

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」

河野 憲一郎 訳

【訳者前注】

本稿は、*Gerhard Wagner, Urkundenedition durch Dritte — Deutsches Recht und amerikanische Discovery*, in: FS für Leipold, 2009, S. 801 ff. の全訳である。

本稿は、著者による *ders.*, *Urkundenedition durch Prozeßparteien — Auskunftspflicht und Weigerungsrechte*, *Juristenzeitung*, 2007, S. 706 ff. のいわば続編とでもいうべきものであり、両者相まってドイツ民事訴訟法 142 条の構造を明らかにするものである。拙訳「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』」商学討究（小樽商大）第 61 巻 4 号（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。

\* \* \*

ドイツ民事訴訟法は、ディーター・ライポルトに多くを感謝しなければならない。彼の膨大な作品から疑う余地なく抜きん出ているのは、シュタイン＝ヨナスのドイツ民事訴訟法（以下「ZPO」とする。）の多くの部分の注釈である。それはドイツ語系の大注釈書の伝統にとって模範的とみなされうる。けだし、それは資料の体系的整序、解釈学的貫徹および個別的な結論の批判的反省にもとづく無比の結合を作り出しているからである。ディーター・ライポルトが 1984 年のシュタイン＝ヨナスの 20 版以来注釈をしてきた<sup>1)</sup>規定の 1 つが ZPO 142 条であり、同条は裁判所に文書提出を命じる権限を与え

ている。2002年のZPO改正に至るまで本条は日陰の存在であったが<sup>2)</sup>、爾来、それは議論の中心にある<sup>3)</sup>。ディーター・ライポルトは、2005年に公刊されたシュタイン＝ヨナスの22版での新たな注釈によって後者を共に特徴づけ、ゲルハルト祝賀論文のための論稿の中での考察によって掘り下げた<sup>4)</sup>。それゆえ、この小稿は、それがユビラールの関心を見出すことを期待して書かれている。

## I. ZPO 改正法による ZPO 142 条の新規定

2001年7月27日のZPO改正法<sup>5)</sup>は、文書の提出に関するZPO 142条の規定を新たに規律し、従来の第1項を2つの項に分割した。新たな規定によれば、裁判所はもはや訴訟当事者のうちの一方に文書の提出を命じることに限定されず、この命令を訴訟に関与していない第三者に対しても向けることができる<sup>6)</sup>。これがなされると、第三者は、ZPO 383条以下の証言拒絶権を援用できない場合には、ZPO 142条2項によって文書の提出を義務づけられる。

2002年1月1日のZPO改正の施行以来、ここでプリ・トライアル・ディスカヴァリーというアメリカ合衆国の法制度が、— ZPO 新142条というトロヤの木馬に存する — その道をドイツ民事訴訟法へと開いたのかどうかが、議論されている<sup>7)</sup>。この問題は、第一次的には当事者相互の双方向的な関係に

---

<sup>1)</sup> *Leipold*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. I, §§ 1-252, 20. Aufl. 1984.

<sup>2)</sup> 最初の注釈では、ライポルトは8つの欄外番号で取り扱ったが (Fn. 1), 今日では52の欄外番号である; *Leipold*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, §§ 128-252, 22. Aufl. 2005. 参照。

<sup>3)</sup> *Wagner*, JZ 2007, 706 mwNachw.

<sup>4)</sup> *Leipold*, FS Gerhardt, 2004, S. 563 ff.

<sup>5)</sup> BGBI. I, S. 1887; これについて詳細は, *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, 3129.

<sup>6)</sup> BT-Drucks. 14/4772, S. 78 f. 参照; *Leipold*, FS Gerhardt (Fn. 4), S. 563, 576 ff.; *Stadler*, FS Beys, Bd. 2, 2003, S. 1625, 1641 ff.

<sup>7)</sup> 例えば, *Lüpke/Müller*, NZI 2002, 588; *Gruber/Kießling* ZZP 116 (2003), 305 参照; しかしまた, *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, 3129.

における相互の提出義務に関連している<sup>8)</sup>。しかし、2002年の改正によって導入された第三者の提出義務については、一見したところなお問題を孕んでいるように思われる。既に訴訟当事者の開示義務があまりに広範だと感じられるのだとすれば、このことは訴訟物に何らの利害関係を持たない第三者の協力義務についてはいよいよもって当てはまらなくてはならない。第三者の提出義務について流布している不快感は、ある最近の連邦通常裁判所（以下「BGH」とする。）判決で明らかになったのだが、そこで第3民事部は、ZPO 383条以下の潜在的な保護をフルに活用することによって、第三者を文書の開示から守った<sup>9)</sup>。この裁判は、訴訟に関係しない第三者へZPO 142条を適用するにあたり、その基礎と射程についての批判的確認をすることの契機となっている。

## II. 当事者と第三者の間の相違

ドイツ民事訴訟法は、証拠法上、厳格に当事者と第三者とを区別しており、その際、第三者には法的争訟の当事者ではない全ての人が数え上げられる<sup>10)</sup>。第三者は、言うまでもなく証拠方法としては証人として許容され（ZPO 373条）、通例は、ZPO 377条2項3号、同380条から判明するように、証言義務を負いさえする。このことは、ZPO 383条以下によれば第三者に証言拒絶権が存在し、さらに第三者がこの権利を利用する場合にはじめて妥当しない（ZPO 386条）。その際に証人は、既にZPO改正前の法の下で、尋問の準備をし、この目的で記録と書類を閲覧し、場合によっては期日に持参することが義務づけられていた（ZPO 378条1項1文）。それゆえZPO 142条によって惹起された第三者の関与は、厳密に言えば、それほどセンセーショナル

<sup>8)</sup> これについて詳細は、*Wagner*, JZ 2007, 706 ff.

<sup>9)</sup> BGH, *Beschl. v. 26. 10. 2006*, III ZB 2/06, NJW 2007, 155 f., Rdnr. 6 ff.

<sup>10)</sup> これについて比較法的観点から、そしてそれゆえに批判的なのは、*Wagner*, ZEuP 2001, 441, 484 ff.; *Oberhammer*, ZZP 113 (2000), 295, 321 ff.; *Coester-Waltjen*, ZZP 113 (2000), 269, 293 参照。

ルではない。ある文書を尋問のために持参することが第三者に既に課せられているのであれば、単なる提出義務は、付加的な負担どころか、免責として作用している。いずれにせよ、ZPO 142 条における第三者の概念は、証人の概念と完全に一致していることが、顧慮されなくてはならない。すなわち、証人ではない者は、文書提出を義務づけられない。

### III. 文書提出の証明機能

ZPO 142 条 1 項が訴訟当事者に文書の提出を義務づけることを裁判所に授権する限りにおいて、この命令が証明の目的で効力を生じてよいかがどうかが争われている。当事者に対する提出命令は、学説の一部によって、訴訟指揮の手段として性格づけられ、ZPO 142 条は、争いのない事実のさらなる解明に限定されている<sup>11)</sup>。BGH の第 3 民事部は、こうした理解を正当にも斥けた<sup>12)</sup>。争いのない事実を解明するための——全く余計な——手段へと ZPO 142 条を過小評価することには、ZPO 改正前に既に、今日 ZPO 144 条という隣接規定に当てはまるように、ZPO 142 条の証拠法的な性格が承認されていたということが、マイナスの材料を提供している<sup>13)</sup>。

立法者自身、書証法を ZPO 142 条の規律の変更に適合させることによって、第三者による文書提出の命令が、証明目的で利用されることへの後者の疑念を自ら払拭した。重要文書が第三者の手元にある場合には、文書の提出について利害関係を有する当事者により、期間を定める旨の申立てがなされることによって、ZPO 新 428 条による文書の取調べ（書証）が開始されるだ

<sup>11)</sup> Gruber/Kießling, ZJP 116 (2003), 305, 311 ff.; おそらく同旨は, Greger, in: Zöllner, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 142 Rdnr. 1.

