

日本の国際民事証拠共助法制について

多田望

はじめに

民事裁判において証拠の収集又は取調べの必要が生じた際に、証拠が外国に所在することがある。例えば、証人となるべき者が外国に居住している場合や検証されるべき文書が外国の銀行に保管されている場合などである。貿易、海外旅行など国境を越えた人的・物的な国際交流が盛んになるにつれ、かつてに比して民事裁判も様々な様相を含むようになってきている。事実の認定に欠かせない証拠が自国でなく外国に所在するという事態は、何も希なことではない。しかしながら、他国の領土内において、主権作用である裁判権の一発現と見られる証拠調べ等を、自国の裁判官が行うことは国際法上許されない、と伝統的にされている。そこで各国は古くより、「国際司法共助」と呼ばれる国家間の特別な相互協力・援助の関係を築いてきた。民事裁判における証拠に関する国際司法共助¹⁾(以下、「国際民事

1 (熊本法学94号 '98)

証拠共助²⁾と呼ぶ。)における基本的な協力方法は、証拠の所在する外国の裁判所に証拠収集・証拠調べを囑託し、この囑託を受けて当該外国裁判所が証拠収集・証拠調べを実施するというものであった。

国際司法共助は、その名にある通り「共助」＝「助け合う」という「和」の理念を内包する。よって一般論としては、このような協力体制が望ましいことであるのは全ての国にとつて異論のないところであらう。しかし、その背景に存する、ある行為を必要とする国とこの行為が行われるべき国の間で生じる利害の対立は、予想以上に激しい³⁾。法系の異なる国同士で証拠共助を行おうとするとき、お互いに自国手続から容易には離れられず、できる限り自国手続通りの実施を求める。この、いわば「争」の現実のために、十分に実践的・実用的なシステムの構築に向けては、相当な困難が存在し、非常な努力が必要とされてきたのである。

世界の多くの国は、このような困難を克服し、国際民事証拠共助を円滑に進めるために、様々な二国間・多国間条約を相互に締結しつつ、その国なりの共助法制を形成してきている。わが国も、民事事件に関する国際証拠共助のために様々な条約、法律、規則などを有し、それらは一つの体系・法制を構築している。軸となっているのは一九五四年の「民事訴訟手続に関するハーグ条約」(以下、一九五四年の民事条約又は単に民事条約と呼ぶ)であるが、わが国の証拠共助法制の全体像と細部は、必ずしも透明で分かりやすいものではない。本論文では、このような問題意識に立脚し、国際民事証拠共助に関する一連の法規を制度的・体系的に考察する中で、わが国の現在の証拠共助法システムを解明し、その問題点を浮き彫りにする。そして、将来的にあるべきシステムの構築について、いくつかの提言を試みる。主たる提言は、一九七〇年の「民事又は商事に関する外国における証拠の収集に関するハーグ条約」⁴⁾への加盟である。このハーグ証拠収集条約は、わが国も加盟する民事条約の改正版であり、進歩的なシステムを有し多数の欧米国が当事国となっている。中国が一九九七年一二月に加盟するところとなり、アジアにおける証拠収集条約の

進出拠点として注目される。このため、この条約に絶えず意識を払いつつ、考察を進めていくことにする。

なお、最初に断っておかなければならないが、外国における証拠収集・証拠調べに関する自国手続法の域外的直接的適用の可否の問題は、本論文の主たる目的から外される。外国に所在する証拠を、証拠共助の方法によらず、直接に自国手続法上の証拠収集手段によつて当事者又は第三者から獲得しようとすることは許されるか。アメリカ合衆国の域外的デイスカヴァリ命令が引き起こした「国際司法摩擦」⁶⁾の問題状況が、まさにこれである。わが国の証拠収集・証拠調べ手続との関係におけるこの議論は、もちろん重要課題であるが、それ自体で一つの本格的な研究に値するものである。よつて本論文では、まずは、証拠に関する民事の国際司法共助につきわが国の法状況を研究することを主要な目的とし、自国証拠手続法の域外適用の問題は、この目的、すなわち、国際民事証拠共助の現状と課題を浮き彫りにするのに必要な限りで検討するにとどめる。

注

- (1) 民事裁判における証拠に関するわが国の国際司法共助については、一般に以下の文献を参照。竹下守夫・伊藤眞編「注釈民事訴訟法」(柏木邦良「二六四条」)一八八頁(有斐閣、一九九六年)、春日偉知郎「証拠収集・証拠調べ」石川明・小島武司編「国際民事訴訟法」一〇六頁(青林書院、一九九四年)、寺田逸郎「司法共助に関するハーグ条約」国際法外交雑誌九二巻四・五合併号四八四頁(一九九三年)、斉藤秀夫・小室直人・西村宏一・林家礼二編「第二版」注解民事訴訟法(5)(山本和彦「国際民事訴訟法」)四六八―四七〇頁(第一法規出版、一九九一年)、小林秀之「国際司法共助」澤木敬郎・青山善充編「国際民事訴訟法の理論」二八五頁(有斐閣、一九八七年)、高桑昭「渉外的民事訴訟事件における送達と証拠調べ」法曹時報三七巻四号八二―一頁(一九八五年)、服部壽重「民事事件における国際司法共助」鈴木忠一・三ヶ月章監修「新・実務民事訴訟講座」七一―一六一頁(日本評論社、一九八二年)、小原喜雄「国際司法共助の現状と課題」ジュリスト

六二八号二二五頁（一九七七年）、服部寿重「民事事件における国際司法共助—ハーグ条約を中心として—」法律のひろば二五卷一—四頁（一九七二年）、三井哲夫「国際民事訴訟法の基礎理論」三（四）（八）（一四・完）法曹時報二二卷二—三三七頁（一九七〇年）、二三卷一—五四頁（一九七一年。以下同じ）、五号一—〇五七頁、六号一—二七九頁、七号一—二八頁、八号一—二八頁、九号二—一四頁、一〇号二—六〇七頁、一一号三—一〇〇頁、青山正明・服部寿重「民事事件に関する国際司法共助の現状と問題点」判例タイムズ二〇一—二〇一—二八二頁（一九六七年）。また、法規関係の詳しい資料として、最高裁判所事務総局編「国際司法共助執務資料」（法曹会、一九九二年）、最高裁判所事務総局編「民事事件に関する国際司法共助手続の手引（新版）」（法曹会、一九九五年）がある。

(2) 「証拠共助」の語は、国際司法共助で議論される他の問題（特に、外国における訴状の送達が重要）から証拠に関するものを区別する目的で用いられる。この言葉は、すでに、春日・前注（一）一〇六頁において用いられている。

(3) 例えば証人尋問一つをとってみても、大陸法圏とコモンロー国とは、尋問主体（裁判官か弁護士か）、尋問の方式（交互尋問かどうか）、尋問調書の記録方法（要約か逐語的か）などに関して異なっている。また、宣誓の方式や証言拒絶権の範囲なども、国によって宗教や社会的背景に影響を受けて相違がある。各国は、これら真実発見のために必要と思う自国の厳格な方式に従っていない証拠には、信頼を置くことをためらうのである。

(4) ハーグ証拠収集条約に関しては、特に、柏木邦良「民事・商事事件の外国における証拠調に関する条約（上）（下）——通称ハーグ証拠調条約——」ジュリスト一〇六五号八三頁（一九九五年）、一〇六七号一〇一頁（一九九五年）、寺田・前注（一）七四頁、多田望「ハーグ証拠収集条約について（上）、（下・完）」熊本法学八四号一頁（一九九五年）、八七号一頁（一九九六年）などを参照。

(5) 国際司法摩擦に関しては、シュテュルナー（春日俣知郎訳）「国際司法摩擦」（商事法務研究会、一九九三年）、春日伊知郎「証拠収集及び証拠調へにおける国際司法共助—執行管轄権の視点を交えて—」新堂幸司・鈴木正裕・竹下守夫・渡邊惺之・池田辰夫編「判例民事訴訟法の理論（下）」四二五頁（一九九五年）、春日俣知郎「国際民事訴訟における証拠の収

集・提出」『民事証拠法研究 証拠の収集・提出と証明責任』二九三頁（有斐閣、一九九一年）、熊谷久世「国際民事訴訟法におけるアイスカヴァリについて」『沖繩法学』二六卷一五五頁（一九九七年）、多田望「アメリカの開示手続とハーグ証拠収集条約—アエロスパスリアル判決とその後の展開を中心に—」『阪大法学』四二卷一号一五三頁（一九九二年）などを参照。

一 日本における国際民事証拠共助法制の歴史的展開

世界的に見ると、国際民事証拠共助の歴史は、紀元前のギリシヤ都市国家の時代に、遡ることができると言われる。⁶ 現代国家における国際的な共助法制は、近代の主権国家体制に移つて以降、形作られてきたものである。日本では、国際民事証拠共助はどのような発展を遂げてきたのか、その歴史的沿革を探ってみる。

（1）明治期

近代国家建設に向け、欧米列強諸国の仲間入りをするために様々な法整備を行う中、一八九〇（明治二三）年に、ドイツの民事訴訟法に倣った「民事訴訟法」⁷（いわゆる旧民法）が制定される。その二八一条⁷は、外国において為すべき証拠調べについて、当該外国の管轄官庁又はそこに駐在するわが国の公使・領事に囑託する事を定めていた。⁸これが、わが国における近代的な民事証拠共助法の歴史的起点であろう。

しかしながら、本格的な起点としては、一九〇五（明治三八）年の「外国裁判所ノ囑託ニ因ル共助法」⁹（以下、共助法）⁹がこれにあたると言うべきである。共助法は、民事と刑事に関する送達及び証拠調べについての受託共助を目的とする単行法である。ここで受託共助というのは、外国裁判所から囑託を受けてそれを実施することであり、いわ

ば外国裁判のための内国における共助である。先の旧民訴法二八一条が外国でなすべき証拠調べについて囑託のみを定める規定であつたので、この共助法の制定により、初めて囑託及び受託に関して、国内法内部の根拠ができあがつたことになる。欧米の列国と肩を並べるべく、近代的な法制度の整備を行つていた日本にとつて、共助法の制定は国際的なアピールとして非常に有効であつたと思われる。共助法制定の数年前から、日本はハーグ国際私法会議への参加及びいくつかのハーグ条約への加盟を切望して来た。実のところは、一九〇五年の共助法（明治三八年三月一三日法律六三号）の制定を待たず、日本はハーグ会議第四会期（一九〇四年五月二十九日から六月一八日まで）に参加することができたのであるが、共助法の作成作業とハーグ会議参加希望とが全く無関係とは思われない。また、共助法の側も、一八九六年の民事訴訟手続に関するハーグ条約、ハーグ会議第四会期での同条約の改正作業、及び、そこで作成された一九〇五年の民事訴訟手続に関するハーグ条約から影響を何らかの形で受けているであらう。¹⁰⁾

共助法は、制定後、一九二二（明治四五）年と一九三八（昭和一三）年の二度改正を受けた。第一回目の改正は、より具体的な共助の積極的要件を列挙する一条ノ二第一項の追加と、それにとまなう第四条（共助の拒否事由を定めていた）の削除であつた。二回目の改正は、条約等があればそれが優先することを定める一条ノ二第二項の追加であつた。¹¹⁾

（二）大正期・戦前

資料によれば、共助法に基づいて相互主義により、一九一三（大正二）年二月（スウェーデンとの間のもの）から一九四〇（昭和一五）年九月（ブラジルとの間におけるもの）まで、二五カ国との間で証拠共助が行われたとの記録がある。¹²⁾ このうち、例えば、初期の頃のものである一九二〇（大正九）年三月にスイス連邦との間で交換された口上書における証拠共助では、スイスのジュネーブにおける未決の訴訟に関して、スイスの裁判所が、ヴォグトなる人

物（敬称はロ）の証人尋問を久留米において行うよう要請しているのが分かる。¹³この事件では、スイスが最初に、日本語を付けて尋問事項書を送付し、証人尋問を囑託してから（一九一九年二月）、最終的に日本がスイスとの相互性を認めて証人尋問を行うと決するまで（一九二〇年三月）、一年と少しの期間が経っている。日本によるこの実施決定は、実は、一九一九年八月のうちにスイスが相互主義や費用に關する約束をしていたにもかかわらず、日本がその返答をせず、一週間ほどすればヴォグトが船に乗つてドイツに帰つてしまふと在日スイス公使が通知をしたところ、慌てて数日で出されたものようである。わが国からの囑託は、米國へのものにして、一九二二年六月囑託、同年一月共助協定成立、同年二月実施結果返送というもの（六ヶ月間）、中華民國へのものにして、一九二二年八月囑託、一九二二年一月共助協定成立、同年三月実施結果返送というもの（七ヶ月間）がある。¹⁴以上につき、当時の国際社会情勢や通信・交通技術等を考慮すると、比較的短期間で処理がなされていたと評価できよう。¹⁵

この時代の二八年間における詳しい件数は不明であるが、少なくとも二五カ國との間で証拠共助があつたことは事実であり、実際の件数はこれより多かつたことが推察できる。平均すると年に一件以上はあつたということになる。か。このような形で展開してきた戦前における証拠共助の取決めであるが、そのほとんどは、第二次世界大戦によつて終了してしまふ運命にあつた。

(3) 戦後期

終戦後、サンフランシスコ講和条約（一九五一年）により各國との国交を回復していった日本は、一九五二（昭和二七）年のデンマークとの司法事務共助取決めの確認を皮切りに、漸次、戦前の共助取決めの確認又は復活を行い、また、もう取決めが終了してしまつた國やこれまでに共助のやりとりがなかつた國との間で取決めを開始した。¹⁶一九九二年までに、一七ヶ國との間で取決めが交わされている。

ここで注目すべき出来事として、一九五三(昭和二八)年の法務事務次官回答「外国領事官による日本における証拠調べについて」がある。これは、在京カナダ大使館が非公式書簡を以て行つた、外国領事官が日本において本国裁判所のために証拠調べを行うことができるか、という質問に関するものである。この質問を受けた外務省筋は法務省に対して照会し、法務事務次官が次のように回答した。すなわち、「外国領事官が日本国において当該領事官の本国国民に対し任意の供述に基く証拠調べを行うことは、相互主義を条件として認めて差し支えないが、日本国民及び第三国国民に対し証拠調べを行うことは認むべきでないと考える。」と。外国の裁判所間での証拠共助囑託・受託に関する取決めについては先に紹介したような資料があるが、領事証拠調べに関する資料としては貴重なるものである。¹⁷⁾

(4) 飛躍期

さて、戦後において、わが国の司法共助政策の飛躍点とも言うべき時期がある。一九六三(昭和三八)年頃から、司法共助法制の整備へ向けての取り組み姿勢に積極性が見られるようになる。まず、この年日本はイラン帝国と司法共助に関する口上書を交換するが、これは、送達や証拠調べに対する現実の必要が生じていないのに取決めを交わしたという、まれな例である。¹⁸⁾ また同年、これまでの共助取決め国の一覧が最高裁事務総長通知として出されている。

そして、次の一九六四(昭和三九)年には「日本国とアメリカ合衆国との間の領事条約」(以下、日米領事条約)が締結され、発効する。これは、本格的な領事条約であり、双方の受入国内における派遣国領事による送達・証拠調べに関する規定が含まれていた。また同年には、最高裁事務総長通達「外国においてする民事訴訟事件等の書類の送達および証拠調べの囑託について」が出されている。さらに翌年の一九六五(昭和四〇)年、今度は先の領事条約の相手国であるアメリカと同じロモン・ロー国のイギリスとの間で、「日本国とグレート・ブリテン及び北部アイルランド連合王国との間の領事条約」(以下、日英領事条約)が結ばれて発効した。これにも、証拠共助に関する規定がお

かれています。

以上のような積極姿勢が見られる中、証拠補助のみならず、司法共助法制全体の歴史にとつて最大の発展が記される。それは、一九七〇(昭和四五)年における一九五四年の「民事訴訟手続に関するハーグ条約」の批准・発効である。ハーグ国際私法会議の構成国とはなりつつも、諸国が最も関心を寄せた司法共助に関する「ハーグ条約」の批准・発効¹⁹⁾である。ここに、ついにそれが成し遂げられたのである。これまで二国間において口上書による相互主義の確認により、証拠補助を含む司法共助の囑託及び受託を行ってきた日本が、多国間条約による証拠補助法制の構築を開始したのである。なお、同年には送達共助に関し、一九六五年のハーグ送達条約も日本において発効している。

これらに伴って、「民事訴訟手続に関する条約等の実施に伴う民事訴訟手続の特例等に関する法律」(以下、特例法)及び「民事訴訟手続に関する条約等の実施に伴う民事訴訟手続の特例等に関する規則」(以下、特例規則)が制定・施行された。また、実務のために、最高裁判所事務総長通達「民事訴訟手続に関する条約等による文書の送達、証拠調べ等および執行認許の請求の囑託ならびに訴訟上の救助請求書の送付について」も出された。ここに、わが国の国際民事証拠補助法制の現在に至る骨格が誕生したのである。しかしながら、民訴条約及び送達条約を批准した背景に関しては、必ずしも両条約の必要性が第一にあつたとも言えないようである。当時日本がハーグ会議の構成国でありながら「適言の方式に関する法律の抵触に関する条約」のみしか批准していなかつたから、批准するのに適当な条約を探していたという事情もあつたと思われるとの指摘もなされている。²⁰⁾

以上のような立法・司法行政レベルでの発展に対して、証拠補助に関する裁判例は非常に数少ない。一九七三(昭和四八)年に大阪高等裁判所が下した決定²¹⁾が、わが国における証拠補助関連の貴重な先例である。これは、アメリカ合衆国から囑託された証拠調べの実施中に出された証言拒絶許可決定に関して、アメリカ側がこの決定を不服とした

抗告事件である。実はこの囑託は米国における租税関係事件においてなされたものであるので、厳密には「民事」証拠共助事件でない。しかしながら、共助法と上記の特例法の解釈が問題になった注目すべき判例である。

その他としては、当時アメリカ合衆国の施政権下にあった沖縄での証拠調べ実施申立に関する東京地裁の見解（一九七〇年）がある。²² この事件では、日本の裁判所が沖縄に出張して現地検証を直接実施し、その場で証人尋問をすることが申し立てられた。これに対して東京地裁が、「証拠調べは、裁判権の行使にほかならないが、沖縄における施政権は日米間の平和条約第三条により、今なおアメリカ合衆国にあるから、民事訴訟法第二六四条「筆者注」平成八年改正前」の解釈として沖縄は外国として取り扱うほかはないものと考ええる」との見解を示し、この申立ては受け入れられなかったのである。現在では沖縄は日本に復帰しているので、先例としての価値は少ない。

（4）日本と国際司法摩擦

ここで、日本における国際司法摩擦の経緯はどうであったかに触れてみる。これについては、実際、日本もまた、ドイツ、フランス、イギリスなどと同様に、アメリカ合衆国の域外的デイスカヴァリに対して同じ悩みを抱えていたのである。数々の文献及びメディアにおいて、日本でも国際司法摩擦が起きていることの指摘がなされている。ただ、ハトグ証拠収集条約に加盟していないわが国にとっては、合衆国でこの関係での判例が出されることはなく、また、近時、日本企業の側で積極的に民事訴訟において、域外的デイスカヴァリの有効性を争ったような例もない。

