

民事訴訟における証人尋問の書面化の限界(三)

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

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(以上、本誌七二巻四号)

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

一 はじめに

二 司法簡素化法による証人の書面尋問制度の改正の
経緯と内容

三 新三七七条三項による証人の書面尋問制度の適用
要件(以上、本誌七五巻三号)

民事訴訟における証人尋問の書面化の限界(三)(高田)

四 新三七七条三項による証人の書面尋問の許容限界

—コッホ、シュタドラーの見解を
中心にして—

1 コッホの所説

(a) 新三七七条三項による書面尋問と直接主義違
反

(b) 新三七七条三項による書面尋問と当事者公開
主義

2 シュタドラーの所説

(a) 口頭尋問に代替する「証人の書面による陳述」
(b) 準備的な「証人の書面による陳述」の可能性

3 小括

五 新三七七条三項による証人の書面尋問の手續問題

1 手續の概観

2 「宣誓に代わる保証」と「当事者双方の同意」

の取扱い

3 書面尋問後の口頭尋問等の可能性
六 まとめ(以上、本号)

第四章 証人尋問の書面化の限界

結び

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(承前)

四 新三七七条三項による証人の書面尋問の許容限界

—コツホ、シュタドラーの見解を中心にして—

新三七七条三項による「証人の書面による陳述」の適用要件については、前節で触れたように、いくつかの基準を提示して要件を具体化することが試みられているが、それによって、「証人の書面による陳述」がいかなる場合に許されるかが明らかにされたわけではない。提示された各基準の有用性をただ考察するだけでは書面尋問の適用限界を画することは到底できないのであって、その適用が正当化される範囲を明確化していくことが必要であろう。新法では、旧三七七条三項・四項所定の適用要件が一層緩和され、曖昧なものになっただけに、その必要性は、より高い。その際にどうしても留意すべきことは、旧三七七条三項・四項における書面尋問の許容限界に関する

る議論に見られたとおり、書面尋問制度の利用と、証拠調べの基礎たる直接主義および当事者公開主義の原則との関係である。すなわち、書面尋問は、証人尋問に際して直接主義および当事者公開主義からの離反を招来しうる以上、その実施適用によって右原則ないし要請から離れることがなぜ正当化されるのか、書面尋問の実施が右原則の根底にある原理の実現を危険にさらさないのかを考慮したうえで、その適用ないし許容限界を画しなければならぬ。以下では、このような観点から許容限界の問題と取り組むコッホらの研究を紹介しながら、新三七七条三項のもとでの証人の書面尋問の適用限界を考察することにした。

1 コッホの所説

(a) 新三七七条三項による書面尋問と直接主義違反

一 コッホによれば、書面尋問には、裁判所が証人に対し直接的印象を得られない点で、証拠調べの（形式的）直接主義の違反が存在し、当事者に証人尋問への立会いや証人に対する発問の機会が与えられていない点で、当事者公開主義違反が存在する。⁽¹⁾そこで、コッホは、新三七七条三項による証人の書面尋問について、いかなる場合に直接主義および当事者公開主義の違反が埋め合わせられるか（正当化されるか）という観点から、新三七七条三項の証人の書面尋問の許容限界を検討する。⁽²⁾

まず、コッホは、書面尋問の場合に現れる直接主義違反を埋め合わせるのに、先に自らが抽出した基準⁽³⁾—証明問題の単純性および具体性—が適当であるかを検討する。コッホによれば、そもそも証人尋問において直接主義の原則に重大な意味が認められるのは、裁判官が証人尋問の結果を自由心証主義（ZPO二八六条）の枠内で評価する

際に、様々な誤謬要因 (Fehlerquellen) からの影響を受けることなく適正な事実認定をなしうるために、裁判官が証人から直接的印象を得ることが最も有益であるからである。証人尋問の結果の評価を誤った方向に導く原因となるものを、コッホは、「証人の人物における誤謬要因」と「尋問から生じる誤謬要因 (例えば尋問の仕方による証人の誤解)」に区別し、さらに前者を「証人の記憶能力」、「証人による事実の知覚と自身の推論との混同」、「証人が意識的に虚偽の供述をなす可能性」、「証人の個人的特徴」に分ける⁽⁴⁾。裁判所は、証人を直接 (口頭で) 尋問した場合にのみ、これらの誤謬要因を認識し、自分の証拠評価にいかすことができる。しかし、書面尋問では、そのような直接の尋問は欠けている。コッホによれば、旧三七七条三項および四項により書面尋問が許される場合は、直接主義違反 (直接尋問の欠落) は、同規定の定める要件で埋め合わせることができ、受忍できるものであった⁽⁵⁾。例えば、旧三七七条三項の場合、直接主義違反は、証人の書面による陳述が既存の書類の再現であることから前記の種々の誤謬要因が減ぜられることを通じて埋め合わせられていたし、同四項の場合は、当事者双方が書面尋問に同意することが要件とされていたことで埋め合わせられた。

これに対して、新三七七条三項では、旧三七七条三項・四項の書面尋問の許容要件が改廃された結果、書面尋問の許否は、証明問題の内容と証人の人物のみに照らして判断されるため、旧三七七条三項・四項のように直接主義違反の埋め合わせができるのかは問題である。これをコッホは、証人尋問の際の各誤謬要因に基づいて考察する。

二 まず、「証人の記憶能力」の問題は、一般に、その証言の信用性を評価する上で重要であり、直接尋問を伴わない書面尋問によって裁判官が証人の記憶能力を推測できる蓋然性はきわめて小さい。しかし、コッホによれば、証明問題が単純かつ具体的な場合 (すなわち、書面による質問に「はい」か「いいえ」で答えることができ、また

は、ごく少数の事実が証明問題の対象をなし、証人の知覚が過度に複雑な事実関係に関わらない場合)には、裁判官は、その矛盾や不確実さを認識し、それを証拠評価の枠内で斟酌する可能性をもつ。それゆえ、証明問題の単純性および具体性の基準は、証人の記憶能力という誤謬要因に関して直接主義違反の十分な理合合わせを担保するのに適している⁽⁶⁾とされる。

また、「証人による実際の知覚と証人自身の推論との混同」も、誤謬要因となるが、書面尋問の場合、裁判所は、書面による陳述のどの部分が知覚された事実の描写に該当し、どこまで証人が自分の推論を挿入しているのかを見きわめることは極めて難しい。コッホは、それでも、証人に向けられる証明問題が、コッホのいう意味で単純かつ具体的に表現されていなければならないほど、裁判官が右の混同を認識する蓋然性は高くなる⁽⁷⁾との理由から、書面尋問の場合でも、証明問題を具体的かつ単純なものに限定することによって、誤謬の蓋然性を、口頭尋問の場合に比肩できる程度に減少させることができる⁽⁸⁾とする。

同様にコッホによれば、「証人による意識的な虚偽供述の可能性」という誤謬要因についても、書面尋問の場合、口頭尋問に比し、それを認識する可能性は制限される。しかし、証明問題が単純かつ具体的である場合、書面尋問によっても、証人の証言自体に、あるいは他の証拠方法との関係で、不一致や矛盾があるかを審査することができる⁽⁹⁾から、この誤謬要因の場合には、証明問題の単純性と具体性の基準は、直接主義違反を埋め合わせうる⁽⁹⁾とされる。

