

証明妨害の法理（1）

—— 証拠に関する当事者の権利と義務をめぐって ——

笹 邊 将 南

はじめに

第1章 ドイツ法の状況

第1節 立法の状況

第2節 判例の状況

第3節 学説の状況

第4節 小括

第2章 諸外国の状況

第1節 オーストリア法

第2節 スイス法

第3節 フランス法 (以上本号)

第3章 日本法の状況

第1節 立法の状況

第2節 判例の状況

第3節 学説の状況

第4節 小括

第4章 検討及び考察

第1節 当事者の義務について

第2節 証明妨害の法理について

第3節 小括

おわりに

はじめに

1 問題背景

民事訴訟においては、裁判官は証拠によって事実認定を行う。それゆえ、民事訴訟においては証拠が重要な役割を担うことになるが、証拠に関しては、弁論主義の下、その収集及び提出は訴訟当事者の権能とされる。そこで、訴訟において自己の権利を実現するために必要な証拠や情報を収集することは、訴訟当事者の重要な活動の1つといえる¹。もっとも、科学技術が高度に発展した複雑な社会構造になり、その上、高度情報化社会を迎えた現代においては、必ずしも証明責任を負っている者が、証拠収集を容易にできるとは限らないし、証明責任を負わない当事者の側が専門的知識や立証にとって必要かつ重要な情報・証拠を数多く有していることも少なくない。それどころか、証拠の偏在を利用して、一方当事者がその手中にある証拠を滅失させるような行動に出て、他方当事者の立証活動を妨害する、あるいは立証への協力を拒むということ——医師によるカルテの改ざん・廃棄など——は当然に想定されうる。実際の訴訟においても、証拠の偏在や一方当事者の行為によって、証明責任を負う当事者が証明困難に陥り、十分な立証が不可能になるという事態が起きているのである。

このような事情を背景として、証明責任を負う当事者が、主張しようとする事実を証明することができないことになれば、証明責任に従って判決が下されることになるが、このような事態は、証明責任による形式的な判決であり、明らかに公平性や正義に悖るし、不当であると評価せざるを得ない。こうした事態を是正するべく何らかの考慮が必要とされ、その方策が模索されなければならないことになる。とりわけ、訴訟当事者による事案解明に対する妨害行為を事前に抑止しようとしたり、仮にそのような行為が行われたとしても制裁を科すことにしたりして、当事者の実質的平等を確保しようとしてきた。その議論の1つに「証明妨害の法理」の議論がある。証拠の重要性

1 たとえば、東京弁護士会法友全期会民事訴訟実務研究会編『証拠収集実務マニュアル [改訂版]』（ぎょうせい、2009年）が出版されており、実務における証拠収集の重要性がうかがえる。

という観点から、証明妨害の法理は証拠法の重要かつ基本的な問題として認識されており、理論的な側面のみならず、実務においても重要視されているといっても過言ではない。しかしながら、わが国における証明妨害の法理に関する議論は発展途上であるとも言われている²。加えて、わが国においては、証明妨害に関する判例が少なく、ドイツにおける議論を受け継いでいる感が強い³。

わが国の歴史的背景には、民事紛争が表沙汰になることを嫌う傾向があり、民事訴訟は消極的位置づけを受けていた⁴。しかし、権利意識の向上や司法へのアクセスが容易になった現代では、訴訟によって権利の実現を求めようとする者も多く現れ、勝訴判決を得ようと証拠収集が盛んになればなるほど、証明妨害の問題が顕在化することは必至であろう。とりわけ、わが国のように一般的な証明妨害規定を欠く法体系にあっては、規定のない証明妨害行為につき制裁を加える法的根拠・要件・法的効果を議論することは重要なことである。そこで、本稿では、この証明妨害の法理にスポットを当てて検討を試みる。

2 問題点と本稿の検討課題

証拠方法が裁判所に提出され、証拠調べ手続において取調べを受けることができるれば特段の問題は生じない。しかし、証拠方法それ自体や証拠方法に関する情報を相手方や第三者が握っているために、立証しようとする当事者が当該証拠方法を自由に利用できないという場合に、証明妨害の問題が顕在化する。このような場合につき、訴訟法上どのように対処するのが適切であろうか。ドイツや日本にあっては、個別的に規定を設けて証明妨害に対処する法制度を採用するが、オーストリア・スイス・フランスにあっては、証拠に関して一般的な義務を定め、義務違背に対する制裁を規定するという法制度を採用する。これをより一般化すると、証明妨害の対処法につき、次の2つの対応の仕方が考えられる。1つは、各証拠方法の規定において当事者の

2 松本博之=上野泰男『民事訴訟法 [第6版]』(弘文堂, 2010年) 425頁。

3 小林秀之『証拠法 [第2版]』(弘文堂, 2003年) 141頁。

4 園尾隆司『民事訴訟・執行・破産の近現代史』(弘文堂, 2009年) 13頁。

義務及び義務違反に対する制裁を定めて対応する方法、もう1つは、訴訟法上の一般的な義務として証拠の提出や立証への協力を義務づけて、その義務違反に対する制裁を規定して、あらゆる証明妨害につき対処する方法である。後者の場合は、証明妨害に対する一般的な規定として機能することが予定されるため、どのような事態であれ、包括的に対処することが可能である。問題となるのは、前者——わが国やドイツの法制——のように個別的に証明妨害を規定する場合であり、とりわけ、規定された証明妨害以外について、どのように対処すべきかが問題となる。具体的に言うと、法規の予定していなかった証明妨害がなされた場合に、妨害者に対して、証明上において不利益に取扱うということが許されるのか、という問題提起に至るのである。実際問題としても、ドイツにおいても証明妨害に対する制裁を欠く場合にあっては、妨害者を証明上において不利益に取扱うことが許されるのか、許されるにしても、その根拠・要件・効果はいかなるものと考えるのが適切かをめぐって激しく争われてきた。わが国においても、議論の状況は同じである。この問題の本質は、訴訟において証拠上のリスクを負わない当事者に対して、事案解明に協力することを義務付けることができるのか、という点にあると言えそうである。

以上のような問題関心を背景に、本稿では、明文に定めのない証明妨害の法理を適用するにあたって、その法的根拠・要件・法的効果をどのように解すればよいかを明らかにすること、最終的には、一般的な訴訟法的義務の定立を目指すことが適切かどうかにも言及したいと考えている。

なお、本稿では、わが国における証明妨害の法理の議論はドイツにおける議論をそのまま受け入れている感があるため⁵、まずドイツの状況を紹介し（第1章）、次いで、諸外国の状況を概観する（第2章）。その上で、日本の状況を紹介し（第3章）、わが国への示唆を含めて検討を行う（第4章）という順序で記述していくこととする。

5 小林・前掲書141頁。

第1章 ドイツ法の状況⁶

ドイツ民事訴訟法（以下、ZPO という。）は、2001年に改正が行われた⁷。この改正では、裁判所の権限が強化され、これにより、事実確定に関する裁判所の調査権限がより強力なものとなった⁸。しかし、この改正によっても、証明妨害とみなされる状況全てに対して直接的に適用可能な一般的規定を置くことはなかった。

本章では、まず、証拠に関する当事者の義務と権利を概観する。その際に、2001年に改正されたZPOにおける証拠方法に関する変更点を概観する。そして、証明妨害に関する近時の裁判例を取り上げ、これを紹介し分析を行う。その上で、証明妨害に関する学説の状況について分析を試みる。

第1節 立法の状況

第1款 当事者の一般的義務

ドイツ法にあつては、一方当事者の手中に無い関係する全ての情報・資料を他方当事者が提供するという訴訟法上の一般的義務を認めていない⁹。立

6 証明妨害法理に関するドイツの文献として以下のものがある。Daniel Adolff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess (2007); Tobias Krautstrunk, Beweisvereitelung (2005); Hans-W. Laumen, NJW 2002, 3739, 3745 f.; Manfred Lepa, NZV 1992, 129, 135 f.; Fabian Krapoth, Die Rechtsfolgen der Beweisvereitelung im Zivilprozeß (1996); Steffen Nolte, Betriebliche Dokumentation und Beweismittelvernichtung in amerikanisch-deutschen Wirtschaftsprozessen (1996); Stefan Schatz, Die Beweisvereitelung in der Zivilprozeßordnung (1992); Gottfried Baumgärtel, Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag (1986) S.63 ff.; Christoph Georg Paulus, AcP 197 (1997), 136; Rolf Stürner, ZZP 98 (1985), 237; Peter Arens, ZZP 96 (1983), 1; Walter Gerhardt, AcP 169 (1969), 289; Egbert Peters, ZZP 82 (1969), 200; Egon Schneider, MDR 1969, 4.

7 Gesetz vom 27. 7. 2001, BGBI. I, S. 1887. なお、2001年のドイツ民事訴訟法改正に関しては、次の文献がある。勅使川原和彦「2001-2002ドイツ民事訴訟法改正について」早法77巻3号（2002年3月）207頁以下、八田卓也「2001年ドイツ民事訴訟法改正について——概要の紹介と若干の検討を兼ねて——」法政70巻3号（2003年12月）661頁以下。

8 Adolff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung (2007), S. 1. たとえば、ZPO 139条の訴訟指揮権の強化である（勅使川原・前掲論文257-258頁参照）。

8 Krautstrunk, Beweisvereitelung (2005), S. 193.

9 この点、Stürnerの教授資格論文によって、証明責任を負わない当事者の一般的家解明義務論が展開され議論を巻き起こしたが、BGHはこれを否定している。こうした背景には、訴訟当事者の行為に対する義務は、法が抽象的かつ裁判所が具体的な事例において当事者に一定の行為を求める場合に生じるとの理解が根底にあるからだと思われる。

法者も2001年の改正にあたり、訴訟法上の一般的事案説明義務を導入しなかったものであり、このような義務は認められないといえる¹⁰。とはいえ、2001年を機に多くの改正が盛り込まれた¹¹。たとえば、検証について、検証物が第三者の手中にある場合の提出義務（371条2項）及び検証妨害（371条3項）についての規定の新設、さらに、142条や144条における裁判所による提出命令の拡張などである¹²。ここでは、証拠収集に関する当事者の義務及び権利に関係する重要と思われる諸規定を確認しておこう¹³。

138条は真実義務と完全義務を定める¹⁴。138条によれば、当事者は、実際の状況について、完全かつ真実に即して明らかにする義務を負うことになる。138条に規定された義務は単なる責任ではなく真正な義務であって、裁判所及び当事者に向けられたものである¹⁵。こうした義務により、誠実・公平な訴訟追行が担保されることになる。

10 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (2010), 17. Aufl., § 109 Rdnr. 8.

11 Ingo Saenger, Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts aus deutscher Sicht, ZJP 121 (2008), 139, 139.

12 Saenger, ZJP 121, 139, 140.

13 本来であれば、訴訟法の改正につき、2001年の改正前の状況や改正作業中の議論を全般的かつ詳細に検討すべきであるが、そのような検討は別の機会に改めて行うことにし、今回は、改正後の法状況につき紹介するにとどめておくこととする。なお、ドイツにおける2001年改正前後の法状況や改正議論に関する比較的最近の文献として、Arun Kapoor, Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung (2009), S. 1 ff; Sonja Lang, Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz. 1 ZPO (2007), S. 1 ff. がある。また、改正後の要点をまとめたものとして、Urs Peter Gruber und Erik Kießling, Die Vorlagepflichten der §§ 142 ff. ZPO nach der Reform 2002, ZJP 116 (2003), 305 ff. がある。

14 138条 [事実に関する説明義務, 真実義務]

(1) いずれの当事者も、実際の状況に関する説明を完全かつ真実に即して行うべきである。

(2) 各当事者は、相手方によって主張された事実を説明しなければならない。

(3)及び(4)は省略。

15 Rauscher/Wax/Wenzel, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (2008) 3. Aufl., § 138 Rn. 1.

また、142条¹⁶及び144条¹⁷も重要な規定である。142条によって、裁判所は、当事者及び第三者に対して、職権による文書提出を命じることができるとされる¹⁸。また、144条により、裁判所は、職権による検証及び専門家による鑑定を命じることができるとされた。これに伴って、裁判所は、当事者及び第三者に対して、検証物の提出を命じることが可能であるし、鑑定人による目的物の検査や検証の受忍を課すことも可能になったのである。

第2款 各証拠方法と証明妨害

ZPO では、証拠方法として、検証 (371条から372 a 条)、証人尋問 (373条から401条)、鑑定 (402条から414条)、書証 (415条から444条)、当事者尋問 (445条から455条) が予定されている。以下では、各証拠方法に関する当事

16 142条 [文書提出命令]

- (1) 裁判所は、当事者または第三者に、これらの者の手中にあり、かつ、当事者の一方が引用した文書あるいはそれ以外の証書の提出を命じることができる。これに関して、裁判所は期日を定めることができ、かつ、裁判所が定めた期間内は提出された文書を書記課に留めておくことを命じることができる。
- (2) 第三者は、提出を期待できない、もしくは、383条から385条による証言拒絶権が認められる限りでは、提出義務を負わない。この場合、386条から390条までを準用する。
- (3) 裁判所は、州の司法行政の指針に従って権限を与えられた翻訳者が作成した外国語文書の翻訳提出を命じることができる。このような翻訳は、翻訳者によってなされたものと証明された場合に、真正かつ完全であると認められる。翻訳した場所、日時、翻訳者の地位の記載、ならびに、翻訳者の署名のある証明書を翻訳に付さなければならない。誤謬の証明及び翻訳の不備は許容される。第一項による命令は第三者に対してすることはできない。

17 144条 [検証・鑑定]

- (1) 裁判所は、検証及び専門家による鑑定を命じることができる。この目的のために、裁判所は、一方当事者または第三者が占有する検証物の提出義務を課すことができ、かつ、これに関して期間を定めることができる。裁判所は、第1文の受忍義務を課すことができるが、住居に関してはこの限りではない。
- (2) 第三者に提出もしくは受忍を期待できない場合、あるいは、383条から385条による証言拒絶権が認められる場合には、当該第三者は提出もしくは受忍の義務を負わない。この場合、386条から390条を準用する。
- (3) 手続きは、申立てによって命じられた検証実施または鑑定人による鑑定を対象とした規定を準用する。

- 18 改正前と異なる点は、裁判所は第三者に対しても職権による提出命令を発することができ、かつ、当該命令遵守のために期日を定めることができるものとされた点である (Kapoor, Die neuen Vorlagepflichten (2009), S. 147.)

者の権利と義務，次いで証明妨害の規定を見ていくこととする。

(1) 検証

144条1項条によれば，裁判所は職権によって，検証もしくは鑑定を行うことができる。また，裁判所は，この目的のために当事者及び第三者に対して，それらの者が有する検証物の提出を命ずることができ，さらに期日を指定することも可能である。また，144条2項の規定を反対解釈すると，第三者には検証物の提出義務・検証受忍義務があるものと認められるが，これは検証実施が期待することができ，かつ，拒絶事由に該当しない限りにおいて認められるものである¹⁹。

検証物が訴訟の相手方の手中にある場合には，当事者は，期間確定を申立てるか，144条による目的物の提出命令を申立てるかのいずれかを選択できる(371条2項)²⁰。検証物が第三者の手中にある場合には，相手方が保持している場合と同様である(371条2項)²¹。ここでは，実体法上において提出義務や受忍義務が認められる必要はない。

144条により，当事者には検証受忍義務が課される²²。さらに，特殊な証明場面では身体的侵襲を伴う検査の受忍義務があるものとされる。すなわち，血統確定のための採血あるいは他の遺伝学的検査の受忍義務である(372a

19 *Rauscher/Wax/Wenzel*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (2008) 3. Aufl., § 371 Rn. 13; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (2010) 17. Aufl., § 118 Rn. 15.

20 *Rauscher/Wax/Wenzel*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (2008) 3. Aufl., § 371 Rn. 4; *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO (2006) 22 Aufl., § 371 Rn. 3.

21 なお，2001年の改正によって371条2項が規定されるまでは，第三者の検証目的物提出義務なるものは認められていなかったし，第三者が検証を拒絶もしくは協力を拒んだ場合には当該証拠方法はもはや利用できないものとされていたようである(*Rauscher/Wax/Wenzel*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (2008) 3. Aufl., § 371 Rn. 10; *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO (1999) 21. Aufl., § 371 Rn. 11.)。

22 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht (2010) 17. Aufl., § 118 Rn. 12. もっとも，「訴訟法上の一般的検証受忍義務」というようなものは存在しないとするものとして，*Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung (2009) 67. Aufl., § 371. Rn. 6.

条²³⁾。

検証妨害については371条3項が定めており、訴訟の相手方による妨害行為があった場合には、立証者が主張する事実を証明したものとみなすことができる²⁴⁾。これを裁判官の自由な心証で評価するかどうかは争われているところである²⁵⁾。なお、371条3項は、書証の妨害を定めた444条に対応する規定である。第三者が妨害した場合には、144条及び371条は当事者に対する強制的方法を認めていないが、第三者が不当に拒絶をした場合、390条によって、罰金 (Ordnungsgeld) または拘禁 (Ordnungshaft) が命じられる (144条2項による390条の準用)。妨害があったといえるのは、適切な協力を行わない場合である²⁶⁾。血統の確認の場合の拒絶も妨害とみなされうると解されている²⁷⁾。

(2) 証人尋問

証人尋問にあつては、通常、当事者でない者は証人となる資格を有するが²⁸⁾、

23 372a 条 [血統確定のための検査]

- (1) 民法1600c 条及び1600d 条の場合、もしくは、血統確定のための他の場合に必要な限りにおいて、何人も検査、特に、血液型検査を目的とする採血の実施に応じなければならない。ただし、それが学問上容認された原理により事実の解明を約し、かつ検査方法及びその結果が被検査者もしくは383条1項1号乃至3号に掲げるその近親者に与える影響を斟酌しても、その検査を被検査者に期待しうる場合であつて、かつ被検査者の健康を害するおそれのない時に限る。
 - (2) 386条乃至390条の規定は適切に適用されるべきである。検査の実施が不当に拒絶される場合には直接的な強制、特に、検査目的のための強制的勾引を命じることも可能である。
- 24 この規定は書証に関する444条に対応する規定である。なお、この規定の導入以前は、裁判所の自由な心証によって評価すべきものと考えられており通説とされていた (Vgl. *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO (2006) 21. Aufl., § 371 Rn. 39-41; *Rauscher/Wax/Wenzel*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (2008) 3. Aufl., § 371 Rn. 34.)。
- 25 この制裁が裁判所の自由な評価に委ねられるかどうかにつき、そのような処置が許されるし、かつ、その様にしなければならないとか (*Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung (2009) 67. Aufl., § 371. Rn. 8.), 自由な心証による評価を受けるとする (*Richard Zöller*, Zivilprozessordnung (2009) 27. Aufl., § 371 Rn. 5.)。
- 26 *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO (2006) 22. Aufl., § 371 Rn. 38.
- 27 *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO (2006) 22. Aufl., § 372a Rn. 17.
- 28 *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO (2006) 22. Aufl., vor § 373 Rn. 5.

