

琉球大学学術リポジトリ

民事訴訟における証明度論

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-10-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 宮里, 節子, Miyasato, Setsuko メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/20.500.12000/2175

— 研究ノート —

民事訴訟における証明度論

宮里節子

- 一 はじめに
- 二 フーバーの証明度論
 - 1 概略
 - 2 比較法的考察
 - 3 西ドイツの判例
 - 4 学説
 - a 主観説
 - b 客観説
 - 5 フーバーの見解
- 三 むすびにかえて

一 はじめに

裁判官は、要証事実について証拠調べの結果と弁論の全趣旨を斟酌し、自由な心証により当該事実を真実と認めめるか否かを判断する。フランス革命を機にフランス法で採用されて以来、多くの国の採る自由心証主義の原則である。

この原則はいわゆる法定証拠法則の拘束から裁判官を解放するものであって、証拠方法の証拠価値の決定や事実認定の際の推論に用いられる経験則の取捨選択を裁判官の自由な判断に委ねるものである。勿論それは裁判官の専恣を認めるものではなく、裁判官が要証事実を認定するには、それについて確信を得なければならないとされる。ある要証事実の存在について裁判官が確信を懐いてよいとされる蓋然性の程度を証明度とすれば、どの程度の蓋然性があれば証明度に達したものとして確信を懐いてよいかが問題となる。自由心証主義はそれについて特に規定していない。

通説はそれを「社会の通常人が、日常生活の上で自ら疑いを懐かずとその判断に安んじて行動するであろう程度」の蓋然性で足りるとする。¹⁾

判例は、かつて刑事事件に関して「元来訴訟上の証明は、自然科学者の用いるような実験に基づくいわゆる論理的証明ではなくして、いわゆる歴史的証明である。論理的証明は『真実』そのものを目標とするのに反し、歴史的証明は『真実の高度な蓋然性』をもって満足する。言いかえれば、通常人なら誰でも疑いを差挟まない程度に真実らしいとの確信を得ることで証明ができたとするものである。だから、論理的証明に対しては当時の科学の水準においては反証というものを容れる余地は存在しえないが、歴史的証明である訴訟上の証明に対しては通常反証の余地が残されている」と述べ、近時民事事件についても、「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も

許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照して全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認しうる程度の高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑いを差挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである。」⁹²としている。

ところで同じ自由心証主義の下でもアメリカ法やスカンジナビア法は、要証事実の証明度について蓋然性の優越で足りるとし、近時、その影響で西ドイツにおいてもこの説が有力に主張されている。これとともに従来の主観説や客観説の立場からの批判も増大し、証明度をめぐる議論が活発である。⁹³議論の中心は、自由心証主義の下で事実認定の過程を客観化できるか否か、民事訴訟における原則的証明度とは何か、それと表見証明や他の立証軽減との関係等である。

本稿では「民事訴訟における証明度」と題するミヒャエル・フリーバーの論文⁹⁴の紹介を中心に、西ドイツ法における証明度論の現状を把握し、今後の「損害賠償訴訟における要証事実の証明度」研究の一つの手掛りにしたいと考える。

とはいえ、民事訴訟における証明度問題に関しては先ごろ刊行された太田勝三著・裁判における証明論（弘文堂・昭和五七年）で議論が尽くされているように思われるし、春日偉知郎教授の「自由心証主義の現代的意義」と題するすぐれた論文⁹⁵もある。

したがって屋上屋を重ねることになるが、フリーバーのこの論文は、かのベンダー判事をして、Dissertation といえ是非とも裁判所の図書館に備えておきたい一冊だと激賞せしめた⁹⁶労作であり、また西ドイツでは相変らず証明度論が盛んであるという現状に鑑みれば、ここで自分なりにその現況を把握しておくことは意義深いことのように思われる。

二 フーバーの証明度論

1 概略

民事訴訟における妥当な証明度とは何かという問題意識から出発したフーバーの論文は、まず第一章で比較法的考察を試みる。第二章では判例・学説の分析と批判的検討がなされ、第三章で彼自身の見解をとくに通説との対比で展開する。

2 比較法的考察^①

考察の対象として、オーストリア、スウェーデン、ドイツ民主共和国(DDR)の証拠法をとりあげる。オーストリアの証拠評価制度は証拠法一般についてそうであるように、西ドイツ法と著しく類似し、スウェーデン法のそれは基本的に異なるが、それぞれにおいて証明度の問題をどのように処理しているか参考になるし、DDR法については、全く異なる社会・法秩序の下でも、裁判官の心証とは何かが問題とならざるをえないし、とりわけ、一九七六年に訴訟法の領域で法統一がなされるまで、DDRでは社会主義的法解釈とブルジョア訴訟法秩序が長く同居していたので社会主義的法秩序への変更により、証明問題の解釈がどのように変ったか興味深いとする。

a オーストリア法^②

オーストリアでは、民事訴訟法が一七八一年の一般裁判所法(die Allgemeine Gerichtsordnung)で統一された。それまでは同国の北の諸邦(特に Böhmen と Mähren)ではローマ・カノン訴訟法が適用され、非公開の書面訴訟や法定の証拠法則が妥当していた。南の諸邦(特に Steiermark)では公開の口頭審理主義が裁判官の訴訟指揮および自由な証拠評価とともに妥当していた。一般裁判所法は、書面主義、間接主義、非公開主義と法

定の証拠法則を固く守った。しかしこのような原則では費用がかかるしわずらわしいということで一八一六年から改革の努力がなされ、一八七三年の簡易訴訟手続法の中でまず結実をみた。そこでは直接主義、口頭主義、公開主義に加え、自由な証拠評価の原則が採用された。その影響で一八九五年のオーストリア民事訴訟法（ZPO）でも自由な証拠評価の原則が採用された。その二七二条は、(1)裁判所は法律に別の定めがない限り、弁論の全趣旨と証拠調べの結果を慎重に斟酌して事実上の主張を真実と認めるべきか否かを判断しなければならない。(2)裁判所は、裁判長の質問に対し当事者が答弁しないとき、それが当該事案の判断にいかなる影響を与えるかを、同様の方法で特に判断しなければならない。(3)裁判所の心証にとって決定的であった諸事情および考慮は判決の理由中で示されなければならない、と規定する。

自由な証拠評価の原則の採用は学説により圧倒的に支持された。特に右の(3)については、裁判官の心証形成が合理的根拠に基づいてなされたか否かの検証を可能にするものと歓迎された。

証明度に関して通説は、事実の真実性についての裁判官の確信が必要であるとし、この確信は、裁判官の個人的生活経験、特別に知りえた知識および合理的平均人の知識と経験の豊かさとの関係から構成されるとする。近時の有力説は、「生活関係を明白に見通す合理的な人間がもはや疑いを容れない程度の蓋然性」があればよいとする。⁹¹⁾

