



事実認定と証明：民事訴訟法理論の立場から（特集 情報の偏在と民事訴訟）

八田，卓也

(Citation)

法律時報, 82(2):34-39

(Issue Date)

2010-02

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90004148>

※ この論文ファイルは印刷不可です。



事実認定と証明

民事訴訟法理論の立場から

八田卓也

一 序 論

本稿に与えられた課題は、これまでの学説が提示してきた（情報の偏在を前提に、適正な裁判を実現するための）対応策について検証し、現行民事訴訟法における議論の意義を再検討すること、である。

この課題に答えるために、本稿では、情報偏在という問題状況にかかわる現行民事訴訟法の構図を概観した上で（一）、解釈論として学説が提示してきた対応策を総論的（三）・各論的（四）に分析し、学説の課題を析出することを試みる。

なお本稿では、情報と証拠が偏在する場合を対象とする。具体的には、対立当事者のうち主張責任・証明責任を負う当事者が事案解明に必要な情報・証拠を有していないのに対し、主張責

任・証明責任を負わない当事者が事案解明に必要な情報・証拠を有している場合を念頭におく。また、ここにいる「事案解明に必要な情報」は、主張責任・証明責任を負う当事者が主張を展開するために必要な情報（以下、「主張に関する情報」という）及び、展開された主張を立証するために必要な証拠に関する情報（いかなる証拠があるか、等。以下、「証拠に関する情報」という）を内包する。このほか、本稿では事案解明を欲する主張責任・証明責任を負う当事者を「拳証者」、その相手方を「拳証者の相手方」ないし単に「相手方」と呼ぶ。

二 現行民事訴訟法概観

1 現行民事訴訟法は、証拠が採用され証拠調べの対象となる前と後とで、情報提供義務に質的な差異を設け

ている。証拠として採用された後は（本稿では便宜「証拠後」という）、広範な情報提供義務が規定されており（文書提出義務〔法二二〇〕、証人義務〔法一九〇〕、鑑定義務〔法二一二〕①、検証協力義務〔法二二二〕②）、また義務違反に対しては厳しいサンクションがある（文書提出義務違反に対し、法二二四、二二五。証人義務違反に対し、法一九二、一九三、二〇一、刑法一六九。当事者尋問違反に対し、法二〇八、二〇九。鑑定義務違反に対し、法二一六による法一九二、一九三の準用。検証協力義務違反に対し、法二二二①②）。

それに対し、証拠として採用される前は（本稿では便宜「証拠前」という）、第三者は情報提供義務を原則として負わず（但し、弁護士会照会は回答義務を伴う。もっとも違反に対するサンクションはない）、当事者は情報

提供義務を負うが義務違反に対するサンクションはない（当事者照会。法一三二の二、一六三）。

2 現行民事訴訟法は、証拠前の情報提供義務から証拠後の情報提供義務へ移行するためのハードルを二つ設けている。第一に、証拠として採用してもらうためには証拠を特定する必要がある（証人尋問につき規一〇六、当事者尋問につき規一二七による規一〇六の準用、検証につき規一五〇。文書の場合は法律により文書の表示・趣旨を明らかにすることが求められている。法二二一①）。証拠を特定するための情報（証拠に関する情報の一種である）については、相手方当事者は情報提供義務を一応負うが、違反に対するサンクションはない（当事者照会のほか、文書特定手続。法二二二①②。文書特定手続は証拠となるべき文書を所持する第三者にも適用される）。

第二に、証拠調べを申し出るには、証明すべき事実を特定してしなければならない(法一八〇条)。要証事実を特定するための情報(即ち、主張に関する情報)については、証拠を特定するための情報同様、相手方当事者は情報提供義務を一応負うが、違反に対するサンクションはない(当事者照会)。

3 現行民事訴訟法は、当事者の「敵に塩を送る義務」につきこれを認めるという発想の質的転換を行ったと言われている。「敵に塩を送る義務」について現行法は、証拠前は、情報提供義務はあるがサンクションはない(当事者照会〔法一三二の二、一六三〕、文書特定手続〔法二二二①②〕)、証拠後は情報提供義務もサンクションもある、という線引きをしているように思われる。

4 総じて、証拠前の段階における、主張に関する情報・証拠に関する情報双方への挙証者からのアクセスにつき、法律はサンクションという十分な裏づけをしていない。ここから、解釈論として情報偏在に対する対策が主張されることになる。

