

ハーグ証拠収集条約について（下・完）

多
田
望

目 次

- 一 はじめに
- 二 証拠収集条約の概観
 - (一) 作成経緯
 - (二) 目的
 - (三) 条約の構成と運用に関する特別委員会
- 三 要請書による証拠収集等の嘱託とその実施
 - (一) 序
 - (二) 対象事項
 - (三) 要請書の内容と作成言語

- 四 要請書の送付及び転達
 - 五 要請書の実施及び実施結果の返送
 - 六 要請書に対する異議と実施の拒否
 - 七 要請書実施の費用
 - 八 事実審理前の文書デイスカヴァリ（開示手続）の実施拒否（以上、熊本法学八四号一頁（一九九五年））
- 四 外交官、領事官又はコミッシヨナー（受任者）による証拠の収集（以下、本号・完）
 - （一） 序
 - （二） 外交官又は領事官による証拠収集
 - （三） コミッシヨナー（受任者）による証拠収集
 - （四） 実施手続の細則
 - （五） 要請書手続との関係
- 五 証拠収集条約の排他性に関する議論
 - （一） 序
 - （二） アメリカ合衆国の現状
 - （三） その他の展開
- 六 若干の考察
 - （一） 証拠共助に関する条約としての進歩性
 - （二） 域外的デイスカヴァリへの對抗手段としての不完全性
 - （三） 実務上生じ得る種々の問題点及び条約に規定されていない事項
 - （四） 日本による批准について
- 七 終わりに

四 外交官、領事官又はコミッショナー（受任者）による証拠の収集

要請書による外国への囑託に続いて、本条約は第二章において「外交官、領事官及びコミッショナーによる証拠の収集」を定める。

（一）序

民訴条約においては、外交官又は領事官による受託事項の直接実施を定める一五条があるのみであった。⁽¹⁸⁾ 本条約作成の大きな目的の一つとして、外交官及び領事官の証拠収集に関する権限の拡大、コモンロー上の概念であるコミッショナー（受任者）による証拠収集の大陸法への紹介、そして、これらに関する条文の整備、をあげることができ⁽¹⁹⁾。これらの者は証拠を必要としている国の法律をよく知っており、また、証人と同じ言語を話せることが多いので、この証拠収集方法は簡便で費用があまりかからない、⁽²⁰⁾ と言われる。そして、これらの者による証拠収集はあくまで自発的な証人ないしは証拠の所持人からのものに限られ、強制力の行使は認められないのが大原則である。第二章は、以上のような要請に応えるものである。しかしながら、証拠収集は自国裁判官の職務に専属し、その他の者による証拠収集は司法権の侵害にあたるという原則をとる国も多くあつたことから、第二章の作成にあたっては、証拠収集が実施される国の主権に対する配慮がかなり徹底してなされた。その結果として、締約国は署名、批准又は加入の時に第二章の全部又は一部の適用を留保することができる（三三一条一項）⁽²¹⁾。また、証拠収集の実施条件について様々

論 説
な選択肢が宣言という形で第二章中に定められている。⁽¹²⁾ さらに、実施地国は、許可を与える度に、ことに適当な条件を裁量的に付することができる(一九条)。締約国としてはこれらの活用により、自国の主権概念に適合した司法共助を他の締約国に提供することができるのである。⁽¹³⁾

(二) 外交官又は領事官による証拠収集

大まかに言うと、締約国の外交官又は領事官は、民事又は商事に関して、他の締約国内であつて自己が職務を行う管轄区域において、派遣国の裁判所に係属している裁判手続のために、接受国が定める条件の下で証拠の収集を行うことができる(一五条及び一六条参照)。⁽¹⁴⁾ ここで注意すべきなのは、要請書による場合と異なり、「証拠の収集」ができるのみで、「その他の裁判上の行為」は行えないことである。⁽¹⁵⁾

(1) 派遣国国民を対象とする証拠収集

外交官又は領事官が自己の派遣国の国民から証拠を収集する場合、原則として実施地国すなわち接受国の許可は必要ない(一五条一項)。接受国が本条二項の宣言をしている場合にのみ、接受国による事前の許可が必要となる(同二項)。証拠収集を認めるのが原則であることの理由は、外交官又は領事官は派遣国国民の利益を代表し保護する公的義務があるので証拠収集の際に派遣国国民に対して公正に接することができ、接受国がことさらに監督する必要はない、ということにある。⁽¹⁶⁾

(2) 接受国又は第三国の国民を対象とする証拠収集

他方、接受国又は第三国の国民に対しては先述のような理由はあてはまらない。好ましくない圧力を外交官や領事官がかけ、裁判において派遣国(多くの場合、自国)の国民が有利になるように証拠の収集に不当な影響力を及ぼすか

もしれない。このようなことから、**接受国又は第三国の国民を対象とする証拠収集については、原則として接受国による事前の許可が必要とされている（一六条一項）**。これにより**接受国は、証拠収集の実施に関して十分な監督を行えるようになる⁽¹⁰⁾**。ただし**接受国は事前の許可を不要とする旨の宣言をすることができ（一六条一項）**。

(三) コミッシヨナー（受任者）による証拠収集

コモンロー国では伝統的に、外国における証拠の収集が必要となった場合、訴訟の係属する裁判所が何者かを公的資格者として任命してそれを行わせる。機能的には**外交官又は領事官による証拠収集と変わらない**。ただ、**コミッシヨナー（受任者）の場合には、より小回りが利く**。例えば、最も近い領事館から五百キロも離れている土地に住む証人の供述をとる場合、わざわざ領事にそこへ訪ねさせたり証人を領事館に呼び出したりせず、最寄の町に事務所を構える弁護士などの適当な人物を**コミッシヨナー（受任者）として指名して、供述の録取にあたらせることができる⁽¹¹⁾**。

本条約において**コミッシヨナー（受任者）として適法に指名された者は、民事又は商事に関して、締約国の領域内において、この国が許可を与えた場合に限り、他の締約国の裁判所に係属している裁判手続のために証拠の収集を行うことができる（一七条一項）**。原則として、**実施地国の事前の許可が要る**。ただし、**実施地国が事前の許可を不要とする旨の宣言をしている場合、例外的に許可は不要である（一七条二項）**。この原則・例外の形は、**外交官又は領事官が接受国又は第三国の国民を対象として証拠収集をする場合（一六条）と同じである**。「その他の裁判上の行為」を行えないことは、**外交官又は領事官の場合と同様である⁽¹²⁾**。

(四) 実施手続の細則

派遣国ないしは裁判係属国から証拠収集の依頼を受けた外交官、領事官又はコミッショナー(受任者)が証拠収集の際に従うべき実施手続について、一八条ないし二一条が定める。

(1) 証拠収集の対象者に出頭又は証拠提出を求める書面の必要的記載事項と作成言語

証拠収集の対象者に出頭又は証拠提出を求める書面には、まず、代理人を依頼できること(二〇条参照)、そして、強制方法の援助が実施地国により与えられない場合にはこの者は出頭又は証拠提出を強制されないこと、が記載されねばならない(二一条c)。そして、証拠収集の対象者が裁判係属国の国民である場合を除き、実施地国の言語で作成されるか、その言語への翻訳文が付けられる(二一条b)。

(2) 関係当事者の代理人選任権

証拠収集に際して、訴訟当事者や証人等の関係当事者は弁護士等の代理人を選任し、これと共に証拠収集に臨むことができる(二〇条)。

(3) 実施地国当局への事前通告とその立会い

実施地国の管轄当局は証拠収集の日時及び場所の事前通告を要求することができ、この場合その代表者の立会いが認められる(一九条二文及び三文)。立ち会った代表者は、証拠収集の現場において、自国の主権又は安全の侵害や証人に対する不適法な質問等を防止することができよう。⁽¹⁸⁾

