

# 民事訴訟における証人尋問の書面化の限界（一）

高 田 昌 宏

## 序 本稿の目的

### 第一章 ドイツ民事訴訟法における証人の書面尋問制度

#### の導入

#### 一 証人の書面尋問制度の導入

―一九二四年ZPO改正―

#### 二 一九二四年改正法による証人の書面尋問制度

#### の概要

#### 三 証人の書面尋問の許容範囲

―ペヒの考察を中心にして―

### 第二章 ドイツ民事訴訟法における証人の書面尋問制度

## の展開

#### 一 戦後の証人の書面尋問制度の概要

#### 二 証人の書面尋問の許容範囲

―ククゼリスの研究を中心にして―

#### 三 小括（以上本号）

### 第三章 ドイツ司法簡素化法による証人の書面尋問制度

#### の改正

### 第四章 証人尋問の書面化の限界

#### 結 び

## 序 本稿の目的

一 わが国の民事訴訟法においては、証人の尋問は、受訴裁判所の面前で、交互尋問制の下、口頭で実施されるのが原則である。これまでの民事訴訟法（以下では「旧」法と表記する）では、この原則の例外の一つとして、口頭の直接的な尋問方式との関連で、簡易裁判所の手続において証人の書面尋問を許容する規定が設けられていた（旧民訴三五八条の三）。これに対して、平成八年六月二六日に公布された新民事訴訟法は、その二〇五条で、「裁判所は、相当と認める場合において、当事者に異議がないときは、証人の尋問に代え、書面の提出をさせることができる。」と規定し、証人の書面尋問の可能性を簡易裁判所手続に限らずに一般的に認めることとなった（新民訴二九七条、三一一三条、三三二条参照）。この結果、書面尋問は、法律上、これまでのように簡易裁判所の面前での手続に限定されることなく、他の裁判所においても可能となった<sup>(2)</sup>。

しかし、当事者および裁判所の口頭による尋問を原則とする証人証拠を書面による陳述の方法で取り調べるということは、口頭主義の建前から離れるだけではなく、当事者および裁判所に認められる質問の機会（とくに反対尋問権や当事者公開）が奪われ、また裁判所が証人に直に接してその証言の信頼性を判断するという直接主義の要請も充たされないおそれを有している。したがって、証人の書面尋問の適用の仕方とその適用範囲によっては、証拠調べの直接主義、当事者公開主義、反対尋問権保障などが目指す適正な証拠手続の実施が危険にさらされるように思われる。とくに、書面尋問の場合、証言の証拠評価にとって最も重要である証人に対する直接的印象を裁判官が

得ることが不可能になることから、信頼性のより低い証拠資料に基づいた事実認定の可能性が高まるであろう。なぜなら、とくに人証の場合、裁判官が証拠方法と直接接触して心証形成することが保障されてはじめて、直接の新鮮な印象に基づいて心証を形成するという真の意味の自由心証主義が実現できると考えられる以上、<sup>(3)</sup>人証の直接的印象を欠く書面尋問が適正な証拠評価を妨げる可能性が高いことは容易に推測できるからである。それゆえ、証人の書面尋問の利用の仕方によっては、事実認定の適正と、さらには裁判結果の適正さが損なわれる可能性が存在するのである。

二 証人の書面尋問制度が証拠評価や事実認定に対してもつ右の問題性の認識を前提にして、それでは、新法により証人の書面尋問制度がどのような理由から採用され、そして同制度が立法者により、いかなる場合に利用されるべきものと考えられているかを概観することにする。

証人の書面尋問制度を導入することは、すでに「検討事項」第五・二・(五)で検討課題として取り上げられ、そこでは、(1)地方裁判所の訴訟手続においても裁判所は、当事者による証人の申出に対し、尋問事項の内容、反対尋問の必要性の有無等を考慮して相当と認めるときは、証人尋問に代えて書面を提出させることができるものとする考え方と、<sup>(4)</sup>(2)さらに当事者の異議がないときに限り、(1)の考え方を採るものとする考え方が挙げられていた。「検討事項補足説明」によると、審理の簡易化等の見地から簡易裁判所の手続に導入された書面尋問の制度を、地方裁判所の手続においても許容することの可否が問題とされており、そこから、書面尋問制度の採用の目的が審理の簡易化にあることが認識できる。<sup>(6)</sup>

書面尋問の許容要件としては、まず、「相当と認める場合」であることが要求される。<sup>(7)</sup>「検討事項補足説明」によ

ると、書面尋問が許される場合としては―簡易裁判所手続でのそれを引き合いに出して―「証人が遠隔地に居住していたり、病気等の関係で裁判所に出頭することに困難が予想されるが、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場合」が挙げられている。そこから、立法者が、新二〇五条の「相当と認める場合」という不特定な概念により「裁判所に出頭することに困難が予想されるが、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場合」を念頭に置いていることがわかる。<sup>(9)</sup>

書面尋問の許容要件としては、「相当と認める場合」という要件のほかに、「当事者に異議がないとき」との要件も要求されているが、「検討事項」の段階では、この「当事者に異議がない」ことが要件として必要か否かが問題となった。結局、「改正要綱試案」の段階で、「検討事項」の(2)の考え方に従い、当事者に異議がないことが書面尋問の要件とされ、それが新二〇五条においても維持されることになったのであるが、ここで当事者に異議がないことが要件とされたのは、書面尋問により当事者が反対尋問の機会を失うことになることに対する配慮の必要からである<sup>(10)</sup>とされる。

以上が、証人の書面尋問とその適用に関して立法関連資料から認識しうる立法者の考え方の大要である。まず、証人の書面尋問の第一の要件である「相当と認める場合」という要件については、「相当と認める場合」に該当するか否かの判断は、裁判官の裁量に委ねられることになろうが、しかし、「相当と認める場合」というだけでは、判断基準としてきわめて漠然としている。この点が不明確であると、場合によっては、たんに口頭尋問方式では時間と労力がかかるといった理由だけで書面尋問が実施される可能性も否定しきれないであろう。たしかに、「検討

「事項補足説明」や「改正要綱試案補足説明」から、立法者が「証人が遠隔地に居住していたり、病気等の関係で裁判所に出頭することに困難が予想されるが、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場合」を「相当と認める場合」として念頭に置いていることが読み取れるが、これによっても適用基準としては依然曖昧なままである。また、証人が遠隔地に居住している場合等の、ここで挙げられている例は、受命裁判官または受託裁判官の面前で証人尋問が許される場合と類似している。受命裁判官または受託裁判官の面前における証人尋問の適用範囲は、今回の改正でかなり拡大され（新一九五条）、新一九五条四号により、裁判所が相当と認める場合で当事者に異議がないときは、受命裁判官または受託裁判官の面前での証人尋問が可能となっている<sup>(11)</sup>。このように、書面尋問の要件と、受命裁判官または受託裁判官による証人尋問のための要件とが符合していることから、両制度のそれぞれの適用場面が同一なのかどうかという疑問が提起される<sup>(12)</sup>。それゆえ、受命裁判官等による間接的証証拠調べとの関連においても、新二〇五条の書面尋問の許容限界は、明確でないとと言える。

書面尋問の適用基準を曖昧なままにして、その適用を裁判官の判断に委ねることは、前述の通り、書面尋問が証拠評価の適正を確保する直接主義や当事者公開、反対尋問権保障などの要請に応ええない以上、裁判官の運用次第で事実認定の適正と、ひいては裁判の適正を害する危険を有している。そういった危険は、たとえ書面尋問の適用にあたり「当事者に異議がない」ことがもう一つの要件として要求されていても、常に回避できるものではないであろう。また、書面尋問がかりに多用されれば、証人尋問の書面化による証人の取調べの形骸化によって、かえって今回の民事訴訟法改正の目標の一つであった当事者サイドにわかりやすい訴訟の実現<sup>(13)</sup>に逆行する危険も存在しう

る。書面尋問がこれらの危険性を持つていることを前提とするならば、書面尋問の適正な利用を確保するために、「相当と認める場合」とはどのような場合かをできるだけ明確化して、書面尋問制度の適用限界を画定することに努める必要がある。このような理由から、本稿では、書面化と最も緊張関係にある証拠方法である証人証拠につき、証人の書面尋問の適用範囲の限界づけと取り組んでいきたい。<sup>(14)</sup>

三 ところで、書面尋問を人証の書面化と把握した場合、これと密接に関連するものとして、今日の實務における「陳述書」の利用の問題が存在する。<sup>(15)</sup> 陳述書は、証人となるべき者または当事者本人が、法廷で証言もしくは供述すべき内容を、それらの者が任意に、しかも予め書面に記載したものである。<sup>(16)</sup> 陳述書の利用の仕方は、裁判官によって様々のようであるが、陳述書は、近時の民事裁判実務において、書証としてのその取調べにより人証の取調べに代替することで口頭尋問の方式を回避し、人証の取調べの効率化を図るためにも活用されていると言われる。<sup>(17)</sup> 陳述書は、その利用の仕方によっては、<sup>(18)</sup> 証言を書面化したものとして、証人の口頭尋問の方式と、さらには書面尋問の限界を不当に逸脱すると認められることもありうるように思われる。<sup>(19)</sup> ここでも、証拠調べの直接主義や当事者公開主義、口頭主義の原則と反対尋問権の保障などの観点からその利用の当否やその適用限界を解明する必要がある。同様の問題は、今次改正で導入された宣誓供述書（公証人法五八条の二）についても生じうる。<sup>(20)</sup>

陳述書、宣誓供述書とも、証言内容を書面にした文書を書証として提出するという機能を果たす可能性を十分に有している。証言内容を書面にした文書を書証として提出する場合、通説・判例によれば、民事訴訟では証拠能力の制限がないとして、常に適法な証拠として心証形成の基礎とされうる。<sup>(21)</sup> この種の文書を書証として適法とみなせば、当然、証人を原則として受訴裁判所の面前での口頭の尋問により取り調べる建前と実質的に矛盾しないのかと

いう疑問が生じうる。この建前と緊張関係にある証人の書面尋問の許容限界を解明することは、書面尋問を包含する人証の書面化という全体的問題を明らかにするための手掛かりを見出すのにも役立つ可能性があると思われる。

四 前述のとおり、書面尋問制度が証拠調べの直接主義や当事者公開主義などの原則との抵触から招来する問題を重要視するのが本稿の基本的立場であるが、この点については、現在の民事裁判で、裁判官の頻繁な交代という現実から直接主義等の要請が画餅に帰していることを理由に、直接主義を強調することを空虚な主張と受け止める向きがないではない。<sup>(23)</sup>しかし、この現実から、直接主義等からの乖離がいよいよ許されてよいという結論は導き出せないであろう。むしろ、真の訴訟促進に集中証拠調べが不可欠であると同時に、直接主義や口頭主義なき集中証拠調べがいかに難しいかを考えた場合、裁判官の交代の現実から直接主義の無価値性を導出するのではなく、間接主義化をできるだけだけ抑える、言い換えると、厳しい現実の枠内で直接主義のできる限りの顧慮と実現を工夫することが今日の民事訴訟に必要なことであると思われる。

本稿は、このような問題意識も含めて、証人尋問の書面化の限界の解明を目指す。そのための材料として、ここでは、ドイツ民事訴訟法における証人の書面尋問制度を取り上げる。ドイツでは、一九二四年の民事訴訟法の改正の際に、証人の書面尋問制度に相当する「証人の書面による陳述 (schriftliche Zeugenaussage)」が導入された。その後、一九九〇年の司法簡素化法 (Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz) により改正されたものの、証人の書面尋問制度は、七〇年を越える歴史を有している。今回のわが国の改正での書面尋問制度の導入ないし拡大に際しても、ドイツ民事訴訟法の証人の書面尋問制度が参考にされたことは、「検討事項補足説明」でのドイツの書面尋問制度の言及から肯定できよう。<sup>(25)</sup>ドイツの証人尋問制度は、知っての通り、交互尋問制をとるわが国の民事訴訟法と

