

イギリスのWithout Prejudiceルールについて

川
嶋
隆
憲

イギリスのWithout Prejudiceルールについて

- 一 はじめに
- 二 Without Prejudiceルールの形成と発展
 - 1 形成と発展
 - 2 近時の展開
- 三 Without Prejudiceルールの今日的理解
 - 1 根拠
 - 2 範囲
 - 3 その他
- 四 日本法への示唆

- 1 和解交渉の法的保護
- 2 証拠法理論への示唆
- 3 訴訟契約論への示唆
- 五 おわりに

一 はじめに

本稿はイギリスの⁽¹⁾ without prejudice ルールの紹介を通して、同ルールの意義および機能を明らかにするとともに、わが国の民事の証拠法領域における解釈論および立法論、とりわけ紛争の自主的な解決を実効的なものとするための証拠法則の定立に向けて、比較法的な観点から検討のための視座を得ることを目的とするものである。

本稿で取り上げる without prejudice ルールとは、紛争当事者間において和解による紛争解決を目的としてなされた書面または口頭によるやり取りは、原則としてその後の訴訟手続において証拠として利用することができず、また、文書の開示・閲覧手続を通じて閲覧を求められないとするイギリスの判例法理である。⁽²⁾ 同ルールは、主として判例法の形式で存在し、近年の一九九八年の民事訴訟規則においてもこれを正面から定めた規定は見られないが、⁽³⁾ イギリス国内においては二五〇年以上の歴史を有し、コモンウェルス域内をはじめとするイギリス法の影響の強い国々において広く普及した法理として知られる。わが国では、without prejudice ルールに相応する概念がないこともあり、同ルールに対する関心は必ずしも高いとは言えないが、⁽⁴⁾ 筆者が本稿においてとくに同ルールを

取り上げるのは、主として同ルールの持つ次のような特質による。

第一に、without prejudiceルールは、イギリスのディスクロージャー制度の下で、情報開示を留保することのできる秘匿特権理論の一部を構成していることである。近時のわが国の立法論においてはディスクロージャーやデイスカヴァリといった英米法の情報開示制度を参考にした制度の導入を検討する動きが見られるが、これらの立法論の是非を論じるに際しては、情報開示制度と密接不可分の関係にある秘匿特権理論についての理解もまた不可欠である。筆者はこれまでにイギリスのディスクロージャー制度の下での法律専門職秘匿特権 (legal professional privilege) の概要を紹介したことがあるが、これに加えて主要な秘匿特権ルールの一つであるwithout prejudiceルールを紹介することにより、同国の秘匿特権理論の全容を明らかにする一助としたい。

第二に、イギリスのwithout prejudiceルールは、和解による紛争解決を目的とてなされたやり取りを保護することにより、紛争の自主的な解決を促進する機能を担っていることである。紛争の自主的な解決を促進するためには、紛争当事者が相互に自由かつ率直な意見交換を行うことが有益であると考えられるところ、当事者間の自由かつ率直な意見交換を可能とするためには、和解交渉におけるやり取りがその後の訴訟に影響を及ぼさないという制度的保障が必要となる。このような和解促進のための情報保護の必要性は調停や斡旋を含む和解交渉一般に妥当するものであり、和解による紛争解決の有用性が広く認識される今日において、without prejudiceルールのわが国における応用可能性を探ることには一定の意義があるものと考えられる⁷⁾。

そこで以下本稿では、イギリスにおけるwithout prejudiceルールの形成と発展の経緯を概観し、今日における同ルールの到達点を明らかにしたのち、同ルールから得られる示唆およびわが国への応用可能性につき若干の考察を試みる。

1 Without Prejudice ルールの形成と発展

1 形成と発展

without prejudice ルールの形成と発展に関しては、一九七四年に David Vaver⁽⁸⁾が発表した「“without prejudice” コミュニケーション——その証拠適格性および法的効力」⁽⁹⁾が先駆的業績として知られる。同論文は発表から半世紀弱を経た今日においても判例等でしばしば参照されており、その資料的価値の高さが認められる。そこで以下、同論文による整理をもとに、without prejudice ルールの歴史を簡単に概観しておきたい。

(1) 原初期（一八世紀初頭～一七六〇年）

Vaver⁽⁸⁾は、without prejudice ルールの歴史を四つの時期に区分し、一七六〇年までを原初期と位置づける。Vaverによれば、一八世紀の初めには without prejudice ルールの原型となるルール、すなわち、和解申出が受け入れられなかった場合には当該和解申出はトライアルに影響を及ぼさないとするルール、が認識されるようになったとされる⁽¹¹⁾。もともと、この時期のルールは、約因 (consideration)⁽¹²⁾を欠いた約束は「裸の合意 (nudum pactum)」であり拘束力を持たないとする契約法理を和解申出に応用したものであり、その意味では当時の契約法理の域を出るものではなかったと見られる⁽¹³⁾。この時期の判例に見られる特徴としては、①和解申出は証拠としての適格を有するが、それは自己の責任を自認ないし自白したことの証明としてはなんら影響力を持たないのが原則であること、ただし、②和解申出を証拠として証明しようとする争点によっては然るべき証拠力が認められる場合があること、

③和解申出の証拠力が否定される根拠は、約因を欠いており申出人を拘束しないという契約法理にあること、④申出人が保護を受けるにあたってwithout prejudiceという文言の有無は無関係であること、が挙げられている。¹⁵⁾

(2) 形成期（一七六〇年～一八二〇年）

この時期は、without prejudiceルールが、これまでの契約法理を基礎としたルールから、和解の促進という政策的要請——和解交渉はのちに当事者に不利益に働くことなく(without prejudice)でなければならぬ——に基礎を置くルールとして独自の意義を有するに至った時期とされる。この時期のルールの特徴としては、①契約法理に基礎を置いたルールとしての理解が支持を失う一方、和解目的の交渉が証拠として扱われないようにすることとで裁判外の紛争解決を促進すべきであるとする理由づけが裁判所の間で好んで用いられるようになったこと、②ある申出や交渉が和解目的でなされており自白には該当しないと認められる場合、それらの申出や交渉については、証拠としての適格を認めたくえて証拠力を否定するという従来の扱いとは異なり、適格自体を否定するという扱いが主流となったこと、これに関連して、③裁判所は和解申出と自白との区別、さらには、交渉中になされた自白に与えられるべき保護の範囲にも関心を払うようになったこと、が挙げられる。¹⁷⁾ とりわけ、原則として保護の対象となる和解目的の申出 (offer of peace) と、その対象外とされる単なる自白 (admission) との峻別は、弁護士の間で両者を意識的に区別する必要性を生じさせる要因となったと見られる。

(3) 成長期（一八二〇年～一八五〇年）

この時期は、和解交渉に際して“without prejudice”の文言を明示的に付す実務が普及する一方、そのような

実務の急速な広がりが理論上および実務上の混乱を生じさせた時期にあたる。⁽¹⁸⁾ Vaverは、この時期の特徴として、①弁護士の間で、自白として扱われることを意図していない和解申出であることを明らかにしておくことの重要性が認識され、“without prejudice”という文言を付したうえで和解交渉を行う実務が広く行われるようになったこと、他方で、②そうした実務は、和解申出の証拠適格を排除するためには明示的に“without prejudice”という留保を付しておくことが必須の前提条件であるか、という問題を生じさせたこと、③“without prejudice”という留保を付さない和解交渉は時代遅れのものになりつつあったこと、④“without prejudice”ルールの根拠に関して、和解の促進というこれまでの理解に加えて、当事者間の合意を根拠とする理解も見られるようになったこと、⑤裁判所においては和解申出と自白との区別がなお維持されていたが、“without prejudice”という留保が付される場合には、和解申出として疑わしいものであってもそのほとんどすべてが和解申出としての保護を与えられたこと、を挙げる。⁽¹⁹⁾

(4) 発展期（一八五〇年以降）

一八五〇年以降は、“without prejudice”をめぐる問題が文言の解釈、すなわち当該文言の意味内容ないしその効力範囲へと移行した時期とされる。⁽²⁰⁾ この時期の代表的な判例の一つである *Walker v. Wisler*⁽²¹⁾ によれば、“without prejudice”という文言の意味は、提案した和解条項が受け入れられなかった場合に当該和解申出を行った者の地位に不利なことを意味するものであり、和解条項が受け入れられた場合には完全な契約が成立し、“without prejudice”という文言にかかわらず、そこに新たな法律関係が生じると説明される。⁽²²⁾ また、効力が及ぶ範囲に関しては、およそあらゆる事項が保護の対象になるとまでは考えられないにせよ、裁判所は次第に

“without prejudice”を丁重に扱うようになり、保護の範囲を限定することに対して消極的な姿勢を見せている。例えば、二〇世紀の初期には、当該文言によってカバーされる事項とそうでない事項とを慎重に区別しようとすることに對して明確に反対する判例が現れていることが知られている。⁽²³⁾ こうした、“without prejudice”をいわば「不可侵 (sacred)」のものとして扱う傾向はこの時期に定着し、今日に至るまで without prejudice ルールをめぐる問題を複雑なものにしていると言われる。⁽²⁴⁾

2 近時の展開

その後、without prejudice ルールの適用が問題となった判例の中でも、とりわけ今日において指導的役割を果たしていると思われるものとして、以下の諸判例が挙げられる。⁽²⁵⁾ これらの判例は、without prejudice ルールの根拠や範囲に関して、伝統的な判例法理をもとに分析・検討を加え、あるいは、それまで十分に検討されることがなかった点についてルールを精緻化するなど、同ルールの今日における到達点を理解するうえで重要な意義を有していると見られる。そこで以下、without prejudice ルールの適用が争われた事実関係も含めて、各判例の概要を紹介する。

(1) *Cutts v Head* (1983)⁽²⁶⁾

本判例（以下、「[1]Cutts事件判決」と表記する）は、without prejudice による和解申出であっても、その効力の及ぶ範囲について費用確定手続を明示的に除外している場合には、当該和解申出は費用確定手続において証拠としての適格を有するとした先例である。本判例は、without prejudice による和解申出はその後の訴訟手続におい

て証拠適格を持たないとする原則論の例外をなす事例の一つとして位置づけられるとともに、*without prejudice* ルールの根拠が和解の促進という公益的側面と当事者の合意という私法的側面の両面にあることを明確に示した先例として知られる。⁽²⁶⁾

本件において和解交渉の基礎となった事案は、CuttsがHeadの所有地の通行権を主張して、当該通行権の確認と同権利に基づく差止命令 (*injunction*) および損害賠償等を求める訴えを提起したのに対して、Headが土地の不法侵害を理由に損害賠償等を求める反訴を提起したものであった。原告の代理人は、トライアルに先立ち、*without prejudice*と記した書状(以下、「本件書状」という)により、被告は原告の通行権を認めるとともに原告は被告に対して五百ポンドを支払う旨の和解提案を行った。その際、本件書状には、上記提案を被告が受け入れない場合には原告は訴訟費用に関する争いに関して本件書状を裁判官に提出する権利を留保する旨の文言が付されていた。結局、和解提案は受け入れられることなく事件は判決に至り、裁判所は原告の訴えを基本的に認める一方、被告の請求の一部も認められるとして、賠償額に関しては原告・被告ともに同等額の賠償額を認定し、その範囲で両者は相殺されることとなった。原告の代理人は、原告の和解提案以上の判決を被告が得られなかった本件においては和解提案以降の訴訟は不要であったとして、本件訴訟費用の確定に際して本件書状を参照するよう求めた。しかし、裁判所は本件書状が *without prejudice* であることを理由として取り上げず、結果、原告の費用の半分を被告が支払う旨の判断が下された。これに対して原告が上訴した。⁽²⁷⁾

本件において控訴院は、*without prejudice*の効力は費用確定手続を含む訴訟手続のすべての段階に及ぶとするそれまでの先例⁽²⁸⁾を前提としたうえで、その効力の及ぶ範囲を制限することの可否を検討するにあたって同ルールの根拠を分析する必要があるとした。⁽²⁹⁾そして、その根拠については、⁽³⁰⁾少なくとも一面において和解の促進という公益

(public policy) にあることは多くの先例から明らかであるが、同ルールが和解の促進という公益のみに基づくものであるとすれば、without prejudiceの効力がその後の訴訟手続のすべての段階に及ぶことの説明が困難である(むしろ費用確定手続との関係では和解提案の事実が明らかとされたほうが和解の促進に資すると見られる)とし、公益的観点からwithout prejudiceルールを正当化できるのは本質的にはトリアルとの関係においてであり、費用確定手続との関係において同ルールが作用するのはwithout prejudiceの文言を付すことを通じて当該和解申出を参照しないことにつき默示的な合意が成立していることに基づく旨を明らかにした。⁽³³⁾ 本判例は、このような理解の下、和解申出時において、和解の促進という公益を侵害することなく——本案である責任ないし義務の存否が争われている段階で当事者の不利益に作用することなく——明示的にwithout prejudiceの効力が及ぶ範囲を制限することは可能であるとし、費用確定手続との関係においてその効力を排除することは、和解申出供託(payment into court)⁽³⁴⁾によることが適切であるとされる単純な金銭請求の事案を除き、すべての事案において認められると判示した。⁽³⁵⁾ 控訴院は費用に関する原裁判を変更し、本件和解申出がなされた時期以降の費用については全額被告の負担とした。