しかしながら、ここで、民事事件訴訟ではないが、日本もアメリカの域外的デイスカヴァリ攻勢からは免れていなかったことがまさしく分かる事件を紹介する。いわゆる一九六二年の三井船舶事件²³がそれで、アメリカ合衆国の連邦海事委員会（FMC）による調査手続において、日本企業に対する域外的文書提出命令の可否が争われた。注目すべきなのは、この事件のさなか、日本大使館が米国國務省に対して抗議の覚書きを送り、また、日本の運輸大臣が、合

衆國のFMCから文書提出命令を受けた三井船舶に対して、以下の理由により文書の提出を差し控えるよう述べていることである。すなわち、「米國政府が米國の領域外に所在する文書を要求する場合には、所在地國との間で司法共助手続に基づく正規の方法を踏んで行なうのが確立された國際慣行である。したがって、米國政府が米國の領域外に所在する文書の提出を貴社に対し強制することは上記の國際慣行を無視した行為である」と。結局のところでは、FMCは三井側にこのような事情があつたにもかかわらず、三井に文書提出命令を出している。この事件の後もいくつが、米國の行政調査当局が日本企業に対して域外的デイスカヴァリを命じる事件が起つて²⁰いる。このように、日本でも他の多くのヨーロッパ諸國と同じく、アメリカ合衆國の域外的デイスカヴァリに悩まされ、それに抵抗してきた経緯がある。

(5) 現在

國際司法摩擦については、日本の企業、行政、及び学者も十分にその問題意識を持ち、これに関係する国内外の状況について多くの研究がなされている。しかし、前述の運輸大臣の書簡を別にして、立法及び司法の面では、國際司法摩擦に対して特別な対処がなされたわけではなく、いわば靜的に法制度が構築されてきた²¹。

証拠共助に関する近時の法整備の動きとしては、従前の主要な通達を整理統合した最高裁事務総長通達「民事訴訟手続に関する条約等による文書の送達、証拠調べ等および執行認許の請求の囑託ならびに訴訟上の救助請求書の送付について」(一九九一年)の発出がある。國際司法共助の囑託実務に関して重要な通達であり、前述した同名の一九七〇年の通達はこれにより廃止されている。

注

(6) Harvard Research in International Law, *Draft Convention on Judicial Assistance*, 33 Am. J. Int'l L. 26 (Spec. Supp. 1939)

(7) 旧民法二八一条と、そこで準用されている第一五二条及び第一五五条は以下の通りである。

第二八一条 外国ニ於テ為ス可キ証拠調ハ外国ノ管轄官庁又ハ其ノ國駐在ノ帝國ノ公使若クハ領事ニ囑託シテ之ヲ為ス

其囑託ニ付テハ第五百五十二條及ヒ第五百五十五條ノ規定ヲ準用ス

第一五二条 外国ニ在ル本邦ノ公使及ヒ公使館ノ官吏並ニ其家族、從者ニ對スル送達ハ外務大臣ニ囑託シテ之ヲ為ス

第一五五条 ① 前三条ノ場合ニ於テ必要ナル囑託書ハ受訴裁判所ノ裁判長之ヲ爲ス

② 送達ハ囑託ヲ受ケタル官庁又ハ官吏ノ送達施行済ノ証書ヲ以テ之ヲ証ス

(8) 旧民法二八一条はドイツ民法三二八(現行三六三)条に由来するという通説を批判する見解として、柏木・前注

(1) 一八八頁を参照。

(9) 外国裁判所ノ囑託ニ因ル共助法(明治三八年三月一三日法律第六三号。改正 明治四五年三月二九日法律第七号、昭和十三年三月二日法律第一七号)

第一条 ① 裁判所ハ外国ノ囑託ニ因リ民事及刑事ノ訴訟事件ニ関スル書類ノ送達及証拠調ニ付法律上ノ補助ヲ為ス

② 法律上ノ補助ハ所要ノ事務ヲ取扱フヘキ地ヲ管轄スル区裁判所ニ於テ之ヲ為ス

(注) 「区裁判所」は、裁判所施行令(昭和二年五月政令二四号)一九条により、「地方裁判所」に言い換
えられる。

第一条ノ二 ① 法律上ノ補助ハ左ノ条件ヲ具備スル場合ニ於テ之ヲ為ス

一 囑託カ外交機関ヲ經由シタルモノナルコト

二 書類送達ノ囑託ハ送達ヲ受クヘキ者並其ノ国籍及住所又ハ居所ヲ記載シタル書面ヲ以テ為シタルモノナルコト

- 三 証拠調ノ囑託ハ訴訟事件ノ当事者、証拠方法ノ種類、取調ヲ受クヘキ者ノ氏名国籍及住所又ハ居所並取調ヲ要スル事項ヲ記載シタル書面ヲ以テ為シ仍刑事ニ付テハ其ノ事件ノ要旨ヲ記載シタル書面ヲ添附シタルモノナルコト
 - 四 日本語ヲ以テ作成セサル囑託書及其ノ関係書類ニハ日本語ノ翻訳文ヲ添附スルコト
 - 五 囑託裁判所所屬國力受託事項施行ノ為要スル費用ノ弁償ヲ保証シタルコト
 - 六 囑託裁判所所屬國力同一又ハ類似ノ事項ニ付日本ノ裁判所ノ囑託ニ因リ法律上ノ補助ヲ為シ得ヘキ旨ノ保証ヲナシタルトキ
- ② 条約又ハ之ニ準スヘキモノニ前項ノ規定ト異ル規定アルトキハ其ノ規定ニ從フ
- 第二条 受託事項力他ノ裁判所ノ管轄ニ属スルトキハ受託裁判所ハ囑託ヲ管轄裁判所ニ移送スヘシ
- 第三条 受託事項ハ日本ノ法律ニ依リ之ヲ施行スヘシ
- (10) 共助法の制定当初に、それが一九〇五年の民訴条約で新しく採用された領事経路でなく、伝統的な外交経路を原則とした点を批判するものとして、山田三良「海牙国際私法会議の成果（承前、完）」法学協会雑誌二三卷一七号一七八三頁（一九〇五年）。
- (11) 松田昇・馬場俊行・吉田佑紀「国際捜査共助法の解説（二）」法曹時報三三卷二号三七九頁（一九八一年）参照。
- (12) 執務資料・前注（一）一九六頁に掲載の「戦前、国際司法事務共助があった国又は地域一覽」を参照。また、この当時の文献として、熊野啓五郎「民事訴訟に関する外国との共助の手續に就て」法曹会雑誌二三卷九号三二頁（一九三五年）を参照。
- (13) 執務資料・前注（一）一九七—二〇四頁参照。
- (14) 熊野・前注（12）四二頁参照。
- (16) なおこの当時、日本人に対する証拠調への場合、すべて領事証拠調へによるべきであるとの主張として、熊野・前注（12）四三—四四頁参照。実際上外国政府が領事証拠調へに異議を述べたことはなかったと指摘する。

- (16) 執務資料・前注(1)一九三―一九五頁参照。
- (17) 後述四(一)(2)で考察する。
- (18) 服部・前注(1)「ハーグ条約」四三頁参照。
- (19) 一番初めの民訴条約は一八九六年に作成されたもので、一〇〇年の歴史を誇るハーグ国際私法会議の最初の成果である。民事手続に関する協力関係を幅広く規定していたこの画期的な条約は、当時、ヨーロッパ諸国で有力な支持を受ける一方、その後適切かつ迅速な改正を受け、一九〇五年の民訴条約として生まれ変わった(一八九六年条約は、この時失効した)。この一九〇五年の民訴条約が、さらに発展したのが一九五四年の民訴条約である。一八九六年と一九〇五年の「民事訴訟手続に関するハーグ条約」の制定経緯については、三井・前注(1)「(四)」五八頁以下に詳しい。
- (20) 寺田・前注(1)五〇六頁。
- (21) 大阪高決昭和四八年七月二二日下民集二四巻五〇八号四五五頁、判例時報七三七号四九頁。後述四(二)(3)5で詳述する。
- (22) 東京地裁昭和四五年七月二日民三部第二九回口頭弁論期日における見解(判例時報六〇〇号七五頁)。評釈として、池田浩一「判批」判例評論一四三号二六頁(一九七一年)を参照。
- (23) 例えは Yasubei Taniguchi, *The Japanese in American Litigations: Problems of Procedural Conflict, in Walther J. Habscheid, Der Justizkonflikt mit den vereinigten Staaten von Amerika*, 93 (1986); 野一色殿「企業法務から見たディスカバリーの問題点―アメリカの原告会社の開示要求を受けた経験から」法律時報六六巻一号九〇頁(一九九三年)。
- (24) 松下満雄「アメリカ独占禁止法」三三三頁(東京大学出版会、一九八二年)、「座談会」アメリカの開示制度と日本への影響」ジュリスト八二四号四八頁(一九八四年)を参照。
- (25) 座談会・前注(24)四九頁、箱島甲一「米国開示手続の対日涉外問題(二)」NBL三〇六号八頁(一九八四年)参照。
- (26) 日本では、一時期、通産省が対抗立法の制定につき研究を開始したとの報道がなされたが、現在、対抗立法は制定され

ていないし、制定の動きもない。

二 わが国の国際民事証拠共助法を形作る基本法理

具体的に嘱託及び受託の手続を検討する前に、わが国の国際民事証拠共助法に関して、基礎にある観念ないし原理、法源・根拠や構造を説明する。

(一) 伝統的主権観念

国際民事証拠共助に関して、わが国で一般に言われることは、「証拠調べは、裁判権の行使である。したがって、外国において証拠調べを行うためには、その外国との間に条約、共助取決めその他の合意がなければならない。これらの合意が存しないのに外国において証拠調べを行うことは、その国の主権を侵害することになる。」という大前提である。⁴⁷⁾ 国際法の立場からは執行管轄権の問題として、「外国の領域に立ち入って執行管轄権を行使できるのは、一般国際法上の根拠があるか、司法共助・捜査共助に関する取極めなど両国間に特別の条約がある場合、または相手国の明示・黙示の同意に基づく場合に限られる。」⁴⁸⁾ と言われる。

このため、原則として、わが国の裁判官は外国で証拠調べを行うことはできないし、外国の裁判官もわが国で証拠調べを行うことはできない。自分で直接実施することができないならばと、外国に対して証拠調べを実施してもらえ

るよう囑託をしてみても、当該外国には、この囑託を受け入れて他国のために証拠調べを実施しなければならないという国際法上の義務はない。同様に、わが国も国際法上、外国からの囑託を受け入れなければならない義務はない。このように、証拠互助に限らず国際司法互助は元来、法的には何ら実施の保証のない不確定なものである。この不確定をなくすために、条約や取決めを結んで、自らも互助を義務的に提供する代わりに、相手国にも義務的に提供してもらおうとするのである。

この大前提に付け加えられてよく述べられることがある。それは、外国にいる証人等に対してわが国の裁判所が出しや文書提出命令を出しても、彼らが「任意に応じない限り」証拠調べはできない、というものである。²⁰ 逆から言えば、外国に居住していても、「任意に」わが国に出頭してくればわが国で証拠調べができる、ということになる。これは、証人や文書所持人等が「任意に」応じてくれれば、「主権侵害の問題を生じさせることなく」、わが国で証拠調べが可能であるという意味になつてくる。²¹ 実務では、この形での証拠調べがまずは試みられていると言われる。²²

(二) 法源・根拠

わが国の国際民事証拠互助制度の全体を構築している要素は、様々な形式で存在している。「条約」や「法律」など厳密な意味で法源と呼べるものもあれば、法規範ではあつても外部的効果は有しないとされる「通達」もある。また、外国との間で互助を行う又は行つてもらはう基礎として、条約と二国間取決めのほか、事実上の「個別の応諾」も、証拠互助制度の総体を現に形作っている構成要素である。このような制度の総合的体系を捉えるために、便宜上、法源・根拠という名の下で、関連するものを適宜紹介して行くことにする。

(1) 嘱託及び受託に関する国内法律上の規定

1 新民訴訟法一八四条 平成八年改正の民事訴訟法（以下、新民訴訟法）の一八四条は、「外国における証拠調べ」の表題の下、第一項において「外国においてすべき証拠調べは、その国の管轄官庁又はその国に駐在する日本の大使、公使若しくは領事に嘱託してしなければならない。」と規定する。外国における証拠調べをなすには、外国の管轄官庁による証拠調べの嘱託と、外国にいる日本の外交官又は領事官による証拠調べの嘱託の二つの方法が利用可能であると定めている。改正前の二六四条には実質的に何らの変更も加えていない。なお、新民訴訟法の制定とともに定められた新しい民事訴訟規則の一〇三条では、「外国においてすべき証拠調べの嘱託の手続は、裁判長がする。」と規定が新設されている。

この一八四条一項は、内国裁判のための外国における証拠調べに関して、嘱託の一般的な根拠となる規定である。文言上からは、わが国が一方的に外国の当局又は外国駐在の日本領事等に嘱託できるように見えるが、当該外国との間で条約や二国間取決め、又は個別の応諾がないとこれらは実施できないと通常解されている。本条と後述する特例法は、一般法と特別法の関係になる。

2 外国裁判所ノ嘱託ニ因ル共助法 共助法は、全四ヶ条からなる法律¹⁷で、わが国に所在する証拠を必要とする外国裁判所からの嘱託に備えるものである。外国裁判のための内国における証拠調べを定めた法律である。二国間取決めを締結する際に、相互主義の下での条件として相手国に提示される役割も担う。後述する特例法は、本法の特例法である。

(2) 証拠共助の細則を定める通達

1 民事訴訟手続に関する条約等による文書の送達、証拠調べ等及び執行認許の請求の嘱託並びに訴訟上の救助

請求書の送付について 一九九一年に、国際司法共助に関する従前の主要な通達を整理統合して発出された事務総長通達である（以下、基本通達と呼ぶ）。⁵⁸⁾ 抽象的な国内法や条約が複雑に絡む国際司法共助において、囑託実務に關してより具体的な細則を、共助実務に取り組み裁判官や訴訟当事者に対して提供する。実務においては非常に重要である。

2 その他 証拠共助に関する条約が結ばれたり、外国との間で証拠共助が新しく開始したりしたことを知らせる通達など、多数がある。⁵⁹⁾

(3) 多国間条約である民訴条約と関連法規

1 民事訴訟手続に関するハーグ条約 証拠共助に関する多国間条約として、わが国は一九五四年の民訴条約に加盟している。わが国が証拠共助に關して加盟している唯一の多国間条約である。加盟国の間では、条約の第二章「司法共助の囑託」に定められている証拠共助方法が利用できる。日本においては一九七〇年に、いわゆるハーグ送達条約とともに発効した。

2 民事訴訟手続に関する条約等の実施に伴う民事訴訟手続の特例等に関する法律 民訴条約への加盟に伴い、国内法との間で調整をする必要が生じたので、民訴条約の発効に合わせて一九七〇年に、この特例法が制定された。平成八年の民訴法改正にもなつて若干の変更が加えられたが、形式的なものである。

3 民事訴訟手続に関する条約等の実施に伴う民事訴訟手続の特例等に関する規則 この特例規則は、先の特例法と共に一九七〇年に制定されたもので、民訴条約及び特例法を実施する上でのより細かな規則を定めている。平成八年の民訴法改正にもなつて、特例法と同じく、若干の形式的な変更がなされている。

(4) 二国間共助取決め

証拠共助に関する二国間共助取決めは、証拠共助の相互提供を約する外国との間での合意であり、口上書や交換公文といった形で結ばれる。取決めを行うに際して、わが国側は共助法を下敷きとして交渉し、費用負担や共助範囲等に関して相手国から、同様の条件下での共助提供の約束をとりつけるのが常である。二国間共助取決めにより、証拠共助の提供が当事国間において確実となり、⁹⁷⁾ 証拠共助を受けられるかどうかという不安定が取り除かれる。これまでのほとんどの二国間証拠共助取決めは、実際に証拠調べの必要がわが国又は相手方国の裁判所において生じてから、その都度締結されてきたものである。

(5) 領事条約

1 日本国とアメリカ合衆国との間の領事条約 いわゆる日米領事条約であり、一九六四年に締結され、発効した。その一七条一項は、「領事官は、その領事管轄区域内において、次のことを行なうことができる。……(e) 派遣国の法令に従い、かつ、接受国の法令に反しないような方法で、接受国内にあるすべての者に関し、(i) 派遣国の裁判のために、その者に裁判上の文書を送達すること、(ii) 派遣国の裁判所その他の司法当局のために、その者が自発的に提供する証言を録取すること。(iii) その者に宣誓を行わせること。」と定める。⁹⁸⁾ これにより、日米双方とも、相手国内において自国領事官による証言の録取を行うことができる。

2 日本国とグレート・ブリテン及び北部アイルランド連合王国との間の領事条約 いわゆる日英領事条約であり、日米領事条約の翌年である一九六五年に締結・発効した。二五条によれば「領事官は、派遣国の裁判所のために、裁判上の文書を送達し、口頭若しくは書面により自発的に提供された証言を録取する権利を有する。ただし、派遣国の法令に従い、かつ、接受国の法令に反しない方法で行なわれることを条件とする」とされている。

(6) 個別の応諾

外国との間で証拠共助の必要が生じた時に、当該外国との間で条約や取決めがない場合には、まずはこの外国に連絡をとることになるだろう。外国がわが国に対して囑託を行おうとする場合にも、事前にわが国と連絡をとってくだらう。そこでは二国間取決めによる共助開設の打診がなされて実現するかもしれないが、中には、共助取決めの作成なく、証拠共助のやりとりが行われる場合がある。証拠共助の打診がなされたときに、外国又はわが国が、取決めに根拠とすることなく、事実上、個別にこの証拠共助の要請に応じるのである。このような事実上の応諾は、明示になされる場合ばかりでなく、黙認の場合もある。個別の応諾については、韓国やオーストラリアなど、過去にいくつかの事例がある。³⁹ この個別の事実上の応諾も、国際民事証拠共助法制を構築する重要な要素である。

(7) 小括

以上のような法源・根拠をもとに、わが国の国際民事証拠共助の仕組みに関して、基本構造を解説してみる。囑託にしる受託にしる、まずはわが国の裁判所がよりどころとすべき国内法的根拠が、いわば「窓口」としてある。そして、この「窓口」と外国をつなぐものとして、民訴条約、二国間取決め、領事条約、個別の応諾という四つの国際法的根拠が、それぞれいわば「パイプ」として存在するのである。

(三) 共助方法

わが国の国際民事証拠共助において用いられる協力の方法は、大きく二つに分類できる。⁴⁰

(1) 管轄官庁証拠調べ

最もオーソドックスで伝統的な共助方法である。受託国の管轄官庁⁴¹が囑託国の裁判所に代わって、自国領域内で証

証拠調べを実施するもので、証拠の所在する国が自ら積極的・直接的に活動する方法である。これはさらに、次の二つに分けるのが便宜である。すなわち、二国間取決めと個別の応諾に基づいてなされる「管轄裁判所証拠調べ」と、民訴条約に基づく「権限当局証拠調べ」である。根拠が異なるだけで内容的には同じであるが、権限当局証拠調べの特徴は、囑託書送付に関して、指定当局の経路という簡便な経路が原則として用いられることである（管轄裁判所証拠調べでは外交経路が用いられる）。この指定当局の経路による権限当局証拠調べを、特に「指定当局証拠調べ」と呼ぶこともある。

(2) 領事証拠調べ

主に囑託国の領事官が証拠調べ等を行うことを許容する方法である。外交官もすることができるが、実際には領事官がすることが多いので、一般にこう呼ばれる。実施のなされる国は積極的な活動をするわけではないが、これも国際民事証拠共助の方法だと伝統的に認められている^註。民訴条約一五条、領事条約、及び個別の応諾に基づいて行われる。

