

## 44 トルコ証明法へのフランス、ドイツならびに スイス法の影響

カミール・イルディリム

(本間靖規訳)

- |                |              |
|----------------|--------------|
| I 概説           | IV 書証        |
| II 証拠評価        | V 証拠方法に関する契約 |
| III 当事者尋問による証明 | VI 結語        |

### I 概説

オスマン帝国においては、シャリーア（天啓法）が適用され、そこでは証人調べが重要な役割を果たしていた。1839年に行われた政治改革により、西洋の法体系が導入された結果、二重構造が生じることになった。1857年の商法、1862年の商事規則そして1879年の民事訴訟法などは、フランス法に倣ったものであった。西洋の意味における文書の証拠調べをトルコ法において行うようになったのは、1857年の商法施行以来のことである<sup>(1)</sup>。しかしながら、本来の意味での法改革が行われたのは、1923年の政教分離が達成されたトルコ共和国の成立後のことである。

1927年の民事訴訟法における、証拠方法に関する規律は、1925年4月7日のノイエンブルク（スイス・ヌーシャテル、以下ではヌーシャテルと表記する一訳者）民事訴訟法に起源を持っている。トルコ民事訴訟法においては、まず、自白、既判力、公知あるいは裁判所に顕著な事実、反証、自由心証主義、直接

(1) Yıldırım, M. K, Medeni Usul Hukuk'nda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, S. 26-27参照。

主義の原則といった証拠法の諸原則が規定され、それに続いて、証人尋問、鑑定、書証、宣誓、検証、自由な証明等の証明手段が規定されている<sup>(2)</sup>。

トルコの学説は、拘束的証拠方法と自由心証に任される証拠方法とを区別している。学説では、法定証拠主義 (legale Beweistheorie) が支配的である。トルコの判例もまたこの理論に与している。フランスの判例における新しい傾向、すなわち自由心証を優先させるという傾向は、トルコの判例ではまだ見あたらない<sup>(3)</sup>。

1927年のヌーシャテル民事訴訟法の継受によって、処分権主義と弁論主義が前面に打ち出された (ト民訴74条以下)。1985年の法改正後、集中審理原則が導入された (ト民訴179条以下)<sup>(4)</sup>。

通常の判決手続は、書面の交換、職権による証拠調べ (Ermittelung) (ト民訴213条以下ならびに236条以下に基づく当事者尋問と証拠調べ)、口頭弁論 (ト民訴375条以下) ならびに判決からなる。

トルコ民訴法179条3項によれば、原告は訴訟目的に従って問題となる事実と証拠方法を裁判所に陳述しなければならない。同様の義務は、被告のためにも規定されている。これらの規定は、集中審理原則が妥当することを指し示している。被告側での黙示の同意によって、この原則は緩和される<sup>(5)</sup>。当事者に

(2) 1991年9月30日のヌーシャテル民事訴訟法218条1項には、a) 人証、b) 書証、c) 鑑定、d) 検証によって行われると規定されている。また同条2項には、裁判官は、必要に応じて、他の証明方法の実施を命じることができると規定している。この第2項は、旧規定309条の例外的証明方法にかわって規定されたものである。

(3) 補充的宣誓と証拠の申出に関するフランスの状況については、Polyzogopoulos, *Parteihörung und Parteivernehmung in ihrem gegenseitigen Verhältnis*, Berlin 1976, S. 34参照。

(4) ドイツにおける弁論主義については、以下の文献を参照されたい。Becker-Eberhard, *E. Grundlagen und Grenzen des Verhandlungsgrundsatzes*, (マルマラ大学における講演), in: İlkeler İşiği Altında Medeni Yargılama Hukuku, Istanbul 1999, (Yıldırım, M. K. 編), S. 17-40; Schilken, E., *Die Rolle des Richters im Zivilprozess*, (マルマラ大学における講演), in: İlkeler İşiği Altında Medeni Yargılama Hukuku, Istanbul 1999, S. 17-40 (Yıldırım, M. K. 編), S. 41-64。ギリシャ法の状況については、Beys, *Grundzüge des hellenischen zivilprozessualen Beweisrechts*, in: DIKE international IV, *Prozessuales Denken aus Attika*, Athen 2000, S. 537ff. 参照。

(5) この原則については、Rechberger, W., *Die Verfahrenskonzentration im*

よって陳述された事実は書面に記載されていなければならない<sup>(6)</sup>。この強行規定の違反は、職権によって顧慮されなければならない、訴訟要件の欠缺を理由とする訴え却下へとつながる。この瑕疵は、裁判官の釈明によって治癒されない(ト民訴75条2項)。当事者が訴状に事実を不完全に記載した場合には、事情は異なる。その場合、裁判官は釈明を要求しなければならない。これはしかし被告がこれについて何らの抗弁も主張しない場合に限って認められる<sup>(7)</sup>。近時の判例によれば、訴訟物が記載されていない訴状は、「不適法」で、この瑕疵は職権で顧慮されなければならないとされている<sup>(8)</sup>。