判例は、当初真実についての確信を要求し、蓋然性が高度であっても充分でないとしたが、後になって、「確信に接する蓋然性」へと表現を変更した。すなわち、今日では、「特定の事件の発生についての確信が得られたとき、あるいは少なくとも確信に接する蓋然性が得られたときは、証明は成功するが、その場合、人間の能力の不完全さゆえにほとんどの事件において事案が完全には解明されないことを考慮すべきだ」としている。⁹²⁾

b スウェーデン法¹³⁾

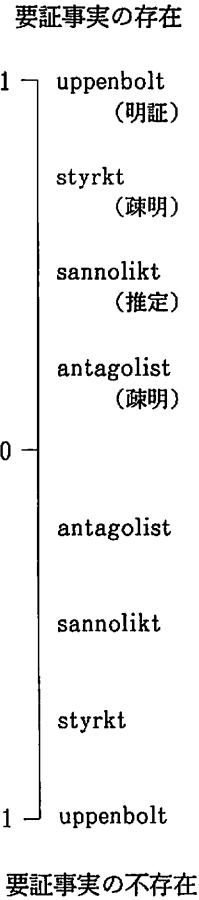
一七三四年のスウェーデン帝国の法典(SRL)において一四世紀以来の州法および都市法、数多くの特別法や諸規則が統合された。これは主として一七世紀に現行法に基づいて形成されていた裁判実務を基礎としたもので、民法、刑法ならびに執行手続を含めた全訴訟及び非訟事件手続が含まれている。RB(Rättegångsbalk = Code of Judicial Procedure)に定められた民事訴訟法上の諸原則は、口頭審理による手続と並んで書面審理を含み、主として法定の証拠原則が支配した。

この法律はその後二〇〇年以上維持され、その証拠法は、一九世紀に近隣諸国とりわけドイツやオーストリア、イングランドでの改革や自由心証主義の採用によっても影響を受けなかった。勿論実務は、必要に応じて法定の証拠原則の適用をかなり緩和することで対応していたが、一九四二年七月のRBによってはじめて、自由な証拠評価の原則が確立された。

RB 35:1は「裁判所は明らかにしたあらゆる点を誠実に検討し、訴訟で何が証明されたか判断しなければならぬ」と規定し、更にRB 17:7Aにより、裁判官は、判決理由中で何を証明されたかのみならず何を明示しなければならぬと規定している。

スウェーデン証拠法は他の国よりも「徹底して」法定証拠法則を否定し自由心証主義を強調する。例えば文書についてはその提出義務のみを規定し、文書の証拠価値を法定せず、文書の証拠力の問題は自由心証主義に従って判断されるとしている。

立法者はRB 35:1で心証という表現を使わないで証明度については意識的に中立を保った。一般的見解によれば、証拠評価は裁判官の主観的な意見や主観的裁量を意味するのではなく、客観的な事実に基づいてなされ



蓋然性の値（疎明、推定、証明、明証）で表現されるにすぎない。それを *Ekvidens* は次のようにグラフ化する。

裁判官は、訴訟において、個々の証拠方法の証拠価値の蓋然性を算定しなければならない。自然科学的証明の場合には例外的にそれをパーセンテージで示しうるが、その他の場合（例えば証言）には相対的にごく大まかな蓋然性の値（疎明、推定、証明、明証）で表現されるにすぎない。それを *Ekvidens* は次のようにグラフ化する。

証明が歴史的事実の再構成である以上、法廷で真実を要求することはできず、むしろ真実は厳密に言えば、最高度の蓋然性と一致するような限界値にすぎないとの認識を基礎にしている。したがって自由な証拠評価の課題は、何が真実であるかについて心証を得ることではなく、蓋然性の計算に基づいて当該事実の存在を評価することである。その範囲で裁判官は、証明に必要な程度の蓋然性が得られたか否かを自由に判断し、それを肯定すれば証明があったことになり、否定すれば証明は失敗したことになる。

スウェーデン訴訟法では他の北欧諸国と同様、裁判官の事実問題の判断を純粹の蓋然性判断とみる。それは、証明が歴史的事実の再構成である以上、法廷で真実を要求することはできず、むしろ真実は厳密に言えば、最高度の蓋然性と一致するような限界値にすぎないとの認識を基礎にしている。したがって自由な証拠評価の課題は、何が真実であるかについて心証を得ることではなく、蓋然性の計算に基づいて当該事実の存在を評価することである。その範囲で裁判官は、証明に必要な程度の蓋然性が得られたか否かを自由に判断し、それを肯定すれば証明があったことになり、否定すれば証明は失敗したことになる。

スウェーデン訴訟法では他の北欧諸国と同様、裁判官の事実問題の判断を純粹の蓋然性判断とみる。それは、

「その手続において証明されたのは何か」（RB 35:1）という問題のために、証明度を考慮する際には、裁判官の個人的確信は徹底して排除されるとする。

その意味で、事実認定裁判官の「内的確信」の考えは封じられ、証拠評価の客観性を志向するべきである。

スウェーデン法の証明責任原則は、真偽不明の場合に誰が法律上不利を負担するかを確定するだけでなく、それだけの証明度(明証、証明、推定、疎明)で要証事実が証明されなければならないかも知定する。したがってそれは、真の証明責任規範と証明度規範とが結合したものであり、その点で基本的にドイツ法と異なる。

しかし証明度の決定について法律上の原則は存在せず、裁判官はそれを規範の目的から推定しなければならぬ。それが可能でないならば、いかなる証明責任規範も働く余地はなく、したがって優越性原理に従って裁判すべきである。つまり、証明責任原則が働かないような事例においては、証明責任点がまさに目盛りの中央にあり「0」の上に位置する。そこで判決上重要な事実主張が証拠調べにおいて優勢であるとの蓋然性が証明されるならば、その当事者に有利に判断されることになる。その場合、ボールディングによれば中央よりほんのわずかに優勢であれば充分であるが、エケレフはその点に関し「疎明」を要求する。¹⁶⁾

スウェーデン法ではこの優越性原理を適用することによって、表見証明のような廻り道をせずすむ。エケレフによれば、表見証明は「法定証拠法則の残骸」にすぎない。¹⁷⁾ 特別の事情の下で証明軽減が要求されるならば、蓋然性の要求を減ずることで考慮されるし、逆に特別の事情から特に高い蓋然性を要するのであればその場合は、確実性に接する蓋然性が証明されなければならない。判決はつねに蓋然性判決である。

C DDR法¹⁸⁾

DDRでは一九七六年一月にはじめて民法¹⁹⁾と民事訴訟法²⁰⁾が発効した。

社会主義的民事訴訟の基本原則の一つとして客観的な真実の探究があげられる。この原則は裁判所構成法の制定とともに導入された。すなわちその二条で、立法者は裁判官に対し、社会主義的正義の実現に影響を及ぼし、判例を通してすべての市民にその職業上および個人生活において責任ある行為をするよう指導せよと命ずる。そ

