

# 証人尋問の種々の方式への当事者公開主義からの考察

## ——民事裁判手続のIT化を見据えて

池 邊 摩 依

### 序 章

#### 第一章 当事者公開主義の保障内容

##### 第一節 双方審尋主義と当事者公開主義の関係

##### 第二節 当事者公開主義の具体化

##### 第三節 立会権の保障内容

##### 第四節 小括 ——当事者公開主義の要請

#### 第二章 証人尋問の種々の方式への当事者公開主義からの分析

##### 第一節 受命裁判官または受託裁判官による証人尋問

第二節 映像等の送受信による通話の方法による証人尋問

1. テレビ会議システムによる証人尋問

2. ウェブ会議による証人尋問

第三節 証人の書面尋問

第四節 小括

終 章

## 序 章

(1) 現行民事訴訟法は、証人尋問の方式に、原則として、受訴裁判所の面前における直接かつ口頭の尋問を採用している。これと同時に、種々の要請に対応すべく、受命裁判官および受託裁判官による裁判所外での証人尋問（民事訴訟法（以下、「民訴」と略す）一九五条）や、映像等の送受信による通話の方法、いわゆる「テレビ会議システム」による証人尋問（民訴二〇四条）、証人の尋問に代え書面の提出をさせる、いわゆる証人の「書面尋問」（民訴二〇五条）といった制度を用意している。

証拠調べの結果は、しばしば訴訟の結果を左右する重要性を有していることから、証拠調べ手続の公正が、民事訴訟手続の公正にとって重要であることに異論はない。<sup>1)</sup> 中でも、証人尋問を中心とする人証の取調べの場合には、証言の内容のみならず、証言の態度等も、裁判官の心証を形成する重要な要素となることから、これらの要素を適切に顧慮できるための証拠調べの方式が重要となる。<sup>2)</sup> これを考察するためには、当事者公開主義が有益な分析枠組

みを提供すると考えられる。なぜなら、当事者公開主義は、民事訴訟手続の当事者に証人尋問への立会権および証人への尋問権を保障する手続原則であるため、証人尋問の各方式が当事者公開をどの程度保障するか検証することによって、証人尋問の手続の公正を評価できると考えられるからである。

(2) 現在、周知のとおり、民事裁判手続のIT化に向けての改正作業が進んでおり、「民事訴訟法（IT化関係）等の改正に関する中間試案」では、ウェブ会議等を利用した口頭弁論や証拠調べの導入が提案されている。<sup>3)</sup> また、すでに、特定の裁判所では、二〇二〇年二月以来、争点整理手続においてウェブ会議システムを用いることが試みられているという。<sup>4)</sup>

このような状況から、近い将来、従来の証人尋問の種々の方式に加えて、「ウェブ会議による証人尋問」という新たな方式が採用される可能性が非常に高い。これに鑑み、ウェブ会議による証人尋問が、右述の証拠調べ手続に求められる公正を十分に満たすかどうかを検討しておく必要があるように思われる。実際、ウェブ会議における証人尋問が、直接主義（民訴二四九条）や公開主義（憲法八二条）といった民事訴訟の手続原則に抵触しないかどうかという観点からの考察も、すでに行われている。<sup>5)</sup> ただし、これらの考察は、あくまでも、ウェブ会議における証拠調べに対象を絞ったものである。これに対して、本稿では、各種の証人尋問の方式を当事者公開主義の観点から横断的に分析し、その中にウェブ会議による証人尋問を位置づけることによって、ウェブ会議による証人尋問が許容される要件や加えられるべき制約の有無および内容を説明することを試みる。

(3) 以下では、まず、当事者公開主義の保障内容を明らかにした上で（第一章）、続いて、当事者公開主義の観点から、証人尋問の各種の方式に分析を加えることとする（第二章）。最後に、以上の考察を踏まえて、ウェブ会議による証人尋問について、現時点で獲得できる視座を示したい（終章）。

## 第一章 当事者公開主義の保障内容

(1) 当事者公開主義は、当事者に立会権や記録閲覧権等の権利を保障することで、手続の透明性を確保する民事訴訟の手續原則であり、かつ、これにとどまらず、以下に見ていく通り、手続の透明性を基礎とした、意見表明や証人への尋問の機会等を保障することで、手続への影響可能性を確保することを要請する原則であると考えられる。<sup>6)</sup>

わが国の民事訴訟法には、当事者公開主義の一般規定は存在しないものの、たとえば、弁論準備手続（民訴一六九条一項）や、簡易な証拠調べとしての審尋（民訴一八七条二項）などの場面について、当事者の立会権が保障されており、このことから、口頭弁論、特に証拠調べへの当事者の立会権は、当然に保障されているものと解することができる。<sup>7)</sup> また、立会権の不可欠の前提として、期日への当事者の呼出しが保障されていること（民訴九四條）に、当事者公開の保障を読み込むこともできる。<sup>8)</sup> さらに、これらと並んで、当事者公開の要請のうち、手続の透明性を確保する記録閲覧権については一般規定があり（民訴九一条）、手続への影響可能性を確保する、証人への尋問権も、明文で保障されている（民訴二〇二条一項）。

以上から、わが国の民事訴訟手続において、当事者公開主義が当然に通用していると解することができる。<sup>9)</sup>

(2) 当事者公開主義は、右に見た通り、手続上の諸権利の保障を通じて、当事者に、手続の透明性を確保し、かつこれを基礎に、自らに下される判決の生成過程に影響を及ぼす機会を付与することによって、当事者の手続上の法的地位を保障していると解することができる。この点、当事者の手続主体性を保障する原則としては、憲法上の原則である、双方審尋主義または法的審尋請求権が考えられる。当事者公開主義の要請もまた、これらの憲法上の原則に基礎を持つものと解される。<sup>10)</sup>

そこで、本章では、当事者公開主義の要請を解明することを目的に、まず、当事者公開主義と、憲法上の双方審尋主義や法的審尋請求権との関係を明らかにした上で（第一節）、民事訴訟手続の個別の場面における当事者公開主義の具体化を分析する（第二節）。これに加えて、証人尋問の方式を検証するとの本稿の目的からは、立会権の保障内容をより詳細に解明する必要があると考えられるため、続いて、立会権の保障内容の解明を試みる（第三節）。以上を踏まえ、本章の最後に、当事者公開主義の要請を整理する（第四節）。

## 第一節 双方審尋主義と当事者公開主義の関係

(1) わが国の民事手続法の母国であるドイツでは、<sup>11)</sup>当事者公開 (Parteilichkeit) の要請は、ドイツ連邦共和国基本法 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) [以下、「GG」と略す]) 一〇三条一項の「法的審尋請求権 (Anspruch auf rechtliches Gehör)」から導き出される。<sup>12)</sup>

法的審尋の原則は、裁判手続の当事者に、裁判が下される前に、裁判が基礎とする事実関係および証拠調べの結果について、意見を述べる機会を保障することを要請する原則であり、<sup>13)</sup>法治国家的な手続の根幹をなす原則と解される。<sup>14)</sup>したがって、法的審尋請求権は、あらゆる裁判手続において保障されなければならない。<sup>15)</sup>

その際、法的審尋請求権は、個々の手続の特質に鑑みた具体化を必要としており、民事訴訟手続では、当事者公開を規定する一連の条文がこれを担う。<sup>17)</sup>すなわち、証拠調べへの当事者の立会権を保障するドイツ民事訴訟法 (Zivilprozessordnung) [以下、「ZPO」と略す]) 三五七条一項や、証人への当事者の発問権 (Fragerecht) を保障するZPO三九七条などである。<sup>18)</sup>これらの個々の条文を通じて、当事者公開の原則は、手続の個々の具体的な場面において、法的審尋の要請を、その時々事情に応じて可能な限り最もよく (bestmöglich)、実現することを目的

とし、そのための前提条件を確保している。

(2) わが国の民事手続法学説においては、当事者公開主義の根拠として言及されることのある「双方審尋主義」が、この法的審尋請求権に対応すると考えられる。<sup>(21)</sup> なぜなら、双方審尋主義は、手続の当事者双方に、主張を述べる機会を保障しなければならないことを要請する、憲法上の原則であり、この要請のうち、主張を述べる機会の保障が、法的審尋請求権の要請と同様の内容を有すると解することができるからである。<sup>(23)</sup>

また、わが国においても、ドイツ法を参照しつつ、「法的審尋請求権」が保障されなければならないことが、従来、一般に認識されているし、<sup>(24)</sup> さらに、これらと並んで、「弁論権」という概念もまた、法的審尋請求権とオーバーラップする内容の概念として、伝統的に用いられてきている。<sup>(25)</sup>

(3) 双方審尋主義や弁論権、法的審尋請求権といった概念の相互関係のより詳細な説明は他日を期することとし、ここでは、双方審尋主義と呼ぶにせよ、弁論権と呼ぶにせよ、わが国においても、ドイツ法における法的審尋請求権と同じように、法治国家的な手続の根幹をなす要請が通底していることを前提に、この要請（以下、「双方審尋主義」の語を用いる）と、その具体化を担うと考えられる当事者公開主義との関係を整理しておきたい。