学説上は、証拠方法の陳述のがどのように書面になされるべきかが争われている。多数説は、原告は、訴状に彼の持つすべての証拠方法を掲げなければならないとする<sup>(9)</sup>。しかしユスツンダックは、この見解を退けている。

通常の審級管轄は、二審級である。第一審裁判所は、区裁判所、地方裁判所そして商事裁判所である。大都市の商事裁判所だけが合議体で裁判を行う。地方裁判所では、書面審理が原則である<sup>(10)</sup>。そこから、法定序列主義の通用を引き出すことができるとの見解が主張されている。

トルコ民訴法375条以下では、口頭弁論が規定されている。この規定は、しかしながら、合議体裁判所にのみ適用され得る。単独裁判官は、証拠調べ(Ermittelung)と弁論とを一緒に行わなければならない(ト民訴181条2項)。ヌーシャテル民訴法によれば(旧法418条、新法341—342条)、区裁判所において口頭手続(de la procedure orale)が通用し、これはトルコにおいても同様

---

österreichischen Zivilprozess, (マルマラ大学における講演) in : İlkeler Işığ Altında Medeni Yargırma Hukuku Istanbul 1999, S. 17-40 (Yıldırım, M. K. 編) S. 1-16参照。

- (6) Üstündağ, S, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Basi, Istanbul 2000, S. 460-463.
- (7) Üstündağ, Yargılama Hukuku, S. 478とそこに引用されている1983年12月27日のトルコ最高裁の判決(13. Zivilkammer), Yasa Zeitschrift, Februar 1984, S. 290参照。
- (8) 20. Zivilkammer, 16. 5. 1995, Nr. 1994/8447-1995/6119, YKD 1996/2. S. 267.
- (9) Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara 1986, S. 206. 反対説については, Üstündağ, Yargılama Hukuku, S. 477.
- (10) Yıldırım, M. K, Die Bedeutung des Urkundenbeweises im türkischen Zivilprozessrecht, ZPP int 3 (1998), S. 383, Fn. 27 ; Üstündağ, Die Sammlung des Prozessstoffs im Türkischen Zivilprozessrecht und die damit verbundenen Probleme, FS. Gaul, 1997. S. 751.

であったが、ここでもやはり、1973年4月30日の改正により、簡易手続 (das summerische Verfahren) が導入された (ト民訴507条1項とヌーシャテル旧民訴457条, 新民訴376条を参照)。

当事者は、訴訟の最初の段階で、手持ちの証拠方法を陳述しなければならない。事実や証拠が裁判所に完全には主張されなかった場合、この瑕疵は、書面の変更ないしは被告の同意によって治癒され得る<sup>(11)</sup>。75条によれば、裁判官は当事者から証拠方法を要求する権限をもちこそすれ、証拠方法を特定して指示する権利はない。この規定はヌーシャテル民事訴訟法の継受によって実現し、裁判官の訴訟指揮権の拡大につながる重要な改正とみられている<sup>(12)</sup>。裁判官は、証人尋問の場合は別として、職権で、特定の証拠方法を要求することができる。しかしこの要求は、すでに書面にその契機が存在していることを要件とする<sup>(13)</sup>。裁判官は私知を訴訟資料にすることはできない。職権探知主義、弁論主義、糾問主義そして申立主義 (Akkusationsprinzip)<sup>(14)</sup>などがトルコ民事訴訟法においてどのような役割を果たしているかを知るために、以下の規定を子細にみなければならない。裁判官は、弁論に際し、どの証拠方法が適法で、どれが不適法かについて判断する (ト民訴218条)。当事者が彼の証拠方法をすべて陳述したという場合、そこで線が引かれることになる<sup>(15)</sup>。実務は、(陳述し

(11) Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, S. 613. 参照。判例の見解によれば、証拠調べに際してもこのことは通用する。6. Zivilkammer, 20. 4. 1987, Nr. 3782-4834, YKD 1987, B. 12, S. 1776.

(12) Alangoya, Y, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, S. 162. そこに引用されているスイスの文献も参照。Juchli, Die Beweisabnahme von Amtswegen im Erstinstanzlichen Vermögensprozess nach schweizerischen Prozessrechten, 1954 ; Schurter/Fritsche, Kantonale Zivilprozessrechte-Geschichte, Zürich 1933, Bd. II 2.