<sup>12)</sup> BGH, NJW 2007, 155, Rdnr. 5; 同旨は *Leipold*, FS Gerhardt (Fn. 4), 563, 567 ff.; *ders.*, in: Stein/Jonas (Fn. 2), § 142 Rdnr. 1; *Stadler*, in: Musielak, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 142 Rdnr. 1; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 118 Rdnr. 45.

<sup>13)</sup> *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 2 §§ 91-252, 21. Aufl. 1994, § 142 Rdnr. 1.

けではない<sup>14)</sup>。むしろ立証者はこれと並んで、裁判所に「ZPO 第 142 条による命令を発する」ことを願ひ出る可能性を有する。この文書提出のための方法は、非常に魅力的である。けだし、利害関係を有する当事者は、暫定的な結果となる ZPO 429 条 1 文の基準による第三者に対する二次的訴訟をスキップできるからである<sup>15)</sup>。こうした理由から ZPO 142 条による裁判所の命令は、ZPO 429 条 1 文による提出訴訟を背後に押しやる<sup>16)</sup>。ZPO 428 条と一緒になされた命令の申立てを拒絶するための裁量が裁判所にほとんど帰属しなければしないほどますますこのことが妥当する<sup>17)</sup>。提出に関する証拠法上の要件が存在するのであれば、文書の提出は、したがって争いがあり、裁判にとって重要な事実の立証に奉仕すべきであり、第三者に拒絶権が存在しないのであれば、命令が出されなくてはならない。

#### IV. 第三者の提出義務の要件

##### 1. 関連性 — 提出請求権ではない

ZPO 142 条の文言によれば、当事者の一方が文書を引用すれば、提出命令にとっては十分である。第三者個人への関連性は必要ではなく、したがって、裁判所は提出命令をある別の人物にも向けうる<sup>18)</sup>。

ZPO 142 条によって同じように理由づけられた当事者の提出義務は、学説の一部によって、書証の規律から示されるレベルに引き下げられている<sup>19)</sup>。

<sup>14)</sup> BT-Drucks. 14/4772, S. 92; *Schwartz*, in: Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz, 2002, § 142 Rdnr. 9 f.

<sup>15)</sup> *Zöller-Geimer*, (Fn. 11), § 428 Rdnr. 1 参照。

<sup>16)</sup> *Zekoll/Bolt* NJW 2002, 3129, 3131 f.; *Stadler*, FS Beys (Fn. 6), S. 1642; *Leipold*, FS Gerhardt (Fn. 4), S. 579.

<sup>17)</sup> *Leipold*, in: Stein/Jonas (Fn. 2), § 142 Rdnr. 8, 33; *Zöller-Greger*, (Fn. 11), § 142 Rdnr. 3a; *Stadler*, FS Beys (Fn. 6), S. 1642; *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, 3129, 3132; *Gruber/Kießling* ZJP 116 (2003), 305, 324.

<sup>18)</sup> OLG Stuttgart, NJW-RR 2007, 250, 252.

<sup>19)</sup> *Leipold*, FS Gerhardt (Fn. 4), S. 563, 582 f.; *ders.*, in: Stein/Jonas (Fn. 2), § 142

それによれば、証明責任を負わない当事者は、証明責任を負った当事者が実体法上の提出請求権を援用できる場合にはじめて、文書の提出が課されてよい、とする（ZPO 422 条）。

そのような解釈は、第三者の提出義務に関しては考慮されない。なぜなら、立法者はその限りで書証法を ZPO 142 条の新たな規定に適合させたからである。たしかに第三者は、ZPO 429 条 1 文、同 422 条によれば、立証者に第三者に対する実体法上の提出請求権が帰属する場合にはじめて、文書の提出を義務づけられる。しかし、この規定は ZPO 改正によって簡単明瞭に「第 142 条には影響しない」という第 2 文を挿入された。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命じられうるということが明らかにされた<sup>20)</sup>。したがって、ZPO 142 条 1 項 1 文によって、訴訟上の提出義務が独自に基礎づけられた。

## 2. 模索的証明という問題

提出命令のさらなる要件に関しては、それが模索の目的で言い渡されてはならないということについて、一致がある<sup>21)</sup>。しかし、こと第三者の提出義務に関しては、既に模索の禁止という規範的な要点は疑わしい。

模索の禁止は、「一方当事者が、その訴訟上の陳述の具体化のために必要な事実を、証拠調べによつてはじめて探り出そうと試みる」証明要求を拒絶することを許容する<sup>22)</sup>。どの範囲で具体的理由付け責任（Substantiierungslasten）が個々の事案で十分であるか、したがってどこで適法な証拠調べの領域がはじまるかは、一般的には述べられず、証明責任を負った当事者の知識

---

Rdnr. 21；異説は、Schlosser, JZ 2003, 427, 428; ders., FS Sonnenberger, 2004, S. 135 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 12), § 118 Rdnr. 45 ff.

<sup>20)</sup> Zekoll/Bolt, NJW 2002, 3129, 3132; Stadler, FS Beys (Fn. 6), S. 1642; Leipold, FS Gerhardt (Fn. 4), S. 576; Gruber/Kießling, ZZP 116 (2003), 305, 320.

<sup>21)</sup> BGH, NZI 2008, 302, 304 Rdnr. 21; OLG Stuttgart, NJW-RR 2007, 250, 252; Zekoll/Bolt, NJW 2002, 3129, 3132; Wagner, JZ 2007, 706, 712 参照。

<sup>22)</sup> BGH, NJW-RR 1987, 415；さらにまた BGH, NJW 1984, 2888, 2889；特に ZPO140 条につき、BGH, NZI 2008, 302, 304 Rdnr. 21 をも参照。

の状況と情報からのアクセスのしやすさを考慮して判断される。当事者にさらなる具体的理由付けのために必要な情報が、そのアクセス同様に欠けている限りにおいて、当該証拠申立ては、いずれにせよ模索の禁止に抵触しない。けだし、ここでは当事者には証拠申立てをいわば「漠然と」なす以外には方法がないからである<sup>23)</sup>。証拠にもとづく主張の事実上の手がかりが全く存在しないので証拠申立てが恣意的または権利濫用的と思われる場合に限って、そのような訴訟上の行態は不適法である<sup>24)</sup>。証明責任を負った当事者の相手方のみが、さらなる具体的理由付けのために必要となる情報を自由に利用できるという実務上重要な事例では、相手方には、証明責任を負った当事者が包括的に行なった陳述に対しての立場を明らかにすることが義務づけられる。いわゆる二次的主張責任である<sup>25)</sup>。

かくて模索の禁止の機能は、現行法の主張要求と具体的理由付け要求が、広く規定された証拠申立てによって潜脱されることから保護するという点にある。証明責任を負った当事者の具体的理由付け責任と模索の禁止との関係は、第三者に対する関係においては効力を発揮しない。第三者は、文書提出命令によって、単に秘密保持の利益とさらに費用の利益において制約されているにすぎない。両方の利益は、特別に制定法上保護されているが、すなわちこれに対応する拒絶権 (ZPO 383 条以下) と補償請求権によってである<sup>26)</sup>。それとは逆に、証明責任を負った当事者の具体的に理由付けられた陳述で裏付けられた証拠申立てが、第三者に向けられた提出命令の基礎となっている

<sup>23)</sup> BGH, NJW-RR1988, 1529; *Wagner*, JZ 2007, 706, 714.

