

## 裁判による法創造と事実審理 (三)

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 (以上前号)

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—— (以上本号)

第二節 比較法的検討(二)——ドイツ法——

## 第三節 小括

## 第五章 日本法

## 終章

## 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——

第二章及び第三章における検討を通じて、裁判による法創造を合理的・客観的なものとするために、客観的な事実的基礎に立脚することの必要が認識されるに至っていることをみた。このことは、とくに消極的立法権能の行使とでもいふべき違憲審査の場面において最も典型的に現れるが、同時に、違憲審査の場面に尽きるものではないことも示された。このような裁判による法創造作用を支える事実を表現するために、当面、緩やかな意味で「法創造事実」の語を用いることとする。

さて、法創造事実の認定の必要性が認識されるや否や、直ちに湧き起こってくるのは、その訴訟の場面における取扱いに関する疑問である。

すなわち、まず、第一に、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、との疑問が生ずる。現在、一般に、独立した法主体たる個人による法律関係の自主的形成を重んずる諸国の民事訴訟法理論においては、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が通例である。このような——わが国において弁論主義と呼ばれるところの——訴訟原則は、果たして、法創造事実の認定の際にも妥当するのであろうか。

第二に、このような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が

生ずる。この疑問は、法創造事実の認定のためにならざる訴訟制度を整備すべきかという立法論的課題をも誘発する。第三に、法創造事実を訴訟法理論上に位置づけるべきか、という体系上の問題が生ずる。この問いは、とくに成文法体系を前提とする諸国の訴訟理論において、より切実性を帯びてくることになる。

そして、第四に、法創造事実につき真偽不明が生じた場合に裁判所はいかなる判断をなすべきか、あるいは法創造事実を提出すべき行為規範的な義務は存在するのか、という問題が提起される。これは、通常の法適用過程において、証明責任(立証責任)論の場面で扱われる諸問題に対応するものである。

本章では、これらの問いに対する解決のための手がかりとして、アメリカ及びドイツにおける理論及び制度の状況を検討することにする。

## 第一節 比較法的検討(一)——アメリカ法——

### 一 概観

本節では、立法事実(legislative fact)に関するアメリカ法上の取扱いを、訴訟法的見地から探究することにした。たい。

アメリカにおいては、わが国における弁論主義に相当するところのアドヴァーサリー・システム〔対審構造〕(adversary system)が、基本的な訴訟構造として承認されている。もっとも、アドヴァーサリー・システムは、ドイツ法(ならにはその影響下にある日本法)における弁論主義(Verhandlungsmaxime)とは異なり、訴訟内準則と

いうよりは、制度を支える背景理念としての側面が強い。<sup>(1)</sup> そのため、アメリカにおいて、アドヴァーサリー・システムと立法事実との関係に触れた論稿も、法創造型訴訟の登場の及ぼす理念的インパクトに関わるものが中心である。また、証明責任 (burden of proof) との関係についても、明確な定式化がなされているとはいえない。他方、これとは対照的に、立法事実の具体的な顕出方法について、アメリカ法は豊富な選択肢を有しており、それぞれについて興味深い発達が見られる。このような状況に鑑み、本節においては、アドヴァーサリー・システムと立法事実に関する議論状況につき、簡単に概観した上 (本節二)、立法事実の各種顕出方法につきやや立ち入った分析を試み (同三)、さらに、証明責任との関係について言及 (同四) することにした。<sup>(2)</sup>

## 二 立法事実とアドヴァーサリー・システム

### 1 問題点

立法事実の審理に際しては、弁論主義が妥当すべきであろうか。このような着目は、すでにアメリカ法においても見られる。以下においてその一端を見ることにする。

### 2 アメリカにおける近時の理論の動向

#### (一) はじめに

アメリカにおけるアドヴァーサリー・システムの概念は、わが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い。むしろ、弁論主義をも包括した訴訟制度の構造を表現した語としての面をもつ。しかし、その主要な発現が、訴訟資料の当事者提出原則であること自体については異論がない。<sup>(3)</sup>しかし、近時は、アドヴァーサリー・システムの根拠自体を再検討しようとする動きがみられる。そのような見解のうち、法創造型訴訟との関係に論及するものとして、エレン・E・スワード (Ellen E. Sward) の見解に着目することにした。<sup>(4)</sup>

(二) スワードの見解—法創造とアドヴァーサリー・システム

(1) アドヴァーサリー・システムの内容と根拠

スワードは、アドヴァーサリー・システムの内容の確定から検討を始める。彼女は、アドヴァーサリー・システムを、当事者双方に発言権 (voice) を認めるという形での手続保障の一環として捉えた上で、その要素 (element) を、(1)資料収集における当事者責任と、(2)裁判官の受動性、とに分かつ。<sup>(4)</sup>

そして、アドヴァーサリー・システムの存在根拠 (rationale) についても、各要素ごとに異なった面が重視される。(1)の要素(資料収集の当事者責任)との関連で重要であるのは、(a)「情報面に基づく根拠 (information-based rationale)」であるという。そして、これは、換言すれば、個人の利害動機に基づく真実発見を目指すものである点で、同時に、「動機面に基づく根拠 (motive-based rationale)」でもあるという。次に、(2)の要素(裁判官の受動性)との関連では、(b<sub>1</sub>)「意思決定者の公平中立性 (impartiality) 及び (b<sub>2</sub>)「訴訟の予見可能性 (predictability) の要請が重視されるといふ。<sup>(5)</sup>さらに、スワードは、アドヴァーサリー・システムの背景に、(c)「個人の尊厳 (individual

dignity)」の理念が存在することも疑いないとする。そして、(c)は、個人自治 (autonomy of the individual) の理念と結び付くという<sup>(6)</sup>。さらに、スウォードは、アドヴァーサリー・システムの史的展開の分析を踏まえ、その普及要因として、証拠からの事実認定を重視する合理主義の思考様式が社会のすみずみにまで浸透するに至ったことを重視している。<sup>(7)</sup>

## (2) アドヴァーサリー・システムの変容

このようにアドヴァーサリー・システムの内容と根拠が把握された上で、スウォードは、現代型訴訟において、非アドヴァーサリー的要素 (non-adversarial elements) が強まるに至っていることを指摘する。これは、アドヴァーサリー・システムの前提としていた諸条件が現代において変容したことに基づくものであるという。その現れとして、①当事者間の情報格差の自覚によるディスカヴァリー制度の導入、②裁判官の積極化とケース・マネジメントに関する議論の登場、及び③専門的事項に関する裁判所の設置の拡大などの現象が検討される。スウォードは、これら個別のな発現形態を検討した後に、次のように総括する。すなわち、訴訟は、伝統的には高度に個人主義的な紛争解決方法であったが、いまや裁判所はそれにとどまらず、社会的な準則形成・行動修正的訴訟 (rule-making and behavior-modifying litigation) の場でもある。そこでは、非個人主義的な要素が前面に出て来ざるを得ず、その限りにおいて、アドヴァーサリー・システムが後退せざるをえないというのである。<sup>(9)</sup>

## (三) その他の見解

スウォードの議論では、アドヴァーサリー・システムの限界画定を超えて、むしろ職権主義的な側面への親近性が

強調される。これは、訴訟遅延防止の場面などにおいて、裁判官の管理者的側面 (managerial judging) が強調されるようになった最近の理論動向による影響を受けたものである。<sup>(10)</sup>しかし、伝統的なアドヴァーサリー・システムを前提とする議論においても、同様の問題意識は、すでに芽生えていたことが着目される。裁判所の情報フロー (information flow) の側面からアドヴァーサリー・システムの前提条件の限界を指摘したミラー・パロンの論文 (前出第二章第一節参照) はその顕著な例であろう。すなわち、ミラー・パロンは、アドヴァーサリー・システムの採用の背景に存する想定 (事実顕出責任の当事者間分配など) が、多数の政策的な命題の提出などによって非現実化していることを指摘したのである。<sup>(11)</sup>

#### (四) 小括

アドヴァーサリー・システムは、わが国の弁論主義と全く同一のものではない。その意味で、アメリカにおける理論傾向をそのままわが国において援用することはできない。しかし、以上においてみたように、法創造型の訴訟の登場に伴い、わが国の弁論主義に近似する訴訟原則につき、争点の性質に応じた修正の必要性が自覚されつつあることは、わが国にとっても示唆的であるといえよう。

### 三 立法事実の顕出方法

#### 1 通常の証拠調べの方法の限界

アメリカにおける立法事実の顕出方法は、通常の証拠調べによる方法とそれ以外の方法とに分けて論じられる。

前者の通常の証拠調べに属する方法として、具体的には、①公刊資料を証拠として提出する方法、または②専門家証人 (expert witness) の証言もしくはそれに代わる供述録取書 (deposition) の提出が用いられる。<sup>12)</sup>

しかし、こうした通常の証拠調べの方法は、トライアル (事実審理) 裁判所 (trial court) においては用いることができるが、上訴審裁判所 (appellate court) においては用いることができない。すなわち、上訴裁判所 (アメリカにおいては第二審以上) は原則として法律問題 (question of law) について判断することとされているため、通常の証拠調べの方法による立法事実の顕出は上訴審段階では行われぬ。従って、立法事実についてトライアル裁判所段階での審理が尽くされていない場合には、差戻し (remand) を行って、下級審にさらに事実審理を尽くさせるか、さもなければ次に述べる特別の方法によって顕出しなければならないこととなる。

## 2 特別の顕出方法

通常のトライアル段階での証拠調べ以外の特別な立法事実顕出方法としては、その顕出主体によって(1)職権型、(2)当事者型、及び(3)第三者型の三種を区別することができる。これらの方法は、事実審 (トライアル裁判所) 及び上訴裁判所の双方においてこれを用いることができるが、とくに、本来の証拠調手続を予定しない法律審たる上訴裁判所の場合には、これらの特別の顕出方法のもつ重要性がより大きくなる。

### (一) 職権型——司法確知

#### (1) 概観



アメリカにおいて、裁判所が自己のイニシアティブをもって立法事実の収集にあたることのできる方法としては、司法確知 (judicial notice) の利用が挙げられる。

司法確知は、わが国においては、通常、不要証事実(顕著事実)に相当するものと捉えられているようである。<sup>(13)</sup>しかし、司法確知の概念は、きわめて多面性を有するものであることに気づく。これは、司法確知の概念規定自体のあいまいさにも由来するのであるが、その背景には、司法制度及び証拠法の理論体系の差異が控えている。司法確知の概念規定の多様さに関しては、少なくとも、次のような諸点を指摘することができよう。

第一に、陪審制を採用するアメリカにおいて司法確知という語が用いられる場合には、認定の主体が裁判官であるという点にしばしば力点が置かれる。アメリカにおいては、事実の原則的な認定者は陪審である。従って、アメリカで司法確知といった場合には、まず、陪審によらない認定である点が自覚されているのである。

第二に、司法確知は、裁判官が自発的・能動的に証明主題を探索し、事実の解明に乗り出す趣旨をも含む。この場合には、わが国でいう職権探知に近似することになる。この場合、しばしば、予断排除原則 (blank pad rule) との相克が問題とされる。この点で、わが国における民事訴訟法学上の議論と多少様相を異にしている。

第三に、司法確知の対象に着目した場合、その典型は、争いの余地のないほど明白 (indisputable) な——わが国でいう顕著な事実と相当する——事実である。すなわち、ここでは、証拠によらない事実認定の許容という側面に重点が置かれる。わが国では、顕著な事実は、自白された事実と並列させて、不要証事実として位置づけられる。しかし、アメリカでは、いわば、不要証であることと職権探知がなされることは明確には区別されていないのである。この点は、逆にわが国における不要証の概念に反省を迫る面をも有している。

以上のような基本的差異を念頭に置いた上で、司法確知一般及び立法事実の司法確知に関する制度と理論の展開を

検討することにしたい。

(2) 司法確知の背景的思想——予断排除との緊張関係

司法確知の存在意義は、次のように説明される。すなわち、本来、裁判所は証拠に基づいて認定を行なわなければならない。すなわち、「裁判所として正式に確知せざる限り、裁判官の私知は考慮してはならない (non refert quid notum sit iudici, si notum non sit in forma iudicii)」という法格言に示される予断排除の要請である<sup>(14)</sup>。この予断排除の要請は、白紙ルール (Blank pad rule) とも呼ばれる<sup>(15)</sup>。

しかし、白紙ルールを徹底すると、いかにも不都合な事態が生ずる。すなわち、かりに全ての事実について、証拠調べが必要であるとすると、例えば、常識に属する事項についてまで、事実審理を要することになる。しかし、これは現実的ではない。従って、裁判官・陪審員は、経験と知識の蓄積を事実認定において利用することが許容されるべきことになる。ここから、司法確知の必要が生ずるといふ<sup>(16)</sup>。そして、この司法確知の発想は、「明白なる事実<sup>(17)</sup>を要せず (manifesta non indigent probatione)」との法格言に示される<sup>(17)</sup>。

