

ゲルハルト・ヴァーグナー 「訴訟当事者による文書提出 ——情報提供義務と拒絶権」

河 野 憲一郎 訳

【訳者前注】

本稿は、*Gerhard Wagner, Urkundenedition durch Prozeßparteien – Auskunftspflicht und Weigerungsrechte, Juristenzeitung, 2007, S. 706 ff.* の全訳である。

訴訟における事実認定においては、文書が決定的な意味を持つことが少なくない。この訴訟の勝敗にとって重要な意味をもつ文書は、それが証明責任を負う当事者の側にではなく、相手方当事者又は第三者の手元にある場合には、文書提出命令を通じて訴訟に顕出される。2001年の改正前のドイツ民事訴訟法にあってはZPO422条以下に、実体法上の提出義務にもとづく義務のみが規定されていた。これに対して、2001年の改正法によって、ZPO142条以下に訴訟上の提出義務が規定され、このことにより、従来よりもきわめて広い範囲で、相手方又は第三者の手元にある文書が訴訟に顕出されうることとなった。こうしたドイツにおける改正そのものについては、わが国においても既に周知のところである。しかし、その理解をめぐる同国における議論については、全くと言ってよいほど注目されていない。訳者は、ドイツの現状を知るために本論文の翻訳による議論の紹介が有益と考えた。その際、次の二点に留意する必要がある。

第一に、たしかにドイツの改正法のあり方は、書証に関する従来の限定義務を改めて一般義務化をした日本法とは異なるため、そこでの議論が日本法の

解釈論にとってただちに転用可能であるとは言えないかもしれない。しかし、わが民事訴訟法の母国はドイツであり、ドイツ法と日本法とが同じ方向に向かうかどうかは別として、ドイツにおける議論の現状を知ることにより、きわめて重要な示唆を得ることができると思われる。

第二に、本論文で取り扱われている問題は、具体的には「事案解明義務理論」をめぐる議論にも大きく関係している。証明責任を負わない当事者にも事案の解明についての一定の寄与を求めるこの理論は、ドイツのロルフ・シュトゥルナー教授によって唱えられ、わが国でも有力な論者により、紹介・採用されている。たしかにこの理論は事案の解明における当事者相互の関係に目を向けた画期的なものであった。しかしドイツの学説上は、古くから実体法上の義務の存在を根拠に事案解明義務理論を否定するものが少なくなく、また連邦通常裁判所 (BGH) の判例によっても、この理論は否定された。ここに紹介するヴァーグナー教授の議論は、一方で、いわゆる事案解明義務理論そのものについてはこれを斥けるが、他方で、訴訟における当事者相互の関係に着目して、証明責任を負わない当事者にも一定の寄与を求める点で、結論的には、事案解明義務理論によって追求されている内容をむしろ手続内在的に根拠づけようと試みるものである。事案解明義務理論は、その主張するところはきわめて注目すべきものではあったが、訴訟における認否と証拠調べといった手続の中での細かい位置づけとの関係が必ずしも明らかではなく、伝統的な訴訟法理論やそれが前提とする手続構造との接合が必ずしも十分ではなかったともいえよう。ヴァーグナーの議論は、小稿ながら、この点について新たな方向性を切り開くものであるが、より实际的で説得力があるのではないだろうか。

なお、「第三者」による文書の提出については、本稿のいわば続編ともいうべき *ders.*, *Urkundenedition durch Dritte – Deutsches Recht und amerikanische Discovery*, in: FS für Leipold, 2009, S. 801 ff. がある。これについては、拙訳「ゲルハルト・ヴァーグナー『第三者による文書提出——ドイツ法とアメリカのディスカヴァリー』」小樽商科大学人文研究第121輯（2011年）掲載予定をあわせてご参照いただければ幸いである。

* * *

2001年の民事訴訟法改正法によるドイツ民事訴訟法（以下「ZPO」とする。）142条の新規定は、訴訟上の解明義務という要素をめぐるドイツの手続法を豊かなものにした。これによって惹起された証拠法体系における緊張は、立法者によって解決されてはいない。その克服が、この論文のテーマである。訴訟上の解明義務の機能と正統性から出発し、文書提出を義務づける要件が定められ、当該当事者の拒絶権が叙述される。

I. ZPO142条の新規定

裁判所による文書提出命令に関する ZPO142条の規定は、2001年7月27日の民事訴訟改正法¹⁾によって改訂され、かつては1項の中に²⁾集中されていた規律が、ZPO142条1項および同2項に分配された³⁾。旧法とは異なり、当事者の一方は、自らが文書を引用した場合だけでなく、相手方当事者が引用した場合にも、文書の提出を義務づけられる。

さらに文書提出に対する第三者の義務がはじめて導入された。第三者に対しての提出命令はそれ自体が一つのテーマであり、独自の問題を提起するものであって、この問題は立法者によって相対的な一義性でもって規律されている。とりわけ立法者は正当な秘密保持の利益との葛藤を見、それを証言拒絶権に関する ZPO383条以下の諸規定を準用することによって解決した。規定の衝撃性にとって重大な貢献をするところの訴訟当事者に関する機能的に同等な規律は欠けている。それゆえ、以下の考察は、訴訟当事者の提出義務を中心にする。

1) BGBl. I, S. 1887.

2) 規定は、次のような文言であった。「① 裁判所は、系図、地図、設計図及びその他の図面で当事者の一方が引用しかつその手中にある証書を提出すべき旨を命じることができる。」

〔訳文は、石川明『ドイツ民事訴訟法典』法務資料450号（1992年）によった。〕

3) 詳細は、Zekoll/Bolt NJW 2002, 3129.

Ⅱ. ドイツ法の伝統的立場

1. 訴訟当事者の訴訟上の解明義務の不存在

予断のない観察によれば、ZPO 新142条が裁判所に対して、所持している当事者が引用しないような文書の提出命令を授権する場合に、そもそも何が悪いのかを問うことができる。実際、規律はドイツ民事訴訟法の土台、すなわち一般的な訴訟当事者の事案解明義務の不存在に関係している。

こうした関連は、訴訟当事者がその内容が自己に有利な文書を通例自発的に提出するであろうということを思い浮かべた場合に、ただちに明らかになる。文書の内容が所持者の法的地位にとって不利である場合には、別のことが妥当する。この場合には提出の拒絶は保護に値するとされる。連邦通常裁判所（以下「BGH」とする。）が情熱をもたずには宣言することのなかったように、何人も「相手方が全く自らは利用できない資料をこの者の勝訴のために提供する」義務はない、という⁴⁾。学説においてしだいに支持者を出している一般的な訴訟上の解明義務は⁵⁾、存在しない⁶⁾。

2. 書証の枠内での限定的提出義務

ZPO142条を当面度外視すれば、現行ドイツ民事訴訟法上、文書提出義務は

4) BGH NJW 1958, 1491, 1492; 1990, 3151 = ZZZ 104 (1991), S. 203 (Stürnerによる判旨反対の評釈あり) = JZ 1991, 630 (Schlosser JZ 1991, 599 ff.による判旨反対の批評あり); BGH NJW 1997, 128, 129; 2000, 1108, 1109; BGH, Urt. v. 26. 10. 2006 - III ZB 2/06, Rdnr. 7; BAG NJW 2004, 2848, 2851; 同旨, Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 2 §§ 91-252, 21. Aufl. 1994, § 138 Rdnr. 22; ders., in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 3 §§128-252, 22. Aufl. 2005, § 138 Rdnr. 26 ff.; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl. 2005, § 138 Rdnr. 12; また, Hahn, Die gesamten Materialien zur CPO, Bd. 1, 1880, S. 325 も参照。

5) 基本的なのは, Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 92 ff.; これにしたがうのは, Schlosser, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. 1991, S. 357 ff.; ders., JZ 1991, 599; Gottwald, in: Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentags, Bd. 1, 1996, S. A 15 ff.

6) BGHZ 116, 47, 56.

ZPO420条以下の要件の下でのみ存在する。ZPO420条によれば、書証は、立証者がその所持する文書を提出することによって申出がなされる。文書が相手方当事者の手元にある場合には、証拠申出は、この当事者に文書の提出を課すことを申し立てて行われる。以下の諸規定から明らかなように、そのような措置は、しかし、まさに相手方の文書提出義務を生じない。そのようなものは、むしろ2つのケース、すなわち(1)相手方自身が文書を引用した場合（ZPO423条）および(2)立証者が民法の規定によれば文書の引渡し又は提出を要求しうる（ZPO422条）限度においてのみ存在するにすぎない。一般的な提出義務は、いずれにしろ実体法上存在せず、BGB259条、同402条、同666条、同675条、同810条が最重要であるところの項目ごとの規律のみが存在するにすぎない⁷⁾。なお、比較的一般的と考えられている BGB810条の規定は、文書の閲覧に対する法的利益を要件としているだけではなく、さらに、文書が実際に利害関係を有する当事者にとって証拠方法として役立ち、又はその利益を促進するという目的で作成されたことを要求している⁸⁾。このことは特に契約文書の場合に肯定されなければならない、それはしたがって BGB810条において、特に掲げられている。BGB810条のさらなる実務上重要な適用事例は、患者の書類（Krankenunterlagen）である⁹⁾。

3. EU 実行指令の国内法化

いわゆる実行指令（RiL 2004/48/EG）の国内法化に奉仕する知的財産権の実現の改善のための法律が施行されれば¹⁰⁾、ドイツ法の伝統的な立場が、近

7) Geimer, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 422 Rdnr. 2 参照。

8) 全てに代えて, Sprau, in: Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 810 Rdnr. 3.

9) BGHZ 85, 327, 331 f.; 85, 339, 341 ff.- ここではなお医療契約（Arztvertrag）のみから演繹されている。請求権基礎について詳細は, Hüffer, in: Münch-KommBGB, Bd. 5 §§ 705-853, 4. Aufl. 2004, § 810 Rdnr. 15; Marburger, in: Staudinger, BGB, §§ 779-811, Neubearb. 2002, § 810 Rdnr. 20 mwNachw.

10) Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, BR-Drucks. 64/07.

い将来新たに確認されるであろう¹¹⁾。TRIPS 協定43条1項^(訳注1)に依拠して、RiL 6条1項は、次のことを保障することを要求している：

「請求を十分に理由づけるために合理的に手に入れることができる証拠方法を提出し、相手方当事者の処分権限のうちにある証拠方法を請求を理由づけるために示した当事者の申立てにもとづいて、秘密情報の保護が保障される限りにおいて、管轄裁判所が、相手方当事者による証拠方法の提出を命ずることができる、ということ」。

RiL 6条2項によれば、裁判所は、営業の範囲において侵された法侵害の場合には、少なくとも次の可能性を持たなければならない：

「一方当事者の申立てにもとづいて、秘密情報の保護が保障されている限りにおいて、相手方当事者の処分権限のうちにある銀行書類、財務書類又は商業書類の引渡しを命じる」¹²⁾。

連邦政府は全く意識的に、このヨーロッパ法上の優先権を訴訟上の解明義務の範囲を拡充する契機として利用するのではなく、新たに実体法上のカードに賭ける決心をした¹³⁾。無体財産法の様々な法規の中には、そのつど同じ内容の規定が入れられており、それらは保護された権利の侵害を十分な蓋然性をもって示しうる者に文書の提出と物の検査の受忍を求める請求権を付与している¹⁴⁾。この重複した規律技術を理由づけるために、立法草案においては、実

11) RiL 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. 4. 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EG Nr. L 157 v. 2. 6. 2004, S. 16.

(訳注1) 第43条【証拠】 (1) 一方の当事者がその主張を十分裏付ける合理的に入手可能な証拠を提出し、かつ、他方の当事者の有する当該主張の裏付けに関連する証拠を特定した場合には、司法当局は、適当な事実において秘密の情報の保護を確保することを条件として、他方の当事者にその特定された証拠の提示を命じる権限を有する。

〔TRIPS 協定の日本語訳は、以下のウェブサイトからダウンロードできる。〕

http://www.jpo.go.jp/shiryou/s_sonota/fips/trips/ta/mokuji.htm

12) RiL 2004/48/EG (Fn. 11), S. 20.

