

ドイツ民事訴訟法学の現況

一 はじめに

——ドイツ民事訴訟法学の創造性の危機——

二 連邦憲法裁判所の新たな判例と民事訴訟法学に

おけるその反応

一 連邦憲法裁判所の判例

二 これらの判例に対する学説の反応

三 証明権——現代の法学上の発見？

一 最近発見された問題

二 証拠法に関する新たな学説の寄与

ドイツ民事訴訟法学の現況

ペーター・シュロツサー

中 村 英 郎
中 山 幸 二 共訳

一 はじめに

——ドイツ民事訴訟法学の創造性の危機——

中村教授から、表題のテーマについて話をするよう、お誘いをいただいた。私が遠くドイツから訪れた者として、このテーマについて話をするということは、もっともなことである。けれど、ドイツと日本は、非常によく似た訴訟制度を持っているからである。このテーマについて話をするのだとしたら、私は本来、ドイツ民事訴訟法学のはっきりとわかるような学問上の進歩について話をすべきである。しかし、ドイツ訴訟法学は現

在、危機、とりわけその自明性の危機に頻しており、そのような進歩について話をする状況にはない。しかし、同じような危機は、多くの国でも存在している。以下、われわれが早急に考えなければならぬ問題について、若干述べることにする。

この危機の原因は、一つには出版物の過剰という点にある。

ドイツは、おそらくアメリカ合衆国について法学文献の最も多い国であろう。重要な法律のすべてについて、おびただしい数の注釈書、参考書および教科書が刊行されている。出版社は営業のため、常に新しい総合的な出版物を市場に送り出している。判例も毎年数多く公表されている。ドイツでは一万七、〇〇〇人の裁判官があり、そのうち約二〇〇人が最高裁判所の裁判官である。一九八二年に出版物に掲載された裁判例の数は、民事法の分野だけでも六、〇〇〇件ないし八、〇〇〇件にのぼり、そのうち訴訟法の問題に関するものが約一、五〇〇件から一、八〇〇件ある。これについて、大きなものから小さなものまで五〇〇以上の文献が出ている。論説・記事は数多くの一般法律雑誌および専門法律雑誌に掲載されており、これらの雑誌は一緒になって、また、見通しのきかないほど多くの専門的な問題をテーマとする論文を公にしている。⁽¹⁾

ドイツでは、長い問学説と判例の間で率直な対話がなされてきた。学者はその論文のなかで、当然のことながら相当程度

に、あるいは圧倒的にといっていいほど、判決に付せられた判決理由を論評している。裁判官の方では、——これがおそらくドイツ語圏諸国の特徴であろうが——裁判を下す前に、関連文献を批判的に検討する。こうして、裁判官は、諸大学における法学研究の成果を学び、その考え方をもちて職務を行なっている。裁判所の判決は、これを裏書きしている。裁判官が学者の書いた文献についても検討したことを当事者に示すのは、判決の良いスタイルといえよう。また学者にとっては、裁判所、とりわけ最高裁判所が、その名前をあげて論文を引用することは、彼にとって特別な成果である。すべてをまだ見通せた頃は、これは大変重要な意味をもっていた。この方式は、裁判官が疑問のある法律問題の解決について軽率に判断を下すことを防いでいたのである。この（学説と判例の）対話が、原則として好ましいことであるだけに、公刊される資料が急速に増大したことは、法解釈学、とくに訴訟法学の窒息しそうな状態をもたらすことになった。裁判所は、個々の出版物の洪水をもちや精神的に消化しきれず、従って、注釈書や比較的大きな教科書を頼りとするだけで、しかし、これさえもただ表面的に調べるだけにおわるということがしばしばとなっている。一方、学者にとっては、また、当然のことながら特に大学教授にとっては、総合的な文献に執筆者として参加することが、名をあげるため

の優先的な手段となった。なぜなら、こうする以外、裁判所の目に触れて、引用される機会をもたないからである。しかし、実務における情報の要求を満たすためには、判例・学説を網羅していなければならない。公表された裁判例だけでなく、その他の文献の内容も紹介しなければならないのである。そのため、彼らの労力の極めて大きな部分が、判例と他の文献を寄せ集め、これを整理することに費やされている。その場合、新しい考えを展開するためには、もはや多くの時間は残されておらず、またとりわけ書くスペースがあまり残されていないのである。というのは、年を経るうちに、法律上疑問とされるほとんどすべての問題について、判例が蓄積されたからである。一般に、裁判所は、公表された他の裁判所の判例に従うので、広い範囲において判例を批判的に論じた本は、市場ではもはや売れなくなっている。このような状況なので、法律学の特定の分野を専門的に扱った文献は、決まって、公的な資金から多額の補助金を受けている。

これらの外在的な条件に加えて、訴訟法学の危機に拍車をかけるもう一つの要素がある。今では、法解釈学の研究分野において、大きな空白部分というものはなくなった。一九五〇年代、六〇年代には、まだ論文で全く取りあげられていない問題とか、あるいは、例の訴訟対象論のように、尽きるものがない

魅力の故に、くり返しとりあげ論じるに値するような大きなテーマを、まだ容易に見つけることができた。しかし、法律学の場合は、一つの学問上の発見が、直ちに新たな学問上の問題提起をもたらすような他の学問とは、事情が異なる。一定の法律が施行されている限りは、そこからいくらでも新たな問題提起を引き出せるというわけではない。

客観的な使命と主観的な魅力の点で尽きることのないのは、何といっても法政策学の分野である。関連分野の大きな立法計画が出されると、常に、訴訟法学はこれに対応してきた。例えば、現在、破産法の分野で大規模な法改正作業が行なわれている。しかし、学者が大規模な法改正について十分根拠のある考えを展開しても、時期が合わないと、結局時間の無駄に終わることがしばしばである。議会制民主主義は独自のリズムに則っており、まさにその時その時の課題を扱った法政策的論文しか必要としない。五年や八年も前の法政策的論文は、実際の立法作業にとっては、一般にすでに価値がなくなっているのである。