(13) Alangoya, S. 176.

(14) 比較法的視点については以下の文献を参照。Lang, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung, Berlin 1999, S. 32.

(15) Alangoya, S. 171. いつすべての証拠方法が陳述されたのかの問題には、さまざまな答えが与えられている。Alangoya, S. 173. 参照。彼の見解によれば、裁判官は、すべての証拠方法を掲げるよう命じることはできない。期間の裁定は、当事者が75条3項に規定する可能性を利用することを妨げることにはならない。

た内容の一訳者)理由付けに何らの意義を与えることはない<sup>(16)</sup>。

相手方によって争われた事実のみ証明が必要である。公知の事実と自白された事実は、証拠調べの必要はない(ト民訴238条1項, 2項)。「証拠調べを要する事柄」(beweisbedürftige Sache)という概念は、ヌーシャテル民事訴訟法の旧212条(新219条)に倣って、「証拠調べを要する事実」(beweisbedürftige Tatsache)と理解されている(そこでは「未確定の事実 fait non constant」という概念が使われている)。

申し出られた証拠は、裁判官によって評価されることになる(ト民訴241条1項)。ヌーシャテル旧民事訴訟法215条1項でも、「弁論における証拠評価」という表現がなされている(証拠調べの実施は裁判官の面前で行われる“*les operation de la procedure probatoire se font a l'audience du juge*”と証拠は弁論において提出される“*les preuve sont administrees a l'audience*”)。

トルコ民事訴訟法74条以下には、手続諸原則が規定されている。そこではドイツにおけるとは異なり、当事者のための釈明義務が明示されていない。欠席手続を規律する398条は、削除された。この規定によれば、原告が主張した事実は、欠席した被告によって自白されたものと見なすとされていた。この規定は、ドイツ民事訴訟法331条1項と類似のものであった。ドイツの学説においては、たとえば否認訴訟の被告が、破産者の財産状況に関して、破産者はなお不動産を占有しているとのみ陳述しただけでは、理由付けの要求を満たしたものとはいえないとされる<sup>(17)</sup>。

有理性の審理とか適法性のチェック(Plausibilitätkontrolle)、立証責任(Beweisführungslast)、主張責任(Darlegungslast)といった概念は、トルコ民事訴訟法にはない<sup>(18)</sup>。

「証明責任」というテーマについては、学説、実務とも規範説(Normtheorie)が支配的である。主観的証明責任(die subjektive Beweislast)という概念は使われていない。

(16) 理由付けないしは模索的証明の概念については、Lang, S. 35ff. 39参照。

(17) そのように明言するのは、Lang, S. 37., Fn. 27. RGZ 12, 400, 402, 参照。

(18) Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, S. 160 参照。有理性に関する諸見解については、Nagel, H., Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess, Baden-Baden 1967, S. 129 参照。トルコの学説においては証明責任(Beweislast)は、立証(Beweisführungslast)とは区別されない。これについては、Umar/Yılmaz, İpsat Yüğü, 2. Bası, İstanbul 1980, S. 36-37. 参照。

## II 証拠評価

トルコ民事訴訟法240条（ヌーシャテル旧民事訴訟法214条，新224条）によれば、「裁判官は，法律に他の定めがある場合を除いて，記録に綴じられた証拠方法（aufgenommene Beweismittel）を自由に評価しなければならない」<sup>(19)</sup>。この条項は，訴訟内容（Prozessinhalt）の評価に関するものではない。1971年の草案もまた，狭い枠を定め，裁判官は，判決するため，事実と証拠方法のみを評価するとしていた。われわれの見方によると，立法論としては，裁判官は，弁論にさいしての当事者の行為（Parteihandeln）もまた顧慮しなければならない。

スイス連邦裁判所は，裁判官は，直接の証明が可能ではない場合でも，間接事実や高度の蓋然性に基づいて裁判できると考えている<sup>(20)</sup>。

トルコの学説では，証明（Vollbeweis）と疎明といった制度が知られている。さらに証明度の概念が近時導入された<sup>(21)</sup>。しかし判例は，いまだこれを利用してはいない。

トルコの最高裁判所は，自由心証主義に，常時，同様の価値を認めてはいない。付加的な損害の証明に際して，民事部間で見解の相違が存する。たとえば債権の適時の支払い，すなわち金額が真に価値の喪失に見合っているか，あるいは一定の様態が推認されるかに関し，経験則が存在するか否かについて，争いがある。連合部判決において，トルコ最高裁の総会（Hauptversammlung）は，損害はさまざまな原因を持ちうることから，さまざまな事例に対応するのに，連合部判決で唯一の解決方法をもってすることは適切ではないと判断した。さらに総会は，このような形で自由心証の原則に限界が画されるとの見解を主張している。1999年のこの判決で，自由心証主義の原則が前面に現れることになった<sup>(22)</sup>。それでもやはり，他の連合部判決で，総会は，民事裁判における証明ルールは，その限りで，刑事訴訟にも適用になり，白紙の書面を，合意

(19) ギリシャ民訴340条も証拠方法の評価のみを規定している。Polyzogopoulos, S. 43 ; Beys, S. 569. 参照。

(20) BGE 104 II 75 E 3b.

