

|                  |                                                                                                                                                                                                                   |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Title            | 民事訴訟における証明度：ドイツ法、国際民事手続法およびヨーロッパ法における近時の諸問題                                                                                                                                                                       |
| Sub Title        | Das Beweismaß im Zivilprozess : Aktuelle Fragen im deutschen, internationalen und europäischen Recht                                                                                                              |
| Author           | Hau, Wolfgang(Haga, Masaaki)<br>芳賀, 雅顯                                                                                                                                                                            |
| Publisher        | 慶應義塾大学法学研究会                                                                                                                                                                                                       |
| Publication year | 2017                                                                                                                                                                                                              |
| Jtitle           | 法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.90, No.2 (2017. 2) ,p.61- 87                                                                                                                         |
| JaLC DOI         |                                                                                                                                                                                                                   |
| Abstract         |                                                                                                                                                                                                                   |
| Notes            | 資料                                                                                                                                                                                                                |
| Genre            | Journal Article                                                                                                                                                                                                   |
| URL              | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20170228-0061">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20170228-0061</a> |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 資料

### 民事訴訟における証明度

——ドイツ法、国際民事手続法およびヨーロッパ法における近時の諸問題——

ヴォルフガング・ハウ

芳賀雅顯／訳

#### I 序

裁判所は、事件、すなわち、現実の生活事実関係に法を適用する。その際、裁判を可能にするために、まず、どのような事実が根底にあるのが明らかにされなければならない。民事訴訟においては、いわゆる提出原則（または弁論主義ともいう）が妥当している。その原則によると、裁判所は、自ら事実を確定することをしない。むしろ、事實は両当事者によって、——まずは、原告によって、その後に被告によって——訴訟に提出される。すなわち、汝は事實を語れ、我は法を語らん (*tu mihi facto, dabo tibi ius*)

ということである。原則として裁判所は、公知であること（参照、民事訴訟法二九一条）、および、両当事者の陳述に一致があることについては、それを前提にする。しかし、一方の当事者のみが陳述した事実であっても、相手方当事者がこの事実を認めた場合、または争わなかったか、争ったとしても不十分であった場合には、真実として扱われる（参照、民事訴訟法一三九条三項および四項、二八八条、三三一条一項）。では、一方の当事者が存在すると主張したものの、相手方当事者がこれを否定した事実には裁判所の判断が左右される場合には、裁判所は何をよりどころにすべきであろうか。それについては、訴訟法のコルン問題とよばれる証拠法が述べている。この証拠法は多くの問題局面

を有している。すなわち、とくに、どのような証拠方法を用いることができるのか、これらの証拠方法は当事者または裁判所によって選択されるのか、いつ・どのようにして・誰によって証拠調べは実施されるのか、どのようなルールに基づいて証拠調べの結果が確定されるのか、そして、証拠調べがなされたにもかかわらず明確な結果が得られなかった場合には何が妥当なのか、といったことである。

以下では、とくに重要かつ興味深い側面である、いわゆる証拠度を問題とする<sup>(1)</sup>。すなわち、裁判所が争いのある事実を真実とみなし、そして法を適用する際にこの事実を基礎におくことが許されるためには、どの程度の心証が必要なのかという問題である。ドイツのように発展した法秩序では、長きにわたり、この中心問題について見解の一致を見ており、細部で議論があるにすぎないと考えられていたといえる。それゆえ、適切な証拠度を決定することについて、依然として激しく争われていることは驚きに値しよう<sup>(2)</sup>。以下では、いくつかの導人的なコメント（これについては第Ⅱ章）の後に、証拠度に関する最近のドイツでの議論を述べる（第Ⅲ章）。さらに、ドイツ訴訟法という枠を超えて二つの側面に言及する。すなわち、一方では、涉外事件

において証拠度はつねに法廷地法 (*Vex fore*) に服するのか、あるいは場合によっては外国法にも服するのか（第Ⅳ章）、他方では、証拠度に関する基準がヨーロッパ法からどの程度生ずるのかである（第Ⅴ章）。本報告<sup>(3)</sup>での説明は、ドイツ法ないしヨーロッパ法の側面からみた民事訴訟に焦点をあてる。また、本報告は、他の手続法秩序、または他国の証拠度に関する比較法的概観を含むものではない<sup>(4)</sup>。

## Ⅱ 基礎

### 1. 原則的証拠度

証拠度を決定するための出発点となるのは、ドイツの民事訴訟では、民事訴訟法二八六条一項の文言である。すなわち、裁判所は、弁論の全趣旨および証拠調べの結果を斟酌して、自由な心証に基づき、事実に関する主張が真実か否かを判断するものとする。判決では、裁判官の心証を導き出した理由を摘示しなければならない<sup>(5)</sup>。この規定は、表題が示しているような、自由心証の原則を明確に設けているだけではない（この点については、同条二項も参照。それによると、裁判所は、この法律で掲げられた場合にのみ、法定の証拠規則に拘束される<sup>(6)</sup>）。むしろ、同時に、そ

ここでは原則として妥当する証明度、つまり、いわゆる原則的証明度が明らかにされている。すなわち、裁判所は、事実に関する主張が「真実とみなされる」「心証」に到達しなければならぬ<sup>6</sup>。したがって、「完全証明」ともいわれる。

著名なりーディングケースであるアナスターシャ事件において、連邦通常裁判所は、この点について次のように詳細に述べている。すなわち、「民事訴訟法二八六条にしたがい、裁判官は、証拠調べ『の結果』に基づいて、ある主張が真実であるか否かを判断しなければならず、それゆえ、裁判官はたんなる蓋然性で足りることは許されないところ、民事訴訟法二八六条は、裁判官自身がある主張につき真実であるとの心証を有したか否かだけを問題にしている。この「裁判官」個人の確信 (Gewissheit) は、裁判をなすに際して必要不可欠であり、また、事実審裁判官だけが、法定の証拠規則に拘束されずに自己の確信に基づいて、それ自体に生じる疑念を克服したか否か、および、一定の生活事実について真実であると確信することができるか否かを判断しなければならない。その際、法律は、あらゆる疑念を払拭した心証を前提としていない。たとえば他の者が疑念を有し、または別の考えに到達するようなこと

になったとしても、判決裁判官自身の心証が重要なのである。しかし、裁判官は、実際に疑念が生じた場合に、実生活で利用可能な程度の確信で十分であるが、その程度とは疑念を完全に排斥するというものではなく、疑念を黙らせるもので十分である。もつとも、このことは、しばしば誤って表現され、裁判所は確実性に接する蓋然性で十分であると説かれる。それが、真実について裁判官自身が心証に到達することを問わないことを意味するならば、それは誤りである<sup>7</sup>。

## 2. 原則的証明度のバリエーション

「証明度 (Beweismaß)」という概念は、すべてのケースにおいて適用される程度 (ein Maß) だけが存在する、ということを示唆する。しかし、すでに、原則的証明度という言葉は、例外的にそのバリエーションが考慮され、一定の事実については一定の訴訟状態の下において異なった「複数の証明度」が適用される可能性があることを明らかに指し示している。まさしくこの意味において、英語の語法におけるところの、一つの「証明度 (Standard of Proof)」だけでなく、複数の「証明度 (Standards of Proof)」を認識するところとなる。

このバリエーションについては、理論的には二つの方向性が考えられる。すなわち、原則的証明度の引上げもしくは厳格化、または、引下げもしくは緩和化である。少なくとも、非常に高度な原則的証明度を出発点とするドイツ法では、証明度をさらに高度なものにすることは、たしかにほとんど意味をなさないように思われる。なぜならば、そのようにしてしまうと、実際には決して起こりえない、絶対的確信 (absolute Gewissheit) が要求されてしまうことになるからである<sup>(8)</sup>。これに対して、実務上重要であるのは証明度の緩和、すなわち、裁判官の心証について、より低い程度で足りるとするルールである。

この点について、複数の重要な例が民事訴訟法に定められている<sup>(9)</sup>。法律は、多くの場合、一方当事者からの、特定の事実に関する「疎明」だけを求めている。このことが妥当するのは通常の付随手続、たとえば、訴訟費用の確定 (民事訴訟法一〇四条二項)、訴訟費用の救助の承認 (民事訴訟法一一八条二項)、原状回復 (民事訴訟法二二六条二項)、および、とくに、一方の当事者が差押命令または仮処分の発令を求める場合である (民事訴訟法九二〇条二項および九三六条)。法律は、疎明が何であるのか定義をしておらず、民事訴訟法二九四条において、疎明で用いるこ

とが許される証拠方法について言及しているにすぎない。しかし、疎明は原則的証明度を引下げるとを意味し、したがって、裁判官は、完全証明における場合よりも低い、蓋然性に接した程度で十分であるとの理解の一致がある。このことは、通説によつて、優越的蓋然性 (überwiegende Wahrscheinlichkeit) で十分であると説明されている。すなわち、裁判官は、問題となっている事実が存在であることよりも存在していることにつき、蓋然性がより高いと判断しなければならない<sup>(10)</sup>。

