慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	民事訴訟における証拠収集 : 比較法的視点からみたドイツ法
Sub Title	Beweisbeschaffung im Zivilprozess : Deutsches Recht unter rechts-vergleichendem Aspekt
Author	Paulus, Christoph G.(Haga, Masaaki) 芳賀, 雅顯
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.11 (2018. 11) ,p.55- 82
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20181128-0055

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

民事訴訟における証拠収集

――比較法的視点からみたドイツ法――

クリストフ・G・パウルス
芳賀雅顯／訳

A　テーマの意義と範囲

I　ドイツ民事訴訟法の基本概念

証拠収集は、訴訟における最終的な目的に至る過程、すなわち判決を通じた法的問題の解明に至るもっとも重要な中間プロセスである。このことは、まさしく民事訴訟の領域においても妥当するものであり、本講演での説明も民事訴訟に限定するものである。この訴訟類型では、処分権主義および弁論主義に基づいた、両当事者の判断に委ねられた手続段階はそれほど重要ではないと考えられている。しかし、実はその正反対が正しい。このことは、（少なくともドイツ民事訴訟法に関しては）、いったん歴史を遡り、ドイツ民事訴訟法（ZPO）の由来、形成および意義を思い浮かべてみると明らかである。

いわゆる四つの帝国裁判法（Reichsjustizgesetze）[1]の中の一つが一八七九年一〇月一日に施行されたが、ヘルムート・コーイングが書き記しているように[2]、民事訴訟法の制定は、裁判所構成法、刑事訴訟法および破産法と同様に、社会契約という啓蒙主義運動を通じて創設された土台に基礎をおく法典化作業であった。このこととの関係で、イギリスの思想家トマス・ホッブスが発展させた、国家成立の解明を試みた思想モデルが論じられている。このモデルによると、人間の共同生活の自然状態（Urzustand）とは、

すべての人は他の人にとって狼の状態であったとされる。[3] この不安定さを克服するために、群衆は一つにまとまり、そして社会契約を締結し、それによって群衆は自身が有する自由権を支配者に部分的に委ね、他方で支配者は人々の間の平和をもたらす責務を負っていたとされる。

周知のように、たとえば、ジャン・ジャック・ルソーは、この前提に異議を唱え、自然状態はすべての者が平和に満ち、また友好的に一致して共同生活を送っていたとした。しかしながら、この考えに従う者は多くはなかった。もう一人のイギリス人思想家であるジョン・ロックは、より多くの影響を残した。すなわち、ロックは、ホッブスの社会契約論を、――ドイツ民法理論の表現を借りると――相互（双務）契約の一種に相当するとして再構築した。換言すると、ロックによると、支配者は、臣民から自由権を移譲されるが、それと引き換えに（*do ut des*）臣民に保護を与える義務を負い、それとともに、原則として禁止されている市民の自力救済の代わりとして、現実的かつ効率的な裁判制度を導入する義務を負ったとされる。[4]

この基本モデルは、民事訴訟法では、たとえば、裁判所へのアクセスは無制限であること、公開・口頭原則、裁判官の独立性が確立していること、あるいは裁判制度が審級制度を通じて幾層にも重なっていることによって認識することができる。これらすべてによってもたらされたのは、中立的な、国家によって設営された機関としての裁判官が、二人（またはそれ以上）の市民紛争を法に従って解決しなければならず、しかも裁判官は、状況、要素および事件について自己の意見に基づく予断を有してはならないということであった。数百年にわたって発展したこの概念の結果として、裁判官は紛争を法的に解決する義務を負うが、その解決は両当事者が事実の提出を行ったことと引き換えになされるのである。この両当事者による事実の提出は、もちろん利益誘導的になされるものであり、したがって通常は相反するものである。それにもかかわらず、裁判官は判決を下すことができるようにするために、判断すべき事実関係を――証拠収集に関する規定を用いて――再現するのである。いまから扱う問題の中心となる意義は、そこから生ずるのである。

Ⅱ　テーマの限定

すでに前述したことから明らかなように、私は、この講演では、証明責任を負う当事者ないし裁判所が、当事者が得ようと欲している証拠方法および証拠に関する情報にい

かにしてアクセスするかという問題に主として限定するものではない。強調しておきたいが、このテーマは、アメリカ合衆国によるディスカバリーの域外適用がヨーロッパ大陸のみならず、たとえば日本においても怒りや不快をもたらした後に、すでに数十年前、多くの文献[5]が関心を有していた非常に重要なテーマである。アメリカ民事訴訟法を通じて、相手方当事者が有する情報にアクセスする可能性が増大したことは大変な驚きであったし、また興味深いものである。当時は、〝司法戦争（Justizkrieg）〟[6]といった挑発的なネーミングが用いられた。

私は、以下の説明では、むしろ証拠収集を幾分か広い意味で理解したい――つまり、（証拠方法だけでなく）証拠収集すべてを含むものである。したがって、本稿では手続上の証拠調べ全般について言及する。また、比較法的考察方法は情報に富んだ俯瞰をもたらすものである[7]。そして、三つのまったく異なった訴訟手続［体系］に関する概観が、すでに明らかにされている[8]。すなわち、古代ローマにおいては、――つねに訴訟においてのみ権利を観念していたことから、アクチオ法的であると特徴づけられる時代の法秩序においては――法務官（*Prätor*）の面前で法務官の宣告（*Edikt*）によって予備的弁論（Vorverhandlungen）が実施された。合意に達しない場合には、司法補助官（法務官）（Gerichtsmagistrat: *Prätor*）の許に直接行き、とりわけ今後の訴訟でどのような証拠方法を提出しようとしているのかを、拘束力をもって確定させなければならなかった。その後、第二の手続段階において、本来の意味における証拠収集が裁判官の面前で行われた。アメリカ合衆国においては、証拠収集に関しては、すでに言及したプリトライアル・ディスカバリー（*pre-trial discovery*）がある。裁判所の保護の下、当事者の代理人は互いに相手に襲い掛かり、両当事者が有している情報を入手する。それに加えて、相手方当事者は、対立する当事者に証拠方法を提供する義務を負い、これには電子文書が含まれる（*e-discovery*）。このことは、後に再度述べる。これに対して、ドイツでは、すべての証拠手続は一体的に理解されるべき訴訟過程でまとめられており、そこでは裁判官が手続の経過および進行を運営している。

このことは、これら三つのバリエーションが、手続に関してまったく異なった立場であることを示している。すなわち、一方では、両当事者の責任領域に所在する証拠の収集が、本来的な訴訟手続でなされているか、あるいは別個独立した最初の手続段階としての訴訟手続でなされている。

他方で、証拠収集が、裁判官を通じて発令される証拠命令というたえず肥大化する、裁判官主導の手続で実施されている。

B　ドイツ民事訴訟における証拠収集

そこで、今度は、前述の考察をもとに証拠収集に関するドイツ法を見てみると、細部に注意すればするほど、原則、例外、そして例外の例外が複雑に入り組んでいることに気付くに違いない。その際、いうまでもなく、出発点は簡潔かつ理解しやすい。すなわち、こんにちの裁判官は、古代ローマ時代の裁判官とは異なり、事案が不明確であることを理由に裁判を行えないということは許されない。むしろ、裁判官は、憲法上の司法保護請求権に基づき、裁判を行う義務を負っている。その結果、法は、そのような困難な問題がある場合に、合理的で、透明性があり、普遍的妥当性への要求を満たす裁判を裁判官が行えるルールを、必然的に設けなければならなかった。

Ⅰ　証明責任規範

この規範は、たとえば、民法典（BGB）といった実体法規範に含まれている証明責任の分配に見出される。[9] その際、基本原則として妥当するのは、各々の当事者が自己に有利な構成要件メルクマールを証明する義務を負うこと、したがって、権利保護を求める当事者は権利根拠事実を証明しなければならず、これに対して相手方当事者は権利阻却事実や権利消滅事実を証明しなければならないということである。この客観的証明責任（ときには、実体的証明責任あるいは確定責任と呼ばれる）に対して、主観的証明責任（証拠提出責任ともいう）が対置される。後者の主観的証明責任は、両当事者のうちのいずれの側が、現実の訴訟で具体的に提起された問題について証拠の申出をして、証拠を提出しなければならないかという問題である。