三 解釈論として主張されている対策(総論)

1 情報偏在に對し解釈論として主張されている対策には、①主張・証明責任を負わない当事者の陳述義務・反証義務の指定、②いわゆる模索的証明の肯定、③証拠保全の開示的運用の許可、④証明度軽減法理の採用、⑤証明妨害法理の採用、⑥(過失の)一応の推定理論の採用、⑦真実義務・完全義務の内容としての單純否認の禁止、不知の陳述の制限等の肯定、がある。

もっともこのうち⑦は①の根拠としての機能を果たす関係にあるかと思われる。また、太田・前掲注(9)一九七頁以下の指摘に従えば、⑥は①に包摂される。したがって検討対象は①⑤に絞られる。

2 これら五つの対策の位置づけを検討する。

(1) まず、主張レベルで、挙証者が主張すべき事実が分からないという事態への対策として機能するものが、①②③である。次に、立証レベルで、挙証者の支配権内に立証のための証拠がない、挙証者が証拠の存在・所在がわからないという事態への対策として機能するものが、①③④⑤である。①・③は主張レベルでも、立証レベルでも、機能する。

(2) 手段としての特徴という視点を入れるとさらに以下のように分類できる。

主張レベルにおいて、主張に関する情報の収集手段として機能しているのが②③である。情報収集手段としても機能するが、情報が結局出てこなかった場合にも機能するものとして①(のうち陳述義務)がある。

次に、証拠レベルにおいて、証拠に関する情報および証拠自体の収集手段として機能するのが③である。収集手段として機能するが、情報・証拠が結局出てこなかった場合にも機能するものとして①(のうち反証義務)がある。収集手段としては機能せず、証拠・情報が結局出てこない場面でのみ機能することが予定されているのが④⑤である。

もっとも、①の内容の理解にも関わらず、①が(挙証者の相手方の)自己に有利な事実・証拠のみの陳述・提出義務を内容とするのであれば、①が証拠・情報の収集手段としても機能するとは必ずしもいえないようにも思われる。挙証者がほしいのは挙証者にとって有利な情報・証拠であり、挙証者の相手方にとって有利な情報・証拠が提供されることの意義は少ないともいえるからである。もっとも反論の手掛かりを得るという意義はあろうか。

3 上記のように学説が提示してきた情報偏在に對する対抗策を整理すると、これらが必ずしも有機的に関連付

けられていない、有機的な関連のもとに機能させられてはいないように思われる。

第一に、主張レベルでの対策と、立証レベルでの対策との関係が明らかでない。後述するように、②は、その前提として証拠に関する情報が十分に収集できることを要求する。証拠に関する情報の収集機能を果す方策には⑤があるが、しかし⑤が②の前提として発動することが想定されてきたとは考えられない。証明妨害の効果として提案されているサンクションは新たな事実の発掘には有効でないからである。

第二に、同じ主張レベルでの対策である①と②の棲み分けが不明確である。①②はいずれも主要事実についての主張が抽象的である場合にも、相手方に応答義務が生じることを認める議論であり、重なる部分がある。①の肯定により②は不要になるのか、それとも①に尽きない固有領域が②にあるのか、①に尽きない固有領域を②に認めることは正当化されるのか、を詰める必要がある。

第三に、情報・証拠の収集手段として機能する方策(②③)内部の相互の関係が明らかでない。②を証拠調べ前に前倒しするのが③だとも考えられるが、だとすると②・③は関連付けて論じる必要がある。

第四に、証拠・情報が結局出てこなかった場面でのみ機能する方策(④⑤)と、証拠・情報の収集手段として機能する方策(②③)との関係が明らかでない。前者は、後者が機能しなかった場合を補足するためのものとして機能することが予定されているのか、そうであるとして、どういう理由で収集手段が機能しなかった場合を念頭においているのか、が明らかでない。証拠・情報が結局出てこなかった場面でのみ機能する方策と、証拠・情報の収集手段として機能する方策とが没交渉であってはならないと思われる。

四 解釈論として主張されている対策(各論)

以上の総論的な分析に続け、以下①⑤につき各論的な分析を行う。

1 ①主張責任、証明責任を負わない当事者の陳述義務・反証義務。

①では、そこで想定されている情報提供義務がいかなる範囲のものかが問題となる。具体的には、自己(「挙証者の相手方」)に不利な情報の提供も予定されているのか、それとも自己に有利な情報の提供しか予定されていないのか、である。