これに対して、誤謬要因としての「証人の個人的特徴」⁽¹⁰⁾—例えば、証人の知覚能力、判断力、教育の程度などは、コッホによれば、裁判所が証人本人を目的の当たりにしないかぎり、これについて信頼できる判断をすることは

望めない。例えば、証人の知覚能力に着目すると、証人が特定の事象を知覚できるかどうかは、問題となっている事象が複雑であるかどうかに関係ない。したがって、証明問題の具体性・単純性は、この誤謬要因に何ら影響を及ぼさない。⁽¹¹⁾

以上の三つの「証人の人物における誤謬要因」とならんで、コッホがもう一つの誤謬要因として挙げる「尋問の仕方などによる誤解の可能性」については、例えば、尋問を誤解して返答する可能性が考えられる。そして、書面尋問の場合、直接尋問と違い、質問の誤解を直ちに是正することは難しい。しかし、コッホは、証明問題が単純かつ具体的な内容であれば誤解の蓋然性も低下するから、証明問題の単純性および具体性という基準を適用して、裁判所が証明問題の文章化と書面による返答の評価の際に相当の注意を払うことにより、直接主義違反を埋め合わせることができる⁽¹²⁾。

三 以上の考察から、コッホは、証人尋問の際の誤謬要因のうち、「証人の個人的特徴」を除いたものについては、直接主義から離反する書面尋問の際にも、証明問題の単純性および具体性という基準により直接主義違反を埋め合わせることができるとする。それに対して、「証人の個人的特徴」については、右の基準をもってしても直接主義違反を埋め合わせることができない。しかし、コッホは、直接主義が遵守されてもこれらの誤謬要因が完全に排除されるわけではないことを斟酌すると、結論的には、証明問題の単純性および具体性の基準を、書面尋問の際の直接主義違反を埋め合わせるのに有効とみなすことができる⁽¹³⁾。とはいえ、コッホは、裁判所は、証明問題の単純性・具体性から書面尋問を実施した場合にも、それを批判的に評価し、直接主義違反による証人に関する人的印象の欠缺を斟酌しなければならないと指摘する。そして、新三七七条三項では、書面尋問の際に現れる直接主

義違反を、旧三七七条三項・四項の場合と同程度に埋め合わせることはできないことを認める。⁽¹⁴⁾

(b) 新三七七条三項による書面尋問と当事者公開主義

一 コツホによれば、書面尋問の場合、直接主義の原則が遵守されないと同時に、当事者公開主義の原則も守られない。口頭の証言と違い、当事者の立会権はないし、当事者は、証人に口頭で発問することもできないからである。したがって、つぎに、新三七七条三項による書面尋問制度の場合に、当事者公開主義の違反がどのように埋め合わせられるのが、直接主義違反の埋め合わせと同様、問題となる。

コツホは、旧三七七条三項・四項による書面尋問においては、当事者公開主義違反の埋め合わせがなされていたと⁽¹⁵⁾する。彼によれば、同三項の場合は、証人の書面での陳述が書類の再現である点に鑑み、他の証人の場合よりも証人の信用性に対する疑問が少ないこと、および、問題があるときは事後的にZPO三九八条一項による反覆尋問の可能性が利用できることによって、当事者公開主義違反が埋め合わせられる。また、同四項の場合は、同三項と違い、そこで要求される書面尋問に対する当事者双方の同意を当事者の立会権や発問権の放棄とみなすことができ、それによって当事者公開主義違反が埋め合わせられ、正当化される。

二 それに対し、新三七七条三項では、旧三七七条三項所定の、尋問事項が「帳簿またはその他の書類に基づいてなす」陳述であるとの要件がなくなり、旧四項所定の「当事者双方の同意」の要件が廃止されたため、旧法の場合と同じ根拠で当事者公開主義違反の埋め合わせをすることはできない。コツホは、新三七七条三項による書面尋問においても、旧三七七条三項所定の要件を満たす場合については、旧法と同様、当事者公開主義違反の埋め合わせが認められるとしつつ、それ以外の場合につき、旧四項と同様に当事者公開主義違反の埋め合わせができるかどうかを

検討する。

コッホによれば、旧四項が規律対象としていた、旧三項の要件を満たさない場合については、新三七七条三項による書面尋問の規制の下では、当事者が自己の立会権の行使によって証人の信用性を自ら判断し、発問権行使を通じて証人の信用性を審査にかけて攻撃する可能性は存しない。しかも、旧四項のように、当事者の立会権や発問権の放棄とも見うる当事者双方の同意も要求されていない。しかし、コッホは、書面尋問の際のこれらの可能性の欠缺を、書面尋問の後に当事者に発問権の行使や再尋問の機会を付与することによって埋め合わせることができる。書面尋問の後の発問権や口頭尋問の許否については、後述するとおり(後述五3参照)、見解が分かれるが、コッホによれば、証明問題の書面による返答の場合にも、当事者に、ZPO三九七条による発問権の行使を認めることができる。また、証人の書面による返答が当事者から見客観的な不備を伴い、不完全である場合、または、発問権の行使後、同一の証明主題についてさらに尋問が行われなければならない場合、三九八条による反覆尋問の申立てが認められるとされる(反覆尋問は、場合によっては、書面尋問によることもありうる⁽¹⁶⁾)。結局、コッホは、書面尋問後に(常にというわけではない)発問権の機会や再尋問の機会を当事者に付与することによって、書面尋問の際の当事者公開主義違反を埋め合わせることが可能であるとされる。

2 シュタドラーの所説

(a) 口頭尋問に代替する「証人の書面による陳述」

一 シュタドラーも、コッホと同様、新三七七条三項による「証人の書面による陳述」の適用限界に正面から取

り組む⁽¹⁷⁾。

まず、シユタドラーは、新三七七条三項所定の書面による陳述の許容要件である「証明問題の適性」と「証人の適性」を考察する。

第一に、「証明問題」の適性について、シユタドラーは、大方の学説は、証明問題が単純で、即座に理解できる（証拠決定と証人に対する促しで「誤解なく記述できる」場合にのみ、書面による返答に適するという考え方を前提にしている）と考える⁽¹⁸⁾。そのうえで、これに対して、次のように異論を唱える。すなわち、証明問題が複雑な生活事象に関わる場合、証人が報告すべき生活事象が複雑であるかどうかは、個別事例における判定が容易ではなく、証明問題が事実の経過に鑑みて明瞭に表現されるならば（例えば、日常的な事故との関連で交通事象が問題で、証人が職業運転手である場合）、証明問題の適性を肯定できる⁽¹⁹⁾。これに対し、比較的簡単な会話経過などを描写することでも、個々の発言の順序や正確な内容が問題であるときには、難しい場合があり、書面による陳述だけではあまり役に立たないこともありうる。

第二に、「証人」の適性については、コッホらと同様、口頭尋問に代替する「書面による陳述」の場合、当事者の一方と密接な人的関係にある者一切が適性をもたないとする⁽²⁰⁾。しかし、注釈書の一部が、信用に値する証人のみを書面で陳述させるべきであるとしていることについては、口頭による直接尋問以外の方法で証人の信用性を予測することはほとんど不可能であるとして、消極的立場をとる。また、証人の筆記の熟練性と表現力が不十分で、有用な書面による陳述が期待できないと認めるときは、証人本人を直接尋問すべきであり、宣誓や対質、弾劾などが必要である公算が大きいときは、書面による陳述は最初から取りやめにされねばならないとする⁽²¹⁾。