しかし、このような存在根拠から判明するとおり、司法確知は、予断排除ないし白紙ルールの要請との緊張の中に定位せざるをえないのである。

(3) 司法確知に関する理論の対立

司法確知の理論の形成に与って力があつたのは、ジェイムズ・B・セイヤー (James B. Thayer) である。セイヤーの考え方は、ジョン・H・ウィグモア (John H. Wigmore) にも受け継がれる。しかし、司法確知については、

これを別の角度から把握しようとする動きも生じた。エドムンド・M・モルガン (Edmund M. Morgan) の理論がそれである。

両理論の対立は司法確知の要件、効果及び手続規制の点に表れる。すなわち、まず、①司法確知の要件として、対象となる事実ほどの程度明白なものであることが必要であるかという点が問題となり、次に、②その効果が終局的なものであるかどうか、いいかえれば、当事者による反証の余地が残されているかどうか問題となる。最後に、③司法確知に際しての当事者の手続保障の要否が問題となる。

#### イ セイヤー及びウイグモアの理論

まず、セイヤーの見解をみよう。セイヤーは、司法確知について本格的に論じた最初の論者である。もっとも、セイヤーは、前記の諸点のうち、主に①の点について触れるにとどまり、他の点については、その理論を受け継いだウイグモアによる深化にまたねばならなかった点には留意が必要であろう。

セイヤーの理論の特色は、司法確知する事実について、それが議論の余地のない——不可争 (indisputable) な——ものであることは要しないとする点にみられる。すなわち、セイヤーによれば、裁判所が司法確知を行うにあたって、必要とされるのは、表見的認識 (prima facie recognition) にとどまり、当該事実について論争の余地が存在しても差し支えないという。<sup>(18)</sup>

次いで、ウイグモアによる検討が現れる。彼は、セイヤーと同様、司法確知の対象は、不可争なものには限らないとしてその範囲を広く認めつつ、その効果 (前記②の点) については、終局的なものではなく、相手方による反駁及び陪審による異なった認定の余地を肯定する。また、相手方の手続保障 (前記③の点) についても触れている。

ウィグモアは、司法確知の効果につき、事実について司法確知がなされるといふのは、本来提出されるべき証拠によらずして、事実が真実として扱われることをいうとする。そして、相手方は証拠によって事実を争うことを妨げられないとする<sup>(19)</sup>。そして、司法確知された事実について相手方による争点化が認められる以上、陪審もまた、裁判所が司法確知した事実について、裁判所とは異なる認定を行うことができる<sup>(20)</sup>とする。もっとも、裁判所が判断権限を有する事実についてはこの限りではないという。

このようなウィグモア説の背景には、司法確知の制度目的に関する次のような理解がある。すなわち、ウィグモアは、司法確知の手続が、本来、主として立証の迅速化 (expedition) を図るための手段であるとするのである<sup>(21)</sup>。

次に、相手方の手続保障につき、ウィグモアは、司法確知の資料の提出についての当事者の主導権を広く認めつつ、司法確知を求める当事者は、公正の見地から (in fairness)、相手方に対し、当該資料の閲覧及び別個の資料の提出の機会を与えなければならぬとされる<sup>(22)</sup>。この点も、ともすれば広範にわたりがちな司法確知に対する、一定の手続規制を意図したものといえよう。

#### ロ モルガンの理論

セイヤー及びウィグモアの理論においては、司法確知すべき事実の範囲については、裁判所の裁量が認められており、対象事実について不可争性は要求されないとされた。そして、ウィグモアは、そのような確知の範囲の広さのいわば代償として、司法確知の効果は終局的ではなく、さらに反駁が許されるとされた。

これに対して、モルガンは、司法確知を、合理的人間の間で、その真実性につき争いの余地のないような事実に限定し、かつ司法確知についての反証を許さない立場を採る。これは、司法確知制度についてのモルガンの理解の仕方

が、そもそもセイヤーらとは異なるからである。

a 司法確知の意義

モルガンは、司法確知を論ずる前提として、事実認定者たる裁判官及び陪審は、事実上の争点について予断を抱いてトライアルを開始してはならないことを強調する。事実上の争点については、アドヴァーサリー・システムに則り、トライアルにおいて当事者の提出した資料によって判断されなければならない。しかし同時に、モルガンは、そのような事実認定の制度において、審判体 (tribunal) が、合理的に推論をなしうる能力を備えていることが前提になるとする。そして、まず、国内法に関する知識については、裁判官に探索の義務が生ずるとする。これが、「法の司法確知 (judicial notice of law)」<sup>(23)</sup> である。

次に、モルガンは事実の司法確知について論を進める。事実については原則として、裁判官または陪審による独自の探索 (investigation) は禁止される。しかし、事実認定者は、① 一般的情報 (general information)、② 一般的情報を手続において知覚した事項に関連づける能力、及び③ 両者から合理的な帰納 (deduction) を行う能力を有していることが前提となるという。そして、それらの水準は、少なくとも共同社会における合理的知識人 (reasonably well-informed persons in the community) のそれを満たしていなければならないという。陪審にこのような知識が欠けている場合には、裁判官がこれを補うべきことになる。<sup>(24)</sup> モルガンは、上述のように、事実の司法確知を、裁量的な事実認定の手段としてではなく、事実認定者の備えるべき前提条件の側面から理解するのである。この点で、モルガンの見解は、セイヤー・ウィグモア説とは、異なった見地に立脚していることになる。

## b 司法確知の対象と効果

司法確知の根拠を事実認定者の備えるべき前提条件の見地から理解するモルガン理論は、司法確知の対象につき、合理的知識人の水準に基づく限定を付するとともに、司法確知の効果についての終局性を認めることになる。まず、対象の面については、合理的知識人の備える知識について、地域的な差異が生ずることを指摘する。

すなわち、当該地域においては常識とされる事柄であっても、遠隔の地にあつては必ずしもそうではない場合がある。モルガンは、その場合には、あくまで審理判断の行われる地における水準を基準となすべきであるとし、不可争性要件に地域的な限定を設けることの必要を述べている。<sup>(25)</sup>これは、後に連邦証拠規則に取り入れられることとなった。次に、効果の面につき、モルガンは、司法確知と推定理論との共通性を指摘しつつも、両者を厳格に区別すべきであるとす。すなわち、司法確知も推定も、ともに、事実の真実性ないし蓋然性を基礎とするが、その蓋然性の程度において差がある。推定される事実については、反証が許される。しかし、司法確知される事実は、終局的に真実なものとして確知される。従つて、司法確知された事実については、もはや反証は許されないという。逆に言えば、そのような効果を承認する反面として、司法確知のために必要とされる蓋然性は、合理的人間が疑いを差し挟まないような程度、すなわち不可争 (indisputable) な程度に達していなければならないという。<sup>(26)</sup>

## (三) 現行規定の概要と理論的背景

このようなセイヤー<sup>11</sup>ウイグモア説〔範囲無限定・反証可能説〕と、モルガン説〔範囲限定・反証不能説〕との対立の中で、現行規定は、モルガン流の見解に立脚して制定されることとなった。しかし他方で、同規定は、司法事実

の司法確知のみをその規律の対象とし、立法事実については規定しなかった。そのため、立法事実の司法確知については、さらに学説上の議論の余地が残されることとなった。

(1) 現行規定

現在、司法確知を規定するのは、一九七五年に制定された連邦証拠規則 (Federal Rules of Evidence) 第二〇一条である。

「規則第二〇一条 [司法事実の司法確知]

- (a) 規則の射程範囲。本規則に服するのは、司法事実 (adjudicative fact) の司法確知だけに限る。
- (b) 事実の種類。司法確知される事実は、(1) トライアル裁判所の土地管轄権の範囲において一般的に知られているか、または(2) その正確さについて合理的な疑問をさしはさむ余地のない情報源に頼ることにより、正確かつ容易に決することができる点において合理的な議論の対象とならない (not subject to reasonable dispute) ものでなければならない。
- (c) 裁量的に行われる場合。裁判所は、要求の有無を問わず、司法確知をすることができる。
- (d) 必要に行われる場合。当事者の要求があり、かつ必要な情報が与えられている場合には、裁判所は司法確知を行わなければならない。
- (e) 意見聴取の機会。当事者には、時宜を得た要求により、司法確知の適切性及び確知の趣旨に関して意見聴取 (聴聞) の機会が与えられる。事前の通知がない場合には、その要求は司法確知の後に行うこともできる。
- (f) 司法確知の時期。司法確知は手続のいかなる段階でも許される。
- (g) 陪審への説示。民事訴訟ないし手続においては、裁判所は、陪審に対し、司法確知された事実はすべて争うことができな

いものとして認められるよう説示する。刑事事件においては、裁判所は、陪審に対し、司法確知された事実を争うことのできないものとして認めることも可能であるが、要求されるわけではないと説示する。<sup>(27)</sup>

同規定の最大の特徴は、適用範囲が司法事実に限定されている点に存する (a)項) が、この点については後に検討することとし、その他の要件と効果について概観する。

まず、司法確知の対象となる事実についての要件が定められている。司法確知の対象となるためには、その事実が、(1)管轄区域の範囲内において公知 (generally known) のものであるか、または(2)争いの余地のない資料から容易に知ることができるものであることが要求される (b)項)。これらの要件は合わせて不可争性 (indisputability) の要件と呼ばれることがある。<sup>(28)</sup>

次に、事実認定に与える効果が終局的で反証を許さないかどうかについても明文で定められている。これは、とくに、裁判官と陪審との認定の調整の側面から定められている。すなわち、(f)項から分かるように、司法確知される事実については、民事事件においては陪審の認定が排除されるのに対し、刑事事件においては陪審が異なる認定をなすことも妨げられない。つまり、少なくとも民事事件においては、裁判官による司法確知は終局性を有することになる。これに対して、刑事事件においては、さらに、陪審の心証形成が介入する余地が残されることになる。

## (2) 従来 の理論との関係

連邦証拠規則第二〇一条の規定は、モルガン説の影響を強く受けていることが明らかである。すなわち、モルガン説の影響は、まず、司法確知の対象事実について、不可争性の要件が要求され、対象が限定されている点に表れてい



る。とくに、不可争性について、地域的限定性が考慮されていることは、まさにモルガンの所説の反映と見ることができよう。

次に、少なくとも民事事件については、判断の終局性が承認されている点に、部分的な影響が看取されるといえよう。陪審の一般的知識を裁判官が補う責任を負っていることを承認するモルガンの見解からは、裁判官の認定の優先が自然に引き出されるからである。

さらに、司法確知について、認定の終局性のいわば代償として、当事者の保護 (protection) が図られている。このような取り扱いについては、すでに、ウィグモアによっても萌芽的な主張がなされていたが、直接的には、モルガンの見解の影響が色濃く表れている。<sup>(29)</sup>

#### (四) 立法事実の司法確知

##### (1) 問題状況——連邦証拠規則第二〇一条の適用範囲

連邦証拠規則第二〇一条はその(a)項において、明文をもって規則の射程範囲を「司法事実」に限定している。<sup>(30)</sup>

このような規定形式の採用の結果、「立法事実」の司法確知がどのような規律のもとに置かれるのかについては、解釈に委ねられざるを得ないこととなった。とくに、立法事実の司法確知について、現行規則第二〇一条「司法事実の司法確知」の規定内容を及ぼすことができるのか、また、もし同条をそのまま用いることができないとすれば、どの程度異なった取扱いがなされるのかについて不明確さが残されることになったのである。

その中でもとくに、①不可争性要件の要否、②確知された事実についての認定は終局的であるか否か、及び、③同

条(e)項において要求されているところの、当事者に対する手続保障の要否、について、解釈上の疑義が残されていた。

これら諸点に関しては、前述のセイヤー<sup>11</sup>ウィグモア理論によれば、そもそも司法確知一般につき、不可争性(顕著性)の要件や手続保障が弱められる代わり、確知された事実については、反駁が可能となるであろう。従って、司法事実・立法事実のいづれについても、同条に定められたような規律は適さないとされることになろう。

では、前述のモルガンの理論による場合はどうか。モルガンは、司法確知につき規律を設ける代わり、認定の終局性と当事者の手続保障を確保しようとする。従って、結論は、モルガンの前提とする限定された対象事実<sup>12</sup>に、立法事実が含まれるかどうかによって決められることになるであろう。

しかし、この点に関し、モルガン自身は、少なくとも法の探索の領域については、裁判所の広い裁量を承認していた。モルガンいわく、「国内の法原則の内容と適用可能性を決するにあたっては、裁判官は無制限に調査し結論を出すことができる。裁判官は一方または双方の当事者の提案を排斥してもかまわない。裁判官は彼の参照すべき適切なデータの源にあたることもできるし、それをしなくてもかまわない。裁判官は説得的なデータを求めて独自の調査をすることもできるし、手持ちの、または当事者の提出した資料だけで満足してもかまわない。……当事者は単に補助者にすぎない……当事者は手続を支配することはできないのである」と<sup>31</sup>。

