

資料

民事訴訟における証明と違法に収集された

証拠方法の取扱い

——ドイツ法における新たな展開について——

ディーター・ライポルト
三上 威彦／訳

【訳者前書き―解題を兼ねて】

一 二〇〇七年一〇月一三日に慶應義塾大学において、フライブルク大学法学部ディーター・ライポルト教授を招いてセミナーが開催された。本稿は、そこでの教授の報告原稿「民事訴訟における証明と違法に収集された証拠方法の取扱い——ドイツ法における新たな展開について——」(Die Beweisführung im Zivilprozess und die Behand-

lung rechtswidrig erlangter Beweismittel – zu einigen neueren Entwicklungen im deutschen Recht –)」を翻訳したものである。

本報告は、大きく三つの部分からなっており、第一は、ドイツ証拠法の概説部分であり(Ⅰ・Ⅱ)、第二は、証拠法に関し二〇〇一年の民事訴訟法の改正規定を中心に、ドイツにおけるその解釈論と問題点とを的確に指摘された部分である(Ⅲ・Ⅳ)。そして第三は、ドイツ民事訴訟に明文規定のない、違法収集証拠の取扱いについての近時の連

邦通常裁判所および連邦憲法裁判所の判例を中心に、ドイツにおける最新の議論を紹介され、私見を展開された部分である(V)。いうまでもなく、報告の中心は、第二と第三の部分である。

二 そこで、上記第二、第三の部分につき、個別的にみていこう。IIIにおいては、一四二条の改正規定が興味をそそる。これによると、相手方当事者または第三者が文書を占有している場合は、申立当事者が当該文書を引用するだけで、裁判所は、文書の提出命令を出すことができるようになってきている点である。この点、近時わが国でも、とくに金融機関が作成した稟議書につき文書提出命令が申し立てられた事件についての下級審裁判例が相次いで出されており、また最高裁判例もいくつも出されている(たとえば、民事訴訟法判例百選〔第三版〕79事件、およびそこで触れられている判例参照)。そしてこれらの最高裁判例の態度を一般的にいえば、この種の文書の提出命令については、かなり厳格な態度をとっているといえよう。この点、本報告で説明されているドイツの新規定との差異は明らかである。セミナーでは、この点について議論がなされたが、ライプルト教授によると、この規定はまさに、内部文書に当たるといっても提出させることを意図しているとのことである。

ある。すなわち、ドイツの新規定は、相手方当事者が文書を所持しているときは、ほぼ無制限に文書提出命令を申し立てうるような内容となっており、逆に、将来的には、ドイツでは、文書の所持人の文書提出命令に対する利益保護はいかにあるべきか、という問題が新たな問題として浮上してくるであろう。ライプルト教授自身、この条文の体裁には懐疑的であり、制限的に解釈すべきことを提唱されている。

三 次に、IVであるが、ここでは、「電子データによる証明」「他の手続における鑑定の利用」「自由な証明」に関するドイツの新規定が説明されている。ドイツ法は、電子的記録による証明を検証による証明と位置づけているようであるが、報告で述べられているように、形式的証拠力の点などは、実質的には、書証に近い形になっている。わが国では電子記録による証明についての詳細な規定はないが、おそらくは、ドイツ民法における新規定のような解釈で処理されているのではないか、と思われる。もし立法化する場合には、このような規定は一つのモデルになるであろう。

次に、他の手続における鑑定の利用についてであるが、たしかに、この手続により、手続の簡素化と迅速化はある

程度達成できるであろう。しかし、民事訴訟とは異なった目的をもつ他の手続においては、当然に重点の置き方が民事訴訟のそれとは異なるのであり、そこでの鑑定がそのまま証拠になるという扱いについては、わが国ではかなり抵抗が強いのではあるまいか。

第三の自由な証明の妥当領域に関してはわが国には明文規定はない。しかし、ライポルト教授も指摘されているように、その適用領域を訴訟要件に限定するにしても、本案の要件との違いはそれほど大きくはないのであり、ここに自由な証明を妥当させるということの合理性は必ずしもない。また、法的審問請求権侵害の問題もあり、わが国ではこのようなドイツの新法のような規定については拒否反応が強いのではないかと思われる。

四 Vでは、いわゆる「電話漏れ聞き事件」と「DNA分析事件」とを取り上げて、違法収集証拠の取扱いの問題が論じられている。電話漏れ聞き事件については、連邦憲法裁判所は、一般的に漏れ聞きをさせることについては、関係者の同意を要求している。すなわち、同裁判所は、適正な民事裁判という利益は、語られた言葉についての話者の支配権への介入を許すものではないとしており、自己決定の憲法上の保護を前面に押し出している。その結果、ドイ

ツの実務では、第三者に漏れ聞きを可能にしようとする者は、会話の相手方に対して、常に明示的にこの点を指摘する義務が課せられることになるが、このような扱いがわが国で受け入れられるか否かについては、かなり議論が生じると思われる。

またDNA分析事件では、いわゆる父親であると主張されている者が、自己の唾液と、子供がはき出したチューインガムについていた唾液とを用いて、DNA鑑定をさせた結果、両者間には一〇〇%の割合で、父子関係が存在しない旨が確定されたが、このようなDNA鑑定の結果が訴訟上証拠能力を有するか否か、という点が問題となった。この点、連邦憲法裁判所は、この事例につき、情報の自己決定権への介入になるとして、その鑑定結果は裁判上利用し得ないものと結論づけた。ただ、父親が自己の父性の有無を知る権利も子の有している情報の自己決定権と同じく、憲法上の一般的人格権から導かれるとしており、理論的な問題として、なぜ、子供の自己決定権が父親の父性を知る権利に優先するのかという点の説示については、若干疑問がわくであろう。ただ、ライポルト教授の報告にあるように、このような父性を知る権利を実効性あらしめるために、父性の解明に関する法律草案が公表されているようである。

これは、検査に対する同意権と検査のための適切な試みの実施についての受忍請求権を認め、そのための手続を定めるものであり、DNA鑑定の結果を適法な証拠資料とするための方法を定めたものということができるであろう。もつとも、このDNA分析事件は、そもそも分析に使われたチューインガムが本当に子供が嚼んだ後のものか否かの証明がなかった事件である。すなわち、その点で既に、父性を否定した鑑定の結果はかなり疑わしいものであり、実は、情報の自己決定権の有無を判断する前に、証拠価値なしとして排斥するような事件であったように思われる。

ただ、これら一連のドイツでの裁判所の態度をみれば、わが国で問題となった、無断でなした録音テープの証拠能力が争われた事件において、「その証拠が、著しく反社会的な手段を用いて、人の精神的肉体的自由を拘束する等の人格権侵害を伴う方法によって採集されたものであるときは、それ自体違法の評価を受け、その証拠能力を否定されてもやむを得ない」とし（東京高判昭五二・七・一五判時八六七号六〇頁）、いわゆるドイツでいう情報の自己決定権よりも、むしろ真実発見という適正な裁判の実現という利益を重視している態度とは、明白なコントラストをなすものといえよう。

五 以上見てきたように、このセミナーを通して、ドイツ民事訴訟法における最新の議論状況を知ることができたとともに、ドイツ法を母法とするわが国民民事訴訟法ではあるが、ドイツと共通点もあるが、条文解釈、民事訴訟実務においては、彼我大きな差異があることが明らかになった。法学における国際的学術交流の目的の一端が、外国法に関する最新の知識を得て、それに基づいて議論をすることにより、それぞれの国の法制度の同一性と異質性をお互いが認識することにあるとするならば、今回のセミナーでは、この目的はかなりの程度達成できたといえよう。報告の後の質疑応答では、ライポルト教授は、訳者の拙い通訳にもかかわらず、質問の趣旨を的確にご理解いただき、丁寧に答えてくださることに、共通の議論の土台を形成するよう努力してくださった。このことに対して、心から感謝申し上げる次第である。なお、訳文中〔〕は、訳者が自己の責任で補った部分である。

