

証明度の法的性質

実体法と手続法の交錯

田村陽子*

目次

- 第一章 はじめに 本稿の問題意識
- 第二章 手続法廷地法原則に対する疑義
- 第三章 証明度の法性決定
- 第四章 証明責任，証明度，自由心証主義の相互関係
- 第五章 おわりに

第一章 はじめに 本稿の問題意識

ある法制度が実体法に属する実体事項かそれとも手続法に属する手続事項かは、国際的な民事事件ではとりわけ重要な意義を帯びてくる。

世界的に認められている「手続は法廷地法による (lex fori; lex processualis fori)」という原則¹⁾により、裁判所は、手続と法性決定 (Zuordnung) された法制度については、法廷地法を適用することになる。

ところが、実体と法性決定されたものについては、法廷地の裁判所は、国際私法の抵触規定 (適用法: Anwendungsnorm) に基づき、当該実体的な法律関係を規律する法規範である「実質準拠法 (lex causae; lex civilis causae; Wirkungsstatut)」²⁾を決定し、これが外国法に定まれば、

* たむら・ようこ 立命館大学准教授

1) 各国の状況については、秋元佐一郎『国際民事訴訟法論』(国書刊行会, 1994) 449頁以下参照。

2) 「lex causae」とは、「当該問題を支配する準拠法 (通常は外国法が多い)」を意味する便利で簡略な表現である。これは、広義では「lex fori」(常に法廷地 (内国) 法を指す) との対比で使われる。ただし、「lex causae」は、当該法律関係を具体的に規律する実

当該外国実体法を適用して事件を判断しなければならないからである。

しかしながら、ある法制度が実体事項かあるいは手続事項かは、単純に割り切れるものではない³⁾。近時、例えば外国人の訴訟能力など、一見して手続法の問題であっても、外国人当事者の本国法が当事者にどのような実体上の権利を認めているかに密接に関連するため、外国実体法を十分に考慮する必要がある、との考え方が登場してきているのである⁴⁾。

そして、従来民事訴訟手続の重要な局面であるとして、手続における法廷地法原則が当然に妥当すると思われていた証拠法の分野でも、異変がおきている。すなわち、証拠に関する手続についても、準拠法問題と捉えて外国法の検討が必要となるものがありうるとして、手続事項(手続法問題)か実体事項(実体法問題)かが争われるものが現れてきている。

質法(materielles Recht)として、様々な他のラテン語の表現が用いられ、より限定された意味で使われることがある。例えば、「lex domicilii(住所地地法)」、「lex patriae(国籍法)」、「lex loci actus(行為地法)」などである。See Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, 188 (14th ed. 2006) § 1-079. また、山田謙一『国際私法[第3版]』(有斐閣, 2004)12頁参照。本稿では、後述するように、手続事項でも準拠法問題として取り扱う場合もあると考えているが、そのため「lex causae」を一般に「実質準拠法」との訳を用いるのが適切ではないかと考えている。ただし、従来の実体の準拠法の意味で他の論者が説明しているようなところでは、「実体準拠法」という。また、実体法律関係と併せて手続事項についても準拠法を考える自説の説明として、「実体準拠法国際法」と表すこともある点に留意されたい。

- 3) 英米法とりわけイギリスでは、伝統的に right と remedy で手続事項か実体事項かを区別していたが、オーストラリア(John Pfeiffer Pty Ltd v Rogerson (2000) 203 C.L.R. 503) やカナダ(Tolofson v Jensen [1994] 3 S.C.R. 1022)では、この伝統的な方策に疑義が唱えられている。See *Id.*, § 7-045, 7-047, 7-048. 日本では、例えば訴えの取下契約をめぐる涉外事件に関して、従来の「手続・実体という抵触法上の区分」は、「余りにも広く莫然とした法概念」であり、本来の機能を果たしえなくなっているため、個別的に法廷地法原則の適用の有無を検討するべきであると主張するものとして、渡辺惺之「判評」判時1030号179頁(判評278号33頁)(1982)がある。
- 4) 例えば、小林秀之『国際取引紛争[第3版]』(弘文堂, 2003)144頁以下、山本和彦「国際民事訴訟法」『注解民事訴訟法(5)』(第一法規, 1991)399頁以下、同「『手続は法廷地法による』の原則の相対化」判夕841号15頁(1994)。

日本で争われた有名な例としては、ドイツ・Lトリプトファン事件⁵⁾が挙げられる。この事件では、契約責任の有無に関する「証明責任」は、実体法問題として契約の準拠法によるべきであるが、「表見証明」ないし「一応の推定」は、自由心証（民訴247条）の枠内の問題であるので、手続法問題として法廷地法である日本法によるとされた⁶⁾。

証拠法の分野のうち、証明責任を実体事項すなわち実体法問題として扱うことについては、各国でコンセンサスがみられるようになってきている⁷⁾が、証明軽減法理である「表見証明」ないし「一応の推定」について

5) 東京地判平 10・5・2 判時1668号89頁。

6) 出口耕自「判評」リマックス2000(上)156頁(2001)、越山和広「判評」判時1685号216頁(判評489号30頁)(1999)参照。

7) イギリスの Dicey, Morris & Collins, *supra* note 2, § 7-027; Graham, *Handbook of Federal Evidence* § 301: 2 (6th ed. 2006). 古くは、Szászy, *International Civil Procedure*, 250 (1967) など。これらは、実体事項か手続事項かと言えば手続事項の性質を有するが、裁判結果に影響する場合、実質準拠法 (lex causae) 問題として検討すべきであるとする。すなわち、例えば、実体準拠法が外国法の場合、同様に手続事項も実体法律関係と併せて準拠法として外国法を適用するべきであるとする。

アメリカも、証明責任、推定、証拠能力に関しては、例外的に法廷地法以外の国内法によるべき場合を認めているようである (Restatement of Law 2nd. Conflict of Laws § 133-35)。ただし、近時のアメリカの州際事件 (Shaps v. Provident Life & Accident Insurance Co., 826 So. 2d 250 (2002)) には、実体法は義務や権利を定め、手続法は裁判に適用する(証拠)方法や手段を定め権利義務を執行するものであり、証明責任は裁判に適用する方法や手段を定めて契約上の権利義務を執行するためのものであることが明らかであり、抵触法目的のために、この一般原則から乖離する理由はない、すなわち抵触法の見地でも証明責任は手続法問題である、と判断されたものがある。

日本では、秋元・前掲注(1)469頁、山本・前掲注(4)『注解』419頁などが同旨と思われる。

なお、ドイツでは、証明責任の問題を全面的に実体法問題とすることに疑念を呈する見解もあり、証明責任は実体法問題として実体準拠法によるとしても、証明責任に関する派生問題として、i 手続的義務違反があった場合に「証明責任の転換」によって制裁を加えるということについて、ii また実体上の義務違反に加えて手続上の義務違反に基づく場合の「証明責任の転換」による制裁については、法廷地法によるべきとして、別に考慮するものがある (Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 4. Aufl., 2006, Rz. 675; Coester-Waltjen, *Internationales Beweisrecht*, 1983, S. 292ff.; Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5. Aufl., 2005, Rn. 2340-2342 など)。

は争いがある。前述の判例のように、自由心証の領域の問題として手続法問題と考える見解が、従来の多数説であった⁸⁾が、準拠法的処理を説く見解や、従来の手続事項か実体事項かという形式的な法性決定ではなく、手続法と実体法が交錯する場面では、両者の複合的観点から処理すべきであるという見解が有力になってきている⁹⁾。そして有力説は、一応の推定の証明の問題につき、これが当事者の実体法上の地位に影響を及ぼす点を重視して、内国裁判所は、実体準拠法により、一応の推定の要件を判断すべきであるとの帰結が導かれることになりやすいと説く¹⁰⁾。