ここで、事実関係を真実に則して認定するのが民事裁判所の任務となる。民事訴訟法は五四条五項で、証拠は弁論の全趣旨を斟酌して評価すべきと簡潔に規定するだけだが、社会主義法は、訴訟において実体的真実が明らかになったときにのみ適用される。また社会主義的法意識は、裁判官がその任務を適正に遂行するよう要求し、厳格な客観的証明度が妥当する。客観的眞実の探究を目的とする以上、高い証明度が要求されることになるが、それにより事実関係が不明のまま終わり誰かが不利益を蒙るのではないかと憂慮する必要はない。事実関係が不明であるというのは稀である。というのもも事案解明についての当事者の積極的参加協力義務と裁判所の積極的指導的な訴訟形成作業とでほとんどの眞実は解明されるからである。それにもかかわらず、ノンリケットがおこる場合には誰かの不利に判断されるが、「証明責任」の概念は意識的に否定されている。

眞実確定のための証明度という理解からは証明度軽減は認められず、特に表見証明は認められない。しかし判例の中には「Prima-facie Beweis (一応の証明)」とか「Beweis des ersten Anscheins (表見証明)」、「Wahrscheinlichkeitsbeweis (蓋然性証明)」などの表現が見つけられ、学説の反対にもかかわらず表見証明を認める。

以上の比較法的考察からフーバーは次のことを明らかにする。すなわち、オーストリア、スウェーデン並びにDDRの三国でも自由な証拠評価の原則を採用しているが、証明度に関する見解は基本的に異なる。ということとは、西ドイツの支配的見解が好んで主張するような、自由な証拠評価と眞実の蓋然性との結びつきは存在しないのではないかということを推論させる。

3 西ドイツの判例⁽²⁾

証明度に関するフーバーの判例分析を見てみよう。ここでは彼が取り上げている判例の代表的なものをごく簡

単に紹介しておく。

まずライヒ裁判所は一八八六年一月一四日の判決²²⁾において、CPO二五九条の意味における事実の真实性についての裁判官の心証とは何かという問題について次のように述べる。「人間の認識手段は限られているので誰も要件事実の存在について絶対的に確実な知識をうることはできない。……それゆえに実生活においては、現存する認識手段を可能な限り徹底的に利用する場合にえられる高度の蓋然性が真実として妥当するのであり、この高度の蓋然性の存在を認識する意識が真実についての心証として妥当する。」

ここでは、裁判官の心証を一定の程度の蓋然性の意識としてとらえている。ライヒ裁判所はこのような考え方を以後も多くの判例で示し、その殆んどが因果関係の証明に関するものであった。他には、RGZ 162, 233 ff (精神障害の存否が問題になった事例) および RGZ 163, 321 ff (父子関係確認訴訟) においてもこの考え方を踏襲した。²³⁾

フーバーは、ライヒ裁判所の見解を次のように分析する。²⁴⁾ すなわち、まず、事実の存否について絶対確実な知識は存在しない。蓋然性も高度なだけでは事実認定のために充分ではない、それに加えて裁判官の個人的な心証が必要である。両方合わせてはじめて、何がCPO二五九条の意味における真実なのか明らかにする。しかし、いずれの要素が裁判官の心証形成にとってより重要であるかは必ずしも明らかにならない。というのは、裁判官の場合によっては到達しうる程度の蓋然性で満足しなければならないからである。結局、判例は、ムジージャークやヴァルターやマーセンらも指摘するように、裁判官が心証を形成するには、訴訟上究明された蓋然性で満足しなければならぬし、それによって裁判官はその主観的な任務、つまり個人的な心証を形成する任務をも果さなければならぬとの立場をとっているといえる。

BGHの判例は当初は、「裁判官が生活経験により確実と等しいとみなす程に高度の蓋然性で充分である」とか「裁判官が心証を形成するのに充分な程度の蓋然性」²⁷⁾、「あらゆる合理的な疑いを排除する程度の蓋然性」²⁸⁾、「実生活上用いられる確信を理由づける程の蓋然性」²⁹⁾としていたが、次第に裁判官の個人的確信を強調する態度が固った。すなわち「……裁判所はその証拠評価に際しては、いかなる場合にも、あらゆる疑いあらゆる反対の可能性を排除して要証事実を絶対的な確信をもって認定するということはできず、合理的で生活関係を明白に見通す人が真実についてもはや疑いを懐かない程度の蓋然性で満足しなければならない。それは、裁判所が、疑いを完全に排除するわけではないがそれに沈黙を命ずる程の、実生活上利用できるほどの確信をえることにかかっている」とした。³⁰⁾

その後のBGHの判例は、アナスタシア事件³¹⁾において示された判断が最もよくその考えを代表している。「……ZPO二八六条によれば裁判官は証拠調べの結果に基づいて主張されたことを真実とみなすか否かを判断しなければならず、したがって裁判所は単なる蓋然性では満足しない。さらにZPO二八六条は、裁判官が自ら事実主張の真実性について確信をえたかどうかを目標とする。判断にとってこの個人的な確信が必要であり、事実審裁判官は法定の証拠法則に拘束されずに自己の良心のみに従って存在しうる疑いを克服し、特定の事実関係について個人的な確信を得ることができるかどうか判断しなければならぬ。つまりそれは疑いを完全に排除しないけれども疑いに沈黙を命ずる程度のものである。勿論、裁判所は確実性に接する蓋然性で満足してよいというのはいへん不正確な表現といえる。もしそのことによって真実についての裁判官の自己の確信形成が無視されるとすればそれは誤りである」

このアナスタシア事件におけるBGHの基本的考え方は今日でも妥当している。

フーバーはこの判決を次のように分析する。すなわち、ZPO二八六条にいう真実についての心証はいかにして得られるかという問題についてBGHは確信概念でもって解決した。BGHはその概念に二重の意味を与えた。つまり判断のためにつねに必要とされる個人的な確信としての主観的な意味と、実生活上用いられる程度の確信としての客観的な意味である。それは、裁判官が真実について固有の心証(確信の主観的側面)に達しえないときは、確実性に接する蓋然性(確信の客観的側面)だけでは充分でないことを意味する。ゆえに確信の二つの要素が含まなければならないのである。

4 学説³²⁾

証明度をめぐる学説の分類についてはフーバーはグレーガー³³⁾や彼に賛成するプリュッティング³⁴⁾の三分類説やヴェルター³⁵⁾の三分類説よりも従来の二分類説に従って主観的証明度論(以後主観説という)および客観的証明度論(以後客観説という)に分ける。

その場合純然たる主観説、客観説というのは存在せず学説はいろいろな多様性をもって現れるが、この多様性がいずれかの要素に関係づけられるので二分類が可能だとの前提に立つ。フーバーは裁判官の主観的確信をねらうとする証明度論を主観説とし、主観的価値判断を排除する全ての証明度論を客観説とする。³⁶⁾

a 主観説

裁判官がその主観的な意見や信条、信念あるいは個々の裁判官の恣意でもって真実について心証形成するとの見解を主張する者はいない。主観説は、裁判官の個人的な確信に客観的な基準をもち込んで何とくして妥当な表現にしようとする。そこで多くの論者がもち込むのが蓋然性の考慮である。例えば判例では、「確実性に接する蓋然性」とか「実生活上利用できる程度の蓋然性で疑いを完全に排除するわけではないがそれに沈黙を要求する