そして、このようなモルガンの見解が、立法事実の司法確知に関する立法者の見解に影響を与えた形跡がある。項を改めて述べることにする。

## (2) 規則制定諮問委員会の見解―裁判所裁量説

「立法事実」の司法確知について、起草者の意図はどのようなものであったのであろうか。規則制定の諮問委員会

(advisory committee) の注釈は、同条の立法経過について、大要次のように説明する。

立法事実の取扱いに関する規定が第二〇一条において全て省略されたのは、司法事実と立法事実との根本的相違の結果であるという。すなわち、「特定事件の事実 (the facts of the particular cases)」としての司法事実は、通常、証人の証言を中心とした証拠調べによって認定され、合理的な議論の余地の存在しない場合にのみ証明が不要とされる。これに反し、「裁判官または裁判所による法原理・判断の形成における」と、立法府の法制定におけることを問わず、法的推論と法創造過程において重要をもち事実 (the facts) which have relevance to legal reasoning and the lawmaking process, whether in the formulation of a legal principle or ruling by a judge or court or in the enactment of a legislative body)」としての立法事実の認定方法は司法事実の場合とは大きく異なるという。<sup>(32)</sup>

諮問委員会の注釈は、立法事実の顕出方法につき、国内法の探索に関し、裁判所の裁量を認める前記のモルガン説を引用する。そして、同注釈は、立法事実への対処はこのようなモルガンの所説に従ってなされなければならないとする。諮問委員会の注釈いわく、「争いの余地の不存在という形での制限を課することも、聴聞を行ない、聴聞を受けもしくは書面を交換する機会を与えることに当然伴う要件以外の正式の要件を設けることも、またいかなる程度であれ正式な認定の要件を設けることも、いずれも不適當である。しかしながら、適切な状況において通常の経路を通じて証拠を入手する可能性は開いておくべきである」と。このように、立法事実の司法確知は、司法事実のそれとは全く異なっているがゆえに、規則第二〇一条は同条による司法確知の対象を司法事実に限定したのであるという。<sup>(34)</sup>

以上のような諮問委員会の説明に従えば、立法事実の司法確知には何らの要件も設定されてはならず、範囲・方法ともに完全に裁判所の裁量に委ねられることとなる。

## (3) デイヴィスの見解——手続保障導入説

## イ 裁判所裁量に対する批判

立法事実の司法確知につき裁判所の裁量を肯定する諮問委員会の見解に対しては、ケネス・C・デイヴィスが批判を行っている。この批判は、諮問委員会の援用するモルガンの見解の射程範囲に関わる。すなわち、モルガンのいう当事者による手続の支配の不可能性は、立法事実の司法確知にはあてはまらないという。すなわち、まず、デイヴィスによれば、モルガンは「国内の法原則の内容と適用可能性」について語っているのにすぎず、立法事実については何ら述べていないのであり、諮問委員会はモルガンの真意を誤解し、不当に拡張しているおそれがあるという。また、決定的かつ争いのある立法事実に関し、当事者に、裁判所に意見を述べる機会を与えないことは、適正手続 (due process) の保障に反するおそれがあるとされる。<sup>(36)</sup>

このような見地から、デイヴィスは立法事実の司法確知に関する一定の手続的規整を試みることになる。それは、とくに、規則第二〇一条の(e)項において定められた当事者への手続保障の立法事実への拡張の可否に関わる。

## ロ 当事者に対する手続保障

立法事実に関する司法確知を完全に裁判所の裁量に委ねることは妥当でないとするデイヴィスは、立法事実の司法確知に際して当事者に与えられるべき手続保障の程度を検討している。<sup>(36)</sup>

デイヴィスはまず立法事実の分類を試みる。すなわち、立法事実はその属性によって特徴づけ、分類することが可能である。その場合の分類尺度としては、次のものが挙げられている。

- (1) 特定性の程度
- (2) 中心性の程度
- (3) 議論の余地の大小
- (4) 価値判断の混入の程度
- (5) 当事者との関係の大小

デイヴィスによれば、立法事実が、(1) 一般的でなく特定のであればあるほど、(2) 当該事件において背景的でなく中心的であればあるほど、(3) 議論の余地の大きいほど、(4) 価値判断の混入しない純然たる事実命題であればあるほど、そして(5) 当事者との関係が深いほど、手続保障の要請は強くなるという。

次に、デイヴィスは手続保障の態様についても分類を試み、手続保障の態様を、①意見陳述及び反対尋問の双方を認める方式、②意見陳述だけを認め反対尋問は認めない方式、及び③意見陳述も反対尋問もともに否定する方式、の三種に分類する。

デイヴィスによれば、確かに、立法事実の属性に関する前記(1)～(5)の尺度にてらして、③の方式が妥当な場合も想定しうるが、そのような取扱いを一般化することはできないという。そして、手続保障の要請と訴訟経済の要請との調和を図る観点からは、反対尋問は認めないが意見陳述を許すという②の中間的方式が、標準形態とされるべきであ

るとい<sup>(37)</sup>う。

②の方式を標準ととらえたうえで、デイヴィスは、特定の (specific) な立法事実については、②よりもさらに進んで、反対尋問まで認める①の方式を採用することも考えられてよいとする。だが、他方で彼は、特定的か否かという基準は明確性を欠くことを指摘する。そこで、デイヴィスは、もし特定の立法事実について①の方式を採用する場合には、適切な基準を制定法上に明示することが必要であるとする。彼によれば、(1)事実が特定のであり、(2)事実問題の解決が規則・判断の形成にとって必要であり、かつ(3)必要とされる事実の完全かつ真の開示のために必要である場合を除いては、反対尋問を許容しない旨を制定法上明示することが望ましく、そうした明文規定の範囲内において、審理機関がその裁量的判断によって個々の場合における反対尋問の許否を判断するのが望ましいとい<sup>(38)</sup>う。

#### (4) 近時の動き——裁判実務

立法事実の司法確知に際し、当事者に対する手続保障を与えることが必要であるとのデイヴィスの見解は、近時のアメリカにおける裁判実務に対し、どのような影響を与えているか。その例として、前出の【判例A2】(「アスベスト訴訟」)における判示を挙げることができよう。

同事件においては、アスベストの危険性が業界において認識可能であったかどうかという立法事実上の争点が攻防の対象となったが、同事件においては、立法事実認定の手続的側面についても判示された。すなわち、連邦第三巡回区上訴裁判所のワイズ (Weiss) 裁判官の法廷意見は、「多数の裁判所及び論者は、裁判所が当事者に意見表明の機会 (opportunity for comment) を与えることなしに立法事実<sup>(39)</sup>に依拠してはならないと論じている」旨指摘し、手続保障の要請についての認識が一般化しつつあることを述べた。その上で、一連の同種事件において、「影響を受ける業

界は、関連する立法事実に関するニュージャージー州最高裁の認定に対して応答する重要な機会を与えられている。<sup>(4)</sup>」  
 として、同事件においては、実質的にみて手続保障が充足されていたと解したのである。このように、デイヴィス流の見解が裁判実務に一定程度影響を与えつつあることを看取することができる。

(5) 司法確知に関するまとめ

これまでに見たところから、司法確知とは、わが国との法制度の差異を背景とし、自由心証主義、職権探知さらには不要証事実の概念にも及ぶ広範な内容を含んだ概念であることが判明した。また、司法事実の司法確知が詳細に法定されているのに対し、立法事実の司法確知については、学説上の見解の対立がみられ、規則制定者自体が明確化を避けたことも明らかになった。しかし、その中で、次第に立法事実の司法確知の手続規制に関する輪郭が浮かび上がりつつあることは注目されてよいであろう。

もっとも、ここで、さらに問題が生ずる。すなわち、司法確知の対象となるということが明らかとなっても、それだけでは、手続法上の行為指針としてはほとんど意味を有しない。司法確知の対象となることが判明しても、とくに上訴審の場合には、差戻しによらない限りは、トライアル裁判所の行なう通常の証拠調べを行なうことができないのである。従って、司法確知を実際に遂行するための手段が検討されなければならない。ここから、司法確知を支えるための情報源の問題が生ずるのである。とくに、裁判所の限られた情報収集力を前提とする場合、情報源として、当事者ないしはそれ以外の主体（第三者）という選択肢が浮かび上がってくる。

- (二) 当事者型Ⅱ当事者書面（ブランドイス・ブリーフ）
- (1) 当事者書面の意義

法律審段階において、裁判所に対し立法事実を提供する主体としては、まず当事者を考えることができる。アメリカにおいて、当事者からの情報供給方法としては、当事者書面の提出が挙げられる。これは、ブランドイス・ブリーフ（Brandeis brief）の通称で知られている。

ブランドイス・ブリーフの名称は、後の連邦最高裁判所裁判官ルイス・D・ブランドイス（Louis D. Brandeis）が、弁護士時代に、この書面を *Muller v. Oregon* 事件<sup>(41)</sup>において初めて提出したことに由来する。同事件においては、洗濯場における女性の労働時間を最大一〇時間に制限するオレゴン州法が使用者の経済的適正手続保障を侵害するのではないかが争われた。この事件において州側の弁護に立ったブランドイスは、労働時間制限の正当性を裏づけるべく、長時間にわたる労働の女子に対して及ぼす悪影響についての多数の資料を収めた書面を提出した。ブランドイスの提出した書面には、他の州や諸外国における立法例のほか米欧における政府諸機関による九〇以上にものぼる報告の抜粋が収載されていた。<sup>(42)</sup>そして連邦最高裁判所は、同書面に大きく依拠した合憲判断を下したのである。<sup>(43)</sup>

このように、当事者書面は、裁判所の判断の基礎となるべき専門的知識に関する資料の所在を裁判所に知らせる機能を果たすものである。当事者書面それ自体は立法事実の立証手段ではないが、裁判所は、書面からその所在が明らかになった資料について司法確知を行うことによって、その真偽を確かめ、判断の根拠とすることができるのである。<sup>(44)</sup>かくして、当事者書面は、立法事実顕出の主要な方法の一つとして確立されている。<sup>(45)</sup>



(2) 当事者書面の問題点

もっとも、このように広く用いられるに至った当事者による書面提出にもいくつかの問題点が指摘される。

- イ 第一に、ブランドイス書面による提供資料について、当事者による反駁の機会が与えられない点が挙げられる。<sup>(45)</sup>
- ロ 第二に、当事者による提出書面が、肥大化する傾向を示し、連邦最高裁判所がその解読の負担にさらされるようになった点が挙げられる。連邦最高裁判所規則 (Rules of the Supreme Court of the United States) がその第二四條、第三三條及び第三四條において、連邦最高裁判所に提出すべき当事者の本案書面 (briefs on the merit) につき、その内容、体裁や頁数に関する厳しい制限を設けるに至ったのはその現れである。<sup>(46)</sup>

(3) 当事者書面に関するまとめ

以上から明らかになるように、当事者書面は、職権型と並列されるものというよりは、司法確知（職権探知）を支える情報供給手段として位置づけられている点に特色がある。これは法律審において提出される書面を、厳密な意味での証拠として位置づけることができないこととも関連する。同様のことが、次に述べる第三者型にもあてはまることになる。

(三) 第三者型Ⅱアミカス・キュリエ

第三者型の提出手段として挙げられるアミカス・キュリエは、当事者型と同様、法律審における司法確知を支える情報供給手段として位置づけられる。しかし、当事者型が、いわばアドヴァーサリーシステムとは素直に調和するの

に対し、アミカス・キュリエは、当事者以外の第三者の訴訟関与という側面をも有する。従って、アミカス・キュリエにどの程度の権能を承認するかは、アドヴァーサリーシステムの貫徹可能性という深刻な理論上の問題をも提起することになる。また、アメリカの訴訟実務においては、アミカス・キュリエが、きわめて特徴的な行動様式を示すようになった。これに対応するアミカス・キュリエに関する実定法規定にも参考になる点が多い。以下においては、まず、アミカス・キュリエの形成及び実定法規定の概要を検討し、さらに近時の展開に論及することにした。

(1) アミカス・キュリエの意義

立法事実の審理を必要とする訴訟においては、訴訟の結果につき、社会の多数の者が利害関係を有する場合が多い。このことは、まさに、立法事実の多くが、裁判における判断の訴訟当事者にとどまらない社会一般への波及効果に關する一般的事実としての性質を有していることの裏返しであるといつてよい。そこで、一定の場合には当事者以外の第三者による立法事実の顕出の方法が整備される必要が生ずる。アメリカにおいてこの役割を担っているのは、第三者がアミカス・キュリエ〔裁判所の友〕(amicus curiae)として提出する書面(amicus curiae brief)である。<sup>(48)</sup>

(2) アミカス・キュリエの史的展開

アメリカにおけるアミカス・キュリエの位置づけには大きな変遷がみられる。以下においては、判例の動向も視野に収めつつ、アミカス・キュリエの権能に関する理論の変遷をたどることとする。なお、後述するように、アミカス・キュリエに関する法規制は、連邦法上、その提出書面に関するものが存するのみであって、アミカス・キュリエの権能自体に関しては、書面に関する規定においてこれを間接的に示唆するとみられる規定がなされているものの、

権能の範囲などに関する直接の実定規定は存しない<sup>(49)</sup>。そのため、連邦法においても、各州におけるのと同様、アミカス・キュリエの権能に関する理論は判例を中心として展開している。従って、アミカス・キュリエの権能に關し、連邦レベルの判例と州レベルのそれとを区別する実益は比較的乏しいと思われる。そこで、以下においては、連邦裁判所の判例とともに、州裁判所の判例も素材に加えることとする。