(4) 証拠収集手続の準拠法

要請書による証拠収集の嘱託の場合と異なり、外交官等が実施する証拠収集に適用される原則的な法律は、裁判係

属税法、すなわち法廷地法である（二二条a及びd参照）。これが外交官・領事官又はコミッショナーによる証拠収集の最も大きな利点であり、法廷地国の裁判で許容され得る証拠を最大限、収集できるよう意図されている。ただし、この原則は、実施地国の司法権ないし公序への配慮から、次のように制限される⁽¹³⁾。

まず、実施地国法と相容れない種類の証拠、又は、許可の際に実施地国により付された条件に反する証拠の収集をすることはできない（二二条a⁽¹⁴⁾）。また、証拠収集の具体的な実施方法ないし手続は、実施地国法によつて禁止されていないものに限られる（二二条d⁽¹⁵⁾）。

なお二二条aは、実施地国法と相容れないか、又は、許可の際に実施地国により付された条件に反する場合を除いて、外交官・領事官又はコミッショナーに対して、証人に宣誓又は確約をさせることのできる権限を付与している。実施地国法と相容れない場合の例としては、実施地国法上、宣誓を行わせることができるのは裁判官又は公証人のみであると定められている場合があげられる⁽¹⁶⁾。

(5) 強制力の行使

国家機関は、他国の領域内においては、当該他国の同意ないし許可がない限り、強制力を行使できないのが、国際法上の原則であるといわれている。そして、領事官等は証拠の収集にあたって強制力を行使することはできない、というのが一般である。本条約は、しかしながら、このような一般的な原則・建前を維持しつつも、外交官・領事官又はコミッショナーが一定の場合に実施地国に対して、強制力供与の協力を申し立てることができる、と定める（二八条。強制力について条文化している点で、注目に値する）。

外交官・領事官又はコミッショナーによる証拠収集について実施地国の強制力供与の協力があり得るためには、実施地国が一八条一項に基づき、かかる旨の宣言をしていることが必要である⁽¹⁷⁾。この場合、領事等は実施地国の管轄当

局に対して強制方法に関する適当な協力の申請をすることができる。ただ、重要なのは、一八条はかかる協力の申請をすることができる⁽¹⁴⁾と定めるのみで、実施地国に対して強制力供与を義務づけるものではないことである。すなわち、実施地国は本条の申請を認めないこともできるし、申請の受容に際して条件（宣言中であらかじめ規定されているもの（一八条一項二文）と強制力供与の許可ごとに定められるもの（一九条一文）とがある）をつけることができる。

強制力による援助が認められた場合に用いられるべき強制方法は、実施地国法に定められ、かつ、許可に際して付される条件に従った適当なものである（一八条一項⁽¹⁴⁾）。ここでも、実施地国の付与する条件が重要である。

(6) 証拠提出の拒絶特権又は拒否義務

証人等は、要請書の場合（二一条）と同じものを援用できる（二二条e）。

(7) 実施地国の付す条件の遵守

実施地国は前述の一五条から一七条にある許可を与えるにあたり、また、一八条の強制力供与の申請を認めるにあたり、相当と考える条件を裁量的に付すことができる（一九条）。証拠収集を行う者はこの条件に従わなくてはならない（一六条一項b、一七条一項b参照）。条件としては、一九条に例示されている証拠収集の日時及び場所の指定のほか、尋問事項の範囲ないし対象や提出されるべき文書その他の物体の限定、当事者や証人等以外に証拠の収集に立ち会える者の範囲の制限等⁽¹⁵⁾があろう。しかしながら、この条件は本条約の規定に反してはならない。例えば、二〇条の関係人の代理人選任権を否定することや、実施地国の法律中には何ら当該証拠収集方法を禁止する規定がないのに（二二条d参照）それを認めないことは、条約の規定が特に条件付与を認めていない趣旨に反するであろう⁽¹⁶⁾。

(8) 費用

領事官・外交官やコミッショナーによる証拠収集の実施は、原則として実施地国の裁判官等の人員の関与を必要と

しないので、実施地国に費用の問題は生じない。ただし、第一九条に基づき強制力行使の協力を求められた実施地国が証人に呼出状を送達したり、その他の必要な手続を実施する場合には、その費用の償還を裁判係属国に求めることができるのか、という問題が生じる。この点について条約は特に条文を設けてはいない。しかしながら、強制力行使の申請を認めるにあたり、実施地国は相当と考える条件を裁量的に付すことができる(一八条参照)。条約の運用上、この種の費用の問題は、実施地国がつける強制力供与の条件として、解決されることが期待されている。⁽¹⁴⁾

(五) 要請書手続との関係

二二条は、第二章による証拠収集をまず試みてみたけれども、証拠の提出を求められている者が任意に応じず、かつ、実施地国の強制力供与の協力が得られなかった(そもそも一八条の宣言をしていないか、宣言をしても許可を出さなかった)ために、証拠が収集できなかった場合であっても、裁判係属国は同一の証拠収集を後日、要請書によつて囑託することができる、と定める。つまり、本条は、第二章による証拠収集の失敗は要請書の実施拒否事由となり得ないことについての注意規定であつて、要請書の実施拒否は、あくまで、一二条に定めるところに限られる。⁽¹⁵⁾

注

(14) 外交官又は領事官による証拠の収集は、民訴条約のみならず、多くの領事条約で認められてきている。わが国に関しては一九六四年の「日本国とアメリカ合衆国との間の領事条約」(日米領事条約)一七条一項eや、一九六五年の「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」(日英領事条約)二五条において、自発的な証言の録取に関する定めがある。しかしながら、若干の国(例えば、スウェーデン)は自国の領事官にこのような権限を

認めないからである。See *Proces-verbal No. 8, supra note 15, 125-126.*

(119) 前述二(一)参照。

(120) *1968 Special Commission Report, supra note 14, 65-66.* なお、わが国の実務では、迅速性、確実性、負担の軽微という観点から、領事証拠調べが可能なきときはまずこの方法によることが望ましいとされている。最高裁判所事務総局民事局監修『民事事件に関する国際司法共助手続の手引(新版)』一五二頁(法曹会、一九九五年)参照。

(121) 三三条一項の留保ができるのは、署名、批准または加入のときに限られることに注意すべきである。第二章について留保している国は、デンマーク(一七条)、メキシコ(一七条)、ベネズエラ(一七条)、ポルトガル(二六〇一八条)、シंगाポール(全部)及びアルゼンチン(全部)である。留保を付した国に対しては、その留保されたのと同じ範囲で、相互主義的に、第二章上の諸手段による証拠収集の依頼を受けた締約国は、たとえ三三条一項により一七条の留保をしていなくても、この依頼を拒否できる。

(122) フランス、ルクセンブルグ、オランダ等の五ヶ国が宣言の中で一般的な条件を定めている。フランスのものを参考までに要約してみる。まず自国民又は第三国国民からの証拠収集に関する一六条については、証拠収集の許可は、申請ごとに個別に付される条件のほか、以下の一般的な条件に従うことを前提に与えられる。