二 シュタドラーは、新三七七条三項の要件を右のように解したうえで、つぎに、新三七七条三項における「証人の書面による陳述」の、訴訟上の諸原則との適合性を検討する。⁽²²⁾

シュタドラーは、立法者が「証人の書面による陳述」の適用範囲を手続促進と簡素化のために拡張したとの認識を前提に、第一に、口頭主義との整合性を検討する。⁽²³⁾ シュタドラーによれば、口頭主義の原則は、ZPO一二八条が明定するとおり、判決裁判所の面前での当事者弁論にのみ妥当し、証拠調べには妥当しない。例えば、証人や鑑定人、当事者の口頭尋問の必要性は、直接、口頭主義から導き出されず、むしろ口頭主義と密接に関連する直接主義の要請から導き出される。それゆえ、改正により適用を拡張された書面尋問の場合、口頭主義との整合を問題とする必要はないことになる。

第二に、証人の書面による陳述と証拠調べの直接主義原則（形式的直接主義および実質的直接主義）との関係について、シュタドラーは、次のように述べる。⁽²⁴⁾ すなわち、返答書面から判決裁判所が直接知識を得ることができれば、書面尋問は、形式的直接主義の要請に沿う。これに対し、利用可能な証拠方法の中で事実にも近いものを利用すべきであるとの実質的直接主義は、証拠方法の選択・申出に関する決定権を当事者に付与する弁論主義と相いれない。それゆえ、実質的直接主義は、ある意味で当事者の処分に委ねられており、証拠申出がより事実に近い証拠方法の利用を求めて行われるかぎりでのみ、民事訴訟上の要請である。この点、旧三七七条四項による書面尋問は、当事者双方の同意があつてはじめて利用できたがゆえに、右命題に適合していた。しかし、新三七七条三項では、当事者双方の同意の要件が廃止されたため、旧法の場合と同じことは妥当しない。けれども、書面尋問の後で、当事者が申立てにより口頭弁論の場で証人に発問する権利を行使することができるかぎり（ZPO三九七条参

照)、右命題に適合する。シュタドラーは、このように、「証人の書面による陳述」と直接主義との関係を捉えるが、これは、当事者に(証拠調べへの)立会権と発問権を保障する当事者公開主義の実現と不可分の関係にあるといえる。

さて、直接主義と直結する問題として、証人の書面による陳述には、陳述の証拠価値に関する問題がある。シュタドラーは、書面による陳述は、口頭尋問に代替するかぎり、口頭の供述に比し、より信用できない粗悪な証拠方法であるとする⁽²⁵⁾。書面による陳述の場合には、証人が当事者や弁護士からの影響を受けずに陳述を自分で起草する保証がないからである。シュタドラーは、証人が自分で起草せず、ただ署名しただけの陳述は、裁判所が証人の自筆手書きの起草を命じることによって阻止しうるであろうが、書面による陳述には、その成立に関する不確実さが常につきまとうと言う⁽²⁶⁾。そのうえ、書面による陳述の場合、証人が記憶の不十分なところを無意識に埋める危険も存在する。それらの事情を考慮すると、書面による陳述は、限られた証拠価値しかもちえないが、それでも、シュタドラーは、書面による陳述が新三七七条三項所定の要件を満たす場合、職業裁判官による、自由ではあるが慎重な証拠評価のもとでは、利用に堪えるとする⁽²⁷⁾。

三 シュタドラーは、以上の考察を前提に、口頭尋問に代替する「証人の書面による陳述」の適用範囲について次のように論じる⁽²⁸⁾。

まず、証人の書面による陳述は、受命裁判官または受託裁判官による証人尋問(ZPO三七五条)に代替しうる⁽²⁹⁾。この場合、両者は、段階的關係で見られなければならない。すなわち、証人が出頭するのに支障があり、または、証人の陳述の意義を斟酌して遠隔のゆえに出頭が期待できない場合、証人は、受命裁判官または受託裁判官によつ

て尋問される。そのうえで、証明問題と証人の人物も新三七七条三項の趣旨において適する場合にのみ、書面による陳述が要求できる。

つぎに、証人の書面による陳述は、すでに一度口頭で行われた証人に対する補充的尋問としても有意義である。また、尋問に際し、証人がある質問に対して手元にはない資料によってのみ返答できることが判明した場合、重要性を獲得する⁽³⁰⁾。当該証人が再度法廷に出向き尋問を受けることを回避できるからである。同じことは、鑑定証人にも、同時に鑑定人として活動しないかぎり、あてはまる（例えば、技術者が事故前の事故車の状態や事前損傷の除去について書面で返答するとか、警察官が交通状況や事故後の関係人の態度について尋問される場合）。

さらに、手続の訴額が僅少である場合、訴額の僅少性から証明問題の適性を肯定して書面による陳述を許容する考え方や、少額事件手続（訴額一二〇〇マルク以下）では、手続形成に際し裁判官に広い裁量が認められている（ZPO四九五条のa）ことを根拠に、新三七七条三項の要件に関係なしに証人の書面による陳述が許されるとする考え方があるが、シュタドラーは、このような見解には、当事者の法的審問請求権および発問権から問題があるとする。また、訴額の僅少な事件でも、口頭尋問によってはじめて解明が可能となる複雑な証明問題もありうる以上、右見解は支持できないという⁽³¹⁾。

(b) 準備的な「証人の書面による陳述」の可能性

一 シュタドラーは、右のように、口頭尋問の代替としての「証人の書面による陳述」の適用範囲を比較的制限的に捉える。しかし、シュタドラーが提示した新三七七条三項の適用範囲内において、口頭尋問の代替として書面による陳述を利用する場合、はたして立法者が書面尋問制度の改正によって意図した目標が達成できるのかが問題

となる。この点について、シュタドラーは、—コッホによる新三七七条三項の理解とも一致するであろうが—強い疑問を抱き、次のように述べる。³²⁾

立法者は、書面尋問の要件を緩和し、とくに当事者双方の同意の要件を削除することによって、書面尋問の措置をより迅速かつ容易にとることを企図した。しかし、裁判所は、当事者双方の同意なしに書面による陳述を証人に求めることができる反面、書面尋問の後で当事者の一方から口頭尋問の申立てがなされたときに、ZPO三九七条により当事者に発問権を保障すべく証人の呼出しと口頭尋問を実施しなければならないとすると、書面尋問の活用による手続促進と訴訟経済の効用が当事者の意によって取り上げられてしまうことになる。

したがって、シュタドラーは、当事者からの口頭尋問の申立てを制限する方策がとられないかぎり、立法者の企図する改正目標の実現は難しいとする。そこで、シュタドラーは、「口頭尋問の代替」としての機能場面を前提に書面尋問の活用をはかるかぎり、立法者の意図する訴訟促進・経済化の機能を期待することはできないとして、別の機能場面を探る。

二 すなわち、英米民事訴訟のプリトリアル段階で質問書 (written interrogatories) が本来の証拠調べの準備や事案の解明に活用されていることなどから示唆を受けて、新三七七条三項の書面尋問を、事実関係が複雑かつ重大な場合に弁論期日のよりよい準備のために利用できないかどうかを検討する。³³⁾