Ⅱ　事実に関する主張

この責任の分配について、ドイツ民事訴訟法は、別の表現を用いて使い分けをしており、それは主張ないし説明責任（Behauptungs- oder auch Darlegungslast）という用語で呼んでいる。この主張ないし説明責任は、本来は証拠収集の前に生じる。というのも、これは、裁判官が、法的判断をするために基準となる根拠事実をいかにして入手するのかという問題設定を行うものだからである。基礎とな

る事実の問題が存在して初めて、つぎの問題、すなわちこの事実が証明を要するのか否か、また場合によっては証明困難が生じるか否かということが問題となる。

すでに述べた処分権主義および提出原則が、少なくとも原則として、事実関係の収集を両当事者の責任領域に置くのに対して、説明責任は特別な問題である。すなわち、両当事者のうちいずれが、特定の事実資料の収集について責任を負うのか、――あるいは別の表現を用いるとすると、ある特定の、裁判をなすのに重要な事実が裁判官に伝わらなかった場合にどちらの当事者が責任を負うのかである。

したがって、たとえば、――この事件は実際に判断された！[10]――、ある運送会社が数か月のうちに三回、いずれも同一のサーカス用のブタが輸送用ワゴンの床木を食べたことにより被害を被ったため、その会社が、事前に損害負担の合意があったとして損害賠償を求めた際に、原告は適切な事実主張を行わなければならなかったとされた。つまり、原告は、

「証人Pおよび証人Mとの間での会話があったとされる、時間、場所および経緯について詳細を示し、また、当事者間の会話内容を法的に評価する状態、すなわち、被告が輸送車両の損害についても賠償義務を負うことを了承していたとする原告の法的見解が、主張一貫性［有理性］を有しているか否かも審査できる状態に、裁判所を置かなければならない。基礎となる事実関係が十分に主張されていない場合、その限りで賠償請求は認められない。[11]」

Ⅲ　二次的主張責任

しかしながら、証拠収集に関する規則が洗練されても、それですべてが尽きるとはならない。すなわち、ドイツ民事訴訟における証拠法上、さらに別の用語があり、それについて言及しなければならない。それは、次に言及する少なからず興味深い、いわゆる二次的主張責任という概念である。[12] この二次的主張責任もまた、誰が事実に関する資料を提出しなければならないかという問題に関するものである。この考えは、前述の主張責任の例外、――または少なくとも制限――に関するものである。［すでに述べた］後者の主張責任は、自己に有利な結論を導き出そうとする者が、原則としてその事実の主張をなすのに対して、二次的主張責任はこの原則から乖離する。先の例よりも幾分面白味に欠けるが、[13] ここでも一つの例を挙げる。

［被相続人である］亡き母親の相続人たちが、不動産お

よび財産の管理を行う会社を相手に損害賠償を求める訴えを提起した。管理会社は、その母親のために、母親が有する複数の家屋を管理していた。被告会社は、受領した金銭のうち少なからぬ金額を自社に宛てていた。原告らの見解はこの送金は違法であるというものであったが、被告はこれに反論し、この金銭は費用償還と報酬の支払いであると主張した。

主張責任に関する一般原則によると、被告への送金が適法か否かを裁判所が判断できるようにするために事実資料を訴訟の場に提出するのは、原告らの義務である。しかし、原告らはそれをすることができなかった――というのも、決済に関する書類がなかった、あるいは原告らは別の理由でその書類を知らなかったからである――。その結果、この訴訟は、一般原則によれば、原告側の敗訴となるはずであったし――、そして、また、まさしく同じ理由で、前述の大食いのサーカス豚事件における輸送会社も何も得られなかった。しかし、ここで、二次的説明責任が登場する。判決要旨の最初の部分は、つぎのように述べる。

「最初に説明責任を負う当事者が、より詳細に説明することが不可能または期待できないときに、訴訟の相手方がすべての重要な事実を知っており、かつ、より詳細な提示をなすことが期待できる場合には、最初に説明する責任を負う当事者の相手方には、二次的説明責任（eine sekundäre Darlegungslast）が生ずる。[14]」

裁判所は、その理由をつぎのように説く。

「一定の場合に、民事訴訟法一三八条二項により説明義務を負う範囲で証明義務を負う当事者の主張に対する事実に関する陳述を行うのは、相手方当事者の責任である。この二次的主張責任は、証明責任の分配に影響を与えるものではないが、その前提とすることは、より詳細な主張をなすことが主張する者に不可能であるか期待できず、他方で、これを争う者がすべての重要な事実を知り、またはより詳細な提示をなすことが期待できる場合である。」

この表現は、多くの点で非常に興味深い。すなわち、一方では、この非常に不明確な概念である〝一定の場合〟を明確にすることができるのか、他方で、民事訴訟法一三八条二項に依拠していることである。そして、二次的主張責任という概念には、従来の民事訴訟法の理解を大きく変更

させる可能性があるのかという問題もある。もっとも、連邦通常裁判所は、この具体的事件で期待可能性があると判断したものの、相手方当事者はそのため自分が行った刑事上の行為を陳述しなければならなかった。

1）最初の質問についての私見はつぎのようなものである。すなわち、少なからぬ数の証明軽減は、最終的には信義誠実の原則、すなわち、民法二四二条の原則を適用した結果である。[15] そして、この利益衡量規定が、とくに予測可能性を重視する訴訟法においては本質的に異質なものであるとしても、この法的命題〔訳者注：証明軽減〕においても少なくともある程度は適用可能性がある点で一致を見ている。[16] そのうちの一つは、主張そして立証義務を負う当事者に対する負担軽減に関する一連のグループである。とくに、この点について判例は、学問上の厳格な要求はさておき、〝証明責任の転換に至るまで〟立証軽減を認める用意があるとしている。この、まさしく繰り返し用いられた文言で固められた法的効果の柔軟性は、私からすると、利益衡量を支持していると考えられる。なぜならば、証明の軽減は、証明責任の転換だけではなく、それ以外にもあるからである。[17] たとえば、証明軽減は推定規定として実体法から生じうるし、あるいは、表見証明や証明度の軽減として訴訟法から生じることもある。[18] さらには、証明軽減は――本来的な証拠調べ前に――事実に関する資料の収集に際して介入することもあり、それは二次的主張責任という形で現れたりする。または、証明困難を除去するために当事者尋問が用いられたりする。[19]

2）上記根拠のもう一つの特殊性は、二次的説明責任を民事訴訟法一三八条二項に結び付けていることである。これは、この条文を本来的な証拠調べではなく、事実に関する資料を協力して提出する限りにおいて、論理的一貫性がある。

パパニコラウは、[20] 事実の収集という概念は当事者が相互に論証して発展させる概念である理由を、民事訴訟法一三八条一項および二項が協同して機能する点に見出している。両当事者は、一項によると、完全かつ真実に合致して主張しなければならず、また両者は、三項による擬制自白が成立しないようにするために、二項に基づき相手方から主張された事情について陳述しなければならない。民事訴訟法二七三条、二七五条以下、二八二条以下、二九六条以下、三四〇条三項一文から通常生ずる訴訟促進義務と結びつけて、パパニコラウは、つぎのような考えを導き出している。すなわち、両当事者は、相手方当事者の説明レベルに対応

しなければならず、この方法を通じて、弁論のために提出された事実に関する資料をさらに精緻化させることになるというのである。したがって、原告が、契約締結を詳細に陳述し、それに基づいて原告が相手方の履行を請求している場合には、被告は防御方法として、たんに〝否認する〟というのでは十分ではない。自身の不知を理由とともに示す場合（一三八条四項）を除いて、被告は、むしろ理由付けを行わなければならず、したがって、単に否認するのではなく、詳細な事実とともに争わなければならない。

［パパニコラウによれば］この議論との関係では、主張責任を負う当事者が、概括的だけではあるが一貫性のある（schlüssig）主張をなすことができる場合に、二次的主張責任が介入しなければならないとされる。憲法（より適切には、憲法を根拠にした冒頭に述べたモデル）に基づいて必要とされる権利保護の付与を可能にするために、そのような場合には、主張責任を負わない当事者が、二次的主張責任を負わなければならないとされる。この者は、それゆえ、現に争われている議論を可能にするために、詳細を陳述しなければならない。この者がそれをなさなかった場合、この者は、自身が負う二次的主張責任を遵守しなかったことになり、サンクションとして、――事実によって根拠づけられなかった主張の場合と同様の――、たとえば民事訴訟法一三八条三項の擬制自白が生ずるのではなく、民事訴訟法四四六条および四五三条二項の類推によって裁判官は［手続を］進行させることができるとされる。すなわち、両当事者の不完全な陳述は、両当事者の事実の認識状態が問題なのであり、事実を争う意図が問題なのではないので、当事者尋問に関するこれらの規定が援用されなければならないとされる。

