

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 問題の所在

1 当事者間における情報の不在

社会の複雑化・専門化に伴い、民事訴訟における立証の困難はますます増加しつつある。従来の民事訴訟法理論においても、主に、一方当事者が圧倒的な証拠を有するという構造的な証拠偏在の状況を念頭に置きつつ、証明軽減の方法や模索的証明の可否に関する検討が重ねられてきた。⁽¹⁾

法適用過程の理論的把握においては、通常、訴訟物たる権利義務関係を定める実体法規の構成要件から、証明主題たる主張事実が演繹的に獲得されることが念頭に置かれている。しかし、現実には、当事者は手持ち証拠の

原 竹 裕

検討を経なければ、いかなる主張を構成すべきかが判明しないことも多い。証拠の偏在は、主張の不能につながるのである。このような自覚に基づき、民事訴訟法学は、これまでもすでに、文書提出命令の申立における「証スヘキ事実」の具体性の程度に関する検討を通じて、証明主題としての事実それ自体の窮乏状況が生ずることを明らかにし、その対処策を検討してきた。⁽²⁾

このような証明主題自体の窮乏状況は、現在ますます加速されつつあるように見える。その背景には、多様な社会的紛争に対して、実体法規の構成要件が十分な解決指針を示しえず、いきおい一般条項や抽象的要件が活用されざるをえなくなっていることや、社会の変動に伴って実体法規の欠缺が顕在化し、裁判官による法創造

(richterliche Rechtsfortbildung) の作用によって、そのような欠缺の補充がなされざるをえなくなっているという事情が存する⁽³⁾。

従来、この問題が意識的に議論されてきたのは、当事者間に、構造的な証拠の偏在現象が生ずるところの公害関係事件、行政関係事件などであった。しかし、近時において、さらに、社会的な情報の偏在に基づき、当事者双方がいずれも十分な資料を有しない、いわば情報の不在現象とでもいうべきものが生ずる。その代表的な場合として、私人間において、公共的なインパクトを有する争点が提起される事例を挙げることができる。本稿は、このような場合を主に念頭に置き、公共的争点の審理判断のために、当事者外の第三者の有する情報をいかに活用すべきかにつき、若干の検討を行うものである。その際、第三者情報の活用が、判断資料を当事者の提出した事実・証拠に限定する弁論主義といかなる関係に立つのかも検討対象とならざるをえないであろう。

◇ ◇ ◇

竹下守夫教授は、多年にわたり一橋大学における研究・教育に携わってこられたが、平成八年三月をもって

定年を迎えられるに至った。今後とも、変わりないご指導を賜ることを心より念願し、拙い本稿を捧げさせていただく。なお、紙面との関係で、本稿における注は最小限にとどめざるをえない。

2 諸類型と若干の実例

私人間訴訟において、提起される公共的争点としては、①法規の解釈問題、②法規の憲法適合性、及び③社会的多発事例における共通争点の判断、の諸場合を挙げることができる。①と②は、いわゆる法律問題に属する。③は、厳密な法律問題には該当しないが、社会的典型性を備える事件における共通の争点、例えば、医療過誤訴訟における医療水準に関する認定が、多発する同種事例に対して、事実上の波及効果を生ずる場合である。⁽⁵⁾ ①には、社会において新規に生じた事象に直面した司法府が、法の欠缺補充としての法創造作用を果たす場合が含まれる。また③は、一般条項(公序良俗など)・規範的抽象的概念(過失・正当事由など)への包摂判断の一環として行われる場合が多いであろう。

③の場合には、争点提起は、同時に具体的事件にお

る通常の事実主張でもある。しかし、法律問題(①・②)については、当事者の主張をまたずとも裁判所がその職責として判断しなければならぬ。従って、当事者の主張は、本来の意味における事実主張ではなく、裁判所による判断を事実上促す意義を有するに過ぎない⁽⁶⁾。もっとも、実際には、当事者の法律問題に対する問題提起をまわって、判断されることが多いであろう。従って、公共的争点の提起には、このように、主要事実の主張と重なる場合と、職権による考慮を促す場合との双方を含む。また、①・②については、規範命題に関する意見にわたる部分と、事実に関する主張とを区別する必要がある。

