慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	三木浩一君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2015
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.88, No.3 (2015. 3) ,p.75- 99
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20150328-0075

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

特別記事

三木浩一君学位請求論文審査報告

一　はじめに

三木浩一君が提出した学位請求論文は、『民事訴訟における手続運営の理論』（有斐閣、A5判、六六四頁、二〇一三年一一月一五日刊行）という著書（以下、本論文という）である。本論文は、三木君が、民事訴訟における事件管理ないし手続運営の考え方を重視して理論の再構築を目指してこれまで執筆してきた論考二二本を体系的に整理し、一書としたものである。そこに収められた論考の多くは既発表のものであるが、その中には、実質的に書き下ろしに近い大幅な加筆や改稿が施されているものがあるほか、いずれについてもアップデイト情報が盛り込まれている。

ここにいう「手続運営」とは、民事訴訟における「手続運営の視点や発想」という緩やかなものを意味している。具体的には、①評価規範のみならず、行為規範や実務慣行なども積極的に考察の対象とすること、②当事者や裁判所の訴訟行為のみに目を向けるのではなく、その背後に存在する動機や目的にまで踏み込んだ考察をすること、③訴訟制度の運用における使いやすさ、分かりやすさという側面（人間工学的側面）を重視すること、④実務上の要請に対する理解と批判の目を常に忘れないようにすること、⑤法令のみならず、裁判例における事例判断と判例法理や判例準則などにも心を配ること、などを指す。

本論文を構成する各論考は、いずれも、かかる「手続運営の視点」が一貫して活かされた、内容的にきわめて密度の濃い優れた内容を有している。

二　本論文の構成

本論文は、全体で六編からなる。各編は、以下の章から成る。

第1編　基礎理論
　第1章　裁判官および弁護士の役割と非制裁型スキーム
　第2章　民事裁判制度のさらなる改善に向けて
　第3章　民事訴訟における「判例」の意義
　第4章　訴訟物概念の意義と機能

第2編　一部請求
第1章　一部請求論の考察
第2章　一部請求論の展開
第3編　複雑訴訟
第1章　請求の予備的併合と非両立要件
第2章　多数当事者紛争の審理ユニット
第3章　独立当事者参加における統一審判と合一確定
第4章　独立当事者参加の訴訟構造と要件・手続
第5章　多数当事者紛争の処理
第4編　重複訴訟
第1章　重複訴訟論の再構築
第2章　重複訴訟論の運用
第5編　証明論
第1章　確率的証明と訴訟上の心証形成
第2章　民事訴訟における証明度
第3章　民事訴訟法二四八条の意義と機能
第6編　文書提出命令
第1章　文書提出命令における文書の「所持者」について
第2章　文書提出命令の申立ておよび審理手続
第3章　文書特定手続の創設とその意義
第4章　文書提出命令の発令手続における文書の特定
第5章　文書提出命令における『自己利用文書』概念の現在と将来
第6章　いわゆる「黙示の却下」について

三　本論文を構成する各論考の内容

1　第1編　基礎理論

(1)　第1章「裁判官および弁護士の役割と非制裁型スキーム」

平成八年に成立した現行民訴法は、旧民訴法を全面改正する際、新しい制度を種々導入したが、その中には、法的効果を実現・強制する手段としての制裁措置を具備していないものがある。かかる非制裁型スキームは、日本における裁判官と弁護士の役割の現状に関する立法者の認識を反映したものであるが、同時に、将来におけるわが国の裁判官と弁護士の役割に対しても不可避的に影響を与えるおそれがある。本章は、かかる非制裁型スキームが、裁判官と弁護士の役割を制御するための装置として望ましいものであるか否かを検証しようとしたものである。

主に検証の対象とされるのは、争点および証拠の整理手続と、証拠収集手段（当事者照会、文書特定手続）である。

それらは、共通する特徴として、制度の実効性を担保するための制裁手段ないし強制手段を有しておらず、当事者およびその弁護士の誠実性に依存するという点で、諸外国と比べて極めてユニークな制度である。

しかし、三木君によれば、わが国の裁判官は、民事訴訟の様々な局面でパターナリスティックに後見人の役割を指向し、当事者や弁護士はその庇護を当然のこととして受け止める傾向が強いため、非制裁型スキームは、間接的ないし事実上の強制手段を有することになり、わが国では、諸外国と異なり非制裁型スキームでもそれなりに機能している。しかし、三木君は、非制裁型スキームの下で裁判官がパターナリズムを行使すると、「正直者が馬鹿をみる」事態が生じ、当事者間に重大な不公平をもたらす可能性が高いと指摘する。そもそもわが国で非制裁型スキームを擁護する議論が根強い背景には、弁護士と裁判所との間における著しい相互不信が連綿と存在し、それが近時における非制裁型スキームへの傾斜につながっているが、当事者や弁護士の自治的な権限と裁判官の管理的な権限の適切なバランスを達成するためには、少なくとも現在の非制裁型スキームのうちのいくつかにつき、制裁型スキームに移行させていく必要があると三木君は指摘する。そして、制裁型スキームの導入にあたっては、既存の制度の手直しを考えるだけでなく、秘密保護命令制度や裁判所侮辱罪のようなメカニズムの導入を検討する必要があり、また、そうした点を議論できるだけの信頼関係が、今や、弁護士と裁判所の間に生まれているのではないか、との問題提起を行っている。

(2) 第2章「民事裁判制度のさらなる改善に向けて」

第2章は、現行民訴法施行後一〇年目という節目の年に日弁連主催で開催されたシンポジウム「権利救済を拡充するための新しい民事裁判を提言する」における三木君の基調講演に加筆修正して論文の形にまとめたものである。取り上げられているテーマは、消費者被害を集合的に救済するための集合的金銭請求訴訟制度、証拠収集制度の拡充、損害賠償制度の改革（懲罰的損害賠償導入の提言）であり、それぞれのテーマについて、アメリカやドイツの制度と比較しながら非常に説得力のある提言をしている。

(3) 第3章「民事訴訟における『判例』の意義」

第3章は、民事訴訟における「判例」とは何かを、主として横田基地騒音事件最高裁判決（最判平成一九・五・二九判時一九七八号七頁）を素材として検討したものであり、他の章とはやや趣きを異にする。しかし、本論文全体が、

民事訴訟における手続運営の考え方を重視した理論の再構築を目指したものであり、三木理論の構築にあたり、「判例」法理のもつ意味がきわめて大きいことを考えると、本章で、民事訴訟における「判例」の意義が論じられているのは、当然のこととともいえる。

横田基地事件では、将来給付の訴えの利益の有無が争われ、最高裁は、大阪国際空港事件の上告審判決（最判昭和五六・一二・一六民集三五巻一〇号一三六九頁）のうちの「結論命題」に該当する部分を「判例」であると判示して、原判決中の将来給付請求を認容した部分を破棄したが、横田基地事件最高裁判決では、複数の裁判官の個別意見において、大阪国際空港事件の上告審判決のうちのどの部分が「判例」であるかが正面から議論された。「判例」概念には、法律や規則などの制定法規上で用いられている「制定法上の判例」概念と、慣習法などと並び制定法規以外の法源を語る文脈において用いられる「法源的機能としての判例」概念とがあるが、このうち、前者にいう「判例」を判決理由のどの部分と考えるかについては、「結論命題」のみが「判例」であるとする結論命題限定説と、「直接的理由づけ命題」も「判例」になるとする一般的命題包含説とが対立している。横田基地事件最高裁判決における「判例」とは、「結論命題」の部分を指すが、直接的理由づけ命題が「判例」であるかどうかについて、横田基地事件判決の「判例」では何も示されておらず、直接的理由づけ命題が「判例」であるかどうかについての「判例」は、未だ存在しないと結論している。本章により、三木君が「判例」とは判決のいかなる部分をいうと考えているかが端的に示されている。

