

ドイツ法における宣誓要求制度の意義と機能 (2)

—— 証明責任を負わない当事者の事案解明義務を
考察するための基礎的作業として ——

伊 東 俊 明

目 次

- 第一章 序言
- 第二章 ドイツ民事訴訟法における宣誓要求制度
 - 第一節 宣誓要求の具体例
 - 第二節 当事者宣誓制度の概観
 - 第三節 宣誓要求制度
 - 第一款 宣誓要求の法的性質
 - 第二款 宣誓要求に対する証明責任を負わない当事者の応答強制
 - 第三款 宣誓要求の許容要件
 - 第四節 小括
- 第三章 19世紀中期から1933年までのドイツの議論状況
 - 第一節 CPO410条の立法沿革
 - 第一款 ハノーファー草案 (以上, 51巻2・3号)
 - 第二款 プロイセン草案
 - 第三款 北ドイツ草案
 - 第四款 CPO 成立
 - 第五款 小括 (以上, 本号)
 - 第二節 裁判例・学説の状況
 - 第一款 裁判例
 - 第二款 学説
 - 第三款 小括
 - 第三節 宣誓要求制度の廃止の影響
- 第四章 結語

第三章 19世紀中期から1933年までのドイツの議論状況

第一節 CPO410条の立法沿革

第二款 プロイセン草案⁸³⁾

一 プロイセン草案は、ハノーファー草案とは異なり、*facta aliena* についての宣誓要求を一定の場合に限って許容する⁸⁴⁾。プロイセン草案510条は、宣誓要求の許容要件について、次のように規定していた。

【プロイセン草案510条】

「当事者は、以下の場合に限って、宣誓要求をすることができる。

- (1) 係争事実が、相手方の自己の行為あるいは不作為である場合、相手方が責任を負う第三者の行為あるいは不作為である場合、および、相手方が受忍しなければならない第三者の行為あるいは不作為である場合。
- (2) 係争事実が、それがもし正しい場合には、相手方、代理されている場合には相手方の代理人、または、相手方の前権利者によって認識されていたであろう場合」。

二 このプロイセン草案510条は、後述するCPOの直接の諸草案に対して多大な影響を与えたと考えられる⁸⁵⁾。そこで、プロイセン草案の理由書⁸⁶⁾

83) Entwurf einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat, 1864.

84) 宣誓の履行形式については、プロイセン草案520条に規定されていた。同草案520条1項に該当しない場合には、同条2項以下で、宣誓の履行は確信宣誓で足りるという内容の規定であった。

【プロイセン草案520条】

「(1)宣誓が、宣誓義務者の自己の行為、不作為、あるいは、認識に該当する場合には、主張事実の真実性または不真実性を宣誓しなければならない」。

85) 後述する第一草案と第三草案の理由書は、プロイセン草案の理由書を引用する。

86) Motive zu dem Entwurfe einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat, 1864, S 115f. プロイセン草案とその理由書は、Schubert (hersg.), Entwurf und Motive einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat, 1994 に所収。以下、Preußische-Motive と記す。

の内容をみておく。それは、以下のとおりである。

「宣誓要求は、全ての係争事実について認められるべきではない。本草案は、普通法およびプロイセン法とは異なり、一定の事実についてのみ、宣誓要求することを認めた。すなわち、本草案は、相手方が真実に適って (*de veritate*) 宣誓をすることができるような事実に限って、宣誓要求を認めたのである」。

「ローマ法の教義 (*Doktrin*) に従って宣誓要求を無制限に認めることは、結果として、堪え難い宣誓の濫用という事態につながる。すなわち、宣誓義務者が全く知らない事実について、宣誓要求がなされることを避けられないのである。繊細な良心 (*Gewissen*) を有する者は苦境に立たされ、そうでない者は軽率な (*leichtsinig*) 宣誓を履行することになる (その事実の正当性は、宣誓の履行によって何も明らかにされない)」。

「このような弊害を排除するためには、原則として、宣誓義務者が真実に適って宣誓できる場合に限って宣誓要求を認めるとする以外に方法はない。この理論的に根拠付けられた原則は、実際的な必要性をも満足させるであろう。現に、フランス法や1864年バーデン訴訟法530条が、この原則に従っている」。

「草案510条は、宣誓の申出が宣誓義務者の自己の行為および認識 (*fait personel*) についてのみ許容されるという原則を立てると共に、この原則の本質に反しない例外を認めた」。

「これ (草案510条のような例外を認めたこと) は、次のような事情を考慮している。すなわち、このような場合に宣誓要求が認められないとすると、証明義務者は、非常に不利な立場に追い込まれる。他方、相手方は、代理人なしに取引をした場合、あるいは、権利承継人として取引をしたのではない場合と比べて、過大な利益を得ることになる。さらに、原則として、相手方は、事実が真実であるか否かについて確信を得るために、当該事実に関する詳細な調査を行うことができる立場にあると同時に、調査を行う義務がある」。

