

論 説

ZPO485条（独立的証拠調べ）について

——その概要と評価——

石 川 明

- 1 はじめに
- 2 独立的証拠調手続の機能
- 3 独立的証拠調手続の概要
- 4 独立的証拠調手続の評価

1 はじめに

ドイツ民訴法（以下本稿において ZPO と略す。単に条文のみ引用する場合は ZPO の条文である）第12節は独立的証拠調手続について規定している。その第485条以下の規定はこれを本節注 1 に掲記した⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾。

-
- （1） 法務大臣官房司法法制調査部編「ドイツ民事訴訟法典」（石川明＝三上威彦訳・法曹会刊）によれば、独立的証拠調べの規定は以下のとおりである。なお仮訳は春日偉知郎・後掲13頁以下にある。

第12節 独立的証拠調手続（Selbständiges Beweisverfahren）

第485条〔適法性〕 ① 争訴手続（Streitverfahren）の係属中、又は訴訟手続外において、相手方当事者が同意するか、又は証拠方法が失われるか若しくはその利用が困難になるおそれがある場合には、当事者の一方の申立てにより検証の実施、証人の尋問又は鑑定人による鑑定を命じることができる。

② 訴訟が未だ係属していない場合には、当事者は、鑑定人による書面による鑑定を申し立てることができるが、当事者が、以下の事項が確定されることについて法律上の利益を有する場合に限る。

- 1 ある者の容態又はある者の状態若しくは価額
- 2 人的損害、物的損害又は物についての瑕疵の原因
- 3 人的損害、物的損害又は物についての瑕疵の除去に要した費用

法律上の利益の確定が訴訟の回避に役立ち得る場合には、法律上の利益があるものとみなす。

③ 鑑定が既に裁判所によって命じられた場合には、新たな鑑定は、第412条の要件が満たされる場合にのみこれを実施する。

第486条〔管轄裁判所〕 ① 訴訟が係属している場合には、申立ては、受訴裁判所にこれをなすことを要する。

② 訴訟が未だ係属していない場合は、申立ては、申立人の述べるところによれば、本案に関する裁判について権限を有することになる裁判所になすことを要する。後に係属した訴訟手続において、申立人は、裁判所が管轄権を有していない旨を主張することはできない。

③ 差し迫った危険が存する場合には、申立ては、その管轄区域に尋問すべき者あるいは鑑定すべき者が滞在し、また検証すべき物あるいは鑑定すべき物が存在する区裁判所に対してもこれをなすことができる。

④ 申立ては、事務課の調書に記載してこれをなすことができる。

第487条〔申立ての内容〕 申立てには、以下の事項を記載しなければならない。

- 1 相手方の表示
- 2 証拠調べがなされるべき事実の表示
- 3 証人の指定又は第485条に基づいて適法とされるその他の証拠方法の表示
- 4 独立的証拠手続が適法であること、及びその裁判所の管轄に属することを理由づけるべき事実の陳明

第488条、第489条 (削除)

第490条〔申立てに対する裁判〕 ① 申立てについては、口頭弁論を経ることなく裁判することができる。

② 申立てを認容する決定においては、証拠調べが行われるべき事実、及び尋問すべき証人並びに鑑定人を指名して証拠方法を表示しなければならない。この決定には、不服を申し立てることができない。

第491条〔相手方の呼出し〕 ① 相手方は、事件の状況がこれを許す限り、相手方が期日において自己の権利を防御することができるように、決定及び申立ての謄本を送達することにより、適時に証拠調べのために定められた期日にこれと呼び出さなければならない。

② この規定が遵守されない場合にも、証拠調べをなすことはこれを妨げない。

第492条〔証拠調べ、調書〕 ① 証拠調べは、当該証拠方法の取調べに一般に適用される規定に従って、これをなす。

② 証拠調べに関する調書は、証拠調べを命じた裁判所において、これを保管することを要する。

③ 合意が期待される場合には、裁判所は、当事者を口頭でなされる討議(mündliche Erörterung)に呼び出すことができ、和解は、裁判所の調書に記載しなければならない。

第493条〔独立的証拠調手続〕 ① 当事者が、独立的証拠調べが行われた事実を

日本民訴の証拠保全手続に相当する改正前の ZPO の証拠保全手続を含むものであるが、1991年4月1日施行の司法簡素化法—Das Rechtspflege-VereinfachungsG—によって導入された独立的証拠調手続（Selbständiges Beweisverfahren）は、旧法の証拠保全的機能が持たなかったこれとは別の新しい機能をも担っている。

