

主張・証明責任論の基本問題

萩原金美

目次

- プロローグ——本稿の意図するもの
- 一 問題の所在
  - 二 証明責任の分配と証明度
  - 三 法律上の推定
  - 四 超過原則
  - 五 主観的証明責任（証拠提出責任）
  - 六 主張責任と準主張責任
  - 七 争点整理
  - 八 判決書の書き方
  - 九 証明責任の子防法的ないしADR的機能
- エピローグ——要約と結語

## プロローグ——本稿の意図するもの

本稿は民事訴訟における主張・証明責任<sup>(1)</sup>の法理を論ずるものである。我が国の民事訴訟における主張・証明責任論の領域では、長らくいわゆる法律要件分類説が実務および学説の双方を支配してきたが、一九七〇年代の初頭からいわゆる証明責任論争が展開され、学説はいまや百花繚乱の観を呈するに至っている<sup>(2)</sup>。しかしこの論争は必ずしも我が国の訴訟実務ないし訴訟理論の内発的要請から生まれたものとはいえず——公害訴訟や医療過誤訴訟の頻発など我が国の民事訴訟をめぐる客観的状況の変化がその背景に存在することは否定できないが——、ドイツの学説の動向に敏感に反応した面が強い(ドイツで規範説批判の火蓋を切ったライポルトの著書が現れたのが一九六六年である)<sup>(3)</sup>。そのためか、証明責任論争は実務にほとんど浸透せず、また論争はドイツのそれに余りにも引き摺られ過ぎたきらいがあり、主張・証明責任論の在り方を根本的に再検討し、新しい理論構築を行う方向への展開を示していないように思われる。現在、証明責任論争が低迷化している大きな原因はまさにこの辺にあるのではあるまいか<sup>(4)</sup>。例えば、証明責任規範の要否はこの論争における最も基本的な論点の一つであるが、議論の花々しさのわりにはその内容は貧困と評せざるを得ず、あえていえば「泰山鳴動鼠一匹」の感すらしないではない<sup>(5)</sup>。

しかし主張・証明責任は、適正・迅速な訴訟運営のために決定的に重要な課題を成すというべきである。証明責任は、すべての民事、行政および刑事の訴訟運営に不可欠であるのみならず、訴訟外の公私の法律生活にも大きな影響を与えるのである。また主張責任は証明責任と異なり、その射程は弁論主義の働く民事訴訟および行政訴訟に限られるとはいえず、合理的、効率的で公正な訴訟運営にとってきわめて重要な役割を有する(ただし、後述するように準主張責任はすべての訴訟において働くことに注意)。ところが証明責任論争のなかでは、証明責任の機能がきわめて限局されたも

のとして捉えられ、しかも主張責任と証明責任との機能の差異が十分に意識されていない。

主張・証明責任はこれまで一般に考えられてきた以上に、はるかに訴訟運営上実務的に有用なものであること、とくに証明責任はそれを超えて重要な予防法的機能をも有することを認識し、それにふさわしい主張・証明責任論の新たな構築がなされなければなるまい。<sup>(8)</sup>これは訴訟理論ないし紛争解決の理論の研究として必要であるとともに、我が国における紛争の法的解決、裁判運営の適正化、合理化の見地からも焦眉の急務だと思われる。

本稿において筆者は、このような問題関心から従来の主張・証明責任論を根本的に再検討し、真に「民事訴訟の脊髄」として機能しうるような主張・証明責任論を構築、提示することに及ばずながら努めたい——せめてその基本的方向だけは示したい——と考える。そして、ここで提示される証明責任の法理が一般的には、行政訴訟、刑事訴訟さらには行政手続などにおける判決ないし意思決定にも適用されうるものであることも明らかにしたい。

なお本稿は、我が国の主張・証明責任論の現状と問題点について拙稿「行政訴訟における主張・証明責任論」『成田頼明先生退官記念論文集 国際化時代の行政と法』(一九九三、良書普及会)所収、の論述を前提にしている。したがって、この点については同論文の参照をお願いできれば幸いである。

\* 本稿は本来神奈川大学法学研究所研究年報一九九三に掲載する予定であったが(拙稿「刑事訴訟における証明責任——一つの試論的考察——」神奈川法学二八巻二・三合併号(一九九三)一三七頁注(4)参照)、都合により本誌に掲載することにした次第である。読者のご了承を乞いたい。

(1) これまでの我が国の主張・証明責任論の一般的見解によると、主張責任と証明責任とはその分配(基準)が一致する——前者は

後者に従う——と考えられているので、本稿においては以下、文脈上誤解が生じない限り証明責任(論)という表現が主張責任(論)を包含する意味で用いられることが多いことをお断りしておく。

(2) 詳しくは拙稿・前掲「行政訴訟における主張・証明責任論」一三頁以下参照。

(3) Dieter Leibold, Beweisastregeln und gesetzliche Vermutungen (1966).

なお、以下本稿において依拠する外国法に関する文献資料は、北欧法に関するものを除き、原則として我が国のそれを用いることをお断りしておく。その理由は、本稿の対象とする分野においてはすでに多数のすぐれた比較法的研究が存在し、とりわけドイツについては膨大な研究業績が蓄積されており、それらを最大限に利用させて頂くことは、学問における分業として許されると考へること、および本稿において外国法(理論)に言及するのは、主に我が国に受容されているものとしてのそれに対する関心からであることによる。

(4) 竜寄教授は、証明責任論に関する「多くの文献にもかかわらず、わが裁判実務は微動だにしない」と嘆ずる(竜寄喜助「証明責任論」(一九八七、有斐閣出版サービス)二〇四頁)。

(5) 高橋教授は証明責任規範をめぐる論争について、その意義に一定の評価を与えつつも「ただし、余りに特殊ドイツ的な論議という部分がないとは言えるかもしれない。」と述べている(高橋宏志「証明責任について(一)」法学教室一二七号(一九九一)六二頁注(8))。

(6) 拙稿「スウェーデン法における証明責任論」神奈川大学法学研究所研究年報一二号(一九九一)九一頁注(2)参照。

(7) 規範説的立場からの批判であるが、松浦教授は「この論争は多分に観念的な、また卵が先か鶏が先か式の争い」だという(兼子一「松浦馨」新堂幸司「竹下守夫」条解民事訴訟法(一九八六、弘文堂)九三二頁)。この点については前注(5)参照。

(8) 春日教授は、証拠提出責任(主観的証明責任)を重視し、審理の充実をはかることにより、証明責任による裁判を避けることのほうがむしろ先決であるとするこれに賛同するものとして、竹下守夫、石川明両教授が挙げられている(春日「民事証拠法研究」(一九九一、有斐閣)四頁、一一頁注(17))。しかし筆者はこのような方向に必ずしも全面的には賛成できない。そこには我が国の研究者の事実認定に対する過度の楽観論が根底にあるように感じられる。のみならず審理充実の主張は、劣位にある当事者に過度の負担を課するおそれがあることを看過すべきではないと考へる。

### 補論 本稿のテーマに関するスウェーデン法の比較法的重要性について

法規の措辞・構造から証明責任の分配を引き出す規範説ないし法律要件分類説は包括的な実体私法典の存在を自明の前提とするから、コモン・ローの法制の国々においては規範説ないし法律要件分類説による証明責任の分配が不可能であることはみやすい道理である。<sup>(1)</sup> このことは例えば米国の証明責任論についてみれば直ちに明らかになる。そこでは証明責任の分配に関する一般的基準は廃棄され、政策、公平、蓋然性その他の要素を複合的に考慮して証明責任の分配が決定されている。<sup>(2)</sup>

これに対して、大陸法制の国々では、ドイツにおいて規範説が長らく通説の地位を占めてき、激しい証明責任論争を経たいまなお、修正された規範説が通説の地位を堅持していることは周知のところである。<sup>(3)</sup> またフランスにおいても一種の法律要件分類説が通説といわれる。<sup>(4)</sup>

ところがスウェーデンは広い意味では大陸法制に属するけれども、パンデクテン・システムを採用しておらず、包括的な民法典を有しない(契約法、売買法その他の個別的私法典のみが存在する)。そして法文は理解しやすさとか、審美的理由を考慮して書かれているとされる。<sup>(5)</sup> したがって、規範説ないし法律要件分類説の根拠となるべき法典を欠くことになる。このことがスウェーデンにおいて規範説がその登場の初期から拒絶反応をもって迎えられた根本的理由であらう。

我が国の民法典が証明責任の分配を十分に考慮して立法されていないことはすでに学界における共通の理解としてよい。<sup>(6)</sup> そうすると、我が民法はドイツ民法とスウェーデン民法との中間にあるとみることもできるのであって、スウェーデンの証明責任論は我が国の証明責任問題を考える上ですこぶる示唆に富むのではないかと思われるのであ

る。

さらに、伝統的証明責任論——この言葉は法律要件分類説を含む従来の証明責任論の総称の意味で使うことにする——の立場を採っても証明責任が証明度の問題や証明(論)と密接に関連していることを否定できないが、これらの分野ではスウェーデンはドイツよりはるかに進んでおり、ドイツにおいて証明度の議論が始まったのは一九七五年ごろ以降であつて、しかもそれはとりわけスウェーデン法に刺激されたことによるものであることはドイツの学者の自認するところである。<sup>(8)</sup> この意味でも、スウェーデンの証明責任論および証明論の研究は我々にとって重要な関心事とならざるを得ないのである。

以上によって、本稿のテーマに関するスウェーデン法の研究が、現在の我が国の民事訴訟の理論と実務にとって有用であることは疑問の余地がないといえよう。<sup>(9)</sup>

(1) 英国のハートやフランスのグジェゴルチクのいう外的視点と内的視点という分類によれば、裁判官は行政官と異なり、ある程度(法律)外的視点に立たざるを得ないとされる(星野英一「民法学(法学)以前」千葉大学法学論集六三巻三・四号(一九九二)三一頁)。この意味でも法規を過度に拘束的に考える嫌いのある規範説ないし法律要件分類説は基本的法制の差異を超えて問題を含んでいるように思われる。

(2) 小林秀之『証拠法』(一九八九、弘文堂)一六八頁以下、『アメリカ民事訴訟法』(一九八五、弘文堂)二五三頁以下。

(3) P・アーレンス/H・プリュッティング/吉野正三郎、松村和徳/安達栄司訳『ドイツ民事訴訟法』(一九九〇、晃洋書房)一八一頁(プリュッティング)。

(4) 若林安雄「フランス法における証明責任論(序説)」判例タイムズ三三三三四号(一九七六)三二頁。

(5) 拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」五〇頁。

(6) 石田穰『証拠法の再構成』(一九八〇、東京大学出版会)一七頁、松本『証明責任の分配』(一九八七、有斐閣)三頁、竜寄・前

掲一八四頁、小林・前掲『証拠法』一五九頁、など。

(7) 松本・前掲五頁参照。

(8) アーレンス／プリュッティング／吉野、松村／安達訳・前掲一七〇頁（プリュッティング）。このようにドイツで証明度の議論が始まったのは一九七五年ごろ以降であるのに、スウェーデンではすでに一九四〇年代の前半から証明度の議論がなされているのであって、この点に関する限りドイツ訴訟法学は低開発国ないし発展途上国だったといわざるを得ない。しかもこの状況は証明責任論争を経験した現在に至っても十分には解消されていないように思われる。

(9) 我が国の民事訴訟の理論および実務において最近、スウェーデン法が注目されていることを物語る二つの事実についてふれておきたい。一つは、一九九二年八月に行われた民事訴訟法施行百周年を記念する国際シンポジウム「国際化時代における民事司法」にスウェーデンからも代表的報告者が招かれたことである。（その人、グンナル・ベリイホルツ（ルンド大学教授）は「スウェーデンにおける裁判外紛争解決」と題する報告書を提出したが（筆者はそれを訳出した）、残念ながら急病のため会議に出席できなかった。）

もう一つは同年五月、菅野宏之判事が最高裁判所から派遣されてスウェーデンの民事司法の調査研究に赴いたことである。同氏は、裁判官、司法行政関係者、民事訴訟関係法規の改正作業の担当者などと面接するなど精力的に活動し、多大の成果を収められたようである（最高裁判所事務総局編『外国の民事訴訟の審理に関する参考資料』（一九九三、法曹会）における氏のスウェーデンに関する記述および発言を参照）。

（なお刑事司法についても、植村稔判事が翌九三年四月から数か月にわたる現地での調査研究が行われた。）

## 一 問題の所在

私見によれば、（客観的）証明責任とは、意思決定における事実的基礎が不明確な場合における解決策、危険の引受けの問題である。すなわち我々がある意思決定をする場合に、その決定を行うための事実的基礎が十分でないとき（そういう場合は決して少なくない）に、どのよつな（どの程度の）危険を冒すか、また決定を受ける両当事者が存在する場

