

民事訴訟における証人尋問の書面化の限界（二）

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

1 連邦政府草案

2 連邦政府草案による証人の書面尋問制度に対する

民事訴訟における証人尋問の書面化の限界（二）（高田）

る批判—ライネツケの意見—

3 連邦参議院の提案と法律委員会の提案に基づく修正

4 改正の主たる特徴

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

1 適用基準としての「証明問題の内容」と「証人の人物」の適性

2 コツホの分析

(a) 証明問題の内容の適性

(b) 証人の人物の適性

3 小 括（以上、本号）

四 新三七七条三項による証人の書面尋問の許容限界

六 まとめ

— コッホ、シュタドラーの見解を

第四章 証人尋問の書面化の限界

中心にして—

結 び

五 新三七七条三項による証人の書面尋問の手続問題

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

一 一九二四年のドイツ民事訴訟法(以下、ZPO)改正の際に導入された証人の書面尋問制度は、一九九〇年のいわゆる司法簡素化法(Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz)⁽¹⁾によるZPO改正により、制度導入以来最初の変更を受けることとなった。⁽²⁾証人の書面尋問制度である「証人の書面による陳述(schriftliche Zeugenaussage)」をそれまで規定してきたZPO三七七条三項および四項は、司法簡素化法により、新たに三七七条三項として一つに統合され、書面尋問の許容要件にも変更が加えられた(以下では、改正後の新しい三七七条を新三七七条と表記することにする)。新三七七条三項の文言は、次のとおりである。

〈ZPO新三七七条三項〉

証明問題 (Beweisfrage) の内容及び証人の人物 (Person des Zeugen) に照らして十分であると認めるときは、裁判所は、証明問題の書面による返答 (schriftliche Beantwortung der Beweisfrage) を命ずることができる。証人には、尋問のために呼び出される場合があることが指摘されなければならない。裁判所は、証明問題をさらに解明するために必要と認めるときは、証人の呼出しを命ずる。

二 この規定を改正前の三七七条 (以下、旧三七七条と表記する) と比較すると、次のことが明らかになる。まず、規定の構造として、従来は、三項と四項とに分け、それぞれの場合につき、書面尋問が許容される要件を定めていたのに対し、新法の下では、両者の区別が取り払われて、右新三七七条三項として一本化されている⁽⁴⁾。また、書面尋問の許容要件に関して、改正前に書面尋問の一般的な許容要件として要求された「宣誓に代わる保証 (eidesstattliche Versicherung)」の要件と、旧三七七条四項に基づく書面尋問の場合に要求された「当事者双方の同意」の要件が削除された。そして、新三七七条三項による書面尋問においては、裁判所が、証明問題の内容及び証人の人物に照らして、証明問題の書面による返答で十分であると認めることが許容要件となっている。

本章では、司法簡素化法による証人の書面尋問制度の改正内容を、その改正の経緯も踏まえて概観し、その上で許容限界の問題を中心に同制度を考察したい。

(1) 司法簡素化法については、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)』二五三頁 (法曹会、一九九八年) と同書二六〇頁所掲の文献参照。

(2) 司法簡素化法による新しい証人書面尋問制度について言及している文献としては、林・前掲論文二八五頁、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』一八九頁、とくに二〇一頁 (弘文堂、一九

九九年)、坂田宏「新民事訴訟法・新民事訴訟規則に関する一見」横国六卷二号一五九頁注三一(一九九八年)、拙稿「ドイツ民事訴訟法における公の報告(amtlliche 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論文集『民事訴訟法学の新たな展開』七八二頁、七八四頁注70(成文堂、一九九六年)などがある。また、ドイツの書面尋問制度も参照しつつ、わが国の書面尋問制度について考察するものとして、高橋宏志「書面尋問——研究者の視点から」判タ一〇〇六号四〇頁(一九九九年)がある。

(3) 司法簡素化法によって改正される以前のZPO三七七条三項・四項の文言については、本稿(一)・早法七二卷四号二二六頁(一九九七年)、林・前掲論文二八五頁参照。

(4) 新三七七条三項は、従来の三七七条三項・四項を包括するものと言える(So Michael Koch, Die schriftliche Zeugenaussage gemäß § 377 Abs. III ZPO und die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Parteiförmlichkeit, Diss. Köln, 1996, S. 97)。

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

1 連邦政府草案

一 司法簡素化法によるZPO改正の基礎となった連邦政府草案(Entwurf eines Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes)は、民事裁判所の事件量の増加に対して裁判所の人員面での強化ではもはや対応しきれないとの民事司法の現状に関する認識から、手続の簡素化・合目的形成と裁判所の負担軽減措置を講じることが目標としていた。政府草案は、証拠法の関連でも、とくに裁判所の負担軽減と手続促進のためZPOに幾つかの変更を加える提案を含んでいた。⁽¹⁾ その一つが、三七七条所定の「証人の書面による陳述」の制度の刷新で、「例外的事例における証人の書面による陳述の許容性を拡大する」⁽²⁾修正提案であった。

二 連邦政府草案では、三七七条三項・四項を次のように修正することが提案された。

まず、構成的には、これまでの四項を三項に編入し、証人の書面による陳述を、新三七七条三項のみの規定するところとする。そのうえで、新三項を次のような文言に改める。

〈連邦政府草案三七七条三項〉

裁判所は、証明問題の内容および証人の人物に照らして書面による返答で十分とみとめ、かつ、証人の呼出しが必要であることが予見できない場合、証明問題の書面による返答を命ずることができ、証人には、尋問に呼び出される場合があることが指摘されなければならない。証人は、自己の報告が正当であることを宣誓に代えて保証した上で、証明問題に返答しなければならない。裁判所は、証明問題のさらなる解明に必要なとみとめる場合、証人の呼出しを命ずる。