イ アメリカにおけるアミカス・キュリエの登場

アミカス・キュリエの起源については、これをローマ法に求めるのが通常である。当時は、裁判官に欠如した法的知識を供給する役割を有していたとされる<sup>(50)</sup>。しかし、イギリス法を経由して、アメリカに渡ったこの制度は、同地において独自の発展を遂げるに至った。

アメリカにおいてアミカス・キュリエが初めて公式に登場したのは、一八二三年の *Green v. Biddle* 事件においてある。この事件においては、ヴァージニア・ケンタッキー両州民の間の土地上の権利の調整に關して規定した両州間の盟約 (compact) に照らして、ケンタッキー州法が有効であるか否かが問題となった。

【判例 *Ac*】 *Green v. Biddle* 事件 (連邦最高裁判所一八二三年九月期)<sup>(51)</sup>  
(事案)

ケンタッキー州は、もとはヴァージニア州に属していたため、ケンタッキー州の独立後、土地につき権利関係が錯綜していた。ケンタッキー州の分離独立時の両州間盟約 (一七八九年) によれば、ヴァージニア州法に基づき既得権は引き続き保護されることになっていた。ところが、その後定められたケンタッキー州法によれば、もとはヴァージニア州民が権原 (三三〇) を有する土

地についても、ケンタッキー州民が占有 (possession) を有している場合には、ケンタッキー州民の利益が保護される定めとなっていた。

そこで、ヴァージニア州の地主であるグリーン (Green) の相続人が、テナントたるビブル (Bible) に対して財産回復 (recovery) の請求を行ったのが本件である。本件においては、当初、原告側のみに弁護士が付き、原告側のみの弁論が行われた。(手続の経過)

法廷意見を書いたストーリー (Story) 裁判官は、本件州法の有効性に関する争点につき、被告側の弁護士による弁論 (argument) がなされなかったのは誠に残念であるとしつつ、係属後長期間経過しているので、判決をせざるをえないとして、ケンタッキー州法は無効であるとした。<sup>(52)</sup> ここで、ヘンリー・クレイ (Henry Clay) という人物が登場する。彼は、判決後、当該事件と同様の立場にあるケンタッキー州民の利益を擁護するため、「アミカス・キュリエとして (as amicus curiae)」再弁論を申し立て、それが容れられた。<sup>(53)</sup> クレイによる弁論が行われた結果、ワシントン (Washington) 裁判官による法廷意見では判断は逆転するに至った。<sup>(54)</sup>

この事件においては、弁護士の援助を受けられないまま、一旦敗訴判決を受けた被告と同じ境遇にあるケンタッキー州民の利益を擁護するため、当事者ではない第三者が、判決中の示唆に呼応して、単独で再弁論の申立てを行い、次いで弁論も行った。これは後のアミカス・キュリエに比して強度の権能であるといえる。ただ、本件が、アメリカ合衆国建国期における統治機構の整備に伴う土地権利関係の錯綜を背景とし、ヴァージニア州からの分離独立を果たしたケンタッキー州の権益も関わる特殊な事案——多数の州民に対する波及効果を有する事件——であった点に留意する必要がある。ともかく、ここで注目されるのは、アメリカで初めて登場したアミカス・キュリエは、審理の進行についても独自の権能を与えられていたことである。そのため、この事件におけるアミカス・キュリエの地位は、

むしろ今日の参加当事者 (intervening party) に近似するとの指摘がある。<sup>(55)</sup>

ロ アミカス・キュリエの権能に関する判例——当事者の権能の否定

アミカス・キュリエが、裁判所に対し情報提供を行うことは、いわば本来的な権能に属するものとして、当然に承認される。<sup>(56)</sup>しかし、このような情報提供の範囲を超える当事者的な権能は、アミカスに対しては承認されない傾向が現れた。判例において、アミカス・キュリエに対して承認されなかった権能の例としては、プリーディング提出権、再弁論申立権及び独立上訴権が挙げられる。

a 再弁論申立権の否定

前述したように、アメリカにおいて初めて出現したアミカス・キュリエは、上訴審における再弁論の申立を行う権能を与えられていた。しかし、このような権能はその後の判例において、否定されることになった。州レベルの判例として次のものがある。

【判例 A 4】 City of New Orleans v. Liberty Shop, Ltd. 事件 (ルイジアナ州最高裁判所 [第二審] 一九二四年一月三日)<sup>(57)</sup>  
(事案)

ニューオリンズ市内の企業が、同市の定めた条例 (Ordinance) によるゾーニング (用途制限) を無視して営業を行ったとして、同市が、同社に対して差止訴訟を提起した。第一審裁判所は、条例違反に対するサンクションは刑事罰のみであるとし、ジュリスディクションの欠缺を理由に、職権により (ex proprio motu) 訴訟を却下した。これに対し、上訴審では、同市が、条

例違反が公共に対するニューサンス（生活妨害）に該当するとの主張を行った。

アミカス・キュリエとして参加していた同市在住のカーティス（Curtis）及びホール（Hall）の両名は、書面中において、先例を豊富に引用しつつ、ジュリスディクションが認められる余地があるとする法的見解を表明した。上記のアミカス・キュリエは、第一審判決に対する再弁論の申立をも併せて行っていた。

（判旨）

上訴審裁判所たるルイジアナ州最高裁判所は、ジュリスディクション（管轄）を肯定して第一審判決を取り消し、さらに事実審理を尽くさせるために、事件を差し戻した。その上で、アミカス・キュリエによる再弁論の申立の可否についても裁判所意見（*per curiam*）として判断を示した（申立却下）。「本件の原判決は四月二十八日に下されたが、原告のいずれからも再弁論の申立はなされなかった。申立が、法定の期限よりも遅れて、アミカス・キュリエによってなされたが、われわれは、訴訟における当事者以外の者は再弁論を申立てることができず、またアミカス・キュリエはそのようなスタンディング（当事者適格）を有しないと解する。」<sup>(88)</sup>

b プリーディング権の否定

また、アミカス・キュリエには、プリーディング（訴答書面）を提出する権能はないとされた。プリーディング権を否定した州レベルの判例として、次のものがある。

【判例 A 5】 *In re Perry* 事件（インディアナ州上訴裁判所一九二五年六月二日）<sup>(89)</sup>  
 （事案）

八歳の児童であるメアリ・エリザベス・ペリー（*Mary Elizabeth Perry*）の養子縁組を求める申立てがカウンティの巡回裁

判所に対してなされ、これを許可する命令 (order) が発せられた。その二週間後、同児の叔父であり、従前の後見人であるマイヤース (Meyers) という人物が、養子縁組の取消事由につき裁判所に情報を提供したいとして、アミカス・キュリエとしての関与を申立てた。同人の述べるところによれば、親族との間で、同児の住居変更などの場合には、同人の同意を要するとの申し合わせがあったにもかかわらず、今回の養子縁組について何らの告知を受けておらず、また、新たな養親は良好な環境を提供しえないという。これに対して、養子縁組の申立人が、アミカス・キュリエとしての関与を却下するよう申し立てを行ったが、裁判所は関与を許可し、その主張を真実と認め、養子縁組の命令を取り消し、マイヤースに対し、後見人の地位を回復させた。これに対し、養子縁組の申立人が上訴したのが本件である。同人は、原審裁判所がマイヤースに対しアミカス・キュリエとしての関与を許可したのは誤りであり、また養子縁組の命令を取り消したことも不当であると主張した。

(判旨)

インディアナ州上訴裁判所のマックマハン (McMahon) 裁判官は、原審の判断を破棄 (reverse) し、養子縁組の効力を回復させた。その前提として、アミカス・キュリエの権能について論じているが、その部分は次のとおりである。

「本件に含まれる問題を論じるに際して念頭に置くべきであるのは、アミカス・キュリエは、傍観者 (stand-by) として、裁判官が法的問題について疑問を抱いたり誤りを犯すときに、裁判所に対し情報を提供する者であるということである。アミカス・キュリエは、許可のある場合にのみ、かつ裁判所を補助するために、面前の事件について意見を聴取される。アミカス・キュリエは訴訟の当事者ではなく、訴訟について支配を及ぼすことはできない。」アミカス・キュリエは、本案についての権利を有しない。アミカス・キュリエはいかなるプリーディングや申立て (motion) をも提出することができない。アミカス・キュリエは、裁判所のいかなる決定 (ruling) に対しても異議 (exception) をとどめることができず、上訴を提起することもできない。当州においては、アミカス・キュリエは、許可に基づいて、書面を提出し、事件につき議論し、また証拠を提出することができると解されてきた。」しかし、アミカス・キュリエは、裁判所に対する助言を行うにとどまるのであるから、裁判所が第三者に対し意見聴取を受ける特権を認めたとしても、そのような関与者の行為は、訴訟当事者の法的権利に対し、何らの影響を

も与えるものではないから、訴訟当事者は何らの異議事由 (cause to complain) をも有しない。そうであるならば、マイヤー氏のアミカス・キュリエとしての出廷申立てを破棄 (strike out) するよう求める申立てにつき、裁判所がたとえこれを覆そうと、また同人につき意見聴取を認めようと、破棄理由たる過誤 (reversible error) は何ら存しない。<sup>60)</sup>」

### c 独立上訴権の否定

アミカス・キュリエに対し、独立上訴権を否定した州レベルの判例として、次のようなものがある。

【判例 A 6】 Hamlin v. "Perculer Baptist Meeting House" et al. 事件 (メイン州最高司法裁判所一九〇七年十二月二〇日)<sup>61)</sup>

#### (事案)

メイン州に、“Perculer Baptist Meeting House”等と称される歴史的な建築物が存した。メイン州の法務長官であるハムリン (Hamlin) (原告) は、これら建築物自体、及び全ての利害関係人を被告として、同建築物を保存し公共の用に供するため、受託者に管理させることを求めるエクイティ上の訴えを提起した。これに対し、被告とはされていないピンギー (Pinglee) という人物が、同建築物に関する権原を主張して答弁したが、裁判所は原告の主張を認め、①原告らを同建築物の受託者とし、②その後直ちに同建築物を公共的団体に譲渡し、記念公園の一部とすることを命ずる判決 (decree) を下した。

これに対して、ピンギーが上訴したのが本件である。

#### (判断)

上訴却下 (dismissed)。

コーニッシュ (Cornish) 裁判官は、本件建築物の故事来歴を検討し、上訴人ピンギーには何らの権能も存しなかったと上で、



同人の手続上の地位についても判断した。「(ピンギー) は、本件訴状 (GIII) において、当事者たる被告として掲記されていない。そして、権原ないし利害関係なしに、同人が自発的に出廷した場合には、同人は単にアミカス・キュリエとみなされるにすぎない。そして、アミカス・キュリエの資格においては、同女史の権利は、代理人を通じ、法的問題に関する一定の指摘事項につき、裁判所の注意を喚起することで終了する。」

『アミカス・キュリエ』の語は、裁判所が看過し、誤りを犯してしまうであろう法的問題について裁判所の注意を喚起する代理人の友好的な関与を意味する。このような関与は、権利として認められるものではなく、特権として認められるものである。そして、そのような特権は、指摘が行われることによって終了する。代理人は、その目的を達し、それ以上裁判所におけるスタンディングを有しない。自ら請求原因 (cause) についての処理を行うことは、アミカス・キュリエの機能ではない。<sup>(62)</sup>このように述べた上で、同人の上訴権を否定した。

#### ハ アミカス・キュリエの行動様式の変化の進行

判例により、アミカス・キュリエと当事者との区別の設定が行われつつあった一方で、アミカス・キュリエの行動様式に、次第に変化が生じた。

すなわち、アミカス・キュリエは、本来は、裁判所に十分な資料調査能力が不足していたことを背景として、裁判所を知識面において補助する役目を主として担っていた。しかし、やがて、一方当事者を支持する傾向が顕著となった。<sup>(63)</sup>

これは、ひとえに、私的なアミカス・キュリエにとどまらなかった。比較的中立的行動を期待されたところの、公的アミカス・キュリエもまた、とくに政府の利害に関わる訴訟については、当事者的行動を行うようになった。<sup>(64)</sup>

このような公的アミカス・キュリエの行動変化の背景には、アメリカの連邦制が影響を与えた。すなわち、政府機

関がアミカス・キュリエとして関与する事件の中には、背景に、とくに連邦・州間の立法管轄に関する紛争を内包するものが含まれる。このような事件においては、政府系アミカスが、きわめて当事者的・党派的な行動をとるようになった。これに伴い、アミカス・キュリエ全般につき、私人系か政府系かで、差異を見出すことは、少なくとも行動様式に関する限り、困難となった。

## ニ 近時の判例理論の展開——権能の面における当事者との境界の流動化

アミカス・キュリエが、その行動様式において、次第に当事者的な色彩を強めるに至ったことをみた。やがて、このような行動様式の変化を前提として、判例の傾向にも、次第に変化が生じた。いわば、アミカス・キュリエの当事者化が、法的権能にも反映するに至るのである。このようなアミカス・キュリエは、訴訟当事者的アミカス・キュリエ (*litigating amicus curiae, litigating amici*) と呼ばれる。