少なくとも、経験的法社会学の特殊領域としての法律実態調査は、時代を越えて、従って、また、ずっと後になって立法計画に着手する際にも、役立ちうるような研究成果を提示できると考えたいところであらう。しかし、これについても諦め

の感が広まっている。実態調査も、すぐに現実性を失うのが常である。それ故、この研究領域で七〇年代の初めにはまだ支配していた熱狂が、今ではもうさめてしまっている。

今日では、その結果多くの学者が、そしてまた多くの大学教授が、各個の法律の解釈上生じる数多くの様ざまな個別問題に取り組んでいる。とはいえ、もちろん、さらに詳しく見てみると、ドイツ訴訟法学の最近の傾向として、相互に関連しあった二つの傾向をとらえることができる。ここ一〇年ないし一二年の間に、連邦憲法裁判所は、全く思いがけないやり方で、民事訴訟法の基本問題に関して一連の裁判を下した。連邦憲法裁判所は、通常は民事訴訟事件を裁判しない。連邦憲法裁判所の裁判官のうち、以前に民事裁判官であった者は稀である。それ故この裁判所は、ドイツ法文化に全く慣れない、先入観にとらわれない態度で、それどころか時には無頓着に民事訴訟に接してきた。このことは、もちろん、民事訴訟法学にとって類のない挑発であった。

連邦憲法裁判所が要請した憲法原則には、権利保護の実効性の原則というようなものがあつた。しかし、当事者が自己の権利を守るのに必要な情報と証拠方法をもたない場合、当事者は一体どのようなして有効な権利保護を受けることができるのであろうか。この点に関して、ドイツ法は極めて狭いであり、

訴訟当事者にそのような情報および証拠獲得の可能性をごく限られた範囲でしか保障していない。今日、民事訴訟法学は、訴訟対象の問題についてはもう飽きるほど論じたので、連邦憲法裁判所の判例の影響を受けて、証拠法上の諸問題と、その他裁判の基礎となる事実資料の収集に関する諸問題に取り組んでいる。ドイツ民事訴訟法学のこの二つの傾向について、以下において若干述べることにする。

(1) 以上は、*Juristische Fundheften zur NJW* 1982 の法律第九四号ないし第一一四号に関する報告に基づくおよその数値である。

二 連邦憲法裁判所の新たな判例と民事訴訟法学におけるその反応

一 連邦憲法裁判所の判例

日本では、戦後、すでに存在していた最上級の裁判所に、憲法をも解釈し、法律、行政行為および判決の合憲性について審査する権限を付与した。ドイツでは、専門的職務分担の観点から、五つの最高裁判所がおかれているが、憲法問題については、独自の裁判所がこれらの最高裁判所の上に設置された。

裁判基本権 (Justizgrundrechte) も、両国において異なった表現をとっている。日本では、憲法三二条に、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」と規定している。これに対して、ドイツの憲法は、裁判を受ける権利を、明文上は、公権力の措置に対して保障しているにすぎない (基本法一九条四項)。そのため、憲法は民事事件についての裁判を受ける権利も、これを自明のこととして保障している、という理解を浸透させるのには、民事訴訟法学の長い努力を必要とした。⁽²⁾ ドイツの憲法は、裁判を受ける権利の一般的保障の代わりに、つぎのような規定をおいている。「何人も、裁判所において、法的審問を請求する権利を有する」 (基本法一〇三条一項)。ここで考えられているのは、すでに係属している手続における法的審問であり、とりわけ——しかし、これに限られるわけではないが——訴訟を提起しなかった訴訟関係人にとっての法的審問である。

また、ドイツ基本法は、日本の憲法と異なり、裁判所の審理の公開を保障する規定をもたない。そのため、日本の判例は、非訟手続を憲法上の裁判手続概念から除外するだけでなく、裁判官が裁量により法律関係を形成する場合には、その前提としての訴訟事件の存在を無視することを必要とした。⁽³⁾ これに対して、ドイツの連邦憲法裁判所は、裁判手続概念をきわめて広く

解釈しているので、非訟事件も、裁判手続のために定められた憲法上の保障を受ける。そのため、例えば、いわゆる非訟事件手続においても、偏頗な裁判官は忌避することができるということを、法律がこれを意識的に規定しなかったにもかかわらず、連邦憲法裁判所は強引にこれを認めた。⁽⁴⁾ ドイツの学説においても、かつては裁判官の裁量による法形成は「法律上の争訟 (Rechtsstreit)」については許されないとされていた。⁽⁵⁾ しかし、憲法裁判の影響の下、この命題を唱える者はもはやいなくなった。日本では、谷口教授により——私も同意見だが——一般的には正当に批判されている。⁽⁶⁾ しかし、裁判手続公開の原則を非訟事件にもあてはめるのは無意味だと考える。

このように、ある特定の実定憲法が偶然にも訴訟上の保障を規定しているかどうかにより、それぞれ学問上考える手がかりが違ってくる。これに対して、実際に基本的な訴訟上の権利の実体にかかわるところでは、それぞれの憲法上の保障の文言とは全く無関係に、驚くほど見解の一致がみられる。——残念ながら、日本における展開については、一九七三年までのものしか、欧文で書かれた資料がない。おそらくそれ以後、ドイツの連邦憲法裁判所の判例と比較しうるような多くの判決が、日本の裁判所でも下されているものと思われる。——具体例を一つあげよう。名古屋地方裁判所は、一九六四年に下した判決の中

で、株主総会決議不存在確認判決は、訴が提起されたとき必要とされる公告（日商法二五二条、一〇五条四項）がなされていない場合には、手続に関与しなかった者に対して、既判力は及ばない、と判示した。⁷⁾一方、連邦憲法裁判所は、一九八二年に、ある有限責任会社が裁判所の判決により解散した事件を扱っている。⁸⁾法律の規定（有限責任会社法六一条二項一号）に従って、一人の社員が、取締役により代表された会社を被告として訴を提起したが、他の社員は訴の提起について何も知らされず、請求認容の判決が確定した後、はじめてこれを知るに至った。裁判所は、関連する法律の規定、特に有限責任会社法と民事訴訟法の規定に厳格に従ったが、連邦憲法裁判所は、法律自体が憲法上保障された基本的な権利に対し違背しているとして、その判決を破棄した。