右草案の三七七条三項一文によれば、裁判所は、証明問題の内容および証人の人物に照らして書面による返答で十分とみとめ、かつ、証人の呼出しが必要であることが予見できない場合、「義務的裁量により」⁽³⁾証明問題の書面による返答を命ずることができるとされる。従来の規定（旧三七七条四項）では、口頭の尋問に書面尋問が代わる場合には、書面尋問に対する当事者双方の同意が要求されていたが、本草案では、当事者双方の同意は、まったく不要とされている。これは、理由書によれば、「両当事者から同意を取りつけることが、裁判所にとってしばしば煩雑で、時間を要したからである」⁽⁴⁾。

三 書面尋問の許容基準として重要な「証明問題」については、理由書は、次のように解説している。⁽⁵⁾ それによ

ると、証明問題は、書面での返答に適していなければならず、そこでは、証人の人物が一定の役割を果たす。例えば、当事者の親族を書面で尋問することは論外である。それに対して、証人の専門的知識は、証人が明確に答えることのできる具体的質問が彼に向けられ、補充的な質問が考えられない場合に、書面尋問に適する(例えば、銀行員が信用供与契約の条件について陳述する場合はそれにあたる)。

また、理由書によると、裁判所は、証人に彼の報告を書面で補充するように要求することもでき、その際、特定の個別質問をすることもできる。⁽⁶⁾

四 草案の三七七条三項二文によれば、裁判所は、証人に書面による陳述を求める場合、あらかじめ、(口頭)尋問のために彼を呼び出す場合があることを証人に指摘しなければならない。草案理由書は、さらに、裁判所は真実義務(ZPO三九五条)、証言拒絶権(三八三条二項)、宣誓拒絶(三九〇条、三九五条)についてあらかじめ教示しておかなければならないとするが、この点について、証人の書面尋問のために特別な定めを置く必要はないとい⁽⁷⁾う。その理由は、証明問題の書面による返答も「証人尋問(Vernehmung des Zeugen)」である以上、所掲のZPOの規定は、書面尋問の場合にも直接妥当するからである。ここで、証人の書面での陳述の法的性質に関する従来の通説・判例の立場が再確認⁽⁸⁾されている。

五 草案は、「宣誓に代わる保証」は、従前と同様、常に要求されるとの立場を採った(草案三七七条三項三文)⁽⁹⁾。他方、草案三七七条三項四文は、裁判所が、証人の口頭尋問が証明問題の解明に必要な場合に証人を呼び出すと規定し、従来の規定にはない定めを置く。草案理由書は、証人の口頭尋問が証明問題の解明に必要な場合に該当する事例として、例えば、証人が証明問題に書面で返答しない場合や、証人の書面による陳述が不完全、不正確ま

たは一面的とみとめられる場合、証人に対して（当事者などからの）許されない影響が存するとの疑いがある場合を挙げる。また、裁判所は、当事者が三九七条により自己の発問権を行使することを望む場合も、証人を呼び出さなければならぬとする。

2 連邦政府草案による証人の書面尋問制度に対する批判―ライネットの意見―

一 連邦政府草案が発表されるや、ライネット⁽¹¹⁾らによつて、同草案の書面尋問制度改正の適否が批判的に検討された。とりわけライネットは、政府草案による書面尋問制度の詳細な分析を行っている。まず、彼は、修正案が訴訟促進と手続経済の目的から書面尋問の可能性を拡大しようとしているとの認識を前提に、裁判所が書面尋問を命じる権限を拡大することが、真実発見―とくに自由な証拠評価―に対する重大な危険を内包していると指摘する⁽¹²⁾。すなわち、証人の書面による陳述の場合、既に古くからいくつかの文献で指摘されているとおり、当事者の発問権（ZPO三九七条）、証人に関する人的印象と、当事者公開の影響力が欠けているため、裁判所が真の事実関係を究明することが一層困難となり、証人の陳述を客観的、批判的かつ公正に評価する建前が絵に画いた餅となりかねないからである。ライネットは、（旧）三七七条三項・四項の下でのこれまでの判例・学説が、同条所定の裁判所権能の控え目な行使が望ましく、また、証人の書面による陳述が裁判所の負担軽減を理由に命じられてはならないという点で一致をみてきたことを踏まえて、裁判所が自らの負担軽減を理由に証人の書面による陳述を命ずる権能が、改正によつて著しく拡張されることの当否を問題にする。⁽¹⁴⁾

二 立法者は、表向きは、例外的事例において証人の書面による陳述の許容性を拡大することを企図するが、ラ

イネツケは、政府草案三七七条三項の文言からは、証人の書面による陳述の例外的な性格は導き出せず、むしろ、証人の書面による陳述が「原則」となる大きな危険が存在すると見る。⁽¹⁵⁾ とくに、ライネツケは、当事者双方の同意の要件が撤廃されることにより、書面尋問が安易に利用される危険が増大することを危惧する。⁽¹⁶⁾ ライネツケによれば、書面尋問の安易かつ頻繁な利用は、真実究明という証拠調べの目的実現を危険にし、裁判の質に悪影響を及ぼしかねない。その結果、最終的には、訴訟制度利用者たる国民からの裁判の受容が妨げられ、かえって上訴が増大することにより、今回の改正が目指す裁判所の負担軽減と手続促進の目標達成が困難となるとされる。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾

3 連邦参議院の提案と法律委員会の提案に基づく修正

政府草案に対しては、右のような批判が一部の学者から加えられたものの、それらの批判的意见は、その後の立法経過において斟酌されることはなかった。右批判とは関係なく、政府草案三七七条三項は、その後、連邦参議院での提案に基づき一箇所修正を加えられ、さらに、法律委員会 (Rechtsausschuss) での推奨に基づき、もう一箇所修正された。まず、政府草案では、証明問題の書面による返答の命令を「証人の呼出しが必要であることが予見できない」ことという要件に係らしめることが提案されていたが (草案三七七条三項一文)、連邦参議院は、裁判所が「証明問題の内容及び証人の人物に照らして書面による返答で十分とみとめる」ことができる場合であれば、右の要件は何の役割も果たさないとして、右要件の採用に反対した。結局、連邦政府は、この連邦参議院の見解に従った。⁽¹⁹⁾

また、政府草案で書面尋問の要件として要求された「返答の正当性についての宣誓に代わる保証」の要件 (草案

三七七条三項三文）も、法律委員会の推奨にもとづき削除された。その理由は、証人を後から尋問する際に、証人を苦境に置くことがないようにするためであつた。⁽²⁰⁾

結局、連邦政府草案に右の修正を加えたものが法律となつたのであり、それが、本章冒頭で挙げた新三七七条三項である。

4 改正の主たる特徴

一 証人の書面尋問制度の改正の主眼は、同制度の適用要件に関する定めを新三七七条三項に一本化しつつ、同制度の適用要件に修正を加えることであつた。その背後には、前述の立法資料から顕著なとおり、書面尋問制度である「証人の書面による陳述」の利用の容易化と促進によつて裁判所の負担軽減および手続促進を図る立法者の意図があることは疑いない。これは、具体的には、旧三七七条三項・四項による「証人の書面による陳述」で必要とされた「返答内容の正当性に関する宣誓に代わる保証」や、旧三七七条四項で要求された「証人の書面による陳述」に対する当事者双方の「同意」の要件が削除されたことに現れている。

二 旧三七七条三項・四項による証人の書面の陳述では、同三項の定める帳簿その他の「書類の再現」としての書面による陳述⁽²¹⁾と、同四項の定める、「書類内容の再現」以外の書面による陳述の二つの類型が存在し、それぞれ別個の適用要件が設けられていた。しかし、新三七七条三項による証人の書面による陳述では、右両者の区別が解消され、適用要件が一本化されたため、旧三七七条三項の「書類の再現」としての書面による陳述は、新三七七条三項の「証人の書面による陳述」に吸収され、法文上独自の意義を失うにいたつた。旧三七七条四項による、「書

類の再現」以外の「証人の書面による陳述」については、それに対する当事者双方の同意が要件とされていたにもかかわらず、旧法下の学説により、その適用が直接主義や当事者公開主義の原則との関連で問題視されていた。⁽²²⁾ そのうえ、この種の「証人の書面による陳述」の適用に対する抑制として機能しえた「当事者双方の同意」の要件は、新三七七条三項においては、もはや要求されていない。新三七七条三項による「証人の書面による陳述」では、証明問題の内容と証人の人物に照らして書面による返答で十分であることのみが要件とされているからである。新三七七条三項が適用基準とする「証明問題の内容」と「証人の人物」の適性は、「証人の書面による陳述」の許容限界を左右することになる以上、これら基準内容の解釈と具体化が改正後の理論・実務の重要な課題となる（次節を参照）。右許容に対する抑制としての機能を果たしうる「当事者双方の同意」の要件を削除することは、ライネツケが指摘したとおり、「書面による陳述」の安易な利用をもたらし、真実発見を阻害する危険を有するだけになおさら、「証明問題の内容」と「証人の人物」の適性といふ二つの基準を通じての適用限界の明確化が必要とされる。

三 既述のとおり、旧三七七条のもとで「書面による陳述」の要件とされた「宣誓に代わる保証」の要件は削除されたが、旧法では、この「宣誓に代わる保証」は、書面による証言内容の正当性をできるだけ確保する狙いを有しており、⁽²³⁾ この要件と、「証人の書面による陳述」の証人証拠 (Zeugendeweis) としての性格づけとの間には不可分の関係が認められていた。これは、旧法下では、宣誓に代わる保証を欠く書面による返答の場合は、人証ではなく、書証が存在するにすぎないと解されていたことから窺える。⁽²⁴⁾ 今回の改正により、証人の書面による陳述の制度から「宣誓に代わる保証」が削除されたが、それによって「証人の書面による陳述」は、書証となるわけではない。「証人の書面による陳述」は、依然、証人証拠に関する諸規定の中に置かれている以上、法的にはこれまで通

り証人証拠として性質づけられる。したがって、新三七七条三項によって、宣誓に代わる保証がなくても「証人の書面による陳述」が証人証拠に組み入れられることが明定されたと言える。⁽²⁵⁾