13) BR-Drucks. 64/07, S. 59 ff.

14) §§ 140c PatG, 101a UrhG, 19a MarkenG, 46a GeschmMG, 24c GebrMG, 9 Abs. 2 HalbleiterSchG, 37c SortenSchG, jeweils i.d.F. des Gesetzesentwurfs (Fn. 10) 参照。

体法上の解決が問題なく、訴訟法上の制度——特に ZPO142条——になじまない法律効果の直接的な強制可能性を可能にするのだ、と述べられている¹⁵⁾。この理由づけは不審の念を抱かせる。けだし、ZPO142条の場合にも当該当事者は裁判所の命令にしたがう強力なインセンティブをもっているからである¹⁶⁾。証明の不利益から出発された間接強制が弱すぎると考えられる場合には、服従しない証人に対して利用される秩序罰 (Ordnungsmittel; ZPO390条, 同142条 2 項 2 文) が、当事者に対しても適用されるということが考えられるのであろうか、疑問である。

Ⅲ. ZPO142条の衝撃

1. 書証の規律との断絶

前述の法状況を背景に、ZPO142条の衝撃がただちに明瞭になる。すなわち、ZPO142条 1 項が裁判所に「一方当事者」の引用した文書の提出を命じる権限を付与する場合には、まさに簡潔に叙述され、精確に推敲され、総じてきわめて限定的な実体法の提出構成要件はそもそも何らの役割を演じないように思われる。ZPO142条が、実質的には当事者の一方が引用した限りでのあらゆる文書の提出命令を許容する白紙委任状を発行している場合に、裁判所はなぜ、さらに証明責任を負った当事者の証拠申出を条件とし、実体法上の閲覧権の要件を審査すべきなのだろうか？

2. アメリカ法の立場

ZPO142条 1 項がアメリカ合衆国のディスカヴァリーを受け容れるための媒介として利用されることは、特にそこに含まれている文書提出命令のための授權が、多かれ少なかれ、要件なしに制限なしに処理されるとすれば、理論

15) BR-Drucks. 64/07, S. 61.

16) 下記 X 3.

的には考えられるかもしれない。

アメリカの民事訴訟法は、当事者に事実関係の解明のための包括的な義務を課していることで有名であり——かつ悪名高い。このことはたしかに文書の提出だけに関係しているわけではないが、やはり実務上、文書の提出が抜きんできた役割を演じている。連邦民事訴訟法にとって連邦民事訴訟規則（以下「FRCP」とする。）26条(b)(1)項中に宣言された文書提出義務が非常に広範に及び¹⁷⁾（訳注2），それは訴えの理由づけおよび答弁に関する何らかの具体的理由付け要求の放棄（いわゆるノーティス・プリーディング）によってさらに強化される¹⁸⁾。プリトライアル・ディスカヴァリーは、記述された争点の判断のための証拠方法を収集することには役立たず、反対に、訴訟資料をまず探求するのに役立つにすぎない¹⁹⁾。単に概略を明らかにする事実関係さえも全く存在せず、かくて不可避免的に、裁判にとって重要であると同時に当事者間でも争われている事実の解明を限定することは問題にならない。したがって提出義務

17) 規則26条(b)(1)項は、次のように述べている。「当事者は、いずれかの当事者の請求又は防御に関連する、秘匿特権のない事項に関して開示をうけることができ、これには文書その他の有体物の存否、内容、性質、保管、状態及び所在場所並びに開示可能な事項について知っている者の特定及び所在場所を含む。正当な理由があれば、裁判所は当該訴訟の係争事項に関連する事項の開示を命ずることができる。ディスカヴァリーが、許容される証拠の開示を導くことが合理的に予測される場合には、当該情報は公判手続（trial）において許容される必要はない」。2006年12月1日の最新版はインターネットでダウンロードができる。

<http://judiciary.house.gov/media/pdfs/printers/109th/31308.pdf>.〔これにつき、（訳注2）参照。〕

（訳注2）本規定は2007年に改正されている。

18) 手短な概観は、Zekoll/Bolt NJW 2002, 3129, 3133；また、Schack, Einführung in das US-Amerikanische Zivilprozeßrecht, 3. Aufl. 2003, S. 40 f.; Stürner, in: Habscheid (Hrsg.), Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika, 1986, S. 3, 11 ff.; Junker, Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, 1987, S. 100 f. も参照；〔ドイツ法との〕比較法的考察は、Murray/Stürner, German Civil Justice, 2004, S. 592 ff.

19) プリーディングからディスカヴァリーへの重点の移動は、James/Hazard/Leubsdorf, Civil Procedure, 5. Aufl. 2001, S. 181 f., 188 f. に叙述されている。すなわち「ノーティスを与える手段としてのディスカヴァリー („discovery as means of giving notice“)」。

は、当事者間で争われかつ裁判にとって重要な事実にとっての証拠方法として適切である文書に限定されず、任意のやり方で、直接又は間接に真実の発見に寄与しうるであろう全ての文書に拡大される。最後に、拒絶権はたしかにアメリカ民事訴訟法によく知られたものであるが、ほんの狭い限界の中で承認されているにすぎない²⁰⁾。

こうした背景の下で、一般的な解明義務を拒絶することは、アメリカ合衆国の実務の影響に対するドイツの自己主張の行為と思われる。

3. アメリカの司法共助要請の拒絶

しかし、アメリカの法的装置の輸入の拒絶だけが問題なのではなく、全く実際的に、国際民事訴訟法と国際司法共助におけるドイツの立場の堅持が問題なのである。具体的な手がかりは、ドイツがハーグ証拠収集条約23条に対して宣言した留保であり²¹⁾、それは、アメリカ合衆国からの司法共助の要請が「文書のプリトライアル・ディスカヴァリー」に向けられている限りににおいて、ドイツの裁判所がそれを拒むことを許している²²⁾。かくして、ドイツの施行法律の14条1項においては、簡潔に次のように述べている。すなわち、「条約23条の手続を対象とする司法共助の要請は、取り扱わない」²³⁾。施行法律14条2項の中で予定されている、対応した司法共助の要請を、少なくとも関係人の保

20) 秘匿特権についての手短な概観は、*James/Hazard/Leubsdorf* (Fn. 19), S. 309 ff.

21) Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen v. 18. 3. 1970, BGBl. 1977 II, S. 1472; Bekanntmachung v. 21. 6. 1979, BGBl. II, S. 780.

22) これについて詳細は、*Junker* (Fn. 18), S. 284 ff.; *Trittmann/Leitzen* IPRax 2003, 7 ff. 並びにこれに答えるのは、*Wazlawik* IPRax 2004, 396 ff.; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl. 2006, Rdnr. 734 ff.

23) Gesetz zur Ausführung des Haager Übereinkommens vom 15. 11. 1965 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen und des Haager Übereinkommens vom 18. 3. 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen, v. 22. 12. 1977, BGBl. I, S. 3105.

護に値する利益に照らして問題ないと思われる範囲において取り扱うことを許容している法規命令は、今日まで、法律の締結後30年弱、出されてはいない。こうした背景の下、国際民事訴訟実務家がZPO142条の改正を一瞥した上で、アメリカの司法共助要請の拒否がはたしてぐらつかせえたのかどうかという不安で満ちた問題を加えたのは驚きではない²⁴⁾。別な意見はZPO142条を「新民事訴訟法の中のトロヤの木馬」とみなし、その鞍敷きの中に文書のプリトリアル・ディスカヴァリーが推定されなくてはならないという²⁵⁾。

IV. 先鋭化された試み

1. 法務委員会の意思

ZPO 改正法草案の起草者は、この可能性を明らかに見ていなかったが²⁶⁾、ドイツ連邦議会の法務委員会においては、ドイツの法理解にとっての深刻な危機と認識されていた。〔ドイツ〕自由民主党 (FDP) の修正動議は、ZPO 新142条についての参事官草案をアメリカ合衆国のディスカヴァリー手続への接近に対する「あらゆる努力から明確に距離を置く」ことが達成されるように修正するというものであったが、いずれにしろ議会において追随者を見なかった²⁷⁾。法務委員の多数は、その代わりに法律の理由づけを差し替えないし著しく補充する²⁸⁾という常套の戦略をとり、その文言を変更するということはしなかった²⁹⁾。かくて法務委員会の報告書の中では、この新たな規定が「裁判官の命令に該当する当事者又は第三者の（不適法な）模索を意図したものではなく」、裁判官の権限を「単に注意深く」拡大するにすぎないものであるということ

24) *Trittmann/Leitzen* IPRax 2003, 7, 11 ff.

25) *Lüpke/Müller* NZI 2002, 588.

26) Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 14/4772, S. 78.

27) BT-Drucks. 14/6061, S. 1 f.

28) BT-Drucks. 14/6036, S. 120 f.

29) BT-Drucks. 14/6036, S. 10 f.

明らかにした³⁰⁾。したがって、ドイツの裁判所は「文書のプリトライアル・ディスカヴァリー」の実施を求めるアメリカ裁判所の司法共助の要請を、ハーグ証拠条約施行法律14条1項にもとづいて、今後もさらに拒むことができるのではないか³¹⁾。

いかなる態様において法務委員会の関心事が現行法の枠内において顧慮されるか——およびいかなる範囲においてそれがそもそも顧慮されるべきないしされてよいかが問題となる。最後に、法務委員会の報告書の中に含まれているZPO142条についての説明は、法律としての効力は有してはいない。けだし、連邦議会は、法文について決議をしたのであって、法律の理由について決議をしたわけではないからである³²⁾。学説上はZPO142条から危惧された先鋭化を取り去るために様々な方策が提案されている。

2. 単なる訴訟指揮の手段か？

ZPO142条ははじめから当事者間で全く争われていない事実限定されなくてはならないという提案は、グルーバー＝キースリング (*Gruber/Kießling*) に由来する³³⁾。[次のように言う。] この規定はもっぱら不明瞭又は不完全な陳述，したがって争いのない事実関係を整理して明瞭にする場合に裁判所に情報を与えることに奉仕する。争いのある事実についての証拠調べにはZPO142条は関係しない。けだし，これはさらにもっぱらZPO415条以下へ向けられているからである，と。かくして明確な境界設定がなされる。「特定の事実陳述が当事者間で争われるや否や，したがってZPO415条以下によって証拠調べがなされなくてはならなくなるや否や，ZPO 新142条以下による職権での提出命令は禁止される」³⁴⁾。このZPO142条の解釈が，全ての牙を抜いており，それ

30) BT-Drucks. 14/6036, S. 120.

31) BT-Drucks. 14/6036, S. 120 f.

32) *Wagner*, in: FS Schumann, 2001, S. 535, 548 f.

33) *Gruber/Kießling* ZP 116 (2003), 305, 311 ff.; おそらく同旨なのは, *Greger*, in: *Zöller* (Fn. 7), § 142 Rdnr. 1.

34) *Gruber/Kießling* ZP 116 (2003), 305, 315.

