九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

「大規模訴訟に関する特則」について : 基本的な位相と庁内受命による人証調べを中心として

川嶋, 四郎
九州大学大学院法学研究院教授

https://doi.org/10.15017/2293

出版情報：法政研究. 69 (2), pp.75-98, 2002-10-30. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

「大規模訴訟に関する特則」について

――基本的な位相と庁内受命による人証調べを中心として――

川嶋四郎

目　次

一　序
　――問題の所在と考察の視角
二　制定の経緯と基本的な課題
　1　「大規模訴訟に関する特則」の立法過程
　2　「大規模訴訟に関する特則」の基本的意義と問題点
三　受命裁判官による裁判所内での証人尋問・当事者尋問
　1　法二六八条の趣旨と問題点
　2　「裁判所内」の意義
　3　「当事者に異議がないとき」の要件
　4　法二六八条の適用場面

四　結びに代えて

一　序

――問題の所在と考察の視角

近時頻繁に提起されるようになった大規模で複雑な訴訟事件においても、通常の民事訴訟事件と同様に、迅速かつ充実した審理・判断を実現すべきことは、今次の民事訴訟法改正に課せられた重要な課題のひとつであった。しかも、民事訴訟過程における集団的な法的救済形成手続の探求は、すぐれて現代的な課題ともいえる。それゆえ、現行民事訴訟法の立法過程においても、いくつかの新たな手続の創設が提言されかつ検討されていた。これは、大規模で複雑な訴訟事件が、国民の目から見れば、分かりにくい訴訟事件の一典型であること、また、例えば、専門的な知見を要する訴訟事件とともに、一般に、訴訟遅延を招来しかねない存在であり、かつ、訴訟審理の平均審理期間を押し上げていたこと、さらに、マスコミ報道等でも大きく取り上げられ、国民の目に曝されやすいものであり、その改革が司法的救済の実効性を喧伝する格好の素材であることなどにも起因する。

確かに、概括的に見れば、現行法における通常の第一審訴訟手続全体が、大規模で複雑な訴訟事件の迅速かつ充実した審理を下支えする様々の手続処方を提供していると評価することもできるであろう。しかしながら、大規模な訴訟事件を、紛争当事者本人が最も満足行くかたちで処理するためには、通常の事件とは異なる多様な手続処方が必要になる。従前の大規模訴訟における現実の審理のあり様は、そのことを強く示唆している。(1)

ところが、結局のところ、「大規模訴訟に関する特則」の名のもとに、独立の一章として現行法に結実したのは、わ

ずか二か条の法律の規定と、それらを背後で支える三か条の規則のみであった。[2] すなわち、それは、民事訴訟法第二編第六章中に設けられた、裁判所内における受命裁判官による証人尋問・当事者尋問（民事訴訟法〔以下、単に「法」と記す〕二六八条）と五人構成の合議体での審理・裁判（法二六九条）についての規定、および、現行民事訴訟規則第二編第六章中に規定された、審理の計画を定めるための協議（民事訴訟規則〔以下、単に「規則」と記す〕一六五条）、連絡担当の訴訟代理人の届出（規則一六六条）とフレキシブルディスク等の提出（規則一六七条）に関する諸規定である。本稿は、この「大規模訴訟に関する特則」に盛り込まれた諸規定に対して、「救済法」の視点[3]から、若干の検討を加えるものである。それは、主として、集団的救済のあり方に向けられることになる。[4]

ただ、当初、その全般について一括して検討を加えることを考えたが、還暦記念論文集に由来する紙幅の制約から、急遽、本稿では、「大規模訴訟に関する特則」に関する基本的な課題と、受命裁判官による裁判所内での証人尋問・当事者尋問の問題に焦点を絞って、論じることにした。後述のように、この庁内受命による人証調べは、五人構成の合議体による審理と結合して活用されることにより、一方で、最も大きな手続上の効用を発揮するとともに、他方で、それらが孕んでいる問題性が増幅されることになる。それゆえ、本来的に両者は不即不離の関係にあるが、上記の理由により、いわば生き別れとならざるを得ない。両者の関係に関する若干の考察は、二2で行うが、実質的には、続稿[5]とともに、一体として「大規模訴訟に関する特則」を論じるものであることを、まず、お断りしておきたい。

〈註〉

（1）数多くの文献があるが、例えば、裁判官サイドからの研究報告として、松野嘉貞＝石垣君雄『集団訴訟における訴訟手続上の諸問題』司法研究報告書二九輯一号一頁（一九七八年）、司法研修所編（土肥章大＝小佐田潔＝森宏司＝小野洋一＝大鷹一郎）『大規模訴訟の審理に関する研究』司法研究報告書五〇輯二号一頁（法曹会、二〇〇〇年）、最高裁判所事務総局民事局監修『民事訴訟の新しい運営に関する執務資料』五一頁（法曹会、二〇〇〇年）のほか、後註28に所掲の文献を参照。

(2) それでも、この基調として、実務上の工夫では限界が存在するという認識を前提に、法改正が行われたことは、それはそれで評価できる。田原睦夫「大規模訴訟の審理に関する特則」竹下守夫編集代表『講座・新民事訴訟法II』四〇九頁、四一〇頁（弘文堂、一九九九年）を参照。

(3) 例えば、川嶋四郎「『救済法』の課題と展望に関する一試論・序説」『民事訴訟雑誌』四三号一九八頁（一九九七年）、同「民事訴訟の手続とその基本的な考え方――当事者による救済創出のダイナミズムに焦点を当てて――」『法学セミナー』五四五号三六頁（二〇〇〇年）、同「差止的救済の有用性に関する一展望――新たな民事救済の世紀に寄せて――」『判例タイムズ』一〇六二号三七頁（二〇〇一年）等を参照。

(4) 本稿は、小室直人＝賀集唱＝松本博之＝加藤新太郎編『基本法コンメンタール・新民事訴訟法2〔第二編／第一審の訴訟手続〕』二七九頁以下（一九九八年）に収録した私の論考を基礎としている。当初、大隈義和先生の還暦をお祝いするために、かつてそこで論じた「大規模訴訟に関する特則」について、その後に公刊された文献を咀嚼し検討したうえで、全面的な再検討を行うことを考えていた。

