

ヴォルフラム・ヘンケル書評

「R・シユテユルナー・民事訴訟の当事者の事案解明義務」

河野 憲一郎 訳

【訳者前注】

本稿は、*Wolfram Henckel, Buchbesprechung zu Rolf Stümer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, ZfP 92 (1979), 100*の全訳である。

ここに全訳して紹介するヴォルフラム・ヘンケル教授の書評は、一九七六年に出版されたロルフ・シユテユルナー著『民事訴訟の当事者の事案解明義務』を対象としている。周知のごとく、同著作において、シユテユルナー教授は、証明責任を負わない当事者の事案解明義務の理論を提唱した。証明責任を負わない当事者が、事案解明義務を課されうるとすれば、その実質的な根拠や要件が問題となるが、シユテユルナー教授にあって

は、これらの問題についての論証を十分になしえていなかったように思われる（さしあたり、河野憲一郎「民事訴訟における証拠の機能——その体系的位置づけの可能性」春日偉知郎先生古稀祝賀『現代民事手続法の課題』（信山社出版、二〇一九年）九八頁注(48)参照）。すなわち、彼は、民事訴訟において事案解明義務のごとき強力な義務を認めた先駆として、フリッツ・フォン・ヒッペルやE・ペーターズの試みを後に挙げている（*Stümer, ZfP 98, 237, 242*）。しかし、事案解明義務も当事者の訴訟上の義務の一種であるとし、それをもっぱら当事者相互の関係でとらえるのであれば、その正確な評価のためには、そこに至る当事者の訴訟上の行為に関するドイツの学説史、殊に訴訟行為

と実体法上の行為の関連に関する学説史的な議論から切り離して論ずることはできないはずである。

本書評は、訴訟過程における当事者の訴訟追行上の諸行為についての鋭い分析を行ったドイツ民事訴訟法学の大家が、事案解明義務理論に対する自らの所見を述べたものであり、非常に注目に値する（ヘンケル教授については、既に別の機会に詳しい紹介を行ったので、そちらをご参照願いたい。熊本法学一三五号（二〇一五年）一四三頁以下）。以下、その内容を簡単に述べておこう。

叙述は、シュテュルナー論文の要約にあたる前半部分（後記一）と、これを受けてシュテュルナー理論を分析し、これに対する問題提起を行っている後半部分（後記二）とからなる。前半部分は、適切に咀嚼された、まさに簡にして要を得たものであり、いま一度シュテュルナー理論を理解するにあたって非常に有益であろう。より注目すべきは、後半部分である。ヘンケル教授は、「訴訟上の義務（Pflicht）」と「訴訟上の負担（Last）」の定義づけが、問題を理解する上での基礎となると述べた上で、そこからさらに訴訟法と実体法の連関という観点に着目する。シュテュルナー教授が、証明責任を負わない当事者の義務のみを論じていたのに対して、ヘンケル教授は、それのみでは十分ではなく、証明責任を負った当事者の側の義務をも考えるべきことを主張し、これを前提に、シュテュルナー教授の掲げる不知の典型性は、必ずしも相手方の事案解明義務を発現させる要

件としては有効に機能しないとして、原告の義務違反と非難可能性をこれに代えるべきではないか、との問題提起を行う。すなわち、シュテュルナー説が、事案解明義務の要件の問題をいわゆる「手掛かり（Anhaltspunkte）」との関連において実体的評価に換置しているのに対して、ヘンケル説は、これをもっぱら手続的観点から論じるのである。

本書評については、その存在はわが国でも既に知られていたが、もっぱらシュテュルナー理論に賛成するものとして結論のみが引用されるだけで、ヘンケル教授によるシュテュルナー理論の分析やこれに対する問題提起については、なおざりにされてきたように思われる。しかし、本書評におけるヘンケル教授の記述は、シュテュルナー理論について、その長所も短所もシュテュルナー教授以上に理解していたのではないかとまで思わせるものであり、まさに圧巻である。事案解明義務理論は、ヘンケル教授による分析を通してはじめて、当事者の訴訟行為に關するドイツの学説史の中に正確な位置づけと評価を見出しうるのではないだろうか（その際に併せて参照すべきは、Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 10 ff. 以下）³⁾。Konzen, Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien, 1976, S. 57 以下。本書評の全文を翻訳することには、今日なお大きな意義があると考えた次第である。

