

外国における証拠収集 —アメリカ例外主義の理解

ピーター・マリー^{*})
渡 部 美由紀 (訳)

近時、一方をアメリカの裁判所と訴訟当事者、他方を多くのヨーロッパおよび東アジア諸国の民事司法制度として、アメリカの民事訴訟手続での利用を目的とした外国における開示 (discovery) や証拠を得るための適切な手続に関する見解の相違が争点となっている。アメリカの訴訟当事者は、外国に居住する者から文書や証言を入手するために、アメリカの開示手段を用いることがある¹⁾。アメリカ以外の法学者の多くは、この行為は外国における証拠収集に関するハーグ条約の要請を潜脱するものであり、その地の法手続を軽視するものであると見ている²⁾。この論争は、もう20年以上にわたって司法手続の簡易化に関する国際協働の

* ハーバード・ロースクールRobert Braucher実務家客員教授。本稿は名古屋大学国際的ビジネス紛争研究所主催で2006年2月19日に行われた民事訴訟法の現在問題に関するシンポジウムで報告されたものである。筆者は、ハーバード・ロースクール(HLS) 2007年のリサーチアシスタントとして本稿の執筆に協力してくれたBenjamin Barron氏、そして初期草稿に有用なコメントを下さったRolf Stürner教授に感謝を申し上げる。

1) See Joseph P. Griffin & Mark N. Bravin, Beyond Aérospatiale: A Commentary on Foreign Discovery Provisions of the Restatement (Third) and the Proposed Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure, 25 Int'l L. 331, 334-40(1991); Robert B. von Mehren, Discovery Abroad: The Perspective of the U. S. Private Practitioner, 16 NYUJ. Int'l L.&Pol'y.985,985-87(1984); Thomas J. Tallericca & Jan L. Herrick, Discovery of Witnesses and Documents Located Abroad, 69 Mich. B.J.664(1990).

2) See Peter Murray & Rolf Stürner, German Civil Justice 567-68(2004); Paul A. Batista, Confronting Foreign "Blocking" Legislation: A Guide to Securing Disclosure from Non- resident Parties to American Litigation, 17 Int'l L.61,62-70(1983); James S. McLean, The Hague Evidence Convention: Its Impact on American Civil Procedure, 9 Loy. L. A. Int'l & Compt. L. Rev.17(1986-1987); Vincent Mercier & Drake D. McKenney, Obtaining Evidence in France for Use in United States Litigation, 2 Tul. J. Int'l & Compt. L.91(1994); see also von Mehren, supra note 1.

負担となってきた。アメリカ民事訴訟に特有の証拠の必要性を理解することは、現在の見解の相違を解消する方向を照らす一助となろう。

1. 外国における証拠収集に関するハーグ条約

1970年の外国における証拠収集に関するハーグ条約（以下、ハーグ条約という）³⁾ および構成国裁判所間の協力に関するブリュッセル規則（以下、ブリュッセル証拠規則という）⁴⁾ は、外国における証拠収集にあたり司法援助を得るために請願され、規律された手続を有している。これらが基礎とするのは、ある裁判管轄においてある裁判所が他の裁判管轄に所在する特定の証拠や証言を必要とするときに、その裁判所がその他国の司法機関に証拠収集に関する司法援助を要求することができるというアイディアである。ブリュッセル証拠規則は、構成国の嘱託裁判所と、必要とされる証言や証拠が所在する他の構成国の「嘱託される（受託）裁判所」間の直接的なコミュニケーションを承認することにより、手続を効率化している⁵⁾。

こうした規律に従って、嘱託裁判所は収集されるべき証言ないし証拠の主題を組み立てる。それは場合によっては、受託裁判所の裁判官が指名された証人に行う質問を含む⁶⁾。それから受託裁判所は指名された証人を呼び出したり、指定された証拠を提出させたりするために、その手続を用いる⁷⁾。たいていの大陸法系法域では、受託裁判所の裁判官が一

3) Hague Convention on the Taking Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, Mar.18, 1970, 23 U.N.T.S.231〔以下、ハーグ条約〕。ハーグ条約は、コモンロー国と大陸法国間の開示要求を促進する目的で、アメリカが押しすすめ採択された。Andreas Lowenfeld, *International Litigation and the Quest for Reasonableness: Essays in Private International Law* 180-81(1996)。現在のハーグ条約加盟国は、アメリカ、ドイツ、フランス、イギリスおよび中国をはじめとする49カ国である。

4) Council Regulation 1206/2001 of May 2001 on Cooperation Between the Courts of the Member States in the Taking of Evidence in Civil or Commercial Matters, 2001 O.J.(L 174) 1 (EC)（以下、ブリュッセル証拠規則）。ブリュッセル証拠規則は、2004年1月1日に発効し、構成国内でハーグ条約に代わるものである。しかしながらEU加盟国でない構成国においては、ハーグ条約は完全に生きている。

5) Id. at art. 2(1)-(2).

6) Id. at arts. 4(1), 17(1)-(4).

7) Id. at art. 10(1).

