



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	フランスにおける Le droit a la preuve の観念
Author(s)	町村, 泰貴; MACHIMURA, Yasutaka
Citation	北大法学論集, 38(1), 93-191
Issue Date	1987-08-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16541
Type	departmental bulletin paper
File Information	38(1)_p93-191.pdf



フランスにおける

Le droit à la preuve の觀念

町村泰貴

目次

序	第一章 証明権の法的性質
第一節 概観	第二節 旧民訴法典の下での見解
第二節 新民訴法典の下での見解（手続権説）	第二章 証拠提出権
第一節 はじめに	第二節 有用性
第三節 認容性	第四節 まとめ

第三章 証拠獲得権

第一節 総説

第二節 旧民法典の下での証拠獲得権

第三節 新民訴法典の下での証拠獲得権

第四節 まとめ

結び

《引用文献略語》

(論説)

小島武司：「証拠保全の再構成」自由と正義二九巻四号二八頁

同：「当事者権の要としての証明権(上・中・下)」法学セミナー

一九七八年二月号八六頁、七九年一月号六四頁、二月号

六九頁

三井哲夫：「フランスに於ける民事訴訟の基本構造とその実態」(I・

II・III)『判例タイムズ』二二五号一〇三頁、二二六号二五五頁、

二二七号三八三頁

山本戸克己：「訴訟における当事者権」同『民事訴訟理論の基礎的研

究』五九頁

若林安雄：「フランス法における立証責任(序説)」判例タイムズ三三

四号一九頁

(条文翻訳)

法務大臣官房司法法制調査部(谷口安平他訳)『注釈フランス新民事訴

訟法典』

フランス民事訴訟法典翻訳委員会「フランス民事訴訟法典の翻訳」(

(法) (法協訳)

法務大臣官房司法法制調査部(稻本洋之助訳)『フランス民法典―家

族・相続関係』

同

(稻本訳)

『フランス民法典―物

権・債権関係』

同

(森下忠訳)『フランス刑法典』法務資料

三九四号

(フランス語文獻)

Bartin, E. : (Aubry et Rau) *Cours de droit civil* français, T. XII,

(1922)

Blanc, E. : *La nouvelle procédure civile* 1973,

Blanc, : *La preuve judiciaire*, (1974)

Daigre, J.-J. : *La production forcée des pièces dans la procès*

civil, (1979)

Demonlès, E. : L'action "ad exhibendum" en droit moderne, Essai

sur *le droit à la preuve*, Thèse Paris, (1922)

Esmein, P. : (Planiol et Ripert) *Traité pratique de droit civil*

français, 2^e éd, T. VII (1954)

Cézy, F. : Des droits sur les *Lettres Missives*, (1911)

Goubeaux, G. : *Le droit à la preuve*, in (Perelman et Fortiers éd.) *La*

preuve en droit, (1981) p. 277.

Goubeaux *et* Bier, Ph. : "preuve" ... Encyclopédie Dalloz, Ré-

pertoire de droit civil, 2^e éd. (1974)

Legouis, R. : Les *règles* de preuve en droit civil, (1955)

Marrad, C. : Le droit à la preuve, la production forcée des pièces en justice, J. C. P. 1973. I. 2572.

Marty, G. et Raynaud, P. : Droit civil, T. I, (1956)

Perrot, R. : (Beudant et Lerebours-Pigeonniere) Cours de droit civil français, T. IX. (1953)

Solus, H. : Rôle du juge dans l'administration de la preuve, in Travaux de l'Association H. Capitant, 1949, T. V. (1950) p. 128.

Vincent, J. : Procédure civile, 20^e éd. (1981)

序

1. 本稿はフランス法における《le droit à la preuve》の観念を紹介することを目的としている。

この《le droit à la preuve》という言葉は、これまで我が国にほとんど紹介されなかったが、フランスの民事証拠法においてこの観念は「証明責任」《la charge de la preuve》とならぶ証拠法総論の基本的概念であるので、フランス証拠法を理解するためには、この《le droit à la preuve》の観念を理解しておく必要がある。

ところで我が国においても小島教授により「当事者権の要と

しての証明権⁽²⁾」が唱えられている。小島教授のいう「証明権」とフランスにおける《le droit à la preuve》とはもとより別個の概念だが、その内容はかなり重なり合うところが多く、我が国における「証明権」の在り方を考える上でも、フランスの議論を参照することに意義があるということができる。その際どのような視点からフランスの議論を検討するのかをはっきりさせるためには、我が国で「証明権」が提唱されるに至った問題状況をふまえておく必要がある。

2. 小島教授が「証明権」を提唱するに至った背景には、小島教授自身論文で述べられているように、近時のいわゆる現代型訴訟を契機とした証拠法に関する活発な議論状況がある。この現代型訴訟という概念は、用いられる文脈によりその意味も異なる曖昧な概念であるが、一般的には公害・環境訴訟、薬害・医療過誤訴訟、あるいは消費者訴訟などを指し、証拠法との関係では、高度に発達した専門化した科学技術上の争点を含むため事実認定に困難をきたすとともに、当事者間の経済的な格差または立場の違いから事案解明に必要な証拠・資料が当事者間に偏って存在している点が大きな特徴とされている⁽⁵⁾。

もともと当事者間に力の格差があることを前提としている刑事訴訟と異なり、対等な二当事者間の争いを予定する民事訴訟

は形式的な武器平等の原則を保障するにとどまるので、このような「構造的証拠偏在」という状況の下では著しい実質的不平等が顕在化する。そこでこの実質的不平等等を是正するための試みが学説・判例において展開されてきた。

まず、公害紛争を契機として、事実認定に必要な証明度を引き下げ、蓋然性の程度ないし証拠の優越で足りるとする説が主張された⁽⁶⁾。証明度をめぐる議論は古くからなされてきたが、ここでは公害訴訟における因果関係の立証をめぐって、「加害企業と被害者の間には社会的経済的地位に大きな格差があるから、因果関係の立証について被害者側の負担を軽くし、因果関係の存否不明の不利を企業側に負わしめるのが公平に合する」⁽⁷⁾との実質的考慮に基づいている。また、石田穰助教の問題提起⁽⁸⁾に端を発した証明責任論争においても、議論の焦点は証明責任分配の理論的側面に向けられていたが、その背後には、従来の通説であった法律要件分類説の下では証拠の偏在に対処しえないという問題意識があった⁽⁹⁾。

もともと証明責任をめぐる議論は、その激しさにも拘わらず、個々の証明責任分配の結論ではほとんど差異がなく⁽¹⁰⁾、議論の焦点は真偽不明の場合の処理よりもむしろ「証明責任以前」⁽¹¹⁾、すなわち真偽不明に至る以前の訴訟追行過程の規律へと移っていつ

たということができよう。具体的には文書提出義務、証拠保全などの拡張的適用による相手方当事者ないし訴外第三者からの証拠資料の獲得が判例を通じて開かれ、学説上もこれを支持する方向で論じられている⁽¹²⁾。あるいは裁判官の心証形成過程の問題として論じられてきた「一応の推定」ないし「表見証明」が事実上の証明の必要を意味するにとどまらず、規範的な意味での反証提出責任を導くものであると指摘され⁽¹³⁾、さらには鑑定をめぐる諸問題⁽¹⁴⁾、証言拒否特権の問題などが注目されている。

これらの各論的な諸論点と関連するが、いわば横断的な論点として、模索的証明の許容性⁽¹⁵⁾、証明妨害なども、主としてドイツの学説・判例の展開に依拠して論じられている。

さらに最近ドイツにおいてシュトルナーが、以上の諸議論を総合する形で、当事者の事案解明義務 Aufklärungspflicht を提唱するに至り、我が国においても春日助教教授を中心としてその紹介および導入が検討されている⁽¹⁶⁾。ここではその詳細を検討する余裕はないが、要するに、従来証明責任が弁論主義のプリズムを通じて発現すると説明されてきた主張責任・証拠提出責任による事実上の訴訟追行の規律に拠るのではなく、真実発見の要請と信義則を基礎とした訴訟追行の規範を定立しようとするものであり、またその妥当領域も、証拠法の中にはとどまら

ず、「①具体的な事実の主張責任のレベルと、②証明あるいは証拠提出責任のレベルの双方で発現するほか、更に、③訴訟前の証拠蒐集の過程においても発現し、作用する⁽²⁰⁾」とされている⁽²¹⁾。

他方我が国におけるいわゆる「第三の波」説の立場から、事案解明義務説とは異なる当事者の行為責任の定立が唱えられている⁽²²⁾。そこでは訴訟内外を通じて妥当すべき「交渉ルール」を基礎として主張立証の行為責任分配（役割分配）がなされるべきであるとし、証拠保全や文書提出義務の要件効果についても同様の役割分配から考えていくべきだとされている⁽²³⁾。さらにこの立場においては、真偽不明となった場合にどのような裁判をなすべきかは各当事者それぞれの行為責任の不履行を根拠にして決するので、両当事者ともその行為責任を尽くしたならば帰責の根拠を失い、一種のノン・リケット判決が考えられてよいとされている⁽²⁴⁾。

以上のような議論状況の下で小島教授は、山木戸教授の提唱にかかる「当事者権⁽²⁵⁾」に基づいて、「当事者権の中枢的内容の一つに、証明権がある。民事訴訟において当事者に主体的地位を認めなければならないとすれば、しばしば訴訟の帰趨を決定する証明の場面において当事者の権利を承認しなければならぬ。法廷において、当事者は、自己の権利を証明する合理的なチャ

ンスを保障されなければならない。証明のチャンスを与えることなくして、裁判を受ける権利を保障しても、その権利は、空虚な形骸にすぎないものとなる。憲法第三七条二項は、『刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を充分に与えられ、又、公費で自己のために強制的手続により証人を求める権利を有する』と規定しているが、これは、直接には刑事手続を対象とするものの、裁判手続における基本原則の表現であり、民事訴訟においても証明の手段が合理的な範囲で保障されなければならないはずである⁽²⁶⁾」と指摘される。要するに小島教授にあっては、現代型訴訟によつて顕在化した証拠偏在という問題状況の中で、最終的な真偽不明を証明責任分配によつて解決することを前提とした訴訟手続がその正当性を維持するためには、真偽不明に至る以前の証明プロセスの中で、当事者が主体的に関与する手段を「合理的範囲で」「実質的に」保障しなければならぬという基本的問題関心が、その出発点にあり、そうした価値理念から証明プロセス全体についての見直しをしていくということができよう⁽²⁷⁾。

3. もっともこうした問題関心は現代型訴訟における特殊性にのみ関わるものでは必ずしもなく、伝統的な事件類型についても妥当すべきものである。

構造的証拠偏在という問題状況それ自体は、確かに近時の現代型訴訟の登場によってクローズアップされたものだが、個々的には伝統的な事件類型にも存在したし、証明責任分配に関する通説においても、一定の場合にはこれを考慮していた。⁽²⁸⁾ また小島教授も指摘されているように、「立証のチャンスを与えずして証明失敗の責任を問うのは不正であるとの的確な認識」⁽²⁹⁾に基づいて、いわゆる「唯一の証拠」法理が展開されてきた。さらに、当事者の証明する権利という発想自体も、フランス法と同様に証拠法の一部を民法典に規定したことについてのポアソナードの説明⁽³⁰⁾およびその影響を受けた当時の概説書⁽³¹⁾にすでに見られた。

このように「証明権」が時代を越えて妥当し得るものであるとすればフランス法における《le droit a la preuve》の紹介においても、我が国の現代型訴訟に相当する事件類型（例えば医事紛争、公害事件など）に限ることは適当ではなく、全体をふまえて紹介する必要がある。《le droit a la preuve》の意義を特殊な事件類型の中でのみ理解するのではなく、通常の事件の中で理解することによってはじめてその実践的意義を十分に明らかにすることができると思われる。⁽³²⁾

また小島教授にあつては、「証明権」という権利が「当事者権

の中核的内容の一つ」とされ、「裁判を受ける権利」に由来するものとされているが、それが実定私法秩序の中でどのような地位を占めるのかは必ずしも明らかでないように思われる。むしろ解釈に際しての指導理念として、いわばスローガンとして提唱されているようにも見える。しかし、「証明権」の実定法上の性格を考えておくこと、とくにそれが実体法上の権利として見られるのか手続法に帰属するのかは、国際民事訴訟における証拠法との関連で重要となりうるし、「証明権」という概念の在り方を考える上でも、「証明権」の権利としての性格を検討しておく必要があると思われる。⁽³⁴⁾

4. 以上のような観点からフランス法の紹介をなすに当たり、まず《le droit a la preuve》がいかなる性質の概念として位置付けられているかを検討する（第一章）。次いで《le droit a la preuve》の内容について若干詳しく見ていくこととするが、後に述べるようにフランスではその内容を証拠提出の局面と証拠獲得の局面とに分けて論じられているので、本稿でもこれに従い、まず証拠提出権を検討し（第二章）、次いで証拠獲得権を検討する（第三章）。

ところで《le droit a la preuve》の訳語について述べておく。従来この言葉は「證據申出権」⁽³⁵⁾、「証拠提出権」⁽³⁶⁾などと訳されて

きたが、もともとは「証拠（証明）に対する権利」の意味であり、その下で論じられている内容も、証拠提出の権利には限られない。上で挙げた証拠獲得権の他に、証拠保全や職権証拠調べについても、《le droit à la preuve》の具体的保障として論じられるほど広い概念であるので、小島教授の提唱された「証明権」を《le droit à la preuve》の訳語として充てるのが適当と思われる。そこで以下では単に証明権と訳すこととする。

なお、使用した文献のうち、特に頻繁に使用したものは、前掲の文献目録に傍線を付した部分のみを記して引用する。その他の略号は一般の慣用に従う。また、フランス法の条文については同じく目録に掲げた翻訳によることを原則とするが、あえて私訳をたてたものについては、その旨を記す。

- (1) わずかに現代外国法典叢書「佛蘭西民法Ⅲ」二五七頁（小野木）、若林安雄「フランス法における立証責任（序説）」判例タイムズ三三四号二頁、二五頁、谷口他訳「注釈フランス新民事訴訟法典」二七頁に短い説明がある。
- (2) 小島武司「当事者権の要としての証明権（上・中・下）」法学セミナー一九七八年二月号八六頁、七九年一月号六四頁、二月号六九頁、同「証拠保全の再構成」自由と正義二九卷四号二八頁。

(3) 小島・前掲各論文。

- (4) 例えば田中成明教授は「裁判による法形成に対する訴訟関係者の期待・関心が大きく、しかも、裁判による法形成がこれらの問題領域における紛争解決・政策形成過程全体のなかで重要な役割を現に果たしていること」を現代型訴訟の中心の特徴とされる。田中成明「裁判による法形成」新実務民事訴訟講座一卷四九頁。同様にこの法政策形成機能を中心に考えるものとして、小島武司「公共訴訟」の理論」民事訴訟雑誌二三号一頁、平井宣雄「現代不法行為理論の一展望」六六頁以下。

これに対して納谷教授は、「現代型訴訟という言葉は、法律用語というよりむしろ、マスコミ用語に近いものであ（るが）、・・・公害訴訟、環境訴訟、消費者訴訟および医療過誤訴訟などの訴訟を総称的に把握した観念である」という。これらの訴訟は現代社会が新たに生み出した法的紛争の訴訟であり、その解決のためには伝統的な民事訴訟理論だけでは不十分であるとの問題認識を惹きさせた点では、共通性を有している」とされ、伝統的訴訟形態と対比して「現代型訴訟は、主として不法行為またはこれと契約の交錯する分野での紛争を対象とする訴訟であり、しかもその紛争は多くの場合、複雑化・専門化・巨大化の現象を帯びている。そのうえ、紛争の当事者間には強者と弱者という実質的に不平等な関係に加

えて、証拠の偏在化という問題が存在している」と述べられる。中野貞一郎編『現代民事訴訟法入門』第四章（納分）一二七頁以下。ほぼ同旨、小島武司編著『民事訴訟法一〇〇講』第六講（上原）二七頁以下。

(5) 中野・前掲書（注4）

(6) 主に民法学者により提唱された。ここではその主なものを挙げる。加藤一郎編『公害法の生成と展開』二九頁、徳本鎮「鉅害賠償における因果関係」法政二七卷二（四号五九頁）、同「公害の民事的救済と因果関係」法政三六卷二（六号二〇四頁）、東孝行「公害訴訟の理論と実務」一七六頁以下。

(7) 森島昭夫「公害責任……その一」『演習民法（債権）』（青林）四六一頁。

(8) 石田穰『民法と民事訴訟法の交錯』三頁以下。

(9) ドイツにおいて規範説に対する批判が生じたのはまさにこうした問題意識の下であった。シュバープ（石川明訳）「最近の立証責任論が規範説から乖離した点について」同訳『ドイツ手続法の諸問題』四三頁。また石田助教授もこのことを述べられている。石田・前掲書（注8）三頁。

(10) 石田説と通説が結論を異にする点は医療過誤訴訟における過失（不相当行為）と因果関係について見られる。石田穰『証拠法の再構成』二〇〇頁以下。すなわち通説

は一般の不法行為と同様どちらも患者側が証明責任を負うとするのに対し、石田助教授はどちらも医師側に証明責任を負わせている。通説側では村上判事が表見証明または証拠提出責任の操作で救済されるとして、一般原則を変更する理由はないと説く。『証明責任の研究』二〇四頁。

(11) 小島・前掲論文（注2）（証明権・上）八八頁。なお、

倉田判事の次のような指摘は重要である。「実務における証明責任の意義は、その訴訟追行局面における機能にある。証明責任の本質は、通説によれば、客観的証明責任すなわち確定責任にあるとされる。これは裁判官が審理を終結したとき、ある主要事実の存否について真偽不明の心証を持つことを前提とするが、そのような事態は実際は稀であつて、百件に一つ、いな千件に一つである。しかしその客観的証明責任が両当事者に分配されることによって主観的証明責任（それが兼子説のように客観的証明責任の反射に過ぎぬものか、それとも三ヶ月説のように弁論主義の下で独自の存在意義を持つのかはここでは措くとして）を生じ、更に主張責任の分配をも支えるからこそ、実務は（客観的）証明責任を重視するのである。証明責任の分配が訴訟の脊樫に譬えられる所以だ。そして、ある要件事実が訴状に書かれなければならないのかどうか、抗弁に何と何を書くのか、それについて、

- 両当事者及び裁判官の間に共通の理解が存在しなかったら、およそ民事訴訟の土俵は成立しない。」倉田卓次「書評」民商法雑誌八三卷六号一〇六二頁。
- (12) 文書提出命令の判例についてはさしあたり、竹下守夫『野村秀敏「民事訴訟における文書提出命令(一)(二)」判例時報七九八号一一六頁、八〇四号一一六頁参照。証拠保全についてはさしあたり、大竹たかし「提訴前の証拠保全実施上の諸問題：改ざんのおそれを保全事由とするカルテ等の証拠保全を中心として」判例タイムズ三六一号七四頁参照。
- (13) 前注掲記各文献の外、本間義信「文書提出義務」吉川追悼論集『手続法の理論と実践・下』一九一頁、高見進「証拠保全の機能」講座民事訴訟五卷三二二頁、およびそれらに引用された諸文献参照。
- (14) 太田勝造「裁判における証明論の基礎」第七章一九一頁以下参照。
- (15) 梅善夫「科学裁判と鑑定」講座民事訴訟五卷二四七頁およびそこに引用された諸文献参照。
- (16) 伊藤真「違法収集証拠・証言拒絶権」井上治典他「これからの民事訴訟法」一七一頁以下およびそこに引用された諸文献参照。
- (17) 佐上善和「民事訴訟における模索的証明について」民商七八卷臨増『法と権利』三二〇一頁参照。
- (18) 渡辺武文「証拠に関する当事者行為の規律」講座民事訴訟五卷一五九頁およびそこに引用された諸文献参照。
- (19) Stürner, R.: Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (1978) その紹介として佐上善和「紹介」民事訴訟雑誌二四号二三八頁。なお、ペーター・アーレンス、三上訳「民事訴訟における証明責任を負わない当事者の解明義務について」民事訴訟雑誌二九号五七頁参照。
- (20) 春日偉知郎「証拠の蒐集および提出過程における当事者行為の規律」民事訴訟雑誌二八号八三頁。
- (21) なお、この外に石田助教教授は同じくシュトルナーに依拠しつつ独自の訴訟追行過程における真実解明義務を提唱されている。石田穰・前掲書(注10)二二五頁。
- (22) 佐上善和「立証責任の意義と機能」井上・前掲書(注16)一三九頁。なおこうした立場から積極的に議論するものとして、竜寄喜助「証明責任の分配」講座民事訴訟五卷八九頁、佐藤彰一「立証責任論における行為責任の台頭と客観的立証責任概念の意義」立命館法学一六五一一六六号五九二頁。
- (23) 特に佐藤彰一「文書提出命令」講座民事訴訟五卷二七一頁。
- (24) 前掲文献(注22)参照。ただし竜寄教授は「少なくとも裁判を拒否できないという現行の訴訟制度は是認せ

ざるをえない」として、移送、回避、和解、価値判断による裁判等を提案されている。

- (25) 山木戸克己「訴訟における当事者権」同『民事訴訟理論の基礎的研究』五九頁以下。

- (26) 小島・前掲論文(注2)(証明権・上) 八八頁。

- (27) なお、当事者の主体性の認識については、別の角度から山戸教授も次のように指摘されている。「このように訴訟上当事者の権利義務を認めることの意義は重要である。ただし、訴訟現象を権利義務の關係すなわち「法律關係」として把握することは、訴訟制度に対する一つの価値評価をもつて臨むものであるからである、(中略)。

そしてその価値評価は、訴訟をその公正を保障し合目的性ないし合理性を確保するため法的に規律されている私人の利益追求の場もしくは訴訟主体間の角逐の關係としてみるもの、というのが正当であろう。」山木戸・前掲書(注25) 六一頁。

- (28) 例えば準消費貸借における旧債務の存在について、村上・前掲書(注10) 一八二頁以下参照。その他「一応の推定」の理論や間接反証の理論が問題となる局面では証拠偏在またはそれと類似の状況があったといつてよいであらう。

- (29) 小島・前掲論文(注2)(証明権・下) 六九頁。

- (30) 旧民法に証拠編を置くことの理由を問われたボアソナ

ードは次のように答えている。

「民法ニハ權利ノ有無ヲ定メ、民事訴訟法ニハ其權利ヲ行用スルノ手続ヲ定ムヘキハ、固ヨリ当然ノコトナリト雖モ、証拠ノ有無ハ一概ニ手続ニ属スルモノト云フ可カラス。又權利ノ有無ニ関スルコトアリ。民法ニハ其權利ニ関スル規定ヲ掲ケ、民事訴訟法ニハ証拠ヲ挙クルノ手続ニ関スル規定ヲ掲ケ、一概论ニ之ヲ民事訴訟法ニ譲ラントスルハ、抑モ誤レリ。証拠ニ関シテ云フ所ノ權利ハ、証拠提出ノ方式ニ対スル語ニシテ彼ノ財産ヲ組成スル權利ト同シカラス。証拠ニ関シテ云フ所ノ權利ハ即チ証拠ニ関スル權利ナリ。例ヘハ人証ニ拠リ書証ニ拠リ、又ハ推定ニ拠リ証拠ヲ挙クルノ權ハ、財産ニ非スト雖モ亦財産權ト同シク重要ナルモノナリ。故ニ之ヲ規定スルハ民法ニ於テスヘク、只此權利ヲ運用スルノ手続ヲ訴訟法ニ規定スヘシ。(以下略)」ボアソナード先生断案・森順正纂訳『民法辨疑』四五二頁(宗文館書店による復刻版による。)

- (31) 挙証責任についての説明で、形式的証拠制度においては証明を一方当事者にのみ許して他方に許さないため、「証明ハ当事者ノ一方ニ禁シ一方ニ与ヘラレタル特權」であるが、実質的証拠制度においては「当事者双方ハ等シク其主張ヲ為シ又等シク之ヲ証明スルノ權ヲ有シ又等シク此權ヲ行フコトヲ得。然レトモ当事者カ此權ヲ行ウト

否トハ各々有スル所ノ利益如何ニ關係シ攻撃者カ裁判官ヲシテ其主張ノ真実ヲ認定セシメント欲セハ此權ヲ行使シテ其主張ノ真実ヲ証明スルコトヲ要シ被攻撃者ハ攻撃者ニ於テ之ヲ証明セサル以上ハ単ニ攻撃者ノ主張ヲ否定スルノミヲ以テ足レリトスレトモ攻撃者ニシテ之ヲ証明スルノ恐レアルトキニ於テ始メテ其証明權ヲ使用スルノ便宜ヲ感スヘシ。而シテ斯ノ如ク自己ノ利益ヲ保護スル為メ証明權ヲ行使スルノ必要ヲ生スルトキハ其責任ヲ稱シテ举证ノ責任ト謂フ」との叙述がなされている。江木衷『民事訴訟原論』（明治二六年）三四五頁以下。

(32) 佐上教授は、当事者權という概念が民事訴訟の領域で有する実践的意義について「当事者が手続主体として手続の各段階でいかなる地位と権限を有し、現実にごまごまこれを行使しえたかという要素を、手続の結果に反映させることを、当事者權を中心として再構成していく」点にあるとされた。佐上善和「当事者權という概念の効用」法学教室（第二期）五号一四八頁。これはそのまま「証明權」にも当てはまるであろう。

(33) この点については本稿を土台とした今後の研究課題である。さしあたり、Nagel, H.: Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess, (1967), 特にss. 441 ff. 参照。フランスにおいてこの問題を論じているものとして Huet, A.: Les conflits de lois en matière

de preuve, (1965)

(34) なお、手続法と実体法との法領域の違いが違法収集証拠排除に関する法律構成に影響する点について、森勇民事訴訟における違法収集証拠の取扱い」判例タイムズ五〇七号（季刊民事法研究4）一八頁参照。

(35) 外国法典叢書・前掲（注1）

(36) 谷口他訳・前掲（注1）

第一章 証明權の法的性質

第一節 概観

フランスにおける証明權《le droit à la preuve》は、法文上の概念ではなく、学説の用いている概念である。この概念を用いてまとまった論述を行っている最初の文献は、筆者の知る限り、科学学派Ecole scientifiqueの代表論者として有名なフランソワ・ジェニイ François Geny のモノグラフ⁽¹⁾である。詳細は後に見るが、そこでは手紙を書証として利用できるかという問題に関連して証明權が取り上げられ、人格權に属する実体法上の權利とらえられている。そして自ら所持する手紙のみ

ならず他人の所持する手紙についても証明権を根拠として利用できると考えている点で、以後論じられる証明権の法的性質や内容の原型が概ね出来上がっていたようである。

その後、レネ・ドゥモング René Demogue⁽²⁾が証明妨害を証明権の侵害であると論じたが、そのドゥモングの弟子であったエミール・ドゥモンテ Emile Demontès⁽³⁾がジェニイの見解に依拠しながらも、さらに踏み込んだ内容をこれに与え、とくに他人の所持する証拠の提出強制を中心に論じるテーゼを発表した。また、概説書等⁽⁴⁾では少なくとも講学上の概念として定着したといふことができる。

他方証明権の実定的性質を否定する見解も存在した。主にジャン・カルボニエ Jean Carbonnier⁽⁵⁾やエルヴァン・ル・ガル Erwan Le Gall⁽⁶⁾が論じていたが、その内容は後に見るように証明権を否定することに主眼があったというよりも、証拠獲得の法律構成についてより直截な方向で論じるものであった。

一九七〇年代前半にフランスの民事訴訟法典が全面的に改正された際、旧法典で争いのあった証拠提出強制について明文規定が設けられ、証明権をめぐる問題状況も一変した。そうした背景の下で、グボー Goubeaux は証明権を新民訴法典に根拠を有する権利として新たに構成し直した⁽⁷⁾。そこではフランスにお

ける訴権 Action en justice についてのモトウルスキーの見解との関連や新民訴法典の性格との関係等について問題があると思われる。

そこで次節以下ではこうした学説の流れに沿って、証明権概念の法的な性格についての議論を取り上げる。

(1) GénY: Lettres missives. なお、前述したように、ボアソナードは証拠を提出する権利について述べており、そこから想像すればジェニイ以前から証明権について言及されていたと考えられるが、ジェニイもジェニイの他の論者もそれ以前の文献を引用していない。

(2) Demogue: "observation" Rev. trim. dr. civ. 1921, p. 740.

(3) Demontès: Le droit à la preuve.

(4) Esmein: Traité, Nos. 1411 et s.; Perrot: Cours, Nos. 1167 et s.; M. et R.: Droit civil, Nos. 217 et s.

(5) Carbonnier, J.: "Note" sous Cass. civ., 25 juill. 1949, D. 1949, J. 585.

(6) Le Gall, E.: Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés, Thèse Dactyl. Paris, 1967.

(7) Goubeaux: Le droit à la preuve.