- ① 大使館又は領事館で実施する。
- ② 司法省国際司法共助民事部の代表が立ち会えるよう、前もって日時を知らせる。
- ③ 証拠は公開の場において収集する。
- ④ 呼出状はフランス語で作成されるか又はそれへの翻訳をつけ、次の事項を記載する。
 - a 証拠収集はハーグ条約の規定に従い、かつ、当該締約国の裁判手続に関係すること。
 - b 出頭は任意であり、出頭の拒否は法廷地国において処罰の対象にならないこと。
 - c 裁判の当事者が同意している場合にはその旨、同意していない場合にはその理由。
 - d 代理人を選任できること。

e 証拠提出拒絶特権を援用できること。

* 写しを一部、国際司法共助民事部に送付する。

⑥ 何か不都合が生じたら国際司法共助民事部に知らせる。

となつてゐる。コミッシヨナー(受任者)の一七条については、一六条と同じものに加えてさらに、

① 要請書でなくこの証拠収集方法を選択した理由

② コミッシヨナー(受任者)がフランスの居住民でない場合、その指名の基準

を司法省に示さねばならない。

(123) わが国はかつて、「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を行うことは認むべきでないと考える。」という通達を出したことがある(昭和二八年(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二二日法務省民事第一七二二号外務事務次官あて法務事務次官回答)。この方針がなおも継続しているが、また、これを維持すべきかについては疑問があろう。

(124) 派遣国以外の国の裁判所に係属している裁判手続のためには、領事官又は外交官は証拠収集を行うことができない。かつてドイツは、オランダ在任の自国民の証人尋問をスウェーデンから囑託されたことがあり、このとき、自国領事官はドイツに係属する裁判手続のためにしか証人尋問を行えないのが国際法の原則であることを理由に、この囑託の実施を拒否してゐる。Peace-verbal No. 8, supra note 15, 126-127.

(125) 要請書について定める一条二項とは異なり、一五条及び一六条には「将来の」裁判手続のための証拠収集には言及がない。条約の作成過程を見ると、どうも「係属している」という部分には重点がなく、「派遣国」の「裁判手続」であることを明確にしたかっただけのように思われる。前注(124)参照。この点で、本案訴訟提起前の証拠保全を外交官又は領事官が行えるかについては、必ずしもはっきりしないが、積極に解する余地はあり得る。Id. 127.

(126) 「民事又は商事」「証拠の収集」「係属している」「外国における」の各概念に関しては、前注三(二)参照。

(127) 作成過程においては、「その他の裁判上の行為」もできるようにすべきとの提案もあったが、証拠の収集は別にして、その他の裁判上の行為を行うこと（とりわけ自発的に証拠収集に協力しない証人に対して強制力を用いること）は外交官及び領事官の権限を越えているとの理由から、拒否された。See *Procs-verbal No. 8, supra note 15, 125*。国際法の観点から見れば、とりわけ領事官は接受国との間の取極めやその同意があれば証拠の収集を行えることが多くの国で認められていたが（一九六三年の領事関係に関するウィーン条約五条(j)参照）、その他の裁判上の行為についてはこのような一般的な国家実行が存在していなかったことが背景になっていると思われる。

(128) 証人が派遣国と接受国（実施地国）の双方の国籍を有する重国籍者、あるいは、派遣国と第三国の重国籍者の場合、適用される規則はこの一五条か次の一六条かについて疑問が生じる。この問題を解決するための規定（前者に関しては一六条が、後者に関しては一五条が適用されるという趣旨のもの）が条約に入れられるべきであるとの意見が作成過程で出されたが、僅差で拒否された。Procs-verbal No. 8, supra note 15, 127-128。しかしながら、この拒否の理由は、外交及び領事職務の遂行の際における重国籍者の取り扱いについては、証拠の収集に関してのみでなく一般的に問題が生じるので、本条約でこの点について規定をおけば、他の二国間又は多国間条約との間で抵触が生じるおそれの存することになったようである（一九六三年の領事関係に関するウィーン条約にこの点に関する規定がないことも指摘されている）。Id. 127. この時の議論からはむしろ、拒否された提案に沿った問題の解決が妥当であろうとの確認めいたものすら見取れる。Ibid. なお、報告書では、派遣国と接受国（実施地国）の重国籍者に関して、一五条と一六条のいずれかに従うかは接受国（実施地国）が決定するとされていゝ。Explanatory Report, supra note 15, 216.

(129) 1968 *Special Commission Report*, supra note 14, 63.

(130) Id. 64.

(131) Id. 68-69.

(132) 「係属している」と絡む本案訴訟提起前の証拠保全の可否については、前注(125)を参照。

(133) 二二条には、一八条の宣言がなされていないことしか書かれていないが、これにあわせて、二国間条約や実施地国法

- にも強制力供与の協力が定められていないことが必要である。 *Explanatory Report, supra note 15, 214-215.*
- (134) 報告書によれば、証拠収集の対象者(当事者も含む)の使用者を保険会社なども、一定の場合には、代理人を選任できる「関係者」にあたりうる」となっている。 *Id. 214.*
- (135) *Ibid.*
- (136) *Id. 215.* 特別委員会草案一七条ロは、現二二条一項ロ(実施地区の主権又は安全の保障)を準用する旨を定めていたが、二二条ロがあればこのような準用は不必要とされた。 *Ibid.*
- (137) *Id. 214 ; 1968 Special Commission Report, supra note 14, 67.*
- (138) *1968 Special Commission Report, supra note 14, 68.*
- (139) *Id. 67. See also, Explanatory Report, supra note 15, 214.*
- (140) 一八条一項の宣言がなされていなくても、実施地区の国内法や二国間条約等の強制力供与の協力が定められているならば(二七条及び二八条参照)、外交官・領事官又はコミッショナーは協力を求めて実施地区に申請可能である。 *1968 Special Commission Report, supra note 14, 67.*
- (141) *Explanatory Report, supra note 15, 213.*
- (142) *Ibid.*
- (143) *Ibid.*
- (144) *Ibid.*
- (145) *Id. 211.*
- (146) *Id. 215.*

五 証拠収集条約の排他性に関する議論

(一) 序

外国における証拠の収集のためには、常に証拠収集条約が適用されなければならないか。言い換えると、証拠収集条約の定める諸手段は、外国における証拠の収集に関して、証拠を必要とする締約国の国内手続法の定める域外的証拠収集の諸手段を排斥して、必ず利用されねばならない性質のものなのか。これが証拠収集条約の排他性の問題である。この問題は、一条の「民事又は商事」の問題と並んで、本条約の解釈問題として最も意見対立が激しく、かつ重要な問題である。

排他性に関する議論は、一九八〇年代の初めにおけるアメリカ合衆国の州・連邦の下級裁判所の判例を出発点とするようであり、この後アメリカの判例が数多く蓄積した。⁽⁴⁷⁾ また、アメリカ及びヨーロッパの国々でおびただしい数の論文が公表された。ハーグ会議においては、一九八五年の運用に関する特別委員会で、新しい問題点として自覚されるに至った。⁽⁴⁸⁾

ドイツ、フランスなどのヨーロッパ大陸国が排他性を主張するにもかかわらず、アメリカの下級裁判所判例は、主として裁判所の対人管轄権に服する訴訟当事者が外国で所持する証拠の収集に関して、ほぼ一貫して排他性を否定し続けた。つまり、たとえ証拠が外国に所在する場合であっても、それが合衆国の裁判所の対人管轄権の及ぶ訴訟当事者の支配するものであるならば、証拠収集条約は必ずしも適用されず、合衆国の連邦民事訴訟規則又は州法上のディ

スカヴァリ規定を言わば域外的に適用して証拠を収集することができる、という判断が積み重ねられていったのである。この証拠収集条約の排他性の否定、すなわち合衆国のディスカヴァリ規定の域外的適用が国際司法摩擦の一つの大きな中心課題といえる。