最後に、本セミナーの開催については、慶應義塾大学小泉基金、および、手続法研究所から温かいご援助を賜った。ここに記して感謝申し上げたい。

I 民事訴訟における証拠調べの目的

民事訴訟は、第一に、原告に対して、彼によって主張された実体的私権〔subjektive private Rechte〕を付与すると共に、〔第二に〕被告に対しては、理由のない請求に対して防御をする際に有効な法的保護を与えるという使命を有している。それと共に、民事訴訟は、法という手段による私人間の紛争の解決に奉仕するものである。もし民事訴訟が、例えば訴訟上の和解、認諾判決〔Anerkennungsurteil〕、訴えの取下げ、または、本案における終了宣言〔Erklärung der Erledigung in der Hauptsache〕と違って他のやり方で終了されない場合には、裁判所は、訴えに対する判決によって判断を下さなければならない。その際には、訴えの適法性〔Zulässigkeit〕と、理由具備性〔Begründetheit〕について判断しなければならない。このことは、今日では、訴訟の対象を形成する事実関係に対する法規範〔Rechtsnormen〕、通常それは法律規定〔die gesetzliche Vorschriften〕であるが、の適用によってなされる。しばしば当事者の争いは、まさに事実関係〔Sachverhalt〕、すなわち、法規範の適用にとって重要な

事実〔Tatsachen〕に強度に関連している。（すなわち）当事者が契約の締結につき合意していたか否か、契約の一方当事者が契約の締結に際して相手方に詐欺をはたらいたか否か、売却された自動車に「契約の」当初から瑕疵があったか否か、完成した建築物に瑕疵があったか否か、そして、誰がそれを惹起したか、医師の治療に際して過失があったか否か、そして、患者がそれによって損害を受けたか否か、といったようなことは、すべて、当事者がまさに典型的に、それにつきさまざまな見解を主張するような事実問題である。もし当事者が、法的に重要な〔rechtlich relevant〕事実につき争っており、したがって、法的に重大な〔rechtserheblich〕事実につきさまざまな主張がなされているような場合、裁判所は、これらの主張の真実を解明することを試みなければならない。これはなかなく、利用できる証拠の取調べによってなしうるものである。それゆえ証拠調べの目的は、具体的な訴訟において法規範の適用にとって重大な事実の真正ないし不真正を確定することにある。

II 原則としての当事者による事実と証拠の提出

通常の民事訴訟においては、裁判所に対し、請求ないし防禦を基礎づける事実を提出することは、原則として当事者のマターである。同じく当事者は、裁判所に、それらを明らかにするための証拠方法 (Beweismittel) を提出しなければならない。このような事実資料 (の提出) (Taschenstoff) についての当事者責任の原則を、弁論主義といい、もっとわかりやすくいうと提出 (責任) 主義 (Beibringungsgrundsatz) と言う。

この当事者責任には、相手方が提起した事実主張を争うか否かは当事者に任されているということも含まれている。(すなわち) 相手方の主張した事実について自白がなされ、あるいはいずれにせよ争われなかった場合には、その事実については証拠を必要としない (§ 288 Abs.1, § 138 Abs.3 ZPO)。この場合においては、主張された事実が本当に正しいかどうかについて裁判所は調査する必要はない。この点で、主張された事実の真实性の確定というのは、訴訟においてはそれ自体が自己目的ではなく、訴訟のできる限り正しい裁判という目的のための手段にすぎないのである。

当事者が訴訟、すなわち私的権利をめぐる争いにおいて、(両当事者が) 一致して特定の事実主張から出発するときには、裁判所にとっては、これについて証拠を要求する理由は全くない。

それに対し、法的に重要な事実主張が争われる限り、それらは、裁判所が真实性についての確信を得た場合にのみ考慮されるにすぎない。自由な証拠評価の原則によれば、裁判所は、弁論の全趣旨と証拠調べの結果を考慮して、自由な心証によって、事実上の主張が真実と見られるか否かを判断するのである (§ 286 Abs.1 Satz 1 ZPO)。

証拠調べは、通常、当事者が特定の証拠の取調べを申し立てることを前提としている。ここでは、証明責任 (Beweislast) は、なかならず、証拠申出をするのは、証明責任を負った当事者の使命であるという限りにおける主観的証明責任 (subjektive Beweislast) ないし証明行為責任 (Beweisführungslast) とは異なるものとして意味を持つ。しかし、証明責任を負っていない当事者は、彼に不利な事実の不存在の証明のために、証拠申出をする可能性を有している。

III 職権による証拠調べ

1 ドイツ民事訴訟法における伝統的な規律

民事訴訟においては、自ら事実関係を調査し、この目的のために証拠方法を収集することは、原則として裁判所の職務ではない。とりわけ、このことは、弁論主義ではなく職権探知主義が採られている刑事訴訟におけるのとは異なっている。しかし、民事訴訟においても同じく、裁判所は、一定の要件の下に、当事者の申立てがなくても、争いのある事実主張の解明のために証拠方法を取り調べる権利を有している。このことは、当事者尋問 (§48 ZPO) と同様に、文書の提出による証明 (§142 ZPO)、検証や鑑定の実施 (§144 ZPO) による証明についても妥当する。それに対し、証人の尋問は常に当事者の申立てによってのみなされる。一方当事者は、証人の知覚 (Wahrnehmung)、記憶力 (Erinnerungsvermögen)、および真実を愛すること (Wahrheitsliebe) を期待しているのであり、それ故にその取調べを申し出るか否かは、その判断に委ねられている。

2 二〇〇一年の民事訴訟改正法による職権による証拠調べの拡大——新規定の内容

先に挙げた職権証拠調べの可能性は、長い間ドイツの民事訴訟法にその根拠を有していた。二〇〇一年の民事訴訟法改正法⁽²⁾によって、ZPO第一四二条と一四四条は改正され、職権証拠調べについての裁判所の権限は明らかに拡大された。ZPO第一四二条一文によれば、裁判所は、当事者または第三者に対し、その占有下にある当事者に関係を有する文書その他の書面を提出するように命じることができる。「ただし」提出することが第三者に期待できず、または証言拒絶権が生じているような場合には、第三者は提出を義務づけられない (§142 Abs.2 S.1 ZPO)。(文書等の) 引渡しを理由なく (unberechtigt) 拒絶した場合⁽³⁾には、第三者には、不当に (Unrecht) 証言を拒絶した場合と同じ制裁が科せられる (§142 Abs.2 S.2 ZPO)。ZPO第一四四条一項二文および三文によれば、裁判所は、検証または鑑定人による鑑定の実施のために、当事者または第三者に対し、目的物の提出や処分⁽⁴⁾の受忍(たとえば、不動産への立ち入り、ただし住居へのそれは除く)を課することができる。第三者の義務の限界や、理由なき拒絶に際して課せらるる制裁については、文書の提出に関するのと

同じ原則が妥当する (§144 Abs.2 ZPO)。

3 改正の原則的意味をめぐる議論

裁判所には、いかなる要件の下に、現行規定を超えて職権による書証、検証、鑑定⁽³⁾といった証拠方法を利用することが認められるかということについては、立法過程においては争いがあった。そこでは、裁判所の証拠調べの主導権(Beweisinitiativen)の目的や当事者権の理解についての多様な見解が明らかになった。多くの批判者は、新しい法律規定によると、まさにある種の「ドイツ版ディスカヴァリー」が生じているのであり、このことが、ドイツの民事訴訟の承認されている原則を否定することになることをおそれている。しかし、「ドイツの新規定と」アメリカ合衆国の民事訴訟のディスカヴァリー処分との比較には初めから限界がある。なぜならば、アメリカ法においては、(たとえ裁判官のコントロールの下にあるとはいえ)訴訟にとって重要な資料の重大な範囲における相手方に対する当事者(実際上は弁護士)の権利が主張されるのに対し、ドイツ法においては、初めから裁判所の権限が問題になっているからである。しかしながら、文書や検証目的物の収集についての裁判所の権限の広範な拡張によって、ドイツ法に

