

提訴前の証拠保全の正当な利益

—フランス新民事訴訟法典145条をめぐって—

町 村 泰 貴

目 次

- 一、はじめに
- 二、旧民事訴訟法典の下における証拠保全
 - a) 古法と1806年民事訴訟法典
 - b) 旧民事訴訟法典の下での判例
 - c) 小括
- 三、新民事訴訟法典における「将来の証拠調べ」の基本構造
 - a) 145条の基本的内容
 - b) レフェレおよび証拠調べの一般的要件適用の有無
 - ア) レフェレの一般的要件との関係
 - イ) 証拠調べの一般規定との関係
 - c) 145条による証明レフェレの自律性の確立
 - d) 小括
- 四、将来の証拠調べの要件としての正当理由および認容性
 - a) 訴訟前に証拠の保全または立証を行うための正当な理由
 - ア) 将来の訴訟との関係
 - イ) 証明上の利益
 - b) 認容性
- 五、終わりに —日本法への示唆—

一、はじめに

我が国の証拠保全制度は、特に医療過誤訴訟におけるカルテ等の医療記録を対象として、実務が証拠開示的運用を認め、判例法ともいうべき状況ができてきた。この傾向に対しては積極・消極の両方の評価が対立しているが、少なくとも医療過誤訴訟については積極的な評価が一般的と思われる¹⁾。しかしながらこうした現状にはいくつかの問題点が指摘できる。まず証拠開示の必要なケースと証拠保全の必要なケースとは必ずしも一致しないので、証拠方法の保全を目的とした現行法の要件は証拠開示目的の申立に不必要な障害となることがある。第二に証拠開示は情報の開示こそが本来の目的といえるが、証拠保全制度は要証事実と証拠方法を特定して申し立てる証拠調べの先取り実施にすぎず、そこでは情報開示を目的とする申立は本来なら不適法となるはずである²⁾。第三に現行法は本訴の提起を当然の前提としているが、現実には証拠保全申立事件の多くが本訴提起に至らない³⁾。これらは証拠開示による和解促進という積極的評価が可能な場合もあろうが、他方濫用的申立の場合もあろう。そして第四に、現行法には証拠保全の十分な実効性確保のための制度が欠けている⁴⁾。このことは証拠保全の要件緩和を、いわば黙認することにつながっていると思われるが、本来の証拠保全制度についてはもちろん証拠開示制

- 1) 証拠保全の本来の立法趣旨から逸脱するものとして批判する見解が特に実務家の手による文献で主張されているが、実務は「予想以上に弾力的な運用、すなわち、証拠開示的な運用に近づいている」とされている。林圭介「証拠保全に関する研究」民訴雑誌37号24頁以下参照。
- 2) いわゆる模索的証明の禁止に関連する問題である。
- 3) 最近の大阪地裁本庁における事件の調査によれば、昭和55年から平成2年までの提訴前の申立事件のうち本訴提起に至ったのはわずかに14.8%にすぎず、85.2%が本訴提起に至っていない。林・前掲論文(注1)47頁の表参照。なお、松田克己「特許侵害訴訟における証拠保全手続について」パテント22巻3号11頁(1969年)、同『民事訴訟における証拠保全に関する実証的研究』書記官実務研究9巻2号6頁(1970年)、高見進「証拠保全の機能」講座民事訴訟5巻321頁(1983年)、特に328頁以下も程度は異なるものの提訴率の低さを報告している。
- 4) 道田信一郎「権利侵害と証拠保全」法学論叢116巻1~6号26頁(1985年)、宮里節子「イギリス法の証拠保全についての一考察」民訴雑誌35号210頁(1989年)参照。

度としても、それが必要であるとの価値判断に立つ限り、実効性を伴うものとすべきである。そしてそれは逆に要件面で、濫用的な申立が排除される仕組みが必要ということになる。

このように現行の証拠保全制度の証拠開示的運用をめぐるには問題があるところ、近時公表された法務省民事局参事官室作成の「民事訴訟手続に関する検討事項」においては、証拠保全とは別に証拠収集手続を拡充する考え方を掲げて検討を求めている。そこでは現行法の文書提出義務の拡張と秘密保護、それに文書に関する情報開示と当事者間の照会が主要な柱となっている。これらは訴訟提起後の利用を念頭において、現行法の下で証拠保全制度の転用によりまかなわれている訴え提起前の証拠開示は含まれていないように思われるが、現在のような訴え提起前における証拠開示の必要性を否定しているわけではない。現在の証拠保全の転用に問題があるがその必要性は否定できない以上、改正の一つの項目として考慮されるべきである⁵⁾。

そして証拠開示を解釈論上認めるにせよ、立法論として考えるにせよ、その要件を考える場合には単に証拠保全の事由の拡張解釈では足りず、どのような場合に証拠開示制度の利用が正当とされるかという問題を正面から考えていく必要がある。証拠保全の濫用的申立の排斥とその正当な利用の限界という問題は、証拠保全の実効性を確保すべしという議論にあっても、より実効的な制度になればそれだけ濫用の弊害も大きく無視できなくなるので、実効性確保の前提として検討されるべき課題でもある。

ところでフランス新民事訴訟法典145条は、「すべての訴訟に先立って、紛争の解決の基礎となるであろう事実の証拠を保全し証明を行う正当な理由が存する場合には、法律上認められる証拠調べは、すべての利害関係人の要求により、申請に基づいて又はレフェレの方式によってこれを命じることができる」と規定している⁶⁾。これは一般に「将来の証拠調べ *mesures d'instruction in*

5) なお日弁連民事訴訟法改正問題委員会による「民事訴訟手続に関する検討事項」に対する意見書(1992年7月)では、訴え提起前における情報開示のための制度を提案している。同書135頁以下参照。

futurum」と呼ばれ、また最近では「予防的証拠調べ *mesures d'instruction préventives*」という言い方もされる⁷⁾が、要するに訴え提起前に証拠調べを行うことができる規定で、その中心となる要件が「正当な理由 *motif légitime*」である。この規定は証拠を保全する必要がある場合に限られず、広く訴え提起前に証拠調べをする必要がある場合を対象としており、どのような場合にその必要が認められるかをめぐって多数の判例の蓄積がある。

フランスの訴訟制度は日本法とかなり異なっており、特に1970年代の全面改革においては一般的な証拠提出義務を明文で認めた⁸⁾ので、限定的な証拠提出義務しか持たない日本法とは前提が異なっているように見える。しかしながらフランス新民訴法典145条の証拠調べは、見かけから想像されるほど無限定なものではない。訴え提起前の証拠調べを正当とする理由の解釈により、証拠調べによる証拠および情報の収集の利益と、証拠調べを受けて情報開示を迫られる相手方の利益との調整が図られている。そのような証拠保全による事前の証拠開示の正当性をめぐる豊富な実例は、我が国の制度を考える上で参考となり得るものである。

そこで検討の順序として、まずフランス新民訴法典145条制定前の法状況を簡単ながら概観する(二)。次いで145条の構造について、特にレフェレの一般的な要件や証拠調べの一般的な要件との関連性について論じられているところを考察し(三)、その後で中心的な要件である「正当な理由 *motif légitime*」の内容について、特に判例を中心に検討を加えることとする(四)。

なお、本稿の参考文献のうち主要なものは本文末尾に掲げ、引用に当たって

6) フランス民事訴訟法の条文訳は原則として、法務大臣官房司法法制調査部編『注釈フランス新民事訴訟法典』(1983年・法曹会)によった。

7) Perrot, loc. cit. n° 784参照。なお *mesure d'instruction* という言葉は直訳すれば「審理措置」であるが、具体的には当事者尋問、検証、証人尋問、技術者による鑑定・診断・確認がその内容であり、我が国における証拠調べにほぼ同義である。

8) フランス民事訴訟法における証拠提出強制をめぐり考え方の変遷については、拙稿「フランスにおける *Le droit à la preuve* の観念」北大法学論集38巻1号93頁参照。

は原則として著者名のみを記すこととする。

二、旧民事訴訟法典の下における証拠保全

a) 古法と1806年民事訴訟法典

1806年に制定された民事訴訟法典は、証拠保全に相当する規定をおいていなかった。この法文の沈黙は意図的である。というのも沿革を見ると、フランス古法においてカノン法の影響から将来の証人尋問 *enquête à futur* という証拠保全制度が存在したが、1667年の民事王令がこれを廃止した⁹⁾。廃止理由は、相手方当事者が不在で防御の機会がないところでの証明には偽証の危険があること、瀕死の証人が生きながらえたり長期旅行の予定のある証人がその後もとどまったりすることが多く、その場合でも一度なされた証言は裁判官に先入観を生じさせることから、濫用のおそれがあるためとされている¹⁰⁾。

一般的に1806年の民事訴訟法典はこの王令を多くの点で継承したといわれている¹¹⁾が、証拠保全制度の否定についても、王令による明示的禁止を受け継いだものである (Vincent, n° 27)。そしてこの立場の正当化のために学説は、裁判官の任務が存在する訴訟を解決することであって当事者に新たに訴訟を準備するための手段を提供することではないこと、訴権を基礎づける利益は

9) 「第13章『将来の審理のためにする証人尋問 *enquête d'examen à futur* と慣習不詳点に関する集団ごとの証人尋問 *enquête par turbes* との廃止につきて。』第1条 朕は、将来の審理のためにする証人尋問のすべてを、また、慣習および慣行の解釈 *interprétation* に関わる、集団ごとの証人尋問のすべてを廃止す。しかし、朕は全裁判官に対し、それを命ずること、および、それを顧慮することを禁止す。これに違背するときは、裁判官は、無効の制裁に服すべし。」(塙浩「ルイ14世民事訴訟王令(1667年4月)」神戸法学雑誌24巻2号165頁以下の翻訳によった)

10) M. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^eéd. (1814) tome 6, pp. 38 à 40. なお同書によれば、1667年の王令の後にロレーヌ地方については1707年の *duc léopold* によるオルドナンスが提訴前の将来のための証人尋問を廃止したが提訴後のそれは残され、フランドルのパルルマンについては廃止されることなく残されていたという。同書はフランドルにおける実務を紹介している。

11) 塙・前掲論文(注9)166頁, Vincent, n° 9 など参照。

既に生じた現実的かつ確実な利益であることが必要であるのに、未係属の訴訟のために証拠調べだけを求める利益は未確定なものにすぎないことを理由として付け加えていた (Peyre, n° 3)。

なお訴訟前に事実関係の確定を目的とする個別の規定としては、例えば商法典106条は貨物運送に関してその受領に争いが生じたときは貨物の状態を鑑定人に検査させることができる旨規定しており、特別法では狩猟により生じた損害の状況を確認するための鑑定人指名が訴訟前にできる旨の規定が見られる¹²⁾。民法典1323条1324条および民事訴訟法典193条による私署証書の検真、民法典2263条による新たな証書の交付義務も同様に将来の紛争に備えた証拠の確保を目的とした規定である¹³⁾。

b) 旧民事訴訟法典の下での判例

法文の意図的な沈黙の下で判例も、一般に訴訟提起前に証拠調べのみを求めることはできないとしていた。例えば1886年の破毀院審理部判決¹⁴⁾は、溝の毀損が自らの農地への引水を妨げたと主張して被害状況の鑑定を求めた訴えに対して、損害賠償を求める本訴が未提起であることを指摘し、鑑定は本訴の付帯事件にすぎず本訴の存在を必要とするので不適法であると判示した¹⁵⁾。ここでは鑑定を求めること自体を主たる請求とする訴えの適否が問題となっているが、同じく鑑定を求める訴えでも損害賠償請求訴訟の提起とともに提起され

12) 1937年7月24日法律第1条4項

13) 文書の検真は我が国における証書真否確認の訴え(日本民訴法225条)に相当するものである。フランス旧法時の文献で将来のための証拠調べ禁止に対する例外として文書の検真を挙げるものは、R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd. (1949) p. 40, n° 35, H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, tome 1 (1961), p. 213, n° 236, J. Sicard, *La preuve en justice*, (1960), n° 72 などがある。証拠保全制度の関連で文書の検真が意識されていることは注目されるべきである。

14) Req. 25 oct. 1886, D. 87. 1. 164.

