

アメリカ民事訴訟における証明論

『法と経済学』的分析説を中心に

田村陽子*

目次

- 第1章 はじめに
- 第2章 アメリカ民事訴訟における証明責任の分配
- 第3章 アメリカ民事訴訟における証明度
- 第4章 アメリカの証明負担軽減法理 *res ipsa loquitur*
- 第5章 おわりに

第1章 はじめに

アメリカでは、民事訴訟における証明度原則として、「証拠の優越 (preponderance of evidence)」原則が一般に採られている。これは、「more-likely-than-not」原則あるいは「50%超原則」とも呼ばれるが、ある事実が「ないというよりはある」と言えるか否かで判断する原則のことである。その理由の一つとして、陪審制度を採るアメリカにおいて陪審に説明しやすい原則であることが良く知られているが、理由はそれだけではないことは言うまでもない。この原則の合理性については、アメリカでは、『法と経済学』的見地からの実証研究がいくつも試みられている。

本稿では、アメリカの民事訴訟における証明論につき、具体的には、証明責任の分配の原則、証明度に関する「証拠の優越」原則、および証明経験則の理論「*res ipsa loquitur*」に関し、とりわけアメリカで盛んな『法と経済学』的見地から総合的に検証し、比較法的見地から、日本

* たむら・ようこ 立命館大学法学部教授

の民事訴訟における証明論を考察する示唆を得たい。

具体的には、第一に、『法と経済学』の見地を踏まえた証明責任の分配の原則論を検討し(第2章)、第二に、アメリカ民事訴訟における原則的証明度の「証拠の優越」原則について、同様に『法と経済学』の見地から考察し(第3章)、第三に、アメリカの代表的な証明の負担軽減法理である証明経験則「*res ipsa loquitur*」理論について、イギリスからの沿革も踏まえつつ、アメリカの製造物責任訴訟などでの具体的な適用状況も含めて検討を加え(第4章)、最後に、アメリカの民事訴訟の証明論と『法と経済学』の学説の関係について、総合的に考察したい(第5章)。

第2章 アメリカ民事訴訟における証明責任の分配

アメリカでは、いわゆる証明責任(burden of proof)の概念を、二つの証明責任に明確に分けて考えている。すなわち、審理の途中での行為責任的な「証拠提出責任(the duty of producing evidence, burden of production, burden of going forward with the evidence)」と、審理の最終段階での結果責任的な「説得責任(the risk of non-persuasion, burden of persuasion)」との二つに分けるところから、議論が出発する¹⁾。

日本では、そもそも「審理の過程において証明責任(主観的証明責任)」という概念がそもそも必要か」といった議論がなされているが、アメリカでは、審理過程においても証明責任が当事者の一方に課されていることにつき、争いはないようである。アメリカでは、前者の証拠提出責任が果たされないと、事件が却下され、本案審理たる陪審に回されない点で、とりわけ重要な意味を持つからである。これが、陪審制度を採るアメリカの証明責任論の第1の大きな特徴と言えよう²⁾。

1) 前者の2つの概念を始めて明らかにしたのが、James Bradley Thayer である。Fleming James, Jr. *et al.*, *Civil Procedure*, 337 (4th ed. 1992).

2) See *e.g.*, 2 McCormick on Evidence 471 (6th ed. 2006).

また、アメリカでの証明責任の分配においては、基本的に訴答（pleading）における主張責任を負う者が、証明責任を負うというように行為責任の側面に重点が置かれている。また、当事者間の公平および政策目的といった実質的要素も勘案されているため、ドイツおよび日本でいうところの「利益衡量説」的な基準に依拠しているようである³⁾。これが、第2の大きな特徴と言える⁴⁾。判例法の国であるアメリカでは、いくつかの考慮要素が判例で掲げられ、証明責任の分配も個別に考慮されているのである。すなわち、日本の法律要件分類説のような、基本的には法規の定め方（本文・ただし書など）によるといった形式的な分配に留まらず、判例法に基づいた個々の利益衡量を加味した証明責任の分配がなされている点（利益衡量説）にも特徴があるのである⁵⁾。

さらに、アメリカでは広汎な証拠収集制度たるディスカヴァリーがある。それゆえ、日本に比べて、客観的証明責任（説得責任）が必要となる場面が、本来的に非常に少ないことは言うまでもない。これが、アメリカの証明制度に関する第3の大きな特徴である。

以上のように、ドイツおよび日本の場合と比べると、アメリカでは、陪審制度が採られ、証明責任が行為責任の側面で主に捉えられており、また実質的公平の見地より証明責任の分配が考慮されており、さらには当事者の公平な証明負担を支える制度が用意されている点が、特徴であると言える。このような法制度の大きな違いを踏まえた上で、以下、証明責任の分配原則につき、アメリカの理論状況を詳しく検討することとしたい。

第1節 アメリカの証明責任論

1 証拠提出責任

証拠提出責任（burden of producing evidence）とは、審理の途中で、あ

3) 小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』（弘文堂、1996年）239頁以下参照。

4) McCormick, *supra* note 2, at 473.

5) 小林秀之『新証拠法 [第2版]』（弘文堂、2003年）193頁。

る争点につき十分な証拠を提出しないと、自己に有利に事実認定してもらえない一方当事者の不利益のことであり、行為責任である。もし、証拠提出責任を負う者が、この責任を尽くし、一応主張事実が確からしいとの状態 (prima facie case) を作り出した場合、そのように事実認定してもらう資格ができ (entitled to have the finder of fact), その上で説得責任 (burden of persuasion) を果たしたかどうかを判断してもらえることになる⁶⁾。

アメリカの証拠提出責任は、日本の主観的証明責任と同視しうる概念であるが、この証拠提出責任が果たされないと、事件の事実認定は陪審審理に回されないという点で、陪審制度を現在利用していない日本とは違いがある。ただし、陪審審理によらず職業裁判官の審理による場合でも、当事者に証拠提出責任は課される。

証明責任の分配は、証拠規則と裁判手続により決まるが、pleading (訴答)⁷⁾の分配と原則的に一致する。すなわち、原告は、訴答原則 (pleading rules) の下、現状を変えることを求める者 (the party seeking to disturb the status quo) が訴えを提起するに十分な程度の証拠を提出する責任があるので、原則、すべての争点について原告が証拠提出責任を負うことになる。被告は、通常、積極抗弁に関わる争点であれば証拠提出責任を負う。

例えば不法行為責任を争う事例では、原告が近因 (proximate cause)、被告の過失、被害の範囲に関する証拠 (人証、物証など) を提出することになり、他方、被告が過失相殺のための原告の過失や危険引受、消滅時効、免責事項について証拠提出の責を負うことになる。

また、原告が十分証拠を提出したのであれば、原告の証拠提出責任は一旦尽くされたことになり、証拠提出責任は被告に移り (shift)、今度はそ

6) See e.g., *Lester v. Flanagan*, 145 W. Va. 166, 113 S.E.2d 87 (1960); *In re Burton*, 4 Bankr. 608 (W.D. Va. 1980); *Westmoreland Coal Co. v. Campbell*, 7 Va. App. 217, 372 S.E.2d 411 (1988).

7) ディスカヴァリーとは、周知のとおり、法廷外での当事者間における広範な証拠交換手続のことである (小林・前掲注(3) 5頁以下参照)。

の反対事実について、被告が証拠提出責任を負うことになる。このように、証拠提出責任は、訴訟の過程で当事者間を移動する⁸⁾。したがって、証拠提出責任を尽くしたからといって勝訴判決が得られるわけではなく、最終的に自分の主張する通りに事実認定が認められなければならないと説明されている⁹⁾。

2 説得責任

(一) 説得責任の内容

説得責任 (burden of persuasion) とは、当該事実は真実ではないというよりは真実らしいということ (「証拠の優越 (preponderance of evidence) 」) を、事実認定者たる陪審もしくは裁判官に対して説得する一方当事者の責任である。すなわち、一方当事者が証拠提出責任を果たし、その事件の事実認定が陪審に委ねられ、審理 (trial) で当事者が主張・立証を尽くしたにも拘らず、当該事実の存否につき、必要な証明度を超える証拠を示せなかった場合には、自己に不利に事実認定されるという、一方当事者が負う責任のこともある (「懈怠責任 (default rule) 」とも言われる)。この説得責任は、審理の最終段階で問題になるので、証拠提出責任のように審理の途中で当事者間を移動することはないとされている。このように、アメリカの説得責任の概念は、基本的には日本の客観的証明責任と同じであることが判る¹⁰⁾。

ただし、アメリカでは、説得に至るに必要な証明度 (standard of proof) が、原則として、「真実ではないというよりは真実らしい」(証拠の優越) ということで足りるため、アメリカの方が日本の従来 of 通説的証明度 (高度の蓋然性説) に比べ責任を尽くしやすい点で大きく異なる。

この説得責任の内容は、陪審ではなく裁判官が審理する場合も、同様で

8) Pennzoil v. Texaco, 729 S.W.2d. 768 (Tex.Ct.App. 1987); James *et al.*, *supra* note 1, at 342.

9) John J. Cound, *et al.* Civil Procedure, 992 (7th ed. 1997).

10) 小林・前掲注(3)209頁。

ある。陪審の場合は、裁判官が各要件事実につき、どちらの当事者が説得責任を負うかを、証明の程度¹¹⁾と共に説示(instruction)する。

説得責任は、原則として、訴答における主張責任(burden of pleading)および証拠提出責任を負う者(現状を変更しようとする者(the party disturbing the status quo))が同様に負うとされる¹²⁾が、説得責任が被告に課されることもある。その場合としては、例えば、被告が出訴期限(stature of limitation)の抗弁を主張する場合、被告が受託者など証拠との距離が近い場合、被告の抗弁が滅多にないものである場合(例、契約が脅迫により無効であるなど)が挙げられている¹³⁾。また、債務の免責(discharge of debt)については、債務の発生と存在を認めた場合には、被告がその債務の免責事由を証拠の優越で証明しなければならぬとの判例もある¹⁴⁾。

第2節 アメリカの証明責任の分配論

1 従来の証明責任の分配論

アメリカにおいては、証明責任の分配(allocating the burden of proof)についての決定的な基準はないと言われている。ただし、一般的には、訴答原則および証拠提出責任に従い、積極的に事実を主張する者が証明責任を負うと言われてはいるが、どんな事実も積極的・消極的のどちらにも言えるので、これらの一般的基準はないというのである¹⁵⁾。その理由として、

11) アメリカでは、民事訴訟における証明の程度は、原則として、50%を超える確からしさ、すなわち証拠の優越(preponderance of evidence)で足りるが、名誉毀損(libel and slander)や子供の監護権(child custody)に関する場合などは、証明が明白かつ説得的(clear and convincing)な程度であることが要求される。また、刑事事件では、一番高い蓋然性が必要であり、合理的な疑いの余地のない証明(proof beyond a reasonable doubt)が必要とされる。Cound *et al.*, *supra* note 9, at 992-93.

12) McCormick, *supra* note 2, at 473.

13) John Kaplan *et al.*, *Evidence* 239 (17th ed. 1998).

14) Burchett v. Stephens, 794 S.W.2d 745 (Tenn. Ct. App. 1990).

15) McCormick, *supra* note 2, at 477.

例えば、契約違反（breach of a promise）は不履行（nonfulfillment）とも言え、また過失責任（negligence）は注意義務違反（the failure to exercise due care）とも言えることが挙げられている¹⁶⁾。

また、証明責任の分配は、「訴答」の分配と基本的には一致するものの、実際において個々の要証事項の証明責任の分配は、判例上、政策（policy）・便宜（convenience）・公平（fairness）などの要素を総合考慮して、どれに重きをおくかにより決められている。この考慮要素に、従来は、証拠との距離（access to evidence）が含まれていたが、最近では重視されなくなっているようである¹⁷⁾。というのも、日本の証拠収集制度と異なり、アメリカではディスカヴァリーという広汎な証拠収集手段が認められており、広く相手方のところにある証拠も収集できるため、証拠との距離があまり問題にならないからのものである。ただし、倒産事件などにおいては、証拠との距離（もしくは事実に関する知識をより有していること）もなお考慮されているようである¹⁸⁾。

2 『法と経済学』的分析¹⁹⁾による証明責任の分配論の構築

従来の証明責任の分配に決定的な基準はないという認識に対して、1950

16) 日本では、小林・前掲注(3)203頁以下などにアメリカ法の詳しい紹介がある。

17) McCormick, *supra* note 2, at 477.

18) *In re Crabtree*, 39 Bankr. 718 (Bankr. E. D. Tenn. 1984).