(4) 第4章「訴訟物概念の意義と機能」

「訴訟物」概念は、ドイツ語の Streitgegenstand の訳語であるが、法文上に存在する概念ではなく、学理上の思考の便宜のために創造された道具概念である。「訴訟物」に対して思考道具として期待された機能は、「指示概念」と「体系概念」である。実体法説と訴訟法説の対立を中心とするいわゆる訴訟物論争は、「体系概念」としての機能における優劣をめぐる争いであったが、訴訟物論争の展開につれ、体系性に基づき演繹的に個別問題の解決を図ろうとする考え方に対し、近時はむしろ、個別問題ごとに関係する規定の立法趣旨や利益衡量などを追求することによって、個別問題のそれぞれに応じた具体的妥当性を追求するアプローチをとる考え方の方が、主流となっている。

元々訴訟物概念の原型は、一九世紀後半のドイツで形作

られたが、そこでは訴訟法上の個別問題の解決機能を有する「体系概念」としての役割が期待されていた。「体系概念」としての訴訟物は、実体権を基準として訴訟物を把握する実体法説により一応の完成をみたが、そこでは、訴訟法上の要件や効果は、実体法を基準とした訴訟物概念を用いることにより統一的に位置づけることができるものと考えられた（訴訟物の統一性ドグマ）。しかし、「体系的概念」としての訴訟物の機構的な進化を意図して、実体法説を批判する形で訴訟法説が登場し、両者間における訴訟物論争が個別問題の各局面で展開されて行くにつれて、個別問題の妥当な解決は訴訟物論からの演繹で決せられるほど単純なものでないことが明らかになり、「訴訟物の統一性ドグマ」の崩壊が進んでいった。その結果、訴訟物が担うべき機能は「指示概念」の機能に尽きることとなった。このことは、訴訟物概念は、法文上の用語である「訴訟の目的」、「請求」、「主文に包含するもの」、「事件」、「申立事項」などを総称するものでしかないことを意味する。そして、これらから取り出しうる共通要素、すなわち、指示的訴訟物概念の中味としては、伝統的な通説や実務が理解してきた「最狭義の訴訟物」＝「原告によって主張される権利自体」以外には考えられないと、三木君は指摘する。その上で、かかる理解を前提に、指示的訴訟物概念に基づくあるべき訴訟（手続）運営の姿を描いて本章を閉じている。

2　第2編　一部請求

(1)　第1章「一部請求論の考察」

三木君は、本章で、本論文を貫く視点である民事訴訟における手続運営的な事件処理を行うためには、一部請求訴訟における両当事者の手続上の地位について緻密な調整が必要であり、そのためには、なぜ原告があえて一部請求という手段を選択したのか、事件類型に応じてきめ細かく分析する必要があるとする。そこで、一部請求の裁判例を丹念に渉猟した上で一部請求の背景にある利益または動機の類型化を行い、一部請求には、理念型として、試験訴訟型、総額不明型、資力考慮型、相殺考慮型、費目限定型、一律一部請求型の六つの類型があることを析出し、それぞれの類型によって原告が一部請求訴訟を提起する動機・目的・趣旨が異なる以上、それに応じた解釈論を立てるべきだと論じ、かつ、それを実践している。具体的には、民事訴訟における手続運営論の見地からすると、①いずれの類型でも原告は一部請求であることを明示すべきであり（一部明示責任）、それを怠ると残部請求は遮断される、②一部請

求であることを知っただけでは相手方や裁判所は適切な対応をとれないので、原告は当該訴訟を一部請求とした理由も相手方・裁判所に開示すべきであり（理由明示責任）、理由明示責任を果たさないと相殺考慮型では過失相殺の処理において原告に有利な外側説の適用を受けられなくなる、③さらに類型によっては原告は手続の途中で請求を拡張すべきであり（請求拡張責任）、これを怠る場合、総額不明型や、例外的に相殺考慮型・資力考慮型では、後訴における残部請求は信義則により排除されると主張する。

⑵　第2章「一部請求論の展開」

三木君は、前章で、一部請求の類型に応じて異なった解釈論を立てるべきであるとするが、本章では、一部請求訴訟の類型的考察を適切に行うには、明示説の結論は、既判力論のみでは説明できず、そこに信義則論を介在させる必要があるとして、次のように述べる。明示説をとる判例理論は、黙示の一部請求の場合に前訴で訴求されていない残部を含む債権全体が訴訟物になるというが、訴訟物特定の理論からはかかる結論を導くことはできず、明示の一部請求の場合だけでなく黙示の一部請求においても、訴訟物は訴求された一部債権のみであり、残部債権は訴訟物とはならず、一部請求であることの明示または黙示という当事者の態度は、当事者のその他の態度と併せて訴訟上の信義則の要素と解すべきであるとする。本章では、このように、一部請求論において信義則がどのように機能するかを詳論し、一部明示責任、理由明示責任、請求拡張責任ごとに訴訟法上の信義則がどのように働くか、それらの責任を原告が適切に果たさない場合に、原告がどのような不利益を受けるかを明らかにし、前章で示した結論が正しいことを論証している。また、明示の一部請求に関しては、原告が訴求した部分の存在が認められ、これに対して被告が提出した過失相殺や相殺の主張に理由がある場合に、これをいかなる形で考慮するかという問題もあり、判例はいわゆる外側説をとることで一応決着はついているが、類型によっては、按分説や内側説によらざるを得ないことを論じている。同様にまた、一部請求後の残額請求の可否の問題や、一部請求訴訟の全部勝訴原告による控訴の可否の問題についても、一部請求の類型によって結論が異なるべきことを明らかにしている。

3　第3編　複雑訴訟

⑴　第1章「請求の予備的併合と非両立要件」

民訴法上、主位的請求と予備的請求が相互に両立しない

場合に、請求の予備的併合が認められることについて争いはない。これに対し、①複数の請求が相互に両立する場合にも、予備的併合が許されるか、②複数の請求が相互に両立しない場合に、予備的併合以外の単純併合や選択的併合が許されるか、については争いがある。本章は、それらの問題について緻密な検討を試みたものである。

①について伝統的な通説はこれを否定する。しかし、最高裁判例には、両請求が法律的または経済的に同一または同種の目的に向けられている場合に、予備的併合を認める制限的肯定説をとるものもあり、これを支持する学説もある。他方、たとえ両立する複数の請求であっても、特段の条件を要求することなく、原告の意思のみで予備的併合は許されるとする無条件肯定説もある。三木君は、民事訴訟における手続的運営論の立場から、否定説や無条件肯定説に対して疑問を呈した上で、制限的肯定説をとるべきことを論証している。また、②について、伝統的な通説は、相互に両立しない複数の請求を併合して提起する場合には、予備的併合のみが可能であり、単純併合や選択的併合は許されないとする。しかし、通説は請求と主張を混同しており妥当ではなく、単純併合も選択的併合も許されると解すべきであるが、ただ、選択的併合については、特に実務上の必要性と合理性がある場合に限り認められるべきであるとする。