例外的に証人となれない場合もある²⁹。証人となった場合には、証人としての義務を負うこととなる³⁰。いわゆる証人義務であるが、これは公法上の義務であり³¹、その具体的内容は、出頭義務、陳述義務、宣誓義務である³²。証人が出頭しなかった場合には、出頭しなかったことによって生じた費用の賠償、5ユーロから1,000ユーロまでの罰金及び6週間までの拘禁という制裁が予定されており、出頭拒否が繰り返される場合には再び秩序罰を与えることもできるし、証人を強制的に拘引することも可能である(380条)。もちろん、不出頭前に相当の理由(たとえば、家族の死亡など)を明らかにしていれば、制裁を科されることはないし(381条1項1文)、不出頭後に相当の理由を示せば、裁判所により発せられた命令は取消される(381条1項3文)。また、証人が故意または過失で真実義務に違反した場合には、BGB823条2項によって損害賠償義務を負うものと解されている³³。また、証人には証言拒絶が認められているが、証言拒絶に対する理由を明らかにしないで証言を拒絶した場合には、拒絶によって生じた費用の賠償、罰金や拘禁の制裁が科される(380条)。

(3) 鑑定

鑑定人となった者には、証人と同様の公法上の義務が課される³⁴。しかし、鑑定人は代替性があるために、「鑑定を報告すべき」というような一般的義務はないとされる³⁵。

当事者及び第三者は、327a条に定められ場合は鑑定の受忍義務を負うが、一般的な鑑定受忍義務といったものは存在しないとされる³⁶。

29 Stein/Jonas, Kommentar ZPO (2006) 22. Aufl., vor § 373 Rn. 6.

30 外国にいる証人については、召喚することができるし(BGH NJW 1992, 1768), 場合によっては自由通行権が与えられる(BGH NJW 1991, 2500)。

31 他方当事者に協力する公法上の義務であると指摘するものとして(Richard Zöller, Zivilprozessordnung (2009) 27. Aufl., § 373 Rn. 2.)。

32 Stein/Jonas, Kommentar ZPO (2006) 22. Aufl., vor § 373 Rn. 18; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (2004) 16. Aufl., § 119 Rn. 13 ff.

33 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (2010) 17. Aufl., § 120 Rn. 29.

34 Stein/Jonas, Kommentar ZPO (2006) 22. Aufl., vor § 402 Rn. 65.

35 Stein/Jonas, Kommentar ZPO (2006) 22. Aufl., § 407 Rn. 1.

36 Stein/Jonas, Kommentar ZPO (2006) 22. Aufl., vor § 402 Rn. 60.

鑑定人が裁判所に出頭しない場合、もしくは鑑定を報告する義務があるにも関わらずこれを拒絶した場合、鑑定に使用した文書を返却しない場合には、380条の規定と同様に扱われる (409条)。

(4) 書証

まず、422条により、当事者が民法上の文書提出権または返還請求権を有する場合³⁷、または423条により相手方が当該文書を自ら引用した場合には、文書の提出を請求できる。さらに、142条によって、裁判所は、当事者及び第三者の手中にある文書 (Urkunden)、当事者が援用したそれ以外の書面 (Unterlagen) の提出を当事者及び第三者に命じることができる³⁸。この命令に関しては、期日指定ならびに裁判所が定めた期間内は提出された文書を書記課に留めておくことを命じることができる (142条 1 項 2 文)。また、第三者は、提出を期待できない、もしくは、383条から385条による証言拒絶権が認められる限りでは、提出義務を負わない (142条 2 項)。いずれにしても、142条によって、当事者及び第三者には、職権による提出命令を受ける可能性があり、この場合には、当事者は142条における文書の提出義務を負うことになるし、第三者も同じく142条によって訴訟法上の提出義務を負う³⁹。そして、当事者の場合には、提出に対する拒絶が認められていない。しかし、第三者にはそれが認められており、これにより、提出義務との調整が図られている⁴⁰。また、第三者の拒絶の場面では386条ないし390条が準用されるため、第三者が不当な拒絶をした場合には制裁が科されることになる (142条 2 項 2 文)。これに対して、提出義務を負う当事者の拒絶理由や制裁に関しては

37 BGB には、書面化 (dokumentieren) すべき規定を置いている (259 Abs. 1, 260 Abs. 1, 666, 681, 687 Abs. 2, 1698, 1890, 1978, 2130 Abs. 2, 2218 BGB.)。

38 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (2010) 17. Aufl., § 119 Rn. 43.

39 たとえば、142条の導入によって ZPO の規定の中に訴訟法上の義務たる提出義務が規定されたとの評価もあるが、この規定をめぐって422条以下の規定との矛盾が生じており、この解決については様々な見解が主張されているようである (ハンス・ブリュッティング (中山浩二訳)「文書提出命令による情報収集 — ドイツ民事訴訟法142条の意義と事案解明義務の議論をめぐって —」比較法雑誌43巻4号 (2010) 109・110-112頁)。

40 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (2010) 17. Aufl., § 120 Rn. 44.

規定を欠くこととなる。つまり、裁判所には自らの命令を遵守させる手段がないこととなり、427条の類推適用により対応することしかできないのである⁴¹。

書証に対する妨害については、文書の不提出が427条において、文書の破棄等について444条において、それぞれ規定されており、これらの規定によれば、その制裁として、挙証者の証明がなされたものと擬制される。このような制裁は、証拠法上において不利益に取扱うものであり、比較的厳しい措置である。

なお、証明責任を負わない当事者が文書を提出しなかった場合については、提出を強制するような措置を採ることは許されないが、証拠法上、不利益に扱うことは許される⁴²。つまり、427条が類推適用され、立証者の主張が事実として擬制されるのである⁴³。第三者の不提出の場合には、390条によって第三者に対しては、罰金または拘禁が科されるのであるが（144条2項による390条の準用）、第三者が一方当事者の利益になるように不提出をしたということが窺われる場合には、自由心証の枠内で証拠法上の不利益を当事者に科してもよいとされる⁴⁴。

(5) 当事者尋問

当事者には陳述義務がないとされるため、宣誓義務はない⁴⁵。ただし、陳述や宣誓を拒絶した場合には、446条及び453条による不利な評価を受けることとなる。また、出頭しない当事者に対しては、強制手段や欠席によって生じた費用を転嫁されるようなことはなく、不利な評価を受けるのみである⁴⁶。当事者が尋問や宣誓のための期日に出頭しない場合には、裁判所の自由な裁量により、陳述を拒絶したものとみなすべきかどうか判断することになる。この場合において、拒絶と見なされれば、主張事実が証明されたとみなされ

41 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (2010) 17. Aufl., § 120 Rn. 45.

42 Stein/Jonas, Kommentar ZPO (2006) 22. Aufl., § 142 Rn. 35.

43 Stein/Jonas, Kommentar ZPO (2006) 22. Aufl., § 142 Rn. 37.

44 Stein/Jonas, Kommentar ZPO (2006) 22. Aufl., § 142 Rn. 41.

45 Richard Zöller, Zivillprozessordnung (2009) 27. Aufl., § 454 Rn. 1.

46 Richard Zöller, Zivillprozessordnung (2009) 27. Aufl., § 454 Rn. 8.

る可能性がある⁴⁷。

第3款 まとめ

ZPO では、訴訟における一方当事者ないし第三者が自己の協力義務を拒んだ場合につき、どのような法的効果が生じるかを個別的に規定する。これを列挙すれば、次の規定である。すなわち、371条3項⁴⁸、372a条⁴⁹、427条⁵⁰、441条3項⁵¹、444条⁵²、446条⁵³、453条2項⁵⁴、454条1項⁵⁵、以上の規定である。

47 もっとも、拒絶に理由があるのであれば、新时期を指定して対処すべきとの指摘がある (Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (2010) 17. Aufl., § 123 Rn. 34.)。

48 371条3項 [検証妨害による真実の擬制]

当事者が期待しうる検証実施を無に帰せしめた場合、当該検証対象物の性状につき、相手方当事者の主張を証明したものと認めることができる。

49 372a条 [血統確定のための検査]

(1) 民法1600c条及び1600d条の場合、もしくは、血統確定のための他の場合に必要な限りにおいて、何人も検査、特に、血液型検査を目的とする採血の実施に応じなければならない。ただし、それが学問上容認された原理により事実の解明を約し、かつ検査方法及びその結果が被検査者もしくは383条1項1号乃至3号に掲げるその近親者に与える影響を斟酌しても、その検査を被検査者に期待しうる場合であって、かつ被検査者の健康を害するおそれのない時に限る。

(2) 386条乃至390条の規定は適切に適用されるべきである。検査の実施が不当に拒絶される場合には直接的な強制、特に、検査目的のための強制的勾引を命じることも可能である。

50 427条 [相手方当事者による不陳述の効果]

相手方当事者が文書提出命令に従わない場合、又は裁判所が、426条の場合において相手方当事者が文書の所在を入念に探さなかったとの心証を得た場合には、举证者によって提出された謄本は、これを真正なものとみなすことができる。文書の謄本が提出されない場合には、文書の性質及び内容に関する举证者の主張を証明されたものと認めることができる。

51 441条3項 [文書の参照]

相手方が役に立つ・有用な文書の提出の要求に応じない場合、もしくは、426条の場合に裁判所が文書の所在につき相手方が綿密な調査を行わなかったという確信に至った場合、文書を真実であると認めることができる。

52 444条 [文書破棄の効果]

一方当事者が、相手方の文書利用を妨げるために、故意に当該文書を破棄し、もしくは、文書の利用を無用・役に立たないものにさせた場合、当該文書の性状及び内容に関する相手方の主張を証明されたものと認めることができる。

53 446条 [相手方当事者の拒絶]

相手方が尋問されることを拒絶する場合、あるいは、裁判所の要請に対して何ら陳述をしない場合には、裁判所は全ての事情、とりわけ、拒絶のために主張された理由を斟酌して、自由な心証により、主張事実が証明されたとみなすべきか否かを判断しなければならない。

これらの規定の共通点は、訴訟法上の事案解明を要求するための強制手段を用意しているのではなく、証拠調べの際に協力を拒否するような、一方当事者が他方当事者の行為によって、証明が不利になるような場合に限定して制裁を科すことにしている点であり⁵⁶、血統確定という例外的な場合に限り、一方当事者の協力行為を強制可能としている点である⁵⁷。加えて、制裁の本質は、事案解明を妨害するような行為に対する制裁としてではなく、あくまでも、裁判官の行う事実確定の枠内において、ZPO286条に規定されている自由な証拠評価に服せしめて制裁を科すべきと考えているようでもある⁵⁸。

第2節 判例の状況

第1款 近時の判例状況

BGH 1984年11月15日判決 [NJW 1986, 59.] 【判例①】

【事実】H-Hofという建物（以下、本件建物という）は、1921年に彫刻家・画家・建築家であるH氏により、私的なアトリエ兼住居として建築された。この建物の寝室には、H氏が天井照明として製作したボード（Platt）があった。1972年に原告は、本件建物を荒廃した状態で購入した。そして、この建物の中に6つのアトリエ住居（Atelierwohnung）を作るために改装及び改築を行った。この際、寝室にあったボードは取り外されたが、原告曰く、このボードは計画当初、再利用する予定であり、そのために、いわゆる円形地下室にこのボードを置いていた、と。1974年の夏に、原告は経済的な苦境に陥っていた。そこで、原告は当時の婚約者（現在の妻）に口頭で、このボードを贈与することにし、これによって、債権者の介入を防ごうとした。1974年の

54 453条 [当事者尋問における証拠評価]

裁判所は、当事者の証言をZPO286条に基づいて自由に評価しなければならない。当事者が証言あるいは宣誓を拒絶した場合には、ZPO446条を準用する。

55 454条1項 [当事者の欠席]

当事者が、当事者尋問もしくは当事者宣誓のための特定の期日に欠席した場合、裁判所はあらゆる状況、特に、場合によってあり得る欠席理由についての当事者からの申立てを考慮し、自由な裁量により、陳述を拒絶したものとみなすべきかどうか判断する。

56 Adolff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung (2007), S. 283.

57 Adolff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung (2007), S. 282.

58 Krautstrunk, Beweisvereitelung (2005), S. 193.

11月には、1973年の秋に登録された抵当に基づき、本件物件に対する強制管理が行われた（この時、被告が強制管理人に選任され、1974年11月29日から1979年8月15日まで強制管理人を務めた）。また、この当時、本件物件の改修工事は部分的に終了しており、すでに完成した部分は賃貸人に賃貸されており、他の部分も、賃貸を目前に控えていた。原告の説明によれば、かつての寝室にあったボードがあったとされる円形地下室は、1974年と1975年の年の変わり目に、賃貸人により占有されており、その場所でガラス精錬が行われていた。そうこうしている間に、かつての寝室があった部分の東側が完成し、賃貸人に引き渡されていた。1974年12月7日に被告は本件建物を訪問し、1975年1月11日に再度訪問し、原告の目の前で円形地下室の検証を行っているが、被告は原告が保管していたと主張するボードに注意を向けることもなく、原告及び原告の妻も同様であった。被告は、検証の終了及びその際に確認したことを執行裁判所に報告した。しかし、被告は確認されたこと——差し押さえがどの付属物に及ぶか——に関する記録を残さなかった。

【判旨】民事訴訟法は証明妨害に関する一般的規定を設けていない。しかし、証明妨害と言われうる状況を包摂する個々の規定が存在する（ZPO 427条・441条3項3文・444条・453条2項・454条1項参照）。こうした個々の規定やBGB 242条の原則に基づいて、判例及び文献は、一般的に証明義務を負う相手方の立証を有責的に不可能にさせたという場合に証明妨害の概念を用いる。このような立証を有責的に不可能にさせたことは、訴訟中あるいは訴訟前に意図的もしくは過失的行為——既存の証拠方法を破棄ないし不当に渡さないといった行為——により行われうる。しかし、事後に、立証に必要なことを予め認識しえたはずであるにもかかわらず、証拠方法を保存しておかなかった場合には、少なくとも過失による事案解明の不作为は、証明妨害といえる。このような証明妨害の場合については、BGHの判例及び文献では、統一的な制裁が適用されていない。一部では、当事者の証明妨害行為は証拠評価への端緒（発端）と見られ、一部では、証明責任の転換と結び付けられてきた。また、文献では、証明妨害行為に対する制裁に関して支配的見解が今なお示されていない。・・・場合によっては、被告がメモの不提出により当該時点においてなすべき確認の文書化義務に違反しているということも考慮される。

しかし、被告は訴訟において特定の建物の一部の存在の解明を予測できなかったのである。このような記録作成義務違反の場合には、BGHは、証明妨害行為により有責的に事案解明が妨害されたことに直面して、事実審裁判官の裁量により相手方の義務違背的行為についての部分的な立証責任を被害者に要求することがもはやできない時、証明責任の転換に至り得る立証軽減を許容している。[以下、要約] もっとも、本件では、原告や原告の妻がボードの存在を指摘していれば、被告はメモを残していたかもしれない。しかし、原告らはそのような指摘をしなかったのである。このため、被告の書面化義務違反は証明妨害行為とは評価しえないのである。

BGH 1993年2月10日判決 [BGHZ 121, 266] 【判例②】

【事実】1985年7月28日に母親Rから生まれた原告は、被告に対して、父親であることの確認及び定期的な扶養料の支払いを求めて訴えを提起した。原告の主張によれば、被告は乗馬施設 (Reitanlage) を経営し、1986年秋まで原告の母親Rを雇用していた。この間、1979年3月から1986年4月まで被告と原告の母親とは親密な——通常は性交渉を行うぐらいの——関係を維持していた。

区裁は、証人として原告の母親を尋問した。なお、この母親は、法律上の受胎期間内——1984年9月29日から1985年2月28日まで——に被告と幾度となく性的関係を持ち、かつまた、被告により指名された複数の性交渉証人 (Mehrverkehrszeuge) のWとOにより性的関係をもったことを否定されている。その後、血清学上の鑑定が命じられたが、この結果は、被告が血液鑑定によって原告の父親であることを排除するものであった。もっとも、この血液鑑定は2名のドクターにより行われたが、検査の際には、身元確認に関する連邦保険局の指針の要求を満たさずに行われた。他方で、以前、1978年に被告に対する父親であることの確認訴訟において行われた血液型検査結果では、被告が父親であることから排除されず、むしろ、父親であることの蓋然性が98.95%であった。そこで、区裁判所は、HLA型鑑定を行うべく、被告に対して、さらなる血液採取を命じたが、被告は拒否した。区裁判所は、中間判決によって、被告の拒否は正当化されないものと判断した。被告は即

座に抗告をなし、取消しを求めた。結局、区裁判所は、鑑定人に被告の強制的採血を命じたものの、被告が応じる気配がないので、区裁判所は、被告の行為が証明妨害行為として評価されうことを示唆した。1989年2月27日の判決により、訴えは認容されたが、この判決は証明妨害に依拠したものであった。被告は控訴したが、この控訴審で被告は、重大な心臓疾患のために採血には期待可能性がなかったということを引き合いに出した。控訴裁判所は、中間判決をなし、これによると、被告は採血が必要となる医療上の治療が行われた際には採血が期待できるものとされた。それでも被告は採血の拒否に固執し、かかりつけ医に対しても第三者による鑑定に回すことを禁じた。被告は控訴裁判所によって命じられた血清学上の鑑定への協力も拒否し、さらなる検査に対する準備がないことをも明らかにした。さらに被告は、専門医による証明書を提示した。これによると、被告にあっては妄想症による不調があり、このため新たな血液検査も遺伝学的鑑定も強要しないように医学上忠告するものであった。控訴裁判所は、新たに子の母親の尋問により、被告の控訴を棄却した。このため、被告が上告した。

【判旨】[被告の] 反駁は2つの事実審において解明されることはなかった。この原因は被告の行為にあり、区裁判所の判断と一致して証明妨害とみなすべきである。これまでの鑑定において判定された血液が実際には被告の血液であったかどうかという問題は、身元調査に関する連邦保険局の適切な指針の順守のもとで被告についての他の血液検査の実施及び判定によって問題なく、かつ疑いなく明らかにされ得る。しかし、被告はそのような血液検査の実施を拒絶したのである。被告の行為は、被告が本件手続において当初より法律による身元証明を伴う規則通りの血液検査の実施の妨害を狙っていたということを示している。・・・被告の行為が証明妨害と評価されうということ裁判所の指摘に被告は目を向けることはなかった。また、被告は控訴審においても血液検査をさせることの拒絶をなお続けたのである。・・・最終的に被告は幾度となく、あらゆる方法の鑑定の実施に対して何らかの協力をする用意のないことを表明していた。・・・また、控訴審が証明妨害の法的思考に基づいて拒絶された血液検査、血液検査に基づく遺伝学的鑑定、それ以外のものを考慮に入れて被告を取扱ったという点に異議を唱えるべきではない。

BGH 1994年2月1日判決 [NJW 1994, 1594] 【判例③】

【事実】原告は、1989年1月11日に妊娠週26週目で、D病院で帝王切開により出生した。この帝王切開は、原告の母親に胎盤の障害があったために行われたものである。出生後すぐに原告は、第三被告が運営する小児科病院で挿管された状態 (in intubiertem Zustand) になり、その病院の集中治療室で保育器に寝かされ、人工呼吸器を装着していた。当初、原告の体温は35.8度であったが、約2時間後には、37.5度にまで上昇した。その後は37度を維持していた。1989年1月13日の昼、主任医師の第一被告は、原告の抜管 (Extubation) を決めた。その日の午後6時ごろ、原告の体温が35.8度まで下がったが、第一被告は午後7時ごろの回診に際して、この事実を知らされている。午後8時15分には、集中治療室で夜勤の看護師として働く第二被告が、低体温を克服すべく、熱いお湯を入れた2つのゴム製湯たんぽを保育器の中に原告から離して置いた。午後8時50分に頻脈アラーム (Tachycardialarm) が鳴ったため、保育器の中を再確認した。すると、湯たんぽの3cmほどの裂け目から内容物がほとんど漏れ出しており、原告の左足を覆っていたガーゼに浸潤していた。これによって生じた原告の火傷は、後に、足を部分的に切断しなければならぬ状態を生じさせた。検察庁は、過失傷害が疑われるとして捜査を開始し、問題となった湯たんぽを押収した。押収された湯たんぽには、「1989年1月13日の事故容器 破棄するな!」というラベルが貼られていた。捜査の終了後、検察庁は、行政の部局長である第三被告に対して、書面で湯たんぽの返却を放棄するかどうかにつき照会した。この第三被告は、1990年4月19日、保管物件を破棄させる目的で、部下に電話により、この照会に対しての肯定 (放棄するとの返答) をした。原告は、被告らは連帯債務者として、1989年1月13日に生じた火傷及び今なお生じているすべての実体的・非実体的な損害を賠償する義務を負うとの確認を求めた。地裁は、第三被告に対する訴えを容認し、第一被告及び第二被告に向けられた訴えを棄却した。原告は控訴したが、控訴裁判所は、連帯債務者に第一被告を含める判断をした。これに対して、第三被告は訴えの棄却を求めて、第一被告は地裁の判決を回復するよう、それぞれ上告で求めた。

