

論
説

国際民事訴訟における証言拒絶権

——米国抵触法第二リステイトメントを中心に——

多
田

望

- 1 はじめに
- 2 抵触法第二リステイトメントにおける手続および証拠
- 3 抵触法第二リステイトメントにおける秘匿特権
- 4 結びに代えて

1 はじめに

最近、証言拒絶権^①が問題となった一連の国際司法共助事件^②が発生した。米国裁判所に係属する損害賠償請求事件に関して二国間共助取決めに基づいて日本における証人尋問が嘱託され、日本の裁判所がこれを実施する中で、証人である記者が取材源の秘匿を理由に主張した証言拒絶権の存否が問題となったのである。事件を扱った下級審裁判所の中には、尋問事項の一部について証言拒絶を認めないものも出たが、最決平成一八年一〇月三日^③は、日本の民事訴訟法一九七条一項三号の解釈として取材源の秘匿に重きを置いた利益衡量により証言拒絶を認める決定をし、その後の事件処理においては、記者の取材源秘匿を認める証言拒絶権の行使が肯定されていた。本稿は、この事件を契機として、国際民事訴訟における証言拒絶権について、その法選択問題に関するアメリカ法律協会『抵触法第二リステイトメント』^④の関係諸規則を検討するものである。

国際民事訴訟で証言拒絶権の法選択が問題となる場面は、大きく二つに分かれるであろう。一つは、先に紹介した①国際司法共助の場面と、もう一つは、②一般的な民事裁判における証拠調べの場面である^⑤。前者①では、条約などによる規律が関係し^⑥、基本的には受託国法の原則によるが、嘱託国法などの証言拒絶権も利用できるかが問題になる^⑦ところである。他方、後者②では、通常の証人尋問手続において証人が外国人であったり、秘匿されるべき情報の伝達が外国で行われたりした場合が問題になる。この場面においては、確かに「手続は法廷地法による」の原則が確固たるものとして存在するが^⑧、証人の属人法（本国法・住所地法）や情報の伝達地法上の証言拒絶権など

を適用して証人を保護する必要性はないかなど、手続に関する抵触法の問題が生じ得るのである。⁽³⁾

抵触法第二リスティメントにおいて証言拒絶権を含む秘匿特権 (privilege)⁽⁴⁾ に関して定める第一三九条は、前述の二つの場面のうち主に後者②に関して、単純な法廷地法原則の採用でなく、利益衡量論を用いつつ非常に特徴的かつ興味深いルールを定めている。また同条は、米国におけるディスカヴァリの発達を受けて、前者①の国際司法共助の場面または外国における証拠の収集の場面における適用可能性も問題となり得る規律内容となっており、国際民事訴訟における証言拒絶権の法的取扱いに関する研究にとって、意義のある分析対象といえる。以下では、証言拒絶権の法選択問題の前提として、まず抵触法第二リスティメントの手続および証拠の許容性に関する原則を定めた規則をそれぞれ検討し、その後その一三九条を考察する。

2 抵触法第二リスティメントにおける手続および証拠

抵触法第二リスティメントは、第六章「手続」において様々な手続に関する法選択問題を扱う。第六章はまず第一節「一般原則」として、「裁判の実施に関する諸問題」という表題のもと第一二二条を置く。この一般原則を前提に、続く第二節「一般原則の個別的適用」において、いくつかの個別問題ごとの規則を第一二三条から第一四三条までで定める。⁽⁵⁾ この第二節中に、手続の個別問題の一つとして「証拠」の款があり、そこで証拠の許容性の原則に関する一三八条の規則が置かれている。

(1) 手続に関する原則的規則

第一節「一般原則」には、第一二二条「裁判の実施に関する諸問題」のみが置かれる。それは次のように定める。

第一二二条 裁判の実施に関する諸問題

裁判所は通常、訴訟手続が実施されるべき方法に関して、たとえ事件のその他の問題を解決するために他の地の法規則を適用する場合であっても、その属する地の法規則を適用する。

ア 法廷地法原則

これは、いわゆる「手続は法廷地法による」の原則を定めたものと解される。その根拠として同条の注釈 a「趣旨」はまず、①法廷地は裁判の制度的機能や裁判手続の運営がいかにあるべきかについて、他の地よりも関連が大きいこと、②裁判の実施に関しては、法廷地が他の地の法を適用することはしばしば制度の分裂的崩壊をもたらし困難であることを掲げる。後者に関しては、このような困難は、他の地の法の適用によって実現が意図される価値の促進によつては克服できないとの指摘があり、注目される。続いて当事者の期待に関してリステイトメントは、③当事者は通常、訴訟開始の時になって、すなわち法廷地が決まって初めて手続の諸問題のことを考えるのであって、法廷地法の適用が当事者の期待を不公平に損なう危険性はないという。さらに消極的な理由として、④州内・国内管轄、訴状送達、訴答手続、デイスカヴァリ、事実審理の方法、強制執行や費用などの裁判の実施に関する諸問題について、法廷地は他の地の法を適用するよりも自らの法を適用する方が巨大な負担を回避できることが挙げ

られる。¹³⁾

イ 例外としての個別規則の必要性

ただし、続いて注釈 a は、裁判手続の実施に関する問題と当事者の権利義務に関する問題の間にグレイ・エリアが存在し、例えば証明責任や証拠提出責任はこれに該当するとする。そして、このような問題は類型的・カテゴリーカルな割り切りに服さないと述べる。¹⁴⁾ これらのグレイ・エリアの問題に適用すべきは法廷地か他の地の法かの判断にあたって考慮すべき四つの要素として掲げられるものは、次の通りである。すなわち、①当該問題は当事者が行為をするにあたって考慮に入れられるようなものか、②当該問題の解決は事件の結論に影響を与えるようなものか、③先例は当該問題を「手続」または「実体」のいずれと性質決定してきたか、¹⁵⁾ ④当該問題に対して他の地の訴訟法を適用すると過度の負担が裁判所に発生するか、である。

以上のようにリステイトメントはまず、手続問題について原則的には類型的・カテゴリーカルに法廷地法を適用して差し支えないという立場を採用するが、その上で、一定の個別問題については、利益衡量的判断の下で他の地の法が適用されることを否定しないというスタンスをとる。¹⁶⁾ この一般原則を前提に、続く第二節「一般原則の個別的適用」はいくつかの個別的ルールを定めるのである。

(2) 証拠の許容性に関する原則的規則

一般原則の個別的適用を定める第二節は三つの款に分かれ、その第 A 款「訴訟手続の実施に関する規則」¹⁷⁾ に続く第 B 款「証人および証拠」が、本稿の関心である証拠を扱う。¹⁸⁾ 第 B 款は第一三七条「証人」から始まるが、この一三七条を別枠として、¹⁹⁾ 第一三八条「証拠」が次のように、証拠の許容性に関する原則的規則を定める。