(1) 恐らく、自己に有利な情報の提供しか予定していないというのが一般

的な理解だと思われる。だとすると①は、サンクションを伴う証拠以前の挙証者に有利な情報提供義務を觀念するわけではなく、「敵に塩を送る義務」についての現行民事訴訟法の建前に衝突するわけではないといえる。しかし、それでも、サンクションを伴う証拠以前の挙証者に不利な情報提供の義務は觀念されており、その正当化根拠はやはり問題となろう。義務の内容に比して義務違反の効果(要証事実の真実擬制と言われることが多い)が重過ぎないかという問題もある。

またこの理解にたった場合により問題となるのは、情報偏在の状況への対策として果たして①が実効性を持つのか、ということである。「陳述義務」・「反証義務」を相手方が履行した場合に出てくるのは相手方に有利な挙証者に不利な事実・証拠であり、これが提供されることが挙証者にとってどれほどの意義があるかは必ずしも明らかではないように思われる(反論の手掛かりを得るといえる場合はあるかもしれないが、しかし有効な手掛かりが得られる場合は少ないのではなからうか)。相手方が自己に有利な主張・立証を展開できない場合に、真偽不明でも挙証者の要証事実を真実と認定できるという利点があるかもしれないが、自己に有利な事実・証拠だけでは

それを提出できない場合というのは少ないのではなからうか。

(2) 他方で、自己に不利な情報の提供も予定しているという理解もある。

この理解に立った場合には、サンクションを伴う証拠以前の挙証者に有利な情報提供義務が觀念されることになる。現行法の建前との整合性が正面から問題となろう。この理解では、サンクションを伴った文書特定のための情報提供義務も觀念されることになり、そこに意義があるともいえるが、逆に立法者がまさにこの局面でサンクションなしのスキームを採用したこととの関係をどう説明するかは切実な問題である。他面、情報偏在への対策としての実効性は、この理解に立った方が高まることは言うまでもない。

2 ②いわゆる模索的証明の許容。

②は、証拠調べの前提としての要証事実の「特定性」、「蓋然性」をどの程度緩和できるか、という形で議論が進んでいるといわれる。

(1) このうち日本での議論の蓄積が多いのは「特定性」の緩和の問題であるように思われる。

「特定性」の緩和は、要証事実の重要な性の吟味の必要性、証拠調べの効率性、相手方の防御権といった対抗利益との関係で議論されている。情報提供義務という観点からすると、このうち

要証事実の重要性の吟味の必要性が重要であろう。証拠後は、情報主体はサンクションを伴う強い情報提供義務を負うが、かかる強い情報提供義務は、当該事件の解決にとつての当該証拠調べの具体的必要性が肯定されてはじめて正当化されるように思われる。即ち、要証事実の「特定性」は、証拠後のサンクションを伴う情報提供義務の要件として要求されていると考えられる。要証事実の特定性を緩和しすぎると、当該事件の解決にとつての当該証拠調べの具体的必要性が肯定されてはじめて証拠後の情報提供義務が肯定されるという関係を崩すことにつながる可能性があり、この点を視野に入れた線引きが必要となるように思われる。

(2) なお、要証事実の「特定性」の緩和は、二つの側面を有する。一つは、の証明主題の特定性の緩和であり、いまひとつは、(1)主要事実についての主張の具体性の緩和である。

の、いわゆる模索的証明(証拠調べを通じて主張に関する情報を探索する営為)における主問題であるが、(1)は主張の理由付け責任(Substantiierungspflicht)に関わる。仮に理由付け責任としても抽象的な主張が許されるのであれば、挙証者としてはさらに主張についての情報を模索する必要があるが、くなく、「いわゆる模索的証明」は仮

称問題に帰する。日本での議論はむしろこちら（理由付け責任の緩和を伴う要証命題の抽象化の許可）を念頭にきてきたように感じられる。

(3) 注意を要するのは、いわゆる模索的証明による主張に関する情報の取得は、証拠に関する情報は所持していること（ないしアクセス可能であること）を前提とするということである。証拠調べを通じて主張に関する情報を得ようとする以上、調べようとする証拠については中身は知らないとしてもその存在を知っていることが前提となるからである。証拠に関する情報を持たない場合には、いわゆる模索的証明は使えない。理由付け責任の緩和を伴う要証命題の抽象化を許可する議論にも、同旨があてはまる。ここでは、証拠に関する情報への証拠者のアクセスをどうするかという問題が先鋭化する。

