

裁判による法創造と事実審理（四）

原
竹
裕

序論

第一章 裁判による法創造の意義と限界―ドイツ法上の展開―

第二章 法創造の事実的基礎―立法事実と法創造事実

第一節 アメリカにおける立法事実論（以上二八号）

第二節 ドイツにおける法創造事実論

第三節 小括

第三章 立法事実・法創造事実の具体例（以上二九号）

第四章 立法事実・法創造事実と訴訟手続―アメリカ法・ドイツ法―

第一節 比較法的検討（一）―アメリカ法―（以上前号）

第二節 比較法的検討（二）―ドイツ法―

第三節 小括（以上本号）

第五章 日本法

終章

第二節 比較法的検討（二）——ドイツ法——

一 問題の所在

従来、ドイツの民事訴訟理論においては、権力分立制の厳格な把握（大陸型権力分立制）などを背景として、裁判官の役割は既存の法の適用に尽きるとする裁判官像が支配的地位を占めてきた。

しかし、第一章及び第二章第二節でみたように、ドイツにおいても、戦後、判例法固であるアメリカ法の思考様式の影響を受けて、司法による法の動的な生成・創造の側面を重視する理論が台頭し始めた。それは、法哲学・法学方法論上の考察に始まったが、民事訴訟法理論においても、このような法創造作用（richtliche Rechtsfortbildung）の重要性、及び客観的基礎たる法創造事実（Rechtsfortbildungstatsache）に立脚した判断をなすことの必要性が自覚されるに至った。⁽¹⁾

もっとも、ドイツにおいては、前節において検討したアメリカの学説とは異なる傾向がみられることが注目される。すなわち、ドイツにおける議論の特色は、既存の訴訟原則との整合性、あるいは体系的な位置づけに力点を置いてな

れている点にある。

すなわち、ドイツにおいては、第二章第二節でみたフリードリヒ・シュタイン (Friedrich Stein) の体系に典型的にみられるように、大前提（当為たる規範命題）と小前提（大前提に包摂されるべき事実）との峻別を基礎とした強固な体系論が構築され、維持されてきた。そこでは、大前提たる規範は、所与の存在として措定されれば足りた。しかし、その帰結として、大前提たる規範命題それ自体の定立の基礎となる事實は、このような二分的体系においては、自覚されることなく、視界の外に置かれざるをえなかった。たとえ、このような事実範疇の存在が自覚されたとしても、正面から取り上げられることはなかった。法の定立の基礎となる社会経済的事実は、かろうじてオイゲン・エールリッヒ (Eugen Ehrlich) に始まる法社会学の領域において検討の対象とされるにとどまり、訴訟法理論においては、異質な存在として、その行き場を失うことになってしまったのである。

しかし、司法の創造的契機を承認する新たな傾向は、このような伝統的体系との対決を迫られざるをえない。かくして、ドイツにおける法創造事実をめぐる議論は、体系的位置づけをめぐる理論的模索に取り組まざるをえなくなった。本節の第一の課題は、ドイツの訴訟法理論のこのような営みの軌跡と成果とを探ることにある。

次に、本節における第二の課題は、ドイツの理論が、既存の訴訟原則や証明責任との関係をどのように捉えようとしたのかを描写することである。すでに前節におけるアメリカ法のアドヴァーサリー・システム（二当事者対立（対審）構造）の分析においても看取されたように、自由主義諸国における民事訴訟法においては、事実及び証拠の収集を当事者に行わせるシステムを採用するのが一般である。このような制度のあり方は、ドイツにおいては、弁論主義 (Verhandlungsmaxime) の採用として顕現する。そして、ドイツの弁論主義論が、戦前以来の法継受を通じて、わが国の訴訟法理論にも多大な影響を与えてきたことは周知のとおりである。加えて、ドイツにおいて展開された証

明責任の法理も、その前提となった法適用過程の理論的把握とともに、わが国に導入され、学説及び実務に多大な影響を及ぼしてきた。そして、従来の証明責任論が、まさに法適用過程の構造と密接不可分であったがゆえに、法創造過程において用いられる事実（法創造事実）に対し、果たして証明責任概念を適用することができるのか、証拠法上の最も困難な課題として現れることになった。

なお、ドイツにおける法創造事実論は、大きく分けて、裁判官による法創造の基礎事実としての「法創造事実」に関する議論と、連邦憲法裁判所における「一般的事実」確定に関する議論とがある。後者は、いわば司法部による法の是正という面をもち、法創造の中でも特殊かつ強度な営みに属する。本節では、法創造事実に一般に関する関する証拠法上の議論を中心として紹介するが、必要に応じ、憲法裁判の領域における問題にも言及することにした。

二 体系上の位置づけをめぐる議論

1 概観—経験則との異同をめぐる議論の背景

ドイツにおける支配的理論体系の枠組みは、一九世紀末から二〇世紀の初めにかけて、主としてシュタインを中心とした学者の努力によって構築された。それは、訴訟法学の理論的骨格の確立をめざす営みの成果でもあった。このようにして樹立された体系は、整然かつ壮麗な二分法によって一貫されていた。すなわち、ここでは、裁判官が適用する規範（大前提）と、その規範の構成要件に該当する事実（小前提）とが峻別され、そこから、法律問題Ⅱ裁判所、事実問題Ⅱ当事者という、訴訟関係人の役割分担、あるいは、証明主題の範囲確定に関する帰結が、いわば演繹的に導出される思考様式が採用されていた。もちろん、この段階においても、大前提・小前提のいずれに属するのかをめ

ぐって議論を巻き起こした概念が存在しなかったわけではない。その典型例として、裁判官が判断に際して用いる経験則（Erfahrungssatz）の位置づけが挙げられる。シュタインが、その一八九七年の名著『裁判官の私知（Die private Wissen des Richters）』において検討の対象としたのも、まさに経験則の体系的な位置づけであった。奇しくも、法規・事実の二分法体系自体が、いわば夾雑物としての経験則の位置づけの探究過程で磨き上げられたものであった。シュタインは、このような二分法を展開した上で、経験則に関してもその法則性を重視し、いわば法規類似のものとして、大前提に位置づけるといふ解決をとった。これによって、経験則は、二分法体系を乱すことなく体系内に受容・編入されることとなり、また、このような位置づけから、経験則は裁判官において調査すべき事項であるとの帰結が首尾一貫した形で演繹されることになった。⁽³⁾そして、このような帰結が主要な体系書にも引き継がれることになった。⁽⁴⁾

しかし、シュタインの体系及びそれを引き継ぐ理論においては、経験則は同時に「証明の対象（Gegenstand des Beweises）」としても位置づけられた。⁽⁵⁾ここに、経験則を法規類似のものとみることの限界が顕在化していたことにも留意が必要であろう。

このようにして、経験則の位置づけに関する問題を克服したかにもえたシュタイン流の体系であったが、再び、法創造事実ないし立法事実という、大陸法理論においては異質な概念の受容の課題に直面することになったのである。

2 特殊な経験則とみる見解

(一) ゴットヴァルトの把握

ドイツにおいて、アメリカ法上の立法事実にはやく着目し、その体系上の位置づけという問題点にも想到して

いた論者として、ペーター・ゴットヴァルト (Peter Gottwald) を挙げることができる。彼が立法事実に着目したのは、法律審たる上告審においてどの程度の事実認定が許容されるのかという文脈においてであった。一九七四年の著書『事実審としての上告審 (Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz)』において、ゴットヴァルトは、法律審においても、一定の事実審理をなすべき場合がある旨を主張する。その際、いわば法と事実との中間的存在としての立法事実が上告審においてどのように位置づけられるのかについても、併せて検討の対象とされたのである。ゴットヴァルトのとした解決は、立法事実を、体系的には経験則の中の特殊な類型——一般的経験則 (der allgemeine Erfahrungssatz) として位置づけ、その取扱いについては通常経験則と異なる帰結を採用するものであり、従来の体系との間に微妙な断層を有するものであった。⁽⁶⁾

(二) 特殊な経験則としての位置づけ

ここで、ゴットヴァルトの経験則論についても見ておく必要がある。ゴットヴァルトは、従来の経験則論が、一律に大前提としての機能を承認したり、さらには法規規範性を承認してきた点を批判する。ゴットヴァルトは、経験則を、①法規の内容形成に関わる一般的経験則 (立法事実) と、②事実認定段階において用いられる経験則とに区分した上で、性質 (Natur) と機能 (Funktion) の両面を自覚して上告審での取扱いを検討すべきであるとす。前者の一般的経験則 (立法事実) が大前提の構成部分とされるのは、法規の内容形成に関わるといふ補助的機能 (Hilfsfunktion) のゆえである。⁽⁷⁾ これに対し、後者 (事実認定上の経験則) については、その基礎にあるのは多数の観察事実であるから、いわば存在 (Sein) に関する命題であって、当為 (Sollen) に関する命題ではなく、その性質だけから直ちに大前提類似の上告可能性を認めることはできない。経験則違反がそれ自体として直接に上告審における審

査の対象となるのは、当該経験則が特殊な事実的基礎の探索によらず獲得しうるような明白・確実なものである場合に限られる。それ以外の場合には、経験則それ自体ではなく、事実審裁判所による経験則の獲得・適用の適法性の面から審査をなしうるに過ぎないという。⁽⁸⁾

このように、ゴットヴァルトの見解の特徴は、立法事実を経験則の特殊類型として位置づけ、当為命題の構成部分としての性格を承認するが、むしろ、通常の典型的な経験則については、原則として存在命題の範疇に位置づけ、例外的に上告可能性を認めるに過ぎない点にある。かつて、法・事実の二分論的体系樹立に際し、シュタイン流の見解は、純粹な二分法にうまく位置づけられない経験則を大前提に分類することによって体系を完結したが、ゴットヴァルトの見解は、このようにして成立した伝統的体系とは異なるアプローチであることを念頭に置いておく必要がある。⁽⁹⁾

3 独自概念説

前述のゴットヴァルトの見解は、上告審の審理対象との関係における、アメリカの立法事実概念への着目にとどまったが、さらに、法創造事実という範疇を承認し、証拠法上の検討対象とすべきことを主張したのはフーゴ・ザイター (Hugo Sieber) の一九八一年の論文であった。⁽¹⁰⁾ 彼は、法創造事実の概念の提唱者であるが、その位置づけに関しても、経験則とは別の独自の概念として把握しようとした。

すなわち、ザイターは、従来の証拠法理論において説かれてきた「事実 (Tatsache)」の概念が、包摂事実のみを念頭に置き、法創造事実を考慮してはいなかった点を指摘する。⁽¹¹⁾ また、従来の「経験則 (Erfahrungssatz)」(ドイ

ツ民事訴訟法（ZPO）第二九三条）の概念が裁判官による包摂作用における補助的役割を念頭に置いて把握されてきたところからすると、法創造事実を経験則として把握することもできないという。⁽¹²⁾さらに、法創造事実の中には、「顕著なる事実（offenkindige Tatsache）」（ZPO第二九一条）にあたるとみうるものもあるが、法創造事実のすべてが顕著事実であるわけではなく、顕著事実の概念をもってしては、法創造事実のすべてを捉えきれないという。かくして彼は法創造事実を独自の範疇として承認すべきであるとするのである。⁽¹³⁾ここから生ずるのは、その属性としてはあくまでも事実であるにもかかわらず、しかも必ずしも公知・顕著ではないにもかかわらず、手続上は法規に準じた取扱いがなされる存在の承認であった。ここで、ライターは、支配的な法・事実の二分法体系に対する修正をも迫ったことになる。

4 経験則一部還元説

法創造に用いられる資料について、法創造事実としての独自の範疇への分類を提唱したライターの見解に対しては、近時に至り、ペーター・ラーメス（Peter Lames）による批判が行われるようになっていく。ラーメスによれば、ライターの用いた法創造事実の概念は、経験則まで取り込んでいる点で妥当ではなく、経験則に還元できるものは経験則に編入し、経験則に還元できないものだけを独自の範疇に分類すべきであるとする。

ラーメスは、法創造の事実的基礎の意義を強調する文献の中に、経験則の果たす意義の重要性を説くものは意外と少ないことを指摘する。例えば、前述のライターは、法創造事実の概念を、経験則とは切り離された別個の概念として把握しようとしている。その際ライターは、経験則の機能を、事実認定ないし包摂の場面に限定することによって、

法創造事実の概念的な独自性を論証しようとしている。しかし、ラーメスは、ザイターの議論においては、経験則が法創造において果たす意義は看過されているというほかはないという⁽¹⁴⁾。

ラーメスは、次のような例を挙げる。例えば、ある損害賠償請求権が保険でカバーされるかどうかについては、保険実務においてそのような損害が予期されているかどうかをも考慮すべき場合がある。このような場合には、保険数理的（versicherungsmathematisch）な経験則が不可欠である。この場合、ある一社だけが、ある損害を保険の対象としない旨を表明したとする。そのような個別的事実自体は、法創造にとっては意味を持たない。保険業界に属する企業の判断プロセスが、大量観察の見地から同一であると認められる場合にのみ、そのような個別的事実は意味を持ちうることになる。このようにして、ラーメスは、法創造に際して経験則の機能することには疑いがないとする⁽¹⁵⁾。

ラーメスは、さらに、経験則論の体系化に与って力のあったシュタインが、大前提の確定において、経験則の果たす役割をすでに自覚していた形跡があることを指摘し⁽¹⁶⁾、経験則の機能する場をもっぱら法適用過程に限定するという考え方は、根拠に乏しいとする。ラーメスは、法創造機能を發揮させるための情報源は豊富であるに越したことはないとの立場から、法創造に必要な事実情報（tatsächliche Information）を、経験則という形で収集することもできるという⁽¹⁷⁾。ここでは、裁判所の判断の基礎となる情報の側面から司法機関の実効的機能の發揮策を考えていこうとの姿勢が看取される⁽¹⁸⁾。

三 訴訟原則との関係

1 弁論主義との関係

(一) 概観

前節においてみたように、アメリカのアドヴァーサリー・システムは、ドイツ及びわが国に弁論主義とは異なり、制度の背景的理念を示すものとしての側面が強い。これに比して、ドイツ及びわが国における弁論主義は、より一層、訴訟内準則としての緻密な定式化がなされる傾向がある。⁽¹⁹⁾この背景には、司法機関を法の忠実な適用者にとどめようとする大陸型司法制度の影響を指摘することが可能であろう。