すなわち、双方審尋主義は、ドイツ法における法的審尋請求権と同様、裁判手続の当事者が、その頭越しの手続によって手続の客体とされることを許さず、当事者双方に意見を述べる機会を付与することで、当事者の手続主体性を保障することを要請している。これは、法治国家的な手続の根幹をなす根本的な要請であるため、あらゆる裁判手続において保障されなければならない。民事訴訟手続において、この要請を具体化するのが、当事者公開主義である。

したがって、当事者公開主義の役割は、双方審尋主義が要請する、当事者の意見を述べる機会の付与とそれによ

る当事者の手続主体性の保障を、民事訴訟の個別の場面で、その時々<sup>28)</sup>の事情に即して実現することにあると解される。このことから、立会権や尋問権といった、当事者公開主義が保障する個々の権利は、それ自体の保障が目的ではなく、むしろ、これらの権利の保障を通じて、手続の当事者の主体性を最大限に確保し、双方審尋主義の要請を可能な限り実現することが、当事者公開主義の目的と解すべきである。

## 第二節 当事者公開主義の具体化

(1) 第一節の考察から、当事者公開主義は、わが国の民事訴訟手続においても、ドイツ法におけるのと同様、当事者の手続主体性を実現すべく、立会権等の手続上の種々の権利を保障していることが明らかになった。これを受け、本節では、ドイツ法の議論を参照しつつ、当事者公開主義が、民事訴訟の個別の場面で、どのように具体化されるべきかを明らかにする。<sup>29)</sup>本稿の目的に即し、以下では、証拠調べにおける当事者公開に焦点を合わせ、分析を加える。

(2) まず、当事者公開は、原則として、当事者に証拠調べへの立会権を保障することによって確保されなければならないと解すべきである。なぜなら、立会権の付与によって、当事者公開が最もよく保障されるからである。

これに対して、たとえば、立会権の保障が同時に人格権の侵害になるような場合には、例外として、立会権に代えて、事後的な情報付与、およびそれに基づく質問、証人尋問の場合の証人への尋問、ならびに意見表明の機会の保障により、当事者公開が保障されなければならない。

これとは別に、立会権の制限または排除を正当化する事由が存在しないにもかかわらず、立会権を後退させることは、たとえ事後的な情報付与とそれに基づく質問等の機会を保障しても、許されないと解される。なぜなら、当

「事者公開主義の目的は、双方審尋主義を可能な限り最もよく実現することだからである。

(3) 次に、例外として、立会権を制限または排除する事由を検討し、立会権に代えて、事後的な情報付与とそれに基づく質問等の機会の保障により、当事者公開を実現することが許容される事案類型を整理する。

立会権の制限または排除を正当化する事由として、第一に、たとえば、医師による身体検査の場合のように、当事者への立会権保障が同時に他者の人格権への侵害となる場合が挙げられる。ここでは、立会権が、人格権を侵害しない限度まで後退しなければならないことについて、異論はない。この場合、当事者は、身体検査からは排除されるものの、その後、検査結果を知らされ、それに基づき、質問をし、意見を述べる機会を保障され、これよって、当事者公開が実現される。

第二に、真実発見の要請に対して、立会権が後退する余地があると考えられる。

たとえば、騒音測定の実施日時を、騒音を発生させている（と主張される）当事者に事前に伝えると、測定の間だけ騒音を抑えようとすることは想像に難くない。このように、事実関係を容易に変容させることができる事案類型においては、真実発見の要請から、当事者への事前の呼出しが排除されることになり、結果として、立会権が排除されることから、事後的に、測定結果等の情報が付与され、それに基づく質問等の機会が保障されることよって、当事者公開が維持されることになる。

これと並んで、証人が、当事者の前では真実を証言するのが困難と予測される場合にも、当事者の立会権を制限することが主張されるかもしれない。しかし、立会権の保障が当事者の主体性に基礎づけられる重要な役割を有していることに鑑みて、この事案類型においては、当事者の立会権が、真実発見に優先すると解すべきである。<sup>②</sup>

第三に、実験場での車両の走行実験や、検査室での血液検査など、安全確保や静謐な環境の保持といった実際上

の理由から、当事者に立会権が付与されない場合がある。この事案類型では、当事者は、実験や検査に立ち会わなくても、鑑定意見を閲読することで、実験や検査の経過について意見を述べたり質問したりすることが可能であること、および、これらの実験や検査の性質上、当事者が立ち会うことで、経過に影響を与える可能性がほとんどないという理由から、立会権の排除は問題視されない。

これに対して、たとえば、交通事故現場のタイヤ痕や建築物の瑕疵を調査するような場合には、当事者が調査に立ち会い、検査すべき場所や検査の手法について指摘したり質問したりして、調査の経過に影響を与えることで、調査の結果が左右される余地があると考えられる。したがって、当事者公開主義は、この事案類型においては、当事者に立会権を保障することを要請していると解すべきである。<sup>(28)</sup>

(4) 以上、従来の証人尋問や検証を念頭に、ドイツ法の議論を参照しつつ、民事訴訟の証拠調べにおける当事者公開主義の具体化を見てきた。右の分析に加えて、本稿の目的からは、ウェブ会議による証人尋問に特有の要請を検討しなければならない。なぜなら、当事者は、ウェブ会議による証人尋問に、ネット回線を通じて、画面越しに「立ち会う」ことになるどころか、これを法廷における立会いと同視できるのか否か、また、これによって当事者公開主義の要請を十分に満たすことができるのかどうか問題となるからである。

このためには、当事者公開主義の保障する「立会権」の内容を、より詳細に解明する必要があると考えられる。そこで、続く第三節で、当事者公開主義が保障する立会権の内容を、特に、当事者公開主義が、当事者に立会権を保障することによって、いかなる価値を実現しようとしているのかという観点から、本章第一節で明らかにした、当事者公開主義と双方審尋主義との関係を手がかりに、解明することを試みる。

## 第三節 立会権の保障内容

(1) 当事者公開主義は、本章の冒頭で述べた通り、手続の当事者に、立会権や記録閲覧権等の権利を保障することで手続の透明性を確保する、民事訴訟の手続原則であり、かつ、透明性確保にとどまらず、手続の透明性を基礎とした、意見表明や証人への尋問の機会等の十分な保障によって、手続への影響可能性を確保することを要請する原則であると考えられる。なぜなら、影響可能性によって、初めて、手続主体性が十分に実現できるからである。したがって、当事者公開主義の保障内容には、手続の透明性の確保と、それを基礎とした手続への影響可能性の確保とが含まれる。立会権や記録閲覧権は、主に、手続の透明性を確保するための、そして、尋問権や質問および意見表明の機会の保障は、主に、手続への影響可能性を確保するための権利と位置づけられる。

(2) その上で、ここでは、立会権が、手続の透明性の確保と並んで、手続への影響可能性の確保をも担っているという点が明確にされなければならないだろう。

証人が、当事者の前で証言しようとする場合に委縮する等の理由で、当事者の立会権の制限が主張されうるのは、まさにこの点を重視してのことであり、当事者が立ち会っていることそれ自体が、手続経過に影響を及ぼしていることが、端的に認められる。また、例えば、証人尋問の際の尋問権の行使に着目しても、次の通り、同様のことが認められる。すなわち、当事者が、証人が証言する場に立ち会い、その場で尋問をする場合と、証人に尋問事項書を送り、証人から書面による回答を得る場合とを比較すれば、前者の方が証言への影響力が大きいことは明白である。当事者は、尋問それ自体によって証人尋問の経過に影響を与える前に、立会いによっても証言に影響を与えていると見ることができる。

このように、立会権が、手続の透明性を確保するにとどまらず、手続への影響可能性の面でも重要な役割を担っ

ているとするならば、立会権の要請を、手続への影響可能性の観点から、改めて検討する必要がある。特に、ウェブ会議による証人尋問での画面越しの立会いをも念頭に、当事者の立会権によって確保されるべき手続の影響可能性がどのような内容を持つのか、かつ、この内容が十分に確保されているかをどのような基準によって評価できるのかを明らかにしなければならない。

(3) それには、第一節で見た、当事者公開主義と双方審尋主義の関係が手掛かりとなる。すなわち、双方審尋主義が当事者の主体性を保障する際に問題としているのは、当事者の頭越しの手続によって当事者が手続の客体の地位に落とされてしまうことであり、当事者公開主義は、これを防止し、当事者の手続主体性を実現するために、手続への影響可能性を確保しているということである。したがって、当事者公開主義が要請するのは、当事者が、手続経過を知らされ、その意味を十分に理解した上で、事実主張や意見陳述のほか、証拠申出や異議申立て等、必要な訴訟行為をする機会を付与されることによって、判決の生成過程に影響を及ぼす可能性を保障されることと解される。

証人への尋問権も、その一部として保障されている。すなわち、当事者公開主義は、証人尋問の場面では、当事者に、証人尋問への立会権や証人への尋問権等の手続上の諸権利を保障することで具体化される。ただし、これら個々の権利そのものの保障が目的ではなく、これによって、当事者の手続主体性を実現することが当事者公開の目的であるから、重要なのは、これらの権利を付与されることで、当事者が、証人から真実に合致した公平で客観的な証言を獲得するため、ひいては自身に下される判決を公正なものとするために、手続に影響を与える機会を保障されることである。