主張責任を負わないものの、二次的主張責任を負う当事者は[21]、つぎのようにして保護される。すなわち、この当事者が主張しなければならないのは、相手方当事者が主張することができず[22]、また相手合当事者が情報を期待可能な方法で収集することができない場合で、なおかつ、二次的に義務を負う当事者による情報収集が可能かつ期待可能性に反しないときに限られる。訴訟法学上堅持されている、模索的証明禁止の原則[23]および「誰も、自分に不利な事実を主張するよう拘束されない」（*nemo tenetur edere contra se*）の原則に関して現行法の解釈上手掛かりとなるものがないとするパパニコラウの根拠に加えるとするならば、二次的主張責任について前述した特殊性に、さらに三番目の特殊性、すなわち、次に述べる伝統的なドイツ訴訟法の理解に

対する大幅な修正が加わることになる。

3）周知のように、ロルフ・シュテュルナーは、当事者の事案解明義務に関する画期的論文によって[24]、民事訴訟における裁判の基礎に関する新たな方向性を探求する、いわば代名詞的存在となっている。これは、民事訴訟の裁判官が、どのような事実に基づいて裁判しなければならないのかという問題にまさしく関わるものである。ここで考えられている説明は、一般に、アメリカ合衆国とヨーロッパ大陸における訴訟類型的な概念上の相違に向けられており、前者は客観的真実を目的としているのに対して、後者はむしろ形式的（当事者による主張という主観的なフィルターを通じた）[25]真実でもって満足しているとされる。

a）この相違を検討し、またこの相違に関する論拠が確実であることを検討できるようにするために、私は、まず、アメリカ民事訴訟法の手続を示し、その際に、従前の説明との関連付けを行った上で[26]、コメントしていく。本講演で関心のある［アメリカ］連邦訴訟法は、民事手続を三つの部分に分けている。すなわち、簡潔かつ平易な請求の陳述（*short and plain statement of the claim*）と訴えの要求[27]に基づく、単純とはいえない手続の開始段階、そして陪審の手続（*jury trial*）段階、さらにその前に行われるプリトライアル・ディスカバリー段階である。この講演では、本来的なトライアル手続の前に行われるディスカバリー手続が客観的真実を求めて非常に厳格に実施されているにもかかわらず、トライアルがこのことを完全に貶める可能性を有する点にはここでは関心を広げないこととする。トライアル手続がディスカバリー手続を貶める可能性を有する理由とは、非常に多くの訴訟弁護士の発言によると、この最終的かつ、本来は重要な段階は、〝ショー〟――お楽しみの時間――であると、ある弁護士がある講演会で述べていたからである[28]。これについては、後に言及する。

同様に、プリトライアル・ディスカバリーという中間的手続段階もまた、いずれにしても、当事者双方にその知れたる事情を冷酷なまでに公開することをまさに意図している。誇張するわけではないが、この手続段階は、産業スパイを合法的な方法で利用することを可能にする。したがって、その目的は、上記の方法によって客観的真実に可能な限りアクセスできるようにするため、紛争経緯に関して当事者および第三者が知れたる事情を、すべて公開させることにある[29]。

プリトライアルという表現は、この段階での審理がスムーズに中心となる手続（陪審審理）へと移行することを

意味するものではないとされる。むしろ、この手続段階では、――およそ何らかの証明戦略上の考慮とは無関係に――手続に重要な選択肢を提供しうるものは、たとえアクセスしにくくてもすべて調査される。この手続段階においてイニシアチブを握るのは、もっぱら当事者あるいはその代理人弁護士である。裁判所が関与するのは、本来、関係者がディスカバリーに協力することを拒んだ場合に限られる。

この方法は、つぎのような構成要素から成る。すなわち、相手方当事者に対する書面による質問（質問書 *interrogatories*）[30]、基本文書またはその他の対象物の引渡しまたは入手方法の確保（文書その他の提出要求 *requests for production of documents and things*）[31]、口頭または文書による照会（証言録取書 *depositions*）[32]、そして自白の要求（*request for admission*）[33]、または、医師による診察（*physical and mental examination of persons*）[34]である。文書提出の要求は、ここのところ注目を集めており、大西洋を跨いで司法摩擦を新たに引き起こしている。なぜならば、最近は、提出しなければならない文書には電子媒体の形式によるものも含まれ、その限りにおいて、電子的に保存された膨大な数の文書の他に[35]、E-mail（添付ファイルと共に）も含まれるからである。これは、最初に簡単に言及した、e-discovery である。

一定の極めて限定的な例外が認められる場合を除いて、プリトライアル・ディスカバリーを命じられた者は――これには当事者のみならず第三者も含まれる場合がある――、その者に向けられた要求を果たす義務を負う。この義務を実現させるために、サンクションとして、裁判所侮辱（*contempt of court*）に基づく刑罰が認められている[36]。これには、強制手段や裁判所が適切であると判断したその他の手段も含まれる。たとえば、問題となった複雑な事実関係の扱いについて生じた追加費用を、当然に当事者に負わせることがこれに含まれる。まさしく、この強制力が、しばしば問題視され、非常に恐れられているディスカバリーの嫌がらせ効果（ニューサンス・ヴァリュー）を構成するのであり、それによって、裁判上の紛争のうち約九〇パーセントがこのプリトライアル段階で終了することになる――またそのようにさせる手段として用いられる――。両当事者はいずれも、自ら負担すべき費用が容易に果てしない額になるため、――たとえば、要求した四〇〇万もの文書を英訳させるのにどのくらいの費用を要するのかを考える――、多額の費用を伴うプリトライアル・ディスカバ

リーとそれに引き続き行われる陪審による不確実な手続よりも、和解に応じる方が経済的に考えて単純に合理的である。

b）これは、ドイツの手続モデルと比較すると対照的である。そして、事実関係の収集をよりよく行うための、とくにシュテュルナーによる提案が評価されなければならない。そこで、まず、これまで必ずしも十分に示されてこなかったドイツの情報収集方法の武器を補足的に述べておく。

aa）すでに言及した証明軽減に関する訴訟法上の可能性の他に、裁判所の責任でなしうる民事訴訟法一四一条から一四四条がある。[37] これらの規定によって裁判官は、裁判期日に当事者双方が出頭することを求め、また、一方の当事者――あるいは第三者――が所持する書類を提出させること、その他の文書を提出させること、鑑定人に鑑定させること、または人証を実施することが可能になる。民事訴訟法一三九条一項を越えて裁判所の権限を拡大することに対しては、それがアメリカ合衆国民事訴訟法のディスカバリーへの足がかりとなるのではないかとの危惧が次第に大きくなっている。[38] これは、もちろんまだ実証されていない。しかしながら、裁判所が命じた証拠提出に関する新たな訴訟上の手段の実効性を観察することは、興味深い。ヨーロッパ法の基準[39]により新たに導入された競争制限禁止法三三九条は、[40] カルテル法上の損害賠償請求を求める原告が、あらゆる者に対して、勝訴のために必要な証拠方法の引渡しを求める権利を認めている。[41] 同様に新たに導入された競争制限禁止法八九b条は民事訴訟法一四二条を準用し、それによって、すでに開始した手続以外では証拠提出を求めることができないことを明らかにし、先の請求権を制限（?原文ママ）することを示している。[42]

bb）先に〝武器〟と言い表した情報収集可能性の総体については、まだ言い残していることがある。それどころか、前述の訴訟法上の手段の他に、実体法上の情報義務が加えられる。この実体法上の情報義務は、形式的には、証明軽減とはつぎの点で区別される。すなわち、証明軽減は裁判所との関係で作用するのに対して、情報義務はまさしく相手方当事者との関係で果たさなければならない。だが、その他の点では、双方ともに機能的には同一の目的に資するものであり、それは訴訟リスクの適切な評価が可能になることで原告を救済するのである。