19) 『法と経済学』とは何かにつき、そもそも争いがある。一般に、「法律学と経済学の中間に位置し、法制度や個々の法律の規定などを近代経済学の理論（とくに価格理論を中心とするミクロ経済学）を武器として分析・研究する学問領域」と言われる（例えば、小林秀之＝神田秀樹『法と経済学』入門（弘文堂、1986年）2頁）。しかし、経済学の利用の仕方や目的は論者により異なり得るため、『法と経済学』といってもその中で大きく4つに分類されたり（例えば、内田 貴『契約の再生』（弘文堂、1990年）74頁以下）、3つに分類されたりする（例えば、川浜 昇『法と経済学』と法解釈の関係について（一））民商雑誌108巻6号24頁（1993年））。しかし、共通する特徴は、効用最大化等の目的関数最大化で表現できる合理的選択理論を採用する点にある（川浜・前掲頁）。本稿では、効用最大化を目的とする合理的選択理論を採用する学説を一般に『法と経済学』的分析説と呼ぶことにする。

年代²⁰⁾から最近に至るまで²¹⁾、『法と経済学』の視点から、特にベイズの定理という確率的手法を用いて、証明責任の分配のあり方ひいては証明度のあり方につき、多くの分析がなされてきている。

この『法と経済学』的分析説は、証明責任を当事者主義制度(adversary system)の中心と捉え、証明責任を当事者から裁判所への情報伝達を経済的(効率的)にするための法則であるところから出発する。当事者主義は裁判官ではなく当事者に訴訟の争点につき証拠を提出する役割を与えるものであるが、この役割を当事者間でどのように分担するかが証明責任の問題である。すなわち、『法と経済学』的分析説は、証明責任が当事者に適切に課されれば、裁判所に伝える情報の費用(社会的費用)を最小化できると考えるのである。

ここで注意すべきなのは、『法と経済学』的分析説がいう「証明責任」の中身が、むしろ「訴答」原則および「証拠提出責任」を中心とすることである。日本では、あくまで証明責任の分配は真偽不明の場合の敗訴責任としての「客観的証明責任」の負担のあり方として考えられているのに対

20) Leonard J. Savage, *The Foundations of Statistics* (1st ed. 1954). Savage が、「主観的」もしくは「個人的」蓋然性理論が司法判断において個々の出来事の尤度を図るのに役立つことをはじめ大々的に発表した。その後1970年代に、Michael O. Finkelstein & William B. Fairley, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, 83 Harv. L.Rev. 489 (1970); *A comment of "Trial by Mathematics"* I, 84 Harv. L.Rev. 1801 (1971) と、Laurence H. Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 Harv. L.Rev. 1329 (1971); *A further Critique of Mathematical Proof*, 84 Harv. L.Rev. 1810 (1971) との間で、『法と経済学』的分析説をめぐる議論の応酬があった。1980年代半ば以降には、発表される論文の数もますます増え議論の応酬の激しさも増していく上(他の注の文献参照)、シンポジウムも行われるなど『法と経済学』的分析をめぐる議論が一層に盛んになっていく(例えば、*Symposium: Probability and Inference in the Law of Evidence*, 66 B.U.L. Rev. 377 (1986); (*Symposium: The Economics of Evidentiary Law*, 19 Caldozo L.Rev. 1541 (1998) 参照)。

21) See e.g., Bruce L. Hay & Kathryn E. Spier, *Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective*, 26 J. Legal Stud. 413 (1997); Bruce L. Hay, *Allocating the Burden of Proof*, 72 Ind. L.J. 651 (1997); Thomas R. Lee, *Pleading and Proof: The Economics of Legal Burdens*, 1997 B.Y.U.L. Rev. 1 (1997).

し、アメリカでは、むしろ「訴答」（日本では処分権主義・弁論主義の主張責任と対応する）あるいは「証拠提出」（日本では主観的証明責任と対応する）の問題と捉えられている点である。

むしろ説得責任を尽くしたか否かにおいて重要視されるのは、証明度（standard of proof, level of confidence）の問題である。すなわち、説得責任の証明責任の分配の問題は、訴答や証拠提出の場面と同様、当事者主義（adversary system）の問題と結びつけられるため、証拠提出責任の局面でこそ、証明責任の分配論がむしろ重要とされていることである。もちろん、アメリカにおいても、説得責任の分配のあり方も問題となっているが、それは証拠提出責任の分配が決定されれば、それに従うのが原則とされ、日本やドイツとは、証明責任の分配論を考える基軸が逆である点には注意を要する²²⁾。

このようにアメリカでは当事者主義を根本的価値に置いた上で、説得責任の分配を考えるので、『法と経済学』的分析説も、基本的に当事者の「社会的費用を最小化する」という目的を有する点で共通する。しかしながら、各説の内容もしくは説明において、いくつかの異なる点が見受けられるので、以下順に紹介することにする。

（一）Hay & Spier 説

この説は、ある前提要件の下²³⁾、原告であれ被告であれ、一方当事者が証明責任を負うことを仮定した場合、証明責任を負う当事者が証拠を提出するのは、証拠が自己にとって有利な場合のみであり、他方、相手方当事者は証拠が自己に有利か否かを問わず証拠を提出しないという形で、両当事者の行動が均衡する（the parties'equilibrium behavior）ことを確認す

22) Hay & Spier, *supra* note 21, at 413-415.

23) この説は、前提要件として、両当事者が被告の過失行為の存否について確かな証拠を取得することができ、その証拠は性質上一つで、裁判所はそれが完全に存するかまったく存しないかを判断でき、自己の立場を有利にするための証拠を提出する一方当事者の費用はわずかであること、を設定する（*Id.* at 416-417）。

る²⁴⁾。

その上で、裁判所は、証明事実Xの存否についての証拠提出費用を最小化するために証明責任を原告に課す際²⁵⁾、当事者の証拠提出費用(parties' costs)と事実の蓋然性(probabilities)²⁶⁾の二つの基本的要素を考慮することになる。そして、については、証拠提出費用のかからない方が証明責任を負うべきことになり、については、ベイズの定理から派生した理論を用いて、以下のように説明する²⁷⁾。

例えば、医療過誤事件で外科手術が失敗した場合で、証明事実「X」「医者に注意義務違反があったこと(と同一とする(identical to))」と仮

24) *Id.*, at 417-418.

25) *Id.*, at 418. 以下の式になるという。

$$(X \text{ の蓋然性}) \times (\text{原告の } X \text{ 存在証拠費用}) < (X \text{ の不蓋然性}) \times (\text{被告の } X \text{ 不存在証拠費用}) \dots\dots ()$$

26) 「Probability」を一般に「確率」と訳すが、ドイツ語の「Wahrscheinlichkeit」と同じものであり、ドイツ語からの訳だと「蓋然性」と一般に訳されているので、ドイツ法の訳語と併せて本稿では「蓋然性」で統一する(太田勝造『裁判における証明論の基礎』(弘文堂, 1982年)5頁参照)。ただし、数学の世界のみならず、法学の世界でも統計学的手法に基づく証明を「確率的証明」とも呼んだりする(例えば、小林・前掲注(5)10頁以下、倉田卓次「交通事故訴訟における事実の証明度」『実務民事訴訟講座3』(日本評論社, 1969年)103頁)ので、法学上も「確率」でいずれ統一した方が分かりやすいのかもしれない。

27) Hay & Spier, *supra* note 21, at 418-420. 情報YをXの存否を推定しうる前提事実(signal)と呼ぶとすると、前提事実Yを所与とした場合の推定事実Xがある蓋然性Pは、次のようになる(原文では「(蓋然性(XY) × 蓋然性(X)) / 蓋然性(Y)」となっているが、説明の趣旨に沿って修正した)。

$$P(X|Y) = (P(Y|X) \times P(X)) / P(Y) \dots\dots ()$$

同様に、前提事実Yを所与とした場合にXがない蓋然性は次のようになる。

$$P(X \sim Y) = (P(Y \sim X) \times P(\sim X)) / P(Y) \dots\dots ()$$

ここで、 $P(X) = X$ の生じる無条件(unconditional)の尤度(likelihood)

$$P(Y| \sim [\text{近似 (approximately)}] X) = X \text{ が生じない場合でも裁判所が } Y \text{ を観る尤度}$$

$$P(Y) = \text{裁判所が } Y \text{ を観る無条件の尤度}$$

そして、()式が成り立つか否かに重要なのは、()式・()式の2つの分子であるという。そして、最初の説明として、()式の分子の一つ「蓋然性(X)」を挙げる。「蓋然性(X)」は、Xが生じる蓋然性の程度を表すので、Xが生じる蓋然性が低ければ、この事件でXが生じた蓋然性も低いことを意味する。

定したとき、医師の不注意がめったにないことであれば、他の条件がすべて等しいとき（いかに他の条件がすべて等しくないかは後で検討しているが）、この事件でも医師の不注意はなかった蓋然性を裁判所は信じるべきであるという。反対に、医師の不注意はよくあることであれば、（同様に他の条件がすべて等しいとき）この事件で医師は不注意であっただろうことを裁判所は認定すべきであるという。

次に、前提事実 Y があっても証明事実 X が存在しない蓋然性に比べて、前提事実 Y があれば証明事実 X が存在する蓋然性がかなり高い場合、裁判でこの事実 Y を観ることは証明事実 X の存在を示す良い「指標（indication）」になることになる。

例えば、「Y 患者の体内に手術器具が残っていること」とする。注意深い医師は手術器具を患者の体内に置き忘れることは実際あり得ない（一方、注意を怠った医師はするかもしれない）と仮定した場合、特定の事件で患者の体内に手術器具が残っていたら、その医師に過失があったことを示す強い指標になる。

他方、前提事実 Y があれば証明事実 X が存在する蓋然性が、前提事実 Y があっても証明事実 X が存在しない蓋然性に比べて高くない場合、前提事実 Y を観ることは証明事実 X の存在を示す良い指標にはならないことになる。例えば、「Y 手術が失敗であったこと」とする。問題となっている手術は、医師が注意深く行ったとしても失敗しがちであると仮定した場合（もちろん医師が注意を怠っているとき失敗が起こりやすいが）、医師が注意義務を尽くしていても手術は失敗していたかもしれないので、この事件で手術が失敗したことは、医師に過失があったことを示す強い指標にはならないのである²⁸⁾。

以上を踏まえて、証明責任の分配を表す基本モデル²⁹⁾を示し、実務上

28) Hay & Spier, *supra* note 21, at 420-421.

29) *Id.*, at 423. すなわち、()および()の式を()の式に代入すると、次の()の式が算出される。()の式を満たすことと、()の式が成立することとは同値である。

は原則として原告に証明責任があることが多いが、次の3つの条件を満たした場合に、原告側に証明責任を負わせるべきであるという。すなわち、

一般に、原告の証拠費用が被告よりかなり大きいわけではないこと、
証明責任がどちらに課されるかに関係なく、行為者は法に従うのが一般であるため、証明事実Xが何かの違法行為であるとした場合、蓋然性(X)は相対的に低いこと、

Xという事実がない場合でもYという事実が裁判所に提出される蓋然性が低いこと(被告が法に従っていてXという事実がなく潔白(innocent)であっても、Yという事実が裁判所に提出されうること)

他方、例外的に被告に証明責任を負わせる場合には、原告の証拠費用が被告よりかなり大きいか、Xの蓋然性がかなり大きいことがこの説からは期待されることになる。これを、いくつかの例(res ipsa loquitur, presumptions等)を挙げて説明している³⁰⁾。

この説からみると、通常は3つの条件を満たす場合が多いと思われるので、原則、原告が証明責任を負うことになり、例外的な場合は、res ipsa loquitur等の判例理論などをもって、被告に証明責任が与えられることになるのである。

(二) Lee 説

この説は、第一に、従来の訴答における主張責任(burden of pleading)や証明責任の分配論を意味のない基準であると批判する。すなわち、従来の分配論は、当該争点はその当事者にとって重要(essential)である者が証明責任を負う、優位な立場(affirmative proposition)に立たなければならない当事者が証明責任を負うということを主張しているが、の基準は、証明責任を負わされれば当該争点はその当事者にとって重要に

$$P(Y|X) \times P(X) \times \text{原告の費用} < P(Y|\sim X) \times P(\sim X) \times \text{被告の費用} \dots\dots ()$$

裁判所は()の式を満たす(hold)場合にのみ、原告に証明責任を与えなければならぬとする。

30) *Id.*, at 425-428.

なるので、堂々巡りであり、の基準は、優位な立場というが、これは構文（syntax）的な偶然性による（例えば、「合法である」と言うのか、「不法でない」と言うのかの違い）ものであり、容易に操作しうるものであって、機能しえないと、批判する³¹⁾。

第二に、「社会的費用を最小化する（minimization of social costs）」という観点から、訴答における主張責任や証明責任の分配（以下、両者を併せて「証明責任の分配」という）を検討している。そして、社会的損失費用は、直接費用と誤判による社会的費用との二種類があるとする。

直接費用とは、「通常訴訟費用」のことで、「訴訟を遂行するか否かを決定する、ディスカヴァリーを行う、訴答を準備する、審理を行う、終局判決を執行する等の費用」である³²⁾。

したがって、社会的損失費用を最小化するためには、直接訴訟費用および誤判費用の両方を最小化することが重要になる。この社会的損失を最小化する方向で、証明責任の分配を考えるべきなのだという。

そして、第三に、原告に訴答における主張責任および証明責任について、それぞれ懈怠責任（default rule）の経済的正当性を検討し、またその例外

31) Lee, *supra* note 21, at 1.

32) *Id.*, at 4-5.

$L(\text{社会的損失}) = DC(\text{通常訴訟費用}) + EC(\text{誤判による社会的費用})$

「DC (direct costs)」（通常訴訟費用）は、訴訟量（quantity of litigation）の関数（ Q ）であり、訴訟に関する私的費用と公的費用の両者を含む。

「EC (error costs)」とは、誤判による社会的費用のことであり、いくつかの変数（variables）の関数である。

$$EC = kQq_1EC_1 + (1 - k)Qq_2EC_2$$

被告に不利な誤判（Type error）費用と原告に不利な誤判（Type error）費用それぞれ期待される誤判費用は、誤判の蓋然性（「 q_1 」もしくは「 q_2 」）と誤判の大きさ（magnitude）（「 EC_1 」もしくは「 EC_2 」）の積（product）である。さらに、最終的な誤判費用は、真に責めを負うべき被告の割合「 k 」および訴訟の全体量「 Q 」に依る。被告に不利な誤判（Type I error）費用は、「 kQq_1EC_1 」となり、原告に不利な誤判（Type error）費用は、「 $(1 - k)Qq_2EC_2$ 」となる（「 $1 - k$ 」= 被告が真に無責の場合の割合）。誤判の蓋然性（「 q_1 」もしくは「 q_2 」）は、裁判所が適用する証明度、証明責任の分配、判断における確信の正確さといった変数によるという。

の場合の経済的基礎を以下のように説明している³³⁾。

(1) 訴答における主張責任分配

訴答の主な機能は、訴訟当事者間の十分なコミュニケーションを促すことである。すなわち、訴答原則(pleading rules)は、当事者が何について争うのかにつき「合図(signal)」を交換するための指標(parameters)を与える。訴答原則は、各当事者が当該争点を訴訟手続にのせるために主張しなければならない争点を定めているのである³⁴⁾。

例えば、伝統的な訴答原則によれば、原告が契約の不履行を訴える場合、原告は被告の不履行を主張することができる、つまり原告は被告に対しその争点を持ち出す意図があることを合図することができるので、原告が、当該契約の有効性および被告の不履行を主張しなければならないことになるとされる。他方、被告は、原告の主張を認めるか、否認するかもしくは新たな争点(例えば出訴期限の抗弁³⁵⁾(statute of limitations issue))を持ち出すかにより応答することができるところ、新たな争点である出訴期限の抗弁については、被告が主張しない限り出訴期限が経過したとは推定されない³⁶⁾ので、被告が当該抗弁を主張しなければならないことになる。

このように、訴答原則は、訴訟の範囲を細分化して明らかにするので、直接訴訟費用を節約する(economize)ことになる。

この訴答における主張責任の分配の基準は、懈怠責任原則(default rule)にあるところ、これによると、原告がすべての争点について訴答責任を負うことになりそうである。すなわち、原告が自己に有利に一応の推定(prima facie case)が働くように事実を主張し、相手方の積極的抗弁事由がないことを積極的に主張することができるからである。しかし、積極的抗弁事由は、出訴期限の抗弁のみならず詐欺・強迫とか、

33) *Id.*, at 6.