異なり、裁判官主導の職権的性格の強いものであるが、その人証として証拠方法の体系に占める位置、証拠法体系自体の類似性、証拠法の基本的原理の同一性に鑑みて、参考になるところが多いと思われる。それゆえ、本稿では、まず、ドイツ民事訴訟法における証人の書面尋問制度を考察対象にする。考察の方法としては、最初に、ドイツ民事訴訟法における証人の書面尋問制度の導入から今日までの法文上の展開および理論的展開をその許容範囲を中心と辿る。その発展過程を同制度導入から第二次世界大戦にかけての初期の段階（第一章）、第二次世界大戦後から司法簡素化法による改正までの段階（第二章）、そして司法簡素化法の成立以後（第三章）の三つに分けて追跡したい。それに続いて、その整理・分析を試み（第四章）、わが国の民事訴訟法における書面尋問制度の問題を解決するのに役立つ視点と、さらには、前述の人証の書面化として包括しうる周辺問題の解決のための指針を抽出したいと思う。

(1) もちろん、書面尋問が、証人尋問の方式において、原則としての口頭尋問に対する例外であることは変わらない。

(2) なお、書面尋問の方式は、簡易裁判所の手続では、旧法で証人と鑑定人の尋問の際に許されていたのが、今次改正により、証人と鑑定人のほかに当事者尋問の際にも利用できるようになった（新二七八条）。しかし、その他の裁判所の面前での手続では、証人の書面尋問を定めた新二〇五条が当事者尋問や鑑定人証拠に準用されないから（当事者尋問につき、新二一〇条、鑑定につき新二一六条但書参照）、書面尋問は、証人尋問の場合にのみ許されることになる（鑑定につき、法務省民事局参事官室編「二問一答新民事訴訟法」二四〇頁（商事法務研究会、平成八年）参照）。

(3) 小林秀之『証拠法』五〇頁（弘文堂、第二版、平成七年）、春日偉知郎「自由心証主義の現代的意義」『講座民事訴訟』五八頁（弘文堂、昭和五八年）、近藤完爾「直接主義復習」同『民事訴訟論考第二巻』三三頁（判例タイムズ社、昭和五三年）。証人尋問につき、他の証拠調べと違い、裁判官の交代の際に当事者の申出があれば証人尋問が再度行われなければならないとされ（旧一八七条三項、新二四九条三項）、受命裁判官または受託裁判官による証人尋問の許容範囲も他の証拠調べよりも狭い（旧二七九条、



新一九五条) ことも、証人尋問の際の証人との直接的接触による直接的印象の獲得の重要性を考慮したものと云える(小林・前掲三三三頁参照)。

(4) 法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続の検討課題―民事訴訟手続に関する検討事項とその補足説明―』別冊NBL二三三三三六頁(商事法務研究会、平成三年)。

(5) 「検討事項補足説明」三五頁(別冊NBL二三三三)。

(6) これは、補足説明が手続の簡易迅速化と裁判所の負担軽減を目指したドイツの司法簡素化法による書面尋問制度の拡充に言及していることから推測できる。

(7) 「検討事項」の段階における、「尋問事項の内容、反対尋問の必要性の有無等を考慮して相当と認めるときは」という書面尋問の要件は「改正要綱試案」の段階で単に「相当と認める場合」に変更され、そのまま新法になっている。「改正要綱試案」別冊NBL二七号二四頁(平成六年)参照。

(8) 今次改正での証人の書面尋問制度の導入に際しては、簡易裁判所手続ですでに許容されていた書面尋問(旧法下では、これは証人尋問のほかに、鑑定人の尋問にも許容されていた(旧三五八条の三))が参照された。簡易裁判所手続に書面尋問が導入された主な理由は、少額の事件を簡易・迅速に処理する簡易裁判所の制度目的の実現にある(吉村徳重||小島武司編『注釈民事訴訟法(7)』四一五頁(梶村太市||石田賢一)(有斐閣、平成七年))。すなわち、訴額が小さく、争点や事実関係のさほど複雑でない事件で、証拠資料の収集に関して厳格な手続をとっているのは、審理の遅滞をきたし、訴訟経済に反し、好ましくないからである。旧三五八条の三によれば、裁判所は、「相当と認めムルトキ」書面尋問をすることができることから、書面尋問の許容は、それが相当と認められる場合であることが必要である。問題は、その「相当と認められる場合」がいかなる場合かである。これについては、その可否はともかく、この点に関する最も詳細な吉村||小島編・前掲四一五頁以下(梶村||石田)の記述に依拠すると、相当性の判断基準として次の四つの基準が挙げられる。

すなわち、①事案の選択、②当該人証の出頭確保と信用性、③当事者の意思、④尋問事項の簡明性の四つである。このうち、①では、争点または事実関係がそれほど複雑でないことが要求される。②では、証人が遠隔地に居住しているとか、病氣入院中であるとか、職務上繁忙をきわめているなどの事情があつて出頭困難の場合で、しかも当該人証による証拠資料としての価値が重要であるなどの事情がある場合に、書面尋問に適するとされる。もっとも、当該証人の証言が反対尋問の機会にさらすまでもなく信用

できるような事情が存在することが前提となるから、はじめから信用性に乏しいと考えられる類型の証人に対しては、口頭弁論によるべきものとされる。③では、処分権主義・弁論主義の建前から、証拠申請した当事者の意思が、運用上妥当な扱いとして尊重される。④は、書面尋問が証言を対立当事者の反対尋問にさらすことなく証拠資料とするものであることから、当該尋問事項が要証事実との関係から簡明かつ具体的であることが必要であるということの意味する。

これはあくまでも一つの見解であるが、これによって、簡易裁判所手続において書面尋問が相当と認められる場合は、ほぼカバーされていると思われる。このほかにも―上記の四つの基準とも重なりうるが―立証事項の性質や当該人証の立場から、虚偽の陳述の危険が小さい場合か否かを基準の一つとして挙げる文献が存在する（菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅱ』七八二頁（日本評論社、平成元年））。これによると、例えば、業務の通常の過程で作成される書類の内容について説明を求める場合や、当該証人が全くの第三者的立場にあつて、当事者のいずれにも利害関係がない場合に、書面尋問に適するとされる。

(9) 法務省民事局参事官室編・前掲注(4)二三五頁参照。なお、新二〇四条は、裁判所が遠隔地に居住する証人の尋問をする場合に、映像等の送受信による通話の方法での尋問が可能であるとして、この尋問方法と書面尋問との関係も問題となりうる。

(10) 「改正要綱試案補足説明」四二頁（別冊NBL二七号）、法務省民事局参事官室編・前掲注(4)二三五頁参照。

(11) 法務省民事局参事官室編・前掲注(4)二三〇頁。受命裁判官または受託裁判官による証人尋問の要件を定める新一九五条では、「相当と認める場合」という文言は、要綱試案の段階と違い、欠落しているが、裁判所外での証拠調べに関する新一八五条一項で「相当と認める」という要件が置かれていることから、証人尋問の場合にもその要件が必要であると解せられる。

(12) 山本克己「人証の取調べの書面化―「陳述書」の利用を中心に」自由と正義四六巻八号五六頁（平成七年）は、この点を正当に指摘する。山本教授は、この点から、受命裁判官または受託裁判官による証人尋問と、証人の書面尋問とが対等な選択肢なのか、一方が原則で他方が例外という関係にあるのか、という問題提起をされる。しかし、両方の制度の機能とその機能場面が異なる以上、それぞれ別々に機能領域を検討することが先ず必要であるように思われる。

(13) 「検討事項補足説明」別冊NBL二三号一頁参照。

(14) 書面尋問の許容範囲の明確化をはかる上で、勿論、すでに書面尋問が利用可能である簡易裁判所手続の場合（前注(8)）が

参考になるが、その一方で、軽微な事件を扱う簡易裁判所手続と他の裁判所の手続とを同一に扱うことに問題があることも十分に認識しておく必要がある。これは、これまで簡易裁判所手続でしか書面尋問の可能性が認められていなかったこと自体が示している。

(15) この視点からすでに山本克己教授の優れた研究がある。山本・前掲注(12)。

(16) 吉村・小島編・前掲注(8) 四三三頁。しかし、陳述書といっても、様々な類型や態様がある。この点については、高橋宏志「陳述書について―研究者の視点から」判タ九一九号二七頁(平成八年) 参照。

(17) 山本・前掲注(12) 五七頁。なお、陳述書の利用実態やその問題点等を整理・分析した最近の文献として、高橋・前掲注(16) のほかに、西口元「陳述書をめぐる諸問題―研究会の報告を兼ねて」判タ九一九号三六頁(平成八年)、那須弘平「争点整理における陳述書の機能」判タ九一九号一九頁(平成八年)、松森彬「民事裁判の新方式の問題点―弁論兼和解、陳述書、集中審理について」自由と正義四六巻八号二五頁以下(平成七年) などがある。

(18) 例えば、主尋問の内容の大部分を陳述書で代え、尋問時間の多くを焦点を絞った尋問または反対尋問に充てるといったブラクティクスが行われていると言われるが、そのような利用は、陳述書でもって直ちに証人尋問に代替させるわけではないので、単純に証人尋問の書面化として消極的評価を加えることはできないだろう。加藤新太郎編著『民事尋問技術』一七頁以下(加藤新太郎)(ぎょうせい、平成八年) 参照。

(19) 今回の民事訴訟法改正で証人の書面尋問制度が導入されたこととの対比から、証人の供述を宣誓なしに書面化する点で書面尋問と共通する陳述書を適法視しようとする見解が存在するが(高橋・前掲注(16) 二七頁、二八頁注4)、疑問である。書面尋問制度が導入されたといっても、証人尋問の原則は口頭尋問であり、書面尋問はあくまでも例外である。書面尋問の法定は、見方によつては、証人の供述を宣誓なしに書面化することをあくまでも例外的に許容するにすぎないことを意味しうるのであって、それならば、陳述書で証人尋問に代替することに対する消極的価値判断を含んでいると解することも可能であるからである。

(20) 整備法九条による公証人法の改正により、宣誓認証制度が新設された。これにより、公証人は、私署証書の認証を与える場合において当事者が公証人の面前で証書の記載が真実であることを宣誓した上で署名もしくは捺印し、または証書の署名もしくは捺印を自認したときは、その旨を認証することができることとされるところに(新公証人法五八条の一)、宣誓の真実性を担保するために、私署証書の記載が虚偽であることを知りながらその記載が真実である旨を宣誓した当事者を一〇万円以下の過料に処する

こととされた（新公証人法六五条の五）。この公証人の関与の下で作成される文書が宣誓供述書であるが、これは、陳述書の内容の正確性を担保する手段として、制裁の裏付けある宣誓を用いることができるようにし、それによって陳述書の真实性をより確保して適正迅速な裁判の実現に寄与することを企図している（柳田幸三「新民事訴訟法の制定及び公証人法の改正について」公証一五号七五頁（平成八年）参照）。しかし、宣誓供述書も、法律上の宣誓を伴うとは言え、陳述書と同様、当事者の反対尋問や裁判所による供述態度の観察の欠如といった問題点を内包していることは否定できない（石川明ほか「民事訴訟法改正と公証制度」公証法学二五号三三頁（柳田幸三）（平成八年）参照）。

