

ヴァルター・レヒベルガー「自白の拘束力のドグマ」

河野憲一郎 訳

【訳者前注】

本稿は、Walter H. Reehberger, Das Dogma von der Bindungswirkung des Geständnisses, in Österreichische Notariats-Zeitung, 1991, S. 69 ff. の全訳である。

裁判上の自白の効力につき、わが国の民事訴訟法は、「裁判所において当事者が自白した事実……は、証明することを要しない」と規定しており（同一七九条）、学説上細部では争いがあるものの、一致してこの制度を「主張段階における当事者の行為」と位置付けている。このような理解は、母法であるドイツ民事訴訟法およびそこでの学説に由来する。これに対して、同じくドイツ法系に属するオーストリアの近時の通説は、裁判上の自白を「証拠方法」として位置付ける。翻訳者は、「オーストリア法における民事自白法理——ドイツ法および日本法との比較——」慶應法学二八号（二〇一四年）一〇七頁において、

このようなオーストリアの近時の通説にも言及した。しかし、ここでは論文のテーマとの兼ね合いもあり、オーストリア民事自白論に特有の歴史的事情を明らかにすることに重点を置いたため、近時の通説の論理展開自体について、必ずしも十分に紹介しえたわけではない。オーストリア法における議論には、論理展開の面においても、ドイツ法とは非常に異なつた独自性が認められることから、その論旨の展開を一つ一つ追っていくことは、そこでの自白法理のより深い理解にとって必要不可欠であろう。近時の通説の立場を展開した古典的業績でもというべきレヒベルガー教授の原論文を全文翻訳することによって、わが国に紹介することが、非常に有益であると思われる。

レヒベルガー教授については、既にわが国でも周知であろうが、簡単にその略歴を示しておく。一九四五年にウィーンに生まれ、一九六六年にウィーン大学の民事手続法研究所でクラリ

ク (Kraib) 教授の下で研究副手 (wissenschaftliche Hilfskraft) としてキャリアを開始、一九六七年から一九七九年まで同助手を経て、ウィーン大学教授となった。

Recherber/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren (最新版は8.Aufl., 2010)をはじめとする多数の著書で知られるオーストリア民事訴訟法学界における文字通りの重鎮である。詳しくは、以下のウェブサイトを参照。

<http://zvr.univie.ac.at/index.php?id=38197>

本文にて引用される条文については、それぞれ訳注で触れることとするが、裁判上の自白に関する基本規定であるオーストリア民事訴訟法二六六条およびドイツ民事訴訟法二八八条と二九〇条についてのみ、便宜上、あらかじめ訳出しておくこととする。

#### オーストリア民事訴訟法

第二六六条〔明示の自白事実〕 ① 当事者の一方が主張

した事実は、相手方により、準備書面において、訴訟の過程で口頭弁論の際に、又は受命裁判官若しくは受託裁判官の調書において、明示的に自白されたときに限り、証明を必要としない。裁判上の自白事実の効力については、相手方の承諾を必要としない。

② 前項の自白が、自白した当事者が付加した陳述および制限によりどの範囲で取り消され又はどのような効果を受

けるかについて、並びに自白の撤回が自白の効力にどのような効力を及ぼすかについては、裁判所は、あらゆる事情を慎重に考慮してなされる裁量によって判断しなければならない。

③ 裁判所は、裁判外の自白の結果、証明の必要性がどの程度なくなるかについて、前項と同様に判断しなければならない。

(本稿で訳出したオーストリア民事訴訟法の条文訳については、法務省大臣官房司法法制調査部『オーストリア民事訴訟法典』法務資料四五六号(一九九七年)を参照した。) ドイツ民事訴訟法

第二八八条(裁判上の自白) ① 当事者の一方の主張した事実は、訴訟の進行中口頭弁論において、又は受命裁判官若しくは受託裁判官の調書に対して相手方が自白した限りにおいて、その証明を必要としない。

② 裁判上の自白の効力についてはその承諾を必要としない。

第二八九条(自白における付加) ① 裁判上の自白の効力は、独立した攻撃防御方法を含む主張をその自白に付加することによっては妨げられない。

② 裁判所においてなした認容陳述が、他の付加的又は制限的陳述を除外して、いかなる範囲で自白とみなされるかは、個々の場合の事情により定まる。

第二九〇条（自白の撤回） 撤回は、撤回する当事者が、自白が真実に合致せずかつそれが錯誤にいてたることを証明するときに限り、裁判上の自白の効力に影響する。この場合自白はその効力を失う。

（本稿で訳出したドイツ民事訴訟法の条文訳については、石川明『ドイツ民事訴訟法典』法務資料四五〇号（一九九二年）を参照した。）

最後に、翻訳にご快諾をいただいたレヒベルガー教授に心より感謝申し上げます。

„Mein Dank gilt für Herrn Professor Dr. Walter H. Reeb-berger für die freundliche Genehmigung, seinen Text ins Japanisch übersetzen zu dürfen.“

\* \* \*

I 一九八九年一月二日のオーストリア最高裁判所の裁判  
(OGH 21. 11. 1989 5 Ob 631/89)

ルドルフ・L、すなわちM（地名<sup>訳注</sup>）の「ハルラント」の占有者は、803 KG シュロスMの土地を通る放牧と——冬季の干草の搬出目的での通行を除いて——いかなる種類のものであれ車両によって通行することの差止めを求めて、ヨハン・B、すなわちMの「ウンターフィルツバッハ」の占有者を訴えた。彼

は、被告の所有にかかるラートシュラット牧草地は、彼の所有するハルラント牧草地と隣接している、と陳述した。「次のように言う。」被告は原告の前権利者から、少なくともいつでも撤回可能ではあるが、トラクターで雇人ともども干草輸送目的でハルラント牧草地へ通り抜ける許可を得た。しかし、被告はそれを超える権利を主張しており、彼が、干草をハルラント牧草地を通って移動させ、この土地をありとあらゆる種類の車両で通過するのが繰り返し見かけられた、と。

