

クリストフ・トーレ 「実体法と訴訟法の狭間の証明妨害」

河野 憲一郎 訳

【訳者前注】

本稿は、*Christoph Thole*, Die Beweisvereitelung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht, Juristische Rundschau 2011, S. 327–334の全訳である。

証明責任を負わない当事者が、相手方の立証にとって必要な証拠方法を毀滅した場合に、いかに規律すべきか。本論文が取扱うこの証明妨害をめぐる問題について、法律は包括的な規定を置いていないため、問題は理論によって解決されるべく残されている。わが国においては、母国ドイツにおける議論の影響の下、証明妨害の法的構造や要件・効果等をめぐって、実に様々な見解が主張されている。この問題をめぐるドイツの学説の全体像については、既にアーレンス（松本博之訳）「民事訴訟の体系における証明妨害について」民商87巻1号（1982年）1頁によって示されているところではあるが、それからはや約30年の年月が経過している。したがって、今日において再び、その後の議論がどのように推移しているかを若い世代の有力学者の論攷を通じて追跡することは、それ自体として1つの興味深い事柄であろう。

しかし、訳者は、本論文を紹介することには、ひとり証明妨害論の領域にとどまらない民事訴訟（法）の「基礎理論」にも関わる意義、特に「^{ドグマティック}解釈論」の手法と「比較法研究」に関わる意義があると考え。すなわち、一方で、ドイツ民事訴訟法学における伝統的な理解によれば、特殊ドイツ的な歴史的事情にもとづく実体法と訴訟法の厳格な体系的識別の貫徹を背景に、両者で異なった価値原理が妥当し、相互の交錯作用は排除されるものとするいわゆる〈訴訟法・実体法二分論〉が解釈論上の当然の前提とされてきたが、証明妨害論は、

実体法と訴訟法の交錯領域に位置する「論点」として、この伝統的理解に対して見直しを迫っている（こうした方向でのより包括的な研究として、Konzen, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, 1976）。証明妨害の^{ドグマテイク}解釈論を展開する上で用いられる個々の法律構成概念（例えば、訴訟当事者間の法律関係、矛盾挙動の禁止など）の位置づけと評価は、学説史的な理解、特に訴訟法と実体法の関係におけるその強い影響の下にあり、これを離れて論じることにはできない。ここに紹介するトーレ論文もまた、この点を十分に意識したものである。また他方で、（ドイツの）有力な論者によって、比較法的に見ると証明責任を負わない当事者にも訴訟上の事案解明義務を認めるのが一般的であるとして、ドイツにおいても事案解明義務を承認すべきだとの主張がなされている。これによると、証明妨害論は事案解明義務の1つの発現領域としての位置づけが与えられる（Stürmer, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976）。証明責任を負わない当事者の訴訟上の事案解明義務論を採るべきかどうかはひとまず脇に置くとして、今日では、ドイツ法系の民事訴訟法の内部にとどまらないより広い比較法研究が、ますます重要になってきている。トーレもまた比較法研究の重要性を強調し、イギリス法、フランス法、スペイン法およびイタリア法について、限られた紙幅の範囲においてはああるが、コンパクトに紹介して検討を加えており、これら各国の動向についての研究の手掛かりをも与えている。

本論文は小さい論文ではあるが、今後わが国において広範な比較法研究に裏付けられた緻密な解釈論の展開を試みようとする際の貴重な手掛かりと方向性を示すものと思われる。ここにその全文を紹介する次第である。

* * *

I. 序

当事者の一方が、他方の証明義務を負った当事者が、この者に義務づけられた立証をなしうるために指示された証拠物件（Beweisstück）を隠匿し、ある

いは廃棄する場合には、いかなる帰結をもたらしうるか？一般に、証明妨害の下では、訴訟前または訴訟中に生じた証明責任を負った当事者の相手方の作為または不作為で、それ自体可能な証明を妨げ、それによって相手方の立証活動を挫折させるものが理解されている。その際に、その当事者は証拠方法を故意または過失によって毀滅し、または不当に引渡さず、同時にその対象の証拠機能の除去を顧慮すると、まさに有責に行動していなければならない¹⁾。

この意味における証明妨害は、当事者の一方が身体検査を受けることを拒絶する場合、証人の住所と氏名を挙げることを拒絶する場合²⁾、その形式適合性が問題となる遺言が否定される場合または買主が主張されている瑕疵の部分で町の工場によって交換し、交換された部分を保存しておかなかった場合³⁾に観察される。明白な例を提供するのは、連邦通常裁判所（以下「BGH」とする。）の初期のタンボン事件（Tupfer-Fall）である⁴⁾。すなわち、ある医師が、手術前にタンボンを残したままにしていた。事後手術の時にタンボン除去した後、医師はそれを破棄させた。損害賠償訴訟においては、医師の賠償義務は、タンボンがいかなる素材によって成り立っており、どれだけの大きさだったかによって決定的に左右された。その限度で、被害当事者は、検証による証明を課されていた。

ドイツの訴訟法は、この問題を不十分に規律しているにすぎない。ドイツ民事訴訟法（以下「ZPO」とする。）427条2文、同444条において、証明妨害の諸事例は1つの解決に導かれている。証明責任を負った当事者の相手方が文書提出命令に従わない場合には、文書の性質と内容に関する立証者の主張が真実とみなされる。ZPO444条においてはさらに、当事者の一方が相手方からその利用を奪う意図において文書を毀滅した場合には、証拠提出責任にかかわりなく、文書の性質と内容に関する相手方の主張が証明されたとみなされなければ

1) BGH NJW 1998, 79, 81; NJW 2004, 222 m. w. N.

2) BGH NJW 2008, 982, 984.

3) BGH NJW 2006, 434.

4) BGH VersR 1955, 344.