それによると、新三七七条三項が裁判官に付与する自由余地は、すでに、期日の最適な準備を可能にしうる。立法者も含め、従来の見解は、書面による陳述が比較的単純な事例や問題にのみ適しているとの前提から出発しているが、これは、書面による陳述が口頭尋問に代替するかぎりにおいてのみ、正当である。まさに広範な争点や困難

な問題の場合に、証人の書面による陳述を準備目的で利用することに独自の機能が認められる。例えば、請負、賃貸借、リース契約等において契約目的の瑕疵が多数存在するとして争われているような場合や、製品の安全を確保したか否かの判断が、複雑な事業経過や機構に依存している場合に、期日前に専門知識をもつ社員から取り寄せられた「書面による陳述」は、口頭弁論期日での当事者の陳述と証人尋問等の証拠調べを、重要な事項に集中させるのに役立つ。

このように述べて、シュタドラーは、事実上困難かつ広範な問題の場合に、準備的な証人陳述（書面による陳述）の利用可能性を認め、この場合には、残っている争点について当該証人の呼出しと尋問が続くとする⁽³⁴⁾。

それでは、このような運用は果たして新三七七条三項と整合するのか。シュタドラーは、次のように述べて、新三七七条三項との整合性を肯定する。

新三七七条三項が書面による陳述で「十分である」とのメルクマールは、判例および学説によって、証明問題と証人の適性という観点から具現化されてきた。しかし、シュタドラーによれば、事実上複雑な事象や問題の場合には、その種の適性は、書面による陳述の後に口頭尋問の可能性が原則として開かれているという前提のもとで認められうる。そして、新三七七条三項のこのような理解と取扱いは、むしろ口頭尋問代替型の「書面による陳述」よりも訴訟諸原則と整合する。もちろん、準備的な「書面による陳述」の場合、書面による陳述とそれに補充的な尋問が続くということがありうるのであって、それは、場合によっては証人の負担増加を招く。しかし、準備的な「書面による陳述」が適時になされれば、それは、訴訟全体の和解的解決の可能性を高めるだけでなく、個々の主張を争いのないものにし、また部分的な和解へと導きうる。また、それらの結果に至らなくても、少なくとも、当

事者は、弁論期日に実施される証人の口頭尋問の準備を「書面による陳述」にもとづいて行うことができる。これらの、訴訟の促進や効果的な実施に関する当事者の利益に鑑みると、書面尋問と口頭尋問の重複は、不相当とはいえない。

以上の理由から、シュタドラーは、準備的な「証人の書面による陳述」と新三七七条三項の文言との整合性を肯定し、そして、書面による陳述のこのような活用によって重要な争点への審理集中と幅広い情報基盤に基づく早期和解が可能になると結論する。⁽³⁵⁾

3 小括

一 以上、新三七七条三項による新書面尋問制度の適用限界に関する理論を、コッホ、シュタドラーの各々の研究を中心に紹介した。これらの研究にもとづき、ドイツにおける新書面尋問制度の適用限界に関する理論の現時点での到達点を整理することにする。

司法簡素化法の立法者は、既述のとおり、ZPO三七七条三項・四項の修正により書面尋問制度の適用を拡大し、それによって訴訟の促進・簡易化を図ろうとした。これは、新三七七条三項において書面尋問の適用要件が正が加えられ、文言上、例えば、「宣誓に代わる保証」や「当事者双方の同意」の要件の削除によって適用要件が緩和された点に見てとることができる。しかし、書面尋問を実施する場合、裁判所は、証人についての直接的印象を得ることができず、当事者には証拠調べに立ち会い、証人に発問する機会が存しないため、書面尋問の適用は、その導入以来、常に、証拠調べの直接主義や当事者公開主義の要請との緊張関係において問題とされてきた。⁽³⁶⁾ そし

て、新三七七条三項の適用限界を画定する作業は、技術的には、所定の要件の正確化・具体化をはかることであるが、実質的には、その具体化された要件によつて、証人尋問に本来妥当すべき手続原則からの離反を埋め合わせまたは正当化することができるかどうかを検証する作業である。

二 新三七七条三項が書面尋問の許容基準として挙げる「証明問題の内容の適性」と「証人の人物の適性」のうち、証明問題の内容については、証明問題の具体性および単純性が判断基準として一般に有効とされている。⁽³⁷⁾ 他方、証人の人物については、証人の証言の証拠価値を適確に判断しうるためには、証人と当事者の一方との間に人的関係や結びつきが存在しないことが補充的に有効であることは一般に肯定されている。しかし、一方で、証人の人物については、書面尋問の命令前に証人に関する情報を得ることが難しいため、その基準としての有用性は疑問視されている。それはともかく、これらの基準を充足する場合に、書面尋問制度の適用が正当化されるのかについては、とくにコッホによれば、まず、証人に関する直接的印象の欠如が証人の記憶力、証人自身の事実の知覚と推論との混同の有無、虚偽の陳述の可能性、質問事項の誤解の可能性などを判断するための手段の欠如を招くが、証明問題が単純かつ具体的である場合（コッホによれば、書面での質問に「はい」か「いいえ」で返答できるものや単一または少数の事実が証明問題の対象になっていて証人の知覚対象が過度に複雑な事実関係には関わらない場合）、証人に關する直接的印象の欠如を十分に埋め合わせることができる。このような考え方は、おそらく類似的基準を支持する他の論者の考えの背後にもあるものと推察される。証明問題の適性との関連では、少額軽微な事件の場合に、訴額の僅少性から書面尋問を許容する考え方もあるが、これは賛否の分かれるところである。⁽³⁸⁾

また、書面尋問の場合の当事者の立会権・発問権の欠如については、コッホ、シュタドラーのいずれも、書面尋

問自体においてそれを埋め合わせることはできないが、書面尋問後に当事者が口頭尋問を行う可能性を認めることによって埋め合わせることができると考えている。

三 書面尋問と、受命裁判官・受託裁判官による証人尋問（ZPO三七五条）との関係は、理論的にも実務的にも、かならずしも明らかではないが、両者を段階的関係で捉えようとするシュタドラーの見解が注目される。つまり、まずは、当該証人につき、証人の出頭に支障があるか、あるいは証人の供述の意義に鑑みて遠隔のために出頭が期待できないかを判断し、そのうえで新三七七条三項の要件を具備するかを判断するというものである。それによれば、受命裁判官・受託裁判官による証人尋問に適することと、書面尋問に適することとは区別され、両方の制度の適用場面は当然には重ならないことになる。ただ、このような理解が一般的支持を得ているといえるかは確言できない。

四 新三七七条二項のもとでの書面尋問制度は、すくなくとも理論的には、直ちに立法者の意図した同制度の適用拡大につながるものではない。もちろん裁判所の運用自体によっては、立法段階からライネツケラ⁽³⁹⁾が危惧したように多用される可能性は残されている。しかし、書面尋問制度が、旧三七七条三項・四項の導入以来前提とされてきた「口頭尋問に代替する」書面尋問を意味するかぎり、今回の改正により、書面尋問の制度が、証人尋問における口頭尋問の原則を動揺させることは難しいように思われる。

ただし、現在のところ、シュタドラーのみは、前述のとおり、口頭尋問代替機能のほかに、書面尋問のもう一つの機能なしカテゴリーを想定する。すなわち、書面尋問に弁論期日の準備機能を持たせようとする提案である。コッホも含め、従来の文献と実務は、口頭尋問の代替機能としての書面尋問の適用限界を問題にしてきたため、そ