15) 同旨、Orléans, 29 juill. 1896, D. 97. 2. 209, Req. 6 févr. 1900, D. 1900. 1. 167 S. 1902. 1. 270, Rennes, 16 mars 1926, D. H. 1926. 326, Rennes, 15 nov. 1933, Gaz. Pal. 1934. 1. 70, Dijon, 7 févr. 1945, D. 1945. J. 315.

た場合は、主たる請求の形式をとっていても適法であるとされている¹⁶⁾。

しかしながら、これらとは別にレフェレ¹⁷⁾による鑑定が古くから認められてきた¹⁸⁾。このことはほとんど争われておらず¹⁹⁾、その適否を正面から判断した裁判例はほとんどない。わずかにレンヌ控訴院1926年3月16日判決は、原則として未係属の訴訟 *procès* 解決のためにレフェレ裁判官が証拠調べを命じることは許されないと判示したが、例外的に争訟 *litige* の開始が迫っていてその解決に関係する場合、または緊急性があるため遅滞なくなされるべき場合に限り鑑定を命じる余地を認めていた²⁰⁾。このようにレフェレによる証拠調べ命令に関して裁判例で主として問題となっているのは、その要件である緊急性 *urgence* を満たしているかどうかである²¹⁾。緊急性の要件を備えているとされた例としては、破毀院審理部1894年11月7日判決²²⁾のほか、交通事故

16) Req. 17 juill. 1899, S. 1899.1.512, Req. 7 mars 1905, S. 1905.1.407, Civ., 3 mai 1934, D. H. 1924. 434 ;

17) 旧法典の下でのレフェレについては、小山昇「référé について — ただし、その *ordonnance* の効力の紹介と研究 —」北大法学論集14巻3・4号387頁、同「フランス法における *référé — urgence* の判例紹介と研究 —」吉川大二郎博士還暦記念『保全処分の体系 上巻』（1965年・法律文化社）125頁、江藤价泰「フランスにおける「仮処分」制度」同『フランス民事訴訟法研究』（1988年・日本評論社）243頁以下、若林安雄「レフェレ＝仏における仮処分制度」近大法学16巻3・4号96頁以下、17巻1・2号133頁以下、18巻1号13頁以下参照。また新旧両法典のレフェレにつき野村秀敏『保全訴訟と本案訴訟』（1981年・千倉書房）101頁以下のほか、法務大臣官房司法法制調査部編・前掲書（注6）290頁以下、416頁以下など参照。

18) 江藤・前掲書（注17）247頁および野村・前掲書（注17）110頁で言及されている。なお小山・前掲論文（注17）のいずれも、鑑定を命じるレフェレの実例が多数見られる。

19) 注13所掲の各文献参照。

20) Rennes, 16 mars 1926, D. H. 1926. 326. 結論としては本訴提起が迫っているという主張立証がないこと理由として、鑑定命令を取り消している。レフェレによる鑑定を肯定する判断を示したものとして、Montpellier, 12 nov. 1928, J. P. C. 1929. 24. がある。鑑定を命じるレフェレの申立と実施が時効を中断させないとする裁判例として、Civ., 5 juin 1882, S. 84. 1. 49, Paris, 16 juill. 1903, D. 1904. 2. 392, S. 1905.2.68, Paris, 30 nov. 1944, D. 1945. J. 175, Civ. 3^e, 4 juin 1970, D. 1970. J. 674. これらは鑑定を命じるレフェレの適法性を当然の前提としている。

21) *urgence* の意義と裁判例につき、小山・前掲論文（注17）吉川還暦記念上巻参照。

22) Req., 7 nov. 1894, D. 95. 1. 8. もっともこの判決は当事者間に争いのある状況から原判決が黙示に緊急性あることを認めたと判示している。

の現場確認と目撃者および当事者の陳述を聴取する任務を与えられた鑑定が証拠滅失の可能性に照らして後の本案訴訟での証人尋問より決定的であるため緊急性ありとされたパリ控訴院1953年10月23日判決²³⁾などが挙げられる。逆に緊急性なしとして申立が排斥された例としては、病院の医療記録の調査許可を求めた申請に対して病院記録が廃棄対象となっていないことを理由に却下したドゥエ控訴院1959年9月25日判決²⁴⁾が挙げられる。

なおレフェレにより証人尋問を命じることはできないと解されていたが、これを認めた裁判例も一つだけ見られる²⁵⁾。レフェレによる証人尋問が認められない理由は、旧法典、特に1958年デクレ²⁶⁾による改革前の規定の証人尋問に関する厳格な形式主義がレフェレになじまないためとされている²⁷⁾。しかし実際には、鑑定人が事情聴取を行うことができたので、証人尋問も間接的ながら可能であった²⁸⁾。

c) 小括

要するに旧法の下で証拠保全が認められていなかったというのは、いわばたてまえに近く、実質的には我が国における仮処分に近いレフェレにより、少なくとも鑑定を行うことができた。そして鑑定は、我が国におけるそれよりも一般的に用いられる措置であり、鑑定人による調査のため当事者および第三者は必要な書類を交付しなければならないとされたこと²⁹⁾などから、実質的には訴え提起前の証拠開示・情報開示が実現されていたのに近い状態であった。

23) Paris, 23 oct. 1953, D. 1953. 688.

24) Douai, 25 sept. 1959, J. C. P. 1960. II, 11429, note R. Savatier. ただしこの事件は既に本案訴訟が提起されており、また鑑定を求める申請却下の理由は緊急性欠如の外に医療機関の秘密に触れることも挙げられている。

25) Trib. Tulle (réf), 1^{er} juill. 1926, S. 1927. 2. 86.

26) décret n° 58-1289 du 22 déc. 1958.

27) J. Sicard, op. cit (n. 13), n° 73.

28) H. Solus et R. Perrot, op. cit (n. 13), n° 238, R. Morel, op. cit (n. 13), n° 35.

29) 旧法典317条参照。なお鑑定人に対する書類の交付についての判例は、拙稿・前掲論文(注8)162頁以下参照。

訴え提起前の証拠調べを明文で認めた新法典は、このような旧法の下での状況を受け継いで、証拠調べをレフェレまたは申請による命令の形式で命じることとした。そこでレフェレまたは申請による命令の一般的要件が145条においても必要とされるかどうか、特に旧法の下で提訴前の証拠調べの中心的要件であった緊急性必要とされるかどうか問題となった。また証拠調べに関する一般的要件の要否も問題となった。このことは145条の体系的な位置付けにも関わる問題である。

三、新民事訴訟法典における「将来の証拠調べ」の基本構造

a) 145条の基本的内容

フランスの新民事訴訟法典は1965年10月13日のデクレによる実験的な改革を前触れとして、1970年代前半の4つのデクレとこれを統合補充する1975年12月5日デクレ1123号により法典化された³⁰⁾。本稿で問題とする証拠保全の規定は、1973年12月17日デクレ1122号³¹⁾の4条に規定され、それがそのまま新法典145条となったものである³²⁾。

この規定の基本的内容は、訴訟手続開始前に証拠調べを行うことができるものである。我が国の証拠保全と異なり145条による証拠調べは本案訴訟が提起される前に限られ、本案訴訟提起後はもはや適用されない。このことはいくつかの裁判例でも確認された³³⁾。本案訴訟提起から弁論期日までは、準

30) 新民事訴訟法典制定の経過については、『注釈新民訴法典』冒頭の「フランス民事訴訟法の沿革について」と題する論文が最も簡潔明瞭である。

31) Décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973 instituant une quatrième série de dispositions destinées à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile.

32) 以下ではフランスの新民事訴訟法典の法文は原則として条数のみを記す。

33) Nîmes, 19 févr. 1975, Gaz. Pal. 1975. 2 Somm. 293, Com., 15 nov. 1983, Gaz. Pal. 1984. Pan. 79, obs. Guinchard, J. C. P. 1984. IV. 29, Civ. 2^e, 24 oct. 1990, D. S. 1990. I. R. 266. なお不動産差押が既に係属している段階でその進行と解決に影響を与え得る鑑定を145条に基づいて命じることが許されないと判示した例として, Paris, 3 mai 1984, D. S. 1984. I. R. 272.

備手続裁判官 *le juge de la mise en état* が証拠調べを行う排他的権限を有する (771条5号)。準備手続裁判官の下に事件が係属する以前に、あるいは準備手続裁判官によらないで弁論期日が開かれるケース(いわゆる *circuit court*)でも弁論期日前に証拠保全が必要となる場合には、緊急の証拠調べをレフェレにより命じることができるが、その権限は145条以外の法に基づくものである³⁴⁾。808条に規定された緊急性 *urgence* を要件とする本来のレフェレにより、証拠調べを命じることができるということであろう³⁵⁾。

もっとも145条の申立においては予定される本案を正確に特定する必要はないとされており (Jeantin, D. S. n° 19, Perrot, n° 788.), 申立人と相手方との間に係属中の本案訴訟と145条の申立で想定される本案訴訟との同一性判断が常に明らかというわけではない。例えば破毀院商事部1991年4月16日判決³⁶⁾は、裁判上の清算中の会社に対して株式譲渡無効の訴えを提起した株主がさらに会社理事の責任を追及するため会社の会計鑑定を申し立てたという事例で、個人訴権たる会社理事の責任追及は株式譲渡無効の訴えと別個であり、後者の係属は妨げとならないとした。

また145条は、証拠調べ *measure d'instruction* について規定し、その規定の位置も証拠調べの総則におかれているが、その対象は狭義の証拠調べに限られない (Perrot, n° 789.)。公刊された例で見られる145条の証拠調べの例は大半が技術者による証拠調べ、特に鑑定 *expertise* (263条以下) であるが、裁判執行吏 *huissier de justice* による確認 *constatation* (249条以下)

34) S. Guinchard, obs. *ibid.* Jeantin, D. S. n° 11. も同旨か。そこでは「準備手続裁判官への係属がない場合にレフェレ裁判官が審理進行中命じることのできる証拠調べと、レフェレ裁判官がすべての訴訟手続に先立って命じる将来の証拠調べとを混同してはならない」と指摘されている。Perrot, n° 728も参照。

35) 本案訴訟進行中のレフェレ利用の可否については、Vincent, n° 571. 参照。

36) Com., 16 avr. 1991, J. C. P. 1991. IV. 235. 裁判上の清算 *liquidation judiciaire* とは1985年1月25日法律98号148条以下の手続で、文字どおり清算を目的とする。会社理事が会社の債務超過に運営上の過失がある場合は同法180条により会社債務の填補義務を負い、182条所定の事由があれば理事自身に更生手続が開始される。1985年法については、佐藤鉄男＝町村泰貴「1985年のフランス倒産法に関する法文の翻訳 (1)～(4)」北大法学論集38巻3号～39巻3号に試訳がある。