おいてこれまで「模索的証明の禁止 [Verbot des Ausforschungsbeweises)」という標語の下に当事者のために引かれていた限界を超える可能性があるという指摘は正しい。しかし法政策的には、ドイツにおいて何十年にもわたって議論されてきたこの問題領域についての見解は区々となっている。判例、連邦通常裁判所のそれもまた、および学説の多くは、いかなる当事者も、相手方に対し、彼が自ら利用できない資料を勝訴のために調達する立場にはないという、伝統的な原則を堅持している。⁽⁴⁾(しかしそれに反対する)他の論者は、他の国の、もちろんアメリカ合衆国の民事訴訟における法状況に関しても、この原則は流行遅れであるとし、上述の原則を「防虫衣装缶の中にしまい込む [in die Mottenkiste zu verbanen)」⁽⁵⁾ことについて明瞭な共感を表明している。人は、この問題にある種の信仰の争いのように扱うことを警戒すべきであり、それに代えて、理性的に、ドイツ法は、当事者がその権利を貫徹するために必要な情報にアクセスするために、いかなる道を与えているかを問うべきであろう。ドイツ法は、情報および書類がない一方当事者を、最初から見殺しにしているというのは当たらない。むしろ実体法は、生じている法律関係の枠内において、当事者に対し広範に、情報 (Auskunft) 収

支決算 (Rechnungslegung)、文書提出 (Urkundenvorlage) についての請求権を与えており、これらの請求権は、判例によって、信義誠実という一般原則 (§242 BGB) を引き合いに出して長い間拡大されてきた。したがってこの問題は、ここでは欠損が認識されるか否か、また、——人がこれを肯定する場合には——実体法上の情報請求権の拡大および証明責任を負っていない当事者の事実関係の解明のために必要なことはすべてなすという一般的な訴訟上の義務の承認の中で、欠損の除去のための正しい道はあるのかということである。

立法審議においても明らかにされたように、従来承認されていた原則、とくに模索的証明の禁止に変更を加えるとか、あるいは、一部、弁論主義に代えて職権探知主義を導入するというようなことは、ZPO 第一四二条、一四四条における新規定の目的ではなかった。それにもかかわらず、裁判官権能と当事者の自由との間の従来の限界線が裁判官の権限のためにどの程度変えられうるか、そして他方では、間接的にはあるが当事者にとつてもどの程度資料へのアクセスがなされうるのかということとは、もちろん新たに形成された規定の解釈に依存している。そうこうしているうちに、文献における (対立する) 見解と並んで、連邦通常

裁判所のこれに関する判例が出された。そこで、そのことを説明するために、連邦通常裁判所の近時有名になった判決について詳しく見ていきたい。

4 新法による文書提出命令についての連邦通常裁判所の重要な判決

ここで紹介する連邦通常裁判所の判決は、実体法的観点において、いわゆるクズ不動産 (Schrottimmobilen) の問題領域に関するものである⁽⁸⁾。原告とその妻は、仲介業者と受託者 (Vermittler und Treuhänder) を経由して二戸の (賃貸用) 区分所有マンションを購入し、その資金捻出のために被告銀行と消費貸借契約を締結した。(しかしその後) それらのマンションの状態が不十分であることが分かり、かつ売主によって保証された賃料収入が得られなかったため、原告は不動産 (売買契約) の解除 (Rücknahme der Immobilien) を主張し、最終的に、売主に対し売買契約の遡及的解消を認めた既判力ある判決を取得したが、売主がその間に倒産してしまったため、もちろん、大きな経済的利益はなかった。そこで原告は、最終的に連邦通常裁判所に係属した訴訟において、融資をした銀行に対して損害賠償を請求した。なぜならば、銀行は原告に対し、

マンシヨンの価値と取得しうる賃料が売買（契約締結）の時にあまりに高く見積もられていたことについて、責めに帰すべき事由により情報提供しなかったからである、というものであった。地方裁判所と上級地方裁判所は、この請求を棄却した。その理由は、原告は、銀行による説明義務の責めに帰すべき懈怠の要件を証明できなかったからである、というものであった。そこではなканずく、銀行の協力者（Mitarbeiter）に、売買代金とそのマンシヨンに対して高すぎた（それゆえ、売買契約は良俗違反であった）ことが分かっていたか否かということが問題となった。そこで原告は、銀行の評価書類（Einwertungsunterlagen）（すなわち、マンシヨンの評価についての銀行の書類）を引き合いに出した。これについて控訴裁判所は、銀行は、ZPO 第四二二条、四二三条によつては書類を提出する義務を負わないと述べた。連邦通常裁判所は、ZPO 第四二二条、四二三条による提出義務を否定することに賛成したが、以下の理由で原判決を破棄した。すなわち、控訴裁判所は、被告銀行に ZPO 第一四二条一項によるこの書類の提出を否定することを考慮しなかったことにより、その限りにおいて、生じている裁量権を行使しなかったからである、というものであった。

一四二条一項は、裁判所による当事者に対する提出命令の要件としては、単に、一方当事者が、相手方の占有下にある文書ないしその他の書類を引用しているという事情のみを含んでいる。問題は、裁判所による引渡命令（Herabgabebefehl）を正当化するために、証拠を提出しなければならぬ当事者（証明責任を負った当事者）による引用ということで本当に十分であり得るのかどうかということである。その際には、ZPO 第一四二条一項と当事者が相手方による文書の提出の申立てをなし得る要件との目立つ食い違いが明らかとなる。ZPO 第四二二条によれば、相手方の手中にある文書による書証は、相手方に文書の提出を課する旨の申立てによつて始まる。ZPO 第四二二条によれば、証明する人が民法の規定によつて文書の引渡しないしは提出を請求しうる場合には、相手方は提出の義務がある。そのような実体法上の請求権（があること）という要件は、連邦通常裁判所が認定しているように、この事件においては存在しなかった。さらに相手方は、ZPO 第四二二条によれば、証明のために引用したその手中にある文書については提出が義務づけられる。しかしこの要件もまたここでは満たされなかった。なぜならば、相手方（銀行）ではなく、原告のみが銀行の上述した書類を引

用したにすぎないからである。そこで、申立てによる証拠調べの要件が存在しない場合でも、それにもかかわらず裁判所が、原告が、相手方当事者の手中にある文書を引用したということのみによって、提出を命じるということでは差し支えないであろうか。私見によれば、その限りで、一方ではZPO第四二一条から四二三条までの規定と、他方ではZPO第一四二条一項との間には評価矛盾〔Wertungswiderspruch〕が生じる。成立の沿革によれば、ZPO第一四二条一項における当事者による引用という要件は、両当事者が共に引用する気がない文書を裁判所が自ら要求するという、事実上その限りにおいて職権探知主義へ移行することを示すことになるような事態を妨げる目的を有していた。しかし右の引用〔を要求したこと〕の目的（の説明）でもって、なお、なにゆえに、他方が提出を義務づけられるのかということにつき、一方〔当事者〕の引用で十分であるのかということは、ほかの理由からこの結論が維持できない限り、説明ないし理由づけられてはいない。それゆえ、私見によれば、ZPO第一四二条一項の証明責任を負っていない当事者に対する命令は、ZPO第四二一条ないし四二三条による提出義務の要件も存在する場合に限ってのみ許容することが、ZPO第一四二条一項とZPO

O第四二一条ないし四二三条の目的に合致するのである。

しかし、フランクフルト上級地方裁判所¹⁾によっても唱えられたこの見解には、連邦通常裁判所は従わなかった。その理由付けのために連邦通常裁判所は、そのような制限を含んでいないZPO第一四二条一項の文言を指摘しながら、当事者の一方による引用を必要と〔すると制限的に解釈〕したのである。このことは疑いなく正しいが、ZPO第四二一条ないし四二三条に対する評価矛盾についての問題には答えてはいない。しかし連邦通常裁判所は、私には若干思いがけないものでありかつ理解が困難なのであるが、そのような評価矛盾は生じないと主張しているのである。たとえ人がZPO第一四二条一項〔の適用〕にとつては、証明義務のない当事者が文書を引用するだけで十分であるとしても、ZPO第四二二条、四二三条はその〔独自の〕適用領域を維持している。なぜならば、ZPO第一四二条一項によれば、裁判所の裁量判断が問題となっており、ZPO第四二二条、四二三条においてはZPO第四二七条の法律効果と結びついた無条件の提出義務が問題となっているからである。しかし〔ここでは〕、ZPO第四二二条、四二三条がその意味を失うであろうということが問題ではなく、ZPO第一四二条一項の意味が、つまり、こうして理