般に証人尋問するが、(日本のような)いくつかの法域においては当事者の代理人が尋問を行うことも許容されている⁸⁾。証人の回答は裁判官やその他の裁判所職員によって即時に記録される⁹⁾。必要に応じて証言は逐語的にも記録される¹⁰⁾。それから収集された手続記録文書 (minutes)、反訳記録 (transcript) および証拠は、訴訟手続に使用するため、嘱託裁判所に返送される¹¹⁾。

ハーグ条約とブリュッセル証拠規則はともに、当事者が受託裁判所による証拠調べに立ち会う代理人を有しており、そのような代理人が受託裁判所の手続や実務にしたがって参加できることを予定している¹²⁾。ほとんどの大陸法域では、そのような参加は、裁判所への補充尋問の示唆、あるいは、場合によっては裁判所による最初の尋問後にそうした尋問を自ら行うことによる¹³⁾。ほとんどの法域には、開示を目的とする広範な証人尋問機会はない。代理人にも、主張提示をなすような主尋問やアメ

8) See John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition* 114-116(2d ed.1985); Craig P. Wagnild, *Civil law Discovery in Japan: A Comparison of Japanese and U.S. Methods of Evidence Collection in Civil Litigation*, 3 Asian- Pac. L. & Pol'y J.1,20(2002).

9) たいていの大陸法系法域では、裁判所書記官ないし裁判官が証人の証言記録を作成する。

10) ハーグ条約もブリュッセル証拠規則も、方法が実用的であり、受託裁判所の手続要請に従うものであれば、嘱託裁判所が証拠収集方法を特定することを許容している。Hague Convention, supra note 3, art.9 (2); Brussels Evidence Regulation, supra note 4, art. 10(1)-(2).

11) Hague Convention, supra note 3, art.13; Brussels Evidence Regulation, supra note 4, art.16.

12) Hague Convention, supra note 3, arts.8-9; Brussels Evidence Regulation, supra note 4, arts. 11,17; Darrell Prescott & Edwin R. Alley, *Effective Evidence- Taking Under the Hague Convention*, 22 Int'l Law. 939, 952-54(1988)も参照。Cf. Hague Convention, supra note 3, arts. 15-19 (他の構成国領域内での証拠収集に関して構成国の外交官の権限を認める)。

13) 例えば、ドイツでは当事者の代理人は、通常裁判所が最初の尋問をした後に生で (live) 証人尋問することを許容される。Murray & Stürner, supra note 2, at 15. フランスでは、代理人は審理裁判官から許容されるという稀な状況を除いて証人尋問することができない。しかしながら、代理人は証人に対する質問を書面にし、裁判官に提示することができる。Jacques Borel & Stephen M. Boyd, *Opportunities for and Obstacles to Obtaining Evidence in France for Use in the United States*, 13 Int'l Law. 35, 36-37(1979). 他方、日本では、代理人が証人を尋問するのが普通であるが、そのような尋問スタイルは、受動的な陪審というより積極的な裁判官という現実を反映している。Takeshi Kojima, *Japanese Civil Procedure in Comparative Law Perspective*, 46 U. Kans. L. Rev. 687,706 (1998).

リカのトライアル（正式事実審理）弁護の厳しく誘導的な（leading）質問を用いた暗示的（suggestive）な反対尋問をする機会はない。

ハーグ条約とブリュッセル証拠規則は、嘱託裁判所と受託裁判所とともに、一般に本案を審理する裁判官が直接証拠を受理するときには、スムーズに機能する。この手続において、当事者は、時にはある程度限定して、自己の事実主張を支持するための証人や証拠を指定する。しかし、多くのケースでは指定された情報源から期待される証拠が引き出されるかどうかは裁判官にかかっている。米国のトライアルケースのように弁護士による証拠の「プレゼンテーション」はない。弁護士の補充尋問は裁判官の見落しがないようにするためのものであるが、証拠を提示するという意味をほとんどもたない¹⁴⁾。

2. ハーグ条約とアメリカのトライアルのための開示および証拠の必要性

ハーグ条約に従った手続は、ドイツのような大陸法系法域において証拠が要求される場合、陪審あるいは非陪審審理に証拠を準備し提示するアメリカの弁護士にとって、非常に制限的な援助となるにすぎない。条約によって利用できる手続は、二つの異なる点においてアメリカの訴訟当事者のニーズに応えることができない。第一点は、アメリカの訴訟当事者は、トライアルでの事実主張準備のためにトライアル前開示を必要とすることである。第二点は、アメリカのトライアル手続は、事実認定者もしくはそれに代わる者によって直接的に証拠の情報源から引き出されるというよりむしろ、受動的な裁判官および陪審のためにそれぞれの当事者によって主張されるべき事実を必要とするということである。代理人による尋問が許容されている日本においてさえ、事前に何らかの開示による尋問のための準備機会がないことは、証言をする証人を提示する弁護士にとって障害となる¹⁵⁾。

14) 大陸法系法域とコモンロー系法域における訴訟スタイルの相違に関する調査として、John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U. Chi. L. Rev. 823(1985) 参照。また、Javier H. Rubinstein, *International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions* 5 Chi. J. Int'l L. 303, 307-10(2004)参照。

アメリカのトライアル手続は、訴訟当事者とその弁護士に、主張に対する証拠となりうる情報源を示すだけでなく、その証拠を集中「トライアル」において、陪審か裁判官からなる完全に受動的な聴衆に提示するという重責を負わせている¹⁶⁾。弁護士は、ある程度正確に、利用できる事実およびそれをどのように効果的に提示できるかを事前に決定しなければならない。トライアル段階それ自体には、開示の機会も証拠を引き出す機会もない。アメリカの多様な開示手続手段は、弁護士がトライアルでの弁論に関して要求される作業のために事前に準備をすることができるよう設計されている¹⁷⁾。