(2) *Rush & Tompkins Ltd v Greater London Council* (1988)⁽³⁶⁾

本判例(以下、「[2] Rush & Tompkins事件判決」と表記する)は、当時の最上級裁判所である貴族院がwithout prejudiceルールの原則的範囲について判示するとともに、同ルールが和解当事者以外の第三者に対しても作用することを明らかにした先例として重要な意義を有する。⁽³⁷⁾ また、本件は文書の開示手続において同ルールの適用可能性が問題となったものであり、同ルールがいわゆる秘匿特権(privilege)として機能することを示した

先例としても知られる。⁽³⁸⁾

Rush & Tompkins社（以下、「R&T社」と表記する）は、Greater London Council（以下、「GLC」と表記する）との間で住宅の建設工事を締結するとともに、Carey社との間で下請契約を締結して基礎工事に従事させていたところ、上記建設工事中断と遅れによって下請業者に生じた損失と費用の支払いをめぐる紛争を生じた。R&T社は、GLCを第一被告、Carey社を第二被告として訴えを提起し、Carey社が本件下請契約に基づいて支払いを受けることのできる損失および費用の調査を求めるとともに、その金額についてR&T社がGLCから求償を受けることができる旨の確認を求めた（以下、「本件基本事件」という）。その後、R&T社とGLCとの間で和解交渉が行われ、R&T社がすべての下請業者の請求について直接的な責任を引き受けるとの条件の下、R&T社がGLCから一二〇万ポンドの支払いを受けることで和解が成立し、R&T社はGLCに対する訴えを取り下げた。⁽³⁹⁾

Carey社は、本件基本事件において、同社に生じた損失および費用の支払いを求める反訴を提起し、その総額として約一五万ポンドを請求したのに対して、R&T社はその額は一万ポンドを超えるものではない旨を主張して争った。そこで、Carey社は自己の請求を基礎づける資料としてR&T社とGLCとの上記和解交渉において交わされた書面の提出を求めたところ、R&T社は当該書面の存在と争点との関連性は認められたものの、当該書面はGLCとの間の和解目的で作成された書面であり、したがってwithout prejudiceルールによって開示を免れる旨を主張して争った。原々審はR&T社の主張を認めて文書の提出を認めなかったのに対して、控訴院はwithout prejudiceルールによって与えられる保護は和解が成立した場合には失われるとの理解に基づき、原々審の判断を覆し、R&T社とGLCとの間で交わされたwithout prejudiceの書面の提出を命じた。これに対してR&T社が貴族院に上訴した。⁽⁴⁰⁾

貴族院は、without prejudiceルールの根拠および範囲、そして第三者に対する効力等に関して次のような判断を示

し、G&T社の上訴を認容した。すなわち、Griffiths裁判官は、without prejudiceルールの根拠に関する「Cutts事件判決の説示を参照したうえで、⁽⁴²⁾「このルールは、口頭であると書面であるとを問わず、真に和解目的でなされたすべての交渉 (all negotiations genuinely aimed at settlement) が証拠として提出されることを排除するために適用される」との一般原則を明らかにし、without prejudiceという文言の有無にかかわらず、当該交渉において当事者が訴訟の和解による解決を求めようとしていたことが「周辺の事情に照らして明らか」な場合には、和解交渉の内容はトライアルにおいて証拠としての適格を持たず、これを自白として用いることはできないとした。⁽⁴³⁾ また、和解交渉でなされた自白のちに自己の不利に作用することによって生じると考えられる和解の萎縮効果は、和解が成立したのちに第三者との関係において不利益に作用すると想定した場合でも異ならないとの観点から、「真に和解を成立させようとする試みでなされた自白証拠は、同一の係争対象 (subject matter) に関するその後のすべての訴訟において証拠としての適格を持たない」との一般原則を定立し、このことは、本件におけるように複数当事者の一人との間の和解交渉でなされた自白についても、当該和解の成否にかかわらず当然に妥当するとした。⁽⁴⁴⁾ 本件は和解交渉において交わされた書面の開示可能性 (discoverability) が問題になった事案であり、証拠適格 (admissibility) が問題となった事案ではない点でwithout prejudiceに関する従来の先例とは事案を異にするものであるが、同裁判官は、他の法域の先例や従来の実務等を踏まえ、without prejudiceルールの基礎にある公益は文書の開示の場面においても同様に作用する旨を明らかにしている。⁽⁴⁵⁾

(3) *Unilever plc v The Proctor & Gamble Co* (1999)⁽⁴⁶⁾

本判例（以下、「⁽³⁾Unilever事件判決」と表記する）は、従来の先例をもとにwithout prejudiceルールの適用

が排除される主要な例外類型を明示的に列挙した判例として、その後の裁判実務に大きな影響を与えているものである。⁽⁴⁷⁾ また、without prejudice ルールの適用が和解交渉における自由のみに限定されるとの見解を否定し、同ルールは本判決が例示する例外類型を除き、和解交渉一般について広く適用されるものであることを明らかにした先例としても重要な意義を有する。

本件は、Unilever社が製造、販売、取引を行っている製品に関して、Proctor & Gamble社（以下、「P&G社」と表記する）の特許を侵害するものではないことの確認を求め訴えを提起した事案である。一九七七年特許法によれば、ある者から根拠のない特許侵害訴訟の威嚇を受けた場合に、それによって利益を害された者が原告となつて損害賠償その他の救済を求める訴えを提起することが認められているところ、⁽⁴⁸⁾ Unilever社は、かつてP&G社との間で和解目的で行われたwithout prejudice ベースの会談⁽⁴⁹⁾の中でP&G社が近くイギリス国内でUnilever社に対する特許侵害訴訟を開始する旨を表明したことを理由として、本件訴えを提起した。⁽⁵⁰⁾ P&G社は、当該表明はwithout prejudice ルールによる保護を受けると主張して本件訴訟の排斥（strike out）を求めたのに対して、Unilever社はwithout prejudice ルールの適用は和解交渉における自由（admission）のみに適用され、本件におけるような主張（assertion）に対しては適用されないことなどを主張して争った。原審は、without prejudice ルールは自由だけでなく、請求の根拠や権利の評価に関する「すべての誠実な言明（all bona fide statement）」に適用されること、また、without prejudice の下でなされたやり取りを用いるためには同ルールの基礎にある公益を上回る他の公益が認められなければならないこと等を理由として、Unilever社の主張を退けて本件訴訟を排斥した。⁽⁵¹⁾ これに対してUnilever社が控訴院に上訴した。

控訴院は、本件上訴について判断するに際し、without prejudice ルールに関する次のような理解をもとに、結

論においてUnilever社の上訴を退けた。第一に、[1] Cutts事件判決および[2] Rush & Tompkins事件判決を引きながら、without prejudiceルールの根拠は公益的要請と当事者の合意の双方にあること、すなわち、和解を促進するためには交渉過程におけるコミュニケーションがその後の訴訟において自己の不利に用いられることがあってはならないという公益に基づくものであるとともに、交渉過程におけるコミュニケーションのちに訴訟になった場合に証拠としての適格を持たないとする旨の当事者の明示または黙示の合意があることに基づくものであることを改めて確認している。⁽⁴²⁾ 第二に、without prejudiceルールの適用を受けないとされる例外的事案について、網羅的ではないとの留保を付したうえで、とりわけ重要な例として次の八つの場合を列挙する。⁽⁴³⁾ ① without prejudiceの下でなされた和解合意の成否が争われる場合、② 成立した和解合意について不実表示、詐欺または不当威圧があったことを争う場合、③ 交渉において一方の当事者がした発言に基づいて相手方当事者が行動したことにより、当該発言について禁反言を生じる場合、④ without prejudiceルールが偽証、強請、その他の明らか不正の口実として濫用的に用いられる場合、⑤ 権利の不行使や訴えの不起の理由が問われる事案において、その理由を説明するために必要な場合、⑥ Muller事件判決（和解当事者の行為の合理性を立証するに際して同ルールの適用を否定した事例）、⁽⁴⁴⁾ ⑦ 費用確定手続との関係においてwithout prejudiceルールの適用を排除するなど、当事者がwithout prejudiceルールの適用される範囲を明示的または黙示的に変更した場合、⑧ 婚姻関係事件の場合、である。そして第三に、without prejudiceルールの適用が交渉過程における自己のみに限定されるか否かという論点に関しては、同ルールの最も重要な効果が交渉過程における自己に不利益な自己の保護であることを認め一方、そのような自己のみを他のコミュニケーションから切り分けて保護することは実務上極めて困難な問題を生じるだけでなく、同ルールによる保護が与えられる趣旨にも反するとして、これを否定した。⁽⁴⁵⁾ 控訴院はこのよう

な理解の下、本件においてはwithout prejudiceルールの適用が否定される事情は認められないとして、結論において原審の判断を維持した。⁽⁵⁶⁾

(4) *Bradford & Bingley plc v Rashid* (2006)⁽⁵⁷⁾

本判例（以下、「[4]Rashid事件判決」と表記する）は、紛争当事者間で交わされた書状が時効中断事由の一つである請求権の自認 (acknowledgment of the claim) を伴う場合に、当該書状についてwithout prejudiceルールの適否が問題となった事案である。本判例は結論において全員一致で同ルールの適用を否定したが、その理由に関しては裁判官の間で見解が分かれた。なかでも同ルールの適用範囲を自白した事実の真实性を裏付ける証拠として用いる場合に限定する旨の少数意見は、同ルールの適用範囲を限定することに対して慎重であった従来の判例理論に一石を投じるものであった。⁽⁵⁸⁾

本件事案の概要は次のとおりである。⁽⁵⁹⁾ Bradford & Bingley銀行（以下、「B&B銀行」と表記する）はRashidの債務につき設定された譲渡抵当 (mortgage) を実行した後、残債務として一万五千ポンド余りの支払いを求めた。Rashidの代理人は二〇〇一年九月二六日付の書状において、「現時点において当人は貴行に対して負っている未払残高を返済できる状況にない」が、「経済状態が安定したときには支払いを開始する」ことを伝えた。これを受けたB&B銀行は、「Rashidが最大限かつ最終的な支払いとして一定額を提示すれば残債務の相当額を免除する旨を伝えたところ、Rashidの代理人は二〇〇一年一〇月二日付の書状において、「当人は最終的な支払いとして約五百ポンドを残額の支払いとする用意がある」ことを伝えた（なお、いずれの書状においてもwithout prejudiceの文言は明示されていない）。その後、両者の間で合意の成立には至らず、また、Rashidからの支払いもなかったことか

ら、二〇〇三年七月、B&B銀行はRashidに対して上記残債務の支払いを求める訴えを提起した。この時点で、譲渡抵当の被担保債権について認められる出訴期間は既に経過していたが、B&B銀行は上記各書状が時効中断事由としての請求権の自認に当たると主張した。⁽⁶¹⁾ 原々審は時効中断を認めて原告の請求を認容したのに対して、控訴院は上記各書状についてwithout prejudiceルールを適用して時効中断を否定した。これに対してB&B銀行が貴族院に上訴した。

貴族院の多数意見は、本件書状にはwithout prejudiceであることが明記されていないこと、また、本件書状は支払いの猶予ないし減免を求めるものであり責任の存否を争うものではないことを理由に、本件書状はいずれもwithout prejudiceルールの範囲外であるとして、結論においてB&B銀行の上訴を認容した。⁽⁶²⁾ 多数意見を構成する一人であるBrown裁判官は、without prejudiceがあることが明記されていない本件においては当事者が訴訟の和解による解決を求めようとしていることが「周辺の事情に照らして明らか」(2) Rush & Tompkins事件判決参照)であるか否かが決定的な問題であるところ、⁽⁶³⁾ 本件書状がRashidの責任の存在を争うことなく単に弁済の可否、時期および額のみに触れているという本件事情の下では、同ルールの適用はないとしている。⁽⁶⁴⁾ なお、同裁判官は、請求権の自認が常にwithout prejudiceルールの適用外になるとは見ておらず、責任の範囲に関して真に争いがあり、請求権の自認がその争いを和解によって解決しようとしてなされたものである場合には同ルールが適用されるとしており、仮に本件においてRashidが譲渡抵当の実行による売得金額の相当性を争い、本件書状が当該争いを解決するために作成されたものであったとすれば、同ルールの適用もありうるとの見方を示している。⁽⁶⁵⁾

これに対してHoffmann裁判官は、交渉の促進という公益は、自らの発言が交渉決裂後に自白として用いられるおそれなく交渉を行うことができるというwithout prejudiceルールと、自認のあった請求権については時効完成

による失権のおそれなく交渉を進めることができるという時効中断ルールの双方を実効的なものとするに
よつて実現されるものであり、そのためにはwithout prejudiceルールを損なうことなく請求権の自認による時効
中断ルールを維持することのできる法理を見出す必要があるとして、「without prejudiceルールは、それが一般
的な公益に基づくものであつて当事者の合意に基づくものではない限り、当事者の発言を一九八〇年出訴期間法二
九条五項所定の自認として用いる場合にはなんら適用されない」という例外ルールを定立する⁽⁶⁷⁾。同裁判官によれば、
without prejudiceルールの主たる目的は、交渉過程においてした発言を「明示的または黙示的に認めた事実の証
拠として」用いるのを防ぐことにあるところ、ある発言を出訴期間法所定の自認として用いる場合は、当該発言を
証拠として——責任の存在を基礎づける証拠として——用いるものではないから、同ルールに関する一般的な理
解と抵触するものではないという⁽⁶⁸⁾。また、同裁判官は、without prejudiceルールの例外事例のほとんどは、交渉
過程においてした発言が「明示的または黙示的に主張・自白した事実の真实性を裏付ける証拠として」は用いら
れていない場合であつて、本件事案もまたこれと同じ範疇に含まれるものであるとしている⁽⁶⁹⁾。