民事訴訟法に規定された証明度の特則に関する実務上重要なその他の例は、民事訴訟法二八七条に基づく、いわゆる裁判官による損害の算定である。この規定をめぐっては非常に多くの議論があるが、少なくとも通説は、法律がこの点について原則的証明度の引下げを規定しているとの前提に立っている<sup>(11)</sup>。このことは、民事訴訟法二八七条一項一文が二八六条一項一文と異なり、裁判所が事実に関する主張を「真実である」と判断することを要求していないことから導かれるとされる<sup>(12)</sup>。それゆえ、損害発生 of 存否に関する裁判官の心証との関係では、確固たる根拠に基づいた、優越的であることが明らかな蓋然性で十分である<sup>(13)</sup>。しかし、このことが妥当するのは、損害の発生、損害額の程度、お

よび、いわゆる責任充足的因果関係についてだけでなく、責任根拠的因果関係（すなわち、被告がそもそも非難されるべき行為を行ったのか否か、そして、それによって責任を根拠づける規範を充足したのかという問題）については当てはまらない。

また、いわゆる理由具備性も、理論上は原則的証明度が極端に下げられたものと理解することができよう。これは、裁判官が、法的審査に際して、一方当事者による事実に関する主張が真実であると仮定しなければならぬことを、法律が命じている場合である。この点に関する最も重要な例は、民事訴訟法三三一条に定められた、被告が欠席した場合の手続である。しかし、理由具備性審査では裁判所の心証が問題となるのではなく、裁判所は主張された事実——自白の場合や主張の一致がある場合と同様に——をそのまま判断の基礎におかなければならないとしている。そして、そのことは、証明度の問題として分類することを否定する根拠となる。

原則的証明度のバリエーションが、民事訴訟法だけでなくさまざまな実体法規定にも定められていることは、注目すべき点である。著名な例は、損害賠償法に見出すことができる。<sup>(14)</sup> すなわち、民法二五二条によると、賠償されるべ

き損害は逸失利益をも含むのであり、それによって法律は、通常の事象経過によれば、または特別の事情のある場合には、<sup>15</sup>「蓋然性の程度で発生することが予測可能な」利益「の賠償」を考えている。したがって、ここでは、法律は、裁判官の完全な心証を要求しているのではなく、<sup>16</sup>「蓋然性」で十分であるとしている。

### 3. 証明度と関係する諸問題

証明度は証拠法総論の一部分をなし、他の証拠法上の制度と密接な関係にある。そして、証明度と証拠評価の双方の問題が民事訴訟法二八六条一項一文において言及されていることから、ドイツ法では双方が体系上近接する関係にあることが明らかである。どのような要件の下で証明に達しうるのかを、法律は、証明度を用いて一般的抽象的に定めている。そして、裁判所は、証拠評価の範囲で、具体的な個々の事件において関係する証明度によって評価したうえで、証明に達したのか否かを明らかにする。<sup>(15)</sup> ある重要問題に関する証明度が裁判官に高すぎる、あるいは低すぎると考えられる場合には、その裁判官は、自らが望ましいと考える結論に有利になるように、証明度の高低を証拠評価の範囲で即座に修正しようとする誘惑に打ち勝たなければ

ばならない。

また、証明度は、証明責任とも関係がある。証明責任は、誰が裁判官の認識獲得のために手配をしておかなければならないのか、すなわち、事実を主張し、そして争いのある場合に証明しておかなければならないのかという問題である。ある事実の証明度が高ければ高いほど、いわゆる真偽不明（ラテン語で、“non liquet”）に至る場合が多くなり、それゆえ証明責任に関する規範を適用することが増える。このことは、敗訴当事者が証明責任ルールに基づく裁判を往々にして受け入れ難いとして、また、裁判所によって解明された事実関係に基づく法的問題の判断よりも法的平和をもたらし度合いが低いことから問題である。しかし、反対に、証明度を下げすぎると、満足のいく結論には至らない。なぜならば、その場合には、敗訴当事者は、裁判所があまりにも早く相手方当事者を信用したと、極めて容易に裁判所を批判することができるからである。

さらに、証明度と証拠方法にも関連性がある。適法とされる証拠方法を制限することによって、特定の問題については証明度の高さを確保することがある（たとえば、民事訴訟法一六五条）。他方、これと反対のこともある。すなわち、証明度が低ければ低いほど、より多くの証拠方法が

考慮され、その結果、裁判官の確信に必要な程度に到達するというものである。ドイツ民事訴訟法においては、疎明のために、通常の証拠方法の他に宣誓に代わる保証も可能である（民事訴訟法二九四条一項）。

### III ドイツにおける近時の議論状況

すでに言及したように、ドイツの民事訴訟においては、証明度に関して従前と同様に多くのことが議論されている。そして、そのことは原則論のみならず個別的な問題についてもあてはまる。三つの局面に分けることで、議論を構造的に検討することができる。すなわち、第一に、真実性が問題なのか、それともたんに蓋然性が問題なのか、第二に、裁判官の確信に対する要求は、どのくらいの高さに設定されるべきか、第三に、証明度は一般的抽象的に定まっているのか、あるいは裁判官によって柔軟に定めることができるのか、である。

#### 1. 真実性が蓋然性か

民事訴訟法二八六条一項一文は、『真実である』および『真実でない』と述べており、そのことに依拠して連邦通

常裁判所は、前記アナスタシー判決で次のことを明確に強調した。すなわち、裁判所は、蓋然性で十分であるとすることは決して (keinswegs) 許されず、また、蓋然性がたとえ確実性に接する場合であってもやはり許されないとした。<sup>(16)</sup> このような厳格な立場は、法律的というよりもむしろ哲学的な性質の問題、すなわち、何が「真実」なのかという問題に行き着く。

しかし結局のところ、この問題は未解決のままである。なぜなら、結局のところは真実性という問題や概念に関するさまざまな立場が理論的に区別されるだけであり、結論は異ならないからである。<sup>(17)</sup> とくに有用であるのは、以下のような見解である。すなわち、法律は、裁判官に対して、決して絶対的真実性に基づいて探究することを求めておらず、むしろ真実であるとの裁判官の確信に合致すること、ないしは、裁判官が「真実である」とみなすことを探し出すのを求めているとする見解である。<sup>(18)</sup> そのように考えると、連邦通常裁判所が述べた「真実性」と「蓋然性」の対立は重要ではないことになる。むしろ決定的であるのは、「真実である」との裁判官の確信であり、また、この確信はまさしく——非常に高度な——蓋然性の程度 (Grad einer sehr hohen-Wahrscheinlichkeit) であると解釈すること

ができる。すなわち、裁判官が、具体的事件において、ある事実の証明に必要な蓋然性の程度に達したと認識した場合には、その裁判官は真実であると確信したのである。この心証形成のプロセスを追体験可能にするために、裁判官は、そのことについて説明しなければならぬ。すなわち、民事訴訟法二八六条一項二文は、心証を導き出した客観的理由を示すことを裁判官に義務付けている。

2. 非常に高度の蓋然性またはたんなる優越的蓋然性のいずれであるべきか

関連問題としては、裁判官が裁判をなす際に、争いのある事実を基礎におくことが許されるためには、裁判官はどの程度の蓋然性に達していなければならないのかという問題がある。この点についても、連邦通常裁判所は、アナスタシー判決において言及している。すなわち、「実生活で用いることができる程度の心証で十分であるが、その程度とは疑念を完全に排斥するというものではなく、疑念を黙らせるもので十分である」と。<sup>(19)</sup> 非常に高度の蓋然性を要求するこのような厳格な基準は、こんにちの通説もまた前提としているところである。<sup>(20)</sup> とくに、これが意味するのは、裁判官は原則として、たんなる優越的蓋然性で十分である

とすることは許されない、ということである。これに反対する見解は、<sup>(21)</sup>以下に述べる理由から現行ドイツ法とは相容れない。すなわち、反対説は法律で規定された二八六条と二九四条の相違、つまり、一方では高度の原則的証明度、他方では例外的に疎明の場合に十分であるとされた引下げられた証明度という段階構造を、不明確にしているからである。訴訟で両当事者から矛盾する事実主張がなされた場合に、そのいずれの主張も原則的証明度に達していないときは、裁判官は安易に双方の主張のうち蓋然性がより高い方を基礎におくことは許されず、むしろ、証明責任に関するルールに従い裁判をしなければならぬ。<sup>(22)</sup>また、原則的証明度を下げる見解は、実体法上の責任に関する要件を著しく広げることになってしまう点も、この見解に対する批判として挙げられる。<sup>(23)</sup>