<sup>24)</sup> BGH, NJW 1996, 3147, 3150; さらに, BGH, JZ 1985, 183, 184; NJW 1988, 2100, 211; 1993, 1649, 1650.

<sup>25)</sup> BGHZ 12, 49, 50; BGH, NJW 1961, 826, 828; 1974, 1822, 1823; 1983, 687, 688 (= BGHZ 86, 23, 30); 1986, 3193, 3194; 1987, 1201; 1987, 2008, 2009 (= BGHZ 100, 190, 195 f.); 1989, 161, 162 f.; 1990, 3151 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; *Stein/Jonas-Leipold* (Fn. 2), § 138 Rdnr. 37 f.; *C. Wagner*, in: *MünchKommZPO*, Bd. 1 § § 1-354, 3. Aufl. 2008, § 138 Rdnr. 21 f.

<sup>26)</sup> 詳細は, 下記 V 1, 2.

か否かということは、第三者には無関係である。模索の禁止は、それゆえ第三者が文書を占有する場合にもまた、もっぱら相手方当事者の保護に向けられている<sup>27)</sup>。証明責任を負った当事者が、文書の内容から知識を獲得する別な可能性をもたない限り、この者の証拠申立ては、基礎におかれた陳述の具体的理由付けが欠けていることを理由に棄却されてはならない。

それゆえに第10民事部は、ZPO 142条についての最近の裁判の中で、第三者が文書を占有する場合の具体的理由付けの必要性につき、正当にも比較的寛大な基準を示した——たとえ技術的な保護権の侵害を理由とした訴えしか顧慮していなかったとしても、である<sup>28)</sup>。原告の陳述によれば「保護権の対象の利用がもっともらしい」か、ないしは蓋然性を示す「一定の程度」が権利侵害の存在にプラスの材料を提供している場合には、提出命令にとって十分である<sup>29)</sup>。その際に第10民事部は、ZPO 142条による第三者の訴訟上の提出義務の具体化に関して、明示的に BGB 809条の実体法上の提出義務についての第1民事部の判例に依拠している<sup>30)</sup>。

BGHの知的財産権に関して管轄権を持つ部が、その判断をこの領域に限定し、とりわけそれがZPO 142条、BGB 809条に対する寛大な態度を何よりもまず〔ドイツ〕連邦共和国のTRIPS協定<sup>31)</sup>43条にもとづく国際的義務といわゆる実行指令2004/48/EG<sup>32)</sup>の6条で理由づけた場合には<sup>33)</sup>、ただちに

<sup>27)</sup> 異なるのは、OLG Saarbrücken, NZI 2008, 40；おそらくまた、BGH, NZI 2008, 302, 304 Rdnr. 21.

<sup>28)</sup> BGHZ 169, 30, 40 f. Rdnr. 43. - Restschadstoffverwertung = GRUR 2006, 962, 966 ff., Rdnr. 35 ff. (*Tilmann/Schreibauer* による評釈あり).

<sup>29)</sup> BGHZ 169, 30, 39 ff. Rdnr. 40 ff. - Restschadstoffentfernung = GRUR 2006, 962 (*Tilmann/Schreibauer* による評釈あり)；それ以前に、BGB809条を考慮して同旨は、BGHZ 150, 377, 386 - Faxkarte = JZ 2003, 423 (*Schlosser* による評釈あり).

<sup>30)</sup> 前述の評釈を参照。

<sup>31)</sup> Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums, BGBl. II, 1994, 1730.

<sup>32)</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. 4. 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EG Nr. L 195 v. 2. 6. 2004, S. 16.

<sup>33)</sup> BGHZ 150, 377, 385 - Faxkarte; BGH, Urt. v. 1. 8. 2006, X ZR 114/03, GRUR

理解可能である。それにもかかわらず、無体財産法上の提出義務の特別な解釈を展開し、その他の民事訴訟の訴訟物に関しては限定的な地位を維持することは、まじめには考慮されえない<sup>34)</sup>。なぜ提出命令が、知的財産権をめぐる争訟において発令されうるとされるのか、しかし BGB 903 条の意味における物的所有権をめぐる争訟においては発令されえないとされるのだろうか？この種の不当な異なった取扱いを回避するために、無体財産権における ZPO 142 条の適用についての BGH のより新しい判例は、全ての民事訴訟に転用されなくてはならない。

### 3. 文書の特定

時として模索の禁止からはさらに、提出されるべき文書を詳細に、すなわち内容と保管場所によって特定しなければならないとの命令が引き出される<sup>35)</sup>。例えば、インゴルシュタット地方裁判所によって判断された事案が挙げられなければならない、そこで未払い賃料の支払いを要求された賃借人が、この者の前の賃借人が付加価値を付けた給付にもとづく反対債権での相殺の意思を表示し、反対債権の証明のために賃貸人の倒産管財人の手元にある「事務所用建物 (Bürogebäude)」という背表紙のある書類ファイルを援用した。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、この要求を認めたが<sup>36)</sup>、その結果、文書が十分に特定されていないとの理由で、学説上これについての批判がなされている<sup>37)</sup>。

この批判に従うことはできない<sup>38)</sup>。けだし、模索の禁止は証拠申立ての基礎にある陳述の具体的理由付けに関連しているのであって、それとは逆に証拠

---

2006, 962, 966 f., Rdnr. 41 - Restschadstoffentfernung = GRUR 2006, 962 (Tilmann/Schreibauer による評釈あり); Tilmann/Schreibauer, GRUR 2002, 1017; dies, in: FS Erdmann, 2002, S. 901, 909 ff.

<sup>34)</sup> 異なるのは、BGH, NZI 2008, 302, 304 Rdnr. 21.

<sup>35)</sup> Leibold, FS Gerhardt (Fn. 4), S. 572 f.

<sup>36)</sup> LG Ingolstadt, NZI 2002, 390.

<sup>37)</sup> Leibold, in: FS Gerhardt (Fn. 4), S. 572 f.

<sup>38)</sup> Uhlenbruck, NZI 2002, 589, 590; Wagner, JZ 2007, 706, 713.

