

証拠制限契約の新たな意義とその許容性について

——裁判外紛争解決手続の場面における締結も念頭にして——

杉 山 悦 子*

- I はじめに
- II 証拠制限契約の機能
- III ドイツにおける証拠制限契約
- IV 日本における証拠制限契約
- V 考察

I はじめに

1 証拠制限契約とは

民事訴訟においては、弁論主義、すなわち判決の基礎を成す事実の確定に必要な資料（事実と証拠）の収集を当事者の権能と責任に委ねる原則が採用されている¹⁾。この原則の下、両当事者が、一定の証拠方法のみを裁判所に提出すること、あるいは、一定の証拠方法を裁判所に提出しないことを約することがあるが、この合意は「証拠制限契約」と呼ばれる。

一般に、当事者は、証拠に関する様々な合意（証拠契約）をすることが考えられる。例えば、権利の発生消滅に関するある事実を認め、あるいは争わないことを合意する自白契約や、挙証責任の分配を変更する挙証契約、事実の確定を第三者の判断にゆだねる仲裁鑑定契約などであり、証拠制限契約はこれらの証拠契約の一つとして位置付けられる²⁾。

【一橋法学】（一橋大学大学院法学研究科）第4巻第1号2005年3月 ISSN 1347-0388
 ※ 一橋大学大学院法学研究科講師

1) 弁論主義の根拠は、一般には、訴訟物たる権利関係が私的自治の原則に服し、当事者の自由な処分に委ねられる以上、その実現過程である民事訴訟においても、この原則が敷衍されると説明される。その他にも、様々な説明がありうるが、本稿では、一般的な考え方に従うことにする。

2 従来の議論の概略

今日においては、弁論主義の原則を根拠に、裁判所による自由な心証形成を害さない限りにおいて、これらの証拠契約の訴訟法上の効力を肯定する、したがって証拠制限契約も有効とするのが通説である³⁾。しかしながら、日本法の母法であるドイツ法を見てみると、沿革的には、20世紀前半にはその効力をめぐって対立があり、証拠契約を訴訟法上有効とする考え方は最近になって確立されたにすぎない。同じことは、日本にも当てはまる。また、日本においては、実務上、証拠制限契約も含めた証拠契約が締結されることが少なかったためか⁴⁾、訴訟契約一般についての議論が盛んであったに比して、証拠契約はあまり重要視されてこなかったようである。

しかしながら、証拠契約のうち、証拠制限契約については、近時、新たな意義が見出されている。今日においては、民事紛争の適切な解決のためには、裁判の

-
- 2) 証拠契約は、広義では、特定の訴訟事件の訴訟物たる権利関係の存否や内容を判断する上で前提となる事実の確定方法に関する当事者間の合意、例えば自白契約、拳証契約、仲裁鑑定契約を、狭義では、その証明のための証拠方法に関する当事者間の合意、例えば証拠制限契約を意味するという見解が多い（兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』（弘文堂、1986年）941頁、新堂幸司『新民事訴訟法（第三版）』（弘文堂、2004年）509頁、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕『新民事訴訟法講義〔第2版〕』（有斐閣、2004年）336頁参照）。これに対して、広義では、拳証責任契約をも含めた、訴訟における事実の確定方法に関する契約を、狭義では、裁判官の事実認定を容易にする契約を意味するという分類をして、後者に自白契約、仲裁鑑定契約、証拠制限契約を含める論者もある（三ヶ月章『民事訴訟法（法律学全集35）』（有斐閣、1959年）403頁）。後者の見解は、Baumgärtelが、証拠契約には自白契約、推定契約、証拠方法契約があり、拳証責任契約は、ノンリケットで機能し、裁判官の自由心証主義を害しないとして証拠契約から除いていること（Gottfried Baumgärtel, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozeß (1957), S 248 f.）の影響も受けていると想像されるが、自白契約と証拠制限契約とはその性質が全く同じであるとは考えられないため、本稿では前者の分類方法に従う。なお、証拠契約の概念の変遷については、金洪圭『証拠契約の研究』（法律文化社、1975年）3頁以下に詳しく、本稿もこの研究に負うところが多い。
 - 3) 伊藤真『民事訴訟法（第3版）』（有斐閣、2004年）318頁、新堂幸司・前掲（注2）510頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法下』（有斐閣、2004年）60、61頁、中野＝松浦＝鈴木・前掲（注2）336頁、松本博之＝上野泰夫『民事訴訟法（第3版）』（弘文堂、2003年）112頁
 - 4) 菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅱ（第2版（全訂版）』（日本評論社、1989年）387頁

みならず、裁判外での紛争解決手続（かかる手続には、示談、調停、斡旋など様々なものがあるが、本稿では、これらを全て含めて「和解」あるいは「和解手続」と呼ぶ。）も重要であるところ、この裁判外での紛争解決を促進するためには、事実や証拠を提示する際に、これらが後日の訴訟の場に提出されないことを保障するのが有益であり、そのために証拠制限契約が大きな役割を果たしうる。活発な議論を可能にして和解を促進するためには、訴訟での証拠の提示を制限することが望ましいという認識は、後に紹介するように、他国において共有されているのみならず、日本においても広まっていることは、司法制度改革推進本部のADR検討会において、ADRで提出された事実や証拠等を後日の訴訟で利用することを制限することの是非が検討の対象となったことから窺い知れる⁵⁾。ところが、平成16年に成立した「裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律」においては、紛争処理機関の認証の基準として守秘義務に関する規律をおいていることを要求するのみであり⁶⁾、当然に和解手続で提示された事実や証拠を訴訟に提示することを禁止するまでには至らなかった。そのため、仮に、証拠の制限が有意義であるとするれば、当事者間で証拠制限契約に締結することを促すことが望ましく、その意味においても、かかる契約の許容性を再考する意義は少なくないと思われる。

5) 司法制度改革推進本部 ADR 検討会第3、6、8、14、15回議事録参照
(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/03adr.html>)。

6) 6条「法務大臣は、前条の認証の申請をした者（以下「申請者」という。）が行う当該申請に係る民間紛争解決手続の業務が次に掲げる基準に適合し、かつ、申請者が当該業務を行うのに必要な知識及び能力並びに経理的基礎を有するものであると認めるときは、当該業務について認証をするものとする。

11、民間紛争解決手続において陳述される意見又は提出され、若しくは提示される資料に含まれる紛争の当事者又は第三者の秘密について、当該秘密の性質に応じてこれを適切に保持するための取扱いの方法を定めていること。第16条に規定する手続実施記録に記載されているこれらの秘密についても、同様とする。

14、申請者（法人にあってはその役員、法人でない団体で代表者又は管理人の定めのあるもの、又はその代表者又は管理人）、その代理人、使用人その他の従業者及び手続実施者について、これらの者が民間紛争解決手続の業務に関し知り得た秘密を確実に保持するための措置を定めていること。」

3 本稿の目的と考察対象

本稿においては、前半において、先に述べた証拠制限契約の意義を、アメリカやドイツの議論を参考にしながら確認、検証した上で(Ⅱ)、証拠制限契約の有効性や要件などに関するドイツや日本における判例および学説を概観し(Ⅲ、Ⅳ)、最後にかかる契約の新たな意義を踏まえながらその要件などについて考察を加えることを目的とする(Ⅴ)。なお、証拠制限契約も訴訟に関する契約の一種であるため、その検討に際しては、訴訟契約の一般論にも配慮する必要があるが、本稿では、必要な限りで参照するにとどめる⁷⁾。

Ⅱ 証拠制限契約の機能

1 従来から認められてきた機能

証拠制限契約には、以下のような機能があると考えられている。第一に、裁判所や当事者の負担を軽減することが可能となる。すなわち、かかる契約により、裁判所に提出される証拠方法の数を制限されれば、裁判所が証拠調べに要する負担は軽減され、また、当事者にとっても、証拠調べに要する時間が短縮されて迅速な審理が可能になるとともに、証拠調べに要する費用を節約することが可能になる⁸⁾。とくに、鑑定人のような高額の費用を要する証拠方法を排除する合意をする場合には、費用の節約をすることが可能となる⁹⁾。同じことは、証人である第三者にも該当し、証人尋問を排除する契約を締結することにより、証人が出廷

7) 訴訟契約の一般論については、本稿の注に挙げる様々な文献の他にも、池田辰夫「訴訟継続前後の訴訟上の合意の適法性—訴訟審理における当事者自治とその限界—」木川統一郎博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進』(1994年、判例タイムズ社)(上)218頁、柏木邦良「最近の西ドイツにおける訴訟契約論について—1—(ドイツ民事訴訟法研究ノート—3—)」北海学園大学法学研究6巻2号(1971年)405頁、吉田直弘「訴訟契約の許容性とその限界(一)—許容性判断規準の検討を中心に」法と政治49巻2・3号(1998年)209頁などがあり、本稿もこれらの研究を参考にしている。なお、金・前掲書(注2)、Sachse, Beweisverträge, ZZP 54(1929), S. 27 ff.のように、証拠制限契約に仲裁鑑定契約も含めて検討する論者もある。確かに仲裁鑑定契約は、当該事実について他の証拠方法の利用を排除する点において証拠制限契約としての性質も有するが、直接的には事実の確定方法に関する契約であるから、必要な限りで適宜触れるにとどめる。

8) 証拠調べに要する費用は、訴訟費用であり(民事訴訟費用等に関する法律2、11条)、申立人が概算額を予納する必要があるとともに、最終的には敗訴当事者が負担することになるからである(民訴法61条)。

する負担を軽減することも可能である¹⁰⁾。

第二に、当事者間で、将来、定型的な紛争が多発することが予測される場合においては、訴訟において立証のために提出される証拠をあらかじめ限定しておくことにより、当事者双方が訴訟の結果を予測することが容易になるとともに、効率的な紛争解決が可能となるという利点もある¹¹⁾。

第三に、営業秘密などを含む文書等を訴訟に提出しないという合意をすることにより、秘密が一般第三者や相手方当事者に公開されることを防止することが可能になるという指摘もある¹²⁾。

2 今日の意義

今日においては、これらの機能に加えて、和解手続において提出された証拠を、後に提起された訴訟では提出しない旨の証拠制限契約を締結することにより、当事者間が和解の場で自由に議論をすることを可能にして和解を促進させ、効率的に紛争を解決するという機能も指摘されている¹³⁾。ADR 検討会の検討過程や諸外国の例も参照すると¹⁴⁾、和解手続の秘密性を保障することによって和解を促進する方法としては、①法律によって訴訟での資料の利用を禁ずる方法（証拠能力を否定する方法）、②当事者や和解に関与した者（調停者等）の証言拒絶権（秘匿特権）を認める方法もあるが、①②がない場合には、③当事者に証拠制限契約

9) もっとも、鑑定は、裁判官に欠ける専門知識を補完する点において、一般の証拠調べの方法とは異なる以上、職権鑑定が可能であるという考え方を採用すれば、かかる場合の証拠制限契約を不合法とする考え方も成り立ちえよう。

10) Gerhard Wagner, Prozeßverträge, Privatautonomie im Verfahrensrecht (1998), S 683 f

11) Kahl Wilhelm Eickmann, Beweisverträge im Zivilprozeß(1987), S 1

12) Wagner, a.a.O. (Anm.10), S 683 f. 日本においては、営業秘密が関わる場合には証言拒絶権が認められると共に（民訴197条1項3号）、文書提出義務を免れることも可能である（民訴220条4号ハ）。しかしながら、その保護の対象が一義的でないため、かかる契約を結ぶことは考えられよう。

13) Wagner, a.a.O.(Anm.10),S 684.