(2)　第2章「多数当事者紛争の審理ユニット」

わが国の学説の多くは、紛争の一回的解決の理念を旗印に、訴えの主観的併合や訴訟参加の要件などを緩和し、多数当事者訴訟における審理サイズを拡大する方向に進んできた。これに対しわが国の実務は、訴えの主観的併合や訴訟参加の要件などを制限的に解釈する傾向が強いといわれ、有力な裁判官からも、実際の訴訟手続運営の不便さや苦労から審理サイズの縮小を提唱されていた。かかる状況下において、三木君は、本章で、アメリカ民訴法学の成果を参照しながら、わが国の大多数の学説とは逆に、審理サイズの拡張の方向ではなく、縮小の方向で理論を構築しようと試みている。

三木君が参照するアメリカ民訴法学は、二〇世紀に入り、コモンローの系統ではなく、エクイティの系統で発展してくるが、その結果として、大陸法に比して、多数当事者訴訟に寛大であり、これを奨励する傾向にある。しかし、アメリカでも、行きすぎた審理サイズの拡大への反省から、審理サイズ縮小の議論が一部の学説より唱えられている。三木君は、かかる学説が審理ユニットの縮小を望む当事者

の保護の観点から主張されていることに示唆を受け、本章で審理サイズ縮小論を展開している。具体的には、審理サイズの拡大を指向する原告ないし裁判所に対して縮小を指向する被告ないし当事者の利益を対置させることにより、従来から指摘されてきた実務的な不便・苦労の問題から、理論的な審理サイズ縮小論に問題を進化させている。

三木君は、このように多数当事者訴訟における審理サイズの縮小論を展開する一方で、「合同審理」という新しい審理ユニット構想も提案している。「合同審理」は、関連事件が複数の裁判所に別々に係属している場合に、各係属事件に共通する争点または証拠方法について、複数の受訴裁判所の共同主宰により、当該争点および証拠方法に関して、合同して審理を実施するものであり、多数当事者紛争の審理ユニットの縮小化をもたらすデヴァイスとして有用であるとして、その効用を説いている。

(3) 第3章「独立当事者参加における統一審判と合一確定」

独立当事者参加は、大正一五年の民訴法改正により旧民訴法に導入された制度である。しかし、ドイツ法やフランス法にも類例をみないわが国独自のものであり、また、立法過程において必ずしも十分な検討を経たものとはいえず、手続構造についても確固たる構想なしに作られたともいわれている。

この独立当事者参加の訴訟構造をどのように理解すべきかについて、通説は、三面訴訟説に立つ。本章は、通説の主張する三面訴訟説では、独立当事者参加を説明できないこと（片面的独立当事者参加が認められたことにより、さらに説明が難しくなったこと）を明らかにしている。その例として、三木君は、ある動産の所有権をめぐって独立当事者参加訴訟があったとしても、原告と被告間ではどちらが正当な相続人であるかが争われ、参加人が原告から正当に買い受けたと主張して争う場合、これは三面訴訟ではなく、二面訴訟の複合にすぎず、擬似的な独立当事者参加であるという例を挙げている。また、現行法の規律では既存の当事者の訴訟行為を掣肘する参加人の権限が強すぎるとも指摘する。三木君は、本章において、独立当事者参加が紛争の一体的解決の手段として有用だとする通説の見解を次々と批判していくが、具体的な問題として、原告・被告間で和解が成立した場合、それを反映して独立当事者参加は分解して、以後は通常共同訴訟となることを見事に論証している。判例・通説は、原告・被告の二者だけでの和解は、独立当事者参加訴訟においては無効であるとしている

が、これに真っ向から挑戦するものである。その際、三木氏は、原告・被告の二者だけでの和解は参加人の権利・地位に法的に不利益は及ばないことを明らかにした上で、きわめて精緻な解釈論を展開している。

(4) 第4章「独立当事者参加の訴訟構造と要件・手続」

本章は、前二章の検討結果を踏まえ、主に学生向けに、独立当事者参加の訴訟構造を論ずるとともに、訴訟構造を論ずることの意味を検討し、併せて要件および手続に関する議論を整理した論考を収めたものである。しかし、独立当事者参加の要件の検討の箇所などでは、単なる学生向け解説を超えた三木君独自の優れた見解が展開されている。

(5) 第5章「多数当事者紛争の処理」

本章は、現行民訴法が、多数当事者紛争の処理に関して新たに導入した制度の中から、実務または理論への影響がとりわけ大きい、選定当事者制度、同時審判申出共同訴訟、片面的独立当事者参加について、改正結果の検証と今後の展望を論じたものである。元々実務雑誌に掲載された論考がベースになっている。特に選定当事者と同時審判申出共同訴訟に関しては、三木君ならではの問題意識に溢れた論述が見られる。すなわち、本章において、選定当事者制度がなぜ使われないかを詳論するが、その際、多数の者に関わる共通の利益には、拡散的利益と同種個別的利益があり、このうち、前者を司法的に保護しようとする場合は、選定当事者制度は向かないこと、後者の利益を保護しようとする場合には、選定当事者制度は向くが、現在のようなオプトイン型では、利用は見込めないことを述べた上で、選定当事者制度の活性化のためには、オプトアウト型を検討せざるをえないと指摘する。また、その際には、先にも触れた「合同審理」(3(2))の選定当事者制度への導入を提言するとともに、当該訴訟の目的が差止めか、損害賠償かによっても異なることを指摘する。他方、同時審判申出共同訴訟については、その要件たる、複数の被告に対する請求が「法律上併存し得ない関係」にあることが、具体的に何を意味するかを詳細に論じている。また、同様に複数の被告に対して実体法上両立し得ない関係にある場合に、原告が一方の被告に対する請求の審判を優先して申し立て、それが認容されることを解除条件として他の被告に対する審判を求める併合形態である訴えの主観的予備的併合についても、現行民訴法下でもそれが認められるか否かについて精緻な解釈論を展開し、否定説をとるべきことを主張している。