三 以上のように、プロイセン草案も、「証明責任を負う当事者の証明窮状の回復」と「証明責任を負わない当事者の情報収集能力」という事情を考慮し、証明責任を負わない当事者に対して事案解明のための行為義務を課すことを正当化している。これは、ハノーファー草案の起草過程において提出された様々な反対案と同様に、当事者間の利益状況の調整を目指しているといえるであろう。

第三款 北ドイツ草案⁸⁷⁾

一 北ドイツ草案の審議は、基本的に、ハノーファー草案の逐条的な検討を中心として、随時、プロイセン草案を参照するという形式で進められた。CPO410条に該当する条文は、北ドイツ草案609条と同草案610条（試案（Redaktions-Entwurf）556条と同556a条に対応する）であり、次のように規定していた。

【北ドイツ草案609条】

「宣誓要求は、相手方の行為、あるいは、認識の対象である事実についてのみ許容される」。

【北ドイツ草案610条】

「私文書の真正を証明するために、文書が、相手方の前権利者、あるいは、相手方の代理人によって発行されたことについて、宣誓要求することができる」。

北ドイツ草案609条によると、宣誓要求は、原則として、*facta propria* についてのみ認められる。宣誓要求の許容範囲を制限するという意味において、北ドイツ草案は、*facta aliena* についての宣誓要求を無制限に認めるハノーファー草案ではなく、プロイセン草案の考え方に近いといえる。しかし、北

87) Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für die Staaten des Norddeutschen Bund, 1870.

ドイツ草案610条は、プロイセン草案510条と比べて、*facta aliena* についての宣誓要求が認められる場合をかなり限定している。

二 このような北ドイツ草案は、1869年に開催された第8回ドイツ法曹大会における議論に影響を与えたと考えられている⁸⁸⁾。同法曹大会では、当事者宣誓制度の導入の是非をめぐって様々な議論が展開され、その中で、偽証を防止するためには、*facta aliena* についての宣誓の履行形式として認められていた「確信宣誓 (Glaubenseid)」と「無知宣誓 (Ignoranzeid)」を廃止すべきであることが可決された⁸⁹⁾。そして、このような宣誓の履行形式を廃止したことの帰結として、第8回ドイツ法曹大会においては、*facta aliena* についての宣誓要求が認められないこととなった。

三 北ドイツ草案の起草過程においても、宣誓要求の許容範囲をめぐって議論がなされた。そこで、以下では、北ドイツ草案の試案をめぐる審議会における議論の内容を整理する⁹⁰⁾。

まず、第166回審議会 (1869年2月23日開催) において、ハノーファー草案408条に対応する条文を設ける必要はないという意見が出された。しかし、権利関係や法律概念については宣誓が許容されないことを示すという点に意義が認められるとして、この意見は却下された⁹¹⁾。なお、同審議会では、これ以上の議論はなされずに、宣誓要求の許容範囲は、宣誓の履行形式を定めた条文との関係において議論されることとなった。

四 宣誓の履行形式を規定したハノーファー草案414条⁹²⁾が議題となった第168回審議会 (1869年3月3日開催) における議論の内容は、以下のとお

88) Münks, aaO. (Anm. 21), S. 137.

89) Fritz v. Bar と Schmidt の鑑定意見 (Verhandlungen des Achten deutschen Juristentages, Bd. 1., 1869, SS. 24ff., 39ff.) を参照。

90) 北ドイツ草案とその審議録は、Schubert (hersg.), Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für die Staaten des Norddeutschen Bundes, 1985 に所収。以下、Norddeutsch-Protokolle と記す。

91) Norddeutsch-Protokolle, aaO. (Anm. 90), S. 992.

92) 前掲注67) 参照。

りである⁹³⁾。

ハノーファー草案414条に代えて、次のような規定を設けるべきであるという反対意見（以下、【反対案】とする）が、ある構成員（氏名不詳）から提出された。【反対案】は、宣誓要求の許容範囲と宣誓の履行形式について規定している。

【反対案】

- 「(1) いかなる宣誓も、宣誓義務者にとって、『自己の完全な確信によると、事情は、宣誓主題の通りである』というように履行される。
- (2) 宣誓要求される当事者（Delat）は、宣誓が、自己の知識に基づき当然に知らなければならない関係、あるいは、調査することによって十分な情報（Auskunft）を収集できる関係に関連する場合には、宣誓要求に応じなければならない。〈反対要求に関する部分は省略する〉
- (3) 宣誓要求される当事者は、宣誓が、自己の認識しない関係、および、調査しても十分な情報を収集できない関係に関連する場合には、宣誓要求を拒絶することができる。

宣誓要求が拒絶された場合には、裁判所は、宣誓要求する当事者（Deferent）の申し出に基づいて、宣誓要求を拒絶した当事者に対して、『私は十分な情報を収集することができない』という宣誓による保証（eidliche Versicherung）を課すことができる。この保証を拒んだ場合には、宣誓要求を理由なく拒んだという効果が生じることになる。〈反対要求に関する部分は省略する〉

宣誓要求される者の拒否権能（Ablehnungsbefugnis）は、その者の自己の主張については認められない。

(1)は、宣誓の履行形式として、確信宣誓は認められず、真実宣誓のみが認められることを規定する。また、(2)は、一定の範囲で、facta alienaについ

93) Norddeutsch-Protokolle, aaO. (Anm. 90), S. 997ff.