合には、その危険をどのように当事者間に分配するか、そしてその基準は何か、ということが証明責任の問題として論じられることの基本なのである。民事訴訟における従来の証明責任論が一般に権利の確定・証明という観点からアプローチするという権利中心的思考に彩られているのは、民事訴訟の審理・判断の対象が権利であるために特殊な変容を受けているからであって、決して民事訴訟の証明責任の本質的属性に由来するものではないというべきである。このような証明責任の理解こそ自由心証主義のもとにおける証明責任の最も正しい理解だと筆者は考える。このことが本稿の基本的出発点である。

証明責任(義務)という言葉ないし概念やその分配原則それ自体はローマ法以来存在する<sup>(1)</sup>。しかし真偽不明の場合における当事者の負担ないし危険としての客観的証明責任が明確に認識され、問題とされるのは、ドイツにおいて現行民事訴訟法の制定により裁判宣誓が廃止されたことを機縁とする。それまでは、不完全な証明の場合の真偽不明は、足りない証明力を補充して完全な証拠とし、または不完全な証拠を排除する裁判宣誓制度によって解決されていたので、真偽不明を解決する客観的証明責任の概念を必要としなかった<sup>(2)</sup>のである。

ようやく民法制定後約一〇年を経て客観的証明責任論が相次いで登場し、一九〇〇年にはすでにローゼンベルクの『証明責任論』の初版が現れている。一九一〇年代には客観的証明責任論が大勢を占めるに至った。他方、裁判宣誓、要求宣誓に代る当事者尋問の導入により自由心証主義が確立し、事案の真偽不明はほとんど生じないような期待ないし幻想が支配していた<sup>(3)</sup>ことに留意すべきである。(この点はスウェーデンでも同様であり、一九四二年の訴訟手続法の制定による完全な自由心証主義への移行は真偽不明の事態の発生をほとんど絶滅させるとの楽観論が支配していた<sup>(4)</sup>。)

ドイツにおいて証明度に関して確信概念が採られ、証明責任論が証明責任の分配問題だけに關心を示しており、最近にいたるまで証明度の問題が学説の關心を惹かなかつたことの根源には、法定証拠主義とりわけ裁判宣誓制度との

関連があると考えられる。すなわち、法定証拠主義における完全な証拠と自由心証主義における確信が意識的ないし無意識的に等値されてしまい、その結果として真偽不明の場合は証明責任の分配問題を決定すれば足り、証明度を問題にする必要はないということにされたものと考えられるのである。<sup>(5)</sup>

法定証拠主義的思考に囚われたドイツ法的証明責任論を脱却すれば、証明責任の問題は証明度を包含する—多くの場合証明度のほうが分配問題よりもむしろ重要である—ものであること、そしてそれは訴訟における特有の問題ではなく、対立当事者の存在しない手続はもちろん、ひろく意思決定における事実的基礎が不明確な場合における危険の引受けの問題として考察されることが明らかになる。スウェーデンの証明責任論における超過原則の提唱者P・O・ポールドディングは、その証拠法の概説書における証明責任の記述の冒頭に、海上の氷がスケートをするのに充分なほど結氷しているかどうかの判断の例を挙げ、「法律学を『閉じたシステム』としてみるはならない。そのような見方は現実の多様性に適合しない理論に導いてしまうおそれがある。」<sup>(6)</sup>という意味の指摘をしているが、まさに至言だと思ふ。この批判は、ドイツおよび我が国の証明責任論の大部分に対して向けられるといえよう。

証明責任の問題を証明度の問題<sup>(7)</sup>と関連させて考えれば、法文から証明責任の分配を引き出す規範説ないし法律要件分類説が成立する根拠は失われるとともに、証明責任の分配と主張責任のそれとを原則的に一致させるといふ思考様式の妥当性に対する疑問が生ぜざるを得なくなるはずである。<sup>(8)</sup> もっともこのことは、思考経済として規範説的主張・証明責任の分配が一定の範囲で有効であることまで否定するわけではないことを付け加えておきたい。

ところで、この最後の点は主張・証明責任分配の一般原則の可否という最も重要な問題に連なるので、節を改めて詳しく論ずることにしよう（主張責任と証明責任との原則的不一致という問題は六において後述する）。

- (1) 雉本朗造「証明責任の分配」同『民事訴訟法論文集』(一九二八、内外出版印刷)八四七頁以下、中島弘道「挙証責任の研究」(一九五三、有斐閣)三四頁以下、など参照。
- (2) 竜崎・前掲二一頁。
- (3) 竜崎・前掲二五頁。
- (4) 拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」六二頁参照。
- (5) 拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」四七頁におけるエーケレーヴの見解参照。
- (6) 拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」四六頁。
- (7) したがってスウェーデンの学者は、証明度を「証明責任点」bevisbördepunktとよんでいる。Ekelöf & Boman (後掲), s. 57, Per Olof Bolding, *Går det att bevisas?* (1989) s. 98.
- (8) 最近の我が国の学説は、証明度の問題が証明責任と同じく法律問題であることを認めながら、それは証明責任とは異別の問題だとする(松本・前掲四一五頁、春日・前掲一八頁)。このことに関連して春日氏は、証明責任が原則として実体法に属するのに対して、証明度は訴訟法に属する点で対蹠的だとし、この法的性質の問題は定義規定の面よりも国際私法、時際法および証明責任契約の有効性の諸問題と密接に関連しているために意味をもつのだという(同・前掲三三頁注(12))。筆者はこの点についてまだ十分に詰めて検討していないが、証明責任の問題のなかに証明度を含めるならば、当然に証明度の問題も実体法の問題と考えてよいと思う。
- もっとも刑事訴訟について、田宮教授は証明責任規則は手続法に属するという(田宮裕「挙証責任」法学教室九一号一〇四頁注(3)、同『刑事訴訟法』(一九九二、有斐閣)二九六頁注(1))。犯罪の国際化したがつて刑事訴訟の国際化に伴い、証明責任の問題も国際刑事訴訟法学の問題となることが予想される。

## 二 証明責任の分配と証明度

法律要件分類説その他の証明責任の分配に関する一般原則は果たして可能なのであるか。このことはドイツやフラ

ンスではおおむね肯定され、他方、英米やスウェーデンなどでは否定されている。このような基本的差異をもたらしている根本的理由は、両者における実体法規の在り方にあると考えられることはすでに指摘した。しかし証明度を考慮に入れるならば、法典国においても（修正）規範説ないし法律要件分類説（以下、法律要件分類説という語は（修正）規範説を含む意味で用いる）による分配基準を採用することは困難なはずである。それ以外の証明責任論争以前の伝統的証明責任論による分配基準は学説史的過去に属するもので、ここでは是非を論ずる必要があるとは思われない。

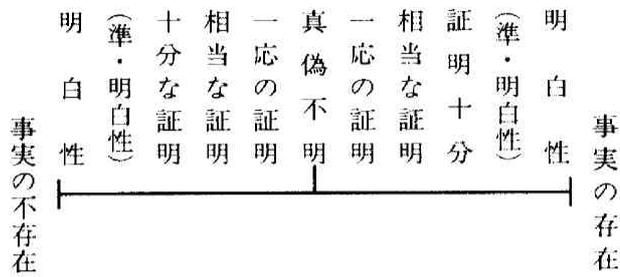
しかも分配問題だけを考えても、法律要件分類説が原則的に機能しうるのはおおむね通常の契約法の領域にすぎず、不法行為法や新たに生成中の権利が問題となる紛争、さらには行政法がからむ紛争などではそれが十分な切れ味を發揮することを期待できないことは事実が示している。<sup>(1)</sup>

そうであるのに、限定的な機能しか期待しえない法律要件分類説に基づく主張・証明責任の分配の理論の修練を最高度に重視する司法研修所の要件事実教育の基本路線には疑問があるといふべきである。（もっともそれが複雑多様な法的現実の中から紛争の解決に審理・判決のために重要な要素となる事実（要件事実）を識別する、という法律家にとって基本的な重要な能力の養成に寄与する面があることは率直に肯定されてよい。）<sup>(2)</sup>

証明責任の分配に関する実効的な一般的基本原則は存在せず（真偽不明の場合に主要事実の不存在を擬制する原則規定なるものはそれ自体正しいにせよ、とりたてて議論するほどのものとは思われない）、それは実体法の趣旨・目的に照らし、かつ各種の多面的考量を経て決定するほかないといふべきである。<sup>(3)</sup> その際証明責任の分配および証明度の決定が、たんに訴訟において権利の保護が実現されることを意図するだけでなく、それが紛争の予防ないし訴訟前・外での紛争解決にも寄与しうるような解釈がなされなければならない。実体法の措辞・構造が証明責任の分配や証明度を指示しているならば、もちろんそれに最優先順位が与えられる。<sup>(4)</sup> このかぎりにおいては法律要件分類説が適用されるという

言い方も可能である———そう事態を表現したいならば。また、このような証明責任の分配および証明度決定の手法をマスターした上で、契約法的ケースにおいては便宜、まず実務処理の効率化のために法律要件分類説的アプローチを試みてみることは一向に差し支えないことである。

ところで証明度については、①明白性（刑事訴訟における原則的証明度）、②準・明白性<sup>(5)</sup>、③十分な証明（民事訴訟における原則的証明度）、④相当な証明（民事訴訟における軽減された証明度）、⑤一応の証明（同）の四つないし五つに分けるのが訴訟実務の実態に即すると思<sup>(6)</sup>う。図示すればつぎのようになる。



もつとも、これらを%で表示する我が国における学説の説明<sup>(7)</sup>には筆者はやや警戒的である———説明の便宜としては

理解できるが——。これらはちょうど水の温度を感覚的に、冷たい、ぬるい、暖かい、熱いと表現するようにラフな程度でしかその差異を説明できないのである。<sup>(8)</sup>

### \* 否認と抗弁および本証と反証の区別

伝統的証明責任論では、証明責任を負う者が、その事実について提出する主張が抗弁であり、また証明責任を負う事実についてする証拠が本証であるとして、否認と抗弁および本証と反証の区別の基準としてきた。しかし主張責任と証明責任が異別のものであり、その分配が異なることになる、この区別は維持できず、新たな基準が必要になる。結論的にいえば、否認と抗弁の区別については主張責任の所在により、本証と反証の区別については原則として証明責任の所在により決すべきである。<sup>(9)</sup>

もっとも、主張不存在の場合における当事者の不利益、危険としての主張責任があまり大きな意味を有しないことは後に述べるとおりであり<sup>(六)</sup>、本証と反証の区別についても、両者の間に立証上の差異があるわけではない<sup>(10)</sup>。したがって、この区別の必要性は、従来考えられてきたよりも小さいといえる。

また、主張や立証の釈明は、必ずしも主張・証明責任の分配に基づいてなされるわけではなく、訴訟過程の具体的状況に即応してなされるのであるから、審理上主張・証明責任の分配が予め明確になっていることが要求されることもいえない(それが望ましいことはもちろんであるが)。なお判決書の書き方におけるこの区別の必要性の問題については、後述八を参照。

要するに、主要事実の明確化とその主張・立証は訴訟運営上不可欠であるが、このことはそれが主張・証明責任の分配を必然的前提として行われることと同一ではないのである。後者は望ましいことであるにせよ、主張・証明責任

の分配が法文上一義的に明確であるか、解釈によりそれが達成できることが前提になる。しかしこのような前提は限られた法的紛争についてしか可能でないのである。(立法当時、一義的に明確な法文すら時代の变化につれて妥当性を失うことがありうる。)<sup>(11)</sup>

以上が私見による証明責任分配および証明度決定に関する基本的考え方であるが、これは証明度軽減および証明責任転換としての法律上の推定ならびに超過原則によって補完される必要がある。次節以下で論ずることにしたい。

(1) その一例である鶴岡灯油訴訟事件判決について、拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」九一頁注(3)参照。

(2) 拙稿「法曹養成と法解釈」法社会学四五号(一九九三)一三一―四頁。なお「ミニ・シンポジウム 大学における民事訴訟法教育」民事訴訟雑誌三八号(一九九二)一七〇―一頁における加藤新太郎判事の発言参照。

(3) 柏木博士が証明責任の分配は結局解釈問題であるという立場を採っているのは(柏木邦良『民事訴訟法への視点 ドイツ民事訴訟法管見』(一九九二、リンパック)一三四―五頁)、私見にかなり近い面があるように思われる。氏の所説はドイツ法に精通する我が国の民事訴訟法学者の中では驚くほどドイツ法理論に囚われない柔軟さを示している。