14) また、2003年6月に成立したUNCITRAL 調停モデル法10条1項において、「調停手続の当事者、調停人、及び調停手続の運営に関与したものを含む全ての第三者は、仲裁手続、訴訟手続、又はその他の手続において、以下に掲げるものに依拠し、証拠として提出し、証言として供述をしてはならない。…」という規定がおかれている点も参考になる（前掲 ADR 検討会 HP 参照）。

を締結させる方法も考えられる。いずれも、和解の手続の秘密性を保障することが和解の促進につながるという考え方が背景にあるが、以下では、かかる考え方の妥当性や証拠制限契約の有益性などを確認するため、アメリカやドイツの制度を簡潔に紹介することにする。

(1) アメリカの制度

ア FRE408の規律とその制定過程

アメリカにおいては、和解を促進するために、和解交渉の場で提出された事実などの証拠能力を制限することがある。例えば、アメリカ連邦民事訴訟規則(FRE) 408条によると、「効力や金額について争われている請求に関する和解や和解勧誘で、重要な約因を(1)与えた又は与える旨を申し出たり約束したという証拠、(2)受けた又は受けることを申し出たり約束したという証拠は、責任や請求の無効、金額を証明する場合は許容されない。和解交渉中の行為や陳述の証拠も同様に許容されない。この規律によっても、その他の方法で開示の対象となる証拠は、単に和解交渉の場に提出されたというのみでは排除は求められない。この規律は、証拠が別の目的で提出された場合、例えば証人の偏見や先入観を証明するため、不当な遅延という主張を排斥するため、又は刑事捜査や訴追を妨げようとしたことを証明するために提出される場合には、適用は排除されない。」とされ、多くの州においても、これと同様の規定が置かれている¹⁵⁾。すなわち、この規定は、和解の申出のみならず、そこで提示された陳述や証拠についても証拠能力を否定するものであるため、この規定を手がかりに、その根拠などを探ることにする。

そもそも、1975年のFRE制定以前においても、コモン・ロー上、和解の提示がすでになされたという事実は、その後の訴訟において責任等を判断するためには関連性のない証拠として、証拠能力が否定されてきた¹⁶⁾。FRE408第1文はこ

15) David P. Leonard, *The New Wigmore : Selected Rules of Limited Admissibility* (Rev. Ed., 2002), §3.6

16) Wright & Graham, *Federal Practice and Procedure* (1980), Evidence, §5302 ただし、仮定的に主張された、あるいは争う権利を留保して (without prejudice、実体的効果を持つことなく) 主張された事実の自白、あるいは和解の提示と一体になされた事実の自白は排除された (Advisory Committee Note 参照)。

のコモン・ローの原則を引き継いだものである。和解の申出自体が排除される理由としては、伝統的には¹⁷⁾、①そもそも和解の提示は、平穏な解決を望む当事者の意思の現れに過ぎず、請求の有効性などを認める意思を示したものである以上、関連性がないと説明されてきたが¹⁸⁾、そのほかにも、②訴訟手続の混雑を緩和するという公益のため、また、両当事者が納得のいく結果を出すためにも和解を促進する必要があるが、将来の訴訟において不利に利用されることがわかっていると、和解の場で事実等を提示しなくなる可能性があるため、それを防ぐ必要があること、③当事者間の公平のため、すなわち、和解による解決を切望した当事者が、事後的に、相手方によって、訴訟追行に不熱心であることの現れとして和解を申し出た事実を挙げられるなどの不公平な結果を防止する必要があることも挙げられる¹⁹⁾。

これに対して、和解手続で出された事実の自白については原則として許容された²⁰⁾。もっとも、諮問委員会は、②の和解を促進するという公益性を強調して、証拠能力が排除される対象を拡大し、和解交渉中になされた事実陳述などについても証拠能力を否定する2文を追加した²¹⁾。

しかしながら、当事者が、和解交渉の場に提示さえすれば、安易に訴訟での利

17) そもそもイギリスにおいては、契約理論を理由に申出を排除していた。すなわち、当事者が和解において事実等を主張する場合には、和解が成立しなければ、利用されないという黙示の契約が成立していたとみなしていた。(Leonard, *supra* note 15, §3.3.1)。ただし、この理論は、当事者が仮定的 (without prejudice) な主張であることを明示しなければならない点で、いささか形式的であった (Wright & Graham, *supra* note 16, §5302)

もっとも、①については、また、③については、契約理論も、仮定的であることを明示しなければならない点で形式的であった (Wright & Graham, *supra* note 16, §5302)

18) 4 Wigmore, Evidence 1061, at 28 (3d ed. 1940) しかしながら、通常はかかる証拠も論理的には関連性があるという批判もなされている (Leonard, *supra* note 15, §3.3.2)。

19) Wright & Graham, *supra* note 16, §5302 ただし、当事者の意思を考慮しないという批判もある。

20) 主張は黙示の自白であるから排除されたとしても、明示の自白までは排除されないからである (Wright & Graham, *supra* note 16, §5302) ただし、仮定的に主張された、あるいは争う権利を留保して (without prejudice、実体的効果を持つことなく) 主張された事実の自白、あるいは和解の提示と一体になされた事実の自白は排除された (Advisory Committee Note 参照)。

用を免れることができると、これが濫用され、訴訟における真実発見が害される危険性があるため、第3文において、他の方法で発見できるものについては排除の例外を設けた。したがって、例えば、和解前にあらかじめ作成されていた文書は、単に和解の場に提示しただけでは排除の対象とはならず、和解手続の場での陳述以外で請求の有効性や額を立証することは可能である²²⁾。

イ FRE408の限界

しかしながら、陳述等の証拠能力まで否定した2文に関しては、この規律によってどれほど立法者が意図した和解の促進が可能になるか、必ずしも実証的なデータがあるわけではない²³⁾。

その点を除いても、条文の規定の仕方により、全ての陳述が保護の対象となるわけではないため、そのことが却って和解を阻む原因ともなりかねないという問題がある。というのも、FREが和解で提示された事実等の証拠能力を否定するのは、あくまでも請求の効力や額を立証するためであり、4文で示されたように、それ以外の目的で利用することは認められるし、また、証人を弾劾する目的で利用することができるかなど²⁴⁾、保護の対象が不明確な場合も少なくなく、保護の対象となるか否かについての争いが生ずる可能性は否定できないからである²⁵⁾。

このように、FREによって保護される範囲が不明確であると、和解の場にお

-
- 21) Advisory Committee Noteによると、2文を追加した理由は、コモン・ローの規律のみでは、和解での自由な交渉を阻害するし、保護されるものであるか否かが不明であるとかえって紛争を惹起しかねないからである。これに対して、下院(The House)は、和解手続の開始時期が分かりにくいので、かえって事実や証拠を出し惜しむ可能性があることを理由に批判をしたが、上院(The Senat)は、自由な交渉を妨げる以上、事実陳述も排除すべきであるが、和解で提示したことだけを理由に許容されるのを防止するのは不当であるとして、他の方法で発見できるものであれば排除されないという案を提示して妥協点に到達した。
 - 22) Stephan A. Saltzburg, Michael M. Martin, Daniel J. Capra, *Federal Rules of Evidence Manual*, 8th ed., §408.02[3] 参照。Rules 30 (Depositions), 33 (Interrogatories), and 36 (Request for Admissions)で自白を求めうるので、全ての自白が許容されてしまいそうであるが、かかる解釈はFRE408の趣旨を没却するので、たとえ同じ自白が和解手続でなされたとしても、実際に開示手続でなされた自白が許容されると解釈すべきであるとする。
 - 23) Wright & Graham, *supra* note 16, §5302, Leonard, *supra* note 15, §3.4 その他にも、必ずしも事実陳述がなされるとは限らないという批判、和解の促進が証拠許容の必要性を上回るかも不明であるという批判もある。

いて萎縮効果が生じ、かえって自由な議論が妨げられるという問題点が指摘されてきた²⁶⁾。

ウ 秘匿特権による解決

かかる問題点を克服する一つの方法として、秘匿特権による保護も考えられる²⁷⁾。そもそも、FREの規律では、和解手続における陳述等の証拠能力が否定されるにすぎず、ディスカバリまでは免れるわけではない²⁸⁾。そこで、ディスカバリからも免れる絶対的な保護を図るためには、調停者や当事者の秘匿特権を認めるのが望ましいと考えられている。

制定法があればともかく、これがない場合に秘匿特権を肯定するには、FRE 408条自体を秘匿特権の規定と読むか、あるいはコモン・ロー上認められる秘匿特権 (FRE501条) として位置付けることが考えられる。例えば、初期の McCormick などにおいては、FRE408の規律は秘匿特権の一種と考えていたようであり²⁹⁾、これを Advisory Committee Note が引用していた点を鑑みると、立法者が、この規定を秘匿特権の一種類として位置づけていたという見方も成り立ちうる³⁰⁾。また、秘匿特権が認められる弁護士と依頼者との関係と比べると、依頼者は秘匿特権があるからこそ、弁護士に対して全ての事実を打ち明けて適切な助言を得ることができるという点を強調すると、同じことは和解手続の場でも妥当し、秘匿

24) 一般には、弾劾目的での利用は否定されている (McCormick on Evidence (5th), §266)。しかしながら、弾劾目的で利用することを認めないと、手続において当事者がうそをつく可能性があり、かえって和解が促進されないことを理由に、重要な事項について意図的に矛盾を生じさせた場合には、弾劾を認める論者もある (Lynne H. Rambo, *Impeaching Lying Parties with Their Statements during Negotiation: Demysticizing the Public Policy Rationale behind Evidence Rule 408 and The Mediation-Privilege Statutes*, 75 Wash. L. Rev. 1037)

25) Wright & Graham, *supra* note 16, §5302

26) Wayne D. Brazil, *Protecting the Confidentiality of Settlement Negotiations*, 39 Hastings L.J. 955, 968～

27) 秘匿特権構成によると、①陪審ではなく裁判官が判断する、②他の証拠の許容性に関する立証には使えない、③本人が許可すれば利用できる点で適用範囲が狭まる、④ディスカバリの対象とならないという点を導きうる (Wright & Graham, *supra* note, §5302)

28) Brazil, *supra* note 26 at 987

29) もっとも、後に改説して、秘匿特権とは異なる規律として位置づけるようになったようである (McCormick, Evidence, §76 at 158 (1954))。

30) Wright & Graham, *supra* note 16, §5302

特権によって保護されていることが認識できて始めて、調停者などに対して事実を開示することが可能である点を強調すれば、秘匿特権を肯定する方向に結びつきやすい³¹⁾。

しかしながら、前述のように、FRE408条自体は、トライアルの場면을規律するものであり、数々の例外を認めている点において、絶対的な秘匿を認める秘匿特権とは異なると考えられる³²⁾。したがって、FRE408条から秘匿特権を導き出すことはできない。また、調停者や当事者との関係は、弁護士と依頼者との関係とは異なり、社会的に継続するものではないことを考えると秘匿特権を否定する方向につながりやすい³³⁾。

いずれにしても、和解手続に秘匿特権が妥当するか否かは明らかではない。制定法上の秘匿特権の規定は曖昧であるのに加えて、州によって多くの違いがあるし、連邦レベルにおいては、統一的な規律もない³⁴⁾。また、先にも述べたように、コモン・ロー上の調停秘匿特権 (mediation privilege) を認めることができるかも定かでない³⁵⁾。このように、秘匿特権による保護が定かでない、和解を促進する機能は十分には果たしえない。

エ 契約による保護

調停秘匿特権が制定法によって認められている場合はともかく、そうでない場

31) Brazil, *supra* note 26 at 987

32) *Id.* at 987 機能は類似しているが、秘匿特権は、訴訟外の第三者のものであっても訴訟に提示することが禁止されるが、FRE の場合は、訴訟当事者しか妥当しない。FRE が元は関連性の問題であることからしても、秘匿特権ではないといえる (McCormick on Evidence (5th), §72.1)。

33) Brazil, *supra* note 26 at 987

34) 1998年のADR法 (The Alternative Dispute Resolution Act) においては、ADR手続の秘密性を保障するためのローカル・ルールの作成が促されたものの、秘匿特権を明示的に認めたものであるかは明らかでなかった。これに対して、調停に関してではあるが、州法の調停秘匿特権が統一的でない点に配慮して、統一調停法 (Uniform Mediation Act) が作られ、2002年4月にABAに承認されている。これも、調停の利用を促進するためには、当事者と調停者による調停手続の秘密性を維持することが重要であるという認識に基づき、従来は州ごとに定められていた秘匿特権や証言拒絶権の規定を統一的なものにすることを目的としている。その4条によると、調停における会話はディスカバリの対象ともならないし、証拠能力もないが、他の方法がある場合は証拠は排除されない。また、当事者らが放棄した場合 (5条) や、その他の方法では利用できないもの、証拠の必要性が高いもの、及び、履行を争う場合には秘匿特権はない (6条)。

合には、秘匿特権を直ちに肯定することは困難であるし、また、FRE の射程が限られていることから、立法者が意図した和解促進が実現されない点に配慮すると、その他の方法によって、手続の秘密性を保障することが必要となる。

和解手続の秘密性を保障するための方策としては、裁判所による保護命令や、両当事者が対席するのではなく、裁判官や調停者と一方当事者が交互に対話する手続を活用することも提案されているが、契約で手続内容の開示を制限することも推奨されるとともに、実際に活用されているようである。契約によれば、当事者にはその保護の対象が明らかになると共に、手続外での開示にも制約を課すことが可能になるからである。もっとも、FRE 等の趣旨に反する、あるいは証拠調べを尽くして真実発見に努めるべきであるとして、契約の有効性が否定される可能性もあるため、最善の策ではない³⁶⁾。