第二節 旧民訴法典の下での見解

一、ジェニイの見解

1. ジェニイが証明権について論じているモノグラフィ⁽¹⁾は、先にも述べたが、手紙に関して生じる法律関係を論じるものである。⁽²⁾手紙を裁判上書証として用いることについて当時の学説は、「手紙についての諸権利、特に所有権と秘匿権とを組み合わせ、両立させ、それらの各々を尊重するために当該の手紙の性質、すなわち親展の手紙であるか否かを十分に考慮する」というアプローチによって、一般に極めて限定的にしか証拠として利用する途を認めなかった。これに対してジェニイは、従来のアプローチでは手紙が裁判上証拠として提出されることによってもたらされる利益をすべて考慮することができず、証明権に特有の個性を見失うことになると批判し、手紙に関する一般的な権能とは別に、それと切り離して証明権それ自体を定立して検討するよう主張している。^(N. 115)そしてこのような証明権は手紙に特有なものではなく、あらゆる書類に関して同様に認められ、ただ手紙についてはその利用を妨げるのできる権利（例えば秘匿権）との衝突を考慮しなければならないにすぎないという。^(N. 184)

2. こうした前提の下で、ジェニイは証明権を人格権 *droit de personnalité* の一つであると位置付けている。

ジェニイによれば、この人格権というカテゴリーはドイツの学説⁽³⁾により展開されたもので、「人間自身が社会において存在し発展する条件を確保することを対象とする権利」と定義される。フランスではその保護が行政や刑事法によってなされ、また特殊な財産権（例えば無体財産権）として独立させられたものも多く、通常は強調されないが、なお個別化されず人格権一般に基礎付けられねばならない権利があるという。例えば生命身体の不可侵権や職業活動の自由権、その他一切の公的な個人権利が挙げられる。そしてこの一般的人格権の保障は、特定の保護立法が存在しない場合、不法行為に基づく損害賠償請求権（民法典第一三八二条、第一三八三条）を通じてなされる。^(N. 88)

以上的人格権についての説明は、直接には手紙の秘匿権を人格権に基礎付けるところでなされているが、証明権の法的性質を明らかにするためにも引用されている。証明権は訴訟上主張された権利・利益を保護・実現させるための手段たる機能を有するが、主張された権利の一要素と見るべきではなく、それとは区別された利益を有する権利と見るべきであり、「この観点

から、証明権は、人格権の内にその自然な地位を見いだせる。(中略)より正確にいうと、我々は証明権の内に、一種の公的な自由すなわち性質上通信の自由および(その秘密性の)不可侵に類似する公的自由として、次のような権能を見いだせる。それは各人が社会生活(特に手紙)から提供されるところの、権利立証および保護のための手段を任意を集め、使用しうるといふ権能である。」(N°.185)

3. このように証明権を人格権の一つと位置付けることの利点は、証拠としての手紙の利用について、一般的な考察視点を与えることにある。手紙の性質のみによって利用可能性を決めるのではなく、通信に関与していない第三者の利益および実務上の効率性を確保することをも加味して決する立場が可能となるわけである。(N°.186)

しかしこの構成は自己の所持していない手紙の利用を直ちに可能にするものではない。証明権があるという点についてジェニイは、手紙の所持人であるか否かを区別していないが、証明権に基づくにせよ実際にその手紙を利用する手続については、所持人か否かを区別しなければ論じえないとしている。拳証者が自己の所持する手紙を証拠として利用する場合は一般の書証提出の手続(次章参照)によって行い、その中で利用を妨げる

権利との調整が行われるが、所持していない手紙の利用については、その提出を強制する手続が欠けているので実体法上証明権が認められるとしても、直ちに所持人に対して訴訟上提出を強制できることになるわけではなく、訴訟法上提出強制を可能にする手続が必要となる。

ジェニイはこの手続について、証明権とは別に解釈論の試みをいくつか提示している⁽³⁾。(N°.182,183)。このことはジェニイの証明権の観念があくまで実体法のレベルにとどまることを意味するものであり、この点は極めて重要である。

(1) 本款はGény: *Lettres Missives*に依拠している。同書からの引用は本文中に同書の頭柱番号で示す。

(2) ジェニイはB. Windscheid, R. von Jhering, O. Gierkeらの著書を挙げている。(N°.88 note 2)

なお、我が国における人格権の議論については柳沢弘士「船的人格権侵害の法的構成(一)」日法二八巻三三三六一頁、四号五三二頁、および斎藤博「人格権法の研究」(昭和五四年)、また「人格権の比較法的研究」比較二四巻一頁以下、特に、五十嵐清「ドイツ」二五頁以下、高橋康之「フランス」五〇頁以下も参照。

(3) 提出強制についての具体的解釈論は第三章で検討する。

二、ジェニイを支持する見解

1. 証明権を人格権の一つに位置付ける見解は、その後、いくつかの文献⁽⁴⁾で支持された。

まずドウモンテは、自己の所持していない証明資料、特に書証の提出を所持人に強制できるかどうかという問題を、従来支配的であつた個人主義的法觀念と、第三共和制の下での「公許の哲學」たる連帶主義 *solidarisme* との調和を図るといふ基本的立場から論じて（その詳細は第三章参照）、結論としては、各個人は証明権により他人に対して証明資料の提出を強制できるとしている。そしてこの証明権が従来の法体系の中でどのような位置付けを与えられるべきかという点について、次のように述べている。

「国家ないし社会はその構成員たる個人の外に基礎を有しない。諸々の個人と（社会とが）常に敵対するものであると宣言することは、極めて特殊な角度からの見方である。法の通常の目的は、各人に自己の發展を他人のそれと両立する限り最大限に可能にすることであり、それはまた社会の目的である。かくして人格権の法理に達する。ジェニイに従えば、人格権は、一般的権利、すなわち人間に内在し、意思によつて実現される様々な権利を潜在的に含むような一種の全体的権利と理解される。

ここに証明権は最も自然な位置を見いだせる。それは自己に帰属する様々な権利の承認を各人に得させる一般的保障を形成する。」

このようにドウモンテはジェニイに依拠しつつ証明権が人格権に位置付けられるとの見解を明らかにしているが、その内容はジェニイの考えていたそれとかなり異なっているように思われる。先に見たように、ジェニイにおいては、証明権の意義が実体法的に証明資料の利用権を基礎付けることにとどまり、その利用手続はもっぱら訴訟法に基づくので、他人の所持する証拠の提出強制は、証明権の議論と別に民法の解釈論に委ねられていた。これに対してドウモンテにおいては、証明権という觀念の重心がむしろその手続を認める点におかれている。証明権を実体法上の人格権に基礎付けるとしつつも、そのまま民法上の解釈論の根拠として援用するのである。そこではジェニイにおいて見られた実体法と訴訟法との峻別が捨棄されており、証明権は実体法上の権利としてよりもむしろ訴訟法上の権利としての性格を有するようにも思われるのである。

2. これに対して、ヴィエンヌ⁽⁵⁾は民法第三一三条⁽⁶⁾に基づく嫡出否認の立証として原告（夫）、被告（子）および子の母の三者の血液鑑定を命じたりル民事裁判所一九四七年三月一八日

判決（中間判決¹⁵）をとりあげ、この判決の命じた血液鑑定のように身体上の侵害をもたらす証拠調べが許される根拠として、人格権に基づく証明権を援用する。そして同じく人格権に位置付けられる身体不可侵の原理や住居不可侵の原理との利益衡量を行っている。

もつともヴィエンヌが前提としている問題とジェニイのそれとはかなり異なるものである点に注意すべきであろう。ジェニイは文書、特に手紙について、その証拠としての利用権を想定しているのに対して、ヴィエンヌは相手方当事者および訴外第三者の身体検査、特に血液鑑定を取り上げており、それらは同列には論じえない。ジェニイの場合には、文書、手紙という物体に対してその利用を基礎付け、証拠として利用するため所持物の提出を他人に強制する手続については訴訟法に委ねているが、ヴィエンヌの取り上げる問題の場合には、他人の身体自体に対する利用権というものがその他人に対する強制と切り離して理解されることはできず、むしろ証明権の本体は他人に対する強制の方にあると考えられるからである。

3. このように見ると、ヴィエンヌにおいてもドゥモンテと同様にジェニイの構成を引用しつつも、その内容は、ジェニイによる実体権としての証明権概念をはみ出していると解される。

そして、ドゥモンテもヴィエンヌも証明権の実定的性格についてはジェニイの構成以上に説明してはいない。従ってここに証明権を否定する見解が生じてくる。次にこの証明権否定説を見てみよう。

- (4) *Demontrés: Le droit à la preuve*, R. V.: *Preuve et atteintes à la personne*, J. C. P. 1949, 1 758. (R. V. のニシャルは R. Vienne を指す。)
- (5) フランス学会編『フランスの社会科学』（昭和五年）三九七頁（牧野）
- (6) *Demontrés: Le droit à la preuve*, p. 282.
- (7) R. V.: *op. cit.* (注 4)
- (8) 当時の規定は一九三三年二月一九日法律によるもので、現行法（一九七二年一月三日法律三号）とは異なる。外国法典叢書の訳によれば次の通りである。「夫ハ、自然的不能ヲ申立ツルコトニ因リ、子ヲ否認スルコトヲ得ズ又、出生ガ自己ニ秘セラレタルニ非ザル限り、姦通ヲ理由トシテモ、否認スルコトヲ得ズ、秘セラレタル場合ニハ其ノ子ノ父タラザルコトヲ立証スルニ適スル総テノ事実ヲ提出スルコトヲ許サル。（二項以下略）」
- (9) D. 1947, J. 507. なお、「中間判決」の意義については次章参照。

三、証明権否定説（公序重視説）

1. カルボニエは先に掲げたリール民事裁判所の判決にノー⁽¹⁰⁾トを付し、同意されていない血液検査による鑑定を証明方法として命じることが許されるのは、第一に血液検査が軽い措置であつて、苦痛も危険もないこと、第二に人の身分の決定には公序 *ordre public* が関わっていること、この二つの理由からであるという。そして公序について次のように述べている。

「公序の観念により、真実発見が訴訟の至高の目的とされるべきことが要請され、その結果、訴訟上証拠提出を目的とするすべてのことは公序に関わる、と主張することができ。この考え方をもちと正確に定式化しようと、訴訟当事者は、たとえ身体に及ぶものであつても、真実発見に協力する義務を有する、または、彼らは訴訟を受け入れることで一方の他方に対する（真実発見の）約束を、契約の承諾形成の場合のように、暗に引き受けたことができる。あるいはもちと真実に近いのは、その義務が彼らに公權力によらずに課されたということができる。」⁽¹¹⁾

もっともこのことは、自由主義・個人主義に基礎をおき、かつ科学的証明を求めているフランス民法においては、一般的に妥当するものではなく、例えば一般的に文書提出を一方当

事者が他方に強割できるとするにはためらいが残るとし、本件リール判決で問題となつた血液検査についても、人の身分について決するものであつて強く公序に関わるので鑑定を命じることには違法はないが、それを直接強制することは許されず、間接的サンクション、すなわち「医師鑑定人に呼び出された当事者がその呼出に応じるのを拒んだ場合、公的強制力によつて連れ出されることはなく、その血液検査が証明しようとしている主張を暗に自白したものと見なされるが故に、敗訴の危険にさらされる」にとどまるべきだとしている。

2. この問題について証明権を認める立場にたつたヴィエンヌの論文が出た後、一九四九年七月二五日破毀院民事部判決の⁽¹²⁾ノートにおいて、カルボニエは次のように述べて証明権を持ち出すことに批判を加えた。

「証明権を主張する立場からの」示唆は魅力あふれるものである。しかしそれぞれの《実体》権を言わば二重にするような証明権を仮定することは論点先取である。というのも、証明権を主張するためにはまず実体権が立証されていなければならぬからである。実体権を有しない者にであつても仮に証明権が帰属するということは、無鉄砲な者に危険な奨励を与えることであり、ペンタム Bentham の有名な詭弁、「訴訟の先入観は被

告よりむしろ原告に有利にあるべきである、というのも、統計的に見て、請求のうち多数が理由ありとされているので」という詭弁の繰り返しである。確かに証明権は効用がある。しかし、その効用を追求すれば、訴訟の分野において、我々は行き過ぎとなる。」

3. ル・ガルはカルボニエの見解を支持し、証明権という概念は訴求しうるような主観的権利では有り得ず、また「近時学説が理論化し、立法にも導入されようとしている人格権の一つであるともいえない」と述べている。⁽¹⁴⁾

彼の論旨は、第三章で取り上げる証拠資料の提出強制について、従来それが許されない根拠として援用されてきた、*Nemo tenetur edere contra se*（何人も自己の意に反して証拠を提出させられる義務なし）という法諺が今日ではもはや妥当せず、訴訟関係においては公序により真実発見が追求されるべきであるから、むしろ一般に各訴訟当事者に真実発見のための協力義務 *le devoir de collaboration à la manifestation de la vérité* が課されており、それ故証拠資料の提出強制が一般的に許されるべきだということにある。そして同じく提出強制の肯定を指向する証明権について、これは単に政策的な考慮の表明という意味があるにすぎず、主観的権利として構成されるべきではないと

する。その根拠として彼は、もっぱらカルボニエに依拠して、実体権を証明するための権利を想定することが論理的に成り立たないとしている。

4. これらの証明権の実定的性格を否定する見解は、ジェニイの見解に対しては適切な批判にならないと思われる。先に見たようにジェニイにおける証明権は実体法上の人格権に位置付けられているが、それが訴訟法上の提出強制を直接導くものではなく、手続については別に解釈論が立てられなければならないとされていた。要するに主張されている実体権の存否には影響を受けない別個の実体法上の利用権として証明権が提唱されていたので、「証明権を主張するためにはまず実体権が立証されていないなければならない」という批判は当たらない。

これに対してヴィエンヌおよびドゥモンテの見解についてはカルボニエおよびル・ガルの批判が当てはまる余地がある。ヴィエンヌおよびドゥモンテは、ジェニイに依拠しつつもその枠組みからはみ出しており、そのはみ出した部分、訴訟法上他人に対して一定の行為を強制する点についての根拠付けが欠けており、その根拠付けの仕方によっては否定説のいうようにトロロジに陥る可能性がある。

もつともヴィエンヌおよびドゥモンテがこのトロロジに

陥っているかどうかは、彼ら自身の根拠付けが曖昧なままにとどまっているため、明らかではない。ただ、証明権を実定法上の権利として提唱する場合には、カルボニエの批判に答える必要がある。この批判に答える方向は新民訴法典の下での学説に示されている。

- (10) Carbonnier, "note", sous Trib. civ. Lille, 18 mars 1947, précité注(9)
- (11) *ibid.*
- (12) *ibid.*
- (13) Carbonnier, op. cit. 第一節注(5)
- (14) Le Gall, op. cit. 第一節注(6)

第三節 新民訴法典の下での見解（手続権説）

1. 一九七〇年代の初頭に、フランスの民法法を改正するデクレが相次いで出され、一九七五年のデクレ⁽²⁾によってこれをまとめて、新民事訴訟法典が成立した。

この改正において、証明権の議論に関係する大きな特色としては、旧民訴法典の極端な弾劾主義（当事者主義）⁽³⁾的傾向を改めて裁判官の役割を強化した点が挙げられる。具体的には、従来明文のなかった証明資料提出強制を広く認めるなどである。

詳細は次章以下に述べるが、ここではその基本原則として民法典第一〇条に挿入された規定を挙げておく。

「① 各人は、真実の顕現 *manifestation de la vérité* のために、裁判所に協力する義務を負う。

② 法律上要求されたときに正当の理由なしにこの義務を免脱する者に対しては、必要がある場合にはアストラント又は民事上の罰金 *amende civile* の下に「かつ」損害賠償 *dommages et intérêts* を妨げずに、この義務を満すことを強制することができる。」（一部私訳）

また新民訴法典においても、「訴訟の指導原則」と題する章の中に、次のような規定が置かれた。

「第一条―裁判官が（当事者の）懈怠又は拒絶からすべての結論を引き出すことは別として、当事者は証拠調べに協力する義務がある。

② 当事者が証拠の資料 (*élément de preuve*) を所持する場合には、裁判官は、他の当事者の申請に基づき、必要ならば間接強制 (*astreinte*) をもって、それを提出することをその者に命じることができる。裁判官は、当事者一方の申請に基づき、必要ならば間接強制をもって、正当な障害事由 (*empêchement légitime*) がない限り、第三者により所持されるすべての証拠書

類の提出を求め、又はそれを命じることができる。」

さらにこれらの原則規定の具体化は、新法典第一三八条以下でなされている。

2. このような立法を前提としてグボーは、証明権の観念について従来の見解と異なる見解を主張している。⁽⁴⁾

グボーによれば、当事者にとって極めて重い負担である証明責任の克服のために、「自己の収集すべき証拠を得るために、いくつかの手段が当事者に与えられており、そのようにして集めた証明資料が実際に裁判官の評価に委ねられるという保障を原則として与えられている。一言でいえば、証明権が存在する。」(N.1)そしてこの証明権概念は新民訴法典制定により、単なる講学上の用語から、実体を伴った観念となったと述べて、その権利概念の理論構成に際して、新民訴法典第三〇条の訴権 l'action en justice の定義を援用している。

「第三〇条―訴権とは、申立者が、裁判官によるその可否の判断を求めて、申立の理由につき審問を受ける権利である。

② 相手方にとって、訴権とは、この申立の理由付け (bien-fondé) を争う権利である。」

「このように法文は、訴訟上の権利の観念、すなわち当事者と裁判所とを結び付ける訴訟関係に由来し、申立の理由を検討

するように裁判官を強制する力を当事者に与える主観的権利 *droit subjectif* を受け入れた。さらにこの力は、刑事上(裁判拒否)⁽⁵⁾ および民事上(国家責任および裁判官の個人責任)⁽⁶⁾ のサンクションを伴っている。個人が自己のために法規範の強制力をスタートさせ得るこの権能は、主観的権利の技法に対応している。」(N.3)

新法典第三〇条の意義についてこのような理解⁽⁸⁾の上になつてグボーは証明権についても同様の構成によって主観的権利の性格をあたえようとしている。

「訴権が当事者の裁判官に対する権利(申立の取調べを要求する権利)であるように、証明権は裁判官に、当事者の提出した証明資料を取調べることを強いる権利である。(中略)このように理解すると、証明権は、法律が万人に認めた、より一般的な特権、自然権の現れとも見るほど必要に思われる特権、すなわち裁判官に聴取させる権利に属する。」それにとどまらず、当事者は裁判官の手を借りて第三者に対して、それから相手方当事者に対してさえも、証拠収集に協力させることができる。特に彼らの所持文書を提出させることができる。「証明責任は困難な仕事を課したが、いくつかの手段がその遂行のために与えられている。証拠獲得の権利は他人が負担を義務付けられるよう

な形で現れる。」(同)

3. このグボールの見解を理解するためには、新民訴法第三〇条の起草に携わったモトウルスキの、訴権に関する見解をみておかなければならない。⁽⁹⁾

フランスにおける訴権論は、かつて訴権を実体法上の権利と同視またはその変形と解する見解(ドゥモロン⁽¹⁰⁾)が支配的だったが、現在の通説は、「action」とは、「自己の権利のサクシヨンを得るために裁判を把握(saisir)する法律上の権限(pouvoir legal) または特権(prérogative)」である(Solus et Perrot, Vincent, Roubier)⁽¹¹⁾と解している。

これに対してモトウルスキは、主観的権利の概念を定義して法準則 *règle de Droit* が定める強制力 *impératif* を個人が自己のためにスタートさせる権能 *faculté* を有する場合に、その者は主観的権利を有すると論じた。⁽¹²⁾ そして訴権については、訴訟 *processus* に関係する法⁽¹³⁾により、次のような法準則が見いだされるところとする。《ある人が裁判上の申立を主張してその請求が適法でかついくつかの条件(訴権の存在要件)が満たされているならば、彼は係属する裁判官にその申立の実体について判決するよう強制できる。》⁽¹⁵⁾ この法準則の下で、モトウルスキは訴権を次のように定義する。

「(訴権とは)裁判官に委ねた申立 *prétention* の実体 *fond* についての判断を、裁判官から獲得する権能 *faculté* である。」⁽¹⁶⁾ として、「当事者は、自己のために、法準則の強制を開始させる権能を有する。すなわち、訴権は、裁判官をその受け手とする主観的権利である。」⁽¹⁷⁾

4. このようなモトウルスキの見解に沿ってグボールの証明権の定義を整理するならば、訴訟関係を規定する法⁽¹⁸⁾において、(1)当事者は一定の条件の下で、裁判官に対し、自己の提出した証拠の取調べを強制できる、(2)また当事者は一定の条件の下で、相手方当事者または訴外第三者に対し、自己の証明への協力を強制できる、という二つの法準則があり、かつこれらの法準則の強制力を自己の利益のためにスタートさせる権能が当事者に与えられているということとなる。

この二つの法準則の具体的内容について次章以下で検討することとするが、ここで注意しておくべき点が二つある。まずグボールに対して、前節でみたカルボニエラの証明権否定説の指摘はもはや妥当しないことは明らかであろう。法文自身が訴権と同様に証拠提出および獲得の権能を当事者に与えているので、その限りで証明権には実定法上の根拠がある。そしてその要件に、まず主張されている実体権の存在が必要と解する余地はな

く、「証明権を主張するためにはまず実体権が立証されていなければならぬ」とはいえないからである。

しかし他方で、モトユルスギが訴権を主観的権利と構成する際、その論拠として裁判拒否の民事上の制裁が当事者の利益のために用意されていることを強調している（前注15）のに対して、グボーはその点が必ずしも明確でないということが挙げられる。むしろグボーはこの強制力を自己の利益のために発動させ得るという点について、ア・プリオリに前提としているようにも思われる。そこで証明権に関する法規定の解釈の中で、このような前提が妥当なのかどうかという点について検討しておく必要がある。この点について注意しながら、具体的な内容の検討に入る。

(1) décrets N.º 71-740 du 9 sept. 1971, N.º 72-684 du 20 juill. 1972, N.º 72-788 du 28 août 1972, et N.º 73-1122 du 17 déc. 1973.

(2) décret N.º 75-1123 du 5 déc. 1975.

(3) この弾劾主義的手続 *procédure accusatoire* および、糾問主義的手続 *procédure inquisitoire* との概念については第三章参照。

(4) Goubeaux, *Le droit à la preuve*. 以下本款における同

論文からの引用は、本文中に頭柱番号を記す。

(5) 民法典第四条にも規定があるが、ここでは刑法典第一八五条の規定を挙げておく。

「裁判官、裁判所、行政官または行政官庁が、理由のいかんを問わず、たとえ法律に明文がなく又は法文がいまいであることを理由としても、当事者から裁判の請求を受けた後、これに対して相当の裁判をすることを拒んだとき、及び上司又は上級官庁の警告 *avertissement* 又は命令 *injonction* を受けた後もなお裁判を拒んだときは、これを訴追することができる。この場合は（一九五六年二月二十九日法律七条、一九七七年二月三〇日法律一四六八号一六条）《七五〇フラン以上八〇〇〇フラン以下》の罰金及び五年以上二〇年以下の公職禁止に処する。」（改正部分を修正した）

(6) 旧民法典第五〇五条以下に次のような規定がある。
「第五〇五条（一九三三年二月七日の法律）裁判官は、次の場合に責任追及訴訟の当事者にされることができぬ。

（一号〜三号略）

四号 裁判拒否がある場合。

国は、これらの事実を理由として裁判官に対して言い渡された損害賠償を命ずる判決について、民事上責任を負う。ただし、裁判官に対する国の求償を妨げない。

第五〇六条 裁判官が申請に応答することを拒み、または判決されうる状態にあり、かつ、その順番にある事件について判決することを怠るときは、裁判拒否となる。」

(二) 部私訳

なお、これらの規定は、一九八四年版 *Petit Dalloz, Nouveaux code de procédure civile*, p. 401 によると、一九七二年七月五日法律六二六号により廃止されたが、「個人的過失による裁判官の責任に関する法条裁判所組織法典 *Code de organisation judiciaire*」¹⁾ 七八一一一条) が有効となるまで、適用され続ける」とされており、さらに同書六五〇頁における上の条項は *Néant* となっているので、現在も適用されているものと思われる。

- (7) こうした位置付けには異論があるようである。谷口他訳『注釈フランス新民訴法典』七二頁注(一)参照。もっともそこで引用されている文献のうち、Blanc, *Nouvelle procédure*, p. 101 は、「この法文は定義にすぎない」としている。

- (8) この理解は、同条の作成に関わったモトユルスキ *Motulsky* の見解に従ったものである。次注参照。

- (9) H. Motulsky, *Le droit subjectif et l'action en justice, Archives de philosophie du droit*, 1964, pp. 215 et s. 本書の素描は谷口他訳『注釈フランス新民訴法典』六七頁以下になされている。また北村一郎「モトユルスキイ教

授のフランス《訴訟法》講義」法協百年論集一卷五六三頁(昭和五八年)も参照。

- (10) 「訴権とは、紛争状態における権利である。L'action, c'est le droit à l'état de guerre.」この見解はサヴィーニの定式に基づくものとされてゐる。Motulsky, *ibid.* p. 217. 従って我が国でいうところの「私法的訴権説」に相当する。

- (11) 北村・前掲論文(注6)五八七頁。なお、Motulsky, *ibid.* pp. 222 et s. によれば、Roubier は《自己の申立の是認を裁判所の前で追求することのできる特権》と解し、ドイツの権利保護請求権説に近いとのことである。

- (12) *ibid.* p. 219. なおこの部分のモトユルスキの見解は、彼の тезис である *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, 1948. において展開されている。その紹介は北村・前掲論文(注6)五七〇頁以下、また、谷口他訳『注釈フランス新民訴法典』二五頁以下。

- (13) 例えば「ある法準則が《売買契約締結の要件が満たされた場合、売主は買主に代金支払を要求できる》と宣言しているならば、この法準則は、規範の強制力をステータスさせる権能を売主に与えている。」

なお、彼は、この法準則の源として、実定成文法のみならず、法の一般諸原理 *principes généraux du Droit* や自然法 *Droit naturel* も考えられるとして、自らの見解が

法実証主義に属するものではないと述べている。Motulsky, *ibid.* p. 219.

- (14) したがって実体法ではなく訴訟法に属する。このことから、訴権を実体権と同視ないしその変形物とみる見解は妥当でないとする。

- (15) *ibid.* p. 226. この法準則に示されている法律効果 *effet juridique* は、訴権が当事者の主観的権利であることを示している。このように当事者が裁判官に対する強制力をスタートさせ得ると構成する根拠としてモトウルスキは、法律により定まる当事者と裁判官との訴訟関係において、裁判拒否が刑事上民事上の制裁を生じさせること（前注(5)（6）参照）、そして民事上の制裁は不法行為の性質を有し、主観的争訟を引き起こすものであることを指摘し、

「確かに裁判官の義務は一般利益 *interet general* において課されているが、同時にそれは当事者のためにも存在するもので、当事者は自己のために、裁判官個人に課される損害賠償責任の制裁の下で、その義務の順守 *observation* を強制する可能性を有している」と述べている。

- (16) *ibid.* p. 223.

- (17) *ibid.* p. 226.

- (18) 厳密に言えば証拠に関する法である。従って民事訴訟法典には限られず、民法典の証拠に関する諸規定（とくに一一一五条以下）も含まれる。

第二章 証拠提出権

第一節 はじめに

本章では、当事者が裁判官に証拠を提出して、その取調べを求める権利について検討する。本論に入る前にまず、その前提として、証明の対象についての議論およびフランス訴訟法全体の構造の中で証拠調べが占める位置について紹介しておかなければならない。

一、証明の対象

フランスにおける証明の対象の議論は、既に若林教授により紹介されているが、まず大きく分けて、次の三つに分類される。

- (1) 事実であること。
- (2) 争いがあること。
- (3) 適切であること。

このうち(1)と(2)とは我が国において、要証事実の概念について述べられていることと概ね等しいことができる。⁽¹⁾⁽²⁾これに対して(3)は、行われようとしている証明が紛争解決に

適するものでなければならぬことを意味する。換言すれば、証拠とそれによって証明される事実が紛争解決を導きうるものであって、かつ禁じられていないものであることが要求される。我が国の概念に当てはめれば、日本民訴法第二五九条【証拠申出の採否】における「不必要ト認ムルモノ」の逆に概ね相当するが、そこで考慮される要素はかなり異なっている。フランスではこの局面を、広義の適切性 *pertinence* または受理可能性 *recevabilité* と呼び、本章で問題とする証明権の条件としては通常この局面があげられる。⁽³⁾

この条件について学説は、狭義の適切な *pertinent*、決定的 *concluant*、認容的 *admissible* の三つに分け、あるいは前二者を一つにして、適切な（ないしは有用 *utile*）と認容的とに分けて論じるが、それにより内容が変わるわけではないので、ここではより単純な二分類に従う。

(1) 若林「序説」判例タイムズ三三四号一九頁以下。

(2) もっともいくつかに注意しなければならない点がある。

例えば、(1)については、外国法および慣習(法)が問題となり、フランスでは外国法を調査探求する義務を裁判官にではなく当事者に課している点が注目される。Cass. civ., 13 nov. 1967, Bull. civ. I, N° 212; Cass. civ., 17

nov. 1969, *ibid.* I, N° 342.

また「慣習」というのは争いがある。G. et B., *Preuve*, N°s 61-66. いずれにせよ、証明の対象にならないものではない。A. Weill et F. Terré, *droit civil*, Introduction, 4^e éd. (1979) N° 422 et s.