- (1) 証人尋問の領域に限定してみても、その後立法化されるにいたったものとして、受命裁判官・受託裁判官による証人尋問の制限（ZPO三七五条）、証人の調査義務の創設（二七八条）等が存在する。
- (2) BT-Drucksache II/3621, S. 22.
- (3) BT-Drucksache II/3621, S. 38.
- (4) BT-Drucksache II/3621, S. 38 ; vgl. Astrid Stadler, Schriftliche Zeugenaussagen und pre-trial discovery im deutschen Zivilprozeß, ZRP 110 (1997), 137, 142.
- (5) BT-Drucksache II/3621, S. 38.
- (6) BT-Drucksache II/3621, S. 38.
- (7) BT-Drucksache II/3621, S. 38.
- (8) 本稿(一)・早法七二巻四号三三〇頁参照。
- (9) BT-Drucksache II/3621, S. 38 f.
- (10) BT-Drucksache II/3621, S. 39.
- (11) Reinecke, Die schriftliche Zeugenaussage im deutschen Zivil- und Arbeitsgerichtsprozeß, ZRP 1989, 404. 以下はかたくなヤリスも同草案による新制度をとった直接主義との関連で批判的に検討する。Koukouselis, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, insbesondere bei der Zeugenvernehmung, Diss. Freiburg 1990, S. 176 ff.
- (12) Reinecke, ZRP 1989, 407.
- (13) 古く文献では、例えば、本稿(一)・早法七二巻四号二二五頁以下のペロ(Paech)やポラック(Pollak)の見解を参照。
- (14) Reinecke, ZRP 1989, 407.
- (15) Reinecke, ZRP 1989, 407.
- (16) ククゼリスも、当事者の同意と、要件の撤廃が、同制度の利用の際の差控えや抑制を駆逐してしまうのではないかと危惧

民事訴訟における証人尋問の書面化の限界(二)(高田)

す。 Siehe Konkourseis, a. a. O., S. 178.

(17) Reinecke, ZRP 1989, 408 f. しかし、ライネッケは、証人の書面尋問の可能性を拡張することを始めから排除するわけではなく、訴額の僅少な事件に証人の書面尋問制度を適用する可能性を指摘している (Reinecke, ZRP 1989, 407)。彼は、具体的には、証人の書面尋問が当事者の同意がなくても可能である ZPO 二二八条三項の訴額の限界を五〇〇マルクから八〇〇マルクないし一〇〇〇マルクに引き上げることを提案した。

(18) ライネッケは、本文で挙げたような批判を草案に向けてと同時に、書面尋問制度の改善を図るべく、訴訟技術的に幾つかの提案も行っている。まず、書面尋問を一定の形式規定に服させることが有意義であるとして、署名を伴う身分証明書のコピーの添付と、当事者との関係についての申告 (ZPO 三九五条一項参照) を要求する (Reinecke, ZRP 1989, 407)。さもないと、適正な証拠評価とは認めがたいからである。さらに、証人に自分が関連の知識をもつにいたった原因を通知することも義務づけられるべきであるとする (三九六条二項参照。Reinecke, ZRP 1989, 407)。この記載が欠けている場合、証人の書面による陳述は、通常、利用することはできないとされる)。このほかに、証人に書面での陳述を命じる際に、真実義務と証言拒絶権について教示することを明文で裁判所に義務づけるべきであると提案して来た (Reinecke, ZRP 1989, 407)。

(19) Vgl. BT-Drucksache 11/3621, S. 68, 74; Koch, Die schriftliche Zeugenaussage gemäß § 377 Abs. III ZPO und die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Parteiförmlichkeit, S. 98.

(20) BT-Drucksache 11/8283, S. 9, 47; vgl. auch Stadler, ZRP 110, 149; Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, 1992, § 377 Rn. 10. 証人は、口頭尋問の際は、直接裁判官から教示を受けることができ、書面尋問の場合、教示には書式の利用により制約があるため、証人に思わぬ誤解から不利益が生ずることがあるからである。Vgl. auch Koch, a. a. O., S. 99; Reinecke, ZRP 1989, 407.

(21) 本稿 (一)・早法七二卷四号二四四頁参照。

(22) 本稿 (一)・早法七二卷四号二四五頁参照。

(23) コッホは、宣誓に代わる保証は、陳述書面の作成の際の公開主義の欠缺を埋め合わせるために証人に真実を陳述するよう促すことによって本来の証拠方法 (証人供述) の補充をなす、と云う (Koch, a. a. O., S. 102)。

(24) 例えは Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 42. Aufl., 1984, § 377 Anm. 3 A; Koch, a. a. O., S. 100 参照。

三 新二七七条三項による証人の書面尋問制度の適用要件

1 適用基準としての「証明問題の内容」と「証人の人物」の適性

一 旧法下での証人の書面による陳述は、証人証拠（人証）であつて書証ではないと一般に解されてきたが、新二七七条三項による証人の書面による陳述も、一般に同様に解されている⁽¹⁾。もつとも証人の書面による陳述の法的性質に関する理解に変化はないものの、その適用要件は重要な修正を受けている。すなわち、新法は、要件として、裁判所が「証明問題の内容」と「証人の人物」を考慮して証明問題の書面による返答をもつて十分であると認めることを要求するから、書面による返答で十分か否かの判断の際に、裁判所は、「証明問題の内容」と「証人の人物」を基準としなければならない。「証明問題の内容」と「証人の人物」の両基準は、けつして具体的であるとは言えないから、それぞれの基準の具体化が必要となる。