(二) アメリカ合衆国の現状

(1) アエロスパスリアル判決

このような下級審判例が数多く出される中、西ヨーロッパ諸国の反論を招く状況下にあつて、ついに一九八七年にアメリカ合衆国最高裁判所がこの排他性の問題を判断することになった。これがいわゆるアエロスパスリアル判決である。⁽¹⁰⁾ 最高裁は、証拠収集条約の文言や作成経緯を検討し、⁽¹¹⁾ 結論として、合衆国の裁判管轄に服する訴訟当事者からの証拠収集に関して全員一致で排他性を否定した。ただ、連邦民訴規則と証拠収集条約の双方の適用ができるとして、国際礼讓の観点からは、やはり国内法に先立つて条約に定められた諸手段がまず最初に利用されるべきか、という段階の問題点に関して、最高裁の多数意見はこの条約の優先性を否定した。そして国内法と条約のどちらを用いるかは、個別事件ごとに利益衡量をしてアドホックに決めると判示した。他方少数意見は、国際礼讓の観点からはまず条約を優先して利用すべきで、それがうまくいかなかった場合に国内法を域外的に適用して証拠収集を行うとした。多数意見は、証拠収集条約には排他性も優先性もないとしたが、これは、その後の下級裁判所の判決を見ても分かるように、実質的には連邦民訴規則の優先適用といつても過言でない。⁽¹²⁾

(2) 現 状

アエロスパスリアル判決を中心にして、合衆国では証拠収集条約の排他性の議論はどのように展開してきたか。こ

これは単純なオール・オア・ナッシングではなく、未だ結論が出ていない箇所もある。そこで、排他性に関する合衆国の現在の状況を、判例、学説、そしてアメリカ合衆国対外関係法第三リステイメント^(註)からまとめてみる。

①まず、先のアエロスパシアル判決で判示されたように、合衆国の裁判所の対人管轄権が及ぶ訴訟当事者から証拠を収集する場合、証拠収集条約に排他性は認められない。証拠収集条約以外の方法も利用することができるということで、連邦民事訴訟規則などと証拠収集条約のうちどちらを用いるかは、事実審裁判所の裁量である。

②次に、その後公刊された対外関係法第三リステイメントでは、その四七三条注釈ⁱにおいて、外国にある工場の検証や病気などで海外渡航のできない者の証言録取など、証拠を合衆国内に移動して証拠収集できないような真の意味における「外国における」場合、証拠収集条約が排他的・絶対的に適用されるとされている^(註)。つまりリステイメントは、アエロスパシアル判決のルールを、裁判管轄権に服する訴訟当事者に関して証拠の合衆国内への移動ができる場合、つまり「外国からの」証拠収集の場合に制限していることになる。相手方当事者が自発的に工場の検証に応じる場合であっても、証拠収集条約上の諸手段が用いられねばならないのだろうか。そうだとすれば、自発的な証拠提供をきわめて寛大に扱ってきた合衆国の態度が、いくぶん修正されたことになる。

③これに対して、裁判管轄権に服さない、訴訟当事者以外の単なる第三者からの証拠収集の場合、若干異なる考慮がなされている。対外関係法リステイメント四七三条注釈ⁱでは、外国に居住する、訴訟当事者以外の者を対象とする証拠の収集については条約が排他的に適用される、とされている^(註)。現に、この趣旨の判例も存在する^(註)。

④最後に、裁判管轄権の及ぶことがまだ確定していない訴訟当事者の支配する証拠を収集する場合、この者は単なる第三者と同じだから証拠収集条約が適用されねばならないか。これについて、下級裁判所の判決は分かれている^(註)。

以上のことから分かるように、合衆国では当事者からの証拠収集を最も重要視して、排他性を否定している。裁判

管轄権の及ぶ者の支配する証拠、例えば被告会社の外国子会社が保管する文書の収集を、連邦民訴規則に直接基づいて被告親会社に対して命令することができる。他方、裁判管轄権の及ばない単なる第三者については条約のみが適用され、証拠収集条約一〇条の定める強制力が頼みの綱になる。⁽¹⁸⁾

最後に、合衆国国内の動向として忘れてはならないのが、一九九三年の連邦民事訴訟規則の改正である。⁽¹⁹⁾ 実は一九八九年から、アエロスパシアル判決の少数意見をもとにした証拠収集条約の優先適用を基本とする改正案が、たびたび出されていた。しかしながら、今回の九三年の改正では、この案は明らかに採用されず、むしろ多数意見流の利益衡量に止まる内容になっている。当初は多数意見でなく少数意見流の条約の優先適用を国際協調のためあえて条文化しようとしたのであるが、国内実務家の圧力には勝てなかったようである。

(三) その他の展開

(1) 一九八九年の運用に関する特別委員会

合衆国最高裁のアエロスパシアル判決が出された二年後の一九八九年の運用に関する特別委員会では、条約の排他性について活発な議論が展開された。⁽²⁰⁾ 以前、別稿でこの点について取り上げたことがあり繰り返しの部分もあるが、重要であるので再び検討しておく。まず、この特別委員会では、次のような「まとめ II」が作られた。

- a 条約起草者の主たる目的の一つは、大陸法国とコモロー国の証拠収集制度を連結することであった。
- b 条約の排他的適用性については、なお、意見が分かれたままである。
- c しかしながら、条約の目的に鑑みるならば、全締約国は、条約の排他性に関してどのような意見を有しているかにかかわらず、外国にある証拠が必要となったときは、条約の定める手続を優先的に用いるべきである。

d 条約の優先適用を促進するために、どの締約国も二三条の留保の範囲を制限するのが望ましい。

e 他の締約国内にある文書を収集するため自国の国内手続規則上の強制手段を用いる締約国は、他国による二三条の制限的留保の趣旨を尊重すべきである。

この「まとめ」を見る限り、条約の排他性についての争いが決着を見なかったことは残念だが、特別委員会のとる立場として条約の優先適用が表明されたことは、たとえ国際法上の義務付けがないとはいえ各国に与える影響は大きく、今後の動向が注目される。また第二三条については、一九八五年の特別委員会での議論に続いて、イギリスのよう宣言を制限することが望ましいとされ、現在ではこのような国が比較的多くなってきたのは三(八)で前述したとおりである。このことはアメリカが条約によって文書デイスカヴァリを求める際の障害が軽減したことを意味し、証拠収集条約を利用する傾向の上昇が期待される。

特別委員会ではさらに、合衆国で訴訟に関与している外国人当事者の弁護士に対して実務的アドバイスがかなり詳しく提言されていることに注意すべきである。そこでは、合衆国のデイスカヴァリ法でなく証拠収集条約の第一次的適用を求める際の助言として、事実審理前協議手続の利用や外国政府による裁判所への意見書の提出などが勧められている。また、合衆国の裁判所はハーグ条約を連邦民訴規則と並列関係にあると見ているので、証明責任はハーグ条約の適用に反対する側にあると主張することも可能である、とも言っている。⁽¹⁰⁾

(2) 近時のイギリス、ドイツ及びフランスにおけるいくつかの展開

アメリカのデイスカヴァリには非常な対抗心を持つも証拠収集条約の排他性は否定するイギリスでは、最近、アエロスパシール合衆国判決と実質的に同じ結論に至る女王座裁判所の判決⁽¹¹⁾が出ている。これは共同海損に絡む事件で、デイスカヴァリ命令を受けた被告のフランスの二法人が、もしデイスカヴァリ命令に従って文書を提出すればフラン

スの対抗立法（外国当局への経済等の文書等提供禁止法⁽¹⁶⁾）により処罰される、と主張してこのデイスカヴァリ命令の取消しを求めた。判決は、このフランスの対抗立法の立法趣旨や実際の運用について詳しく検討し、合衆国のアエロスパシール判決も引用して、このフランス二法人の申立てを認めなかった。