(5) *Ofulue v Bossert* (2009)⁽⁷²⁾

本判例（以下、「[5] Ofulue 事件判決」と表記する）は、without prejudiceコースでなされた和解提案が時効中
断事由の一つである権原の自認 (acknowledgment of the title) を伴う場合に、当該和解提案についてwithout
prejudiceルールの適否が問題となつた事案である。without prejudiceルールと時効中断ルールとの調整が問題
となりうる点で [4] Rashid 事件判決と類似する事案であるが、[4] Rashid 事件判決では両者の関係は直接的には問
題とならなかつた（多数意見によれば、当該事案はそもそもwithout prejudiceルールの埒外であり時効中断ルー

ルとの衝突は生じない)の対して、本判例はこの点が正面から問題となった点で異なる。

本件において和解交渉の基礎となった事案は、一九八九年六月、Ofuneが自己の所有する不動産に関して Bossertの不法侵害を理由として訴えを提起した事案であり、同訴訟における主たる争点は被告の主張する本件不動産の賃借権の存否であった。本件訴訟の係属中、Bossertの代理人はwithout prejudiceであることを明示した一九九二年一月一四日付の書状により、本件訴訟の和解提案として本件不動産を三万五千ポンドで買い受けた旨の申出を行ったが、Ofuneはこれを受け入れず、その後本件訴訟は手続の停止を経て、二〇〇二年四月、請求の排斥 (strike out) によって終了した。その後、二〇〇三年九月、Ofuneは改めてBossertを相手取って本件不動産に関して訴えを提起したが、Bossertは新たな防御方法として、時効取得に必要とされる一二年の期間が経過したことにより本件不動産の所有権を取得した旨を主張した。⁽²³⁾ Ofuneは、前訴における和解提案は本件不動産に対するOfuneの所有権原をBossertが自認したものであり、これにより自認の時点から新たな時効期間が進行する旨を主張したのに対し、Bossertはwithout prejudiceルールを理由として争った。⁽²⁴⁾ 原々審および控訴院はいずれも本件和解提案について同ルールを適用して本件不動産の時効取得を認めた。Ofuneは貴族院に上訴し、本件においてwithout prejudiceルールの適用が排除される理由として、①本件和解提案において自認した不動産の所有権原は前訴において争点となっていないものであること、また、②上記和解提案は、自白した内容 (Ofuneの所有権原の存在) の真実性を明らかにするために援用するものではなく、自認したという事実として援用するものであること等を主張した。⁽²⁵⁾

貴族院は、⁽²⁷⁾ 上訴人の主張するwithout prejudiceルールの適用排除の可能性について検討したうえで、結論において本件における同ルールの適用を肯定し、時効取得を認めたと下級審の判断を維持した。⁽²⁸⁾ Neuberger裁判官は、上

記①に関しては、[2] Rush & Tompkins 事件判決において示唆された例外ルール——訴訟における争点と「なんら関係のない (in no way connected)」発言は証拠適格を有する⁽⁸⁰⁾の存在に触れる一方、本件和解提案は前訴における争点と無関係ではなく、また、原告が負担のない完全な土地所有権を主張する一方で被告が本件土地上の利益を主張しているという意味においては本件土地所有権も争点となつてゐるとした。他方、上記②に関しては、ある発言に関して、それを自白した事実の真实性を裏付ける証拠として用いる場合と、当該発言をしたという事実そのものとして用いる場合とで without prejudice ルールの扱いを異にするという考え方が⁽⁸³⁾あることには言及しながらも、そのような区別を前提としたルールの運用は實際上困難であり、両者を切り分けることには[3] Univer 事件判決において指摘されたのと同様の問題を生じるおそれがあること、また、そのような区別は[4] Rashid 事件判決においても多数意見の支持を得るには至っていないこと等を理由として、上訴人の主張を退けた。⁽⁸⁴⁾ Walker 裁判官もまた Neuberger 裁判官の意見に賛成したうえで、一般論として「without prejudice ルールは、正義がその制限を要求していることが明白である場合を除き、制限されない」との考えを明らかにするとともに、出訴期間法所定の自認について同ルールの例外を認めることは、当事者が自由な話し合いをするために与えられた保護を損なうものであると指摘する。⁽⁸⁵⁾

本判決の多数意見に対しては、本件において without prejudice ルールの適用を認めることは同ルールに関する先例およびその基礎にある公益に反して同ルールを著しく拡張するものである、とする Scott 裁判官の反対意見がある。⁽⁸⁶⁾ 同裁判官は、without prejudice ルールは当事者間で争いがあり裁判所の事実認定の対象となつてゐる事実の自白に対して適用されるものであり、当事者間に争いのない前提事実 (common ground) に対して適用されるものではないとしており、[4] Rashid 事件判決における Hoffmann 裁判官の意見に対して同調的な見方を示して

(6) *Oceanbulk Shipping & Trading SA v TMT Asia Ltd* (2010)⁽⁵⁸⁾

本判例（以下、「[6] Oceanbulk事件判決」と表記する）は、without prejudiceベースの和解交渉を経て和解が成立した後、和解合意の解釈が争われた事案において、without prejudiceの和解交渉であっても当該和解合意の解釈のための資料として証拠適格を有する旨を明らかにした先例である。今日の最上級裁判所である最高裁判所において、without prejudiceルールに関する従来の理解が改めて確認されるとともに、和解合意の解釈が争われる場合において同ルールの例外を認めた点に意義がある⁽⁵⁹⁾。

本件で問題となった和解交渉は、Oceanbulk Shipping & Trading社（以下、「Oceanbulk社」と表記する）とTMT Asia社（以下、「TMT社」と表記する）との間の一連の海上運賃先渡契約（F&A: Forward Freight Agreement⁽⁶⁰⁾）に関する。TMT社による決済金の支払いが滞ったことから行われたものである。本件和解交渉は明示的なwithout prejudiceの下、その一部は書面により、また一部は会談で行われ、交渉の結果、「両当事者は、二〇〇八年の各F&Aの五〇%について、二〇〇八年六月二十六日から一〇取引日以内に、同日以降の関連するバルチック指数の一〇日間の平均終値において現実化するとともに、当該F&Aの残り五〇%について、二〇〇八年八月一五日までに達成可能な最も有利な条件で市場に見切り処分（close out）するよう協力すること」という条項を含む和解合意が成立した。その後、Oceanbulk社が「TMT社に対して上記和解条項違反を理由とする損害賠償の訴えを提起したところ、上記和解条項にいう「協力」の解釈が争われ、TMT社は当該条項を解釈するための資料として交渉過程における当事者の発言や電子メールを援用したのに対して、Oceanbulk社はwithout prejudiceで

あることを理由としてその証拠適格を争った。原々審は証拠適格を認めたのに対して控訴院はこれを否定し、TMT社から最高裁判所に上訴がなされた。⁽⁹²⁾

最高裁判所は、全員一致で本件におけるwithout prejudiceルールの例外を認め、TMT社の上訴を認容した。本判決においてClarke裁判官は、⁽⁹³⁾ [3] Unilever 事件判決で列挙されたwithout prejudiceルールの例外類型を前提として、本件のように和解合意の解釈が争われる場合が上記例外類型に該当するか否かを検討する。⁽⁹⁶⁾そして、契約文言の解釈にあたっては契約の背景的事実をもとに当事者の意思を客観的に評価する必要があるところ、このような解釈手法はwithout prejudiceの有無にかかわらず原則として同一であると考えられること、自由な話し合いの促進というwithout prejudiceルールの根拠に照らしても、和解合意の解釈のちに争われた場合に交渉過程における客観的事実を証拠として容認することは、和解の促進に資することはあってもこれを抑制するとは考えにくいこと、また、和解合意の補正 (rectification) が問題となる場合にwithout prejudiceルールの例外が認められることはこれまでも認められており、和解合意の補正と和解合意の解釈との間に明確な線引きをすることはできないこと等を理由として、⁽⁹⁶⁾ without prejudiceのやり取りであっても、和解合意の解釈に際して基礎的事実関係や周辺の事情の一部を構成するものとして証拠適格を認めた。⁽⁹⁷⁾ これに加えて、Phillips裁判官は、本件から導かれる法原則を「二当事者間の契約を解釈する場合において、両当事者の共通理解となっている事実が当該契約文言に与えられるべき意味に影響するときは、当該事実に関する証拠は証拠適格を有する」として定式化し、この法原則はwithout prejudiceの交渉の結果成立した合意のほか、その後同一当事者間において成立した他の合意についても適用があるとしている。⁽⁹⁸⁾

三 Without Prejudice ルールの今日的理解

1 根拠

これまで見てきたように、without prejudice ルールは、紛争当事者間において和解による紛争解決を目的としてなされたやり取りを保護するための判例法理として形成・発展を遂げたものであるが、そもそも和解目的でなされた当事者間のやり取りがとくに法的な保護の対象となるのはなぜか。いわゆるwithout prejudice ルールの根拠論は、同ルールの適用範囲に関する議論とも密接な関係を有する問題として、前章において紹介した判例の多くもまた、同ルールの適用の有無を検討するに際してその根拠に言及している。

この点、without prejudice ルールの根拠については、和解の促進という公益的側面と当事者の意思という私法的側面の双方に求めるのが一般的である。⁽⁹⁾ すなわち、同ルールの正当化根拠の一つは、和解の促進という公益的要請を実現するためには当事者が自由かつ率直に話し合うことができなければならないところ、そのためには和解交渉においてした発言がのちに自己に不利な資料として用いられるおそれがあるべきではない、と考えられることによる。⁽¹⁰⁾ こうした和解の促進ないし自由な話合いの保障という観点は、とりわけ裁判所がwithout prejudice ルールの例外を認めるか否かを検討するに際して顕著に表れており、例えば、[3] Unilever 事件判決は、自白か否かという発言の性質によって同ルールの適用を区別することに對して、上記のような公益的観点に照らしてこれを否定したものであったし、また、[6] Oceanbulk 事件判決は、和解合意の解釈が問題となる場合に同ルールの適用を排除することが許されるかという論点について、和解による紛争解決の促進に資することはあってもこれを抑制する

ことはないという観点から、同ルールの例外を認めたものであった。

without prejudice ルールの正当化根拠のもう一つは、without prejudice の下での和解交渉においては、和解交渉の内容を訴訟において自己の不利に用いない旨の明示的または黙示的な合意がある、と考えられることによる。例えば、without prejudice ルールは当事者の一方的意思によって適用されるのではなく、相手方当事者において同ルールの下での交渉を拒絶しないことが前提条件となっている点や、当事者は合意によって同ルールの適用範囲を変更できるとされている点などは、同ルールが合意を基礎とするものであることの表れである。また、[1] Cuts 事件判決も示唆するように、同ルールが原則として費用確定手続との関係においても適用される（したがって、和解提案の内容や提案が拒絶された経緯等は費用の確定に際して斟酌できない）ことは和解の促進という公益的要請からは説明が困難であり、このような結論を正当化するとすれば、公益的要請とは異なる観点——当事者の合意——にその根拠を見出さざるを得ない。

これらの二つの根拠は相互に密接な関係にあり、今日における without prejudice ルールの理解を前提とする限り、同ルールを公益的要請と当事者の合意のいずれか一方によって説明することは困難であると見られる。すなわち、同ルールの根拠を和解の促進という公益的側面のみで置くならば、和解の促進に資さないと考えられる範囲で同ルールの適用を排除し、また、当事者の合意による変更も許されないと考えるのが論理的であるが、[1] Cuts 事件判決をはじめ、今日の裁判所がそのような考えを採用していないことはその正当化根拠が公益的側面にとどまらないことの表れであると言える。⁽¹⁰⁾ また他方で、同ルールの根拠を当事者の合意という私法的側面のみを求めるのであれば、同ルールが当事者の一方がした最初の和解申出（“opening shot” と呼ばれる）にも適用があると理解されていることや、和解当事者以外の第三者との関係においても同ルールの適用があることと相容れないとの指摘がな

されている。⁽¹⁴⁾

このように、without prejudiceルールの根拠論については一元的な根拠によつては割り切れない面があるが、今日ではこれまでの先例の集積の上に同ルールの原則と例外に関する判例準則がある程度明確な形で定まっており、当事者が明示的・黙示的な合意によりその範囲を変更しない限り、以下に見る原則と例外に従う。⁽¹⁵⁾

2 範囲

(1) 原則

without prejudiceルールは、紛争当事者間において和解による紛争解決を目的としてなされた書面または口頭によるやり取りは、原則としてその後の訴訟手続において証拠として利用することができず、また、文書の開示・閲覧手続を通じて閲覧を求めることもできないとするルールである。⁽¹⁶⁾ 同ルールに付随的・派生的な法理も含めると、今日における同ルールの特徴としては、①和解交渉の当事者は、現に係属中の訴訟手続または将来の訴訟手続において、和解交渉におけるやり取りにつき証拠適格を否定することができる、②文書の開示・閲覧手続において、和解交渉におけるやり取りについて当事者の一方または第三者から閲覧請求を受けた場合にこれを拒むことができる、③いずれの当事者も和解交渉におけるやり取りを第三者の閲覧に供することはできない、④第三者が和解当事者のやり取りについて閲覧の提供を求め、または証拠としての提出を求めることはできない、⑤和解交渉の訴訟手続における利用を禁止するために、当事者の一方は相手方当事者または第三者に対して裁判所の差止命令(injunction)を得ることができるといった点を挙げることができる。⁽¹⁷⁾ なお、イギリスの一九九八年の民事訴訟規則においては、without prejudiceルールを直接的に定めた規定は置かれていないが、同ルールの存在を前提と

