、陪審は、過失の有無を判断し、損害額も認定し、さらに、懲罰的損害賠償の額を含め、被告が原告に対していくら支払うべきか、最終的な金額まで出す。つまり、単に個々の事実を認定するだけではなく、事実の法へのあてはめや評価まで行うのである。

当事者が陪審審理を選択せず、裁判官が事実認定を行う場合も、裁判官は陪審と同じ立場で事実を認定すると考えられ、事実認定について陪審審理の場合と異なるルールが適用されることはない。

米国の裁判官への調査において、8 対 1 の圧倒的多数が、自分が当事者となる民事訴訟において、裁判官による審理ではなく陪審審理を選択すると答えていることから見て、陪審審理は裁判官 (1 人) による事実認定より信頼性が高いと米国において評価されている

²⁹⁰ プラクネット・前掲注 13) 上 235-36 頁。

²⁹¹ プラクネット・前掲注 13) 上 198 頁。

²⁹² メイトランド・前掲注 13) 58 頁、フランク・前掲注 1) 72 頁、174 頁。

と認めることができる²⁹³。また、米国では、英国からの独立を勝ち取る過程において、英国からの植民地支配に対する抵抗の手段として陪審が機能した歴史があり、現代の米国においては、(陪審の元々の起源に関わりなく)裁判を民衆の手から逃さないという意味で、根強い支持を受けていると考えられる。他方、素人による人証の信用性の判断の危うさ、誤認の可能性の高さを含めた厳しい批判にもさらされている²⁹⁴。

3 陪審員選任手続

陪審員選任手続を含む陪審の取り扱いについては、合衆国法典 28 巻第 121 章の規定による (28 U.S.C. § 1861~1878)。陪審員選任手続については、刑事事件と民事事件ではほとんど差異はない。

各地方裁判所は、陪審員選任手続計画書を策定し、委員会を設置することになっている。地方裁判所の書記官又は裁判官は、時々、マスター陪審名簿 (the master jury wheel) からランダムに選んだリストを作り、書記官又は陪審委員会は、その人々に、陪審員の欠格事由がないかどうか確認するため、陪審員資格用紙に記入して返信するよう求める手紙を送る (28 U.S.C. § 1864)。陪審委員会又は書記官は、返信された内容を見て欠格事由の有無を確認し、この作業を通じてマスター陪審名簿からセレクトされた陪審資格者名簿 (a qualified jury wheel) を作成し常備する (28 U.S.C. § 1866)。陪審員の欠格事由は、①当該裁判所の管轄する地域に1年以上継続して居住する18歳以上の合衆国市民(citizen)でないこと、②陪審員資格用紙に適切な記載をする程度の英語の読み書き及び理解ができないこと、③英語が話せないこと、④精神的又は肉体的支障により満足に陪審員の務めを果たすことができないこと、⑤州又は連邦において1年を超える懲役又は禁固刑で処罰可能な犯罪により訴追され又は有罪の判決を受けた記録があり、未だ市民権が回復されていないことである (28 U.S.C. § 1865)。

陪審候補者は、このようにしてあらかじめ調整された陪審員資格者名簿からランダムに抽出されて裁判所に召喚される。補欠を含み14~15名程度の陪審員を選任するためにその何倍もの候補者を召喚する²⁹⁵。集められた陪審員候補者は、まず、定型的に不公正な判断をする危険や偏見を抱く危険のある事情がないか、正当な理由により免除を希望する者がいないか、チェックされる。申し出た陪審候補者は個別に裁判官と話をし候補者として残るか、解除ないし免除されるか即時に決定される。そのうえで、双方当事人は、それぞれ、合衆国法典 1870 条規定の回数 (3 回) 理由を付さないで陪審員候補者を忌避することができる (FRCP 47(b))。双方当事人は、裁判所の許可を得て陪審候補者に質問し、また、裁判所も質問して、陪審候補から忌避するメンバーを次々に選んで行く。このようにして、所定の数 (12 名及び補欠 2~3 人) が選任される。

²⁹³ 浅香・前掲注 13) 101 頁。

²⁹⁴ フランク・前掲注 1) 173-200 頁。

²⁹⁵ 2015 年 9 月に筆者がマサチューセッツ州バークシア郡の事実審裁判所 (Berkshire County Superior Court) において陪審員選任手続を見学した際は、14 人の陪審員 (及び同補欠) 選任のために 70 人くらいの候補者が集められていた。

4 説示

素人の集団である陪審が、法に則った判断をするためには、法律要件に直接該当する事実が争点とされ、その要件についての法の趣旨が十分反映された形で事実が説明・評価されるように、専門家から適切な説明がなされる必要がある。この機能を果たすのが、裁判官から陪審に対する説示 (instruction) である。説示は、素人である陪審が法に従った判断をするように導くうえで重要である。どのように説示されるかによって、陪審の裁定が変わる可能性がある。各州で「モデル説示」が作られているが、当事者の代理人が説示について意見を言えるようになってきている (FRCP 51)。ケースごとに当事者 (代理人) のリクエストした説示が行われる場合がある²⁹⁶。

5 陪審による評決

陪審による評決には、一般評決 (general verdict) と特別評決 (special verdict) がある (FRCP 49)。一般評決は、個々の事実認定の結果を述べず、最終的な結論のみ提出するものである。特別評決は、個々の事実認定の結果をも示すものである。原則形態は一般評決である。陪審による評決は全員一致が原則であるが、個々の事実認定について一つ一つ全員一致を求めると、評決不能になる場合が多いため、評決不能を避ける趣旨もあると思われる。そして、陪審は原則としてその評決の理由を述べる必要がない。これは、争いのある事実について証拠の優越 (preponderance of evidence) が認められる方に有利に事実認定されたというに尽きるからであろう。どの証拠をどのように評価したかを細かく示すのは素人である陪審に過度の負担となるからであろうと推測される。ただし、裁判所は、陪審に対し、一般評決の書式とともに、1つ又は複数の事実上の争点についての質問を記載した書面を提出し、これらの質問に対する回答も出すように求めることができる (FRCP 49(b)(1))。質問に対する回答と一般評決とが相矛盾する場合、裁判所は、質問に対する回答に従い適切な判決を登録するように指示するか、陪審に評決と回答を再考するように指示するか、陪審を選びなおしてトライアルをやり直すかのいずれかを選択しなければならない (FRCP 49(b)(3))。

6 陪審による事実認定の特徴と評価

素人による陪審に事実認定を任せるとするのは、事実認定を神事として決闘などによっていた時代との連続性がある。当事者間に争いのある事実が真実どうであったのかを知ることが人智の及ぶところではないが、決闘よりましな方法として 12 人の一般人の判断に委ねようというのが陪審の起源だった。

陪審員の経験を何度も繰り返すことは予定されておらず、心理学の知見や事実認定の訓練も受けていない一般人が、基本的に受け身の姿勢で、証人の証言の真偽を正しく判断することは果たして可能なのか。しかも、アドヴァーサリ・システムの下で、闘争的・対抗的な弁護士からコーチされ、又は反対尋問に晒された証人の証言から真実を理解することは極めて困難であり、陪審による事実認定は「本質的に不合理なものである」と米国の著

²⁹⁶ 代理人のリクエストが容れられない場合もある。

名な研究者や裁判官が述べている²⁹⁷。

陪審審理の特徴は、集中審理であることと1回限りであること、すなわち事実認定の誤りを理由とする上訴は原則として認められないことである。

米国陪審制においては、事実認定は原則として1回（一審）かぎりであり、日本のように上訴審において事実認定が継続され見直される（続審）ことはない。これは、米国では民事訴訟手続でも刑事手続と同様伝聞証拠の原則禁止が妥当し、トライアルで陪審が見聞する重要証拠は証人の尋問であることが関係している。反対尋問に晒された証人の態度や声色などを含め、直接見聞きしてこそその真実性が判断できるとの考え方にに基づいており、上訴審で調書になった尋問は「乾燥した桃のようなもの」と表現され証拠価値は全く異なると考えられている。そのため、事実認定を上訴審で調書に基づいて審査するということが不可能と考えられているのである。

第5 裁判官による事実認定—サマリ・ジャッジメントなど

1 総論

本論文では、米国民事訴訟、アドヴァーサリ・システムの特徴は、裁判官が事実認定ないし事案解明についての責任と権限を持たないことであると論じ、陪審による事実認定のシステムについて検討してきた。確かに、これがアドヴァーサリ・システムの伝統的な理念型であると考えられる。しかし、1900年代後半以降、事実審（第一審）における裁判所の管理権限強化の必要性が強調され、それに沿う連邦民事訴訟規則（FRCP）の改正がなされ、事実の解明に裁判所が介入する機会が増えた²⁹⁸。それに伴い、米国民事訴訟の実際において、陪審による事実認定で決着している事件は、全体の中のごくわずかになっており、相当数の事件がプリトライアル段階において和解で終了し、又はサマリ・ジャッジメント（summary judgment, FECP 56）や法律問題としての判決（judgment as a matter of law FRCP 50）、すなわち陪審の評決を受けることなく裁判官による判決によって解決されている。

統計によれば、2007年現在、サマリ・ジャッジメントで訴訟が終了する事件は全体の約8%に及ぶという。この数は、訴訟全体のうち陪審審理によって解決する事件の比率とほぼ等しい²⁹⁹。

この実態に鑑みると、トライアルにおける争点の事実認定の実質を正確に理解するためには、米国民事訴訟における裁判官による判断についても十分に理解する必要がある。

²⁹⁷ フランク・前掲注1) 197頁。

²⁹⁸ Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. 374, 376-80 (1982). 加藤新太郎『手続裁量論』96頁-102頁（弘文堂、1996）。

²⁹⁹ HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 374; Joe S. Cecil et al., *A Quarter-Century of Summary Judgment Practice in Six Federal Courts*, 4 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 861 (2007).

2 サマリ・ジャッジメント

サマリ・ジャッジメントとは、証拠開示手続が終了したときに、「主要事実について真正の争いがなく」「法律上の問題として判決を求める権利」が申立人に認められる場合に、裁判所が陪審審理を経ることなく下さなければならない判決である（FRCP 56(a)）³⁰⁰。サマリ・ジャッジメントの申立ては、ディスカヴァリの終了から 30 日経過する前になす必要がある（FRCP 56(b)）。ディスカヴァリの途中での申立ても認められる。

サマリ・ジャッジメントについては、陪審審理を受ける権利（米国憲法第 7 修正）の侵害になるという議論もあり、判例の揺れ動きもあった。しかし、結局、民事訴訟の迅速化に寄与するものとして定着、機能している。

なお、裁判所が陪審審理を経ることなく、民事訴訟を終了させる場合でサマリ・ジャッジメントと似て非なるものに棄却申立て（motion to dismiss、FRCP 12(b)(6)）に基づく判決がある。これは、訴状に記載された主要事実がすべて真実であったとしても、求められた救済の法的根拠（法律上の権利）が認められない場合に裁判所が審理を打ち切るものであり、典型的には、日本の民事訴訟でいう主張自体失当の場合である。これに対し、サマリ・ジャッジメントは、原告が主張する主要事実がすべて真実として存在すれば法律上の権利は認められるが、開示手続（disclosures and discovery）を経ても陪審審理に臨むのに十分な証拠（sufficiency of evidence to go to the jury）があると認められない場合、あるいは、逆に、合理的な判断のできる陪審員であれば、誰が見ても一方当事者に有利な事実が認定できることが証拠上明らかな場合に「真正の争いがない」として裁判所が結論を出して裁判を終了させるものである。両者の決定的な相違は、前者が「証拠を見るまでもなく」手続を終了させるものであり、後者は、「証拠を見た上で」真正の争いがないとして訴訟を終了させるものであることである。

請求を理由づける主要事実について十分な証拠がない場合、抗弁について十分な証拠がない場合、逆に、主要事実を認定すべき決定的な証拠があり、これを争う側の証拠が無く、結論が明確な場合のいずれの場合もサマリ・ジャッジメントの可能性もある。また、事件全体についてのサマリ・ジャッジメントだけではなく、複数ある主要事実のうちの一部だけをサマリ・ジャッジメント（partial summary judgment）で確定し、残りの争点をトライアルで判断するということもできる。

開示手続の途中で、サマリ・ジャッジメントの申立てがなされた場合、裁判所は直ちに判断せず、両当事者（の代理人）にディスカヴァリを継続させ、証拠が余すところなく開示させるように指示することができる。また、サマリ・ジャッジメントを争う当事者は、証拠として宣誓供述書を提出し、トライアルで、宣誓供述書の作成者が証人として陳述することを約することができる。

³⁰⁰ “The court shall grant summary judgment if the movant shows that there is no genuine dispute as to any material fact and the movant is entitled to judgment as a matter of law.” FRCP 56(a).

3 サマリ・ジャッジメントを巡る議論と判例

古来のコモンロー及びエクイティの民事訴訟手続及びコード・プリーディングの時代には、サマリ・ジャッジメントは存在しなかった。サマリ・ジャッジメントが民事訴訟に初めて登場したのは、1873年の英国ジュディケチャ・アクト（Judicature Act）である。しかし、当時のサマリ・ジャッジメントは、シンプルな約束手形など書面による合意に基づく債権回収事案にのみ適用されるものであった。その後大きな変化がなく経過し、1938年に米国においてFRCPが制定されたときに、ディスカヴァリによってトライアル前に多くの民事訴訟を解決できるという発想と共に導入された³⁰¹。

米国において、FRCP以前のコード・プリーディング時代の手続では、トライアルになるまでは、当事者も相手方が保有する証拠を全く見ることができず、勝敗はトライアルまで予想することができなかった。それに比べると、プリトライアルで証拠を出し合うことで勝敗が客観的に分かる手続のほうが公正感があるとも受け止められた。しかし、他方で、プリトライアルで集められた証拠は、トライアルで登場すべき証言と同等に扱ってよいのか、サマリ・ジャッジメントは陪審審理を受ける権利を侵害するものではないかという疑問が提起された。1945年頃から1970年頃にかけて、陪審制再評価の動きと共に、サマリ・ジャッジメントを認めるのに消極的な判例が続いた。「トライアルで新たな証拠が提出されるかもしれないほんのわずかの疑い（slightest doubt）でもあれば、サマリ・ジャッジメントは認められない」との基準が適用された³⁰²。代表的な連邦最高裁判例は *Adickes v. Kress* 事件である³⁰³。同判例では、サマリ・ジャッジメントを求める当事者は、相手方が十分な証拠を提出できない疑いを示すだけでは足りず、相手方は、主要事実について全く証拠がないことを積極的に示す必要があると判示した。なお、*Adickes* 事件では、請求の立証責任を負う原告がサマリ・ジャッジメントを求めたものである。

1986年になって、サマリ・ジャッジメントを積極的に肯定する連邦最高裁判例が出された。まず、独禁法違反が問題になった *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.* 事件において、裁判所は、「原告の請求が事実関係からもっともらしくない—請求が経済的に全く意味をなさない—場合には、原告は、より説得力のある証拠を提出しなければならない」として、上訴審を覆して一審のサマリ・ジャッジメントを肯定した³⁰⁴。また、同じ1986年に、名誉棄損による損害賠償請求事件である *Anderson v. Liberty Lobby, Inc.* 事件において、連邦最高裁は、原告は、合理的な陪審ならば請求を認める評決を下しうるだけの証拠を示さなければならず、形ばかりの証拠の提出では不十分である

³⁰¹ HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 378.

³⁰² 有名なものに *Arnstein v. Porter*, 154 F.2d 464 (2d Cir. 1946) がある。この事件は、第2巡回裁判所の控訴審判決であるが、原告が作曲家コール・ポーターの有名な歌は自分の作曲の盗作であるとして訴えた事件で、原審が被告ポーターのサマリ・ジャッジメントの申立てを認めたのに対し控訴審は、サマリ・ジャッジメントの適法性を否定しトライアルが必要であるとした。

³⁰³ *Adickes v. S.H.Kress & Co.*, 398 U.S.144 (1970).

³⁰⁴ *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 587 (1986).