訴訟において提出する場合には、独立的証拠調べは、受訴裁判所の面前でなされた証拠調べと同等のものである。

- ② 相手方が、独立的証拠調手続におけるある期日に出頭しなかった場合には、相手方が適時に呼び出された場合にのみ、その結果を用いることができる。
- 第494条[相手方が不明である場合] ① 挙証者が相手方を表示しない場合には、挙証者が、過失なくして相手方を表示することができなかった旨を疎明する場合に限り、申立ては適法である。
- ② 申立てが認められた場合には、裁判所は、証拠調べに際して、不明である相手方のためにその権利を防御させるために、代理人を選任することができる。
- 第494条 a [訴えの提起期間] ① 訴訟が係属していない場合においては、裁判所は、証拠調べ終了後、申立てにより、口頭弁論を経ることなく、申立人が一定期間内に訴えを提起すべき旨を命じなければならない。
- ② 申立人がこの命令に従わない場合には、裁判所は申立てにより、決定をもって、申立人が相手方において生じた費用を負担すべき旨を言い渡さなければならない。裁判は、口頭弁論を経ることなくこれを行うことができる。これに対しては即時抗告をなすことができる。

(2) 独立的証拠調手続に関するドイツの文献としては、Kroppen-Heyers-Schmitz, Beweissicherung im Bauwesen, 1982; Schilken, Grundlagen des Beweissicherungsverfahrens, ZZP 92(1979). S. 238; Schreiber, Das selbständige Beweisverfahren, NJW 1991, 2600; Werner-Pastor, Der Bauprozess, 5. Aufl., 1986, RdNr. 1 bis 118; Wussow, Das gerichtliche Beweissicherungsverfahren in Bausachen, 2. Aufl. 1981がある。ZPO の注釈書として詳細なのは、Lüke-Walchshöfer, Münchener Kommentar, 2. Band. S. 322ff. がある。

(3) 1990年12月17日のドイツ司法簡素化法については、ドイツ司法簡素化法研究会「ドイツ『司法簡素化法』について」判タ768号6頁以下（特に独立的証拠調べについては12～13頁）、春日偉知郎「ドイツ民事訴訟法における『証拠保全手続』の改正によせて」NBL474号12頁、ライポルト「ドイツ民事訴訟における最新の法改正及び法改正計画」（出口雅久訳）法学研究66巻5号46頁以下がある。前掲春日論文は、独立的証拠保全手続の概略を紹介し、我が国の証拠保全手続に対する示唆に言及している。

それは、その主要な一部分として当然のことながら今日なお主として旧法の証拠保全手続のもつ証拠保全の機能を有している。証拠保全、すなわち *probatio ad perpetuam sei memoriam* ないし *Beweis zum ewigen Gedächtnis* を得るための手続、換言すれば、将来係属が予想される訴訟手続ないし現在係属中ではあるが証拠調べの段階に入っていない訴訟手続のために、利用の可能性が失われる危険のある証拠を保全するための手続としての機能を有する。この点を規定するのが ZPO485条第1項の適法性に関する *wenn* 文章後段（以下単に後段という）、すなわち、「証拠方法が失われるか若しくはその利用が困難になるおそれがある場合」である。

さらに、右の後段の要件がなくても、*wenn* 文章前段（以下単に前段という）の要件がある場合にも独立的証拠調手続が認められる。すなわち、相手方当事者が同意する場合であり、これを当事者の意思による証拠保全手続—*ein gewillkürtes Beweissicherungsverfahren*—という。かかる場合旧法では証拠保全手続が許されていた。しかしながら、相手方の同意による証拠保全は旧法上殆ど行われることはなかった。我が国の場合、相手方の同意による証拠保全は認められていない（民訴343条）。

これに対して現行 ZPO485条2項は、1号ないし3号に規定する場合について、一方当事者が書面鑑定申立てをなしう旨規定しているのである。これは旧法になかった新规定である。

本稿は、独立的証拠調手続の概要を紹介し、その果す役割について若干の考察をするものである。ただし、それが我が国民訴法における解釈論ないし立法論に若干の示唆を与えることになるからである。

2 独立的証拠調手続の機能

独立的証拠調手続それ自体は、そして就中第2項の書面鑑定は2つの機能をもっているといわれている⁽¹⁾。第1は、例えば建築訴訟 (*Bauprozess*)、交通事故訴訟 (*Straßenverkehrsprozess*)、および医療過誤訴訟 (*Arzthaftungs-*

prozeß)等, もっぱら, あるいは主として事実問題が争点となる訴訟事件において独立的証拠調手続, 特に書面鑑定を経ることによって訴訟を回避することができるという機能が挙げられる⁽²⁾。特に492条第3項が予定している和解(794条1項1号で債務名義になる)が, まさに独立的証拠調手続が訴訟回避の機能をもつことを明らかにしている。第2に, 将来当該紛争について訴訟が係属する場合についてみると, 独立的証拠調手続は訴訟促進の機能をもっている。事実に関する争点が既に独立的証拠調手続における証拠調べの対象とされていれば, 係属した訴訟の口頭弁論を証拠評価や法律問題に集中することができ, このことが訴訟促進につながることになる。また, 証拠調べが一定の範囲で終わってれば, 係属せる訴訟における早期和解の可能性が大きくなり, それがまた訴訟経済に役立つであろう。さらには, 前掲の諸類型の訴訟にあっては, 独立的証拠調手続における証拠調べのみをもって判決に熟する状態になっているというケースも考えられる。かようにして, 独立的証拠調手続が訴訟促進の機能を有していることを否定することはできない。