これに対して、被告が抗弁した。「次のように言う。」ラートシュラット牧草地へ通じる道は、太古の昔からハルラント牧草地を経由して通じており、ラートシュラット牧草地の通常の管理に供されるべき全ての種類の車両もまた、ハルラント牧草地を通行していた。被告に対して、この道の通行許可が、撤回がなされるまでしか与えられていなかったという主張は、正しくない。それ以上には長くはないかもしれないが、少なくとも一〇〇年のこの道の用法に矛盾している、と。

第一審裁判所は、被告がラートシュラット牧草地を前占有者から一九五六年一月一九日の売買契約でもって取得したということを確定した。「次のように言う。」被告の前権利者は、原告の前権利者がハルラント牧草地の横断の可能性を好意にもとづいて、そしてそれによって永続的な拘束力に服することを欲することなしに許容したにすぎない、ということが明らかにされていた。しかし、売買契約のやりとりの枠内において、前占

有者は被告に、彼がハルラント牧草地を通過してラートシュラット牧草地へ行けるということを説明したが、この可能性が常にハルラント牧草地の占有者の許可によらしめられていることを詳述することはしなかった。被告は、一九五六年以降、ハルラント牧草地を様々な種類の車両で通過し、一九五七年以降は毎年春と秋に家畜をハルラント牧草地を通過してラートシュラット牧草地へ移動させた。その際に、被告はハルラント牧草地の占有者に一度も許諾を求めたことはなかった。一九八六年にはじめて、原告はこれまでなされてきた形式における被告による占有の行使の適法性に対する疑義を述べた、と。

〔そして、次のように言う。〕訴えの提起によつて、取得時効が一九八六年一月一七日に中断されたとみなされなくてはならないので、被告はその完成（三〇年）のために前権利者を採用しなければならぬ。しかし、被告の前権利者にはラートシュラット牧草地の管理の目的でのハルラント牧草地の利用の可能性が単なる好意で、撤回と引き替えに認められていたにすぎないので、占有の真正（Echtsein）の要件が欠けている、と。それゆえ第一審裁判所は、請求を認容した（BG Mittersill 11. 5. 1988, C 164/86）。

控訴審裁判所は、被告がラートシュラット牧草地を既に売買契約書面の作成の前に利用していたので、既に一九五五年五月以降、牧草をハルラント牧草地を通過して運搬し、運搬用車両をもってそこを通過したということの確定を被告が「欲した」と

いう証拠評価を取消すと述べた。原告が、一九五六年一月一日の売買契約をコピーで提出し、被告が明示的にこの書面の真正と正当性を自白したということが、これに対立している。〔次のように言う。〕正当性を自認することは、売買契約の中に含まれた売買土地での「占有と享受、家畜と車両の通行」は契約の作成の日にはじめて被告に移転されるという表示が、オーストリア民事訴訟法（以下「ÖZPO」とする。）二六六条一項の意味での自白された事実と評価されるということを意味している。本件において、裁判官は自白された事実を審査なしに判決の基礎にしなければならなかった。それゆえ第一審裁判所は、いずれにせよ自白された事実とは相異なる証拠調べの結果を斟酌してはならず、正当にも、要役財産に対する占有と、したがって被告による承役財産の要求が、既に一九五六年一月一九日より前に効力を生じていたということを確定しなかった。取得時効期間は、それゆえにまた、裁判所での訴えの提起に際して、なお経過してはいない、と。

控訴審裁判所は第一審の判決を確認し、「文書の正当性を承認することがZPO二六六条の意味での自白を意味し、かくして裁判所にとつて証明主題の禁止（Beweisshemenverbot）をなすのかどうか」という問題は、基本的な手続上の法律問題、したがって当該事件を超えた意味を持ち、これについて最高裁判所（以下「OGH」とする。）の判例は存在しないとの理由づけで上告を許可した（LG Salzburg 31. 5. 1989, 21R

3313/88)。

OGHは、上告は適法であるが、理由がないとした。OGHは、被告が売買書面の正当性を承認することによって、売買土地の占有を一九五六年一月一九日に(はじめて)取得し、そこから彼は被告が今や主張されている権利をそれ以前から主張してはいなかったと帰結した点で、控訴審と一致した。

逐語的に次のように述べた。すなわち、「ZPO二六六条一項によれば、(職権探知主義)によって支配されない法的争訟において(は)当事者の一方が主張した事実は、相手方により、準備書面において、訴訟の過程で口頭弁論の際に、又は受命裁判官若しくは受託裁判官の調書において、明示的に自白されたときに限り、証明を必要としない。明示的に自白された事実は、確立した判例によれば、原則として真実とみなされなければならず、審査なしに裁判の基礎とされなくてはならない。(EvBI 1957/90, 5 Ob 55/69, EvBI 1974/29等々、最近では、例えば、4 Ob 513/88)。裁判上の自白は、原則として裁判所を自白された事実拘束し、この事実に関して証明主題の禁止をなす(10 Ob S 239/89; *Fasching, Lehrbuch*, RZ 849等 同旨)。本件では判例によつて(EvBI 1957/90, VersR 1968, 1052, 5 Ob 55/69等々)承認された自白の拘束力の例外は存在しない。すなわち、反対事実は公知ではない。自白が一般に認められた経験則に違背しているわけではない。反対事実がその職務活動の過程で裁判所に明らかになつたわけではない。

職権で審査され、取り上げられなければならない事実も問題にはなつてはいない。自白の不当性が法的争訟の経過の中で従前の証拠調べの結果にもとづいて裁判官に明確になつたというファツシング(Lehrbuch, RZ 851)によって付加的に承認された例外も存在しない。レヒベルガー||シモータ(Zivilprozessrecht, RZ 489 ff. v. N.)によって主張されている、被告が援用すれば、それにより裁判官はその心証に反する自白を判断の基礎とすることを強制されず、自白の正当性を疑うことに根拠のない場合のみ証拠調べをする必要がないという理解にはOGHは与していない。こうした考慮から出発するならば、控訴審裁判所が、被告の自白を理由として、控訴において提出された証拠異議(Beweisrüge)に、自白された事実とは相異なる証拠調べの結果の存在にもかかわらず立ち入らなかつたという点でも、控訴審裁判所には正当性が認められなくてはならない」(OGH 21.11.1989 5 Ob 631/89)。