するいくつかの関連規定が置かれている。⁽¹⁰⁾

without prejudice ルールの原則的な適用範囲については、[2] Rush & Tompkins 事件判決において示されたように、口頭であると書面であることを問わず、「真に和解目的でなされたすべての交渉 (all negotiations genuinely aimed at settlement)」が含まれる。ここでいう「真に和解目的でなされたすべての交渉」の意味するところは一義的に明らかではないものの、紛争の存在を前提としてその解決のために一定の譲歩を示すものであることが必要であると見られ、[4] Rashid 事件判決におけるように、債務の存否について争いがなく単に支払いの猶予や減免を求めるに過ぎないものは同ルールの対象外とされる⁽¹¹⁾。この点、有力な見解によれば、当事者間のやり取りが同ルールの適用を受けるか否かの判断基準として、第一に、当事者間のやり取りが自白した債務ないし責任の履行方法について話し合うものであるか、それとも、争いのある債務ないし責任についてどのように折り合いをつけるかを話し合うものであるかという基準に照らし、前者に該当する場合は同ルールの対象外とする。他方、後者に該当する場合はさらに第二の基準として、当事者において和解が成立に至らなかった場合に訴えを提起することを予期していたかまたは予期することが合理的であったかという基準に照らし、これが肯定される場合に限って without prejudice ルールの適用があるとされる。⁽¹²⁾

また、[3] Unilever 事件判決が明らかにしているように、without prejudice ルールによる保護は和解交渉における自白のみに限られるのではなく、判例上認められているいくつかの例外を除き、和解交渉におけるやり取りについて一般的に及ぶものと理解されている。これは、和解交渉における当事者間のやり取りの中から自白を截然と区別することが實際上困難であることに加えて、仮に自白であるか否かといった発言の性質によって同ルールの適用の有無が分かれることになれば、当事者は自己の発言が同ルールの適用を受けるか否かについて逐一吟味しな

なければならないこととなり、和解の促進や自由な話し合いの保障といった同ルールの趣旨に反する結果を招くと考えられることによる。⁽¹²⁾ こうしたwithout prejudiceルールの趣旨との矛盾・抵触や運用上の困難は、同ルールの限界が問題となる場合にしばしば引き合いに出されるものであり、同ルールをめぐる議論に通底する観点となっている。⁽¹³⁾ もっとも、without prejudiceルールによる幅広い保護は、一方で、他の実体法上または訴訟法上の規定と衝突する場面を生じうる。^[4] Rashid事件判決および^[5] Ofule事件判決はいずれもwithout prejudiceルールと時効中断ルールとの関係が問題になった事案であり、without prejudiceルールを適用すれば時効中断ルールはその目的を果たすことができなくなる事案であった。この点、^[4] Rashid事件判決におけるHoffmann裁判官の少数意見は、without prejudiceルールと時効中断ルールとの調和を図ることを目的として、without prejudiceルールは請求権の自認には適用されないとするルールを定立するとともに、より一般的な観点としてwithout prejudiceルールの適用は「明示的または黙示的に主張・自白した事実の真实性を裏付ける証拠として」提出する場合に限られるとする準則を提示するものであったが、同判決の多数意見はこのような考え方を採用せず（当該事案はそもそもwithout prejudiceルールの埒外であり時効中断ルールとの衝突は生じない）、両者の関係を正面から論じた^[5] Ofule事件判決⁽¹⁴⁾、without prejudiceルールの趣旨および運用上の困難等を理由として、否定的な見方を示している。⁽¹⁵⁾

(2) 例外

^[3] Unilever事件判決において列挙されているように、without prejudiceルールには判例法上いくつかの例外が認められており、以下に掲げる事案類型においてはwithout prejudiceによる和解交渉であっても、のちに訴訟資料として利用することが妨げられない。ただし、これらの例外類型に該当する場合でも、without prejudiceの

下でのやり取りを無制約に利用できるわけではなく、例外類型ごとに必要とされる範囲内でのみ利用が可能となる点には留意が必要である。⁽¹⁵⁾

① 和解合意の成否を争う場合

第一に、without prejudiceの和解交渉の下で和解合意が成立したか否かが争点となる場合である。これには損害賠償の負担割合に関する合意など、紛争の一部について合意が成立しているか否かが問題となる場合も含まれる。⁽¹⁶⁾ また、和解合意の成立そのものを争う場合ではないが、和解合意の補正 (rectification) が問題となる場合にも without prejudice ルールの例外が認められると解されている。⁽¹⁷⁾

② 成立した和解について不実表示、詐欺または不当威圧等を争う場合

第二に、当事者間に和解合意が成立したことが明らかである場合でも、不実表示 (misrepresentation)、詐欺 (fraud) または不当威圧 (undue influence) 等を理由としてその効力を争う場合である。⁽¹⁸⁾ 和解合意の成否自体を争うものではない点で上記第一類型とは区別されるが、いずれも和解合意の拘束力ないし執行力を争う場合に認められる例外であるという点では共通しており、両者は表裏一体の関係として捉えられている。⁽¹⁹⁾

③ 禁反言を主張する場合

第三に、和解交渉における当事者の発言を根拠として禁反言 (estoppel) を主張する場合である。すなわち、当事者の一方が自己の発言をもとに相手方当事者が行動することを意図してある発言をし、現に相手方当事者がそれに基づいて行動した場合には、当該発言に反する行為につき禁反言を生じると考えられており、この禁反言の効力を主張する場合には、without prejudiceの和解交渉における発言であっても証拠として提出することが認められるとされる。⁽²⁰⁾

④ without prejudiceの濫用を争う場合

第四に、without prejudiceルールに基づく証拠の排除が、偽証、強請、その他の明らかな不正 (unambiguous impropriety) の口実として濫用的に用いられる場合である。⁽¹²⁾ ただし、控訴院は、この例外はwithout prejudiceによる特権的立場を濫用するものであることが極めて明白な事案 (in the clearest case) に限って適用されるべきであるとして、この例外の適用に慎重な姿勢を示している。⁽¹³⁾

⑤ 提訴遅延の理由を明らかにする場合

第五に、原告において提訴が遅延した理由を明らかにする場合である。例えば、原告の訴えに対して被告が訴訟不進行 (want of prosecution) を理由とする請求の排斥を求めた場合において、原告が提訴遅延につき正当な理由があること、または、当該遅延について被告の黙認があったことを説明するために、without prejudiceの下でのやり取りを証拠として利用することができる。⁽¹⁴⁾

⑥ Muller事件判決

第六に、*Muller v Linsley & Mortimer* ⁽¹⁵⁾ において認められた例外がある。この事案は、訴外株式会社の役員であり株主であったMullerが、ソリシタの誤った対応のために役員解任に伴って自己の保有する株式の売却を余儀なくされたとして、ソリシタに対して過失を理由とする損害賠償を求めたものである。本件訴訟においてはMullerが役員解任後に訴外株式会社と間で進めた和解交渉において自己の損失を抑えるために合理的に行動したか否かが争点となったが、控訴院のHoffmann裁判官は、「without prejudiceルールの公益的側面は、自白と関連性がない発言の証拠適格、すなわち、自白があったとされる事実の真实性とは無関係な発言の証拠適格に影響を及ぼさない」として、上記和解交渉に関して同ルールの適用を否定した。⁽¹⁶⁾ ただし、本件控訴院における他の二人の裁判官は、

本件では without prejudice の放棄があったと認められることを理由に同ルールの適用を否定しており、上記 Hoffmann 裁判官意見の先例的価値は必ずしも明確ではない。⁽⁵⁷⁾ [5] Ortlue 事件判決は本件 Hoffmann 裁判官意見に言及しながらも、実際上の困難や和解交渉への悪影響を生じるおそれから、その一般的妥当性に否定的な見方を示している。⁽⁵⁸⁾

⑦ without prejudice ルールの適用範囲を変更する旨の合意がある場合

第七に、without prejudice ルールの適用範囲を変更する旨の明示的または黙示的な合意がある場合である。^[1] Cuts 事件判決は、費用確定手続との関係において without prejudice ルールを排除する旨の合意 (“without prejudice except as to costs”) がある場合に、同ルールの根拠が一面において当事者の合意にあることを理由としてその効力を肯定したものであったが、合意による同ルールの変更は必ずしも費用確定手続との関係に限られないとされる。⁽⁵⁹⁾

⑧ 婚姻関係事件の場合

第八に、婚姻関係事件においては without prejudice ルールに相応する家事事件に固有の秘密保護の法理が適用される。この法理は家事調停による解決を目的とされた発言は証拠として用いることができないとするものであり、紛争当事者である夫婦間のやり取りだけでなく、和解の促進に関与する第三者との間のやり取りもまた保護の対象とする点に特徴がある。⁽⁶⁰⁾

⑨ 和解合意の解釈を争う場合

以上が [3] Unilever 事件判決に列挙される例外類型であるが、[6] Oceanbulk 事件判決はこれらの例外類型を前提として、和解合意の解釈が問題となる場合においても without prejudice ルールの適用が排除される旨を明らか

にした⁽¹⁰⁾。もっとも、同判決はこのような例外が認められる理由を契約の成否ないし補正に関する第一の例外類型との類似性に求めており、その意味で、本判決は第一の例外類型の延長線上に位置づけられるとも言える⁽¹¹⁾。

⑩ その他の例外

[5] Ofune事件判決は、without prejudiceルールの例外として主張された、(a) 訴訟において争点となっていない事項に関する自白はwithout prejudiceルールの適用を受けないとする考え方と、(b) 和解申出が、自白した内容の真实性を明らかにするために援用されるのではなく、当該申出をしたという事実として援用される場合には同ルールの適用を受けないとする考え方のそれぞれについて検討がなされた事案であった。このうち前者については、本件自白は訴訟における争点に関連した自白であるとの理解を前提として、上記例外ルールの是非については、直接的な判断は示されなかったが、例外ルールとして承認される旨を示唆する意見も見られる⁽¹²⁾。また、後者については、このような区別を採用する先例があることを踏まえながらも、両者を厳密に区別することの実際上の困難や、和解交渉における自由な話し合いを制約することへの懸念から、否定的な見方が示されている⁽¹³⁾。

以上のように、without prejudiceルールの例外については、今日においてなお未確定ないし流動的な点も見られるものの、その大まかな枠組みは[3] Unilever事件判決に列挙された八つの例外類型に集約されており、これを超える新たな例外類型を承認することについては、例外を拡大することによって同ルールの基礎が崩れることへの懸念、さらには実務運用面での困難を理由として、裁判所は慎重なスタンスをとっている。近年のイギリスの司法制度改革が和解による紛争解決の促進をその柱の一つに据えていることも、和解交渉の保護が強調される背景にあるものと見られる⁽¹⁴⁾。

3 その他

(1) without prejudice文言の要否

without prejudice ルールの適用を受けるためには、without prejudice であることの明示を要するか。この点に関しては、同ルールの適用に関する疑義を生じさせないために、和解交渉に際して without prejudice であることを明示しておくことが通例であると言われるが、without prejudice の文言の有無は同ルールの適用を受ける上で必ずしも決定的な要素ではない。⁽⁸⁾ すなわち、[2] Rush & Tompkins 事件判決が明らかにするように、「このルールは、口頭であると書面であるとを問わず、真に和解目的でなされたすべての交渉が証拠として提出されることを排除するために適用される」ものであり、「真に和解目的でなされた」か否かが決定的な要素として働く。⁽⁹⁾ したがって、without prejudice の明示的な文言がなくても、当事者間のやり取りが真に和解による紛争解決を目指してなされたものである場合には without prejudice ルールの適用を受けることになる一方、明示的な文言があつたとしても、和解による紛争解決とは無関係なやり取りについて同ルールは適用されない。⁽¹⁰⁾

(2) 相手方当事者の同意の要否

without prejudice ルールは、これに拠る旨の当事者の一方的意思によって当然に適用されるものではなく、相手方当事者の明示または黙示の同意があることが前提となっている。和解交渉を without prejudice で行うか否かは当事者の任意とされており、当事者の一方が without prejudice ベースによる和解交渉を試みる場合でも他方の当事者においてこれを拒むことは可能であり、相手方当事者に対して、*open* ベースに拠る旨、すなわち、和解交渉の内容をのちに訴訟手続で利用することができる旨の通知をすることによって同ルールの適用を排除すること

は妨げられない。もともと、without prejudiceによる交渉を拒むことは、場合によって相手方に対する非協力的な姿勢を示すものとみなされ、和解が不成立に終わった後の訴訟において証拠としての利用が承認されなかったり、訴訟費用の確定に際して不利益な判断を受ける可能性があることが指摘されている。⁽¹⁸⁾