を実務上意味のない手段に引き下げさせるということは明白である。この効果がまさにグルーバー＝キースリングによって目指されている。けだし、執筆者たちは訴訟上の解明義務は存在せず、むしろそれは原理にとどまっているということ、ZPO142条は何ら変更していないという前提から出発しているからである。いかなる当事者も「相手方が全く自らは利用できない資料をこの者の勝訴のために提供する」ことを義務づけられない³⁵⁾。

3. 書証の提出義務への還元

ライポルト (Leipold) はグルーバー＝キースリングの提案を拒絶しているが³⁶⁾、しかし同様の結論に至る異なった解釈学上の道に、したがって同様に提出義務の実務上の適用領域をドラスティックに制限することに至っている。それによれば、裁判所の文書提出命令は、文書を所持する当事者がこれを引用した場合か——相手方による引用が効力を生じる場合には——文書を所持する当事者が文書提出命令の助けによって確定がなされるべき事実についての証明責任を負うか、証明責任を負う当事者に実体法によれば文書提出が義務づけられる場合にはじめて適法である³⁷⁾。したがって、ZPO142条による提出命令は、任意に提出しない証明責任を負わない相手方に、この者の所持する文書の提出を強制するには適切ではないであろう。なぜなら、その内容はその当事者の立場に不利益だからである³⁸⁾。

35) こう述べるのは、Gruber/Kießling ZZP 116 (2003), 305, 312 で、前掲注4) で引用したBGHの判決を指示している。

36) Leipold, in: FS Gerhardt, 2004, S. 563, 568 f.; ders., in: Stein/Jonas, 22. Aufl. (Fn. 4), § 142 Rdnr. 17 ff.

37) Leipold, in: FS Gerhardt (Fn. 36), S. 582 f.

38) Leipold, in: FS Gerhardt (Fn. 36), S. 585.

V. 反 対 説

これまで参照してきた ZPO142条についての2つの見解は、この規定の適用領域を可能な限り狭く解し、ZPO 改正後も伝統的な訴訟上の解明義務の拒絶を堅持するという目標を追求している。この目標は、全面的に賛成されているわけではない。学説における反対の潮流は、2つの、これまで検討してきた制限を ZPO142条1項の中へ読み込むことを拒絶する³⁹⁾。全く反対であり、シュタッドラー (Stadler) によれば、何人も相手方を勝訴に導く手段を提供する義務を負わないとの伝統的な原則は、「時代遅れのものとされなければならない」⁴⁰⁾。規定の文言に対応して、一方当事者が相手方の所持する文書を引用し、それをもって証明すべき事実を争っており、引用した当事者自身が文書の助けによって確定されるべき事実に関する証明責任を負っている場合にも十分である。

他方で、挙げられた2つの制限を放棄することが、文書提出命令が無制限に可能になるかもしれないということを意味するわけではない。模索的証明は ZPO142条の下で排除されるべきであるが⁴¹⁾、これはアメリカ合衆国のディスカヴァリーのスタイルにおける「大審問」におけると同様である⁴²⁾。まさに「(合理的に限定された) 模索の可能性」⁴³⁾の限界が、どこで引かれなければならないかは、その際に必ずしも明確ではない。ともかくも、どれだけ正確に相手方による引用が記述されているか、したがってどれだけ厳密にその提出を強制されるべき文書が特定されるべきかが、役割を演じるべきである⁴⁴⁾。さらに、シュロッサー (Schlosser) によれば、引用した当事者の証明窮状 (Beweisnot) が

39) Schlosser JZ 2003, 427, 428; ders., in: FS Sonnenberger, 2004, S. 135 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 16. Aufl. 2004, § 118 Rdnr. 45 ff. 参照; 立法論につきさらに Gottwald (Fn. 5), S. A 19.

40) Stadler, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 142 Rdnr. 4 a. E.; 詳細は, Stadler, in: FS Beys, Bd. 2, 2003, S. 1625 ff.

41) Stadler (Fn. 40), § 142 Rdnr. 1.

42) Schlosser, in: FS Sonnenberger (Fn. 39), S. 135, 148.

43) Schlosser JZ 2003, 427, 428.

44) Schlosser, in: FS Sonnenberger (Fn. 39), S. 148.

どの程度なのか、単に一般的に叙述された文書が存在し、かつ争いのある事実の確定が可能になる蓋然性がどれだけあるかが、顧慮されなくてはならない⁴⁵⁾。

VI. 私 見

ZPO142条に懐疑的ないしは消極的な立場を採る論者にとっては、その分析の中で ZPO 改正の立法者が ZPO142条でもってまず第一に、以前には存在しなかった緊張を ZPO の中へ持ち込んだということが正しいと認められるべきであろう。改正立法者が、ZPO142条によって無条件に形成された提出義務を、要件のあるかつ限定的な書証の規律と並んで立てているのであれば、調和しない。この意味において、ZPO142条の改正は、高度の立法技術についての例ではない。

1. 単なる訴訟指揮の手段ではない

ZPO142条と書証法との間の緊張は、ZPO142条の証拠法的な性格をグルーバー＝キースリングとともに否定し、規範の適用領域を実体的訴訟指揮に限定するならば、その結果、それは争いのある事実の確定のための道具としては排除される⁴⁶⁾。しかしながら、この提出義務を埒外に追いやるための戦略は、説得力を持ちえない⁴⁷⁾。すなわち、ZPO144条という隣接規定については、証拠法的な性格は真剣には疑問視されてはおらず、したがって ZPO 改正前には、ZPO 旧142条は全く同様に位置づけられていた⁴⁸⁾。ZPO 改正法の成立史の中

45) Schlosser, in: FS Sonnenberger (Fn. 39), S. 149 f.

46) 上記 IV 2 参照。

47) 同旨 BGH, Urt. v. 26. 10. 2006 – III ZB 2/06, Rdnr. 5; 同旨 Leipold, in: FS Gerhardt (Fn. 36), S. 563, 567 ff.; ders., in: Stein/Jonas, 22. Aufl. (Fn. 4), § 142 Rdnr. 1; Stadler (Fn. 40), § 142 Rdnr. 1; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 39), § 118 Rdnr. 45.

48) Leipold, in: Stein/Jonas, 21. Aufl. (Fn. 4), § 142 Rdnr. 1.

には、立法者がそれについて何か変更しようとしたということにプラスの材料を提供するものは、何一つない。

反対に、第三者による文書提出の事例に関しては、ZPO 改正法によって、ZPO428条の文言が変更されている。すなわち、文書が第三者の手元にある場合には、申立てによって、文書の提出のために期間を定め、又は——これが新しいのだが——「第142条による命令を発する」ことによって、証明が開始される。ZPO142条による命令を通じた方法は、期間設定よりも容易であり、それゆえ実務においては支配的であるので、第三者の手元にある文書による書証は、事実上、ZPO142条による提出命令を求める申立てを利用して開始される。訴訟当事者による文書提出に、それにもかかわらず証拠法上の性格を認めないのであれば、その存在のための手がかりはどこにも見つけられず、これら2つのZPO142条の選択的な手段の間にくさびが打ち込まれる。これとは全く異なる。すなわち、ZPO428条は、提出命令に証拠法的な性格を認める決定的な論拠であり、ZPO142条はまさに、判決にとって重要でかつ争いのある事実の確定が問題となっている場合にも、適用されなくてはならない。

それゆえ、裁判所の事実関係の認定の整理という利益において実体的訴訟指揮の要件へと訴訟当事者に対する提出命令を再指名すること（Umwidmung）は、説得力がない。たとえある規定の法政策的な攻撃方向が不愉快だとしても、いい加減に整理がされてはならない。

2. 書証法の基準への還元のないこと

ライポルトは、前述の議論を自ら共に特徴づけたが、書証法に関して ZPO422条、同423条の中に実定化された提出義務の制限を、ZPO142条の中に等しく読み込むという彼自身の解決の提案は、同様の帰結に至った⁴⁹⁾。彼自身が認めているように、一方当事者がその手元にある文書をこの者が証明責任を負っている事実の証明のために引用するという事案は、実際上は意味を持たない。

49) 上記 IV 3 参照。

というのは、文書の引用は、文書の内容が証明責任を負った当事者に有利であるときにはじめて効果を生じるからである。不提出のための唯一の理由は、証明責任を負った当事者の正当な秘密保持の利益であるのだろうか。たとえそのようなものが存在するのだとしても、しかし、まさに ZPO142条による裁判所の提出命令の助けを借りて克服することは許されるのであろうか⁵⁰⁾。ライポルトによって立てられた提出命令のための要件の第二のもの——実体法上の提出請求権の存在——は、ZPO422条の構成要件を繰り返しているにすぎないので、結論において、ZPO142条は同様に全く意味を失うことになるだろう。

さらにライポルトの見解は、一方で第三者の提出義務の解釈論と他方で訴訟当事者の提出義務のそれとの間にくさびを打ち込んでいいる。第三者の提出義務に関しては、実体法上の提出請求権から独立しているということが一般に承認されている⁵¹⁾。このことは ZPO429条から必然的に明らかになるのであり、その第1文によれば、第三者は訴訟当事者と同様の要件の下で書証の枠内で文書の提出を義務づけられ、したがって ZPO422条によれば、立証者の実体法上の提出請求権が存在する場合に限られる。このような規律は、ZPO 改正によって第2文を挿入され、説得的に述べられている。すなわち、「第142条には影響しない」と。このことによって裁判官の提出命令は第三者の実体法上の提出義務が存在しない場合にも発令されうるということを明確にしている。ZPO142条1項1文によって訴訟上の提出義務が新たに根拠づけられた。

VII. ZPO142条の機能と正統性

1. 文書提出と弁論主義

支配的な観念によれば、真実発見と法実現に対する利益は、弁論主義によって限界づけられるが、それは訴訟当事者にかなりの範囲の訴訟上の解明義務と

50) 下記 IX 4。

51) Stadler, in: FS Beys (Fn. 40), S. 1642; Leipold, in: FS Gerhardt (Fn. 36), S. 576; Gruber/KieBling ZZP 116 (2003), 305, 320.

提出義務とを課すことを排除しているとされる⁵²⁾。連邦憲法裁判所（以下「BVerfG」とする。）が正当にも強調しているように、現行民事訴訟法の根本原則としての弁論主義および当事者提出主義は、危険にさらされてはいない。なぜなら、それらは実体法上の私的自治の原則に対応しており、それはまた憲法の保護を享受しているからである⁵³⁾。

しかしながら、弁論主義とその実体法上の私的自治の原則との関連性は、訴訟上の解明義務に対立してはいない⁵⁴⁾。アメリカ合衆国法は、私的自治に少なくともドイツ法よりも広い領域を与えており、それはトライアルの前哨戦での事実関係の解明を、ほぼ完全に当事者とその弁護士の手に乗せているが、やはりきわめて広範囲に及ぶ解明義務を承認している。当事者の訴訟上の解明義務を承認することの可否、それが及ぶ範囲という問題は、訴訟指揮権の分配という完全に異なる問題からは区別されなければならない。限定的な解明義務は、弁論主義だけでなく職権探知主義とも適合するのであり、したがって、反対に広範囲な解明義務は、当事者の双方向の関係においてだけでなく、解明義務を、場合によってはそれに対応する命令を発することによって、作動させなければならない裁判所に対しても観念される。

ZPO142条は、文書提出に対する義務づけを裁判官の命令にかからしめているにもかかわらず、法律はこのことによって職権探知主義に従っているわけではない。弁論主義の規範的な機能は、実体法上の私的自治を〔民事〕訴訟法の中へ延長するという点にある。当事者はその実体法上の権利を自由に処分することができるので、彼は事案解明の範囲と手段を処分する権能をも有している⁵⁵⁾。

52) 特に明示的なのは、BGH JZ 1991, 630, 631, *Lüpke/Müller* NZI 2002, 588, 589; *Hartmann*, in: *Baumbach/Lauterbach*, ZPO, 64. Aufl. 2006, § 142 Rdnr. 2; 同様なのは、*Gruber/Kießling* ZRP 116 (2003), 305, 313.

53) *BVerfG* NJW 1994, 1210, 1211; 私的自治と弁論主義の間の規範的連関について詳しくは、*Wagner*, *Prozeßverträge – Privatautonomie im Verfahrensrecht*, 1998, S. 59 ff.

54) *Zekoll/Bolt* NJW 2002, 3129, 3130; *Stadler*, in: *FS Beys* (Fn. 40), S. 1629 f.