(3) 共助根拠から見た共助方法

以上のうち主要な方法である管轄裁判所証拠調べ、権限当局証拠調べ及び領事証拠調べの三つを共助根拠別に分けてみる。まず、民訴条約では、権限当局証拠調べと領事証拠調べが利用可能である。二国間共助取決めでは、管轄裁判所証拠調べができる。領事条約に基づいては、領事証拠調べしかできない。個別の応諾では、管轄裁判所証拠調べと領事証拠調べの可能性がある。

(四) 受託国法の原則

外国の裁判所に証拠調べを実施してもらおう共助方法においては、具体的な証拠調べ手続は受託国の法律に従って実

施されるのが伝統的原則である。民訴条約一四条一項、特例法五条、共助法三条に規定がある。現実に証拠調べを実施する受託国の裁判官の便宜を図るもので、「手続は法廷地法による」の原則の一場面と考えるべきであろう。しかしながら、現実に証拠を必要とし、それが活かされるのは囑託国裁判所であるので、後述するように、受託国法の適用からの様々な逸脱が試みられている。受託国法の適用は、本来応える義務のない証拠調べを外国から頼まれて実施する受託国の便宜を考慮したものであるから、受託国の側で進んで囑託国法の適用を試みることは、積極的に評価されるべきである。共助法三条は文官上受託国である日本法の適用しか定めていないが、このような意味で、解釈上例外を認めて行くべきであると思われる。

この原則は領事証拠調べには妥当しない。領事証拠調べでは、逆に囑託国の法律が適用されることが、伝統的に慣習として認められてきている⁴⁵⁾。受託国法の原則が受託国裁判官の便宜を図るためだとすると、領事証拠調べで証拠調べを実施するのは囑託国の領事官であるゆえ、受託国法を適用する前提が欠けることが主たる根拠であろう⁴⁶⁾。わが国の明文規定としては、日米領事条約一七条一項 e 及び日英領事条約二五条但書がある。しかしながら、この伝統も、一部の場合に国際私法における「公序」的発想から、証拠調べの実施される接受国の法律に反しない限りで、などの条件が付せられることがある（日米領事条約一七条一項 e 及び日英領事条約二五条但書や、後述するスペインの国家実行を参照）。

注

(27) 執務資料・前注(1)三頁。その他に、兼子一・松浦馨・新堂幸司・竹下守夫「条解民事訴訟法」(二六四条)九六九―九七〇頁(弘文堂、一九八六年)、斉藤秀夫・小室直人・西村宏一・林家礼二編「第二版」注解民事訴訟法(7)(斉藤秀

夫・吉野孝義・西村宏一「二六四条」三二二—三三二頁（第一法規出版、一九九三年）、山本・前注（一）四六八頁、柏木・前注（一）一八二頁、菊井維大・村松俊夫「全訂民事訴訟法Ⅱ」第二版（全訂版）四三三頁（日本評論社、一九八九年）など。

(28) 山本章二「国際法」新版「二四〇頁（有斐閣、一九九四年）。

(29) 例えば、条解民訴・前注（27）九六九頁、注解民訴二版・前注（27）三二二—三三二頁を参照。一般に是認されているところである。しかし、柏木・前注（一）一八四頁は、強制力抜き任意であつても適法とは考えない趣旨のように見える。

(30) 強制力を用いての出頭等の要請は認められないと、一般に考えられているようである。春日・前注（3）四五五頁以下参照。しかし、私見では、わが国の民法法に限つて言えば、勾引などの直接強制は別として、間接強制の場合、すなわち、罰金や不利益認定といった制裁を背景にした威嚇によつて服従を促す当事者尋問や文書提出命令の場合、外国主権に対する侵害性は小さいので、場合によつては必ずしも否定されるべき理由はないと解する。なお、山本・前注（一）四九六頁注三二六参照。

(31) 「任意に応じる」証拠調べの重要性について、後述六（三）を参照。

(32) 平成八年改正前民事訴訟法二六四条は以下の通りである。

第二六四条 ① 外国ニ於テ為スヘキ証拠調べハ其ノ國ノ管轄官庁又ハ其ノ國ニ駐在スル日本ノ大使、公使若ハ領事ニ之ヲ囑託シテ為スコトヲ要ス

② 外国ニ於テ為シタル証拠調べハ其ノ國ノ法律ニ違背スルモ本法ニ違背セサルトキハ其ノ効力ヲ有ス

(33) 新民訴訟法一八四条一項は、囑託の出発点となるべき国内法規定であるが、実際には、管轄裁判所証拠調べと、民訴条約・領事条約を根拠としない形の領事証拠調べを囑託する際の根拠に止まる。というのは、理論的には、証拠共助の条約がわが国内で効力を発した以後は、法の序列から言えば法律よりも条約を上位に位置づける形で、この条約を直接の法的

根拠として囑託できるはずだからである。ただ、条約を直接の根拠とするというのは、「座りが悪い」であろう。新民訴訟一八四条一項の特別法にあたる後述の特例法は、この意味で、囑託に関して民訴条約に基づく囑託の国内的根拠となるべきものである。

(34) 条全文については、前注(9)を参照。

(35) 平成三年四月一〇日最高裁判二第八九号事務総長通達。執務資料・前注(1)一二二頁以下に再録されている。

(36) 執務資料・前注(1)一五二頁以下を参照。

(37) 口上書等によつて結ばれる二国間取決めは、「成文国際法としての規範的効力」を有するか。口上書や交換公文などの名称がついている証拠共助の二国間取決めについて、その法的効力を明言する文献は見あたらない。これらはいくまで司法行政に関する外交上の文書であつて、法的拘束力を伴わないと考えると、取決めに従わずに一國が共助を提供しなかつたとしても、国際法違反により国際法上の法的責任が生じるのでなく、外交上の事実的なトラブルとして解決されるに過ぎないことになる。しかしながら、共助取決めを結ぶのは、本来共助提供義務がない故に不確実であるという現在の状況がなくし、相互に共助提供を義務づけ合うことに目的があるのだから、法的拘束力を有すると考えるべきであろう。ただ、現実の受託共助提供は、共助法一条の二第六項の相互の保証の要件が二国間取決めにより充足された場合に、共助法がわが國の裁判所に対して、「法律上ノ補助ヲ爲ス」ことを命じていることに由来するといえる。

(38) なお、日米領事条約一七条一項は、そのe号に続いて、「(d) 公の記録所の文書の写し又は抜粋を入手すること。」も領事の手行えることとして定める。しかし、この公文書複写等の入手には、何も公権力行使の要素は行爲する領事の働かない。これはe号の証言録取と異なり、その性格において、裁判のための証拠収集・取調べ手続というよりむしろ、資料の一般の・事後的な入手・調査と考えるべきであろう。

(39) 執務資料・前注(1)二〇―二二頁、手引・前注(1)一五四頁参照。ただ、個別の応諾に基づく領事証拠調べが外國で行われた例はないとされる。手引・前注(1)一五〇頁。

(40) 共助方法に関しては、様々な名称のもと色々な分類がある。例えば、柏木・前注(1)一八三—一八四頁、執務資料・前注(1)二五頁以下、服部・前注(1)「新実務民訴」一七八頁以下などを参照。

(41) わが国も含めて多くの国では裁判所であるが、国によっては、裁判所以外の機関が特別に外国からの囑託に応える任務に就いていることもあり得るので、「官庁」としているのだろう。新民訴法一八四条一項参照。同じことが、「権限当局」にもあてはまる。ただ、厳密には管轄「裁判所」証拠調べにもあてはまるべきことなので、用語としての統一は完全にはとれていない。

(42) この他、ハーグ証拠収集条約で新しく認められている共助法法として、「コミッシヨナー(受任者)証拠調べ」がある(同条約一七条参照)。領事証拠調べと原理は同じで、領事等でない公的資格者(コミッシヨナー又は受任者と呼ばれる)が証拠収集や証拠調べを証拠の所在する国で実施する方法である。実施地国は、自国領域内ですることに対して許可を出すという形で関与する。

(43) 柏木・前注(1)一九三頁、春日・前注(1)一一〇頁、小林・前注(1)三〇八頁などを参照。

(44) なお、菊井・村松・前注(27)四三三頁は、「わが国の外交官が日本人に対して行う証拠調べは、両者ともにわが民事訴訟法の適用を受ける者であるから、駐在国の民事訴訟法の規定によらず、わが民事訴訟法によるのが原則である」と言う。

三 内国裁判のための外国における証拠共助

わが国の民事裁判において外国で証拠調べをする必要が生じたとき、どのような共助がなされるのであろうか。どのような根拠・方法により、わが国は共助を要請することができるのか。ここでは証拠共助の囑託手続が対象となる。

共助の実効性を判断するポイントは、特に、囑託状の送付経路と作成言語、実施手続に適用される法律、そして費用である。考察は、民訴条約、二国間取決め、領事条約、そして個別の応諾に分けて進められる⁴⁶。そして最後に、囑託手段間の優先順位の問題と、実施結果の評価に関して述べる。

(二) 民事訴訟手続に関するハーグ条約

歴史的沿革をたどれば、一八九六年の民訴条約にまで遡ることが出来る伝統ある条約で、加盟国数の多さではハーグ条約の中でも上位に位置する。加盟国は一九九八年二月五日現在で、以下に掲げる三九ヶ国である。すなわち、日本のほか、フランス、ベルギー、ルクセンブルク、オランダ、ドイツ、イタリア、ヴァチカン市国、スペイン、ポルトガル、スイス、オーストリア、デンマーク、ノルウェー、スウェーデン、フィンランド、ポーランド、チェコ、スロバキア、ハンガリー、ルーマニア、ロシア連邦、ラトビア、ベラルーシ、モルドバ、ウズベキスタン、キルギス共和国、アルメニア、スロベニア、クロアチア、ボスニア・ヘルツェゴビナ、マケドニア、トルコ、イスラエル、レバノン、エジプト、モロッコ、アルゼンチン及びスリナムである⁴⁶。

以上の国に対しては、外国における証拠の取調べに関する第二章「司法共助の囑託」に定められた手段が利用できる。それは大きく、受託国の権限のある司法当局による証拠調べ（権限当局証拠調べ）と、証拠所在地国に駐在するわが国の外交官又は領事官による証拠調べ（領事証拠調べ）の二つに分けることができる。

(1) 権限当局証拠調べ

民訴条約の定める原則的な手段は、証拠の所在する他の締約国に証拠調べを囑託し、その国の権限のある当局（通常は裁判所）にこれを実施してもらう方法である（八条）。この場合、囑託をするわが国の裁判官は囑託書を作成し

て受託国に送り、他方、これを受け取った受託国は受託事項を実施してその結果をわが国に送り返すことになる。証拠調べ手続には、原則として受託国法が適用され（二四条）、また、受託国法上の強制手段の利用が受託国に義務づけられている（二一条一項）。

1 囑託の対象事項 「民事又は商事」に関する「証拠調べ」と「その他の裁判上の行為」が囑託できる対象である（八条）。「民事又は商事」には、一般に行政事件は含まれないと解されている。よって、租税法や独禁法などに基づく公権力行使に関する行政事件訴訟には、民訴条約の証拠共助は利用できない。実務でも、行政事件における証拠調べの囑託に関しては、二国間取決めや領事条約等を利用することとしている。次に、「証拠調べ」に関しては、かつて一九〇五年の民訴条約の作成過程において前者の概念定義に関して議論があった。そこでは、証言の聴取、宣誓、鑑定、現場検証、文書の閲覧が例としてあげられていた。このことからわが国では、民法で定められている証人尋問、当事者尋問、鑑定、書証及び検証を当然囑託できるとするのが一般である。証拠共助では時間が一般に長くかかるので現実味はないが、証拠保全も囑託できると解される。「その他の裁判上の行為」については、宣誓の受理、担保の受理、和解が例として挙げられる。証拠調べ全般とその他の裁判上の行為というように、広く囑託できる建前になっているが、これまでのわが国の実例では証人尋問がほとんどで、他が活用された例は少ない。

2 作成書類及び作成言語 民訴条約には、囑託書の作成言語（原則として受託国の言語）が第一〇条で定められているのみで、囑託書や付属書類の記載内容や様式について具体的に定める条文はなく、各締約国が自由な書式で作成する。わが国では、基本通達に、囑託書や添付書類について記載内容や様式の細かな定めがある。

基本通達によれば、次の①から④のような書類の作成が定められている。このうち①から③の書類は、後述のように原則として最高裁判所を経由するため、最高裁の控えのために写しを各一通作成して添付する必要がある。

① 証拠調べ囑託書又は駐在日本大使宛て依頼書 前者は、外国の権限当局に対して囑託する場合に作成される。基本通達に様式が掲げられている。⁵⁵ 囑託書には、当事者の立会いのため、実施の日時及び場所の通知を求める旨の記載ができ、この場合受託国は、日時等をわが国の囑託裁判所に通知することになる（二二条二項参照）。証拠調べを特別の方法で実施して欲しい場合（二四條二項）、その旨も記す。⁵⁷ 後者の駐在日本大使宛て依頼書は、受託国が条約九条三項に基づいて外交上の経路による旨の宣言をしている場合に、囑託書に代えて作成される。受託国の外務省に証拠調べの囑託を転達すべきことを受託国駐在の日本大使に命じる依頼書である。依頼書中に囑託書と同じ内容が記載されることになっている。⁵⁶

② 添付書類 基本通達によれば、囑託書又は依頼書には次のような文書が添付される。

(i) 尋問事項書 証人尋問又は当事者尋問の場合に作成される。箇条書きによりできるだけ詳細に記載されることが求められる。

(ii) 事件の概要を示した書面又は訴状、答弁書等の写し 受託国が事件の概要を知ると必要があると思われる場合に添付される。

③ 翻訳文及び翻訳証明書（民訴条約一〇条、特例規則五条） 囑託書等の作成言語は、国際司法共助の実務において囑託事項の正確な伝達と事務処理上の便宜との関係で、非常に重要な問題である。特にわが国には、日本語の言語としての難しさが加わる。外国語で証拠調べの詳細を作成することは、日本の関係機関にとって神経を使う作業である。しかしながら、証拠調べという強制力を伴い得る行為を、実施される受託国の言語によらないで作成された文書によって行うことは、受託国の公的機関としては容認し難いのも事実である。⁵⁸ よって、伝統的に受託国語の原則があり、民訴条約一〇条もそれによっている。

同条では、書類そのものを、原則として受託当局の用いる言語若しくは両国間で合意される言語で作成するか、それともこれらのいずれかの言語による翻訳文を添付するとされている。特例規則五条は、このうち後者を実務手統として採用している。翻訳文には、反対の取極のない限り、嘱託国の外交官、領事官又は受託国の宣誓した翻訳者が正確であることを証明した翻訳証明書を付けなければならない（民訴条約一〇条）。ただ、わが国には宣誓した翻訳者の制度がないので、わが国に駐在する嘱託国の外交官によって証明されている。⁶⁰⁾

④ 最高裁宛て依頼書 一九四八（昭和二三）年の下級裁判所事務処理規則二七条⁶¹⁾によれば、外国官庁との間で文書を往復するには、原則として最高裁判所を経由しなければならない。このため、嘱託をする裁判所の長から最高裁に宛てて、嘱託書等の送付の依頼が依頼書⁶²⁾によってなされる。

3 送付経路 民訴条約を含む各法規に従って嘱託書等を作成した後、受託国にこれらを送付する。送付する経路に関して民訴条約に規定があり、複数の経路が受託国の態度により使い分けられねばならないので、注意を要する。

① 指定当局の経路 まず、受託国に駐在するわが国の領事官を経由して受託国の指定当局⁶³⁾に送り、そこからさらにその国の権限のある司法当局に転達してもらうルートがある（九条一項）。これが原則的なルートである。次に見る外交上の経路が伝統だったが、時間がかかり、不必要に形式重視過ぎるとの批判があった。そこで、一九〇五年の民訴条約によって、嘱託経路の簡易化と期間の短縮をはかるために導入されたのがこの指定当局の経路であり、一九五四年の民訴条約にも受け継がれた。この経路による証拠調べは特に、「指定当局証拠調べ」と呼ばれることもある。⁶⁴⁾

この指定当局の経路では、嘱託国の側は、最短で嘱託裁判所から直接に自国領事官へと経路を短縮することができ。しかし、嘱託国裁判所と領事官が直接連絡することには、後で領事官が受託国の指定当局との間で嘱託書の書き

誤りや翻訳の過誤等を解決しなければならないこと等を考えると、経験上種々の問題があると指摘されている。このためわが国では、条約上は強制されていないが、囑託国裁判所と領事官の間に最高裁判所と外務省を入れて、先の問題を除去し円滑に事務を進めようとしている。だが、このままでは本来改善したはずの外交上の経路とそれほど大きな違いはないことになってしまう。締約国の中には指定当局に、わが国と同じく外務大臣又は外務省をあてている国もいくつかあり、これでは、さらに外交上の経路へと接近してしまう。わが国に關しても、最高裁と外務省を介入させること、及び指定当局を外務大臣としていることは、囑託国裁判所の書類作成能力の向上とあわせて、再検討を要する問題であると思われる。

② 外交上の経路 指定当局の経路の例外として、外交上の経路がある（九条三項）。これによると囑託書は、受託国に駐在するわが国の大使又は公使を經由して受託国の外務省に送られ、そこからさらに権限のある司法当局に転達される。各国の主権及び安全を守るという観点からは最も安全かつ確実な方法であるといわれるが、外交の伝統的でない儀式的形式を重視するため、煩わしさがある。そこでこの経路を用いなければならないのは、受託国がこの経路を希望する宣言をしている場合に限られる（九条三項）⁶⁷。この外交上の経路を希望する宣言を行っている締約国は、スイス、ロシア連邦、ペラルーシ、ベルギー、ポルトガル及び旧ユーゴスラビアであり、これらの国に対しては、指定当局経路は使えない。

③ 当局間の直接の経路 指定当局の経路と外交上の経路に対する例外として、囑託国の司法当局が、受託国の権限のある司法当局（例えば、証人の住所地を管轄する裁判所）に直接、囑託書を送付する経路がある（九条四項）⁶⁸。しかしながら、この直接の経路は、その旨を定める個別の二国間取決めのある場合に限り許されるにすぎず、わが国はこのような取決めをしていないと言われる⁶⁹。わが国が民訴条約加盟前から司法共助の根拠としてきた二国間取決め

は、ルー卜的には外交上の経路に相当し、裁判所から裁判所への直接ではない。現時点では、この直接の経路は、わが国には存在しないことになる。⁷⁰⁾

4 囑託事項の実施 原則として受託国の法律が適用される(一四条一項)。重複を避けるためにここでは囑託手続のみを取扱い、実施手続は受託共助の箇所と詳述する。

5 費用の支払 国際司法共助の伝統としては、囑託国が費用を受託国に対して支払うことになるが、民訴条約は締約国間で相殺する建前の下でこれを改善し、受託国の負担を原則としている(一六条一項)。しかしながら例外的に、受託国は反対の取極がない限り、証人若しくは鑑定人に支払う費用、証人が任意に出頭しないため裁判所附属吏が介入することから生ずる費用又は特別の実施方法(一四条二項)を囑託されたことから生じる費用の償還を囑託国に請求することができる(一六条二項)。