第一三八条 証拠

証拠の許容性は、法廷地法による。ただし、第一三九条から第一四一条までに定める事項については、この限りでない。

この条は、証拠は書面によらなければならないか否かなどに関する証拠の許容性 (admissibility) について、原則として法廷地法によるべきことを定める。⁽²⁰⁾ 一三八条の注釈 a は、その根拠として事実審理の迅速性を指摘しつつ、効率性と便宜性を挙げる。これにより、例えば伝聞証拠排除則 (hearsay rule)、最良証拠則 (the best evidence rule) および利害関係者証人 (interested witness) の許容性などは、法廷地法によって規律される。要するに、証拠の許容性については基本的に、一二二条の定める法廷地法原則が妥当することを明らかにしているのである。

しかしながら、一三八条のただし書は、本稿の対象である一三九条「秘匿特権の及ぶ情報」が一四〇条の「完結した契約書 (口頭証拠排除ルール)」(integrated contracts (parol evidence rule))⁽²¹⁾ および一四一条の「詐欺防止法」(statute of frauds)⁽²²⁾ と共に、法廷地法原則の例外として位置づけられ、特則によることを明定する。一三九条における特則は、以下で考察するように特にドラスティックなものであり、法廷地法原則が非常な後退を強いられていることが特徴的である。続いて、本稿の関心である一三九条に検討を進める。

3 抵触法第二リスティメントにおける秘匿特権

証言拒絶権に関して抵触法第二リスティメントは、「秘匿特権」(privileges)の表題とともに二三九条を置く。同条に関しては、抵触法第二リスティメントの報告者(Reporter)であるリース(Willis L. M. Reese)⁽²³⁾が別に表示した共著論文⁽²⁴⁾があり、同条の起草趣旨を知り、解釈を検討する上で非常に参考になる。また同条は前述のように一九八八年に改訂を受けたので、以下では改訂版の二三九条を基本的な検討対象とする。⁽²⁵⁾二三九条は、一二二条や一三八条本文の定める法廷地法原則ないし単純な準拠法選択の手法と異なり、証拠として許容される(being admitted)か否か、言い換えると、証言拒絶権などの秘匿特権が認められるか否かという実質法的効果を綿密な利益衡量から直接に導く手法を採用する特筆すべき規則である。

第一三九条 秘匿特権の及ぶ情報

(1) 情報と最も重要な関係を有する地の法によって秘匿特権が及ばない証拠は、法廷地法によれば秘匿特権が与えられる場合であっても、証拠として許容される。ただし、当該証拠を許容することが法廷地の強い法目的に反するときは、この限りでない。

(2) 情報と最も重要な関係を有する地の法によって秘匿特権が及ぶ証拠であって、法廷地法によって秘匿特権が及ばないものは、証拠として許容される。ただし、証拠としての許容を認める法廷地の法目的が実現され

るべきでない特別な理由がある場合は、この限りでない。

(1) 秘匿特権の意義

秘匿特権 (privilege) が認められる根拠は、「社会的に望ましい信頼の促進」であるとするステイトメントでは述べられている。²⁷⁾ 一般的な例は、夫婦の間、依頼者と弁護士の間、患者と医者の間、および悔悟者と牧師の間の情報伝達に与えられるものである。²⁸⁾ ただし自己帰罪拒否権は、合衆国憲法修正一四条上各州が承認しなければならぬため、若干特異なもので、法廷地法によって規律されるとされる。²⁹⁾ 一三九条は、口頭もしくは書面による意見交換、または人もしくは物の検証から得られる証拠 (具体的には、病院もしくは銀行の記録、または健康診断により内科医が得た情報などの証拠) に適用される。³¹⁾ さらに、秘匿特権が認められる対象者には、証人のみならず訴訟当事者も含まれる。³²⁾

(2) 最も重要な関係を有する地

ア 情報の伝達地

注釈 e によると、情報と「最も重要な (significant) 関係を有する地」は、通常、当該情報の伝達された地である。例えばそれは、①口頭の伝達された地、②書面による陳述が受領された地、または③人もしくは物の検査がされた地であると述べられている。このうち、①および③については合理性があるであろうが、書面による陳述については、なぜ受領地が発信地より重視されるのかについて議論の余地があると思われる。この点、リステイ

トメントにはこれ以上の記述はない。⁽³³⁾

イ 当事者間に前提関係がある場合

情報伝達の当事者間に前提関係 (prior relationship) がある場合であって、情報伝達地が両当事者およびその行為と実質的な接点を有しないときは、最重要関係地は情報伝達地でなく、この前提関係が焦点をあてる地となるとされている。⁽³⁴⁾ リステイトメントにおいては、前提関係の例として夫婦関係が挙げられている。例えば、X州・国に住所を有する夫婦がY州・国で休暇を過ごしている間に妻が夫にY州・国で話し (情報伝達) をした場合、X州・国が情報伝達の最重要関係地であるというのである。⁽³⁵⁾

ウ 外国で情報伝達がされる場合

一九八八年改訂版では、最重要関係地法の決定に関する注釈 e の末尾に、「重要な関係の大部分が米国のある州 Xにあるけれども、情報の伝達は外国でされたという国際的な事件の場合、X州がおそらく最重要関係地になるであろう」という一文が挿入されている。これは、外国での情報伝達の場合における最重要関係地の決定の一例を紹介したものであるが、一三九条が米国の他州関係の事件だけでなく、国際関係の事件をも対象とするものであることも表している。確かに米国においては、州際的なデイスカヴァリの実施およびそこでの秘匿特権の取扱いに関心が集中するであろうが、外国で伝達された情報に対する秘匿特権が米国で実施されるデイスカヴァリにおいて問題になる事例もあり、それに対してリステイトメントの規律が妥当することの確認は重要であるだろう。⁽³⁶⁾

ここで関連して問題になるのは、証言録取などのデイスカヴァリが外国で行われる場合に、リステイトメントはどこまでそのような類型に対する自己の適用・妥当を想定しているかであるが、この点については 3 (5) で後述する。

(3) 秘匿特権が最重要関係地法上及ばないが法廷地法上及ぶ場合

ア 証拠の原則的許容

一三九条一項本文はまず、問題とされている情報の最重要関係地の法を基軸としつつ、秘匿特権がその法上認められていないならば、法廷地法上それが認められているとしても証拠の許容性を原則として認める、すなわち秘匿特権を原則として否定するルールを定める。適用されるべき法を選択して問題の結論をその法に委ねるのでなく、実質法的效果ないし結論を規則の効果として定める手法が採用されている点⁽³⁷⁾、および、法廷地法原則が大きく修正されている点で、非常に特徴的な定めとなっている。一三九条一項本文の規律内容の根拠としてリストメントは、最重要関係地法によって秘匿特権の認められない証拠を法廷地が排除すべき理由はほとんどあり得ず、これはたとえ当該証拠が法廷地法上秘匿特権を認められていても同じであるという⁽³⁸⁾。この根拠の実質的な基礎には、まず、①当事者の正当な期待を裏切らないこと、すなわち、本来当事者は最重要関係地法を頼みにしていたであろうから、最重要関係地法上秘匿特権が認められない証拠を許容することは当事者の期待を裏切ることにならないという考えがある⁽³⁹⁾。また、②実質的な利益を有する地はどこかの観点からリストメントは、最重要関係地が、当該情報という証拠に秘匿特権を与えるべきか否かについて実質的な利益を有し、もしこの地が当該証拠に秘匿特権を与えていないならば、この地の利益が害されることは、法廷地がこの証拠を許容したとしてもないことは明らかであろうと述べる⁽⁴⁰⁾。さらに実質的な基礎付けの最後として、③法廷地の利益の観点も掲げられる。すなわち、最重要関係地法上秘匿特権の認められない証拠の許容は、法廷地における「真実の発見」という法廷地の最善の利益に通常適うであろうとされている⁽⁴¹⁾。