他方、合衆国のデイスカヴァリの域外適用は許さないとしていたドイツにおいては、最近、学者を中心にこれまでのドイツの立場が自己批判的に再検討されている。それは、実はドイツも、アメリカと全く同じとは言わないまでも、外国に所在する当事者に対して証拠の提出を域外的に命令している、ということを含んでいる⁽¹⁶⁾。このことを自覚した上で、証拠収集条約について、さらに冷静な分析がなされている⁽¹⁶⁾。このような批判的検討を受けて、国際司法摩擦を解決するには多国間条約はふさわしくなく、合衆国との二国間条約によるべきである、との意見がドイツでは優勢である⁽¹⁶⁾。

フランスでは、一九九三年にヴェルサイユ控訴院において、非常に注目すべき判決が出されている⁽¹⁶⁾。それは実質的に、証拠収集条約には排他性はなく、裁判官は要請書手続を用いることなく原則として自由に外国における証拠収集を命じることができる、という内容になっている。この事件では、ナンテールの商事裁判所が新民事訴訟法典一四五条⁽¹⁶⁾に基づいて出したスペインのマドリッドにある不動産の調査の命令に関して、スペインの主権を侵害すること等を理由に当事者の一方がその有効性を争った。ヴェルサイユ控訴院は、証拠収集条約は国際司法共助のみに関するもので、外国における証拠収集の全てを規律するわけではなく、国内裁判官によりとられる証拠収集手段が実施地である外国の主権を侵害するような性質のものでない限り、要請書手続に拠らなくてもよい、という趣旨の判断を示した。その際、証拠収集条約一条一項を引用し、「……要請書により囑託することが『できる』。」と強調を施しており、これはアメリカのアエロスパシール判決で合衆国最高裁の多数意見が行ったのと同じ手法である⁽¹⁷⁾。

注

- (147) *Eg, Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Superior Court*, 123 Cal. App. 3d 840, 176 Cal. Rptr 874 (1st Dist. 1981) ; *Lasky v. Continental Products Corporation*, 569 F. Supp. 1227 (1983) *Graco, Inc. v. Kremlin, Inc.*, 101 F. R. D. 503 (N. D. Ill. 1984) ; *In re Anschuetz & Co., GmbH*, 754 F. 2d 602.
- (148) *1985 Special Commission Report*, *supra* note 22, 1678 ; 藤沢・前注(2)四〇七頁。
- (149) イギリスは「フレイム・フレイム」等と共にアメリカ合衆国の域外的なイスカヴァリアに反対してゐるけれども、実は、証拠収集条約の非他社社井請ひなど。国策社議十分な考慮を要した上での議決を主張する。Brief of Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland as Amicus Curiae in Support of Petitioners, *reprinted in* 25 I. L. M. 1557 (1986).
- (150) *Aerospatiale*, *supra* note 54, 482 U. S. 522. この判決について、冬田・前注(一)一六〇頁以下を参照。この裁判が証拠収集条約締結国・審判国の大きな関心を引き起こし、イギリス、フランス、ドイツ及びスイスから「裁判所の友(amicus curiae)」としてその意見を合衆国最高裁に提出された。Brief of Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland as Amicus Curiae in Support of Petitioners, *reprinted in* 25 I. L. M. 1557 (1986) ; Brief of Amicus Curiae of the Republic of France in Support of Petitioners, *reprinted in* 25 I. L. M. 1519 (1986) ; Brief for the Republic of Germany as Amicus Curiae, *reprinted in* 25 I. L. M. 1539 (1986) ; Brief of Government of Switzerland as Amicus Curiae in Support of Petitioners, *reprinted in* 25 I. L. M. 1549 (1986).
- (151) マホロスピーン判決の最高裁は、まず証拠収集条約の文意に着目する。第一に、同コンベンション会議の司法并助条約である証拠条約がその一条どおしく「この条約は、…常に適用する (shall apply)」と強く言明した文意を使つてそのために、証拠収集条約は「その一条一五、一六、一七条どおしく「嘱托する」といふこと (may … request)」、「証拠を収集する」といふこと (may … take evidence)」とあること、許可を表す文意を使つてそのことが指摘されたこと (See *Aerospatiale*, 482 U. S. 534 n. 15)。すなわち、ハーグ法条約は他の国内法を排除するところが表現されつてゐる

が、証拠収集条約ではこのような表現はない、というのである。第二点目として、第二七条に着目する (*Id.* 482 U. S. 522)。ここでは締約国のより寛大な国内法の適用が認められているが、ここにある「締約国」には囑託国が含まれると最高裁判所は解釈した。そうすると、アメリカのデイスカヴァリは、他のどこの国に比べても寛大であるゆえ、従来の連邦民事訴訟規則などによる域外的証拠収集は何ら証拠収集条約によって影響を受けないことになる。第三番目に、二三条は事実審理前の文書デイスカヴァリの実施拒否を定めているが、条約が排他性を有するならば、コモンロー国はデイスカヴァリを行う権限を奪われることになり、裁判上の作業として日常的にデイスカヴァリを行っているコモンロー国が、このような内容の条約に合意するはずがない、という理由が挙げられている (*Id.* 482 U. S. 536.)。

しかしながら、これらのいずれに対しても反論が可能である。まず、*shall* と *may* の違いについてはであるが、証拠収集条約では、その内部で、要請書による囑託、外交官・領事官による証拠収集、そして、コミッショナーによる証拠収集とがそもそも選択的な手段として用意されている関係上、このうちの二つが他のものを排斥しないために、「できる (*may*)」という文言が使われたのだと考えることができる。次に、二七条については、アエロスパシアル判決の少数意見が正しくも指摘しているように (*Id.* 482 U. S. 551 n. 2) もしこのような解釈が可能ならば、そもそも条約を作成した意義が無くなってしまふ。条約の報告者でもあるアメリカ代表の Amram 氏が明らかにしているように、この「締約国」とは「実施地国」である。 *Explanatory Report, supra note 15, 213.* また、最後の点については、他の諸外国から反発を受けていたデイスカヴァリについて、合衆国の側で文書デイスカヴァリを犠牲にしても、大陸法国にコミッショナー制度を広めよう、という妥協、駆け引きが合衆国の側であったとしても、別に不思議ではない。

アエロスパシアル判決は、文言に加えて作成経緯を詳細に検討する。しかし、これ自体からは直接何もでてこないであろう。大陸法国のデイスカヴァリに対する知識は、条約作成当時正確であったかどうか、三(八)で述べたように疑問である。また、合衆国は国際証拠共助の改善を真剣に考えていたが、排他性まで頭に入れていたか疑問である。