しかし、まず、後述のように、「大規模訴訟に関する特則」は、現行民事訴訟法理論の重大な修正要素を胚胎しているにもかかわらず、意外なほど文献が少なく、現行法の制定以来公刊された教科書類でも、条文の引用を中心とした僅かな解説が見られるに過ぎない。また、私自身、現在、時間的な余裕がないので、本稿は、旧稿に若干の新たな文献を加えて、論述を改めて再構成を行ったものにすぎない。御海容いただければと思います。

(5) 「続・『大規模訴訟に関する特則』について――五人合議体の構成と民事訴訟規則による手続規整を中心として――」『法政研究（九州大学）』六九巻三号掲載予定を参照。

二　制定の経緯と基本的な課題

1　「大規模訴訟に関する特則」の立法過程

「大規模訴訟に関する特則」の諸規定とその基本的な課題を検討する前に、その立法過程の全般を簡単に一瞥すると、次の通りである。

まず、平成三年（一九九一年）一二月に公表された『民事訴訟手続に関する検討事項』[6]では、「第一〇、大規模訴訟の審理」の項に、大規模訴訟事件の審理について改正すべき点があるかという一般的な問いに続けて、例示列挙的に、①審理にさいして、合議体の裁判官の員数を五人にできるとする考え方、②多数の証人等の取調べを要する場合において、当事者に異議のないときは、裁判所は、受命裁判官に裁判所において証人等の取り調べを行わせることができるとする考え方、③当事者に異議のないときは、裁判所は、受訴裁判所を構成する裁判官所属の裁判所の他の裁判官に対しても、裁判所または裁判所外で、証人等の取り調べを行わせることができるとする考え方、④審理にさいして、原則として原因判決を行うものとする考え方の当否が問われていた。

次に、平成五年（一九九三年）一二月に公表された『民事訴訟手続に関する改正要綱試案』[7]には、前記『検討事項』と同名の標題の下で、①と②の考え方のみが盛り込まれ、③は、なお検討するとして、注記に留められた。ただ、②は、「裁判所は多数の証人等を尋問する必要があると認める場合その他相当と認める場合」と、拡大的に修文された。

さらに、平成八年（一九九六年）二月に内容が確定した『民事訴訟手続に関する改正要綱』[8]では、位置的に、②、①の順に改編され、結局③は落とされた。ただ、②には、「第一審裁判所である地方裁判所において」と限定が付され、「判事補は、同時に三人以上合議体に加わり、又は裁判長となることができない」ことが付加された。また、①では、

大規模訴訟事件が、「当事者が著しく多数で、かつ、尋問すべき証人又は当事者本人が著しく多数である事件」と定義され、それまで「証人等の取調べ」（前記『検討事項』参照）あるいは「証人等の尋問」（前記『改正要綱試案』参照）と記されていた点が、「証人又は当事者本人の尋問」であることが明確化された。これらが条文化され、「民事訴訟法案」とされたが、この部分については、そのまま国会で可決された。

これらはいずれも、各段階で行われた意見照会にさいして、多数の賛成が得られた事項であり、[9] 後に論じるように、大規模訴訟の迅速な審理を可能にする手続として設けられたものである。さらに、例えば、とりわけ現行法下における信義則（法二条）、選定当事者制度の拡充（法三〇条三項）、文書提出命令関係規定の整備（法二二〇条・二二二条・二二三条・二二四条等）、裁判所外における受命裁判官等による証人尋問・当事者尋問の拡張（法一九五条・二一〇条）および損害賠償額の認定に関する規定（法二四八条）の創設、また、争点・証拠の整理手続（法一六四条以下）並びに集中証拠調手続（法一八二条）に関する規定等も、上述のように、通常訴訟の審理の充実をもたらし得るだけでなく、大規模訴訟における充実した審理や救済を可能にする契機ともなる。

2　「大規模訴訟に関する特則」の基本的意義と問題点

基本的に、「大規模訴訟に関する特則」は、条文の配置から、第一審の訴訟手続の特則と位置づけられているが、[10] 手続規整の仕方としては、次章に置かれた「簡易裁判所の訴訟手続に関する特則」とは全く趣を異にしている。すなわち、「大規模訴訟に関する特則」には、この種の訴訟における第一審の提訴から訴訟の終了に至るまでのいわば救済形成過程の総てにわたり、手続上の特則を配置したものではないからである。この点が、まず、特徴的である。

この含意としては、この種の訴訟事件では、個々の事件の特性に応じた柔軟な手続規整や手続創造の要請が事件ごと

に必要となり、機械的かつ画一的に実定法による規律を行うことは適切ではないと考えられたためであると推測できる。そのことは、同時に制定された民事訴訟規則の諸規定（規則一六五条から一六七条）の内容からも窺うことができる。民事第一審訴訟手続全体が、いわば一般的抽象的に、大規模訴訟をも視野に入れて、規定されているのである。つまり、その意味で、「大規模訴訟に関する特則」は、個別具体的な事件において、両当事者と裁判所による手続創造を、基本的に容認するものと考えられるのである。これは、民事訴訟という救済形成過程において、当事者の手による柔軟な手続形成の涵養にも重要な価値を置くべきであると考える私見からは、基本的に妥当な手続処方であると評価することができる。

また、裁判所内における受命裁判官による証人・当事者の尋問（法二六八条）と五人の合議体での審理・裁判（法二六九条）との関係は、地方裁判所の三人構成の合議体で、例えば前者の手続を行うだけでは必ずしも十分でないと考えられる場合に、後者の規定を活用することにより、迅速な集中審理を可能にすることに主眼が置かれ、規定されたものである。

なお、条文の配置順序については、法二六九条は裁判所の機構に関する規定であり、証拠調べに関する規定にすぎない法二六八条の後方に置かれることには、やや違和感がある。しかしこれは、立案担当者が、第一に、大規模訴訟では、人証調べ（証人尋問・当事者尋問。以下、本稿では、このように限定した意味で、「人証調べ」の用語を用いる。）の効率化にこそ主眼を置いていること、第二に、五人の合議体を構成しなくても受命裁判官による裁判所内での人証調べが可能であることを明確にしたこと、第三に、大規模訴訟においても五人の合議体の構成による審理が比較的例外的なものであると考えたことの現われであると、推測することができる。