イ 法廷地の強い公序を理由とする例外

しかしながら、一三九条一項ただし書は、証拠の許容が法廷地の強い法目的（公序）に反するような希な場合、例外的に証拠を許容しなくてもよいこと、すなわち秘匿特権が認められるべきことを定める。リスティメントはただし書に該当する可能性のある場合として、①法廷地が当事者および事件に対して実質的な関係を有する場合と、一層稀なケースとして、②たとえば法廷地が何らの実質的な関係も持たず、かつ、秘匿特権が最重要関係地において認められていない場合であっても、法廷地において非常に神聖であるがゆえに証拠としての採用が許されない情報（例えば、牧師と悔悟者の間のやりとりなど）に対する秘匿特権が問題となつておるときを例示する。ここで注意すべきは、ただし書による証拠の不許容のためには、法廷地の単なる法目的（公序）でなく、法廷地法の介入が一層根拠付けられる「強い」法目的（公序）の存在が必要とされ、これはあくまで「例外的」な扱いであることが強調されていることである。つまり、あくまで法廷地における真実発見の利益に原則的なウェイトが置かれているのである。

（４）秘匿特権が最重要関係地法上及ぶが法廷地法上及ばない場合

ア 証拠の原則的許容

一三九条二項は、最重要関係地法上秘匿特権が及ぶ場合であっても、法廷地法によって秘匿特権が及ばないのであれば、証拠は原則として許容されると定める。一項において基軸的な準拠法と目される最重要関係地法の位置づけは、ここでは結局、法廷地法と并列ないしはそれ以下である。リスティメントが、法選択規則の本来的理念である最重要関係地法の原則に対してこのように非常に重要な例外を設けている理由は、リスティメントにおいて

必ずしも明らかでない。

注釈dは確かに、①法廷地はその訴訟において正しい結論が導かれることを望んでおり、それゆえ、その法上秘匿特権の与えられていない全ての関連事実を開示することについて、強度の政策的利益を有するという⁽⁴⁸⁾。しかしながら同注釈は続けて、他方で、②当該情報が秘匿特権を与えられるべきか否かの決定について実質的な利益を有するのは、当該情報に最も重要な関係を有する地であること、③当事者の期待は、一定の陳述をしなければならぬか否か、または一定の情報が証拠として許容されるか否かを決する基準を最重要関係地法に求めるであらうことが、重要な考慮要素として存在するとも述べる⁽⁴⁹⁾。注釈dにおいて①と②③は並列的に述べられており、なぜに①の法廷地における真実発見の要請が②および③に優先すべきかについての合理的説明はリステイトメントにないのである⁽⁴⁹⁾。そうはいっても、一三九条二項本文は原則として証拠の許容性を認めることを明定しており、利益衡量の結果、一三九条一項本文（前述3（3）ア参照）でも表れているように法廷地の真実発見の利益をまずは優先させたと考えるしかない。

イ 特別な理由に基づく例外

以上の原則に対して一三九条は二項ただし書において、「証拠としての許容性を認める法廷地の法目的が実現されるべきでない特別な理由がある場合」、証拠としての許容性を認めない、すなわち秘匿特権を認めてよいとの考えを示す。ただし書の適用が認められるためには、「法廷地の法目的が実現されるべきでない特別な理由」のあることが必要であるが、その判断はどちらかというと、一三九条一項のただし書では法廷地の「強い」法目的（公序）が必要とされ例外性が強調されていたことと比較して、単純に柔軟な利益衡量によることが想定されているようである。そして、法廷地法上秘匿特権が与えられていないが最重要関係地法によれば秘匿特権が与えられている証拠

を許容すべきか否かを判断するに際して法廷地が考慮すべき諸要素として、①法廷地が当事者および事件と有する接点の数と性質、②当該証拠の相対的な重要性⁴⁶⁾、③問題となっている秘匿特権の種類⁴⁷⁾、④当事者に対する公正⁴⁸⁾が特に挙げられている。このうち④については、秘匿特権が訴訟当事者でない第三者に認められている場合、訴訟当事者におけるよりも一層、当該第三者の秘匿特権が認められる方向で検討されるべきとの注釈があることが注目される。

ウ 当事者間の公平を確保するための措置

最後に、この利益衡量の考慮要素において米国的と思われる示唆は、両当事者の平等な取扱いのために法廷地が必要な手段をとるべきことである。例えば、①法廷地は単純に秘匿特権を無視するかもしれない、また、②秘匿特権が及ぶと主張されている証拠が、秘匿特権が認められている地において収集されなければならない場合、法廷地は当該当事者に秘匿特権の放棄を求めるかもしれない、もしかしたらさらには、③当該当事者に対してある争点に関する別の証拠の提出を禁止したり、④極端な場合には訴えそのものを却下するといった威嚇により、当事者自身で当該証拠を獲得するよう求めるかもしれないということがリスティメントには記されている⁴⁹⁾。

(5) 証言録取

ア 序

証言録取 (deposition) に関する注釈 f は、一九八八年改訂によって新たに付け加えられたものであり、その唯一の実質的改訂部分である。ここでの問題意識は、デイスカヴァリの一手段である証言録取によって、秘匿特権が及ぶと主張されている証言が訴えの提起地 (すなわち事実審理地) の外において録取される場合に秘匿特権の有無

はどのように判断されるかである。⁽⁵¹⁾この場合には、①これまで法廷地として観念されてきて、最終的に証拠が利用されるところの事実審理地と、②実際に証言録取が実施される地が分離しており、また③最重要関係地がどこであるかも絡んで、前述の二三九条一項および二項の適用ないし秘匿特権の取扱いが微妙な困難・緊張をはらむことになるのである。

イ 証言録取実施地法上秘匿特権が及ぶ場合

注釈Ⅰではまず、証言録取実施地の裁判所は、その地の法上当該事項に秘匿特権が及ぶ場合であっても、そのことのみによつては証言録取において秘匿特権を認めるべきでないことが確認される。⁽⁵²⁾そして、この場合に当該裁判所がその属する地の法の定める秘匿特権を適用してもよいと考えられているのは、①当該地が最重要関係地でもあるとき、⁽⁵³⁾または、②そうでないとしても当事者および情報と実質的な関係を有するときである。⁽⁵⁴⁾これはリステイトメントにおいては、一三九条一項適用の一場面と捉えられているようである。