①から③を通じて、事実上の命題に相当するものは、包括して、規範事実(Normatsache)と呼ぶことができる⁽⁷⁾。その中で、裁判官の法創造作用を支える事実法創造事実(Rechtsfortbildungstatsache)と呼ぶ⁽⁸⁾ことができる。憲法判断は、裁判官によるいわば消極的立法にも相当するものであって、法創造作用の一種であり、かつその中でも強度のものであるということがいえる。従って、従来、違憲審査の対象立法の合理性を支える事実として把握されてきた立法事実(Legislative fact)

とは、いわば、法創造一般において立法的判断の基礎となる法創造事実の中の一種であるといえよう⁽⁹⁾。

ところで、私人間の訴訟において、これらの公共的争点提起された場合、両当事者は、必ずしも、十分な資料収集能力を有するとは限らない。例えば、法律問題の中で最も強度のインパクトを有しうる憲法問題の場合を採り上げよう。最高裁判所大法廷は、昭和六二年四月二二日のいわゆる森林法判決⁽¹⁰⁾において、森林法第一八六条(当時)に定められていた共有林の分割制限を違憲であると判断したが、この判断がなされた事件は、複数の共有者を当事者とするものであり、純然たる私人間訴訟であった。この事件に関する調査官解説においては、私人間訴訟において憲法上の争点が提起された際に判断資料の収集につき生ずる困難性が指摘されている⁽¹¹⁾。

(1) 構造的な証拠偏在現象にいち早く着目し、文書提出命令に関する検討を行ったものとして、竹下守夫「野村秀敏「民事訴訟における文書提出命令(一)(二・完)」判例評論二〇四号(判例時報七九八号)二頁以下、二〇六号(判例時報八〇四号)二頁以下(一九七六年)。

(2) 竹下守夫「模索的証明と文書提出命令違反の効果」吉川博士追悼論集「手続法の理論と実践(下)」一六三頁以下

下(一九八一年)など参照。なお、旧第三二三条第四号の規定(「証スヘキ事実」)は、新法(平成八年改正法)の第三二二条第一項第四号(「証明スヘキ事実」)に受け継がれた。

(3) 司法的法創造と民事訴訟法理論との関係に最初に着目した論稿として、Seiter, H. *Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung*, in: *Festschrift für Fritz Baur*, S. 573 ff. (1981). なお、近く公表予定の別稿(原 竹裕)「裁判による法創造と事実審理(一)」法学研究(一橋大学研究年報)二八号所収(一九九六年)を参照。

(4) 弁論主義の内容をなす法命題自体についても議論が存在するが、本稿では、通常挙げられるところの三つのテーマ(①主張責任、②自白の拘束力、③職権証拠調べの禁止)を前提とする。弁論主義の根拠論にまで立ち入った詳細な検討に関しては、他日を期することにする。

(5) 一連のいわゆる未熟児網膜症に関する裁判例における医療水準の認定がその例として挙げられよう。例えば、橋本雄太郎「医療水準論に関する一考察」法学研究(慶応義塾大学)六〇巻二号三二五頁以下(一九八七年)など参照。

(6) 例えば、違憲性の争点は法律問題であるから、当事者の主張は、本来の意味における事実主張ではなく、裁判所による判断を事実上促す意義を有するに過ぎないとされる。林屋礼二「憲法訴訟の手続理論(二)完」法曹時報四八巻二号四三頁以下、四八頁以下(一九九六年)参照。

(7) アイケ・シュミット(Eike Schmidt)は、法創造のみならず、一般条項や約款解釈などを視野に収めた上で「規範事実」の語を用いた。Schmidt, E., *Der Umgang mit Normtatsachen im Zivilprozess*, in: *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, S. 807 ff. (1985). シュミットの見解については、山本克己「民事訴訟における立法事実の審理」木川博士古稀記念「民事裁判の充実と促進(下)」二二頁以下所収(一九九四年)参照。

(8) 「法創造事実」の名称は、フーゴ・ザイター(Hugo Seiter)の創唱にかかり、ハンス・ブリュッテインタ(Hans Prütting)によっても支持された。Seiter, a. a. O., S. 574; Prütting, H., *Prozessuale Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung*, in: *Festschrift Rechtswiss. Fakultät Köln*, S. 305 ff. (1988).