(21) 大審院は、かつて、訴えの提起の後に係争事実について作成された文書の証拠能力を認めず（大判大正一〇年二月二日民録二七卷三号一七二頁など）、また、人証の代用のために作成された文書の証拠能力を原則的に否定した（大判昭和四年四月五日民集八卷二四九頁。ただ、例外的に、係争事実を証明するために作成されたものでないときは、成立が真正であれば証拠として採用できるとしていた）。しかし、その後、判例が変更されて訴え提起後に第三者が作成した文書も証拠能力を認められるようになり（大判昭和十四年一月二日民集一八卷一五四五頁。田中和夫『新版証拠法』一〇〇頁以下（有斐閣、増補第三版、昭和四六年）、西口・前掲注17）三六頁参照）、また、学説上も、それと同一の立場が通説となっている（例えば、新堂幸司『民事訴訟法』三四三頁（弘文堂、第二版補正版、平成五年））。しかし、これに對しては、人証回避の目的で作成された文書の提出を許すことは、相手方の反対尋問権を奪う結果となり、また実質的に証人尋問の方式の変更になるから、心身の故障で裁判所に出頭できない等の特別の事由のない限り、証拠能力を否定すべきであるとの注目すべき反対説が存在する（兼子一〓松浦馨〓新堂幸司〓竹下守夫『条解民事訴訟法』五一七頁（竹下守夫）（弘文堂、昭和六一年）、齋藤秀夫〓小室直人〓西村宏一〓林屋礼二編著『注解民事訴訟法』三五五頁（第一法規、第二版、平成三年））。これは、後述するとおり、ドイツでの通説・判例の立場であり（拙稿「民事訴訟における自由証明の存在と限界——西ドイツにおける理論の展開を手がかりとして」早法六五卷一—三九頁注（15）（平成元年）参照）、一考に値する。

(22) 裁判官の交代とそれに関する問題については、鈴木重勝「民事裁判所の構成変更と訴訟審理原則」早法五七卷二—一五九頁以下（昭和五七年）参照。

(23) 山本・前掲注（12）五七頁は、口頭主義や直接主義が憲法により直接要求される原則でなく、常に適正かつ迅速な審理の確保という観点からの目的論的考慮に基づく批判的検討に常にさらされねばならない以上、証人の書面尋問によって直接主義の空洞化

を招くおそれがあるとの書面尋問に対する批判が、批判としては成り立たない、と論じる。直接主義や口頭主義が訴訟制度目的の実現のための手段的な原則である以上、その要請が絶対的なものでないことは言うまでもない。たしかに、それを金科玉条のごとく堅持することはできないが、しかし、それらが原則と認められてきた内在的根拠が存在する以上、その制限には、それなりの正当性が要求されるであろう。

(24) 筆者は、ドイツ民事訴訟法上の公の報告との関連で、ドイツ民事訴訟法上の証人の書面尋問制度に言及したことがある。拙稿「ドイツ民事訴訟法における公の報告 (amtliche Auskunft) — 民事訴訟における調査嘱託の基礎的研究」中村英郎教授古稀祝賀『民事訴訟法の現代的展開』七八二頁、七八四頁注(70) (成文堂、平成八年) 参照。

(25) 「検討事項補足説明」三四頁(別冊NB L二三号)では、ドイツ民法における司法簡素化法により改正された書面尋問制度が引きあいに出されている。とくに、司法簡素化法で、書面尋問の適用可能性が拡大されたことが引きあいに出されていることから、それが今次改正での書面尋問の利用拡大にも参考とされたことは疑いない。

## 第一章 ドイツ民事訴訟法における証人の書面尋問制度の導入

### 一 証人の書面尋問制度の導入——一九二四年ZPO改正

一 一八七七年一月三〇日公布時のドイツ民事訴訟法典 (Zivilprozessordnung 以下ではCPOと略す) には、少なくとも法文上、証人の書面尋問の制度は存在しなかった。すなわち、今日証人の書面尋問制度を規定するドイツ民事訴訟法 (Zivilprozessordnung 以下ではZPOと略す) 三七七条の前身であるCPO三四二条には、証人の書面尋問を許容する定めは置かれていなかった。ドイツ民法に証人の書面尋問制度が導入されたのは、それから約五〇年

後の一九二四年のZPO改正の際である。同改正によって、次のような証人の書面尋問を許容する規定が、三三七条三項および四項として挿入された。

〈ZPO三三七条〉

③証人において自己の帳簿（Bücher）またはその他の書類（Aufzeichnungen）に基づいてなすことを要するものと予見される陳述が、尋問事項をなすときは、裁判所は、証人が予め書面によって証明問題（Beweisfrage）に答えかつその返答の真実であることを宣誓に代えて保証する（unter eidestätlicher Versicherung）場合、証人は期日に出頭することを要しない旨を命ずることができる。

④その他の場合においても、裁判所は、事件の状況に照らし（nach Lage der Sache）、とくに証明問題の内容（Inhalt der Beweisfrage）に鑑み証人の書面による陳述をもって十分であると認めかつ当事者双方がこれに同意を与えたときにも、また右と同一の措置をとることができる。

本章では、ドイツ民事訴訟法における証人の書面尋問制度の立法的および理論的展開の出発点として、一九二四年のZPO改正による証人の書面尋問制度の導入から第二次世界大戦にかけての同制度をめぐる初期の理論状況を概観することにする。

二 まずその前提として、いかなる理由から書面尋問制度が導入されるにいたったのかを見ておきたい。この理由または背景を知るには、一九二四年のZPO改正の状況やその趣旨<sup>3</sup>を知ることが有益であろう。一九二四年のZPO改正法は、第一次世界大戦（一九一四年～一九一八年）中および大戦後の、ドイツ国民にとって社会的・経済的

に非常に厳しい時期を乗り切るための一連の戦時立法<sup>(4)</sup>および応急措置的な緊急立法<sup>(5)</sup>の後をうけた第一次改正法であった。しかし、戦後まもない時期での改正とはいえ、その意義を戦後の社会状況とのみ結びつけることはできず、この改正の契機は、すでにドイツ民事訴訟法典の公布後まもない時期に遡ると言われる。一八七七年の立法当初の民事訴訟法は、自由主義国家理念を基礎にし、傍觀者の如く受動的な裁判所の面前で当事者が展開する自由な力の闘争に関するルールにすぎないと考えられていたが、すでに一八八〇年代以降、国家が近代的な社会的福祉思想を支えに、様々な領域でそれまでの受動的姿勢から離れて国民の共同生活へ次第に積極的に介入していく傾向が現れ、それが司法の領域にも及んでいた。訴訟の領域では、訴訟の遅延化が進み、訴訟が国民の直接的な生活から次第に乖離して専ら記録と調書に基づく書面審理と化していたため(いわゆる「記録・調書司法 (Akten- und Protokolljustiz)」、司法に対する国民の不満が高まり、ZPOの全面的改正の必要が確信されるまでにな<sup>(6)</sup>った。そこで開始された改正準備作業は、手続にそれを推進する動的なモメントを導入し、そのために裁判所の権能行使を自由に、訴訟を受動的な裁判所の面前での当事者の闘争から当事者と裁判所との共通の法発見を目指す作業共同体に変更することを目標に掲げた。この改正の準備作業は、大戦と革命とによる中断を経て一九二〇年に再開されたが、インフレが進行する厳しい社会・経済状況下において、ライヒ政府は、訴訟引き延ばし可能性を殆ど無制限に提供する既存の訴訟手続を早急に改革する<sup>(7)</sup>必要から、大規模な訴訟改革を断念して、訴訟法の早期改正を目指すにいたった。

その結果、ライヒ司法省において大臣エミンガー (Eminger) の下で作成された草案<sup>(8)</sup>が、ライヒ議会の法律委員会に提出され、審議・修正がほどこされた後、一九二四年改正法の成立のはこびとなった。二四年改正法にお

る主要な修正箇所としては、①期日および期間に関する当事者の支配の喪失、②集中主義 (Konzentrationsmaxime)、③裁判所の実体的訴訟指揮義務の拡張、④記録の状態による裁判、⑤単独判事 (Einzelrichter) の制度の新設、⑥控訴理由書の強制、⑦和解手続 (Güteverfahren) の創設などが挙げられる。

証人の書面尋問の制度は、右の改革の一環として新設された制度である以上、この制度の導入を決定した立法者の意図もまた、一九二四年改正法の全般的な意図と切り離して考えることはできないであろう。すなわち、この改正の主眼は、訴訟の慢性的遅延、裁判所の過剰な負担、民事裁判の市民生活からの乖離といった民事司法の直面する緊急課題との取組みにあり、それゆえ、一改正に関する直接的な立法資料がないため、証人の書面尋問制度を導入するにいたった立法者の意思を資料に基づき確認することはできないが、証人の書面尋問制度の導入の目的も、その制度による訴訟の促進と裁判所の負担軽減にあったと見る<sup>(9)</sup>ことができる。つまり、訴訟遅延の一因をなした多数の証人を口頭尋問する負担から裁判所を解放し、手続の簡素化と集中を図ることが、証人の書面尋問制度の導入の狙いであったと推察される<sup>(10)</sup>。

- (1) 一九二四年二月三日に Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. Februar 1924 が公布され (この改正に対してオーストリア民事訴訟法が多大な影響を及ぼした点につき Stein-Jonas-Schumann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Aufl., 1979, Eirtl. Rn. 123 Pn. 4) 一九二四年六月一日より発効した (一九二四年五月十三日の官報をもつて新民事訴訟法と新負担軽減令が告示された) 一九二四年改正法に関する立法資料は、公表されていないが、一九三一年草案が、一九二四年改正法と、同法から三一年草案に引き継がれた規定に関して詳細な記述を含んでいるので、その限度では、一種の公的な理由書の代わりをなしていると言つて過言でないだろう。Vgl. Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., Eirtl. Rn. 123 Pn. 1 参照。
- (2) 訳出にあたっては、斎藤常三郎・中田淳一『外国法典叢書・独逸民事訴訟法 I』五三五頁 (有斐閣、昭和一七年) を参照し



た。

(3) この点は、斎藤管三郎・中田淳一・前掲注(2)九頁以下に詳しい。本稿の記述も、同書一頁とStein/Jonas, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, 12. Aufl., 1. Band, 1925, S. XXIX. に属(べい)する(べい)大(おほ)き。

(4) 例えは、一九一五年九月九日の裁判所負担軽減令 Verordnung zur Entlastung der Gerichte (RGBl. S. 562) への他の戦時立法(こいつは) Stein/Jonas, a.a.O., S. XXVII. など(に)斎藤秀夫『戦争と民事訴訟法』三二頁以下(日本評論社、昭和一九年)参照。

(5) 一九三三年二月二日の民事法上の争訟における手続の促進のための命令(こゝろ)を促進命令(VO zur Beschleunigung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten)。

(6) 二〇世紀(に)入(い)る(べい) NPO(の)技術(ぎゆ)改革(かいはく)の問題(も)を(こ)ろ(に)議論(ぎろん)を(な)した。Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., Einl. Rn. 123.

(7) Vgl. auch Goldschmidt, Zivilprozessrecht, 1929, S. 19.

(8) この草案(さうあん)および二四年改正法(せいほう)は、ライヒ司法省(しかり)で準備(じゆんび)されてきた民事訴訟改革(せいこう)の一部(いぶ)を先取り(さきどり)して(な)した。Goldschmidt, a.a.O., S. 19.

(9) 例えは、一九二四年改正直後にヨナスは、「一九二四年改正法により挿入(さくに)された(三七七条)三項(さんこう)および四項(よんこう)は、訴訟経済(そご)の理由(りゆう)から、一定範囲(いてい)で証明問題(しょうめい)の書面(しよめん)による返答(へんたう)を規定(きぎん)する。」と記(き)して(お)り(Stein-Jonas, a.a.O., § 377 V S. 968) キミン(キ)も、書面尋問制度(しよめんじんもん)に(こ)ろ(に)口頭主義(くごうしゆぎ)ならびに直接主義(ちかじやくしゆぎ)原則(げんそく)の例外(れいがい)は、期日(きじつ)の省略(しょうりゃく)を(こ)ろ(に)目的(もく)的(てき)を(な)す(べい)と述(の)べて(お)る(Kisch, Deutsches Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 2. Band, 1920-1934, S. 105)。<sup>10)</sup> Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 12. Aufl., 1. Band, 1932, § 377 Ann. 6a.

(10) Konkursells, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozess, insbesondere bei der Zeugenvernehmung, Diss. Freiburg, 1990, S. 18; auch Sydow-Busch-Krantz, ZPO und GVG, 19. Aufl., 1926, § 377 Ann. 6.