由づけられた提出義務の正当性が問題なのである。外見上連邦通常裁判所は、裁判所の命令を超えては義務の一定程度の内的正当性を必要としないと考えているようにみえる。ZPO 第一四二条一項の制限的な解釈にとっては、私見によっても、ZPO 第一四二条一項は、第三者に対するのとは異なり、当事者に対する提出命令にとっては限界について言及していないし、期待可能性〔Zumutbarkeit〕すら挙げていないということがいえる。もし——私見のように——提出命令が、証明責任を負っている当事者に対してのみ、または、ZPO 第四二二条、四二三条によればいずれにせよ提出義務を負っている当事者に対してのみ発せられる（と解する）ときには、納得がいくが、それに対して、一方当事者の単なる引用（しかない場合に）は、相手方に対する提出命令にとっては十分ではない。連邦通常裁判所によって選択された解決においては、裁量権行使の枠内において、相手方に提出が期待できるものであるか否かについて、それだけに慎重に調査がなされなければならない。連邦通常裁判所は、裁量判断についてはごく短く述べているにすぎず、かつ説明しているにすぎない。しかし、これに関しては、可能な認定価値〔mögliche Erkenntniswert〕や、命令が〔それによる相手方の制限に〕

比例していること、そしてまた、秘密の保護や人格保護〔Geheimnis- und Persönlichkeitsschutz〕といった正当な利害が考慮され得たものではあるまいか。しかし、このことは具体的な事件においては何を言っているのだろうか。場合によっては自らが破滅するような場合でも、銀行が、初めから内部的な使用のためだけのものとして決められていたメモを、裁判所の命令によって引き渡さなければならぬのであろうか。そこで人は、たとえ命令が裁判所の裁量にあるとはいえ、最終的には、ZPO 第四二二条、四二三条が非常にはっきりとした方法で解決している真実の発見と個人領域の保護との間の根本的な争いに突き当たるのである。

連邦通常裁判所はさらに、ここで ZPO 第一四二条一項を適用する場合でも、このことは、訴訟法上違法である訴訟の相手方の模索〔eine prozessordnungswidrige Ausforschung des Prozessgegners〕へと導くものではないことを詳論している。連邦通常裁判所が、ZPO 第一四二条一項は当事者を提示責任や具体化責任〔Darlegungs- und Substantiierungslast〕から解放するものではないことを強調していることは正しい。すなわち、書類の提出は、情報収集の目的〔zum Zweck der Informationsgewinn-

nung) のためではなく、首尾一貫性のある (schlüssig) かつ、具体的な事実と関連する主張が提示された場合にのみ命じられうるものである。いずれにせよ、本件のような一つの事例において問題が完全に解決されたか否かという点については、私には疑問に思える。なぜならば、個々の際には、当事者はおそらく、この「評価書類」に書かれていることを主張しないであろうし、おそらく、また、いかなる人間が銀行内部の文書作成に関わったかということも主張しないであろうから、それらを知っていることの責任が銀行に課せられることが考慮されることになる。

連邦通常裁判所の判例が結果において水門を開き、かつ証明義務を負っている当事者 (die beweispflichtige Partei) の単なる引用 (「があればよいとする解釈」) によって開かれた ZPO 第一四二条一項の適用が、「透明な」(透過性のある) 訴訟の相手方 (「gläserne» (durchsichtige) Prozessgegner) へと導くか否かは、未確定であるように思える。いかなる事情を裁判所がその裁量の枠内において考慮するか、またそれは、どのようにして、一方では証明の利益を、また他方では秘密保持の利益を評価するのかということにかかってくる。⁽¹²⁾したがって、人は、さらなる展開について期待して待つことができるのである。

IV 証明についての法律上の改正

1 電子データによる証明

ZPO は、五つの証明手段を規定している。これらは、—— 法律の順序でいうと —— 検証による証明、証人による証明、鑑定人による証明、文書による証明、そして当事者尋問による証明である。近時、立法者は、若干の新規定を導入した。それらは証明手段のシステムを根本的に変更するものではないが、興味深いものである。

すなわち、電子的記録 (elektronische Dokumente) による証明が明文で規定された。立法者は、それを検証による証明と位置づけ、三七一条二文において、電子的記録が証拠の目的物であるときは、証拠は、データの提出または送付 (Vorlegung oder Übermittlung der Data) によって申し出る、と規定した。その文言によって電子的記録 (という文言) の下では電子的に蓄積されたデータと全く異なることなく理解すべきであることが明らかにされた。このデータが、文章 (Text) になるか、画像 (Bild) になるのか、楽曲 (Musikstück) (オーディオデータやビデオデータ) になるのかということは、上記の条文の枠内で

は何らの役割を果たしてはいない⁽¹³⁾。また電子的記録の証明力 [Beweiskraft] についての規定も新しく生じた。これは多くの部分につき文書の証明力についての規定を準用している。文書とは民事訴訟法の意味においては、文字による記載物 [schriftliche Erklärung] を示すものであるから、書証についての規定は直接的に電子的記録には妥当しない。したがって、法律上の規定がどうしても意味を持つてくるのである。もちろん証明力についてのこの規定の意味においては、ある文章、すなわち常にそれに似た記載物を含んでいる電子的記録のみが考慮の対象となる⁽¹⁴⁾。

電子的記録の証明力を規定するに際しては、立法者は資格のある電子的署名 [die qualifizierte elektronische Signatur] に特別の意味を置いた。つまり、記録の作成者について疑義が生じないように、かつその記録がたとえば事後的に (作成者から受領者に至るまでに) 無権限者によって変更されたということがないことを確実にするある特別の暗号化技術である。電子的署名は文字による記載物における署名 [Unterschrift] と類似した機能を営む。

文書による証明の場合がそうであるように、法律は、電子的記録の証明力においても、私的記録と公的記録とを分けている。

三七一 a 条一項一文によれば、資格のある電子的署名を伴って与えられている私的な電子記録には、私文書の証明力に関する規定が準用される。四一六条によれば、作成者によって署名された私文書は、それに含まれている記載は作成者によって作成されたものであることについての完全な証明があったことを根拠づける。証明力の前提は、文書の真正である。ZPO 第三七一 a 条一項二文が特別の規定を含んでいる限り、署名法による調査に基づいて生じた [電子記録の] 真正の外観 [Anschein] は、当該記載が署名キー [Signatur Schlüssel] の所持人によって与えられたことについて深刻な疑いを根拠付ける事実によってのみ動揺させられる。このことは、たとえば、署名カードの盗難や付属の身分特定番号 [zugehörige Personen-identifikationsnummer (PIN)] のスキミングなどによって、署名キーが他の人間によって無権限で使われたような場合をねらいとしている。

規定されていないのは、資格のない電子的署名がある私的電子記録の証明力である。それについては、署名されていない文字による文書の証明力と同様に、裁判所は、自由な証拠評価によって判断する⁽¹⁵⁾。

公的な電子的記録の概念は、三七一 a 条二項一文が、公

文書概念を模範として定義している (§ 415 Abs.1 ZPO)。官公庁〔öffentliche Behörde〕または公的信用を有する人間（なかならず公証人であるが）によって、所定の様式において作成された電子的記録が問題にならざるを得ない。真正の推定 (§ 437 Abs.1 ZPO) は、資格を有する電子的署名を伴って作成されたそのような公的な電子記録には受け入れられる (§ 371a Abs.2 Satz 2 ZPO)。公的電子記録の証明力は、——記録の内容により——ZPO 第四一五条（文書作成者〔Urkundsperson〕の面前で作成された記載）、ZPO 第四一七条（職務上の命令、処分または判断〔Entscheidung〕）、またはZPO 第四一八条（その他の内容）に応じて判断されなければならない。公的な電子記録については従来の意味における認証謄本〔beglaubigte Abschrift〕というものはありえないから、法律にはそのために特別の規定が入れられた。ZPO 第四一六 a 条によれば、管轄官庁の認証覚書を伴う公的電子記録〔der öffentliche elektronische Dokument mit dem Beglaubigungsvermerk einer zuständigen Behörde〕という表現または、裁判所の覚書を伴う裁判所の電子記録〔der gerichtliche elektronische Dokument mit einem Vermerk des Gerichts〕という表現は、署名審査（詳しく