(3) without prejudiceの放棄

without prejudiceによる保護の効果は両当事者に生じており、当事者の一方がこれを単独で放棄することはできず、相手方の同意または両当事者の合意（当事者が三者以上である場合にはすべての当事者の同意または合意）が必要とされる。したがって、without prejudiceの下で行われた和解交渉において自己に有利な情報が得られたとしても、その後の訴訟においてwithout prejudiceによる保護を一方的に放棄することによってこれを自己の有利に援用することは許されな⁽¹⁹⁾い。

また、without prejudiceの放棄は明示的である必要はなく、当事者の行為から黙示的な同意または合意があったとされる場合がある。例えば、当事者の一方がwithout prejudiceの和解交渉を訴訟資料として利用した場合において、相手方当事者が異議を述べず自らもまた訴訟資料として利用するときには、without prejudiceの放棄があったものとして扱われる⁽²⁰⁾。

(4) 第三者に対する援用の可否

[2] Rush & Tompkins事件判決に見られるように、without prejudiceルールは第三者との関係においても援用できるのが原則であるが、*Gutrow Ltd v Cape plc*⁽²¹⁾は当該事案の特殊性からこれを否定した控訴院判例として

知られる。同事件は、造船所で生じたアスベスト被害について、雇用主であるGnitrow社が従業員に対して損害の賠償をしたのち、アスベスト作業を請け負っていたT&N社とCape社に対して求償を求めた事案において、Gnitrow社とT&N社との間で和解が成立したことを受けて、Cape社が当該和解条項の開示を求めたものであった。裁判所は、Gnitrow社は求償権の行使に関して従業員に対して支払った額以上の求償を受けることができない地位にあり、また、Cape社の負担額が他の二社の負担額をもとに決まる関係にあることを前提として、Cape社は当該和解条項のうち責任の負担を定める範囲について開示を求めることができる⁽¹⁶⁾。ただし、同判決はその射程を自ら制限しており、本件におけるように、原告が自己に対する訴えにつき既に一定額で和解しており、その支払額に関して求償義務者に対して求償を求める事案に限られるとしている⁽¹⁷⁾。

(5) 第三者が入手した場合の扱い

without prejudiceルールの下では、第三者は和解当事者間における和解目的のやり取りにアクセスできないのが通常であるが、第三者がなんらかの経緯によりwithout prejudiceの情報を入手した場合に、これを自らの訴訟資料として和解当事者の利益に反して利用することができるか否かについては議論がある。この点、刑事手続に関する先例の中には、訴追機関が入手した私人間のwithout prejudiceのやり取りについて、犯罪の訴追によって得られる利益と和解による紛争解決の利益との比較衡量から、結論において証拠適格を認めたと例がある⁽¹⁸⁾が、このような扱いに対しては、第三者を経由すること⁽¹⁹⁾without prejudiceルール⁽²⁰⁾の適用を受けないことになれば、当事者間において自由な話し合いを行うインセンティブを失わせることになるとの懸念が示されている⁽²¹⁾。

(6) 調停手続とwithout prejudiceルール

without prejudiceルールは、調停人を介して行われる和解交渉にも適用があると考えられており、これをとくに調停秘匿特権 (mediation privilege) と呼ぶことがある。調停秘匿特権の範囲は基本的にwithout prejudiceルールのそれに対応し、without prejudiceルールの例外もまた同等の範囲で適用されると考えられている⁽⁶⁾。もともと、調停秘匿特権は、調停人に対する信頼の保護という法律専門職秘匿特権に類似した性格を有する点でwithout prejudiceルールとは異なる側面も持っており、調停秘匿特権にはwithout prejudiceルールに認められる以上のより強い保護が与えられるべきであるとする議論も見られる⁽⁶⁾。

四 日本法への示唆

1 和解交渉の法的保護

これまで見てきたように、without prejudiceルールはイギリスの判例法理として独自の形成・発展を遂げたルールであり、大陸法の系譜に連なる日本の民事訴訟法においてこれに相応する法概念ないし法原則を見出すことは困難であるが、同ルールの基礎にある考え方は、わが国における現行民訴法の分析・検討にとつてもいくつかの有益な視座を提供するものと思われる。以下、本稿では、without prejudiceルールに関するこれまでの理解をもとに、現行民訴法の分析・検討のための新たな視点を提示したい。なお、イギリスのwithout prejudiceルールが主として裁判外での和解交渉に関するルールであることに対応して、ここでは紛争当事者間における裁判外の和解を念頭において論じることとする。

第一に、without prejudiceルールは、和解による紛争解決を促進するための制度的基盤の一つを構成しているという点である。既に見てきたように、without prejudiceルールが正当化されるのは、和解の促進という公益的要請を実現するためには当事者間の自由かつ率直な話し合いを保障することが必要であり、そのためには和解交渉においてした発言のちに自己に不利益な資料として用いられるおそれがあることが考えられることによる。仮に和解交渉においてした発言のちに自己に不利益な資料として用いられる可能性があるとするれば、当事者は和解交渉に際して自己の発言がその後の訴訟手続において持つリスクを考慮せざるを得なくなる結果、当事者間の自由かつ率直な話し合いが妨げられ、和解による紛争解決が困難ないし窮屈なものとなることが考えられる。

わが国においても、和解の促進による早期の紛争解決という公益的要請が一定程度存在することについては異論のないところと思われるが、現行民訴法の下で和解の促進を下支えしている制度的基盤としては、争点および証拠の整理手続（民訴一六四条以下）による争点の早期の明確化、当事者照会（同一六三条）や文書提出命令（同一二三条）、訴えの提起前における証拠収集の処分等（同一二二二条の二以下）による情報収集手段の拡充などが挙げられるものの、和解交渉における当事者間のやり取りをその後の訴訟手続から保護する旨の規定は存在しない。この点は、イギリス法が、和解促進のための制度的基盤として、開示および閲覧（disclosure and inspection）の制度や訴え提起前プロトコル（pre-action protocol）といった情報収集手段と合わせ、without prejudiceルールを有しているのと対照的である。

もともと、和解交渉におけるやり取りを保護する旨の規定の不存在は、わが国ではそのような規定を設ける実際上の必要性が大きいことを暗に示していると言えるかもしれない。仮に、わが国においては和解交渉におけるやり取りをのちに訴訟資料として利用することがない、あるいは、訴訟資料として利用する場合でも一方の当事者

に対してそれほど大きな不利益をもたらさない、という実情があるとするれば、without prejudiceルールに相当する規定を設けなくても和解交渉における自由な話し合いが阻害されることはなく、また、同ルールを導入することによって和解交渉における自由な話し合いが促進されることもない、と考えられる。和解交渉における自己に不利益な発言は、いわゆる裁判外の自白であり、裁判上の自白について認められる法的な拘束力を持たない点で、訴訟への影響は限定的であるとも言えそうである。

こうしたwithout prejudiceルールに関する立法事実の有無については、より実証的な調査・分析が不可欠であるが、ここでは差し当たり、現行法の下での和解交渉の持つリスクとして以下の点を指摘することは妨げられないと思われる。すなわち、和解交渉においては、相手方の譲歩を引き出すため、あるいはまた、事案に対する不十分な理解から、自己に不利益な主張や真実と必ずしも一致しない主張を意識的または無意識的に行うことが考えられるが、そうした自己に不利益な主張をした場合に、それがのちに証拠として提出され、裁判官の心証に影響を与え、おそれは完全には否定できない。また、和解交渉時における自己に不利益な主張をのちに撤回し、訴訟においてこれと異なる事実を主張することは、個別具体的な事情の下で信義則ないし禁反言に反すると評価される場合があるであろうし、撤回が認められるとしても、当事者の矛盾した態度が弁論の全趣旨（民訴二四七条参照）として不利益に働く可能性は残される。しかも、和解交渉の内容が法廷に顕出されることは、当該訴訟の結果を左右するおそれを生じうるだけでなく、関連する他の紛争当事者との間で行われている訴訟や和解の行方にも少なからず影響を及ぼすことが考えられる。

和解交渉の持つこのようなリスクを前提とする限り、当事者や代理人による認識の程度は様々であるにせよ、わが国でも和解交渉における自由かつ率直な話し合いに一定の制約ないし萎縮効果が生じていることは否定できないよ

うに思われる。そうであるとすれば、わが国においてもまた、和解交渉における自由かつ率直な話し合いの機会を保障するための制度的基盤として without prejudice ルールに相応する規定を設け、あるいはまた、現行法の解釈として同ルールに相応する法準則を引き出すことも検討に値すると言えるのではないだろうか。

2 証拠法理論への示唆

(1) 証拠能力の制限

第二に、上記のような和解促進のための制度的基盤の必要性がわが国においてもあるとすれば、これを実現するための立法論または解釈上の試みとして、和解による紛争解決を目的とした当事者間のやり取りについては、証拠としての適格すなわち証拠能力を制限し、あるいはまた、これを証言拒絶事由や文書提出除外事由として規律することが考えられる。これは without prejudice ルールが和解目的のやり取りに関して証拠としての適格を否定する事由 (inadmissibility) として機能するとともに、文書の開示・閲覧手続において閲覧提供を免れることのできる秘匿特権 (privilege) として機能していることに対応する。

このうち、和解目的のやり取りに関して証拠能力を制限しようとする試みは、民事訴訟における証拠能力には原則として制限がないとするわが国の伝統的な理解⁽⁸⁾との間に大きな隔たりがあるようにも思われる。もともと、伝統的な理解の下でも証拠能力の無制限は例外の余地をまったく認めないものではなく、いわゆる違法収集証拠については、当該証拠の獲得手段や方法によっては証拠能力を否定される場合があると解されているほか、人証回避目的で作成された書証やいわゆる陳述書についても、相手方当事者の反対尋問権の保障の観点から証拠能力が制限される場合があるとされるなど、当事者の公平その他特別の理由がある場合に証拠能力の制限を認めることは必ずしも

否定されていない。⁽¹⁵⁾ without prejudice ルールの基礎にある和解の促進という公益的な要請が、わが国においても証拠能力の制限を認めるに足りるだけの合理性を持つのであれば、和解目的のやり取りについて一般的・典型的に証拠能力を制限することも不当であるとは言えないであろう。

こうした without prejudice ルールと同様の規律を採用することに対しては、事案によっては争点に関連する証拠を利用できない事態を生じ、裁判所が真実に反する裁判を強いられるという懸念を生じうる。しかしながら、[3] Unilever 事件判決や [6] Oceanbulk 事件判決について見てきたように、without prejudice ルールは和解交渉の訴訟における利用を全面的に禁じるのではなく、和解合意の成否が問題となる場合、和解成立過程における瑕疵の有無が問題となる場合、和解合意の解釈が問題となる場合など、和解交渉につき証拠能力を認めなければ当該争点に関する裁判所の判断が困難となると考えられる事案類型において例外を認めるものを見落としてはならない。

また、法による和解交渉の保護という目的は、次に見る証言拒絶事由や文書提出除外事由に関する規定を整備することによってもある程度達成することが可能であると思われるが、これらの規定が機能するのは、あくまでも証言や書面の提出を求められた場合に限られる。和解交渉の相手方が和解交渉に関する自らの記憶または書面による記録を証拠として提出する場合、あるいは、第三者がなんらかの経緯により和解交渉の内容を入手して第三者自身の訴訟で利用する場合など、和解交渉の内容を知る者が自らその情報を証拠として提出する場合にその証拠としての影響力を排除するためには、証拠能力そのものを制限する規律を検討する必要がある。

(2) 証言拒絶事由・文書提出除外事由の拡大

次に、和解による紛争解決を目的とした当事者間のやり取りについては、これを証言拒絶事由や文書提出除外事由として保護の対象とする旨の新たな規定を創設し、あるいはまた、現行法の解釈として取り込むことが考えられる。このような扱いは、とくに和解当事者以外の第三者から証言または文書の提出を求められた場合に意味を持つ。当事者自身はそれぞれに和解交渉の内容について情報を有しているのが通常であり、当事者の一方から他方に対して和解交渉に関する証言や文書の提出を求めなければならない場面は、特段の事情がない限り考えにくい。

さしあたって現行法の解釈論の枠内で考えた場合、和解目的で作成された文書については、民訴法二二〇条四号ニに定める「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に含まれると解することはできないであろうか。いわゆる自己利用文書の該当性に関しては、最決平成一一・一一・一二民集五三卷八号一七八七頁が一般的な準則を定立しており、これによれば、①文書の作成目的、記載内容、所持に至る経緯、その他の事情から判断して、もっぱら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者への開示が予定されていないこと（外部非開示性）、②開示されると個人のプライバシーが侵害されたり、個人ないし団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって所持者の側に看過し難い不利益が生ずるおそれがあること（不利益性）、③自己利用文書の該当性を否定する特段の事情がないこと（特段の事情の不存在）が要件とされる。

これを和解目的で作成された文書について見ると、上記①の要件については、和解交渉に関する通信や記録その他の文書は、もっぱら和解当事者の内部的な利用に供する目的で作成され、和解当事者以外の者に開示することが予定されていないことが通例であろうから、その限りにおいて当該要件を充足するものと考えられる。もちろん、和解交渉に関するやり取りは、日記や備忘録のような典型的な自己利用文書とは異なり、その性質上、当事者双方

で共有されるものであるから、その意味で「外部の者」への開示が予定されているとも言える。しかしながら、和解交渉における両当事者は和解の成立という共通の目的を有し、交渉事項が開示されないことについて共通の利益を有していると考えられることからすると、和解交渉の場面における相手方当事者を純然たる「外部の者」として扱うことは適当ではないように思われる。