での宣誓要求が認められることを規定する。さらに、(3)は、(2)に該当しない場合に、宣誓要求に対する「拒否権能」を宣誓要求される当事者に認める規定である。このような【反対案】に対しては、様々な批判が加えられた。そのなかで、*facta aliena* についての宣誓要求に対して、次のような批判がなされた。

「認識 (*Wahrnehmung*) は、常に個人的な (*individuell*) ものであるため、第三者の認識については宣誓をすることができない。それに対して、当事者と第三者との間に代理関係 (*Vertretungs-Verhältnis*) がある場合、または、当事者と第三者との間に遺産相続関係があり、その第三者が死亡している場合には、当事者はそのような第三者の行為 (*Handlung*) について宣誓しなければならない。なぜなら、宣誓要求が認められないとすると、他の当事者が実体的に (*materiell*) 害されることになるからである」。

「実体的に害される」ということに関して、これ以上の説明はなされていない。ハノーファー草案の起草過程における議論 (前述本章第一節第一款参照) に鑑みると、おそらく、証明責任を負う当事者が相手方の代理人や死亡した被相続人の行為を証明することは定型的に困難であり、このような場合に宣誓要求を認めないと、証明責任を負う当事者の実体権が喪失するということを意味していると推察できる。【反対案】を批判した委員は、実際上のアクセス可能性の有無ではなく、第三者との間に代理関係や相続関係などという実体法的な関係が存在する場合に限って、*facta aliena* についても宣誓要求することを認めて、当事者間の利益状況の調整を図ろうとしたといえるであろう。

以上のような【反対案】をめぐる議論にも拘らず、第168回審議会では、多数決によって、宣誓要求は、相手方の自己の行為と認識についてのみ許容されることになった⁹⁴⁾。

五 しかし、1869年3月10日に開催された第172回審議会において、再び、

94) Norddeutsch-Protokolle, aaO. (Anm. 90), S. 999.

宣誓要求の許容範囲について、次のような新たな提案（以下、【新提案】とする）がなされた⁹⁵⁾。

【新提案】

「宣誓は、以下の場合についてのみ許容される。

- (1) 宣誓義務者の自己の行為、および、認識
- (2) 宣誓義務者の前権利者または代理人の行為、および、訴訟の相手方が訴訟無能力者の場合には、その者を代理する者の行為」。

この【新提案】に対しては、前権利者や代理人の他にも、先述したプロイセン草案510条のように、相手方が責任を負う第三者の行為や認識についても宣誓要求を認めるべきであるという肯定的な意見も出されたが⁹⁶⁾、【新提案】は、多数決によって却下された。

六 しかし、「他者の事実 (ein fremdes Faktum) についての宣誓要求が、必然的に (nothwendig)、認められなければならない場合がある」という委員 (氏名不詳) の批判を受けて、最終的には、本款のはじめにみたように、相手方の前権利者、あるいは、相手方の代理人が発行した私文書の真正な成立を証明する場合に限って、例外的に、facta aliena についての宣誓要求を認める内容の規定が成立した⁹⁷⁾。証明責任を負う当事者は、相手方に対して、その者の前権利者または代理人が文書に署名したことについて、宣誓要求す

95) Norddeutsch-Protokolle, aaO. (Anm. 90), S. 1010.

96) Norddeutsch-Protokolle, aaO. (Anm. 90), S. 1011.

97) Norddeutsch-Protokolle, aaO. (Anm. 90), S. 1013. なお、北ドイツ草案は、facta aliena についての宣誓の履行形式として、宣誓義務者に対して、「誠実な審査および調査義務」を課している。

【北ドイツ草案616条】

「(1)宣誓要求および反対要求された宣誓は、係争事実が真実である、あるいは、真実ではないというように履行される。

(2)610条の場合には、宣誓は、次のように履行される。

宣誓義務者は、誠実な審査と調査にも拘わらず、(係争事実が真実である、あるいは、真実ではない)ということについて確信を得られなかった」(括弧内は筆者)。

ることが認められることになったのである。

七 以上のように、北ドイツ草案の起草過程においても、当事者間の利益状況の調整が問題とされていた。北ドイツ草案は、証明責任を負わない当事者の前権利者または代理人が発行した私文書の真正な成立の証明について、事案解明のための一定の行為義務（情報収集義務・確信形成義務）を証明責任を負わない当事者に対して課している。その際、証明責任を負う当事者が北ドイツ草案610条にいう私文書の真正な成立を証明することは定型的に困難であるのに対して、証明責任を負わない当事者は、その私文書に関する情報を有する、および、情報を収集しようということが考慮されたといえるであろう。