## II オーストリア学説の状況

この研究の最初に示された事例を意味するオーストリア最高裁判所の裁判において、それがオーストリアの通説も、より最近の学説上の通説とは異なる見解も根本的に取り上げていない(「こうした見解にOGHは与するものではない」との宣言は、おそらく取り上げたものとしては評価されえない)ということ

は明らかである。それゆえOGHが、ファッシング(Fäschung)によって付加的に承認された(「自白の拘束力の」例外)を、すなわち証拠調べに矛盾する場合に、正当とみなすかどうかは明らかではない。しかし、いまこの「付加的な例外」は、全く明白に、オーストリア学説の通説に合致している。ただし、こうした例外は、既にポラック(Pollak)とシュペル(Sperl)に、暗示的にはノイマン(Neumann)にも、見出されるからである。

OGHによって再確認された「確立した判例」と、そもそも学説の立場は、ファッシングによるZPO二六六条の注釈以来、一致しない。まずホルツハマー(Holzhammer)は、ZPO二六六条一項は、裁判所が自白されたことを常に真実として取り扱い、「例えば、その心証に反して」判決の基礎にするというふうに理解されてはならないと強調した。すなわち、「自白は裁判所を拘束するのではなくて、裁判所の自由心証に服する」。ファッシングによれば、この解釈は、「自白のみで満足するか、それとも自白された事実についての証拠調べをするのかどうかは、裁判官の自由に委ねられているという」ように理解される。自白は裁判所を拘束しないという見解の主張者として、ファッシングによれば、ホルツハマーのほかに、W・クラリクが挙げられている。ファッシング自身は、上記OGH裁判の中で引用されたポラック、ノイマンおよびシュペルの見解にしたがっている。レヒベルガー―シモータ(Rechberger-Simotta)では、

その場合に裁判所は決してその心証に反する自白事実を基礎にするように強制されることはないと言われている。自白もまた自由な証拠評価に服するが、裁判所は、自白を疑う理由がない場合には、証拠調べを必要としないという。最後に、バルロン(Ballon)は、これに完全に同調した。

したがって、通説との対決は、ファッシングによって教科書の中で主張された見解から出発しなければならぬ。すなわちファッシングは、(職権探知主義の手続とその他の職権による発見が命じられる場合を除いて)公知の事実の場合、並びに反対事実がその職務活動の過程で裁判所に明らかになった場合だけでなく、自白事実の不当性が法的争訟の経過の中で「従前の証拠調べの結果にもとづいて既に裁判官に明白に証明されたと思われる」場合にもまた、裁判所の自白に対する拘束を排除している。すなわち、裁判所は、「見えている目が職務上知られた不真実という基礎にもとづいて判断すること」を強制されてはならない、という。しかし、かくしてファッシングの見解は、おそらく他の近時の定説とは、自白に矛盾する証拠調べの結果が時間的には自白に先立って成立していなければならぬ点でしか区別されないであろう。そのようなものが自白の時点で存在しないのであれば、裁判官は明らかにまじめに疑わしい場合にもまた、もはや証拠調べをする余地はない。その根拠は、裁判上の自白が、ファッシングにとつて自白事実に関して証明主題の禁止(Beweisthemenverbot)をなしており、したがっ

て、さらに証拠調べをすることは問題とされていないという点にある。ファッシングは、こうした証明主題の禁止を法律の成立史、訴訟経済的な考量、および一方でZPO二六六条および同二六七条、他方でZPO二六九条および同二七〇条との比較でもって根拠づけている<sup>15)</sup>。

### III ZPO二六六条の自白の効力の論拠

ファッシングは、自白の原則的拘束力のための第一の論拠として、法律の成立史を援用する。一般裁判所法（以下「AGO」とする<sup>16)</sup>）は、裁判上の自白を証拠方法として取り扱っており（第二章「自白による証明に関して」、自白された「事情」に関して、それは「完全に証明されたとみなされる」ということを規定している<sup>17)</sup>。したがって、自白は証拠方法の一つをなしており、その証拠価値は、法定証拠法則にしたがってはじめてから固定されていた。

ボラックは、AGOの妥当下で刊行された自白に関するモノグラフィの中で、自白を訴訟において主張されている私権についての当事者の処分の自由の発現であり、かくして意思表示ととらえた支配的な（ドイツの）学説と、ことのほか批判的に対決した。彼自身は裁判上の自白を——AGOに対応して——形式的証拠とみなした。法律は、自白が通例は真実に合致するという経験から出発し、例外事例に関しては大部分を当事者の

自己責任が、審査が重要とされるわずかな部分を訴訟経済がカバーしている、という<sup>18)</sup>。既に、ここでボラックは、証拠が提出されるとだちに自白は効力を失うということも指摘している。ただし、もはや確定され得ない何かただちに確定しているからである、という<sup>19)</sup>。

新たな民事訴訟法典の二六六条一項は、ドイツ民事訴訟法（以下「dZPO」とする<sup>20)</sup>）二六一一条（現二八八条）を内容全体について——およびあらゆる本質的な観点において文言上——継受している。民事訴訟法典に対する解説書は、無意味である。それは自白の拘束力の理解を可能ならしめるが、いずれにせよ自白の欠缺が「要証性にとつて決定的な事情」とみなされ、「裁判上の自白の拘束力」が問題である限りにおいて支持される<sup>21)</sup>。

したがって、ZPO二六六条の成立史は、明らかにオーストリアにおいて、ドイツの模範に忠実に、とりわけ自白の効力を法定証拠理論へ取り込むことを排除しようと思慮された<sup>22)</sup>ということを示しているにすぎない。今では「自白による証明」は、「完全に証明された」とみなされる事実と同様に、話題になることはない。フルノ（Furno）は、ドイツにおけるパラレルな経過の仕方<sup>23)</sup>を「浅はかな言葉」遊びだとみなし、たしかに人は法定証拠理論を排除するということを信じたが、それはそれだけを徹底的に実現したにすぎなかった<sup>24)</sup>ということを述べた。オーストリアに関しては、ボラックの叙述がこのことを証明し

ており、それはAGOとZPOを本質的な点において区別してはいない<sup>23)</sup>。ドイツの通説は、今日まで、dZPO二八八条の文言にもとづいて、自白は処分行為として裁判官の真実審査を排除するという結果になるという解釈を支持している<sup>24)</sup>。