の適用場面をおのずと比較的単純な事例や軽微な問題に限定し、事実関係が複雑かつ重要な事案にはその適用を否定してきた。これに対して、シユタドラーは、まさに事実関係が複雑で時間・コストのかかる事案で、弁論のよりよき準備のために書面尋問を利用することを提案する。訴訟の早期の段階で証人から書面による返答を得て、そこから当事者、裁判所が情報を得て、争点を絞り込み、弁論期日での主張および証人の口頭尋問を準備するのに活用しようというのである。つまり、訴訟を準備段階と証拠調べ段階に分け、前者の段階での情報収集手段として用いる⁽⁴⁰⁾。シユタドラーは、このような活用によって、司法簡素化法の立法者が意図した訴訟促進が可能になると主張する。これは、たしかに、書面尋問制度の新しい可能性を示すもので、注目に値する。しかし、新三七七条三項の文言に照らした場合に、「証明問題の内容及び証人の人物の適性に照らして十分である」との書面尋問適用の要件と右の「準備的」な証人の書面尋問とが直ちに整合すると言えるかは疑問が残る⁽⁴¹⁾。それはともかく、シユタドラーの見解は、立法論としても十分意味のあるものであり、この見解が今後のドイツの理論および実務によってどう評価されるかが注目される。

(1) Koch, Die schriftliche Zeugenaussage gemäß §377 Abs. III ZPO und die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Parteiflichtheit, 1996, S. 29. コッホは、書面尋問では、判決裁判所が証人から人的印象を得ることができない点で、証拠調べが間接的に行われているとし、それを形式的直接主義の違反と捉える。これは、ククゼリスの見解と一致する(ククゼリスの見解については、本稿(一)・早法七二卷四号二二六頁以下「一九九七年」参照)。

(2) Koch, a. a. O., S. 131 ff.

(3) 本稿(二)・早法七五卷三号一五頁以下(二〇〇〇年)参照。

(4) Koch, a. a. O., S. 132.

- (5) Koch, a. a. O., S. 132. コッホの、旧三七七条三項および四項による証人の書面尋問の許容限界に関する評価については、Koch, a. a. O., S. 65 ff. 参照。筆者がコッホの論文に採したのは、本稿(一)・早法七二巻四号二〇三頁以下の脱稿後であつたため、本稿(一)では言及していない。ここでは、この点につき必要な限度で触れるにとどめる。
- (6) Koch, a. a. O., S. 133 ff.
- (7) 本稿(一)・早法七五巻三号一六頁、一七頁参照。
- (8) Koch, a. a. O., S. 136 ff.
- (9) Koch, a. a. O., S. 141 ff.
- (10) Koch, a. a. O., S. 139.
- (11) Koch, a. a. O., S. 140.
- (12) Koch, a. a. O., S. 144 ff.
- (13) Koch, a. a. O., S. 146 f.
- (14) Koch, a. a. O., S. 147.
- (15) Koch, a. a. O., S. 75 ff., S. 94 ff., S. 148 f.
- (16) Koch, a. a. O., S. 152 ff.
- (17) Stadler, Schriftliche Zeugenaussagen und pre-trial discovery im deutschen Zivilprozeß, ZJP 110 (1997), 139 ff.
- (18) Stadler, ZJP 110, 140.
- (19) Stadler, ZJP 110, 140.
- (20) Stadler, ZJP 110, 141.
- (21) Stadler, ZJP 110, 141 f.
- (22) Stadler, ZJP 110, 142 ff.
- (23) Stadler, ZJP 110, 142 ff.
- (24) Stadler, ZJP 110, 144 ff.
- (25) Stadler, ZJP 110, 148.

- (26) Stadler, ZJP 110, 148 f.
 (27) Stadler, ZJP 110, 150.
 (28) Stadler, ZJP 110, 157 ff.
 (29) Stadler, ZJP 110, 157 f.
 (30) Stadler, ZJP 110, 158.
 (31) Stadler, ZJP 110, 158 f.
 (32) Stadler, ZJP 110, 159 ff.
 (33) Stadler, ZJP 110, 163 ff. シュタドラーが、証人の書面による陳述を弁論期日の準備目的で活用することを提案する背景には、イギリスやアメリカ合衆国における類似の制度に対する比較的研究成果 (Stadler, ZJP 110, SS. 150-157) がある。
 (34) Stadler, ZJP 110, 164. なお、シュタドラーは、残った争点に関する証人呼出しおよび尋問を放棄する余地をも認める。
 (35) Stadler, ZJP 110, 164 f. しかし、シュタドラーは、これによって合衆国のプリトリアル・デイスカヴァリー手続を導入することを企図しているわけではない。むしろ、同手続モデルには裁判官の合理性審査の欠缺とコントロールのできない文書提出義務に問題があるとして、そのモデルの導入には消極的である。シュタドラーによれば、ドイツでは訴訟の準備が裁判官の手に委ねられているので、準備的な「証人の書面による陳述」が活用されても、合衆国モデルの弊害は回避されるとされる (Stadler, ZJP 110, 165)。
 (36) 本稿 (一) 早法七二巻四号二二〇頁、二二六頁以下参照。ところで、新旧三七七条による書面尋問の場合に、証拠調べの直接主義の違反があるのか否かについては、議論の余地がある。旧法下のククゼリスの見解や新法下のコッホの見解によれば、書面尋問には形式的直接主義の違反があるのに対し、シュタドラーによれば、形式的直接主義違反はないとされる (Stadler, ZJP 110, 144 f.; 前述本章四・2・(a)・二参照)。これは、書面尋問では、証人について裁判所が直接的印象を獲得することができることと、形式的直接主義違反と解することができるかという概念的な問題に関する対立を意味する。
 なお、シュタドラーは、書面尋問において、形式的直接主義違反を否定するものの、実質的 direct 主義違反を一定限度で認めている (Stadler, ZJP 110, 145 f.)。これは、コッホらが民事訴訟における実質的 direct 主義の妥当性を否定している (Koch, a. a. O., S. 32 f.) のと対照的である。証人の書面尋問と (証拠調べの) 直接主義の関係については、第四章で検討する予定である。

(37) 本稿(二) 早法七五卷三号二一頁参照。

(38) 例え、本稿(二) 早法七五卷三号二一頁注17のラインエツケの提案を参照。

(39) 本稿(二) 早法七五卷三号八頁

(40) 本間靖規「人証の取調べにおける直接主義と書面の利用」松本博之・宮崎公男編『講座新民事訴訟法II』二〇二頁、二〇五頁(弘文堂、一九九九年) 参照。シュタドラーの見解は、わが国における書面尋問制度の証拠開示目的での利用可能性を認める見解(この見解については、高橋宏志「書面尋問―研究者の視点から」判タ一〇〇六号四三頁「一九九九年」、小山稔「書面尋問―弁護士の視点から」判タ一〇〇六号四六頁「一九九九年」参照)や陳述書の証拠開示の利用の実務と方向を同じくするところがある。

(41) Stein-Jonas-Berger, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl., 1999, §377 Rn. 37 は、広範な証明問題や複雑な証明問題が書面尋問に適しないことから、シュタドラーの提唱する準備目的での書面尋問の利用に反対する。

五 新三七七条三項による証人の書面尋問の手續問題

新三七七条三項が「証人の書面による陳述」の制度を規律することになったことにより、適用要件のほかに、旧法下と異なるところはないか。本節では、「証人の書面による陳述」制度の、適用要件以外の手續処理上の問題を取り上げ、実務および理論におけるその取扱いを概観する。