なお、翻訳にあたっては、その後のドイツ民訴法（ZPO）の改正については、敢えて注釈・追補等はしていない。訴訟上

の義務をめぐる議論の構造自体は、立法を離れて存在する問題であると思われるからである。

最後に、翻訳にご快諾をいただいたヘンケル教授に心より御礼申し上げます。

Hiermit bedanke ich mich herzlich bei Professor Dr. Wolfram Henckel für seine freundliche Genehmigung von der Übersetzung seiner Rezension.

* * *

Rolf Stinner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 44, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1976, XXI, 404 S., Leinen 98,- DM.

一 本書は、チュービンゲン大学法学部によって教授資格論文（むりたけおし、レズ、シュリフ）として受理されたものであり、それは、いかなる要件の下に、そしていかなる範囲で、危険を負担しない当事者は、民事訴訟における事実関係の解明に寄与することを義務付けられるのか、また、いかなる範囲で、将来の訴訟の当事者は、訴訟前に既に、それによって費用の危険が計算可能となり、情報を与えられていない者が訴訟の準備をし、訴訟についての予想を立てることのできるどころの解明を義務付けられるのか、といった諸問題

を取り扱っている。著者の目的は、法律、判例および文献における個別的、限定列挙的な手掛かりから、当事者の一方が、事案が解明されないことから敗訴するという危険を軽減するか、あるいは、当事者の一方が相手方のみのアクセスできる情報を訴訟開始前に知ったならば、この者が断念したかもしれない訴訟を進行することを防止するかいづれかの一般的な解明義務を基礎づけることである。

事案解明義務の実定法上の連結点として考慮されるのは、民事訴訟（ZPO）一三八条一項の完全義務、ZPO一三二条二項の陳述義務および当事者宣誓義務、文書提出義務、そして職権探知主義の手続では、ZPO三七二a条、六五六条の執行可能な協力義務である。ここで問題となっているのが、例外的な性格をした個別的な規律なのか、あるいは、一般的な解明義務の隙間だらけの規律なのかは評価の問題であり、著者はそれに、一方では基本法から、他方では民事訴訟の目的から答えようとする。基本法（GG）二条一項および法治国家原則の中に、著者は、真実の発見を目指した権利保護手続の保障を見た。彼は、そこから、真実の発見と権利の実現を不必要な困難と制約なしに作り上げるといふ、立法者への委任を引き出している。憲法上の権利保護の付与は、したがって、相手方を取り込むことによる、完全かつできるだけ前提なしの真実の発見を要求している（S. 46 ff.）。著者は、民事訴訟の目的を真実発見による個人の権利保護に見ている（S. 48 ff.）。しかし、これは危険を

負担しない当事者の包括的な解明義務なしには考えられない、
 というのである (S. 56)。かくて、法律によって規律されてい
 る解明義務の諸事例は、一般的な訴訟上の解明義務の特別な刻
 印であることが判明する。法律がこれを規律していなければ、
 著者の見解によれば、法律の欠缺が存在する。

シュテュルナーは、この欠缺を、裁判官が、その解明活動の
 枠内において、当事者に一定の解明活動を指示することによっ
 て埋めるといふ試みには反対する (S. 62 ff.)。ただし、現行
 民事訴訟法は、裁判官による探知義務を知らないからである、
 という。むしろ裁判官の解明活動は、当事者の活動の促進と迅
 速な予測にある、という。それゆえに、裁判官のイニシアティ
 ヴは、危険を負担しない当事者の包括的な解明義務のための体
 系的出发点ではない、という。訴訟上の解明義務の要件、内容
 および限界は、むしろ裁判官の解明活動に関係なく設定され
 べきである、というのである。自由な証拠評価および訴訟に関
 しても顧慮される民法 (BGB) 二四二条という一般条項もま
 た、彼は適切な基礎とは見ない。むしろ著者は、類推という方
 法 (Methode) を、拡張解釈された法律上の解明義務の規律に
 選んでいる。この類推は、判例と学説の顧慮の下、入念な個別
 分析の中で示されている。