くは、ZPO 第二九八条二項に規定されている）については、認証謄本における公文書と同置される。

これらの規定は、情報テクノロジーの進展によって生じた法律の間隙を埋めるものである。それらは多くの点においてむしろ、超完全主義的に〔überperfektionistisch〕に機能する。——〔しかし今の段階ではその〕実務的実証〔praktische Bewährung〕については何も言うことはできないのであるが。そのほかにもまた、立法者は、それと一緒に論じられるべきであるが、純粹の電子的文書処理〔elektronische Aktenführung〕 (§ 298a ZPO) も含めた電子的民事訴訟〔elektronischer Zivilprozess〕（書面に代わる電子記録についての記録、§ 298 a ZPO、および裁判所の電子的記録についての規定、§ 298 b ZPO を見よ）を可能にするあらゆる努力をした。またその限りでは、〔電子的民事訴訟等の〕発展も後になってみないと分からない。おそらくは、遅かれ早かれ電子的民事訴訟と電子記録は存在することになるであろう。著者のように、一定の範囲においてデータやその電子的蓄積について常に繰り返し困難に出会っている者は、これらの規定を一定の懐疑の目で考察するであろう。

2 他の手続における鑑定の利用

ドイツの立法者は、繰り返し、手続の進行を促進しつつ簡素化する可能性の試みに携わってきた。二〇〇四年の第一司法近代化法〔Das Erste Justizmodernisierungs-gesetz 2004〕は、この目的のために、とりわけ、裁判所ないし（二〇〇六年の第二司法近代化法における新しい改正によって）検察による他の手続において得られた鑑定の利用〔die Verwertung von Sachverständigengutachten〕を民事訴訟において承認する新たな ZPO 第四一―a 条を規定した。たとえば、交通事故による刑事訴訟の後に損害賠償請求権をめぐる民事訴訟が続いたような場合、それによって新たに鑑定をすることが節約できるのである。もちろん、そのような鑑定の利用は、既に従来の一般的な見解によれば、書証においては適法であった。新規定が生じさせる差異は、次の点にある。すなわち、前の鑑定の利用は、ZPO 第四一―a 条を通して新たな訴訟において鑑定証拠〔Sachverständigenbeweis〕の形になり、⁽¹⁹⁾それゆえ、たとえば、偏頗性の不安から鑑定人の忌避 (§ 406 ZPO) も可能なのである。また、当事者は、これまでの法律状態によるものとは異なって、一般的に新たに鑑定をすることを要求しうるのではなく、単に、そのための特別

の理由がある場合にのみ要求することができるのである (§ 412 ZPO)。

その規定は、制限された範囲内においてはあが、手続の簡素化を生じる。さらになされた、刑事判決においてなされた事実認定に、それに続く民事訴訟に対しても拘束力を付与しようという提案は、激しい批判によって再び放棄された。

3 いわゆる自由な証明についての法律規定

上述した ZPO において個々のに規定された証明手段を人は、厳格証明〔Strengbeweis〕の手段といっている。長年それに対しては判例が、いわゆる自由な証明〔Freibeweis〕を対置させてきた。この刑事訴訟から受け継いだ概念でもって、証明の可能性〔Möglichkeit der Beweisführung〕が考えられているが、それは、法律に規定されているものとは異なった証明手段も許しているし、また、そこでは証拠調べについての形式的な規定は守られていない。したがって、自由な証明〔という制度〕が適用される限り、たとえ文字で書かれた証人の証言〔Zeugenaussage〕という法律上の要件が存在しなくても、作成者の文字で書かれた供述や電話による供述〔schriftli-

che oder auch telefonische Aussagen) を取り調べることも適法である。また、官庁の報告 (behördliche Auskünfte) や、当事者または第三者の宣誓に代わる保証も自由な証明の手段といえる。判例は、訴訟上の問題について自由な証明を適法であるとしているが、それは、なかなく、訴えの適法要件(たとえば当事者の訴訟能力)または上訴(たとえば、期間内の提起)が問題になっている場合である。文献においては自由な証明の理論は批判されているが、私見によれば、それは正しいと思う。なぜならば、訴訟上の要件は理由具備性の要件と同じように重要でありうるのであり、そしてなぜここで、いわゆる厳格な証明と結びついている手続保障が妥当しないのか、または制限的にしか妥当しないのかということか、調べられていないからである。二〇〇四年の第一司法近代化法によって、二八四条に自由な証明は法律的に規定されるべきであるとする二文ないし四文が付け加えられた。当事者の合意があれば、裁判所は、適切であると思える方法において証拠を調べることができる。しかし、いかなる観点において法律規定から乖離しうるかということは、もちろんこれによって不明瞭なままである。手続基本権 (Verfahrensgrundrecht) とくに法的審問請求権 (der Anspruch auf recht-

liches Gehör) は、いずれにせよ認められなければならない。しかしたえば既に言及した書面によるあるいは電話による証人質問 (Zeugenbefragung) は、おそらくは、証拠調べの当事者公開を放棄するものである。

新しい法律規定はいわゆる自由な証明を当事者の合意の下において、訴訟上の問題に制限しておらず、したがって、訴えまたは上訴の理由具備性の事実上の要件についても認めている。著者のように、法律上の基礎のない自由な証明について否定的に対立する者は、新たな規定を限定的なもの (abschließend) と見ることになるであろう。しかし、判例が異なった論証を行い、かつ新しい規定は自由な証明の従来の適用領域を単に拡大しただけであるという理由づけでもって、訴訟上の要件については当事者の合意がなくとも自由な証明を維持することはまったく可能であろう。これに關しての実務の経験はまだ提出されていない。

V 違法に収集された証拠方法の取扱い

1 例

近年、連邦通常裁判所と連邦憲法裁判所が取り組んだ二

つの事例は、問題点の具体的な説明を簡潔に描写するものである。それらは、判例の更なる展開についての例であり、またそれと同時に、憲法や連邦憲法裁判所の判例が長年民事訴訟法において行使してきた強力な影響力の例なのである。

(a) 電話漏れ聞き事件⁽¹⁷⁾

原告は被告から中古車を買ったが、引渡しから程なくして瑕疵があるとのクレームを付けた。これについては当事者間で、何度かの電話での話し合いがなされたが、その内容については個々の争いがあつた。買主は結局売主に対し売買契約の解除 [Rückabwicklung des Kaufvertrages] を訴求した。原告はとりわけ、彼と売主 (すなわち被告) との間の電話でのやりとりにおいて、売買契約は合意に基づき (einstimmlich) 破棄されたことを主張した。そのための証拠として、証人として彼の母親の取調べを申し立てた。彼女はこの会話を一緒に聞くことができただからである。なぜならば、電話は大きなボリュームで設定されていたからである。母親は、区裁判所における第一審でも、控訴裁判所としての地方裁判所においても、(証人として) 取り調べられた。控訴裁判所は、訴えを認めた。なぜならば、電話でのやりとりにおいて、当事者間で売買

契約の解消につき合意に至ったという母親の供述は信用できるとされたからである。供述の利用に対しては、控訴裁判所は疑問を抱かなかった。なぜならば、会話は秘密の性質をもつものではなく、かつ被告も会話が漏れ聞かれることを計算に入れておかねばならなかったからであるというのである。この判決に対して被告は、基本法一条一項と結びつく二条一項による一般的人格権侵害 [die Verletzung allgemeines Persönlichkeitsrechts] を主張し、連邦憲法裁判所に憲法異議 [Verfassungsbeschwerde] を提起した。

(b) DNA 父性分析事件 [Der DNA-Vaterschaftsanalyse-Fall]⁽¹⁸⁾

子供の母親とは婚姻していなかった原告は、子供 (後の被告) の出生後まもなく、この子供に対する父性を法的に有効に認めた。何年か後になって、原告が、証明書能力が低下 [verminderte Zeugnisfähigkeit] していることについての鑑定を支えとして提起した父性の否認の訴え [Klage auf Anfechtung der Vaterschaft] は既判力をもって排斥された。原告はそのすぐ後に、あらためて、(父性の) 否認の訴え [Anfechtungsklage] を提起し、DNA 父性分析の結果を理由として主張したが、その分析は、

子供の母親の認識も合意もなく依頼されたものであった。母親は、もちろん被告たる子供に対する保護権〔Sorge-recht〕を有していた。原告は、DNA鑑定の基は、自らの唾液と被告によって使用されたチューインガムであると主張した。鑑定によれば、一〇〇%の確立をもって、第一のサンプルの提供者は、第二のサンプルの提供者の父親であることは否定されていた。訴訟においては、鑑定の利用については、被告たる子供の法定代理人は異議を述べていた。訴えは第一審および第二審において功を奏さなかった。なぜならば、両裁判所とも、当該鑑定は、情報についての自己決定権〔Recht auf informationelle Selbstbestimmung〕としての形態における一般的人格権（Art. 2 Abs. 1 GG）の侵害のゆえに利用できないとしたからである。連邦通常裁判所はこの問題について上告の枠内で判断しなければならなかった。