【判旨】過失による証明妨害の際の証明責任の転換は、ZPO444条の適切な

利用において確かに可能なものである。[過失による証明妨害が認められる]要件は、後に証拠方法として考慮される対象物を破棄もしくは破棄させた者が、破棄の前にすでに当該対象物が証明機能を有していた、との認識で足りる。本件では、確かに、第一被告には湯たんぼの証明機能を認識しえたことが前提とされるべきである。しかし、控訴裁判所によって適切に確定されたところによれば、第一被告は、湯たんぼが破棄されたことに関わっていない。湯たんぼの破棄に関しては、部下に保管されている湯たんぼの返還を放棄すると返答させた第三被告が責めを負うべきである。第三被告には、照会の理由に関して、検察庁が引き続いて湯たんぼを保管しないということが明らかであったはずである。第三被告には、行政の部局長としての自らの行為が帰責されるべきであるから、控訴裁判所がその責任を正当に是認したのである。

BGH 1995年11月21日判決 [NJW 1996, 779] 【判例④】

【事実】1984年8月30日、原告はドイツ連邦国防軍中央病院 (Bundeswehrzentral Krankenhaus) において、私費患者として、胆のうにある石と総胆管にある石の除去手術を外科医のL教授に執刀してもらった。その1ヶ月後、レントゲン検査により、別の胆石があることが確認された。検査翌日には、洗浄と薬剤投与による治療が試みられたが、失敗に終わっている。このため、9月10日に再度、L教授の指導のもと、原告は開腹手術を受けた。この際、十二指腸が切開されたが、総胆管の出口が裂けたため、この手術での胆石除去はできなかった。12日になって、原告がすい臓の炎症を起こし、集中治療室へ収容された。この日に再度、開腹手術が行われ、19日には別の開腹手術が行われた。20日になって、原告の容体がおもわしくなかったために、大学病院へ転送された。この大学病院で、22日に、再手術が行われた。原告は、ドイツ連邦国防軍中央病院の代表者たるドイツ連邦及び主任医師L教授に対して訴えを提起し、1984年8月30日から1986年10月17日までの間の慰謝料を請求した。

原告は、執刀医のL教授は、1984年の8月30日の手術の際に、後に確認された胆石を手術の間に撮影されたレントゲン写真で認識しえたにもかかわらず見逃した、と主張した。しかし、このレントゲン写真については、当事

者間で争いがあり、かつまた、発見されることはなかった。地方裁判所は訴えを棄却し、原告の控訴も成功しなかった。そこで、原告は上告によって、さらに訴えの認容を求めた。

【判旨】手術中に作成されたレントゲン写真がないために、過失の証明を行うことはできない。これと同時に、原告が主張するように、大学病院への転送の際に一緒に送られた当該レントゲン写真が被告のスタッフにより紛失されたものかどうか明らかにされていない。このため、証明妨害の原則を、証明責任を負う原告の有利になるように適用することはできない。被告は、当該レントゲンをマイクロフィルムに保管しておくような義務は負っていないのである。

BGH 1997年6月17日判決 [NJW 1998, 79] 【判例⑤】

【事実】1988年12月に、S 会社は電子装置と資材（総重量14,033kg）を中国へ向けて発送した。輸送体制は、K 会社に委ねられており、原告は N から S への空輸を委ねられていた。1988年12月6日に木箱——長さ2.9m 高さ2.5m 幅0.85m 重量1,135kg——は、約10cm動かされていた。さらに、木箱がフォークリフトから輸送用台車へ落下した。事故委員会は損害なしと判断し、当該木箱は N から P 経由で S へと空輸された。1989年初頭に、圧延工場 B において、木箱で輸送された配電盤は著しく破損していたということが確認されている。損害の報告は1989年1月6日と30日に行われた。本件訴訟の前に、S 会社の輸送保険会社が原告に対して償還請求を行った。地裁は原告に60,722ドイツマルクと利息を支払うよう命じた。控訴及び上告も成果がなかった。この手続において、原告は本件訴訟の被告に対して訴訟告知している。本件訴訟では、原告が被告に対して、輸送における損害の賠償（60,722.5ドイツマルク）と弁護士費用（22,333.7ドイツマルク）を求めた。地裁は輸送における損害の賠償を認めたが、その他は棄却した。原告及び被告の控訴に基づき、控訴裁判所は、さらに17,063.11ドイツマルクの支払いを認め、その他は控訴を棄却した。原告及び被告が上訴した。

【判旨】ZPO は事実関係の解明に関する協力が不十分あるいは有責的証明妨害の効果に関して、一般的な規定を置いていない。しかし、判例及び文献

では、ZPO の各条文や BGB242条の個々の規定から導かれる一般的原則を作り上げている。これによれば、証明妨害の概念は一般的に、証明義務を負う相手方に何者が有責的に立証を困難または不可能にさせるような事例に適用される。証明妨害は、既に存在する証拠方法の破棄や不当に渡さないという故意または過失 (gezielt oder fahrlässig) 行為により、訴訟前あるいは訴訟中に行われる。しかも、既に生じている損害結果を解明することへの過失による不作為——解明義務を負う者が後の立証に必要であることを認識しなければならなかったにもかかわらず、証拠方法を整えておかなかった——という形で存在する。このような場合、BGH は、状況によって証明責任の転換に至り得る立証軽減を認めてきた。・・・本件では、控訴裁判所が見誤っていないように、原告は証拠保全に協力する義務を負っている。この義務は、契約の付随義務 (BGB242条) として、請負契約を履行する際に被告の部下によって損害の発生が生じさせられたということから生ずる。控訴裁判所がこれまで確定したことによれば、本件では、少なくとも P 経由での中国への貨物の再輸送の際に損害原因の確定が疑わしいものでありえたため、可能性のある証拠方法の慎重なる保全が必要であった。[以下、要約] 本件では、原告は期待可能な証拠保全措置を怠ったのであるから、控訴裁判所は ZPO 286 条の自由心証の枠内で証拠調べの結果を再検討するべきである。このため、本件を控訴裁判所に差戻す。

BGH 2000年6月21日判決 [VersR 2000, 1133] 【判例⑥】

【事実】原告の夫は、1996年4月14日に（理由は明らかでないが）車を運転中に木に衝突した。この事故の際に、頭蓋骨に重大な傷害を受けた。これ以降、彼は、失外套症候群 (apallisches Syndrome) にかかり、彼は、自らのことが何もできない状態となったため、後見裁判所は彼に付添人を選任しなければならなかった。ところで、夫についての事故保険契約は、1996年4月12日開始とされ、しかも、その日を保険開始希望日として示されており、夫による署名もしてあった。この保険の申込みは、様々な保険会社との取次をしている O 会社で働き、しかも夫と懇意であった H という人物により、O 会社の本社へ届けられた。そして、当該申込書は、そこから被告保険会社に郵

送され、1996年4月23日に到着している。被告保険会社は、同年4月27日に当該申込書をマイクロフィルムに焼き映して原本を廃棄した。同日には、被告保険会社は、保険証書を交付している。その後まもなくして、本件事故後に事故が届けられたものであるが、被告保険会社は、事故後に保険契約が有効であり、日付は後から記入されていること、夫の署名がねつ造であること、などを理由に事故の損害補償を拒否した。これに対して、原告は、夫が本件保険契約時とされる日に自ら署名し、Hに手渡していると主張した。地方裁判所は、被告保険会社が保険による保護を継続しなければならないと確認し、訴えを認めた。控訴裁判所は、被告の控訴を却下した。これに引き続き、被告は、上告により訴えの棄却を求めた。

【判旨】被告は、マイクロフィルムに写した後で原本を廃棄することで、原告が署名の真正さを証明することを困難にさせた。[もっとも] 一方当事者が証明義務を負う相手方に非難可能な態様で立証を困難にさせたことを要件とする、原告によって援用された証明妨害の原則が介入するかどうかについては、依然としてはっきりしないままである。実際には、保険者が、事務処理上の合理化 (die bürotechnischen Rationalisierung) という理由から、保険契約申込書の原本をマイクロフィルムに写した後に破棄するという権利を有していたとしても、あるいは、このため、被保険者との関係において義務違反を非難することができない場合であっても、保険者は、破棄によって生じた被保険者の署名の真正さについての証明不可能を利用することはできない。自己の[合理化の] メリットのために、マイクロフィルムに写すことや保険申込書の破棄を行う保険者が、こうした自らの行為によってもたらされた証明の不利益を被保険者に押し付ける場合には、これは、許されない矛盾行為 (BGB242条) である。このため、保険者が、原本が存在しないために引き起こされた被保険者の証明困難を引き合いに出すことは許されない。本件のように、保険者の側で偽造の証明が出来ないのであれば、結局のところ、被保険者は真正さの証明に成功した状態におかれるべきである。

BGH 2003年9月23日判決 [NJW 2004, 222] 【判例⑦】

【事実】原告は、自動車マイスターであり、被告は主として自動車工場を経

営する会社の業務執行者である。両当事者は、1996年7月22日に組合契約に署名した。この契約によれば、さしあたり3カ月の期限で合同して民法上の組合になるというものであった。組合の目的は、事故車の買取りの営業、その修理及び再生、その後の販売という仕事のためであった。組合契約の3項によれば、互いに20万ドイツマルクを払い込むものとされていた。1996年10月、原告は被告に24万ドイツマルクの小切手を振り出し、1996年4月24日に被告の経営する会社の口座に貸方として記入された。1996年11月には、被告は原告から16,000マルクならびに2,000マルクの小切手による支払いを受けた。原告は、利息を加えた533,500ドイツマルクの支払いを被告に求める判決を求めた。原告は次のように主張した。すなわち、原告は1996年7月から11月までの間に、総額533,500マルクを引き渡した。500,000マルクを受領に関して、被告は1996年10月22日に領収書にサインしている。被告は、総額533,500マルクを受領を、両当事者の共同作業の終了による1996年12月4日の債務書証裏書 (Schuldscheinbestätigung) によって認めている、というものである。他方において、被告は、1996年10月22日に領収書ならびに債務書証裏書の署名の真正さを争い、240,000マルクは1996年10月25日に返済し、領収書が出されたことも主張した。さらに、16,000マルクならびに2,000マルクの小切手による支払いは、原告の既存の債務の弁済のために行われたものであること、そして、さらなる支払いの受領は否認した。

【判旨】証明妨害は、一方当事者が証明義務を負う相手方の立証を有責的に困難もしくは不可能にさせた場合に認められるものである。証明妨害は、訴訟前または訴訟中において、既に存在する証拠方法の破棄や不当に渡さないという故意または過失による行為によって生じ得る。しかも、既に生じている損害結果を解明することへの過失による不作為——解明義務を負う者が後の立証に必要であることを認識しなければならなかったにもかかわらず、証拠方法を整えておかなかった——という形でも存在する。証明妨害の主観的要件は、2重の責任非難 (Schuldvorwurf) が要求される。つまり、責任は、証拠物件 (Beweisobjekt) を破壊ないし奪うこと、証明機能を除去すること、この両方に関係していなければならない。すなわち、現在あるいは将来の訴訟において相手方の証拠状態に影響を与えることに関係していなければなら

ないのである。控訴裁判所によって法的瑕疵のない適切な確定は、被告による故意の証明妨害に有利に作用する。その確定によれば、被告は意図的に鑑定人による鑑定をもってしても偽造の抗弁を論駁しえないような非常に多種多様かつバリエーションに富んだ方法で自らの署名を行っていた。・・・被告によって意図的に作り出された、自らの署名が常に表面上真正でないということ引き合いに出すことが出来る可能性は、相手方の立証を不可能ないし困難にさせることに向けられている。これと同時に、立証軽減が原告の助けとなるかどうか、あるいは、どの範囲で役に立つかどうかという問題に取り組む控訴裁判所がきっかけにしたに違いない故意による証明妨害は存在する。・・・控訴裁判所は、まず、控訴裁判所の確定によれば認められる被告の署名に関する証明妨害に関して、立証軽減が原告の助けとなるかどうか、あるいは、どの範囲で役に立つかどうかという点を検討しなければならない。それと同時に、故意による証明妨害の利用にあっては、訴えが更なる証拠調べを行うことなく請求を認容するべきかどうかとも考慮しなければならない。

BGH 2005年1月12日判決【BGHZ 162, 1】 【判例⑧】

【事実】原告は、1994年10月20日のS町の記録では父であることが認められる。そこで、S市青少年局は、原告が1994年10月13日生まれの子供の法律上の父親であるとした。原告は、2001年に父子関係取消の訴えを区裁判所に起こした。その訴訟では、原告は自己の減退した生殖能力に関する専門家の意見を引き合いに出したが、訴えは棄却され、引続く控訴審でも、確定力ある判決によって訴えは棄却された。その後、原告は、新たな取消訴訟を提起した。これが本件訴訟である。本件訴訟では、原告は、自らが2002年10月21日に行かせたDNAの父性解析を引き合いに出した。もっとも、このDNA解析は専門家によるものでもなく、しかも、子供の母親の同意も得ていないものであった。また、2002年11月1日の別の私鑑定によると、100%の確実性をもって、原告が子供の父親であることを除外するものであった。原告が主張する限りでは、検査の基礎資料は、1つは唾液であり、もう1つは被告によって利用されたチューインガムであった。被告の代理人は、鑑定の利用に異議を唱えていた。

区裁判所は、原告の取消の訴えを棄却した。控訴裁判所も原告の控訴を棄却した。このため、原告は許可された上告によって当初からの要求を求めた。

【判旨】被告の母親及び法定代理人が後から DNA 鑑定を承諾すること及びその利用に同意することを拒否したことそれ自体が取消訴訟に説得的な疑いを引き起こすことの理由づけにはならないし、拒絶は証明妨害でもない。・・・[確かに] 母親や子どもが DNA 鑑定に協力することを拒むということのみを取り上げれば、事案の状況に応じて父親ではないことの疑念の端緒を根拠づけうる。[しかし、] 裁判外での鑑定に協力することを拒むことを明らかにした場合であっても、鑑定の実施が関係者の意思に反するため予め自発的な秘密の暴露を拒否するときにあっては、基本権を保護するであろう情報が常に裁判所の証拠調べ手続の枠内に委ねられるべきという推論により、そのような疑念は弱められる。

BGH 2005年11月23日判決 [NJW 2006, 434] 【判例⑨】

【事実】2003年1月21日、原告は中古車販売業を営む被告から、私用目的の乗用車（初度登録1994年4月、購入当時の走行距離：191,347km）を4,500ユーロで購入した。このとき、売買申込書には手書きで「保障あり」との記載があった。走行距離197,723kmの時点で、ターボエンジンに不調が起こった。そこで、弁護士の書面により、期間を定めて被告に無償修理を求めた。しかし、被告には反応が無かった。原告は、やむを得ず、別の会社にターボエンジンの取り替えを依頼し、1,303.38ユーロを要した。そこで、原告は、前述の修理費用と諸経費を合わせた1,328.38ユーロと利息を求めて訴えを提起した。さらに、訴え提起後には、走行距離209,428kmの時点で、エンジンが故障した。そこで、2003年7月19日に弁護士の書面にて、被告に無償での修理を要求し、車の引取りまで求めた。さらに、原告は、全損害額総額55,150ユーロから原告の使用利益を控除した、5,972.38ユーロと利息を被告に請求し、さらに、車の返却も主張した。その上、被告が受領遅滞の状態であることの確認も求めた。

【判旨】BGH の確立された判例によれば、当事者が証明義務を負う相手方に立証を有責的に困難もしくは不可能にさせた場合、ZPO の各規定 — 427

条・441条3項3文・444条・446条・453条2項454条1項——及びBGB242条からの法的思考の適用領域において証明妨害が存在する。証明妨害は、既に存在する証拠方法の破棄や不当に渡さないという故意または過失による行為によって、訴訟前あるいは訴訟中に行われる。責任は証拠物件の破壊あるいは奪取と証拠機能の除去の両方に関係、つまり、相手方の証拠状態(Beweislage)に対して、現在または将来の訴訟に不利な影響を与えることに関連していなければならないのである。このような場合、証明妨害の結果として、場合によっては証明責任の転換に至りうる立証軽減が考慮される。本件では、原告の行為は過失の証明妨害の要件を満たす。原告は、認識することができ、しかも、適切な指示により、欠陥のあるターボエンジンの交換を委託された工場が、交換したターボエンジンを取っておかなかったという事態は避ける事ができた。・・・交換の当時、原告は可能性として考えられる被告に対する損害賠償請求訴訟において欠陥のあるターボエンジンが証拠方法として必要とされ、このため保存しておくべきことを考慮するべきであった。・・・少なくとも、原告の証明妨害により完全な証明を妨げられた被告には立証軽減が認められる。ターボエンジン内の座金(=ワッシャー)の欠陥は、自動車の長年にわたって、しかも、大きな機械運動による瑕疵のない通常の摩耗の結果である。

BGH 2008年10月23日判決 [NJW 2009, 360] 【判例⑩】

【事実】被告は、2000年5月に4階建て駐車場ビルの建築を原告会社に委託した。ところが、同年8月に4階部分の瑕疵が見つかり、被告は原告に対して幾度となく瑕疵の除去を求めていたが、何も行われることなく、最終的に被告は瑕疵の除去を断念するに至った。同年12月に当事者間で、原告会社の作業、とりわけ4階部分のコンクリート表面の瑕疵に関して留保することで折り合いが付けられた。その後、原告会社が倒産し、原告会社の破産管財人が、残余報酬を被告に請求したが、被告は、4階部分の瑕疵の除去にかかる費用と相殺する旨を主張した。地方裁判所は、原告の残余報酬請求を正当なものとし、瑕疵の除去にかかった費用及び補償留保分を控除した部分で請求を認容した。控訴裁判所も原告の請求を認めた。もっとも、控訴裁判所

は、瑕疵の除去に関する費用の書類が不完全なことによる証明妨害を認めることは、最上級審の教示が必要であるとして、上告を認めた。

【判旨】証明妨害は様々な形で生じる。証明妨害は、一方当事者が証明義務を負う相手方の立証を有責的に困難もしくは不可能にさせた場合に認められるものである。証明妨害は、訴訟前または訴訟中において、すでに存在する証拠方法の破棄や不当に渡さないという故意行為により生じ得る。控訴裁判所が適切に認めているように、既に生じている損害結果を解明することへの過失による不作為——解明義務を負う者が後の立証に必要であることを認識しなければならなかったにもかかわらず、証拠方法を整えておかなかった——という形で存在する。この原則に従って控訴裁判所が被告の行為を証明妨害と評価したことに、法的瑕疵は認められない。