(2) ドイツの議論

ドイツにおいては、後述のように、証拠制限契約の適法性をめぐって、古くから議論がなされてきているが、近時は裁判外の和解交渉を促進するためには、和解手続の秘密性を維持し、当事者が自由、かつ誠実に議論できることが必要であるという認識に基づき³⁷⁾、和解の場で提示された事実や証拠を訴訟において証拠として提出しないとする証拠制限契約の意義を見直す動きがある。実際にも調停合意の中で、かかる文言がおかれることは少なくないようである³⁸⁾。

もちろん、調停手続の秘密を保障するための方策としては、他にも、調停者に

35) たとえば、*Jaffe v. Redmond*, 518 U.S. 1, 116 S.Ct. 1923 (1996)は、秘匿特権の判断に際しては、証拠としての価値ではなく私益と公益に資するかを考慮すべきであるとして、心理療法士と患者間の秘匿特権を肯定したが、調停秘匿特権がかかる要件を充たすか否かは定かでない。この問題を指摘するのは、Charles W. Ehrhardt, *Confidentiality, Privilege and Rule 408 : The Protection of Mediation Proceedings in Federal Court*, 60 La. L. Rev. 91-(1999)。

36) Brazil, *supra* note 26 at 1026~, Ellen E. Deason, *Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System*, 17 Ohio St. J. on Disp. Resol. 239, 303~も っとも、実際には、公益に反しない限りその有効性は肯定されると考えられている。

37) Klaus-Martin Groth und Daniel v. Bubnoff, Gibt es "gerichtsfeste" Vertraulichkeit bei der Mediation?, NJW 2001-338, Bernd Eckardt und Menate Dendorfer, Der Mediator zwischen Vertraulichkeit und Zeugnispflicht - Schutz durch Prozessvertrag, MDR 2001-786, Gerhard Wagner, Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag, NJW 2001-1398

38) Wagner, a.a.O. (Anm.37), S. 1399

守秘義務を課し、加えて証言拒絶権を認めるという方法が考えられる。もっとも、調停者に証言拒絶権を認める直接の条文がないため、その是非をめぐって見解が分かれている。

これを肯定する見解は、調停人が弁護士である場合には、ZPO383条1項6号により、当然に証言拒絶権は認められるし、弁護士でない場合においても、調停人の性質、あるいは、調停手続の性質から証言拒絶権を肯定することができる³⁹⁾。また、GrothとBobnoffは、当事者の合意に基づいて証言拒絶権を定めることが可能であるとする⁴⁰⁾。

しかしながら、証言拒絶権を肯定するという見解に対しては、Wagnerが以下のような批判を加えている。第一に、調停人は弁護士ではないことが多く、明文のない証言拒絶権を認めるのは困難である。第二に、証言拒絶権は権利ではあって義務ではないため、和解手続の秘密性を保障する手段としては弱い。第三に、証言拒絶権は証人にしか適用されず、当事者自身が提出することを防ぐことはできないことに鑑みると、証言拒絶権による保護では不十分である。Wagnerは、証拠制限契約によって、和解の場で提示された事実や証拠を訴訟に提出しないことや、調停者を尋問しないことによる解決が望ましいとする⁴¹⁾。

3 まとめ

アメリカとドイツの例を見ても、実証的なデータは得られていないものの、裁判外の和解手続による紛争解決を促進するためには、和解手続の場において提示された事実などの秘密性が保障され、当事者がそれを信用して自由に議論できる

39) Groth/Buvnoff, a.a.O. (Anm.37), S. 340 f., Eckard/Dendorfer, a.a.O. (Anm.37), S. 789. 刑事訴訟とは異なり、民事訴訟においては証言拒絶権が肯定される場合が限定列挙されていないからである。

40) 証人を排除する契約を締結し、これに違反した場合には証言拒絶権を肯定するという考え方である (Groth/Buvnoff, a.a.O. (Anm.37), S. 340 f.)。ただし、EckardtとDendorferは、合意による証言拒絶権を肯定することができるかは明らかではないと批判する (Eckard/Dendorfer, a.a.O. (Anm.37), S. 789 f.)。

41) Wagner, a.a.O. (Anm.37), S. 1398, 同様に、EckardtとDendorferも、調停者を証人や鑑定人として尋問しないこと、当事者が調停者の証言拒絶権を免除しないこと、当事者尋問を受けないことも合意すべきとする (Eckard/Dendorfer, a.a.O. (Anm.37), S. 791)。

ことが必要であるという認識は共有されている。そのための方策として、調停者らに秘匿特権や証言拒絶権を認めるのが望ましいとも考えられているが、実際には、現行法上、これらが認められるかは明らかではなく、仮に認められたとしても、保護できる範囲には限界がある。したがって、この点を補うためにも、証拠制限契約によって、和解手続の秘密性を維持する必要性も指摘されているようである。

Ⅲ ドイツにおける証拠制限契約

以上のように、証拠制限契約には新しい機能が期待されるようになっているが、保険契約法などの個別法に仲裁鑑定契約の有効性を前提とした規定が置かれることがあっても⁴²⁾、民事訴訟法上は証拠制限契約についての一般規定は存在しないため、その適法性、要件などについては解釈に委ねられる。ところが、証拠制限契約が証拠契約の一種として認識されるようになったのは最近のことであり⁴³⁾、この問題について古くから統一的な見解があったわけではない。実際にも、証拠制限契約が締結される例はあまり知られておらず、ましてや和解手続と証拠制限契約との関係を論ずるものも最近見られるようになったにすぎない。そこで、証拠契約をめぐる一般論とあわせて、証拠制限契約に関する判例、学説の変遷を追うことにする。

42) 保険契約法64条1項「契約によって保険金請求の個々の要件あるいは損害額を仲裁鑑定人によって定めるべきときは、明らかに真実と著しく異なる場合は、なされた認定は拘束力を有しない。この場合、認定は判決によってなされる。同じことは、仲裁鑑定人が認定をすることができず、またはしようとせず、または遅延する場合にあてはまる。」

184項1項「契約によって、保険金請求の個々の要件又は事故によって引き起こされた営業能力への損害を仲裁鑑定人が認定すべきであるときは、なされた認定は、真実と明らかに異なる場合には拘束力を有しない。認定はこの場合、判決によってなされる。同じことは仲裁鑑定人が認定することができず、またはしようとせず、または遅延する場合に当てはまる。」

43) 学説的にも Baumgärtel の所説¹⁾から、自白契約、挙証契約と並んで仲裁鑑定契約をも含んだ証拠制限契約が明確に分類されるようになったに過ぎない。

1 裁判例

証拠契約に含まれることが意識されているかを別とすると、証拠方法に関する契約を扱った裁判例は少なくない。また、直接的には証拠制限契約と関わっていても、証拠契約一般についての判断から、証拠制限契約についての考え方を推認させる裁判例もある。そこで、証拠方法に関する契約を取り扱った裁判例を順に見ていくことにしたい。

(1) 19世紀終わりから20世紀初頭

この時代には、かかる契約の訴訟上の効力に肯定的な裁判例が続く。

(A) RG1887年10月15日判決 (RGZ 20-398)

海商保険契約を締結する際になされた、「損害の存在と範囲がより詳しく確認される方法 (in näher festgesetzter Weise) で立証されたら保険金が支払われる」という合意を有効とした事例である。裁判所は、右方法でそれらが証明されたか、相手方に責任があるかを判断するのであり、自由心証主義の原則に反しないからである。これに対して、当該保険契約中には、訴訟法の一般規則から見れば不十分な証拠や反対証拠でも、商人の観点から見て十分に証明されたといえる場合には、立証されたと扱う規定が存在していたが、これは、自由心証主義の原則と明らかに矛盾するので無効であるとした⁴⁴⁾。

この判決は、自由心証主義を害する証拠契約は無効であるが、証拠方法を制限する契約は自由心証主義に反しないため有効であることを明示したものである。

(B) RG1908年3月23日判決 (JW 1908-304 Nr 13)

ある訴訟でなされた証人尋問の結果を、別の訴訟においても利用する合意は有効であり、そのような合意があれば、裁判所は再度、当該証人を尋問する義務はないとした事例である。

これは、当該証人の尋問を排除して、代わりに書面を提出する旨の合意であるから、証拠を制限する契約と解することも可能である。本判決によると、当時、

44) RG 20-402 海商保険契約中にある上告を制限する規定の有効性が問題となったが、裁判所は、契約中にその他の無効な条項が複数含まれているので契約全体が無効となり、上告制限条項も無効であるとしたために、この条項の有効性についても論じられた。

このような契約が締結されるケースは少なくなく、そのことは次の裁判例にも現れている。

(C) KG1908年2月10日判決 (Rechtsprechung des oberlandesgerichte 17-159)

原告の精神状態を判断するのに、並行する訴訟で行われる証拠調べの結果を利用する旨の合意がなされたところ、被告が証拠調べを申請したというケースであるが、このように、民事訴訟法で保障される証拠調べを要求する権利を放棄する合意は、裁判所にとって、証拠調べ手続の併合を免れるという利点を有し、有効であるとして、申出を却下した⁴⁵⁾。

(D) RG1919年5月29日判決 (RGZ 96-57)

原告が、ある商人に土地を売却した代金として、被告が原告に対して有する債権の額を差し引いた残額を、被告に対して請求できるという合意がなされたことと主張したが、第一審はかかる契約の成立が立証されなかったとして請求を棄却した。そこで、控訴審において、改めて、裁判所が選任した鑑定人に、被告の帳簿を調査させ、どちらの当事者に「貸し」(Guthaben)が存在するか確定してもらい、その結果に基づいて訴えの変更や反訴の提起もできるという合意がなされた。控訴審は、被告の有する債権の額の方が原告のより大きいという鑑定人の意見に基づき、被告の反訴を認容し、原告の請求を棄却した。

上告審は、この契約を仲裁鑑定契約と認定した上で、この契約によっても一定の事実が立証されたことにはならず、裁判官の自由心証主義が排除されるわけではないので、不適法に証拠調べを制限する証拠契約ではないとする。また、「この合意が、一定の証拠、被告の営業帳簿に制限する不適法な証拠契約の部分を含むかは論じなくてもよい。なぜなら、証拠方法の選択と提出は当事者の権限に属するから、それに関して当事者が義務を負う合意をなし得ないというのは理解できないからである。」として、仲裁鑑定契約の要件該当性を審理させるために原判決を破棄差戻した。

45) Bayerisches Oberstes Landesgericht 1908年1月14日判決 (OLGZ 17-160) 参照。これは、当事者は便宜訴訟をすることはできないが、同じ被告に対する他の訴訟での証拠調べを引き合いに出す権限はあり、当事者がそれを提出すれば、裁判所は他の訴訟で尋問された証人の陳述と一緒に用いて確信に至ってよいとしたものである。

この判例は、一般に証拠契約の有効性を認めた先例として扱われていることが多い。また、本件で問題となったのは仲裁鑑定契約ではあるが、証拠方法を被告の帳簿に制限する証拠制限契約としての性質も備えており、その効力を認めた先例として評価されている⁴⁶⁾。

(2) 20世紀半ば

ところが、訴訟に関する契約一般を否定する契機を有する判例が現れる。

(E) LG Köln 1960年6月30日決定 (MDR 1960-846)

当事者が鑑定意見の準備に必要な実測 (Aufmaß) を自ら作成するという合意の存在が争われたが、そのような合意が仮に存在したとしても、不適法であるとした。「この合意はいわゆる証拠契約であり、それによって、証拠調べが影響を受け、立証事実を確定するために、一定の証拠方法—この場合鑑定人—が排除される。そのような裁判所の証拠調べに対する介入は不適法であり、ZPO286条、BGB134条によると無効である」からである。

この合意は鑑定費用を節約する目的で締結されたものと思われるが、一定の証拠を排除する契約を、自由心証主義を害するという理由で無効とする点で、従来の裁判例とは異なる。

(3) 最近の裁判例

しかしながら、最近になると一般的に訴訟に関する契約を有効とし、傍論の形で、証拠制限契約も有効であることを示す判例が多い。

(F) BGHZ1962年11月22日判決 (BGHZ 38-254)