方法の説明には関係していないからである。一方当事者がかなりの分量の文書ファイルを要求する極端な事例は、権利濫用の禁止の助けによりコントロールされる。反対に、具体化の要求を、ZPO 142 条がその内容と所在に関して証明責任を負った当事者が正確に情報を持っているような文書の場合のみに適用されうるにすぎないほどに高く設定するための契機は存在しない。

## V. 限 界

### 1. 証言拒絶権

第三者の提出義務は、決して無限界ではない。むしろ ZPO 142 条は明示的に、義務づけが期待可能性がないか又は ZPO 383 条以下によれば第三者に証言の拒絶権が認められるであろう限り、提出義務は存在しないと規定している。ここは証言拒絶権を詳細に叙述すべき場所ではない。その代わりに、実務にとってとりわけ重要であり、最近裁判所が取り組んでいる 2 つの事例群が選り出されなくてはならない。

#### a) 急迫の財産上の損害, ZPO 384 条 1 号

証人の秘匿特権が文書提出に転用された場合にいかなる実際的な帰結を持ちうるかは、前述の BGH 第 3 民事部に提起された事例が例証している<sup>39)</sup>。ある不動産の売買契約の当事者たちは、売主が、公証された売買契約の中で、不動産からの使用賃貸借収入の値上げを保証したかどうかについて争った。買主ないしこの者の権利承継人は、売主である有限会社に対しての訴訟において契約条項の記載の点で敗訴した後に、公証人に対して賠償請求をし、売主である会社に対して使用賃借料とその他の付加費用に関する書類を提出するように申し立てた。売主は、この書類の提出後に、場合によって買主から前訴の再審の後に改めて — そして今度はその可能性の強い — 損害賠償を

<sup>39)</sup> BGH, NJW 2007, 155 (Fn. 9).

要求されうるかもしれないから、急迫の財産損害があるとの理由でこれを拒絶した。ナウムブルク高等裁判所は、その点に関して ZPO 384 条 1 号との結びつきにおける同 142 条 2 項 1 文による拒絶権を肯定し、第 3 民事部がこの判断を承認した<sup>40)</sup>。

同部は、自己に向けられた請求の実現を阻止する証人の利益というものは保護には値しないというドイツ大審院（以下「RG」とする。）の見解<sup>41)</sup>に、異議を唱えた。RG の見解によれば、真実になつた証言をし、続いて自己に向けられてはいるが、既に証言の前に存在する請求を認めなければならない証人というものは、「法的に損害はなく、単に法的義務を……履行するにすぎない」<sup>42)</sup>。これに対して第 3 民事部は、その前に事実審判決で主張されていた、証人の証言ないし文書の提出によって事実上存在する請求の主張と貫徹が容易になるということは、ZPO 384 条 1 号による証言拒絶権にとって十分たりうるという見解に同調した<sup>43)</sup>。〔次のように言う。〕ZPO 384 条の目的は、証人をその者自らの真実になつた証言の不利な帰結から保護することである<sup>44)</sup>。既に訴訟当事者相互が、事案を解明し、相手方に場合によっては勝訴のための資料を提供することを義務づけられないのであれば、証人はいよいよもつて真実になつた証言によって自らを害する義務を負わないはずである、と<sup>45)</sup>。

BGH は、實際上、刑事法上の自己負罪拒否原則(Nemo-tenetur-Prinzips)

<sup>40)</sup> BGH, NJW 2007, 155, 156, Rdnr. 7.

<sup>41)</sup> RG, SeuffA 47, S. 241, Nr. 168 (1891); RGZ 32, 381, 382; 今日なお同様なのは, *Damrau*, in: MünchKommZPO, Bd. 2 §§ 355-802, 2. Aufl. 2000, § 384 Rdnr. 7.

<sup>42)</sup> RG, SeuffA 47, S. 241, Nr. 168 (1891).

<sup>43)</sup> BGH, NJW 2007, 155, 156, Rdnr. 7; OLG Celle, NJW 1953, 426; OLG Stuttgart, NJW 1971, 945; OLG Karlsruhe, NJW 1990, 2758; OLG Frankfurt/Main, WM 2000, 2359, 2360; 学説上の通説と一致して; *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach, ZPO, 64. Aufl. 2006, § 384 Rdnr. 4; *Musielak-Huber* (Fn. 12), § 384 Rdnr. 3; *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 5 §§ 328-510b, 22. Aufl. 2006, § 384 Rdnr. 3; *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl. 2005, § 384 Rdnr. 2; *Zöller-Greger* (Fn. 11), § 384 Rdnr. 4; *E. Schneider*, MDR 2004, 1, 2.

<sup>44)</sup> BGH, NJW 2007, 155, 156, Rdnr. 7.

<sup>45)</sup> BGH, NJW 2007, 155, 156, Rdnr. 7.

の民事法上の亜種を使っている<sup>46)</sup>。被告人が刑事手続において自らを不利に導く義務を負わされないのと同様に、民事紛争の当事者は義務づけられるべきでなく、したがって、第三者のこれに対応した義務づけも承認されてはならない。第3民事部によって判断された事例が非常に優れて示しているように、このやり方で不法な行態がまさに優遇される。すなわち、不動産の売主は、買主を使用賃貸借収入の額に関して悪意で欺罔し、公証人に対する賠償請求訴訟においては、これに対応する書類の引渡しを、それでは——法律上の原因から敗訴に終わった——この者に対する訴訟についての再審がなされうる（ZPO 580 条 4 号, 7b 号）と指摘して拒絶した。

正当な請求の実現への原告の利益に対してこれほどに目を向けず、耳を貸さない実質的な根拠は明らかではない。法治国家は、市民に私的制裁 (Selbstjustiz) の放棄と国家による権力の独占とを要求する。その反対給付という意味で、法治国家は、現実に存在する主観的権利が実現されうる手続をも市民に提供する義務を負っている。しかし、第3民事部によって判断された事例においては、114,000,000 マルクに至るまで騙し取られた買主は、ドイツ法治国家に絶望するであろう。すなわち、売主に対する訴訟では、公証人が売買契約を杜撰に記載したために敗訴し、公証人に対する訴訟では、売主が損害の証明のために必要な書類を提出する必要がないために敗訴する。このような結論は、正当な秘密保持の利益が、開示に矛盾するであろう場合には、場合によっては甘受されなければならないかもしれない。しかし、そのような秘匿特権は、BGH によって判断された事例では明らかではなかった。文書提出が、債権者の正当な請求からわが身を守るという目的のためにのみ、阻止されている。どこから BGH がそのような債務者のために共感をしたのかを検証することは、ただただ困難である。ただちに示されなくてはならないように、請求の実現への原告の正当な利益を真剣にとることが、憲法上の理由

---

<sup>46)</sup> これと刑事手続におけるその過度の強調については、Verrel, Die Selbstbelastung im Strafverfahren, passim; ders., NStZ 1997, 361, 362.