(9) すでに、安西文雄「憲法訴訟における立法事実について(一)」自治研究六四巻二二二頁以下、二二五頁以下(一九八八年)、太田勝造「裁判による民事紛争解決—立法事実と正当化責任を中心として(原題・法の進化と社会科学—カリフォルニア州精神病セラピストの法的責任を例として)」同「民事紛争解決手続論」一〇九頁以下所収(一九九〇年、初出一九八八年)。なお、憲法学上の検討として、芦部信喜教授の業績を逸することができない。芦部信喜「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査」同「憲法訴訟の理論」一一七頁以下所収(一九七三年、初出一九六

三年) など参照。

(10) 最大判昭和六二年四月二二日判決民集四一巻三号四〇八頁。

(11) 柴田保幸「本件解説」最高裁判所判例解説(民事篇)

昭和六二年度一九八頁以下、二二三頁以下(一九九〇年)。

二 弁論主義の限界

公共的争点の事実的基礎(規範事実、法創造事実及び狭義の立法事実)の審理に関し弁論主義を適用することは、必ずしも妥当ではないと考えられる。その理由として次の諸点を挙げることができよう。

1 公共的判断の私的処分

弁論主義の根拠についてはわが国においても見解の対立が見られる⁽¹²⁾。しかし、いずれの見解によっても、弁論主義の適用が当事者間の処分に委ねられる領域に限定され、人事訴訟など、公益の見地から真実発見が重視される領域には適用されないことは承認されてきた。いわゆる本質説(私的自治説)を採用するか否かに関わらず、少なくともこの限度において、私的処分の可能性の有無は、弁論主義の適用範囲を画するものと考えられてきた

のである⁽¹³⁾。

この点からみて、公共的争点に対する弁論主義の適用は、判断資料たる事実証明主題及び証拠を、①双方が出しえず、または、②双方が提出しないことに同意し、あるいは③一方が提出した上で自白を成立させた場合に問題を生ずる。このような場合には、当事者による私的処分を認めるべきでない事項につき、これを承認することになってしまうことになる⁽¹⁴⁾。また、③の場合については、このような両当事者の態度一致が、本来の意味における自白の概念に該当するか自体も検討の余地を有するであろう。

2 実際の限界

弁論主義は、当事者にしか情報源を求め得ないことを意味する。従って、情報量確保の面でも、問題を有する両当事者に、収集能力が備わっているとの前提は、冒頭に指摘したような類型の訴訟においては、必ずしも満たされない。このような情報チャネルの限定性のもとでは、公共的争点の判断に足る資料が入手できる保障は存しないのである⁽¹⁵⁾。

3 論理的限界

以上は、争点の公共性それ自体に基づく適用限界に相当する。しかし、公共的争点の基礎事実の有する多様性・非定型性に基づく論理的限界をも指摘しよう。

すなわち、通常の要件事実の審理においては、立証対象事実、実体法規の構成要件から導出される。しかし、公共的争点は既存の構成要件との関係が存在しないか、または希薄である。すなわち、前記の公共的争点の類型のうち、①(法規の解釈問題)においては、構成要件の内容自体が訴訟において定められざるをえない。また、②(法規の憲法適合性)においては、当該実体法規自体の効力がそもそも審査対象とされる。さらに、③(社会的多発事例における共通争点)も、その多くは、一般条項ないし抽象的要件を媒介とするものであって、構成要件による攻防対象特定機能はきわめて希薄となる。かくして、公共的争点の基礎事実、きわめて多様性・非定型性を帯びたものにならざるをえない。⁽¹⁶⁾しかし、弁論主義のもとでは、既存の構成要件上の事実について、当事者間で存在・不存在について二元的立場から争われるこ

とを前提としている。弁論主義には、すでにこの点において論理的な限界が存するといえよう。のみならず、公共的争点についての正しい解答が、当事者双方いづれの意見とも異なる場合もありうる。このような場合、当事者から提出される事実や証拠だけに依拠することは適当ではないであろう。かくして、公共的争点の審理においては通常の審理方法を適用することは、この面からみても、妥当ではない。公共的争点の審理には、当事者以外の情報チャネルが必要なのである。