なお、わが国においては、弁論主義の原則的妥当性を否定する論者は見当たらないが、ドイツにおいては、わが国におけるのとは異なり、一部において弁論主義を制限する動きがある。これは、実体的真実の解明を重視するドイツの一部学説の傾向を示すものである。⁽²⁰⁾また、オーストリアにおいても、同様の傾向が存することがかねてより指摘されている。⁽²¹⁾ただ、ドイツにおける学説上も、一般的には、わが国におけるのと同様、訴訟における当事者支配の具現化として、主張責任法理や自白法理など、訴訟資料の提出主体を当事者に求める法命題が承認されている(当事者提出主義 *Beibringungsgrundsatz*)。⁽²²⁾

ところで、弁論主義は、基本的には事実面においてのみ妥当する原則とされている。法の領域においては、「裁判官は法を知る (*Tura novit curia*)」との建前が承認されているからである。⁽²³⁾ところが、法創造事実は、事実でありながら、法の創出に際しても重要な意味をもつ。このような法創造事実の収集に際して、果たして当事者提出だけに頼ることが妥当なのかどうかという問題意識から、法創造事実と弁論主義との関係について、近時、活発に検討がなされるに至っている。

(二) 弁論主義適用否定説

まず、法創造の基礎事実につき、弁論主義（当事者提出主義）を適用することは妥当ではないとし、職権探知主義の適用を直ちに論証する見解がある。

(1) ザイター ザイターは、弁論主義は私的処分可能性を前提としているため、公共的契機を含む法創造事実については、その適用はなく、職権探知主義によるべきであるという。明文上の根拠としては外国法規の証明に関するZPO第二九三条、及び連邦憲法裁判所の事実確定に関する連邦憲法裁判所法(BVerfGG)第二六条が援用されている。⁽²⁴⁾

(2) シュミット アイケ・シュミット(Eike Schmidt)は、ザイターの見解を援用した上で、規範事実(Normatsache)の利用を要する場面において、いわば立法府(Legislativ)を代行する裁判官は、規範事実の収集を、紛争当事者(Konfigenten)のみに委ねるわけにはいかないとする。ただし、当事者は、小前提たる事実についての情報は有しているが、将来に関連する一般的な事実記述を行う能力を有していないからであるという。それゆえ、規範事実は、一般的に拘束力を有する基準(allgemein verbindliche Regelung)のための純然たる基礎(genuine Basis)として、職権をもって(von Amts wegen)収集されるべきであることを、シュミットは明言する。もちろん、このことは、当事者自身が能動的に資料を提出することを妨げるものではないとする。

シュミットは、このような職権による規範収集の必要は、とくに欠席手続(Saumnisfall)の際に明瞭になるという。すなわち、たとえ被告が欠席したために原告の主張事実に基づいて請求を認容すべき場合にも、例えば制限利息などの強行法規違反の有無に関する法的吟味を行わざるをえないからである。⁽²⁵⁾

(三) 弁論主義の個別命題ごとに検討する見解

ところで、ドイツにおいても、弁論主義を包括的ではなく、その個別命題ごとに分解して検討する傾向が現れて

いる。すなわち、ラーメスは、弁論主義の適用の有無を、さらに、その内容をなす命題ごとに細分化して検討している。その前提として、まず、弁論主義の基本原則は、やむを得ない事由のない限り、そこから逸脱することができないということが確認された上で、そのような事由が存するかどうかを検討されている。

(1) 当事者による事実主張の要否

ラーメスは、まず、前出のザイターの見解の批判的検討を行う。ザイターは、慣習法等に関するZPO第二九三条の規定を援用しつつ、規範事実（法創造事実）について、職権探知主義が妥当するとした⁽²⁶⁾。しかし、ラーメスによれば、法の獲得のために事実審理が必要となるのは、同条の場合に限ったことではなく、どのような法規も事実的な土台の上に立脚している点で変わりはないという。従って、法の内容を知るべき職責を負った裁判所が法の認識という目的のために事実審理を行うのはそのような職責の一部分をなすものであるとされる。しかし、同時に、慣習法の場合には、事実との結合が密接であるのに対し、法創造の場合には、必ずしも一定の事実が特定の法創造を指示するのではない点にも注意すべきであるとして⁽²⁷⁾いる。

次に、伝統的体系を代表するシュタインの立場に対しても批判的検討が試みられる。シュタイン流の体系においては、弁論主義の妥当範囲は三段論法の小前提のみに、いわば定義上限定されていた。しかし、ラーメスは、むしろ、そのような弁論主義の妥当範囲の設定をいわば逆手にとって次のように論ずる。すなわち、たとえシュタインの見解に従ったとしても、まさに定義上、規範事実は弁論主義とは無関係であるということになり、弁論主義の適用の有無は、専ら、その実質的内容に即して決することが許され、これは伝統的立場と両立する⁽²⁸⁾。

そこで、次に問題とすべきは、弁論主義の実質的根拠との関係で、規範事実に弁論主義を適用することが妥当であるかという点である。ラーメスは、弁論主義の根拠を、①技術的根拠及び②法的根拠の二つに分け、弁論主義の適用

を正当化しうるかどうかを検討している。⁽²⁹⁾

①技術的根拠の観点 弁論主義の技術的根拠 (technische Begründung) とは、事実提出を当事者の任務とする弁論主義を採用することによって、当事者の利害対立を通じ、事実が包括的に法廷に表出されることになるというものである。この場合には、当事者が、当該事実に対するアクセスの可能性を有することが前提とされる。ラーメスによれば、個別的事案に関わる包摂事実の場合には、それらの多くが当事者の生活事象に関するものであることから、多くの場合に、このような表出インセンティブの前提が成り立つ。しかし、規範事実については、むしろ、当事者以外の第三者のほうが詳細な知識を有する場合も多いため、このような前提は必ずしも満たされない。かくして、規範事実には、弁論主義の技術的な理由づけはあてはまらないとされる。⁽³⁰⁾

②法的根拠の観点 弁論主義の法的根拠 (rechtliche Begründung) とは、当事者は自己に関する事柄について、支配を有しなければならないというものである。これは、まさに当事者の私的自治 (Privatautonomie) に帰着する。ラーメスによれば、経験則について主張面での弁論主義が適用されないのは、一般法則としての経験則については当事者の支配が及ばないからである。では、規範事実についてはどうか。この点について、ラーメスは、規範事実について、経験則に関する規律を直ちに持ち込むことはできないとする。すなわち、確かに、規範事実の中には、ときに、当事者の支配領域に属する内部事情に関するもの (内部事実 innere Tatsache) が含まれる。例えば、保険会社の内部における保険数理に基づく算定過程などがそれにあたるとされる。そのような内部事実については、弁論主義の法的理由があてはまる余地があるという。しかし、同時に、ラーメスは、法創造に必要な規範事実のうちで、そのような内部的性質を有する事実の果たす役割は比較的わずかであるということも認めている。例えば、保険法の分野においては、合理的客観的基礎に基づく法創造が要請されるが、そこで意義を有するのは、事件の背景をな

し、その基礎をなす経済条件などの、社会経済一般に関する事実である。そのような当事者の私的領域を超えた事実については、弁論主義はその法的理由づけを欠くことになるという。⁽³¹⁾

(2) 自白の拘束力の有無

規範事実について、当事者の自白は裁判所を拘束するか。これにつき、ザイターは、当事者双方の一致した主張によって、第三者に広範な影響を及ぼす法的判断が左右されてしまうおそれを指摘する。⁽³²⁾

しかし、ラーメスは、規範事実について自白法理の適用を排除するザイターの見解には次のような難点の存することを指摘する。

第一に、少なくとも、包摂事実について弁論主義の適用を認めることにする以上、そのような法操作の可能性を除去することはできない。ただし、面前の事件における個別的な事実が、法創造に及ぼす影響には看過することのできないものがあるからである。面前の事件における事案が、典型的なものであると理解された場合、そのような事実は法創造にとって大きなインパクトを及ぼすことになる。⁽³³⁾

第二に、ザイターは、弁論主義とくに自白法理が、裁判所が真実とは異なる事実認定を行うことも甘受することを念頭において採用されているものを重視するが、技術的見地からみれば、弁論主義は真実の収集 (Ermittlung der Wahrheit) という上位の価値に奉仕するものととらえられる。従って、弁論主義には真実義務の制約が存しており、公知の事実と反する自白や、不能事実についての自白にまで裁判所は拘束されるものではないのである。⁽³⁴⁾

第三に、法操作の可能性は、常に存するわけではない。裁判例が後の裁判に影響を及ぼすのは、事実的な基礎に共通性の存する場合である。そして、影響力の有無は、当該判例がどの程度正確な事実を基礎としているかに依存する。したがって、法操作が行われた事例は、先例としての価値を有さず、法創造効も生じないと解すべきであり、法操作

の弊害はおそれるに足りない。⁽³⁵⁾

そこで、ラーメスは、法操作の可能性という見地からではなく、当事者自治の妥当の有無という、より規範的な見地から、自白法理の適用の有無を検討すべきであるとす。

ラーメスによれば、規範事実については、少なくとも、弁論主義の技術的根拠は妥当しない。また、私的領域に対する支配（私的自治）の理念に基づき、法的な観点からの内的正当性（innere Rechtfertigung）も、規範事実にはあてはまらない。かくして、自白法理の妥当にも消極的な立場が表明される。そして、自白に拘束されつつ下された法的判断には、法創造効を付与すべきではないとする。⁽³⁶⁾

2 職権探知の下における当事者の手続保障

(一) 法的観点指摘義務

裁判における法創造について、当事者支配の一定の排除が認められるとすると、その反面として、当事者に対する不意打ちを防止することが重要となる。そして、法律問題に関する不意打ち防止策は、ドイツの現行民法上、法的観点に関する指摘義務（Hinweispflicht）に結実している（ZPO第二七八条第三項）。

法的観点指摘義務に関しては、すでにわが国においても多くの紹介がなされてきたが、本論文での検討に必要な限りで概観しておくことにしたい。⁽³⁷⁾

一般に、実体法規範は、それぞれ独自の考慮をもって定立されたものであるが、その結果として、当事者による同一の救済要求に応えうる規範が複数競合するケースが生ずる。このような場合においては、いかなる規範を適用すべきかという規範選択の問題と、規範内容の決定の問題が生ずる。法的観点指摘義務の中心的な適用領域は、このよう

な規範競合の領域であり、従って、訴訟物理論との密接な関連の中で発展した理論である。

規範の選択に関し、裁判官と当事者のいずれが主導権を有するかという問題は、従来、訴訟物理論の場面で論じられてきた。そこでは、①当事者が援用した規範とは別の規範をもって請求を認容することができるか（申立事項の拘束力）、また②当事者が援用した規範とは別の規範を援用して、後にさらに審理判断を求めることができるか（判決効の範囲）、といった点に議論が集中した。しかし、ここでは、裁判官と当事者との情報の共有という側面は捨象され、各主体が訴状などによる限られた伝達手段のみによって結びつけられた関係にあることが前提とされていた。しかし、ドイツにおいて、このような理論状況に反省が加えられた。

すなわち、ドイツでは新訴訟物理論が採用されていたが、それに伴う失権範囲の広さの代償として、当事者に対する不意打ち防止の必要性が認識されるに至った。そこから、当事者と裁判所との三者間で、活発な法的討論を行うこととの重要性が強調されるようになり、実際にその有用性が確認された。これを受けて、ドイツ民事訴訟法は、一九七六年の改正において、当事者が看過しあるいは重要でないと考えた法的観点に基づいて判決を下す場合には、当事者に意見表明の機会を与えるべきことを規定したのである（ZPO第二七八条第三項⁽³⁸⁾——法的観点指摘義務）。

(二) 法創造事実の認定と指摘義務

(1) ザイター 法創造事実の認定につき、職権主義を適用するとすると、当事者の不意打ち防止の要請にどう応えるかが問題となる。このような問題意識から、まず、ザイターは、裁判官が法創造を行うに際して、当事者の法的審問請求権 (Anspruch auf rechtliches Gehör) を保障することが必要である旨を説いた。⁽³⁹⁾

(2) プリュッティング 法創造事実の認定における当事者の手続保障のためのより具体的な提案として、ハンス・プリュッティング (Hanns Prütting) の立法論が挙げられる。⁽⁴⁰⁾

法創造事実の手續上の取扱いにつき、プリュッティングは、現行法の解釈による解決には限界があるとして、立法的提案を行っている。彼が提案するのは、特別の根拠づけ義務の導入、及び法的観点指摘義務の拡充による当事者関与権の強化である。ここでは、とくに後者についてみることにしたい。

プリュッティングは、裁判官による法創造の領域において当事者の関与の機会を保障すべく、ZPO第二七八条第三項の後に新たな項を挿入することを提案する。

その試案は次のようである。

「裁判官が、彼の裁判にとって必要となった法創造につき、事実を援用する場合（法創造事実）には、裁判官は当事者に対して意見表明の機会を与えなければならぬ」（Soweit der Richter zu einer für seine Entscheidung notwendig gewordenen Rechtsfortbildung Tatsachen heranzieht (Rechtsfortbildungstatsachen), muß er den Parteien Gelegenheit zu Äußerung geben.)⁽¹⁷⁾」

(3) ヘルゲンレーダー このような学説の傾向に沿った方向で、クルト・W・ヘルゲンレーダー (Curt W. Hengeler) も、法的審問請求権保障の観点から、法的観点指摘義務の拡張を説いている。

ヘルゲンレーダーによれば、法律問題の領域における不意打ち防止は、法治国家原理及び個人の尊厳尊重の発現としての法的審問請求権の保障（ドイツ基本法一〇三条一項）によって基礎づけられる。

審問請求権保障の具体的なあり方としては、処分権主義や弁論主義を挙げることができるが、審問請求権保障の要請は、職権的判断のなされる領域においてこそ重視されなければならない。この場面における審問請求権は、①職権判断の基礎事実に関する当事者の情報請求権、②開示された情報を前提とした当事者の意見表明権（法的見解の表明を含む）、及び③裁判所に当事者の意見表明を顧慮した上で判断することを求める権利、の三つの側面に分けて理解

することができる⁽⁴²⁾。

ZPO第二七八条第三項の定めた法的観点指摘義務は、法律問題に関する不意打ち(Uberraschung)防止の観点から定められたものであるが、この趣旨は、裁判所が法創造活動を行なう場合にも同様に妥当する。同規定は、裁判官が法創造活動の存否(O)及び態様(Wie)につき当事者に情報を開示すべき趣旨をも含むものと解すべきであるとされ、また、法創造に際して判断の基礎とされた事実(後述する法創造事実)についても指摘義務が及ぶと解される⁽⁴³⁾。