1 手續の概観

一 新三七七条三項は、「証人の書面による陳述」の適用要件を定めた第一文に続き、裁判所が書面による返答を命じる際に、当該証人に対し、尋問のために呼び出す場合があることを指摘しなければならぬと定める(二)

文)。また、裁判所が証明問題のさらなる解明に必要と認めるときに、証人の呼出しを命ずる旨の定めを置く（三文文）。これら第二文、第三文に相当する規定は、旧法にはなく、第二文、第三文とも、今回新設された規定である。もっとも、旧法では、明文の定めこそなかったものの、実務上、証明問題の書面による返答を命じる際に、それが期日への呼出しと一緒に行為されており、また、書面による返答後の証人の呼出しおよび口頭尋問の可能性が認められていた。⁽¹⁾したがって、新法による実質的に大きな変更はないものと見てよい。

二 新三七七条三項の「証人の書面による陳述」における具体的な手続は、次のとおりである。書面尋問の命令は、受訴裁判所が証拠決定で発する。所定の要件が満たされる場合に、書面尋問を命じるか否かは、受訴裁判所の義務的裁量に属する。⁽²⁾書面尋問は、ZPO三五八条のa三号により、すでに主要期日（Haupttermin）の前に命じ、かつ実施することができる。⁽³⁾書面尋問（書面による返答）の命令は、証人が回答することのできる期間を付して行うことが合目的であるとされる。⁽⁴⁾証人は、書面による陳述をなすことを強いられず、また、ZPO三八〇条または三九〇条による秩序づけ手段の威迫や制裁を受けてはならない。⁽⁵⁾書面による返答が期間内に届かなかつた場合や、証人が書面による返答を拒絶した場合には、当該証人は、尋問のために呼び出されなければならない。⁽⁶⁾この指摘は、証人には、三項二文により、尋問のために呼び出される場合があることが指摘されねばならない。⁽⁷⁾

証人には、三項二文により、尋問のために呼び出される場合があることが指摘されねばならない。⁽⁸⁾この指摘は、証人が書面による陳述をすれば呼出しに応じる必要はないとの誤解を防止するのに役立つとともに、証人が書面での返答に応じないときは、法廷への呼出しを覚悟せざるをえないことを明らかにする意味をもち、さらに、彼が誠実に返答するよう促す機能を有する。⁽⁹⁾

証人の書面による陳述は、証人供述である以上、⁽¹⁰⁾裁判所は、また、真実義務（ZPO三九五条一項）、証言拒絶権

(ZPO三八三条二項)等を教示しなければならない。⁽¹¹⁾

書面による返答が裁判所に届いたときは、その返答は、両当事者に通知され(通知の形式は問わない)、遅滞なく口頭弁論と証拠弁論のための期日(ZPO二八五条)が指定される⁽¹²⁾。裁判所は、証明問題のさらなる解明のために必要と認める場合、証人の呼出しを命ずる(三項三文)。この三項三文の定めは、裁判所がさらなる解明が必要な場合に常にそのような措置をとらなければならないということの意味するわけではなく、裁判所は、証人に対して、書面による陳述の不完全、不明瞭または矛盾のある事項を書面により補充したり、より詳しく説明するよう依頼することもできる⁽¹³⁾。裁判所がどのような措置をとるかは、裁判所の義務的裁量に属する⁽¹⁴⁾。ただし、書面による陳述が不完全、不明瞭である場合や、陳述に矛盾がある場合に、当事者から当該証人に対する口頭尋問の申立てがなされたときの取扱いについては見解が分かれる(これについては後述3参照)。

三 裁判所からの事前の命令がない「証人の書面による陳述」の取扱いは必ずしも明らかではない。裁判所の命令の前に証人が作成した「書面による陳述」の場合、証明問題はまた裁判所によって文章化されていなかったことになる。しかし、それにより、命令前に作成された陳述書面の利用が禁止されるかについては、証人が問題の事象につき自分の知っていること一切をその書面で通知する場合には、禁止されないとする見解がある⁽¹⁵⁾。この見解は、裁判所が証明問題をどう表記するかは書面内容は左右されないことを理由とする。そのほか、当事者が了解した場合に利用できるとする見解も提唱されている⁽¹⁶⁾。これらの見解によれば、その場合の陳述は、人証ではなく書証として取り扱われ、私文書としての利用可能性が肯定されることになる。

2 「宣誓に代わる保証」と「当事者双方の同意」の取扱い

一 新三七七条三項の下では、旧三七七条三項・四項で要件とされていた「宣誓に代わる保証」は、もはや書面尋問の適用要件とされていない。しかし、この「宣誓に代わる保証」に関しては、新法の定めにもかかわらず「宣誓に代わる保証」の記載のある書面による返答がなされた場合に、その書面による陳述が適法かという問題が生じる。すなわち、要件として「宣誓に代わる保証」が要求されていないのであるから、その書面による陳述は不適法になるのか。また、裁判所が、書面尋問の際に宣誓に代わる保証を証人に促したり、その者の任意に任せたりすることはできるかも問題となる。

立法者が「宣誓に代わる保証」の要件を削除した以上、裁判所が証人に「宣誓に代わる保証」を命ずることは、立法者意思に反するし、また、裁判所が始めから証人に警告する目的で宣誓に代わる保証が必要であると判断するような場合ならば、そもそも新三七七条三項の要件（証明問題の内容と証人の人物の適性）を満たしにくい。⁽¹⁷⁾ それゆえ、裁判所は、証明問題の書面による返答を命ずる場合、「宣誓に代わる保証」を証人に命ずることは許されないとの見解が存在する。⁽¹⁸⁾

二 書面尋問に関する「当事者双方の同意」も、旧法では「宣誓に代わる保証」と同様、書面尋問の要件とされていたが、新三七七条三項では削除されている。したがって、書面尋問の命令に際し、当事者双方の同意はもはや必要ない。しかし、それでも、当事者双方の同意の存在は、書面尋問の命令の意味がないわけではない。⁽¹⁹⁾

たしかに、規定上は、当事者双方の同意は要求されない。しかし、実際には、裁判所が当事者の意思に反して書面での陳述を命じることが減多にないと言われている。⁽²⁰⁾ なぜなら、当事者の一方が同意できないような場

合、書面尋問の後、当該当事者が三九七条による発問権の行使を求めて口頭尋問の申立てをする可能性が高く、次に述べるとおり、当事者の申立てがある場合に証人を呼び出さなければならぬとすると、書面尋問によって手続の促進を図るという目標が達成できなくなるからである。

3 書面尋問後の口頭尋問等の可能性

一 新三七七条三文は、書面尋問の実施後、裁判所が証明問題のさらなる解明に必要なとみとめる場合に、職権により証人を呼び出す可能性を裁判所に認める。書面による返答が客観的にみて不完全、不明瞭である場合や矛盾がある場合に、裁判所は、証人を呼び出すことが可能である。このような場合、当事者が証人の呼出しを求めたときは、裁判所は、その申立てをどう扱うか。また、証人を呼び出してもそれ以上の解明が期待できないと裁判所が判断した場合に、当事者が証人の呼出しを申し立ててきたとき、裁判所は、その申立てをどう扱うか。これらの問題について新三七七条三項は、明示的に規定していない。