日本とドイツのいずれの判決も、関連する憲法の規定の文言からは十分にこれを根拠づけることはできない。名古屋の事案では、法的に見れば、誰も裁判を受ける権利を遮断されてはいない。当事者となっていなかった者が、訴訟係属について何も知らなかったために、ただ事実上自己の権利を守る機会をもたなかっただけである。連邦憲法裁判所の方は、実定法上多少案に処理できた。看過された社員の「法的審問」請求権が侵害された、と言うことができたからである。しかし、もちろんこの

社員も、裁判所に対する申立を法的には何ら妨げられてはいなかった。彼はただ知らされなかっただけである。また、前述の非訟手続における裁判官の忌避に関する判例において、文言の上でびったり適合する基礎が憲法の中には見出し難いということが明らかに、大変な論議を呼んだ。当時まだ憲法の条文にかなり厳格に拘泥していた連邦憲法裁判所は、裁判官中立の原則で当座の間に合わせをしていた。しかしこの原則も憲法の中には直接規定されてはおらず、裁判所が司法概念から導き出した原則なのである。

今日では、連邦憲法裁判所はその論証の仕方においてもより大胆になっている。連邦憲法裁判所の立場はつぎの二点にまとめることができる。

（１）連邦憲法裁判所は、明らかにアメリカ合衆国の憲法から示唆を受けて、ドイツの基本法の中には、特別に保障された個々の裁判基本権ばかりでなく、ごく一般的に公正（*billig*）な手続を求める一個の包括的な裁判基本権も存在する、ということを確認している。このことは、まず刑事判例⁹⁾において表明された。この判例から後につきのような結論が導かれている。すなわち、有罪判決を受けた無資力の被告人は、判決に対して上告を提起しようとする場合、国家の費用で刑事弁護人を付されなければならない¹⁰⁾、また、外国人の関係者が、ドイツ語を聞くこ

とは十分にできるが、話す方は十分でないときは、通訳を付することが必要である⁽¹¹⁾、ということである。この新しい考えは、まもなく民事訴訟の判例にも導入された。

(2) この新しい観念は、民事訴訟においては何よりもまず、実法的基本権の保障から公正な手続請求権 (*Ansprüche auf ein faires Verfahren*) が派生するという考えと結びついた。ここでも、ドイツと日本で同じような判例が出ている。日本の最高裁判所は一九六二年に、当時施行されていた法律の文言に反して、押収された密輸品の所有者は、密輸品が没収される前に、裁判所において審問されなければならない、との判決を下した⁽¹²⁾。一方、ドイツの連邦憲法裁判所は、当時施行されていた強制執行法の規定に反して、競売物件の価額をはるかに下回る競買申しかなされたいときは、競落を認めてはならない、との結論を所有権の保障から導いている⁽¹³⁾。以上との関連で特に興味深い判例として、借家法に関する連邦憲法裁判所の二つの判決がある⁽¹⁴⁾。住宅の賃貸借契約は、今日のドイツでは、實際上賃借人の更新権を発生させる。しかし、賃貸人は、一般の物価の動向に応じて賃料を増額する権利をもっている。その場合賃貸人は、賃料を「地域において通常行われている (*ortsüblich*)」額まであげることができる。ただし、法律は、賃貸人が、その地域で通常行われている標準賃料で賃貸されている

る、三つの比較対照できるような住宅を、賃借人に示すことを要求している。ある地方裁判所は、賃貸人が比較物件の所在する街路名と番地を示すだけでは足りないとし、「何階のどの位置にあるか、賃借人の氏名、賃料、一平方メートル当たりの額、また何平方メートルあるか、を明示すること」をも要求した。この判決によれば、以上の事項を示すことによってのみ、新たに要求された賃料が地域に通常行われているものであることを証明することができ、その他の方法では証明できない、とされた。連邦憲法裁判所は、この確定判決を、家屋所有者である賃貸人の、所有権から導かれる手続法上の地位を侵害するものだとし、破棄した。

二 これらの判例に対する学説の反応

連邦憲法裁判所が民事訴訟法上の内容をもった判決を下すことは、これまで極めてまれなことであり、学問上の注意を惹くことはなかった。しかし、ここ数年このような判決が相ついで下され、民事訴訟法の中心問題に関わるようになってきた。例えば、連邦憲法裁判所は、時機に後れた攻撃防禦方法の失権に関する規定を、法律で明示的に規定されていない場合にまで類推適用することはできない、と判決した。かくして、控訴に関する失権規定などは、これを抗告に類推適用できなくなった⁽¹⁵⁾。

このことは、民事訴訟法学が、なぜ、今はじめてその殻からぬけだすことになったかを説明している。現在では、民事訴訟上の諸問題に関する憲法裁判所の判例が、学問上極めて現代的なテーマとなっている。⁽¹⁶⁾ ドイツ側の提案で、このテーマが、一九八三年、ヴェルツブルクで開かれた第七回民事訴訟法国際会議においてもとり上げられ、当時の連邦憲法裁判所長官が、このテーマについてのドイツのナショナル・レポートを担当した。⁽¹⁷⁾ これについては、この間数多くの判例が現われているのでまずこれらの判例を体系づける必要がある。しかし、事案に適った学問上の体系づけには、これら新たな判例の内容分析が重要である。その中には軽微な事件に関する多くの判例も含まれているが、これらは極めて啓発的である。というのは、これらの判例は、日常の決まりきったことを、突然手続的正義に関する最高原則と新たに対決させているからである。この場合、体系化の作業は、まさに、これらの諸原則の効力範囲とその限界を改めて考え直すという点に、その意義がある。すなわち、これまで、裁判所は裁判をするにあたり、比較的一般的に述べている憲法の規定を、裁判の基準として判断しなければならぬわけではなく、民事訴訟法およびその付属法規の多くの個別規定に基づいて判断すればよい、とされていた。そこでは、ごく外面的な基準によるだけで体系づけることのできる判例の山がで