ファッシングの第二の論拠は「訴訟経済上の考慮」であるが、それはボラックによって挙げられたのと同様である。しかし、自白の訴訟経済上の効果が、それに拘束力が帰属するかどうかによって左右されるということは、疑われなければならない。

既にコーラー (Kohler)<sup>25)</sup> は、裁判官による自白の自由な評価が、これの拘束力を承認することに対して、何一つ変更を加えていないだろうということを確認していた。訴訟経済上の効果は、既にまた、まさにこのような効果がサンクシヨンによって保護されていないがゆえに、自白の拘束力に関して、決定的ではありえない。もし裁判所によって、ZPO二六六条一項にもとづいて生じた証明主題禁止の承認にもかかわらず証拠調べがなされるならば、訴訟を切り詰める効果は「不可撤回的に失われる」<sup>26)</sup>。このことは別として、自白とは異なる事実確定の中に、十分な討論と係争物の徹底的な判断を妨げる手続的瑕疵 (ZPO四九六条一項二号)<sup>27)</sup> が認められないということは自明のことである。既に、不当な事実確定との評価は全く問題にならない。ファッシングが、ZPO二六六条および同二六七条の中に裁判外の自白および擬制自白への裁判官の評価の自由とその撤回を限定つきで見ると、彼にしたがうことはできない。実際、

この議論は反対に空転する。(明示の) 自白が自由な証拠評価に服さないのであれば、なぜ例えば制限付き自白の場合または撤回に際してはこうであるべきなのか、理解に苦しむ。この限りにおいて、dZPOの立法者は制限付き自白と理由付き否認を証明責任の規律に服させ(二八九条)、かつ自白の有効性を反真実と錯誤の立証にからしめた(二九〇条)<sup>28)</sup>。オーストリアにおいては、ZPO二六六条二項において「自由な評価 (freier Würdigung)」を話題にすることを避け、その代わりに (不適当な) 表現である「裁量 (Erkennen)」を選択したので、明らかにこの矛盾も意識されていた。このことを納得させるために、ファッシングは注釈書の中で、証拠調べに先行する特別な証拠評価の方式を話題にした。本当のところは、二六六条および二六七条という「評価規定」は、単なるZPO二七二条<sup>29)</sup>の「弁論評価」の原則の表現にすぎない。すなわち、ある事実上の主張が真実またはそうでないとみなされるかどうかは、裁判所が自由な心証により、あらゆる弁論の結果と証拠評価の結果を十分に顧慮した上で判断しなければならぬ。

最後に、ファッシングは、ZPO二六九条の公知の事実とZPO二七〇条の推定される事実に関して「証明を必要としない事実」との定式を再発見し、かつ、この場合において「それ以上の証拠調べをする必要がない」という争いえない事実の参照を指示している。立法者はここでは(あまり良くはない)ドイツの事例にしたがい、まさにそれを超えてはその共通性がわず



かであるところの共通の定式の三つの事例にしたがった、ということが判明する。法律上の推定の場合には、証明責任の転換の基本規律が問題であり、そのためにこれに関するd ZPO二九二条<sup>(註8)</sup>という内容上同等の規律が、ZPO二七〇条の導入命題をも全く放棄しうる。公知の事実の場合には、事実が公知の事実<sup>(註9)</sup>に当たると認めらばあらゆる立証活動を不要にするところのある事実の特性が問題である。自白の状況は、こうした両方の事例と比較できなくはない。すなわち、d ZPO二八九条の規律とは異なり、オーストリアでは、一度もいわゆる自白の可分性は証明責任の分配の問題ではなく、ö ZPO二六六条二項はそれを( )「それも」——まさに検討したように——裁判官の自由な証拠評価に服させている。しかし「自白されたこと」はまた単に事実の特性にすぎないのではなく、相手方によって主張された事実<sup>(註10)</sup>に立ち入った構成要件である。かくして、制定法上の命令が、いずれにせよ、裁判官がこの自白から問題となっている事実の真实性を推し量ることができるかということ、したがってそれ以上の証拠が必要でないことを意味しているということが明らかになる。それをさらに超える証明主題の禁止は、ZPO二六九条および同二七〇条との同二六六条一項の比較からは引き出されない。

#### IV 自白の効力 v s 職権探知主義

「今日の民事訴訟」のあらゆる要素の中でもっとも、フランツ・クライン (Franz Klein) は、その有名な「オーストリアにおける民事訴訟制度改革の諸問題についての考察」<sup>(註11)</sup>の中で、「いわゆる弁論主義」という「訴訟ドグマ」を批判した<sup>(註12)</sup>。もしクラインが「職権探知主義」という言葉をも「不適切な言葉づかい」として避けようとしたのであれば、オーストリア民事訴訟法は、——W・クラリク (W. Kralik) が最近再び強調したように——「何よりもまず民事訴訟法」<sup>(註13)</sup>が、当事者の真実義務および完全陳述義務を定め (ZPO一七八条参照<sup>(註14)</sup>)、裁判官にZPO一八二条および同一八三条の実体的訴訟指揮権<sup>(註15)</sup>によって明示的に「真実になつた事実の確定」(ZPO一八二条一項)を義務付けたこと<sup>(註16)</sup>によって、広く弁論主義とは一線を画していることは疑う余地はあり得ない。

純然たる職権探知主義が妥当するかの手続においては、自白がいかなる拘束力をももちえないのは、自明のことである。他方で、広い範囲で事実の要証性<sup>(註17)</sup>に関して処分することが当事者に許されるのであれば、それは弁論主義の派生である。自白の拘束力は弁論主義のみから説明されなくてはならない。

通常の民事訴訟では、列挙された安全装置にもかかわらず、疑う余地なく純粋な職権探知主義は妥当しないが、それは、裁判所が通常は当事者によって主張された事実しか確定すること

ができないからである。<sup>(9)</sup> 通説によれば、自由の拘束力は、わずかな裁判所の事実解明義務の純然たる制限の一つとして、かくして通常の民事訴訟における職権探知主義の妥当に関する（広範な）障害であるとみなされている。<sup>(10)</sup> これに対しては、異なった観点が要請されているように思われる。ただし、もしそのような拘束力がどのように法律の形式が述べているかにかかわらず（それは上で再現されたA G OとZ P Oの比較を思い出させよう）、そして裁判資料の収集が事実上弁論主義によって、しかしより職権探知主義によって支配されているかどうかにかかわらず存在すべきであるとすれば、こうした拘束力は、ドグマになる。