ならない、ということが特に規定されている。比較可能なさらなる命令は、ZPO446条および同453条においては当事者尋問の拒絶またはその宣誓の拒絶に関して、ZPO371条3項においては検証物に関して存在する。前述した諸規定は問題の一端を叙述してはいるが、余すところなく規律しているわけではない⁵⁾。それゆえに証明妨害の観念は、出発点においてほとんど訴訟法上規定されたところからは独立して、超越的な局面で議論されている。

II. ドイツにおける学説状況

証明妨害に結び付けられた法的問題は、考えられる事実状況と同じくらいに多種多様である。一方で証明妨害の法律効果が、そして他方で証明妨害の解釈学的な連結が、重要な「現場」であると判明する。そこでは適切な所見が議論の中心となっており、それらを以下での詳しい叙述に先行することがまずなされなければならない。

1. 証明妨害の法律効果

a) 証明責任の転換に至るまでの証明の軽減

aa) 確立した判例の欠如

たしかに判例はずっと以前から証明妨害という確固たる制度を創り出してはいたが、証明妨害の帰結に関して定めることはなかった。BGHは何度も、証明妨害は「証明責任の転換に至るまでの証明の軽減」を正当化するとの原則を自ら認めてきた⁶⁾。その際に、このような証明の軽減がいかなる態様であるべきか、いかなる基準と内容的なメルクマールが適切な法律効果の選択に当てはめられなくてはならないかは、広く解決されずに残されている。

5) GERHARDT, AcP 169 (1969), 289, 296 f.; MUSIELAK/STADLER, Grundfragen des Beweisrechts, 1984, Rdn. 189参照。

6) BGH NJW 1998, 79, 81; 2004, 222; NJW-RR 2005, 1051, 1052; jew. m. w. N.

bb) 例：2008年10月23日のBGH裁判

最新の2008年10月23日の裁判は⁷⁾、その限りでたしかに若干の慎重な補助を与えているが、しかし同時にBGHの考えと結びついた困難を暴くのに適している。ある請負契約が、2008年10月23日のこの第7民事部の裁判の基礎になっている。原告は、あるパーキングビルへのコンクリート打ち作業に関する請負報酬請求権を主張した。被告は、主張された瑕疵を理由とした瑕疵担保請求権で相殺した。被告は、仕事をこの瑕疵を留保した上でのみ引取り、原告に無益に瑕疵の除去のための期間を設定していた。期間の経過後、被告は通知された瑕疵を自ら除去させた。主張された瑕疵が除去された後に、瑕疵の通知が正当化されたかどうかは、もはや突き止められなかった。被告は損害を書面化しなかったし、原告の依頼に反して、補償の実施に際してその立ち会いを求めなかった。

BGHは、請負報酬請求権全額を認め、被告が瑕疵に関して証明を尽くしていない（Beweisfällig）と考えた控訴裁判所の裁判を確認した。法廷はまず、仕事の引取り前および留保の下での引取りに際しては請負人が、この場合には原告が、瑕疵のないことと、かくして適法な履行を証明しなければならないという原則から出発した。したがって問題は、次のとおりであった。すなわち、被告が通知された損害自体を除去させ、原告に立ち会いを求めなかったということが、どのように作用するのであろうか？

BGHは、被告に瑕疵についての証明責任を負わせたが、理由は、ありうる瑕疵の詳細な範囲がこれらの作業の経過で調査されえたにもかかわらず、被告が瑕疵を文書化することをせず、原告を損害の確定に参加させることを不可能にしたからである⁸⁾。BGHは、被告が、建築契約に含まれた協力義務を有責に侵害したとして、この点に、証明の軽減のみならず証明責任の転換に至ることの許される証明妨害を認めた。この判決に特有の新しさは、かくしてBGHが

7) BGH NJW 2009, 360.

8) BGH NJW 2009, 360, 362 Rdn. 24 ff.

想定上のもっとも高い段階、証明責任の転換を適用することを正当化しようとしたやり方にある。BGHはこれを建築契約から生じる記述されない協力義務で裏付けたが、それはBGHが一連の「協力判例」の動きの中で承認したものである。それによれば、建築契約では、協力への、例えば共同の測量への関係人の義務づけが存在する⁹⁾。

これに対して、従来判例では、BGHは、証明妨害の法律効果を理由づけるために、訴訟においても重要な信義誠実の原則へたいていは逃避し¹⁰⁾、あるいは信義則から想定上実体法上の調査結果保存義務・文書化義務（Befundsicherungs- und Dokumentationspflicht）を創り出してきたが、それは本質的に訴訟上の効果しかもたらず、すなわち証明責任を転換することに資すべきであった¹¹⁾。最新の判決では、特殊な契約上の義務が、事実審裁判官に認められた証明責任の転換のための連結点として利用されている。

b) 証明責任の転換

これに反して、その初期判例において、判例は、このことが学説の一部でも支持者を見たように、より強力に証明妨害の一般的な法律効果としての証明責任の転換を得ようと努めた¹²⁾。したがって、このアプローチは制定法上設定され、その都度実体法の中に置かれている証明責任からの離反に帰する。

c) 証拠評価

おそらく通説と目すべき見解は、例外のない事実審裁判官の評価による1つの解決を試みている。証明妨害の事例が存在する場合に、争われた主張を証明

9) BGHZ 143, 89, 93 = NJW 2000, 807; BGH NJW 2003, 2678.

10) BGH NJW 1960, 821; 1961, 826, 828; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, Zivilprozessrecht (Fn. 1), § 114 Rdn. 22は、それに加えて武器対等の要請を援用する。

11) 典型的なのは、BGHZ 72, 132, 139 = NJW 1978, 2337, 2338.

12) RGZ 60, 147, 152; 87, 434, 440; BGHZ 6, 224, 226（見本売買）；A. BLOMEYER, AcP 158 (1958), 97, 102 f., WAHRENDORF, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, 1976, S. 124 ff., 129.

されたとみなすのは、換言すれば、証拠方法の毀滅から争っている当事者の不利へと消極的推論を引き出すことは、——他と同様——裁判官の自由である、という¹³⁾。その際に、証拠方法の毀滅に関して有責な当事者への不利益となるそのような推論が、同時に証明度の軽減と結び付けられるべきか、したがって推論が状況によって理由づけられ、ZPO286条の意味における裁判官確信を作り出すときにはじめて、それは一般的な規則によって理由づけられるのか、それとも裁判官がそれを超えて証拠毀滅から主張された事実を引き出すことについて自由であるかどうかは、たいていは必ずしも明確には述べられてはいない¹⁴⁾。

d) サンクションとしての真実性の措定

最後に挙げられた方向は、証明妨害に証明責任を負わない当事者に不利な反駁可能な擬制、したがって相手方によって主張された事実を真実として措定するというという効力を割り当てるとの提案に向かう¹⁵⁾。本質において、このことは再び証明責任の転換に帰する。それは証拠評価が明確な結論へと至らない場合にはじめて問題になるが、それは毀滅された証拠方法がいかなる価値を有していたかが明確ではない場合には、もちろんしばしば当てはまる。シュトルナー (Stürner) は、この解決を包括的な訴訟上の事案解明義務の侵害の法

13) GERHARDT, AcP 169 (1969), 289, 307, MUSIELAK/STADLER, Grundfragen des Beweisrechts (Fn. 6), Rdn. 188 f.; MUSIELAK, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975, S. 139; E. PETERS, ZJP 82 (1969), 200, 218; Zöller-GREGER, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 286, Rdn. 14 a.

14) おそらく後者の意味において, MUSIELAK/STADLER, Grundfragen des Beweisrechts (Fn. 6), Rdn. 189; MUSIELAK, Grundlagen der Beweislast (Fn. 13), S. 139.