ウ 最重要関係地法、事実審理地法上秘匿特権が及ぶ場合

続いてリステイトメントは、①証拠が最重要関係地と事実審理地の双方の法で秘匿特権の対象となっている場合について述べる。この場合、証言録取実施地の裁判所は、その秘匿特権法の内容がどのようなものであるとしても、秘匿特権を認めて証拠の収集をすべきでない⁽⁵⁵⁾と明瞭に記されている。利害関係の大きい最重要関係地と事実審理地の双方の利益が情報の非開示で一致している結果を尊重すべきことで、問題はないと思われる。これに對して、②最重要関係地法では秘匿特権が認められているが、事実審理地法ではこれが認められない場合、証言録取地裁判所は、保護すべき実質的利益を有しないときは、当該証拠の収集が事実審理地において強い公序に反するために許容されないこと⁽⁵⁶⁾について十分な確信があれば格別、そうでないならば証言録取を認めるべきであるとされる。これは、

3 (3) イで前述した一三九条一項の趣旨を及ぼすものと解される。

他方、③最重要関係地法では秘匿特権が認められないが、事実審理地法ではこれが認められる場合は、一層難しい状況が顕れる。リステイトメントではこの場合、証言録取地の裁判所は、証拠の許容性を一三九条二項に関する注釈dに掲げられた諸要素(例えば、事件解決における当該証拠の必要性や代替証拠の有無など)⁽⁵⁷⁾の衡量に依拠させることもあり得るが、これは面倒な手続であろうと率直に述べられている。結論的にリステイトメントは、最重要関係地が当該事件の状況において秘匿特権の適用を維持すると証言録取地の裁判所が判断する場合を除いて、証言録取は実施されるべきであるという。これは、事実審理地における真実発見の利益を優先するものと考えられる。⁽⁵⁸⁾

工 問題が事実審理裁判所で提起された場合

一三九条には、設例 (Illustration) が七つ用意されている。⁽⁵⁹⁾ その中の設例五は、事実審理地ⅡX、証言録取地ⅡYという前提で被告法人の役員からの証言録取の可否を扱うが、秘匿特権がX法上及ばないけれどもY法上及ぶ場合において、秘匿特権の主張がXの裁判所でされたときに、Xの裁判所はこの主張をどのように扱うべきかという設例である。リステイトメントには詳しい説明はないが、事実審理裁判所が、他の地での証言録取の命令を出すことを当事者から求められたりした場合に、その判断の中で秘匿特権に関する法選択の問題が生じることもある。⁽⁶⁰⁾ この設例五は前述3 (5) ウの②に該当するケースであり、秘匿特権を認めないという強い公序をXが有し、かつ、秘匿特権を認めないことによつてこの強い公序が実現されることについてXが実質的な理由を有する場合を除いて、秘匿特権の主張はX裁判所において認められると結論されている。すなわち事実審理裁判所は、証言録取の命令を当事者に出してはならないということになる。

オ 外国における証言録取への適用

外国に居住する者の証言を外国裁判所への国際司法共助嘱託によって行う場合に関しては、条約上の規律という特別な考慮が必要となることは1で前述した。しかしながら米国のディスカヴァリにおいては、国際司法共助によらないで外国での証言録取（連邦民事訴訟規則二八条（b）⁽⁶¹⁾参照）などが行われるケースもある。外国における情報伝達に対する適用（前述3（2）ウ参照）と異なり、一三九条はこのような場合への自己の適用可能性を明示的に述べていない。しかしながら、証言録取地が米国の他州である場合に適用を限る理由はリステイトメントにおいて存しないと思われ、問題の性質からすれば適用を想定していると考えられる。⁽⁶²⁾

（6）批判的考察

ア 真実発見の要請の重視

一三九条は、米国抵触法革命の神髄とも言うべき関係地の法目的を考慮した方法論を前面に出す特筆すべき規則であるといえる。一項および二項は、いずれもその本文で証拠としての許容性を認めるという法的效果、すなわち秘匿特権は認められないという法的效果を原則とし、その効果を導く論理は単純に、法廷地法原則によるのでも（二項参照）、準拠法選択の基本理念である「最も重要な関係を有する地の法」の適用を持ち出すのでもない（二項参照）。秘匿特権の対象である望ましい信頼関係の保護の利益と、事実審理における真実発見の利益とを両端に置いて入念な利益衡量を行い、各種の利益の調和点を柔軟に考察する。その成果として、一項および二項を全体として理解すると、最終的には真実発見の要請という実質法的效果を重視するものとなっている。⁽⁶³⁾一三九条全体の規律内容について、準拠法選択の一般的な連結方法になぞらえて誤解を恐れずに言うと、証拠としての許容性を認める方向での、法廷地法と最重要関係地法の選択的適用の原則的採用とでもなるだろうか。

イ 一項と二項の基本的評価

結論として法廷地法の適用を否定する一項に関しては、手続法廷地法原則の立場からすると不満に感じられるかも知れない。しかしながら、結論に至る過程での当事者の期待と関係する地の利益の分析・衡量自体は、巧みで合理的なものと評価することができ、一概に不当であるとは言いい切れないであろう。⁶³これに対して、秘匿特権が最密接関係地法上認められるが法廷地法上認められない場合に秘匿特権を原則的に否定する二項本文の結論は、微妙なものを含んでいる。3(4)アで前述した通り、リステイトメントは「法廷地における真実発見の強い要請」を挙げるのみで、なぜ法廷地における真実発見の強い要請が最重要関係地の法目的に優先するかについての合理的説明がないのである。この意味で、二項の場面に關しては、基本的に利益衡量が重要になってくると考えられるが、それを現実に実行することは相応の困難を伴うと予想される。この利益衡量が具体的事例でどこまで実効的か、興味深いところである。⁶⁶

ウ フォーラム・ノン・コンビニエンスの法理による訴え却下

秘匿特権が最密接関係地法上認められるが法廷地法上認められないという二項の場面の処理に關してさらに注目されるのが、リステイトメントでは表だつて述べられていないが、秘匿特権を認めるか否かのレベルにおける利益衡量でなく、フォーラム・ノン・コンビニエンスの法理により訴え自体を却下する可能性が唱えられていることである。⁶⁶すなわち、法廷地が事件とあまり有意義な関連を有さないために最重要関係地法上の秘匿特権の適用を否定するまでに至らない場合、法廷地はこのままでは事実審理における真実の発見が困難であるということから、フォーラム・ノン・コンビニエンスの法理によつて訴えを却下する道を検討することも否定されないのである。このような事態は、当事者が特定の秘匿特権の適用を回避するために、あまり事件と関係を有しない法廷地で訴えを法廷地

漁りに提起する場合にも発生し得る。このようなケースへの対応の一方法として、フォーラム・ノン・コンビニエンスの法理の活用があり得るという示唆は、米国における国際訴訟のダイナミックな処理の一例として注目されるところである。⁶⁷⁾