基本通達によれば、この後者の費用に関しては、当事者が予納しなければならず、囑託裁判所の歳入歳出外現金出納官吏がこれを保管する。後日に外務省から金額及び送金先を示して請求がなされた場合、この保管金から支払われる。⁷¹⁾ 囑託書及び添付書類を外国で翻訳させる場合の費用と翻訳証明の費用に関しても、同じ手続がとられる。

(2) 領事証拠調べ

民訴条約一五条は、「第八条から前条までの規定は、各国が自国の外交官又は領事官に受託事項を直接実施させることを妨げるものではない。ただし、関係国間の条約がそのような実施を認めている場合又はその受託事項が実施されるべき領域の属する国がそのような実施を拒否しない場合に限る。」と定める。外交官及び領事官が接受国において派遣国の裁判所のために証拠調べや送達を行うことは、国際的な慣行としては比較的古くから存在している。⁷²⁾ 通常は、領事官が行うことが多いので、領事証拠調べと呼び慣わされている。⁷³⁾ 自国の領事官に囑託するのだから、書類を

翻訳する必要や、証拠調べの現場（とりわけ証人尋問と当事者尋問）での通訳の必要がないことが多い。つまり、これらにかかる時間及び費用が節約されとともに、そこから生じ得る誤解や意思疎通の不完全を回避することができるのである。また、囑託国側がイニシアチブをとるので囑託国法の適用が最大限期待できる。さらに、囑託・受託が自国の官吏同士の間で行われるから、実施に対する取り組みの積極姿勢が時間的な効率を生むという実際がある。ただし、領事証拠調べにおいて領事官は、証人等に対して強制力を用いてはならないというのが、伝統的な慣行である。他国領土内で強制力行使をすることは、主権侵害であるとの考えである。このため、領事証拠調べには、証人等が任意に応じてくれる場合でなければ行い得ないという制約がある。

強制力はい用い得ないとしても、国際証拠共助において領事証拠調べは非常に有用な方法であり、促進されるべきであるとの認識は国際的にかなり共通したものである。民訴条約においても、一九〇五年のもの以来規定されている。ただやはり、囑託国の側ではそうであつても、いざ領事証拠調べが実施される国の側に回ると、自国内で外国の領事官が証拠調べという一種の公的行為を行うことに危惧を抱く傾向が強い。このようなことから、総論的には領事証拠調べの利便性を認めながら、実施がなされる国の主権への配慮から、その同意が伝統的に必要とされているのである。

この趣旨が、民訴条約一五条但書の限定付けとして現れている。すなわち、領事証拠調べの方法は、わが国と実施地国との間でこれを認める条約がある場合、又は、実施地国がこのような証拠調べを拒否しない場合でなければ行い得ない。現在、前者のような条約はわが国にない。他方、後者における拒否をしていない国は、ドイツ、スペイン、イスラエル、ハンガリー、ポーランド、ロシア連邦、ラトビア、ベラルーシ及びモルドバである。これと逆に、拒否をしている国は、ベルギー、デンマーク、フィンランド、ノルウェー、スイス、バチカン市国である。これら以外の締約国については、事前に打診して確認すべきである。

1 囑託の対象事項 一五条本文は「受託事項」となっているので、「証拠調べ」と「その他の裁判上の行為」

の双方が囑託できる対象になる（前述の権限当局証拠調べを参照）。原則として、どこの国の国民をも対象者とできるが、国により、証人尋問等の対象者を囑託国の国民に限っているところもあるので注意しなければならない。¹⁷⁾

2 作成書類及び作成言語 基本的に、前述の権限当局証拠調べと同じ書類の作成（最高裁の控えのために写しを各一通作成することも含む）をしなければならないが、翻訳文の作成が通常必要ないところが決定的に異なる。以下、基本通達をもとに解説する。¹⁸⁾

① 証拠調べ囑託書 基本通達によれば様式がある。¹⁹⁾

② 添付書類 (i) 尋問事項書、(ii) 事件の概要を示した書面又は訴状、答弁書等の写し（領事が事件の概要を知る必要があると思われる場合）については、権限当局証拠調べと同じである。なお、証拠調べの期日に当事者が立ち会うことを希望しないときは、期日の通知を必要としない旨の上申書を当事者からとってそれを添付し、さらに囑託書にその旨を記載する。²⁰⁾

③ 翻訳文 まず、領事証拠調べのメリットとして、領事に宛てる囑託書には翻訳文が必要ない。添付書類には、証拠調べが行われる地における公用語又は尋問を受ける証人もしくは当事者が解する言語によって作成された翻訳文²¹⁾が付けられる建前になっている（特例規則五条二項）。しかし、尋問を受ける証人等が日本語を解することが明らかな場合には、翻訳文を付ける必要がない（特例規則五条二項により準用される二条二項を参照）。実際にはこの場合が多いであろうから、領事証拠調べの場合、囑託書と尋問事項書等の作成のみで足りる結果に等しい。また、権限当局証拠調べにおいて民訴条約一〇条により要求される翻訳証明書の作成は、領事証拠調べの場合必要ない。

④ 最高裁宛て依頼書 権限当局証拠調べと同じく、囑託をする裁判所の長から最高裁に宛てて、囑託書等の送付

の依頼が依頼書によってなされる。

3 送付経路 最高裁と外務省を経由して、対象の在外日本大使館又は総領事館に送付される。外国の当局は関知しない点で、非常に単純明快かつ簡便である。

4 囑託事項の実施 原則として囑託国たる日本の法律が適用される。ただし、あくまで実施地国がかかる実施を拒否しない場合に限られるので、例えばスペインのように、自国の訴訟手続及び国家治安に関する規範に抵触しないことが求められれば、それに従わなくてはならない。また、強制力は行使できない。よって、証人が出頭しないことが予測されるときは、証拠調べが失敗に終わる可能性が高いので、試みない方がよいと言われる。

5 費用の支払 実施地国が関与しないのであるから、もちろん日本が負担する。基本通達によれば、裁判所の作成に係る文書又は当事者が提出する文書を裁判所が翻訳人に依頼して翻訳させる場合の翻訳料は、当事者に予納させることになっている。

(二) 二国間共助取決め

二国間の各種の取決めによる管轄裁判所証拠調べは、証拠共助を受託国の裁判所に行ってもらう方法である。最も伝統的で基本の方法であるが、民訴条約などの多国間条約の登場により、主流の座からは追われつつある。なおわが国は一九九五年二月現在、イギリス、ドイツ、イタリヤ、スイス、デンマーク、スウェーデン、スペイン、アメリカ合衆国、ブラジル、タイ、スリランカ、インド、パキスタン、シリア、イラン、イラク及びクウェイトの一七カ国とこの種の取決めを交わしている。これらの国々に対しては、当該国の管轄裁判所による証拠調べの実施を囑託することができる。受託国には、二国間取決めで約した共助提供義務が存し、これにより国際民事証拠共助制度の法的安定

化がはかられる。

管轄裁判所証拠調べの嘱託手続に関しては、「密口的」な新民訴訟法一八四条の他、これを規律する成文法律が欠けている。そこで、伝統的な共助慣行に従い、また、受託手続に関する共助法を逆に考慮して、実務上の規範を創出している状況にある。ただ、骨組みとしては、民訴条約による権限当局証拠調べのうち外交経路によるものに酷似する。

1 嘱託の対象事項 「証拠調べ」である（新民訴訟法一八四条参照）。証拠保全も嘱託できると解すべきである。なお、実務では、その他の裁判上の行為は予定していない。

2 作成書類及び作成言語 基本的に、前述の権限当局証拠調べと同じ書類の作成（最高裁の控えのために写しを各一通作成することも含む）をしなければならない。ただし、ブラジルに関しては、ブラジル駐在の日本大使館においてブラジルの公証翻訳人により翻訳文が作成されるので、写しと翻訳文について一般と異なる取扱いが基本通達で定められている。

① 証拠調べ嘱託書 基本通達によれば、領事証拠調べと同じ様式がある。当事者が証拠調べの期日に立ち会うことを希望するときは、証拠調べの実施期日及び場所の通知を求める旨を嘱託書に記載する。ただし、立会いを認めるか否かは受託国の法律であるゆえ、この通りになるといふ法的保証はない。ブラジルの裁判所に嘱託する場合、写しは三通必要で、うち一通には固有名詞に振り仮名を付ける。

② 添付書類 権限当局証拠調べ等と同じく、(i) 尋問事項書、(ii) 事件の概要を示した書面又は訴状、答弁書等の写し（受託国裁判所が事件の概要を知ることがあると思われる場合）である。対ブラジルの場合、写しは三通必要で、うち一通には固有名詞に振り仮名を付ける。

③ 翻訳文 実施地国の公用語による翻訳文が一通必要である。権限当局証拠調べと異なり、翻訳証明書は作成しなくてよい。なお、前述したようにブラジルに囑託する場合、ブラジルで翻訳されるから、この時点で翻訳文は必要ない。

④ 最高裁判宛て依頼書 権限当局証拠調べと同じく、囑託をする裁判所の長から最高裁判宛てて、囑託書等の送付の依頼が依頼書によつてなされる。

3 送付経路 囑託書等は、最高裁と外務省を通り、受託国に駐在するわが国の大使又は公使を経由して受託国の外務省に送られ、そこからさらに受託国の管轄の司法当局（通常は裁判所）に転達される。最もオーソドックスな司法共助の方法であるが、時間と面倒の点で問題が残る。

4 囑託事項の実施 受託国の法律が適用される。囑託書に、当事者が立ち会いたい旨を記載しておけば、立会いが許される場合がある。管轄裁判所証拠調べの究極の利点は、受託国が通常、その国内法の定める強制力を用いて協力してくれるところである。つまり、証人や証拠の所持人が、わが国の裁判審理の円滑な進行に非協力的であつても、受託国の民法等の強制手段を用いて、証人の出頭・証言や証拠の提出を実現してもらえらる可能性が高まるのである。これは、証拠共助囑託の目的達成のために、非常に重要なことである。

5 費用の支払 囑託国たるわが国が負担する。費用の予納、保管及び支払いの各手続は、領事証拠調べと同じである。

(三) 領事条約

わが国は、アメリカ合衆国とイギリスとの間で領事条約を締結している。一九六四年の日米領事条約と一九六五年

の日英領事条約がそれである。これによりわが国は、前述した民訴条約一五条の場合のほか、アメリカ及びイギリスにおいても領事証拠調べを行うことができる。

(1) 日米領事条約

日本の領事官は、日米領事条約一七条一項eによれば、その領事管轄区域内において、日本の法令に従い、かつ、米国の法令に反しないような方法で、米国内にある者に関し、日本の裁判所のために、その者が自発的に提供する証言を録取することと、その者に宣誓を行わせることができる。

1 対象事項 嘱託できるのは、「証言を録取すること」と「宣誓を行わせること」である。前者は、英語条文中で「take depositions」となっており、日本の民訴法における証拠調べにおいては、証人尋問と当事者尋問に該当するといえる。⁸⁸⁾ その他の証拠調べ方法については規定はない。⁸⁹⁾ なお、民訴条約に基づく領事証拠調べのような、「民事又は商事」の制限はなく、実務上この点は問題とならない。

文言上は、対象となる者について特に限定はないが、日本人及び日本語を十分に解する者以外の者を証人とする場合には、出頭拒否が起りやすく、また、尋問に際し通訳が必要になることから、実務上は、対象となる証人を日本人及び日本語を十分に解する者に限っている。⁹⁰⁾

また、総領事館の管轄区域が広いため、実務上は、対象となる者は総領事館の近隣地域に居住する者に限られている。⁹¹⁾

2 作成書類及び作成言語、送付経路、嘱託事項の実施、及び、費用の支払い すべて基本的に、前述の民訴条約における領事証拠調べと同じである。⁹²⁾ 自発的に提供される場合に限られるので、領事官は強制力を行使できない。若干異なるのは、実務上、日本人又は日本語を十分に解する者に対してなされるので、翻訳や通訳は必要なく、領事

証提調へのメリットを大きく發揮していることである。しかし、対象者が日本国籍を有していても日本語を解しないときは、尋問事項書に英語によつて作成された翻訳文が添付される。また、実施手続の準拠法は、原則として派遣國法、すなわち日本法であることが明文で定められている。この点に関して、文言上、「接受國の法令に反しない限り」の制限が付けられている。これは、外國公権力の行使が現になされる接受國の手続法上の重要な基本理念ないし根本規則を守らうとする公序の発想の趣旨であると考えられる。よつて、接受國のこのような基本理念・根本規則に反していなければよく、接受國の証提調へ手続に関する個々具体的な法規に合致しなけらばならないということではないと解すべきである。

(二) 日英領事条約

日本の領事官は、日英領事条約二五条により、日本の裁判所のために、口頭若しくは書面により自発的に提供された証言を録取することができる。ただし、日本の法令に従い、かつ、英國の法令に反しない方法で行われることが条件である。若干の文言の差はあれ、基本的に日米領事条約による領事証提調べと同じである。

1 対象事項 囑託できるのは、「証言を録取することである。結局のところ、証人尋問と当事者尋問のことと解されている。」「民事又は商事」に限られないことは、日米領事条約におけるのと同じである。

日米領事条約上の領事証提調べと同じく、実務上は、対象となる証人を日本人及び日本語を十分に解する者に限つている。また、実施対象地域は、イギリス本國內に居住する者に限られ、植民地や保護領に居住する者は対象外である。

2 作成書類及び作成言語、送付経路、囑託事項の実施、及び、費用の支払い 基本的に、日米領事条約、ひいては民訴条約における領事証提調べの解説で述べたところと同じである。

(四) 個別の応諾

司法共助に関する条約や取決めがないにもかかわらず、わが国からの囑託に応じて外国が証拠調べを実施してくれることがある。わが国の依頼に対して国際法上の義務として応えるものでなく、単に当該外国の好意から行われるにすぎない。過去に、カナダ、韓国、中国、チリ、ニュージーランド、旧東ドイツ等において、管轄裁判所証拠調べが実施された例がある¹⁰⁰。また、実例はないが、外国に駐在するわが国の領事等が、日本人の証言の録取を当該外国政府の事実上の承認（黙認）のもとに実施することもあり得よう¹⁰¹。

囑託手続としては、まず相手国に打診をし、明示又は黙示の同意を得た後、管轄裁判所証拠調べと領事証拠調べに準じることになろう。

(五) 囑託手段間の優先順位

(1) 手段重複の可能性

囑託先の外国に対して、権限当局証拠調べ、領事証拠調べ又は管轄裁判所証拠調べのうち複数の手段が利用可能な場合、まずはどれが優先して試みられるべきであろうか。この問題は、民訴条約の締約国である相手国が領事証拠調べを許容するときや、相手国との間で民訴条約の他に二国間取決めが存在する場合や、アメリカ合衆国又はイギリスに囑託をする場合（両国とも領事条約と二国間取決めの双方がある）等に生じる。

(2) 領事証拠調べと権限当局・管轄裁判所証拠調べの先後

手段間の優先問題については、これまであまり議論されず、諸手段が単に並列的に説明されていたに止まる¹⁰²。最近、

積極的にこの問題に取り組み、民訴法の解釈として、外国管轄官庁嘱託証拠調べ（本稿にいう権限当局証拠調べと管轄裁判所証拠調べのこと）と大公使領事嘱託証拠調べ（本稿にいう領事証拠調べのこと）の二つは並列的で二者択一を許す趣旨でなく、後者が不可能である場合にのみ前者を行うことができると思ふべきであるという見解が唱えられている。¹⁰³

確かに、一般的に言つて領事証拠調べの方が、翻訳、正確性、時間等の点で明らかに権限当局証拠調べと管轄裁判所証拠調べに優る。このため近時の実務においては、「領事証拠調べの方法によることができない場合には、この方法によることが望ましい」、「指定当局証拠調べは、領事証拠調べを行うことができないう場合又は証人等が出頭を拒絶するおそれがある場合等に利用することが望ましい。」と、ルートの選択基準が積極的に述べられている。¹⁰⁴

しかしながら、何も先の見解のように、手段の先後を解釈論として「法的に」義務づける必要はないように思われる。実務の実際として領事証拠調べをできるだけ利用するとするだけで十分でなからうか。近時の実務における領事証拠調べルートの優先志向も、この趣旨に止まっている。¹⁰⁵ 裁判官と当事者の経験に照らして領事証拠調べ以外の方法がより効果的だということになれば、領事証拠調べが可能であつても権限当局証拠調べや管轄裁判所証拠調べを行へてしかるべきである。もし民訴法規定の解釈として法的に先後が決定されているのであれば、領事証拠調べが可能であつたのに、不可能だと誤つて権限当局証拠調べないし管轄裁判所証拠調べの手段を選んだ場合、手続違背の問題、すなわち証拠調べの方法に違背があるとしてその効力が争われるという事態が生じてくるのではなからうか。また、新民訴法一八四条（改正前二六四条）一項の文言では、管轄裁判所証拠調べの方が領事証拠調べよりも先に規定されている。もし同項が先後の優劣を付ける趣旨であつたなら、通常、領事証拠調べの方を先に挙げるはずである。

(3) 権限当局証拠調べと管轄裁判所証拠調べの優劣

わが国はもともと、二国間取決めを基本に証拠共助法制を形作ってきたところ、一九七〇年に多国間条約であるハーグ民事条約に加盟した。すると、いくつかの国、例えばドイツ、スイス、イタリアなどとの間では、この双方が存在することになった。このとき、民事条約に基づく権限当局証拠調べと二国間取決めに基づく管轄裁判所証拠調べの関係はどうか。実務では、民事条約上の権限当局証拠調べのみを行うかのような説明がなされている部分がある。確かに、管轄裁判所証拠調べに比べて、民事条約に基づく権限当局証拠調べの方が洗練された証拠共助方法であるから、この結論は、権限当局証拠調べを優先するという点では実務的に正しいであろう。しかし、この二つはそれぞれ異なる法的根拠に立脚し、互いに排斥し合うような関係にもないので、どちらも並存し得る。あくまで理論的な話であるが、管轄裁判所証拠調べも行えろと考えるべきである。

(六) 嘱託証拠調べへの効力

証拠調べが外国において実施された後、その結果が嘱託裁判所に送られる。ここにおいて、外国との関係での証拠共助手続は全て完了する。残された問題は、嘱託証拠調べの結果のわが国裁判所における取扱いである。

(一) 嘱託裁判所の口頭弁論への頭出

外国での証拠調べの結果は、嘱託裁判所において口頭弁論に頭出されなければならない。証拠資料とされるために、当事者によるいわゆる援用が必要か否かについて見解の対立があるが、当事者に対して意見陳述の機会を与えれば足り、不要と解すべきであろう。

なお、わが国の受訴裁判所が自己の手続審理のために外国又は日本領事に嘱託をして実施された証拠調べの調査

(外国の管轄官庁又は日本領事の作成による。)は、あくまで受命裁判官や受託裁判官による証拠調べの調査と同じく、そのまま証拠調べの結果としての資格を有するのであって、書証として改めて証拠調べに服するものではない。この点に関する興味深い事件(行政事件であつて、狭義の民商事事件ではないことに注意)として、ロッキード刑事事件調査のために、日本検察官の要請に基づいて東京地裁が米国に囑託して実施されたアメリカ合衆国での証人尋問の囑託調査が、租税徴収に関するわが国の行政訴訟(所得税更正処分等取消請求事件)において書証として提出され、この証拠能力が認められた最高裁の判決がある。¹⁰⁸問題となつた証人尋問の囑託は、刑事事件のために以前になされたものであつて、¹⁰⁹本件所得税更正処分等取消請求事件の受訴裁判所が行つたものでない。よつて、書証として取り扱われることになつたにすぎないのである。¹¹⁰