今やオーストリアの通説は、自由の拘束力を、既に存在し、明白に現存している証拠調べの結果がある場合には排除するので、オーストリア民事訴訟においては職権探知主義に優位が置かれていることを徹底して顧慮していることを認めなければならぬ。したがって、ここでは自由な証拠評価に対して優位が認められる。しかし、なぜ自由が矛盾する弁論の結果が（もしそのようなものが全く存在しないのであれば、裁判官は自由をほとんど疑わないであろう）そのように明白ではない場合に、やはり証拠法則が作動し、さらなる証拠調べが不許容になるのか？自由に関して証拠法則が妥当するかどうかは、にもかかわらず、自由が矛盾する弁論の結果の強さによって影響を受けることはない。

## V ドイツ概観

ö Z P O二六六条一項の解釈の問題は、今日のd Z P O二八八条一項の文言の広範囲な継受に負っているので、ドイツの学説状況を簡潔に概観することが必要と思われる。<sup>(11)</sup> ドイツの通説は、依然として、既にポラックが一八九三年に批判していた、かの自由理解から、すなわち処分行為としての自由から出発している。（次のように言う。）弁論主義の帰結として、自由という意思表示は不真実の事実が自由された場合でさえ裁判所を拘束する。例外的に、不可能または不真実であることが公知の事実が自由された場合にはじめて、拘束力は存在すべきではない。当事者の真実義務は、真実に反した行態を相手方に対して禁止しているにすぎないので、これに矛盾することは無い、と。<sup>(12)</sup> ドイツ連邦通常裁判所（以下「B G H」とする。）は、通説の意見に与し、<sup>(13)</sup> さらにこれに対して、意識的な反真実の自由に対する当事者の拘束は真実義務違反に対するサンクションをも意味しているというのを付け加えた。これには、もちろん既に正当に重要視された少数説が対立しており、それは一九三三年の改正による当事者の真実義務および完全陳述義務の導入以来d Z P Oの自由法理が変わったと見ている。こうした傾向によれば「事実についての処分」という理論は維持できない邪説と考えられ、自由は観念の表示かつ証拠方法としてとらえられ、そ

の撤回は単に不真実の証明に結び付けられる。ヴォルフガング・ベルンハルト (Wolfgang Bernhardt) がこうした理論の創始者とみなされ、ローゼンベルク (Rosenberg) の祝賀記念論文集の中の彼の論稿は、ドイツの文献における自白に関する規律を、真の当事者の陳述に対する義務に適合させるところのかの考慮の基礎とされている。

ベルンハルトによれば、この真実義務は、フランツ・クラインが特に影響を及ぼした、世紀の変わり目後の民事訴訟の本質の理解における根本的な変化に端を発するものである。注釈書および(その他の)教科書は、わずかな例外を除いて、ベルンハルトにしたがってはいない。しかし、ベルンハルトの熟慮は、とりわけ多くの博士論文に影響を及ぼしたが、そのうちのひとつも有名なものは、おそらくかの J. P. シュミット (J. P. Schmidt) のものとオルファニデス (Orfanides) のものである。最近ではオルツェン (Olzen) がこのラインにしたがった。彼によれば、自白は「自白者の確信によれば真である事実に限定される」<sup>(30)</sup>。もつとも広い立場を採るのが J. P. シュミットであり、彼にとつては、裁判官は自白の真実性の内容を調べる権限を有しており、それによって自白がその形式的拘束力を失うということを実義義務から引き出している<sup>(32)</sup>。彼は、自白による裁判所の拘束はまた明示的に放棄され、したがってこの表示は裁判官の自由な評価に服するということを要求する。そこまですべてでは d Z P O 二八九条は d Z P O 二六六条二項と同様に解釈

されるということになる。

自白の拘束力をめぐる問題は、ドイツではなお長く未確定にどっちつかずに波打っており、それは、そこで明らかに絶えない「弁論主義をめぐる争い」<sup>(33)</sup>との密接な結びつきにもとづいて、あらゆるその「イデオロギー的な過度の高み」<sup>(34)</sup>でもって疑問視されてはならないのだとされている。しかし、オーストリアの観点からは、ドイツの学説上、やはり疑う余地なく、d Z P O の中にも未だ広く根付いた弁論主義と自白の自由な評価にとつては不利となる法律上の文言にもかかわらず、かのオーストリアの通説を部分的に凌駕する立場が主張されているということが、注意をもって確認されなくてはならない。

## VI 結論

ö Z P O が A G O の自白に関する証明の規律を放棄して以来、オーストリアの通説は、従前の証拠調べの結果に矛盾する自白事実を証明されたとみなす裁判官の義務は存在しないという立場に立っている。全くわずかな論者によってしか主張されていない反対説は、——ドイツではもちろん依然として広く普及している——基本的立場から出発しているのであるが、それによれば自白は事実についての処分の許容性を意味している、という。この立場は、既に一八九三年にポラックによって正当にも拒絶された。O G H は今日に至るまでこの問題と真剣に取り組

んではこなかったし、最新の、この研究で報告された裁判もまた、OGHにとつても自白に矛盾する証拠調べの結果はその拘束力を妨げるのかどうか明瞭に認識されていない。OGHは、いかなる自白の基本理解から、その際に出発するのかを十分に明らかにすることなく、これをこれまで拒絶してきた。