危険を負っていない当事者の解明義務は、一方の当事者が、
 具体的理由付け責任 (Substantierungskast) でもって課され
 ている危険を限定することを意味している。この負担を相手

方の解明義務によって緩和させることの可否と要件という問
 題は、この危険分配の目的に係る。著者はそれを、濫用的な
 手続開始を予防すべき「もつともらしさのコントロール
 (Plausibilitätskontrolle)」の中に見る。彼は、したがって、当
 事者の陳述の重要性審査 (Erheblichkeitsprüfung) を、当事者が、
 真実義務に結びついた主張の根本的な真実の探求を示しうるか
 どうかの事前の審査であると理解するが、それは、その当事者
 の法的地位にとつて、確実な、たとえ低い蓋然性であっても理
 由付け、したがって、この者の請求の要件または抗弁を「もつ
 ともらしい」とさせる (S. 112 ff.)。そこから次のように帰結
 している。すなわち、危険を負わない当事者の解明義務は、危
 険を負った当事者が、もつともらしい当事者陳述という意味で
 のその者の具体的理由付け責任に沿っているということを要件
 にしている。当事者がその具体的理由付け責任に服する事実の
 典型的不知の状態にある諸事例では、詳細な事実が陳述される
 必要はない。むしろ一般的な法的主張をするためのもつともら
 しい推論の基礎としての手掛かり (Anhaltspunkte) で満足すべ
 きである。著者は、典型的不知を、相手方の営業領域で起こつ
 た事象、および、他人の人格領域にある事象で承認している
 (S. 119 ff.)。しかし、職権探知主義の手続では、もつともら
 しさのコントロールのための余地はない、という (S. 127 ff.)。
 訴訟上の解明義務の内容については、以下のことが妥当する、
 という。すなわち、それは危険を負っていない当事者の、考え

「R. シュテュルナー・民事訴訟の当事者の事案説明義務」

うる、かつ、期待可能な全ての説明活動、とりわけ法的に重要な事実関係と証拠方法の存在についての情報に及ぶ、という。情報は、当事者宣誓と文書の閲覧によってコントロールされる、という。説明義務を負った当事者は、検証物の視認と通常はその調査を受忍しなければならない、という。この者は、比例原則 (Verhältnismäßigkeit) と期待可能性 (Zumutbarkeit) という限界の中で、必要な肉体および精神の検査に服さなければならぬ、という。文書は、ZPO 四二二条、四二三条という実定法上規律された諸事例を越えて提出されなければならない、という。

「訴訟上の説明義務の事前効」という表題の下で、著者は、証拠方法を獲得し、収集しなければならないという訴訟上の義務は、既に訴訟前に存在するかどうかという問題を検討している (S. 152 ff.)。通常の事例においては、著者は、将来の訴訟の具体的な危険と将来の当事者の特定の法的争訟にとつての証拠方法の意義とが認識できる場合にはじめて、そのような義務を承認する。しかし、義務を負った当事者は、この者が証拠方法をばや保管できないとか、したくないという陳述によって解放される (S. 160)。相手方は、この場合、証拠保全手続によって保護されなければならない。さらに、特別の原因に依拠した、すなわち、例えば商人、医師および弁護士に関する公法上の諸規定にもとづくか、あるいは、他人の利益の認識を内容とする法律関係における私法にもとづくかいずれかの証拠獲

得義務および証拠保存義務がある、という。契約上の合意によってもまた証拠保全義務は作り出される。特別の諸義務は、等しく実体法と訴訟法に整序されなくてはならない、という。