もっとも、膨大な量の実体法上の情報請求権をリスト化することは、ほとんど不可能である。このことは、また、

立法者が、裁判所の負担軽減を必要と考えている過程において、情報の透明性を救済手段の一つとして認識していたこととも関連する。すなわち、必要に応じて開示しなければならない者がルールに沿って行動し、それによって、情報を得た者は与えられた権利を追及する手続を必要としないのである。したがって、情報請求権は、民事法全体だけでなく、公法の領域でも次第に多く見出すことができるようになった。[43] もっとも、情報請求権が承認されたとしても、依然として統一的な概念を有しておらず、むしろ、事案ごとの分類分けが適切なように思われる。そのことによって、ライヒ裁判所以来導かれてきた民法二四二条――つまり、信義誠実の原則――から生じた一般的情報請求権がなんら変更されるものではない。[44] なぜならば、一般的情報請求権は、非常に限定的な要件と結びついているからである。[45]

その弊害に対する対策は、たしかに、比較的簡単になし得るであろう。すなわち、訴訟法律関係を、[46] いま述べた民法二四二条にいう債務関係とみなし、訴えが提起されると、原告や被告に付与される包括的な情報収集請求権が生ずるというものである。あるいは、民法八〇九条[47]の本来の機能を熟考し、この規定を解釈によって現代に適合させることがある。このことは、もう少し詳しく述べる必要がある。[48]

というのも、民法八〇九条は、訴訟当事者の情報不足を解消させるような、希望を持たせる広がりを有しているからである。たしかに、規定は〝物〟といっているし、また民法九〇条にいう〝物〟は有体物と定義されているため、通説は、非常に狭い適用範囲を考えている。[49] しかしながら、このような制限を課する根拠には疑問があり、そのことはつぎのような状況において重要な意味を持つものである。すなわち、主たる債権の存否が物の検分（Besichtigung）の結果にかかっており、債権者が検分を求めることができる場合には、原告となり得る者は、自己の認識不足の部分を民法八〇九条を通じて除去することができるのである。もちろん、すでに民法典の立法者は、[50] そのように理解された情報収集権は、原告となりうる者が被告となりうる者から秘密を詐取する危険性を有するとの表明をしている。

これは重要な点であり、後に再度言及する。〝スパイ〟に対しては、法は、民法八〇九条の（不文の）適用を制限することで対応している。すなわち、債権者は、提出させることについて（債権者自らが証明しなければならない）利益があるだけでは足りない。債権者は、さらに、債権者によって目標とされた主たる請求権が一定程度の蓋然性をもって実際に存在することを証明しなければならない。こ

の請求権の存在は検分にかかっており、たとえ、その他の請求権の要件はすでに存在している場合であってもそのことには変わりない。[51]

こんにちの実務および立法者による適用範囲を制限する解決は、民法八〇九条の前身となる規定から意図的に乖離するものである。この規定は、提出請求の訴え（*actio ad exhibendum*）というローマ法上の訴えにまで遡る。[52] この訴えは、まず、返還請求権 *rei vindicatio*（すなわち、こんにちの民法九八五条の前身）という別の訴えの準備に貢献するものであった。所有権に基づいて返還を求める者は、自らの支配領域に物を有する者に対して、法務官（*Praetor*）の面前でその物を提示することを求めることができた。それに加えて、請求権者は、問題となっている物を可能な限り特定しなければならなかったが、提示させることに特別な利益を有する必要はなかった。古典晩期の法律家であるユリウス・パウルス（*Julius Paulus*）は、[53] 物の提示を求める目的は、原告に、物に関する権利主張を可能にさせるためであると、簡潔に述べている。

普通法においては、この提出請求の訴えはほとんど修正されなかった。すなわち、物の所有者（Inhaber）は、〝同一物について請求権を主張しようとしている者〟に対して、その物を提示しなければならなかった。[54] ここでも検分の利益は求められておらず、また、そのことを債権者が証明することも必要ではなかった。包括的な情報収集請求権に関して、こんにちの裁判実務においては、ドイツ法の欠点が嘆かれている。しかし、八〇九条は、この要求を正当化するように現代に適合させる考えを有していない。[55]

cc）これまで言及したドイツ法の制度全体を眺めてみると、つぎのような結論に至らざるを得ない。すなわち、できるだけ包括的に事実に関する根拠を有するという意味における実体的真実が、より一層存在意義と重要性を増しているのである。このことは、とりわけ、二〇〇一年に始まった、第三者に対する書証提示義務の拡大、ありとあらゆる法領域への実体法上の情報請求権の爆発的拡大、および現代ヨーロッパ法上根拠付けられた証拠方法の提示義務によって示されている。冒頭で述べた民事訴訟の思想史的背景からするならば、このことは無条件に賛同すべきことである。なぜならば、市民がその自由権を集合的に国家に移譲している以上、市民はそれに対して効率的な権利保護を求めることができなければならず、その権利保護はたんに形式的な真実では十分ではなく、できる限り集中的に事実経過を入手し得るものでなければならない。

ここで到達した事実の収集に関する広がりを考慮すると、つぎのような疑問に行き着かざるを得ない。それは、アメリカ合衆国のプリトライアル・ディスカバリーとドイツの訴訟経過との本質的な区別がどこにあるのかという点である。私は、三つの点に注目する。

――第一に、技術的な部分を詳細に見てみると、解明義務の範囲が異なる。ドイツの法律関係で適法とされることをはるかに超えて、アメリカでは解明義務が広範囲に認められている。そのうちの一つの例として、カリフォルニア州裁判所の裁判官による命令を例として挙げてみる。

「申立人の代理人たちは、連続する五日間の通常労働時間の間に、ヴォルフスブルクにあるフォルクスワーゲンの工場の敷地に立ち入り、そして、代理人たちはその施設を検分し、写真撮影し、書類を閲覧し、コピーをとり、従業員に非公式に質問をすることができる……。」[56]

これは、手間がかかる点は別として、ドイツ法上は考えられないことである。なお、小さなことであるが、ドイツ法上認められていない制度がある。たとえば、オーストリア民事訴訟の制度で認められている〝証拠方法の共通性〟という制度は[57]、認められていない。この制度は、当事者の一方が提出した証拠方法は、一方的に取下げることができないというものである。相手方当事者が取下げに明示的に同意しない限り、当該相手方当事者はこの証拠方法を援用することができ、この証拠方法を最初に提出した当事者がそれを望まなかった場合においても、相手方当事者は援用することができるのである。

――第二の、私見によれば少なからず重要な相違点は、情報収集方法の位置づけの相違である。アメリカ合衆国法上は、裁判官自身は情報収集制度には組み入れられておらず、弁護士および当事者間で行き来する情報交換の背後に存在する、本質的に威嚇する潜在的な存在である。これに対して、ドイツ法における情報収集は裁判官が同席して行われる。［ドイツ法では］裁判官は、中立的な機関として、非常に身勝手で自己の依頼人や自身の利益だけを追求することに対する、少なくとも心理的な防波堤として作用する。さらに、ドイツの裁判官は、自らが在廷することによって、すべての経過について直接行動したり、反応したりすることができる。加えて、裁判官に与えられた手段として秘密手続がある。この手続は、すでにムグダン（*Mugdan*）が民法典資料（Materialien zum BGB）において言及した不

安要素が憂慮される。[58] 裁判所構成法一七二条二号では、裁判所構成法一六九条において原則として適用が求められている公開原則の例外が定められており、公開性が排除されている。相手方当事者をも公開から排除することは、もちろん、これまでのところ法律では定められていないが、すでに古くから、そのような要求がある。[59]