(12) 弁論主義の根拠に関しては、周知のとおり、すでに多数の議論が存する。当面、竹下守夫「弁論主義」小山昇＝中野貞一郎＝松浦馨＝竹下守夫編『演習民事訴訟法』三六九頁以下所収(一九八七年)など参照。

(13) 山本克己「弁論主義論のための予備的考察―その根拠論と構造論―」民事訴訟法雑誌三九号一七〇頁以下、一七五頁以下(一九九三年)。

(14) Seiter, a. a. O. S. 589f.; Schmidt, a. a. O. S. 812. なお、ペーター・ラーメス(Peter Lames)は、規範事実につき自由の成立を認める代わり、自由がなされた事案については判断の先例的価値(法創造効)を否定すべきであると主張。Lames, P., Rechtsfortbildung als Prozeßzweck, S. 59 (1993).

(15) ここでは、当事者双方の提出情報量の均衡だけでは解決できない「外部性」の問題を指摘しうる。太田勝造「新しいタイプの訴訟の出現と民事訴訟制度」ジュリスト九七号五八頁以下(一九九一年)参照。なお、アメリカにおいては、情報フロー(information flow)の観点からする対審構造(adversary system)の限界の指摘がなされる。Miller, A. S. & Barron, J. A., *The Supreme Court, the Adversary System, and the Flow of Information to the Justices: A Preliminary Inquiry*, 61 Va. L. Rev. 1187 (1975).

(16) Seiter a. a. O., S. 588 f. なお、一般条項の中でも公益性の大小には差が存する。山本和彦「狭義の一般条項と弁論主義の適用」広中先生古稀記念論集『民事法秩序の生成と展開』六七頁以下所収(一九九六年)参照。また、争点によって社会一般への波及効果も異なるであろう。

三 第三者情報の活用

弁論主義が排除され、職権探知主義による場合、その具体的手続が問題となる。とくに、第三者情報の活用との関係では、どのような方法によるべきかが不明確である。わが国の現行法は、文書送付嘱託・調査嘱託・鑑定嘱託の手段をすでに規定している。しかし、既存の方法は、証拠の所在が判明していることを前提としたもので

あって、証明主題が、その非定型的のゆえに、それ自体模索の対象となる場合には、他の情報チャネルの利用も検討の対象たりうる。

1 第三者による自発的情報提供—アメリカ法の実績と教訓—

第三者のイニシアティブに基づく情報の提供を制度内に組み込んだものとしては、アメリカ法上、アミカス・キュリエ(amicus curiae, 裁判所の友)の制度があり、すでにわが国でも紹介・分析が行われてきた。⁽¹⁷⁾

アミカス・キュリエとして、訴訟に関与し、情報を提供するのは、公私の団体を主とする。公的アミカス・キュリエとしては、各種委員会などの政府機関が関与する場合があります。また、私的アミカス・キュリエとしては、環境保護団体・業者団体などが関与する。⁽¹⁸⁾

アミカス・キュリエに認められる権限の範囲は、連邦及び州の判例上、変遷を見ている。すなわち、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、建国期における州の分離独立を背景として生じた土地の権限関係—多数の同種事案を背景とした公共的争点—に

関する私人間訴訟において、原告にのみ弁護士が付き、一方の弁論によってのみ終結した事件について、判断を下した裁判官自身の示唆に基づき、当時の名望家が再弁論を申し立てたという特殊なものであり、審理の再開に及ぶ強力な権限が認められた⁽¹⁹⁾。これは、まさに、当該事案で問題になった公共的争点が、被告と同様の境遇にある多数の州民に影響するところが大きであったためであろう。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、フリーディング権、再弁論申立権及び独立上訴権は否定されていた⁽²⁰⁾。

しかし、その後、アミカス・キュリエの権限の拡大現象が生じた。すなわち、聴聞、ディスカヴァリ、和解交渉などへの参加権が認められるに至り、中には、再弁論申立権や独立上訴権をも承認する事例が登場する⁽²¹⁾。これは、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背景としている⁽²²⁾。さらに、近時、人権団体に対し、いわゆる当事者的アミカス・キュリエ (litigating amici) の地位を認めた第一審判断に対し⁽²³⁾、上訴審において権限の拡大傾向に歯止めがかけられる事