独立的証拠調手続にあっては必ずしも二当事者対立構造をとる必要がないことは, 491条2項, 494条によっても明らかである。日本民訴346条にみられる特別代理人の規定は494条2項に存在する。すなわち, 右両条に見られるように独立的証拠調手続が二当事者対立構造をとらない場合でも, 当該証拠資料は自由心証の対象となり, 本案訴訟においてそもそも証拠能力が否定されるわけではないので, それが訴訟促進に奉仕することがある点を否定することはできない。

なおそれが二当事者対立構造をとらない場合でも, 当該手続は訴訟事件として通常裁判所の管轄とされる⁽³⁾。

(1) 2つの機能については, Lüke-Walchshöfer, Münchener Kommentar, 2 Band, S. 323. 春日偉知郎・前掲14頁。

(2) Begründung RegE, BT-Drucks. 11/3621, S. 23, ライポルト・前掲52頁。なお, 独立的証拠調手続における和解にやや批判的な見解として春日・前掲17頁がある。

3 独立的証拠調手続の概要

1 適用領域

(1) 独立的証拠調手続の対象は、検証、証人尋問および鑑定に限定されている⁽¹⁾。文書は、例えば成立の真正を証明する等の目的をもってする場合には、検証、証人尋問、鑑定人尋問の対象となることがある⁽²⁾。これに対し、我が国の場合文書も証拠保全の対象となる。この点両者間に相違がある。

485条以下の直接適用は、通常裁判所の管轄事件のすべてについて認められる。周知のとおりドイツの場合裁判権の分岐が見られるが、後述のとおり、通常裁判権以外の裁判権の職分管轄事件については485条以下が類推適用されるか、あるいは準用条文により準用されることになる。

(2) 非訟事件については非訟事件手続法(FGG)164条の場合を除いて、独立的証拠調手続は規定されていない。FGG15条1項は、証拠方法に関する若干の規定の準用を認めているにすぎないので、通説は原則として、非訟事件手続における485条以下の規定の準用を否定するのが現状である⁽³⁾。これに対して、非訟事件中の真正争訟事件 (die echte Streitsachen) および家庭事件 (die Familiensachen) については485条以下が準用されている⁽⁴⁾。また、独立的証拠調手続は労働裁判所法46条2項により労働裁判所の訴訟手続に準用され、行政裁判所法98条により行政裁判所の手続に準用さ

(3) Schilken, ZJP 92(1979), 238, 239ff.; zT aM OLG Karlsruhe MDR 1982, 1026f.; Stein—Jonas—Leipold, vor § 485 RdNr. 1 (s. dort Fn. 3).

(1) Baumbach—Lauterbach—Hartmann, Anm. 1.; Zöller—Stephan, vor 485 RdNr. 5.

(2) Baumbach—Lauterbach—Hartmann, Anm. 1.; Lüke—Walchshöfer, § 485 RdNr. 2. この点について、春日・前掲16頁参照。

(3) Bumiller—Winkler, § 15 Anm. 5.; Jansen, § 15 RdNr. 79.; Lüke—Walchshöfer, § 453 RdNr. 3.

れ、財政裁判所法82条により財政裁判所の手続に準用され、特許法99条1項により連邦特許裁判所の手続に準用される。行政裁判所、財政裁判所の手続と民訴法の手続と異なる点は、前者が後者と異なり、独立的証拠調べ手続が旧法におけると同様に原則として証拠保全の目的のためにのみ認められるという点である。社会裁判所法は独自の手続をもつのであるが(社会裁判所法76条1項)、しかし、ZPO487条および490条ないし494条は社会裁判所法76条3項によって準用されることになる。行政裁判所ないし社会裁判所は独立的証拠調べ手続の機能を証拠保全の機能にとどめている。その理由は、係属中の訴訟手続外での事実の調査、審理は裁判所の職分ではなく、後刻訴訟に関与する行政庁の役割であることによるとされている⁽⁵⁾。

2 要 件

(1) 申立て

独立的証拠調べの開始には一方当事者の申立てを要件とする。486条, 487条には管轄、申立ての方式、内容が規定されている。申立てにつき弁護士強制はない(78条3項, 486条1項)。申立てについて開かれることもある口頭弁論については弁護士代理が適用される(78条1, 2項)。申立ては、訴訟手続におけるとは異なり、相手方の同意を必要とすることはなくいつでもこれを取り下げることができる。

(2) 申立てについて知れたる相手方の同意(1項)

申立ての相手方が同意するときは、その他の要件を必要とすることなく手続を開始することができる。同意の意思表示は訴訟行為であるから、これを撤回することも取り消すこともできない⁽⁶⁾。290条(自白の撤回)に準じ

(4) BayObLGZ 1976, 211, 213; Keidel—Kuntze—Winkler, § 15 RdNr. 56; Bassenge—Herbst, § 15 Anm. I 1d; Kissel, § 23 b RdNr. 49.; Lüke—Walchshöfer, § 485 RdNr. 3.