なお、(2)については、我が国の自由と性質を異にする点に注意すべきである。若林「序説」判例タイムズ三三四号二二頁以下参照。

(3) 例えば Perrot, *Cours*, pp. 240 et s.; G. et B., *Preuve*, N° 402.; M. et R., *Droit civil*, N° 220.; Esmein, *Traité*, N° 1413. などの教科書におうつ言及されるほか、Gény, *Letres Missives*, T. II, pp. 1 et s.; Goubeaux, *Le droit à la preuve*, 同様である。

(4) 若林「序説」判例タイムズ三三四号二二頁参照。

二、フランス民訴手続の構造⁽⁵⁾

1. 証拠が提出できる場合でも、それが受理されるためには民事訴訟法典に定められた方式を順守して提出されていなければならない。また、本章で考察する受理可能性の考慮要素についても、証拠提出手続の特殊性からその内容が影響を受けることもある。そこで、フランスにおける民訴法手続の概要を見ておく必要がある。なおフランスの民事訴訟法典は一九七〇年代

の大改正により大幅に変わったので、まず旧法典の手続を見た上で、新法典の手続を見ることがする。

2. 旧民事訴訟法典の下では、訴訟は、手続段階 *procédure* と弁論段階 *plaidoirie* とに基本的に分けられていた。この二つの段階は、代訴士 *avoué* と弁護士 *avocat* との職務分担と結び付いていた。⁽⁶⁾

まず手続段階においては、原告側代訴士が被告となる者に召喚状 *ajournement* を自ら執達吏に送達させ、かつ申立書とともに裁判所書記課に提出し、送達を受けた被告側も代訴士を選任して、この代訴士選任届と申立書を裁判所書記課に提出することにより訴えが係属する。そして原告被告双方の代訴士間で申立書（準備書面）が交換され、さらに自己の使用する書証の伝達 *communication* がなされる（後述）。

一九三五年のデクレールロワは、この手続段階に全く裁判所の関与がなかった点を改めて、訴訟進行係裁判官 *juge chargé de suivre la procédure* を創設したが、実際には書記官がその職務を代行していたらしい。⁽⁷⁾

こうして申立書が交換され、裁判所書記課に提出されると、事件は弁論段階に移行し、当事者の代理人も代訴士に弁護士が加わる。弁論期日に両当事者の弁護士が「既に準備書面に記載

してある当事者の主張を要約整理して事実点及び法律点にわたってその正当性を裁判所に納得させるために」弁論をなし、それが終わると各弁護士は自己の一件記録を裁判官に提出する。

この提出記録の中には伝達済の書証も含まれ、そこで伝達されていないかった書証が含まれていれば、その書証を提出した当事者の相手方は、書証伝達の抗弁（旧民事訴訟法典第一八八条以下）を提出し、裁判所が伝達を命じてもなお伝達されなければ、その書証は弁論から排除される。

以上の弁論終了後、一件記録が提出されると、裁判所は合議の上判決を下す。ここで言い渡される判決は次の三種類である。

（一）終局判決 (*Jugement définitif*)

終局判決とは、主たる請求又は附随的請求に関して当該裁判所に就ては終局的に判決をなしその審級又は附随手続を終了せしめる判決である。

若し此の段階で終局判決が行われれば事件は全然証人尋問を行う事なしに終了する（原則）

（二）中間判決 (*Jugement d'avant faire ou dire droit*)

中間判決とは訴訟中に於て証拠調又は仮の処分をなすために下される判決である。

この段階では普通証人尋問を命じる判決がなされる。（例外）

(三) 混合判決 (Jugement mixte)

混合判決とは右の両者が合体したものを云う。

例えば或る交通事故について被告に不法行為責任のある事を認めると同時に、損害賠償の額を算定するため鑑定人を任命する様な場合である。⁽⁹⁾

右の判決で証拠調べ *mesure d'instruction* が命じられると、口頭弁論が中断され、付帯事件としての証拠調べがなされ⁽¹⁰⁾、その終了後、再度申立書 *conclusions après enquête* の提出・弁論・合議・終局判決と続く⁽¹¹⁾。

3. このような旧民訴法の構造においては、手続 *procédure* 段階に裁判所の関与がほとんどなく、先に述べた一九三五年のデクレールワフによって、訴訟進行係裁判官も、書証伝達の抗弁について裁判をなし得ること（旧民訴法第八一条三項）や証拠調べ、特に証人尋問を命じて自ら行い得ること（同条一項二項）となったが、この改正は「しばしば実務家の旧套墨守の精神によつて、しかし大抵は裁判官が新しく付与された職務を行うための場所も人員もないという物質的な理由で、大部分の裁判所では死文と化しているというのがきまり文句になっている」⁽¹²⁾。そしてこのような制度の下では、著しい非能率にさらされ、訴訟遅延が深刻となったようである⁽¹³⁾。そこで一九六五年一〇月

一三日デクレ八七二号は、準備手続裁判官 *juges des mises en état* を創設し、弁論に達する前の段階における裁判所の関与を強化させた。この改正のうち事実認定との関係では、新八一条一項で必要な書証の提出 *production de toutes pièces utiles* を命じることができ、かつその不提出に対してあらゆる帰結を引き出すこと *à tirer toutes conséquences* を裁判所に認めるとした点が注目される。また書証の伝達と提出は、準備手続の終結命令 *ordonnance de clôture* がなされた後は一切認められず（新八一条の四・四項）、伝達の抗弁もなしえなくなる。もつともこの改正は手続全体の構造を変更するものではなく、また施行地域を一部に限定した⁽¹⁴⁾、いわば実験的改正にとどまるものであった。

4. 一九七〇年代に制定された新民事訴訟法典は一九六五年改正の方向をさらに押し進め、代訴士と弁護士との役割分担を原則として廃止した。

大審裁判所における通常の事件は、訴訟が係属した後に、事件を配分された部の部長 *président* が弁護士の説明と交換された申立書および伝達済の書証に基づいて、本案判決に適すると思われる事件を弁論に送付し、それ以外の事件を事前準備に付するという処理を受ける（新民事法典第七六〇条以下）。直ちに弁論

へ送付される事件は「当事者双方とも申立をなしました書類も交換されている、すなわち原告による召喚状（＝申立書）において原告の申立及びその理由が十分正確に示されており、また被告も答弁書を提出してその主張を明白にしている、更に必要書類も当事者間で伝達されている、というようにもはや準備手続裁判官による事前手続を必要としないと判断される場合⁽¹⁵⁾」であり、「短期回路 circuit court」と呼ばれる。これに対して、「長期回路 circuit long」な⁽¹⁶⁾は「通常回路 circuit normal」と呼ばれる手続は、準備手続裁判官の下でなされ、証拠調べ measure d'instruction が必要な事件は原則としてこの長期回路を通ることとなった。

5. 旧民訴法においては中間判決または混合判決によって、新民訴法の下では準備手続裁判官の命令または例外的に受訴裁判所の命令ないしは中間判決によって、それぞれ証拠調べに開始される。本章ではその際考慮される証拠調べに必要な要素として受理可能性の要件を以下で検討する。

(5) フランスの民訴手続の概要はいくつか紹介がある。さしあたり、三井「基本構造」、木川統一郎『民事訴訟政策序説』（昭和四三）九七頁以下、野田良之「フランス民事

訴訟法における準備手続の一研究」菊井猷呈論集『裁判と法・下』八二五頁（昭和四二）を参照。

(6) もっとも実際には（少なくともパリの実務では）弁護士が全段階を通じて当事者の代理人として行動し、代訴士はその使者としての性格しか有しなかったようである。木川・前掲書（注5）一〇一頁以下。

(7) 三井「基本構造II」二五九頁。なおこの訴訟進行係裁判官の概要については野田・前掲論文（注5）八三二頁以下参照。

(8) 三井「基本構造II」二六〇頁。

(9) 三井「基本構造III」三八三頁。

(10) 三井「基本構造III」三九〇頁以下によれば証人尋問はほとんど受命裁判官により行われる。また木川・前掲書（注5）一〇八頁によれば大部分の事件で鑑定が実施されていた。

(11) 三井「基本構造III」三九一頁。

(12) 野田・前掲論文（注5）八三八頁注（二一）。原典はY. Lobin, Quelques réflexions sur le décret du 13 octobre 1965 relatif à la mise en état des causes, D. 1966. chr. 15.

(13) 木川・前掲書（注5）一一六頁はこの間の事情を次のように伝えており、興味深い。

「実情は、準備裁判官（引用者注…木川教授はle juge

(14) chargé de suivre la procédure を「手続担当判事」と訳されているが、ここでは準備裁判官も、定期的に見て「手続担当判事」を指すものと思われる。）は無用の長物であり、事件の実質に全くタッチせず、徒らに何度でも期日をくりかえし、要するに書面が出るのをまつのが仕事である。準備期日でも、裁判所の弁論期日でも、空転が原則といたい程である。三回〜五回位の期日の空まわりは普通のことである。要するに、弁護士側の準備がまにあわないのである。そして、いくら延期しても裁判所が寛大なのである。否、寛大にならざるをえない基盤が強いのである。だから所長代理の通達などをみても、三回目には弁護士がこないときは、今度は休止にするぞと警告しろなどということが書いてある。・・・訴訟のやり方も徹底した当事者主義です。否、裁判所不干渉主義です。」

(14) 野田・前掲論文（注5）八四九頁によれば、「（一九六五年一月一日）デクレ第二一条は、《デクレで定める期日まで、前掲の諸規定は、司法大臣・国璽尚書の布命で指定する控訴院及び大審裁判所においてのみ施行される》と定めている。これを受けて、一九六五年一月一日の布命はその付表で、エクス、カアン、リヨン、モンペリエ、ポワティエの五控訴院とこれらの控訴院管轄区内の大審裁判所及びパリ控訴院管轄区内のポントアズ大審裁判所とあわせて一九の大審裁判所を掲げている。」

(15) 谷口他訳『注釈フランス新民訴訟法典』三九〇頁。なお第七六〇条二項および第七六一条に注意。

(16) 従って、準備手続裁判官は書証の伝達、提出、証拠調べのために必要なすべての権限を行使できる（新民訴訟法典第七七〇条第七七一条）。ただし、証拠調べは事前手続終結後でも受訴裁判所が命じることができる（第七七八条）。第一四四条も参照。

なお中間判決の制度も残されている。第四八二条参照。

第二節 有用性

一、判断基準

有用性 *utile* または適切性 *pertinence* の要件は、要するに訴訟の解決に役立つ証拠申出のみが受理されるということである。グボーの分類に従ってこれを四点の考慮要素に分けることができる。

(1) 主張事実が請求の基礎付けに十分であること。
これは主張責任を定めた新民訴訟法第六条に由来する。
「その申立 (*prétentions*) の根拠として、当事者は、その基礎となる事実を主張する責任がある。」

この法文は主張責任 *charge d'alléguer* を規定したものであるとされているが、このような主張責任の観念をフランス法に導

入したのはモトウルスキである。⁽²⁾ 彼によれば、訴訟の事実面での組立てを構築することは当事者に属する（デクレ第六条第七條）が、裁判官は紛争を引き起こしている法律問題の検討を職務上行い得るし、行わなければならないとの原則に新民訴法典は支配され、事実の範囲を限定する権限を当事者が有するが、この権限は「必然的対応物として訴訟における当事者の責任responsabilitéを伴う。」⁽⁴⁾これが第六条に規定された主張責任である。「この、裁判官に提出された申立の《基礎となる事実 faits propres à fonder》は、正にあらゆる権利の方法的実現の基底infra-structure de toute réalisation méthodique du droitを見いだせる《権利の成立要件要素 éléments générateurs des droits》である。そして当事者が事実につき《主張する責任》を有すると明示するということは次のことを意味する。すなわち、証拠収集に着手する前に、裁判官は、自己の前に提出された事実の《マグマ》の中で、証明されたと仮定するなら申立を理由づけるに足りるすべてのことが正しく見いだせるかどうかを検証しなければならない。言い換えると、何よりもまずその（提出された）事実群が《決定的》かどうかを確かめるということである。その分析のやり方をここで詳述することはできないが、肝心な点は適用の可能性のある法準則の諸要求を事実の面で定

義するにある。⁽⁵⁾もし申立を理由付けるのに必要な事実が欠けていれば、証明に立ち入ることなく、さらには争いを待たずに敗訴することになる。

このような考え方は、モトウルスキ以前においても実際には考慮されていた。旧民訴法典の手続の中で見れば、弁論が終了した後、証拠調べを命じる中間判決を出すか終局判決を出すかの判断に際して、証拠調べを命じる（証拠申出を受理する）に足る事実が現れているかどうか判断され、それに不足があれば、証拠調べに入らずに棄却ということとなる。新民訴法の下では、部長による弁論に送付するか事前手続に付するか判断（第七六〇条第七六二条）、および準備手続裁判官の下で説明要求（第七六五条）を経た上で証拠調べを命じるか事前手続終結を命じるかの判断に際して、主張責任が考慮される。⁽⁶⁾

（２）立証する事実が請求の基礎となる事実と密接に関連していること。

「ここではまず有用な事実の主張が前提とされなければならない。その上で相手方の否認contestationに対して原告がその事実を直接立証できないと認めたならば、原告は証明すべき事実の存在を推認しようと考えられる別の事実を使って論証しようと申し出る。言い換えるとかれは推定による証明を申し出る。」

(N° 21)

この場合、原告の立証する徴憑 indice (間接事実) が本来証明すべき事実 (主要事実) を十分推認させうる事実であることが当然要求される。

ここでは、フランス民法典において「推定 présomption」が証明方法 mode de preuve の一つとして掲げられており(民法典第一三九条以下)、我が国の概念枠組と異なる点に注意すべきであろう。(8) もっとも推定という証明方法の採否と考えても、その判断は直接証明される事実(徴憑・間接事実)が主要事実を十分推認させるかどうかにかかわっており、実質的には我が国の採否の判断と異ならないと思われる。(9)

(3) 立証する事実の存在を裁判官がまだ確信していないこと。

申出のあった証拠が、「既に集められた情報から形成された裁判官の見解を、もはや修正するに適さない場合、その証拠の提出は適切性に欠けるものとして却けられる。」(N° 22)

このように立証済みの事実の重ねての証明が受理されないということについては、特に説明するまでもないように思われる。典型例として、法律上完全な証明力があるとされる証書によって主張事実を基礎付けた当事者が、重ねて同じ事実を立証する

ための証人を申請した場合が考えられる。(10)

(4) 証明の目的が達せられる可能性があること。

これは「あらかじめ失敗の運命にある証拠の提出」(N° 23)と呼ばれ、例として「意義ある確認をなしうるためにはあまりに遅く要求された鑑定」や、裁判官が既に不存在の心証を固めている事実についての立証や、次節で取り上げる職業上の秘密を犯すことになる証言の申立などが挙げられる。

これらのうち、裁判官の既に得心心証に反対する証明が許されないという点については、我が国においては予断にあたるかどうか議論があるが、フランスでは、意識されていないようである。書証の提出がなされた後に中間判決をもって命じられるので、書証に強い証明力を与えている証拠法の下では、この書証の証明力を覆すことのできない証拠調べが有用でないとされるのであって、予断の問題は必ずしも生じないし、また証人尋問の結果により生じた心証に対する反対証明は当然に許されるので(旧民訴法典第二五二条、新民訴法典第二〇四条)、この点でも予断の問題は生じない。

(1) Goubeaux, Le droit à la preuve, Nos. 19 à 23. 以下本章では同論文からの引用を本文中に頭柱数字を示す。

- (2) Motulsky, op. cit. 第一章第三節注(12) N^{os}. 83 et s.
- (3) Motulsky, Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile: le consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, D. 1972 chr. 11, N^o. 42.
- (4) *ibid.* N^o. 43.
- (5) *ibid.*
- (6) 例えばグボーによると、嫡出否認の訴えを提起した原告(父)が、その理由として妻の姦通という事実のみを主張した場合、妻の不品行は父の正統性を排除するのに十分な事実でないが故に、証拠申出を受理されないという例が挙げられる。(N^o. 20) ちなみにフランス民法典第三一二条二項は「ただし、夫は、その者が父ではありえないことを示すに適した事柄を証明する場合に、子を裁判上否認することができる」と規定している。
- (7) または *moyen de preuve* ともいふ。mode de preuve と *moyen de preuve* とは厳密に区別されてはいないようである。
- (8) フランス民法典は書面証拠 *la preuve littérale*、証言証拠 *la preuve testimoniale*、自白 *l'aveu*、宣誓 *le serment* と並んで推定 *la présomption* を証明方法として掲げている。なお、民法典に列挙されていないが訴訟法典で認められている証明方法として鑑定 *l'expertise* がある。A.

Tunc, Cours de procédure civile, Année 2, (1961-62) pp. 258 et s.

- (9) なおグボーは「有責離婚の場合に、原告たる配偶者が他方の配偶者の姦通、すなわち適切な事実を主張し、婚姻前の被告の不品行からの推論を証拠として申し立てたならば、それは適切に欠ける」という例を挙げている。
 - (10) Tunc, op. cit. 注(8) p. 272.
 - (11) G. et B., *Preuve*, N^o. 91.
 - (12) 法律実務講座民事訴訟編第四卷一八三頁参照。
- 二、有用性に関する破毀院のコントロール
1. 前款で挙げた場合は、当事者の証明権は制約を受けることになるが、その判断について上級審、特に破毀院がコントロールをなしかうかという点に議論がある。グボーによれば、この点について判例は一貫して次のように述べているという(N^o. 24)。
- 「事実審裁判官が原則として証拠申出の適切性について専権的評価権限 *pouvoir souverain d'appréciation* を有するとしても、援用された事実の存在が立証されたならばそれを陳述した当事者の申立が正当化されるという場合は別である。」
- 要するに前款で挙げた(1)から(4)までのうち(1)の主張事実についての判断だけは法律の要件に関する解釈が問題になっ

ているため、破毀院のコントロールを受けるが、それ以外については事実審裁判官の専権に属するとの立場を取っているとされている。また通説も同様に解している。⁽¹³⁾

2. しかし、この点に異論がないわけではない。証拠提出の制約は前節で述べたように有用性、認容性の他に訴訟法の規則に適合していることも要求され、却下するには理由が必要だとされている。⁽¹⁴⁾この理由付け義務があるという点をとらえて、「専権的権限 pouvoir souverain」は《自由裁量権限 pouvoir discrétionnaire》を意味するものではない。裁判官は、自己の内的確信 intime conviction に従い自由に決定できるとしても、その理由を付けなければならない。そこで破毀院は理由付けのコントロールを留保する」と述べるものがある。⁽¹⁵⁾

この理由付け義務の観点から証拠申出を却下する仕方を次の三つに分けることができる。第一に、理由を付けずに却下した場合、第二に理由を付けたが、それが法の見解（例えば要件該当事実の解釈、証拠申出の適式性、および認容性など）に関わる場合、そして第三に理由を付けたが、それが事実問題に基づく場合である。第一第二の場合に破毀院のコントロールがおよぶのは当然であるが、第三の場合であっても破毀院がコントロールをおよぼした例があり、この判例の態度を解釈して、「破毀

院の判例は証明に関する裁判官の判断へのコントロールの一般化傾向を示している」と評する見解⁽¹⁶⁾があり、またある論者は次のように述べている。

「このように証明権は裁判官の評価権限による制約はあっても、証拠申出の法的理由によって却下された場合の破毀院のコントロールによって、それから事実上の理由から却下された場合の却下理由付け義務によって、さらに証拠申出を曲解して応答することの禁止によってそれぞれ保障されているのである」⁽¹⁷⁾

3. こうした評価が妥当するかどうかを判断することは本稿ではできないが、ともかく、グボーが主張事実についての問題以外は事実審の専権に属し破毀院のコントロールは一切おおよばないと断定したのは、かなり割り切りすぎた見解であるということができよう。事実審裁判官は証拠申出却下の理由を明らかにしなければならず、少なくともその理由から追証可能な限りでは破毀院のコントロールがおよぼされているのである。

ただし、事実問題についての破毀院のコントロールを認める立場にあっても、それが例外であることは承認される。一般的には事実審裁判官は「証明問題について下す解決がどうあれ適当に理由付けることさえできれば、その判断を攻撃され得ないものにできる」⁽¹⁸⁾。このことは同じ解決が理由の付けかたにより破

毀されたりされなかつたりすることを意味し、極めて遺憾なことであるが、各事件に個別妥当する公平を確保する必要がある以上、事実審裁判官による事案の個別考慮が有効な方途であり、やむを得ないとされている。⁽²⁾

- (13) Perrot, Cours, N° 1172.; Esmein, Traité, N° 1415.; Chevallier, Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve, D. 1956, chr. 37.
- (14) 例えば書証についての伝達の必要など。旧民訴法典第一八八条、新民訴法典第一三二条参照。
- (15) 理由付けなしに鑑定の申出を却下した原審を違法とした例として、Cass. civ. 7 avr. 1913, D. 1916. 1. 171. 鑑定が「純粹に任意の調査方法である」と考えられているにも拘わらずである。この点について我が国の議論は法律実務講座民事訴訟編第四卷一八〇頁参照。
- (16) Legeais, règles, p. 238.
- (17) Cass. civ. 2^e, 28 mai 1954, Gaz. Pal. 1954. 2. 83.; Cass. civ. 1^{er}, 1^{er} juin 1954, *ibid.* いずれも Legeais, règles, pp. 239 et s. によつたが、その意義には疑問がある。
- (18) *ibid.*
- (19) P. Minin, "Note" pour l'arrêt: Cass. civ., 27 juin 1939, D. crit. 1941. J. 111. なお本判決は「適法に審理に提

出されたすべての文書について、当事者は対審的に論じる権利を有する」と述べ、ミマンによればこれは文書を提出した当事者の取調べを求める権利、すなわち証明権を表明したものとされる。

- (20) Legeais, règles, p. 239.
- (21) *ibid.* pp. 240-241.

第三節 認容性

一、概観

1. 原則として有用な証拠でも、種々の理由から禁止される場合がある。まずその概要をグボアのまとめに従つてみておこう。

(一) 証明の禁止 (N°s. 27 et 28)

まず法律がある事実の証明を端的に禁止する場合が考えられるが、通常このようなあからさまな方法はとられず、一般には法律上の推定、特に争い得ない推定という形により証明が禁止される。例えば、一九七二年一月三日法律によつて改正される以前の民法典第三一三条は婚姻中に懐胎した子の父子関係の推定を、一定の場合に争い得ないものとし、また「職業的売主が売却物の隠れた瑕疵を知っていると推定することは、彼が商品の欠陥を知り得ないことを証明することが禁じられている場合

に、証明の整理（立証対象の単なる転換）でなくなる。⁽³⁾

これら法律上の推定の根拠は、推定が存在する場合に証明権が制約される理由であるが、上述の例に關していえば、家庭の平和や民法典の尊重する道徳秩序への配慮、また経済的正義や消費者保護への配慮などが証明権を犠牲にしたということができる。

(二) 違法な証拠の排除 (N° 29)

ここでは手紙を盗取して利用すること、秘密裡になされた電話盗聴、住居侵入、および職業上の秘密を侵害してなされる証明などがあげられる。これらの内容をみると、我が国でいわゆる違法収集証拠の問題と証言拒絶権の問題との双方が含まれた概念であると考えられる。

この違法な証拠については先の(一)とは異なり、証明権との兼ね合いで柔軟な評価がなされる場合がある。

(三) 証拠方法の制限 (N° 31)

フランスの証拠法は法定証拠主義と自由心証主義との中間に位置し、いわば「混合制度 *système mixte*」を採用し、一定の場合に証拠方法の制限や証拠力の法定を規定している。その代表的な例が民法典第一三四一条⁽⁶⁾による書証優越性の原理 *principe de primauté de la preuve écrite* である。

しかしここでも判例などで例外が拡張されており、証明権保障の観点が働いていると評価されている。

2. 以上の証明権に対立する障害のうち、(一)の立法者の政策判断から一定の事実の立証を禁止したり覆し得ない推定を規定することについては、実体法上の要件に関わる問題であり、本稿の対象を越えるものというべきである。これに対して、(二)の違法な証拠と(三)の証拠方法の制限は日本法の問題を考える上でも興味深い問題である。そこで以下ではこの二つを若干詳しく紹介することとする。

(1) グボーは次のように述べている。

「この場合に、立法者の政治的選択が明るみに出される。例えば姦通ないしは近親相姦に基づいた親子関係の存在の立証のかつての禁止が挙げられる。」これはナポレオン法典制定時の民法典第三四二条を指すものと思われる。

「第三四二条 子は、第三三五条によって認知を認められない場合、父子関係または母子関係の搜索を決して認められない。」(私訳)

なお第三三五条は近親子と姦通子を認知しえないことを規定している。

(2) 一九七二年法以前の民法典第三一二条は次のように規

定していた。

「① 婚姻期間中懐胎した子は、夫を父とする。

② もし夫が、子の誕生に先立つ三〇〇日から一八〇日までの期間中に、不在のため、または何らかの事故の結果、妻と同居することが物理的に不可能であったことを立証した場合であれば、夫は子を否認できる。」(私訳)

また現行の第三二二条は「① いかなる者も、その出生の証書及びその証書に合致する〔身分〕占有がその者に付与する身分と異なる身分を主張することができない。② 反対に、いかなる者も、その出生の証書に合致する〔身分〕占有を有する者の身分を争うことができない」と規定する。

(3) 瑕疵担保の例については法文上には現れていないが、破毀院の判例で職業上瑕疵を知らないではいられない者、または知るべき者は物の瑕疵を知っていた者と同視 *assimilé* されるべきであるとする趣旨のものがあつた。Cass. civ., 19 janv. 1965, D. 1965, J. 389, ; Cass. civ., 28 nov. 1966, D. 1967, J. 99, ; Cass. com., 3 juin 1969, D. 1970, J. 51.

(4) グローの挙げる例の外に、絶対的推定の例としては、既判事項の権威(民法典第一三五〇条三号)、介在者 *personne interposé* についての第九二一条二項、第一一〇〇条がある。

なお推定の種類については若林「序説」判例タイムズ

三三四号二頁参照。

二、違法な証拠

1. 違法な証拠として挙げられるなかで最も議論が多いものは、いわゆる職業上の秘密 *secret professionnel* である。

この職業上の秘密を規定しているフランス刑法典第三七八条は次のような規定である。

「① (一九四四年二月二日法律：一九四五年六月一八日オールドナンスにより施行) 医師、外科医その他の免許医、薬剤師、助産婦及びその他身分もしくは職業により又は一時的もしくは永久的職務により自己に秘密を打ち明けた者が、法律上告発の義務を負い又は権利を有する場合を除くほか、その秘密を漏泄したときは、一ヶ月以上六ヶ月以下の拘禁及び(一九五六年一月二九日法律第七条、一九七七年一月三〇日法律一四六八号第一六条)《五〇〇フラン以上八〇〇〇フラン以下》の罰金に処す。

② (一九三九年七月二九日デクレロワ第九〇条、一九七五年一月一七日法律一七号第一二条) しかしながら、前項に列挙された者が法律の予定する条件以外の条件の下でなされた中絶について、職務遂行の際知って、告発すべき義務を負わない

のに告発したとしても前項の刑を科されない。中絶事件に関して公判廷に召喚されたときは、いかなる刑を受ける危険にもさらされないで公判廷でその証言をする自由を保有する。

③ (一九七一年六月一日法律四四六号) 同じく列挙された者が、一五歳未満の者の虐待ないし自由剝奪⁽⁵⁾について、職務遂行の際に知り、衛生ないし社会活動を任務とする医療当局ないし行政当局に伝えた時には、一項所定の刑に科されない。未成年者の虐待ないし自由剝奪事件に関して・・・(以下二項二文に同じ。)

④ (一九八〇年二月二三日法律一〇四一号) あらゆる医師は、強姦ないし強制わいせつが行われたことを推定できる虐待について、職務遂行上確認し、被害者の同意の上で共和国検事に通報した場合、一項所定の刑を科されない。(一部私訳)

この条文は、制定当初、医師、弁護士、司祭のみを対象としていたが、次第に拡張され、現在は「その他身分もしくは職業により又は一時的もしくは永久的職務により自己に秘密を打ち明けられた者」と、極めて広範囲にわたって守秘義務を課すに至った。⁽⁶⁾そして学説・判例が認めるところによれば、右の者は「必要的相談者 *confidents nécessaires*」すなわち「その地位職業から第三者が秘密を打ち明けざるを得ないすべての者であり、

人々が露頭を恐れて秘密を黙秘したなら、その職務を正常に行うことのできなくなる者である。」⁽⁷⁾

その例としては、法律の列挙する者以外に、医療研究室長、歯科医、病院長、看護婦、代訴士、公証人、執行吏、裁判官、検察官、陪審などが挙げられる。これらの者には「絶対的な秘密」が課せられている結果、秘匿権として裁判上の証言拒絶ができるし、また秘匿義務として拒絶すべきだとされている。⁽⁸⁾

2. このような刑法典の規定が民事訴訟手続における証拠の制限に結び付くことについては、異論がないが、さらに進めて、医師が患者の病状を何等かの目的で明らかにするため、ある者に交付した医療証明書 *certificat médical* を裁判上証拠として利用できるかという点については争われている。

この問題について、かつては証明書の発行自体が違法と解されてきたが、現在はその悪用の恐れから証明書の交付に医師が慎重であるという事情はあるものの、患者自身に対する秘匿は法的には問題とならず、従ってまた、患者自身がその証明書を裁判上の証拠として提出することが禁じられる余地もない。⁽⁹⁾判例上もこの理は承認されている。⁽¹¹⁾問題は患者以外の者がこれを証拠として利用できるかどうかである。

まず患者が生存しているケースについてみると、一般論とし

ては、患者が秘密の暴露に同意したか、同意したと見なしうる
 ことが必要だとされる⁽¹²⁾。明示的同意がある場合は争いが生じる
 ことも少ないであろうから、何をもって同意したと見なしうる
 かが問題であるが、それは提出者の受領資格の有無、患者ない
 しその承継人の要求に基づく交付であるか否かを考慮して、厳
 格に解釈すべきだとされている⁽¹³⁾。この厳格な解釈傾向を如実に
 表している例が破毀院民事一部一九五八年六月一二日判決⁽¹⁴⁾であ
 る。

事案は贈与の行為能力欠缺を理由とする無効をめぐり、贈与
 者の行為当時の精神的正常を明らかにする二人の医師の証明書
 を受贈者が提出したというものであり、贈与者側の提出した書
 証を受理しながら受贈者側の証拠申出を却下して請求を認容し
 た原判決を、破毀院は次のように述べて支持した。

「事実審裁判官が職業上の秘密を無視せずに患者の精神的健
 全さを証明するにとどまる医療証明書を受理できるとしても、
 それはその証明書が患者ないしその相続人の要求に基づいて交
 付されたという条件の下である。本件のように患者自身がそ
 の精神的不健全に基づいて提起した訴えを失敗させるだけのた
 めに相手方が入手して援用した場合は（これに当たらない）。」
 この事件については受贈者の入手方法について詳しい事実関

係が一切不明であるため、証拠利用の限度がどこまでか、明確
 にされていないが、すくなくとも患者およびその相続人の要求
 によらないで交付されたものは原則として証拠とすることがで
 きないとの評価が可能である。

なお同意ないし同意と同視しうる状況は、ある論者によれば、
 全く客観的な面から判断されることもあるようである⁽¹⁵⁾。

この同意ないし同意と同視しうる状況という基準は患者が死
 亡したケースでも応用される。同意したと見なし得る場合とし
 て、次の三点が満たされた場合が挙げられている。

(a) 秘密を暴露する必要があること。

(b) 法定相続人の明示の同意があること。

(c) 遺言者（死亡した患者）の思い出に傷がつかないこと⁽¹⁶⁾。

もっともこの基準に対しては反論もあり、また判例も必ずし
 もこれに従っているわけではないので、一応の基準にすぎない
 が、我が国の健康診断書等の証拠としての利用が入手方法に違
 法がなければほとんど認められることと対比するなら、フラン
 スの制度は著しく厳しいと理解することができよう。

3. 我が国で議論される診療録について見ると、フランスに
 おいてもやはり診療・手術の際に作成され、保存されるが、そ
 の保存は病院においてなされ、個々の医師は自己の作成した記

録も含めて、病院から閲覧させてもらうというシステムをとっている⁽¹⁸⁾。そこで、これらの諸記録は病院の職業上の秘密により保護されることとなる。我が国では患者ないしは、医師と患者以外の第三者による診療記録の証拠としての利用が問われているが、フランスでは原則として患者の利用は肯定的に、第三者の利用は否定的に解されるのではないかと思われる⁽¹⁹⁾。

証拠としての利用の必要性を考える上で、フランス法における医療過誤訴訟の証明の負担について考えておくべきであろう。フランスにおいて医療過誤による損害賠償請求は債務不履行として構成されるが、医療債務はいわゆる「手段債務 obligation de moyen」の典型例⁽²⁰⁾であり、フォート（過失）と因果関係は債権者（患者側）が立証しなければならない。もつとも因果関係の面では《perte de chance de guérir ou de survivre》を損害として完全な証明の必要を回避する場合があり、フォートの面でもレス・イプサ・ロキトゥールに相当する「潜在的」フォートが認められる場合もあることから、事実上証明軽減が図られ、また鑑定が大きな役割をはたしていることもあって、患者側に克服しえないほど困難な証明が課せられているわけではなく、従って証拠としての診療録の必要性も患者側においてよりむしろ医師側に強いと考えられる。

4. 以上が職業上の秘密に関して論じられる中心の問題である。この外に、職業上の秘密には当たらないが、関連する問題としては、刑事事件において作成された諸記録（憲兵・警察官の作成した調書、訴訟記録等）の民事訴訟における利用や、手紙の秘匿権等がある⁽²³⁾。

我が国において議論される違法収集証拠の問題に関連した状況では、他人間で取り交わされた手紙を盗み出して証拠として利用したという事案で、「その手紙を採用した当事者の利益に反する詐欺・横領の謀議を目的とした手紙である」ことを理由として例外的に証明権を認めた判決がある⁽²⁴⁾。

(5) 原語は privation 森下訳『フランス刑法典』によれば「不保護」。

(6) R. Floriot et R. Combaldieu, Le secret professionnel, (1973) pp. 17 et s.