二 まず、「証明問題の内容」については、すでに、注釈書を中心に、証明問題それ自体が証人の書面による陳述に適しているか否かの際に考慮すべきいくつかの要素が提案されている。例えば、書面により具体的質問を証人に向けることができれば、書面による返答で十分であるとする見解⁽²⁾、証明問題が単純である場合、すなわち基礎をなす事実関係があまり複雑でない場合に、書面尋問に適しているとする見解⁽³⁾、証明問題が誤解されないように表現できる場合に、書面尋問に適するとする見解⁽⁴⁾、書面による陳述が口頭の陳述に完全に代替すること (vollwertiger

Ersatz einer mündlichen Aussage) が期待される場合に、証明問題は書面尋問に適するとの見解⁽⁵⁾、証明問題の内容が、直接主義からの離反を正当化するものでなければならぬとする見解⁽⁶⁾などがある。

つぎに、「証明問題の内容」とならぶもう一つの基準である「証人の人物」の基準は、旧三七七条三項・四項の文言にはなかったが、旧法下の文献の中には、すでに、同規定の適用の際に考慮すべき要素としてこれを採用するものが存在していた⁽⁷⁾。そこでの議論も踏まえて、証人の人物に関しては、次のような種々の理解の仕方がある。例えば、証人が書くことに習熟⁽⁸⁾していて (schreibgewandt)、しかも自己の知覚を記載した場合にのみ、書面による返答に適しているとすると、書くことや表現することに慣れていない者は問題外であり、しかも証人と当事者との間に結びつきがないことを要求するもの⁽⁹⁾、証人の教育と表現能力を考慮すべきであるとするもの⁽¹⁰⁾、さらには、証人の人物から、信頼でき且つ証拠評価に親しむ返答が期待できなければならないとして、証人が一般的な陳述の能力のほかに書面での報告の前提となる特別な認識能力および説明能力、信頼性をも有しなければならないとするもの⁽¹¹⁾などがある。

三 いかなる証明問題の場合に、そしていかなる証人の場合に書面尋問を利用することができるかの問題について、注釈書などの一般的文献が提示する主な基準は、以上のとおりであるが、基準内容を具体化する右の試みが、裁判官に利用可能な指針を提示しうるかは問題である。これは、各論者によって具体化された基準内容がかならずしも一致しないだけにおおさらである。たしかに、証明問題の内容や証人の人物という二つの基準は、旧三七七条三項・四項の下でも斟酌されていたが、そこで両者が持っていた意義は、それらが新三七七条三項において有する意義と比較すると、はるかに小さいものであった⁽¹²⁾。なぜなら、旧三七七条三項の定める「帳簿その他の書類の内容

の再現としての証人の書面による陳述」では、書面尋問の許否に際し、「書類に依拠する」返答方法が決定的な意味を持ち、証明問題の内容や証人の人物は、間接的に重要であるにすぎないし、旧三七七条四項の「口頭尋問の代用としての証人の書面による陳述」においては、法文上は証明問題の内容が基準として挙げられているものの、両当事者の同意が決定的に重要であったからである。それゆえ、新三七七条三項による書面尋問では、文献が挙げる個々の基準が、同規定を適用するか否かの判断に直面する裁判所に、その判断に有益な指針を提供しうるかの検討が必要となる。近時、この点につき、ミハエル・コツホの博士論文⁽¹³⁾が詳しい分析を試みているので、次にそれを紹介する。

2 コツホの分析

(a) 証明問題の内容の適性

一 「証明問題の内容」に関する基準については、前記のとおり、注釈書等において、①証明問題の具体性、②証明問題の単純性、③証明問題が誤解されることのないこと、④直接主義の破棄が正当化されること、⑤口頭の陳述に完全に代替すること(vollwertiger Ersatz einer mündlichen Aussage)、などのメルクマールが提示されている。このうち、まず、①の証明問題の具体性について、コツホは、具体的な証明問題とは何かを問題にし、次のように述べる。⁽¹⁴⁾

証人は、過去の事実や事情の証明に奉仕し、現場にいた者として自分の知覚した事実について供述すべきものであることから、証人に向けられる質問は、常に、証人が報告すべき特定の事件に関係するという意味で「具体的」

でなければならぬ。しかし、この意味での具体性では、ほとんど基準としての意味はない。また、「具体性」を、証明問題があまりに概括的であつてはならず、明確に輪郭づけられなければならないという意味で理解することも可能であるが、証人が質問から自分にどんな答えが望まれているか想定できるような形で質問が記されてはならない(むしろ証人の知覚の包括的な描写を得る必要がある)から、最初からこの意味での具体性を証明問題に要求するのは疑問である。さらに、「具体性」の概念は、証明問題によって証人に期待される返答に関連づけられうる。つまり、明確に「はい」か「いいえ」かで返答できるような質問や、ただ一個ないしはごく少数の事実を対象とする質問(例えば、「原告(または被告)は某月某日に某会社の営業所を訪れたか」や「原告(または被告)が某銀行から得た信用は、契約上どのように構成されているか」)のように、特定の報告に限定された具体的な返答が求められる場合、新三七七条三項の適用が考慮に値する。なぜなら、この場合、証明問題の書面による返答は、通常、口頭尋問に匹敵する明確な結論に帰着するからである。