さて、大規模な訴訟は、いわゆる現代型訴訟の典型例であり、従来からその定義は、当事者、救済方法、適用されるべき規範、および、プロセスまたは判決のもつインパクトなどの特質を指標として、その重点の置き所の違いにより、

様々なかたちで行われてきた。[11]

これに対して、現行法は、大規模訴訟を、特に当事者および人証（尋問されるべき証人と当事者本人。以下、本稿では、このように限定した意味で、「人証」の用語を用いる。）の多数性にのみ着目して定義した。すなわち、法二六八条は、「当事者が著しく多数で、かつ、尋問すべき証人又は当事者が著しく多数である訴訟」を大規模訴訟と定義したのである。

立案担当者は、この典型例として、例えば、公害・環境訴訟および薬害訴訟等、原告数だけで一〇〇人を超える訴訟は大規模訴訟の範疇に含まれると例示する。[12] しかしながら、それら以外に、例えば、大規模な製造物責任訴訟、独占禁止法違反に基づく訴訟、水害等自然災害に起因する訴訟、列車・航空機等大量輸送交通機関の事故に起因する訴訟などのような現代型訴訟だけでなく、伝統的な通常の事件においても、当事者が著しく多数でかつ尋問すべき証人または当事者が著しく多数であれば、本章の規定が適用されることになる。また、提訴時点では、大規模訴訟の要件を満たさないとしても、訴訟の経過に連れてその要件を満たすことになる場合でも、「大規模訴訟に関する特則」の規定は、適用可能となるであろう。

それゆえ、この特則は、特にその実質に着目してより実践的に考えた場合には、いわゆる現代型訴訟にのみ通用するにすぎない特則を定めたものではないことが明らかになる。あたかも、例えば、選定当事者制度（法三〇条）[13]における「共同の利益を有する多数の者」の解釈における通説[14]が、多数とは二人以上をいうと論じているように、当事者および人証の数が「著しく多数」という要件が妥当する訴訟事件は、現代型訴訟事件だけでなく、通常の多数当事者訴訟事件にも、少なからず存在する。多数が二人以上を意味するならば、例えば、その倍の四人以上などは、著しい多数と基本的に考えることができるであろう。

この点について、立案担当者は、受命裁判官による証拠調べができる場合を旧法と比較して拡大し裁判所内で尋問す

ること（庁内受命方式による人証調べ）を認めることは、直接主義との関係で慎重であるべきであると考えたゆえに、大規模訴訟を当事者および人証の多数性から限定したと説明する。[15] その限定の意図はもっともであるが、しかし、当事者および人証の多数性が基準として十分なものか、またそれが、審理過程の一部にせよ直接主義（法二四九条）や口頭主義（法八七条一項本文）ひいては公開原則（憲法八二条）を不適用とするに十分な根拠になりえるものか否かは、疑わしいように思われる。一つの予測として、立案担当者の意図に反して（あるいは、その真意の通りかも知れないが）、「大規模訴訟に関する特則」は、通常の多数当事者訴訟事件への一般的な適用可能性を秘めた規定であるようにも思われる。[16] とりわけ、裁判所側（および、早期の事件決着を志向する訴訟代理人等）が審理の便宜上、受命裁判官による裁判所内における人証調べを行うことを望む場合に、当該事件が適宜大規模訴訟と性質決定され、この制度が用いられ、あるいは、そのように性質決定されなくても、法二六八条の類推適用により、より広く用いられる可能性がなくはないのである。

ところが、「大規模訴訟に関する特則」中に置かれた法二六八条および法二六九条の結合的な利用は、歴史的に形成されかつ訴訟当事者の利益に深く根差し、しかも、法的救済過程の正当性を背後から支える公開原則や直接主義・口頭主義という審理の基本原則あるいは反対尋問権の保障（法二〇二条一項。憲法三一条）等の証拠法上の原則を、実質的に骨抜きにしかねない危険性を孕んでいる。さらに、迅速かつ効率的な審理の名のもとで、当事者本人の利益あるいはその真に望むものが、法専門家による迅速かつ効率的処理という目的の犠牲に供される虞れもなくはない。[17]

このように、現行法における大規模訴訟の手続規律は、その特則の活用範囲の広さから、現代民事訴訟の審理における基本原則およびその存り方全般を変容させる契機を含むものであることには、特に注意を要する。それゆえ、この傾向に対する賛否の態度決定が、規定活用の射程範囲の広狭を決定することになるであろう。

私見としては、民事訴訟における口頭弁論の審理原則をできる限り貫徹すべきであるとの観点から、基本的には、

「大規模訴訟に関する特則」の規定の適用を厳格に行うべきであり、類推適用は、行われるとしても謙抑的に行われるべきであると考えたい。

なお、法二六八条および法二六九条にいう「当事者」とは、訴訟当事者本人に限定される。これに対しては、当事者の背後に実質的な利益帰属主体が存在する場合（選定当事者等の訴訟担当のケース）にも適用あるいは類推適用することを主張する見解も存在する。[18] 例えば、当事者は潜在化するが請求は顕在化する選定当事者による訴訟（現行法で新たに設けられた「追加的選定」[19]の場合も含む）にも、選定当事者の数ではなく、選定者の数により、本章の適否が決せられるとする見解が、それである。しかしながら、法二六八条および法二六九条は厳格に解釈されるべきであるとする私見からは、現実の当事者の著しい多数性の要件を満たさないこのような事件には、裁判所は、原則として、両条の適用または類推適用を行うべきではないと考える。ただし、例外的に、選定当事者の側から、「大規模訴訟に関する特則」の適用が申し出られた場合には、選定者全員に異議のないことを要件として、類推適用を肯定すべきである。それは、この特則の規定を利用することにより、実質的な利益帰属主体が、選定当事者制度を利用して志向する迅速かつある種「匿名」的な利益主張を、より一層増進しえると考える場合にまで、その利用を否定する理由はないと考えられるからである。なお、補助参加人（法四二条）についても、当事者ではないので、本条を類推適用すべきではないであろう。