程度の蓋然性」あるいは「思慮深く良心的で生活経験を積んだ人間として客観的な根拠に基づき充分である」とみなす程度の蓋然性」と表現される。しかし、これらの基準が真実性についての確信とされるのであれば、事実認定の際に、要求される蓋然性には達したが、それでもなお確信を懐きえない裁判官はどうすべきかという問題が提起され、主観説はこれに答えなければならぬのに従来それが無視されてきたとフーパーは指摘する。⁽⁹⁷⁾

aa グルンスキー⁽⁹⁸⁾とシュナイダー⁽⁹⁹⁾は、事実認定の際に「非常に高度の蓋然性」で満足すべきだったが、前者は完全な心証を、後者は裁判官の確信を要求する。グルンスキーが例外を認めないのに対し、シュナイダーは親子関係確認の際の鑑定のように自然科学的方法で限界値が得られる場合には、裁判官の個人的な確信は排除されたとする。つまり、非科学的証明の場合にのみ、裁判官の確信⇨心証⇨真実の確実性という基準が必要であるとする。

bb プロマイヤー⁽¹⁰⁾およびエッサー⁽¹¹⁾なども裁判官の「完全な心証」を要求するが、自然科学的証明の場合を除いて、裁判官は、かなり高度の蓋然性で満足しなければならないとする。

cc クヒンケ⁽¹²⁾の見解によれば心証形成の際の自由と拘束について次のように理解すべきである。「裁判官は事実関係の実際について確信を得ていなければならない、その場合には証明されたものとみなされる。…裁判官は個々の事例において、経験を積んだ思慮深い判定者が、現存する心証の根拠に基づき判例の意図と目的を斟酌してこのような確信に達する場合には、事実関係の真実性について確信を得なければならない。経験のある思慮深い判定者でもこのような確信に達することできない場合には裁判官は確信に達してはならないのである。」

dd ヘーシャーもこの見解に賛同し、⁽¹³⁾裁判官は他のすべての思慮深い生活経験のある裁判官が事実関係を証明されたとみなすときは、その事実関係を確定しうるし、確定しなければならない。そのことは証拠評価を擬制す

ることになる。つまり裁判官は内的な確信に達する必要はなくむしろ個人的な見地から離れた方がよいという。フーパーは、クヒンケとヘーシャーについて彼らの見解を主観説に含めてよいか疑問だとしながらも、彼らが理念型としての裁判官に個人的な確信を要求する以上、主観説と評価しようとする。⁽⁴⁷⁾

ee グレーガー⁽⁴⁸⁾とヴァルター⁽⁴⁹⁾は、確実性に接する蓋然性という(客観的)形式は、「(つねに)客観的あるいは実体的な真実が確定されるわけではない」ことを表現するにすぎないとしてそれを克服しようと努めるが、他方で原則的証明度としては、裁判官の個人的確信を要求するところの真実の心証だと主張し、プリュッティングもこれに賛成する。グレーガー⁽⁴⁷⁾は、証明度の基準として「真実についての確信」を固持し、いわゆる証明軽減の場合(因果関係の証明、表見証明等)にも、この基準を維持する。その点ヴァルターとプリュッティングは、特定の事例群ではZPO二八六条一項の要求を目的論的に軽減し、結果的に証明度軽減を支持する。

ff ゴットバルトはどのような方法で裁判官の心証と蓋然性の概念が結びつくかについてふれ、客観的な統計上の蓋然性は例外を除いて裁判官の心証形成の基準にはなりえないと批判し、次のような議論を展開する。⁽⁴⁸⁾ すなわち、確かに裁判官の証拠評価の目的は真実の確定であるが、裁判官が事実を真実と認めてよい証明度については法律上規定されていない。なぜなら自由な証拠評価は、自由な主観的証明の場合、つまり裁判官が主観的に認識した経験的蓋然性(Erfahrungswahrscheinlichkeit)を自由に確定する場合にのみ可能だからである。真実を確定する裁判官の義務は、(間||Mitte)主観的経験的な蓋然性の基準により、蓋然性の優越が認められる事実を確定することと同義である。事案によってはより高度の確信が達せられるし、それが義務づけられる事案もある。他方、判決は、実存的合理的なもので、第三者にとって追証可能なほどに(nachvollziehbar)明らかでなければならず、裁判官もこの実存的合理的な考慮を怠ることはできない。したがって裁判官は、その主観的な確信が

実存的合理的に理由づけられた確信であるよう義務づけられている。フーバーは、ゴットバルトのいう経験的な蓋然性は「実証基準 (Bewährungsgrad)」として不適格であり、単なる心理的なものであって客観的な基準たりえないと批判する。⁽⁵⁴⁾

b 客観説

aa 裁判官に客観的な真実の確定を求める考え方がまず考慮の対象となる。既述のように DDR 民事訴訟もこの立場をとるが、フーバーによれば、そこでは客観的の真実は社会主義的法意識により修正されて社会主義的合法性が確定されるだけで、証明度は何の役割も演じていない。⁽⁵⁵⁾

bb ムジラークの見解⁽⁵⁶⁾ ムジラークは、良心にのみ従い、拘束をうけない裁判官の自由と彼に提示されている客観的限界をいかに一致させるかに取り組む。彼によれば自由心証主義は、裁判官を法定の証拠法則で拘束せず、良心のみに従って証明に必要な蓋然性に達したか否かを判断させるが、この蓋然性の基準は、客観的な程度 (objektive Größe) として彼に与えられるという。裁判官は絶対的な真実を探究したり認定したりする必要はなく、彼にとって関心のある事実関係の状態についての仮説を設定しなければならない。その仮説は客観的に基礎づけられ、その採用の正当性は一定の蓋然性で根拠づけられなければならないとする。ムジラークによれば、必要な蓋然性の程度は、法律で明らかにされていないがその解釈適用を通じて確認される法律問題である。そこで通常の事例では、非常に高度の蓋然性が要求されるが、それは、「確実性に接する蓋然性」とか類似の表現になる。彼によれば、判決は本質的に蓋然性判決であり、そのように解すれば、低い証明度で満足する証明度軽減の要求も困難なく満たされる、しかしして証明度軽減の根拠をあげれば、実体法上の請求権を空虚なものにするのを避けるためだといえる。フーバーによれば、⁽⁵⁷⁾このようなムジラークの見解は誤解されるのが稀では

なく、プリュッティングは彼を蓋然性の優越論者とし、グレーガーは彼の理論を主観説に入れる。

cc 蓋然性の優越⁽⁶³⁾ この論者には、イギリス、アメリカ法の影響をうけたケーゲルとマーセン、スウェーデン法の影響をうけたブルンスがおり、最近ではモッチュが有力に主張している。

ドイツの学説の中ではケーゲルが始めて蓋然性の優越理論を提唱した⁽⁶⁴⁾。彼は次のようにいう。訴訟では常に蓋然性しかえられず、決して確信には達しえない。その程度は動揺しうるのであるが蓋然性の優越で充分である。それは証明責任分配の特別の根拠から推察される。蓋然性の優越は我々のもつことのできる最良のものである。確かに誰でも可能性の最も高い蓋然性を望むが、それが得られない場合は、蓋然性のないものよりは蓋然性のあるものに従って判断すべきことが正当化されるといふ。