仲裁契約中の相殺禁止条項の有効性が問題となった事例であるが、傍論において、一定の証拠方法を用いない契約は、当事者に証拠提出の権限がある以上、訴

46) RG1939年4月4日判決 (RGZ 160-241) は、映画の製作者 X と映画配給会社 Y との間で、X が映画を製作し、Y は映画の配給から生ずる収入の一部を原告に支払う旨の契約を締結すると共に、その支払いについて、決算書による証書訴訟を提起してはならないという合意がなされたところ、原告は証書訴訟を提起した事例である。第一審では X が勝訴したが、控訴審では X は敗訴し、X が上告したが上告は棄却された。判旨は、(D) 判決を引用して、当事者の権限に属する訴訟行為についての契約は、私法契約として有効であるとして、Hellwig の学説を批判した。そして、証書訴訟を提起するか、通常訴訟を提起するかは原告の裁量に委ねられる以上、本件のような義務付け契約は可能であるとした。

訟上有効であるという判例は確立されていると論じている。

(G) BGH1972年11月30日判決 (DB 1973-1451)

当事者間、あるいは当事者の一方と第三者間で争われている請求を、当該訴訟においてのみ主張できるとする趣旨の合意は有効であると判示している。このことは、証拠制限契約を有効とした (D) 判例からも導かれるとしている。

(H) BGH1989年10月10日判決 (BGHZ 109-19)

医療過誤訴訟において、患者の慰謝料請求は係属中とみなす旨の合意が成立した後⁴⁷⁾、患者が死亡して相続人である原告が慰謝料請求権訴訟を提起したところ、これが棄却された事例である。BGH は原審を破棄差し戻した。

BGH は原審を破棄差し戻しの前提として、一般論として、(将来の) 訴訟当事者は、権限を有する限り、法律と善良な風俗に反しない義務付け契約を締結することが可能であると述べ、そして、傍論ではあるが、一定の証拠方法を利用しない契約も可能であるとした。

(I) OLG Düsseldorf 1996年11月29日判決 (NJW-PR 1997, 1283)

ホテルの200個の空調機の瑕疵が争われた事例において、7個の空調機のみ調査して、その結果を残りの193個に適用するという当事者の合意を、裁判所を拘束するものとした事例である。証拠方法を制限する契約であると共に、裁判所の証拠評価についても当事者の意思に基づく介入を認めた例として位置付けられることもある⁴⁸⁾。

(4) まとめ

裁判例を見る限りでは、証拠制限契約の適法性が問題となった事例は、保険契約約款中の損害額の証明方法を定めるもの (A)、他の訴訟でなされた証人尋問の結果を利用する契約 (B、C)、仲裁鑑定契約とセットにした証拠方法制限契約 (D) や、鑑定の基礎を当事者自らが作成して鑑定を排除する契約 (E) などである。このうち、保険契約約款の規定は、後述のように実体法上の責任発生要件

47) 旧 BGB847条 1 項 2 文によると、慰謝料請求権はこれを譲渡する契約があったか、生前に訴訟係続があった場合にのみ、本人の死後、唯一の相続人は包括承継理由にこれを獲得することができた。

48) Zimmermann, ZPO (5. Auf.), §286 Rdnr. 28

を定めた規定にすぎず、証拠制限契約ではないという見方もあるし、それ以外の契約も、証拠を制限する効果こそもたらすものの、必ずしもそれを直接の目的とはしていない。また、和解手続との関係で締結される例も見当たらず、最近では、傍論の形で証拠制限契約の有効性が確認されるに過ぎなくなっている。

このように、具体例は明らかでないが、一般論として、証拠の提出が当事者の権限に属すること、自由心証主義と抵触しないことを理由に証拠制限契約の適法性を認めるものが多い。中には、不適法とする例もあったが (E)、その理由として証拠制限契約が自由心証主義と抵触すると明示されている点において、他の肯定例とは異なるし⁴⁹⁾、また、この事例においては、明示はされていないものの、職権鑑定が可能であるため、その効力を否定したと見ることも考えられる。ただし、後に紹介する学説とは異なり、職権証拠調べと証拠制限契約の適法性との関係について明示的に論じているものはないようである。

2 学説の歴史

学説においても、証拠契約の問題は自白契約を中心にして扱われており、証拠制限契約のみを意識的に論じた文献はそれほど多くはない。そこで、以下では証拠契約の一般論と証拠制限契約に関する学説の変遷を追うことにする。

(1) 1920年以前

訴訟法を私法として位置づけられていた普通訴訟法時代とは異なり⁵⁰⁾、訴訟法学が私法学から独立し、公法としての性質が強調されるようになった19世紀後半以降、当事者意思の訴訟法への介入を否定する傾向が見られた。とくに、1877年の民事訴訟法 (CPO) 制定後は、訴訟法に明文の規定がある場合を除いて、訴訟に関する合意は訴訟上の効果を持たないという考え方が支配的となり、そのため、証拠制限契約も当然に不適法とする考え方が通説であった。

ア CPO の制定

49) 後述する Rosenberg の見解とも類似している。

50) ドイツ普通法時代においては、訴訟法は私法として位置づけられていたため、証拠制限契約は当然に私法の領域に属するものとして有効視されてきたようである (兼子一「訴訟に関する合意について」同『民事法研究第1巻』(第13版、酒井書店、1955年) 283頁以下)。

このことは、民事訴訟法の草案の理由書から窺い知ることができる。当時は、火災保険契約約款において、図書館の本が焼失した場合の損害は、あらかじめ作成された目録によってのみ証明できるなどという規定があったようだが、このように、「当時の保険会社の約款などにおける、損害の立証を一定の証拠方法による旨の規定は、裁判官にとって決定的ではない。」、すなわち、裁判官を拘束しないものとされた。その理由は、「事実問題についての自由な評価に関する草案の規定は公法規定であり、裁判官を拘束する形で、契約によってその適用を排除することができないからである。」と説明されている⁵¹⁾。これに対して、帝国議会において、かかる約款規定は裁判官を拘束する証拠制限契約ではなく、指定された方法で確定された損害の補償を取り決めた契約にすぎないという意見が出されたが、ドイツ帝国宰相相長は、裁判官は法に定めのある証拠規則にのみ拘束され、約款や契約によって定められた証拠規則を受け入れることを強制できないという原則を確認したのみであり、個別のケースへの適用は別問題であると反論している⁵²⁾。

イ 効力否定説

理由書のような考え方は学説によっても支持され、20世紀初頭に至るまで通説的地位を占める。代表的な論者である Bülow は、保険契約約款中の証拠制限契約の裁判所に対する拘束力を肯定する当時の実務を批判し、訴訟法に明文規定のない証拠制限契約の訴訟上の効力を否定した。なぜなら、「弁論の全趣旨と証拠調べの結果」に基づいて事実を認定するという自由心証主義の原則は、制定法によってしか制限することができないものであり、自由心証主義を当事者意思によって制限するのは、訴訟法が公法であることと相反するし、契約によって裁判官に義務を課すことになり妥当でない。また、当事者の意思に訴訟法の一部を改変する効果を与えるのは、私法の訴訟法への不当な介入だからである。加えて、証拠の問題に関係する私法契約というのは、契約の対象と性質とが矛盾するとい

51) Carl Hahn, Die Gesamten Materialien zu den Reichs -Justizgesetzen, Bd.2, Ab 1, 2 Auf. 1983, S. 278

52) 帝国議会の1875年5月4日の第12期日において、Wolffson 議員による、理由書の説明は誤解を引き起こしうるという批判に対する回答である (Hahn, a.a.O. (Anm.51), S. 596)

う理由から、かかる約款中の契約の私法上の効力まで否定した⁵³⁾。Hellwig も同様の考え方を示していた⁵⁴⁾。

Wach も、民事訴訟法の規定は完全であるから、当事者意思による選択の余地を認めること、すなわち便宜訴訟 (Konventionalprozeß) を認めることは禁止されると述べており、Bülow の考え方と基本において共通する。ただし、保険契約約款等の規定は証拠契約ではなく、私法上の責任がそれらの証拠方法による証明に依存するという私法上の契約にすぎないとする点では、異なっていた⁵⁵⁾。

また、Kohler は、証拠制限契約は、当事者が訴訟を自己の好みに応じて修正するのみならず、裁判官に真実の代わりに「ゆがんだ像」(Carricatur) をもたらすので、直接的にも間接的にも無効である、すなわち、訴訟上の効力がないのみならず、私法上の契約としての効力も有しないとみる⁵⁶⁾。したがって、契約に違反する行為に対して損害賠償や違約金を課すことも認められない。保険契約約款の規定の効力を間接的であれ肯定すれば、制定法による訴訟の代わりに便宜訴訟をなすことを是認し、証拠要素全体を用いることを妨げ、訴訟法の証拠体系を害することになり、弊害が大きいからである⁵⁷⁾。

ウ 私法上の効力肯定説

証拠制限契約の私法上の効力すら認めない以上の論者に対して、Stein は一定の証拠方法の提出を制限したり、制定法上不適法の証拠を用いたり、あるいは、証拠の証明力を定めたりする合意や約款は、訴訟上の効力を有しないが、私法上の効力までは否定されないとみる⁵⁸⁾。

エ その他の見解

このように、この時期においては、私法上の効力の有無については争いがあっ

53) Oskar Bülow, Dispositives Civilprozeßrecht, AcP 64 (1881), S 62 ff

54) Konrad Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, in Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke Bd. 2 (1910), S. 47 も訴訟上の権能に関する私法上の契約とは矛盾概念であるとしている。

55) Adolf Wach, Das Geständniß, AcP 64, S. 219 ff., S 225 n. 16

56) 「直接に」というのは私法契約説を意識したものである。

57) Josef Kohler, Gesammelte Beiträge zum Civilprocess (1894), S. 154 ff., S 158 保険契約約款規定は、一定の証拠方法を提出すれば、保険会社に形式的な支払義務が生ずるとするもので、保険会社は反証することが可能であるとする。

58) Gaupp/Stein, Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich (5 Auf.), [Stein] S. 623

たものの、証拠制限契約の訴訟法上の効力は一般に否定されていた。もっとも、このような考え方に対して異議を唱える者もあった。例えば、Windscheid は、主に裁判外でなされる自白契約について考察しているのではあるが、Bülow のように訴訟契約を訴訟法への不当な介入として無効にすることを批判していることから⁵⁹⁾、証拠制限契約の訴訟法上の効力を肯定する趣旨であったと解することも可能である⁶⁰⁾。

(2) 1920年代以降

しかしながら、1920年代以降、証拠制限契約の訴訟法上の効力を肯定する論者が次第に現れる⁶¹⁾。

ア Sachse の見解

訴訟法は公法であるため当事者意思による介入は許されないという従来の通説への批判を試みた代表的論者は Sachse である。Sachse は、訴訟法全体が公法でも、強行規定と任意規定を区別でき、前者については当事者の意思による介入は排除されるが、後者については排除されないという一般論を掲げた。そして、証拠契約は、結果が予見できない浮動的な訴訟 (schwebenden Prozeß) を見越して、その不確実性を除いたり、相手の嫌がらせによる否認を排除したり、費用や時間を節約したり、あるいは裁判官の負担を軽減したりするために締結され、私益にも公益にも資するものであり、単なる私法上の契約ではなく、裁判官を拘束する訴訟上の契約であると構成する⁶²⁾。もっとも、Sachse は、自由心証主義を証拠評価の自由のみならず、証拠採否の自由も含むものとして理解しており、この理解によると、証拠制限契約は、当事者の意思で自由心証主義に介入することに

59) Windscheid Bernhard/Kipp theodor, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd 2 (1906), S 583 ff.

60) Kohler の指摘によると、当時のフランスでは、人証が禁じられる訴訟に人証を導入する契約の締結を肯定する考え方があったそうである (Kohler, a.a.O.(Anm.57), S.156)。ただし、Kohler 自身は、人証を排除する民法典の規定を減ずることになるから、かかる契約の効力は否定すべきであるとする。

61) 竹下守夫「訴訟契約の研究—その総論的考察—1」法協80巻1号(1963年)80頁注14は、Gaupp/Stein, ZPO, 11 Auf. (1913)では否定説だったが、12 Auf. (1925年)で肯定説になったのは単に Stein と Jonas の個人的見解の差異という偶然的事由を超えた時代全体の変遷の現われを見出すこともできるとする。

62) Sachse, a.a.O. (Anm.7), S 409 ff.