とし、合理的な陪審ならばサマリ・ジャッジメント申立人（被告）勝訴の判決を下すと言える場合には、サマリ・ジャッジメントの申立てを認めなければならないと判断した。さらに、同年、アスベスト被害の損害賠償が請求された *Celotex Corp. v. Catrett* 事件において、連邦最高裁は、*Adickes* 判決とは逆に、相手方の証拠が全くないことを証明しなくても、相手方の証拠が不十分であることを示すことにより、サマリ・ジャッジメントを求めることができると判断し、上訴審を覆して一審が出したサマリ・ジャッジメントを肯定した。なお、この事件は、立証責任を負わない被告（*Celotex Corp.*）がサマリ・ジャッジメントを求めた事案である。

Celotex 事件判決の中で、連邦最高裁は、「サマリ・ジャッジメントは、手続の省略として疎んじられるべきではなく、『すべての請求について公正、迅速かつ安価な解決の実現』を目指す FRCP の重要な一部として認知されるべきである」と述べた³⁰⁵。これら 1986 年に出された判決は、サマリ・ジャッジメントを積極的に活用しようという連邦最高裁判所の姿勢を明らかに示したものと受け止められ、下級審にも影響を与えた³⁰⁶。そして、*Celotex* 事件が示した基準は、FRCP 56(c)に取り入れられ、サマリ・ジャッジメントは、請求について立証責任を負わない被告側から濫訴ないし根拠の薄弱な訴訟を比較的容易に早期に終了させるツールとして機能してきた。

しかし、2007 年に出された連邦最高裁判決の *Scott v. Harris* 事件を契機に、再びサマリ・ジャッジメントに対する批判的意見が巻き起こった³⁰⁷。この事件は、警察官に追われて逃走した車に対し、警察官が、いわゆるカーチェイスの末、激しく警察車両をぶつけた結果、逃走車の運転手に重傷を負わせた事件で、運転手が当該警察官に対して損害賠償を請求した事件であった。警察官がサマリ・ジャッジメントを求めたのに対し、一審裁判所は、警察官の実力行使が正当化される状況にあったかどうかについて真正の争点があるとして、サマリ・ジャッジメントの申立てを退けた。上訴審でもその結論が維持されたが、連邦最高裁判所は、これを覆し、サマリ・ジャッジメントを認めたのである。この事件では、警察車に搭載されていたレコーダーでカーチェイスから衝突までの一部始終が録画されていたもので、連邦最高裁の多数意見は、「このビデオテープそのものが語っている」として、合理的な陪審であれば、誰も原告のストーリーを信じる者は無い、としてサマリ・ジャッジメントを認めたものである。しかし、これに対して、複数の研究者から、警察は、あえて車をぶつけなくても車のナンバーが分かっていたのだから、後に逮捕すればよかつたのではないかと、との疑問が呈せられ、合理的な陪審が同様に考える余地はあつたのではないかと指摘して強く批判した³⁰⁸。

サマリ・ジャッジメントは、連邦最高裁の主導のもとで、一定の事件を早期に解決する

³⁰⁵ *Celotex Corp. v. Catrett*, 477 U.S. 317, 327(1986).

³⁰⁶ 溜箭・前掲 13) 事実審裁判所の研究 90 頁。

³⁰⁷ *Scott v. Harris*, 550 U.S. 372 (2007); HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 383-4.

³⁰⁸ Dan M. Kahan et al., *Whose Eyes Are You Going to Believe? Scott v. Harris and the Perils of Cognitive Illiberalism*, 122 Harv. L. Rev. 837, 841-843(2009).

方法として定着しつつあるものの、陪審審理を受ける権利との間で緊張感のある議論が継続している。

4 法律問題としての判決 (Judgment as a Matter of Law)

サマリ・ジャッジメントと同じ趣旨を持つもう一つの制度が法律問題としての判決 (judgment as a matter of law) である。サマリ・ジャッジメントは、トライアルに入る前に訴訟が終了するものであるが、法律問題としての判決は、トライアルに入り陪審による審理が開始された後になされる手続である。陪審による審理に入った後も、その途中又は評決の後に、一方当事者の申立てにより、裁判所が陪審の審理を中断させ、又は陪審による評決を否定して、自ら判決をすることができる制度である (FRCP 50)。法律問題としての判決は、伝統的には、陪審が評決を出す前になされる場合「指示評決 (directed verdict)」と呼ばれ、評決後に評決を覆してなされる場合は「評決と異なる判決 (judgment n.o.v.; judgment non obstante veredicto; judgment notwithstanding the verdict) と呼ばれてきた³⁰⁹。法律問題としての判決によって審理を打ち切る基準は、サマリ・ジャッジメントと同じであるとされている³¹⁰。

指示評決は、陪審審理において、特定の争点について、一方当事者に十分に聴聞の機会が与えられた上で、裁判所が、合理的な判断ができる陪審が当該当事者の主張に沿った事実を認定できるような十分な (sufficient) 証拠上の基礎がないと認める場合に、裁判所が、陪審の評議を待たずに判決によって当該当事者敗訴の決着をつけるものである (FRCP 50(a)(1))。

陪審審理は、双方の冒頭陳述の後に、原告側の立証、被告側の立証という順序で進行する。原告側の立証が終了した時点で、裁判所が、原告に立証責任のある主要事実のうちの一つでも、被告の反証を待つまでもなく、十分な (sufficient) 証拠が示されなかったと認める場合に、その段階で、裁判所は、法律問題としての判決を下すことが可能である。また、被告の立証を終えた段階で、証拠上、陪審の評議を待つまでもなく結論が明らかである場合も同様である。法律問題としての判決を求める申立ては、陪審が評議に入る前に申し立てられる必要がある (FRCP 50(a)(2))。しかし、裁判所が、この申立てを認めない場合、申立人は、陪審が評決をしてから 28 日以内 (一定の場合には陪審がその任を解かれてから 28 日以内) に、再度、法律問題としての判決を求める申立てをすることができる。この場合、トライアルのやり直し (new trial、FRCP 59) を合わせて求めることができる。裁判所は、陪審の評決に基づく判決をするか、トライアルのやり直しを命じるか、あるいは法律問題としての判決を下すことになる (FRCP 50(b))。

³⁰⁹ 浅香・前掲注 13) 141 頁。

³¹⁰ Anderson v. Liberty Lobby, Inc., 477 U.S. 242, 250 (1986). HAZARD ET AL., *supra* note 12, at 380.

第6 日米の事実認定方法の比較検討

1 米国民事訴訟トライアルの事実認定

すでに見たとおり、米国民事訴訟は、プリトライアルとトライアルの2つの段階に大きく分断されており、現在の米国民訴では、事案全体の解明は、プリトライアルが主戦場である。すなわち、訴状を手掛かりに開示手続によって、関係資料（情報・証拠）が整理されないままの生の状態で当事者間において共有され、当事者間で紛争全体を捉えて真相解明が図られる。プリトライアルでの裁判官は、事実認定者ではないとの設定で、トライアルでは伝聞証拠として排除される文書にも直接に接し、交通整理役を務める。そして、こういった開示手続とプリトライアル協議を通じて、争点は徹底的に絞り込まれる。FRCP 11による制裁、開示手続に組み込まれた制裁、自白の要請（FRCP 36）、サマリ・ジャッジメント（FRCP 56(a)）など、根拠の乏しい争いを避け、争点を絞り込むことを促す複数の契機がある。そして、自白された事実及び裁判官が書証を見て合理的な陪審であれば結論は一つであると判断できる事実は、プリトライアル段階で事実が確定される。ここに表れている思想は、事案全体の解明は紛争当事者が行うものであり、限られた、判断の難しい事実上の争点のみを第三者の認定に委ねようというものである。

コモンロー・プリーディングの時代には、トライアルに持ち込まれる争点を1つに絞り込まなければならなかった。現在のルールでは、争点を1つに絞るという制約はないものの、素人のグループである陪審による集中的な審理がなされることを前提に、争点はミニマムにしなければならないという理解がある。その結果、陪審の前に提示される争点は、証拠上優劣の判断が分かれ得る、微妙な問題のみとなる。米国民訴では、これを真正の争点（*genuine dispute*）と呼ぶ。

米国民事訴訟における事実の解明方法を全体像でとらえると、当事者間で、関係する証拠や情報を洗いざらい出し合って、紛争全体を把握することが予定されている。しかし、トライアルで行われる事実の認定は、当事者間で確定できない限られた争点のみが審理され、その争点を判断するのに必要な証拠が法廷に顕出される。つまり、最終的に事実についての判断をする陪審は、事件の全体像を直接把握するのではなく、当事者（代理人）がいわば「料理」して形を整えたストーリーが与えられ、その中の限られたピースである争点の判断だけを委ねられる。

そして、刑事事件と同様、伝聞証拠の排除などの制限をクリアした証拠だけが提示され、陪審は、原則として「証拠の優越」の基準、すなわち、どちらがより本当らしいかを基準に勝敗を判断する。

2 米国民事訴訟の立証責任

米国民事訴訟では、日本の実務とは異なり、主張責任と立証責任は分けて議論されている。例えば、契約上の債務の履行を求める訴訟において、「債務が履行されていない」ことは、原告が主張責任を負うが、立証責任は負担しない。被告が、債務を履行したことを

抗弁 (affirmative defense) として立証する責任を負う。英米法では、「平和な状態を乱す紛争の存在」が提訴の一般的な要件であり、債務不履行の存在は、提訴の条件となるため、原告が主張責任を負うとされる。しかし、債務の存在が認められた上で、履行されたかどうかを判断するに当たっては、履行責任を負う債務者側により多くの情報があるのが通常であり、逆に債権者が債務者の不履行を立証しなければならないとすると所謂悪魔の立証を課すことになるため、債務の履行の立証責任を債務者 (被告) に負担させるのである。主張責任と立証責任はいずれも政策的理由によって振り分けられるが、主張責任と立証責任とは微妙にその重視すべき政策が異なり、同一視できないとされている。

特に、米国では、FRCP の制定によって、ノーティス・プリーディングになって、原告の主張責任が、「法的救済が認められるに足る請求を基礎づける事実」に限定されるようになり、争点整理の機能が、プリーディングから開示手続とトライアル前協議に移されたために、争点抽出の前提としての主張責任を観念する必要もなくなり、主張責任と立証責任の分離が進んだと考えられる。

そして、米国民事訴訟では、立証責任が証拠提出責任と説得責任に分けられて観念されており、①主張責任、②証拠提出責任、③説得責任と 3 段階の敗訴責任負担のルールがある。これは実体判断について、最終的な判断に至る前に 2 度、審理を中断して実体判決を出すチャンスがあることを示している。すなわち、当事者 (特に原告) が主張責任を果たさない場合に証拠調べに至るまえに請求を棄却するもの (motion to dismiss)、主張責任は果たされたが、十分な証拠 (sufficient evidence) が提出されないために勝敗が明らかでない場合のサマリ・ジャッジメント又は法律問題としての判決による終了である。

3 日本の民事訴訟と米国民事訴訟の異同

日本における弁論準備手続 (民訴法 168 条以下) とそれに続く集中証拠調べ (民訴法 182 条) は、米国民訴のあり方をモデルとしたものと言われており、類似性が認められる。米国民事訴訟のプリトライアル段階の事実の解明作業は、開示手続によって相手方の手持ち証拠を強制的に開示させられることを除いて、日本の弁論準備手続と実質的に同じことがなされていると見ることもできる。サマリ・ジャッジメントによって、証拠上真の争点がないと裁判官が認めた場合は、裁判官が提出された一切の証拠 (伝聞法則は適用されない) を見て当事者が自白しない事実 (日本ではこれを争点と呼ぶ) を事実認定して判決することになり、この場合は、日本の裁判ときわめて似た手続で訴訟が終了することになる。

しかし、日本の手続では、第一審手続の最初から最後まで同一の裁判官が最終的な事実認定者として、主張と証拠を整理し、引き続き人証の尋問を行う。つまり、事実認定権者 (裁判官) は、全訴訟資料を最初から最後まで繰り返し精査・吟味して、「弁論の全趣旨及び証拠調べの結果をしん酌して」(民訴法 247 条) 事実を認定する。しかも、日本では、基本的に人証は可変で不安定な証拠であり、文書は「動かない」証拠として最重要の証拠と評価されている³¹¹。人証は事案の全体像を語りうるものではあるが、証人の記憶、誠実

³¹¹ 田中豊『事実認定の考え方と実務』54 頁 (民事法研究会、2008) 参照。

性、党派性など様々な要素によって非事実が入り込み、また変質・変化する可能性がある。そのため、人証単独で事実を認定するのは危険であり、裏付けとなる他の「動かない証拠」すなわち、文書や写真・映像などによって人証の信頼性を担保することが望ましく、それがない場合には、自白や他の証拠で確定できる「動かない事実」及び経験則に照らして矛盾がないかどうかを吟味する必要があると考えられている³¹²。

日本の裁判官は、弁論準備手続と集中証拠調べの方式を導入した後も、事実認定権者として、訴状が提出された段階から、主張を含む弁論の全体及び書証から心証を形成するスタイルを採っており、この点は変化していない。日本の裁判官は、弁論準備までにある程度の心証を形成したうえで、人証によってその心証を確認したり修正したりしつつ、記録全体を繰り返し読み返して吟味し、最終的な結論を出すのである。

日本の訴訟において、弁論準備手続で結論がかなり明瞭に予想できたとしても、当事者本人尋問がなされることがほとんどである。サマリ・ジャッジメントのように人証の取り調べを行わずに判決するケースはほとんどないし、当事者が望んでも手続を打ち切って判決するよう申し立てる権利は認められていない。「訴訟が裁判をするのに熟した」（民訴法243条1項）かどうかは、もっぱら裁判所の裁量で判断される。

これに対し、米国民事訴訟では、プリトリアルで結論が明らかになれば、当事者は、サマリ・ジャッジメントを申し立てる権利を有し、裁判所がその要件を満たすと判断すればその段階で審理を打ち切って判決し終了する。立証責任は、証拠提出責任と説得責任の二段階に分かれており、十分な証拠が提出されないために勝敗が明らかな場合もその段階で審理を打ち切ってサマリ・ジャッジメント又は法律問題としての判決により訴訟が終了する場合がある。なお、日本では、陪審制を採らず、手続がトリアルとプリトリアルに分断されていないので、立証責任を証拠提出責任と説得責任の二段階に分断する実益に乏しいと思われる。

米国では、結論が分かれ得る「真正の争点」がある場合は、それだけ切り離されて、陪審の判断に委ねられる。そして、プリトリアルで争点から外された事実については、結論のみが確定され、最終的な事実認定権者である陪審は、争点を判断するのに必要なもの以外の証拠資料を目にすることはない。また、日本において最重要証拠と言われる書証についても、陪審員には、伝聞証拠排除のルールによって示されない場合が多い。結局、事実認定権者たる陪審は、非常に短い時間で、一回限りで提供される、きわめて限られた情報に基づいて、最終的な判断を下さなければならない構造になっている。ここが大きな違いである。

そして、非常に重要な相違点は、証明度である。すなわち、日本の民事訴訟における証明度は、「高度の蓋然性」「十中八九の確信」のレベルであるから、主要事実について、裁判官がその存在を確信するだけの証拠がなければ、立証は果たされなかったものとして扱われる。これは、証拠上誰が見ても優劣が明らかなレベルであるということができ、米国

³¹² 田中・前掲注311) 54頁、116-122頁参照。

民訴では、このような場合は、裁判官が「真の争点はない」と判断してサマリ・ジャッジメント又は法律問題としての判決で終了し、陪審による事実認定にはならない場合が多いと予想できる。

このように考えると、日本の民事訴訟と米国民事訴訟の事実認定の究極的な違いは、証拠上優劣をつけるのが難しい微妙な事案を証明不十分・真偽不明として立証責任の問題として処理するのか、そうではなく「証拠の優越」によって判断しようとするのか、の違いであるとも考えられる。しかも、米国では、その難しい判断の責任を裁判官に負わず、民衆の代表ともいえる 12 人（場合によっては 6 人）の全員一致の判断に委ねているのである。