3 ③ 証拠保全の開示的運用。

③は、主張に関する情報の取得の他、証拠者に有利な証拠自体の探索の方策として主張されている。ここでの議論は、保全事由をどこまで具体的に主張・疎明させるか、という形で展開されている。

しかし、主張に関する情報の取得の方策だということは、証拠者は主張に関する情報を十分に有していない状況

が前提だといえる。ところが証拠保全の要件として要証事実の特定が（規則ではあるが「規一五三②二」）要求されている。であるとする、上記2(1)と同じ問題がそこには存在するよう思われる。仮に、これを乗り越えることができたとしても、保全事由である「あらかじめ証拠調べをしておかなければその証拠を使用することが困難となる事情」は、事件解決にとつての当該証拠調べの具体的必要性に代わる証拠後の情報提供義務の要件になっているのではなからうか。このことは保全事由を緩く解することの障害となる。

4 ④ 証明度軽減の法理。

④ 証明度軽減の法理は、相手方（ないし第三者）の情報提供義務を念頭におかない議論であり、その意味で①②③⑤とは異質である。もっとも④には他を補充する側面がある。

まず、加藤判事によれば証明度軽減は例外的にはあるが証明責任を転換するところまでいく。その正当化根拠は問われるだろうが、証明困難による証明責任の転換が承認されるとすれば、このことは①（のうちの反証義務）の肯定に有利に働く。証明責任を負わない当事者に反証義務を課した上、当該当事者が反証義務を果たさなかった場合には要証事実の真実を擬制す

るとするのは、証明責任の転換に至るまでの立証負担の軽減のバリエーションの一つだともいえるからである。

また、④は本来証拠者が主張の理由付け責任を果たしている場合を念頭においているが、②（のうちの理由付け責任の緩和）と連携すると対象範囲は広まり、より威力を発揮する。

5 ⑤ 証明妨害の法理。

現行法上証明妨害に関する規定はあり（文書不提出等に関する法二四四、筆跡鑑定の不協力についての法二二九、検証協力義務違反についての法二三①、二二四、当事者尋問についての法二〇四等）、問題は現行法の規定を超えてどこまでが証明妨害になるか、である。具体的には、証拠に関する情報の広い意味での不提供（証拠たるべき文書的不作成、証人の守秘義務を免除しないこと、証人の場所を意図的に告げないこと、等）も証明妨害になるか。

証拠に関する情報不提供が証明妨害になるということは、サンクションを伴う証拠前の（証拠に関する）情報提供義務が観念されることを前提とする。サンクションを伴う証拠前の証拠に関する情報提供義務が観念されれば、情報偏在対策の実効性という意味での②の欠点（②は証拠に関する情報は取得していることが前提だという不

十分性）が解消される可能性がある（このような形で⑤と②を有機的に関連付ける方向も考えられる）。しかし、やはりサンクションを伴う証拠前の証拠に関する情報提供義務を肯定することとは、現行民事訴訟法の建前と正面衝突するので、その根拠が先鋭に問題とならざるをえない。

五 まとめ

現在主張されている情報偏在の対策は、それぞれ単体では、情報偏在がもたらす問題の全てには対応できない。したがって、相互に有機的に関連付けられる必要がある。今後この点を意識した議論の蓄積が望まれる。

現行民事訴訟法のとる建前との関係を考えて場合、サンクションを伴う証拠者に有利なものを含む情報の提供義務は、証拠後にのみ予定されていることとの関係が問題となる。この枠組みを崩さずに情報偏在を是正しようとするれば実効性が問題となる半面（主張責任・証明責任を負わない当事者の陳述義務・反証義務は、一般的理解では証拠者に有利な情報提供義務を内容としておらず、その点でやはり心もとない）、実効性を持たせようとしてサンクションを伴う証拠者に有利な情報の提供義務を証拠前に認めようとする

は、その正当化根拠が厳しく問われる。

いわゆる模索的証明の許可や証拠保全の開示的運用は、この問題を巧みにすり抜けて、主張に関する情報収集の局面で相手方にサンクションを伴う情報提供義務を負わせるものであったが、そこで利用されているのは証拠後の情報提供義務であり、証拠後の情報提供義務は要証事実の特定を前提とするという原則との関係やサンクションの有効性という別の問題に行き当たり、そしてこれを解決できているとは言えない。