それゆえ、裁判官は、通常、争いのある事実の存在につき不存在よりも存在の方がより優越的であれば十分であるとするのは許されないということが、通説によって堅持されている。むしろ、裁判官は、合理的疑いがない場合にはじめて事実を裁判の基礎におくことが許されるのである。この点について、つぎのような例が説かれる。<sup>(24)</sup>すなわち、ある島で通行人がタクシーに轢かれて負傷した。タクシー

は直ぐに立ち去り、そのタクシーの身元を確認することはできなかった。その島には一〇台のタクシーしかなく、そのうちの六台はある会社の所有であった。負傷者は、この会社を相手に損害賠償請求訴訟を提起し、そして、被告所有のタクシーのうちの一台がこの者をおそらく負傷させた主張したが、このことを被告は争った。

他に利用可能な証拠方法（たとえば、証人やタクシー事故の痕跡）がないことを前提とした場合に、被告所有のタクシーのうちの一台が事故に関係しているとするには合理的な疑いがある。もともと、六〇%という優越的蓋然性は、原告の主張を支持しているということもできる。それでも、この考えだけに基づいて被告に不利な判決を下すことは、適切ではないであろう。なぜならば、事故を起こしたタクシーとして、まだ他に四台が考えられるからである。したがって、請求は棄却されねばならないであろう。民事訴訟法二八六条一項を厳密に解するならば、被告会社に一〇台中九台が属する場合であったとしても、この結論は何ら変わることはないであろう。ところで、先の例において、通説と異なり、「被告に対する」敗訴判決を下すのに優越的蓋然性で十分であるとするならば、会社が全損害について賠償責任を負うとの判決を下すのではなく、蓋然性に従っ

た割合の損害についてののみ——したがって、損害の六〇％についてののみ——賠償を命ずる判決を下すことは、本来、一貫性を有するであろう。もつとも、そのような結論は、<sup>(25)</sup>現行のドイツ損害賠償法とは相容れないであろう。

### 3. 法定の証明度が柔軟な証明度か

第三に、通説は、民事訴訟法二八六条が原則的証明度を定めていること、そしてまた、特定の事例群についてはバリエーション——厳格化または緩和化——が検討可能であるとしつつも、<sup>(26)</sup>一般的抽象的に定められなければならないことを前提としている。そのような段階構造は、すでに言及したように、第一に、法律（すなわち、民事訴訟法二八七条、二九四条または民法二五二条といった諸規定）によって明らかにされているが、慣習法によっても一般的に承認されている。そのような慣習法が認められるためには、必ずその前提として、特定の典型的な事例群について裁判官による——<sup>(27)</sup>慎重な——法の継続的な形成も考慮されなければならない。

これをさらに推し進めたものとして、いわゆる柔軟な証明度の理論がある。<sup>(28)</sup>これは、要するに、法律は、個々の裁判官に対して状況に応じて、つまり、事実の重要性、事案

によって生ずる立証の困難性、あるいは実体法上の状況をも考慮して、異なった心証を容易に形成することを認めているという見解である。この理論によると、最終的には、個別事案において現実<sup>(29)</sup>に則した段階的かつ柔軟な証明度が適用される。もつとも、この見解は、ドイツの立法者が証明度の確定を原則として自らの任務であると明らかに考えていたことと相容れない。

いくつかの見解は、少なくとも疎明については柔軟な証明度を支持することができると考えている。<sup>(29)</sup>しかし、すでに示したように、民事訴訟法二九四条の場合に優越的蓋然性で十分であるとの立場を前提にすると、証明度をさらに下げることはほとんど不可能である。とりわけ、裁判官がある事実の不存在について蓋然性がより高いと考えている場合に、その事実の存在について疎明があるとすることは考えられない。<sup>(30)</sup>

## IV 証明度と抵触法

### 1. 基礎

これまでの考察は、証明度に関して、ただちにドイツのルールが適用されることを前提としてきた。しかし、涉外

事案の場合には、まず、準拠すべき証拠法について抵触法上の問題が生ずる。<sup>(31)</sup> 一般的な手続法については、原則として法廷地法ルール (*lex fori Regal*) が妥当する。すなわち、ドイツの裁判所はドイツの訴訟法を適用し、そのことは、たとえ請求の理由具備性が国際私法という抵触法規範により外国法 (いわゆる、効果法 *lex causae* 「訳者注：以下では、より一般的な用語である準拠実体法という表現を用いる」) によって判断されるべき場合であっても同様である。

もつとも、通常の訴訟法と異なり、証拠法は、訴訟法と実体法規範の混合形態である。したがって、それぞれの証拠法上のルールについて、まず一度は、法律関係の性質決定という問題が設定されなければならない。つまり、いったい、訴訟法上のルールなのか実体法上のそれなのか問題となる。たとえば、長きにわたって一般的に承認されているのは、証明責任は実体法と非常に密接に関係しているの、実体法的であると性質決定され、それゆえ、準拠実体法に服すべきであるということである。このことは、債務法上の請求権について、ローマ (I) 規則一八条一項<sup>(32)</sup>およびローマ (II) 規則二二条一項<sup>(33)</sup>によって明確にされた。

しかし、法律関係の性質決定によって、証拠法上重要なルールが訴訟法に属するとされた場合であっても、それに

よって準拠法に関する問題が確定的に解明された訳ではない。なぜならば、訴訟法においては例外なく法廷地法だけが適用されるとの伝統的見解は、こんにちでは過去のものとしてされているからである。むしろ、それ自体は手続法と性質決定されている諸問題も何らかの実定法的な結合を示すことがありえ、また、この状況は準拠実体法を適用すること、または、少なくとも準拠実体法を考慮することを要求しているとの見解が認められてきた。

この問題について、とくに先行しているのは、ダグマー・ケスター＝ヴァルチエン (*Dagmar Coester-Waltjen*) 教授の提案である。同教授は、以下に述べるような「証拠抵触法 (*Beweiskollisionsrecht*)」を定式化した。すなわち、真実確定を奪うことを可能にするルール、とくに、実体法の処分権能を制限することを求めたり修正したりするルールは、実体法からのみ導き出すことができるという。<sup>(34)</sup> この理論を前提とすると、国際証拠法における法廷地法は、判決国における司法判断の効率性を確保させることが問題となる場合、または外国の証拠法を適用することがドイツの公序に関わる場合にのみ問題となる。<sup>(35)</sup>

多くの個別的問題について、ケスター＝ヴァルチエンは、最終的には通説と同じ結論に到達している。また、国際証

証拠法において法廷地法を過度に強調すると、フォーラムショッピングという好ましくない誘惑が生じてしまうことも、認めなければならない。なぜなら、証拠法上の諸問題が訴訟の勝敗を決することがあり、それゆえ、原告による裁判籍の選択に影響を及ぼすことがあるからである。<sup>(36)</sup> それにもかかわらず、証拠法において、あまりに広範囲に準拠法を適用することに対しては根本的な疑念が生ずる。つまり、法廷地法の適用が実用性という点で長所を有するのである。この立場は、法的安定性をもたらすものであり、また、両当事者および裁判所が争いのある事実問題および法的問題に集中することを可能にさせるからである。さらに、証拠ルールの実体法的な結びつきが、必ずしも、その他の手続的ルールとの関連性を消し去って法廷地法の適用をすべて除去するほどまでに十分強固であるとは思われない。<sup>(37)</sup> 通説は、ヨーロッパ法とも一致する。なぜなら、ヨーロッパ法は、これまで述べたテーゼと異なり、外国の証拠ルールを適用することを決して要求していないからである。それによると、ヨーロッパ国際私法規則は、国際証拠法について非常に個別的な準則を提供したのみで、その他の証拠法の分類を構成国の抵触法に委ねている（参照、ローマ（I）規則一条三項、同規則一八条一項、ローマ（II）規

則一条三項、同規則二二条一項）。

## 2. とくに証拠評価および証明度について

訴訟では、準拠法が、どのような事実が本案に関する裁判所の判断にとって重要であるのかを決める。したがって、たとえば、原告が求めている法的結果が生じるために、請求原因がどのような事実に関する要件を有すべきかは、契約または不法行為の準拠法から導き出されねばならない。これに対して、訴訟において裁判をなすのに重要な事実が証明を必要とするのか否かは、法廷地法によって定まる。したがって、ドイツで実施されている民事手続については、請求の理由具備性について基準となる法ではなく、ドイツ民事訴訟法が、争われていない事実をいつ自由されたものとみなすのか（民事訴訟法一三九条三項）、どのような拘束力が裁判上の自由を生ずるのか（民事訴訟法二八八条以下）、および、いつ公知の事実を証明不要とするのか（民事訴訟法二九一条）を定める。

この原則についてドイツでは異論はない。しかし、証拠評価および証明度に関するルールの抵触法上の分類については、さまざまな判断がなされている。ケスター・ヴァルチェンが定式化した「証拠抵触ルール」を適用すると、裁