説明義務を負った当事者の考えうる反対利益は、「説明義務と刑事訴追の危険」、「説明義務と人格権」および「説明義務と営業上の秘密領域」というスローガンの下で取り扱われている。保護に値する反対利益を承認するにおいて、著者は極めて謙抑的である。すなわち、刑事訴追の危険は、訴訟上の説明義務を免除しない (S. 174 ff.)。このことは、危険が説明義務を負った当事者の親族に迫っている場合にも妥当する、という。著者は、拒絶権を直接重要でない付随事実 (Begleitfaktoren) の説明に関してのみ承認する。人格権もまた、訴訟上の説明義務に、例外事例においてのみ限界を引くのであり (S. 193 ff.)、それは、「交換不可能な内的生活領域 (der unaustauschbare innere Lebensbereich)」をはじめとして (S. 202)。当事者は、証人としての秘密保持者にも、当事者自身の説明が、訴訟上の説明義務の枠内で、その者によって要求される限りにおいて、黙秘義務の免除がなされなければならない、という。これに対して、説明義務を負った当事者は、ある競業者によって公表された企業秘密が、不正に利用されることから保護されなければならない、という。この危険が存在する限りにおいて、開示義務は、危険を負った当事者が、裁判所にも完全に開示され、かつ証明責任を負った当事者には悪意のない結果のみが

アクセス可能とされる「秘密手続」に同意するかどうかによって左右される、という (S. 208 ff.)。

第一五節では、著者は、まず、どのようにして解明義務の違反が確認されるか、しかる後に、確定された義務違反のサンクションを検討することを問題としている。非難可能な義務に違反した行態の法律効果は、危険を負った当事者に有利な解明結果を仮定する擬制である、という。擬制は、他の方法での解明によって覆滅されるというが、しかし、それ(≡他の方法での解明)は、主張の不真实性に関する裁判所の完全な確信を基礎付けなければならない、という。しかし、例外的に、擬制は、優越的蓋然性が危険を負った当事者によるサンクションの濫用にプラスの材料を提供する場合、例えば、後者が、解明義務を負った当事者の不十分な記載の認識を非常に高められた程度で利用する場合には、介入すべきではない。擬制は、さらに、軽度の義務違反の場合、相手方の主張の不真实性に関する蓋然性の優越が明らかになった場合にはなされるべきではない。

通常の場合に予定された反駁可能な擬制は、証明責任の転換という結果になる。ただし、証明されない事実の真实性の反駁可能な擬制は、危険を負わない当事者に、その者が擬制された事実の不真实性を証明しない場合に、その義務違反の結果、訴訟に敗訴するという危険を負わせるということを意味しているからである (S. 249)。

本書の第二部は、「将来の訴訟当事者となると予想される者

の解明義務」を取り扱っており、したがって、当事者がその相手方に既に訴訟の開始前に解明を与えることの要否と範囲という問題を論じている。著者は、ここでは、訴訟上の費用の制裁を課される情報義務(第一八節)と実体法の情報義務(第一九節から第二二節まで)とを区別している。

ZPO九三条への類推の中で、著者は、相手方当事者が責めに帰すことのできない不知にもとづいて、不利な状況において費用上の帰結を伴う危険を冒す限りにおいて、当事者が証拠状況についての照会と解明の義務を負うという当事者の訴訟前の情報義務に賛成している。照会、視認および文書の閲覧は、情報の期待可能な内容である、という。この義務に対する違反は、情報を与えられなかった当事者が訴訟においてその解明の後ただちに認諾または放棄をした場合には、訴訟費用の負担という結果になる、という。

判例によってもたらされた法律による実体法上の情報請求権の拡張から出発して、著者は、目前に迫った権利追求を顧慮することなく付与されることの、「独立の」情報権からは区別された、権利の追求と権利の防御の容易化のための一般的に請求可能な情報請求権を肯定する。濫用を避けるために、訴訟準備のための情報請求権は、原則として、実体法上の特別関係にある当事者に限定されなければならない、という (S. 282 ff.)。