55) *Wagner* (Fn. 53), S. 620 ff.

訴訟資料についての当事者のコントロールは、しかし ZPO142条によって間接的に支配された裁判官の提出命令という要件にもかかわらず、固持されている。けだし、2002年まで妥当した ZPO 旧273条 2 項 1 号によれば、提出命令が少なくとも一方の当事者が文書を引用したことを要件としたのとは異なるからである。これによれば、両当事者の一致した意思に反する文書提出命令は不適法である⁵⁶⁾。したがって裁判官の提出命令の要件は、両当事者から訴訟資料についてのコントロールを剥奪することに奉仕するのではなく、よりよい手続効率という利益のために裁判官権限を強化するという普遍的な傾向に合致している。裁判官の命令が利用できないとすれば、当事者は文書提出をめぐる第二訴訟を迫行しなければならず、これは第一の法的争訟の処理をかなり長引かせるのではないか。結論においてまさに、ZPO142条は弁論主義と緊張関係に立つということではなく、この規定の新たな規律は、ZPO 改正前の法状況よりもこの原則に対応している⁵⁷⁾。

2. 訴訟上の事案解明に対する義務づけ

解明義務独自の具体的問題は、弁論主義との適合性ではなく、当事者の双方向的な関係における妥当性である。その際に、訴訟上の解明義務と文書提出義務の反対者は暗黙に「何人も自己を告訴するよう強要されることはない (*nemo tenetur se ipsum accusare*)」という刑事訴訟上の原則が、拡張された形式で民事訴訟に関しても妥当するということから出発しているように思われる。すなわち一方当事者は、その内容はたしかに法的争訟の判断にとって重要ではあるが、しかしこの者自身の立場に不利な文書を提出することを義務づけられないのだ、という⁵⁸⁾。

その際に、ZPO422条が、BGB259条、同810条の態様による実体法上の諸規

56) *Zekoll/Bolt NJW* 2002, 3129, 3130 参照。

57) *Zekoll/Bolt NJW* 2002, 3129, 3130.

58) *Nemo-tenetur* 原則の民事訴訟における本来的意義につき、詳細は下記 IX 4 b。

定を指示する場合にドイツ法自身においても承認されているように、一定の事情の下で解明が義務づけられているということは、根本において問題とならない。提出のきっかけと文書の内容とを顧慮することなく、あらゆる文書の提出が要求されるわけではないということも同じく明白である。

かくて解明義務の局面での根本的な具体的問題は、その内容が訴訟にとって重要な文書を所持する当事者は、文書の中に表象された情報が正当な秘密保護の利益によって保護されない場合にも、その提出を拒絶することができるかどうかである。それは、ドイツにおいては、何人も訴訟の相手方にその者が勝訴するのに必要な資料を提供する義務はない、という簡にして要を得た指摘により默示的に否定されている問題である⁵⁹⁾。

しかしながら、こうした硬直した立場のための合理的理由づけは、明白ではない。なぜ一方当事者は、正当な秘密保持の利益が自己の側にない場合にも、彼にとって自由になる情報を出さないことが許されるのか？法治国家は、それを利用することによって現実に存在する主観的権利が実際にも有効になる法的な形の手続を利用できる場合にはじめて、正統なやり方で権力の独占を要求することができる。民事裁判所は、他者の正当な利益を混乱させようとする者を保護するためにその資源を集中してはならず、むしろその任務は、法秩序によって承認された主観的権利を貫徹するのを手助けすることにある。

根本において、伝統的な見解もまた、当事者は相手方の利益のために事案の解明に協力する義務を負わないとの原則が厳格には貫徹されていないということを、認めなくてはならない。したがって、訴訟上の解明義務を承認することなく、訴訟当事者間の情報の非対象をなくすさまざまな手段が考え出されている。典型例として、証明責任の転換⁶⁰⁾ 又はいわゆる二次的主張責任⁶¹⁾ という

59) 前注4) 参照。

60) BGHZ 51, 91; 80, 186 = JZ 1981, 481; 85, 212; 88, 248 = JZ 1984, 327 (Giesen による評釈あり); 104, 323 = JZ 1988, 966 (Giesen による評釈あり); 114, 284 = JZ 1991, 785.

61) BGHZ 12, 49, 50; 86, 23, 29; 100, 190, 195; BGH NJW 1987, 2008, 2009; 1999, 579, 580; BGH NJW-RR 1999, 1152.

形象が挙げられなければならない。

3. 中庸を得た提出義務に関する事例としてのイギリス民事訴訟法

現代の民事訴訟法は、単に各当事者が任意に裁判所に提出する情報を取り扱うだけでは満足し得ない。それゆえ、アメリカ合衆国法が民事訴訟における事案の解明に明示的により重大な価値を割り当てているだけでなく、ドイツ法の制限的な立場が、ヨーロッパ内部での比較において対応物をもたないとしても、驚きではない⁶²⁾。

とりわけイギリス民事訴訟法は、共通の歴史的なルーツを共有していたアメリカの姉妹ほどには広範囲には昔から及んではない。1999年のいわゆるウルフ改革⁶³⁾後も、民事訴訟規則 (CPR) 31.6による標準的ディスクロージャー (*standard disclosure*) は、当事者自身が引用した文書に制限することなく、同様に、「(i)この者自身の訴訟に不利に作用する、(ii)相手方の訴訟に不利に作用する又は(iii)相手方の訴訟を援助する……」文書に関連している⁶⁴⁾。

したがって、イギリスでは訴訟当事者は、その内容が自己の事項にとって不利であり、相手方の事項に利用できるような文書の開示を義務づけられる。例えば、技術的な設備の物の瑕疵について争われている場合に、売主又は請負業者は、イギリス法によれば既に損害発生の前にそのような設備の買主の苦情があったこと、それによれば当該瑕疵が主張されていたということを開示しなければならない。さらに、イギリス法は正当な秘密保持の利益を考慮することを裁判所に許容する拒絶権の完全なカタログを定めている。

62) *Wagner* ZEuP 2001, 441, 463 ff.; 簡単な概観として, *Stadler*, in: FS Beys (Fn. 40), S. 1632 f. がある。

63) 詳細は, *Wagner* ZEuP 2001, 442, 463 ff. ; また, *Althammer* JZ 2006, 69; *Andrews*, English Civil Procedure, 2003, Rdnr. 26.13 ff.; *Zander*, Cases and Materials on the English Legal System, 9. Aufl. 2003, S. 84 ff.; *Smith/Bailey/Gunn*, Modern English Legal System, 4. Aufl. 2002, Rdnr. 12-26 ff. も参照。

64) イギリス民事訴訟規則はインターネットで入手可能である。

http://www.dca.gov.uk/civil/procedures_fin/menus/rules.htm.

4. 証拠調べに際しての国際司法共助への反射的効力（の不存在）

文書提出義務を適切に限界づけることの承認は、ドイツ民事訴訟法に代えて「アメリカ的状况」を取り入れさせるということからにははるかに隔たっている⁶⁵⁾。それゆえ、ハーグ証拠条約23条による留保は、あるいはもはや維持されないかもしれないという憂慮に対するきっかけは、既に存在しない。結局、同様の留保は連合王国によっても宣言されており、したがって、今日までイギリス民事訴訟法は同様に提出義務を知っているのに、女王陛下の政府は、かくして自家撞着に陥っているとは何人も主張していない。

VIII. 提出義務の要件

ここで主張されている見解によれば、ZPO142条1項は、提出命令の発令のための付加的な要件を挿入することによって傍らの問題とされてはならない。しかし、まさにそのような解釈を基礎にして訴訟当事者の提出義務の要件と限界は、それにもかかわらず入念な輪郭形成を必要としている。既に示唆しておいたように、アメリカの実務が批判に値するのは、それがそもそも訴訟上の解明義務を承認しているからではなく、発動要件をあまりにも低く設定しすぎており、かつ訴訟当事者の拒絶権をあまりにもわずかにしか見積もっていないからである。ZPO142条のコンテクストでは、この両方の弱点を回避することが重要である。

1. 模索の禁止

ZPO142条を正面から受け止めている訴訟上の解明義務の支持者の下でも、この規定が他方当事者に対して一方当事者に有利な「模索」の基礎として奉仕することは許されない、という点について広範な意見の一致がある⁶⁶⁾。この

65) *Zekoll/Bolt* NJW 2002, 3129, 3133 f.

66) *Zekoll/Bolt* NJW 2002, 3129, 3130.

一致は、模索的証明の概念が法律上定義されておらず、それゆえ狭くも広くも理解されうるという事情によって、容易になっている⁶⁷⁾。訴訟当事者の訴訟上の文書提出義務をめぐる議論において、模索的証明というスローガンは、時として、非常に広範囲に感じられた提出請求権に反対する万能の武器のごとくに用いられている⁶⁸⁾。

この模索的証明の禁止についての緩やかな取り扱いは回避されなくてはならない。BGH は、模索的証明又はそれに向けられた要求の下で、「一方当事者が訴訟上の陳述を具体化するために必要な事実を証拠調べによってはじめて聞き出そうと試みる」証拠申立てであると理解している⁶⁹⁾。BGH は正当にも、訴訟当事者は「事実の解明をそれについて確かな知識を持たず、また要求することもできないような点についても要求すること」を禁じられ得ないということを強調している⁷⁰⁾。それゆえ、当事者が単に推定したにすぎない事実を主張し、立証することは決して不適法ではないし、したがって立証者が何にもとづいてその推定をするかを細かく理由づける必要もない、という⁷¹⁾。主張が恣意的又は権利濫用的と見られるときにはじめて限界が引かれる⁷²⁾。後者は軽々しく承認されてはならず、通例は、事実上の手がかりが主張を裏付け得ないということの確認を必要とする⁷³⁾。

67) Chudoba, Der ausforschende Beweisantrag, 1993, S. 18.

68) Hartmann (Fn. 52), § 142 Rdnr. 2: 「開始を妨げる」。しかし、ZPO142条の解釈についての帰結は、注釈からは明らかではない。

69) BGH NJW-RR 1987, 415 (BGH NJW 1984, 2888, 2889 を指示)。

70) BGH NJW-RR 1988, 1529.

71) BGH JZ 1985, 183, 184 (Stürner による評釈あり); BGH NJW-RR 1988, 1529; NJW 1996, 3147, 3150.

72) BGH NJW 1996, 3147, 3150; さらに, BGH NJW-RR 1987, 335; NJW 1988, 2100, 2101; 1993, 1649, 1650.

73) BGH JZ 1985, 183, 184.

2. 事 例

不適法な模索についての実際の例として、被告である女性人事部長 (Personalleiterin) からのいじめを理由に損害賠償を請求した被用者が、重度障害者のための代理人によって作成された調書の提出を要求したという事例が挙げられる⁷⁴⁾。ベルリン地方労働裁判所は、原告女性が女性人事部長から苦しめられたということを十分な具体的理由付けをもって陳述しなかったという理由で申立てを棄却した。

第二の事例は、未払い賃料を要求された被告が、相殺に供された反対債権の証明のために、いまや前賃借人の倒産管財人が占有する「事務所用建物」という背表紙のついた書類ファイルに記されているとされる前の賃借人が付加価値を付けた給付を援用した法的争訟にかかわる。被告はこの書類ファイルの提出命令を申し立てた。インゴルシュタット地方裁判所は、この要求を認めた⁷⁵⁾。ウーレンブルック (Uhlenbruck) が模索的証明に対する限界をここでなお越えているとみていないのに対して⁷⁶⁾、ライポルトの見解によれば、その提出が要求されている文書は、その態様と内容において識別され、示されていたわけではなかったもので、申立ては棄却されなくてはならなかった、という⁷⁷⁾。

3. 必然的な差異

より詳細な分析をするならば、これら両方の事例は、2つの全く異なった問題を提起しているということが明らかになる。第一の事例では、既に請求原因に対する原告女性の陳述の具体的理由付けが欠けている。重度障害者のための代理人の記録の提出は、具体的理由付けのために必要な情報にアクセスすることに奉仕するのではないか。ドイツ連邦議会の法務委員会がZPO142条の政府

74) *LAG Berlin*, Urt. v. 13. 12. 2002 - 6 Sa 1628/02, juris Rechtsprechung Nr. KARE500007387; *Leipold*, in: FS Gerhard (Fn. 36), S. 569 で取り扱われている。

75) *LG Ingolstadt NZI* 2002, 390.