以上から、立会権による手続への影響可能性の確保という要請は、個別の証拠調べにおいて、当事者の主体的な

手続経過への関与の機会が十分に保障されているかどうかの観点から検証する必要がある、これが保障されていれば、当事者公開主義の要請である影響可能性を具体化できているものと評価できると考えられる。

#### 第四節 小括 ——当事者公開主義の要請

以上の分析から、当事者公開主義の要請は、次のように要約できる。

まず、当事者公開主義は、双方審尋主義の具体化を目的とする、民事訴訟の手続原則であり、そのため、手続の当事者に、手続の透明性と、手続への影響可能性を確保し、民事訴訟の個別の場面において、可能な限り、当事者の主体性を実現する役割を担っている。また、そのために、手続上の権利として、立会権、尋問権、記録閲覧権等を保障している。当事者公開主義の目的は、これらの個別の権利の保障それ自体ではなく、これらの権利を保障することを通じて、当事者の主体性を最大限実現することにある。

次に、当事者公開は、原則として、当事者に立会権を保障することによって実現されなければならない。これによって、当事者公開が最もよく保障されるからである。

例外として、他の利益を保護するために立会権を後退させるべき場合には、事後的な情報付与と質問等の機会を保障することで、手続の透明性と手続への影響可能性が確保されなければならない。立会権の後退を正当化する事由がないにもかかわらず、事後的な情報付与と質問等の機会の保障によって当事者公開を実現しようとすることは許されない。

立会権の後退を許容しうる事由としては、人格権の保護、真実発見、実際上の理由等が挙げられる。事案類型ごとに、例外を許容できる程度が検討されなければならない。

最後に、立会権は、手続の透明性の確保にとどまらず、手続への影響可能性を確保する役割も担っている。手続への影響可能性が保障されているか否かは、当事者公開主義が、双方審尋主義によって保障されている、当事者の手続主体性の実現を目的とすることに鑑み、この観点から評価される。

## 第二章 証人尋問の種々の方式への当事者公開主義からの分析

(1) 現行民訴法によれば、証人は、原則として、受訴裁判所の面前において、直接かつ口頭で尋問される<sup>30)</sup>。これは、直接主義および口頭主義を、最も厳格に遵守することができる尋問方式である。この場合には、当事者をその場に立ち会わせ、尋問権行使の機会を保障することで、手続の透明性および手続への影響可能性を最もよく保障することができるから、当事者公開もまた、手厚く保障されると言える。当事者尋問から当事者を排除するためには、第一章第二節で見た通り、例外を正当化するための十分な根拠が要求される。

これに加えて、以下に見る、受命裁判官または受託裁判官による証人尋問や、テレビ会議システムによる証人尋問、証人の書面尋問などの、原則としての証人尋問の方式とは異なる方法で証人を尋問する場合も、例外と位置づけられる。原則としての方式とは異なるという意味にとどまらず、原則としての証人尋問の方式が最もよく当事者公開主義を実現する以上、例外的な方式による証人尋問の場合には、当事者公開主義が後退することになるから、立会権の制限の場合と同様、例外的な取扱いを正当化するための十分な根拠が要求されると解される。

(2) 本章では、民訴法が用意する、受命裁判官または受託裁判官による証人尋問(第一節)、テレビ会議システムによる証人尋問(第二節)、および証人の書面尋問(第三節)という証人尋問の各方式について、当事者公開主

義の観点から分析を加える。

このうち、特に問題視されるのは、第三節で扱う証人の書面尋問である。なぜなら、序章で述べた通り、人証の場合には、証言内容のみならず証言態度も、裁判官の心証形成にとって重要であることが一般に承認されているところ、書面尋問では、証言態度を見ることができないからである。このため、従来、特に直接主義との関係から批判されている。これに加えて、当事者が立ち会うべき尋問手続それ自体が省略されてしまうことから、当事者公開主義の観点からも問題があるように思われる。そこで、本稿では、当事者公開主義の観点から書面尋問の問題性を解明することを試みる。

また、第二節で扱うテレビ会議システムによる証人尋問を巡る議論は、ウェブ会議による証人尋問への検討のための基礎を提供すると考えられる。なぜなら、そこでは、画面越しの尋問では、証人から十分に証言を引き出せないのではないかと、直接主義などの手続原則に抵触するのではないかといった、ウェブ会議による証人尋問の場合にも問題視される諸点が議論の対象とされているためである。そこで、本稿では、画面越しの尋問が法廷における尋問とどのように異なるのか、これが、手続法の観点からどのように評価されるのか等の問題について、テレビ会議システムによる証人尋問導入の際の議論を検討し、この分析を基礎に、ウェブ会議による証人尋問への考察を行うこととする。

## 第一節 受命裁判官または受託裁判官による証人尋問

(1) 民訴一九五条は、受命裁判官または受託裁判官による裁判所外での証人尋問（以下「受命裁判官等による証人尋問」と呼ぶ）を規定している。

証拠調べは、直接主義、口頭主義および公開主義の要請から、原則として、受訴裁判所の面前において実施されることを前提に、民訴一八五条は、その例外として、裁判所が相当と認めるときに、裁判所外において、受命裁判官または受託裁判官により証拠調べを実施することを許容している。この、証拠調べ一般についての例外規定である民訴一八五条に対して、受命裁判官等による証人尋問について規定する民訴一九五条は、証人尋問についての特則と位置づけることができる。すなわち、受命裁判官等による証拠調べは、証拠調べの直接主義の例外をなすところ、右述の通り、証拠調べの中でも、特に人証取調べの場合には、供述の内容だけでなく、供述の態度等も、裁判官の心証を形成する重要な要素となることから、証人尋問における直接主義には、より重要な意義があることを理由として、例外が許容される場面をより厳格に制限する特則と解される。<sup>(21)</sup>

(2) 民訴一九五条により、例外として、受命裁判官等による証人尋問の実施が許容されるのは、証人に受訴裁判所への出頭義務がないか、正当な理由により出頭することができないとき(同条一号)、証人の出頭に不相当な費用や時間が必要なとき(同条二号)、現場での証人尋問が真実発見に必要なとき(同条三号)、または当事者に異議がないとき(同条四号)である。

このうち、一号および二号は、直接主義を厳格に維持していた、大正一五年公布の旧民事訴訟法(以下「旧民事訴訟法」と略す)二七九条から受け継がれた例外である。旧民事訴訟法は、受命裁判官等による証人尋問が直接主義の例外であることを重く見て、その許容範囲を厳格に画していた。実際、一号および二号の要件は、受命裁判官等による証人尋問によらなければ、法的に、または実際上、証人尋問の実施が困難な場合と言うことができ、例外を許容するのに十分な根拠と評価できるだろう。

一方で、旧民事訴訟法下においても、証人尋問の機動性を上げ、審理の充実を図ることが主張されていた。三号及び

四号は、これを受けた例外である。このうち、三号に当たる例外は、旧民訴法の前身である明治二三年公布の民訴法が規定していたものが、旧民訴法下での裁判実務等に鑑み、現行法によって再び採用されたものである。事案に応じて、証人を現場で尋問することは、法廷で尋問するよりも有益な証言を引き出す可能性が高く、ひいては、より適切な判決につながるから、三号が要件とする積極的な理由もまた、例外としての証人尋問を実施するための合理的な根拠と言つていいだろう。

以上に対して、四号の「当事者に異議がないとき」という要件は、受命裁判官等による証人尋問の実施を要請する理由でない以上、この要件に加え、一号ないし三号に類する事由が存在する場合にのみ、例外としての受命裁判官等による証人尋問の実施が許容されると解すべきである。この事由が存在するか否かの判断は、本条が、右に見た通り、民訴一八五条の特則であることに鑑みて、四項も裁判所が「相当と認めるとき」という一八五条の要件を前提とするものと解されることから、この相当性判断に解消されると考えられる。すなわち、一号ないし三号には当たらないものの、受命裁判官等による証人尋問の実施を正当化する一定の事由がある場合に、四号によって、当事者に異議がないことを付加的な要件としつつ、例外を許容するものと位置づけることができ、かつ、この事由の有無は、個別具体的な事案に即して判断する必要があるため、裁判所の判断に委ねられ、民訴一八五条の相当性判断の枠組みにおいて検討されることになるかと解される。

(3) 次に、当事者公開の保証について見てみると、当事者は、受命裁判官等による証人尋問に立ち会い、尋問する機会が保障されることから、証人の取調べの際の当事者公開は確保されていると解することができる。これに加えて、当事者公開主義は、当事者に、受命裁判所の面前において、受命裁判官等による証人尋問の結果について、意見を述べる機会を保障することを要求すると考えられる。これによって、はじめに、当事者は、判決の基礎とな

るべき証拠調べの結果に影響を与える可能性を十分に保障されるからである。<sup>(33)</sup>

(4) 以上から、受命裁判官等による証人尋問における当事者公開は、(3)で見たように、受命裁判官等による証人尋問への立会権と尋問権、および、受命裁判官等の面前における、受命裁判官等による証人尋問の結果について意見を述べる機会を当事者に保障することによって具体化されることが明らかになった。これは、(2)で見た各要件の下で実施が許容される以上、当事者公開主義の要請を十分に満たすと考えられる。