アメリカの開示やトライアル手続に関与したことの外国の弁護士はみんな、弁護士が集中的な民事陪審審理ないし非陪審審理において効果的に事実主張をするためのトライアル前準備がどれほど骨の折れるものになるかをよく知っている。弁護士にとっては、文書にあるようなアイデアをもつだけでは不十分である。文書は取調べ対象となり、弁護士の事実主張の核となる理屈に適合するものでなければならない。事前にインタビューを行わずあるいは宣誓供述書をとらないでトライアルに潜在的な証人をよぶ弁護士は、その依頼人の財産に大きなリスクを冒すことになる。証人の観点やありうる証言を正確に理解していなければ、弁護士は依頼人の訴訟に最も有利になる観点や証言を提示することができないであろう¹⁸⁾。

このような方法で証拠提示を当事者主義化する（privatize）ことは、アメリカの訴訟においては証拠が二度受理されなければならないことを

15) 日本はハーグ条約加盟国ではないため、E U内でのみ拘束力をもつブリュッセル証拠規則に従わないことに注意すべきである。

16) Ronald L. Carlson & Edward J. Imwinkelried, *Dynamics of Trial Practice: Problems and Materials* 1-6(1989); Geoffrey C. Hazard, Jr. & Michele Taruffo, *American Civil Procedure: An Introduction* 86-150(1993); Peter Murray, *Basic Trial Advocacy* 7-19(1995); 一般的に、Albert J. Moore, *Trial Advocacy: Inferences, Arguments and Techniques* 10-64(1996)参照。

17) Theodore Y. Blumoff et al., *Pretrial Discovery: The Development of Professional Judgment* 9-32(1993); Richard D. Freer, *Introduction to Civil Procedure* 347-49(2006); Edwards Imwinkelried & Theodore Y. Blumoff, *Pretrial Discovery: Strategy and Tactics* §1:1(Rev. ed., 2005); また、Robert G. Bone, *Civil Procedure: The Economic of Civil Procedure* 200-24(2003)参照。

18) V. Hale Starr, *Witness Preparation* §1(1998); Patricia J. Kerrigan, *Witness Preparation*, 30 *Tex. Tech L. Rev.* 1367, 1367-69(1999)。

意味する。一度目は、弁護士が開示と証人準備で証拠を引き出すときであり、それからもう一度一方当事者ないし相手方によって裁判所に証拠が提示される¹⁹⁾。これは本当に真実であり、アメリカで争いのある事実を法廷で争うための費用が非常に高額となる大きな要因となっている。我々が消極的な事実認定者を維持し、事実を引き出し主張する手続を当事者主義化することには高い代償を伴っている²⁰⁾。

こうしたアメリカのトライアル手続の特徴を、事実認定者による中立的な真実確定に反するものと批判することもできる。本人側あるいは相手方の弁護士との事前接触による制限や影響なく、証人の証言をそのまま受け入れればよいのではないか？文書が裁判所に提示されたとき、その重要性を理解すればよいのではないか？こうしたアプローチは、結局、積極的な裁判官と連続的な手続を有する環境においては好まれるかもしれないが、受動的な事実認定者と集中的でドラマチックなトライアルからなるアメリカモデルは、相当質の高い対立当事者の弁論を基礎としており、それを要求している²¹⁾。そのような弁論の衝突が、真実を照らすものであると考えられる²²⁾。アメリカの手続がドイツや多くのEU諸国の大陸法手続に接近するまで、そして接近しない限り、事実を準備し提出する負担は弁護士に残るだろう。

ハーグ条約は、アメリカの弁護士が現実が必要としているトライアルでの事実主張準備のためのトライアル前開示を扱っていない。条約自体「証拠」の受理に言及しているが、第23条のほか、開示については全く

19) Murray & Stürner, *supra* note 2, at 603.

20) John H. Langbein, *Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?*, 1981 Am. B. Found. Res. J. 195,201(1981) 参照。また、Jeffrey S. Wolfe & Lisa B. Proszek, *Interaction Dynamics in Federal Administrative Decision Making: The Role of the Inquisitorial Judge and the Adversarial Lawyer*, 33 Tulsa L. J. 293(1997) 参照。

21) Ellen E. Sward, *The Decline of the Civil Jury*, 115-119(2001); Stephan Landsman, *The Decline of the Adversary System: How the Rhetoric of Swift and Certain Justice has Affected Adjudication in American Courts* 29 Buff. L. Rev. 487, 495-496(1980) 参照。

22) Deborah L. Rhode, *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession* 15, 81-82(2000); Sharon Dolovich, *Ethical Lawyering and the Possibility of Integrity*, 70 Fordham L. Rev. 1269, 1634(2002); Carrie Menkel-Meadow, *The Limits of Adversarial Ethics*, in *ETICS IN PRACTICE* 123 (Deborah L. Rhode ed., 2000)参照。

言及していない。早くから論者によって主張されているのは、当事者が結果として生じた証拠を裁判所あるいは陪審に提示すべきか否かを決定しようという説に従って、アメリカのトライアル開始前に、外国の潜在的な証人の証言を確保するためにハーグ条約を利用することである²³⁾。この意味でトライアル前に確保された証拠は、ある意味開示になっているといえよう。収集された証拠はトライアルにおいてもいずれかの当事者によって使われうる。一方、外国の裁判所は、当事者による開示色 (flavor of party discovery) を有する要求に寛容ではなく、後述するように²⁴⁾、ハーグ手続を経て収集される通常の証言形式は、アメリカのトライアルにおける弁論での使用に十分に適合するものではない。

条約は第23条でトライアル前の文書開示の問題を明確に示しており、締約国に「コモンロー国におけるトライアル前の文書開示のために」条約を用いることを拒否する機会を提供している²⁵⁾。ドイツとフランスを含むハーグ条約加盟国の多くは、第23条により留保宣言をした。かくして、アメリカの訴訟当事者は、アメリカの裁判所で行われる訴訟の弁論準備において、トライアル前に多くの国で文書を入手するためにハーグ条約を用いることを明確に禁止された²⁶⁾。