34) *Lee, supra* note 21, at 6.

35) アメリカ法の出訴期限は、一定期間が経過することにより「裁判上」請求できなくなる点にもばら着目している³⁶⁾ので、日本の消滅時効と概念が若干異なる。

36) *Lee, supra* note 21, at 6.

信義則といった様々なものがあり得るところ、つねにすべて法廷に現れるわけではない。主張される蓋然性（probabilities）が高くないのである。被告がどのような防御活動を行うかによることになるので、被告にどの抗弁を主張するかについて責任を負わせるのが妥当とする（蓋然性理論，“probability” theory）³⁷⁾。

また、訴訟で実際に扱うべき抗弁事由については、被告がその範囲を明確にし、狭めることができるものである。直接訴訟費用を節約するにも、被告に積極的抗弁事由の主張責任を負わせるのが妥当であるとする（相対的訴答費用理論“relative-cost-of-pleading” theory）³⁸⁾。

（2）証明責任の分配

証明責任（burden of proof）とは、「説得できない危険（“risk of nonpersuasion”）」のことであるが、これも原告に課すという懈怠責任の考え方は、直接訴訟費用と誤判費用の観点からも同様に支持される。直接証拠費用には、判決後の費用（損害補填費用、執行費用、支払いにかかる取引費用）と証拠費用（証拠収集費用）とがあり、両費用に対しては、誤判の大きさおよび誤判の頻度が影響する³⁹⁾。

判決後の費用から考えると、原告が証明責任を負う方が直接費用を節約できる。他方、誤判費用は、原告と被告とで変わらないので、証明責任の分配は、原則、原告が証明責任を負うという懈怠責任の考え方に合致するという⁴⁰⁾。

また、証拠費用については、訴答における主張責任の分配の場面と異なり、訴訟内容の性質に関係なく「証拠との距離（access to proof）」に近い方が、その証拠を容易に提出でき、証拠費用を節約できるので、この者に証明責任を負わせるべきである（相対的証拠費用理論，“relative-cost-of-

37) *Id.*, at 7-8.

38) *Id.*, at 8-10.

39) 誤判の大きさ（magnitude）＝「EC₁」もしくは「EC₂」

誤判の頻度（frequency）＝「q₁」もしくは「q₂」以上，Lee, *supra* note 21, at 11-12.

40) *Id.*, at 12-15.

proof” theory)。また、証拠との距離に近い方が、証拠をより確実に把握することが可能であるので、この者に証明責任を負わせるべきである(誤判費用理論, “error-cost theory”)⁴¹⁾。したがって、基本的には、争いがある事実につき、原告が証明責任を負うことになる。

他方で、積極的抗弁については、被告の相対的証拠費用が低いとき、すなわち、被告に不利な誤判費用(Type error)が原告に不利な誤判費用(Type error)を上回るとき、もしくは被告の方がかなりの蓋然性で有責であるときは、被告に負わせるのが妥当であることになる⁴²⁾。

(三) Posner 説⁴³⁾

第七巡回区合衆国控訴裁判所の Posner 首席裁判官は、証拠の収集・提出・評価がいかになされるかにつき、調査モデル(search model)と、前二つの説と同様の見地である費用最小化モデル(cost-minimization model)の2つの経済モデルを提供し、ベイズ理論を使って合理的決定過程を検証している。そして、この二つのどちらのモデルも有益であるという。そして、両者において、証拠法における正確性(accuracy)と費用(cost)を重要視する。なお、一般に『法と経済学』的分析ではこの二つの要素を考慮するという⁴⁴⁾。

(1) 調査モデル(search model)

調査モデルとは、証拠を収集し準備し裁判所に提出して(事実認定で)評価される過程では、便益(benefits)が得られる一方で費用(costs)がかかるというものである⁴⁵⁾。

41) *Id.*, at 16-34.

42) 「 $EC_1 > EC_2$ 」もしくは「 $k > 0.5$ 」のときのことである(*Id.*, at 33-34)。

43) Richard A. Posner, *An Economic Approach to the Law of Evidence*, 51 *Stan. L.Rev.* 1477 (1999).

44) 前者の「事実認定の正確性」は、一般に違法行為の抑止を促進し便益を高めるから重要だという(*Id.*, at 1481)。

45) *Id.*, at 1481-84. 便益は、事実認定者が事件を正しく判断する「蓋然性(p)」と、事件の「勝訴利益(S)」(stakes)の正の関数(positive function)とする。そして、便益は単

そして、調査は、最適費用が最適便益と等しい点になるまで遂行されるべきことになる。すなわち、事件の勝訴利益（stakes）が高くなり、証拠を収集する費用が低くなり、正確な判断（accurate result）の尤度（likelihood）⁴⁶⁾が増えつつ証拠力（effect）が大きくなればなるほど、最適点での証拠量が大きくなるという。しかし、どこかの点を超えると、追加証拠を調査する最適効用がマイナスに転じることになるという⁴⁷⁾。

(2) 費用最小化モデル（cost-minimization model）⁴⁸⁾

費用最小化モデルは、誤判の費用および誤判を避けるための費用を最小化するというものである。そして、誤判費用と証拠収集費用とが等しい点で、最適の証拠調査点であるという。

純にこの二つの要素の積「 pS 」であるとし、「 p 」は証拠量（ x ）の正の関数であるとした場合、最終的な便益の式は、 $p(x)S$ となる。証拠が充分なとき、「 p 」は1となるが、これは審理が正しい結論を確実にしうることを意味する。審理費用（ c ）も、証拠量（ x ）の正の関数とする。

したがって証拠調査の純便益（net benefits）は、 $B(x) = p(x)S - c(x)$

最適な調査量（optimum amount of search）あるいは最大純便益は、微分（derivatives）して、 $p_x S = c_x$

46) 「尤度」とは、ベイズの定理で蓋然性の知識を更新するのに使われるもので、データを予想する分布すなわち「モデル分布」のことである。繁榎算男『意思決定の認知統計学』（朝倉書店、1998年）頁、74頁参照。

47) ただし、より正確な事実認定が増加するほど違法行為を抑制でき、それによって（犯罪）事件数を減らすことで司法過程の全体の費用を減少することが可能になりうる点は留保する。他方で、不正確な事実認定は、抑制効果を減らすことが多いものの、抑制効果を増すこともありうるという。経済学的分析説にとっては、とにかく法制度における抑制効果は、国民に効率的な行動を取らせる重要な動機付けである。正確な事実認定というものは、道徳や政治的なものと同様に、司法制度において重要だというのである（Posner, *supra* note 43, at 1484.）

48) ここでは「蓋然性（ p ）」を誤判の蓋然性と捉え、「 pS 」を誤判の蓋然性（ p ）と利害関係度（ S ）の積とすると、 $C(x) = p(x)S + c(x)$

例えば、 $p = 0.1$ のとき、10件のうち1件は誤判であることになる。誤判のときの平均勝訴利益が10万ドルだとすると、期待誤判費用は1万ドルになる。 x で $C(x)$ を微分して結果の誤判費用 C_x を0とすると、 $-p_x S = c_x$

以上、*Id.*, at 1484-85.

(3) これらのモデルについての補足的考察⁴⁹⁾

これらの『法と経済学』的分析説の2つのモデルにおいて「費用 (cost)」というのは、時間や他の直接費用に制限をつけないものであり、証拠の調査過程で生じた間接費用も含む。しかし、他の法学者からは、証拠法は、単なる事実認定の正確さのみを目的とするのではなくいくつかの目的を有しており、特に社会に受入可能な形で紛争を解決することであるため、証拠の時間や直接費用の範囲に制限を設けて事実認定を考えるべきであるとの批判がある。

例えば、交通事故後に被告が車を修理したという事実は、連邦証拠規則407条より、証拠として提出することは禁止されるが、この趣旨は、もしこのような証拠を認めると、被告は事故後に修理をしなくなり、将来の事故発生のおそれを増すことになりかねないからである。

しかし、Posner は、『法と経済学』的分析説(すなわち、正確性 (accuracy) と費用 (cost) の対立関係 (tradeoffs) を前提とするもの)は、このような批判と対立するものではなく、証拠法の非経済的な政策目的とも整合するものであると反論する。

そして、追加的証拠が事実審理をより正確にする後押しとなるか否かについては、バイズの定理により説明できるとする⁵⁰⁾。

49) *Id.*, at 1485-87.

50) 例えば、仮説「XがYを撃った」ことを裏付ける新しい証拠xを考慮した事後見込み(事後賭率, posterior odds)は、事前見込み(事前賭率, prior odds)と(1)/(2)の分数((1)仮説が正しいとき当該証拠が観察される蓋然性/(2)仮説が正しくないとき当該証拠が観察される蓋然性)の積で示せるという。

$$\text{事後見込み (H|x)} = L \times \text{(H)} \dots\dots$$

ここで、「 L 」=見込み(odds)、「H」=仮説(hypothesis)、「 L 」(尤度比(likelihood ratio)) $= p(x|H) / p(x|\bar{H})$ 。「 \bar{H} 」=「非H」。例えば、XがYを撃った事前見込み(H)が1/2で、証人Zが、XがYを撃ったときXがYを撃ったのを目撃したと証言する蓋然性が0.8で、XがYを撃っていないときXがYを撃ったのを目撃したと証言する蓋然性が0.1のとき、尤度比は8となる。したがって、XがYを撃った事後見込みは、 $4/1 (= 4)$ となる。

なお、事件の勝訴利益(stakes)は追加的証拠収集の社会的便益の尺度として不

その上で、以上の二つのモデルを前提に証明責任の分配について、説明している。

(i) 証拠提出責任 (burden of production)⁵¹⁾

証拠提出責任は、証明責任に関連するものであり、説得責任を有する者が証拠提出責任も負うとする。審理の最後で判断権者を説得できなければ負けるので、審理の途中で証拠を提出しなくなればならなくなるからである。また、審理の時間を節約し濫訴を減らすにも、原告にまずは証拠を提出する責任を負わせることが妥当だからである。これは、原告が証拠を収集する費用が、被告が反対証拠を収集する費用と比べて著しく大きいものではないことを前提とする。現代のディスカヴァリー手続の下では、両者の証拠収集費用は対称的であるから、原告は自己の主張する本訴請求の内容の証拠提出責任を負い、被告は反対証拠の提出責任を負うことが妥当であるという。被告の抗弁については、被告がある抗弁に気づいていないこともあるし、気づいていても訴訟戦略的な意味で訴訟上持ち出さないこともあるし、他の強力な防御方法によるつもりであるためその抗弁を主張しないこともあるため、予想される抗弁の反対証拠すべてを原告が提出することは経済的ではないからであると説明する。

(ii) 説得責任 (burden of persuasion)⁵²⁾

民事訴訟では、原告の主張の蓋然性が少しでも優越すれば、原告勝訴の判決も正当であるという。民事訴訟では、無実の被告を有責とする被告に不利な誤判費用 (Type errors) の平均が、有実の被告を無責とする誤判費用 (Type errors) の平均よりも大きいというわけではないからである。

しかし、刑事訴訟では、Type errors の費用が、Type errors の費

完全であるということ、追加的証拠の尤度比が高くても、事後見込みの変更は、社会的価値を大きく変えるものではないかもしれないということ、証拠への投資は事件の結果を変える以上の利益をもたらさうということ、に留意する必要があるという。以上、Posner, *supra* note 43, at 1486.

51) *Id.*, at 1502-03.

52) Posner, *supra* note 43, at 1504-07.