ひとはおそらく、原告によって提出された私的鑑定〔Privatgutachten〕がなぜそのように決定的に重要であるのか、そして、職権によって父性に関して鑑定を入手するのは裁判所のマターではないのか、とりわけ、ここで提示されているような親子事件（§ 640 Abs. 2 Nr. 2 ZPO）では、弁論主義ないし提出主義〔Verhandlungs- oder Bei-

bringungsgrundsatz）ではなく、職権探知主義が妥当するのではないか（§ 640 Abs. 1 in Verbindung mit § 616 Abs. 1, § 617 ZPO）と問うであろう。しかし、父性否認の訴えを提起する者は、通説によれば（決して問題がないわけではないが）、最初の疑念〔Anfangsverdacht〕を説明しなければならず、したがって、父性についての疑い〔Zweifel〕が生じた具体的な状況を詳しく述べなければならない。それに成功しなければ、訴えは、既に首尾一貫性の欠如のために、裁判所か、とくに専門家の鑑定〔Sachverständigengutachten〕の取り寄せによる証拠調べに入ることなく、排斥されるのである。この具体的事件においては、訴えを提起した者は、まさに秘密裏に取得したDNA鑑定以外の最初の疑念を根拠づける資料を利用することはできなかったのである。

2 証拠方法の違法な取得の結果としての利用禁止という原則的可能性

上述した事例においては、民事訴訟において、当事者によってその都度提出される証拠方法に対して、証拠利用禁止という形で障害が対立するの否かということが問題となっている。裁判所は、一般的証拠要件〔allgemeine

Beweisvoraussetzungen) が存在しているときには、原則としてすべての提出された証拠を取り調べなければならない。換言すれば、当事者には、証明についての権利 (Recht auf Beweis) が生じるのである。証拠方法が違法に取得された場合にもこのことが妥当するか否かについては、法律には規定がない。この問題は既に長年にわたって議論されてきた。今日の判例や文献における全くの通説は、訴訟における真実の調査は他の法原則に対して無条件に優先するものではあり得ないところから出発しており、従って、原則としてある証拠方法につき、それが違法な方法で調達されたり取得されたりした場合には、利用できないことを宣言することも可能であるとしている⁽²⁰⁾。

もちろん利用の禁止は、(証拠の) 取得行為についての実体的違法判断 (materielle Rechtswidrigkeitsurteil) から生じる論理的に強制する効力 (logisch zwingende Kraft) に従うものではない。しかし、そのことは、違法に入手した地位の利用は不適法であり、かつ合法的な状態 (rechtmäßige Situation) が再び作り出されなければならないという、ひとつの一般的な法原則を示している。このことに到達するために、実体法は、適切な方法として、引渡や、結果除去 (Folgebeseitigung)、損害賠償等の請

求権を認めている。証拠方法が問題となる場合には、この法的保護を貫徹するためには、利用禁止は適切な法律効果である。違法に取得された証拠方法の利用を可能にするとは、さらに、法秩序を、取得行為 (Erlangungshandlung) についての否定的価値判断に関して、矛盾した、ないしは首尾一貫しないものとして見せてしまうような、違法な行為にとつての刺激を喚起することになるのではあるまいか。

しかし、証拠方法の調達や取得の際の法規範の侵害をすべて、その目的から証拠利用禁止によって補充されるべき否定的判断 (Unwerturteil) へと導く必要はない。正しいのは、単に、この法律効果が侵害された規範の意味や目的保護の方向に合致するときのみ、違法に取得された証拠方法の利用を排除することであるように思える。結論的には、多くの判例が指摘しているように、このことは肯定されているのである。証拠方法の違法な取得が利用禁止へと導かれるということは、むしろ例外としての基準を示すものである。もちろん時には、考慮の対象となる規範の目的⁽²¹⁾についてはさまざまな見解を主張することはあるであろう。(しかし事例によつては) そもそも証拠方法の取得の違法性 (の問題) といえるのか否かという点に既に問題がある

こともまれてはいない。もし電話の際に〔相手方に聞こえてもいいかという点につき〕問わないままで他の人間に漏れ聞かせたような場合に、会話の相手方〔Gesprächspartner〕に対して法的侵害があるか否かについては争うことができる。同様に、いわゆる父親とされている者が、子供の承諾なくして父性に関してのDNA鑑定をさせたということによって子供の権利を侵害したか否かということは、初めから明らかである訳でもない。〔ここでは〕例としてあげた両方の事件におけるように、一般的人格権の侵害の可能性が問題となっている。そして、通説によれば、証拠方法の利用について判断するためには個々の場合における利益衡量〔Güter- und Interessenabwägung〕が必要となる。

3 電話漏れ聞き事件の判断

一般的人格権の保護の一部分として、自己の発した言葉について支配する権利〔ein Recht am eigenen Wort〕が認められるべきであるということは、以前から認識されていた。この権利は人格の自己表現〔die eigene Darstellung der Person〕についての自己決定を保障するものである。またそれは、会話の内容につき、会話の相手方だけ

がアクセスできるのか、また他の人間でもいいのか、あるいは公衆までもいいのか、ということは〔言葉を発する者が〕自ら決めるということも包含している。内緒で行われた録音テープへの録音はそれゆえ、原則的に違法であり、自己の言葉について支配する権利に侵害を受けた者の意思に反し、また民事訴訟においても証拠方法としては使えないのである。このことは、使用者（ないし上官）が被用者との二人だけの会話を後者の意思に基づかないで、録音テープに録音し、これを後に（たとえば、雇用関係の解除についての訴訟において）証拠方法として利用しようとした事件において、何度も繰り返し判断がなされた。しかしここで問題となっている事件においても自己の言葉について支配する権利の侵害があるか否かについては、さまざまな理由から疑うことができる。人は、その会話は、内容からいって秘密の性質をもつものではなかったし、また、電話での会話の声が大いこともしばしばあることでありかつ十分日常的なことであるといった観点からいって、会話の相手方は、第三者がその会話を漏れ聞くこともあることを計算に入れておくべきであったと、反論することもできるであろう。〔実は〕民事裁判所は、具体的な事例において、そのように論じたのである。その際には裁判所は、今まで、

仕事の内容を伴う電話での会話に際しての第三者による電話の漏れ聞きは、技術の発展やそのような行動が日常的事あることに鑑み、秘密性がとくに保護されていたとか、具体的事情によればそれが期待され得たような場合でない限り、それは許されるところの通説に依拠することができたのである。連邦憲法裁判所は、このような考察方法には従ってはいない。連邦憲法裁判所は、一般的に漏れ聞きをさせることについては関係者の同意 (*Einwilligung des Betroffenen*) を要求したのである。たとえば秘密の漏れ聞き (*das heimliche Mithören*) が特定の領域、たとえば商取引においてはしばしば行われ、あるいは全く日常的事ある場合であっても、連邦憲法裁判所の見解によれば、会話の相手方が漏れ聞きに異議を述べていなかったということでは十分ではないのである。たしかに連邦憲法裁判所は黙示の同意も可能であるとしているが、ここでは、自己決定の憲法上の保護において厳格な要求をしているのである。その要求はここでは満たされていない。

たとえ原則的に、漏れ聞きを許すことは会話の相手方の同意がある場合にのみ正当であるとしても、人は、それが、裁判所での議論のために証拠方法を確保することに資する場合には、このような行動は適法であるとみられる、と考