ところで、米国の民事陪審は、証拠上微妙な厄介な判断を引き受けているだけであろうか。「事実上の問題」とされるものの多くは価値判断により結論が左右されるものであり、日本の裁判官が自由心証により、「高度の蓋然性」を認める場合でも、合理的な陪審の出す結論が分かれ得るとして陪審審理に委ねられる可能性もあると思われる。また、請求の立証責任を負う原告がサマリ・ジャッジメントを申し立てる場合には、容易には認められていない。そして、米国における陪審制は、単なる真偽判別の困難な事実の認定を裁判官の責任からはずすということだけではなく、司法の場において、権力から遠い民衆（マイノリティ）がその価値観を反映させた権利の実現を図るチャンスとして機能していることに重要性が認められる。それゆえに、サマリ・ジャッジメントが積極的に認められると、「持てる者」を相手取った「持たざる者」による訴訟追行が困難になると指摘されている³¹³。

第7 日本法への示唆

1 陪審制導入の是非

民事訴訟制度全体に関わる問題として、当事者間に争いのある事実の認定は裁判官が行うという選択を維持してよいか、それとも、陪審制等の職業裁判官以外の者による事実認定制度を導入するべきかが改めて検討されるべきであろう³¹⁴。陪審制などを導入することは、事実解明権限及び責任の全部又は一部を裁判官から別の主体に移すものであるから、大陸法系の裁判官中心の審理構造の大本から改変することを意味する³¹⁵。特に、陪審制で

³¹³ 溜箭・前掲注 13) 事実審裁判所の研究 91 頁。

³¹⁴ 民事訴訟の事実認定への一般市民の参加については、陪審制の他、参審制という選択肢がある。萩原金美「民事司法における国民参加—民事参審の構想に関する一つの試論—」木川古稀・前掲注 72) 105 頁。検討すべき選択肢と思われるが、本論文では、米国民事訴訟と日本の民事訴訟の比較をテーマとするため、参審制の検討には立ち入らない。

³¹⁵ 日本の刑事裁判には裁判員制が導入された。裁判員は、裁判官と共に事実の解明を行う。陪審は、裁判官から離れて素人だけで判断する必要があるのに対し、裁判員は常にグループの中に裁判官が存在し、裁判官が事実認定者の一人としてリードし意見を述べることができる。この点で、裁判員制のほうが裁判官中心の大陸法の審理構造により適合的で

は、裁判官は基本的に事実認定に関わらない建前となるので、現在の大陸法系・裁判官中心・垂直型構造から英米法系・アドヴァーサリ・システム・水平型構造に転換することを意味するといつてよい。従つて、この問題は、民事訴訟の事実解明構造の選択の中核をなす事項である。

既に前章までに論じたとおり、民事訴訟の事実解明構造をアドヴァーサリ・システムに転換する場合には、実務家のみならず国民全体が相応の覚悟を持って、制度全体の変革に取り組む必要がある。特に、民事陪審制を導入すれば、それを一般市民が負担することになり、その負担は大きい。さらに、陪審制を有効適切に機能させるために、証拠法や証明度の問題、上訴の対象等の変更を検討すべきであり、さらには弁護士能力及び責任強化のために、法曹の継続教育、法曹倫理、弁護士保険、裁判官の任用制度等、司法制度全体の制度設計を見直す必要があると考える。

従つて、結論としては、現在の日本の社会において、直ちに全面的な民事陪審制を導入することは適切ではないと思われる。しかし、将来に向かつて、どの程度徹底した当事者主体の民事訴訟制度にしてゆくのか、一般市民の司法への主体的な参加をどの程度図つてゆくのかについて、真剣な検討がなされるべきである。

さらに、司法への国民の参加の視点だけではなく、訴訟における真相解明のあり方を科学的な視点で見直すことが不可欠である。当事者間に争いのある事実の認定方法は、古代では、人智を超えるもの、すなわち神事とされた。それが、近代になって証拠による認定に変わり、できるだけ科学的な方法によつて事実を解明しようという努力がなされてきた。特に米国においては、心理学をはじめとする科学的知見を供述証拠の証拠価値の判断に生かすべく、研究と議論が重ねられてきた³¹⁶。しかし、当事者間で言い分が一致しない過去の事実について第三者が真相を解明することは容易ではない。裁判官は、法の専門家ではあるが、事実認定についての資質が問われるかというところではなく、専門的訓練も決して十分ではない³¹⁷。裁判における事実認定の合理化適正化の問題は、日本だけでなくどの国においても未だ発展過程にある重要課題であると思われる。

米国においては、偏見を持たない中立的な主体が、受動的に、対立当事者の互いに全力を尽くした主張立証を見聞きし、どちらがよりもっともらしいかという基準で合議により判断することが真相解明に資するとの考え方に立ち、民事事件においても陪審審理を原則としている。米国では、誤った判断に導く可能性のある証拠は証拠能力を否定するという方法で科学的知見を事実認定に反映しており、認定者の訓練は不要、むしろ素人のグルー

あると思われる。

³¹⁶ JOHN H. WIGMORE, THE SCIENCE OF JUDICIAL PROOF AS GIVEN BY LOGIC, PSYCHOLOGY AND GENERAL EXPERIENCE AND ILLUSTRATED IN JUDICIAL TRIALS (3d ed. 1937)など。

³¹⁷ 田辺公二『事実認定の研究と訓練』(弘文堂、1965)。同書は、米国における訴訟上の事実認定の研究と訓練を詳細に紹介し、日本において何を為すべきかについて述べるものである。非常に具体的な提言がなされており、一部は実現されていると思われるが、現時点においても、参照する価値が高い。

ブによる合議が正しい判断を産み出すという立場が採られている。しかし、これに対しては、米国の裁判官等からの批判もあり、議論がある³¹⁸。訴訟の事実認定を一般市民に委ねるべきか、それとも、職業裁判官を訓練してこれに当たらせるべきか。これは、論理の積み重ねのみによって答えが出る問題ではなく、心理学、社会学等の周辺科学の知見を導入して議論検討されるべきものである。

訴訟における事実認定のあり方については、真相の解明の要請だけではなく、他の考慮も必要である。特に重要な事項として、実体的真実を追求しようとして拷問等の人権侵害が行われてはならないこと、限られた国家資源を有効に活用する必要性から裁判所は一件当たりの訴訟事件に過度な時間と労力を割くことができないこと、裁判を受ける権利の観点から安価で迅速な手続であるべきこと、当事者及び社会一般の納得の得られる公平、公正な紛争解決の要請が挙げられる。総じて、民事訴訟は、公平、公正、迅速、安価な手続により、真相を解明し、法に則った紛争解決が図られることが理想であるが、そのための方法として、事実認定権者を裁判官とするべきか、それ以外の主体に委ねるべきかを、他国の制度の比較研究を含め、引き続き検討されるべきである。

筆者は、自らの司法修習生や弁護士としての経験並びに法科大学院での教育経験から、適切な事実認定をするには一定の訓練が必要であり、とくに、評価を伴う事実の認定には、適用すべき法の趣旨を十分に理解することが不可欠であると考え。陪審審理においては、裁判官が陪審員に対し法の趣旨をインストラクションによって教示するが、法的訓練を受けていない一般市民が、短時間のうちに法の趣旨を理解することには困難が伴うことは想像に難くない。また、評価の伴わない、事実の単純な存否についても、虚偽を排除して真相を解明するためには、訓練が有用であり、一般には単発の任務である陪審よりも、職業裁判官による認定の方が優れているのではないかと思われる³¹⁹。

そのうえで、米国民事訴訟において、陪審が、一般市民の支持する新たな価値観を社会の中に吹き込んでいくエネルギーとなっていることは留意すべきであろう。陪審は、巨大企業に起因する公害、人種差別など市民権 (civil rights) 侵害に関する訴訟などにおいて、権力から遠い民衆の声ないし感覚を直接反映する契機となり、裁判が、従来の法規範や先例を覆して社会を変革する動力となる場合がある。この意味で、米国において、現在に至るまで、連邦裁判所において陪審審理を受ける権利が憲法上の権利とされているものと考えられる。米国における陪審制への根強い支持は、この国が、英国からメイフラワー号に乗って移住し大英帝国と戦って独立を勝ち取った移民により建国された国であることを想起させる。

日本の民事訴訟においても、公害訴訟や過払金返還請求訴訟などで、民事裁判が、従前のルールを新しい法理論によって変更し、社会的に弱い立場に置かれている一般市民の権

³¹⁸ 田辺・前掲注 317) 5 頁。フランク・前掲注 1)。

³¹⁹ フランク・前掲注 1) 406 頁。参審制、裁判員制の民事事件への導入の可能性も含め、現時点では最終的な結論を留保したい。

利保護に貢献した例がある。しかし、国又は地方公共団体が被告となっている場合や当該裁判が安全保障やエネルギー政策など国家全体に関わる判断を伴う裁判では、日本の裁判所は、判断を回避する、あるいは行政権の判断を追認する傾向が顕著である。本来、司法は、多数決では奪いえない少数者の権利を含む憲法的価値の最後の砦として機能すべきである。しかし、官僚である裁判官が自らの出世の可能性を捨てて時の政治権力の意向に反する判決を出すことには大きな困難を伴う。それでは、本来の司法権の機能は果たしえない。そこで、キャリア裁判官が機能不全に陥るような種類の訴訟、すなわち国や地方公共団体が相手方となる訴訟、あるいはそれに比肩しうるような巨大企業が相手方であって国益に関わる判断が伴う訴訟において、民衆の声を直接に裁判に反映させる方途として、民事陪審又は裁判員による審理を選択できる制度を創るべきではないかと考える。例えば、原子力発電所の再稼働の差止めを求める訴訟、沖縄における米軍基地の移設を巡る訴訟などは、典型的に民事陪審・裁判員の選択が有意義な種類の訴訟である。

2 事実認定と法的評価

法の支配と言っても、法適用の前提となる事実が正しく解明されなければ、正義は実現しない。そして、現実の訴訟の多くが、法律問題（法の解釈や適用）についての争いではなく、事実についての争いである。従って、事実認定の問題は、実務上、適正な裁判の中心課題であるといえる。そして、前述したとおり、裁判における事実認定をより科学的に改善することは、未だ発展過程にある全人類の課題であると思われる。

事実認定のあり方を考えるとき、事実の認定及び事実の規範へのあてはめの作業のなかに、純粋な事実の存否の認定と事実の法的な評価とが含まれ、その二つははっきりと区別できず、ある種グラデーションを持って存在することに注意を要する。

例えば、「無権代理の追認」（民法 113 条、同 116 条）は、現在の司法研修所の見解では、「事実的要件」と考えられている。つまり、要件事実として、当事者が主張すべき主要事実は、「本人が、無権代理人による行為を追認したこと」である。ところが、現実社会において、法律家が介在しない状態で追認がなされるとき、「追認する」と表現されることはまれで、追認されたかどうか争点になる事案では、「分かった」「責任を取る」と言ったり、具体的な分割払いの約束をしたり等のさまざまな行為があつて、それが「追認」と評価できるかどうか問題になる。その意味で、「追認」（特に黙示の追認）は極めて法的評価の色彩が濃厚な法律要件であるといえる。

司法研修所作成の『民事訴訟第一審手続の流れ』というビデオ教材があり、筆者が担当する法科大学院 1 年生前期の授業で、このビデオを学生に視聴させて判決を書かせると取り組みをしてきた。この例を紹介して問題提起をしたい。

事案の概要は次のとおりである。貸金業者である原告は、被告に対し貸金返還請求訴訟を提起した。原告が直接金銭を貸し付けたのは、被告の母であり、同人が被告の代理人と称した事案である。予備的請求原因として被告による無権代理の追認が主張された。原告は、被告が「親のやったことだが自分にも責任がある。必ず責任を取るから男として信用

してほしい」と述べたと主張し、被告は、「親のやったことだから、自分も何とかしたい」とは言ったと認めたが、「その趣旨は、一種の社交辞令であり、法的責任を認めたものではない」と主張した。また、重要な間接事実として、原告が金融業者であること、交渉の際に追認を確認するための書類を用意して行ったが、結局、念書や確認書などを作成することはなかった事実が認められた。

ここで事実認定の問題には、二段階あることが分かる。すなわち、①被告は何と言ったか（被告が認めた以上の発言があったかどうか）、その上で、②その発言が「追認」と評価できるか、を判定する必要がある。

このビデオのなかで、合議体の裁判官3名は、一致して、追認は認められないと認定した。ところが、筆者の授業で事実認定に取り組んだ法科大学院1年生の一定割合の学生が、同じ事実について追認が成立すると認定した。追認成立を認めた学生は、追認とは、本人に効果が生じない法律行為について遡って本人に効果を帰属させることを認める意思表示である、という定義を前提に、「自分も何とかしたい」と言ったことは責任を認めた発言であるから追認が成立すると考えたものだった。

ここで、被告の発言を追認と評価できるかどうかは、定義の国語的な意味に止まらない、追認という法律行為についての法的な意味の理解によって左右されることが分かる。少なくとも、経験を積んだ法曹は、無権代理の追認は、本来本人に効果が帰属しない自称代理人の行為について、遡って効果帰属を認める意思表示だから、新たに法的義務を発生させることを理解した意思及びその表示が必要であると考え、道義的責任や社交辞令とも受け取れる発言の表面的な内容ではなく真意について慎重に判断しようとする。本件事案では、業者である原告がわざわざ書類を用意していたにもかかわらず一筆取らなかったという間接事実からも、被告は、「法的義務を新たに引き受ける」という意味での追認の意思を示していなかったという評価に傾きやすい。

このように考えると、追認の認定は、本質的には単純な事実の存否の判断ではなく、法的評価・法的判断が中心になる。そして、このような判断は、単純な事実の存否の判断と区別し、法的評価の訓練として法科大学院及び法曹の継続教育によって、意識的に取り組まれる必要がある。

これは一例であって、民事訴訟における事実認定は、むしろ、単純な事実の存否の判断に止まらず法的評価が含まれるものが多い。その点でも、素人がその事件限りの任務として事実認定を任される陪審制度の導入には慎重にならざるをえない。また、その観点から、事実認定者たる裁判官とこれを当事者の立場でコントロールすべき弁護士が同レベルで主要事実も含意される法的評価について共通認識を持つような訓練がなされるべきである。

なお、上述のような事実認定における法的評価の問題と、民事訴訟の判決が一定の価値判断ないし政策判断を伴う事案の問題とは同一ではない。追認のような法的評価については、訓練によって全ての事件において法の趣旨を正しく反映した法的評価が行なわれるべ

きであって、裁判官による事実認定が望ましいと考えられる。しかし、原発再稼働の差止めを求める訴訟においてみられるような事実認定は、法的評価とも異なる社会の向うべき方向性に関する価値判断を含み、その価値判断は、訓練で均一化されるべきものではない。むしろ、そういった価値判断には、ダイナミックに民衆の意思を反映させることが望まれ、陪審制等の導入を積極的に検討する契機になるものとする。

3 証明度

民事訴訟の証明度は、「証拠の優越」によるべきか、「高度の蓋然性」によるべきか。日本の最高裁及び通説は、「高度の蓋然性」という高い基準によるとしているが、「相当程度の蓋然性」を原則的証明度とすべきとする説も有力に議論されている³²⁰。

議論の前提として、「証拠の優越」、「高度の蓋然性」、「相当程度の蓋然性」といった証明度が、現実にもどのような意味を持つのかを明らかにする必要がある。これは、内心における心証の問題であるから、客観的に説明することは難しい。言葉の現実の意味を明らかにすること自体が重要なテーマであるが、ここでは、深く立ち入らないで、日本の民事裁判において最高裁が求める高い証明度を引き下げるべきかどうかを焦点を絞って論ずることとする。

本論文では、証拠の優越については、ニューヨーク州連邦地方裁判所の陪審への説示に従った理解をもとに論を進めることとする³²¹。すなわち、「証拠の優越とは、証拠のうちより大きい部分 (the greater part of such evidence) をいう。それは、証人の数が多いとかどちらの証言により多くの時間を使ったかといったことではなく、証拠の質を問題としている。すなわち、証拠の説得力、重み、そして心証にもたらす影響力のことを言っている。」「(原告に証明責任がある事実の認定には) 請求を支持する証拠が、反対証拠と比べて、より実際に起きたことに近いものを示していると感じられる必要がある。もし、そのように感じられないとき、あるいは、両者の証拠の重みが全く等しく思われるときは、いずれの側にも優越があるとはいえず、その時には、当該問題は、被告有利と判断しなければならない。原告の請求に有利に働く証拠が反対証拠の重みを上回るときに初めて、原告に有利に判断することができる。」という基準である。そして、高度の蓋然性については、一般人を基準として、当該事実の存在が 80%程度の高度の確からしさをもって間違いないと認められる程度、として議論を進めたい³²²。そして、相当程度の蓋然性は、高度の蓋然性よりも低い証明度を意味すると理解して進めることとする。

³²⁰ 伊藤眞「証明、証明度及び証明責任」法教 254 号 33 頁 (2001)、同「証明度をめぐる諸問題」判タ 1098 号 4 頁 (2002)、同・前掲注 13) 341-342 頁、須藤典明「実務から見た新民事訴訟法一〇年と今後の課題」民訴雑誌 55 号 94 頁、113 頁 (2009)、同「民事裁判における原則的証明度としての相当程度の蓋然性」伊藤眞古稀『民事手続の現代的使命』339 頁 (有斐閣、2015)。

³²¹ NY PJI 1:23.