判所による真実確定を短縮化することになる証拠ルールは、準拠実体法に服することになる。このことは、とくに、証拠評価および証明度に関するルールに妥当するとされる。なぜならば、これらは性質上、実体法上の法的効果の発生を裁判上確定させることを可能にし、しかも、この効果を生じさせる要件が絶対的な確実性をもって証明されていないくてもよいとされているからである。<sup>(39)</sup>しかし、通説は、証拠評価および証明度の双方ともに法廷地法が適用されることを前提としている。

証拠評価については、こんにち、法廷地法が基準になることは一般的に認められている。<sup>(40)</sup>したがって、ドイツの裁判所は、かならず民事訴訟法二八六条を適用している。この点に関する根拠は、むしろ実地上の理由に基づく。すなわち、自由心証という原則は、裁判所が弁論の全趣旨および証拠調べの結果に基づいて自由な心証に基づき判断するものであるが、外国法によるルールによって置き換えることが可能な、抵触法上有意な連結点として役に立つ対象とはならない。むしろ、現実的な合理的判断、自然科学および論理性が重要である。<sup>(41)</sup>

しかしまた、法廷地法の適用は、いわゆる事実上の推定、すなわち、経験則からの推論、とくに表見証明（二応の証

明 *Prima-facie Beweis*）についても妥当するのが適切であると考える。<sup>(42)</sup>これは、証明責任ルールではなく、裁判官による心証形成の問題であり、したがって、裁判官による自由な証拠評価という認識方法の問題である。事実上の推定では実体法による衡平の考慮が明らかであるとしても、この考慮は第一に裁判の効率性に貢献するものであり、それゆえ、——一般に普及している立場と異なり——法廷地法に服するのが正しい。<sup>(43)</sup>

とくに大いに議論され、かつ困難な問題は、証明度に関する準拠法の確定である。<sup>(45)</sup>すでに言及したように、証明度に関するルールは、訴訟法においても、また実体法においても見出せることを考えると、このような事態は驚くに値しない。ここでも、通説は、法廷地法を基準にする。<sup>(46)</sup>しかしながら、このことについては、実体法的な衡量と密接な関係を有することを理由に、多くの学説から疑問が投げかけられており、これらの学説は反対につねに準拠実体法を適用することを望んでいる。<sup>(47)</sup>折衷説によると、原則的証明度および訴訟法上定められた例外についてのみ法廷地法が適用され、他方で、実体法規定が有する証明度に関するルールは準拠実体法が基準となるとされる。<sup>(48)</sup>もっとも、このような区別を行うことに対しては、ルールが訴訟法また

は実体法に置かれているのは往々にして偶然でしかなく、法律関係の性質決定の問題にとつてはさしたる重要性を有するものではないとの批判がある。したがって、通説にしたがい、法廷地法を適用すべきであろう。なぜならば、心証の程度（つまり、証明度に関するルール）および心証の形成（つまり、法廷地法に服する証拠評価に関するルール）は、相互に非常に密接な関係にあるので、両者を別個の法秩序に服させるとするならば、まったく実用性を欠くことになる。

## V 証明度とヨーロッパ法

### 1. 概観

EUは、証拠法を含む民事手続法の領域において一般的な立法権限を有していない。したがって、真の意味でのヨーロッパ証拠法なるものはなく、むしろ、この点に関するいくつかの個別的な示唆を有するにすぎない<sup>(49)</sup>。そして、すでにEU法は、こんにちでは、涉外民事事件において重要な意義を有している。すなわち、国際民事手続法においては、EUは、ヨーロッパ機能条約八一条に基づき、各構成国の法規定を平準化することが許され、しかも、証

拠収集の協力に関してそのことを認めている（二項（d））。すなわち、EUは、民商事事件における証拠調べの領域における構成国裁判所間の協力に関する二〇〇一年五月二八日の指令（ZF.1206/2001）を発令する権限を有していた（EuBevVO）<sup>(50)</sup>。しかしながら、このヨーロッパ証拠規則では、国際司法共助および域外証拠調べを扱うだけであり、本報告で関心を有する問題は扱っていない。証明度は、その他のヨーロッパ法の立法においても普遍的に妥当するものとしては定められていない。もともと、特別な法領域ではいくつかの指令および規則において、ヨーロッパ法の立法者は、構成国裁判所にむけた証明度ないし証拠評価について特定の準則を設けようとしていた。この現象は、近時、たしかに、さまざまな関係において認識され議論されているが、これまで、立法行為において支配的になるまで理論的に整理されているとはいえない<sup>(51)</sup>。以下でも、いくつかの局面について、例を挙げて言及するにとどめざるを得ない<sup>(52)</sup>。

### 2. カルテル法

ヨーロッパ一次法は、競争保護に関するカルテル法上の諸規定を定めており、これらの諸規定はこんにちでは機能条約一〇一条および一〇二条において定められている。二

〇〇二年二月一六日の規則 (N.1/2003) が、EU 競争法の実施に貢献している<sup>(53)</sup>。同規則は、たしかに証明責任について規定しているが (二条)、証明度および証拠評価に関する各構成国の規定に変更を加えるものではないことを明らかにしている (検討理由五)。それゆえ、ヨーロッパ司法裁判所は、判例上一貫して構成国法が基準となることを出発点としている。しかし、同時にまた、ヨーロッパ司法裁判所は、各国の訴訟法は機能条約一〇一条および一〇二条の効果的な適用を害してはならないとする、いわゆる効果原則 (Effektivitätsgrundsatz) を強調した。そのことから、ヨーロッパ司法裁判所は、たとえば、EU 競争法に違反していることの証明は、直接証拠に基づくだけでなく、情況証拠 (Indizien) によることもできるとした<sup>(54)</sup>。

EU 競争法を現実的に実施することをさらに改善するために、構成国およびヨーロッパ連合の競争法規違反に基づく構成国法による損害賠償訴訟のための一定の規定に関する二〇一四年一月二六日の指令 (2014/104/EU) が公布された<sup>(55)</sup>。この指令は、二〇一六年二月二七日までに各構成国法に置き換えられるものとされている。この指令は、さまざまな証拠法上の重要なルール、とくに、証拠開示 (五条以下)、証明妨害 (八条)、表見証明 (九条二項)、お

よび証明責任 (一三条から一五条、および一七条) に関するルールを定めている。さらに、明らかに独自の証明度を前提としている規定がいくつかある。そのようなものとして、五条一項一文がある。すなわち、ヨーロッパ連合における損害賠償請求訴訟に関する手続において、合理的な支出によって入手可能な事実および証拠方法が損害賠償請求権の合理的存在を十分認める場合に、これらの事実および証拠方法を用いて根拠を示した原告の申立てに基づき、各国の裁判所が本章に定める要件にしたがい、被告または第三者を通じて、これらの者が処分権能を有する重要な証拠方法の開示を命ずることができることを、構成国は確保するものとする<sup>(56)</sup>と。

ところで、この指令は四条一文において、ヨーロッパ司法裁判所が発展させてきた効果原則を明示的に強調している。すなわち、損害賠償請求権を主張するための各国の規定および手続はすべて、競争法違反によって生じた損害の完全な賠償を求める EU 法の行使を実際上不可能にしたり、または著しく困難なものとしように構成され、また適用される<sup>(57)</sup>と規定している。一七条一項が明らかにしているのは、このことが、とくに損害範囲の確定に関する証明責任および証明度に関する各国の規定に適用されるこ

と、および、裁判官による損害額の評価が可能であることが定められなければならない点である。連邦通常裁判所は、最近の判決で、このことに依拠した<sup>(56)</sup>。その際に裁判所は、カルテル法に違反したことで損害が生じたか否か、損害が生じたとしたらどの程度かという問題については、民事訴訟法二八六条という通常の証明度が適用されるのではなく、民事訴訟法二八七条一項という軽減された証明度が適用されると判断した。したがって、確実な根拠に基づく、優越的であることが明らかな蓋然性で十分であるとされたのである。そして、このことは、連邦通常裁判所の考えによれば、指令の方向性から必要とされたのである。すなわち、<sup>〃</sup>カルテル法違反により損害が発生したか否かという問題について、民事訴訟法二八七条一項ではなく二八六条の規定を適用した場合には、EUカルテル法の効果的な実施が阻害されてしまう危険が生じよう。なぜならば、市場に対して効果的な影響を及ぼす要素が多様であることにかんがみると、あるカルテル法違反に関連した市場関係者が実際上も損害を生じさせたということについて、裁判所が完全に確信するまでには至らないことが往々にして生じるからである<sup>(57)</sup>と。

### 3. 国際民事手続法

国際民事手続法の領域では、ヨーロッパ規則は実際上非常に重要である。これには、国際裁判管轄、外国判決の承認・執行および国際司法共助といった問題が該当する。しかし、これらは、通常、少なくとも明示的には証明度や証拠評価について言及していない。