(21) Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, S. 39ff ; ders., ZZZ Int3 (1998), S. 381, Fn. 11.

(22) 1999年6月8日の連合部判決, Nummer 1997/2, 1999/1.

に反して、補充したという事実は、書面をもってのみ証明しようとの判決を下した<sup>(23)</sup>。

トルコ法においては、ノン・リケット事例には、宣誓が課される。このことは、証明ルールによって問題を解決する可能性を、大部分において、解消することに繋がっている<sup>(24)</sup>。

### Ⅲ 当事者尋問による証明

当事者尋問による証明は、アングロサクソン法に起因する。当事者尋問は、そこからオーストリア法（オーストリア民訴371条）に継受され、ヨーロッパ大陸法に広がり、ヌーシャテル民事訴訟法（旧204条）を経て、トルコ民事訴訟法（230条）に規定されるにいたった。当事者尋問は<sup>(25)</sup>、ドイツ法においては、1933年の改正により、普通法上の制度であった、当事者宣誓に代わる位置を占めるにいたった<sup>(26)</sup>。

1983年の改正にいたるまで、当事者尋問は、オーストリア法においては、補充的なものであったが、トルコ法では、これに対して、証拠方法の一態様をなしている。オーストリア法において当事者は、裁判に出頭し、陳述を行うことを強制されない。それゆえ、裁判官は不出頭の場合には、自由心証で裁判せざるを得ない<sup>(27)</sup>。同様のことは、ドイツ法にも通用する（民訴446条）。ドイツ法においても当事者尋問は、補充的で、いくつかの手續類型においては、それは、不適法である<sup>(28)</sup>。オーストリアならびにドイツ法では、宣誓をして尋問を受けることができる（オ民訴376条、ド民訴452条、453条）。トルコ法において

(23) 1989年3月24日の連合部判決, Nr. 1988/1, 1989/2 (Amtsblatt vom 5. 2. 1990, Nr. 20424, S. 3). この判決に対する批判については, Yıldırım, ZZZ Int 3 (1998), S.379-396.

(24) Lang, S. 46. 参照。

(25) Rechberger, ZPO Kommentar, 2. Aufl., Wien 2000, § 371, Nr. 1.

(26) 普通法においては、当事者宣誓は何らの形式的証明力をも有していなかった。Blomeyer, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, 2. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1985, § 80 vor 1. 参照。1991年9月30日の改正により、当事者宣誓は廃止された。

(27) Rechberger, ZPO, § 381, no. 1.

(28) Schilken, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Köln 2000, Nr. 550 (z. B. Urkundenprozess). ドイツ民訴法592条参照。

は、当事者は宣誓なしに尋問を受ける（ト民訴230条—234条）。当事者尋問は、この法体系では、多くの事例で生じる、擬制自白として表れる。

当事者尋問は、当事者の申立ないしは職権で命じられる。当事者が召喚を受けたにもかかわらず、出頭をしない場合、ないしは出頭しても弁論しない場合には、当該事実を自白したものとされる（ト民訴234条）。

トルコ最高裁判所は、この結論は、原告が裁判所になんらの証拠方法も提出しない場合にも、適用可能であると考えている。ところが学説の中には、このような形で、真実に合致しない事実を自白したものとすることに、疑念を呈するものがある。さらにこのことは真実発見の目的に反すると主張されている<sup>(29)</sup>。

ヌーシャテル民事訴訟法の古い体系によれば<sup>(30)</sup>、当事者尋問に関する規整は、証拠方法に関する章には存在しなかった。ある見解によれば、当事者尋問は、真の証拠方法ではなく、他の証拠方法の維持と争点の解明に役立つにすぎないとされる<sup>(31)</sup>。私見によれば、当事者の陳述は、情報源として、証拠方法の中でも特別の位置づけを持つものである。訴訟においてなんら当事者尋問が命じられなかった場合、その判決は、トルコ最高裁によって破棄される。