³²² 伊藤滋夫『要件事実・事実認定入門 裁判官の判断の仕方を考える (補訂版)』126-127 頁 (有斐閣、2008)、司法研修所編・前掲注 154) 10-12 頁。

中村英郎博士は、証明度についても訴訟観から説明する。すなわち、ローマ的訴訟観に立つ大陸法の民事訴訟では、訴訟の目的を法的権利の実現ととらえるので、訴えを提起して権利の実現を求める原告は当該権利の存在について主張立証責任を負い、その立証に当たっては裁判官にその権利の存在を確信させる必要がある。他方、ゲルマン的訴訟観に立つ英米法の民事訴訟では、訴訟の目的を紛争解決、将来へ向けての平和の回復ととらえるから、紛争当事者のいずれに有利に解決するべきか、証拠の優越によって判断すればよいとするのである。証明度の違いは、訴訟観に起因していると説明する³²³。傾聴に値する議論であると考える。

では、誤判を回避するには、どちらの制度がより良いと言えるだろうか。ケヴィン・クラーム教授の分析によると、証拠の優越による認定の方が、誤判は少なくなるはずだという³²⁴。高い証明度を求めると、本来権利が認められるべき時に証拠不十分で権利の実現が認められないという意味の誤判が多くなる。他方、被告が本来負うべきではない責任を負わされるといふ誤判の危険は少なくなる。トータルすると、証拠の優越の基準のほうがより誤判は少なくなるというのである。

また、ケヴィン・クラーム教授は、「大陸法の高い証明度は、裁判所の判決における正当性の外観を高める役割を、期待されているのではないか」「高い証明度は、裁判官に安心感を与える効果もある。日本の裁判官は、法律問題の誤りよりも事実認定の誤りの方をより恐れる。事実認定の誤りは当事者から見て明白だからである。（中略）高い証明度は、こうした裁判官にとって、背後に隠れられる岩の役割を果たす。なぜなら、日本の裁判官は、原告と被告がほぼ互角の事件に白黒をつけないからである。証明責任を負う当事者は、勝訴に値することが明白な場合にだけ勝訴する。仮に、その当事者が敗訴したとすれば、非難されるのは裁判官ではなく証明責任である。」と述べている。証明度の高さによって、日本の裁判官は、ほぼ互角の事件に白黒つける責任から免れているという指摘は、正鵠を射たものである。

仮にケヴィン・クラーム教授の主張が正しいとして、日本の民事訴訟において裁判官に、「証拠の優越」の基準による事実認定をさせることは適当だろうか。

このことは、純粋に事実の存否が争われて証拠上その認定が微妙な場合と、本質的には、事実の評価に意見の対立がある場合とに分けて考察するべきであろう。事実上の争いには、すでに述べたとおり、大きく分けて二つのパターンがある。すなわち、純粋に事実の存否が争われている場合と事実の評価の対立が中心になっている場合である。

純粋に事実の存否が争われている場合には、当事者のいずれかが嘘をついている場合と、当事者の双方又は一方が直接の知識を持たず、真相が分からない場合（典型的には、相続が介在している場合と事故等による損害発生事案）がある。事実認定者には、真相を解明

³²³ 中村・前注1) 25-28頁参照。

³²⁴ クラーム・前掲注124) 139頁、150-151頁。以下、ケヴィン・クラーム教授の説については、この論文に依拠する。

する技術が必要である。具体的には、虚偽を明らかにする尋問技術、嘘を見抜く心理学的知見や虚偽を介在させないための証拠法の発達が望まれる。また、双方から証拠を隠さず提供させ、第三者からの証拠収集をも可能にする制度が必要になる。裁判官が事実認定権者である大陸法の制度では、真相解明の技術の研究を進めて裁判官を特別に訓練することが可能である。科学的に真実を見極める技術が相当高まった場合には、証拠上ほぼ互角の事件で真偽の判定が分かれ得る微妙な問題は減少するだろう。しかし、現状では、嘘発見器の精度もそれほど高く評価されていないし、筆跡鑑定でさえ、その確度は高くなく、裁判所は頻繁に利用していない。また、日本では、米国のように充実した証拠開示制度がなく、民事訴訟における当事者の証拠収集能力は極めて小さいものに限られている。さらに、弁論主義により、裁判所自ら証拠を探索することは許されていない。そのような状態において、証拠の優越の基準の採用により、ほぼ互角の事件において微妙な優劣を判断しなければならないとするのは、人智を超える領域の判断を1人（単独の場合）ないし3人（合議の場合）の裁判官に求めるものであり、合理性を欠くと思われる。また、事実誤認が控訴理由となる現在の制度設計には「高度の蓋然性」の基準が適合的である。なぜなら、ほぼ互角で結論が分かれ得る微妙な事件について、人証に直接に接しない上級審の裁判官が事件記録のみによってその当否を判断することに意味があるとは思われないからである。

なお、高度の蓋然性の基準を相当程度の蓋然性に引き下げることに意味があるかどうかも疑問である。相当程度の蓋然性を支持する論者は、主張立証責任を負わない当事者の訴訟活動が活発化し事案解明に資することを理由の一つとする。しかし、平成8年の民事訴訟法改正以降の実務の状況からは、証明度を引き下げないと主張立証責任を負わない当事者の立証活動が活発化しないという状況は認められない³²⁵。高度の蓋然性の証明度を求めた場合、原告として訴えを提起することについて、十分な証拠がない場合に提訴を躊躇するという萎縮効果はあるだろう。しかし、被告とされた当事者は、蓋然性の程度が十分に高度ではないとの疑いを生ぜしめれば勝訴できるわけだが、どの程度の防禦活動によって裁判官の心証が80%程度未満に崩れるかは明らかではないので、手を抜かずに主張立証活動をするのが通常である。

では、事実の評価が争われる事件ではどうだろうか。事実の評価が分かれる場合には、①法的評価が分かれる場合と②社会・経済・政治的な価値判断が分かれる場合がある。①の場合（法的評価が分かれる場合）には、裁判官が、実体法上の要件の法的意味や先例を十分に認識することにより、解決が可能であり、その意味で、「ほぼ互角の事件に白黒つけさせる」という状況は想定しがたい。また、②の場合も、価値判断の問題である以上、「ほぼ互角の事件に白黒つける」という状況は想定しがたく、裁判官による事実認定を前提とするときには、民事訴訟一般について証明度を下げることには大きな意味はないものと考えられる。

米国民事訴訟において、「証拠の優越」による証明で足りるとするルールは、民事陪審

³²⁵ 司法研修所編・前掲注154) 12頁。

と一体となって機能している。素人であっても、「どちらがより真実らしいか」を判断して白黒つけるというルールは比較的分かりやすい。また、証明度をこのように考えると、陪審による事実認定に上訴が認められず、一回限りの認定で確定することの合理性が理解できる。合理的な一般人の感覚で結論が分かれうる微妙な争点であることが前提なので、上訴してやり直した場合に、真実に近づく保証がないからである。民事陪審を前提として、市民を訴訟に参加させることで、全体としてダイナミックな社会変革の契機を裁判にもたらしめている米国の制度において、事実の認定を「証拠の優越」の基準によることには合理性があると考えられる。しかし、陪審制を採らない制度において、また、現状の真相解明についての科学的技術のもとで、証拠の優越の基準によることの合理性は認められない。

4 弁論主義第3原則の再考

日本は、大陸法の実事解明構造を継受し、裁判官を中心とした垂直型構造を基本としつつ、弁論主義により裁判官の権限を制約し訴訟資料について当事者支配を求める構造を採ってきた。このような実事解明構造を前提として、当事者間に争いのある事実、すなわち争点の認定については、認定の基礎となる証拠は当事者が申し出たものに限ることとされている（弁論主義第3原則）。

弁論主義の下では、証拠は当事者が申し出た者であれば認定の基礎とすることができ、人証については、裁判所が心証形成を左右するような内容の尋問を行い、これによって証拠資料を獲得することも許されると解されてきた。これに対し、英米法の民事訴訟では、裁判所は、人証に対して、その陳述の意味を確認する程度の消極的かつ限定的な質問をすることはできるものの、新たな証拠資料となるような陳述を引き出す尋問をする権限はないとされている³²⁶。

弁論主義においても、判断の基礎となる証拠資料は、当事者が申し出ただけでなく、事実認定者の行為を介することなく当事者（代理人）自らの尋問によって裁判所に提示する必要があると解すべきだろうか。これは、どこまで徹底した当事者支配を求めるかの問題であるとともに、裁判所に人証の尋問権を認めるかどうかの問題である。

現行法は、裁判所に、当事者に対して立証を促す積極的な釈明権（民訴法 149 条 1 項）を認め、証人及び本人の尋問権（同 190 条、同 207 条 1 項）を認め、その順序も裁判長が適当と認めるときは当事者よりも先に尋問することができるとする（同 202 条 2 項）。ドイツ法を継受した沿革から見ても、現行法の解釈としては、裁判所の尋問権を否定する解釈は難しい。また、日本における裁判官に対する一般市民の感情（畏敬の念を持つ人が多い）、弁護士の尋問技術が十分でない場合もあること、裁判官が事実解明・事実認定の権限と責任を担う構造になっていることから、裁判所による尋問権を認めたほうが、真相

³²⁶ FER 614(b) “The court may examine a witness regardless of who calls the witness.” 裁判所は証人を尋問できるとされている。これについては、証人の言い間違いが明らかな場合など、証言の趣旨を確認するためだけに認められていると解されている。BEST, *supra* note 12, at 153.

解明を容易にし、より当事者及び一般社会の納得を得られる審理が期待できると考える³²⁷。

このように考えるとき、弁論主義第3原則は、アドヴァーサリ・システムにおける当事者による訴訟資料提出の原則（**principle of party-presentation**）と類似しているが、同一ではないといえることができる。繰り返し論じてきたとおり、アドヴァーサリ・システムと弁論主義では、前提とする事実解明構造が異なっており、弁論主義は、本来広範な事実解明権限と責任を持つ裁判官の権限及び責任を一定程度制限するものである。裁判官が最終的に事実解明の権限と責任を持つ以上、当事者の申出によって出廷した人証に尋問することによって事実解明活動をすることは、許されると解される。

第8 小括

日本の民事訴訟の事実認定と米国民事訴訟の事実認定とは、裁判官による事実認定を前提とするか、素人のグループである陪審による事実認定を前提とするかの相違により、大きく異なっており、認定の資料とする証拠に関するルールや、どの程度の心証形成で事実を認定できるかという証明度を含む、様々な違いがある。

日本において陪審制を導入すべきかどうかは、裁判官による事実認定の制度を維持するかどうかを問う問題であり、民事訴訟の事実解明構造を大陸法・垂直型を基本とする構造から、アドヴァーサリ・システムの水平型構造へ転換するかどうかを問うものである。民事訴訟における当事者支配をどの程度徹底させるかという視点で検討すると共に、真相解明にとってどのような審理構造が適切かについて、心理学や社会学の知見を学び、外国法の研究を行い、将来の方向性を真剣に検討すべきである。ただし、日本で民事陪審を導入するためには、それに伴い、証拠法、証明度、上訴の対象も見直す必要があり、弁護士の

³²⁷ 大変珍しい例ではあるが、筆者は、裁判所の尋問によって当事者の陳述が大きく変化したことを直接見聞したことがある。筆者が司法修習生として立ち会った民事裁判（平成2年頃、双方弁護士が代理していた）における原告本人尋問における出来事である。当事者代理人の尋問が双方とも終了した後に、裁判長が、補充尋問を行った。裁判長は、原告提出の書証の日付を指摘し、原告本人の供述と矛盾するがこれはどういうことですか、と質問した。書証と原告本人との供述が矛盾することは、修習生の筆者でも気づいた明らかな問題であったが、両当事者の代理人の尋問では全く触れられず、裁判長としては、真相解明のために明らかにする必要があった。裁判長から質問を受けた原告本人は、突然、緊張した声で、「申し訳ございません。私は嘘をついておりました」と言い、それまでの供述を一変させて、書証との不一致は自分が嘘の説明をしていたからだと言った。双方代理人は茫然としていたが、この供述により、原告敗訴が確定的になった。司法修習生としてこれを直接見聞した筆者は、弁護士（新人ではなかった）がいずれもその重要な事項について尋問しなかったこと驚き、また、当事者が裁判官の質問に対しても素直に真実を語ることに驚いた。25年以上前のことであるから、人心も弁護士の質も変わっている可能性が高いが、裁判所の尋問権を無くするべきかどうかを考えるときにいつも思い出す事件である。アドヴァーサリ・システムを導入して、裁判所の尋問権も無くするという選択をするときには、心して弁護士の尋問技術を含めた質の向上を図る方途を制度のなかに組み込む必要がある。

能力及び責任強化を図ることを含め、司法制度全体の大きな変革が必要である。現行法及び現在の司法制度の全体構造に鑑みると、全面的な民事陪審制を直ちに導入することは望ましくないと考える。

しかし、限定的な民事陪審制の導入は比較的早い時期に検討されることが望まれる。すなわち、国や地方公共団体等を相手方とし、国民全体の利益にかかる価値判断が求められる民事訴訟について、当事者の選択により民事陪審あるいは裁判員による審理が可能となる制度を導入すべきである。これは、米国の陪審制度は、民衆が事実認定を通じて裁判にその価値観を反映させる手段として生き続けていることから示唆を得た提案である。

第6章 米国民事訴訟手続との比較による弁論主義の再考

(結論)

第1 はじめに

本章では、本論文の総括として、日米の民事訴訟における事実解明構造の異同を確認し、そこから示唆を得て、新たな弁論主義論及び日本の民事訴訟の事実審理改善の方向を示すことを企図する。

筆者が提案する民事訴訟の事実解明構造論（審理のあり方を構造として捉えること）及び米国民事訴訟からの示唆との関係性をより分かり易く体系的に全体像を示すことを心がけた。前章までの議論との重複を厭わず、重要な内容は再度要約して提示する。

第2 民事訴訟の事実解明構造

1 日米両国の事実解明構造

米国の民事訴訟は、その事実解明構造としてアドヴァーサリ・システムを採っている。アドヴァーサリ・システムとは、党派的な当事者と各当事者に忠実な代理人弁護士の間での論争により訴訟が進行し、双方当事者が主張及び証拠を提出して事実認定をコントロールし、中立的かつ受動的な判断権者が偏頗ない判定を下す、当事者対抗の水平型構造のことをいう。その中核的要素は、(1) 争点について判定を下す者（裁判官・陪審）と事実を調査し法廷にこれを提出する者との構造的な峻別、(2) 判定権者の中立性・受動性、(3) 事実の調査及び訴訟資料の提出権限と責任をもつばら当事者（及びその弁護士）に認めること（当事者提出主義）、(4) 当事者（及びその弁護士）主導による裁判の追行（当事者追行主義）、(5) 当事者の利益に忠実かつ党派的な弁護士による代理である³²⁸。