さらに、一般に、大規模で複雑な訴訟事件には、潜在的な当事者（例えば、原告になっていない被害者等）などのように、訴訟の帰趨に重大な関心をもつ者が多数存在し、社会的に注目されている事件も少なからず存在する。その場合には、単に本章に規定するような当該事件の迅速かつ効率的な処理だけでは、極めて不十分である。裁判所が、一定の公的政策形成の指針を提示することこそが、まさに要請されているのである。これに応えるためには、本章の「大規模訴訟に関する特則」とは異なる視点からの規律の存在が不可欠となる。[20] 今次の民事訴訟法の制定過程でこの種の手続創造が探求されず、かつ、そのための規定も新設されていないこと自体、わが国の民事裁判所が、基本的に司法消極主義

的な姿勢を堅持することを、黙示的に宣言し再確認しているようにも思われる。

しかしながら、現代社会の要請は、裁判所に、そこに留まることを許さないように思われる。現行法における最高裁判所への上訴制度の整備（例、法三一八条・三三七条等）は、このことを示している。例えば、アメリカの大規模な公共訴訟の救済過程では、司法による公正な政策形成のための様々な手続的手法が用意されており、それらは、来るべき民事訴訟法改正にさいして、参考にされるべきであると考える。[21]

〈註〉

(6) 『別冊ＮＢＬ』二三号所収。

(7) 『別冊ＮＢＬ』二七号所収。

(8) 『ジュリスト』一〇八六号一二一頁以下所収。

(9) 『ＮＢＬ』五二一号三九―四〇頁、『ＮＢＬ』五六七号四四―四五頁参照。

(10) なお、控訴審における第一審訴訟手続の準用に関する法二九七条但書も参照。

(11) 例えば、新堂幸司「現代型訴訟とその役割」芦部信喜ほか編『岩波講座・基本法学8〔紛争〕』三〇五頁（岩波書店、一九八三年）等参照。この文脈では、太田勝造「新しいタイプの訴訟の出現と民事訴訟制度」『ジュリスト』九七一号五八頁（一九九一年）も参照。

さらに、アメリカ合衆国の大規模な訴訟の手続過程については、例えば、川嶋四郎「〈紹介〉アメリカ合衆国における複雑訴訟論の位相」『熊本法学』九〇号三一頁（一九九七年）を参照。

(12) 法務省民事局参事官室編『一問一答・新民事訴訟法』三一五頁（商事法務研究会、一九九六年）。

(13) これについては、例えば、川嶋四郎「新たな選定当事者制度の救済構造について」『法政研究（九州大学）』六六巻二号五六五頁（一九九九年）を参照。

(14) 例えば、新堂幸司『新民事訴訟法〔第二版〕』六八六頁（弘文堂、二〇〇一年）等。

(15) 法務省民事局参事官室編『前掲書〔註12〕』三一六頁。

(16) 例えば、現実に、人証の数については、「〔そ〕の数が、三人の裁判官の合議体で適正かつ迅速に尋問するのが困難と判断され

る程度に多数であれば、これに当たると考えてよいのではないか」との機能的な活用を示唆する見解さえ見られる。須藤典明「大規模訴訟の審理」塚原朋一＝柳田幸三＝園尾隆司＝加藤新太郎編『新民事訴訟法の理論と実務（下）』一八九頁、二〇〇頁（ぎょうせい、一九九七年）を参照。

(17) この関係では、今次の改正において、例えば、裁判所外における受命裁判官等による証拠調べも拡大され（法一九五条・二一〇条）、地方裁判所における証人尋問に代わる書面の提出も認められたこと（法二〇五条）、さらには、陳述書が隆盛を極めていることなども、この危惧を加速する要因となる。なお、川嶋四郎「陳述書」『法学教室』二六二号一六〇頁（二〇〇二年）も参照。ただ、そのような陳述書の活用の限界が、第一線の現場の裁判官によっても指摘されている点は、注目すべきである。松野＝石垣『前掲書〔註1〕』一七五頁を参照。

(18) 例えば、須藤「前掲論文〔註16〕」一九五頁、田原「前掲論文〔註2〕」四一五頁等を参照。

(19) 私見では、「選定参加」と捉えることについては、川嶋「前掲論文〔註13〕」五六九頁を参照。

(20) 裁判所における法創造のメカニズムの解明については、原竹裕『裁判による法創造と事実審理』二七七頁以下（弘文堂、二〇〇〇年）を参照。

(21) アメリカにおける公共訴訟の救済過程については、例えば、川嶋四郎「『公共的差止訴訟』における救済過程の構造とその展開――アメリカにおける『公共的インジャンクション』をめぐる議論を手がかりにして――（一）―（四）」『商学討究（小樽商科大学）』三九巻四号三三―八五頁、四〇巻三号一二七―一七四頁、同巻四号五一―一〇八頁、四一巻一号一―七四頁（一九八九～一九九〇年）を参照。

三　受命裁判官による裁判所内での証人尋問・当事者尋問

1　法二六八条の趣旨と問題点

一般に、民事訴訟における証拠調べは、公開原則および直接主義の要請から、受訴裁判所がその法廷で行うのが原則

である。ただ、受命裁判官による証拠調べは、これらの例外をなしている。それゆえ、旧法下では、受命裁判官による証拠調べは、裁判所外で行う場合に限定されており（庁内受命方式の禁止。旧法二六五条）、しかも、受命裁判官による証人尋問・当事者尋問の実施要件も、厳格に規定されていた（旧法二七九条・同三四二条）。

しかし、当事者が著しく多数で、かつ、尋問すべき証人又は当事者が著しく多数である大規模訴訟では、一般に争点・証拠の整理および証拠調べの両局面で、極めて長期間を要することになる場合が多く、裁判による救済の迅速な実現が、著しく困難になる。そこで、その対策のひとつとして、法二六八条（以下、単に「本条」と呼ぶ）として、個別損害の立証等のために必要とされる、被害者等をはじめとする多数の証人・当事者本人の尋問を、迅速に行うことができるようにするために、当事者に異議がないときは、裁判所内で、受命裁判官が証人および当事者の尋問を行うことができる旨の規定が設けられた。[22] 本条が有効に活用されれば、例えば、「包括請求・一律請求」[23]等の手法に見られるように、各当事者の個別事情をある程度捨象し、かつ、当事者が譲歩したかたちで行われざるをえなかったかつての迅速な救済の孕む問題点が、克服できる可能性も生じるであろう。[24]