4　第4編　重複訴訟

(1)　第1章「重複訴訟論の再構築」

旧民訴法二三一条（現行民訴一四二条）は、重複訴訟の中で画一的処理になじみやすい典型的な類型の一つを取り出して規定したものであるが、およそ紛争当事者が訴訟の場で少しでも有利な地歩を得ようと行動する限り、ある種の重複訴訟の発生は不可避である。そのため、アメリカにも古くから重複訴訟論が存在している。アメリカでは、重複訴訟論はコモンローの下で展開してきたが、古い時代のアメリカの重複訴訟論と、わが国の伝統的な重複訴訟論は、多くの点で共通点を有していた。しかし、その後の重複訴訟論の発展は、アメリカでは、多く面で柔軟性に富む裁量的な処理が行われるようになってきているのに対し、わが国の理論と実務は、アメリカでは既に過去のものとなったコモンロー原則と大差ないところで停滞している。本章は、こうしたわが国の重複訴訟論の問題点と、これと対比されるアメリカの重複訴訟処理の柔軟性と多様性について、重複訴訟禁止原則の根拠、前訴優先ルール、重複訴訟の処理手段、当事者の利益保護の各論点ごとに両国の制度を対比しながら論じたものである。わが国では、重複訴訟禁止原則の根拠として、重複した訴訟追行を強いられる相手方当事者の迷惑（迷惑論）、重複した審理を実施することによる訴訟経済上の非効率（効率論）、同一事件について矛盾抵触する判決のおそれ（抵触論）が挙げられる。しかし、このうち迷惑論は、狭義の重複訴訟（当事者と訴訟物が一致する場合）における特殊限定的なケースにしか通用しないし、抵触論の変形としての既判力論は、重複訴訟禁止原則を特殊なケースに限定していく機能を営み妥当ではないとする。これに対し重複訴訟禁止原則の根拠として効率論を前提にすると、解釈の指導原理は、三つの方向性を有することになると指摘する。すなわち、①訴訟経済の見地からは、重複訴訟禁止原則の適用範囲を広く捉えることになる、②効率的な訴訟運営を達成する手段は後訴を受理した裁判所による後訴の処理に限られないので、重複訴訟を処理する手段を考えるにあたり柔軟な発想が必要になる、③訴訟経済は相対的な価値なので、後訴原告の裁判を受ける権利との調整が可能である、という方向性である。

わが国の伝統的な重複訴訟論では、前後両訴が同一事件と認められた場合に、却下の対象となるのは常に後訴と考えられている。これに対しアメリカでは、重複訴訟処理の場面における前訴優先ルールの絶対性は大きく後退している。対向型重複訴訟（前訴の被告が原告となって後訴を提

起する場合）では、前訴優先ルールは重複訴訟のうちの一方を選択する際の一つの考慮要素でありえても、他に考慮すべき要素はたくさんある。また、反復型重複訴訟（前訴の原告が再び重複する後訴を提起する場合）でも、前訴優先ルールは原告の恣意を防止する機能を営むが、これまた他の要素との衡量を許さない絶対的な要請ではないとする。その結果、重複訴訟禁止の主要な根拠である効率論の見地からは、前訴優先ルールを絶対不可侵の基準とすることはできないと指摘する。

重複訴訟が提起された場合の処理手段には、後訴の却下以外にも、弁論の併合、事件の移送、一方手続の中止、訴えの変更または反訴提起など様々な可能性があるが、アメリカの重複訴訟処理のためのデヴァイスの一つとして、関連する各事件に携わる裁判所の共同主宰で行われる「合同審理」ないし「合同協議」と、「合同審理」が行われる場合に、その結果を踏まえて、争点確定や証拠決定に関して出される「合同命令」ないし「並行命令」の試みがあるとする。そして、この試みは、現行民訴法の枠内における運用論と将来における立法論の両面からわが国でも検討する価値があるのではないかと指摘している。

重複訴訟の処理にあたり、アメリカの裁判所は、当事者の利益保護により慎重な配慮を払っているが、わが国の裁判例にも、重複訴訟禁止原則の趣旨と当事者の正当な利益との衡量で結論を導いているケースがある。こうした衡量的態度は、前訴優先ルールの相対化や重複訴訟処理手段の柔軟化とともに、意識的に推進されていくべきものであるとする。

このように、本章では、後訴優先ルールの相対化をはじめ、従来、わが国にはなかった解釈論を、アメリカ法の重複訴訟論の展開を参照しつつ自由に展開している。

⑵　第2章「重複訴訟論の運用」

わが国の伝統的な重複訴訟論は、現行民訴法一四二条の規定＝重複訴訟禁止原則そのものであるという前提の下に、その帰結として、①重複訴訟論では、「審理手続」の重複ではなく、「訴え提起」の重複のみが問題とされる、②重複訴訟論は、訴訟物を介して既判力論と同視され、既判力論と同様の硬直的な解釈が行われる、③後訴の却下のみを重複状態の解消手段とすることから、前訴優先原則が当然とされる。これに対し一九七〇年代になると、重複訴訟禁止原則の適用範囲と処理手段について、拡大的に考える見解（拡大説）が登場した。拡大説の主張は、①重複訴訟禁止原則の趣旨は、審理手続の重複禁止により達成できるの

で、審理手続の併合があれば、重複訴訟禁止原則に抵触しないと解すべきである、②重複性の有無は、訴訟物の同一性ではなく、審理手続の重複の基準である主要な争点や訴訟資料の同一性に求めるべきである、③主要な争点や訴訟資料が同一であれば、重複訴訟の処理手段はなるべく後訴手続の停止や前訴への併合などの手続運営上の手段によるべきである、という点に集約できる。

しかし、三木君は、①従来の拡大説は、立論の根拠を民訴法一四二条に求めるが、一四二条の要件・効果は、単純な反復型重複訴訟を想定したものであり、他方、司法資源の効率的な利用という要請は、成文法規の有無にかかわらない普遍的な価値であるから、拡大説の主張は、「二重起訴の禁止」とは区別される「重複訴訟の禁止」として、不文の重複訴訟禁止原則に従うものと解するのが妥当である、②従来の拡大説は、重複状態を解消する手段の柔軟化を提唱するが、その場合でも、前訴優先原則を当然の前提としている。しかし、前訴優先原則を絶対視すべきではない、③従来の拡大説は、重複訴訟を求める当事者の動機や事情を積極的に評価する姿勢を示さないが、司法資源の効率的な利用は相対的な価値であり、当事者の動機や事情との間で具体的な衡量が行われるべきであり、従来の拡大説にも問題があるとして、従来の拡大説を批判する。かかる考え方は、前章で既に示されているところであるが、実は、わが国の裁判例の中にも、かかる考え方によらなければ適切かつ妥当な解決を導くことができない事案が存在するとして、二つの事案（①手形債権不存在確認の訴えの係属中に同一の手形に基づく手形金支払請求訴訟が別訴として提起された事案と、②金銭支払請求の訴えの係属中にその訴求債権を別訴において相殺の抗弁の自働債権として提出したという事案）を紹介し検討をしている。本章に、「重複訴訟論の運用」というタイトルが付いているのは、そのためである。

5　第5編　証明論

(1)　第1章「確率的証明と訴訟上の心証形成」

「確率的証明」とは、統計学的手法あるいは確率計算によって算出された確率数値を訴訟上の証明手段とする証明方法をいうが、わが国では確率的証明に関する研究はまだ緒についたばかりである。これに対しアメリカをはじめとする英米法諸国には研究の蓄積があるが、現在もなお発展途上にあり、論争がどういう形で収束するか予断を許さない。また、確率的証明では、確率的数値が用いられるため、

心証形成過程のモデル化が容易であり、事実認定理論の研究に格好のフィールドを提供している。本章は、かかる確率的証明について、主にアメリカの裁判例および理論で構築されたモデルに関して、その構造を分析し、従来のわが国の証明論との関係について考察したものである。