(4) 我が国では実体法が証明度を指示している例は民事法では見当たらないようである。疎明は証明度の軽減と利用しうる証拠方法の制限がワン・セットになったものであるから、純粹の証明度に関するものではない。疎明は証明度の軽減のみならず証拠方法の制限をも規定するものであるから(もつとも刑事訴訟の疎明には証拠方法の制限は規定されていない)、疎明の解明度は極めて低いといふべきである。また解明度が低いことが保全手続において疎明があるにも拘らず、担保を供与させることを正当化するわけである。

しかし刑事訴訟法には「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」(六〇条、一九九条)、「罪を犯したことを疑うに足りる充分な理由」(二二〇条)など証明度に関する規定が存在する。とくに後者は第一次的には犯罪捜査の職にある者が、緊急逮捕という意思決定をする場合の証明責任および証明度を規定したものであるといふことができ、私見のような証明責任の理解が伝統的証明責任論よりも広範かつ有効な射程距離を有することを示す例証である。もつともこれらの証明度も疎明と同様に解明度が低いことに注意すべきである(拙稿・前掲「刑事訴訟における証明責任」一四二頁注(18)参照)。

(ちなみに、民法五七六条の「権利ノ全部又ハ一部ヲ……失ウ虞アルトキ」などについては、「おそれ」の基礎事實は証明すべきだというのが従来の見解であるが(司法研修所民事裁判教官室編『増補 民事訴訟における要件事實 第一巻』一九八八、法曹会二三九頁以下参照)、むしろ証明度の軽減を定めた趣旨、すなわち証明主題の性質にかんがみ証明度を蓋然性の程度にまで軽減したものと解する余地もあると思われる。証明度を証明責任論のなかに取り込んだ場合には、このような議論を個別の法規について行うことが可能になるのである。)

(5) 証明度はゆるやかな枠のあるものだから、準・明白性は証明度として設定せず、明白性の下限と十分な証明の上限との限界領域と考えて運用で処理するほうがベターかも知れない。人事訴訟や行政訴訟の一部の事実、さらに軽微な犯罪事実の証明度がこれに属しよう。

(6) 拙稿「スウェーデン証拠法序説」神奈川法学二五巻三号(一九九〇)五九一頁以下、P・O・ポールディング、拙訳「証明責任および証明度」『紛争処理と正義』(一九八八、信山社)一七六頁参照。なおエーケレーヴの死後、一九九二年にポーマンの協力により刊行された訴訟手続法第四巻の最新版も証明度の段階について従前と同様である。Per Olof Ekelöf & Robert Boman, Rättegång IV (6 uppl. 1992), s. 56, 140.

(7) 村上博己「民事裁判における証明度」同『民事裁判における証明責任』(一九八〇、有斐閣。初出は一九六二)七頁、など。

(8) 拙稿・前掲「スウェーデン証拠法序説」五九二頁参照。なお丹野達「民事訴訟における弁論の機能」法曹時報四五巻一号(一九九三)一九頁参照。

(9) 刑事訴訟規則では反証は証明責任の存否と関係なく、相手方の証拠の証明力を争うために提出する証拠を意味している(二〇四条)(松尾浩也『刑事訴訟法 下 I』(一九八二、弘文堂)二七頁。このようなことに証明責任の所在は必ずしも明確でないことを併せ考えると、証明主題を支持するために援用される証拠が本証であり、そうでない証拠が反証であるという定義がより正確であろう。Hans Tapani Klami, Mordet pa Palme (1990) s. 14参照。

(10) 石田・前掲七六頁、春日・前掲二八〇頁参照。

(11) この点およびひろく法律要件分類説に対する批判に関連して注目すべき論稿として、見玉寛「実体法学からみた民訴法「改正」問題」法と民主主義二六六号(一九九二)一四頁以下参照。その要点は、拙稿・前掲「行政訴訟における主張・証明責任論」一九一―二〇頁注(10)に述べてある。なお柏木・前掲一二五頁参照。

### 三 法律上の推定

法律上の推定は証明責任規範の一種である。それは法規の明文をもって規定されている場合が多いが、必ずしもそれに限られるわけではない。法律上の推定は明文規定がある場合に限るとし、しかもこれは「学界公認の用語の約束」だとまで主張する説も存在するが、<sup>(1)</sup> 正当とは思われない。住吉教授が指摘されるように、合理的論拠が論証されるときは、明文規定のない法律上の推定が承認されてよく、「法律上の」という形容はその推定が自由心証の領域に属せず、裁判官が法律問題として判断すべきものという意味に解すべきである。<sup>(2)</sup> 法律上の推定は明文規定がある場合に限るとする多くの学説も、明文規定のない登記に関する法律上の推定(権利推定)を認めているのであって、その態度は一貫性を欠くと評せざるを得ない。解釈による法律上の推定を認める説を正当というべきである。<sup>(3)</sup> ちなみにドイツにおいて法律上の推定が法規の根拠を要するとされるのは、(修正)規範説を採用以上、証明責任規範の一種である法律上の推定も法規の文言から導かれなければならないということになるからではないかと思われる。しかし法律上の推定の規定の背後にも実質的考慮が存在しているのであって、<sup>(4)</sup> 証明責任の分配について実質的考慮を採用する以上、法律上の推定を法規の根拠がある場合に限る理由はないといわざるを得ない。<sup>(5)</sup>

もつとも解釈による法律上の推定は法的安定性の見地から、これを認めるべきとくに強い理由が存在するときに限られなければならないであろう。このように解釈による法律上の推定を認めるとき、法律上の推定には証明責任を転換するもの(通例は明文規定のある場合)と、転換はせずに、証明度を軽減するもの(解釈による場合の多く)があることが理解される。<sup>(6)</sup>

実は我が国で事実上の推定としているものの中には、証明度を軽減する法律上の推定と自由心証としての推理ない

し推認の両者が混在しているのである。<sup>(7)</sup> 我が国の判例で「一応の推定」とよばれているものはまさにこの証明度を軽減する法律上の推定と解することができる。藤原判事は、過失の一応の推定は法律上の推定と同様に証明責任を転換させる機能を果たすと指摘しているが、<sup>(8)</sup> 転換というよりも証明度の軽減とみたほうが実態に即するであろう(氏が転換というのは、裁判実務家としては通説的な確信概念を維持せざるを得ず、多元的証明度を肯定できないこともその一因なのであるまいか)。

ドイツの判例が認める表見証明も解釈による法律上の推定にほかならないと解される。<sup>(9)</sup> ドイツ判例は、医師の診療上の著しい不手際などを理由として「証明責任の転換に至りうるまでの証明度の軽減」を認めているが、これも解釈による法律上の推定を認める立場からは、この場合の法律上の推定に証明度の軽減にとどまるものと、その転換にまで至るものがありうるという当然のことを述べたものと理解される。したがって、これを「証拠評価の問題が、一体どのようにして証明責任の転換に一変してしまうのか」<sup>(10)</sup>と疑問視する必要はないのである。<sup>(11)</sup>

#### \* 「事実上の推定」という概念の問題点

事実上の推定の本体は推定でなく推理であって、事物の蓋然性に基づく純然たる事実判断にほかならず、別言すれば経験則の与える証拠価値のことである。<sup>(12)</sup> しかし学説や判例が事実上の推定と称しているものの中には、実は経験則の与える証拠価値以上のものを推定する「証明度を軽減する法律上の推定」(ないしそれに類似するもの)が混在しているとみられるのである。<sup>(13)</sup> 柏木氏も我が国で繁用されている「事実上の推定」という概念が極めて多義的であり、道具概念として幅が広過ぎることが反省されるべきだと正当な指摘をしている。<sup>(14)</sup>

#### \* 無断録音によるテープの証拠能力と法律上の推定

無断録音によるテープの証拠能力について、秘密録音を前提事実として人格権の侵害の違法性が推定され、挙証者(秘密録音者)にその阻却事由の証明責任が負わされるといふ見解がある<sup>(15)</sup>。しかしこの推定には明文の根拠がないから、訴訟法上の問題についてであるが、解釈により法律上の推定を認めるわけである(もしこれを事実上の推定だといふのなら、まさにそのような事実上の推定概念が問われなければならない)。

#### \* 民法学説と推定

民法学者は、しばしば解釈論として推定という言葉を用いる。例えば、弁済を受領した債権者は、代位を承諾したものと推定すべきだといわれる<sup>(16)</sup>。これは解釈による法律上の推定と解するのが自然である。なぜなら単なる事実上の推定では、裁判官の自由心証を拘束できないわけで、実体法の解釈論としては無意味だからである<sup>(17)</sup>。法律上の推定としても一般的に証明責任を転換するとまで考える必要はあるまい(平井教授は代位の効果を争う側に承諾についての証明責任があると解するが)<sup>(18)</sup>。むしろ原則的には、証明度を軽減するにとどまると解すべきである。上述したところからも、明文の根拠なしに法律上の推定を認めるべきこと、および証明度の軽減にとどまる法律上の推定を認めるべきことの必要性が支持される。そうしないと、民法学説の解釈による推定の意味を的確に説明することができず、また法律上の推定を認めれば、証明責任の転換というドラマチックな解決のみになってしまい、妥当を欠くことになるのである。

以上のとおり、法律要件分類説をとっても公平の見地からかなりの例外を認めざるを得ないのと同様に、証明責任規定の一種である法律上の推定についても解釈による推定を認めて、法律上の推定に関する法の不備を補うほかないのである。上記の例はこのことを示す好例といえる。前者を法文からの積極的乖離とすれば、後者は消極的乖離とでも表現できよう。

- (1) 倉田卓次『民事実務と証明論』(一九八七、日本評論社)三四〇—一頁。
  - (2) 住吉博「証明責任への新しい視角」判例タイムズ三五五—一九頁。したがって法律上の推定という用語は不適切と思われるが(後注(3))、すでに固定した慣用であるから本稿でもこれにしたがう。
  - (3) 拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」六〇頁注(6)参照。
  - (4) 春日・前掲三八五頁、兼子「推定の本質及び効果について」同『民事法研究第一巻』(一九七四、弘文堂。初出は一九三七)三〇—五頁参照。
  - (5) 英米法では法律上の推定の法源は多種多様であり、普通法、成文法、衡平法さらに他の裁判権から生まれるものもある(田村豊『裁判上の証明』(一九六〇、法律文化社)一四六頁)。
  - (6) 以上について、拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」五七—八頁参照。
  - (7) このことは英米法においては明確に認識されており、とくにデニング判事により説得的に論述されている。彼によれば、推定は決定推定 (conclusive presumption)、強要推定 (compelling presumption)、仮の推定 (provisional presumption) の三つに分類され、第一は反証を許さない法律上の推定、第二は事実上の推定とこれに類する一部の反証を許す法律上の推定、第三は残余の反証を許す法律上の推定である。そして第二と第三の法律的效果の違いは、後者は相手方に証拠提出の責任を促すにすぎず、前者は証明責任を転換するところにある (A. T. Denning, *Presumptions and burdens*, 61 L. O. R., 379 et seq. (1945), 田村・前掲一四二—三頁)。デニングの分類による仮の推定の中の法律上の推定が、筆者のいう証明度の軽減としての法律上の推定にあたる。我が国でも依田敬一郎弁護士は、法律上の推定と事実上の推定については同趣旨の見解を説く(同『刑事訴訟における立証の必要』(一九七七、高千穂書房)五四頁)。
- 表見証明は一種の事実上の推定だといわれているが(木川統一郎『民事訴訟法改正問題』(一九九二、成文堂)二〇一頁、など)、そうだとするとそれはデニングの第三の分類に属するものである。
- (8) 藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」講座民事訴訟5(一九八七、弘文堂)一三六—七頁。
  - (9) エーケレーヴは、表見証明においては「隠された形」で法律上の推定が行われているのだという(拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」五八—九頁)。
  - (10) デイター・ライポルト、春日偉知郎訳「民事訴訟における証明度と証明責任」判例タイムズ五六二号(一九八五)五〇頁。

- (11) 刑事訴訟における許容的推定はこの証明度の軽減としての推定と解される。刑事訴訟ではこれが法律上の推定の原則的形態だとする学説が多い。この点の詳細については、拙稿・前掲「刑事訴訟における証明責任」一三九頁参照。
- (12) 斎藤遯郎『刑事訴訟論集』(一九六五、有斐閣。初出は一九五二)七一頁参照。
- (13) 山崎清『証拠法序説』一四〇―一頁、中島・前掲一五二―一三頁参照。なお前注(7)参照。ちなみに、斎藤博士は中島博士の所説を挙証責任と心証を混同するものと批判する(斎藤・前掲七七頁注(9))。文字通りに解すればこの批判は正しいようにみえるが、中島氏の見解は事実上の推定のなかに実は証明度の軽減としての法律上の推定があることの洞察に基づいているのではないかとと思われる。
- (14) 柏木・前掲一一二頁。
- (15) 春日・前掲一六五頁。なお、住吉博「昭和五二年度重要判例解説」ジュリスト六六六号(一九七八)一四〇頁参照。
- (16) 倉田卓次編『要件事実の証明責任 債権総論』(一九八六、西神田編集室)二四九頁(春日偉知郎)およびそこに引用の文献参照。
- (17) もっとも、英米法でいう強い事実上の推定として証明度の軽減としての法律上の推定と同一の効果を認める趣旨であれば、私見と同趣旨に帰する(田村・前掲一五七頁参照)。
- (18) 平井宜雄『債権総論』(一九八五、弘文堂)一五一頁。