四 証拠調べ手続

前節において検討されたアメリカ法においては、事実審裁判所と法律審裁判所との区分を前提として、法律審段階においての判断資料を供給するための特別の事実収集手段(職権型・当事者型・第三者型)が整備されていることが特徴的であった。ドイツ法においても、法律審段階における事実認定の問題が同様に存在する。この場合、ドイツ法の特徴として指摘できるのは、戦後の司法制度の改革によって、通常の審級系列とは異なる特別裁判所としての連邦憲法裁判所による抽象的違憲審査制が導入され、これによって、連邦憲法裁判所において、強力な事実審理の手続が整備されるに至っていることである。しかし通常の民事訴訟手続においては、アメリカのような特別の収集・提出手段は存在せず、解釈論及び立法論として主張されるにとどまっている。

(一) 連邦憲法裁判所の職権証拠調べ

ドイツの連邦憲法裁判所法（BVerfGG）は、その第二六条第二項第一文において、「連邦憲法裁判所は、真実の探究のために必要な証拠（der zur Erforschung der Wahrheit erforderliche Beweis）を取り調べる。」と規定している。これは、連邦憲法裁判所の事実確定に関し、職権探知主義（Untersuchungsgrundsatz）が妥当することを明らかにしたものである。⁽⁴⁴⁾従って、連邦憲法裁判所の規範統制手続における事実確定は、もっぱら連邦憲法裁判所自身の主導のもとにその職権の発動によって行われることになる。規範統制手続において特定の「当事者」が観念されな⁽⁴⁵⁾いこともあって、裁判所以外の私人の主導による事実顕出手段は存在していない。

従って、ドイツの連邦憲法裁判所の手続においては、アメリカにおけるような当事者書面のようなものが提出されることは、少なくとも制度上は予定されていない。また、ドイツの鑑定人（Sachverständige）は、そもそも、アメリカの専門家証人（expert witness）とは異なり、当事者の委託によってではなく、裁判所に選任されるものとされている。⁽⁴⁶⁾

もっとも、同法第二二条第一項第四文に基づき、専門家が補佐人（Beisand）として関係人を補助する場合がある。例えば、前出の【判例D10】（売上税判決）においては、裁判所の任命した財政学者の鑑定人とは別に、二人の経営経済学者が、訴願者及びその相手方の補佐人として登場し、経営経済学の観点からの意見を述べている。⁽⁴⁷⁾

なお、同法第二七条が、国内の司法・行政機関の協力義務を定めており、最上級官庁を経由して文書を取り寄せることができる。また、関係する連邦又はラントの議会及び政府に一定期間内に意見表明を行う機会を与える制度が定められている。⁽⁴⁸⁾

このような手段を通じて、多様な事実、中でも、個別事案の背景にある社会経済的事象に関わる一般事実（generelle Tatsache）の認定が活発になされていることは、クラウス・J・フィリップイ（Klaus J. Philipp）が詳細に

分析している。⁽⁴⁹⁾

(二) 法創造事実と証拠調べに関する議論

次に、ドイツにおける法創造事実の法廷への顕出方法に関する議論のうち、通常の民事訴訟手続に関するものを検討する。ここでは、連邦憲法裁判所の手続の場合とは異なり、法的判断（憲法判断）に必要な基礎事実収集のための制度が実定法上整備されていない。そのため、法創造事実一般に関する証拠調べ手続は、既存の訴訟法の解釈論なし立法論として展開されている。

(1) 通常の証拠調べ

ラーメスは、ドイツ民事訴訟法上の規定が、証明の対象となる事実 (Tatsache) につき、とくに限定を設けていないことから、包摂によって直接重要な事実 (unmittelbar substantionshehliche Tatsache) すなわち包摂事実と同様の証拠方法 (証人尋問・鑑定・検証など) を用いることが許されるとする。⁽⁵⁰⁾

ラーメスは、このような、通常の証拠方法の利用の許容が、証人義務や鑑定義務の拡大との関係で問題がないかどうかも検討する。ラーメスは、証人義務や鑑定義務は、個人の私益の保護のために課されるものではなく、司法の実効性を保障するという公益の観点から課されるものであり、このことは、自己とは無関係の事件についても、証言や鑑定意見を求められることに現れているという。このように、証人義務・鑑定義務が公益の見地から課されるということは、民事訴訟が個人の権利保護のために設けられていることとは矛盾しないという。そして、その際の公益の内容をなす司法の実効性のなかには、適正な法の創造も含まれるという。その限りにおいて、規範事実についても証人義務や鑑定義務が肯定されるという。⁽⁵¹⁾

また、ラーメスは、証拠方法を当事者の申し出たものに限定する必要はないという。かくして、裁判所は、義務に適合する裁量（羈束された裁量）によって（nach pflichtmäßigem Ermessen）自ら文献の涉猟などによって事実の認識を獲得することが許されるといふ。⁽⁵²⁾

(2) 自由な証明

ライターは、法創造の基礎となる規範事実に関する証明の方式の問題にも言及している。

ライターは、法創造事実については、常に厳格な証明によらせるのは妥当ではなく、裁判所に対し、解明のために適切と思われるいかなる方法の援用をも許すことが適当であるという。このことは、法規及び経験則の証明につき自由な証明によることが許されていることにも合致するといふ。⁽⁵³⁾

(3) 心証度

ラーメスは、心証度の設定自体につき、裁判所の裁量を認める見地に立つ。

ラーメスは、まず、経験則一般について、これが自由心証に服すること自体については、これを是認しうるとしている。しかし、経験則について、どの程度の心証度が要求されるかについては、これを事実の場合と同様に論ずることとはできないとされる。

ラーメスによれば、経験則は、例えば、自然科学上の知見に関する法則にみられるごとく、しばしば多数の因果的要因（Kausalfaktoren）が交錯し、疑問（Zweifel）が残存するものであるとされる。例えば、不法行為における仮定的因果経過の判断のように、個別的な事実についても、そのような不確実な判断を迫られることがあるが、経験則は個別的ではなく、一般的事象に関するものであるから、その不確実性はさらに大きなものになるといふ。⁽⁵⁴⁾

ラーメスは、事実の認定に際して、経験則は手段として用いられるものであり、事実認定に先立って入手されてい

なければならぬものであるから、それによって認定されるべき事実よりも高度の心証度を要求する必然性は存在しないという⁽⁵⁵⁾。さらに、法創造の正しさについては、つねに時間的相対性がつきものであって、むしろ、将来における反駁の可能性が残されることは許容される (zulässig) し、また望ましい (Begrüßenswert) とされる。その背景にあるのは、法創造は、経験則に関する知見が将来変化することを留保しつつ、暫定的な判断として行われなければならない場合もあるという発想である。ラーメスは、このような発展的な法秩序観に立脚し、経験則に対して要求される確実性の度合いは、裁判官が、法創造に用いるのに十分であると判断した段階で達成されると説く。そして、このようないわば心証度における裁量は、裁判官の実体法的基準の採用における裁量と並行的にとらえられるものとされる⁽⁵⁶⁾。

ラーメスは、規範事実の証明度に関しても、同様の思考をあてはめる。規範事實は、専ら、正しい法的見解の探索のために用いられるものであり、従って、通常の事実とは異なり、裁判官が、当該事実が法創造に利用可能な程度に明らかである判断すれば、それが証明されたものとして扱ってよいとされる。このようにして、規範事実についても、証明度の自由設定が許されるとするのである⁽⁵⁷⁾。

もっとも、そのような証明度の設定に際して、何らかの羈束性が存するのかどうかについては述べられていない。

(三) 第三者による顕出の方法

(1) 問題の所在

すでに見たとおり、ドイツの連邦憲法裁判所においては、補佐人及び求意見の制度が設けられ、第三者からの情報収集が可能とされている。しかし、その他の裁判権の領域においては、このような強力な制度は用意されていない。

これは、アメリカの司法において、法創造を支える事実（立法事実）について、アマカス・キュリエを通じた第三者情報の自発的提供が行われうるのとは対照的である。ドイツにおいては、このような現行法の状況を批判し、アメリカの制度に倣って、司法府による情報収集手段を拡充するための解釈論・立法論を展開する論者がみられる。

(2) アミカス・キュリエ導入積極論

ドイツにおいて、立法事実の収集方法として、アメリカ型のアマカス・キュリエ書面の制度（本章第一節参照）を導入する可能性を検討しているのは、ヘリベルト・ヒルテ（Heribert Hirte）及びヘルゲンレーダーである。⁽⁵⁸⁾

①ヒルテ ヒルテは、まず、裁判官による法創造の適正な遂行が、将来における類似の紛争に対する裁判の効果に関する十分な事実的情報（Tatsacheninformation über die Auswirkungen des Spruchs auf ähnlich gelagerte Konflikte in der Zukunft）を背景として初めて可能となることを指摘し、⁽⁵⁹⁾ アメリカにおける第三者による情報供給手段としてのアマカス・キュリエ書面に着目する。⁽⁶⁰⁾

次いで、彼は、アメリカとの比較においてドイツにおける法的状況を観察し、法律上の第三者関与制度はもとより、事実上の情報提供手段も、ドイツにおいては十分に整備されていないとする。

彼によれば、確かにドイツには、法律上の第三者関与制度として、①補助参加（Nebenintervention）⁽⁶¹⁾ ②団体訴訟（Verbandsklage）⁽⁶²⁾ ③企業結合契約において不利益を受ける株主保護のための共通代表者（Gemeinsame Vertreter）の選任⁽⁶³⁾、④行政裁判における公益代表者（Vertreter des öffentlichen Interesses）の参加⁽⁶⁴⁾、⑤家族関係事件における検察官（Staatsanwalt）の関与⁽⁶⁵⁾、⑥商事法廷における名誉職裁判官（ehrenamtliche Richter）及び⑦連邦憲法裁判所による職権証拠調べの一環としての意見聴取及び関係する連邦又はラントの議会・政府に対する法定の意見聴取⁽⁶⁷⁾などがある。

しかし、①においては法的利害関係が要求され、②も判決効の拡張を前提とした資格団体の制限があり、③④は特定の法領域に限られ、かつ法的見解の提供はなされない。また、⑦のうち求意見は連邦憲法裁判所の求めに応ずるものであり団体側の主導によるものではない。さらに、制度の多くは表出される利益にも偏りが生じやすいとされる。⁽⁶⁸⁾そこで、ヒルテは、ドイツにおける立法的整備の必要性を説くが、同時に、現行法の枠内でも、アミカス・キュリエ書面を裁判所に提出することは可能と解すべきであると主張する。その際の根拠としては、「所轄官庁 (zuständige Stellen)」に対する請願権 (Petitionsrecht) を保障するドイツ基本法第一七条の規定が援用されている。⁽⁶⁹⁾

なお、この場合、書面提出によって利益を受けるのは提出者たる第三者の側であるから、訴訟当事者は、第三者による書面提出に要する費用を負担する必要はないとされる。⁽⁷⁰⁾

彼は、このような書面提出が、とくに約款規制訴訟や、ヨーロッパ共同体法の領域などにおける訴訟に際して、有用であるとする。⁽⁷¹⁾

②ヘルゲンレーダー ヒルテと同様に、アミカス・キュリエ類似の制度の導入を説くのは、ヘルゲンレーダーである。彼は、法創造型訴訟における判決の先例価値によって、間接的に影響を被る者が多数存在することを指摘する。しかし、法的審問請求権はあくまで既存の手続法を前提とした上で、手続内部において具体的に保障されるべき権利であって、新たな手続上の地位の創出まで求めうるものではなく、原則として立法者が訴訟法上定めた当事者及び準当事者に保障されるにとどまるという。しかし、事実上の影響を受ける第三者に対しても、事実上の働きかけを行なう機会を保障することは立法論的には考えられてよく、その場合には、アメリカ法上のアミカス・キュリエ類似の制度が考えられるという。⁽⁷²⁾

(3) アミカス・キュリエ導入に消極的な見解

ラーメスは、司法過程における利益団体などからの意見聴取について、比較的慎重な態度が望ましいとする。すなわち、ラーメスは、このような意見聴取が、事実認定の一環というよりも、法的見解の聴取の側面を有している点に着目し、通常の証拠調べ手続とは異質なものであるとして位置づける。そして、利益団体からの意見聴取を行うことにより、司法の本質が、政治的利益対立の議論の場に変質する可能性があることを指摘する。⁽⁷³⁾

また、ラーメスは、利益団体からの意見聴取が、法創造の基礎事実の収集にいかなる影響を与えるかも考察する。ラーメスによれば、確かに、利益の表出と事実の提出とは論理的には峻別可能であるが、利益団体はしばしばその分野の専門化であって、自らに有利な事実のみが選別されて提出され、事実的基礎が歪められるおそれがあるという。⁽⁷⁴⁾

ラーメスは、アメリカにおいて、利益団体の意見聴取に用いられるアマカス・キュリエに相当する制度は存在しないとす。しかし、現状の評価につき、ラーメスは、立法府の行うような公聴手続を、司法制度に軽率に取り入れるべきではないとする。その理由として、判決の政策的影響力は、あくまで立法には劣るものであり、立法と同様の公聴手続（Anhörung）を行うことは、立法と司法との相違を看過するものであるという。ラーメスによれば、立法府が活動するのは、立法の時点においてのみであり、その後の事態の変化に応じて機敏に対応することができるわけではない。また、いったん立法によって定められた基本的判断（Grundscheidung）は、その後変更することは困難である。立法府が法律を制定するに際して、公聴手続を履践するのは、そのような考慮に基づくものであるという。これに対して、裁判による法創造の場合には、法律の基本思想の細目（Detail）を明らかにすることが主たる任務であり、また、複数の裁判例の集積によって実現されるのが通常であって、立法とは異なるという。かくして、ラーメスによれば、裁判所による意見聴取のあり方は、立法府のそれとはおのずから異なるとされるのである。⁽⁷⁵⁾

五 証明責任概念の妥当可能性

1 問題の所在

証拠法上の難問として残ったのは、証明責任との関係であった。これはドイツにおける強固な証明責任体系の存在と無関係ではない。

従来 of 証明責任論の主流はいうまでもなく、レオ・ローゼンベルグ (Leo Rosenberg) に代表される立場であった。それは、証明責任の本質論に関する規範説 (実体法説) と呼ばれる立場であり、証明責任の分配手法としては規範の分類 (法律要件分配) に拠るべきことが主張された。それは、司法過程が、裁判官による法規の適用過程であるとの把握を背景とし、法律効果の発生は、発生要件たる事実の存在をそれ自体によっては直ちに生ぜず、裁判官による法適用を介して生ずるとの理解に立脚していた。同理論によれば、裁判官は、その法規の定める要件事実がすべて証明度に達しない限りは、法を適用してはならない (法規不適用原則)。従って、ある事実が証明に達しない場合 (不存または真偽不明) には、裁判官は法規を適用しないこととなり、これが結果として当事者の不利益となつて現れるにすぎないとされる (客観的証明責任)。この不利益を避けようとする当事者は、各々にとつて有利な法規の要件事実を立証すべき必要に迫られるが、これは客観的な証明責任、さらに遡れば法不適用原則の反映にすぎないとされる。この見解が、法規を権利根拠規定・権利障害規定・権利消滅規定・権利行使阻止規定に分類し (実体法規の解釈問題)、それぞれの法規適用によつて利益を受ける側の当事者が客観的証明責任を負うとしたことも周知のとおりである (法律要件分類説)⁷⁶。