これに対して、日本の民事訴訟における事実解明構造は、ドイツから継受した大陸法系の非アドヴァーサリ・システムを基本としつつ、弁論主義によって裁判官の権限及び責任が制約される仕組みを採っている。弁論主義とは、判決の基礎をなす事実の確定に必要な資料の提出（事実の主張、証拠の申出）を当事者の権能及び責任とする建前をいう。その内容は、①裁判所は当事者によって主張されていない主要事実を判決の基礎とすることができない（第1原則・主張責任）、②裁判所は当事者間に争いの無い主要事実は当然に判決の基礎としなければならない（第2原則・自白の審判排除効）、③裁判所が調べることのできる証拠は当事者が申し出たものに限られる（第3原則・職権証拠調べの原則禁止）という3つの原則として理解されている。

³²⁸ 詳細は、第2章・第2・1参照。

アドヴァーサリ・システムと弁論主義は、いずれも、民事訴訟の事実解明における当事者支配を実現する仕組みである点で共通する。その相違は、(1) 裁判官のあり方（アドヴァーサリ・システムでは受動性が徹底され、弁論主義では一定の能動性が認められる）、(2) 主張レベルでの当事者支配（アドヴァーサリ・システムにはなく、弁論主義にはある）、そして、より究極的な違いは、(3) 事実解明の権限及び責任の所在（アドヴァーサリ・システムでは裁判官に事実解明の権限も責任も認めない、弁論主義では、裁判官が最終的な事実解明の権限と責任を担う）にあり、総じて、両者には、(4) 事実解明の全体構造が当事者ないし弁護士を中心とする水平型構造（アドヴァーサリ・システム）を採るか裁判官を中心とする垂直型構造を基本としながら一定のルールで裁判官の権限を制限し当事者の自律性を求める（弁論主義）かの違いがある³²⁹。

なお、英米法民事訴訟の特色として、裁判官に事実解明の権限ないし責任が認められないことのほか、トライアルとプリトライアルが区別された手続であること、陪審制、ディスクロージャー・ディスカヴァリの制度などが挙げられ、相互に深く関連している。トライアルとプリトライアルの区別や陪審制は、英米法訴訟の伝統的な制度であってアドヴァーサリ・システムが形成される以前から存在するものである。ただし、陪審制は裁判官に事実解明権限及び責任を認めないという意味でアドヴァーサリ・システムと強い親和性がある。ディスクロージャー・ディスカヴァリも当事者が主体的に事実解明を行う制度であって現在のアドヴァーサリ・システムと一体となっているが、比較的最近発展したものであって、アドヴァーサリ・システムに当初から付随した制度ではない³³⁰。

ヨーロッパの法制には、ローマ法系とゲルマン法系の二つの型があり、英米法民事訴訟制度は、ゲルマン法系の訴訟観・法哲学にルーツを持つ。すなわち、訴訟は紛争解決のための制度と捉え、紛争が生ずると事実の解明からスタートし、事実のなかから規範を発見して将来に向けて紛争を解決しようとする。この発想は、規範の存在を大前提とし、規範を事実に適用して法的権利を実現することが訴訟の目的と考えるローマ法系の訴訟観・法哲学とは異質のものである³³¹。

日本は、ドイツから法制度を継受しており、その訴訟観や法に対する考え方は基本的にローマ法系に属する。訴訟の目的は私法上の権利の実現であるとする考え方（権利保護説）は、ローマ法系（大陸法系）の訴訟観・法哲学に親和性がある³³²。そして、現在の日本の民事訴訟法が選択している審理構造は大陸法系のそれであり、審理の基本原則（理念型）としては、アドヴァーサリ・システムではなく、弁論主義を採用している³³³。

日本は、第二次世界大戦後、米国 GHQ の指導下で訴訟制度を民主化し、昭和 23 年の民事訴訟法改正で、職権証拠調べの規定（旧民訴法 261 条）を削除し、交互尋問制が導入

³²⁹ 詳細は、第 2 章・第 2・4、第 3 章・第 3 参照。

³³⁰ 詳細は、第 2 章・第 3 参照。

³³¹ 詳細は、第 2 章・第 4 参照。

³³² 詳細は、第 2 章・第 5・1 参照。

³³³ 詳細は、第 2 章・第 5・2 参照。

された。これをもって、「アメリカ型訴訟観」の導入と言われることがある。しかし、日本の民事訴訟は、(1) 裁判官が事実認定の権限と責任を担うこと、(2) 裁判所に訴訟指揮権及び釈明権が認められること、(3) 裁判所に当事者及び証人の実質的尋問権が認められることから、現時点では、ドイツ・大陸法系の垂直型事実解明構造を基本とし、弁論主義によって職権主義を修正して当事者支配を求めているというべきである³³⁴。

2 当事者自律・水平型審理構造への移行に必要なこと

戦後、日本において弁論主義を採ることとなった経緯及び趣旨に鑑みて、当事者の主体性・自律性を尊重する方向性は後退させるべきではない。この認識は、民事訴訟の実務及び学会において多数に共有されていると言ってよいだろう。しかし、最終的にアドヴァーサリ・システムに移行することを志向するのかどうか、どこまでの水平型構造を志向するのかについては、重要な政策判断を伴う問題であり、もう少し意識した議論がなされるべきである。

弁護士の質量の充実は、民事訴訟の当事者自律性を強化するうえで、必要条件である。そして、この問題は、制度全体の設計の問題であって個々の弁護士や弁護士会の責任として片づけられるべき問題ではない。平成 16 年に法科大学院制度を創設し、それ以降行われてきた司法改革には、弁護士を司法制度の担い手として認め育成する配慮に乏しく、司法制度全体を将来にわたって「官」中心に回帰させる危険を孕んでいる。

日本の民事訴訟を、裁判官主導・垂直型から、もっと当事者自律・水平型を強化したものにしようとするのであれば、弁護士を司法の中核を担う公的な存在と位置づけ、その質を現在の裁判官と同等以上に向上させつつ量も確保するための制度的な手当てをする必要がある。具体的には、司法修習生全員に給与を支払うのは当然であり、さらに進んで、医療における健康保険に類似する弁護士保険のような弁護士の経済的基盤を確保する制度を構築する必要がある。また、もっと徹底した弁護士の継続教育の義務付けと組織的な継続教育・研鑽の体制作りも必要であろう³³⁵。

さらに、一定類型の訴訟に民事陪審や裁判員を導入するなど、より積極的な国民の司法参加を求め、より当事者自律的な訴訟制度を志向することは、国民一人ひとりに、「長いものには巻かれろ」や「沈黙は金」といった権威・権力に無抵抗な消極的文化から脱却し、自律性・主体性を持った社会参加の姿勢を求めることを意味する。

3 日本民事訴訟の審理構造の優位性

米国民事訴訟では、1938 年の FRCP 制定以降、プリーディング（主張）の機能を告知機能だけにし、開示手続を通じて情報と証拠を当事者間で共有して紛争全体を解明する方法を採っている。紛争全体を審判の対象と考え、当事者の申立てや主張に関わらず、裁判所が証拠から紛争解決に妥当と考える法的構成 (legal theory) を選択することができる。例えば、当事者が契約責任に基づく救済を求めた場合でも不法行為を理由に勝訴判決を出

³³⁴ 詳細は、第 2 章・第 5・2、第 3 章・第 4・1 参照。

³³⁵ 詳細は、第 3 章・第 4・6 参照。

すことができるとされ、一部請求が認められず、当事者の請求額に関わらず、紛争全体を一回で解決すべきものとされている。

米国民事訴訟の方法では、どうしても開示制度の利用を広く認めることになってしまい、不必要に相手方に負担を課したり、情報漏えいの危険に晒したりすることになってしまう。訴訟が、相手方の情報や秘密を探る目的に利用されないように、開示制度の利用に一定の歯止めをかける必要がある、だからこそ、米国の判例も揺れ動いている³³⁶。

また、現代社会における紛争は、複数の紛争が複雑に絡み合っている場合がしばしばあり、その全体を一度の手続で解決しようとするのに無理がある場合がある。いくつかの権利義務関係が複雑に絡み合った紛争においては、徒に一つの訴訟の審判対象が拡大・複雑化して、解決が困難になる場合があると考えられる。

これに対し、現在の日本の民事訴訟手続では、処分権主義が徹底され、審判対象たる実体法上の権利（訴訟物）は当事者が選択して提示し、審判の対象はそこに限られる。当事者の選択により、一定の範囲で、複数の権利を同一の訴訟手続の中で審理することを求めること（訴えの客観的併合）ができるが、申立てていない請求を関連する紛争であるという理由で自動的に審理の範囲に取り込まれることはない。原告は、訴え提起時に、訴状において当該訴訟物を特定する必要があり（民訴法 133 条 2 項 2 号、民訴規則 53 条 1 項）かつ、速やかに請求を理由づける事実、すなわち、訴訟物の発生原因事実たる主要事実を主張する責任を負う。弁論主義第 1 原則により、関連する事実が証拠から見えたとしても、当事者が審理の対象とする事実から外せば、裁判所はこれをしん酌しない。この方式は、技術的ではあるが、一回の訴訟における審判の対象及び材料を当事者のコントロールのもとで限定することで、訴訟が複雑化することを避けて、効率的に紛争を解決することができる。日本では、法科大学院教育や司法修習によって比較的少数の法曹の質を一定のレベルに保つことに成功していることと相俟って、米国におけるような制度に対する批判は少なく、成功裏に機能していると評価できる。

このように、現在の日本の民事訴訟手続を米国連邦民事訴訟手続と比較すると、複雑な紛争を効率的に解決し、被告に過度な負担を課したり情報漏えいの危険に晒したりすることを避ける意味で、全体として、一般的な民事事件については、日本の審理構造のほうがより洗練されており、優れていると考えられる³³⁷。

第3 弁論主義の再考

1 弁論主義の意義及び根拠

弁論主義とは、民事訴訟において、判決の基礎をなす事実の確定に必要な資料の提出（事実の主張、証拠の申出）を当事者の権能及び責任とする建前である。日本の弁論主義の根

³³⁶ 詳細は、第 4 章・第 4・3 参照。

³³⁷ 詳細は、第 4 章・第 6・5 参照。

拠は、多元的かつ相互補完的に捉えられるべきである。以下、必要性和許容性の視点から整理してみたい。

まず、弁論主義の必要性について考える。昭和 23 年民事訴訟法改正の沿革から見て、弁論主義を採る必要性は、裁判官が事実解明の最終的な権限及び責任を担う大陸法系の審理構造を前提としつつ、訴訟手続を民主化することにあった。そして、訴訟手続の民主化の内実は、訴訟手続を国家権力の裁量に委ねず、可能な限り当事者の自律・自治の支配するものとするということ（当事者支配）である。

訴訟手続を国家権力の裁量に委ねず、可能な限り当事者の自律・自治の支配するものとするというあり方は、英米法のアドヴァーサリ・システムと共通する志向性である。その根拠としては、①限られた国家資源の中で実現可能な真相解明に最も適し、合目的であること、②当事者の納得と社会全体の司法に対する信頼に資すること、③当事者の手続保障、権利保障に資するという 3 つの根拠を挙げることができる（伝統的に米国アドヴァーサリ・システムの正当化根拠とされた理由）。すなわち、事件の真相は本来その当事者が最もよく知るはずであるから当事者が主体的に事実解明に関与することにより、迅速、効率的かつ確実に真相解明に近づけるはずであり（①）、当事者が十分に関与する手続によって得られた結論は当事者及び一般社会の納得を得られやすい（②）。そして、より根本的には、人に不利益を与え、何かを人に強制する場合には、その当事者が十分に意見を述べ攻撃防禦をする機会を与えられなければならない、という手続保障（デュー・プロセス）の原理は、現代社会において広く認められた普遍的価値の一つであると考えられる（③）。訴訟における当事者支配の要請は、手続保障の実現を容易にするものであるとともに、国家の私的紛争への過度な介入によって人権侵害に至る危険を回避することにもなる（③）。この 3 つの視点は、民事訴訟のみならず刑事訴訟においても同様に妥当するものであり、そのため、日本は、刑事訴訟においても、米国同様、当事者主義を採っている。

アドヴァーサリ・システムでは、事実解明構造の全体として、事実認定権者と訴訟資料の収集・提出権者を峻別し、事実認定権者は消極的受動的でなければならず訴訟資料の収集・提出に関わってはならないものとした。つまり、事実解明権限及び責任を裁判所（裁判官）から分離し、もっぱらこれを当事者に委ねるものとした。これに対し、日本の民事訴訟では、裁判官中心の大陸法系の審理構造を維持しつつ、訴訟資料の収集・提出について当事者の主体性を重視することによって民事訴訟手続の当事者支配を実現することを企図して弁論主義を採っている。

日本の民事訴訟においてアドヴァーサリ・システムを採らず、裁判官中心の大陸法系審理構造を維持するのは、民事訴訟の目的を国家による私法上の権利の実現と捉え、法適用の前提をなす事実の解明は、法を熟知した裁判官がその最終的な権限と責任を担うべきであるという考え方がその根底にあると考えられる。しかし、裁判官が事実解明の最終的な権限と責任を担う審理構造では、手続が糾問的・職権的になりやすい。そこで、手続の民主化、当事者支配の充実を図るためには、意識的に裁判所（裁判官）の権限を制限するル

ールとして弁論主義を採ることが必要である。そして、その場合、主張及び立証の両段階における当事者支配が必要かつ有用であると考えられ、弁論主義第1原則ないし第3原則が弁論主義の内容となっている。

次に、弁論主義の許容性について考える。従来、日本における通説は、弁論主義の根拠として私的自治の原則を挙げてきた。私的自治の原則は、弁論主義の許容性の根拠であるというべきであろう。弁論主義第1原則からは、たとえ当事者が申し出た証拠によって認定できる事実でも、当事者が主張しない事実は裁判の基礎とすることができないという結論が導かれる。同様に、弁論主義第2原則からは、たとえ当事者が申し出た証拠によって異なる事実が認定できるとしても当事者に争いの無い事実はそのとおり裁判の基礎としなければならないという結論が導かれる。これらは、弁論主義の貫徹が、客観的な事実と異なる事実認定をもたらすおそれのあることを示すが、それを許容するのは、私的自治の原則である。つまり、訴訟の目的は私法上の権利の実現であり、その権利は実体法上私的自治の原則に委ねられ当事者の自由な処分に服するものであるから、たとえ前提となる事実が客観的な真実と異なっても、当事者支配を貫徹することが許容されるのである。当事者支配の貫徹によって、制度全体として、裁判所の過度な職権主義的介入を回避し、適正、公平、迅速、安価な紛争解決を実現し、当事者及び社会の納得を得ようとするものである。

なお、刑事訴訟においては、自白偏重による人権侵害の歴史に鑑み、本人の自白のみによって有罪としてはならないとされる（日本国憲法38条3項）。刑事訴訟においては、私的自治の原則の貫徹が許容されない領域があるということにより説明ができる³³⁸。

2 弁論主義の内容

弁論主義の内容として、裁判所は当事者によって主張されていない主要事実を判決の基礎とすることができない（第1原則・主張責任）、裁判所は当事者間に争いの無い事実を当然に判決の基礎としなければならない（第2原則・自白の審判排除効）、裁判所が調べることのできる証拠は、当事者が申し出たものに限られる（第3原則・職権証拠調の原則禁止）の3つの原則が認められている。

上記3つの弁論主義の内容をなす原則のうち、第1原則（主張責任）は、アドヴァーサリ・システムには妥当しない弁論主義独自のルールである。第2原則（自白の審判排除効）は、一応アドヴァーサリ・システムでも妥当するよう見えるものの、アドヴァーサリ・システムの内容とは言われていない。アドヴァーサリ・システムはその構造上事実認定権者から証拠収集・提出権能を奪っているため、主張レベルでの当事者支配は必須ではないと考えられる。これに対し、弁論主義は、元来裁判官が広範かつ強力な事実解明権能を持っているため、主張レベルの当事者支配まで求め、事実認定権を持つ裁判官の権限を制限することにより、職権主義化を抑止することが必要である。

すなわち、日本の民事訴訟法は、裁判官の権限として、裁判所の人証尋問権（民訴法190条、同207条1項）や釈明権（同149条1項）等職権主義的なものを残しており、これ