(2) 受託国法に違背する証拠調べ

外国に証拠共助を囑託する場合における証拠調べの実施手続は、前述のように、受託国法に従つてなされるのが、国際民事訴訟法上も原則とされるところである。¹¹¹ところが、現に実施されてその結果が送られてきた証拠調べについて、実は受託国法に照らして見れば手続に違背があつた、ということがあり得る。例えば、受託国法に定められた尋問の順序を誤つたり、証言拒絶権が見落とされたりした場合である。本来ならばこのような手続違背は受託国において事後的にでも発見され次第、治癒・是正される(証拠調べのやり直しも考えられる)はずのものであるが、それが気づかれぬまま実施結果としてわが国に送られることもあるだろう。

このような事態に関して、新民訴訟法一八四条二項は、「外国においてした証拠調べは、その国の法律に違反する場合であつても、この法律に違反しないときは、その効力を有する」と規定する。¹¹²すなわち、受託国法に違背する証拠調べであつても、わが国の民訴訟法の諸規定から見て適法であれば(例えば、見落とされた受託国法上の証言拒絶権は

わが国の民訴法上保障されるものでなかったとき⁽¹³⁾、わが国の裁判手続内においてこれを有効と評価するのである。現実には当該証拠調べの結果が問題となるのはわが国であるから、受託国法上手続違背のある証拠調べであっても、わが国民訴法の観点から見て救済しようとの趣旨である。ここで「効力を有する」とは、個々の手続に違背するとは考えないということであり、証拠調べ手続が適式・適法に行われたという評価を受けるという意味である⁽¹⁴⁾。

このように新民訴法一八四条二項は、国際民事訴訟法上の原則に従って外国法に基づいてなされたはずの証拠調べが何らかの原因でたまたま当該外国法上不適法になってしまった場合に、それがわが国の民訴法に合致する限りにおいてなおその効力を認めようという趣旨の規定である。その文言上、一見したところでは外国法の違背を積極的に試みてよいとするような観を呈しているように見えなくもないが、そうではないことに注意しなければならない⁽¹⁵⁾。

(3) わが国の手続的公序に反する証拠調べ

前述のように、受託事項の実施は受託国法に従ってなされるのが原則であるから、証拠調べ手続がわが国の法律と異なる方法で実施されたとしても、これは違法でない。しかしながら、受託国法の証拠手続規則がわが国の手続法の重要な基本理念ないし根本規則に反するような場合は別であろう⁽¹⁶⁾。当該証拠調べがたとえ受託国法上は適法であったとしても、この効力を認めるべきでない⁽¹⁷⁾。いわゆる公序（正確には手続的公序）の問題である。ただ、根拠条文をどうするかであるが、準拠法選択の場面における外国法排除の法例三三条よりも、外国裁判所の行為の事後的評価という面を考慮して、外国判決の承認拒否事由の一つである新民訴法一八条三号の類推適用とすべきであろう。

注

(45) 解説の方法としては、管轄裁判所証拠調べや領事証拠調べといった共助手段ごとのものもあるが、この方法は用いない。

その理由は、証拠の所在する外国との間にどのような条約・取決め等が明らかにされて初めて、どのような手段が利用できるかが分かるのであって、管轄当局証拠調べや領事証拠調べはどのようなものかという観点よりも、囑託先国との間にある条約や取決めがどのような共助手段を定めているかという観点の方が先に来るべきだからである。

(46) 加盟国は主に大陸法系諸国である。これに対して、ハーグ証拠収集条約に加盟の三〇カ国には、ドイツ、フランス等の主要な大陸法国の他、アメリカ合衆国やイギリス等の英米法系国、そして中国も加盟しており、幅広い。

(47) 民事又は商事性はどちらかと言えば受託に關して特に問題になる。後述四(一)一を参照。ハーグ証拠収集条約では、進んだ議論がある(多田・前注(4)「上」二七頁以下参照)。

(48) 基本通達によれば、行政訴訟事件の証拠調べの囑託手続は、領事証拠調べ及び管轄裁判所証拠調べを手段とし、領事証拠調べを対象外国人の居住国が明白に承認している場合にはそれを先に行うべきとされる。執務資料・前注(一)一三〇頁参照。

(49) L. Renault, *Rapport de la 1^{ère} Commission sur la révision de la Convention relative à la Procédure, Actes et documents de la Quatrième session*, 92 (1904).

(50) 高桑・前注(一)八四八頁、三井・前注(一)「二三」二六一四頁、服部・前注(一)「ハーグ条約」四七頁、執務資料・前注(一)九頁。

(51) 三井・前注(一)「二三」二六一四頁、服部・前注(一)「ハーグ条約」四七頁、執務資料・前注(一)九頁。

(52) 執務資料・前注(一)九頁。

(53) ハーグ証拠収集条約の要請書に關しては、利用は締約国の任意であるが、推薦された統一の様式がある。多田・前注(4)三六一二七頁を参照。

(54) 執務資料・前注(一)一二六頁以下参照。

(55) 様式第八。執務資料・前注(一)一四四頁参照。

- (56) ハーグ証拠収集条約には、当事者の立会い（七条）に止まらず、囑託国裁判官の立会いの制度（八条）があり、直接主義の観点から非常に有用だと思われる。
- (57) 特別の方法に関しては、後述四（二）（一）4③を参照。また、後述五（二）も参照。
- (58) 様式第九。執務資料・前注（一）一四五頁参照。
- (59) 服部・前注（一）「ハーグ条約」四八頁。
- (60) 服部・前注（一）「ハーグ条約」四八頁。
- (61) 下級裁判所事務処理規則
- 第二七条 裁判所と中央官庁、外国に在る日本の官庁及び外国官庁との間に文書を往復するには、特別の定のある場合を除いて、最高裁判所を経由しなければならない。但し、中央官庁との間に訴訟書類を往復する場合は、この限りでない。
- (62) 様式第三。執務資料・前注（一）一三八頁。
- (63) 指定当局として各国が指定しているもの例としては、外務大臣、法務大臣、地区裁判所長などがある。少し古い資料であるが指定当局の一覽表として、服部・前注（一）「ハーグ条約」四五頁参照。なお、わが国は後述するように外務大臣である（四（一）（一）3参照）。
- (64) ハーグ証拠収集条約では、さらに一層洗練された中央当局制度による一本化が企圖されている（同条約二条二項）。
- (65) 服部・前注（一）「ハーグ条約」四六頁。三井・前注（一）「八」一〇八四頁を参照。
- (66) 服部・前注（一）「ハーグ条約」四五頁。
- (67) この伝統的な外交上の経路が条約上存置された経緯について、三井・前注（一）「八」一〇七九頁以下参照。
- (68) 直接の経路の解説として、三井・前注（一）「九」一二九七頁以下、三井・前注（一）「三」二六一三頁を参照。
- (69) 三井・前注（一）「三」二六一三頁参照。

(70) だが、直接の経路は、尋問されるべき証人の所在が知れている上にそこを管轄する裁判所の名称・所在地が判明している場合など状況が調えば、実際的には最も簡便な経路であろう。当局間の直接経路の開設に向けて、調査・研究の努力が望まれる。

(71) 執務資料・前注(1)一二六、一二二頁参照。

(72) 一九六三年の領事関係に関するウィーン条約五条(j)はかかる慣習を条約化したものである。一九六一年の外交関係に関するウィーン条約にこの点に関する明文はない。しかしながら、このような証拠調べを行うのは実際には通常、領事官であることが多いだけのことで、外交官の権限から外す趣旨でないと言われる。

(73) 領事証拠調べ一般については、柏木・前注(1)一九〇—一九四頁が詳しい。

(74) 先のウィーン領事条約五条(j)を根拠として、当然に同条約の締約国の全ての領事にかかる証拠調べの権限が創設されるわけではない。あくまで取決め等が必要とされる。高桑・前注(1)八五九頁、柏木・前注(1)一九〇頁参照。

(75) 服部・前注(1)「新実務民訴」一八〇頁参照。

(76) ハーグ証拠収集条約では、領事証拠調べに関して詳細なルールが整備されている(同条約一五条以下)。

(77) 旧ソ連、ドイツ、トルコ、ハンガリー及びポーランドである(手引・前注(1)一七四、一七七、一七八、一八〇、一八三頁参照)。また、イスラエルも、日本人又は日本語を十分に解する者という条件を付ける(手引・前注(1)一六三頁参照)。なお、服部・前注(1)「新実務民訴」一八〇頁も参照。

(78) 執務資料・前注(1)一二七—一二八頁参照。

(79) 様式第一〇。執務資料・前注(1)一四六—一四七頁参照。

(80) 手引・前注(1)一五二頁。上申書の記載例は、手引・前注(1)一九五頁を参照。

(81) 当事者が提出した文書については、当事者にその翻訳文を提出させる。ただし、当事者が適切な翻訳人を見いだせない場合には、裁判所が翻訳人に依頼して翻訳文を作成する。

- (82) スペインは、外交官等による当該証拠調べが訴訟手続及び国家治安に関する規範に抵触せず、かつ、スペインの同意（個々の証拠調べについてのものであろう。）がある場合に限って認める旨を表明している（手引・前注（1）一七一頁参照）。なお、「訴訟手続及び国家治安に関する規範」に関しては、後注（115）を参照。
- (83) アメリカ合衆国は、自国で行われるべき証拠取集・取調べに関して、非常に寛大な共助を、相互主義に基づかず一方的に提供するという態度を示している。合衆国法典二八編一七八二条に基づくものであるが、例えば、実質上アيسカヴァリと同じことをわが国の弁護士が行えるのである。「アメリカ合衆国における司法共助手続について」（アメリカ合衆国国務省）「執務資料・前注（1）八三頁以下、尾中俊彦「国際司法共助—米国内における最近の発展（二）」「国際法外交雑誌六六巻五号五七七頁以下（一九六八年）」を参照。近時、外国人訴訟当事者へのこのような寛大な一方的共助提供が、米国人訴訟当事者を不利にしているとの議論があり、判例の対立が見られる。ルイス B キメルマン「クリスチーン・ヘイガン（宮下佳之監訳）「外国または国際訴訟で使用する情報の米国内での入手について」「国際商事法務二二巻三号二一五頁（一九九四年）」を参照。
- (84) なお、このうちイタリア、スイス、スウェーデン、スペイン、デンマーク及びドイツは、民訴条約の締約国でもある。実務では、民訴条約が優先されていることに関して、後述三（五）（3）を参照。
- (85) 執務資料・前注（1）二二八頁参照。
- (86) 一九九一（平成三）年の「ブラジル連邦共和国の管轄裁判所に対する訴訟書類の送達及び証拠調べの囑託に伴う翻訳料等について」執務資料・前注（1）一六八頁参照。
- (87) 様式第一〇。執務資料・前注（1）一四六—一四七頁参照。
- (88) 当事者が提出した文書については、当事者にその翻訳文を提出させる。ただし、当事者が適切な翻訳人を見いだせない場合には、裁判所が翻訳人に依頼して翻訳文を作成する。
- (89) 柏木・前注（1）一九五頁、春日・前注（1）一一一頁、服部・前注（1）「新実務民訴」一七八頁、小林・前注（1）

三〇八頁、条解民訴・前注(27) 九七〇頁など参照。

(90) 執務資料・前注(1) 一二八頁参照。

(91) 日米領事条約一七条一項fにある公文書複写等入手を、証拠調べの方法と考える見解もある。小林・前注(1) 三二一頁参照。そうは考えないことについて、前注(38)を参照。

(92) 執務資料・前注(1) 一二八頁、手引・前注(1) 一五〇頁参照。

(93) 執務資料・前注(1) 一二八頁、手引・前注(1) 一五〇頁参照。領事証拠調べが可能な地域の一覧については、執務資料・前注(1) 一三三―一三四頁を参照。

(94) 執務資料・前注(1) 一二八頁、手引・前注(1) 一五一頁参照。

(95) 条約の英語文(日本語文と同じく条約の正文である)は、実は、"take evidence voluntarily given"となっている。訳すれば、「自発的に提供された証拠を収集する」で、英語条文上は「証言の録取」に限られない。日本語条文と英語条文との間で齟齬があることになる。作成当時に議論がなかったのか不思議だが、条約法の観点(一九六九年の条約法に関するウィーン条約三三条参照)からは、興味深いところである。

(96) 執務資料・前注(1) 一二八頁参照。

(97) 執務資料・前注(1) 一二八頁、手引・前注(1) 一五〇頁参照。

(98) 執務資料・前注(1) 一二八頁、手引・前注(1) 一五〇頁参照。領事証拠調べが可能な地域の一覧については、執務資料・前注(1) 一三四頁を参照。

(99) 執務資料・前注(1) 一二八頁、手引・前注(1) 一五一頁参照。

(100) 手引・前注(1) 一六八、一七五、一七六、一七八頁参照。

(101) 手引・前注(1) 一五〇―一五一頁、青山||服部・前注(1) 頁一八三頁参照。

(102) 柏木・前注(1) 一八八頁の指摘はこの点で正しい。

- (103) 柏木・前注(1)一八九頁。なお、同一九二―一九三頁に掲げられている領事証拠調べの具体的な要件も参照。
- (104) 手引・前注(1)一五二頁参照。
- (105) 春日・前注(1)一一一頁も、領事証拠調べを原則として優先すべきとするが、法的な要請としては考えていないだろう。
- (106) 基本通達「第2 証拠調べ等の嘱託」の1(4)のウ(執務資料・前注(1)一二九頁)を参照。もつとはつきりするの
は、執務資料・前注(1)三三六頁の表「3 二国間共助取決め国の場合」である。
- (107) 谷口安平・井上治典編「新・判例コンメンタール民事訴訟法5」小長光登一「第二六四条(外国での証拠調べ)七二頁
(三省堂、一九九三年)、小室直人・賀集唱・松本博之・加藤新太郎編「基本法コンメンタール新民事訴訟法2」西口元
「第一八四条」一四三頁を参照。
- (108) 最判平成七年六月二九日判例タイムズ八八五号一五一頁(原審は、東京高判平成五年一〇月二七日判例タイムズ八三五
号九四頁、第一審は、東京地判平成二年一〇月五日判例タイムズ七五九号一七三頁)。
- (109) ロッキード事件丸紅ルートの刑事事件最高裁判決では、民事(行政)事件におけること異なり、この嘱託証人尋問調査の
証拠能力は否定されている。最判平成七年二月二二日刑集四九巻二二号一頁、判例タイムズ八七七号二二九頁。
- (110) 最高裁が正当として是認した原審判決中には、「コーチャン及びクラッターに対する証人尋問は、我が国民訴訟法に基
づいて行われた手続ではないから、民事訴訟法二六四条、二九四条等の適用がないのは当然であつて」との部分がある。
- (111) 柏木・前注(1)二〇二頁、注解民事訴訟法(27)三三八頁など参照。この限りで、証拠調べの実施手続が受託国法に
適合しているならば、わが国の民事訴訟法に反していてもこれは適法である。ただし、わが国の手続の公序に反する場合に關
して、後述三(二)(3)を参照。
- (112) 平成八年改正前民事訴訟法二六四条二項と実質的に同じである。前注(32)参照。
- (113) わが国の民事訴訟法の附規定から見て適法である場合の中には、わが国民訴訟法上の手続違背に対する当事者の責問権の放

棄・喪失があつて、違背が治癒される場合（新民訴法九〇条）も含まれる。条解民訴・前注（27）九七〇頁など参照。

(114) 条解民訴・前注（27）九七〇頁、西口・前注（107）一四二頁等参照。「効力を有する」の意味に関しては、証拠能力の意味にとつたり（山本・前注（1）四六九頁）、証明力の意味にとつたりする（柏木・前注（1）二〇二—二〇三頁）ものもあるが、本文のように解すべきであると思われる。証拠能力と証明力は、証拠調べ手続自体が適法に実施されたという評価を受けたその次に来る問題である。

(115) 領事証拠調べにおいては囑託国であるわが国の法が原則として適用されることになっているので、本文のような問題はあまり生じない。しかし、日米領事条約一七条一項e及び日英領事条約二五条但書のように、接受国（実施地国）である米國及び英國の法令に反しない方法で行われることが要求される場合もある（自國の訴訟手続及び国家治安に関する規範に抵触しないことを領事証拠調べに要求するスペインも参照）。そうすると、在外日本領事官の主催の下で行われた証拠調べが実施地國の法に反することがあり得る（ただし、前述のように、ここでの実施地法違反は、その國の手続法上の重要な基本理念ないし根本規則違反と捉えるべきであるので、非常なレアケースであろう）。このときにも新民訴法一八四條二項は適用されるか。もしこの適用を全面的に認めれば、結局、実施地國法違反がかなりの場面で無問責になり、実施地國法の遵守が骨抜きにされるおそれがある。もしもこのような接受國法軽視が引き起こされれば、対外的に條約違反と批判される可能性もあり、問題であろう。したがつて、結論として、領事の過失によつて接受國法違背の事態になつてしまつた場合はともかく、故意によつて積極的に接受國法の違背が行われた場合には、適法に証拠調べ手続が行われたとは評價せず、無効と解すべきであろう。

(116) 当事者に対して証人尋問への立会いの機会を与えず非公開で行う法制が例として考えられる。しかし、これが營業秘密保護の一環として、対立当事者である競争企業を排除した上で、守秘義務を負う弁護士と裁判官のみで行うことを趣旨とするような場合、わが國の手続法の重要な基本理念ないし根本規則に反すると考えるべきでない。新民訴法二三條参照。

(117) 同旨、山本・前注（1）四六九—四七〇頁、春日・前注（1）一一一—一二二頁。柏木・前注（1）二〇二頁は反対の

ようである。

四 外国裁判のための内国における証拠共助

外国の裁判所がわが国において証拠調べをする必要に直面した場合に関して、どのような共助システムが採られているかを検討する。囑託の場合と同様に条約や取決めことに論述を進め、最後に、アメリカ合衆国側によるわが国内での域外的直接的デイスカヴァリ実施について、若干言及する。

(一) 民事訴訟手続に関するハーグ条約

(1) 権限当局 (II 裁判所) 証拠調べ

他の民訴条約締約国からの囑託があれば、わが国の権限のある当局は条約上の義務に基づいて、証拠調べの共助を行う(八条)。わが国において民訴条約にいう「当局」は、裁判所である(特例法三条一項)。

1 受託の対象事項 「民事又は商事に関する」「証拠調べ」と「その他の裁判上の手続」である。「民事又は商事」性について付言すると、これは囑託してきた外国の当局の名称のみで決せられてはならない。たとえ名称が行政裁判所となつていても、当該事件においてその機関が行使している権限が実質的には民事裁判権であることがある。当該囑託当局が行使している職務権限を実質的に検討しなければならぬ。¹⁰⁾「証拠調べ」は、必ずしもわが民訴法の定める証人尋問等の五類型に限られるわけでない。共助の趣旨に照らして柔軟に解釈されるべきである。¹¹⁾たとえ「証

「調調べ」の概念には含まれなくても、「その他の裁判上の手続」にあたりとすれば、受託事項の実施をすることになる。^(註)

2 嘱託書等の作成官語又は翻訳 民訴条約一〇条に基づき、嘱託書等は日本語で作成されるか、日本語の翻訳文が付けれなければならない。この翻訳には、嘱託国の外交官による翻訳証明が必要である。