ドイツにおける通説が、弁論主義は一九三三年にdZPOに導入された当事者の真実義務によって決定的に弱められ、これは不可避免的にdZPOによって本来意図された自白の拘束力に作用しなければならぬであろうということを十分には顧慮してこなかったのに対して、オーストリアでは——おそらく広範なdZPOの自白の条文の継受にもとづいて——はじめから(通説によつても)öZPOの中に基本的に妥当する緩和された職権探知主義にもとづいて、自白の純然たる拘束力は全く問題にならなかつたということが、十分には顧慮されていなかった。自白の純然たる拘束力の下では、裁判官はある一定の状況において、自白事実についてもはや全く証拠調べをしてはならない、と理解されなくてはならない。こうした状況は、通説によれば、自白の時点でその不当性がまだ明白にはこれと異なる弁論の結果によつて示されてはいない場合に見られる。その際に、全く明らかに明示的な自白の事例から出発している。まさにこうした事例は実務上もちろんめつたに起らない。もつとより頻繁には、裁判官は、弁論の結果の確認に際して(それはもつともあまりにもしばしば口頭弁論の終結後にはじめて開始

するのだが)、いかなる範囲で特定の当事者の陳述が自白とらえられ、またはとらえられないかという問題に直面する(ZPO二六七条参照)。まさに冒頭で叙述された事例は、明示の自白の事例にもとづいて組み立てられた規律の型どりの借用が、あらゆる状況に適合しうるわけではないことを示している。OGHが、被告の自白のゆえに、自白された事実とは異なる証拠調べの結果に立ち入つてはならないと言ふならば、AGOがそれを知つていたように、ZPOの自白の規律を証拠法則のランクへ押し上げるものであるが、ZPOはこれを廃止しようとした。他の本質的な裁判資料の収集に関する法律の規定との意味関連をなおざりにしないZPO二六六条の体系的解釈は、しかし、「証明を必要としない」との文言の解釈が、裁判官が自白された事実についてもはや証拠調べをする必要はないという意味であり、したがつてこの点については裁判官がそれについてもはや証拠調べをしてはならないという意味ではないということになる。かくして自白は内容上は証拠方法になるが、ZPOの証拠法の諸原則を揺さぶることはない。反対に、上で明らかにしたように、法定証拠理論を克服するためにまさにAGOの証拠方法のカタログから自白を除外したことが、まさに反対のことを生じさせている。

それゆゑ自白された事実が(その他の)証拠を必要とするかどうかは、常にあらゆる弁論の結果にしたがつて(ZPO二七二条)判断されなくてはならない。しかし、明示的な自白とい

う稀有の場合においては、通常はそれでよしとしておこう。裁判官が、この明示の自白に疑問を得たのであれば（それは実際上は矛盾する弁論の結果にもとづいてのみ可能であろうが）、それに付加的な証拠調べをすることができる。

〔完〕

註

（訳注 1）地名。本件の第一審裁判所がミッタシル区裁判所であることから、ザルツブルク州ミッタシルのことを指すとと思われる。

（1）*Pollak*, System des österr. Zivilprozessrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes<sup>2</sup> (1932) 485. 彼は、この見解を既に一八九三年にはじめて唱えていた（これについては後記Ⅲ参照）。

（2）*Sperl*, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege (1925) 299.

（3）*Neumann*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen<sup>1</sup> II (1928) 984.

（4）この見解の明示的な反対者として、オーストリアではシュルトウカ (*Schnitka*) とペチエック (*Petschek*) のみが登場した。*Schnitka*, Grundriß des Zivilprozessrechtes<sup>2</sup> (1917) 194 ff は、完全にドイツの学説に従っており、それによれば、自白は当事者の処分権に由来してゐる。)

れど *Petschek-Stage*, Der österreichische Zivilprozess (1963), 227 ff も従つており、*Wolff* は明示的に、自白は「証拠調べの結果がいま自白された事実が真実ではないことを示した場合」でさえ作用しなくてはならない、との説明がなされてゐる。*Wolff*, Grundriß des österreichischen Zivilprozessrechtes<sup>2</sup> (1947), 296 ㉔ 自白の簡潔な叙述は、問題についての著者の見解に関する情報を与えてゐない。

（5）*Fasching*, Kommentar III (1966) 239 ff. の注釈はまさに（あまりにも）判例に追随してゐる。

（6）*Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1976) 244.

（7）原文斜体。

（8）*Fasching*, Zivilprozessrecht, Lehr- und Handbuch<sup>2</sup> (1990) RZ 849.

（9）ホルツハマー (*Holzhammer*) が実際にこのように理解されなくてはならぬのかどうかについては、その限りではわずかに疑念が残る。なぜなら、彼は彼の見解のためにポラックを引用するだけではなく、ZPO 二七七条一項のゆえに、証拠は「争いのある」事実についてのみ取り調べられるべきだ、という議論をも借用してゐるからである。

（10）*Fasching*, Lehrbuch RZ 849.

（11）*Fasching*, Lehrbuch RZ 851.

- (12) *Rechberger-Sinotta*, Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren<sup>3</sup> (1986) RZ 489.
- (13) *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht. Streitiges Verfahren<sup>2</sup> (1987) 129 f.
- (14) *Fasching*, Lehrbuch RZ 851.
- (訳注 2) ZPO 第二六七条〔擬制自白〕 ① 当事者の一方の事実主張について、相手方の明示的な自白がないときでも、相手方が自白したものとみなすべきか否かについて、裁判所は、相手方の陳述の全内容を慎重に考慮して判断しなければならぬ。
- ② 裁判所は、特に不知又は記憶なしとの陳述が、自白と認めることを排除する趣旨なのか、それとも自白を含む陳述とみなすべきなのかについて、前項と同様に判断しなればならない。
- (訳注 3) ZPO 第二六九条〔顕著な事実〕 裁判所に顕著な事実は証明を必要としない。
- (訳注 4) ZPO 第二七〇条〔法律上の推定、反対事実の証明〕 法律がその存在について推定を設けている事実は、証明を必要としない。反対事実の証明は、法律がそれを排除しない限り、許される。この反対事実の証明は、第三七一条以下の規定に従い、当事者尋問によっても行うことができる。
- (15) *Fasching*, Lehrbuch RZ 849.
- (訳注 5) A G O 第一〇七条 当事者自身が、相手方によって陳述された事実状況を裁判上自白したときは、当該状況は、当該訴訟において完全に証明されたとみなされなくてはならない。
- A G O の翻訳として、足立昌勝(監修) ≡ 岡本洋一 ≡ 齋藤由紀 ≡ 永嶋久義「一七八一年オーストリア一般裁判所令・試訳(一) (四・完)」関東学院法学二二巻一〇八三頁、同二九五頁(以上二〇一二年)、同三九五頁、同「四〇一七三頁(以上二〇一三年)がある。
- (16) *Pollak*, Gerichtliches Geständnis im Zivilprozesse (1893). 序文が一八九三年「一月」に執筆されているので、この研究の公刊の時点で、オーストリア帝国議会においては、おそらく既に管轄規則、民事訴訟法および執行法についての政府法案が提出されていた(一八九三年三月一〇日)のではないだろうか。
- (17) *Pollak*, Geständnis 108 ff. 114 ff.
- (18) *Pollak*, Geständnis 163.
- (19) *Materialien I* 297 f.
- (20) *ツルニツツツツ J. P. Schmidt*, Teilbarkeit und Unteilbarkeit des Geständnisses im Zivilprozess (1972) 114 参照。
- (21) そこで言及されているオーストリア民事訴訟法施行前の若干の地方特別法もまた、「自白による証明」について述