15) STÜRNER, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 242 ff.; DERS., ZJP 98 (1985), 237, 253 [本論文の邦訳として, ロルフ・シュトルナー (森勇訳) 「民事訴訟における事案解明にあたっての当事者の義務——証明妨害理論にもよせて——」民事訴訟雑誌32号 (1986年) 101頁がある。]; PRÜTTING, Gegenwartsprobleme der Beweisrecht, 1981, S. 187 ff.; MünchKommZPO-PRÜTTING (Fn. 1), § 286 Rdn. 91 f.; SCHILKEN, Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2010, Rdn. 507.

律効果として承認した¹⁶⁾。このような擬制が、証明妨害のサンクションたるべきであるという。

e) 証明度の軽減

最後に、少数説は証明妨害に証明度の軽減で、したがって事実の確定に立てられなくてはならない要求の軽減で応えようとしている¹⁷⁾。判例においても、例えば「証明責任の回避」が語られる場合に、時折このことが述べられている¹⁸⁾。

2. 証明妨害論の解釈論的理由づけ手法

様々な考え方に対して態度決定がなされうるに先立ち、列挙された法律効果の解釈論的な連結が第二の問題領域として考察されなくてはならない。先に紹介した2008年10月23日のBGHの裁判の貢献は、立証者になされなくてはならない非難が本来どこで理由づけられるかという問題を、この裁判が取り扱った点に存する。BGHは、その判決の中で、この非難を明示的に、協力に対する契約上の付随義務に対する違反の中に見た。

實際上、証明妨害に関して有責な当事者に訴訟上の負担を課することができるのは、この者がそれぞれの証拠方法を保持する義務をも負っていた場合に限られる。BGHによってしばしば唱えられた、何人も訴訟の相手方にこの者の勝訴のための手段を作り出す必要はない、すなわち、「*nemo tenetur edere contra se*」という命題が、一般に妥当する¹⁹⁾。この前提の下では、本来的な義務の違反を責任を負った当事者に引き出すことが、証明妨害のそれぞれの解釈論の展

16) STÜRNER, a. a. O.; KATZENMEIER, JZ 2002, 533 ff.

17) MAASSEN, Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß, 1975, S. 181; BENDER, FS Fritz Bauer, 1981, S. 247, 267 [本論文の邦訳として、ロルフ・ベンダー (森勇 = 豊田博昭訳)「証明度」小島武司編訳『西独民事訴訟法の現在』(中央大学出版部, 1988年) 249頁がある]。

18) BGH NJW 1988, 2303, 2304.

19) BGH NJW 1980; 3151; BGHZ 116, 47, 56; また, BGH NJW 1999, 2887 f.; 2000, 1108, 1109も参照。

開点かつ要点であると判明する。残念ながら、そのことについて判例上も学説上も広範囲での説明はなされてはいない。契約上の協力義務からの証明責任の転換の実体法的な演繹は、納得できるか？

a) 証拠保存義務と協力義務の実体法的な演繹

学説においても、証明責任の転換を当事者間の法律関係から生じる義務の侵害から演繹することによって、これを実体法的に基礎付ける試みが欠けていたわけではない²⁰⁾。A. ブロマイヤー (A. Blomeyer) は、現存する証拠方法の保存に対する契約上の付随義務の侵害、民法上の提出義務または不法行為ならびに自らが惹き起こした損害を援用してはならないというドイツ民法（以下「BGB」とする。）254条〔共働過失に関する規定〕の思想から証明責任の転換を正当化する見解を主張した²¹⁾。

たとえ一般に証明責任の転換に言及をせず、証明責任の転換に至るまでの証明の軽減という柔軟な原則に固執しているとしても、今やBGHもまた、協力義務を指摘することによってまさにこの方向へ賛成した。

b) 矛盾挙動の禁止の理論

証明妨害的な行態に訴訟上のサンクションを課すことをBGB242条によって少なくとも訴訟法上も準用される矛盾挙動の禁止に還元する理論は、異なった論拠を示している。証明妨害に関して責任のある者は、この者が訴訟において証明責任を負った当事者に発生した証明窮状 (Beweisnot) を援用する場合には、彼の先行する行為と矛盾している、という²²⁾。この前提の下では、証明妨害という制度の連結点は、訴訟前に生じた義務の侵害ではなく、むしろ（後の）

20) KONZEN, Rechtsverhältnisse zwischen Prozeßparteien, 1976, S. 241 ff. (過失による証明妨害に関して) ; A. BLOMEYER, AcP 158, (1958), 97, 99 ff.

21) A. BLOMEYER, AcP 158, (1958), 97, 103.

22) GERHARDT, AcP 169 (1969), 289, 302 ff.; E. SCHNEIDER, MDR 1969, 1, 9. 同様なのは, BAUMGÄRTEL, FS Kralik, 1986, S. 63, 68で, 「民事の行為 (civiliter agere)」の原則に結び付ける。

訴訟における自らの利益への想定上信義に反した援用にある。それによると展望は、ある程度回顧的ではなく、現実の訴訟状況に向けられている。

c) 証拠保存義務と協力義務の訴訟法上の演繹

矛盾挙動の禁止の理論は、実体法上の信義誠実の原則に結びついているにもかかわらず、訴訟法的に理由づけられた証明妨害の制度への賛意を既に含んでいる。実際、証明妨害論の考え得る訴訟上の観念として、訴訟上の事案解明義務を介した解決が考慮されている。それは証明妨害と事案解明義務および協力義務についてのZPOの分散した諸規定の中に含まれた法思想の一般化に、とりわけまたZPO138条1項および同2項にもとづく真実義務と具体的理由づけ義務にも結び付いている²³⁾。それによると、実体法上の諸義務は、民法または個々の法律の中に根拠を有する文書作成義務および保管義務に訴訟上の性格も付加され、また訴訟上の解明義務の限界についての基準が引き出されうる限りでは、重要性を有している²⁴⁾。

3. 中間の結論

学説の概観は、2つの方向での不明確性を示している。一方で、証明妨害の法律効果の原則的な解釈論上の連結に関して、なお解明がなされてはならず、他方で、そもそも何がこの法律効果なのかは、必ずしも確実ではない。

Ⅲ. 比較法的な展望

1. イギリス法における証明妨害

比較法的な展望は、証明妨害論の基礎についての理解を得ることに貢献し得

23) 前注16) の論証。

24) STÜRNER, Aufklärungspflicht (fn. 16), S. 155 ff.; この意味において既に, E. PETERS, ZJP 82 (1969), 200, 208 ff.; DERS., Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß, 1966, S. 103 ff.