3 嘱託書等の受付経路及び転達 わが国の指定当局（民訴条約九条一項）は、外務大臣である（特例法二条）。実際に事務を担当しているとされる外務省の領事移住部は最高裁判所事務総局と緊密な関係にあるので、実質的には両者が指定当局の権能を有しているといふべきかもしれないという指摘もある。^(註) わが国は民訴条約九条三項による外交上の経路の希望を宣言していないし、当局間の直接の経路を認める個別の取決めもしていないので、嘱託書の受付は指定当局の経路による。

わが国の外務大臣に送付されてきた嘱託書等は、最高裁判所を經由して（下級裁判所事務処理規則二七条）、「所要の事務を取り扱うべき地を管轄する地方裁判所」（特例法三条二項）、すなわち証^(註)調べを行う地を管轄する地方裁判所に転達される。転達された裁判所が実施の権限を有しない場合は、職権により、正しい地方裁判所へ転達し直す（民訴条約一二条。特例法四条は「移送する」という文言を用いる）。このとき、嘱託国に対して新しい受託当局を知らせなければならない（民訴条約一二条）。

4 受託事項の実施 条約の諸規定に従った嘱託書を受け取った管轄地方裁判所は、嘱託された証^(註)調べ又はその他の裁判上の行為を次の通りに実施する。

①受託国法（＝日本法）適用の原則 民訴条約一四条一項（特例法五条）により、受託国法すなわち日本法が適用される。しかしながら、この原則には次のような特則がある。

② 關係当事者の立会い 關係当事者は、囑託当局から特に要求を出してもらふことによつて、囑託事項の実施に自ら立ち会ふことができる。¹²⁴ この要求がなされている場合、管轄の地方裁判所は当事者が立会えるように、囑託当局に對して実施の日時及び場所を通知しなければならない（民訴条約一一条二項）。通知は、日本語で作成された通知書による。当該裁判所の長が最高裁民事局長に對して、この通知書の囑託当局への送付を依頼する。この通知がなされた場合、当事者に對して期日の呼出をする必要はない。しかし、この通知を行わなかつた場合は、当事者が期日に立ち会わない旨を明示しない限り、呼出状を送達しなければならないと実務ではなされている。この呼出状の送達は、囑託当局に囑託して行われる。¹²⁵

立ち会つた当事者は、わが国の法廷で証人に質問を發することができるだろうか。この点、新民訴法二〇二条において当事者に尋問權が認められているので、積極に解される。では、囑託國の裁判所における外國弁護士はどうだろうか。新民訴法五四条は訴訟代理人を原則として弁護士（もちろん日本の弁護士法上のもの）に限つてゐる。また、一九八六年に制定された「外國弁護士による法律事務の取り扱いに關する特別措置法」においても、外國弁護士は日本の裁判所における手続について代理の法律事務を行えないとされている（三条。五条一項も参照）。よつて、外國弁護士が仮にわが国の法廷において出頭したとしても、質問を發することはできず、傍聴人に過ぎないと言われる。¹²⁶

③ 特別の方法 囑託書の実施について、原則的には受託國法が適用されるが、囑託國が特別の方法によつて実施することを要請した場合、日本の管轄裁判所は、その方法が日本法に反しないものである限りこの要請に應じる（民訴条約一四條二項）。特別の方法とは、証人尋問における宣誓の方法、時期、交互審尋の方法によるか否かに關して、わが國法と異なるものである。この特別の方法が認められているのは、交互審尋や記録の残し方をめぐる相違が原因で、せつかく外國から取戻した証拠が自國裁判において全く役に立たなくなるといふ不都合を回避するためである。

④強制方法　民訴条約二一条一項は、「司法共助の囑託を受ける司法当局は、自国の当局からの囑託又は関係当事者からの類似の請求について用いられる強制方法と同様の強制方法によつて当該受託事項を実施する。その強制方法は、当事者の呼出しについては用いることを要しない。」と規定する。外国裁判のために、わが国が強制力を行使することが条約上の義務として定められているのである。管轄裁判所は、必要となれば、証人の不出頭に対する罰金等（新民訴法一九三条）、勾引（同一九四条）、証言又は宣誓拒絶に対する制裁（同二〇〇条）等を行う。強制方法に關するこの規定の後段は、本来、当事者に対して強制力を行使しないというフランスなどのために作られたものである。しかし、そもそも前段で強制力は受託國法で認められている限りでしか行使されないもので、この後段は不要な規定である。

⑤証言拒絶権　証言拒絶権に關して、民訴条約に特別の規定はない。よつて受託國法の原則（民訴条約一四條一項）に従い、日本法上の証言拒絶権が認められることになる。しかし、囑託國法上の証言拒絶権や、又は証人の属人法上の証言拒絶権を確保する必要がないのか、疑問が残る。そもそも受託國法の適用は、受託國裁判官の事務處理の便宜のためであつたとすれば、証人の適切な保護のために、外國法の適用という困難な作業に受託國の方から進んで向かうことは、条約の解釈として可能であると思われる。この観点から、受託國たる日本の裁判所としては、少なくとも、囑託國の証言拒絶権の確保を図るのが適切であろう。

5　囑託実施の拒否　受託事項の実施は、民訴条約二一条三項に定められている次の三つの場合のいずれかに該当しなければ拒否することができない。すなわち、①書類の真正が立証されない場合、②その実施が受託國において司法権に属しない場合、及び、③その実施が、その行われるべき領域の属する國によりその主権又は安全を害する性質のものであると判断される場合である。実施を拒否する場合、その事由を明示する書類を作成して囑託國の領事官

に送付しなければならぬ(民訴条約九条後段)。

①に関しては、この立証の要求は無用に近いものがある。¹²⁰ なお、一九六一年の「外国公文書の認証を不要とするハグ条約」の締約国との間では、この立証は必要でない¹²¹とされる。¹²² ②は、民訴条約八条の囑託対象事項である「その他の裁判上の行為」と関係する。③については、「主権又は安全」の概念と「公序」の概念との関係が問題になる。実質的には、公序と同じと考えて差し支えない。というのは、公序の語が避けられたのは、それが国内法上の概念であるとの印象を与えることと、司法共助に関して公序の語はあまり使われず、なじみがないことが根拠だったからである。¹²³

6 不服申立て わが国の管轄裁判所が受託事項を実施するに際して当該裁判所がした決定などの裁判に関して、この裁判所を受訴裁判所とみなして、不服申立に関する民訴法の規定が適用される(特例法九条)。この特例法の規定が適用されて不服申立がなされたことに関する判例¹²⁴があるが、民訴条約に基づく証拠調べ受託の事件ではないので、二国間取決めの箇所¹²⁵で後述する。

7 受託事項の実施結果の返送

以上のような附規定に従って囑託書を実施した場合、その結果つまりは実施を証する書類は、囑託国の領事官に送付される(民訴条約九条後段)。この日本語で作成された調書等の訴訟記録の送付は、証拠調べを行った裁判所の長が最高裁判事局長に対して依頼して行われる。この依頼は、囑託者を名宛人とする書類送付書と共に¹²⁶行われる。

8 費用の支払 前述のように、民訴条約一六条一項は受託国の負担を原則とする。よって、受託事項実施の費用は、原則として裁判費から支出される。しかしながら例外的に、証人若しくは鑑定人に支払う費用、証人が任意に出頭しないため裁判所附属吏が介入することから生ずる費用又は特別の実施方法を囑託されたことから生じる費用

は、囑託国に対して償還を請求することができる（一六条二項）。この場合、囑託国の大使館あての納入告知書と裁判所書記官作成の囑託裁判所宛ての費用明細書を、調書等の送付依頼のときに添付する。

(2) 外国の外交官又は領事官による証拠調べ

わが国は、一五条にいう、日本に駐在する外国の外交官等による証拠調べを認める条約を他の締約国との間で締結していない。しかしながら、これを拒否する宣言もしてはいない。果たしてわが国の証拠共助法制として、いかなる態度がとられているのだろうか。

この点について、民訴条約批准以前のものであるが、一九五三年に出された通達が参考になる。それは、カナダ大使館からの問い合わせに對するもので、「外国領事官が日本国において当該領事官の本国国民に對し任意の供述に基づく証拠調べを行うことは、相互主義を条件として認めてさしつかえないが、日本国民及び第三国国民に對し証拠調べを行うことは認むべきでないと考へる。」という内容である。すなわち、わが国としては、派遣国の国民とその他を區別し、前者が自発的に應じる場合にのみ、相互主義を条件として容認する趣旨である。

ここで「任意の供述に基づく証拠調べ」とは、日米領事条約や日英領事条約における領事証拠調べのことを考慮すると、「任意に提供される証言の録取」を意味したつもりであろうと思われる。しかし、先述したように、民訴条約に基づく領事証拠調べの囑託実務では、囑託の対象は証人尋問に限られない。これと平仄を合わせるためにも、証拠調べの実施されるわが国の立場として、証人尋問とその他の証拠収集とで特段の區別をする必要はないと思われる。

領事証拠調べの手続は、囑託を行う裁判所の所屬する外国の法律による。なお、わが国は、「わが国の法令に反しない限りで」（日米領事条約一七条一項e等参照）などの限定を付ける態度表明を一般には行っていない。

(二) 二国間取決め

証拠共助に關してわが国との間で二国間取決めのある国は、わが国の管轄裁判所に対して証人尋問などの実施を囑託することができる。いわゆる管轄裁判所証拠調べである。わが国は、二国間取決めで約した共助提供義務に基づき、証拠調べを実施する。

(1) 証拠共助提供のための条件

わが国の裁判所が証拠調べの共助を提供するのに必要な条件は、第一条の二に列挙されている。証拠共助に關する条件は、囑託書が外交機関を経由したものであること(同条一項一號)、囑託書には証拠方法の種類など一定の事項が記載されなければならないこと(同三號)、囑託書等は日本語で作成されるか日本語の翻訳文が添付されていること(同四號)、囑託国が費用支払いの保証をしていること(同五號)、及び相互の保証のあること(同六號)である。以下で詳しく見ていくが、条約等にそれらと異なる規定があれば、この共助法の条件よりも条約等に定められている特別な条件の方が優先することが同二項で規定されている。民訴条約は、この意味の優先する条約である。

1 受託の対象事項 「民事及刑事ノ訴訟事件ニ関スル……証拠調べ」である(共助法一条一項)。「証拠調べ」の内容は、共助制度の趣旨に従つて、できるだけ柔軟に解すべきである。単にわが国民訴訟中に同種の証拠調べ方法が存在しないことのみをもつて、拒否すべきでない。民事性に關しては、共助法は「民事又ハ刑事ノ訴訟事件ニ関スル」と定めているため、実はこれを議論することはあまり実益がない。というのは、刑事事件ですら共助法の適用範囲に入るのだから、本来議論のある行政事件にも本法により共助が提供されるべきだからである。この意味で、本法一条一項にいう「民事」事件は行政事件を含む広い意味での「民事」を指すと解釈すべきである。ただ、現在の関心事は

民事証拠共助であるので、この点に潜在的に限定を付けつつ解説を続ける。

2 嘱託書等の作成 嘱託は書面によつてなされなければならない(共助法一条ノ二第二項三号)。そして、それには、①訴訟事件の当事者、②証拠方法の種類、③取調べを受けるべき者の氏名、国籍、及び住所又は居所、④取調べを必要とする事項が記載されている必要がある(同条項号)。嘱託書のほかに関係書類を添付することもできる(同四号を参照)。

3 書類の作成言語 嘱託書及び関係書類は日本語によつて作成されるか、そうでない場合には、日本語への翻訳文が添付されていなければならない(同四号)。

4 費用の保証 費用は嘱託国の負担であるので、その支払い確保のために、あらかじめ嘱託裁判所所属国が受託事項実施のために必要な費用の弁償を保証したことが要件とされている(同五号)。弁償の保証に止まるので、予納をする必要はない。

5 相互の保証 相互の保証とは、嘱託国裁判所所属国が同一又は類似の事項について日本の裁判所の嘱託によつて共助をなすことを保証することである(同六号)。わが国の受託共助にとつて二国間共助取決めを締結する意味は、この相互の保証の条件を満たすことにある。

6 嘱託が外交機関を経由したこと 同一号に定められているが、これについては次で述べる。

(2) 嘱託書等の受付経路及び転達

嘱託は外交機関を経由しなければならない(共助法一条ノ二第一項一号)。いわゆる外交経路である。すなわち、嘱託書や関係書類は、外国裁判所から在日嘱託国大使館を経て日本の外務省に渡り、最高裁判所(下級裁判所事務処理規則二七条)を通じて、所要の事務を取り扱うべき地を管轄する地方裁判所(裁判所法施行令一九条参照)に送付

されなければならぬ。証拠調べは、この地方裁判所において実施される（共助法一条二項）。もし受託事項が他の裁判所の管轄に属することが分かつたときは、受託裁判所は囑託を管轄裁判所に移送する（共助法二条）。

(3) 受託事項の実施

1 受託国法（日本法）の原則 囑託された証拠調べは、日本の法律に従って行われる（共助法三条）。「手続は法廷地法による」の原則の一般的妥当性を認めたとの解されている。¹³⁹ 例えば証人尋問に関しては、宣誓をさせるべきかどうか、不出頭の際にどのような強制力を行使できるか、証言調書はどのような形式で作成されるかなど、主としてわが国の民訴法が適用されるのである。

しかしながら、この原則は絶対的なものと考えられるべきでないと思われる。問題によっては、例えば証言拒絶権に関しては、本来の事件の係属する囑託国の法律中の証言拒絶権や証人の属人法中の証言拒絶権などの適用もあり得るであろう。共助法三条は、わが国の国際民事訴訟法における手続事項の法選択規則によって定まる準拠法の適用を、必ずしも排除する趣旨でないと解すべきである。¹⁴⁰ 解釈論としては、共助法三条にいう「日本ノ法律」は、日本の実質法（ここでは民訴法）のみならず、抵触法も含む、と考えることにならうか。租税事件に関してはわが国が囑託を受けた事件である大阪高裁昭和四八年七月一二日決定¹⁴¹は、何らの法選択過程も述べることなくわが国の民訴法を適用した（結論には賛成できるが）点で不満が残る。¹⁴² 同様に、民訴条約にあるような特別の方法（同条約一四条二項）の依頼による部分的な囑託国法の適用も、完全には否定すべきでないだろう。

2 関係当事者の立会い 当事者の呼出は、当事者が出頭しない旨を明示している場合を除き、行われなければならない。呼出状の送達は、最高裁判事局長宛てに呼出状送達の囑託書の送付依頼を出し、囑託国裁判所に囑託して行われる。¹⁴³ 当事者が出頭した場合、新民訴法二〇二条において当事者に尋問権が認められているので、この当事者は

法廷で質問をすることができる。嘱託国の裁判所における弁護士は、わが国の法廷において出頭したとしても傍聴人に過ぎず、訴訟代理人として質問を発することはできない。¹⁴⁴

3 強制方法 証提調べの対象者がこれに応じない場合、わが国法中の強制手段が用いられる（共助法三条による日本法の適用）。外国裁判のために、わが国が、国内にいる日本人及び外国人に対して強制力を行使するのであるが、これは二国間取決め上の義務というよりも、共助提供の諸条件が整った結果共助法がその行使を命じているのだ、と考えるべきである。これにより、管轄裁判所は必要となれば、証人の不出頭に対する罰金等（新民訴法一九三条）、勾引（同一九四条）、証言又は宣誓拒絶に対する制裁（同一〇〇条）等を行う。

4 嘱託実施の拒否 嘱託された証提調べがわが国の主権又は安全ないし公の秩序又は善良の風俗に反する場合、その実施は拒否されるべきである。公務員を相手とする証人尋問の場合、新民訴法一九一条二項が実施拒否の根拠として機能するだろうが、一般的な場面で根拠になる法規定を何に求めるか。嘱託事項のわが国内における実施拒否は、嘱託事項の内容を定める外国法を排除することと類似すると考えて、法例三三条を類推適用することになろうか。

5 不服申立て 前述したように、民訴条約に基づく権限当局証提調べに関しては、受託事項を実施したわが国の管轄地方裁判所を受訴裁判所とみなして不服申立てがなされるとの規定（特例法九条）が存在する。しかし、共助法に基づく管轄裁判所証提調べに関しては、特にこのようなみなし規定はない。ところが、厳密には民事の証提共助でないが、二国間取決めによるアメリカ合衆国からの証提調べ嘱託に関する大阪高裁昭和四八年七月一二日決定¹⁴⁵はこの点の規定の不備を取り扱うものであった。以下、この判例の検討を試みる。

① 事実の概要

当事者の主張等も勘案すると、次のような事実関係である。

日本法人X社（ミツイアンドカンパニー・リミテッド。原告）とアメリカ合衆国Y（被告）の間におけるアメリカ合衆国関税裁判所⁽¹⁶⁾での訴訟に関して、Y側証人であるA（松下電子工業株式会社Bの常務取締役・電子管事業部長）の証人尋問が日本に囑託され、一九七二年一月半ば、受託裁判所である大阪地方裁判所がAの証人尋問を行った。この中でAが、尋問事項のうちB社の過去一定期間内の直接労務費と販売経費のそれぞれの数値について、職業の秘密にあたるとして証言の拒絶を申し立てたところ、受託裁判官はこの証言拒絶の許可決定を下した。この決定に対してYが大阪高裁へ即時抗告を申し立てたのが本件である。抗告の相手方であるAは証言拒絶の正当性の他、原判決は受託裁判官の裁判であり不服申立ては民訴法四二二条一項（平成八年改正前。新民訴法は第三二九条一項）に基づき受訴裁判所への異議申立てによるべきで、本件抗告は不適法であると主張した。なお、アメリカ合衆国は民訴条約に加盟していない。

② 決定要旨　まず即時抗告の適法性について。

「民事訴訟手続に関する条約等の実施に伴う民事訴訟手続の特例等に関する法律九条は、外国の当局の囑託により証拠調べをするに際し本邦裁判所がした裁判については、当該裁判所を受訴裁判所と見なして不服申立に関する民事訴訟法の規定を適用する旨定めており、右規定に従えば本件抗告は適法である。もつとも、アメリカ合衆国は、民事訴訟手続に関する条約の締約国ではないから、同法をそのまま本件に適用しうるか否かについては疑問があるが、本件証人尋問を囑託し、本件抗告を申立てたのはいずれもアメリカ合衆国であり、このことは同国が進んで同法の適用に服する意思を表明したものに他ならないから、本件については同法を適用して差支ないものと解すべきである」。

次に、証言拒絶権については、「共助法三条」という根拠条文を挙げることもなく、平成八年改正前の民事訴訟法二八一条一項を適用し、結局、証言拒絶権の正当性を認めた。

③ 検討　まず最初に、本件は国際証拠共助の事件ではあるが、租税関係事件訴訟のための囑託であるので、厳密には民事に関する国際証拠共助事件でないことを確認しておく。証言拒絶権については前述したので、不服申立に關してのみ若干考察する。

判旨が特例法を「適用」したことは批判が強い¹³⁷。特例法はあくまで民訴条約締約国間での共助にのみ適用されるもので、また、一國が進んで特例法の適用に服する意思を表明したとしてもそれは特例法の適用の根拠とはなり得ないこと等が理由とされる。確かに、理論的にみて判旨の立場は無理がある。しかし結論として、上級裁判所である大阪高裁への即時抗告を認めたことは積極に評価すべきである¹³⁸。わずかに四ヶ条からなる共助法はすべての問題に対処し切れているとは言えず、この点で立法に不備があることは確かである。この不備を補うためには、同じ証拠共助を扱う特例法を参考にしつつ条理に基づいて対処すべきだからである。受訴裁判所である大阪地裁に異議申立てをなすべきであったとする見解もあるが¹³⁹、受訴裁判官と受訴裁判所との実際的な関係からすれば、そうする必要に乏しいと思われる。