ところで、旧法下には、受命裁判官による裁判所内での証人尋問は許されない旨の判例[25]が存在した。[26] さらに、受命裁判官等による裁判所外での証拠調べでさえ、旧法下では、尋問を受ける証人側の事情で、例外的に許容されていたに過ぎなかった。[27] このような旧法下の傾向は、歴史的に形成されてきた審理原則である直接主義を堅持すべきことの強い現われであったと評価することができる。

しかし、旧法下における大規模公害訴訟等の手続的実践の過程では、直接主義は、現実には必ずしも厳格に貫徹されていたわけでなかった。例えば、受命裁判官の分担による当事者尋問（場合により、代表的な原告のみの当事者尋問）や陳述書による尋問の代用などの例が、報告されていたのである。[28] また、原告側の訴訟代理人が、このような略式的な手続運営を望む場合もあるとされていた。[29]

このようなことは、苦肉の策とも、また、法の建前が現実の前に一定の譲歩を余儀なくされた事例とも考えられ、立法にさいしては、このような実務に対する一定の明示的な判断が望まれていたと言えるであろう。

そこで、上述のように、立案担当者は、直接主義の要請との関係で、当事者および人証の著しい多数性の基準により、本条の適用場面に制限を加えたのである。ただ、この基準が十分に機能し得るかについては疑問がある。[30] しかも、直接主義の制限は、ひいては公開原則および口頭主義の制限の問題とも深く関わる。なぜならば、受命裁判官による証拠調べは公開を要しないとされており、[31] そのような間接審理は、口頭で陳述されていない資料を合議体の他の裁判官が判決の基礎にすることを必然的に認めることに繋がるので、受命裁判官による証拠調べの許容場面の拡大化は、単に直接主義だけではなく、公開原則および口頭主義の蚕食にも繋がるのである。それゆえ、本条および法一九五条・二一〇条に端的に現われている受命裁判官による人証調べの許容局面の拡大は、立法過程で受訴裁判所を構成しない裁判官を受命裁判官に任命できるとする考え方は否定されたものの、[32] しかし、公平で透明な審理の在り方を支える基本原則に対する大きな制約を課すという、現行法における立法的な決断を示していることに、注意する必要がある。[33] 確かに、本条は、次条に規定する五人の裁判官による合議体の下で、最も威力を発揮することになるが、しかし、同時に、上述のように、本条が孕んでいる問題点も、よりクローズ・アップされることになる。

なお、本条は、直接主義の後退が許容できるぎりぎりの一線を画した規定と考えられるので、その趣旨に照らせば、大規模訴訟に限らず通常の訴訟でも、合議体の構成員でない裁判官を受命裁判官に指定するのは違法であり、責問権の放棄喪失（法九〇条）によっても瑕疵は治癒されず、[34] 上告理由（法三一二条二項二号）および再審理由（法三三八条一項二号）になると解することができるであろう。

このような認識は、本条の類推適用に対して、基本的には消極的に作用するのである。

なお、尋問すべき証人等が著しく多数であっても、その証人が専門家証人や各争点に関する重要な証人である場合に

は、直接主義の例外をなす受命裁判官の庁内尋問は、許されるべきではないであろう。[35]

2 「裁判所内」の意義

さて、本条で、「裁判所内」とは、受訴裁判所の構内のあらゆる場所を指すと解される。この意味で、法一九五条（法二一〇条で当事者尋問に準用）および法一八五条一項の規定における「裁判所外」と対置できる。ただ、法一八五条は、「証拠」に関する「総則」中に置かれ、裁判所外での証拠調べが許される要件と手法を一般的に規定したものであり、その一項の規定の反対解釈によれば、裁判所内における受命裁判官による人証調べを許さないと読むことができるが、大規模訴訟に関する本条は、例外的に、裁判所内における受命裁判官による人証調べの禁止を解除したものと考えられる。

本条の「裁判所内」とは、例えば、受訴裁判所内の法廷、弁論準備手続室、和解室、調停室、裁判官室や、裁判所の敷地内にある弁護士会館の一室や仮設の建物内等が、それに当たるであろう。

このような本条の例外性を考慮すると、上述のような受命裁判官による証拠調べは公開を要しない旨の大審院判例[36]にもかかわらず、できる限り公開原則を貫徹すべきであろう。[37] なぜならば、その判例は、受命裁判官による出張尋問（所在尋問）ゆえに公開を制限したとも考えられるので、裁判所内で、単に効率重視の視点から設けられたものにすぎない本条の適用にさいしては、公開の場における証人尋問の機会をできる限り確保し、かつ、公開法廷における当事者本人の語りの機会を保障すべきであると考えられるからである。

ただし、当事者尋問の場合には、当事者本人が非公開を望むときには、元来、出張尋問＝非公開手続も可能であり、かつ、当事者の自己決定権は最大限に尊重すべき要請から、裁判所内における受命裁判官による非公開の当事者尋問も、

可能であると考えられないだろうか。これは、次に述べる「当事者に異議がないとき」の要件とも関わるが、この場合には、当事者本人は、「受命裁判官による裁判所内での当事者尋問」には異議を唱えないが、その手続の在り方、すなわち「公開原則の適用」にのみ異議を唱えることができると解するものである。[38] この限りで、受命裁判官による人証調べの機会を拡大する法規の制定により、結果的に、憲法上の原則である公開主義が切り詰められることになる。そのように、ここでは結果的に、公開原則でさえ、個々の当事者本人によって、処分可能なものに変容されていると考えられるのである。[39]

3　「当事者に異議がないとき」の要件

次に、本条の適用要件である「当事者に異議がないとき」という要件も、基本的には厳格に解すべきである。「異議がない」とは、絶対的に反対の意思を表示していないことを意味するが、その大前提として、法二六八条の適用については、異議申立権者のために、手続についての十分な情報提供がなされることが不可欠である。この種の訴訟において通常立てられると考えられる審理計画（規則一六五条）の具体的な内容とも関わるが、原則として、個々の当事者ごとに、個別の証人等について異議を述べる機会が保障されねばならない。つまり、受命裁判官による人証調べについて、抽象的一般的に、裁判所に白紙委任を行うようなかたちでの異議権の放棄は、許されないと解したい。