Ⅱ 最重要関係地の決定基準

一三九条に関する別の批判点は、修正は行われる可能性があるものの、情報の伝達地を基本的な最重要関係地とする決定基準（前述3（2）ア参照）が若干形式的に過ぎないかということである。情報の伝達地が重要であることは理解できるが、当事者の国籍・住所など当事者とその地との関係、情報の内容・特徴・発生経緯など情報とそとの地との関係をもつと実質的に見て最重要関係地を決定する基準を立てる必要があるように思われる。この点、契約（一八八条）や不法行為（一四五条）などにおける最重要関係地の決定の指針として参照される六条が、一三九条では参照されていないのが気にかかるところである。情報の伝達地を形式的に重視して最重要関係地を決定すると、秘匿特権を広範に認める地で情報伝達すれば証言を回避できると考える当事者も出て来るであろう。そうすると、情報伝達地の最重要関係地としての実質が失われ、連結点としての適格が疑われることになりかねない。⁶⁸⁾

Ⅲ 証言録取における問題処理の複雑さ

証言録取の場面において、秘匿特権が及ぶか否かという実質法的効果の部分を中心に検討する方法論は、かなり複雑な問題処理を要求することになる。とりわけ証言録取地裁判所が、他の地における事実審理での証拠の必要性・代替証拠の有無などを一要素として全体の利益衡量を行う困難さは、リステイトメント自身も認めるところである。

4 結びに代えて

以上に考察したとおり、本稿においてはまず、抵触法第二リステイトメントが手続問題に関して法廷地法の原則的適用（一二二条）を定めた上で、秘匿特権については例外（一三八条ただし書）を認めることを確認した。そして、秘匿特権に関する例外的取扱いを定める一三九条について、結論的には、法廷地法と最重要関係地法のいずれかが証拠としての許容性を認めるならば、原則的に証拠として許容する、言い換えると、当該情報について秘匿特権を原則として認めないことを明らかにした。しかしながらこの条文は、その趣旨・目的や背後にある考え方を十分に検討した上でないと、真の理解は容易でないように思われる。例えば、最重要関係地法である情報伝達地法の適用に対する当事者の正当な期待の保護や法廷地における真実発見の必要性を検討してはじめて、たとえ法廷地法が秘匿特権を認めていても、最重要関係地法に従って証拠として許容するという一項の原則を理解することができると思われる。このように、本稿におけるこれまでの考察により、一三九条について明らかになった部分、とりわけ一項における証言拒絶権の取扱いなどその論証に共感できる部分は確かに存在する。しかしながら、最密接関係地法であるとされながらもその規律内容が達成されない結果を原則的に定める二項の論理および同項の定める利益衡量の実効性は、理解したとしてもにわかには首肯できないところといえ、このような部分のあることも確かである。

抵触法第二リステイトメント一三九条の分析により、法廷地法原則やそれを中心とした抵触法的規律の手法のみ

が国際民事訴訟における秘匿特権ないし証言拒絶権の問題を解決する方法では必ずしもないことを示した点では、本稿は、この問題に関する議論に注目を喚起するという意味で一定の意義があると思われる。⁽⁷⁰⁾しかしながら、議論の活発化のためには、引き続き、一三九条を適用した具体的な裁判事例を検討することが効果的であるだろう。また、連邦証拠規則五〇一条との関係についても検討が必要であると思われる一方で、他方、さらに米国においては、秘匿特権の準拠法の再検討の動きも見られるところである。⁽⁷¹⁾これらもあわせて将来の課題としてさらなる研究の深化を志す旨を述べて、結びに代えることとする。

(1) 日本民事訴訟法上のものであるが、証言拒絶権の一般的な理解について、早田尚貴「証言拒絶権」門口正人編集代表『民事証拠法大系第三巻』四七頁以下（青林書院、二〇〇三）参照。後述3（1）も参照。

(2) 民事裁判における証拠に関する国際司法共助の概念については、さしあたり多田望『国際民事証拠共助法の研究』六頁以下（大阪大学出版会、二〇〇〇）参照。ところで、同書において国際民事証拠共助の歴史として、紀元前一〇〇から二〇〇年のギリシャの碑文に記された事件を紹介したが（同書二〇頁）、以下の通り修正ないし補足をしたい。事件は、都市国家コス（Cos）島の市民二人が近隣の Calymna という村に相当の金銭を貸し付けたが、貸主の死亡から相当の期間経過した後、その相続人らが Calymna 村に対する支払の請求を、都市国家クニドス（Knidos）フランス語では Chide）の法廷において行う。Calymna 村が勝訴したものである。R. Dareste, B. Haussoulier & Th. Reinach, *Recueil des inscriptions juridiques grecques*, 164-165 (1965, originally published in 1891-1904). 法廷における手続の中で、証人尋問が必要となったが、クニドスの法廷に出廷できない証人（当時は、旅行できない者が多くいたためであろう）については、書面による質問を証人のもとに送り、これに回答させる形式での証人尋問が行われていた。Id. 173-175. そして、この形

式での証人尋問が Calymna 村で行われたのであるが、これを実施するための証人の宣誓や書面の封印などの手続について、細則が取り決められたのである。Id. 161, 163, 173-175.

(3) 民集六〇巻八号二六四七頁、判時一九五四号三四頁、判タ一二二八号一一四頁。なお、この平成一八年最決に対する国際民事訴訟法の観点からの評釈を公表する予定である。

(4) American Law Institute, *Restatement, Second, Conflict of Laws* (1971). 抵触法第二リステイトメントにおける法選択方法論一般に関しては、松岡博『国際私法における法選択規則構造論』二頁以下（有斐閣、一九八七）など参照。

(5) Eugen F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers & Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws*, 4th ed. 537-543 (2004) は、州際抵触 (interstate conflicts) と国際抵触 (international conflicts) を分け、前者ではリステイトメント、

後者ではハーグ証拠収集条約についての説明をし、最後に両者を比較するという手法がとられている。ただし、後注(36)参照。

(6) 証拠互助条約における証言拒絶権の特別規定は、いわゆるハーグ証拠収集条約二一条（受託国法と条件付きで嘱託国法と第三国法の適用を定める。多田・前注(2)一一九—一二〇頁参照）、米州証拠収集条約二二条（受託国法と条件付きで嘱託国法の適用を定める。多田望「米州証拠収集条約とその追加議定書について」熊本法学一一三号一六九頁（二〇〇八）参照）、EU証拠規則一四一条一項（受託構成国法と条件付きで嘱託構成国法の適用を定める。簡明な解説と条文翻訳として、『ヨーロッパ証拠法（民事又は商事事件における証拠収集に関するEU加盟各国の裁判所間の協力に関するEU規則（二〇〇一年五月二八日）について」判例タイムズ一一三四号四七頁（二〇〇四）参照）などがある。日本が加盟するいわゆるハーグ民訴条約には証言拒絶権についての特別規定がなく、一四一条一項により受託国法の原則に従うことになる。多田・前注(2)六八頁参照。

(7) 二国間取決めによる証拠共助について、外国裁判所ノ嘱託ニ因ル共助法三条は受託国である日本の法律によるべきことを定める。大阪高決昭和四八年七月一二日(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)および平成一年最決・前注(3)は、特に問題意識なく日本の民事訴訟法を適用する。これに対して、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』三二二頁(有斐閣、一九八七年)、多田望・前注(2)六九、七四頁などは嘱託国法などの適用可能性も示唆する(小杉丈夫「アメリカの『ディスカバリー』の日本での実施をめぐる問題点」高桑昭「道垣内正人」『新・裁判実務大系第三巻 国際民事訴訟法(財産法関係)』二四七頁(青林書院、二〇〇二)も同旨)。また、前述1で紹介した一連の司法共助事件の一つである東京地判平成一八年三月一四日判時一九二六号四二頁は、嘱託国法の適用を条件付きで認める余地のあることを述べた画期的判決である(ただし、結論的には当該事件について嘱託国法の適用を否定)。