用よりも非常に深刻な問題となるため、訴える側（訴追側すなわち検察）に重い説得責任を課しているのだという。また、検察側には、訴追のための巨大な人的・金銭的資源があり（例えば強制的にいやがる被告人を連れてくることができる、証拠収集にかけられる費用が個人の被告人側に比べ圧倒的に多い、被告人は弁護人をつける費用すらないことも多い）、いわゆる証拠との距離にも著しい差がある。すなわち、証拠の収集・提出における資源の圧倒的な不均衡が存在することからも、訴える側に重い説得責任を課すことに合理性があるとする⁵³⁾。

なお、民事事件では、説得に必要な程度が刑事事件に比べて低く、また原告に証拠収集のための経済的資源の限界があるものの、説得責任の分配は、誤判の責任分配には関係しても、実際の当事者間での誤判の数とは関係がないため、一般に原告に説得責任を分配することで民事事件の方が刑事事件に比べて誤判が多いということにはならない点も指摘する。

第3節 アメリカの証明責任の分配に関する若干の考察

以上のようにアメリカ法の証明責任を概観したが、証明責任を証拠提出責任と説得責任に分けて考えていることは、日本の主観的証明責任を認める立場に影響を与えており、また証明責任の分配に関しても、利益衡量説に大きな影響を与えていると思われる。

アメリカでも、主観的証明責任（証拠提出責任）と客観的証明責任（説得責任）とに分けて、証明責任の主観的側面と客観的側面の両側面の存在を認めていたが、この点については、日本法においても、同様の考え方が成り立つと思われる。そしていわゆる証明責任（主観的・客観的証明責任両方を含む）は、訴訟の全過程を通じての基準、すなわち訴訟における導

53) なお、検察が私選弁護人ほどに訴訟遂行に熱心ではないかもしれないという懸念があるが、経済理論的には、私選弁護人と同様の動機付け（incentives）が働くことが説明されている。すなわち、検察官はいずれその職を辞めて弁護士になることが多いところ、将来の雇用者に訴訟での成果を評価してもらうため、勝訴率を上げようとの心理が働くと説明できるという（Posner, *supra* note 43, at 1507）。

きの星であると考えべきである。

他方、証明責任の分配論については、アメリカは判例法の国であり、実体法の規定に従って証明責任の分配をするという発想がないものと思われ、その点で日本やドイツなどの大陸法の国とは大きく異なる。証明責任の分配のあり方について、基本的には制度趣旨や政策的観点なども加えた法理論的な説明を試みるドイツや日本と異なり、とりわけ近時のアメリカの学説では、『法と経済学』的な観点から理論的な説明が試みられているのである。また、アメリカでは審理の途中の証拠提出責任の問題を証明責任問題の中心に据えて扱っている点でも、審理が尽くされた後の最終的な局面で事実の真偽不明の状態をどう処理するかという説得責任もしくは客観的証明責任の問題を中心に捉える日本やドイツと大きく異なっている。

『法と経済学』的分析説は、結論だけを見ると、どれも従来法の法理論で言われてきた「訴答の原則（原告に原則として主張責任がある）と一致する」という証明責任分配理論と異ならないように思われるが、重要なのは、その結論に経済学的見地からの客観的・合理的なお墨付きを与えたということである。このような客観的・合理的な検討理論は、判例で認められた例外事例を検証する道具（tool）としても、有用となろう。

第3章 アメリカ民事訴訟における証明度

アメリカでは、原則として、民事訴訟に必要な最低限度の証明度が、証拠の優越（preponderance of evidence）で足りるとされていることは周知のことと思われる。日本では、民事訴訟の原則的証明度として一般に「高度の蓋然性（high probability）」が必要とされているのとは比べ、アメリカでは民事訴訟の原則的証明度が低いのである。そのため、このような証明度原則の下では、アメリカの民事裁判における事実の真実性が担保できていないのではないかとの批判が日本の学説よりなされうところである。

しかしながら、アメリカでは、民事訴訟の基本的証明度である「証拠の

優越」原則の正当性につき、法理論的にも、また『法と経済学』的見地からも検証がなされている。日本における民事訴訟の証明度のあり方を検討する際にも、有益な示唆を与えるものと思われるので、以下で検討する。

第1節 証拠提出責任の場面における証明度

アメリカでは、陪審制度との関係から、証拠提出責任と説得責任との二つの場面に分けて考えており、「証明度 (standard of proof)」というのは、元来、説得責任の場面での概念である。ただしここでは、証拠提出責任を果たした程度のことを、証拠提出責任の「証明度」と便宜上呼ぶことにする。証明責任の分配論に関して前述したとおり、証拠提出責任は、事件を陪審に判断させるか否かの基準であり、陪審が判断することになった場合には説得責任のみが意味を持つ。証拠提出責任は、トライアル審理の過程で当事者間を移動するが、証拠提出責任は、トライアル開始時には通常はその事実につき説得責任を負う当事者 (proponent) に存し、その当事者がある証拠提出責任を果たすに十分な証拠を提出すると、相手方 (opponent) に証拠提出責任が移る⁵⁴⁾。

証明度との関係で問題なのは、どの程度の立証があれば当事者は証拠提出責任を果たしたことになり、説得責任の段階に移行するか、についてである。

アメリカでは、証拠提出責任の証明度については、従来、Wigmore のダイアグラムによる説明が有名であったが、それに対し、1980年代に、McNaughton が鋭い批判を行っている⁵⁵⁾。要旨だけ述べると、Wigmore のダイアグラムは、その事実の存在の可能性が20%~30%あることを示せば証拠提出責任を果たしたように解されていたところ、McNaughton は、これを批判し、その事実の存在が50%以上でない限り、その事実の存在は

54) 小林・前掲注(3)204頁以下参照。

55) この点については、小林教授が既に詳しい紹介をされているのでここでは割愛する(前掲205頁以下参照)。

証明されたことにならないから、裁判官が理性的な陪審であるならばその事実の存在を50%以上信じる「可能性がある」と思って初めて、拳証者は証拠提出責任を果たしたことになる、陪審の評決に委ねられうることになると指摘した。そして、これ以降のアメリカでは、証拠提出責任についても「証拠の優越」原則が必要であることが、一般に確認されている。

現在のアメリカでは、そのような証明度理論に基づき、その説明あるいは正当性につき『法と経済学』的分析説が検証を試みているので、これらの点を踏まえて、以下で検討することとする。

第2節 説得責任の場面における証明度

1 民事訴訟における証明度

アメリカでは、証明度は非常に重要なものとして取り扱われており、また、証明度それ自体は「確率」的な概念として一般に認識されているようである⁵⁶⁾。

そして、アメリカの民事訴訟に必要な説得責任を果たす証明度 (standard of proof) は、原則として、相手方の証拠よりも説得的な証拠を提出して主張事実の可能性が「ないよりはある (more-likely-than-not)」ことを示す「証拠の優越 (preponderance of evidence)」もしくは「単なる優勢 (mere preponderance)」の証明で足りるとされている⁵⁷⁾。他方、詐欺 (fraud)・不当威圧 (undue influence)、父子関係確定などの特定の訴訟については、高めの証明度、すなわち「明白かつ説得的な証明 (clear and convincing proof)」もしくは「相当高度の優勢 (heavy preponderance)」が必要とされている。後者の「明白かつ説得的な証明」の証明度は、元来、衡平 (equity) の法理により生まれたものである⁵⁸⁾。

56) ケヴィン・M・クラームント (三木浩一訳)「民事訴訟の証明度における日米比較 (上)」国際商事法務33巻5号613頁 (2005年)。

57) Parham v. United States, 503 F. Supp. 70 (E.D. Tenn. 1980).

58) McCormick, *supra* note 2, at 490-495. 小林・前掲注(3)210頁も参照。

ところで、アメリカの刑事訴訟では、犯罪事実について「合理的な疑いを越える証明 (proof beyond a reasonable doubt)」（preponderance so great as to eliminate all reasonable doubt）が必要であるとされており、また、後述するように、説得責任の証明度については、刑事訴訟が民事訴訟かで差があるが、証拠提出責任の証明度についてもそれが影響して、刑事訴訟の方が高い証明度が要求されると考えられている。刑事訴訟の証明度原則については、ドイツおよび日本と同様である（なお、被告人の抗弁については、証拠の優越原則を採っているが、この点でも三つの国の取扱いは同じである⁵⁹⁾）。

一般に、この「合理的な疑いを越える証明」には、絶対的な数学的・形而的な確実性 (absolute mathematical or metaphysical certainty) まで要求されないが、確信の高い閾値 (high threshold for conviction) が特定されること、他の低い証明度とは区別できるものであること、などが必要とされている⁶⁰⁾。

刑事訴訟の有罪の認定が被告人の生命や自由・名誉に与える影響は、民事訴訟の当事者に与える影響よりも大きいこと、また合衆国憲法の適正手続条項（修正5条，同6条，同14条）に鑑み、「合理的な疑いを越える証明」が必要となると説明されている⁶¹⁾。

刑事訴訟の証明度については、日本でもアメリカと同様に合理的な疑いを越える証明が必要であると一般に考えられている。しかしながら、民事訴訟の証明度については、アメリカでは「証拠の優越」が原則とされており、ドイツおよびドイツ法を継受した日本では「高度の蓋然性」を原則とするのが判例・多数説であり、原則論が異なるのである⁶²⁾。

59) 小林・前掲207頁参照。

60) Elisabeth Stoffelmayr, *The Conflict between Precision and Flexibility in Explaining "Beyond a Reasonable Doubt"*, 6 Psych. Pub. Pol. & L. 769, 770 (2000).

61) *In re Winship*, 397 U.S. 358; 90 S. Ct. 1068; 25 L. Ed. 2d 368; 1970 U.S. Lexis 56; 51 Ohio Op. 2d 323 (1970); *Sullivan v. Louisiana*, 508 U.S. 275 (1993), cert. denied, 523 U.S. 1061; 118 S. Ct. 1390; 140 L. Ed. 2d 649; 1998 U.S. Lexis 2349 (1998).

62) 例えば、日本では、民事の証明度については、「訴訟上の因果関係の立証は、1点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定

2 「証拠の優越」原則の正当性

アメリカで、民事訴訟の証明度を「証拠の優越」で足りるとする理由は、『法と経済学』的見地から一般に正当化されている。

第一に、事実誤認の可能性を最小限に留めるという見地（error minimization）である（誤判費用最小化理論⁶³⁾。高度の証明度を必要とすることが真実発見の蓋然性を高めるものではなく、事実誤認を最小限にすることが真実発見の蓋然性をむしろ高めるというのである⁶⁴⁾。

この誤判費用最小化理論では、無実（innocent）の人を有責とする非効用（disutility）を「 D_i 」とし、有実（guilty）の人を無責にする非効用を「 D_g 」とした場合、無罪と判断する非効用の期待費用（expectation）が有罪とする非効用の期待費用より大きいとき、陪審は有罪と判断することになる。そのためには、有罪の蓋然性が少なくとも「 P 」であり、 $PD_g > (1 - P)D_i$ でなければならない。仮に、 $D_i + D_g > 0$ ならば、

$$P > \frac{1}{1 + \frac{D_g}{D_i}}$$

$D_i = D_g$ のとき、どちらの誤判も等しく深刻であり、 $D_i/D_g = 1$ となり、 $P > 1/2$ なら原告に有利に判断してよいことになる。すなわち、50%を超える蓋然性（ないよりははあるといえること）が、民事事件における証拠の

の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認する高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」と判例で言われている（最二小判昭50・10・24民集29巻9号1417頁，最三小判平12・7・18判時1724号29頁）。民事の学説では、例えば、加藤新太郎『手続裁量論』（弘文堂、1996年）144頁、刑事の学説については、松尾浩也『刑事訴訟法（下）[新版補正第二版]』（弘文堂、1999年）21頁以下など。

63) Kevin M. Clermont & Emily Sherwin, *A Comparative View of Standards of Proof*, 50 Am. J. Comp. L. 243, 252-23 (2002). もし、実際と異なり、被告がお金を多く返すぎっていた場合、実際と異なり、原告が支払いすぎっていた場合、の2種類の仮説を立てた場合、どちらかがどちらかに誤って多く支払っている可能性は、半々であるからだと説明されている。

64) *Id.*, at 271.

優越原則なのである⁶⁵⁾。

したがって、前述の証明責任の分配と同様、民事の証明度についても、誤判費用理論(“error-cost” theory)から説明し、これによると、民事事件の場合は、原則として、原告に不利に判断して課される費用と被告に不利に判断して課される費用は等しい(symmetrical)と考えるので、「ないというよりはある(more likely than not)」場合、証拠の優越で判断して、原告の主張事実を認めることが、誤判費用を最小化することになるのである⁶⁶⁾。

ただし、例外も認められている。陪審は、不法行為訴訟では過失の有無に関わりなく企業たる被告に補償させようとしがちであるし、詐欺(fraud)などのいくつかの事例では、「明白かつ説得的な証拠(clear and convincing evidence)」が必要とされている⁶⁷⁾。

これに対し、刑事事件の場合は、前述同様、無実(innocent)の人を有責とする非効用(disutility)を「 Di 」とし、有実(guilty)の人を無責にする非効用を「 Dg 」とした場合、無実の人を有責(有罪)とすることは、有実の人を無責(無罪)にすることよりも非常に深刻な問題であると社会は考えるため、 Di は Dg よりもかなり大きくなることになる。したがって、刑事事件では、有罪に必要な蓋然性 P は高くなり、有罪とするには「合理的な疑いを超える証明(beyond a reasonable doubt)」が必要とされることになる⁶⁸⁾。

第二に、両当事者の証明にかかる費用を等しくするためにも、原則として「証拠の優越」が妥当であると考えられている⁶⁹⁾。

65) John Kaplan, *Decision Theory and the Factfinding Process*, 20 Stan. L.Rev. 1065, 1071-72 (1968).

66) Lee, *supra* note 21, at 25.

67) Kaplan, *supra* note 65, at 1072.

68) ただし、実際にはこれよりも低い証明度で有罪にしている可能性があり、陪審への説示の難しさが指摘されている。Id., at 1073-77.

69) Clermont & Sherwin, *supra* note 121, at 268-69.

第三に、陪審制度を採用しているアメリカでは、裁判官が素人の陪審に説示するには、「証拠の優越」原則が明確で分かりやすいことも挙げられている⁷⁰⁾。裁判官は、説得責任の所在および証明の程度について、陪審員に対し説示しなければならないからである⁷¹⁾。しかしながら、「証拠の優越」による証明とは実際にどの程度の証明を指すのかは、非常に微妙かつ困難な問題であり、陪審が最も理解困難な法律用語のようである⁷²⁾。

判例をみると、「証拠の優越」による証明とは、証拠の量や証人の数がより多いという物理的なものを指さない点では争いが無いようである。すなわち、当事者の一方が自己に有利に事実認定してもらうには、相手方よりも説得力ある証拠を提出できればよいのではなく、事実について陪審の心証を満足・確信させるものでなければならないと説かれている⁷³⁾。また、「証拠の優越」とは、数学的な確率とは異なることが説かれている⁷⁴⁾。

3 『法と経済学』的分析説に対する批判と反論

アメリカでは、以上のような証明負担の分配や証明度原則の正当性についての『法と経済学』的分析手法による学説が1950年代から台頭し、学説ごとに具体的な点でいくつか細かな考え方（公式等）の相違はあるものの、今日に至るまで、一般にアメリカの証拠法とりわけ証明に関する理論の解明に貢献していることは明らかである。

しかし、そもそもこの『法と経済学』の手法が正しい理論でありかつ実際に有効であるかについては、アメリカ国内でも批判のあるところである。

70) *Id.*, at 253.

71) 小林・前掲注(3)209頁。

72) 同上213頁参照。

73) “In order to entitle himself to a finding in his favor his evidence must not only be of greater convincing power, but it must be such as to satisfy or convince the minds of the jury of the truth of his contention,” *Anderson v. Chicago Brass Co.*, 127 Wis. 273; 106 N.W. 1077; 1906 Wisc. Lexis 189 (1906).

