

西ドイツ民事訴訟法の現在

吉野正二郎著



西ドイツ民事訴訟法の現在

—— 現代型訴訟と簡素化法 ——

吉野正三郎 著

成 文 堂

著 者 紹 介

吉野正三郎 (よしのしょうざぶろう)

昭和26年 新潟県に生れる
昭和48年 学習院大学法学部卒業
昭和51年 早稲田大学大学院博士課程入学
昭和53年 DAAD (ドイツ学術交流会) の奨学生として、
フライブルク大学法学部に留学
昭和56年 フライブルク大学法学部にて博士号取得
昭和56年 早稲田大学大学院博士課程終了
昭和57年 日本学術振興会奨励研究員
昭和58年 立命館大学法学部助教授
平成元年 東海大学法学部教授 (現在に至る)
平成2年 東京地裁管内・司法委員

主要 論文 「西ドイツにおける民事訴訟促進政策の動向」
(共著) 判例タイムズ352号, 353号
「西ドイツにおける弁論主義論争」判例タイムズ507号
「民事訴訟における新当事者主義の台頭」判例タイムズ
522号
「手続保障における裁判官の役割」立命館法学179号
「管轄をめぐる当事者自治とその限界」講座民事訴訟
4巻<審理>(弘文堂)

西ドイツ民事訴訟法の現在 定価5,500円
——現代型訴訟と簡素化法—— (本体5,340円)

平成2年7月10日 初版第1刷発行

著 者 吉 野 正 三 郎
発 行 者 阿 部 耕 一

〒162 東京都新宿区早稲田鶴巻町514番地

発 行 所 株式会社 成 文 堂

電話 03(203)9201 (代) 振替東京 9-66099

製版・日成エンタープライズ 印刷・上野印刷 製本 佐技製本
©1990 S. Yoshino Printed in Japan

※乱丁・落丁本はおとりかえいたします☆ 検印省略
ISBN 4-7923-2146-8 C 3032

は し が き

一九八〇年代の西ドイツ民事訴訟法の領域においてもっとも活発に議論されたテーマは、なんと言っても一九七七年に施行された簡素化法 (Vereinfachungsnovelle) が提起した問題であろう。簡素化法と社会的民事訴訟理論、弁論主義の変容、裁判官の釈明義務の範囲、法的観点指摘義務、失権強化と審問請求権の関係等々、簡素化法は民事訴訟法の根幹にかかわる多くの重要な問題を提起した。簡素化法による訴訟促進の成果については、データで見ると、著しい成果があったとは確定できないが、しかしそれは簡素化法の問題というよりは、訴訟事件それ自体の数の多さによるものである。訴訟促進の成果があったか否かという観点からのみ簡素化法全体の評価をすることは危険である。民事訴訟における審理手続の合理化、裁判官の役割、当事者の手続保障といった点においても、簡素化法は注目すべきアイデアを含んでおり、我が国にとっても学ぶべき点は多々ある。最近、東京地裁を中心に実践されている「弁論兼和解」手続は、その是非は別として、明らかに簡素化法の影響を受けているといえる。

簡素化法の次に、一九八〇年代において活発に議論された問題といえば、一九七〇年代の後半から続いている証明責任論の問題であろう。問題提起となった一九六六年のライポルトの論文以降、西ドイツでは多くの学者がこの問題と取り組んできたし、裁判実務においても、証明責任に関する重要な判決が相次いだ。とくに現代型訴訟と呼ばれる医療過誤訴訟と製造物責任訴訟の領域において、注目すべき判決が下された。我が国でも、西ドイツで発表された証明責任に関する重要な論文はほとんどいいほどに紹介され、また批判的に検討されたりしている。戦後、西ドイツにおいて議論された主要なテーマはすべて我が国でも議論されたが (訴訟物理論、既判力拡張理論、訴訟行為論等

々)、その中でも証明責任をめぐる議論状況がもっとも詳細にかつ徹底して、フォローされたように思われる。

本書は、一九八〇年代の西ドイツ民事訴訟法におけるこうした二つの主要なテーマについて、折りに触れて発表してきた論文をあつめたものである。簡素化法については、「簡素化法と弁護士」と題して第Ⅱ部に、証明責任論については、「現代型訴訟」と題して第Ⅰ部にまとめた。取り組んだテーマが大きい割には、書いた内容は乏しい。ただ一つだけ誇りうるとしたら、出来るかぎり詳細にかつ客観的に西ドイツの議論状況を整理した点であろうか。外国法を研究する場合には、思うに、二つの配慮すべき点がある。第一の点は、まず精確にかつ客観的に対象を取り上げることである。第二の点は、取りあげる外国法のテーマと我が国の議論状況とについてできる限り論点を摺りあわせて、共通点、相違点を明らかにすることである。本書に収録した論文はいずれもこうした問題意識でこれまで書いてきた。