あがった。そこで今、一般的正義の原則をみつめ直し、憲法抗告 (Verfassungsbeschwerde) の可能性を背景にして、裁判所にも訴訟上の正義原則の見直しをさせることがわかに重要となってきた。アメリカの最高裁判所は、これを次のような古典的な言い方で表現している。⁽¹⁸⁾

「フエア・ブレイおよび実質的正義に関する伝統的な観念は、我々の憲法上の遺産の基本的価値と一致しない新たな手続の導入によって容易に破壊されうると同様、もはや正当化されない古来の方式を永続させることによって、容易に破壊されうる。」

判例を体系づけるための手がかりをいくつかあげることができ

(1) 体系化の手がかりの一つは、憲法のどの規定が連邦憲法裁判所の民事訴訟に関する判旨の出発点となっていたかをはっきりさせることである。この点裁判所はまさに不安定であり、同じような問題を全く別の観点から論じているのを見出す。このようなことは当然のことながら法的安定に役立たない。⁽¹⁹⁾ そこで連邦憲法裁判所が発展させた「新たな」法律状況を、依然としてごく一般的とされている基礎の上に認識しようとの試みがなされた。そのうちの一つは既に指摘した。憲法には一般的な条項は規定されていないが、連邦憲法裁判所は、基本法

もアメリカの憲法のように due process of law 条項を含んでゐる、との命題を定立した⁽²⁰⁾。もちろん、訴訟上の公正 (Proces-
sual Fairness) の観念はすでに以前から、訴訟上の規定を解
釈する際の補助手段として、ひとつの役割を演じてきた。しか
し今や、これまで訴訟上の公正の原則から導かれてきたすべて
のことが、憲法上の地位を有するかどうか、改めてよく考えて
みる必要がある。特別な方法でこの問題を検討したシューマン
(Schumann) は、一つの印象的な例をあげている。上訴制度に
関して、判例は最惠原則 (Grundsatz der Meistbegünstigung)
を發展させた。裁判官が裁判の形式を間違つたときは、不利益
を受けた当事者は誤つた裁判に対する上訴も正しい裁判に対す
る上訴もいづれも提起することができる。例えば、裁判官が判
決の代わりに決定を下した場合、敗訴当事者は控訴も抗告も申
し立てることができる。ところで、これは、現在、憲法上保障
されているのであろうか、それとも、訴訟上の公正の観念に対
する特別重大な違背だけが違憲とされるのであろうか。

連邦憲法裁判所が新たに發展させたもう一つの法律問題は、
権利保護は単なる紙の上のことだけではならず、実際に
与えられなければならない、という連邦憲法裁判所の言葉によ
つて示される。これを基に、連邦憲法裁判所は、無資力の訴訟
当事者の地位の強化を敢行し、例えば、貧困のため訴訟費用の

援助を求める申立をしなければならない訴訟当事者は、訴訟上
の期間の進行に関して配慮されなければならない、との原則を
定立した。この問題についても、無資力の訴訟当事者の法的地
位を根本から新たに考え直そうという動きが学説においてもす
で見られるのである。

(2) この領域では、連邦憲法裁判所の判例が、これまで学
説に、まさに目をみはらせる覚醒をもたらしており、それは学
説の敷衍または批判の域を越えたはるかに刺激的なものであ
る。ここでは、我々に親しんだ体系化の手がかり、すなわち、
古典的訴訟法原則に手がかりを求めた方が、いくらかわかりや
すいであろう。

(a) ドイツの法律家が、「手続原則と連邦憲法裁判所」とい
う概念を相互に結びつけるとき、まず考えるのが「法的審問
(rechtliches Gehör)」である。実際、連邦憲法裁判所もこの
領域で驚くべき成果をあげた。学問上最も関心のもたれるのは
次の点である。すなわち、先に触れたように、連邦憲法裁判所
が、裁判によって自己の権利に影響を受ける者は、訴訟法に規
定がなくても手続に引き込まれなければならない、という見解
を押し通した点である⁽²²⁾。この判決は、確かに、一般には歓迎さ
れた。しかし、いついかなる第三者が自己の権利を害されたとい
えるのか、という新たな議論にまでは、今のところまだ立ち

入っていない。もちろん、このテーマはすでに以前から盛んに論ぜられてきたところではある。^(22a)

(b) ドイツ民事訴訟法のもう一つの基本原則として、裁判所の管轄を法律の規定に従い強行するという要請がある。訴を提起された裁判所は、当該事件を審理するか、しないかの裁量をもっていない。この点でも、ドイツ法はアメリカ法と異なっている。アメリカ法では、*forum non conveniens* の原則により、裁判官は場合によっては、内国または外国の他の裁判所の方が当該事件についてはるかに適しているとの理由で、裁判を拒むことができる。おそらく、連邦憲法裁判所は近い将来この問題と取り組まなければならないであろう。なぜなら、ドイツの民事訴訟法は、被告に対してあまりに不公平な管轄規定をおいているからである。日本の民事訴訟法が定めている規定も同様である。すなわち、国内に住所をもたない者でも、国内に財産を有する場合には、国内で訴が提起されうる。従来の判例によれば、わずかばかりの財産でもあれば、どのような紛争についてでもドイツの裁判所に管轄権を生ぜしめるに足る、とされている。⁽²³⁾ これらの規定は決してその内容全体が不当であるということはできない。しかし、いろいろな状況の下においてそれは奇怪な結果をもたらす。これが不公平であることは、学説上すでに数年前から指摘されているところである。⁽²⁴⁾ この点では、

学説の方が将来の憲法判例の準備作業をすでに根本的に行っていた。連邦憲法裁判所は、民事訴訟法二三条の憲法上の問題を十分自覚していることを、すでに示唆している。^(24a)