ハーグ条約がアメリカのトライアル制度に全く適合しないという二つ目の内容は、外国の証拠が一般に収集され、保持され、そして何よりト

23) 例えば、Nicholas C. Ulmer, Note, Obtaining Testimony Outside the United States: Problem for the California Practitioner, 29 Hastings L. J. 1237, 1253-56(1978) 参照。

24) Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Elec. Corp. (1978) 1 All E. R. 434 (H. L.)(U. K.); Oberlandesgericht [OLG] [Higher Regional Court] Nov. 27, 1980, 1981 JZ 538(F.R.G.); Corning Glass Works v. International Telephone and Telegraph Corp., Oberlandesgericht Munchen [OLG] [Higher Regional Court] Oct. 31, 1980 (F.R.G.), 1981 Juristenzeitung 538, reproduced in English in 20 Int'l Leg. Mat. 1049.

25) Hague Convention, supra note 3, art. 23.

26) この文書に関する開示の排除が、開示目的の口頭の証言録取書もカバーすることを予定していたかどうかについては争いがある。Lowenfeld, supra note 3, at 183 参照。また、Lawrence Collins, The Hague Evidence Convention and Discovery: A Serious Misunderstanding?, in Essays in International Litigation and the Conflicts of Laws 301-04(1994); Bernard H. Oxman, The choice Between Direct Discovery and Other Means of Obtaining Evidence Abroad: The Impact of the Hague Evidence Convention, 37 U. Miami L. Rev. 733, 771-79 (1983)参照。

ライアルでアメリカの裁判官ないし陪審に提示される形式に係るものである。

先に触れたように、ハーグ条約は、外国に所在する証拠の要請および受領に関して、裁判官から裁判官へ（judge-to-judge）という手続を予定している。これは大陸法の証拠収集方法によくなじむ。しかしながら、アメリカのトライアル手続においては、証拠提示のコントロールと責任は当事者に委ねられている。当事者は、証人が首尾一貫して説得的に話すことができるようにするためにあらかじめ用意された一連の「質問（questions）」によって、申請者側の証人を「尋問（examine）」する。反対尋問において、相手方弁護士は、他方当事者が主張する全体像を崩す事実、積極的に反対尋問者が主張する事実像に貢献する事実、また証人やその証言の信頼性を低くするような事実を引き出すために、非常に暗示的な質問をするための十分な時間を与えられる。

トライアル尋問の特殊な性質は、トライアルでの証拠提示にとって非常に重要であるため、アメリカの弁護士が、アメリカ国内ないし国外で、トライアル地から離れて証人の証言を記録し提示するよう求められるときには、各証人につき2つの口頭証言録取を予定することが多い²⁷⁾。これは同日の午前と午後に予定されることもある。最初の証言録取での弁護士の尋問は、有利なものであれ不利なものであれ、その証人が当該事件に関連してどのような情報を持っているかを発見することを目的とする。ドイツや日本の熟練の裁判官にとって、この種の証言録取で一般に用いられる尋問技術がいわゆる「漏斗型技術（funnel technique）」であることは、驚くに値しないだろう。弁護士は証人が自分の言葉で話ができるよう広範な質問からはじめ、それから徐々に当該事件においてその弁護士の理屈に重要な事実や特徴（distinction）にしばっていく²⁸⁾。双方の弁護士が潜在的に関連しそうな事実とその波及するところをすべて探

27) 例えば、Pharmacia, AB v. Ventrex Laboratories, Inc., U.S. Dist. Ct. (D.Me.1985)において、原告は、イギリスのケンブリッジでRobin Coombsの開示の証言録取を行った。その前日に、被告は、トライアルでの証人の証言を保持し提示する目的で同人の証言録取をビデオテープに撮っていた。

28) David M. Malone & Peter T. Hoffman, The Effective Deposition: Techniques and Strategies that Work § 9.2(Rev. 2d ed.2001); Chris Martiniak, How to Take and Defend Depositions § 4.01(3d ed. 2002)参照。

ろうとすれば、そのような開示の証言録取はとりとめがなく、時間がかかるものとなりうる。

開示の証言録取に続いて、弁護士は、同じ証人に対して「トライアル証言録取 (trial deposition)」を行う。こうしたトライアル証言録取書は、現在ビデオに録画されることが多い。弁護士は、開示の中で得られた情報を用いて、同席しない裁判官や陪審にできるだけ効果的に証人が情報を提示できるようにするための質問を用意する。証人は、「陪審（カメラ）に向けて特に重要な事実を話してください」と言われる。証人の証言は、引き出されるというよりむしろ主張されるものである。

弁護士は、一般に、開示により発見された情報のうちわずかしか陪審に提示しない。開示の証言録取書により得られるものの大半はあまり役に立たないことが多い。その目的は、最も有用な情報を最も説得的な形にまとめ、トライアル手続において最もインパクトを与えるような方法でそれを提示することにある。

ハーグ手続のもとで、アメリカの裁判官は、（外国の証人が述べることを正確には知らないことが多い）アメリカの弁護士から、弁護士の見込みが役に立ちそうな証拠を生み出すような質問をいくつか集める²⁹⁾。こうした質問は、それから時には迂回して、外国の司法従事者に伝達される。外国の裁判官は、回答のニュアンスの重要性を本当に理解することなく、証人に質問し、その回答を記録することもある。この手続が、アメリカのトライアル弁護士が最初に証人からの開示を得て、それから伝統的な方法で自らの質問を準備し提示することによって得られる磨き抜かれた質の高い主尋問や反対尋問を生みださないのは当然であろう。