BGH 2008年11月11日判決 [NJW 2009, 580] 【判例⑪】

【事実】原告は、2005年4月14日、1998年製の走行距離約6万kmの乗用車を購入した。購入価格は27,500ユーロであった。この乗用車は6日後の4月20日に原告へ引き渡された。2005年10月初めころ、原告がさらに1,200kmを走った時点で、被告の工場において修理されたギヤに故障が生じた。この修理に関しては、被告は原告に対して1,071.38ユーロを請求しており、この請求は、契約締結に際の中古車保証に関する取決め——部品に関しては30%の顧客の持ち分とする——に基づき、2005年10月6日に取り付けられた部品に関してのものである。原告は、前記の額を支払っている。ところが、2005年10月13日の訴訟委任の書面によって、ギヤの故障は保証義務の範囲内で被告が無償で行うべきであり、消費財の購入があるために、異なる保証条件は無効である旨を示して、原告は支払った金銭に関する返還請求をした。

【判旨】控訴裁判所は、原告が当時、被告と同じ様に証明の目的のために交換されたギヤを保存しておく機会を有していなかったとの理由で、原告による証明妨害を否定した。このことは、法的な理由をもって異議を唱えるべきではない。

第2款 分析

上記で紹介した判例について、筆者なりにまとめると以下のような表にまとめることができ、分析できよう。

判例 番号	妨害の態様			効 果	備 考
	客観的態様		主観的 態様		
	文書化 義務違反	不作為	過失	証明責任の転換に 至りうる立証軽減	確認方法として、文書化義務 を指摘するが、根拠について は触れられていない。 証明妨害不成立
	血液鑑定 への拒否	不作為	故意	事実の擬制(？)	立証への可能な協力拒否は証明 妨害となる(経験則を適用)。
	証拠物件 の破壊	作為	故意	証明責任の転換(？)	被告が証拠を直接に破壊した 事案ではないが、訴訟前の証 拠保全義務の存在を認めてい る。
	証拠物件 の紛失	不明	不明	言及されず	証拠物件の不存在のみならず、 相手方の廃棄等が証明されな ければ、証明妨害は適用され ない。 証明妨害不成立
	証拠保存 義務違反	不作為	不明	証明責任の転換に 至りうる立証軽減 (裁判官の自由心 証に委ねる)	後に紛争が予期される状況で は、証拠保全義務(契約上の 付随義務)があることを示唆 する。
	証拠(原本) の廃棄	作為	故意	証明責任の転換	一方当事者の都合による原本 廃棄のリスクを相手方当事者 に負わせることは信義則違反 である。
	署名 への細工	作為	故意	立証軽減(？)	主観的要件を2重に要求した。
	血液鑑定 への拒否	不作為	故意	言及されず	原則として立証への協力拒否 は証明妨害であるが、例外も ありうることを示唆する。 証明妨害不成立
	証拠物件 の破壊	作為	不明	証明責任の転換に 至りうる立証軽減	後に証拠として利用する認識 があれば、証拠保存義務があ り、これに反すれば証明妨害 である。
	書類の不備	不作為	不明	言及されず	後に証拠として利用する認識 があれば、証拠保存義務があ り、これに反すれば証明妨害 である。
	証拠物件 の破壊	作為	不明	不明	証明妨害不成立

既に指摘しているように、ZPO では証明妨害に関する一般的規定を欠く。そこで、これを克服するために、BGH は今日に至るまで、ZPO に規定された各条文及び BGB242条から派生する「一般的な法原則」ということに固執してきたように思われる⁵⁹。これをより一般化すると、BGH は次のような法的思考を持ち出したと言える。すなわち、一方当事者が、有責的な態様——故意または過失——で事実の確定を妨害した者は、訴訟法上、当該事実の正確な確定がもはや不可能ということから生じる不利益を負うべきである、との考え方である⁶⁰。

さらに、BGH は、訴訟法上の証拠調べ手続に際して、証明妨害の法理を用いて、とても広範囲に及び協力義務を構成してきたと分析できる。たとえば、文書化義務（判例 ）や証拠保存義務（判例 及び ）である。そして、こうした自己に課せられた義務を拒絶する者は、証明の不利益を負うべきものとされるのである。しかも、こうした義務は訴訟の前段階の範囲にまで広げられることで、後の訴訟が考えられる場合においてのみ証拠方法の調達及び保持の不作为は、しばしば、証明妨害の一部であるとされることになった（判例 ）。さらに、負担をかけずに立証に協力できるにも関わらず、協力しないという状態から、証明妨害の存在を認めている（判例 ）。これは、まさに協力することで立証の成功をおそれていることを是認している証左であり、経験則に基づく判断を認めているものと評価でき、原則として協力への拒否から証明妨害を認めてよいことになる。ただ、協力の拒絶といっても、プライバシーの保護や何に対しての協力を拒むかによっては、証明妨害とは判断しえず、事案の状況を考慮する必要があることを判例は示している（判例 ）。

さらに、判例の掲げる要件をまとめると次のようになる。まず、当然にあるべき証拠物件が存在しないという主張だけでは証明妨害の法理は適用されず、相手方によって廃棄・滅失されたことが証明されなければならない（判例 ）。そして、証明妨害は、そのような行為がなければ事案解明が可能に

59 Lepa, Beweiserleichterungen im Haftpflichtrecht, NZV 1992, 129 135.

60 BGH Urt. v. 27.9.2001, NJW 2002, 85 = VersR 2002, 110.

なったであろう一方当事者の作為または不作為により、立証が不可能にされたこと、あるいは、困難にされたこと、この2つのいずれかが必要になるとする。端的に言えば、何らかの態様で相手方を証明不能状態 (in Beweisnot) に陥れることが要件となる。さらに、過失による証明妨害の場合、後に立証に必要なことを認識していたということで十分であり、とりわけ過失による不作為の場合には、後の立証に必要なことを認識しえたにも関わらず、当該証拠方法を保存しておかなかったということが要件とされる。ただ、証拠保存といっても、一方当事者のもとに証拠物件があり、それが棄滅されたとしても、他方当事者からの指示により証拠保存の必要性を指摘してさえいればその保存が可能であったという場面では、証拠物件の棄滅は証明妨害とは言えない (判例 及び)。この意味では、当該証拠を必要とする当事者に対して証拠物件の慎重な取扱いを促すものともいえる (判例 及び)。実際にも、証拠を必要とする当事者が証拠確保のために何もしないのであれば、証明妨害により生じた結果は協働過失とされ⁶¹、BGH はこうした事例に対して、証明妨害による制裁を認めていないようである⁶²。

ところで、判例によれば、BGB242条を用いて、証明妨害行為を矛盾行為として評価している (たとえば、判例 では、原本を破棄した当事者が原本がないことによって生じる不利益を相手方当事者に押し付けることが信義則違反という)。この場合には、証明妨害が信義則 (BGB242条) と関連付けられることになる。

若干の私見を述べておくと、証明妨害の場合、一方で、一般的に証拠法上の不利益を負わせるために有責的な行為が要求され、他方で、信義則によって矛盾行為で十分、つまり、責任非難を含んでいなくともよいとされるために、そこに理論的矛盾が見られるということは指摘できよう。また、判例は、契約上の付随義務違反という形で解決を示しているが、信義則を根拠に相手方の立証をバックアップする義務、あるいは、不利な影響を及ぼさせないといった義務を生じさせることは、その範囲が明確ではなく、法的安定性に

61 *Gottfried Baumgärtel*, FS Kralik (1986), S. 72.

62 NJW 1976, 1315.

欠けると指摘できる。さらに、判例は、証明妨害の効果として「証明責任の転換に至るまでの立証軽減」に固執してきたような感がある⁶³。

第3節 学説の状況

法律の規定は証明妨害に関して個々に規定を置くという形態であり、様々な形態の証明妨害につき対応できるかどうかが問題となる。このような規定の不備が、一般的制度としての証明妨害法理を形成させる動機づけになっているものと推測される⁶⁴。

以下では、証明妨害の根拠、要件及び法的効果に関する学説を見ていくこととする。

第1款 根拠に関する学説

(1) 法規類推説

ZPO で規定された条文では包摂しきれない状況を既存の条文の類推適用によって解決させようとする考え方がある⁶⁵。つまり、ZPO に規定された条文は、一般的な法的思考として、比較可能な利益状況である限り、法律で規定されていない事例へと及ぼすべきとの考え方を含んでいるとするのである⁶⁶。この説では、とりわけ、ZPO444条を引き合いに出し、当該条文が証明妨害に関する一般的な法的思考が詰め込まれていると考えている⁶⁷。また、この説の特徴として、法律上の規定のみを取り上げることになるため、その

63 このような判例の考え方は、学説の批判に応じる形で、現在のところ放棄されていると見てよいという指摘もある (Rauscher/Wax/Wenzel, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (2008) 3. Aufl., § 286 Rn. 88.)。

64 Vgl. Adloff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung (2007), S. 289.

65 Rauscher/Wax/Wenzel, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (2008) 3. Aufl., § 286 Rn. 90. 最近の判例として, BGH Urt. v. 21.6.2000, VersR 2000, 1133.

66 Krautstrunk, Beweisvereitelung (2005), S. 204.

67 たとえば, Stein/Jonas, Kommentar ZPO 22 Aufl. § 444 Rn. 6; Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Zivilprozessordnung (2009) 67. Aufl., § 444. Rn. 5; Zöller, ZPO § 444 Rn.1; Musielak, ZPO § 444 Rn. 1; Rauscher/Wax/Wenzel, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (2008) 3. Aufl., § 444 Rn. 1. では, 444条が証明妨害に関する一般的な法的思考を含んでいると解説されている。

都度、法律上の説明を置くべきとの考え方を提供することになる⁶⁸。なお、後述するように、*Rosenberg* は経験則説に立脚するが、彼は ZPO444条に書かれた経験則が訴訟法上の証明妨害を斟酌する法的根拠になるとする点においては、結果として、彼は法律上の規定を類推する説を主張するとして、この説に含む評価もありえる⁶⁹。

もっとも、こうした考え方には次のような批判がある。例えば ZPO444条には、故意による文書破棄が定められるが、仮に当該条文を類推する場合、過失は考慮されることがないとの指摘であり、このことは、とりわけ訴訟前における軽過失 — 不注意な保管 — での証明妨害と関係する⁷⁰。というのも、証明妨害については、過失で十分であるとの認識が支配的であるため、こうした支配的見解とは矛盾することになるからである。

(2) 義務違背説

証明妨害を訴訟法上もしくは実体法上の協力義務や事案解明義務の違反として理解する見解がある⁷¹。この見解は、前説とは異なり、ZPO444条以外に、427条や441条3項を引き合いに出し、これらの諸規定が以下の様な証明妨害の原則を含んでいるとする⁷²。すなわち、法は、有責的証明妨害が訴訟法上制裁を科されるべき非難される行為であるとしていること、の場合、証明妨害行為の制裁のための要件は、常に、証明責任を負わない当事者による実体法上もしくは訴訟法上の協力義務違反であること、この2つを強調する。

ただ、上記の原則からは、あらゆる証明妨害につき制裁が科されるということは帰結できず、協力義務違背が認められる場合にのみ、証明妨害に対する制裁が科されうることになろうか。この説に立てば、結局のところ、先に挙げた ZPO の諸規定は、全ての証拠方法について類推適用が妥当しう一

68 このような考え方によれば標準化された事例を指摘しうる。たとえば、(Vgl. *Krautstrunk*, Beweisvereitelung (2005), S. 238 ff.)

69 *Krapoth*, Rechtsfolgen (1996), S. 9 f.

70 *Baumgärtel*, FS Kralik (1986), S. 64.

71 *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO 22 Aufl. § 286 Rn. 7.

72 Vgl. *Krapoth*, Rechtsfolgen (1996), S. 10.

般的原則を規定しており、これらの規定を他の証拠方法の場合にも類推的に適用しうるとするが、やはり当事者の協力義務違背が要件とされよう。したがって、この説の重要な視点は、協力義務がいかなる場合に存在するかという点に絞られる。もっとも、この説を主張する論者の間でも、協力義務違背の要件を巡って争いがあり、とりわけ、証明妨害として制裁が科されうるのは、特別な実体法上ないし訴訟法上の協力義務に違背する場合なのか、それとも、一般的な訴訟法上の協力義務に違背する場合なのかにおいて、見解の対立が見られる⁷³。ともあれ、この見解に立脚すれば、証明妨害は、協力義務に違背することが要件とされ、どのような条件の下で証明妨害が認められるのかという義務の根拠づけが重要となるであろう⁷⁴。

以下では、この説に立脚する代表的な2人の見解を紹介し、それを詳しく見ていくことにしよう。

① *Peters* の見解（協力義務）

*Peters*⁷⁵は、一方当事者に協力義務を課せられた場合における証明妨害が、妨害当事者にとって不利益に評価されると考えている。そして、協力義務が一連の訴訟法上の条文——たとえば、ZPO 372a 条——から導くことができるとし、特別な条文が及ばない事例の場合には、ZPO 138条の真実義務や完全義務に法的根拠を見出そうとする。

Peters の問題関心は次の点から出発している。つまり、判例及び学説は、有責的証明妨害がなされるとすぐに制裁という問題を考えるが、証明妨害により何故に相手方に帰責されることが許されるのかという、その理由が問題であると考えており、証明の相手方に責任のないことを負わせるという感情的判断では十分ではないと指摘する⁷⁶。そして、ZPO の本来的構造からすれば、証明の相手方には、他方当事者の立証の際に協力するというようには決

⁷³ Krapoth, Rechtsfolgen (1996), S. 11.

⁷⁴ Krautstrunk, Beweisvereitelung (2005), S. 206.

⁷⁵ Egbert Peters, Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß (1966), S. 1 ff; Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, ZJP 82 (1969), 200.

⁷⁶ Peters, ZJP 82, 200, 205.

して扱われないと言う⁷⁷。さらに、協力義務の存在を考慮することなく、あらゆる証明妨害から証明の相手方に不利益な推論を導き出すのであれば、ZPO 422条、423条、444条、441条3項の規定は不要ということになる、と。

そして、協力義務は3つの視点から存在すると主張する。

実定法から生ずる場合：ZPO 422条はこの可能性を際立たせる。書証やそれ以外の物の引き渡しや提出のために、証明の相手方の実定法上の義務が生ずる。また、特別な証拠保持義務に関する取決め（Vereinbarung）によっても生じるとする。さらに、信義則（BGB 242条）によって協力義務が生ずる場合も指摘する。

訴訟法上の法原則から生ずる場合：必ずしも全事例を含むものではないが、資料収集の際に当事者の一般的協力義務を肯定する⁷⁸。この義務は、検査義務（372a条）、証拠提出義務（423条）、から導き出される。

真実義務・完全義務（138条）から生ずる場合：これは、実体法上でも訴訟法上においても協力義務が導きえない場合には、たとえ証明の相手方に不利に作用したとしても、資料収集に寄与することを強制する。このことから、大きく広げられた協力義務により、資料収集の際の両当事者の一般的協力義務を帰結するのである⁷⁹。

そして、*Peters* は ZPO の本来的構造から離れた一般的協力義務を正当化するために、検査義務（372a条）や当事者尋問において相手方の有する知識を立証者が利用する可能性（445条以下）を援用する⁸⁰。もっとも、一般的協力義務は両当事者の全ての訴訟行為（Prozeßverhalten）を規律するものではない⁸¹。証明の相手方は、真実義務に基づき、あるいは、当事者尋問の方法で、協力しなければならないとする⁸²。

77 *Peters*, ZJP 82, 200, 205. あくまでも、書証の妨害は証明の相手方が立証に協力する義務を負う場合に証明の相手方にとって不利に評価できるものであって、ZPO の本来的構造はこのようにはっきり（eindeutig）しているという（S. 206.）。

78 *Peters*, ZJP 82, 200, 208.

79 これについて、*Peters* は *F.v.Hippel* の主張する学説に依拠しているようである（Vgl. *Peters*, ZJP 82, 200, 208, Anm. 59 und 60.）。

80 *Peters*, ZJP 82, 200, 208.

81 Vgl. *Peters*, ZJP 82, 200, 208, Anm. 60.

82 *Peters*, *Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß* (1966), S. 103.

訴訟法上の協力義務——書証や検証対象物を提出する義務——が証明の相手方に課されることは、疑うことができない⁸³。こうした義務から、相手方が立証者に証拠を利用させない、あるいは立証者に資料を与えない、といったことを不適切なテーゼとして示す⁸⁴。相手方が協力義務を拒んだ場合には、427条や446条が類推されるとする⁸⁵。さらに歴史的な背景にも言及し、協力義務は、当事者に向けられた誠実に訴訟追行を行うための要請から生じており、大陸ヨーロッパ法の改革は、その出発点が例外規定の発展を目的としている点をも指摘する⁸⁶。

こうした *Peters* の見解には次のような批判がある。すなわち、ZPO 138条は、そもそも証拠の提出と関係のないものであり、法は相手方の立証の際に一般的協力義務を認めてないこと⁸⁷、証明妨害の法的根拠を訴訟法上の一般的協力義務にあると見る場合、訴訟における行為のみが考慮の対象になり、訴訟前における作為及び不作為が考慮の対象とならないこと^{88,89}、などが指摘される。また、法律自体が相手方の協力義務を定めていない以上、この考え方には無理があるとの批判がある⁹⁰。

② *Stürner* の見解（事案解明義務）

これに対して、*Stürner* は証明妨害行為の法的根拠を広範囲に及ぶ訴訟法上の事案解明義務にあるとみる⁹¹。*Stürner* によれば、当事者は、敗訴するり

83 *Peters*, ZJP 82, 200, 209.

84 *Peters*, *Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß* (1966), S. 106.

85 *Peters*, *Ausforschungsbeweis im Zivilprozeß* (1966), S. 111.

86 *Peters*, ZJP 82, 200, 210.

87 *Baumgärtel*, FS Klarik (1986), S. 65.

88 *Ua Gehardt*, AcP 169, 289, 297.

89 具体的には、訴訟前の書類破棄ないし定期的な書類破棄の際に不都合が生じる。

90 BGH NJW 1958, 1481, 1482; *Arens* ZJP 96, 1, 4; *Baumgärtel*, ZJP 69, 89, 105; *Hanns Prütting*, *Gegenwartsproblem der Beweislast* (1983), S. 137.

91 *Rolf Stürner*, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses* (1975); *ders*, *Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß*, ZJP 98 (1985), 237. なお、ZJP 98 S. 237 ff.に掲載された論文については、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つての当事者の義務——証明妨害理論にもよせて——」民雑32号（1986年）101頁以下に翻訳が掲載されているため、もっぱらその翻訳に頼ったほか、安井英俊「事案解明義務の法的根拠とその適用範囲」同法58巻7号（2007年）505頁以下も参照した。

スクを有するからこそ、訴訟における事案解明に協力するように駆り立てられると指摘する⁹²。そして、いずれの当事者も法的に重要で、かつ具体化されている挙証者の解明に協力する義務を負うことになるし、訴訟の開始が差し迫っていることが明らかである時には、それを期待することが出来る限り、訴訟において重要な意味を持つと予想される全ての証拠方法を保存する義務を負うほか、職業・営業活動・他人の利益保護から導かれる事案解明が可能となるような状況を保全すべき義務は、将来予想される訴訟においても認められるという⁹³。このような義務はZPOの各条文（138条1項・2項、372a条、422条、423条）を類推することによって導かれ、とりわけZPO 138条を一般的事案解明義務と法定的事案解明義務との連結点と捉えている⁹⁴。さらに、実体法上の情報請求では不十分であると説き、訴訟法上の事案解明義務が重要であると主張し、この事案解明義務は訴訟前においても影響しうるとする⁹⁵。この考えによれば、各当事者には証拠の調達・入手・獲得と保存を行う義務が課されることになる。そして、この義務の根拠は基本法103条1項にあるとし、この条文によって真実発見及び権利実現のために協力を求める権利を保障していると考えている。

Stürner の事案解明義務を認める見解に対しては、*Prütting* が批判する。すなわち、*Stürner* が引き合いに出す条文は、特異な性質を有しており、それゆえ、類推の基礎としては著しく弱い、と⁹⁶。

（3）信義則違背説

先に見た2つの説はZPOの条文を引き合いに出してきたが、訴訟法上の一般原則たる信義則を根拠に証明妨害を論じる者もいる。今日では、訴訟当事者の関係についても信義則の原則が妥当することは、一般的に承認されているところであり⁹⁷、立証を妨害する行為が訴訟関係においても認められる

92 ロルフ・シュトルナー（森勇訳）・前掲論文102-103頁。

93 ロルフ・シュトルナー（森勇訳）・前掲論文108頁。

94 安井・前掲論文508頁。

95 安井・前掲論文510-511頁。

96 *Prütting*, Gegenwartsproblem (1983), S. 138.