ドイツ法では、裁判所は当事者尋問にさいし、事実関係を自由心証によって判断することができる（ト民訴446条、454条）。ヌーシャテル民事訴訟法もまた、裁判官に、当事者の陳述を自由に評価する可能性を与えている<sup>(32)</sup>。

ポスタチオグルは、フランス法の影響のもと、尋問に際して、当事者の陳述は、書証の端緒（Beweisanfang）に似ており、部分的自白と正式の自白とは区別され、個別の事実主張は、裁判官によって、書証の端緒と理解されなければならないとする<sup>(33)</sup>。この著者の見解が興味深いのは、彼が、原則としては、自白の不可分性を出発点としているからである。トルコの裁判所は、自白はそ

(29) 1984年3月20日（第6民事部）Nr. 3412/3491（Yasa Zeitschrift 1984, B. 4, S. 543）。この判決に対する批判的な分析として、Arslan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, S. 123.

(30) 現行のヌーシャテル民事訴訟法223条ないし225条参照。

(31) Bilge/Önen, Medeni Yargılama Hukuku, 2. Bası, Ankara 1978, S. 484.

(32) Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, S. 158. 参照。

(33) Postacıoğlu, Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, 2. Bası, İstanbul 1964, S. 262-263. 反対説として、Konuralp, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara 1988, S. 104（彼は、ここでは書証の端緒の承認要件が充足されていないことを前提としている）。

れが正規のものであるか否かにかかわらず、分割可能であるとの見解をとっている<sup>(34)</sup>。

フランス法においては、当事者尋問は何ら特別の証拠方法ではない。それゆえ当事者の個人的な尋問が前面に出てくるのである。多くの著者は、こういった状況は、フランス法の証拠制限の緩和へとつながるものと考えている<sup>(35)</sup>。フランス法にはさまざまな可能性が存する。当事者の答弁から裁判上の自白(aveu judiciaire)が生じうる。当事者が出頭しない場合には、推定自白(aveu implicite)が考えられる。結局、当事者の陳述は、書証の端緒(commencement du preuve par écrit)を完全ならしめるために、補充的宣誓として評価され得る<sup>(36)</sup>。

#### IV 書 証

トルコの立法者は、民事訴訟法において、書証をも規定している。この規定は、さまざまな根拠、たとえば、誤った証言のおそれ、書面主義、法的安定という意味や書面の利用を商事事件以外にも広めようとの意図などに基づく<sup>(37)</sup>。書証に関する規定はフランス法を通じて、オスマン法に取り入れられた(1857年の商法典, 1879年の民法典をみよ)。

フランス民法1340条におけると同様に、トルコ民事訴訟法308条以下によれば、一定の法律行為は書面で証明されなければならない<sup>(38)</sup>。私署証書の真正の証明に関しては、ドイツ民事訴訟法439条以下と同様の規定になっている。文書の提出義務に関する規定(326条以下)は、ヌーシャテル民事訴訟法(259条以下)に由来する。

(34) トルコ最高裁の総会1964年2月19日, Nr. 8/524, 148, IKID, S. 3018 (貸金はすでに弁済されたとの自白は可分である, と判示されている)。

(35) Lang, S. 137とそこで引用されている, Solus/Perrot, Droit Judiciaire Prive, Nr. 834.

(36) 詳細は, Lang, S. 139.

(37) Yıldırım, ZZZ Int (1998), S. 388, FN.51 und S.379, Fn. 2. ギリシャ法については, Beys, S. 554.

(38) フランスの学説においては、提出 (production), 伝達 (communication), 獲得 (obtention) という言葉が使われている。トルコ法においては、書証の提出義務 (communication) は、第三者の提出義務 (ト民訴326条, 333条) とは区別されている。

トルコ民事訴訟法287条（フランス民法1340条に対応する）によれば、事實は、法律で規定された証拠方法によってのみ証明されなければならない。当事者が裁判所に書面による証拠契約を呈示するか、あるいは弁論の中でそれを合意した場合は、別である。書証の諸原則は公序には属さない<sup>(39)</sup>。

トルコ民事訴訟法288条は、「権利の発生、取消、譲渡、変更、更改、猶予、承認ないしは履行に関して、契約の時点でその価値が4000万トルコポンド（今日のレートではおよそ130ドイツマルク）に及ぶ契約が締結された場合には、その処分は、書面により証明されなければならない」と規定している。

289条によれば、証人は、相手方がそれに同意した場合には（仏民1344条参照）、尋問されうる。フランス法（仏民1341条）は、法律行為に際して、たしかに、証拠方法の制限を規定してはいるが、フランスの判例によれば、この証拠方法の制限は、相手方が主張しなければならない抗弁として、理解されることになる<sup>(40)</sup>。