ブルンスも裁判官の事実認定活動を蓋然性による評価にとらえる。彼は「心証は他のものと比較対照できず心証形成はとらえるのが難しいが、蓋然性の程度は理解させることができる」との前提に立つ。フーバーによればブルンスは、原則的証明度として蓋然性の優越を認めているのではない。なぜなら、ブルンスは、スウェーデン法は一般の証明度について単なる蓋然性の優越よりも高度のものを要求しているにとらえ、彼の依拠するエケレフの見解も、民事訴訟上の原則的証明度を『offenbar』「確実性に接する蓋然性」ととらえているからであるといふ⁽⁶⁵⁾。

マーセン⁽⁶⁷⁾は、アメリカ法等を詳細に検討して蓋然性の優越理論で満足していると評価し、西ドイツにおいてもこの理論を移植すべきであり可能であると主張する。彼によれば、証明度は、間違つて（不存在の）事実が認定されることと、誤つて（存在する）事実が認定されないことのコストを対比する機能をもつのであり、このコストが原則として等しいといふことは、蓋然性の優越が原則的証明度として要求されることになるといふ。それ

を無視して立法者は、真実のみを事実認定の基礎とする間違った観念から出発している。マーセンによれば、この原則的証明度は、当事者が取引きの相手方や客や保険会社に損害を転嫁しうる場合には適用されない。⁶⁹そこでこのような場合のためにマーセンは原則的証明度を上げたり下げたりし、場合によっては証明責任の転換を認める。⁶⁹

モッチュは、蓋然性のないものよりも蓋然性のある事実について認定するのは合理的かという問いに肯定の答えを出す。モッチュも実際に存在する事実を認定しないことと實際上存在しない事案を認定することは、同程度に不正なことであるとし、原告、被告の法的要求は等しく保護されるべきとの立場から出発する。⁶⁹民事訴訟ではこれが原則であり、刑事訴訟では、無実の者に有罪判決を下さないという利益が罪ある者を罰しない利益よりも格段に大きい。モッチュは原則的証明度の判断の限界として、誤った判決よりも正しい判決が期待される点を考慮する。それによれば、正しい判決の限界は、公式 $e = \frac{1}{1+1}$ で決定される。「1」は実際には存在しない事実 (G) を確定することと、存在する事実 (G) を確定しないこととの関係から生ずる不利益を意味する。したがって、 $G_1 = 1$ である。そこで事実認定の（結論の）間違いの場合の不利益は等しい値であり、次のようになる。

$$e = \frac{1}{1+1} = 0.5$$
したがって民事訴訟においては正当な判断の限界 (e) は、原則的事例については約 50% であり、蓋然性の等しいあたりに存在する。そしてすべての蓋然性は明らかに「存在する」か「存在しない」か「Notin」かであり、ノンリケットはありえない。ノンリケット概念を認めその場合を「不存在」に含めて判断する通説の処理は、ZPO二八六条一項の自由心証主義に反する。自由心証による判断を客観的証明責任原則の基準で代替するのは、不自然で誤った判断の割合を高くすると主張する。⁶⁹

以上の客観説をフリーバーは次のようにまとめる。純粹の客観説も存在しえない。証明は蓋然性による証明であ

り判決は蓋然性判決である。どの程度の蓋然性が達成されなければならないかについて多くの答えがありうるが、実際にはムジラーの主張する高度の蓋然性による心証形成理論と、ケーゲル、マーセン、モッチュの主張する優越性理論の二方向に落ちつく⁹²⁾と評価する。

5 フーバーの見解⁹³⁾

フーバーは客観説の立場から主観説を批判する。彼によれば、主観説にもニュアンスの異なる様々の主張が含まれるが、証明度として真実について裁判官の個人的確信を要求する点で一致している。しかし、客観的な真実の発見は、弁論主義や処分権主義を認める民事訴訟の目的ではないし、人間の認識能力に限りがある以上ごく例外的な場合を除いて実体的真実の発見は明らかにならないという点からも、主観説はとれないとし、基本法を根拠に民事訴訟における実体的真実の発見の要請を論証しようと試みるシュツルナーの説⁹⁴⁾を批判する⁹⁵⁾。

次のようにもいう。すなわち、目標とされる真実の確信と、具体的客観的に到達できる結論とのくい違いをいかに埋めるか、主観説では明確に論じない。これと関連して、要証事実について高度の蓋然性が(客観的に)存在する場合、裁判官は個人的確信をえなければならないかについて主観説はうまく答えられない。自然科学的証明の場合や客観的蓋然性の高い経験則がある場合などは、裁判官の個人的確信を問題とすべきでないであろう。このことは、判例が多くの事例で表見証明を認めている点からも明らかであろう。したがって主観説は妥当ではない⁹⁶⁾。

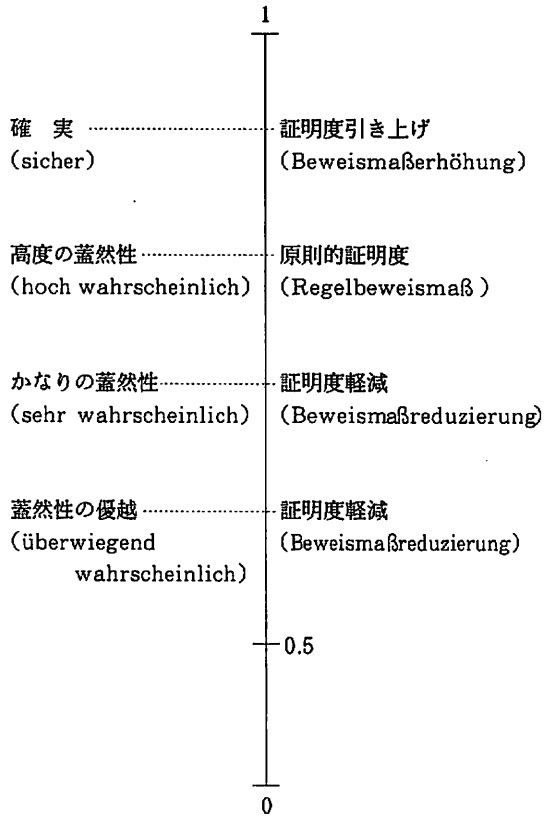
そこでフーバーは、裁判官が到達すべき具体的な確信をめざす客観説の立場を支持する。この場合、蓋然性の程度は自然科学的証明(例えば親子関係確認訴訟における血液型鑑定や、推定寿命 (§ 844 Abs. 2 BGB) や定期金の元本化 (§§ 843 ~ 845 BGB) などの予測判断等)の場合にのみ正確な数字で表示され、その他では大ま