97 BGH Urt. v. 25.3.1965, BGHZ 43, 289.

信義則違反であると評価するのである⁹⁸。

たとえば、*Baumgärtel* は、証明妨害が公平な訴訟追行の要請に反すること (Verstoß gegen das Gebotes der fairen Prozeßführung) であるとする⁹⁹。このように考えるならば、証明妨害は権利濫用または信義則違反と考えるべきことになる¹⁰⁰。*Schneider*¹⁰¹は、証明妨害が訴訟の領域において生じる不当な権利行使の禁止 (Verbot unzulässiger Rechtausübung) の適用事例に他ならないと考える¹⁰²。そして、証明妨害の場合には、この不当な権利行使の禁止に反するが故に、制裁が科され则认为している。さらに、訴訟外での証明妨害も包摂し、過失を前提としない結果があるからこそ、証明妨害の問題解決のために用いる信義則の価値が際立つと強調する¹⁰³。また、*Gerhardt* は、証明妨害に対する制裁を正当化する法的根拠として次のようなことを挙げる。すなわち、訴訟の相手方に対して有責的に立証を妨げるか、あるいは、困難にした者は、許されない矛盾行為禁止の原則として理解されなければならないとしている。

もっとも、この説については、あらゆる訴訟外での証明妨害を包摂してしまい、かつ、もはや過失を前提としないことになる、との批判が当然になれる¹⁰⁴。

(4) 期待可能性考慮説

Blomeyer が主張する見解である。*Blomeyer* は、相手方により行われた実体法上の義務に違反することを前提として証明責任の転換が行われていた、

98 *Krapoth*, *Rechtsfolgen* (1996), S. 14.

99 *Baumgärtel*, *FS Klarik* (1986), S. 68; desrs, *ZZP* 69, 89, 106.

100 *Krapoth*, *Rechtsfolgen* (1996), S. 15.

101 *Egon Schneider*, *Die Beweisvereitelung*, *MDR* 1969, 9.

102 *Schneider*, *MDR* 1969, 4, 10. このように信義則に依拠すると、有責でない証明妨害も観念することができる。*Schneider* は、このことを次のように説明する。すなわち、証明妨害の法的効果は矛盾行為禁止の原則から導かれ、このことから、必然的に訴訟当事者の関係においてのみ証明妨害が考えられるべきというように、両当事者の訴訟前のより以前の段階での行為も当然のごとく該当しうる、と。

103 *Schneider*, *MDR* 1969, 4, 10.

104 *Baumgärtel*, *FS Klarik* (1986), S. 68.

と判例を分析する¹⁰⁵。さらに、こうした実体法上の義務は、契約上の履行内容——黙示による合意でもよい——から生じるもの、公法上の関係から生じるもの、訴訟法から生じるものがあると言う¹⁰⁶。とりわけ、訴訟法から生じる義務は例外的なものであって、たとえば、訴訟において当事者が立証のために自己の手中にある書証を引き合いに出した場合には、これにより、引き合いに出した当人は提出義務を負うが、書証を失ったことの結果は裁判所の自由な証拠評価であるという。

そして、義務違反についての責任は、実体法により判断する。通常、責任は、まさに証拠保持・保全義務と関係し、この違反の効果こそが証明責任の転換であるという¹⁰⁷。

証拠方法の利用に左右される証明結果も可能性としてありえる。このことは、各当事者が50%の証明機会を有していることを意味し、損害賠償は証明機会を失わせたことを調整するものであり¹⁰⁸、証明責任の転換は、義務違反の法的効果によって根拠づけられておらず、むしろ、証明責任の分配の原則に起因しているという¹⁰⁹。Blomeyerは、重要な視点は期待可能性であると説く。つまり、事案を解明するため、そして、各当事者を証拠がないことによって生じる証明不能から保護するため、証拠方法が保存される。相手方が有責的に証拠方法を破棄したのであれば、証明責任を負う者に証明責任を果たすことを期待しえない。相手方も証拠方法を利用する可能性を失う。故に、証明責任の転換が不適切かどうかのみを問題にするべきである、と考えている。

また、公法上の関係でも義務が派生する証明妨害については、しばしば、どちらの当事者に証明を期待し得るかという視点が重要であるほか、証拠方法は事案解明のために保存されるし、こうしたことが両当事者を証明不能から保護することに資することにもなる¹¹⁰。つまり、相手方が有責的に証拠方法を破棄したのに、その不利益を押しつけるのは妥当でない、と。

105 Blomeyer, AcP 158 (1959), 97, 99.

106 Blomeyer, AcP 158 (1959), 97, 100 f.

107 Blomeyer, AcP 158 (1959), 97, 101 f.

108 Blomeyer, AcP 158 (1959), 97, 102.

109 Blomeyer, AcP 158 (1959), 97, 103.

110 Blomeyer, AcP 158 (1959), 97, 103.

(5) 損害賠償請求説

有責的な証明妨害に対する証拠法上の効果についての法的根拠は、影響を受けた当事者の損害賠償請求にあるとみる見解がある。この見解は、調整思考に基礎を置いている。つまり、証明妨害の被害者は証明妨害のない状態に置かれるべきであると考えるのである。たとえば、*Maassen* は、証明を行う可能性は——BGB 823条 1 項の意味において——絶対的な権利として評価されなければならない、こうした権利に対する侵害は損害賠償義務を生じさせるという¹¹¹。ゆえに、証明責任を負わない当事者が相手方に対して証明を妨害したのであれば、その行為は不法行為法上の侵害であると考えるのである。証明責任を負う当事者は侵害前の状態——妨害によって生じた不利益を埋め合わせるような証拠状態を得させるべき状態——に置かれるべきことになる¹¹²。

もっとも、この見解に対しては、証明妨害行為があったために、当該証明が不利益を受ける者の有利な結果を生じさせたかどうか確定しえず、証明妨害が無ければ証明機会があったということが生じるに過ぎないし、この機会を失わせたということが損害とはみなせない、との批判がある¹¹³。

(6) 制裁説

証明妨害が刑事制裁的性質のものとして証明責任の転換に至るとの見解がある。このような訴訟罰は、予防的意義をも有するという利点がある。たとえば、*Schellhammer* は、故意の証明妨害と過失の証明妨害とを切り離して考える。故意の証明妨害の場合であれば、推論を提供するが、単なる過失の場合は同じように妥当しないという。にもかかわらず、裁判官は過失の証明妨害にあっても、証明要求を自己裁量により証明責任の転換まで引き下げるのである。こうした引き下げは、義務違背に対する訴訟法上の制裁であると説

111 *Bernhard M. Maassen*, *Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß* (1975), S. 182.

112 この好例が証明責任の転換であるという (*Hopmann*, JW 1913, 70, 71.)。

113 *Baumgärtel*, FS Klarik (1986), S. 66.

114 Vgl. *Stefan Schatz*, *Die Beweisvereitelung in der Zivilprozeßordnung* (1992), S. 41.

く¹¹⁴。

もっとも、このような考え方には、責任の重大さに応じて様々な法的効果をもたらさなければならないことになるが、過失の証明妨害については、責任との関係では、通常は敗訴に至るような証明責任の転換が不適切であると云わざるをえない¹¹⁵。

(7) 調整・予防考慮説

*Pröller*¹¹⁶ が主張する見解である。*Pröller* によれば、証明不能は実体法上の意味での証明責任を負う当事者の損害ではなく、むしろ訴訟法上の不利益であると主張する。つまり、証明責任を負う当事者は、相手方の行為により訴訟で敗訴するという不利益を負うのである。もっとも、相手方の妨害行為がなくても、ひょっとすると敗訴していたかもしれないし、相手方の行為がなければ勝訴していたかもしれない。このような2つの可能性について、同じような蓋然性があることになる。換言すれば、50%のチャンスを失うという不利益であって、このような不利益は証明責任の転換によって調整されるべきと主張する¹¹⁷。さらに、証明妨害の効果としての証明責任の転換が、相手方による有責的証明妨害を予防すると説く。事実を解明することができない状況を作り出した場合には、相手方は証明責任を負わせられること、したがって、将来の訴訟ないし勝敗の行方がほとんど流動的な訴訟で確実に敗訴するということによって、責任を負わせられる相手方は、自己の行為によって証明不能の状況を作り出さないように注意を払おうとするのである、と説明する¹¹⁸。

このように、*Pröller* は証明妨害について証明責任の転換を用いることにより、当事者間の調整を図ろうとし、同時にこのことが証明妨害を予防する効果を持つという側面を強調するのである。

115 *Baumgärtel*, FS Klarik (1986), S. 67.

116 *Jürgen Pröller*, *Beweiserleichterungen im Schadensersatz* (1966), S. 94 ff.

117 *Pröller*, *Beweiserleichterungen im Schadensersatz* (1966), S. 94.

118 *Pröller*, *Beweiserleichterungen im Schadensersatz* (1966), S. 95.

(8) 経験則説

Rosenberg は、「裁判所は経験則を用いて、争われている事実を証明されたものとみなすことができるとする。事実が真実でない場合、相手方は立証を妨害するのではなく、むしろ、バックアップするという。この場合、相手方は、立証を妨害することにより、立証の成功を恐れているということを認識（暴露）している」という¹¹⁹。*Rosenberg* 自身は、個々の事案の状況の証明力を考慮することで、個々の事案の枠内で徴表として証明妨害行為の状態を取り扱うにすぎない。これに対して、*Musielak* は、*Rosenberg* の主張する見解を一歩進める。彼によれば、将来起こりえる訴訟において自己に有利になるような証拠物件は保存されとの生活経験が有利に働くという¹²⁰。こうした経験則に反することをすれば、そこから信義則により、消極的推論を引き出しうるとし、特に証明妨害の場合は、信義誠実の原則が当事者の行為を評価する基準になっていると言う¹²¹。また、*Ordemann*¹²² は、自己に有利な内容を有する文書などを破棄する者などいないとの経験則が妥当すると考え、むしろ、当事者は関係する文書を提出することによって訴訟を促進させようとするはずであるという¹²³。その上で、文書が破棄されるのであれば、ZPO 444条に準じて当該文書の内容及び性状が不利であるとの推測が存在するという。

もっとも、経験則に基づいて証明妨害を捉えようとする考え方に対しては、個別的な事例においては適切であるが、経験則を根拠として全ての証明妨害事例を包摂することはできないと批判される¹²⁴。また、書証は限られた期間内で保存される¹²⁵、経済的な取引では定期的に廃棄される。すなわち、書証を無期限で保管することは通常ありえないのであって、書証を故意で破棄

119 *Leo Rosenberg*, Die Beweislast Aufl.14, S. 191. ローゼンベルク (倉田卓次訳) 『証明責任論』(判例タイムズ社, 1980年: 初出1972年) 220-221頁も参照。

120 *Hans-Joachim Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß (1975), S. 140.

121 *Musielak*, Grundlagen (1975), S. 140.

122 *Walter Ordemann*, Ist § 444 eine prozessuale Strafbestimmung ?, NJW 1962, 1902.

123 *Ordemann*, NJW 1962, 1902, 1903.

124 *Baumgärtel*, FS Kralik (1986), S. 66.

125 *Peters*, ZJP 82, 200, 218; *Baumgärtel*, FS Klarik (1986), S. 66; *Krautstrunk*, Beweisvereitelung (2005), S. 225.

した場合ですら適切に機能しないとされる。証拠方法を失わせることについては、過失や怠慢といった態様は、立証が成功するとの恐れを示していないのであって、この経験則を過失による証明妨害に適用することは適切でないことになる¹²⁶。ただ、実際には、立証成功の恐れから証拠方法を廃棄するのであり、この恐れは不当な理由から存在することも確かではあろう¹²⁷。さらに、このような経験則を承認することは、当事者に的確な予測可能性を負わせる結果となる。裁判官は、証明力を異なって評価してもよいし、他の証拠方法との関係において、異なって評価してもよい。この点では、事実審は、お互いに独立しているのである。このため、*Rosenberg* の言う経験則は、稀な事例でのみ、適切であるとの評価もありえるのである¹²⁸。

第2款 要件に関する学説

(1) 客観的要件

まず、当該行為がなければ事案の解明が可能であったであろうという訴訟前あるいは訴訟中の「作為」あるいは「不作為」が必要であり¹²⁹、その具体的内容として、契約・法規・一般的な原則から生じる証拠方法の保存義務ないし証拠方法を破棄しない義務、これらの義務を当事者が負っているということが必要であるとする¹³⁰。

ところで、判例の文言では、しばしば「立証を困難にしたこと」というフレーズと「立証を不可能にしたこと」というフレーズをしばしば持ち出す。学説では、この2つのフレーズを区別しないという立場が支配的と言えるが¹³¹、立証不可能と立証困難とを同列に扱うことに対して批判的立場も当然ありうる¹³²。この点、立証不可能と立証困難は実際に見分けられない

126 *Blomeyer*, AcP 158, 97, 98 f.; *Gerhardt*, AcP 169, 289, 297; *Stürner*, Aufklärungspflicht (1976), S. 153.

127 *Stürner*, Aufklärungspflicht (1976), S. 153.

128 *Krautstrunk*, Beweisvereitelung (2005), S. 226.

129 *Krapoth*, Rechtsfolgen (1996), S.24.

130 *Stein/Jonas*, Kommentar ZPO 22 Aufl. § 286 Rn. 189.

131 *Gerhardt*, AcP 169, 296; *Peters*, ZJP 82, 217; *Baumgärtel*, FS Kralik, S. 69.

132 *Musielak*, Grundlagen (1975), S. 133. *Musielak* によれば、立証を不可能にさせられた場合は証明する機会を奪われたと考えるが、単に立証を困難にさせられた場合は他の証拠によって証明することができ、かつまた当事者にはそのようなことが期待され、この場合には証明責任を負う当事者にはあらゆる努力が期待されると説明する。

し¹³³，あるいは，両者の場合にあっては最終的には証明不能に陥れるという点では同質であると評価され¹³⁴，区別しないとの考え方が依然として支配的であるといえる¹³⁵。さらに，反証が失敗させられる，または，表見証明の動搖が不可能にさせられた場合も，構成要件に該当するとの考え方もありうる¹³⁶。

この他に，第三者の作為または不作為についても責任を問うことが可能であり，かつまた，証明の不利益を第三者に負わせることも可能であるとも主張される¹³⁷。この場合，当事者が悪意を持って第三者に証拠方法の隠滅を行うように唆したり，あるいは，当事者が第三者の協力を得られないように細工したりして，相手方当事者が第三者の協力を得られないようにするということが責任を問うための要件として挙げられる¹³⁸。

また，立証を不可能にさせること，もしくは，困難にさせることは，訴訟前でも当然考えられるが，しかし，訴訟前あるいは訴訟係属中の証明妨害を問題にすることは取るに足らないことであり，重要なことは，証明妨害行為が証明責任を負う当事者の立証へ与える影響である，との主張もなされる¹³⁹。ただ，証明妨害行為のなされた時点の問題にすることは，過失判断にとっては重要な要素と言えそうではある¹⁴⁰。つまり，一方で，ZPO 444条によれば，故意での証明妨害については，いつそれが行われたかは重要でないが，他方で，当事者が将来起こりえる訴訟で証拠方法が利用されうるといふ全ての事

133 Peters, ZJP 82, 217.

134 Krapoth, Rechtsfolgen (1996), S. 27.

135 立証を不可能にしたことは，唯一の証拠方法を破棄した，あるいは唯一の証拠方法が義務に違反して調達されなかったなどの理由により，必ずしも証明を最終的な段階までに出来ない場合に生ずる。他方で，立証を困難にしたことは，自己に有利な事実を証明するべく，妨害行為がなされる前に比してさらなる努力をしなければならぬという場合に認められる。いずれにしても，結局は，一方当事者が証明不能に陥る点では共通であり証明困難も証明妨害の一形態と評してよいであろう (Krapoth, Rechtsfolgen (1996), S. 27.)。

136 Musielak, FG 50 Jahre BGH, S. 193, 220; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (2010) 17. Aufl., § 115 Rn. 19.

137 BGH Urt. v. 1.2.1994, NJW 1994, 1594 1596.

138 Wussow, NJW 1969, 1401, 1406.

139 Krapoth, Rechtsfolgen (1992), S. 28.

140 Baumgärtel, FS Kralik (1986), S. 69.

情を考慮の下で認識しなければならない場合にのみ、訴訟行為前の過失に対する責任を問い得るのであるから、過失での証明妨害は時期が問題とされえよう¹⁴¹。

なお、当然のことながら、証明が不可能になったことや困難になったことが、相手方の行為に起因するのではなく、立証者自身が招いた場合、証明妨害は想定しえない¹⁴²。

さらに、損害を惹起させた事件そのものから事案の解明がしえないということがもたらされたような場合にまで証明妨害の原則を拡張しうるかという問題もある。この問題は、とりわけ医師の責任において現実的意義を有するとされる¹⁴³。しかし、医師に課せられた通常の治療を行うという義務は、患者に立証を確実にさせるというような目的までをも含んでいない¹⁴⁴。むしろ、単純な治療瑕疵の場合は表見証明を用いて、重大な治療瑕疵の場合は因果関係に関する証明責任の転換でもって対処すればよいのであるから、医療上の争いについて証明妨害を利用するということは必要でないことになる。したがって、大方の学説は、こうした事例に証明妨害の法理を適用することは認めない方向で一致している¹⁴⁵。

ところで、判例に目を向けると判例は、こうした客観的要件ではなく、主観的要件に重点を置いているようである¹⁴⁶。

141 Gerhardt, AcP 169, 289, 311.

142 Michalski, NJW 1991, 2069; Oberheim, JuS 1997, 63. なお同趣旨の裁判例として、下級審ではあるが, OLG Düsseldorf, Urt. v. 8. 12. 2000. がある。

143 たとえば、複雑な合併症の場合に、細菌検査を行わなかったことが医師の注意義務違反や証明妨害的行為として評価される。このように、懈怠が過誤の存在を高めるのみならず、原告は自己の損害が医療上の過誤に起因するということを証明できなくなるからである。このような場合、法的効果として証明責任の転換を認める (VersR 1958, 849.)。

144 たとえば、医師は患者を診察する義務を負っているが、証拠提出に対する責任までも負っていないということによく表れていると言える (Vgl. Peters, ZZP 82 (1969), 200, 207.)。

145 Baumgärtel, FS Kralik (1986), S. 70.

146 Stein/Jonas, Kommentar ZPO 22. Aufl. § 286 Rn. 189.

(2) 主観的要件

① 故意の場合

主観的な要件のうち故意については、2重の責任非難 (Schuldvorwurf) が必要とされる¹⁴⁷。すなわち、責任が証拠方法の破棄あるいは証拠方法を奪うこと、証拠価値を減殺させること、この両方に関連していなければならないとする¹⁴⁸。こうした二重の責任を要件にすることは、大きく広げられた客観的要件——訴訟前あるいは訴訟係属中に現れる作為または不作為——を正しく制限するためにも必要であるとされる¹⁴⁹。一方当事者が責任を負わない場合には、他方当事者に相手方の証明不能のリスクを負わせるわけにはいかないとの価値観が根底にあると推測される。また、Krapoth は、相手方の立証の際に協力する義務に故意で違反すること、つまり、認識と意思 (Wissen und Wollen) によって証拠方法を破棄あるいは奪うこと、ないし、当該証拠の保存義務があるにも関わらず証拠方法の発生を阻止すること、自己の行為により相手方の立証が不可能になる、あるいは困難になることを認識すること、すなわち、故意が具体的な証拠方法の証拠機能の除去 (Besitigung) と関連していなければならないとする¹⁵⁰。

② 過失の場合

より問題なのは、過失による証明妨害行為である。証明責任を負う当事者が相手方の証拠方法を過失により廃棄したという場合であっても責任を問われるという危険がありうるからである。これに加えて、故意の要件とされる2重の故意を証明することは通常不可能であるから、大きな現実的意義はこうした過失による証明妨害行為にあるといえる。もっとも、今日においては、

147 Stein/Jonas, Kommentar ZPO 22. Aufl. § 286 Rn. 189 ; Schneider, MDR 1969, 4, 9 f. ; NJW 2004, 222.

148 BGH Urt. v. 23.11.2005, NJW 2006, 434, 436. Vgl. Baumgärtel, FS Kralik (1986), S. 70.

149 Adolff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung (2007), S. 293.

150 Krapoth, Rechtsfolgen (1996), S. 33. さらに, Schatz は, 証拠・証明対象物 (Beweisgegenstand) の破棄ないし不法占有と証明機能を保持することが分けられるべきという (Schatz, Beweisvereitelung (1992), S. 15.)