## 第二節 映像等の送受信による通話の方法による証人尋問

### 一・テレビ会議システムによる証人尋問

(1) 現行法は、二〇四条で、証人が遠隔の地に居住するときに、映像等の送受信による通話の方法により尋問することを許容している。<sup>(34)</sup>「証人が遠隔の地に居住するとき」との要件は、第一節で検討した、受命裁判官等による証人尋問の許容要件のうち、「証人の出頭に不相当な費用や時間が必要なとき」という第二の要件に対応し、實際上、証人尋問の実施が困難となる場合と解することができる。この要件の下で、原則と異なる尋問の方式を採りうる余地が十分にあることは、右の検討の通りである。

民訴二〇四条は、現行法への改正の際、新たに挿入された規定であり、同条は、その方式について、「最高裁判所規則で定めるところにより、映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話を行うことができる方法によって、証人の尋問をすることができる」と規定している。立法当時念頭に置かれていたのは、いわゆる「テレビ会議システム」を用いる方法で、証人は、テレビ会議システムを導入している最寄りの裁判所に出頭することが想定されていた。<sup>(36)</sup>ただし、同時に、情報技術の進歩への柔軟な対応も顧慮しており、<sup>(37)</sup>実際、中間試案も、それに

先立つ研究会<sup>(38)</sup>での議論も踏まえ、現行民訴二〇四条によって、ウェブ会議による証人尋問を実施できると解している<sup>(39)</sup>。

(2) 映像等の送受信による通話の方法による証人尋問をめぐることは、現行法への改正前後から一貫して、現実の法廷における証人尋問との間で質的に差異があるのではないかとの疑義が表明され、中でも、特に、直接主義の遵守が問題とされた<sup>(40)</sup>。この点、やはり、現実の法廷における証人尋問と完全に同質ということはできないとの認識があるように思われる<sup>(41)</sup>。しかし、他方で、裁判官は、証人に対して自ら質問することができ、かつ証言の様子をリアルタイムに観察し、証言の信頼性を吟味することもできることからは、直接主義には抵触しないと解することもでき<sup>(42)</sup>、全体としては、テレビ会議システムによる証人尋問を許容する方向で議論されてきているように見える。たとえば、確かに、証言の様子は映像で送られてくるけれども、直接主義の要請は十分満たしていると理解できるとか、受訴裁判所を構成する裁判官が、尋問を通じて証人から直接に証言を聴取する以上、通常の意味での直接主義の要請は充たしていると言われる<sup>(43)</sup>。また、直接主義の概念が、時代とともに変化することも示唆されている<sup>(44)</sup>。これらに加えて、通信技術の進歩の面から、映像や音声の送受信が、現実のやりとりと遜色のない質を有している点にも、テレビ会議システムを用いた証人尋問を、現実の法廷における従来の証人尋問とほとんど同質と考えられる根拠として言及される<sup>(45)</sup>。

(3) 当事者公開主義の観点からは、特に、手続への影響可能性の制限が問題となりうる。尋問を実施する当事者（特に、その訴訟代理人）から、しばしば呈されるのは、画面越しの尋問では、証人に対して、十分な影響を与えることができないという危惧である。

交互尋問制が採られているのが民事訴訟手続において、当事者による尋問の機会の公平な保障は、当事者間の対等を確保し、証人の証言内容の客観性、公平性を担保するために不可欠の重要性を有している。このことは、特に、

反対尋問にさらされていない証言は、原則として、判決の基礎とすることができないと解されることにも現れている。これに加えて、尋問権は、当事者公開主義が保障する、手続への当事者の影響可能性を実現するための当事者の訴訟上の権利と位置づけられる。したがって、仮に、危惧される通り、画面越しの尋問では十分に尋問権を行使することができないとすれば、テレビ会議システムによる証人尋問では、手続への当事者の影響可能性の点で、原則としての証人尋問に劣り、当事者公開主義の保障が後退すると評価する余地が生じる。

(4) この点、法廷における証人尋問と比較して、画面越しの証人尋問が、質的に劣るか否か、論理的に結論を下すことは難しいように思われる。たとえば、一方の当事者が、証人への尋問によって、証人から重要な（特に自身に有利な）証言を引き出そうとしたが奏功しなかったという場合に、これは尋問がテレビ会議システムを用いて実施されたためであり、現実の法廷における尋問であれば、より良く証言を引き出すことができたに違いないと考えられることは、必ずしも非論理的な発想ではないと考えられるもの、しかしながら、他方で、やはり、では、現実の法廷における尋問が実施されていたならば、異なる証言が引き出されたかと問われると、これもまた肯定できる確かな根拠はないと考えられるからである。<sup>47)</sup>

そこで、第一章第三節で見たように、当事者公開主義が手続への影響可能性を確保しようとするのは、双方審尋主義が要請する、当事者の手続主体性を実現するために鑑みて、手続主体性の観点からの検討が有益であると考えられる。

手続への影響可能性が保障されていると言えるためには、当事者は、証人が嘘をついたり、曖昧な証言で誤魔化したたりすることができないようにすべく、証人尋問に立ち会い、また、その場で尋問をすることで、主体的に手続経過に関与することができなければならないと解される。他方で、たとえば、当事者に都合の良い証言しかできない

いように証人を威圧するといった影響力の行使は、当然ながら、当事者公開主義の保障する内容ではない。このように考えることは、尋問の範囲および内容が、主尋問については、「立証すべき事項及びこれに関連する事項」に、反対尋問については、「主尋問に現れた事項及びこれに関連する事項並びに証言の信用性に関する事項」に、再主尋問については、「反対尋問に現れた事項及びこれに関連する事項」に制限されていること（民訴規則一一四条一項）とも整合する。すなわち、尋問権が保障されていると言っても、あらゆる質問が許されるわけではない。

そうであるならば、映像等の送受信による通話の方法による証人尋問では、当事者には、通信を介した画面越しの立会権と尋問権が保障されていることから、ここで保障されている立会権や尋問権が、現実の法廷において保障される権利と同質であるとの確証は難しいものの、これらの権利の保障によつて、当事者公開主義の目的である、手続主体性は実現できていると解し、ひとまず、当事者公開主義の要請は満たしていると考えておくことはできるだろう。また、その上で、テレビ会議システムによる証人尋問を例外と位置づけることは、一種の安全弁となりうる。

## 二．ウェブ会議による証人尋問

(1) ウェブ会議による証人尋問の場合には、証人が、たとえば証人の自宅等で尋問を受ける場合に、当事者が、証人のいる場所に立ち会いに行く権利を有するか否かという点が問題となりうる。また、証人尋問が法廷で実施される場合に、この尋問に、ウェブ会議を通じてしか立ち会えない一方当事者の要望で、相手方当事者の立会権をウェブ会議による立会いに限定することができるか否かが、問題となりうる。

前者については、テレビ会議システムを用いた証人尋問の導入をめぐる議論として、証人が最寄りの裁判所等に  
出向く場合に、当事者は、証人が尋問を受ける場所に尋問しに行くことはできず、受訴裁判所の裁判官と一緒に、

受訴裁判所で、画面越しに証人尋問に立ち会うことと解されていたこと<sup>48)</sup>に鑑みて、当事者には、証人が証言する場所に立ち会いに行く権利までは保障されないと解される。後者については、本節一(4)で見た通り、画面越しの立会いおよび尋問は、抽象的には、当事者公開主義の要請を満たすと解することができるから、相手方当事者の立会いをウェブ会議への立会いに限定する要請は、当事者公開主義からも、その基礎であり、当事者間の対等をも担う、双方審尋主義からも、生じないと考えられる。

これに対して、証人が、たとえば、一方当事者の訴訟代理人の事務所において尋問を受ける場合にも同じことが通用するだろうか。この場合、証人申請をした当事者は、証人が証言する場に立ち会い、尋問できるのに対して、右の考察によれば、相手方当事者には、その場所へ立ち会いに行く権利も、他方当事者の立会いを画面越しの立会いに制限することを求める権利も認められないことになる。この状態は、証人が、一方当事者の影響下に居続けるように見え、相手方当事者の影響可能性を相対的に引き下げるように思われる。<sup>49)</sup>

ここでも、やはり、本節一(4)で検証したのと同じように、相手方当事者がその場に立ち会いに行つて尋問を実施したからといって異なる証言が引き出されたかどうかは明らかでないものの、結果が変わらなかつたと断ずることもできないだろう。その上、ここでは、証人には一方当事者との間に従前の関係があることも加わつて、証人が裁判官および相手方当事者に比べ、その場にいる当事者から、より強く影響を受けるように見える。以上のことから、この具体的な条件下で、なお、画面越しの立会いと尋問が抽象的に当事者公開主義の要請を満たすと言っても無理があるように思われる。

(2) 以上から、ウェブ会議による証人尋問は、テレビ会議システムによる証人尋問について考察した通り、抽象的には、当事者公開主義が要請する、手続への当事者の影響可能性を、十分に確保すると解することができる一方