案も生起している⁽²⁴⁾。

このように、アミカス・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、アミカス・キュリエに関する実定法規定が完備せず、その権限の範囲が実務に委ねられているという事情が存する。そのため、近時は、アミカス・キュリエの権限を明確に定めるべきであるとの立法提案がなされている⁽²⁵⁾。また、従来から存在した提出書面に関する規定も、次第に詳細化する傾向にある⁽²⁶⁾。アミカス・キュリエは、その行き過ぎに歯止めがかけられつつも、その役割はアメリカ法上定着しているものといえよう。

2 第三者に対する情報要求—ドイツ法—

これに対し、ドイツにおいては、アメリカ法上のアミカス・キュリエを導入すべきであるとする積極的な立法論も存する⁽²⁷⁾が、司法の過度の党派化を招くとして、批判的な見解も存する⁽²⁸⁾。ドイツにおいては、むしろ、裁判所を主体とする対第三者情報要求の制度が目される。すでに、憲法裁判権 (Verfassungsgerichtsbarkeit) の領域において、職権探知主義が採用されている。すなわ

ち、ドイツ連邦憲法裁判所法 (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht = BVerfGG) 第二六条第一項第一文は、「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。」と定めるが、これは職権探知主義を採用したものと解されている⁽²⁰⁾。そして、注目すべきは、証拠収集のための具体的な方策も整備されている点である。すなわち、①国内の司法・行政機関の協力義務が定められており、最上級官庁を経由して文書を取り寄せることができる (同法第二七条) ほか、②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 (同法第七七条・第八二条第一項・第九四条第一項)。また、③連邦憲法裁判所は、専門家が補佐人 (Beistand) として関係人を補助することを許可することができる (同法第二二条第一項第四文)。

(17) 伊藤正己「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(十七)』一九九頁以下所収 (一九六七年)、森川金寿「裁判の民主的コントロール—ルーアミカス・キュリイについて—」兼子博士還暦記念

『裁判法の諸問題(十七)』二六三頁以下所収 (一九六九年)、小島武司「裁判所の友」同『民事訴訟の新しい課題』六一頁以下所収 (一九七五年) など。

(18) 例えば、近時の事例として、租税事件におおつて、多州

籍課税委員会 (Multistate Tax Commission) がマサチューセッツ・キュリイとして関与したものとみなされる。Allied-Signal, Inc. v. Director, Div. of Taxation, 504 U. S. 768 (1992)。

(19) Green v. Biddle, 21 U. S. (8 Wheat.) 1, 5 L. Ed. 547 (1823)。

(20) In re Perry, 148 N. E. 163 (1925) [フリーマンン権否定]; City of New Orleans v. Liberty Shop, Ltd., 101 So. 798 (1924) [再弁論申立権否定]; Hamlin v. "Particular Baptist Meeting House" et al., 69 A. 315 (1907) [独立上訴権否定]。

(21) Wyatt v. Stickney, 344 F. Supp. 373 (1972) [聴聞参加権肯定]; Northside Independent School District of Bexar, et al. v. Texas Education Agency, et al., 410 F. Supp. 373 (1975) [再弁論申立権・フレマサザリ参加権肯定]; United States v. Michigan, 471 F. Supp. 192 (1979) [和解交渉参加権肯定] など。

(22) Krislov, S., The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy, 72 Yale L. J. 694 (1963)。

(23) United States v. Michigan, 680 F. Supp. 928 (1987)。

- (24) United States v. Michigan, 940 F. 2d. 143 (1991).
- (25) Lowman, M. K., The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?, 41 Am. L. Rev. 1243, 1297 (1992).
- (26) 連邦最高裁判所規則 (Rules of the Supreme Court of the United States) 第三十条「連邦上訴手続規則 (Federal Rules of Appellate Procedure) 第二十九条参照。
- (27) Hirte, H., Der amicus-curiae-brief-das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen, ZZP 1991, 11 (1991).
- (28) Lames, a. a. O. S. 67.
- (29) Vgl. etwa: Pestalozza, C., Verfassungsprozesse, ch. 3. Aufl., S. 57 (1991).