もっとも、証拠後の情報提供義務は要証事実の特定を前提とするという原則がクリアできれば、いわゆる模索的証明の許可の議論の一環として論じられてきた理由付け責任の緩和を伴う要証命題の抽象化の許可は、実効性ある解決を提示できる可能性がある。しかし、その前提として証拠へのアクセスが問題となる。証拠へのアクセス拡充策の一つとして証拠の特定性の要求の緩和が検討に値するが、これは結局証拠に関する挙証者に有利な情報提供義務を相手方に課すことと同義である。

総じて、証拠前と証拠後の根拠をどう突き崩すかが課題だといえようか。この根拠が根拠のあるものなのかを問う直すことがなされてよいが、解釈論

にとどまる限りその存在は意識する必要があるのであろう。

(1) 本稿は主張責任と証明責任の所在を一致させる通説の立場を前提とする。
(2) 本稿では、民事訴訟法を「法」、民事訴訟規則を「規」と表記する。
(3) 高橋宏志「重点講義民事訴訟法・下(補訂版)」(二〇〇六年、有斐閣) 七七頁。
(4) 高橋・前掲書(3) 六三頁以下。
(5) 春日偉知郎「民事証拠法研究」(一九九一年、有斐閣) 二三三頁以下、同「民事証拠法論」(二〇〇九年、商事法務) 九頁以下、二七頁以下、三五頁以下、松本博之「民事訴訟における証明責任を負わない当事者の具体的事実陳述」証拠提出義務について、法曹時報四九巻七号一六一頁以下ほか。竹下守夫「伊方原発訴訟最高裁判決と事案説明義務」木川統一郎博士古稀記念論文集「民事裁判の充実と促進」(一九九四年、判例タイムズ社) 一頁以下、畑穂穂「模索的証明・事案説明義務論」鈴木正裕先生古稀祝賀記念論文集「民事訴訟法の史的展開」(二〇〇二年、有斐閣) 六〇七頁以下も参照。この分野での主要文献である春日・前掲二書と松本・前掲論文の用語法が異なるため、ニュートラルな表現として「陳述義務」「反証義務」という用語法によった。
ここにいる陳述義務は、挙証者が、主張責任を負う事実の具体化責任を果していない(抽象的にしか事実を主張できていない)にもかかわらず、相手方が積極否認をする義務を負うという内容のものである。また、反証義務は、相手方が積極否認をしたため証拠調べの段階に移ったときに、挙証者が証拠を提出しないにもかかわらず相手方が反証のための証拠を提出する義務を負うという内容のものである。

(6) 「いわゆる模索的証明」は、証拠調べを通じて主張すべき事実についての情報を発掘しようとする営為をいうが、具体的に問題となるのは、要証事実(証明主題)を抽象的なままにして証拠調べを申し立てる行為である。日本法のもとで問題となった具体例としては、例えば(1)「被告会社から排出された汚染物質によって大気が汚染された事実」、(2)「原子炉が、平常時にも放射能を照射してあり、事故の発生を免れず、事故発生時には爆発的な放射能照射の危険があること」を証明主題とする文書提出命令の申し立てがあり、裁判例ではこれらはいずれも許可されている(1)につき大阪高決昭和五三年三月六日高民集三一巻一頁三八頁、(2)につき浦和地決昭和四十七年二月二七日判時六五五一頁。もっとも浦和地決の抗告審である東京高決昭和四十七年五月二二日高民集二五巻三三二〇九頁は、(2)では要証事実の特定として十分だとした)。

文献として、佐上義和「民事訴訟における模索的証明について」民商法雑誌七八巻臨時増刊号(3)二〇〇頁以下、竹下守夫「模索的証明と文書提出命令違反の効果」吉川大二郎先生追悼論集「手続法の理論と実践」(一九八一年、法律の文化社)、畑穂穂「民事訴訟における主張過程の規律」(1)(2)法学協会雑誌二二巻四号四八八頁以下、一一四巻一頁一頁以下ほか。畑・前掲注(5)も参照。

(7) 加藤新太郎「手続裁量論」(一九九六年、弘文堂) 一二四頁以下ほか。
(8) 文献として、本間義信「証明妨害」民商法雑誌六五巻二二一頁、林昭一「戦前期ドイツ法における証明妨害論の生成と展開」(1)(2)民商法雑誌二六巻三三三三六頁、四・五号六五四頁ほか。
(9) 文献として、中野貞一郎「過失の「一応の推認」について」同「過失の推認