そこで、ブリュッセル（Ia）規則の範囲では、ドイツ<sup>(58)</sup>の受訴裁判所は民事訴訟法二八六条一項の基準に基づいて、原告によって主張された管轄を根拠づける事情が実際に存在するの否かを審査しなければならない<sup>(59)</sup>。たしかに、ヨーロッパ法は、不法行為地裁判籍がいくつかの損害を発生させる事象が何であるのかを定めている（こんにちの、ブリュッセル（Ia）規則七条二号）。これに対して、裁判官がどのような要件の下で、その事象が実際に生じたと前提にすることが許されるのかという問題は、「ブリュッセル（Ia）規則という」統一的な管轄に関する法ではなく、法廷地法「すなわち、それぞれの構成国法」によって定まる<sup>(60)</sup>。もつとも、証拠評価および証明度に関する統一的な基準がブリュッセル（Ia）規則において適用される場合があり、それは被告が応訴しなかった場合である。すなわち、裁判所の管轄が本規則によって根拠づけられてい

ない<sup>64</sup>。ときには、裁判所は、ブリュッセル (I a) 規則二八条一項に基づき職権で無管轄を宣言しなければならない。この規定に関するドイツの解説において、法廷地法あるいは民事訴訟法二八六条がまったく言及されていないことは、注目に値するように思われる。むしろ、「当事者の管轄の利益に対する」保護目的に依拠して、裁判所は管轄原因事実の存在を「確信」しなければならぬと説かれる<sup>61</sup>。この意味において、ヨーロッパ司法裁判所もまた、このような場合に管轄の審査に際して、「証明力のある情況証拠」が重要であると折に触れ強調している。このような表現は、ヨーロッパ司法裁判所が規則独自の証明度を設定しているとの前提を窺わせるものである<sup>62</sup>。

とくに、規則がどの程度の証明度を定めているのかという問題は、ヨーロッパ手続法を独自に創設している各規則に委ねられる。このことについても、まだ不明確なことが多く、たとえば、ヨーロッパ少額請求規則がそうである<sup>63</sup>。この点について、ヨーロッパ少額請求規則九条一項一文では、裁判所は、「証拠の許容性について適用される規定の範囲内で、判決を下すのに必要な」証拠方法および証拠調べの範囲を決定すると述べている。これまでは、証拠方法の許容性、そしてまた証明度および証拠評価についても、

ヨーロッパ少額請求規則ではなく法廷地法によるものと理解されていた<sup>64</sup>。しかし、ヨーロッパ司法裁判所がこの問題を扱う場合に、これと異なる判断をすることは排除されていない。まったく同様の問題は、ヨーロッパ督促手続についても生ずる<sup>65</sup>。たとえば、裁判所が、法廷地法の基準ではなく規則独自の基準に基づき、いかなる要件でヨーロッパ支払命令の発令申立てをヨーロッパ督促規則一条一項にいう「明らかに理由不十分」であると判断しなければならぬかが、そのようなものとして考えられる。

通説が証明度について統一的なルールであると理解する最近の例は、民商事事件における国境を越えた債権回収の簡素化を顧慮した口座の仮差押えに関するヨーロッパ決定のための手続の実施に関する二〇一四年五月一四日の指令 (Nr. 655/2014) である<sup>66</sup>。申立てがなされた裁判所は、ヨーロッパ口座仮差押規則七条にしたがい、仮差押えを発令するために個別的に定められている要件を充足していることにつき、「裁判所がもつともであるとするに十分な証拠方法を債権者が提出した」場合には、仮差押え決定 (Beschluss) を下す。この規定は、一般的には、規則の立法者が、「そう考えるのがもつともである (berechnigte Annahme)」という概念を用いて、証明度に関する各構成

国のルールを適用することを指示せずに、規則独自の基準を創設しようとしていたと解されている。<sup>67)</sup> もっとも、この規則独自の基準がどの程度厳格なのかという、さらに微妙な問題がある。多くの見解は、この場合には、ドイツ民事訴訟法二九四条にいう疎明と同様の原則が適用されるとする。<sup>68)</sup> これに対して、他の見解は、裁判所の完全な確信を要求すべきではないが、民事訴訟法二九四条の場合よりも厳格な程度を規則は要求しているとすべきであり、そして、とりわけ申立人の宣誓に代わる保証では十分ではないとする。<sup>69)</sup> ヨーロッパ司法裁判所が、規則の機能にとって中心となるこの問題について明らかにする機会を直ちに有することが望ましい。

#### 4. 差別禁止法

証明度に関するヨーロッパの基準が議論される別の例を簡単に述べておかねばならない。すなわち、複数のヨーロッパ指令が差別を禁止し、不当に不利益を被ったことを主張する当事者のために立証軽減を定めている。これらの指令の置換えは、ドイツでは、一般平等待遇法（AGG）によってなされている。<sup>71)</sup> 一般平等待遇法一条は、人種、民族上の出自、性別、宗教・世界観、障害、年齢または性的

同一性を理由とする不利益な扱いを禁止している。一般平等待遇法二二条は、つぎのような権利の保護に係する。すなわち、訴訟において、一方の当事者が、一条に掲げられた事由について不利益を受けたことを推定させる状況を証明した場合には、相手方当事者は、不利益を保護する規定に違反していないことを提示する証明責任を負う。

この規定は、主張責任を軽減し、証明度を下げ、そして証明責任を転換したものと解されている。<sup>72)</sup> すなわち、原告が一般平等待遇法違反を援用し、一般平等待遇法一条に掲げられた事由に基づく不利益が生じていることを、優越的な蓋然性の程度で導くことができる状況を提示すると、原告は主張・証明責任を果たしたことになる。それにより、不利益について推定が生じ、そして被告は、平等待遇原則が侵害されていないことについて証明責任を負う。しかし、これについては通常の証明度、つまり民事訴訟法二八六条が適用される。すなわち、被告は、一般平等待遇法一条に掲げられた事由以外の事由が原告に対する扱いを専ら生じさせたということを、裁判所に確信させるような事実を主張し、場合によっては証明しなければならぬ。もっとも、学説では、差別禁止に関する指令および立証軽減に関してヨーロッパ司法裁判所の判例が要求する規準を置き換える

のに、このような解釈で十分であるのか疑問も指摘されている。<sup>(73)</sup>

## 5. 展望

すでに述べたように、EUは目下のところ、民事訴訟法そして証拠法の領域で一般的な立法権限を有していないが、各国の訴訟法をヨーロッパ民事訴訟法によって暫時交換的に補充することに、やがて非常に多くの力を注ぐことになるのは避けられないように思われる。<sup>(74)</sup> このこととの関係では、ヨーロッパ民事訴訟法 (European Rules of Civil Procedure) を制定することを任務とする、ウィーンに所在するヨーロッパ法律協会 (ELI) の作業が指摘されなければならない。この野心的なプロジェクトは、アメリカ法律協会 (ALI) や私法統一国際協会 (UNIDROIT)<sup>(75)</sup> によってすでに二〇〇四年に発表された、<sup>(76)</sup> 国境を越えた民事訴訟に関する諸原則 (Principles of Transnational Civil Procedure) と関連付けられる。<sup>(76)</sup> ヨーロッパ・ルールは、とくにヨーロッパの法的交流に向けられており、そのルールは涉外事案と国内事案の双方を含むものである。<sup>(77)</sup>

計画中のヨーロッパ・ルールのうちで重要な部分は、

ヨーロッパ法律協会の作業部会が独自に関わっている。情報および証拠へのアクセス」という問題領域である。<sup>(78)</sup> 可能な限り作業部会は ALI/UNIDROIT に内容上沿っている。そしてこのことは、基準となる「証明度」という問題についても妥当する。この点について、原則 21・2 では、裁判所が、ある事実が真実であると合理的に確信したときは、その事実は証明されたものとみなす」とされており、また、作業部会は、二〇一五年一月草案で極めて類似している規定を設けた。すなわち、争いのある事実は、裁判所がその事実が真実であると合理的に確信したときは、証明された」とした。

この規定が、ヨーロッパ・ルールの最終草案に採択され——そして、いつの日か将来のヨーロッパ民事訴訟法にも採用されることは、非現実的であるとはいえない。一見すると、この提案は、まったくもって適切かつコンセンサスを得られるように思われる。しかし、この文言が非常に緩やかに定められているため多義的となることが、とくに考えられる。作業部会の文言を厳密に受け取ると、作業部会はむしろ軽減された証明度、さらには柔軟な証明度を提唱しているとの考えが生じるが、<sup>(80)</sup> しかし、これはドイツ法の通説とは一致するものではない。その他に、原則的証明度