74) *Sargent v. Massachusetts Acci. Co.*, 307 Mass. 246; 29 N.E.2d 825; 1940 Mass. Lexis 1026 (1940).

特に1980年代には、かなり激しい議論の応酬があったようである。日本では『法と経済学』的分析の手法の有効性および妥当性については、懐疑的な意見が多いようにも思われるので、アメリカ国内における、『法と経済学』的分析説に対する懐疑的・批判的な学説をここでいくつか紹介し、検討したい。

(一) Tribe からの批判

Tribe は、第一に、『法と経済学』的分析説は、理論自体の正当性はともかく、司法判断の事実認定において統計学的蓋然性(確率)理論を利用すると、その費用がその便益より大きくて、かえって経済的ではないのではないかと批判する⁷⁵⁾。

第二に、Finkelstein & Fairley が主張したベイズ理論を活用した蓋然性理論⁷⁶⁾は、実際には不正確で歪曲した結果を引き起こす危険も大きいと批判する。例えば、この理論が挙げるナイフ事件の例⁷⁷⁾は、前提事実たるナイフと掌紋の一致する蓋然性と、推定事実の被告人が犯人と一致する蓋然性とを混同していると批判する⁷⁸⁾。また、コリンズ事件⁷⁹⁾やドレフュス事件⁸⁰⁾などは統計的蓋然性による証明の誤用の典型例であると批

75) Tribe, *supra* note 20, *Trial by Mathematics*, at 1346-49, 1377.

76) Finkelstein & Fairley, *supra* note 20, *Bayesian Approach*, at 489.

77) Finkelstein & Fairley, *supra* note 20, *Bayesian Approach*, at 496-97; *supra* note 20, *Comment on "Trial by Mathematics"*, at 1803-04. これらの議論の応酬については、三木浩一「確率的証明と訴訟上の心証形成」『慶応義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集法律学科篇』(慶応義塾大学法学部, 1990年) 636頁以下が詳しい。

78) Tribe, *supra* note 20, at 1358-68. Tribe の批判の内容については、太田・前掲注(26) 101頁以下に詳しい。

79) *People v. Collins*, 68 Cal. 2d 319; 438 P.2d 33; 66 Cal. Rptr. 497; 1968 Cal. Lexis 167, 66. コリンズ事件では、強盗した二人組の認定に際し、蓋然的証明の誤用(蓋然性の計算自体は正しかったとしても蓋然性の解釈の誤り)があるとして問題となった。内容の紹介については、小林・前掲注(5)11頁以下および三木・前掲注(77)641頁以下, 651頁参照。

80) フランスの有名なスパイ容疑事件である。問題となった文章の筆跡と被告人ドレフュスの筆跡が同じかという争点について、軍法会議は、他に具体的証拠がないにも拘らず統計的証拠のみで肯定し、ドレフュスを有罪とした。蓋然性の計算方法自体が間違っていた

判する⁸¹⁾。

また、事前と事後で同じ証拠を二重評価する危険も指摘する⁸²⁾。

第三に、この理論に基づき信頼性のより高い司法判断が下されうとしても、事実認定の正確性よりも司法制度にむしろ重要な価値である、無罪の推定、合理的な疑いを超える証明があるまでは無罪とする意義、および司法制度の人道面における国民の信用といったものを損ないかねないと批判する⁸³⁾。

(二) Nesson からの批判

Nesson は、司法制度に対する国民の信用を、Tribe と同様に重要視する立場から、『法と経済学』的分析説を批判する。そもそも、『法と経済学』的分析説が真実発見・誤判費用の最小化という「蓋然性 (probability)」の見地から裁判上の証明を第一次的に考えることに対し、むしろ判決に対する国民の「受入可能性 (acceptability)」を促進する必要性から証拠法や他の審理過程の側面を第一次的に考えるべきであると批判する。すなわち、裁判官や陪審を規律する規則あるいは様々な証拠法則および手続規範は、出来事についての判断である判決に対する国民の受入可能性を促進することにより、証拠法則の様々な実体的法規範 (substantive legal rules) および行為規範 (behavioral messages) を映し出す一助とならなければならないという。したがって、国民は提出された証拠 (evidence) についての判断ではなく、争点となった出来事 (event) についての判断として判決を理解できなければならないとする⁸⁴⁾。

もちろん、受入可能判決 (acceptable verdict) と蓋然性判決 (probable

例とされている。ドレフュス事件の紹介については、三木・前掲637頁以下参照。

81) Tribe, *supra* note 20, *Trial by Mathematics*, at 1332-38.

82) Tribe, *supra* note 20, *Trial by Mathematics*, at 1366-69; *supra* note 20, *Further Critique*, at 1816.

83) Tribe, *supra* note 20, *Trial by Mathematics*, at 1368-77.

84) Charles Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 Harv. L.Rev. 1357 (1985).

verdict) は、真実発見が国民の受入可能性を得る方法でもありうるので、一致することが多い点は Nesson も認める。しかし、蓋然性判決が受入可能判決では認められない場合および 受入可能判決が蓋然性判決では認められない場合があることを指摘する。

(1) 蓋然性判決が受入可能判決では認められない場合

(i) 純粋な統計証明

Nesson は、前者 の場合については、第一に、純粋な素のままの統計証明 (naked statistical proof) による判決を、蓋然性判決の中で国民が受入可能ではない典型例として挙げる。この場合、国民は、このような判決を、実際に起きたことの判断として視ることができないことを問題視する⁸⁵⁾。

この問題を青バス事件 (The Blue Bus Case) という例⁸⁶⁾ で説明している。これは、深夜暗い2車線を走っていた車の運転手が、反対車線を越えてこちらに向かって走ってきた車をよけたところ木にぶつかってけがをしたが、相手の車はそのまま走り去ったという事件である。被害を受けた運転手は、相手の車をよけたとき相手の車のヘッドライトが光っていたためよく見えなかったが、その車がバスであることは確認できた。この被害者が後日、青バス会社を訴えた。被害者たる原告は、これらの事実と共に、青バス会社が事故の起きた道路を走るバスの80%を所有し運行していることだけを証明した。証人は誰もいなかったとする。

この事件で実際のところ被告のバスが原告をけがさせたのかもしれないが、これらの証拠だけでは、事実認定者は、何が起きたかについて国民が受入可能な結論に至ることはできないはずである。したがって、事実認定者は、原告の証拠から、青バス会社からけがさせられたという可能性が80%あるということ、他方けがさせられていない可能性が20%あることを判断しうるだけで、事件で実際に何が起きたかを視ることはできないため、

85) *Id.*, at 1377-78.

86) この架空の事例は、*Smith v. Rapid Transit, Inc.*, 317 Mass. 469, 58 N.E.2d 754 (1945) を基にしている。*Id.*, at 1378-79.

原告敗訴の判断を下すはずだという⁸⁷⁾。

また、Nesson は、別の批判として、もしこの事件で裁判所が青バス会社を有責と判断するなら、同様の事件でつねにこの会社が有責であることになってしまうことを指摘する。本来なら、青バス会社は同様の事件の80%についてのみ有責であるはずなのに、これでは被告に不公平であるというのである。その上、青バス会社を有責とすると、経済的にも非効率であるという。すなわち、青バス会社ばかりが責任を負うことになると、市場の20%の小さなバス会社は注意して運転しようという動機づけが働かないことになり、事故率が上がるというのである⁸⁸⁾。

(ii) 割合的損害賠償

Nesson は、蓋然性判決が受入可能判決では認められない場合の第二の事例として、割合的損害賠償 (proportionate damages) を挙げる。青バス会社の事例の別の解決方法として、青バス会社が全損害の80%の損害額につき割合的責任を負うということが、経済学的観点に加えて公平の観点を考慮した意思決定論者から主張されているからである。たしかに長い目で

87) Nesson, *supra* note 84, at 1379. ただし、Nesson のこの点の批判については、同様に『法と経済学』的分析に批判的な Tribe も、これは批判として妥当でないとする。すなわち、判決は主観的な蓋然性による評価 (subjective probability assessment) が基礎となっているため、原告の客観的な証拠 (被告のバスが原告のけがを生じた可能性が80%) にも拘らず、原告のこの貧しい証拠では、陪審は原告の主張に疑いを持ち、その疑いにより被告の責任は50%を下回るという主観的蓋然性評価を行うだろうというのである (Tribe, *supra* note 20, *Trial by Mathematics*, at 1349, 1350-68, 1375-77)。

この問題は、アメリカ特有の陪審制度に基づく二段階の事実認定があることからの判決の特有性に関わるものなので、詳しくは立ち入らない。しかし、この反論に対して、Nesson は、通常このような貧しい証拠しかない場合、原告は陪審判断までに至ることができず直接評決 (direct verdict) で負けるはずであるとし、Tribe の説明では、裁判所が原告勝訴の直接判決をしてはならないことは説明しえても、裁判官が原告の訴えを却下すべきことまでは説明しえないので、陪審判断に至る可能性を否定しきれず、結局、陪審が50%を超える主観的蓋然性で判断できてしまうと批判する。客観的証拠が陪審の主観的蓋然性を低めるとしても、原告を負けさせるほどに劇的なものとはなりえないからだというのである (Nesson, *supra* note 84, at 1380-81)。

88) Richard Posner, *Economic Analysis of the Law* §§ 21.2 (1972).

見れば、類似の事件の判決が集積する中で、青バス会社の負担は公平なものとなるが、残りのバス会社が訴えられずまったく損害額を負担しないのであれば、経済的不平等はなお残ることになるからである。

他方、青バス会社のみならず残りのバス会社もすべて被告となり、それぞれ割合に応じた責任を負担するならば、原告は損害全部を賠償される上、損害賠償負担によるバス産業への経済的影響もバランスの取れた適正なものにはなりそうであり(「割合的損害賠償論(the proportionate-award approach)」)、この割合的損害賠償論は、統計学的証拠に基づかない事件でも利用可能となりうることを Nesson も一応認める⁸⁹⁾。

しかし、Nesson は、現在の法制度は、実体的法規範(この事例では不法行為規範)が損害の全額補償を要するとして、「オール・オア・ナッシング(the all-or-nothing rule)」(悉無律)という制度になっており、それに基づき行為規範も与えられているところ、割合的損害賠償論を裁判制度上では採用することになると、新しい法規範および行為規範を国民に与えることになってしまうと批判する。Nesson も、これらの統計学的証拠や割合的賠償論の有効性を完全に否定するものではないが、事件の判断結果たる判決というものは、実体法規範や法政策にも関わり、実体法規範の要件事実を変える可能性があることを、事実認定者は考慮しなければならないという。そして、証明の課題は、単に実体法規範の要件事実について受入可能な結論を創ることに過ぎないと主張する⁹⁰⁾。

89) Nesson, *supra* note 84, at 1382.

90) *Id.*, at 1382-85. すなわち、もし割合的損害賠償論に従うとすると、過失の蓋然性の高さを問わず、市場の割合に応じて青バス会社は責任を負うことになるのであるから、割合的判決は、バス会社の営業の大きさについて行為規範を与えるだけで、安全基準については行為規範を与えないことになる。したがって、青バス会社は、運行する自社バスを市場からなるべく少なくして責任を負う危険性を最小化する方向に動くよう行為規範を与えられるだけであって、これでは、青バス会社が自社の運転手に注意深く安全運転をさせようとはならないと指摘する。ただし、割合的賠償論も、すべての被告に過失がある場合に、どの被告が現実には損害を起こしたかを問わず共同責任を負わせるようなときは、望ましい行為規範を与える可能性があることまでは否定していない。

(2) 受入可能判決が蓋然性判決では認められない場合

Nesson は、以上のように、蓋然性判決が受入可能判決では認められない場合があることを指摘するが、逆に判決に受入可能性はあるが蓋然性がない場合もあると指摘する。すなわち、結論に至るために2つ以上の独立した要件事実を判断する必要がある場合のことで、これは「掛け合わせ (conjunction) の問題」と言われている⁹¹⁾。

この「掛け合わせの問題」が生じる場合、2つの独立した出来事の蓋然性は、別々に生じたときの蓋然性の積である。したがって、例えば、原告は独立した2つの要件事実 (element) につきそれぞれ50%を超える蓋然性があることを証明したうえで、これらの2つの要件事実の蓋然性をかけ合わせた蓋然性も50%を超えることを証明しなければならないことになる。もし、不法行為訴訟で原告が因果関係について60%の蓋然性を証明しかつ過失について60%の蓋然性を証明した場合、被告が過失ある行為により損害を生じた蓋然性は36%となり、民事の必要的証明度を満たさず敗訴することになるのである⁹²⁾。

この点につき、Nesson は、司法判断は掛け合わせによるものではないと批判する。すなわち、司法における事実認定の目的は、判決に必要な証拠の各要素の信頼性を判断することであり、国民は、決して事件の話 (story) 全体として信頼するのではなくて各要素の蓋然性がそれぞれ判断されたことを信頼するという。司法制度は、それぞれの事件で蓋然性の最も高い一つの話 (the single most probable story) を創り出すことにありと主張するのである。したがって、掛け合わせ規範の適用を否定し、事件の要件事実を格別に判断するという証拠法に固執することにより、司法制度は何が起きたかについての言及としての判断を下すことができ、それによ

91) Nesson, *supra* note 84, at 1385. 一般には、「product rule (積の原則)」と呼ばれることが多い。

92) Nesson, *supra* note 84, at 1385-86. この問題につき、有名なのが前出のコリンズ事件である。

り一般的抑止効果をも促進するのだという⁹³⁾。

(三) 『法と経済学』的分析説の検討

この『法と経済学』的分析説に対する Tribe の批判については、第三の批判(無罪の推定、合理的な疑いを超える証明までは無罪の意義および司法制度の人道面における国民の信用を損ねる)は、抽象的・理念的なものであり説得的ではない⁹⁴⁾が、Tribe の第二の批判である統計的蓋然性の誤用の危険性についての批判および Nesson の二つの批判のうち前者(統計証拠の誤用の危険性についての批判)は、非常に説得的であると思われる。

また、Tribe の証拠の二重評価の危険性の問題も、ベイズの定理を利用する『法と経済学』的分析説が乗り越えなければならない壁であろう⁹⁵⁾。

しかし、『法と経済学』的分析説を一般に支持する Posner も、純粋な統計のみを利用することには反対であるし、後者の掛け合わせの問題についても、数学上の原則を無理に裁判に適用する必要はなく、個別に蓋然性を判断すれば足りると述べている⁹⁶⁾。Finkelstein & Fairley も、自身は統計的蓋然性を誤用していない⁹⁷⁾。Posner の言うように、純粋な統計のみを利用せず、また掛け合わせの原則を司法判断に適用しないのであれば、一般に『法と経済学』的分析説(誤判費用の最小化の理念)を利用すること自体は、有効であるようには思われる。

ところで、後者の掛け合わせの問題についてであるが、両者の議論の仕

93) *Id.*, at 1388-90.