えることも可能であろう。人が裁判所による利用という点にアクセントを置くときは、真実を探索するという目的は、基本権に対する介入を正当化するという議論をすることができよう。しかし連邦憲法裁判所は、そのような衡量——それはすでにこれまでの通説と一致するものであったが——を明確に拒否した。右裁判所はたしかに、「(一般論として)憲法上保障された法的審問請求権 (Art. 103 Abs. 1 GG) も要求しているように、裁判所は真実を探索するために当事者によって申し出られた証拠を考慮しなければならぬ旨を強調している。しかし連邦憲法裁判所は、きちんと機能する民事司法という一般的な利益 (*das allgemeine Interesse an einer funktionstüchtigen Zivilrechtspflege*) というものは、一般的人格権と同等ないしそれ以上の重要性を与えるためには十分ではないとした。したがって、単に証拠方法を民事法上の請求権のために確保するという利益のみでは、漏れ聞かせと結びついた語られた言葉についての支配権 (*das Recht am gesprochenen Wort*) への介入を正当化するためには十分ではないというのである。(ただ)連邦憲法裁判所も強調しているように、証明者 (*Beweisführer*) が、まさにそれへの介入が人格権への侵害として排斥されようような、正当防衛的地

位〔Notwehrlage〕ないし正当防衛類似の状態〔notwehrähnliche Situation〕にあるときには、それとは異なったものとなりうるであろう。たとえば、匿名の中傷または恐喝的な脅しがあったような場合である。ここで取り上げた事件においてはそのような状況は疑いなく存在はしなかった。

連邦憲法裁判所が、広まっている日常性〔という概念〕によって〔kraft verbreiteter Übung〕電話での会話の漏れ聞かせの適法性を拒否したことによって、過大な要求をしすぎたのではないのか否かということについては、人はさまざまに判断しうる。ただ実務的な帰結としては、第三者に漏れ聞きを可能にしようとする者は、会話の相手方に対し、常に明示的に、この点について指摘しなければならぬということにならざるをえないであろう。〔これに対して〕もし会話の相手方が、異議を唱えない場合には、黙示的同意があったものとしてもよく、後の証拠利用禁止も排除されることになる。

4 DNA分析事件の判断

DNA分析事件においては、偏頗なき考察をする場合には、ここで違法な証拠取得による利用禁止ということがそ

もそも問題になるのかということは初めから疑わしい。鑑定のために必要な基礎〔Grundlagen〕（唾液の検査〔Speichelprobe〕）と使用されたチューインガムの取得に対しては、異議を持ち出す余地はない。いわゆる父親によって申し立てられた鑑定によって、彼が本当にその子供の生みの親かどうかを解明してもらうのは、彼の当然の権利ではないのか。しかし連邦憲法裁判所は、憲法上保護された人格権から長年にわたって、情報の自己決定の権利を導いてきた。それによって、すべての者は、自ら、誰にその人格に関するデータを利用させるかについて判断することができるということを意味している。検査の試みがそこから出発するDNA分析において確定されるべき個人のDNA同一性確認標本〔DNA-Identifizierungsmuster〕は、そのようなデータを示している。よって、その検査と利用は関係者の同意がなければ、情報の自己決定権への介入となる。もちろんそれに対しては、原則として、父性についての知識を保持するという人の正当な利益が対立する。自己の父性が存在するかまたは父性が存在しないかということについての知識を得る権利もまた、一般的人格権から導かれるものであり、したがって憲法上保護されるのである。

それにもかかわらず、ここからは、連邦通常裁判所の見解によれば、情報の自己決定についての子供の権利へ介入することについての正当性は生じてはいない。なぜならば、自己の父性が存在するかまたは父性が存在しないかについての知識を得る権利は、より高い価値を有するものとはみなされ得ないから、というのである。

連邦通常裁判所の判例に対しては、いわゆる父親が連邦憲法裁判所に憲法異議をなし、彼の一般的人格権の侵害があると不服を申立てた。しかし連邦憲法裁判所の見解によっても、秘密裏になされた DNA 鑑定の結果を現行法の父性否認手続において裁判上利用しないことは憲法に適合するものとされた。連邦通常裁判所によってなされた情報上の自己決定についての子供の権利と人の父性の認識についての権利との間の衡量はその限りで承認された。

ところで、ここから法律関係が複雑になる。連邦憲法裁判所は、連邦通常裁判所と同様に、いわゆる父親に対して、その父性を法的意味において処理することを拒んだことにつき何ら疑問を抱いてはいない。しかるに連邦憲法裁判所は、遺伝学上（生物学上）の父性の説明が継続して不可能であることも憲法と調和するか否かという問題をこれと区別している。連邦憲法裁判所は、遺伝学上の父性を知ること

とについての父親の権利が憲法上保護が認められていることを強調しているのである。「そこで」いわゆる父親に対しては彼の遺伝学上の生みの親であることについての明確性を得る可能性はないという結論は、連邦憲法裁判所の見解によれば受け入れ難いものである。連邦憲法裁判所はむしろ、立法者は、法律上の父親の彼の子供の血脈を知ることについての権利の実現のために、父性の確定のためのだけの適切な手続を作らなければならないと判示した。立法者は、換言すれば、その手続が必然的に法的意味における父性に対し影響を及ぼすことがないようにして、遺伝学上の父性の確定を可能にしなければならないのである。連邦憲法裁判所は、そのために、二〇〇八年三月三十一日までの期限を与えた。

連邦政府は、そのことを計算に入れ、最近、「父性」否認手続から独立した父性の説明に関する法律〔*Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Aufhebungsverfahren*〕の草案を提示した。⁽³³⁾ 血脈を知る権利をこれまで斟酌されていたよりも改善するために、この草案では、家族メンバー（法律上の父親、母親および子供）に、血脈の説明のための遺伝学上の検査についての同意請求権と、検査のための適切な試み〔*geeignete Probe*〕の実施

の受忍請求権とを容認した。この請求権は、裁判所においても貫徹されるべきものである。遺伝学上の検査が、父親と子供との間に実の血脈がないという結果になった場合、通常は、たとえ当初はそのために妥当する期間が既に過ぎていた場合であっても、父性否認の訴えの提起は改めて可能となる。この法律草案の詳しい論証は、本講演の枠を超えるものである。

VI 結び

この講演で私は、ドイツにおける証拠法の新しい展開からの展望についてのみ報告をした。さらに、素材の選択は強度に主観的なものであった。それはつまり、講演者の学問的興味から素材が選ばれたということである。しかし、民事訴訟における証拠法の中心的な意味と、この法領域の活力〔Dynamik〕が明らかになったことを願うものである。

(1) ZPO第二四二条、一四四条は既に、二〇〇一年の改正前に一般的にそのように解されていたから、それらは、

裁判所の裁量によって、職権による証拠調べを許していた。
 311 ff. ZPO nach der Reform 2002, ZP 116 (2003), 305, 311 ff. 244 ff. 指図〔Anordnungen〕は、争いの事実に関して裁判官にとっての情報〔取得〕の目的でのみ生じるのであって、証拠調べのためには生じえないであろうという見解には、したがって賛成できない。同旨、BGH NJW 2007, 155; Stein/Jons/Leipold, ZPO, 22. Aufl. (2005), § 142 Rdnr. 1; Wagner, Urkundenecht durch Prozessparteien — Auskunftspflichten und Weigerungsrechte, JZ 2007, 706, 709 f.

(2) Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz-ZPO-RG) vom 27. Juli 2001, BGBl. I S. 1887, in Kraft getreten am 1. Januar 2002.

(3) 証人尋問の場合には、職権による取調べは一般的に不適法性であるということが堅持されている。

(4) BGH NJW 1990, 3151 = ZP 104 (1991), 203 (Stirnerによる否定的な評釈がある); Stein/Jons/Leipold, ZPO, § 138 Rdnr. 26.