(152) 多田・前注(7)一六七頁以下参照。

(153) 前注(37)参照。

- (154) American Law Institute (アメリカ対外関係法リステイトメント研究会訳)・前注(37)〔松岡博〕(第四七三条注釈 i) 六五七頁。
- (155) American Law Institute (アメリカ対外関係法リステイトメント研究会訳)・前注(37)〔松岡博〕(第四七三条注釈 i) 六五七頁。
- (156) *Orlich v. Helm Bros. Inc.*, 560 N. Y. S. 2d 10 (N. Y. App. Div. 1990).
- (157) 裁判管轄権確定のために証拠収集条約の利用を求めた判例と、連邦民訴規則の適用を求めた判例とがある。後者の例として、*Rich v. KIS California, Inc.*, 121 F. R. D. 254 (M. D. M. C. 1988) があげられる。
- (158) 合衆国のこれまでの域外的デイスカヴァリの実務において、訴訟当事者以外の第三者証人の取り扱いが非常に微妙であることに注意すべきである。理論的には、訴訟当事者以外の単なる証人についても「対人管轄権」は観念できることから、域外的デイスカヴァリ命令の基礎は獲得できる。合衆国法上、このような域外的デイスカヴァリ命令は「罰則付召喚令状(subpoena)」という形で発出され、これにより第三者証人を強制力を背景にした証拠収集に服させる。外国に所在する者に対する罰則付召喚令状の発出を定める合衆国法典二八卷一七八三条では、外国に所在する「合衆国国民」か又は「合衆国住民」に對してのみ、罰則付召喚令状の発出を認めている。以上のように、当事者以外の第三者証人に関しては、合衆国裁判所の「対人管轄権」の及ぶ「合衆国国民」又は「合衆国住民」であれば、この者が外国に所在する場合であっても、裁判所侮辱罪という強力な制裁を以て、証言録取や文書提出を命令することができるようになってくる。しかしながら、訴訟の対象となつてゐる利益とは直接・間接にも関係しない単なる証人に、裁判所侮辱罪という非常に強力な制裁を以て望むことが妥当かという疑念からか、合衆国の裁判所は、第三者証人に対する完全な範囲 (full range) での罰則付召喚権限 (subpoena power) の行使には、消極的である。See *Boen & Weston, supra note 93*, 357-360. このことは、対外関係法第三リステイトメント四七三条の注釈 i が、外国に居住する当事者以外の者を対象とする証拠の収集についてのハーグ証拠収集条約の排他的適用を明らかにしていることと関係があるように思われる。
- (159) 過去におけるこの連邦民訴規則改正の動きについては、多田・前注(7)一七四頁以下参照。

- (160) 1989 *Special Commission Report*, *supra* note 23, 1558. 原・前注(23)二二八九頁以下参照。
- (161) 1989 *Special Commission Report*, *supra* note 23, 1564.
- (162) *Id.* 1566. 詳しうは、多田・前注(一)一七三頁参照。
- (163) 前注(162)を参照。
- (164) *Partenreederei M/S "Heidelberg" and Another v. Grosvenor Grain & Feed Co. Ltd and Others*, 2 *Lloyd's Rep* 324 (Q. B. (Commercial Court) 1993).
- (165) 外国の自然人又は法人に対する経済、商業、産業、金融又は技術に関する文書及び情報の提供に関する法律(改正)一九八〇年七月一六日の法律第八〇―五三八号。この法律の邦訳及び簡単な説明について、道垣内正人訳「一九八〇年七月一六日の法律第八〇―五三八号により改正された外国の自然人又は法人に対する経済、商業、産業、金融又は技術に関する文書及び情報の提供に関する一九六八年七月二六日の法律第六八―六七八号」澤田壽夫編『解説 国際取引法令集』三七六頁(三省堂、一九九四年)。
- (166) P・シュロツサー(小島武司編訳)『国際民事訴訟法の理論』〔河野俊行〕六九頁以下(中央大学出版部、一九九二年)、ディーター・ライポルド(池田辰夫、多田望、藤本利一、片山智彦訳)『国際民事訴訟法の動向』民商法雑誌一〇七巻四・五号八二二頁(一九九三年)参照。
- (167) 後述六(2)及び(3)にあるような指摘がなされており、また、デイスカヴァリを拒否できる二三条が文書デイスカヴァリしか定めていないことも一つの欠点であり、証拠漁りを禁止するなら証言録取など他のデイスカヴァリ手段についても定めるべきであった、と言われている。
- (168) シュテュルナー・前注(一)一〇〇頁など。
- (169) *Cour d'appel de Versailles (14^e Ch.) - 9 avril 1993, Revue critique de droit international privé*, 1995, 80, note Gérard Couchez.
- (170) フランス新民事訴訟法一四五条「すべての訴訟に先立って、紛争の解決の基礎となるであろう事実の証拠を保全し又は

証明を行う (Article) 正当な理由が存在する場合には、法律上認められる証拠調べは、全ての利害関係人の請求により、申請 (request) に基づいて又はレフェレとしてこれを命じることができる。」若林安雄訳「新フランス民事訴訟法典」近畿大学法学四〇巻二号一五九〜一六〇頁(一九九二年)。

(11) 前注(10)を参照。

六 若干の考察

ハーグ証拠収集条約について、以上のように全般的な解説・分析を試みた。ここで、本条約の長所・短所という視点に重心を置きつつ、簡単に考察してみる。まず、証拠収集条約の分析的検討により導かれる二つの側面を示し、次に、批判的な見地から指摘し得る種々の問題点を敢えて挙げ、最後に、これらを踏まえた上での日本の批准について、若干の展開を試みる。

(一) 証拠共助に関する条約としての進歩性

本条約の持つ二つの側面のうちの一つは、証拠収集の国際司法共助に関して、条約上のシステムとしては非常に進歩的な手続を用意し、他に類を見ない特徴を備えているということである。これは以下のようにまとめることができる。

- (1) 詳細な条文化及び新制度の積極的導入

まず、民訴条約第二章と比べてみても、単行の条約となったことから条文数が多く、より詳細になっている。細かな点まで国際条約に条文化し、条約上のルールとして国家間の権利・義務を明確化するという大きな意義がある。これは、旧来の証拠互助制度の欠点を改善し、積極的に新しい制度を取り入れた結果である。主なものを挙げると、前述した三及び四で解説したように、中央当局制度の採用（二条。民訴条約九条と比較）、要請書の作成言語（四条。民訴条約一〇条と比較）、嘱託国の司法官の立会い（八条）、証言拒絶に関する特権又は義務（一一条）、外交官又は領事官の権限の明確化（二五条等。民訴条約一五条と比較）、コミッシヨナー（受任者）による証拠収集（二七条等）などがある。

(2) 柔軟性

前述の二四で示したように、種々の留保・宣言、より寛大な内容の実施地国法の維持（二七条）、別個の二国間又は多国間条約の締結（二八条及び三二条）が許容されており、各締約国は条約の基本的な枠組みに加工し、柔軟に、独自の司法互助制度を作り出すことができる。

(3) 条約の運用に関する特別委員会

過去三度開かれているこの特別委員会には本稿でも適言及したが、条約の実際の運用に関して生じる様々な問題を議論するこのようなフォーラムの存在も、条約の特徴としては見逃せない。必ずしも全ての問題を解決できているわけではないが、締約国にとっては国際的な司法上の協力の前進的な改善・発展を確保する上で、非常に有益である。

(4) コモンロー国の加盟

証拠収集条約には、民訴条約と異なり、合衆国、イギリス、オーストラリアが加盟している。大陸法とコモンローとの間にある証拠互助に対する考え方の隔たりを克服することが、従来の国際司法互助の一つの課題であったこと

からすれば、このことも忘れてはならない大きな進歩であろう。

以上のような諸点を重視すれば、証拠収集条約は相当に実りある成果を約束する条約であると言えることができる。

(二) 域外的デイスカヴァリへの対抗手段としての不完全性

証拠収集条約のもう一つの側面は、アメリカ合衆国の域外的直接的デイスカヴァリに対抗する手段としては、前述五で見たように、今までのところ十分には実効的でないということである。排他性に関する議論は対立・混乱の度を深めている。合衆国が証拠収集条約の利用に抵抗を示すのは、二三条の文書デイスカヴァリ実施拒否宣言など予想外に他国のガードが堅く、期待された証拠収集の成果を得られなかったことが一番大きな原因であろうと思われる。陪審審理という極度に短期間の集中審理を行うためには、その前に十分な証拠・資料に基づいた事実関係の整理が必要であり、このことは証拠が外国にあらうとも同じである。もし外国に証拠がある場合には常に若干迫力の劣るハーグ条約が適用されるということになれば、当事者は重要な資料については全て外国で保管していればより安心できるということになり、タックス・ヘブンならぬ「情報天国」といったものを外国に作ってしまうという心配があるようである。このように、条約の排他性について、その文言や作成経緯から一概に決定的な解答を導き出すことはできない状況になっており、短期での解決は非常に困難な模様である。この側面を重視すれば、証拠収集条約は不満足で物足りない条約ということになる。