94) Tribe の、訴訟手続を「儀式(ritual)」と捉え「人間味」の観点を重要視する批判は、ほとんど説得力を有しないと言われている(太田・前掲注(26)103頁, 122頁注(47))。

95) 太田教授は、証拠の二重評価は問題であるとし、ベイズの定理による「蓋然性計算による事実認定」が実践的意義を有するのは、客観的蓋然性の相当に明確化されている経験則の場合もしくは専門家鑑定で蓋然性数値が有意義に決定されうる場合を中心とした、証拠の二重評価の危険の少ない限られた場合でしかないと言われる(太田・前掲注(26)104頁)。

96) Posner, *supra* note 43, at 1508-14.

97) Finkelstein & Fairley, *supra* note 20, *Bayesian Approach*, at 498 Fn. 22; *supra* note 20, *Comment on "Trial by Mathematics"*, at 1084.

方につきそもそも疑問がある。証明度論の一般的考え方からすれば、正しい判断の可能性の高さを測るのではなく、誤判の可能性がどれだけ低くなるかという観点から、掛け合わせの原則を司法判断で利用することが前提となっているはずである。だとすると、前述の不法行為訴訟で因果関係に60%の蓋然性、過失に60%の蓋然性が証明された場合、誤判の可能性は、 $40\% \times 40\% (0.4 \times 0.4) = 16\% (0.16)$ ということになり、その結果、正しい判断の蓋然性は84%になるはずである。確率論自体に問題があるのではなく、その理解および活用に誤りがあるようには思われる（ただし、確率論の問題については、本筋ではないのでこれ以上立ち入らない）。

なお、社会的費用を最小化するモデルについては、以上のところで見てきたように、いくつかの学説モデルが林立しており、またそれぞれのモデルの厳密な検証がなお必要である点では、統一的な理論として確立していないのではないかとこの疑問が残っている。

また、実際上の問題として、ある事実（XやY）の具体的な蓋然性や実際にかかる証拠費用について、正確なデータや数値を収集できるのか、どの程度の標本があれば正確性を保てるのか、統計値を得るための調査を専門の調査会社や専門家に依頼すると費用がかかるのではないかと、といった技術的な問題や費用の問題もある。経済学的・統計学的⁹⁸⁾手法を用いる場合には、これらの理論が合理的で妥当なものであったとしても、この技術や費用が実際に「経済的」に合理的で妥当なものであるか否かについては別の問題があろう。

アメリカでは、大規模な公害訴訟などで実際に統計値を利用する場合、かなりの調査費用をかけているものと思われるので、この理論自体は経済的で合理的であっても、現実の利用可能性については、この手法の活用が本当に経済的で合理的であるのか等、現時点ではいろいろ課題が残ってい

98) 本稿では、証明責任および証明度に関して『法と経済学』的分析説を参照するに留まるが、事実認定全般に関してベイズの定理を用いた統計学的手法はアメリカでは盛んであり、論文もかなりある（例えば、本章注(20)・(21)に掲げる文献など）。

る。

さらには、得られた純粋な一般的な統計値を個別具体的な事件の事実認定にそのまま誤って活用するおそれがあることにも注意しなければならぬ(前述の青バス事件など)。

これらの『法と経済学』的分析説に対する批判に対しては、正しい統計資料の収集・利用をすれば問題はないという反論が一応可能ではあろう。統計資料が「正しく算定されたものであれば、それは、個人的偏見と融合しがちな、そして追証不可能な、裁判官の『直感』よりも無害または有益であるはず⁹⁹⁾」だからである。

問題は、いかに正しく統計資料を収集して分析して評価するかということである。この正しい統計資料の収集・分析・評価が可能になるには、それなりの費用や技術が必要とされることになる。いわゆる「ジャンク・サイエンス」では困るからである。

製造物責任や薬害といった大規模で複雑な現代型訴訟(クラス・アクション)が追求されるような場合には、原告が多数であるがゆえに技術と費用をかけられる、また不法行為事件では成功報酬制度(contingent fee)の利用がアメリカでは可能であるので、費用のかかる統計学的証拠を活用することも十分可能ではあろう。

しかし、それでも、費用のみならず時間もかかりうること、また最先端の技術の場合、専門家の分析・評価が一定になるとは限らず、見解が分かれる可能性が高いことなどの問題は残るであろう。

以上のように、確率的証拠や統計学的証拠を利用するための課題は、理論面のみならず、実際の具体的事案における個々の蓋然性の数値の正確性および費用面にもある。この点で、確率的証拠や統計学的証拠の裁判における実際の利用可能性につき、いろいろ障害が残るが、DNA鑑定などの領域では技術も進歩しているようであり、それらの精度が上がるにつれ、

99) 三木・前掲注(77)651頁参照。

訴訟資料の一つとしての重要度は高まっていることは確かであろう。

結局、統計によるデータを活用することは今後も否定されるべきではない¹⁰⁰⁾ものの、このような科学的証拠については、これのみに依拠するのではなく、まずは当該事件における具体的な事実や状況証拠を調べる努力がまずはなされるべきであることは忘れてはならないのだろう。あくまで、二次的・補完的利用に留める、あるいは事実や理論の検証のための根拠として利用することが基本的には望ましいのであろう¹⁰¹⁾。

アメリカでは、証明論に関するさまざまな場面で、『法と経済学』的分析説による検証が試みられているが、このような検証は有益なものと思われるところ、なお残された場面としては、証明の負担軽減法理に関する『法と経済学』的見地からの検証があるので、以下で取り上げておきたい。

第4章 アメリカの証明負担軽減法理 *res ipsa loquitur*

広範な証拠収集制度であるディスカヴァリーがあり原則的証明度が「証拠の優越」で足りるとされるアメリカにおいても、証明責任を主に負う原告の証明負担が大きいことが、公害訴訟や製造物責任訴訟、医療過誤訴訟などの現代型訴訟の場面で特に問題となっている。そのため、アメリカでも証明の負担軽減法理が判例法上発達してきているが、その代表的なもの

100) 統計学的証拠が有用な事例も認められる。例えばアメリカでは、1964年公民権法第7章訴訟（いわゆる Title action）において、人種による差別雇用があったと争う場合、「雇用上差別があった」という証明は外傷などがないため困難であるが、このような場合には統計資料を証拠とすることが認められている。統計的資料が一般的かつ唯一の証拠であることが多いからである。このような場合には、当該地域の労働市場における人種構成比率と一般的な関係労働市場における人種構成比を統計的に比較して、前者に占める黒人の比率が後者に占める黒人の比率よりも統計学上の有意差をもって低いことが証明されれば、雇用上の人種差別があったことの「prima facie case（一応の証拠がある事案）」となるとして統計学的証拠が判例上認められている。See Hazelwood School Dist. V. United States, 433 U.S. 299 (1977); Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).

101) 日本でも、雇用における性別差別の事例などで、補強証拠として統計学的証拠を提出することが考えられよう。

が、「res ipsa loquitur (事実上の推定)」という理論である。

そこで、次に、アメリカの証明の負担軽減法理の代表である「res ipsa loquitur」理論について検討する。アメリカでは、主に現代型訴訟における原告の証明の負担軽減法理として、res ipsa loquitur 理論が、判例実務上広く利用されているものの、アメリカおよびその母法たるイギリスにおいて、その法的性質についてはいまだに争いがあり、かつ『法と経済学』的見地からの分析も試みられているところである。そこで、以下英米法における証明軽減の法理である res ipsa loquitur の理論につき、順に検討していくことにする。

第1節 イギリスの res ipsa loquitur

1 res ipsa loquitur の意義

「res ipsa loquitur (the thing speaks for itself)」の意義は、「過失の(認定に必要な)合理的(reasonable)証拠はあるはずだが、被告やその使用人が管理をしており、これらの者が十分に管理に気を使っていれば、通常そのような事故は起こらなかった場合、被告が(過失のなかったことを)説明しなければ、事故自体が被告の過失の合理的証拠になる」というものである¹⁰²⁾。すなわち、res ipsa loquitur とは、経験則に基づく事実の推定法理である。

初めて res ipsa loquitur の概念が登場したのは、イギリスの1863年の判決(Byrne v. Boadle¹⁰³⁾)である。この事件では、相当な注意義務を管理者が怠っていなければ、倉庫の窓から小麦粉の袋が普通は落ちないことから、事件の発生自体が証拠としてすでに十分だと判断されたのである。

その他、イギリスで res ipsa loquitur が適用された判決としては、例え

102) この res ipsa loquitur というラテン語は、「物事それ自体が語る(the thing speaks for itself)」という意味の法格言であるが、イギリスではこの法格言から、事実上の推定の原則が生まれた。これを法原則に高めたのは、Erle 首席裁判官(C.J.)である。Erle, C.J. in Scott v. London and St. Katherine Docks Co. [1865] 3H. & C. 596, 601.

103) Byrne v. Boadle, [1863] 2H. & C. 722.

ば、パンの中に普通ならば石は入っていない¹⁰⁴⁾、車は普通ならば歩道に乗り上げない¹⁰⁵⁾、店の床に普通は（足を）滑らせるような物はないはずである¹⁰⁶⁾、というようなものがある¹⁰⁷⁾。アメリカは、この理論をイギリスから輸入しているのである。

この *res ipsa loquitur* の効果については定説がなかったのであるが、次の3つの説が考えられ、争われていた。それらは、事実上の推定（a presumption of fact）の効果、証拠（提出責任）上の推定（an evidential presumption）の効果、説得（責任）上の推定（a persuasive presumption）の効果である¹⁰⁸⁾。

の事実上の推定とは、証明された事実が被告の側に過失があり、損害がその過失によって起きたということの相当な蓋然性を示していても、それは状況証拠にすぎず、その事件が証明されたか否かの判断は、あくまでも事実を裁判するところの陪審がするというものである¹⁰⁹⁾。

の証拠上の推定とは、*res ipsa loquitur* の原則が適用されると、被告は過失なくして事故が起きたことを証明する必要はないが、それについて相当な説明をしなくてはならなくなるということである。このように説明義務が移るが、説得責任は動かないままである¹¹⁰⁾。

の説得上の推定とは、*res ipsa loquitur* の原則が適用されると、過失がないことの説得責任までが、被告に負わされるというものである。そし

104) *Chapronière v. Mason*, [1905] 21 T.L.R. 633.

105) *Ellor v. Selfridge & Co. Ltd.*, [1930] 46 T.L.R. 236.

106) *Ward v. Tesco Stores Ltd.*, [1976] 1 W.L.R. 810.

107) *Adrian Keane*, *The Modern Law of Evidence* 665 (8th ed. 2010).

108) *Id.* at 665-666. *Cross on Evidence* 126-128 (7th ed. 1990) も、さまざまな推定の効果がありうることを述べている。

109) この見解を明確にした判例は、*Greer* 控訴院裁判官 (L.J.) によるものである。
Langham v. The Governors of Wellingborough School and Fryer, [1932] 101 L.J.K.B. 513, 518. その他、*Chard v. Chard*, [1956] 259, [1955] 3 All E.R.R. 721.

110) この見解を明確にした判例として、*Langton* 裁判官 (J.) の判決がある。*The Kite*, [1933] 154; *The Mulbera*, [1937] 82; *Ballard v. North British Rail. Co.*, [1923] S.C. (H.L.) 43; *Davis v. Bunn* [1936] 56 C.L.R. 246.

て被告は、その推定を覆すためには、前提事実を否定するだけでは足りず、さらに(a)過失以外の特別な原因により事故が生じたことを証明するか、または(b)管理を相当な注意義務をもってしていたことを証明しなければならないことになるとする。

の証拠上の推定と の説得上の推定の効果が、実質的には問題になるとされた(と は説得責任が動かない点で同じであるため)。すなわち、

のように、*res ipsa loquitur* により、被告に過失がないことを証明する必要はないものの説明義務が生じさせる効果があるのか、 のように、被告に過失がないという説得責任を負わせる効果が生じるのかということである¹¹¹⁾。

この点につき、従来の判例は、 の説得責任転換の効果もあるとしているものが多かった。他方で、判例・学説の中にも、説得責任転換の効果までであると主張するものがある¹¹²⁾。

ところが、1988年に出された判例¹¹³⁾は、*res ipsa loquitur* に説得責任を(被告に)移す効果があるとするのは間違いであるとして、説得責任は訴訟の最初から最後まで原告にあるとし、 に立つことを明らかにしている。

この判例により、イギリスにおける *res ipsa loquitur* の効果についての争いは、証明責任の場面として考えるが証拠提出責任の移転の効果までとすることで決着したかのようにもみえた¹¹⁴⁾。

111) Keane, *supra* note 107, at 665-666.

112) *Barkway v. South Wales Transport Co. Ltd.*, [1948] 2 All E.R. 460, 471 (C.A.). この事件で Asquith 控訴院裁判官(L.J.)が説得責任の転換を明確にしているが、これに従う判例として例えば以下のものがある。 *Woods v. Duncan*, [1946] A.C. 401; *Moore v. Fox (R.) & Son Ltd.*, [1956] 1 Q.B. 596; *Swan v. Salisbury Construction Co.*, [1966] 2 All E.R. 138; *Pearson v. North Western Gas Board*, [1968] 2 All E.R. 669; *Ludgate v. Lovett*, [1969] 1 W.L.R. 1016. 学説としては、*Id.*

113) *Ng Chun Puiv. Lee Chuen Tat*, [1988] R.T.R. 298, P.C. この判決では、以下のように言われている。“It is misleading to speak of the “doctrine” of *res ipsa loquitur* having the effect of shifting the legal burden of proof.”