しかし、このようなアミカス・キュリエの権能の拡大に対して歯止めをかける動きも生じた。まず、アミカス・キュリエの法的権能が判例上拡大していく過程をみてみることにする。

### a 弁論権を承認した例

【判例 A7】 *Wyatt v. Stickney* 事件 (アラバマ中部連邦地方裁判所・北部支部一九七二年四月一三日)<sup>(65)</sup>

#### (事案)

アラバマ州内の精神障害児の施設における看護の水準が、連邦憲法上の最低限の要求を満たしていないことを理由として、施

設収容者(原告)ワイアットの後見人らが、同州の担当コミッショナーである被告に対して、是正命令を求めてクラスアクションを提起した。本件に先行して、すでに、同原告を中心とするクラスアクションが提起され、是正命令が下されていた。本件はこの先行する勝訴を受けて、同様の境遇にある他の施設の収容者も原告に加わり、クラスを拡大した形で再び提起されたものである。

(手続の経過)

本件には、合衆国のアマカス・キュリエとして司法省の法務官が関与し、また、その他のアマカス・キュリエとして、法・社会政策センター(Center for Law & Social Policy)を初めとする複数の専門的民間団体の構成員が、それぞれ関与した。本件係属中に、被告から、前回の命令の遵守状況に関する報告が提出されたが、裁判所は、最低限の基準に満たないと判断した。そこで、裁判所は当事者及びアマカス・キュリエが適切な看護に関する提案及びそれを理由づける専門家証人の尋問をなしうる正式の弁論(formal hearing)を行うことを命じた。これに応じて、当事者及びアマカス・キュリエがそれぞれ書面及び証拠を提出し、裁判所はこれに基づいて詳細な看護プログラムを立案提示し、実施を命令した。<sup>(66)</sup>

本件においては、専門的知見を有する私人系のアマカス・キュリエに対し、弁論権までも認めたものである。本件において命令に添付された看護プログラムは、施設の構造や人員配置さらには財源にまで及ぶ詳細なものであり、アマカス・キュリエの提出した資料の影響が窺われる。<sup>(67)</sup>

b 再弁論申立権及びディスカヴァリ参加権を承認した例

前述したように、アメリカにおいて初めて現れたアマカス・キュリエに承認されていた再弁論申立権は、判例法理によって一旦は否定された。しかし、一九七〇年代に入ると、公共活動を行う基金に対し、アマカス・キュリエとし

て、再弁論申立権及びディスカヴァリー参加権を肯定した連邦レヴェルの判例が現れた。

【判例 A<sub>8</sub>】 Northside Independent School District of Bexar, et al. v. Texas Education Agency, et al. 事件〔テキサス西部連邦地方裁判所サン・アントニオ支部一九七五年二月一六日〕<sup>(68)</sup>

(事案)

ディスカヴァリー命令に関する事案である。詳細は判文に表れていないが、判文から読み取ることのできる範囲では、学校における人種の構成比率のアンバランスが、教育行政機関による人種の分離 (segregation) の意図に基づくものであるかどうかの問題となった事案である。被告はすでに、一九七一年に、別の裁判官の主宰する法廷から、少数人種の占める割合が過度に高い学校が存しないかどうか、及び生徒の配分が憲法上の平等の要請を満たしているかどうかを調査すべしとする命令を受けている。

(手続の経過)

本件においては、Mexican-American Legal Defence & Ed. Fund という公的基金の構成員がアミカス・キュリエとして関与した。

被告は、本件において問題となっているのは、一九七一年の命令違反の有無であり、ここでは、統計調査のみが命じられているのであって、分離の意図とは何らの関係がないと応答した。アミカス・キュリエは、被告の応答の仕方は、十分な情報を提供していないとして反論した。

スペアース (Spears) 裁判長は、このようなアミカス・キュリエの意見に鑑み、本件は、公益に関する重大な争点を含むとして、事件を再開 (reopen) した上、さらにディスカヴァリーを続行すべしとの命令 (order) を発した。<sup>(69)</sup>

そして、同命令においては、アミカス・キュリエは、(1) 連邦民事訴訟規則上いづれかの当事者に許されるディスカヴァリーの手続については、全てこれをなしえ、(2) ディスカヴァリー終了後、証言録取書 (deposition) などの文書を閲覧でき、また(3) 従

前の証拠及びディスカヴァリーの成果に基づいて意見書を提出できるとされた。<sup>(70)</sup>

c 和解交渉への参加を承認した例

次いで、上記判決後間もなく、公的機関とのつながりをもたない純然たる私人に対し、アミカス・キュリエとして、比較的強度の権能を認めた事例が現れた。

【判例 A9】 United States v. Michigan 事件〔ミシガン西部連邦地方裁判所・北部支部一九七九年五月七日〕<sup>(71)</sup>

(事案)

本件は、インディアンに対して認められていた漁業権に関する争いである。

一八一四年の「Ghent の条約」及び一八三六年の「Ottawa 及び Chippewa に対する条約」によって、インディアン・コミュニティに対して五大湖における漁業権 (right to fish) が承認されたが、ミシガン州が、この漁業権を侵害したとして、合衆国が、自らの資格において、及びインディアンに代わって、侵害差止を求める訴えを提起したものである。その際、条約の最高法規性を定める合衆国憲法第六条第二節が援用された。

本件には、複数のインディアン・コミュニティが参加を申立て、同州の担当者個人をも被告に追加し、差止範囲も拡張し、さらに排他的漁業権の積極的な宣言を求めた。これに対し、合衆国は、これにある程度沿った形で訴状の訂正 (amendment) を行ったが、インディアンへの漁業権の積極的な宣言を求めたのではなく、州に規制権能がないことについての消極的な宣言を求めるとどめた。これに対して、ミシガン州は、一八五五年の別の条約などを援用しつつ、インディアンとの間の一八三六年の条約の効力及び解釈などを争ったほか、州の規制権能の積極的な宣言を求める反訴 (counterclaim) をも提起した。

(手続の経過)

本件に対し、スポーツフィッシングの団体であるミシガン連合保全クラブ (Michigan United Conservation Club) が参加の申立てを行った。裁判所は、同クラブの申立てを却下したが、アミカス・キュリエとして手続に関与することを認めた。<sup>(72)</sup> 同クラブのアミカスとしての関与の具体的な態様については、判文中では述べられていない。しかし、同事件においてスペンサル・マスターとして関与したフランシス・E・マックガヴァン (Francis E. McGovern) の述べるところによれば、同クラブは、本件において、和解に対する拒否権 (veto) まで与えられなかったものの、デイスカヴァリーやトライアルに参加することを許されたという。<sup>(73)</sup>

本件において、フォックス (Fox) 裁判官は、歴史的事実を詳細に説示した上で、一八三六年の条約において、慣習上の漁業権がインディアンに留保されているとし、同権利を確認する宣言的判決 (declaratory judgement and decree) を下した。<sup>(74)</sup>

(背景事情に関するコメント)

本件におけるアミカスの特徴は、資源枯渇防止のための総量制限の枠の中で、インディアン部族と漁獲割当量を争う立場にあった点にある。裁判所が、このような利害関係を有する者をアミカスとして関与させたことの背景には、多元的な利害対立の中で、裁判所が和解による解決を強く模索していたという事情が存した。<sup>(75)</sup>

d デイスカヴァリー立会権などを承認した例

【判例 A 9】と同様に、非公的機関たる私人に対し、当事者たる地位までは認めないが、アミカス・キュリエの地位を付与した上、デイスカヴァリー立会権・和解前協議権などを認めた判例として、次の事例が現れた。

【判例 A 10】 EEOC v. Boeing 事件 (ワシントン西部連邦地方裁判所一九八五年五月三日)<sup>(76)</sup>

(事案)

連邦の機関である雇用機会均等委員会 (Equal Employment Opportunity Commission) (原告) は、航空会社のパイロットにつき、六〇歳の定年制を設けることが、連邦の雇用年齢差別禁止法 (Age Discrimination in Employment Act, 29 U. S. C. §§ 621-34 (1982)) に反することを理由として、航空会社 (被告) に対する提訴を行った。この訴訟につき、退職した元パイロット一六人が、訴訟参加を申立てた事件である。

(判旨)

ロステイン (Rothstein) 裁判官は、退職パイロットが権利参加 (intervention as of right) の理由を欠き、裁量参加 (permissive intervention) についても連邦の事物管轄 (subject-matter jurisdiction) が欠けることを指摘し、連邦民訴規則二四条に基づく参加の余地はないとし、参加の申立てを却下した。しかし、裁判所のエクイティ上の裁量により、司法の利益 (interest of justice) のために、申立人がデイスカヴァリー及びトリアルへ参加 (participate) することを許可した。すなわち、申立人らには、①弁護士を通じてフリーディング受領権、②原告委員会が和解をする際、事前の相談を受ける権能、③訴訟進行につき原告委員会から協議を受ける権能、④弁護士を通じて証言録取への立会権、⑤トリアル参加権が認められることになった。ただし、訴訟の帰趨についての決定や、独立のデイスカヴァリーは行い得ないとされ、また、トリアル参加の程度は、事前に裁判所が定めることとされた。<sup>(77)</sup>

判例集に付された脚注によれば、本件における参加の態様はアミカス・キュリエの形態に該当し、当事者としての参加を拒絶しつつ、制限的な参加の権能を承認したことにより、裁判所としては、本件において、事物管轄を拡張することなく、元パイロットらの利益表出を確保し得たのであるという。<sup>(78)</sup>

## ホ 当事者的アミカス・キュリエの登場と歯止め

このようにして、アミカス・キュリエは次第に、当事者的な性格を強める。和解等の決定権などは除かれるものの、多様な権能が承認されることとなる。このような傾向は、次の事件において極限に達した。この事件では、第一審裁判所がアミカスに承認した権能が、行き過ぎであるとして、上訴審裁判所によって歯止めがかげられることになった。まず、アミカス・キュリエの積極的関与を承認した第一審の判断を見てみよう。

【判例 A 11】 United States v. Michigan 事件(1) (ミシガン西部連邦地方裁判所一九八七年七月二七日)<sup>(79)</sup>

(事案) 本件は、合衆国が原告となり、ミシガン州を被告として、拘禁者公民権法 (Civil Rights of Institutionalized Persons Act (42 U. S. C. § 1997)) に基づき、同州の刑務所における囚人の待遇改善を求めて提起した訴訟の事後処理 (同意判決の実行方法の策定) に関するものである。

前記訴訟については、同意判決 (consent decree) によってすでに決着をみていた。しかし、同意判決及び州の改善計画 (State Plan for Compliance) 中の事項につき疑義が生じた場合には、その都度、裁判所が意見 (opinion) を発して細目を指示するという方法が採用され、すでに、換気、厨房衛生をはじめとする九項目について、裁判所の意見が出され、監督が行われていた。本件においては、新たに、収容の密度に関する事項が問題となった。

(手続経過)

本件では、アメリカ市民自由連合 (American Civil Liberties Union) の刑務所改善に関する部門 (National Prison Project) を含む民間団体が、当事者的アミカス・キュリエ (litigating amici) としての参加を求める申立を行った。しかし、裁判所はこれを認めず、伝統的なアミカス・キュリエとしての立場で関与することのみを許可した。<sup>(80)</sup>



その間、同団体は、收容された囚人を原告とする別のクラスアクションの代理人となり、原告たる囚人クノッブ (Knopp) の名で、再度当事者的アミカス・キュリエとしての参加を求めた。これは一旦斥けられるが、その後、同囚人の当事者的アミカス・キュリエとしての関与が認容されることになった。すなわち、裁判所は、アミカス・キュリエに対し、①プリーディング提出権、②デイスカヴァリー要求権、③裁判所侮辱 (contempt) による制裁の申立権、④争点形成権、⑤召喚状 (subpoena) 申立権、さらには、⑥名目当事者間の同意判決の内容修正申立権までも含む広範な権能を付与したのである。<sup>(81)</sup>

これによって、前記団体は、実質上、当事者的な立場から、活発な関与を行うことが可能となった〔その後、別に係属するクラスアクションは取り下げている〕。

例えば、本件では、州側が、実行困難を理由とする救済申立 (motion for relief) をなしたのに対し、本来の原告である合衆国は応答をせず、もっぱら、アミカス・キュリエが州の申立に対する応答 (response) を行っている。<sup>(82)</sup>

エンズレン (Enstlen) 裁判官は、以上のような手続経過を踏まえ、実行困難を理由とする州の申立を排斥し、州の行うべき措置に関し詳細な命令 (order) を発するとともに、当事者及びアミカス・キュリエに対し、中立専門家 (Independent Expert) と共に会合 (meeting) を開催すべきことを命じた。<sup>(83)</sup>

上記判断の後にも、アミカス・キュリエの関与のもとに、同意判決の執行方法の細目を定めるいくつかの命令 (判例集未登載) が発せられた。しかし、これに対して、被告ミシガン州が、不服であるとして、上訴を行った。

【判例 A 12】 United States v. Michigan 事件<sup>(2)</sup> (連邦第六巡回区上訴裁判所一九九一年七月二日)<sup>(84)</sup>  
(事案)