――最後の相違点は、私には非常に重要であると思われるが、まだ包括的には述べていない。[60] すなわち、プリトライアル・ディスカバリーの局面に引き続いて進行する手続段階は、典型的には陪審員に向けて実施されるものである――すなわち、法律家ではなく、ありとあらゆる地域から来た市民に向けられたものである。この状況からすると、前述した本来的なトライアルが〝ショー的性格〟であるため、先に述べたことは非常に重要であると考えられる。その際、陪審員を感動させることが重要であり、それに対して法的な厳格さは――少なくとも――傾向としては後回しにされる。それによって、プリトライアル・ディスカバリーにおける客観的真実の探求はその意義を多く失うことになる。ディスカバリーの後には、法的な精緻さではなく影響力に満ちたショー的な効果が重要であるとするならば、ディスカバリーの本当の目的は、たとえ主目的ではなくても少なくとも、このショー的効果を生じさせる情報収集に向けられる。この認識を前提にすると、訴訟事件の大部分でプリトライアル手続段階において達成されている和解は、法的な勝訴の見込みに向けられたものではないとの結論に一般的に行き着いたとしても驚くに値しない。それでも、一部の狭い範囲ではあるが、この結論が確認され、それに引き続いてなされた法改正により改善されている。[61]

c）アメリカ合衆国の民事訴訟法との関係で長い間激しく争われている別の問題は、外国の対抗立法との関わり合いである。この対抗立法は、たとえば、プリトライアル・ディスカバリーを通じて認められた証拠漁りを禁じる法律である。これは、長い間、各国の法律が、アメリカ合衆国で訴えまたは訴えられた企業をまさしく絶望的な状態に陥らせる重大な事案である。すなわち、本国の法律（das heimische Gesetz）に従い、それによってアメリカ合衆国の訴訟において法廷侮辱という制裁に身を置くか、あるいは、ディスカバリーの要求に応じて、それによって本国で賠償義務を負い、あるいは刑罰に処せられるかである。[62]

有名なアエロスパシアール事件（Aerospatiale）の連邦

最高裁判所判決では[63]、フランス企業が、フランス刑法上制裁をもって禁止していたことを理由に、プリトライアル・ディスカバリーにおける書類の提出を拒んだことを咎めたものである。フランス刑法上、〝外国の裁判手続または行政手続において証拠を確定させることになる、またはこれと関連性のある、経済、取引、産業、財政または技術上の書類または情報を、書面、口頭、またはその他の方法で要求し、尋問し、または公開すること〟は禁じられていた[64]。フランスの立法者が自国民保護を考慮したことから、連邦最高裁判決の最後には、この種の対抗立法にどのように付き合っていくのかについての、各裁判所に対するいわば〝運用基準〟が示された。

連邦最高裁は、およそ事案ごとに異なる解決を選択し、また、これら対抗立法の権威を一律に否定したものではないため、妥協的なものと評価される。なぜならば、ともかくも世界の裁判所は、それぞれ各国固有の訴訟法を適用することが一般的に認められ、またそれが正当と考えられているからである、――そして、そのことはまた証拠法においても同様である[65]。ドイツの諺で、〝私はパンを食べさせてもらっている人の歌を歌う（Wes Brot ich esse, des Lied ich sing）〟というのがあるが、この諺は適切な表現である。つまり、アメリカ合衆国において事業を行う者は、ラディカルな事実の収集方法であるアメリカ合衆国の〝歌〟を受け入れなければならない。このことは、とりわけ、EU構成国の当事者に妥当する。なぜならば、これらの国でも外国の証拠方法を自国の訴訟手続に持ち込むことが、基本的に認められているからである[66]。

アメリカ合衆国連邦最高裁は、アエロスパシアール事件において、アメリカ合衆国の各裁判所に対して、外国当事者のジレンマ状態を考慮することを促した。たとえば、ディスカバリーの申請が濫用的か否か、あるいは、とくに礼譲（comity）の観点を考慮すべきであるとした。この点について、裁判所は、対外関係法リステイトメントとの関連性を取りあげ、それ以来、いわゆる〝アエロスパシアール利益衡量テスト〟が導入された。関係するもっとも新しい規定は、四四二条一項（c）である。

「外国に所在する情報の提出命令を発すべきか否かを判断するに際して、あるいはそのような命令を表明するに際して、アメリカ合衆国の裁判所または官署は、要求された文書または他の情報の調査または訴訟に対する重要性、要求の特定性の程度、情報が合衆国内で作成されたか否か、情報を確保す

るための選択的手段が利用可能か否か、および、要求に応じなかった程度が、アメリカ合衆国の重大な利益を侵害することになるか、または要求に応じたことが、情報が所在する国の重大な利益を侵害することになるのか否かを考慮するものとする。」

――他のことはさておき――、証拠の探索に際しての特定性についても言及されていることは注目に値する。というのも、特定性の適用可能性、しかもドイツ法のような厳格な特定性原則を適用する可能性は、アメリカ合衆国法では認められていないからである。外国人にとって、この原則――この点は、アメリカ合衆国内部では〝内国人差別〟との不満を招いているが[67]――がいかに重要であるのかは、二〇〇四年に提示されたアメリカ法律協会および私法統一協会（ALI/UNIDROIT）の *Principles of Transnational Civil Procedure*[68] からも導き出すことができる[69]。その原則11・3は、つぎのように述べている。

「プリーディング段階では、当事者双方は、合理的に詳細な程度で、重要な事実、法的主張、求めている救済、および、十分に特定された、当事者の主張を根拠づけるために提出されるべき利用可能な証拠を示さなければならない。当事者の一方が、重要な事実を合理的に詳細に主張することができず、または証拠を十分に特定できないことについて十分な理由を示した場合、裁判所は、必要な事実および証拠がその後における手続の進展で明らかになる可能性を考慮すべきである。」

対抗立法との関わり合いで中心となる摩擦領域として、最近では、データ保護法[70]が注目を集めている。また、銀行および通信の秘密が重要な役割を果たしている[71]。

裁判所は、連邦最高裁の〝アエロスパシアール利益衡量テスト〟の基準を、様々な強弱で用いている。まさしくデータ保護の領域では、コロンビア特別区連邦地裁[72]とユタ地区連邦地裁[73]の判決で、反対の考えが示されており、前者では、裁判官は、まさしく教科書的なあてはめを行っており、後者は、最高裁判決をリップサービス的に指摘しているに過ぎない。もう一つ別の対立は（もっとも、刑事事件の事案ではあるが）、マイクロソフトに関する合衆国第二巡回区連邦控訴裁判所の判決[74]と、グーグルに関する合衆国ペンシルバニア東部地区連邦地方裁判所の判決[75]である。前者では、マイクロソフトが検察当局を相手に、アイルランドで保管しているデータの提出に異議を唱えて成功したものであるが、これに対して後者では、グーグルは引渡す義

務を負った。

この問題領域で、いかにして双方に満足のいく解決を導きだすのかは難しい問題である。EUデータ保護規則は、[76]その四九条において、適切な保護レベルを満たさない第三国で保護されたデータを引渡すことを一般的に禁止していることへの例外を定め、[77]それと共に、アメリカ合衆国での法的紛争における当事者双方のジレンマへの配慮もしている。しかし、複数の裁判所（あるいは最低でも一つの）が譲歩するか否か、もし譲歩するとしたらどのような方法によってなのかは、いまは、まだ回答しうる状況ではない。

証拠収集という問題設定に関して、法文化の性質によって大きく異なることが明らかになったので、アメリカ合衆国での訴訟経過において、あるいは個別的な訴訟上の中間的段階で、どの様にして対抗することができるのか、考察する十分な時間が残っている。[78]［米国ディスカバリーに対抗する］諸提案は、米国からの送達に対抗して権利の消極的確認の訴えを認めるといったものから、強制執行の回避手段に至るまで幅広いものである。これらの諸提案は、ほとんど一貫して、伝統的な、それゆえに多くの場合に有用ではない方法を行きつ戻りつしており、ラディカルな見解[79]は議論されていない。その結果、外国当事者は、アメリカ合衆国において開示義務に直面する――その義務は本国ではせいぜいのところ検察当局が有するに過ぎない――という、およそ満足に至らない状態に、予測不可能な期間とどまることになろう。

C　展望

挑戦的な問題が、これまでなした説明や考察を終結させることになる。最近の技術発展に照らすと、この挑戦的な問題は、法的規律に関する伝統的な準則のかなりの部分を時代遅れとまでは言わないにしても、中心から周辺へ押しやることが明らかになる。たとえば、人は、これまでの数十年を通じて獲得した労働法における労働者保護の状況だけを考えたが、この状況は工場全体の機械化によって時代遅れとなった。また、いわゆるスマート・コントラクトの発展を考えると、たとえば、リース物件が技術的な問題で停止しもはや全く利用されないことに対する権利の追及が不必要になる。[80]

この技術発展は、もちろん、紛争に対する判断の局面も容赦しない。裁判所が、オンライン手続に取って代わられ、そして押しのけられることが、すでに看取されており、[81]

――少なくともドイツでは――国家裁判制度の利用が大幅に後退していることが見受けられる。[82] このこととの比較で eBay[83] の発展と対比させると、この eBay は毎年およそ六〇〇〇万件にのぼる顧客との紛争を整理し、アメリカ合衆国のすべての裁判制度の約三倍を処理しているが、[84] まさしく、つぎのような疑問が必然的に出てくる。すなわち、これまで述べた問題は遅かれ早かれ自ずからなくなるのではないか、と。なぜならば、――少なくとも幾人かの法理学研究者の目には[85]――、〝法律は……法源としての独占的あるいは優先的地位を失った〟し、オンラインによる紛争解決という公開性を欠く制度はロールモデル機能を有しないからである。

したがって、今日的な観点からは、つぎのような紛争解決文化が浮かび上がってくる。それは、手続に則った権利のための闘争が問題なのではなく、公開性が奪われ、可能な限り合意による、最低限具体的事案にのみ関係する解決を探求する努力が重要であるような紛争解決文化である。[86] このような状況においては、証拠収集はもはや機能する余地はほとんどない。

（1） この点については、つぎの文献を参照のこと。*Kissel*, 125 Jahre Reichsjustizgesetze, NJW 2004, 2872 ff.