8) 秋元・前掲注(1)453頁、木棚照一=松岡博=渡辺惺之『国際私法概論[第5版]』(有斐閣, 2007)338頁〔渡辺惺之〕など。ドイツでも表見証明に関し、定型的事象経過に関する経験則の適用については裁判官に経験則の斟酌を要求しているから、証拠評価の問題として、法廷地法原則が妥当すると考えるのが多数説である(Schack, a. a. O. (Fn. 7), Rn. 668; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., 2004, § 112 Rn. 35.)。イギリスの Dicey, Morris & Collins, *supra* note 2, at 189 も、法律上の推定ではなく事実上の推定にとどまる限り、法律上の効果がないのであるから、実体法的考慮は不要であり、法廷地法原則が妥当するとする。

9) Szász, *supra* note 7, at 253 は、表見証明も、実体事項に影響があり、実体事項の判定を *lex causae* に委ねなければならない場合には、判決調和の要請からも、*lex causae* の適用の余地があるとしている。さらに、ドイツの Coester-Waltjen, a. a. O. (Fn. 7), S. 263ff. は、表見証明は、定型的事実評価から要件事実の存在を推論する点では、法律上の推定と同様、真実調査の簡略化がなされており、また事実上の推定も実体法と関わり合うものでありうるので、基本的に準拠法(*lex causae*)の管轄に属するとみるべきだとする。

日本では、芳賀雅顯「涉外訴訟における一応の証明」法政論究24号155頁以下(1995)および山本・前掲注(4)『注解』430頁注(58)などが、表見証明や一応の推定について、裁判の内容(本案)に決定的な影響力を有する場合は、実体関係の準拠法によるのが妥当であるとしている。なお、証明責任や表見証明の問題は、実体関係と同様に、抵触法的に処理されるべきであり、証明責任は実体関係の準拠法によること、表見証明ないし一応の推定は法廷地法によることには異論がないとされてきているが、なお理論の精緻化が必要とするものもある(櫻田嘉章『国際私法[第5版]』(有斐閣, 2006)335頁)。

10) 芳賀・前掲注(9)177頁以下。ただし、芳賀説は、一応の証明に対し、通常的事実上の推定は、個別事件の状況に応じて法廷地裁判官が判断せざるをえないことから、法廷地法によらせるとする(同178頁)。すなわち、一応の証明については、準拠性の高い経験則が働き、要件が実体法的に固まっていること(定型的事象経過に限るなど要件が加重されている)、効果の多様性(証拠評価にとどまるものから証明責任の転換まで)があること、その効果として証明責任の転換との連続性があることなどを挙げて、すべて準拠法的処

ところで、証明度については、同じく証拠法分野でありかつ一応の証明に関わる問題でもありながら、日本では今まであまり議論されたことがない¹¹⁾。証明度が手続事項か実体事項かにつき、ドイツでは、手続事項（法廷地法）説がやや有力なようではあるものの、実体事項（準拠法）説の支持者も散見され、議論に決着がついていないようである（後述）。

本稿は、証明度の法的性質について、証明度が実体法に属するかそれとも手続法に属するか、またその性質を国際民事訴訟法の場面でどのように解すべきかにつき、前提問題たる「手続法廷地法原則」にも言及して、検討を試みるものである。

第二章 手続法廷地法原則に対する疑義

第1節 手続法廷地法原則の正当性

従来、訴訟手続上生ずる手続問題については、「手続は法廷地法による」

理に委ねるべきとする。

しかし、効果の多様性や証明責任の転換との連続性をいうのであれば、事実上の推定についても、同様ではないか。そもそも事実上の推定は、一般的に証拠評価の問題であるとしても、具体的な事案においては高度の経験則が働く場合があり、結果として証明責任の転換に至るような場合もありうること、実体法上の地位に多かれ少なかれ影響を与える点では同様であることを考えると、一応の推定と同様に、事実上の推定も、実体準拠法に従うとするのが、妥当のように思われる。

- 11) ただし、山本・前掲注(4)『注解』420頁は、証明度について一応の検討をしておられ、原則、証明度を証拠評価という手続法問題と捉え、法廷地法を基準とすれば足りるとするが、例外として、一定の実体権に関し、当該権利の実際上の貫徹を容易にするための配慮で証明度軽減されているような場合には、「実体権の保護と密接な関連を有する問題といえるので、なお実体準拠法の適用を認める余地があるように思われる」との先見的な見解を述べておられる。

また、芳賀・前掲注(9)188頁以下注(75)も、一応の証明の問題と併せて証明度についても検討を試みておられ、山本説のように、各国・各実体法で様々な証明度がありうる中で、それらの場合分けして分離する扱いは公平ではないので、あげて法廷地法が適用すべきであるとする。

これらは、証明度に関して実質的な議論を試みた数少ない論説である。

との原則(手続法廷地法原則)が妥当し、これが絶対的なドグマであると、世界的に共通して考えられてきた。その根拠は、外国手続法の適用は国内の公序に反する、手続は国家が規律する公法である、属地法原則、訴訟制度の安定、などが挙げられている¹²⁾。

手続法廷地法原則の説明として、の手続は公法であるとする道垣内説は、手続は国家が規律する公法と同義であると解して、手続問題を国際私法の枠組みから排除し、法廷地法原則が妥当とする。すなわち、民事訴訟法は、原則その国の権力機構のあり方を定めるものであるから「公法」の領域に属するとして、国際私法の枠外とする。ただし、「民事訴訟法に規定されているからと言うだけで公法規定とされるわけではなく、その問題を規律している外国法に委ねる可能性があるか否かを個別に検討する必要があるとする。その上で、日本の公法としての手続法の対象領域と認められるもの(例えば、訴状の書き方、訴訟費用の額・納入方法・時期、送達・証拠調べ)がそのまま手続問題とされるとするが、債権の消滅時効や、相殺、損害賠償額の算定、債権者代位権などについては、実体問題になると述べる¹³⁾。

したがって、道垣内説は、手続事項と法性決定されるものに関しては法廷地法原則を貫き、外国法の適用が必要とされそうなものは、訴訟法に規律されていても、実体か手続かの法性決定の振り分けで、実体事項とすることで抵触法問題の前に片をつけているのである。結論としては、訴訟法に規律される事項についても実体事項と定めれば外国法の適用可能性を認めるが、手続事項については抵触規定を想定しない点で手続法廷地法原則を貫くのである。

の訴訟制度の安定を掲げる兼子説は、「実体法は紛争解決の解決内容の規準としてなるべく当事者の予期する法律により又世界のどの国の裁判

12) ただし、Szász, *supra* note 7, at 211-232 は、各根拠を挙げ、かつどれもが決定的ではないと批判している。外国の議論状況については、秋元・前掲注(1)390頁以下が詳しい。

13) 道垣内正人『ポイント国際私法各論』(有斐閣, 2000)20頁以下参照。

所で裁判する場合も同一の規準によるのが理想であるが、訴訟法は裁判権行使の方法手続を定めるものであって、事件によって外国法によらせることは手続の不統一を来し、訴訟制度を混乱させることになるからである」と説明する¹⁴⁾。

第2節 手続法廷地法原則の相対化

このように手続法廷地法原則の正当性については諸説あるが、それらの説は、いずれも手続事項に法廷地法が適用される根拠とはなりえても、その排他的な適用までも正当化するものではなく決定的ではない¹⁵⁾。例えば、

の公序根拠説に対しては、外国の手続法がすべて公序に反するわけではないこと¹⁶⁾、また公序はこれに抵触する外国法を排除するのみで抵触規範として自国法を指定する機能はないことなどが、指摘されている¹⁷⁾。

の手続が公法であるという説明についても、手続ごとに広狭はあれ、処分権主義や弁論主義など当事者支配の原則が広く認められていることから、「手続すべてが他国法の介入を許さない国家性を持つとは決して言えない」と批判されている¹⁸⁾。また、¹⁹⁾によると、訴訟法規律事項について、そもそも実体と手続の選別の段階で準拠法問題を考慮することになるが、それだと法性決定が恣意的になるおそれがあるとの批判が可能である。なお、スイス国際私法典13条2文やドイツの学説に鑑みても、外国の公法不適用原則なるものは存在しないようである¹⁹⁾。