本件は、前記の【判例 A 11】と共通の訴訟に関連する。同事件はすでに同意判決によって決着しているため、同意判決の執行のための命令 (order) が、直接の上訴の対象となった。この命令は、いずれも、前記の【判例 A 11】の後に、さらに同意判決実行のための細目を定め、これを州に命じたものである。

上訴の理由は数点にわたるが、その中に、前記クラスに対し、当事者的アミカス・キュリエの地位を承認したことは誤りである旨が含まれている。<sup>(85)</sup>

(判旨)

原命令を破棄 (reversed)・差戻 (remanded)。

クルパンスキー (Krupansky) 裁判官は、原命令の形成過程におけるアミカス・キュリエの関与につき、次のように説示した。

「歴史的にみて、アミカス・キュリエと、訴訟における名目的ないし実質的当事者 (named parties/real parties in interest) との間には、明確な線引きがなされてきた。名目的ないし実質的当事者によって行使されるのに匹敵する訴訟上のスタンディングは、連邦民事訴訟規則第一四条、及び第一七ないし二五条によってのみ獲得され、または付与される。連邦規則の意図と目的は、司法府の場当たりの見解 (egerdenain) によって潜脱されるべきではない。アミカス・キュリエは、名目的ないし実質的当事者のレベルにまで至ることは許されないし、少なくとも伝統的にはそのようなことは許されなかった。また、アミカス・キュリエが、連邦民事訴訟規則第二四条(a)の要件によらずに、権利参加当事者 (an intervening party of right) の権能を付与されたり、同規則第二四条(b)に該当しないにもかかわらず任意参加 (permissible intervention) を許されたりすることは、これまでなかった。唯一、名目当事者または実質的参加当事者のみが、本案につき訴訟を行うことを許される。そして、本件記録上、連邦地方裁判所が、クノップラのクラスに対して、『当事者的アミカス・キュリエ』 (“litigating amicus curiae”) の名のもとに、名目的ないし実質的当事者の地位を付与し、同クラスに対し、本件訴訟の本案につき訴訟を行うスタンディングを付与し、もって、元来の当事者である合衆国及びミシガン州から、自分たちの訴訟に関する効果的なコントロールを奪ったことは明白である。アミカス・キュリエの発展過程からみて、本件における司法府による『当事者的アミカス・キュリエ』なる新たな概念は、同用語の伝統的な概念を逸脱していると結論するのが合理的である。」

「現実には超司法的事実上の名目的ないし実質的当事者であるところの、『当事者的アミカス・キュリエ』なるフィクション

を容認することは、第一審裁判官に対する白紙委任状 (Carte Blanche) 的な裁量を拡張し、第一審裁判所を、自らの紛争を解決するために、名目的ないし実質的当事者の権能を妨げ、また侵害する可能性を有するところの、また、裁判所による司法機能の遂行能力を複雑困難にする可能性を有するところの、互いに競合する特別利益団体のなすがままのフォーラムへと変容させることになってしまふであろう。〔中略〕

「従って、当裁判所は、クノップラのクラスは、連邦地方裁判所の一九九〇年四月四日の命令に従って、施設内部における医学的／精神保健的／齒科的な治療に関する書類の開示を要求し、また、同裁判所によって、『当事者的アマिकास・キュリエ』なる性格づけのもとで付与されたところの、裁判所の考慮の前提要件として、州によって提案された行為を是認しまたは拒否権を発動する権利を含む、名目的ないし実質的当事者に匹敵する訴訟に関する諸権利を行使するためのスタンディングを有しないものと結論する。」

「もっとも、クノップラのクラスは、本訴訟において、伝統的なアマिकास・キュリエの役割において、引き続き関与することを妨げられず、裁判所の裁量の範囲において、口頭または書面において、その対論上の立場 (adversarial position) を論ずることが許される。ミシガン州は、今後も引き続き、同意判決の I・J・K 段落に従い、裁判所及び合衆国に対して提供することに同意したところの、すべての『報告、計画、フリーディング、メモその他の文書』を、クノップラのクラスに対しても提供しなければならぬ。よって、連邦地方裁判所の一九九〇年四月四日の命令は破棄される。<sup>(86)</sup>」

このように述べた上で、同裁判官は、さらに、ミシガン州が、設備改善に相応の努力を払っていることを認定し、さらに審理を尽くさせるために、原審への差戻しを行った。<sup>(87)</sup>

### (3) アミカス・キュリエに関する現行制度の概要

右にみたような事実現象としてのアマिकास・キュリエの行動様式の変化は、法的側面においても、権能の拡大傾向と

して現れた。このような法的現象が生じた背景には、現行規定の不十分さも起因しているとされる。

では、まず、アミカス・キュリエに関する現行規定はどうなっているであろうか。現行規定においては、アミカス・キュリエそれ自体に関する規定は存しない。規定が存するのは、上訴審裁判所において、アミカスの提出する書面に關してのみである。いわば、アミカスの規制は存在せず、直接には上訴審における書面の規制のみが存しているのである。しかも、地方裁判所 (district court) については、書面に關する規定さえ存在しないのである。

しかし、既存の規定から、アミカス・キュリエの位置づけについての一定の示唆を得ることは不可能ではない。

#### イ 書面に關する規制

アミカス・キュリエ書面に關する法制度の發達は、一九三九年に連邦最高裁判所規則に明文規定が置かれたことに始まる。これによって、慣行上の制度が実定化されたこととなった。その後数次の改正によって規定の拡充が図られている。ここでは、時を経るに従い、連邦最高裁判所規則におけるアミカス・キュリエに關する規定が次第に詳細さを増していることが注目される。アミカス・キュリエが、次第に一方当事者の擁護者としての性格を強めることになったことが、このような詳細化の背景に存している。

アミカス・キュリエの提出書面に關する現行規定 (連邦最高裁判所規則第三七条) の特色は次の諸点に求められる。<sup>(88)</sup>

#### a 手続段階別の規律方法の採用

サーシオレイライ (裁量上告) 許否に關する審理の段階と、法律審口頭弁論の段階との段階では、異なった規律がなされている。

a サーシオレイライは、多数の事件の中から、連邦最高裁判所が審理判断を行なうに値する事件のみを選別する手続である。従って、そこにおけるアミカス・キュリエ書面の提出の規制は、厳しいものとなっている。具体的には、①当事者の同意が原則として要求され、同意なき提出は望ましくない（not favored）とされている点、及び②いずれかの当事者を支持するものでなければならぬ点、に差異が現れている（同条第二項(a)）。

β これに対し、サーシオレイライが許可された後の法律審口頭弁論（oral argument）において、審理の資料としてアミカス・キュリエ書面が提出される場合には、より緩やかな規律がなされる。すなわち、①当事者の同意が得られない場合でも、一定の手続を経て書面を提出することが可能であり（同条第三項(b)）、また、②次に述べるように、いずれの当事者をも直接には支持しないアミカス・キュリエ書面を提出することが可能である（同条第三項(a)）。

b 中立的立場からの書面の許容

アミカス・キュリエ書面のうち、法律審口頭弁論の段階で提出されるものについては、いずれの当事者をも支持しない中立的立場からの情報提供が許されている（同条第三項(a)）。これは、アミカス・キュリエ自体が、当事者からは独立した地位を有することの反映であるといえる。この場合でも、書面上、上告棄却と原判決破棄のいずれを提案するかを示さなければならぬとされる（同項）。

c 公的主体と私的主体の区別——当事者による同意の要否

当事者以外の第三者がアミカス・キュリエとして連邦最高裁判所にアミカス・キュリエ書面を提出するためには、原則としてすべての当事者の書面による同意を要することはすでに述べた。しかし、例外的に、①連邦最高裁判所の

許可がある場合、②連邦最高裁判所の要求による場合、及び③合衆国に代わって訟務長官 (Solicitor General) が提出する場合や行政機関が提出する場合には、当事者の同意は不要とされている (同条第四項)。これは、アミカス・キュリエの主体的属性によって、独自の書面提出権限の有無を区別したものであり、すでに述べた判例理論の基本的立場に合致するものとなっている。

#### d 提出書面と権限の抑制

他方、書面の膨大化などの現象を踏まえた対処もなされている。まず、冒頭に目的規定が加えられ、重要な事項につき裁判所の注意を喚起するという本来の目的に沿わないアミカス・キュリエ書面の提出は望ましくない旨が宣言されている (同条第一項)。

また、上訴審における応答書面 (reply brief) や再弁論申立てを求める書面は受理されないとされている (同条第三項(a))。この点は、最初期 (Green v. Bible 事件) や、権限拡大期のアミカス・キュリエとは異なる点である。ここに、権限を一定の範囲に制限する意図が現れているともいえる。

なお、連邦上訴手続規則第二九条も、一九六七年以来、アミカス・キュリエの書面について規定をしているが、その際、連邦最高裁判所段階での規律を簡略に要約した体裁をとっている。<sup>(89)</sup>

#### ロ 書面の長大化の要因

なお、書面の分量が増大した背景として次のような事情も挙げられよう。アミカス・キュリエという形による実質的な関与形態を促進させた要因として指摘されているのは、アメリカ法上の既判力 (res judicata) との関係である。

すなわち、スタンディングに基づき、当事者としての参加 (intervention) という形を採ると、参加人は、当然に既判力を受けることになる。しかし、非当事者としてのアミカス・キュリエとして関与する方法を採れば、既判力に妨げられることなく、いわばリピート・プレーヤーとして同一ないし類似争点を含む訴訟に関与することができる。これによって、環境団体を初めとする関係団体は、同一争点につき書面を練り上げて訴訟に望むことになるという。<sup>(90)</sup>

#### ハ ローマンの立法提案

上に見たように、アミカス・キュリエの提出する書面については、辛うじて、法規定が存在する。また、書面に關する規定を介して、間接的に再弁論申立権などについて消極的な立場も表明されている。しかし、アミカス・キュリエそれ自体については、いまだ定義規定が存在しない。

確かに、アミカス・キュリエの権能として、伝統的に認知されてきたのは、書面提出の権能であり、現在でも代表的な権能として位置づけられている。現行法の規制が、書面に關するものにとどまっているのにも、このような伝統的な理解が背景にある。

しかし、アミカス・キュリエが、政策的な意義を有する訴訟において重要な役割を果たすにもかかわらず、このように、現行法上、いまだ、明文の規定でその定義が明らかにされてはいないことに對し、何らかの立法的手当の必要性が主張されるに至るのは、当然の成り行きである。このような中で提示されたのが、マイケル・K・ローマン (Michael K. Lowman) による立法提案である。

ローマンは、すでに紹介したアミカス・キュリエの権能の拡大傾向を指摘した上で、当事者的アミカスを一定の範囲において承認すべきであるとす。しかし、アミカス・キュリエの権能の範囲については、具体的な規定によって

限定を付し、無限定の拡大を防止すべきであるとする。

次に当事者的アミカス・キュリエの許容範囲につき考察される。それによれば、訴訟当事者でない第三者に対して許される手続関与の度合いを究極的に決するのは、合衆国憲法修正第三条に定められたスタンディングの要件であり、これを尊重すべきであるとする。ローマンによれば、当事者的アミカスの関与が許容されるのは、当該アミカスが、憲法上のスタンディングの要件を満たすにもかかわらず、何らかの他の事情によって訴訟上のスタンディングを有しない場合に限られるという<sup>(91)</sup>。

そのような立場を前提として、次のような立法提案が示されている。これは、連邦民事訴訟規則に、連邦の事実審裁判所において適用しうるアミカス・キュリエについての規定を置くべきであるというものである。

#### 提案規則二四・一 アミカス・キュリエ

(a) 総則 連邦地方裁判所は、その裁量の範囲内で、所与の訴訟において、アミカス・キュリエを任命し、または申立を許容することができる。その場合(b)項が適用される。アミカス・キュリエは、裁判所の裁量のもとで、裁判所を援助し、公益を代表しまたは裁判所のジュリスディクションの及ばない者の地位を擁護することができる。裁判所の有するところの、アミカス・キュリエを任命しまたは許容する権能の中には、手続上におけるアミカス・キュリエの活動の性質と範囲を決する権能が含まれる。

#### (b) 連邦裁判所におけるアミカス・キュリエの活動の限界

(1) アミカス・キュリエとして行動する私人は、主として、書面、口頭の議論(Oral argument)を通じて参加し、裁判所が許可する場合には、自身の申立によって司法手続を主導し、または裁判所の執行権の行使を促すことができる。ただし、アミカスは、訴訟について支配を及ぼすことはできない。



(2) アミカス・キュリエとして行動する政府機関は、私人と同様に取り扱われる。ただし、裁判所によって、正義の確保又は公益に基づく行動を要請されまたは命ぜられた場合を除く。<sup>(92)</sup>

このように、ローマンの立法提案においては、①裁判所によるアミカス・キュリエ任命権の明定、②アミカス・キュリエの果たすべき役割の明定、及び③私人及び政府機関の二分法に基づく、アミカス・キュリエの権能の設定がその骨子となっている。これは、従前の判例上登場したアミカス・キュリエの類型や、判例上形成された準則に留意して作成されたものであるが、同時に、かなり柔軟な運用を可能にする規定になっていることが注目される。その場合でも、訴訟手続の支配権までは認めないことを明言することによって、当事者との境界線を堅持することが意図されている。