どのような過失の程度でもよいとすることで、判例・学説ともに一致している。具体的には、責任を問うための要件として、証拠方法を保存しておく法律上・契約上の義務、それとともに後の訴訟において証拠方法が意義を有することの認識可能性、この2つの要件が必要とされる。

また、*Krapoth* は、自己に課せられた特別な協力義務に反して少なくとも過失で証拠方法の利用を不可能にさせる、もしくは、困難にしたこと、

取引において必要とされる慎重さの考慮の際に係る証拠方法の証明機能を目下の訴訟において認識していた、ないし、考えられ得る証拠機能をまだ開始されていない訴訟で認識していた、ということで非難しうること、この2つの要件を掲げる¹⁵¹。さらに、*Schatz* は、過失による証明妨害について、3つの場合を想定する¹⁵²。すなわち、証拠方法を故意で廃棄したが、その証拠方法から得られる効果、つまり、証拠状態の作用・効果(Einwirkung)を過失で見誤った、あるいは、最初から考慮していなかった場合、訴訟における証拠方法の重要性については理解していたが、同時に、過失的方法——もはや訴訟において自由に利用できないような方法——で証拠方法に影響を与えたにすぎない場合、過失行為により証拠方法を役に立たせなくしてしまう場合、である。の場合は、後の訴訟のための事案解明方法の重要性を過失で見誤っているということに等しいのである。

第3款 法的効果に関する学説

法的効果に関しては、判例及び学説ともにまとめておく方が、読み手に理解しやすいと考えたため、簡略な判例の変遷を紹介した上で、学説の状況を概観することにする。

151 *Krapoth*, Rechtsfolgen (1996), S. 34.

152 *Schatz*, Beweisvereitelung (1992), S. 15 f.

(1) 判例¹⁵³

RG では、証明妨害に対して証明責任の転換によって制裁を与えようとする判例が続いていた。これについては、RG では次のことが確認されていたようである。

「上級審の判例では、証明義務を負う相手方自身が立証を有責の方法で不可能にさせた場合に相手方に与えられた証明責任を用いて自分の立場を守ることが許されないという原則が正当に有効とされていた。むしろ、そういう者（証明妨害を行った者）がそのこと（上記の原則）が正しくないということを明らかにできないのであれば、その者に対しては、関係する敵対的事実が真実とみなされるべきである。」¹⁵⁴

以上のような方法を用いて、判例では証明責任の転換を行っていた。たとえば、医師が分娩を行わなかったこと、あるいは、公証人が守秘義務を守らなかったことが証明責任の転換をもたらしている。また、訴えられた相続人が、自己が破棄した遺言状が原告に有利な内容のものでなかったことを証明しなければならないとされた。

このように RG の判例では、証明妨害の事例においては証明責任の転換を認めてきたのである¹⁵⁵。もっとも、RG では ROHG とは異なって、妨害行為を裁判官の証拠評価による考慮によって制裁を科しうることを認めていた¹⁵⁶。つまり、裁判官は上告審の手続の中で、医師によってもたらされた立証上の不備から、妨害行為を行った者に不利な証拠評価についての推論を導き出すべきであり、かつ、これを適切に取り扱うために本件を控訴裁判所に差し戻

153 判例の変遷につき、*Krapoth, Rechtsfolgen* (1996), S. 43; *Krautstrunk, Beweisvereitelung* (2005), S. 199 ff. を参照した。また、証明妨害に関する ROHG の判例については、林昭一「ドイツ法における証明妨害論の生成と展開(一)」民商126巻3号359-363頁、RG の判例については、同「ドイツ法における証明妨害論の生成と展開(二)」民商126巻4・5号671-677頁で詳細な紹介がなされている。本稿もこれに負うところが大きい。

154 RGZ 20, 5, 6; 60, 146, 152; 87, 434, 440; 101, 197, 198.

155 *Krapoth, Rechtsfolgen* (1996), S. 44.

156 *Krapoth, Rechtsfolgen* (1996), S. 45. ただ、この可能性は医師がレントゲン撮影を怠ったという事例で用いられるにすぎなかった。この点ではそれまでの RG の判例とは一線を画している。

すべきであるとされた¹⁵⁷。

BGHの初期の判例では、RG裁判所の判例を踏襲し、証明責任を負わない当事者の証明妨害行為に対しては、証明責任の転換によって制裁を科していた¹⁵⁸。ところが、1960年代になると証明妨害の法的効果が不統一になってきた。つまり、裁判所によっては、証明責任の転換を認めるもの、証拠評価の枠内で応答しようとするものとが現れるようになったのである¹⁵⁹。そして、BGHは1978年6月27日になって、証明妨害行為に対して証明責任の転換で対応してきた従来の判例から態度を改めたのである¹⁶⁰。すなわち、医師の記録が不十分かつ不正確（Unzulänglichkeit und Unrichtigkeit）なために患者に証明不能状態を作り出したという事実関係につき、証明責任の転換に至りうる立証軽減（Beweisvereitelung bis zur Beweislastumkehr）が正しい法的効果であることを確認したのである¹⁶¹。比較的最近の判例でも、証明妨害の法的効果につき、証明責任に至るまでの立証軽減というフレーズが用いられている。BGHのこうした一般的に承認されている基準は、柔軟さを求めた実務に応じたものであると言われている¹⁶²。こうした判例の状況は、証明妨害の法的効果が、個々の状況に応じて証明責任の転換に至るまでの立証軽減であるとの立場に立脚すると評価できる¹⁶³。もっとも、この立場に立てば、証明責任の転換が許される限界を確定することが著しく困難な状況に置かれることになる¹⁶⁴。

これに対して、学説からは、BGHの立場に対する鋭い批判が展開されることになる。たとえば、予見可能性を全く欠いており、しかも、著しく法的安定性を欠くとの理由で、BGHの上記フレーズに対する疑念を投げかける

157 RGZ 128, 121, 125.

158 BGHZ 3, 162; BGHZ 6, 224. など.

159 Krapoth, Rechtsfolgen (1996), S. 46.

160 BGH Urt. v. 27.6.1978, BGHZ 72 132 = NJW 1978, 2337.

161 BGHZ 72 132, 139 = NJW 1978, 2337, 2339.

162 Adolff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung (2007), S. 300; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht (2010) 17. Aufl., § 115 Rn. 20.

163 BGHZ 72, 132. Baumgärtel, FS Kralik (1986), S. 73.

164 Wasserburg, NJW 1980, 617, 623.

し¹⁶⁵，自由な証拠評価と証明責任の枠内では立証軽減には区別があるとの理由で重大な懸念が示されている¹⁶⁶。

(2) 学説

法的効果については、大きく分けて2つの見解が対立すると言われるが、より詳細に分析すれば4つの見解が存在すると考えられる。すなわち、BGHの判例が認める「証明責任に至り得る立証軽減」により個々の事案に対して柔軟に解決しようとする見解，証明責任の転換を認める見解，裁判官の自由な証拠評価に委ねる見解，証明度の引き下げを認める見解である。なお，証明責任の転換を認める説と裁判官の自由な証拠評価に委ねる見解との関係について触れておく次のように説明できる。証明責任の転換，すなわち不利な事実擬制の場合には，その都度の個々の事案の特殊性を考慮しえないとの批判が妥当するし，証明妨害を行った者の責任は別として，特別な基準で証明責任の転換を認める恐れがあるので，過失による証明妨害の事例は非常に厄介な問題との認識に至る¹⁶⁷。このために，裁判官の自由な証拠評価による考慮に行きつくという見解を主張するのである。

① 証明責任の転換に至りうる立証軽減

判例の見解を支持する学説¹⁶⁸であるが，今日では，この説が支配的な見解であると見てよい¹⁶⁹。その根拠として挙げられるのが，個別の事案を考慮して事案に柔軟に対応できる点であり，幅を持たせた効果を導くというメリットがある。

165 Rauscher/Wax/Wenzel, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (2008) 3. Aufl., § 286 Rn. 88.

166 Laumen, NJW 2002, 3739 ff.

167 Nolte, Dokumentation und Beweismittelvernichtung (1996), S. 262.

168 Arens, ZJP 96, 1, 24; Walter, JZ 1978, 807 ff; Schellhammer, Zivilprozeß (2004) 11. Aufl., Rn. 585; Baumgärtel, FS Kralik (1986), S. 72.

169 Nolte, Dokumentation und Beweismittelvernichtung (1996), S. 263.

② 証明責任転換説

証明妨害の法的効果が制裁機能として働くことを強調し、かつ、証明妨害によって争いのある事実が真実と擬制されるとする¹⁷⁰。すなわち、証明責任の転換である¹⁷¹。このような見解によれば、裁判官が争いのある事実を真実として想定するべきであるから、証明妨害としての結果が妨害者にとって不利な擬制に至る、と説明される。これにより、証明がなされたものと認められるべきであり、妨害を行った当事者は、主張の反論を試みなければならない。こうした証明の擬制は、証明責任の転換を行うためには、正しい処置である。法律上で規定された文言が真実の擬制を認めているのであるから、このように解するほうがよいとも言われる¹⁷²。

こうした見解には、多数の反論が加えられる。たとえば、証明妨害に関しては、個々の事案の実際の状況が問題であるから、客観的証明責任とは結び付けられえないとか、訴訟の途中で証明責任の分配が生じてしまうなどの反論や、証明責任を負わない当事者が敗訴させられるような強い制裁は適切でないと批判される¹⁷³。また、こうした型にはまった解決は、その時々的事案の特殊性を考慮しえないし¹⁷⁴、過失による証明妨害を証明責任の転換に至らせるのは不適切である¹⁷⁵、と批判されるほか、これに関係して、立法者は、故意による書証の妨害につき、裁判官に相手方の主張を真実とみなすかどうかを委ねたにすぎないとの批判もある¹⁷⁶。さらに、あらゆる有責的証明妨害が、実体法上の責任要件を満たしているか否かを考慮することなく証明責任の転換に至らせるものであると批判される¹⁷⁷。

170 *Blomeyer* AcP 158, 102 f.

171 *Laumen*, NJW 2002, 3739, 3746.

172 Vgl. *Adolff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung (2007), S. 301.

173 *Rauscher/Wax/Wenzel*, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (2008) 3. Aufl., § 286 Rn. 85. もっとも、こうした強い制裁は、特別な範囲における過失の証明妨害には妥当するとの留保が付される。

174 *Peters*, ZZP 82, 216.

175 *Peters*, ZZP 82, 218.

176 *Gerhardt*, AcP 169, 301.

177 *Prölles*, Beweiserleichterungen im Schadensersatz (1966), S. 93.

③ 証拠評価説¹⁷⁸

判例の一部や新たな支配的見解では、証明妨害を証拠評価の際に考慮すればよいと考える¹⁷⁹。つまり、裁判官の自由な証拠評価の中で証明妨害行為を考慮しようとする考え方である。この見解を主張する論者は主として、様々な事案に対して柔軟な解決を与えることを強調する¹⁸⁰。証明妨害を定めた規定では、立法者が個々の状況の特殊性に基づいた裁判官の自由な判断が最良の解決方法であると考えているし¹⁸¹、このような法律の趣旨に依拠していることを根拠とする¹⁸²。このため、裁判官は自由な心証に従って、問題となっている作為または不作為による証明妨害の全てにつき、証明責任を負う当事者が主張する事実が真実であるとの推論を引き出してよいかがどうか判断すべきとする。その上で、妨害行為があったがゆえに、裁判官の評価方法により、争われている主張が証明されたとみなすことを裁判官に期待するのである¹⁸³。この学説は、とりわけ、こうした方法により裁判官に証明妨害行為への柔軟な対応を提供する手段であるとして根拠づけられる¹⁸⁴。もっとも、こうした自由な証拠評価の枠内で証明妨害を考慮して解決しようとする試みは、単なる過失の証明妨害や可能な証明結果に対して何らの手がかりが見つけられない場合については、裁判官に無理を強いることになるとの反論が加えられる上に、無制限な自由な証拠評価の適用は、様々な事例において裁判官が主張されている事実の真実性の確信がないのに、それを強制することにもなる¹⁸⁵。

さらに、証拠評価の際に証明妨害を考慮するという見解に対しては、過失による証拠の破棄につき、実際の出来事を確実に推論することが得られない

178 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht* (2010) § 115 Rn. 19-20; *Gerhardt* AcP 169, 307; *Peters* ZJP 82 (1969), 218.

179 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, *Zivilprozessrecht* (2010) § 115 Rn. 20; *Gerhardt*, AcP 169, 289, 307; *Peters*, ZJP, 200, 218.

180 *Schatz*, *Beweisvereitelung* (1992), S.109.

181 *Musielak*, *Grundlagen* (1975), S. 139.

182 *Krapoth*, *Rechtsfolgen* (1996), S. 50.

183 *Rauscher/Wax/Wenzel*, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* (2008) 3. Aufl., § 286 Rn. 86.

184 *Baumgärtel*, FS Kralik (1986), S. 73.

185 *Stürner*, *Aufklärungspflicht* (1975), S. 236.

という反論が加えられる¹⁸⁶。

ところで、この説の根拠づけは、証明妨害の法的根拠を法規から類推する立場の論者がよく用いる¹⁸⁷。たとえば、*Prütting* は、原則的に ZPO 427条や 444条から出発する。彼は、これらの規定が自由な証拠評価を与えているのではなく、これらの規定において定められている法的効果が2重の意義を与えていると考えている¹⁸⁸。つまり、裁判官は、「自由な心証に従った判断」と「確信に至っていない」との想定の間で選択を有するから、これらの規定が自由な証拠評価から導き出される独立した制裁可能性を含んでいると考えるのである。この他に、たとえば、矛盾行為禁止の原則に証明妨害の法的根拠を見出す *Gerhardt* は、矛盾行為が一定の法的効果——硬直的な証明責任の転換——を先決するのではなく、裁判官には全体的考察の際に証明妨害行為を無視することが許されないに過ぎないという¹⁸⁹。このような状況においては、自由な証拠評価が一番正しいと言えそうなのである、と。

いずれにしても、この学説に立つ論者は法的効果の柔軟性によって根拠づけようとする¹⁹⁰。最も重要なことは、証明責任の転換と自由な証拠評価の2つの法的効果を比較することである。すなわち、過失による証明妨害について、証明責任の転換を認めることは余りにも酷な制裁といえるが、自由な証拠評価であれば柔軟かつ適切な応答を許すことになる¹⁹¹。BGH もしばしばこのような理由によって結論を得ており、極端な制裁としてののみ証明責任の転換という制裁を是認するのである¹⁹²。

④ 証明度軽減説¹⁹³

証明妨害に対して、証明度の軽減として応じようとする見解がある。この

186 *Adolff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung (2007), S. 301.

187 *Krapoth*, Rechtsfolgen (1996), S. 51.

188 *Prütting*, Gegenwartsproblem (1983), S. 188.

189 *Gerhardt*, AcP 169, 289, 307.

190 *Krapoth*, Rechtsfolgen (1996), S. 51.

191 *Peterers*, ZZP 82, 200, 218.

192 *Arens*, ZZP 96, 1, 24.

193 *Maassen*, Beweismaßprobleme(1975), S.181 ; *Rolf Bender*, FS Baur(1981), S. 267; *Walter*, Freie Beweiswürdigung (1979), S.236.

ような見解は、ドイツ法が証明度の決定につき、裁判官の自由な裁量を含んでいるという点を前提とすると、成り立ちえなくはない。たとえば、*Maassen* は、ZPO 286条による自由な証拠評価は、裁量による証明度の確定として理解しているようである¹⁹⁴。また、*Bender* によれば、最初から証明責任を負う当事者は、自己の訴えを聞き届けてもらうために必ずしも完全な証明を行わなければならないわけではなく、自己の訴えの真実性につきわずかな蓋然性を示すことで十分であるという¹⁹⁵。そして、優位的蓋然性の程度へと証明要求を引き下げることが十分でない場合に、最後に残された手段として、証明責任の転換を自由に使えるとする¹⁹⁶。

もっともこの見解は、どのような基準に従って証明度が決定されるべきか不明確との批判を浴びる¹⁹⁷。また、このような証明規範はあまりにも硬直的であり、かつまた、優位的蓋然性の前提条件をしばしば証明しえないとの声も聞かれる¹⁹⁸。さらに *Baumgärtel* は、証明妨害行為を行う当事者の責任の程度によって、証明度の軽減又は証明責任の転換のいずれかを認めるかどうかで判断するべきと考えている。すなわち、故意による証明妨害は、証明妨害行為を行う相手方の主張が真実であるとの徴表であることを前提にしてよく、重過失による証明妨害は、証明度を優位的蓋然性へと引き下げること認め、軽過失による証明妨害は、わずかな蓋然性へと引き下げること認め、と結論付ける¹⁹⁹。

ただし、証明度の引き下げにより、事案解明を困難にする行為へ応答しようとするこの考え方は、確固たる地位を未だ築けていないといえる。

第4款 小括

証明妨害を認める法的根拠について、大きく争われていることが明らかとなった。未だに定説をみないものと評して良いであろう。根拠はともあれ、

194 *Maassen*, Beweismaßprobleme(1975), S. 167.

195 *Bender*, FS Baur (1981), S. 267.

196 *Walter*, Freie Beweiswürdigung (1979), S. 244.

197 *Baumgärtel*, FS Kralik (1986), S. 73.

198 *Stürner*, Aufklärungspflicht (1975), S. 243. Anm. 30.

199 *Baumgärtel*, FS Kralik (1986), S. 73.