（2） *Coing*, Europäisches Privatrecht II, 1989, S. 8.

（3） 「人間は人間にとって狼である（*Homo homini lupus*）」。ホッブスは、プラウォトゥス（Plautus）の引用を用いた。社会契約については、ホッブスの著書である『リバイアサン――あるいは教会的および市民的なコモンウェルスの素材、形体および権力（Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil, 1651）』を参照。

（4） この点については、つぎの文献を参照のこと。*Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 15. Aufl. 2016, Rz. 129; *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 6. Aufl. 2009, § 22 III; *Menger*, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 5. Aufl. 1986, Rz. 152 ff. こんにち、基本法において保障されている司法保護請求権との関係については、以下の文献を参照。*Paulus*, Zivilprozessrecht, 6. Aufl., 2016, Rz. 25.

（5） 代表的な文献として以下のものがある。*Habscheid*, Der Justizkonflikt mit den USA, 1986; *Schlosser*, Der Justizkonflikt mit den USA, 1985; *ders.*, Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne, JZ 1991, 599 ff.; *Stürmer*, US-amerikanisches und europäisches

Verfahrensverständnis, in Festschrift für Ernst Stiefel, 1987, S. 763 ff.; *Mössle*, Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationalen Wirtschaftsrecht, 1990; *Junker*, Discovery in deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, 1987; *Hess*, Transatlantische Justizkonflikte, AG 2006, 809 ff.; *Schack*, Ein unnötiger transatlantischer Justizkonflikt: die internationale Zustellung und das Bundesverfassungsgericht, AG 2006, 823 ff.; *Elsing*, Konflikte der Rechtskulturen bei der Beilegung internationaler Streitfälle, ZVglRWiss 2007, 123 ff.; *Schwung*, Transatlantische Justizkonflikte aus Unternehmenssicht, AG 2006, 818 ff.

（6） *Gottwald*, Grenzen zivilrechtlicher Maßnahmen mit Auslandswirkung, Festschrift für Walther Habscheid, 1989, S. 119.

（7） この方法論について非常に有益であるのは、つぎの文献である。*Gottwald*, Comparative Civil Procedure, Ritsumeikan Law Review 22, 2005, S. 23 ff.（= http://www.asianlii.org/jp/journals/RitsLRev/2005/2.pdf).

（8） つぎの文献を参照のこと。*Paulus*, Die Beweisvereitelung in der Struktur des deutschen Zivilprozesses, rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Betrachtungen, AcP 197, 1997, S. 136 ff.

（9） この点に関する基本的な文献として以下のものがある。*Rosenberg*, Die Beweislast, 5. Aufl., S. 81; *Musielak/Stadler*, Grundfragen des Beweisrechts, 1984, Rz. 198, 231; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 278 ff.

（10） OLG Düsseldorf NJW 1995, 891.

（11） OLG Düsseldorf (vorige Fn.), 891 f.

（12） この点については、近刊予定である以下のベルリン・フンボルト大学の博士論文を参照のこと。*Papanikolaou*, Die sekundäre Erklärungspflicht im Zivilprozess. 従前の包括的文献としては、たとえば、つぎのものがある。*Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, 2015, Kap. 40; *Lange*, Bestreiten mit Nichtwissen, NJW 1990, 3233; *Seutemann*, Die Anforderungen an den Sachvortrag der Parteien, MDR 1997, 615; Münchener Kommentar-ZPO/*Prütting*, 5. Aufl. 2016, § 286 Rz. 103; *Saenger*, ZPO-Kommentar, 7. Aufl. 2017, § 286 Rz. 92 f.; *Zöller/Greger*, ZPO-Kommentar, 31. Aufl. 2016, vor § 284 Rz. 34d.

（13） BGH, ZIP 2015, 790.

（14） この点については、つぎの判例も参照のこと。BGH NJW 2008, 982; BGH NJW 2016, 3430.

（15） たとえば、つぎの文献を参照のこと。*Saenger*（Fn. 12), Rz. 92; *Paulus*（Fn. 4), Rz. 331.

（16） つぎの文献のみを参照のこと。*Rosenberg/Schwab/*

Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 2 IV; *Illmer*, Der Arglisteinwand an der Schnittstelle von staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, 2007, S. 12 ff.

(17) 例えば、つぎの文献を参照のこと。*Kopp*, Fallstricke der Tatsachenfeststellung im Zivilprozess, NJOZ 2017, 330, 331 f.

(18) 証明度については、たとえば、つぎの文献を参照のこと。*M. Huber*, Das Beweismaß im Zivilprozeß, 1983; *Leipold*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, 1985; *Baumgärtel/Kargados*, Das Beweismaß, in Habscheid/Beys, Grundfragen des Zivilprozessrechts, 1991, S. 539 ff. bzw. S. 581 ff.; *Gottwald*, Das flexible Beweismaß im englischen und deutschen Zivilprozess, Festschrift für Henrich, 2000, pp. 165-176; *Paulus*, Beweismaß und materielles Recht, in: Festschrift für W. Gerhardt, 2004, S. 747 ff.; Brinkmann, Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtvergleichender Sicht, 2006; *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß – Rationalität und Intuition, 2015.

(19) この点については、たとえば、つぎの文献を参照のこと。*Ahrens*, Parteiaussage und Parteivernehmung bei Beweisnot?, MDR 2015, 185 ff.

(20) 注（12）を参照。

(21) *Papanikolaou* は、説得力ある根拠とともに、二次的主張責任（Behauptungslast）ではなく主張義務（Behauptungspflicht）と呼ぶことを提唱している。*Papanikolaou*,（Fn. 12）sub § 2 B. また、以下の文献も参照。*Wieczorek/Schütze/Ahrens*, ZPO-Kommentar, 4. Aufl. 2013, Vor § 284 -Rz. 17.

(22) 証明する義務を負っている者については、主張が不可能であることにつき非難可能性は問題とはならないとされる。そのように説くのは、たとえば、*Papanikolaou*（Fn. 12）, § 5 B II. 同書は、BGH NJW-RR 1993, 746, 747 あるいは BGH MDR 2003, 215, 216 に反対する。

(23) しかし、これに対しては、たとえばつぎの連邦通常裁判所の判例を参照のこと。BGH NJW-RR 2015, 829; BGH NJW-RR 2014, 1188.

(24) *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976. この文献については、多くの文献の代わりに、以下の文献のみを参照。*J. Lang*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesse vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung, 1999, S. 66 ff.; *Katzenmeier*, Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, JZ 2002, 533 ff.

(25) たとえば、つぎの文献を参照のこと。*Paulus*（Fn. 4）Rz. 320.

（26） *Paulus*, Discovery, deutsches Recht und das Haager Beweisübereinkommen, ZZP 104, 1991, S. 397, 399 ff. それ以外の参考文献としては、たとえば以下のものがある。*Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl., § 10 I 3, S. 498 f.