以上から、コッホは、証人に出される証明問題が、期待される返答の仕方により特定される場合に、証明問題の具体性という基準が新三七七条三項適用の可否の判断に役立つとし、そこから、証人がただ肯定ないし否定するよ(15)うな証明問題やごく少数の事実の確認を目指す証明問題は、十分具体的であるとす(16)る。

二 つぎに、②の証明問題の単純性(基礎をなす事実関係があまり複雑でないこと)については、コッホは、誰の視点からこれが評価されるかを問題にする(16)。コッホは、ここでは、新三七七条三項を適用する裁判所の視点が決定的であるとし、裁判所が、場合によっては明敏でない証人でも事実関係を単純に理解できるか否かを予測により判断しなければならぬとする。コッホによれば、証明問題の単純性も、証明問題の具体性と同様、証人に期待され

る返答にしたがって評価される⁽¹⁷⁾。すなわち、証明問題は、証人によってただ「はい」か「いいえ」かで答えられる場合や、少数の事実の確認に限られる場合に、単純と評価されうるのに対し、複雑な事象経過の正確かつ包括的な描出が証人に要求されるような事実関係が問題となる場合は、複雑と評価されねばならない⁽¹⁸⁾。コッホは、証明問題の単純性も、有用であるとするが、彼によれば、この基準は、①の証明問題の具体性の基準と広範囲で重なる。

三 証明問題が、誤解されないように証拠決定や証人に対する要請において示されなければならないという、③の基準について、コッホは、原則として、自分の知覚するどの出来事について供述しなければならないかが証人にわかるように証明問題が表現される必要があることを認める。しかし、この要求は、書面尋問固有の基準ではなく、一般的に尊重されるべきもので、この要求から書面尋問がいかなる場合に実施されるべきかの基準は導き出せないとする⁽¹⁹⁾。

四 ④の「直接主義の破棄が正当化されること」という基準は、グレガーが提唱するものである⁽²⁰⁾。彼は、この基準を満たす場合として、(i)従たる請求 (Nebenforderung) に関する証拠調べと、(ii)宣誓・対質・発問等の必要がない場合を挙げるが、コッホは、それぞれにつき当否を検討する。(i)の従たる請求とは、ZPO 四条一項所掲の請求 (果実、収益、利息、費用などの請求) を包含する。コッホは、従たる請求が請求債権全体において主たる請求との関係で重要でないという理由から、新三七七条三項の適用を正当化することには反対するが、従たる請求に関する証拠調べは、通常の場合、書面で証人が返答できる問題に限られることから、書面による返答で十分であると認められることが多いと見る。しかし、従たる請求に関する証拠調べに一樣に新三七七条三項を適用できるわけではない、個別事例ごとの判断が要求されることから、コッホは、書面尋問を一樣に適用可能にする基準ではないと解

する。⁽²¹⁾

(ii)についても、コッホは、その基準としての有用性を疑問視する。この基準においては、証人の宣誓や対質、発問が必要となるかについて裁判所の予測的判断が必要となる。コッホは、このうちの宣誓については、実務上、証人に宣誓させることが例外で、裁判官があらかじめ宣誓を必要と認める場合も、ごく例外事例であるから、「裁判所が例外的に当該証人につき最初から宣誓が必要であるとみなす場合には、書面尋問は許されない」という消極的な意味でのみ基準として役立ちうるにすぎないとする。⁽²²⁾ 対質については、証人が複数いる場合に、書面尋問の命令に先立って、個々の証人の陳述内容が矛盾しているかを判断することが裁判所に難しい以上、有用な手がかりとはなりえないとする。⁽²³⁾ また、発問が必要でないという事情も、コッホは、前もって判断することの難しい事項であると言う。⁽²⁴⁾ 彼によれば、これは、通常は、証人の陳述を聞いた場合にはじめて評価できることであり、事前の判断になじむのは限られた場合にすぎない。一定の蓋然性をもって発問権の行使が必要ないとされる場合としては、証明問題が、証人が明確に「はい」か「いいえ」かで答えられる質問である場合や、証人が書類に基づいて返答できる問題である場合をあげることができるにすぎない。それゆえ、発問が必要でないとの事情は、証明問題の具体性および単純性の基準との関連において、書面尋問の適否決定のための手がかりを提供するにすぎない。したがって、コッホは、この基準に独自の意義を認めない。⁽²⁵⁾

結局、コッホによれば、基準(ii)は、せいぜい、(宣誓と対質に関するかぎり) 新三七七条三項の適用が考えられない事例という形での消極的な制限を可能にするにすぎない。

五 書面による陳述が「口頭の供述に完全に代替しうる」と (vollwertiger Ersatz einer mündlichen Aussage) が

証明問題から期待できる場合に、書面尋問に適するとの⑤の基準に対しては、コッホは、次のような理由から批判的である。⁽²⁶⁾ すなわち、旧三七七条三項・四項の場合は、三項の「書類の内容の再現」としての証人の書面による陳述が口頭による陳述に完全に代替し、四項の場合も、書面尋問の措置に対する当事者双方の同意によって代替として認めることができた。しかし、同意が要件から削除された新法の下では、旧三七七条三項に該当する場合以外に口頭陳述に完全に代替するものがあるかは疑わしいからである。