る。まず、イギリス民事訴訟法が最大の関心事であるが、それというのもイギリス民事訴訟法はディスクロージャー手続によって書証に重大な意味を与えていることで良く知られているからである。したがって、とりわけしばしば公表を要する文書、記録またはその他の証拠物件の提出拒絶が問題となりうる。しかしながら、驚くべきことに、文書とその他の証拠方法の（訴訟前の）毀滅という問題は、依然として最終的かつ首尾一貫した法的に十分な仕上げがなされているわけではない。もちろん最近のイギリス民事訴訟法の改正の過程で1999年に追加された民事訴訟規則（以下「CPR」とする。）3.4条は、一方当事者の提出または訴えに審問を拒絶し（却下 [striking out]）、場合によっては、「請求原因および事実に関する陳述書（Statement of the case）が裁判手続の濫用であるか、そのほか手続の正当な処分を妨害するおそれがある」場合に、その限度で、顧慮されないとみなす可能性を裁判所に提供した。しかし、協力義務および事案解明義務の侵害は、このルールにおいては、特に向けられてはいない。それが訴訟前に生じる証拠方法の毀滅をもカバーしているかどうかは、証明妨害の法律効果の一般的な評価と同様に、不確かである²⁵⁾。証拠方法をディスクロージャー命令発令の段階で保持する明示的な義務は、イギリス訴訟法においては存在しない²⁶⁾。

オーストラリアのヴィクトリア州控訴院の*British American Tobacco Australia Services Ltd v Cowel and Mc Cabe*の裁判は、最初の画期的な出来事を示している²⁷⁾。この「タバコ訴訟」の枠内においては、裁判所は、被告であるタバコ製造者の陳述をはじめから、被告が原告の立証にとって意味を持ちうるかもしれない何千もの重要な記録を毀滅した、すなわち訴訟が開始されるかもしれないと計算されたある時点でそうしたということに基づいて却下することが許されるか、という問題が懸案となっている。控訴院は、証拠方法の意図

25) HOLLANDER, *Documentary Evidence*, 8. Aufl. 2003, Rdn. 11-11 und ff.; TRONSON, C.J.Q. 2006, 451 ff.

26) HOLLANDER, *Documentary Evidence* (Fn. 26), Rdn. 11-18.

27) (2002) 7 V.R. 524, paras. 136, 145 ff., 173.

的な毀滅それ自体は、このことに関して責任のある当事者にサンクションを課するにはいまだ十分ではないが、証明妨害が「裁判の進行を妨げる」ための企てを意味しているということが問題となる、という。裁判所はこれを否定した。もちろん裁判所は、そのようなサンクションの効力を拒絶することが、証拠方法の毀滅から消極的推論を引き出す可能性 (adverse influences) への影響をもたないということを明らかにした²⁸⁾。

マイケル・ダグラス対Hello!誌 (*Douglas v Hello!*) におけるイギリスの判決は、大衆誌に対する法的争訟において、同誌が対応する包括的合意に違反して原告の結婚式の写真を第三者に有償で自由に使わせたと主張した俳優に関するものである。原告は、雑誌編集部と雑誌記者の間で取り交わされたEメールに依拠した。被告は、Eメールは訴訟前にEメール・プログラムから流れており、自動的に削除されたと主張した。

高等法院 (High Court) は、被告にサンクションを課すことは考えられないと判断した。[次のように言う。] たしかに若干のメールの毀滅は意図的になされたかもしれない、とりわけ毀滅が手続開始後になされた限度ではそうかもしれない。それにもかかわらず、証明妨害は「裁判の進行を妨げるための企て」とはみなされず、それゆえサンクションには値しないと判明する、と。しかし、この判決に触れられてはいないが、一般に認められている通り、その限りでは、証拠評価が証明妨害に関して責任のある当事者の負担とはなっている。

裁判所の評価の中に浮かび上がる決定的な観点は、公正な手続がなお保障されているかどうかという問題である²⁹⁾。このことが当てはまるところでは、裁判所は却下 (striking out) のごとき硬直したサンクションを見合わせる傾向がある³⁰⁾。反対に、控訴院は、1991年のLandauer v Cominsにおける未公開の

28) (2002) 7 V.R. 524, paras. 175.

29) *Douglas v Hello!* (No. 3), [2003] EWHC 55 (Ch), Rdn. 90, 96. また、*Arrow Nomineess Inc v Blacklegde* [2001] BCC 591, 600, 631 paras. 31, 54 ff, CA; ANDREWS, *English Civil Procedure*, 2003, Rdn. 16-14 ffも参照。

30) TRONSON, C.J.Q. 2006, 451; ANDREWS, *English Civil Procedure*, 2003, Rdn. 16-14 m.w.N. しかしまた、*Arrow Nomineess Inc v Blacklegde* [2001] BCC 591, 600, 631

裁判の中で、証拠方法の意図的な毀滅が必要的ではあるとは考えず、公正な手続がもはや保障されない場合には、過失による毀滅もまたサンクションにとっての考え得る基礎になりうると認めた³¹⁾。いずれにせよ、この裁判が将来の裁判に説得力を与えうるのかは、学説上疑問視されている³²⁾。

要するに、イギリスの法状況は、その必ずしも確実ではない輪郭線にもかかわらず、2つの所見にとってのきっかけを与えている。すなわち第一に、証明妨害には証拠評価の局面での解決が結び付けられているだけでなく、その適用がいずれにせよ限定された要件に結び付けられた裁量に依存したサンクションの可能性が作り出されている。一般に、サンクションの賦課が強力に考えられれば考えられるほどますます、証明妨害は、より密接に訴訟上の事象に接近してくる³³⁾。手続進行中に、あるいは要証性の「合理的予測 (reasonable prospect)」が存在する場合に証拠を毀滅する者は、訴訟前の妨害の場合よりもより強力な基準で訴訟上の不利益を危惧しなくてはならない³⁴⁾。

第二に、証明妨害という制度は、イギリス法においては訴訟上の手段として理解されている。「公正なトライアル」という思想への結び付きとCPR34条に結び付けられうるサンクションの可能性は、証明妨害の訴訟法的な理解を証明している。証拠方法の毀滅は、訴訟の成果と公正な訴訟に協力する義務の侵害とみなされる³⁵⁾。

2. フランス法における証明妨害

証明妨害は、フランス法においてはより明確に規律されている。新民事訴訟法 (n.c.p.c.) 11条は、以下の規律を含んでいる。すなわち、「裁判官が〔当事

Rdn. 54 ff, CAも参照:「持続的な不適切行為と文書の改竄」による却下。

31) Landauer v Comins, unveröffentl., Urteil vom 14. 5. 1991, CA, zit. nach HOLLANDER, Documentary Evidence, Rdn. 11-26.

32) HOLLANDER, Documentary Evidence (Fn. 26), Rdn. 11-19.

33) HOLLANDER, Documentary Evidence (Fn. 26), Rdn. 11-16.