第四款 CPO 成立

本節では、CPOの直接の草案である、第一草案、第二草案、および、第三草案をめぐる議論について考察を加える。それぞれの草案の審議過程を紹介した後、そこでの議論をまとめることにする。

第一項 第一草案⁹⁸⁾

一 第一草案380条は、本章の冒頭に挙げたCPO410条（ZPO a.F.445条）と全く同じ内容の規定である（なお、後述する第二草案391条および第三草案397条は、第一草案380条と同じ内容の規定である）。第一草案は、先述したいずれの草案とも異なる規律方法を採用した。

【第一草案380条】

「宣誓要求は、相手方、および、相手方の前権利者または代理人の行為、あるいは、認識の対象である事実についてのみ許容される」。

二 第一草案380条について、理由書では、次のように説明されていた⁹⁹⁾。

98) Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung, 1871. 第一草案とその理由書は、Dahlmanns, aaO. (Anm. 65) に所収。

99) Dahlmanns, aaO. (Anm. 65), S. 603ff. = Motize, S. 347ff.

「草案は、一定の事実に限定して宣誓要求を認める。まず、相手方の行為、あるいは、認識の対象に該当する事実である。これは、相手方が、原則として、真実に適って (de veritate) 宣誓することができる事実である。同草案は、宣誓要求を制限することによって、普通法やプロイセン法における弊害を排除しようとした。宣誓要求を無制限に認めることによって、宣誓義務者が全く知らないような事実について、宣誓が行われることになる。…宣誓の濫用と宣誓の際の非良心的行為 (Gewissenlosigkeit) は、宣誓要求を無制限に認めたことに起因する」。

そして、例外的に、*facta aliena* についての宣誓要求を認める理由を、次のように説明する。

「しかし、実際的な必要性 (praktische Bedürfnisse) を考慮すると、宣誓義務者の前権利者または代理人の行為、あるいは、認識についても宣誓要求することを認める必要がある。なぜなら、取引の利益 (Interesse des Verkehrs) に鑑みると、相手方の前権利者や代理人によって作成された文書の真正な成立の証明が問題となる場合には、*facta aliena* についての宣誓要求を認めなければならないからである (北ドイツ草案610条参照)。しかし、取引・経営社会 (Verkehrs- und Geschäftsleben) の実際的な必要性を充たすためには、前権利者や代理人の全ての行為および認識について宣誓要求が認められなければならない」。

第二項 第二草案¹⁰⁰⁾

一 第二草案391条に対しては、ザクセンの代表者から修正提案が出された¹⁰¹⁾。それは、同草案391条を、「宣誓要求は、事実についてのみ許容される」という内容に変更すべきであるという修正提案である。すなわち、*facta*

100) Entwurf einer Deutschen Civilprozeßordnung nebst dem Entwurf eines Einführungsgesetzes, 1872. 第二草案は、Schubert, Entstehung und Quelle der Civilprozeßordnung von 1877, Zweit. Halbband, 1987 に所収。

101) Schubert, aaO. (Anm. 100), S. 732.

aliena についての宣誓要求を無制限に認めるべきであるというのである。この修正提案の理由書は、facta aliena についての宣誓要求を制限することに対して、以下のように批判している¹⁰²⁾。

「宣誓義務者も前権利者や代理人の行為を十分に知らない場合がある。また、第二草案391条が定める例外的な場合（前権利者または代理人の行為、あるいは、認識の対象）だけでは、宣誓要求を認める必要がある全ての場面をカバーすることができない。例えば、原告が将来発生する第三者の債務を保証する契約を被告と締結した場合、原告がその保証契約に基づいて被告に対して支払を請求するためには、債務の発生を証明しなければならない。この場合に、第二草案によると、原告である債権者は、保証人である被告に対して、第三者（主たる債務者）の行為についての宣誓要求をすることは認められないことになる」として、第二草案が前権利者と代理人についてのみ例外を認めることは妥当ではないとして、facta aliena について無制限に宣誓要求を認めるべきであるという。

二 このザクセンの修正提案の基礎には、「訴訟当事者は、相手方の主張について、宣誓したうで (eidlich) 真実を述べる義務がある」という考え方があったようである¹⁰³⁾。ザクセンの修正提案は、この考え方にに基づき、宣誓要求の場面でも、自己の行為か第三者の行為かということに関係なく、当事者はどのような事実についても真実を述べる義務があるとして、facta aliena について無制限に宣誓要求を認めようとしたと推察できる。

三 ザクセンの修正提案は、ザクセンに特有の当事者宣誓制度¹⁰⁴⁾を前提としたものであったため、採用されなかった。しかし、「前権利者」および「代理人」という要件を形式的にあてはめた場合に問題が生じうることを明確に指摘した点は、「前権利者」概念および「代理人」概念を解釈するにあたって参考になるとと思われる（後述本章第二節参照）。

102) Schubert, aaO. (Anm. 100), S. 743ff.