(4) 受託事項の実施結果の返送

囑託書を実施して証拠調べを行った後、その結果つまりは実施を証する書類は、囑託国の裁判所に送付されねばならない。この日本語で作成された調査等の訴訟記録の送付は、証拠調べを行った裁判所の長が最高裁判事局長に対して依頼して行われる。この依頼は、囑託者を名宛人とする書類送付書と共に行われる¹⁴⁰。

(5) 費用の支払　費用は囑託国の負担である（共助法一条の二第二項五号参照）。費用はとりあえず裁判費から支出され、後で囑託国に請求される。請求は、囑託国の大使館あての納入告知書と裁判所書記官作成の囑託裁判所あての費用明細書を、調査等の送付依頼のときに添付する形で行われる¹⁴¹。

(三) 領事条約

日米領事条約と日英領事条約に基づく囑託に関して述べてきたところの裏返しである。

(1) 日米領事条約

米国の領事官は、日米領事条約一七条一項eに基づき、その領事管轄区域内において、米国の法令に従い、かつ、日本の法令に反しないような方法で、日本国内にあるすべての者に関し、日本の裁判所のために、その者が自発的に提供する証言を録取することと、その者に宣誓を行わせることができる。

1 対象事項 対象は、「証言を録取すること」と「宣誓を行わせること」である。米国民訴手続法上のデイスカヴァリ手段の一つである証言録取(ディポジション)を、わが国で行えることになる。文書提出命令や質問書などその他のデイスカヴァリについて規定はないので、日米領事条約上はできないことになる。なお、「民事又は商事」の制限はない。

日本は、対象となる者について日本人又は日本語を十分に解する者に限っているが、米国は特にそのような限定をしていないようである。

2 実施手続等 証言録取と宣誓は、米国法に従って行われる。日本の「法令」に反しない限りでの実施であるが、日本の手続法上の重要な基本理念ないし根本規則に反するものでなければ、構わないと解すべきである。自発的なものでなければならず、強制力を用いることはできない。ところが、アメリカ合衆国が証拠収集を求めてきている場合、域外的デイスカヴァリの実施があり得るので様相が異なる。すなわち、日本人証人が自発的に証言することを拒否したとしても、この証人が訴訟の当事者の従業員であるような場合には、米国の裁判官の中には、当事者に対し

て当該証人を米国内で証言させるよう強制する場合もある。よつて、日本において米國領事館の役人の面前で任意に証言することに同意した方が、当事者の利益となると一般に言えるとの実務的な指摘がある。¹⁵⁾

(2) 日英領事条約

英國の領事官は、日英領事条約二五条により、英國の裁判所のために、口頭若しくは書面により自発的に提供された証言を録取することができる。ただし、英國の法令に従い、かつ、日本の法令に反しない方法で行われることが条件である。若干の文言の差はあれ、基本的に日米領事条約による領事証提調べで述べたことがあてはまる。ただし、日本は英國との間では、米國のデイスカヴァリが引き起こしたような摩擦はない。

(四) 個別の応諾

条約ないしは取決めがない場合であっても、外国からの囑託に応じて証提調べを行った例がある。過去に、オーストラリアや韓国など一〇ヶ国からの囑託に応じて、管轄裁判所証提調べが行われている。¹⁶⁾ また、領事による証人の任意に基づく証提収集に関して、前述のように、派遣國国民に対しては相互主義を条件として認める一方、日本国民及び第三國国民に対しては認めないというわが國の通達がある。そうすると、民訴条約の締約國以外、また、領事条約の相手國である合衆國及びイギリス以外の國であっても、個別の応諾(わが國の黙認も含む)に基づく形で、わが國內でかような領事証提調べができることになる。

(五) アメリカ合衆國による域外的直接的デイスカヴァリ

わが國とアメリカ合衆國との間における正規の國際司法共助のルート(すなわち、二國間共助取決めを基礎とする

共助法による管轄裁判所証拠調べと日米領事条約に基づく領事証拠調べ)によらずに、合衆国の証拠手続法規を域外的・直接的にわが国内に適用する形で実施されるデイスカヴァリ対しては、わが国の学説は従来より、否定的に解している。¹¹⁸すなわち、二国間取決めによるわが国の管轄裁判所への囑託、又は、日米領事条約に定められた自発的な証言録取のみが許され、それ以外は認められないと主張される。わが国の領土主権ないし裁判権(司法主権)を重視し、わが国が合意ないし同意している手段以外は、国際法違反であるとの考えによる。しかしながら、実際には、これら正規の国際司法共助のルートによらないデイスカヴァリが、わが国で数多く実施されているのが現状である。

近時、従来の考え方に對して、より柔軟に問題を直視する見解も出てきている。「日本においてアメリカの弁護士が証言録取を行うことについて、これを主権侵害と見る見解もあるが、外国での裁判自体が国際法上問題なく、かつ、その裁判と証言録取との間に合理的関連があれば、国際法違反の問題は生じないと解される。」¹¹⁹というのがそれである。¹²⁰

これからの議論の発展を待つ必要があるが、ドイツやフランスでの議論の展開も見てみると、わが国として向かうべきは、抽象的に主権概念を掲げる前者よりも、より具体的に何がどんな利益を害するかを再検討することであるように思われる。この点で、今現在としては後者の立場に賛成したい。¹²⁰

注

118 なお、三井・前注(一)「二二三」二六二四頁、前注(一)「二二二」二二二四頁を参照。

119 前述三(一)「一」を参照。

120 「その他の裁判上の手続」に關しては、前述三(一)「一」を参照。

- (121) 寺田・前注(一)五二〇頁。
- (122) 關係当事者の立会いは、近時議論の盛んな營業秘密の保護手続との關係で重要である。ただ、營業秘密保護の非公開制度が囑託国の手続法中にあるなら、囑託国は当事者の立会いを要請してこないだろう(国によっては、立会い禁止の処分命令をするところもあるだろう)。しかし、春日・前注(一)一一八―一九頁の提起する問題には、対処しきれない部分も残る。なお、後述五(三)を参照。
- (123) 手引・前注(一)二三八頁。
- (124) 服部・前注(一)「新実務民訴」一九二―一九三頁。同旨、高桑・前注(一)八七六頁参照。
- (125) わが国の公定訳では「要しない」という言葉のために、この意味がよく伝わらない。
- (126) ハーク匪掘取集条約では削除されている。
- (127) ハーク匪掘取集条約には匪拒絶権に関する規定(二一条)があり、それは、原則として、受託国法と囑託国法上の匪拒絶権の援用を認める。
- (128) 後述四(二)(3) 1を参照。ここでは民訴条約という「条約」の解釈が問題となっているのであり、他の締約国の実行も参考にすべきことになる。なお、小林・前注(一)三二二頁を参照。
- (129) ハーク匪掘取集条約では削除されている。
- (130) 高桑・前注(一)八五〇頁。
- (131) Octavian Capatina, *L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale*, 179 *Recueil des cours* (1983-1), 343-344 (1984)。第二回会期(一八九四年)で、イタリア代表が公序の語を使うように提案したが、それが国内法上の概念であることを理由に、拒否されている。Id. 391。
- (132) 前注(21)を参照。
- (133) 手引・前注(一)二三八―三三九頁。

- (134) 手引・前注(1) 一三九頁。
- (135) 昭和三八年の事務総長通知「日本国と外国との間の司法事務共助の協定について」によれば、日本はドイツとの間で、大使・公使又は領事による証拠調べ(原則として自国民を対象とする)について合意を行っているとのことであるが、詳細は不明である。執務資料・前注(1) 一六二頁を参照。
- (136) 一九五三年九月一日条三第七五八号法務事務次官あて外務事務次官照会同年同月二日法務省民事甲第一七二二号外務事務次官あて法務事務次官解答。執務資料・前注(1) 一七一頁参照。
- (137) 小林・前注(1) 三一頁。
- (138) 民事事件でなく行政事件に関する受託事件である大阪高裁昭和四八年七月二日決定(前注(21)参照)も、この点を当然のこととして共助を実施したようである。
- (139) 澤木敬郎「判批」ジュリスト五七四号一二七頁(一九七四年)。
- (140) 同旨、澤木・前注(139) 一二七頁。
- (141) 前注(21)参照。この大阪高裁の事件は外国の租税事件に関する嘱託事件なので、厳密には「民事」証拠共助の事件でない。ただし、共助法の三条の解釈に関して貴重な判例である。不服申立のところで詳しく検討する。
- (142) 国際民事証拠共助におけるこのような法選択規則の研究は、実はまだ活発でなく、あまり明確な規則は存在していないのが現状である。証言拒絶権に関しては、証言拒絶権の適用法規一般として法廷地法と証言対象の累積的適用を唱える見解(澤木・前注(139) 一二七頁)、嘱託国法又は日本法のいずれかの証言拒絶権・秘匿特権に該当すれば証拠調べを拒絶できるとする余地もあるのではないかという見解(小林・前注(1) 三二二頁)等がある。
- (143) 手引・前注(1) 一三九頁。
- (144) 服部・前注(1)「新実務民訴」一九一一一九二頁参照。同旨、高桑・前注(1) 八七六頁。なお、四(一) 4②を参照。

- (145) 大阪高裁昭和四八年七月二日決定下民集二四卷五ノ八号四五五頁、判例時報七三七号四九頁。
- (146) 相手方の主張の中には「合衆国関税裁判所」とあるが、「United States Tax Court (一般に合衆国租税裁判所)」のことでないかと思われる。この裁判所は、所得税、相続税や贈与税の税額の認定をめぐる争訟の審理を行う裁判所であり、わが国の観点で職務権限を見れば、行政事件を取り扱う裁判所ということにならう。
- (147) 澤木・前注(139) 一二六頁、村岡二郎「判批」池原季雄・早田芳郎編「涉外判例百選(第二版)」二二八―二二九頁(一九八六年)。
- (148) 村岡・前注(147) 二二九頁と同旨である。
- (149) 澤木・前注(139) 一二六頁。
- (150) 手引・前注(1) 二二九頁。
- (151) 手引・前注(1) 二二九頁。
- (152) ドナルド L モーガン(寺井庸雅訳)「日本企業のための米國証拠開示実務①」国際商事法務二三卷三号二四九頁(一九九五年)。
- (153) 手引・前注(1) 一六六、一六八、一六九、二七五、一七六、一七八、一八二、一八四、一八七頁を参照。
- (154) 小林・前注(1) 三二五頁、高桑・前注(1) 八七五頁、春日・前注(1) 一一三頁、柏木・前注(1) 一八四頁、春日・前注(3) 四五六頁をそれぞれ参照。
- (155) 澤木敬郎・道垣内正人「国際私法入門」第四版補訂版「二二二―二二三頁(有斐閣、一九九八年)。
- (156) 熊谷・前注(5) 一七三頁以下は、必ずしもはつきりとはしないが、同じ方向性を持つもののように解される。

五 新民訴法上の新しい証拠調べ手段及び証拠収集手続と証拠共助

制定一〇〇年を経た民事訴訟法は平成八年に改正され、平成一〇年一月一日から新しい民事訴訟法が施行された。多数の重要な改正点があるが、証拠調べと証拠収集にも注目すべき展開が見られる¹⁵⁷。以下では、新民訴法における新しい証拠調べ手段と拡充された証拠収集手続のいくつかについて、国際証拠共助の場での取扱いに関し、問題の検討を試みる。

(一) テレビ会議システムによる尋問と証拠共助

新民訴法は、遠隔の地に居住する証人及び当事者の尋問を、いわゆるテレビ会議システムを使ってできるものとしている（新民訴法二〇四、二二〇条）。証人等が遠隔の地に居住する場合を対象としていることからすれば、この手段は、正しく国際民事証拠共助にふさわしいものである。単に尋問調書としてしか返って来ない従来の証拠共助と比べて、裁判官のより直接的な心証形成に資するであろう。したがって、外国との間でも試みることを積極的に考えるべきである。

権限当局証拠調べでは、特別の方法になると考えられるので、このシステムによる尋問が受託国の法律に反しないものであることが条件となる（民訴条約一四二条二項）。管轄裁判所証拠調べにおいては、受託国法に同様のシステムによる尋問手続が定められていることが必須となる。実際問題としては、証人の居住する外国にこのシステムによる

尋問の設備・実務が存在し、かつ、通信技術的にわが国と双方方向の回線を開けるかが、このシステムによる外国との共助を現実のものにするためには重要である。ちなみに、アメリカ合衆国では、合衆国の裁判所に出頭することを望まないイギリス居住者に対して、衛星回線によるテレビジョン通信システムを利用して、事実審での証人尋問が行われたことがある¹⁵⁾。また、領事証拠調べに關しても、わが国の在外領事館においてこのシステムが完備できれば、実施可能であると思われる¹⁶⁾。

(二) 尋問に代わる書面の提出と証拠共助

新民訴訟法二〇五条は、証人尋問に關して相当な場合に、証人を法廷に呼び出すことなく、裁判所の送達した尋問事項書に証人が書面で回答して送り返すという方法を例外的に認めた。新設条文であるが、改正前三五八条の三において簡易裁判所手続で認められていた制度を地裁に導入したものである。返送された回答はあくまで人証であり、書証ではない。「相当」な場合としては、例えば、証人が遠隔地に居住しているなどで出頭が困難な場合が想定される。よつて、この尋問に代わる書面提出による証人尋問もまた、國際証拠共助に合つた方法であると言えよう。

しかし、通常の証人尋問を共助囑託しても返つてくるのは尋問調書であり、同じ書面であるという意味ではあまり変わりない。外国で、証人を裁判所又は日本領事館に向かせ、裁判官又は領事からの口頭による尋問を受けさせることが、より客観性のある真実発見に資する結果を生み出すのに必要と考えるか。それとも、当事者への便宜を考慮して、当該外国の当局又は日本領事が、わが国裁判所の作成にかかる尋問事項書を証人に送付し、証人はこれに自分で回答するということでも十分に足りると考えるか。実際問題として、両者を比べての一番大きな相違は、当事者の立会いがあり得るかあり得ないかということになる。ただこれも、費用、手間暇、時間、及び真実発見につながる蓋

然性などを比較考量して決することになるだろうと思われる。

ところで、尋問に代わる書面の提出を要請する文書の証人への送付は、国際司法共助において、送達共助によるべきか、それとも証拠共助によるべきか。尋問に代わる書面提出は、通常の証拠調べと異なつて裁判所の関与なく証人によつて作成される。このため、外国における裁判上の文書の送達手続（ハーグ送達条約等）を用いて、関係文書の送達を外国に囑託することでも済ませられ得る。しかし、証拠調べの一環であることを考えれば、証拠共助として外国に囑託することにもメリットがある。一般的な話になるが、権限当局証拠調べ又は管轄裁判所証拠調べとして囑託すれば、証人に対する受託国法上の強制力行使があり得るのである。つまり、受託国法上の罰金などの制裁を背景にして、書面による尋問事項への回答を証人に強制することが可能になるのである。ただし、わが国内手続において、尋問に代わる書面提出には強制力行使はなされないと解されている。よつて、この手続に関する限り、証拠共助によれば強制力行使のメリットがあり得ると一般論としては言えても、その利用を積極的に望むものではないだろう。このようなことからすれば、送達共助と証拠共助のいずれを試みてもよいと解すべきであろうか。¹⁰⁾

(三) 文書提出命令と証拠共助

書証は、文書所持人による裁判所への文書提出と、そこでの文書の取調べという二段階で構成される。新民訴法では、特に文書提出命令を拡充した。この中で、イン・カメラ手続（二二三条三号）と証拠共助について述べてみる。イン・カメラ手続とは、とりわけ営業秘密等の保護の観点から、提出義務除外事由に該当するか否かのための当該文書の審査を、当事者その他の第三者を排除して裁判官のみが行う手続である。書証を共助囑託する場合、このイン・カメラ手続はどのように実現可能か。領事証拠調べにおいては、接受国がこのような手続の公開を手続法の基本原則

と考えない限り、可能である。権限当局証拠調べにおいては、民訴条約一四條二項に定める特別の方法の利用が考えられるが、実現の絶対的な保障はない。管轄裁判所証拠調べにおいては、受託国法の内容次第になつてくる。ただ、訴訟当事者の排除に関しては、わが国の受託（嘱託）裁判所が、当事者に対して外国での証拠調べに立会いしないことを了解させ、嘱託書中で当事者の立会いを希望しなければよい。これにより、対・訴訟当事者との関係では、營業秘密等の保護の趣旨は全うされるはずである。問題は第三者であるが、近時このような形での秘密保護手続が各国で導入されてきていることからすれば、摩擦は小さいかも知れない。

証拠共助では、通常、文書提出命令に止めず、受託国裁判所で文書を取り調べてもらうことまでを受訴裁判所は嘱託するであろう。しかし、文書が大量でなければ、共助嘱託により、受託国裁判所が所持人から（強制力を用いて）文書を提出させ、それをわが国の受訴裁判所に送付するという形の文書提出が実現できれば、わが国の受訴裁判官自らの文書取調べが可能になる。これは直接主義の観点から非常に有用である。このような文書提出命令のみの嘱託については、これまであまり意識がなかつたようである。結局のところ、国外への文書持ち出しに伴う様々な問題（例えば、運送中の事故）に関して、受託国法との兼ね合いということになるのかも知れないが、積極的に試してみるべきである。

（四） 当事者照会と証拠共助

今回の民訴法改正においては証拠収集手続の拡充が重要事項の一つであった。この当事者照会制度（一六三條）の新設は、その中でも、裁判所が関与しない当事者主導型の情報・証拠収集の観点から、非常に議論を呼んだ。また、この制度が、国際司法摩擦を引き起こしているアメリカ合衆国のデイスカヴァリ手段の一つである質問書（Inter-

rogatory) を参考にしていることから、大きな注目を集めた。当事者は、外国にいる相手方当事者に対して、当事者照会をすることはできるか。より詳しく言うと、当事者が、外国にいる相手方当事者に対して、国内におけるのと同様に当事者照会書面を直接送って回答を求めることはできるかである。形としては、アメリカのディスカヴァリと同じ状況である。

とは言っても、実務の感覚ではこのような問題意識は大きくないかもしれない。そして、理論的にも、これは次の理由から肯定されよう。第一の理由としては、わが国の裁判官が外国に向向くでもなく、当該外国内でのわが国の主権的作用の行使が極めて希薄であることが挙げられる。次に、この手続は、裁判所の関与のないままに、ほぼ私人の資格としての当事者によって行われることを指摘できる。最後に、不回答に対する個別具体的な制裁が存在せず、強制力を伴うとはほとんど考えられない、ということである。

たとえ外国にいる当事者との間においても、当事者照会という、証拠収集のための当事者主導の法的手続を直接実施し合えると考える。つまり、当事者照会に関しては、通常の証拠調べと異なり、この実施を国際司法共助によって外国に囑託することを考える必要はあまりないとすべきである。

注

(167) 新民訟法上の新しい制度に関しては、柳田幸三・始関正光・小川秀樹・萩本修・花村良一「新民訟法の概要」(4)

5 (6) NBL六〇三号二〇頁、六〇四号四八頁、六〇五号二三頁(以上、一九九六年)、法務省民事局参事官室編「二

問一答 新民訟法」一六四頁以下(商事法務研究会、一九九七年)、第二東京弁護士会民事訴訟改善研究委員会編「新民訟法実務マニュアル」一〇六頁以下(判例タイムズ社、一九九七年)を特に参考にした。

(158) GARY B. BOHN, INTERNATIONAL CIVIL LITIGATION IN UNITED STATES COURTS, 866 (3rd ed. 1996).