の例³⁷⁾、特に姦通確認を目的とする姦通調書 *constats d'adultère* 作成を執行吏に命じる例³⁸⁾、単なる診断 *simple consultation* を命じた例³⁹⁾ などが見られる。さらに本来の *mesure d'instruction* ではない証明資料の提出・伝達についても、テレビ局のインタビューフィルム⁴⁰⁾の提出をレフェレにより命じた例⁴⁰⁾、労働組合の会計帳簿を組合員へ伝達 *communication* せよと命じた例⁴¹⁾、138条の第三者所持文書の提出命令は証拠確保のため145条に基づき認められると判示した例⁴²⁾ なども見られる。

なおこの規定は、前節で述べたように旧法典の下でレフェレによって発展してきたことを継承して、レフェレまたは申請による命令の方式によるとしている。この両手続との選択について見るならば、一般に申請による命令は対審審理を必要としないという点がレフェレとの基本的な差異であり、従って対審主義の例外を必要とする事情のあるときにのみ申請による命令によることが許される⁴³⁾。このことは145条における両者の選択においても同様で、密行性が措置の有効性の条件となる場合にのみ申請による命令が許されるとされる⁴⁴⁾。実際に145条に基づく証拠調べが申請による命令により命じられた例は多くがいわゆる姦通確認調書の事例である⁴⁵⁾。

ところでレフェレまたは申請による命令に基づく証拠調べという基本的な構

37) Paris, 18 juin 1980, Gaz. Pal. 1980. 2. 770, note J. -C. Fourgoux. 蜂蜜輸入販売会社がライバル会社の最新設備があるなどの広告に偽りがあるとして、ライバル会社内で広告の真偽を確認するための裁判執行吏の任命を求めた。原判決は棄却したが控訴院は認容。

38) Cass. civ. 1^{er}, 6 févr. 1979, Gaz. Pal. 1979. 1. 252, note J. V., J. C. P. 1980.II. 19290, obs. R. Lindon. など多数。

39) Paris, 28 juin 1976, RTDC. 1976.630, obs. Perrot

40) Paris, 5 févr. 1986, Gaz. Pal. 1986. 1. 244. なお, Paris, 26 déc. 1986, D. S. 1987. J. 344, note M. Jeantin, Gaz. Pal. 1987. 1. 95. もテレビ局に対して放送用テープの提出が求められたケースである。

41) T G I. Evry (réf.), 25 avr. 1980, Gaz. Pal. 1981. 1. Somm. 160. ただし伝達は組合所在地でなされるべきで、交付を求めることはできないとされた。

42) Versailles, 16 avril 1986, D. S. 1986. I. R. 298,

43) Estoup, n° 252, Civ. 3^e, 17 nov. 1981, Gaz. Pal. 1982. 1. 106, note J. Viatte.

44) Perrot, n° 791, Estoup, ibid. 反対か, Jeantin, D. S. n° 23.

造を持つ145条の適用においては、レフェレや証拠調べの一般的要件、例えば808条所定の緊急性が必要とされるのではないかという点が問題となる。次にこの「将来の証拠調べの自律性 *autonomie*」と呼ばれる問題について、特に判例の動向を検討する。

b) レフェレおよび証拠調べの一般的要件適用の有無

ア) レフェレの一般的要件との関係

レフェレについては、484条以下に基本となる共通規定を置き、具体的要件規定が808条以下に置かれている⁴⁶⁾。これによれば、一般にレフェレの要件としては緊急性 *urgence* があることに加え、重大な異議 *contestation sérieuse* が存在しないこと、または争い *différend* の存在が処分を正当化することが必要である。これらの要件はいずれもその定義が困難な不確定な概念であり、相互の関係も、重大な異議の不存在と争いの存在との関係や809条の規定との関係など、必ずしも明確とは言いがたい (Croze, n° 310.)。

一般に緊急性とは、レフェレ本来の目的と照らして、申立人が通常の遅い手続によることを余儀なくされた場合に重大な困難の可能性があること (Perrot, n° 1274.) とか、数日または数時間の遅れが当事者の一方に損害を与える可能性があること (Vincent, n° 138) などの定義が与えられているが、それと同時に紛争の性質や客観的要素により内容が異なりうる相関的な概念であると言われている (Perrot, n° 1274, Estoup, n° 70.)。また重大な異議があ

45) Civ. 2°, 13 mai 1987, J. C. P. 1987. IV. 244. この判決は、申請に基づく命令により執行吏に調書確認をなさしめるには対審主義の例外を正当化する理由が必要と判示する。なお姦通確認調書については正当な理由との関係で後述する。

46) 484条「レフェレの命令は、本案受理裁判官でない裁判官に即時に必要な処分を命じる権限を法律が与えている場合において、当事者の一方の要求により、他方当事者を出席又は呼び出してなされる仮の裁判である。」 808条「すべての緊急の場合には、大審裁判所所長は、それらに対しなんら重大な異議が存在しない場合、又は紛争の存在がそれを正当化する場合において、すべての処分をレフェレの手続により命令することができる。」 他の裁判所についても同内容が規定されている。小審裁判所につき848条、商事裁判所につき872条、農事賃貸借同数裁判所につき893条、控訴院につき956条。

るとされる場合とは、裁判官がレフェレにより命じる措置の正当化のために本案問題を解決するにつながる場合とされ (Estoup, n° 75.), 法律行為の解釈に争いがあったり事実の存否, 法律の解釈に争いがある場合は, それらに判断を下すことはできないとされる (Perrot, n° 1277.). 争いの存在が措置を正当化する場合とは, 係争物について保管するなどの保全措置が必要とされる場合が想定されている (Estoup, n° 77, Croze, n° 310.). なお旧法典809条は, 「レフェレに関する命令は本案を害してはならない」と規定しているが, 新法典はこの条項を受け継がなかった。本案を害するかどうかについてはレフェレ命令が本案に関して既判事項の権威を有しない (488条参照) という効果の面のほか, 要件面では上記の重大な異議の不存在に関係してくるので, 旧809条に関する問題は重大な異議の不存在が必要かどうかという局面に吸収されるものと考えられる。なお145条との関係でもこの点が問題とされたが, 本案を害するという当事者の主張が認められた例は見当たらず, これを否定した例のみ見られる⁴⁷⁾。

以上のようなレフェレの一般的要件が145条の申立においても必要とされるかどうかについて, まず緊急性は, これを必要とするものも多く, 不要とするものとの対立が見られた。1970年代から80年代初めの期間における判例を見ると, 破毀院第1民事部1975年12月2日判決⁴⁸⁾は, 緊急性がないにもかかわらず鑑定人を命じたと主張してなされた破毀申立に対し, 145条を引用しながら, 原審は緊急性があると専権的に評価したと判示して破毀申立を棄却した。

47) TGI. Tourouse, (réf), 10 févr. 1976, J. C. P. 1976. IV. 6632, p. 288 obs. J. A. 離婚した妻が夫婦財産の清算のため元夫の銀行口座の特定年の取引明細書を提出させるよう請求し, レフェレによる命令が出た。その後, この命令に対して元夫が取消を求めるレフェレを申し立てたのが本件で, 提出を命じられた明細書の年は既に共有が解消した後であるはずでこの点は本案訴訟で審理されるべきところ, この提出命令を認めると本案を害すると主張した。しかし裁判所は本案を害するかどうかに関係無いとした。TGI. Toulouse, 23 nov. 1976, loc. cit. (n. 55) も, 本案を害するかどうかは145条の申立に関係しないと判示している。なお旧法典809条の意義につき, 野村・前掲書 (注17) 112頁以下参照。

48) Civ. 1^{re}, 2 déc. 1975, Bull. civ. I, n° 357, p. 296, RTDC. 1976. 601, obs. Normand.

また逆に破毀院第2民事部1981年7月20日判決⁴⁹⁾は、緊急性なしとしてレフェレ申立を却下した原判決を支持した。さらに下級審レベルでも、同様に緊急性の要件を必要とした例が多く見られる⁵⁰⁾。これらに対して、同じ時期に緊急性を要しないとした例は、下級審の裁判例でいくつか見られる⁵¹⁾。このうちエクサンプロバンス控訴院1981年12月15日判決⁵²⁾は、145条によるレフェレの体系的な位置付けを808条の適用例とすることを排し、レフェレの根拠条文は484条であることを前提に、その具体化が808条等でなされ、145条も直接484条の具体的適用法文であるとする。従って、145条と808条とは相互に全く独立しており、緊急性の有無を顧慮することなく事実の立証を可能にする鑑定措置を命じることができるというわけである。なお緊急性が必要だとする中にも、これを緩やかに認める裁判例が見られる。例えばサン・デニ・ドゥ・ラ・レユニオン控訴院1974年9月6日判決⁵³⁾は、姦通の執行吏確認調書作成を命じる場合に緊急性は常に認められると判示している。またグラス大審裁判所1981年5月26日レフェレ⁵⁴⁾は、緊急性を808条や809条および145条に共通する条件であるとしつつ、それぞれに内容が異なるとし、145条に基づくレフェレで要求される緊急性とは証拠滅失を避ける必要の意味であると判示し、証拠滅失の恐れが全くない場合にはレフェレ裁判官の権限がないとした。

49) Civ. 2^e, 20 juill. 1981, J. C. P. 1981. IV. 369. 同旨, Civ. 1^{re}, 26 avr. 1977, D. S. 1977. I. R. 414, 1978. J. 664, note Tendler.

50) TGI. Lyon, 15 janv. 1975, Gaz. Pal. 1975. 2. 814, note Ph. Laurent. (整理解雇について企業委員会が申し立てた鑑定のレフェレは緊急性も争いもないとして不受理), TGI. Lyon, 16 oct. 1973, D. S. 1974. 389, note Fourgoux, J. C. P. 1974. II. 17762, note Couchez.

51) TGI. Toulouse (réf.), 10 juin 1975, J. C. P. 1976. II. 18310 note Guillot. (会社の管財人は総会に諮る事なく緊急性を立証せずに、証拠保全申立ができる), Paris, 10 janv. 1979, loc. cit. (n. 65), Paris, 27 nov. 1980, Gaz. Pal. 1981. 1. Somm. 160, (銀行に対し、会計鑑定人が申立人の口座の収支計算をするレフェレが認められた事例), TGI. Toulon, (réf.), 30 janv. 1981, J. C. P. 1982. IV. 224

52) Aix-en-Provence, 15 déc. 1981, D. S. 1982. I. R. 170, obs. Julien.

53) Saint-Denis de la Réunion, 6 sept. 1974, J. C. P. 1974. IV, 6457, p. 363, obs. J.A.

54) TGI. Grasse (réf.), 26 mai 1981, D. S. 1982. I. R. 170, obs. Julien.