114) *Phipson on Evidence* § 6-31 (17th ed. 2010).

しかしこれに対しては、事件ごとに推定則の働き方も違うのであり、一つの効果に定義づけるべきではないとし、事件の事実の確信の程度ごとに、推定の効果を認めるのがよいとの意見¹¹⁵⁾もある。

2 イギリスの *res ipsa loquitur* の考察

結局、イギリスの多くの判例・通説は、*res ipsa loquitur* により証拠提出責任までが移るとしており、日本でいうところの主観的証明責任の範囲内の問題として捉えており、説得責任の転換すなわち客観的証明責任の転換までの効果は認めていない。

しかし、イギリスの判例・学説においても、なお争いがあるようである。すなわち、イギリスの最近の判例・学説の中には、Keane のように、*res ipsa loquitur* の効果を基礎事実の蓋然性によって証拠提出責任の移転から説得責任の転換まで与えるべきだと主張しているものがあつたことは、興味深い。

以上のような、イギリスの議論が、アメリカにおいてどのように継承され、また独自の発展を遂げているかは、以下で検討することにしたい。

第2節 アメリカの *res ipsa loquitur* 理論

1 *res ipsa loquitur* の意義・沿革

アメリカの *res ipsa loquitur* は、前述したイギリスに端を発するものであり¹¹⁶⁾、アメリカでの定義もほぼ同様に「過失責任において原告たる被害者が被告の過失を直接証拠によって証明できなくても、一般経験則 (*common experience*) により、過失を推定される」という原則のこととされている¹¹⁷⁾。

115) Keane, *supra* note 107, at 666.

116) *Byrne v. Boadle*, [1863] 2H. & C. 722. See Prosser & Keeton on the Law of Torts 243-44 (5th ed. 1984).

117) 一般には、状況証拠を根拠にする。 *Id.*, at 257-258; M. Stuart Madden, 1 *Products Liability* 491-497 (2nd ed. 1990).

2 res ipsa loquitur の根拠および効果

アメリカの res ipsa loquitur の根拠および効果については、日本の事実上の推定やドイツの表見証明およびイギリスと同様の争いが一応あり、定義自体についても厳密には州や学者の捉え方に差異がある¹¹⁸⁾。

ただ一般的には、res ipsa loquitur は、状況証拠の一つにすぎないとして証拠判断の場面で考えられ、証明責任は転換せず、証拠提出責任も被告に移るわけではないとされている¹¹⁹⁾。つまり、陪審に過失を推認する決定権を保留しているという点で、過失の推定 (presumption) ではなく、過失の推理 (inference) にすぎないと解されている¹²⁰⁾。

なお、少数の州では、証拠提出責任を転換させている上、ルイジアナ州、コロラド州あるいはミシシッピ州では、説得責任まで被告に転換している判例があるようである¹²¹⁾ が、これらの事例で res ipsa loquitur に証明責任の転換まで認めている根拠は初期の判例に求められ、それらは、医療過失の事例の場合や運転手の過失の場合という特別な重い責任を負う者に対して、政策的に証明責任を負わせたと考えられる事例であり、res ipsa loquitur とは関係がなかったと説明されている¹²²⁾。

3 res ipsa loquitur の適用要件

この原則の適用要件としては、3つの要件が挙げられている。すなわち、事故または損害が、一般経験則 (common experience) から、何人かの過失行為がなければ発生しないようなものといえること、被告の排

118) アメリカの res ipsa loquitur 理論の日本での最近の研究としては、小林・前掲注(3)215頁以下、春日偉知郎『民事証拠法研究』(有斐閣、1994年)126頁以下。平野晋「アメリカ不法行為法入門(12)～(14)」国際商事法務21巻4号486頁以下、5号622頁以下、7号884頁以下(1993年)、芳賀雅顯「メーカーの過失の推認」法学政治学論究21号245頁以下(1994年)がある。

119) Prosser & Keeton, *supra* note 116, at 257-259.

120) McCormick, *supra* note 2, at 497-498.

121) Prosser & Keeton, *supra* note 116, at 258-259.

122) *Id.* at 259.

他の支配（exclusive control）の下にある人または物的手段により生じたこと、原告の行為または寄与過失（contributory negligence）によるものではないこと、の3つである。

最近、の一般経験則の要件との排他的支配の意義については、医療過誤の事件などにおいて争いが生じている。

の一般経験則の要件については、医療過誤の事件において、通常人の一般経験則では認定できない高度に専門的な訴訟が存在するため、証明負担の軽減法理として、res ipsa loquitur を利用すべきではないのではないかという争いがある。

具体的には、(i) 専門家証人の経験則を res ipsa loquitur と併用できないのではないかと、また、(ii) 過失の特定証拠を提出した場合にも res ipsa loquitur が適用できないのではないかと、という点につき争われている。

(i)の問題は、素人の陪審員の一般経験則はないが、専門家の間には通常存在する一般経験則を利用して、res ipsa loquitur を活用できないかというものであり、(ii)の問題は、他の状況証拠や直接証拠で過失の特定を図ろうとしながら、他方で過失を特定しないで経験則で過失を認める res ipsa loquitur の適用も同時に認めてよいのかというものである¹²³⁾。

(i)の問題については、近時、第二巡回区合衆国連邦控訴審裁判所判決¹²⁴⁾、アーカンサス州¹²⁵⁾、オハイオ州¹²⁶⁾ およびテネシー州の最高裁判決¹²⁷⁾ は、従来の医療過誤事件判例において、専門家証人の意見によるときは過失を特定して主張しなければならないとしていたのを変更し、専門家証人の意見を res ipsa loquitur の要件たる一般経験則に充てること

123) Jamey B. Johnson, Note: *Torts - Res Ipsa Loquitur is Inapplicable When a Plaintiff Offers Expert Testimony to Furnish a Complete Explanation of the Specific Cause of an Accident*, 25 U. Balt. L.Rev. 261, 264 (1996).

124) *Connors v. University Associates in Obstetrics & Gynecology*, 4 F.3d. 123 (2d Cir. 1993).

125) *Schmidt v. Gibbs*, 305 Ark. 383, 807 S.W.2d 928, 932 (1991).

126) *Morgan v. Children's hospital*, 480 N.E.2d 464 (Ohio 1985).

127) *Seavers v. Methodist Med. Ctr.*, 9 S.W.3d 86 (Tenn. 1999).

を認めている。

テキサス州では、1977年の法律¹²⁸⁾により、医療過誤事件での *res ipsa loquitur* の適用を制限(凍結)されたにも拘らず、判例はその後も「一定の場合においては (in certain circumstances)」, *res ipsa loquitur* の適用が認められるとしている(ただし、その一定の場合が明らかではないため混乱はみられる)¹²⁹⁾。

したがって、医療過誤事件において、*res ipsa loquitur* に専門家証人の利用を併用してよいという傾向が最近の主流のようである¹³⁰⁾。

次に(ii)の問題については、そもそも過失についての証拠を、ほとんどもしくはいくらかしか提出できないときは *res ipsa loquitur* 理論を適用することができるとする点には争いが無い。他方、過失についての重要な証拠を提出した場合は、*res ipsa loquitur* 理論を適用できないのが一般的である。

(ii)の問題とは、直接証拠による過失を主張しながら *res ipsa loquitur* 理論を主張できるか、についてである。一般に、直接証拠 (direct evidence) とは、証人が実際に有する知識の範囲に限られる (within a person's actual knowledge) のに対し、状況証拠 (circumstantial evidence) とは、一般経験則に基づいて推認する (inference) ことができるものとされている¹³¹⁾。例えば、「雨が降っているのを見た」というのは、雨が降っていたことの

128) The Texas Medical Liability and Insurance Improvement Act, Art. 4590i, Section 7.01.

129) Haddock v. Amspiger, 793 S.W.2d 948 (Tex. 1990). See, Darrell L. Keith, *The Court's Charge in Texas Medical Malpractice Cases*, 48 Baylor L. Rev. 675, 733-736 (1996).

130) Karyn K. Ablin, *Note: Res Ipsa Loquitur and Expert Opinion Evidence in Medical Malpractice Cases: Strange Bedfellows*, 82 Va. L. Rev. 325, 327 (1996). その他にも多くの州でかなりの判例の数がある。See also, *Id.*, at 327, n. 15.

131) ただし、これに対しては、単に確からしさの程度が異なるにすぎないと有力な反論もあるようである。See, Chad E. Wallace & Andrew T. Wampler, *Comment: Skimming the Trout from the Milk: Using Circumstantial Evidence to Prove Product Defects under the Restatement (Third) of Torts: Products Liability Section 3, Tennessee and Beyond*, 68 Tenn. L. Rev. 647, 662 (2001).

直接証拠であり、「レインコートや傘にしずくが付いた人が部屋に入ってきたのを見た」というのは、状況証拠である¹³²⁾。

メリーランド州の特別上告審裁判所は、直接証拠を提出しながら *res ipsa loquitur* 理論を主張することを認めている¹³³⁾。ペンシルヴァニア州でも、被告が直接証拠により過失を争った場合には、*res ipsa loquitur* の適用を認めてもよいとされた¹³⁴⁾。

これに対し、ニューメキシコ州の上訴審判決では、自動車の事故の原因についての証拠が不足していない場合、過失の推認の余地はなく、*res ipsa loquitur* 理論は適用できないと判断した¹³⁵⁾が、医療過誤事件の判決においては、特定証拠と *res ipsa loquitur* の適用関係について明らかにしていない¹³⁶⁾。

第3節 現代型訴訟（製造物責任訴訟）における *res ipsa loquitur*

アメリカの製造物責任については、不法行為リステイメントの中で規定されており、第三次不法行為リステイメント¹³⁷⁾には、製造物責任に

132) *Id.*, at 663.

133) *Brown v. Meda*, 537 A.2d 635 (Ct. App.), *aff'd*, 569 A.2d 202 (Md. 1990).

134) *Hollywood Shop, Inc. v. Pennsylvania Gas & Water Co.*, 411 A.2d 509 (Pa. Super. Ct. 1979).

135) *Harless v. Ewing*, 81 N.M. 541, 469 P.2d 520 (Ct. App. 1970). この事件は、医療過誤事件ではないが、トラックの運転手が運転中に、車輪が外れ飛んで原告の顔に当たった事件で、運転手が幹線ごとに車輪のチェックをしなかったことが過失を構成すると原告の主張があったにも拘らず、裁判所は、この過失の特定証拠では *res ipsa loquitur* の適用を妨げないと判断した。

136) *Mireles v. Broderick*, 113 N.M. 459, 827 P.2d 847 (Ct. App. 1992).

137) アメリカ第三次不法行為リステイメントについては、日本で多くの紹介がすでになされており、以下の記述はこれらの文献による。東京海上研究所編『製造物責任法大系 [理論編]』（弘文堂，1994年）117頁以下 [小林秀之]，同266頁以下 [Kenneth Ross & Hildy Bowbeer]，平野 晋「アメリカ不法行為法第3次リステイメント製造物責任法カウンシル・ドラフト No. 1A」判例タイムズ840号42頁以下（1994年）。朝見行弘「米国における製造物責任の新たな展開（1）-（5）」NBL527号6頁以下，528号23頁以下，529号34頁以下，531号30頁以下（以上，1993年），543号44頁以下（1994年）。川口康裕「米国

関する規定が全部で8条あるが、そのうち第2条で、製造上の欠陥、設計上の欠陥、警告上の欠陥について個々に定義し、欠陥の類型化をしている¹³⁸⁾。そして、欠陥を三類型に分類した上でそれぞれについて責任要件を規定しているが、この立証責任を原告に課しているため、原告としては、欠陥の存在を証明する前提として、問題となっている欠陥がいずれの類型に属するのかを特定することが必要となる¹³⁹⁾。

この例外として、アメリカ第三次不法行為リステイトメント第3条は、製造上の欠陥については、欠陥が特定できない場合でも欠陥の推理または推論(inference)を認めている(製造上の欠陥の推理)¹⁴⁰⁾。

この第3条の欠陥の推理は、*res ipsa loquitur*的な推理であり、事故や事故後の検査の結果、製品自体が消失したような場合を想定していると言われている(第3条注釈aおよびb)¹⁴¹⁾。製造上の欠陥のみに推理規定が

の製造物責任制度について」ジュリスト1035号85頁以下(1993年)。

138) 東京海上研究所編・前掲281頁以下[猪尾和久]

「第2条 第1条に規定される賠償責任を判断するために、

- (a) たとえ、製品の準備およびマーケティングにあらゆる可能な注意が尽くされていたとしても、製品がその意図された設計から逸脱しているときは、その製品は製造上の欠陥を含む。
- (b) 販売者または商業的な流通連鎖におけるそれ以前の販売者が合理的な代替の設計を採用しなかったことによってその製品が合理的に安全でないときは、その製品は設計に欠陥がある。
- (c) 販売者または商業的な流通連鎖におけるそれ以前の販売者が合理的な指示または警告を提供していたならば、製品によってもたらされる被害についての予見可能な危険性を減少させることが可能であったはずであり、かつ、その指示または警告を提供しなかったことによってその製品が合理的に安全でないときは、その製品は不適切な指示または警告のために欠陥がある。」

139) 朝見行弘「米国における製造物責任の新たな展開(3)」NBL529号35頁(1993年)。

140) 「第3条 機能不良が製造上の欠陥によって生じたことの方が、そうでないことよりも蓋然性が高い状況下に置いて、合理的な人ならば機能すると期待するように製品が機能せず、かつ、被害を生じさせたときは、事実認定者はそのような欠陥がその機能障害を生じさせた」と推論することができ、原告はその欠陥の性質を特定する必要はない。」東京海上研究所編・前掲注(137)282頁[猪尾和久]参照。

141) 東京海上研究所編・前掲注(137)125頁[小林秀之]参照。

置かれたのは、設計または警告上の欠陥類型では、その性質上欠陥を主張されている一つの個体が滅失しても、同型の他の製品によって欠陥が立証できるのに対し、製造上の欠陥では、他の安全な同型の個体からたまたま外れた、いわゆる外れ玉（flaw）が問題になっているため、その問題となっている一つの個体が事故により滅失してしまうと欠陥の立証が困難になるからである¹⁴²⁾。

したがって、製造上の欠陥に関しては、原告は製品に欠陥が存在し、その欠陥によって被害が発生したことを証明すれば十分となるのである。

もともとアメリカの第二次不法行為リステイメントにおいても、製造物責任訴訟において *res ipsa loquitur* の理論の適用を認めていると考えられていた。ただし、そこでは、「It may be inferred（推理しうる）」という表現で、陪審が過失の認定をしてもよいという効果を認めるのみ（つまり、陪審は過失があると認める必要はなく、最終的判断はあくまでも陪審がしてよい）として、*res ipsa loquitur* は証拠提出責任すら移さないということを確認にしていた¹⁴³⁾。すなわち、製造物責任訴訟における *res ipsa loquitur* の機能は、原告が欠陥の特定をしなくてよいことのみにあるとしたのである¹⁴⁴⁾。そして、その後の第三次不法行為リステイメント第3条のコメントでは（条文の文言上では明らかではない）、*res ipsa loquitur* の法理の適用を、原則として三種の欠陥のうち製造上の欠陥の場合に制限する旨が述べられている¹⁴⁵⁾。

しかし、陪審が製品の欠陥を推認し、被告に欠陥の責任があると推認することは許されるので、*res ipsa loquitur* の法理が実質的には適用されていることは認識されている¹⁴⁶⁾。実際には、衡平および公平（equity and

142) 平野 晋「アメリカ不法行為法第3次リステイメント製造物責任法カウンシル・ドラフト No. 1A」判例タイムズ840号46頁（1994年）。

143) Restatement (Second) of Torts § 328D (1965).