(7) ibid. p. 20.

(8) ibid. pp. 21 et s. なおこの他に相対的秘匿を課される者として郵便局員等の公官吏を中心に多数挙げられている。ibid. p. 23.

(9) ibid. pp. 45 et s.

(10) L. Melennec et G. Belleil, Le secret professionnel et

la recevabilité des certificats médicaux comme mode de preuve en justice, *Gaz. Pal.* 1976. I. 30.

- (11) Conseil d'Etat, 24 oct. 1969, D. 1969. J. 732, (自動車運転免許の肉体的不適格を理由とする取消が争われ、被処分者が不適格の根拠とされた医療資料の提出を求め、認容されたケース) … *Cass. civ.*, 28 janv. 1966, D. 1967. J. 444. (社会保険給付のための医療証明書の提出を認容したケース)

- (12) Melennec et Belleil, *op. cit.* 注(9) p. 31.

- (13) *ibid.*

- (14) J. C. P. 1959. II. 10940.

- (15) Melennec et Belleil, *op. cit.* 注(9) p. 31.

- (16) *ibid.*

- (17) 例えは、*Cass. civ.*, 26 mai 1964, D. 1965. J. 109, *Cass. civ.*, 29 avr. 1968, J. C. P. 1968. II. 15560. 前者は故人の精神異常、後者はアルコール中毒を主張して、相続人が遺贈ないし売買の無効を申し立て、認容された例である。第三の要件はかなり疑問である。

- (18) Floriot et Combaldieu, *op. cit.* 注(9) pp. 69 et s. 診療録に当たる語は *fichier médicale* である。同書によれば退職した医師が自己の作成した診療録の返還を求めたが、認められなかった判例がある。*Cass. civ.*, 28 oct. 1970; Conseil d'Etat, 15 mars 1972. (掲載文献不明)

- (19) *ibid.* によれば、刑事事件では診療記録の伝達 *communication* が強制され得るようである。また、後注(22)参照。

- (20) この「手段債務」については、中野貞一郎『過失の推認』八九頁以下、浜上「製造物責任における証明問題(5)」判例タイムズ三二六号九頁以下参照。

- (21) 反対、Ph. le Tounneau; *La responsabilité civile* (1982) N°s. 520 et 1390 (因果関係) / N° 1393 (フォート) なお、この《*perte de chance*》については、高畑順子『「損害」概念の新たな一視点』関西学院大・法と政治三五号四頁(昭和五九)が詳しい。もっとも、*Cass. civ.*, 17 nov. 1982, J. C. P. 1983. II. 20056. が再検討されるべきである。
- (22) ベルギー法に関するものだが、Anrys, H., *La responsabilité civile médicale*, (1974) pp. 177 et s.

なお医療鑑定の適法性(鑑定に必要な文書を証拠として利用しても職業上の秘密に触れないこと)については、労災事件で *Cass. soc.*, 27 avr. 1967, D. 1967. J. 621. が認めている。また医師側の防御手段として診療録等を利用できるかについてはベルギーでは肯定されている。*Anrys, op. cit.* p. 184.

また石川良雄「フランス判例における医療責任の諸問題(一)」判例タイムズ三二八号四六頁は「鑑定人たる医師は彼らの同僚(被告たる医師)をかばう傾向にあること

を否定できない」としている。

- (23) 刑事事件の文書については刑法 R—一五五条が檢察の許可を条件に認め、判例は相手方（次に挙げる判決では無罪となった元被告人）が同意しなくとも両当事者に検討する機会がある限り証拠として利用できるとしている。 Cass. civ., 10 janv. 1949, S. 1949. I. 174 他多数。

手紙については Génv. Lettres Missives, N° 178. そこでは手紙の受取人と作成者について学説判例共に証明権（提出権）を認めるが、第三者は一般に認められていないとした上で、「法的証明の資料を手紙からくみ取ることのできるすべての人のために、それ（証明権）を認めることが重要だ」と述べて、第三者による通信当事者の同意しない手紙の証拠利用を認めるべきだと主張している。

- (24) Riom, 8 janv. 1848, S. 1848.II. 460.

三、書証優越原理とその例外

フランス証拠法は純粹な自由心証主義 système de la preuve morale も純粹な法定証拠主義 système de la preuve légale も採らず、両者の混合制度 système mixte を採っている。⁽²⁵⁾ そこで、民法典第一三四一条以下で、証明方法を制限し、原則として書面による証明に対しては証人および推定をもつて對抗しえず、証人と推定は例外的にのみ認められる。⁽²⁶⁾ その例外としては書証

の端緒が存在する場合（第一三四七条）と書証によることが不可能な場合（第一三四八条）とが挙げられるが、判例学説はこの例外の拡張解釈に努め、もつて証明権の保障に努めてきた。以下この二つのそれぞれについて検証して見よう。

(一) 書証の端緒 commencement de preuve par écrit

第一三四七条について、伝統的な見解⁽²⁷⁾は次の三つの構成要素に分解して理解する。

(a) 書面であること。

(b) 請求の相手方（ないしその代理人）から生じたものであること。

(c) 主張事実を真実と思わせるものであること。

この規定についての立法者の意図は不注意によつて債務の証拠を事前に用意しなかった者が相手方の意のままになるのを防ぐことにあるとされ、形式的に瑕疵のある証書、例えば署名のない私署証書、複数正本の作成を怠った私署証書（民法典第一三二五条参照）、法定の形式をふまない公署証書などを救済することが本来の立法目的であった。⁽²⁸⁾

このような規定について、判例は拡張解釈をほどこし、証書のみならずあらゆる書面、帳簿類（民法典第一三二九条から第一三三一条参照）や手紙、コピーなどが書証の端緒として認め

られ、また学説もこれに追隨した。⁽³⁰⁾ さらに、判例は書面の概念をも拡大するようである。まず新種証拠として扱いが定まらなかった録音テープについて、これを書証の端緒に当たるとした。⁽³²⁾ それから当事者の挙動について、例えば本人出頭の際の不出頭、あるいは返答拒絶について(旧民訴法典第三三六条参照)、また準備手続裁判官が提出を命じた書類の不提出の効果について(同第八一条一項参照)、これを書証の端緒と評価して証人尋問または推定による証明を認めてきた。⁽³³⁾

以上のような書面概念の拡張は、通常、立法者の「要式主義復活 *renaissance du formalisme*」志向に対する判例の反動として説明される。⁽³⁴⁾ このレベルでとらえれば、実体法上書面を有効要件とする場合の判例による緩和と同列に扱われることとなるが、証拠提出権としての証明権保障の例として理解する余地もありそうである。実体的有効要件として書面を要求する場合と証拠方法を書面に限る場合とが共に権利関係の安定および意思表示をなす際の軽率・詐欺の防止を目的または機能として持つことは確かだが、証拠制限には別の目的または機能が付着していることも、また確かである。証拠は訴訟に關係し、その制約は証明についての両当事者および裁判官の關係を規律する。そして証拠制限についての立法者の意図は、裁判官に対する不

信に根ざす確実性への希求、恣意排除にあると言われている。⁽³⁶⁾ また、書証と証言とのどちらをより確実なものとするかは時代により変化するが、ナポレオン法典は一五六六年のムーランの王令のとった立場を繼承し、証言より書証を確実な証明手段と考えたことにもよる。⁽³⁷⁾

このように訴訟当事者を裁判官の恣意から守るために訴訟上の確実性が求められてできた制約は、当事者の訴訟上の権利を犠牲にしてまで貫徹されるべき性質のものではない。そうだとすれば、判例による証拠制限に対する態度は、事実認定の確実性と当事者の権利・利益とを両立させるという観点から説明することが適当であろうと思われる。さらに、書証の端緒が相手方当事者の訴訟における挙動から生じるという解釈は、証明に關する衡平を目指すものとして理解できる。⁽³⁸⁾

結局のところ、書証の端緒についての判例の態度は「要式主義」への反動であると同時に、当事者の利益、すなわち証明権保障に配慮した結果であるということができよう。

(二) 書証によることが不可能な場合

法律行為につき書面による証拠をあらかじめ用意できなかったり、用意していても、それを訴訟上に提出することが不可能な場合には、書面によらず証人および推定による証明が許され

る。これが民法典第一三四八条の趣旨である。そこでこの「不可能」の意味が問題となる。

一九八〇年改正前の同条二項は、不可能と評価される場合を列挙していた。すなわち、「火災、崩壊、暴動ないし沈没の際になされた必要な寄託および旅客がホテルに泊った際にした寄託」であり、また「予見しえない事故で、書面行為をなし得なかった際締結された債務」であり、さらには不可抗力かつ予見不能な偶発事故で「証書を喪失した時」が挙げられている。³⁹⁾

この条文は例外規定であるから、解釈の通例からすれば拡張解釈は許されずであり、⁴⁰⁾ また立法者意思も単なる例示列挙ではなく制限列挙と考えていたようであるが、判例および学説はこれを拡張して解釈した。⁴¹⁾

その拡張解釈の方向は、同条同項の例のいくつかの分類に基づいている。同条同項二号三号は書面を作成すること自体の不可能を規定し、四号は作成した書面を喪失したことによる提出不可能を規定している。またその不可能をもたらす事情として、二号前段があげる「火災、崩壊、暴動ないし沈没」という事情は物理的な不可能性を表していると解され、後段のホテルの宿泊客の寄託は心理的な不可能性を現していると解される。そこで判例学説は二号前段を物質的不可能 *impossibilité matérielle*

の例、後段を精神的不可能 *impossibilité morale* の例、三号は両者を包含し、四号は主に物質的不可能性に関わると位置付けて解釈してきた。

(a) 書面作成の物質的不可能性

物質的不可能性を嚴格に解するならば、法文が掲げている状況の下での寄託（必要的寄託：民法典第一九四九条以下参照）のように、絶対的な「越えがたい障害 *obstacle insurmontable*」が該当することとなる。絶対的障害のみが該当すると解した場合、注文が列挙する事情の外、洪水 *inondation*、爆撃 *bombardement*、地震 *tremblement de terre* などの予見しえない事故の際の寄託だけがこれに該当し、寄託契約の他の法律行為は、そのような状況下では日常的な法的生活が停止されるために、普通生じない。⁴²⁾ この他の越えがたい障害で、かつ日常的な法律行為が行われ得る状況を考えて、一方または双方当事人が文盲 *analphabétisme* である場合や、電話による契約が考えられるが、⁴³⁾ これらはほとんど判例に現れていないようである。⁴⁴⁾

判例は以上のような絶対的障害にとどまらず、相対的な障害のケースにも書証作成不能を認めているが、全く無制限というわけではなく、なんらかの慣習 *usage* により書面の作成が困難であるような場合に認めている。例えばスポーツクラブや劇場

でのクロック、駐車場、夜店での売買など、素早い処理が求められているような場合である。⁽⁴⁵⁾

(b) 書面作成の精神的不可能性

これは民法典第一三四八条二項二号後段の「旅客がホテルに泊まった際にした寄託」という文言から導かれる。旅客がホテルに泊まった際に、貴重品類はフロントに預けて引換証を受け取るが、部屋の中に置いた荷物については何等の確認書面を作成することなく、外出する。これはホテルと旅客の相互信頼関係 *rapport de confiance réciproque* からなされるものであつて、同条項の根拠はこの信頼関係にあるとされた。⁽⁴⁶⁾

そこでホテルのケース以外にも契約の両当事者に書面作成を要求できないような信頼関係がある場合には、同じく精神的不可能が認められるとの論理で、多くの下級審判例が拡張解釈をなし、破毀院もこれを黙認していた。⁽⁴⁷⁾

例えば家族の間での法律行為には広く不可能が認められている。夫婦間⁽⁴⁸⁾、親子間⁽⁴⁹⁾、兄弟間⁽⁵⁰⁾では原則として認められているが、例外もある。そして具体的な状況によつて個々の決するということとは前提とされている。また、内縁関係⁽⁵¹⁾、姻族関係⁽⁵²⁾などでも肯定する例が多い。

これらの判例において、否定・肯定を決する基準を一般的に

抽出することは困難であるが、両当事者の親しさ、愛情の程度、その場の状況（契約の重大性や、両当事者の依存関係）などの要素を総合的に考慮して決定しているようである。

さらに、家族間以外でも、慣例として相互信頼関係があり、書面作成不能と判断されたものには、医療契約⁽⁵³⁾、弁護士との契約⁽⁵⁴⁾などの精神的業務、労働関係のように依存関係がある場合が挙げられる。

(c) 証書の喪失

ここでは偶発的原因によつて喪失したこと、および証書が存在していたことの二点が問題となる。喪失の原因としては不可抗力による場合と他人の行為による場合とがあり、その証明は困難である⁽⁵⁶⁾。また証書が存在していたことについては、特に適式に作成された書面であることが必要である。私署証書の原本を複数作成していたことや遺言書の適式性については通常その証明は困難である。判例は適式性が有効要件である場合（特に遺言書）にのみこの証明を要求し、訴訟の相手方が毀損した場合⁽⁵⁷⁾には、その適式性を推定して、もつて証明困難を救っている。以上見たように、判例は第一三四八条を拡張してきたが、その動因として書証の端緒の拡張解釈の判例と同様に、証拠法上の当事者の衡平を指摘することができる⁽⁵⁸⁾。そのみならず、精

神的不可能のケースにおいては、相互信頼関係の存在を認定する際に、両当事者の力関係、依存関係が重視されることから、一般的に真実解明のために例外を認めているというよりも、実質的に不平等な当事者間の訴訟において、実質的平等を回復するという目的が強く窺われるということができ得るであろう。また喪失ケースでは、相手方の行為により喪失させられた場合の適式性の推定などに訴訟上の衡平の考慮が窺われる。要するに書証の端緒の場合には、裁判官による真実解明への積極性と共に証明権の考慮もその要因となっていたが、不可能性の拡張においては証明権保障の考慮がより顕著であるということができ

(三) その後の立法

書証を原則とする証拠法の規定は、判例の拡張解釈を肯認する方向で法改正がなされた。書証の端緒について、旧民訴法典第三三六条による本人出頭の際の非協力のみなし規定を新民訴法典第一九八条、一九七五年七月九日法律五九六号により付加された民法典第一三四七条三項が受け継ぎ、また、精神的不可能について、一九六五年七月一三日法律五七〇号により改正された民法典第一四〇二条が、まず夫婦財産制の共通財産の推定を破る立証につき人証制限の例外として認め、一九八〇年七月

一二日法律五二五号⁽⁵⁹⁾による証拠法の改正の際に民法典第一三〇八条を改正して認めた。

このうち一九八〇年の改正は、時代後れとなった証拠法を時代の要請に合致せしめるべく、多くのアンケート調査に基づいて、情報通信の発達や書面作成の慣習の現状などに見合った全面改正を目指すものであったが、必ずしも所期の目的を達しえなかったようであり、部分的改正にとどまったが、第一三四八条関係については、「民法典の証明方法に割れ目をあけた」画期的な立法と位置付けられている⁽⁶¹⁾。

(25) G. et B. Preuve, Nos. 16 et s.

(26) 本節に関連する証拠法の規定は、後述するように一九八〇年七月一二日法律による大幅に改正された。稲本訳『フランス民法典』には改正後の規定が掲載されているが、本稿の叙述には改正前の規定も欠かせないため、次に改正前の規定を改正後のそれと対比して掲げておく。(改正部分には傍線を付す。)

第一三四一条(改正前)「五〇フランの金額又は価額…

(以下同じ)」

(改正後)「デクレによって定める金額又は価額 *valeur* を超えるすべてのものについては、任意的寄託 *dépôt volontaire* のためであつても、公証人の面前で、又は私

署 *signature privée* によって証書を作成しなければならぬ。より少ない金額又は価額にかかわる場合であつても、証書の〔作成〕前、〔作成〕後に述べられたと主張されることがらについても、受理されない。

② このことはすべて、商事に関する法律に定めるところを妨げない。」

第一三四七条(改正はない)「前数条の規則は、書証の端緒が存在するときは、例外を有する。

② 請求が提起される相手方又はその者が代理する者から生じる書面行為 *acte par écrit* で主張事実 *fait allégué* を真実と思わせるものはすべて、このように呼ばれる。

③ (一九七五年七月九日法律第五九六号)「裁判官は、当事者の一方が本人出頭 *comparution personnelle* のうえ行う申述 *déclaration*、答弁の拒否 *refus de répondre*、又は不出頭 *absence à la comparution* を書証の端緒に相当するものとみなすことができる」

第一三四八条(改正前)「それらは債権者が締結された債務の書証を得られ得ない場合すべてについて、なお例外を有する。

② この第二の例外は次の場合に適用される。

一、準契約および不法行為または準不法行為から生じた債務。

二、関係者の性質と事実状況を斟酌した上で、火災、(建物の)崩壊、暴動または沈没の際になされた必要な寄託および旅客がホテルに泊まった際にした寄託。

三、予見し得ない事故で、書面行為をなし得なかった際締結された債務。

四、不可抗力により、かつ予見し得ない偶発事件の結果、債権者が書証に利用する証書を喪失した時。」

(改正後)「前数条の規則は、債務が準契約 *quasi-contrat*、不法行為若しくは準不法行為から生じたとき、又は当事者の一方があるいはその法律行為 *acte juridique* の書面による証拠を得ることが物質的若しくは精神的に不可能であり、あるいは書面による証拠として用いられた証書を偶然若しくは不可抗力の結果喪失したときは、なお例外を有する。

② それらの規則はまた、当事者又は(原本の)受寄者が証書原本 *titre original* を保存していず、かつ、単に(原本に)忠実であるだけでなく耐久性のあるその複製 *reproduction* としての写しを提出するときも、例外を有する。用紙 *support* の不可逆的な変質をもたらす、原本の消去不可能な複製はすべて、耐久性があるものとみなされる。」

(以上の改正前の法文については私訳)

ここで前提とされている事項がいくつかある。まず、

第二三四一条以下が定める証拠方法の制限は、法律行為 *acte juridique* にのみ関わるものであって、法的事実 *fait juridique* には関与しない。従って、第一三四八条が準契約、不法行為、準不法行為を除外しているのは不必要な規定と見なされている。また、商法典においては第一〇九条で証拠方法の無制限を規定している。さらに、改正後の第一三四一条にあるデクレは、現在五、〇〇〇フランを基準額としている。Décret N.º 80-533 du 15 juill. 1980.

- (27) Barin, Cours, pp. 346 et s.
- (28) G. et B., Preuve, N.º 341.
- (29) Weill et Terré, op. cit. 本章第一節注(25) N.º 447.
- (30) *ibid.*; G. et B., Preuve, N.ºs 1051 et 9.; Barin, Cours, pp. 346 et s. etc.
- (31) 新種証拠についての研究は比較法も含めて多数にのぼるが、ここでは直接関係しないので、必要最小限の言及にとどめる。なお、書証の端緒との関係では録音テープの他に、マイクフィルム、写真などが登場する。
- (32) Dijon, 29 juin 1955, D. 1955, J. 583.
- (33) Rennes, 26 févr. 1879 S. 1880. 2. 214, 他々 J. Flour et J.-L. Aubert, Les obligations, vol. 1 (1975) N.º 317 参照。
- (34) *ibid.* pp. 225 et s.

(35) *ibid.* N.º 316.

(36) 当時の雰囲気は「ロベスピエールが一七九〇年一月一日に立憲議會の壇上から叫んだ『裁判所の判決例 (jurisprudence des tribunaux)』といふ言葉は佛蘭西語から抹殺して『はねばならぬ』というエピソードに表れている。そしてモンテスキューの「裁判官は法律に関する言葉を吐く口にはかならぬ」という言葉をモットーとして、「司法権の強大と法律解釈の専恣を虞れ」る傾向があった。福井勇二郎編訳『佛蘭西法学の諸相』一六頁以下参照。なお Legeais, règles, p. 15 参照。

(37) Legeais, règles, pp. 10 et s. なお「三井『基本構造 III』三九三頁も参照。

(38) この点はむしろ証拠獲得権に関係する。次章参照。

(39) 同条一項が準契約、不法行為、準不法行為によって生じる債務を除外するのは余計な記述に過ぎないとされている。前注(26)参照。

(40) Gény, F., Méthode d'interprétation et source en droit privé positif, N.º 30.

(41) Mainvaud, Ph., L'impossibilité de la preuve écrite, J. C. P. 1972, I. 2468, N.ºs 5 et 6.

(42) *ibid.* N.º 11.

(43) Bordeaux, 2 mars 1871, S. 1871. 2. 221.; Trib. civ. Lorient, 11 juill. 1905, D. 1906. 2. 83. ただし傍論。

- (44) Malinvaud, op. cit. 注(41) N° 13.
 (45) ibid. N°s. 14 et s.
 (46) Malinvaud op. cit 注(41) N° 17 はこれが定説だといふ。
 (47) 黙認というのは、破毀院は一貫してこの不可能性の評価を事実審裁判官の専権に属する事実問題だとしたからである。Cass. req., 27 mars 1907, S. 1907. 1. 209.; Cass. civ., 21 févr. 1956, D. 1956. J. 287. ただし事実審が理由付けをした場合に限られる。G. et B., Preuve, N° 352. 例えば夫婦間であるというのみの抽象的理由付けで精神的不可能があつたとした場合には、具体的状況の検討を求めて破毀している。Cass. civ., 28 oct. 1908, D. 1909. 1. 169. Perrot. Cours, N° 1284.
 (48) 肯定例・Cass. civ., 13 avr. 1923, D. 1926. 1. 40.; Cass. req., 28 janv. 1931, D. H. 1931. 129.; Angers, 26 nov. 1929, D. 1930. som. 27.
 否定例・Cass. civ., 28 oct. 1908, D. 1909. 1. 169.; Cass. civ., 13 juill. 1925, S. 1925. 1. 171.
 このように夫婦間でも一概には言えないが、否定例の一九〇八年判決は理由付けが不十分であることが破毀理由であり、一九二五年判決は贈与が問題となっており、要式行為であるので、いずれも特殊なケースである。
 (49) 否定例はなく、肯定例のみ。Cass. req., 22 nov. 1932, S. 1933. 1. 60. (家具の賃借) Cass. req., 27 juin 1938, D.

1938. 1. 115. (子供による家賃の代理受領) Cass. soc., 15 juill. 1954, D. 1954. J. 631. (賃借の委任) Cass. soc., 4 mars 1955, Bull. civ. IV. p. 159. (農地賃貸借)
 (50) Cass. civ., 25 juin 1900, S. 1901. 1. 328 (有価証券の寄託) Grenoble, 12 avr. 1967, D. 1967. J. 496. (賃借) その他多数、いずれも肯定例。
 (51) Paris, 18 juin 1953, Gaz. Pal. 1955. 2. 134 (婚外子の扶養) Paris, 28 févr. 1966, Gaz. Pal. 1966. 1. 76. (賃貸借) Cass. civ., 25 mars 1969, J. C. P. éd. G. 1969. IV. p. 125. (賃貸借)
 (52) Bordeaux, 2 mars 1871, S. 1871. 2. 221. (荷替の依頼) Cass. req., 8 juill. 1936, D. H. 1936. 426. (代理弁済) Cass. civ., 13 janv. 1969, D. 1969. som. p. 65. (賃貸借) いずれも肯定。
 (53) Cass. civ., 13 avr. 1910, D. 1911. 1. 14.
 (54) Paris, 5 juill. 1954, D. 1954. J. 705.
 (55) Cass. soc., 28 avr. 1955, D. 1956. som. p. 66. (労働者側からの労働契約の存在立証)
 (56) ことに不可抗力と喪失との因果関係についての立証に困難が大きい。Malinvaux, op. cit. 注(41) N° 33.
 (57) ibid. N° 38.
 (58) 同旨 ibid. N° 40.
 (59) 一九八〇年七月一二日法律五二五号に関する解説は

Jestaz, Ph, Loi N° 80-525 du 12 juill. (J. O. 13 juill.) et Décr. d'application N° 80-533 du 15 juill. (J. O. 16 juill.), Rev. trim. dr. civ., 1980, p. 820.; Chamoux, F., La loi du 12 juill. 1980 : Une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, J. C. P. 1981. I. 3008. 前者によれば、精神的不可能を認めたのは「一貫した判例を追認したにすぎない。」

(60) Chamoux, *ibid.* N°s 2 et s.

(61) *ibid.* N° 29. なお、N° 21. では精神的不可能よりも物質的不可能の方に注目し、これにより新しい技術によってなされた取引についての書証作成不能がカバーされるとしている。もっとも具体例は挙げられていない。

第四節 まとめ

1. 本章においてはフランスの訴訟制度の中で当事者の提出した証拠が受理されるための条件を、有用性および認容性の二つに分けて紹介した。

有用性の要件を満たすためには、その証拠の立証する事実が訴えの申立を基礎付ける事実またはそれを推認するに足りる事実であり、またそれがまだ証明されておらず、かつ、その証明が意味のあるものであることが必要であるとされていた。そし

てその判断は、原則として事実審裁判官の専権的評価に服するが、証拠を却ける場合には、その理由付けが要求され、理由付けを怠れば、あるいはその理由と合致しない場合は、破毀院のコントロールがおよぶ。

証拠提出の認容性に関しては、提出証拠による証明する事実が種々の理由からの証明禁止あるいは争い得ない推定による擬制がないことがまず必要である。これは同時に有用性の問題ともなる。次いでその証拠が違法なものでないこと、および証拠制限を受けないことが必要である。ただし、違法な証拠あるいは証拠制限に触れる証拠であっても、それらの制約が保護・確保する利益と、当該証拠を利用する利益との調整が、法律上でもまた判例によっても図られているというわけである。

2. このようなフランス法の現状は第一節で簡単に紹介したフランス民訴法の構造からくる特殊性があり、我が国の証拠法を考える上で、そのまま利用できるものでないことはもちろんである。例えば、我が国では証拠申出の採否について、理由付けは不要であるとの立場が通説判例であるが、フランス法で理由付けを義務付けている前提には、旧民訴法の枠組みにおいて証拠調べ *mesure d'instruction* が必ず判決で命じられることとなっていたことがあり、我が国のように明示の証拠決定を不要

としている場合には、理由付け義務が望ましいとしてもなお、実務上の可能性が問題である。なお、新民訴訟法の下では準備手続裁判官が必要な証拠の取調べまで行ってしまうので、その採否は判決によらないが、最終的には受訴裁判所の判決において、採否の理由が示されることとなる。

また、有用性の判断において、あらかじめ裁判官の心証が形成されてしまった事実に対する反対の証明がもはや有用でないとされる場合について、我が国でも議論がある所だが、フランス法が証書に強い証明力を与え、公署証書または私署証書に反する人証・推定を許さない制度を採っていることから、さらに証言による証明に対しては反対の証明が当然の権利とされていることからしても、我が国の問題と単純に比較することが許されない事情がある。むしろ我が国における「唯一の証拠」法理と同様の考慮が働いているといえるように思われる。

結局のところ、フランスにおける証拠提出の局面は、そこで証明権の保障がかなり強く施されているという点で、制度上の前提の差異をふまえた上での比較が日本法の解釈論を考える上でもかなり有用な課題であり得ると思われる。

第三章 証拠獲得権

第一節 総説

一、本章の問題

1. 本章では、当事者が相手方または訴外第三者に対して、自己の証明活動への協力を強制することができるとの条件の内容を具体的に紹介する。自己の証明活動への協力という中には、様々な内容が含まれるが、本稿では主として、相手方または第三者の所持する文書の提出強制をとりあげる。

問題をこのように限定する理由は、我が国での文書提出命令の要件・効果をめぐる議論に参考となるであろうということの他に、フランス法が興味深い変遷をたどってきたことによる。

すなわち、旧民法典の明文上は提出強制が極めて限られた範囲でしか認められていなかったが、学説上提出強制肯定説と否定説とが激しく対立し、また判例も動揺していた。これに対して、新民訴訟法はかなり広範囲におよぶ提出強制の途を開いたのである。

2. 具体的な考察にはいる前提として、本節では文書提出強

制の是非について論じられる際に必ず言及されるフランス訴訟法の基本的な考え方と、文書提出強制の起源として考えられているローマ法上の提示訴権 *actio ad exhibendum* について説明しておくかなければならない。

二、訴訟の二つの基本的タイプ

1. フランスの訴訟制度における裁判官と当事者の役割分担の比重について整理する際、フランスでは弾劾主義的手続 *procédure accusatoire* という概念⁽¹⁾、および糾問主義的手続 *procédure inquisitoire* という概念⁽²⁾とが用いられる⁽³⁾。そこでの問題は、一般には訴訟の開始、進行、および資料の収集について、誰がイニシアティブを採るかという点にある⁽⁴⁾。

2. 弾劾主義的手続の理念型は次のようなものとされている。「弾劾主義的と呼ばれる手続の特徴は、明らかに、当事者が極めて重要な役割を果たすことにある。すなわち、当事者が審理 *instance* を指揮し、様々な証明資料を自由に収集し、あるいは少なくとも証明資料を集めるための審理措置（証拠調べ *mesure d'instruction*）を行わしめる。この制度の下での訴訟 *procès* は多くの場合、二当事者が対峙して裁判官がこれに立ち会う《決闘 *duel*》として描かれる。そして裁判官は、誰の勝ちかを述べ