(b) 証人の人物の適性

一 証人の人物については、すでに幾つかの文献により、①書くことへの習熟、教育の程度、および表現能力、②当事者との結びつきの不存在、③書面による陳述を他人からの影響なく独自に作成する蓋然性、④証人の信用性などの考慮基準が提案されている。これらのうち、まず、①について、コッホは、その基準としての有用性に疑問を抱く。⁽²⁷⁾ その理由は、裁判官が証人のこれらの性質についてどこから知識・情報を得るかについて問題があるからである。一つの手がかりとして、証人の職業が考えられるが、これすら証拠の申出（ZPO三七三条）に表示される必要はなく、常に裁判所に知れるという保証はない。また、かりに職業がわかったとしても、そこから表現能力や記述する能力を一般化することは難しい。このことから、コッホは、①の基準は、新三七七条三項の適用の可否の決定のための有用な手がかりとはみなせないとする。ただ、コッホによれば、裁判所が証人の人物について知識を有していて、そこから①に該当する事情を推論できるかぎりは、この点を考慮する必要があるが、その際も、それだけに依拠するのではなく、証明問題にも依拠しつつ判断しなければならぬとされる。⁽²⁸⁾

二 これに対し、②の当事者との結びつきの不存在については、コッホは、基準としての有用性を一応肯定

する。⁽²⁹⁾ 例えば、当事者の一方との間に親密な結びつきや関係がある証人の場合、彼がその当事者に一方的に有利な陳述をすることは排除できないから、その証人の信用性を評価する手段が必要であるが、書面尋問は、口頭尋問と違って、その手段を欠く以上、書面尋問の利用は許されるべきではないからである。コッホによれば、証人と当事者との間の右のような関係を知ることが裁判所には困難な場合もあるが、裁判所が、証人の当事者に対する結びつきを認識でき、またはその結びつきの蓋然性が高いと認める場合には、信用性の評価の必要から新三七七条三項の適用は差し控えられねばならないとされる。

三 ③書面による陳述を他からの影響なしに独自に作成する蓋然性については、コッホは、その有用性に強い疑問をもつ。⁽³⁰⁾ 彼によれば、証人の書面尋問の場合には、裁判所が証人に対する当事者からの影響の有無を知る可能性はなく、裁判所は、いかなる証人の場合に彼が独自に陳述を書面化することが期待できるかを予測することもできない。例外的に、証人と当事者の間に結びつきがあることが認識できる場合に、証人が書面作成に際し当事者から影響を受ける蓋然性が比較的高い。しかし、これは、当事者との結びつきがある証人でも当事者からの影響を受けずに独自に書面による陳述を行うことが期待できる場合もあるから（例えば、当事者の病状について診察医師が尋問される場合）、一般的に妥当するわけではない。ともかく、証人と当事者との間に結びつきがあることが認識できる場合を除き、③の蓋然性を確実に認識することはできない。以上の理由から、コッホは、この基準も、新三七七条三項による書面尋問の許否の判断に何ら役立たないとする。

四 証人の信用性が問題となる場合には書面尋問が許されないとの見解があるが、証人の信用性については、コッホは、証人証拠とそこでの証拠評価（ZPO二八六条一項）の枠内で証人の信用性が常に重要となる以上、一般

に、この観点から新三七七条三項の書面尋問の可能性は判断できないとする。ただ、特定人につき信用性の問題が果たす役割が比較的小さい場合もあり、その限度では、書面尋問の実施の判断のための手がかりを提供しうるとする⁽³¹⁾。そのような場合として、書類に基づいて陳述がなされる場合（旧三七七条三項所定の場合に相当する）や当事者双方が証人の書面による陳述に同意している場合を挙げる。コッホによれば、当事者双方の同意は、新三七七条三項では、書面尋問の要件から削除されたため、両当事者が一致して証人の信用性を認めていることをもって直ちに裁判所による信用性審査を排除することはできないが、書面尋問の許容性の判断に補助的に役立つ。

結局、コッホは、証人の人物に関するかぎり、文献の提案する諸基準ないしメルクマールは、総じて、書面尋問の要件の具体化に限定的にしか有用でないとする。

3 小 括

右のコッホの分析が個別的に正当であるかはともかく、その分析結果から、少なくとも、主要注釈書等で提案されている種々の考慮基準以外の新たな基準が考えにくいことが推察される。その一方で、それらの基準の多くが書面尋問の適否の判断にまったく役立たないわけではなく、程度の差はあれ有用であることが明らかにされているように思われる。証明問題の内容の適性については、証明問題の単純性と具体性が判断の基準として中心的な役割を果たすことが比較的広い支持を獲得している。これに対して、証人の人物の適性については、たしかに、証人の信用性に直結する要件だけにその判断基準は重要な意味をもちうるように見受けられる。しかし、その反面、裁判所が事前に証人の人物に関する判断材料を得ることが實際上難しいため、証人の人物に関して提示される各基準の有

用性を過大に評価することができないとのコッホの指摘は無視しがたい。書面尋問の適否の判断基準を何に求めるかは、書面尋問制度の適用範囲の画定と直結しうる問題であるから、最終的には、書面尋問の適用がいかなる範囲で正当化されるかという問題の考察と切り離して論じることができない。そこで、次節では、書面尋問が許容される限界について考察する。