大方の学説は証明妨害を行う者の主観的態様は、故意に限らず過失で十分であるという²⁰⁰。それゆえ、証明妨害と評価される行為には過失による行為を含むことにより、証明妨害がとても広く包摂されることになる。そうすると、裁判官の事実調査に大きな負担がのしかかることになる。ただ、軽い不注意により証拠方法を失わせた者は、このことによって、証拠法上の不利益を負わされ当然に敗訴するというのは許されない。当該目的物の証明機能（証拠機能）を前もって認識することは、必ずしも容易ではないからである。いずれにしても、故意による証拠方法の廃棄も過失によるそれも、適用範囲の制限なく、一定の証拠方法に対する行為が包摂されうることになる²⁰¹。

また、判例の「証明責任の転換に至りうる立証軽減」というフレーズはあまりに硬直的であり、こうした BGH の考え方には、裁判官に証明責任の転換を認めるかどうかの裁量を与えることになるとか、証明責任の転換は予測可能なものでなければならず、証明責任の可能性があることによって法的不確実性をもたらすという批判がなされる²⁰²。ただ、判例は、証明責任の転換を法的効果として認めているのではなく、あくまでも、証明妨害行為により生じた証明不能状態を正しく評価することを試みているように思われる²⁰³。重要な視点は、証明責任の分配が問題となるのではなく、むしろ、現実になされた行為により、証明不可能になったことにつき、誰がその影響を受けるかということのみが問題となりうるといえる。このことは、広範囲な敵対的主張の事実擬制——その反論可能性にもかかわらず、しばしば、敗訴を意味する——という結果を導くために、軽率に、制裁を持ち出してはならないことを示しているのである。

最後に、本稿で検討した判例及び学説の関係について、筆者なりにまとめると以下のような表にまとめることができ、分析できよう。

200 Adolff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung (2007), S. 293.

201 Krautstrunk, Beweisvereitelung (2005), S. 205.

202 Baumgärtel, FS Kralik (1986), S. 72.

203 Baumgärtel, FS Kralik (1986), S. 72.

学説又は判例の区別	証明妨害の根拠又は本質	客観的要件	法的効果
法規類推説	ZPO の各条文の類推	類推のための利益状況の類似	類推される各条文に定める法的効果
義務違背説	実体法上・訴訟法上の協力義務	協力義務への違背	証明責任の転換
信義則違背説	信義則	信義則に反すること	不明
期待可能性考慮説	実体法上の義務	義務への違背	証明責任の転換
損害賠償請求説	権利（証明権）	権利侵害	損害賠償請求権の発生（又は証明責任の転換）
制裁説	訴訟罰とそれによる予防	義務への違背	証明責任の転換
調整・予防考慮説	訴訟法上で負う不利益の調整	相手方当事者を証明不能の状態にさせること	証明責任の転換
経験則説	経験則	相手方当事者を証明不能の状態にさせること	不明
判例	ZPO や BGB から派生する一般的な法原則	法原則への違背	証明責任に至りうる立証軽減

この表からは、学説は証明妨害の根拠や本質について争いがあるものの、法的効果については、ほぼ証明責任の転換を認めていることが窺える。また、学説に対して判例は、根拠について1つの根拠にこだわりを持つことなく、一般的な法原則という形で捉えて、法的効果も柔軟な対応を考慮していることが窺える。このような学説や判例の議論を基礎として、法的効果については、判例を一步進める形で、証拠評価説や証明度軽減説が提唱されてきた。そこでは、根拠よりも法的効果に議論の重点が置かれ、証明困難に至った当事者をどのようにして訴訟法上において救済するかに焦点が合わせられているような感じを受ける。

ともあれ、ドイツにおける証明妨害の本質は、自己が負う「義務」に対して、「故意」または「程度を問わない過失」による「作為」または「不作為」により、相手方を「証明不能の状態」にさせることである。そして、故意の場合には、証拠を破棄することと破棄することによって当該証拠の価値を奪うことの認識が必要であり、過失の場合には、証拠保全義務を負うことと当該証拠の訴訟における重要性の認識が必要ということになる。

第2章 諸外国の状況

前章では主としてドイツを取り上げて分析を試みたが、それ以外の国では、証拠に関する当事者の権利と義務、それに証明妨害につきどのように取り扱われるのかという点にも言及されるべきであろうと考える。そこで、オーストリア・スイス・フランスに目を向けてみるが、各国の詳細な分析は行う能力は筆者にないために、ごく簡単な紹介にとどまることをお許し願いたい。

第1節 オーストリア法

第1款 事案解明義務と協力義務

オーストリア法では、ドイツ法とは異なって一般的規定として、訴訟において両当事者が協力することを義務付けている。すなわち、民事訴訟法178条²⁰⁴では、一般的な規定として、1項において訴訟当事者に真実義務・完全義務を課し、2項において訴訟促進義務を課している²⁰⁵。つまり、当事者に対して自己に有利・不利を問わず、事実を真実かつ完全に陳述する法的義務が課されているのである²⁰⁶。当事者に課せられた義務を遵守させる方法としては、

204 オーストリア民事訴訟法178条

(1) いずれの当事者も、その陳述の中で個々の事件において自己の申立てを理由づけるのに必要なすべての事実を、真実に即して完全に、かつ、特定して主張、相手方当事者がした事実の主張及び申し出た証拠について明確に意見を述べ、取り調べられた章の結果について説明し、かつ、相手方当事者の関連する主張についても明確に意見を申し述べなければならない。

(2) いずれの当事者も、手続きが迅速に行われるように自己の陳述を適時かつ完全に述べなければならない（訴訟促進義務）。

なお、2項の訴訟促進義務は2002年の改正において規定されるに至った。また、邦訳にあたっては、法務資料456号を参照した（以下の条文の邦訳についても同様）。

205 この真実義務に関しては、377条3項による当事者尋問に関して特に強調される。また、宣誓下で不適切・不誠実な証言が行われる場合には、刑法288条に1項により罰することが可能であるとされる（Fucik/Klauser/Kloiber, Österreichisches und Europäisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl. (2009), S. 394.）。また、このような真実義務を最初に明文で規定したのがオーストリアである（中野貞一郎『過失の推認』（弘文堂、1978年）154頁参照）。

206 ヴァルター・J・ハーブシャイト（芳賀雅頭訳）「真実義務、本人出頭、法的討論」法学研究70巻9号（1997年9月）124頁。

費用の分配(Kostenfolgen) (48条), 悪意に対する制裁の宣告(Verhängung von Mutwillenstrafen) (313条, 220条), 故意・軽率な訴訟追行を行う当事者に賠償宣告 (408条) が予定されている²⁰⁷。

オーストリアでは, 訴訟当事者の義務を強化し, 他方で裁判所による訴訟指揮の権限を強化することで, 訴訟の目的を達成しようとする²⁰⁸。これに対応する形で, 裁判官には「発問 (Fragestellung) あるいは他の方法」によって可能な限り真実に則した事実関係の解明をしなければならないが, 他方で当事者に対しても義務が課されるのであり, 証拠方法に関してかなり広い手段が与えられている²⁰⁹。また, 当事者の訴訟促進義務は裁判所に課せられた集中手続の義務と対をなすものである²¹⁰。

さらに, 184条²¹¹では, 出来る限り広範かつ事実在即した事案解明という明確な目的によって事案解明義務が規定され, この点がドイツとは対照的である²¹²。この事案解明義務によれば, 法的に重要な事実 (事実関係の解明) に関する情報も, 証拠方法の存在及び性状 (とりわけ訴訟追行に資するような書証, 情報物件及び検証物の存在及び性状) に関する情報も与えなければならない。もっとも, 184条はどちらかといえば, 裁判官の訴訟指揮の実施につき, 当事者に対して訴訟法上の当事者の権利を保障するための規定

207 *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. (2009), Rn. 745.

208 松村和徳「弁論主義考——オーストリア民訴法における事実資料収集過程での裁判官と当事者の役割分担からの示唆——」早法72巻4号 (1997年) 446頁。

209 *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. (2009), Rn. 404.

210 *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. (2009), Rn. 422.

211 184条

(1) いずれの当事者も, 事実関係の解明のために, 訴訟の対象又は口頭弁論に関係しており, 訴訟追行に重要であるすべての事実について, とりわけ訴訟追行に役立つ文書, 情報物件, 検証物の存在及び性状につき, 出席している相手方当事者又はその代理人に対して, 裁判長に発問させ, 又はその同意を得て自ら直接に発問することができる。

(2) 発問が裁判長によって不適当として却下され又は相手方が発問の許容性を争う場合には, 当事者は, これについて合議部の裁判を求めることができる。

212 *Jürgen C.T. Rassi*, Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, ZZZ 121, 165, 188.

に属するものである²¹³。ともあれ、オーストリア民事訴訟法では、184条の規定から十分に当事者の「一般的事案解明義務」を導き出すことができ²¹⁴、訴訟に関係する状況を明らかにすることがたとえ不利な結果を自己にもたらすとしても、それを明らかにする義務があると結論付けられるのである²¹⁵。

このように、証拠調べ手続における協力義務が事案解明義務を補完する役割を担う。この訴訟法上の協力義務は、証拠調べ手続における積極的協力、ないし自己の行為を懈怠しない、あるいは受忍することに現れる。以下では、オーストリア民事訴訟法における各証拠方法についての協力義務を見たうえで、証明妨害について検討することとする。

第2款 証拠方法

オーストリアの証拠方法は、書証（292条から319条）、証人尋問（320条から350条）、鑑定（351条から367条）、検証（368条から370条）、当事者尋問（371条から383条）、この5つの証拠方法が予定されている。

書証にあっては、官公庁に存在する・公証人が保管する場合：拳証者自らが入手できない時、申立に基づき裁判所によって調達される（301条）、

証明の相手方の手中にある場合：相手方が民法により文書の交付ないし提出義務（たとえば債務法1428条にける借用書の作成）を負う時か、あるいは両当事者間で文書の内容に関して共通している時（304条1項）のいずれかの場合、拳証者が訴訟において立証目的で当該文書を引き合いに出す場合、相手方には絶対的な提出義務が課される。もっとも、この場合、拳証者は相手方が文書を所持していることにつき疎明しなければならない（303条2項）。

及び 以外の場合：これ以外の文書にあっては、相手方の絶対的提出義務が認められるが（304条）、法定の理由があれば相手方は提出を拒むことができる（305条）²¹⁶。第三者の手中にある文書の場合：第三者が民法により文書の交付ないし提出義務を負う時か、あるいは拳証者と第三者との間

213 *Rassi*, ZJP 121, 165, 188.

214 *Rassi*, ZJP 121, 165, 189.

215 *Rassi*, ZJP 121, 165, 192.

216 *Rassi*, ZJP 121, 165, 193.

で文書の内容に関して一致している時（308条1項）のいずれかの場合，第三者には提出義務が課されるが，絶対的なものではない。これ以外の場合に提出義務は存在しない²¹⁷。

証人尋問にあっては，証言能力を有し，かつ国内の司法権に従属する者には，公法上の証言義務が課されるが，これには裁判所への出頭義務，陳述義務，宣誓義務が含まれている²¹⁸。特に，陳述義務の内容は，真実を申告する（Angabe der Wahrheit）義務及び全て知っていることを陳述する義務であり，通説によると陳述拒絶権というものは存在しないとされるが，わずかに321条は，証人が問いに対する答えを拒絶できる権利を有すると規定するのみである²¹⁹。また，証人は自己の不当な拒絶によって引き起こされた損害の賠償義務を負う²²⁰。

鑑定にあっては，鑑定人は鑑定人宣誓の義務及び適時に鑑定・所見を引渡す義務を負うが，鑑定人として行動する義務といった一般的義務は存在しない²²¹。また，十分な理由なく鑑定を拒んだり，期限通りに鑑定を供出しなかったり，あるいは，呼出状があるにもかかわらず証拠調べ期日に出頭しなかったりすると，費用の賠償義務を負うことになる。もっとも，証人と異なって鑑定人は代替の利く証拠方法であるから，出頭義務も提出義務も強制することはできないとされている²²²。

検証にあっては，実際には唯一の直接的証明であるから，裁判官には制限なく職権で検証を命じることができる²²³。検証物が相手方の手中にある場合

217 *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. (2009), Rn. 801.

218 *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. (2009), Rn. 804.

219 *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. (2009), Rn. 805.

220 *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. (2009), Rn. 805.

221 *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. (2009), Rn. 810.

222 *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. (2009), Rn. 810. また，354条2項では，他の鑑定人を選任することができるとされる。

223 たとえば，183条1項4号や368条1項。

には、文書の提出に関する規定が同じように適用されうる(369条)。304条の要件を満たす場合には、相手方は検証物の提出義務や検証受忍義務を負うことになるが、305条の拒絶理由を援用することができる。また、提出義務や受忍義務は強制させることはできない²²⁴。官公庁に存在する・公証人が保管するような検証物は、裁判所自ら調達すべきであり、その引渡は職権救済(Amtshilfe)の可能性によってのみ強制されうる。さらに、369条では308条が準用されていないので、第三者の検証物の提出義務は生じない。また、誰も検証の受忍義務を負うというような法的思考はどこにも存在しないとされている²²⁵。

当事者尋問にあっては、証人と同様に当事者には出頭義務、陳述義務、宣誓義務が課される。もっとも、出頭義務も陳述義務も強制することはできないので(380条3項)、当事者が理由なく不出頭や不陳述を行った場合、裁判所は「全状況の慎重な評価の下(unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände)」で判断すべきものとされる(381条)。訴訟における当事者の発言に妥当するとされる真実義務(187条)は、当事者尋問の際に特に強調される²²⁶。なお、宣誓下で行われる当事者の偽りの陳述は、刑法288条によって罰することが可能である。

第3款 証明妨害

オーストリア民事訴訟法において、証明妨害に関する規定は次のものがある。307条²²⁷、318条²²⁸、369条²²⁹、381条²³⁰である。ただし、証明妨害は、協

224 *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. (2009), Rn. 816.

225 *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. (2009), Rn. 816.

226 *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. (2009), Rn. 821.

227 307条

(1) 相手方が文書の占有を否認したが、裁判所が、文書により証明すべき事実を重要であり、かつ、文書の提出義務が存すると認めた場合には、相手方が文書を占有しているか否か、それがどこに存するかを知っているか否か、又は文書を拳証者から遠ざけるために、自ら若しくは自己の指図により滅失若しくは利用不可能にしたか否かについて調査するために、裁判所は、決定により相手方の尋問及び宣誓した上での審尋を命ずることができる。

力義務ないし事案解明義務に包摂されると考えられている²³¹。証明妨害が上記の義務に包摂されるとしても、次に問題となるのは、これらの義務に違反した場合に可能となる制裁は何かということである。これらの義務は直接的には強制できない性質のものである²³²。この視点においては、大陸法は英米法と区別される²³³。このため、訴訟法上の事案解明義務ないし協力義務に対する違反は、純粹に訴訟の中での結果でしか関係しない²³⁴。

- (2) 相手方が、占有していると自白した文書の提出命令に従わず、占有を否認している文書について尋問若しくは宣誓供述を拒否し、又はこの者の供述から文書が意図的に滅失若しくは利用不可能にされたことが明らかな場合には、これが事件の判断にいかなる効果を及ぼすかについて、とりわけこうした場合において文書の内容についての挙証者の主張が証明されたものとみなされるか否かについては、すべての事情を慎重に評価して行われる裁判官の裁量に委ねられる。

228 318条

- (1) 記念碑、境界標、境界石、標柱及びこれに類似の目印によって、又は当事者が取引のために証拠として用いた印木によって、どの程度の証拠が提出されたとみるかについては、裁判所はすべての事情を慎重に評価して判断しなければならない。

- (2) 303条から309条までの規定は、情報物件の提出に対しても準用される。

229 369条

相手方が占有し又は官公庁若しくは公証人が管理していると挙証者が主張する物を検証すべきときは、301条及び303条から307条までの規定を準用しなければならない。その際には、相手方に存する者の提示若しくは引渡の拒絶、意図的な若しくは相手方に起因する物の除去若しくは毀損、又はこれらについての供述の拒否がいかなる効果を及ぼすかについての判断は、あらゆる事情を慎重に評価して行われる裁判官の裁量に委ねられる。

230 381条

当事者が十分な理由なくして個々の質問に供述若しくは回答することを拒絶した場合、宣誓させずに若しくは宣誓させた上で尋問のために呼び出された当事者が出席しない場合、又は宣誓した上で尋問のために呼び出された当事者が出席しない場合、又は宣誓した上で当事者がした供述がこれに先立つ宣誓せずにした供述と重要な点において食い違う場合には、これが立証にどのような効果を及ぼすかについて、裁判所は、すべての事情を慎重に評価して判断しなければならない。

231 *Rassi*, ZJP 121, 165, 192; *Lorenz*, ZJP 111, 58.

232 *Rassi*, ZJP 121, 165, 197. *Rassi* は、証明責任を負わない当事者が訴訟における事案解明義務・協力義務に違反したとしても、裁判官には執行名義 (die vollstreckbare Titel) を作成する事が禁じられると言う。

233 *Stürner*, ZJP 98, 247.

234 *Rassi*, ZJP 121, 165, 197.

訴訟法上の事案説明義務ないし協力義務が肯定される限りにおいては、証明責任を負う当事者が自己の主張困難あるいは立証困難の解決にあたり、他方当事者が協力すべきであるということが承認される。もちろん、ドイツの議論の様に協力への拒絶を証明責任の転換の問題とするのか証拠評価の問題とするのかは大きく争われることになるが、オーストリア法の観点からは、協力義務に関しては、この義務に対する違反は「相応の証拠評価」という結果になるということを前提としている²³⁵。つまり、書証提出義務（307条2項）、情報物件（318条）、検証（369条）に対する違反は、法律上、自由な証拠評価であると規定されている。また、当事者尋問の領域においても、陳述の拒否は381条によって「全状況の慎重な評価の下（unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände）」で判断すべきものとされる。この場合の自由な証拠評価では全体の手続の中での当事者の行為を含めて考えるべきである²³⁶。さらに、2002年の改正の際に織り込まれた鑑定に協力する義務の違反も、自由な証拠評価の枠内でのみ考慮されるものとされる²³⁷。また、有責的証明妨害は、行為に対する自由な評価によってのみ対処すべきものとされる²³⁸。それゆえ、完全な証明責任の転換などの他の方法は否定されるべきことになる²³⁹。

第4款 まとめ

オーストリア法の視点は、協力義務や事案説明義務に違反した場合には、裁判官による自由な証拠評価のみが唯一実行可能な制裁であると考えている。証明妨害に対しては、行為を自由に評価すること、及び、証拠を自由に評価することによって解決が示され、ことに、その都度に対立する利益を問題にすることになるから、個々の事案の特殊性に照準を合わせるためには適切な

235 *Rassi*, ZJP 121, 165, 198.

236 *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 7. Aufl. (2009), Rn. 821.

237 *Rassi*, ZJP 121, 165, 199.

238 *Rassi*, ZJP 121, 165, 198.