³³⁸ 問題意識の詳細は、第2章・第5参照。

らの運用によっては、裁判官がより積極的に事実解明に介入する可能性が残っている。当事者が主張しない事実であっても証拠上認定できる場合は判決の基礎とすることができるのであれば、裁判官は、その職務に忠実であろうとするあまり、主張されていない事実でも念のために証拠調べをしておこうとする方向に流れる。そうすると、手続は職権主義化することになる。当事者が主張しない事実は判決の基礎とすることができないという原則（弁論主義第1原則）を立てることにより、当事者が主張しない事実に関しては証拠調べをすることも控えるべきであるという建前が導かれるので、これにより、手続の職権主義化を回避することができる。同様に、裁判上の自白の審判排除効（弁論主義第2原則）が無ければ、裁判官は、自白された事実についても、念のために、それに反する事実が認定できないか探索し確認しようとする可能性が高い。これに対して審判排除効があれば、裁判官はむしろ自白された事実と異なる事実を探索しないように意識的に努めることになる。この違いは、訴訟の効率化・裁判官の負担軽減に直接の影響を及ぼすばかりでなく、訴訟手続の糾問主義化・職権主義化を避ける意味が大きい。従って、日本の民事訴訟においては、裁判官による事実解明への過度の介入を戒め、当事者支配を守るために、主張レベルの当事者支配を求めることが必要である。

さらに、弁論主義第1原則と表裏の関係にある、主張と証拠の峻別によって、主張レベルで争点の絞り込みが可能となる。これは、訴訟経済を実現し、効率的かつ迅速な手続実現の視点から重要性が認められる。主張と証拠を区別せずに事案を解明しようとする、かなり広範囲に亘る証拠が審理の対象となる。米国民訴では、それをプリトライアルにおいて、当事者主体で行うので、裁判所の負担はそれほど重いとは言えないが、効率的とはいえない。人証の取調べの前に主張レベルで争点を整理し、争点中心の証拠調べをするためには、主張と証拠の区別が必要であり、この意味でも弁論主義第1原則は有用である。

ただし、第1原則及び第2原則には、一定の修正が可能である。

まず、第1原則については、当事者が主張した事実の立証のために申し出た証拠から認定できる（当事者が主張しない）他の主要事実については、当事者が弁論において黙示の主張をしたものと推定することを提案したい。このように修正することで、当事者が本人尋問で当該事実を陳述した場合などに一般市民の感覚とずれのない、妥当な結論を導くことができる。この場合、裁判所は、釈明によって当事者に防禦の機会を十分に与えなければならない（釈明義務）。多くの場合は、釈明によって当事者が主張を追加することで解決できるものと思われる。しかし、本人訴訟において、当事者が裁判所からの釈明を受ける前に期日に出頭しなくなってしまった場合や、当事者が法的意味をよく理解できず、裁判所から釈明されても沈黙してしまう場合に、このような第1原則の修正により、適切な運用をすることが容易になる。なお、当事者から適法に提出された証拠によって認定できる事実について、両当事者が、その事実を主張しないことを明示的に表示した場合は、裁判所は、当事者の明示の意思（当該事実を訴訟資料としない）に従わなければならない。推定は当事者が明示的にこれを否定すれば覆り、当事者の選択が尊重されるべきだからで

ある。

そして、審理の糾問主義化・職権主義化を避けるために、当事者の主張しない事実を認定するための証拠調べを禁止する運用が強化されるべきである。弁論主義第1原則の修正は、あくまで、当事者が主張した事実の立証のために当事者が申し出た証拠から、たまたま当事者が主張しない他の主要事実が認定できる場合に例外的に認められるべきであり、裁判所の職権主義的な証拠調べを助長・誘発することは望ましくないからである³³⁹。

これと関連して、原告の主張が、すべて真実であるとしても請求を理由づける事実として十分でない場合（いわゆる主張自体失当）において、相手方当事者は、裁判所に対し、証拠調べを行わずに直ちに請求棄却を求める権利を認められるべきである³⁴⁰。

弁論主義第2原則についても、一定の修正を提案したい。すなわち、弁論準備手続での自由闊達な対論を推進し、より実質的な当事者支配を実現するため、弁論準備手続が終了するまでは、原則として自白の撤回を容易に認めることを提案したい。そして、弁論準備手続終了後の自白の撤回については、従来通説のとおり、反真実かつ錯誤を要件とし、自白した当事者が当該自白が真実に反することを立証したときは錯誤は推認されるとすることにより妥当な結論を導くことができる。立証命題はあくまで主要事実とすることで審理の拡散を防ぐことができ、事実上証明責任を転換することによって自白の相手方当事者が証拠散逸による不利益を受けることを避け、証拠によって異なる事実が証明される場合は自白の撤回を認めて証拠に基づく認定をすることが望ましいからである³⁴¹。

最後に、弁論主義第3原則について検討する。裁判の基礎となる資料の提出を当事者の権限かつ責任とする原則（**principle of party-presentation**）は、アドヴァーサリ・システムと弁論主義に一定程度共通する、事実解明の当事者支配を実現するうえで普遍性の高い原則であるといえる。しかし、第3原則は、米国民事訴訟（アドヴァーサリ・システム）にいう当事者提出（**party-presentation**）の原則と同義ではない。アドヴァーサリ・システムでは、当事者が証人の陳述まで引き出して事実認定者の前に提示する必要があるが、弁論主義第3原則では、証拠方法を当事者が申し出るところまでの要請であって、証人の陳述という形の証拠資料の提示まで当事者に要求していない。その結果、裁判所による内容に亘る尋問権が認められる。

裁判所による尋問権を留保する理由は、裁判所（裁判官）に最終的な事実解明の権限と責任を認める理由と同様である。すなわち、民事訴訟の目的は、国家による私法上の権利の実現であると捉え、法適用の前提としての事実の解明である以上、法を熟知する裁判官が事実解明の最終的な権限と責任を持つべきだからである。弁論主義のもとでは、裁判所（裁判官）は、当事者が申し出ない証拠を自ら探索することは許されないが、当事者が申し出た証拠を目の前にして不明な点を自ら問質することは許される。このように解すること

³³⁹ 弁論主義第1原則の内容と修正の詳細は、第4章・第6・2参照。

³⁴⁰ 詳細は、第4章・第6・4参照。

³⁴¹ 弁論主義第2原則の内容と修正の詳細は、第4章・第6・3参照。

で、限られた枠内で最大限真相に近づく努力ができるものとしたと考えられる。

なお、弁論主義の3つの原則のうち、第1原則がその本質ないし核心であると論じる説（伊東説）や第3原則は弁論主義を超える当事者主義の問題と論ずる説（谷口説）などがある³⁴²。たしかに、アドヴァーサリ・システムには全く妥当しない弁論主義独自の原則は第1原則であることから、第1原則を弁論主義の核心と捉え、また、第3原則は弁論主義を超える（アドヴァーサリ・システムを指向する）内容と捉えることもできる。しかし、筆者は、弁論主義とアドヴァーサリ・システムとの共通項を、訴訟資料の収集・提出についての当事者支配を求めるものにとらえ、両制度に一定の共通性が認められる第3原則の普遍性は十分に認識されるべきであると考え。また、第3原則については、例外ないし修正を認めるべきではないと考える³⁴³。

第4 日本民事訴訟改善への示唆

1 当事者の証拠収集方法—ディスカヴァリ導入の是非

日本の民事事件の多くは、現行法のもとで、従来の主張立証責任の分配によって、適正に事実解明がなされており、強力な開示制度は必ずしも必要とされていない。安全配慮義務違反や医療過誤、製造物責任を問う事案、国や地方公共団体等行政の責任を問う事件など、いわゆる証拠偏在型の一定の類型にのみ、必要性が認められる。

そこで、一般民事訴訟の事実解明の枠組みは現状を維持するとして、証拠偏在型の紛争についてのみ利用可能とする米国のディスカヴァリ類似の、訴訟外（主に訴訟前）での当事者による情報・証拠収集手段を新設することを提案する³⁴⁴。

2 証拠偏在類型紛争に特化した開示手続新設の提案

(1) 新設を提案する開示手続の概要

提案する制度の概要は以下のとおりである³⁴⁵。

- ① 地方裁判所が管轄する独立の手続とし、申立費用（貼付印紙）は、一律に少額の定額とする。ここには、裁判所は、あくまで手続が法に則って円滑になされ濫用されないように監視する役割を果たすのみであるとの建前を含意している。裁判所は、原則として手続の本体的活動に介入しない（当事者を助けない）。簡易裁判所ではなく地方裁判所の管轄とし、代理人弁護士が主体となって開示手続を行う。
- ② 本手続は、裁判所の裁判による終局的な紛争解決を予定しておらず、当事者による民事訴訟前の情報・証拠収集の手段と位置づけられる新たな類型とする。
- ③ 証拠偏在型紛争の存在及び申立人による事実解明の必要性を手続開始の要件とする。

³⁴² 上野・前掲注3) 132-133頁、伊東・前掲注3) 43頁、谷口・前掲注3) 197頁。

³⁴³ 弁論主義第3原則については、第5章・第7・4参照。

³⁴⁴ 詳細は、第3章・第4・2参照。

³⁴⁵ 詳細は、第3章・第4・3参照。

なお、医療過誤事件や安全配慮義務を巡る紛争、製造物責任を問う事案など訴訟提起を前提とする事件のみならず、婚姻費用分担や養育費、遺産分割などの非訟事件（審判事件）の準備としても制度を活用できるようにすることが望まれる。

- ④ 手続の開始は、申立て、裁判所による開始要件の審査、開始決定によってなされるものとする。手続開始の要件を満たさない場合は、申立ては却下される。これにより、一定類型紛争の事実解明以外の目的で制度が濫用されないようにすることを企図し、その監視の役割は裁判所が担うことになる。
- ⑤ 開示の内容・メニューは、米国 FRCP のディスカヴァリをモデルとする。選択肢として、ドイツの独立証拠手続を模して、損害や物的瑕疵の原因や額などについての鑑定人による書面鑑定を導入することも検討されてよいと考える。
- ⑥ 開示要求に対する相手方の不協力・不開示に対する制裁を設ける。例えば、相手方が証拠開示命令を受けたがこれに従わず、制裁決定を受けたこと（これは訴訟記録に残る）は、本案訴訟において、申立人がなすべき手段を尽くしたこと、すなわち証拠を提出できないことについて非難可能性がないことを示す証拠となり、本案の裁判所は、当該事実について証明責任を転換するか事実擬制を認めることができる、とすることが考えられる。
- ⑦ 手続開始決定を得ても、多数のメニューを無制限に利用できるのではなく、あくまで「当事者の請求又は防禦と関連し、当該紛争解明の必要性に比例した範囲」（FRCP 26 (b) (1) 参照）とする。
- ⑧ 開示を請求される相手方が協力を拒むことのできる事由を明らかにし、必要に応じて保護命令の申立てなど、プライバシー及び秘密保護のための手段を置く。
- ⑨ 開示手続開始後、一定期間内に開示計画協議を行うこと、そのときまでに申立人から開示計画案の提出を義務付けること、手続の完了までの時間制限を置き、特段の事情のある時のみ延期が許可されることとして、原則として、当初予定した開示計画の内容の完了又は期間の満了をもって、手続が終了することとするなど、開示手続が徒に長期に亘ることのないようにする。
- ⑩ 当事者（申立人又は相手方のいずれでも可）の更なる申立て及び手続費用の支払いによって、引き続き、調停手続に移行することができ、相手方の申立てにより簡易決定（米国のサマリ・ジャッジメントないし法律問題としての判決に当たるもので、消極的確認のみ）を求めることができるものとする。
- ⑪ 調停が成立しない場合や当事者の一方又は双方が簡易決定を不服とする場合、あるいは、当事者双方が、調停・簡易判決のいずれも前置させずに通常の判決手続による解決を希望する場合は、開示手続を終了させるものとし、当事者のいずれかが訴訟による解決を望む場合は新たに訴えを提起する。
- ⑫ 開示手続は原則として非公開とし、開示手続の記録の閲覧謄写は原則として当事者のみに許されるが、当事者の手続非協力による制裁決定については、後訴において

当事者からの指摘に基づいて裁判所が職権で認定すべき職権調査事項とする。

- ⑬ 当事者は、その後に別途提起する訴訟手続においては、開示手続によって収集した情報及び証拠の中から改めて自ら取捨選択して証拠の申出をすべきこととする。
- ⑭ 証拠保全制度（民訴法 234 条）を併用できるものとする。

(2) 提案の理由

この提案は、米国訴訟においてプリトリアルで当事者主体の事実解明の主たる作業がなされることをモデルとするものである。そして、あらゆる紛争一般に妥当する手続とするのではなく、限られた証拠偏在型紛争にのみ利用可能とすることで弊害を最小にしようと考えた。大陸法型の審理構造を維持しつつ、訴訟前の事実解明構造に米国型を取り入れトリアルとプリトリアルの二段階構造に接近する方向性を指向するものである。

3 事案解明義務

証拠偏在型訴訟において、主張立証責任を負わない当事者に、いわゆる事案解明義務を認めることによって妥当な解決を図ろうという考え方が主張されてきた。しかし、一定類型の訴訟において一般の主張立証責任の分配で妥当な解決を得られない場合は、本来その類型に適用される特別法によって解決すべきであり、事案解明義務を一般条項化して主張立証責任の分配を事案ごとに解釈で変更することは望ましくない。前項のとおり、証拠偏在型訴訟において当事者に情報・証拠の収集権限を与える立法的解決を図るべきである³⁴⁶。

4 釈明権と釈明義務

日本の民事訴訟法は、「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」（民訴法 149 条 1 項）と規定する。アドヴァーサリ・システムの下では、裁判所は、釈明権を持たず、なんら釈明義務を負わない。従って、釈明権・釈明義務は、アドヴァーサリ・システム（水平型事実解明構造）と非アドヴァーサリ構造との分水嶺をなすものである。

現在の日本の民事訴訟制度は、裁判官を中心とした垂直型の大陸法審理構造を基本としつつ、弁論主義によって裁判官の権限を制約し当事者支配を図り手続の民主化を企図したものである。そして、どの程度当事者支配を要求するかは政策判断の問題である。民事訴訟法における釈明権（民訴法 149 条）の規定こそが、まさに、現在の日本の民事訴訟がアドヴァーサリ・システムを採用していないことを示すものであるとともに、これをどう解釈するかは、今後日本の民事訴訟の目指すべき方向性を如実に反映するものである。

筆者は、裁判官中心の垂直型構造を維持しつつ、できる限り当事者の自律性を強化する方向を志向すべきであると考え、弁護士が当事者を代理している訴訟においては、釈明権は、自制的消極的に運用されるべきであり、釈明義務については、さらに消極的に解すべきであると考え。他方、手続の効率化と弁論権の保障、審理の充実のためには、弁論準備手続等の争点及び証拠の整理手続における裁判官と当事者代理人弁護士の間の活

³⁴⁶ 詳細は、第 3 章・第 4・4 参照。

発な意見及び情報交換（コミュニケーション）が重要である。加藤新太郎教授の提唱されるように、釈明は、裁判所と当事者代理人弁護士との三者間の水平型コミュニケーションによるインフォームド・シチュエーション形成を促進するための技術として活用されるべきであろう³⁴⁷。

5 口頭弁論及び弁論準備手続の改善

管轄裁判所に「書面のとおりに陳述します」と述べるためだけに出頭するような形骸化した手続は廃して、当事者又は代理人が出廷するときには、必ず実質的な対論をする手続とするべきである。現行法では、第1回期日は口頭弁論として形式的であっても公開主義・口頭主義の原則を貫徹し、訴状と答弁書の陳述を行って主張の骨子が弁論された状態にすることとしている。しかし、訴訟開始から一定の期日は、原則として争点整理手続であると定めたほうが合理的であると考えられる。

争点整理段階では、公開主義・口頭主義の要請が後退し、書面の交換を核とした非公開の手続により、当事者中心に水平型の協議を行うという制度設計を提案したい。ここでは、要件事実論をロードマップとする、両当事者代理人弁護士中心の活発な対論が期待される。