76) *Uhlenbruck NZI* 2002, 589, 590.

77) *Leipold*, in: FS Gerhard (Fn. 36), S. 572 f.

草案を承認したとき、まさにこうした状況を考えていたが、本条が、ドイツ民事訴訟法へのアメリカ式のデイスカヴァリー (*discovery a l'Americane*) の導入に奉仕するという心配に対処するために、新たな理由づけを与えられた⁷⁸⁾。法務委員会の報告書には、ZPO142条の新規定は、「この規定によってある文書を引用した当事者がその主張責任および具体的理由付け責任 (*Darlegungs- und Substantiierungslast*) から解放されない」限りでは、無関係であると述べている⁷⁹⁾。さらに、こうも言う。すなわち、「裁判所は文書の提出を文書を引用した当事者の有理性のある (*schlüssigen*) 陳述にもとづいてのみ、命じることができる。ZPO142条-E は、有理性のある陳述とは無関係に情報獲得の目的で文書を要求する権限を裁判所に付与するものではない。そのような当事者又は第三者の模索はいぜん訴訟法違反である」⁸⁰⁾。したがって、ベルリン地方労働裁判所は、提出命令を正当にも拒絶した。

インゴルシュタット地方裁判所の事案は、これとは異なっている。ここでは相殺に供された反対債権は、全く有理性をもって陳述されており、したがってまたこの陳述は十分具体的に理由付けられていた。唯一、提出されるべき文書の態様と内容にもとづいた特定性の記述が、欠けていたにすぎない。模索的証明という問題——したがって文書提出が争われている事実を確定するという目的ではなく、自己の陳述を具体的に理由付けるためにのみ申し立てられたということ——とこのこととは、全く無関係であった。模索的証明ないし相手方又は第三者の模索を論じるということは、それゆえミスリーディングであり、回避されるべきであった。

4. 文書の具体化要求

實際上、引用した当事者が文書を詳細に叙述することのできない場合に、ZPO142条を不適用にしておくことについての説得力ある根拠は、明白ではな

78) 上記 IV 1 参照。

79) BT-Drucks. 14/6036, S. 121.

80) BT-Drucks. 14/6036, S. 121; ここと同様に, *Stadler*, in: FS Beys (Fn. 40), S. 1639.

い。提出されるべき文書の識別化および明記を要求することは、文書提出義務を事実上利害関係を有する当事者が文書のかつて見ており、日付と内容を覚えておくことができたというような場合に限定をされる。しかし、なぜそれが重要とされるのか？もし被告がインゴルシュタット地方裁判所の事例において、賃貸借の目的物に付加した給付を具体的に理由付けて説明することができれば、かくて反対債権は有理性をもって陳述されており、彼が証書の所在を特定の書類ファイルの詳細に述べることによってのみ挙げることができる場合に、それがどうしたというのか？もし書類ファイルの中にさらなる資料があり、その秘密保持に対して倒産管財人が正当な利益を有しているのであれば、彼はこのことを主張し、対応する文書を書類ファイルから排除することも可能であろう。しかし、そのような状況にある可能性は、利害関係を有する当事者に証書へのアクセスを拒絶すること、これに関しまさに秘密保持の利益が承認されてはならない条件と限度についての根拠ではない。ZPO142条の提出命令を発することができるために、提出されるべき文書の態様と内容による識別は、かくて必須のものではない。単なる文書とその所在のおおよその叙述とで十分である。

学説上主張された懸念に反して、アメリカのデイスカヴァリーは、かくして決して無制限に許されているわけではない。たしかに提出されるべき文書の識別化の記述が放棄される場合には、濫用事例が考えられるということは、認められなくてはならない。製造物責任の原告は、被告である自動車技師に対して、例えばある特定のモデルの組立に関するあらゆる文書を提出するように要求することができることになってしまい、その結果、自動車の供給者は何トンもの書類ファイルを相手方の利用に供しなければならないであろう。一方当事者に要求される解明の範囲についてのはなはだしいアンバランスという情報利益がある場合のこの種の行き過ぎは、いずれにせよ期待可能性という観点の下でコントロールされる⁸¹⁾。前掲の事例においては、全ての組立てに関する文書の

81) 詳細は、下記 IX 3。

提出は、期待可能性がないことを理由として棄却されるであろう。

5. 事実陳述の具体的理由付け

請求の具体的理由付けないしその存在に訴えの成否が左右されるところの請求原因および抗弁の具体的理由付けの要求があまりに低く設定される場合には、模索的証明の方向性での提出義務の行き過ぎが懸念されなくてはならない。したがって、例えば、理論上、自家用車で事故を起こした自動車の運転手が、損害賠償を求めて製造者を訴え、その自家用車モデルに関わる全てのテスト結果、顧客および小売商のクレームの提出を、詳細に——主張によれば存在する——製造物の欠陥について説明することなしに要求するということが、考えられようか。

上述したような行態が実務において問題となるという危険は、過大評価されてはならない。けだし、模索にのみに依拠した訴訟追行は、通常は恣意的な訴えを思いとどまらせるのに十分な、重大な費用のリスクと結びつけられているからである⁸²⁾。訴訟追行が公共の費用で可能である限りにおいて、立法者は濫用のコントロールを前に置いている。訴訟費用の救助は、ZPO114条以下により、権利の追求又は権利の防御について十分成功の見込みがあり、かつ恣意的でない認められるときにはじめて付与される。残された濫用の可能性は、2つの方法で対処されるが、一つにはこれに対応する事実陳述の具体的理由付けの要求によってであり、他方はもっともらしさのコントロール (Plausibilitätskontrolle) によってである。

弁論主義と ZPO138条 1 項の真実義務は、訴訟当事者に真実にかなった完全な陳述を義務づけている。これらによると、原告はその請求を理由づける全ての要件を具体的に陳述する義務を負っている。他方、被告は、原告の陳述に対して具体的な理由付けを述べて応答しなければならない。そうでなければ原告の陳述は ZPO138条 3 項によって自白されたものと見なされるからである。主

82) 適切なのは, *Mes GRUR* 2000, 934, 942.

張責任を負った当事者が、請求又は抗弁にとって重要な個々の事実アクセスできない限りでは、その者が包括的に陳述をすることによって主張責任は満足される。この場合には、詳細に事件について陳述をするのは、例えば自己の認識領域に基づく経過が問題となっているのでこれに対応した知識を有する、相手方の事柄である⁸³⁾。要するに、「どの限度で、それにも関わらず一方当事者が事実陳述を具体的に理由付けなければならないかは、その知識状況に依存している」⁸⁴⁾。

上述の、自らは主張責任を負っていないが、しかしより情報を有している当事者の不利益になるような主張責任の転換が、二次的主張責任という形象の内容である。それによれば、二次的主張責任を果たさないより情報を有している当事者は、本案判決がその者の不利益になることを考慮しなければならない。なぜなら、包括的な、通常の基準では具体的に理由付けられていない相手方の陳述が、有理性がありかつ有効には否認されていないとみなされるからである⁸⁵⁾。この法律効果は、ZPO142条とは調和しない。けだしこの構成要件は裁判所に提出命令の発令を可能にするにすぎず、情報を隠した当事者に対する本案判決を可能にはしてはいないからである。ZPO142条の適用において文書提出を義務づけられた当事者が提出命令を履行しないときにはじめて、このことがいずれにせよこの者の不利益になるように評価され、したがって場合によっ

83) BGHZ 12, 49, 50; BGH NJW 1961, 826, 828; 1974, 1822, 1823; BGHZ 86, 23, 30; BGH NJW 1986, 3193, 3194; 1987, 1201; BGHZ 100, 190, 195 f.; BGH NJW 1989, 161, 162 f.; ZJP 104 (1991), 203 (Stürnerによる判旨反対の評釈あり) = JZ 1991, 630 (Schlosser JZ 1991, 599 ff.による判旨反対の批評あり); BAG NJW 2004, 2848, 2851; Leipold, in: Stein/Jonas, 22. Aufl. (Fn. 4), § 138 Rdnr. 37 f.; Peters, in: MünchKommZPO, Bd. 1 §§ 1-354, 2. Aufl. 2000, § 138 Rdnr. 22.

84) BGH NJW-RR 1988, 1529, 1530; さらに, BGHZ 12, 49, 50; 86, 23, 30 参照。

85) BGHZ 12, 49, 50; BGH NJW 1961, 826, 828; 1974, 1822, 1823; BGHZ 86, 23, 30; BGH NJW 1986, 3193, 3194; 1987, 1201; BGHZ 100, 190, 195 f.; BGH NJW 1989, 161, 162 f.; BGH ZJP 104 (1991), 203 (Stürnerによる判旨反対の評釈あり) = JZ 1991, 630 (Schlosser JZ 1991, 599 ff.による判旨反対の批評あり); BAG NJW 2004, 2848, 2851; Leipold, in: Stein/Jonas, 22. Aufl. (Fn. 4), § 138 Rdnr. 37 f.; Peters (Fn. 83) § 138 Rdnr. 22.

てはそれに対応した本案判決がなされることもある⁸⁶⁾。

こうした法律効果の相違にも関わらず、二次的主張責任の諸事例における問題は、ZPO142条のそれと構造上同一である。両方の制度について、一方当事者に、この者が処理しうる全ての情報が開示されたということ以上には、誠実なやり方でもはや要求されえない、という理解が基礎にある。それに対して、相手方のみが請求の具体的理由付けにとって必要な情報へのアクセスを有する場合には、主張責任を負った当事者はもはや（相対的に）包括的に陳述するほかはない。こうした考慮から、ZPO142条の解釈にとって、統一的な具体的理由付けの基準は得られないということが帰結される。むしろ解明に利益のある当事者には、常に、その者が彼のアクセスできる情報に基づいて提供することのできる限度で、具体的理由付けが要求されなければならない。

こうした安全装置と常に存在する民事訴訟上の費用のリスクによって生じさせられる威嚇効果にもかかわらず、文書提出の濫用的な要求という事例は、なお存在しうるかもしれない。当事者が提出命令を利用して訴えのさらなる理由付けに必要な情報をはじめて獲得する場合には、いずれにせよ濫用はすでに問題になりえない。もし法状況がこのようであるならば、ZPO142条は空転するのではなかろうか。むしろ提出を要求する当事者が——いや応なしに（*nolens volens*）——軽減された具体的理由付け責任をたしかに満足しているが、しかし主張された請求が、それにもかかわらずはるかに優越する蓋然性で存在しないところにはじめて境界線は引かれなければならない。

もっともらしさの審査は、主張されている請求がはるかに優越する蓋然性をもって存在しない事例を除外するものであるが、それはアド・ホックに展開された緊急の解決ではなく、法律上定められたモデルに向けられている。BGB809条によれば、その物に関して請求権を「有する」者だけではなく、単に「自己がそのような請求権を有するか否かについて確信を得ようとするに」すぎない者もまたある物の検査を請求することができる。こうした定式によって、立法

86) 下記 X 3 参照。

者は秘密保持の利益と開示の利益の間の適切な調整を達成することを信じていた。けだし、——理由書の中でそう述べているのだが——この規定は「濫用又は重要な利益の侵害を全く起こす」ことはない⁸⁷⁾。したがって、BGB809条についての最近の学説は、基礎におかれるべき主請求が裁判所の心証形成のために立証された場合にはじめてではなく、既にその存在が（単に）蓋然性がある（にすぎない）ときにも開示請求権を保障している⁸⁸⁾。

BGB809条の解釈論が、ZPO142条の訴訟上の提出義務を正しく調節するために、上述のごとく豊かなものにされたのに対して、BGH 第10民事部は、その有名な Druckbalken 判決において、反対の道を歩み、BGB809条に基づく開示請求権を訴訟上の評価へ還元することで制限している。模索的証明の禁止と、さらには当事者は相手方を勝訴させるのに必要な武器を与えることを義務づけられないとの一般原則が、動員されている⁸⁹⁾。結論において、第10民事部は基礎となる実体法上の請求権についての「高度の蓋然性」を要求した⁹⁰⁾。——著作権侵害について管轄を有する第1民事部は、Faxkarte 事件においてこの判決にはしたがわず、BGB809条にとっては、「ある程度の蓋然性」が基礎となっている「その物に関する」請求権の存在を示していることで十分であるとした⁹¹⁾（訳注3）。第10民事部は、再び、この解明に親和的な姿勢に BGB809条にもとづく開示請求権についての最近の判決の中でしたが、明示的に ZPO142条の提出義務へと転じた⁹²⁾。

87) Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, 1888, S. 891（第1草案774条について）。

88) Marburger (Fn. 9), § 809 Rdnr. 7; Hüffer (Fn. 9), § 809 Rdnr. 5, 12 ff.; Saß, Die Beschaffung von Informationen und Beweisen, 2002, S. 46 f.