## 二 一九二四年改正法による証人の書面尋問制度の概要

一 次に、一九二四年改正により導入された証人の書面尋問制度が、導入の時点およびその後しばらくの間、法的にどのように性格づけられ、そして実務上どのように取り扱われていたのかを概観する。<sup>(1)</sup>

まず、証人の書面尋問——「証明問題の書面による返答 (schriftliche Beantwortung der Beweisfrage)」ないし「書面による証人陳述 (schriftliche Zeugenaussage)」——の法的性質については、例えば、ヨーナスが次のように述べている。<sup>(2)</sup> すなわち、証明問題の書面による返答の場合には、人証 (証人証拠) に代えて書証を用いるわけではなく、たんに「簡易化された証拠調べ (証人尋問) の形式 (vereinfachte Form der Beweisaufnahme)」が問題である。通常の形式の証拠調べとの相違は、①尋問裁判官へ陳述を伝達する際の「直接主義 (Unmittelbarkeit)」の放棄、②宣誓の場合に比し刑法上の制裁が弱い「宣誓に代わる保証 (eidensattliche Versicherung)」で宣誓に代えていること、<sup>(3)</sup>そして、③当事者公開 (Parteilichkeit) の欠缺、とくに当事者の発問権の欠落に存在する。その結果、証明問題の書面による返答は、どの関連においても、通常の証人尋問に比し劣等な種類の証人尋問 (Zeugenvernehmung milderer Art) として現れる。このように、ヨーナスは、証明問題の書面による返答を書証ではなく、人証として位置づけた。この立場は、例えば、バウムバッハの注釈書をはじめとする他のいくつかの文献でも主張されており、<sup>(4)</sup>すでに同じ立場の裁判例も見られた。<sup>(5)</sup>これは、後述するとおり、以後ドイツにおいて今日まで一貫して支持されている理解であり、そして、それが制度導入直後から一般的であったことが伺える。

二 裁判所が証人に対して三七七条三項または四項の証明問題の書面による返答を命ずる権能を行使するか否か

は、裁判所の「自由な裁量 (freies Ermessen)」に属すると解されていた。<sup>(6)</sup>したがって、裁判所は、当事者の申立てに拘束されなかった。しかし、この権能を行使するには、同条三項または四項所定の要件を充足する場合でなければならぬ。その要件は、証人が帳簿または他の記録に基づいて行われると予見される陳述が尋問の対象をなす場合(三項)、または、裁判所が具体的な事件の状態により書面の陳述で十分とみなし、かつ、両当事者がそれに同意した場合(四項)であるということである。このうち、三項の場合は、要するに、証人尋問が以前の記録の内容を裁判所に伝える手段にすぎない場合に該当し、当事者の同意は必要ない。四項の場合は、それ以外の場合であり、三項と違い両当事者の同意が必要とされるとともに、裁判所は、事件の状態により一すなわち、証明問題の内容にとっても、尋問されるべき証人の状況・教育程度・当事者に対する地位等によっても一陳述が証人の人的印象および完全な宣誓による裏付け、証拠調べの際の当事者の協力なくして、裁判所の心証を基礎づけるのに十分であると認める場合でない、書面による返答を命じることができないと解されている。<sup>(8)</sup>なお、四項が婚姻事件にも妥当するか否かについては当初から見解の対立が存在していた。<sup>(9)</sup>

三七七条三項または四項に対する違反があった場合については、その違反は、終局判決に対する上訴によってのみ責問することができるが、この瑕疵は、二九五条(責問権の放棄・喪失)により治癒しうるとされ、異論は見当たらなかった。<sup>(10)</sup>

三 証明問題の書面による返答を命ずるか否かの証拠調べの方式の決定は、受訴裁判所の役目とされた。<sup>(11)</sup>なぜなら、受訴裁判所のみが、自己の心証の支えとするために証人の書面での陳述で十分であるか否かを判断することができるからである。したがって、裁判所が三項または四項の権能を行使する場合は、これを証拠決定によって言い

渡すことが必要である。

証人には、証明問題の書面による返答を命じられた場合、書面により返答する義務は存在しないとされた<sup>(12)</sup>。それゆえ、返答しない場合、裁判所は、何らの強制手段も有しないし、不回答は、処罰の対象とならない<sup>(14)</sup>。

証明問題の書面による返答の実施方法については、次のような処理が主張されていた。まず、証人への証明問題の通知は、三項により、期日への呼出しと合わせて行われる。法は、ここで受訴裁判所の面前での証人尋問を原則の場合として念頭に置いているから、通常、証人は、宣誓に代わる書面による証明問題の返答があれば彼の期日への出頭は必要ない旨の通知とともに、期日に呼び出されることになる<sup>(15)</sup>。しかし、同時の呼出しなしに証明問題を通知することは、三項によってけつして排除されるわけではない<sup>(16)</sup>。ただ、この場合は、証人に証明問題の回答のための期間を設けることが合目的であり、簡単な事実を付して証明問題を説明することが、場合によっては望ましい<sup>(18)</sup>。証人からの返答を裁判所が受領した場合、これは、裁判所の事務課を通じて当事者に通知されなければならぬとされた<sup>(19)</sup>。

なお、後から口頭尋問がなされる場合は、ZPO三九八条の意味での反覆尋問（再尋問）と解された<sup>(20)</sup>。その場合、最初の書面による陳述の際の宣誓に代わる保証は、尋問の際に必要な宣誓に代替しない<sup>(21)</sup>。

(1) しかし、書面尋問制度の導入から第二次世界大戦の終結までの文献で、同制度を理論的にまたは実務的観点から詳しく扱った文献は殆どなす。例えば、ホルトミエニント (Goldschmidt, Zivilprozessrecht, 1929, S. 19) / シュタインハムンカー (Stein-Junker, Grundriß des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts, 3. Aufl., 1928, S. 258) / キミンナ (Kisch, Deutsches Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 2. Band, 1929-1934, S. 1041) / ヘルマン (Oertmann, Grundriß des deutschen Zivilprozessrechts, 4. u. 5. Aufl., 1930, S. 176) / ローヤンベレン (Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., 1929, §121 IV 2 (S.

- 387)) シメオン・ダーマント (Siméon-David, *Lehrbuch der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit*, 2. Band, 14. u. 15. Aufl., 1927, S. 428) 等の当時の代表的な教科書または体系書は、三十七条三項・四項の条文の要旨を述べるにとどまらざる。したがって、このことは、当時の文献の限られた言及に基づいて整理するにすぎなければならぬ。
- (2) Stein-Jonas, *Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich*, 12. Aufl., 1. Band, 1925, §377 V (S. 968f.).
- (3) Seuffert-Walsmann, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 1. Band, 12. Aufl., 1932, §377 Ann. 6a. 証人宣誓が宣誓に代わる保証で代替される原則が、証明問題の書面による返答の場合に破られ、当事者公開主義が排除され、証人の宣誓が宣誓に代わる保証で代替されることを指摘している。
- (4) Baumbach, *Taschenausgabe der neuen Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., 1925, §377 Ann. 8; Baumbach, *ZPO*, 8. Aufl., 1934, §377 Ann. 4 A (S. 679); Bernhardt, *Rechtstreit*, 1939, §291ff (S. 76); Seuffert-Walsmann, a.a.O., §377 Ann. 6a.
- (5) KG, *Beschluß* v. 14. 3. 1936, JW 1936, 1309, 1310. 証人の書面の陳述について、それが「手続法上口頭尋問に代替」したかつて書証の方法での証拠調べはなく、真正な法律に基づく特別形式で可能な証人証拠である」と述べている。
- (6) Stein-Jonas, a.a.O., §377 V 1 (S. 969); Seuffert-Walsmann, a.a.O., §377 Ann. 6b. ベイフェルト・ヴァルステンは、三項・四項いずれの場合においても、命令が裁判官の裁量に依存すること、裁判官にとっては、事情ととくに証明問題により書面の通知が人的陳述に代替しうるか否かの考量が決定的であると述べる。
- (7) 同意に関しては、証拠決定が下される口頭弁論の終結の時点で存在する必要がある、それまでは同意は撤回可能であり、それ以後の撤回は、三六〇条の証拠決定の変更のきっかけを裁判所に与えらるゝとされる。この変更は、相手方の同意を必要としなく。以上につき Stein-Jonas, a.a.O., §377 V 1 b (S. 969)。
- (8) Stein-Jonas, a.a.O., §377 V 1 (S. 969); Baumbach, *Taschenausgabe der neuen Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., 1925, §377 Ann. 7. Sydow-Busch-Krantz, a.a.O., §377 Ann. 12. 証人の信用性の審査が問題となる場合には、書面での陳述では十分と認められなくとも、また Stein-Jonas, a.a.O., §377 V 1 (S. 969) は、本文で記した基準を、三項・四項に共通の基準として掲げているほか、裁判所の業務状況は、裁量の際の判断基準としては問題にならないとする。
- (9) 例え、Stein-Jonas, a.a.O., §377 V 1 b (S. 969) は、妥当するに對し Seuffert-Walsmann, a.a.O., §377 Ann. 6 c は、三十七条四項は、婚姻事件に通用しなくとも。Vgl. RGZ 130, 9.

- (10) Stein-Jonas, a.a.O., §377 V 1 b (S. 969) ; Baumbach, Taschenausgabe der neuen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., 1925, §377 Ann. 5 ; Baumbach, ZPO, 8. Aufl., §377 Ann. 4 A (S. 679).
- (11) Stein-Jonas, a.a.O., §377 V 2 (S. 969) ; Baumbach, ZPO, 8. Aufl., §377 Ann. 4 C (S. 680). しかるにこのことは、異論がある。Sydow-Busch-Krantz, ZPO und GVG, 19. Aufl., 1926, §377 Ann. 8 に於ては、証拠決定の処理を受命裁判官または受託裁判官が行う場合、証拠決定の実施の仕方を決定する権限が彼らに付与されているところより理由で、彼らも、受託裁判所がその方法を明らかにしてはならない限り、書面による証明問題の返答を命じてはならないとされる。
- (12) Stein-Jonas, a.a.O., §377 V 3 (S. 969) ; Baumbach, ZPO, 8. Aufl., §377 Ann. 4 C, S. 680 ; Seuffert-Walsmann, a.a.O., §377 Ann. 6c ; Sydow-Busch-Krantz, a.a.O., §377 Ann. 9.
- (13) Seuffert-Walsmann, a.a.O., §377 Ann. 6c ; Sydow-Busch-Krantz, a.a.O., §377 Ann. 9. 然るに Seuffert-Walsmann, a.a.O., §377 Ann. 6c は、宣誓による承諾の義務を存しないとする。
- (14) Stein-Jonas, a.a.O., §377 V 3 (S. 969). しかるに Sydow-Busch-Krantz, a.a.O., §377 Ann. 9 は、証人が書面に於ける返答を行わば期日たる出頭しなから場合、三三〇条 (証人の出頭義務違反) の処罰規定が適用されることを認む。
- (15) Stein-Jonas, a.a.O., §377 V 4 (S. 969) ; Sydow-Busch-Krantz, a.a.O., §377 Ann. 9 ; Seuffert-Walsmann, a.a.O., §377 Ann. 6c.
- (16) Stein-Jonas, a.a.O., §377 V 4 (S. 969f.) (「然るに、外国の証人の尋問の場合に限りしとするべきである」) ; Sydow-Busch-Krantz, a.a.O., §377 Ann. 9.
- (17) Stein-Jonas, a.a.O., §377 V 4 (S. 970) ; Sydow-Busch-Krantz, a.a.O., §377 Ann. 10.
- (18) Stein-Jonas, a.a.O., §377 V 4 (S. 970).
- (19) Stein-Jonas, a.a.O., §377 V 4 (S. 970).
- (20) Baumbach, Taschenausgabe der neuen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., §377 Ann. 8 ; derselbe, ZPO, 8. Aufl., §377 Ann. 4 A, S. 679.
- (21) Baumbach, Taschenausgabe der neuen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., §377 Ann. 5.