103) Schubert, aaO. (Anm. 100), S. 744.

104) ザクセンの当事者宣誓制度について、Münks, aaO. (Anm. 21), S. 93ff. を参照。

第三項 第三草案¹⁰⁵⁾

一 理由書では、第三草案397条について、以下のように説明されていた¹⁰⁶⁾。

「事実が、外的事実であるか、内的事実であるかということは問題とならない。ヴュルテンベルク訴訟法は、『単なる信頼 (Glaube), あるいは、不信 (Nichtglaube) については、これらが証明主題にならない場合には、宣誓要求することは認められない』と規定している。さらに、判決にとって、直接的に重要な事実であるか、あるいは、単に間接的に重要な事実にすぎないかということも問題とならない。

それに対して、事実は、相手方の *facta propria*, および、相手方の前権利者または代理人の行為、あるいは、認識の対象に該当するものでなければならぬ。このように宣誓要求の対象を限定することにより、草案は、普通法やプロイセン法において宣誓要求を広範に認めたことにより生じていた弊害を排除することを目指す。*facta aliena* について宣誓要求をすることを無制限に認めると、宣誓義務者 (Schwörende) が全く何も知らない事実について宣誓しなければならなくなる。繊細な良心を有する者は、非常に苦境に立たされ、そうでない者は、軽率な宣誓を履行することになる。

他方、第8回ドイツ法曹大会における *facta aliena* についての宣誓要求を全く認めないとする提案は、取引の要請 (Anforderung des Verkehrs) に合わない。また、私文書の真正な成立の証明の場面に限定して宣誓要求を認めることも、法的社会 (Rechtsleben) の必要性を充たさない。この必要性を充たすためには、この草案397条が規定する範囲において、*facta aliena* についての宣誓要求を認めることが必要不可欠である。なぜなら、証明責任を負う当事者が、相手方の前権利者または代理人の行為・認識を他の証拠方法によって証明することは、しばしば不可能であるからである。このような

105) 同草案は、1874年10月29日に帝国議会に提出された。

106) Hahn, aaO. (Anm. 21), S. 331ff. = Motize, S. 276ff.

場合、または、存在していた証拠方法が当事者の過失なくして紛失した場合に宣誓要求を認めないと、証明責任を負う当事者は、根拠のある法的請求権の有効な追求ができなくなる¹⁰⁷⁾。

二 1875年3月12日に開催された第一読会の第18回審議会において、第三草案397条をめぐって議論がなされた。そこでは、Reichenspergerらが当事者宣誓制度の導入について反対意見(当事者尋問制度導入論)を表明したが、議論の末、いずれの意見も却下された¹⁰⁸⁾。

三 第三草案397条については、Bährが、次のような提案をした¹⁰⁹⁾。

【Bährの提案】

「(1) 宣誓要求は、事実についてのみ許容される。

(2) 法律概念と判断(Urteil)は、宣誓義務者が、何が問題となっているのかを十分に理解している場合には、宣誓要求の対象とすることができる」。

(1)について、Bährは、ある事実を認めるという意味において、宣誓と自白(Geständniß)とは変わらないという。そして、「宣誓や自白を要求する権利」は、「他の証拠方法を有しない当事者は、他方当事者に対して、単純否認(einfache Lügen)をするだけでなく、少なくとも、善意で(im guten Glauben)争うことを明らかにすることを要求できる権限を有するという原則」に基づいているという。そして、Bährは、このような善意を示すためには、確信宣誓をすることで十分であるとして、第三草案397条のような制限を設けることに反対する。

107) これ以降の記述は、先述した第一草案の記述と重複するため省略する。伊東俊明「不知の陳述の規制(一)」民商117巻4・5号(1998)659頁参照。

108) CPOの立法担当者が、当事者宣誓制度を採用した理由については、中野貞一郎「当事者尋問の補充性」『民事手続の現在問題』(1989,判例タイムズ社)188頁,204頁以下参照。Hahn, aaO. (Anm. 21), S. 330 = Motive, S. 275も参照。

109) Hahn, aaO. (Anm. 21), S. 655ff. = Protokolle, S. 165ff. その他, Schwarzeが、本款第二項でみたザクセンの修正提案と同様の提案をしている。

さらに, Bähr は, 原告が, 隣接者(被告)に対して, 自己の地役権(Servitut)を証明しなければならない場合を想定して, 次のように述べる。

すなわち, この場合に, 第三草案397条によると, たとえ被告が第三者から原告の地役権に関する情報を得ていたとしても, その第三者が被告の代理人または前権利者でない限り, 宣誓要求することは認められないことになる¹¹⁰⁾と主張する。そして, その際, Bähr は, 「害意のある否認」が, (そのような否認をした当事者の) 勝訴という結果につながるの¹¹¹⁾は妥当ではないということ¹¹²⁾を強調する。