(5) Begründung RegE, BT—Drucks, 11/3621, S. 24; Schreiber, NJW 1991, 2601.

て申立ての相手方は同意の意思表示を撤回することは⁽⁷⁾許されない。その根拠は、自白は認識の表示 (Wissenserklärung) であるのに対し、同意は意思表示 (Willenserklärung) であるという相違が両者間に存在するからである⁽⁸⁾。これに対して同意について詐欺または原状回復事由 (原状回復の訴えの事由) がある場合、同意の意思表示を撤回できるものとされている⁽⁹⁾。同意の意思表示は裁判所に対し口頭または書面により、あるいは事務課の調書の記載によってなされることになる⁽¹⁰⁾。同意の意思表示は必ずしももっぱら裁判所に対するものである必要はない⁽¹¹⁾。例えば、訴えの取下げの同意の相手方は裁判所であるとする、269条2項1文のごとき規定を欠いているからである⁽¹²⁾。相手方の同意が書面による場合、右書面は、その内容から相手方が申立てにかかる独立的証拠調べに同意した旨が明白になるものでなければならない⁽¹³⁾。この適法性の要件としての同意は証明までを必要としないが、疎明されなければならない⁽¹⁴⁾。申立人がその申立てをもっぱら相手方の同意にかからしめて申立てをなすものの、同意書を裁判所に提出するなど相手方の同意を疎明しない場合、申立ては不適法として却下されるべきものである。しかしながら、不適法却下の裁判に対する上訴を回避し、または新たな申立ての労を省くために、訴訟経済上の理由から、相手方の同意の有無の解答請求を相手方に対し当該申立てを解答期限を定め

(6) Wussow, NJM 1969, 1404f.; Schilken, ZJP 92(1979), 238, 260f., m. weit. Nachw.

(7) Wieczorek, Anm. B III b1.

(8) Schilken, ZJP 92(1979), 238, 260.

(9) Schilken, ZJP 92(1979), 238, 260f.; Stein—Jonas—Leipold, RdNr. 6.

(10) Vgl. Thomas—Putzo, § 487 zu Nr. 4.

(11) Schilken, ZJP 92(1979), 238, 260, 266; Wussow, NJW 1969, 1401; Baumbach—Lauterbach—Hartmann, Anm. 3A.; Werner—Pastor, RdNr. 11.

(12) Lüke—Walchshöfer, RdNr. 4.

(13) Werner—Pastor, RdNr. 11.

(14) 通説である。Vgl. Baumbach—Lauterbach—Hartmann, Anm. 3A.; Thomas—Putzo, § 487 Anm. 1; Zöller—Stephan, RdNr. 2; Werner—Pastor, RdNr. 14., mit weit. Nachw.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 5.

て送付（zuleiten）しなければならないものと解されている⁽¹⁵⁾。

（３） 知れない相手方の同意

この種の同意は、494条1項の申立てが適法である場合、同条494条2項により裁判所が選任した代理人の同意による。2つの別の選択肢（1項後段の場合、および第2項）とは異なり、485条1項前段の場合、後段のごとき要件を必要としないのに対して、相手方の同意にかかる場合は、相手方は同意によって証拠調べの対象等を制限することができる。したがって、申立ておよび証拠調べの範囲は相手方の同意によってのみ制限される⁽¹⁶⁾。

（４） 証拠方法の滅失または使用の困難（第1項）

第1項後段の場合によれば、証拠方法が滅失するかその使用が困難になる危険があるため、独立的証拠調手続が許される。この場合、証明すべき事実の重要性（Erheblichkeit）は問題にならない⁽¹⁷⁾。危険の有無の判断の基準時は手続開始命令発令時である⁽¹⁸⁾。

具体的事情としては以下のごときものが考えられる。

（a）証人について生じた事情としては、例えば生命に危険のある疾患、長期にわたる外国旅行⁽¹⁹⁾（居所をしばしば変更すること—eine bevorstehende Auswanderung—はここに含まれない⁽²⁰⁾）、外国移住の差迫った可能性⁽²¹⁾、高年齢⁽²²⁾、特に健康状態のよくない高年齢者等⁽²³⁾がこれである。これに対し

(15) Werner—Pastor, RdNr. 11は、裁判所の説示義務を認め、そのことによって間接的に却下の裁判を回避しようとしている。

(16) Kroppen—Heyers—Schmitz, RdNr. 545.

(17) RGZ 49, 388, 389; Stein—Jonas—Leipold, RdNr. 7; Rosenberg—Schwab, 120 II 3.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 7.

(18) Baumbach—Lauterbach—Hartmann, Anm. 3B. Lüke—Walchshöfer, RdNr. 7.

(19) Thomas—Putzo, Anm. 1bbb.

(20) KG OLGRspr. 15, 145.

(21) Stein—Jonas—Leipold, RdNr. 7.