本書で取りあげたテーマの大半は、早稲田大学大学院博士課程の時代に論文指導をして下さった、木川統一郎先生のお蔭によるものである。ドイツに留学するまでの二年半、毎週、お茶の水にある先生の事務所でマン・ツ・マンの御指導をいただいた。民事訴訟法の研究者として出発するにあたり、先生から受けた学恩と影響ははかりしれない。先生の御健康と益々の御活躍を祈念し、本書を恩師の木川統一郎先生に捧げたい。

また本書の出版については、成文堂の阿部耕一社長ならびに編集長の土子三男氏に御厚意とゆきとどいた御配慮をいただいた。ここに深甚なる謝意を表する次第である。最後に、校正と索引については、この四月から山形大学文学部法学科専任講師として研究者の道を歩みだす松村和徳君の協力を得た。記してその労にも謝意を表したい。

一九九〇年三月二二日

吉野 正三郎

初 出 一 覧

I 現代型訴訟

- 1 証明責任論の現状と課題 判例タイムズ六七九号（一九八八年二月）
- 2 製造物責任訴訟の現状と課題 判例タイムズ六七三号（一九八八年一〇月）
- 3 医療過誤訴訟の現状と課題 判例タイムズ五三〇号（一九八四年九月）
- 4 医療過誤訴訟と鑑定 医事法学二号（一九八七年六月、日本評論社）

II 簡素化法と弁護士制度

- 1 単独判事制度の改革と訴訟促進 早稲田大学大学院法研論集一六号（一九七七年十一月）
- 2 書面先行手続による手続集中化への道 早稲田法学会誌七九卷一号（一九七八年三月）
- 3 簡素化法における失権制度の構造と問題点 立命館法学一九二号（一九八七年九月）
- 4 簡素化法による改正の成果と展望 ジュリスト九一四号（一九八八年八月）
- 5 弁護士自治の現状と課題 法律時報五一卷三号（一九七九年三月）
- 6 弁護士制度の問題点 日本弁護士連合会編『弁護士制度の基礎理論研究討論会』（一九八六年十一月）
- 7 法律相談と法律扶助 判例タイムズ四七一号（一九八二年九月）

目次

はしがき

初出一覧

I 現代型訴訟

1 証明責任論の現状と課題

一 はじめに

二 証明責任論における問題の所在

三 真偽不明克服の方法論的基礎

四 証明責任の分配基準

五 おわりに

2 製造物責任訴訟の現状と課題

一 はじめに

二 西ドイツの損害賠償請求訴訟の特質

三 製造物責任と団体訴訟

四 製造物責任における証明責任

五 証明責任転換の法的基礎

六	おわりに	67
---	------	----

3	医療過誤訴訟の現状と課題	73
---	--------------	----

一	はじめに	73
---	------	----

二	問題の所在——中野・新堂論争を手掛りにして	76
---	-----------------------	----

三	医師の診療録作成義務をめぐる判例の展開	80
---	---------------------	----

四	一九八二年の二つの連邦最高裁判所の判決	86
---	---------------------	----

五	閲覧請求権の法的基礎をめぐる議論状況	94
---	--------------------	----

六	おわりに	98
---	------	----

4	医療過誤訴訟と鑑定	106
---	-----------	-----

一	裁判官と鑑定人の関係	106
---	------------	-----

二	鑑定作業における協同主義	107
---	--------------	-----

三	口頭鑑定の利点と問題点	111
---	-------------	-----

四	鑑定人の確保・指定の諸方策	112
---	---------------	-----

Ⅱ	簡素化法と弁護士制度	117
---	------------	-----

1	単独判事制度の改革と訴訟促進	119
---	----------------	-----

一	はじめに	119
---	------	-----

二	改正前の状況……………	121
三	新たな単独判事制度の概要……………	125
四	改正後の問題点……………	135
五	日本とドイツの比較——結びにかえて……………	142
2	書面先行手続による手続集中化への道……………	149
一	はじめに……………	149
二	書面先行手続の思想的系譜……………	152
三	簡素化法における書面先行手続……………	167
四	総括……………	179
3	簡素化法における失権制度の構造と問題点……………	185
一	はじめに……………	185
二	簡素化法の失権構造……………	188
三	「早期第一回期日型」手続と失権規定……………	194
四	失権規定の運用上の問題……………	202
五	我が国の民訴法への示唆……………	210
4	簡素化法による改正の成果と展望……………	215
一	はじめに……………	215