この請求権の要件は、当事者の一方が、もっともらしい権利追求を準備し、または、その見込みの中で評価するために必要な、

「R. シュテュルナー・民事訴訟の当事者の事案説明義務」

独自の知識と資料を持たないことに帰責事由がないことである。この請求権は、書面による照会、文書の閲覧および検証物の視認に向けられている。注意深さの欠如についての手掛かりが示された場合には、宣誓に代わる保証が要求される。情報の範囲は、計画されていた権利追求の必要性にもとづいて決められる (S. 326 ff.)。このような実体法上の情報請求権もまた、情報提供義務を負った者が刑事訴追の危険に直面しているということでは排除されない、という。これに対して、著者は、ここでは人格の保護を、訴訟上の説明義務の場合よりも広く拡大しようとするが、その理由は、訴訟前の情報の必要性は、訴訟における真実探求の要請よりも重要度が低いからである、という。したがって、「暴露的な事実、特に人格的な異常性に関するもの」は示されてはならず、その結果、敵対当事者には自らの居住領域における視認は許容されてはならない、という。営業上の秘密領域は、中立的な黙秘義務を負った第三者の介人によって保護される、という。実体法上の情報請求権は、原則的に証人に関する情報をカヴァーしておらず、他方の当事者の訴訟準備のための専門家意見の閲覧を保障していない、という (S. 365 ff.)。

本作品は、この間に公刊された、連邦司法省によって任命された民事訴訟法委員会の草案の関連諸規定の批判 (Dunsschier Bundesverlag 1977, Anlage 10 S. 331 ff.) と自らの立法提案とを併せて閉じらる (S. 381 ff.)。

評者は、この手短な、この労作の豊富な思考に密着した報告に徹するだけでは満足することはできないが、その理由は、著者が簡潔な要約 (S. 60, 70, 104, 132, 151, 173, 192, 207, 232, 256, 260, 268, 286, 325, 363, 377, 378) によつて、時間のない読者に素早い情報を提供し、基礎的な概観を容易ならしめているからである。

二 著者は、その広範囲に及ぶ計画が、伝統的なものとは断絶していることから、まずは疑念をもって受け止められるであろうということをおそらく予想していた。したがって、彼自身、次のことを認めている。「世紀の変わり目の「すなわち、一八七七年のドイツ帝国民訴法 (CPO) の」立法者は、本質的により強い程度の自力での危険の克服と、したがって相手方の自由な領域の尊重に賛成してきた。すなわち、慎重かつ正確な規律は、見通しが欠けていたことや慎重さが欠けていたことの現れではなく、非常に限定的にのみ他人の権利の追求に投入されるべき、相手方の自由な領域の尊重の表現である」と (S. 336)。

それによって「この高度に自由主義的な観念」から逸脱することへの正当性を、著者は、とりわけ判例と学説における法発展が、立法者を、既に根本的に強化された義務の有利に修正してしまつたということから引き出している。実際、著者は、その結論をさらに個別的な法創造によって確認している。著者がそれを越えて新たなものをもたらすところでは、これは、彼が個別の出発点の上に構築し、人がその時々のカズイステイツ

クとして理解しようとするのではなく、その評価を比較可能な状況に移植する場合に、それへと従来獲得された結論が到達すべき、法意識を解明する体系の力に基づいている。かくて最初の疑念は、大きな魅力に変わる。著者の革命的な構想は、実は、現代の訴訟を体系的に把握し、^{ドクメンターク} 解釈論上の伝統をこじ開け、訴訟の現実を、それが伝統的な解釈論的前提に矛盾する限度でも体系へと統合しようとする試みである。それゆえに、人は、将来この著作の基本原理についてほとんど争うことはできず、著者がその発見を喜ぶあまり、行きすぎた点がそこここにないかどうかを（今後は）争うことにならう。