### 三 証人の書面尋問の許容範囲―ペヒの考察を中心にして―

一 当時の主要な教科書や注釈書に見られる証人の書面尋問制度の法的性質や法的取扱いに対する概観から、同制度に対する評価をある程度推し量ることは不可能ではないが、その適用された範囲を画定することは難しい。ただ、この制度の導入後まもない文献で、同制度について実務家の見地から比較的詳しい分析を試みている貴重な文献としてペヒの研究があることから、ここでは、彼の考察を手掛かりに書面尋問制度導入後の初期の段階での同制度の適用範囲に関する議論状況を整理しようと思う。

二 ペヒは、証人の書面尋問に関する新规定（ZPO三七七条三項・四項）が実際上あまり重要ではなく、その上、重大な疑念を抱かせると言う。彼によると、この制度が実務的に重要な意味をもたないとされる理由は、次の点にある。<sup>(2)</sup>

① 書面による返答には、一般に、ごく簡潔な、内容上非常に明瞭かつ他の解釈の余地がない証明主題（その他の複雑な問題から離れて訴訟にとって重要であるもの）のみが適しているが、その種の証明問題は、実務では非常に稀である。たいていの場合、当事者は、その問題に返答してもらうことを欲するだけでなく、それを越えて、なぜ、どんな（より詳細な）事情に基づき、どんな計算方式にしたがってその問題がそのように返答されるのか等々に答えてもらうことを望んでいる。このような場合、書面による返答は役に立たず、口頭の尋問は不可避である。

② 同じことは、四項の「その他の場合」に一層顕著にあてはまる。これにより、書面尋問の適用範囲は縮減する。その種の尋問方式に一般的に適している者の範囲も、非常に限定されたものであり、まず第一に、法律家や医

師のように間違いなく書面による陳述の能力を有するような人であつて、その上で、その者の公平無私が最初から認められる場合にのみ、書面尋問の方式が考慮される。

以上のようにペヒが証人の書面での返答の制度が実務的にあまり重要な意味をもたないとする理由は、同時にその制度の適用範囲を特定しているように思われる。これは、また書面尋問制度の有用性に対する疑問でもある。彼は、同制度に対し、さらに次のような問題点を指摘する。<sup>(3)</sup>

① 証人と全く会っていない裁判所は、その者の人物と信用性について何らの印象も有していない。裁判所は、証拠調べが合議体の面前で行われるか、単独判事の前か、あるいは受命裁判官・受託裁判官の前かに関係なく、証拠調べの直接主義の下で行われる場合にのみ、この種の印象を獲得する。この場合にのみ、合議体、受命裁判官または証拠調べを囑託された機関は、尋問されるべき者を見聞きし、そして証人の予測できない質問をなすことにより彼の信用性についての直接的印象を得ることができる。

② 書面による返答の場合、証人を申請した当事者が彼と結託し、あるいは暗に彼の書面作成に影響を及ぼすことが容易に予想できる。この危険は、証人が自分の予期できない質問を受ける口頭尋問の際には阻止されうる。

③ 書面での宣誓に代わる保証は、経験上、それを行う者に、裁判所での宣誓のようには真摯に受け止められない。

ペヒは、以上の点から、書面尋問の方式は実務では殆ど行われなからうし、これまでその適用は、とにかく稀な例外事例にのみ限られてきた、と結論づけている。<sup>(4)</sup>

三 これに対して、オーストリアの民法学者ポラークは、彼の一九三二年の論文の中で、この当時のドイツ民



事訴訟法について、書面尋問の制度の——とくに裁判の基礎の正当性に対する——危険を重大視するとともに、書面尋問制度の撤廃を提言している<sup>(5)</sup>。彼は、書面による陳述の場合に証人がいかに軽率に陳述をなしかるか、いかに容易に真実を隠蔽しかるか、そして、彼が後から裁判所により口頭での陳述を強いられる可能性がいかに小さいか、と疑問を提起する。そして、書面尋問制度により裁判所の負担軽減や証人の便宜の向上が図られることは確かであるが、それは、裁判基礎の重大な悪化により賄われていけるとする。その結果は、彼によれば、不当な判決の数の増大と、軽率な虚偽の多い証人の増加が招来されることになる。彼は、当初のZPOの口頭尋問の規範をなぜ実施することができないのかと疑問を提起し、書面尋問を許容する規定の撤廃を強力に主張している。ヨナスが、前述の通り、書面尋問の際に証拠調べの直接主義や当事者公開主義が放棄され、宣誓が宣誓に代わる保証で代替されることを理由に、証明問題の書面による返答を程度の劣った証人尋問と性格づけ、それに応じてその適用範囲を限定的に捉えていたのも、ペヒや、さらにポラークと共通の疑問を書面尋問に抱いていたとみることができよう<sup>(6)</sup>。このほかに、ベルンハルトは、書面尋問の場合、一切の人的印象が欠けているとの理由で、裁判所はこの可能性を正当にも稀にしか利用していない、と記述している<sup>(7)</sup>。人的印象なき尋問結果により判決基礎事実の認定がなされれば、当然、裁判基礎の質の著しい悪化の危険が生じるし、負担過重に悩む裁判所が負担軽減のために書面尋問を多用すれば、口頭尋問の原則とその例外の関係が逆転する危険も生じうる。

この制度がその導入後実際にどの程度利用され、成果をあげていたかは、明らかではない。ポラークのように、一九三〇年ごろのドイツでその制度がかなり利用されているとの印象を表明している者も存在するが、右のベルンハルトの記述や実務家であるペヒによる疑問の表明から察するに、書面尋問の活用により訴訟促進や裁判所の負担

軽減を図るとらう立法者の期待した結果が出るには到らなかつたようである。<sup>(10)</sup>

- (1) Paech, Zur Frage der Bewährung der Zivilprozeßnovelle in der landgerichtlichen Praxis, ZJP 49 (1925), 324f.
- (2) Paech, ZJP 49 (1925), 324.
- (3) Paech, ZJP 49 (1925), 325.
- (4) Paech, ZJP 49 (1925), 325.
- (5) Pollak, Ueber einzelne Entscheidungsgrundlagen erster Instanz, Judicium, 3. Jahrgang (1931), S. 304f. しかし、これに対し、ローゼンベルクは、書面による陳述が十分であり、証人が裁判所への出頭を免れる多くの場合が存在すると、反論する（Rosenberg, Zu dem Entwurf einer Zivilprozeßordnung, ZJP 57 (1933), 328）。
- (6) Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 12. Aufl., §377 V (S. 968f). バウムバッハも、証人の書面による陳述は、口頭による陳述よりも一層疑いを惹き起して慎重に評価されねばならず、書面による場合、当事者公開の有益な影響が欠けよう（Baumbach, ZPO, 8. Aufl., §377 Anm. 4 A）。
- (7) Bernhardt, Rechtsstreit, S. 76.
- (8) Pollak, Judicium, 3. Jahrgang, S. 304 注「現行の実務からの経験により、書面による証人陳述は、口頭による証人陳述より優勢であり、証人が裁判所尋問を交互尋問（Kreuzverhör）からかなり守られているということが認められる。」と述べている。また、彼は、別稿（Pollak, Schriftlich abgelegte Zeugenaussage, Judicium, 4. Jahrgang (1932), S. 71f.）で、次のような実際のケースを挙げている。そのケースというのは、ドイツの株式会社がオーストリアの商事会社に対して提起した訴訟で、原告の主たる証人が、まず司法共助の方法でドイツの区裁判所を通じて尋問されたが、その尋問の仕方が、当該証人が提出した分厚い著作物を自分の陳述として持ち出すという形であった。ウィーンの商事裁判所は、これで満足せず、その提出された著作物の成立について質問したく、彼をウィーンに呼び出して尋問したところ、ウィーンの原告側弁護士もドイツの弁護士も証人陳述の草稿を作成していたことが判明した、というものである。
- (9) ローゼンベルクは、一九三一年の民事訴訟法草案との関連で、証人が書面に纏めたものを携帯して、裁判所に自己の陳述として差し出すという現象が頻繁になつているとし、同草案がこれに対し態度表明をしていないことを残念がっている（Rosenberg,

ZZP 57, 328f)。この手続現象に対して、ローゼンベルク自身は、とくに、当事者の一方の弁護士が証人の書面による陳述を作成した場合に、重大な疑念が存在するとして、新民訴法は、裁判官が書面の成立を解明し、その内容を証人と十分に討議し、曖昧な点や不明瞭な点を発問によって除去しなければならない旨を定めるべきであると主張する。

(10) 第二次世界大戦前またはその期間中のZPO三七七条三項・四項に関する判例や裁判例が注釈書などに殆ど引用されていないことも、これを裏付けるかもしれない。

## 第二章 ドイツ民事訴訟法における証人の書面尋問制度の展開

### 一 戦後の証人の書面尋問制度の概観

一 一九二四年ZPO改正で挿入された三七七条三項および四項は、法文上は、一九九〇年の司法簡素化法により修正が加えられるまで、まったく変動がなかった（以下では、一九九〇年改正後の三七七条を「新三七七条」と表記する）。司法簡素化法により改正されるまで、三七七条三項および四項が規定してきた証人の書面尋問制度はどのように実務で利用され、そして、その適用範囲等の理論的問題がどこまで解明されてきたのか。本章では、戦後、司法簡素化法による改正までの期間の証人の書面尋問制度に関する実務および理論の展開を、その間に現れた主要な体系書や注釈書を手掛かりに整理することにする。また、一九八〇年以降、司法簡素化法による改正の準備作業の段階で、証人の書面尋問制度の改革問題が生じるに伴い、従前の書面尋問制度を比較的詳しく扱った文献<sup>(1)</sup>も現れており、その種の文献の出現も右の整理に資するであろう。

二 まず、証明問題の書面による返答の法的性質については、一九二五年改正直後の理論状況と変わらず、書面による返答は、証人証拠として位置づけられ、けっして証人証拠を証拠によって代替するものではないと解された。例えば、シュタイン<sup>(1)</sup>ヨナス<sup>(2)</sup>シューマンの注釈書（第二〇版）は、証明問題の書面による返答を、証人証拠（人証）を証拠で代替するものではなく、たんに簡素化された証拠調べ（証人尋問）の形式と捉える<sup>(2)</sup>。このように書面による証明問題の返答を人証と捉える立場に異論を唱えるものは見当たらない<sup>(3)</sup>、BGHもこの立場を採用することを明言している<sup>(4)</sup>。

三 裁判所が三七七条三項および四項所定の権能を行使するか否かは、初期の見解と同様、裁判所の裁量に属し<sup>(5)</sup>、裁判所は、権能の行使に際し、当事者の申立てに拘束されないとされた。したがって、当事者が証人の口頭尋問を申し立てても、三七七条三項・四項所定の要件を充足していれば、裁判所は、書面尋問を命じることができ<sup>(6)</sup>る。

裁判所がいかなる場合に証人の書面での陳述を命じうるかが、三七七条三項または四項所定の要件を充足する場合にあたるか否かにかかっていたことは言うまでもない。戦後も、たいていの論者は、三項・四項のそれぞれの場合に分け、まず、①証人が帳簿またはその他の書類に基づいて行う必要があると予見される陳述が尋問事項をなす場合で、証人が予め書面をもって証明問題に答え、かつ、その返答の真実なることを宣誓に代えて保証する<sup>(6)</sup>とき（三項）か、②その他の場合でも、事件の状況から、とくに証明問題の内容に鑑みて証人の書面による陳述で足りると認め、かつ、当事者双方がこれに同意したときに（四項）、裁判所は、証明問題の書面による返答を命じることができるとしていた<sup>(7)</sup>。前者では、個別的な質問の必要がないような書面記録の再現が主として問題となつて