旧法下では、書面尋問に当事者の同意が要求されていたため（旧三七七条四項）、その同意を当事者の発問権の放棄と解すれば、書面尋問後に当事者が三九七条にもとづいて発問権行使を求めていくことは許されない。したがって、当事者が証人に発問できる可能性としては、三九八条の反覆尋問の可能性のみが存在したにすぎない。⁽²¹⁾つまり、書面尋問後の当事者からの口頭尋問の申立ては、裁判所に対する、三九八条の反覆尋問の促しとしての意味を有するにとどまった。⁽²²⁾

二 しかし、新法では、当事者の同意はもはや書面尋問の要件とされていなかったため、旧法下の一般的解釈がその

まま妥当するのかは問題である。この点について学説は分かれている。⁽²³⁾ある見解によると、書面尋問後の当事者からの口頭尋問の申立ての取扱いの問題は、旧法下の見解と同様、三九八条の反覆尋問の問題として、同規定によって処理される。⁽²⁴⁾しかし、別の見解によれば、⁽²⁵⁾当事者の同意はもはや要件とされていないから、当事者が書面尋問に關する同意によって発問権を放棄したとの解釈は許されない。したがって、書面尋問では当事者の発問権が奪われ、証人尋問に必要な手続保障を備えた証拠調べは行われていない以上、かりに裁判所が、当事者からの、発問権の行使を理由とする口頭による証人尋問の申立てを拒絶すると、それは、三九七条一項に違反することになる。この見解によると、書面尋問の後の当事者による口頭尋問の申立ては、三九七条による発問権行使と捉えらる。⁽²⁶⁾

両説を比較すると、後説は、書面尋問においては当事者の発問権が保障されないことを前提に、書面尋問後の口頭尋問の申立てをどう取り扱うかという問題を、当事者公開主義の観点から三九七条の適用問題として処理する点で、手続の公正さや当事者の保護に対して一層手厚い配慮を行っていると言える。ただし、後説の中では、当事者が口頭尋問を申し立てた場合に、裁判所が常に証人を呼び出して尋問しなければならないか否かについて議論がある。⁽²⁷⁾なぜなら、この場合に常に証人の口頭尋問が要求されると、新三七七条三項において立法者が意図した、書面尋問の拡張による訴訟の迅速・簡易化の効果が、書面尋問から取り上げられてしまうからである。⁽²⁸⁾そのため、三九七条により証人を口頭で尋問する必要がある場合を画定する基準を、解釈論として、あるいは立法論として定立する試みがすでに見られる。⁽²⁹⁾この問題は、当事者公開主義の実現と密接不可分の関係にある問題だけに、証人の書面による陳述の許容限界の問題とも関連し、書面尋問における手続上の最重要問題の一つとして位置づけることができる。

- (1) 本稿(一)・早法七二巻四号二二二頁、二二三頁以下参照。
- (2) Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, 1992, §377 Rn. 15 ; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 57. Aufl., 1999, § 377 Anm. 5 E (Rn. 12) ; Zöller-Greger, ZPO, 21. Aufl., 1999, §377 Rn. 9 ; Stein-Jonas-Berger, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 21. Aufl., §377 Rn. 43.
- (3) Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 9. 裁判所は、証人を口頭で尋問し、その後で現れた補充的・追加的問題(質問)を書面で返答することを求めることもできる(Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 8)°。
- (4) Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 15 ; Stein-Jonas-Berger, a. a. O., §377 Rn. 43. 期日前の書面尋問の命令とその実施は、司法簡素化法による改正によって新たに法文上認められたものである。
- (5) Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 15.
- (6) Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 15 ; Zöller-Greger, ZPO, 21. Aufl., §377 Rn. 10 ; Stein-Jonas-Berger, a. a. O., §377 Rn. 40.
- (7) これは、両当事者に通知される。Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 15 ; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 57. Aufl., §377 Anm. 5 E (Rn. 15). なお、Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 57. Aufl., §377 Anm. 5 E は、書面による陳述が指定期間に遅れて届いても、裁判所は、それを有効なものとして扱うことができるとする。
- (8) Zöller-Greger, ZPO, 21. Aufl., §377 Rn. 9a は、この指摘に、できるだけ、書面による返答がなされない場合や書面による返答が遅れてなされた場合に呼出しが留保されている旨の指摘が結びつけられていなければならないとする。
- (9) Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 16.
- (10) 書面尋問は、とくにZPO三九五条二項に従い、事件に関する尋問のみならず、人物に関する尋問にも及ぶ。とくに、新法により宣誓に代わる保証が要件から削除されたことから、書面尋問の際にも真実を陳述するよう証人に警告することと、人物についての記載とが要求される(Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 11)°。
- (11) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 57. Aufl., §377 Anm. 5 E (Rn. 13) ; Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 11 f. ; Zöller-Greger, ZPO, 21. Aufl., Rn. 9a ; Stein-Jonas-Berger, a. a. O., §377 Rn. 45. 証言拒絶権につき、BT-Drucks. 11/3621, S. 38.

- (21) Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 17; Zöller-Greger, ZPO, 21. Aufl., §377 Rn. 10; Stein-Jonas-Berger, a. a. O., §377 Rn. 49.
- (22) Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 17.
- (23) Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 17.
- (24) Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 17.
- (25) Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 7. タムラウによると、そのかわり、命令前に証人によって作成された書面陳述が利用される場合、それを証拠として提出する当事者の相手方は、発問権を制限されず、いさゝいの理由づけなしに証人の呼出しを要求する¹⁾ことが²⁾ある。
- (26) Zöller-Greger, ZPO, 21. Aufl., §377 Rn. 11. それに対して、呼び出された証人が自分の証人義務を免れるために書面を提出してきた場合については、ツレーガーは、それを事後的な命令によって新三七七条三項の意味での「証人の書面による陳述」にする³⁾とは許されないとする⁴⁾ (Hans Stein-Jonas-Berger, a. a. O., §377 Rn. 42)。反対の立場をみる⁵⁾のOLG Koblenz, MDR 1994, 410 ⁶⁾がある。
- (27) Koch, Die schriftliche Zeugenaussage gemäß §377 Abs. III ZPO und die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Parteilichkeit, S. 102.
- (28) Koch, a. a. O., S. 103. ただし、コッホは、証人が自主的に「宣誓に代わる保証」を行った場合に、そのことから直ちに、書面による陳述が不適法になるわけではないとする。さもないと、宣誓に代わる保証が旧三七七条三項・四項の枠内で独自の要件をなすことを無視する結果になるからである (Koch, a. a. O., S. 102 f.)。
- ホルトマンは、宣誓に代わる保証は、証人サイドでは許されるが、裁判所がそれを証人に促したり任ぜたりして、当該証人に不当な圧力を加えたりする配慮しなければならない⁷⁾ (Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 57. Aufl., §377 Ann. 5 A [Rn. 8])⁸⁾。
- (29) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 57. Aufl., Ann. 5 C (Rn. 10). もちろん、裁判所は、同意でもって自らの義務づけられてくる裁量に代える⁹⁾とはできない。
- (30) Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 13; vgl. auch Stein-Jonas-Berger, a. a. O., §377 Rn. 38.
- (31) Koch, a. a. O., S. 150 f. 本稿 (一)・早法七二巻四号二三三頁も参照。

(22) Stadler, ZJP 110, 160. シュタドラーは、旧法下では、書面尋問に関する当事者の同意が、その同意にもとづき証拠決定が下された口頭弁論の終了まで撤回できたということを前提に、その後でなされた口頭尋問の申立ては、三九七条の反覆尋問の促しにすぎないとする。

(23) 詳細は Koch, a. a. O., S. 151 ff.; Stadler, ZJP 110, 159 ff. を参照。

(24) Thomas-Putzo, ZPO, 20. Aufl., 1997, §377 Rn. 6; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 57. Aufl., Anm. 5 C (Rn. 10); vgl. auch Musielak-Huber, ZPO, 1999, §377 Rn. 10a.