このさい、異議を述べるか否かについて、十分な手続についての情報が与えられたうえで、当事者の自由な判断に基づき決定することができれば、当事者に望ましい手続選択の機会が与えられるが、その反面、異議を述べるか否かをめぐり多数の当事者間で足並みが乱れる虞れや、また、逆に、異議申立権の濫用も懸念される。一般に、条文の文言からは、当事者全員に異議のないことが要求されると解される。[40] それゆえ、一人でも異議を述べた場合には、本条は適用さ

れないと解すべきであろう。[41] しかし、事実上は、異議を述べた者または述べたいと考える者が、反対の意見を持つ相当事者から、その撤回または断念を強制される虞れもなくはない。

そこで、基本的には、当事者が自由に異議を述べることのできる手続環境が保障されねばならないが、ただ、例えば、異議を述べたがやむなく撤回せざるを得なかった者は、受命裁判官による裁判所内での人証調べに同席できる権利を有すると解すべきではないだろうか。これに対して、当事者の異議があるにもかかわらず、受命裁判官による裁判所内での分担尋問が行われた場合には、重大な手続法違反ゆえに、その証拠能力を否定すべきであり、[42] 再度受訴裁判所による人証調べを要すると解すべきではないだろうか。ただし、勿論、その人証調べが、再度公開法廷で行われることは、妨げないと解される。

ただ、本条は、証人尋問と当事者尋問とを同列に規定しているが、両者は基本的には分けて考えるべきであろう。一方で、当事者尋問については、陳述書の慣行は措くとして、法文上証人尋問に代わる書面の提出（法二〇五条）が当事者尋問に準用されていないこと（法二一〇条参照）を考えると、証人尋問の場合の証人とは異なり、当事者が、当事者尋問という証拠調べの客体になっている場合でさえ、当事者自身が公開法廷において自らの言葉で語る機会が、より強く保障されねばならないことが窺える。したがって、尋問されるべき当事者については、裁判所が、この保障の趣旨を説明したうえで、法二六八条の適用について異議がないか否かを、個別的に尋ねるべきであろう。他方、証人尋問については、証人に対するこの種の手続の保障は必要とはならないと考えられる。

また、法二六八条は、直接主義に対する制約の規定であり、公開原則の蚕食に繋がる虞れを秘めたものであるので、一般に、法二六八条の異議は、責問権の放棄喪失の対象にならず、上告理由・再審理由となると解したい。[43][44]

さらに、「当事者に異議がないとき」という要件は、制度設営者には便宜なものであり、確かに、個々の当事者から同意を得る必要はないが、万一裁判官が、法二六八条のもとで、当事者に異議を述べる機会を与えることなく、事後的

に責問権の放棄喪失の法理により異議を封殺する目的で迅速な手続進行を行ったような場合には、公正な裁判の原則（法二条）に反し、忌避事由（法二四条）になると解される。

ただし、証人尋問については、異議を述べる機会がなく尋問の機会のなかった当事者が、証人尋問の申し出をした場合には、弁論の併合に関する規定（法一五二条二項）の類推により、裁判所は、その尋問を行わなければならないと解したい。それは、状況的には、本来口頭弁論で行うべき証拠調べが分離され、特別の手続で行われ、後に手続的に併合されたのと同じであるからである。

いずれにせよ、このように直接主義が、当事者の同意により「処分」できる性格のものであることが明らかにされた意味は重大である。[45]

4　法二六八条の適用場面

ただ、法二六八条による人証調べは、人と場所に恵まれれば、厳格な証拠法上の手続を維持しながらも、法廷外における自由な雰囲気のもとで行うことが可能になり、証人尋問や当事者尋問にさいして、証人や当事者に語りやすい機会が与えらることになる。それは、一般に衆人環視の中で語ることを必ずしも得手としないとされるこの国の国民性に即応した証拠調べの手法と評価されるかもしれない。しかし反面、それは、ラフでルーズな証拠調べの端緒となりかねず、法廷――いわゆるラウンド・テーブル法廷の増加によりそのイメージ自体が変わりつつあるが――における緊張感溢れる厳粛な証拠調べのもつ手続的本質を、換骨堕胎しかねない虞れもまた隣り合わせに存在する。さらに、受命裁判官による裁判所内での人証調べが、複数の受命裁判官により分担して個別的かつ同時並行的に実施されるときには、それは確かに、要件が緩和された受命裁判官による裁判所外での人証調べ（法一九五条・法二一〇条）でさえ達成することの

できない時間的な節約をもたらすが、しかし、直接主義、ひいては公開原則・口頭主義に事実上の制限を課すことにも繋がるであろう。[46]

したがって、厳格な運用が期待されるのであり、法二六八条の適用場面は制約的に解すべきである。それは、一般的に言えば、あくまで、例えば個別損害の立証など、他の相当事者に影響を与えない独立した個別争点といった孤立属人的な各論問題に、その活用が限定されるべきである。[47] 例えば、過失や因果関係の存否などという総論的な問題については、法二六八条の規定は適用されるべきではない。また、大規模な差止訴訟等では、法二六八条の規定の適用は必ずしも適切ではないと考えられる。なぜならば、個別損害の防止だけでなく包括的な救済が志向されているのであり、しかも、差止判決の救済の効果は、波及的な影響をもつものだからである。[48]

ただ、全体的な争点か個別的な争点かという問題自体、微妙な問題であり、一義的に区別しにくい面は、確かに存在する。そこで、裁判官が、法二六八条による手続の内容を十分に説明したうえで、受命裁判官による裁判所内での人証調べに馴染む争点か否かについて、当事者間で十分な議論が尽くされるべきであろう。

〈註〉

(22) 法務省民事局参事官室編『前掲書〔註12〕』三一五頁。なお、現行法では同時に、法一九五条・二一〇条により、裁判所外で、受命裁判官が証人・当事者の尋問を行うことができる場合も拡張された。

(23) 例えば、新潟地判昭和四六年（一九七一年）九月二九日『下民集』二二巻九・一〇号別冊一頁〔新潟水俣病訴訟事件〕等を参照。一般には、淡路剛久「一括請求・一律請求、包括請求」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座(6)〔不法行為訴訟Ⅲ〕』二五五頁（日本評論社、一九八三年）を参照。

(24) 例えば、実務感覚としていえば、当事者数が一〇〇人程度の事件であっても、訴訟手続で実際に尋問する人証の数は、せいぜいその何分の一かであり、実際問題としては、取り調べた人証の数が一〇人を超える事件でさえ、そう多くはないのではないかと思われるという指摘さえ見られた。須藤「前掲論文〔註16〕」一九九頁。仮にそうだったとして、なぜ、そうだったのか、なぜ、