確かに、ハーグ条約は、当事者が立ち会いたい場合には、受託裁判所が要請された証拠調べを行う日時と場所を当事者に通知することを想定している³⁰⁾。弁護士は補充尋問することを許容されるかもしれない。しかしながら、こうした機会はアメリカの訴訟において弁護士に与えられ

29) ハーグ条約によるアメリカの実務を説明するものとして、Prescott & Alley, *supra* note 12参照。また、Jennifer S. Bales, *Initiating and Responding to Discovery in Transnational Litigation: Procedures and Challenges*, 66 *Tenn. L. Rev.* 765(1999); Kenneth C. Miller & Nancy Pionk, *The Practical Aspects of Litigating Against Foreign Corporations*, 54 *J. Air L. & Com.* 123, 141-53(1988) 参照。

る創造的かつ指導的な役割には到底及ばないものであり、それを果たさせるには不十分である。日本で証拠を収集しようとするアメリカの弁護士は、ハーグ条約前の「尋問嘱託書（letters rogatory）」という方法を用いなければならないが、それは全体の手続を長引かせ、トライアルでの弁論の要請にほとんど合わない³¹⁾。

ハーグ条約が、外国における証拠収集のためにかつて存在していた法の改善策であることは否定できない。多くの場合、アメリカの弁護士はすすんでこれを用いている。結局、どんな証拠や証言でも何も証拠がないよりはずっとましなことが多い。

3. 外国当事者を伴う訴訟でのアメリカの開示規則

連邦民事訴訟規則と多くの州のこれに相応する規則は、弁護士がトライアル前開示を指揮することを想定し、そのための手段を与えている。開示制度は、主として当事者によって行われ、ただ裁判所の監督を受ける。当事者と第三者さえもが相手方当事者の要請で文書を提出することを要求される。当事者と証人は、トライアル前証言録取に従うことを余儀なくされる。当事者はその事件の内容（nature）とそれを支持する証拠についての詳細な質問書（interrogatories）に答えなければならない³²⁾。

30) Hague Convention, *supra* note 3, art.19.

31) 尋問嘱託書（letter of requestともよばれる）は司法行為を行うことを要請する公式の文書であり、ある国の裁判所から他国の裁判所に宛てられる。受託裁判所は、対象となる者に送達する手配をし送達報告書の用意をするか、予定された者を質問あるいは文書提出のために呼び出し、それから尋問記録を嘱託裁判所に返送する。尋問嘱託の実行は、国家間の合意によって異なる。例えば嘱託を実行する義務はなく、実行のためのタイムテーブルもない。さらに、開示の対象者が嘱託を妨げることが容易だと気付き、それを遅延させる可能性もある。Andreas F. Lowenfeld, *International Litigation and Arbitration* 809(1993). 尋問嘱託書のサンプルは、Roger S. Haydock & David F. Herr, *Discovery Practice* (4th ed., 2005)のB-35ページに再現されている。日本に送られる尋問嘱託書は訴訟当事者の氏名、証拠調べの方法、尋問される者の氏名、国籍および住所、事件の主要な事実の陳述および調査事項を含むものでなければならない。Yoshio Ohara, *Judicial Assistance to be Afforded by Japan for Proceedings in the United States*, 23 *Int'l Law*. 10, 18(1989). ハーグ条約第9条に明記されている要件とは異なり、日本の裁判所は尋問嘱託書を実行するにあたり、連邦民事訴訟規則に従うことを要求されない。したがって、尋問嘱託書によって日本で得られた証拠の多くは、アメリカの裁判所で証拠として認められない。Wagnild, *supra* note 8, at 20-21.

アメリカの当事者だけが関与する場合には、その立場は多かれ少なかれ平等であり、特に問題はない。しかし、原告か被告いずれかの当事者が外国人であるケースでは問題が生じる。外国当事者は、アメリカ人と同程度に、開示を行い証人にアクセスすることを要求されうるのだろうか？言語と距離に関しては特別に配慮するものの、アメリカの裁判所の多くは、外国当事者自身の法域で同様の規律が適用されるかどうかにかかわらず、アメリカの法廷に立つすべての当事者にアメリカの手続規則を適用することを定めている³³⁾。それゆえに外国の訴訟当事者は、会社の経営記録やその他の書類の秘密保護に関して異なる規律があっても、アメリカの訴訟当事者と同様に、文書に関する開示として会社資料の提出を求められる³⁴⁾。外国当事者は、自国の事実審理では提出しないような被雇用者やその他の者の証言録取書の提出を要求されることもある³⁵⁾。時には、その自国において、アメリカのトライアルに適した形で証言するために、海外から持ち込まれた速記リポーターやビデオカメラの前で不快な証言録取ヒアリングを行うよう要求される³⁶⁾。

このように外国当事者にアメリカ開示ルールを適用がすることは、しばしばそれらの当事者に不当な負担と受け止められる³⁷⁾。アメリカの国

32) Fed. R. Civ. P. 26-37; Jay E. Grenig & Jeffrey S. Kinsler, *Handbook of Discovery and Disclosure* (2d ed. 2002); Imwinkelried & Blumoff, *supra* note 17; Haydock & Herr, *supra* note 31 参照。

33) *In re Auto. Refinishing Paint Antitrust Litig.*, 358 F.3d 288(3d Cir. 2003); *In re Anschuetz & Co.*, 754 F. 2d 602,615 (5th Cir. 1985); *Dell Ditrich v. Bauer*, No 95 Civ. 7051, 2000 U. S. Dist. LEXIS 11729(S.D.N.Y. Aug. 9, 2000); *Minpeco, S.A. v. Conticommodity Servs., Inc.*, 116 F.R.D.517, 529 (S.D.N.Y.1987); *Work v. Bier*, 106 F.R.D.45, 55-6(D.D.C.1985)参照。