るために、裁判決闘の最後に介入するだけである。つまり裁判官は訴訟の展開については受動的なのである⁽⁵⁾。」

このような手続は歴史上比較的初期に現れ、公開、口頭、対審構造を有し、法定証拠主義を採用する傾向があるとされる⁽⁶⁾。

これに対して糾問主義的手続の理念型は次のようなものとされている。

「糾問主義的と呼ばれる手続を特徴付けるのは、審理の展開や証拠収集において、裁判官の果たす役割が重要であるという点にある。この制度においては、裁判が公役務 *service public* であること、それゆえに審理の進行は当事者の自発性・積極性 *bon vouloir* ではなく裁判官のイニシアティブにゆだねられ（裁判官は手続を促進したり、延期したりする手段を用いることができる）、裁判官は当事者の協力の程度がどうあれ、真実発見に努めなければならないという点が強調される⁽⁷⁾。」

このタイプは歴史上比較的遅く現れ、国家権力の強化を背景とし、書面主義、非公開に彩られ、内的確信（自由心証 *intime conviction*）による裁判が行われる⁽⁸⁾。

3. フランスでは、一八〇七年に施行された旧民訴法典が弾劾主義的手続にほ近い手続を定めていたといわれている⁽⁹⁾。もともと右に見た理念型そのままであったわけではなく、証人尋

問などの証拠調べは前章で見たように中間判決で命じるが、當事者の申出に拘わらず、職権で命じることができた。⁽¹⁰⁾ さらに、第三〇六条に次のような規定が置かれていた。

「裁判所は、係属中の事件において、事情の重大性に応じて、職権にても、法定命令 *injonction* を発し、書面 *écrits* を削除し、その中傷性を宣言し、さらにその判決の印刷・掲示を命じることができる。」(私訳)⁽¹¹⁾

この条文の意義について、当初は法廷の秩序維持のため裁判官に警察権を与えたものと解されていたが、法廷秩序維持の目的のためには第八八条第五一二条などがあつたことから、第一三〇六条の意義を法廷秩序維持の他に裁判をなす権能の補完という目的とあると解する学説が現れた。⁽¹²⁾

そしてこのような職権行使の余地が規定されていることから、旧民訴法典の下でも裁判官の役割に積極性を与える見解が生じ、文書提出強制の肯定説の一つの論拠となった。この点については第一章第二節の証明権否定説の見解を紹介したところで若干触れたが、詳細は本章で述べる。

ただし、学説の争いとは別に、実務は弾劾主義的手続の考え方に支配されており、裁判官の権限は有効に用いられず、一三五年の改正の後においてもなお、裁判官が積極的な役割を果

たすことはなかった。(第三章第一節参照)

4. 一九七〇年代初頭に制定された新民訴法典は、第二章第一節で述べたように、この弾劾主義的傾向に大きな修正を加え、裁判官の手続関与を大幅に導入した。しかし、なお糾問主義的手続を基本としたという評価はなされておらず、ペロの次のような評価が一般的である。

「われわれの民事裁判法の進展は、弾劾方式の絶えざる後退によって表現される。もちろん、現代の立法者が純粹な糾問方式を是認したとまで主張するのはゆきすぎであろう。すなわち、当事者は、なお主導権の一部を保持しているのである。しかし、かような留保にもかかわらず、当事者に残されている主導権の幅は、絶えず狭くなっていることを認めなければならない。そして今日では、もはや『争訟は当事者のことがらである』とは言えないのである。

それに驚くには及ばない。すなわち、司法構造は、経済的及び社会的な構造に対応して進展するのであり、そして、それらと同様、司法構造からも、一九世紀を特徴づけていた自由な内味がなくなっているのである。

しかしながら、やはり越えるべきでない限界が存在する。それは、民事訴訟において争いとなっている権利は、依然当事者

の各々がその絶対的な支配を保持し続けるべき私権である、との確認につながる。その点で、民事訴訟は、往々そのモデルとして提案が試みられている行政訴訟とは区別される。裁判は、あくまで当事者への奉仕に止まるべきであって、当事者を裁判官に隷属させてはならないのである。⁽¹⁵⁾

- (1) この言葉は英米でも用いられるが、アメリカ法とドイツ法ではともに刑事訴訟手続について用いられ、我が国の刑事法学では「弾劾主義」との定訳がある。フランスでは刑事訴訟に限らず用いられるが、後に述べるように、語感としては刑事訴訟上の概念としてイメージされるようである。そこで本稿では「弾劾主義」の訳語を充てる。
 - (2) 前注で述べたのと同じ理由で、「紕問主義」と訳す。
 - (3) Vincent, *Procédure civile*, N° 375.; V° aussi, *Couchez, Procédure civile*, 3^e éd. N° 227.
 - (4) *ibid.* なお「モートルスキは弾劾主義と紕問主義により、民事訴訟の進行面と対象面との両方を表すことに異論を唱え、*accusatoire* の語が刑事訴訟に適当な言葉であることから、民事訴訟については訴訟進行面と対象面とはつきり区別すべきであること、弾劾主義は進行面のみを用いることとし、対象面については「処分(権)原理 *principe dispositif*」の概念で表わすべきであるとする。
- 北村・前掲論文(第一章第三節注9) 六二三頁以下参照。

- (5) Couchez, *op. cit.* 注(c) N° 227.; V° aussi, Vincent, *Procédure civile*, N° 375. 堤龍彌「民事訴訟の理想と裁判官の役割」神戸学院法学一四巻四号四七頁以下も参照。
- (6) Vincent, *Procédure civile*, N° 375.
- (7) Couchez, *op. cit.* 注(c) N° 227.
- (8) Vincent, *Procédure civile*, N° 376.
- (9) Couchez, *op. cit.* 注(c) N° 228. なお旧民訴法典の制度の大枠は前章第一節参照。

この点についてペロは次のように説明している。(堤・前掲論文(注5) 五七頁以下。文中「告発」を「弾劾」に変更した。)

「一九世紀の訴訟法典における方式＝弾劾主義的傾向：民事訴訟法の起草者は、一八〇六年、明らかに弾劾方式に有利な立場を採った。すなわち、訴訟の主導権は、当事者又は少なくともその代理人に属していたのに対し、裁判官は、専ら訴訟の過程で仲裁人の役割のみ果たすべきものとされた。かような考え方は、法律面では、一九世紀を特徴づけた極端な自由主義の現れであったが、私法関係とは無関係な当局者の干渉を許すべきでないとの配慮に答えるものであった。確かに、裁判は公役務であるが、それは専ら当事者の自由処分に残されているはずであり、彼らは、それぞれの利益のために最善となるように、自分達の訴訟を制御する自由を持っているに相異

ない。」

- (10) 第二五四条参照。証人尋問に関する規定は一九五八年二月二二日デクレ一二八九号による改正がなされている。改正前の規定は法協訳八四卷一〇号一三八四頁注(1)参照。改正前の第二五四条を訳出しておく。

「裁判所は、申立書に現れた事実の証明を、それが法律で認められる限り、職権にても命じることができる。」

- (11) 新民訴法典第二四条二項に同様の規定がある。なお、徳田和幸「弁論権の内在的制約について」民商七八巻臨増『法と権利3』一三二頁参照。

- (12) Daigre, *Production forcée*, pp. 132 et s. 山本桂一「アストラント (astreinte) 罰金強制の合法性」フランス判例百選一〇三頁、およびそれらの引用する文献参照。

- (13) Couchez, *op. cit.* 注(c) N° 228.

- (14) *ibid.* N° 228. 北村・前掲論文(第一章第三節注9)六〇九頁。

- (15) 堤・前掲論文(注5)六一頁以下。一部改変。

三、提示訴権 *actio(n) ad exhibendum*

1. 提示訴権とはローマ法上のアクチオの一つで、次のように説明されている。

「提示訴権 *actio ad exhibendum* (D. 10. 4. 1 ff.) によって、

物的な訴訟、加害訴訟、動産占有保持特示命令などを主張しようとする者は、対象物をその支配のなかにもつ者に対して、法務官の面前へそれを提示することを請求する。もしそこで被告が対物訴訟などに応訴しない場合には、法務官は、それ以上の審理なしに、(法務官の面前にもちだされた)物をもちさることを原告に指示する……。しかし、原告はそれによって占有を得るだけである。所有権問題は未解決のままであり、その結果、もし相手方が物を取戻そうとする場合には、彼の方で所有権訴訟を提起しうることになる。もし提示が行なわれない場合には、そのとき、被告は彼が、所期の訴訟(所有物返還請求訴訟など)から敗訴した場合と同じ額について有責判決される。もし彼が占有を悪意で放棄した場合も同様である⁽¹⁶⁾。」

要するにここでは証拠の提出強制が目的とされているのではなく、係争物件の提出が目的であり、その機能も応訴強制が中心であり、また、提示がなされない場合に本来の訴訟で勝訴したのと同じ額の金員支払が命じられるという点に便利さがあつた⁽¹⁸⁾。

2. 提示訴権が証拠収集のために用いられるに至ったのはいわゆる文書契約 *contrats litteris* の登場⁽¹⁹⁾によってである。この文書契約とは一種の準消費貸借であり、既存の金銭債権を新しい

ものに変更する契約である。

「文書契約は、支払記帳 *expensilatio* によって成立した。つまり、債権者がその家計簿に、(債務者の了承を得て、) あたかも、彼が債務者に記帳された額を消費貸借として支払ったかのようにして行なった負担記入によってである。」⁽²³⁾

この実務が普及すると、新債務の発生・消滅を記入する帳簿 *codices* の証拠としての重要性が高まり、「債権者はそれを裁判に提出できることに有利さを有し、債務者も同様にその提出の可能性に利害をもっていた。しかし、事態は後者(債務者)にとって困難なことになっていた。というのも彼はそれを所持していなかったからである。」⁽²¹⁾

このような事態に直面して、法務官は、債権者の家計帳簿の提示訴権による提出強制を認め、ついには事実訴権として私的帳簿の提出を義務づけるに至った。⁽²²⁾これがすべての証拠方法の提出強制に拡張されたのは、紀元二三一年のセウエルス・アレクサンドル帝の勅書によってである。⁽²³⁾

3. この提示訴権は、カノン法には受け継がれたようであるが、フランス古法にはほとんど登場せず、例外的に所有権に基づく引渡請求と、両当事者に共通 *commun* とされた文書の場合の提出強制がなされていたようである。⁽²⁵⁾

一六六七年の民事訴訟王令には文書提出強制に関するいくつかの規定が見られる。まず、第一二章に『書類提示命令 *compulsoire* および書類の照合 *collation* につきて』と題する諸規定がおかれている。これは文書の真正を確認するための手続である。また第二〇章『口頭または書面による立証 *preuve vocale ou litterale* に附せらるる事実につきて』には、『洗礼、婚姻、埋葬、剃髪、聖品、着衣、修練期または修道誓願に関する証明書を必要とする者に対してはすべて、朕は、登記簿の種別のいかんを問わず、その保管者の手中に存する登記簿を強制提示せしむることを許すものなり・・・』と規定している第一八条があった。また第二九章は『計算書の提出 *redition des comptes* につきて』と題し、他人の財産の管理者(例えば後见人や係争不動産の受寄者)に対して、その事務終了後の計算書の提出を義務づける規定を置いていた。⁽²⁶⁾

これらの規定は個別的に書面の提出を義務付けているもので、ローマ法における提示訴権は全く存在しないこととなった。実務上、これらの規定とは別に、訴訟の相手方に対して所持文書の提出を要求することは行われていたが、共通文書の場合を例外として、一般には認められなかったようである。⁽²⁷⁾

- (16) カーザー『ローマ私法概説』二一九頁以下。
- (17) 所有物返還などの対物訴訟は被告に対する応訴強制がなかったが、対人訴訟には応訴強制があり、提示訴権は対人訴訟に属すると解されていた。カーザー・前掲書(注16)参照。
- (18) 例えば、合成物(船や家など)への附合があつた場合に便利であるとされている。カーザー・前掲書(注16)二二二頁参照。
- (19) Daigre, Production forcée, pp. 36 et s.; Demontès Le droit à la preuve, p. 28.
- (20) カーザー・前掲書(注16)三二九頁。なお、原田慶吉『ローマ法』(改訂)一七六頁によれば、この形式は「ローマ紀元六世紀頃に出現し、紀元後三世紀には消滅して、ユ帝法にはない」とある。
- (21) Daigre, Production forcée, p. 38.
- (22) *ibid.* pp. 38-39. なお Demontès, Le droit à la preuve, p. 29 によれば、この解決方式は、古代ギリシャ法に既にみられるとある。
- (23) Le Gall, *op. cit.* 第一章第一節注(6)p. 35.
- (24) Daigre, Production forcée p. 45.; Demontès Le droit à la preuve, p. 36.
- (35) Daigre, Production forcée, p. 50. この共通であることについては後述する。

- (26) この翻訳は堀浩「ルイ一四世民事訴訟王令(一六六七
- 年四月)(一)」神戸二四卷二号・三号に依拠した。
- (27) なお Demontès, Le droit à la preuve, pp. 41-45 参
- 照。

第二節 旧民訴法典の下での証拠獲得権

一、法文と初期の学説

1. 一八〇六年に制定、翌年一月から施行された旧民訴法典には、証明資料の提出を他人(相手方または第三者)に強制することを一般的に定めた規定はなかった。⁽¹⁾ただし、限定的にこれを認める規定がいくつか存在した。

まず、旧民訴法典第八四六条以下に、閲覧申請に関する次のような規定がおかれている。

「第八四六条—審理 instance の中で自己が関与しなかった証書の謄本ないし抄本の交付をなさしめようとする者は、以下に規定するところに訴えることができる。

第八四七条—閲覧申請のための請求は代訴士間の申立てでなされる。それは通常の行為書についての弁論 audience sur un simple acte に付され、なんらの手続も経ないで簡略に判断される。⁽²⁾

第八四八条—判決は、控訴ないし故障 opposition を経ずに執

行され得る。」(私訳)

これらの規定は、「公証官吏が受領している証書と公の寄託 (dépôts publics) に存する証書のみ」⁽³⁾を対象とするものであった。

商業帳簿については、商法典が次のように規定していた。

「第一条―商業帳簿及財産目録ノ提出ハ、相続、共有財産、会社ノ財産分配ノ諸事件、及破産ノ場合ニ非ザレバ裁判上之ヲ命ズルコトヲ得ズ。

第五条―訴訟中ニ於テ、裁判官ハ争点ニ関スル事項ヲ摘知スル為、職權ヲ以テモ、帳簿ノ呈示ヲ命ズルコトヲ得。」⁽⁴⁾

この他に、関連する規定として旧民訴法典第一八八条の「書証の伝達 communication des pièces」⁽⁵⁾が挙げられる。

「第一八八条―当事者は、各自、自己に対して使用される書証の伝達を、その書証が送達されまたは使用されてから三日以内に、通常の行為書によって求めることができる。

第一八九条―伝達は、代訴士間で受取証と引き換えに、または書記課に提出することによって、行われる。書証は、その正本があるか当事者が同意した場合でなければ、移動させることはできない。

第一九〇条―伝達の期間は、代訴士の受取証によりまたは伝

達を命じた判例により、定められる。期間が定められなかったときは、三日とする。」

2. これらの規定の他に、民法典の提出義務の規定にもふれておく。

その代表的なものは民法典第八四二条の共同相続人の遺産分割後の名義 *titre* (証書) 交付請求権である。同条二項三項によれば、分割された所有権の名義 (証書) は最も大きな部分を得た者が所持し、共同相続人の内利害のある者に利用させる負担 *charge* がその者に課され、また遺産のすべてに共通な名義は選定された受寄者が所持し、共同相続人に利用させる負担がその者に課される。

文書について直接定めるものではないが、民法典第一九九三条には、委任契約における受任者の報告義務が定められており、その一環として計算書類の提出が求められる。

3. このような法律を前提として、ナポレオン法典制定当初の学説は一般に提出強制を否定する説が支配的であった。⁽⁶⁾そしてその論拠は、明文の欠缺の他に、*«Nemo tenetur edere contra se»* という法諺が挙げられる。

ドゥモロンフ *Demolombe* ⁽⁷⁾によれば、この法諺はローマ法の中の証人に関する勅法彙纂第七法文から「借用された」⁽⁸⁾もので、

次のような意味に解されている。

「ある当事者は、相手方のために証拠を提出するよう義務付けられはしないし、相手方に自分から戦いの武器を与えるように義務付けられもしない。これは常識的で、必要なルールである。」

被告に関していえば、提出を義務付けられることもなく、全く受動的な態度に閉じこもることができるということは、全く明らかである⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。

しかし、この時期の学説においても、例外として提出強制を認める場合があった。学説が一致して認めていた例外は、前節で触れた「共通文書 *titre commun*」である。

4. メルラン Merlin によれば⁽¹¹⁾、この共通文書の起源は勅法彙纂の中の「提出について *de edendo*」の第五および第八法文にあるという。そこでは「債権者は、自己が支払請求した債務者に対して、債権と前渡金 *a-compte* とを記入した帳簿の提出義務を負うと判断されたが、その理由は、その事件における帳簿が、ある意味で債権者債務者間に共通であり、少なくともそれ（帳簿）が債務に関わる記載についての前者（債権者）の有用性と、なされた支払に関わる明細についての後者（債務者）の免責 *décharge* とに同時に関係しているからである⁽¹²⁾。」

この解釈に基づいて、メルランは、「各当事者相互の使用のために作成された書証が共通なものである」とまとめている⁽¹⁴⁾。

このような共通文書の観念の典型例としては、委任契約等における事務受任者の帳簿や遺産につき作成される財産目録などが挙げられるが、判例学説はこれをより広くとらえるようである⁽¹⁵⁾。

- (1) J. Viatte, *Communication et production des pièces en justice*, *Gaz. Pal.*, 1973, I, *Doct.* pp. 406 et s.
- (2) 旧民訴法典第四〇四条以下に、「簡易事件 *matière sommaire*」に関する規定があり、後段はこれによることを指す。
- (3) 谷口他訳『注釈フランス新民訴法典』一四四頁。
- (4) 外国法典叢書『佛蘭西商法典 I』五二頁以下。一部改変。なお、同書の解説によれば、第一四条に規定された「提出 *communication* とは、帳簿の占有を裁判所に移してその全内容を知らしめるものであり、第一五条の「*représentation*」とは「帳簿の内容の内、事件に関係ある一部を閲覧せしむるために裁判所又は他の者に之を開示すること」と解される。もっともこの区別は実際には守られなかったようである。

(5) この伝達の制度については、第二章第一節および、新民訴法典第一三二条以下参照。なお、この他民訴法典

第二〇一条では文書の検真の際の照合用書類の持参が義務付けられ、また第五七四条では差押の際の証拠書類の添付が義務付けられていたが、これらはこの問題と直接関係しない。

- (6) Daigre, *Production forcée*, p. 113 et s. による二九世紀の否定説は次のものがあつた。Toullier et Duvergier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 6^e éd., vol. 4, 2^e partie (1825); Demolombe, *Cours de code Napoléon*, T. XXIX, (1876); Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4^e éd. T. VIII, (1878); Rodière, *Traité de compétence et de procédure en matière civile*, 5^e éd. T. I, (1878); Garsomet, *Traité théorique et pratique de procédure*, T. II, 2^e éd. (1898)
- (7) Demolombe, *ibid.* 同書は直接参照し得なかつたので以下では Le Gall, *op. cit.* 第一章第一節注(9) pp. 1 et s. からの引用による。
- (8) 原文は *a la loi 7 du Code, de Testibus* とあり、これは勅法彙纂四、二〇、七を指すと思われる。その箇所の内容は、相手方当事者の支配下にある奴隷に自己の主張の証拠として拷問を加えることが許されないというものである。
- (9) Le Gall, *op. cit.* 第一章第一節注(9) p. 1 による Demolombe, *op. cit.* 注(9) T. XXIX, N^o. 209, p. 200.

(10) なお《*Nemo tenetur...*》という法諺自体の起源には争いがあり、一三世紀の注解者が作り出したものらしい。Daigre, *Production forcée*, p. 117.

(11) メルランによつて *ibid.* pp. 50-52, pp. 103-106 によつた。

(12) 原文は *Les lois 5 et 8, C. de ebendo.*

(13) Merlin, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence civile et criminelle*, T. XV, p. 51.

(14) Daigre, *Production forcée*, p. 105. によつて Merlin, *ibid.* を指示しているが、本文で述べたようなはっきりとした定義は見当たらない。

(15) 後に判例を検討する際改めて触れる。

二、肯定説の台頭

1. 二〇世紀に入ると、文書提出強制を広く認める学説が台頭した。その背景には、当時、すなわち第三共和制の下での、連帯主義と呼ばれる思想が大きな影響を各方面に及ぼしていたこと、および、サレイユ、ジェニイラによつて解釈方法論に見直しの気運が高まってきたことが挙げられよう。

解釈方法論についてはいわゆる科学学派の台頭であり、一般に、産業の発達に伴う社会的必要に促されたものである⁽¹⁶⁾。この社会的背景は、同時に、連帯主義をももたらした。そこでは個

人主義的法観念が否定され、社会の構成員の間の相互依存関係と正義感情とに基づく新たな法観念の構築が提唱され、レオン・ブルジョアの「社会準契約説」⁽¹⁸⁾やデュギー (Duguit) の「権利否認説」などが唱えられた。⁽¹⁹⁾ 具体的には、保険法・労働法の発達や、権利濫用の法理、公序の拡張など、あるいは危険責任説⁽²¹⁾などがその影響を受けて現れた。

2. 右のような思想的影響は民事訴訟にも広く及び、文書提出強制の肯定説もまた、この流れの中で、極端な弾劾主義的手続の考え方に対しての修正の一つとして現れたものである。

ジェニイ⁽²³⁾は、かつてのローマ法において証人義務あるところ文書提出義務もあるとされていたことに言及し、今日では、証人義務と別個に訴訟当事者が自己の申立を正当化するはずの手紙で他人の所持するものを自己の処分下におくようにする措置を、裁判官になさしめることが認められなければならないとして、その根拠として、現代的法観念の下での裁判所の機能が万人の権利の最大限の実現を確保することにあること、裁判官の真実説明が重視されること、この二点を指摘する。

そして、《Nemo tenetur...》の意義は《Actor incumbit probatio 原告に立証責任が課される》という法諺の観念的延長であって立証責任分配に関するものにすぎず、その過度の一般

化は「現代フランス法があらゆる行き過ぎを排斥していること、そして裁判官に対して本人出頭（民訴法典第一一九条第四七〇条）、事実および主張項目に関する質問（民訴法典第三二四—三三六条第四七〇条）宣誓の表明（民法典第一三五七—一三六九条、民訴法典第五五一条第一〇—一二一条第四七〇条）、商業帳簿の提出・呈示（商法典第一四—一七条）などを命じることを許すことで、（フランス法は）解明のためのあらゆる正当な手段を司法官 magistrat（⁽²⁴⁾）では裁判官の意味）に与えた」ので、取り払われるべきだとしている。⁽²⁴⁾ しかし、ジェニイは右の権利（証拠獲得権）を具体化する手続が欠けている点を問題とし、商法上の提出義務や閲覧申請の規定を類推適用することには無理があり、また事実上の推定を媒介とした間接的な強制だけでは十分ではないので、旧民訴法典第一三〇六条に基づくアシストラントを伴った法廷命令によって提出強制を課することのみが認められるとしている。⁽²⁵⁾

3. これに対して、ドゥモーグ⁽²⁶⁾は、提出強制肯定説の立場から次のように述べている。

「証明権について

当事者は証明権を有する。それは適切かつ認容される事実を証明することができるという意味のみならず、相手方当事者が

彼の証明を妨げることをしてはならないという意味においても、である。(中略)証明に参加せず、ある所為によつて、または書証伝達を拒絶することによつて、(証明)不可能にするということは、敗訴をもたらず。⁽²⁷⁾

「レンヌ控訴院一九二八年六月一日判決は二つの点が注目される。すなわち、相手方当事者に対して、その所持する書証を自分に見せろという訴えが認められたが、相手方は見せなかつた。伝達は、ここでは裁判の利益という觀念から、および文書のある種の共同性からも支持される。(中略)判決は、さらにこれまで明示的に認められることのなかつたサンクションをはつきり認めた。(中略)被告が証明に協力すべきであることから、それ(証明)を不可能にするならば、彼はあたかも(自らに)最も不利な証明がなされたと同様に扱われる。」

ここでは判例紹介という文献の性質上、詳しい論述がなされていないが、一方当事者の立証への相手方の協力義務とそのサンクションが、証明権の名の下で認められている。

これと同時に、ドゥモンテが文書提出強制に関する詳細なテーゼを⁽²⁸⁾発表した。その基本視点は、個人主義的法觀念と連帶主義的(社会的)法觀念との調和両立を試みるというところにある。

彼によれば、極端に個人主義に徹した法体制においては、国家は私人間の紛争に全く介入できず、私人が可能な限り完全な自由を求めることで、結局法そのものの否定ないしは力の支配に帰着することになる。訴訟上の証明についても、当事者は相手方に何等の協力も求めることができず、孤立した立場で戦うことを余儀なくされる。⁽²⁹⁾これに対して、極端な社会法的觀念に徹した場合、各当事者は相手方ないし第三者から自己の証明への協力を得ることができ、そこでは社会が法の目的であつて、個人とは離れたところにあるいわば神格化された存在としての国家が個人の可能性を決定することになるので、個人の「権利」なるものは全く否定されるかまたは(国家の)恣意に委ねられ、証明権が認められるのではなく単に各人の真実発見への(協力)義務があるのみということになる。⁽³⁰⁾それ故に、ドゥモンテは、個人主義的法觀念も社会的法觀念も、どちらも絶対的原理とすることは妥当でなく、とるべき道は両者の調和両立にあると説く。証明に関していえば、社会的連帯に基礎付けられた証明権も、個人主義に基礎付けられる所有権・秘匿権も承認した上で、それらの相互抵触に調整を加えるというアプローチをとる。

もつとも民事訴訟においては、社会的利益の重要性の度が刑事訴訟・行政訴訟に比べて劣るので、証明権が全面的に優先されるわけではない。抽象的な基準としては、証拠としての利用の利益があり、かつ他者に（物質的）損害が生じない場合に、証明権の優先が認められることとなる。そして拳証者と証拠（文書）所持者との間に実体的な関係（例えば契約関係）が存在する場合はより強く証明権の優先が認められることとなる⁽³²⁾。

こうした考え方に立って、ドゥモンテは法制史⁽³³⁾的および比較法的研究⁽³⁴⁾を通じて証明権の様々な在り方を検討し、現代フランス法に証明権が存在するかという問題をたて、明文上認められている商業帳簿と閲覧申請の外に、次の三つの類型の提出強制が認められるとしている。第一に共通文書であり、第二に委任関係にある当事者間で受任者の所持する委任事務に関する書類、第三により一般的に「衡平ないし裁判上の利益 *équité ou intérêt de la justice* に基づいて」提出強制を認める場合、である⁽³⁵⁾。

このうち第三の類型は、ラン・Laon 民事裁判所一八九五年六月二六日判決⁽³⁶⁾が「相手方当事者から証書の伝達を求める権利は、その伝達への正当な利益 *intérêt légitime* を立証した限りで、両当事者に共通な文書でなくとも、あらゆる訴訟当事者に帰属する」と判示したところに見いだされる。もつとも、これと反対

の趣旨の判決も多数存在するが、ドゥモンテは、それらがすべて「正当な利益」のない事案だったと考えることができるとしている⁽³⁷⁾。

こうした現状分析の上で、ドゥモンテは、提出強制否定説の根拠が提出を強制される当事者の不都合を考慮している点にあること、逆に肯定説の根拠が提出強制による真実発見の裁判上の利益を重視する点にあることの二つをふまえて、両者の調和点として次のように結論付けている。

「強制提出により生じる当事者の不都合は、事実として、その提出が損害を引き起こす場合でなければ援用できない。真実を明らかにするという裁判上の利益は、その真実の顕現が事実上有害になる場合に、逆に道を譲る⁽³⁸⁾。」
具体的には次の五点にまとめられる。

「一、伝達すべき書証は、訴訟のために作成されたものに限られない。（旧）民訴法典第一八八条は限定的なものではない。
二、伝達を得るためには、文書に権利を有する必要はなく、利益で十分であるが、それは重大なものでなければならず、その利益の程度は裁判官が評価する。」

三、しかしながら、（提出の）要求は被告に対し、後に訴追または告訴を受けるような害を与えることはできない。係属中の

訴訟において生ぜしめられる損害については、少なくとも金銭に関わるものである限り、必ずしも考慮を要しない。

四、要求される書証は、要求を受けた者の手中にあり、(訴訟)事件に有用なものであることが明らかでなければならぬ。書証を求める当事者はさらにそれを容易に識別できるほど十分な正確さをもって特定しなければならない。

五、最後に、要求された文書が他のものと混ざっている場合、それを捜し出すのは所持当事者であり、その義務は明らかに積極的なものである。⁽³⁹⁾

5. その後、肯定説は教科書や関連問題を扱う論文に受け継がれた。それらの論拠をまとめてみると、旧民訴法典第四八〇条一〇号が、「当事者の所為によって留置されていた、裁判のきめ手となる書類が判決のちに手にはいつた場合」に再審を認めていることから、訴訟中に文書を秘匿する自由を無制限に認めるべきでないこと⁽⁴²⁾、さらに、実定法上「Nemo tenetur . . .」の原理を規定した法文がなく、たとえ不文の原理として認めるとしても、一般化するべき根拠はなく、⁽⁴³⁾実質的にも「Nemo tenetur . . .」を一般化することは、訴訟上の争いの誠実性に反し、⁽⁴⁴⁾真実発見に不利であること、一種の権利濫用にもなりうる⁽⁴⁵⁾ことなどが指摘されている。

そしてこれらの肯定説は旧民訴法典第一八八条による書証伝達の抗弁の転用により提出強制を認める要件として、次の三点を挙げる。すなわち、(a)当該書証が裁判のきめ手となるものであつて、真実発見の重大な利益があること、(b)提出を求める当事者が、その書証をはつきり特定すること、(c)提出により所持当事者の利益が不当に害され、または第三者の利益が害されることのないこと。

ここで考慮される所持者または第三者の利益とは、訴追されないことや職業上の秘密、取引上の秘密、そしてプライバシーなどが考えられている。さらに、不提出のサンクションとしては、不利益な事実の推定が一般に考えられている。⁽⁴⁶⁾

なお、このような肯定説の中で、訴外第三者、とりわけ私人に対して提出強制を認める見解は少数であるが、⁽⁴⁷⁾提出に任意に応じない場合に損害賠償を課するなど、間接的サンクションを加えることで、結果的に提出強制を認める見解もある。⁽⁴⁸⁾

(16) 福井・前掲書(第二章第三節注36) 一頁以下によれば、ナポレオン法典が前提とした自由主義・個人主義的法制度において産業が発達したことによって、工場の増加、動産・有価証券の重要性の増大、労働者階級の成立、危険の増大と保険の果たすべき役割の拡大など、ナポレオ

ン法典の予定しない社会情勢の変化が生じ、この変化はナポレオン法典の解釈に柔軟性を要求した。

(17) フランス学会編・前掲書(第一章第二節注5) 参照。

この連帯主義はレオン・ブルジョア Léon Bourgeois をその代表格とする思想であり、その背景にはオーギュスト・コントに始まり、イギリス社会主義の生物学派(ミル、スペンサー)を経てデュルケームに至った実証主義社会学の影響がある。

(18) レオン・ブルジョアの思想は次のようなものである。まず、出発点として、社会の構成員の間に相互依存の關係が、事実として、確認される。そしてここから、正義の感情を媒介として、義務としての連帯が要求される。

というのは、事実としての連帯において、不均衡が存在する場合、我々の正義感情は社会から受け取るものと社会に与えるものとの等価性を要求するので、不均衡を是正して公平を実現するために社会から法外な恩恵を受けたものが社会的負債を負うというのである。そしてこの負債発生根拠を事務管理の法理を用いて説明した。ここから彼の説は社会準契約説と呼ばれる。フランス学会編・前掲書(第一章第二節注5) 三九四—四〇〇頁。

(19) ジュリオ・ド・ラ・モランディエール『現代法の諸問題』一五〇頁。その影響を端的に説明した部分を、長くながるが引用する。(旧漢字は改変)

「法律文化の進展は、一九世紀を通じて、この個人主義的法理を衰退せしめ、ここに社会的思想の再生を促すに至った。……社会的思恵は、種々な形態即ち共產主義、マルクス主義、社会主義、社会キリスト教主義、連帯主義等の形態を以て現われた。然し乍ら、その形態の如何に拘らず、これらの諸観念は、いずれも、同一の基礎を有する。即ち個人はその自体に於て法の目的及び法の淵源たるものではない。個人は、その本来の性質によつて個人的權利を有するものとして、各個別的に考えられるべきではない。法の観念は必然的に社会的である。法の観念は、社会即ち一つの個人の独立せる一つの事実である。従つて法はその淵源に於て必然的に社会的であつて、この淵源は即ち人を他の人々に結びつけるところの連帯がそれである。法は社会要求より発生し、従つてその窮極及至目的に於ても社会的である。即ち法の目的は個人の自由ではなく、団体の利益を中心として吾人の共同生活を出来る限り良く組立つることに存する。

故に、人間活動の一切の表現は、社会要求より生ぜる而して個人意思には關係なく発生せる客観法(droit objectif)によつて制約せられる。この客観法を人は呼んで或は正義或は社会連帯と名づける。客観法は成文法がこれを表明する役目を有する。個人的の法律行為は人間意思の工作としてそれ自体に於て価値を有するものではない

く、それが客観法に適合するに於て始めて法律上の力を有する。社会的学説は、社会要求より生ぜざる規範が個人意思に優越することを肯定する。然し乍ら、これを以て、法律行為及至契約に何等の価値を認めぬと云うのではない。最も社会化せる国と雖もこの価値を認めるが、それは基處に個人自由の表現があるがためではなく、ただ法律行為が社会均衡及至社会交換を確保する上に於て一つの適良な方法なるが故である。かくの如くして社会要求を体现せる法律と、その適用を掌ることを職務とする裁判官とは、常に法律行為に対し、優越性と緊密なる監督統制を行う権能とを有する。」

(20) モランディエール・前掲書(注19)一九一頁以下。

(21) 福井・前掲書(第二章第三節注36)一七八頁以下。

(22) モランディエール・前掲書(注19)五三頁以下は公序の観念が民事訴訟において果たすべき機能を論じている。それによれば、フランスの訴訟制度の建前が「訴訟は何よりもまず訴訟当事者の事件(事柄)である」とされているが故に、「公序観念は、この場合にも個人主義的原则の濫用の控制を目的として登場するのである。裁判官は原則として個人の関係には立ち入りえないが、『公の秩序』が問題となる限りに於ては積極的にイニシアティヴを執らねばならぬから、ここに再び公序観念は社会要請と個人意思との相克に直面し、そして個人自由の濫用に対

して一定の限界を設定する為に発動することになるのである。」

(23) Génry, *Lettres missives*, N° 181.