二	主要期日と二つの期日準備の方式	216
三	失権の強化とその問題点	221
四	裁判官の釈明義務の強化	223
五	簡素化法の展望と日本法への示唆	226
6	弁護士自治の現状と課題	229
一	はじめに	229
二	一九世紀の Freie Advokatur の成立	230
三	現行法下の弁護士自治の態様	235
四	司法機関か自由職務の行使者か	242
五	結びにかえて	246
5	弁護士制度の問題点	248
一	はじめに	248
二	三ヶ月博士の西ドイツ弁護士論の問題点	249
三	弁護士の司法機関性	254
四	弁護士強制原則	259
五	分属性原則	263
六	弁護士職の憲法的基礎	268

七	弁護士と法学教育……………	270
7	法律相談と法律扶助……………	273
一	正義へのアクセスと法律相談……………	273
二	法律相談援助法の制定経過と内容……………	276
三	ハンブルクの公共法律相談……………	288
四	日本における法律相談援助法制定の必要性……………	291
索引		

I 現代型訴訟

1 証明責任論の現状と課題

一 はじめに

証明責任をめぐる議論は、西ドイツでは、一九八三年に公刊されたブリュッティンクの『証明責任の現代的問題 (Gegenwartsprobleme der Beweislast)⁽¹⁾』と題する教授資格論文 (Habilitationsschrift) によりほぼ落ち着くべきところに落ち着いたように思われる。しかし我が国では鎮静化したように思えた議論が最近再び活発化しつつある。⁽²⁾ そのきっかけを作ったのは佐藤彰一助教授や佐上善和教授らによる行為責任的証明責任論⁽³⁾と司法研修所の要件事実論である⁽⁴⁾。前者は、証明責任が真偽不明の場合の手続処理に関する理論であることを批判し、訴訟における当事者の行為責任という観点から証明責任論を再構築しようとするものであり、後者は、証明責任論争において批判の中心となった規範説や法律要件分類説の欠陥を克服するべく、裁判実務上の要件事実論の観点から理論的修復を図ろうとするものである。これらの日本の議論状況については、本特集 (判例タイムズ第六七九号「特集・証明責任論の現状と課題」) の松本教授と春日助教授の論文において詳細に検討されると思われるが、本稿に課せられた課題は、西ドイツにおける証明責任論の現状について概観し、その議論の到達点を明らかにすることである。そのことにより、我が国における証明責任論と西ドイツのそれとの共通性ならびに相違性が明らかにされるであろう。証明責任は民事訴訟における脊椎といわれ、

法制度は異なっても、訴訟において占める意義ないし重要性については寸分も違うことはない。もちろんその国の裁判制度や実定法上の規定の違いにより、理論の内容も異なるであろうが、相違点以上に共通する点のほうがかかるに勝っているように思われる。だからこそ我が国の証明責任論は西ドイツの証明責任論の展開に刻印されて発展してきたといえる。近時、我が国の理論の独自性を強調する風潮が顕著であるが、しかし理論の独自性はまた理論のもつ普遍性に支えられており、その独自性が真に説得力を持つのであれば、比較法的な検証にも耐えうるものでなければならぬ。⁽⁵⁾ 本稿は、こうした観点から西ドイツにおける現在の議論状況について明らかにし、我が国の理論を再検討する比較法的資料を提供することを目的としている。

(1) Hanns Pritting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, 1983. なお本書については、ムズィラークが本書と同名のタイトルで、詳細な批評論文を書きつづける (Musielak, ZfP 100, S. 385 ff.)。

(2) いわゆる石田川倉田論争を第一期の証明責任論争とすると、最近の前田川伊藤論争は第二期の証明責任論争と位置づけられる。第一期では、議論の焦点は主に証明責任の分配基準論にあったが、第二期では証明責任の本質論にある。ここではまず、真偽不明の克服をめぐる方法論の問題、主張責任と証明責任の関係そして客観的証明責任か主観的証明責任かといった論点が中心になっている。前田教授と伊藤判事との間の論争については、中野貞一郎教授の「主張責任と証明責任」民事手続の現在問題二二三頁以下参照。なお証明責任を真偽不明の場合における不利益分配としてとらえる伝統的な客観的証明責任の概念を批判し、証明責任を証拠提出責任としてとらえる並木判事の最近の論文も注目される。並木茂「民事訴訟における主張と証明の法理(上)(下)」判例タイムズ六四五号四頁、六四六号四頁。