なるが、証拠制限契約の有効性を肯定する判例が増加していることに鑑みると、もはや当事者の意思によって自由心証主義を害してはならないという原則を維持することはできないとする。ただし、別の視点から例外的に契約の効力が否定される場合があり、例えば、善良な風俗に反する契約、一定の法律関係に関するものでない契約、証拠の作成が一方当事者の意思に委ねられる契約⁶³⁾、強者が弱者に強制する契約などは無効である⁶⁴⁾。

イ Schiedermaier の見解

Schiedermaier によると、自由心証主義は当事者意思によって害することのできない強行法規ではなく、弁論主義が妥当する範囲では当事者は自由に証拠を提出することができる以上、契約によって証拠の提出を制限することは、当然可能である。また、かかる契約の有効性を認めた方が、訴訟が促進されるなど利点が大きい。このように解しても、当事者が不誠実な陰謀 (unredlichen Machenschaften) を試みるとは限らず、当事者の真実義務に反することにはならない⁶⁵⁾。その結果、証拠制限契約には訴訟法上の効力があり、裁判所は契約に反して提出された証拠を却下すべきである⁶⁶⁾。

ウ まとめ

この時期の論者は、弁論主義を根拠に証拠制限契約の有効性を肯定するが、自由心証主義を証拠評価の自由のみならず、証拠採否の自由を含めて捉え、かつ自由心証主義は当事者の意思によっても介入することができるとしている点特徴的である。この点、同時代の Jonas が、自由心証主義を証拠評価の自由のみと捉え、かつ当事者意思によって侵すことはできない原則として捉え、裁判所に証拠評価の制約を課す契約は無効であるが、弁論主義の許容範囲内において証拠方法を制限又は排除する証拠制限契約は、自由心証主義と抵触しないので訴訟法上有効と論じている点⁶⁷⁾とは対照的である。もっとも、証拠制限契約の訴訟上の効力を肯定する考え方は、まだ、必ずしも多くの論者によって支持されたわけではな

63) 一方当事者が作成した帳簿のみを証拠として提出する旨の商人間の合意等である。

64) Sachse, a.a.O. (Anm.7), S 433

65) Gerhard Schiedermaier, Vereinbarungen im Zivilprozeß (1935), S 81 f.

66) Schiedermaier, a.a.O. (Anm.65), S 119

67) Gaupp/Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO (15. Auf.) [Jonas], §282 VII

かった。

(3) 第2次世界大戦後

この時期になると、法律上に定めがない訴訟に関する合意についても訴訟上の効力を認める考え方が支配的になる。

ア Baumgärtel の見解

Baumgärtel は、証拠制限契約は、請求の認諾契約のような純粋な私法契約とは異なり、訴訟契約であるとする。そして、証拠制限契約は自由心証主義への不当な介入であるという批判に対しては、契約に反して提出された証拠が裁判所によって考慮されないという消極的効力しかなく、自由心証主義への介入は間接的なものにすぎないし、弁論主義により当事者は証拠の提出や撤回を決する自由を有する以上、その限りにおいて、訴訟前に締結される契約は自由心証主義に反しないとする。ただし、弁論主義が制限される場合においては (ZPO144条・273条等)、証拠制限契約は不適法である。また、裁判所に証拠評価を命ずることは自由心証主義を直接に害するため、認められない。したがって、証人の数を3人に制限することはできても、2人の証言の一致で真実と認めるという合意をすることはできない⁶⁸⁾。

ただし、各当事者は、訴訟の具体的な状況に応じて証拠の提出などを決定する自由を有するため⁶⁹⁾、これを訴訟外の契約によって無限定に制約することに対しては慎重な姿勢を示している。例えば、手続開始前になされる証拠制限契約については、当事者がある一定の事実について証拠を提出する可能性が存在することが必要であるし、一定の法律関係に関する紛争についての契約である必要がある。したがって、当事者間で将来生ずる一切の紛争について書証を排除するなどという契約を結ぶことはできない⁷⁰⁾。

このように Baumgärtel は、自由心証主義との関係において、証拠の評価を強

68) Baumgärtel, a.a.O. (Anm.2), S. 248 ff.

69) Nikisch は、当事者の「決断の自由」を保護すべきという立場から、かかる事由を害する証拠制限契約を無効とする。これに対して H.J.Hellwig は、決断の自由の代わりに、意思の「合致」のみならず「特定性」を要求する。(松本博之「最近の西ドイツにおける訴訟契約論の動向—Hans-Jurgen Hellwig : Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrags (Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd.78) 1968 の紹介を中心として」民商64巻1号 (1971年) 153頁参照)

要する形での介入は認められないが、証拠の提出を制限する形での介入は、弁論主義が採用されているため許容されるとして、証拠制限契約を原則的に適法とし、ただし裁判所が職権で証拠調べをすることができる場合は不適法と解する点に特徴がある。

Baumgärtel 以降も、証拠契約や証拠制限契約の適法性について統一的な見解が形成されたわけではない。弁論主義の妥当する範囲での証拠契約は適法であるということはいずれの見解によっても支持されるが、自由心証主義との抵触をめぐって見解が分かれた。

イ 自由心証主義への介入を肯定する見解

Schlosser は、in dubio proiobate (疑わしきは自由のために) の原則から、証拠方法を排除する契約も有効であるという結論を導き出している。ただし、自由心証主義は当事者の意思によって介入することのできる原則であると捉えている点が特長的である。さらに、職権証拠調べが認められる場合についても、法が職権証拠調べを認めたのは当事者を保護するためであるから、裁判所は当事者の合意に反した証拠調べはできず、経済的見地や訴訟促進の見地に反しない限りで、合意による証拠制限ができるとする点⁷¹⁾も特徴的である。

ウ 自由心証主義への介入を否定する見解

しかしながら、当事者の意思によっては自由心証主義を害することはできないと解する考え方が有力である⁷²⁾。現在の民事訴訟法が、法定証拠主義を採用していたドイツ普通法から決別し、フランス法の自由心証主義の原則を取り入れたと

70) Baumgärtel, a.a.O. (Anm.2), S 258 f. 例えば自白契約や推定契約は論破 (unwiderlich) できなければ無効であるとしている。

71) Peter Schlosser, Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß (1968), S. 23 ff. この見解は、坂原正夫「Schlosser, Peter; Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, 1968.」民訴雑誌16号 (1970年) 374頁においては、乱暴な議論であると批判されている。

72) Zöller, ZPO (24 Auf.), Vor§284 Rdnr. 2 a [Greger], Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR (16 Auf.), §112 Rdnr 9, Musielak, ZPO (3 Auf.), §286 Rdnr.1, Thomas/Putzo, ZPO (23 Auf.), Vor§284 Rdnr. 41 [Reichold], Münchener Kommentar ZPO (1992), §286 Rdnr. 153 [Prütting] など。これに対して、裁判官の証拠評価に介入するような内容の契約も有効とするという論者もあるが少数である (Zimmermann, a.a.O. (Anm. 47), § 286 Rdnr. 28)。

いう経緯を重視すれば、この原則は強行的な公法規定であり、当事者の合意によっても排除することはできないからである⁷³⁾。また、証拠を提出するのは当事者であり、それを中立的な立場で評価するのは裁判所であるというのが、法の定めた権限の分配であり、これを当事者の意思によって害することはできないし、当事者は証拠方法を提出しないことができる以上、裁判所の自由な評価への介入まで認める必要性がないというのがその理由である⁷⁴⁾。

エ 証拠制限契約と自由心証主義の関係

自由心証主義への介入を否定するとしても、自由心証主義の内容をどのように理解するかによって、証拠制限契約の適法性の評価も変わってくる。Rosenbergは、裁判官の自由心証主義を制限する証拠契約は不適法かつ無効とするが、個々の証拠方法の証明力を定める契約のみならず、一定の証拠方法のみを認めたり排除したりする証拠制限契約も、自由心証主義を害するため、有効性を認めない。これは自由心証主義の内容に証拠採否の自由をも含めているからであると思われる⁷⁵⁾。

しかしながら、多くの論者は、証拠契約を分類するにあたっては、証拠方法契約と証拠評価契約とを区別し、後者は自由心証主義との抵触が生ずるが、前者は自由心証の対象を制限するのみであり、自由心証主義を害するとは考えていない。

オ Eickmannの見解

このような議論を受けて、Eickmannが証拠契約について詳細に論じている。Eickmannは、証拠方法を制限、拡張する契約と、証拠評価に関する契約を分け⁷⁶⁾、前者には、書証を公文書に制限する契約、証人の数を制限する契約、自由な証明を認める契約などが、後者には他の訴訟での証拠調べの結果を利用する合

73) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO (50 Auf.), Einl. §284 B 8), Anm. §286 Ca)

74) Eickmann, a.a.O. (Anm.11), S. 92 f., Derbst Teubner/Thomas Künzel, Prozeßverträge Zulässigkeit, Abschluß und Wirkungen, MDR 1988 S. 720 ff.

75) Leo Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeß Recht, (9 Auf.), S. 543 f. Hartmannも、契約による自由心証主義の制約、すなわち証拠の制限や適法だが、裁判所は証拠評価に拘束されないと説明しているため (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO (62 Auf.), Anm. §286 Rdnr.6)、証拠方法の制限が自由心証主義に介入するものとして理解しているとも評価できる。

意などが含まれるとするが⁷⁷⁾、従来の保険約款等に含まれる条項は、証拠制限契約ではなく、実体法上の責任発生要件を契約で定めたものにすぎないとする⁷⁸⁾。そして、証拠契約が適法であるためには、当事者が処分権を有すること、法規に反しないことが必要であるとした上で⁷⁹⁾、当事者が証拠の選択と提出の権限を有する以上、契約でもってこれを制限することも許されるとする。しかしながら、職権証拠調べとの関係で制限があり、証人尋問以外では職権証拠調べが認められる以上、証人を制限する契約しか認められない。例えば、職権による文書提出命令が認められるため (ZPO142条)、命令の対象となる文書を引用しない契約は適法であるが、提出命令を妨げる契約は不適法であるし、職権での記録提出 (ZPO143条)、検証、鑑定 (144条) は、公的利益も配慮したものであるので、これらに関する証拠制限契約は不適法である。また、裁判所は心証を得られない場合に職権で当事者尋問をすることができるので (ZPO448条)、当事者尋問を制限する契約は、自由心証主義を害し、不適法であるとする。また、家族訴訟、婚姻訴訟のように弁論主義が排除されている場合においては、契約は不適法である⁸⁰⁾。

他方で、ZPO138条の真実義務は弁論主義を制限するものではなく、これを根拠に証拠制限契約を不適法とすることもできないとする⁸¹⁾。

また、一般には、自由心証主義を害する契約は、その公法的性格ゆえに無効であるが、証拠制限契約による自由心証主義への介入は法が許容する範囲内であるとする⁸²⁾。

このように、職権証拠調べができる場合の証拠制限契約は、裁判所の権限を害するとして、その効力を否定する考え方は通説となっている⁸³⁾。あるいは、まったく無効とまではしなくとも、当事者にのみ拘束力があり、裁判所は、契約に関

76) 正確には、証拠契約を、立証の必要性に関する契約、証拠調べ手続に関する契約、証拠評価に関する契約に分類し、証拠方法に関する契約は第二の類型に含まれるとする。

77) Eickmann, a.a.O. (Anm.11), S 56

78) Eickmann, a.a.O. (Anm.11), S. 43 f

79) Eickmann, a.a.O. (Anm.11), S 57

80) Eickmann, a.a.O. (Anm.11), S 73

81) Eickmann, a.a.O. (Anm.11), S 66 訴訟外でも債務がない場合の弁済などは可能であるし、この義務に反しても何の制裁もないからである。

82) Eickmann, a.a.O. (Anm.11), S 86, 92

わらず職権で調査できるという見解や⁸⁴⁾、職権証拠調べができる場合の証拠制限契約は空振りに終わる (ins Leere gehen) が、それ以外の場合のみ有効かつ直接効果があるという見解も⁸⁵⁾、通説に含めることができよう。

カ Wagner の見解

ところが、最近、Wagner が、通説に反対する見解を論じている⁸⁶⁾。Wagner は、実体法上の私的自治の原則が訴訟法上でも貫かれているか否かが、契約の適法性を判断する基準であるとして、当事者は個々の証拠方法の提出を決定したり放棄したりする権限を有するから (ZPO399条参照)、その限りで訴訟法上も処分権があり、証拠制限契約は適法であるとする。しかしながら、職権探知主義が適用される婚姻訴訟や家族訴訟においては、私的自治は制限されており、証拠制限契約は不適法である。この点においては、通説と同じであるが、通常の財産訴訟において、証人尋問以外で職権証拠調べが認められているのは、私的自治を制限する趣旨ではなく、効率的な証拠調べと迅速な訴訟進行を目的としているため、通説とは異なり、証人以外について制限する契約も有効と解する。証拠を制限することによって迅速な訴訟という公益が実現される点を強調したものと見えよう。

Wagner は、自由心証主義を害する契約でも適法とするような叙述もしているが、このように、職権証拠調べが認められる場合でも証拠制限契約を適法とする点が特徴的であり⁸⁷⁾、かかる見解も有力になっている⁸⁸⁾。

(4) 和解手続の秘密保持と証拠制限契約

ドイツにおいては、前述のように、和解手続において提出された事実を証拠として提出すること、あるいは調停人など、手続に立ち会った者を尋問することを排除する契約が締結されることがあるが、これは、一定の証拠方法を提出しない

83) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O. (Anm.72), §112 Rdnr.9, Stein/Jonas, ZPO (21 Auf.) §286 III Rdnr.132 [Leipold], Stephan Weth, Bürgschaft und Garantie auf erstes Anfordern, AcP 189 (1989), S 333, Eickmann, a.a.O. (Anm.11), S. 87

84) Rosenberg/Schwab/Gottwald, a.a.O. (Anm.72), §112 Rdnr. 9

85) Musielak, ZPO (3 Auf.), §286 Rdnr.1

86) Wagner, a.a.O. (Anm.10), S. 683 ff.