で、証人申請をした側の当事者の領域で証人尋問が実施されるときに、裁判官や相手方当事者が、現実に尋問が実施される場所に立ち会えないことは、証人と一方当事者の間に従来関係があること等の要素が相乗的に意味を持ち、相手方当事者の影響可能性を相対的に引き下げると見る余地があることが明らかになった。後者の場合には、影響可能性を確保するための補償が必要であり、事案類型ごとの検討が要求されると考えられる。<sup>50)</sup>

また、この点に鑑みて、ウェブ会議による証人尋問を実施する場合には、事前に、当事者双方に意見を述べる機会が付与されるべきである。

当事者が表明した意見を参考にしつつ、裁判所が、ウェブ会議による証人尋問を実施するか否かを決定する権限を有することは変わらない。<sup>51)</sup> ウェブ会議による証人尋問は、当事者公開主義の要請を満たすから、原則として、当事者は、ウェブ会議による証人尋問を実施すべき要請が存在している場合に、これを拒絶する権利を有していないと解すべきである。しかし、例外として、ウェブ会議による証人尋問の実施が、当事者の影響可能性を後退させる場合があることから、このような事案類型においては、当事者の意見が十分に顧慮されなければならず、ここでは、当事者の同意を要件とすることが考えられる。

### 第三節 証人の書面尋問

(1) 民訴二〇五条は、裁判所が相当と認める場合で、かつ、当事者に異議がないときに、証人の口頭での尋問に代えて、書面の提出をさせる、いわゆる証人の書面尋問を許容している。かつて、戦時民事特別法によって証人または鑑定人の取調べの方法として採用され（同法九条）、その後、簡易裁判所の面前における手続へと取り入れられ（旧民訴三五八条の三）、従前、定着していた制度が、現行民法によって、簡易裁判所に限らず利用可能とさ

れたものである。<sup>(32)</sup>旧法下の簡易裁判所の裁判実務では、証人が遠隔地に居住していたり、病気等で裁判所に出頭することが困難だと予想されるものの、書面の提出が期待でき、反対尋問を実施しなくても信用するに足りる客観的な陳述が得られる見込みがあるなど相当と認める場合に、審理の簡易化の見地から許容されていた。<sup>(34)</sup>これを引き継いだ現行法における証人の書面尋問も、審理を迅速化し、訴訟経済を図るための法制度と解される。<sup>(35)</sup>

(2) 書面尋問に対しては、口頭主義の建前から離れるだけでなく、当事者および裁判所の質問の機会が奪われ、また、裁判官が、証人の直接的な印象を獲得できなくなることから、直接主義に抵触するといった疑義や、信頼性の低い証拠資料に基づいた事実認定の可能性が高まるといった批判が加えられている。<sup>(36)</sup>

このうち、書面尋問が直接主義に抵触するという批判に対しては、この批判は、民事訴訟法が採用するところではない、実質的直接主義を前提としなければ成立しないという反論がある。すなわち、裁判官が証拠方法である書面を直接取り調べる以上、書面尋問でも形式的直接主義が維持されると主張する論者から、書面尋問が直接主義に抵触すると解することができるのは、直接主義を、最も証拠に近い証拠方法（ベストエヴィデンス）しか許容しない、「実質的直接主義」と解する場合のみであるところ、現行法は、実質的直接主義を採用していない以上、直接主義違反の非難は当たらないと反論される。<sup>(37)</sup>

これに対しては、直接主義違反を指摘する論者から再反論がなされており、人証取調べにおける直接主義の重要性に鑑みて、書面尋問では、直接主義の要請に十分には応えられないことが解明されている。<sup>(38)</sup>

(3) 当事者公開主義の観点からは、書面尋問は、当事者から、証人が証言する場に立ち会う機会そのものを剥奪するから、これを立会権の排除と評価する余地がある。<sup>(39)</sup>また、証人は当事者のいないところで回答書面を作成できするため、当事者の影響可能性が後退するとも考えられる。

立会権の排除という評価に対しては、書面尋問は直接主義に違反しないとの右の議論に鑑みれば、当事者は、裁判官が書面を取り調べる場に立ち会える以上、立会権は保障されているという反論もありうるかもしれない。これに対して、影響可能性が後退するとの評価に対しては、同様の反駁はできないように思われる。なぜなら、書面尋問の場合、証人は、証言に代わる書面を、当事者が立ち会わない場で作成するため、獲得される証拠結果に対する当事者の影響力が大きく減じられることに疑問の余地はないからである。証人が、当事者のいないところで作成した、この書面の内容が、証拠調べの結果として判決の基礎とされる以上、当事者は、判決の生成過程への影響可能性を奪われていると評価でき、結果として、当事者公開主義が実現すべき、当事者の手続主体性は大きく損なわれると言わざるを得ない。

以上から、証人の書面尋問では、当事者公開を十分に保障できない面があると考えなければならぬ。

(4) 次に、書面尋問の実施のための要件を検討すると、民訴二〇五条は、裁判所が相当と認める場合で、かつ当事者に異議がないときを要件に掲げている。

裁判実務では、相当性の判断の際に、証人の出頭が困難なこと、および反対尋問の必要性が乏しいことが顧慮される<sup>(60)</sup>。出頭困難の要件としては、証人が、国内外を問わず、遠隔地に居住している場合、病气や老齢のために出頭することが困難な場合、刑務所等に収容されている場合のほか、医師、弁護士、建設会社の現場主任など、多忙かつ拘束性の強い業務に従事しており、あらかじめ定める開廷時刻に出頭することが難しい場合が挙げられる<sup>(61)</sup>。反対尋問の必要性が乏しい場合は、証人自身や回答事項が公平で客観的であることが見込まれるために、信用性につき反対尋問による弾効を要しない場合と具体化される<sup>(62)</sup>。

このうち、出頭困難の要件は、受命裁判官等による証人尋問の要件について、本章第一節(2)で検討したとおり、

書面尋問が実施されなければ、証人尋問の実施が困難な場合と言えるから、例外的な方式を採る必要を根拠づける要件の一つと評価できる。書面尋問のためには、相当性の判断の際に、これに加えて、反対尋問の必要性が乏しいときとの要件も顧慮される。これは、書面尋問が、当事者の影響可能性を後退させることへの補償と位置づけることができる。当事者に異議がないとの要件が加重されているのも、同様の補償と解され、結果として、書面尋問が許容される範囲はかなり狭く画されていると言える。

(5) 以上から、一方で、書面尋問では、当事者公開主義の保障する、当事者の影響可能性が後退することが、他方で、実施のための相当性判断の枠内で、証人の出頭困難だけでなく、反対尋問の必要性が乏しいことも顧慮されることが明らかとなった。反対尋問を含む当事者の尋問権は、当事者の影響可能性を確保するための権利であることに鑑みて、書面尋問の許容要件として反対尋問の必要性が乏しいことが過重要件とされていることは、書面尋問が当事者の影響可能性を後退させる面を有することへの補償と位置づけることができる。<sup>(6)</sup>

#### 第四節 小括

本章の分析から、証人尋問の各種の方式が当事者公開をどの程度保障するかについて、以下のことが明らかになった。

証人尋問の方式として、受訴裁判所の面前において口頭で直接に証人を尋問するという、原則としての方式が、最もよく当事者公開を保障する。このことから、これ以外の方式で証人尋問を実施する場合には、例外を許容すべき事由が要請される。

受命裁判官等による証人尋問の場合、当事者に、まず、証人尋問での立会権と尋問権が保障され、かつ、その後、

受訴裁判所の面前において、受命裁判官等による証人尋問の結果について意見を述べる機会が保障されることで当事者公開が実現される。これは、定められた要件の下で実施される場合には、当事者公開主義の要請を十分に満たすと評価できる。

映像等の送受信による通話の方法による証人尋問の場合には、証人、裁判官および当事者が、通信によって結び付けられ、画面越しに対面することになる点に、当事者公開主義への抵触が問題となる余地があり、特に、手続への当事者の影響可能性の後退が問題視される。手続への影響可能性の保障は、当事者公開主義が実現しようとする、双方審尋主義の要請である当事者の手続主体性の確保という観点から検討されるべきであるところ、通信を介した画面越しの立会いおよび尋問は、抽象的には、十分に、手続への当事者の影響可能性を保障すると評価できる。

これに対して、ウェブ会議による証人尋問の場合には、証人が尋問を受ける場所について幅広い選択肢があり得ることに鑑みて、具体的な場面において、他の要素との相乗的な条件の下で、証人尋問をウェブ会議によって実施することが、当事者の一方の影響可能性を相対的に低くしてしまう場合があると考えられる。そのため、この事案類型では、ウェブ会議による証人尋問を実施するか否かについての当事者の意見に重きが置かれなければならない。このほか、手続への当事者の影響可能性が、相対的または絶対的に後退する場面では、事案類型ごとに、影響可能性を確保するための補償が要求される。

書面尋問は、手続への影響可能性を後退させることから、当事者公開主義に抵触すると評価する余地がある。相対性判断の際に、反対尋問の必要性が乏しいとの要素が加重要件として顧慮されるのは、十分か否かは別として、これに対する補償と位置づけることができる。