（27） 連邦民事訴訟規則八条（a）項（2）号および（3）号。

（28） 個人的経験ではあるが、トライアル手続における要望と現実には大きな隔たりがあると報告することができる。カリフォルニア州サンタ・バーバラでのある手続を紹介する。陪審員が、ドイツ法に従って判断する義務を負っていた。判決言渡し後に、陪審はドイツ法を顧慮し熟考したのかとの質問に、陪審員の報道官がつぎのように答えた。〝二度とごめんだ！〟、と。

（29） この要求は、もちろんいつも唱えられているが、満たされることは稀である。最も有名であるのは、『ヨハネによる福音書』一八章三八節におけるピラト（Pilatus）の言葉〝真理とは何か（Was ist Wahrheit?）〟である。文学作品では井上靖の『猟銃』、あるいは黒澤明の映画『羅生門』で繰り返し出てくる。裁判用語では、以下の文献が一読に値する。*Küppers*, Die wahre Wahrheit über die Bodenreform, 2014.

（30） 連邦民事訴訟規則三三条。

（31） 連邦民事訴訟規則三四条。

（32） 連邦民事訴訟規則三〇条および三一条。

（33） 連邦民事訴訟規則三六条。

（34） 連邦民事訴訟規則三五条。

（35） つぎの文献に、リストが掲げられている。*Hilgard*, Electronic Discovery im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2008, 122, 123.

（36） この点については、たとえば、つぎの文献を参照のこと。*Nolte*, Betriebliche Dokumentation und Beweismittelvernichtung in amerikanisch-deutschen Wirtschaftsprozessen, 1996, S. 112 ff.

（37） この点については、たとえば、つぎの文献を参照のこと。*Schöpflin*, Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozeß, 1991. さらに、つぎの文献を参照のこと。*Kopp* (Fn. 17), 332 ff.

（38） 多くの文献の代わりに、つぎの文献を参照。*Zekoll*, Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess – Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?, NJW 2002, 3129 ff.; Steuer, Justizreform – von außen betrachtet, WM 2000, 1889; *Oberheim*, ZPO-Reform Update 1 - Grundzüge; JA 2002, 408 ff.

（39） 委任欧州命令（Delegierte Verordnung）2017/104/EU v. 19. Oktober 2016, ABl. L 17/1.

（40）「二三二a条一項に基づく損害賠償を求める請求権の提起に必要な証拠方法を所持する（im Besitz）者は、損害賠償請求権を有することを疎明した者が、期待可能な支出によって入手しうる事実に基づいてなすことができる方法によって証拠方法を詳細に特定した場合には、その者に対して証拠方法を提出する義務を負う。」

（41）この点については、たとえば、つぎの文献を参照のこと。*Hellmann/Steinbrück*, Discovery light – Informations- und Beweismittelbeschaffung im Rahmen von Kartellschadensersatzklagen, NZKart 2017, 164 ff.

（42）双方の条文の個々の規定には、若干の矛盾がみられる。つぎの文献のみを参照。*Klumpe/Thiede*, Auskunftsklagen nach der GWB-Novelle – Gedankensplitter aus der Praxis, NZKart 2016, 471 ff.

（43）たとえば、つぎの文献を参照のこと。*Wilhelm*, Auskunftsansprüche in der Informationsgesellschaft, DÖV 2016, 899 ff.

（44）RGZ 127, 243, 245.

（45）たとえば、つぎの文献を参照のこと。BGH, NJW 1995, 387; *S. Lorenz*, Auskunftsansprüche im Bürgerlichen Recht, JuS 1995, 569, 572 ff.

（46）つぎの文献のみを参照のこと。*Rosenberg/Schwab/Gottwald*（Fn. 16）, § 2.

（47）「物の占有者に対してその物の検分を請求し、あるいは、自己に検分する請求権が帰属するか否かを確かめようとする者は、前記理由による物の検分についてその者が利害を有する場合には、占有者がその者に物を検分のために提出し、または検分を認めることを求めることができる。」（民法八〇九条）

（48）以下の記述は、つぎの文献を参照のこと。*Paulus/Renner*, Ein weiteres Plädoyer für unscheinbare Normen, JuS 2004, 1051, 1052 f.

（49）たとえば、つぎの文献を参照のこと。Münchener Kommentar-BGB/*Habersack*, 7. Aufl. 2017, § 809 Rz. 1. やはり、*Jauernig/Stadler*, 16. Aufl. 2015, §§ 809 – 811 RZ. 1.

（50）つぎの文献を参照のこと。*Mugdan*, Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerliches Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band II, 1888, S. 497.「法律行為に対する条件を付加して提出請求の根拠を設けたが、その本当の目的は技能や産業上の秘密を調べるためであるような事態を排除しえないだろう。」

（51）たとえば、つぎを参照のこと。BGHZ 93, 193（205 f.）; BGH, JZ 2003, 423 mit Anm. *Schlosser*; OLG Hamm, GRUR-RR 2013, 306.

（52）Dig. 10.4.1 ff. これについては、たとえば、つぎを参照の

こと。*Marrone*, Actio ad exhibendum, Annali del Seminario giuridico dell' Università di Palermo 26 (1958), 177 ff.

（53） Dig. 10, 4, 2.

（54） *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 4. Aufl. 1875, § 474.

（55） つぎの文献も参照のこと。*Paulus*, Verbindungslinien des modernen Insolvenzrechts, ZIP 2000, 2189, 2192.

（56） Volkswagen Aktiengesellschaft vs. Superior Ct., Alameda County, 123 Cal. App. 3 d 840, 176 Cal. Rptr 874 (1981). これについては、つぎの文献を参照のこと。*Schlosser*, ZZP 1995, 366 f.

（57） これについては、たとえば、つぎの文献を参照のこと。*Riss*, Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel: ein Beitrag zur Lehre von den prozessualen Mitwirkungspflichten, 2016; *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2013, Rz. 812; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 8. Aufl., 2010, Rz. 793.

（58） 前掲注（50）を参照のこと。

（59） *Stürner*, Urteilsanmerkung, JZ 1985, 453, 459; *Stadler*, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozeß, NJW 1989, 1202, 1203; *Wagner*, Datenschutz im Zivilprozess, ZZP 108, 1995, 193, 210. 学説状況については、以下の文献を参照のこと。*Papanikolaou* (Fn. 12), § 6 B III.

（60） 特殊な状況に関してではあるが、ここで示された考察を認めるものとして、つぎの文献を参照のこと。*Cooper Alexander*, Do the Merits Matter? A Study of Settlements in Securities Class Actions, 43 Stanford L.R. (1991), 497 ff. 具体的な問題提起については、たとえば、つぎの文献も参照のこと。*Johnson/Nelson/Pritchard*, Do the Merits Matter More? Class Actions Under the Private Securities Litigation Reform Act, Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 249.

（61） 前掲注（60）を参照のこと。

（62） この点については、たとえば、つぎの文献を参照のこと。*Barreis*, Pflichtenkollisionen im transnationalen Beweisverkehr, 2014; *Bernd/Aggeler/Teo*, Effiziente Review-Prozesse durch E-Discovery: Vorgehensweise und Praxisbeispiel, BB 2012, 173; *Bolthausen*, Offenlegungspflichten deutscher Unternehmen in US discovery proceedings, MDR 2006, 1081 ff.; *Brisch/Laue*, E-Discovery und Datenschutz, RDV 2010, 1 ff.; *Coester-Waltjen*, Einige Überlegungen zur Beschaffung von Beweisurkunden aus dem Ausland, Festschrift für Schlosser, 2005, S. 147 ff.; *Hanloser*, E-discovery, datenschutzrechtliche Probleme und Lösungen, DuD 2008, 785 ff.; *Schütze*, Zum Stand des

deutsch-amerikanischen Justizkonflikts, RIW 2004, 162.

(63) Societe National Industrielle Aerospatiale and Societe de Construction d'Avions de Tourisme v. U.S. District Court fort he Southern District of Iowa, 482 US 522 (1987). リの判決に対する意見表明は枚挙にいとまがない。最近のものとして、以下の文献を参照のこと。*Schmidt/Thüsing*, US-Pre-Trial Discovery and German Employee Data Protection IWRZ 2017, 22 ff.; *Thole/Gnauck*, Electronic Discovery – neue Herausforderungen für grenzüberschreitende Rechtsstreitigkeiten, RIW 2012, 417 ff.; *Schaub*, Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit des amerikanischen Editionsbefehls an die UBS im Streit um die Kundendaten, ZaöRV 2011, 807 ff.; *Elsing*, Konflikte der Rechtskuturen bei der Beilegung internationaler Streitfälle, ZVergIRWiss 2007, 123 ff; *von Danwitz*, Verfassungsfragen des deutsch-amerikanischen Rechtshilfeverkehrs, DÖV 2004, 501 ff.