87) Wagner の他の論文においても同様の趣旨のことが述べられている (Wagner, a.a.O. (Anm.37), S. 1400)。

88) MünchKommZ, a.a.O. (Anm.72), §286 Rdnr. 152 [Prütting]

旨の証拠制限契約であり、当事者に処分権がある以上、適法であると考えられているようである。

もっとも、前述のように、職権証拠調べができる場合には証拠制限契約は効力を有しないとしていることとの関係については、あまり触れられていない。これは、和解手続の秘密性を保障するために証拠制限契約について論じているのが、Wagner であることにもよるかもしれない。

むしろ、和解手続との関係で論じている論者は、先に紹介した Baumgärtel や Eickmann のように、証拠制限契約の適法性を制限する要素として、真実義務や当事者の決断の自由を意識しているようである。ただし、当事者に処分権がある以上、真実義務との抵触は生じないと考えられているようであり⁸⁹⁾、むしろ、当事者の決断の自由を害さないかが問題となる。この点について、Eckardt と Dendorfer は、契約締結時に当事者が立証事項や契約締結によるリスクを正確に予測、評価できないのみならず、一方当事者が相手方に放棄を強制するのではないかという問題点を指摘しながらも、調停の場合には、通常、このような証拠制限条項が締結されているし、両当事者が放棄をするのでそれほど問題はなく、むしろ手続の秘密性を保持するという重要性に鑑み、契約を有効とすべきであると⁹⁰⁾する。

3 まとめ

証拠制限契約に関して論じたものは上記のものに限られないが、簡単にまとめると次のようになる。

裁判例を見ると、1877年の民事訴訟法制定後も、証拠制限契約の訴訟上の効力を肯定する判例が続いたが、1919年の RG 判決がこれを肯定した先例として挙げられる。20世紀半ばには、証拠制限契約の効力を否定する判例も出されたが、最近の判例は、傍論の形ではあるが、当事者に処分権があることを理由に効力を肯

89) Wagner, a.a.O. (Anm.37), S. 1399

90) Eckardt/Dendorfer, a.a.O. (Anm.37), S. 791 Waner も、調停契約の場合は、通常不当な目的はないので適法性に問題はないとする (Wagner, a.a.O. (Anm.37), S. 1399)。

定する傾向にある。裁判例を見る限りでは、実務において締結されるのは、保険契約約款に含まれる損害額の立証方法に関する合意のほかにも、他の訴訟での証拠調べの結果を利用する契約、鑑定を他の方法に変える契約などである。

学説は、裁判例の流れとは必ずしも対応しているわけではないが、以下のような発展を遂げた。普通法時代には、訴訟法を私法と位置付けることで契約の有効性が肯定されてきたが、1877年の民事訴訟法制定後から1920年代に至るまでは、Bülowのように訴訟法の公法性を理由に、あるいはKohlerのように真実発見の要請を理由に、証拠制限契約の訴訟上の効力を否定する考え方が通説であった。しかし、1920年代以降は、処分権主義、弁論主義の原則を重視し、証拠の提出が当事者の権限に委ねられている以上、その提出を制限する契約も有効とする見解が有力となり、訴訟の公法性や真実発見の要請という理由は説得力を失った。もっとも、職権証拠調べができる場合については、弁論主義の枠外であることを理由に、その効力、あるいは裁判所に対する拘束力を否定する見解が多数を占めるが、これを肯定する見解も有力である。また、自由心証主義との関係が議論の対象となり、SachseやSchlosserのように、当事者の意思でこれに介入することを認める論者であればともかく、これを否定する通説の立場によると、証拠制限契約が自由心証主義と抵触するか否かがその適法性を決めることになる。この契約は裁判所の証拠採否の自由を害するため無効であるという見解もあったが、証拠制限契約は裁判所による証拠評価の対象を制限するに過ぎないので、自由心証主義との抵触がないというのが通説である。おそらく、証拠制限契約が自由心証主義を害するという考え方の背景には、そもそも、裁判所による職権証拠調べが広く認められている以上、裁判所はできる限り、自ら証拠を入手、取調べをして心証を形成しなければならないという発想があったと思われるが、通説は自由心証主義の問題としては捉えていないようである。

なお、明示的に論ずるものはないが、証拠制限契約を締結することのできる時期との関係で、証拠の撤回が認められる時期について指摘しておく。ZPO399条⁹¹⁾によると、証人尋問について当事者が放棄することが認められ、また、ZPO436条⁹²⁾によると、文書提出後でも相手方の同意を要件として放棄が認められる点である。これらの規定は、当事者に証拠申出の撤回権を認めたものとして、証

拠制限契約を有効とする論拠として挙げられることもある。もつとも、これによっても、必ずしも証拠調べ開始後は撤回できないとはいえず、時期についてはあまり明らかにされていない⁹³⁾。

IV 日本における証拠制限契約

日本において証拠制限契約が用いられる例として、賃貸借契約における条項や、仲裁鑑定契約⁹⁴⁾や、準備手続における証拠の整理に関する合意の規定（旧民訴規則20条1項2号、24条1項2号）が挙げられてきたが、その他の例はあまり知られていない。また、現行法の弁論準備手続等においても証拠の整理はなされるが、これに反して証拠を提出した場合、理由説明が求められているにすぎない（民訴法167条、174条、178条）ことなどを考慮すると、訴訟外でなされた証拠方法に関する合意と同様に扱うことはできず、純粋な証拠制限契約として位置付けるのは適さないとはいえる⁹⁵⁾。このようにすると利用例はますます少ないことになるが、裁判例や学説において明らかになる限りで、日本におけるこれらの変遷を概観してみる。

1 裁判例

実際に訴訟で争われた例は少なく、賃貸人の書面による承諾がなければ転賃しない、あるいは賃貸目的物の形状等を変更しない旨の特約くらいである。この特

91) 「当事者は、その申し出た証人を放棄することができる。しかし、相手方当事者は、出頭した証人が尋問されるべきこと、また、尋問が既に開始されている場合には、尋問が継続されるべきことを要求することができる。」

92) 「挙証者は、文書の提出後は相手方当事者の同意がある場合にのみその証拠方法を放棄することができる。」

93) 証拠調べ後の撤回については、その後の申出はできないという説 (Musielak, §284 Rdnr.12)、不当な結果が生ずれば裁判所が職権でも調査できるという説 (Zöller, ZPO (24. Auf.), §436 Rdnr.1 [Geimer])、証人尋問後は放棄できず、文書については、証拠調べ後は相手の同意を得て撤回でき、もはや職権でも調べられないという説 (Thomas/Putzo, §399 Rdnr.1, §436 Rdnr.1 [Reichold]) などがある。

94) 例えば住宅火災保険普通保険約款19条に、損害の額などについて当事者が提出する評価人あるいは裁定人によって判断する旨の規定があるが、あまり用いられていないようである。

95) 金・前掲 (注2) 67頁は、旧法下の準備手続の規定は証拠制限契約でないとする。

約を実体法上の契約として扱う裁判例⁹⁶⁾もあるが、訴訟上の契約、すなわち証拠制限契約として論じたものを取り上げると、昭和30年代に至るまで、特定の事実に関する証拠方法を制限する合意は自由心証主義と矛盾するため無効とする裁判例が続いた。

(1) 否定例

横浜地判昭和28年1月30日(下民4巻1号100頁)は、AB間で土地賃貸借契約が締結された後、Bから賃借権を譲り受けたXがAから土地を買受けたYに土地引渡請求をしたところ、Yが本件契約において、賃借権の譲渡に際して賃貸人の書面による承諾を必要とする規定があったが、承諾がなかったという抗弁を提出した事例である。本判決は、まず、「特定の事実の主張についてこれに関する証拠方法の証拠能力を制限するが如き契約は所謂証拠契約として法が裁判官に自由な心証に基づき確信に従って事実判断を命じていることと矛盾するから、一般的にかかる契約は訴訟法上その効力を疑わらるべきである。」という一般論を述べた。その上で、本件では、原告が証人尋問によって承諾の存在を立証しようとしているのに、被告は何も異議を述べず、「直接且現実に承諾に関する訴訟資料が認廷に現れたからには右の如き契約の主張は裁判官の自由心証主義を真正面から否定する結果となり、到底これに束縛されるものとは思われない。」と述べている。すなわち、一般論としては証拠制限契約の訴訟上の効力を否定しているが、本件では、実際にこれに反する証拠方法が提出されたのであり、提出前に契約の存在が主張された場合の扱いは明らかでない。

また、東京地判昭和33年4月15日(下民9巻4号675頁)は、賃貸人の書面による承諾がなければ賃貸物等を変更しない旨の特約の効力が争われた事案において、特約の効力が否定された。「右条項は、承諾の有無につき無用の紛争の起ることを避ける目的の下に定められたものであることが認められるので、…いわゆる証拠契約と呼ばれるものに当たるといふべきである。しかしながら、このような係争事実の確定方法に関する証拠制限の合意は、裁判官に対してその自由な心証に基づき確信に従って事実判断をなすことを要求する民事訴訟法185条の趣旨と

96) 東京地判昭和38年7月19日(判時344号43頁)

矛盾し、無効というべきである。」からである。

同様に、東京地判昭和35年7月8日(判タ110号65頁)も、借地の転貸について貸借人の書面による承諾を要する旨の特約の効力が争われた事例であるが、この「特約はなんらか特別の事情のない限り、契約の一方当事者のみに不利なもので貸借人と貸借人との権衡を破るのみならず貸借人の承諾の有無の認定を書面によるほかは許さないとする点において民事訴訟における自由心証主義に反することとなるから無効というべきである。」として特約の効力が否定された。

(2) 肯定例

これに対して、東京地判昭和42年3月28日(判タ208号127頁)により、初めてこのような契約の効力が認められた。これは、賃借人が、建物増改築の際に貸借人の書面による承諾を要する旨の特約に反したため、貸借人が解除の意思表示をした事案である。本判決は、傍論ではあるが⁹⁷⁾、このような特約は、承諾の事実はず書面で立証する趣旨の証拠制限契約であるとした上で、「弁論主義が適応され当事者の自由処分が許される事項に限り、裁判所の自由心証主義に抵触しない範囲で…右合意も適法かつ有効と解するを相当とする」とした。

それ以降は、公刊された判例の中で、証拠制限契約の有効性について論じたものはないようである。

2 学説

(1) 旧説

かつては、訴訟上の合意一般について、原則として法律の定めがある場合しか訴訟法上の効果を認めない見解が支配的であった。その理由は、民事訴訟法は公法であるため、契約で法の定める手続と異なる手続を定めることはできないとか、契約の自由は公法である民事訴訟法の枠内では認められないというものであった⁹⁸⁾。しかも、訴訟法は公法である以上、訴訟上の権能に関する私法上の契約というのは奇異であるとして、かかる契約は私法契約としての効力も否定されてい

97) 賃借人に背信行為と認めるに足る行為はなかったとして、解除の効力を否定している。

98) 松岡義正「新民事訴訟法注解 第3巻」(清水書店、1932年)680、681頁

た⁹⁹⁾。このような一般論を前提として、証拠制限契約についても、当然効力を有しないと解されていた。これは、訴訟法の公法としての性格からも導かれたが、「訴訟法上の権能は一定の事実発生したときにおいて行使すると否とを決定し得るに止まるもの」ため、訴訟の具体的な状況に応じて証拠方法を提出する自由を制限する契約は無効であるとも説明されていた¹⁰⁰⁾。