1957年の改正にいたるまで、商法上の議論においても、書証の原則が通用していたが、ドイツのヒルシュ教授の努力でこの規定は削除された<sup>(41)</sup>。

トルコ民事訴訟法は、書証に関し、多くの例外規定を、292条、293条、294条で定めている。292条には、書証の端緒（commencement de preuve par écrit, 仏民1347条）が規定されている。しかしフランス法とは反対に、立法者は、この規定において、「書面（Schriftstück）」という言葉を使っている。このことに基づいて、トルコ法における書証の端緒は、広く適用されるものではなくなっている。

293条は、書類の保持の実体的、倫理的不能という例外を規定している。トルコの立法者は、この例外を、フランスの立法者よりも狭く解している。それは4つの根拠から制限されている。フランスの判例は、この例外を拡大した。フランス民法典1348条2項や新民事訴訟法典198条といった近時の規定もまた、重要である<sup>(42)</sup>。フランスでは、判例が、宣誓の強制を補充的宣誓から区別し

(39) Postacıoğlu, Şahadet, S. 26 ; Üstündağ, Yargılama Hukuku, S. 655（近時の改正法1711に依拠している）。

(40) Lang, S. 140, Fn. 266とそこに引用されているCass. Com. 28. 4. 1975 Bulletin civil IV, n. 113, P. 93.

(41) Fr. CC Art. 1341/II ; C Com Art. 109. 参照。

(42) Konuralp, İspat Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara 1999, S. 76-80 ; Lang, S. 137.

た。宣誓強制は、一種の契約と理解され、それゆえ裁判官を拘束するものである。補充的宣誓においては、しかしながら、自由心証の原則が通用していた。トルコ民事訴訟法は、二種類の宣誓を規定している。①当事者宣誓と、②補充的宣誓である。いずれの証拠方法も、自由心証原則に服さない。フランスの立法者は、宣誓に関する条項を削除した。現在では、当事者の陳述は、自白としてか、ないしは当事者尋問として評価される。近時、「自白」の制度もまたかなり変更され、部分的自白の可能性が開かれている (demi-aveu)。フランス民法典1347条によれば、証拠調べの開始を承認するために、書面性ではなく、書証の端緒が存在するとの推定が重要な役割を果たす。当事者の陳述 (compuration personnelle) は、推定によって補充される<sup>(43)</sup>。

トルコの立法者は (ト民訴294条)、証書を喪失した場合や、喪失を示す証拠方法や間接事実が存在する場合には、証人を尋問することを許している。フランスにおいても同様である (仏民1348条)。

トルコ商法82条は、商業帳簿に、拘束的な証拠力を認めている。訴訟当事者が、争いある事実の証明のために、その占有する商業帳簿を援用した場合、彼は、以下の条件を満足しなければならない。①商業帳簿は検認を受けなければならないこと、②商業帳簿は、法規定に従って作成されていなければならないこと、③両当事者の商業帳簿が、互いに、正当なものとして証明されなければならないこと、④当該商人が、宣誓しなければならないこと (ト商法83条1項、2項) である。実務では宣誓はしばしば行われぬ。通説は、当事者が宣誓を行わなければならないがゆえに、商業帳簿に拘束的証拠力を与えている<sup>(44)</sup>。

しかしながら、スイスの学説では、多くの著者が、商業帳簿が拘束的証拠力をもつとの見解は、すでに時代遅れであるとする。近時の民事訴訟法は、提出された商業帳簿のために、自由心証原則が通用することを前提にしている。法律行為の証明では、商業帳簿を書証としている<sup>(45)</sup>。

(43) Polyzogopoulos, S. 34ff, S. 40.

(44) Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, S. 217; Kuru, Hukuku Muhakameleri Usulü, 4. Bası, C. 2, Ankara 1980, S. 1710; 補充的宣誓は、それ自身、拘束的証明力を持つ。

(45) Guhl/Kummer/Druey, Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl. Zürich 1991, S. 789ならびにそこに引用されているBGE 111 IV 162; 91 IV 188, 100 IV (24 E. 1; 101 IV 57; 103 IV 23参照 (電子的な記入については、BGE 111 IV 120)。規定通りに作成された商業帳簿は、裁判官に、当該当事者が誠実であるとの印象を持たせる結果、この帳簿の証拠力が上がる。こういった理由から裁

ドイツ商法典の旧規定は、商業帳簿（商法46条）の証拠力を規定していなかった。ここでは自由心証主義が通用していた<sup>(46)</sup>。

トルコ商法（23条）は、法律に挙げられている条件を満たす場合、計算書類（Rechnungen）をも書証に挙げている。計算書類の所持者が8日以内に異議を述べなかった場合、それは受け入れられたものとして通用する。遅滞督促は、書面で行わなければならない（ト商法20条3項）。トルコの最高裁は、これが証明の条件をなすことを前提にしている。ファックスでの契約の解約告知は許される<sup>(47)</sup>。