89) BGHZ 93, 191, 205 – Druckbalken.

90) BGHZ 93, 191, 207 – Druckbalken.

91) BGHZ 150, 377, 386 ff. – Faxkarte; 同様なのは, OLG München NJW-RR 2000, 777.（訳注3）これについての紹介として、服部誠「民事実体法に基づく検査請求権の意義を拡大したドイツ連邦通常最高裁判所判決——Bundesgerichtshof 02. 05. 2002, I ZR 45/01 – Faxkarte」L & T 22号（2004年）129頁以下がある。

92) BGH GRUR 2006, 962, 967 Rdnr. 43（Tilmann/Schreibauerによる判旨賛成の評釈あり）。

最近の、無体財産権について管轄権を有する BGH の部の解明に親和的な判例は、非常に歓迎されなくてはならない⁹³⁾。より最近の知的財産権についての判例は、TRIPS43条に基づくドイツ連邦共和国の国際法上の義務との関係で、ドイツの裁判所には既存の解明手段を国際的な事案解明の標準にしたがって設定されるように発展をさせる以外は何も残っていないということを、正当にも見抜いた⁹⁴⁾。既に言及した実体法上の提出請求権のレパトリの拡張が RiL2004/48/EG6条の国内法化の中で到達したものは⁹⁵⁾、立法者がいま上述のごとく説明された具体的理由付け要求ともっともらしさの審査にもとづく両輪を指向している。TRIPS43条および RiL2004/48/EG6条の文言に一致して、提出請求権は、すなわち権利侵害の蓋然性があり、かつ権利主体がその請求の理由づけのためのこの者の有する証拠方法を提出したということに依拠せしめられているのだという⁹⁶⁾。

他方では、列举された諸規定の解明に親和的な解釈は無体財産権に限定され、その他の領域においては限定的な立場に固執していることに注意が喚起されなくてはならない。BGH の無体財産権について管轄権を有する部が、その判例をこの領域に焦点を合わせる場合には全く理解はできるとしても、やはり明らかに TRIPS43条 1 項、RiL2004/48/EG6条の法理は、決して唯一の法領域に限定されているわけではない。なぜ知的財産権侵害を理由とした訴えの外では、「その主張を十分裏付ける合理的に入手可能な証拠を提出し、かつ、他方の当

93) 賛成するのは、Hüffer (Fn. 9), § 809 Rdnr. 13; Schlosser JZ 2003, 427, 428; また, Tilmann/Schreibauer, in: FS Erdmann, 2002, S. 901 ff.; dies. GRUR 2006, 967 ff. も参照; 正当にも Druckbalken 裁判に対して批判をするのは、既に, Stürner/Stadler JZ 1985, 1101.

94) 説得力をもってこう述べるのは, BGHZ 150, 377, 385 – Faxkarte; BGH GRUR 2006, 962, 966 Rdnr. 40 ff.; 詳細は, Tilmann/Schreibauer, in: FS Erdmann (Fn. 93), S. 901, 911 ff.

95) 上記 II 3 参照。

96) §§ 140c Abs. 1 PatG, 101a Abs. 1 UrhG, 19a Abs. 1 MarkenG, 46a Abs. 1 GeschmMG, 24c Abs. 1 GebrMG, 9 Abs. 2 HalbleiterSchG, 37c Abs. 1 SortenSchG, jeweils i.d.F. des Gesetzesentwurfs (Fn. 10), S. 6 ff.; 立法理由については, S. 59 f.

事者の有する当該主張の裏付けに関連する証拠を特定した」⁹⁷⁾ 当事者には、こうした証拠方法に対するアクセスが禁じられたままなのであるか？なぜ、列挙された要件の下で著作権法事件の提出命令が発令されうるが、契約侵害をめぐる法的争訟ではそうではないのか？この問題への満足のゆく解答を見出すことはできず、したがって、無体財産権における ZPO142条の適用についての BGH の新たな判例は、全ての民事訴訟に転用されなくてはならない。

IX. 提出の限界

1. 提出義務のコロラリーとしての拒絶権

訴訟上の提出義務を承認することは、コロラリーとして拒絶権を承認することを必要とする。ヨーロッパの他の法秩序を見てみると、訴訟当事者の解明義務は一定の情報を保護する秘密保持特権と手を携えている⁹⁸⁾。

2. 当事者に関連する拒絶権の欠如

ドイツ民事訴訟法は、証人のための拒絶権、すなわち証言拒絶権だけしか知らない。当然の結果として、ZPO142条2項は、ZPO388条以下という関連する規定と関係している。したがって第三者は、文書の内容を考慮して証言拒絶権を援用しえないときに限って、文書の提出を義務づけられる。

ZPO は、当事者に関しては、ZPO142条を新たに規定するに際して立法者が指示し得たであろう証言拒絶権に相当する秘匿特権を準備してはいない。すなわち、ZPO は当事者と証人とを区別しており、訴訟当事者を例外的に人証として許容しているにすぎない (ZPO445条以下)。しかし、はじめから解明義務が存在しないところでは、拒絶権を定義する必然性も欠けている。また、問題は ZPO383条、同384条の当事者への類推適用によっても解決されない。け

97) こう述べるのは、TRIPS43条1項の定式である；全く同様に、RiL 2004/48/EG の6条1項並びにドイツ無体財産諸法規の予定された規定、前注14) 参照。

98) 詳細は、Wagner ZEuP 2001, 441, 473 ff.

だし、証人を念頭に置いた規定は、当事者がそこで直面する利益対立には適合しないからである⁹⁹⁾。例えば、ZPO383条1項2号に含まれる訴訟当事者の配偶者のための秘匿特権からは訴訟当事者自身の拒絶権のためには何一つ推論されえない。

ZPO142条を当事者に関連する拒絶権に関する規律を補充するために理解するとしても、上述した規範の欠缺は解消されないのではなかろうか。ZPO383条以下という機能的に類似した諸規定を一瞥することから示されるように、詳細かつカズイスティックな規律を必要とするとしても、そのように歩を進めることは構成要件の均衡をもたらすはしないであろう。さらに、当事者の拒絶権は、ZPO142条だけを考慮して定義されるのではなく、当事者尋問と同程度に扱われなければならない。逆に、これがZPO445条、同447条および同448条のくびきから解放されなければならないのだとしても、ヨーロッパのたいていの民事訴訟法において実現されているように、当事者と証人が同置されることにはならない¹⁰⁰⁾。この種の徹底した改革はたしかに望ましいものではあるとしても、ZPO 改正法は荷重になりすぎていた。それにもかかわらず、立法者は正当な反対利益の顧慮を裁判所の裁量に委ねた。ドイツの実務が訴訟当事者の拒絶権についての経験を決して使わないという状況を考慮するならば、このような解決策はあるいは最悪のものですらない。

3. 裁量の枠内での拒絶権の展開

こうした背景の下で、ZPO142条の中に規律された裁量の留保（「命じることができる」）を拒絶権の展開のための白紙委任状として利用するほかに、現行法上採る途はない。第10民事部が最近の裁判の中で、訴訟当事者の提出義務を、もちろん明示的には証人についてのみ ZPO142条2項の中で規律されている期待可能性の留保の下で課した場合には、このような提案に近づいてい

99) *Zekoll/Bolt* NJW 2002, 3129, 3130.

100) 詳細は, *Wagner* ZEuP 2001, 441, 484 ff.

る¹⁰¹⁾。

拒絶権という原則的な権限にもかかわらず、文書の不提出についての保護に値する利益を、何人も損害がなく、完全な文書の返還を保障されないということによって根拠づけることは、いずれにしろ適当ではない¹⁰²⁾。けだし、この場合には拒絶権が提出義務と完全に一致するかは疑問だからである。その他の場合には、裁判所に文書又は文書の一部が存在しないことは際立った例外であり、したがってこの十年来利用されているコピー技術が、代替性のない原本を書証として提出することを不要なものにしている。

裁判所は、期待可能性の要求の具体化に際して、むしろ、他の法秩序が訴訟上の拒絶権でなした経験を利用すべきであるとされる。

4. 個別の拒絶権

ここは比較法的な考察の成果を繰り返す場所ではない¹⁰³⁾。それでも、拒絶権の諸範疇が確認され、必要とされる簡潔さで叙述されるべきである。

a) 弁護士・依頼者間のコミュニケーションの保護

イギリス民事訴訟法では、弁護士・依頼者間のコミュニケーションは、相手方のずうずうしい策略から保護されている。いわゆる弁護士・依頼者間秘匿特権である¹⁰⁴⁾。アメリカ合衆国の諸民事訴訟法でさえ、いわゆるワーク・プロダクト・ルール of the 枠内において、弁護士の資料の保護の必要を承認している (FRCP26条(b)(3)項参照)¹⁰⁵⁾。

ドイツでは、民事訴訟における弁護士と依頼者の間のコミュニケーションの

101) BGH GRUR 2006, 962 967 Rdnr. 42 (Tilmann/Schreibauer による判旨賛成の評釈あり)。

102) しかし、こう述べるのは、Hartmann (Fn. 52), § 142 Rdnr. 2.

103) Wagner ZEuP 2001, 441, 473 ff. 参照。

104) アクチュアルな叙述は、Andrews (Fn. 63); Cross & Tapper on Evidence, 9. Aufl. 1999, S. 438 ff.

105) James/Hazard/Leubsdorf (Fn. 19), S. 313 ff.