からも命じられる<sup>47)</sup>。

かくて結論においては、RG の立場が優れている。すなわち、既に存在する法的義務を履行する場合には、ZPO 384 条 1 号による拒絶権が付与されるところの証人の財産状態の悪化は、認められえない<sup>48)</sup>。現実に存在する請求を実現することは、法治国家にとっては望ましいものであって、煩わしいものではない。

#### b) 技術上又は営業上の秘密

ZPO 384 条 3 号によれば、証人は技術上又は営業上の秘密を暴露せざるを得なくなるような質問に答える必要はない。連邦憲法裁判所(以下「BVerfG」とする。)が電気通信規律法についての最近の裁判の中で強調しているように、取引上の秘密は、基本法(以下「GG」とする。)12 条の保護を享受している<sup>49)</sup>。そこでは BVerfG は、公知ではなく、限られた範囲の人しかアクセスできず、権利主体がそれが流布しないことについて正当な利益を持っている企業に関する事実、事情および経過〔……〕の全て」がこれに属すると理解している<sup>50)</sup>。商業上の知識だけでなく、技術上の知識をも含むこの定義は、ZPO 384 条 3 号の一般に行われている解釈に合致している<sup>51)</sup>。

前述の裁判の中で、BVerfG は、営業上および取引上の秘密の保護のために憲法上の基礎を提供しただけではなく、逆に効率的な権利保護への対立する利益をも保護に値すると認め、「実際上の妥協を実現すること」を主張した<sup>52)</sup>。この注文は、第一に、秘密保持の利益と権利保護の利益に適切な調整をもたらさなければならないところの立法者に向けられている。行政訴訟とそこで通例危険にさらされている公的な秘密保持の利益に関して、BVerfG は、権利保護の利益と秘密保持の利益とのいずれが優位するかについての決定を官庁

<sup>47)</sup> Fn. 52, 58 における論証を参照。

<sup>48)</sup> RGZ 32, 381, 382.

<sup>49)</sup> BVerfGE 115, 205, 229 = MMR 2006, 375.

<sup>50)</sup> BVerfGE 115, 205, 230.

<sup>51)</sup> MünchKommZPO-Damrau (Fn. 41), § 384 Rdnr. 14; Stein/Jonas-Berger (Fn. 43), § 384 Rdnr. 10; Zöller-Greger (Fn. 11), § 384 Rdnr. 7 参照。

<sup>52)</sup> BVerfGE 115, 205, 232, 234.

の判断に委ね、実効的な裁判所によるコントロールを認めなかったかつてのドイツ行政裁判所法(以下「VwGO」とする。)99条の規律に異議を唱えた<sup>53)</sup>。その結果として、立法者はVwGO 99条2項を新たに規定し、これにもとづいて官庁の判断を審査するための高等行政裁判所ないし連邦行政裁判所での中間手続を導入したが、その手続において、裁判所は公開主義は排除し、しかしまた当事者をも排除した上で、官庁の判断を審査するために、保護の必要性ありと宣言された文書内容から知識を獲得する<sup>54)</sup>。是非の判断が秘密保護のためか権利保護のためかのいずれか一方を強いるにもかかわらず、BVerfGはこの規律を承認した<sup>55)</sup>。あれかこれか一方のみの利害を完全に認めようとする傾向は、VwGO 99条2項の中に規律されたイン・カメラ手続が実体的な権利保護要求の上に拡大されるとすれば、回避される。この事例において、裁判所は、そこで開示することなしに、秘密の情報をその判断の基礎に置かなければならない。法廷のメンバーであるガイアー(Gaier)の意見に反して、実質的なイン・カメラ手続を憲法にもとづいて促進することを実現することはできなかつた<sup>56)</sup>。かくしてドアは閉じられてはならない。けだし、基本法はそのような実務に少なくとも矛盾はしないからである<sup>57)</sup>。

ちょうど今示された憲法的諸価値は、行政訴訟に関係しているのだが、たとえ訴訟当事者の権利保護の利益を民事訴訟ではGG 19条4項の中にみるのではなく、GG 20条3項の法治国原理、並びに財産訴訟の場合には、したがってGG 14条、同20条3項から明らかになる当該基本権の中にみるとしても、民事訴訟へ転用することができる<sup>58)</sup>。行政訴訟のコンテクストにおける

<sup>53)</sup> BVerfGE 101, 106, 128 ff. = NJW 2000, 1175.

<sup>54)</sup> 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. 参照。

<sup>55)</sup> BVerfGE 115, 205, 232, 237.

<sup>56)</sup> BVerfGE 115, 205, 232, 238 ff., *Gaier* の少数意見については, aaO., S. 250 ff.

<sup>57)</sup> BVerfGE 115, 205, 232, 238 ff.

<sup>58)</sup> BVerfGE 54, 277, 291; 88, 118, 123; 93, 99, 107; 97, 169, 185; *Wagner*, Prozessverträge, 1998, S. 407 f. mwNachw.; *Brehm*, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 1 Einleitung §§ 1-40, 22. Aufl. 2003, Vor § 1 Rdnr. 288 参照。

と同様に、民事訴訟においても、基本権を侵すような一方的な解決をイン・カメラ手続によって阻止するような一つのモデルが引き出されなくてはならない。たしかに、証拠調べから当事者とその代理人を排除することが、ZPO 357 条、GG 103 条 1 項の中で保障された審問請求権を制限するというのは正しいが、提案された解決に反対する論拠は、そこからは出てこない。BVerfG が明瞭に示したように、基本法上の保障の制限を避ける道はない<sup>59)</sup>。いかなる利害が、いかなる範囲で放棄されなくてはならないかが、問題となるだけである。それゆえ審問請求権が絶対的に設定されてはならないし、その実体権に対する奉仕的機能から目を背けてはならない。イン・カメラ手続が法治国家であるスイスにおいて裁判所の日常に属するのは、たしかに偶然ではない<sup>60)</sup>。

ZPO の証拠法において、イン・カメラ手続の許容性について意見は分かれているが<sup>61)</sup>、BVerfG の最近の判決はこれまで圧倒的に拒絶してきた態度を再考するように必然的に強いている。これは、EC 裁判所がかなり一般的に定式化された電気通信網に関する EU 枠組指令<sup>62)</sup> の規定から「当該陳述の秘密取扱いを保障し、その際に効率的な権利保護の要請を考慮し、訴訟関係人の防御権の確保を担保する」加盟国の義務を引き出したことからますますそのようになった<sup>63)</sup>。以前に BGH は、Faxkarte 裁判の中で、正当な秘密保持の利益の確保のために、BGB 809 条によって義務づけられた検査は鑑定人に

<sup>59)</sup> BVerfGE 115, 205, 232, 235.

<sup>60)</sup> Art. 145 Zürcher ZPO, Art. 38 S. 2 Bundes-ZPO; *Wagner*, ZJP 108 (1995), 193, 211.

<sup>61)</sup> 詳細は、*Wagner*, ZJP 108 (1995), 193, 210 ff. Stein/Jonas-Berger (Fn. 43), § 357 Rdnr. 17 ff.

<sup>62)</sup> Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 3. 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG NR. L 108, 33.

<sup>63)</sup> 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.