法律事実は、すべての証拠方法を持って証明されうる。書証の概念は、トルコ民事訴訟法では、定義されていない<sup>(48)</sup>。書証として考慮されるのは、ある者が意識的に自己の負担で作成したすべての書面である。フランスでは、「証書（l'acte instrumentarium）」と呼ばれる。フランスにおいては、法律効果を目的とする書面も存在する（l'acte negotium）<sup>(49)</sup>。トルコの学説は書証の概念として第一のものが考えられている<sup>(50)</sup>。

私署証書は、訴訟を促進しない。私署証書が証拠結果の直接性を保障するものではないがゆえに、それは解決手段とは理解されていない<sup>(51)</sup>。トルコ強制執行法においては、債権者は、債務者が私署証書にある署名を否認するとき、仮の手續開始を要求することができる。署名が確認された場合には、債権者は執

---

判官は、商業帳簿の提出を命じなければならないのである。

(46) Schneider, Beweis und Beweiswürdigung 4. Aufl., München 1987, Nr. 985とそこに引用されているBGH 1955, S. 92参照。

(47) Üstündağ, Yargılama Hukuku, S. 656, Fn. 24aとそこに引用されている大法院判決, 12. 3. 1997, 1996/1-951, 178と22. 10. 1997.

(48) Yıldırım, ZZP Int 3 (1998), S. 384 ; Konuralp, İspat Hukuku, S. 95. トルコ債務法13, 14条, スイス債務法13, 14条も参照。

(49) Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, S. 45, Fn. 10.

(50) Konuralp, Yazılı Delil Başlangıcı, S. 45 ; Postacıoğlu, Şahadet, S. 254-255 ; Kuru, B. II, S. 1476 ; Bilge/Önen, S. 554.

(51) Peters, G, Rechtsnatur und Beschleunigungsfunktion des Urkundenprozesses unter besonderer Berücksichtigung der Beweisbeschränkungen der §§ 592, S. 1, 595 II ZPO, S. 95 : そこでは、証書が、その形式、内容、証拠方法、証拠原因そして証拠結果に基づいて、裁判官による証拠評価のために第三者の覚知行為を要することなく、形式的な擷取を要求する。意図された証拠結果の直接性から、執行手續の証拠方法としての証人が排除されなければならないことが説明できる。

行申立の取消を求めることができる(68条a, 69条)。署名が債務者によって明示的に否認されない場合、黙示的承認とされうる(63条1項3号, 62条5項)。しかし、スイス債務徴収・破産法82条によれば、債権者は、私署証書では、たんに仮の手續開始のみを要求することができるのみである。

トルコの学説上、謄本が、証拠方法ないしは書証の端緒であるかが争われている<sup>(52)</sup>。コピーは何ら固有の証拠方法ではないと考える者は、操作の危険を理由とする。

ドイツ民事訴訟法(427条)によれば、拳証者によって持ち込まれた書証の謄本が、正当なものとされ得るのは、相手方がその書証を提出した場合である。トルコ法においても、書証の提出義務が存在する(326条—330条)。提出義務の懈怠はドイツと同様の効果を持つ<sup>(53)</sup>。

トルコの実務では、合議体裁判所は、訴えの提起に際し、提出命令をもって満足している。原告が証書を提出しない場合、訴えは証明不十分として棄却される。

## V 証拠方法に関する契約 (Die Beweismittelverträge)

トルコ民事訴訟法によれば、証拠契約は適法である<sup>(54)</sup>。そのさい制限的な証拠契約と付加的な証拠契約とが考えられる<sup>(55)</sup>。制限的証拠契約は、自由心証主義原則に違反し、それゆえに不適法である<sup>(56)</sup>。普通取引約款では、この条項は、防御権を侵害するものである<sup>(57)</sup>。それどころか、トルコの学説において、

(52) Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, S. 216, Fn. 322とそこに引用されている第1民事部の判決(2. 11. 1978, Nr. 10321-11567)は、コピーは、たとえ証人が尋問されなかったとしても、証拠力を持つとした。

(53) Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, S. 149-150.

(54) Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, S. 255-261; 特に仲裁鑑定契約については、Deren-Yıldırım, N., Hakem-bilirkişi Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti ve Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesinin Vazgeçilmezliği, IÜHFM, C. LIV, 1991-1994, B. 1-4, S. 321ff. Beys, S. 575ff. も参照。

(55) Kuru, B. II, S. 1979.