34) *In re Matter of Grand Jury Subpoena Duces Tecum Addressed to First National City Bank*, 396 F.2d 897 (2ed Cir. 1968); *Fundacion Museo de Arte Contemporaneo de Caracas v. CBI-TDB Union Bancaire Privee*, No.93 Civ. 6870, 1996 U.S. Dist. LEXIS 1482(S.D.N.Y.Feb.9,1996); *Compagnie Francaise D'Assurance Pour Le Commerce Exterieur v. Phillips Petroleum Co.*, 105 F. R.D.16(S.D.N.Y.1984)参照。

35) *In re Vitamin Antitrust Litig.*, No.99-197, 2001 U.S. Dist. LEXIS 25070(D.D.C. September 10,2001); *In re Application of Asta Med. For an Order to Take Discovery of David W. Moriarty, Jr.*, 794 F. Supp.442 (D. Me. 1992), *rev'd* 981 F. 2d 1 (1st Cir.1992)(外国での開示要求はその地で開示できるものでなければならないとする), *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.* 542 U.S.241(2004) (合衆国法典第 28 編第1782 条によってアメリカの裁判所で用いるために外国で行われた開示は、その外国の国内法による開示適格を要求しないと)によって部分的に覆された。*Work*, 106 F.R.D. at 18.

際民事裁判管轄が非常に広範であるためにアメリカの法廷に立つことになった外国の被告には、これが特にあてはまる³⁸⁾。外国へのアメリカの開示の拡大は、域外的であるという印象を与え、「アメリカ覇権 (American hegemony)」に対する批判をよんでいる³⁹⁾。アメリカの立場が依拠するlex loci (行為地法) 理論を理解しているヨーロッパや東アジアの見識のある法律家でさえ、一方的に外国の人や物に対して司法権を拡大する前に、アメリカはまず国際的な合意 (international agreements) によるべきであると論じている⁴⁰⁾。

36) Tailift USA, Inc. v. Tailift Co., Ltd., No.3: 03-CV-0196-M, 2004 U.S. Dist. LEXIS 28648 (N.D. Tex. March 26, 2004); Int'l Ins. Co. v. Caja Nacional de Ahorro y Seguro, No. 00C6703, 2004 U.S. Dist. LEXIS 4280 (N.D. Ill. March 17, 2004) (外国でなされた証言録取書が外国の手続規則よりもむしろ連邦民事訴訟規則に従うことを許容する)。Generale Bank Nederland N.V. v. First Sterling Bank, No.97-2273, 1997 U.S. Dist. LEXIS 15685 (E.D. Penn. Nov. 19, 1990) 参照。

37) Murray & Stürner, *supra* note 2, at 566-68; Andrew N. Vollmer, Revive the Hague Evidence Convention, 4 ILSA J. Int'l & Comp. L. 475, 476 (1998).

38) この一般に知られた不正性 (unfairness) に対して、自国領域内で自国民がアメリカの開示に関与することを禁止する「対抗立法 (blocking statute)」を制定する国もある。Foreign Proceedings (Prohibition of Certain Evidence) Act, 1976 Austl. Acts P. 1125, Foreign Judgments Act, No.112 (1991)による改正 (オーストラリア); Foreign Extraterritorial Measures Act, R.S.C., ch. F-29(1984), Department of External Affairs Act, S.C., ch.5(1995)による改正(カナダ); Law No.85-538 Pertaining to the Disclosure of Documents and Information of an Economic, Commercial, Industrial, Financial or Technical Nature to Foreign Natural or Juristic Persons, Journal Officiel de la République Française [J.O.] [Official Gazette of France], July 16, 1980(フランス); Protection of Business Act, no.99 (1978), Protection of Business Act Amendment, no.14(1979)及びProtection of Business Act Amendment, no.71(1984)及びProtection of Business Act Amendment, no.87(1987)による改正 (南アフリカ); Protection of Trading Interests Act, 1980 c. 11,Civil Jurisdiction and Judgments Act, 1982, ch.27 及びStatute Law (Repeals) Act,1993, ch.50による改正 (連合王国)。

39) Rolf Stürner, Der Justizkonflikt zwischen U.S.A. und Europa, in Der Justizkonflikt mit den Vereinigten Staaten von Amerika 35 (Walther J. Habscheid ed., 1986)参照。

40) 「最初的手段 (first resort)」という議論は、Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. District Court for the Southern District of Iowa, 482 U.S. 522(1987)において、フランス、ドイツ、スイスおよび連合王国政府により、最高裁への親書という形で出され、以下で議論された。書簡は、25 Int'l Leg. Mat.1475, 1519 (フランス), 25 Int'l Leg. Mat 1475, 1539 (ドイツ), 25 Int'l Leg. Mat. 1475, 1549 (スイス)及び25 Int'l Leg. Mat 1475,1557(連合王国)で再現されている。Fang Shen, Comment: Are you Prepared for this Legal Maze? How to Serve Legal Documents, Obtain Evidence, and Enforce Judgments in