の属地法原則についても、このことから外国訴訟法の適用を排斥するという必然性は生じない²⁰⁾。また、実体権の実現のための手続法を、実体

14) 兼子一「実体法と訴訟法」『民事訴訟法講座(1)』(有斐閣, 1957) 13頁。

15) 石川明=小島武司編『国際民事訴訟法』(青林書院, 1994) 174頁以下参照〔森勇〕。

16) 秋元・前掲注(1) 291頁以下参照。

17) 石川=小島編・前掲注(15) 176頁〔森勇〕。

18) 石川=小島編・前掲注(15) 177頁〔森勇〕。同旨、山本・前掲注(4)『判タ』18頁。

19) 石黒一憲『国際私法〔第2版〕』(新世社, 2007) 23頁参照。

20) 秋元・前掲注(1) 393頁。

法と切り離して属地的にのみ考えるのは無理があるのではないかと、といった批判が挙げられる²¹⁾。

の訴訟制度の安定化根拠説に対しても、たしかに訴訟制度の安定化が望ましいとしても、そのみで個別事件における実体法保護などの要請を超える絶対的な理由とはなりえないことが指摘できよう。

したがって、近時、手続法廷地法原則は絶対的なドグマではないことが認識されるようになってきたのである²²⁾。

第3節 手続に関する抵触規定とその基準

「手続法廷地法原則」というドグマが相対化することに伴い、手続事項についても、抵触規定を想定すべきであるとの主張がなされるようになってきた²³⁾。それゆえ、最近では、手続事項の問題の重点は、実体法問題か手続法問題かという法性決定での振り分けよりも、むしろ、実質準拠法問題として、廷地法によるかそれとも外国法の適用も認めるかといった選択基準を何に求めるか、に議論が推移してきているように思われる²⁴⁾。

そして、涉外事件に適用されるべき手続法の準拠法選択基準としては、基本的には国際私法の場合と同様に考えることとなるが、ドイツの議論を参考に、「機能的関連性」、「訴訟結果への影響」、「順応可能性」、「私法的・公法的・中立的な手続規定の分類」などが、指摘されている²⁵⁾。

21) 石川 = 小島編・前掲注(15)177頁以下〔森勇〕。

22) 例えば、山田録一『外国人の訴訟能力』『国際私法の研究』(有斐閣、1969)307頁以下、秋元・前掲注(1)396頁など。なお、Szász, *supra* note 7, at 225-232 は、1960年代当初より、唱えていたところである。

23) 日本では秋元・前掲注(1)395頁以下などが賛同している。

24) 澤木敬郎 = 青山善充『国際民事訴訟法の理論』(有斐閣、1987)19頁以下〔澤木敬郎〕、山本・前掲注(4)『判タ』15頁以下。ドイツの状況については、福永有利「涉外訴訟事件における訴訟進行権」吉川追悼記念『手続法の理論と実践(下)』(法律文化社、1981)83頁以下、渡辺・前掲注(3)179頁以下(同33頁以下)、石川 = 小島・前掲注(15)180頁〔森勇〕など。

25) 石川 = 小島・前掲注(15)181頁以下参照〔森勇〕。

しかし、どれも一つでは、決定的な基準とはなりえていない。

の機能的関連性基準説²⁶⁾は、特定の実体的な法制度と機能的に結びついている手続事項は実体法上のものとみて、実体準拠法国の手続規律によるべしとするようであるが、機能的関連性をいうだけでは抽象にすぎ、具体的な基準とはなりえない²⁷⁾。

訴訟結果への影響を基準とする説は、訴訟は、権利形成過程と手続過程の両側面を持ち、とりわけ証拠法の領域は訴訟の権利形成過程として重要な機能を割り当てられているから、証拠法中の一定の手続規則は、これを実体法として法性決定するのが適当である場合があるが、そのような規則とは、訴訟の本案の内容に影響力をもつ規則であるとする²⁸⁾。この説によると、個々の規則が本案内容に影響力を持つか否かを個別に判断しなければならず、また外国法によるべき場合が多くなりすぎるおそれがあり、この基準だけでは律しきれないとの批判がある²⁹⁾。

「順応可能性」基準は、当事者の手続順応可能性を基準とするが、これに対しては、例えば裁判所の構成など、順応可能性が欠けるからといって実体準拠法の規律に直ちに委ねるといふわけにはいかないものがあることが指摘されている³⁰⁾。

の手続規定を3つに分類して考える説も、その振り分け基準がさらに問題となってくる点で、選択基準として決定的ではない。

そのため、いくつかの判断基準を基に総合衡量することを検討すべきであるが、その指針としては、以下の見解³¹⁾のように考えるのが妥当と思われる。

26) パウル・ハインリッヒ・ノイハウス『国際私法の基礎理論[第2版]』櫻田嘉章訳(成文堂, 2000) 136頁以下など。

27) 石川=小島編・前掲注(15)181頁〔森勇〕。

28) 秋元・前掲注(1)458頁。

29) 石川=小島編・前掲注(15)181頁以下〔森勇〕。

30) 石川=小島編・前掲注(15)182頁以下〔森勇〕。なお、森説は、この順応可能性を一つの軸とし、あとは法廷地法原則の根拠をもう一つの軸として考慮すべきとする(同184頁)。

31) 石川=小島・前掲注(15)183頁以下参照〔森勇〕。

すなわち、のように、手続の中でも、法廷地国の司法公権に直接関わる事項あるいはその手続法の基本的枠組みに関する規律（公法的手続規定・中立的な手続規定）については、その国の公序に関わるものと同視できると考えられるので、法廷地法によるのが妥当であると思われる。具体的には、裁判権、管轄、除斥・忌避、訴訟代理、訴訟費用、期日・期間、訴え提起の方式、中断・中止などが挙げられよう³²⁾。

他方、訴訟の本案に深く関わるようなそのほかの手続事項（私法的手続事項）については、法廷地法原則の例外を認めてよいと解する。とりわけ、

訴訟の本案の「実体法上の結論に影響する事項」については、実体準拠法国の手続規律によることが検討されてよいと思われる³³⁾。

なお、実体準拠法国の手続法が法廷地国の手続的公序に反する場合は、例外の例外として法廷地法を適用すればよいのであるから、法廷地国の法秩序を保つことは充分可能であると考え（法適用通則法42条参照³⁴⁾）。また、順応可能性がないものも、公序に反する場合として含めてよいと考える。

さらに、そもそも実体事項と手続事項の区別を演繹的・先験的（a priori）な一般的基準に求めようとしたところに問題があったとすれば、国際的な法交流ならびに判決調和の要請からは、「帰納的、経験的に求められた、具体的場合に妥当する相対的な基準で満足するしかない」と思われる³⁵⁾。すなわち、個別の事項ごとに、手続的実質準拠法を考えるのが、素直な方策と言えるのではないか。

だとすると、後は、具体的に個々の問題ごとに実質準拠法を判断すべきことになる。証拠法分野では、例えば、証明責任規範は、訴訟結果に影響する事項として、一般に実体法として法性決定されるべきであることが

32) 山本・前掲注(4)『注解』423頁以下注(16)参照。

33) 秋元・前掲注(1)458頁参照。

34) 山本・前掲注(4)『判タ』15頁以下。

35) 秋元・前掲注(1)457頁以下参照。

主張されるようになってきていた³⁶⁾。これは、法廷地法原則を絶対的なものとしていた時代から、証明責任は実体法上の権利関係と非常に密接な関係にあるゆえ、実体準拠法と統一的に規律したいとの要請が強かったところ、手続的抵触規定を認めるのは困難であったため、実体事項と法性決定してきたにすぎないと思われる³⁷⁾。