四 検討

1 第三者による自発的提供

アメリカにおいて採用されたアマिकास・キュリエの制度は、第三者情報の自発的提供を、実定法上の制度に組み込んだものとして注目される。しかし、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。この教訓をどう生かすかを考える必要がある。

思うに、このような第三者の関与を承認する場合には、その訴訟上の権限のコントロールに留意する必要がある。とくに、私人間訴訟における訴訟物が、あくまで私人たる両当事者間の権利義務関係であって、第三者が処分権主義までも破ることはできないことにかんがみれば、本案への補助参加の利益を有しない第三者に情報提供を越えた権能を与えるべきではない。また、アメリカの例にみられるように、情報提供にあたる第三者の提出書面がきわめて大部となり、訴訟遅延を生むおそれもある。当事者間の権利救済を、争点の公共的性質のゆえをもって遅延させることは、原則として正当化されないであろう。

この意味で、今回の民事訴訟法改正に際して検討事項の一つとして挙げられた専門的情報に関する照会制度は、注目に値する。そこでは、①「第三者的な立場にある公務所又は公私の団体から、裁判所に専門的情報や意見を提供することができる制度」とともに、②「裁判所が当事者の意見を聴いて、第三者的な立場にある公務所又は公私の団体に対し、専門的情報や意見を求めることができる制度」が検討対象とされていた。そして、いずれの

制度についても、提供された情報・意見につき、当事者に意見を述べる機会を与えるものとされ、当事者に対する手続保障が与えられることとなっていた。⁽³⁰⁾このうち、①は、第三者主導型の顕出制度に属し、まさにアメリカ・キュリエのわが国への導入を企図したものである。ここでは、第三者の権限を情報提供面でのそれに限定する趣旨が読み取れる。これに対して、②は、裁判所主導による情報要求の制度に属し、第三者主導型とは異なった方法によって、公共的情報の顕出を実現しようとするものであった。

しかし、その後公表された「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」(一九九三年)においては、これらの制度の導入はいずれも改正の対象事項とはされていない。担当参事官による解説の述べるところによれば、同案については賛否が拮抗し、反対案の理由の一つとして、当事者主義や弁論主義に反するおそれがあることが挙げられていた。⁽³¹⁾

しかし、すでにみたところから分かるように、むしろ、このような第三者情報提供制度の根拠づけに関しては、弁論主義の限界論からの接近が可能であった。この点の

立法的整備は、将来に残された課題である。その際、提出される情報の質・量を適正な水準に保つための方策も不可欠であろう。

2 第三者に対する提出要求

(一) 文書提出命令

現行法上も、主要事実の立証を目的として、当事者の申立に基づき、第三者所持文書の提出命令を発することが可能であり、不提出の場合には過料の制裁が課される(民訴法第三一八条、新法第三二五条)。しかし、公共的争点の審理に必要な事実が、このような文書提出命令申立における「証スヘキ事実」(民訴法第三二三条第四号)(Ⅱ「証明すべき事実」(新法第三二二条第一項第四号))に該当するかどうかについては検討を要する。

弁論主義のうち、第一命題(主張責任)及び第二命題(職権証拠調べ禁止)の背景には、自らの権利を擁護するために必要な証拠は、基本的には当事者自らが、作成・保管・提出すべきであるという思想がある。これは、本案をなす私法上の権利の救済それ自体は、あくまで私的な財であって、その救済のために要する立証コストは、