4. Societe Nationale Industrielle Aerospatiale 対 U.S. District Court 事件

外国の訴訟当事者に対するアメリカの開示規則の適用とハーグ条約との間の緊張関係は、Societe Nationale Industrielle Aerospatiale 対 U.S. District Court for the Southern District of Iowa事件においてアメリカ連邦最高裁によって検討された⁴¹⁾。この事件において、フランスの訴訟当事者は、ハーグ条約がアメリカの訴訟当事者が外国で証拠を収集するための唯一の (*exclusive*) 方法を規定すると主張した。しかし、アメリカ連邦最高裁は、ハーグ条約は外国における証拠収集のために他の利用可能な手段を補うことを予定しており、アメリカの訴訟当事者が同様の目的を達成するためにアメリカの開示規則を合法的かつ適切に使用することを排除するものではないと判断した。

アエロスパシアル事件は外国の論者に衝撃を与えたが、裁判所が異なった判断ができたとは考えにくい⁴²⁾。ハーグ条約は、加盟国に外国で証拠を収集するための新しい手段を提供するよう設計されており、何らかの形で外国での証明になりうる先在する手続や後に展開される手続すべてに代わるように設計されたものではない。ハーグ条約を外国の訴訟当事者や自国籍と異なる国に住む訴訟当事者が証拠を収集できる唯一の方法であるとする国はない⁴³⁾。おそらくアエロスパシアル事件に対する外国の法律家の反対のリアクションは、主として、アメリカ連邦最高裁が、多くの地域でアメリカと外国の訴訟政策間の悩ましい衝突であると意識されてきた問題を解決するのにこの事件を用いなかったことに対する失望であった。

China, 72 U.M.K.C.L. Rev. 215, n.25(2003) (中国の法律家達は、ハーグ証拠条約が外国で証拠を収集する絶対的かつ独占的な手段であると述べる) 参照。

41) 482 U.S. 522(1987)。

42) 例えば、J. Albert Garcia, A Look Behind the Aerospatiale Curtain, or Why the Hague Evidence Convention had to be Effectively Nullified, 23 Tex. Int'l L. J. 269(1988)参照。また、Lowenfeld, *supra* note 25, at 189-90参照。

43) Murray & Stürner, *supra* note 2, at 568-69参照。

5. 解決策の発見

外国における証拠収集についてのアメリカ例外主義をめぐる議論の根底にある実質的な利益は何だろうか？先に触れたように、アメリカの訴訟当事者は、とくにアメリカの開示規則によって利用できる手段が別にある場合には、外国における証拠収集に関するハーグ型手続がアメリカの訴訟手続のニーズに応えるものではないことを知っている。他方で、外国の訴訟当事者およびその法文化は、その地の司法コントロールや監督なくして、アメリカの訴訟当事者が侵襲的で負担の大きいアメリカの開示を他国に持ち込むことを許容する当事者主義化された手続によって侮辱される。この倦怠感（ennui）はよく理解できる。アメリカの裁判所は、その権限内では、外国訴訟当事者はアメリカの訴訟当事者と同じ開示規則に従わなければならないと主張すべきかもしれないが、外国の民事司法制度や法文化に与えるその結果的インパクトが、熟慮と礼譲を必要とするのは確実である⁴⁴⁾。嫌われたアメリカ覇権の威圧的で侵襲的な発現として外国に出てくれば、アメリカの司法のイメージは高められない。

何か妥協点があるはずである。アメリカの訴訟当事者が、外国の相手方から合理的な開示を得ることができ、アメリカの独特なトライアル弁論手続に適合する形で、外国でトライアル用の証拠にアクセスすることができる方法はあるだろうか？アメリカの訴訟当事者のニーズを理解し、外国の法文化と制度を思慮深く尊重することによって、この問題を解決するために、ハーグ条約よりもよい制度をつくることができるだろうか？

近時提案された裁判管轄並びに外国判決の承認及び執行に関するハーグ条約⁴⁵⁾の運命は、決して参考となるものではない。他方で、その悪しき経験は大西洋の両側にいる法律家の多くに、両側がその交渉において

44) アエロスパシアル事件に続く訴訟に関する議論について、James Chalmers, The Hague Evidence Convention and Discovery Inter Partes: Trial Court Decisions Post- Aérospatiale, 8 Tul. J. Int'l & Comp. L. 189(2000)参照。

45) Kevin Clermont, Jurisdictional Salvation and the Hague Treaty, 85 Cornell L. Rev. 89(1999); Jenny S. Martinez, Towards an International Judicial System, 56 Stan. L. Rev. 429, 442(2003); Arthur T. von Mehren, Drafting a

頑固すぎたかどうかという疑問を抱かせることになった。機会を逸したというのが一般的な感覚である⁴⁶⁾。

確かに、民事司法問題については、国際的な理解が深まっている兆候が多く見られ、実際に民事司法および手続制度ではある程度収束している。監督されていない私人の当事者およびその弁護士にとって長い間金のかかる論争の場であったアメリカの開示は抑制されてきている。「司法マネージメント (Judicial management)」はアメリカ合衆国で承認された言葉になりつつあり、より現実化することへの期待がある。一方、大陸法国の中には、慎重に証拠へのアクセスを拡大したり、訴訟で弁護士により大きな役割を負わせることを奨励したり、さらに多様な集団訴訟の形式を検討している国もある。UNIDROIT／アメリカ法律家協会共同でなされた国際訴訟原則の成功は、多くの法文化を背景とした法律家が一同に会し、民事訴訟を行う際の現実問題について合意できることを示している。

6. ひとつの提案

ここで外国における証拠収集における新しい条約のための最初の提案を行いたい。それは、外国の司法制度のコントロールと監督下で、モンロー（アメリカ）の訴訟当事者が、彼らが必要とする形式および方法で、外国におけるの証拠収集を可能にするよう設計されている。