(2) 第2章「民事訴訟における証明度」

「証明度」とは、訴訟における事実認定者が、要証事実を認定することが規範的に許される蓋然性の程度をいう。民事訴訟における証明度は、フランスやドイツなどの大陸法の国では、刑事訴訟におけると同様の高い水準が必要であるという理解が一般的である。これに対し、アメリカ、イギリスなどのコモンロー諸国では、証拠の優越という低い程度の証明度で足りるとする理解が共有されている。わが国では、証明度に関する考え方を大陸法から継受したため、「高度の蓋然性」＝「確信」という高い水準が必要であるという見解が古くから支配的であり、判例も同様であるとされている。本章は、これに対し、民事訴訟における証明度は、「高度の蓋然性」基準ではなく、より低い証明度である「優越的蓋然性」基準が採用されるべきであるという解釈論を展開したものである。三木君は、本章において、①通説・判例のとる「高度の蓋然性」説は、理論的、実務的、歴史的な見地のいずれに照らしても、合理性が認められないこと、②実務の多くが現実に「高度の蓋然性」基準によって運用されているかどうかはきわめて疑わしく、実務では「優越的蓋然性」基準がしばしば採用されてきたこと、③心証における信頼度の揺らぎの幅を考慮すれば、相当数の実務は実質的に「優越的蓋然性」基準を採用しているとさえ評価できることを明らかにした上で、民事訴訟における証明度は「高度の蓋然性」であるとの言説は、不適切であると主張する。また仮に、現実には相当数の実務は実質的に「優越的蓋然性」基準を採用しているとしても、「高度の蓋然性」という言語表現は、それだけで裁判官や当事者に誤ったイメージを与え、現実の訴訟における事実認定を歪めるおそれがあること、「高度の蓋然性」という言語表現に忠実な実務とこれを実質的に無視する実務が混在しているとすれば、事件間の公平を害するだけでなく、当事者の訴訟結果に対する予測可能性を害し、ひいては民事司法に対する不信や不満の温床となることを指摘している。

(3) 第3章「民事訴訟法二四八条の意義と機能」

損害賠償請求訴訟では、損害の発生のみならず損害金額についても原告が証明責任を負う。そのため、損害の発生

について証明がなされたとしても、金額の証明がなければ、損害賠償請求は認められないと解されてきた。しかし、かかる扱いは当事者の公平の観点に照らして不当であり、被害者救済の見地からも問題であるし、社会の納得も得られない。そこで、かかる不都合を回避し、被害者の権利実現を容易にするために、ドイツ民訴法二八七条などを参考にして現行民訴法で導入されたのが、民訴法二四八条である。同条は、「損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる」と規定している。

民訴法二四八条の法的性質をどのように解するかについては、学説上、大別して、①損害額に関する証明度を軽減したものとする「証明度軽減説」、②損害額の認定について裁判所による裁量評価を許容したものと理解する「裁量評価説」、③証明度軽減および裁判所の裁量評価の双方を認めたものとする「折衷説」の三説がある。三木君は、裁量評価説が妥当であるとする。三木君によれば、証明度軽減説をとるか、それとも裁量評価説をとるかは、単に理論的な説明の違いにとどまらず、実務における結果にも重要な差異をもたらしうるという。とりわけ、実務的に意味が大きいのは、①損害額が将来の不確実な事実の発生を基礎とする場合、証明度軽減説では損害を認定できないことが生じうるが、裁量評価説によればそのような場合にも損害額の認定が可能であること、②損害額が原告主張の全額かそれともゼロかという極端な認定を回避したい場合、証明度軽減説では心証割合を加味した認定は不可能であるが、裁量評価説によれば落ち着きの良い認定が可能であること、③訴訟資料から導かれる損害額の複数の算定根拠に大きな開きがある場合、証明度軽減説ではいずれかに従った損害額の認定しかできないが、裁量評価説によれば中間的な損害額を認定することが可能であること、であると指摘する。

また、証明度軽減説と裁量評価説とでは、民訴法二四八条を適用できる事件類型の範囲について大きな差異が生ずるとも指摘する。証明度軽減説では、慰謝料型と無形損害型には、民訴法二四八条の適用は考えにくいが、裁量評価説では二四八条を適用することに問題はない。これらに対し、逸失利益型、将来予測型、滅失動産型については、証明度軽減説と裁量評価説とで結論を異にする場合があるという。具体的には、①これらが二四八条の適用対象となりうるかにつき証明度軽減説では見解が分かれ、逸失利益型

には適用されないとする学説もあれば、滅失動産型には適用されないとする学説もある。これに対し、裁量評価説では、いずれも二四八条の適用対象となりうる。②仮に証明度軽減説でも適用対象となりうるとしても、逸失利益型、将来予測型、滅失動産型では、損害額を認定するに足りる最低限の証拠すらないことが珍しくなく、証明度軽減の前提である一応の心証すら得られないことがありうるため、そのような場合には、二四八条の適用対象とならないことが予想される。③実務は、二四八条の適用対象につき、同条が本来予定する適用対象を超えて、（i）割合的心証論と同様の結果を得るため、（ii）立証に要する当事者の財産的負担を軽減するため、（iii）文書提出命令における真実擬制のため、（iv）消費者契約法九条一号にいう「平均的な損害」を算出するためなどに、二四八条の適用対象を拡大しているが、証明度軽減説ではこれらを説明できない。二四八条は、損害額の集合的認定が問題となる場面でも適用が認められるべきであるが、これも証明度軽減説では説明ができない。これに対し、裁量評価説からは、それらの解釈が可能となる。そして、最近になって、最高裁も、最判平成二〇・六・一〇判時二〇四二号五頁において、裁量評価説をとることを明らかにしたと述べている。

6　第6編　文書提出命令

(1)　第1章「文書提出命令における文書の『所持者』について」

民訴法上の文書提出命令において、文書提出義務を負うのは文書の「所持者」である（民訴二三〇条）。そのため、文書提出命令を申し立てるときは、申立人が文書の所持者を特定しなければならず（同二二一条一項）、提出命令に対する不服従の制裁は、文書の所持者が受ける（同二二四条・二二五条）。本章はかかる文書の「所持者」の意義を検討したものである。

文書の「所持者」の要件は、①裁判所の提出命令に従って文書を裁判所に提出しようと思えば、自らの意思で提出できる立場にあること、②提出命令を拒否しようと思えば、自らの意思で提出を拒むことができる立場にあること、③文書を提出することによって生ずる不都合や不利益につき、責任を負いうる立場にあること、④提出命令に従わなかったときに、一定の不利益や制裁を受けるに値する者であること、である。かかる地位または立場は、一般に文書に対する「支配」という言葉で表現されるが、文書の「支配」は、価値的ないし規範的な概念であるため、具体的な事案において誰が文書の支配を有しているかを判断することは