これに対して、その後、事実の存在が確定されたときに法規が適用され、不存在が確定されたときに適用されないことは自明であるが、存否不明の場合にどう判断すべきかは、訴訟法上の法理によって定まるとする反規範説（訴訟法説）が台頭し、当事者の公平、立証の難易、証拠からの距離といった実質的考慮要素の重要性を説くことによって、証明責任論の進展に多大な役割を果たした。この見解において特筆すべきは、とくに、不法行為訴訟などの場面を念頭に置いて、証明責任規範の設定における創造的要素が承認されていたことである。⁽⁷⁷⁾しかし、この見解は、実体法規自体の創造の局面に焦点を合わせたものではなく、法適用過程における分配基準の実質化にその力点があったものともみることができるであろう。

このように、ドイツ民事訴訟法理論における証明責任の主流は、当事者間の攻防ルールという観点から立証責任（burden of proof）を把握するアメリカ法の考え方とは異なり、純然たる法規範の適用論理から導かれている。しかも、ここでは、行為規範としてのルール設定が目指されているのではなく、利益衡量的な操作可能性を排した厳格な裁判規範としての定式化が図られている。

このようなドイツ法上の緻密な証明責任論の存在は、法創造事実との関係で、証明責任概念があてはまるのかどうかという理論上ないし定義上の問題を惹起した。しかし、さらに、このような理論問題の如何にかかわらず、法創造事実が不明の場合に、裁判官がいかなる判断（法創造）をなすべきかという実践的裁判規範の問題もまた検討対象として登場することになる。しかし、今のところ、ドイツにおいても、問題の所在は認識されているものの未だ検討は緒にいたばかりである。ただし、その中で、いくつかの注目すべき見解が示されているので、これを見ていくことにする。

2 ザイターの見解

ザイターは、法創造の方法の非定型性から、証明責任概念の適用可能性を否定する。

ザイターは、裁判官による法創造において、いかなる事実が重要であり証明を要するかについての判断については裁判官に裁量の余地が認められなければならないという。その理由は、裁判官による法創造の方法は一義的ではなく、事実確定に基づいて行うことも可能であるし規範評価のみに基づいて行うことも可能である点に求められている。もつとも、ザイターは、裁判官の規範評価への逃避は可及的に避けるべきであるとす⁽⁷⁸⁾。

このような観点から、ザイターは、証明責任による判断の可否についても、消極的な見解を提示する。すなわち、ザイターによれば、確かに、裁判官が法創造を事実確定に基づいて行う場合には、その事実が真偽不明のときは、裁判所はその事実に基づいて法創造を行うことはできない。この限りで証明責任に類似した外観が生ずる。しかし、裁判官による法創造の方法は、一義的なものではなく、複数の方法が存在しうる。従って、特定の法形成事実については真偽不明の場合にも、裁判官は規範評価または他の証明された事実もしくは顕著な事実に基づいて法形成を行う余地が認められるとい⁽⁷⁹⁾う。

3 ラーメスの見解

ラーメスも、法創造の本質が証明責任になじむのかどうかを検討する。ラーメスによれば、法創造は常に疑いの余地のないような新たな事情の出現に基づいて行われるものであり、ほとんど真偽不明の生ずる余地はないという。また、通常、法律の基本的な判断から逸脱したり、確立した判例からの逸脱が行われることもない。この場合には、判断の時点においてすでに存在している法秩序が、価値判断の上で優先することになるとされる。従って、実質的証明責任に頼る余地はないとされる⁽⁸⁰⁾。

六 ドイツ法に関する小括

以上にみたドイツ法の検討の結果として注目すべきは、戦後のドイツの司法制度改革によって、戦前以来の通常裁判権の機能が民事及び刑事事件の審理判断に限定された反面、憲法裁判をはじめとする政策的領域に関わる裁判権について、特別裁判所が設置された結果、例えば連邦憲法裁判所は、いわば消極的立法作用を發揮するにふさわしい充実した証拠収集手段を備えるに至ったという点である。これに比べてやや遅れた形で、通常裁判権の領域における法創造的側面を有する訴訟に対処すべく、従来の理論との調和を模索しつつ、法創造の基礎をなす客観的基礎事実（法創造事実）の体系上の位置づけ及び訴訟上の取扱いに関する理論が、ようやく展開しはじめた。現段階におけるドイツの学説から得られる示唆は次のようにまとめられるであろう。

まず、法創造事実と既存の体系上の概念との関係に関しては、これを経験則と同視する見解、既存の概念に分類できないとする見解及び一部を経験則に還元しようとする見解があることが判明した。経験則と同視する見解の背景には、かつて、法規と事実（大前提と小前提）の二分論のもとで、経験則という存在を、法規類似の命題として大前提に属せしめることによって体系的調和を達成したという学説史上の経験の影響が色濃く出ていることも窺えた。だが、同時に、ここでは、従来の二分論の行き過ぎという現象も顕在化していた。すなわち、確かに法規（当為命題）と事実（存在命題）との間には質的な差があることは否定できない。しかし、ドイツにおける理論の誤りは、そのような質的差異に基づく分類を超えて、さらに、法規⇨裁判官、事実⇨当事者という主張立証行為の主体の分類に関する帰結までも演繹してしまつた点に存した。経験則を大前提に位置づけるといふのは、実は、裁判官による経験則認定（さらには上告審における経験則の審査の許容）という所定の帰結を導き出すためのいわば便法としての側面も否定

できなかった。現に、訴訟上用いられる経験則は、自然界の法則から社会の法則にまでわたって、多数の観察事例を基礎として導出されるものであり、立法者などの人為的操作によっては左右しえない事実存在としての性質を否定しえず、それゆえにこそ、証明の対象としての適格をも承認されていたのである。

ゴットヴァルトが、前出の著書『事実審としての上告審』において、社会的「事実」や一般「事実」と経験則との同質性を指摘し、かつ機能面からの合目的な取扱いの区分を主張したことは、結果的に、従来の二分法体系の難点を自覚させることにつながった。

このような二分法体系の相対化の傾向は、さらにザイターに至って、より明確なものとなった。ザイターは、事実及び法規という二分法の外に法創造事実を位置づけるべきであると解した(第三の範疇)。しかし、その後、法創造事実ないし規範事実において、個別的事実たる性質を有するものと、法則的性質を有するものが存在することが自覚されるに至った。ここから、さらに法創造事実の位置づけを再考しようとするのが、近時のラーメスらの見解であるといえる。このように、法創造事実の位置づけをめぐる理論の展開の中に、われわれは、ドイツの訴訟法理論における確固たる体系との相克の中で、訴訟上認定の対象とされる事実の区分の観点として、法適用か法創造かという第一の区分軸(機能面)、及び、個別的事実か法則的事実かという第二の区分軸(属性面)の存在が浮かび上がってくることに気づく。

次に、弁論主義との関係に関するドイツ学説からは次のような示唆が得られた。ドイツの弁論主義論は、わが国における民事訴訟法理論に大きな影響を及ぼしているが、とくに、弁論主義を構成する法命題のうちで、主張責任及び自白法理との関係で、法創造事実に対し弁論主義をそのまま適用した場合に生ずる問題性が、ドイツの学説上明らかにされつつあることが判明した。まず、主張責任に関しては、その根拠論につき、私的自治の原則に基づく本質的な

制度であると把握した場合（法的根拠—*rechtliche Begründung*）及び当事者のインセンティブを通じて、事実の法廷への表出を促進するための合目的な手段であると把握した場合（技術的根拠—*technische Begründung*）のそれぞれについて、法創造事実にはそのような根拠が必ずしもあてはまらないことが明らかにされつつある。これは、前節にみたアメリカのアドヴァーサリーシステムの根拠論と限界論とも共通する方向にあるものといえよう。同様に、自白法理との関連においても、弁論主義の適用を認めてしまうと、当事者間の一致した陳述によって法創造が歪められてしまうおそれがあることから、法創造型訴訟における基礎事実に関する自白法理の適用には慎重たらざるをえないことが自覚されていることが判明した。

他方、事実面における当事者支配を否定した場合には、その反面として当事者に対する法的審問請求権の保障が一層重要な意義をもつことになる。そのために、ドイツ学説上、法的観点指摘義務の導入による当事者に対する不意打ち防止策が検討されていることは、ドイツの学説上のバランス感覚を示すものといえるであろう。

さらに、アメリカ法の最大の特徴ともいえる第三者情報の提供制度（アミカス・キュリエ）に関しても、その有用性を認め、これを導入しようとの見解と、司法と立法との質的差異をなお重視し、むしろ慎重な態度をとる見解が存在することが判明した。

最後に、ドイツにおける証明責任論は、法適用過程に関する把握を背景に展開された精密な理論であり、わが国の証明責任論にも決定的な影響を与えた。しかし、その証明責任論が、まさに法の適用ないし包摂過程を念頭に置き、①法律効果の発生は、法の適用を媒介とするものであるか、②法適用がなされるために、要件事実の証明が必須であるかどうか（法規不適用原則の肯否）、あるいは、③真偽不明の際にその事実の存否を擬制する特別の訴訟原則が存在するか、といった点に関する基礎理論と密接に結びついていた。それゆえに、法適用とは異質な法創造過程におい

て用いられる法創造事実の証明責任に関する困難な問題が生じており、ドイツにおける学説もいまだ説明の途上にあ
ることが分かった。

本節において通観したドイツにおける理論的営みは、アメリカにおける実践面における動きに比べて、確かに地味
ではある。しかし、その背景には、整然たる伝統的な理論体系へ敬意を払いつつ、果敢な理論的克服を試みるドイツ
の学者の精神的営みが潜んでいることを忘れてはならないであろう。

第三節 小括

ここで第一節・第二節を通じて得られた示唆についてまとめておきたい。まず、本章における第一の課題は、法創
造事実の認定をいかなる訴訟原則によって規律すべきかというものであった。そこで、本章では、アメリカにおける
アドヴァーサリー・システムと、ドイツにおける弁論主義それぞれとの関係における法創造事実の位置づけを探った。
アメリカにおけるアドヴァーサリー・システムとドイツにおける弁論主義とは、かなり異なった側面をも有しており、
完全な対応物として検討対象とすることは、確かに危険が伴う。すなわち、すでに指摘したとおり、アメリカにお
けるアドヴァーサリー・システムの概念は、ドイツ法系諸国における弁論主義概念とは異なり、訴訟上の厳密な準則
として定式化されたものではなく、訴訟制度の構造を表現した語としての面をもつからである。

しかし、それら両法制の訴訟原則には、そのような相違を超えた共通性・普遍性も存していることに着目しなけれ
ばならない。なぜならば、両法制の背後には、共通の文化的な価値が存しているからである。

アメリカにおけるアドヴァーサリー・システムの核心は、訴訟における双方の当事者が、フリーディング段階での

主張や、トライアル段階での証人尋問を通じて対等かつ公正に対決することを通じて、真実が明らかにされ、かつ当事者の尊厳が守られるという発想である。⁽¹⁾そこには、自らの権利を自ら擁護する、近代的な自律的個人の姿がある。

従って、エレン・スウォードによっても指摘されているように、アメリカにおけるアドヴァーサリー・システムの背景には、「個人自治 (autonomy of the individual)」⁽²⁾には「個人の尊厳 (individual dignity)」の理念が存在するとみることができる。これは、ドイツにおける弁論主義根拠論において、私的自治 (Privatautonomie) との関係性を軸として捉える立場と符合する (法的でないし理念的根拠論)⁽³⁾。私的自治の原則ないしその具体的発現としての契約自由の原則は、個人の意思による法律関係の自由な形成を重視する思考の現れであり、これが近代市民社会における個人の法主体性の承認と不可分に結びついていたことは、改めて指摘するまでもないであろう。⁽⁴⁾

さて、アドヴァーサリー・システムないし弁論主義に関しては、当事者のインセンティブに基づく事実提出を促進することが、事実の解明において最も合理的であることに基づくものとして把握する見解もみられる。アメリカにおいては、情報面に基づく根拠 (information-based rationale) ないし動機面に基づく根拠 (motive-based rationale) と呼ばれるものがそれにあたり、ドイツにおいては、法的・理念的根拠と区別された技術的根拠 (technische Begründung) と呼ばれるものがそれにあたる。⁽⁵⁾これは純粋な法技術的考慮のようにも見えるが、実は、これもまた、根底において、それらの民事司法制度を支える社会の構成原理と無関係ではない。個人と個人との法廷での対論を通じて、初めて真実が事実認定者 (裁判官あるいは陪審) の前に示されるとの考え方は、私人の活力とインセンティブを通じて、真実に接近していくのが、社会全体から見ても効率的であるとの考えを背景とするものとみてよいであろう。⁽⁶⁾

このようにして、現在、個人の法主体性と私的自治を重んずる諸国の民事訴訟法理論において、事実の収集を当事

者の主導の下に行わせる制度を採用するのは、決して偶然ではないのである。このような観点からみると、それまでの純粹に個人間の法律關係を対象とする訴訟類型とは異なり、さらに、当事者を越えた影響を及ぼす訴訟類型の登場に伴って、アドヴァーサリー・システムや弁論主義の原則の妥当範囲の再考が求められるに至っていることにも、同様に普遍的性格を見出すことが許されるであろう。ここでは、いわば私事に関する紛争を超えた公共的領域に関わる争点を内包した訴訟類型における審理のあり方が問われているといつてよいのである。

次に、本章の第二の課題は、弁論主義の適用の有無とも関連して、法創造事実をいかなる方法で認定すべきかという問題であった。この場合、とくに、アメリカにおける制度の発達、及びドイツにおける連邦憲法裁判所における制度の充実が目を引いた。

まず、アメリカにおいては、①職権型の探知手段としての司法確知、②当事者型の表出手段としての当事者書面(ブランドイス書面)及び③第三者による自発的提出手段としてのアミカス・キュリエ、という多様な情報チャネルを擁していることが特徴である。この場合、②(当事者型)と③(第三者型)とは、いずれも、法律審における①(職権型)の探知手段の前提としての、豊富な事実的資料を提供する役割を果たしている。アメリカの司法府に期待された多様な機能は、このような現実の情報収集機構によって支えられているのである。⁽⁷⁾