当事者双方の主張が十分に明らかにされ、争点及び証拠の整理が出来たときに、公開の法廷において第1回口頭弁論期日を開くこととしたい。冒頭において、当事者（代理人）が、訴状、答弁書並びに主要な準備書面の内容を要約して陳述し、争点整理の結果を口頭で陳述する。引き続き、人証の集中証拠調べを行う。これにより、真の意味での公開主義・直接主義の要請を満たすものとなる。

すべての裁判所に最新のテレビ会議システムをはじめとするIT技術を導入すれば、両当事者がテレビ会議システムで期日に参加するということも実現可能なはずである。また、文書の交換も、原則として電子データによるべきこととすれば、より手続を効率化できる。日本の裁判所も、一般社会における変化に対応した手続となるよう改善する必要がある。

そして、将来的には、IT技術の導入により、当事者や代理人弁護士に盲聾者が含まれる場合に、盲聾者のハンディが軽減されるような手続的配慮が検討されるべきであろう。また、当事者の使用言語が多言語に亘る場合の通訳・翻訳についても、電子機器による音声及び文書による通訳・翻訳を導入することが検討されるべきであろう³⁴⁸。

6 陪審制導入の是非—価値判断を伴う訴訟への陪審・裁判員制度導入

陪審制を導入することは、事実解明権限及び責任を裁判官から別の主体に移すものであり、裁判官は基本的に事実認定に関与しない建前となるので、現在の大陸法系・裁判官中心・垂直型構造から英米法系・アドヴァーサリ・システム・水平型構造に転換することを意味するといえる。従って、この問題は、民事訴訟の事実解明構造の選択の中核をなす事項である。結論としては、現在の日本の社会において、直ちに全面的な民事陪審制を導入することは適切ではないと思われる。

³⁴⁷ 釈明権と釈明義務について詳細は、第3章・第4・5参照。

³⁴⁸ 口頭弁論及び弁論準備手続の改善について詳細は、第4章・第6・1参照。

しかし、将来に向かって、どの程度徹底した当事者自律型の民事訴訟制度にしてゆくの
か、一般市民の司法への主体的な参加をどの程度図ってゆくののかという問題について、真
剣な検討がなされるべきである³⁴⁹。

さらに、司法への国民の参加の視点だけではなく、訴訟における真相解明のあり方を科
学的な視点で見直すことが不可欠である。当事者間に争いのある事実の認定方法は、古代
では、人智を超えるもの、すなわち神事とされた。それが、近代になって証拠による認定
に変わり、できるだけ科学的な方法によって事実を解明しようという努力がなされてきた。
米国においては、偏見を持たない中立的な主体が、受動的に、対立当事者の互いに全力を
尽くした主張立証を見聞きし、どちらがよりもっともらしいかという基準で判断すること
が真相解明に資するとの考え方に立ち、民事事件においても陪審審理を原則としている。
そして、米国では、誤った判断に導く可能性のある証拠は証拠能力を否定するという方法
で科学的知見を事実認定に反映しており、認定者の訓練は不要、むしろ素人のグループに
よる合議が正しい判断を産み出すという立場が採られている。しかし、これに対しては、
米国の裁判官等からの批判もあり、議論がある。訴訟の事実認定を一般市民に委ねるべき
か、それとも、職業裁判官を訓練してこれに当たらせるべきか。これは、論理の積み重ね
のみによって答えが出る問題ではなく、心理学、社会学等の周辺科学の知見を導入して議
論検討されるべきものである。

訴訟における事実認定のあり方については、真相の解明の要請だけではなく、他の考慮
も必要である。特に重要な事項として、実体的真実を追求しようとして拷問等の人権侵害
が行われてはならないこと、限られた国家資源を有効に活用する必要性から裁判所は一件
当たりの訴訟事件に過度な時間と労力を割くことができないこと、裁判を受ける権利の観
点から安価で迅速な手続であるべきこと、当事者及び社会一般の納得の得られる公平、公
正な紛争解決の要請が挙げられる。総じて、民事訴訟は、公平、公正、迅速、安価な手続
により、真相を解明し、法に則った紛争解決が図られることが理想であるが、そのための
方法として、事実認定権者を裁判官とするべきか、それ以外の主体に委ねるべきかについ
て、他国の制度の比較研究を含め、引き続き検討されるべきである。

筆者は、適切な事実認定をするには一定の訓練が必要であり、とくに、評価を伴う事実
の認定には、適用すべき法の趣旨を十分に理解することが不可欠であると考え。その
意味で、一般的には、単発の任務である陪審よりも、職業裁判官による認定の方が優れて
いると考える。ただし、上述のとおり、事実認定の主体がいかにあるべきかについては、
更なる研究を俟つべきであると考え、結論は留保したい³⁵⁰。

そのうえで、米国民事訴訟において、陪審が、一般市民の支持する新たな価値観を社会
の中に吹き込んでいくエネルギーとなっていることは留意すべきであろう。国又は地方公
共同体等が被告となり当該裁判が安全保障やエネルギー政策など国民全体の利益に関わ

³⁴⁹ 詳細は、第5章・第7・1参照。

³⁵⁰ 詳細は、第5章・第7・2参照。

る価値判断を伴う裁判では、日本の裁判所は、判断を回避する、あるいは行政権の判断を追認する傾向が顕著である。本来、司法は、多数決では奪いえない少数者の権利を含む憲法的価値の最後の砦として機能すべきである。しかし、官僚である裁判官が時の政治権力の意向に反する判決を出すことには大きな困難を伴う。そこで、キャリア裁判官が機能不全に陥るような種類の訴訟、すなわち国や地方公共団体、あるいはそれに比肩しうのような巨大企業が相手方であって国益に関わる価値判断が伴う訴訟において、民衆の声を直接に裁判に反映させる方途として、民事陪審又は裁判員による審理を選択できる制度の創設を提案したい³⁵¹。

第5 結びに

大陸法と英米法の違いの本質はどこにあるのか、ハイブリッドは果たして可能なのか、カンボジアに対する法制度整備支援で大陸法系の民事訴訟法を導入したことは正しかったのか。本論文の最後に、この研究を始める動機となった自らの疑問に答えておきたい。

訴訟は事実の解明と法の適用の組み合わせによって紛争を解決するものである。このことは、大陸法と英米法に共通する普遍的な認識となっている。しかし、両制度は、深い次元で異なっている。

大陸法と英米法の違いの本質は、長い歴史の中で培われた法及び訴訟に対するとらえ方の違いに行き着く。大陸法では、法とは、市民ないし国民の代表者による適正な手続を経て制定された制定法を意味し、紛争に先立って法が存在することを前提とする。訴訟は、法によって認められた権利が実現されない場合に、国家が強制力をもって法を実現するものであり、民事訴訟の究極の目的は法に則った権利の実現である。従って、訴訟は、法の専門家である裁判官を中心に行われ、法適用の前提たる事実の解明についても裁判官が最終的な権限と責任を担う。これに対し、英米法において、法は、事件と離れて抽象的には存在せず、紛争解決のために事実の中から発見されるものである。訴訟の目的は、社会の平和を乱す紛争解決であり、まず当事者間で事実が解明され、そこから紛争解決のために必要な法が発見され適用されて将来に向けて紛争を解決する。事実の解明は、紛争の当事者の手によって行われるべきものであり、当事者間で解明できない事実については、中立・公平な一般市民のグループが、受動的消極的な態度で当事者が互いに提示する証拠を見比べて、どちらがよりもっともらしいかという基準で判定することが最もよい方法であるとされる。

社会・経済のグローバル化に伴い、紛争も国際化しており、2004年には、UNIDROITにおいて国際民事訴訟原則（Principles of Transnational Civil Procedure）が採択されるなど、民事訴訟のルールについての国際調和の必要性が認識されている。そして、民事訴訟において、基本的に、当事者が主体的に情報と証拠を収集して事実解明に努め、限られ

³⁵¹ 第5章・第7・1参照。

た争点について裁定機関に判断を求めるという手法は、両法系に共通のものとなっている。また、英国で民事陪審制が使われなくなり、米国民事訴訟において、伝統的な消極的受動的なアンパイア的裁判官像から管理者的な役割を積極的に果たすマネジアル・ジャッジ像への変化がみられる。このように、両制度の接近が見られることは明らかであるが、両法系の訴訟観の相違の溝が完全に埋まったものではない。

特に、事実解明に対する権限と責任を裁判官に留保するかどうか（具体的には、裁判官に釈明権及び人証の実質的尋問権を認めるかどうか）について、大きな溝があり、この点をどう考えるかが司法制度全体の制度設計を大きく変えることになる。

両制度の相違は、長い歴史の中で形成されたものであって、人々の文化や価値観と一体化したものであるが、絶対のものではない。異なった文化が接触し、影響し合うことによって、一定程度の接近は可能であり、どちらかに軸足を置きながら、異なる制度の要素を取り入れることは可能である。しかし、いわゆるハイブリッドは困難であり、裁判官の権限と責任を中心とする垂直型構造を維持するか、事実解明の権限と責任を裁判官から奪った英米型の水平型審理構造を基本とするか、いずれかの軸足を選択することが必要である。

カンボジアのように、国家全体の紛争に伴って法制度を含む社会制度が崩壊状態になった後に、法制度を再建する場合、大陸法系の民事訴訟制度を導入したことは正解だったと考える。英米法の訴訟は、長い歴史の中で判例法（コモンロー）の蓄積があることが前提であり、かつてコモンローが世界に広がったのは、英国による植民地支配と結びついて、英国の判例法が、その植民地において同じく法と扱われたことによる。現代において、英米諸国で既に形成されたコモンローを他国に移植することは、形を変えた植民地支配を意味するので許されるべきではない。当該国の独自の判例法を形成するには、何百年の歴史が必要である。法曹養成制度の再構築から始めなければならない国において、法の支配を確立するためには、国民の参加が保障された民主的な手続による立法を先行させる必要がある。また、訴訟における事実解明を職業的裁判官ではなく一般市民に担わせるには、高度に民主制が発達している必要がある。日本が法制度整備支援を始めた 1990 年代のカンボジアにおいては、民法も民事訴訟法も存在せず、裁判官及び弁護士任命及び養成制度の構築にも他国の支援を要し、司法制度全体をほぼゼロから構築しなおす必要があった。文字が読めない国民も多く、義務教育によって識字率を向上させることが課題とされた。このような社会にあって、判例法や陪審制を直ちに導入することは現実的ではなく、大陸法系の法制度及び訴訟制度を導入し、国会による民法及び民事訴訟法の制定並びにこれと並行した裁判官及び弁護士（法曹）育成の支援から始めた日本の法整備支援の方法は、正しかったといえる。

翻って、わが国の司法制度を考えると、明治期にドイツ型の司法制度を継受し、第二次世界大戦で社会全体の崩壊を経験し、米国から英米型の司法制度を導入する法整備支援を受けた。その結果、日本の民事訴訟制度は、大陸法系の審理構造を基本としつつ、相当程度アメリカ型の要素を取り入れてきた。そして、日本は、現在もまだ、社会における訴訟

制度の定着・改善の過程にあると見ることができる。今後、さらに当事者の自律性・主体性を強化した水平型審理構造の色彩を強めて行こうとするなら、司法制度のさらなる改革が必要であり、さらには、いわば国民全体の文化的変容を伴う変革が必要であろう。

法の支配と迅速な紛争解決を実現する適正な司法制度は、自由、公平、安全、安心な社会にとって不可欠である。そして、自由かつ公正で豊かな社会を持続可能なものとするためには、市民一人ひとりが法に則って紛争を解決し平和を維持しようという意思を持ち、主体的に司法に参加する文化を構築する必要がある。すなわち、社会の構成員たる個人が、国家権力に寄かかることなく、自分のことは自分で決めるという気概を持ち、他者を意のままに支配してはならないという倫理観を持って、社会参加し、自律的・主体的に紛争解決にあたる新しい文化を形成することが重要である。

以上

参考文献

日本語文献

- 青山善充「民事訴訟の目的と機能」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』ジュリ増刊 4頁（2009）
- 浅香吉幹『アメリカ民事手続法（第2版）』（弘文堂、2014）
- 渥美東洋『全訂 刑事訴訟法（第2版）』（有斐閣、2009年）
- 磯村義利「釈明権」民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座2』473頁（有斐閣、1957）
- 伊東乾『弁論主義』（学陽書房、1977）
- 伊藤滋夫『要件事実・事実認定入門 裁判官の判断の仕方を考える（補訂版）』（有斐閣、2008）
- 伊藤滋夫編『要件事実の機能と事案の解明』（日本評論社、2012）
- 伊藤博「民事弁護の基礎技術」司研（1991－Ⅱ）第86号1頁（1992）
- 伊藤眞「開示手続の理念と意義（上、下）—民事訴訟法改正への導入をめぐる—」判タ 786号6頁、787号11頁（1992）
- 伊藤眞「争点整理手続再論」木川統一郎古稀『民事裁判の充実と促進（上）』423頁（判例タイムズ、1994）
- 伊藤眞「証明、証明度及び証明責任」法教 254号33頁（2001）
- 伊藤眞「証明度をめぐる諸問題」判タ 1098号4頁（2002）
- 伊藤眞『民事訴訟法（第5版）』（有斐閣、2016）
- 上原敏夫「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選（第5版）』122頁（2015）
- 上野泰男「弁論主義」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』ジュリ増刊 132頁（2009）
- 宇野聡「裁判上の自白の不可撤回性について」鈴木正裕古稀『民事訴訟法の史的展開』433頁（有斐閣、2002）
- アルトウール・エンゲルマン著（小野木常＝中野貞一郎編訳）『民事訴訟法概史』（信山社、2007）
- 太田勝造「弁論主義の根拠についての一視角—当事者のインセンティブと弁護士のインセンティブ」三ヶ月章古稀『民事手続法学の革新（中）』339頁（有斐閣、1991）
- 太田幸夫「アメリカ法におけるプリーディング要件の新たな展開」比較法文化 19号 79頁（2011）
- 大村雅彦『比較民事司法研究』（中央大学出版部、2103）
- アルフレッド・オプラー著（内藤頼博ほか監訳）『日本占領と法制改革—GHQ担当者の回顧』（日本評論社、1990）。
- 貝瀬幸雄「比較民事手続法学へのチチェローネ—比較民事手続法学のアイデンティティと効用—」新堂幸司古稀『民事訴訟法理論の新たな構築（上）』97頁（有斐閣、2001）
- 貝瀬幸雄「ヨーロッパ民事訴訟法序説—ロルフ・シュテュルナーの「ヨーロッパ民事訴訟