かな基準が与えられればよいとする。つまり蓋然性客観化の限界をそこに認めるのである。したがって彼はシュライバーの⁽⁶⁷⁾ように、個々の証拠方法の証拠価値や全体の証明度の算定のために、あらゆる場合に蓋然性算定の数学的方法を利用する試みには警戒すべきだと批判する。すなわち、シュライバーの⁽⁶⁸⁾定式では、要証事実の蓋然性を正確に計算するためには個々の証拠方法の証拠価値が経験的に得られた資料で正確に計算できることが前提であるが、そのような経験的資料が存在しない多くの事例ではどうか。裁判官が自分自身あるいは他人の経験を通して得た経験知で評価せざるをえないがこれは大まかな評価値でしかない。ゆえにシュライバーの定式から読みとれる全体の証明値も正確な数字にみえるだけであって計算の基礎となる基本的な仮説のあいまいさがおおい隠されていることに注意しなければならない⁽⁶⁹⁾という。

「蓋然性」についてフリーバーは、ある集団内の特定の事件の頻度をあらわす客観的な基礎資料に基づき、具体的な当該事案の頻度を推定せしめる概念にとらえ、裁判官の心証を、事実認定の際に要求される蓋然性の程度に達していることについての裁判官の意識だとする⁽⁷⁰⁾。また彼は、蓋然性を、客観的に特定できる多段階に分けることを提唱するが、その場合、自然科学的証明以外では、具体的な数字化はできないとし、段階をパーセンテージで表現することは避けて、それぞれの範囲を決定する限界値を設定するにとどめる。その意味で彼は、蓋然性のそれぞれの段階を数字化するベンダーの⁽⁷¹⁾説（真実の心証（99%以上の蓋然性）、高度の心証（75%以上）、蓋然性の優越（50%以上）、低い心証（25%以上））をとらない。

フリーバーは彼の提案を次のように示す⁽⁷²⁾。

説明によるとりとは1は限界値で、1は当該事件の発生が最も確実であることを示し、0はその発生の可能性がないことを意味する。0.5はその発生、不発生の蓋然性が等しい場合である。「蓋然性の優越」と0との間で更に段階を設けることは実務上意義をもたない。原則的証明度は「高度の蓋然性」であり、これより高い証明度は「確実な」蓋然性である。この場合 Σ (蓋然性) \parallel ではなく、 Σ \parallel \parallel であってしかも高度の蓋然性よりも高い蓋然性を要求する。証明度の軽減として「かなりの蓋然性」と「蓋然性の優越」の二段階を認めるのは、証明度軽減の程度は事案によって異なるのであって、常に「蓋然性の優越」まで低減する必要はないからである。



フーパーは彼の提案の有用性について次のようにいう。すなわち、証拠価値を決定して彼の提案した基準にあらはめることはしばしば困難に逢着しよう、しかしそれを行うことは裁判官の責任と任務である。困難だからといって個人的確信に逃げこむことは問題の解決にならないし、比較的正確な決定は実際にも可能である。例えば、温度計の発明以前には、暖かさの程度を、「寒い、ぬるい、暖かい、熱い」といった客観的な基準で決めることに誰も反対しなかったではないか。⁶⁵⁾

彼は、裁判官の心証を「事実の確定に必要な蓋然性の程度が達成されたことについての意識」ととらえることによつて、客観的な蓋然性に基づく判決が正当化され、例えば、要証事実の蓋然性がきわめて高い（被告が父親であることの蓋然性が90%以上である）との鑑定意見の場合、主観説のように個人的な確信の欠如を理由として裁判官が迷ふ必要はなくなる。つまり、裁判官が到達することのできる蓋然性と要求される真実の心証との間の違いの問題を容易に解決しうる。更にそのように理解される心証によつてこそ、間主観的 (intersubjektiv) に追証可能 (nachvollziehbar) となり、合議体裁判所における個々の裁判官とおしのあるいは上級裁判所との関係でもコミュニケーションがうまくいき、また裁判官と当事者との正当なコミュニケーションの成立に役立つという。⁶⁶⁾ 自由心証主義と蓋然性心証との関係について彼は次のようにいう。すなわち、自由心証主義は形式的な証拠法則の拘束から裁判官を解放することなのであって、証明度については何も言及しない。つまり自由な証拠評価は、いかにして裁判官が心証に達するのかわからない道を示すものであり、証明度は、それにより、事実を確定でき且確定しなければならぬという目標なのである。自由心証主義が証明度と直接結びつくものではないということは、先の比較法的考察からも明らかなのであってその点でも主観説は妥当ではない。⁶⁷⁾

原則的証明度として「蓋然性の優越」で足りるかという問題に対し、フーパーはそれを否とし、「高度の蓋然

性」が必要であると主張する。彼は、ZPO二八六条一項一文の「真実とみなす」という表現には高い要求が揚げられているとみる。なぜなら人は高度の蓋然性が認められる事実のみを「真実とみなす」ことができるからであるとする。ただ、この規定は、原則的事例で要求される証明度を示唆するだけであって、特定の証明度論の正当化の根拠にはならぬとして先の解釈との一貫性を図る。更に疎明を認めた多くの規定の存在、その他事案の特性に応じた証明度を示唆する規定(例えば、§§ 252 S. 2, 611 a I 3, 612 III 3, 844 V BGB, § 287 ZPO 等参照⁽⁷⁾)の存在を根拠として、証明度を軽減したり引き上げたりするには特別の法的根拠が必要であり、原則的証明度としては「高度の蓋然性」が妥当だとする。判例上認められる表見証明の事例も、原則的証明度として蓋然性の優越では足りないことを物語るものだとし、むしろ、表見証明やその他の証明度軽減を必要とする事例においてのみ、「蓋然性の優越」は妥当すると主張する。

更にこの優越性原理の主張者(マーセンやモッチュニ⁽⁸⁾蓋然性の優越を原則的証明度とする立場)に対しては、次のような論拠からも反対する。

1 この論者は、しばしばスウェーデン証拠法を引き合いに出すが、スウェーデン証拠法における優越性原理は、原則的証明度ではなく、法律が証明度を示唆せず且裁判所の法解釈によってもそれが証明されない場合にのみ適用される原則にすぎない。論者のスウェーデン法の状況の理解には誤りがある。2 論者は、民事訴訟においては、瑕疵ある認定と非認定のコストは両当事者が平等に負担するとの認識を前提に、蓋然性の優越理論を正当化するが、その認識は正しくない。現にマーセン自身多くの例外を認めている。⁽⁹⁾ 3 論者によれば、証明責任原則は不要だというが、原則的証明度として蓋然性の優越を認めても、「ノンリケット」は該当領域が狭くなるだけで消滅することはない。

フーパーによれば、あらゆる事例で証明度は不要だとするグレーガーの考え方も以上の見地から当然に不当である。⁶⁰⁾

フーパーは、証明度軽減および証明度引き上げの問題について論じ、前者に関しては表見証明、ZPO二八七条、証明責任の転換の問題や証拠法上の制裁問題にふれ、後者に関しては嫡出推定に関するBGB一五九一条一項二文および免責証明に関するBGB八三一条を例としてとり上げる。⁶¹⁾