(8) ドイツなどでは証言拒絶権について、法廷地法によるべきことが積極的に主張される。Haimo Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 4. Aufl. (2006), S. 242; Dagmar Coester-Waltjen, *Internationales Beweisrecht* (1983), S. 422. 後者については、櫻田嘉章「福永有利」『涉外訴訟における証拠・証明』ダクマー・ケスター「ヴァルティエン」著『国際証拠・証明法』の紹介——「判例タイムズ六一三号一四七一—一四八頁も参照。

(9) 澤木敬郎「判批」ジュリスト五七四号一二七頁(一九七四)、澤木敬郎「手続は法廷地法による」の原則について——国際民事訴訟法上の証拠を中心として——「立教法学」三卷五六、六一頁(一九七四年)など参照。

(10) 後述3(1)参照。

(11) 一三九条は一九八四年から一九八八年にかけた作業により改訂を受けたため、本稿では基本的に『抵触法第二リストイメント(一九八八年改訂)』(*Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions))一三九条を考察の対象とす

る。

(12) 第六章にはもう一つ第三節「外国通貨の換算」があり、第一四四条「外国通貨の内国通貨への換算時点」が定められている。

(13) *Restatement, Second, Conflict of Laws*, § 122, Comment a. については「手続は法廷地法による」の原則の根拠として日本で一般に言われるもの（例えば、櫻田嘉章『「手続は法廷地法による」の意義」澤木敬郎・秋場準一編『国際私法の争点（新版）』二一六頁参照）と基本的に矛盾しないと考えられる。

(14) *Restatement, Second, Conflict of Laws*, § 122, Comment a.

(15) 抵触法第二リステイメントにおいては、伝統的に支配的であった「手続」か「実体」かの二者択一的な法性決定による画一的な法廷地法適用の考え方は排除され（*Restatement, Second, Conflict of Laws*, § 122, Comment b.）この法性決定に関する先例の存在はあくまで考慮要素の一つにされるに過ぎない。その理由としてリステイメントは、このような法性決定自体に害はないが、「手続」か「実体」かを法性決定した先例の結論部分のみへの盲従が引き起こされ、本来重要であるはずの当該先例が性質決定をした理由がないがしろにされる傾向があったため、この弊害を除去して、直接に「法廷地法が適用されるべきか否か」の問題を問うことにしていると述べる。 *Ibid.*

(16) 抵触法第二リステイメントの考え方は基本的に、日本においても主張されている。よって、手続問題の準拠法の決定方法に関して、必ずしも抵触法第二リステイメントの考え方が特異であるとは言えないであろう。ただし米国に関して注意すべきことは、米国では合衆国憲法が、ある問題について手続と性質決定して自州法を適用する州の権限に一定の制限を課す場合があることである。この点は連邦制度を採用する米国の特殊事情である。 *See, Restatement, Second,*

Conflict of Laws, § 122, Comment c.

(17) 第A款「訴訟手続の実施に関する規則」では、州内・国内管轄（一二三条）、訴訟方式（一二四条）、当事者（一二五条）、訴状等の送達（一二六条）、訴答手続（一二七条）、相殺、反訴など（一二八条）、事実審理の方法（一二九条）、裁判所への服従の強制方法（一三〇条）、判決の執行（一三一条）、免除（一三二条）、証明責任（一三三条）、証拠提出責任（推定）（一三四条）、証拠の十分性（一三五条）、外国法の証明（一三六条）に関して個別の条文が定められている。

(18) なお第二節の残りの一つである第C款は、「他の価値を反映する規則」の標題のもとでいわゆる出訴期限法の問題を扱う。ただし、当初の第一四二条「法廷地の出訴期限法」および第一四三条「権利を妨げる外国の出訴期限法」は一九八八年の改訂版により大幅に改められ、一四二条「出訴期限法」のみの一ヶ条となっている。See, *Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions), § 142.

(19) 証人に関する一三七条は、「証人の証言能力及び証人の信用性に関する事情は、法廷地法による。」と定める。

(20) なお抵触法第一リステイトメントは、証拠の許容性について、五九七条において例外のない厳格な手続法廷地法原則を採用していた。このような第一リステイトメントの立場を批判し、後述する第二リステイトメント一三九条における修正を啓発した先駆的業績の「ひと」は、Jack B. Weinstein, *Recognition in the United States of the Privileges of Another Jurisdiction*, 56 Colum. L. Rev. 535 (1956) 参照。

(21) 完結した契約書（口頭証拠排除ルール）に関する第一四〇条は、「契約が書面により完結するか否かの問題およびそうである場合における完結の効果は、第一八七条から第一八八条までの規定に従って選択される地の法による」と定める。ここで参照されている一八七条および一八八条は、契約の準拠法について当事者自治および客観連結を定めたものである。これらについては、松岡博『アメリカ国際私法の基礎理論』二五頁以下（大阪大学出版会、二〇〇七）、松岡博『国際取引と国際私法』二〇五頁以下（晃洋書房、一九九三）参照。

- (22) 詐欺防止法に関する第一四一条は、「契約が法的拘束力を有するために書面によって作成されなければならないか否か、または書面によって証明されなければならないか否かの問題は、第一八七条から第一八八条までの規定に従って選択される法による」と定める。一八七条および一八八条については、前注(21)参照。
- (23) リース(一九一三—一九九〇)の功績について、Hans Smit, *In Memoriam - Willis Livingston Mesier Reese: Charles Evans Hughes Professor Emeritus of Law, former Director of the Parker School of Foreign and Comparative Law*, 91 Colum. L. Rev. 1 (1991) .
- (24) Willis L. M. Reese & Barry D. Leiwant, *Testimonial Privileges and Conflict of Laws*, 41 L. & Contemp. Prob. 85 (1977). この論文では、「X州・国に住所を有する原告が、Y州・国でのみ頒布された新聞紙上で被告である記者によって書かれた記事(被告はZ州・国で情報提供者に対してした取材をもとに記事を書いた)により名誉を毀損されたとしてX州・国で損害賠償の訴えを提起した」という事例(すなわち、法廷地=X、名誉毀損に基づく損害賠償請求権の成否という実体問題の準拠法所属地=Y、情報に最も重要な関係を有する地=Z)をもとに、問題の検討を進める形式がとられている。
- (25) ただし実質的な改訂は、証言録取に関する注釈fが最後に追加されたことであり(See, *Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions), § 139, Reporter's Note, *Change*)、基本的には当初の一九七一年版が妥当する。注釈fについては、後述3(5)参照。
- (26) リステイトメントにおいて「証拠として許容される」の語は、「ある秘匿特権を認めた上でまたは認めないで収集された証拠を、適法に収集されたものとして取り扱う」という評価規範的意味と、「これから行われる証拠収集において、ある秘匿特権は認められるべきでない」という行為規範的意味の双方を含むものとして用いられているようである。