(c) 以上と同じような学説の準備作業が、もう一つの点で、それとなく行われた。それは処分権主義に関するものである。原則として、原告は、自己の数個の権利のうちどれを訴求するか、また、これを全部訴求するか、それとも一部を訴求するか、自由である。もちろんこれは、被告が、係属する訴訟において反訴を提起し、これによって不当な訴訟対象の特定を修正する権利をもつからこそ、堪えられるものである。シューマン⁽²⁵⁾は、これを公正な手続の憲法上の保障と関連づけている。学説は、一定の反訴の制限、すなわちドイツ法の定める婚姻訴訟における反訴の制限（民訴法六一〇条二項）などが合憲か否かを検討しなければならない。

特に真剣な論争のきっかけとなったのは、強制執行手続において処分権主義が、今後、法律の規定するような形で妥当するかどうか、という問題であった。ドイツ法では、そしておそらく日本法でも、債務者の財産のどの物件に対して執行するかを決めるのは、もっぱら執行債権者である。債権者は、債務者の家族の住宅を選ぶこともできるのであって、たとえ比較的少額の執行であっても、まず賃金債権または銀行預金に対する執行

を試みることを義務づけられてはいない。これは容易に債務者にとつて著しく過酷な結果となりうる。連邦憲法裁判所自身は、この問題についてまだ態度決定をしていない。もっとも、連邦憲法裁判所のある裁判官は、少数意見の中で、強制執行手続における処分権主義の妥当について疑念を表明している。彼の言葉によれば、強制執行の債権者は国家の公権力を利用しているが、この公権力は、国民としての債務者に対して、できるかぎり介入を少なくすべしとの原則に従つてのみ発動しうる。多くの裁判所が、比較的少額の場合に、申し立てられた不動産執行の実施を拒絶してきた。一方、民事訴訟法学は、このようなやり方に対してほぼ一貫して反対しており、処分権主義が強制執行法にとつても現代的意義を有することを擁護してきた。⁽²⁸⁾審理が面倒になり、時間を費やし、それゆゑ強制執行手続の能力が害されるようになることを、恐れているのである。興味深い点は、訴訟に関して言われている憲法上基本的な二つの事項、すなわち、公正の要請と効率的な権利保護の要請とが、相互に矛盾抵触する可能性があるということが、明らかになっていることである。

(d) 憲法上は、確かに、民事訴訟において弁論主義が行われるべきである、とする要請は存在しない。しかし、憲法は、当事者の提出した裁判にとつて重要な訴訟資料が、証拠の申出も

含めて、実質的に考慮されることを要求している。この点を、連邦憲法裁判所は繰り返し確認している。⁽²⁹⁾この判例は、まさに逆説的な現象を述べている。立法者は、審級の道を制限しようとしてきたのであり、それゆゑ、民事判決に対する上告を全く認めず、あるいは、認めるとしてもそれを厳格な要件にからしめた。確かに、これによつて、民事事件の最高裁判所である連邦通常裁判所は、負担を軽減された。しかし、自分の提出したものを考慮してもらえなかった訴訟当事者は、国内の最上級裁判所である連邦憲法裁判所にむかった。これによつて連邦憲法裁判所は、その偉大な権威をもつて、当事者の提出を汲み尽くすという憲法原則の妥当を指摘する機会をもつた。この判例は、その理由中において、重要な当事者の提出のすべてにつき⁽³⁰⁾事案に即して審理すべきであり、そうしないと、裁判官は当事者の重要な提出を無視したものとして推定される⁽³¹⁾としている。学説は、現在、民事訴訟法の新しい規定がこれらの要請に合致しているか否かを検討している。⁽³²⁾ちなみに、改正法三一二条三項は、判決理由には、判決が事実上および法律上よつて立つところの考え方の「要約」だけを記載すればよい、としている。

弁論主義の領域の問題について、最近では、連邦憲法裁判所の判決の、まず考えられる良い点と悪い点を反省するというだけではなく、それ以上のがなされた。むしろこの点におい

て、学問は、将来の法発展のための長期的な予測をその使命としてゐるように見受けられる。

- (2) これとつては、Ditz の基本的論文である *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht* (1969) 及び最近の Benda-Weber, ZfP 96 (1983), 292 ff. 参照。
- (3) Taniguchi in: *Fundamental Guarantes of the Parties in Civil Litigation* (Herausgeber Capelletti u. Tallon) 1973, S. 582. これは、最高裁昭和四十一年三月二日判決 (民集二〇巻三六〇頁) が引用されてゐる。
- (4) BVerfGE 21, 139.
- (5) Böttcher, FS Lent (1957) 89 ff.
- (6) 谷ロ・前掲注 (3) 文献五八五頁。
- (7) 名古屋地裁昭和三十九年三月六日判決 (判例時報三七二号三二頁)。谷ロ・前掲注 (3) 文献五八八頁の引用による。
- (8) BVerfGE 60, 7.
- (9) BVerfGE 26, 66 (71).
- (10) BVerfGE 46, 202 (210).
- (11) BVerfG NJW (1983), 2762, 2763.
- (12) 最高裁昭和三十七年十一月二八日大法院判決 (刑集一六

卷一五九三頁)。谷ロ・前掲注 (3) 文献五八九頁の引用による。

- (13) BVerfGE 46, 325 (334 f.); 49, 220 (225); 51, 150 (156).
- (14) BVerfGE 49, 244=NJW (1979), 31 ff.; 53, 352 ff.
- (15) BVerfGE 59, 330 f.
- (16) これはつては、Schumann, ZfP 96, 137 ff. (これは著者の著した“Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß”, Köln, 1983 という書の中に収められてゐる); Gerhardt, ZfP 95 (1982), 467; Vollkommer, RPfeger (1982), 1 ff.
- (17) Benda-Weber, ZfP 96 (1983), 285.
- (18) Shafer vs. Heiner 433 US 186 (188).
- (19) Schumann, a. a. O. (N. 16) 148 ff.
- (20) 前掲注 (9) (11) の判例参照。
- (21) BVerfGE 7, 53, 35, 348; 56, 139.
- (22) BVerfGE 60, 7 ff.
- (23) 最近では Calavros, Urteilswirkungen zu Lasten Dritter (1978); Thiere, Die Wahrung überindividuelles Interessen im Zivilprozeß (1980), 177 ff.
- (24) これはつては、もしもたら Stein-Jonas (Schu-

mann), 20. Aufl. § 23 Rdn. 11 ff. 参照°

- (47) ヲテニウツトナシ Schumann, ZfP 93 (1980), 408, 431 ff.; ders.: Studi in onore di Enrico Tulli Liebman (Mailand 1979) 839 ff.; Schack, ZfP 97 (1984), 44, 55 ff.