ここで、表見証明の問題に関する彼の見解を簡単に紹介しておこう。⁶²⁾

フーパーは、表見証明を証拠評価の問題としてのみとらえ証明度に言及しない判例、通説を斥け、またそれを実体法の問題としてとらえる説に対しても、裁判官がかってに実体法規範を修正するのは許されず、立法行為が必要だと批判する。⁶³⁾ 彼は表見証明の事例を証明度の問題と関連させてとらえる。その場合、従来の立場と異なり、過失の表見証明と因果関係の表見証明とを区別すべきことを主張する。彼によれば、過失の表見証明の場合は、単一の経験則が問題となるので一般の事例と比べて異別に処理する必要はなく「高度の蓋然性」が要求される。しかし因果関係のその場合は、多数の経験則が競合し、いずれの経験則が定型的なものか不明のことが多く、「蓋然性の優越」で決着がつけられる。その意味で証明度の軽減が図られるとする。その点で表見証明の問題を証明度軽減の事例ととらえるヴァルターの説を評価するが、彼が過失の事例についてもそれを認めることに批判的である。⁶⁴⁾

しかしフーパーによれば、この証明度軽減の根拠は、表見証明の特性にはなく、実体権を高い証明要求のために実現不能なものにしまいとする実体法的正当性の中にある。そこから展開して彼は、証明度軽減の一般的要件を次のように提案する。「その（事件の）特質によれば『高度の蓋然性』という原則的証明度では充分な解明

ができないかあるいは非常に困難であるような事例が問題となる場合には、証明度は『かなりの蓋然性』または『蓋然性の優越』まで軽減することが考慮され、実体的正義の観点が要求するときつまりもしそうしなければ実体法上の請求権規範が無に帰してしまふときは特にそうである。⁹⁵」

ここでフーバーの証明度論をまとめてみよう。彼は客観説の立場をとり、客観的蓋然性に基づく心証形成を主張する。証明度として必要な蓋然性の程度は、自然科学的証明の場合以外では數字化できないが大まかな限界値を示すことはできるとし、まず「高度の蓋然性」を原則的証明度として設定する。事案によっては、「確実な(蓋然性)」まで証明度がひき上げられ、あるいは「かなりの蓋然性」または「蓋然性の優越」まで証明度が軽減される。

三 むすびにかえて

フーバーの見解に対しては次のような批判がある。⁹⁶ 1 フーバーは客観説の立場に立って主観説を厳しく批判するが、一方で両理論の差を過大評価し、他方においてはそれを明らかにしていないように思われる。2 フーバーは、裁判官の心証を「事実の確定に必要な(場合によっては様々な程度)の蓋然性の程度に達していること」についての裁判官の意識」ととらえるが、果してそれは必然的に客観的証明度論に結びつくのか。裁判官がその確信を自ら弁明しなければならない場合には、蓋然性の程度がいかなるものであれ、主観的理論とよべるのであって、むしろ裁判官がその個人的確信をすべての専門家にとって追証可能なほどに理由づけあるいは自然科学的法則性に従っているからこそ客観説とよべるのである。その観点からみてフーバーの説を客観説とすることは正当であろうが、だからといって主観説が直ちに不合理だということにはならないのではないか。3 フーバーによっ

て提案された蓋然性の程度の段階化は有意義ではあるが、それをパーセンテージでもまた蓋然性の基準（例えば50%、0.5等の）でも表示しない提案には疑問がある。彼の挙げた暖かさの基準の例は、彼の提案の正当化の根拠たりえない。なぜなら空気の温度は人によって感じ方が違うし、同じ15°Cでも我々は冬にはそれを暖かいと感じ夏には寒いと感じるからである。現代証拠法の重要な課題の一つとして、事案解明に必要とされる証明度を正確に決定することが要請され、証明度論はこれに貢献するものでなければならぬ。その点でフリーバーの説は充分な寄与をしていない。

この批判の前半はもっともであろう。しかし、裁判官の心証形成に必要な蓋然性の程度を常に正確に数字化しなくてはならないとする見解の正当性についてははにわかに判断しえない。客観化の限界についてはフリーバーもすでにシュライバー説の批判を通して述べているし、多くの論者の認めるところでもある。⁽⁴⁷⁾⁽⁴⁸⁾

自由心証主義の下で、裁判官の心証形成を客観化できるか。いかにすればそれは可能か。証明度をめぐるこれら中心的問題について西ドイツでは諸説が展開され、いまだ明確な解答はでていない。フリーバーの証明度論によっても一義的明白な答えは得られない。問題の複雑さを物語っているといえよう。

△注▽

(1) 兼子 一・民事訴訟法体系(S・24年) 二五三頁。

三ヶ月 章・民事訴訟法(S・34年) 四〇一頁。

小山 昇・民事訴訟法(S・43年) 二七八頁。

新堂 幸司・民事訴訟法(S・49年) 三三八頁。

中野貞一郎
 松浦 馨 編・民事訴訟法講義 (S. 51年) (青山善充執筆) 二八七頁〜二八八頁は、確信とは「ある実事存在
 鈴木 正裕

について合理的な疑いの余地のない程度の心証」をいうとする。

- (2) 最判(一・小)昭和三三・八・五 刑集二卷九号「一二三頁。
- (3) 最判(二・小)昭和五〇・一〇・二四 民集二九卷二四一七頁。
- (4) Vgl. Dieter Leibold, Beweis und Beweislast im Zivilprozeß, 1985, S. 5ff
- (5) Michael Huber, Das Beweismaß im Zivilprozeß, 1983.
- (6) 特にドイツにおける証明度論の分析については第2章、第5章、第6章参照。
- (7) 講座民事訴訟5証拠二七頁以下(S. 55年)。
- (8) R. Bender, ZZP 97 (1984), S. 227ff (229)。
- (9) Huber, a. a. O., S. 5ff.
- (10) " " S. 6ff.
- (11) " " S. 13.
- (13) " " S. 22ff. 春日・前掲三二頁以下。
- (14) この訳語は春日・前掲三二頁を参照した。
- (15) エケレフは、彼の教科書の第4版では蓋然性値をことばと数字で示していたが、新版では数字を表示していない。

Ekkelöf, Rättegång IV, 5. Auflage 1982, S. 31. Vgl. Ekkelöf, Beweiswert in: Festschrift für Fritz Baur,

1981. フリッツ・バウア記念論文集所収のこの論文については、提龍彌講師(神戸学院大学)による紹介がある。鈴木

忠一・宮川種一郎・三ヶ月章＝編集〔季刊〕実務民事法 一九八四—六 一三八頁以下。

Vgl. Huber, a. a. O., S. 27. Fn. 135.

- (19) Bolding, Sachaufklärung und Überzeugungsbildung in Schwedischen Zivilprozess in: Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, 1966. S. 57 ff (60).

Ekelöf, Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anschlins, ZZP 75 (1962), 299 ff.

Huber, a. a. O., S. 33. Fn. 173.

- (17) Ekelöf, Beweiswert in: Festschrift für Fritz Baur, 1981. S. 351.

Ekelöf, Rättegång IV. S. 97. Fn. 71.

- (18) Huber, a. a. O., S. 34 ff.

- (19) Zivilprozessbuch des Deutschen Demokratischen Republik vom 19. 6. 1975 GBL I 456

- (20) Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Zivil-, Familien-, und Arbeitsrechtlichen Zivilprozessordnung, vom 19. 6. 1975 GBL I 533.