(3) 佐藤彰一「立証責任における行為責任の台頭と客観的立証責任概念の意義——再構成のための序説——」立命館法学一六五・一六六号三六頁以下、佐上善和「立証責任の意義と機能」、井上他「これからの民事訴訟法一三九頁以下。なお行為責任的証明責任論を部分的に支持する論文として、竜崎喜助「証明責任の分配」講座民事訴訟5(証拠)八九頁以下。こうした最近の議論状況については、小林秀之「証明責任の意義と分配」証拠法一五七頁以下が要領の得た概観をおこなっている。また行為責任的証明責任論を批判する論文として、松本博之「証明責任の分配」二九〇頁以下参照。筆者もかつて、行為責任的証明責任論に対する批判を試みたことがある(吉野「民事訴訟における新当事者主義の台頭」判例タイムズ五二三号九頁以下参照)。

(4) 司法研修所の要件事実論については、司法研修所編・民事訴訟における要件事実(第一巻)および伊藤滋夫「民事訴訟における要件事実―総論」について(1)(2)「判例時報一二二四号三頁、一二二五号三頁参照。なおこれに対する批判として、松本・前掲書二九五頁以下参照。

(5) 西ドイツと日本はともに制定法システムの法制度をとっており、裁判官が既存の実体法を適用して判決するという構造は同じである。また、裁判官の事実認定に関する基本的原則つまり自由心証主義(ドイツ民法二八六条、日本民法一八五条)も同じである。もちろん証明責任の分配についての立法者意思や、現行法における証明責任規定について相違はあっても、証明責任の本質論および分配論における中核的部分はほぼ共通していると思われる。したがってもし我が国における証明責任論の独自性を誇ろうとするならば、その理論を忠実にドイツ語に翻訳し、また議論背景をも忠実に伝えたときに、ドイツの学者に対しても一定程度の説得力がなければならないであろう。しかし筆者には、最近の新たな議論の展開にはそうした普遍的な説得力があるとは思われない。

二 証明責任論における問題の所在

まず『論』としての証明責任を取り上げるにあたり、証明責任論において何が問題なのか、何が争われているのかを明らかにすることにしよう。

前述のブリュッティンクの研究によれば、証明責任の問題は次の三つの段階の問題群からなる。⁽¹⁾

〈第一段階〉

事実問題が真偽不明(ノン・リケット)の場合の裁判官の判決義務の有無の問題。

〈第二段階〉

真偽不明の場合に、裁判官が判決に至るための方法的経過の問題。なおこの段階ではまだ証明責任をどのように振り分けるかという分配(Verteilung)の問題は無関係である。

〈第三段階〉

真偽不明の場合における証明責任の分配の問題。すなわち原告・被告間の不利益分配としての裁判官の判決の内容の問題。

第一段階については、西ドイツでは一致して裁判官の判決義務を肯定し、この点について疑問視する学説は現在では全く存在しない。⁽²⁾ 重要なのは第二段階の問題であり、そしてその区別である。第二段階はいわゆる証明責任の本質の問題であり、第三段階は証明責任の分配の問題である。西ドイツにおける証明責任論争は、この二つの問題領域において展開されてきた。ライポルトやムズィラークは証明責任の本質論においてローゼンベルクの規範説(Normentheorie)を批判し、⁽³⁾ ライネッケやヴァーレンドルフらは証明責任の分配論において規範説を批判した。⁽⁴⁾ 逆に言えば、我が国において規範説に対する有力な批判者と見なされているライポルトやムズィラークは証明責任の分配論においてはむしろ規範説に原則として留まっているといつてよい。⁽⁵⁾ そして近時、新たに主張されている『修正規範説』とは、いわば証明責任の本質論においてローゼンベルクの規範説を部分的に修正しようとする学説の動きをさしている。したがって本稿でも、この二つの問題領域を明確に区別して論ずることにしよう。

(一) Pritting, aO., S. 165f.

(2) 真偽不明を理由とする裁判拒否は、国民に自力救済を禁止し、その代償として裁判を受ける権利を保障している建前から言えば当然許されな。西ドイツでは法治国家原則や訴権論における司法行為請求権説をもってこのことを説明するのが一般的である。なおこの点について詳細に論ずるものとして、vgl. Pritting, aO., S. 124f. なお我が国の行為責任の証明責任論を主張する論者は、真偽不明におけるノン・リケット判決の可能性を認めている(例えば佐上前掲論文一五三頁参照)。

(3) ライポルトもムズィラークも、真偽不明の場合の克服方法については、ローゼンベルクの法規不適用原則を批判したが、証明責任分配論においては、結論的には規範説の分配基準をはば支持している。なお二人の見解については、春日偉知郎「証明責任論の一視点」判例タイムズ三五〇号九七頁以下が詳しい。