## 終章

本稿の考察から、ウェブ会議による証人尋問について、次の三点が明らかになった。

第一に、ウェブ会議による証人尋問は、証人尋問の原則としての方式に対する例外を構成する。そのため、ウェブ会議による証人尋問を実施するためには、当事者公開主義により、その必要性を基礎づける事由が要求される。現行二〇四条が規定する、当事者が遠隔の地に居住する場合に必要性を認めることができるほか、受命裁判官等による証人尋問や書面尋問をめぐる考察を参照し、証人が多忙な場合等にも必要性を認めることができると考えられる。この要件に加えて、当事者の同意が要請される余地がある点は、次で述べる。

第二に、ウェブ会議による証人尋問の場合には、当事者には、通信を介した画面越しの立会権と尋問権が保障される。ところが、これが、現実の法廷における立会いと尋問の場合と比較して、質的に劣るかどうかが問題となる。

この問題は、当事者公開主義が、双方審尋主義によって保障される当事者の手続主体性を最大限に実現することを目的としていることに鑑みて、当事者の主体性の実現という観点から解明することが有益である。この観点から見れば、当事者の影響可能性は、立会権と尋問の機会の保障によって、証人が嘘を言ったり曖昧な証言で誤魔化したりすることを防ぎ、客観的で信頼できる証言を獲得すべく、当事者が、証人尋問の経過に主体的に関与できる機会が保障されている場合には、十分に確保されていると考えることができる。したがって、ウェブ会議による証人尋問の場合に保障される画面越しの立会権や尋問権が、現実の法廷における立会権や尋問権と同質であることの論理的な実証は困難であるものの、当事者の手続主体性はこれらの権利によって実現されていると評価できることから、ウェブ会議による証人尋問では、当事者公開主義が保障されていると解することができる。

ただし、証人尋問が証人申請した側の当事者の領域で実施される場合を典型的な例として、一方当事者と証人との間に従前関係があるなど他の要素と相乗的に、ウェブ会議による証人尋問を実施することが、他方当事者の影響可能性を相対的に引き下げられるように見える場合がある。このような事案類型においては、ウェブ会議による証人尋問を実施することにつき、当事者の同意を要すると解すべきである。中間試案が、当事者の一方のみがいる場での証人尋問を原則として禁止し、相当な理由がある場合に限り、当事者の異議がないことを条件に、これを許容するのも、同様の趣旨であるように思われる。<sup>65)</sup>このほか、同じように、一方当事者の影響可能性が、他方当事者に比較して引き下げられていると評価できる場合や、それとは別に、当事者の影響可能性がそもそも制限されていると評価できる場合には、事案類型ごとに、当事者の影響可能性を確保するための補償が要請される。

第三に、従来 of 例外的な方式との関係について、次の二点が明らかになった。

まず、受命裁判官等による証人尋問に代えて、ウェブ会議による証人尋問を実施することが許容されると考えられる。なぜなら、受命裁判官等による証人尋問の場合、当事者には、受命裁判官等による証人尋問での立会権および尋問権が保障され、かつ、受命裁判所の面前において、受命裁判官等による証人尋問の結果について意見を述べることが保障されることによって、当事者公開が実現されるのに対して、ウェブ会議による証人尋問の場合には、当事者は、受命裁判所による証人尋問に直接ネット回線を通じて立ち会い、尋問権行使の機会を保障されるため、判決の基礎となる証拠調べの結果に対し、より直接的な影響を及ぼす可能性を与えられていると評価することができる。結果として、当事者公開がより厚く保障されると言えるためである。中間試案が、裁判所外における証拠調べ（民訴一八五条）について、ウェブ会議の導入を提案するのも、同様の発想に基づくものと考えられる。<sup>66)</sup>

次に、証人の書面尋問に代えて、ウェブ会議による証人尋問を利用することも、当事者公開主義の観点からは推

奨される。なぜなら、証人の書面尋問が主な目的とする審理の簡易迅速化を、ウェブ会議による証人尋問では、当事者の手続主体性を保障するために十分な影響可能性を保障しつつ、実現できると考えられるからである。さらに進んで、ウェブ会議による証人尋問が一般化すれば、証人の書面尋問の実施を許容できる範囲が狭くなることも予測される。すなわち、書面尋問実施の相当性判断の枠組みにおいて、ウェブ会議による証人尋問が実施できることを理由に、書面尋問実施は不相当と判断される余地があるように見受けられ、結果として、書面尋問によることが適切な場合としては、極めて限定的な事案類型のみが残されることになるように思われる。

## 注

- (1) 松本博之『上野泰男『民事訴訟法(第八版)』(二〇一五年・弘文堂) 四一九頁(松本)等参照。
- (2) 高田昌宏『証拠調べの直接主義』の概念に関する一考察(石川明・三木浩一編『民事手続法の現代的機能』(二〇一四年・信山社) 七〇八頁、伊藤眞『民事訴訟法(第七版)』(二〇二〇年・有斐閣) 四一六頁、菊井維大・村松俊夫原著、秋山幹男他著『コメンタール民事訴訟法Ⅳ(第二版)』(二〇一九年・日本評論社) 一六二頁、田代雅彦『証拠調べの実施』門口正人編集代表『民事証拠法大系第2巻』(二〇〇四年・青林書院) 二三五頁等参照。
- (3) 「民事訴訟法(IT化関係)等の改正に関する中間試案」別冊NBL一七五号(二〇二二年・商事法務)一七頁(中間試案七頁)、八三頁以下(補足説明三七頁以下)、特に、ウェブ会議等を利用した証人尋問について、二七―二八頁(中間試案一七―一八頁)、一三三頁以下(補足説明七七頁以下)参照。以下、それぞれ「中間試案」「補足説明」と略し、ページ番号もそれぞれの資料ページのみ示す。
- (4) 補足説明・前掲(注3) 五五頁、山本和彦「民事裁判のIT化の経緯と課題」同編『民事裁判手続とIT化の重要論点』

(二〇二二年・有斐閣) 五頁等参照。

(5) 笠井正俊「e法廷とその理論的課題」法時九一巻六号(二〇一九年)一六頁以下、青木哲「証人尋問等におけるウェブ会議等の利用」山本編「前掲」(注4)八五頁以下、町村泰貴「民事裁判の審理手続とリモート技術の利用方法」法とコンピュータ三九号(二〇二一年)二五頁以下等。

(6) 池邊摩依「わが国の民事訴訟法における当事者公開主義の保障内容——陳述書の利用をめぐる議論を手がかりに」熊本法学一五二号(二〇二一年)二九頁以下、五三—五四頁参照。最近の主要な体系書のうち、たとえば、松本「上野・前掲」(注1)四七九頁(松本)、三木浩一「笠井正俊」垣内秀介「菱田雄郷」民事訴訟法〔第三版〕(二〇一八年・有斐閣)一四三—一四四頁(笠井)等が当事者公開主義に言及する。

(7) 高田・前掲(注2)七〇二—七〇三頁、七〇三頁注6参照。

(8) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法下(第二版補訂版)』(二〇一四年・有斐閣)二八頁注2参照。

(9) このような認識は、明治三三年制定の民訴法の時代から現在まで、多くの民事手続法の文献において、しばしば母法国であるドイツ法を参照しつつ、繰り返し言及されてきており、わが国の民事手続法学説に定着していると言える。池邊・前掲(注6)三二—三三頁参照。

(10) 三木他・前掲(注6)一四三—一四四頁(笠井)等参照。

(11) 以下に要約するドイツ法の基礎研究については、池邊摩依「ドイツ民事訴訟法における当事者公開原則の基礎法理——当事者公開原則の妥当根拠を中心に——」法雑六四巻一—二号(二〇一八年)一九六頁以下を参照。

(12) G G 一〇三条一項は、「何人も、裁判所の面前において、法的な審尋を請求する権利(Anspruch auf rechtliches Gehör)を有する」と定める。ドイツ連邦共和国基本法の翻訳に際しては、高田敏「初宿正典編訳『ドイツ憲法集(第八版)』(二〇二〇年・信山社)、高橋和之編『新版』世界憲法集(第二版)』(二〇二二年・岩波書店)を参照した。