重大な異議の不存在または争いの存在による正当化について見ると、トゥールーズ大審裁判所1976年11月23日判決⁵⁵⁾は、請負人と注文者の請負代金清算をめぐる争いで帳簿の鑑定を請負人が申し立てたという事例において、145条による証拠調べについても808条の重大な異議不存在または争いの存在が適用されるという前提で、請負契約が見積り払いか否かについての重大な異議があるという相手方の主張に対して、重大な異議に当たらないとし、代金支払方法に争いがあることを理由として鑑定請求を認めた。これに対して破毀院第3民事部1980年12月10日判決⁵⁶⁾は、不動産譲渡契約に付された条件の成就について重大な異議があるのに鑑定を命じたとの破毀申立に対し、重大な異議の有無に言及することなく破毀申立を棄却した。争いの存在についてドゥエ控訴院の1978年2月22日判決⁵⁷⁾は、死亡した鉱山労働者の妻が鉱山労働者救援組合地域連合を相手に死因究明のための医療鑑定を求めたという事例で、桂肺病による死亡を理由とする年金請求を棄却した既判事項の確定力のある裁判が既にあり、連合との間に争いがないとして申立を却下した。また破毀院商事部1982年1月4日判決は、営業財産の所有者と経営賃借人との間に賃料不払をめぐる争いがあることを指摘して賃貸財産中の不動産の状態の鑑定を命じた原判決は正当であると判示した⁵⁸⁾。もっともこの判決は争いの存在を必要とするかどうかまで判断したものではない。

ともあれこのように、緊急性をめぐる対立ほどではないにしても、145条の

55) TGI. Toulouse, 23 nov. 1976, D. S. 1978. 664, note Tendler.

56) Civ. 3^e, 10 déc. 1980, Bull. civ., n° 193, p. 144, Gaz. Pal. 1981. 1. 287, note J. Viatte. 土地の適格証明を条件とする分譲地の譲渡で対価は道路管理と導水作業。分譲主が相手方の仕事状態に鑑定を申し立て認容された。相手方は請求の基礎となる事実の捜索で、しかも条件成就をめぐる重大な争いに抵触すると主張したが、145条により申立人は契約責任訴訟の基礎となる事実資料の収集が許されると判示し、その余の上告理由については判断する事なく上告を棄却した。

57) Douai, 22 févr. 1978, Gaz. Pal. 1978. 2. Somm. 472, この事件ではさらに死因を明確にしたいとする遺族の願いも故人を治療した医師に聞けば分かるので、証拠調べによる利益ないと判断されている。このほか、TGI. Lyon, 15 janv. 1975, précit. (n. 50) も争いがないことを理由に申し立てを却けている。

58) Com., 4 janv. 1982, Gaz. Pal. 1982. Pan. 183.

適用に際して808条の要件を満たす必要があることを前提にしている裁判例がいくつか見られ、破毀院の態度ははっきりとしていなかったといえることができる。

イ) 証拠調べの一般規定との関係

証拠調べの総則規定の中では主として146条2項と150条の適用の有無が問題となっていた。146条2項は、「いかなる場合も証拠調べは証拠提出における当事者の懈怠を補充する目的で命じてはならない」と規定する。その意義については争いがあり、証拠調べの対象たる事実を十分主張していない場合に証拠調べが禁止されると解する立場⁵⁹⁾、証拠の端緒がなければ証拠調べが許されないものと解する立場⁶⁰⁾、当事者が自己の主張事実の立証に対して自らなしうる寄与を故意に控えたことが懈怠であるとする立場 (Devèze, n° 188, Jeantin, J. -cl. n° 37, Perrot, n° 736.) などが主張されている。この規定が145条に基づく申立に適用されるかどうかについて裁判例を見ると、シャンベリー控訴院1978年6月27日判決⁶¹⁾は、山小屋の買主が建築会社を相手にして欠陥の鑑定を求めるレフェレ申立をして認められたが、鑑定項目のうち作業

59) Blanc, pp.16 à 18. この考え方は新民事訴訟法典制定に強い影響を与えたモテュルスキーの主張責任の考え方に従うものであり、わが国でいえば模索的証明の禁止と解する見解と理解できる。なお1975年に法典化される以前の規定は、「証拠提出における dans l'administration de la preuve」という限定がついておらず、ブランクの見解はそうした限定抜きの規定を前提としている。そこでこの限定がついた現在では、主張が十分でないことは証拠提出における懈怠ではないのでブランクの見解は取り得ないと批判されている。Devèze, n° 183.

60) Civ. 2°, 10 févr. 1977, D. S. 1977. I. R. 264. この判決は不動産差押の暫定的停止 sursis を求める申立において債務者が競売対象物件の価値を明らかにする最低限の証明資料も提出していない以上、146条2項に照らして鑑定申立を却下したのは正当と判示した。

61) Chambéry, 27 juin 1978, Gaz. Pal. 1979. 1. 192, note Leneveu, なお結論は懈怠に当たらないとしながら懈怠の有無を問題とした例として, Paris, 27 nov. 1980, précit. (n. 51), Rouen, 25 févr. 1982, D. S. 1982. I. R. 495, obs. M. Vasseur. (裁判上の整理中の会社の債権者が支払停止の原因と責任を明らかにするための鑑定申立。債権者らが独自に証明資料を獲得できないのは懈怠とはいえないとする)

中に新たに発見した欠陥を補充することという任務が当事者の懈怠を補充するものとして控訴により取り消された。この判決は明らかに模索的証明の禁止の意味で146条2項を適用したものである。他方、破毀院第2民事部1982年3月17日判決は、建物の欠陥を明らかにするために注文者が申し立てた鑑定について、原告決がこれを認めたのは注文者の懈怠を避けるためであるとし、これにたいして146条2項に反しているとの非難はできないと判示した⁶²⁾。この判決が、懈怠を補充するためではなく避けるためであるから許されるという趣旨で146条2項の適用を前提としているのか、それとも146条2項は適用されないが故に同条違反を主張できないとしたのか、いずれかは明らかでない。

150条は証拠調べを命じる裁判に対して独立して控訴および破毀申立をすることができないとする規定であり、鑑定については272条に特則があり、控訴院院長の許可を条件として独立の控訴が可能であるとされている。これに対して490条は、レフェレの命令につき控訴が可能であると規定している。そこで145条に基づいて証拠調べを命じるレフェレに対しては控訴・破毀申立が可能かどうか問題となり、破毀院第3民事部1978年5月18日判決⁶³⁾は、証拠調べを命じる判決に対する独立の上訴は許されないと判示した。もっともこの判決の事案は、別のレフェレ申立の審理に必要な証拠調べをレフェレで命じたもので、証拠調べを命じた後もレフェレ裁判官の係属が失われない場合であり、特殊であったが、判例の立場は不明確なものと考えられたようである。

c) 145条による証明レフェレの自律性の確立

以上のような判例上の混乱に一応の終止符を打ったのが、破毀院混合部の

62) Civ. 2^e, 17 mars 1982, Gaz. Pal. 1982. Pan. 273.

63) Civ. 3^e, 18 mai 1978, RTDC. 1979. 432, obs. R. Perrot. 下級審には反対に直接の上訴を適法と判示するものが多く見られる。Paris, 26 févr. 1974, J. C. P. 1974. II. 17748, obs. L. Boyer, Lyon, 28 janv. 1975, D. S. 1975. Somm. 97, Nîmes, 10 nov. 1975, loc. cit. (n. 94), Lyon, 3 déc. 1975, J. C. P. 1975. IV. 6607, p. 197, obs. J. A., Paris, 28 juin 1976, précit. (n. 39), Versailles, 20 juin 1978, Gaz. Pal. 1980. 1. Somm. 280.

1982年5月7日に下された3つの判決⁶⁴⁾である。事実関係から多少詳しく紹介する。

[事案] Phydor社は1978年1月16日に財産の清算を宣告されたが、仮取締役の提出した貸借対照表の記載により銀行5社(Crédit Lyonnais銀行、Société Générale銀行、Soc. Unicredit銀行、Soc. UCINA銀行、Banque Nationale de Paris銀行)がPhydor社に不相当に大きい融資をしていたことを知ったPhydor社の債権者2社が、銀行5社を相手方として、145条に基づきPhydor社がこれらの銀行から金融支援を受けた状況がどのようなものであったかを探求するために鑑定を申し立て、管財人もこれに参加した。パリ商事裁判所所長は1978年11月8日に鑑定を命じるレフェレ命令を下し、これに銀行5社が控訴を申し立てた。申立人側は、Phydor社の年間総売上高に近い額の融資がなされたこと、この過剰貸し付けのゆえに銀行は他の債権者に対して責任ありと見られること、および鑑定によってのみ銀行に対して裁判上の請求を行うことの適否を評価することができるのに、銀行5社は先に主任官が命じた鑑定に協力を拒んでいることを主張した。銀行側は、(a)申立人がまだ債権登録を済ませていないこと、(b)証拠の滅失の恐れがない本件でその保全を緊急にすためのレフェレ手続によることは許されないこと、(c)そして管財人がPhydor社の会計帳簿すべてを利用できるにもかかわらず銀行側の帳簿を調べるのは145条の正当理由を欠き懈怠を補うものであると主張した。

[原判決] パリ控訴院1979年1月10日判決⁶⁵⁾は、融資の大きさが他の債権者に対する銀行の責任の可能性を推測させることから融資がなされた事情を立証させる利益があるとし、銀行側の主張に対して、(a)申立債権者の資格については本案訴訟提起の資格がないと認めつつ、145条の利用はできるとし、管財人が申立に加わっていること、申立債権者が債権者全体とは別の個人的損害を受

64) Ch. mixt., 7 mai 1982, Bull. civ. M., n° 2, Gaz. Pal. 1982. 2.571, note J. Viatte, D. S. 1982. J. 541, concl. J. Cabannes, J. C. P. 1982, IV, p. 246.

65) Paris, 10 janv. 1979, Gaz. Pal. 1979. 1. 166, note J. V.

けた可能性もあることを指摘して、145条による申立を適法であるとした。(b) 緊急性がないことについては、商事裁判所のレフェレを定めた872条が適用されない以上緊急性は不必要であるとし、(c) 鑑定の必要性和懈怠の補充の問題については、管財人が会社の会計文書を調査できるとしても融資決定を導いた情報を明らかにするには銀行の文書の検査が不可欠であることから、懈怠の補充を目的とするものではないとした。そして以下のような任務の鑑定人任命を命じた。

(1) Phydor 社の債権者たる銀行に対し、同社に付与した貸付等の支援に関連する文書、その同意の基礎となった条件と保証の内容を記述した一切の銀行文書、書面を伝達させること。(2) それらの貸付が Phydor 社に与える金融負担額と同社の弁済可能額を調査すること。(3) 1977年中になされた弁済、特に同期間に企業の状態を知っていた可能性のある第三者の利益のためなされた弁済を調査すること。以上の調査レポートを4カ月以内に商事裁判所書記に提出すること。

これに対して銀行側は3つのグループに分れて破毀申立をした。他方申立人側は、そのいずれに対しても150条に基づいて破毀申立が不適法であると主張した。

[破毀院判決] 混合部は、まず破毀申立の適法性について、150条は主たる請求が裁判官のもとに係属しているときにのみ適用され、145条に基づく訴訟前の証拠調べが命じられる場合には適用されないと判示して適法と認めた⁶⁶⁾。次いで本案について、申立債権者の両社が本案訴訟提起の資格がないと認めつつ正当理由ありとするのは矛盾だというのに対しては、両社が個人的に損害を被った可能性があるとして認めた後に145条請求を認めるのは矛盾ではないと判示した⁶⁷⁾。また懈怠を補う申立であるというのに対しては、146条は145条の証拠調べに適用されないとして却け⁶⁸⁾、正当理由が欠けているという主張

66) 3つの判決のいずれにおいても触れられている。

67) B. N. PとUCINAの破毀申立に対する判決, D. S. 1982. J. 541.