(5) 同旨, Musielak/Stadler, ZPO, 5. Aufl., § 142 Rdnr. 4 末尾。

(6) この立場に根本的な、そして今日まで強く影響を与えたものとして、Stirner, Die Aufklärungspflicht der

- Parteien des Zivilprozesses (1976), 賛否はごまかす
なる指摘をいへ' *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, § 138
Rdnr. 26 Fn. 58 を見よ。
- (7) BGH vom 26. Juni 2007-XI ZR 277/05 の判決。
- (8) これにこづは' とりわけ' 不動産売買 [契約] や融
資のために締結された消費貸借契約の取消し [Wider-
ruf] の問題と' それぞれの法律効果が問題となった B
GH や EuGH の非常に多くの判例がある。なお私は'
「ドイツ民法とヨーロッパ民法—現在と未来(ドイツ年「民
法」のボジウム」からの報告)」(吉永一行訳) 民商法雑誌
一三四巻二号一三五頁以下を' これにこづいて' ヨーロッ
ク法とドイツ法の協働という視点から報告をした。
- (9) 詳しへは' *Leipold*, Die gerichtliche Anordnung
der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivil-
prozess, Festschrift für Gerhard(2004), S. 562, 580 ff.;
Stein/Jonas/Leipold, § 142 Rdnr. 17 ff. をみよ。また'
同くへ' *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, ZPO, 65.
Aufl. (2007), § 142 Rdnr. 6° 以下' *Wagner*, JZ 2007,
706, 710; *Zoller/Greger*, ZPO 26. Aufl. (2007), § 142
Rdnr. 6; *Musielak/Stadler*, ZPO, 5. Aufl. (2007), § 142
Rdnr. 7.
- (10) 詳しへは' *Leipold*, aaO., S. 564 を見よ。
- (11) *OLG Frankfurt*, Urteil vom 18. Oktober 2006 - 1
U19/06. *OLG-Report Frankfurt* 2007, 466.
- (12) イギリスの民事訴訟法を考慮しへ' 当事者の拒否権に
こづい詳細をみよ' *Wagner*, JZ 2007, 706, 715 ff.
- (13) 同く' *Stein/Jonas/Berger*, ZPO, 22. Aufl. (2006),
§ 371 Rdnr. 19.
- (14) *Stein/Jonas/Berger*, ZPO, § 371a Rdnr. 7 をみよ'
人は' その限りへ' 狭い意味へ' 電子データとごまかす
べき。
- (15) *Stein/Jonas/Leipold*, § 416 Rdnr. 23.
- (16) 詳しへは' *Stein/Jonas/Leipold*, § 411a Rdnr. 19,
22, 27.
- (17) *BVerfGE* 106, 28 = NJW 2002, 3619.
- (18) *BGHZ* 162, 1 = NJW 2005, 497.
- (19) この判例は' D Z A 鑑定にこづいの問題との関係へ'
対立的に議論をいへる。連邦通常裁判所は' こづいへ挙げ
た NJW 2005, 49 や BGH NJW 2006, 1657, 1658 にお
て' 最初の疑念の説明にこづいへれまへ要求をいづきた高
度の要求は' 再検討をいなければならなごまかすを明かに
こづいへる。
- (20) 実証を伴へて総括的へ' *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO,
21. Aufl., § 284 Rdnr. 56 ff. のごまかす' かならん今日
においへ' 全へ争ごまかすごまかすごまかす。
- (21) *BGHZ* 153, 165 = NJW 2003, 1123 = JZ 2003, 630

(Leipold の反対評釈がある) の判例が、新しい判例を提供している。ここでは、後の民事訴訟における当事者が、それに先行する刑事手続においては、警察によって規則通りに、供述拒否権について説示されなかった。供述調書はそれゆえ、刑事訴訟においては利用できないものとみなされた。そして当事者は刑事訴訟においては無罪が言い渡された。民事訴訟においては、それに対して、連邦通常裁判所の見解によれば、利用禁止は生じないとした。いずれにせよ、刑事訴訟における確定した無罪判決にはよらないのである。しかし、私の見解によれば、取り調べられる者〔Vernommenen〕を予想される強制の下に十分に考えることなくなされる供述から保護するという説示規定の規範目的は、民事訴訟においても利用禁止を肯定することに賛意を表しているのである。

(22) BVerfG, NJW 2007, 753.

(23) 草案の文言は、FamRZ 2007, 1299 に掲載されている。これにつき Willutzki ZRP 2007, 180 を見よ。批判的なのは Frank/Helms FamRZ 2007, 1277.

【付録】 若干の、新しい、ないし改正された

ドイツ民事訴訟法の規定

一四二条（文書提出命令）

(1) 裁判所は、当事者が引用した、当事者また第三者がその所持する文書〔Urkunden〕およびその他の書類〔sonstige Unterlagen〕を提出することを命じることができる。裁判所は、そのための期間を設定し、かつ、提出された書類は、裁判所が設定した期間中事務課に備え置くことを命じることができる。

(2) 第三者は、提出が期待できないかまたは、第三八三条ないし第三八五条によって証言拒絶の権限を有する限り提出を義務づけられない。第三八六条ないし第三九〇条はこの場合に準用する。

(3) 裁判所は、外国語で書かれた文書に、州司法行政庁の基準〔Richtlinien der Landesjustizverwaltung〕によって権限を与えられた翻訳者によって作成された翻訳を添付することを命じることができる。その翻訳は、翻訳者によって書面で証明された〔bescheinigt wird〕ときは、正しくかつ完全なものとみなす。証明書は、翻訳の上につけ〔auf die Übersetzung gesetzt werden〕、翻訳の場所

と日付および翻訳者の地位 [Stellung des Übersetzers] を掲げ、かつ翻訳者によって署名されなければならない。翻訳の誤りないし不完全性の証明は許される。第一文による命令は、第三者に対してはすることができない。

一四四条〔検証、鑑定人〕

(1) 裁判所は、検証または鑑定人による鑑定を命じることができる。裁判所は、この目的のために、当事者または第三者に対し、その所持する目的物の提出を課し、かつ、このための期間を設けることができる。裁判所は、住居に関するものでないかぎり、第一文による処置の受忍を課することができる。

(2) 第三者は、このことが期待できず、または、第三八三条ないし第三八五条によって証言拒絶の権限がある場合には、提出または受忍の義務を負わない。第三八六条ないし第三九〇条はこの場合に準用する。

(3) この手続は、申立てによって命じられた検証または鑑定人による鑑定の実施が対象となっている規定に従う。

二八四条〔証拠調べ〕

証拠調べおよび証拠決定による特別の証拠調べ手続の命

令 [die Anordnung eines besonderen Beweisaufnahmeverfahrens durch Beweisabschluss] は、第五節ないし第二一節の規定によって定める。当事者の同意があるときは、裁判所は自ら適切であると思う方式において証拠を取り調べることができる。同意は、個々の証拠調べに限定することができる。同意は、引用された証拠調べの前に訴訟状態が根本的に変わった場合にのみ撤回することができる。

三七一条〔検証による証明〕

(1) 検証による証明は、検証の目的物を示し、かつ証明すべき事実を摘示して申し立てる。電子記録が証拠的目的物であるときは、証明は、提出またはデータの伝達により行う。

(2) 目的物が証明者の主張によれば、その占有にないときは、証明は、その他、いっぽう目的物の提出のための期間を定めるよう申し立てるか、または、第一四四条による命令によってなす。第四二二条ないし第四三二条はこの場合に準用する。

(3) 一方当事者が、彼に期待しうる検証の実施を妨げたときは、相手方の目的物の性状についての主張 [die

Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit des Gegenstandes) は、証明されたものとみなすことができる。

三七一条(電子的記録の証明力)

(一) 資格ある電子署名が与えられている私的な電子的記録については、私文書の証拠力に関する規定を適用する。電子的な形式で提出された記載物 [eine in elektronischer Form vorliegenden Erklärung] が真性であるとの外見 [Anschein der Echtheit] は、その記載物が署名キーの所持人によって作成されたことについて、重大な疑い [ernstliche Zweifel] を根拠づける事実によってのみ動揺させることができる。

(二) 官公庁 [öffentliche Behörde] によってその職務権限の範囲内で作成され、または、公的信用が付与された者 [eine mit öffentlichem Glauben versehene Person] によって、彼に与えられた業種の内部において法で規定された形式によって [in der vorgeschriebene Form] 作成された電子的記録 (公的電子的記録) には、公文書の証明力に関する規定を準用する。記録が資格ある電子署名を伴っているときは、第四三七条を準用する。

四一条(他の手続でなされた鑑定人による鑑定の利用)

書面による鑑定 [die schriftliche Begutachtung] は、他の手続において、裁判所または検察官が入手した鑑定人による鑑定 [Sachverständigenurachten] によって代替することができる。

四一条(公的電子的記録による言葉の証明力)

第三七一条によって、官公庁がその職務権限の範囲内で作成し、または、公的信用が付与された者が、彼に与えられた業種の内部において法で規定された形式によって作成した、認証メモが付された公的電子的記録の言葉 [Der mit einem Beglaubigungsvermerk versehene Ausdruck eines öffentlichen elektronischen Dokuments]、および第二九八条二項による管轄権を有する裁判所のメモが付せられている裁判所の電子的記録の言葉は、認証謄本における公文書と等しいものとする。