しかしながら、前述五(三)で見たように、当初、条約の排他性を強硬に主張していたドイツやフランスの立場が微妙なものになってきている。これらの状況は、ますます国際化が進む中、外国にある証拠の収集について、必ず条約等の国際司法共助に依拠しなければならぬ、そうしなければ主権侵害が生じる、という従来の主権観念が修正を迫

られていることを反映しているように思われる。そして、この問題も含めて、より機能性を重視した国家管轄権理論の進化による国際的なルール化がこれから求められていくであろう。この点を積極的に解すれば、今までの旧来の司法共助制度ではこれからの国際社会に対応できず、国内証拠収集手続法の直接的適用による手法も一定程度認めていく必要があることになろう。もちろん、強制力(特に直接的なもの)の行使など、やはり実施地国の主権に配慮しなければならぬ事柄がある以上、最終的には条約等による国際司法共助が不可欠である。このとき重要なのは、これらの諸制度・諸手段の調和ある共存、なのである。⁽¹⁷⁾

このような観点から証拠収集条約の排他性の問題ないしは合衆国の域外的デイスカヴァリへの対抗手段としての不完全性を考えてみると、従来のようにこれを強調しすぎず、あらたな国際司法共助の枠組み作りへ向けての過渡期としての意義を認めるのが賢明なように思われる。

(三) 実務上生じ得る種々の問題点及び条約に規定されていない事項

本条約の解釈・適用について議論のある部分に関しては、これまでいくつか言及してきたところではある。以下では、若干細かすぎると思われるかも知れないが、条約について敢えて批判的な立場から分析してみたならば指摘され得る種々の問題点ないし課題について、とりとめを欠くものではあるが、掲げてみる。あわせて、条約作成過程では議論があつたけれども、最終的には条約から排除された事項についても記しておく。

(1) 特定されていない証拠を求める要請書の実施拒否

アメリカ合衆国のデイスカヴァリのように、非常に広範な特定されていない証拠を求める要請書が送付されてきた場合、この実施を拒否できるか。二三条にあたるものなら、前述二(八)(3)で見たように、不特定なものを排除する宣言

を行うことができる。この点につき、一般に一二条一項bの公序条項としての機能を全面に出して実施拒否できるとの見解もある。⁽¹⁰⁾

(2) 強制方法

証拠収集のための強制手段については、受託国ないしは実施地国の法律が基準となる(一〇条及び一八条二項)。この点、これらの定める強制手段が、その種類、条件、手続等に関して嘱託国ないしは裁判係属国(法廷地国)のものに比べて弱い場合、当該証拠を必要としている嘱託国・裁判係属国の立場からすれば、それを不満足と感じることがあるかも知れない。仮にこの点を強調すると、自国の証拠収集手続法を域外適用して、自国法秩序から見ても相当と認められている強制方法⁽¹¹⁾を確保したいという傾向に結びついてしまう。

(3) 証拠提出の拒絶特権

本条約は一一条及び二二条eにあるように、基本的に受託国(実施地国)法と嘱託国(裁判係属国)法の両方の証言拒絶権を証人に認めることにしている。嘱託国ないしは裁判係属国が、自国裁判所における証人尋問について「手続は法廷地法による」との大原則から、抵触法上、自国(法廷地)法の証言拒絶権しか認めない場合、条約のこの立場は証拠を手に入れにくくするだけと受け止められるかも知れない。特に、これらの国から見ても予想外に広い証言拒絶権を受託国ないしは実施地国が認めている場合に、このフラストラーションはつのである。そうなると、外国にいる証人について、条約による司法共助でなく、自国に呼び寄せて自国裁判所で尋問を行えばよい、との考えにつながりやすい。

(4) 秘密保護と相手方当事者の立会い

七条の関係当事者及びその代理人立会いについては、いったん嘱託当局により要求がなされたならば、当事者等に

は、嘱託事項の実施に立ち会う権利が本条約上特則として認められる、というような説明をする見解がある。⁽¹⁶⁾しかしながら、この点で困難な問題が生じるのは、近時わが国でも議論が活発なところであるが、⁽¹⁶⁾営業秘密の保護などと絡んで、（相手方）当事者の立会いを排除して両当事者の弁護士（及び裁判官）の間だけで行われる形式の証拠収集なしは取調べ手続きとの関係である。本条の趣旨が先の見解の言うようなものであれば、このような非公開制度を採用している受託国は自国国内手続法にもかかわらず、当事者の立会いを認めなければならない。⁽¹⁷⁾この点、七条はかような権限を当事者に無条件で与えるものではなく、秘密保護については実施地である受託国の手続法が適用される（受託国法の原則。九条一項、と解すべきではなからうか。⁽¹⁸⁾

(5) 証拠収集のために訪れた証人に対する逮捕又は訴状等の送達の免除特権

自国外にいる証人の尋問を受託国が嘱託国から要請され、受託国がこの証人を外国から呼び寄せて自国内で尋問を行う、という特異な場合について、このとき、この証人は受託国において逮捕されないこと、そして訴状等の送達を受けないこと、という二点での免除特権が認められるべきか、という議論が作成過程でなされた。⁽¹⁹⁾しかしながら、このような内容の嘱託はごく例外的なものであり、また、この問題は基本的には受託国の国内法の管轄事項であること⁽²⁰⁾を理由に、本条約の範囲外とされている。

(6) 領事等による証拠収集への不出頭に対する制裁

条約作成過程においてデンマーク代表が、「外交官・領事官またはコミッシヨナーによる証拠収集において、実施地国による強制力行使がない場合には、当事者が当事者尋問に出頭しなかったり証拠提出を拒否したりしても、このことからこの者は刑罰又は訴訟上の不利益（不利な事実の認定や敗訴等）を課されない。」という内容の条文の追加を提案した。⁽²¹⁾このデンマーク提案の背景には、領事等の面前での証拠提出は全て自発的であるべきで、いかなる強制力も

——直接的なものであろうと間接的なものであろうと——行使されるべきでない、との認識がある。⁽¹⁸⁾

これについて、ドイツやイギリスが中心となつて、(裁判係属国の)裁判官は出頭拒否や提出拒否から自己の心証上の推論を導き出すことを禁止されるべきでない、との意見が出された。そして、証拠提出の拒否にどのような効果が与えられるべきかという問題は基本的に各締約国の国内法の管轄事項、すなわち裁判係属国の裁判手続運営上の事柄であつて、条約が規律すべきでないとして、デンマーク提案は受け入れられなかった。

(7) 証拠収集に関する刑事罰

証人が出頭命令に応じなかつたり、尋問の場において偽証をしたりした場合、⁽¹⁹⁾ 刑罰を科されるべきか否か、また、その際に適用されるべき法はこの国の刑罰法規か、について条約作成過程では議論がなされた。しかしながら、この問題は刑事罰に関するものであり、⁽²⁰⁾ 関係国の刑事管轄権 (Genal jurisdiction) にも関係することから、本条約の規律事項には適さないとされ、条約では規定が置かれていない。⁽²¹⁾

(四) 日本による批准について

以上のような考察を経て、日本はどうすべきか。日本の証拠共助は、受託が年に一〇件ほど、嘱託が年にあるかないかという状況⁽²²⁾で、相手国の半数はアメリカ合衆国であるといわれている。⁽²³⁾ また、アメリカ合衆国との関係では、日米領事条約に基づく任意的な証言録取やこれらによらない非公式的なデイスカヴァリが、日本国内で相当数行われているようである。非公式的なデイスカヴァリを阻止するために証拠収集条約の批准を考えることは、排他性の議論⁽²⁴⁾ (前述五参照) で見たように必ずしも効果的でない。これだけを見ると、証拠共助の必要度はどうも高いとは言えず、いくつかの問題を抱えている証拠収集条約を批准する実益はないように見えるかもしれない。