68) 3つの判決のいずれにおいても触れられている。

に対しては、Phydor 社の受けた融資の大きさから、融資のなされた状況を立証する利益が確かに認められると判示した⁶⁹⁾。そして872条の要件が欠けているとの主張に対しては、145条の適用においては872条の要件に服さず、従って緊急性を証明する必要はなく、重大な異議のある場合でも権限があると判示した⁷⁰⁾。

この混合部判決以後の判例は、ここで示されたように145条を自律的な制度としてとらえ、レフェレおよび証拠調べの一般規定による制約は受けないものと位置付けられ、緊急性や重大な異議の不存在は145条の適用に際して考慮されないこととなった⁷¹⁾。

d) 小括

かくして145条に規定された将来の証拠調べは、レフェレおよび証拠調べの一般規定の適用を受けない、独特の制度と位置付けられることとなった。特に150条の上訴禁止が適用されないとする点について混合部判決は、1978年の破毀院第3民事部判決（前注63）がもたらした混乱を解消したものである。しかしながら146条2項の適用についていえば、混合部は明確に不適用としているが、そこに体系的な整理以上の意義があるかどうかは疑わしいように思われ

69) *Crédit Lyonnais* の破毀申立に対する判決, *Gaz. Pal.* 1982. 2. 571. および *Société générale* の破毀申立に対する判決, *J. C. P.* 1982, IV, p. 246.

70) *Société générale* の破毀申立に対する判決, *J. C. P.* 1982, IV, p. 246.

71) *Civ. 1^{re}*, 9 févr. 1983, *Bull. civ. I*, n° 56, p. 49, *J. C. P.* 1983. IV. 132, *Gaz. Pal.* 1983. Pan. 178, obs. Guinchard (ガス供給業者と保険会社がガス漏れ事故の原因を探求する鑑定を申し立てて認められた事例。808条は適用されないと判示した), *Orléans*, 4 mars 1983, *D. S.* 1983. J. 343, note M. Jeantin. (145条は自律した証拠収集制度であり、レフェレに特有の要件、緊急性と重大な争い不存在とは不要で、レフェレ裁判官は要証事実の真実らしさ、紛争解決に与える影響力を考慮しなければならない。事案は給湯暖房契約の管理部門のコストに意見の相違が生じ、コストを評価する鑑定人の指名が認められた例), *Paris*, 5 déc. 1987, *Gaz. Pal.* 1988. 1. 272. (緊急性も重大な争いの存在も不要。競業避止義務違反を理由とする解雇事件で、雇用主が鑑定を申し立てて認められた事例)

る。少なくとも事案の内容は申立人に懈怠が認められないケースであったし⁷²⁾、申立人に真の懈怠があるケースであればレフェレ裁判官を通じて証拠を獲得できるのは不当であるという認識も学説上見られる⁷³⁾。この論者のいう「真の懈怠」は次節で検討する「正当理由」において問題となるように思われる。

レフェレの一般的要件に関しては、緊急性の要否がもっとも争いのあったところであり、混合部が緊急性を問題としないと判示した点は重要であろう。もっとも緊急性が証拠滅失のおそれのあることを意味するのであれば、ここでもまた問題は「正当理由」の中身に移ることとなる。緊急性は必要とされないとしても、証拠滅失のおそれがないときには「正当理由」ありとは認められないという立場も有り得るからである。それ以外の要件、特に重大な異議の存否が問題とならないとする点は既に1980年の破産院第3民事部判決（前注56）で暗示されていたことであり、確定した判例と受け取られているようである（Perrot, p. 666, note 2.）。もっとも、レフェレの一般的要件としての争いの存在は、次節で見る「正当理由」の内容と近いものと考えられるので、レフェレの一般的要件が必要とされないということの意義はそれほど大きくはないようにも思われる。いずれにせよ問題は、145条自身の要件の中身、特に「正当理由 motif légitime」がどのような場合に認められるかというところに集約されたわけである。節を改めて正当理由の内容について検討する。

72) 懈怠と主張されたのは要するに申立債権者側に同調している倒産会社の管財人が倒産会社の帳簿を検査できるのに銀行の帳簿を検査しようとする点で、控訴審の認定は会社の帳簿では不十分で銀行の帳簿検査が不可欠だというにある。前注62で引用したパリ控訴院の事案も銀行の帳簿を検査しようとするもの、ルーアン控訴院の事案は倒産会社の帳簿検査をその債権者が申し立てたケースで、いずれも懈怠に当たらないとされている。

73) Perrot, n° 787. なお混合部判決前ではあるが、Jeantin, D. S. n° 27. も「145条は証拠提出における原告の懈怠を補う機能を有しない」と論じている。

四、将来の証拠調べの要件としての正当理由および認容性

145条は、訴訟前に証拠の保全または立証を行うことについての正当な理由 *motif légitime* があること、および証拠調べが法律上認容されるもの *légalement admissible* であることを要件としている。訴訟前という点と証拠調べの意義については前述した(三a)ので、本節では正当な理由の意義(a)および法律上認容されることの意義(b)について検討する。特に正当な理由の有無の判断は事実審裁判官の専権に属するとされている⁷⁴⁾ので、判例の準則を明らかにするのは困難である。下級審裁判例の大まかな傾向を見るに止まらざるを得ない。なお正当な理由の内容は、将来の訴訟との関係(ア)と証明の対象たる事実との関係(イ)という二つの側面に分けて説明するものが多い。この両者は截然と区別できるものではないが、叙述の便宜のためここでもこの分類に従う。

a) 訴訟前に証拠の保全または立証を行うための正当な理由

ア) 将来の訴訟との関係

145条の規定する訴訟前の証拠調べは将来の訴訟の存在可能性を前提としているが、既に紛争が発生している必要はない。このことは訴権的利益との関係で、既に生じた現実の利益 *intérêt né et actuel* は必要なく潜在的利益 *intérêt éventuel* で足りるとも説明される(Jeantin, D. S. n° 10, Vincent, n° 27.)。こうした説明は、旧法下で将来の証拠調べ禁止の論拠に訴権的利益の欠缺が挙げられていたこと(二参照)の影響だが、その沿革を別としても、将来の証拠調べの申立も訴訟制度の利用を求めるものであり、訴訟制度利用を正当ならしめる「利益」が問題となり得ることを示している。

この潜在的利益がどのような場合に認められるかについて学説上は、将来訴訟に発展しうる紛争が発生する可能性が必要であり、将来の請求 *demande*

74) Com., 17 mars 1987, J. C. P. 1987. IV. 183.

およびその基礎 *fondement* が特定されている必要はないが、少なくとも紛争の対象 *objet du litige* となり得るものは明らかにすべきだとされている⁷⁵⁾。そして、将来の請求に明らかに不受理事由があったり、明らかに理由がなかったり当事者または参加人となる可能性がないものを相手方としている場合も正当な理由がないとされる (Perrot, n° 788, Jeantin, J. -cl. n°s 91, 92.)。証すべき事実の存在が明らかに認められない場合も同様である (Jeantin, J. -cl. n° 92.)。ただし、不受理事由の中でも仲裁契約の存在は145条の適用を妨げるものではないとされている (Jeantin, J. -cl. n° 99)。

裁判例で将来の訴訟との関係が問われたものとしては、父の生存中に娘が息子を相手方として将来の相続に基づく権利を主張して申し立てた145条の請求が却下された事例⁷⁶⁾、盗聴されていると主張する者が盗聴装置の確認を目的とする鑑定を申し立てたのに対して、これは純粋に仮定上の被害に過ぎず、31条の意味での正当な利益が欠けているとして却下した事例⁷⁷⁾、ツール・ド・フランスのドーピング・チェックで陽性となった有名選手が申し立てたドーピング検出物質の鑑定について、学術的な問題であって将来の訴訟との関連が明らかでないとして却下した事例⁷⁸⁾がある。また不受理事由が問題となった例としては、自動車事故で過失により同乗者に怪我をさせたことで刑事裁判所から有罪と宣告され賠償を命じられた運転者について、保険者が運転者が別人であることを探索するための証拠調べを申し立てたが、既判事項の権威がある刑事判決を覆すものであるから正当な理由がないとして却下された事例⁷⁹⁾、そ

75) Perrot, n° 788. この *objet du litige* についてペロー教授は、新民訴法典4条および第1巻第1編第1章第2節のタイトルで用いられている狭義の意味（これについては『注釈新フランス民訴法典』9頁以下が詳しい）のほかに、広義の意味では訴訟の客体となりうる要素全部を指すと説明している。ibid, n° 64. ここでは広義の意味で用いられているものと思われる。Jeantin, J. -cl. n° 97. も将来の訴訟を正確に特定する必要はないとする。なお Normand, obs., RTDC. 1983, p. 185, p. 783. なども参照。

76) TGI. Lyon (réf), 3 avr. 1981, Gaz. Pal 1981. 2. Somm. 250.

77) Civ. 1^{re}, 13 juin 1978. J. C. P. 1978. IV. 256, Gaz. Pal. 1978. 2. Somm. 337

78) TGI. Paris, 12 août 1983, J. C. P. 1984. IV. 193,

79) Civ. 1^{re}, 29 avr. 1985, Gaz. Pal. 1985. Pan. 298, obs. Guinchard et Moussa.

して争い *différend* の要否が問われたケースではあるが桂肺病による死亡であることの究明のための医療鑑定が既判事項の確定力に衝突するとされた事例⁸⁰⁾が見られる。さらにパリ控訴院の1983年6月3日および22日の二つの判決は、事件に無関係な者を相手方として145条の申立をした場合は不合法であると判示した。ただしその事件では不動産の瑕疵についての鑑定を、その不動産に関する保証の有無が争われている金融機関および保険会社を相手方として申し立てた場合に、相手方の義務は当然には否定できないとして申立を認めた⁸¹⁾。このほかに将来の訴訟が明らかに理由がないとは言えないとして申立が認められたものには、増資により持分割合が減少した株主の社員権評価請求が訴訟提起に至る可能性があることを正当な理由の根拠とする例⁸²⁾や、不正競争行為の存在を他の争いなき事実から疑うに足りるとして正当な理由ありとされた事例⁸³⁾が見られる。

将来の訴訟の可能性は原告となる場合のみならず、交通事故の加害者⁸⁴⁾や

80) Douai, 22 févr. 1978, précit. (n. 57)

81) Paris, 3 et 22 juin 1983, RTDC. 1983, 784, Normand,

82) Paris, 28 nov. 1990, D. S. 1991. I. R. 41. なおこの事件はまず1966年1月24日法律537号(会社法)226条に基づく審理措置の適用が問題とされ、これが否定された上で145条による証拠調べが認められたものである。会社法226条は、少数株主による会社の業務執行監視を目的とした鑑定人選任請求権を定めた規定であり、同法施行のための1967年3月23日デクレ236号195条により商事裁判所所長のレフェレによって鑑定人の選任がなされることとされているため、145条と競合する。他に会社法226条による選任が認められない場合に145条の適用が問題とされた例としては、Metz, 6 janv. 1982, D. S. 1983, 564. (有限会社のため会社法226条の適用が認められないが145条の正当な理由が認められるとされた例), Paris, 16 déc. 1991, D. S. 1992. I. R. 56 (正当な利益がないとして否定された例)が挙げられる。

83) Paris, 25 sept. 1980, Gaz. Pal. 1981. 1. Somm. 77, 申し立てたのは倒産会社の管財人で、従業員の変動や取引先の喪失など争いなき事実から不正競争行為を疑うに足るとされた。これに対して Com., 5 janv. 1988, D. S. 1989, 354. は、元従業員の設立した会社の不正競争行為を特定するに足りる事実確定のため申し立てた会計鑑定が営業の秘密を犯すため正当な利益がないと判示した。また Civ. 2^e, 14 mars 1984, J. C. P. 1984. IV. 161. は、合意による競業避止義務に違反して営業準備行為をしたとの主張に基づく鑑定申立について、相手方の営業秘密が犯されることに加え、相手方の行為が合意された期間中にされたと考える根拠がないことを指摘して却下した。パリ控訴院と破産院の差異は不正競争行為の存在を疑わしめる事情の有無にあったと思われる。

84) TGI. Paris, (réf) 26 oct. 1984, Gaz. Pal. 1984. 2. 738.