四 このような Bähr の提案は, Becker や Amsberg らの反論をうけ却下されることになった¹¹⁰⁾。Becker は, 第三草案397条の宣誓要求の制限は, 「実質的な必要性」, および, 「権利の承継人は, 前権利者の知識(Wissen)について確信を得る機会を有する」ということを考慮しているという。また, Amsberg は, *facta aliena* についての宣誓要求は, 第三草案のように, 「宣誓義務者が, 第三者の行為に関して, 実際に確信を得ることができる, あるいは, 確信を得るべき」場合に限り認めるべきであると主張する。

もっとも, Becker や Amsberg のように解したとしても, 証明責任を負わない当事者が主張事実について情報収集能力を有していると判断される場合には, Bähr のいうように, その者は単純否認をするだけは不十分であるということになる。従って, この限りにおいて, Bähr の考え方は受け入れられているといえるであろう。

なお, (2)については, 事実と法律概念・判断とを区別することは困難であるという Kurlbaum の批判をうけて, Bähr はこれを取り下げた¹¹¹⁾。

以上のような議論を経て, 第三草案397条は, 内容について何ら変更されないまま, CPO410条として規定されることになった。

110) Hahn, aaO. (Anm. 21), S. 656f. = Protokolle, S. 166.

111) Hahn, aaO. (Anm. 21), S. 657 = Protokolle, S. 167.

第四項 本款のまとめ

一 *facta aliena* についての宣誓要求に関する第一草案と第三草案の理由書の考え方は、基本的に、プロイセン草案の起草者の考え方に従うものであった。すなわち、「証明責任を負う当事者の証明窮状の回復」と「証明責任を負わない当事者の情報収集能力」という当事者間の利益状況を考慮して、宣誓要求の許容範囲を確定する考え方である。もっとも、第一草案と第三草案は、プロイセン草案では考慮されていなかった、「取引・経済社会の実際的な必要性」や「取引の要請」などという事情を強調していた。これらの事情は、宣誓要求の許容範囲を拡大する方向に働く考慮要素であるように思われる。

二 証明責任を負わない当事者は、単純否認をする、換言すれば、主張事実に関する情報を開示することなく証明の必要性を生じさせるだけでは不十分である場合があるという、第三草案の第一読会における Bähr の指摘が重要である¹¹²⁾。Bähr は、「証明責任を負わない当事者が事案解明のために何もしないままで、証明責任を負う当事者が敗訴することは認められない」という考え方に立っていたといえる。【Bähr の提案】は却下されたが、証明責任を負わない当事者が主張事実について情報収集能力を有している判断される場合に、その者が単純否認をするだけでは不十分であるということに関しては、CPO の立法担当者の間で見解が一致していた。

112) Bähr は、証明責任を負わない当事者が主張段階において単純否認をすることは許容されると考えていたようである。否認の規制のあり方については、当事者の陳述義務を定める ZPO a.F.138条1項 (ZPO138条2項) をめぐって議論がなされていた。以下では、同条の立法過程における議論を整理して、CPO の立法担当者が否認の規制のあり方をどのように考えていたのかを明らかにする。

【ZPO a.F.138条1項 (CPO129条1項)】

「いずれの当事者も、相手方の主張した事実に対して陳述しなければならない。」

ZPO a.F.138条1項に該当する規定は、ハノーファー草案129条2項であり、次のように規定していた。

【ハノーファー草案129条2項】

「一般的に自白する場合を除き、いずれの当事者も、相手方が主張する重要な

個別的な事実に対して、特定して (bestimmt) 陳述しなければならない。」

以下では、報告員草案をめぐる議論についてみていく (1862年10月8日第9回審議会)。ハノーファー草案129条2項の原案である報告委員草案14条2項1文と2文は、次のように規定する (Hannover-Protokolle, aaO. (Anm. 69), S. 82)。【報告委員草案14条2項1文および同条同項2文】

「いずれの当事者も相手方の主張した事実を一般的に自白することができる。そうでない場合には、いずれの当事者も、個別的な事実に対して、特定して (bestimmt) 陳述しなければならない。」

審議会において、「特定して」という文言の後に、「事情が、それ (相手方の主張) とは異なり、どのようであったのか (wie sich die Sache anders verhält)」という文言を挿入すべきであるという提案がある委員 (氏名不詳) から提出されたが、反対8・賛成2で却下された。

この提案者は、「最後の帝国最終決定 (JRA) によると、当事者は、相手方の主張に対して、単に、明確かつ特定して陳述することだけでなく、自己の側で、『事情が、原告の主張と異なり、どのようであったのか』を陳述することが要求される。この規定は、厳格かつ思慮をもって運用されるなら、非常に実用的な規定である。すなわち、多くの取引が、多様な関係を生じさせる場面において、非常に重要となってくる。今後、草案の『特定して (bestimmt)』という文言に、JRA と同じ意味を含ませるか否かという問題が生じることになるであろう。それゆえ、提案のような条文の方が、手掛かりを与えるという意味において優れている」という。