したがって、手続事項全般についても、準拠法選択の可能性を認めてよいだろう。すなわち、手続事項は国際民事訴訟法の適用範囲としつつそこに手続的抵触規定を認めてよいと考える。その上で、手続事項の準拠法を考えると、例えば、証明責任については、どちらに証明責任があるかにより訴訟結果が影響されるのであるから、実質準拠法（lex causae）の問題として、実体準拠法国の証明責任規範（定められ方によって実体法あるいは手続法を参照）に従うのが妥当であると考えられることになる³⁸⁾。

ただし、本稿では、このような実質準拠法問題とするか、実体事項か手続事項かで処理するかといった方策論の違いには、これ以上立ち入らない。もはや手続法廷地法原則のドグマを形式的に絶対視するか否かの差であり、個別の手続事項ごとに実質的な処理が必要であることはおおむね争いがなくなっていると考えられるからである。他の論者の「実体法的に処理する」との意味を、ひとまず「手続抵触法問題として外国法の適用を認める」とことと同義と捉えて、以下、証明度の問題を検討したい。

第三章 証明度の法性決定

第1節 証明度の意義

証明度規範の問題に関しては、証明責任と共に実体法的に処理されるべ

36) 前掲注(5)東京地判平10・5・2判決。兼子一「実体法と訴訟法」『民事訴訟法講座(1)』(有斐閣, 1954)13頁, 秋元・前掲注(1)469頁。

37) 澤木 = 青山・前掲注(24)20頁以下参照〔澤木敬郎〕。

38) 澤木 = 青山・前掲注(24)21頁以下参照〔澤木敬郎〕。

きか、あるいは手続法的に処理されて法廷地法原則が妥当するべきかという問題がある。とりわけ証明度の問題の処理が難しいことの背景には、英米法と大陸法では、民事裁判の原則的証明度に高度の証明度が必要かあるいは優越的蓋然性で足りるかといった点で異なるという事情がある。

周知のように、大陸法といわれる日本やドイツの民事訴訟法(民訴247条、ド民訴286条)で言及されている自由心証の程度すなわち原則的証明度をめぐっては、理論上対立があるものの、日本およびドイツの判例・通説は、「高度の証明度」を一般に必要としていると解されている。

ただし、両者の有名な判例の表現は、若干異なっている。ドイツの有名な判例であるアナスタシア判決では、民事に必要とされる証明度とは、「疑いを完全に払拭したというわけではないが、疑いを沈黙せしめるだけの、実生活に用いる程度の確実性(eine für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen) (下線筆者)」が必要であるがそれで足りるといわれている³⁹⁾。

日本の東大ルンパール事件(最判昭50・10・24民集29巻9号1417頁)では、訴訟上の(因果関係の)証明は、「一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、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しう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(下線筆者)」とされている。

他方、アメリカやイギリスでは、一般に「証拠の優越(preponderance of evidence)」すなわち優越的蓋然性で足りるとしており、ただし、父性確定の事件などでは、例外的に高度な「明白かつ説得的な証明(clear and convincing proof)」が必要であるとし、段階的証明度を認めている⁴⁰⁾。

39) BGHZ 53, 245, 255ff=NJW 1970, 946, 948; vgl. MüKo/Prütting, ZPO, 2. Aufl. § 286 Rn. 35ff. 訳の表現については、春日偉知郎『民事証拠法研究』(有斐閣, 1991) 50頁参照。

40) Graham, *supra* note 7, at § 301: 5; 2 McCormick on Evidence (6th ed. 2006) § 339-340.

ドイツでも、判例・通説は一般に高度の証明度を求めているものの、ドイツ民事訴訟法は、特別規定で段階的に異なる証明度があることを認めていることが分かる。すなわち、最低限度の証明度である疎明、ドイツ民事訴訟法287条の損害性における表見証明の証明度、同286条の一般的な真実判断の高度の証明度（ドイツ多数説による）、そして例外的に同372a条による父性確定事件でのさらなる高度の証明度である⁴¹⁾。

このように、国によって、とりわけ英米法の国と大陸法の国との間では、一般的にあるいは事件類型によって証明度が異なりうるため、証明度が手続法問題あるいは実体法問題に分類されるかどうかは、涉外事件において重要な関心事となりうる。

アメリカの裁判所、例えばカリフォルニア州の裁判所が、日本法あるいはドイツ法により判断するとき、逆に日本あるいはドイツの裁判所がアメリカ法により判断するとき、証明度の差により事実認定に違いが生じるおそれがあるからである。

実際に、例えば、製造物責任法ができる前の日本の裁判所では、アメリカと異なり、製造者の責任が認められにくかった。アメリカでも日本でも、従前は直接の売主ではない製造者に対しては不法行為責任を追及するしかなかったところ、消費者たる原告に複雑な商品の製造における注意義務違反の証明責任が課されていたが、日本で裁判すると証明度が高く要求されることもあって（広範な証拠収集制度たるディスカヴァリがないこともあるが）、日本の原告には製造者の過失の証明が困難であるがゆえに救済が認められないという状況が生じていた。

したがって、涉外関係の事件において、ドイツの裁判官は、アメリカの実体法により裁判するとき、ドイツ民事訴訟法286条の理解に基づき証拠調べを実施すべきか、それともすでにその原告の事実の提示が被告のそれよりも蓋然性があるとみなしたときには、原告に有利に判決することが

41) Paulus, Beweismaß und materielles Recht, FS Gerhardt, 2004, S. 749ff.

できるのか (Cal. CCP § 502 & Cal E. C. § 115 (2)) が問題となるのである。逆に、アメリカの裁判官が、ドイツの実体法により裁判するとき、優越的蓋然性が提示されたなら、請求をすでに認めてよいのか、それとも、ドイツの証明責任分配に加えて、さらにドイツの証明度を適用しなければならぬかという問題が生じるのである。

なお、ドイツの裁判所が日本法の証明度に基づいて判断する場合、両国法とも一般的に民事の証明度を高度に考えるため問題がないとも言えそうであるが、ドイツと日本の間ですら例外的な証明度規範の存否や特別法による証明度の修正の存否の点では法制度が異なるため、結果が異なるという問題がやはり生じうる。

そこで、次に、証明度規範が実体法かあるいは手続法かにつき、争いがあるので検討したい。

第2節 証明度規範の性質

1. 体系的位置づけ

証明責任が実体法問題であるとする立場は、体系的に証明責任の分配が各実体法の規定の表現に基づいていることを根拠とする。それゆえ、体系的に捉える見解によると、証明度については、証明度の規律が手続法に定められていること、例えば、日本の民事訴訟法247条およびドイツ民事訴訟法286条の自由心証主義の規定に含まれると解されていること、また、これらの条文の内容が裁判官だけに向けられていることを根拠に、手続法に属するという。裁判官がその条文に縛られるのは、訴訟手続の中だけだからである⁴²⁾。

このように、証明度を自由心証の一部とし、自由心証が裁判官に関する

42) Leipold, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess, 1985, S. 17ff. 秋元・前掲注(1)403頁以下は、証明度自体について言及していないが、証明と疎明との区別で裁判官の心証の強弱の度合いに関するものは *lex fori* と捉えている。また、渡辺・前掲注(3)179頁以下も、証明度は法廷地法に従うとの結論になると思われる。

事項であるとする体系的位置づけからは、証明度は手続事項として法廷地法原則に従うことが、形式的で素直な解釈となろう⁴³⁾。

しかし、実質的に訴訟結果への影響といった実体法上の権利保護の見地や適応可能性なども加味して、内国手続法に規律される事項も準拠法問題として総合的に考慮する必要性があることは、前述したとおりである。

以下の学説は、そのような見地で検討して、証明度規範を手続事項と捉える説と実体事項と捉える説とで分かれるものである。

2. 手続法説

a) 裁判官の確信形成根拠説

Nagel 教授および Gottwald 教授は、証明度は、裁判官の立場および裁判官の確信形成と密接に関わるので、法廷地法の適用によらなければならないとする⁴⁴⁾。同様に、Habscheid 教授も、証明度については、裁判官の内心の確信原則を法治国家の考えに根ざした手続法的原則とみなし、法廷地法原則のみが妥当しうるとする⁴⁵⁾。

b) 確信形成と法的平和根拠説

Schack 教授は、証明度を実体法へ組み入れることに対して異議を述べている。すなわち、「蓋然性の程度を正確に計るあるいは十分に評価することはできないので、公正な司法（裁判）が脅かされるあるいは過剰な責任という結果が引き起こされるかもしれない。優越的蓋然性で十分だとすると、国際的な事件では、外国法の調査や事実認定をいい加減にするおそれがあり、裁判官が適用する外国法を正確に分らないまたは正確に適用できなかったがために、自分が敗訴したという印象を当事者が持つおそれがある。これ以外にも、一般に、被告の陳述が原告のそれよりも蓋然的ではないというそれだけの理由で、被告が敗訴するとすれば、それは不快な

43) Paulus, a. a. O. (Fn. 41), S. 751.

44) Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl., 2007, Rn. 9. 51.

45) Habscheid, Beweislast und Beweismaß Ein

kontinentaleuropäischer-angelsächsischer Rechtsvergleich, in Festschrift Baumgärtel, 1990, S. 119.

ことである。したがって、あまりに低い証明度は、法的平和 (Rechtsfrieden) や法廷地法の原則を危うくするおそれがある」と主張する。また、ドイツ民事訴訟法287条(損害額の認定規定)を柔軟に活用すれば、証明度の差による結論の差は、耐え難いほどには大きくないだろうと説明する⁴⁶⁾。

c) 考察の一面性(偏り)

Paulus 教授は、Schack 教授の見解によると、ドイツでドイツの裁判官が、外国法(例えばアメリカ法のように、裁判官の判断の基礎としては優越的蓋然性で充分となるような法)を適用すべき場合が生じるときでも、厳しいドイツの証明度を維持することになるが、逆の場合、すなわちカリフォルニアの裁判官が、ドイツの実体法を適用するときには、アメリカの証拠の優越基準で判断しなければならないことになるので、Schack 教授が懸念したことはあてはまらなないと主張する。なぜなら、このとき、敗訴当事者が、アメリカの裁判所がドイツ法をきちんと調査していないと争うとしても、事件自体は少しの確信力(証拠の優越)で判断されることができたのであり、他のアメリカの敗訴者と同様に扱われたにすぎないからであると述べる⁴⁷⁾。

したがって、Paulus 教授の批判から鑑みるに、結局、裁判官が外国法の証明度という慣れない法を適用するゆえの実務的懸念(困難)があるとしても、他方で、外国法のメリットは享受しえること、また当事者が公平に扱われているということからは、証明度基準が内国法でなければいけないという論理には直ちにならないということがいえる。

3. 実体法的解決

a) 確信形成と法的帰結根拠説

Coester-Waltjen 教授は、証拠法問題を国際私法的な見地で検討してお

46) Schack, a. a. O. (Fn. 7), Rn. 697. Schack の見解の紹介として、貝瀬幸雄『国際化社会の民事訴訟』(信山社, 1993) 90頁以下も参照。

47) Paulus, a. a. O. (Fn. 41), S. 752f.

り、証明責任が働く真偽不明（non liquet）の状態は、証明がどの程度に達すれば証明があったか否か（証明度）と関わるため、証明責任問題の前提問題として考えておられる。そして、証明度も証明責任と同様に実体法として理解されなければならないとし、それゆえ、法廷地法（lex fori）に対してではなく実体準拠法（lex causae）に従うべきであると主張する。

この見解は、証明度規範が、事実関係を真実と確定できなくても確実に近い蓋然性があればその事実関係が存在するとみることが許すものであることから、証明度規範を「真実調査の簡略化（Verkürzung der Wahrheitsermittlung）」を可能にするために機能するものと捉えるが、この真実調査の簡略化は、実体法と関わっていることを理由とする⁴⁸⁾。

すなわち、事実関係の確定は、実体法の実現という別個の目的を達成するための補助手段にすぎず、証明の程度の決定は、どのような事情下で、特定の法的効果を生じさせるかについての価値判断を有しており、ドイツおよびアメリカとも、原則的な証明度以外に、例外的に証明の程度を引き下げたり高めたりする場合が認められており、証明の程度の法規範は実体法と関わるものだから、抵触法上は実体準拠法の管轄に属するとみられるべきであるとする⁴⁹⁾。

また、裁判効率や裁判の調和や判決の国外での実現可能性の点が問題になるとの批判に対し、外国法を適用することになっても問題はないと反論される。ドイツでもアメリカでも原則的証明度のほかに例外的証明度を法制度として有しているため、外国法の異なる程度の証明度の適用を求められても、内国裁判所が困惑することはないはずだと主張されるのである。

48) Coester-Waltjen, a. a. O. (Fn. 7), S. 277. 本書の紹介としては、櫻田嘉章 = 福永有利「涉外訴訟における証拠・証明　ダグマー・ケスター = ヴァルティエン著『国際証拠・証明法』の紹介」判タ613号124頁以下（1986）、とりわけ140頁が詳しい。

49) Coester-Waltjen, a. a. O. (Fn. 7), S. 278f. ところで、Coester-Waltjen 教授が証拠法の準拠法を検討する際の基準とした「真実調査の簡略化」という視点に対しては、そもそも真実調査は実体法上の目的によってのみ簡略化されるわけではないとの批判があり、例えば、手続上の義務違反を理由とする証明責任の転換や大半の証言拒絶権は、手続的な価値判断にもとづくとの指摘がなされている（Schack, a. a. O. (Fn. 7), Rn. 657）。

ただし、個別例外的に公序によって制限されることはあるとする⁵⁰⁾。

b) 確信形成と責任の決定根拠説

Geimer 教授は、まず準拠法の問題は、真実のためにどの程度の証明が必要かの確信形成の問題であるとする。また、準拠法の管轄は、証明度規範が実体法と近接していることに基づくとするが、それはすなわち、証明の程度の決定は、最終的には、賠償責任の範囲の決定の問題であるからだとする。すなわち、必要な証明度の軽減は、賠償請求権の認められる範囲を拡張することになり、逆に証明度の高度化は、賠償請求権の認められる範囲を縮小することになると説明する⁵¹⁾。

c) 証明度と実体準拠法説の相関性説

Paulus 教授は、手続法説とは異なり、実体準拠法説の支持者は、裁判事項や裁判の当事者に焦点を合わせるのではなく、最終的に訴訟で証明度を固定することで問題となること、すなわち実体法上の法的問題の判断(訴訟結果)に焦点を合わせているという。その実体法上の判断すなわち訴訟結果は、裁判官が適用すべき証明の程度に応じて異なりうるからである⁵²⁾。

その上で、証明度の性質は「実体法と手続法の連結物(das Bindeglied)」であると主張される。証明度に基づいた裁判官の内心の確信形成の程度により、実体法の地位の存在が決まるのであり、証明度は手続法と同程度に実体法とも近いものであるからと述べられる。したがって、手続法として法性決定することは一面的な見方であり、妥当ではないとされ

50) Coester-Waltjen, a. a. O. (Fn. 7), S. 280.

51) Geimer, a. a. O. (Fn. 7), Rn. 2336. Buciek, Beweislast und Anscheinsbeweis im internationalen Recht, 1984, S. 283.