著者が計画している体系の理解にとって基礎的なのは、私にはその訴訟上の義務（prozessuale Pflicht）と訴訟上の負担（prozessuale Last）の定義であると思われる。すなわち、伝統的に訴訟上の負担と呼ばれているものは、実際には様々な規律目的に奉仕している。すなわち、訴訟上の負担を惹起する法的不利益は、当事者がありうる権利保護を放棄することによって意識的に引き受けられるし、そうでなければ、それは、他方で、濫用的な行態の結果たりえ、かつ、最終的には〔法規の〕不適用の危険の分配という帰結ともなる。伝統的な意味における訴訟上の負担が、濫用的な行態の帰結を意味している限りにおいて、著者は適切にも、立法者が訴訟における行態の要求を、それが独立して実現されるところだけではなくて、彼が置き換え可能な不遵守を、義務を忘れたことによる訴訟上の不利益に

よって制裁する場合にも設定するということから出発すること
で、それを訴訟に典型的な、訴訟上の義務違背のサンクション
として理解している。そこから、著者が「すべきとの命令
（Sollensgebot）」として理解している訴訟上の解明義務は、非
難可能な違背の場合にのみ訴訟上の不利益というサンクション
を生じるのであるが、彼はそれを真正の訴訟上の義務として定
義づけており、「これは」そのためにのみ著者が負担の概念を
用いようとする危険分配からは区別することができるというこ
とを正当化している。この意味における訴訟上の負担は、具体
的理由付け責任であり、証明責任である。証拠の重要性があり
（beweisheblich）、かつ証明の必要のある（beweisbedürftig）事
実が確定されない場合には、証明責任を負った当事者が敗訴
するということは、当事者が不証明の危険を引き受けるという
ことを意味している。しかし、それは証明責任を負った当事者
のみが事案の解明に従事しなくてはならないということ意味
するものではない、という。解明が命じられたにもかかわらず
相手方によって事実主張が証明されないとされる場合にはじめ
て、証明責任の規律にしたがって裁判がなされる。

著者によって強調されている訴訟法と実体法の連関
（Konjunktur）は、ここでもなお、論拠の付加的な支柱をはたし
て提供しているか。実体法上の危険分配（Risikoweisung）
は、一方の側からも他方の側からも主張がなされないという状
況が認められて初めて生じる。危険負担は、債権者の義務違反

「R. シュテュルナー・民事訴訟の当事者の事案説明義務」

によっても、債務者のそれによっても惹起されなかった事情を分配することを意味している。これに対応して、訴訟においても、事実関係が具体的に理由付けて陳述されず、あるいは一方の当事者のなすべき立証がなされえないということをも、相手方の義務に即した行態によって回避しえない場合にはじめて、この危険をこの者に課すべきだとされる。ここが、危険を負わない当事者の義務——それは、他方の当事者が証明責任と具体的理由付け責任を引き受けているので、既に体系に反するとして否認されてはならないものであった——の問題にとつての正当な出発点である。むしろ危険の分配としての責任は、まさに危険を負わない当事者の義務がまずもって明らかにされ、義務違反が排斥されるということを前提としている。しかし、他方で、——そして、これは著者の述べたところを越えるのだが——、危険を負担した当事者の義務をも問題としうるのではなからうか。けだし、訴訟上の不利益は、危険を負った当事者が、彼の側で義務に違反しなかった場合にはじめて、危険分配という意味での負担であるからである。危険を負った当事者であっても、非難可能な態様で不十分な訴訟追行を行うこともありうる。その場合、敗訴の危険は、危険の分配ではなくて義務違背の結果である。結論において、このことは、著者が、例えば具体的理由付け責任を、危険を負った当事者が重要事実の典型的不知の状態にある場合にはじめて相手方の説明義務によって緩和しようとし、または彼がサンクション（反駁可能な擬制）に際して