についてコンセンサスが得られる文言にしたとしても、それ程多くのことは得られないとの疑念がある。なぜならば、現実の法適用に際しては、いかなる要件の下で証明度の変更が許され、あるいは変更が必要であるか、また、証明度、証拠評価および証明責任の相互作用がどのようにして形成されるかが問題だからである。裁判官の職務への理解と発展した訴訟文化に密接な関連性を有するこの問題が、ヨーロッパの立法行為において意味のあるものとして定められるのかは、疑問のあるところである。

(訳者付記)

本翻訳は、二〇一六年一〇月三十一日(月)に慶應義塾大学三田キャンパスにおいて行われた、ドイツ連邦共和国パッサウ大学法学部教授ヴォルフガング・ハウ氏(Professor Dr. Wolfgang Hau)による講演会の原稿である。講演テーマの原題は、*Das Beweismaß im Zivilprozess - Aktuelle Fragen im deutschen, internationalen und europäischen Recht* である。講演者のハウ教授は、一九六八年にドイツで生まれ、ザールラント大学法学部、トリアー大学法学部などで学び、トリアー大学リンダッハー教授の下で博士論文、教授資格論文を作成している。その後、

日本においても証明責任論で著名なムジラク教授の後任として二〇〇三年にパッサウ大学法学部に赴任し(民法、民事訴訟法および国際私法講座を担当)、法学部長(二〇〇八年から二〇一〇年)、副学長(二〇一〇年から二〇一四年)を歴任、また、二〇一六年からミュンヘン高等裁判所判事も兼務している。また、学生向けの教科書として、Linke/Hau, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2015 (Dr. Otto Schmidt); Musielak/Hau, Grundkurs BGB, 14. Aufl. 2015 (C. H. Beck)などを著している。

本稿翻訳に際しては、講演者のハウ教授の了解のもと、日本語の理解を優先して訳出したため必ずしも文法には忠実ではなく、また、適宜ドイツ語原稿にはない言葉を角括弧(「」)を用いて補足している。

最後に、ハウ教授の招聘に際しては、石川明教授記念手続法研究所(理事長・三上威彦慶應義塾大学法務研究科教授)による財政的援助を受けたことを特記し、謝意を表すものである。なお、本翻訳は科研費(課題番号24530102)による研究成果の一部である。

(1) ときには、*「証明基準(Beweiskriterium)」*という同義語で語られることがある。そのように説くのは、

Gregger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978, S. 2.

- (2) ドイツ語圏における新たな動きについては、サント・ガレン (St. Gallen) 大学に提出された以下の詳細な教授資格論文にもっと得られる。Schweizer, Beweiswürdigung und Beweismaß – Rationalität und Intuition, 2015. 同書は、ふつに終論に関するアンケートに基づいてなる (五七四頁以上)。この問題については、すでに多くの書誌がある。Ahrens, ZZP 129 (2016), 383; Rüsumann, Das flexible Beweismaß – eine juristische Entdeckung, Festschrift Gottwald, 2014, S. 539; Prütting, in: Münchener Kommentar ZPO, 5. Aufl. 2016, § 286 Rz. 38a.
- (3) たんえは、Frisch, Freie Beweiswürdigung und Beweismaß, Festschrift Stürner, 2013, Band I, S. 849. 863 頁は歴史的発展を含んだ民事および刑事訴訟を扱う。
- (4) この点については、Brinkmann, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, 2005 を参照。この点、この点、Huber, Das Beweismaß im Zivilprozess, 1983, S. 5 頁がある。
- (5) この点に関する比較法的考察については、Stürner, Beweisregeln und freie Beweiswürdigung im Zivilprozess der Europäischen Staaten, Festschrift Picker, 2010, S. 809 を参照。この点。
- (6) たんえは、Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, 2015,

Kapitel 3 Rz. 6; Leibold, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 286 Rz. 5 を参照。この点。

- (7) 基本となるのは、BGH, 17. 2. 1970 – III ZR 139/67, BGHZ 53, 245 = NJW 1970, 946, 948 である。このケースに関する最近の視点による分析については、たんえは、Huber, Indizienbeweis, Jus 2016, 218 を参照。この点。
- (8) 同趣旨を説くのは、Jäkel, Das Beweisrecht der ZPO, 2. Aufl. 2014, Rz. 749. 多くの見解は、情況が「明らか」でなければならぬと法律が規定している場合 (参照：民法三一九条一項、六六〇条一項、二一五五条三項) も、原則的証明度が引上げられたと考える。そのように説くのは、MünchKommZPO/Prütting, § 286 Rz. 43; Laumen, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, 8. Aufl. 2016, § 286 Rz. 27. この点に反対するのは、Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 286 Rz. 20. 同書は、「明らか、ふつにのほ」「一見して (auf den ersten Blick)」を意味していることとある。また、同書は、「原則的証明度を引上げているものとして別の例を挙げている (民法八二六条に基づいて既判力の拘束力を破る場合)」。
- (9) 表見証明 (Anscheinsbeweis; Prima-facie-Beweis) の場合にも原則的証明度が引下げられているのかという議論は、付随的にしか言及されていない。通説はこれを否定する。この点については、より詳細に論じているのが、

- Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, Kapitel 16 Rz. 12 ff.; MünchKommZPO/*Prütting*, § 286 Rz. 52 f. ㄱㄹㄴㄹ ㄹㄴㄹㄹ ㄹㄴㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹ *Rosenberg/Schub/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 113 Rz. 13 und 17; Stein/Jonas/*Leipold*, § 286 Rz. 133 ff.
- (10) ㄹㄴㄹㄹㄹ *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, Kapitel 17 Rz. 89; MünchKommZPO/*Prütting*, § 294 Rz. 24 f. ㄹㄹ 參照ㄹㄴㄹㄹ。
- (11) 誰ㄹㄹ *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, Kapitel 17 Rz. 1 ff. ㄹㄹ參照ㄹㄴㄹㄹ。
- (12) ㄹㄴㄹㄹㄹ ㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹ *MünchKommZPO/Prütting*, § 287 Rz. 3 und 17.
- (13) ㄹㄴㄹㄹㄹ BGH, 12. 7. 2016 – KZR 25/14, BB 2016, 2188, 2192; *Rosenberg/Schub/Gottwald*, § 114 Rz. 5 ㄹㄹ參照ㄹㄴㄹㄹ。
- (14) ㄹㄹㄹㄹㄹㄹ *Musielak/Voit/Foerste*, § 286 Rz. 21 ㄹㄹ參照ㄹㄴㄹㄹ。
- (15) 回轉ㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹ ㄹㄴㄹㄹㄹ *Jäckel*, Das Beweisrecht der ZPO, Rz. 731; MünchKommZPO/*Prütting*, § 286 Rz. 28.
- (16) BGH, 17. 2. 1970 – III ZR 139/67, BGHZ 53, 245 = NJW 1970, 946, 948.
- (17) ㄹㄹㄹㄹㄹ *Katzemeier*, Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung, ZZP 117 (2004), 187, 190 ff.; MünchKommZPO/*Prütting*, § 286 Rz. 33 f. ㄹㄹ參照ㄹㄴㄹㄹ。
- (18) 非常ㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹ *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 13. Aufl. 2016, Rz. 829 ㄹㄹ參照ㄹㄴㄹㄹ ㄹㄹㄹㄹ ㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹ *Musielak/Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, 1984, Rz. 137 ff. ㄹㄹ參照ㄹㄴㄹㄹ。
- (19) 基本ㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹ BGH, 17. 2. 1970 – III ZR 139/67, BGHZ 53, 245 = NJW 1970, 946, 948.
- (20) ㄹㄴㄹㄹㄹ *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, Kapitel 15 Rz. 43 ff.; *Ahrens*, ZZP 129 (2016), 383, 386; *Greger*, in: Zöller, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 286 Rz. 18 f.; *Prütting/Gehrlin/Launen*, 286 Rz. 24; Stein/Jonas/*Leipold*, § 286 Rz. 5 und 9; MünchKommZPO/*Prütting*, § 286 Rz. 35 f.; *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, Rz. 828; *Musielak/Voit/Foerste*, § 286 Rz. 18; *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2014, Rz. 478, 489 ㄹㄹ參照ㄹㄴㄹㄹ。
- (21) ㄴㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹ *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, S. 482 ff.
- (22) ㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹ *ZZP* 117 (2004), 187, 213 f.; Stein/Jonas/*Leipold*, § 286 Rz. 9; MünchKommZPO/*Prütting*, § 286 Rz. 35 f.
- (23) ㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹㄹ *Katzemeier*, ZZP

117 (2004), 187, 214 f.; MünchKommZPO/*Prütting*, § 286 Rz. 35 f.

(47) 同様の趣旨 *Bryan*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts – Erkenntnisverfahren, 2014, S. 740 以下を参照せよ。

(48) 正判に依りて之を認むるは *Katzemeier*, ZJP 117 (2004), 187, 203 ff.; MünchKommZPO/*Prütting*, § 286 Rz. 39.