第一に、その条約は手続法廷地国以外の国に居住あるいは所在する人や機関から証拠を収集するための試みをすべて規律すべきである。したがって、その条約は部分的にはアエロスパシアル事件を覆すものであり、外国において証拠を収集する手続を包括的に規制するものである。もち

Convention on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments Acceptable World-wide: Can the Hague Conference Project Succeed?, 49 Am. J. Comp. L. 191(2001); Linda J. Silberman & Andreas F. Lowenfeld, A Different Challenge for the ALI: Herein of Foreign Country Judgments, an International Treaty, and an American Statute, 75 Ind. L. J. 635(2000) 参照。

46) 例えば、von Mehren, Drafting a Convention on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments Acceptable World-wide: Can the Hague Conference Succeed?, *supra* note 45参照。

ろん、両当事者はお互いから証拠を収集するため自由に他の手段を合意することができるが、直接的であれ間接的であれ、外国の証拠提出を強制する（*compel*）手続は、その条約によって規律される。これは、開示規則の相違や弁護士と裁判官という役割の相違に関わらず、すべての者を同じ土俵に立たせるものである。

第二に、外国への証拠嘱託は、訴訟当事者か裁判官によってなされる。訴訟当事者による嘱託は、その事件を取り扱う裁判官によって付託される。その裁判官は、法廷地国の手続規則ないし法に従って嘱託に対する異議を判断する。

第三に、外国への証拠嘱託には、当該訴訟の訴訟物への関連可能性という最低条件（*threshold*）のもと、開示目的の文書と証人の尋問も含まれる。嘱託する裁判官は、はじめに、その嘱託を定式化し発するに際して関連性の問題を判断する。すべての文書は、受託裁判所に提出される。受託裁判所は、特権（*privileges*）および秘密保持に関する法をはじめとするその地の法に従って、[証拠]提出に対する異議を判断する。

第四に、口頭での証言は、間接的あるいは（一方当事者の要請により）直接的に受託裁判所の監督下でなされる。証人尋問は、嘱託裁判所の手続と一貫した方法で行われる。もし嘱託裁判所がアメリカ、イギリス、オーストラリア、カナダ等であれば、証人はおそらく当事者の代理人によって尋問ないし反対尋問される。一方で、もし嘱託裁判所が大陸法の伝統に従うのであれば、証人尋問は、受託裁判所の裁判官によって行われるであろう。いずれにしても、受託裁判所はその地の特権や秘密保持の問題について判断し、証人を過度の負担やハラスメントから保護することができる。証言は嘱託裁判所によって特定された（ビデオテープを含む）形式で記録される。

提案した手続は、アメリカの訴訟当事者が外国の開示へアクセスすることをいくらか制御するものである。アメリカの訴訟当事者はアメリカのトライアル弁論に適した形で外国においてトライアル用の外国証拠を収集することができる。一方、そのような開示と証拠収集はすべて、開示ないし証拠が求められる管轄において、直接司法の監督下で行われる。その地の法および秘密保持政策ないし特権は効果的に維持され実行される。アメリカの開示とそれに付随する証拠収集は条約の手続に制限さ

れる。

これは、アメリカの民事訴訟手続において損害を被ることなく開示や証拠提出を挫折させるために、外国の訴訟当事者が、より広範な外国の特権および秘密保持規則を用いることができることを意味しない。関連証拠の提出を阻止するためにその地の特権ないし秘密保持規則に訴えれば、大陸法文化およびコモンロー法文化いずれにおいても、特権を援用する当事者に不利な推定がなされうる⁴⁷⁾。そのような推定は国際民事訴訟原則で明確に承認されている⁴⁸⁾。そのような推定を思慮深く利用すれば、開示で求められる関連情報〔提出〕を抑制したい衝動を抑えることにつながる。

潜在的な関連証拠であることについて合理的かつ特定の説明がない「証拠漁り (fishing expeditions)」は、この合意のもとではほとんど問題とならない。この提案では、嘱託を開始するために関連可能性基準が要求される。

上述のことは、単に骨子の概要にすぎず、これを機能させるにはより詳細な規定で具体化する必要がある。どのような経路で嘱託がおこなわれるべきか、言語および翻訳、タイミングおよびコストといった問題が検討されなければならない。できれば実務上容易であるために、迅速かつ経済的に解決されるものでなければならない。ブリュッセル証拠規則における経験が着手すべき点を示唆していようか。

7. 結語

外国とアメリカ両国の司法的監督下で、アメリカの訴訟当事者が外国で開示を利用でき、アメリカのトライアル弁論に適合する形式で外国における証拠収集を可能にする国際合意は、問題になるとされる利益すべてを対象とすべきである。このような提案は大陸法とコモンロー国双方において法律家に支持を得るだろうか？現在の政治状況は民事司法関

47) Roger S. Haydock & David F. Herr, *supra* note 32, at § 15.02; Murray & Stürner, *supra* note 2, at 305-06 参照。

48) ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure § 17.3, 18.2(2004), <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>で閲覧できる。

題における国際協力に伝導するだろうか？このような提案は本当に実用的だろうか？

もちろん異論を唱えるのは簡単である。外国の裁判所は、無駄で重複すると思われるアメリカの手続によって重荷を背負うことを望まない。アメリカ人は、アメリカの訴訟において通常アメリカの手続規則によって要求される証拠の提出から外国人を特別に保護する合意によって、不当に制限されると感じるかもしれない。この手続はあらゆる国の参加者の主権を適切に承認かつ保護するものだろうか？

これらの問題に答えることは難しい。できることはただ考え続けることであり、信頼できる法律家がそれをどう評価するかをみることである。国際的な討議と対話が、国際的な改革によって問題を解決するための第一歩である。