必ずしも容易ではない。そこで、三木君は、「支配」の有無が問題となった裁判例の分析により、「支配」の有無を左右する重要なファクターを抽出しようと試みた結果、「文書に対する『支配』の有無を左右する主要なファクターは、当該文書の管理処分権である。この管理処分権が複数の主体に帰属する場合、両者に優劣がないときは両者がいずれも『支配』を有するが、一方が第一次的な管理処分権を有する場合には、その者が単独で『支配』を有する。ここにいう管理処分権は原則として法令上の権限であるが、それに準ずる権限でよい場合もある。また、『支配』は価値的または規範的な概念であって、文書の不提出に対する制裁に関する考慮は、『支配』の有無を左右する重要なファクターとなりうる。これに対し、〔文書についての〕純然たる事実上の影響力は、それだけでは『支配』とはいえない」と結論する。本章では、このほか、行政官署が文書を所持する場合に、その文書の「所持者」をどのように考えるかという問題も扱っている。この点については、かねてより、(a)公法上の権利義務の主体である国または地方公共団体であるとする説（法主体説）と、(b)文書の閲覧の許否について決定権限を有する行政庁であるとする説（行政庁説）が対立してきた。また、最近では、ほかに(c)当事者が国等である場合とそうでない場合とで場合を分ける説（折衷説）も主張されている。(b)行政庁説が通説であり、実務の運用であるとされるが、平成一六年の行政事件訴訟法改正により、抗告訴訟の被告適格が行政庁から国等の法主体に移ったことで、議論の前提に変化が生じている。また、平成一三年の民訴法二二三条三項に関する法改正もこの問題に影響を与えうる。そこで、三木君は、これらの問題を検討するとともに、裁判例の分析を通じて、結論として、法主体説が妥当であることを詳細に論じている。

(2)　第2章「文書提出命令の申立ておよび審理手続」

現行民訴法において初めて登場した文書提出命令に関する規定として、(a)民訴二二〇条四号を原因とする申立てにおける「必要性」の要件（民訴二二一条二項）、(b)裁判所による文書の特定のための手続（同二二二条）、(c)文書提出義務の存否を審理するためのイン・カメラ手続（同二二三条三項）、(d)文書の一部についての提出命令（同二二三条一項後段）がある。本章は、これらを検討したものである。

まず、(a)文書提出命令の申立人は、民訴法二二一条一項一号の「文書の表示」と二号の「文書の趣旨」を用いて文書を特定すべき責任を負うが（民訴二二一条二項）、申立

人が文書特定手続（同二二二条）の利用を申し出た場合とそうでない場合とで申立人の文書特定責任に差異が生じること、民訴法二二〇条四号の一般的文書提出義務を原因とする文書提出命令の申立ての場合と他の提出義務を原因とする申立ての場合とでは、申立書の記載事項に差異があることが詳細に論じられている。次に、(b)文書特定手続の運用をめぐっては、①民訴法二二二条にいう文書の特定が著しく困難であるときとはどのような場合か（特定困難性）、②文書所持者が申立てにかかる文書を識別することができる事項とはどのような事項か（識別可能性）、③文書提出命令の申立てに理由がないことが明らかな場合とはどのような場合か（即時却下の要件）、④文書所持者が裁判所の求めに応じなかった場合はどうなるのか（不開示の法的効果）等が問題となるとして、それらの問題につき詳細な解釈論を展開している。続いて、(c)イン・カメラ手続の運用上の問題が検討されているが、イン・カメラ手続は、一般義務文書に関する除外事由の有無に限定して実施されるべく設けられた制度であるにもかかわらず、この制度を現実に運用しようとすると、証拠としての必要性の判断、更には訴訟物の存否に関する証拠評価までもが、除外事由の判断過程に混入してくることがありえ、これは、事実上の心証形成のように裁判官の心構えに期待しうる問題とは異なり、裁判官が良心的に行動しても避けることができない問題であると指摘する。そして、三木君は、そうしたイン・カメラ手続に伴う問題点の多くを克服できる手続として、アメリカの情報自由法（ＦＯＩＡ）に関する訴訟で確立されてきたヴォーン手続に着目し、そこで作成されるヴォーン・インデックス（開示請求の対象である情報の所持者に、非開示とした個々の文書の名称、非開示とする理由等に関し項目別に作成させるもの）を利用することの効用を説き、わが国の文書提出命令における除外事由の審理においても、ヴォーン手続の実施可能性を検討していく必要があるとする。そして最後に、(d)文書の一部についての提出命令について、「文書の一部」の意義につき若干の解釈論を展開している。

(3) 第3章「文書特定手続の創設とその意義」

本章は、前章で検討した文書特定手続が現行民訴法二二二条に結実していった経緯を辿るとともに、類似の外国（英米）の制度との対比をした上で、依然として解釈に委ねられている重要な問題、すなわち、民訴法二二二条一項の要件論（特定困難性、識別可能性）と、同条二項の効果論（即時却下の要件、不開示の法的効果）について、前章

におけるよりも更に精緻な解釈論を展開している。特に、この制度には、文書所持者が裁判所の求めに応じなかった場合に、実効性を確保するための手段が設けられておらず、その制度上の欠陥が利用者のインセンティブを大きく削ぐとともに、制度自体の機能不全を将来するであろうことが予想されたことから、不開示の効果の箇所では、「文書所持者が裁判所の問い合わせに応じない場合には、申立ての内容、当該文書の証拠価値、文書所持者の事情、他の手段で文書情報が得られる可能性などを総合的に考慮した結果として、場合によっては、個々の文書の特定は不十分なままであっても、カテゴリーによる特定のみで文書提出命令を発することができることをむしろ正面から認めるべきである」といった、実質的に立法論に近い解釈論も本章で展開されている。

(4) 第4章「文書提出命令の発令手続における文書の特定」

文書特定手続は、現行民訴法により導入されたものの、結局は、その制度上の重大な欠陥ゆえに、全くといってよいほど利用されない制度となっている。そこで、前章執筆の約五年後に、文書特定手続につき、前章よりもさらに立法論に近い解釈論を展開すべく執筆されたのが、本章所収の論考である。

最決平成一三・二・二二判時一七四二号八九頁は、文書提出命令発令手続における文書特定の基準につきかなり緩やかな基準を採用したものであり、それだけでも理論的な検討に値するが、その原々審である大阪地裁が行った事件処理には、文書特定手続の実施における裁判所の裁量権の有無や、イン・カメラ手続を利用した文書の特定の可否といった、文書提出命令の発令手続における文書の特定を考える上で検討を要する問題が内包されている。そこで、この最決とその原々審における事件処理を中心として、本章では、文書提出命令発令手続における文書の特定に関連する主要な問題が検討されている。

まず、(a)文書特定手続における不開示の効果について、学説は、①発令否定説（所持者が開示しなかった場合には、対象文書の特定ができないから、文書提出命令の申立てを却下すべきとする）、②再評価説（所持者が開示しなかった段階で、特定が十分かどうか再評価して、申立てを却下するかどうか決めるとする）、③発令肯定説（所持者が発令を拒んでも、申立ての内容、当該文書の証拠価値、文書所持者の事情、他の手段で文書情報が得られる可能性などを総合的に勘案して、なお当該文書が必要と認められると