では、ドイツにおいてはどうかであろうか。ドイツにおいて際立っているのは、連邦憲法裁判所による徹底した事実審理である。これについては、戦後の司法制度改革との密接な関連を無視するわけにはいかないであろう。ドイツにおいては、伝統的に法の適用者としての裁判官像が支配的であった。戦前においては、司法制度も、立法者の定立した法規の忠実な適用に専念すべきであると考えられ、アメリカとは異なり、司法府による立法あるいは行政処分適法性審査あるいは違憲審査は、司法権の任務からは外されていた。⁽⁸⁾しかし、第二次世界大戦後、ドイツ基本法の制定

によって、個人の尊厳と民主制を絶対的価値とみなす新たなシステムが出發するとともに、憲法価値を保障するために、新たな特別裁判権としての憲法裁判権、及びその担い手としての連邦憲法裁判所を創設した。連邦憲法裁判所は、裁判官の任命に際して立法院に選出権を与えるなど、民意を反映する方式をとり、また、本章においてみたような、第三者からの情報収集を含む強力な事実審理手続を導入したのである。これは、まさに、伝統的な司法府の任務を超える政策的立法的判断に相応した手続整備の必要が自覚されたからにはかならなかつた。しかし、いわば在来型の司法権とでもいべき民事事件においても、法創造作用を果たす訴訟類型が登場する。ここに及んで、法創造過程をめぐる解釈論・立法論上の努力が開始されるに至つたのである。

本章における第三の課題は、法創造事実を訴訟法理論上に位置づけるべきかという問題であつた。この問いは、とくに成文法体系を前提とするドイツにおいて、より深刻な問題となつた。ドイツにおいては、大前提（法規）と小前提（事実）との峻別に立脚した強固な理論体系が構築されたことの帰結として、法創造事実の位置づけに関する困難な問題が発生した。ドイツの精緻な二分論体系は、法創造事実ないし立法事実という、大陸法理論においては異質な概念の受容の課題に直面することになつたのである。このような異質な概念を、ドイツの訴訟理論は、経験則概念を梃子として導入しようと試みたが、他方、独自の概念として位置づけようとする見解もみられた。ここには、大陸の成文法体系と、英米流の判例法体系との接触・融合過程の一こまを垣間みることができる。⁹⁾このような受容過程は、成文法体系いかえれば法適用型の司法概念を戦前において継受したわが国の訴訟理論における法創造事実の位置づけに関して、大いに示唆を与えるものであることはいふまでもない。

最後に残された困難な理論的課題は、いわば法創造事実に関する証明責任の問題であつた。これらについて、アメリカ及びドイツの両国における理論はいまだ展開過程にあり、終局的な結論は得られていない。しかし、「裁判官は

法を知る (Tura novit curia)」との原則との関係、及び司法拒絶の禁止との関連で、裁判官は何らかの判断を下さねばならないだけははっきりしている。ここでは、判断不能を回避するためのメタ・レベルの判断準則が問題とされているといえよう。

アメリカにおいては、司法による立法的判断に際しては、立法事実の不明を当事者に対する立証責任分配によって解決することは妥当ではなく、立法事実の不明は、司法府の積極的な取り組みによって回避しなければならないとの立場も見られた。ここから判明するのは、法創造事実の不明の処理に先立って、法創造事実の不明を回避するための司法府の自発的説明義務の存否が問題となることである。さらに突き詰めると、このような司法府の積極的立場を是認するかどうかは、権力分立制における立法府と司法府との間の任務分担及び相互の抑制・均衡のメカニズムの理解にも依存することになる。アメリカの諸判例及び議論は、立法事実に関する審理のあり方が、司法府の統治機構上の位置づけに密接に関わるものであることを示すものといえる。

さて、これに対して、ドイツにおける伝統的な証明責任論は、訴訟法学上の緻密な解釈論として展開されている点特徴的であった。そして、従来の証明責任論が、法の適用過程をいわば定義上念頭に置いていたために、法創造型訴訟の領域においては、従来の理論枠組みの限界が顕在化していることが窺えた。しかし、この点に関する解決策は、ドイツにおいても十分に達成されているわけではなく、いくつかの萌芽的議論が見いだされるにすぎない。しかし、司法府の法的判断ないし政策的意思決定の不能を回避すべく、これを方向づける一定の判断準則の必要性自体は否定できない。ここから、既存の証明責任概念をいわば純化し発展させる形で、法創造事実に基づく判断の準則を樹立することが次の課題として立ち現れる。その際、ドイツにおける萌芽的議論が、これを法創造に際しての価値判断の問題であり、現状 (status quo) をなす既存の法律状態の変更に際しての論証責任の問題として捉えている点は、事実

面における従来の証明責任概念との質的差異を指摘したものとしてみわめて示唆に富むものといえよう。⁽¹⁰⁾

〔補論①〕アメリカにおける合憲性推定理論について

アメリカにおいては、立法事実が合憲性の推定 (presumption of constitutionality) と緊密に結びついた形で議論されることが多い。そこで、以下において議論の概況を示すことによって、本章第一節の記述を補うことにしたい。

一 推定の意義

アメリカ証拠法上、「事実Bが事実Aによって推定される」とは、Aの存在が立証された場合には、Bの不存在が立証されない限り、Bが存在するものと想定されることをいう。⁽¹⁾連邦証拠規則第三〇一条によれば、「すべての民事上の訴訟及び手続において〔中略〕推定は、それが不利に向けられた当事者に対し、推定に対処しそれを反駁するために証拠を提出する負担を課する。しかし、推定はそのような当事者に、不説得の危険 (risk of non-persuasion) としての立証責任を転換するものではなく、立証責任は事実審理の間を通じて本来それが課された当事者のものとされる。」とされる。

かつて、推定の性質をめぐっては、推定の効果は陪審による認定以前の証拠提出責任 (burden of producing evidence) の段階で、証拠のまったく存在しない場合に働くにすぎず、相手方が反対証拠を提出すれば推定の効果は消滅し、その後の陪審による認定段階における説得責任 (burden of persuasion) には何らの影響も及ぼさないとするジェイムズ・B・セイヤー (James B. Thayer)、ジョン・H・ウィグモア (John H. Wigmore) の見解⁽²⁾、推定の効果は何らかの証拠提出がなされることによって争点が陪審による認定に回された以降も残存し、従って説得責任転換の効果も有するとするエドモンド・M・モルガン (Edmund M. Morgan) 及びチャールズ・T・ブローニツク (Charles T. McCormick) の見解⁽³⁾との対立が存在した。連邦証拠規則がいずれの見解を採用したかについては、審議過程における紆余曲折があったものの、基本的にはセイヤー—ウィグモア説を採用したと解されている。⁽⁴⁾

二 合憲性推定原則に関する判例の展開

1 初期の判例

合憲性の推定原則の実質的な定式化は、すでに一九世紀の判例に見出される。これらは、いずれも、州による契約内容への介入を禁ずる合衆国憲法第一条第一〇節に関するものである。例えば、一九世紀初頭の *Fletcher v. Peck* 事件【判例 A13】⁽⁵⁾ は、州の保有地の払下げの効力をめぐる事案であった。この事件では、もとはジョージア州の所有に属した土地が、法律に基づく州知事の許可 (patent) に基づいて払い下げられた後、被告ペック (Peck) を経て原告フレッチャー (Fletcher) に譲渡されたが、州が、払下げを無効 (null and void) とする法律を制定したため、約束と保証 (土地譲渡証書) (promise and assurance) の違反を理由として原告が被告に責任を追及した。その際、払下げを無効とした法律の合憲性が問題となったものである。マーシャル (Marshall) 裁判官は法廷意見において、「ある法が憲法に反するため無効であるかどうかという問題は、常に繊細さを要する問題であって、疑わしい場合には、めったに肯定的判断をすべきではない。……憲法と法との背反は、裁判官をして、互いの不両立性につき明白かつ強固な確信 (a clear and strong conviction) を抱かせるものでなければならぬ。」と述べた (ただし結論としては違憲と判示)。

2 ボーデン判決の登場—合憲性の推定と立法事実との関係—

第二章前出の【判例 A1】(Borden's Farm Products Co. v. Baldwin 事件 (一九三四年)⁽⁷⁾) に関する連邦最高裁判所の判決は、合憲性の推定と立法を支える事実との関係を明らかにした判決でもある。

同判決は、被告の援用した「立法行為に付着した推定」につき、それが「立法を支える事実の状態の推定 (presumption of fact, of the existence of factual conditions supporting the legislation)」にはかならぬことを明確に示したうえで、それが「反対事実によって」「反駁可能な推定 (rebuttable presumption)」であって、「終局的な推定 (a conclusive presumption)」ではないとした。そして、「立法府によってなされた分類が問題となっており、それを支持する何らかの事実状態が合理的に想定されるのであれば、そのような事実状態の存在につき推定が成り立ち、分類の違憲性を主張する者が、常識的知識もしくは司法的に確知されるその他の事項、またはその他の正当な証拠に訴えることにより、当該立法行為が恣意的であることを示す責任を負う。」⁽⁸⁾

とした。しかし、同判決は、そのまま合憲性の推定によって合憲判断はせず、司法確知の範囲外にあるニューヨークの市場の状態につき、さらに審理を尽くさせるため、差戻しを行った。

同判決は、必ずしも合憲性の推定を額面通りに適用したものではないが、合憲性の推定と立法事実との関係を直截に述べたものとして位置づけられる。

3 カロリーヌ判決の登場——二重の基準と合憲性の推定——

一九三八年に下された *United States v. Carolene Products 事件*（判例 A14）における連邦最高裁判所の判決（*Carolene 判決*）は、いわゆる「二重の基準（double standard）」論を初めて表明したのとしてアメリカ憲法史上最も著名な判例の一つである。⁽⁹⁾

同判決（ストーン（Stone）裁判官の法廷意見）は、脱脂ミルクの販売を禁止した連邦法を合憲と判示するにあたって、「立法府の判断を支持する事実の存在（the existence of facts supporting the legislative judgement）は推定されるべきである。なぜならば、通常の商取引に影響を及ぼす規制立法は、その立法が立法府の知識と経験の範囲内の何らかの合理的な基礎のうえに立脚しているとの想定を排除するような性格のものであるということが知られるに至り、または一般的に想定される場合でない限り、違憲と宣言されるべきではないからである。」と述べたうえで、その脚注四の中で次のように述べた。「立法が、文面上、最初の一〇箇条の修正条項のような、憲法の特定の禁止に該当するように見受けられる場合には、合憲性の推定の範囲は狭くなる可能性がある。修正第一四条に包含されると解される場合にも、同様に特定のであると考えられる。……現時点においては、通常ならば好ましくない立法を廃止しようとするような政治過程を制約する立法が、他の類型の立法よりも、修正第一四条の一般的禁止のもとより精密な司法審査の対象となるかどうかを考慮することはさしあたって不要である。……また、同様の考慮が特定の宗教、……または民族的……もしくは人種的な少数者に対して向けられた制定法の審査にも入り込むか否か、……離散し孤立した少数者に対する偏見が、通常ならば少数者保護のために依存されるべき政治過程の作動をひどく損ない、それに応じてより詳細な司法審査を要求するような特別の状態であるか否か、を検討することも必要でない。」⁽¹⁰⁾

このように、同判決は、経済的適正手続に関わる当該事件については合憲性の推定を適用して合憲判断をしつつも、①修正第一

条から第一〇条までの特定禁止条項に対する違反が問題となる場合、②政治過程を制約する立法が問題となる場合、及び③少数者の人権が問題となる場合には、その原則が働かないことを脚注の中で示唆したのである。これが、その後の判例の主要な流れを形成することになった。

三 合憲性推定原則に関する学説

1 カロリーヌ判決以前の見解

(一) セイヤーの見解

推定理論において支配的理論を提唱したセイヤーは、初期の判例において形成されつつあった定式にいちはやく着目した⁽¹¹⁾。

セイヤーは、まず、裁判所が立法を違憲無効と判断することのできる理論的な根拠とその範囲を問う。そして、違憲審査権が司法権の一環として行使されるものである以上、それは特定事件における争点の審理判断という範囲内で行使されなければならない。またこの場合、裁判所は審査権行使を、許容される裁量の範囲にとどめ、他の機関の権限を侵害しないようにしなければならないとする。これは権力分立の重視によるのである。彼によれば、⁽¹²⁾「司法府の機能は単に合理的立法の外枠を画すること (fixing the outside border of reasonable legislative action) にとどめられるべきであるという。すなわち司法府によって「究極的な問題は、何が憲法の正しい解釈であるかではなく、立法を支持しうる (sustainable) か否かである⁽¹³⁾。」

以上のような考察を踏まえ、セイヤーは、違憲性が合理的な疑いを超えるほど明白でない限りは、立法を違憲と判断すべきではないとする⁽¹⁴⁾。このセイヤーの結論が、立証責任理論における説得の程度に関する「合理的な疑い (beyond reasonable doubt)」の定式を、違憲審査に応用したものであることは明らかである。

(二) Columbia Law Review のノート (一九三六年)

一九三六年に発表された「合憲性推定再考」と題するノートは、合憲性の推定は、違憲審査における事実的アプローチと不可分であると説いた。その主張内容は次のように要約できる⁽¹⁵⁾。

(1) 合憲性の推定の強度は連邦最高裁判所がその制定法に関して有する知識の量に反比例する。裁判所が制定法の基礎に関し、十分な知識を有している場合には、合憲性の推定から必ずしも合憲の結論が導き出されるとは限らない。それに反し、連邦最高裁

判所が、十分な事実的知識を有しない場合には、合憲性の推定に依存せざるをえない。

(2) 裁判所が情報を有しない場面ではなく、当事者によっていったん違憲性を基礎づける事実が主張された場合に、これを阻止する方向で合憲性の推定を働かせることは、理論的には可能ではあるが、妥当ではない。

(3) 推定を乗り越えるために必要とされる立証の程度を一義的に決定するのは困難である。連邦最高裁判所が司法確知について柔軟な理論を用いていることもその原因となっている。いいかえれば、合憲性の推定理論の内容は、司法確知の広範さに反比例することになる。

ここでは、合憲性の推定が司法府の事実解明に向けての姿勢自体に影響されることが示されている。

3 カロリーヌ判決後の学説

立法事実論に関し、目的手段モデルによる分類を行ったケネス・L・カースト (Kenneth L. Karst) 教授は、合憲性の推定にはさまざまな定式が存在し、一律には割り切れないことを指摘する。⁽¹⁶⁾