(増補版) (一九八七年、弘文堂) 一頁、太田勝造「裁判における証明論の基礎」(一九八二年、弘文堂) 一九一頁以下、藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」同「民事裁判と証明」(二〇〇一年、有信堂) 六一頁以下、中西正「過失の一応の推定」鈴木正裕先生古稀祝賀記念論文集「民事訴訟法の史的展開」(二〇〇二年、有斐閣) 五八一頁ほか。議論は錯綜しているが、本稿は基本的に太田・前掲書の理解に従う。但し、太田・前掲書 一九三頁以下は、過失の一応の推定は、擬似結果責任の定立という実体法レベルの議論だというのが、本稿はそれには従わず、過失の一応の推定も「過失」という評価を基礎付ける何らかの事実上の推定であり、事実の一応の推定の一種である」と考える。

(10) 松本・前掲注(5) 一六四三頁は、真実義務・完全義務が①の根拠論として機能することを否定する。しかし、単純否認の禁止は、主張責任を負わない当事者の陳述義務の前提になるのではない当事者の主張責任を負わない当事者の陳述義務とは、前掲注(5)の通り、主張責任を負う当事者が具体化責任を果たしていない場合でも積極否認をする義務を内容としている。単純否認が禁止されないといえれば、それにもかかわらず何故主張責任を負わない当事者の陳述義務が認められるのか、という疑問が生じると思われるからである。

(11) もっとも独自領域が皆無というわけではない。①では、原告の抽象的な過失の主張に対し被告が積極否認をしなければ擬制自白の成立が認められる余地がある。それにに対し、⑥では、原告の抽象的な過失の主張に対し被告が単純否認で対応したとしても、証拠調べがなされることが想定されているように思われる。
(12) 情報偏在の場合にかかると、山本克己・法学教

室三十一号八六頁以下、特に九二頁。

(13) ⑥が独自領域として機能する場合にも、抽象的な過失の主張（過失という評価を基礎付ける何らかの行為の存在」という主張）を許す、という形で主張レベルでの対策の機能を果たす。

(14) 論者としても、証証者の相手方に陳述・証拠提出させることに主眼があるというよりも、真実擬制という不利益を課すことに主眼があり、それを回避するための手段として陳述・反証提出を認めているように感じられる。この義務の主唱者である春日・前掲注（5）、松本・前掲注（5）が、要件・義務違反の効果については熱く語っているのに対し、義務内容の論述にはあまり頁を割いていないことはこのことを推認させる。

(15) ②は、①（陳述義務・反証義務）の要件が満たされない場合にも許容されるとすれば、そこに固有領域がある（その場合、相手方に陳述義務・反証義務は生じないので、証証者に積極的な立証の必要性が生じる。また、①（陳述義務・反証義務）の要件を満たすが相手方が義務を果たしたため証証者に立証負担が生じた場合にも固有領域として機能する余地がある。

(16) また、⑥は、抽象的主張の許容という意味でいわゆる模索的証明の許容（後述四二（2）参照）を前提としている側面があると考えられるにもかかわらず、その点は必ずしも自覚的に論じてこれなかったように思われる。但し、ドイツでの表現証明につき、畑・前掲注（6）（2）法学協会雑誌一一四巻一三六頁以下。

(17) 最判平成四年一〇月二九日民集四六巻七号一七四頁（伊方原発最判）もかかる前提に立っていると考えられるし、春日・前掲注（5）第二書一頁もそういう前提だと理解できる（第二書とも同一六頁は揺らぎをみせる）。前掲注（5）の陳述義務

・反証義務の説明もかかる理解を前提とする。

ただし前掲最判平成四年一〇月二九日民事訴訟法を一般的に認めたといえるかどうかについては、本稿は留保を付す。〈原子力発電所が通常は放射能照射・事故等の危険がある〉という経験則をもとに一応の推定の理論を適用したに過ぎないとみること不可可能ではないように思われるからである。なにかんすく判旨の「被告行政庁の側において……被告行政庁の判断に不合理な点のない……主張、立証する必要がある点のない……主張、立証を尽くさなければならない場合には、被告行政庁がした右判断に不合理な点があることが事実上推定される」という用語法と反証「義務」の指定との間には距離を感じる。もともと、竹下・前掲注（5）九頁の言うとおり、本判示を自由心証内での処理で説明することもできないうであろう。なお、筆者の理解では一応の推定の理論は主張責任を負わない当事者の陳述義務・反証義務に包含されるが、前掲最判平成四年一〇月二九日が一応の推定の理論を適用したに過ぎないとすると、判旨の射程が限定されることになる。