よってのみ実施されうると述べていた<sup>64)</sup>。そのような手続というのは、イン・カメラ手続に既に非常に近づいている。実際、当該憲法上およびヨーロッパ法上の特権を既に現行法の基礎の上に満足することは可能なはずである。これが正当な秘密保持の利益と権利保護の利益の調整のために必要なところでは、民事裁判所はその裁判所が現在利用することのできる手段を利用しなければならず、公開の排除に始まり (GVG 172 条 2 号, 同 173 条), 可罰的な黙秘命令を科すことを経て (GVG 174 条 3 項, StGB 353 d 条 2 号, 同 203 条 1 項 3 号, 同 2 項 5 号, 同 204 条), VwGO 99 条 2 項のさらなる展開におけるイン・カメラ手続へと至る。

## 2. 期待不可能性

証言拒絶ないし文書提出の拒絶を正当ならしめる反対利益は期待不可能事由ともみなされうるが、今や ZPO 383 条以下において、特別法で規律されている。通説<sup>65)</sup>とは逆に、法律上の証人の秘匿特権を、既に非常に広く規律された期待不可能性という一般条項を介して、さらに拡大することはできない<sup>66)</sup>。

ZPO 142 条 2 項 2 文において拒絶権に付加して規定された期待可能性の留保は、2002 年において、当時の法状況においては、第三者が提出命令の結果として成立した浪費を理由としたいかなる補償請求権も持たなかったことから、特に必要であった<sup>67)</sup>。この欠缺は、費用法現代化法律の施行によって、2004 年 7 月 1 日で補充された<sup>68)</sup>。司法報酬・補償法 (以下「JVEG」とする。)

---

<sup>64)</sup> BGHZ 150, 377, 386 f.; *Tilmann/Schreibauer*, FS Erdmann (Fn. 33), 901, 908 f.; *Kühnen*, GRUR 2005, 185, 190 ff.

<sup>65)</sup> これに属するのは, OLG Saarbrücken, NZI 2008, 40; *Gruber/Kießling*, ZZP 116 (2003), 305, 326 f.; *E. Schneider*, MDR 2004, 1, 2; *Stein/Jonas-Leipold* (Fn. 2), § 142 Rdnr. 27.

<sup>66)</sup> OLG Stuttgart, NJW-RR 2007, 250, 251; *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, 3129, 3132.

<sup>67)</sup> *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, 3129, 3133; さらに, *Gruber/Kießling*, ZZP 116 (2003), 305, 328; *E. Schneider*, MDR 2002, 1, 4 の補償の試み (ZSEG の類推適用) をも参照。

<sup>68)</sup> Art. 2 des Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts v. 5. 5. 2004, BGBl.

23 条によれば、第三者には今や証人と同様の範囲で裁判所に対する補償請求権が帰属し、それは JVEG 22 条、同 23 条 2 項によれば、収入の減少を捕捉し、第三者に人的に又はこの者に従事している被用者に生じる。この補償の規定の存在が、期待可能性の問題に新たな光を照らした。すなわち、第三者が ZPO 383 条以下の拒絶権を援用しえない限りにおいて、それによって惹起される経済的浪費は填補されるので、文書提出は、通例、期待可能である<sup>69)</sup>。第三者が、文書の提出は補償の支払いによって填補されない過剰な費用と労力が引き起こされ得るだろうということを主張できる限りにおいてのみ、提出命令の履行はなお期待可能性がないと性格づけられる。

さらに、期待可能性の枠内において、文書提出に利害をもった当事者自身に委ねられた情報の可能性が顧慮されなくてはならない。文書提出を要求する当事者が問題なく第三者に期待される情報を自ら提供しうる状況にあるのであれば、情報収集と情報処理に結び付けられた負担を非関係人に押し付ける契機は存在しない<sup>70)</sup>。その際に、いずれにせよ第一次的には、第三者による文書提出が浪費を生み出すかどうか、いかなる範囲でそれ自体が不足するかが問題なのではなく<sup>71)</sup>、この浪費が、争訟にとって重要な情報に至るために当事者自身が行なわなければならない浪費よりも大きいかが決定的でなくてはならない。

### 3. 手続上の主張

ZPO 383 条以下に規律された証言拒絶権は、真正の主観的な権利であり、その行使については証人が処分することができる。このことは、文書提出への義務づけにとっては、第三者が自己の拒絶権を行使する意図があるかどうか

---

I, 718 として公布されている；詳細については、*Hartmann, Kostengesetze*, 35. Aufl. 2005, § 23 JVEG.

<sup>69)</sup> この観点は、OLG Saarbrücken, NZI 2008, 40 においては検討されないままである。

<sup>70)</sup> OLG Saarbrücken, NZI 2008, 40 f.

<sup>71)</sup> しかし、こう述べるのは、OLG Saarbrücken, NZI 2008, 40 f.

かを明らかにする前に、裁判所の命令が下されうるし、下されなければならないという帰結を持つ<sup>72)</sup>。この裁判がなされうるためには、第三者は、ZPO 142 条 2 項 1 文、同 383 条 2 項により、裁判所からその拒絶権についての教示がなされていなくてはならない<sup>73)</sup>。このことは期待可能性の留保とみなされる。

第三者が証言拒絶権を援用しようとする場合には、以後の手續は ZPO 142 条 2 項 2 文により ZPO 386 条、同 387 条に準拠して行われる<sup>74)</sup>。まず第一に第三者は、ZPO 386 条 1 項に対応して、拒絶権を — 推定上 — 理由づける事実を書面で又は事務課の調書に対して主張し、疎明しなくてはならない (ZPO 386 条 1 項)。かくして ZPO 387 条の基準にしたがって中間判決によって判断されるべき中間の争いが開始され、これに対しては即時抗告が認められている (ZPO 387 条 3 項、同 567 条 1 項 1 号)。命令の要件をもコントロールすることは、ZPO 387 条による手續の中では許されてはいない<sup>75)</sup>。

## VI. サンクション

第三者が提出命令に従わない場合には、提出命令は秩序手段によって強制されなくてはならない。ZPO 142 条 2 項 2 文が ZPO 390 条の参照を定めていることにもとづいて、第三者は拒絶によって惹起された費用を負担させられなくてはならない。さらに第三者には秩序金が定められなくてはならず、これが徴収されない場合には、秩序拘禁が命じられなくてはならない。

---

<sup>72)</sup> *Gruber/Kiebling*, ZZP 116 (2003), 305, 325.

<sup>73)</sup> *Gruber/Kiebling*, ZZP 116 (2003), 305, 329; *Stein/Jonas-Leipold* (Fn. 2), § 142 Rdnr. 28.

<sup>74)</sup> 以下については、*E. Schneider*, MDR 2004, 1, 4; *Stein/Jonas-Leipold* (Fn. 2), § 142 Rdnr. 29; *Zekoll/Bolt*, NJW 2002, 3129, 3133 参照；実務にもとづく事例として、BGH, *Beschl. v. 26. 10. 2006*, III ZB 2/06, NJW 2007, 155 Rdnr. 2 f.

<sup>75)</sup> OLG Stuttgart, NJW-RR 2007, 250, 252.