いる。<sup>(8)</sup>とくに後者では、証人の教育度、証人の人的信頼性、証明問題の難易等の一切の事情を評価した上で、書面による陳述で足りるか否かが判断される。<sup>(9)</sup>

これに対して、シュタイン・ヨーンナスの注釈書の改訂者シューマンは、ヨーンナスの立場を引き継いで、三項と四項に分けてそれぞれの要件を提示する前に、両者に共通の要件を掲げた。すなわち、裁判所は、事件の状況に照らし—すなわち、証明問題の内容や、尋問されるべき証人の状況・教育程度・彼の当事者に対する関係に照らして—陳述が人的印象なくしても、また証拠調べの際の当事者の協力なくしても、裁判官の心証を基礎づけるのに十分であらうと認める場合にはじめて、証人の書面での陳述を命じることができるとする。<sup>(10)</sup>また、その際、裁判所の事務処理量が顧慮されてはならないとする。そして、その上で、当事者の同意のないときは、三項所定の場合、すなわち証人証拠が主に過去の記録の内容を裁判所に伝える手段にすぎない場合においてのみ、書面での証人供述が許されるとされ、<sup>(11)</sup>その他の場合には、四項所定の通り、当事者の同意が必要とされる。<sup>(12)</sup>

これら二通りの要件分類化の仕方について、結論的に差異が生じたかは即断できないが、一見したところでは、シュタイン・ヨーンナス・シューマンの提示する共通要件は、三項や四項がそれぞれ規定する要件よりも詳細であり、考慮すべきファクターも豊富であることから、書面での証人供述の許容範囲が狭まる可能性が高かったかもしれない。しかし、もう一方の立場でも、三項、四項それぞれにつき要件をさらに詰めれば、結果的にシュタイン等の見解との間に差異が生じないことも十分ありえたであろう。

四項の場合に要求される当事者の同意は、証拠決定が下される口頭弁論の終了の際に存在しなければならず、それまでは同意は撤回可能であるというのが、制度導入以来一貫して支配的な見解であった。<sup>(13)</sup>婚姻事件に四項が適用

できるか否かは、この制度の導入以来争われてきた問題であるが、四項の書面尋問が裁判所なくして実施できない以上、書面尋問を許容しても懸念はないなどとして、四項の適用を肯定する立場が有力となったようである<sup>(14)</sup>。

書面による陳述の取寄せは、所掲の要件を欠く場合、不適法であり、三七七条三項および四項の違反は、終局判決に対する上訴によつてのみ責問することができるが、その瑕疵は二九五条により治癒しうる、というのが通説・判例であつた<sup>(16)</sup>。

四 この証拠調べの方式の決定は、受訴裁判所の権限である<sup>(17)</sup>。この点については、初期の段階では、受命裁判官や受託裁判官にも、その判断権能があるとする見解も存在したが<sup>(18)</sup>、その後、その種の見解をとる文献は見うけられなくなった。したがつて、裁判所が三項または四項の権能を行使しようとする場合、これは、受訴裁判所が証拠決定において言い渡されなければならないということになる。なお、書面による陳述は、一九七六年のいわゆる簡素化法（Vereinfachungsnotelle）による改正で二七二条のbが削除されるまでは、弁論準備処分として裁判長がこれを命じることができたが、改正後は、それはもはや不可能となつた。

証人が、書面による陳述をなす命令を受けた場合、書面により証明問題に返答する義務を負わないことは、初期の学説と同じであり、したがつて、書面での返答の命令に証人が応じない場合の効果も、無強制、無処罰<sup>(19)</sup>という点で違いはない。

また、手続に関しては、証人への証明問題の通知が期日呼出しと一緒に行われること、同時に期日呼出しをせずに証明問題の通知のみをなすことも禁じられていないこと（この場合は、証人に証明問題の書面での返答のための期間を設定しておくことが適当であること）など、初期の文献で指摘されているところと変わる所はなかつた<sup>(20)</sup>。このほか

には、右のいずれの方式によるにしても、証明問題を通知するに際し、証言拒絶権や宣誓拒絶権について教示することが要求されている<sup>(21)</sup>。

証人から書面での返答を入手した場合、裁判所は、事務課を通じて当事者にその入手を通知しなければならぬ<sup>(22)</sup>。書面で証明問題につき陳述した証人をさらに口頭で尋問する必要があるか否かは、裁判所が、証人尋問の反覆に関する定め(三九八条)に従って判断することとされた<sup>(23)</sup>。例えば、証人の人的印象に重大な意義が認められる場合には、口頭で尋問される必要がある場合と認められた<sup>(24)</sup>。

五 右に概観したところからも明らかなおと、戦後、証人の書面尋問に関する理論および運用は、全般的には、初期の学説に比して特筆すべき変化や展開を遂げなかつたようである。戦後公刊された主要な教科書や注釈書に目を向けても、目新しい記述や指摘などを見いだすことは難しい。例えば、シュタイン<sup>II</sup>ヨナスの代表的注釈書を見ても、その間に同書の三七七条三項・四項に関する解説部分についてシエンケ、ポーレ、シューマンと、担当者が交代してきたにもかかわらず、当該部分は、基本的に一九二五年版のヨナスの記述と変わっていない。ただ、証人の書面尋問の適用限界については、司法簡素化法による改正の直前に証拠調べの直接主義との関連から比較的詳しく考察したククゼリスの論文が現れたので、これを主に参考にしながら、一九二五年改正から一九九〇年改正まで存続した旧「証人の書面尋問」の制度の問題点とその適用限界に関する議論を次に紹介することにする。

- (1) Reinecke, Die schriftliche Zeugenaussage im deutschen Zivil- und Arbeitsgerichtsprozess, ZRP 1989, 404; Koutkouselis, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozess, insbesondere bei der Zeugenvernehmung, Diss. Freiburg, 1990.
- (2) Stein-Jonas-Schumann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Aufl., 1988, §377 Rn.35.

- (c) Bernhardt, Grundriß des Zivilprozessrechts, 2. Aufl., 1951, S. 119; derselbe, Das Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 1968, S. 149, 236; Baumbach-Lauterbach, ZPO, 20. Aufl., 1951, §377 Anm. 3 A; Peters, Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozess, 1962, S. 113; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 42. Aufl., 1984, §377 Anm. 3 A; Reinecke, ZRP 1989, 404. ㊦の他、大藏省入証及び民事訴訟法改正草案が、それら訴訟の前提として認められる。例として、Wieczorek, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2. Aufl., 2. Band, 1976, §377 C u. C I 45; 三十三条三項・四項が「書面書証 (schriftliche Vernehmung)」や「証書文書」の証拠方法を定めており、書証の規定に服してなされる。
- (4) BGH I M §377 ZPO Nr. 4 zu 3 der Gründe = MDR 1968, 132.
- (5) Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 Rn. 37; Wieczorek, a.a.O., §377 C I; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 42. Aufl., §377 Anm. 3 A; Koukouselis, a.a.O., S. 62. [義務的裁量 pflichtgemäßes Ermessen]。
- (6) 陳述の正当であることの宣誓に代わる保証は、三項もしくは言及されていないが、証人に与えられた裁判所の人的印象の欠缺のゆえにそれが要求される以上、書面による陳述の場合全般にわたって、宣誓に代わる保証は要求された (Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 42. Aufl., §377 Anm. 3 A.)。
- (7) Nikisch, Zivilprozessrecht, 1950, S. 351; Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozessrecht, 8. Aufl., 1956, §65IV 2; Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., 1986, §123 VII 2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 42. Aufl., §377 Anm. 3 B; Koukouselis, a.a.O., S. 58ff.; Wieczorek, a.a.O., §377 C III.
- (8) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., §377 Anm. 3 B a.
- (9) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., §377 Anm. 3 B b aa.
- (10) Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 Rn. 37; BPatG-GRUR 1978, 358.
- (11) Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 Rn. 38.
- (12) Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 Rn. 39.
- (13) Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 Rn. 39; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., §377 Anm. 3 B b bb; Reinecke, ZRP 1989, 405. Wieczorek, a.a.O., §377 C III b は、同意の訴訟上の意思表示は証拠決定の言渡しもしくは証人への依頼まで自由に撤回できるとする。また、証人を呼び出したことが、証人が書面による陳述を提出してきた場合、それから当事者が同意を与



えらるべきを認めらるることなり。Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 Rn. 39; Reinecke, ZRP 1989, 405.

なお、ZPO 二二八条二項による口頭弁論なき裁判の同意が証人の書面尋問に対する同意を含むべき否かについては、肯定すべしと解する(Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 Rn. 39; Reinecke, ZRP 1989, 405; KG, DR 1940, 1693)と空想たる見解(Wieczorek, a.a.O., §377 C III b)を対立し得る。

(14) Wieczorek, a.a.O., §377 C III b; Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 Rn. 39. Schönke-Schröder-Niese, a.a.O., §65 IV 2も、婚姻事件および家族上の身分事件において職権探知主義が妥当する場合にも、裁判所は、証明問題の書面による返答を命ずること及び得ることをする。

(15) So Rosenberg-Schwab, a.a.O., §123 VII 2; BGH, MDR 1970, 135. ただし、所定の要件を充たせざらざる場合(1)及び(2)を書証として扱うことの見解があった(Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 42. Aufl., §377 Anm. 3 A)。なお、三十七号条三項四項の要件が存在するからあり、書面による返答の命令またはその命令の不作為に対しては、不服申立てはできないとされた(Wieczorek, a.a.O., §377 C II a)。

(16) Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 Rn. 40; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., §377 Anm. 4; Rosenberg-Schwab, a.a.O., §123 b; Wieczorek, a.a.O., §377 C II a; Reinecke, ZRP 1989, 405; BGH, FamRZ 1970, 22; BVerwG, NJW 1961, 379.

(17) Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 Rn. 41; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., §377 Anm. 3 C. ②の理由は、受訴裁判所のみが、自己の心証を基礎づけるに証人の書面での陳述で十分であるか否かを評価することが出来るからである。

(18) 前述第一章・二注11参照。なお、Wieczorek, a.a.O., §377 C II は、受命裁判官や受託裁判官の判断で書面尋問を命ずることはできないが、受訴裁判所のほかに、単独裁判官(ZPO 三四八条、五二四条)や裁判長(ZPO (旧) 二七二条のb 二項四号、三九九条)の判断でも可能と解している。単独裁判官は、受訴裁判所と同一視することができると、裁判長については、それが(1)で挙げられているのは、同書が簡素化法改正以前のものであるからであろう。本文中で触れた通り、これは、簡素化法による同規定の改正後は、もはや妥当とせざる。

(19) Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 Rn. 42; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., §377 Anm. 3 D; Wieczorek, a.a.O., §377 C IV b.

(20) Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 Rn. 43; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., §377 Anm. 3 D; Wieczorek,

a.a.O., §377 C IV b. 書面による返答のための期間を設定したところ、期間が過ぎても返答の書面が提出されない場合や提出が拒絶された場合、速やかに期日が指定され、証人の呼出しが行われることとなる（Baumbach-Lauterbach-Hartmann, a.a.O., §377 Anm. 3 D）。

(21) Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 Rn. 43; Wiczeorek, a.a.O., §377 C IV a 1.

(22) Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 Rn. 44.

(23) Stein-Jonas-Schumann, a.a.O., §377 C IV c は、書面尋問によって当事者や裁判所の質問が排除されるわけではないから、事情によっては、裁判所は、書面の報告に続いて尋問しなければならないとする。同書によると、三九八条による反覆尋問は、その間に当事者が質問せずに弁論した場合にはじめて問題となるとされることから、シュタインの注釈書とは若干理解が異なる。

(24) BGH, LM §377 ZPO Nr. 4 = MDR 1968, 132.