- (一) Z. B. Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, 1992, § 377 Rn. 1; Schabenberger, Der Zeuge im Ausland im deutschen Zivilprozess, 1996, S. 196; Thomas-Putzo, ZPO, 20. Aufl., 1997, § 377 Rn. 2; Zöller-Greger, ZPO, 21. Aufl., 1999, § 377 Rn. 6; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 57. Aufl., 1999, § 377 Anm. 5 B (Rn. 9); Stein-Jonas-Berger, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl., 1999, § 377 Rn. 36 (証人証拠の「簡易化された取調べ形式」)。
- (二) Hansen, Die wichtigsten Änderungen im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit aufgrund des Rechtspflege-Vereinfachungsgesetzes, NJW 1991, 953, 956. BT-Drucksache 11/3621, S. 38 (前述本章二・一・三)を参照。
- (三) Thomas-Putzo, ZPO, 20. Aufl., § 377 Rn. 2; Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, § 377 Rn. 7. 例えば、ヤムランは、事実関係が複雑である場合は「これだけすべてに要件が充たされないとする」。
- (四) Schabenberger, a. a. O., S. 196; auch Zöller-Greger, ZPO, 21. Aufl., 1999, § 377 Rn. 7.
- (五) Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 57. Aufl., 1999, § 377 Anm. 5 C (Rn. 10)。
- (六) Zöller-Greger, ZPO, 21. Aufl., § 377 Rn. 7. シュエラーの注釈書の改訂者グレンガーによれば、付随的債権に関する証拠調べの場合や、証人の宣誓・証人の対質・裁判所のさらなる質問・当事者の直接質問が必要ないと予見される証明問題の場合がこれに該当する。旧三七七条三項が定めていた、帳簿またはその他の書類に記録された事項への証明問題の限定はもはや存在しない。そして、証明問題は、証拠決定や書面での返答が要請される際に、証人が誤解しないようにそれを表現しうる場合のみ、書面による返答に適しているとされる。
- (七) 本稿(一)・早法七二卷四号二三〇頁参照。例えば、シュエーマンは、(旧)三七七条三項・四項のいずれにおいても、証明問題の内容のほかに、尋問されるべき証人の状況・教育程度、証人の当事者に対する関係などを考慮すべきであるとしていたし

(Stein-Jonas-Schumann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Aufl., 1988, § 377 Rn. 37)。(四) 三十七条四項の適用に際して証人の教育度を人的信頼性を評価するに必要と認めらるるは、(Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 42. Aufl., § 377 Ann. 3 B b aa)。

(8) Schellhammer, Zivilprozess, 8. Aufl., 1999, Rn. 432.

(9) Münchener Kommentar zur ZPO-Damrau, § 377 Rn. 7.

(10) Thomas-Putzo, ZPO, 20. Aufl., § 377 Rn. 2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, ZPO, 42. Aufl., § 377 Ann. 3 C (Rn. 10) は、証人の教育程度と証人の信頼性を例示する。

(11) Schabbenberger, a. a. O., S. 196; Zöllner-Greger, ZPO, 21. Aufl., 1999, § 377 Rn. 8。ヘンガーは、また、当事者との比較的亲密な結びつきがある証人の場合、たゞその書面尋問は排除されるもの。

(12) Koch, Die schriftliche Zeugenaussage gemäß § 377 Abs. III ZPO und die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Parteiförmlichkeit, S. 109 f.

(13) Koch, a. a. O., SS. 109-130.

(14) Koch, a. a. O., S. 111 ff.

(15) Koch, a. a. O., S. 113.

(16) Koch, a. a. O., S. 113.

(17) Koch, a. a. O., S. 113 f.

(18) 上掲に對し、シトタムラーは、証明問題が複雑な生活事象に関するものでも、事實の経過に鑑みて明瞭に表現されるならば、⁴⁴ 適性を肯定するもの。(Stadler, ZZP 110, 140)。

(19) Koch, a. a. O., S. 114 f.

(20) Zöllner-Greger, ZPO, 21. Aufl., § 377 Rn. 7.

(21) Koch, a. a. O., S. 115 f.

(22) Koch, a. a. O., S. 117.

(23) Koch, a. a. O., S. 117 f.

民事訴訟における証人尋問の書面化の限界 (二) (高田)

- (24) Koch, a. a. O., S. 118.
- (25) Koch, a. a. O., S. 119 f. これに対して、シユタドラーは、宣誓や対質、弾劾等が証人につき必要となる公算が大きいときは、書面による尋問は最初から取りやめるべきであるとする点で広い見解の一致があるとする (Stadler, ZfP 110, 141 f.)。
- (26) Koch, a. a. O., S. 120 f.
- (27) Koch, a. a. O., S. 122 f. これに対し、シユタドラーは、証人の筆記の熟練および表現力が書面による返答に十分でないであろうことが看取できる場合には、直接口頭で尋問されねばならない、とする (Stadler, ZfP 110, 141)。しかし、シユタドラーも、たいいていの場合、裁判所がこれらを前もって判断することは難しいとしており、コッホとの差異は、さほど大きくない。
- (28) コッホによれば、証明問題が書面による返答に適しているか疑わしいときは、証人の人物だけで新三七七条三項の適用を正当化することはできないのに対し、証明問題が書面による返答に適しているときは、一定程度の教育や表現・筆記能力のない証人も、新三七七条三項の適用が考慮できる場合がある、とされる (Koch, a. a. O., S. 123)。
- (29) Koch, a. a. O., S. 124. Stadler, ZfP 110, 141. 当事者の一方と密接な人的関係にある者の場合、書面尋問は問題とならないとす。
- (30) Koch, a. a. O., S. 126 f.
- (31) Koch, a. a. O., S. 127 f.

(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。