34) AaO.

35) HOLLANDER, Documentary Evidence (Fn. 26), Rdn. 11-18.

者の〕懈怠又は拒絶から全ての結論を引き出すことは別として、当事者は証拠調べに協力する義務がある。

一方の当事者が証拠の資料を所持する場合には、裁判官は、他方当事者の申請にもとづき、必要ならばアストラントをもって、それを提出することをその者に命じることができる。裁判官は、当事者の一方の申請にもとづき、必要ならばアストラントをもって、正当な障害事由がない限り、第三者により所持される全ての証拠書類の提出を求め、又はそれを命じることができる^(訳注)。

それによれば、証明の不利益は証明妨害の場合の通常のサンクションとして定められている³⁶⁾。主張された事実を真実として措定することが裁判所には許されているが、これに対して、裁判所はかつては「単に」一般的な規律にしたがった証拠評価に訴えることができるにすぎなかった。構成要件上の連結点は、訴訟上の協力義務の侵害であるが、それは若干の拒絶事由および正当化事由によって制約されている。とりわけ広く理解された「不可抗力 (force majeure)」は、秘密保護を求める権利と同様に、サンクションの賦課に対抗し得る³⁷⁾。不可抗力の抗弁は、とりわけ証拠方法の紛失が当事者の責任領域に属さない場合に考慮される。ここでまた明らかになるのは、証明妨害が、訴訟上の義務の侵害に結び付けられた訴訟法上の制度として理解されているということである。それが提出義務の訴訟上の位置づけに際して最大の理由づけの困難に直面しているにもかかわらず、もちろん特に訴訟前の段階へ協力義務を拡張することはほとんどなされていない。

(訳注) 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』(法曹会、1978年) 36頁を参考にした。

36) GUINCHARD, Droit et Pratique de la Procédure Civile, 2004, Dalloz, Nr. 3812; 詳細は, ADLOFF, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, 2007, S. 309 m.w.N.

37) CA Chambéry 10. 2. 1959, Revue générale des assurances terrestres (RGAT) 1959, p. 59; COUCHEZ, Production forcée, JC proc. civ., fasc. 623, Stand 1999, n. 24 m.w.N. 参照。

3. スペイン法およびイタリア法における証明妨害

スペイン法は、フランス法と同様の歩調をとっており、2000年の民事訴訟法（Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil）において、いずれにせよ文書と検証の場合に一方当事者の拒絶に対して主張された事実を顧慮して証拠価値を割り当てることを許容した³⁸⁾。

イタリア民事訴訟法は、このことを全く同様に規律しており、協力を不当に拒絶した場合には、同様に、主張された事実の真実措置に至る証明責任を負わない当事者の不利益になる消極的推論を引き出す可能性を裁判官に与えた。そこで選択された考え方は包括的な性格をもつ。なぜなら、証明妨害は——ドイツ法におけるがごとく——部分的に個々の証拠方法について規律されているのではなく、一般規定において前にくくり出されているからである（イタリア民事訴訟法118条との結びつきにおける同116条）。証明妨害が、訴訟上の事案説明義務および協力義務の一般論へ移し込まれているということが、新たに示されている。両国では、立法者は明確な法律上の規律を創り出し、それを訴訟法に取り込んだ。

IV. 法律効果の分析

かくして示された争点の解決が実証されなければならない背景が叙述された。

1. 証明責任の転換の弱点

法律効果の局面では、厳格かつ一般的な証明責任の転換という解決策は、疑念に突き当たる。判例においても、関係する学説においても、そこで目指された証明責任の転換によって、そもそも正確には何が考えられているのかは、もちろん十分には明らかにはされていない。証明責任の場合には、客観的確定責任、それと結びついた抽象的証拠提出責任および主観的証拠提出責任の間で区

38) Artículo 328, 329.

別がなされなくてはならない³⁹⁾。客観的確定責任は、どのように真偽不明 (non-liquet) が処理されなくてはならないかという問題、したがってある事実の解明不能からいかなる帰結が引き出されなくてはならないかという問題と関連している。主観的抽象的証拠提出責任はこれと関連しており、したがって敗訴を避けるためには誰が訴訟の開始の時点でどの事実について証明をしなくてはならないかについての一般的決定である。これに対して、主観的具体的証拠提出責任は、例えば表見証明の事案におけるように、一定の訴訟状況が生じた場合に一定の証拠を提出し、立証をしなければならないという負担を意味している⁴⁰⁾。

もし証明妨害に際してのこの背景を前にして、客観的証明責任と、かくして抽象的証拠提出責任を転換するのであれば、証明責任を負わないであろう相手方は、したがって本証ないし反対事実の証明をしなければならない。したがって、2008年10月23日の裁判の例では、注文者は引取りをしていないにもかかわらず、物の瑕疵を完全な裁判官の確信に至るまで証明しなければならない。これに反して、この場合に注文者が彼によって惹起された証明妨害を理由に主観的具体的証拠提出責任を負うことを認めるならば、この者は反証のみを、したがって設例では瑕疵のないことに疑念を差し挟ませる事情を証明しなければならない。裁判官に疑念が生じるならば、注文者による証明妨害にも関わらず、広く客観的確定責任を負うその当事者として、請負人に不利なノン・リケット裁判となる。たしかに実際上は多くの事例においてしばしば差異はごく僅かかもしれないが、それぞれ事案状況にもとづき、詳細な解釈論上の位置づけが徹底して判断されうる。

さて証明責任の転換を客観的確定責任の転換として理解するならば、自らは

39) 特に証明妨害を考慮するものとしては、LAUMEN, NJW 2002, 3739, 3783 f.; DERS., MDR 2009, 77参照; 一般的には、PRÜTTING, Gegenwartsprobleme der Beweislast (Fn. 16), S. 22; MünchKommZPO-PRÜTTING (Fn. 1), § 286 Rdn. 97 ff.; 同様なのは、MUSIELAK, Grundlagen der Beweislast (Fn. 14), S. 132 f.; Zöller-GREGER, ZPO (Fn. 14), Vor § 284 Rdn. 22.

40) 枚挙にいとまがないが、Zöller-GREGER, ZPO (Fn. 14), Vor § 284 Rdn. 29, 35.