カーストはまず、合憲性の推定に関し、次のような諸傾向を指摘する。

すなわち、まず、①州の経済規制立法が問題となる場合及び州際通商条項違反が争われる場合には、適正手続条項違反が争われるときのような合憲性の推定は働かないという。次に、②州法に与えられる合憲性の推定よりも連邦法に対するそのほうが、より大きいという。また、③精神的自由などの「優越的地位」にある自由の規制立法には、経済的自由規制立法の場合のような合憲性の推定は働かないという。これは、前出 *Carolee* 判決によって明らかにされたとおりである。さらに、④立法府による立法行為ではなく、行政府による執行行為の違憲性が問題となる場合には、合憲性の推定は働く余地がないという。

そのうえで、カーストは、合憲性の推定を、その強度の差によって三段階に区分している。

(1) まず、最も緩和された合憲性の推定においては、害悪が存在しないか、又は救済が不適切であることを示す反対の証拠がない限り、有効性が推定される。すなわち、反駁容易な暫定的推定である。これは、例えば、州による経済規制立法（ニュージャーシー州における保険手数料額の上限設定）に関して争われた *O'Gorman and Young, Inc. v. The Hartford Fire Insurance Company* 事件（判例 A 15）⁽¹⁷⁾ におけるブランドアイス裁判官の法廷意見においてみられることである。

(2) 次に、やや強度の推定においては、その制定法を支持する者が、その制定法が適切な立法であるという見解を支持する事実の証拠を提出しさえすれば、たとえ制定法に對立する者がそれと同等の反対証拠を提出したとしても、制定法は有効であると推定されるという。反駁の負担が重い推定である。この推定定式は、州による衛生面からの埋葬規制の当否が争われた *Leuel Hill Cemetery v. San Francisco* 事件【判例 A 16】におけるホームズ裁判官の法廷意見において典型的にみられるという⁽¹⁸⁾。

(3) 以上に対し、最も強度の推定によれば、その制定法は、立法を適切なものとなすであろう何らかの事実状態が合理的に想定されるのならば、有効であると推定される。この推定定式においては、反駁はほとんど不可能であるという。このような推定の例としては、*Lindsay v. Natural Carbonic Gas Co.* 事件【判例 A 17】が挙げられている。同事件は、連邦法ではなく州法の合憲性が争われた事件であるが、やはり、経済活動（資源採掘活動）の規制に関するものであり、裁判所が当初から立法府による裁量を認める態度で臨んだことが窺われる⁽¹⁹⁾。

四 小 括

このようにアメリカにおいては、合憲性の推定の概念がしばしば用いられるにもかかわらず、その内実について一義的な定式化は存在しない。カロリーヌ判決から年月を経た後も、判例はいまだ流動的とみることができよう。しかし、一般に精神的自由の規制立法とは異なり、経済的立法の分野において広い推定を働かせる傾向が看取される。また、わが国における証明責任ないし立証責任をめぐる議論とは異なり、厳密に定式化された証拠法上の判断準則というよりは、司法府と立法府との役割分担ないし立法裁量の観点からする規範的評価によって左右される面が強いことが特徴であるといえる。

〔補論②〕憲法訴訟における論証責任と証明責任—ドイツにおける議論—

憲法訴訟に関する手続面の考察は、アメリカにおける分析が先行していたが、ドイツにおいても、従来の訴訟上の証明責任法理が憲法訴訟においていかに作用するかという観点からの検討が現れた。ここでは、ハインリヒ・ヴェーバー・グレルレ (Heinrich Weber-Greller) による検討を概観し、本章第二節の記述を補うことにしたい⁽²⁰⁾。

一 証明責任概念の適用可能性

憲法裁判における証明責任の分配を検討する前提として、そもそも証明責任 (Beweislast) の概念を一般的事実 (立法事実) にも適用しうるのであるかが問題となる。この点につき、ヴェーバー・グレレは、これを肯定する立場から次のように論じている。確かに、規範統制の領域における連邦憲法裁判所の事実確定は職権探知主義 (連邦憲法裁判所法 (BVerfGG) 第二六条) に基づいて行われる。従って、規範統制の領域においては主観的証明責任は存在しない。主観的証明責任は、弁論主義を伴う手続においてのみ存在するからである。しかし、これに反して、客観的証明責任の問題は、憲法訴訟においても存在しうる。なぜならば職権探知主義といえども、裁判にとって重要な事実が説明されえないということを防ぎうるものではないからである。そもそも、証明責任の概念は、裁判における重要な事実の解明の欠缺の不利を誰が負うべきかを指し示す原理である。証明責任は、「真偽不明」を引き合いに出して係属中の争訟事件の裁判を打ち切ることが裁判所に禁じられているすべての権利保護体系に存在している。証拠調べが、職権によって行われるか、当事者の主導のもとで行われるかに関わりなく、重要な事実が不明である場合にも裁判を拒否することは許されないのである。と、ヴェーバー・グレレは以上のように、真偽不明の不可避性から憲法訴訟の領域においても証明責任の機能すべき場面が生じうるとの見解に立つ。⁽²⁾

二 証明責任と論証責任との区別

ヴェーバー・グレレの論稿の特徴は、事実問題に関する証明責任 (Beweislast) とは別に、価値判断の側面における論証責任 (Argumentationlast) についても論じている点にある。この論証責任は、いわば法的な判断や討論に際しての論証の主体や程度に関する整序ルールである。ヴェーバー・グレレは、法適用の過程をも、創造的契機を秘めた一種の価値判断ととらえたうえで、事実が規範の構成要件を充足するにあたり、またある規範が他の規範と両立するにあたって必要とされる論証の質 (Argumentationsqualität) を、事実判断に関する証明責任との対比において、論証責任のルールによって方向づけようとしている。逆にいえば、証明責任を論ずるにあたっては、このような論証責任との混同を避けるべきことになる。

三 憲法訴訟における証明責任の分配基準

ヴェーバー・グレレは、憲法裁判における証明責任の分配を決定する証明責任原則 (Beweisstrategie) に関し、全法領域に共通した一般原則と、特に憲法においてのみ問題となる特別原則とに分けて検討している。

1 一般原則

ヴェーバー・グレルが、証明責任分配の一般原則の候補としてまず第一に挙げるのは、「原則—例外 (Regel-Ausnahme)」関係に基づく証明責任分配である。例えば、立法者が但書を用いて例外的事情を指示する場合がありますが、この場合には、例外的事情を主張する側が証明責任を負うという。もっとも彼は、この原則—例外関係による証明責任分配は、真正の証明責任原則というよりはむしろ解釈原理であるという。⁽⁴⁾

第二に挙げられているのは、現状 (status quo) 維持ないし攻撃者 (Angreifer) 原理に基づく証明責任分配である。法的平和と安定性の維持の見地から、現状変更を主張する側が証明責任を負うとの原理である。⁽⁵⁾

第三に、証拠からの距離 (Beweisne) ないし危険領域 (Gefahrenbereich) に基づく証明責任分配が挙げられる。⁽⁶⁾そして第四に、証明妨害に対する制裁 (Sanktion) に基づく証明責任転換が挙げられるとする。⁽⁷⁾

ヴェーバー・グレルによれば、これらの原理はもともと民事法の領域を中心として発展してきたものであるが、その背景をなす考慮は、全法領域につながるものであり、従って憲法の領域にも導入可能であるという。もっとも、これらの一般的な証明責任原則は、補充的に用いられるにとどまり、憲法特有の特別原則の適用のある場合には、一般原則の適用は排除されるという。⁽⁸⁾ではそのような特別原則とは何か。

2 特別原則

ヴェーバー・グレルは、憲法の領域における証明責任分配は、まず何よりも制約対象たる基本権自体の価値の序列 (Wertungsrangung) に対応したものでなければならないという。しかし、そうした基本権の価値序列を憲法の中から見出そうとする努力だけでは、証明責任の分配基準は得られないという。なぜならば、憲法は、かつて信じられたような完結した体系を有するものではなく、立法者の内容形成によって発展させられていくという開かれた構造を有しているからであるという。そこでヴェーバー・グレルは、憲法の領域における証明責任の特別原則としては、基本権の実体的価値それ自体ではなく、むしろ基本権領域ごとに立法者に与えられた権能 (立法的評価権能 legislatorische Qualifikationskompetenz) に応じた証明責任分配こそがふさわしいとする。⁽⁹⁾このようにヴェーバー・グレルが、基本権それ自体ではなく、立法者の権能に着目するのは、同一の基本権が問題とな

る場合であっても、その基本権がどのような方法で規制されるかによって証明責任の所在が異なってくる余地を認めようとの意図に発したものである。⁽¹⁰⁾ 彼は、立法者の権能をその強度に応じて四つに大別して検討する。

第一に、「立法的具体化権能 (Legislatorische Konkretisierungskompetenz)」のみが許容される領域がある。この領域では、立法者は、憲法上予定された公益を内容形成によって具体化する権限のみを与えられているという。ヴェーバー・グレレは具体的には、個人の実存にとって根本的な意義を有する人格権（ドイツ基本法第二条第一項）の領域がこれにあたるとする。

第二に、立法者の権能が「積極的に羈束された評価権能 (positiv gebundene Qualifikationskompetenz)」の限度で認められる領域が挙げられる。この領域においては圧倒的な公共の利益に基づいてのみ基本権を制限することが許され、公的な利益が圧倒的であるか否かは憲法裁判所による審査の対象となるという。職業選択の自由（ドイツ基本法第十二条第一項第一文）が客観的許可要件（本人の努力によって左右できない要件）によって制限される場合、及び身体の不可侵（第二条第二項第二文）、郵便の秘密（第一〇条第一項）、居住・移転の自由（第一条第一項）などの領域がこれにあたるという。

第三に挙げられるのは、「消極的に羈束された評価権能 (negativ gebundene Qualifikationskompetenz)」の領域である。この領域においては、立法者の価値判断が一義的に論駁可能であり若しくは明白に欠陥を有し、または基本法の価値判断に反する場合に限り立法者の価値判断を無視することができる。具体的には、職業選択の自由が主観的許可要件（技能水準など個人の努力に依存する要件）によって制限される場合や、所有権（ドイツ基本法第一四条）などの領域がこれにあたるという。

第四に、立法者に対し、「非恣意的立法的评价権能 (willkürfreie legislatorische Qualifikationskompetenz)」という最も広汎な自由の認められる領域が挙げられる。ここでは、立法者の考慮は、恣意の限界 (Grenzen der Willkür) に服するだけであるという。このような領域の例としては、職業遂行の自由（基本法第十二条第一項第二文）の領域が挙げられている。

ヴェーバー・グレレは、以上のように問題領域を四分した上で、それぞれの領域における証明責任の分配について次のように論ずる。具体化権能及び積極的に羈束された評価権能の領域においては、侵害の重要性に鑑みて、その規制の基礎をなす事実についての証明責任は立法者がこれを負う。従って、立法者は事実解明の欠如の不利益を負わなければならない。逆に、消極的に羈束された評価権能及び非恣意的評価権能の領域においては、立法者はこうした負担を負わず、立法者の見解の誤りが一義的明確に証明

可能な場合でなければその立法は違憲とは判断されない。要するに、初めの二つの領域では立法者が規範基礎事実の証明責任を負うのに対し、後二者の領域においては、立法者は、証明責任を負わないのである。⁽¹¹⁾しかし、立法者が証明責任を負わない場合に一体誰が証明責任を負うことになるのかについては—おそらく規範統制手続においては当事者 (Partei) が觀念されないがゆえに—明言されていない。⁽¹²⁾これに反し、憲法訴訟手続に関しては、立法的具体化権能及び積極的に羈束された評価権能の領域においては、訴訟の相手方 (Beschwerdegegner) が証明責任を負い、消極的に羈束された評価権能及び放任的評価権能の領域においては訴訟者 (Beschwerdeführer) が証明責任を負う旨が明言されている。⁽¹³⁾

3 合憲性推定論の評価

ドイツにおいても、法律に対する合憲性の推定を主張する論者が存在する。法における主観性から生ずる不確実性の除去という観点から、国家机关の判断の適法性についての反証可能な推定を一般的に導き出すとともに、憲法の領域における発現形態としての「法律の合憲性の推定 (Vermutung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen)」の妥当性を説くゲッツ・メーター (Götz Mäder) の見解はその代表的なものである。⁽¹⁴⁾しかし、これに対して、ヴェーバー・グレルは、その種の推定は、前提事実 (Vermutungsbasis) を基礎とする厳密な証拠法上の意味における推定とは異なるものであるとする。⁽¹⁵⁾

四 小括

ドイツにおいては、ヴェーバー・グレル以外にも、憲法裁判における証明責任に関し簡単に言及する論者がみられる。例えば、連邦憲法裁判所の手続における証明責任ないし確定責任が一律に申立人 (Antragsteller) に帰すると主張するテオドル・マウンツ (Theodor Maunz) らのコンメンタールの見解や、基本権侵害における比例原則違反の有無に関する証明責任を、「公権力 (öffentliche Gewalt)」と「市民 (Bürger)」との間に分配されるものとしてとらえるマンフレート・ゲンツ (Manfred Genz) の見解などが挙げられる。⁽¹⁷⁾しかし、その中において、ヴェーバー・グレルの見解は、立法府の裁量ないし権能の観点から、きめ細かな考察を加えたものと評価できよう。

第四章第一節 注

- (1) ドイツにおける議論の一端に関しては、拙稿「紹介」民事訴訟雑誌四四号二五八頁以下（一九九八年）において紹介する機会を与えられた。これは、後述のクルト・W・ヘルゲンレータの著書（注42）に関する書評である。また、本節との関係で、拙稿「弁論主義の限界と第三者情報」一橋論叢一一七卷一号七九頁以下（一九九七年）参照。
- (2) エールリッヒを始祖とする法社会学は、法事実 (Rechtstatsache) をその中心的検討対象として据えた。エールリッヒの法創造論に関しては、本論文第一章参照。なお、「特集・法社会学的法律学の可能性」ジュリスト一〇一〇号（一九九二年）所収の諸論稿も参照。
- (3) Stein, F., Die private Wissen des Richters, S. 21 f., S. 52, S. 85 (1893).
- (4) Vgl. etwa, Hellwig, K., System des Deutschen Zivilprozessrechts, I. Teil, (S. 676 f. (1912) ; Rosenberg, L., Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, (S. 347 f. (1927).
- (5) Hellwig, a. a. O.; Rosenberg, A. a. O., S. 346.
- (6) Gollwald, P., Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, S. 162 f. (1975).
- (7) A. a. O., 163.
- (8) A. a. O., 170 ff. コットヴァルトは、上告審が完全な事実審になってしまふのは妥当でないとし、経験則の内容に踏み込んで審査を行う範囲を限定する。ただし、事実審裁判所が、経験則に従って判断すべき義務自体は認めている。従って、経験則が事実的基礎の調査を必要とするものであるにもかかわらずそれを行わなかった場合や、そもそも経験則に基づかない認定を行った場合には、上告理由たる法令違反を生ずることになる。
- (9) コットヴァルトの著作からも判明するように、従来の議論においては、経験則が、法律審たる上告審における認定対象たりうるかが焦点となっていた。三段論法 (Syllogismus) との関係における経験則の位置づけの解明は、この問題を克服するための営みであった。なお、岩松三郎「経験則論」民事訴訟雑誌一号二頁以下（一九五四年）、本間義信「訴訟における経験則の機能」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟第五卷』六三頁以下（一九八二年）。
- (10) Seifer, H., Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in: Fest-

schrift für Fritz Baur, S. 573 ff. (1981).