(13) ドイツ民事訴訟法における当事者公開を考察対象とする文献では、当事者公開は、法的審尋請求権に基礎づけられる。代表的な文

- 献へる。Friedrich E. Schnapp, Parteilichkeit bei Tatsachenfeststellungen durch den Sachverständigen?, Festschrift für Christian-Friedrich Menger, 1985, S. 557 ff.; Perra Hoffmann, Die Grenzen der Parteilichkeit, insbesondere beim Sachverständigenbeweis, Diss., Bonn, 1989; Stefan Späth, Die Parteilichkeit des Zivilprozesses. Die Informationspflichten des Gerichts gegenüber den Parteien, Diss., Hamburg, 1995, 等。
- (14) Wolfram Malner, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 1989, S. 21; Eberhard Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., § 11 I, Rn. 128, 等参照。)の具体的な具体化は、ドイツ憲法裁判所 (Bundesverfassungsgericht) の判例にも、古くから一貫して見られる (BVerfGE 1, 418, 429; 6, 12, 14; 55, 95, 98 等)。
- (15) 法的審尋請求権の根拠として、一般的に挙げられるのは、法治国原理 (Rechtsstaatsprinzip) と人間の尊厳 (Menschenwürde) である。これに対して、Schwartz は、法的審尋請求権が、他の基本権との間で調整を受け、場合によっては後退する余地があることから、これを絶対不可侵の人間の尊厳に基礎づけることはできないとして、法的審尋請求権を、法治国原理にのみ基礎づけられるものと解す (Harald Schwartz, Gewährung und Gewährleistung des rechtlichen Gehörs durch einzelne Vorschriften der Zivilprozessordnung, 1977, S. II ff.)。以上について、池邊・前掲 (注11) 二一七—二一八頁参照。
- (16) 一般に、基本法により保障される法的審尋請求権は、あらゆる裁判手続で保障されなければならない内容の「最小限の保障」を提供するものと解されている (Schilken, a.a.O. (Fn. 14), § 11 I, Rn. 128; Hoffmann, a.a.O. (Fn. 13), S. 21, 等参照)。これに対して、Stein/Jonas/Dieter Leipold, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., vor § 128 Rn. 22 49 「審尋請求権の最適な保障 (optimale Gewährung des Rechts auf Gehör)」を問題とし、各法には、基本法に示された法的審尋請求権を最もよく保障するものが要請されていくと解している。
- (17) Hoffmann, a.a.O. (Fn. 13), S. 21.
- (18) ZPO 三五七条一項は、「当事者は、証拠調べに立ち会うことができる」と規定し、証拠調べへの当事者の立会権を保障している。ZPO 三五七条は、「当事者公開 (Parteilichkeit)」との見出しを付され、ドイツ民事訴訟法学において、当事者

公開の根拠規定と位置づけられている。

(19) ZPO三九七条一項は、「当事者は、証人に対し、事件または証人の関係を解明するために適當と認める問いを発せしめる権利を有する」と規定し、当事者の発問権を保障する。

(20) Schapp, a.a.O. (Fn. 13), S. 566, 注(16)も参照。

(21) 三木他・前掲(注6)一四三頁(笠井)、新堂幸司『新民事訴訟法(第六版)』(二〇一九年・弘文堂)五一六頁等参照。新堂五一六頁は、訴訟事件では、双方審尋主義は憲法上の要請と解し、その根拠規定として憲法八二条を挙げる。

(22) 笠井・前掲(注5)一九頁、三木他・前掲(注6)一四三頁(笠井)等。

(23) 一方で、当事者の「双方」からという点に力点を置き、双方審尋主義を、武器対等原則と等値と見る見解もある(新堂・前掲(注21)五一六頁)。

(24) 紺谷浩司「民事手続における審問請求権 (Anspruch auf rechtliches Gehör) について——西ドイツ基本法第一〇三条第一項に関して——(一)(二)」政経論叢一八卷一—二号五一頁以下、三—四号九一頁以下(以上、一九六八年)、フリッツ・パウアー  
 〓鈴木正裕訳「ドイツ法における審尋請求権の発展」神戸法学雑誌一八卷三—四号(一九六九年)五—二頁以下、中野貞一郎「民事裁判と憲法」同『民事手続の現在問題』(一九八九年(初出・一九八四年)・判例タイムズ社)一頁以下、本間靖規「上告理由と手続保障——ドイツの議論を参考にして——」同『手続保障論集』(二〇一五年(初出・二〇一一年)・信山社)六一—三頁、松本博之「民事訴訟法学と方法論」同『民事訴訟法の立法史と解釈学』(二〇一五年(初出・二〇一四年)・信山社)二五—二頁等参照。

(25) 山本戸克己「訴訟における当事者権」同『民事訴訟理論の基礎的研究』(一九六一年(初出・一九五九年)・有斐閣)五九頁以下、同「弁論主義の法構造——弁論権および当事者責任との関連における試論——」同『民事訴訟法論集』(一九九〇年(初出・一九七〇年)・有斐閣)二頁、山本克己「当事者権——弁論権を中心に——」鈴木正裕先生古稀祝賀(二〇〇二年・有斐閣)六一頁以下等参照。

- (26) 詳細は、池邊摩依「ドイツ民事訴訟法における当事者公開原則の保障内容——個別問題の検討を基礎として——」法雑六五卷一―二号(二〇一九年)三八頁以下。
- (27) これとは異なり、二〇〇七年に「犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律」(平成一九年法律九五号)により新設された、証人等の精神的な不安や緊張感を軽減するための遮蔽の措置(民訴二〇三条の三)や、ビデオリンク方式による尋問(民訴二〇四条二号、民訴規則一―二三条二項)は、真実発見の要請に基づくものではなく、証人の人格権の保護を目的とすると解され、例外の第一類型に分類されるため、当事者の立会権の後退は正当化されると考えられる。
- (28) この点、鑑定人の調査への当事者の立会権が保障されるべきことが、早くから指摘されていた(木川統一郎・生田美弥子「鑑定人の鑑定準備作業における当事者公開原則について」木川『民事鑑定の研究』(二〇〇三年)初出・一九九四年)・判例タイムズ社)四五七頁以下)にもかかわらず、現状、民訴法は何らの手当てもしておらず、問題が放置されているように見受けられる。
- (29) 本章第二節(3)例外の第二類型参照。
- (30) 高田裕成・三木浩一・山本克己・山本和彦編『注釈民事訴訟法第4巻』(二〇一七年・有斐閣)二二五頁(安西明子)、田代・前掲(注2)二三五頁、木村元昭「人証の特別な取調べ方法」門口正人編代『民事証拠法大系第3巻』(青林書院・二〇〇三年)一四四頁、同「受命裁判官・受託裁判官による人証の取調べ」門口編代・前掲(注30)一五九頁、新堂・前掲(注21)六三四頁、三木他・前掲(注6)二九〇頁(三木)、法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』(一九九六年・商事法務研究会(以下、「一問一答」と略す))二二九頁、二三四頁等。
- (31) 高田昌宏「証拠法の展開と直接主義の原則——ドイツ民事訴訟法との比較に基づく覚書——」民訴雑誌五九号(二〇一三年)五三頁、同・前掲(注2)七〇五―七〇六頁、秋山他・前掲(注2)一九二―一九三頁、高田他編・前掲(注30)二二五頁(安西)等参照。

- (32) 四号について、当事者に異議がないときに加えて、裁判所が相当と認めるときをも要件と解するのは、一問一答・前掲(注30) 二二九—二三〇頁、秋山他・前掲(注2) 一九七頁、木村・前掲(注30)「受命裁判官」一六一頁、伊藤・前掲(注2) 四一—四五頁等。これに対して、当事者に異議がないときには、裁判所が相当と認めるか否かを問わないと解する見解として、矢吹徹雄「証人尋問③——証人尋問の仕方」三宅省三・塩崎勤・小林秀之編集代表『新民事訴訟法大系——理論と実務——第三巻』(一九九七年・青林書院) 六六頁等がある(ただし、本人訴訟などで裁判所が当事者を受命裁判官による尋問に誘導することは慎まなければならないと述べる)。たしかに、当事者の同意がある場合には立会権が放棄されたと解する余地があるものの、双方審尋主義に根拠を持つ当事者公開主義が当事者の処分になじむか否かには、別途検討すべき問題がある。この点は、別稿で、双方審尋主義との関係をより詳細に説明する際に併せて検討する。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』ジュリ増刊(一九九九年・有斐閣) 二四八—二五〇頁も参照。
- (33) 受命裁判官による証拠調べの結果を判決の基礎とするために、口頭弁論への顕出や援用を要するか否かを巡り議論がある(秋山他・前掲(注2) 一一二頁、木村・前掲(注30) 一六三—一六四頁等参照)が、当事者の意見を述べる機会の保障は、これとは別の問題である。
- (34) これに加えて、平成一九年法律九五号により、二号が追加され、証人等の精神的な不安や緊張感を軽減するために実施されることとなった(前注27参照)が、本稿では一号を検討対象とする。
- (35) 同時に、簡易裁判所の面前で実施される少額訴訟手続のために、音声の送受信により同時に通話できる方法、いわゆる「電話会議システム」を用いた証人尋問が導入された(民訴三七二条三項、民訴規則二二六条)。これは、当事者の申出があり、裁判所が相当と認めれば実施できる。少額訴訟では簡易迅速の要請が特に重視されるためと考えられ、少額訴訟には、証拠調べを即時証拠に限る証拠制限があり、証人の呼出しが想定されていない(民訴三七一条)ことも軌を一にする。
- (36) 一問一答・前掲(注30) 二三四頁。民訴規則一三三一条一項が、具体的な方式として、「当事者の意見を聴いて、当事者を受命裁判所に出頭させ、証人を当該尋問に必要な装置の設置された他の裁判所に出頭させてする」と規定する。福田剛久「証