- をいふ。これについては、*J. P. Schmidt* 111 FN 130  
で挙げられている法源を参照。
- (23) *Furno*, Contributo alla teoria della prova legale  
(1940) 114 *J. P. Schmidt* 111 FN 132以下に  
引用されている。
- (23) *Pollak*, System 485を参照。
- (24) 以下もたゞ*Leibold* in *Stein-Jonas*, Kommentar zur  
ZPO<sup>20</sup> II (1987) § 288 を参照。後記Vも見よ。
- (25) *Kohler*, Der Prozeß als Rechtsverhältnis (1888)  
28. v. *Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungs-  
pflicht der Parteien im Zivilprozeß (1939) 270を同  
旨。
- (26) 正當にも述べざるのは、*Fasching*, Lehrbuch RZ  
849。
- (訳注6) ZPO第四九六条「手続上の不備を理由とする取消し」  
① 次の各号に掲げる場合には、それが無効事由にならな  
いとしても、控訴裁判所は、弁論及び判決言渡しのために、  
事件を第一審の受訴裁判所に差し戻さなければならぬ。
- 〔略〕
- 二 第一審の手続に、事件の十分な討論及び根本的な判  
断を妨げる重大な不備があるとき  
〔以下略〕
- (27) *Fasching*, Lehrbuch RZ 849を述べており、
- Kommentar III 244において主張した自らの見解を撤回  
している。
- (28) これについては明らかに後記V参照。
- (29) *Fasching*, Kommentar III 246 f.
- (30) *J. P. Schmidt* (FN 20) は、これを「技巧的な法律構  
成」とみなしている。
- (訳注7) ZPO第二七二条〔自由な証拠評価〕 ① 裁判所  
は、この法律中に異なる定めがある場合を除き、全ての弁  
論及び証拠調べの結果を慎重に考慮して、自由な心証によ  
り、事実主張を真実とみなすべきか否かについて判断しな  
ければならぬ。
- ② 特に、当事者が、裁判長によって又は裁判長若しくは  
その合議部の同意の下に行われた発問に対して回答を拒否  
した場合には、これが事件の判断にどのような効果を及ぼ  
すかについても、裁判所は前項と同様に判断しなければな  
らない。
- ③ 裁判所の心証を決定づけた事情及び考量は、裁判の理  
由において示さなければならぬ。
- (31) この表現は、*Kegel*, Der Individualanscheinsbeweis  
und die Verteilung der Beweislast nach über-  
wiegender Wahrscheinlichkeit, FS Kronstein (1967)  
324に由来する。
- (32) これについては、*Holzhammer*, Die einfache

Vermutung im Zivilprozess, FS Kralik (1986) 205  
 中を参照。

(訳注8) ZPO第二九二条(法律上の推定) 法律がある事実の存在につき推定をなしていても、法律に別段の定めがない限り、反対の証明をなすことは許される。この証明は第四四五条による当事者尋問の申立てによってもこれをなすことが可能。

(33) Klein, Pro futuro (1891). [Pro futuro について] 一部翻訳がある。松村和徳訳「Franz Klein, Pro futuro (1) (2・完)——オーストリアにおける民事訴訟改革問題に関する考察——」山形大学法政論叢一号一一七頁(松田隆浩氏との共訳)、同二号一五三頁(いずれも一九九四年)。

(34) クラインによれば、訴訟資料についての当事者支配は、「裁判官を誤った、あるいは相対的のみに正しいか、不精確な判決へ導き、かつそれに義務付ける権限」を意味している(Pro futuro 13)。「次のように言う。」支配的な制度は、意思の無条件的な顧慮というスローガンの下で、当事者の現実の意欲(すなわち、裁判所が当事者の取得された権利(erworbene Rechte)を完全に保護することへの期待)を「イデオロギー的な型のために押さえつけてきた」。当事者の意思の無条件的な顧慮は、訴訟を変質させる制度へと至った」と(aao 16)。同様の明示的な言葉は、ders.,

Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses (1900) 55 f. の中にも見られる。

その他弁論主義に対する批判については、P. Böhm, Der Streit um die Verhandlungsmaxime, in: Jus Commune VII (1978) 136の基本的かつ非常に適切な詳論を参照。

(35) W. Kralik, Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozessordnung von 1895, in Hofmeister (Hrsg.), Forschungsband Franz Klein (1988) 89 (91).

(36) いう述べるのは、Pollak, System 481.