きは、特定が不十分なままであっても文書提出命令を発令できるとする）が対立しているが、③説をとるべきことを詳論している。次に、(b)個別的特定の要否につき、民訴法二二一条一項が定める文書の表示および趣旨の記載としては概括的な特定で足りるとする前掲最決平成一三・二・二二の立場を支持した上で、かかる立場をとる場合に、民訴法二二一条一項一号・二号の定める「文書の表示および趣旨」が有する機能（①所持者に提出が求められている文書を認識させる機能、②提出義務の存否の判断を可能ならしめる機能、③証拠としての必要性の判断を可能ならしめる機能、④文書に記載に関する相手方の主張を真実と認める際の資料となる機能）に障害が生じないかを詳細に検討している。また、(c)文書の存在または所持の探知と文書特定手続については、文書提出命令の相手方が文書の所持を争う場合には、申立人は相手方が所持している事実について証明責任を負い、文書の存在自体が争われている場合には、文書の存在自体についても申立人は証明責任を負うと一般に解されているが、それらの立証は困難であることを理由に、文書特定手続の仕組みを、文書の存在または所持の探知に転用してはどうかという興味深い解釈論を提唱している。さらに、(d)文書特定手続と裁判所の裁量に関して、文書特定手続の実施に際しては裁判所の裁量権を肯定すべき旨を論じている。最後に、(e)文書の特定とイン・カメラ手続の箇所では、前掲最決平成一三・二・二二の原々決定が、文書特定手続を実施せず、イン・カメラ手続を実施して裁判所自ら実質的に個別文書を特定し、文書提出命令を発令したという手続運営に触れ、イン・カメラ手続が文書の特定という目的外利用の危険性があるとすれば、イン・カメラ手続の抜本的見直しも必要であるとも述べている。

(5) 第5章「文書提出命令における『自己利用文書』概念の現在と将来」

民訴法二二〇条四号は、一般義務としての文書提出義務に対する除外事由を限定列挙しているが、当該文書が、同号ニの定める「自己利用文書」に該当するか否かについての判断基準を示したのが、最決平成一一・一一・一二民集五三巻八号一七八七頁である。本章は、同判決の提示した判断基準に分析と評価を加えるとともに、「自己利用文書」概念そのものについてもゼロから見直し、将来あるべき姿を考察しようとしたものである。

最高裁平成一一年決定は、「自己利用文書」該当性の判断基準として、①外部非開示性、②看過し難い不利益性、③特段の事情の不存在という三つの要件を示している。し

かし、かかる判断基準のうち、③「特段の事情の不存在」は、独立した要件とはいえない。また「外部非開示性」要件は、形式的かつ類型的な要件であり、「看過し難い不利益性」要件の前さばき的な意味をもつにすぎない。「看過し難い不利益性」要件は、実質的かつ個別的な要件であり、「自己利用文書」該当性を左右する決定的な要件である。「看過し難い不利益性」要件の内容は、判例法理によれば、「団体の自由な意思形成の阻害」と「個人のプライバシーの侵害」である。しかし、「団体の自由な意思形成の阻害」は抽象的な危険にすぎないので、文書提出義務を阻却する事由としては適切ではない。これに対し「個人のプライバシーの侵害」は、文書提出義務の除外事由たりうる。「看過し難い不利益性」要件を判断する際には、対象文書の具体的な記載事項を実質的に審理すべきである。そして、「看過し難い不利益性」要件の充足を否定する場合には、文書の外形的または類型的な性質から記載内容を判断してもよいが、これを肯定する場合には、ヴォーン・インデックス（前掲）やイン・カメラ手続などを用いるべきである、と指摘する。

その上で、三木君は、今や「自己利用文書」概念は廃止すべきであるとして、更に次のように論じている。「自己利用文書」概念は、今や実質的に「看過し難い不利益性」概念にとって代わられており、更に「看過し難い不利益性」概念は、「団体の自由な意思形成の阻害」と「個人のプライバシーの侵害」に分解しうるのであり、しかも、「団体の自由な意思形成の阻害」は文書提出義務の除外事由として不適切であるとすれば、立法論としては「自己利用文書」概念を廃止し「個人のプライバシーの侵害」のみを独立の除外事由とすることが検討されてよいと提言する。そして、その際には、「団体の自由な意思形成の阻害」にあたる事由の一部は、民訴法二二〇条四号ハおよび一九七条一項三号に定める「技術又は職業の秘密」ならびに「個人のプライバシーの侵害」を通じて保護されれば足りると述べている。

(6) 第6章「いわゆる『黙示の却下』について」

証拠調べの申出一般について裁判所が判断を示さないまま口頭弁論等を終結し、事後にその当否が問われると、口頭弁論の終結等をもって「黙示の却下」があったとする実務運用がある。しかし「黙示の却下」という実務は、裁判の申立てに対して明示的な応答がない点でイレギュラーであり、別の証拠を用意する機会を当事者から奪うなど実質的に問題がある。また、近代裁判にとって不可欠の要請で

ある手続の明確性を欠き、裁判所の国民に対するアカウンタビリティという点でも問題がある。本章は、証拠調べの申出が文書提出命令の申立てや証拠保全手続中の検証物提示命令の申立てによる場合に、「黙示の却下」がなされると、どのような問題が生じるかを具体的に検証しようと試みたものである。

四　本論文の評価と結論

1　本論文（本書）に収められた三木浩一君の以上の論考は、①主にアメリカ法学（学説・判例・実務運用等）を参考にしながら議論を展開した論考、②実証主義的なアメリカ法学の基本的な方法論を用いつつ大陸法的な緻密な解釈論を展開した論考、③日本法固有の問題に精緻な理論を展開した論考、④それら三つに必ずしも当てはまらない論考に分けることができる。

2　本書に収められた論考で①に属すると思われるものとしては、第3編第2章「多数当事者紛争の審理ユニット」、第4編第1章「重複訴訟論の再構築」、第2章「重複訴訟論の運用」、第5編第1章「確率的証明と訴訟上の心証形成」、第2章「民事訴訟における証明度」を挙げることができる。第6編第2章「文書提出命令の申立ておよび審理手続」、第3章「文書特定手続の創設とその意義」も、テーマ自体は日本法固有の問題を扱ったものではあるが、アメリカその他の国の類似の制度との比較を適宜行いながら、自由に議論を展開したものといえる。他方、第1編第2章「民事裁判制度のさらなる改善に向けて」は、権利救済を拡充するための新しい民事裁判制度の在り方について、アメリカやドイツの制度と比較しながら、立法提言を行ったものである。

この中でも特に傑出した論考は、第3編第2章「多数当事者紛争の審理ユニット」である。元々アメリカ民訴法学の体質は、審理サイズの拡大に寛容であり、それを奨励する傾向にある。従って、アメリカ民訴法学を日本に単純に直輸入してしまうと、そのまま審理サイズ拡大の方向に議論が進んでいく可能性が高い。しかし、三木君の民訴法学の特徴は、一般によく見られる外国法の直輸入でなく、外国法や外国学説の直輸入を超えて、自らの頭で考え、自由に議論を展開している点にある。研究者は、一般に、自らの留学先（三木君の場合はアメリカ）の法律学の体質に影響を受けやすいが、そのことからも自由であるという点に三木君の法解釈学者としての優れた資質が現れている。①

に属する他の論考についても、アメリカその他の国の学説・裁判例・運用・制度等を参考にしつつも、外国法の直輸入に陥ることなく、常に日本と外国との違いに細心の注意を払いつつ、日本法の解釈論や（必要に応じて）立法論を展開している。