#### 四 超過原則

ここで超過原則というのは、一般に「優越的蓋然性」の原則といわれているものである<sup>(1)</sup>。超過原則は現在北欧においておそらく最も有力な学説であり、スウェーデンの判例は部分的にこの原則を採用しているとみられている。しかし実務上この原則が一般的に支配しているとはいえないようである<sup>(2)</sup>。この北欧の理論はドイツの学説にも大きな影響を与え、現在ではドイツでも超過原則を主張する論者が少なくない。とりわけ裁判実務における指導的論客の一人であるペンダー判事がこの陣営に属することは極めて注目に価するといわなければならない<sup>(3)</sup>。

スウェーデンにおいてもエーケレーヴは基本原則としての超過原則に反対し、より高い証明度を民事訴訟における原則的証明度として要求する<sup>(4)</sup>。筆者自身は、たしかにいわば真空の中における証明度の問題としては、超過原則は実体的により正当な判決(判断)を結果することに同意する<sup>(5)</sup>。しかし、一国の所与の法制度における証明責任および証明度の議論としては超過原則は必ずしも妥当しないと考える<sup>(6)</sup>。我が国のようにこれまで証明について確信概念が支配し、すでに判例により高度の蓋然性というその内容が確立されているところでは、<sup>(7)</sup>基本原則として超過原則を採用する余地はほとんどないといわざるを得ない。

しかしそれにも拘らず、筆者は限定されたケースにおいては超過原則を採用することが証明責任におけるゴルディオスの結び目を解決するために有益であると考え、その限りにおける超過原則の採用を提案したいと思う。

まず、そのようなケースとして、証明責任の分配に関する学説が激しく対立し、にわかにはどちらが妥当であるかを決しがたいような場合が属する(たとい学説の批判があるにせよ、明確な最高裁判例が存在する場合は別論である)。このような場合に強いて証明責任の分配を決定し、しかも証明度について高度の蓋然性を要求すると、極めて不合理な結果を招くのみならず、このような証明責任の分配は、法的安定性や予見可能性を著しく傷つけることになる。ある事実について原告は被告に証明責任があると主張し、逆に被告は原告にあると主張した場合、学説は原告、被告を支持するものがほぼ相半ばするでしょう。この場合、裁判所がどちらに軍配をあげても、かりに証明度を八〇%と仮定すれば、七〇%立証した当事者が三〇%しか立証しない相手方に敗訴する結果を生ずる。学説が相半ばするということを双方とも証明責任の分配についてほぼ等しい正当化根拠を持つ(あるいは両者とも等しく正当化根拠を有しない)と考えれば、いわば真空のなかで証明責任を考えるのと同じ状況であり、超過原則に基づく判断がより実体的に正当な結果をもたらしうるのである<sup>(8)</sup>。

このような事例の一つに、債権譲渡における債務者の異議を留めない承諾に関する譲受人の善意の証明責任が挙げられる。この点について、学説は全く一致しないので、<sup>(9)</sup>超過原則以外に妥当な解決策はないと思われる。いい換えれば、このことはいずれの当事者も証明責任を負わないこと、——あるいは負うこと——を意味するわけである。

さらに超過原則の採用が妥当と思われる若干の例を示そう。

明渡請求訴訟において、返還合意は認められるものの、賃貸借か使用貸借かについてはよく分からない場合を解決するために返還約束説が提唱されたが、このような場合には賃貸借か、使用貸借かの認定について超過原則を採用すれば問題は解決できる。この事例においては、現在では返還約束説は正当にも否定されているが、<sup>(10)</sup> といつて、原告の請求を棄却してしまうのも不合理である。それでは賃貸借または使用貸借がたしかに存在するはずであるのに、原告はそれに基づく明渡請求権を失う結果になる。

物の給付の合意は立証されたが、売買か贈与か不明の場合や、被告による物の占有権原が問題になっている場合に、使用収益権は認められるが、<sup>(10)(11)</sup>それが賃貸借、使用貸借のいずれに基づくかが不明なときも同様に超過原則により選択肢を決定するのが妥当であろう。

もちろん、証明責任は法律問題であるから、裁判官は学説の有無にかかわらず証明責任を決定することを妨げられない。しかしそうせずに、超過原則によることも許されるというべきである。そしてこの場合は超過原則による旨を判示することが望ましい。なお超過原則によらず証明責任の分配をした原判決が分配について特段の理由を判示していない場合、<sup>(12)</sup> してもそれが説得的でない場合は、上訴審において原判決の取消（破棄）をし、超過原則による判決をすることができると解すべきである。とりわけ、否認説と抗弁説とが対立し、学説が相半ばするようなケースについては超過原則の適用が問題となるであろう。

上記以外にも、証明責任の分配について容易に決しがたい場合については、超過原則の適用が考えられうる。もつとも超過原則の適用には慎重であるべきで、むしろ証明度の軽減で対処したほうが妥当な場合が多いと思われる。ちなみに、超過原則は一つの証明責任規則に他ならないから、その採用を考える以上実体法規と異別・独立の証明責任規則の必要性を肯定せざるを得ないことは自明である。

- (1) 筆者がなぜ超過原則という表現にこだわるかという理由については、ポールディング、拙訳・前掲「証明責任および証明度」一九八頁訳注(13)参照。
- (2) 拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」七七頁、ポールディング、拙訳・前掲一九六頁原注(10)参照。
- (3) ロルフ・ベンダー、森勇||豊田博昭訳「証明度」、ペーター・アールレンス編、小島武司編訳『西独民事訴訟法の現在』(一九八八、中央大学出版部)二七七頁以下、ライポルト、春日訳・前掲四〇頁。
- (4) 拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」七八―九頁参照。
- (5) 拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」七七八頁参照。
- (6) ポールディングも他の特別の理由が超過原則を排除することを認め、その典型例が刑事訴訟における検察官のための厳格な証明度の証明責任の分配だとする。Bolding, *Gar det att bevisas?* s. 127.
- (7) 最判昭和二三・八・五刑集二卷九号一一二三頁、最判昭和五〇・一〇・二四民集二九卷九号一四一七頁。
- (8) スウェーデンでは、それ自体証明責任の分配について考慮に価する多くの論拠が対立し、ほぼ匹敵するとみられる場合には、超過原則を適用すべきだと考えられている。Bolding, *Gar det att bevisas?* s. 126.
- (9) 倉田編・前掲三七八頁(山田卓生)。
- (10) 以上の事例については、田尾桃二「要件事実論について」法曹時報四四卷六号(一九九二)一〇三三頁参照。
- (11) 売買が一定数量のしんの缶詰に関する場合は争いが無いが、売主はオイル、買主は、トマトソースのものと主張し、双方ともその合意に関する十分な立証がない場合について、エーケレーヴはかつて超過原則の適用を肯定していたが、その後改説し、原告に証明責任を負わせている(拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」七二―三頁)。これは民事訴訟の目的は実体法規が

社会生活に対する浸透力を得ることにあり、個別事件における紛争の適正な解決にあるのではないという基本的立場に基づくものと考えよう。Ekelöf, Kommentarer till diskussionen kring bevisvärde modellen och temamodellen, i "Rätt och Sanning" (1990) s. 63ff.

しかし、実体法規の社会生活に対する浸透力も適正な紛争解決を通じて確保されると考えれば両者は矛盾せず、かつ紛争解決の目的に寄与しない証明責任論は不毛な理論といわざるを得ない。旧説のほうが妥当と考える。(紛争はマクロにみれば――すなわち社会にとっては――たしかに一種の生理現象であるが、ミクロのレベルすなわち当事者にとっては緊急な解決を必要とする病理現象であることはいうまでもない。エーケレーヴはこの点を看過ないし軽視しているように思われる。)

## 五 主観的証明責任（証拠提出責任）<sup>(1)</sup>

筆者は主観的証明責任（証拠提出責任）は不要だと考える。これを肯定する論者が主張するような、当事者双方が全く証拠を提出しないという事態の発生は現実にはほとんど考えられない。それは机上の思弁にすぎない。とくに我が国では訴訟の提起に対するさまざまに厳しい経済的、社会的、心理的障壁が存在し、原告はそれを克服して提訴に踏み切るのが通例であるのに、立証を全然しないなどということは想像するのも困難である。

仮にそのような場合があるとして、そしてその場合裁判所は直ちに判決すべきでなく、どちらかの当事者に立証を促す義務があるとしても、当事者双方にその主張事実に関する立証を促せば足りる（釈明処分として立証を促すことは裁判所が訴訟状況を判断して決めればよく、必ずしも証明責任の所在と関係はない。そうでないとすれば、証明責任の分配が不明確な事案では釈明ができないことになってしまう）。

その他主観的証明責任の論者が挙げるそのメリットは、立証の必要性により十分カバーすることができ、しかもこのほうが訴訟状況に即応した弾力的な審理を可能ならしめると考える。

したがって、「立証の必要」以外に、主観的証明責任という概念を樹てる必要、実益はないというべきである。それを認めたとところで、せいぜい事態を事後的に説明する概念にとどまり、当事者に対してサンクションないしインパクトを与えようような有効なものにはなりえないと思われる<sup>(1a)</sup>。

訴訟理論は、裁判所も当事者もできるかぎりその訴訟における本案の争いの適正・迅速な処理（その中心は審理・判決であるが、和解等を含む意味で処理という）に専念・集中できるようなものであることが望まれる。いたずらに派生的紛争を生じさせるような理論は好ましくない。その意味で、主観的証明責任にかぎらず、証明妨害や、事案解明義務などの理論の導入には疑問があるといふべきである（後述するところを参照）。

ちなみに、以上の議論はもとより訴訟過程の重要性を軽視することを意味しない。近時の民訴理論はますます訴訟過程の重要性を強調し、それに着目した理論構築に向かう傾向が顕著である。それは手続保障ないし手続の正統性の独自の価値の認識と連動する正当な方向だと筆者も考える。しかしそのことと、主観的証明責任などでダイナミックな立証過程を硬直的に規整することは別論である。当事者の主体的判断に基づく立証の必要性が立証過程を規整するだけで十分だと思われる。証明度がその導きの星となり、裁判所の心証開示がこれに関する判断者側の情報を提供するのである。

「裁判に熟する」時点も当事者が立証の必要が尽きたと判断した時であるべきである。もちろんその時点について当事者間および当事者、裁判所間に争いがあるときはその調整が図られなければならない。最終的には裁判所の決するところによることになるが、民法一八二、三条の裁判に熟する時の意味は、決して裁判所の専権的判断に属すると理解されてはならない。そして一般的には判決に向けての訴訟活動の収斂は、同時に和解等による任意的紛争解決を促進すると考えられる（そうでない場合には、判決を選ぶか、しばらく判決を留保して任意的解決をさらに探るかは当事者と裁

判所の協議で決すればよい。公害訴訟などにおいて審理の終局段階に至って、なお和解交渉が重ねられることがあるのは珍しくない。要するに、紛争処理の交渉過程としての立証面において決定的な役割を果たすのは、証明度とそれに関する心の開示なのである。

#### \* 証明妨害について

証明妨害に関するドイツの判例は、結局、証明妨害があった場合に、証明度の段階的軽減そしてその極限形態として証明責任の転換を認めるものといえる。しかし、その必要性が大きいのは確信概念を採るため、証明度が極めて高度で、かつ硬直化しているからである。

証明妨害の場合、これを肯定する論者は、「実体法上の危険分配から導かれる主張・証明責任の分配も個別的に後退せざるを得ない場合が例外的に存在」<sup>(2)</sup>することを認める。

しかしながら証明妨害の要件の証明は容易でなく、そこでも真偽不明の事態が生じよう。我が国の実務がドイツの証明妨害の理論の導入を説く学説の強い主張にも拘らず、これに耳をかすことなく同様の事態を事実認定の問題として処理しているのは、そのような点への懸念が大きいのではないかと筆者は臆測する<sup>(3)</sup>。

問題の根源は、高度にして硬直的な証明度<sup>(4)</sup>確信概念にあるのであって、多段階的証明度を認め、かつ前述した解釈による法律上の推定による調整を行うならば、証明妨害の場合のほとんどは適切に処理できるのではないかと思われる<sup>(4)</sup>。他方、証明妨害の要件について証明を要求したのでは、立証が困難で、争いが本案から証明妨害の問題にそれてしまう危険がある<sup>(5)</sup>。