## 二 証人の書面尋問の許容範囲——ククゼリスの研究を中心にして——

一 証明問題の書面による返答を規定する三七七条三項および四項のうち、三項の場合は、書面による陳述の對象となるのは、帳簿その他の書類にある情報のみであり、陳述をなす者としては、職務活動上帳簿等の作成を要求されるような者が意図されていた（例、臨床記録に基づいて報告する医師や、自己の商業帳簿にある事実について陳述する商人など）。この書面による陳述の場合、口頭主義は違反されており、また、証拠調べは、判決裁判所が証人について直接的印象を得ることができない点で、間接的に行われている。さらに、当事者公開や当事者の発問権も認められない。以上の点は異論がないと思われる。ククゼリスは、この場合を直接主義原則に対する例外として捉える<sup>(1)</sup>。これが直接主義原則の違反となるかは、一考に値するであろう。直接主義は、形式的直接主義 (formelle

Unmittelbarkeit) と実質的直接主義 (materielle Unmittelbarkeit) に分類されるが、今日までドイツ民事訴訟法における通説は、民事訴訟において証拠調べの形式的直接主義が原則として妥当し—刑事訴訟におけると違い(ドイツ刑事訴訟法二五〇条参照)—実質的直接主義は妥当しないとしている。<sup>(2)</sup> ククゼリスも、右の通説を前提とするが、証人の書面での陳述の場合は、証拠調べの形式的直接主義に違反すると言う。<sup>(3)</sup> 例えば、第三者が書面で陳述したものが書証として提出された場合に、判決裁判所がそれを書証として取り調べることは、(形式的) 直接主義には何ら違反していないが、判決裁判所が、当事者が証人申請した者を口頭ではなく書面で尋問する場合は、裁判所が直接、証人という証拠方法に接するのではなく、書面を介することで、直接的接触が妨げられていることになり、証人の書面による尋問は、形式的意味における直接主義の違反にあたるというのであろう。

ククゼリスによれば、この証拠調べの直接主義原則の例外は、実際の理由によって正当化される。<sup>(4)</sup> まず第一に、証人が書面で陳述すれば、証人は裁判所へ出頭する必要がないので、証人にとっても、当事者や裁判所にとっても証人尋問期日が省略でき、第二に、過去の書類の再現の場合、証明問題に対する書面での返答は、裁判所の負担軽減と手続の簡素化にとつて重要な役割を果たすとともに、より迅速な権利実現に奉仕するからである。

二 これに対して、三七七条四項による証人の書面での陳述の場合は、直接主義原則の違反の程度は、受命裁判官や受託裁判官による証拠調べの場合よりも重い、とククゼリスは言う。<sup>(5)</sup> その理由は、彼によると、前者の場合、判決裁判所の構成員のうち誰も証人についての直接的印象を得ていないからである。<sup>(6)</sup> また、証人は、書面による陳述の場合、自分の陳述に対して心構えをする余裕があり、さらに、その陳述の書面化に際し、当事者の一方が関与し、影響を及ぼす危険が大きいからである。<sup>(7)</sup>

したがって、ククゼリスによれば、四項の場合は、過去の書類の再現が問題となる三項の場合に比して、書面による陳述の命令には疑問な点が多く、また、そればかりか、結果的に手続の複雑化や裁判所の負担増大を招来する危険性が高く、さらに、後から口頭尋問が行われることになれば訴訟が一層遅延する可能性も大きい<sup>(8)</sup>。その上、四項の場合、その命令が「事件の状況」や「証明問題」といった不特定な要件にからしめられていることや、証明問題の重要性や証人の教育程度・信頼性といった考慮事由が、通常、証拠調べの後で判明することから、証人呼出しの時点で、書面による陳述が裁判官の必要かつ適正な心証を根拠づけるのに十分であるか否かを審査することは不可能であるとされる<sup>(9)</sup>。

三 ククゼリスは、右の考慮を前提に、直接主義に違反する証人の書面による陳述の命令の際の限界の究明が必要であるとして、三項・四項のそれぞれの規定に基づく書面による陳述の適用限界を検討する<sup>(10)</sup>。彼によると、まず、三七七条三項の場合は、その適用が、口頭主義や直接主義などの他の手続原則と結びついた手続簡素化への法指向下に置かれる。そこから、裁判所は、以前の書類の再現として書面による陳述を、法定の要件が充足され、かつ「書面の陳述が、証人についての直接的な印象がなくても裁判官の心証を支えるのに十分であると期待できる場合」にのみ、命じてよいとする。つまり、裁判所は、具体的事情、証人の信用性の評価を通じて書面による陳述の合目的性（手続の簡素化）について十分な確信を得なければならぬ。この合目的性に僅かでも疑問があれば、口頭の尋問が命じられるべきであるとする<sup>(11)</sup>。したがって、ククゼリスによると、以前の書類の再現としての証人の書面での陳述（の命令）の場合にすでに、原則的にそれを差し控えることが要求される<sup>(12)</sup>。

四 次に、三七七条四項による口頭尋問の代用としての書面での陳述の命令の場合、ククゼリスによれば、三項

によるよりも一層制限的な取扱いが指示される。彼は次のように述べる。<sup>(13)</sup>

証人の書面での陳述の場合、証人についての人的・直接的印象と、当事者の直接関与による有効な作用がありえないことから、四項による口頭尋問の代用としての書面での陳述は、一切の重要な点につき完全かつ明確な報告が見込まれ、裁判所と当事者の協力が明確な結論を得るのに必要ないとみられる場合でなければ許されない。また、証人の信用性の批判的な吟味が不可欠である。したがって、通常は、尋問は、裁判官の必要かつ適正な心証を形成できるように受訴裁判所の面前で実施されなければならない。

口頭尋問に代わる書面による陳述の命令について、ククゼリスは、右のような基本的立場をとるので、その立場に従えば、三七七条四項の適用領域が残されているのかすら疑わしくなるが、彼は、右の趣旨に則り、同規定の要件の慎重な解釈を要求する。<sup>(14)</sup> 三七七条四項は、①事件の状況、②証明問題の内容、③裁判官が書面による証人陳述を十分とみなすか否か、の三つの要件を置いたが、ククゼリスは、前二者が直接主義の破棄の要件としてあまりに不特定であることから、③が最も重要であるとし、この要件が、控訴審および商事部の準備単独判事による証拠調べ（の命令）のための要件として法律上要求される「証拠調べの結果を証拠調べの経過に関する直接的印象なくしても適切に評価することができる」との要件（五二四条二項、三四九条一項）<sup>(15)</sup>と類似性をもつとする。彼によると、三七七条四項も、五二四条二項・三四九条一項も、裁判所の負担軽減と手続の簡素化という同一の法目的に基づく点と、いずれも直接主義原則の例外であるという点で共通しており、それゆえ、五二四条二項・三四九条一項の基準を三七七条四項に準用することが許される。<sup>(16)</sup> これまでの通説が前者につき、個々の主要でない副次的な証拠を取り調べる場合にのみ、単独判事による証拠調べを許容していることから、三七七条四項の場合も、個々の副次的な

証拠を取り調べる限度で（もちろん両当事者の同意も必要であるが）許容できるとされる。<sup>(17)</sup>

ククゼリスによると、四項の場合に要求される当事者の同意の要件は、裁判所が書面による陳述の命令を出すことに對する当事者サイドからの抑制として、つまり、当事者の同意がないかぎり裁判所は書面による陳述を命じたとしても命じることができないという趣旨で設けられている。<sup>(18)</sup> また、裁判所としては、当事者の同意による申立てがあるからといって、いわばそれに拘束されるかたちで即座に命令を出してはならず、むしろ、その命令に少しでも疑問があれば、当事者の同意にかかわらず口頭による尋問を実施すべきものと解される。<sup>(19)</sup> このククゼリスの見解は、彼の「証拠調べの直接主義の原則とその例外が公益に奉仕する」との前提に基づいている。この理解は、さらに次の点で重要な意味をもってくる。

既述のとおり、三七七条三項・四項違反につき、終局判決に對する上訴によってその違反を主張することができるとする一方で、この違反の手續瑕疵は、ZPO二九五条（責問権の放棄・喪失）により治癒しうるとするのが通説・判例の立場であった。しかし、ククゼリスのように証拠調べの直接主義とその例外に関する規定が公益（とくに真実発見、場合によっては手續促進）に奉仕するものであると解するならば、その規定を当事者の処分に委ねることとは許されない。それゆえ、ククゼリスによれば、三七七条三項・四項違反は、二九五条により治癒しえないことになる。<sup>(20)</sup> この問題は、証拠調べの直接主義全体に関わる重要問題である。例えば、受命裁判官や受託裁判官、あるいは準備単独判事などによるいわば間接的な証拠調べが、その法定の要件を充足していないのに実施された場合にも同種の問題が生じうるからである。<sup>(21)</sup>

五 なお、証人の書面による陳述の取扱いについて、ククゼリスは、書面による陳述が口頭による陳述よりも一

層批判的に評価されなければならないとの立場から、書面による陳述の証拠評価に際して裁判官が書面の成立を調査し、曖昧な点や不明瞭な点、誤りなどがある場合に、それらを是正する必要があるとし、書面による陳述に疑義が存在する場合は、証人の再度の、それも口頭による尋問が命じられなければならないとする。<sup>(22)</sup> また、裁判所は、書面による陳述の結果を当事者に通知しなければならないとする。<sup>(23)</sup> これは、法的審問請求権の保障から、(証拠調べに立ち会っていない)当事者に証拠調べ結果について意見表明する機会が付与される必要があるからである。

以上のククゼリスの「証人の書面での陳述」の適用に関する考察は、けっして新しいものを提示したわけではないが、一九二五年ZPO改正で導入された三七七条三項・四項の下での証人の書面による陳述の制度の適用問題に関する理論的到達点をあらわしているといつてよいかもしれない。

- (1) Konkousselis, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozess, insbesondere bei der Zeugenvernehmung, Diss. Freiburg, 1990, S. 59.
- (2) Z.B. Konkousselis, a.a.O., S. 79ff. Anders Rohrer, Materielle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme-ein Prinzip der StPO wie der ZPO?, Diss. Kiel, 1972, S. 47ff., 54ff. Vgl. Schilken, Beweis des "Vertretenseins" einer Gewerkschaft im Betrieb-namentliche Benennung des Gewerkschaftsmitgliedes, SAH 1993, 302, 309. 拙稿「民事訴訟における自由証明の存在と限界」早法六五卷一号八一頁参照。
- (3) Konkousselis, a.a.O., S. 58f.
- (4) Konkousselis, a.a.O., S. 59.
- (5) Konkousselis, a.a.O., S. 60.
- (6) この理由は、受託裁判官の場合にはあてはまらないであろう。なぜなら、受託裁判官は、判決裁判所の構成員ではないからである。
- (7) さらに、書面での陳述は、曖昧・不明瞭な点や誤謬を含む可能性がある。

- (8) Koukouseis, a.a.O., S. 60.
- (9) Koukouseis, a.a.O., S. 60f.
- (10) Koukouseis, a.a.O., S. 62ff.
- (11) Koukouseis, a.a.O., S. 62.
- (12) Koukouseis, a.a.O., S. 63.
- (13) Koukouseis, a.a.O., S. 63.
- (14) Koukouseis, a.a.O., S. 64.
- (15) Vgl. Koukouseis, a.a.O., S. 41ff.
- (16) Koukouseis, a.a.O., S. 64.
- (17) Koukouseis, a.a.O., S. 64.
- (18) Koukouseis, a.a.O., S. 65.
- (19) Koukouseis, a.a.O., S. 65.
- (20) Koukouseis, a.a.O., S. 66.
- (21) この点については、二九五条により手続違反も治療しうるべからうのが今日の通説であるが、近時、有力な反対説も存在する（Münchener Kommentar zur ZPO-Pitting, 1992, §295 Rn. 19f.; Weh, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, Jus 1991, 36）。<sup>444)</sup> <sup>445)</sup> <sup>446)</sup> Münchener Kommentar zur ZPO-Mustielak, 1992, §355 Rn. 17 <sup>447)</sup> 参照。
- (22) Koukouseis, a.a.O., S. 67f.
- (23) Koukouseis, a.a.O., S. 68.