(2) 兼子説

これに対し、訴訟に関する合意の訴訟上の効力を広く認めようとした兼子博士は、訴訟物である権利又は法律関係について当事者が和解の権能を有する限りにおいて、これに関してなされる自白契約、仲裁鑑定契約、挙証責任契約はいずれも私法上の合意として有効であるのみならず、抗弁として訴訟に提出されれば、訴訟上の効果が生ずるとしている。しかしながら、「証拠制限の合意は無効と為すべき」としている。これは「裁判官に対して其の自由心証に基き確信に従って事実判断を為すことを要求することと矛盾」すること、裁判所は当事者が申し出た証拠からは心証がえられない場合は、職権で証拠調べができ（昭和23年改正以前の旧々民訴法261条）、また鑑定人の選任について当事者の合意の拘束を認めていない（旧々民訴法304条）ことから、「事実の不確定を出来得る限り防避せんが為に裁判所に証拠収集に協力する権能を与え、この範囲で弁論主義を制限したものと見られる」からである¹⁰¹⁾。

(3) 三ヶ月説

このような傾向¹⁰²⁾の中で証拠制限契約も含めて訴訟契約の許容性を肯定したのは、三ヶ月博士である。博士は、一般論として、裁判官の心証を制約するのは任意訴訟を認めることになるから許されないが、自由心証主義の領域に侵入せず、その規制対象が弁論主義の領域に留まるとみられるときに限り証拠契約の有効性

99) 細野長良「民事訴訟法要義 第3巻(上巻)」(巖松堂書店、1931年)141頁

100) 細野・前掲(注99)142頁

101) 兼子・前掲(注50)283頁以下

102) 村松判事は、証拠契約において当事者の処分自由よりも自由心証主義が優越するとしており、明示的には論じていないものの、その適法性に対して否定的な姿勢を示している(村松俊夫「証拠における弁論主義」垂水克己=兼子一編『訴訟と裁判(岩松裁判官還暦記念)』(有斐閣、1956年)257頁～、259頁)。

が肯定されるとした。その結果、特定の証拠の証明力を定める合意や、一定の事実から特定の事実を推定してそれを認定の基礎とするとの合意（事実推定契約¹⁰³⁾）は自由心証主義に反して無効である。そして、証拠制限契約の許容性は職権証拠調べがどの程度認められるかによって決定されるとした上で、兼子博士が論じた当時は職権証拠調べが広く認められていたが、改正によってそれが制限されたことを根拠に、その訴訟上の効果を認める¹⁰⁴⁾。

(4) 以降の学説

それ以降、証拠契約は、弁論主義の枠内で、自由心証主義を害さない限りにおいて有効であるとした上で、この要件を充たす証拠制限契約も有効とするのが通説となった。これによると、契約に反して提出された証拠は取調べに入ることなく、証拠能力を欠くものとして却下される¹⁰⁵⁾。職権証拠調べが例外となった今日においては、いかなる証拠方法を提出するかを当事者が自由に判断でき、これによって自由心証の基礎となる資料を限定することができるからである¹⁰⁶⁾。また、自由心証主義との関係を見ても、裁判所の実事認定自体を排除するのではなく、自由心証の対象たる証拠の一部がなくなるにすぎず、抵触は生じないからである¹⁰⁷⁾。

-
- 103) 推定契約の有効性についても証拠契約のひとつとして様々な論争があった。Baumgärtelはその有効性を認めているようだが、Baumbachは当事者の決定の自由を過度に制限するから無効と解している。日本では推定契約を証拠契約に含めて論ずるものは少ないが、金・前掲（注2）63頁は、推定契約を挙証責任に含め、いずれも自白契約の一種として有効としている。
- 104) 三ヶ月・前掲（注2）404頁加えて、旧民事訴訟規則20条・24条もそのような契約の有効性を前提としているとする。もっとも、兼子博士が否定説の論拠としてあげた、鑑定人を指名する合意の拘束力がないのは、裁判官に任命権があることから導かれるのであり、職権証拠調べとは関係ないとする。
- 105) 兼子＝松浦＝新堂＝竹下・前掲（注2）942頁は、契約に反する証拠申出はその取調べ前に相手方が意義を述べれば却下されるとする。その他にも、裁判所は当事者の主張を待つことなく当然に顧慮すべきという説や、抗弁として提出されることが必要であるという説などがあるが、相手が告知すれば足りるというのが多数説である。
- 106) 伊藤・前掲（注3）307頁、新堂・前掲（注2）510頁、吉野正三郎「民事訴訟法ケース・スタディー14－訴訟契約」法セ450号（1992年）89頁。ただし、松本＝上野・前掲（注3）112頁は、職権で証拠調べをすることができる証拠方法を排除する証拠契約は不適法であるとする。
- 107) 上田徹一郎『民事訴訟法〔第四版〕』（法学書院、2004年）368頁。証拠制限契約は、証拠方法が一定の者に制限され、自由心証の対象が一部制限されるにとどまるのに対し、自白契約や仲裁鑑定契約では、その対象を排除する点で全く異なる。

これに対して、自由心証主義と抵触する契約は無効であるから、証拠の制限のみならず、証拠の証明力を定める契約はもちろん¹⁰⁸⁾、すでに取調べた証拠方法を後から用いないことにする合意も、いったん形成された心証を消すことを求めるものであり、自由心証主義と抵触するため許されない¹⁰⁹⁾。

さらに証拠制限契約があまりにも広範に許容されることを懸念して、当事者の決断の自由を害さないための制限を課す論者も少なくない¹¹⁰⁾。例えば、当事者の一方の攻撃防御方法を極端に制約するような不合理なものは無効とする見解があるし¹¹¹⁾、また、証拠契約は、反対証拠が留保されるもので、しかも一定の法律関係に関するもののみが有効であるという考え方¹¹²⁾、当事者が合意の法効果を明確

-
- 108) かかる証拠評価契約は無効である（松本＝上野・前掲（注3）112頁）。
- 109) 証人尋問終了後はその申請を撤回することはできないとした最判昭和32年6月25日（民集11巻6号1143頁）や、鑑定の結果が受訴裁判所の心証形成の資料に供された後は鑑定の申出を撤回することは許されないとした最判昭和58年5月26日（判時1088号74頁、判タ504号90頁）と同様の趣旨である。判旨に賛成するものとして、新堂・前掲（注2）510頁、兼子＝松浦＝新堂＝竹下・前掲（注2）962頁などがある。なお、村松・前掲（注102）267頁、伊藤・前掲（注3）307頁などは、自由心証主義を害することを理由として掲げる。これに対して、中野貞一郎〔判批〕民商36巻6号133頁は、裁判上の自白の撤回と同様、証拠調終了後の証拠資料の排除は可能であり、これに基づいて証拠原因を自ら修正することも職業裁判官にとっては不可能ではないという理由で、証拠調終了後の証拠申出の撤回を認める。
- 110) 訴訟契約一般について適法性の基準を定める試みはあった。たとえば、契約によって蒙る不利益の限度が明確でなければならないという説（兼子・前掲（注50）260頁）、当事者の決断の自由が確保されていなければならないという説（三ヶ月・前掲（注2）286頁）、契約の意図する効果の内容を発生させるか否かの意思決定の自由を事前に拘束しても結果の予見可能性、非重大性ゆえに法の趣旨に反しないと認められることを要件とする説（青山善充「訴訟法における契約」芦部信善他編『契約（岩波講座基本法学Ⅳ）』（岩波書店、1983年）、253頁以下、竹下・前掲（注61）63頁）、個々の契約に応じて、契約の対象となる法律関係が特定しているだけで足りるか、当事者の一方がその社会的、経済的優越を悪用した場合に、当該訴訟契約の効力を否定すべきかを具体的に検討すべきという説（松本＝上野・前掲（注3）113頁）などがあるが、証拠制限契約に具体化して論ぜられてはいない。公序良俗に反するような悪質なものでなければ訴訟契約は有効であるという説もある（池田辰夫『新世代の民事訴訟』（信山社出版、1996年）37頁）。
- 111) 柳田幸三・民事訴訟法判例百選Ⅱ（有斐閣、1998年）275頁。もっともその理論的根拠などについては述べられていない。
- 112) 上村明廣「訴訟に関する合意」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅵ：特殊の契約』（有斐閣、1963年）370頁以下。真実に合致した裁判を行うのが司法の本質的要請であること、一定の事実を将来の訴訟において争えないものとする、当事者が契約の効果を察知出来ないという危険が伴うことに配慮した結果である。

に予測されることが必要であるという考え方¹¹³⁾などである。

3 まとめ

日本においても、ドイツと同様に、証拠制限契約が用いられる例はあまり知られておらず、理論上扱われてきたにすぎない。

まず、裁判例においては、賃貸借契約中に存在する、転貸等に際して賃貸人の書面による合意の有効性を扱う下級審裁判例があるのみである。昭和30年代までは、自由心証主義との抵触を理由に契約の有効性が否定されてきたが、その後、かかる合意は弁論主義の枠内で、自由心証主義と抵触しないので有効であるとされ、これが証拠制限契約に関する先例として評価されている。

これに対して、学説においては、従来は民事訴訟法の公法性を理由に、訴訟に関する合意の訴訟上の効力はもとより、私法上の効力をも否定する見解が通説であった。訴訟に関する合意の訴訟上の効力を肯定することを試みた兼子博士にあっては、証拠制限契約については訴訟上の効力を否定していた。この背景には、当時の民事訴訟法において職権証拠調べが認められていたことがあるが、民事訴訟法が改正されて、職権証拠調べが限定された後は、弁論主義の枠内であって、自由心証主義を害しない証拠契約は有効であり、証拠制限契約はかかる要件を充たすために有効であるという通説である。また、ドイツではあまり論じられていなかったが、証拠調べ終了後にその対象となった証拠方法を用いないとする合意を、自由心証主義に反するという理由で無効とするのも通説である。ただし、古くから、証拠制限契約は訴訟の具体的な状況に応じて証拠方法の提出を決定する自由を害するという指摘もあり、今日においても、証拠契約の一般論ではあるが、あまりに広範であり、当事者の予測可能性を害する契約の効力を否定しようとする見解も少なくない。

113) 訴訟契約一般に課される要件である（中野＝松浦＝鈴木・前掲（注2）235頁）。

V 考察

1 証拠制限契約一般について

ドイツにおいても日本においても、多くの変遷を経た結果、今日においては、当事者に処分権があることと、自由心証主義を害さないことが証拠契約の適法要件であることを前提に、証拠制限契約は、弁論主義が採用されていること、及び自由心証主義を害さないことから、適法とする考え方が、判例、学説によって支持されている。

たしかに、20世紀初頭までの日本やドイツの学説のように、訴訟法が公法的性格を有することを理由に、当事者の意思が入る余地を一切否定することは困難である。したがって、一般的には便宜訴訟は禁止されるとはいえども、当事者に自由な処分権があり、強行法規を害さない限り、証拠契約も含め、訴訟契約を有効とする点は問題ないと思われる。そして、民事訴訟法上採用されている当事者に証拠の収集、提出の権限を認める弁論主義は、当事者が証拠を提出しない自由も認める以上、合意によって証拠提出を制限することは許されようである。ところが、かかる自由が制限される場合には契約の適法性の基礎が崩れる。

(1) 弁論主義との関係

まず、弁論主義が排除される場合の扱いが問題となる。例えば、人事訴訟や行政訴訟などにおいては職権探知主義が採用され（人訴法20条、行訴法24条）、通常の民事訴訟においても、訴訟要件のうち、専属管轄や、当事者能力、訴訟能力などの公益性が高い事項については、同様に職権探知主義が採用されているし、その他の場合でも、明文によって職権証拠調べが認められている場合がある（民訴法186条、207条1項、218条、228条3項、233条、237条、商法35条など）。

現在においても広く職権証拠調べが認められているドイツにおいては、職権証拠調べが認められる場合には、当事者の私的自治が制限されており、証拠制限契約は裁判所の権限を制約するため、無効とするか、あるいは裁判官を拘束しないとする見解が多数説であるが、Wagnerのように、職権証拠調べは私的自治を制限したのではなく、効率的な証拠調べと迅速な訴訟を可能にするための制度であるので、契約は有効であるという論者もあった。日本においては、ドイツのように職権証拠調べは広く認められていないけれども、このような議論を参考にする

ことはでき、職権証拠調べを認めた趣旨が、真実が発見されないと公益等が害されるため、私的自治を制限した点にあれば、当事者には証拠を制限するなどの権限はないが、これに対して、迅速かつ効率的な審理を可能にする点などであれば、同じ機能を有する証拠の制限も排除されないことになると考えられる。