#### \* 事案解明義務について

事案解明義務についても基本的に証明妨害と同様の問題がある。すなわちその要件の証明が困難で、その立証問題が本案の争いに代ってしまふ危険が存在する（それ以前に、そもそもその要件の点で問題が生ずることを別にしても）。

同時に、事案解明義務についてとくに問題なのは、小林教授が本質的な疑問とする点、すなわち当事者が裁判所に對して単なる情報提供者に墮してしまい、主体的地位を失う恐れがあるということである。<sup>(6)</sup> 筆者はこの点はいくら強調してもし過ぎることはないと考えている。当事者は裁判所に対して当該紛争の解決に必要な限りで事実を提供すべきであるが、紛争の解決、裁定を裁判所に委ねたからといって、その私的自由の領域に裁判所が介入することへの白紙委任状を与えたわけでは決してない。民事司法はたしかに一種の国家サーヴィスであり、その観点を堅持することは大切であるけれども、それは同時に国家権力の行使であることが忘れられてはならない。<sup>(7)</sup> 古典的弁論主義は当時の自由主義的国家観と結合して、民事司法における一種の人権保障的機能という政治的意義を有していたと思う。そしてそれは、いまなお維持されるべき貴重な遺産だと筆者は信ずる。

とくに我が国のパターンリスチックな訴訟の現実<sup>(8)</sup>——それは裁判所だけでなく、多くの弁護士、当事者によっても歓迎されているようにみえる——にかんがみると、このことを強調すべき必要性を痛感するのである。<sup>(9)</sup>

問題の正しい解決は、主張責任および証明責任の理論を訴訟の現代的状況に適合できるように再構成してゆく方向で探求されるべきだと考える。<sup>(10)</sup>

(1) ここでは従来の主観的証明責任（抽象的証拠提出責任）と近時提唱されている独立性ある主観的証明責任（具体的証拠提出責任）の双方を含めて考えている（小林・前掲「証拠法」一四六頁参照）。

(1a) 上原敏夫・池田辰夫・山本和彦『民事訴訟法』（二九九二、有斐閣）一四四頁（上原）は、主観的証明責任について「この概念は説明のためのものにすぎず、当事者の証拠提出活動にさほど役立つものではない。」との確に指摘している。

- (2) 春日・前掲二〇五頁。
- (3) 藤原・前掲一五三頁以下参照。スウェーデンでも証明妨害はほとんど議論されていないことについて、拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」五九頁参照。
- 柏木・前掲一四一―二頁は、証明妨害理論の重要性を強調し、かつ証明責任説に与しつつも、有責の限定と認定がかなり難しいことを認めて、事案の類型により有責の内容が異なり、したがってその存否の判定も異なるので慎重な判断が要求されることに注意を喚起している。傾聴すべき所論と思う。
- (4) 証明妨害の効果について、春日氏が証明度の引下げを認めることは説得力に乏しいというのは(春日・前掲二二三頁注(4))、筆者には理解しがたい。
- (5) 春日・前掲二〇八頁。
- (6) 小林・前掲『証拠法』一二二頁。
- (7) 民事訴訟(法)における権力的要素について、井上治典Ⅱ高橋宏志編『エキサイティング民事訴訟法』(一九九三、有斐閣)二四―五頁(民事訴訟の目的・役割)における山本弘、山本克己両教授の発言参照。
- (8) 我が国の民事訴訟のパターナリスティックな特質は、裁判官不足の状況の中で訴訟の迅速処理の要請に応えねばならぬ裁判現場で産まれた弁論兼和解というインフォーマルな手続現象においてとくに顕著にみられる(拙稿「いわゆる「弁論兼和解」に関する一管見」判例タイムズ七三四号(一九九〇)八頁以下参照)。
- (9) 吉村徳重「民事紛争処理の多様性と訴訟機能の展望」法政研究五一巻一号(一九八四)一五四頁参照。
- (10) 広尾勝彰「訴訟資料収集に関する当事者の役割(一)」九大法学五二号(一九八六)一五一頁以下は、この問題にも関連する注目すべき野心作であるが、残念ながら未完のままである。同論文はシュツルナー(Sturner)の事案解明義務の理論に共感的理解を示しつつも、本文と同様の疑問を投じている(一九〇頁など)。なお氏の所説については、同「民事訴訟の当事者の主義的審理構造」民事訴訟雑誌三八号(一九九二)一九九頁以下、井上Ⅱ高橋編・前掲『エキサイティング民事訴訟法』八七頁以下(訴訟資料等の収集)参照。

## 六 主張責任と準主張責任

我が国の民訴理論では一般的に証明責任の分配と主張責任のそれとは一致すると考えられてきた。<sup>(1)</sup> 最近では若干の例外を認める見解も現れているが、<sup>(2)</sup> それでも両者の原則的一致を肯定するのが支配的見解である。しかし行政法学者の塩野教授が適切にも指摘しているように、「自己に有利な事実が審理に現れない限り不利益を負うことと、真偽不明のときに負う不利益とは論理的にはつねに同一の分配基準によることにはならない」<sup>(3)</sup> はずである。ところが、民訴学者の間からはこのような見解が現れず、せいぜい微温的な修正意見の提示にとどまっているのは、学問における伝統の呪縛の強さを雄弁に物語る例証といふべきであろう。このことはドイツでは両者の一致を認めるのが支配的見解であるのに反し、北欧では両者を別個のものとするのが通説であることに徴しても裏付けられるといつてよい。

一般的には主張は証明主題の提示であり、主張した者がそれを証明することは我々の日常経験に基づく常識にも合する。(突然、お前は俺に多額の借金があるといわれて、無いことが証明できない以上、あることにされてしまうのではたまっただものではない。もつとも同様の事態が捜査段階において被疑者に対するアリバイの証明の要求として生ずるようにはみえるが、しかしこれはアリバイ立証の必要の問題にとどまる。)

それゆえに主張責任と証明責任とを同一の分配基準でもって規律することは、論理的にも正義公平の見地からも当然なことのように思われる。しかし事態は必ずしもそれほど単純ではない。我々の日常経験の世界でも、主張を否認する側がすべての証拠を握っているのをよいことに、それを隠してしまい、どこに証拠がある、あるなら出せと聞き直るのを見聞するが、それを不当視するのが我々の素朴な正義感情であろう。このような正義感情を訴訟理論的に構築すると証明妨害の理論などになるわけである。

しかも証明責任の問題は少なくともすべての訴訟（民事訴訟に限らない）で生ずるが、主張責任の問題は民事訴訟のうち弁論主義の適用される事件においてのみ生ずるに過ぎない。前者は我々の認識能力の限界、利用しうる事実資料の制約から不可避的に生ずる意思決定における真偽不明ないし事実的基礎の薄弱さを解決するための方策であるのに対して、後者は裁判所は当事者の主張しない事実を判決の基礎として採用できないという弁論主義のコロラリーによるもので、両者はその根拠を全く異にする<sup>(4)</sup>。

このように全く根拠の異なる両者を同一の分配基準で規律することを固執すると、後に例示するように主張責任の分配と証明責任の分配が非常に複雑で常識から離れたものになってしまう。両者の一致は一見すると、分配問題を簡明化するように思われるのだが、逆の結果になってしまうのは、やはり両者が異なる根拠に基づくものだからである<sup>(5)</sup>。

さらに主張責任は情報供給機能、コミュニケーション機能の観点からその範囲を画すべきで、真偽不明の場合における危険の分担を処理する証明責任とは自ずからその範囲を異にするといわなければならない。この意味で主張責任の範囲は証明責任よりも広いといべきである<sup>(6)</sup>。

ところで、主張自体は必ずしもそれほど難しいことではないし、主張共通の原則が働くから、判決時において客観的主張責任すなわち、主張がないことによる当事者の被る不利益ないし危険が問題になるという事態は、裁判所による適切な釈明がなされていけばほとんど考えられないと思われる<sup>(7)</sup>。とくに私見のように主張責任と証明責任を分離すればそうである。したがって、主張責任は訴訟審理を整理するための海図としての機能が第一次的なものとして現れ、かつ重視されるべきことになり、その道具概念として主観的主張責任が必要とされる。

証明責任においては客観的証明責任のみで足り、その当事者の立証活動への反映は、いわば一種の反射効にすぎ

ず、立証の必要に加えて主観的証明責任という概念を定立するまでもないと考えられる。しかし主張責任においては事情が異なるのである。また主観的主張責任という概念を導入することにより、主要事実を超えて—証明主題の提示という範囲を超えて—情報供給機能、コミュニケーション機能としての主張責任論を再構成することができると思われる。さきに主張責任の範囲は証明責任よりも広いといったのはこのような意味である。これに関連して、主要事実と間接事実の区別も大きな問題であるが、本稿では詳論することができない<sup>(8)</sup>。一言だけしておけば、証明責任の対象となるのは主要事実に限られるから、主張責任の対象をより広く解するにしても、主要事実と間接事実との区別は必要であり、それは実体法学の任務に属すると考えられる。

しかしながら、主要事実と間接事実との区別は必ずしも容易でないし、上述のような主張責任の機能にかんがみると、従来の主張責任の周辺に“準主張責任”という道具概念を用意し、両者を包含する広義の主張責任を観念するのが相当だと思われる。両者の限界は明確でないこともありうるが、必ずしも常に明確であることを要しないであろう。両者の基本的差異は、前者が弁論主義訴訟における訴訟資料の供給、自己の証明主題の提示であるのに対して、後者は職権探知主義訴訟においても問題となり、原則としては相手方の証明主題の提示であるという点にある<sup>(9)</sup>。この概念を認めることは、訴訟前の紛争処理に関する交渉過程など紛争の背景事情や積極否認の理由など審理上有用な情報の供給を容易ならしめるであろう。準主張責任による主張がないことによる不利益はその主張が裁判所により顧慮されない<sup>(10)</sup>（ことがありうる—職権主義訴訟においては）ということである。なお、準主張責任の根拠については様々な見解が考えられるが、究極するところ訴訟における信義則にこれを求めることができよう<sup>(10)</sup>。そしてそれは動態的な訴訟過程の中で具体的に発現するものであるから、相手方の主張との相関関係において異なる相貌を示すことになるのは当然である<sup>(11)</sup>。

要するに、主張責任の内実を豊かにする方策は、従来の主張責任として主張すべき事実の拡大化と準主張責任による情報供給の補完の両面において検討されるべきだと考える。筆者はかつて、主張責任論が真に現実の訴訟運営に対する指導力を発揮しうるような主張責任論構築の必要性を主張し、そのために検討すべき点として試験的に、主要事実を必要なかぎり具体化すること（間接事実の主要事実への転化）、訴訟前の交渉過程に関する事実を主張責任の中に取り込むこと、重要な間接事実を主張責任の対象にすることの三つを挙げたが、<sup>(12)</sup>とくに第二、三の点については両面からの考察が必要であろう。

このようにして筆者は、主張責任（以下、準主張責任も含む広義で用いる）の分配は一方において訴訟の合理的処理、審理の効率性の観点、すなわち必要かつ十分な範囲の訴訟資料の調達ないし供給と無用な訴訟資料の氾濫の防止、他方において当事者間における公正な対論の確保という観点からなされるべき訴訟法的考量の問題だと考える。<sup>(13)</sup>したがって、主張責任の分配について法律要件分類説を主張するのは基本的に誤っていると考えざるを得ない。（もっとも法律要件分類説によっても合理的に説明しうる証明責任の分配が主張責任と一致する場合がある——しかもかなり多くある——ことを否定するわけではない。）

このような見地から主張責任の分配を行う場合、要件事実論やドイツのリラチオーンズ・テクニク、さらにはスウェーデンで継続的関連性の原則とよばれている事実主張の手法を参考にすべきである。これらの手法は裁判実務の要請に基づき法律家が開発し、発展させてきたものである（オリーヴェクルーナによれば、継続的関連性の原則は、継続的証明の原則と共に、神託裁判のような原始司法でない限り、すべての裁判運営において必要であり、あらゆる時代の良き法律家は実質的にこの原則を適用してきたのである<sup>(14)</sup>）。

以上のように主張責任を理解した場合、それは当然に訴訟の合理的、効率的運営にとって適切な時期に事実が主張されることを内在的に要請しているといふべきであり、攻撃防御方法に関する随時提出主義（民訴法一三九条）はこの要請の妨げとなるものではないと解される。要件事実論の論者は、「紛争の適正妥当な解決のために、どのような時期にどのような事実が主張されるべきかという問題」は重要ではあるが、主張責任とは別個の問題だとして、両者の混同を厳に戒める。しかしこのような見解は、主張責任の意義を倭小化するもので、疑問を感じざるを得ない。<sup>(15)</sup>