- (11) A. a. O., S. 579 f.
- (12) A. a. O., S. 580. 以下のサイターは、法創造事実・経験則とも一般的性質を有するところから、一定の親近性を認める。
A. a. O., S. 581.
- (13) A. a. O., S. 580 f.
- (14) Lames, P., Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 54 (1993).
- (15) A. a. O., S. 53.
- (16) Stein, a. a. O. (Anm. 3), S. 40 (1893).
- (17) Lames, a. a. O. (Anm. 14), S. 54. なお、ラーメスは「コットヴァルトとは異なり、上告審での経験則審査を広く認める立場に立つ」。A. a. O., S. 70 ff.
- (18) 審理過程における情報フローへの着眼は、訴訟法の構造分析に際しての有用な手法であるが、さらにその作業の後に、そのような構造を、原理的観点(公正・手続保障など)や法文化的観点を始めとする価値基準によって評価し、方向づけを行う作業が残されていることはいうまでもない。このような観点からのささやかな検討として、前掲拙稿(注1)のほか、拙稿「民事訴訟における情報財の保全と審理公開原則」一橋論叢二〇巻一号一八頁以下(一九九八年)、同「裁判官の法的観点の指摘と心証の披瀝」ジュリスト増刊・民事訴訟法の争点(第三版)所収(近刊予定)なども参照。
- (19) 弁論主義に関するわが国の文献は数多い。通説的な根拠論である本質説(私的自治説)に対し、果敢なアンチテーゼとしての手段説(合理的真実発見説)を打ち出した論稿として、三ヶ月章「弁論主義の動向」同『民事訴訟法研究第一巻』四九頁以下(一九六二年、初出一九五四年)。弁論主義の多元的な根拠を指摘する論稿として、竹下守夫「弁論主義」小山昇Ⅱ中野貞一郎Ⅱ松浦馨Ⅱ竹下守夫編『演習民事訴訟法』三六九頁以下(一九八七年)。わが国の実務において妥当する弁論主義の様相を分析し、本来的弁論主義とは異なる機能的弁論主義の妥当を指摘するものとして、小林秀之「弁論主義の現代的意義」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟第四巻』九二頁以下(一九八五年)。弁論主義の中に、権能としての側面と責任としての側面

- が存すること、及び両者の関係に関しては、山本戸克己「弁論主義の法構造」同『民事訴訟法論集』一頁以下（一九九〇年、初出一九七〇年）。弁論主義の内実をなす諸命題を抽出する近時の試みとして、山本克己「弁論主義論のための予備的考察」民事訴訟法雑誌三九号一七〇頁以下（一九九三年）。
- (20) ドイツにおける弁論主義論の様相に関しては、三ヶ月・上掲論文のほか、山本克己「戦後ドイツにおける弁論主義論の展開（一）」（三）」法学論叢一三三巻一頁以下（一九九三年）、一三四巻二頁以下（一九九三年）、一三九巻五号一頁以下（一九九六年）参照。
- (21) オーストリアにおいて、弁論主義に対する批判的立場がとられたことに関しては、松村和徳「弁論主義考」早稲田法学七二巻四号四二九頁以下（一九九七年）参照。
- (22) Vgl. etwa, Jauernig, O., Zivilprozessrecht, 23. Aufl., S. 72 ff. (1991); Rosenberg, L. = Schwab, K. H. = Gottwald, P., Zivilprozessrecht, 15. Aufl., S. 424 ff. (1993).
- (23) ドイツ法における *Iura novit curia* の原則に関しては、例えば、山本和彦「民事訴訟審理構造論」九六頁以下（一九九五年）。なお、*Iura novit curia* の原則の訴訟上の側面に関しては、スイスのイザーク・マイヤー (Isaak Meier) によっても検討がなされている。マイヤーの検討は、スイス法を前提としたものであるが、法律問題を当事者処分権に委ねることの可否の検討や、裁判官による法情報提供義務 (Rechtspflichten) の提唱にまで至る点で示唆に富んでいる。
- Meier, I., *Iura novit curia*, S. 86 ff., S. 152 ff. (1975).
- (24) Seiter, a. a. O. (Anm. 10), S. 589 f.
- (25) Schmidt, E., *Der Umgang mit Normalsachen im Zivilprozess*, in: Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, S. 807, S. 812 (1985).
- (26) Seiter, a. a. O. (Anm. 10), S. 589 f.
- (27) Lames, a. a. O. (Anm. 14), S. 57.
- (28) A. a. O., S. 58. なお、法的・理念的根拠と技術的根拠の区別に関しては、次のハンス・レオ・ヴァイヤース (Hans-Léo

Weyers) の註釋を参照。Vgl. Weyers, H. J., Über Sinn und Grenzen der Verhandlungsmaxime im Zivilprozess, in: Dogmatik und Methode, Josef Esser zum 65. Geburtstag, S. 193 ff., S. 200 (1975).

(29) Lames, a. a. O. (Anm. 14), S. 58.

(30) A. a. O., S. 59.

(31) A. a. O., S. 59.

(32) Seifer, a. a. O. (Anm. 10), S. 590.

(33) Lames, a. a. O. (Anm. 14), S. 60.

(34) A. a. O.

(35) A. a. O., S. 60. ラーメスは、現実には最上級審判例は、それが最上級審の判例であるというだけで、影響力を有することを承認する。それでもなお、事後的な先例価値の判断に際して、その判断の基礎となった事実審理の度合いを考慮すべきであることである。

(36) A. a. O., S. 61.

(37) 法的観点指摘義務に関し、大陸系民事訴訟法の観点から紹介・分析したものとしては、徳田和幸「法領域における手続権保障」同『フランス民事訴訟法の基礎理論』八六頁以下所収(一九九四年、初出一九八〇年)、山本和彦『民事訴訟審理構造論』(一九九五年)などがある。

(38) 法的観点指摘義務は、沿革上はドイツの新訴訟物理論のもとで成立したものであるが、その背景にある考慮は、旧訴訟物理論のもとにおいても妥当する。法的観点指摘義務の導入によって、両訴訟物理論の差は、少なくとも実際上は相対化されることになる。また、適用規範の選択について、裁判官と当事者の間で共通認識が形成されるべきであり、少なくとも当事者へのフィードバックがなされるべきであるとの観点は、従来の訴訟物理論の枠組みそれ自体において欠けていたものである。このように、法的観点指摘義務は、両理論を部分的に架橋し止揚する役割を果たすことになると考えられる。この点に関しては、前掲拙稿(注18)(ジュリスト増刊所収)参照。

- (39) Seiler, a. a. O. (Anm. 10), S. 589.
- (40) Prütting, H., Prozessuale Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung, in: Festschrift Rechtswiss. Fakultät Köln, S. 305, S. 323 (1988).
- (41) A. a. O. なお、法的観点指摘義務の提案を並べず、ブリュンティンクは、裁判理由の記載に関する ZPO 第三二三条第三項との関連で、次のような新たな第三二三条をも挿入すべきであるとす。「裁判官が、彼の裁判を法律の適用に基づかないで行う場合には、判決において、なぜ、法創造が必要であり、どのような観点から判決の法的な基礎が生まれたのかについて、特別の理由を記載しなければならぬ（Stütze der Richter seine Entscheidung nicht auf eine Anwendung des Gesetzes, so bedarf es im Urteil einer besonderen Begründung, warum eine Fortbildung des Rechts erforderlich war und aus welchen Gesichtspunkten die rechtliche Urteilsgrundlage entwickelt wurde.）」
- (42) Hergenröder, C. W., Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 291 ff. (1995).
- (43) A. a. O., S. 304 ff.
- (44) Engelmann, K., Prozeßgrundsätze im Verfassungsprozessrecht (1977); Maunz, T. = Schmidt-Bleibtreu, B. = Klein, F. = Ulsamer, G., Bundesverfassungsgesetz, § 26 Rn. 1 (1987); Pestalozza, C., Verfassungsprozessrecht, S. 57 (1991). なお、わが国の憲法訴訟に関する手続法的考察としては、林屋礼二「憲法訴訟の手続理論」法曹時報四八巻一頁一頁以下、同二四三頁以下（一九九六年）参照。
- (45) Pestalozza, a. a. O., S. 45. 連邦憲法裁判所法 (BVerfGG)（第一八条第一項第一号、第二〇条、第二二条第一項第一文、第三三条第一項及び第三項、第二五条第一項、第二九条第一文、並びに第三〇条第三項及び第三二条第二文）においても当事者 (Partei) の語は用いられず、関係人 (Beteiligte) の語が用いられている。なお、憲法訴訟においても当事者の語は用いられぬが、その代わり訴願者 (Beschwerdeführer) の語が用いられる。同法第九〇条第二項等参照。なお、Pestalozza, a. a. O., S. 170. も参照。
- (46) 中野貞一郎「科学鑑定の評価」中野編『科学裁判と鑑定』二七頁以下所収、四三頁以下（一九八八年、初出一九八四年）

参照。

- (47) BVerfGE 21, 12 (25).
- (48) 連邦憲法裁判所法 (BVerfGG) 第七七条 (抽象的規範統制の場合)、第八二条第一項 (具体的規範統制の場合)、第九四
条第一項 (憲法訴願の場合)。
- (49) Philipp, K. J., Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts (1971). 同書においては、とくに、立法の擧
来効果予測との関連で、モデルビルディング、時系列分析などの有用性が強調されている。
- (50) Lames, a. a. O. (Anm. 14), S. 64 f.
- (51) A. a. O., S. 65.
- (52) A. a. O., S. 65 f.
- (53) Seiter, a. a. O. (Anm. 10), S. 589 f. なお、ドイツにおける自由な証明の理論に関しては、高田昌宏「民事訴訟における
自由証明の存在と限界」早稲田法学六五巻一号二頁以下 (一九八九年) 参照。
- (54) Lames, a. a. O. (Anm. 14), S. 63.
- (55) A. a. O.
- (56) A. a. O., S. 63 f.
- (57) A. a. O., S. 64.
- (58) Hirte, H., Der amicus-curiae-brief-das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen, ZfP 1991, 11 (1991).
- (59) A. a. O., S. 12 f.
- (60) A. a. O., S. 14 ff.
- (61) ドイツ民事訴訟法 (ZPO) 第六六条第一項参照。同条では「法的利益 (ein rechtliches Interesse)」を有することが補
助参加の要件とされている。なお、行政裁判における第三者の呼び出し (Beiladung) につき、行政裁判所法 (VwGO) 第六
三条、第六五条参照。

- (62) 一例として、ドイツ不正競争防止法（UWG）第三条参照。同条では「取引上の利益を促進する権利能力ある団体」（第二項第二号）及び「消費者利益を啓蒙と助言とによって擁護する任務を有する権利能力ある団体」（第二項第三号）に不正競争行為に対する差止請求の提訴権を与えている。なお、ドイツにおける団体訴訟の制度一般については、上原敏夫「集团的救済制度の基礎的研究」法学研究（一橋大学研究年報）一一号一〇五頁以下（一九七九年）参照。
- (63) ドイツ株式法（AktG）第三〇六条第四項第二文参照。なお、慶応義塾大学商法研究会『西独株式法』四六六頁以下（一九六九年）。
- (64) ドイツ行政裁判所法（VwGO）第三五条以下参照。
- (65) ドイツ婚姻法（EheG）第二四条等参照。
- (66) 連邦憲法裁判所法（BVerfGG）第二六条第一項第一文、第七七条、第八二条第一項、第九四条第一項参照。
- (67) ドイツ裁判所構成法（GVG）第一〇五条以下参照。ドイツにおける名誉職裁判官の制度に関しては、齋藤哲「民事裁判における市民参加の研究（一）」（9・完）—ドイツ名誉職裁判官の役割を中心に—」判例時報一五八七号三頁以下、一五九〇号二七頁以下、一五九三号一四頁以下、一五九六号三七頁以下、一五九九号三三頁以下、一六〇二号三九頁以下、一六〇五号八頁以下、一六〇八号二四頁以下、一六一一号二五頁以下（一九九七年）参照。
- (68) Hirte, a. a. O. (Anm. 58), S. 41 f., S. 43, S. 46, S. 48 f., S. 50, S. 58.
- (69) ドイツ基本法第一七条は、「何人も、単独でまたは他人と共同して、書面をもって (schriftlich) 所轄官庁及び国民代表に対し請願または訴願 (Bitten oder Beschwerden) を提出することができる」と定める。
- (70) Hirte, a. a. O. (Anm. 58), S. 63 f.
- (71) A. a. O., S. 65 f.
- (72) Hergenroder, a. a. O. (Anm. 42), S. 304.
- (73) Lames, a. a. O. (Anm. 14), S. 67.
- (74) A. a. O.

- (75) Lames, a. a. O. (Anm. 14), S. 67 ff. なお、ラーメスは、個別事件における事実が、すでに社会的に典型性を有している場合も存し、このような代表的事例においては社会における利害対立も凝縮されているのであって、こうした事実を通じて裁判所が情報を得る場合もあるとされる。また、学説や文献の探索の重要性も説いている。
- (76) Rosenberg, L., Die Beweislast, 4. Aufl. (1956). 邦訳として、倉田卓次訳『証明責任論』(一九七二年)。証明責任論をめぐる基本的問題に関しては、春日偉知郎『民事証拠法研究』(一九九一年)参照。なお、きわめて概括的ながら、拙稿「証明責任」園部逸夫ほか編『現代法律百科大辞典』所収(近刊予定)も参照されたい。
- (77) 吉野正三郎「証明責任論の現状と課題」同『西ドイツ民事訴訟法の現在』三頁以下所収、一五頁(一九九〇年、初出一九八八年)。
- (78) Seifer, a. a. O. (Anm. 10), S. 588 f.
- (79) A. a. O., S. 591.
- (80) Lames, a. a. O. (Anm. 14), S. 62 f.