航空機事故における航空会社・保険会社⁸⁵⁾などのように被告となる可能性がある場合も145条による申立が認められる。

将来の訴訟の種類は純粹に民事訴訟だけに限られるものではなく、刑事訴訟に付帯する私訴における攻撃または防御のために145条の申立をすることも許される⁸⁶⁾。しかしながら、最近の破毀院判決で大学病院の処置の結果ひどい苦痛を受けたことを理由とする鑑定申立について、健康に関する公的機関 service publique de santé におけるトラブルであるから民事裁判所に管轄権がなく、145条による申立は不適法であるとするものが現れた⁸⁷⁾。これに対して下級審レベルでは、預金供託金庫が郵政大臣に対して証明資料の伝達を求め145条の申立について民事裁判所の管轄を認めた判決⁸⁸⁾や、内務大臣がテレビ局に対して虚偽の事実を含むルポルタージュ番組のフィルム提出を145条に基づいて求めて、証拠保全のため必要な限度で一部認められた例⁸⁹⁾が見られる。特に後者は、本案訴訟として何が考えられるか疑問だとされており⁹⁰⁾、この点は今後の判例の動向が注目される。

将来の訴訟に発展し得る可能性に関連して、将来の請求の基礎となる事実の探索を目的とする証拠調べが認められるかどうかも問題とされている。ペロー

85) Paris, 2 mars 1989, D. S. 1989. I. R. 115. Paris, 26 mai 1988, loc. cit. (n. 86) も被告側である。

86) Paris, 26 mai 1988, D. S. 1988. I. R. 181 (刑事告発を受けた者が被害者の金銭損害の程度について鑑定を求めることが145条に基づいてできるとされた。ただし結論は予審の対象とされた文書の鑑定はできず、正当な利益は認められないとして却下), Paris, 11 juill. 1989, D. S. 1989. I. R. 254 (競売吏の作成した表の偽造につき予審が開始されたが、その競売吏が信用毀損の賠償請求を準備するため鑑定を求めて認められた。予審中の刑事事件記録の開示も認められた例)。Paris, 2 mars 1989, précit. (n. 85) も刑事予審開始後のケースである。なお, Jeantin, J. -cl., n° 96 参照。

87) Civ. 1^{re}, 10 janv. 1990, D. S. 1991. Somm. 245, obs. N. Fricer, 1990. I. R. 40.

88) Paris, 13 mai 1988, D. S. 1988. I. R. 181.

89) Paris, 26 déc. 1986, D. S. 1987. 344, note M. Jeantin, Gaz. Pal. 1987. 1. 95.

90) Ph. Bertin, chronique, Gaz. Pal. 1987. I. doct. 151.

教授は必ずしも不当ではないとしている (Perrot, n° 788.) が、裁判例の中には、145条によって将来の訴訟の法的基礎を探索することは裁判官を当事者の代理機関にすることとなり許されないとするものが見られる⁹¹⁾。また山小屋の瑕疵について買主が建築会社を相手方として鑑定を求めた事例で、鑑定を命じた原命令のうち、鑑定作業中新たに発見した欠陥を列挙することという任務は146条に照らして許されないとする判決⁹²⁾もある。ここでは146条が問題となっているが、証明対象の事実を特定せず、かえって証拠調べを通じて事実を収集することが許されないとされたものと位置付けることもできる⁹³⁾。しかし他方、超音速軍用機による建物被害の程度と原因を究明するための鑑定申立が許された例⁹⁴⁾や、分譲地の道路と水路の整備を行うことを対価として分譲地の一部を譲り受けた者に対して、売主が相手方の約束した仕事の状態を明らかにする鑑定申立につき、145条により契約責任訴訟の基礎となる事実資料の収集が許されると判示した破毀院判決⁹⁵⁾、裁判上の整理中の会社とその子会社について、債権者が支払停止の原因を明らかにするために申し立てた145条の証拠調べを認めた破毀院判決⁹⁶⁾も見られる。

以上は将来の訴訟を予定した事由であるが、145条の証拠調べを行うことで紛争発生を防止することや事実関係を明らかにして誤った訴訟の提起を回避することも正当な理由を構成すると説明されている⁹⁷⁾。

91) Paris, 8 juin 1988, D. S. 1988. I. R. 206, 1989. Somm. 297. なおこの判決の却下の理由はテレビ番組の強制試写を求めるのは制作者の意図に反し、表現の自由を犯し、また公開後でも証拠を確保できるので利益もないとする点にあった。表現の自由に反するという点は (イ) の認容性に関わる。

92) Chambéry, 27 juin 1978, précit. (n. 61).

93) 146条の懈怠の意味について、三、b)イ) 参照。

94) Nîmes, 10 nov. 1975, Gaz. Pal. 1976. I. 194, note L. B.

95) Civ. 3^e, 10 déc. 1980, Gaz. Pal. 1981. I. 287, note J. Viatte.

96) Com., 25 oct. 1983, Gaz. Pal. 1984. pan. 108.

97) Normand, obs. RTDC. 1976. 600, Jeantin, J. -cl. n° 92, Estoup, n° 99.

イ) 証明上の利益

145条の証拠調べは、それが予定する将来の訴訟において有用 *utile* でなければならない⁹⁸⁾。すなわち、証すべき事実は将来の訴訟において請求の基礎となりうるものでなければならず、証明手段が既に十分に確保されていないことが必要である (Perrot, n° 788)。後者は、申し立てられた証拠調べによって申立人の証明状況の改善がもたらされる場合とも説明されている (Jeantin, J. -cl. n° 96.)。

証すべき事実の適切性の有無が問われた例としてはパリ控訴院1986年2月5日判決⁹⁹⁾が挙げられる。また証拠調べの有用性がないとされたものとしては、広告会社が事実確認やインタビューを既に行い、また他社の広告板を見つけてその設置条件を土地所有者へ問い合わせることも容易である以上、調査のため裁判上の受託者の任命を求める正当な利益がないと判示した事例¹⁰⁰⁾、経営賃貸借に反対する少数株主が業務評価の鑑定を求めたが、経営賃貸借に反対するための資料を既に入手していることから正当な利益なしとされた事例¹⁰¹⁾が挙げられる。逆に申立人が証拠資料を獲得できないことから積極的に有用性を認めた例¹⁰²⁾も見られる。

若干争いが見られるのは、証明状態の改善のために証拠滅失のおそれ *risque de dépérissement de preuve* があることが必要かどうかという点で

98) この有用性の問題一般については、拙稿・前掲論文(注8)121頁以下参照。

99) Paris, 5 févr. 1986, Gaz. Pal. 1986, 1, 244. テレビ局のインタビューフィルムが名誉毀損を構成するとして、その提出がレフェレにより求められたが、原決定は正当な利益なしとし、控訴審で取り消され提出を命じた。インタビューフィルムの編集前と編集後を知ることが名誉毀損の成否に結び付くので正当な利益ありとされた。Orléans, 4 mars 1983, D. S. 1983. 343, note M. Jeantin. も、証拠調べが紛争解決に与える影響力を考慮しなければならないと判示している。

100) Com., 18 févr. 1986, Gaz Pal. 1986. pan. 109

101) Paris, 16 déc. 1991, D.S.1992. IR. 56.

102) Rouen, 25 févr. 1982, précit. (n. 61). 更生中の会社の債権者は、支払停止の原因や責任を明らかにするための鑑定人指名を求める利益があるとする。これに類するものとして、Paris, 28 avr. 1988, D.S.1988. I.R.159. 財産管理人が業務の適正証明を受けなかったことを正当化せず、受任者の委任者に対する会計帳簿提示義務を免れないことを根拠として正当な利益が基礎づけられると判示した。

ある。145条においても緊急性が必要とするかっの有力説においては、証拠滅失のおそれのあることが145条における緊急性を基礎づける事情と考えるものがあつた（三b）ア）参照）が、緊急性が必要でないとしてもなお、正当な理由ありというためには証拠滅失のおそれがあることが必要であるとする見解がある¹⁰³⁾。また裁判例においても、緊急性は要件でないという前提に立ちつつ、証拠滅失の危険がないことを申立却下の理由に挙げるものが見られる¹⁰⁴⁾。一方で、逆に証拠滅失のおそれは不必要であることを明示する裁判例も見られる¹⁰⁵⁾。証拠滅失のおそれを要求する立場でも、それは極めて広く認められるようであり（前注104参照）、また裁判例においても証拠滅失のおそれのあることが不可欠の要件とされているわけではないので、いずれにせよ申立人の証明状態の改善の一要素として考慮されるにとどまるものであろう。

b) 認容性

145条による証拠調べでも、一般の証拠調べと同様に法律上許される限度においてのみ認められる¹⁰⁶⁾。特に145条の場合は、相手方の支配領域内にある情報や証拠を証拠調べ、特に鑑定を通じて獲得する機会が多いので、相手方の保護されるべき秘密との衝突が問題となりやすい。裁判例では、テレビ局のインタビューフィルム¹⁰⁷⁾の提出が報道機関の情報源秘匿義務に反するかどうかの問題となつた例¹⁰⁷⁾、テレビのドキュメント番組の強制試写を求めるのは制作者

103) Perrot, n° 788, ただしそこで要求される内容は「調査がもっと後になされたならば即時の調査に比べて効果が劣るおそれがある」という程度である。Jeantin, J. -cl. n° 96. も証拠滅失の危険がなんら存在しない場合には145条によることはできないとしている。反対, Normand, obs. RTDC. 1983. 783.

104) Versailles, 7 juill. 1987, J.C.P. 1988. II. 20972, note Estoup, (メーカーが高級香水の販売店を切り替えようとした際、旧販売店がメーカーを相手方にして、製品の性質等の鑑定を求めた。これを認めた原決定に対し控訴院は、鑑定実施が時期早尚で証拠滅失のおそれもないとして控訴認容し、鑑定命令を取り消した)。TGI, Paris, 12 août 1983, précit. (n. 78) もこのことを暗示するものと指摘されている。Normand, ibid.

105) Metz, 6 janv. 1982, précit. (n. 82).