(48°) BVerfG 64, 2 ff. unter III 1 d.

(52) Schumann, a. a. O. (N. 16) 168.

(32) Böhmer in: BVerfGE 49, 228 ff.

(27) LG Frankenthal RPfeger (1979), 432.

- (82) Jauernig, Zwangsvollstreckungsrecht, 20. Aufl. § 1 X; Vollkommer RPfeger (1982), 1 ff., 8 ff.; Gerhardt, ZfP 95 (1982), 467 (482 ff.); Egbert Peters, FS Baur (1981) 552; Baur-Stürmer, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Aufl. (1983) Rdn 593.

(62) 裁判官の地位に於て BVerfGE 46, 185; 46, 315; 48, 394; 50, 32; 51, 126; 51, 188; 52, 203; 53, 219; 54, 43; 54, 86; 54, 117; 58, 353; 60, 1. Neuestens NJW (1984), 2203.

(93) BVerfGE 56, 139; 57, 39 (offensichtlich sachwidrige und darum willkürliche Würdigung eines Partei-

vorbringen als Verfassungsverstoß).

(13) BVerfGE 47, 182; 51, 126; 54, 43 (46); 58, 353 (357).

(32) Schumann, a. a. O. (N. 16) 198.

三 証明権——現代の法学上の発見?

一 最近発見された問題

国際的にも大変有名なドイツの訴訟法学者「ヴァルター・J・ハーブシャイト」は、六〇歳になってから外国の大学、すなわちチューリッヒ大学に招聘され、こういうことは数十年来なかったことであるが、驚いたことにこれを受け入れた。彼は数カ月前にそこで教授就任記念講演を行い、そのテーマとして「証明権と権利保護の実効性の原則——現代の法学上の発見か?」

(Das Recht auf dem Beweis und der Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes — juristische Entdeckungen unserer Zeit?)」を選んだ。

ドイツ国内および国際的にも最近活発に議論されるようになった「証明権」が、ドイツにおいてまさに「発見」と感じられるのは、偶然ではない。けれど、ドイツの民事訴訟法およびこの点においてドイツに倣う日本の民事訴訟法は、いずれも訴訟

当事者に、元来自己の手もとにない事案解明手段および証拠方法を取得する権能をこくわずかしか与えていないからである。アメリカの訴訟法と対比すると、このことが特に際立つ。自動車または機械によって、あるいは薬の服用によって引き起こされた事故を契機とする製造物責任の事例をとり上げてみよう。被害者が、その製品の設計が誤っており、製造会社はその製品の危険性についてすでに以前から情報を得ていたにもかかわらず、製品を回収することをしなかった、との疑いを抱いたとする。原告は、訴訟開始前、事件を解明する可能性を全くもっていない。民事訴訟の手続においては、原告は、あてどもなく適当な主張を並べ立てる以外に手はない。しかし、その場合、原告は具体的に述べなければならず、それは通常不可能なことである。ドイツ法は、日本法（日民訴三三六条）と異なり、相手方当事者の宣誓による当事者尋問は、相手方が拒めば、これを強制することができない。証人についても、たいいていの場合名前をあげてこれを指定することができない。また、名前をあげられたとしても、証人は自分の記憶に従って知っていることを証言する義務しか負っていない。証言の準備をしたり、自己の所持する文書を法廷に持参する必要はないのである。⁽³⁴⁾相手方当事者も、実体法上の特別規定が閲覧権を認めている場合——これは実際には極めてまれである——にのみ、文書の提出を義

務づけられているにすぎない。この点では、ドイツ法も日本法（日民訴三一・二条二号）も同じである。英米、とくにアメリカでは、状況が全く異なる。英米法では、「ブリトライアル・ディスカバリー」の名の下に、訴訟当事者の弁護士は、相手方および第三者に対して文書の提出および証言を強制する広範な権限をもっている。例えば、カリフォルニア州裁判所は、数年前、ドイツのフォルクスワーゲン社に対する製造物責任訴訟に関して、次のような積明決定を下した。⁽³⁵⁾原告の弁護士は、エンジンとカメラマンを伴って、連続する五日間フォルクスワーゲン社の製造工場および管理部の建物に立ち入り、そこですべてのものを見る権利を有する。さらに、事故車と同型の自動車の設計製造に関するすべての物および文書を撮影することができ、そのような文書の保管場所について会社のすべての従業員に質問することができ、と。これは確かに行き過ぎではあるが、このようなアメリカ法のあり方がドイツ法の大きな欠陥を露呈せしめていることは確かである。

二 証拠法に関する新たな学説の寄与

(1) シュテュルナー(Stüerner)は、この問題を初めてその論文でとり上げた学者であり、その名前は永く残るであらう。⁽³⁶⁾ドイツ民事訴訟法は、いくつかの規定で、訴訟当事者が、特殊

な、非常に狭く限定された状況において、事実関係の解明に協力する義務を負うことを定めている⁽³⁷⁾。これを手がかりにして、シュテュルナーは大規模な類推を行っている。すなわち、訴訟当事者は、相手方当事者が事実関係不知の典型的な状態にあるときは、常に、事案解明のための行為をしなければならぬ、との結論を導いた。これだけでは、確かに、第三者の所持する情報の問題は解決されていない。しかし、シュテュルナーは、訴訟当事者の解明義務は、自分が影響を及ぼしうる証人に証言の準備をさせることを含むと考えている。この理論の射程距離がどこまで及ぶかを、二つの例をあげて示してみよう。