この提案に対しては、「当事者の防御権 (Vertheidigungsrecht)」を侵害することになるという批判が出された。請求原因に属さない事実を主張することや、抗弁を提出することを強制されることになるからであるという。また、裁判所の適切な質問権 (Fragrecht) の行使によって、不都合な事態は避けられるとの批判も出された (Hannover-Protokolle, aaO. (Anm. 69), S. 87ff.)。なお、審議録において、これらの批判に対する提案者の反論は見当たらなかった。

また、1865年4月26日に開催された第275回審議会において、「相手方の主張を全体的に自白することは認められるが、それを一般的に否認すること (ein allgemeines Ableugnen) は許容されない」という規定を設けるべきであるという提案がなされたが (Hannover-Protokolle, aaO. (Anm. 69), S. 5008)、最終的に、ハノーファー草案には採用されなかったようである。さらに、相手方の主張に対する陳述も、真実に適った、完全かつ特定したものでなければならないことを明らかにするため、「事実」という文言に、「完全かつ特定して」という文言を付加すべきであるという提案がなされたが、反対6・賛成4で却下された (Hannover-Protokolle, aaO. (Anm. 69), S. 86)。草案の「特定して」という文言によって、相手方の主張に対する陳述は、完全でなければならない (不完全な陳述は特定してない) ことは、十分明らかにされているからであるという。

以上の議論から推測すると、否認の規制のあり方に関するハノーファー草案の立場は、次のようにいえるであろう。すなわち、「一般的否認は許容されない」ということである。報告委員草案に対する提案が却下されたことに鑑みると、

「一般的な否認」とは、「証明の対象が明らかにならないような否認」という意味において理解すべきであろう。この理解を前提とする、証明責任を負わない当事者は、証明の対象が明らかになる程度に、否認を具体化すればよいことになる。

北ドイツ草案310条2項は、次のように規定していた (Norddeutsch-Protokolle, aaO. (Anm. 90), S. 2458)。

【北ドイツ草案310条2項】

「一般的に自白する場合を除いて、いずれの当事者も、相手方によって主張された重要な事実に対して、何を自白して、何を否認するのかということが不明確でない程度に、特定して (bestimmt) 陳述しなければならない。」

ハノーファー草案129条をめぐる議論がなされた1868年3月1日の第51回審議会の審議録には、否認の規制のあり方について、次のような記述がある (Norddeutsch-Protokolle, aaO. (Anm. 90), S. 287f.)。

「一般的な否認 (ein allgemeines Bestreitung) で十分であるかは、事実上の (thatsächlich) 問題であり、一般的に決定されるべき問題ではない。否認が、他の具体的な陳述によって、説明されている (motivieren) か否かということにかかっている。疑問が残る場合には、裁判長は、釈明権 (Fragerecht) を行使することによって解決しなければならない。」

一定の範囲で否認の具体化を要求する審議録の記述と北ドイツ草案310条2項の文言から推測すると、北ドイツ草案は、ハノーファー草案と同様に、証明責任を負わない当事者に対して、証明の対象が明らかになる程度に否認を具体化することを要求していたと理解することができるであろう。

第三草案125条1項は、CPO129条1項と同じ内容の規定であった (なお、第一草案124条1項と第二草案125条1項も同じ内容の規定である)。

【第三草案125条1項】

「いずれの当事者も、相手方の主張した事実に対して陳述しなければならない。」

否認の規制のあり方については、同草案の理由書に、「個別的な事案において、一般的な否認 (ein allgemeines Ableugnen) が許容されるか否かの判断は、裁判所の評価に委ねられなければならない」 (Hahn, aaO. (Anm. 21), 214 = Motive, 132) という記述があるに止まり、これ以上の議論はなされなかったようである。理由書が、先述した北ドイツ草案の審議録の該当箇所を引用していることに鑑みると、第三草案が北ドイツ草案の考え方を理由付けなしに変更しているとは考えにくい。

また近時、否認の規制のあり方に関するCPOの立法過程における議論は、「(否認の) 具体化は、せいぜい、争われているか否かを明らかにするために必要となる」ということを示しているが、「(否認の) 動機 (Motiv)」は問題としていなかったという指摘がなされている (Ulrich Foerste, ZZP108 (1995), S. 285)。この理解を前提とすると、CPOの立法担当者は、証明の対象が明らかになる程度に否認を具体化しなければならない、逆にいうと、証明の対象が明らかになるのであれば単純否認も認められると考えていたといえそうである。