(24) *ibid.* なお、引用条文中、旧民訴法典第五條は一九四九年二月九日法律で廃止される以前のものである。

(25) *ibid.* N° 182. なお、旧民訴法典第一三〇三條については前節参照。また、ジェニイの証明権の考え方については第一章参照。

(26) Demogue, "observation" *Rev. trim. dr. civ.*, 1921, p. 740. et même, 1928 p. 897.

(27) *ibid.* (1921)

(28) *ibid.* (1928)

(29) Demontès, *Le droit à la preuve*,

(30) *ibid.* pp. 9-11, pp 243-246.

(31) *ibid.* pp. 247-250.

(32) *ibid.* pp. 254-259.

(33) *ibid.* pp. 20 et s.

(34) *ibid.* pp. 49 et s.

(35) *ibid.* p. 157.

(36) avec Amiens, 3 mars 1896, D. 1897. 2. 99. 事案は後述する。

(37) この点も後述する。

(38) Demontès, *Le droit à la preuve*, p. 160.

- (39) *ibid.* pp. 165-166.
- (40) Perrot, Cours, Nos. 1173 et s.; Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd. (1949) N°. 479.; Chevallier, *Le charge de la preuve*, Cours de droit civil approfondi, (1958-59) 453°.
- (41) Légeais, règles, pp. 197 et s.; Decugis, *L'évolution des preuves en droit comparé*, Bull. soc. législ. comp. (1939) pp. 77 et s.
- (42) この論拠はシャモンテ以前に於いても指摘されていたが、共通文書の提出強制を認めたるに援用されていた。Carré et Chauveau. *Loi de la procédure civile et administrative*, 5^e éd. (1880) T. I, Q. 788, p. 290. また、Giasson et Colmet-Daige, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, 2^e éd. (1908) N°. 685 2^e, これを一般的提出強制の論拠とするようである。シャモンテ以後は Morel, *op. cit.* 注(34) N°. 479 と M. et R., *Droit civil*, N°. 218. が論拠としてゐる。
- (43) Giasson, *ibid.*, Morel, *ibid.*, M. et R., *Droit civil*, N°. 218, Perrot, Cours, N°. 1175. など両面の見解は Gény, *Lettres missives*, N°. 181 によつて決つてゐる。
- (44) 注(40) 掲記文献の他は M. et R., *Droit civil*, N°. 218.
- (45) Perrot, Cours, N°. 1175, Légeais, règles, p. 197.
- (46) アストラントの制裁も肯定する見解として Perrot,
- Cours, N°. 1175.
- (47) Morel, *op. cit.* 注(40) N°. 478. は「はつきりと、正當な利益に反しない限り、証人義務ある者は書証提出義務もあるとする。しかしそれ以外の文献は皆、証人義務との同視や当事者や第三者を同一に扱うことに反対する。なお Gény, *Lettres Missives*, Nos. 182 et s. は証明権の存在自体について、所持者が当事者でも第三者でも區別しないが、証明権に対立する権利の在り方、および手続の在り方により差が出てくる。
- (48) Perrot, Cours, N°. 1177, M. et R., *Droit civil*, N°. 219.
- 三、否定説と肯定説の対比
1. 文書提出強制について旧民訴法典第一八八条類推適用による肯定説が有力に主張された後も、依然として通説は否定的であつた。⁽⁴⁹⁾ その論拠は、提出強制が弾劾主義的手続になじまないとするところの他に、主として《*Nemo tenetur . . .*》が援用されるが、この法諺の意味は二通りに理解されていた。⁽⁵⁰⁾
- (a) 証明責任を負わない当事者の消極的態度を保持する自由を承認する《*Actor incumbit probatio*》の観念的延長としての意味。
- (b) 裁判官中立原理 *principe de neutralité* に基づくものの、裁判官の消極性を命じる意味。

(a) の意味、すなわち証明責任原理のコロラリーとして理解するのは、一九世紀以来の定説であり(本節一参照)、二〇世紀の文献においては次のように述べられている。

「(《Nemo tenetur . . . 》) は actori incumbit probatio という法諺の観念的延長であり、原告が自らの責任で行うべき証拠の提出を相手方に押し付けることを妨げるものである。つまり原告は、より少ない証明方法で満足すべきであり、それを自分で集める責任を負うのである。⁽⁵³⁾」

これに対して(b)の意味、すなわち裁判官の中立原理から説明する見解⁽⁵²⁾は、フランス民訴法の弾劾主義的性格とも重なり合う(本第一節参照)。弾劾主義的性格を有する民事訴訟において、証拠提出 administration de la preuve の局面における裁判官の役割は、証明の適法性のコントロール、職権による証拠調べ mesure d'instruction の命令に限られ、⁽⁵³⁾ 裁判官が当事者の提出しなかった事実や文書・書証を自ら引き込むことは、その役割限界をはるかに越えることとなるので許されない、というのである。このことは、書証の持つ特殊な性格(法定証拠、その提出手続など)から、他の証明方法(証人、検証、鑑定など)と同列に論じることができず、むしろ「事実⁽⁵⁴⁾」に近い扱いを受けるため、処分原理 principe dispositif⁽⁵⁴⁾と結び付けて、次のよ

うにも説明される。

各当事者の申立は、その当事者が拠り所とするつもり of 証明資料 élément de preuve に密接に結び付けられている。つまり、その申立に性格と範囲と限界を与えるのは証明資料である。(中略)そこから次のことが帰結される。すなわち、もし裁判官が、彼自身の権威により、それまで関係づけられていなかった証明資料の審理への導入を許されるならば、その新たな証明資料に矛盾する一方当事者の申立は、(新しい証明資料が両当事者に共通のものとなるため)それにより相手方に迷惑をかける形で修正・変更されることとなる。すなわち、審理の範囲と、そしておそらく対象とが裁判官自身の介入によって変更させられることになり、しかも彼の職務の性質には何等反しないであろう。私見によれば、新たな証拠を収集・導入することについて裁判官に課される自制的真の理由がここにあるのである。⁽⁵⁵⁾」

この他、形式的理由としては提出強制を明文で認めている諸規定(本第一節参照)の反対解釈も、《Nemo tenetur . . . 》の有効性と提出強制の一般化に対する反対とが主張されている。⁽⁵⁶⁾

2. これに対する肯定説は、否定説の論拠に次のように答えている。まず、明文上提出強制が認められないとする点については、同様に《Nemo tenetur . . . 》を認める法文上の根拠も

なく、むしろ旧民訴法典第四八〇条一〇号の趣旨を解釈すれば、第一八八条の類推適用が正当とされるべきだという⁽⁵⁷⁾。

また実質面では、《Nemo tenetur・・・》の意味が証明責任を負わない当事者の消極的態度を保つ自由にあると理解する立場に対して、真実発見の利益を有する当事者が、人格権に基礎付けられた証明権によつて相手方当事者に証拠提出を要求できること⁽⁵⁸⁾、そして消極的態度に終始することは権利濫用に類似すること⁽⁵⁹⁾、さらに最近の見解によればそもそも証明責任は真偽不明のリスクをどちらの当事者に負担させるか、の問題であつて、そこから証拠提出の行為義務の是非は引き出せないこと⁽⁶⁰⁾、などが指摘されている。

《Nemo tenetur・・・》の意味を裁判官の中立性、そして消極性を指示したものととらえる見解に対しては、前節で挙げたように、旧民訴法典自体全く消極的な裁判官像を予定しているわけではない上、裁判官は社会的利益を実現すべき役割を有し、当事者の証明権を実現する役目を負わされてよいとする⁽⁶¹⁾。また「裁判官の中立性は、証拠の収集を当事者の一方が求めている限り、あるいは法律の許す限り職権で命じても問題とはならない。」とも主張されている。

3. このように両説の論拠を突き合わせてみると、問題の焦

点は裁判官の役割をめぐる対立と、当事者が相手方に対して提出を要求する根拠をめぐる対立の、二つに分けられよう。そのうち、裁判官の役割の点だけを見れば、否定説の立場にあるのも、共通文書の提出強制を第一八八条の転用により認めるので、少なくとも実体法上の権利に基づく提出要求について裁判官が手を貸すことには異論はない。問題はその他の文書である。肯定説はその他の文書について、当事者の証明権として提出要求が可能であるとの立場をとり、その法理論上の根拠を人格権に求めるので、人格権に基づき実体法上当事者が相手方に提出を求める権利があるとの点で一致を見れば、両説は同一の結論に帰せられるはずである。

ところが、法理論上は人格権に基礎付けるとしつつも、証明権を認める立場の実質的考慮は、訴訟上の利益、すなわち相手方の所持する文書を裁判上提出せしめて自己の主張の真实性を立証する利益であるので、これを純粹に実体法上の権利とするには問題があつた。また証明権を認めるべき理由として、裁判官による真実発見の必要をも援用して、「公平と同時に裁判の利益 *intérêt de la justice* から、当事者に彼自身のものである *preuve* を手放すように強制することが裁判官に可能となる⁽⁶³⁾」と述べるので、当事者に相手方の所持文書の提出要求の権利(証

明権)を認めるか否かの対立から、実質論としての裁判官の役割に関する議論に中心が移ってきたということができよう。そして証明権を否定して、真実発見の利益のみに基づいて証拠提出強制を認めようとするル・ガルらの立場と証明権を提唱する立場との違いは、少なくとも明文上提出強制を認めていない旧民訴法典の下では、表面化することがなかったのである。

- (49) Daigre, Production forcée, p. 116 そこでは二〇世紀に入ってから否定説として次の諸文献が挙げられている。

André, Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles, thèse Paris, (1910)

Thevenet, Essai d'une théorie de la charge de la preuve, thèse Lyon, (1921)

Bartin, Cours. T. XII, 5^e éd. (1922)

Barbier, L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation, Rev. trim. dr. civ., 1949, p. 345.

Solus, Rôle

Bendayan, La neutralité du juge, Jurisclasseur Proc. Civ. art. 116-148, 3 app. (1954)

Esmein, Traité N^o. 1412 (1954)

Giverdon etc., 7 colloque des Institute d'Etudes judiciaires, in Annales de la Faculté de droit de Lyon, (1970)

Martin, Réflexion sur l'instruction du procès civil, Rev. trim. dr. civ., 1971, p. 309.

- (50) Daigre, Production forcée, p. 117.
 (51) Esmein, Traité, N^o. 1412.
 (52) 例えば、Solus, Rôle, p. 129.
 (53) ibid. p. 130 この職権による証拠調べの命令が裁判官の消極性に調和しないことはフランスでも意識されているようだが、中間判決で命じるという旧法典の制度の下では、判決以前の手続段階における消極性とは必ずしも衝突するものではないといえよう。
 (54) この処分原理が弾劾主義原理の一つの側面に属することにつき、第一節注(4)参照。
 (55) Martin, Cours, p. 75 note 8ter.
 (56) Solus, Rôle, p. 137.
 (57) M. et R., Droit civil, N^o. 218.
 (58) Perrot, Cours, N^o. 1175.
 さらに Demotès, Le droit à la preuve は社会的利益によって相手方の義務が正当化されることを強調する。なお、Gény, Lettres missives, N^o. 181.
 (59) Perrot, Cours, N^o. 1175.

(60) Goubeaux, Le droit à la preuve, N^o. 10.

(61) 特に Gény, Lettres missives, が強く主張する。本節1

3 参照。なお Denontes, Le droit à la preuve, p. 265.

(62) M. et R., Droit civil, N^o. 218.

(63) Perrot, Cours, N^o. 1175.

四、旧民訴法典の下での判例

1. 一般に判例は文書提出強制に消極的であつたとされているが、肯定した判例も多く存在した。⁽⁶⁵⁾ここでは一つ一つの判決に立ち入って検討を加えるが、提出強制が問題になる局面について注意しておくべきであろう。既に述べたように学説は主に旧民訴法典第一八八条の書証伝達 *communication* の規定の類推適用をめぐる論じており、この外には第一三〇六条の適用も論じられるが、判例において提出強制の可否が問われたのは、第一八八条の外に、鑑定人⁽⁶⁶⁾の職務のため書証の提出を強制されるか、という場合がかなりの部分を占めている。

第一八八条の場合と鑑定人の場合とでは手続が異なり、認否の理由も異なるはずであるが、実質的には、どちらも、一方当事者の証明のため相手方から書証を提出させるという点で差異はなく、全く別個の問題とする必要はない。⁽⁶⁷⁾ここでは、その形式面での差異に留保しつつも、特に区別はしないで検討するこ

ととする。

2. まず共通文書に関する判例を見てみよう。

共通文書の提出を求めて却けられた当事者が破毀院に破毀申立をなしたが棄却されたという事例が一八三七年にある⁽⁶⁸⁾が、これは提出を命じなくとも違法はないとするものであつて、提出強制をしてはならないと述べたものではない。一般に共通文書の提出強制を第一八八条により課することは認められていた。

判例においては、交互計算契約終了後に作成された計算書について、その債権者・債務者間のみならず、債権者と債務者の連帯保証人との間でも共通とされた。⁽⁶⁹⁾また委任関係の両当事者間において受任者の委任事務に関わる一切の書類が共通だとされ、無効な遺言により財産を占有した者の帳簿が、その財産の法定相続人と占有者との間で共通だとされ、⁽⁷⁰⁾さらには被相続人の家庭の帳簿 *registres domestiques* (民法典第一三三一条参照)も、共同相続人間では共通だとされた。⁽⁷¹⁾

これらは学説による共通文書概念と近いものであるが、その他のに、国と地方公共団体との間で森林の帰属が争われた事件において、原告国が被告地方公共団体と旧所有者(領主)との間で係争地の利用に関して交わされた証文の提出を被告に求めたという事案で、その提出強制を認めた例がある。⁽⁷²⁾この事件で

は当該証文の日付、署名者、表題が明らかにされているが、内容については争いがあつた。メッス控訴院は、当該文書が両当事者に共通でかつ紛争解決に有用であり、共通文書に旧民訴法典第一八八条が類推適用されることは第四八〇条により明らかであるとして、被告に提出を命じた。被告の所持について争いがあり、被告は紛失したことを主張していたが、紛争の生じる前に被告の公文書館に保存されたという記録があり、それ以降に紛失した事由が主張されていないことから、不所持を理由として提出を拒み得ないと判断している。

さらに、行政上の使用が予定されている文書について提出を命じた判決が二件ある。一つは私人が経営し、村の認可を受けるた公共屠殺場 Y とその利用者 X との間の紛争で、X が Y に過払いした税金の返還を求めたという事案である。それ以上詳しい事案は記載されていないが、ともかく X はその過払いの立証のため Y が作成保存している帳簿の伝達を求めた。破毀院審理部は、Y の帳簿作成義務がその利用者の税金徴収のコントロールを可能にするために課されていることを理由にして、「それ故この帳簿は公共会計簿の性質を有し、その提出について民法典第一三一五条は障害ではない」と判示し、破毀申立を却けた。⁽¹³⁾ また比較的最近、財産の譲渡と遺贈の無効が争われたケースで、

原告が被告に対し、被告の手形取引の明細表、銀行当座預金証書の抄本、係争物件たる自動車の譲渡のため行政庁に提出すべき書類の写しなどの提出を求めた事案で、原審は全部、控訴審は一部を認容した例がある。⁽¹⁵⁾ プザンソン控訴院は手形取引明細表および当座預金証書の抄本について、個人的文書または書類であつて伝達を命じ得ないとしたが、行政庁に提出する書類は両当事者に共通であるとして提出命令を認めた。そこでは共通文書たることの理由をとくに示していない。

以上の判例をまとめると、共通文書の概念は学説の説明するところより広く、行政上作成・提出が必要な文書も含めて理解されているということがいえよう。また、学説も認めている類型の文書についても、契約関係にある両当事者の間での契約書、共有関係にある両当事者の間での共有物に関する証書・文書などが、本来の当事者間に限らず、継承者、保証人等に対しても共通とされており、実体法上の利用権がある場合には限られない。このような判例上の共通文書概念に統一的な定義を与えるのは困難であるが、あえていうならば、実体的な法律関係の中で、および行政庁への関わりを通じて、当該文書が「公共性」を有している場合に、共通文書とされているようである。この点はさらに検討を要するが、日本民訴法第三一二条三号

の利益文書・法律関係文書の沿革を考えるうえで、フランス法上の共通文書概念が行政に関わる文書も含めていたという点は興味深いところである。

3. 共通文書以外の文書については、結論として提出強制を否定した判決が多数を占めるが、一般論として提出強制の余地を認める判決は早くから存在した。その代表的な例である一八七九年六月一七日破毀院審理部判決⁽⁷⁶⁾は、次のように判示している。

「旧民法典第一八八条は、各当事者に、もっぱら自己に対して使用される書証のみの伝達を要求する権利を与えている。裁判所がこの明確かつ限定的な条文にも拘わらず、真実発見の利益において、引用も使用もされていない書証の提出を命じることができるとすれば、その証拠調べの方法が用いられるべき場合は、控え目に *avec réserve* かつ重大な理由により許されたと見られる場合 *lorsqu'il leur paraît autorisé par des motifs sérieux* に限られ⁽⁷⁷⁾。」

この事件では、原告の請求を基礎付ける事実が何等主張されず、単なる推測に基づくものであるとして提出（伝達）申立を却けているので、「控え目に、かつ重大な理由により許され」と見られる場合」という判示が指すものは全く明らかでないが、このような一般論はその後の判例に受け継がれた。

パリ控訴院一八八二年七月二九日判決⁽⁷⁷⁾では、次のように判示されている。

「・・・限定的な第一八八条にも拘わらず事件中で使用も引用もされなかった書証の提出 *production* を命じることができるとしても、その権限を裁判所が用い得るのは、非常に控え目に、かつその書証の提出を求めた当事者がその性質を十分正確に特定し、相手方の手中にあることを立証し、その上訴訟に提出すべきことを真実かつ重大な理由 *motifs réels et sérieux* によって正当化した限りにおいてである。」

この事件でも、提出要求を却けた結論を導いた理由は、求められた書証の内容が明らかにされておらず、被告（被要求者）の所持も立証されておらず、結局のところ情報を得る目的で伝達を要求しているにすぎないということにあり、判決のいう「真実かつ重大な理由」の有無に立ち入らずに却けられている。

4. 共通文書以外の文書で提出強制を肯定した最初の判決は、ドウモンテの引用するラン民事裁判所一八九五年判決⁽⁷⁸⁾である。保険会社Xが保険契約の相手方Y夫妻に対して保険料の支払いを求めたという事案において、Yは、X社が訴外A社との間で営業譲渡を行った事実を挙げ、契約相手方のA社への変更を理由とした契約解除を主張し、その立証のためX A間の営業譲渡

の契約書を伝達するよう要求した。これに対してラン民事裁判所は、一般論として、共通文書以外にも正当な利益 *interest legitime* により伝達が正当化される場合があるとした上で、本件では、X A 間の契約が再保険契約であれば Y には無関係であるが、X の地位が A によって入れ替わられるような性質の契約であれば、Y に解除権が成立するところ、X が実質的に A によって入れ替わられていることを示す徴憑⁽⁹⁹⁾が多く見られるので、X は X A 間の契約書を提出して自己の同一性を立証し、誠実性を明らかにすべきであり、Y には伝達を要求する正当な利益があることは明らかであると判示した。⁽¹⁰⁰⁾これに対して、ラン民事裁判所判決と同じ X 社と、別の保険契約相手方たる Z との全く同一の事案の下で、提出強制を却けた判決もある⁽¹⁰¹⁾。そこでは Z の主張内容が明らかではないが、ネフシャテル民事裁判所は Z が X A 間の再保険契約書の伝達を要求したものと理解した上で、再保険契約が存在したとしても「それは Z らに無関係な書証であり、証拠として利用できないものである」と判示して伝達要求を却けた。

この二つの判決を比較して見ると、両事件とも事案は被告が別人であるだけでほぼ同一だが、結論は正反対である。そしてネフシャテル判決は、第一八八条の適用の一般論として「用い

られ書証または両当事者に共通の書証の伝達のみが命じられるというのが原則である」と判示している。しかし、真の営業譲渡がある場合は別であるとしているので、⁽¹⁰²⁾例外の余地を認めていないとまでは解し得ない。両事件の差異は、ラン民事裁判所においては X A 間の契約を営業譲渡であると認める徴憑が多いとしているのに対して、ネフシャテル民事裁判所においてはむしろ再保険契約であると理解している点にある。そして営業譲渡があれば契約解除が認められるとされているので、伝達を求められた書証は、ラン民事裁判所の事案では被告の抗弁のために有用な証拠であり、ネフシャテル民事裁判所の事案では有用でない証拠であったという点で、両事件の結論が異なったといえそうである。こうして見るとラン民事裁判所が判示した「正当な利益」の内容は第二章で見た有用性を意味するとも考えられるが、そうだとすればほとんど無制限の提出強制ということになる。もつともラン民事裁判所は、Y の主張を裏付ける徴憑が多いという点を重視しており、さらに進んで X の側が立証すべきであるとして述べているので、単に当該書証が有用であるというにはとどまらないようである。ラン民事裁判所の判示は主観的な立証責任を Y が負っていることを伝達の強制の根拠に挙げているという見方も可能である。あるいは近時ドイツで

提唱されている「事案解明義務」⁽⁸³⁾に類似した証拠提出義務を課しているようにも見える。いずれにせよこの点は、なお検討を要すると異われる。

5. 二〇世紀に入っても、旧民訴法典第一八八条の類推による共通文書以外の文書の提出強制を否定する判決が多いが、筆者の見た限りでは伝達の申立を却けた理由が個人的文書であること⁽⁸⁴⁾、争訟の解決に有用でないこと⁽⁸⁵⁾、訴訟の引き延ばしを目的とする申立であることなどに求められている事案がほとんどであり、否定例として挙げることのできる判決はパリ大審裁判所一九六七年一〇月二一日判決⁽⁸⁶⁾だけである。

その事案は、Y新聞社が観光会社Xの収支状況を危機的な赤字であると報道したため、X社の信用が損なわれ、それによって生じた損害の賠償を名誉毀損による不法行為に基づきX社がY社に求めたものである。訴訟の中で、Y社は、X社の貸借対照表と事業報告書の伝達を求め、記事が事実であることを立証しようとしたが、パリ大審裁判所はこの申立を以下の理由で却けた。すなわち、Y社は名誉毀損の免責のため、その報道が客観的で報道の自由の正しい行使の範囲内であることの証拠を事前に用意すべきであり、これを用意せずに事後的に入手しようとしてもその申立は認められない、というのである。

この判決は、これ以上詳しい理由を述べていないが、ここでは提出強制の可否それ自体が問題とされているのではないようにも読める。免責のためには、報道の真実性自体ではなく、報道時に記事の真実性を裏付ける証拠があったことが必要とされるので事後的にそれを入力して提出しても、有用な証明ではないとの、実体法的解釈がなされたとも解しうるし、また報道の真実性自体が重要であつて本件文書は有用な証拠であるが、事前に入手しておくべきであり、事後に伝達要求により入手しようとするのは伝達の抗弁の濫用であるとの見解にも解しうる。いずれにせよ、本判決が第一八八条の拡張解釈それ自体を否定した趣旨であるとは解しえない。

これに対して肯定例は、一九世紀に比べてかなり多く見られる、そのうちで、一つの類型をなしているものとして、保険証券の提出を命じるケースである。その先駆けとなったのは、一九二八年レンヌ控訴院判決⁽⁸⁷⁾であるが、典型的なケースとしては、交通事故の被害者が保険会社に対して直接保険金の支払いを求める事案⁽⁸⁸⁾で、事故当時保険が成立していたかどうかが争点となり、被害者側がその立証のため保険証券の提出を求めるというものである⁽⁸⁹⁾。そこでは判例は提出強制を認めてきたが、その理由には被害者が文書作成に関与しえない部外者であること、彼に

とつて他に保険契約の適用を受けるための立証手段がないこと、それ故直接訴権の利益を守るために提出強制が必要であること等が指摘されている。

これ以外の肯定例としては、鑑定人が職務遂行に必要な会計書類を伝達せしめても、任務逸脱による無効な鑑定とはならないとしたもの⁽⁹²⁾、同族会社の所有者（故人）の共同相続人の間での遺産分割事件において、遺産たる株式の価額を評価するため鑑定人に会社の会計書類を伝達するよう命じることは、会社法が認めた閲覧請求権を越えて認められるとしたもの⁽⁹³⁾があり、また、会社の不動産の買収予約をした賃借人と会社財産管理人との間で、その予約締結当時の会社代表者の権限が争われ、賃借人Ⅱ予約完結要求者が当時の会社の議事録等を伝達するように求めたという事件で、「事実審裁判官は、その専権的評価権限の行使として、真実発見の利益において、相手方の援用しない書証の提出を命じることができる」と判示したものもある⁽⁹⁴⁾。

さらに、新民訴法典の成立の前後にわたって争われ、従って新法典の影響を受けたと考えられる肯定例として、破毀院民事三部一九七一年一月一日判決⁽⁹⁵⁾が挙げられる。事案は、X社Y社間で不動産の売買契約を締結したところ、買主Y社が履行しなかったので売主X社が代金支払いを請求したというもので

ある。問題はその契約書⁽⁹⁶⁾が訴外A社（スイスの信託会社）に寄託され、しかもその返還は両社が共同して申し入れた時に限るという条件が付けられていたので、X社はY社の協力なしに契約書を提出できないという点であった。なお、訴え提起前に、当該契約の解釈・実行についての争いが生じた場合、その紛争解決を委ねる仲裁人の下へ、その契約書を伝達するとの合意があった。原審はX社の申立に基づき、Y社に契約書提出のための協力を命じた。破毀院も原審を支持したが、その理由は、本件書面の存在について争いがなく、仲裁人の下への伝達の合意があったこと、その提出が争訟解決に不可欠と評価できることから、原審には証明責任法理または裁判官中立原理の違反はないというものであった。

この他、提出（伝達）命令に対する拒絶、または鑑定人への協力拒絶に、サンクション、特に不利益な推定を結び付けても違法ではないとした判決⁽⁹⁷⁾もあった。

6. 以上の判例の検討により得られたことをまとめれば、次の通りである。

① 文書提出強制の手続は、民訴法典第一八八条の類推適用または鑑定のため必要な措置として命じられる伝達により行われる。

② 一般論としては、共通文書以外の文書についても第一八条による提出強制の余地があり、その否定を明言する判決においても、提出強制の申立を却ける真の理由が別にあった、と考えられる。

③ 共通文書として認容された例は、学説の説くものの他に、行政庁に提出する書類や行政上作成の義務がある書類も含まれる。

④ その他の文書では、挙証者が当該文書の作成に関与せず、かつ他に決定的な立証手段がなく、主張に一定の蓋然性が認められる場合に提出強制が認められる。その際有用性・認容性のコントロールは前提とされる。なお仲裁人の下に提出する合意があった場合にも提出強制（協力強制）を認めた例がある。

⑤ 否定例の実質的根拠は、申立文書が存在または所持の立証がないことや本案の審理に関係がなく有用性がないこと、遅延を目的としている申立にすぎないことなど、提出強制の可否以前の理由であることが多いが、名誉毀損の免責のためには事前に真実性の証拠を入手すべきであること、あるいは、当該書証が所持者の個人的文書であることを理由にするものもある。

⑥ 証明責任との関係も考慮される。このことは従来フランスでも客観的立証責任の考え方が通説であるとされてきた点に⁽³⁸⁾

疑問を投げ掛けるものであり、なお検討を要する点である。

⑦ 提出命令の必要性については事実審裁判官の専権的評価に服する。

なお訴外人に対する提出強制に関しての判例には触れなかったが、これは筆者の見る限りで否定肯定両方とも見当たらなかったためである。⁽³⁹⁾

(64) Goubeaux, Le droit à la preuve, N° 11.; Marraud, Le droit à la preuve, N° 2.