証明責任を負わないであろう証明妨害に関して有責な当事者は、したがって本証ないし反対事実の証明をしなければならない。こうすることによって、証明責任の分配の基礎にある実体法によって特色付けられた危険分配は、著しく介入を受けるかもしれない。このことは、証明妨害に関して有責な当事者が単に過失によって行為したにすぎない諸事例では疑わしい。さらに証明責任は一般的な制定法による危険分配の表現である。もし証明妨害が証明責任の分配を変更し得るのだとするならば、時として訴訟進行中にはじめて誰に確定責任が生じるのかが確定することになりはしないか。訴訟とその成果の見込みに合理的に対応し得ることは、当事者たちにとってほかには不可能となるので、そのような法律効果は単なる最終手段たるにすぎない。それゆえ厳格な証明責任の転換は、常に、それを主観的具体的証拠提出責任に限定する場合には適切さを保っている⁴¹⁾。それは一般的な客観的証明責任の転換としては、目的を超えて行き過ぎている。

2. 証拠評価による解決の弱点

反対に、証明妨害の法律効果を自由な事実審裁判官の評価に委ねることは、柔軟に過ぎるかもしれない。たしかに裁判官には証拠方法の毀滅から一定の推論を引き出すことは禁じられてはいない。しかし、まさにこの柔軟性は確固たる基準を知らないので、当事者は証明妨害の法律効果に関して曖昧なままに置かれ、裁判官の自由領域の拘束は全く欠けている。裁判官が、自由な裁判官の証拠評価を用いることによって証拠を提出されたとみなす危険が存在するかもしれない。このことは再び意図的でない過失にもとづいた証明妨害の場合には説得的ではないが、その理由は、ここでは証拠方法の毀滅がその証拠価値を示すことはないからである。毀滅は、不利益な証拠力についての、過度の、完全には理由づけられてはいない懸念を生じうる⁴²⁾。

いずれにせよ反対提案——固定した証拠法則——もまた、奸計を持つかもし

41) LAUMEN, a. a. O.

42) STÜRNER, Aufklärungspflicht (Fn. 16), S. 153.

れない。けだし、人は証明が証拠方法によって事実上成功したかどうかについて、当然知らないからである。それゆえ、立証の結果を常に、そして反駁できない形で擬制するという規律は、同様に問題にはならない。

3. 証明度による解決の弱点

証明度の軽減を介した道もまた、条件付きで説得的であるにすぎない。すなわち、それはまさに法的解決が特に切迫しているところでは機能しない⁴³⁾。すなわち、もし毀滅された証拠方法が唯一の利用可能な証拠物件であった場合、証明義務を負った者は、彼が今やその主張についてもはや完全な裁判官の確信という証明度を達成する必要はなく、例えば単なる蓋然性の優越のごときわずかな限度であるということでは助けとはならない。証拠方法が存在しない場合には、裁判官はまさにそれぞれの主張の正当性の優越的蓋然性の判断も形成することはできない。

4. 「証明責任の転換に至るまでの証明軽減」か？

それゆえ前述した解決方法は、それ自体依然として賢者の石とはみなされない。したがって、判例が「証明責任の転換に至るまでの証明軽減」を可能にする場合には、黄金の中道を見出さなくてはならなかったように思われる。実際、この不明確な証拠法上の形象の生成を詳細に概観することは、やってみるに値する。元来BGHは、「証明責任の転換に至るまでの証明軽減」という議論を医師責任法において展開してきた⁴⁴⁾。それによると、事実上生じた態様の損害を招くのに適切な重大な処置の誤りは、患者に有利に「証明責任の転換に至るまでの証明軽減」という結果になりえる、という⁴⁵⁾。しかし、BGHはこの判例を2004年に明示的に放棄し、重大な処置の誤りは原則的に証明責任の転換という

43) MünchKommZPO-PRÜTTING (Fn. 1), § 286 Rdn. 87.

44) RGZ 171, 171; BGHZ 72, 132, 133 f. = NJW 1978, 2337, 2338; BGHZ 85, 212, 215 f. = NJW 1983, 333, 334; BGH NJW 1981, 2513.

45) BGH NJW 2004, 2011, 2102 f.

結果になり、その結果、処置を行った医師が損害を基礎付ける過誤の因果関係が欠けていることを証明しなくてはならないということを認めた。決定的であったのは、証明責任の規律の適用に際しての裁判官の裁量が法的安定性の要請に反するとの理解であった。すなわち、証明責任の分配は、訴訟前に原則的に確定していなければならない、訴訟進行中に少なくとも裁判所によってその裁量で変更されてはならないのである⁴⁶⁾。

かくしてBGHは、——証明妨害の場合にも——証明軽減と証明責任の転換の混合物に反対する材料を提供しうる自らの論拠を既に提供している。BGHは、客観的証明責任を訴訟進行中に変更することを裁判官に可能にする、すなわち事実上の行態の評価、まさに証拠方法を除去したことにもとづいて、そうすることを可能にしている。このことは証明責任の規律が訴訟物たる実体権から演繹されるという思想とは調和しない。証拠評価が訴訟法に位置づけられなくてはならないのに対して、証明責任規範は、その都度、その基礎が不明確なままである領域に、したがって通例は実体法に属している⁴⁷⁾。たしかにこのことがBGHの解決の弱点を暴き出すものではないが、BGHが2008年10月23日の話題の裁判で証明軽減という事例群に関するその形象に固執し、2004年の裁判に対する相違をそもそも全くはじめに論じることをしていないのであれば、疑わしく思われる。BGHの理解は、ラウメン (*Laumen*) によって明らかにされたもう1つのアクセントの置き方にしたがう場合にはじめて、その限度で、そのような証明責任と証拠評価の混乱なしに堅持されることになる⁴⁸⁾。決定的であるべきは、具体的証拠提出責任のみが転換されうるということ、換言すれば、証明義務を負った者の本証は実施されたとみなされ、その結果、証明妨害について有責な当事者がただちに反証をしなくてはならないが、しかし反対事実の証明ではないということである。實際上このことが意味しているのは、本証は

46) 最近ではOLG Brandenburg, ZEV 2009, 36, 37もこう述べる。すなわち、相続人による情報提供義務の過失にもとづく侵害の場合には、証明責任は転換されない。

47) また、MünchKommZPO-PRÜTTING (Fn. 1), § 286 Rdn. 88も参照。

48) LAUMEN, NJW 2002, 3739, 3743 f.