細分化を試みる場合に、著者の結論は同じになるように思われる。おそらくは、両当事者相互の義務を比較検討する場合には、危険を負わない当事者の説明義務の限界もまた狭く引かれなくてはならないことになる。原告が非難可能な形で、そこから被告の無能力への推論に至りうるような個別の具体的な出来事を具体的に理由付けて陳述するか、文書によって証明するか、あるいは証人によって証明することができない状態にある場合、被告は、その主張されている、性格の弱さ（Charakterschwächen）——それは、原告の見解によれば、被告をして業務執行者の任務にとつて不適切だと思わせるのであるが——の鑑定をはたして拒絶しえないと言うのか？著者は、このケースを、ここでは原告の具体的理由付け責任に服する事実の典型的不知が存在しないとの指摘によって解決しようとするのである。しかし、原告は、相手方の人格の領域にある事実が問題となっている場合には、著者自身が、典型的不知を承認しているとの異議を述べるであろう。原則的に、重要性審査を、単なる濫用のコントロールのみに奉仕するにすぎないもつもらしさのコントロールに引き下げる場合、義務を、危険を負わない当事者に過度に拡大していかないかどうかという問題が出てくる。ここでは、まず、著者の見解によれば、もつもらしさのコントロールが必要ないとされる職権探知主義の手続では、この濫用の回避は不要とされうるのかという問題が出てくる。

しかし、他方で、人が、危険を負った当事者が、さらし者に

なることからの適切な保護を止めようとしている相手方当事者のために、その違反が相手方の解明義務を止揚し、または緩和する、具体的理由付け義務をこの者に課す場合には、評価の観点は、おそらく明確に明らかにされうるかもしれない。これとの関連で、相手方が、現実には、可罰的な行為を負わされるように無制限に義務付けられるべきなのか、という問題も出てくる。具体的理由付け責任に服する事実が典型的不知の状態にある原告は、被告が任された対象物を故意で湮滅したので、その填補を目的とした訴訟で敗訴すべきではないが、これに対して、被告は、過失によって行為したにすぎず、あるいは、可罰的に行ったわけではない場合には、「原告が」全てを明らかにしなければならぬということだが、まさに明らかにしなければならぬ、器用な被告は、彼が過失による非難のみが許されるとの事実関係を明らかにすることによって、窮地を脱するかもしれない。しかし、被告は、まさにその情報を真実に即して示し、かつ、自分が処罰されるといふ危険を冒す場合も、真実から逸脱してはならない。可罰的行為が、ある程度器用な行為者によって行われた場合に常にそうであるが、典型的に被害者が知識を持たない領域、すなわち行為者の「活動領域」において起こったということを思い浮かべてみるならば、被告に対するこの期待の重さは、明らかになる。しかし、まさにこの場合に、著者は被害者の具体的理由付け責任を、行為者の包括的な解明義務によって緩和しようとする。もしこれが適切でないとすれば、被害者

の典型的不知に代えて、彼の義務が消失することになるのだろうか？ 何の検討もなしに軽率に行為者を信用した者は、被告が彼の可罰的行為を明らかにしなければならぬとの理由で、「典型的不知」のゆえに勝訴するべきことになるのか？ 原告の軽率さは、その者の義務に対する非難に値する違反ではないのか？ 人は、典型的な不知に代えて、その義務違反と非難可能性を打ち出してはならないのか？

この留保したものは、その包括的な問題の知識、判例の入念な分析およびこの諸関連への彼の見解にもとづいて、正しい解答を見つける一番の資格のある著者の卓越した寄与に敬意を表して、意識的に問題として定式化されている。評者は、著者が、この負担または義務（？）から逃れることなく、さらなる解明と定式化に寄与することを望むばかりである。

本書の記述は、学者と実務家にとって同じ程度に意義深い。実務への近さと学問的な深さ、言語の簡潔、資料とのかわりにおける信頼性および慎重さを、本研究は同じ程度に示している。一貫して練られた体系のほかに、それは、鋭い解釈論的な傑作、生活に身近な設例および日常的な裁判所の諸問題に対する関心によっても、詳細な点で、読者を満足させるものである。

ヴォルフラム・ヘンケル教授・博士、ゲッティンゲン

〔完〕