(18) 真実発見（春日・前掲注（5）第二書三六〇頁）、当事者の実質的平等（春日・前掲注（5）第二書一七頁）、信義則（松本・前掲注（5）一六四三頁以下）、春日・前掲注（5）第二書一九頁、実体法上の情報請求権（伊東俊明「主張過程における当事者の情報提供義務」横浜国際経済法学一五巻三頁一頁以下。なお、春日・前掲注（5）第二書は、実体法上の情報請求権による基礎付けを否定する）、裁判を受ける憲法上の権利（竹下・前掲注（5）二三頁、安井英俊「事案説明義務の法的根拠とその適用範囲」同志社法学五八巻七号二八七三頁）等が挙げられているが、いずれも成功しているとは言い難い。なお、この

分野についての基礎的研究として、伊東俊明「ドイツ法における真実要求制度の意義と機能」（1）（3・完）「商学討究五一巻二二三号一八五頁以下、四号三四七頁以下、五二巻一五二五頁以下がある。

(19) 山本弘「長谷部由起子」松下淳一「民事訴訟法」（二〇〇九年、有斐閣）二一九、二七八頁。

(20) 高橋宏志「書証の申出」吉村徳重先生古稀記念論文集「弁論と証拠調べの理論と実践」（二〇〇二年、法律文化社）三三七頁。

(21) 畑・前掲注（6）（2）法学協会雑誌一一四巻一五七頁以下、同・前掲注（5）六三三頁。

(22) 但し、いわゆる模索的証明を禁止しようとするれば、特定性を要求するだけでなく、あてずっぽうの主張も禁止する必要がある。佐上・前掲注（6）二〇三頁、高橋・前掲注（3）八〇頁。

(23) 竹下・前掲注（6）一七四頁以下。主張の具体化の問題についてであるが、畑・前掲注（6）（2）法学協会雑誌一一四巻一五七頁以下も参照。

(24) 証証者が要証事実を特定して主張できるほどに要証事実についての情報を有している場合においては、「特定性」に代えて「手掛かり（蓋然性）」を示せばよいという議論がなされることがある（佐上・前掲注（6）二二頁、畑・前掲注（6）（2）法学協会雑誌一一四巻一六六頁参照）、本稿の立場では、「特定性」に代わる「手掛かり（蓋然性）」の要求についても、証拠後のサンクションを伴う情報提供義務の要件としてそれが適切かを問題とすることになる。

(25) 佐上・前掲注（6）二〇八頁以下。

(26) 本体たるいわゆる模索的証明の議論は、本来サンクションを伴わない情報提供義務しか存在しない証拠前の状況の下で、

証拠後の状況の下でのサンクションを伴う情報提供義務を利用しようとする議論といえる。であるとするればいわゆる模索的証明はあくまで裏街道であり、かかる方策を情報偏在に対する対策として正面から肯定することは後ろめたさに伴う。

また、情報主体が情報提供に応じなかった場合のサンクションは、情報主体が相手方当事者である場合には基本的に要証事実等の真実擬制である（法二〇八、二二四）のサンクションは、証拠調べを通じて主張に関する情報取得のためには有効でない（理由付け責任の緩和を伴ってはじめて実効性をもつ）。

(27) しかし、上述の通り②が、理由付け責任にも関わっていたのに対し、③は本来の証拠調べ以前の局面で機能するため、理由付け責任の緩和を伴うことはない。

(28) もっとも前述したとおり、証明妨害自体は、特定された要証事実が真実であることの立証という本来の意味での「証明」が妨害される局面を念頭においており、情報取得のための「証明」妨害は射外と考えられるので、単純に⑤と②を連携させれば済むという問題ではない。

(29) 山本和彦「当事者主義的訴訟運営の在り方とその基盤整備について」民事訴訟雑誌五五号六〇頁以下、特に七五頁は、当事者主義的訴訟運営のための基盤整備の一貫としての文書提出命令の改革に際しては、文書の特定の（緩和の）問題が焦点となるという。

（はった・たぐや 神戸大学准教授）