(56) Rosenberg, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuch und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., München 1965, S. 87; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, S. 258.

(57) Konuralp, İspat Hukuku, Ankara 1999, S. 65.

制限的証拠契約の概念を導入したクルは、この契約の重大な帰結に対して警告を発している<sup>(58)</sup>。

クレジットカードを作成する際に、銀行が顧客と、コンピューターによる口座状況表を証拠方法とすることを合意した場合、かような証拠制限契約が適法なのは、それが「特定の」法律関係にのみ関連する場合だけである<sup>(59)</sup>。トルコの裁判所は、この証拠方法もまた適法であるとする。

## VI 結 語

トルコの通説によれば、民事訴訟の目的は、真実の解明にある<sup>(60)</sup>。しかしトルコ法が、この目的のために、真に、適切な道具立てを用意しているかは、疑わしい。このことは、多くの根拠を持っている。①口頭手続は、立法者がこの手続を規定している（ト民訴375条）にもかかわらず、適用されていないこと、②トルコ民事訴訟法240条によれば、法律が別様に規定している場合を除いて、裁判官が、提出された証拠方法を評価しなければならないが、この条項は、非常に狭く理解され、それは訴訟中の当事者行為の評価を排除していること、③トルコの立法者は、自白、書証と宣誓といった証拠方法に拘束力を与えていること、④当事者審尋が当事者尋問と区別されておらず、当事者尋問の際には、自白の擬制が中心となること、⑤鑑定に際しては、トルコ民事訴訟法275条によれば、その回答のために技術的な専門知識を要するような問題がかかわらなければならないが、実務では、しかし、法的な専門知識の回答のためにも、鑑定人が選任され、その結果、鑑定人が裁判官の地位につく危険が存していること、⑥立法者によってそのことが授権されているにもかかわらず、裁判所は、職権で何らの証拠調べも行わないことなどである。

実務では、契約書のコピーとファックスが書証として取り扱われるのは、相手方が、これを援用したときに限られ、そもそもこれらを書証の端緒と理解して、証人を尋問しなければならない。証明は、多くの場合、検証と鑑定によって行われる。証明困難に際しては、宣誓が問題となる<sup>(61)</sup>。（自由証明に関する）

(58) Kuru, B. II, S. 1985.

(59) Konuralp, İspat Hukuku, S. 75. (著者は、銀行はこの条件を満足していないと考えている)。

(60) Yıldırım, ZP Int 3 (1998), S. 383, Fn. 26. 参照。

(61) Lang, S. 172. では、「驚くべきことに、客観的真実を求める努力にもかかわらず

367条によれば、録音、ビデオ録取、コピーとコンピューターからの打ち出しを証拠方法として主張することが許される。それでもやはり誤りをおそれて、それらが利用されることはほとんどない。

上述の根拠から、自由心証主義の原則は、必ずしも貫徹されておらず、間接証拠や一応の証明は、広く適用されているわけではない。

法定証拠主義は、全ての間接事実を推定の総計に解消しようとの試みであった<sup>(62)</sup>。トルコの立法者もまたこういった傾向を示そうとしている。否認訴訟で生じるような証明問題を解決するために、1965年の債務徴収・破産法の改正以来、スイスのそれには存在しないような多くの法律上の、そして債権者に有利な推定規定を設けたのである<sup>(63)</sup>。

#### [編者あとがき]

本稿は、2000年9月10日から15日まで、ギリシャのシロス島で開催された訴訟法国際シンポジウム（比較民事法研究所〈所長中村英郎教授〉とアテネ司法研究センター〈所長コストス・ベイス教授〉の共同主催）において、マルマラ大学（イスタンブール）法学部カミール・イルディリム教授（Prof. Dr. M. Kamil Yildirim）が行った報告（ドイツ語・DIKE 2001年1月号47頁以下に掲載）の翻訳である。報告の原題名は、Die Eflüsse des französischen-, deutschen- und schweizerischen Rechts auf türkische Beweisrecht. 訳者 本間靖規氏は名古屋大学大学院教授。

---

らず、決訟的宣誓 (serment decisoire) や補充的宣誓 (serment suppletore) といったギリシャ的な制度が新民事訴訟法において保持されているのである」と指摘されている。

(62) これを明確にしてしているのは、Kollhossler, H., Der Anscheinbeweis in der Höchsten richterlichen Rechtsprechung, Main 1963, S. 7.

(63) Yıldırım, K., İcra-İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995, S. 169ff., derselbe : Anfechtungsklagen im türkischen Recht, in : FS H. F. Gaul, Bielefeld 1997, S. 833ff.