いまだ、具体的な提案としては、このローマンによるものに接し得たにとどまる。今後、改正論議がいかに進展するかが注目されるところである。

#### (4) アミカス・キュリエに関するまとめ

アミカス・キュリエに関する検討から判明した点を簡単にまとめると次のようになる。すなわち、①アメリカにおいてアミカス・キュリエが最初に現れた事案は、審理の進行に及ぶ強力な権限が認められたが、これは、まさに、多数の州民に影響を及ぼしうる争点を伴う事案に関するものであったこと、②その後、アミカス・キュリエの主たる権限は情報提供にあるとされていたこと、③しかし、やがてアミカス・キュリエの権限の拡大現象が生じ、情報提供を超える関与をなす例が現れたこと、④権限拡大の背景として、アミカス・キュリエが、専門知識を背景としつつも、

事件の背景をなす社会的利害対立を代表した党派的行動をとるに至ったことを指摘しうること、⑤ところが、近時、いわゆる当事者的アマिकास・キュリエ (litigating amic) の登場に伴い権限の拡大傾向に歯止めがかけられていること、⑥アマिकास・キュリエの権限につき、変遷と動揺が生じている背景には、アマिकास・キュリエに関する実定法規定が完備せず、その権限が連邦及び州の判例に委ねられているという事情が存すること、そして、⑦こうした事情に対処するため、アマिकास・キュリエの権限を明定する立法提案がなされたこと、である。

アマिकास・キュリエは、第三者のインシァティブに基づく情報の提供を実定法上に組み込んだものとして、同様の制度を有しないわが国からみて、きわめて興味深いものであるといえる。制度の運用における動揺を経験しつつも、その基本的役割はアメリカ法上定着しているものといえよう。

#### 四 不明の場合の処理

立法事実の存否の不明な場合に、いかなる判断を行なうべきか。この問題は、立証責任 (burden of proof) の問題と関連する。これらの点については、アメリカの議論においても未解明の点が多く、表明された見解も必ずしも一致しているとはいえない。

##### 1 アメリカ証拠法における立証責任と説得の度合い

周知のごとく、アメリカ証拠法における立証責任 (burden of proof) は、陪審制の採用との関係で、証拠提出責任 (burden of producing evidence) と説得責任 (burden of persuasion) との二種に分かれる点で、ドイツ及びわが国の民事訴訟法学上の証明責任 (Beweislast) とは異なる<sup>(93)</sup>。前者は、事実審理の最初の段階において、認定を

陪審の手に委ねるか否かを決する段階で作用し、十分な証拠提出がなされない場合には陪審による認定をまたずに指図評決 (directed verdict) などによって処理される。後者の責任は、前者の責任が果たされた場合にはじめて問題となり、陪審に主張事実が真実であると説得させる責任を指すものである。この場合の説得の程度は、民事事件においては通常「証拠の優越性 (preponderance of evidence)」で足りるが、刑事事件においては「合理的な疑いを超える (beyond reasonable doubt)」確信が要求される。<sup>(94)</sup>

立証責任のうち、説得責任は、一定の基準によって当事者間に分配される点でわが国における伝統的な証明責任概念に近似する。これに反し、証拠提出責任は、一方当事者による証拠の提出が果たされれば相手方に移転 (shift) する。このような点で、証拠提出責任は立証をなすべき行為責任としての性格が強く、実際の訴訟活動における実践的な行動指針を示す概念としての色彩が濃厚である点で、ドイツ及びわが国における伝統的な証明責任 (Beweislast) の把握とは大きく異なる。<sup>(95)</sup>

## 2 立証責任概念の妥当可能性の有無

立法事実に関しては、そもそも立証責任を観念しうるかという問題がある。この点を検討した論者としては、デイヴィスを挙げることができる。<sup>(96)</sup>

デイヴィスは、推定及び立証責任の分配が、事実の証明が不可能な場合に事実を創出する機能を果たしていることを指摘する。そして、立法事実と立証責任との関係については次のように述べる。「直接当事者だけが影響を受ける場合には、立法事実提出責任 (the burden of producing legislative facts) を分配し、自分の負担を支えることのできなかつた当事者に不利な判断をすることは、慣例であるし正常でもある。しかし、最高裁判所が、多数に影響を

及ぼす法を創造する場合、とりわけ最高裁判所がある法を違憲と判断する場合には、適切な事実の顯出が何よりも好ましい。」と。<sup>(97)</sup>

デイヴィスは、このように、連邦最高裁判所による安易な立証責任の利用を戒めるとともに、連邦最高裁判所自身による司法確信ないし差戻しによる事実収集を尽くすべきであることを強調する。だが、デイヴィスが、それらの手段を尽くしても立法事実の存否が不明の場合に最終的な手段として立証責任に訴えることを否定する趣旨であるかどうかは、明らかでない。

##### 五 アメリカ法についての小括

以上の考察を通じ、アメリカにおいて、①伝統的な二当事者対立の構造について、準則形成を担う新たな訴訟類型の登場に伴う再検討の動きがみられること、②他方、司法的法創造の基礎となる情報を顯出するための制度が、相互に有機的に関連しつつ機能していること、③それらは、大きく職権型・当事者型・第三者型の三種に分かれるが、なかでも第三者型のアマカス・キュリエについて興味深い展開（制度面・運用面）がみられること、④このような制度におけるの充実の反面、立法事実と立証責任との関係全般に関し明確な定式化はいまだなされていないこと、が判明した。

アメリカ法において、伝統的な対審構造の再検討がみられることは、決してそれを全面否定することを意味しない。それほどに、二当事者の対決による対審構造が審理の原則をなすことは自明視されているのである。しかし、その中で、新たな類型の訴訟の登場を受けてその適用範囲の限界画定の作業が開始されるに至っていることは注目されてよいであろう。他方、アメリカにおいては、伝統的な対審構造の弱点を補うための具体的な手段として、第三者のイニ

シアタイプに基づく情報提供制度としてのアマिकास・キュリエを実定法に組み込んだ点が際立っている。もちろん、すでにみたように、アメリカのアミカス・キュリエは、実定法規定の不備などを背景として、過度の当事者化現象を生ずるようになったわけであるが、これはあくまで副次的な弊害であり、本来の効用を損なうものではない点は確認しておく必要がある。このことは、制度の不明確さを補正することにより、同制度の機能のより一層の活用を図ろうとする立法提案の方向からも窺い知ることができる。

次節においては、ドイツ法に目を転じ、同様の訴訟類型に対し、手続法の見地からいかなる理論的検討及び制度的対応がなされているのかを見ることにしたい。

- (1) Taniguchi, Y., *Between Verhandlungsmaxime and Adversary System*, in: *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, S. 487 ff., S. 500 f. (1990).
- (2) 本節との関連で、拙稿「弁論主義の限界と第三者情報——私人間訴訟における公共的争点の審理——」一橋論叢一一七巻一号七九頁以下所収（一九九七年）参照。
- (3) アメリカのアドヴァーサリー・システムの根拠論の概観については、小林秀之『アメリカ民事訴訟法』一〇六頁以下（一九八五年）など参照。
- (4) Sward, E. E., *Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System*, 64 *Ind. L. J.* 301, 312 (1989).
- (5) *Ibid.*
- (6) *Id.*, at 312.
- (7) *Id.*, at 323.
- (8) *Id.*, at 326—353.

- (9) *Id.*, at 354-355.
- (10) *Id.*, at 341-343.
- (11) Miller, A. S. & Barron, J. A., *The Supreme Court, the Adversary System, and the Flow of Information to the Justices: A Preliminary Inquiry*, 61 *Virginia L. Rev.* 1187 (1975).
- (12) Note, *Presumption of Constitutionality Reconsidered*, 36 *Colum. L. Rev.* 283, 285 n. 13 (1936).
- (13) 時國康夫『憲法事実——特に憲法事実たる立法事実について——』法曹時報 二五卷五号 二二頁以下所収、二六頁以下（一九六三年）。
- (14) Thayer, J. B., *A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law*, 277-278 (1898).
- (15) Wright, C. A. & Graham, K. W., *Federal Practice and Procedure*, Vol. 21, 459 (1977).
- (16) 実際の「暗黙 (Lacti) な」ことは無意識 (unconscious) の司法確知が常に行われ「おり」、法的な意味において司法確知が意識的と議論せられるのはむしろ例外であるといわれ<sup>80</sup>。Wright & Graham, *supra* note 15, at 460-461.
- (17) Thayer, *supra* note 14, at 277-278.
- (18) *Id.*, at 308.
- (19) Wigmore, J. H., *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* (Wigmore on Evidence), 3d. ed., Vol. 9, at 535 (1940).
- (20) *Ibid.* なお、事実問題の「さび」裁判所が第一次的な判断権限を有するものとしては、「証拠能力に関する事実などが挙げられ<sup>80</sup>」*Id.*, at 499-530.
- (21) *Id.*, at 536.
- (22) *Id.*, at 536-537.
- (23) Morgan, E. M., *Judicial Notice*, 57 *Harv. L. Rev.* 269, 269-271 (1944).
- (24) *Id.*, at 271-272.

- (87) *Id.*, at 277.
- (88) *Ibid.*
- (89) Federal Rules of Evidence, § 201.
- (90) Wright & Graham, *supra* note 15, at 483.
- (91) *Id.*, at 467.
- (92) 回規則の制定前にキルガンの主導のもとに起草・採択されたアメリカ法律協会 (American Law Institute=ALI) の模範証拠法典 (Model Code of Evidence) 第八〇一条は、コモン・ローそれ自体及び制定法のほか、一般的知識命題 (propositions of generalized knowledge) についても司法確知の対象となるとしていた。ただしこれが立法事実を指すのかどうかは直ちに判然としない。
- (93) Morgan, *supra* note 23, at 270-271.
- (94) Notes of Advisory Committee on 1972 Proposed Rules (§201).
- (95) Morgan, *supra* note 23, at 270-271.
- (96) Notes, *supra* note 32.
- (97) Davis, K. C., Parties' Procedural Rights under Rule 201 When A Court Uses Legislative Facts, 3 Administrative Law Treatise 158-159 (1980).
- (98) Davis, K. C., Procedures of Courts and Agencies for Developing Legislative Facts in Adjudication and Rulemaking, 2 Administrative Law Treatise 423 (1979) ; What Procedure Should Courts and Agencies Use for Developing Legislative Facts in Adjudication or Rulemaking, 2 Administrative Law Treatise 436 (1979) ; Facts in Lawmaking : What Principles Should Govern Courts and Agencies in Using Legislative Facts in Lawmaking?, 3 Administrative Law Treatise 163 (1980). 司法確知であつたことの当事者に対する手続保障に関するライヴィスの議論を紹介するものとして「すてら安西文雄」憲法訴訟における立法事実について(一)「自治研究」六五巻一号八六頁以下、九一頁以下及び太田勝造『民

事紛争解決手続論』一四九頁以下（一九九〇年）がある。

- (37) Davis, 2 Administrative Law Treatise 436-444; 3 Administrative Law Treatise 163-164.
- (38) Davis, 2 Administrative Law Treatise 440-444.
- (39) In re Asbestos Litigation, 829 F. 2 d 1233, 1249 (1987).
- (40) Ibid.
- (41) Muller v. Oregon, 208 U. S. 412, 52 L. Ed. 551 (1908).
- (42) 法廷意見の脚注にはブランダイスの提出した書面の内容の概略が紹介されている。208 U. S. 420, 52L. Ed. 555. ブランダイスの提出した書面の全容は、ブランダイスの提出した書面と判決をもとに編集された、Brandeis, L. D. & Goldmark, J., Women in Industry (1969) から知ることができよう。ブランダイスは、まず法的な論拠 (Argument) をこらして控へ、Lochner v. New York 事件の判決と同じく、経済的自由規制立法と公衆の健康、安全または福利との間に関連性が存在する場合にのみ立法は合理的なものとされるところの見解を表明したうえで、約一〇〇頁にわたって事実に基づく情報を紹介している。なお、フリオーン・E・ドロー (Marion E. Dorro) はブランダイスの提出書面の形式をより一般化して紹介している。Dorro, M. E., The Brandeis Brief, 11 Vand. L. Rev. 783, 790-791 (1958).
- (43) 当時の労働時間に関する判例を検討したフェリックス・フラン克福ター (Felix Frankfurter) は、Muller v. Oregon 以前の判例においては、①政策的判断能力の欠如、②過剰な個人主義的傾向及び③判断の抽象性という諸傾向が顕著であると指摘し、ブランダイス書面はそうした傾向に「画期的 (epochmaking)」な変化をもたらしたものであるとして評価する。Frankfurter, F., Hours of Labor and Realism in Constitutional Law, 29 Harv. L. Rev. 353, 362-365 (1916).
- (44) そのため、ブランダイス書面は「司法確知の補助手段として位置づけられることが多い。Note, The Consideration of Facts in Due Process」Cases, 30 Colum. L. Rev. 360, 371 (1930).
- (45) 立法事実の顯出にうって触れた文献の大部分が、ブランダイス書面に言及している。一例として Davis, An Approach to Problems of Evidence in Administrative Process, 55 Harv. L. Rev. 364, 403-404 (1942); Freund, P. A., Review of



Facts in Constitutional Cases, in: Cahn (ed.), *Supreme Court and Supreme Law*, 47, 61 (1954); Karst, K. L., *Legislative Facts in Constitutional Litigation*, 1960 *US Supreme Court Review* 75, 100 (1960); Allrange, D., *The Relevance of Legislative Facts in Constitutional Law*, 114 *U. Pa. L. Rev.* 637, 668-669 (1966).