次に、上記②の要件について、前記最高裁決定は、不利益性の具体的な内容として「個人のプライバシー」と「個人または団体の自由な意思形成」を挙げているところ、和解目的で作成された通信・記録等の文書がのちに開示の対象になるとすれば、和解当事者である個人または団体の自由で率直な意見の表明に支障を来し、和解の成立に向けた「個人または団体の自由な意思形成」が阻害される事態を生じることが考えられる。イギリスの without prejudice ルールの存在は、このような開示による不利益のおそれがあることを経験的に明らかにしているものと言つてよい。このように考えるならば、現行法の下でも、和解目的で作成された文書は、上記③にいう特段の事情がない限り、自己利用文書としての要件を満たし、その提出を免れるとの解釈も成り立ちえよう。

もっとも、近時の立法論では自己利用文書を独自の除外事由として規定することに否定的な見方も有力であることを考えると、和解目的で作成された文書の保護を自己利用文書概念の枠内で考えることは、現行法の解釈論としてはともかく、将来の立法論を見据えた議論として心許ない面があることは否めない。より根本的な対応としては立法的解決によることが適当であると思われるが、和解交渉の保護は証拠方法の形態を問わず——証言としても文書としても——保護すべき性質の事柄であることからすると、立法の形式としては、証言拒絶権の範囲を和解交渉に関する事項について尋問を受ける場合にも拡大するとともに、和解交渉に関する事項が記載された文書については証言拒絶事由が記載された文書（民訴二二〇条四号ハ参照）として提出義務を免れるとすることが考えられ

る。この点、UNCITRAL国際商事調停モデル法が、調停手続における交渉について訴訟における証拠としての利用を禁止する旨の条項を置いていることが参考になるが、和解交渉の保護は調停を含む和解交渉一般に広く妥当な問題であることに鑑みれば、個別の立法において特別の規定を設けることは別に、一般法である民事訴訟法の中に和解交渉の扱いに関する一般規定を置くことを検討する必要があるように思われる。

3 訴訟契約論への示唆

第三に、without prejudiceルールが一面において当事者の合意を根拠とするものであることに着目すれば、わが国の訴訟契約論の枠組みの中で同ルールに相応する規律を見出すことも考えられる。和解当事者間において和解交渉におけるやり取りをのちに証拠として利用しないことについて明示または黙示の合意が成立していると認められる場合には、そこに特定の証拠方法の提出を制限する旨の訴訟上の合意、すなわち証拠制限契約が成立しているとする余地がある。仮に現行法の解釈として和解交渉について証拠能力の制限や文書提出除外事由を認めることが困難であるとしても、いわゆる訴訟上の合意が成立していると認められる範囲では、現行法の下でもwithout prejudiceルールが適用されるのと同様の結果を得ることは可能であると思われる。

いわゆる訴訟上の合意については、管轄の合意（民訴一一条）や不控訴の合意（民訴二八一条一項但書）など、法律に明文の規定がある場合にその効力が認められることはもちろんであるが、明文の規定がない場合であっても、処分権主義や弁論主義の妥当する範囲内の事項については、合意の法律効果がその範囲にとどまり、かつ、明確に予測することができるものである場合には適法な合意であると解されており、証拠制限契約もまた弁論主義の妥当する範囲内の事項についての合意として、原則として有効であると解されている⁽⁸⁾。和解交渉におけるやり取りをの

ちに証拠として利用しないという意味での証拠制限契約もまた、両当事者においてその合意の持つ意味の明確な予測可能性がある限りにおいて、有効な合意であると解されよう。

証拠制限契約の法的性質に関しては、他の訴訟上の合意について論じられるのと同様に、理論的には、これを私法上の効果を生じる私法契約として構成する理解（私法契約説）と、訴訟法上の効果を生じる訴訟契約として構成する理解（訴訟契約説）とが考えられる⁽⁹⁾。前者によれば、証拠制限契約は特定の証拠方法を証拠として提出してはならないという私法上の不作為義務を生じ、当事者の一方が合意に反して証拠として提出する場合には、相手方当事者は債務不履行に基づく損害賠償請求ができるほか、現に証拠として提出する前であれば、当該不作為請求権を被保全権利として、証拠としての利用を禁じる仮処分を求めることも可能であると考えられる。他方、後者によれば、訴訟制限契約は証拠能力の喪失という訴訟法上の効果を生じ、当事者の一方が合意に反して証拠として提出した場合には、相手方当事者は証拠制限契約を理由として当該証拠に基づく事実認定を排除することができると考えられる。

私法契約説には訴訟上の効果を生じない点で難があるが、不起訴の合意や訴え取下げの合意に関して論じられるように、私法契約説を前提としても合意の存在を抗弁として提出することにより訴訟上の効果（ここでは証拠能力の喪失）を生じると解する余地はありえよう⁽¹⁰⁾。他方、訴訟契約説によった場合には実体法上の義務を生じない点が問題となりうるが、合意の本来的な効果である訴訟上の効果を実現させるために、証拠不提出を義務付ける効果が信義則により派生的に認められると説明することが考えられる⁽¹¹⁾。イギリスのwithout prejudiceルールにおいては、without prejudiceによる和解交渉は当該交渉におけるやり取りを証拠として利用しない旨の合意を含むものと理解されており、証拠としての利用を禁じる差止命令（injunction）が認められているという点では、わが国におけ

る私法契約説と親和的であるようにも見られるが、いずれにせよ、両説の立場の違いは結論において実質的な差異を生じないと考えられる。

わが国において without prejudice ルールに相当するルールの規律を考えるならば、証拠能力の制限や自己利用文書概念の拡張といった新たな議論を立ち上げるよりは、かねてから議論の蓄積のある訴訟契約論の問題に落とし込むほうが、解釈論として比較的無理のないアプローチであるようにも思われる。ただ、イギリスの without prejudice ルールについて指摘されるように、同ルールの根拠を当事者の合意のみに求めることは、保護の対象となる範囲が個々の合意の解釈によって事実ごとにもちまちまになるという懸念や、第三者に対する拘束力を基礎づけることが困難になるといふ問題を生じうることに留意する必要がある。わが国においても和解交渉に関して一般的かつ実効的な保護を図る必要性が認められるとすれば、訴訟契約論の枠内にとどまらない法規範の定立が必要であると言えよう。

五 おわりに

本稿ではイギリスの without prejudice ルールの形成と発展、今日における同ルールの基本的な理解を紹介するとともに、日本法の解釈・立法論への応用可能性について若干の考察を試みた。その要点は以下のとおりである。

第一に、イギリスの without prejudice ルールは、今日では、紛争当事者において和解による紛争解決を目的としてなされた書面または口頭によるやり取りは、原則としてその後の訴訟手続において証拠として利用することができず、また、文書の開示・閲覧手続を通じて閲覧を求めることもできないとするルールとして存在している。同

ルールは、その形成当初においては、約因を欠いた約束は拘束力を持たないとする約因法理を和解申出に応用したものであり、その意味で当時の契約法理の域を出るものではなかったが、その後、和解の促進という政策的要請に基礎を置くルールとして独自の意義を有するに至る。今日では自由かつ率直な話し合いによる和解の促進という公益的側面と、和解交渉の内容を自己の不利に用いない旨の当事者間の合意があるという私法的側面との双方に同ルールの根拠を求める理解が一般的である。

第二に、without prejudiceルールによる保護は、口頭であると書面であるとを問わず、原則として和解目的でなされたすべての交渉に及ぶ。ただし、同ルールには判例法上いくつかの例外が認められており、同ルールの適用が排除ないし制限される場合として、①和解合意の成否を争う場合、②成立した和解について不実表示、詐欺または不当威圧等を争う場合、③禁反言を主張する場合、④without prejudiceの濫用を争う場合、⑤提訴遅延の理由を明らかにする場合、⑥和解当事者の行為の合理性を立証する場合、⑦without prejudiceルールの適用範囲を變更する旨の合意がある場合、⑧婚姻関係事件の場合のほか、⑨和解合意の解釈を争う場合が挙げられる。これらの例外類型は必ずしも網羅的ではなく、判例によって新たな例外類型が認められる可能性は開かれているが、例外を拡大することに対しては、実務上の困難や和解交渉における自由な話し合いを制約することへの懸念から、裁判所は慎重なスタンスをとっていると見られる。

第三に、和解による早期の紛争解決の促進というwithout prejudiceルールの基礎にある要請がわが国においても同様に存在するとすれば、和解交渉における自由かつ率直な話し合いの機会を保障するために、わが国においても和解交渉の法的保護が検討されてよい。そのための具体的な解釈論ないし立法論としては、without prejudiceルールが和解目的のやり取りに関して証拠としての適格を否定する事由 (inadmissibility) として機能することにも、

文書の開示・閲覧手続において閲覧提供を免れることのできる秘匿特権 (privilege) として機能していることに対応して、わが国でも和解目的のやり取りについて証拠能力を制限し、あるいはまた、これらを証言拒絶事由や文書提出除外事由として扱うことが考えられる。また、without prejudiceルールが当事者の合意を根拠とするものであることに対応して、いわゆる証拠制限契約の一種としてこれを位置づけることも考えられる。

以上、本稿では without prejudiceルールの紹介と分析を通じて、同ルールの基礎にある考え方は和解交渉の法的保護のあり方を検討するに際して、また、伝統的な証拠法理論や訴訟契約論を見直すに際して一つの有益な視座となりうることを明らかにした。和解交渉の保護の程度や範囲についてはなお検討すべき点も残されているが、和解実務の現状と課題を見据えながら引き続き検討を重ねたい。

註

- (1) 本稿において「イギリス」とは、とくに断りのない限り、the United Kingdom of Great Britain and Walesを指すものとする。
- (2) イギリスの without prejudiceルールについて、Halsbury's Laws of England (5th edn, Butterworths, 2009), vol.11; N Andrews, English Civil Procedure (Oxford University Press, 2003) Ch 25; B Thanki (ed), The Law of Privilege (2nd edn, Oxford University Press, 2011) Ch 7; Phipson on Evidence (18th edn, Sweet & Maxwell, 2013) Ch 24; Andrews on Civil Processes (Intersentia, 2013), vol.1, Ch 12 [hereinafter "Andrews on Civil Processes"]; Zuckerman on Civil Procedure (3rd edn, Sweet & Maxwell, 2013) Ch 1743。

- (3) CPR 36.13(4)は「所定の方式に従った和解申出（“Part 36 offer”と呼ばれる）については費用手続との関係を除いて without prejudice ルールの適用を受ける旨を定めている。また、CPR 35.12(4)は「without prejudice ルールそのものではないが、当事者が選任した専門家との間のやり取りを保護の対象とする旨を定める。なお、CPRに付属する用語集（Glossary）には“Without prejudice”の項目が設けられており、これによれば、「和解を目的とした交渉は“without prejudice”で行われることが通例であり、この語は交渉内容を裁判所に明らかにすることのできる状況が非常に制限されることを意味する」との説明が付されている。
- (4) without prejudice ルールの紹介として、宇野伸太郎「“Without Prejudice” 秘匿特権とは何か」法と経済のジャーナル *Asahi Judiciary*（二〇一三年一月三三日）がある。
- (5) 近時の立法論に関して、三木浩一＝山本和彦編『民事訴訟法の改正課題』（有斐閣・二〇一二年）六四頁以下参照。
- (6) イギリス民事訴訟法における法律専門職秘匿特権は法的助言秘匿特権（legal advice privilege）と訴訟秘匿特権（litigation privilege）から成る。各秘匿特権の紹介については、別稿での公表を予定している。
- (7) 調停手続における秘密保護のスキームに関して、三木浩一「UNCITRAL国際商事調停モデル法の解説（6）」NBL七六一号（二〇〇三年）六〇頁以下、シンポジウム「ADR法の改正課題」仲裁とADR九号（二〇一四年）八一頁以下〔垣内秀介報告〕参照。
- (8) イギリス・オックスフォード大学名誉教授（本論文発表当時はニュージーランド・オークランド大学法学部）。
- (9) D Vaver “Without Prejudice” Communications — Their Admissibility and Effect’ (1974) 9 *Univ Brit Col L Rev* 85.
- (10) e.g. *Unilever plc v The Proctor & Gamble Co* [2000] 1 *WLR* 2436, at 2445; *Bradford & Bingley plc v Rashid*

[2006] UKHL 37, at [84]: Andrews on Civil Processes, para 12.49, footnote 117; Zuckerman on Civil Procedure, para 17.1, footnote 1.

(11) Vaver, *supra* note 9, p. 86. 当時の背景事情として、裁判官は取扱事件数に応じて報酬を受ける仕組みとなっており、裁その他の裁判外の和解を抑制する一方で、訴訟を促進しようとする状況があったようである。

(12) 「約因 (consideration)」とは、契約を構成する約束に拘束力を与える根拠となるものであり、約因を欠く場合には原則として契約は成立しないとされる (小山貞夫編『英米法律語辞典』(研究社・二〇一一年) “consideration” 参照)。

(13) Vaver, *supra* note 9, pp. 86-87.

(14) 本稿では “admission” の訳語として、自白、という語を用いるが、イギリス法にいう “admission” は請求ないし責任の自認を含む概念として用いられており、日本の民事訴訟法における自白概念と厳密に一致するものではない。See Zuckerman on Civil Procedure, paras 6.7 ff.

(15) Vaver, *supra* note 9, pp. 87-88.