(65) 小林秀之「文書提出命令をめぐる最近の判例の動向(四・完)」判例時報九八号一四〇頁において、判例の大枠が紹介されている。

(66) フランスの旧民訴法実務で鑑定が極めて大きな役割を果たしたという点について、木川・前掲書(第二章第一節注5)一〇八頁参照。

(67) 例えば M. et R., Droit civil, N° 218. では鑑定における提出強制を書証提出強制の手続の代用と見ている。

(68) Cass. civ., 15 févr. 1837, S. 1837, I. 424. 委任契約において、委任者の相続人らが受任者の横領による損害の賠償を訴求し、受任中に作成した帳簿の提出を求めた。破毀院は商人でない受任者に帳簿作成保持義務がなく、また裁判官が提出を命ずべき義務もなく、さらに帳簿の存

在の立証すらないという理由で破毀申立を却けた。ここでは共通性について何等触れられていないが、学説および後の判例においては、受任者の帳簿は委任者との共通文書であるとされている。

(69) Dijon, 29 févr. 1876, D. 1877. 2. 94.

(70) Rennes, 26 févr. 1879, D. 1881. 1. 116. 事案は委任者の遺族に対し、かつて受任者であつて、委任者の死後事務管理をしていた者が借金の返済を立て替えたとして、その返済金の償還を訴求したというものである。原審が被告による原告(受任者)の帳簿、ノート、その他事務遂行に関連する書類の裁判所書記課への伝達を命じたのに対し、レンヌ控訴院は次のような理由を挙げてこれを支持した。① 本件が準契約であつて、書証を自ら入手するのが困難であること、② 受任者(事務管理者)に報告義務があること、③ 当該文書は当事者双方の申立のそれぞれの評価に必要であること、④ 共通と考えられるべき文書であること、⑤ その不存在は、被告の長年にわたる多額の金銭を扱う立場から、考え難いこと。

この他、Orléans, 19 déc. 1895, D. 1897. 2. 77. (受任者が委任者の利益のために所持する一切の書類の伝達。ただし、鑑定人のケース)がある。

提出強制の余地を認めつつも、提出命令を下さないことが事実審裁判官の裁量により許されるとした例として

は、前記破毀院判決(注8)の他に、Cass. req., 15. nov. 1898, D. 1900. 1. 317.; Cass. civ., 10 janv. 1966, Bull. civ. I, N° 22.

(71) Cass. req., 9 janv. 1878, S. 1878. 1. 444. 原審は帳簿の存在が明らかだとして、商業帳簿の提出命令の規定を非商人に拡張できないとしても、両当事者に共通な帳簿は別だと判示し、破毀院はフランス民法典第五九条を援用して、占有者に果実の会計報告義務があることから帳簿の提出を命じることに違法なしとする。

(72) Cass. req., 16 mars 1909, S. 1909. 1. 128. 鑑定ケースだが、共通性への言及は争点と無関係である。

(73) Metz, 25 févr. 1869, D. 1869. 2. 95. 本判決は国と地方公共団体との土地の帰属をめぐる争いであり、民事上の争いとは思えないのだが、原審であるスタン(Sedan)裁判所もメッス控訴院も民事部が担当し、民法を適用している。なお、旧民法典第四八〇条一〇号を根拠に持ち出す例は前記Dijon判決原審にも見られる。

(74) Cass. req., 10 nov. 1908, D. 1910. 1. 392. 民法典第一三一条は証明責任分配の原則規定である。判旨には共通文書たることの指摘はないが Daigre, production forcée, p. 105 はこの判例を共通文書の認容例としている。

(75) Besançon, 31 juill. 1951, D. 1951. J. 632. 無効の理由としては真の弁済を受けない間接贈与 donation indirecte と

あり、それが公序則（民法典第一一三三条）に反すると主張がなされている。間接贈与または仮装贈与は、それ自体としては有効であるとの判例が定着しているが（*Flour et Aubert, op. cit.*（第二章第三節注33）No. 307, 山口俊夫『概説フランス法・上』五二九頁以下参照）、本判决とその原審は、間接贈与であるが故に無効とするのではなく、その上さらに公序則違反があるとしているようである。

- (76) *S. 1881. 1. 116.* 事案は次の通り。Aの死後、Aの息子CはXを包括受遺者に指定して亡くなった。その後、Aの妻B夫人が亡くなり、YらがB夫人を相続した。B夫人の財産調査の際に、Xが立ち会い、そこで本来Cの所有に帰すべき債券がB夫人の財産中に発見されたので、それは直ちにXに支払われた。後日XはYらに対して、B夫人が横領したCの財産の返還を訴求し、B夫人の財産目録、およびそこに記載されているすべての債券・証書を伝達するよう申し立てた。第一審・原審は伝達の申立を却下して請求を棄却した。

- (77) *S. 1882. 2. 223.* 地主と小作人との紛争で、小作人の仕訳帳 *livre-journal*、財産目録 *inventaire*、賃貸借経営書類 *expédition de bail*、小作経営の状況書 *état de situation de l'exploitation de la ferme*、その他の文書の提出（伝達）が求められた。

なお同旨の一般論を述べるものとして、*Nancy, 23 janv. 1882, D. 1893. 2. 365.* があり、一審が伝達を命じて不提出のサンクションを明言した（不提出の場合、あらゆる帰結を引き出せる）のに対して、破毀差戻。破毀の理由は被要求者の不所持が明らかであったことである。

- (78) 前記注(36)掲記。

(79) 判決理由に現れたところによれば、X社の株主への取引報告で保険料支払いに言及せず、A社の社長がX社の社長の資格を実質的に得ていることがあり、X社側が取引を継続して行い、総会を主宰し、本社を所有し続けていると主張していても、それだけでは存続の証明にはならないと、判示している。

- (80) なお控訴審も原判決を支持した。

(81) 同じX社と別の保険契約者Zとの訴訟。*Trib. civ. Neuf-châtel, 2 mai 1895, S. 1898. 2. 185.*

(82) 「もし再保険契約ではなく真の譲渡がなされ、その結果、会社が証券と資産とを放棄したのであれば、話は別である。」

- (83) (序)注(19)掲記の各文献参照。

(84) プザンソン前掲判決（注75）は争点に無関係な個人的文書だとする。

(85) *Cass. com., 6 mai 1953, Bull. civ. III, No. 164* は一般論として「争訟の解決のため利益のある書証」の伝達を要

求され得るとするが、当該事案におけるその書証は争訟の解決に不必要な書証であるとして却けている。なお、Cass. soc., 4 juill. 1962, Bull. civ. IV, N° 597. も同旨。

(86) 例えば、Cass. civ., 7 juill. 1910, D. 1912. 1. 62.

(87) この他否定例としては Cass. req., 24 déc. 1919, S. 1921. 1. 150. があるが、これは旧民訴法典第一五一条（一八〇七年二月一六日デクレによるもの）に定められた代訴士に対する帳簿伝達要求権を、相手方当事者が援用できるかどうかについて消極に解したものであり、本稿の扱う問題とは関係しない。

また Paris, 27 mai 1969, D. 1970. som. 11. では「民訴法典第一八八条は当事者に対して、専ら彼に対して用いられる書証のみの伝達を要求する権利を与えている。少なくとも両当事者の共通文書か商業帳簿でない限り、相手方が使用を控えている書証の伝達を要求することはできない」と判示しているが、それ以上の事実関係が不明のため、評価はできない。

(88) Trib. gr. inst. Paris, 21 oct. 1967, Gaz. Pal. 1968. 1. 306.

(89) Rennes, 14 juill. 1928, Rev. trim. dr. civ. 1928, p. 898. 労働災害について、労働者が使用者に労働災害保険の支払いを求めたところ、事故当時に保険が成立していたかどうかが争われ、労働者側から保険証券の提出が求めら

れた。裁判所は「裁判の良き管理 bonne administration de la justice のために・・・保険証券を提出すべきである」と判示した。

(90) このような直接訴権 action directe は契約に定められていなくとも認められる。その理を示したリーディング・ケースは Cass. civ., 14 juin 1926, D. 1927. 1. 57 である。

(91) Paris, 26 déc. 1929, D. 1930. 2. 6. 直接訴権を行使する場合、保険者が保険契約の内容を被害者に知らしめる義務があるとする。

Cass. civ., 22 mars 1962, Bull. civ. II, N° 333. 鑑定人に保険会社本店へ出張して保険証書の調査を行う任務を与えた第一審を支持した原審を正当とした。原審は「加害者と保険会社との間に有り得た関係から被害者が部外者であること、損害賠償は請求権を守り通すためには他に方法がないこと、被害者らがその方法を申し立てていること、そして証明責任を無視したことにはならないこと、以上により、第一審裁判官の鑑定命令が正当とされる」と述べ、これを破毀院は鑑定に関する注文の正しい評価であるとした。

Cass. civ., 3 déc. 1963, J. C. P. 1964. II. 13489. 事案は追加賠償（小山昇「確定判決後の追加賠償請求」日仏法学七号一頁参照）に関わるもので、複雑だが、要するに交通事故の被害者が後遺症の賠償を求めたのに対して、

保険会社が保険の限度を越えると主張したものである。原審 (Paris, 21 déc. 1961, Gaz. Pal. 1962. I. 167) は以下のように述べる。

「一般に保険者の義務の範囲は被害者が立証すべきであるが、彼は契約当事者ではなく、契約書を持たないため、保険証書を提出するためには被保険者を審理に参加させることしかない。しかし、本件のように被害者の責に帰し得ない理由で被保険者が審理に参加していないならば、必然的に、保険証書を提出するのは他方の契約当事者である保険者に帰せられる。そしてこのことは、民法典第一三一五条にも関わらずそうである。なお同条の本件への厳格な適用は、保険証書の提出を拒む場合に、法律により与えられた直接訴権の利益を被害者から奪うことに、あるいは少なくともそれを保険者の善良な意思にかからしめることになる。」

これに対して破毀院は、保険の限度と消滅を立証する責任が保険者の負担に属すると述べて原審を支持した。

- (92) Cass. req., 1^{er} mars. 1921, S. 1921. som. I. 65. (受遺者と法定相続人との争い) Cass. req., 18 avr. 1921, D. 1921. I. 175. (公証人事務所の価額をめぐる争われ、公証原本を会計上の資料として使うならば守秘義務に反しないとされた。提出強制が肯定されることは前提とされている。)

- (93) Cass. com., 10 févr. 1969, D. 1969. J. 526. フランス会

社法 (Loi N° 66-537 du 24 juill. 1966) 第一六八条は次のものを株式総会の際株主に報知すべしと定めている。

「財産目録、当期純損益計算書、損益計算書、貸借対照表、・・・」

本判決に付けられたダルサスのノートによれば、これは拡張解釈の対象となっている。

- (94) Cass. civ., 23 déc. 1969, Bull. civ. II, N° 366.
(95) Gaz. Pal. 1972. I. 285. 原審は Paris, 27 mai 1970, ibid. 1972. II. 156.

- (96) 原語は《protocole》

- (97) Paris, 22 avr. 1941, Gaz. Pal. 1941. II. 83.

- (98) 若林「序説」判例タイムズ三三四号二六頁。

- (99) なお小林・前掲論文(注65)一四一頁、一四三頁注(24)は前注(95)掲記のバリ控訴院判決を挙げるが、疑問である。また同論文注(25)に引用された Daigre, Production forcée, pp. 145 et 146. に挙げられた判決も、第三者に提出を命じた事例ととれるか疑問である。

第四節 新民訴法典の下での証拠獲得権

一、個別的改正と新民訴法典制定経過

1. 前節で見たような判例による拡張指向は、マローの表現

を借りるならば、「結局立法者が後を引き受けることとなった」⁽¹⁾。

一九七〇年代に民訴法典の全面的改正がなされるまでに、フランスの立法者はこの問題について二つの新法文を付け加えた。その一つは一九六二年八月四日法律八九六号第三条であり、もう一つは前述した準備手続裁判官を創設する一九六五年の民訴法典部分改正である。

一九六二年法は税法に関するもので、その第三条は現在一般租税法典第二〇一三条の二となっている。

「第二〇一三条の二—Ⅰ、金銭賠償に関する訴えが係属する司法または行政のあらゆる裁判所は、適宜、当事者に対しては税務官庁に対しても、税務文書でその提出が争訟解決に有用なものを審理にいれるために伝達することを命じることができる。」

② 前項の適用に際して、税務官庁は職業上の秘密を解除される。(以下略) (私訳)

この条文により、従来は公共の利益 *intérêt public* に直接関わる場合にのみ認められていた税務文書 (納税申告書、評価書) の利用が、有用と見られる限り私的利益に関する紛争においても職権で可能となった⁽³⁾。具体的にこの権限が用いられる場面は、フランス民法典第三〇一条による扶養定期金額の決定や、不法行為による逸失利益の決定などが考えられている⁽⁵⁾。

一九六五年の準備手続裁判官を創設した改正については前述したところ (第二章第一節参照) にほぼ尽きる。この改正条文 (新八一条一項) によって、提出の問題についての判例が裁判官に認めてきた権限が肯定された。つまり今後裁判官は、原則として解決に有用と目されるすべての文書を審理に加えるよう当事者に命じることができると解され、「我々は、《提示 *ad exhibendum*》訴権に至る途中であり、ともかく、《Nemo tenetur edere contra se》という法諺は揺らいでいる」と評価されていた⁽⁷⁾。

2. 右の二つの部分改正の後、一九六九年に《民事訴訟法典改正委員会 *Commission de réforme du Code procédure civile*》が組織された。その使命は「司法職の統合計画、すなわち《司法職の流れの再編成を主に考慮して、民事訴訟の現代化を確保しうる解決策を提示すること》にある」とされ、直接には弁護士 *avocat* と代訴士 *avoué* との統一を目的としていた。

しかし、その後一九七一年の最初のデクレに至るまでに、「大審裁判所の手続の改正を実効性あるものにするためには、単に新しい弁護士職を考慮してその範囲内に訴訟手続の改正を止めるだけでは足りず、大審裁判所において適用されるその他の多くの規定をも改正する必要があること、そしてまた、改正をこ

のように部分的なものに止めて、不完全な手続を実施すれば、その部分改正が当て込んでいた手続の改善もすべて無に帰してしまう⁽¹⁰⁾との意識が高まったため、全面的改正を目指すこととなった。そして改正の目的として、当事者が利用しやすい手続を創設し、かつその手続に対して裁判官による指導を認めることが掲げられた⁽¹¹⁾。当事者の利用しやすい手続のための具体的施策としては手続をある程度統一⁽¹²⁾、形式主義を緩和し、新たに共同申請、督促手続、専門的裁判官などを創設した⁽¹³⁾。裁判官による指導の認容は、裁判官と当事者との役割の見直しを導くものである。本稿に関係するのはこの裁判官と当事者の役割をめぐる議論である。

デグル⁽¹⁴⁾によれば、この点について新民訴法典は二つの新たな原理を立てた。裁判官が能動的に機能すること、および裁判に服すべき者の協力の原理である。

前者については、訴訟進行面での能動性はもちろんのこと、訴訟対象を決定し、資料を収集する側面でも裁判官に能動的役割があたえられ⁽¹⁵⁾、また、後者については、各当事者および訴外第三者に訴訟資料収集への協力義務が課せられることとなった⁽¹⁶⁾。もっともこのような改正法の精神は、糺問主義の原理 *principe inquisitoire* を認めることになると解されているわけではない。

訴訟の主人たる地位はあくまで当事者が占め、裁判官の中立原理や、絶対的真實の発見を追求するものではないことに注意しなければならない⁽¹⁸⁾。

3. 以上のような改正の基本姿勢の下で、文書提出強制について、一九七一年九月九日デクレ七四〇号第一条（新法典第一条）および一九七二年七月二〇日デクレ六八四号第七三条から第七七条まで（新法典第一三八条から第一四二条まで）が定められた。

しかし、これらの法文がすんなりと受け入れられたわけではなく、旧法典の下での文書提出強制否定説の立場から反対があり、その主張は一九七一年九月九日デクレの公布後に、その取消の訴えがコンセイユ・デタに提起されるという形で現れた⁽¹⁹⁾。

この提訴に対して法務省は、文書提出強制の明文化が憲法第三四条の解釈の上で、法律事項に属するとされる可能性もある⁽²⁰⁾と考え、議会議事部に法律案を送付し、一九七二年春の会期に民訴法改革支持者の賛成により同年七月五日成立させた。これが一九七二年七月五日法律六二六号であり、民法典第一〇条に挿入された条文である（第一章第三節参照⁽²¹⁾）。

コンセイユ・デタに提起された訴えのうち、第一の訴えは、アストラントを伴って文書提出を命じる権限を裁判官に与える

のは、民事上の債務の状態と所有権とに触れるものであつて、行政立法権限に属する民訴制度とは別個の、法律事項に属するものであると主張し、民法第一〇条制定を促した法務省の懸念と同一の見地に立つものであつたが、コンセイユ・デタの争訟部大法廷 *Assemblée du contentieux* の一九七四年五月一〇日判決は次のように判示してこの訴えを却けた。

「裁判官が判決およびその前提たる証拠調べを実行するためアストラントを宣言するという権限は、法の一般原理たる性格を有するものである。この権限の限界を決定し、あるいは拡張、あるいは縮小する権限が立法者に専属するとしても、本件デクレは、その成立時にアストラントの適用領域を一般的に規定する法律条項がない状態で、当事者に対してアストラントを伴つた命令を下すという裁判官の権限を再定立して *rappeler*、上記一般原理の適用をなすことが当然可能であつた。」

要するにコンセイユ・デタの見解によれば、裁判官のアストラントを課する権限は法の一般原理により認められているもので、文書提出をアストラントにより強制することはその一般原理の具体化にすぎず、法律事項たる民事債務および所有権の基本原理を動かすものではないというわけである。その限りでは、民法典第一〇条の新設は既存の原理の明文化という役割がある

に止まるものであつた。

コンセイユ・デタに提起されたもう一つの訴えは、一九七二年七月二〇日デクレ六八四号のうち、第一九条二項（新法典第七九条二項。但し法典化の段階で修正された）、第七三条から第七七条まで（新法典第一三八条から第一四二条まで）の取消を求めるものである。ここで関係するのは後者、すなわち第七三条以下の、第三者所持文書の獲得 *obtention* と相手方当事者の所持文書の提出 *production* を規定する条項を対象とするものである。コンセイユ・デタ争訟部第二、第六分会一九七五年一月三日判決は次のように述べて、この訴えも却けた。

「一九七二年七月二〇日の本件デクレ第七三条から第七七条は（中略）上記（民法典）第一〇条が再定立した原理の単なる具体化を構成するものであつて、所有権の不法な侵害を何等含んでいない。」

ここでは民法典第一〇条に言及されているが、判決の表現は、民法典第一〇条が《再定立した *rappeler*》原理が既存のものであること、その原理によつて本件デクレは適法であることを示している。要するにここでも文書提出強制が民法典第一〇条なしに有効であるとの立場が踏襲されている。

かくして新民訴法典の明文化した文書提出強制制度は、その

有効性が確定した。そこで次に問題とすべきはその解釈である。新法典の解釈をめぐるいくつかの論点が残され、その解釈論には提出強制制度の性格付けが深く関わっているようである。⁽²⁵⁾

- (1) Marraud, Le droit à la preuve, N° 2.
- (2) J. C. P. 1962. III. 28246.
- (3) Iibert, F., De l'utilisation judiciaire des documents fiscaux, Gaz. Pal. 1962. 2. 34.
- (4) 一九六二年当時の規定。扶養定期金 pension alimentaire を離婚時に認めるもので、現行法においては第二七〇条以下、第二八二条以下、および別居の際の第三〇三条に相当する。ちなみに第二七一条第二七一条によれば、破綻によらない離婚の際の補償給付額は夫婦の必要度とその収入に応じて決せられるとされている。
- (5) Iibert, op. cit. 注(25); Tourdias, M., L'usage des documents fiscaux devant les juridictions d'après la loi du 4 août 1962, J. C. P. 1962. Doct. 1738.
- (6) Motulsky, H., La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès, J. C. P. 1966. I. 1996. N° 17.
- (7) *ibid.*
- (8) ルネ・カピタン R. Capitant 司法大臣により任命された。委員長にはジャン・フォワイエ J. Foyer が就任し、司法

官、上下両院の立法委員会代表、第一審および控訴審裁判所の弁護士と代訴士、執行官、法学部教授から構成された。Daigre, Production forcée, p. 7, note 12.

- (9) *ibid.*
- (10) 本田耕一「一九七〇年代におけるフランス民事訴訟法の改正」法学研究(慶応)五三巻一号九八頁、一〇二頁から一〇三頁参照。
- (11) 本田・前掲論文(注10)
- (12) 旧民事訴訟法が各裁判所ごとに規定を並列させていたのに対して、新民事訴訟法典は「すべての裁判所に共通の規定」を巻頭に置いている。さらにレフェレによる手続と期間の計算を統一し、控訴事件を控訴院に集中させた。本田・前掲論文(注10)一〇四頁から一〇六頁参照。
- (13) 本田・前掲論文(注10)一一〇頁から一二頁参照。
- (14) Daigre, Production forcée, pp. 12-15.
- (15) 第二章第一節、本章第一節参照。
- (16) 本田・前掲論文(注10)一一三頁以下、堤・前掲論文(本章第一節注5)四七頁に具体的な説明がある。
- (17) 第一章第三節参照。
- (18) Daigre, Production forcée, p. 14. および同旨、前注(16)掲記の各文献。
- (19) *ibid.* p. 23.
- (20) フランス第五共和国憲法第三四条は、立法府が権限を

持つ事項（法律事項）を限定的に列挙し、それ以外の事項については行政府（大統領、内閣）による行政立法が可能である。デクレはその行政立法の一形態である。山口俊夫『概説フランス法・上』一六六頁、一八一頁以下参照。

- (21) Daigre, Production forcée, p. 23.
- (22) Cons. d'Etat, Ass., 10 mai 1974, Barre et Bonnet: Act. jur. dr. adm., 1974, 545.
- (23) Cons. d'Etat, 2^e et 6^e s.-sect., 3 janv. 1975, sieur Barre, J. C. P. 1976. II. 18229. Obs. G. Couchez.
- (24) ibid. V. aussi, Daigre, Production forcée, pp. 24-25.
- (25) Daigre, ibid.

二、新法典の内容

1. 新民訴法典は前款で述べたように裁判官の果たすべき役割を増加させ、その措置 *measure* に対して当事者または訴外第三者の協力義務を設けた。この改正は当事者主導型（弾劾主義的）に強く傾いていた旧法典に対して、一九六五年の部分改正の方向をさらに押し進めるものである。

この立場にたって「訴訟の指導原則 *Les principes directeurs du procès*」と題する冒頭の章において、第一条が当事者の証拠調べへの協力義務（一項）と証拠資料提出義務（二項一文）、

および訴外第三者の証拠書類提出義務（二項二文）を定めている。⁽²⁶⁾そしてその具体化は第一三八条から第一四二条までにおいてなされている。

2. 第一三八条から第一四一条までは、訴外第三者の所持する書証の取得について定める。

まず第一三八条⁽²⁷⁾は、当事者が提出命令を要求できる書証として、「自己が当事者でなかった公署証書または私署証書 (*acte authentique ou sous seing privé*) あるいは第三者により所持されている書証」を挙げ、その原本の提出または謄本の交付を求めることができるとしている。

次いで、第一三九条⁽²⁸⁾は右の要求に特定の方法がいらないこと（一項）、および右の要求を受けた裁判官の措置を定める。その措置は、まず、提出命令の要求の理由の存否・評価、提出の条件とその保証、必要に応じてアストラントの付加、そして事情により原本、謄本、抄本の別を定めることとされている。

第一四〇条⁽²⁹⁾は右の提出命令の仮執行と原本に基づく執行とを定める。仮執行については第五一四条以下に規定があるが、通常の執行は、判決の単純謄本 *simple expédition* の形での送達（第六七六条）について通常の不服申立（控訴または故障申立）⁽³⁰⁾が尽きて判決に既判事項の確定力 *force de chose jugée* が生じた

時から(第五〇一条)、「執行文を付した謄本 *expédition revêtue de la formule d'exécution*」(第五〇二条⁽²¹⁾)に基づいて執行できる。これに対して仮執行は、不服申立の期間徒過を待たずに行われ、また原本による執行は原本の提示が送達に相当する(第五〇三条二項)ので、さらに迅速に行われる。

第一四一条は、異議または正当な障害事由の主張と、それに基づき裁判官の取消・変更、および第三者の控訴の余地が定められている。

2. 当事者間における提出強制は、第一四二条が次のように規定している。

「当事者が所持する証拠の資料の提出の要求及びその提出は、第一三八条及び第一三九条の規定に従って行われる。」

なお第一三八条から第一四二条までの規定は法典第一巻「すべての裁判所に共通の規定」にあり、各裁判所における文書提出命令の形式は、第二巻以下に定められている。代表的第一審裁判所である大審裁判所においては、まず、短期回路を通る場合は提出強制の余地がないはずであり(第七六〇条第七六一条参照)、長期回路を通る場合は準備手続裁判官の手によって提出命令が出されるのを原則とする(第七七〇条)。この場合、準備手続裁判官は理由を付した命令 *ordonnance motivée* による提

出を命じる(第七七三新第三項。第七七四条も参照)。また単独裁判官の下に事件が付託された場合も同様である(第八〇二条)。そして受訴裁判所が提出を命じる場合は中間判決によることとなる。⁽²⁴⁾

控訴院の下でもほぼ同様と考えられる(第九一〇条による第七六三条から第七八九条の準用、第九四三条三項)。

商事裁判所および労働裁判所については、それぞれ、新民法典第八六二条二項と労働法典R五一六―二三条とが、一定の期間内に裁判所に対して説明をもたらすのに適切なすべての文書または証明書の提出を促すことを、準備手続裁判官に相当する報告裁判官(労働法典の場合は報告委員)に認めている。

小審裁判所についても同旨の規定がある(第八四四条)。

農事賃貸借同数裁判所 *tribunal paritaire des baux ruraux* については、はっきりと明記する法文がないが、第八八二条が原則として小審裁判所の手続を準用すると定め、また第七九条で、第一巻の規定が農事事件にも適用されると明話されていることから、第九三九条の形式で文書提出命令がなされるものと解されている。⁽²⁵⁾

(26) 条文は第一章第三節参照。

(27) 「当事者は、訴訟手続中に、自己が当事者でなかった公署証書または私署証書あるいは第三者により所持されている書証を使用しようとする場合には、その証書又は書証の謄本の交付又はその提出を命じるように、事件を受理している裁判官に要求することができる。」

(28) 「前条の要求は、方式によらず行われる。」

(29) 「裁判官は、その要求が理由であると認める場合には、自己の定める条件及び保証 *garantie* の下で、必要ある場合には間接強制 *astreinte* をもって、事情に応じて原本、謄本又は抄本によって、証書又は書証の交付あるいは提出を命ずる。」

(30) 「裁判官の裁判は、仮に (*a titre provisoire*) 執行することができる。必要がある場合には、原本に基づいて執行することができる。」

(31) 終局判決は、言渡しの時点で既判事項の權威 *autorité de la chose jugée* を有し (第四八〇条)、通常の不服申立の余地がなくなった時点で既判事項の確定力 *force de la chose jugée* を有する (第五〇〇条)。従って我が国の既判力の概念とそのままでは対応しない。この点については江藤价泰「フランス法における既判力概念の発展」民訴雑誌七号九七頁参照。

(32) なお第四六五条は「各当事者は、執行文を付した謄本の交付を受ける権利を有する」と規定する。

(32) 「異議 (*difficulté*) のある場合、又は何らかの正当な障害事由 (*empêchement légitime*) が主張される場合には、交付又は提出を命じた裁判官は、方式によらず行われる要求に基づいて、その裁判を取消しまたは変更することができる。第三者は、その言渡しから一五日以内に新たな裁判に対し控訴を提起することができる。」

(33) その手続の概要について第二章第一節参照。

(34) *Marraud, Le droit à la preuve, N° 13.*

但し、事前手続終結の効果として「いかなる書類も口頭弁論 (*débats*) に提出されることはできない」(第七八三条)とある点、疑問である。

(35) *Daigre, Production forcée, p. 195.*

これら小審裁判所とその他の例外裁判所についての規定はいずれも、当事者に対する提出強制であることに注意。また、文書提出命令について、一方当事者の申立を明文上要求していないことにも注意。

三、解釈上の問題点

1. 旧民訴法典の下では文書提出強制を正面から認める規定がなかったため、一般的な提出強制の是非それ自体が争いの的であった。これに対して、新民訴法典制定後は、少なくとも提出強制否定説を主張する余地はなくなった。しかしなお、解釈によつてはかなりの立場の違いが見られる。