単に疑問にさらされるにすぎず、反対事実が証明されなければならないということではない、ということである。

V. 解釈論的理由づけ手法の分析

1. 実体法的解決の欠点

法律効果の問題の解決は、証明妨害という制度の解釈論的基礎づけに立ち入らなくては得られない。その限りで、実体法的理由づけは、比較法的な見聞に照らすと条件付きでのみ説得的である。それは本質において、契約的なあるいはいずれにせよその他の当事者間の債務法上の関係が存在する場合、証明に重要な対象を保持し、保存することが、一方当事者のBGB241条2項の意味における付随義務でありうる場合にはじめて、証明妨害に法律効果を課することができる。そのような法律関係が欠ける場合には、不法行為それ自体の領域においてBGB826条のみが、この法定債務関係により証明妨害に関して有責な当事者に不利益を課すために残されているにすぎない。しかし、なぜ証明妨害がある事例では既に過失の場合に訴訟上の法律効果を生じるが、他の場合には故意の良俗に反した証拠方法の毀滅の場合にはじめて訴訟上の法律効果を生じるのかは、よく理解されえないのではないか。

ついでに言えば、訴訟では、債務関係が存在するかどうかまさに問題たりうる。もしそれゆえに証拠方法が毀滅されるのであれば、しかし証明責任の転換を、その存在が欠缺した証拠方法を理由にまさに証明されるかもしれない債務法関係では理由づけてはならない。

したがって、実体法的解決は、必然的にパッチワーク式である⁴⁹⁾。そもそも多くの事例において、循環論法は当然なのかもしれない。協力義務は、証明妨害に対処しようとするがゆえに根拠づけられ、証明妨害は、協力義務が侵害さ

49) STÜRNER, ZJP 98 (1985), 237, 245; KATZENMEIER, JZ 2002, 533, 534 f.; E. PETERS, ZJP 82 (1969), 200, 207 m. Bsp.

れているので訴訟上サンクションを課されることになる。しかし、法的争訟の中で明らかにされる当事者の自然な利害対立を、安易に否定してはならない⁵⁰⁾。

判例が、特別の契約上の義務を引き出すことなしに、信義誠実の原則を訴訟法律関係へ反映し、証拠方法の毀滅をその場合に訴訟法的に観察された原則に対する侵害として位置づけ得る限りにおいて、実際における実体法上の義務と訴訟上の義務の間の限界は明らかに曖昧になってしまう。しかし、この職人芸は、原則的に実体法的解決の欠点を証明しているにすぎない⁵¹⁾。さらに、一般的には実体法上の義務の侵害の法律効果は、まさに原状回復に向けられた損害賠償である。証拠方法がなお利用できたとした場合に、立証者がどのような状態であるかを知ることはできない。証明が奏功しえたかどうかは、もはや明らかにはなしえない。それゆえ証明責任の転換は、他の内容の見解に反して、実体法上の損害賠償義務の訴訟における等価的な代替物ではない⁵²⁾。

2. 矛盾挙動禁止の理論の欠点

矛盾挙動の禁止の理論もまた、実体法的解決の欠点を克服することはできない。たしかに今日では信義誠実の原則が訴訟においても妥当することが全面的に認められ、実体法と訴訟法とを厳格に区分する、かつての〈訴訟法・実体法二分論 (Trennungsdogma)〉は、突き破られている⁵³⁾。しかし、矛盾挙動の場合にはいつでもいずれにせよ通例は要求される信頼の構成要件が欠けている⁵⁴⁾。なぜ、そしていかなる根拠にもとづいて証拠方法を保存しておかなければ

50) KATZENMEIER, JZ 2002, 533, 537.

51) また、KONZEN, Rechtsverhältnisse (Fn. 21), S. 236 ff.も参照。

52) 傾向的に異なるのは、A. BLOMEYER, AcP 158 (1958), 97, 103; 一般的には、KONZEN, Rechtsverhältnisse (Fn. 21), S. 227 ff.

53) GOLDSCHMIDT, Der Prozeß als Rechtslage, 1925, 292 et passim. しかし、〈訴訟法・実体法二分論〉に反対するのは、HENCKEL, Prozessrecht und materielles Recht, 1969, S. 5 ff.; SCHUMANN, FS Larenz, 1983, 571 ff., jew. m. w. N. また、WAGNER, Prozessverträge, 1998, S. 400 f.も参照。

54) とりわけMünchKommBGB-G. ROTH, 5. Aufl. 2007, § 242 Rdn. 255, Staudinger-

ばならないかの理由づけが欠けるかぎりにおいて、訴訟の相手方に、この者が違反して行為したという非難がなされることはない⁵⁵⁾。相手方の証明窮状の採用の放棄の説明価値は、彼の行態には置かれてはいない。そもそもこの演繹は、そもそも有責な行為が存在しない場合にも、証明妨害に既に法律効果を結びつけているという結果にならなくてはならないのではないか。しかし、この推論は引き出されてはいない⁵⁶⁾。

VI. 訴訟上の解決の適切性

1. 証拠評価と擬制効果の間の段階関係

前述した欠点を背景に、比較法は、問題の訴訟法的な基礎づけへの道を示した。まず第一に、冒頭で挙げられたZPO427条2文、同444条、同446条、同453条および同371条3項が証明しているように、証明妨害がZPOにとって未知のものではないというという理解が見過ごされてはならない。これら諸規定は訴訟上の義務に結び付いており、それぞれの適用領域を超えて展開されている。それらは、主張を真実として措定することを裁判官に可能ならしめている。いずれにせよ、それらはこのことを決して図式的なやり方で行なっているわけではなく、そうしたやり方は、証明妨害のさまざまな現象形態に鑑みて、ほとんど受容することもできないであろう⁵⁷⁾。列挙された規律は、徹底して自由な証拠評価の優越 (Spremetie) の下にある⁵⁸⁾。ここでは証拠の評価と主張の正当性の擬制の使用は、1つの段階関係にある。自由な証拠評価が先行する。自由

LOOSCHELDERS/OLZEN, BGB, Neub., § 242 Rdn. 289.

55) STÜRNER, Aufklärungspflicht (Fn. 16), S. 91.

56) GERHARDT, AcP 169 (1969), 297, 315 f. および前注22)の論証参照。しかし、一貫しているのは、E. SCHNEIDER, MDR 1969, 1, 9であり、明らかに過失を要件とはしていない。

57) MünchKommZPO-PRÜTTING (Fn. 1), § 286 Rdn. 92; DERS., Gegenwartsprobleme (Fn. 16), S. 188 f.

58) とりわけZÖLLER-GREGER, ZPO, § 446 Rdn. 1; Prütting/Gehrlein-MÜLLER-CHRISTMANN, ZPO, 2009, § 446 Rdn. 1.