ところで筆者は、以上の主張責任の分配における補充的修正原則として、「社会的事実関連性の原則」とでも称すべきものを主張したい。もっともその内容は、一義的に明確化できるようなものではなく、フレキシブルな一種の調整的概念装置（安全弁）にとどまる。すなわち、それは法律要件分類説や要件事実論の場合、その法的論理を推し進めてゆくと簡単な事案でも多重抗弁が頻発するので、主張事実をその社会的事実としての一体性ないし関連性にかんがみ、その限度においてなるべく一つにまとめることを意味する。<sup>(16)</sup> この修正原則はとりわけ我が国の民事訴訟においては強調される必要がある。なぜならば、あまりにソフィストケートされた主張責任の分配は、弁護士強制を採用せず、また法律扶助制度の不備な我が国では裁判に対するアクセスの重大な障害要因となるからである。<sup>(17)</sup>（スウェーデンの場合は主張責任の分配論のなかに、すでに社会的事実関連性と同様の実質的考量が含まれているので、このような修正原則を別個に必要としない。ドイツについては筆者は十分な発言の資格を欠くが、実体法の差異や弁護士強制制度の存在からみて、我が国と同一には論じられず、かなりリジッドなリラチオンス・テクニクの適用が可能だと思われる。）

一つの例を挙げてみよう。債権譲渡禁止の特約に関する譲受人の善意の有無については、債務者が譲受人の悪意を主張すべきだとの立場を採れば再抗弁までしか生じないが、譲受人が自己の善意を主張すべきだとの立場を採ると再々々抗弁まで出てきて複雑化する。<sup>(18)</sup> このような場合、当事者が主張を失念するだけでなく、裁判所が釈明を怠るこ

とすらありうる。ここで前説の見解を採用することは社会的事実関連性の原則の見地からは是認されるといえよう。このように、社会的事実関連性の原則は、審理の適切かつ効率的運営という見地から、単に無用な主張を防止するだけでなく、必要な主張がスムーズにでてくることを可能ならしめるのである<sup>(19)</sup>。

#### \* 条件および期限等と社会的事実関連性

条件・期限等をめぐる抗弁説と否認説との対立は実に多くの面で主張・証明責任の分配の争いを生じさせ、それを過度に複雑化している。若干の例を挙げれば、仮登記担保契約を停止条件付き売買と解した場合(通説)の証明責任の分配、相殺における自動債権の発生原因事実、相殺禁止の効果を主張する場合、保証人の求償権による請求原因などがある<sup>(20)</sup>。

最後の例の保証人の求償権による請求原因についてみると、ここでは抗弁説と否認説がとりわけ鋭く対立している。すなわち後者は、委託を受けたことを請求原因事実とし、前者はそれを受けなかったことを抗弁事実とするのである<sup>(21)</sup>。両説ともそれぞれ一応説得力ある論拠を提示しているが、この問題も主張責任と証明責任を分離し、かつ社会的事実関連性の原則による調整を行うことにより、新たな合理的解決が得られると思われる(このような場合には証明責任について超過原則の採用が正当化されることについては、前述の四を参照)。

我が国の保証契約の圧倒的大部分は、委託を受けてなされるのが通例であるから、請求原因に委託の点の主張を要求するのは、無用に訴訟資料を煩雑化するだけであろう<sup>(22)</sup>。したがって、その主張責任を相手方に課するとともに(抗弁説と同じ)、その主張があるときの証明責任は保証人にある(否認説と同じ)とするのが相当だと考えられる。つまり、ここでは審理の効率化と社会的事実関連性の両者が主張責任の決定要因になる。抗弁説に対しては訴訟審理を複雑化

し、迅速を欠くものにするという批判が向けられているが、それは主張・証明責任を一体化して考えるからである。<sup>(23)</sup> 私見のように考えるならば、訴訟審理を複雑化するような抗弁の提出が予想される事案においては、保証人が進んでその点について先行的に主張しておけばよい。その必要の有無は訴訟前の紛争解決の交渉過程から自ずと明らかになるはずである。(この限りで私見は、第三の波と合流することになるであろう。)

このようにして、筆者には一般論としての条件・期限等に関する抗弁説、否認説の争いは、主張責任(および証明責任)の問題を考える上であまり意味があると思えない。条件・期限等が抗弁になるか、否認になるかは一概にいえず、取引上類型化された契約ごとに異りうるのである。<sup>(24)</sup> 当事者は当該契約を具体的な取引の類型に属するものとして意識しているのであって、契約一般ないし典型契約一般は抽象的に過ぎて、明確にイメージできない。パンデクテン・システムが法律家以外の人々に理解しにくいのと同談である。それゆえ、証明責任分配の法的安定性的機能についても、このような取引類型レベルにおける証明責任を問題にするのでなければあまり意味がないであろう。

#### \* 並木判事の所説について

以上に関連する問題として、要件事実の構成要素として権利または法律関係が含まれている場合、第一次的にそれを主張すれば足りるといふ並木判事の所説についてふれておきたい。<sup>(25)</sup>

たしかに、このような権利または法律関係は判決三段論法における小前提である点では他の主要事実と変らない。しかしそれを他の主要事実と同視することを認めると当事者が法を誤解して不測の不利を被ることがありうる。このことはとくに欠席判決の場合を考えれば深刻な問題である。(我が国の民事訴訟は弁護士強制でなく、しかも極端な負担過重に悩む裁判所の少なくとも一部)は欠席判決を好む事実を否定できない。)ドイツにおいてさえ事実の主張を伴わない先決的法律関係の主張を認めず、ほとんど唯一の例外として所有権のみを認めているのは、同様の考慮によるもので

あろう。<sup>(26)</sup>したがって、並木説には疑問があるというべきである。

しかしながら、氏が「民事裁判実務においては、狭義の法律上の主張があるときは、相手方の争い方に応じて対処しているように思われる。」と指摘している点は、示唆的であり考慮に価する。<sup>(27)</sup> 社会的事実関連性による主張の調整を認める私見の立場からは、このような裁判実務の在り方は、事実主張を社会的事実関係の一体性ないし関連性にかんがみ、一括的な表現による主張として許容しているものと考えることができ（それはまた、社会的事実関連性が固定的なものではなく、相手方の争い方との関係で判断されるべきものであることを示唆している）。端的に法律的主張を認めるのではなく、このように扱ったほうが法的概念と事実主張の限界は流動的かつ多様でありうるから、より適切な弾力的対応ができると思われるのである。また本人訴訟への対処としてより妥当であることはいうまでもない。

- (1) その典型は司法研修所（民事裁判教官室）の要件事実論であり、証明責任と主張責任とのほとんど絶対的一致を固執する。
- (2) 春日偉知郎「請求異義訴訟における主張・証明責任」『三ヶ月章先生古稀記念 民事訴訟法学の革新 下』（一九九一、有斐閣）五八頁以下、並木茂「自分の頭で考えよう」判例タイムズ七〇九号（一九八九）二六頁参照。
- (3) 塩野宏『行政法 II』（一九九一、有斐閣）二二四―五頁。
- (4) 浜上則雄「製造物責任における証明責任問題（二・完）」判例タイムズ（一九七六）一四頁は、主張責任は弁論主義から生ずるもので、証明責任とは関係がないことを強調する。
- (5) 拙稿「スウェーデン法における主張責任論（二・完）」民商法雑誌一〇〇巻六号（一九八九）一〇四五頁参照。
- (6) 拙稿・前掲「スウェーデン法における主張責任論（二・完）」一〇三四―五頁、高橋「要件事実と訴訟法学」ジュリスト八八一号（一九八七）一〇〇―一〇一頁参照。この意味で主張責任のなかに第三の波が主張するような訴訟前の交渉過程に関する事実を盛りこむことは可能であろう。
- (7) 小林秀之『民事裁判の審理』（一九八七、有斐閣）一六七頁参照。
- (8) この問題に関する包括的研究として、小林・前掲『民事裁判の審理』とくに第二部がある。

- (9) 刑事訴訟における準主張責任については、拙稿・前掲「刑事訴訟における証明責任」五参照。
- (10) 中野貞一郎「変りゆく民事裁判」奈良法学会雑誌四巻二号（一九九二）二五頁参照。
- (11) 拙稿・前掲「スウェーデン法における主張責任論（二・完）」一〇五五頁注（28）参照。なお、この問題については、広尾・前掲「訴訟資料の収集に関する当事者の役割（二）」一五一頁以下、同「民事訴訟の当事者主義的審理構造」民事訴訟雑誌三八号（一九九二）一九九頁以下、および井上・高橋編・前掲「エキサイティング民事訴訟法」八七頁以下（訴訟資料等の収集）における同発言が参考になろう。
- (12) 拙稿・前掲「スウェーデン法における主張責任論（二・完）」一〇四九頁。
- (13) 拙稿・前掲「スウェーデン法における主張責任論（二・完）」一〇四五—六頁の見解をやや修正している。Bolding, Gar det att bevisas? s. 105-6参照。
- (14) 拙稿「スウェーデン法における主張責任論（一）」民商法雑誌一〇〇巻五号（一九八九）八九五頁。
- (15) 拙稿・前掲「スウェーデン法における主張責任論（二・完）」一〇四九頁参照。
- (16) 実体法の立場からの同様の試みとして、兎玉寛「規範構造論からみた要件事実論」法政研究五七巻一号（一九九〇）一三七頁以下がある。なお、田尾教授（元裁判官）が要件事実の整理は再抗弁ぐらいまでで収めたい、再々抗弁以下はできるだけ避けたいと主張し（田尾・前掲「要件事実論について」一〇五〇頁）、並木判事が裁判実務では法律要件が細分化されることはほとんどなく、せいぜい再々抗弁でとどまると指摘している（並木・前掲「自分の頭で考えよう」二二頁以下）ことが注目されるべきである。
- (17) 鈴木録弥「なんてったって証明責任」判例タイムズ六三一号（一九八七）六五頁参照。
- (18) 倉田編・前掲三七三頁以下（山田）参照。
- (19) 田尾・前掲「要件事実論について」一〇四四—五、一〇四七、一〇五〇頁参照。主張責任に関連して、筆者は練達の民事裁判官であった田尾氏の本論文および後掲論文「条件・期限等の立証責任について」から、とくに多大の教示と示唆を得た。また並木「要件事実離れ？」判例タイムズ七五六号（一九九二）二二頁は、「司法研修所で指導する主張・証明責任の分配があまりにも形式的、技術的に細分化されていて、裁判実務に好ましからざる影響がある」という。社会的事実関連性の原則の提唱は同様の問題意識に基づくものである。
- (20) 倉田編・前掲二七二頁（春日）、二九三頁以下（並木茂）、三〇四頁以下（春日）、三四〇頁以下（春日）参照。

- (21) 倉田編・前掲三四〇頁以下（春日）参照。
- (22) 拙稿・前掲「スウェーデン法における主張責任論（二・完）」一〇四八頁参照。
- (23) 倉田編・前掲三四二頁（春日）参照。
- (24) 田尾桃二「条件・期限の立証責任について」民事訴訟雑誌一八号（一九七二）四二頁以下参照。私見は同氏の所説に示唆されたところが大きい。
- (25) 並木「民事訴訟における主張と証明の法理（下）」判例タイムズ六四六号（一九八七）一〇頁以下、など。
- (26) 木川統一郎『民事訴訟法重要問題講義 中』（一九九二、成文堂）四一七、四五八頁。
- (27) 並木・前掲「民事訴訟における主張と証明の法理（下）」一一頁。並木・前掲「自分の頭で考えよう」二二頁も参照。この問題については、広尾・前掲「訴訟資料の収集に関する当事者の役割（一）」一九八頁以下参照。なお、権利自由を原則として肯定しながら、自白主体および内容による効力の制限を説く柏木氏の見解が参照に価する（柏木・前掲二八六頁）。

## 七 争点整理

主張責任に関する私見の立場から争点整理について若干述べておきたい。従来実務においては適正かつ迅速な訴訟運営のために争点整理は不可欠と考えられてきた。最近争点整理と和解勧試の一石二鳥を狙う弁論兼和解（実体はむしろ和解兼弁論が多いようであるが）が急速に普及し、その在り方をめぐって議論は錯綜しているが、争点整理自体の裁判実務における必要性、重要性はほとんど疑われていない。しかし学説の側では、第三の波の論者からこのような見解に対する疑問が提起されるに至っている。<sup>(2)</sup>

争点整理を論ずるにあたってはまず、争点とは何か、そして整理とは何かについて最大公約数的な共通の理解が必要である。この二点に関する従来の理解と批判者のそれとは全く異なっていると両者の対立の根源がある。しかしこの問題は突き詰めてゆくと、民事訴訟の役割に関する基本的な見解、いわば訴訟観、訴訟哲学の対立、相違に