ここではその結論の差異がいかなる背景に生じているのかという点を含めて、新法解釈をめぐる議論を検討する。

2. まず第一に、文書提出命令を職権により、当事者の申立を待たずになす事ができるか、という点に議論がある。

法文上は、この問題について否定的である。新民訴法典第一条二項は「裁判官は、他の当事者の申請に基づき *à la requête de l'autre partie* (中略) それを提出することをその者に命じることができ」と規定し、また第一三八条以下でも、「当事者は……提出を命じるように……裁判官に要求することができ」、「裁判官は、その要求が理由あると認める場合には……提出を命ずる」と規定しており、裁判官が当事者の申立に基づき提出命令を出すという形をとっている。

しかし他方、第一〇条には「裁判官は、法律上認められるすべての証拠調べ *toutes les mesures d'instruction* を職権で命じる権限を有する」との規定が置かれ、また第一四三条以下においても職権証拠調べの許容が明記されている。

そこでプランは文書提出についても、職権による命令が許されると主張し、その根拠に右のような証拠調べ一般についての職権主義と、第一条一項に規定された当事者の証拠調べへの協力義務を援用する⁽³⁶⁾。しかし通説は、職権による提出命令の可

能性を否定している。そしてクーシェは、職権による提出命令の法律上の否定を次のように説明している。

「最近の改正は民事における裁判官の権能の顕著な増加をもたらしているが、新法起草者は、伝統的に《弾劾主義的》なタイプに属していた民事訴訟に、極めてはっきりとした糺問主義的な性格を与えることのないようにと気をつけていた。その結果、裁判官が職権で文書提出を命じることが問題とならない⁽³⁷⁾。また、グボーも次のように述べている。

「この領域で裁判官が主導権を奪われるということは、この(提出強制の)局面において、訴訟手続が糺問主義的なシステムに移行することなく、ここでいう《証明権》を確認することに他ならない⁽³⁸⁾。」

こうした主張の前提には、書証の提出とそれ以外の証拠調べ、証人尋問や鑑定・検証などが同一のレベルでは理解されていないということがある。フランス民訴法は職権証拠調べの許容を、旧法の下でも新法の下でも原則としているが、この証拠調べ *measure d'instruction* は、第二章第一節で見たように、我が国における「証拠調べ」の概念とは異なり、書証の提出はこれに含まれず⁽⁴⁰⁾、さらに書証の証明力は法定されており(民法典第一三一条七条)、申立の性格と範囲を決定するという面も有してい

る。⁽⁴¹⁾このように書証の提出は、他の証拠の取り調べとは区別されるべき扱いを受けるので、一般的に職権証拠調べを許容している制度の下でも、それが直ちに文書提出の職権による強制が可能であるということになるわけではない。

もっともこのような制度上の区別は、新民訴法典が準備手続裁判官によって事前の証拠調べと文書提出をなさしめることとしたため、かなり緩和された。書証提出が必ずしも当事者の任意になされるのではなく、文字通り「審理上の措置」として命じられることとなれば、他の証拠の取り調べを命じる場合と大差ないようにも思われる。そこでこの点では職権証拠調べの許容を文書提出命令にも準用する考え方が成立する余地がある。さらに、より積極的に職権による文書提出強制を認める解釈を促す要素としては、新民訴法典の立法趣旨が裁判官の能動性を重視して、裁判官のイニシアティブによる真実を明らかにする方向にあるとの認識があげられよう。⁽⁴³⁾

他方職権による文書提出命令を認めない見解を導く要素としては、上の裁判官のイニシアティブによる真実発見の要請を重視せず、むしろ書証の持つ処分原理との関わりを重視していることが挙げられよう。さらに、提出強制を裁判官による真実発見のための制度としてではなく、当事者の証明権の現れと位置

付ける立場からも、裁判官の職権による命令の否定という方向に働いている。この他マロー⁽⁴⁴⁾は歴史的にみて提示訴権が私人の主導権に任ざれていたことや、外国法の例（ディスカバリーなど）、一九六五年改正法による準備手続裁判官の職権による提出命令があまり利用されなかったこと、さらに実際に訴訟に有用な書証が特定の人の手中にあることを発見するのは、たいてい当事者であつて裁判官ではなく、ここでの規定は実際上起こりいることを極めて正確に表現しているものであると述べて、⁽⁴⁵⁾法文が職権による提出強制を予定しなかったことを説明している。

3. 第二に、新民訴法典第一三八条が「自己が当事者でなかった公署証書または私署証書あるいは第三者により所持されている書証」に限って提出強制を要求できるとしている点をめぐり、争いがある。

立法者は「公署証書または私署証書の当事者であつた者は通常その証書の正本を自ら使用するはずであり、従つて提出強制を利用すべきではない」と考へて、⁽⁴⁶⁾民法典の規定する複数正本作成義務の脱法を防ぎ、また自ら用意すべきである完全な証明力のある証書を他人から獲得することを認めて証明責任（証拠提出責任）を免れさせることを防ぐため、本条の制約をおいたのだと説明されている。⁽⁴⁷⁾

そこで、自己が当事者であった証書について、右のような実質的考慮からすればなお例外を認める余地が有り得るのではないかと考えられる。例えば「売買契約の当事者間で訴訟となっているが、その契約証書は一通しか作成されず（法律上これが許される場合を前提とする）、しかもそれが信託会社に寄託されているような場合、証書が盗難にあったような場合には、当事者に提出命令の要求を認めるべきである⁽⁴⁹⁾」との主張がある。

また右の実質的考慮からすれば、証書以外の書証についても自ら提出が可能なものをあえて提出強制によつて他人から獲得することは許されないと解釈も考えられる。こうした立場から、一般の書証を自ら提出できないことの理由について何等説明せずになされた提出命令の申立を次のように述べて却けた判決⁽⁴⁹⁾がある。

「原則としてある事実を申し立てた当事者はその証明をなさねばならない。従つて、彼（夫）は自己の防御を基礎付けるための事実の存在を立証すべきである。彼は自分があらゆる手段をもつて提出できる証拠を自ら提出することに妨げとなる事情について何等述べていない。その場合、アストラントをもつて、妻に帰属し、かつ彼女が用いるつもりのない書証を提出するよう求めるべき理由は存しない。」

このような立場に対してデグル⁽⁵⁰⁾は本条の制約が真実発見の妨げとなる場合に、これを厳格に解釈することが民法典第一〇条および新民訴法典第一一条一項と調和しないと述べ、自己が当事者であった証書の提出強制を禁止する趣旨ではなく、また証書以外の書証に拡張することは許されないと主張している。

ここでも文書提出強制の制度が裁判官による真実発見を可能にするためにあると解するか、当事者の証明権のためにあるの解するか立場の違いが現れているようである。

4. 第三に、新民訴法典第一三九条二項は、「裁判官は、その要求が理由あると認める場合に・・・提出を命ずる」と規定しているが、そこでの考慮事項についても争いがある。

マローは、(a) 文書の有用性 *utile*、(b) 文書が紛争解決に不可欠であること *indispensable*、(c) 正当な障害事由の不存在、(d) 訴訟引き延ばしの意図の不存在、(e) 文書が正確に特定されていること、の五点を考慮しなければならないとしている。

このうちここでは(b)および(e)を取り上げる。

(b)の紛争解決に不可欠であることという条件は、旧民訴法典の下での判例の中で保険会社に対する直接訴権行使における保険証券のケースや、一通しかない契約証書が寄託されていた

ケース⁽⁵³⁾など、他に証明手段がない場合において提出強制が肯定された例に暗に示されていたものである。そして新民法典の下でも紛争解決に不可欠な書証であることを指摘して提出を命じたものがある⁽⁵⁴⁾。

これに対してデグル⁽⁵⁵⁾は、右判例の述べる不可欠性の指摘が状況の描写に過ぎず、不可欠でなくとも有用な文書であれば提出強制が認められるべきだと主張する。その理由としてはここでもやはり真実を可能な限り明らかにする必要があることが挙げられている。

(c)の文書の特定については基本的に異論がないが、その程度をめぐっては、若干議論がある一九七四年二月二〇日マルセイユ大審裁判所判決⁽⁵⁶⁾は、この特定を厳格に要求した。事案は貸金債務の支払を求められたYが債権者Xの代理人Zに小切手を交付して弁済したとの抗弁を主張し、その立証のためXに、Zとの取引に関する全文書の伝達と提出 Communiquer et verser aux débats を求めたというものである。裁判所は申し立てられた書証が、日付、形式、内容について個別化・特定されない限り提出強制を課することはできないと判示して、この申立を却けた。その理由は要するに、自己に有利な証拠を偶然見つけるため漠然と一定範囲の書類を提出させることがすべての当事者に

当然認められるべき個人的自由の重大な侵害をもたらすというにある。

この判決に対しては、その解説⁽⁵⁷⁾を含めて学説は一般に好意的であるが、ここでもデグルは、申し立てられた文書の日付、形式、内容まで特定すべきだというのは行き過ぎであるとしている⁽⁵⁹⁾。

なお破毀院⁽⁶⁰⁾も「書証の名称を正確かつ限定的に特定する必要がある」としているが、具体的にどの程度まで特定しなければならぬかは、今後の判例の集積に待たなければならないようである。

5. 新民法典第一一条二項二文および第一四一条に規定されている「正当な障害事由 empêchement légitime」の意味について問題がある。また第一四二条は第一四一条を準用していないので、当事者がこの「正常な障害事由」を援用して提出強制に対抗する余地はないかどうかとも問題とされている。さらに民法典第一〇条は裁判所への協力義務を「正当の理由 motif légitime」なしに免れることはできないと規定するが、これと民法典の規定との関係も問題である。

まず、「正当な障害事由」の内容について、一般には職業上の秘密(第一章第三節参照)、内心尊重の権利 droit au respect de

l'infinité (プライバシー権) があげられている⁽⁶¹⁾。プライバシー権については、一九七〇年の法律⁽⁶²⁾で新設された民法典第九条が「各人はその私的生活を尊重される権利を有する」と規定して、その保護を明文化しているが、それ以前からいわゆる人格権⁽⁶³⁾の一つとして法的保護が加えられていた。証拠との関係では、特に手紙が問題となるが、それ以外の事例では、いわゆる竊通調書 constat d'adultère の実務⁽⁶⁴⁾に関して議論がある程度で、大部分は職業上の秘密による保護と重なっている。その他に取引の秘密として企業秘密が保護される場合も指摘されている⁽⁶⁵⁾。

このような内容を持つ「正当な障害事由」を、法文上は訴外第三者が援用できるとしているのみで、当事者については援用の余地はないように読める。クーシェは⁽⁶⁶⁾、第一四二条が第一四一条を準用していないことを、一般に当事者が争訟のいくつかの事実の証明に有用な書証の提出を拒むことについて正当な利益を有することはありえないとの評価があったからと説明している。しかし、正当な障害事由の下で理解されている事柄は、大部分証拠提出権の障害となる事由とも重なっており、その中でも特に職業上の秘密により保護される利益は提出者自身の利益ではなく、他人の利益であるので、右のようにいうことができるかどうかはかなり疑問であろう。そこでマローは⁽⁶⁷⁾、他人に

関わる秘密については当事者も正当な障害事由を援用できると解する方が論理的であるとしている。

また、デグル⁽⁶⁸⁾は民法第一〇条の「正当な理由」と新民訴法典第一一条第一四一条の「正当な障害事由」とを異なるものとして、⁽⁶⁹⁾「正当な理由」として当事者も援用できる事由には取引の秘密、通信の秘密、職業上の秘密などの秘匿権（但し相対的なものとする）や不可抗力による文書の喪失を挙げ、「正当な障害事由」として第三者のみが主張し得る事由には、右の秘匿権のうち提出することによって自身に損害がある場合を挙げている。

このように当事者が提出拒否の正当事由を主張できると解するとしても、その主張の機会が問題となる。第一四一条には正当事由の主張の方法が定められているが、これを第一四二条は準用しないので、当事者は手続的に主張の機会がないこととなる。

しかし別の方面で当事者にも意見を述べる機会が保障されている。フランス民訴法の一般原則として対審原理⁽⁷⁰⁾が認められ、その基本的な内容は新民訴法典第一四条以下が定めている。文書提出強制の裁判についても右の規定は当然適用される。第一六条二項⁽⁷¹⁾によって裁判の基礎とすることのできる文書は「当事者が対審的に弁論する (debattre) ことができた場合」に限られ、

さらに準備手続裁判官による文書提出命令は、第七七四条により「弁護士を聴聞し、又は呼び出した上で」なされると規定されている。従って文書を所持する当事者の見解を聞かずに提出命令が出されることはない。

上訴の機会については、原則として準備手続裁判官の命令に故障申立も控訴も許されず(第七七六条)、また中間判決に対する控訴も認められない(第五四五条)ので、本案判決に対する上訴において、文書提出命令に対する不服申立をなす他はない。

6. 最後に文書提出命令を拒絶した場合のサンクションについて触れておく。

第三者に対する関係では第一四〇条で仮執行または原本に基づく執行の途がある上、あらかじめ定められる保証(損害賠償)またはアストラントが課され得る(民法典第一〇条、新民訴法典第一条第一三九条)。

当事者に対する関係では、保証またはアストラントを規定する第一三九条は準用されているが、仮執行を規定する第一四〇条の準用はなく、そのかわり訴訟上の効果を不提出に結び付けることが論じられている。⁽⁷²⁾ 明文上は、例外裁判所(小審裁判所も含む)の裁判官が文書または証明書の提出を促す際に、「当事者の懈怠(abstention)又は拒絶からすべての結論を引き出すこ

と」ができることされており(第八四四条第八六二条、労働法典R五一六―二三条)、控訴審の場合も同様である(第九四〇条)。通常の裁判所においては、一九六五年改正における新八一条が右の例外裁判所の規定と同旨の規定をおいていたが、新民訴法典には規定されていない。そこで損害賠償やアストラント以外のサンクションについては認められないとも解し得る。

もつともこうした見解は見当たらず、デグルは、⁽⁷³⁾ 証拠調べへの協力義務について「懈怠又は拒絶からすべての結論を引き出す」余地を認めている新民訴法典第一一条一項の拡張解釈を主張し、またマローも事実上の推定の他に自由を擬制することや証明責任転換の余地を主張している。

なお不提出の効果としていわれる「すべての結論」には書証の端緒(民法典第一三四七条)や自白(同第一三五四条)が含まれるとされている。⁽⁷⁶⁾

(36) Blanc, Nouvelle procédure, p. 21; même auteur, Principes généraux de la nouvelle procédure civile, J. C. P. 1973. I. 2559. § IV.

(37) Couchez, production forcée, de pièces, Jurisclasseur de procédure civile, fasc. 623.

(38) G. et B., Preuve, N° 410.

(39) 北村・前掲論文(第一章第三節注9) 六二五頁注(53) は次のようにいう。

「mesures d'instruction は、事柄自体としては概ね「証拠調べ」に相当する概念ではあるが、内容的にはかなり開きがあるので、逐語訳(引用者注)「審理上の措置」にとどめる。というのは、第一にその範囲に関しては、民訴では書証が除外され(法定主義)、第二にその実施機関の面では、鑑定(experitise)が大きな役割を占めており、判事は命令(証拠決定)するだけで直接主義的な局面が少なく、第三に審判手続のプロセスの中では、審理(instruction)の段落でのみ觀念され、刑事を別として法廷期日(audience)の段落ではもはや問題とならないからである。」

(40) 但し文書の検真・偽造申立の場合はある。旧法典第一九三条以下、第二一四条以下参照。

(41) このことは旧法典の下での提出強制否定説の論拠につながる。Bartin, Cours, p. 75, note 8ter 本章第二節参照。
(42) 新民訴法典の章立てにもはつきり現れている。すなわち、第一巻「すべての裁判所に共通の規定」の中の第七編「証拠の裁判上の提出 administration」は次の四つに分かれている。

第一小編 書証 Les pièces (伝達と提出)

第二小編 証拠調べ Les mesures d'instruction(検証・

本人出頭、証人、鑑定)

第三小編 書面証拠に関する争い Les contestations relatives à la preuve littérale (検真・偽造)

第四小編 裁判上の宣誓

(43) 今のところ全面的に肯定説を主張するのはフランだけであるが、Daigre, Production forcée, pp. 202-208. は明文で認められていないことを尊重しつつも、真実発見を重視する立場から当事者主導主義を遺憾なものとして評価している。

(44) Marraud, Le droit à la preuve, N° 9.

もっともこの職権の可否については多くの例外があり、また裁判官が釈明権を行使して申立を促すこともできる(新法典第八条第一二三条参照)ので、実質的には職権による命令を認めるのと大差ないとしている。

(45) *ibid.*

(46) Couchez, *op cit.* 本章第一節注(c) N° 324.

(47) *ibid.* V. aussi, Marraud, Le droit à la preuve, N° 39.

(48) *ibid.* N°s 37-39. 引用は谷口他訳『注釈フランス新民訴法典』一四六頁。なおここでマローが念頭においているのはパリ控訴院の一九七〇年五月二七日判決の事案である。前出本章第二節注(95)参照。

(49) Paris, 4 mars 1975, J. C. P. 1975, IV, 6538. 事案は「離婚訴訟の準拠法が争われ、妻のパスポート・税申告書、

身分証明書などを提出するよう夫が申し立てたものである。妻は申立のあった文書を既に夫に伝達している。

- (50) Daigre, Production forcée, pp. 178-183.
- (51) Marraud, Le droit à la preuve, N° 12.
- (52) 本章第二節注(91)掲記諸判例。
- (53) 本章第二節注(95)掲記判例。
- (54) Trib. gr. inst., Nanterre (Ord. juge mise en état) 11 mars 1975, D. 1975, p. 439.
- (55) Daigre, Production forcée, pp. 173-175.
- (56) Gaz. Pal., 1974, 2, 544.
- (57) *ibid.* "note" par Condac, M. もっともその理由は民法典第一三二五条に証拠提出責任が規定されており、文書を特定しない提出強制の申立は右法条の定めた秩序を乱すものというにある。
- (58) 例えば本判決を引用する Goubeaux, Le droit à la preuve, N° 12.
- (59) Daigre, Production forcée, pp. 185-188.
- (60) Cass. civ., 15 mars 1979, Bull. civ. II, N° 88. 事案は不明だが、第一審が訴外 A 社に対して「特定された書証の他に」(A 社が自己の関連会社 B 社から Limeil-Brevannes 所在の土地全体について委任された事務の遂行を報告する書面および会計書面)の提出を「レフェレ」の手続で命じたところ、A 社は「書証の名称を正確かつ限定的に

定める必要」があるとして控訴したが、控訴審はこの異議を考慮しなかった。A 社の破毀申立に対して破毀院は「第一三八条によつて一つない複数の第三者所持書証の提出を命じることができるとしても、その書証はなお十分特定されていなければならない」と述べて、破毀差戻した。

- (61) Marraud, Le droit à la preuve, Nos. 30-32ter.
 - (62) Loi N° 70-643 du 17 juill. 1970.
 - (63) 第一章第二節参照。
 - (64) Goubeaux, Le droit à la preuve, N° 16.
 - (65) Daigre, Production forcée, p. 230.
- なおこの取引の秘密の観念から、旧民訴法典の下で例外的に文書提出強制を認めていた商法典の規定が説明される。Gavaldà, C., Le secret des affaires, in *Mélanges offerts à R. Savatier*, (1965) pp. 291 et s. esp. pp. 298-300.
- (66) Couchez, op. cit. 本章第一節注(5) N° 325.
 - (67) Marraud, Le droit à la preuve, N° 33.
 - (68) Daigre, Production forcée, pp. 225-232.
 - (69) 抽象的には援用可能であっても、実際に認められる場合は職業上の秘密を理由とする場合のみのである。
 - (70) 谷口他訳『注釈フランス新民訴法典』四四頁以下、堤龍彌「弁論主義から対審主義へ・・・Jacques Normand,

Le juge et le fondement du litige, *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, 1981. の紹介」神戸学院法学一四卷二三号 一八九頁参照。

(71) 第一六条は何度か変遷しているが、一九七六年七月二九日デクレによる修正（谷口他訳『注釈フランス新民法典』はこれを底本としている）を受けた第一六条一項はコンセイユ・デタにより無効とされた。その紹介として、北村一郎「判事は対審の原理をみずから遵守しなければならぬ」判例タイムズ四三三五六頁参照。二項はその後の一九八一年五月一二日デクレ五〇〇号でも維持されている。

(72) 但し *Marraud, Le droit à la preuve*, N° 15. は、当事者間での仮執行の余地を認めないのを遺憾であるとしている。

(73) *Daigre, Production forcée*, p. 247, note 63. 又 *Perrot, R., Cours de droit judiciaire privé*, 1974-75, T. II, p. 402. を挙げてゐる。

(74) *Daigre, Production forcée*, p. 249.

(75) *Marraud, Le droit à la preuve*, Nos. 22 et s.

(76) *Cass. com.*, 19 juin 1967, *Bull. civ.* III, N° 245. 本人出頭を命じられたのに出頭しなかった例である。旧民訴訟典第三三六条参照。

第四節 まとめ

1. 本章ではフランスにおける相手方当事者または訴外第三者からの証明資料、特に文書の提出強制について、旧民訴訟法典および新民訴訟法典の下での学説判例を紹介した。

旧法典は明文上極めて限られた場合にのみ文書の提出強制を認めていたにすぎず、その下でも学説も、自由主義（個人主義）的価値観の下で弾劾主義的訴訟観を有し、かつ法文に忠実な解釈態度（注釈学派）とあいまって、一般的な提出強制を認めることに否定的であった。しかしいづゆる共通文書に関しては、第一八八条の書証伝達制度の転用により提出強制を認めていた。

二〇世紀にはいり、産業の発達に伴い社会情勢の変化から、従来の基本的な思想であった自由主義的価値観が批判され、いわゆる社会的法観念、特に連帯主義が台頭したこと、および法解釈方法論上の科学学派の台頭とを背景として、文書提出強制についても共通文書以外の文書に関して肯定する学説が現れた。両学説の主な争点は、《*Nemo tenetur edere contra se*》という法諺の二義性から、二つの焦点があった。まず証明責任を負わない当事者の消極的態度が無制限に許されるか、という点、次いで裁判官の中立性を確保するため、裁判官は全く消極

的受動的であるべきかどうかという点が問題であつた。これらの問題に加えて、民事訴訟の基本的なタイプとしての弾劾主義的手続觀念と糾問主義的手続觀念とのどちらを追求するかという問題があり、議論は錯綜していた。結論は提出強制の肯定と否定とのいずれかであつたが、肯定説は当事者の証明権に論拠を求めるものと裁判官の眞実発見に求めるものとがあつた。

判例は一般には提出強制を否定した事例が多いが、共通文書（文書）の概念を学説より広くとらえ、また共通文書以外の文書についても一般論としては提出強制の余地を早くから認めていた。そして挙証者が自ら入手することができず、かつ立証に不可欠な文書について、肯定した例がいくつか存在する。

2. このような旧法典の下での状況に対して、新民訴法典は能動的な裁判官像を打ち出して文書提出強制を広く認めた。しかしその解釈をめぐつては、なお、旧法典の下で見られた肯定説の論拠の重点の置きかたの違いに対応した形で、当事者の証明権を提唱する立場と裁判官による眞実発見を重視する立場との間で、かなりの開きが見られる。

具体的には、職権による提出強制の可否に最も顕著であるが、その他提出強制を要求する者の自ら入手することが不可能であることを必要とするかどうか、他に立証の途がなく当該文書

が不可欠であることまで必要とするかどうか、これらの点において証明権を提唱する立場は提出強制の可能性を比較的狭く解する傾向がある。

フランスの文書提出強制の解釈について、どちらの立場が妥当であるかを検討することは、本稿の守備範囲を越えるものであるが、新民訴法典の立法趣旨が明らかに裁判官の能動性による眞実の発見を目指していたにも関わらず、学説および判例も必ずしも眞実発見を最優先させてはいないということ、そして証明権を提唱するグボー、マローらの見解がかなり有力であることは確認できよう。このことはフランス法の文書提出強制制度を比較法的に位置付ける上で、注意すべきである。

結び

以上がフランスにおける証明権の觀念の下で議論されている事項の紹介である。対象とする領域が極めて広範囲におよぶため、個々の論点について消化不良の部分が多く、まだつめて考えなければならぬ点が多く残つたが、一応その全体像をつかむことができた。証明権（1）という概念は、我が国やフランス以外においても、近時ドイツ（2）その他の国において注目されているテ

イマであり、今世紀を通じて議論が蓄積されてきたフランスの状況は、今後の解釈論の中で参考とできる余地が大きいと思われる。

フランスにおける証明権の観念をふまえて我が国の証拠法をめぐる議論を考えるならば、具体的な解釈論点として、申出のあった証拠を「不必要ト認ムル」場合の判断基準およびその取り扱いについての解釈、あるいは文書提出義務の要件論などがさしあたり考えられるが、その他にも、鑑定をめぐる諸問題、交互尋問制度、特に反対尋問権の保障、裁判官の証拠評価の問題など証拠法のほとんどすべてに及び、その個々の検討は今後の課題とせざるを得ない⁽³⁾。

さらに、証明責任の分配を考える上でも、各当事者にどこまで証明の機会が与えられているか、すなわち証明権の保障がどこまで及んでいるかという点が考慮されなければならない。もっとも客観的立証責任の分配は、主張された事実の真偽不明について、どちらの当事者が不利益を蒙るかという問題であり、少なくとも結果的にはどちらの当事者も証明が不能であったという場合に正に解決されなければならないので、証明権の保障が証明責任の不利益を負担させることと直接結び付くとは必ずしもいえないであろう。しかし、序で述べたように客観的立証

責任の概念自体が再検討されるに至っており、その中では証明可能性の限界（証明権の保障範囲）を見極めることが不可欠である。また個々の訴訟状況とは独立に客観的立証責任の分配が定まっているとすることのメリットとして、実体法関係での法的安定の確保が挙げられる⁽⁴⁾が、このことは、実体取引関係の当事者が紛争に備えて確保しておくべき証拠の範囲を予めメンションするという機能の重視である。そうだとすれば、これは証明権の保障という観点からも評価できる要素と言えよう⁽⁵⁾。

このように証明権という概念の日本法における意義は、証明活動の機会が不当に奪われていないかという点を検証することにとどまらず、証明責任の概念を考える上でも、証明権保障という点を考慮にいれて再検討することにも求められる。これらの検討を、今後の課題としておく。

- (1) ドイツの訴訟法学者ハーブシャイトがチューリッヒ大学教授に就任した際に、その就任記念講演のテーマが「証明権 *Das Recht auf dem Beweis*」であった。ペーター・シュロッサー、中村『中山訳「ドイツ民事訴訟法学の現況」比較法学(早大)一九卷(二)号一三七頁。なお *Habsche-Id. W., Das Recht auf Beweis*, ZfP, 96, 3, 306 (1983) 参

照。

(2) 小山昇「海外学界事情」民事訴訟雜誌三〇号二六九頁参照。

(3) すでに小島「証明権」でそのあらましが示されている。

(4) この点に言及する文献は多いが、特に、松本博之「証明責任論にかんする覚書」法学雜誌二八卷三〥四号五八三頁参照。

(5) フランスの人証制限についても、この角度から再検討する余地があるが、この点については他日を期したい。

La notion de droit à la preuve en France

Yasutaka MACHIMURA*

Introduction

Ch. 1^{er} La nature juridique du droit à la preuve

Ch. 2^e Le droit de produire des preuves

Ch. 3^e Le droit d'obtenir des preuves

Conclusion

Au Japon aussi bien qu'en France, les plaideurs doivent fournir les preuves nécessaires devant le juge, à défaut desquelles ils risquent de perdre leur procès. Or, la tâche de prouver est souvent très difficile, notamment lorsqu'il s'agit de la responsabilité délictuelle. Il s'ensuivra des situations iniques pour un des plaideurs. Force est d'assurer aux plaideurs le droit à la preuve. En effet, le droit français connaît le droit à la preuve depuis longtemps, bien que cette notion est encore en discussion. Quant au Japon, ce droit n'a pas été conçu jusqu'il y a dix ans, à l'exception de M. Boissonade et de ses disciples japonais. Pour maintenant, bien des questions sont discutées à propos de la preuve, surtout, de la charge de la preuve, de la production forcée des pièces, etc. Dans cette situation japonaise, la notion française du droit à la preuve servira à débrouiller les situations complexes de la doctrine et de la jurisprudence, et suggérera des meilleures solutions de problèmes. Pour cette raison, nous commençons notre étude par présenter la notion française du droit à la preuve.

D'après l'avis généralement accepté, on peut distinguer deux aspects du droit à la preuve ; d'une part, le droit de fournir les éléments de preuve dans le débat et faire les examiner au juge, et d'autre part, le droit de faire produire des preuves à l'autre partie, ou même, aux tiers.

Quant au premier aspect, il est unanimement admis que chaque partie ont cette faculté. Mais, il reste de déterminer sa nature juridique et les conditions de son exercice.

Quant au dernier aspect, au contraire, l'existence elle-même en a été discutée avant la réforme de procédure civile depuis 1971. Les doctrines dominantes l'ont déniées sauf des cas expressément prévus par les lois, ainsi que des cas de titre commun. Mais, certains auteurs ont affirmé ce droit, et c'était

* Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Hokkaido

pour admettre la production forcée d'autres pièces que titre commun. Dans certaines matières, la jurisprudence même l'a admis. Après une série de réformes qui a abouti au nouveau code de procédure civile, il n'y a pas lieu de refuser le droit d'obtenir des preuves. Cependant, les mêmes problèmes qu'au premier aspect restent à être résolus. Ici, nous nous intéressons à la relation entre le droit à la preuve et l'idée qui a dirigé cette réforme. Si celle-ci avait entièrement substitué le principe inquisitoire au principe accusatoire qui avait inspiré le législateur du ancien code de 1806, le nouveau code n'aurait pas donné aux plaideurs le droit à la preuve, mais seulement leurs imposé le devoir de collaborer à la manifestation de la vérité. Malgré la tendance générale vers le principe inquisitoire, le nouveau code ne semble pas approuver un pareil résultat, car le juge ne peut ordonner la production des pièces qu'à la requête de l'une des parties (art. 11 du nouv. c. proc. civ.). En fin de compte, il nous semble que le droit à la preuve est devenu *positif* dans la procédure civile, et que le limite raisonnable de la production forcée reste à être déterminé.

Après avoir vu les discussions française sur le droit à la preuve, nous devons examiner la possibilité de concevoir ce droit dans le système juridique japonais, et étudier quelques problèmes japonais concernant la preuve en tenant compte des solutions françaises.