て、本案訴訟において宣誓をさせないで証言させた証人に宣誓をさせることを目的としてなす、独立的証拠調べの申立ては許されないとされている⁽²⁴⁾。その根拠は、この種の申立ては、宣誓を命ずべき場合の一例として証言により証明すべき事実の重要性を挙げている391条からみて、独立的証拠調手続において不適法とされる証拠の重要性の審理を要件とすることになるという点に求められている。

(b) 検証物または鑑定の対象たる物等の証拠方法の滅失ないし使用の困難性。検証物あるいは鑑定の対象たる物の滅失または状態変更の危険が存すること。例えば物の腐敗 (Verderb) または建築作業の進展等⁽²⁵⁾がこれである。また例えば紙の腐敗、文字の消失等による文書滅失の危険の惧れはここに含まれない。けだし、認証謄本 (eine begläubigte Abschrift) または写真によりその内容を保持することができるからである⁽²⁶⁾。これに対し、文書の真正が問題となる場合は異なる取扱を必要とする⁽²⁷⁾のである。この場合は独立的証拠調べの対象になると考えるべきであると解されている。申立人が証拠方法の変更・滅失を防ぐ可能性をもたない場合、独立的証拠調手続はそれだけで許される⁽²⁸⁾。申立人が更なる損害の発生を防止するため、あるいは維持しえない状態を排除するために (um einen unhaltbaren Zustand zu beseitigen) 自らの決断によって物を毀滅またはその状態

(22) KG JurBüro 1977, 1627; Baumbach—Lauterbach—Hartmann, Anm. 3B.

(23) OLG Nürnberg Bay JMB1. 1953, 36; KG OLGRspr. 15. 145; Stein—Jonas—Leipold, RdNr. 7; Zöller—Stephan, RdNr. 5.

(24) OLG Nürnberg BayJMB1. 1953, 36; Stein—Jonas—Leipold, RdNr. 9.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 8.

(25) Baumbach—Lauterbach—Hartmann, Anm. 3B; Thomas—Putzo, Anm. 1 bbb.

(26) Wieczorek, Anm. B III a2; s. auch 415 RdNr. 7.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 9.

(27) Baumbach—Lauterbach—Hartmann, Anm. 1; Wieczorek, Anm. B III a 2.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 9.

(28) OLG Düsseldorf BauR 1980, 506, 507; Wussow, NJW 1969, 1401, 1402; Hesse BauR 1984, 23f.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 9.

を変更せざるをえない場合も独立的証拠調手続は許される⁽²⁹⁾。

（c） 独立的証拠調手続の実施につき申立人が有する利益と相手方の負担との比較衡量は 1 項後段の場合に常に必要とされるところである⁽³⁰⁾。そして右衡量は、申立人につき証拠方法を一定の条件の下に保持する期待可能性がある場合に⁽³¹⁾問題になる。右期待可能性の限界を何処に引くかという問題については多様な基準が考えられる。すなわち、一方で明白な権利濫用のみが申立てを不適法にする⁽³²⁾というような緩やかな解釈もあるであろうし⁽³³⁾、他方では証拠方法の保管に可成りの不利益、不相当の費用、損害または障害が存し、かつ即時の訴え提起を著しく妨げる事由が存すること⁽³⁴⁾との解釈もなされ得る。右の後者の解釈の根拠として 1 項後段の第 2 の場合すなわちその利用が困難になる場合につき立法者のなした考慮、すなわち、証拠保全ないし独立的証拠調手続の正当な利益は、証拠方法の保管に高額の費用を必要とする場合でも存在するとの考慮が指摘される⁽³⁵⁾。相手方の同意があれば、要件の主張立証は不要になる⁽³⁶⁾。かかる申立人の利益に対置されるべきものとして、本案訴訟手続以外で裁判上の手続に引込まれない相手方の利益が認められる。右の点についていえば、何よりもまず裁判上の手続に引込まれないという相手方の利益は保護に値するものではなく、相手方の利益は手続法によって保護されるべきものであるとの反論がなされうる。この反論からみれば、相手方の手続関与を強制

(29) Hesse, BauR 1984, 23, 24.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 9.

(30) Baumbach—Lauterbach—Hartmann, Anm. 3 B; Thomas—Putzo, Anm. 1bbb.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 10.

(31) LG Heilbronn BauR 1980, 93, 94; Wussow, NJW 1969, 1401, 1402; Werner—Pastor, RdNr. 17.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 10.

(32) OLG Düsseldorf BauR 1978, 506, 507; Werner—Pastor, RdNr. 17; Hesse BauR 1984, 23, 27.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 10.

(33) Werner—Pastor, RdNr. 19; Hesse, BauR 1984, 23, 28.

(34) Wussow, NJW 1969, 1401, 1402; Schilken, ZJP 92(1979), 238, 263.

(35) Schilken, ZJP 92(1979), 238, 262.

(36) Protokolle bei Hahn, S. 680, 681.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 10.