すると、職権探知主義が採用されている訴訟要件は、迅速な審理を保障するためというよりは、真実を発見して、訴訟法が重要視する利益を保護するため、その審理につき私的自治を排除したものと考えられ、証拠制限はできない。人事訴訟や行政訴訟については、一般には公益性が高く、真実発見の必要性が高いため、当事者の処分権を制限している（人訴法19条2項。ただし人訴37条1項、44条。したがって、処分権が排除されている限りにおいては、証拠制限契約はできない。もっとも、証拠調べをする場合に当事者の意見を聞くものとしているが、これには拘束力まではないと考えられるため、結論には影響はない（人訴法20条、行訴法24条）。

これに対して、一般の民事訴訟において、職権証拠調べが認められている趣旨は、その公益性というよりは、効率的な調査を可能にする点などにもあるため、証拠制限契約の効力を排除する必要はないと考えられる。中には、裁判所が本来自ら入手すべきである知識であるがために職権証拠調べを認めたものもあるが（民訴法186条、218条等）、この場合であっても、当事者が、証拠を排除した場合の不利益を知りながら、費用を節約するなどの利益のために排除して、代わりに私鑑定などの資料を提出することまで否定する必要はない。

(2) 自由心証主義との関係

一般論として、自由心証主義の原則は、裁判官による証拠の採否と評価の自由を認めるものであり、裁判官の独立性（憲76条3項）の現われとしても見ることが可能であるため、当事者はこの原則を害する権能を有しない。したがって、契約によっても、裁判官に証拠評価を強制して硬直な判断を求めることは認められない。

この点、証拠制限契約は裁判官に証拠の評価を強制するものではないし、そもそも証拠方法を提出しないことを目するものであり、提出された証拠方法のうち、どれを心証形成にするのかを裁量で判断する証拠採否の自由を害するものではな

いので、自由心証主義とは抵触しない。ただし、証拠方法を制限するのみならず、併せて証拠方法の証明力を定める（例えば、ある証拠からある事実が立証できたとみなす）場合には、自由心証主義と害するので認められない¹¹⁴⁾。

ただし、日本では、既に証拠調べがなされた後に、証拠の撤回をすることは自由心証主義を害するので不適法であり、この時期に証拠制限契約を締結することもできないという見解が有力である。しかしながら、一般に私知の利用が禁止されている職業裁判官に、証拠原因の一つを消すことを求めるのは不可能ではないと共に、裁判官に無理な証拠評価を強制するものではない。かかる時期の撤回が禁止されるのは、自由心証主義との関係よりも、むしろ証拠申出をした者が、事後的にそれが不利なものであることに気づいて撤回することが、証拠共通の原則が採用されている以上、相手方の関係で不公平であるからでもあり、このような不公平な結果は、相手方の同意を要件とすることによって除くことはできよう。したがって、実際に締結されるケースは想定しにくいのが、かかる時期に証拠制限契約を締結すること自体も相手方との関係では問題はなく、仮に両当事者が故意に不要な証拠調べを行ったような事情がない限り、適法と考える。

(3) 当事者の真実義務、完全陳述義務、事案解明義務などとの関係

さらに、証拠を制限することが、解釈上認められている真実義務や完全陳述義務、あるいは文書の一般提出義務（民訴法220条）等に現れている事案解明義務を害さないかも問題となる。一般には、真実義務は、当事者が、主観的真実に反する陳述をしたり、これを基礎付ける証拠を提出したりすることを禁止する義務であり、弁論主義に内在する制約に過ぎず、これを制限するものではない¹¹⁵⁾、また、証拠制限契約自体がこれと抵触することにはならない。これに対して、完全陳述義務とは当事者がその有利不利を問わず、知る限りの事実を主張し、証拠を提出しなければならないという義務と考えられている¹¹⁶⁾。真実義務と同様、こ

114) その他にも、証拠調べを行わない代わりに、他の訴訟でなされた証拠調べの結果を用いる契約も適法である。しかしながら、これを必ず心証の基礎としなければならないとすることは、自由心証主義のみならず、直接主義との関係においても問題がある。

115) 伊藤・前掲（注3）262頁等

116) 伊藤・前掲（注3）263頁

の義務の内容は明らかではないのみならず、違反に対する制裁が弱く、弁論主義を制限する原理として確立しているとははいえないが、仮に、かかる義務が認められるとしても、証拠制限契約の効力を否定するものではないと考えられる。というのも、この義務は、裁判所との関係で真実を述べる義務ではなく、相手方当事者との関係で情報の格差等を埋めるための開示義務であり、両当事者の契約によって証拠の提出を制限することまで排除する趣旨ではないと考えられるからである。文書の一般提出義務等との関係についても、同様のことが当てはまる。ただし、これらの義務は、あくまでも相手方当事者に対して情報が開示されることを重視するものであるため、完全陳述義務を負う事項、あるいは提出義務がある証拠については、契約を締結する段階において、相手方に対してその内容等を開示することが必要であると考ええる。例えば、当事者間でその有する情報の格差が大きいと考えられる場合に、相手方に対して、いかなる証拠を有しているのかをおよそ知らせることなく、対象が広範な証拠制限契約を強制することは認められないであろう。

(4) 当事者の決断の自由との関係

最後に、ドイツや日本の学説の中で指摘されることの多かった、訴訟の具体的な状況に応じて、攻撃防御方法の提出を決断する自由（一般に「決断の自由」と呼ばれる。）による制約について検討する。このような決断の自由を保障するための方策としては、様々なものが考えられるが、例えば、当事者がかかる契約を締結することによって被る不利益が事前に、具体的に予測できるようにすることなどが挙げられる。当事者にこのような自由を認める明文上の根拠は存在しないが、訴訟には専門的な知識が必要であることを考えると、私法上の契約一般の場合に比して、契約締結の効果が明確に認識されていることは必要であると考えられる。

したがって、将来どのような紛争が生ずるか明らかでない段階において、当該証拠がどれほどの重要性を有するのか分からないまま証拠制限契約を締結することは、かかる自由を制約するため、認められない。

他方で、当事者のかかる自由をあまりに強調し、具体的な紛争が生ずる前に締結される証拠制限契約を一律に不合法とすることは、定型的な紛争の効率的な解

決という証拠制限契約の機能の一つを損なう結果にもなりかねない。この場合であっても、当事者の予測可能性を保護する程度の特定性を要求することで、決断の自由を保障すれば足りる。例えば、契約は一定の法律関係をめぐる紛争に関するものであるべきであり、将来当事者間で生じうるすべての訴訟を念頭において、提出できる証拠方法を制限する場合においては、適法性に疑問が生じよう。また、先に述べた開示義務から導かれるように、制限される証拠の具体的な内容について告知を受けることも、かかる自由を保障することにつながる。

(5) まとめ

証拠制限契約は、それと共に証拠方法の証明力を定めるなど、自由心証主義を害する場合を除き、原則として適法であり有効である。しかしながら、完全陳述義務や事案解明義務との関係や、当事者の予測可能性の保障という観点からは、一定の法律関係に関する契約であること、契約を締結する段階において、相手方がどのような証拠方法を有しているかを告知することが必要となる。

2 和解手続と証拠制限契約

以上を前提に、和解を促進するために、和解手続で提示された証拠や事実について証拠制限契約を締結することの可否について検討する。

(1) 契約の有益性

まず、このような契約を締結することが有益であるかについては、次のように考えられる。

そもそも、和解が不成立に終わった場合に、当事者の一方が和解案を提示したというような事実を訴訟に提示したとしても、かかる事実は権利関係の存否を証明するためには、きわめて小さな証明力しか有しない。したがって、裁判所が、この事実を不利に斟酌し、直ちに権利関係の存否について心証を得るとは限らない。このことは、アメリカにおいて、コモン・ローの時代から、また、現在においても FR408条において、かかる証拠の関連性がないとしていることにも現れている。したがって、この事実を提示すること自体を制限することにはあまり大きな意味はないかもしれない。

しかしながら、和解で提示した事実¹¹⁷⁾や証拠などを提示しないと約することは、

実証的なデータこそないが、アメリカやドイツにおいても、和解手続の秘密性を保障し、和解の場における自由な議論を促進する機能を有すると考えられている。和解手続の秘密性を保障するための方策としては、調停者など手続に立ち会った者に守秘義務を認め、証言拒絶権を認めるという構成があるが、現在のところ、日本においてはこれらが認められているわけではなく、また、当事者が提示することまでは、これのみでの保護は不十分である。

以上から、合意によって、調停者を尋問しないこと、調停で提示された事実(特に自白)や証拠を提示しないことを定めることも、和解を促進するためには有益である¹¹⁸⁾。

(2) 適法性

では、このような契約は適法、かつ有効であろうか。一般には、証拠制限契約は適法であるとしても、この場合は、とくに開示義務や当事者の決断の自由などと抵触しないかが問題が生じうる。

このような合意は、あくまでも、和解での議論を促進するためのものであり、したがって、和解手続で提示した事実や証拠が訴訟で使われないことが確実に予想されていない限り、かかる目的が十分には実現されないことは、アメリカの例からも明らかである。したがって、和解手続の初期の段階において、和解手続で提示される事実や証拠はおおよそ利用することはできないというような形で、絶対的な保護を図ることが、この目的を実現するには有益である。

しかしながら、他方で、和解手続が終了した段階であればともかく、提出される事実や証拠についておおよそ予測ができない、手続の初期の段階において、かかる合意を締結することには弊害もありうる。例えば、①和解手続で提示さえすれば、訴訟での提出を免れるのであれば、訴訟における真実発見が極端に妨げられるのみならず、不利な和解を強制する手段として濫用的に用いられる可能性があるし、②和解手続の秘密性をあまりに強調してしまうと、そこで開示した事実等

117) 多くの場合、間接事実の自白であると想像される。

118) その他にも、合意によって証言拒絶権を定めることも考えられうるが、証人義務が一般義務であることとの関係でかかる合意が許容されるかは明らかではないし、あくまでも権利に過ぎないので実効性は少ないであろう。

を後日争う機会が全く排除されるがために、かえって和解手続における不誠実な対応を助長する可能性もある¹¹⁹⁾。

①については、アメリカのFRE408条において、事実の自白については証拠能力を否定しながらも、開示の対象となる証拠についてはこれを許容している点が参考になると思われる。このことと、前述した開示義務や決断の自由との関係をあわせて考えると、とくに、訴訟法上開示義務がある証拠については、契約を締結する段階において、相手方にその証拠を見せる、あるいは少なくともいかなる証拠を有しているかを告知することにより、当事者の決断の自由を保護する必要があると思われる。このことから、事前に、和解手続で開示される全ての証拠や事実について訴訟での利用を一切禁ずることは否定されよう。ましてや、和解手続が開始されたとか、あるいはそれが成立した段階において、当然に証拠制限契約が締結されたとみなすことは困難であろう。

また、②の点を考えると、例えば、和解手続における詐欺などの事実を後日取り上げる場合などにおいては、証拠制限の効力を認めるのは当事者の公平の点でも適切ではなく¹²⁰⁾、証拠の利用を許容することが望ましい。ただし、かかる場合には利用が許される点について、契約段階で明示する必要はある。とくに、和解で提示された事実の利用を制限する場合には、その内容を事前に開示することによる規制よりも、このように、その保護される対象を明示する方法が有益である。

このような要件を課すことに対しては、和解手続の秘密性が保護される範囲があまりに限定され、活発な議論が促進されないのではないかという批判も考えられる。しかしながら、このような萎縮効果は、その保護範囲が広範でないことよりも、むしろ保護の対象が明確でないことによっても生じうるため¹²¹⁾、議論の活性化という目的との関係では、かかる制限を課すことには支障はないと考えられる。

また、証拠を事前に相手方に開示することを強制すると、証拠制限契約が締結されない場合が増加しないかという批判も考えられる。しかしながら、少なくとも

119) 注24参照。

120) FRE408条の第4文参照。

121) 本稿二2(1)イ参照。

も、証拠を開示することが求められるのは、一般に提出義務を負う文書等に限られ、提出義務を負わない事項については概略を説明すれば足りるし、その上で、契約を締結して証拠の利用を制限しても和解による解決に努めるか、あるいは契約を締結せず、その結果、その証拠等を和解で利用することができない代わりに訴訟手続による紛争解決を望むかは、当事者の判断に委ねれば足りると考える。

3 おわりに

以上のように、本稿では、証拠制限契約一般の問題と、特に和解手続の秘密性を保持するための活用について考察を試みてきた。しかしながら、証拠制限契約の理論の背後にある訴訟契約、訴訟行為一般をめぐる理論や、秘匿特権に関する諸問題については十分に検討をすることができず、それゆえに本稿の目的が十分に果たされたかは疑問が残る。残した問題については今後の課題として、本稿を閉じることにしたい。

*本稿は、平成16年度科学研究費（若手研究（B）・課題番号1573046）による研究成果の一部である。