(49) *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, Kapitel 15 Rz. 42 f.; *Zöller/Greger*, § 286 Rz. 20; *Jäckel*, Das Beweisrecht der ZPO, Rz. 738; *Stein/Jonas/Leipold*, § 286 Rz. 10; MünchKommZPO/*Prütting*, § 286 Rz. 35; *Musielak/Voit/Foerste*, § 286 Rz. 18; *Schilken*, Zivilprozessrecht, Rz. 489 を参照せよ。

(50) 明確に決するは *Prütting/Gehrlein/Laumen*, § 286 Rz. 26.

(51) これに賛成するは *Gottwald*, Das flexible Beweismaß im englischen und deutschen Zivilprozess, Festschrift *Henrich*, 2000, S. 165, 173 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, § 114 Rz. 15; *Brinkmann*, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, S. 66 ff.; *Rüssmann*, Festschrift *Gottwald*, S. 539, 547 ff.

(52) これに賛成するは *Schweizer*, Beweiswürdigung

und Beweismaß, S. 550 ff. 々の趣らび同意するものは *Ahrens*, ZJP 129 (2016), 383, 386.

(53) 正判に依りて之を認むるは *MünchKommZPO/Prütting*, § 286 Rz. 38a; *Zöller/Greger*, § 294 Rz. 6 以下に疎明の柔軟性を要求するが、それは優越的蓋然性という文言を嚴格化する意味におよびてのみ用いられるは明らかである。

(54) 詳細は *Linke/Han*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2015, § 10 を参照せよ。

(55) 契約債務の準拠法に関する二〇〇八年六月十七日の規則 (Nr. 593/2008, ABl. 2008 L 177/6)。

(56) 契約外債務の準拠法に関する二〇〇七年七月十一日の規則 (Nr. 864/2007, ABl. 2007 L 199/40)。

(57) *Coester-Waltjen*, Internationales Beweisrecht – Das auf den Beweis anwendbare Recht in Rechtsstreitigkeiten mit Auslandsbezug, 1983, Rz. 658.

(58) *Coester-Waltjen*, Rz. 648 ff.

(59) 近時のフォーント・イン・メンタル・エビデンスの観点よりては *Waller*, Gegenseitiges Vertrauen in die Rechtspflege der Mitgliedstaaten als hinreichende Bedingung für die Anerkennung von Entscheidungen nach der EuGVVO?, ZJP 127 (2014), 99, 108 ff. が注目し値する。同論文は、ドイツ・フランスの法的交流に関する

を例を基に説明がなされる。

- (37) 同様のリスクを課すの故 Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2014, Rz. 735 f.
- (38) べきである課すの故 Wolf, Abbau prozessualer Schranken im europäischen Binnenmarkt, in: Grunsky, Wege zu einem europäischen Zivilprozeßrecht, 1992, S. 35, 55 ff.
- (39) Coester-Waltjen, Rz. 624 f.
- (40) BGH, 30. 7. 1954 – VI ZR 32/53, JZ 1955, 702; BGH, 3. 5. 2006 – XII ZR 195/03, NJW 2006, 3416; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, Kapitel 58 Rz. 22; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2015, Rz. 2338; Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2015, § 9 Rz. 51; Stein/Jonas/Leipold, § 286 Rz. 14; Schack, Beweisregeln und Beweismaß im Internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift Coester-Waltjen, 2015, S. 725, 727.
- (41) Spellenberg, in: Staudinger, BGB, Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen, 2016, Anhang zu §106 FamFG Rz. 176 参照のリスク。
- (42) リスクの存在の確度の継続性、たまたま Musielak, Die sog. tatsächliche Vermutung, JA 2010, 561; Kopf/Schmidt, Die richterliche Überzeugung von der Wahrheit

und der Indizienbeweis im Zivilprozess, JR 2015, 51 参照のリスク。

- (43) 準拠実体の適用を支持するの故 Coester-Waltjen, Rz. 331 ff.; Geimer, Rz. 2291; Zwickel, Der Anscheinsbeweis zwischen lex causae und lex fori im Bereich des französischen Straßenverkehrsstrafrechts, IPRax 2015, 531.
- (44) BGH, 4. 10. 1984 – I ZR 112/82, NJW 1985, 554; LG Saarbrücken, 11. 5. 2015 – 13 S 21/15, NJW 2015, 2823, 2824; Nagel/Gottwald, § 9 Rz. 39; Linke/Hau, Rz. 10.10; Schack, Rz. 746; Thole, Anscheinsbeweis und Beweisverteilung im harmonisierten Europäischen Kollisionsrecht – ein Prüfstein für die Abgrenzung zwischen lex causae und lex fori, IPRax 2010, 285.
- (45) Schack, Rz. 775 参照のリスク。同書が「国際証拠法の最も困難な問題である、という」。このため国際仲裁には特別な問題が生じる。国際仲裁には基準となる証明度を合意し、この確定やそのリスクを定める。このようにして、Kreindler, Praktiken und Verfahren im Hinblick auf die Beweisführung in internationalen Schiedsverfahren, ZVglRWiss 114 (2015), 431 参照のリスク。
- (46) べきである課すの故 たまたま OLG Koblenz, 5. 2. 1993 – 2 U 338/89, IPRax 1994, 302; LG Saarbrücken, 9. 3.

- 2012 – 13 S 51/11, NJW-RR 2012, 885, 886; *Linke/Han.*  
Rz. 10.12; MünchKommZPO/*Prütting*, § 287 Rz. 36;  
*Schack*, Festschrift Coester-Waltjen, S. 725, 730 f.  
(47) *Coester-Waltjen*, Rz. 358 ff.; *Geimer*, Rz. 2334 ff.;  
*Staudinger/Spellenberg*, Anhang zu § 106 FamFG Rz.  
178.  
(48) *von Bar*, *Büchen*, Internationales Beweis-  
recht im Europäischen internationalen Schuldrecht, 2016,  
S. 185 ff.; *Stein/Jonas/Letipold*, § 286 Rz. 14.  
(49) *von Bar*, *Mahnraum*, Bausteine eines europäischen  
Beweisrechts, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013,  
2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022,  
2023, 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030, 2031,  
2032, 2033, 2034, 2035, 2036, 2037, 2038, 2039, 2040,  
2041, 2042, 2043, 2044, 2045, 2046, 2047, 2048, 2049,  
2050, 2051, 2052, 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058,  
2059, 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066, 2067,  
2068, 2069, 2070, 2071, 2072, 2073, 2074, 2075, 2076,  
2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085,  
2086, 2087, 2088, 2089, 2090, 2091, 2092, 2093, 2094,  
2095, 2096, 2097, 2098, 2099, 2100, 2101, 2102, 2103,  
2104, 2105, 2106, 2107, 2108, 2109, 2110, 2111, 2112,  
2113, 2114, 2115, 2116, 2117, 2118, 2119, 2120, 2121,  
2122, 2123, 2124, 2125, 2126, 2127, 2128, 2129, 2130,  
2131, 2132, 2133, 2134, 2135, 2136, 2137, 2138, 2139,  
2140, 2141, 2142, 2143, 2144, 2145, 2146, 2147, 2148,  
2149, 2150, 2151, 2152, 2153, 2154, 2155, 2156, 2157,  
2158, 2159, 2160, 2161, 2162, 2163, 2164, 2165, 2166,  
2167, 2168, 2169, 2170, 2171, 2172, 2173, 2174, 2175,  
2176, 2177, 2178, 2179, 2180, 2181, 2182, 2183, 2184,  
2185, 2186, 2187, 2188, 2189, 2190, 2191, 2192, 2193,  
2194, 2195, 2196, 2197, 2198, 2199, 2200, 2201, 2202,  
2203, 2204, 2205, 2206, 2207, 2208, 2209, 2210, 2211,  
2212, 2213, 2214, 2215, 2216, 2217, 2218, 2219, 2220,  
2221, 2222, 2223, 2224, 2225, 2226, 2227, 2228, 2229,  
2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2237, 2238,  
2239, 2240, 2241, 2242, 2243, 2244, 2245, 2246, 2247,  
2248, 2249, 2250, 2251, 2252, 2253, 2254, 2255, 2256,  
2257, 2258, 2259, 2260, 2261, 2262, 2263, 2264, 2265,  
2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, 2274,  
2275, 2276, 2277, 2278, 2279, 2280, 2281, 2282, 2283,  
2284, 2285, 2286, 2287, 2288, 2289, 2290, 2291, 2292,  
2293, 2294, 2295, 2296, 2297, 2298, 2299, 2300, 2301,  
2302, 2303, 2304, 2305, 2306, 2307, 2308, 2309, 2310,  
2311, 2312, 2313, 2314, 2315, 2316, 2317, 2318, 2319,  
2320, 2321, 2322, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328,  
2329, 2330, 2331, 2332, 2333, 2334, 2335, 2336, 2337,  
2338, 2339, 2340, 2341, 2342, 2343, 2344, 2345, 2346,  
2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2355,  
2356, 2357, 2358, 2359, 2360, 2361, 2362, 2363, 2364,  
2365, 2366, 2367, 2368, 2369, 2370, 2371, 2372, 2373,  
2374, 2375, 2376, 2377, 2378, 2379, 2380, 2381, 2382,  
2383, 2384, 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391,  
2392, 2393, 2394, 2395, 2396, 2397, 2398, 2399, 2400,  
2401, 2402, 2403, 2404, 2405, 2406, 2407, 2408, 2409,  
2410, 2411, 2412, 2413, 2414, 2415, 2416, 2417, 2418,  
2419, 2420, 2421, 2422, 2423, 2424, 2425, 2426, 2427,  
2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2434, 2435, 2436,  
2437, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445,  
2446, 2447, 2448, 2449, 2450, 2451, 2452, 2453, 2454,  
2455, 2456, 2457, 2458, 2459, 2460, 2461, 2462, 2463,  
2464, 2465, 2466, 2467, 2468, 2469, 2470, 2471, 2472,  
2473, 2474, 2475, 2476, 2477, 2478, 2479, 2480, 2481,  
2482, 2483, 2484, 2485, 2486, 2487, 2488, 2489, 2490,  
2491, 2492, 2493, 2494, 2495, 2496, 2497, 2498, 2499,  
2500, 2501, 2502, 2503, 2504, 2505, 2506, 2507, 2508,  
2509, 2510, 2511, 2512, 2513, 2514, 2515, 2516, 2517,  
2518, 2519, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524, 2525, 2526,  
2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2534, 2535,  
2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541, 2542, 2543, 2544,  
2545, 2546, 2547, 2548, 2549, 2550, 2551, 2552, 2553,  
2554, 2555, 2556, 2557, 2558, 2559, 2560, 2561, 2562,  
2563, 2564, 2565, 2566, 2567, 2568, 2569, 2570, 2571,  
2572, 2573, 2574, 2575, 2576, 2577, 2578, 2579, 2580,  
2581, 2582, 2583, 2584, 2585, 2586, 2587, 2588, 2589,  
2590, 2591, 2592, 2593, 2594, 2595, 2596, 2597, 2598,  
2599, 2600, 2601, 2602, 2603, 2604, 2605, 2606, 2607,  
2608, 2609, 2610, 2611, 2612, 2613, 2614, 2615, 2616,  
2617, 2618, 2619, 2620, 2621, 2622, 2623, 2624, 2625,  
2626, 2