## VII. アメリカのディスカヴァリーという迂回路

### 1. 事案解明についての異なった哲学

はじめに述べたように、ZPO 142 条の解釈をめぐる争いは氷山の一角にすぎない。大きな、水面下にある問題点の部分は、民事訴訟における事案解明の範囲と限界という基礎的な問題にかかわっている。ドイツでは伝統的に、裁判にとって重要な情報の欠缺は打つ手が無いものとしてあきらめられており、文書提出に利害をもった当事者には、相手方も第三者も事案の解明に際して自らが負担を負った情報を暴露することによって協力する義務を負わないと指摘することで解答する用意がなされているにすぎない。繰り返し、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」ことを強制されてはならないということが、言われている<sup>76)</sup>。

アメリカ合衆国法が事柄を全く違ったように見ており、訴訟当事者の解明の利益に基本的な優位を保障し、第三者の場合にもそうであるように、訴訟の相手方の対立が推定される秘密保持の利益をほんの限定された範囲で認めているにすぎないということは、一般によく知られたことである。ここはこのことをさらに述べるべき場所ではない<sup>77)</sup>。

### 2. 司法共助の方法でのディスカヴァリー

むしろ ZPO 142 条の射程と限界をめぐる議論が新たな光の中に現れる比較的新しい展開が指摘されるべきである。すなわち最近では、ドイツの法的

<sup>76)</sup> BGH, NJW 1958, 1491, 1492; 1990, 3151 = 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); 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; 同旨なのは, *Leipold*, in: Stein/Jonas (Fn. 2), § 138 Rdnr. 26.

<sup>77)</sup> 手短な概観は, *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozeßrecht, 3. Aufl. 2003, S. 44 ff.; また, *Stürner*, in: Habscheid (Hrsg.), Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika, 1986, S. 3 ff.; *Junker*, Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, 1987 も参照; [ドイツ法との] 比較法的考察は, *Murray/Stürner*, German Civil Justice, 2004, S. 593 ff.

争訟で利用されるとされる文書を入手するために、ZPO を迂回してアメリカの裁判所を動員することが可能である。このための法的基礎は、アメリカ合衆国法律集第28編（以下「28 U.S.C.」とする。）1782条(a)の規定であり、それはアメリカ合衆国の裁判所に文書提出の領域における司法共助を義務づけている。連邦地方裁判所のこれに対応する提出命令の要件は、以下の通りである。すなわち――

- 文書又はその他の物の提出を求める利害関係当事者（interested person）の申立て。
- 文書を外国の又は国際的な法廷での手続において利用する（for use in a proceedings in a foreign or international tribunal）目的での提出要求。
- 申立てのなされた裁判所の管轄内に申立ての相手方の住所又は居所があること（district in which a person resides or is found）。
- 法律上の秘密保持特権の侵害（violation of any legally applicable privilege）がないこと。

28 U.S.C. 1782条(a)についての合衆国最高裁判所のリーディング・ケースは、2004年に出されている。Intel Corp. v. AMD, Inc. の事件において、裁判所は、それによって規定の意義が明らかにより高く評価される一連の転回点を示した<sup>78)</sup>(訳注1)。とりわけ裁判所は欧州委員会の競争総局を「法廷(tribunal)」と認め、訴訟当事者ないし手続関係人の域内関係において28 U.S.C. 1782条(a)の適用可能性を肯定し、――何よりもまず――規定の中に「外国でのディスカヴァリーの可能性」の要件を含めて解釈されるべきだという立場を斥けた<sup>79)</sup>。アメリカの裁判所による司法共助の保障は、それゆえ各文書が外

<sup>78)</sup> *Intel Corp. v. AMD, Inc.*, 542 U. S. 241 (2004); これについては, *Gibbons/Myers/Dolzer*, RIW 2004, 899, 901 f. *Rieckers*, RIW 2005, 19; *Kraayvanger/Richter*, RIW 2007, 177.

(訳注1) これについての紹介として、藤野仁三「国際司法共助と連邦裁判所のディスカヴァリー命令権――*Intel Corp. v. Advanced Micro Devices*, 542 U.S. 241 2004――」比較法雑誌40巻1号(2006年)158頁以下がある。

<sup>79)</sup> *Intel Corp. v. AMD, Inc.*, 542 U. S. 241, 257 f. 259 ff. (2004).

国の法廷の法廷地法 (Lex foli) によって同様に提出されなければならないであろうことを前提とはしていない。これに対応する提出義務の存在すら、アメリカ合衆国の第一審裁判所での手続が仮になされたとしても、問題とはならないという。

いずれにせよ最高裁判所は 28 U.S.C. 1782 条 (a) の性格を裁量規定 (「地方裁判所は……命じることができる」) であると強調しており、命令の裁量性に限界を設定する 4 つの基準を展開している<sup>80)</sup>。すなわち —

- 外国の法廷にとっての情報の入手可能性。
- 外国手続の性質と司法共助の手段で獲得される情報について外国法廷が受け入れる可能性。
- 秘密保持の権利又はその他の外国法の解明の限界を回避しようとする利害関係当事者の試み。
- 提出要求の履行が情報提供義務を負った当事者にとって意味する負担。

### 3. ドイツにおける文書のディスカヴァリー

Intel Corp. v. AMD, Inc. の事件は、その提出が要求された文書が合衆国に存した限りにおいて、なお「無害」であった。この点で、2007 年にニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所によって判断された、ドイツ人の原告であるショットドルフ (Schottdorf) 博士とマッキンゼー (McKinsey) の間の法的争訟は別である<sup>81)</sup>(訳注2)。このニューヨークでの手続の背景は、ショットドル

<sup>80)</sup> *Intel Corp. v. AMD, Inc.*, 542 U. S. 241, 257 f. 264 ff. (2004).

<sup>81)</sup> *In re Application of Gemeinschaftspraxis Dr. med. Schottdorf*, 2006 U. S. Dist. LEXIS 94161 (S.D.N.Y., 2007, per Jones, J.); これについては, *Kraayvanger*, RIW 2007, 496.

(訳注2) これについての紹介として、竹部晴美「ドイツ国内での民事訴訟において当事者でない者の有する文書のディスカバリーをアメリカの連邦地裁に認めさせた事例 — In re Application of Gemeinshchftspraxis Dr. Med. Schottdorf for an Order Directing the Production of Certain Documents to Assist a Foreign Tribunal Pursuant to 28 U.S.C. § 1782, 2006 U.S. Dist. LEXIS 94161(2006) —」Lexis 判例速報 24 号 (2007 年) 24 頁以下がある。

フと管轄を有する保険医協会 (kassenärztlichen Vereinigung) の間でのミュンヘン社会裁判所での疾病金庫 (Krankenkassen) から振り込む予算をめぐる社会法上の紛争であった。保険医協会は、社会裁判所での手続において、委託したマッキンゼー・コンサルティングの鑑定意見書に依拠したが、しかしこれを提出しなかった。社会裁判所 (以下「SG」とする。) は、保険医協会は費用の分配に際して裁量の余地を有すると指摘して、鑑定意見書に関するショットドルフの提出要求を却けた。マッキンゼーに対して向けられていたデュッセルドルフにおける民事の訴えが、同様に敗訴に終わった後に、ショットドルフはニューヨークにおけるマッキンゼーの企業所在地を管轄する裁判所に訴えを向け変え、——そして勝訴した。