帰することになり、とうていここで詳しく論及することはできない。筆者としてはさしあたり、適正かつ迅速な訴訟運営のためには争点整理が不可欠であるとの立場に与するけれども、従来何が争点であり、整理であるかについて必ずしも煮詰めた議論がなされていないので、批判者の見解を参照しつつ争点整理の在り方について若干考えてみよう。<sup>(3)</sup>

紛争の実体は必ずしも法律的なものではない。民事訴訟は紛争解決制度であるとか、民事訴訟の目的は紛争解決であるとかよくいわれるが、<sup>(4)</sup>それは事実としての紛争を法的紛争として構成したうえで、民事訴訟という手続に乗せて解決を与えることによって、法的紛争の解決<sup>(4a)</sup>事実としての紛争の解決とみるという約束ごとにすぎない。それを最上の紛争解決とみるかどうかは、時代、社会、個人により異なりうる。この点において我が国の社会、そして人々は今日でもなお欧米の社会、人々と同じでないことは周知の事実<sup>(4)</sup>に属する。いずれにせよ、事実としての紛争の重要な部分は法的紛争として処理するほか他に適切な解決策がなく、また、そうすることが多くの人々の正義の感覚に合致することを否定できない。

しかし事実としての紛争と法的紛争とは本来異別のものであるから、後者の解決により前者が解決されるとは限らないのはむしろ当然である。両者の乖離がそれほど顕著でないときはこの矛盾は顕在化しない(例えば当事者は、多少の不満が残っても、まあまあ<sup>(4)</sup>の裁判だと思つて我慢する)。だが、現代のように新しい紛争が次々に発生し、しかも立法がそれに即応できず(このことはとくに我が国で著しい)、他方人々の価値観が多様化している状況のなかでは、法的紛争の解決を事実としての紛争の解決と等置するという約束ごとは人々にアピールする力をあまりもたない。このことはひいてその約束ごとを実現するシステムである民事訴訟に対する信頼を希薄化し、さらには喪失させる危険を孕んでいる。

今日、世界的規模で見られるADRの盛行は、事件数の増大に悩む裁判所の負担過重の解消という表面的理由だけ

でなく、このような背景の中で民事訴訟に対する信頼の確保、回復の一方策という観点から考察されるべきである。<sup>(5)</sup> 争点整理に関する第三の波の主張もこのような文脈で理解できるものがあるように思われる。

このように考えてくると、争点はもちろん法律的な争点であるが、なるべく事実としての争点の核心を捉えたものであることが望まれる。つまり両者が重要部分において合致しているべきである。逆に両者の重なり合う部分が小さいような争点整理は好ましくない。

ところで、しばしば誤解されているように、整理とはたんに争点を明確にすることや、争点の数を減少させることを意味しない。争点を明確にし、その数を減少させることは、紛争の骨格を浮き彫りにし、それにしたがって細部の肉付けを行うためである。<sup>(6)</sup> そのためにはある程度まで当事者間の訴訟提起前における交渉過程も争点整理の場に登場することになる。この意味で第三の波の強調する「ふくらみのある事実主張」はある程度まで現在の争点整理によっても可能だといえよう（準主張責任はこれを理論的に支持するものである）。

もともと純然たる和解に関係する事実まで弁論内容に含めるべきだというような議論は無理だし、また危険でもある。例えば貸金請求の場合にその金の出所や弁済できない事情を詳しく追及したりすることは、私生活に対する裁判権力の不当な介入を惹起しかねない危険があることに留意すべきである（その点が権利濫用、信義則違反の主張として提出されている場合はもちろん別論である）。貸金請求訴訟を提起したら、いちいちその金の出所を明らかにすることを強いられるのではたまったものでない。論者はおそらくそこまで意図していないのであろうが、我が国のような社会では裁判所も当事者もそういう方向に傾斜してゆく懸念がないとはいえないのである。<sup>(7)</sup>

民事訴訟は法的紛争の解決を事実としての紛争の解決と等置するという約束ごとだと述べたが、国民は国家に対してこの約束の範囲内でのみ私生活に介入するよう要求する権利も有するといわなければならない。事実としての紛争

を法的紛争として解決することで満足するという約束ごとは他に適切な紛争解決策がないからという消極的な理由だけでなく、より積極的に自由主義原理にその基礎を置いておられると思われるのである。

最後に、争点整理はもつと将来志向型であるべきではないかという点について一言したい。

たしかに裁判は過去志向型手続、判断の最たるものであるが(例外はあるにせよ)、そのもつメリットもまた再認識されるべきである。

人間とは「過去にこだわる動物」である。歴史学、考古学の存在、自己や家族のルーツを探ることへの飽くなき関心などはそれを物語る。紛争やその他の問題の解決において過去を探究することは重要な前提をなすのが通例である。<sup>(8)</sup>

我が国が戦後今日に至るまで戦争責任問題を曖昧にしてきたことが、現在でもアジアの近隣諸国から大きな不信を招いている根源であり、それが今後におけるこれらの国々との真の友好関係の確立のために大きな障害になっていることは明白な事実といえよう。民事訴訟においてもことは同様であつて、過去の事実の究明、確定と将来志向型の紛争処理とは決して矛盾するわけではない。もつとも一般論として、判決においては過去に重点をおいた紛争解決が、和解、調停などにおいては将来に重点をおいた紛争解決がなされるが、どちらがよりベターであるかは、当事者の選好により決定されることになる。制度のあり方としては、前者を求める者が後者、後者を求める者が前者の選択を強いられることのないような制度を確立すべきであろう。

総論的な言及にとどまったが、結論的にいえば、争点整理は「骸骨の裸踊り」と酷評されるような要件事実の整理要約に過ぎないものであつてはならず、真に紛争の法的・事(9)實的相貌を具体的に明らかにし、審理における証明主題の提示と対論の確保として過不足のないものであるべきである。<sup>(9)</sup> (もつとも、それをすべて調書に記載するかどうかは別論である。調書には要点のみ記載し、当事者の提出する要約準備書面にこの役割を果たさせることも、裁判所の負担軽減と当事者

の満足を満たすために望ましい方策といえよう。)

- (1) さしあたり拙稿として、前掲「いわゆる「弁論兼和解」に関する「管見」八頁以下、「再論「弁論兼和解」」判例タイムズ七六九号(一九九二)九頁以下参照。
  - (2) 井上治典「法律要件求心型手続の問題点」法政研究五七巻一号(一九九〇)一四五頁以下、同「弁論の条件」『三ヶ月章先生古稀記念 民事訴訟法学の革新 中』(一九九一、有斐閣)二六三頁以下、井上II高橋編・前掲『エキサイティング民事訴訟法』四八頁以下(要件事実論)、六九頁以下(争点整理)における各井上発言参照。
  - (3) 争点整理の技法については、現場の裁判官から貴重な論稿が発表されているので、その参照を望みたい。例えば、伊藤博「民事弁論の基礎技術」司法研修所論集八六号(一九九二)一頁以下、小関裕二「争点整理の技法と審理方式(一、二)」司法研修所論集八五号(一九九二)一七一頁以下、八六号(一九九二)一一一頁以下、など。
  - (4) 紛争解決説に対する鋭い批判として、柏木・前掲一七頁以下参照。
  - (4a) 棚瀬教授も同様の表現を使っている(棚瀬孝雄「約束ごととしての裁判」井上II高橋編・前掲『エキサイティング民事訴訟法』二七頁以下)。しかし筆者は、裁判が約束ごとであることを決してネガティブな意味で用いているのではないことに留意されたい(棚瀬氏の用法は筆者よりもネガティブなようである)。
  - (5) 拙稿・前掲「再論・弁論兼和解」二四頁参照。
  - (6) 井上II高橋編・前掲『エキサイティング民事訴訟法』一〇八頁(争点整理)における西野喜一教授の発言参照。リラチオンス・テクニクの争点整理を主張する木川博士が争点整理における間接事実の重要性を強調していることが顧みられるべきである(木川「交互尋問に関する法改正の必要性」同・前掲『民事訴訟法改正問題』八三頁、など)。
  - (7) 筆者は現在の弁論兼和解にその危険を予感している。なお最近における和解兼弁論の実情については、名古屋弁護士会「座談会「民事裁判の現状を検証する」」日弁連第一四回司法シンポジウム資料(一九九二)六頁以下、が有益である。
  - (8) 家事調停における事実認定の重要性を強調するものとして高野耕一「財産分与・家事調停への道」(一九八九、日本評論社)二五九頁以下参照。
- ところで、人間は過去にこだわると共に、自分にとって不快な過去を忘れないという願望も持っているから、紛争についても多

くの場合なるべく早く解決して忘れてしまいたいという気持があることを否定できない。そしてこれは和解による解決を促進するだけでなく、判決を終局的な解決として受容する——たといその内容が自分に不満なものでも——要因として働くことを看過してはならない。ここに法律的紛争解決を社会的紛争解決としても終局的なものとする約束ごとの合理性も認められるといえよう。その意味で、しばしば聞かれる判決は社会的紛争過程の一環にすぎず、紛争を終局的に解決するものではないという主張は正しい面を有しているけれども、半面の真理を洞察したにとどまるところと思う。なお法的思考が過去志向的特質を有することについて、田中成明『法的空間』（一九九三、東京大学出版会、引用部分の初出は一九八一—一九八—九頁参照）。

(9) 不十分な争点整理の具体的事例に関する指摘として、藤原弘道「弁論主義は黄昏か」司法研修所論集八九号（一九九三）一頁以下参照。

## 八 判決書の書き方

本節では、上記の私見の立場からみた判決書の書き方について若干の考察をしておきたい。

我が国では証明責任判決は極めて少ないといわれている<sup>(1)</sup>。しかし、司法研修所が指導し、いまや実務慣行になっているとみられる「原告主張の事実を認めるに足りる証拠はない。」という判示は、原告に証明責任があり、立証が証明度が達していないことを意味するから、そのなかには事実不存在が明白な場合と真偽不明の場合が混在しており、後者は一種の証明責任判決といふべきである<sup>(2)</sup>。そうだとすると、我が国でも証明責任判決は極めて多い可能性がある。このような判示は、証明値（心証度）を明らかにしない点で疑問だといわなければならない<sup>(3)</sup>。

実は証明度すなわち証明責任点さえ定まれば、それがどちらの当事者に向けられているか、すなわち証明責任の分配は必ずしも決める必要はない。証明度が決まり、それを超える立証がある以上、証明責任の出番はないのである<sup>(4)</sup>。そして証明度の決定は証明責任の分配の決定よりも概してはるかに容易である。上述のように実務では証明責任判決

はまれといわれるのに(しかしドイツでは、ノン・リケットの<sup>(5)</sup>場合は非常に頻繁に存在するといふ)、証明責任の分配に配慮して判決を書くのは、それが困難な場合には無用な努力であろう。<sup>(6)</sup>主張責任、証明責任の分配に過大なエネルギーを注ぐことを止め、実質的な証拠評価に重点を置いて審理を行い、その結果としての証明度と証明値(心証度)を判決書に率直に判示すべきである。<sup>(6a)</sup>それによって当事者は上訴をすべきかどうかを決定するための情報も与えられるから、このような判示は無用上訴を制限することにも寄与すると考えられるのである。<sup>(7)</sup>

ところで、現在裁判現場で賛否両論が渦巻くなかで、新様式判決は次第に普及しつつある。その是非の議論はここではしないが、<sup>(8)</sup>新様式判決が要件事実論をより簡易なものにすることを要求することは避けがたいと思われる。新様式判決にとってはあまり多重抗弁の現れない要件事実論が望ましい。判決書は審理結果の表現であるから、要件事実論的に精密に整序された主張・証明責任に基づく訴訟審理が、従来方式の判決書により親和性を有することは疑いえないであろう。

いずれにせよ、今後における判決書の書き方としては、主張・証明責任の分配の問題に過大な神経、精力を費やすよりも、実質的な証拠評価、事実認定の判示に精力を注ぐべきであることを改めて強調したい。このことはとりわけ敗訴当事者に必要かつ十分な情報を提供し、できるだけ裁判に対する納得を得させるために極めて重要だといわなければならないのである。(これは言うは易く、行ふは難しであって、事件の負担量と相関する努力目標といわざるを得ないが――)。