(27) *See, Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions), § 139, Comment b. 秘匿特権の根拠については、他に偽証 (perjury) の回避や、各秘匿特権ごとに様々な主張があったが (例えば、弁護士＝依頼者間の秘匿特権に関して紳士としての義務など)、現在では結局のところその多くは妥当な点といわれる。See, Reese & Leiwant, *supra* note 24, 87-91. なお、リステイトメントでは根拠として「望ましい信頼」しか挙げられていないが、*Id.* 88はもう一つの根拠として、「プライバシーの保護」を指摘する。Reese & Leiwant, *supra* note 24論文における根拠論の展開は、証言拒絶権の種類に応じて根拠や関係する利益が異なることを十分に考慮していないとして、一九七一年の当初の二三九条を批判したSerk論文 (後注 (51) 参照) に応えたもののようである。

(28) *See, Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions), § 139, Comment b. なお、証言拒絶権の認められる範囲は各国の文化に応じてそれぞれ異なる例として、Bernard H. Oxman, *The Choice Between Direct Discovery and Other Means of Obtaining Evidence Abroad: The Impact of the Hague Evidence Convention*, 37 U. Miami L. Rev. 733, 768, n. 98 (1983) では、「証人カ主人トシテ仕フル者 (employer) ノ恥辱 (disgrace) ニ帰スヘキ事項ニ関スルトキ」に証言拒絶権が認められる平成八年改正前民訴法二八〇条三号が紹介されている。

(29) リステイトメントによると、「法廷地」とは、秘匿特権が認められないとした場合に情報の伝達行為をしなければならぬ地のことをいふ。See, *Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions), § 139, Comment b. 若干の含みはあるが、リステイトメントにおいてまずもって「法廷地」として具体的に念頭に置かれているのは、訴えが提起された地すなわち事実審理地 (the state of trial) である。なお、後述 3 (5) 参照。

(30) *Ibid.* の点。Reese & Leiwant, *supra* note 24, 85-86は直接に、論文の検討対象から自己帰罪拒否権を除外する。同論文はその脚注 (2) でさらに、営業秘密や投票の秘密、裁判官と陪審員間のやりとりおよび政府関係の機密情報も対

象から除外する。

- (31) *See, Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions), § 139, Comment *a*. なお、一九八八年の改訂により注釈 *a* に、「アメリカ対外関係法第三リステイメント第四二条注釈 *d* 参照」の一文が付け加えられている。同四四二条は外国国家強制にかかる開示の要求について合衆国法の規則を定め、注釈 *d* は、開示を免れる可能性のある特権事項の解説を行う。

- (32) *See, Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions), § 139, Comment *d*. 米国のデイスカヴァリでは、当事者がむしろ主たる対象である。

- (33) *Reese & Leiwant, supra note 24, 92-93* は、「情報の最重要関係地の決定について考慮されるべき事情を述べた先例はないとされ、リステイメントにある①～③の具体例への言及もない。ただ、複数の州に居住する複数の者の間で複数の情報伝達があったケース (*Hyde Constr. Co. v. Koehring Co., 455 F.2d 337 (5th Cir. 1972)*)」が紹介されるが、このようなあまり頻繁には起こらない問題は、現時点では個々の事例における事実関係に応じて解決するのが一番であると云ふ。 *Reese & Leiwant, supra note 24, 93, n. 30*.

- (34) *See, Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions), § 139, Comment *e*.

- (35) *Ibid.* ただし、この夫婦が Y 州・国で考慮に値すべき時間を過していた場合には、Y 州・国が最重要関係国になるときがあるかもしれないとされている。

- (36) ここで気になるのは、*Scotes, Hay, Borchers & Symeonides, supra note 5, 537-543* における州際抵触と国際抵触の分け方である。「州際」抵触の語からは、本文で述べたような、情報伝達が発行された外国でされたケースが含まれないように見えるのである。他方、同書の「国際」抵触では国際司法共助の場面が想定されており、情報伝達が発行された外国でされたケースを扱う

ものでもない。

(37) 法廷地法や情報伝達地法などにおいて秘匿特権が認められているか否かを比較・考慮しつつ、実質法的効果を中心に秘匿特権の抵触法的取扱いを判断する手法は、Weinstein, *supra* note 20, 556頁以下に見られるところである。なおこのような実質法的効果に着目した規律方法は、実は日本の国際民事訴訟法においても、外国人の訴訟能力に関する民事訴訟法三三条に見られるところである。

(38) See, *Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions), §139, Comment c. 44; Reese & Leiwant, *supra* note 24, 924. 事実審理地ないし法廷地は訴訟進行の方法や不必要な負担の回避について最も大きな利害関係を有するために自らの証拠法を通常適用するが、この趣旨は秘匿特権にはあてはまらないと率直に述べる。

(39) See, *Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions), §139, Comment c. 40, 52; Reese & Leiwant, *supra* note 24, 93-94. 当事者は法廷地が将来どこになるかを見越してその地の法の秘匿特権を信頼して行為することはできないであろうし、また、法廷地が他の地でされた情報伝達に法廷地法上の秘匿特権を与えなくても、そのことが法廷地で同種の情報伝達を行うことを将来控えさせることになるという悪影響もあり得ないであろうという。

(40) See, *Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions), §139, Comment c.

(41) *Ibid.* 法廷地と関連を有しない者によって法廷地外でされた情報伝達に法廷地法中の秘匿特権を認めても、法廷地が秘匿特権を認めた法目的（前注（24）の事例における取材源の秘匿特権についていうと、情報提供者を保護して情報提供を促進することによるX州・国における公衆の利益への奉仕）は達成されなくとも、Reese & Leiwant, *supra* note 24, 93-94では述べられている。法廷地法における秘匿特権の保護は法廷地内でされた情報の伝達に及ぶのが基本であり、法廷地外で行われた情報の伝達は本来同法の保護を受けないものであるとの視点が考慮されているようである。

(42) See, *Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions), § 139, Comment c. 本文②に関しては、当該情報伝達がこの地で行われようとする、その種の情報の開示はいつしても法廷地の観点からは許されない性質のものであることが必要であると述べられている。

(43) *Id.* Comment d.