(25) Stadler, ZJP 110, 161; Koch, a. a. O., S. 152 ff.; Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, 1992, §377 Rn. 17; Zöller-Greger, ZPO, 21. Aufl., 1999, §377 Rn. 10a.

(26) タムラウ (Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, §377 Rn. 17, §398 Rn. 2) によれば、三九八条の反覆尋問の申立てにあたるのは、発問権の行使後同一の証明主題についてさらに尋問が申し立てられる場合である。それが認められるかは、裁判所の裁量に委ねられる。それに対し、コッホは、書面による陳述に不備や不完全なところがある場合、または、発問権行使後同一の証明主題についてさらに尋問がなされなければならない場合に、反覆尋問の申立てが認められるとする (Koch, a. a. O., S. 154)。

(27) 当事者から口頭尋問の申立てがあった場合に、裁判所がそれに厳格に応じなければならぬとするものとして、Zöller-Greger, ZPO, 21. Aufl., §377 Rn. 10a; Stein-Jonas-Berger, a. a. O., §377 Rn. 49; LG Berlin NJW-RR 1997, 1289; vgl. auch Musielak-Huber, ZPO, 1. Aufl., §377 Rn. 10a.

LG Berlin, Urt. v. 25. 11. 1996, NJW-RR 1997, 1289⁴⁵⁾。次のような事案である。すなわち、区裁判所 (AG) が係属中の手続で証人から ZPO 三七七条三項により、書面による陳述を取り寄せたところ、被告が証人に発問をすべく、証人の呼出しを申し立てたが、それを認めなかったという事案で、ラント裁判所 (LG) は、控訴手続でこれを手続の瑕疵と評価し、区裁判所の判決を取り消して事件を差し戻した。その理由として、ラント裁判所は、次のように判示している。

ZPO 三七七条三項三文によれば、裁判所は、先に付与された書面による返答にもかかわらず、証明問題のさらなる解明に必要なとみなす場合、証人の出頭を命じることができる。この裁判所の裁量決定に関係なく、民事訴訟においては、各当事者に、ZPO 三九七条により、証人に発問するために証人の呼出しを申し立てる権利が帰属する。当事者のこの申立ては、それが権利濫用的であるか又は手続引延ばしのために行使されるのでないかぎり、認められなければならない。当裁判所は、ZPO 三九七条が証人の

書面尋問後たしかに当事者に常に証人への発問請求権を認めるが、常に口頭による発問請求権を認めるわけではないとする見解に組することはできない。立法者も、むしろ裁判所は、当事者に発問を許すために申立てにもとづいて証人を呼び出さなければならぬということから出発する。理由書には、「裁判所は、当事者がZPO三九七条による自己の発問権を行使することを欲する場合も、証人を呼び出さなければならぬであらう。」と記されている。当事者は、まず証人に書面でさらなる質問をしたり、少なくとも、証人の口頭尋問を必要とみなす理由を開陳するよう強いられない。なぜなら、当事者は、証人に自ら書面による報告や、報告の補充、詳細な説明を依頼する権利を有しないからである。本件では、自己の発問をなすために証人の呼出しを求める被告の申立ては、また明らかに権利濫用的ではない。被告からの証人呼出しの申立てを認めなかった原審の手続違反は、これによって被告が、基本法一〇三条一項が付与する法的審問を制限される以上、重大な手続違反をあらわす、と。

(28) Stadler, ZZP 110, 161.

(29) 例えば、シュタドラーは、裁判所が、口頭尋問の申立ての際に当事者が提出した理由を斟酌して、口頭尋問が一層の事実解明につながったり、書面陳述の評価に影響を及ぼすことはありえないと判断する場合に、右申立てを拒否することができる、といった制限を設ける必要があるとする (Stadler, ZZP 110, 161 f.)。また、コッホは、当事者が証人の信用性に疑問があることを表明する場合にはのみ、口頭尋問の必要を肯定しようとする (Koch, a. a. O., S. 155 ff.)。

六 まとめ

以上、司法簡素化法により改正された「証人の書面による陳述」制度の内容とその適用上の諸問題を概観した。制度の改正から既に一〇年近くが経過しようとしているが、同制度の種々の問題は、なお理論的にも実務上も、十分に詰められていないと言えないのが現状である。しかし、改正後の文献から推察するに、立法者が意図した右制度の適用拡大の方向に対して、学説は、全般的に消極的である。その点では、改正前に「証人の書面による陳述」

に対して多くの学者が表明していた消極的評価は、改正を通じても基本的に変わっていない⁽¹⁾。その根本的な理由は、書面尋問の場合に、裁判所が証人について直接的印象を得ることができず、当事者には、証人の取調べに立ち会い、発問する機会が付与されていないことへの危惧にあると考えられる。

次章では、これまで考察してきたドイツ民訴法上の証人の書面尋問の適用限界およびその他の適用上の諸問題に關する議論を基礎に、わが国の証人の書面尋問制度の適用限界について検討したい。もちろん、彼我的書面尋問制度には要件上の違いがあり（例えば、わが国の書面尋問では当事者が異議ないことが必要であり、また書面尋問が相当であることが要求される）、書面尋問の実施後の証人の再尋問や当事者の発問権（わが国では主尋問・反対尋問権等）保障の規定は、わが国には欠けている。しかしながら、証人の書面尋問後の再尋問や当事者の発問権行使の問題に關するドイツの議論は、わが国における書面尋問の後の手続ルールのあり方を考える上で、なお有益であると考えられる。また、書面尋問の命令がないにもかかわらず、証人から書面による陳述が裁判所に自発的に提出された場合の当該陳述の取扱ひも、わが国の第三者証人の「陳述書」⁽²⁾との関連において参考になると思われる。

(1) これに対して、林道晴「一九九〇年司法簡素化法後のドイツの民事訴訟実務―新少額裁判手続及び新証拠保全手続を中心として」『ヨーロッパにおける民事訴訟の実情（上）』二八八頁（法曹会、一九九八年）は、実務が書面尋問の積極的利用を進める可能性があるとする。

(2) この点については、高橋・判タ一〇〇六号四二頁参照。なお、旧法下の簡易裁判所の手続での書面尋問（旧民訴三五八条ノ三）において、書面尋問後の同一証人に關する口頭尋問の申請がどう取り扱われたかについては、吉村徳重Ⅱ小島武司編『注釈民事訴訟法（7）』四二三頁〔梶村太市・石田賢一〕（有斐閣、一九九五年）参照。

(3) 陳述書については、坂本倫城「陳述書をめぐる諸問題」判タ九五四号四頁（一九九八年）および、同論文が引用する文献を參

早法七五卷四号（二〇〇〇）

照。

三二

（未完）

*本稿は、一九九七年度特定課題研究助成金による研究成果の一部である。