保護は、これまでほとんどテーマとはされてこなかった¹⁰⁶⁾。これに関する判決は、全て刑事訴訟に関連しており、すなわち、弁護士が刑事訴訟上の役割の中で防御者として獲得した情報の秘匿特権化に関連している。その限りにおいて、防御者は証人として証言する必要も、資料の差押えを甘受する必要もない（StPO53条1項2号、同97条1項1号；また、StPO148条も参照）。BVerfGが確認しているように、この秘匿特権は倒産法には転用されず、その結果、倒産債務者と防御者との間のコミュニケーションへの倒産法（以下「InsO」とする。）99条による郵便の遮断の拡大に対して疑念は存在しない¹⁰⁷⁾。

民事訴訟では、既に、かつてZPO142条1項に含まれていた関連性の要件とそれ以外の書証の規律は、弁護士のワーク・プロダクトへの裁判所又は相手方の拮取（Zugriff）からの十分な保護を提供していた。この防壁が突破された後は、対応する拒絶権の承認が必要である。とりわけ弁護士の書類ファイルは、ZPO142条1項の規律には服さない。

b) 自己責任からの保護

刑事訴訟では被告人は黙秘権を持っており（StPO136条1項2文）、したがって、民事訴訟では、当事者がZPO142条1項を超えて、それが公表されることによって刑事裁判所の訴追の危険を引き起こす可能性のある情報を開示することが必要とされなければならないかどうか、問題となる。

イギリスでは自己負罪拒否特権は、伝統的に質問に対する応答から保護するだけでなく、その他の場合には提出が要求されるかもしれない文書の提出を拒絶する権利をも保障している¹⁰⁸⁾。今日では、一方当事者の犯罪行為を民事訴訟において優遇するべきということが不当だと感じられているがゆえに、この秘匿特権はいずれにせよますます圧力を受けている¹⁰⁹⁾。実際、なぜ例えば

106) 唯一の——その限りで明白な——例外は、Konrad NJW 2004, 710.

107) BVerfG NJW 2001, 745 f.

108) 詳細は、Andrews (Fn. 63), Rdnr. 29.01 ff.; Cross & Tapper (Fn. 104), S. 422 ff. による。

109) Andrews (Fn. 63), Rdnr. 29.09 ff.

その他の場合には正当な原告の情報利益が退くべきなのか、あるいはその他の場合には証明されるべき請求が、被告人が刑事上罰すべき行為を有責に行なったというだけの理由で棄却されるべきかを説明するのは、困難である。こうした理由からイギリスの立法者は、特別法により、秘匿特権を狭い専門領域の中に限定した¹¹⁰⁾。實際上意味があるのは、とりわけ知的財産権および営業上の権利保護をめぐる争訟の場合の秘匿特権の停止である¹¹¹⁾。これに反対して提出された疑念は、刑事訴訟法上の手続保障、例えば欧州人権規約 (EMRK) 6 条の基準¹¹²⁾ による観点の下で考慮されるが、それは関連した刑事手続において明るみに出された情報の民事訴訟における利用が限定され又は排除されることによってである¹¹³⁾。

ドイツ法に関しては、RG が、古い判例法の下で、妻は夫に反訴のための資料を提供し、みずからを刑事訴追の危険にさらすために、自ら不貞を公表する義務を負うことはないと述べていた¹¹⁴⁾。学説上支配的な見解に反して、この判決は、刑事訴訟上の Nemo-tenetur 原則の民事訴訟版という意味で一般化されるものではない¹¹⁵⁾。BVerfG はたしかにその破産者裁判の中で自己負責に対しての保護は刑事手続に限定されず、「当事者の真実義務は、当事者が自らの不名誉に作用する事実又は自らが行った刑事上罰すべき行為を開示することを強制されないであろうところで限界を見出す」ということは民事訴訟についても認められるという前提を設定した¹¹⁶⁾。それにもかかわらず、倒産債務者

110) *Andrews* (Fn. 63), Rdnr. 29.24 ff.

111) 1981年の最高裁判所法 (Supreme Court Act 1981) 72条参照。*Andrews* (Fn. 63), Rdnr. 29.26 に転載されている。

112) これについては、*EGMR, Saunders v. UK*, (1996) 23 EHRR 313.

113) *Andrews* (Fn. 63), Rdnr. 29.32 ff.

114) *RGZ* 156, 265, 269.

115) しかし、こう述べるのは、*Leipold*, in: *Stein/Jonas*, 22. Aufl. (Fn. 4), § 138 Rdnr. 13; *Hartmann* (Fn. 52), § 138 Rdnr. 21; *Reichold* (Fn. 4), § 138 Rdnr. 7, 異説については後掲 Fn. 119; 刑事手続法における *Nemo-tenetur* 原則の拡大に反対するのは、*Verrel*, *Die Selbstbelastung im Strafverfahren*, passim; *ders.* *NStZ* 1997, 361, 362.

116) *BVerfGE* 56, 37, 44.

が今日の InsO97条, 同20条により全て手続に係する行為についての情報提供の義務を負い, この義務は, 開示されるべき事実が刑事上罰すべき行為又は法秩序違反を理由とした追求を惹き起こすのに (InsO97条 1 項 2 文) 適している場合にも存在し, かつこの義務づけが InsO98条の強制手段で実現されるという点に憲法違反を見出してはいない¹¹⁷⁾。

BVerfG が, 理由づけのために, 倒産の事例では「情報提供義務を負った者の〔秘密保持の〕利益が他者の情報の必要性和」抵触するということを指摘している場合には¹¹⁸⁾, 民事訴訟では同様ではないのかが問題になる。実際, この国では, イギリスにおけると同様, なぜ一方の当事者に訴訟の相手方に対する秘密保持特権と正当な権利実現の利益が当事者が, 単に場合によって処罰されるだけの理由で付与されるべきなのかについての理由が明白ではない。可罰性は, したがって行為者のための防盾になるであろう。可罰的に振舞った者が, 一般市民との関係において, 非難すべき点のない当事者よりも有利な立場に立つからである。そのような帰結は, 基本的な法治国家原則に矛盾し, 誠実な市民を無視するものである。それゆえ ZPO138条 1 項についての学説は, 正当にも多数が, 訴訟当事者に刑事法上不利になる事実の公表を免れさせるために真実義務を制限することを拒絶している¹¹⁹⁾。StPO136条 1 項 2 文との衝突は, BVerfG がその破産者裁判において要求し, InsO97条 1 項 3 文の中に含めているように, 民事訴訟において明らかにされた資料について刑事訴訟法上の利用禁止が定められるということによって, 難なく回避される¹²⁰⁾。

117) ドイツ旧破産法 (KO) の下での対応する法状況に関しては, BVerfGE 56, 37, 45 ff.

118) BVerfGE 56, 37, 45.

119) 基本的には, Stürner (Fn. 5), S. 174 ff.; Stadler (Fn. 40), § 138 Rdnr. 3; Peters (Fn. 83), § 138 Rdnr. 15; Greger, in: Zöller (Fn. 7), § 138 Rdnr. 3; Martens JuS 1974, 785, 789; 異説については, 前注115)。

120) BVerfGE 56, 39, 50.

c) 公益の保護

イギリス民事訴訟法は、国家の安全、他国に対する外交関係、統治業務、警察および刑事訴追官庁に関する情報を保護しているが、これが、すなわち公益の例外 (public interest exception) である¹²¹⁾。ドイツにおいてもまた、ZPO142条1項による提出命令は、その秘密の保持に公益が存する情報を公開する結果になることを許してはいない。

いずれにせよ公的な秘密保持の利益に、どんな場合にも無審査に司法上の権利保護の利益への優先が与えられてはならない。行政訴訟においては、文書の提出が連邦又は州の福祉に不利益を惹起するという問題が、当然より頻繁に生じ、それゆえドイツ行政裁判所法（以下「VwGO」とする。）99条1項2文は管轄官庁にこれに対応する拒絶権を認めている。2001年まで妥当していたVwGO99条2項の規律は、裁判所による官庁の判断のコントロールを非常に限定された範囲に限って許容していたが、それはBVerfGによって基本法（以下「GG」とする。）19条4項の観点の下で異論が出されていた。それによると、基本法の権利保護の保障は、「文書が、——秘密保持に対する義務づけの下——情報提供を拒絶するための法律上の要件が具体的な事例において充足されるかどうかを審査する裁判所に提出される」ということを要求している¹²²⁾。その結果、立法者はVwGO99条2項を新たに規定し、そしてイン・カメラ手続を導入し、その手続内で情報の要保護性が審査され、利害関係を有する当事者の権利保護の利益に対して公的な秘密保持の利益を衡量されている¹²³⁾。イン・カメラ審査は中間的な手続として設定されているので、その点にはGG103条1項にもとづく審問請求権に対する違反は存在しない¹²⁴⁾。情報の要保護性が明らかな場合には、それはさらに手続を進めることによってタブーなままであ

121) *Andrews* (Fn. 63), Rdnr. 30.01; *Cross & Tapper* (Fn. 104), S. 475 ff.

122) *BVerfGE* 101, 106, 128.

123) Gesetz v. 20. 12. 2001, BGBl. I, S. 3987; 詳細については, *Kopp/Schenke*, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 99 Rdnr. 18 ff. を参照。

124) *BVerfGE* 101, 106, 129.

る。

VwGO99条2項は、民事裁判所にも指針を与えるような規律モデルを提供している。民事裁判所はもっぱら職業裁判官で占められているので、VwGO99条2項の態様による中間的な手続がZPOによって追行される訴訟においても貫徹されることへの懸念は存在しないとされる。VwGO99条2項の管轄規定はおそらくただちにはZPOの枠内において同一取扱いはなされ得ないにもかかわらず、本条の類推適用は考慮されるべきではあるまい。

それを度外視すれば、公的な秘密保持の利益の場合に、なお一步を進め、イン・カメラ審査を中間的な手続として設定するのではなく、保護された情報の利用に拡張することも可能かもしれない。この問題を前にして、ここで取り上げられるべき私的な秘密保持の利益の訴訟上の保護をめぐるアクチュアルな議論がある。

d) 取引上および営業上の秘密

取引上および営業上の秘密もまた、ZPO142条による文書提出義務を制限しうる拒絶権を理由づけるのに適している¹²⁵⁾。不正競争防止法（「以下「UWG」とする。」）17条の規律が示しているように、こうした秘密は、特に競争相手の保護に値する内部事項を探索する方向に民事訴訟を濫用しうる（潜在的）競争者からの保護を必要としている。

BVerfGは、電気通信規制法についての最近の判決の中で、営業上および取引上の秘密の保護をGG12条で基礎づけ¹²⁶⁾、官庁が2つの競争者に相対している三極的な行政法律関係の場合には、秘密保持保護の要請と効率的な権利保護の要請の間の実際的な妥協の樹立の上に立つ¹²⁷⁾。いずれにせよ法廷の多数

125) 取引上および営業上の秘密の概念について、詳細は、Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 17 UWG Rdnr. 4 ff.; Stadler, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozeß und im Rechtshilfverfahren, 1989 S. 6 ff.

126) BVerfGE 115, 205, 229 ff.; Mayen NVwZ 2003, 537, 541: Art. 12 und Art. 14.

127) BVerfGE 115, 205, 232 ff.

意見は、完全に展開されたイン・カメラ手続を憲法を理由に促進し切ることはできず、後者を GG103条 1 項の法的審尋の保障を顧慮して問題ありとみなした¹²⁸⁾。法廷の構成員であるガイアー (Gaier) がその少数意見の中で正当にも批判しているように、BVerfG はこれで秘密保持の保護と効率的な権利保護の間の出来るだけ寛大な妥協を保障するための唯一可能な手段を失ってしまった¹²⁹⁾。VwGO99条 2 項の規律モデルを、中間手続へ制限することを撤廃し、裁判所に秘密保持を必要とする事実を利用するための権限を付与するというやり方で私法上の権利主体の間の紛争の場合に (も) さらに展開するのは適切であろうか¹³⁰⁾。この目的のために、秘密保持を必要とする文書は、まず第一にもっぱら裁判所にとってアクセス可能なものとされ、これがその次に二段の審査へ踏み入れられることとはたしてなるのであろうか。すなわち——

(1) 第一歩においては、情報の要保護性について判断がなされなくてはならない。この段階で権利保護の利益が秘密保持の利益に優越するのであれば、文書はただちに開示されなければならない。

(2) イン・カメラ手続により秘密保持の利益が優越するということを明らかになった場合には、第二歩において、効率的な権利保護の利益が法的審尋の利益に優越し、その結果イン・カメラ手続を継続し、秘密文書の内容を、それを公にすることなく、顧慮した事件判断をすることが正当化されるかどうか審査されなくてはならない¹³¹⁾。裁判所に重要事実の調査のための専門知識が欠けているのであれば、その確定は、必要があれば、秘密保持義務を負った鑑定人に委ねることも可能である¹³²⁾。

128) BVerfGE 115, 205, 239 ff.