(16) *ibid.*, p. 88.

(17) *ibid.*, pp. 88-89.

(18) *ibid.*, pp. 89-90.

(19) *ibid.*, pp. 90-91.

(20) *ibid.*, p. 91.

(21) *Walker v Wilsher* (1889) 23 QBD 335, CA. 本判例では “without prejudice” の効力は訴訟のすべての段階で生じると

の理解を前提として、費用確定の段階においてwithout prejudiceの付された書面をもとに費用を確定した原裁判所の判断が覆されている。

(22) *ibid.*, at 337. Lindley裁判官は「“without prejudice” という文言の意味は何か？」という問いに対して、「その文言を付した書状の書き手が提案した条件が受け入れられなかった場合に、その書状の書き手に不利益に働かないことを意味する」としたうえで、「書状で提案された条件が受け入れられた場合には完全な契約が成立し、当該書状は、without prejudiceで書かれたものであっても、これまでの状態を新しいものに変動させる作用を持つ」と述べる。なお、「このような説明は、without prejudiceの効力は和解が成立しなかった場合に限られるのかという問題をのちに生じさせることにな⁴⁵⁹。 See *Rush & Tompkins Ltd v Greater London Council* [1989] 1 AC 1280, HL.

(23) *Vaver*, *supra* note 9, p. 93.

(24) *ibid.*, p. 94.

(25) See *Andrews on Civil Processes*, para 12.50.

(26) *Cutts v Head* [1984] Ch 290, CA.

(27) See *Unilever plc v The Proctor & Gamble Co* [2000] 1 WLR 2436, at 2445.

(28) See *Rush & Tompkins Ltd v Greater London Council* [1989] 1 AC 1280, at 1299; *Unilever plc v The Proctor &*

Gamble Co [2000] 1 WLR 2436, at 2441.

(29) *Cutts v Head* [1984] Ch 290, at 296-299.

(30) See *Walker v Wilsher* (1889) 23 QBD 335, CA.

(31) *Cutts v Head* [1984] Ch 290, at 306.

(32) Oliver裁判官は「without prejudiceルールが、少なくとも一面において、公益に基づくものであることは多くの先例から明らかであり、ここでの検討に有益な出発点はその基礎にある公益の性質にある。そしてそれは、当事者は紛争をできる限り訴訟という手段に訴えることなく解決することが推奨されなければならないこと、また、交渉過程において話したこと（もちろん、これには和解申出に対して実際に返答をしたのと同視される程度に返答をしなかった場合も含まれる）が訴訟の過程においてその者の不利益に用いられる可能性があるとの認識によって当事者を萎縮させてはならないということである。……[他の先例も述べているように]「当事者は自分の手札を最大限かつ率直にテーブルの上に置くことが推奨されなければならない。……もつとも、公益による正当化は、本質的には、和解交渉の過程においてなされた発言や申出がトライアルにおいて責任の存否に関する自白として提出されることを避けることが望ましいということに基づいている」と述べる。*ibid.*, at 306.

(33) *ibid.*, at 306-307.

(34) 和解申出供託 (payment into court) は和解申出の一形式であり、被告が原告の請求の一定額を裁判所に供託したうえで和解提案をするものである（小山編・前掲注（12）“payment into court”参照）。和解申出供託による和解提案は、トリアルにおいては斟酌されないが、費用確定手続との関係においては斟酌されるといふ点において、without prejudiceの効力の及ぶ範囲から費用確定手続を除外した場合と同様の機能を有するが、本判例によれば、和解申出供託によることが適当であるとされる事案におきつwithout prejudiceルールを代替的に利用することは認められなく。*Cutts v Head* [1984] Ch 290, at 312.

(35) *ibid.*, at 312.

(36) *Rush & Tompkins Ltd v Greater London Council* [1989] 1 AC 1280, HL.

- (37) See *Oceanbulk Shipping & Trading SA v TMT Asia Ltd* [2010] UKSC 44, at [22].
- (38) See *Ofulue v Bossert* [2009] UKHL 16, at [37].
- (39) *Rush & Tompkins Ltd v Greater London Council* [1989] 1 AC 1280, at 1298.
- (40) *ibid.*, at 1298-1299.
- (41) 本件上訴審の構成は、Bridge裁判官、Brandon裁判官、Griffiths裁判官、O'Haver裁判官、Goff裁判官であった。本判決は主としてGriffiths裁判官によるものであり、他の裁判官はこれに賛成している。
- (42) 前掲注(32) 参照。 *Rush & Tompkins Ltd v Greater London Council* [1989] 1 AC 1280, at 1299.
- (43) *ibid.*, at 1299. ただし、Griffiths裁判官は、「同ルールによる保護も絶対的なものではなく、「当該事案における正義がwithout prejudiceの資料を必要とする場合」には当該資料に依拠することができるとしており、例外の可能性を示唆する。また、同裁判官は、「和解のための交渉過程においてされた自白であっても、本案となら関係のない『独立した事実』の自白は証拠としての適格を有するという見解を支持する先例がある」とし、その一例として、ある書面の筆跡が当事者のものであることの自白について証拠としての利用を認めた先例を挙げる。 *ibid.*, at 1300.
- (44) *ibid.*, at 1301.
- (45) *ibid.*, at 1305.
- (46) *Unilever plc v The Proctor & Gamble Co* [2000] 1 WLR 2436, CA.
- (47) e.g. *Bradford & Bingley plc v Rashid* [2006] UKHL 37, at [63]; *Ofulue v Bossert* [2009] UKHL 16, at [85]; *Oceanbulk Shipping & Trading SA v TMT Asia Ltd* [2010] UKSC 44, at [32].
- (48) *Patents Act 1977*, s 70.

- (49) P&G社は、本件以前におおむね Unilever社の関連子会社を相手にフランスの裁判所で特許侵害訴訟を提起しており、本件会談は当該訴訟を受けて設けられたものであった。
- (50) *Unilever plc v The Proctor & Gamble Co* [2000] 1 WLR 2436, at 2438-2439.
- (51) See *Unilever plc v The Proctor & Gamble Co* [1999] 2 All ER 691.
- (52) *Unilever plc v The Proctor & Gamble Co*, [2000] 1 WLR 2436, at 2442.
- (53) *ibid.*, at 2444-2445.
- (54) *Muller v Linsley & Mortimer* [1996] 1 PNLR 74, CA.
- (55) *Unilever plc v The Proctor & Gamble Co* [2000] 1 WLR 2436, at 2448-2449.
- (56) *ibid.*, at 2449.
- (57) *Bradford & Bingley plc v Rashid* [2006] UKHL 37; [2006] 1 WLR 2066.
- (58) See *Ofuate v Bossert* [2009] UKHL 16.
- (59) *Bradford & Bingley plc v Rashid* [2006] UKHL 37, at [45] to [52].
- (60) 一九八〇年出訴期間法 (Limitation Act 1980) 二〇条一項 (a) は、「讓渡抵当その他の財産上の担保 (物的であるか人的であるかを問わない) によって担保される元金の支払いを求める訴えは、当該金員を受領する権利を生じた日から二年を経過した後は提起することができなく」と定める。
- (61) 一九八〇年出訴期間法 (Limitation Act 1980) 二九条五項 (a) は、「金銭債務その他の確定金額の支払いを求める訴権が生じた場合で、当該請求につき責任を負う者が当該請求を自認しまたは当該請求について支払いをしたときは、当該訴権は自認または支払いの日に生じたものとして扱われる」と定める。また、同三〇条一項は、同二九条所定の自認が効力

を生じるためには、自認者の署名入りの書面によりなされなければならない旨を定める。

- (62) 本件上訴審の構成は、Hoffmann裁判官、Hope裁判官、Walker裁判官、Brown裁判官、Mance裁判官であった。
- (63) *Bradford & Bingley plc v Rashid* [2006] UKHL 37, at [33], [43], [76], [80].
- (64) *ibid.*, at [64].
- (65) *ibid.*, at [76].
- (66) *ibid.*, at [76].
- (67) *ibid.*, at [4].
- (68) *ibid.*, at [9].
- (69) *ibid.*, at [16]. なお、本判決の中では、スコットランドの先例をもとに、仮定的になされたのではない無条件の自白 (unqualified admissions) については without prejudice ルールの適用が否定されるとの見方も示されている (Hope 裁判官意見) が、Hoffmann 裁判官は、イングランドにはこのような先例がなく、また、without prejudice ルールの制限としては行き過ぎであるととして反対している。 *ibid.*, at [13]. See also at [92].
- (70) *ibid.*, at [16].
- (71) *ibid.*, at [18].
- (72) *Ofutue v Bossert* [2009] UKHL 16; [2009] 1 AC 990.
- (73) 一九八〇年出訴期間法 (Limitation Act 1980) 一五条一項は、「土地回復の訴えは、原告について当該訴権が生じた日から、または、ある者について最初に生じた訴権を原告が主張する場合にはその者について当該訴権が生じた日から、一二年を経過した後は提起することができない」と定める。

(74) 一九八〇年出訴期間法 (Limitation Act 1980) 二九条二項 (a) は、「係争中の土地……を占有する者がその回復のための訴権を生じた者の権原を自認したときは、当該訴権は自認の日を生じたものとして扱われる」と定める。また、同三〇条一項は、同二九条所定の自認が効力を生じるためには、自認者の署名入りの書面によりなされなければならない旨を定める。

(75) *Ofutue v Bossert* [2009] UKHL 16, at [61] to [65].

(76) *ibid.*, at [88].

(77) 本件上訴審の構成は、Hope裁判官、Scott裁判官、Rodger裁判官、Walker裁判官、Neuberger裁判官であった。

(78) なお、本件においては、Bossertが一九九〇年七月一八日送付の答弁書においてしたOfutueの所有権原を認める旨の陳述の効力も争点の一つとなっている。この点、上訴人は上記答弁書におけるBossertの陳述は時効中断事由に該当し、かつ、当該時効中断の効力は前訴終結時まで継続的に生じている旨を主張したが、貴族院は時効中断事由該当性を肯定する一方で、新たな時効期間の進行は答弁書を送付した日から生じるとしている。*Ofutue v Bossert* [2009] UKHL 16, at [79], [80].

(79) Neuberger裁判官の意見に対しては、Hope裁判官、Rodger裁判官、Walker裁判官が賛成している。

(80) 前掲注(43) 参照。

(81) ただし、Neuberger裁判官はこのような例外ルールの是非は、なお開かれた問題であるとしている。*Ofutue v Bossert* [2009] UKHL 16, at [92].

(82) *ibid.*, at [90] to [93].

(83) *Muller v Linsley & Mortimer* [1996] 1 PNLR 74, at 79.

- (84) *Oyulue v Bossert* [2009] UKHL 16, at [94] to [99]. Rodger裁判官が「without prejudice」の根拠が和解交渉における自由な話し合いを保障するものであることを前提として、「自白と自認との間に線を引くことを正当化できる明確な根拠はない」と述べ、[4] Rashid事件判決におけるHoffmann裁判官の意見に否定的な見方を示している。*ibid.*, at [43].
- (85) *ibid.*, at [57] to [59]. その他「Hope裁判官」は「without prejudice」の限界を定めるのは「自由な話し合いが与えるかどうか」という観点であることを指摘するとともに、「同ルールは和解交渉における発言や文章の背後に潜んでいる見えない危険を前提として、そのような危険が持つ萎縮効果を取り除くものであるとの考えを明らかにしている」。*ibid.*, at [12].
- (86) *ibid.*, at [20].
- (87) *ibid.*, at [34], [35].
- (88) *Oceanbulk Shipping & Trading SA v TMT Asia Ltd* [2010] UKSC 44; [2011] 1 AC 662.
- (89) 最高裁判所 (Supreme Court of The United Kingdom) が「二〇〇五年の憲法改革法 (Constitutional Reform Act 2005) に基づき、二〇〇九年一月一日に設置されたイギリス (連合王国) の最上級裁判所である」。
- (90) e.g. Andrews on Civil Processes, para 12.75.
- (91) 「海上運賃先渡契約 (FFA: Forward Freight Agreement)」とは、「デリバティブ取引の一種であり、海上運賃の市場リスクをヘッジするために、将来の特定の時期における海上運賃について取引を行い、取引所の指数等に基づいて差金決済を行うものである。バルチック海運取引所webサイト (<http://www.balticexchange.com/ffa>) 参照」。
- (92) *Oceanbulk Shipping & Trading SA v TMT Asia Ltd* [2010] UKSC 44, at [1] to [14].