(a) ある情報が、相手方当事者に知られてはならない業務上の秘密であるため、当事者がその情報を漏らそうとしない、としよう。この場合、一方では、証明責任を負わない当事者による解明が必要かつ相当であるが、他方で、その当事者の業務上の秘密を守る要請があり、両者の間にジレンマが生じる。シュテュルナーは、このジレンマを極めて独創的な方法で解決している。すなわち、彼は次のような解決方法を提案する。解明能力のある当事者は、こういう事情の下では無制限の解明を強制されない。彼に秘密の開示を要求できるのは、開示される情報を裁判所だけが受け取り、相手方には知らせない場合に限られる。相手方が、このような、開示される事実を知ることから自

分を締め出す「秘密手続 (Geheimverfahren)」に同意した場合、解明能力ある当事者が解明を拒めば、そのことから裁判官はその当事者に不利な結論を引き出すことができる⁽³⁸⁾、とするのである。もちろん、この解決方法には、当事者が認められている法的審問を一部放棄できることが前提となる。この点は、通常否定されているが、シュテュルナーは正當にも肯定している。このような状況の下では、法的審問の放棄は確かに完全に「任意」とはいえない。「秘密手続」がある程度強制されているからである。しかし、相手方当事者の保護に値する利益のために、相手方当事者による解明という法律上の恩典を、そのような同意に依存させることは、疑いもなく正當である。

(b) シュテュルナーは、解明義務をさらに訴訟前の局面にまで拡張し、この義務から証拠方法供用義務を導き出した。彼はつぎのように述べている。

「各当事者は、目前に差迫った訴訟に関して、立証責任を負う当事者のために証拠方法を保持するという訴訟上の義務を負う(証拠保持義務)。この義務は、実体的法律関係とは独立に存在する。……さらに、特別な場合には、証拠方法を作成する訴訟前の義務も存在する。これらの義務は、法的取引における諸活動、または、他の方法による証拠保全を不可能ならしめるような事件の経過についての排他的支配と結びついている。」⁽³⁹⁾

連邦通常裁判所は、——シュテュルナーの名前を挙げはしなかったが——右の主張の後者を最近の判例で受け入れた⁽⁴⁰⁾。ある患者が外科医の診療を受け、後に死亡したという事件で、外科医は、連邦通常裁判所の言葉によれば「部分的には悪意といわれてもよいような異常な方法で記録作成義務を怠った」。そのため、この医師が手術の際に注意義務を怠らなかったかどうかの評価が、もはや不可能となった。連邦通常裁判所は、医師が自己の負っている証拠方法作成義務を果たさなかったことの結果として、死亡した患者の遺族に、「証明責任の転換にまで至りうる証明軽減」を認めた。

(2) このように広範囲に及ぶ主張には、異議が唱えられないうちがなかった。極めて早い時期に、アーレンス(Arens)により日本において異議が表明された。すなわち、一九八二年、福岡で開催された民事訴訟法学会の席上、アーレンスはシュテュルナーに対する批判を述べている⁽⁴¹⁾。実際、シュテュルナーの理論が、解明義務の要件に関しても、また、解明義務違反の法的効果に関しても、裁判官の権限の著しい拡大と結びついており、実務上の運用において不確実性が伴う、という問題点をはらんでいることは、明らかである。しかしこのことで尻込みしてはならない。一般に、教条主義的な法律学においては、判例がやや混乱し、見通しがきかなくなつて、評価の基準となる指

導的観点の下で体系化することが必要とされるようになる、とはじめて思い切った新たな法的思考が生まれるものである。その場合、判例によつて是認されている部分的思考の中に、すでに学説の提供したものが組み込まれているのである。新しい学説があまりに判例より先走ると、どうしてもまず法的不確実性に対する不安が生じる。しかしいづれにせよ、判例は、学説の側から出される根本的に新しい考えに暗中模索しつつ近づいていくであらう。ドイツでは、第一次世界大戦の後、実体法の領域で全く同じような現象がみられた。当時、インフレのため、契約上の義務の厳格な履行が当事者にもはや期待できない状態にあった。エルトマン(Eertmann)という学者が、まだほとんど判例がなかった時期に、この問題をとり上げた。彼の業績は、今日そしておそらく永久に、先駆的なものとみなされるであらう。しかし、これも当初は著しい法的不確実性と裁判官の権限拡大を招来するものだったのである。シュテュルナーの学説も、法的確実性の観点の下では、エルトマンの理論と異ならない。

アーレンスはシュテュルナーの説を弁論主義の原理に反するものとみている⁽⁴³⁾。しかし、これは誤解である。この原理は、ただ、裁判官が当事者の証拠申出その他の申立を無視して活動してはならない、ということを行っているにすぎない。当事者の

一方が相手方当事者の援用した情報提供義務を果たさない場合に制裁を課する裁判官の権限は、何ら弁論主義と関わらない。それゆえ私は、もう一つの重要な論文を、アーレンスとは反対に、シュテュルナーの理論の批判としてではなく、これを補完するものと理解している。一九八二年に出た、ヴォルフガング・ブレーム (Wolfgang Brehm) の「当事者の申立の裁判官に対する拘束力と自由な弁論評価の限界」と題する著作がそれである。これはチュービンゲンの教授資格論文であるが、たいへん興味をそそる本である。ドイツではここ数年、弁論主義に対して若干疑問が投げかけられている。弁論主義はもはや民事訴訟の動かすべからざる基本原則ではなく、逆に、社会政策上考慮されるべきものであり、せいぜい「技術的」機能が認められているにすぎない。五〇年前、民事訴訟法に真実義務に関する明文の規定をおくことをめぐって激しい論争がなされて以来、弁護士の中に、議論に加わって発言する者は一人もいなかった。それだけに、今また、著者のいう弁護士職の「公理」から書かれた論文が存在するに至ったことは、なおさら新鮮である。「弁論の評価」という概念は、著者が導入した新しい中心概念であり、この論文は、この新たな概念の説明にあてられている。この概念は、あたかも、元来公知の事柄を新しい観点から新たに照らし出すというような作用を営んでいるといえよ