52) Paulus, a. a. O. (Fn. 41), S. 754ff. 実体法と手続法の関連性の検証例として、アメリカの parol evidence rule は、証拠法(手続法)の分野のみならず、契約法(実体法)の要素が関わっていることを挙げる。すなわち、parol evidence rule は、実体法上も、契約書面で明らかにされた内容のみが最終的で完結した規範として扱われうるといふ原則であるため、書面が訴訟において証拠としての意義を有するだけでなく、実体法律関係上も、重要な意義を有するということである。

る⁵³⁾。

結局、法秩序にとって好ましい裁判結果を達成するには、手続法の助けのみならず、実体法の助けが必要であるとし、それゆえ、例えば、ドイツの裁判官がアメリカの実体法に基づいて判断する場合には、アメリカ法の証拠の優越という証明度も併せて適用すべきであるとするのである⁵⁴⁾。

4. 折衷説

山本和彦教授は、証明度については、当事者の証拠収集行為の側面からみれば、証明責任が事前に決まっていれば証明責任を負う当事者が可能な限りで自ら有利な証拠を集めることが期待できるので、証明度までが事前に決まっていなくとも不意打ちを受けるおそれは小さいとして、原則としては、法廷地法を基準とすれば足りるとする。他方、証明度が一定の実体権に関してのみ軽減されており、それが当該権利の貫徹を容易にするための実際上の配慮であるような場合（例えば、表見証明が特定の実体権の貫徹の容易化を目指して証明度を軽減しているものであるとすれば）、実体権の保護と密接な関連を有する問題といえるので、なお実体準拠法の適用を認める余地があるとする⁵⁵⁾。

5. 私見

前述の折衷説は、証明度につき、原則は手続法と法性決定しながら、例外的に、実体権の保護と密接な関連を有する問題といえれば、当該法律関係の実体準拠法国の証明度の適用を認める余地があるとする。

たしかに、体系的にみれば証明度は自由心証主義と関わり手続法の性質を有する。しかし、Paulus 教授が述べていたように、証明度の高さ・低さは、「訴訟結果に影響」する。すなわち、原則的な場合であれ特別な事案の場合であれ、証明度の高低は、おしなべて実体権の保護の範囲に密接な関連を有するものである。

53) Paulus, a. a. O. (Fn. 41), S. 759.

54) Paulus, a. a. O. (Fn. 41), S. 760.

55) 山本・前掲注(4)『注解』420頁参照。

また、訴えの当初より、証明度は定まっていることが重要であるから、当事者の予測可能性（適応可能性）の見地からも、証明責任と同様に一体的に実体準拠法問題として考えてよい事項といえる。

このように、証明度は手続法的側面のみならず実体法的側面の両者の性質を含むものであるから、どちらの要素を重視して準拠法問題を決すべきかという問題になりうるが、以上より鑑みるに、事実認定に必要とされる証明の程度により、裁判所の具体的判断が異なりうるのであるから、実体権の保護という価値を重視し、当該法律関係の実体準拠法国の証明度規範を全般的に適用すべきということになると思われる。

その結果、実体準拠法が法廷地法とならない場合、すなわち外国実体法を適用すべき場合においては、当該外国法の証明度規範も適用しなければならないことになる。例えば、日本の裁判所が、アメリカの不法行為法を適用して判断する際には、アメリカの証明度規範である「証拠の優越原則」を適用することになる。

他方、このような証明度が異なると訴訟結果も異なりうるとの考え方に對し、Gottwald 教授は、実際に裁判所の具体的判断の違いはないと批判される。すなわち、英米法の国と大陸法の民事の証明度とは、表現上の差異があるものの、裁判官の現実の心理学的認知過程および判断過程を数量化することはできないため、証明度の差異は「言葉の問題（a matter of word）」にすぎないと述べる⁵⁶⁾。

しかし、Gottwald 教授が主張されるように、本当に実際上の差異は生じないのだろうか。例えば、外国法では証明度が証拠の優越で足りるとされている事案において、法廷地の裁判官は、外国法を適用して事実認定を行うに際し、内国法で高度の蓋然性が要求されているときとまったく同程度に、注意深く事実調査を行って事実認定をするか疑問であるとの反論が

56) 詳しくは、Gottwald, Das flexible Beweismass im englischen und deutschen Zivilprozess, FS Henrich, 2000, S. 165ff. また、同様に考えるものとして、Brinkmann, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 2005, S. 61ff, 85ff.

Paulus 教授によりなされている⁵⁷⁾。やはり、証拠の優越原則で事実認定できるのであれば、高度の蓋然性が要求されるときよりも、裁判官は違う態度で事実認定を行うのではないかと思われる。

また、私見に対する別の批判として、内国における場合とは異なる証明度を適用しなければならないという、裁判所の実際上の不都合が指摘されることが考えられる。しかしそれは、実体法律関係についての実体準拠法たる外国法の適用における不都合と同様、裁判所の方で克服すべき問題であり、それゆえに法廷地法原則を貫けばよいという問題ではないだろう。当事者の実体法上の権利保護および当事者の救済のためにこそ、裁判所は機能すべきだからである。

なお、証明度は、高く設定されれば証明責任の範囲が広がり、優越的蓋然性原則に従えば、証明責任の範囲は狭まるように、証明責任と共に一体的に機能するものと考えられる（「機能的一体性」）。

そこで、証明度がいかに証明責任と共に一体として機能しているかについては、改めて内国法における証拠法の議論を基に次章で検討したい。

第四章 証明責任，証明度，自由心証主義の相互関係

第1節 当事者の証明と裁判官の自由心証主義との関係⁵⁸⁾

裁判は、争いある事実についての事実認定と、その事実に対する法適用との二段階の作用から成り立つ⁵⁹⁾が、前者の作用につき民事訴訟で争いある事実については、当事者が主張・立証しなければならない（弁論主義）。

したがって、民事訴訟における当事者は、当事者間で争いある事実につ

57) 同旨，Paulus, a. a. O. (Fn. 41), S. 755.

58) 以下の叙述については、春日・前掲注(39)15頁以下を参考にした。

59) 太田勝造・社会科学の理論とモデル7法律（東京大学出版会，2000）61頁以下参照。陪審裁判では、事実認定の作用は、陪審に委ねられることは言うまでもないだろう。

き、裁判所が判断できるよう、関連資料を収集し、裁判所へその資料を提出・顕出する行為（証明活動）を行うことが必要となる⁶⁰⁾。そして裁判所側は、当事者の提出・顕出した「一切の資料」すなわち判断資料・証拠資料を、証拠調べを通じて取得した上で、裁判官の自由な心証により、争いある事実についての真偽を判断する（自由心証主義（民訴247条））。

このように、当事者の証明活動と、裁判官の自由心証主義による証拠評価とは、両者の行為の連鎖として行われる⁶¹⁾。

第2節 自由心証主義と証明責任との関係

それでは、自由心証主義と証明責任との関係はいかなるものか。そもそも自由心証主義（民訴247条）は、裁判官に対し、当事者の事実主張を真実と認めるか否かの自由を与えているが、これは、裁判官に対し、二者択一的に真・偽いずれかの確定を強制しているわけではなく、要件事実の存否不明という第三の選択肢（証明責任）が存在する余地を認めている。

それゆえ、要件事実が存否不明のときに、証明責任が意味を持つことになるといわれる⁶²⁾。すなわち、自由心証主義と証明責任の両者の関係は、「自由心証の（領土の）尽きたところから証明責任（の支配）が始まる」⁶³⁾という関係にある。

また、原則、証拠評価が、訴訟に提出された事実を具体的に評価する「事実問題」であるのに対し、証明責任は、立法者によって抽象的に規律された法適用の問題であって、「法律問題」であるという関係にもある。ただし、証拠評価すなわち事実認定が経験則に違反する場合には、原審の事実認定は適法性を欠き、上告理由となるので、単純に割り切れない部分もある⁶⁴⁾。