そうならざるをえなかったのかが、問われなければならないであろう。

さらに、この文脈では、被害者本人らの生の声を十分に裁判所に訴える場が存在すること自体も重要である。この指摘として、井上英昭「大規模訴訟」三宅省三＝塩崎勤＝小林秀之編集代表『新民事訴訟法大系〔第三巻〕』三六二頁、三六四頁（青林書院、一九九七年）参照。なお、東孝行「多数当事者訴訟をめぐる実務上の諸問題」『ジュリスト』五二五号五七頁、五九頁（一九七三年）、および、後註29も参照。

(25) 大判明治三二年（一八九九年）一月三一日『民録』五巻一号六五頁〔嫡出否認の訴えについて〕。

(26) なお、刑事事件につき、最判昭和二九年（一九五四年）九月二四日『刑集』八巻一五一九頁も同旨。

(27) 旧法二六五条参照。これについては、直接主義の理想から、その運用はルーズに流れないようにすべきであるとの警告さえ、発せられていた。兼子一『民事訴訟法体系〔新修増訂版〕』二六六頁（酒井書店、一九六五年）参照。

(28) いわゆる四大公害裁判における審理の実情が、担当裁判官によって、報告されている。詳しくは、例えば、宮崎啓一「新潟水俣病事件の審理について」『判例時報』七三八号三頁、斎藤次郎「水俣病訴訟の審理をめぐって」同号九頁、後藤一男「四日市公害訴訟について」同号一五頁、佐野正幸「イタイイタイ病事件を担当して」同号二〇頁（以上すべて、一九七四年）。また、大阪国際空港訴訟の審理を、原告弁護士から見たものとして、例えば、木村保男＝久保井一匡「わが国における集団訴訟の実情と課題――大阪国際空港公害訴訟の経験をとおして――」『ジュリスト』六七二号六〇頁、六四頁（一九七八年）〔大阪国際空港訴訟事件では、原告二七二名のうち被害の類型別の代表というべき人たちと運動の主導的立場の原告を選別して、第一審四一名、第二審一〇名の原告本人尋問が実施され、他の全員は、陳述書を提出した。病気、老齢等で出廷が困難な者を、「主として二日にわたり現地で騒音が途絶えがちのなか」出張尋問が実施された。〕、木村保男「わが国における集団訴訟の実情と課題」『民事訴訟雑誌』二五号一頁（一九七九年）、田原「前掲論文〔註2〕」四一二頁註1〔大阪国際空港訴訟事件第一審では、訴えの提起後から口頭弁論終結までの三年半の間に、三六回の口頭弁論期日が開かれ、書証として甲号証が二四二号証、乙号証が七三号証、それぞれ提出され、人証として証人一三人、原告本人四一人の取調べがなされたほか、二回の検証が行われた。〕等がある。さらに、総合的な研究として、前註1の諸文献も参照。

(29) 塚原朋一編『新民訴法実践ノート』一四五頁（青林書院、一九九九年）は、最近では、集団訴訟の原告代理人の方から、原告全員の本人尋問をするのではなく、陳述書の提出と代表的な原告の尋問でまかなうように要請されることも稀ではなくなっており、多数の原告本人を手分けして尋問する必要性は減少しているとも、指摘する。

(30) 鈴木堯博「公害訴訟と新民訴法の課題」『自由と正義』四八巻一一号八四頁、九四頁（一九九七年）は、五人の合議体の各裁判官が、例えば、責任論、因果関係論、損害論、個別的因果関係論、個別的損害論という具合に、各争点ごとに担当を細かく分け、

証人や本人の尋問についても審理の分担化が進むことも予想されるが、そうなると、裁判官が直接証拠調べをしない分野についても合議に参加することになり、直接主義の原則を揺るがしかねないことを指摘する。

(31) 大判明治四五年（一九一二年）二月五日『民録』一八輯五八頁。

(32) 上述二1参照。これは、直接主義の原則から大きく後退し、事実上調書裁判を認めるにも等しくなってしまうので、それを否定した現行法の態度決定は、その限りで妥当である。井上「前掲論文〔註24〕」三六七頁も参照。

(33) さらに、新設された証拠保全の局面における受命裁判官による証拠調べ（法二三九条）でも、裁判所内での証拠調べが可能であることにも、注意する必要がある。さらに、弁論準備手続に関する法一七一条も参照。

(34) 反対、岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座・民事訴訟法(3)〔第一審手続〕』一八八頁（有斐閣、一九六一年〔原著。復刻版・一九八四年〕）。

(35) 田原「前掲論文〔註2〕」四一六頁。

(36) 前註31およびその本文を参照。

(37) 竹下守夫＝青山善充＝伊藤眞編集代表『研究会・新民事訴訟法――立法・解釈・運用――』三六九頁〔伊藤発言〕（有斐閣、一九九九年）では、「受命裁判官による尋問ではあっても、裁判所内で行われるものですから、公開主義の要請は働くように思うのです」と指摘されている。

(38) 憲法上の原則である公開原則に反することはできないとも解されるが、仮にそうしだとしても、それならば庁内受命方式による尋問ではなく、出張尋問等に代えれば、容易に公開原則の適用を回避できるので、それとの比較で、本文のように解することにしたい。

(39) ちなみに、人証調べの書面化の意味をもつ陳述書の実務についても、受訴裁判所との関係で、同様のことが言える。それは、単に、口頭主義の補完（後退）としての書面主義の活用という側面だけでなく、陳述書の記載ゆえに割愛される部分の陳述については、いわば陳述書の提出による公開原則の一部切詰め（一部放棄）という側面をもつとも考えられるのである。

(40) 同旨、須藤「前掲論文〔註16〕」二〇三頁。

(41) この点については、「当事者の一部が異議を述べた場合には、それでも本条による受命裁判官による尋問を行う必要があり、かつ当該異議者の尋問権を保障する必要のないときには、当該異議者にかかる訴訟をその間分離して、受命裁判官による尋問を行うことができると解すべきである」とする見解（田原「前掲論文〔註2〕」四一八頁、四二六頁註28）も存在する。しかし、確かに、通常共同訴訟は、個別訴訟の併合形態に過ぎないとしても、証拠共通の原則等実質的には共同訴訟人独立の原則が修正されているのが現実であるので、本文のように解したい。