106) この認容性の問題一般については、拙稿・前掲論文（注8）126頁以下参照。

107) Paris, 5 févr. 1986, précit. (n. 99)

の意図に反し、表現の自由を犯すとされた例¹⁰⁸⁾、不正競争行為の特定のため競争会社の会計鑑定を求めたところ、相手方の営業の秘密を犯すことは許されないとして申立が却けられた例¹⁰⁹⁾、婚姻無効の訴えを準備するために妻の精神鑑定を求めるレフェレ申立がなされたが、これは相手方の自由を侵害するため許されないとされた例¹¹⁰⁾などが挙げられる。

この認容性の観点から問題となるのが、いわゆる姦通調書 *constat d'adultère* と呼ばれる証拠収集方法である。1975年7月11日の法律で廃止されるまで、フランス刑法は姦通を犯罪としていたため警察により捜査がなされていたが、そのミニチュアとして民事についても執行吏の姦通確認の実務がなされていた。そして住居不可侵の原則を克服するため、公的権威の命令として裁判所が申請に基づいて第三者の住居における姦通の確認をなさしめるため執行吏を任命する命令を下す実務が作られた (*Goubeaux*, n° 16.)。ところで1970年7月17日法律643号は、民法9条にプライバシー尊重の権利を定めた。また1975年の刑法改正では姦通罪が削除され、さらに1975年7月11日法律617号による離婚法改正では、民法259-2条に次のような規定が置かれた。「配偶者の請求に基づいて作成される調書は、住居侵入またはプライバシーへの不法な侵害がある場合には弁論から排除される。」そこでこの姦通調書は認容性の観点から許されないのではないかが問題とされた¹¹¹⁾。

裁判例を見ると、夫婦の一方の浮気をその浮気相手の住居において確認する措置が命じられ、これに対して浮気相手である第三者が取消を求めたという事案で、パリ控訴院1977年5月6日判決¹¹²⁾は確認の命令を有効とし、その上告審である破毀院第1民事部1979年2月6日判決¹¹³⁾も、プライバシーに対する

108) Paris, 8 juin 1988, précit. (n. 91)

109) Com., 5 janv. 1988, précit. (n. 83), Civ. 2^e, 14 mars, 1984, précit. (n. 83)

110) TGI. Aras, 9 oct. 1981, J.C.P. 1982, II, 19852, note G. Raymond.

111) なお、姦通の確認が145条、特に申請に基づく命令によってなされることについて、三a) 参照。

112) Paris, 6 mai 1977, J.C.P. 1978. II. 18813, note R. Lindon.

113) Civ. 1^{er}, 6 févr. 1979, Gaz. Pal. 1979. 1. 252, note J.V., J.C.P. 1980. II. 192 90, note R. Lindon. なお, TGI. Paris, 1^{er} juin 1976, J.C.P. 1976. II, 183 95 bis, note R. Lindon. も同旨。

不法な侵害に当たらないとして破毀申立を棄却した。その後姦通調書がプライバシー保護に反するとして申請を却下した例¹¹⁴⁾も見られたが、破毀院第2民事部1985年6月5日判決¹¹⁵⁾は、夫の不貞を執行吏調書により立証することがプライバシー、民法9条、259-2条、欧州人権条約8条などに反せず、これに基づく離婚判決も適法であると判示した。

姦通の確認のため第三者の住居に立ち入ってなされる証拠調べが認められる根拠として学説は、相手方の貞操義務を負う夫婦関係ではプライバシーを隠すことができないこと、夫婦外の第三者も浮気により貞操義務違反による精神的損害について有責であるからこの関係では第三者といえないこと¹¹⁶⁾、住居侵入によるプライバシー侵害と証明権との衡量により一定限度で証明権が優先していること (Goubeaux, n° 16.) などを挙げている。

このように認容性は証拠調べの相手方の利益との衝突という場合が多くみられるので、相手方の利益と証拠調べを求める利益との均衡が図られることになる。姦通確認調書の事例でも、離婚成立後に元夫が離婚補償給付の削減と扶養定期金の減額を目的として元妻が第三者と内縁関係にあることの立証のための執行吏任命を得たのに対して、パリ控訴院1981年11月5日判決¹¹⁷⁾は、この措置がもはや貞操義務を負わない元妻のプライバシーに対する認め難い侵害であり、公然の内縁関係は証人によっても立証できることを理由にして取り消した。こうした利益衡量は、姦通確認のケースのみならず、例えば銀行の職業上の秘密と司法の利益との衡量の上で銀行に特定人の口座・証書に関する文書の鑑定人への提出を命じた事例¹¹⁸⁾などでもなされている。

114) TGI. Montluçon (ord.), 13 sept. 1984, Gaz.Pal. 1984. 2. Somm. 436.

115) Civ. 2^e, 5 juin 1985, J.C.P. 1985, IV. 285, Gaz.Pal. 1985. 2. Somm. 348, D.S. 1986. I.R. 52, note R. Lindon.

116) Civ. 1^{re}, 6 févr. 1979, précit (n. 113)における J.V. の署名による note.

117) Paris, 5 nov. 1981, D.S. 1982. 342, note J. Massip.

118) TGI. Nice (réf.) 2 juill. 1981, D.S. 1982. I.R. 124, なお, Normand, obs. RTDC. 1983, 185, 参照。

五、終わりに ー日本法への示唆ー

以上見てきたところをまとめるならば、次のようにいえる。フランスにおいて訴え提起前の証拠調べは、明文上認められていなかった旧民事訴訟法典の時代から、判例により、我が国における仮処分機能を果たしているレフェレを通じて、緊急の場合の措置として行われてきた。新民事訴訟法典145条は、この旧法の実務を取り入れてレフェレまたは申請に基づく命令による提訴前の証拠調べを明文で定め、その後の判例によりレフェレの一般的要件や証拠調べの要件範囲に限定されない自律的な制度として発展した。その要件は提訴前に証拠保全または証明を行う「正当な理由」と証拠調べの認容性である。正当な理由とされるのは、将来訴訟に発展し得る紛争の発生可能性と、証拠調べによって将来の紛争における証明状態の改善があることと要約できる。これによって申立人の主張する紛争が法的な紛争と言えない場合や既に解決済みであったり、紛争発生が全く不確実である場合、他に十分な証拠資料がある場合、証拠確保以外の意図（例えば圧力をかけること）がある場合などが排除される。証拠調べによる事実関係の探索の許否は微妙なところであるが、学説は好意的であり、肯定裁判例も多い。証明状態の改善は証拠滅失のおそれが考えられるが、必要条件というわけではない。そしてこれらの「正当な理由」は相手方の立場との利益衡量にかかり、例えば不正競争事件のように事実関係の探索が営業の秘密に触れる場合には、不正競争行為の存在が強く疑われる場合は営業の秘密保護が後退し、不正競争行為の有無が明らかでなければ、秘密保護が優先するという解決がなされる。

この検討結果から日本法への示唆を引き出すには、いくつか重大な違いが指摘されねばならない。まず第一に、フランス法は証拠保全手続をレフェレまたは申請に基づく命令によっているが、被保全権利の保全を目的とする我が国の民事保全には適合しない。もっともこれはフランスのレフェレの概念が我が国の民事保全に比べて広く、必ずしも実体権の保全に限られないことによるもので、逆に我が国における証拠保全をも対象とした制度であると位置付けること

もできよう。このことは145条に基づく証拠調べの実施方法からも裏付けられる。本稿では言及できなかったが、145条による命令の実施についてはレフェレまたは申請に基づく命令の執行としてなされるのか（489条および495条参照）、証拠調べの規定（155条から174条）の適用を受けるのか、問題があるところである。150条の上訴制限が適用されないことの理由に145条の命令を下すことで裁判官の係属が終了することが挙げられていたので、証拠調べを命じた裁判官への係属が前提となっている証拠調べの実施の規定を145条に適用するのは困難に思われるが、他方証拠調べの実施には裁判官の存在が不可欠である場合もある。そこで結局、145条に基づく証拠調べの実施には一般の証拠調べの実施規定が適用されると解されており（Perrot, n° 794.），145条がレフェレの手續によっていることから直ちに、我が国における証拠保全と比較が不可能なほど異質であるということはできない。しかしながら第二に、フランスの証拠調べの多くが鑑定などの技術者による証拠調べによってなされている点は、我が国の状況と大きく異なる。我が国の地裁第一審通常訴訟事件における鑑定の実施は平成元年でわずかに2.5%にすぎず¹¹⁹⁾、証拠保全については大部分が検証によっている¹²⁰⁾。そしてフランスの技術者による証拠調べ、特に鑑定の際には必要な資料の収集のため幅広く強力な権限が鑑定人に与えられる¹²¹⁾だけに、サンクションが弱く、裁判官の負担も大きい我が国の検証手續と同列には論じ得ないことは明らかである。

しかしこうした差異にも関わらず、フランスにおける法状況は我が国における議論に次の点で参考になる。まず第一に、一で述べたように我が国における

119) 平成元年の司法統計年報によった。ちなみに証人尋問と当事者尋問はそれぞれ25%および30.7%である。

120) 林・前掲論文（注1）33頁。ただしその叙述からは文書に関する証拠保全のみについてか全部の証拠保全についてか明らかではない。

121) 275条1項「当事者は、鑑定人がその任務の遂行に必要と認めるすべての文書を、遅滞なく鑑定人に提出しなければならない。」2項「当事者がこの義務を怠る場合には、鑑定人は、裁判官にその旨を通知する。この場合、裁判官は、必要ある場合には間接強制をもって文書の提出を命じることができ・・・（後略）。」なお242条および243条も参照。

証拠保全は本訴提起が前提とされていながら本訴提起に至る割合が少ないが、こうした状況は濫訴防止という積極的評価と証拠保全の濫用という消極的評価の両方が可能である。濫用的な利用を排斥しつつ濫訴防止機能は損なわないためには、145条における正当な理由として将来訴訟につながりうる紛争の発生可能性を要求し、他方紛争予防の利益も認めているフランスの制度が参考になろう。第二に、フランスの判例が要求する正当な理由の諸要素は、いわゆる模索的証明について一定の場合に手掛かりの存在を要求して許容するドイツの判例¹²²⁾と類似している。フランス法には真実発見への協力義務（民法典10条、民訴法典11条）があるにもかかわらず、事実の探索を目的とした証拠調べの可否が分かれている点は興味深い。このことに関連して第三に、特に不正競争行為の有無をめぐる事件で顕著に現れたように（注83および109に引用した事案参照）、相手方の秘密を開示させる局面では特に申立人の主張の真実らしさが問われ、両者の立場の利益衡量がなされている点も注目に値する。我が国における証拠開示・情報開示が許される要件を考える際に、フランスにおける実例は参考になりうるものである。

こうした点からフランスの145条の証拠調べに関する状況は、その実施手続の強制のあり方も含めて我が国の立法論の中で参考となりうることはいうまでもないが、現行法の解釈論においても、証拠保全の運用のあり方に示唆を与えるものと思われる。医療過誤事件における証拠保全申立について改ざんのおそれを具体的事実により疎明すべきとした決定例¹²³⁾があるが、そこで改ざんのおそれを推認させるに足る事実として挙げられている事情は、むしろ交渉経過から紛争の発生可能性と開示を必要とする理由とを具体的に明らかにさせる性

122) この点は差し当たり、佐上善和「民事訴訟における模索的証明について」民商78巻臨時増刊3号200頁以下、春日偉知郎『民事証拠法研究』（有斐閣・1991）特に第7章参照。

123) 広島地決昭和61年11月21日判時1224号76頁。そこでは具体的な改ざんのおそれを一応推認させるに足る事実として、「当該医師に改ざんの前歴があるとか、当該医師が患者側から診療上の問題点について説明を求められたにもかかわらず相当な理由なくこれを拒絶したとか、或いは前後矛盾ないし虚偽の説明をしたとか、その他ことさらに不誠実又は責任回避的な態度に終始したこと」を挙げている。

質の事情と解することができる。現行法の下でもこうした運用は可能であろう。日本法に関するこうした観点からの具体的な議論は別稿において論じたいと考えている。

〔追記〕 校正段階で、山本和彦「フランス司法見聞録」(1)～(7)判例時報1432号～1441号および北村一郎「フランス民事訴訟における鑑定人の役割」(1)法協110巻1号に接したが、本稿では十分参照することができなかった。