次に、民事訴訟における適正な証明度について考察し、この議論の本質を明らかにした第5編第2章「民事訴訟における証明度」も、近時の有力説である優越的蓋然性説に与することを明らかにした力作である。相当の蓋然性をもって証明度とすべきであるとする優越的蓋然性説は、すでに伊藤眞教授や新堂幸司教授によって有力に主張されているところであるが、三木君は、優越的蓋然性説について、アメリカにおける議論を踏まえた上で、証明度の高低と真実発見における優劣、証明度の高低と副次的な効果における優劣を論じて、正当化しようとしている。もっとも、優越的蓋然性説に対しては、契約当事者が訴訟を前提として書面を作成しておく慣行がなく、証拠収集手段が必ずしも十分保障されていないわが国では、民事訴訟における事実認定としては、偶然の事情により証拠の優越が充たされている（しかし真実と相違する）場合に、高度の蓋然性によってきちんと事実認定をする方が、優越的蓋然性説によって振り幅の大きい事実認定をするよりも弊害が少ないのではないかとの批判もある。従って、三木君としては、今後、自説をより強固にするためにもそうした批判に正面から答える必要があろう。

3　次に、②のアメリカ法学の基本的な方法論を用いつつ大陸法的な緻密な解釈論を展開した論考としては、第2編第1章「一部請求論の考察」、第2章「一部請求論の展開」が挙げられる。そして、これらの論文こそ三木君の法解釈学者としての非凡さが端的に現れているものといえる。

従来、アメリカ民訴法学は、ドイツ流のわが国の民訴法学に対する「アンチテーゼとしては面白いけれど、日本〔法〕には合わない」といわれてきた（鈴木正裕〈司会〉ほか「〈座談会〉比較のなかのわが国の民事訴訟法」民訴雑誌四五号八九頁［高橋宏志発言］）。理論を求めてアメリカ民事訴訟法学から学ぼうとすると、失望させられることも多いためである。

しかるに、本論文第2編第1章の「一部請求論の考察」は、三木君が研究に際して主に参照するアメリカ法学の方法論を換骨奪胎して日本法の解釈論に応用して日本の解釈論を充実させた極めて優れた論考である。というのは、三

木君は、この論考において、日本の一部請求に関する膨大な裁判例を丹念に渉猟された上で分析を行い、理念型として、試験訴訟型、総額不明型、資力考慮型、相殺考慮型、費目限定型、一律一部請求型の六つの類型があることを析出し、それぞれの類型によって原告が一部請求訴訟を提起する目的・趣旨が異なるのだから、それに応じた解釈論を立てるべきだと論じ、かつ、それを実践しているが、これこそ、アメリカ法学の方法論を活用して日本民訴法学の解釈論に応用したものだからである。第2章「一部請求論の展開」も、第1章の続編であり、同じ手法で執筆されている。その意味で、第2編第1章および第2章の論考は、三木君の法解釈学者としての非凡さを如実に示すものといえる。

4　続いて、本論文を構成する論考で、③日本法固有の問題に精緻な理論を展開した論考に属するものとしては、第3編第1章「請求の予備的併合と非両立要件」、第3章「独立当事者参加における統一審判と合一確定」、第4章「独立当事者参加の訴訟構造と要件・手続」、第5章「多数当事者紛争の処理」、第5編第3章「民事訴訟法二四八条の意義と機能」、第6編第1章「文書提出命令における文書の『所持者』について」、第4章「文書提出命令の発令手続における文書の特定」、第5章「文書提出命令における『自己利用文書』概念の現在と将来」、第6章「いわゆる『黙示の却下』について」がある。

実定法の研究者としては、外国法を理解して議論を展開することも重要な仕事であるが、究極的には、日本法固有の問題に取り組まなければならない。この領域での三木君の傑出した論考として、独立当事者参加の原則的否定論を展開した第3編第3章「独立当事者参加における統一審判と合一確定」を挙げることができる。この論考の基本的発想は、2で紹介した第3編第2章「多数当事者紛争の審理ユニット」で既に現れているが、第3編第3章の論考は、通説の主張する三面訴訟説では独立当事者参加を説明できないことを明らかにするものである。三木君は、この論考の中で、直接にはドイツ法学に言及していないが、その論証過程では、緻密な構築を特徴とするドイツ法学に勝るとも劣らない精緻な法解釈論を展開している。その意味で、この論考は、三木君の法解釈学者としての優れた力量を示すものである。

5　最後に、以上のいずれの類型にも当てはまらない④

に属する論考としては、第1編基礎理論に収められた、第1章「裁判官および弁護士の役割と非制裁型スキーム」、第3章「民事訴訟における『判例』の意義」、第4章「訴訟物概念の意義と機能」を挙げることができる。

第1章「裁判官および弁護士の役割と非制裁型スキーム」は、現行民訴法が成立する際に導入した、諸外国にはない非制裁型スキームが、わが国の裁判官と弁護士の役割を制御するための装置として望ましいものかどうかを検証し、その問題点や今後のあるべき方向性を展望したものである。本章の元になった口頭報告が二〇〇三年六月に日本民事訴訟法学会主催で開催された国際シンポジウムでなされたこともあって、当時、学界でも注目を浴びたが、大きな問題状況を俎上に乗せ、事柄の本質に切り込む三木君の分析力は見事というほかはない。

第3章「民事訴訟における『判例』の意義」は、本論文を構成する他の論考とはやや趣を異にするが、一でも触れたとおり、三木民訴理論の構築にあたり、「判例」法理のもつ意味はきわめて大きいことから、本論文に収められたものである。三木君が基礎法的な法理論にも強いことを示す純理論的な労作である。

第4章「訴訟物概念の意義と機能」は、ドイツ民訴法学、さらにはその影響を大きく受けた日本民訴法学を批判した、問題意識溢れる労作である。簡潔な叙述ながら、わが国の民事訴訟における訴訟物概念の現在を論じて余すところがない。

6　以上で見てきたように、本論文は、問題意識の高さ、多角的な考察、分析力、理論の精緻さ、方向性の説得力の点において他の追随を許さないものがあり、三木君の法解釈学者としての非凡さを端的に示すものである。おそらく、これからの学説は、本論文が取り上げたテーマを論じようとする限り、賛否いずれの立場をとるにせよ、本論文で示された三木説に言及することが不可欠となろう。本論文にはそれだけの価値があるということができる。よって、われわれ審査員一同は、三木浩一君が提出した本論文が、博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与するのにふさわしいものであると判断し、ここにその旨を報告する次第である。

二〇一四年一二月一九日

主査　慶應義塾大学法学部教授
法学研究科委員・博士（法学）　池田　真朗

草薙真一君学位請求論文審査報告

副査　慶應義塾大学大学院法務研究科教授　中島　弘雅
副査　関西大学大学院法務研究科教授　元慶應義塾大学大学院法務研究科教授・博士（法学）　春日偉知郎

一　本論文の構成

1　論文題目

「米国におけるエネルギー法の研究――経済規制・環境規制の法と政策」

2　全体構成

目次

初出一覧
第Ⅰ部　米国連邦公益事業規制政策法の功罪
序文
第1章　米国連邦公益事業規制政策法における規制の黎明期
第1節　はじめに
第2節　連邦公益事業規制政策法の策定
第3節　PURPA二一〇条をめぐる論争
第4節　適格認定熱電併給の優位性
小括