- (21) Huber, a. a. O., S. 56 ff. 太田・前掲書 二七—三五頁に詳細な分析がある。

- (22) RGZ 15, 338 ff.

- (23) 一八七〇年成立のCPOは二五九条で自由心証主義を規定していた(現行ZPO二八六条)。なお、フーバーは、判例、学説の分析にはいる前に、CPO成立までの証拠法の分野を歴史的に概観しているが、すでにミッシーラーやヴァルターの叙述により充分に尽くされているとしてごく簡単な説明にとどめる(四九頁以下)。

ドイツにおける自由心証主義の歴史については春日論文による紹介があるのでここでは省略する。

- (24) Huber, a. a. O., S. 56 f.
- (25) Huber, a. a. O., S. 60.
- (26) BGHZ 7, 166 ff. Huber, a. a. O., S. 61. Fn. 75.
- (27) BGH VersR 1954, 495 (Urteil vom 7. 7. 1954), Huber, a. a. O., S. 61. Fn. 77.
- (28) BGHZ 18, 311, 318 (Urteil vom 24. 10. 1955), Huber, a. a. O., S. 56. Fn. 78.
- (29) BGH VersR 1956, 696 f (Urteil vom 24. 1. 1956), Huber, a. a. O., S. 61. Fn. 79.
- (30) BGH NJW 1960, 777 (779) (Urteil vom 21. 12. 1960), Huber, a. a. O., S. 62.
- (31) BGH 53, 245 (Urteil vom 17. 2. 1970) = NJW 1970, 946 ff = MDR 1970, 491 ff, Huber, a. a. O., S. 63.
Fn. 88. 木田・前掲物三風〜三三三風論議。
- (32) Huber, a. a. O., S. 67 ff.
- (33) Greger, Beweis und Wahrscheinlichkeit, 1978, S. 88 f. Huber, a. a. O., S. 68. Fn. 104.
- (34) Pritting, Gegenwartprobleme der Beweislast, 1983, 88 II 4, Huber, a. a. O., S. 68. Fn. 106.
- (35) Walter, Freie Beweiswürdigung, S. 133 ff. ハマンナー博士「法律論」客観的凶犯ややが「其業の功績を以て」
第三種制罰を以て「當然に」之を以てす。
- (36) Huber, a. a. O., S. 69.
- (37) " " S. 71.
- (38) Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2 Aufl. 1974, S. 450.
- (39) Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, 3 Aufl. 1978, S. 18 f.

- (40) Blomeyer, Beweis und Beweiswürdigung, Gutachten für den 46 DJT. Band I 2A 1966, S. 15f.
- (41) Esser, Vorwort in: Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, 1966, S. 12f.
- (42) Kuchinke, Freiheit und Bindung des Zivilrichters in der Sachaufklärung, 1966, S. 39f.
- (43) Heescher, Untersuchungen zur Merkmal der freien Überzeugung in §286 ZPO und §261 StPO 1974, S. 65.
- (44) Huber, a. a. O., S. 73.
- (45) Greger, Beweis., S. 144f.
- (46) Walter, a. a. O., S. 150.
- (47) Prütting, Beweislast., §8 II 5., Huber, a. a. O., S. 73. Fn. 134.
- (48) Gottwalt, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, S. 186~226. 兼田・権藤四子〜四六頁参照。
- (49) Huber, a. a. O., S. 97.
- (50) Huber, a. a. O., S. 78.
- (51) Huber, a. a. O., S. 81 ff. Musielak, Beweislast., S. 110.
- (52) Huber, a. a. O., S. 83.
- (53) Huber, a. a. O., S. 83 ff.
- (54) Kegel, Der Individualanscheinbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit, in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für Heinrich Kronstein, 1967. S. 321 ff. Vgl. Huber, a. a. O., S. 83. Fn. 207.

- (57) Bruns, ZPR S. 243 f (Rd Nr 168 a), ZZP 91 (1978), 64.
- (58) Huber, S. 84. Fn. 216. フリマンチンツ、マーセン、クーシャー、グレーガーもブルンスが原則的証明度として蓋然性の優越を主張していると評価するが、ヴァルターはブルンスの場合、原則的証明度は蓋然性の優越ではなく、有力な蓋然性でもよいとしている。
- (59) Maassen, Beweismaßproblem im Schadenersatzprozess. S. 39 ff. Vgl. Huber, a. a. O., S. 85. Fn. 224.
- (60) Maassen, a. a. O., S. 160.
- (61) Maassen, a. a. O., S. 11 ff. Vgl. Huber, a. a. O., S. 86. Fn. 233.
- (62) Vgl. Huber, a. a. O., S. 86. Fn. 234. ヴルデツ Bender, Juristenzeitung 1984. S. 371 f やおなおし参照した。
- (63) Huber, a. a. O., S. 87.
- (64) Huber, a. a. O., S. 88. Fn. 243. キンダー理論についてフーバーは、それが主観説か客観説か不明であり、彼の統計的証明度はおなひびんつと言及をかける。キンダー理論については太田・前掲書四八頁以下。
- (65) Huber, a. a. O., S. 89 ff.
- (66) Stürner, Aufklärungspflicht der parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 31 ff.
- (67) Huber, a. a. O., S. 93 f.
- (68) ライホルツは、主観説とするRdGHの判例を批判して「一方において確信を要求し、同じ息づかいでもって全ての疑いが排除を要する必要はない」と強調することは不合理である。疑惑を伴った確信はそれ自体矛盾ではないか」という。
- D. Leipold, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozess, 1985, S. 9 f.

- (69) Schreiber, Theorie des Beweiswerts für Beweismittel im Zivilprozess, 1968, S. 2 f.
- (88) b (證據理論) $= \frac{f}{w+f}$ (w = 真, f = 偽), Schreiber, a. a. O., S. 25.
- (89) Huber, a. a. O., S. 109, 150. 神口・植野中 | 風條監°
- (70) Huber, a. a. O., S. 113.
- (71) Bender, Das Beweis im FS Baur, 1981, S. 247 ff (258).
- (72) Huber, a. a. O., S. 115.
- (73) Huber, a. a. O., S. 116.
- (74) Huber, a. a. O., S. 116 f.
- (75) Huber, a. a. O., S. 118 f.
- (76) Huber, a. a. O., S. 122. Fn. 183.
- (77) Huber, a. a. O., S. 122. Fn. 184.
- (78) Huber, a. a. O., S. 124 ff.
- (79) Huber, a. a. O., S. 125. Fn 199.
- (80) Huber, a. a. O., S. 123.
- (81) Huber, a. a. O., S. 127~144.
- (82) Huber, a. a. O., S. 127~135.
- (83) Huber, a. a. O., S. 131 f.
- (84) Huber, a. a. O., S. 133.

- (85) Huber, a. a. O., S. 136.
- (86) Bender, ZZP 97, 227 f.
- (87) Huber, a. a. O., S. 107 ff. 春日・前掲五一頁。
- (88) 春日・前掲一〇四頁以下。太田・前掲書一〇七頁以下。