129) Gaier, in: BVerfGE 115, 205, 250 ff.

130) Gaier, in: BVerfGE 115, 205, 251 ff.; 賛成するのは, Mayen NVwZ 2003, 537, 542.

131) そのような手続の詳細については, Wagner ZZP 108 (1995), 193, 210 ff. m. w. Nachw.

132) こう述べるのは, BGHZ 150, 377, 387 - Faxkarte; BVerwG NVwZ 2004, 105, 106 は烈しく拒絶する。

特に電気通信サービスの規制の領域に関して、特に EuGH がその *Mobistar* 判決において電気通信網についての枠組指令 4 条の解釈の中で要求しているのは¹³³⁾、主観的権利の保護と規制法の実現が秘密保護の保障によって相対化されないことである¹³⁴⁾。むしろ「関係する陳述の秘密取扱いが保障され、その際に効率的な権利保護の要請が考慮されるとともに、訴訟関係人の防御権の確保が保障されなくてはならない」¹³⁵⁾。かくしてテレコム事件の法廷の多数意見の限定的な態度は、ヨーロッパ法によって凌駕された。いずれにせよ電気通信法上の枠組指令の適用領域において、ドイツの裁判所とドイツの立法者は、イン・カメラ手続を用意することを勧告されている¹³⁶⁾。

イン・カメラ手続の方向へのヨーロッパ法の圧力は、知的財産権の領域においても存在する。無体財産権の侵害および競争法違反の場合には、——名指しされたあるいは事実上の——侵害者が、企業秘密という防盾を盾にとり、その結果、被侵害者の請求権の実現を挫折させることを試みるのが、しばしば問題となっている。前述した EU 実行指令 6 条 1 項は、加盟国に、被侵害者に相手方の処分権限の内にある証拠方法への適切なアクセスを創設するだけでなく、秘密情報の保護を保障することも義務づけている¹³⁷⁾。

133) RiL 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 108, 33.

134) *EuGH* Urt. v. 13.7.2006 – Rs. C-438/04 (*Mobistar SA ./ IBPT*), Slg. 2006-I, 6675 = RIW 2006, 852 = CR 2006, 669, Rdnr. 40 ff. Art. 4 der RiL は、次のように言う。「加盟国は、国内の局面で、自己の国内の統治官庁の裁判に関わる全ての電子通信網ネットワーク及び／又は電気通信サービスの利用者又は提供者が、関係人から独立した異議申立機関において当該裁判に対する法的救済をなしうる有効な手続が存在するということに配慮する。こうした機関——それは裁判所をも含むうるが——は、その任務に正当に応じるために、適切な専門知識を利用しなくてはならない。加盟国は、事件の状況が適切に顧慮され、有効な異議の可能性が与えられるということを保証する。」

135) *EuGH* Urt. v. 13.7.2006 – Rs. C-438/04 (*Mobistar SA ./ IBPT*), Slg. 2006-I, 6675 = RIW 2006, 852 = CR 2006, 669, Rdnr. 44.

136) *Schütze* CR 2006, 665, 667 ff.

137) 上記 II 3 参照。

この規準 (Vorgaben) の国内法化のための連邦政府の法律草案は、推定された侵害者に対する広範な提出請求権を保障し¹³⁸⁾、反対に裁判所には、「秘密情報の保護を保障するために必要な措置」を執ることを義務づけている¹³⁹⁾。理由書によれば、その際に、BGH が Faxkarte 裁判で指し示したように、特にイン・カメラ手続という選択肢 (Variante) のことが考えられている¹⁴⁰⁾。それによれば、閲覧は当面は裁判所と当事者によってではなく、鑑定人たる第三者によってなされ、さらにその訴訟関係人に最終結論が伝えられる。その際に、権利侵害の存在することが判明すれば、情報の要保護性を基礎づける根拠は失われる。EuGH が既に本質的に広範囲に規定された電気通信網に関する枠組指令 4 条の規定の下で、秘密の保護をしつつ、保護された情報へのアクセスを可能とすることを求めた後となつては、裁判所がこの手段を利用しないような実行指令 6 条の国内法化を承認しうるようなことは排除されているようにみえる¹⁴¹⁾。

しかしまた、上述の特別な資料のほかにも、GG103条 1 項にもとづく「奉仕的な」基本権を絶対化する代わりに、秘密保護の利益と効率的な権利保護の利益を可能な限り寛大な調整へと導く任務が残されている¹⁴²⁾。スイスの民事訴訟法は、法治国家として重大なマイナスになるだろうということなしに、既に長いこと正当な秘密保持の利益の保護のためのイン・カメラ手続を知っている¹⁴³⁾。イギリス民事訴訟法においては、文書に含まれた情報が個々の係属している法的争訟の枠内においてのみ利用されてよいということが、全く一般的

138) 前注96) における証明とともに、上記 VIII 5 参照。

139) §§ 140c Abs. 3 S.2 PatG, 101a Abs. 3 S.2 UrhG, 19a Abs. 3 S.2 MarkenG, 46a Abs. 3 S.2 GeschmMG, 24c Abs. 3 S.2 GebrMG, 9 Abs. 2 HalbleiterSchG, 37c Abs. 3 S.2 SortenSchG, jeweils i.d.F. des Gesetzesentwurfs (Fn. 10), S. 6 ff.

140) BR-Drucks. 64/07, S. 96, 前注132) 参照。

141) 前注133) 以下参照。

142) *Wagner ZJP* 108 (1995), 193, 212 ff.; 同旨 *Gaier*, in: *BVerfGE* 115, 205, 250 ff.

143) チューリヒ民事訴訟法典145条、スイス連邦民事訴訟法典38条 2 文参照；これについては、注76) とともに、*Wagner ZJP* 108 (1995), 193, 211.

に妥当している¹⁴⁴⁾。相手方はこの情報によってさらなる訴訟を準備してはならず、したがって情報を、裁判所の外で、個人的な目的でも、競争目的でも支配下においてはならない。

5. 手続上の主張

それゆえ義務を負った当事者がある訴訟の中で拒絶権を援用しうるのであれば、拒絶権を主張することができる訴訟上の手段が必要となる。これに関する法的規律は存在しない。けだし、ZPOは当事者に関する拒絶権を知らず、それゆえその訴訟上の貫徹を顧慮してもいないからである。他方で、ずっと以前から証人を考慮して存在し、したがって証言拒絶権の主張のための法規定もある。ZPO387条によれば、証人の拒絶の合法性についての争いがあるときは、受訴裁判所によって、中間判決によって判断がなされなくてはならない。後者は、さらにZPO387条3項、同567条1項2号により、即時抗告によって攻撃されうる。

ZPO142条2項2文が第三者の提出義務のみを考慮し、訴訟当事者の提出義務についてはZPO387条を指示していないにもかかわらず、前述された手続は、やはり訴訟当事者による拒絶権の主張に準用されなくてはならない。そのような類推にとっての切迫した実務上の必要性があるが、それは、誤った、したがって訂正されなければならない拒絶権についての裁判によってある審級を全て無駄に失うという危険が存在するだろうからである。たしかに法律の欠缺が計画違反かどうかについては争いがあるが、立法者が訴訟当事者の拒絶権を完全に無視してきたことが、よくよく考えられなくてはならない。しかし、そのような拒絶権が承認されなければならないのだとすれば——それが憲法上の理由からも命じられるのだとすれば——、拒絶権が各審級で実現されうる手続もまた必要である。

144) Rule 31.22 CPR (Fn. 64); 詳細は、*Andrews* (Fn. 63), Rdnr. 26.45 ff.

X. サンクション

最後に、訴訟当事者の側から提出が拒絶された場合の法律効果の問題が出てくる。

1. 直接強制の不存在

提出は、拒絶がなされた場合に直接強制を適用することによっては実現されない¹⁴⁵⁾。そのためには、拒絶している訴訟当事者から文書が取り上げられるよう裁判所に権限を付与する法律上の理由が必要ではないだろうか。そのような規定を InsO は知っているが（同98条2項）、ZPO は知らない。

2. 秩序手段の付課の不存在

たとえ裁判所が提出を直接に強制することができないとしても、服従しない証人の場合には ZPO390条1項2文においてそれが予定されているように、秩序金と秩序拘禁を命じることによって、間接的に、服従しない当事者に影響を及ぼすことができるかもしれない。しかし、ZPO142条2項は、この規定を提出義務を考慮して第三者のみに指示しており、訴訟当事者の場合の類似の問題に関しても指示しているわけではない。類推によって充足されなくてはならない欠缺は、そこには存在しない¹⁴⁶⁾。けだし、第三者の場合とは異なり、不当にも事実基礎の解明に協力することを拒絶する訴訟当事者の場合には、訴訟内のサンクションが利用できるからである。すなわち、裁判所は訴訟当事者の不当な拒絶を陳述と証拠方法の評価に際して顧慮し、そうすることによって訴訟上の解明義務の履行に対する有効なインセンティブを設定することができる。かくして秩序手段へ還元する必要はない。

145) BT-Drucks. 14/4722, S. 78; Stadler (Fn. 40), § 142 Rdnr. 7.

146) ZPO387条についての法状況との区別において；上記 IX 5 参照。

3. 証拠評価に際しての顧慮

ちょうど今示唆したように、文書提出命令に応じることについて一方当事者が不当に拒絶する場合には、このことがZPO286条の証拠評価〔=自由心証主義〕の枠内において顧慮されなくてはならない。その際に、証明責任を負った当事者と証明責任を負わない当事者との間で区別がなされなくてはならない。証明責任を負った当事者が提出命令に従わないのであれば、この者は立証を尽くしてはいない。それゆえにこの者が請求原因事実を十分に立証できないのであれば、この者は敗訴する。これに対して、証明責任を負わない当事者が命令に応じないのであれば、裁判所は拒絶権によってカバーされていない協力の不履行をZPO427条、同444条、同446条の類推によって証明妨害として評価しなくてはならない。

XI. 結 論

ZPO 改正法の立法者は、残念ながら、——他と比べてかなり制限的な——書証の場合の訴訟当事者の提出義務についての規律を、ZPO142条の変更に適合させることを怠っていた。当事者の一方の手元にある文書に関しては、ZPO142条の規律とZPO420条以下の規律が全く関係なく並存している。書証に関する諸規定とのZPO142条の調整の欠缺は、疑いの余地なく遺憾なことであるが、他方で、立法者に忠誠を拒み、民事訴訟における解明の改善と拡大についての立法者意思を無視することに、十分な理由はない。

実際、情報を欠いた訴訟当事者の解明の利益が、より情報に恵まれた相手方による根拠のない(!) 証明妨害よりも優位を獲得するということは、大いに歓迎されなくてはならない。広く流布した危惧に反して、適切に限界を画した訴訟上の解明義務を承認することによって、決してアメリカの文書のディスカヴァリーを無制限に受け入れたわけではなかった。むしろドイツの民事訴訟法は、秘密保持の利益が保護に値する限りにおいて、それが適切な範囲で保護されうる拒絶権を展開するように指示されなければならない。〔ドイツ〕連邦共

和国は、それゆえ連合王国と同様に、ハーグ証拠条約23条に対して宣言された留保を維持することができる。

訴訟当事者の訴訟上の文書提出義務を承認することによって、ZPO142条の改正はヨーロッパ民事訴訟法の近似化に貢献した。このことによって惹き起こされた ZPO 内部の摩擦を抱えたままで、当面は生きなければならないであろう——「訴訟上のモデルネ」¹⁴⁷⁾へのドイツ法の旅が、唯一の行程においてなされるわけではないことは明らかである。

〔完〕

147) *Schlosser* JZ 1991, 599.