- 人尋問①—OA機器を用いた証人尋問—三宅他編・前掲(注32) 三一一—三三三頁、竹下他編代・前掲(注32) 二五九—二六二頁、秋山他・前掲(注2) 二六九頁等参照。
- (37) 最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事訴訟規則』(一九九七年・司法協会〔以下、「条解規則」と略す〕) 二六八頁注1、福田・前掲(注36) 三一一—三四頁、竹下他編代・前掲(注32) 二六二頁(福田)、秋山他・前掲(注2) 二六九頁等参照。たとえば、福田・前掲(注36) 三四頁は、規則が採用する方式は、テレビ会議装置が一般的に普及していない現状を踏まえたものであるため、技術の進歩によって、この限定は必要なくなるかもしれないと明言する。
- (38) 商事法務研究会「民事裁判手続等IT化研究会報告書——民事裁判手続のIT化の実現に向けて——」(二〇一九年二月、以下、「報告書」と略す) 一一二頁。
- (39) 補足説明・前掲(注3) 七八、七九頁等参照。
- (40) 報告書・前掲(注38) 一一二—一一三頁、竹下他編代・前掲(注32) 二六一—二六二頁等参照。
- (41) 補足説明・前掲(注3) 七八頁、竹下他編代・前掲(注32) 二六一頁(秋山幹夫)。
- (42) 竹下他編代・前掲(注32) 二六二頁(青山善充)。
- (43) 竹下他編代・前掲(注32) 二六二頁(伊藤眞)。
- (44) 竹下他編代・前掲(注32) 二六二頁(竹下守夫)。
- (45) 竹下他編代・前掲(注32) 二六二頁(鈴木正裕)。
- (46) 報告書・前掲(注38) 一一二—一一三頁、補足説明・前掲(注3) 七九頁、竹下他編代・前掲(注32) 二五九頁(柳田幸三)。
- 三。一問一答・前掲(注30) 二三四頁も参照。
- (47) 手続上の瑕疵が結果に影響を及ぼしたか否かを問わず上告理由とするという、絶対的上告理由(民訴三二二条二項)の制度が設けられているのは、手続の経過が結果に影響を及ぼしたか否かを論理的に検証することが困難であることを、端的に認めるためと考えられる。こうした考え方を手がかりに、画面越しの証人尋問の場合には、手続上の保障に何らかの後退が

あると仮定し、補償の手段をあらかじめ組み込んでおくという制度設計もありうるだろう。

- (48) 民訴規則一二三条一項。条解規則・前掲(注37)二六七頁、福田・前掲(注36)三二頁、長野勝也「裁判手続における情報機器の活用」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』(一九九七年・ぎょうせい)九八頁等参照。長野九八頁は、この理由として、①テレビ会議システムによる証人尋問の方式は、証人の出頭の負担を軽減することを目的とすること、②当事者の一方が証人の出頭する裁判所に出頭して尋問することになると、公平を欠くおそれがあること、③当事者双方が証人の出頭する裁判所に出頭して尋問することになると、裁判所の訴訟指揮権の行使に支障を及ぼすおそれ等があること等が考慮されたためと述べる。条解規則・前掲(注37)二六七頁によれば、証人に対し尋問を行うことになる当事者の訴訟代理人も、証人が出頭した裁判所ではなく、受訴裁判所に出頭する。

- (49) 報告書・前掲(注38)一一六一―一七頁注3、補足説明・前掲(注3)八〇頁参照。

- (50) 影響可能性を後退させる事案類型の検討は、他日を期す。差し当たり、本稿で検討した、当事者の一方のみの影響下で証人が尋問を受ける場合について、原則としてこれを許容しないとの運用や、相手方当事者の領域への立会権の保障などの当事者の権利の拡張が考えられる。

- (51) テレビ会議システムによる尋問を実施する際には当事者の意見を聴かなければならないものの、この方式で実施するかどうかは、裁判長の手続裁量に属するという、民訴二〇四条、民訴規則一二三条一項の基本姿勢は維持される(秋山他・前掲(注2)二六九頁、条解規則・前掲(注37)二六七頁等参照)。条解規則・前掲(注37)二六七頁によれば、当事者の意見聴取を要するのは、テレビ会議の方法による証人尋問は、証人が受訴裁判所に現実に出頭しない等、従前の証人尋問と異なる新しいタイプの証拠調べの方法であり、当事者の利害にかかわる面もあるためである。長野・前掲(注48)九八頁によれば、裁判所がテレビ会議システムによる証人尋問を実施するかどうか判断する際には、当事者の意見のほか、証人の重要性、示すべき書証の内容、他の尋問方法(受命裁判官等による証人尋問等)によることの当否等が考慮される。

- (52) 中野哲弘「証人尋問②——書面尋問」三宅他編・前掲(注32)三八頁、一問一答・前掲(注30)二三五―三三六頁。なお、

簡易裁判所の面前における手続では、証人のほか、当事者本人および鑑定人の尋問のためにも書面尋問を用いることができる（民訴二七八条）。このうち、鑑定人の書面尋問について、一問一答・前掲（注30）二四〇―二四二頁は、書面による鑑定意見の提出が許容されていることから必要性が低いことを前提としつつ、簡易裁判所の面前における手続に限っては、鑑定人の呼出しや宣誓を省略し、正式の鑑定によらずに、書面によって鑑定意見を提出すれば足りることにする点に実質的意義があると述べる。

(53) わが国の民事訴訟法の母法であるドイツ民事訴訟法では、現行ZPO三七七条三項が、一九二四年以来、改正を経つつ（四項と分かれていた時期もありつつ）、書面尋問の制度を規律している。わが国の書面尋問の規律を検討するにあたり、ドイツ民事訴訟法における証人の書面尋問の制度を検討することは、非常に有益であると思われるので、すでに充実した先行研究が存在するので、高田昌宏「民事訴訟における証人尋問の書面化の限界」（二）（二）（三）早法七二巻四号（一九九七年）二〇三―二四八頁、七五巻三号―二四頁、四号―三二頁（以上二〇〇〇年）、同・前掲（注2）七〇一頁以下等を参照。本稿の考察も、これらの先行研究を基礎とする。

(54) 一問一答・前掲（注30）二三五頁。

(55) 高田・前掲（注53）（一）二〇五頁、同・前掲（注2）七二〇頁、木村・前掲（注30）「特別な取り調べ」一三七頁。書面尋問には、簡易迅速の要請に応えるのみならず、証人尋問が実施できないことで実体的真実発見が困難になることを回避する側面もあるもの（秋山他・前掲（注2）二七二頁等参照）、この場合に採用し得る受命裁判官等による証人尋問と比較しても、簡易迅速の要請をより優先させる制度と評価できる。

(56) 高田・前掲（注2）七二〇頁、同・前掲（注53）（一）二〇四―二〇五頁。その他、人証の書面化に伴う訴訟原則との抵触について、高田・前掲（注31）、本間靖規「人証の取調べにおける直接主義と書面の利用」同『手続保障論集』（二〇一五年）（初出・一九九九年）・信山社）三三三頁以下等も参照。

(57) このような主張として、たとえば、陳述書について、鬼澤友直「証拠調べ手続」門口編代・前掲（注2）一六三―一六四

頁等参照。

- (58) 高田・前掲(注2)。
- (59) 高田・前掲(注2) 七一〇頁、同・前掲(注53) (一)二〇四頁、同・前掲(注31) 四七頁参照。
- (60) 中野・前掲(注52) 四〇―四三頁、木村・前掲(注30)「特別な取調べ」一三八―一三九頁、秋山他・前掲(注2) 二七一―二七二頁。
- (61) 中野・前掲(注52) 四〇―四三頁、木村・前掲(注30)「特別な取調べ」一三八頁。
- (62) 中野・前掲(注52) 四一―四二頁、木村・前掲(注30)「特別な取調べ」一三九頁。松本<sup>11</sup>上野・前掲(注1) 四九一頁(松本)によると、証人と当事者との間の密接な人的関係の存在は、書面尋問を不適法ならしめる。また、中野・前掲(注52) 四二頁によれば、回答事項が複雑な内容であることは、一概に書面尋問の相当性を欠くわけではなく、むしろ、証人は、書面尋問の方が、手持ちの資料に基づいて時間をかけて回答ができるという利点を有していることから、後に行われる証人尋問と併用することも含めて、書面尋問の活用を検討すべきであるとされる。
- (63) 秋山他・前掲(注2) 二七二頁、一問一答・前掲(注30) 一三五―一三六頁等。この要件と反対尋問権との関係について、当事者に異議がないことを、そのまま反対尋問権の放棄と解する場合には、問題があるように思われる(前注32参照)。
- (64) これが十分と言えるか否かは、個別具体的な場面における許容性判断の結果に左右される。反対尋問の必要性を尋問前に判断することは困難であろうから、この要件のハードルは高く設定しておくことが望ましい。場合によっては、後から改め証人を口頭で尋問すべきことになる(当事者が書面尋問に異議を述べないことが、そのまま反対尋問権の放棄と解されるべきではない)、この場合には、明らかに簡易迅速の要請と矛盾するから、事前の要件を厳格に判断すべきと考えられる。なお、中野・前掲(注52) 四〇頁も参照。
- (65) 中間試案・前掲(注3) 一八頁第九 一(二)ア、補足説明・前掲(注3) 八〇頁。
- (66) 中間試案・前掲(注3) 一九頁第一〇 三(二)、補足説明・前掲(注3) 八六頁。この点について、笠井・前掲(注5)

二二頁も参照。また、一八五条の特則と考えられる一九五条による証人尋問の場合等、種々の証拠調べ手続相互の関係が整理される必要があるだろう。この点に関して、秋山他・前掲（注2）二二三頁、田代・前掲（注2）二四九頁等も参照。