- (93) 本件上訴審の構成は、最高裁判所長官であるPhillips裁判官、Rodger裁判官、Walker裁判官、Brown裁判官、Mance裁判官、Clarke裁判官、およびDyson裁判官であった。
- (94) Clarke裁判官の意見に対しては、Rodger裁判官、Walker裁判官、Brown裁判官、Mance裁判官、Dyson裁判官が賛成しているほか、Phillips裁判官も意見を付して賛成している。
- (95) *Oceanbulk Shipping & Trading SA v TMT Asia Ltd* [2010] UKSC 44, at [30].
- (96) *ibid.*, at [40] to [42].
- (97) *ibid.*, at [47]. なお、Clarke裁判官によれば、本件は「[5] Of future事件判決に「正義がwithout prejudiceの制限を要求している」ことが明白である場合」であるという。*ibid.*, at [46].
- (98) *ibid.*, at [48].
- (99) e.g. Vaver, *supra* note 9, p 169, Phipson on Evidence, para 2409, Zuckerman on Civil Procedure, para 17.4, Andrews on Civil Processes, para 12.53, Thanki, *supra* note 2, para 7.02.
- (100) Thanki, *supra* note 2, para 7.06は、without prejudiceルールの基礎にある公益的要請とヨーロッパ人権条約一〇条に定める表現の自由（公的機関による干渉を受けることなく情報や考えをやり取りする自由を含む）との関連性を指摘する。
- (101) 和解の促進という公益的観点からは、和解が成立に至らず判決によって訴訟が終了した場合の費用確定手続においては、和解交渉におけるやり取り（和解提案の内容や提案が拒絶された経緯等）を裁判所が斟酌できるとしたほうが、無益な和解拒絶の抑制に資すると考えられるためである。
- (102) Zuckerman on Civil Procedure, para 17.11は、これらの根拠に加えて、和解交渉におけるやり取りは合意の成立を目的としてなされるものであり、そのでのやり取りが必ずしも真実を反映しているとは限らない点を指摘する。例えば、原

告が損害額の五〇%で和解する旨の和解申出をした場合、それは紛争解決に関する原告の経済的判断を反映したものに過ぎず、損害額が実際は請求額の半分しかないという事実を表明するものではない、と見ることができる。

(103) See *Phipson on Evidence*, para 24.24.

(104) See *Phipson on Evidence*, para 24.09.

(105) 例えば、[5] *Ofitue* 事件判決は、同ルールの根拠が公益的要請と当事者の合意の両面にあることを前提としたうえで、「当事者がその効力を縮小または拡大する合意をしない限り、without prejudice秘匿特権の適用範囲は法の一般原則の問題であって、当事者間の観念的な合意によって想定される限界にゆるぎのないものではない」と述べる。*Ofitue v Bossert* [2009] UKHL 16, at [37].

(106) 当事者間のやり取りのほか、第三者との間でなされたやり取り（和解を進めるために作成された調査報告書など）にも適用される場合があることにつき、*Thanki, supra* note 2, para 7.09.

(107) もっとも、和解交渉におけるやり取りについては両当事者ともに情報を共有していることが通常であるから、文書の閲覧との関係において同ルールの適用が問題となるのは、一方当事者が単独で所持している情報の閲覧を求める場合に限られる。

(108) See *Andrews on Civil Processes*, para 12.51. ただし、これらの特徴は原則的なものであり、以下に見るように、例外は少なからず存在する。

(109) 前掲注（3）参照。

(110) また、without prejudiceを付して債務者がした支払不能の宣言について、破産申立ての要件にあたる債務者の破産行為（act of bankruptcy）の証拠として扱われることを認めた例として、*Re Daintrey, ex parte Holt* [1893] 2 QB 116, CAが

- (11) Zuckerman on Civil Procedure, para 17.19.
- (12) See *Unilever plc v The Proctor & Gamble Co* [2000] 1 WLR 2436, at 2448-2449.
- (13) See *Ofulue v Bossert* [2009] UKHL 16, at [95].
- (14) *ibid.*, at [94] to [99].
- (15) Zuckerman on Civil Procedure, para 17.37.
- (16) 例えは、*Tomlin v Standard Telephones & Cables Ltd* [1969] 1 WLR 1378, CAは、原告から被告に対してなされた損害の五割負担の和解提案につき両当事者の合意が成立しているか否かが争点となった事案において、上記和解提案後に被告から原告に対して送付されたwithout prejudice文言付の書状を証拠として提出することが認められた事例である。
- (17) See *Oceanbulk Shipping & Trading SA v TMT Asia Ltd* [2010] UKSC 44, at [33].
- (18) [3] Unilever事件判決が例として挙げる*Underwood v Cox* (1912) 4 DLR 66はカナダの判例であるが、和解合意が詐欺によるものであるか否かが争点となった事案において、和解当事者の一方が他方に対してwithout prejudice文言付で送付した、相手方の秘密を握っている旨の書状についてwithout prejudiceルールの適用を否定した事例である。
- (19) See Zuckerman on Civil Procedure, para 17.39.
- (20) See *Hodgkinson & Corby Ltd v Wards Mobility Services Ltd* [1997] FSR 178, at 191.
- (21) 例えは、*Hawick Jersey International Ltd v Caplan*, *The Times*, 11 March 1988は、原告が被告に対してした、自己の請求に理由がないことを認めながらもお請求を維持する旨の発言についてwithout prejudiceルールの適用を否定し、原告の訴えが不誠実な目的で提起されたことを裏付ける証拠として扱うことを認めた事例である。

- (21) See *Unilever plc v The Proctor & Gamble Co* [2000] 1 WLR 2436, at 2444.
- (22) かつこの判例には、この場合に訴訟で明らかにできるのは書状が作成されたという事実とその作成日に限定される旨を述べらるものがあるが、^[3] Unilever事件判決は必ずしもこれらの点に限定されなかつた。^o *ibid.*, at 2444. See also Thanki, *supra* note 2, para 7.37.
- (23) *Muller v Linsley & Mortimer* [1996] 1 PNLR 74, CA.
- (24) *ibid.*, at 79.
- (25) *ibid.*, at 81-82.
- (26) 第六の例外の評価は論者の間でも分かれており、和解交渉における行為の合理性を立証する場合 (Zuckerman on Civil Procedure, para 17.59, Thanki, *supra* note 2, para 7.36)、当該発言の真実性以外の事実を立証する場合 (Andrews on Civil Processes, para 12.83)、without prejudiceルールの公益的根拠が妥当しない場合 (Phipson on evidence, para 24.15) など様々な説明がなされる。
- (27) *Ofulue v Bossert* [2009] UKHL 16, at [95], [98]. See also Phipson on Evidence, para 24.17. Thanki, *supra* note 2, para 7.15によれば、Muller事件判決の射程は、without prejudiceルールが当事者の合意に基づいてする場合で、かつ紛争当事者間における適用が問題になるときには原則として及ばないとする。
- (28) [3] Unilever事件判決は、without prejudiceルールを明示的または黙示的に変更する旨の合意を禁じる理由はなかつた。変更の内容については基本的に当該合意の解釈問題であるとの見方を示している。 *Unilever plc v The Proctor & Gamble Co* [2000] 1 WLR 2436, at 2445.
- (29) See Zuckerman on Civil Procedure, para 17.65, Thanki, *supra* note 2, 7.42.

- (11) *Oceanbulk Shipping & Trading SA v TMT Asia Ltd* [2010] UKSC 44, at [46]. このような例外は、和解合意の解釈が和解交渉における当事者間のやり取りに左右される場合を認めるものであることから、和解当事者は自らの言動に慎重にならざるを得ず、和解交渉における自由な話し合いが阻害されるとの懸念も指摘される（ただし、特約によってこの例外の適用を排除することは可能であると云う）。See Zuckerman on Civil Procedure, para 17.51.
- (12) See Andrews on Civil Processes, para 12.75.
- (13) *Ofulue v Bossert* [2009] UKHL 16, at [92].
- (14) *ibid.*, at [58].
- (15) *Muller v Linsley & Mortimer* [1996] 1 PNLR 74, at 79.
- (16) *Ofulue v Bossert* [2009] UKHL 16, at [95].
- (17) [3] Unilever事件判決におおむね、「サルフ卿の民事司法改革の重要な要素が紛争当事者による訴訟前の率直な話し合いの促進にあることを考える」[without prejudiceルールの]「例外の拡大は促進されるべきではない」と述べられている。
- Unilever plc v The Proctor & Gamble Co* [2000] 1 WLR 2436, at 2449-2450. See also Thanki, *supra* note 2, para 7.01.
- (18) See *Bradford & Bingley plc v Rashid* [2006] UKHL 37, at [84]. 「without prejudice」の明示があることは、当該やり取りが紛争解決目的でなされているか否かを判断するにあたって考慮されるとの指摘もあり、将来における疑義を避けるためにも同文言を明示しておくことは重要であると見られる。See Phipson on Evidence, para 24.12, Thanki, *supra* note 2, para 7.11.
- (19) *Rush & Tompkins Ltd v Greater London Council* [1989] 1 AC 1280, at 1299.

- (140) 裁判所は、without prejudiceルールの適用を判断するに際して対象となる文書を閲覧することができる。ただし、閲覧の結果、当該文書が同ルールの適用を受ける場合に当該文書の記載内容が裁判官の心証に影響を与えるリスクを回避する観点から、文書の閲覧は本案の審理を担当する裁判官とは別の裁判官によることが望ましいとの指摘がなされている。
- Zuckerman on Civil Procedure, para 17.31. See also Thanki, *supra* note 2, para 7.41.
- (141) [4] Rashid事件判決は、without prejudiceの文言のない事案において、当事者間で交わされた書状につき「真に和解目的でなされた」か否かを検討し、当該書状が責任の存否を争っておらず、支払いの猶予ないし減免を求めるに過ぎないとして、これを否定したものであった。
- (142) See Zuckerman on Civil Procedure, para 17.32.
- (143) *ibid.*, para 17.35.
- (144) *ibid.*, para 17.36.
- (145) *Githrow Ltd v Cape plc* [2000] 1 WLR 2327, CA.
- (146) *ibid.*, at 2331-2332.
- (147) *ibid.*, at 2332. 本判決は、本件とは区別される例の一つとして、人身傷害を理由とする損害賠償請求訴訟において損害額を正確に特定できない場合に複数の被告の一方との間でなされた和解を挙げる。
- (148) *R v K* [2009] EWCA Crim 1640. ただし、本判決はあくまで刑事事件における証拠としての利用の可否について判示するものであり、民事事件におけるwithout prejudiceルールの限界について判断するものではないとしている。*ibid.* at [64].
- (149) Zuckerman on Civil Procedure, para 17.27.

- (150) See *Reed Executive plc v Reed Business Information Ltd* [2004] EWCA Civ 887.
- (151) See Phipson on Evidence, para 24.34.
- (152) 例えば、中野貞一郎「過失の推認〔増補版〕」(弘文堂・一九八七年)一八〇頁は、禁反言が適用される要件として、①当事者が訴訟上または訴訟外で一定の態度をとり、のちにこれと矛盾する訴訟上の行為をしようとする(行為矛盾)、②相手方が先行の態度を信頼し、これに基づいてすでに自己の法的地位を決めたこと(相手方の信頼)、③矛盾した後行為の効力をそのまま認めたのでは、先行行為を信頼した相手方の利益を不当に害する結果となること(相手方の不利益)を挙げる。
- (153) 兼子一『新修民事訴訟法体系〔増訂版〕』(酒井書店・一九六五年)二七五頁、三ヶ月章『民事訴訟法』(有斐閣・一九五九年)四〇一頁、小山昇『民事訴訟法〔五訂版〕』(青林書院・一九八九年)三三六頁など。
- (154) 東京高判昭和五二・七・一五判時八六七号六〇頁は、「その証拠が、著しく反社会的な手段を用いて人の精神的肉体的自由を拘束する等的人格権侵害を伴う方法によって採集されたものであるときは、それ自体違法の評価を受け、その証拠能力を否定されてもやむを得ない」としている。
- (155) 兼子一原著『条解民事訴訟法〔第二版〕』(弘文堂・二〇一一年)一三七三頁〔竹下守夫〕、菊井維大「村松俊夫原著『コンメンタール民事訴訟法V』」(日本評論社・二〇一二年)九二頁、谷口安平「福永有利編『注釈民事訴訟法(6)』」(有斐閣・一九九五年)二二頁〔谷口安平〕など参照。
- (156) 民訴法二二〇条四号二を削除すべきとする立法論として、日本弁護士連合会「文書提出命令及び当事者照会制度改正に関する民事訴訟法改正要綱試案」(二〇一二年二月二六日) (http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2012/opinion_120216_4.pdf)、三木「山本編・前掲注(5)」一四頁以下参照。

- (157) UNCITRAL国際調停モデル法10条。同条につき、三木・前掲注(7)六〇頁以下参照。
- (158) 兼子原著・前掲注(155)九〇六頁〔竹下守夫〕、竹下守夫Ⅱ伊藤眞編『注釈民事訴訟法(3)』(有斐閣・一九九三年)二四頁〔伊藤眞〕、新堂幸司『新民事訴訟法(第五版)』(弘文堂・二〇一二年)六〇一頁、伊藤眞『民事訴訟法(第四版補訂版)』(有斐閣・二〇一四年)三五〇頁、松本博之Ⅱ上野泰男『民事訴訟法(第七版)』(弘文堂・二〇一二年)四一〇頁など。また、東京地判昭和四二・三・二八判タ二〇八号二二七頁参照。
- (159) 訴訟上の合意の法的性質論に関して、竹下Ⅱ伊藤編・前掲注(158)三二頁以下〔伊藤眞〕、菊井維大Ⅱ村松俊夫原著『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ(第二版)』(日本評論社・二〇〇六年)一五三頁以下参照。
- (160) 不起訴の合意ないし訴え取下げの合意に関して、兼子・前掲注(153)一五三頁、二九三頁、齋藤秀夫『民事訴訟法概論(新版)』(有斐閣・一九八二年)一六六頁など参照。
- (161) 不起訴の合意ないし訴え取下げの合意に関して、竹下守夫『不起訴の合意と訴取下契約』三ヶ月章Ⅱ青山善充編『民事訴訟法の争点(旧版)』(有斐閣・一九七九年)一五七頁参照。