される不利益はそれほど重視する必要がないということになる。

(d) 消滅時効が差し迫っている場合も証拠方法の滅失または利用困難に含まれなければならないとの見解がある。しかしこの見解には問題がある⁽³⁷⁾。相手方が消滅時効の完成を援用すれば証拠方法の意味が失われるにすぎないのであって⁽³⁸⁾、証拠方法それ自体はもはや利用されえないことになるわけではないのである。すなわち、消滅時効の完成ということは、一種の法律状態の変動であるに過ぎず、それが必然的に証拠方法の利用困難や滅失をもたらすものではない⁽³⁹⁾。したがって差し迫った消滅時効の完成は、485条2文後段の要件を充足するものではない⁽⁴⁰⁾。なお消滅時効の完成が差し迫っている場合については次の(5)参照。

(5) 第2項における法的利益

第2項1号ないし3号のケースで、独立的証拠調手続の証拠方法として取上げられているのはもっぱら鑑定人による書面鑑定 (die schriftliche Begutachtung durch eines Sachverständigen) である。ここでは証拠調べに関して申立人が法的利益を有するか否かという点が重要とされる。事実の確定が訴訟回避に役立ちうる場合に常に法的利益が存在し、書面鑑定が認められることになる(2項2文)。それ以外の場合についてここでいう法的利益なる要件の内容については見解が対立している。ここでいう「法的利益」の概念について、一部の見解はこれを極めて広く捉えるか⁽⁴¹⁾、あるいは原則として利益を肯定する⁽⁴²⁾。すなわち、当該証拠方法、ここでは物の状態が申立人の請求ないし申立人に対する請求の基礎をなす場合には、常

(37) Baumbach—Lauterbach—Hartmann, Anm. 3 B; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 11.

(38) Kroppen—Heyers—Schmitz, RdNr. 144.

(39) LG Amberg BauR 1984, 93, 94.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 11.

(40) 通説。Vgl. LG Amberg BauR 1984, 93, 94.; Kroppen—Heyers—Schmitz, RdNr. 144.; Werner—Pastor, RdNr. 15.

(41) Baumbach—Lauterbach—Hartmann, Anm. 3 C.

(42) Werner—Pastor, RdNr. 27. Lüke—Walchshöfer, RdNr. 13.

に利益が存在するものと解する⁽⁴³⁾。しかしかように解すると、第1項の前後・後段という2つの要件を軽視し、それよりむしろ当該証拠が請求を理由づける事実に関するものであることを要件とすることになり、右両要件を空洞化する結果になるとの見解もある⁽⁴⁴⁾。この見解によると、請求を理由づける事実であることの疎明的説明によって、第2項による証拠保全手続の適法性が認められることになってしまうことになるのである。むしろ重要なのは、独立的証拠調手続を仮の迅速手続（vorläufige Eilverfahren）と解する点である⁽⁴⁵⁾。第1項の2つのケースと同様に、当該手続の例外的性質を全面に出して、この性質が2項についても妥当するものと解すべきであるとの見解もある。いずれにせよ、請求を理由づける事実の一定時点における確定（die Feststellung einer anspruchsbegründenden Tatsache zu einem bestimmten Zeitpunkt）が必要な場合（一定時点における事実を確定しておかないとその将来における証明が困難になる場合）に証拠保全手続が許されるのである。例えば、売買の目的物の引渡時における瑕疵の存在（BGB459条1項）、賃貸物の引渡時における瑕疵の存在（BGB537条）等⁽⁴⁶⁾が考えられる。

請求権の消滅時効等の時効の完成が差し迫っている場合の法的利益は特殊であって、それだけで法的利益が認められなければならない場合がある⁽⁴⁷⁾。たしかに、請求権の消滅時効の完成と当該請求権の理由づけに必要な証拠の保全との間に直接の関係はないことは既に述べたとおりであるが、BGB477条2項によれば、証拠保全手続の開始が時効中断事由になるために、訴え提起による時効中断の代用となるからである⁽⁴⁸⁾。

(43) Lüke—Walchshöfer, RdNr. 13.

(44) Vgl. Schilken, ZJP 92(1979), 238, 264; Schreiber, NJW 1991, 2601.

(45) 司法簡素化法はこの点を改正していない。Vgl. Begründung RegE, BT—Drucks. 11/3621 S. 23.

(46) Vgl. Thomas—Putzo, Anm. 2c.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 13.

(47) LG Amberg BauR 1984, 93, 94; Wieczorek, Anm. B III c 2.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 13.

(48) Vgl. für 477 BGB Mugdan, Materialien zum BGB, Bd. 2, S. 681.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 13.