239 もっとも、判例では異なった解決を示すものもある。OGH 23.11.1999, 1 Ob 254/99f, SZ 72/183. なお、筆者はこの判例を < <http://www.ris.bka.gv.at/Jus/> > から入手した。

処理であると言える²⁴⁰。

272条は自由心証主義を定める規定であるが、懈怠された協力や事案解明に対する評価は、証明責任を負わない当事者の責任として、相手方の主張を真実とみなすような結果にさえ至る。しかし、当然にそのことが強制されるものではない。有責的な証明妨害は協力義務を満たさないことと同列に扱うものとしても、そこから得られる評価には個々に用いられる自由な証拠評価の枠内での判断が必要とされるのである。この場合、証明責任を負わない当事者の消極的態度のみならず、全状況を包摂することになる。

第2節 スイス法

スイスは、連邦国家を構成する26の州がそれぞれ独自の司法制度を有しており、手続法についても各州固有の法律が存在していた²⁴¹。しかし、2011年1月1日に、スイス民事訴訟法 (Schweizerische Zivilprozessordnung) として統一訴訟法典が施行された (刑事訴訟法についても同様)。これまでの経過を簡単に記すと次の通りである²⁴²。1999年10月8日に連邦議会は司法改革に関する連邦決議 (Bundesbeschluss) を可決し、2000年3月12日には国民及び各州が司法改革について同意した。これ以降、裁判官や弁護士らによる専門家委員会 (Expertenkommission) が結成され草案を作成した。そして、2006年6月28日には、連邦議会がスイス民事訴訟法に対する答申を可決し、2011年1月1日に施行とされるに至った。以上のような事情もあって、本稿では各州で定められていた民事訴訟法を若干紹介した上で、新民事訴訟法の規定につき見ていくこととする。

第1款 当事者の義務

スイス民法典2条1項では「何人も権利の行使及び義務の履行は信義誠実

240 *Rassi*, ZJP 121, 165, 199.

241 林道晴「スイスの民事訴訟」『ヨーロッパにおける民事訴訟の実情 (下)』(法曹会, 1998年) 167頁参照。

242 スイス政府のホームページ[http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/staat_und_buerger/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte0/ref_zivilprozessrecht.html]を参照。なお最終閲覧日は、2012年1月15日である。

にこれをなす」とされており、この条文を根拠に民事訴訟における真実義務と完全陳述義務が認められるとの連邦裁判所の見解²⁴³に従って、各州において真実義務と完全陳述義務が明文をもって規定される²⁴⁴。このように、訴訟における一般的義務は既に連邦法に定められているのである²⁴⁵。そして、このような規定から真実義務²⁴⁶が帰結されるのであるが、これは訴訟に関係する全ての者——当事者及び裁判所——に向けられており、当事者相互間でも妥当するものとされている。当事者の訴訟法上の一般的義務としては、たとえば、チューリッヒ民事訴訟法50条²⁴⁷、ベルン民事訴訟法42条²⁴⁸においてそれぞれ定められていた。

いずれにしても、証明妨害行為があった場合には、証明責任の転換が正当化される点では一致しているようであった²⁴⁹。以下では、チューリッヒ州とベルン州を取り上げて各証拠方法に関する当事者の義務と権利を概観し（なお、チューリッヒ州を取り上げる時は「チ民訴」、ベルン州を取り上げる時

243 BGE 111 6.

244 ヴァルター・J・ハーブシャイト（芳賀雅顕訳）「真実義務，本人出頭，法的討論」法学研究70巻9号（1997年9月）125頁。なお，こうした義務に違反した場合，訴訟詐欺にあたり刑法上の詐欺罪に該当する可能性がある。しかし，スイスでは判例において訴訟詐欺は認められていない（128頁・BGE 78 84 ff.）

245 *Oscar Vogel*, Grundriss des Zivilprozessrechts (1999) 6. Aufl., § 30 Rn. 89.

246 真実義務の内容は，意図的に真実でない事実主張をしてはならず，真実である事実を争ってはならないというものである（*Vogel*, Grundriss des Zivilprozessrechts (1999) 6. Aufl., § 30 Rn. 90.）。

247 チューリッヒ民事訴訟法50条〔訴訟における行為〕

訴訟に係る者は全て信義誠実の原則に従って行動しなければならない。特に，当事者は自己の権利を追及するために故意に不当な訴訟を進行してはならず，許容された方法のみを用いるべきである。

248 ベルン民事訴訟法42条

当事者及び当事者の弁護人は，悪意を持った訴え提起，故意に真実を歪めること，意図的な拒否，不誠実な訴訟の引き延ばしを控えるべきである。同様に，事実に関係のない嫌がらせによって相手方または第三者を侮辱することが禁じられる。違反者には，裁判官によって叱責または500フランまでの罰金が与えられる。

249 *Vogel*, Grundriss des Zivilprozessrechts (1999) 6. Aufl., § 44 Rn. 44. なお，新民事訴訟法に関するコンメンタールにおいても同趣旨のことが記載されており，新法の下でも状況に変化はないように思われる（Vgl. *Spühler/Dolge/Gehri*, Schweizerisches Zivilprozessrecht (2010), § 43, Rn. 67., § 44, Rn. 93; *Leuenberger/Uffer-Tobler*, Schweizerisches Zivilprozessrecht (2010), S. 219.）。

は「ベ民訴」とそれぞれ略称を用いることとする), 新民事訴訟法につき見ていくこととする。

第2款 証拠方法と証明妨害

各州の民事訴訟法では, 書証, 人証, 検証, 鑑定, 当事者尋問を定めていた。

(1) 書証²⁵⁰

当事者は, 相手方もしくは第三者が有する文書の提出を求めることができるとされ, このため当事者及び第三者には文書提出義務を負うことになる。具体的には, 当事者には書証の提出義務を負い (チ民訴183条1項・ベ民訴236条1文), これに違反した場合には, 裁判官の自由な心証により評価するという制裁と (チ民訴183条2項), 証明しようとする事実の擬制を認めるものとがある (ベ民訴237条)。第三者にも文書の提出義務が認められるが, 法定の拒絶権の要件を満たす場合には義務を免れる (チ民訴184条1項, ベ民訴236条2文)。この他に, 民法上における提出義務を負う場合もある。

(2) 人証²⁵¹

全ての者は証人となることができるが, 証人となった場合には証人義務を負うことになる (チ民訴157条1項, ベ民訴243条)。この証人義務の具体的内容は, 出頭義務, 陳述義務, 真実義務である²⁵²。また, 法定の事由があれば証人となることを拒否でき (チ民訴158条, ベ民訴245条), 特定の陳述につき証言を拒絶できる (チ民訴159・160条, ベ民訴245・247条)。

(3) 検証²⁵³

全ての人に検証受忍義務が課される (チ民訴170条・ベ民訴263条)。この受忍義務に違反した場合, その効果につき裁判官の自由な心証によって評価

250 チ民訴183条以下, ベ民訴229条以下。

251 チ民訴157条以下, ベ民訴243条以下。

252 *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung (1997) 3. Aufl., § 157 Rn. 1.

253 チ民訴169条以下, ベ民訴260条以下。

される。

(4) 鑑定²⁵⁴

連邦法上、裁判所の選任した鑑定人の調査に対する受忍義務や協力義務が認められる（たとえば、民法254・369条）。それ以外の義務については各州の規定に従うことになる（チ民訴177条）²⁵⁵。また、これらの義務に違反した場合、一部では調査を強制できるとか、証明妨害の原則に従って当事者の行為を評価するといった処理がなされる²⁵⁶。

(5) 当事者尋問²⁵⁷

当事者には、発せられた質問に対して、事実在即して知っている限りのことを答える義務がある（ベ民訴274条）。この義務に違反した場合、裁判官の自由な心証により評価する（チ民訴154条）、裁判官は当該当事者に不利な事実確定をしてよい（ベ民訴280条）とされる。

第3款 新民事訴訟法典

(1) 当事者の義務と権利

スイス新民事訴訟法では、160条以下において協力義務と拒絶権について定められている。特に、160条²⁵⁸、161条²⁵⁹、162条²⁶⁰は重要な規定である。こ

254 チ民訴171条以下、ベ民訴264条以下。

255 Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts (1999) 6. Aufl., § 44 Rn. 160.

256 Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts (1999) 6. Aufl., § 44 Rn. 160.

257 チ民訴149条以下、ベ民訴273条以下。

258 160条 協力義務

1 当事者及び第三者は、証拠調べに協力する義務を負う。当事者及び第三者は、とりわけ、次に掲げることを行わなければならない。

- a. 当事者として、証人として、真実に従って供述すること
- b. 文書を提出すること；ただし、弁護士との通信（Korrespondenz）は、当事者又は第三者の職務上の代理に関する限りでは、除外される
- c. 鑑定人による身体又は所有物の検証を受忍すること

2 未成年の協力義務に関しては、裁判所はその裁量により判断する。裁判所は、子の福祉を考慮する。

これらの規定において、一般的な協力義務——その具体的内容としては、陳述義務・提出義務・受忍義務²⁶¹——を導き出すことができ、しかも、不当に協力を拒む場合については、その制裁に関する規定によって、義務の履行を確保している。この点が、他の法制と比較して際立つ点である²⁶²。制裁としては、当事者が協力を拒む場合につき、裁判所は証拠評価の際にこれを斟酌できるとし(164条)、第三者が協力を拒む場合につき、裁判所は1,000フランまでの過料、刑法292条による刑事罰、強制的履行、拒絶によって生じた訴訟費用を負わせること、以上の4つを予定している。このように、当事者の拒絶と第三者の拒絶を分けて規定しており、しかも第三者の拒絶の方がより強い制裁となっている。これについては、次のような理解が根底にあるようである。つまり、第三者に協力義務を課すことについては、真正な義務(die echte Pflicht)が重要であり、その義務違反については刑事あるいは強制的履行が可能なものでなければならず、他方で、当事者の協力義務は訴訟法上の責任(prozessuale Last)にすぎず、したがって証拠評価の際に、関係当事者に不利益が与えられるにすぎないというものである²⁶³。

上記のように比較的強力な義務を定めるものであるが、163条から166条に

-
- 3 協力義務を負う第三者は、相当の補償を請求する権利を有する。

未成年の協力義務に関しては、裁判所は裁量により判断する。この場合、子の福祉を考慮するものとする。

協力義務を負う第三者は、相応の補償を請求する権利を有する。

259 161条 教示

- 1 裁判所は、当事者及び第三者に対して、協力義務、拒絶権及び懈怠結果について教示する。

- 2 裁判所は、拒絶権を教示しない場合には、証拠調べの結果を考慮することは許されない。ただし、関係当事者が同意していた又は拒絶が不当に行われていた場合には、この限りでない。

260 162条 協力に対する正当な拒絶

裁判所は、当事者及び第三者が正当に協力を拒む場合には、このことから証明されるべき事実を推論してはならない。

なお、新民事訴訟法典の邦訳については、拙稿『スイス民事訴訟法典の試訳(1)』志學館法学13号(2012年3月)273頁以下も参照してください。

261 Vgl. Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht (2010), § 45, Rn. 103.

262 Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht (2010), S. 309.

263 Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission (2003), S. 78; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (2006), S. 7316.

において拒絶権も定められており、義務との調整が図られている。なお、不当な拒絶に対しては、167条によって制裁が予定されている。

なお、当事者の権利としては、152条によって証拠に関する権利が包括的に定められている。それによれば、当事者は裁判所に証拠調べを求める権利を有するとされる。さらに、155条1項では、当事者には証拠調べに関与する権利が定められている。

(2) 証明妨害

証拠方法としては、以下の6つの方法が認められている(168条)。すなわち、人証・書証・検証・鑑定・書面による照会・当事者尋問等である。しかし、証明妨害に関する一般的規定を置くために、各証拠方法に関する妨害についての規定は見当たらない。これに代わって、証明妨害行為に対する一般的制裁として、164条では「証拠評価の際に斟酌する」ことが予定されているのである。

第3節 フランス法

第1款 当事者の義務と権利

従来は、「何人も自己に不利益な証拠を与える義務を課されない(Nemo contra se tenetur)」という原則が妥当していたため、証拠提出を強制することには否定的な見解が占めており、たとえば、旧民訴法典188条では当事者自身に関係する証拠方法のみの提出義務が認められていた²⁶⁴、²⁶⁵。しかし、1970年代に相次いで民法及び民事訴訟法が改正されたため、このような考え方は大きく変容することになる。以下、具体的に見てみよう。

フランス民法典10条²⁶⁶では、訴訟法上の事実解明につき、訴訟当事者及び

264 *Adolff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung (2007), S. 220.

265 たとえば、文書提出義務は限定的なものであったが、真実発見の利益のために強制的文書提出を認めた1879年6月17日の破棄院判決を境にして、強制的文書定提出を肯定する見解が次第に有力となった(小林秀之『証拠法[第2版]』(弘文堂、2003年)110頁)。

266 民法典10条

何人も真実解明のために司法に協力する義務を負う。

第三者の協力義務が定められた。そして、2項において、訴訟法上の制裁及び拒否権（拒絶権）が定められた。すなわち、正当な理由なく自己の義務から逃れようとする者は、強制賦課金・罰金強制（Zwangsgeld・astreinte）もしくは民事罰金（Ordnungsgeld・amende civile）が科されることになる。こうした規定は、当事者が訴訟の相手方に勝訴のために必要な資料を提供する必要がないとの原則から離れることを意味していると同時に、協力を引き出すための訴訟法の基本的権利で重要な規定として資することになる²⁶⁷。

このような民法の規定を受け、これを具体化したのが新民事訴訟法典11条である²⁶⁸。新民事訴訟法典11条²⁶⁹は、訴訟法上の義務の原則を規定する。まず、1項によれば、当事者は立証に寄与する義務を負うことになる。また、2項によれば、裁判所は、当事者の申立てに基づき、証拠方法の提出を命じることができ、必要と思慮される場合には、同時に強制賦課金を命ずることも許される。裏を返せば、あらゆる証拠方法の一般的提出義務を含んでいるとされる²⁷⁰。ただ、強制賦課金のみを科すことが可能であり、民事罰金は予定されておらず、このような間接的な担保によって、書証の提出を実現することだけを予定している。他の協力行為の際に類推的推論の方法により上記

法的に求められているにもかかわらず、正当な理由なくし、この義務に従わない者に対しては、この義務を強制することができ、必要がある場合には間接強制、民事罰、損害賠償を求めることができる。

（なお、条文の訳については、町村泰貴「フランスにおける Le droit a la preuve の観念」北法38巻1号（1987）111頁を参照した。）

267 Adolff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung (2007), S. 303.

268 Kapoor, Die neuen Vorlagepflichten (2009), S. 137.

269 新民事訴訟法典11条

裁判官が[当事者の]懈怠又は拒絶からすべ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。

当事者が証拠の資料を所持する場合には、裁判官は、他の当事者の申請に基づき、必要ならば間接強制をもって、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基づき、必要ならば間接強制をもって、正当な障害事由がない限り、第三者により所持されるすべ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。（法務資料434号参照。）

270 Kapoor, Die neuen Vorlagepflichten (2009), S. 137. もっとも、当事者は、その手中にある証拠方法の提出義務、第三者は、文書に制限された提出義務をそれぞれ負うことになる。

のような措置を採ることができるかという問題については、統一的な答えは存在しないが、11条1項は、他の証拠調べが妨害された場合に、制裁を予定している。すなわち、証明の不利益である。

132条²⁷¹も重要な規定である。立証のために用いる全ての証拠方法について、相手方にそれを分かりやすくしておく義務を負うことになるが、このような義務は法律によって認められており、証拠の申出は必要ないとされている。当事者の活動が幅広く認められるフランスでは、裁判所を介さずに、当事者間で直接的に証拠方法の伝達 (communication)²⁷²が行われ、裁判所は例外的な場合を除いて関与しない。したがって、当事者又はその代理人は、この伝達の際には誠実に伝達を行うことが求められる。

ともあれ、個々の事件における協力義務の射程範囲は、裁判所が適切な命令を発するかどうかの判断の枠内で提出義務者の拒絶理由が正当か否か調査するという形での裁判官の裁量で決まる。訴訟法では協力義務の定義がなされていないが、訴訟に協力する際の当事者及び第三者の利益状況が反映されることになろう。

第2款 証明妨害

新民事訴訟法典11条によれば、立証を妨害するような行為に対する制裁としては、証拠法上不利益に扱われる場合と間接強制の手段による場合とを用

271 132条

書証を使用する当事者は、それを他の訴訟当事者すべてに伝達する義務を負う。書証の伝達は自発的に行わなければならない。

控訴事件では、すでに第一審の弁論に提出されていた書証の新たな伝達は必要とされない。ただし、すべての当事者はそれを要求することができる。法務資料434号参照。

- 272 用語の問題ではあるが、フランスでは伝達 (communication) と提出 (production) とは区別して使われている。フランス法では、当事者の活動が幅広く認められているために裁判所を介さずに当事者自らのイニシアティブで直接的に当事者間において証拠方法に関する情報交換が行われる (132条)。この場合に用いられるのが communication である。他方、production は、当事者が裁判所に証拠方法を提出する時に用いられる用語である。なお、第三者が裁判所に証拠方法を提出する場合には obtention が用いられる。Vgl. *Adolff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung (2007), S. 144 ff.

意している²⁷³。前者の場合、裁判所は、あらゆる推論を引き出しうること (tirer toute consequence on d'un refus) になる。このことは、裁判所による評価の際に不利益に扱われるということ——消極的推論が引き出される²⁷⁴——を意味する。つまり、裁判所の心証次第では訴訟に負けるというリスクがあるから、当事者は協力義務に従わざるをえないことになるのである。第三者に対する制裁については、第三者に対して消極的な評価をしたところで協力義務に従わせる動機づけにはなりえない。そこで、専ら強制的方法のみが考慮されるのである。

フランス法では、証明妨害は訴訟法上の協力義務に違背した結果であると考えられている。この義務は常に証拠決定を行う裁判所による具体化が必要とされる。当事者がどのような行為が証明妨害と認定されるかを認識している場合にのみこの義務に対する違反を認めようとするからである。また、妨害行為の評価の際に、個々のドイツ法の様な責任探知は行われない。ただし、責任の問われないような証拠方法の破棄という本質的事例では、不可抗力 (force majeure) という概念の下で拒絶理由として把握され、制裁を与えられずに提出義務から免除されることになる²⁷⁵。

ところで、証拠評価の枠内で証明妨害を斟酌することは、訴訟法改正の成果ではない。訴訟法改正は、義務違背の結果による制裁として、証明の不利益を負う、と理解する点にある。一般的協力義務を導入する前は、しばらくの間、昔の判例は「不利な評価」を用いてきた²⁷⁶。裁判所のこうした消極的

273 もっとも、間接強制の方法は、例外的なものとされている (*Kapoor, Die neuen Vorlagepflichten* (2009), S. 138.)。

274 *Kapoor, Die neuen Vorlagepflichten* (2009), S. 138.

275 *Kapoor, Die neuen Vorlagepflichten* (2009), S. 139.

276 運送人が運送中に積み荷 (おそらく、樽の中身だと思われる) の一部を失わせてしまい、目的地に到着するとすぐに輸送容器に蓋をはめてしまった。この際に、予め損害原因を確定させる行為にはでなかったという事実関係につき、早められた修理により立証を困難にさせたとの理由で、運送人に損害賠償が命じられた (Cass. civ. 16. 3. 1921.)。また、従業員が雇用主に対して歩合の支払いを求めたという事案では、従業員は雇用主の手中にある原本のみによって立証しえたが、雇用主が当該文書を訴訟に提出することに対して気が進まなかったという事実関係につき、このような雇用主の態度は不利に評価された (Cass. civ. 5. 4. 1927.)。Vgl. *Adolff, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung* (2007), S. 310.

態度は、裁判所が不利な証拠評価で十分であると考えてきたという推論の証左である。協力義務の導入後は、証拠評価が決定的で重要な要素となる。いずれにしても、証拠法上の制裁可能性については、証拠評価が補完してきたものと評価できよう。

また、ドイツ法とは異なり、裁判所の職権での証拠方法の提出を命じられるが、それに基づく提出義務はない²⁷⁷。つまり、協力義務が認められる限りにおいては、当事者の申し出をその条件として、提出義務が命じられることになるのである。

277 *Adolff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung (2007), S. 238.