(44) *Ibid.*

(45) Reese & Leivant, *supra* note 24, 96-97では、法廷地法の優先視を基本的に否定する立場が採用されているようであり、この点の食い違いは Scoles, Hay, Borchers & Symeonides, *supra* note 5, 538, n. 5 において指摘されている。

(46) リステイトメントによると、当該証拠によって証明される事実が事件の結果に影響を与えそうにない場合、また、その事実が他の方法により証明できる場合、法廷地は他の地の秘匿特権を認めて証拠を許容しない方向に傾くとされる。See, *Restatement, Second, Conflict of Laws* (1988 Revisions), § 139, Comment d. それでは、ある者の健康が争点になっている事件が例として挙げられ、その者の健康が他の許容し得る証拠で証明され得るならば、法廷地はこの者が他の地で医師に対してした陳述（当該他の地の法によれば秘匿特権が与えられている）について医師が証言するのを認めないかもしれないと述べられている。 *Ibid.*

(47) リステイトメントは、多くの国で十分に確立され承認されている秘匿特権や、法廷地法からみて、自州・国のものとは異なるが似ている秘匿特権は、許容され易い傾向があるという。 *Ibid.*

(48) リステイトメントでは、当事者が最重要関係地法における当該秘匿特権の存在を知っていて、それを信頼して情報伝達をしたような場合や、知っていなくても、最重要関係地でその種の情報が厳格に信頼的なものとして扱われているという事実に基づいて情報伝達をしたような場合であって、当事者が当該秘匿特権を援用するときには、法廷地は秘匿特権を許

容する方向に向かうであろうと述べられている。*Ibid.*

(49) *Ibid.*

(50) *Ibid.* 本文で述べたところは、域外的デイスカヴァリにおいて生じる問題を回避するための米国における一般的な裁判実務と概ね同じである。

(51) 証言録取における秘匿特権の問題性は、一九七一年の抵触法第二リスティメント発表後に Stewart E. Sterk, *Testimonial Privileges: An Analysis of Horizontal Choice of Law Problems*, 61 Minn. L. Rev. 461 (1977) に指摘され、Reese & Leiwant, *supra* note 24 はこの論文に答える形で公表された。そして、抵触法第二リスティメントの一九八八年改訂による注釈 f の加筆につながっている。

(52) リスティメントに理由は述べられていないが、Reese & Leiwant, *supra* note 24, 102 は、①望ましい信頼の保護という秘匿特権の趣旨は、何の関連も有しない証言録取地法の適用によって促進されない、②当事者は行為時に、証言録取地法上の秘匿特権の適用について期待をしていない、③この場合に証言録取を認めることが、将来における同種の情報伝達の妨げになるとは考えられない、という理由が挙げられている。大体において、一三九条一項本文に関して解説した前述 3 (3) アにおける理由づけと一致する。

(53) Reese & Leiwant, *supra* note 24, 103 によると、本文①の証言録取地が最重要関係地でもある場合、仮に証言録取地で秘匿特権が否定されれば、当該地の法が秘匿特権により保護を意図している信頼が損なわれ、また、当該地の法の適用に対する当事者の正当な信頼が失われることになるこのことである。

(54) 具体例としては、証言録取地法上記者の取材源秘匿特権が認められているところ、同地の居住者が記者に情報を証言録取地の隣の州・国（この地の法には取材源秘匿特権はない）で提供した場合、証言録取地法の適用は将来における当該地

の居住者一般の期待にも沿うところであり、秘匿特権の趣旨に適うことが挙げられる。See, *Reese & Leiwant, supra* note 24, 103.

(55) 前注(54)の具体例を参照。

(56) See also, *Reese & Leiwant, supra* note 24, 101.

(57) 前述3(4)イ参照。

(58) *Reese & Leiwant, supra* note 24, 102は、とりあえず証言録取を実施して、後の事実審理における証拠の許容性の問題は事実審理裁判所の判断に委ねるのが、最も実務的かつ迅速的であるという。

(59) 設例一および二は一三九条一項に関するもので、三から七は証言録取(注釈f)に関するものである。いずれも一三九条の基本的な適用を確認するものである。

(60) See, *Reese & Leiwant, supra* note 24, 99-100. なお設例六および七も同様に、事実審理裁判所で問題となる場面を扱う。

(61) 連邦民事訴訟規則二八条(b)は「外国において」という表題のもと、証言録取を外国で行う方法として、①条約によることのほか、②通知に基づくこと、③裁判所によって委任された者の面前において実施することを定める。

(62) *Reese & Leiwant, supra* note 24, 101は、証言録取のケースに関して、「州際(または国際)的な協力」(cooperation)に言及しており、証言録取地国への配慮を念頭に置いた国際的な協力が示唆されている。そうすると次には、国際司法共助事件自体に対するリステイトメント一三九条の適用・妥当性の問題も興味深い。この点については、Walter B. Stahn, *Discovery Under 28 U.S.C. §1782 For Foreign and International Proceedings*, 30 Va. J. Int'l L. 597, 636 (1990)が肯定的な素材として参考になるであろう。

(63) 同旨、春日偉知郎「証拠収集及び証拠調べにおける国際司法共助——執行管轄権の視点を交えて——」中野貞一郎先生古稀祝賀『判例民事訴訟法の理論（下）』四六八頁（有斐閣、一九九五年）。

(64) 法廷地は強い公序（法目的）がない限り（二三九条一項ただし書）その法を適用する利益を有さず、最重要関係地のみがその法中の秘匿特権を適用する利益を有するという見方をすれば、この場合はいわゆる「虚偽の抵触」のケースであると思われることができる。そうすると、その処理の観点からも結論の正当性の説明が可能となるであろう。

(65) 事案としては、弁護士依頼者間秘匿特権が問題となった *Ford Motor Co. v. Leggat*, 904 S.W.2d 643 (Tex. 1995) などがある。

(66) *Reese & Leiwant*, *supra* note 24, 96, 97.

(67) 日本の国際裁判管轄に関しても、特段の事情論との関係で類似の処理が必要となるケースがあり得るかも知れない。例えば、日本で裁判をすると証言拒絶権の準拠法上、争点に必要な証拠について証言拒絶権が認められるため真実の発見が全うできないと予測される場合に、裁判の適正が害されるという観点から日本の国際裁判管轄を認めるべきでない特段の事情があるとすべき状況も、まったくあり得ないとは言えないように思われる。

(68) 抵触法第二リスティメントにおける法選択の原則を定める六条については、松岡・前注（4）三頁以下、アメリカ抵触法リスティメント研究会「〈邦訳〉アメリカ抵触法第二リスティメント（一）」民商法雑誌七三巻五号六九二頁（一九七六）「川又良也」、廣江健司『アメリカ国際私法の研究』九二頁以下（国際書院、一九九四）など参照。

(69) 櫻田＝福永・前注（8）一四七頁も参照。

(70) 証言拒絶権の問題についての個別的検討の必要性を示唆するものとして、櫻田嘉章『国際私法〔第五版〕』三三五頁（有斐閣、二〇〇六）参照。

(71) 例えば前注(65)参照。

(72) 連邦証拠規則五〇一条は、「合衆国憲法が求めるところ又は連邦議会の制定法の規定若しくは最高裁判所が制定法に基づいて定めた規則に別段の定めがある場合を除き、証人、人、政府、州又はその下部組織の秘匿特権は、合衆国裁判所が理性及び経験に照らして解釈したところの普通法の原則による。ただし、民事の訴え及び手続においては、いかなる州の法が判断の基準を提供するかの問題に関する攻撃又は防御の要素に関しては、証人、人、政府、州又はその下部組織の秘匿特権は州法によって決定されるものとする。」と定める。

(73) 例えば弁護士依頼者間秘匿特権について Steven Bradford, *Conflict of Laws and the Attorney-Client Privilege: A Territorial Solution*, 52 U. Pitt. L. Rev. 909 (1991).