法」研究を中心に―』小島武司古稀『民事司法の法理と政策（上）』193頁（商事法務、2008）

貝瀬幸雄「比較民事訴訟法学のプロムナード―「チチェローネ」以後―」青山善充古稀『民事手続法学の新たな地平』1007頁（有斐閣、2009）

垣内秀介「判批」高橋宏志ほか編『民事訴訟法判例百選（第5版）』132頁（2015）

笠井正俊「訴訟手続を規律する最高裁判所規則の制定過程について」京大法学部百周年『京都大学法学部創立百周年記念論文集（三）』593頁（有斐閣、1999）

笠原毅彦「民事裁判のIT化」小島武司古稀（続）『権利実効化のための法政策と司法改革』961頁（商事法務、2009）

春日偉知郎『民事証拠法研究』（有斐閣、1991）

春日偉知郎『民事証拠法論―民事裁判における事案解明』（商事法務、2009）

春日偉知郎『比較民事手続法研究―実効的権利保護のあり方』（慶応義塾大学出版会、2016）

加藤新太郎「証明度軽減の法理」木川統一郎古稀『民事裁判の充実と促進（中）』110頁（判例タイムズ、1994）

加藤新太郎『手続裁量論』（弘文堂、1996）

加藤新太郎「民事訴訟における釈明」加藤新太郎編『民事訴訟審理』227頁（判例タイムズ社、2000）

加藤新太郎「釈明」大江忠ほか編『手続裁量とその規律―理論と実務の架橋をめざして』123頁（有斐閣、2005）

加藤新太郎「釈明の構造と実務」青山善充古稀『民事手続法学の新たな地平』103頁（有斐閣、2009）

加藤新太郎ほか「座談会 ルール11と弁護士の役割」判タ920号23頁（1996）

兼子一『新修民事訴訟法体系（増訂版増補版）』（酒井書店、1978）

河合芳光ほか「争点整理手続における口頭弁論の活性化について（3）」判タ1438号5頁（2017）

川畑正文「釈明権及び釈明処分」伊藤眞＝山本和彦編『民事訴訟法の争点』ジュリ増刊132頁（2009）

ケヴィン・M・クラーモント著（三木浩一訳）「民事訴訟の証明度における日米比較」大村雅彦＝三木浩一編『アメリカ民事訴訟法の理論』139頁（商事法務、2006）

M・D・グリーン著（小島武司ほか訳）『体系アメリカ民事訴訟法』（学陽書房、1985）

メアリ・K・ケイン（石田裕敏訳）『アメリカ民事訴訟手続』（木鐸社、2003）

小島武司「釈明権行使の基準」新堂幸司編『特別講義民事訴訟法』332頁（有斐閣、1988）

小島武司ほか編『アメリカの大司法システム（上、下）』（中央大学出版部、1992）

小島武司ほか編『1997年民事訴訟法学会国際シンポジウム 民事訴訟法・倒産法の現代的潮流』（信山社、1998）。

古閑裕二「審理の充実・訴訟促進の中興方策案」判タ1438号26頁（2017）

- 小林秀之「弁論主義の現代的意義」新堂幸司ほか編『講座民事訴訟④審理』91頁（弘文堂、1985）
- 小林秀之『民事訴訟の審理』（有斐閣、1987）
- 小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』（弘文堂、1996）
- 佐久間健吉ほか「争点整理手続における口頭弁論の活性化について（2）」判タ1437号5頁（2017）
- 塩崎勤「釈明権」三宅省三ほか編『新民事訴訟法体系—理論と実務— 2』112頁（青林書院、1997）
- 司法研修所編『アメリカにおける民事訴訟の運営』（法曹会、1994）
- 司法研修所編『民事訴訟における事実認定』（法曹会、2013）
- ロルフ・シュテュルナー著（石川明＝藤井まなみ訳）「アメリカ及びヨーロッパ大陸の手続法の理解」慶応大学法学研究65巻9号75頁（1992）
- 鈴木義男ほか「座談会 実務と英米法」ジュリ600号312頁（1975）
- 須藤典明「実務から見た新民事訴訟法一〇年と今後の課題」民訴雑誌55号94頁（2009）
- 須藤典明「民事裁判における原則的証明度としての相当程度の蓋然性」伊藤眞古稀『民事手続の現代的使命』339頁（有斐閣、2015）
- 「世界の歴史」編集委員会『もういちど読む山川世界史』92頁（山川出版社、2010）
- 園尾隆司「裁判所の釈明権と訴訟指揮」竹下守夫＝今井功編『講座民事訴訟法I』223頁（弘文堂、1998）
- 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—」梶善夫・遠藤賢治古稀『民事手続における法と実践』（成文堂、2014）
- 高地茂世ほか『戦後の司法制度改革—その軌跡と成果—』（成文堂、2007）
- 高橋宏志「新民事訴訟法から見たこれからの弁護士像」自由と正義47巻11号27頁（1996）
- 高橋宏志「民事訴訟法講義ノート、証拠調べについて（三）」法教236号97頁（2000）
- 高橋宏志『重点講義民事訴訟法（上）（第2版補訂版）』（有斐閣、2013）
- 高橋宏志ほか「座談会 21世紀の民事訴訟の構想」判例タイムズ1063号4頁（2001）
- 竹下守夫「「口頭弁論」の歴史的意義と将来の展望」新堂幸司ほか編『講座民事訴訟④審理』1頁（弘文堂、1985）
- 竹下守夫「弁論主義」小山昇他編『演習 民事訴訟法』389頁（青林書院、1987）
- 竹下守夫「民事訴訟の目的と司法の役割」民訴雑誌40号1頁（1994）
- 竹下守夫「伊方原発訴訟最高裁判決と事案解明義務」木川統一郎古稀『民事裁判の充実と促進（中）』1頁（判例タイムズ、1994）
- 竹下守夫「カンボディア民訴法典起草支援と法整備支援の今後の課題」法の支配129号6頁（2003）
- 竹下守夫＝伊藤眞編『注釈民事訴訟法（3）』49頁〔伊藤眞〕（有斐閣、1993）
- 田中和夫「アメリカにおける単一訴訟方式」中村宗雄還暦『訴訟法学と実体法学』75頁

- (有斐閣、1955)
- 田中豊『事実認定の考え方と実務』(民事法研究会、2008)
- 田辺公二『民事訴訟の動態と背景』(弘文堂、1964)
- 田辺公二『事実認定の研究と訓練』(弘文堂、1965)
- 谷口安史ほか「争点整理手続における口頭弁論の活性化について (1)」判タ 1436 号 5 頁 (2017)
- 谷口安平『口述民事訴訟法』(成文堂、1987)
- 谷口安平「比較民事訴訟法の課題・序説」京大法学部百周年『京都大学法学部創立百周年記念論文集 (三)』519 頁 (有斐閣、1999)
- 溜箭将之『アメリカにおける事実審裁判所の研究』(東京大学出版会、2006)
- 溜箭将之『英米民事訴訟法』(東京大学出版会、2016)
- 堤龍弥「審理方式としての口頭弁論」鈴木正裕古稀『民事訴訟法の史的展開』283 頁 (有斐閣、2002)
- 出口雅久「弁論準備手続における自白の取扱い」松本博之古稀『民事手続法制の展開と手続原則』297 頁 (弘文堂、2016)
- 時國康夫『英米法における訴答 (Pleading) の研究』司法研究報告書 8 輯 5 号 (1955)
- 中島弘雅「口頭主義の原則と口頭弁論の在り方」鈴木正裕古稀『民事訴訟法の史的展開』311 頁 (有斐閣、2002)
- 中野貞一郎「弁論主義の動向と釈明権」『過失の推認』215 頁 (弘文堂、1978)
- 中村英郎『民事訴訟におけるローマ法理とゲルマン法理』(成文堂、1977)
- 中村英郎「民事訴訟制度の目的について」木川統一郎古稀『民事裁判の充実と促進 (上)』1 頁 (判例タイムズ、1994)
- 中村英郎『民事訴訟における二つの型』(成文堂、2009)
- 奈良次郎「釈明権と釈明義務の範囲」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座 1』203 頁 (日本評論社、1969)
- 奈良次郎「訴訟資料収集に関する裁判所の権限と責任」新堂幸司ほか編『講座民事訴訟④ 審理』125 頁 (弘文堂、1985)
- 奈良次郎「新民事訴訟法と釈明権をめぐる若干の問題 (上・下)」判時 1613 号 3 頁・1614 号 3 頁 (1997)
- 二羽和彦「弁論主義を考える」法学新報第 108 巻第 9・10 号 403 頁 (2002)
- 萩原金美「民事司法における国民参加—民事参審の構想に関する一つの試論—」木川統一郎古稀『民事裁判の充実と促進 (上)』105 頁 (判例タイムズ、1994)
- ジェフリー・C・ハザード・ジュニア著 (三木浩一訳)「手続法における国際的調和」民訴雑誌 44 号 70 頁 (1998)
- ジェフリー・ハザード・ジュニア＝ミケーレ・タルッフォ著 (谷口安平監修、田邊誠訳)『アメリカ民事訴訟法入門』(信山社、1997)
- 畑瑞穂「弁論主義とその周辺に関する覚書」新堂幸司古稀『民事訴訟法理論の新たな構築

- (下)』71頁(有斐閣、2001)
- 畑瑞穂「模索的証明・事案解明義務論」鈴木正裕古稀『民事訴訟法の史的展開』607頁(有斐閣、2002)
- 樋口範雄『アメリカ契約法(第2版)』(弘文堂、2008)
- 樋口範雄『アメリカ不法行為法(第2版)』(弘文堂、2014)
- 菱田雄郷「プリーディングに関する規律の変遷」青山善充古稀『民事手続法学の新たな地平』391頁(有斐閣、2009)
- 藤田広美『講義 民事訴訟(第3版)』(東京大学出版会、2013)
- 船所寛生「福岡地方裁判所における民事訴訟の口頭協議活性化に向けた取組について—弁護士会とともに創る民事訴訟のより良いプラクティス—」判タ1440号38頁(2017)
- ブラクネット著(伊藤正己監修、イギリス法研究会訳)『イギリス法制史 総説篇(上、下)』(東京大学出版会、1959)
- ジェローム・フランク著(古賀正義訳)『裁かれる裁判所(上、下)』(弘文堂、1970)
- ロバート・G・ボーン(大村雅彦訳)「アメリカの民事訴訟における和解—訴訟法及び裁判所の役割」大村雅彦=三木浩一編『アメリカ民事訴訟法の理論』89頁(商事法務、2006)
- 本間佳子「カンボジアでの立法支援」日本弁護士連合会編『法律家の国際協力—日弁連の国際司法支援活動の実践と展望』66頁(現代人文社、2012)
- 松尾浩也『刑事訴訟の理論』(有斐閣、2012)
- 松本博之『民事訴訟における事案の解明』(日本加除出版、2015)
- 松本博之『証明軽減論と武器対等の原則—要件事実論批判・証明責任分配論と共に—』(日本加除出版、2017)。
- 三ヶ月章『民事訴訟法研究(一)』(有斐閣、1966)
- 三木浩一ほか著『民事訴訟法(第2版)』(有斐閣、2016)
- 三木浩一=山本和彦編『民事訴訟法の改正課題』ジュリ増刊(2012)
- F・W・メイトランド著(河合博訳)『Forms of Action イギリス私法の淵源』(東京大学出版会、1979)
- F・W・メイトランド著(森泉章監訳)『イングランド法史概説』(学陽書房、1992)
- モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所『アメリカの民事訴訟(第2版)』(有斐閣、2006)
- 武藤春光「民事訴訟における訴訟指揮」加藤新太郎編『民事訴訟審理』25頁(判例タイムズ社、2000)
- 柳田幸三「民事訴訟法の全面改正の意義と新民事訴訟法の特徴」塚原朋一ほか編『新民事訴訟法の理論と実務(上)』61頁(ぎょうせい、1997)
- 山浦善樹「当事者照会等の活用の問題点と改善のための必要な条件」上谷清=加藤新太郎編『新民事訴訟法施行三年の総括と将来の展望』49頁(西神田編集室、2002)
- 山本克己「民事訴訟におけるいわゆる“Rechtsgespräch”について(一)」法学論叢119

卷 1 号 1 頁 (1986)

山本克己「弁論主義のための予備的考察」民訴雑誌 39 号 170 頁 (1993)

山本克己「戦後ドイツにおける弁論主義論の展開 (一) —弁論主義の構造論と根拠論のために—」法学論叢 133 卷 1 号 1 頁 (1993)

山本和彦『民事訴訟審理構造論』(信山社、1995)

山本和彦「弁論主義の根拠」判タ 971 号 60 頁 (1998)

山本和彦『民事訴訟法の現代的課題—民事手続法研究 I』(有斐閣、2016)

山本弘「釈明権と弁論主義の進展」ジュリ 1098 号 43 頁 (1996)

吉村徳重 『比較民事手続法』(信山社、2011)

ステファン・ランズマン著 (萩澤達彦訳)「合衆国におけるアドヴァーサリ・システム—民事訴訟法改革への挑戦—」小島武司編訳『民事司法の国際動向』153 頁 (中央大学出版部、1996)

F・H・ローソン著 (小堀憲助他訳)『英米法とヨーロッパ大陸法』(日本比較法研究所、1971)

クラウス・ロクシン著 (新矢悦二=吉田宣之訳)『ドイツ刑事手続法』(第一法規、1992)

クラウス・ロクシン=ハンス・アッヘンバッハ著 (光藤景皎=吉田宣之編訳)『ドイツ刑事訴訟法演習—君の知識を試そう』(成文堂、2017)

外国語文献

ARTHUR BEST, EVIDENCE (EXAMPLES & EXPLANATIONS) (10th ed. 2017)

KENNETH S. BOUN, MCCORMIC ON EVIDENCE (7th ed. 2014)

Joe S. Cecil et al., *A Quarter-Century of Summary Judgment Practice in Six Federal Courts*, 4 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 861(2007)

OSCAR G. CHASE ET AL., CIVIL LITIGATION IN COMPARATIVE CONTEXT (OSCAR G. CHASE & HELEN HERBKOFF eds. 2007)

CHARLES E. CLARK, HANDBOOK ON THE LAW OF CODE PLEADING (2d ed. 1947)

JEROME FRANK, COURTS ON TRIAL (1949)

MARVIN FRANKEL, PARTISAN JUSTICE (1980)

JACK H. FRIEDENTHAL, MARY KAY KANE & ARTHUR R. MILLER, CIVIL PROCEDURE (5th ed. 2015)

Lon Fuller, *The Adversary System*, in TALKS ON AMERICAN LAW, 34 (Horald. J. Berman ed., 2d ed. 1971)

JOSEPH W. GLANNON, THE GLANNON GUIDE TO CIVIL PROCEDURE (3d ed. 2013)

JOSEPH W. GLANNON, CIVIL PROCEDURE (EXAMPLES & EXPLANATIONS) (7th ed. 2013)

JOSEPH W. GLANNON, THE LAW OF TORTS (EXAMPLES & EXPLANATIONS) (5th ed. 2015)

Martin P. Golding, *On the Adversary System and Justice*, in PHILOSOPHICAL LAW, 98

(Richard Bronaugh ed. 1978)

CARL F. GOODMAN, JUSTICE AND CIVIL PROCEDURE IN JAPAN (2004)

CARL F. GOODMAN, THE RULE OF LAW IN JAPAN: A COMPARATIVE ANALYSIS (3d ed. 2012)

GEOFFREY C. HAZARD, JR., JOHN LEUBSDORF & DEBRA LYN BASSETT, CIVIL PROCEDURE (6th ed. 2011)

Dan M. Kahan et al., *Whose Eyes Are You Going to Believe? Scott v. Harris and the Perils of Cognitive Illiberalism*, 122 Harv. L. Rev. 837 (2009)

STEPHAN LANDSMAN, AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF LITIGATION READINGS ON ADVERSARIAL JUSTICE: THE AMERICAN APPROACH TO ADJUDICATION (1988)

John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U. CHI. L. REV. 823 (1985)

ALEXANDER MARTIN, CIVIL PROCEDURE AT COMMON LAW (photo. reprint 2015) (1905)

O. L. McCaskill, *Actions and Causes of Action*, 34 YALE L.J. 638 (1925)

Robert W. Miller, *The Formative Principles of Civil Procedure-I*, 18 ILL. L. REV. 1 (1923)

JOHN NORTON POMEROY, REMEDIES AND REMEDIAL RIGHTS BY THE CIVIL ACTION (2d ed. 1883)

HAROLD POTTER, HISTORICAL INTRODUCTION TO ENGLISH LAW (A.K.R. Kiralfy ed. 4th ed. 1970)

Judith Resnik, *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. 374 (1982)

DAVID D. SIEGEL, NEW YORK PRACTICE (5th ed. 2011)

Yasuhei Taniguchi, *Between Verhandlungsmaxime and Adversary System: in Search for Place of Japanese Civil Procedure*, Festschrift für K. H. Schwab zum 70. Geburtstag/herausgegeben von Peter Gottwald, Hanns Prütting, 1990, S.487 ff

Duan Van Ee, DAVID DUDLEY FIELD AND THE RECOGNITION OF THE LAW: AMERICAN LEGAL AND CONSTITUTIONAL HISTORY: A GARLAND SERIES OF OUTSTANDING DISSERTATIONS (photo reprint 1986) (1974)

JOHN H. WIGMORE, THE SCIENCE OF JUDICIAL PROOF AS GIVEN BY LOGIC, PSYCHOLOGY AND GENERAL EXPERIENCE AND ILLUSTRATED IN JUDICIAL TRIALS (3d ed. 1937)

STEPHEN C. YEAZELL & JOANNA C. SCHWARTS, FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE WITH SELECTED STATUTES, CASES, AND OTHER MATERIALS—2017 (2017)