Bähr の考え方は、CPO 制定直後、Wach や Weismann によって明示的に主張されることになった。Wach は、「宣誓要求は最後の手段 (Nothanker) である。宣誓要求をすることによって、証拠がない (beweislos) 当事者は、自己の主張が真実であることの判断を、相手方の良心 (Gewissen) に押し付けることができる。宣誓要求は、信頼 (Vertrauen) に基づく行為であると同時に、強制 (Zwang) でもある。信頼という意味は、勝利を相手方の誠実性 (Gewissenhaftigkeit) に委ねるということである。強制とは、相手方が宣誓要求に対して何らかの応答をしなければならないことを意味する。相手方 (Delat) は、単純否認をする (mit nacktem Lügen) だけで、あとは何もしないという訳にはいかないのである」という¹¹³⁾。また、Weismann も、民事訴訟法の体系書において、「証明義務者が証明に成功しなかった場合には、少なくとも、相手方 (証明義務を負わない当事者) は、単純否認 (bloße Bestreitung) をするだけで、あとは何もしなくてもよいということにはならない」と述べている¹¹⁴⁾。

第五款 小括

一 本款では、前款までの CPO410 条の立法沿革をめぐる議論をまとめたうえで、CPO の立法担当者が宣誓要求制度に対して期待していたと考えられる機能を明らかにする。

二 CPO の立法担当者は、facta aliena についての宣誓要求を無制限に認めるハノーファー草案の考え方やそれを全く認めない第8回ドイツ法曹大会の考え方ではなく、宣誓主題が、証明責任を負わない当事者の「前権利者」または「代理人」の facta aliena に該当する場合に限って、宣誓要求を認めるという規律方法を採用した。これは、基本的に、プロイセン草案の規律方法に従ったものといえる。

113) Wach, aaO. (Anm. 36), S. 220.

114) Weismann, aaO. (Anm. 39), S. 176.

三 宣誓要求の許容範囲を確定するにあたっては、「証明責任を負う当事者の証明窮状の回復」と「証明責任を負わない当事者の情報収集能力」ということが重要な考慮要素とされていた。

ここでいう「証明窮状」とは、証明責任を負う当事者が自己の実体権を証明するために、証明責任を負わない当事者の有する情報、または、収集する情報に頼るしかない場合を念頭においていたようである。もっとも、このような場合に宣誓要求が許容されたとしても、証明責任を負わない当事者が宣誓を履行すれば、証明責任を負う当事者の実体権は結果的には認められないことになる。そのため、「証明責任を負う当事者の証明窮状の回復」といった場合には、証明責任を負う当事者の勝訴ということではなく、証明責任を負わない当事者を事案解明に協力させるという側面に着目すべきであろう。

前款第三項でみた【Bährの提案】をめぐる議論に鑑みると、CPOの立法担当者は、証明責任を負わない当事者が事案解明に全くの不協力を決め込んだままで証明責任を負う当事者が敗訴することは当事者間の衡平に反する場合があると考えていたといえる。すなわち、証明責任を負わない当事者が主張事実について情報収集能力を有すると判断されるには、証明責任を負う当事者の宣誓要求に応じるという形で、証明責任を負わない当事者を事案解明に協力させようとしたのである。

四 CPOの立法担当者は、主張事実が、証明責任を負わない当事者の「前権利者」または「代理人」の *facta aliena* に該当する場合には、証明責任を負わない当事者は、主張事実に関して情報収集能力を有していると判断した。証明責任を負わない当事者の情報収集能力の有無を判断するにあたっては、第三者との間の実体法的な関係を重視する考え方と情報への実際上のアクセス可能性を重視する考え方があった。いずれも、「情報への近接性」という事情を重視して、「主張事実に関する情報を有する当事者が宣誓すべきである」と考えていたといえるであろう¹¹⁵⁾。

五 以上のことをまとめると、CPOの立法担当者は、次のような考え方に立っていたといえる。すなわち、証明責任を負わない当事者が、主張事実

に関する情報を有しているか、あるいは、情報を収集しうるにも拘らず、事案解明に不協力を決め込んだ結果、証明責任を負う当事者が敗訴することは、当事者間の衡平に反するという考え方である。これについて、Weismann が、宣誓要求制度は「証明責任の『衡平に適った修正 (ein der Billigkeit entsprechendes Korrektiv)』として捉えることができる」と明示的に述べている¹¹⁶⁾。

CPO の立法担当者は、宣誓要求制度が、証明責任を負わない当事者を事案解明に協力させることにより、当事者間の衡平を図るという機能を果たすことを、期待していたといえるであろう。

六 このような CPO の立法担当者の考え方は、1933年に宣誓要求制度が廃止されるまで、当時のドイツの裁判実務・学説において、概ね受け入れられていたようである。そこで、次節では、このことを明らかにするために、宣誓要求の許容範囲、とりわけ、CPO410条 (ZPO a.F.445条) の「前権利者」概念および「代理人」概念の解釈に関する、当時のドイツの裁判実務・学説における議論を検討する。

115) このような考え方は、反対要求の許容要件からも窺い知ることができる (前述第二章第三節第二款参照)。

116) Weismann, aaO. (Anm. 39), S. 176.