◇主要参考文献（引用は原則として著者名のみによる）

- Blanc = E.Blanc, La preuve judiciaire, (1974)
 Croze = H.Croze et Ch.Morel, Procédure civile, (1988)
 Devèze = J.Devèze, Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, Thèse dactyl. Toulouse, (1980)
 Estoup = P.Estoup, La pratique des procédures rapides, (1990)
 Jeantin, D.S. = M.Jeantin, Le mesure d'instruction in futurum, D.S. 1980. chr. 205.
 Jeantin, J.-cl. = M.Jeantin, Mesures d'instruction, Disposition générales, Juris-classeur, proc. civ., Fasc. 634 (1986),
 Goubeaux = G.Goubeaux, Le droit à la preuve, in Travaux du centre national de recherches de logique, "La preuve en droit" (1981), p.277
 Perrot = H.Solus et R.Perrot, Droit judiciaire privé, tome 3. (1991)
 Peyre = J. -C.Peyre, Le référé probatoire de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, J.C.P. 1984. I. 3158.,
 Vincent = J.Vincent et S.Guinchard, Procédure civile, 20^e éd. (1981),

◇引用判例目録（判決年月日順・【 】内は引用した注番号である）

- Civ. 5 juin 1882, S. 84. 1. 49, note Labbé 【20】
 Req. 25 oct. 1886, D .87 .1. 164 【14】
 Req. 7 nov. 1894, D. 95. 1. 8 ; 【22】
 Orléans, 29 juill. 1896, D. 97. 2. 209 【15】
 Req. 17 juill. 1899, S. 1899. 1. 512. 【16】
 Req. 6 févr.1900, D. 1900. 1. 167 S. 1902. 1. 270 【15】
 Paris, 16 juill. 1903, D. 1904. 2. 392, S. 1905. 2. 68 【20】
 Req. 7 mars 1905, S. 1905. 1. 407. 【16】
 Rennes, 16 mars 1926, D. H. 1926. 326 【15, 20】
 Trib. Tulle (réf), 1^{er} juill. 1926, S. 1927. 2. 86. 【25】
 Montpellier, 12 nov. 1928, J.C.P. 1929. 24 【20】
 Rennes, 15 nov. 1933, Gaz. Pal. 1934. 1. 70. 【15】
 Paris, 30 nov. 1944, D. 1945. J. 175 ; 【20】
 Dijon, 7 févr. 1945, D. 1945. J. 315. 【15】
 Paris, 23 oct. 1953, D. 1953. J. 688. 【23】
 Douai, 25 sept. 1959, J.C.P. 1960. II. 11429, obs. R.Savatier. 【24】
 Civ. 3^e, 4 juin 1970, D. S. 1970. J. 674 【20】

- TGI. Lyon (réf.), 16 oct. 1973, D. S. 1974. J. 389, note J-CI. Fourgoux, J.C.P. 1974. II. 17762, obs. G. Couchez **【50】**
 Paris, 26 févr. 1974, J.C.P. 1974. II. 17748. **【63】**
 Saint-Denis de la Réunion, 6 sept. 1974, J.C.P. 1974. IV. 6457, p.363. obs. J.A. **【53】**
 TGI. Lyon, 15 janv. 1975, Gaz.Pal. 1975. 2. 814, note Ph. Laurent. **【50, 58】**
 Lyon, 28 janv. 1975, D. S. 1975. Somm. 97. **【63】**
 Nîmes, 19 févr. 1975, Gaz.Pal. 1975. 2. Somm. 293. **【33】**
 TGI. Toulouse, (réf.), 10 juin 1975. J.C.P. 1976. II. 18310 obs. E. J. Guilot. **【51】**
 Nîmes, 10 nov. 1975, Gaz.Pal. 1976. 1. 194, note L. B. **【63, 94】**
 Civ. 1^{re}, 2 déc. 1975, Bull. civ. I, n° 357, p.296, RTDC. 1976. 601, obs. Normand. **【48】**
 Lyon, 3 déc. 1975, J.C.P. 1976. IV. 6607, p.197, obs. J.A. **【63】**
 TGI. Tourouse, (réf.), 10 févr. 1976, J.C.P. 1976. IV. 6632, p.288, obs. J.A. **【47】**
 TGI. Paris, 1^{er} juin 1976, J.C.P. 1976. II, 18395 bis, obs. R.Lindon. **【113】**
 Paris, 28 juin 1976, RTDC. 1976. 630, obs. Perrot, **【39, 63】**
 TGI. Toulouse, 23 nov. 1976, D.S. 1978. 664. note Tendler **【47, 55】**
 Civ. 2^e, 10 févr. 1977, D.S. 1977. I.R. 264. **【60】**
 Civ. 1^{re}, 26 avr. 1977, D.S. 1977. I.R. 414, obs. Julien, D.S. 1978. 664, note Tendler, J.C.P. 1977. IV. 160. **【49】**
 Paris, 6 mai 1977, J.C.P. 1978. II. 18813, note R.Lindon. **【112】**
 Douai, 22 févr. 1978, Gaz.Pal. 1978. 2. Somm. 472, **【57, 80】**
 Civ. 3^e, 18 mai 1978, RTDC. 1979. 432, obs. Perrot. **【63】**
 Civ. 1^{re}, 13 juin 1978, J.C.P. 1978. IV. 256, Gaz.Pal. 1978. 2. Somm. 337. **【77】**
 Versailles, 20 juin 1978, Gaz.Pal. 1980. 1. Somm. 280, **【63】**
 Chambéry, 27 juin 1978, Gaz.Pal. 1979. 1. 192, note Leneveu, **【61, 92】**
 Paris, 10 janv. 1979, Gaz.Pal. 1979. 1. 166, note J.V. **【51, 65】**
 Civ. 1^{re}, 6 févr. 1979, Gaz.Pal. 1979. 1. 252, note J.V., J.C.P. 1980. II. 19290, note R.Lindon. **【38, 113】**
 TGI. Evry (réf.), 25 avr. 1980, Gaz.Pal. 1981. 1. Somm. 160, **【41】**
 Paris, 18 juin 1980, Gaz.Pal. 1980. 2. 770, note J. -C. Fourgoux **【37】**
 Paris, 25 sept. 1980, Gaz.Pal. 1981. 1. Somm. 77, **【83】**
 Paris, 27 nov. 1980, Gaz.Pal. 1981. 1. Somm. 160, **【51, 61】**
 Civ. 3^e, 10 déc. 1980, Gaz.Pal. 1981. 1.287, note J.Viatte **【56, 95】**
 TGI. Toulon (réf.), 30 janv. 1981, J.C.P. 1982. IV. 224 **【51】**
 TGI. Lyon (réf.), 3 avr. 1981, Gaz.Pal. 1981. 2. Somm. 250, **【76】**

- TGI. Grasse (réf.), 26 mai 1981, D.S. 1982. I.R. 170, obs. Julien, 【54】
TGI. Nice (ref.), 2 juill. 1981, D.S. 1982. I.R. 124, obs. M.Vasseur. 【118】
Civ. 2^e, 20 juill. 1981, J.C.P. 1981. IV. 369. 【49】
TGI. Aras, 9 oct. 1981, J.C.P. 1982, II, 19852, note G.Raymond. 【110】
Paris, 5 nov. 1981, D.S. 1982. J. 342, note J.Massip. 【117】
Aix-en-Provence, 15 déc. 1981, D.S. 1982. I.R. 170, obs. Julien. 【52】
Com., 4 janv. 1982, Gaz.Pal. 1982. Pan. 183, 【58】
Metz, 6 janv. 1982, D.S. 1983. 564. 【82, 105】
Rouen, 25 févr. 1982, D.S. 1982. I.R. 495, obs. M.Vasseur 【61, 102】
Civ. 2^e, 17 mars 1982, Gaz.Pal. 1982. Pan. 273. 【62】
Ch. mixte, 7 mai 1982, Bull. civ. M., n°2, Gaz.Pal. 1982. 2. 571, note
J.Viatte, D.S. 1982. J. 541, J.C.P. 1982, IV, p. 247. 【64】
Civ. 1^{re}, 9 févr. 1983, J.C.P. 1983. IV. 132, Gaz.Pal. 1983. Pan. 178, obs.
Guinchard 【71】
Orléans, 4 mars 1983, D.S. 1983. J. 343, note M.Jeantin, 【71, 99】
Paris, 3 et 22 juin 1983, RTDC. 1983, 784, Normand, 【81】
TGI. Paris, 12 août 1983, J.C.P. 1984. IV. 193. 【78, 104】
Com., 25 oct. 1983, Gaz.Pal. 1984. Pan. 108, 【96】
Com., 15 nov. 1983, Gaz.Pal. 1984. Pan. 79, obs. Guinchard, J.C.P. 1984. IV,
29. 【33】
Civ. 2^e, 14 mars 1984, J.C.P. 1984. IV. 161. 【83, 109】
Paris, 3 mai 1984, D.S. 1984. I.R. 272. 【33】
TGI. Montluçon (ord.), 13 sept. 1984, Gaz.Pal. 1984. 2. Somm. 436, 【114】
TGI. Paris (réf), 26 oct. 1984, Gaz.Pal. 1984. 2. 738. 【84】
Civ. 1^{re}, 29 avr. 1985, Gaz.Pal. 1985. Pan. 298, obs. Guinchard et Moussa. 【79】
Civ. 2^e, 5 juin 1985, J.C.P. 1985, IV. 285, Gaz.Pal. 1985. 2. Somm. 348, D.S.
1986. I.R. 52, note R.Lindon. 【115】
Paris, 5 févr. 1986, Gaz.Pal. 1986. 1. 244. 【99, 107】
Com., 18 févr. 1986, Gaz.Pal. 1986. Pan. 109, 【40, 100】
Versailles, 16 avril 1986, D.S. 1986. I.R. 298, 【42】
Paris, 26 déc. 1986, D.S. 1987. 344, note M.Jeantin, Gaz.Pal. 1987. 1. 95, 【43, 89】
Com., 17 mars 1987, J.C.P. 1987. IV. 183, 【74】
Civ. 2^e, 13 mai 1987, J.C.P. 1987. IV. 244. 【45】
Versailles, 7 juill. 1987, J.C.P. 1988. II. 20972, note Estoup, 【104】
Paris, 5 déc. 1987, Gaz.Pal. 1988. 1. 272. 【71】
Com., 5 janv. 1988, D.S. 1989.354. 【83, 109】
Paris, 28 avr. 1988, D.S. 1988. I.R. 159. 【102】

Paris, 13 mai 1988, D.S. 1988. I.R. 181 【85, 86, 88】

Paris, 26 mai 1988, D.S. 1988. I.R. 181 【86】

Paris, 8 juin 1988, D.S. 1988. I.R. 206 et 1989. somm. 297 【91, 108】

Paris, 2 mars 1989, D.S. 1989. I.R. 115 【85, 86】

Paris, 11 juill. 1989, D.S. 1989. I.R. 254 【86】

Civ. 1^{re}, 10 janv. 1990, D.S. 1991. Somm. 245, obs. N.Fricer, 1990. I.R. 40.
【33, 78】

Civ. 2^e, 24 oct. 1990, D.S. 1990. I.R. 266, 【33】

Paris, 28 nov. 1990, D.S. 1991. I.R. 41 【82】

Com., 16 avr. 1991, J.C.P. 1991. IV. 235. 【36】

Paris, 16 déc. 1991, D.S. 1992. I.R. 56. 【82, 101】