60) 伊藤眞「証明、証明度および証明責任」法教254号34頁（2001）。

61) 伊藤・前掲34頁以下。

62) 刑事訴訟手続との違いについては、小林秀之『新証拠法〔第2版〕』（弘文堂、2003）36頁以下。

63) 倉田卓次訳『ローゼンベルク証明責任論〔全訂版〕』（判例タイムズ社、1987）75頁。

64) 春日・前掲注(39)22頁注(7)参照。

第3節 証明度と自由心証主義との関係

自由心証主義が、具体的な事案において主張された事実について、「その証明がありたるものと裁判官の心証において認められるか否か」(ob)という、裁判官の主観的な証拠評価の場面で働くものであったのに対し、証明度は、「いつ証拠が出そろって証明があったとしてよいか」(wann)という、具体的な訴訟とは無関係に、一般的・抽象的に、客観的な証明の程度を図る場面で働く基準・指針である⁶⁵⁾。

また、自由心証主義は、具体的な事実の認定に関する「事実問題」において働くものであるのに対し、証明度は、証明責任と同様に、ある法領域・事項においていかなる証明の程度が妥当すべきか、という自由心証主義が作用する前に予め規律されているべき一般的・抽象的な評価基準の問題であり⁶⁶⁾、「法律問題」として働くものである⁶⁷⁾。したがって、誤った証明度による事実認定は、証明責任と同様に、上告理由に当たるといわれている(民訴312条)⁶⁸⁾。

ただし、一般に裁判官の自由心証に基づく証拠評価が、「事実問題」として事実審の専権に属する(民訴321条)としても、証拠評価において経験則違反があった場合には、経験則(実体法)の適用は「法律問題」であり、やはり上告理由になりうる。そのため、これらの問題は単純に割り切れないところがある⁶⁹⁾。

さらに、裁判を事実認定の過程と法の適用の過程とに区別してみると、

65) 春日・前掲注(39)17頁。

66) 証明の基準の問題は、法領域における事実の確定に関する一般的な法律問題であり、予見可能性および法的安定性の見地から抽象的に定められるべき問題であるから、個々の事件ごとに、証拠収集の可能性、証明の困難さ、相手方の態度等を総合的に判断して個々の訴訟ごとに相対的に決まるということでは、予見可能性、法的安定性は、確保できず妥当ではないといわれている(松本博之=上野泰男『民事訴訟法[第5版]』(弘文堂、2008)384頁参照)。

67) 松本博之『証明責任の分配[新版]』(信山社、1996)4頁。

68) 春日・前掲注(39)16頁。

69) 太田勝造『裁判における証明論の基礎』(弘文堂、1982)114頁以下、新堂幸司『新民事訴訟法[第4版]』(弘文堂、2008)523頁以下参照。

証明度も証拠評価も事実認定の過程で働くものである点で共通していることが判る。すなわち、事実認定の過程は、証拠や間接事実から主要事実の存否を、経験則を基に主要事実の蓋然性を推認し、事実認定に必要とされる証明度と対比して行われるものである。

第4節 証明度と証明責任との関係

証明度と証明責任は、共に、事実認定の場面で働く客観的規範であり両者とも法律問題である点で、具体的事件における裁判官の自由心証による証拠の評価が事実問題であるのとは異なる。

他方で、証明度は、前述したように、証拠調べおよび証拠評価の一部として、心証形成の領域に属する要素の一つであるが、証明責任は、その証拠調べおよび証拠評価による自由心証が尽きたことを要件としており、心証形成の領域には属さない。このように、証明度と証明責任は、内容のみならず適用される時点についても異なっているといわれる⁷⁰⁾。

なお、証明度が「手続法の問題」であり、証明責任が「実体法の問題」であって、両者は法領域でも異なるとの考え⁷¹⁾もある。前述でみたように、日本でもドイツでも、そのような解釈が従来支配的であり、涉外事件における証明度の法性決定に関しても、同様に解するのが多数説であった。

しかし、証明責任の分配も実体法上の法律要件の定め方にのみ依拠するものではない。要件事実論においては、当事者間の証明負担の公平・証拠へのアクセスの難易なども考慮している⁷²⁾ことから、証明責任は、原則として実体法上の問題であるとしても、手続法上の問題も含むといえる。他方、証明度は手続法上の問題(民訴247条の解釈)が原則であるとはいえず、実体法上の立法政策により、個々の実体法規の証明度が軽減されたり、

70) 春日・前掲注(39)18頁。

71) 春日・前掲注(39)18頁。

72) 例えば、司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実第一巻』(法曹会、1989)10頁以下参照。

高度なものに引き上げられたりしうる。

それゆえ、法領域の点では、証明度と証明責任の両者は実体法・手続法における原則・例外を逆にしたにすぎないだけの分離できない密接な関係にあると解される（実体と手続の交錯状態の関係）。

また、証明度と証明責任との間には、以下のような関連性もある。すなわち、要求される証明度が低くなればなるほど証明が効を奏する可能性が高くなり、裁判官の心証形成もまた容易になるから、証明責任による裁判の可能性はこれに応じて低くなる。逆に、要求される証明度が高ければ、証明責任による裁判の必要性は増すことになる。要求される証明度を下げることは、証明責任の負担を軽減することにつながるのである。このように、証明責任による判決の頻度は、要求される証明度の程度にも依存しており、両者は連続する形で関わっている⁷³⁾。

さらに、スウェーデン法の Ekelöf 教授による解釈では、証明責任規範が、単に要件事実存否不明の場合、誰がその不利益を負わなければならないかということを経律するだけでなく、その要件事実についていかなる証明度を必要とするかということも規律しているという。すなわち、法文も証明度を表現するために多様な文言を用いていること、また「証明度に関する情報を与えない証明責任規則はあまり意味がないこと」などから、証明責任規範は、当然に証明度規範を包摂したもものとして理解すべきであるという⁷⁴⁾。前述でも確認したように、スウェーデン法に限らず、アメリカおよびドイツでも証明度に関する特別な規律があり、それらの国の法文でも、多段階的な証明度を予定し規定していた。

したがって、このような解釈によれば、証明度が証明責任規範に含まれる以上、証明責任規範と同様に、証明度規範についても実体法と併せて実質準拠法（lex causae）に基づくと解することになる。

73) 春日・前掲注(39)18頁以下。

74) 春日・前掲注(39)48頁以下、萩原金美『訴訟における主張・証明の法理』（信山社、2002）143頁以下参照。

第5節 三者の関係 小括

1. 私 見

自由心証による証拠評価，証拠による事実の証明度とその事実の証明責任は，結局「メビウスの輪」のように密接に結びついているため⁷⁵⁾，それらが属する法領域を明確に分けることは困難であると思われる。実際に裁判官は，証拠評価における事実認定に際し，客観的な証明度に達したかを考慮して事実の存否を判断するが，事実の真偽不明の場合には，証明責任の所在に基づき判断するということになる。まとめると，三者の関係は以下のようになると思われる。

	証拠評価(自由心証)	証明度	証明責任
問題	事実問題(+経験則に関しては法律問題)	法律問題	法律問題
法領域	手続法(+実体法)	手続法+実体法	実体法+手続法

2. 表見証明の関わり

そして，表見証明および事実上の推定は，証明度と証明責任の間にあり，まさに証明度と証明責任を結びつけるものといえよう。その性質は，自由心証の領域で証明度の軽減という手続法の要素を原則としながら，結果として証明責任の転換という実体法の要素・領域にまで至るものが混在しているからである⁷⁶⁾。

3. 他説の紹介

これに対し，春日教授は，三者の関係を以下のようにまとめておられ

	証拠評価	証明度	証明責任
法律問題・事実問題	事実問題	法律問題	法律問題
法領域	手続法	手続法	実体法

75) 春日・前掲注(39)19頁参照。

76) 前掲注9)に掲げた文献参照。

る⁷⁷⁾。春日説以外にも、証明責任と証明度を実体法の問題と捉えるかあるいは手続法の問題と捉えるかについては、様々な考えがあり、決着がついていない。ある座談会での各見解をまとめた限りでも、複数の考え方が散見される⁷⁸⁾。（個々の見解への批判は、前述の説明で代えたい。）