(64) ドイツ語訳は、以下の文献による。*Flügel/von Georg*, E-Discovery nach US-Zivilverfahrensrecht und deutsches Datenschutzrecht, RIW 2013, 439 Fn. 4.

(65) リの点については、正当にも、つぎの文献が指摘している。*Flügel/von Georg* (vorige Fn.), S. 440.

(66) つぎの文献のみを参照。EuGH, Urt. v. 6.9.2012 – C-170/11 – Lippens, Votron, Kortekaas, NJW 2012, 3771; EuGH, Urt. v. 21.2.2013 – C-332/11 – ProRail BV, RIW 2013, 380.

(67) たとえば、つぎの文献を参照のこと。*True*, U.S. Discovery Orders Abroad: Revising Restatement Section 442 Could Help Balance Competing National Interests and Avoid Conflicts of Law, 42 IntL L.News 2013 (spring). その際、もちろん、重要な点が見過ごされてはならない。すなわち、アメリカ法上、外国法の域外適用に反対する一般的な推定がある。つぎの連邦最高裁判決を参照のこと。*Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. 247, 255 ff. (2010); *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659, 1664 (2013); *RJR Nabisco Inc. v. European Community*, 579 U.S. (2016). つぎの文献も参照のこと。*Dodge*, Understanding the Presumption against Extraterritoriality, 16 Berkeley J. Int'l L. 85, 120 ff. (1998); *Knox*, A Presumption against Extrajurisdictionality, 104 Am. J. Comp. L. 351, 386 ff. (2010). リのルールと否認権との関係については、つぎの文献を参照のこと。*Paulus*, Insolvenzanfechtung nach US-amerikanischem Recht bei Ponzi-Schemes, ZVgIRWiss 2014, 29 ff.

(68) つぎの文献を参照のこと。Uniform L.R. 2004, 758, 778.

(69) たとえば、つぎの文献を参照のこと。*Barreis* (Fn.

62), S. 20 f.

(70) この点については、たとえば、つぎの文献を参照のこと。*Baumann*, Datenschutzkonflikte zwischen der EU und den USA, 2016; *Katko/Knöpfle/Kirschner*, Archivierung und Löschung von Daten, ZD 2014, 238 ff.; *Brisch/Laue*, E-Discovery und Datenschutz, RDV 2010, 1 ff.; *Spies/Schröder*, Zur Frage der Vereinbarkeit des deutschen Datenschutzrechts mit der US-Beweiserhebung, MMR 2010, 276 ff.; *Rath/Klug*, e-Discovery in Germany?, K&K 2008, 596 ff.

(71) 文献等の詳細は、*Barreis* (Fn. 62), S. 47 ff.

(72) 2001 WL 1049433 (D.D.C. 20.6.2001) – In re Vitamins Antitrust Litigation.

(73) 2010 WL 318477 (D.Utah 21.1.2010) – Access Data Corporation v. ALSTE Technologies GmbH (RIW 2010, 402 にも掲載されている).

(74) *Microsoft Corp. v. USA*, 829 F.3d 197, 201 (2nd Cir. 2016).

(75) *In re Search Warrant*, – F. Supp. 3d, = 2017 WL 471564 (E.D. Pa. 2017).

(76) VO 2016/679 vom 27.4.2016. 四四条から五〇条は、第三国または国際機関への個人情報の引き渡しを取り扱う。これらの規定は、二〇一八年五月二五日施行である。

(77) この点については、つぎの文献を参照のこと。*Metz/Spittka*, Datenweitergabe im transatlantischem Rechtsraum – Konflikt oder Konsistenz?, ZD 2017, 361 ff.

(78) この点については、つぎの文献を参照のこと。*Tepper/Christophery*, Verteidigungsstrategien gegen US-amerikanische Zivilklagen in Deutschland, RIW 2016, 790 ff.; *Schütze*, Klagen vor US-amerikanischen Gerichten – Probleme und Abwehrstrategien, RIW 2005, 579 ff.

(79) つぎの文献を参照のこと。*Paulus*, Abwehrstrategien gegen unberechtigte Klagen in den USA, RIW 2006, 258 ff.（良俗違反およびヨーロッパ人権裁判所判決の適用可能性の問題について）.

(80) この問題については、つぎの文献を参照のこと。*Paulus/Matzke*, Ersetzt Technik das Recht?（vorgesehen für JZ 2018）.

(81) 以下の記述は、とくに、つぎの文献を参照のこと。*Bruegelmann*, Online-Streitbeilegung（Online Dispute Resolution – ODR）in: Hartung/Bues/Halbleib (Hgg.), Legal Tech, Kap. 6 (Sonstige Akteure und Rahmenbedingungen), 2017, S. 215 ff., 216.

(82) つぎの文献のみを参照。*Gäer*, Schlichtung, Schiedsgericht, staatliche Justiz – drei Akteure in einem System institutioneller Rechtsverwirklichung, NJW 2016, 1367 ff.

（83） このUNCITRAL第三ワーキンググループがＯＤＲモデル法に従事していたことに注意。以下を参照のこと。http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html. これに相当するＥＵの活動については、つぎの文献を参照のこと。*Meller-Hannich/Höland/Krausbeck*, „ADR“ und „ODR“: Kreationen der europäischen Rechtspolitik. Eine kritische Würdigung, ZEuP 2014, 8, 30f.; *Eidenmüller/Engel*, Die Schlichtungsfalle: Verbraucherrechtsdurchsetzung nach der ADR-Richtlinie und der ODR-Verordnung der EU, ZIP 2013, 1704, 1705 f.

（84） つぎの文献を参照のこと。*Susskind*, The Future of the Professions: How Technology Will Tranform the Work of Human Experts, 2015, S. 70; *Braegelmann*, Moderne Onlinegerichte: Ein Reformvorschlag aus dem Vereinigten Königreich- Vorbild für die Digitalisierung des deutschen Insolvenzrechts?, ZInsO 2016, 950 ff.; *Zekoll*, Jurisdiction in Cyberspace, in: Handl/Zekoll/Zumbansen, Beyond Territoriality – Transnational Legal Authority in an Age of Globalization, 2012, 341, 357 ff. (bezogen auf ICANN).

（85） たとえば、つぎの文献を参照のこと。*Lahusen*, Rechtspositivismus und juristische Methode, 2011, S. 169.

（86） つぎの文献も参照のこと。*Greger*, Vom „Kampf ums Recht“ zum Zivilprozeß der Zukunft, JZ 1997, 1077 ff.

【訳者あとがき】

本翻訳は、二〇一七年一〇月一二日（木）に武蔵野大学有明キャンパスにおいて行われた、ドイツ連邦共和国ベルリン・フンボルト大学法学部クリストフ・パウルス教授（Professor Dr. Christoph G. Paulus）による講演会の原稿である。講演テーマの原題は、“Beweisbeschaffung im Zivilprozess-Deutsches Recht unter rechtsvergleichendem Aspekt” である。本講演の企画に際しては、武蔵野大学法学部石渡哲教授（当時）に大変お世話になった。石渡教授のご尽力に対して特記して感謝を申し上げたい。

講演者のパウルス教授は一九五二年ドイツ生まれ、一九七七年にミュンヘン大学法学部を卒業、一九八一年に博士号取得、一九九一年に教授資格論文を提出している（いずれもミュンヘン大学）。一九九四年よりベルリン・フンボルト大学法学部教授（民法、民事訴訟法、倒産法およびローマ法講座を担当）、法学部長（二〇〇八年から二〇一〇年）などを歴任しておられる。なお、同教授はミュンヘン大学法学部教授をしておられたゴットハルト・パウルス教授（Professor Dr. Gotthard Paulus）（経済法、保険法および商法担当）の

子息である。

本翻訳に際しては、講演者のパウルス教授の了解のもと、日本語の理解を優先して訳出したため必ずしも文法には忠実ではなく、また、適宜ドイツ語原稿にはない言葉を角括弧（［　］）を用いて補足している。

パウルス教授の招聘に際しては、石川明教授記念手続法研究所（理事長・三上威彦慶應義塾大学名誉教授）による財政的支援を受けたことを特記し、謝意を表するものである。なお、本翻訳は、平成三〇年度科研費（18K01367）による研究成果の一部である。