ニューヨークの地方裁判所は、Intel Corp. v. AMD, Inc. 事件における最高裁判所の判断を要約して繰り返し、その限りでの的確な「外国でのディスカヴァリーの可能性」の要件を否定したが、最高裁判所を超えて決定的な一步を踏み出している。すなわち、係争文書——マッキンゼーの鑑定意見書——が全くアメリカ合衆国には存在しておらず、外国において、その手続が司法共助によって要求されている外国法廷の裁判地に存在しているにもかかわらず、28 U.S.C. 1782 条 (a) に依拠した提出命令が認められた<sup>82)</sup>。さらにニューヨークの裁判所は、Intel〔の事件〕において展開された4つの裁量基準によって提出命令が妨げられることもないとみた<sup>83)</sup>。その際に、第三者に対するドイツの裁判所の命令権限が、当事者に対する命令権限よりもはるかに弱いという——誤った——観念が役割を演じた<sup>84)</sup>。

「外国でのディスカヴァリーの可能性」とアメリカ合衆国の領域内に提出されるべき文書が存在することの2つを放棄することが、28 U.S.C. 1782 条 (a)

---

<sup>82)</sup> *In re Application of Gemeinschaftspraxis Dr. med. Schottdorf*, 2006 U. S. Dist. LEXIS 94161, S. 15 f. (S.D.N.Y., 2007).

<sup>83)</sup> *In re Application of Gemeinschaftspraxis Dr. med. Schottdorf*, 2006 U. S. Dist. LEXIS 94161, S. 18 ff. (S.D.N.Y., 2007).

<sup>84)</sup> *In re Application of Gemeinschaftspraxis Dr. med. Schottdorf*, 2006 U. S. Dist. LEXIS 94161, S. 18 (S.D.N.Y., 2007).

の適切な解釈を意味しているかどうかは、ここでは確定しておく必要はあるまい。けだし、ライポルト記念論文集の中の本論考がアメリカ合衆国において読まれることはないだろうからである。ともかくこの問題は未だ最終的には決着がついているわけではない。けだし、全ての地方裁判所が Schottdorf [の事件] における法廷のように寛大ではないからである<sup>85)</sup>。ニューヨークの連邦地方裁判所ですら、外国に存在する文書に関する司法共助の要請を事前に却けた別の裁判官の裁判が明らかにしているように、意見は分かれている<sup>86)</sup>。争訟を少なくとも第2巡回区について解明する上級裁判所の判断がいつ出されるかは、予測できない<sup>87)</sup>。それまでは、28 U.S.C. 1782 条 (a) に依拠した司法共助の要請は、次のようにみなされる。すなわち、「そのような要請は、以前にそうであったよりも暖かく受け入れられている」<sup>88)</sup>。

28 U.S.C. 1782 条 (a) の拡大解釈がもたらすドイツの手続法にとっての帰結は何か？ 簡単に言えば、司法共助の要請がアメリカ合衆国における管轄裁判所に向けられることによって、ZPO 142 条の要件と限界が思いのままに潜脱されるという点にそれはある。たしかにこの可能性は、提出を拒む訴訟の相手方又は第三者が、アメリカ合衆国に本拠を有する場合にはじめて生じるが、マッキンゼーに対する手続の顛末が示しているように、後者が単に結合企業に該当していさえすれば、その限りで明白に既に十分である。結局、アメリカの親会社は、いずれにせよドイツの子会社の手元にある文書を提出

---

<sup>85)</sup> 異なるのは、特に、*Norex Petroleum Ltd. v. Chubb Ins Co. of Canada*, 384 F. Supp. 2d 45, 46 (DDC 2005)；問題について詳細は、*Wessel/Eyre*, 1 *Dispute Resolution International*, 23, 33 f. (2007).

<sup>86)</sup> *In re Godfrey*, 526 F.Supp. 2d 417, 423 f. (S.D.N.Y. 2007, per Rakoff, J.).

<sup>87)</sup> 第2巡回裁判所は、*In re Application of Sarrio*, 119 F.3d 143, 146 (1997) の裁判において、決断をしないままであった。すなわち、「1782 条の下でのディスカヴァリーがアメリカ合衆国内にある証拠にしか及び得ないという点につき、地方裁判所が正しかったと、決定するのではなく、仮定すると、……」。

<sup>88)</sup> *Deidenhofen-Lennartz et al. v. Ulrike Deidenhofen*, 931 A.2d 439, 499 (Del., 2007, per Strine, V.C.).

しなければならない状況にある<sup>89)</sup>。提出命令の実現は、さらに裁判所侮辱という非常に厳しい手段で行なわれる。

#### 4. ドイツ民事訴訟における利用可能性

たとえばアメリカ合衆国を迂回して文書の提出がかくて強制されるとしても、それによって獲得された情報が、ドイツにおいて追行されている法的争訟で利用されうるかどうかという問題は残る。明白にはドイツの裁判所はなおそれについての直接的な解答を与えていないはずであるが、BGHは、アメリカ合衆国の損害賠償判決の承認についてのリーディング・ケースの中で、ディスカヴァリー手続それ自体はZPO 328条1項4号のドイツの公序に対する侵害を意味するものではないことを明確にした<sup>90)</sup>。したがって、情報と証拠方法とがアメリカの裁判所の援助によって獲得されたという理由だけで利用禁止を課されるということは考えられない<sup>91)</sup>。

#### 5. ZPO 142条の解釈についての帰結

結論において、次のことが確認されなければならない。すなわち、その提出につき当事者が利害を有する文書が、アメリカ合衆国にも存在する企業又は企業組合に属する相手方又は第三者の手元にあるのであれば、文書提出はアメリカの裁判所での司法共助という手段で取得する可能性がある。しかし、このことだけでは決してZPO 142条の解釈をアメリカの観念に服従させる理由にはならない。しかしこの法状況は、ZPO 142条をかなり狭く取り扱うことに反対するさらなる契機となる。というのは、経験豊かな訴訟当事者はもはやこのような手段を頼りとはしないから、ZPO 142条についての限定的な実務の不利益は、まさにドイツの裁判に助けを求める以外に助かることを

---

<sup>89)</sup> 抑制的にはあるが、*In re Application of Nokia Corporation*, 2007 U. S. Dist. LEXIS 42883 (W.D.Mich., 2007).

<sup>90)</sup> BGHZ 118, 312, 323 ff. mwNachw.

<sup>91)</sup> 賛成するのは、*Eschenfelder*, NIW 2006, 443, 447 ff.

心得ていない当事者に降りかかるからである。そこで定められた期待を、この土地の裁判所は裏切るべきではないであろう。

## VIII. 結 論

現代の民事訴訟法という枠内においては、文書の提出を第三者に対して義務づけるということは、事案の解明の重要な手段であるとともに、効率的な権利保護の保障の重要な手段である。憲法に基礎を置く効率的な権利保護を求める権利を理由にして、文書提出の要件に過剰な要求がなされてはならず、ZPO 383 条以下によって設定された拒絶権は、寛大すぎる形で構成されてはならない。たしかに秘密保持の利益もまた憲法上正統化されるが、このことは秘密の保護が効率的な権利保護の利益を不利益にするように拡大されてよいということを意味するものではない。むしろ裁判所は、両方の利害を実際上の妥協という一つの関係に持って行くことが求められる。

〔完〕