144) Madden, *supra* note 117, at 491.

145) Restatement (Third) of Torts § 3 cmt. b (1998).

146) Madden, *supra* note 117, 495-6.

fairness) の必要性の見地から、ほとんどの州で状況証拠によるすべての種類の欠陥の証明が許されているようである¹⁴⁷⁾。すなわち、原告は製品が製品寿命に至らなかったことや、製造者に明示または黙示の誤表示(misrepresentation)があったこと、危険効用基準・警告忘れなどを示すことで欠陥の推認が許されている¹⁴⁸⁾。また多くの州では、専門家証人を利用しながら同時に状況証拠による証明も許されている¹⁴⁹⁾。

結局、第三次不法行為リステイトメント第3条の事件は、ALIの草案者が意図したような製造上の欠陥に制限する方向では判断されていない。状況証拠は、製造上の欠陥、デザイン上の欠陥、警告上の欠陥というすべての欠陥類型において利用が認められているようである¹⁵⁰⁾。

第4節 『法と経済学』的分析説からの *res ipsa loquitur* の検討

このような *res ipsa loquitur* 理論についても、前述した『法と経済学』的分析説からの説明が試みられている。

本来、不法行為責任においては、『法と経済学』的分析説による証明責任の分配の原則によっても、一般に原告が被告に過失があったことの証拠提出責任を負うものであった。しかし、被告の過失がなければ事故が生じないような典型的な場合(患者の体内に手術器具が残っていたなど)には、『法と経済学』的分析説からも、被告に過失がなかったことの証明責任を負わせることが正当であるというのである。また、製造物責任訴訟の場合も同様であるという。

例えば、Hay & Spier 説によると、これらの場合には、Xという事実に

147) Wallace & Wampler, *supra* note 131, at 664.

148) *Id.* at 664-65.

149) *Id.* at 703. ただし、いくつかの州、例えばエレベーターが床の高さに正しく停まらなかったため、原告がその段差でけがをした事件でのメリーランド州の控訴審判決(Dover Elevator Co. v. Swann, 334 Md. 231, 638 A.2d 762 (1994).)などは、*res ipsa loquitur* の主張に、専門家証人や直接証拠を併用してはならないとしている。

150) *Id.* at 703.

よりYが生じる蓋然性 ($P(Y|X)$) がXという事実がなくてもYが生じる蓋然性 ($P(Y|\sim X)$) よりかなり大きいことを根拠にする。また、被告が損害を生じさせた原因を排他的に支配していることが一般に要求されているが、これは、被告が証拠に著しく近いこと（証拠との距離が近いこと）を意味し、被告以外の者の過失で原告が負傷したという仮説が成り立つ可能性が低くなるため、 $P(Y|X)$ の価値を増すことになる。したがって、証明責任の分配の公式に適合するというのである¹⁵¹⁾。

なお、Lee 説の証拠との距離が近い方が証明責任を負うべきであるとの相対的証拠費用理論（“relative-cost-of-proof” theory）によっても、同様に、被告に排他的支配状態があり原告に寄与過失がない以上、被告の証拠に関する直接訴訟費用および誤判費用は低く、原告のそれらの費用は著しく巨大であるから、被告に過失がなかったことの証明責任を負わせるべきであることになる。例えば、手術室で起きた医療過誤の訴訟であれば、そのとき原告は（麻酔で）意識がないため事件についての個人的な情報も持たず、他方で被告（医師）は手術に関する事実を記録するものであるから、原告が証拠を収集しようとする手元に証拠がほとんどないので、直接費用が非常にかかることになるのである。しかも、被告は専門家であり、「専門家の沈黙の陰謀（professional conspiracy of silence）」に対して、原告は証拠を山のように積み上げなければ勝てないのである¹⁵²⁾。

『法と経済学』的分析説によれば、res ipsa loquitur の効果は、状況証拠に留まらず、証拠提出責任および説得責任まで被告に移転すると解するのが素直な解釈になる¹⁵³⁾。

151) Hay & Spier, *supra* note 21, at 425-26.

152) Lee, *supra* note 21, at 19.

153) ただし、『法と経済学』的分析説を採る論者の中で、Kaye は、res ipsa loquitur における前提事実の証明度は、ベイズの定理を用いて計算すると、むしろ高度の蓋然性でなければならないはずである、と主張する。そしてこの高度の証明度の適用が除外されるには、原告が何ら証拠に近づけないこと、および被告が過失を否定する証拠を出さないことが条件となるという。David Kaye, *Probability Theory Meets Res Ipsa Loquitur*, 77 Mich. L. Rev. 1456, 1481 (1979).

第5節 アメリカの *res ipsa loquitur* の考察

アメリカの *res ipsa loquitur* については、こうして概観してみると、従来の法理論的な説明からは、これは自由心証主義における証拠法則の一つにすぎず、事実判断の場面を超えないものと考え、説得責任の転換とは直接関係がないという考えが通説的であったことが判る。

ただし、判例上、無過失責任を負わせるために証明責任転換がなされていた場合があり、州によっては少数ながら *res ipsa loquitur* に証明責任転換の効果まで認めているものがあり、裁判所で政策的に証明責任転換の法理として使われた事例も存在したということである。

これは、*res ipsa loquitur* が経験則を根拠にする証拠評価の場面のみのものであるとすれば、不適切な適用であると言わざるを得ないが、証明責任の負担軽減のために、証明責任転換の法理が政策的に判例上必要であったという事実に着目すれば、証明責任転換の法理の一つとして考えることができると思われる。

アメリカでは、証明責任を負う当事者の証明負担軽減の必要性が、ドイツおよび日本に比べて低いとはいえ、医療過誤訴訟や製造物責任訴訟などの現代型訴訟の場面では、やはり被害者たる原告当事者の証明の困難という問題が生じている。

したがって、アメリカでも、現代型訴訟においては、イギリスから継受した *res ipsa loquitur* という証明軽減法理の活用が重要であることが判った¹⁵⁴⁾。また、製造物責任の分野では、第三次不法行為リステイメント第3条が、*res ipsa loquitur* の法理の適用を認めていた¹⁵⁵⁾。

他方、医療過誤訴訟においては、*res ipsa loquitur* の法理は変容を迫られており、(i) 専門家証人の経験則を *res ipsa loquitur* と併用できるか、また、(ii) 過失の特定証拠を提出した場合にも *res ipsa loquitur* が適用で

154) See Prosser & Keeton, *supra* note 116, at 243-44.

155) Restatement (Third) of Torts § 3 cmt.b (1998).

きるか、につき争われていた¹⁵⁶⁾。

アメリカで多くの州の判例は、*res ipsa loquitur* を積極的に活用するべく、専門家証人の経験則を一般人の経験則に代えて *res ipsa loquitur* の法理を適用することを認め、また具体的証拠を提出すると同時に状況証拠により *res ipsa loquitur* の法理を適用することも認めていた¹⁵⁷⁾。

アメリカの *res ipsa loquitur* の法理の根拠および効果については、ドイツの「表見証明」および日本の「事実上の推定」と同様に、証拠提出責任あるいは説得責任が転換するのか、もしくは一切の証明責任が移転しないのか、といった争いが存在した。この効果については、州によっては異なる考え方もあったが、陪審が例えば過失を決定する権限を留保しているということから、推定（presumption）ではなく、単なる推理（inference）に留まるという考えが通説的ではあった¹⁵⁸⁾。

しかしながら、『法と経済学』的分析説によれば、*res ipsa loquitur* の適用の効果は、証拠提出責任および説得責任の転換までをも含んでいると解するのが妥当であることが判った。アメリカでは、証明責任につき、証拠提出責任を中心に考えているところではあるが、『法と経済学』的分析説の「誤判費用の最小化」あるいは「相対的証拠費用」の観点からは、証拠提出責任を移転させるのみならず、説得責任まで移転する必要があるという発想に基づいているようである。これは、興味深い検証と言えよう。

第5章 おわりに

アメリカの民事訴訟では、証明度原則を考える際に、『法と経済学』的分析説から、誤判費用および証明費用を最小化する中で、真実発見におけ

156) See e.g., Johnson, *supra* note 123, at 264.

157) See e.g., Connors v. University Associates in Obstetrics & Gynecology, 4 F.3d 123 (2d Cir. 1993); Schmidt v. Gibbs, 305 Ark. 383, 807 S.W.2d 928, 932 (1991); Morgan v. Children's hospital, 480 N.E.2d 464 (Ohio 1985); Seavers v. Methodist Med. Ctr., 9 S.W.3d 86 (Tenn. 1999).

158) 小林・前掲注(3)216頁以下が、アメリカにおける学説の対立について詳しい。

る当事者間の公平が考慮されていた。すなわち、当事者の力関係は対等であり、事実誤認のリスクおよび証明費用を平等に分担するべきであり、それ故、「証拠の優越」が民事訴訟の証明度の原則とされているのである。

その上で政策的要請・人権保障などの観点が加わると、誤判費用の最適化の位置が動いて、「明白かつ説得的証明」が証明度として必要になることも確認されていた。また、刑事訴訟においては、被告人の人権保障という政策的見地からみると、無実の人を有罪にする誤判の社会費用が有実の人を無罪にする誤判の社会費用よりも著しく大きくなるため、「合理的疑いを超える証明」が必要となることが説明されていた。

また、アメリカの民事裁判の証明度が原則として50%を超える確からしきで足りるため、アメリカの *res ipsa loquitur* の効果は、理論上の争いはあるものの、『法と経済学』的分析説によれば、実質的には説得責任の転換の効果をも生じさせるべきであると解されていることが判った。さらに、アメリカでは、医療過誤訴訟の判例では、*res ipsa loquitur* 理論を進化させ、専門家の経験則を活用して、具体的な過失を証明する必要なく、抽象的な過失の証明でもって、被害者たる患者の証明に足りるとして、原告側の証明負担を軽減していることも判明した。

結局、アメリカでは、民事訴訟に必要な原則的証明度を「証拠の優越」で足りるとしている。これが、広範な情報収集制度たるディスカヴァリーや証明軽減法理の「*res ipsa loquitur*」と相まって、アメリカでの民事裁判における当事者の証明の負担をかなり軽減しているのである。

この原則的証明度として「証拠の優越」を採る根拠は、民事訴訟における当事者平等原則および『法と経済学』的分析説による当事者間の誤判費用の平等負担の見地からみると、非常に説得的である。民事裁判の原則的証明度に関し、「証拠の優越」で足りるとのアメリカの議論は、日本の証明度論に対しても有益な示唆を有しているのである¹⁵⁹⁾。

159) 日本での証明度原則論の検討については、拙稿「民事訴訟における証明度論再考 客観的な事実認定をめぐって」立命館法学327 = 328号(上)517頁以下(2010年)参照。

ただし他方で、『法と経済学』的分析説による説明については、その手法自体の有効性についてアメリカ国内でも異論が提示されているところであり、この点については日本でも同様に丁寧な議論が必要である。

とりわけ証明責任の分配の基準については、日本の実体法では、立法過程において、証明責任の所在を考慮したドイツ民法を主に継受していることは明らかであり、そこでは本文・ただし書の構造などでの証明責任の振り分けが明確に定まっているのであるから、証明責任の分配基準については、原則としては、政策判断を含んだ法律の定め方に依拠するのがいわゆる法の安定性に資するものと思われる。証明責任の分配については、『法と経済学』的分析に最初からすべて委ねてしまうのは、やはり適当ではないのだろう¹⁶⁰⁾。

また、「ジャンク・サイエンス」の問題として注意しなければいけない点としては、確率的・統計学的証拠の実際の裁判での活用の問題と、検証理論としての『法と経済学』的分析説の活用の問題とを、同一に捉えてはいけないということが挙げられる。どちらも、確率論や統計学的手法を使うので、同じ問題のように捉えがちだからである。

したがって、『法と経済学』的分析説の理論を、具体的な審理で当事者が自己に有利になるよう濫用的に使うあるいは誤用するといった「ジャンク・サイエンス」的なものと区別し、法制度に関する補完的な理論あるいは事後的検証手段として活用することが重要であると言えよう。アメリカの裁判制度理論に関しての『法と経済学』的分析説の考え方は、日本においてもまた、検証理論として十分参考になるのである。

160) 拙稿「証明責任の分配に関する基本原則」山大法政論叢26号41頁以下（2002年）参照。

* 拙稿は、今までに多くの学問的教示を受けさせて頂いた、佐上善和教授と渡辺惺之教授に対する感謝の念と共に、掲載するものである。