	証明度	証明責任	証明度の性質	248条
太田説	実体法（個々の実体権ごとの誤判のリスク。） 三木説の手続法の内容は解明度の問題とする。	実体法	法律問題	（法的評価？）
三木説	実体法（当事者間の利益分配）+手続法（訴えを控えるという政策決定の要素。+裁判官の負担、当事者の負担迅速性、争点整理にも関わる。）	実体法+手続法	法律問題	非訟性を有し法的評価の問題。しかし、証明軽減はある。
加藤説	手続法（手続法的な要素が強い。）	不明（実体法説か？）	自由心証の範囲として事実問題	法的評価。裁量の注意規定
田尾説	手続法（一律に定まるべきである。）	手続法（個々の）	事実問題	証明度軽減
春日説	手続法	実体法	法律問題	証明度軽減+裁量
ドイツ ⁷⁹⁾	手続法（多数説）あるいは実体法（有力説）	実体法（多数説）	法律問題	ドイツ民訴287条参照
アメリカ ⁸⁰⁾	手続法（原則として）	手続法（原則として）	法律問題	該当なし

77) 春日・前掲注(39)19頁参照。

78) 田尾桃二=加藤新太郎編著「第7章 座談会 民事事実認定の客観化と合理化」『民事事実認定』（判例タイムズ社、1999）233頁以下参照。

79) 前述のドイツにおける証明責任や証明度の議論を参照してまとめた。

80) See Restatement 2nd, *supra* note 7, § 133-35.

例えば、太田教授は、証明責任のみならず証明度の問題についても、誤判のリスクという実体法的利益に関連したものであることから、実体法の問題とする。他方で、解明度については、証拠が十分集まるかどうかを考慮の中心であるとして、訴訟法的に考えられるとする⁸¹⁾。

これに対し、三木教授は、証明責任も証明度の問題も、ともに実体法の側面のみならず手続法の側面があるとする。すなわち、証明度は、それを高く設定すると、それだけ原告が勝ちにくくなるという点で訴えの提起に対する抑止効果があると述べられる⁸²⁾。

第6節 涉外事件における準拠法問題との関連性

私見のように、証明度も証明責任も、強弱の差はあれ、実体法的側面と手続法・手続法的側面との両面を有していると解されるならば、涉外事件における抵触法問題についても、「証明度の問題は手続事項であり証明責任の問題は実体事項である」とは、単純には振り分けることができないと思われる。

その上で、前述で検討したように、証明度も証明責任と密接に関わって実体法上の権利保護に資するという側面を重視するならば、証明度の抵触法問題についても、証明責任と同様、実体準拠法に依る(当該国では形式的に手続法に規定されているか実体法に規定されているかを問わず)、そちらの証明度を適用すべきであると思われる。

なお、私見に対しては、内国裁判所は、外国法の知識も経験も有していないのが通常であるから、誤った事実認定を行う可能性が高くなるので、実体準拠法に依る証明度規範を実質準拠法とするのは妥当ではないといった反論が予想される。

しかし、Paulus 教授も述べておられるように、それは涉外事件においては、実体準拠法が外国法である場合にもつねに生じる危険性の問題であ

81) 田尾 = 加藤編・前掲注(77)233頁〔太田勝造発言〕参照。

82) 田尾 = 加藤編・前掲注(77)233頁〔三木浩一発言〕参照。

り⁸³⁾、当事者の公平が担保されている限り、証明度に限った問題とはいいい難いと思われる。むしろ、訴訟をする当事者の紛争解決という意図からは、実体法上の権利の実現という訴訟結果の妥当性を第一に考えて解釈するのが適切ではないか。それこそが、本来の手続法の目的に適うのであって、その貫徹こそが望ましいと思われる。

手続事項ごとに準拠法を考えると、手続の統一性・一体性が損なわれるとの批判も考えられるが、例えば、証明度については外国法に従った場合に、日本の弁論主義の原則が損なわれる関係にはないと反論が可能だろう。また、準拠法の内容に従って当事者が公平に扱われるのであれば、当事者の武器平等・公平も損なわれるわけではない。しかも、証明責任と証明度との間の手続の統一性・一体性については、証明責任が実体事項で証明度を手続事項とする見解よりも、証明責任と一体的に証明度についても実質準拠法を考える私見の方が、むしろ適っているといえるのではないか。

さらに、手続法制度の統一性・一体性を問題視するならば、当事者の権利保護の見地・法的予見可能性からは、実体法制度においてこそ、全体の統一性・一体性が問題にされなければならないはずであるが、そのようなことはとりたてて問題とされていない点も反論として挙げられよう。

第五章 おわりに

「疑わしきは法廷地法による（in dubio lex fori）」という命題がある。抵触規則の欠缺その他の理由によりいずれの国の法律によるか不明の場合には、法廷地法たる内国法によるとするのである⁸⁴⁾。これによれば、証明度規範が、訴訟法的性質のみならず実体法的性質をも有するとして、いずれの国の法律によるべきかにつき決着がつかず不明となれば、証明度の準拠法問題については法廷地法原則に戻るようになる。

83) 石川＝小島編・前掲注(15)178頁以下〔森勇〕も同旨。

84) 溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣，2005）80頁。

たしかに、内国の裁判官の立場からみれば、涉外事件においても、なるべく内国法を適用するのが便宜かもしれない(いわゆる「内国法の志向(homeward trend)」)。

しかし、「国際私法との関係においては、法廷地法たる内国法も外国法も同等の価値と資格を持つものであることを忘れてはならない」し、また「この内外法を平等に扱うということが国際私法の根本精神であり、特に法廷地法たる内国法を優先させることは、この根本精神に反し妥当ではない」と思われる⁸⁵⁾。

裁判の調和という国際私法の理想、そして、手続法は実体法上の権利保護の実現という責務を負っていることから考えれば、一般に手続事項についても、準拠法問題として捉えることはむしろ理にかなってしよう⁸⁶⁾。上述したように、実体と手続の区別は一般的な基準で達成できなかったのであるから、「国際的法交通の促進に狙いを定めて、機能的・経験的に」「具体的場合に妥当する相対的な基準で満足するしかない」のである⁸⁷⁾。

その上で、手続事項ごとに準拠法問題としてつきつめると、例えば審級制度など裁判制度の基本的枠組みに関し、当該手続事項が国家の主権行為性を有するが故に法廷地手続法によるべきものもたしかにある。しかし、そのような場合と異なり、証拠法の分野の証明度に関しては、手続法と実体法の連結物であり両者の性質を有するところ、実体権保護という訴訟結果との密接性の観点から実体法的側面を重視し、証明責任規範と併せて準拠法の問題として扱い、外国法の適用可能性を認めるのが妥当であろう⁸⁸⁾。

本稿では、証明度の法的性質につき、涉外事件における取扱いの観点か

85) 溜池・前掲注(83)80頁。

86) 石川=小島編・前掲注(15)179頁〔森勇〕参照。

87) 秋元・前掲注(1)457頁以下。渡辺・前掲注(3)180頁(同34頁)なども同旨と思われる。

88) 私見に対しては、理想論のきらいがあるとの批判も十分考えられるところではある。しかし、今後一層、各国民事手続法の研究および統合の動きが進めば、実体法規範と合わせて、各国の国内手続規定を具体的に定め置く中で、徐々にこのような問題は解消されていくものと考えている。

ら、様々な考察を行なったが、手続事項には、証明度のように、実体法と手続法が交錯する性質のものがあることがわかった。実体法と手続法は、伝統的に切り離して考えられてきた（二分法，dichotomy）。しかしながら、国際的な事件が増える中、各国の法制度により、その境界線が異なることが次第に明らかになってきたところ、両者の関係を改めて考え直すことは有益であろう。

本稿は、平成20年度文部科学省科学研究費補助金（若手（B））による研究成果の一部である。