な証拠評価が明確な結論を生み出さない場合にはじめて、裁判官は主張の真実性を擬制し、その限りにおいて証明妨害にある程度サンクションを課することができる。もし裁判官がまさに事情と証拠の欠缺のゆえに主張された事実の真偽についての最終的な像を、疑念が存することから構成できない場合には、裁判官は証明妨害について有責な当事者の不利益に、真実を擬制することが許される。これは再び確定責任の転換ではなく、具体的証拠提出責任の転換にすぎない。

このシュトルナーの意味における解決は、実際上は「証明責任の転換に至るまでの証明軽減」からそれほど隔たりがあるわけではない。法律効果が異なる事例は、ほとんど考えられない。しかし、同時に法律上の手掛かりが認められ、「証明責任の転換」の概念の不明確な利用が避けられる。客観的確定責任は変更されない。

もちろんこの段階関係と柔軟性の間の相互作用は、「権限」規定の適用に際していかなる範囲で裁判官の裁量が引き出されるかに依存している。民事裁判官の裁量は、それ自体包括的なテーマである⁵⁹⁾。しかし、裁判官の裁量は決して無制限のものではなく、授權規範の目的に方向づけられなくてはならないという認識が、少なくともも得られている。証明妨害の諸事例では、相手方による有責な証拠の毀滅の結果として立証者に生じた不利益の調整がなされなくてはならない。ここでは段階システムの態様を動員すべきであろう。故意の証明妨害の場合には通例はサンクションが利用され、これに対して証拠方法の毀滅への立証者の共働過失または優越的過失の場合には、サンクションの効果の適用にマイナスの材料を提供するかもしれないという規律が語られうる⁶⁰⁾。このようにして、たしかに柔軟性を提供するが、裁判官に基準を与える均衡のとれた考えが提供される。

59) 包括的なのは、STICKELBROCK, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, 2002.

60) 同様に故意と過失の間で区別をするのは、Stein/Jonas-LEIPOLD, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 286 Rdn. 188; また、KRAPOTH, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozess, 1996, S. 89 ff.も参照。

2. 訴訟上の事案解明義務のコンテキストへの組み込み

証明妨害の法律効果は、ZPOの諸規定のモデルにしたがって訴訟上の義務の侵害の中に理由づけられるという認識は、ひょっとしたら同時に、証明妨害を一般的な訴訟上の事案解明義務という依然として争われている問題領域へ位置づけることを許容している。訴訟上観念された証明妨害の解釈論と訴訟上の事案解明義務一般の間の必然的な関係は、いずれにせよ存在しない⁶¹⁾。それにもかかわらず、注意深い所見が出されている。

BGHは、根本においては一般的事案解明義務に長いこと開かれていた。印象的なのは、BGHZ 169, 377の中に定式化された命題である。すなわち、「全ての当事者は、期待可能なやり方で、訴訟の相手方が事案について陳述をし、場合によっては必要な証拠を提出する状況に置かれるように尽力しなければならない」。「いかなる訴訟当事者も相手方に勝訴の手段を与える義務を負うものではない (nemo tenetur edere contra se)」という原則は、様々な箇所——証明の軽減、具体的理由づけ義務、二次的主張責任——で突き破られている⁶²⁾。それゆえ、若干のことは、事案解明義務の存在を否定するよりもむしろ探査された限界の輪郭を描くことにプラスの材料を提供している。これはそれ自体がテーマかもしれない。そこでは証拠提出責任および主張責任を一般的に修正することが問題となっているのではなく⁶³⁾、立証義務者の証明窮状および主張窮状の場合の協力義務の欠缺補充機能が問題となっている⁶⁴⁾。

訴訟的に理由づけられた証拠方法保持義務・事案解明義務は、訴訟係属前に生じた証明妨害の場合にのみ困難を生ずる。けだし、訴訟上の行態の規準は、訴訟前の段階においてはそれ自体として理解されないからである。しかし、こ

61) 正当なのは、KONZEN, Rechtsverhältnisse (Fn. 21), S. 239; PRÜTTING, Gegenwartsprobleme (Fn. 16), S. 188およびMünchKommZPO-PRÜTTING (Fn. 1), Rdn. 89, 92参照。プリユッティングは一般的な事案解明義務を拒絶するが、証明妨害に関するシュテュルナーの理論には賛成する。

62) Zöller-GREGER, ZPO, Vor § 284 Rdn. 34 d; WAGNER, ZEuP 2001, 441, 467 f.; KATZENMEIER, JZ 2002, 533, 534 ff.

63) しかし、こう述べるのはおそらく、STÜRNER, Aufklärungspflicht, S. 31 ff.

64) しかしまた、MünchKommZPO-E. PETERS, § 138 Rdn. 22.

の理由づけの欠陥は、克服できないわけではないように思われる。訴訟上の協力義務・証拠保持義務は、正しいやり方で一定の事前作用（Vorwirkungen）をもたらしている⁶⁵⁾。このことは書証の意図的な妨害に関して定評どおりに訴訟前の事例をも捕捉したZPO444条の継続形成によって説明される⁶⁶⁾。その他の点でも訴訟法は一定の事前作用を知っている。ZPO93条においては、訴えの請求の訴訟前の要求の懈怠は、訴訟内において費用法上のサンクションを課されている。もしこれを認めるならば、その限りで証拠保持義務が訴訟上引き出され、継続形成されるという。

Ⅶ. 要 約

要約すると、証明妨害の制度には、依然として確固たる輪郭線が欠けているように思われる。BGHは、1つの明確な線にたどり着いたわけではない。BGHは、比較法的な知見をないがしろにしている。証明責任の転換に至るまでの証明軽減というBGHの混合的な形象は具体化を必要としており、したがって実体法上の、すなわち契約上の協力義務の侵害から証明妨害の法律効果を演繹することは、訴訟法上の理由づけに取って代えられなくてはならないように思われる。その代わりに、主張された事実を真実として措定するというアプローチは、このことが裁判所の裁量と証明妨害に関して有責な当事者の反対陳述によれば正当化される場合に有益であり、その際には場合によりその者の過失の程度を顧慮することが妥当する。

〔完〕

65) STÜRNER, Aufklärungspflicht (Fn. 16), S. 152 ff. 訴訟前の毀滅と訴訟内の毀滅の間の等しい取り扱いについてはまた、E. PETERS, ZJP 82 (1969), 200, 212.

66) RGZ 101, 198; BGH NJW 1994, 1594, 1595 m. w. N.

本誌前号（63巻4号）の補足と訂正

○ 補足

- ・ 95頁注162) に引用のEU指令につき、翻訳として、小宮文人＝濱口桂一郎『EU 労働法全書』（旬報社、2005年）244頁以下があることを補足する。
- ・ 99頁注173) に引用の*Herdegen*, *Europarecht*の邦訳として、その後M. ヘルデーゲン（中村匡志訳）『EU法』（ミネルヴァ書房、2013年）が出されたことを補足。
- ・ 109頁注203) に引用の*Isensee*, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in: ders./ Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. V, 1992/2000*については、その前半部分（S.145-181）につき、松本和彦訳「防御権としての基本権」憲法判例研究会編訳『保護義務としての基本権』（信山社、2003年）51頁以下の翻訳が、また後半部分（S.181-241）につき、小山剛＝上村都＝栗城壽夫訳「保護義務としての基本権」憲法判例研究会編訳『保護義務としての基本権』（信山社、2003年）129頁以下の翻訳があることを補足。

○ 訂正

- ・ 115頁注221) : (誤) 木村[×]敏夫 (正) 木村[○]俊夫