第四章第三節 注

- (1) 田辺公二「英米型事実審理と大陸型事実審理」同『民事訴訟の動態と背景』一頁以下所収、一〇七頁以下(一九六四年、初出一九五九年)。なお、弁論主義が沿革上、ノルマンの決闘裁判に行き着くとするのは、小林秀之「弁論主義の現代的意義」新堂幸司編集代表『講座民事訴訟第四卷』九一頁以下、九八頁(一九八五年)。当事者主義の源流としての決闘裁判に関して、山内進「中世ヨーロッパの決闘裁判」一橋論叢一〇五卷一号六二頁以下(一九九一年)も参照。
- (2) Sward, E. E., Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System, 64 Ind. L. J. 301, 312 (1989).
- (3) Vgl. Weyers, H.-L., Über Sinn und Grenzen der Verhandlungsmaxime im Zivilprozess, in: Dogmatik und Methode, Josef Esser zum 65. Geburtstag, S. 193 ff., S. 200 (1975); Leopold, D., Zivilprozessrecht und Ideologie, JZ 1982 Nr. 13, S. 441 ff. (1982); Lames, P., Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 58 f. (1993).

- (4) 私的自治の原則に関しては、例えば、星野英一「意思自治の原則、私的自治の原則」星野編集代表『民法講座第一巻』三三五頁以下所収（一九八四年）参照。
- (5) Sward, *supra* note 2, at 312; Lames, P., *Rechtserblichung als Prozeßzweck*, S. 58 f. (1993).
- (6) 三ヶ月章「弁論主義の動向」同『民事訴訟法研究第一巻』四九頁以下（一九六二年、初出一九五四年）、小林・前掲（注1）九八頁。なお、太田勝造「弁論主義の根拠についての一視角」三ヶ月章博士古稀祝賀『民事手続法学の革新（中）』三三九頁以下（一九九二年）。
- (7) 前出本章第一節参照。
- (8) この場合の法規（Rechtssatz）についても、特有の概念規定がなされていたことに関しては、例えば、杉原泰雄『憲法—憲法総論』二九頁以下、三四一頁以下（一九八七年）参照。
- (9) 英米法体系と大陸法体系との融合をめざす近時の試みに関しては、G・C・ハザード、Jr.（三木浩一訳）「手続法における国際的調和」民事訴訟雑誌四四号七〇頁以下（一九九八年）参照。
- (10) Lames, a. a. O. (Anm. 5), S. 62 f. (1993).

〔補論①〕 注

- (1) James, F. = Hazard, G. C. = Leubsdorf, J., *Civil Procedure*, 4th Ed., 346-352 (1992).
- (2) Thayer, J. B., *A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law* 346 (1898); Wigmore, J. H., *9 A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* § 2491, at 289-290 (1940).
- (3) モルガンによれば、例えば、七年間の不在によるXの死亡推定において、七年間の不在については争いがないが、遠隔の地においてXを目撃したという証人Wが現れた場合には、証拠提出責任は果たされ、認定は陪審によることになる。しかし、そのWの証言について真偽が定かでない場合には、推定の効果が説得責任にも及ぶ結果、Xの死亡が推定されるという。
Morgan, E. M., *Some Observations Concerning Presumptions*, 44 *Harv. L. Rev.* 906, 910-916 (1931). また、マコーマン

クの証拠法ハンドブックも、推定法則の背景をなすポリシーの考慮は、陪審による認定段階においても妥当し、裁判官は陪審に対する説示の中で、推定法則に従って認定すべきことを説明しなければならぬとする。McCormick's Handbook of Evidence, 2d. Ed. §345, at 812-826 (1972).

- (4) チャールズ・A・ライント (Charles A. Wright) とケネス・W・グラハム (Kenneth W. Graham, Jr.) は、連邦議会が採用したのは中間的理論であるが、相対的にはセイヤーとウイグモアの见解に近づくられる。Wright, C. A. and Graham, C. W., *Federal Practice and Procedure* §5122, at 571 (1977). 連邦証拠規則第三〇一条の制定過程については、小林秀之『アメリカ民事訴訟法』二四一頁以下 (一九八五年) 参照。なお、高見進「アメリカにおける推定についての一考察―推定の抵触について―」三ヶ月博士古稀記念『民事手続法学の革新(中)』四〇三頁以下所収、四〇六頁以下 (一九九一年) 参照。

(5) *Fletcher v. Peck*, 10 U. S. (6 Cranch) 87, 3 L. Ed. 162 (1810).

(6) 10 U. S. 128.

(7) *Borden's Farm Products Co. v. Baldwin*, 293 U. S. 194, 79 L. Ed. 281 (1934). 事案については前出第二章第一節参照。

(8) 293 U. S. 209.

(9) *United States v. Carolene Products*, 304 U. S. 144, 82 L. Ed. 1234 (1938). 本判決ならびに二重の基準論に関する文献は数多いが、とりあえず、芦部信喜「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」同『憲法訴訟の現代的展開』六五頁以下所収 (一九八一年、初出一九七七年) 及び松井茂記「二重の基準論についての一考察―Carolene Products 判決の脚注四とその歴史的脈―」佐藤幸治『初宿正典編』『人権の現代的諸相』八五頁以下所収 (一九九〇年) 参照。

(10) 304 U. S. 144, 152. なお、脚注の起草・修正過程に関しては、松井・上掲論文九四頁以下参照。

(11) Thayer, J. B., *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 Harv. L. Rev. 129 (1893).

(12) *Id.* at 129-138.

- (13) *Id.* at 148-150.
- (14) *Id.* at 151.
- (15) Note, *The Presumption of Constitutionality Reconsidered*, 36 *Colum. L. Rev.* 283, 286-287 (1936).
- (16) *Karst, K. L., Legislative facts in constitutional litigation*, 1960 *US Supreme Court Review* 75, 87-88 (1960).
- (17) *O'Gorman and Young, Inc. v. The Hartford Fire Insurance Company*, 282 U. S. 251, 75 L. Ed. 324 (1931). *O'Gorman* 判決では、保険会社から州内の代理店に対し支払われるべき手数料の率を一定の額に制限したニュージャーシー州法が、契約の自由を侵害し違憲ではないかが争われた。原告（代理店）から被告（保険会社）に対する手数料の支払いの請求に対し、被告は州法で手数料は一定額に定められている旨の答弁をしたが、原告は州法の違憲性を理由に答弁を斥けるよう申し立てたものである。申し立ては概括的にしか述べられておらず、しかも記録中にはそれを裏づける宣誓供述書も見当たらなかったため、州の下級裁判所は申立を却下した。連邦最高裁判所段階における原告の書面はやや詳細に違憲性を主張していたが、連邦最高裁判所（ブランドイス裁判官の法廷意見）は、「本件で問題となっている制定法は明らかに規制権限（police power）の範囲内の事項を扱うものである。……基礎をなす事実の問題（underlying question of fact）がこの種の立法の合憲性を左右する可能性がある場合には、制定法を覆すような記録的事実的基礎のない限り、合憲性の推定が支配すべきである。…不合理性を示すような事実主張は何ら存在しない。」と述べて実体的当否の審理を拒絶した。法廷意見を書いたのが、立法事実の当事者型顕出手段としてのブランドイス・ブリーフの発案で知られるブランドイス裁判官であったことも考えると、本件における合憲性推定則適用に際しては、当事者の立法事実提出努力へのインセンティブも考慮されているように思われる。
- (18) *Leurel Hill Cemetery v. San Francisco*, 216 U. S. 358, 54 L. Ed. 515 (1910). この事件は、サンフランシスコ市内・同郡内における遺体の埋葬を禁止したカリフォルニア州法の合憲性が問題となったものである。同法は生命への危険及び公衆の健康への被害の防止を目的として謳っていたが、原告からは、そのような危険は存在しない旨の科学者による意見が提出された。しかし、ホームズ裁判官の法廷意見は、本件においては論理よりも伝統と社会慣習が重要であり、密集都市における埋葬の規制と禁止は西洋世界において古くから広く行われているとして、同法は合憲であると判示した。これは、事実判断というより

も事件の背景にある法文化的な価値判断によって解決を図った例であり、従って、事実顕出の努力によっては、合憲性が覆される可能性が低い事案であったとみることもできる。

- (19) *Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co.*, 220 U. S. 61, 78, 55 L. Ed. 369, 377 (1911). 天然鉱物資源の保護を定めたニューヨーク州法の違憲性をガソ会社が主張した事件。判決は「支持するような何らかの事実状態が合理的に想定され得る (any state of facts reasonably can be conceived that would sustain it)」場合には、そのような事実状態の存在が推定される旨を説く。この判決においては、表面上は事実状態の存在の推定という形式をとっているが、実際には立法府に対し、一定の範囲において事実認定面での裁量を許容したものとみることも可能であり、事実判断というよりは法的判断に接近しているように思われる。

〔補論②〕 注

- (1) Weber-Grellet, H., *Beweis- und Argumentationlast im Verfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Bundesverfassungsgericht* (1979).
- (2) A. a. O., S. 21 f.
- (3) Weber-Grellet, a. a. O. (Anm. 1), S. 55 ff. なお、論証の質と証明度との異同が問題となろうが、彼が両者の関係をどうとらえているのかは明瞭でない。
- (4) Weber-Grellet, a. a. O. (Anm. 1), S. 34 f. なお、憲法において原則—例外関係が明文上示されたものとして、連邦と州との関係におおつて、州への権限帰属推定について定めたドイツ基本法第三〇条の規定が挙げられている。
- (5) A. a. O., S. 35 f.
- (6) A. a. O., S. 36. ドイツにおける危険領域説に関しては、とりあえず、吉野正三郎「製造物責任訴訟の現状と課題」『西ドイツ民事訴訟法の現在』三七頁以下所収、四九頁以下（一九九〇年、初出一九八八年）、池田象男「危険領域論の現状」民事訴訟雑誌三八号二四四頁以下（一九九二年）など参照。

- (7) A. a. O., S. 37 f. 証明妨害に対する制裁としての証明責任転換に関する全般的紹介としては、春日偉知郎「証明妨害—ドイツの判例・学説によせて—」（原題・「証明妨害をめぐる近時の動向—西ドイツの医療過誤訴訟における証明妨害を手掛りとして—」）同『民事証拠法研究』一九一頁以下所収（一九九一年、初出一九八〇年）がある。
- (8) Weber-Grellet, a. a. O. (Anm. 1), S. 38.
- (9) A. a. O., S. 45 ff. なお、このような分配基準は、既にエセルハルト・グラビッツ (Eberhart Grabitz) によって比例原則違反の証明責任に関連して説かれていた。ヴェーバー・グレレはグラビッツの分配基準をすべての基本権に一般化したものと云ふべきであらう。Grabitz, F., Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AR 98, 568, 616 (1973).
- (10) ヴェーバー・グレレは、「強調されるべきであるのは、個々の基本権が全て多様な段階に分配され得るとは限らず、同じ一つの基本権の内部において多様な原則が妥当し得るということである」と述べる。Weber-Grellet, a. a. O. (Anm. 1), S. 48. このことは、ヴェーバー・グレレが、同じ職業選択の自由について、それが客観的許可要件による制限であるか主観的許可要件による制限であるかにより、異なった証明責任分配を主張する点に明確に現れている。なお、許可要件の区分論に関しては、前出第三章第二節の【判例 D 8】（手工業法に関する＝主観的許可要件）及び【判例 D 9】（薬局配置に関する＝客観的許可要件）も参照。
- (11) A. a. O., S. 47 f.
- (12) もっとも、前二者の領域において、「立法者」が証明責任を負うと述べている限りにおいて、ヴェーバー・グレレは規範統制手続の一方当事者を（実質的には）立法者とみるものなのである。
- (13) Weber-Grellet, a. a. O. (Anm. 1), S. 49. なお、この場合の「訴訟の相手方」は、「訴訟者」とは異なり、連邦憲法裁判所法上用いられた語ではなから。Pestalozza, C., Verfassungsprozessrecht, S. 170 (1991). ヴェーバー・グレレによれば、訴訟の相手方は、憲法訴訟が法規に対して向けられている場合には立法者、裁判（判決など）に対して向けられている場合には裁判所であるという。なお、ヴェーバー・グレレが法規に対する憲法訴訟を、機能的には基本権の担い手によって遂行される規範

統制としていふべきであらう。Weber-Grellet, a. a. O. (Anm. 1), S. 25. 参照。

(14) Meder, G., Das Prinzip der Rechtsmäßiger Vermutung, dargestellt für die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, S. 56 ff. (1970).

(15) Weber-Grellet, a. a. O. (Anm. 1), S. 53.

(16) Maunz, T. = Schmidt-Bleibtreu, B. = Klein, F. = Ulsamer, G., Bundesverfassungsgerichtsgesetz § 23. 7. (1979), § 26 Rn. 1 (1987). なお、マウンツの上掲書の第 13 条注釈にもつては、同条第 1 項にいう「申立 (Antrag)」が、具体的には基本権喪失 (第 36 条)、政党違憲決定 (第 43 条)、機関権限争訟 (第 63 条) などの場合における「申立」のほか、連邦大統領訴追 (第 91 条) における「訴追 (Anklage)」、具体的規範統制 (第 80 条) などの場合における「提出 (Vorlage)」及び憲法訴願 (第 90 条) などの場合における「訴願 (Beschwerde)」を指すものとされている。おそらく、証明責任を負うべき「申立人 (Antragsteller)」についても、具体的には各手続ごとに定められた申立人・訴追権者・提出裁判所及び訴願者を入れて包含させる趣旨であらう。

(17) Gentz, M., Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, 1600, 1606 f. (1968). なお、比例原則 (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) とは、国家行為の目的と手段の間の関係を規律する原理であり、全ての基本権制約を限界づけるものであるとされる。広義の比例原則は、(1) 目的と手段との関連性に関する「適合性 (Geignetheit)」、(2) 手段の最小限性に関わる「必要性 (Erforderlichkeit)」、及び (3) 目的・手段の均衡に関わる「均衡性 (Proportionalität)」(狭義の比例原則) の三種に区分される。ゲンツによれば、比例原則の内容をなす諸原則のうち、(1) 目的と手段の「均衡性」に関する真偽不明は、原則として市民の側の負担に帰するが、(2) 手段の「適合性」及び「必要性」に関しては、侵害国家機関に与えられた裁量の余地の有無により、その証明責任が定まるといふ。なお、ドイツの比例原則と、アメリカにおける目的手段モデルとの内在的類似性も、司法府による立法的・政策的判断の枠組み一般との関連で注目し得る。わが国において比例原則を分析した文献としては、青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」芦部信喜選集記念「憲法訴訟と人権の理論」五九頁以下所収 (一九八五年)、須藤陽子「行政法における『比例原則』の伝統的意義と機能」(一) ～ (三)・完」東京都立大学学

会雑誌三二卷一三三頁以下（一九九〇年）、三二卷一五〇一頁以下（一九九一年）、同二号一〇一頁以下（一九九一年）がある。