う。すなわち、ドイツ民訴法二八六条および日本民訴法一八五条によれば、「なされた」証拠調べの結果だけでなく、「弁論の全趣旨」をも自由に評価しなければならぬとしているが、これは何を意味すべきか。ブレームは、この「弁論の評価」は実務上、判決を下す直前の最終評価よりもはるかに広いということとを初めて明らかにした。ブレームによれば、むしろ「前もって弁論の評価がなされ」、これが訴訟の展開にとっても重要な方向決定の要素となっている、ということである。ブレーム自身、多少極端ではあるが、ひとつの例をあげている。判例集に掲載されていない昔の判例であるが、連邦通常裁判所は、そこで、何ら証拠調べをしないで父子関係を確認した原判決を支持した。その原判決は、原告である子の主張をいれ、被告である父の主張をいれなかった。子は、自分の母親を証人として指定していたが、裁判所は、この母親を証人として尋問しなかった。被告は、母親が証人として尋問される場合、これに質問できることを当てにしていた。原告の母親がとにかく証人として指定されていたので、被告は自分の方で、証人としてその母親を指定しようと思わなかったのである。裁判所の対応により、原告のこの可能性が遮断された。ブレームは、数多くの判例の分析を基にして、裁判所が日頃弁論の評価を行なうことによって、裁判がいかに広く内容上事前に決定されているかを明らかに

にしている。

ここで細部に立ち入ることは控えよう。ただ、これだけ言える。日本の方がよい、ということである。というのは、日本では戦後、英米法に倣って反対尋問を導入したからである。確かに、日本の裁判官は、証拠方法が必要でないと思えるときは、これを拒むことができる。しかし、一方の当事者から申請された証人をその当事者に尋問させない場合の心理的障害は、そのことによって、同時に、相手方当事者から反対尋問の権利が奪われることになるときには、はるかに大きい。

この論評によって、私はすでにこの講演の第一部のテーマに再び到達している。連邦憲法裁判所は、憲法の個々の規定から、公正な弁論の指揮と実効的な権利保護の原則を抽出したが、そのような原則は、他の優越的な利益のためにこれを避けるべき特別な理由が存在しないかぎり、当事者に証拠方法を入力させることを要請するのであるか。シュテュルナーは、非常に大胆と認めざるをえない彼の主張を支えるものとして、この観点をも挙げている。これは正当だと思われる。裁判所は、部分的な証拠調べに基づいてすでに原告の主張の正当性を確信できると考えたときでも、少なくとも、原告の指定した、まだ証拠調べが尽くされていない証拠方法を被告が当該手続に持ち込むことができるよう、被告に教示しなければならない。訴訟

法は、他人が勝手に使用できない証拠方法および情報に当事者が到達できる可能性を与えていなければならない。

これは、ハーブシャイトのチュエリッヒでの就任講演における関心事でもあった。彼は、イタリアの憲法裁判所の二つの判例から出発している。この裁判所は、法律が、配偶者、一定の親族および一四歳未満の少年は証人として指名することができない、と定めているのを違憲とした⁴⁵。法律は、あらかじめ証拠評価を行ない、そのような証人をはじめから不適格とみなしていたのである。ハーブシャイトは、この局面に限定してはあ
るが、法律に規定されたものであろうと、裁判官が行なうものであろうと、事前の証拠評価はすべて憲法上の公正な手続の要請に対する違背であるとする。

以上みてきたように、ドイツの訴訟法学は、実際のところこの領域に足を踏み入れたばかりである。これがドイツ訴訟法学全体をその危機から救い出し、公正な民事訴訟をめぐる大規模な基本的法政策上の議論をもたらすかどうかは、今のところ、まだ誰もわからない。

(33) もっとも、製造物責任訴訟では、この点に関して、主張責任および証明責任に関する連邦通常裁判所の判例がどのように解釈されるべきか、という問題につき争いが

- ある。一方では連邦通常裁判所のある判例 (WM 1981, 544=Schlosser, Jura-Kartei, BGB § 823/4) に基いて、原告は、自己が生じた法益侵害を自らこれと製造物との因果関係だけを立証すればよい、との結論を導くこと (Graf v. Westphalen WM 1981, 1154, 1157 u. Jura 1983, 283)。これを採った。右の事件に関する裁判官の一人は反対意見を (Kullmann WM 1981, 1322, 1330 f.)。
- (25) Stein-Jonas (Schumann/Leipold), 19. Aufl. § 373 Anm. VI 1 a.
- (35) この決定は取り消されたが、それな、求められた証拠調べが治外法権に属することと理由とするものであった。Volkswagenwerk AG vs. Superior Court 123 Cal. App. 3d 840=Cal. Rptr. 874 参照。
- (36) Stürmer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1976).
- (37) 例えは、§§ 372a, 417 ZPO.
- (38) Stürmer, a. a. O. 223 ff.
- (39) Stürmer, a. a. O. 173.
- (40) NJW (1978), 2373.
- (41) Arens, ZZP 96 (1983), 1 ff., 13 ff.

ドイツ民事訴訟法学の現況

- (24) Oertmann, Die Geschäftsgrundlage (1921).
- (23) Arens, a. a. O. 11 ff.
- (44) Brehm, Bindung des Richters an dem Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung, 1982. 訴訟の証拠および事実収集の局面に関する最近のその国の文献については、Egbert Peters, Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess (1983); H. Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1984); Coester-Waltjen, Internationales Beweisrecht (1983) 参照。
- (45) Urteile Nr. 248/1974 (Foro Italiano 1974 I 2220) u. Nr. 139/1975 (Foro Italiano 1975 I 2393).

[訳者あとがき]

本書の原題は、Der aktuelle Stand der deutschen Wissenschaft vom Zivilprozess であり、昭和五九年一〇月一八日、ミッテンハイン大学教授ピーター・シュロッサー (Prof. Dr. Peter Schlosser) が、早稲田大学比較法研究所に招いて行なった講演の翻訳である。