ただ、個別損害や個別の因果関係の立証の場合ならば、直接主義の要請を後退させて、大規模な事件について審理の促進を図るというのは合理的であり、「当事者に異議がないとき」というほど当事者に強い発言権を認める必要があったかどうかという問題があるとの指摘も見られる。竹下＝青山＝伊藤編『研究会・前掲書〔註37〕』三六六頁〔竹下発言〕。しかしながら、私見では、後述のように、立法論的には、むしろ、処分される手続上の利益の重大性から、より強く、「当事者の同意」の要件を設けるべきであったと考える。後註44を参照。

(42) 須藤「前掲論文〔註16〕」二〇五頁、田原「前掲論文〔註2〕」四一九頁。

(43) これに対して、責問権の放棄喪失の対象になるにすぎないとする見解として、例えば、竹下＝青山＝伊藤編『研究会・前掲書〔註37〕』三六六頁・三六八頁〔鈴木発言〕および三六七頁〔竹下発言〕を参照。これに反対する発言として、竹下＝青山＝伊藤編『研究会・前掲書〔註37〕』三六八頁〔青山発言〕を参照。

(44) ただ、立法論的には、効率的な審理の要請が後退する面はあるものの、異議ではなく、少なくとも当事者の同意を要するとすべきであろう。また、現行法における争点・証拠の整理手続の肥大化と相対的な口頭弁論の価値の低下を前提とした場合に、立法論的には、法二六八条の受命裁判官による証人等の尋問は、「公開」の場所で行うべきである旨の規定をも同時に設けるべきであったと思われる。ただ、その趣旨の規定が設けられていなくても、実務上は、原則として傍聴希望者を拒絶しない運用が望まれるべきではないだろうか。本来的に、人証調べは、公開法廷における傍聴やさらには報道機関による取材に馴染むものであり、その理は、受命裁判官により行われる場合でも変わらないであろう。むしろそれが、原則的でない手続で行われることに鑑みれば、より公正で可視的な手続で行われることが、強く望まれるのである。

(45) 竹下＝青山＝伊藤編『研究会・前掲書〔註37〕』三六六頁〔鈴木発言〕。

(46) 法一九五条と法二六八条との関係については、竹下＝青山＝伊藤編『研究会・前掲書〔註37〕』三七〇頁〔柳田発言〕を参照。

(47) 例えば、井上「前掲論文〔註24〕」三六八頁も参照。

(48) 川嶋「前掲・判タ論文〔註3〕」も参照。

なお、大規模な差止訴訟の審理構造については、川嶋四郎「大規模公害・環境訴訟における差止的救済の審理構造に関する予備的考察」『判例タイムズ』八八九号三五頁（一九九五年）、同「民事訴訟法改正の基本問題と差止訴訟の帰趨」『判例タイムズ』七九九号一一頁（一九九三年）等を参照。

四　結びに代えて

「大規模訴訟に関する特則」の孕む一般的な問題点は、すでに上述したので、ここでは、庁内受命方式による人証調べについて、若干の問題点を指摘し、むすびに代えたい。

まず、第一に、本条に基づき、五人合議の体制（法二六九条参照）が敷かれた場合には、判決も、相当な期間内に言い渡すべきであろう。[49]

次に、第二に、法二六八条による証拠調べの結果が、受訴裁判所の証拠資料となるためには、その口頭弁論において当事者がそれを援用する必要があると解したい。[50] その根拠は、弁論主義および直接主義・口頭主義の要請に由来すると考える。なお、念のために付言すれば、法二六八条の「当事者に異議がないとき」という要件は、当事者による事前の援用権限の放棄を意味するものとは考えられない。

なお、第三に、法二六八条の規定は、法二六九条の規定の利用とともに、判事補研鑽の場の設定として、活用されることも考えられなくもない。しかし、それは、あながち不当ではないであろう。ただ、そのさいには、裁判官サイドにおける周到な合議を通じた事前準備、ベテラン判事と判事補の組み合わせによる複数（二人）の受命裁判官の任命、判事補による人証調べにおける判事の同席などの工夫が必要となるであろう。[51]

さらに、第四に、法二六八条の反対解釈から、大規模訴訟事件以外では、裁判所内における受命裁判官による証人尋問・当事者尋問は許されないと解される。[52] また、裁判所内における受命裁判官による書証、検証および鑑定も許されないと解される。

また、本条は、控訴審手続にも準用されている（法二九七条）が、大規模訴訟事件における控訴審手続の変容については、続稿で論じたい。

〈註〉

(49) 五人もの裁判官を手当てしながら、成果が見えないというのでは、期待に反するであろう。塚原編『前掲書〔註29〕』一四五頁。

この問題は、続稿で述べるように、今次の司法制度改革における人的基盤の拡充にも、大きく依存する。

(50) これに対して、旧法下では、裁判所外での受命裁判官・受託裁判官による証拠調べにおいて、最判昭和三五年（一九六〇年）二月九日『民集』一四巻一号八四頁〔受託裁判官による証人尋問のケース〕は、援用不要説に立っている。

(51) この点について、旧法下では、例えば、西村宏一「受命裁判官は一人に限るか」『判例タイムズ』三八号四六頁（一九五四年）等において、複数の受命裁判官による証拠調べの問題点が指摘されていた。しかし、現行法下では、法二六八条等に現われているように、直接主義の制限化傾向のなかで、より直接主義の趣旨を満たすと考えられる複数の受命裁判官による証拠調べは、判事補の能力を補う目的のためには許されてもよいと考えるからである。このことは、例えば、拙劣な訴訟指揮や介入尋問・補充尋問等により、特に当事者本人の裁判官に対して語る機会が失われることを防ぐためにも有用ではないかと考えられるからでもある。

(52) 竹下＝青山＝伊藤編『研究会・前掲書〔註37〕』三六七頁〔青山発言〕も参照。

（二〇〇二年五月三〇日脱稿）

＊本稿の再校段階で、「民事訴訟法改正要綱中間試案」に接した。そこには、大規模訴訟において活用可能な多くの試案が含まれているが、本稿に盛り込んで論じることができなかった。他日を期したい。