(a) 第2項1号 独立的証拠調べにおける書面鑑定の対象として人および物の状態の確認、物の価値の確認を挙げている。物の状態の確認にあつては、鑑定人に外観上認識しうる状態に制限されるべきであるとの解釈も一部では主張されている⁽⁴⁹⁾。これに対して、物の状態とはもっぱら外観上認識しうるメルクマールに限定されるものではないとの文理解釈がある⁽⁵⁰⁾。後者によれば、物の隠れた瑕疵 (versteckte Mängel) も2項1号の鑑定による確認の対象になる⁽⁵¹⁾。

(b) 2項2号 人的損害、物的損害または物の瑕疵等の原因の確認を鑑定の対象とする旨規定する。ある現象の部分的原因、間接的原因等もここである原因に含まれる⁽⁵²⁾。ここでいう原因は、相当因果関係にある原因 (die Ursachlichkeit im Sinne der Äquivalenztheorie) に制限される。

(c) 旧法の証拠保全手続は、損害ないし瑕疵の補填のため支払うべき費用 (Aufwand) の確定を対象とするものであった (通説であった)⁽⁵³⁾。これに対し2項3号は右費用に限定することなく、第3者の給付を含むすべての金銭的給付 (Leistung in Geld und Zeit) がここに含まれる。

3 訴訟上の効果

訴訟事件としての性格づけからみると、独立的証拠調手続においては490条1項にみられるように口頭弁論が任意的であるものの、基本法103条1項の法的審問請求権の保障という憲法上の要請が認められる⁽⁵⁴⁾。法的審問請

(49) Wussow, NJW 1969, 1401, 1403; Th. Schmitz BauR 1981, 40, 42.

(50) Weyer, NJW 1969, 2233.

(51) Vgl. Kroppen—Heyers—Schmitz, RdNr. 617.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 14.

(52) Baumbach—Lauterbach—Hartmann, Anm. 3E.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 15.

(53) Shilken, ZJP 92(1979), 238, 264; Werner—Pastor, RdNr. 24, 27; Baumbach—Lauterbach—Hartmann, Anm. 3D; Kroppen—Heyers—Schmitz, RdNr. 616 m. weit. Nachw.

(54) OLG Karlsruhe OLGZ 1980, 62, 63.

求権保障の形式は裁判所の自由な裁量によることになる。口頭弁論期日において陳述の機会を与えるとか、あるいは書面による陳述の機会を与えることになる⁽⁵⁵⁾。

独立的証拠調手続の係属が本案訴訟の係属の効果を有しないことは当然である。右証拠調手続の係属は、261条3項(二重起訴の禁止)1号に準じて別の独立的証拠調手続の係属の障害となる⁽⁵⁶⁾。さらに、異論はあるが、本案訴訟において証拠調べが開始されたときは独立的証拠調手続は不適法になるとの見解がある。既に本案訴訟ないし別の独立的証拠調手続で証拠調べが終了してしまった場合、同一証拠方法について新たになされる独立的証拠調手続の申立ては不適法である（一事不再理の原則—ne bis in idem—）。本案訴訟において単に証拠決定があっただけでは独立的証拠調べの申立ては利益を失うものではない。けだし、証拠決定と証拠調べの開始との間に相当な期間が置かれることがあるからである。

490条2項2文によれば独立的証拠調手続の手続開始決定に対し不服申立てをすることはできないので、開始決定は決定と同時に形式的に確定する⁽⁵⁷⁾。却下決定に対しては抗告が許されるので、当該却下決定は抗告棄却の決定により形式的に確定する。さらに、独立的証拠調手続の決定は本案手続における証拠決定とは異なり既判力を有するものとされている。けだし、右決定は申立人が当該独立的証拠調手続を求めうるか否か、当該独立的証拠調べの結果を本案訴訟において訴訟資料となしうるか否かについても判断していると考えられるからである⁽⁵⁸⁾。したがって、本来当該証拠調手続が違法である旨の主張は遮断されることになるし、その証拠資料が本案訴訟の証拠資料にならない旨の主張も遮断されることになる。さらに、

(55) OLG Karlsruhe MDR 1982, 1026f.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 17.

(56) Schilken, ZZP 92(1979), 238, 251; aA Stein—Jonas—Leipold, 486 RdNr. 11.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 17.

(57) Vgl. dazu Rosenberg—Schwab, 151 II 3.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 17.

(58) Vgl. hierzu Schilken, ZZP 92(1979), 238, 258.; Lüke—Walchshöfer, RdNr.

当該証拠方法の証拠調べを繰り返す第2の証拠調手続は原則として不適法となる。これに対して、疎明不十分として独立的証拠調べの申立てが却下された場合、更に疎明を強化して再度の申立てをなすことは許されると解される⁽⁵⁹⁾。

4 実体法上の効果

BGB477条2項は独立的証拠調手続の申立てに時効中断効を認めている。日本民訴の証拠保全と異なる点である。不適法な申立てでもそれが認容されれば時効中断効が生じる⁽⁶⁰⁾。これは、BGB477条2項について認められるものであるが、同212条1項は訴えを不適法として却下する判決が確定したとき、時効中断効は発生しないものとされることからする反対解釈である⁽⁶¹⁾。したがって、独立的証拠調手続の申立てが訴訟上の理由から却下された場合、時効中断効は発生しない⁽⁶²⁾。相手方が知れない申立て(494条)には時効中断効が発生しない。

BGB477条2項2文によれば、時効中断効は独立的証拠調手続の終了にいたるまで継続する⁽⁶³⁾。右終了時については若干問題がある。原則として、独立的証拠調手続による確定が当事者に到達したときに当該手続が終了するものとされる。160条3項4号および5号によれば、証言、鑑定意見、検証の結果が調書に確定されなければならない。162条1項により読み聞かせまたは閲覧のための提示によって手続は終了するので⁽⁶⁴⁾、したがってこの時点まで時効中断効が継続することになる。書面鑑定にあっては492条、411条1項1文により鑑定人が鑑定書を事務課に提出しなければならず、この

(59) Schilken, ZJP 92 (1979), 238, 258.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 17.