- Bach*. それに対して、法務官 *Trystenjak* は、*Hypotečni banka/Lindner* 事件における二〇一一年九月八日の最終弁論で、証明度は法廷地法が適用されるとした (C-327/10, Rz. 119)。
- (93) 少額債権のためのヨーロッパ手続創設に関する二〇〇七年七月一日の規則 (Nr. 861/2007, ABl. 2007 L 199/1)°。同規則は、二〇一五年十一月十六日の規則 (Nr. 2015/2421, ABl. 2015 L 341/1) に代わって変更された。
- (94) そのように述べる者、たとえば *Hau*, in: Münchener Kommentar ZPO, 5. Aufl. 2016, Art. 9 EG-BagatellVO Rz. 244-447; *Varga*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band II, 4. Aufl. 2015, Art. 9 EG-BagatellVO Rz. 244-447, 448°。
- (95) ヨーロッパ督促手続の創設に関する二〇〇六年十二月十一日の規則 (Nr. 1896/2006, ABl. 2006 L 1) に定められている。
- (96) ABl. 2014 L 189/59.
- (97) その点について、たとえば *Lütringhaus*, Die Europäisierung des Zwangsvollstreckungsrechts im Bereich der vorläufigen Kontenpfändung – Der Europäische Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung und seine Wechselwirkungen mit der deutschen Zivilprozessordnung, ZfP 129 (2016), 187, 199; *Rauscher/Wiedemann*, in:
- Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band II, Art. 9 EU-KPVO Rz. 2; *Schlösser/Hess*, EU-Zivilprozessrecht, Art. 7 EuKtPVO Rz. 4 und Art. 9 EuKtPVO Rz. 4 und Art. 9 EuKtPVO Rz. 3; 参照の通り°。 *Hess/Raffetseder*, Die Europäische Kontenpfändungsverordnung: Eine überfällige Reform zur Effektuierung grenzüberschreitender Vollstreckung im Europäischen Justizraum, IPRax 2015, 46, 48 は法廷地法の適用を支持する°。
- (98) そのように述べる者、たとえば *Lütringhaus*, ZfP 129 (2016), 187, 199; *Rauscher/Wiedemann*, in: Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Band II, Art. 9 EU-KPVO Rz. 244°。導入部分ではそのように述べる。そのよう、同書は、厳格な証明度、が適用されるべきを強調する°。
- (99) そのように述べる者、*Schlösser/Hess*, EU-Zivilprozessrecht, Art. 7 EuKtPVO Rz. 4 und Art. 9 EuKtPVO Rz. 3.
- (100) 人種または民族上の出自による差別のない平等待遇原則の適用に関する二〇〇〇年六月二十九日の指令 (2000/43/EG, ABl. 2000 L 180/22)°。就労または職業における平等待遇実現のための一般的枠組みの確定に関する二〇〇〇年十一月二十七日の指令 (2000/78/EG, ABl. L 303/16)°。就労、職業教育および昇進の機会ならびに労働条件についての男女平等待遇原則の実現に関する理事会指令 (76/207/

- EWG) の変更に関する二〇〇二年九月二三日の指令 (2002/73/EG, ABL L 269/15) 財産およびサービスを伴う扶養の機会についての男女平等待遇原則の実現に関する二〇〇四年十一月三日の理事会指令 (2004/113/EG, ABL L 373/37)。
- (71) BGBl. 2006 I, 1897.
- (72) 46の詳細は BAG, 17. 3. 2016 – 8 AZR 677/14, ArbStR 2016, 217.
- (73) 46の註釋は Stein, Die Beweislast in Diskriminierungsprozessen – ein unbekanntes Wesen?, NZA 2016, 849, 851 ff.
- (74) 77の点に關しては Hess, Ein einheitliches Prozessrecht?, International Journal of Procedural Law 6 (2016), 55 が近時注目される。また、ヨーロッパ議会からの委託による研究が Monko, Die Europäisierung des Zivilverfahrens: Auf dem Weg zu gemeinsamen Mindestnormen?, 2015 146 (ズレトマンヤスが可能) 146 147。http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/559499/EPRS\_IDA(2015)559499\_DE.pdf)。
- (75) „Institut international pour l'unification du droit privé“ bzw. „International Institute for the Unification of Private Law“, vgl. www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure.
- (76) *ALI/UNIDROIT, Principles of Transnational Civil Procedure*, 2006 が書籍として編集されている。ドイツ語に 46 要約は ZZPInt 11 (2006), 403 (mit Einführung Stürner, 381) で公開されている。
- (77) 77のプロジェクトに於いては、46の異なる観点からの諸論稿が Uniform Law Review 19 (2014), 171 ff. に掲載されている。
- (78) 77の問題に於いては、46の詳細は Trocherer, From ALI-Undroit Principles to common European rules on access to information and evidence? – A preliminary outlook and some suggestions, Uniform Law Review 19 (2014), 239.
- (79) 77の点に於いては *ALI/UNIDROIT, Principles of Transnational Civil Procedure*, Comment P-21B. を参照のこと。すなわち、同箇所は「合理的な確信 (reasonably convinced)」という基準は「実際にほとんどの法体系で用いられている。アメリカ合衆国および若干の他の国の基準は「証拠の優越 (preponderance of the evidence)」であるが、機能的に見るならば本質的に同一である。したがって、77の点に於いては Brinkmann, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, S. 81 ff. を注目に値するものであり、原則 21.2 を適切な原則的証明度について国際的に広範囲な同意を得るための例証と考える。

(80) この点については、作業グループの未公開資料において詳細に論じられている。この状況における「真実(truth)」という用語は、哲学的含意からは離れて理解されなければならない。この用語は、事実について裁判所が宣言するのに十分な確信のレベルまたは程度を記述することを意図しているに過ぎない。また、「確信した(convicted)」という用語は、注意深く扱われなければならない。「納得した(satisfied)」という同義語として理解されなければならない。それゆえ、一定程度の柔軟性があり、また、裁判所が「合理的に確信している」ときに判断するため諸々の状況に適合させる必要性がある、ということを仮定する必要がある。ある法体系が高度の証明(= high standard of proof)を求める事実には、一定の複数のタイプがある。たとえば、「詐欺」あるいは「不誠実」がある程度被告に認められる場合に、コモンローの伝統では、その主張を根拠づけるために提出される証拠は非常に高度のもの(高度の証明)でなければならないとの慎重な考えに立つ。