しかしながら、私見としては結論的に言つて、批准について前向きでよいのではないかと考える。その理由は、まず第一に、民訴条約に加盟しているのなら、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ない。また、外国における証拠の収集の必要性は間違い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極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しては、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ィ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った上で、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、役立てればいいのではないかと考えられる。

批准するとして、どのような留保・宣言を行うかであるが、基本的にはできるだけ寛大な司法共助を指すべきであろう。まず、四条二項にある英語・フランス語のルールについて、現状では無理だとしても、できるだけ近い将来に向けて少なくとも英語の要請書は受理できるよう、スタッフの養成も含めて施設及び人員の整備について努力するのが望ましいと思われる。次に、八条の裁判官の立会いは条件付で認めるべきであろう。第二章の領事等による証拠収集については、実際の効用が高いことに鑑みれば、適宜必要な監督ができる体制をとった上で、間口を広くしておけばいいと思われる。現在進行中の民訴改正で、当事者照会制度、公証人の面前での陳述録取など、当事者主体のディスカヴァリ的な制度の導入の是否も一定程度検討されていることからすれば、これら機動性のある手続もある程

説 度受け入れていいのではないかと考えられる。二三条の文書ディスカヴァリについては、イギリスと同じように特定されたものなら認めても実害がないであろう。二三条の宣言を制限していることが合衆国の裁判所における利益衡量に微妙に影響を与え、証拠収集条約の優先適用の可能性もあることから、そうすべきであろう。

論 なお、証拠収集条約を批准する際には、民事訴訟法二六四条二項を改正することが望ましいのではないかと思われる。民法二六四条二項の趣旨は、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ことにあり、外国法の違背を積極的に試みてもよいとすることにはないことはもちろんである。しかしながら、規定の文言上一見したところでは前者の意味にはとりにくく、後者の趣旨のような観を呈しているように思われる。証拠収集条約では、九条、二一条a及びd等において受託国ないし実施地国の法規の原則的遵守が重要な意味を持つて規定されており、誤解を避けるためにも文言に修正を施すことが必要ではないかと思われる。

注

(172) 本文の立場は、何もアメリカの域外的ディスカヴァリを受け入れるべきだ、と言っているのではない。アメリカの域外的ディスカヴァリについては、特にその広範性及び制裁の強力性において他国でも類を見ないものとなっている。国内証拠収集手続法の直接的適用による手法を一定程度認めていく上で、この二点に関して国際的に許容できうる範囲を設定することが肝要だと思われる。

(173) 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(下)——通称ハーグ証拠調条約——」ジュリスト一〇六七号一〇二頁(一九九五年)参照。

- (174) 前注(94)参照。
- (175) 前注(79)参照。
- (176) 例えば、田邊誠「民事訴訟における秘密保護」ジュリスト一〇二八号九二、九六頁（一九九三年）参照。
- (177) 競争関係にある囑託国企業と受託国企業の間で訴訟が行われているような場合、この問題は先鋭化する。
- (178) 本文のような解釈が無理ということであれば、実施拒否事由を定める一二条一項bを「柔軟に」解釈・適用するしかないであろう。
- (179) *Procs-verbal No. 9, supra note 15, 134-135.*
- (180) *Explanatory Report, supra note 15, 216.*
- (181) 証拠収集の対象者が当事者でない単なる証人の場合、理論的には、領事等の面前への出頭拒否が裁判係属（法廷地）国において裁判所侮辱にあたり、もしこの証人がこの国の領域内に入ってきたときは当該国がこれを罰する、ということもあり得るかも知れない。しかしながら、この証人にとつては、このような制裁による威嚇という側面は証拠収集の段階においては現実的なものとして認識されにくく、それほど実際的な問題を生じさせない部分もある。これに対して、より実質的に重要なのは証拠収集の対象者が訴訟の当事者である場合であり、このとき、当事者は自己の事件の係属する裁判所において刑罰や訴訟上のサンクション（相手方主張事実の認定や敗訴）を課され得る。条約作成過程においても、特に当事者による領事等の面前での証拠提出拒否について議論が行われた。*Procs-verbal No. 11, supra note 15, 149-150.*
- (182) *Id.* 149.
- (183) 強制方法のうち、証拠提出拒否に対する制裁として相手方主張事実を真実と見なすとか、ときには敗訴させることもあり得るとかの形で威嚇する方法によつて、いわば間接的に強制するタイプのものに関して、現在、国際法上の執行管轄権の問題としてどのような規律がなされるべきか、が重要な問題である。任意のものだといいつながら、実はこのような制裁が背後に隠れているのなら、結局強制されているのと変わらない。この点については、一九八九年の運用に関する特別委員会においても意識されてゐる。*1989 Special Commission Report, supra note 23, 1564.*

(184) *Ibid.*

(185) 作成過程では、外交官・領事官又はコミッションナーによる証人尋問において、証人が偽証をした場合について主として議論がなされている。ちなみにアメリカ合衆国法では、たとえ外国における領事等の面前での偽証であっても、証人が合衆国市民ならば偽証罪に問われることとなる。*Process-verbal No. 9, supra note 15, 135.*

(186) 囑託国と受託国の双方の管轄権が問題になり得る。*1968 Special Commission Report, supra note 14, 73.* しかしながら、この点に関する囑託国の管轄権については、より詳細な検討が必要にならう。

(187) *Explanatory Report, supra note 15, 216.*

(188) 『民事事件に関する国際司法共助手続の手引(新版)』・前注(120)二五三頁参照。

(189) 寺田・前注(6)七〇頁以下参照。

七 終わりに

経済の面だけでなく、社会生活関係においても国家と国家の地理的な隔たりといったものが確実になくなりつつある。これまでの社会・経済的生活関係にもたらされる変化は様々な分野に及び、このような国際化への対応は私法・公法を問わずあらゆる法領域で多かれ少なかれ問題となってきた。これからますますこの国際性の考慮・配慮が必要になって行くと思われる。

外国における証拠の収集も、かつてのごく稀な現象という認識からの変革を迫られる時代が到来ないしは近くまで来ているように思われる。本稿では、この問題に対処するためのわが国の将来における法制度との関係で、ハーグ証

証拠収集条約を検討した。しかしながら、国境を越えた人及び物・サービスの交流が盛んになるであろう生活関係、また、相互依存が進展する主権国家関係において、外国に所在する証拠を裁判手続において利用するために収集するということが、国際私法・国際民事訴訟法上、及び、国際法上、いかなる重要性・意味を有し、いかなる問題を提起するのか、その姿はどのようなにあるべきか、という基本的な問題意識との関係では、単に条約に基づく国家間の司法共助という観点にとどまらず、さらに国家管轄権の観点からの考察が必要である。つまり、外国にある証拠に対して、アメリカのような自国手続法の直接的・域外的適用は、国際法上の立法、裁判及び執行に関する国家管轄権の行使としてどの程度まで正当性を有するのか、という観点からの研究が不可欠であろう。これらの両面からのアプローチがあつてはじめて、外国における証拠の収集の問題が全般的に解決される。本稿では、この点について厳密に探求することができなかつたが、別の機会に臨みたい。

後記 ラトビアが昨年一九九五年の三月二十八日に加入し、当該国において同年五月二七日に発効した。Information concerning the Hague convention on Private International Law, 42 NETHERLAND INT'L REV. 271, 290 (1995). 宣言・留保等についての詳しい資料は未入手である。