(訳注9) ZPO第一七八条(当事者の申立ての理由づけ、真実義務、相手方の提出に対する意見陳述) いずれの当事者も、その陳述中で個々の事件において自己の申立てを理由づけるのに必要な全ての事実状況を、真実に則して完全に、かつ、特定して主張し、相手方当事者がした主張及び申し出た証拠について明確に意見を述べ、取り調べられた証拠の結果について説明し、かつ、相手方当事者の関連する主張についても明確に意見を述べなければならない。(ただし、二〇〇二年の民事手続法改正により改正。)

(訳注10) ZPO第一八二条(訴訟指揮及び釈明義務、当事者への発問) ① 裁判長は、口頭弁論において、発問によって又はその他の方法で、裁判に重要な事実主張がなされ、



請求を基礎づけ若しくはこれを争うために主張された事情に関する不十分な主張が完全なものとされ、この主張のために証拠方法が示され又は提出された証拠が補充され、かつ、当事者が主張する権利及び請求の要件事実を真実に則して確定するために必要と思われる全ての説明が行われるよう、努めなければならない。

② 当事者の陳述が提出した準備書面の内容と食い違う場合、又は当事者の陳述が職権で顧慮すべきその他の訴訟記録と一致しない場合には、裁判長は、そのことにつき注意を喚起しなければならない。裁判長はまた、職権により顧慮すべき点について存する疑問を指摘しなければならない。裁判所の国内管轄又は事物管轄若しくは土地管轄について疑いがあるときは、裁判長は、これについて裁判をするに先立って、当事者に対して、裁判管轄法第一〇四条第三項による治癒の機会を与えなければならず、また場合によっては事件を管轄裁判所に移送すること（第二六一条第六項）を求める申立ての機会を与えなければならない。

③ 裁判長以外の合議部の他の裁判官も、訴訟関係の調査及び要件事実の確定のために適切な問いを発することができ

る。  
 （訳注11）ZPO第一八三条（裁判長の準備的措置）① 裁判長は、第一八二条により自己に課された義務を履行するために、特に次の各号に定める処分をすることができる。

一 当事者に対して口頭弁論への出頭を命ずること  
 二 当事者の所持する文書でその当事者若しくは相手方が訴訟で引用したもの、記録、情報物件又は検証物のほか、系図、地図、設計図及びその他の図面並びに編成表を提出し、かつ、一定期間裁判所に寄託することを命ずること

三 官公庁又は公証人が保管する文書で当事者の一方に關係したもの、情報物件及び検証物の提出を求めること

四 当事者の立会いの下での検証の実施、及び鑑定人による鑑定を命じ、訴状若しくは審理の経過から重要な事実の解明を期待できる者を証人と呼び出し、又は既に争訟的口頭弁論期日が開かれた場合にはその者を当事者の立会いの下で受託裁判官に尋問させること  
 ② ただし、これらの処分について双方の当事者が反対する旨の陳述をする場合には、裁判長は、文書及び証人についてその処分を行うことができない。

③ これらの取調べは、これを行わないと、裁判にとって重要な事実が確定できなくなり、又は後からでは証拠方法が使用不可能若しくはその使用が著しく困難になる恐れがある場合には、口頭弁論の開始前であってもこれを命ずることができる。（ただし、二〇〇二年民事手続法改正により改正。）

- (37) やしあたり *Fasching*, Lehrbuch RZ 662 44 の 851 を参照。
- (38) やしあたり *Rosenberg-Schwab*, Zivilprozessrecht<sup>11</sup> (1986) 706 を参照。
- (39) しかし、このことは主として実際上の問題である。いわゆる模索的証明または探査的証明ないしいわゆる優越的な証拠調査の結果の顧慮の法律上の禁止は、スワビジも見出やなご。これらご詳細は、*Fasching*, Lehrbuch RZ 659 44 の 661 項に JW *Kratik*, Forschungsband 93 を参照。
- (40) やしあたり *Fasching*, Lehrbuch RZ 660 を参照。
- (41) くれごごしは、*Oryanides*, Die Berücksichtigung von Willensmängeln im Zivilprozess (1982) 86 ff に 44 を簡潔かつ有益な観観を参照。
- (42) 例えば、*Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann*, Zivilprozessordnung<sup>48</sup> (1990) 970 ff; *Blomeyer*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1985) 258 ff; *Jauernig*, Zivilprozessrecht<sup>22</sup> (1988) 158 ff; *Rosenberg-Schwab*, 708ff; *Schellhammer*, Zivilprozess<sup>4</sup> (1989) RZ 374 ff; *Leibold in Stein-Jonas* § 288 RZ 3 f, 19 ff を参照。
- (43) やしあたり原理的な裁判は、BGH 24. 5. 1962 BGHZ 37, 154 = NJW 1962, 1395 = JZ 1963, 258 = ZJP 75 (1962) 362 = LM Nr 1 zu § 290 = FamRZ 1962, 464 を参照。
- (44) 「しかし、最近では……声が高まっています。」(リッ述べなごは、*Oryanides* [FN 41] 86)。
- (45) やなごは、*Kohler*, Der Prozeß als Rechtsverhältnis (1888) 194; リの種の処分権の受容を「完全な誤り」だとみなし、「訴訟の完全な不自然化」に導くものであるとみなした (*Franz Klein in Pro Futuro* (oben in FN 34) の表現方法と比較される)。同様の立場は、*Hellwig*, System des deutschen Zivilprozessrechtes I (1912, Neudruck 1968) 437 f を主張している。
- (46) *Bernhardt*, Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess, in: Beiträge zum Zivilprozessrecht, Festgabe für *Leo Rosenberg* (1949) 9.
- (47) *Bernhardt*, Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozess, JZ 1963, 245 (246) 参照。中口ゴゴゴの彼の考への要約は、彼の教科書の中に見出される。Das Zivilprozessrecht<sup>3</sup> (1968) 216 ff.
- (48) 註釈書は、*Wiczorek*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze<sup>2</sup> II (1976) § 288 A I b 2 を唯一の例外である。教科書に關しては、*Leit-Jauernig* はわざわざ立法論上自由に対する裁判所の拘束から距離を置き、自由を裁判所の自由な評価に服させる考慮が見られる (Zivilprozessrecht<sup>11</sup> [1963] 67 参照)。*Jauernig* の量尺の

- 版では、こつした言及はもちろんもはやない（最新の  
Zivilprozessrecht<sup>22</sup> [1988] 参照）。
- (49) *J. P. Schmidt*, Teilbarkeit und unteilbarkeit des  
Geständnisses im Zivilprozess (1972).
- (50) *Orfanides*, Die Berücksichtigung von Willensmängel  
im Zivilprozess (1982).
- (51) *Olzen*, Der Wahrheitspflicht der Parteien im  
Zivilprozess, ZJP 98 (1985) 403 (421).
- (52) *ルベキクハシタ* *J. P. Schmidt* 152.
- (53) *ルベキクハシタ* 前注 (49) 参照。
- (54) *ルベキクハシタ* *E. Schmidt*, ZJP 103 (1990) 245  
(Buchbesprechung).