(60) Vgl. BGH NJW 1983, 1901; Werner—Pastor, RdNr. 84 m. weit. Nachw.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 18.

(61) BGHZ 78, 1, 5=NJW 1980, 2461.

(62) NGH NJW 1983, 1901.

(63) Werner—Pastor, RdNr. 89.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 18.

(64) Vgl. BGH NJW 1973, 698; Wussow, S. 104f. m. weit. Nachw.

場合鑑定書が当事者に交付された時点が手続終了時となる⁽⁶⁵⁾。手続は申立ての取下げによっても終了する⁽⁶⁶⁾。

5 相手方の権利

申立て認容の決定に対する不服申立ては許されない(490条2項2文)。相手方は、異議権(Gegenrechte)を主張する可能性を十分に与えられている。第1に、相手方は手続の適法性について責問権を有する。第2に、裁判所は手続の経過にしたがっていつでもその決定を取り消すことができるのであるから、相手方は手続開始決定の取消しを求めてこれに対する取消し申立て(Gegenvorstellung)をすることができる⁽⁶⁷⁾。

4 独立的証拠調手続の評価

我が国の証拠保全手続はドイツの旧証拠保全手続と同様に、証拠保全の必要性を要件として争訟事件のための証拠保全を目的とする。これに対してドイツ現行民訴法の独立的証拠調手続は、証拠保全機能のほか訴訟回避機能ならびに訴訟促進機能をもつ手続とされている。これに対して、この手続を英米法のプリ・トライアルやディスカバリーの導入と解することはできない⁽¹⁾。しかしながら、この手続によって法的紛争の解決が、例えば建築に設計上あるいは施工上の瑕疵があったか否か、医師に診断ないし治療上のミスがあったか否か等、もっぱらあるいは主として一定の事実の証明あるいは鑑定に依存している場合、訴えを提起するまでもなく、当該事実の公権的確定によって事実上紛争は解決し、訴訟を回避することができる。そのための独立的証拠調手続を訴訟と切離して設けることは有用である。独立的証拠調手続はドイツ民事訴訟法に規定され、訴訟制度の一環と

(65) BGHZ 53, 43, 47=NJW 1970, 419.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 18.

(66) Vgl. Werner—Pastor, RdNr. 89.

(67) Vgl. Wussow, S. 51.; Lüke—Walchshöfer, RdNr. 23.

(1) ライボルト・前掲54頁。なお春日・前掲16頁。

されている。しかし、当該手続のなかで口頭での討議（492条3項）における和解を予定し、和解を締結しないまでも当該手続における証拠調べの結果によって事実上紛争が解決し、そのことによって訴訟を回避できるということは、それが裁判外紛争解決制度(ADR)の趣旨にも通じるものである。

裁判外紛争解決制度に対する最大の批判は、担当機関の中立性や当事者権の保障が十分かという点、公開による手続の適法性の保障が損なわれないかという点等々である。特にドイツではこれらの諸批判が ADR について強調されて、そのため ADR の創設に消極的である点は周知のとおりである。右に上げた諸点の批判もこれをクリアーできる。裁判外紛争解決制度の大きな長所といわれている、ディリガリゼーション、ディプロフェッショナルリゼーション、およびディフォーマリゼーションといった諸要請には独立的証拠調手続では十分にこたえることはできないにしても、それは前記最大の批判を避けつつ、裁判外紛争解決制度の長所の一部である手続の簡易迅速性、低廉性等の要請にはこたえうるものとして、そしてドイツの立法者の極めて合理的な創意になる制度として評価されてよいであろう⁽²⁾⁽³⁾。

現在進行中の我が民訴法改正作業において、残念ながらドイツのこの制度の導入の検討はなされていない。

(2) ライポルト・前掲53～54頁は、この手続が模索的目的のために濫用される危惧を指摘している。

(3) なお、本稿に引用したドイツ文献は本文中にあげたもののほか以下のとおりである。

Bassenge—Herbst, Gesetz, über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rechtspflegergesetz, Kommentar, 6. Aufl, (1992).

Baumbach—Lauterbach—Albers—Hartmann, ZPO 53. Aufl, (1995).

Bumiller—Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 5. Aufl, (1992).

Keidel—Kuntze—Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A, 13. Aufl, (1993).

Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl, (1994).

Palandt—Bearbeiter, BGB, 54. Aufl, (1995).

Zöller—Bearbeiter, ZPO 16. Aufl.

Thomas—Putzo, ZPO, 19. Aufl, (1995).

Rosenberg—Schwab, Lehrbuch ZPO, 14. Aufl, (1993).

Stein—Jonas—Leipold, ZPO 21. Auf.