(46) Davis, K. C., 3 *Administrative Law Treatise* 177 (1980).

(47) 連邦最高裁判所規則第二四條及び第三三條に定められた要件のうち、連邦最高裁判所の負担軽減を目的としたものを拾い上げると次の通りである。

まず、第二四條によれば、①書面が五頁を超える場合には内容目次を付さなければならず(第一項(c))、②法的論拠の要約は章節に区切るとともに、内容は簡潔でありかつ正確と明白を期さなければならず、見出しを反覆するだけでは十分ではない(第一項(h))。また③法的論拠に関しては事実的及び法的諸点を明白に示し、依拠する典拠と制定法を引用しなければならぬ(第一項(i))。④結論部には要求する救済を特定して示さなければならぬ(第一項(j))。⑤書面はできる限り短くし、第三三條第一項に掲げる頁数制限を超えてはならない(第三項)。⑥添付書類及び記録を引用する場合には、その頁番号を示さなければならぬ(第五項)。⑦書面は簡潔でなければならず、適切な見出しをつけて論理的に配列されていなければならず、また煩わしい事項、無関係の事項、重要でない事項及び中傷的な事項を含んではならない。これに従わない書面を裁判所は提出されざるものとみなし、または削除することができる(第六項)。

次に、第三三條及び第三四條においては、①提出書面の印刷方法、②活字の大きさ及び行間、③タイプによる場合の活字の種類、右マージン、紙質、綴じ方等及び④表紙の記載事項について細かな定めがある。そして、⑤書面の頁数についても、書面の種類ごとに厳格な制限がなされる。なお、島谷六郎「アメリカ最高裁の審理手続」判例タイムズ九二四号四四頁以下(一九九七年)参照。

(48) アミカス・キュリエについて論じた代表的な文献として、Comment, *The Amicus Curiae*, 55 *Northwestern U. L. Rev.* 469 (1960); Krislov, S., *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, 72 *Yale L. J.* 694 (1963); Barker, L. J., *Third Parties in Litigation: A Systematic View of the Judicial Function*, 29 *J. of Politics* 41 (1967). が重要。また、

わが国においてアミカス・キュリエを紹介したものととしては、すでに伊藤正「Amicus Curiae について——その実態と評価——」『菊井先生献呈論集・裁判と法（上）』一二九頁以下（一九六七年）、森川金寿「裁判の民主的コントロール——アミカス・キュリエについて——」『兼子博士還暦記念・裁判法の諸問題（上）』二六三頁以下（一九六九年）、小島武司「裁判所の友」『民事訴訟の新しい課題』六一頁以下所収（一九七五年）、田中英夫「竹内昭夫」『法の実現における私人の役割』九八頁以下（一九八七年）がある。

- (49) アミカス・キュリエは、アメリカにおいては、一九三九年に連邦最高裁判所規則に、提出書面に関する明文規定が置かれるまで、慣行上認められていたものである。アメリカにおいてアミカス・キュリエが初めて公式に登場したのは一八二三年の *Green v. Biddle* 事件（【判例 A 6】）においてあるが、当時は、提出書面についての規定は存在していなかった。
- (50) *Krislov*, supra note 48, at 694.
- (51) *Green v. Biddle*, 21 U. S. (8 Wheat.) 1, 5 L. Ed. 547 (1823).
- (52) 21 U. S. (8 Wheat.) 11, 5 L. Ed. 550.
- (53) 21 U. S. (8 Wheat.) 17-18, 5 L. Ed. 552.
- (54) 21 U. S. (8 Wheat.) 69-94, 5 L. Ed. 564-570.
- (55) *Lowman, M. K.*, *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?*, 41 Am. L. Rev. 1243, 1254-55 (1992).
- (56) アミカス・キュリエが提出する書面を通じて、争点自体を提起することも承認されるに至っている。こうした権能も情報提供権能の延長に位置づけられる。Id., at 1258-1259.
- (57) *City of New Orleans v. Liberty Shop, Ltd.*, 101 So. 798 (1924).
- (58) 101 So. 803.
- (59) *In re Perry*, 148 N. E. 163 (1925).
- (60) 148 N. E. at 165.

- (61) Hamlin v. "Particular Baptist Meeting House" et al., 69 A. 315 (1907).
- (62) 69 A. 318-319.
- (63) サミュエル・クリスロフ (Samuel Krislov) は、このようなアミカス・キュリエの変質を、中立的な「友としての存在 (Friendship)」から一方当事者を応援しまたは他の方法では表出されない社会的利益を代表する「党派的存在 (advocacy)」への移行として理解する。Krislov, supra note 48, at 697-704; 伊藤・前掲 (注48) 論文二三三頁以下、小島・前掲 (注48) 論文七五頁以下。カーストは、このようにアミカス・キュリエが党派的性格を強めると、立法府において十分に考慮されなかった社会利益は結局は司法ローバーにおいても代表されなくなってしまうのではないかとこの危惧を表明する。Karsl, K. L., Legislative Facts in Constitutional Litigation, 1960 US Supreme Court Review, 75, 106 (1960).
- (64) 以下の分析は主に、Lowman, supra note 55 の叙述に依る。
- (65) Wyatt v. Stickney, 344 F. Supp. 373 (1972)。なお、本件につき紹介する論稿として、川嶋四郎『『公共的差止訴訟』における救済過程の構造とその展開(1)——アメリカにおける『公共的インジャンクション訴訟』について——』商学討究三九巻四号三三頁以下所収、五七頁以下 (一九八八年) がある。
- (66) Id., at 375.
- (67) Id., at 379.
- (68) Northside Independent School District of Bexar, et al. v. Texas Education Agency, et al., 410 F. Supp. 360 (1975).
- (69) Id., at 362-363.
- (70) Ibid.
- (71) United States v. Michigan, 471 F. Supp. 192 (1979).
- (72) Id., at 204.
- (73) McGovern, F., Toward a Functional Approach for Managing Complex Litigation, 53 U. Chi. L. Rev. 440, 463 (1986)。同論文には、本件の背景についても述べられている。当初、インディアン部族と連邦及び州との間で、漁業資源の枯

- 濁を防止するための漁獲の総量制限が合意された。しかし、州の営利目的あるいはスポーツとしての漁獲が増大したため、インディアン部族が生計のために捕獲できる量が年々減少するに至ったという。従って、アマカスとしての参加を許された団体は、いわばインディアンと漁獲の割当てを争う関係にあったことになる。Id.: at 456-458.
- (74) 471 F. Supp. at 278-281. なお、差止の内容につき、判決言渡後速やかに検討されるべきことが、併せて判示された。Id.: at 281.
- (75) McGovern, *supra* note 73, at 458-63.
- (76) EEOC v. Boeing, 109 F. R. D. 6 (1985).
- (77) Id., at 11.
- (78) Id., at 8 (fn. 2).
- (79) United States v. Michigan, 680 F. Supp. 928 (1987).
- (80) 本件の上訴審における説示による。940 F. 2 d. 143, 146.
- (81) Id., at 147.
- (82) 680 F. Supp. at 1060.
- (83) Id., at 1063.
- (84) United States v. Michigan, 940 F. 2 d. 143 (1991).
- (85) Id., at 163.
- (86) Id., at 166-7.
- (87) Id., at 167-8.
- (88) 一九九六年改正後における連邦最高裁判所規則第三七条の規定の内容は、次のとおりである。

「第三七条 (アマカス・キュリエの書面)」

一 当事者によって未だ連邦最高裁判所に対し注意が喚起されていない重要な事項につき連邦最高裁判所の注意を喚起する

アミカス・キュリエの書面は、連邦最高裁判所にとって多大の助力となる可能性を有する。この目的に沿わないアミカス・キュリエ書面は連邦最高裁判所にとって負担となるだけであり、その提出は望ましくない (not favored)。

二 (a) サーシオレイライ申立状 (petition for a writ of certiorari) 訴状提出許可申立 (motion for leave to file a bill of complaint)、管轄の陳述 (jurisdictional statement) または特別許可状の申立 (petition for an extraordinary writ) の審理に先立って提出されるアミカス・キュリエ書面は、すべての当事者の書面による同意を添付した場合、または連邦最高裁判所が本条第二項(b)所定の許可を与えた場合に限り、正式に提出することができる。アミカス・キュリエ書面は、サーシオレイライ申立状に対する反対書面の提出期間内または訴え却下 (dismiss) もしくは上告棄却 (affirm) の申立の提出期間内に提出されなければならない。アミカス・キュリエ書面は、当事者の同意が与えられたか否かを明示し、書面の表紙においてその支持する側の当事者を特定しなければならない。

(b) 事件の当事者が同意を拒絶した場合にも、アミカス・キュリエ書面を連邦最高裁判所に提出することの許可を、サーシオレイライ申立状、訴状提出許可申立、管轄の陳述または特別許可状の申立の審理に先立って、提出することができる。(中略) ただし、このような提出許可申立は、望ましくない (not favored)。

三 (a) 連邦最高裁判所の面前の事件における法律審口頭弁論 (oral argument) のためのアミカス・キュリエの書面は、すべての当事者の書面による同意を添付した場合、または連邦最高裁判所が本条第三項(b)所定の許可を与えた場合に限り、正式に提出することができる。アミカス・キュリエ書面は、その支持する側の当事者に対して許された書面提出期間内、または、いずれの当事者をも支持しない場合には、上告人または被告告人に対して許された書面提出期間内に提出される場合に限り、これを正式に提出することができる。アミカス・キュリエ書面は、当事者の同意が与えられたか否かを明示しなければならない。また、支持する当事者を明示するか、または上告棄却と原判決破棄のいずれを提案するのかを示さなければならない。アミカス・キュリエによる応答書面やアミカス・キュリエによる再弁論申立を支持する書面は、書記官 (Clerk) によって受理されない。

(b) 連邦最高裁判所の面前の事件における法律審口頭弁論のためのアミカス・キュリエ書面の提出に対する同意が拒絶された

場合にも、提出許可申立を連邦最高裁判所に対して提出することができる。その申立は、第三三条第一項に定められた様式に従い一個の文書として作成され、提出を求める書面を添付して、アミカス・キュリエ書面について許された期間内に提出されなければならない。同意を拒絶した当事者を特定するとともに、申立人の利害関係の性質を記載しなければならない。

四 アミカス・キュリエ書面が、合衆国に代わって訟務長官 (Solicitor General) によって提出される場合、それ自体として出廷することを法によって認められた合衆国の行政機関によって提出される場合、州、連邦領または準州に代わってその司法長官 (Attorney General) によって提出される場合、または市、カウンティ (郡)、町またはそれに類似する公共団体に代わってその権限ある法務職員によって提出される場合には、書面提出に対する同意は不要である。(第五項は省略) ]

(89) 連邦上訴手続規則第二九条の内容は次のとおりである。

「第一九条 (アミカス・キュリエの書面)

アミカス・キュリエの書面は、すべての当事者の書面による同意、もしくは申立に基づく裁判所の許可が添付された場合または裁判所の要求による場合にのみ提出することができる。ただし、書面が合衆国もしくはその代理人、州、連邦領または準州によって提出される場合には同意または許可は必要ではない。書面は事情によっては許可申立と同時に提出することができる。許可申立は申立人の利害を明示しアミカス・キュリエ書面が望ましい理由を述べなければならない。すべての当事者が別段の同意をした場合を除き、アミカス・キュリエは、そのアミカス・キュリエ書面上訴棄却 (affirmance) または原判決破棄 (reversal) を支持する側の当事者に許された期間内に書面を提出しなければならない。ただし、裁判所が理由を示してそれより後に提出することを許可した場合は別である。その場合には、裁判所は反対当事者が答弁すべき期間を特定しなければならない。アミカス・キュリエが法律審口頭弁論 (oral argument) に参加する旨の申立は、特別の理由のない限り認められない。」

(90) Lowman, *supra* note 55, at 1260-1261.

(91) *Id.*, at 1281.

(92) *Id.*, at 1297-1298.

- (63) 本論文では、アメリカの *burden of proof* の訳語として「立証責任」を、またドイツの *Beweislast* の訳語としては「証明責任」を用いることとする。
- (64) McCormic's Handbook of Evidence 2nd Ed. 783-802 (1972); James, F. Jr. = Hazard, G. C. Jr. = Leubsdorf, J., *Civil Procedure*, 4th Ed., 337-345 (1992).
- (65) 小林・前掲書(注3)二六二頁以下(一九八五年)参照。
- (66) Davis, K. C., 3 *Administrative Law Treatise* 163, 172 (1980).
- (67) *Id.*, at 175.