(159) 領事証提調べで用いることができれば、遠隔地居住者のための尋問というテレビ会議システムのメリットをさらに一層、活かすことにつながるはずである。ただ、証提共助のために在外の全ての（又は主要な）領事館にテレビ会議システムを導入・設置するというのは、いささか予算との兼ね合いで難しいであろうか。

(160) 証提共助による場合、民訴条約では、これは特別の方法ということになろう（同条約一四条二項）。管轄裁判所証提調べでは、受託国法の内容次第ということになる。領事証提調べでは強制力が使えないので、実質的には領事送達を行ったのと同じになる。

(161) 回答拒否に対しては、裁判官の心証形成上の不利益があり得るに止まる。

(162) 当事者照会を司法共助のルートで行うことは、法的には必ずしも否定されない。裁判における事実関係の解明に向けられた証提又は資料の入手・調査の法的手続である以上、送達共助にしろ証提共助にしろ司法共助で行うことは可能であろう。ただ、直接に当事者間でやりとりすることも許されると考えるゆえに、わざわざに司法共助で行う必要もないのである。

六 わが国国際民事証提共助法制の批判的考察

明治の時代から現在まで、およそ一〇〇年の長きに渡って、日本は、ここまで述べてきたような国際民事証提共助法制を構築してきた。多種多様・新旧取り混ぜた大規模な法システムである。以下では、これの持つ問題を浮き彫りにしていく。

(一) 嘱託受託件数の推移

〔表〕 国際民事証拠共助事件における事件数

受託件数	嘱託された人数	年度
8	2	昭55
7		56
6	1	57
20	2	58
5		59
2	1	60
10		61
16	4	62
21		63
11	5	平元
9		2
9		3
10		4
13		5
9		6
8		7
15		8

表を見ると、わが国の関係する国際民事証拠共助の件数は、実を言うと、驚くほど微々たるものである。平均してみれば受託が年に一〇件ほどで、嘱託は年にあるかないかというよりむしろ最近の五年以上は一件もない。現代において日本が国際社会の中で広く活動している現実¹⁶⁴⁾に照らしてみても、きわめて異常と言えるまでの数の少なさである。これはどのような事に起因するのであろうか。

まず、そもそも外国での証拠調べ自体に対する必要性が現在の訴訟実務の上ではあまりない、という単純な理由が考えられる¹⁶⁴⁾。つまり、国際化は進んでみても、それは訴訟の場面における証拠の在外性には影響を及ぼしていないということである。しかしながら、これはやはり實際上考えられにくい。外国における証拠の収集・取調べが必要になる場面は、確実に増加してきているはずである。もしも、今見てきた証拠共助システムの中に、わが国の裁判官

が外国に囑託を行い、また、外国の裁判官がわが国に囑託を行うことが敬遠される要素があるとすれば、それはどのような点か。若干厳格に過ぎるかもしれないが、考えられる点を順次指摘してみる。

(二) 批判的指摘

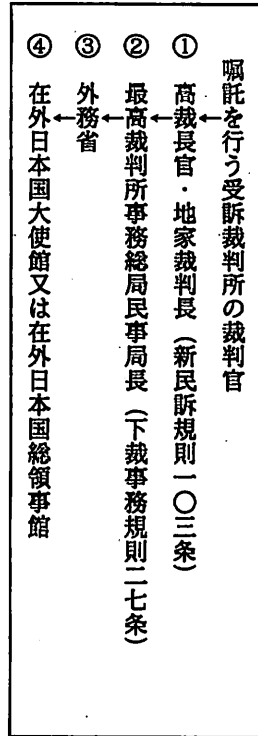
(1) システム構築方針としての伝統的・二国間取決めの過重視

まず、国際民事証拠扶助システムを構築する大きな方針として、わが国が長らく、二国間取決めにによる管轄裁判所証拠調べを中心にしてきた点を指摘できる。外交重視による外国主権への配慮の表れであるが、その裏で、簡便さ・有用さが犠牲にされてきたことは否めない。多国間条約であるハーグ民事条約に加盟して、この方針からは脱却したとも言えるが、もっと早くにこれが成し遂げられ得なかつたのか、残念である。また、どちらかと言えば、これら外国裁判所に対する囑託による証拠調べが、領事証拠調べよりも原則的立場に置かれていた点も指摘できる。外国の機関に囑託する際の面倒さは、民事条約では一定程度改善されているとはいえ、依然計り知れない。近時でこそ領事証拠調べへの機能が再評価され出したが、領事証拠調べへの文献における取扱いは、伝統的に見て例外的な印象を受ける。

(2) 囑託書の送付経路の複雑さ

いろいろなルートごとに囑託書の送付経路が異なり、作成される書類も違ってくる。実務的には、囑託裁判所は書類を作成して、とりあえずは最高裁判所にそれらの送付を依頼すれば後は最高裁と外務省に任せられることかも知れない。しかし、一般的に見て、囑託の裁判所から受託の裁判所、ひいては証人等に達するまでに経由する機関が多すぎる。

1 日本国内側での經由機関の多さ 嘱託の送付経路図を見てみると、わが国内側で関与すべきとされているのは、最短のルートである領事証拠調べにおいても次の機関がある。



これから先、領事証拠調べならば即、証人等に行き着くが、権限当局証拠調べ又は管轄裁判所証拠調べならば、さらに条約や受託国法で定められている当該外国の機関を經由しなければならぬ。外国機関とのやりとりであるから慎重を期し、無礼のないようにとの姿勢の現れであろうが、果たしてここまで念入りに「時代がかった」外交的な関与を行う必要があるのだろうか。¹⁶⁵この中で、最高裁判所の関与には、首肯せざるを得ない部分もある。というのは、受訴裁判所から直接に日本大使館もしくは領事官、又は外国に嘱託がなされると、確かに実際的に不備が多かったりするとの指摘が経験的になされているからである。¹⁶⁷その意味で、国内で最終チェックを行う機関の存在・関与は、仕方がないかもしれない。だがこれも、より簡便かつスピーディーな送付を目指す点から言えば、受訴裁判所のそれに十分な文献・情報と機器を与え、外国への嘱託機関としての実力を身につけるべく研究と経験を積ませるのが重要である。そうする中で、最高裁の関与は、適宜最小限度に移行していくのが望ましい。¹⁶⁸

2 受託国側の經由機関の多さ 国際司法共助の歴史の中で、囑託の際における相手国側との第一接触機関を分りやすくする努力が行われてきた。この意味で、外交上の経路は排除されるよう各国とも速やかに努力すべきである。この点日本は、受託の場面で、民訴条約締約国には指定当局経路を開き、若干の改善を試みている。しかし、指定当局として定められているのは実は外務大臣であり、結局外交上の経路と変わらない建前になってしまっている。実際には最高裁との連携がなされているようであるが、他国の指定当局や送達条約上の中央当局を觀察すると、世界的な流れとしては外務省関係の関与から法務省や最高裁の関与へと移ってきている。これ以外のわが国内側での関与機関についても、¹⁶⁹できればわが国の受託事項実施裁判所にできる限り直接的な経路が確保されるべきであり、そのための努力・研究、人材育成が望まれる。

(3) 実施手続ルールの大雑把さ

実施手続に関するルールが十分に詳細かつ機能的に作られているかという点、そうでない。わが国の証拠共助ルールとして最も進んでいる民訴条約においても、証言拒絶権等の重要問題について適切な対処が明確なルールでなされているとは言えない。また、囑託国裁判官の立会いなど、有用な制度が認められていない。二国間取決めによる管轄裁判所証拠調べの場合、共助法の条文の少なさゆえに問題はさらに悪化する。より詳細な共助実施ルールの設定が行われる必要がある。そのためには、より進歩した条約への加盟、及び、共助法の改正が実現されねばならない。

(4) 囑託書等の作成言語・翻訳の負担

わが国にとって、かなり気になる事情である。面倒さもさることながら、証拠調べの正確な実施と実施結果の正確な認識の点の絡んでくるので重要である。この意味で、日本語を利用できる領事証拠調べの活用は、声高に叫ばれてしかるべきである。また、外国語に強いスタッフの養成も、裁判所の側に求められよう。

(5) 所用時間と費用

これまで述べてきたような事情が複合的に、証拠調べ実施の所要時間と費用に影響する。これらについては、最近の正確な情報はなかなか目に付かない。¹⁷⁾この点でも、いつまでかかるか分からないという先行きの不透明さが、証拠共助の囑託を渋らせる要因となつていゝと思われ¹⁷⁾る。

(6) 小括

以上の批判点を総合してわが国の国際民事証拠共助法制を厳しく評してみると、大陸法系の厳格な領土主権概念に立脚し、かつ、形式重視の伝統に囚われた「ラビリンス（迷路）」的構築と言えるかもしれない。外国の主権への配慮を最大限に行い、できる限り外国の関与を期待する。そのやりとりの手続では、たとえ窮屈であつてもまずは「無難さ」が目的にされている。この積み重ねの中で創出されてきたのである。

(三) 「任意に応じる」証拠調べの実務における積極的活用

ところが、裁判所の実務においては、「不満の声はあまりない」と、最高裁の関係者からは聞かれる。その背景にあるものとして、実務における「任意に応じる」証拠調べの積極的活用を指摘することができる。証拠調べを申し立てた当事者が、外国にいる証人や文書所持人等から、証拠調べに「任意に応じる」ことの約束をとりつけ、証言のため来日してもらつたり文書を送付してもらつたりするのである。これにより、国際証拠共助によらずしてわが国で証拠調べが行われる。当事者に対しては、特に、在外文書の提出が「任意に応じる」形で日常的行われていゝと聞く。

このとき実務で、任意に応じてもらえるよう証人等を説得するために、裁判所がどの程度関与しているか詳しくは分からない。外国にいる証人等に対して裁判所が、証拠調べに任意に応じてくれるよう文書や電話で働きかけをする

ことがあるだろうか。第三者はともかく、当事者に関しては、「任意性」の程度が果たして本当のものなのか、さらに問題となる余地がある。というのは、自己の所持する在外文書が問題となったときに、相手方当事者から「任意」の提出を検討して欲しいとの要請を法廷で裁判官の面前で受けたときに、もしこれを断れば裁判官の心証を悪くするのではないか、という暗黙の強制があり得るからである。このような内容の打診を裁判官自らから受けたということになれば、なおさらこの思いは強くなるだろう。このように、受訴裁判所自らが働きかけを行うことに関しては微妙な部分がある。¹⁷²しかし私見としては、外国にいる証人等に対して裁判所が、証拠調べに任意に応じてくれるよう文書や電話で働きかけたとしても、問題ないと考える。むしろそうすることこそが望ましいと思う。なぜなら、私見では、強制力（間接）を用いることさえ場合によってはできるので、¹⁷³その前に、証人等に真実発見への協力を求めて穩便に済ませられるに越したことはないからである。

裁判実務におけるこのような取り組みは、積極に評価されてしかるべきである。ある意味、わが国の証拠共助法制の持つ潜在的難点を巧みに回避する手法ともいえる。何も、審理過程において外国に所在する証拠の収集・取調べの必要が出て来たときに、頭から証拠共助ルート一本を想定する必要はない。証拠共助という手段は、外国にある証拠の収集・取調べにとつて、唯一絶対の手段ではないのである。当事者及び裁判所の協力関係の中で、柔軟に対応することも可能である。

注

(163) 手引・前注(1)二五三頁、執務資料・前注(1)三七〇頁の資料に、最高裁からの資料を加えたもの。なお、昭和三九、四一年に関しては、青山Ⅱ服部・前注(1)一八二頁に資料がある。

- (164) 仮定的にこのような指摘をするものとして、寺田・前注(1)五三三頁参照。
- (165) 手引・前注(1)一四九頁等を参照。
- (166) この点に対する同じ疑問を指摘するものとして、柏木・前注(1)一九六頁を参照。
- (167) 服部・前注(1)「ハーグ条約」四六頁参照。
- (168) かかる意味での最高裁の関与は、最終的には国際司法共助のやりとりの記録・統計係としての役割にまで後退させられるのが理想であろう。このときには、受訴裁判所は外国に囑託したことの事後的報告でも足りるようになる。
- (169) 手引・前注(1)二三七頁を参照。
- (170) 送達共助に関する各国ごとの所用期間データ(手引・前注(1)九頁以下参照)を、証拠共助は大体に言って送達共助よりも経験的に時間がかかる(青山Ⅱ服部・前注(1)一八四頁参照)ことを考慮に入れて参考に入ることができる。そうすると、外国の裁判所に囑託する場合、どうも早くて八〜一〇ヶ月、平均すれば一年は超えるかと推測すべきであろうか。
- 領事証拠調べの場合、四〜六ヶ月ぐらいだろうか。なお、領事証拠調べに関して、一九六四(昭和三九)〜一九八〇(昭和五五)年について資料があり(服部・前注(1)「新実務民訴」一八二〜一八三頁)、平均すると二〜三ヶ月であったようである。
- (171) この点についての以前からの指摘として、青山Ⅱ服部・前注(1)一八二頁を参照。
- (172) 柏木・前注(1)一八四頁にいう受訴裁判所による「求め」は、任意に応じることをも含んでいるのであろうか。それとも強制力が伴う場面のみを対象としているのか、必ずしも明確でない。もし前者であれば、このような「求め」を、証人適格者等の所在する国が主権侵害であると主張するおそれが強いという理由から不適法とする見解になる。
- (173) 前注(30)を参照。

七 終わりに——将来の展望と課題

わが国の国際民事証拠共助法制は、弛まない努力と研究に基づく改善の結果、今の姿がある。民訴条約や二国間取決め等により、証拠共助のネットワークは主要な国々に幅広く張り巡らされており、証拠共助が囑託先国から提供されることを相当な確実性でもって予測できる。裁判審理において、そもそも共助を受けられるか否かというスタート地点での不安を取り除けている点で、わが国の国際民事証拠共助法制は高く評価できよう。

しかしながら、結果を得られるまでの経過手続に関しては、前述したように、必ずしも問題がないとは言えない。つまり、証拠共助の手続システムとしては、必ずしも「利用しやすい」ものでないのである。囑託すれば結果は得られるであろうが、そのためにどのようなルートで囑託状が送付されるのか、証拠調べに用いられるべき法は何か、得られた結果は真実発見のために資するか、どれくらい費用と時間がかかるか等については、未だ伝統的な桎梏からは解き放たれていないのである。

そこで考えられるべきなのが、民訴条約の改正として、欧米の各国、また、中国も加盟するハーグ証拠収集条約の批准である。同条約については別稿で詳しく分析をしたが、その際に、日本は批准について前向きに考えるべきであるとの私見を述べた。その理由は次のようなものであった。「まず第一に、民訴条約に加盟しているなら、より格段に進歩がある証拠収集条約に加盟しない手はない、ということである。証拠共助の実際の件数が少ないは、現在の国際司法共助体制に改善すべき点があることが一因かもしれず、司法共助を通じての外国における証拠収集の潜在的な

必要性が犠牲になつてゐるとも考えられる。また、外国における証拠の収集の必要性は間違ひなく今後も増加するであろう。現在の民訴条約及び二国間取決めを基本とする共助体制を拡充する手段として有意義である。第二に、アメリカ以外の国とでは、証拠収集条約を適用する上でそれほどの摩擦はなく、十分な成果を発揮すると思われる。証拠収集条約についてはとりわけ合衆国との国際司法摩擦が取り沙汰されるが、他の国々との間ではそれほど困難なく機能することが予想される。第三に、確かにアメリカの域外的デイスカヴァリに対する特効薬とはならないが、他のヨーロッパの国と同じ土俵にあがつた上で、二国間条約なり、新たな策を考えていくのが望ましいと思われれることである。証拠収集条約は、将来のさらなる証拠共助体制の発展に向けての一つのステップとして、役立てればよいのではないかと考えられる。」

さらに、共助法の改正も速やかに検討されるべきである。このとき、わが国が加盟している条約（証拠収集条約に加盟したらそれ）と二国間取決めとの間で差を設けるのでなく、できる限り進歩的な当該条約の精神を取り入れて、同じ程度の共助の提供を規定することを積極的に考えてしかるべきである。この点、ハーグ証拠収集条約に加盟しているフランスが、新民事訴訟法典中の国際司法共助規定（特に受託について。七三六―七四八条）をほぼ証拠収集条約と同じに設定していることが参考になる。これによりフランスは、証拠収集条約締約国以外にも、自発的に進歩的な証拠収集条約とほぼ同程度の共助を提供するのである。より高度の共助を提供することにより、他国の国際民事訴訟事件の解決に積極的に貢献できるし、受託するわが国の裁判官にとつても、どの国からの囑託であろうと同じ共助手続を提供すれば済むという便利さがある。また、フランスは新民訴法において、外国の訴訟当事者が要請書によらずに、直接フランス裁判所に申し出て強制力をともなつた証拠収集を実施できると規定した（一三三、一三四条）。これにより、フランスの裁判所に、別の裁判所に係属する事件に關してこの事件の結果が左右されるかもしれない証

拠を適切な手段で守るためまたは収集するために、介入することを求めることができる。要請書が時間がかかるということを考へての機能的な証拠収集手段の提供である。¹⁷⁵⁾

民訴条約批准から約三〇年が経過した今、現状の課題を克服し、さらなる発展に向けて、また、あの時のような飛躍をわが国の証拠共助法制にもたらすことを希望する。

注

(174) この点で興味深いのは、いわゆる遠東航空事件（東京地判昭和六一年六月二〇日判例タイムズ六〇四号一三八頁、判例時報一一九六号八七頁）である。台湾における航空機墜落事故による損害賠償訴訟がわが国で提起されたが、裁判所は次のことも一因としてわが国の国際裁判管轄を否定した。すなわち、「……重要な証拠ないし証拠方法は、いずれも台湾に存在するものと推認されるところ、わが国と台湾の間には現在正常な国交がなく、これらの証拠ないし証拠方法をわが国の裁判所が司法共助により利用することができないことは当裁判所に顕著である。しかし、これらの証拠をわが国の裁判所が使用できないとすれば、本件事故機に欠陥が存在し、その欠陥が本件事故の原因になったのか否かについて、わが国の裁判所が証拠に基づく適正な裁判を行うことは著しく困難である……」。証拠共助の可否が、国際裁判管轄の有無の判断に少なからず影響を与えている。しかし、裁判所のこの見解に対しては、「外交関係がなくとも、日台間の懸案は非公式の外交ルートにより現実に解決されているのであって、証拠調べの困難をそうした方法に訴えてでも解決せねばならぬ事例もありうるものが強調されねばならない。」との反論もある（山本弘「判批」法学教室七四号一三三頁（一九八六年）参照）。

(175) 多田・前注（4）参照。

(176) See, Jean-Louis Dalvoive, *France, in CHARLES PLATTO & MICHAEL LEE, OBTAINING EVIDENCE IN ANOTHER JURISDICTION IN BUSINESS DISPUTES*, 2nd, 81, 86-88 (1993).

* 本稿は、平成九年度文部省科学研究費補助金「奨励研究(A)」の助成に基づき研究成果の一部である。