(1) 拙稿・前掲「行政訴訟における主張・証明責任論」二二―二頁注(14)参照。

(2) 松本・前掲三二―三三頁参照。

(3) 松本・前掲三三頁はこのような判示を証明責任の通常理解から逸脱すると批判する。

- (4) 拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」六三頁のエーケレーウの見解参照。
- (5) アーレンスリプリュッティンク<sup>II</sup>吉野、松村<sup>II</sup>安達訳・前掲『ドイツ民事訴訟法』五〇頁(アーレンス)。柏木・前掲一六頁。なお柏木氏が、我が国で証明責任判決が少ないことは、正しくない判決が我が国で少ないことを意味するものでは決してない、と述べていることが注目されるべきである(同書一七頁)。
- (6) 小林・前掲『証拠法』一四五―一六頁、同『民事裁判の審理』一一七―一八頁参照。
- (6a) 「ミニ・シンポジウム 民事訴訟法の改正に向けて」民事訴訟法雑誌三九号(一九九三)一二〇頁における山下孝之弁護士の発言参照。
- (7) 拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」六三頁参照。シュナイダー(Schneider)はこのような証明責任判決を認める論拠の一つとして、裁判所が相手方の主張に信をおいたことを不満とする敗訴当事者の控訴を誘発しなすむことを挙げているが(松本・前掲三二頁)、この点はむしろ逆といふべきである。かりに彼のいうとおりとしても、それは当事者に裁判所の証拠評価に関する正しい情報を与えないことの結果であるから、とうてい支持しうる論拠とはいえない。
- (8) 新様式判決に対する批判については、木川・前掲『民事訴訟法改正問題』二二―頁以下および同書二二二頁注(2)、(3)掲記の文献、ならびに裁判官による批判として藤原・前掲「弁論主義は黄昏か」一九―二〇頁を参照。なお、現場の民事裁判官たちのあいだでもその評価は大きく分れていることが窺われる(裁判官懇話会合同報告「民事裁判の課題」の討論部分、判例時報一四二八号(一九九二)一五頁以下参照)。

## 九 証明責任の予防的ないしADR的機能<sup>(1)</sup>

法律要件分類説は客観的、一義的に証明責任(の分配)が定まっていることによる法的安定性や当事者に対する予測可能性の重要性を強調するのが常である。しかし法的安定性や予測可能性という言葉が充分にその内容を吟味しないまま、一種のマジック・ワードとして使われている嫌いがあると思われる。すでに明らかにされているように、我が国の民法典は証明責任の分配を十分に考慮して立法されてはいないのであって、そのような民法典の措辞・構造自体

から証明責任の分配を引き出そうとするのは、その前提において疑問があるし、百歩を譲ってそれがあつた程度可能だとしても容易な作業でないことは司法研修所民事裁判教官室の長年にわたる要件事実の研究作業がいまだに一応の集大成すらみせていない事実がなによりも有力なその例証である。そして修習生はもちろん、平均的な法律家にとつてすら要件事実論がかなり難解であることは周知の事実<sup>(1)</sup>に属する。

民法は第一次的には市民の行為規範なのであるから、法的安定性や予測可能性をいうならば、市民の法律生活一般にとつてのそれを念頭に置いて考えるべきであろう。間接反証理論、条件・期限に関する否認説と抗弁説の深刻な対立などを抱えこんだ、この複雑な証明責任分配論が我が国の訴訟前・外の市民の法律生活において果たしてどれほど法的安定性や予測可能性に奉仕してきたといえるであろうか。(法律問題、法的紛争のうち訴訟にまで発展するものは、ほんの一部に過ぎないことを改めて考えるべきである。)

一般的な分配原理を否定する証明責任論が法的安定性や予測可能性において法律要件分類説に劣るといふのは根拠のない誤解である。別稿においてスウェーデンの証明責任論についてみたように、それは一般的な分配原理を否定するとともに、紛争類型ごとに多元的な考量により証明責任および証明度を決定することを通じて、取引生活の円滑化、訴訟前・外における紛争の解決に最大限に奉仕することを意図しているのである。<sup>(2)</sup>

これに反して、法律要件分類説は例えば民法七〇九条についていえば、紛争解決のために証明度に関する情報を求める当事者にほとんど何も提供しないに等しいではないか。

また法律要件分類説にかぎらず、伝統的証明責任論が証明度に関する情報を提供しえないことが証明責任の訴訟前・外における機能・効果を考えると、決定的なマイナス面である。<sup>(3)</sup>

最終的に訴訟の場での程度の証明度が要求されるかを知ることによって、取引当事者は取引生活を場合により慎

重にし(契約の書面化など証拠の保全)、場合により簡便に済ますことができる。また紛争が発生した場合に、予測される訴訟の結果を考慮しながら和解など任意的紛争解決を行うことが可能になるのである。このようにして、証明責任は紛争の予防、さらに発生した紛争の訴訟前・外の任意的解決に寄与しうるのである<sup>(4)</sup>。後者の面では、証明責任は各種のADRの利用と効果を増進するとともに、証明責任自体がADRとしての機能を営みうる<sup>(5)</sup>ことが注目されるべきである。

紛争解決システムにおけるADRの重要性が一種の世界的現象として認識される現在<sup>(6)</sup>、証明責任の有するADR機能に着目し、それを十全ならしめるような証明責任の基礎理論を構築することは訴訟法学者にとってすぐれて今日的な課題といふべきである。

- (1) 本節については、拙稿・前掲「行政訴訟における主張・証明責任論」二二—二三頁注(23)、二二八頁以下参照。
- (2) 拙稿・前掲「スウェーデン法における証明責任論」六三頁以下参照。
- (3) ヴェストベリイは、証明度の軽減が、当事者双方に証拠保全の共同責任を課することを通じて証明責任規範の紛争解決機能の増大を意図してなされることを指摘する。Peter Westberg, Juridiskt Tidskrift 1992/93 nr. 1 s. 165.
- (4) ボーマンは、市民は通常、証明責任の分配や証明度について知らないということを知っており、証明責任が予防的機能や証拠保全的機能を果たすためには証拠が要求され、単に主張するだけでは駄目だということを知っており、証明責任が予防的機能や証拠保全的機能を果たすためにはそれで足りる、と答えている。Robert Boman, Bevisbödan, i Rätt och sanning, s. 115.
- (5) スウェーデンの環境損害賠償法 (miljöskadelagen (1986: 225) 三条三項は、同法による被害者からの損害賠償請求訴訟における因果関係の証明度について蓋然性の優越で足りる旨規定し、最高裁の判決はこれを支持している。そして学説は、このような証明度の軽減は環境破壊行為を減少させるための効果的な圧力手段として重要な意義を有することを指摘している。Ulla Jacobsson, Tvistemål (1990), s. 90-91.

なお竜寄・前掲二四一頁(初出は一九八二)は、健康保険による診療保険請求権に関する証明責任の社会的機能に言及しており、

この問題を考える上で示唆的である。

(6) 前掲の国際シンポジウムにおける四つのテーマのうちの一つはADRの問題であったことを想起すべきである。なお、拙稿・前掲「再論「弁論兼和解」二三頁以下も参照。

## エピローグ——要約と結語

### I 要 約

本稿において筆者が主張したいことを要約すると、以下のとおりである。

我が国の民事訴訟の理論と実務を支配してきた伝統的証明責任論は、最大公約数的にいつてつぎの三点において基本的に誤っている。すなわち、

(1) 証明責任の問題をもっぱら権利の確定・証明という観点から考えており、そのため行政、刑事の訴訟における証明責任や、訴訟前・外における証明責任と同様の問題との共通性を看過し（問題解決の正しい方向を見失っ）てしまっている。

(2) 証明責任の問題はその分配につきるのではなく、それと同時に、その証明度が大きな問題であるのに、それを忘れて分配の問題に終始している。

(3) 主張責任と証明責任との原則的一致を固執し——主張責任は証明責任にしたがう——、両者が原理的に全く別個の問題であることを認識していない。（若干の学説は例外である。）

私見によれば、法定証拠主義における完全証拠と自由心証主義における裁判官の確信とを無批判的に等値してしま

ったところに、これらの誤りの根源の一つがある。

このような批判の上に立って、筆者は主張・証明責任論において以下のような見解を提唱する。

(1) 証明責任の問題について一般的な分配基準などを定立することはできない。証明責任は実体法の問題であるから、当該実体法(規)の趣旨・目的、実体法(規)に基づく価値判断に利益考量的要素を加味して、証明責任の分配および証明度を決定すべきである。法文の措辞・構造は程度の差こそあれ、決定の一要素にとどまる。

(2) 法律上の推定は、明文規定が存在しない場合にも認められ、しかもこれは証明責任を転換せず、証明度を軽減するにすぎないものが多い。これによって証明責任規則の硬直的適用が調整されうる。またこのような法律上の推定を認めることにより表見証明や一応の推定の理論は不要に帰する。

(3) 証明責任の分配に関する学説が激しく対立するなど分配問題の決定が困難な場合には、超過原則の適用が認められる。これは実体的真実の要請にも叶うものである(その採用が実体的真実に反するという反論は根拠のない謬論にすぎない)。

(4) 主張責任は弁論主義に基づくものであるから、証明責任とは別個の原理に服する。その分配は一方において訴訟の合理的処理、審理の効率性の観点、すなわち必要かつ十分な範囲の訴訟資料の調達ないし供給と無用な訴訟資料の氾濫の防止、他方において当事者間における公正な対論の確保という観点からなされるべき訴訟法的考量的問題である。

そこでは要件事実論的整序が必要になることはいうまでもないが、多重抗弁の頻出を避けるため「社会的事実関連性」による調整が求められる。このことは利用者とともに一般市民のための民事訴訟という見地からみて重要である。

なお主張すべき事実の範囲は、その情報供給機能、コミュニケーション機能にかんがみ、証明責任のそれよりも広

くなる。訴訟前の紛争解決のための交渉過程に関する事実なども含まれるべきである。そのために、従来の主張責任に加えて準主張責任という新たな道具概念を包含する広義の主張責任を観念することを提唱する。

## II 結 語

上述の要約からも分かるように、本稿で筆者が主張したことはある意味では平凡かつ簡単なことである。正直のところ、筆者にはどうしてこの程度のこと、とくに従来の主張・証明責任論の基本的誤りがこれまで訴訟法学のすぐれた理論家たちによって看過されてきたのか不思議に思えてならない。当たり前前すぎることで、誰も最初に「王様は裸だ」と叫ぶのを躊躇したようなことかもしれない。筆者はあまり頭が良くないことが幸いしたのか、とにかく一人前の法律家として遇されている自分が簡単に使いこなせそうにもない法律学の理論は、まして一般の利用者にとっては難解なはずで、どこかおかしいのではないかと思ってきた。そうして、たまたまめぐり合ったスウェーデン法における主張・証明責任論に理論的支柱を見出し、それに導かれて自分の考えを本稿でまとめてみたわけである。

スウェーデン法理論に導かれたとはいうものの、私見の形成にあたってはできるかぎり自分の頭で、日本の（民事）訴訟に妥当する主張・証明責任論を構築することに努めたつもりである。「帽子でさえ、他人から借りるには自分の頭の格好を考えねば(1)うまくない」のだから、これは当然のことである。不幸にして、私見が読者に拒絶反応を生じさせ、スウェーデン法理論の短絡的輸入としてしか受け取られないとしたら——率直に言って筆者自身、同種の感想をしばしば我が国の法理論について抱くけれども——、それはもちろん筆者の無力ゆえであるが、少なくとも意図するところはそうではないことを強調しておきたい。

最後に、本稿をとりわけ（平均的な）司法修習生や若い法律家の人々に読んでもらえればと願う。これは、平均的な

法律家である(そして、そのことをひそかに誇りとしている)一人の先輩が、法と正義への愛と情熱に燃えて法律家の道を歩もうとする、あるいは歩み始めた若い後輩たちへのささやかな贈物のつもりで書いたものでもあるのである。

(1) 筆者は、この諺を内田義彦『作品としての社会科学』(一九九二、岩波書店)三三二頁で知った。これを訴訟法学的に表現すれば、中野教授のいう「実務の継受」(中野貞一郎「手続法の継受と実務の継受」同『民事手続の現在問題』(一九八九、判例タイムズ社。初出は一九八三)五七頁以下)の問題である。なお、法学は本質的にローカルな学問だという棚瀬孝雄氏の指摘(法生態学研究会編『裁判活性化論』(一九九三、信山社)一〇八頁)を参照。

**付記** 本稿は平成四年度神奈川大学国内研究員(九州大学法学部および福岡大学法学部における)としての研究成果の一部である。本稿の大部分は福岡滞在中に一応書いたものであるが、研究期間を終えて横浜に帰ってから教育その他の大学内外の仕事に追われ、完成の機会が得られないまま年を越してしまった。こんなことでは何時になつたら完成できるか分からないので、この正月休みを利用してほんの少し手を入れただけで、思い切って公表することにした次第である。舌足らずな習作に終わったことを痛感するけれども致し方ない。そんなわけで、引用すべき文献の挙示も不十分かつ恣意的であることをお詫びしなければならぬ。大方の忌憚のないご批判を頂いた上で改めて考えてみたいと思う。(一九九四年一月)