### 三 小 括

#### 1 証人の書面による陳述の問題性

一 前節のククゼリスの所論で一貫しているのは、証人の書面による陳述を慎重に利用する必要性である。このような姿勢は、前述の通り、古くは、ヨリーナスの注釈やペヒの論説に認められるし、戦後も、主要な体系書や注釈書<sup>(1)</sup>の記述の中に見出すことができる。ククゼリスも含め、これらの論者が証人の書面による陳述の適用に対して警戒感を抱いた主たる理由は、整理すると、①宣誓に代わる保証、②当事者公開（とくに発問権）の欠缺、③直接主義の放棄、の三点にあると思われる<sup>(2)</sup>。

二 ①については、宣誓に代わる保証が、経験的に、裁判所の面前で行われる宣誓ほどには、保証をなす者に真面目に受け止められず<sup>(3)</sup>、また、それが宣誓に比較すると弱い刑事制裁の下にあることから、虚偽の陳述の可能性が大きい<sup>(4)</sup>ことである<sup>(4)</sup>。

②は、証人の口頭尋問の際と違い、当事者が尋問に立ち会って発問する機会がなくなること、裁判所から見ても、直接証人に質問して不明瞭な点を明らかにしたり、証人に彼の予期せぬ質問を行う<sup>(5)</sup>ことを通じて、証言の信頼性を評価する機会が存在しないことを意味する<sup>(5)</sup>。

③の直接主義の違反も、②とならんで重視される観点である<sup>(6)</sup>。これは、裁判官は証人に直接接しないがゆえに、証人についての直接的な印象を得ることが不可能であるということである。証言の証拠価値を判定する上で、証人

たる人物の信頼性が非常に重要なウェイトを占めるが、直接的印象を有しない裁判官にとって証人の人的信頼性を判断することは非常に難しい<sup>(7)</sup>。したがって、証人についての直接的印象は、本来、証人尋問が単独判事の面前であれ、合議体の前であれ、受命裁判官や受託裁判官の面前であれ、裁判官の面前で直接行われる場合にのみ、獲得することができるのであって<sup>(8)</sup>、証人の書面での陳述は、受命裁判官や受託裁判官による間接的な証拠調べの場合よりも真実発見にとってさらに大きな危険を内蔵する、という見方も可能となる<sup>(9)</sup>。

裁判外で書面が作成されることから、当事者の一方が当該証人に対して陳述内容に影響力を及ぼす危険が大きいということも、さらに証人の書面の陳述の問題性を助長しうる。以上の点に、三七七条三項・四項の適用範囲をできるだけ狭く画そうとする見解が主張された一般的な理由が存在する。

## 2 (旧) 三七七条三項と四項の差異

一 三七七条三項と四項は、証人の書面による陳述を許容するといっても、それぞれの適用場面および要件が異なっていた。いずれの場合についても適用の差控えが多く<sup>(10)</sup>の論者から提唱されたが、各項の適用の際に要求される慎重さの程度には差異が存在すると見られる。結論を先に言くと、三項の場合よりも四項の方が訴訟結果に対して<sup>(11)</sup>もつ危険性が大きいと考えられていた。まず、三項により証人の書面による陳述が許容されるのは、結局証人に口頭で証言させても、帳簿などの書類の内容を述べるにすぎないということが見込まれる場合である。すなわち、その内容が固定された書類や記録を再現するものとして証人の書面による陳述が用いられる場合である<sup>(11)</sup>。この点が四項の場合と明確に異なる所であり、この両者の相違が、三項の場合に、四項と違い、両当事者の同意が要件

として要求されず、要件が緩和されている理由になつていたと言へるであらう。<sup>(12)</sup> たしかに三項の文言は、宣誓に代わる保証のほかに、証人が帳簿その他の書類にもとづいて行う必要があると予見される陳述が尋問事項であることのみを要件としている。しかし、学説の中には、三項所定の命令が発せられるためには、このほかに、証明問題が何であるか、<sup>(13)</sup> 当該証人が書面の起草の際に帳簿などの記録の内容を正確に再現しうるか（証人の信頼性）などが考慮される必要があると主張したものがあつた。たしかに、証明問題が帳簿その他の書類の内容の再現に関わる場合、それを証人が書面に正確に再現すれば、法廷で口頭により尋問する意味はないが、それはあくまで、当該証人が書面で忠実に陳述することが前提となつてゐる。しかし、その保証となるのが、宣誓に代わる保証だけでは、必ずしも十分とは言えないのではないかと疑問が存在する。当然、その証人本人の信頼性が重要性をもつことになる。なぜなら、証人の書面による陳述の場合、証人についての直接的印象が得られない以上、証人に関する人的印象が必要ない場合でなければならぬからである。したがつて、当事者や事件に対する証人の利害関係などが斟酌されねばならないとの考え方が出てきたのも頷けるところである。

二 さらに問題が多いとされた四項の場合、ククゼリスのほかに、その一層慎重かつ制限的な利用を説いた文献がいくつか存在する。<sup>(14)</sup> 三項の場合が、証人の書面による陳述といつても実質は、書類内容の再現であるのに対し、四項の場合は、端的に口頭の陳述に代えて書面による陳述を用いる場合である。この場合には、とくに次のような問題点が指摘された。まず、証人が自己の陳述の書面化に際し、当事者の一方が関与したり、証人と結託したりして、その内容に影響を及ぼす場合がある。<sup>(15)</sup> 第二に、書面での陳述も、曖昧・不明瞭な点や誤謬を伴いつつ、そこから、新たな尋問事項が生じる可能性が存在する。そうなれば、結局、後から同一の証人に対する口頭尋

問を行う必要が生じ、訴訟の一層の遅延が招来される可能性<sup>(16)</sup>がある。第三に、書面による陳述の場合、証人について直接的印象を得ることができない以上、証人についての直接的印象なくしても証拠調べの結果を適切に評価することができるときでなければならぬ<sup>(17)</sup>が、証拠決定の時点で裁判所がその場合に該当するか否かを判断することが非常に難しいことである<sup>(18)</sup>。これらの問題性を踏まえたときに、いったいどういふ場合に四項にもとづき書面による陳述の命令が発せられうるかは、明らかでない。この問題に対する解答は、ククゼリスによっても、満足い<sup>(19)</sup>く形で示されていない。

三 ともかく、このように要件のみならず、制度それ自体に多くの疑問を抱えていた証人の書面による陳述の制度は、その導入から数十年を経て、司法簡素化法により改正を受けることとなった。結論を先取りするならば、一九二五年導入の証人の書面による陳述の制度は、既述の問題点を克服する形では修正されず、むしろ、それを増幅する方向で改正されたと言っても過言でないであろう<sup>(20)</sup>。この改正の経緯と内容を次章で取り上げることにする。

- (1) Z.B. Bruns, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1979, §35 Rn. 184b (S. 283) ; Bernhardt, Das Zivilprozessrecht, 3. Aufl., §53III (S. 286) ; Schönke, Zivilprozessrecht, 3. u. 4. Aufl., 1947, §65 IV 2 (S. 217f.) ; Schönke-Schröder-Niese, Zivilprozessrecht, 8. Aufl., 1956, §65 IV 2 (S. 289).
- (2) 既に挙げた文献のほかは、Reinecke, ZRP 1989, 407.
- (3) Paech, ZRP 49, 325.
- (4) Stein-Jonas, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich, 12. Aufl., 1925, §377 V ; anders Bruns, a.a.O., S. 282.
- (5) Vor allem Reinecke, ZRP 1989, 404 u. 407.
- (6) 証拠調べの直接主義については、民事訴訟において形式的直接主義が妥当するの否か、実質的<sup>(1)</sup>直接主義の妥当も問題となりえないか、議論の余地がある。これに伴い、書面尋問が直接主義に違反するという場合、形式的直接主義の違反にあたるの否か、実質的

直接主義の違反に該当するのを見解が分かれうる。この点は、第四章で取り上げる予定である。

(7) Paech, ZJP 49, 325.

(8) Paech, ZJP 49, 325.

(9) Koukousels, Die Umittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozess, insbesondere bei der Zeugenvernehmung, S. 60.  
(10) Z.B. Bruns, a.a.O., §35 Rn. 184b (S. 283) ; Schönke-Schröder-Niese, a.a.O., §65 IV 2 (S. 289) ; Wiczorek, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 2. Aufl., 1976, §377 C III a. 例として、シモンタリシュレーターニーゼは、「法律によって定められた証明問題の書面による返答の二つの可能性（つまり、3項によるものと4項によるもの）には、まったく異なった評価が加えられる。三七七条三項の場合における報告の命令は、少なからず全く合目的たりうるのに対し、三七七条四項の場合における命令は、しばしば真実究明を危うくするという結果を伴いうる。すでに正当にも、三七七条四項による命令が『例外的のみ、とくに証人の書面による陳述の絶対的独立した成立に対する比較的確実な保証が存在する場合のみ、問題になりうる』とらうことが指摘されてきた。」と記している。

これに対して、クレーニヒは、三項の場合にも、「事情により証人から、自分の報告を一方当事者の有利に取り繕う可能性を奪おうとするならば、しばしば、証人を書面で尋問するのではなく、一般的に述べられた証明主題のもとで呼び出し、帳簿などを携帯するよう命令」そして個別質問を期日ではじめて提示することが望ましい」とする (Kronig, Die Kunst der Beweiserhebung im Zivilprozess, 2. Aufl., 1947, S. 28)。

(11) Bruns, a.a.O., S. 282f.

(12) ブルンスは、三項の場合は、書面での報告の内容は、文書の内容と同様、殆ど確定しているから、書面による報告への当事者の同意は無しですませることができると言う (Bruns, a.a.O., S. 283f.)。また、ヴィツォレクも、この場合を「延長された書証 (ein verlängerteter Urkundenbeweis)」と性格づけ、その中で、証人はまだ書面で以前に記録されていないことは何も証言してはならず、ただ記録に基づいて書面による陳述をなす必要があるとする (Wiczorek, a.a.O., §377 C III a.)。

(13) 前述のとおり、ヘヒは、書面による陳述を命じる場合、証明主題として、ごく簡潔な、内容的に非常に明確で、他の解釈の余地のないものが適しており（それも、他の複雑な問題とは切り離して裁判上重要なものである）、その種の問題が実務上著しく稀であることを指摘している。Paech, ZJP 49, 324.

- (14) Koukouseis, a.a.O., S. 63; Bruns, a.a.O., S. 283; Paech, ZJP 49, 324; Wiczorek, a.a.O., §377 C III a.
- (15) Paech, ZJP 49, 325; Koukouseis, a.a.O., S. 60.
- (16) Koukouseis, a.a.O., S. 60.
- (17) Peters, Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozess, S. 113.
- (18) Koukouseis, a.a.O., S. 60f.
- (19) 例えば、クレーニヒは、三七七条四項による書面での報告の囑託の可能性は、とくに、証人が何も知らないと予見される場合や、その重要性が疑わしい事項が問題である場合、拳証者を安心させるために報告を取り寄せる場合などに行使されるとする（Krönig, a.a.O., S. 28f.）。ちなみに、クレーニヒは、例えば、呼び出した証人が書面で信憑性をもって、自分が何も知らないとか重要でないことしか知らないことを通知する場合、宣誓に代わる報告（書面での）を取り寄せることで、当事者にも納得してもらう、という彼自身の運用例も挙げている（Krönig, a.a.O., S. 28.）。
- (20) 拙稿「ドイツ民事訴訟法における公の報告（amtliche Auskunft）―民事訴訟における調査囑託の基礎的研究」中村英郎教授古稀祝賀『民事訴訟法学の新たな展開』七八二頁、七八四頁注70参照。

\* なお、本稿の執筆にあたって、ドイツ語文献の収集につき、現在ボン滞在中の内山衛次先生（大阪学院大学助教授）の協力を賜った。この場をかりて厚く御礼申し上げます。