原則として当事者が負担すべきであり、納税者一般に転

途が探られてよい。

嫁すべきではないとの趣旨である。文書提出命令申立

(二) 文書送付嘱託・調査嘱託・鑑定嘱託

について、一定の要件が法定されているのは、このよう

現行法上の文書送付嘱託(民訴法第三一九条、新法第

な弁論主義の建前に対する例外につき、絞りをかける趣

二二六条)は、主として、官公庁・公法人を対象とする

旨であろう。しかし、これに反して、公共的争点に関し

保管文書の顕出手段として利用されている。これは、必

て判断がなされた場合には、その判断は、個別事例を超

要な文書の形で存している場合には有効な手段であるが、

えて社会への波及効果を生じうる。この意味で、公共的

文書として存在していない場合には用いることができな

争点に関する判断は、一種の公共財に属するといえよう

い。文書として存在していても、その特定について困難

したがって、この場合には、むしろ逆に、立証の負担を

が生ずる場合もあろう。従って、法律上所在の明確な文

当事者のみに負担させることが妥当とはいえなくなる。

書について利用しうるにとどまっている。従って、この

よって、公共的争点に関しては、当事者の申立てによら

制度を十分に機能させるためには、その前提として、文

ずとも、第三者に対して提出を要請しうるような制度を

書の所在自体を特定することのできる制度が必要となる。

整備することが望ましいといえよう。ただし、公共的争

他方、調査嘱託(民訴法第二六二条、新法第一八六

点の提起が同時に司法事実の主張とも重なりあう場合に

条)の対象は、文書には限られない。しかし、この手段

は、實際上、判断の基礎事実が、当事者の申立に基づい

においては、相手方は団体のみであり、例えば気象情報

て発せられた文書提出命令によって顕出されることもあ

につき気象庁に調査を嘱託するなど、当該団体が手元資

りえよう。文書提出命令に関する立法の前途は未だ流動

料で容易に結論の得られる場合を念頭に置くとされて

的であるが、改正法の運用に際しても、争点の公共性の

いる。⁽³²⁾

有無を提出義務の存否の判断に反映されることによつて、

なお、鑑定嘱託(民訴法第三二〇条、新法第二八一

提出義務の強度を争点の性質に応じて柔軟に調整する方

条)は、従来、専門的経験則の獲得手段として位置づけ

られてきたが、公共的争点の事実面の審理にも活用可能であろう。ただし、鑑定費用の当事者負担原則（民訴法第八九条（新法第六一条）、民訴費用法第一八条第二項）については、再考の余地がある。また、鑑定の嘱託前に、鑑定事項を豊富な情報に基づいて絞り込むことが望ましく、この意味において、鑑定嘱託も、第三者による証明主題に関する情報の提供制度の整備と結び付くことによって、初めてその機能を効率的に発揮しうるであろう。

3 当事者に対する手続保障

最後に、弁論主義が適用されない場合にも、当事者による意見表明の機会の保障の要請は残存することを強調する必要がある。たとえ、公共的争点に関する判断が、当事者を越え出でた影響を生ずるがゆえに、当事者の完全な自由には委ねられないとしても、具体的事件において、直接的な利害を有するのは、あくまで当該事件における当事者である。従って、公共的争点の審理に際しては、証明主題の選定、情報入手先の選定及び認定内容に関し、可能な限り、当事者に対する開示と意見聴取の機会が保障されるべきである。すでに、法律問題に関する

法的観点指摘義務の理論が説かれているが、この理は、⁽³³⁾ 事実的基礎にも拡張されるべきである。ただし、公共的争点の審理に際し、当事者の提出した意見等は、それが⁽³⁴⁾ 実体的真実の認定に寄与する限りにおいてのみ、判断に反映されるべきである。

(30) 法務省民事局参事官室「民事訴訟手続に関する検討事項」第一七・三参照。

(31) 柳田幸三「始関正光」小川秀樹「民事訴訟手続に関する検討事項」に対する各界意見の概要」別冊NBL二七号所収、七八頁以下（一九九四年）。なお、日本弁護士連合会「民事訴訟手続に関する検討事項」に対する意見書」二三五頁以下（一九九二年）。

(32) 兼子一「松浦警」新堂幸司「竹下守夫」条解民事訴訟法」九六七頁（松浦）（一九八六年）。

(33) 山本和彦「民事訴訟における法律問題に関する審理構造（I）（4・完）」同「民事訴訟審理構造論」一七頁以下所収（一九九五年、初出一九八九—九〇年）参照。

(34) Hergenroder, C. W., Zivilprozessale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, S. 304 ff. (1995). なお、リッチェンティングは、法創造事実の審理につき当事者に意見表明の機会を与えるべき旨の立法提案を行っている。Prüfung, a. a. O., S. 323.

（一橋大学専任講師）